دراسات قانونية

تصدرها اللجنة الثقافية بكلية
الحقوق - الجامعة الليبية - بنغازي

المجلد الثالث — يونيو ٣

المحتويات

مهمة المشرّع العربي في ضوء النصوص الدستورية التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع ٩
دور القانون في التنمية الاقتصادية ٣٩
رأي الإسلام في التسعير والاحتكار ١١٣
الجاني والمجني عليه في جريمة المواقعة ١٢٣
دراسة مقارنة للتشريعين المصري والليبي
جريمة التلقيح الصناعي في قانون العقوبات الليبي
تعزير الصبي في جريمتي السرقة والحرابة
تعليق تنفيذ الأحكام على شرط في القانونين الليبي والمصري
بحث في أهمية الرجوع الى قواعد الصياغة المدنية

عميد الكلية : الأستاذ ابراهيم لطفي المهدوي
رائد المجلة : الدكتور خالد الشاوي

مكتبة كلية الحقوق

منشورات الجامعة الليبية
كلية الحقوق

دراسات قانونية

مجلد سنوي يصدر عن اللجنة الثقافية بكلية الحقوق

جامعة بنغازي - كلية الحقوق
ليبيا

جامعة بنغازي
كلية الحقوق
مكتبة كلية الحقوق
رقم التسجيل:
رقم التصنيف:

١٩٧٣
السنة الثالثة
المجلد الثالث

تنبيه – يشار إلى هذه المجلة على النحو الآتي : دراسات قانونية – بنغازي – المجلد الثالث (١٩٧٣)

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

دأبت كلية الحقوق في الجامعة الليبية على إصدار مجلد سنوي لمجلة دراسات قانونية ، يحتوي عادة على البحوث القانونية التي يساهم بها أساتذة الكلية والخريجون منها ، والتي لها شأن وعلاقة بالتشريعات الليبية ، أو ما يتصل منها بالتعليق على أحكام القضاء الليبي أو ما يلقى من محاضرات قانونية تدعو لها اللجنة الثقافية في الكلية .

إن الغرض الأساسي من إصدار هذه المجلدات هو نشر ما تساهم به كلية الحقوق الليبية من جهد متواضع في تكوين فقه ليبي يستفاد منه في الدراسات العربية المقارنة ويعمل على إيصال الشروح القانونية للتشريعات الليبية لأساتذة ورجال القانون وطلبته في الأقطار العربية وغيرها .

وهذا هو المجلد الثالث من هذه السلسلة ، وقد صدر محتوياً على بحثين ساهمت بهما كليتنا في ندوة عمداء كليات الحقوق في الجامعات العربيـــة التي أقيمت في جامعة بيروت العربية خصصنا لهما القسم الأول من هذا المجلد بينما احتوى القسم الثاني على البحوث القانو نية الأخرى حسبما جرت عليه العادة .

الدكتور خالد الشاوي

رائد المجلة

القِسم الأول

مُهِمَّة المُشَرِّع العَرَبِيّ

فِي

ضَوْء النُّصُوص الدُّستُوريَّة التي تَجعَلُ

الشَّرِيعَة الإسْلامِيَّة مَصدَرًا لِلتَّشرِيع

للدكتور عوض محمد عوض

أستاذ القانون الجنائي بجامعة الإسكندرية
والجامعة الليبيـــة

١) تمهيد : موقف الدساتير العربية من الشريعة الإسلامية :

كلما همّت إحدى الدول العربية بإصدار دستور جديد تجاوبت أرجاؤها دعوة إلى النص فيه على حكم يجعل للإسلام منزلة خاصة في تنظيم شئون ياة . وتقرر الأغلبية الساحقة من الدساتير العربية أن الإسلام دين الدولة ، بعض الدساتير نصوص تجاوز هذا المدى فتجعل الإسلام مصدراً رئيسياً شريع . وتحرص بعض الدساتير العربية على تأكيد المصدرية فتنص صراحة أن الإسلام هو المصدر الرئيسي للتشريع .

والبحث عن دور المشرع العربي في ظل هذه النصوص يقتضي تحديد سية هذا المشرع ابتداء . فكل مشرع يتحدد دوره تبعاً للموقف الدستوري ي تقفه دولته من الشريعة الإسلامية . وللدساتير العربية في هذا الشأن ـ ا قدمنا ـ اتجاهان رئيسيان :

(١) اتجاه يكتفي بالنص على أن الإسلام دين الدولة .

(٢) واتجاه ينص على أن الإسلام مصدر رئيسي للتشريع .

فأما الاتجاه الأول فلا يلزم المشرع في القضية المطروحة بشيء يستحق كر . والنص الدستوري على الإسلام بتلك الصيغة خاطىء من وجه ، رغ من المعنى من وجه آخر . وكل ما للنص بصيغته الراهنة من دلالة أن لة التي يحكمها هذا النوع من الدساتير ليست دولة علمانية أو لا دينية ، ا هي دولة يدين شعبها كله أو سواده بدين تعترف به الدولة على الملأ تنكره .

٢

ووجه الخطأ في النص الدستوري بهذه الصيغة أنه يتجاهل حقيقة الإسلام ويعامله كما تعامل شعوب أخرى دينها ؛ رغم ما بين الإسلام وبعض الأديان من اختلاف كبير . والواقع أن النص الدستوري على هذا النحو يجعل الإسلام إسلامين يمكن لأحدهما أن ينهض بمفرده ويحتفظ باسمه ، أو هو بعبارة أدق يتصور إمكان قيام الأول دون الثاني . فأما الإسلام الأول فهو الإسلام كعقيدة وشعائر ، وأما الثاني فهو الإسلام كنظام يحكم العلاقات بين الأفراد ، وبينهم وبين الدولة ، وبين الدولة وغيرها من الدول . والدساتير العربية التي تنزع إلى الاتجاه الأول إنما تقصد بالإسلام إسلام العقيدة والشعائر لا الإسلام كنظام يحكم شئون الحياة . فكأن الدولة بذلك النص تبرز في دستورها طابعاً دينياً يميز شعبها أو سواده . والنص من هذه الزاوية أقرب شبهاً بالنص على شعار الدولة ونشيدها الوطني ولون علمها . والملاحظ أن كثيراً من الدساتير العربية تستهل موادها بالفعل بالنص على هذه الأمور على التوالي .

ولا شك أن هذا الفهم خاطىء ، لأن الإسلام نظام كلي شامل ؛ فهو لا يقبل التبعيض . وإذا كانت بعض الدساتير العربية تصر على فهم الإسلام على هذا النحو ، فهذا الإصرار لا يغير من حقيقة الإسلام ، ولكنه يدمغها هي بالتناقض ، لأنها تجزئ ما لا يقبل التجزئة . ونحن لا نقرر ذلك انسياقاً وراء عاطفة دينية ؛ ولكنا نقرره استناداً إلى فهم علمي صحيح لطبيعة الإسلام .

وقد انتقلت هذه البدعة إلى الدساتير العربية من الغرب . ولم تفطن الدول الإسلامية إلى أن طبيعة الدين المسيحي ، والتاريخ السياسي للكنيسة في أوربا في العصور الوسطى يبرران جعل الدين مجرد معتقد ؛ ويسمحان للدولة بتنظيم مختلف شئون الحياة بقوانين وضعية خالصة . أما الإسلام فلم يقتصر على جانب العبادات وحده، بل واجه شئون الحياة على اختلاف صورها، وتناول

كثيراً منها بالتفصيل ، واجتهد فقهاؤه من قديم فاستخلصوا قواعد أصولية أعانتهم على استنباط أحكام لسائر الشئون . فليس في طبيعة الإسلام إذن ولا في تاريخه السياسي على الإطلاق ما يبرر الجفوة القائمة بين النظم الوضعية وأحكامه الشرعية .

هذا عن وجه الخطأ المنطقي في دساتير دول الاتجاه الاول ، أما خلو هذا الاتجاه من المعنى فتعبير بالغ الكياسة . والحق أن واضعي النص لم يريدوا به إلا تملق الجماهير وخداعها في الوقت نفسه . فالجماهير العربية لم تكن تطلب مجرد شعار ديني ، بل كانت تطلب نظاماً إسلامياً أصيلاً . وقد قدم لها النص بزعم أنه يحقق لها ما تريد ، وهو في حقيقة أمره لا يعني شيئاً .

وعلى أي حال فليس موضوع البحث هو تحديد الموقف الذي ينبغي أن تقفه الدساتير العربية من الشريعة الإسلامية ، وإنما موضوع البحث هو تحديد دور المشرع العادي في ظل النصوص الدستورية التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع .

وينبغي التسليم بأن المشرعين في دول الاتجاه الأول غير ملزمين قانوناً باتخاذ الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع ؛ فالنص الدستوري في دولهم لا يقرر هذا الالتزام . والرأي متفق على ذلك ، والواقع يؤكده . فالمشرع في هذه الدول يسن من القوانين ما يراه ملائماً لمجتمعه ومناسباً لظروفه ، دون أن يجهد نفسه في البحث عن مدى موافقة أو مخالفة هذه القوانين لأحكام الشريعة . وليس معنى ذلك أن تشريعات هذه الدول تتعارض كلها مع أحكام الشريعة ، وإنما يختلف البعض منها ويتفق البعض الآخر . غير أن الاتفاق أمر عارض غير مقصود لذاته ، فهو في أغلب الأحوال مجرد توافق لا اتفاق . ومما يجدر ذكره أن بعض النظم التي سبق إليها فقهاء الشريعة عجزت

عن إقناعنا بجدواها ، فلما ارتدت زيّاً غربياً بهرتنا فاعتنقناها . ويمكن الاستشهاد على صحة ذلك بما أثبته أستاذنا المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري في كثير من مؤلفاته .

أما الاتجاه الثاني فأكثر إنصافاً للشريعة ، لأنه ينظر إليها ، لا على أنها مجرد عقيدة وشعائر ، بل باعتبارها كذلك مصدراً يمكن أن تستمد منه الأحكام . والدول التي تنحو هذا المنحى قسمان : قسم كانت الشريعة وما تزال هي العمدة في تنظيم شئون حياته ، كالسعودية ، ويسود فيها مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، واليمن ، ويسود فيها المذهب الزيدي ، وقسم كان إلى أمس القريب يتعامل مع الشريعة بصفة عامة على أنها مجرد عقيدة . وأبرز دول هذا القسم دولة اتحاد الجمهوريات العربية التي تضم كلاً من مصر وسوريا وليبيا ، وقد حدث التحول فيها بصدور دستور دولة الاتحاد في ١٧–٤–١٩٧١ . وتنص المادة السادسة من هذا الدستور على ما يلي : « تؤكد دولة الاتحاد على القيم الروحية وتتخذ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع » . ودور المشرع في دول هذا القسم أكثر دقة من دوره في دول القسم الأول لعدة أسباب :

أولها : أن هناك أعداداً ضخمة من التشريعات السابقة على صدور الدستور ، منها ما يوافق أحكام الشريعة ومنها ما يخالفها ، وعلى المشرع أن يحدد موقفه من التشريعات الأخيرة : هل يسعه الإبقاء عليها ، أو يلتزم قانوناً بمراجعتها وتعديلها بما يتفق والغاية التي دعت إلى تقرير المبدأ الجديد ؟ وإذا كان الفرض الثاني أرجح فما هو الجزاء الذي يترتب على قعود المشرع عن القيام بواجبه ؟

والثاني : أن نص الدستور لم يلزم المشرع باتباع مذهب معين من المذاهب

الفقهية المعروفة، بالرغم من أن كتلاً كبيرة من شعوب دول القسم الثاني تتبع مذاهب مختلفة . وهذا الإطلاق إن كانت فيه ميزة المرونة ، إلا أنه عند التطبيق قد يثير بعض المصاعب .

والثالث : أن الشريعة الإسلامية ظلت قرابة قرن من الزمان معزولة عن تنظيم شئون بعض المجتمعات العربية ، وقبل ذلك كان باب الاجتهاد موصداً أو مقيداً لعدة قرون . وفي خلال ذلك كانت الحياة تجري على سنتها الخالدة ، لا تجمد ولا تقف ، بل تتغير وتتطور . وليست مهمة المشرع في دول حديثة يسرع فيها إيقاع الحياة ويتزايد نبضها أن يقنن أحكاماً شرعية فحسب ، فهذا العمل نصف ما عليه ، بل لعله أقل من نصفه ، وقد يعود بالنقض على أصل التزامه . وإنما واجبه الأساسي أن يقنن أحكاماً لا تشل حركة مجتمعه ، بل تدفعه نحو التطور والتقدم دفعاً . فالالتفات إلى الشريعة والعزم على العمل بأحكامها لم يكن مبعثه الرغبة — ولا الرضا — بالجمود أو التخلف ، بل التطلع إلى حياة أفضل . والولاء للمجتمع لا يتعارض مع الولاء للشريعة ، بل إن الولاء الحق لها هو بالضرورة ولاء للمجتمع ، لأن الإسلام لم يجيء لإعنات الناس ، بل جاء رحمة بهم وهداية لهم . وإذن فواجب المشرع أن يقنن للناس من الشريعة أحكاماً تستقيم بها حياتهم ولا تضطرب ، ويستمر بها تطورهم ولا ينتكس ، وتيسر عليهم حياتهم فلا ترهقهم من أمرهم عسراً . فكيف يتسنى للمشرع أن يوفق بين الرغبتين دون أن يقع في الحرج فيلفى نفسه مرغماً على التخلي عن إحداهما في سبيل الاخرى ؟ .

وسوف نقصر بحثنا على دراسة بعض المسائل التي يثيرها نص المادة السادسة من دستور دولة اتحاد الجمهوريات العربية لما بيناه من دقة موقف المشرع العربي في كل من مصر وسوريا وليبيا .

٢) معنى اتخاذ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع :

يذهب الرأي الراجح لدى فقهاء القانون إلى أن القاعدة القانونية لهـا مصدران : مصدر شكلي أو رسمي ، وآخر موضوعي أو مادي . فأما الأول فيرمز لطرق التعبير عن القاعدة القانونية، وأما الثاني فيرمز لجوهرها . وعلى ذلك فالمصادر الموضوعية أو المادية تقدم جوهر القاعدة القانونية، والمصادر الرسمية تسبغ على هذا الجوهر صفة الوضعية أو الشرعية بما تعطيه من شكل ملزم للناس [1] .

والنص في دستور دولة الاتحاد على اتخاذ الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع إنما ينصرف بطبيعة الحال إلى اتخاذها مصدراً موضوعياً . فهذا النص لم يسبغ على أحكام الشريعة قوة إلزام ذاتية ، ولذلك فإن أحكامها ما زالت بعد النص كما كانت قبله مجرد قواعد دينية ، لا يلتزم الناس بالعمل على وفقها الا بوازع من ضمائرهم وحدها . ولا تكتسب هذه الأحكام قوة الإلزام التي تحظى بها قواعد القانون إلا إذا تدخّل المشرع فقننها . وفي هذه الحالة تصبح تلك الأحكام ملزمة بتقريرها تشريعياً لا بذاتها ، أي بسلطان الدولة لا بسلطان الدين . والدليل على ذلك أن الخطاب في النص الدستوري موجه إلى المشرع ، لا إلى الكافة ولا إلى القضاء . فهو يلفت نظر المشرع إلى وجوب استلهام قواعده في كل ما يعرض له من أمور مما تقرره الشريعة الإسلامية .

والمصادر الموضوعية أو المادية متعددة : منها الأعراف السائدة، ومنها التشريعات المقارنة، ومنها مبادىء العدالة، ومنها الدين بطبيعة الحال . وهذه المصادر على اختلافها تتفق فيما بينها في أنها تزود المشرع بجزء هام من المادة

---

(١) انظر الدكتور حسن كيرة – أصول القانون ، الطبعة الأولى سنة ١٩٦٠ ص ١١٦ و ١١٧ .

التي يصوغ منها قواعده . والأصل أن هذه المصادر إذا تزاحمت وتعارضت . فإنها لا تتفاضل فيما بينها لعلة في ذاتها ، فهي في مجموعها سواء من حيث إنها تقدم للمشرّع فروضاً لما ينبغي أن يكون عليه الحكم في واقع الحال . ومناط التفضيل بينها هو تقدير المشرع وحده، فهو الذي يقدم مصدراً على مصدر، وهولايجري دائماً على نفس الوتيرة، بل يقدم ويؤخر حسبما يقتضي الحال . وعلى ذلك فليس في طبيعة هذه المصادر ما يسمح بتقسيمها إلى مصادر رئيسية وأخرى ثانويـــة . بل إنه ليس في الدساتير نصوص تحـــدد أو تعدد هذه المصادر أصلاً ، وإنما هي اجتهاد فقهي قائم على مجرد الاستقراء . وقد جرت سنة الدساتير المعاصرة على إسناد مهمة التشريع إلى سلطة من سلطات الدولة وإطلاق الحرية لها في ممارسة عملها ، بشرط واحد هو احترام المبادىء الأساسية التي قررها الدستور . ولم تجر الدساتير الحديثة على إلزام السلطة التشريعية باستلهام قواعدها من مصدر بذاته ، بل أطلقت يدها في سنّ ما تراه ملائماً للجماعة في ضوء الظروف المحيطة بها .

وليس الجديد في النص الدستوري أنه يجعل الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع ؛ فهذه المكانة ثابتة لها بغير نص. وإنما الجديد فيه أنه يجعلها مصدراً رئيسياً . واعتبارها كذلك يجعل ما عداها ثانوياً بالضرورة . وهذه النتيجة لا محيص عنها. لأن الأصل أنه لا تدرج بين المصادر الموضوعية أو المادية ، بل الأصل تكافؤها . فإذا وصف الدستور واحداً منها بأنه مصدر رئيسي فقد دل بذلك على أنه يعتبره المصدر الرئيسي الوحيد . ولو قيل بغير ذلك لكان التخصيص عديم الجدوى .

ونتساءل بعد ذلك عما إذا كان في وسع المشرع أن يستمد قواعده من مصادر أخرى غير الشريعة الاسلامية .

يبدو للوهلة الأولى أن ذلك ممكن ، فالنص الدستوري لم يجعل الشريعة الإسلامية مصدراً وحيداً، بل جعلها مصدراً رئيسياً، ففتح المجال أمام المشرع لاستمداد قواعده من مصادر أخرى . وكل ما للنص من أثر هو إلزام المشرع بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية ابتداء كلما هم بسنّ تشريع لاستنبائها الحكم فيما هم به ، فإن وجد فيها حكماً قننه ، وإن لم يجد بحث عن ضالته في غيرها من المصادر .

وهذا المنطق ممكن القبول بشرط أن نسلم ابتداء بأن هناك شأناً من شئون الحياة لا حكم للشريعة فيه . فهل مثل هذا التسليم ممكن شرعاً ؟

لعل هذه المسألة من أدق المسائل التي سيثيرها النص الدستوري ، ولا سيما أنه لم يقيد المشرع كما ذكرنا بالتزام مذهب معين . والأمل معقود على أن تتسع الصدور لتقبل ما يدور في هذا الشأن من نقاش . والأمر بعد ليس جديداً على الفكر الإسلامي كل الجدة ، فقد اختلف فقهاء المسلمين فيه من قرون ، وكان هذا الاختلاف سبباً في نشوء بعض المذاهب الفقهية .

٣) نطاق أحكام الشريعة الإسلامية :

يرى جمهور الفقهاء أن الشريعة الإسلامية على درجة من المرونة تجعلها كفيلة بتقرير حكم لكل واقعة تطرأ . ومقتضى رأيهم أن الشريعة الإسلامية وإن نص على اعتبارها مصدراً رئيسياً للتشريع إلا أنها ستؤول عند التطبيق إلى أن تكون مصدرها الوحيد . وبيان ذلك أن الشريعة الإسلامية في تقدير جمهور الفقهاء نظام قانوني تتسع أحكامه لكل جوانب الحياة ، وأنها لا تقتصر على كليات الحياة فحسب ، بل تتناول جزئياتها أيضاً . فمصادر الشريعة عندهم على درجة من الوفرة والخصوبة تغني من يلجأ إليها عن تلمس

الحكم فيما عداها . وهي بحسب تصويرهم تستغرق المصادر الثانوية التي يظن رجـــال القانون أن في وسعهم اللجوء إليهـــا . فالمتفق عليه عند الجمهور أنه إذا طرأت واقعة وجب البحث عن حكمها في الكتاب أو السنة ، فإن تعذر التماس نص يعالجها ، وجب البحث عن حكمها في مصادر الشريعة الفرعية ، وعلى رأسها الإجماع والقياس ، ومنها المصالح المرسلة والاستحسان والاستصحاب والعرف . وليس من المتصور والحالة هذه أن تعيا الشريعة عن تقرير حكم في أي واقعة . وقد اعتد فقهاء الشريعة بالعرف ورتبوا عليه أثره ، لا من حيث كونه مصدراً للحكم الشرعي فحسب ، بل من حيث كونه سبباً لتغيير بعض الأحكام[1] . غير أن اعتدادهم بالعرف مشروط — بطبيعة الحال — بألا يكون مخالفاً لدليل شرعي او منافياً لروح الشريعـــة ومقاصدها . ومبادىء العدالة بدورها لم يغفلها فقهاء الشريعة — وما كان لهم أن يغفلوها — فهي قاعدة من قواعدها الكلية تواترت بها الآيات والأحاديث وترتب عليها كثير من الأحكام .

---

(١) ومن الفقهاء من يتحفظ فلا يعتبر العرف منشئاً لأصل الحكم، بل يعتبره مجرد سبب للانتقال بالواقعة من حكم إلى حكم . فقد جاء في الموافقات للشاطبي : اعلم أن ما جرى ذكره هنا من اختلاف الأحكام عند اختلاف العوائد فليس في الحقيقة باختلاف في أصل الخطاب لأن الشرع موضوع على أنه دائم أبدي لو فرض بقاء الدنيا من غير نهاية ، والتكليف كذلك لم يحتج الشرع إلى مزيد . وإنما معنى الاختلاف أن العوائد إذا اختلفت رجعت كل عادة إلى اصل شرعي يحكم به عليها كما في البلوغ مثلا ، فإن الخطاب التكليفي مرتفع عن الصبى ما كان قبل البلوغ فإذا بلغ وقع عليه التكليف. فسقوط التكليف قبل البلوغ ثم ثبوته بعده فليس باختلاف في الخطاب وإنما وقع الاختلاف في العوائد أو في الشواهد . وكذلك الحكم بعد الدخول بأن القول قول الزوج في دفع الصداق بناء على العادة وأن القول قول الزوجة بعد الدخول أيضاً بناء على نسخ تلك العادة ، ليس باختلاف في حكم ، بل الحكم أن الذي ترجح جانبه بمعهود أو أصل فالقول قوله بإطلاق ، لأنه مدعى عليه. وهكذا سائر الأمثلة ، فالأحكام ثابتة تتبع أسبابها حيث كانت بإطلاق. الموافقات للشاطبي — ج ٢ ص ٢٨٥ — ٢٨٦ .

غير أن في الفقه رأياً آخر ينزع إلى التضييق ، ودعاته هم أهل الظاهر . وعندهم أن أحكام الشريعة لا تستمد إلا من نصوص الكتاب والسنة ، أما المصادر الأخرى – وهي في الجملة مردودة إلى الاجتهاد – فلا يقرونها . ويقول ابن حزم وهو من أشد الناس تحمساً لهذا المذهب : إن الشريعة كلها إما فرض يعصى من تركه ، وإما حرام يعصى من فعله . وإما مباح لا يعصى من فعله ولا من تركه . وهذا المباح ينقسم ثلاثة أقسام : إما مندوب اليه يؤجر من فعله ولا يعصي من تركه ، وإما مكروه يؤجر من تركه ولا يعصي من فعله ، وإما مطلق لا يؤجر من فعله ولا من تركه ، ولا يعصي من فعله ولا من تركه . وقال عز وجل : خلق لكم ما في الأرض جميعاً ، وقال تعالى : وقد فصل لكم ما حرم عليكم ، فصح أن كل شيء حلال إلاما فصل تحريمه في القرآن أو السنة[1] . ويؤكد ابن حزم ذلك بقوله : إن ما سكت عنه النبي صلى الله عليه وسلم ، فلم يأمر به ولا نهى عنه فهو مباح وليس حراماً ولا فرضاً ، وإن ما أمر به فهو فرض ، وما نهي عنه فهو حرام[2] .

وهذا الرأي وإن خالف جمهور الفقهاء في إصراره على حظر الاجتهاد كمصدر وفي اقتصاره على نصوص الكتاب والسنة ، إلا أنه يتفق مع رأي الجمهور رغم ذلك في أن الإنسان لم يترك سدى في أي شأن من شئونه . ويقوم المذهب الظاهري كما رأينا على أنه حيث لا يوجد أمر ولا نهى ، فالإباحة هى الاصل الذي يتعين الوقوف عنده . وبذلك يمكن القول بأن فقهاء الشريعة على اختلاف مذاهبهم متفقون فيما بينهم على أن للشريعة في كل شأن حكماً ، ومن ثم

---

(١) المحلى لابن حزم – جزء أول ص ٦٢ و ٦٣ .
(٢) المحلى – المرجع السابق ص ٦٤ .

فلا يتصور أن يكون لغيرها من المصادر الثانوية أمل في إمداد المشرع بأي حكم من الأحكام .

ومن المحدثين من ينطلق من منطلق أهل الظاهر ، ولكنه يجعل للإباحة — فيما لم يرد بشأنه نص شرعي — مفهوماً خاصاً، فهذه الإباحة حكم شرعي يختلف عن الفرض والتحريم ، فهذان الحكمان ثابتان ومطلقان لا يقبلان التغيير ولا التبديل ، أما إباحة ما لا نص فيه فليست إلا استصحاباً لا نهي عن تقييده ولا عن حظره ما دامت هناك أسباب عارضة تدعو إلى تقييده أو حظره . وعندهم أن المدى المحدود لأحكام الشريعة — كما بينها الكتاب والسنة — لم يكن نتيجة سهو من الشارع سبحانه وتعالى، بل قصد بهذا التحديد أن يكون درءاً يقي الأمة خطر الجمود . فهو لم يرد أن تعالج الشريعة بالتفصيل كل ضرورات الحياة ومشاكلها التي تخطر على البال ، ولكنه أراد أن يحدد بالأحكام التي نص عليها المجال الاجتماعي الذي يجب على الأمة أن تتطور في حدوده ، وترك هذا العدد الهائل من المسائل القانونية المحتملة الوقوع لتعالج كل منها على ضوء مقتضيات العصر ، وتبعاً لتغير الظروف السائدة . فكأن الشارع أراد من المسلمين أن يقوموا بأنفسهم بوضع التشريعات الإضافية الضرورية عن طريق الاجتهاد ، أي عن طريق التحليل العقلي المستقل بشرط أن يكون منسجماً مع روح الاسلام وغاياته . أما الأحكام التي وصل اليها الفقهاء فكثير منها ليس إلا انعكاسات لزمن معين أو لحالة اجتماعية معينة ، ولهذا فلا يمكن إعطاؤها صفة الصحة المطلقة والنفاذ الأبدي . وعلى هذا فالشريعة الحقيقية أكثر إيجازاً وأصغر حجماً من ذلك البناء القانوني الذي ساهمت في تضخيمه وتوسيعه المذاهب الفقهية [1] .

---

(١) انظر في عرض هذا الرأي : منهاج الإسلام في الحكم – محمد أسد – بيروت ١٩٦٧ ص ٣٢ وما بعدها .

ومقتضى هذا الرأي أنه حيث لا يجد المشرع نصاً في الكتاب ولا في السنة فهو في حل من تنظيم المسألة على النحو الذي يراه دون أن يقيده اجتهاد مجتهد مهما علا قدره وعظمت مكانته ، وإن كان ذلك لا يحول بينه وبين الاستئناس باجتهادات السلف ، سواء كانت هذه الاجتهادات مجرد آراء نظرية أو سوابق تاريخية . والقيد الوحيد الذي يلتزم به المشرع هو مراعاة روح الاسلام وغاياته فيما يصدر من تشريعات .

٤) رأينا الخاص :

إذا كان لنا أن نبدي في هذا الأمر رأياً فالرأي عندنا أنه تجب التفرقة بين نصوص الشريعة وفقه الشريعة . فأما النصوص فملزمة ، وأما الفقه فغير ملزم . والنصوص الشرعية هي ما تقررت في الكتاب والسنة ، أما الفقه فيشمل كل الأحكام التي اجتهد فيها السلف ، سواء كان اجتهادهم تأويلاً لنص ظني الدلالة ، أو استنباطاً لحكم مسألة لم يرد فيها نص قطعي الثبوت .

وليس معنى ذلك اطراح فقه الشريعة والتنكر له ، فهذا الفقه ثروة لا يجحد قيمتها إلا جاهل أو مكابر ، فهو اجتهادات رجال أحاطوا بنصوص الكتاب والسنة ومسلك الرعيل الأول من المسلمين ، وجمعوا إلى ذلك البراعة في فهم أسرار اللغة ، وفطنوا إلى مقاصد الشرع ، وسلس لهم زمام المنطق إلى أبعد الحدود فأولوا ما كان من النصوص قابلاً للتأويل ، واستنبطوا لأهل زمانهم أحكاماً فيما لانص فيه . وآراؤهم على اختلاف مناهجهم تشهد بقوة العارضة ودقة التحليل وروعة الاستنباط . وليس في وسع منصف يطلع على آثارهم إلا أن يقف أمامهم مبهوراً . غير أن فقههم مع ذلك كله لا يرقى من حيث قوة الإلزام إلى مرتبة النصوص . وليس فيهم من اغتر بعلمه فظن

الصواب المطلق في جانبه والخطأ في جانب مخالفيه . فهذا الإمام مالك رضي الله عنه يدعوه أبو جعفر المنصور إلى تدوين مذهبه ليحمل الناس عليه فينفر من ذلك قائلاً له : إن لكل قوم سلفاً وأئمة فإن رأى أمير المؤمنين قرارهم على حالهم فليفعل . ثم يعيد هارون الرشيد الكرة عليه فيجيبه بقوله : إن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم اختلفوا في الفروع وتفرقوا في البلدان وكلٌّ مصيب .

ونخلص من ذلك إلى أن النص في الدستور على اتخاذ الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع ، إنما يعني بالشريعة مجموعة النصوص التي وردت في الكتاب والسنة . فإن لم يجد المشرع في هذه النصوص حكماً وسعه الرجوع إلى المصادر الثانوية الأخرى . وبهذا المعنى فالشريعة الإسلامية لا تستغرق مصادر التشريع ، ولكنها تتقدمها فحسب باعتبارها المصدر الرئيسي .

٥) دور المشرع في ضوء النص الدستوري الذي يجعل الشريعة مصدراً رئيسياً للتشريع :

١) يتعين على المشرع ابتداء أن يقنن الأحكام القطعية التي اشتملت عليها نصوص واضحة في الكتاب والسنة .

٢) أما النصوص التي تقبل التأويل والتي تباينت فيها آراء المجتهدين ، فإن واجب المشرع أن ينظر فيها وأن يوازن بين مختلف الآراء، ثم يرجح من بينها ما يراه أولى بالاتباع ، ويصوغه في شكل قواعد قانونية يلتزم بها الناس جميعاً . وليس من ينازع في حق ولي الأمر عند الاختلاف في حمل الناس على رأي واحد ما دام لم يخرج في عمله عن حدود التأويل .

٣) أما ما لم يرد فيه نص خاص فباب الاجتهاد فيه مفتوح . وللمشرع أن يضع له من الأحكام ما يراه ملائماً على أن يضع نصب عينيه في المقام الأول قواعد الشريعة الكلية ومبادئها العامة .

وليس في وسع المشرع أن ينهض بدوره في الحالتين الأخيرتين دون الرجوع إلى الثروة الفكرية التي خلفها فقهاء الشريعة. وليس المراد بهم فقهاء عصر بعينه ولا مذهب بذاته ، وإنما المراد بهم فقهاء الشريعة جميعاً على اختلاف عصورهم وتباين مذاهبهم . ولا شك في أن التوسعة على المشرع خير من التضييق ، لأن التوسعة عليه توسعة على الناس ، والتضييق عليه تضييق عليهم . وقد أحسن واضعوا الدستور صنعاً حين أغفلوا النص على وجوب التزام مذهب معين ، لأنه كلما انفسح المجال أمام المشرع وتعددت بين يديه الحلول الشرعية ، زادت فرصه في اختيار أنسبها لظروف مجتمعه . ولذلك فالجمع بين المذاهب غير محظور ؛ فليس هناك ما يحول بين المشرع وبين اعتناق مذهب من المذاهب في أمر واعتناق غيره في أمر آخر . ويترتب على ذلك أنه لا تثريب على المشرع إذا هو تتبع الرخص فأخذ من كل مذهب بأهونه وأيسره . وهذا الحكم مقرر في ليبيا بصريح النص ، فقد أصدر مجلس قيادة الثورة في التاسع من شهر رمضان سنة ١٣٩١ ـ الموافق ٢٨ من أكتوبر سنة ١٩٧١ م ـ قراراً بتشكيل لجان لمراجعة القوانين وحصر واستظهار ما يناقض الأحكام القطعية والقواعد الأساسية للشريعة الإسلامية والعمل على إزالة هذا التناقض بإعداد تشريعات بديلة أخذاً من مختلف المذاهب مع تخير أيسر الحلول حسبما تقتضيه المصلحة العامة ، ومع مراعاة ما جرى عليه العرف في البلاد مما نه أصل في مذهب الإمام مالك .

٤) أما المسائل التي لم ترد بشأنها قواعد أصولية ، فإن حق التشريع فيها يكون خالصاً للمشرع ؛ فله أن يضع ما يراه أوفق لمصالح الناس وأدنى الى

تحقيق خيرهم ؛ وله أن يستمد قواعده في هذا الشأن من أي مصدر يجده[١] .

٦) النتائج القانونية المباشرة للنص الدستوري :

لا مجال للظن بأن النص الدستوري قد ورد مورد الإرشاد والتوجيه وأنه لم يقصد به الإلزام والوجوب . فهذا الظن ينفيه من جهة أن نصوص الدستور بطبيعتها لا تحمل هذا المحمل ، كما أن عبارة النص وسياقه من جهة أخرى يقطعان الطريق على مثل هذه المحاولة . وعلى ذلك فإن سلطة التشريع في دول الاتحاد لا تترخص في إعمال نص المادة السادسة من الدستور . وقد تأكد هذا الوجوب صراحة في الجمهورية العربية الليبية بقرار مجلس قيادة الثورة المشار إليه ؛ فقد نصت المادة الأولى من هذا القرار على ما يلي : « تؤكد الجمهورية العربية الليبية على القيم الروحية وتتخذ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع . ويجب مراعاة التزام المبادىء الأساسية للشريعة الإسلامية في كل ما يصدر من قوانين وتشريعات أخرى » . وجاء بالمذكرة الإيضاحية للقرار أن هذه المادة تعتبر متممة للإعلان الدستوري الليبي كقاعدة أساسية لدستورية القوانين والتشريعات التي تصدر في الجمهورية من الآن فصاعداً .

وتقتضي دراسة النتائج القانونية المباشرة للنص الدستوري التفرقة بين التشريعات التالية لصدور هذا النص والتشريعات السابقة على صدوره .

---

١) راجع في هـــذا الشأن محاضرة للأستاذ أبي الأعلى المودودي عن « تدوين الدستور الإسلامي » ، منشورة ضمن محاضرات أخرى له في مؤلف بعنوان : « نظرية الإسلام وهديه » دمشق ١٩٦٧ ص ٢٦٢ وما بعدها .

٧) أولاً : التشريعات التالية لصدور النص الدستوري :

لم توجب المادة السادسة من دستور دولة الاتحاد على المشرع تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في مجموعات قانونية، ولكنها ألزمته فحسب باتخاذ الشريعة مصدراً رئيسياً للتشريع . ويكشف هذا المسلك عن رغبة واضع الدستور في انتهاج سياسة التدرج في تقنين أحكام الشريعة : فحيثما تدعو الحاجة إلى سن تشريع جديد يتعين على المشرع ابتداء أن يستقبل الشريعة الإسلامية ليستمد منها أحكامه . وليس ثمة ما يلزمه بالتقيد بمذهب من المذاهب الفقهية أو تفضيله عند التعارض على غيره . ولا مجال للظن بأن المشرع الدستوري في ليبيا يؤثر المذهب المالكى على غيره من المذاهب الفقهية، لأن الإشارة إلى هذا المذهب في قرار مجلس قيادة الثورة الصادر في ٩ رمضان سنة ١٣٩١ لا تفيد هذا المعنى ؛ فقد حدد هذا القرار للجان التشريعية اختصاصها ؛ ومنها « إعداد تشريعات بديلة أخذاً من مختلف المذاهب مع تخير أيسر الحلول حسبما تقتضيه المصلحة العامة ومع مراعاة ما جرى عليه العرف في البلاد مما له أصل في مذهب الإمام مالك ». وهذه العبارة واضحة الدلالة على أنه إذا جنح المشرع في بعض الحالات إلى إيثار المذهب المالكي على غيره من المذاهب فإنما يكون ذلك لأحد سببين : إما لأن الأخذ به في واقعة الحال يحقق المصلحة العامة أكثر مما يحققها الأخذ بسواه ، وإما لأن العمل به في الواقعة المعروضة قد تواتر واطرد حتى غدا عرفاً ، والأخذ بحكمه في هذه الحالة ليس إلا وجهاً من وجوه التفضيل أساسه رعاية المصلحة العامة أيضاً . ومن هذا يتضح أن قرار مجلس قيادة الثورة لم يجعل للمذهب المالكي — بوصفه مذهباً فقهياً — منزلة تعلو منزلة غيره من المذاهب ، بل سوى بينها جميعاً من حيث المبدأ .

وإذا كان الدستور يقضي باتخاذ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع ، فإنه يترتب على ذلك أنه لا يجوز لتشريع وضعي لاحق لصدور الدستور أن يخالف حكماً قطعياً من أحكام الشريعة الإسلامية وإلا كان هذا التشريع مشوباً بعيب مخالفة الدستور . ووجه المخالفة فيه أن المشرع عندما أصدره أغفل الشريعة الإسلامية فلم يستمد قواعد التشريع من أحكامها ، بل قدم عليها مصدراً ثانوياً لا يصح له بحكم الدستور أن يتقدمها .

٨) ثانياً : التشريعات السابقة على صدور النص الدستوري :

قبل صدور دستور دولة الاتحاد لم يكن المشرع في كل من مصر وسوريا وليبيا ملزماً باستقاء قواعده من موارد الشريعة الإسلامية ، ولذلك فإن بعض التشريعات المعمول بها في هذه الدول تنطوي على مخالفة لأحكام الشريعة . ولم تكن هذه المخالفة فيما مضى قادحة في سلامة تلك التشريعات ، غير أنه بعد صدور دستور دولة الاتحاد أصبح الموقف الآن يدعو للتساؤل : هل من المقبول أن تظل تلك التشريعات نافذة بعد الدستور كما كانت قبله رغم ما بينها وبينه من تعارض ؟

لا جدال في أن المنطق السليم يوجب رفع هذا التعارض . ولكن كيف يتم ذلك ؟ هل يمكن القول بأن التعارض قد ارتفع قانوناً بصدور النص الدستوري فسقطت التشريعات المخالفة تلقائياً ، أو أن رفع التعارض يقتضي تدخل المشرع بنفسه لتحقيق المواءمة بين الوضع التشريعي والنص الدستوري ؟

أما القول بالسقوط المباشر فمستبعد لجملة أسباب :

أولها : أن النتائج العملية لهذا الرأي على درجة من الخطورة يتحرج معها

أي فقيه من الإصرار عليه . فالقول به يؤدي إلى إيجاد منطقة فراغ عريضة ينحسر عنها التشريع فتضطرب الأمور اضطراباً شديداً . وهذه النتيجة بذاتها تقطع بأن واضع الدستور لم يرد ترتيبها كأثر من آثار المادة السادسة وإلا لواجه الامر بالعلاج بحكم مسئوليته .

والثاني : أن القول بالسقوط يقتضي التسليم بأن الدستور قد ألغى التشريعات التي تخالف حكم المادة السادسة . ولما كانت هذه التشريعات لم تلغ صراحة فلا يبقى إلا احتمال إلغائها ضمناً . وهذا الاحتمال مستبعد لأن الإلغاء الضمني له صورتان لا تتوفر أي منهما . ولا محل للقول بأن التعارض القائم بين نص الدستور وتلك التشريعات يوجب إلغاءها ، لأن الإلغاء الضمني لايكفي لتقريره مجرد التعارض ، بل يجب ان يبلغ هذا التعارض مبلغاً يستحيل معه الجمع بين الجديد والقديم . فأما إذا أمكن إعمال كل من الحكمين — على ما بينهما من تعارض — فلا محل لدعوى الإلغاء . والجمع على هذا النحو ممكن بين نص المادة السادسة من الدستور والتشريعات السابقة عليها ولو كانت مخالفة لها .

والثالث : أن مسلك بعض الدول العربية التي أدمجت في دساتيرها هذا النص يؤكد صحة هذا النظر . ففي الجمهورية العربية الليبية صدر قرار مجلس قيادة الثورة المشار إليه ونص في المادة الثانية منه على تشكيل لجان لمراجعة القوانين المعمول بها واقتراح تعديلها بما يتفق مع المبادىء الأساسية للشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً رئيسياً للتشريع . وكلفت هذه اللجان بحصر واستظهار ما يناقض الأحكام القطعية والقواعد الأساسية للشريعة الإسلامية والعمل على إزالة هذا التناقض بإعداد تشريعات بديلة . وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القرار أن مجلس قيادة الثورة اعتنق فكرة التدرج في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، وذلك بالإبقاء على القوانين الوضعية المعمول بها في المحاكم مع البدء فوراً بمراجعة نصوصها لحصر ما يخالف الأحكام القطعية

والقواعد الأساسية للشريعة الإسلامية ثم العمل على إصدار قوانين بتعديلها .

وعلى ذلك فالتعارض القائم بين نص المادة السادسة من الدستور وبعض التشريعات النافذة في كل من مصر وسوريا وليبيا ليس موجباً لاعتبار تلك التشريعات ملغاة منذ صدور الدستور ، بل يقتضي إلغاؤها تدخل المشرع لتحقيق الانسجام بين دستور الدولة وكافة تشريعاتها . وعلى الرغم من أن هذا العمل واجب يلتزم المشرع بالقيام به ولا يترخص فيه ، إلا أن قعوده أو امتناعه عن القيام بهذا الواجب لا يرتب في جانبه إلا المسئولية السياسية ؛ فليست هنـــاك وسيلة قانونية لحمله عـــلى القيام بواجبه . ولذلك فمن الممكن نظرياً أن تبقى التشريعات المعارضة لأحكام الشريعة نافذة إلى ما لا نهاية . وإذا جاز الطعن بعدم الدستورية في التشريعات التالية لصدور الدستور ، فهذا الطعن ممتنع بالنسبة إلى التشريعات السابقة على صدوره ، لأن شرط النعي على تشريع ما بعـــدم الدستورية أن يكون هذا التشريع قد صدر مخالفاً للدستور . وهذا يعني أن عدم الدستورية عيب يلحق التشريع منذ مولده ، فلا يتصور في فقه القانون أن يكون التشريع « دستورياً » في لحظة من الزمن و « غير دستوري » في لحظة أخرى . وإذا وقع مثل هذا التعارض بين بعض التشريعات ونصوص دستور جديد ، فإن المقام يكون — على الأكثر — مقام إلغاء يلزم لتقريره توافر شروطه . فان لم تتوفر هذه الشروط وجب لرفع التعارض أن يتدخل المشرع نفسه لتعديل تشريعه .

ولذلك فالسبيل الوحيد للتوفيق بين نص الدستور والتشريعات المخالفة له في دولة الاتحاد أن ينشط المشرع نفسه أداء لواجبه وتقديراً لمسئوليته لتعديل التشريعات القائمة بما يرفع التعارض بينها وبين أحكام الشريعة الإسلامية .

مجال التعديل في التشريعات السابقة على صدور الدستور :

لعل بعض الناس يتخوفون من أن يؤدي تطبيق المبدأ الدستوري الجديد على التشريعات النافذة إلى قلب البنيان القانوني رأساً على عقب ، وإلى إحلال نظم جديدة لم يألفها الناس محل نظم قديمة ألفوها . وقد لا يكون في وسع الناس تحمل هذه النقلة الفجائية فتضطرب حياتهم وتختل شئونهم .

وهذه المخاوف من حيث المبدأ جديرة بالاعتبار بغير شك ؛ فليس باستطاعة مشرع أن يتغافل عن حقيقة الأوضاع الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والخلقية السائدة في مجتمعه ، وإلا انقطع ما بينه وبين الناس . ولذلك فإنه ينبغي على المشرع الرشيد أن يتجنب الطفرات التشريعية وألا يتخم المجتمع بنظم قانونية لم يتهيأ أفراده لتقبولها . وعلى الرغم من أن هذه الفكرة صحيحة في ذاتها، إلا أن النص الدستوري لا يفضي إليها في صورتها الحادة التي يتعين اجتنابها ، وذلك لسببين :

أولهما : أن النص الدستوري كما قدمنا لم يلغ التشريعات القائمة وقت صدوره، لا صراحة ولا ضمناً، حتى تلك التي تتعارض مع أحكام الشريعة تعارضاً جلياً . وإنما ينصرف الأثر الفوري للنص إلى التشريعات التالية لصدوره . وينحصر دور المشرع بالنسبة إلى التشريعات السابقة على مراجعتها واستظهار أوجه التعارض بينها وبين أحكام الشريعة وتعديلها بما يرفع هذا التعارض . وهذا العمل يقتضي دراسة واعية ومتأنية لمختلف الآراء الفقهية وإحاطة دقيقة بظروف المجتمع وحاجاته ثم اختياراً ذكياً لما يوافق حكم الشرع ويحقق مصالح الناس . وأخشى ما يخشاه دعاة الرجوع إلى شريعة الإسلام أن ينزلق المشرع فيصدر تشريعات عجلى منسوبة للشريعة لم تستقص

في إعدادها آراء السلف ولم يستنفد مجتهدو العصر فيها كل ما في وسعهم ، ولم تراع فيها ظروف العصر وطبيعة العلاقات بين أفراده وجماعاته ، سواء على الصعيد المحلي أو العالمي . لقد عاشت معظم الشعوب العربية منذ بداية هذا القرن في ظلال قوانين أغلبها غريب الأصل والمنشأ ، ولكن الناس ألفوها بمضي الزمن ونظموا حياتهم على أساسها ، لأنها – أياً ما كان الرأي فيها – تعبر عن روح العصر وتستجيب لحاجات أهله . وإنه لمن المخاطرة بمصالح الناس وباسم الشريعة الإسلامية وجلالها أن تصطنع بعض القوانين بغير روية وأن تطبق بلا تدبر لمدى ملاءمتها أو تقدير لعواقبها ، فتكون ثمرة ذلك نفور الناس من الشريعة وأحكامها ، وتطاول الجهال عليها ، وغلو الأعداء في النيل منها ، واحتجاجهم بفشلنا في فهمها وتطبيقها على عدم صلاحيتها للتطبيق.

والثاني : أن التعارض بين التشريعات القائمة والشريعة الإسلامية ليس تعارضاً شاملاً يقتضي قلب النظام القانوني كله واستئصاله من جذوره وإحلال نظام قانوني جديد محله يختلف عنه جملة وتفصيلاً . وإنما التعارض في حقيقة أمره محدود النطاق . ويمكن تقسيم التشريعات القائمة من حيث مدى اتفاقها أو اختلافها مع أحكام الشريعة أقساماً ثلاثة : قسم يوافق أحكام الشريعة تماماً لأنه مستمد منها مباشرة ، وقسم لا يخالف أحكامها وإن لم يكن مستمداً منها ، وقسم يخالف أحكامها مخالفة صريحة .

فأما القسم الأول فيشمل مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين من زواج وطلاق ووقف ووصية وميراث . وهذه المسائل تنظمها تشريعات مأخوذة بأكملها من الشريعة الإسلامية ومن المذاهب الفقهية على اختلاف بين الدول في تغليب مذهب على غيره وفي الجمع بين المذاهب في بعض الأحيان . ومن البديهي أن هذا القسم لن يكون عرضة للمراجعة والتعديل كأثر من آثار النص الدستوري وإن جاز أن يكون عرضة لذلك لاعتبارات أخرى تتصل بمدى

ملاءمة قواعده لظروف الجماعة المتغيرة .

وأما القسم الثاني فيشمل الأغلبية الساحقة من التشريعات النافذة . ومن قبيلها القانون المدني والتجاري وقانون المرافعات والإجراءات وقانون العقوبات بوجه عام . فعلى الرغم من أن هذه القوانين لم تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية مباشرة، إلا أنها لا تتعارض في جملتها مع أصولها العامة وقواعدها الكلية . وليس في هذا التوافق غرابة ؛ فأحكام الشريعة كلها إنما وضعت لمصلحة الناس ، وليس من المحتم أن يضل الناس تماماً بغير هداية من دين في تصور مصالحهم وفي تلمس الوسائل للمحافظة عليها . وقد كان الالتفات إلى المعاني الصحيحة معلوماً في الفترات — كما يقول الشاطبي في الموافقات — واعتمد عليه العقلاء حتى جرت بذلك مصالحهم وأعملوا كلياتها على الجملة فاطردت لهم، سواء في ذلك أهل الحكمة الفلسفية وغيرهم. إلا أنهم قصروا في جملة من التفاصيل ، فجاءت الشريعة لتتم مكارم الأخلاق . ومن هنا أقرت الشريعة جملة من الأحكام التي جرت في الجاهلية مما كان عند أهلها محموداً ، وتلك هي محاسن العوائد ومكارم الأخلاق التي تقبلها العقول، وهي كثيرة[1] .

وإذن فكون بعض التشريعات المعمول بها مأخوذة من مصدر غير الشريعة الإسلامية لا يصلح في ذاته سبباً لإلغائها ، لأن مناط الإلغاء أو التعديل هو تعارض أحكام التشريعات النافذة مع الشريعة لا مجرد انتمائها إلى مصدر آخر . ولذلك فهذا القسم من التشريعات سيبقى على حاله ، ولن يؤدي النص الدستوري إلى إلغائه ولا تعديله . وليس معنى ذلك دوام هذا القسم ولا ثبات

---

(١) الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٢٨٥ و ٢٨٦ .

أحكامه ، لأن ذلك مرهون بظروف المجتمع وحاجاته . فإذا دعا الأمر إلى تعديله أو إلغاء بعض أحكامه ، فسوف يكون ذلك لاعتبارات موضوعية تتصل بالملاءمة ، لا لاعتبارات قانونية مبناها التعارض .

وأما القسم الثالث فينحصر في قلة من التشريعات المخالفة لنصوص الكتاب والسنة. وهذا القسم لا مناص من إلغائه أو تعديله على نحو ترتفع به المخالفة . ولعل أظهر تشريعات هذا القسم تلك التي تعالج جرائم الحدود والقصاص وموضوع الربا . وهذه التشريعات لدقتها البالغة وآثارها الاجتماعية الخطيرة توجب على المشرع أن يكون حريصاً كل الحرص متأنياً إلى أقصى حد ، وأن يقلب الأمر على مختلف وجوهه ، وأن يهيء المناخ الصالح لتطبيق أحكام الشريعة قبل أن يؤخذ الناس بها ، وإلا ساءت العاقبة ، وكان إفراطنا في الحرص على الشريعة جناية عليها من حيث لا ندري . وليس من الإنصاف أن نلقي على المشرع وحده تبعة تهيئة المناخ لتطبيق أحكام الشريعة ؛ فهناك آخرون يحملون جانباً من هذه التبعة، وعلى رأسهم المتفقهون في الدين ، والمشتغلون بالقانون ، والمعنيون بشئون الاقتصاد وغيرهم . وليس المطلوب من هؤلاء مخاطبة الجماهير بالعواطف الملتهبة ولا بالمبررات الساذجة السطحية ، وإنما المطلوب منهم أن يقوموا بدراسات جادة تجمع إلى التعمق في فهم نصوص الشريعة ومقاصدها البصر الحاد بظروف العصر وحاجات أهله وتكون عوناً للمشرع على إخراج أحكام الشريعة للناس على هيئة لا تمسخ النصوص ولا تجافي روح الاسلام ، ولا تبدو في الوقت نفسه عبئاً على المجتمع يؤوده حمله ويثقل خطاه ويقعد به عن تحقيق ما يسعى إليه من تقدم .

٩) هل تصبح الدولة بعد النص الجديد دولة ثيوقراطية ؟

النص في الدستور على اتخاذ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع

سيؤدي بطبيعة الحال إلى تنظيم الدولة على أسس إما مستمدة من الشريعة الإسلامية أو غير مخالفة لأصولها . ولن يتاح لنا تحقيق هذا الهدف إلا إذا وضحت لنا أحكام الشريعة تمام الوضوح . فهل يعني ذلك استئثار رجال الدين بمهمة التشريع ، وبالتالي بالسيطرة على أجهزة الحكم في الدولة ، بحيث تصبح الدولة في عهدها الجديد دولة ثيوقراطية ؟

يحسن قبل الإجابة على هذا السؤال أن نحدد المقصود بالثيوقراطية . فهذا المصطلح ينصرف إلى أحد معنيين : أولهما : أن الثيوقراطية نظام يستمد تشريعاته من القوانين الإلهية . والثاني : أنها نظام تستأثر طبقة رجال الدين بالسلطة السياسية العليا فيه . وإذا وقفنا عند المفهوم الأول فلا شك في أن النص الدستوري الجديد قد جعل الدولة ثيوقراطية لأنه أوجب على السلطة التشريعية فيها أن تستمد تشريعاتها بصفة أساسية من أحكام الشريعة الإسلامية . أما إذا أريد بالثيوقراطية معناها الثاني ، فإن الدولة الجديدة لن تصبح ثيوقراطية بأي حال . وإذا كان مفهوما الثيوقراطية في الغرب متلازمين ، فالتلازم بينهما في النظام الإسلامي غير قائم . فليس في الإسلام طبقة متميزة تختص بالعلم بأحكامه وإقامة شعائره ، بل إن الإسلام لا يعرف طبقة من بنيه يوصفون بأنهم رجال الدين. إن الإسلام دين واضح المعالم، حلاله بين وحرامه بين ، وليس له سدنة ولا كهنة ، ولا أحبار فيه ولا رهبان . وقد نزل الإسلام منذ أربعة عشر قرناً في قلب صحراء العرب ، فوعاه رجل البادية على ما به من سذاجة وتوسط في الفهم والتحصيل . أما الفروع والتفاصيل التي لحقت أحكامه فيما تلا ذلك من عصور فليست إلا اجتهادات أملاها اختلاف ظروف الزمان والمكان واختلاف مناهج الفقهاء . وإذا كان الإسلام يحض على العلم فإنه لا يحصر هذا العلم في فئة من الناس ، بل يجعل طلبه فرضاً على الناس كافة .

وبهذا المعنى فالاجتهاد في الدين مفتوح لكل مسلم، والمشاركة في التشريع حق لأفراد الشعب كله. غير أن الاجتهاد ليس فوضى بلا ضابط. وإذا كنا ننكر تقسيم الناس إلى رجال دين ورجال دنيا فإننا لا نتردد لحظة في قصر الاجتهاد على المتفقهين في أمور الدين. وليس في هذا التحفظ نقض للمبدأ بل هو من لوازمه؛ فالدولة على سبيل المثال لا تسمح لمن لم يدرس الطب بعلاج المرضى، ولا لمن لم يدرس القانون بممارسة المحاماة أو تولى القضاء. والاجتهاد في الدين ليس أقل من ذلك خطراً، فلا ينبغي أن يتصدى له من كان غير أهل لذلك. وهذا يفرض على رجال القانون أن يلتفتوا إلى أحكام الشريعة وأن يعكفوا على دراستها حتى يتاح لهم القيام بدورهم في ظل النظام الجديد الذي رسم الدستور معالمه. وليس من حقهم أن يقعدوا عن أداء واجبهم ثم يجأروا بالشكوى خوفاً من أن تصبح الدولة ثيوقراطية.

١٠) الشريعة الإسلامية والدولة العصرية :

تسود الفكر المعاصر نزعة قوية تنفر من بناء الدولة على أساس ديني. وسوف يؤول النص القاضي باتخاذ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع على أنه اتجاه واضح لإقامة الدولة على هذا الأساس. ويخشى أن يؤدي هذا الاتهام إلى تهيب المشرع من المبادرة إلى وضع النص الدستوري موضع التنفيذ، ومن ثم إلى تجميده بحجة أو بأخرى. وهذا الاتهام لن يصدر من خارج الدول العربية فحسب، بل إن فريقاً من المثقفين المسلمين في الوطن العربي نفسه لا يكتمونه. وهنا وجه الخطر.

فأما الدول الأجنبية فأسباب اعتراضها معروفة. ومن هذه الأسباب أن تاريخ الدول التي قامت في الماضي على أساس ديني يكشف عن مقاومة رجال الدين للعلماء والمفكرين عامة واضطهادهم إياهم، وعن احتماء الحكام بستار

الدين وانحرافهم بالسلطة تحت وهم الاعتقاد بالحق الإلهي في تولي الحكم. ومن هذه الأسباب كذلك الخوف من تعصب الدول الدينية ضد من لا يدينون بدينها، سواء كانوا أقلية من مواطنيها أو رعايا دول أجنبية. وفضلاً عن هذه الأسباب فإن « الدولة الإسلامية » بوجه خاص تلقى اعتراضاً شديداً من دول الغرب ومقاومة عنيدة ظاهرة أو خفية ؛ فما زالت دول الغرب تحتفظ بذكريات تاريخية قديمة ترجع إلى عهد انتشار الدعوة الإسلاميـــة واقتحامها القارة الأوربية. ولعلهم هناك يخشون أن تقوم في المنطقة العربية دولة إسلامية حقيقية يشتد ساعدها يوماً فتعيد الكرة وتقدم على مغامرات عسكرية لاستعادة المناطق التي دخلتها الجيوش الإسلامية واستقر فيها المسلمون فترة من الزمن.

ولعل فريقاً من المسلمين أنفسهم يذكون بتزمتهم هذه المخاوف لدى غير المسلمين ولدى المثقفين المسلمين على السواء. فهؤلاء المتزمتون يتصورون ويصورون الدولة الإسلامية الحديثة على النحو الذي سجلته السوابق التاريخية في عهد الخلفاء الراشدين وفي عهد بني أمية وبني العباس، حيث كان الخليفة يجمع في يده مقاليد كل الأمور ويتصرف في مختلف شئون الدولة باعتباره رأس السلطة التنفيذية والتشريعية ــ فيما يقتضي اجتهاداً ــ والقضائية أيضاً. ومن هؤلاء المتزمتين من يتصور الجهاد ويصوره على أنه حرب مقدسة ضد كل من لا يدين بالإسلام حتى يسلم أو يدفع الجزية عن يد وهو صاغر. ومنهم من يتصور ويصور غير المسلمين في داخل الدولة على أنهم فئة منبوذة ليس لهم من الحقوق إلا ما يجود به الخليفة أو أمير المؤمنين. وذلك كله خليق بإثارة الخواطر في الخارج والداخل ضد فكرة الدولة الإسلامية.

والدولة المسلمة بريئة من ذلك كله فالإسلام الحق لا يخيف أحداً من رعايا الدول الأجنبية ولا من المواطنين غير المسلمين. وكل ما يلصقه بعض الناس

بالاسلام من تهم يرجع في الحقيقة إما إلى كيد ومغالطة، أو إلى جهل أو تزمت .

وما ينبغي أن يغزب عن بالنا أن كثيراً من وجوه اعتراض الغرب على قيام الدولة الإسلامية مرده إلى خوف حقيقي على مصالحه من قيام الدولة المسلمة . فالدول التي يدين السواد الأعظم من شعوبها بدين الإسلام هي ذات الدول التي تحوي أرضها ثروات وموارد يحرص الغرب على الحصول عليها ولو اقتضاه ذلك خوض غمار حرب . وهذا الخوف يحتم على الغرب أن يروج للتنفير من إقامة دولة في هذه المنطقة على أسس دينية ، لأن الإسلام ينكر على أهله الرضا بالتخلف و المذلة وقبول الاستغلال . ولو قامت في المنطقة العربية دولة مسلمة بالمعنى الصحيح لساخت قوائم الغرب فيها بلا مراء . وفضلاً عن ذلك فإنه لا يسعنا كمنصفين أن نتوقع من الغرب نسيان التاريخ القديم وتجاهل قيام دولة مسلمة قد تصبح منطقة جذب لسائر الشعوب الإسلامية لتكون منها في المستقبل دولة إسلامية كبرى يخشى الغرب منها — خطأ أو صواباً — أن تعيد الكرة فتبعث الماضي من جديد .

والدليل على أن دعوى الغرب ليست نابعة عن أيديولوجية أصيلة أن دوله — بإقرار من جماهير شعوبها — قد باركت قيام دولة في قلب الوطن العربي تقوم دون مواربة على العقيدة الدينية وحدها ، ويضم شعبها أخلاطاً من البشر لا يربطهم غير الانتماء للدين اليهودي . ولم يقف الغرب من هذه الدولة موقف الاستنكار أو اللامبالاة ، بل أيدها تأييداً سافراً وحضها على التوسع والعدوان وأمدها بعونه السياسي والمالي ، ودعم قدراتها بما لديه من خبرة وسلاح .

فالاعتراض على مبدأ قيام الدولة على أساس ديني هو اعتراض سقطت أقنعته وبدا على حقيقته ؛ فهو ليس اعتراضاً على المبدأ ذاته ، ولكنه ذريعة

لإبقاء البلاد العربية على وضعها الراهن للإفادة من حالـــة الضياع والتمزق التي يعدها الغرب أفضل حال بالنسبة إليه .

وإذا كان اعتراض الآخرين يحمل في ذاته عناصر الشك في أمانته وصدقه ، فإن دعاوى المتزمتين من المسلمين هي مكمن الخطر الحقيقي ، لأن فهم هؤلاء المتزمتين للإسلام وعرضهم إياه على الناس يشوه بعض ملامحه ويجعل لمن لم تتح لهم الظروف دراسته — نصاً وروحاً — عذراً كبيراً في التخوف من قيام الدولة عليه . وليس المقام هنا مقام الرد على تلك الدعاوى . لاتصالها بأمور خطيرة لا يمكن إبداء الرأي فيها في بحث كهذا . وقد وضع الدستور كل المخلصين للإسلام أمام مسئولية تاريخية جسيمة ، عليهم أن يحملوها بأمانة وأن يظهروا الإسلام على حقيقته ديناً حنيفاً لا يرضى بالظلم ولا يقر المحاباة ، بل يوزع العدل بين الناس بالقسطاس المستقيم .

دَوْرُ القانون في التنمية الاقتصادية

للدكتور خالد الشاوي

مقدمة

تعتبر مشكلة التنمية الاقتصادية للدول النامية من مشاكل عصرنا الحاضر المهمة والمعقدة في آن واحد .

فهي تتسم بالاهمية بسبب المرحلة الاقتصادية المتخلفة التي لا يزال يتململ فيها حوالي ثلثي سكان العالم اليوم . والتي تحاول الدول النامية التي تشكل غالبية دول المجموعة الدولية الخروج منها . ولكن مشكلة التنمية ليست قاصرة على الدول النامية فحسب بل اصبحت حالياً مشكلة شاملة تواجه العالم بأسره .

وقد ظهرت اهميتها جلية مؤخراً بسبب التفاوت الكبير في درجات التطور الاقتصادي للدول الصناعية المتطورة والدول الزراعية النامية . ذلك التفاوت الذي مالبثت تزداد هوته السحيقة اتساعاً عاماً بعد عام ، الامر الذي استدعى انتباه المؤسسات الدولية فاتخذت بعض الاجراءات والحلول لمعالجة والحد من تفاقمه .

ولم تفت هذه الاهمية على الباحثين والمسؤولين وغيرهم الذين اضفوا على التنمية الاقتصادية الاولوية اللازمة في بحوثهم وفي معالجتهم للامور العامة لا سيما في الاعوام التي تلت الحرب العالمية الثانية وذلك في جميع دول العالم تقريباً ولو على درجات مختلفة .

٢

كما حدث تحول تام في معالجة مشاكل التنمية باعتبارها وحدة قائمة بذاتها وليس كمجموعة موضوعات اقتصادية واجتماعية مشتتة يعالج كل منها على حدة ، وذلك بسبب التوسع في اتباع اسلوب التخطيط الاقتصادي ، من قبل دول كثيرة نتيجة لانتشار الافكار الاشتراكية وبسبب ظهور الدول المستقلة حديثاً كاعضاء في الاسرة الدولية ، تلك الدول التي فرضت عليها ظروفها الخاصة اتباع اسلوب التخطيط للاسراع في عملية التنمية الاقتصادية .

هذا عن اهمية التنمية اما عن كونها مشكلة معقدة فلأنها تشتمل على جوانب عديدة اجتماعية وقانونية وسياسية وغيرها بالاضافة الى جوانبها الاقتصادية الاصلية . وان معالجة جوانبها الاخيرة هذه واهمال الجوانب الاخرى تسبب باظهار نتائج مخيبة لآمال الجميع في الماضي ، اذ لم تأت الجهود المبذولة في سبيل التنمية الاقتصادية بالحصيلة المرجوة . كل ذلك تطلب الاخذ بنظر الاعتبار الجوانب الاخرى ذات المساس بالتنمية الاقتصادية اذا ما اريد معرفة مشاكلها لغرض معالجتها . ومن هذه الجوانب الناحية القانونية التي نحن بصدد الولوج في بحثها .

وقد تناولنا بحث دور القانون في التنمية الاقتصادية في ثلاثة ابواب وخاتمة استنتاجية . فخصصنا الباب التمهيدي لدراسة معنى القانون ومعنى التنمية الاقتصادية بصدد هذا البحث وخصصنا الباب الاول لتعيين مراحل التنمية وتبيان خصائص التخلف وطرق معالجتها ومعوقات التنمية ووسائل ازالتها ومحفزات التنمية وسبل تشجيعها ودور القانون في كل ذلك كما خصصنا الباب الثاني للتشريعات المتعلقة بالتنمية الاقتصادية كالتشريعات المالية والاجتماعية وتشريعات التخطيط والبرمجة .

وقد ركزنا في بحثنا للموضوعات الواردة في البابين الاول والثاني على

الاوضاع في البلاد العربية ودور المشرع فيها كدول نامية الا انها تتسم بميزات اقتصادية واجتماعية وقانونية خاصة بها . حتى يكون للبحث صفة التخصيص والمساهمة المتواضعة في معالجة بعض مشاكل التنمية في الوطن العربي .

ولاتسام بعض الموضوعات باكثر من صفة واحدة فلم يكن في الوسع تجنب الاشارة اليها في اكثر من موضع واحد بشكل عابر .

لقد كان بودنا ان يظهر البحث اكثر شمولاً ونكاملاً مما هو عليه ولكن ضيق وقت اعداده حال دون تحقيق هذه الرغبة وجعلنا نشير الى الخطوط العامة دون الدخول في بعض التفصيلات رغم اهميتها .

الباب التمهيدي

اذا كان اشباع الحاجات الاقتصادية هو المسير لاهم الفعاليات البشرية واذا كان القانون هو مجموعة القواعد التي تنظم السلوك الظاهر للانسان في المجتمع متمثلاً بتلك الفعاليات . ادركنا مدى العلاقة والترابط بين القانون والتنمية الاقتصادية .

فالقانون ينظم المجتمع والتنمية الاقتصادية ترمي الى زيادة الحصيلة المادية للمجتمع ، ولذلك فان كل قاعدة قانونية تسود في المجتمع سواء كانت من وضع الدولة ام من مصادر اخرى غير تشريعية ، وسواء كانت متعلقة بالتنظيمات الانتاجية ام لم تكن ، يظهر ويكون لها شأناً ، ولو غير مباشر ، وتعمل اما كمحفز او كمعيق في التنمية الاقتصادية .

فالقانون الذي ينظم المرور وقانون الاحوال الشخصية والميراث وقوانين تنظيم الرهان واليانصيب وقوانين الري والطاقة الذرية والقوانين الخاصة بحماية الاخلاق وغيرها لها على الاقل علاقة غير مباشرة بالتنمية الاقتصادية . كما ان للقوانين الطبيعية والقوانين الاقتصادية والاجتماعية علاقة وثيقة بموضوعنا . ولكننا لا نرمي الى شمول البحث لكل هذا وذاك مما اصطلح على تسميته قانوناً ولذلك اقتضى الامر تحديد معنى القانون بصدد بحثنا هذا .

معنى القانون :

والقانون الذي نحن بصدده لا يراد به التعبير عن اتجاهات الظواهر الطبيعية او الاقتصادية او علاقة الاسباب بالنتائج فذلك من القوانين الطبيعية كقانون الجاذبية او من القوانين الاقتصادية كقانون العرض والطلب . بل الذي نقصده هنا هو المعنى الاكثر شيوعاً بين الناس اي مجموعة القواعد الآمرة والمفسرة التي يفرضها الحكام ولو بالقوة اذا اقتضى الامر ، في مجتمع معين اياً كانت مصادرها تشريعاً او عرفاً او قضاء وفقهاً او قانوناً طبيعياً (بمعناه الاصطلاحي القانوني) .

ولذلك فان لفظ « القانون » اوسع من « التشريع » لأنه يشمل القواعد القانونية من جميع مصادرها المختلفة . ولكن المراد من هذه الدراسة هو تبيان التأثير الايجابي الذي يحدثه القانون كوسيلة بيد الحكومة لخلق البيئة الملائمة للتنمية الاقتصادية ولذا فان المقصود من القانون بصدد هذا البحث هو التشريع فقط .

فالتشريع لا مفر منه حالياً في تنظيم شؤون المجتمع ومسايرة تطوره اذ يستطيع المشرعون في وقت قصير تعديل التشريع بسبب تغير الظروف التي شرع من اجلها ، كما يستطيعون تبديل التشريع لخلق جو يعمل هو بدوره على تبديل ظروف المجتمع وجرها الى التغيير المطلوب .

والمتوقع من المشرع المعاصر ان يكون مسايراً للظروف التي تحيط به مادية كانت او مجرد معنوية متأتية من تغير الرأي العام والمبادىء والفكر التي يتبناها ابناء المجتمع والتي تنعكس على تصرفاتهم تجاه بعضهم البعض وفيما بينهم وبين الدولة .

٦

ولكن دور مسايرة القانون لتطور المجتمع فقط يجعل منه مجرد كائن صامت يتغير عندما تتغير الظروف التي شرع من اجلها وهذا الدور المحدد لا يرضى به رجال القانون المحدثون الذين يأخذون بالتفكير العلمي التحليلي المعاصر بل هم يريدون للقانون دوراً ايجابياً وذلك بجعله رائداً ووسيلة لتغيير يرتجى ولغاية يصبو اليها المجتمع . وما غاية اهم اليوم من غاية التنمية الاقتصادية والاجتماعية التي لا ترفع من المستوى المادي للانسان فحسب بل ومن قيمه المعنوية وتحافظ على كرامته الآدمية .

وتصدر التشريعات اليوم في غالبية دول العالم . لغرض مسايرة التطور المادي والتحول الاجتماعي كما تصدر لغرض خلق الظروف الملائمة للتنمية بشقيها المادي والبشري . والتشريع الذي لا يصدر بقصد تحقيق هذين الهدفين يفقد هيبته ولا يلقى الرغبة من الناس في اطاعته ويعرض الدولة الى صعوبات جمة عند تطبيقه .

ولذلك لم يكن مذهباً موفقاً ، مذهب المدرسة الشكلية في تفسير اصل القانون والتي ترى فيه مجرد قواعد يصدرها الحكام وتتوافر فيها الشكلية اللازمة بصرف النظر عن الدافع الحقيقي لاصدارها او للظروف الاجتماعية وغيرها المحيطة بها . صحيح ان الحكمة من التشريع متروك تقديرها للمشرعين ولا يناقشها حتى القضاة ولكن الواقع يبين ان المشرعين لا يصدرون القوانين الا لتحقيق غايات معينة ، وقد يختلف تدخلهم لتحقيق هذه الغايات من نظام الى آخر ولكن الحقيقة تبقى ثابتة وهي استعمال الحكام للقانون كوسيلة للوصول الى غايات معينة وان الغايات التي لا تلقى تأييد المحكومين لا يمكن التوصل اليها بمجرد التشريع وسن القوانين .

ومن هذه الزاوية تظهر اهمية توضيح غايات التنمية الاقتصادية لافراد

جامعة بغداد . كلية الحقوق
مكتبة كلية الحقوق

الشعب الذين بدون مساهمتهم الفعالة وتبنيهم لغايات التنمية لا يمكن تحقيق مقاصدها واهدافها بسهولة .

ان هذا الدور الايجابي المعاصر للقانون خلق في السنوات الاخيرة فرعاً جديداً من فروع القانون اطلق عليـــه قانون التنمية والتطوير Droit de developpement وهو فرع يهتم بصفة خاصة باتجاهات تطوير النظم القانونية للبلدان النامية والقواعد القانونية التي شرعت اساساً لغرض الإسراع في التنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في هذه الدول[1] .

ويفرق قانون التنمية عن سياسة التنمية Development policy التي تشتمل على مجموعة القرارات التي تتخذها الدولة والقطاعات الخاصة لغرض تعيين مقدار ونوع الطلب بقصد زيادة الانفاق للاستثمار المنتج لمواجهة ذلك، وهي السياسة التي تتبع في البلاد الرأسمالية المتقدمة وفي المجتمعات ذات الاقتصاد المزدوج[2] .

---

(١) استعمل هذا المصطلح في Encyclopaedia Universalis, Vol. 5, p. 510, 1969.

(٢) انظر مقالة الاستاذ Victor L. Urquidi المنشورة في :

Fiscal Policy For Economic Growth In Latin America (Papers and Proceedings of a Conference held in Santiago, Chile, December, 1962). Published by John Hopkins Press. 1965, p. 6.

لقد استعملنا مصطلحاً جديداً هو مصطلح « الاقتصاد المزدوج » للدلالة على الاقتصاد الذي يمثل « نمط خاص من انماط الاشتراكية (يعرف احياناً بالاشتراكية العربية) الذي تمتلك فيه الدولة المرافق الكبرى المتحكمة في الاقتصاد في حين ان الملكية الخاصة تكون محصورة في مجالات امتلاك الاراضي والانشاء والصناعات الصغرى والمباني والتجارة الداخلية » . وقداطلق البعض على هذا النوع من الاقتصاد » التخطيط ذو القطاعين « او الوطنية الاشتراكية » او « رأسمالية الدولة » ولو ان هذا المصطلح الاخير غير دقيق . أنظر مقترحات مبدئية بشأن تنقيح الخطة الخمسية الثانية ١٩٦٩/١٩٧٤ للجمهورية العربية الليبية) منشورات وزارة التخطيط الليبية ١٩٦٩ ص ٣ .

وسنشير هنا فيما بعد للمصدر الاول بوثائق مؤتمر شيلي وللمصدر الثاني بتقرير التخطيط الليبي .

معنى التنمية الاقتصادية :

ونعني بالتنمية الاقتصادية بصدد هذا البحث الزيادة المادية الحاصلة في الانتاج القومي التي تقاس معدلاتها بزيادة الدخل القومي لبلد معين وتنسب الزيادة الى متوسط الدخل الفردي لذلك البلد ؛ اي مجموع الدخل القومي مقسماً على عدد السكان .

وتقتضي ظاهرة تزايد عدد السكان نسبة الزيادة الى متوسط الدخل الفردي لان نمو الانتاج قد يحصل ولو لم تصاحبه زيادة في متوسط الدخل الفردي بسبب تلك الظاهرة . بل قد تحصل زيادة في الدخل القومي حتى ولو هبط متوسط الدخل الفردي بسبب استغراق زيادة عدد السكان للزيادة الحاصلة في الانتاج الاهلي الحقيقي .

ومثل هذا النمو هو ليس هدف التنمية بمعناها الذي نريده في هذا البحث لان النمو الاقتصادي الطبيعي قد يحصل حتى في اكثر المجتمعات تخلفاً ولو لم يكن مقصوداً . بل المراد من بحثنا هنا الزيادة التي تحصل لمتوسط الدخل الفردي والاسراع في معدل هذه الزيادة في فترة زمنية معينة هي السنة او المدة المخصصة لتنفيذ الخطط الاقتصادية التي تتراوح بين السنة والعشرين سنة مقسمة او غير مقسمة الى مراحل .

فالتنمية الاقتصادية اذن عبارة عن عملية اقتصادية ترمي الى زيادة الانتاج القومي زيادة تواكب زيادة عدد السكان وتزيد عليها وتحاول اختصار مراحل الزمن اللازمة لمثل هذه الزيادة بالنسبة للدول النامية ، والتي تظهر متخلفة بالمقارنة مع دول اخرى تعتبر متطورة لانها تحقق معدلات نمو عالية في تطورها

الاقتصادي[1] .

---

(١) تتماس درجة نمو البلد الاقتصادي على اساس من مجموع الدخل لذلك البلد بجميع اقاليمه وليس على اساس من مناطق معينة ، فقد يوجد تفاوت في تطور اقاليم البلد الواحد ولكن اهمية هذا التفاوت ليست بأهمية التباين في النمو بين بلدين مختلفين . وذلك لخضوع جميع المناطق المتقدمة والمتخلفة في البلد الواحد لحكومة مركزية واحدة تستطيع عن طريق التشريعات التي تصدرها أن تحول قسماً من عناصر الانتاج من المناطق المتطورة الى المناطق الاقل تطوراً . وهذا ما يحصل فعلا في كثير من الدول ومثال ذلك اقليم (ولاية) فزان في الجمهورية العربية الليبية فان النمو والتطور الذي يحصل فيها الآن هو اسرع بكثير مما لو كانت هذه الولاية دولة مستقلة ليس لديها رأس المال الكافي للتنمية ولا الخبرة البشرية اللا زمة لذلك .

ويحتوي الدخل القومي الاجمالي Gross National Income على مجموع ما يحصل عليه جميع المواطنين او المقيمين في بلد ما من مساهمتهم في الانتاج داخل بلدهم او خارجه سواء تحقق ذلك الدخل للافراد الطبيعيين أو للاشخاص المعنوية بما فيها الدولة وهيئاتها وسواء تم توزيعه ام ادخر كاحتياطي وسواء كان متأتياً عن الاجور او الارباح او الريع .

ولا يشمل الدخل القومي المنابع المتأتية من غير المساهمة في الانتاج كالهبات والمساعدات بدون عوض ولا الفوائد على ديون المستهلكين بل يشمل الفوائد على رؤوس الاموال المقترضة للانتاج .

ويأتي الدخل القومي في جله من المساهمة في الانتاج داخل البلد الواحد ويسمى بالدخل المحلي او الاهلي Domestic Income ولكن قد يأتي بعضه من الخارج كأرباح الاستثمارات في الخارج وكالاجور التي تعاد الى البلد الام من قبل المشتغلين في الخارج من المواطنين والمقيمين وكريع الاراضي المؤجرة للاجانب غير القاطنين كتأجير القواعد العسكرية او حقوق صيد الاسماك والاسفنج في المياه الاقليمية لذلك البلد . كما ويحصل ان يخرج بعض الدخل القومي الى الخارج لدفع تعويض عناصر الانتاج الاجنبية .

واذا اخرجنا حصيلته الصافية فتكون ناتج الدخل الاهلي بكلفة عناصر الانتاج The net domestic product at factor cost اما اذا اردنا ان نحصل على مجموع القيمة السوقية The net domestic product at market price فنضيف الى ذلك الضرائب غير المباشرة ونطرح منه الاعانات المباشرة التي تمنحها الدولة وغيرها من الهيئات شبه الرسمية لانتاج بعض السلع . واذا ما اردنا أن نحصل على القيمة السوقية الحقيقية لمجموع الانتاج المحلي (الاهلي) وجب ان نضيف ما استهلك من رأس المال الثابت أي الاندثار Depreciation . =

١٠

لقد بدأت التنمية الاقتصادية بالنسبة للبلدان المتقدمة في القرن الماضي وظهرت نتائجها خلال المئة سنة الاخيرة بشكل أثر جذرياً على طرق المعيشة في هذه الدول . لان التنمية احتوت على التحول الصناعي الشامل وتغيير طرق العمل والمهن والحرف والتبدل الكلي الذي طرأ على توزيع المنتجات والتبادل التجاري من الناحية الاقتصادية .

اما من الناحية الاجتماعية فشملت نتائجها زيادة عدد السكان وقلة الوفيات وزيادة معدل الاعمار وكثرة الهجرة والتنقل من بلد الى آخر وداخل القطر الواحد نفسه وتغيير طبقات المجتمع نتيجة الاهتمام بعدالة التوزيع وظهور الدولة المركزية والتمركز السياسي الواعي . ان مثل هذا التحول الاقتصادي والاجتماعي شمل ما لا يزيد عن ربع سكان العالم فقط في منتصف هذا القرن .

ومع ان التنمية هي عملية اقتصادية في الاصل فانها وليدة الثروة العلمية[1] ولذلك فهي تعكس زيادة معرفة الانسان لظواهر الطبيعة وتسخيرها لخدمته ، كما انها تحتوي بين طياتها على اعتبارات اجتماعية وثقافية وقانونية وحتى مبدأية تتفاعل لكي تحقق التقدم الاقتصادي في زيادة الانتاج القومي .

وبتحقق التقدم الاقتصادي يكون في المستطاع زيادة الانتاج القومي بأقل

= اذن مجموع الدخل القومي بالقيمة السوقية يتكون من :

حصيلة الدخل الاهلي – الأندثار + صافي الضريبة غير المباشرة – الاعانات . وينسب الدخل القومي لفترة زمنية محدودة هي سنة في العادة وتحسب فيه الدخول قبل استقطاع الضرائب المباشرة منها .

انظر Richard & Giovanna Stone, National Income and Expenditure, Bowes & Bowes, London, 1966, pp. 12-19.

(١) International Encyclopedia of the Social Sciences, Vol. 4, p. 396.

قدر مصروف من الطاقة البشرية لتلك الزيادة باستعمال وسائل التقنية . وتستمر المسيرة حتى يصل المجتمع الى درجة الرفاه الاقتصادي الذي يزداد في ظله متوسط الدخل الفردي رغم الزيادة الهائلة في استهلاك الفرد وتخفيض ساعات العمل وانتشار الاستهلاك الكمالي وتخصيص الكثير من الوقت للاهتمام بالفنون وبالثقافة والعطل الترفيهية وانعدام الاعمال اليدوية تقريباً .

وبعد تحديدنا لمعنى القانون ومعنى التنمية الاقتصادية ننتقل الى الدور الذي للقانون في التنمية .

تأثر دور القانون بالنظام السياسي والاقتصادي :

ترتبط التنمية كعملية اقتصادية ارتباطاً وثيقاً بالقوانين والظواهر الاقتصادية أي التي تبين وتفسر السلوك والنتائج الاقتصادية . ويزداد هذا الترابط حدة كلما كان الاقتصاد حراً أي لا يد للدولة في توجيه فعالياته . ولكن الدولة تستطيع الحد من اثر الفعاليات الاقتصادية وتحد من ظواهرها ومن القوانين الاقتصادية كالعرض والطلب والمنفعة الحدية والغلة المتناقصة وغيرها ومن ظواهر التضخم والانكماش وما شاكلها وذلك باستعمال التشريع كوسيلة لاحداث مثل هذه التأثيرات . بل تستطيع الدولة احياناً ان تقضي على بعض الظواهر الاقتصادية كما يمكنها ان تستعمل القانون كعامل مساعد في تنميتها كما يستعمل العامل المساعد في تنمية التفاعل الكيماوي .

وعليه فان دور القانون في التنمية يتوقف على مدى تدخل الدولة واتباعها للنظام الاقتصادي الحر او للنظام الاشتراكي الموجه . ويتوقف مدى تدخل الدولة بدوره على فلسفة الحكم المتبعة فيها والتي يفترض ان تصدر التشريعات بوحيها ولغرض تنفيذها . ولتبيان دور القانون هذا نأخذ نظامين هما النظام

الرأسمالي والنظام الاشتراكي ونفترض انهما مختلفان اختلافاً كلياً وحدياً لاغراض هذه الدراسة .

القانون في النظام الرأسمالي :

ففي المجتمعات الرأسمالية يستمد القانون دوره من اصول وفلسفة ونظريات نشوء الدولة التي قال بها هوبس ولوك وروسو وسبنسر وغيرهم والتي تفترض ان الدولة قامت لغرض حماية الفرد في المجتمع وحماية فعالياته الاقتصادية والتي ايدها الاقتصاديون التقليديون امثال آدم سمث وريكاردو وسسموندي والتقليديون المجددون أمثال مارشال وجيد وغيرهم .

وعليه يفترض ان تمارس الفعاليات الاقتصادية في النظام الرأسمالي بحرية كاملة وبدون تدخل من الدولة ويكون للقانون دوراً محدوداً في التنميـــة الاقتصادية يتأتى عن طريق غير مباشر . لان مهمة القانون في هذه المجتمعات هي حماية فعاليات الفرد الاقتصادية ومنعها من التصادم مع بعضها وعدم التدخل الا اذا كان الامر ضرورياً ويتعلق بكيان المجتمع .

وقد اعتبرت الحكومات الرأسمانية موخراً من قبيل هذه الضرورة اتخاذ ما يلزم من قوانين لخلق البيئة الملائمة لتفاعل العوامل الاقتصادية والاسراع من ذلك لغرض زيادة الانتاج ومكافحة البطالة . كما اعتبرت من الضروري ايضاً اصدار القوانين اللازمة لازالة المعيقات التي تقف في وجه النمو الاقتصادي كالتضخم ومكافحة الاحتكار والمنافسة غير المشروعة .

ومع ذلك فان المشرع في النظام الرأسمالي يلاحظ عند اصداره التشريعات المختلفة عدم المساس او المساس باقل قدر ممكن بسريان القوانين الاقتصادية

ونظام الأثمان . الا ان القوانين الاقتصادية تتأثر ولو بشكل غير مقصود بما يصدره المشرع الرأسمالي من تشريعات لا سيما تلك المتعلقة بالسياسة المالية والنقدية التي تسير بمقتضاها الدولة كما سنرى فيما بعد .

ويمكن القول عموماً ان دور القانون المباشر في الدول الرأسمالية الصرفة ينحصر في حماية مبدأين هما : الملكية الخاصة وحرية العمل . ومن اعمالها ينشأ حق جمع المال واستعماله للاستهلاك المباشر او للادخار لاستهلاكه مستقبلاً او لاستثماره لخلق ثروات جديدة كرأسمال منتج وحماية المشرع لذلك . ومن هنا تأتي مصادر الدخل في هذا النظام أي من الاستثمار والانفاق الخاصين ومن الانفاق الحكومي . ولا يكون للدولة السيطرة المباشرة الا على الانفاق الحكومى اما ما يخص الاستثمار والانفاق الخاصين فليس لها الا سيطرة غير مباشرة عليهما وذلك عن طريق السياسة النقدية (١) .

ويرتكز الحجر الاساسي في النظام التشريعي الرأسمالي على هذين المبدأين ولا تحيد عنهما التشريعات المختلفة الا بالقدر الذي تتطلبه ضرورات المجتمع .

وقد اخذ في السنوات الاخيرة (أي بعد الحرب الاولى) حجم هذه الضرورات بالاتساع بصورة دائبة حتى شمل اموراً كانت تعتبر خارج نطاق عمل الدولة في النظام الاقتصادي الحر . فأخذت الدول الرأسمالية تصدر التشريعات الاجتماعية ذات الاثر المباشر في الانتاج كتشريعات العمل والضمان الاجتماعي وتحديد النسل وقوانين التعاون وجمعياته . كما اصدرت

---

(١) انظر بالنسبة الى مصادر الدخل في النظام الرأسمالي الامريكي .
Dr. D. G. Kousoules, Key to Economic Progress, Ballantine Books, New York, 1958, p. 104.

التشريعات الاقتصادية والمالية والنقدية التي أثرت بالانتاج والتوزيع والاستهلاك كقوانين تنظيم الانتاج الصناعي والزراعي والحماية والجمركية وقوانين تنظيم الحياة الاقتصادية المتعلقة بالتموين وقوانين مراقبة النقد والتحويل الخارجي وغطاء العملة واحتكار اصدار النقود الورقية وتنظيم اسواق البضائع والاسواق المالية والنقدية (البورصات) وغير ذلك كثير . كما صدرت في هـــذه المجتمعات الرأسمالية قوانين لها مساس حتى بحرية العمل كقوانين تنظيم التجارة والزراعة والصناعة والمهن والنقابات العمالية وقوانين الحد من الانتقال والهجرة والاقامة أو تشجيعها .

اهتمامات المشرع في النظام الرأسمالي :

يهتم المشرع في النظام الرأسمالي ، بعد التركيز على حرية التملك والمحافظة على حق الملكية وحرية العمل وحمايتها ، بالتفاصيل القانونية التي تركز هذين الاساسين ويتكون من مجموعها ما يعرف بالمبادىء القانونية وقد تصبح بعضها مبادىء دستورية تنص عليها الدساتير في الدول الرأسمالية وحتى الدول ذات النظام المزدوج احياناً ومن هذه الاسس القانونية ما يلي : —

١) الاهتمام بنظام الاسرة والارث والوصية .

٢) حرمة الملكية الخاصة وحمايتها وعدم نزعها الا بقانون ولاغراض النفع العام وبتعويض مناسب يعطى الحق للقضاء في تقديره احياناً .

٣) ضمان حرية العمل والتنظيم المهني .

ولحماية هذه الاسس في مجتمع يعتمد على الحرية في ممارسة النشاط الاقتصادي لسد الحاجات الاقتصادية لافراده فان المشرع يهتم باصدار ما

يلزم من تشريعات لمعالجة المسائل التالية : —

١) قوانين الاحوال الشخصية .

٢) القوانين الجنائية لحماية الملكية والمعاقبة على ما يحصل من تجاوز عليها وما يرد عليها من جرائم الاموال كالسرقة وخيانة الامانة ومن جرائم اقتصادية كجرائم التزوير والجرائم التي ترتكب ضد نظام الائتمان وما شاكل ذلك .

٣) القوانين التي تضمن التداول وتثبت مبدأ حرية سلطان الارادة . اذ يترك المشرع في النظام الرأسمالي الحرية للافراد بمبادلة اموالهم ومقايضتها وهو لا يتدخل الا اذا كان في هذه المبادلة مساس بالنظام القانوني أو الاقتصادي أو الاجتماعي السائد . وهذا ما يعبر عنه بقاعدة النظام العام والآداب . او يكون هنالك مساس بالشرعية التي يضعها المشرع للمبادلة سواء كانت متعلقة بحماية المصلحة العامة كقواعد تحديد سعر الفائدة او مصلحة المتعاقدين كقواعد الغبن او الشكلية التي يراها لازمة لمثل هذه المبادلات ككتابة عقد الشركة المساهمة ، ولا يعتد بالخروج عنها ، وهذه هي قاعدة البطلان .

٤) الاهتمام بشكل خاص بالقانون التجاري : والذي يتجاوز مفهومه للتجارة مفهوم التجارة في المعنى الاقتصادي اذ يشمل نطاقه فعاليات الصناعة والائتمان بالاضافة الى الفعاليات التجارية الصرفة الاخرى . لان الاعمال الصناعية تعتبر من الاعمال التجارية المطلقة وذلك بنص القانون ، وتخضع للقانون التجاري بهذه المثابة .

وليس المقصود بخضوعها هنا ان القانون التجاري ينظم الاعمال الصناعية

نفسها او العلاقات الصناعية والانتاج الصناعي والرخص الصناعية وما اليها . انما المقصود هو اعتبار الصناعي تاجراً واخضاعه لواجبات التاجر القانونية واعتبار العمل الصناعي عملاً تجارياً واخضاعه لنصوص القانون التجاري عندما يثار نزاع قانوني حوله يرفع الى القضاء . أي ان الحقوق المتعلقة بها يحكمها القانون التجاري وليس القانون المدني في الدول التي تتبع نظام القانونين معاً .

وقد ترد جميع القواعد القانونية التجارية المتعارف عليها في مجموعة تجارية تخص القانون التجاري[1] وقد ترد في تشريعات متفرقة ويكون قسماً

---

(١) يهتم هذا القانون بتعيين التجار بهذا المفهوم الواسع المذكور اعلاه ويبين واجباتهم فيفرض عليهم التسجيل في السجلات التجارية الرسمية ويلزمهم بمسك الدفاتر التجارية واتخاذ الاسماء والعناوين التجارية ، كما يخضعهم لانظمة خاصة بهم كنظام الافلاس والمنافسة المشروعة .

وينظم ممارسة الاعمال التجارية بمفهومها الواسع ويضع المعايير اللازمة لتفرقتها عن الاعمال المدنية والمختلطة والتبعية ، ويبين قواعد ممارستها اصالة وبالانابة ، فيهتم بالعقود التجارية ومنها عقود الوكالات التجارية والتوريد والمقاولة والنقل . ويهتم بعمليات الائتمان فينظم عمليات المصارف كالحسابات الجارية والخصم والايداع والاعتمادات والسحوبات الخارجية والداخلية والكفالات المصرفية وغيرها .

ويهتم بسندات الوفاء والائتمان وهي الاوراق التجارية واوراق البضائع . كما يهتم بشكل خاص بممارسة التجارة بشكل جماعي عن طريق خلق الاشخاص المعنوية وتكوين الشركات التجارية التي يراد بها تكتل الجهود وتجميع رؤوس الاموال الكبيرة ويضع القواعد اللازمة لاصدار الاوراق المالية (الاسهم وسندات القرض) وتداولها في اسواقها المالية .

ويهتم بالتأمين ومؤسساته وبقوانين الملكية الصناعية (كبراءات الاختراع والعلامات التجارية والرسوم والنماذج الصناعية والاسماء التجارية) وينظم حقوق الملكية الادبية كحق النشر والتأليف التجاريين اي المتعلقين بالاعلانات وترويج البضائع .

ويهتم بقوانين الاستيراد والتصدير والاستثمار الاجنبي وقواعد التجارة البحرية والوكالات الاجنبية .

كما يهتم بالنقود والقطع الاجنبي لانها وسيلة التداول وتقاس بموجبها الثروة المملوكة . وينظم المؤسسات المالية واسواق البضائع الرئيسية المتداولة في التجارة الدولية .

منها في المجموعة المدنية او بهذا الشكل او ذاك . ولكن هذا التنظيم الشكلي ليست له اهمية كبيرة في بحثنا هذا . لان ما ذكرناه من اهتمامات تشريعية في المجتمع الرأسمالي يبقى من الناحية الموضوعية في نطاق القواعد القانونية التجارية التي يصدرها المشرع في النظام الرأسمالي وفي ذهنه حماية المبادىء الاساسية في هذا النظام في حق الملكية وحرية العمل وذلك من الناحية النظرية على الاقل .

القانون في النظام الاشتراكي :

اما في المجتمعات الاشتراكية فيفترض ان تمتلك الدولة فيها جميع عناصر الانتاج او القسم الاعظم منها وتسيرها مباشرة بالشكل الذي تراه وتتحكم بالقوانين الاقتصادية بالنسبة للانتاج والتوزيع والاستهلاك . ولانعدام نظام المنافسة فهي لا تهتم كثيراً بالعرض والطلب ونظام الاثمان والتضخم النقدي لانها تفرض الاسعار التي تريدها وترفع وتحد من الاستهلاك حسبما تضعه من منهاج اعمارى .

وتستعمل الدولة الاشتراكية القرارات التشريعية اي ذات الصفة الملزمة للافراد والمؤسسات فيها كوسيلة لتحقيق سياستها الاقتصادية هذه . ولذلك يكون للقانون ولو شكلاً الاثر الاول والاخير في التنمية الاقتصادية لانه يوجه جميع الدخل من مصادره المختلفة الوجهة التي يراها المخطط الاشتراكي والذي نستطيع أن نسميه بالمشرع .

ورغم الدور المباشر الذي يلعبه القانون في التنمية الاقتصادية في البلدان الاشتراكية والدور غير المباشر في البلدان الرأسمالية ، نجد المجتمعات الرأسمالية تعتبر القانون ضرورة من ضرورات المجتمع فتهتم به وتركز على موضعيته

كأساس من اسس الدولة ، بينما لا تقر له الدول الاشتراكية بهذه الاهمية وتعتبر مهمته مهمة شكلية ومرحلية كوسيلة بيد الدولة تنتهي بعد قيام المجتمع الشيوعي .

لان التفسير الاقتصادي للقانون في المجتمع الاشتراكي ، والذي حددا معالمه ماركس وانجليز بمناسبة تأكيد وجه نظرهما في تطور المجتمع على اسس مادية يجعل من القانون مجرد انعكاساً للاسس الاقتصادية التي يبنى عليها المجتمع . فاذا ما تطمنت الاسس الاقتصادية بالشكل الذي تدعو اليه الماركسية ، فلا تبقى ضرورة اجتماعية ازلية للقانون بل ان دوره يضمحل ويزول .

ولكن هذا التفسير الماركسي للقانون لا يعني انكار الماركسيون لدور القانون الكبير في اعادة تكوين المجتمع وتطويره ليصل الى مرحلة الشيوعية ، ولكنهم لا يرون فيه الا وسيلة للوصول الى هذه الغاية وليس كأساس من اسس المجتمع . فهو عندهم وسيلة تستعمل لتحقيق مجتمع الطبقة الواحدة . وباعتباره وسيلة لا غاية يجب الا يكون معوقاً لاعمال الدولة في تحقيق الاشتراكية وعليه فلا تعطى المبادىء القانونية التي تعتبر من مقومات النظم الاجتماعية الحديثة ، خارج الدول الشيوعية ، اهمية كبيرة كمبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ لا جريمة ولا عقاب الا بنص وعدم رجعية القانون وتقسيم القانون الى عام وخاص وغير ذلك . ولنفس السبب نجد صرامة في العقوبات الخاصة بالجرائم التي ترتكب ضد الدولة باعتبارها ممثلة للمسيرة الاشتراكية ، بالمقارنة بالعقوبات التي تفرض على الجرائم التي ترتكب ضد الافراد . وبالاضافة الى صرامة العقوبة ، قد يحصل الا تكون الجرائم المرتكبة ضد الدولة محددة مسبقاً ، بل يترك امر تحديدها للقضاة والذين لهم حق فرض العقوبة اذا ما رأوا في فعل معين ضرراً على الدولة ولو لم يوجد نص يحدد معالم جريمة ذلك الفعل ، مستوحين حكمهم من ضمير المجتمع الاشتراكي ومن اهدافه كما

يقرره القانون السوفيتي [١] .

ففي الدولة الماركسية يكون الاساس القانوني هو هدف تحقيق الاشتراكية التي ترمي بدورها الى تحقيق قاعدة اقتصادية واجتماعية يجب على القانون ان يحميها كمبدأ وكقاعدة اساسية من قواعد المجتمع الاشتراكي بل وحتى كقاعدة دستورية . وهي ما نص عليه الدستور السوفيتي لعام ١٩٣٦ في مادته الثانية عشرة : « من كل حسب قدرته ولكل حسب عمله »[٢] .

---

(١) R. W. M. Dias, Jurisprudence, 2nd ed., Butterworths, London, 1964, pp. 223 & 417.

(٢) ولا يمكن تحقيق هذه القاعدة الاساسية الدستورية في الفكر الماركسي الا من قبل دكتاتورية الطبقة العاملة (البلوريتارية) . ولكن وصول البلوريتارية الى الحكم ، لا يعني بنظرهم توقف الصراع الطبقي في هذه المرحلة بل « استمراره باشكال جديدة وبقوة عنيفة وذلك لمقاومة المستغلين لواقع الاشتراكية بشراسة اكثر من السابق » . كما عبر عن ذلك فيشنسكي . وعليه فان القانون يكون الوسيلة بيد البلوريتارية لتحقيق الاشتراكية والقضاء على اعدائها كما ورد في الفكر الماركسي .

ولكن الصراع الطبقي ليس ابدياً بل يتوقف عندما يقام المجتمع الشيوعي الذي ستطبق فيه قاعدة اكثر تطوراً وهي قاعدة « من كل حسب قدرته ولكل حسب حاجته » . وبتطبيق هذه القاعدة تنتفي الحاجة للدولة نفسها فتزول . ولما كانت الحاجة الاقتصادية حسب المنطق الماركسي هي سبب الاحتكاك في التعامل بين افراد المجتمع ونشوء الجرائم فان دور القانون يضمحل عندئذ ويزول هو الآخر . ولكن بما ان هذا التطور قاصر على المجتمعات الاشتراكية وبما انه توجد مجتمعات رأسمالية في هذا العالم تناصبها العداء لذلك فان المحدثين من الفقهاء الشيوعيين يقولون بعدم زوال الدولة وعدم زوال القانون وعدم امكانية التوصل الى مرحلة الفوضوية ، الا بعد زوال المجتمعات الرأسمالية في العالم أو اغلبها بحيث ينكسر الطوق الرأسمالي الذي يحيط بالعنق الاشتراكي ويذهب خطره . ولكن الحاجة الى القانون تعدو مجرد توقف الاحتكاك في التعامل بين الافراد كما ان الجرائم قد ترتكب لاسباب غير اقتصادية لا محل لسردها هنا .

انظر : Vyshinsky, The Law of the Soviet State, p. 39. ودايس ، المرجع السابق ص ٤٢٠-٤٢١ .

الغرض ليس المفاضلة :

ان غرضنا من استعراض المفهوم القانوني في كل من النظام الرأسمالي والنظام الاشتراكي الماركسي لم يكن بقصد المفاضلة بينهما بالنسبة لعملية التنمية الاقتصادية . بل لتبيان ان هدف الربح في الاقتصاد الرأسمالي الحر ومفاهيم الرأسمالية هي التي تسير التشريع في النظام الرأسمالي بينما يكون هدف تحقيق الاشتراكية هو المسير له في النظام الاشتراكي .

فقد سارت التنمية الاقتصادية بخطوات جبارة في ظل النظام الرأسمالي توضح ذلك مسيرتها في دول اوربا الغربية والولايات المتحدة الامريكية واليابان كما سارت هذه التنمية بخطوات متعثرة في ظل هذا النظام في دول امريكا اللاتينية والفليبين مثلاً . في الوقت الذي خطت خطوات هائلة في الاتحاد السوفيتي في ظل النظام الاشتراكي وتعثرت في ظل هذا النظام في بعض البلدان الاشتراكية الاخرى كجوكوسلوفاكيا والتي يقدر انها كانت ستحقق معدلات اعلى من النمو في ظل نظام رأسمالي .

فالتنمية الاقتصادية تحصل اذا ما توافرت لها مقوماتها في ظل هذا النظام او ذاك . اضف الى ذلك ان التقسيم الحدي النظري للدول الى دول رأسمالية ودول اشتراكية حسب المبادىء المارة الذكر لا يجاريه الواقع ، فلا يوجد نظام اقتصادي حر بصورة مطلقة لان الفرد عند ممارسته لفعالياته الاقتصادية في النظام الرأسمالي يقوم بذلك في اطار قانوني محدد يمنعه من امتلاك بعض الاملاك حيناً ويفرض عليه شروطاً معينة لممارسة مهنته حيناً آخر ، كما قد يمنعه من استئجار خدمات عمال معينين او محلات او املاك معينة في حالات اخرى . بل قد تخرج التشريعات في هذا النظام حتى على المبادىء العامة

المقررة فيه أي حق الملكية وحرية العمل ويكون ذلك واضحاً بوجه خاص في تشريعات العمل والعلاقات الصناعية وفي قوانين الضريبة وقوانين تنظيم المهن والحرف والتجارة وقوانين نزع الملكية والتأميم .

كما نرى في النظام الاشتراكي بعض الاهتمامات التشريعية بالنسبة لحق الملكية لان الدولة لا تمتلك حالياً جميع وسائل الانتاج والثروة في بلادها بل توجد ملكية خاصة بجانب الملكية العامة ويوجد الكثير من المالكين من الافراد في النظام الاشتراكي . اذ يمتلك الافراد اواعيهم الشخصية ومحال سكناهم في بعض الاحيان وحتى قسماً من الآلات والادوات التي تستعمل في الزراعة وفي الحرف في اوقات وحالات اخرى . كما توجد هنالك الملكية التعاونية الكبيرة في الدول الاشتراكية . فالمسألة اذن نسبية ، أي ان النظام الرأسمالي نسبي وكذلك النظام الاشتراكي وتظهر صفات كل منهما المميزة اذا ما قورن وقيس بالنظام الاخر .

ومع ذلك فان النظام الرأسمالي يتميز بالخيار في الاستثمار والعمل ، الذي ينتج الدخل القومي ، بينما يتم ذلك عن طريق التوجيه والتخطيط المباشرين في النظام الاشتراكي .

اما بالنسبة للدول النامية فيوجد فيها في العادة اقتصاد مزدوج اي حرٌ في قسم منه وموجه في القسم الآخر في آن واحد، فرضته عليها المرحلة الاقتصادية التي تمر فيها هذه الدول . لانها كما لاحظ الاستاذ افلن توماس [1] « ليست مخيرة في اتباع النظام الرأسمالي البحت في منهاج تنميتها الاقتصادية » لا سيما اذا كانت الثروة (رأس المال) فيها مركزة في يد الدولة . اضف الى ذلك

---

(١) أنظر S. Evelyn Thomos, Economics, The English Universities Press., Ltd., London, 1965, p. 16 .

ما اتضح من ضرورة التخطيط لتطوير الاقتصاد النامي . وعليه فان الاقتصادي النامي قد يتسم بحكم طبيعته ببعض سمات الاقتصاد الاشتراكي .

القانون في النظام المزدوج :

يبين الدستور في العادة شكل الدولة فقد يصفها صراحة او ضمناً بالدولة ذات الاقتصاد الحر وقد يصفها بالدولة الاشتراكية وقد تعكس فحوى نصوصه المتعلقة بمبادىء الملكية الخاصة وحرية العمل وضع وسطي يميد بها من جهة الى اخرى ويجعل منها دولة ذات اقتصاد مزدوج لا سيما اذا اعطت نصوص الدستور صراحة او ضمناً الحق للدولة بالتدخل في الشؤون الاقتصادية .

ولكن وصف الدستور لشكل الدولة بهذه الطريقة قد لا يعبر عن واقع وحقيقة ما يجري فيها . فقد توصف الدولة بأنها اشتراكية في الوقت الذي يبين واقع الحال ان اقتصادها يستند في جله على القطاع الخاص . ومع ذلك فان للنصوص الدستورية الخاصة بهذا الوصف اهميتها . اذ تكون بمثابة الهدف الذي تصبو اليه الدولة ويكون من المتوقع ان يسير المشرع بهديها . وقد استند المشرع الليبي في قرارات تأميمه للمصارف وشركات التأمين على نص في الأعلان الدستوري جاء فيه « ان تعمل الدولة على تحرير الاقتصاد القومي من التبعية والنفوذ الاجنبي وتحويله الى اقتصاد وطني انتاجي يعمل على الملكية العامة للشعب الليبي والملكيات الخاصة لافراده » . كما ذكر المشرع في المذكرة الايضاحية لقانون تأميم المصارف « ..... اقامة مجتمع ترفرف عليه راية الرخاء والمساواة وتكون فيه الرفاهية لكل مواطن مخلص ولذا كانت الاشتراكية من بين ما رفعته الثورة من اهداف » ... [1] أي ان المشرع

---

(١) انظر مقالتنا « تأميم الحصص الاجنبية في المصارف ومساهمة الدولة في شركات التأمين، دراسات=

فسر النص الدستوري اعلاه وكأنه يصف الدولة بأنها دولة اشتراكية لأن الاشتراكية هدف من الاهداف التي رفعتها الثورة كما وردت في الاعلان الدستوري .

سبق ان بينا بعض الأسباب التي ادت بالدول النامية الى التدخل في الشؤون الاقتصادية واتباع بعض المسالك الاشتراكية لانها مجبرة وغير مخيرة في ذلك . ولكن رغبة التدخل في الاقتصاد اتسعت حتى بالنسبة للدولة المتقدمة والدول التي اجتازت موخراً مرحلة الدول النامية . ومن اسباب هذا الاتساع في التدخل في الاقتصاد ، والذي حصل في النصف الاول من هذا القرن ولا سيما بعد الحرب العالمية الاولى واستمر حتى اليوم ، هو ازدياد مسؤولية الحكام عن النكسات الاقتصادية ومطالبة الرأي العام لحكامه بمعالجتها ، فوجد الحكام انه لا مناص من التدخل اذا ما ارادوا تحمل المسؤولية وهذا يتم عن طريق اتخاذ قرارات ناجعة وسريعة لمعالجة الاوضاع الاقتصادية .

وقد حصل هذا التدخل حتى في اكثر الدول رأسمالية وهي الولايات المتحدة بعد قيام الازمتين الاقتصاديتين في عامي ١٩٢٢ و ١٩٢٩ كما حصل في الدول الاوربية الغربية بشكل واضح امتد الى تأميم بعض المصالح والصناعات في بريطانيا وفرنسا[1] . وقد ساعد ايضاً على التدخل في الاقتصاد انتشار

= قانونية – بنغازي – المجلد الاول (١٩٧١) ص ٢٨٧ .

١) يعتبر قانون مكافحة البطالة الامريكي The American Employment Act of 1940 مثالا لتدخل الدولة الامريكية في الاقتصاد . فقد اعطى هذا القانون الحق للرئيس الامريكي ان يتخذ الاجراءات الكفيلة لتفادي الهزات والتقليق من اثرها . وقد تأسس بموجبه المجلس الاقتصادي الذي عليه ان يقدم تقريراً سنوياً الى الرئيس الامريكي فيرفعه هذا بدوره الى الكونغرس ، وعلى اساس من ذلك التقرير الذي يعده خبراء اقتصاديون تتخذ الاجراءات التشريعية التي يطلبها الرئيس، اذا دعت الحاجة الى أصدار تشريعات خاصة لضمان الاستقرار الاقتصادي .

الافكار الكنزية الخاصة بمعالجة البطالة والكساد الاقتصادي باتباع سياسة نقدية توسعية اي سياسة زيادة الانفاق الحكومي . وكذلك الرغبة في انشاء المشروعات الكبيرة التي وجد انها تعجل في درجة النمو حتى في الدول المتقدمة . كما ادت الرغبة في تجنب الهزات الاقتصادية وايجاد الاستقرار الاقتصادي اللازم الى تدخل الدولة في الاقتصاد . وقد يحصل التدخل في الدول المتقدمة لا عن طريق التشريع بل عن طريق اتباع سياسة مالية وتطبيق بعض الوسائل النقدية التي توثر في الفعاليات الاقتصادية في أي سوق حرة .

اما السبب المهم في التدخل بالنسبة للدول النامية فهو تمركز رؤوس الاموال بيد الدولة من جهة وسبب انتشار الافكار الاشتراكية التي اخذت بها الدول النامية بدرجات متفاوتة ، كرد فعل بعد تخلصها من الاستعمار ولا سيما الدول الحديثة العهد بالاستقلال من جهة اخرى . كما حصل التدخل في الاقتصاد في هذه الدول ايضاً نتيجة لرغبة صادقة في الاسراع في التنمية الاقتصادية وتحقيق العدالة الاجتماعية . كما اندهش بعضها بما حققه التدخل والتخطيط في الاتحاد السوفيتي من نتائج جيدة فاراد محاكاة ذلك .

ويزداد دور القانون في التنمية الاقتصادية كلما زاد تدخل الدولة في الاقتصاد وينتقل من دور غير مباشر الى دور مباشر وتظهر هذه الحقيقة واضحة في دول العالم الثالث. ويهمنا دراسة دور القانون في الاقتصاد المزدوج كعرب بسبب كون البلدان العربية دول نامية يسودها نظام مزدوج بدرجات مختلفة .

وتجدر الاشارة الى ناحية مهمة قبل الخوض في تفاصيل البحث ، وهي اختلاف الاقطار العربية عن بلدان العالم الثالث الاخرى الحديثة العهد بالاستقلال وذلك لان اكثر هذه البلدان الاخيرة ليس لها انظمة قانونية نابعة من جذورها

التاريخية وتراثها الحضاري . بل ان انظمتها القانونية وضعت من قبل المستعمرين الذين لم يتركوا من القانون المحلي الا بعض العادات المحلية باعتبارها اعراف ملزمة . ويظهر ذلك بشكل واضح في الهند وبرما مثلاً بالنسبة لسيادة الشريعة الانكلوسكسونية فيهما . وفي اقطار افريقيا السوداء بالنسبة لسيادة هذه الشريعة والشريعة اللاتينية .

اما في الاقطار العربية ، فمع الاقرار بالتأثير الكبير الذي فرضته هاتان الشريعتان على انظمتها ولا سيما الشريعة اللاتينية منذ احتلال نابليون لمصر ، يوجد فيها نظام قانوني متكامل كان مطبقاً فعلاً ومأخوذاً به من الشريعة الاسلامية استمر حتى بعد احتلال الانكليز والفرنسيين للعراق والاردن وسوريا ولبنان ويعكس هذا النظام اصول المجتمع التاريخية والحضارية . ولذلك توجد حاجة ملحة الى دراسته دراسة عميقة وتنسيق احكامه مع احدث القواعد القانونية في الشرائع الاخرى . خاصة وان الكثير من الاقطار العربية لديها رغبة جادة للرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية لا لسبب ديني فحسب بل ولأسباب قومية وحضارية اذ ان هذه الاحكام تشكل نظاماً قانونياً اصيلاً لا يقل شأناً عن ما يوجد في الشرائع الاخرى ، مما يجعل هذه الاقطار في غنى عن الاقتباس والنقل الاعمى من الشرائع الاخرى بالنسبة لما هو موجود لديها . ولكن هذا لا يعني غض النظر عن اهمية الدراسة المقارنة بين جميع الشرائع القانونية والاستفادة بالقدر اللازم مما يجدّ فيها من احكام .

الباب الأول

تعيين مراحل النمو الاقتصادي

لا نتناول في هذا الباب بحث مراحل النمو الاقتصادي بمفهومها النظري فقط بل سنخصص قدر الامكان بحثنا لها فيما يتعلق بالمجتمع العربي وتبيان دور القانون في اجتياز المجتمع لكل مرحلة الى المرحلة التي تليها .

والصعوبة التي نتوقع ان نواجهها في مثل هذه الدراسة يفرضها واقع النمو الاقتصادي واختلاف درجاته في البلاد العربية المختلفة . فبالرغم من ان جميع البلدان العربية تعتبر بلداناً نامية الا انها تختلف في درجة النمو . اي ان اقطارها تختلف في موقعها من مراحل النمو الاقتصادي ، فبعضها لا يزال في اول مرحلة من هذه المراحل وبعضها اجتاز العديد منها .

واذا ما استندنا الى التدرج الذي وضعه الاستاذ روستو لمراحل النمو الاقتصادي[1] نجد ان اول هذه المراحل هي مرحلة المجتمع التقليدي Traditional Society التي يحصل فيها نمو بسيط لا يعتمد على طرق العلم الحديثة

---

(١) انظر : Rostow, The Process of Economic Growth, Oxford: Clarendon, 2nd, ed., 1961.

لقد ترجم هذا الكتاب الى العربية الاستاذ برهان دجاني : و . و . روستو مراحل النمو الاقتصادي . منشورات المكتبة الاهلية بيروت (١٩٦٠) ص ٨ – ٢٤ . وهناك تقسيمات اخرى لمراحل النمو كتقسيم الاستاذ هوزليتز Hoselitz يخرج النظر فيها عن موضوع بحثنا . انظر : Conference on the State and Economic Growth, Social Science Research Council, New York, 1959 .

ولا على وسائله او مؤسساته كما يجري حالياً في اليمن (الشمالية) وعمان مثلاً .

والمرحلة التي تلي ذلك هي مرحلة الانتقال Precondition for take - off التي نجد فيها كثيراً من الدول العربيـــة وهي المرحلة التي تتهيأ فيها الشروط الاقتصادية المؤهلة للانطلاق الاقتصادي مع بقاء القيم الاجتماعية والاقتصادية وحتى السياسة احياناً على ما كانت عليه في المجتمع التقليدي . وتوجد في هذه المرحلة المؤسسات الحكومية اللازمة لادارة الدولة والمؤسسات الكفيلة بالانطلاق كالمصارف وشركات التأمين وجميع انواع المواصلات وطرقها ووسائلها المختلفة . كما تتسم هذه المرحلة بقيام بعض الصناعات .

وهي مرحلة لا يرافق التغير الاقتصادي فيها تحولات اجتماعية بنفس الدرجة ولو توجد بعض ظواهر هذا التحول كالهجرة من الريف الى المدن وانخفاض نسبة النمو الزراعي وزيادة نسبة النمو الصناعي وحصول بعض التغيير في انماط الاستهلاك وغير ذلك ومن امثلة الدول العربية في هذه المرحلة السعودية والسودان وتوجد دول على وشك الخروج منها كليبيا والاردن .

وهنالك دول عربية وصلت بداية عصر الانطلاق مثل العراق وسوريا والجزائر ومنها ما استوعبت عصر الانطلاق ولكن لديها الكثير من المسببات التي تعيقها من الدخول في مرحلة تالية لمرحلة الانطلاق ومثالها لبنان ومصر .

وتتهيأ في مرحلة الانطلاق take - off جميع الفرص اللازمة او اغلبها للانعتاق الاقتصادي وتزول فيها العقبات كعقبة عدم امكانية تكوين رأس المال او عقبة فقدان اليد العاملة المدربة او فقدان رأس المال الاجتماعي الرأسي الذي يشكل الوفورات الخارجية للصناعة الوطنية وعقبة عدم وجود مؤسسات ضريبية ومالية ثابتة .

كما تتسم هذه المرحلة بزيادة نسبة الاستثمار خاصاً كان ام عاماً وبزيادة نمو الدخل القومي على معدل ٥٪ سنوياً نتيجة للتفاعل الاقتصادي الهادف والذي تنظمه خطط اقتصادية ترمي الى ايصال النمو لهذا المعدل وتجاوزه . كما تتصف مرحلة الانطلاق بزيادة حصة الصناعة من الدخل القومي وكذلك بانتعاش الايرادات غير المنظورة والخدمات الاخرى التي يقدمها البلد . كما تزداد في هذه المرحلة سلع الاستهلاك ويكثر الطلب عليها .

ويذكر الاستاذ روستو ان في هذه المرحلة « تنتشر الاساليب الحديثة في القطاع الزراعي ــ مثلما انتشرت في الصناعة كلما زادت الزراعة اعتماداً على التجارة وكلما ازداد عدد المزارعين الذين يبدون الاستعداد لاقتباس الوسائل الجديدة وما تجره اليهم من تغييرات عميقة في طرائق معيشتهم ..... كما يزداد طلب المجتمع على المنتجات الزراعية » .

ونضيف ان هذه المرحلة اتسمت في بعض البلدان العربية بتشجيع الدولة للمزارعين على تبني الوسائل الحديثة وبنشر التوعية الزراعية وانتشار المشاريع الزراعية الكبيرة والمزارع الحكومية النموذجية او الجماعية وتصنيع الاسمدة وتوزيعها وانشاء مؤسسات الائتمان الزراعي الرخيص وجعله في متناول يد المزارعين وانشاء الجمعيات الزراعية للتسويق وتدخل الدولة في تسويق المنتجات الزراعية الرئيسية وتحسينها وانشاء الصناعات الزراعية التي تعتمد على المنتجات الزراعية الاساسية كما حصل في مصر وتونس وسوريا ولبنان والعراق .

ولا تعني هذه المرحلة من مراحل النمو الاقتصادي ولا حتى المرحلة التي تليها القضاء على الفقر وظهور زيادة كبيرة في متوسط الدخل الفردي ولو ان ذلك هو الهدف من التنمية الاقتصادية . ولكن الهدف شيء وسمة المرحلة التي يمر بها النمو الاقتصادي شيء آخر ، وما مر من ذكر يبين سمات

وصفات مرحلة الانطلاق هذه .

ويقدر الاقتصاديون مدة ستين الى اربعين سنة للانتقال من مرحلة الانطلاق الى مرحـــلة النضوج « drive to maturity » والتي يكون في مقـــدور المجتمع بناء ما يريده من صناعات بقدرة تقنية ذاتية وبواسطة موسساته . واذا ما اختار ذلك المجتمع التخصص ولم يقم ببناء ما يحتاجه من منتجات صناعية معينة فلا يكون ذلك ناتجاً عن عجز وانما لاسباب اقتصادية واعتبارات اجتماعية محضة .

وتسود في هذه المرحلة عوامل الاختيار في الطاقة المسيرة كاستبدال الفحم بالنفط او الكهرباء او بالطاقة الذرية — وتصل نسبة ما يعاد استثماره — ما بين ١٠ ٪ و ٢٠٪ من الدخل القومي سنوياً وذلك بصورة ثابتة ومستمرة . ويسود في هذه المرحلة جو من القدرة على تجاوز الصناعات الاصلية الى صناعات متطورة تعتمد على التقنية العمالية التي لا تقتصر على القطاع الصناعي بل تشمل شتى قطاعات الاقتصاد الاخرى كالزراعة والتجارة والخدمات ويسود الاعتماد في جميع هذه القطاعات على اكثر السبل العلمية والادارية تطوراً .

ويخرج البلد الذي يصل هذه المرحلة من عداد البلدان النامية . ومن امثلة البلاد التي وصلت هذه المرحلة جميع الدول الاوربية واليابان ودول امريكا الشمالية مع بعض التحفظات التي تخص البرتغال واليونان والبانيا والمكسيك .

ووجود التقنية العالية والصناعات الثقيلة في بلد معين لا يجعل منه بالضرورة داخلاً في مرحلة النضوج من النمو الاقتصادي . واكبر دليل على ذلك الهند التي تعد ثامن دولة صناعية في العالم وكذلك الصين التي تقدمت فيها التقنية

الى حد صناعة المفاعلات الذرية والصواريخ الموجهة لا تزال تعتبر خارج هذه المرحلة . اذ العبرة في هذه المرحلة من مراحل النمو هي ظهور تحول اجتماعي كبير يستفيد اقتصادياً وبدرجة عالية من التنمية الاقتصادية ويعم افراد المجتمع . بحيث يزداد متوسط الدخل الفردي معه الى الحد الذي يصل بالفرد الى مستوى الانسان العصري في طرق معيشته واستهلاكه وتطلعاته الى المستقبل .

وتأتي بعد مرحلة النضوج مرحلة المجتمع الاستهلاكي المرفه « High mass consumption » الذي يكون الدور الاساسي في الاقتصاد للاستهلاك ويسود جو من المتعة عن طريق سد الحاجات الاقتصادية ووجود الضمانات العامة للافراد . وتتميز هذه المرحلة بارتفاع نسبة الخدمات التي يحصل عليها الفرد بالاضافة الى ضروريات المعيشة كالتمتع بالفنون الجميلة والثقافة العالية والتعليم العالي لقدرة الافراد وقدرة الدولة للصرف عليها وادامتها[1] .

القانون ومراحل النمو في البلاد العربية :

ونركز على دور القانون في مرحلة الانتقال بالنسبة للبلاد العربية ، رغم ان بعضها لا يزال في مرحلة المجتمع التقليدي وان بعضها الآخر تجاوز مرحلة الانتقال الى مرحلة الانطلاق . ودور القانون في مرحلة الانتقال يتبلور في ازالة معيقات هذه المرحلة وفي ايجاد الحوافز اللازمة لتجاوزها . وندعم تركيزنا على مرحلة الانتقال بسببين : الاول : انه بتجاوز هذه المرحلة من

---

(١) لقد وصلت الولايات المتحدة الى هذه المرحلة في الثلاثينات كما وصلتها حالياً جميع دول اوربا الغربية والدول الاسكندنافية واليابان والاتحاد السوفيتي . ولو ان الدولة في المجتمع السوفيتي تحد عمداً من الاستهلاك العلي لتأثيره السلبي على سلوك الافراد وتعارضه مع الفكر الماركسي كما يرون . انظر روستو ، المرجع السابق ص ٢١ – ٢٧ .

قبل اغلبية الاقطار العربية يكون من الميسور تخليص الاقطار العربية الاخرى التي تأخرت عن هذه المرحلة اذا كانت هناك نية حقيقية في مساعدتها ، والسبب الثاني : ان البلاد العربية التي خرجت من مرحلة الانتقال ودخلت مرحلة الانطلاق قدرت كذلك استناداً الى بعض مظاهر الحياة الاقتصادية فيها كنسبة الدخل الصناعي من الدخل القومي وعلى اساس تطور الخدمات المقدمة للزراعة كما هو حاصل في كل من مصر ولبنان والجزائر وسوريا والعراق ولكن هذه الاقطار كغيرها من الاقطار العربية لا تزال تعاني من معيقات مرحلة الانتقال .

ولذلك فان دراسة موضوع التنمية الاقتصادية من الوجهة القانونية في الوطن العربي ، يجب ان تتناول ، في رأينا ، التشريعات التي تعالج المعيقات الاقتصادية والاجتماعية لهذه المرحلة والى اي درجة يستطيع المشرع الحد من آثارها وازالة تلك الآثار . كما يجب ان يتناول المحفزات والعوامل المساعدة للخروج من مرحلة الانتقال الى مرحلة الانطـــلاق وما بعدها والى أي حد يستطيع القانون ومؤسساته تعبيد الطريق لذلك . وهذا مـــا سنحاول تبيانه في باب لاحق .

وتجدر الاشارة هنا قبل ترك هذا الفصل الى ان القاسم المشترك لجميع الدول العربية في مجال النمو الاقتصادي هو انها لا تزال جميعاً دولاً نامية رغم اختلافها في مراحل النمو ، وان القاسم المشترك لها في حقل القانون هو الشريعة الاسلامية كمصدر للقانون في هذه الاقطار رغم الاختلاف البين في الركون الى احكام الشريعة في الاقطار العربية المختلفة .

ففي بعض هذه الاقطار لا يكون للشريعة الا حكم الاحوال الشخصية لكل او لبعض السكان فقط كما يجري في لبنان والجزائر . ومنها ما يطبق

الشريعة الاسلامية بالاضافة الى الاحوال الشخصية على المعاملات والحدود كالسعودية واليمن ولحد ما ليبيا ، وبعض منها تأخذ الشريعة الاسلامية كمصدر للقانون وتطبقها فيما يتعلق بالاحوال الشخصية وفي بعض احكام المعاملات ومنها العراق وسوريا ومصر والاردن وتونس .

ويظهر تأثير احكام الشريعة الاسلامية على التنمية الاقتصادية بشكل مباشر فيما يتعلق بالاحوال الشخصية ونظام الارث وانتقال الاموال وخاصة في الاراضي الزراعية . كما يظهر في المعاملات بصورة خاصة بالنسبة لعقود الغرر واهمها التأمين وفي الفوائد والمعاملات المصرفية والضرائب المفروضة على الزكات واستثناء املاك الوقف من الضريبة في بعض الاقطار .

كما يظهر اثره في الناحية الاجتماعية على فرص العمل المتاحة امام المرأة وفي الحدود التي تطبقها بعض الاقطار العربية .

خصائص التخلف ومعالجتها :

يخرج عن نطاق بحثنا النظر في التفسيرات التي وضعت للتخلف واهمها الموقع الجغرافي وفقر الموارد الطبيعية والعرق والاستعمار ، فقد ثبت انها عوامل غير قاطعة في فرص التخلف وتوجد شواهد تاريخية ومعاصرة تشير الى عدم اهميتها وامكانية تجاوزها[1] كما سنركز على صفات التخلف في مرحلة الانتقال بالنسبة للمجتمع العربي ولا نشير اليها الا بالقدر الذي يكون للقانون دور ايجابي في تغييرها باعتبارها حقيقة لوضع اقتصادي واجتماعي قـــائم .

---

(١) انظر : دكتور عبد الحميد محمد القاضي تمويل التنمية الاقتصادية في البلدان المتخلفة ، منشأة المعارف ، اسكندرية ١٩٦٩ ص ٤ .

ويتصف الاقتصاد النامي بضعف الحصيلة المادية مقارنة بعدد السكان وبالتالي بقلة متوسط الدخل الفردي وبضعف العامل البشري وبعدم التجانس السياسي وقلة تداول الاموال حتى داخل القطر الواحد ويتصف بضعف الرأسمال الاجتماعي الرأسي وبتزايد عدد السكان بنسبة لا تستطيع زيادة الانتاج القومي مجاراتها . كما يتسم بضعف تكوين رأس المال والادخار وضعف الاستثمار وضعف التقنية والتعليم .

وما يصاحب كل ذلك من تخلف اجتماعي يسود فيه نظام شبه قبلي او طبقي وينعدم فيه دور الطبقة المتوسطة ولا يكون فيه للمرأة دور يذكر وتحكمه عادات وتقاليد بالية ويتسم بالخوف وعدم الطمأنينية وعدم التطلع الى المستقبل مما يضعف الادارة العامة والخاصة ويؤثر سلبياً على التنظيم كعنصر من عناصر الانتاج .

وبتجميع هذه الصفات لا سيما التي تخص مرحلة الانتقال نحصل على ثلاث مجاميع هي : سيطرة الزراعة على الاقتصاد وضعف الاستثمار وضعف العامل البشري والتي سنعالجها تباعاً فيما يلي :

أولاً : يتسم مجتمع مرحلة الانتقال بارتفاع معدل الانتاج الزراعي من مجموع الدخل القومي وقد تصل نسبته الى ٧٥٪ أو اكثر ويستحوذ على ما يزيد عن ٨٠ ٪ من السكان[1] ، والمهم في هذه المرحلة

---

(١) استحوذ قطاع الزراعة في ليبيا ، على سبيل المثال ، قبل الحصول على اي دخل من النفط اي قبل سنة ١٩٥٦ على ٨٠٪ من اليد العاملة وكان ينتج ما يساوي ٦٠٪ من اجمالي الناتج القومي الذي قدر في سنة ١٩٥٠ بـ ١٥ مليون جنيهاً استرلينياً فقط وكان متوسط الدخل للفرد الواحد ١٥ جنيهاً استرلينياً في السنة . انظر دكتور علي احمد عتيقه أثر البترول على الاقتصاد الليبي للفترة ١٩٥٦ — ١٩٦٩ دار الطليعة بيروت ، سنة ١٩٧١ .

تخفيض هذه النسبة العالية وزيادة نسبة الانتاج الصناعي والخدمات من الدخل القومي دون تخفيض مجموع الانتاج الزراعي بل زيادته قدر الامكان وذلك باستعمال الطرق الفنية الحديثة في الزراعة وبزيادة الدخـــل القومي عموماً بحيث لا يشكل الانتـــاج الزراعي رغم ارتفاعه نسبة عالية منـــه . وبحيث يضطلع القطاع الزراعي بما يلي :

١ ــ انتاج ما يكفي لاطعام السكان مع الاخذ بالاعتبار زيادة السكان والزيادة التي تحصل في استهلاك الفرد نتيجة لارتفاع مستوى المعيشة .

٢ ــ تلبية متطلبات الصناعة المحلية من المنتجات الزراعية قدر الامكان وتوفير العملة الاجنبية وايجاد تناسق بين الانتاج الزراعي والانتاج الصناعي .

والمهم في هذه المرحلة الا يتقيد المشرع بقواعد صلبة ومبادىء جامدة في وضع أولوياته التخطيطية بل يجب ان تتسم هذه الاولويات بالمرونة ، فاذا كان تخفيض الاستيراد للمواد الزراعية يعد معوقاً مثلاً فلا يمكن النصح به في هذه المرحلة .

ولا يخفى ان تحقيق نسبة عالية للصناعة من الانتاج القومي دون انخفاض الحاصل الزراعي هي مشكلة اقتصادية في الاصل الا ان دور المشرع في تحقيقهـــا يتم بواسطة تشريعـــات التنمية والتخطيط والتي سنأتي اليهـــا فيما بعد .

ثانياً : تتسم مرحلة الانتقال بضعف تكوين رؤوس الاموال وبانخفاض نسبة الاستثمار من الدخل وذلك لارتفاع الاستهلاك نسبياً نتيجة للحرمان الاقتصادي الطويل الذي عانته الطبقات المتوسطة ودون

الغنية ، ولعدم وجود وفرة للاستثمار[1] .

ويمكن اجمال دور القانون في تكوين رؤوس الاموال وزيادة نسبة الاستثمار بإنشاء مؤسسات التأمين والصيرفة والادخار وايجاد مجالات الاستثمار وتنويعه وعدم جعله قاصراً على القروض الربوية والايداع في المصارف والاستثمار لغرض العائد السريع كالاستثمار في التجارة وفي المضاربة في الاراضي . وذلك بالاعتناء بقوانين الشركات والاكثار من تأسيسها في مجال القطاع المختلط وباتباع المحفزات الضريبية . وهي امور ضرورية حتى في الأقتصاد المزدوج لرفع فاعلية ومساهمة القطاع الخاص ودوره في التنمية الاقتصادية . كما يجدر بالمشرع الاهتمام بقوانين التعاون وبالجمعيات التعاونية وصناديق التوفير .

ويعمل المشرع ايضاً على تسهيل دخول رؤوس الاموال من الخارج وجلبها للبلد عن طريق الاتفاقيات للمساعدات الخارجية ، لان الخروج من الحلقة المفرغة المذكورة قد يكون مستحيلاً بالنسبة لبعض الدول النامية بدون مساعدة الدول المتقدمة وأن هذه المساعدة واجبة على الدول الغنية كما يطالب الاستاذ ميراد « لان العالم يشكل وحدة ، وكما تم اعادة توزيع الدخل وتقليل الفروق بين الافراد داخل المجتمع الواحد فيجب ان تقلل هذه الفروق ويعاد

---

(١) والمشكلة هنا مشكلة اساسية اذا لم يكن رأس المال متأتياً من الخارج ، اذ ان المجتمع النامي يجد نفسه في حلقة مفرغة لا يمكنه الافلات منها بسهولة الا بكسر طوقها . وهذا الطوق يحصل لان دخل الفرد بسيط يكاد لا يغطي استهلاكه الضروري فلا يمكن ان يدخر منه شيئاً وكلما قل ادخاره كلما قل رأس المال وبالتالي يقل الاستثمار والانتاج. وبانخفاض الانتاج يهبط دخل الفرد فيقل ادخاره وهكذا دواليك .

والأنكى من ذلك ان الامر لا يتوقف على تكوين رؤوس الأموال ولا على نسبة الاستثمار من الدخل في البلاد النامية فقط بل تحتاج التنمية الاقتصادية فيها الى توافر عملات اجنبية لا يمكن=

توزيع الدخل داخل المجموعة الدولية[١] » .

ومشكلة تكوين رؤوس الاموال اللازمة للتنمية الاقتصادية غير موجودة بالنسبة للبلاد العربية اذا ما طور الوطن العربي كسوق مشتركة واحدة وأنشىء صندوق للاستثمار الموحد[٢] لتمويل المشاريع الانمائية في البلدان العربية يتوافر له رأس المال الكافي ولا تتأثر قراراته بالاعتبارات السياسية .

ان مثل هذا الصندوق فيه فائدة للدول التي تكدست فيها رؤوس الاموال وللدول العربية المحتاجة اليها ، اذا ما تم انشاؤه على اسس صحيحة . ونقترح ان يكون بشكل مصرف عربي وتكون المساهمة فيه من قبل الدول العربية بنسبة الدخل ونسبة القدرة على استعمال المدخر منه . ويدخل الصندوق كمساهم لا كمقرض في مشاريع التنمية ذات الطابع التجاري ، ويعتبر بمثابة الشركة الممولة للهيئات والمؤسسات والشركات العامة التي ساهم فيها في الاقطار العربية . ومن هذا ستحصل الدول التي زودت الصندوق برؤوس الاموال اللازمة على دخل شبه ثابت من أسهمها فيه تعتمد عليه بعد استنزاف النفط منها .

= الحصول عليها من زيادة الانتاج فقط بل بزيادته بحيث يسد الحاجة المحلية وتكون فيه فضلة للتصدير لغرض الحصول على العملة الاجنبية اللازمة لشراء الآلات والمعدات الحديثة. والخروج من هذه الحلقة يتطلب تقليل الاستهلاك وقد يكون ذلك في حكم المستحيل بالنسبة للطبقات الفقيرة والمتوسطة في الاقتصاد الحر والمزدوج لان أمر الاستهلاك لا يزال متروكاً الى حد كبير للفرد الذي لم يبد رغبة ظاهرة في تقليل الاستهلاك في هذه الدول .

(١) كما ورد عن لسانه في مجلة Time الامريكية عدد ديسمبر ٤ ، ١٩٧٢ .

(٢) هناك الآن صندوق التنمية الكويتي وصندوق التنمية لدولة الامارات العربية . وصندوق عربي لا يزال في دور التكوين مركزه مدينة الكويت أيضاً .

ثالثاً : تتسم مرحلة الانتقال بضعف العنصر البشري الموروث من مرحلة المجتمع التقليدي الذي يمكن تقويته بالركون الى ما يلي :

١ ــ التخلي قدر الامكان عن الروابط القبلية والاقليمية والعرقية والطائفية التي تعمل على انعاش المحسوبية ، بحيث يكون الاعتماد على كفاءة الفرد الذاتية . وهذا لا يعني قطع الروابط العائلية وعدم اعتناء المشرع بالعائلة كخلية صالحة للمجتمع ولا قطع اواصر القربى والانتماء انما يعني التركيز على الشعور بالمواطنة والانتماء الى الدولة ويستطيع المشرع ان يعمل الكثير في هذا المضمار وذلك عن طريق وضع قواعد ثابتة وعادلة للخدمة المدنية في الدولة والمؤسسات التابعة لها . وان يعمل على الغاء القوانين الخاصة ، كما فعل المشرع العراقي بالغاء قانون العشائر سنة ١٩٥٩ . وان توضع عقوبات جنائية تعاقب على نشر الدعايات الطائفية والعنصرية والاقليمية . وان يؤسس المشرع مجلساً للارشاد القومي لوضع وتطبيق منهاجاً مدروساً للقضاء على هذه النعرات المضرة بالمجتمع .

٢ ــ الاعتناء بقوى الشعب العاملة وتوفير سبل العيش الكريم لها . وقد يقال ان التنمية الاقتصادية تعمل على ذلك بصورة تلقائية وهذه بعض النتائج المرجوة منها . اذ أنها تعمل على زيادة متوسط الدخل الفردي . ورغم ما في هذا الاعتراض من صحة الا أنه لا يخلو من المغالطة لان زيادة الدخل القومي قد لا تأتي بالحصيلة المتكافئة للطبقة العاملة . والمراد هنا من المشرع هو بذل العناية المباشرة بهذه الطبقة وتدريب افرادها وارشادهم والاكثار من معاهد رفع مستواهم المهني لرفع كفاءتهم الانتاجية . والاعتناء بمعنويات المشتغلين من عمال ومستخدمين واداريين بحيث يكونوا في حالة نفسية شيقة للعمل وذلك عن طريق الالزام بتحسين

البيئة الصناعية والمعامل وايجاد اوقات للراحة والتسلية والعطل الاجبارية والفعاليات الرياضية والاجتماعية[١] .

وعلى المشرع ان يعتني بتجمعاتهم النقابية والحرفية وبجمعياتهم الانتاجية والاستهلاكية وتأسيسها ان لم تكن موجودة وتطويرها ان كانت ضيقة وابعادها عن السياسة قدر الامكان حتى يشترك فيها الجميع رغم اختلاف ميولهم السياسية . وعليه خلق جو من الاعتزاز المهني بين افرادها وعدم التدخل في ادارتها وافساح المجال لاعضائها بانتخاب واختيار قادتها حتى تقوى على الدفاع عن مصالحها ولو في وجه القطاع العام ان اقتضى الامر .

ويستطيع المشرع ان يعمل على تشجيع الطبقة العاملة على الاستثمار ولو بمبالغ بسيطة في الصناعات التي تنتمي اليها والتي لا تعتبر من ضمن نطاق القطاع العام حصراً ، وذلك عن طريق تخصيص نسبة من الاسهم في تلك الصناعات للعمال بغية مشاركتهم في الارباح ليكون ذلك حافزاً لهم على زيادة الانتاج وعدم تبديد الوقت والمواد الاولية . كما يستطيع الارشاد القومي حث العمال على الدخول في المهن والحرف التي يتطلبها النظام الاقتصادي دون حرج والتي قد يستنكف ويتحشم الكثيرين منها لاسباب قبلية او لعادات اجتماعية بالية .

---

(١) ان الاخذ بمثل هذه العناية من قبل المشرع الامريكي في الولايات المختلفة ومن قبل الحكومة الفدرالية ادى الى رفع انتاجية العامل هناك الى خمسة اضعاف بين سنة ١٨٥٠ وسنة ١٩٥٠ فكان ما ينتجه العامل في ثلاثة اسابيع يشتغل فيها بمعدل سبعين ساعة في الاسبوع الواحد يساوي ما ينتجه هذا العامل بوضع الصناعة العصرية في اربعين ساعة في اسبوع واحد فقط .

اما في حقل الزراعة فيشتغل حالياً في الولايات المتحدة اقل من ٨٪ من السكان ينتجون ما يكفي لاستهلاك اكثر من مائتين مليون نسمة بمستوى معيشهم الاستهلاكي العالي ، وما يصدر الى الخارج وما تحتاج اليه اكبر صناعة في العالم من مواد اولية من المنتجات الزراعية .

انظر كوسولاس ، المرجع السابق ، ص ٤٢ وص ٤٥ .

وهنا تجدر الاشارة الى اهمية العاملات من النساء في جميع الحقول الاقتصادية وفسح المجال أمامهن للعمل ، اذ لا يمكن لمجتمع ان يتقدم ونصفه عاطل مشلول . ولا نستطيع ونحن في هذه المرحلة من مراحل التنمية الاقتصادية ان نقصر دور المرأة في المجتمع على الاشغال البيتية سيما بالنسبة للنساء غير المتزوجات . وقد اثبتت التجارب في بلادنا بأن الفلاحة وتسمى بالفضالة في العراق انشط واكثر صبراً على العمل، حتى الشاق منه من زميلها الرجل في كثير من الاحيان .

صحيح ان التشريع قد لا يكفي وحده لخلق مثل هذه الظروف الا انه يشكل الخطوة الاولى والمهمة لتمهيد الطريق لها . وسنبحث ذلك في التشريعات الاجتماعية الخاصة بالتنمية الاقتصادية في باب لاحق .

٣ ــ الاعتناء بطبقة الاداريين والمنظمين وهي الطبقة التي يعتمد عليها الانتاج الصناعي وقطاع الخدمات الى حد كبير ويتوقف نموهما وتطورهما على مدى نشاطها وتفانيها في العمل وعلى مقدار خبرتها وكفاءتها وتصوراتها . ويجب الا ينظر لافرادها في المجتمع العربي على انهم مستغلون كما تشجع الدعايات لاغراض سياسية ذلك في كثير من الاحيان . ان تطوير الاقتصاد عندنا وانتقاله من مرحلة الانتقال الى مرحلة الانطلاق وما بعدها لا يمكن ان يتم الا بواسطتهم لا سيما في بلادنا العربية التي تعوزها الخبرة والدراية الكفيلة بمثل هذا التطور .

ولذلك يجب اعطاء الاداريين الكفوئين المراكز اللائقة بهم وبتحصيلهم العلمي والتدريبي ومنحهم الفرصة لتسيير وتطوير العلاقات الصناعية وجعلها مستتبة تتسم بالتعاون بين العمال والاداريين والمنظمين . والعلاقات غير المستتبة تعتبر معيقاً مهماً في التطور الصناعي ، وعلى العكس فان العلاقات الصناعية

السائرة بروح التعاون تعمل على تقصير فترة الانتقال وتساعد على اجتياز مرحلتي الانطلاق والنضوج كما حصل ذلك في اليابان . والاداري المهيىء بثقافة عصرية يقدر أهمية العلاقات الصناعية ويعمل على توطيدها واستقرارها بالتعاون مع النقابات العمالية للتوصل الى الحلول المرضية للجميع ، بدل بذل الجهد للتطاحن ونشر الكراهية في العلاقات الصناعية .

٤ ـ تحرير الفرد في المجتمع العربي من الخوف ، وهو موضوع قد لا تبدو صلته ، لاول وهلة ، وثيقة بالتنمية الاقتصادية ، لكن علاقته بالنمو الاقتصادي قوية ومباشرة اذ لا يستطيع الفرد المهدد والملاحق وغير الضامن لمستقبله المساهمة بشكل فعال في تنمية مجتمعه والعناية بالعنصر البشري هي وسيلة وغاية في آن واحد بالنسبة للنمو الاقتصادي ولذلك يجب الاعتناء بتشريعات الضمان الاجتماعي والصحة العامة والخدمات الاجتماعية الاخرى وبضمان الحريات الشخصية .

ونركز على الحريات الشخصية لان موضوعها قانوني في الاساس . ونترك الموضوعات الاخرى لتعالج في مجال التنمية الاجتماعية .

ان التنمية الاقتصادية ضرورية ولكن الاهم منها كرامة الانسان التي تصونها حرياته الشخصية . فيجب الا يضحي بحرية الانسان وحقوقه الطبيعية من اجل التنمية أو من أجل اية غاية كانت ، اي حتى ولو من اجل الدولة نفسها . أنا من المؤمنين بتقديم مصالح المجتمع على مصالح الفرد ، وان الذين يدعون الى حماية مصالح الفرد حتى ولو اصطدمت مع مصالح الجماعة يستغلون مفهوم الحرية لتعطيل مصالح الجماهير واستغلالها ، لكني لا أؤمن بطريقة من يريد ان يجعل من الفرد آلة مسخرة في المجتمع ويجرده من جميع حقوقه من أجل الدولة . واجد من المناسب الاقتباس من شيلر الذي قال

« ان كل شيء يمكن التضحية به من اجل الدولة الا فكرة ان الدولة نفسها هي وسيلة وليست غاية ، وأنها وجدت لتحقيق الغايات الانسانية وان هذه الغايات ما هي الا تطوير قابليات الانسان وهذا هو التقدم[1] » .

وللقانون دور اساسي في حماية الانسان ويجب ان ينص على حقوق الانسان في الدستور ، بحيث تشمل هذه الحقوق حرية الفرد الجسمية ، اي عدم حبسه وتعذيبه ، وتطبيق قاعدة لا عقوبة ولا جريمة الا بنص وعدم سريان القانون الجنائي على الماضي الا اذا كان لصالح المتهم . وان تناط حرية الانسان بقضاء يضمن استقلاله وترفع منزلته وكفاءته وان يضمن للفرد حقه في العمل وعدم محاربته في رزقه وحقه في المشاركة في الشؤون العامة لبلده .

معوقات التنمية ودور القانون في ازالتها :ـ

نركز على معوقات التنمية الاقتصادية في فترة الانتقال وتبيان دور المشرع في ازالتها مع التأكيد على أوضاع البلدان العربية ، وسنشير لذلك الى المعوقات التالية :

أولاً : معوق زيادة السكان :

ان زيادة عدد السكان قد تلغي النمو الاقتصادي وتجعل البلد وكأنه يراوح في محله أو يرجع الى الوراء اذا ما استغرقت نسبة زيادة السكان نسبة النمو الاقتصادي . وتعالج هذه الحالة بالقوانين الاجتماعية ولو انها من المشاكل

---

(١) انظر : Schiller, Six Against Tyrenny, 1955, Translated from German by Cyrus Book, p. 6o.

المستعصية الحل حالياً في البلدان النامية . كما تعالج بزيادة الانتاج[1] .

وزيادة السكان لا تكون معيقاً بل محفزاً للنمو الاقتصادي في البلاد العربية اذا ما تم مشروع تحقيق الوحدة الاقتصادية العربية والسوق العربية المشتركة ، فحينئذ تكون البلاد العربية من البلدان قليلة السكان او على الاقل ليست من البلدان التي تصادف هذه المشكلة كالهند والصين وتركيا وبوليفيا . وتصادف مصر هذه المشكلة اذا ما تركت لوحدها .

ثانياً : معوق التبعية الاقتصادية :

وينشأ هذا المعوق من تصدير سلعة واحدة او عدد من السلع المحدودة لا سيما اذا كانت بشكل مواد اولية فيكون اقتصاد ذلك البلد معتمداً الى حد كبير على مقدار الطلب العالمي لتلك السلع وعلى تذبذب اسعارها في الخارج . كما تحصل التبعية الاقتصادية في حالة ضعف رأس المال الوطني والاعتماد الكلي على رأس المال الاجنبي لتطوير المشاريع المحلية . والذي يوظف عادة

---

(١) تضاعف عدد سكان العالم مرة واحدة بين سنتي ١٠٠٠ – ١٧٥٠ بينما تضاعف في القرن العشرين خلال الستين سنة الاولى منه فقط ووصل الى اكثر من ثلاثة بلايين نسمة اي اكثر من اربعة أضعاف عدده في سنة ١٧٥٠ . ومع ذلك فيقدر الاقتصاديون ان مستوى معيشة سكان العالم اليوم اعلى مما كان عليه عام ١٧٥٠ حتى بالنسبة للدول النامية . وذلك بسبب مضاعفة الانتاج والتجارة والنقل بنسب اعلى بكثير من نسبة زيادة عدد السكان . اذ تجاوزت اقل زيادة وصلت اليها النسبة في مجالات الانتاج العشرة اضعاف ، بينما زاد حجم التجارة الخارجية الى اكثر من مائة ضعف بين عامي ١٧٥٠ و١٩٦٠ ومع ذلك بقي التوزيع في زيادة الانتاج العالمي متفاوتاً كل التفاوت ، فبينما زاد عدد سكان آسيا وافريقيا وامريكا اللاتينية بنسبة ٣–١ من زيادة سكان العالم الباقي نرى ان بقية سكان العالم تنتج تقريباً ٣ – ١ من الانتاج العالمي . انظر :
Richard A. Easterline, A Note on the Evidence of History, Chicago, Aldine, pp. 422 - 429, 1965 .

في التجارة وحقل الخدمات المصرفية والتأمين ذي العائد القصير الاجل المضمون نسبياً مع بقاء الصناعة والزراعة في دور متخلف .

ولكن تلاحظ اهمية قيام صناعة كبيرة ولو برؤوس اموال اجنبية لخلق البيئة الصناعية في البلاد كما عملت صناعة النفط في كل من العراق والكويت وليبيا في مرحلة الانتقال . وكان لهذه الصناعة ان تعمل بشكل اوسع في هذه الاقطار لو لم تقتصر على عمليات استخراج النفط فقط .

ويمكن المشرع ان يلعب دوراً مهماً في التخلص من معوق التبعية الاقتصادية بوضع قواعد قانونية لرسم سياسة البلد تجاه الاستثمار الاجنبي والاقتراض من الخارج وبالدخول في اتفاقيات تجارية مع اكبر عدد ممكن من الدول في الخارج وايجاد الاسواق للمنتجات المحلية بعقود طويلة الامد نسبياً وبعقد اتفاقيات الدفع المتبادل . كما يجب ان تأمم الاستثمارات الاجنبية في حقل الخدمات المصرفية والتأمين والمرافق العامة اذا ما توافر للبلد المجال اللازم والخبرة الكافية لادارتها كما حصل موخراً في الجمهورية العربية الليبية في تأميم المصارف وشركات التأمين التي كانت في جلها اجنبية .

ثالثاً : معوق حجم الانتاج والسوق المحدودة :

من المسلم به اقتصادياً ان كلفة الانتاج تتأثر بحجم الانتاج وان هذه الكلفة تهبط بكلفة الوحدة المنتجة من سلعة معينة اذا ما توافرت للمشروع مزايا الانتاج الكبير . ويعتبر هذا المعوق من المعوقات الصعبة بالنسبة للصناعات الكبيرة في البلاد العربية . وذلك لعدم استطاعة الصناعات القطرية الناشئة مزاحمة الصناعات العالمية لعدم تمتعها بمزية الانتاج الكبير . وان بحمايتها

وجعلها تنتج بكلفة عالية داخل القطر الواحد فقط اضراراً بالمستهلكين الذين يضطرون الى دفع اثمان عالية لمنتجات الصناعة الوطنية في الوقت الذي تفوت هذه الحماية على الخزانة العامة الرسوم الجمركية التي كانت ستحصل عليها من السلع المستوردة(١) .

ودور المشرع في ذلك يتم عن خلق سوق كبيرة وهو يتأتى بالنسبة للبلاد العربية من تطبيق اتفاقية الوحدة الاقتصادية وبنودها المختلفة بما في ذلك نصوص السوق العربية المشتركة . واصدار التشريعات المحلية اللازمة لانتقال السلع ورؤوس الاموال والعمال دون اي قيد او شرط سوى ضابط العرض والطلب الذي ينظم نفسه بنفسه مع الاهتمام بالتنسيق الصناعي بين هذه الاقطار وخلق صندوق نقد عربي لتمويل التجارة بينها ورفع القيود على الاستيراد والتصدير بينها وتعويض الدول التي تعتمد ميزانياتها الى حد كبير على الايرادات الجمركية كالاردن مثلاً من ذلك الصندوق ايضاً .

كما تستدعي السوق العربية المشتركة العمل على توحيد القوانين المتعلقة بالنواحي الاقتصادية والمالية اولاً ومن ثم توحيد الانظمة القانونية نفسها كهدف اخير .

ولا تقتصر فائدة السوق العربية المشتركة على تجهيز السوق الكبيرة وتمتع

---

(١) لقد « بينت دراسة اجريت على الصناعة الامريكية ان تكاليف انتاج الطن من الصلب تنخفض من ٢٠٩ دولارات في مصنع طاقته ٥٠ الف طن الى ١٥٨ دولاراً في مصنع طاقته ٢٥٠ الف طن ثم الى ١٣٧ دولاراً في مصنع طاقته ٥٠٠ الف طن والى ١٢٧ دولاراً في مصنع طاقته مليون طن . وفي صناعة الاسمنت تنخفض نفقة انتاج الطن من نحو ٢٩ دولاراً في مصنع طاقته ٣٥ الف طن الى ١٤ دولاراً في مصنع طاقته ١,٨ مليون طن وكذلك الحال في كثير من الصناعات الاخرى » . انظر : دكتور القاضي المرجع السابق ، ص ١٠٩ عن نشرة الامم المتحدة لآسيا والشرق الاقصى عدد ديسمبر (كانون الأول) ١٩٦١ — ص ٦٨—٧١ .

الصناعة العربية بمزايا الانتاج الكبير فحسب وانما تعمل على مكافحة البطالة الحقيقية والمقنعة وانتقال الايدي الماهرة والخبرة الى الامكنة التي يزداد فيها الطلب كما تحقق مضاعفة الاستثمارات عن طريق انتقال رؤوس الاموال وايجاد الضمانات القانونية الكافية لها[١] .

---

(١) لقد وجدت حتى الدول المتقدمة ضرورة لتوسيع اسواقها ولهذا انشئت السوق الاوربية المشتركة واتفاقية الكوميكون بين دول اوربا الشرقية . وتحاول الولايات المتحدة توسيع سوقها عن طريق الاتفاقية العامة للتجارة والتعريفة الكمركية (GATT)

لقد تضاعفت صادرات السوق الأوربية المشتركة حوالي ثلاث مرات في فترة عشر سنوات . فقد كان مجموعها ٢٩,٧٣٠ مليون دولار بسعر فوب (F, O. B) سنة ١٩٦٠ ووصلت الى ٨٨,٥٠٠ مليون دولار سنة ١٩٧٠ حسبما تبينه إحصائيات الكات (GATT) لتلك السنة . وبعد انضمام بريطانيا والدنمارك وايرلندا اليها يكون مجموع صادراتها حوالي ١١٢,٥٠٠ مليون وهو يوازي إذا ما أضيفت اليه صادرات النرويج وقدرها ٢,٤٥٥ مليوناً حوالي ٣٧ ٪ من اجمالي صادرات العالم لسنة ١٩٧٠ .

انظر (بالنسبة للإحصائيات) : دكتور الشافعي محمد بشير ، السوق الأوربية المشتركة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، بدون تاريخ ص ١١ – ٢٩ .

وتستطيع السوق العربية المشتركة اذا ما طبقت بنودها بأمانة وبرغبة صادقة لتحقيق الوحدة الاقتصادية العربية أن تأتي بنتائج باهرة في زيادة حجم التبادل التجاري بين الاقطار العربية وفي الإسراع في معدلات النمو الاقتصادي لهذه الأقطار .

وخلق السوق المشتركة يستوجب خلق اتحاد جمركي واحد تلغى في ظله التعريفات الجمركية والتحديدات الكمية لتبادل السلع بين الدول الأعضاء ، كما تلغى بموجبه الإعانات التي تمنحها الدولة لغرض زيادة التصدير ودعم الاسعار للمنتجات المحلية ؛ وتلغى بموجبه كذلك رسوم التصدير لكي تتحقق الحرية الكاملة لانتقال الأموال بين اقطار السوق العربية المشتركة .

ويستدعي الأمر كمرحلة ثانية بعد مرحلة إنشاء صندوق النقد العربي توحيد النظام النقدي للدول الأعضاء، كما يستدعي الأمر توحيد التعريفة الجمركية لدول السوق تجاه العالم الخارجي وإيجاد وسائل النقل اللازمة وتوحيد اجور النقل وقوانينه وأنظمته ، والسماح لانتقال الأموال المستوردة أيضاً داخل اقاليم السوق كخطوة تالية وبشروط معينة تفرضها السياسات الاقتصادية الموحدة .

على أن يتم ذلك تدريجياً ولكن ضمن اطار زمني وقانوني موحد يعد سلفاً ويعهد بالقيام به وبتطبيقه الى مجلس اقتصادي دائم تساعده هيئات متخصصة في المجالات النقدية والتجارية والنقل=

وتستطيع كوحدة تعميق السوق افقياً عن طريق عقد الاتفاقيات التجارية والجمركية مع بلاد العالم الاخرى ومع التجمعات الاقتصادية الدولية كما تفعل السوق الاوربية المشتركة (١) كما يمكن المشرع ان ينمي السوق عمودياً (٢) وذلك عن طريق تبني سياسة التسعير وتوزيع الربح ووضع حد اعلى للربح على الوحدة المنتجة بحيث يشمل ذلك الوسطاء التجاريين وليس الصناعيين فقط . كما يمكن تنمية السوق عمودياً عن طريق خلق الطبقة المتوسطة باعادة توزيع الدخل وفرض الضرائب التصاعدية على الدخول العالية وشمول الكثير من الدخول الصغيرة بالاعفاءات الضريبية . كما يمكن ان يتم توسيع السوق عمودياً عن طريق اتباع سياسة نقدية متحررة والسماح بزيادة التسهيلات المصرفية وخفض سعر الفائدة لاعادة القطع من قبل المصرف المركزي . ودعم المصارف التجارية وزيادة قابليتها على خلق الائتمان .

رابعاً : معوق التخلف التقني :

يعتبر هذا المعوق من اهم المعوقات التي تقف في وجه النمو الاقتصادي

= والتنسيق الصناعي والخدمات والعمالة وانتقال العمال والتخطيط القومي الشامل ويعهد اليها الإشراف على تنفيذ ما يصدره المجلس من قرارات في هذه المجالات المختلفة التي بتوحيدها تقوم الوحدة الاقتصادية الضرورية للتنمية الاقتصادية العربية .

(١) ويقتضي بالاضافة الى تشريع النصوص أن يوجد نظام موحد للمواصلات وصناعة موحدة لانتاج وسائل النقل التي بدونها لا يمكن ان تتوسع السوق العربية ولو ازيلت الحواجز الجمركية . كما يستدعي الأمر تأسيس شركات كبيرة للنقل البري والجوي والبحري تساهم فيها جميع الاقطار العربية . ان مثل هذه المواصلات هي التي انعشت السوق الامريكية والسوق السوفيتية وغيرها في البلدان المتقدمة .

(٢) ان مثل هذه التنمية يجب ان تسبقها زيادة بينة في الانتاج وخاصة اذا ما سمح المشرع لوسائل الدعاية التجارية الرامية الى زيادة الاستهلاك . ولكن حداً ادنى من الاستهلاك يعتبر ضرورياً لتقوية العنصر البشري اللازم للتنمية الاقتصادية كما رأينا .

في الوطن العربي وهو من المعوقات التي لا يمكن معالجتها بمجرد التشريع ولو ان التشريع قد يلعب دوراً مهماً في ازالة هذا المعوق وذلك بانشاء المعاهد العلمية والتدريبية والاكثار من مخصصات البحث العلمي وعن طريق السماح باستيراد التقنية وصنع السلع التي تعتمد على الاختراعات الحديثة بموجب عقود الاجازة under licence والاعتناء بقوانين الملكيـــة الصناعية وضرورة دخول بعض الاقطار العربية كأعضاء في اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية. كما يساعد على ذلك عقد اتفاقيات المعونة الفنية مع الدول المتقدمة وقيام المؤتمرات العربية الدورية لبحث مشاكل التقدم التقني وايجاد الحلول لمعالجتها والاشتراك في المؤتمرات الدولية التي تعقد لهذه الاغراض ومتابعة اعمالها .

الباب الثاني

تشريعات التنمية الاقتصادية

التنمية الاقتصادية عملية متعددة الجوانب ولذلك لا يمكن ضبطها بضابط قانوني . فلو تسنى لنا جدلاً معرفة المؤثرات الاقتصادية وتحديدها مسبقـاً لما استطعنا ان نضع نماذج قانونية ثابتة تحقق لنا اعلى مستوى من النمو الاقتصادي في اقصر وقت ممكن . فلو وضعنا امامنا ارقام العرض والطلب ومقدار الاجور والارباح والفوائد والريع ونسبة بعضها الى البعض الآخر ومقدار الادخار ونسبة الاستثمار ومقدار التقنية المتوافرة لما استطعنا ان نحصل على معدل النمو الذي نريده اذا ما شرعنا كل ذلك بقواعد ثابتة .

المطلوب من المشرع اذن معرفة الاسس اللازمة لخلق بيئة ملائمة للنمو ومعرفة العقبات الاقتصادية وغيرها والمحفزات الاقتصادية وغيرها في مجتمعه ، لكي يضع خطوطاً عريضة مرنة لمعالجتها . والا لاصبحت تشريعات التنمية نفسها عقبة من عقبات التنمية الاقتصادية .

وعليه فهل توجد ضرورة لتشريع قانون خاص بالتنمية في الدول النامية ؟ وهل هناك ضرورة لتغيير النظام القانوني السائد فيها قبل الولوج بعمليات التنمية بمفهومها الواسع الذي يشتمل على التنمية الاجتماعية والثقافية وما يعبر عنه بالتنمية البشرية أو بمفهومها الضيق الذي يخص التنمية الاقتصادية وما يعبر عنه بالتنمية المادية[1] .

---

(١) انظر بالنسبة الى هذا التساؤل الموسوعة الجامعة ، المرجع السابق ، ص ٥١٠ .

نجيب على هذا التساؤل بالايجاب بعد أن قررنا ضرورة تدخل الدولة في البلدان النامية في عملية التنمية وذلك للاسباب التالية :

١ ــ ان قانون التنمية يمكن ان يعمل على تنسيق جميع فعاليات المجتمع وتسييرها في قنوات التنمية الاقتصادية والاجتماعية وذلك بوضعه هدفاً يتوجه المجتمع للوصول اليه فيتفادى خسارة الزمن الذي سيحصل لو ترك الامر للاجتهادات الشخصية فقط .

٢ ــ يزيل قانون التنمية في العادة وبشكل سريع جميع العقبات القانونية التي تواجه التنمية في البلدان المتخلفة لتميز هذا القانون بالشمول ولذلك فهو يفسخ القوانين التي تتعارض معه ويعمل كمصفاة للقواعد القديمة ويكون بمثابة الاصلاح التشريعي الشامل الذي يرمي الى غاية واضحة هي تحقيق اكبر قدر من النمو الاقتصادي في اقصر مدة ممكنة .

٣ ــ يقيم هذا القانون عادة المؤسسات والهيئات التي يناط بها اجراء التنمية ، كمجالس الاعمار والتخطيط والمؤسسات والشركات العامة . ولو ان انشاء بعض هذه المؤسسات قد يدخل في اختصاصات القانون الدستوري كانشاء وزارة خاصة بالتخطيط مثلاً او في عداد القانون الاداري لتعلق الامر بتعديل قانون السلطة التنفيذية ومجالس التخطيط العليا المكونة من بعض الوزراء وكبار موظفي الدولة .

ولضرورة مثل هذا التشريع ، نرى ان يتصف بصفات تميزه عن التشريعات الاخرى نجملها فيما يلي : ــ

١ ــ وضع الخطط العامة وعدم التطرق الى الجزئيات التي يجب ان تترك لقوانين الخطط الاقتصادية واللوائح والتعليمات التي تصدر بموجبها .

٢ ــ ان يأخذ المشرع بعين الاعتبار ، عند وضعه لهذا القانون ، الظروف المادية والبشرية والمبادىء القانونية والاجتماعية والدينية القائمة في البلد . والا تعرض تطبيق القانون للعرقلة لنفرة الرأي العام منه . فالقاعدة القانونية حتى ولو كانت تؤدي الى تشجيع التنمية قد لا تجد أذناً صاغية اذا ما اصطدمت بالمبادىء الدينية أو بالعادات والتقاليد الراسخة التي يسير المجتمع بمقتضاها . ومثل ذلك اضطرار المشرع في ليبيا الى الغاء الفوائد الربوية . كما يتضح ذلك ايضاً من كساد سوق التأمين في بعض الاقطار العربية لاسباب دينية . ولكن ذلك لا يعني ضرورة مسايرة المشرع لجميع العادات الاجتماعية حتى البالية منها والتي لا تستند الى اصول دينية بل التي يروجها المشعوذون والمنتفعون من حالة التخلف الاجتماعي لانها بدع وسبه ومن واجب المشرع ان يضع حداً لها كما انها تناقض مبادىء الشريعة السمحاء .

٣ ــ يجب ان يلتزم المشرع في اصداره قانون التنمية بالجانب العلمي ولا يبالغ عند وضعه لخطط التنمية التي تصدر بموجبه والتي لا يمكن تحقيقها . والا تسبب الامر في خلق حالة من اليأس والقنوط وفقدان الامل في تحقيق الخطط في المستقبل ، كما حصل في العراق بعد تطبيق الخطة الاقتصادية لسنة ١٩٦٤ م مثلاً . ولكن هذا لا يمنع المشرع من استعمال قانون التنمية كمحفز لوضع اهداف معقولة يجند المجتمع للوصول اليها .

٤ ــ يجب ان يصاغ قانون التنمية على اسس من السياسة العامة التي تنتهجها الدولة كالاشتراكية مثلاً وان تبين فيه المجالات التي تترك للقطاع الخاص وحدود القطاع العام والمشترك . ونرى ان يلاحظ المشرع في الاقطار العربية ضرورة التنسيق الصناعي مع الاقطار التي يمكن ان تقوم بينها

اتحادات فدرالية أو وحدات اندماجية في زمن ليس ببعيد ، عند وضعه قانون التمنة .

وتجدر الاشارة الى التشريعات المالية والاجتماعية وتشريعات التخطيط ذات العلاقة المباشرة بموضوع التنمية الاقتصادية وهي التشريعات التي سنعالجها تباعاً فيما يلي :

التشريعات المالية ·

من اصعب المشاكل التي تواجه الدول النامية هي مشكلة تمويل التنمية الاقتصادية والمفروض بهذه الدول ان تخطط سياستها المالية بحيث تعمل على تطوير اقتصادها وتنميته في اقصر مدة ممكنة . ولذلك على المشرع ان يضع القواعد القانونية اللازمة لتنفيذ السياسة المالية التي تتخذ للوصول الى هذه الغاية .

وتؤثر السياسة المالية عن طريق تحديد نفقات الدولة ومصروفاتها العامة وعن طريق فرض الضرائب على عرض النقود وفي السياسة النقدية للبـــلد . ويظهر ذلك واضحاً اذا ما اتبعت الدولة سياسة التمويل العجزي او سياسة الميزانية المتوازنة أو ذات الوفرة عند اعداد الميزانية .

صحيح ان السياسة النقدية ليست تابعة تماماً للسياسة المالية ، ويستطيع المصرف المركزي ان يؤثر فيها في الفترات القصيرة . الا ان السياسة المالية التي ترسم لغرض التنمية تعمل على جر السياسة النقدية وراءها[1] .

---

(١) تشتمل السياسة المالية في مجال التنمية على جميع الاجراءات التي يراد اتخاذها حيال النظام الضريبي والانفاق العام والقروض العامة الداخلية منها والخارجية . وما يراد اتخاذه حيال تمويل وادارة المؤسسات العامة شبه المستقلة وذات الاستقلال الاداري التام وما يخص طرق الاستثمار فيها وتوزيع =

ويتوقف مدى تأثير السياسة المالية على نوع النظام الاقتصادي . فيكون التأثير مباشراً وكاملاً في النظام الاشتراكي لان الدولة هي التي تحدد وترسم الخطة للانتاج والتوزيع والاستهلاك . ويبقى التأثير موجوداً الا أنه غير مباشر

= رؤوس الاموال التي يراد استثمارها فيما بينها . كما تحتوي السياسة المالية على تقديرات الاستهلاك العام كجزء من الانفاق العام وكذلك تأخذ بعين الاعتبار الاستثمار والاستهلاك لعلاقتهما برسم السياسة المالية للدولة . انظر وثائق مؤتمر شيلي ، المرجع السابق ، ص ٢ .

ويعود ادخال تمويل المؤسسات العامة ضمن السياسة المالية حتى ولو كانت هذه المؤسسات مستقلة تماماً في اداراتها وميزانياتها لسببين :

١ ــ ان الدولة باعتبارها المالك هي التي تغطي رؤوس اموال هذه المؤسسات ، فتكون رؤوس اموالها قسماً من الانفاق الاستثماري العام وبالتالي تؤثر في توزيع النفقات العامة لان هذه النفقات محدودة ، وان ما يدفع منها لتغطية رؤوس اموال المؤسسات العامة يجب ان ينقص بالضرورة من بنود اخرى وهنا يكون التأثير مباشراً .

وقد يتأثر الانفاق العام بصورة غير مباشرة اذا سمت الدولة رؤوس اموال هذه المؤسسات العامة فقط ودفعت جزءاً بسيطاً منها وتركت لها الحرية في تحصيل وتغطية رؤوس اموالها وذلك بترحيل جزء كبير من الربح والاحتياطي لسد رأس المال الاسمي . لان هذه الطريقة تؤثر في ايراد الدولة من الضريبة من تلك المؤسسات واذا انخفضت الحصيلة الضريبية يتأثر الانفاق العام بشكل غير مباشر .

٢ ــ ان الدولة باعتبارها المالك تستطيع ان تتدخل في اسعار المنتجات والخدمات التي تقدمها هذه المؤسسات العامة . وهنا تستطيع المؤسسة العامة ان تفرض السعر الحكومي اذا كان لها احتكار للسوق ويكون في العادة سعراً عالياً لتخصيص جزء منه لتغطية رأس المال وزيادته في المستقبل . ويصبح جزء من الثمن بمثابة الضريبة على الاستهلاك الذي يحد من امكانية الدولة في فرض ضريبة جديدة او اضافية على الاستهلاك . كما يفرض السعر العالي للمؤسسات العامة على الدولة حمايتها من المنافسة الخارجية وذلك بمنع الاستيراد وعندئذ تخسر الدولة مورداً من موارد الرسوم الجمركية .

كما تدخل ارقام حصيلة الضمان الاجتماعي في رسم السياسة المالية ، لان الجزء الذي يدفعه رب العمل هو بمثابة الضريبة التي تزيد في كلفة إنتاجه ، وما تدفعه الدولة هو بمثابة نفقة مدخرة. كما ان ما يعاد استثماره من مجموع هذه المبالغ يخفف عن الدولة بعض اعباء النفقات العامة في مجالات معينة كالاسكان والصحة العامة مثلا .

انظر ، المرجع اعلاه ، ص ٥ وما بعدها .

اذا كان النظام رأسمالياً لان السياسة المالية للدولة توثر في هذه الامور بصورة غير مباشرة عن طريق تحديد النفقات العامة وفرض الضرائب لتغطيتها . اما في البلاد ذات النظام المزدوج ، ونخص منها بالذكر الاقطار العربية فنرى ان يعمل المشرع في رسم سياسته المالية في مجال التنمية الاقتصادية على تحقيق الاغراض التالية : —

١ — تجميع الاموال المقدرة لمنهاج التنمية سواء عن طريق الادخار العام أو الحصول على هذه الاموال بواسطة القروض العامة الداخلية منها والخارجية .

٢ — ان تقدر نسبة الادخار العام التي تجمع من الدخول الخاصة ومن دخول المؤسسات العامة بالشكل الذي لا يوثر في سير ونمو انتاج المشروعات العامة والخاصة . وبالشكل الذي لا يؤثر في مقدار الحصيلة الضريبية نفسها من جراء زيادة سعر الضريبة على هذه الدخول او اخضاعها لعدة ضرائب مختلفة . ونقدر ان مثل هذه المهمة في منتهى الصعوبة في الاقطار العربية لعدم وجود الادارة الكفوءة المتخصصة ولعدم وجود الاحصائيات اللازمة .

٣ — ايجاد المحفزات التشريعية اللازمة لتشجيع الادخار كالاعفاء الضريبي وكزيادة سعر الفائدة في المصارف بالنسبة للمدخرين وتأسيس المصارف اللازمة للادخار وتعميم النظام المصرفي والمحافظة على قوة العملة وعلى غطائها .

٤ — ايجاد فرص الاستثمار للقطاع الخاص ومحاولة توجيه الاستهلاك نحو المنتجات الصناعية والزراعية والمحلية .

وتنتهج وسائل الضريبة والقروض العامة والانفاق العام لتحقيق السياسة

المالية في مجال التنمية . ولكن هذه الوسائل قد لا تأتي بالنتائج المطلوبة وتصطدم عادة بعقبات شديدة يصعب معها على البلدان النامية تحقيق الادخار العام لضعف الحصيلة الضريبية أو لارتفاع الانفاق المستهلك (الاعتيادي) على الادارة ، او لصعوبة الحصول على القروض العامة لضعف الثقة في الحكومات في الداخل والخارج أو بسبب ضعف الادخار والدخل او انحصاره لدى طبقة محدودة تقوم بتوظيفه في المشاريع التجارية والمشاريع سريعة المردود والربح العالي ولا تقرضه للدولة ، وحتى لو رغبت هذه الفئة من الممولين اقراض مدخراتها الى الدولة فان ذلك سيؤثر الى حد كبير في تمويل مشاريع القطاع الخاص الامر الذي سيعيق التنمية الاقتصادية في هذه الناحية .

ويصدق هذا الامر على غالبية الدول العربية عدى بعض الاقطار المنتجة للنفط . ولذلك فان الاخذ باية وسيلة من هذه الوسائل يجب ان يتم في البلدان العربية على اساس من دراسة اقتصادية واقعية لاحوال ذلك القطر والا تتبنّى الدولة وسيلة معينة بمعزل عن الوسائل الاخرى . كما يجب ان يراعى ما يتركه تبني وسيلة معينة من أثر في الانتاج وفي التصدير لا سيما في الاقطار التي تعتمد في حصيلتها من العملة الاجنبية على ما تنتجه حقولها الزراعية وصناعتها الوطنية كمصر وسوريا وتونس ، وليس على دخل من تصدير مادة أولية تنتجها شركات تدفع الحصة الى الدولة بشكل ضريبة كما هو الامر بالنسبة للدول المنتجة للنفط كليبيا والكويت والسعودية مثلاً ، ويقف العراق موقفاً وسطاً بين هذين النوعين من الاقطار العربية .

وسائل السياسة المالية للتنمية في الاقطار العربية :—

ان تعقد النواحي المالية ، المارة الذكر ، وتشابكها واختلاف ظروف بعض الاقطار العربية عن بعضها الآخر يجعل من غير المستطاع النصح باتباع

سياسة معينة واحدة ، للضرائب أو للانفاق العام او للقروض العامة لغرض تمويل التنمية الاقتصادية في الاقطار العربية .

ومع ذلك فان تشابه الظروف الاجتماعية والاقتصادية في بعض هذه الاقطار يمكننا على الاقل ، من وضع بعض الخطوط وترك التفاصيل للمشرع المحلي الذي عليه ان يراعي في تشريعه الطبيعة الاقتصادية والاجتماعية لذلك القطر . وعلى هذا الاساس نقدمها فيما يلي : —

السياسة الضريبية : —

ان التشابه الاجتماعي في غالبية الاقطار العربية ، كاعتماد نسبة عالية من السكان على الزراعة ووجود نسبة عالية من الامية بين الاهلين وقلة الخبرة الادارية وضعف الشعور بالمسؤولية الجماعية بين المواطنين لحداثة نشوء مفهوم الدولة في هذه الاقطار ، وضعف رؤوس الاموال الخاصة وضرورة العمل على عدم تشتيتها والضغط عليها بالشكل الذي يسبب هربها الى الخارج . يجعلنا نميل الى الاعتماد على الضرائب غير المباشرة في الجزء الذي يراد ادخاره واعادة استثماره في التنمية الاقتصادية .

فقد تساعد الضرائب غير المباشرة على حماية المنتجات المحلية اذا كانت مفروضة على الاستيراد وتعمل على الحد من استهلاك بعض السلع غير الضرورية اذا فرضت على الاستهلاك أو على الحد من انتاج بعض السلع وتوجيه عناصر الانتاج الى انتاج سلع أخرى اذا ما فرضت على الانتاج . وعندئذ يكون للضريبة بالاضافة الى وظيفتها التمويلية وظيفة توجيهية اضافية في عملية التنمية الاقتصادية .

ونرى ان يلتزم المشرع بتبسيط الضريبة المباشرة الى ابعد حد ممكن ، وذلك عن طريق الحد من عدد الضرائب ولا سيما الضرائب النوعية على الدخل واتباع ضريبة الدخل الواحدة والضريبة الاضافية على الدخل على أن تكون الاولى نسبية والثانية تصاعدية . كما نرى أن المهم في الضرائب المباشرة بالنسبة للمشرع العربي الاعتبارات المالية لا الاعتبارات الاجتماعية والرغبة في اعادة توزيع الدخل فقط . ان تحقيق العدالة الاجتماعية قد لا يتم عن طريق تفتيت رؤوس الاموال الخاصة وسوق الممولين على تهريب اموالهم لان في اضعاف الاستثمار اضعاف للحصيلة الضريبية نفسها .

ومع ذلك فاننا لا ننكر اهمية فرض الضرائب المباشرة على الدخول العالية لاعتبارات وردت في هذا البحث ، لا سيما اذا ما شعرت الدولة بضعف الاستثمار في القطاع الخاص واستعمال الدخول العالية للاستهلاك الكمالي والترف في البناء وغيره . كما ان الدولة في الاقطار النامية هي التي تقيم رأس المال الاجتماعي الرأسي الضروري لايجاد البيئة اللازمة للتطور الاقتصادي حتى بالنسبة للقطاع الخاص ، وهذا يحتاج الى نفقات كبيرة .

كما ننصح بعدم المبالغة بالاعفاءات بالنسبة للدخول المتأتية من الاستثمار بعد ان تصل الصناعة حالة من النضوج يمكنها من تحقيق الارباح والاستمرار في التوسع المطلوب . وقد يكون من المستحسن حماية الصناعات المحلية عن طريق تحديد الاستيراد لا عن طريق الاعفاء الضريبي في هذه المرحلة والذي يتحول بالنسبة الى الاستثمارات الاجنبية الى ارباح يعاد ترحيلها الى الخارج .

أضف الى ذلك انه لا فائدة من اعفاء الدخول العالية من الضريبة بقصد تشجيع الاستثمار اذا لم تكن هنالك البيئة المناسبة للاستثمار والمجال المفتوح امامه كما يظهر ذلك واضحاً في ليبيا والكويت والسعودية الا اذا وجدت

سوق عربية مشتركة كما نوهنا قبلاً . كما ان مجالات الاستثمار للقطاع الخاص لا تفتح في الاقطار النامية قبل أن تقوم الدولة بمهامها في الاقتصاد ، كإنشاء المواصلات والطاقة الكهربائية وغيرها كما أوضحنا .

واذا ما اردنا وضع سياسة ضريبية مدروسة لتمويل التنمية الاقتصادية في الاقطار العربية وجب علينا تقسيمها الى قسمين : —

الاول ويشمل الدول غير المصدرة للنفط وهي الدول التي تحتاج في تمويلها للتنمية الاقتصادية الاعتماد على طرق التمويل المعروفة والتي ذكرناها قبلاً ، ولذلك فان المشكلة فيها اكثر تعقيداً من الاقطار المصدرة للنفط . وهي مشكلة تمويل التنمية الاقتصادية التي تدخلها في الحلقة الاقتصادية المفرغة كما ذكرنا ، ولا يمكنها الخروج منها وتنمية اقتصادها بالشكل الذي يعم بالخير على جميع البلاد العربية الا عن طريق الوحدة الاقتصادية العربية والاهتمام بتطبيق بنود السوق العربية المشتركة كما اشرنا الى ذلك .

لان الحصيلة الضريبية فيها باعتبارها بلاد نامية ، تعتمد على مسائل اساسية تفتقر لها المجتمعات ذات الاقتصاد النامي . فهي تعتمد على متوسط الدخل الفردي من الدخل القومي كأساس[1] وتعتمد على التنظيمات الصناعيـــة والزراعية وشركات الخدمات الكبرى التي تكون اقدر من غيرها على دفع الضرائب ويسهل وجودها جباية الضريبة بالمقارنة مع المشاريع الفردية المشتتة .

---

(١) ويلاحظ ان الدولة التي يكون فيها الدخل القومي منخفضاً تكون فيها نسبة الحصيلة الضريبية من الدخل القومي منخفضة أيضاً. فبينما نجد ان الحصيلة الضريبية في البلاد المتقدمة تمثل من ثلث الى خمس الدخل القومي، نجد نسبتها تهبط الى الحد الادنى وهو ١٥ ٪ من الدخل القومي في بعض البلدان العربية . وبهذا تتساوى بعض الاقطار العربية مع بعض دول امريكا اللاتينية ومع معظم دول آسيا والغالبية الكبرى للدول الافريقية .
انظر بالنسبة للاحصائيات ، وثائق مؤتمر شيلي ، المرجع السابق ص ٤٢ وما بعدها .

كما تعتمد الحصيلة الضريبية على كفاءة ونزاهة السلطة الضريبية وعلى وجود المؤسسات التي تساعد هذه السلطة كشركات المحاسبة والهيئات التي يتم لديها اقتطاع الضريبة . وتظهر اهمية هذه المتطلبات بشكل خاص في فرض الضرائب المباشرة وجبايتها ولذلك نصحنا باتباع الضرائب غير المباشرة لاغراض التنمية قدر المستطاع بالنسبة لهذه الاقطار .

والقسم الثاني ويشمل الاقطار العربية المصدرة للنفط وهي التي لا تحتاج في تمويل التنمية الاقتصادية الاعتماد على الضرائب ولذلك يحسن بها ان تخصص الحصيلة الضريبية لتغطية النفقات المستهلكة . ولو أنها تحصل على ايرادات النفط بشكل ضريبة دخل وتصل لذلك نسبة الحصيلة الضريبية فيها نسبة عالية من الدخل القومي ، ويحسن بها ان تخصص ايرادات النفط لتمويل التنمية الاقتصادية فيها[1] .

كما يجب ان يلاحظ ان الدخل من النفط هو ليس في الحقيقة ضريبة ولو حسب على هذا الاساس لانه لا يخضع الى القواعد الضريبية المفروضة على الصناعات الاخرى ، ولا توجد للمشرع حرية كاملة بزيادة اسعار الضريبة النفطية أو تخفيضها بالنسبة له مثلاً . وهو في حقيقته تقدير لحصة الدولة من بيع بعض املاكها نتيجة مشاركتها مع شركات اجنبية تقوم باستخراج هذا المنتوج من

---

(١) وقد تظهر الحصيلة الضريبية ونسبتها عالية جداً اذ تصل الى اكثر من ٩٥٪ من الدخل القومي في بعض اقطار الخليج العربي وذلك بسبب احتوائها على عائدات النفط الا ان هذه النسبة ليست حقيقية لانها غير متأتية من الفعاليات الاقتصادية ولا تعني ان هذه الدول متقدمة بل على العكس من ذلك تظهر تأخر الاقتصاد والاعتماد على ايرادات النفط فقط .

لقد وصل دخل البلاد العربية المصدرة للنفط سنة ١٩٧١ الى ٧,٣٠٥ مليون دولار ويتوقع ان يصل الى ١١,٩٠٠ مليون دولار سنة ١٩٧٥ والى ٢٨,٣٠٠ مليون دولار سنة ١٩٧٠ .
انظر : Petroleum Press Service, Sept : Issue, 1972 .

اراضيها وبيعه خارج حدودها على اساس تشريعي وتعاقدي معاً . ولو ان ذلك لا يؤثر في حق سيادة الدولة في التشريع [١] .

كما ان نسبة الضريبة الى الدخل القومي في الاقطار العربية المصدرة للنفط يجب الا توأخذ دليلاً على ارتفاع سعر الضريبة في هذه البلاد وبالتالي يجب الا تحد من اقبال المشرع على فرض الضريبة المباشرة لزيادة حصيلة الدولة الضريبية الحقيقية اذا ما اقتضى الامر ذلك لا سيما لاغراض تفادي النفقات الجارية في الميزانيـــة . Current Expenditure وتخصيص ايراد النفـــط او نسبة كبيرة منـــه بواسطة تشريع ثابت لملافات النفقـــات الرأسمالية Capital Expenditure لان هذه الدول تعتمد على مادة مستنفدة [٢] .

---

(١) بين قانون النفط الليبي رقم ٢٥ لسنة ١٩٥٥ طريقة احتساب الضريبة على النفط على ان تحتسب على صافي الدخل للشركة العاملة في ليبيا اي بعد ان تنزل النفقات بما في ذلك الاتاوة التي تدفع للدولة او قيمتها اذا اعطيت عيناً . ويحتسب الايراد على اساس كميات النفط الخام المصدرة مضروباً في السعر السائد .

وقد اوضح القانون المذكور معنى السعر السائد وكيفية الاتفاق على تعيينه ، كما بين القانون طبيعة التكاليف التي يجوز استقطاعها من الايرادات . وبين المقصود بنفقات التشغيل والادارة .

انظر حول هذا الموضوع تفصيلا مختار ابو زريدة ، التقييم المحاسبي في صناعة النفط ، الحلقة الدراسية حول صناعة النفط في بنغازي ، الجامعة الليبية سنة ١٩٧٢ م .

(٢) كان مجموع الناتج المحلي الليبي بأسعار سنة ١٩٦٤ يساوي ٨٥٠٫٨ مليون دينار موزع على قطاع الزراعة بنسبة ٢٫٦٪ وقطاع الصناعة ٢٫٢٪ وقطاع البناء ٧٫٣٪ وقطاعات الخدمات الاخرى ٢٧٫٤٪ وقطاع النفط ٦٠٫٥٪ .

وعلى سبيل المثال لا تكون الحصيلة الضريبة المباشرة في ليبيا اكثر من ١٫٧٪ من قيمة الدخل القومي بينما تزيد عن ٣٠٪ في الدول المتقدمة وتصل الى ٥٠٪ في بريطانيا .

اضف الى ذلك ان زيادة الحصيلة من الضرائب لم يساير زيادة الناتج القومي فقد زاد الناتج القومي بين سنتي ١٩٦٧ — ١٩٧٣ بمقدار ١١٣٪ بينما لم تزود الايرادات المباشرة من الضرائب اكثر من ٣٢٪ ولكننا نعتقد أن هذه السياسة الضريبية سليمة وملائمة للظروف الاقتصادية=

سياسة الانفاق العام :

هنا أيضاً تجدر التفرقة بين الاقطار العربية المصدرة للنفط والاقطار غير المصدرة لهذه المادة اذ لا يكون الانفاق في الاولى مقيداً بالحصيلة الضريبية وتستطيع حكومات هذه الاقطار زيادة الانفاق العام دون ان ترهق الممولين بالضرائب ودون ان توثر في فعاليات القطاع الخاص الاقتصادية ودوره في التنمية بامتصاص جزء كبير من ارباحه بل يعمل الانفاق الحكومي العالي في هذه الاقطار على تنشيط هذا القطاع لما يصيبه من دخل من ذلك الانفاق . ومع ذلك فتوجد خطوط عريضة يمكن ان ننصح بها المشرع العربي فيما يتعلق بالانفاق العام نجملها بالنقاط التالية : —

١ — على المشرع الا يجعل من الميزانية الاعتيادية وسيلة للتعيش فيتضخم بذلك الجهاز الاداري ويزداد الانفاق العام المستهلك وتتعقد فعاليات الادارة فتصبح معوقاً لا عاملاً مساعداً في التنمية الاقتصادية [1] .

٢ — على المشرع ان يخصص جزءاً كبيراً من الادخار العام، وخاصة في الاقطار المصدرة للنفط ، لغرض التنمية الاقتصادية ويعمل على تجميع رؤوس اموال كبيرة لا تصرف بالضرورة خلال سنة مالية واحدة وانما تصرف

= والاجتماعية السائدة حالياً في البلاد .

انظر بالنسبة للارقام ، مقترحات بشأن الخطة ، المرجع السابق (حسابات الدخل القومي — وزارة التخطيط في ليبيا) .

(١) وهنا تجب ملاحظة واقع زيادة النفقات الحكومية الاعتيادية لانها تزداد بالضرورة لنمو عدد السكان واتساع الخدمات العامة بسبب التحول الاجتماعي الذي يؤدي الى الاكثار من سكان المدن ومن زيادة عددها واتساعها زيادة حقيقية . كما تزداد هذه النفقات زيادة حسابية بسبب هبوط القوة الشرائية للنقود وارتفاع تكاليف الادارة .

جامعة بغداد - مكتبة الحقوق
مكتبة كلية الحقوق

حسب خطة لعدة سنوات وذلك لما يتطلبه بناء مشاريع التنمية من مدة قد يكون الانفاق عليها غير مساير لما تتطلبه قوانين ولوائح السنوات المالية ، اذا ما اخذت كل سنة مالية على انفراد . وتفضل بالنسبة للاقطار المصدرة للنفط وضع ميزانية خاصة بالاعمار والتنمية الاقتصادية .

٣ ــ على المشرع ان يتقيد بعدم تخصيص مبالغ كبيرة للانفاق على المشاريع الشرفيـــة : Prestige Projects : وان يعطي الاولويات حسب خطة مدروسة لمشاريع التنمية البشرية والمادية كالصحة العامة والتعليم والاسكان وانشاء المؤسسات التي تزيد من الانتاج الصناعي والزراعي بما يتناسب وما يصرف عليها . وكذلك التركيز على المشاريع ذات الامكانية الاقتصادية اي التي يمكن ان تعيش بعد مدة من غير حماية او اعانة حكومية . لان المشاريع الشرفية وغير الاقتصادية تكلف الاقتصاد كثيراً وتسبب التضخم وتؤدي الى ارتفاع الاجور وبالتالي تؤدي الى اعاقة وافشال مشاريع اقتصادية ناجحة من جراء تسببها بزيادة كلف اليد العاملة والادارة .

سياسة القروض العامة :

اما بالنسبة لعقد القروض العامة لاغراض تمويل التنمية فهو الآخر يختلف باختلاف ظروف الاقطار العربية مشكلاً عائقاً في وضع أسس ثابتة واجبة الاتباع في عقد مثل هذه القروض . ولكن رسم خطوط عريضة يكون دائماً في متناول اليد . وينبغي عند رسم هذه الخطوط ملاحظة ما يلي : ــ

١ ــ التفرقة بين القروض الداخلية والقروض الخارجية . فتجب ملاحظة السياسة النقدية للبلد بالنسبة للقروض الداخلية بشكل خاص بحيث تؤدي هذه القروض وظيفة اعمال السياسة النقدية التي يتبعها البلد بالاضافة الى وظيفة

التمويل . كما تجب الموازنة بين سعر الفائدة على القروض وسعر الفائدة على الودائع في المصارف . وكلما زاد سعر الفائدة الاخيرة كلما شجع الامر على الادخار [1] .

٢ – يجب ان يتم عقد القروض الخارجية على اساس مقارنة مدروسة بين الاستثمار الاجنبي في الصناعات الوطنية وبين عقد القروض لتمويلها . اي المقارنة بين افضلية دفع الفائدة أو الربح . وتفضل الفائدة عندما يكون المشروع قليل الاخطار وتبين الدراسة الاقتصادية انه كبير الربح وان الخبرة الفنية والادارية والاسواق متوافرة له . كما يفضل دفع الربح في الحالات المغايرة لذلك .

ولكن هذه الحالة لا تنطبق عند اقامة رأس المال الاجتماعي الرأسي والمرافق العامة لغرض تحقيق الوفورات الخارجية للصناعات الوطنية كإقامة المواصلات ومشاريع الطاقة ، والاجدر بالدولة تمويلها قدر الامكان عن طريق القروض الاجنبية طويلة الامد . والاستفادة قدر الامكان من المؤسسات الدولية وتفضيلها على الاقتراض من قطاعات خاصة في الدول الاجنبية كالمصارف التجارية أو من الدول الاجنبية نفسها على ان يفضل هذا المصدر الاخير على المصدر الثاني . وعلى المشرع العربي ان يعطي الافضلية دائماً لرأس المال العربي وان يمنحه الضمانات القانونية والفعلية الكافية لحمايته .

---

(١) ان مثل هذه الموازنة مفقودة في ليبيا مثلا ، التي يتراوح سعر الفائدة على القروض فيها بين ٦–٧,٥٪ بينما يتراوح سعر الفائدة على الودائع بين ١–٤٪ ولا توجد فائدة على الحساب الجاري . وهذه نسب لا تشجع على الادخار وتزيد الارباح المصرفية وهي من مخلفات زمن المصارف الاجنبية . الا ان الكثير من الليبيين يمتنع عن اخذ الفائدة لاسباب دينية .
انظر مقترحات عن الخطة ، المرجع السابق ، ص ٢٦ .

٣ ــ عدم استعمال القروض لا سيما الخارجية منها في تمويل نفقات الميزانية الاعتيادية الجارية وتضخيم الجهاز الاداري مهما كلف الامر . واستعمال القروض الداخلية ذات الأجل القصير والتسهيلات المصرفية لتمويل الخزانة على ان يتم اعفاء هذه القروض في كل سنة مالية على حدة . كما يمكن استعمال القروض الداخلية في تمويل المؤسسات العامة المستقلة وشبه المستقلة وتمكينها من اصدار سندات قرض تباع للجمهور في اكتتاب عام .

التشريعات الاجتماعية :

يخرج البحث تفصيلاً في التشريعات الاجتماعية عن موضوعنا ، لان للقانون دوراً واسعاً وخاصاً في التنمية الاجتماعية تجدر دراسته على حدة ، كما انتبه الى ذلك منظمو المؤتمر. ولكننا نورد بعض النقاط ذات العلاقة بالتنمية الاقتصادية والتي تؤثر في رفع انتاجية الطبقة العاملة . ولذلك نرى ان يشرع لضمان الحقوق التالية :

١ ــ قانون للعمل تستقى مبادئـــه ممّا تقره المؤتمرات الدولية وخاصة منظمة العمل الدولي مع مراعاة الظروف المحلية للقطر العربي ، على ان يضمن هذا التشريع الحد الادنى من الاجور والجو اللازم للعمل والتعويضات المتعارف عليها . كما يجب أن يركز فيه على مكافحة البطالة والا يكون قانوناً خاصاً بالاجور فقط .

٢ ــ تشريع الضمان الاجتماعي والخدمات الصحية المجانية والخدمات الاجتماعية الاخرى بما في ذلك توفير السكن اللازم واللائق بالانسان وهذا ما سارت عليه الجمهورية العربية الليبية بشكل يستحق الاطراء .

٣ ــ التشريع للاعتناء بالتعليم والتدريب كما مر ذكره .

٤ ــ معالجة مشكلة الهجرة من الريف الى المدن التي تسبب البطالة في المدن وما يرافقها من مشاكل الصحة والسكن والخدمات الاجتماعية الاخرى . ولا يمكن ان تأتي هذه المعالجة عن طريق القسر والاكراه ، وانما عن طريق اقامة ظروف اقتصادية ملائمة تعمل بشكل طبيعي على الحد من الهجرة غير المرغوبة . اذ ان قسماً منها مرغوب فيه وذلك لزيادة نسبة الانتاج الصناعي من الدخل القومي . والهجرة هذه يمكننا تشبيهها بالسائل في الاواني المستطرقة الذي ينتقل من اناء الى آخر حتى يصل الحد المتوازي . ولكي تكون الهجرة طبيعية ومرغوباً فيها على المشرع ان يراعي النقاط التالية : ــ

١ ــ الحد من ازدواجية التعويض للعمل او الاجور في المدينة وفي القرية ، وعليه يجب على المشرع الا يضع حداً ادنى للاجور يكون عالياً ولا يتناسب مع واقع الاقتصاد المحلي .

٢ ــ انشاء الصناعات الريفية واليدوية وتشجيعها واعانتها وتأسيس الجمعيات التعاونية لتسويق منتجاتها . لان الهجرة بدون هذه الصناعات ستستمر من الريف الى المدن حتى ولو نظمت الزراعة . لان انتشار المكننة الزراعية يؤدي الى حصول فائض في اليد العاملة في الريف لعدم امكانية زيادة مساحة الاراضي المزروعة لامتصاص الفائض الذي تمتصه هذه الصناعات اذا ما كانت موجودة[1] كما يتطلب الامر عدم مركزة الصناعات الكبيرة في مناطق معينة وايجاد صناعات متوسطة قرب المدن الصغيرة

---

(١) انظر : Arther W. Lewis, Economic Development with Unlimted Supplies of Labour, Manchester Sohool of Economics and Social Studies, 1951, p, 139 .

القريبة من المراكز الزراعية يمكن الاستفادة منها في مكافحة البطالة الموسمية للزراعة والصناعة في آن واحد .

٣ – العمل عل شمول الريف بالخدمات الصحية والسكن وعدم حصر ذلك بشكل امتيازات تمنح لسكان المدن فقط . وقد اخذت بهذه التجربة ليبيا ونجحت الى حد بعيد في التقليص من الهجرة .

ان الهجرة يمكن معالجتها ولا تشكل عائقاً كبيراً في اكثر الاقطار العربية وذلك لسعة رقعة الاراضي الزراعية ولامكانية امتصاص غالبية المهاجرين في الصناعات والخدمات التي يتطلبها توسع المدن . الا أنها اثرت سلبياً في شحة الايدي العاملة المشتغلة في الزراعة كما حصل في ليبيا والعراق والتي حصلت فيهما هجرة كبيرة من الريف الى المدن بسبب ارتفاع الاجور النسبي في المدن نتيجة للتضخم النقدي الذي حصل من الزيادة غير المتدرجة في الانفاق العام لزيادة الدخل غير المتدرج من ايرادات النفط .

تشريعات التخطيط والبرمجة :

ليس الغرض من دراسة هذه التشريعات النظر في قوانين الخطط الاقتصادية وشرحها وانما الغرض هو تبيان اهمية اتباعها كأسلوب قانوني في التنمية الاقتصادية . وفي اعداد الاولويات ووضعها في اطار قانوني يرمي الى اختصار عنصر الزمن في مراحل التنمية . وقد زاد من أهمية هذه التشريعات اضطرار الدولة للتدخل في عملية التنمية .

فقد لاحظ الاستاذ (هوسيلتز) ان زيادة رغبة الحكومات في التدخل في عملية النمو الاقتصادي والتصنيع ليست متأتية من حب السيطرة على جميع

ايرادات وفعاليات المجتمع حيث يتسنى لها بواسطة التدخل ان توجهها في قنوات التنمية الاقتصادية الوجهة التي تريدها فحسب ، وانما لان الدولة كهيئة يكون لها اكثر من غيرها قابلية التأثير في اشكال التحول الاجتماعي وقابلية تعديل انماط التعويض التي تدفع لاي جهد يقدم في المجتمع (١) .

وتدخل الدولة في التنمية الاقتصادية عن طريق التخطيط المشرع يعطي للقانون دوراً مهماً في مجالاته المختلفة . وقد يظهر دور القانون قاصراً على التخطيط للقطاع العام فقط .

ولكن القانون يلعب دوراً مهماً ايضاً في مجالات التنمية المخصصة للقطاع الخاص أيضاً لان ما يجري في هذا القطاع يعتمد على النظام القانوني ككل وعلى تأثيراته المتشابكة في عملية التنمية ، ناهيك عن أهمية الدور الذي تستطيع أن تقوم به أجهزة الدولة المرتكزة على ذلك النظام القانوني في مجالات القطاع الخاص من عرقلة او من دفع الى الامام .

ان التخطيط المشرع مهم اذا كان لاغراض جدية وليس لاغراض دعاوية فقط . وتزداد اهميته اذا لم يكن مقتبساً وفيه ارقام لا تمت للامكانيات المادية أو البشرية في ذلك المجتمع بصلة . وان تؤخذ بالاعتبار عند تشريعه امكانية تطبيق القانون وامكانية تنسيق ما يحدثه من تغيرات في فعاليات المجتمع الاخرى .

ومع ذلك فان الناحية الدعاوية للحث على تطبيق الخطط الاقتصادية ضرورية اذا ما التزمت جانب الواقع مع شيء من الحافز الحماسي . ولذلك يجب

---

(١) انظر : Bert F. Hoselitz, Sociological Aspects of Economic Growth, Free Press, 1960, p. 42 .

شرح قوانين هذه الخطط وافهامها للشعب بمختلف طرق النشر وفي اللغة التي تفهم في الريف وفي المدن . ولا نعني بالشرح هنا الشرح القانوني وانما تبيان غايات تشريعات الخطة الاقتصادية وجوانبها الحسنة والرد على ما يوجه لها من انتقادات ، على الا يكون ذلك لغرض الدعاية للحكومة بل بشكل موضوعي يرمي الى كسب مساعدة الجماهير الفعالة ومشاركة الناس الفعلية في تطبيق تشريعات الخطة والتوصل للغاية التي شرعت من اجلها .

كما يجب عدم الالتزام عند تطبيق هذه القوانين بالحرفية التي قد تكون معوقات قانونية للتطور ، وعلى رجال القانون ان ينسقوا جهودهم مع الاقتصاديين والفنيين الآخرين ، بحيث تتكون لهم خبرة خاصة في تفسير هذه القوانين واعمال روح القانون ومعرفة كيفية التوصل الى غرضه في التنمية دون المساس بالاسس القانونية أو اغفالها وعدم التقيد بها ، بل الاخذ بالتفسير الذي يقضي بالرجوع الى نية المشرع بالنظر في اللغة التي استعملها ، ونية المشرع في قوانين التنمية واضحة فهي ترمي الى الاسراع في معدل التنمية الاقتصادية عن طريق ايجاد الظروف والمحفزات اللازمة لذلك وازالة العقبات . ولذا يحسن بالمحاكم عندنا ان تستنير بهذه النية عند تفسيرها لقوانين الخطة في النزاعات التي تثار حولها .

وننصح بأن يتم ، في البلاد العربية ، تدريب بعض خريجي كليات الحقوق في مجموعات مع غيرهم من المهتمين في شؤون التنمية من اقتصاديين واجتماعيين وفنيين ، واعدادهم منذ البداية لمعرفة متطلبات التنمية سوية . ان دراسة القانون كما لاحظ احد رجال القانون الكبار والمعاصرين هي « ليست تعلم تقنيات القانون ، انها اكثر من ذلك بكثير واذا أردنا تعلم القانون على ما

يجب فيعوزنا شيء من الاقتصاد والاجتماع ومن علم المنطق والفلسفة[1] »
وتظهر اهمية هذه الملاحظة بجلاء بالنسبة لرجال القانون المعنيين في مجالات التنمية الاقتصادية من صياغة قوانينها الى تفسير تلك القوانين الى ايجاد الحلول للمشاكل الحقوقية المتعلقة بها .

خاتمة استنتاجية :

نخرج من هذا البحث بأن للقانون دوراً إيجابياً في التنمية الاقتصادية يتعدى الناحية الشكلية الى الناحية الموضوعية . وهو دور يتأثر بالنظام السياسي فيكون مباشراً في الانظمة الاشتراكية والانظمة ذات الاقتصاد الموجه وغير مباشر ولكنه مهم وموجود في الانظمة الرأسمالية . ويظهر الواقع الذي نعيشه عدم وجود انظمة اشتراكية أو رأسمالية بحت . كما يظهر هذا الواقع ان تطور مسؤوليات الدولة في الدول العصرية لا سيما النامية منها ، فرض على حكوماتها التدخل في عملية النمو الاقتصادي وذلك بسبب شمول مسؤولية الدولة المشاكل الاقتصادية والاجتماعية في المجتمعات الحديثة وكلما زاد هذا التدخل كلما زاد دور القانون في التنمية .

ينطلب تبيان دور القانون في التنمية الاقتصادية النظر في مراحل التنمية وتعيين المرحلة من النمو الاقتصادي التي يراد تعيين دور القانون فيها اذ يختلف هذا الدور من مرحلة الى اخرى من مراحل النمو الاقتصادي . والمهم في معالجة الموضوع هو تبيان هذا الدور في الدول النامية . وقد خصصناه للنظر في واقع الدول العربية رغبة منا في ان تسهم هذه الدراسة في موضوعات

---

(١) انظر : Lord Radcliffe, The Law ond its Campass, Faber & Faber, London, 1960, p. 93 .

التنمية في البلاد العربية بشكل خاص .

وقد وجدنا ان الدول العربية ، رغم كونها دولاً نامية ، الا ان لها ما يميزها عن هذه الدول ، وخصوصاً في بعض المظاهر الاقتصادية والاجتماعية والقانونية . فالغالبية منها لا تزال في مرحلة الانتقال من مراحل النمو الاقتصادي كما ان لها رأس المال اللازم للتنمية واذا ما ارادت العمل داخل وحدة اقتصادية عربية ذات سوق عربية مشتركة فانها ستجتاز أهم معوق من معوقات التنمية الاقتصادية في الدول النامية وهو تمويل عمليات التنمية .

كما أن للبلدان العربية تقاليداً وتراثاً حضارياً ولغة واحدة تساعد على تذليل العقبات وصعوبات التنمية في البلاد الكبيرة كالهند مثلاً . وان لها نظاماً قانونياً موروثاً يتمثل في الشريعة الاسلامية يميزها عن الدول النامية حديثة الاستقلال التي تفتقر الى مثل هذا النظام . وقد رأينا ما لكل ذلك من أثر في معالجة خصائص التخلف وازالة معوقات التنمية في الاقطار العربية . الامر الذي يدعو الى التفاؤل في مستقبل التنمية فيها شريطة ان تتم على نطاق الوطن العربي كسوق مشتركة واحدة .

ومع ذلك فقد وجدنا اختلافاً في ظروف الاقطار العربية ولا سيما من الناحية الاقتصادية مما منعنا من تقديم حلول تفصيلية مكتفين برسم خطوط عريضة فيما يتعلق بالتشريعات ذات العلاقة بالتنمية الاقتصادية . فعالجنا مهمة التشريعات المالية التي توضع لغرض تطبيق السياسة المالية الرامية لتمويل التنمية في الاقطار العربية المصدرة للنفط والاقطار العربية الاخرى .

وقدمنا مقترحات بشأن تأسيس مصرف عربي موحد للاستثمار وصندوق عربي موحد لتمويل التجارة بين الاقطار العربية . وأشرنا بشكل عابر للتشريعات الاجتماعية لاختلاف موضوعها وبيّنّا ان الغرض من دراسة تشريعات التخطيط هو تبيان الاسلوب القانوني الذي يجب اتباعه في التخطيط وليس الغرض مناقشة قوانين الخطط الاقتصادية ذاتها .

القسم الثاني

رأي الإسلام في التسعير والاحتكار

للدكتور عمر مولود عبد الحميد
عميد كلية الحقوق

دراسات قانونية (٨)

كثير من الناس مشغولون بأمر التسعير الذي تفرضه الجهات المسؤولة عن المبيعات بين مؤيد له وناقم عليه . كما ان الكثير منهم ايضاً يتساءلون عن احتكار البضائع وحبسها عن الاسواق . انتظاراً لربح وفير او احتياج واضح للشيء المحتكر . وقد سئلت عن رأي الاسلام في هاتين المسألتين مراراً ويسعدني هنا ان اقدم لمن يشغل باله بهما هذا البحث المتواضع مبيناً فيه آراء العلماء ووجهة نظرهم وادلتهم على ما ذهبوا اليه بخصوصهما . مساهمة مني في ازالة اللبس والخفاء . ورفعاً للحيرة والقلق اللذين يظهران جلياً على من مسه التسعير الجبري بشيء مما لا يشتهيه ولا يرتضيه . او اصيب بضائقة بسبب احتجاب الضروريات عن مضان وجودها عادة .

وسيكون حديثي على حكم التسعير اولاً ، وعلى حكم الاحتكار ثانياً .

١ – حكم التسعير :

التسعير معناه جعل اثمان معينة ومحددة ممن يملك ذلك لما يعرض للبيع في الاسواق بحيث لا يجوز تجاوزها بالزيادة ، وقد يمنع تجاوزها بالنقص ايضاً تفادياً لخسارة مصنع او شركة يكوّنان رواجاً ويقدمان مصالح للبلاد . وقد ذهب الجمهور من الأئمة الى القول بحرمة التسعير لكل المبيعات سواء كانت

من قبيل الطعام ام لا . مجلوبة او غير مجلوبة . وسواء كان هناك غلاء ام رخص ، ودليلهم على ذلك هو قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم » وايضاً ما روى عن أنس رضي الله عنه قال : غلا السعر في المدينة على عهد رسول الله (ص) فقال الناس : يا رسول الله : غلا السعر فسعر لنا . فقال رسول الله (ص) : ان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق . إني لا رجوان القى الله وليس احد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال » . رواه الخمسة الا النسائي وصححه ابن حبان » بالاضافة الى قوله (ص) دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض « رواه الجماعة الا البخاري » وعلاوة على ذلك فان الحاكم مكلف برعاية مصالح المسلمين ، وليس نظره في مصلحة المشتري برخص الثمن الذي يدفعه مقابل ما يشتريه اولى من نظره في مصلحة البائع بتوفير الثمن الذي يتقاضاه عن سلعته . وحيث تقابل النظران فقد وجب تمكين الجميع من الدفاع عن مصالحهم والاجتهاد في الكسب لانفسهم حتى يكون تعاملهم مصحوباً برضى تام واطمئنان كامل .

هذا ما يراه الجمهور وتلك هي وجهة نظرهم باختصار . وقد خالفهم الامام مالك في ذلك حيث روى عنه انه يقول بجواز التسعير في كل شيء حتى في قوت الآدمي والحيوان ، كما ان الشافعية جوزوه في وجه اذا كان هناك غلاء . وجماعة من متأخري أئمة الزيدية يقولون بجوازه في غير قوت الآدمي والحيوان .

ولا شك ان هؤلاء جميعاً محجوجون بما ذكرناه للجمهور . والتخصيص يحتاج الى دليل .

ووجهة نظرهم فيما ذهبوا اليه ترجع الى شيئين :

الاول : ما روى عن سعيد بن المسيب ان عمر بن الخطاب مرّ بحاطب بن بلتعة وهو يبيع زبيباً له بالسوق بأرخص مما يبيع الناس فقال عمر بن الخطاب اما ان تزيد في السعر بأن تبيع بمثل ما يبيع اهل السوق واما ان ترفع من سوقنا لئلا تضر بأهل السوق .

ووجه الاستدلال بهذه الحادثة : ان سيدنا عمر — وهو حاكم المسلمين عندما رأى احد الباعة يتساهل كثيراً في سعر بيع بضاعته — تدخل في الاسعار وامر ذلك البائع أن يزيد في الثمن حتى يكون مثل غيره دفعاً للضرر . ولو لم يكن لسيدنا عمر سند فيما ذهب اليه لما فعل ذلك .

ومعلوم اننا ذكرنا فيما مضى ان التسعير كما يكون بتخفيض الاثمان عما هو معهود يكون ايضاً برفعها . كما حصل في قصة سيدنا عمر هذه مع حاطب ابن ابي بلتعة .

الثاني : اعتبار رعاية المصلحة التي قد توسع الامام مالك في القول بها واعتبارها من اصول مذهبه .

ووجه ذلك اننا اذا نظرنا الى ان المشترين اكثر عادة من البائعين ومن مصلحة البائعين الذين هم اقل عدداً ان تكون الاسعار مرتفعة كما ان من مصلحة المشترين الذين هم اكثر عدداً في الغالب ان تكون الاسعار مخفضة لذا راعى من قال بجواز التسعير مصلحة الاكثر فخصص بها صريح الادلة .

ومعلوم اننا لو تركنا الناس وشأنهم في هذا الزمان لارتفعت الاسعار وغلت المبيعات وتعطلت مصالح كثير من الناس وتعسرت احوالهم وصاروا في ضيق وحرج .

والله قد رفع عنهم ذلك .

٤

ومن هذا المنطلق ومع ملاحظة ما اثر عن سيدنا عمر بن عبد العزيز من قوله : تحدث للناس اقضية بحسب ما احدثوا من الفجور .

وتمشياً مع اعتبار الرحمة في اختلاف العلماء المعتبرين فان قول الامام مالك بجواز التسعير يكون في هذا الزمان الذي كثرت فيه الحيل وغلب فيه الجشع وعظم فيه التكالب على المال بحق وبغير حق هو المقبول ، وذلك لما فيه من ضمان الاستقرار والقضاء على تلاعب بعض الجشعين كما انه ينشر الاطمئنان والثقة في القول ، ويدفع الاحراج والمضايقات التي قد تحصل بكثرة من رغبة المشترين في تخفيض الاثمان فيما لو ترك الحبل على الغارب .

والخلاصة ان في الذهاب الى اعتبار القول بجواز التسعير في هذا الزمان راحة واطمئناناً وصفاء ووضوحاً للجميع رغم قوة ادلة القول المقابل .

٢ ــ حكم الاحتكار :

الاحتكار هو حبس السلع عن البيع وحجبها عن الاسواق ليكثر السؤال عليها وليغلو ثمنها .

وقد نهى الاسلام عنه وحكم بأن المحتكر مخطىء آثم عاص عرض نفسه لإنزال العقوبة الدنيوية به قبل العقوبة الاخروية . وذلك بامكان اصابته بمصائب وامراض مشينة كالجذام والافلاس تبين للناس وصفه وتكشف لهم حقيقة امره وتجعله في دنياه حقيراً مهموماً بائساً كئيباً مطروداً من رحمة الله ومن محبة المجتمع .

وقد تظافرت احاديث كثيرة تدل على هذه المعاني من بينها :

٥

١ – عن سعيد بن المسيب عن معمر بن عبد الله العدوي ان النبي (ص) قال :

« لا يحتكر الا خاطىء وكان سعيد يحتكر الزيت . رواه احمد ومسلم وابو داود » .

٢ – وعن عمر قال : سمعت النبي (ص) يقول : « من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والافلاس » . رواه ابن ماجه .

٣ – وعن ابن عمران رسول الله (ص) قال الجالب مرزوق والمحتكر ملعون . وقوله ايضاً من احتكر الطعام اربعين ليلة فقد برىء من الله وبرىء الله منه .

زاد الحاكم وايما اهل اصبح فيهم امرء جائع فقد برئت منهم ذمة الله » .

والتحديد بالاربعين لا يدل على ان الاقل جائز لان مفهوم العدد غير معتبر .

وقد اختلف العلماء في تحديد ما يحرم فيه الاحتكار . فيرى الجمهور ومنهم احمد والشافعي وابو حنيفة والهادوية وغيرهم ان الاحتكار المحرم انما هو احتكار اقوات الناس والبهائم خاصة عن طريق الشراء فيما زاد على كفاية السنة بقصد التضييق عليهم واحداث بلبلة من خلال حجب بعض السلع او ادخال الغلاء على اسعار الحاجيات المحتكرة بدليل ما روى عن ابي هريرة انه قال : قال رسول الله (ص) : من احتكر حُكرة يريد ان يغلي بها على المسلمين فهو خاطىء ، اما احتكار قوت السنة اذا لم يكن هناك احتياج من الغير اليه فلا يحرم بدليل ان الرسول (ص) كان يعطي كل واحدة من

زوجاته مائة وسق من خيبر . وقال ابن رسلان في شرح السنن كان رسول الله (ص) يدخر لأهله قوت سنتهم من تمر وغيره .

كما ان الجالب اذا ابقى شيئاً من حيوانه او غلته وادخره لا يكون محتكراً لقوله (ص) : « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » غير انه اذا احتاج الناس اليه دونه هو او كان احتياجهم اكثر من احتياجه هو اليه ولم يجداو غيره اجبر على بيعه دفعاً للضرر عن الناس وان لم يسم محتكراً ولم يدخل في عداد المحتكرين .

واذا نظرنا الى احاديث الاحتكار فاننا نجد بعضاً منها عاماً وبعضاً آخر خاصاً بطعام المسلمين . وما ورد منها خاصاً لا يحكم له بتخصيص العام نظراً لان مفهومه يفيد ان غير طعام المسلمين لا يحرم احتكاره وهو مفهوم لقب غير معمول به عند الجمهور فلا يخصص العام الذي يفيد حرمة الاحتكار في كل شيء وانما بين ان الطعام جزء من افراد العام الذي نهى عن احتكاره . واذا كان كذلك فكيف يسوغ للجمهور ان يقولوا بحرمة الاحتكار في القوتين فقط ؟ . « اعني قوت الناس والبهائم » .

والجواب على ذلك : ان الجمهور نظروا فيما ذهبوا اليه الى الحكمة المناسبة للتحريم ، وهي دفع الضرر عن عامة الناس . والغالب في دفع الضرر عن العامة انما يكون في القوتين ، فلذا قيدوا الاطلاق بالحكمة المناسبة او انهم قيدوه بمذهب الصحابي الراوي بناء على القول بجواز التخصيص بمذهب الصحابي[1] . فقد اخرج مسلم عن سعيد بن المسيب انه كان يحتكر فقيل له : فانك تحتكر . فقال : لان معمراً راوي الحديث كان يحتكر « قال

---

(١) ذكر البدخشي في مناهج العقول على المنهاج ج ٢ ص ١٣٠ ان الحنفية والحنابلة يقولون بالتخصيص بمذهب الصحابي .

ابن عبد البر : « كانا يحتكران الزيت » .

وهو وان كان مصلحاً للقوت فليس قوتاً فعلاً .

واذا كان الاحتكار المنهى عنه خاصاً بما كان الناس في حاجة اليه من القوتين فهل يجوز شراء ما زاد عن حاجتهم وادخاره الى وقت الحاجة كما تفعل الحكومات وبعض التجار والشركات الآن او لا يجوز ؟ .

والجواب على ذلك ان بعض العلماء كالقاضي حسين والمحاملي والروياني والسبكي اعتبروا هذا الفعل حسنة يثاب فاعله على ذلك . وهو كلام معقول لان النية هنا كانت غير سيئة بل حسنة . علاوة على ان في العمل المذكور فوائد لا يستهان بها .

هذا : واذا كان الجمهور يرون ان علة حرمة الاحتكار هي دفع الضرر عن المسلمين فان كل ما يوجد فيه اضرار بهم ينبغي ان يكون حراماً يستوى في ذلك القوت وغيره وهذا ما يراه بعض العلماء كأبي يوسف حيث قال : كل ما اضر الناس حبسه فهو احتكار وان كان ذهباً او ثياباً[1] .

ونقل صاحب نيل الاوطار عن القاضي حسين ان الناس اذا كانوا يحتاجون الثياب ونحوها لشدة البرد او لستر العورة يكره لمن عنده ذلك امساكه . قال السبكي : ان اراد كراهة تحريم فظاهر وان اراد كراهة تنزيه فبعيد .

ووجهة نظر القائلين بحرمة الاحتكار في كل شيء تنحصر في شيئين :

أولاً : عموم العلة التي من اجلها ورد النهي .

---

(١) انظر سبل السلام ج ٣ ص ٢٥ .

ثانياً : ظاهر حديث معمر المذكور آنفاً . فقد قال الصنعاني فيه : ظاهره تحريم الاحتكار للطعام وغيره الا ان يدعى ان لا يقال : احتكر الا في الطعام .

وأرى ان النفس تستريح كثيراً الى تعميم حرمة الاحتكار في كل ما يكون في حبسه مضرة للعباد لان الله رحيم بعباده يحب لهم الخير جميعاً . ويدفع عنهم الضرر اياً كان متى صحبته نية سيئة كالاستغلال المصاحب للاحتكار ومحبة زيادة الاثراء على حساب الغير .

أهم مراجع البحث :

١ ـ القرآن الكريم وبعض التفاسير .
٢ ـ موطأ الامام مالك مع شرح الزرقاني .
٣ ـ نيـــل الاوطار .
٤ ـ سبل السلام .
٥ ـ صحيح مسلم مع شرح النووي .
٦ ـ المغنى لابن قدامة .
٧ ـ بعض كتب اصول الفقه .

الجاني والمجني عليه في جريمة الواقعة

دراسة مقارنة للتشريعين المصري والليبي

للدكتور عوض محمد عوض

أستاذ القانون الجنائي بالجامعة

الليبية وجامعة الإسكندرية

١ ــ تمهيد :

عالج التشريع المصري جريمة المواقعة في المادة ٢٦٧ من قانون العقوبات فنص فيها على أن : « من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة . فإذا كان الفاعل من أصول المجني عليها ، أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها ، أو ممن لهم سلطة عليها ، أو كان خادماً بالأجرة عندها أو عند من تقدم ذكرهم ، يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة » .

أما التشريع الليبي فقد عالج هذه الجريمة في المادة ٤٠٧ من قانون العقوبات ونص فيها على أن : « ١ ــ كل من واقع آخر بالقوة أو التهديد أو الخداع يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات . ٢ ــ وتطبق العقوبة ذاتها على من واقع ولو بالرضا صغيراً دون الرابعة عشرة ، أو شخصاً لا يقدر على المقاومة لمرض في العقل أو الجسم . فإذا كان المجني عليه قاصراً أتم الرابعة عشرة ولم يتم الثامنة عشرة فالعقوبة بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات . ٣ ــ وإذا كان الفاعل من أصول المجني عليه ، أو من المتولين تربيته أو ملاحظته ، أو ممن لهم سلطة عليه ، أو كان خادماً عنده أو عند من تقدم ذكرهم ، يعاقب بالسجن ما بين خمس سنوات وخمس عشرة سنة » .

ويؤثر الفقه في مصر تسمية هذه الجريمة بالاغتصاب بدلاً من المواقعة ، ويرى أن لفظ الاغتصاب أكثر دلالة على مراد الشارع ، لأنه يتضمن بذاته معنى الإكراه بغير حاجة للنص عليه[1] . ولا شك في أن هذه التسمية أفضل

---

(١) ويلاحظ أحمد أمين أن القانون الأسبق كان يعبر عن الفعل المكون لهذه الجريمة بلفظ « اغتصب » ، وكان هذا اللفظ في تقديره أفضل، لأن المشرع اضطر حين استعمل لفظ « واقع » إلى إضافة =

٢

قانوناً من بعض الوجوه ؛ فالمواقعة لغة تعني الوطء مطلقاً ، في حلّ أو في غير حل ، بالرضا أو بالرغم . ولهذا كان لفظ المواقعة في إطلاقه غير دقيق في الدلالة على الجريمة ، لأن المشرع لا يعاقب على كل صور المواقعة ، بل يقصر العقاب على بعضها . ومن هنا كان اصطلاح المواقعة غير مانع .

غير أن لفظ « الاغتصاب » بدوره مصطلح لا يخلو من عيوب ؛ فالغصب في اللغة يعني أخذ الشيء عنوة . فهو لا يقتصر فحسب على الفسق بالغير كرهاً ، بل يشمل كل صور الاستيلاء على حق الغير بدون رضاه [(١)] . والتشريع المصري ذاته يستعمل لفظ الاغتصاب في عديد من نصوصه بمعناه العام[(٢)] . ومن هنا يبدو اللفظ معيباً لعموم محله ، فهو بدوره غير مانع . وقد حاول بعض الفقهاء تخصيص المحل فأضافوا لفظ «الإناث» إلى « الاغتصاب» ولكنهم بهذه الإضافة سلبوا المصطلح ميزة الإيجاز وسقطت حجتهم في

= عبارة « بغير رضاها » لبيان معنى الإكراه أو انعدام الرضا وهو ركن في الجريمة . انظر أحمد أمين – شرح قانون العقوبات الأهلي – القسم الخاص سنة ١٩٢٤ ص ٤٤١ . وانظر كذلك : محمود مصطفى – شرح قانون العقوبات – القسم الخاص سنة ١٩٦٤ ص ٢٨٣ ، رمسيس بهنام – القسم الخاص في قانون العقوبات سنة ١٩٥٨ ص ٢٨٥ ، نجيب حسني – دروس في قانون العقوبات سنة ١٩٥٩ ص ٢٧٤ ، عمر السعيد – شرح قانون العقوبات – القسم الخاص سنة ١٩٦٤ ص ٢٨٢ ، عبد المهيمن بكر – جرائم الاعتداء على الاشخاص والأموال سنة ١٩٦٦ ص ١٨٠ ، فتحي سرور – الوسيط في شرح قانون العقوبات – القسم الخاص سنة ١٩٦٨ ص ٥٠٩ .

(١) وقد استعمل القرآن الكريم لفظ الغصب بهذا المعنى فقال تعالى في سورة الكهف : وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصباً « الآية ٧٩ » .

(٢) فالباب الثامن من الكتاب الثالث من قانون العقوبات المصري عنوانه : السرقة والاغتصاب ، والمادة ٣٢٥ من هذا القانون تعاقب على اغتصاب السندات ، أي الاستيلاء عليها بالقوة أو بالتهديد ، والمادة ٩٣ تشير إلى اغتصاب الأراضي ، ومثلها المادة ٢/٣٥٨ ، والمادة ١٣٠ تعاقب على اغتصاب الملك إذا وقع من موظف عام بناء على سطوة وظيفته .

الاعتراض على مسلك المشرع ، لأنهم لم يستطيعوا بدورهم أن يعبروا عن الجريمة بلفظة واحدة . وفضلاً عن ذلك فإن لفظ الاغتصاب يعجز عن حمل بعض صور الوقاع ، كالوقاع بالخداع ، لأن هذا الوقاع فيه صورة الرضا ، ولأنه يتجرد من القسر والقهر ، وكذلك وقاع الصغار والمرضى ، فهو وقاع يؤثمه القانون حتى ولو كان مقترناً بالرضا[1] .

وإذا كانت المصطلحات غير المركبة تعوزها الدقة في الإفصاح عن مضمون الجريمة واستيعاب أركانها كما حددها الشارع ، فإننا نؤثر استخدام مصطلح المواقعة أو الوقاع باعتباره الأثير لدى واضع القانون . فهذا اللفظ وإن كان لا ينبىء لغة عن حقيقة الجريمة كاملة ، فهو في تقدير الشارع كفيل بذلك اصطلاحاً . ولسنا نرى مبرراً للعدول عن هذا اللفظ ما دام غيره لا يفضله .

الفصل الأول

الجاني

٢ ـ جنس الجاني :

لا خلاف في الفقه والقضاء المصريين على أن المواقعة جريمة الرجل وحده .

---

(١) ويطلق الشرعيون اسم الزنا على الوطء في غير حل . غير أن أحداً لم يفكر في استعارة هذا المصطلح للدلالة على جريمة الوقاع ، لأن للزنا عند الشرعيين مفهوماً أوسع من المفهوم القانوني لجريمة المواقعة ، ولأن القانون الوضعي ذاته يستخدم مصطلح الزنا ويجعل له مدلولا محدداً يختلف كثيراً عن مفهوم المواقعة (م ٢٧٤ و ٢٧٥ مصري ، و ٣٩٩ و ٤٠٠ ليبي) . فالزنا في القانون يقتصر على الوطء الذي يقع من زوج أو زوجة حال قيام الزوجية فعلا أو حكماً ، وهو يفترض الرضا بالوطء دائماً ، فإن وقع عنوة أو بالخديعة فليس بزنا قانوناً .

وسند هذا الرأي عبارة النص ، فالمادة ٢٦٧ /١ تنص صراحة على عقاب « من واقع أنثى بغير رضاها » . وهذا النص مطابق للمادة ٣٣١ من قانون العقوبات الفرنسي . وعلى الرغم من أن النص لم يحدد إلا جنس المجني عليه ، إلا أن السائد في مصر وفرنسا أنه إذا كان المجني عليه في تلك الجريمة لا يكون إلا أنثى ، فإن طبيعة الفعل توجب أن يكون الجاني ذكراً ، لأن الوقاع يتمثل في الوطء ، والأنثى لا تطؤها أنثى بل ذكر .

أما النص الليبي فظاهر عبارته يسمح بالقول بأن الجاني يصح أن يكون ذكراً أو أنثى . فالمادة ٤٠٧ تشير في فقرتيها الأوليين إلى الجاني بلفظ « من » ، وهو اسم موصول ينصرف في اللغة إلى المذكر والمؤنث على السواء . والفقرة الثالثة تشير إلى الجاني بلفظ « الفاعل » ، وقد استقر في عرف الشارع أن الأحكام القانونية الواردة بصيغة المذكر إذا أطلقت فإنها تتناول الرجال والنساء جميعاً إلا أن تخصص بدليل . وقد يعزز هذا الرأي أن المصدر التاريخي للنص الليبي هو التشريع الإيطالي ، وقد عبرت المادة ٥١٩ من قانون العقوبات الإيطالي عن الجاني في جريمة المواقعة بعبارة « كل من Chiunque » وهي عبارة عامة تشمل الذكر والأنثى بغير تمييز . وجمهور الفقه في إيطاليا على أن المواقعة ليست جريمة الرجل وحده ، بل يصح وقوعها من الرجل والمرأة على السواء[1] . وحجتهم عموم النص . ولسنا نذكر في الفقه الإيطالي من

---

(١) Cfr. : Vannini. Il delitto di violenza carnale, p. 1 e ss.; Pannain, Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume, p. 35 e ss.; Manzini, Trattato di diritto penale italiano, VII, p. 269, n. 2542; Antolisei, Manuale di diritto penale italiano, p. s, p. 371; Gabrieli, Violenza carnale, p. 1070, Maggiore, Diritto penale, II, 1, p. 548 e ss.; Manfredini, Delitti contro la moralità pubblica, p. 128; Ranieri, Manuale di diritto penale, III, p. 53; Sabatini, Istituzioni, II, p. 273; Santoro, Manuale di diritto penale, III, p. 481; =

٥

يشترط الذكورة في الجاني غير Tuozzi [1] ، أما من عداه فيجمعون على استواء الذكورة والأنوثة وإن اختلفوا بعد ذلك في أمور أخرى .

على أننا مع ذلك نعتقد أن الفهم الصحيح للمادة ٤٠٧ من قانون العقوبات الليبي يؤدي إلى وجوب اشتراط الذكورة فيمن تقع منه جريمة المواقعة . ومن هذه الزاوية يتفق التشريع الليبي مع التشريع المصري على الرغم مما بين نصّيهما من خلاف .

وسندنا في ذلك أن النص الليبي لا يطابق النص الإيطالي تمام المطابقة ، بل إن بينهما اختلافاً قد يبدو طفيفاً ولكنه عند التأمل غني بالدلالة ؛ فالمادة ٥١٩ من قانون العقوبات الإيطالي تعاقب كل من أرغم غيره بالقوة أو بالتهديد عـــلى الاقتران الجسدي أو الوطء « Chiunque, con violenza o minaccia, costringe taluno a congiunzione carnale é punito .... » . وعبارة الإرغام بالقوة أو التهديد عـــلى الوطء تفسح المجال للقول باستواء الذكورة والأنوثة فيمن يقـــع الفعل منه . فالرجل قادر على إرغـــام الغير على تحمل ما يقع منه من وطء ، والمرأة بدورها قادرة على إرغام الغير على مباشرة الوطء . وعلى هذا يستقيم تفسير الفقهاء الإيطاليين للمادة ٥١٩ من قانون العقوبات الإيطالي . أما النص الليبي فيعاقب كل من واقع آخر بالقوة أو بالتهديد أو الخداع . وهو يختلف عن النص الإيطالي اختلافاً عميقاً ؛ فالفعل المؤثم فيه هو الوقاع بإحدى الطرق التي بينها وليس الإرغام على الوطء كما هو الشأن في إيطاليا . ولهذا وجب التساؤل عما إذا كان بوسعنا أن نصف فعل المرأة بأنه وقاع إذا حملت رجلاً بالقوة أو التهديد أو الخداع على

= Lupo, Violenza carnale e atti di libidine violenti, in foro penale, 1957, p. 283 e ss..

(١) Tuozzi, Corso di diritto penale, II, 1, p. 580.

إتيانها . تلك هي المشكلة ، ولا سبيل لحلها إلا إذا بينا المقصود بالوقاع في اللغة ومدى إمكان نسبته للمرأة .

والواقع من الأمر أن العرب لا يفهمون الوقاع إلا على أنه فعل الرجل وحده ؛ فهم يقولون : وقع الرجل على امرأته أي جامعها ، وواقعها مواقعة ووقاعاً إذا باضعها وخالطها[1] . فالمواقعة والمباضعة والمخالطة والجماع والوطء ألفاظ تؤدي في اللغة معنى واحداً ، ولا ينصرف أي منها إلى فعل المرأة . فالعرب لا تقول : واقعت المرأة زوجها ولا وطئته ، لأن هذا الفعل بحسب اشتقاقه فيه معنى الاستعلاء ، وهو بالرجل أليق ، فكان في اللغة فعله دائماً ، من باب وصف الأغلب الأعم بوصف المطلق[2] .

وإذا كان للمرأة دور في عملية المخالطة الجنسية فهو التمكين لا الإتيان ، سواء كانت هي المطلوبة أو الطالبة ، لأن هذا الدور هو ما يتفق وطبيعة الأنثى . وإذا أردنا أن نجعل لها من مصدر المواقعة اسماً يلائمها فإنا نسميها في جميع الحالات مواقعة (بالفتح وهو اسم مفعول) لا مواقعة (بالكسر وهو اسم فاعل »[3] .

---

(١) القاموس المحيط للفيروزابادي ج ٣ ص ١٠٠٠ ، والمصباح المنير ج ٢ ص ٣٦ ؛ وترتيب القاموس المحيط وأساس البلاغة ج ٧ ص ٥٨٢ .

(٢) ويلاحظ أن القرآن الكريم لا يستخدم لفظ الوقاع ولا الوطء في تصوير العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة ؛ فهما لفظان خشنان يعكسان غلظة البدوي وجفوته ونظرته إلى طبيعة العلاقة بين الرجل والمرأة . فالوقوع على المرأة أو بها ووطؤها تصويران قريبان من الواقع ولكنهما غير رفيقين بالمرأة . وإنما يتحدث القرآن عن العلاقة الجنسية فيكنى ويستخدم ألفاظاً رقيقة شفافة تؤدي نفس المعنى ، ولكنها تعكس مفهوماً جديداً لنوع هذه العلاقة ، فنراه يعبر عنها بالمس والملامسة والمباشرة والقرب والتغشية وإتيان الحرث . وهذه الأفعال في كتاب الله منسوبة كلها للرجل ؛ فالفعل إذن فعله والمرأة إنما تستجيب له بالتمكين فحسب .

(٣) وقد عرض القدامى من فقهاء الشريعة لهذه المسألة في جريمة الزنا ، فذهب الحنفية إلى أن وجوب =

٧

وإذن فالوقاع فعل يأبى بطبيعته أن يصدر عن المرأة . ولذلك وجب فيمن يأتيه أن يكون ذكراً . وليس من العسير أن نوفق بين هذا المعنى وبين عموم الألفاظ التي استخدمها المشرع الليبي في المادة ٤٠٧ عندما تحدث عن الجاني في جريمة المواقعة . فعموم اللفظ الدال على الفاعل يخصصه نوع الفعل المنسوب إليه . فإذا تبين أن فعل الوقاع لا يمكن أن يصدر إلا عن رجل فالنص يكون قد خصص بذاته عموم لفظه ، وبذلك تنتفى مظنة التحكم في التفسير .

٣ — ويقال في مصر وفرنسا إن استحالة نسبة المواقعة إلى المرأة يرجع في جانب منه إلى طبيعة التنظيم القانوني للجريمة . فليس بوسع امرأة أن تكره رجلاً على وقاعها بالقوة ، وإن جاز أن تحمله على ذلك بالتهديد أو الخداع [1] ، وإنما الرجل وحده الذي يقوى على ارتكاب الجريمة في مختلف صورها ، فلزم أن يكون هو دون الأنثى فاعلها الأصلي في كل الأحوال .

غير أن هذه الحجة غير حاسمة ، لأن الوقاع لا يتم بالعنف وحده ، بل يصح قانوناً أن يرتكب بالتهديد أو بالخديعة . وأصحاب الرأي المتقدم لا

= الحد على المرأة ليس لكونها زانية ، لأن فعل الزنا وهو الوطء لا يتحقق منها ، فهي موطوءة وليست بواطئة . وتسميتها في الكتاب العزيز زانية هو مجاز لا حقيقة ، فيصح في اللغة إطلاق اسم الفاعل للدلالة على اسم المفعول . فالله تعالى يقول في كتابه الكريم : خلق من ماء دافق ، والمراد مدفوق ، ويقول : فهو في عيشة راضية ، والمراد مرضية . وكذلك الحال بالنسبة لتسمية المرأة زانية ، فالمراد مزني بها . راجع بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ٣٤ والمبسوط للسرخي ، ج ٩ ص ٥٥ .

(١) انظر : Garçon, Code pénal annoté, II,art. 331, n. 20.

وانظر في الفقه المصري : محمود مصطفى فقرة ٢٦٩ ص ٢٨٤ ، رمسيس بهنام ص ١٨٦ ، عبد المهيمن بكر ص ١٨٢ . وفي الفقه الإيطالي كذلك من يرى استحالة إرغام الرجل على المواقعة بالقوة . انظر : Carrara, Programma di diritto penale, II, p. 330, nota 1

ينفون قدرة المرأة على استعمال التهديد أو اصطناع الحيلة فيتحقق لها ما تهدف إليه من وقاع . وإذا كان بوسع المرأة أن ترتكب الفعل في بعض صوره فليس من المنطق في مقام التفسير أن نسقط الحكم عنها كلية لمجرد عجزها عن ارتكاب الفعل في إحدى صوره . هذا إلى أن الظن بأن المرأة لا تستطيع أن تكره رجلاً بالقوة على وقاعها غير صحيح ، لأن الإكراه محله الإرادة ، والاشتهاء الجنسي والاستجابة له لا يخضعان دائماً لسلطان الإرادة . ومؤدى ذلك أن الرجل يمكنه أن يواقع المرأة حتى وإن أكره على ذلك (١) .

ولهذا فإننا إذ نقرر عند تفسير النص الليبي بأن المرأة لا يمكنها أن ترتكب فعل الوقاع فإنما نستند في ذلك أساساً إلى طبيعة الفعل لا إلى التنظيم القانوني للجريمة . فالوقاع فعل الذكر وحده ، وما يبدو من المرأة فيه بوصفها أنثى لا يعد وقاعاً بل هو تمكين . والوقاع فعله الإيلاج لا التمكين . وإذا كان المشرع قد جرم الوقاع في حالات معينة فليس هناك مجال للشك إطلاقاً في أننا بصدد جريمة من جرائم الذكورة ، سواء صرح النص بذلك أو لم يصرح .

٤ – تكييف فعل المرأة التي تحمل الغير على وقاعها :

إذا حملت امرأة رجلاً على أن يواقعها بالقوة أو بالتهديد أو بالحيلة ، فإنها لا ترتكب جريمة مواقعة بالرغم من تحقق الوطء فعلاً ، لأن الوقاع لم

---

(١) ومن فقهاء الشريعة من سبق إلى ظنهم أن المكره لا يواقع ثم تخلوا عن رأيهم . وقد عرضوا لذلك بمناسبة البحث في مدى جواز حد المكره على الزنا ، فقال أبو حنيفة في رأي أول له بوجوب حده ، على أساس أن الرجل لا يزني ما لم تنتشر آلته ، وذلك دليل الطواعية . غير أنه رجع عن هذا الرأي من بعد وقال إن انتشار الآلة لا يدل حتماً على أنه كان طائعاً ، فقد تنتشر الآلة عن طوع أو عن طبع ، واستدل على ذلك بأن النائم تنتشر آلته من غير قصد ولا فعل منه . انظر المبسوط جـ ٩ ص ٥٩ .

يصدر منها وإن تم بسعيها . والرجل بدوره لا يعد جانياً وإن كان مواقِعاً ، لأنه لم يتوسل إلى الوقاع بالقوة أو التهديد أو الحيلة ، بل إنه مغلوب على أمره . فهو في حقيقة الأمر مجني عليه في جريمة قارفتها المرأة ، وهذه الجريمة هي هتك العرض [١] . ولهذا فإن فعل المرأة في هذا الفرض ينطبق على مواد هتك العرض (وهي المادتان ٢٦٨ و ٢٦٩ من قانون العقوبات المصري ، والمادة ٤٠٨ من قانون العقوبات الليبي) . وعلة ذلك أن المرأة حملت الرجل كرهاً أو خداعاً على كشف عورته ثم على إيلاج فرجه في فرجها[٢] . ولنفس العلة ترتكب المرأة جريمة هتك عرض لا وقاع إذا انسلّت في جوف الليل إلى فراش رجل واستلقت بجانبه على أنها زوجته فأتاها ، كما يعتبر فعلها هتك عرض إذا حملت مجنوناً أو صغيراً على وقاعها .

٥) تكييف فعل المرأة التي تساحق امرأة بغير رضاها :

لا يعتبر السحاق وقاعاً ولو تم بالقوة أو بالتهديد أو بالخداع . ذلك أن الوقاع ركنه إيلاج قضيب الرجل في فرج آدمي . والسحاق مدالكة خارجية ،

---

(١) انظر : محمود مصطفى فقرة ٢٦٩ ص ٢٨٤ ، رمسيس بهنام ص ٢٨٦ ، عبد المهيمن بكر ص ١٨٢ .

(٢) على أنه إذا بدأ الفعل بالقوة أو بالخديعة فصادف من المجني عليه قبولا أو وسعه كشف الخديعة ثم تم الوقاع فإن الفعل من جانب المرأة لا يعتبر في مذهب القضاء المصري هتك عرض . وقضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك بأن هتك العرض إذا بدىء في تنفيذه بالقوة فصادف من المجني عليه قبولا ورضاء صحيحين فإن ركن القوة يكون منتفياً فيه ، لأن عدم إمكانية تجزئة الواقعة المكونة له لارتكابها في ظروف وملابسات واحدة ، بل في وقت واحد وتنفيذاً لقصد واحد لا يمكن معه القول بأن المجني عليه لم يكن راضياً بجزء منها وراضياً بجزء آخر ؛ كما أن العبرة في هذا المقام ليست بالقوة لذاتها ، بل بها على تقدير أنها معدمة للرضا ، فإذا ما تحقق الرضا ولم يكن للقوة أي أثر في تحققه فإن مساءلة المتهم عنها لا يكون لها أدنى مبرر ولا مسوغ . نقض ١٩٤٠/٣/٢٥ و ١٩٤٢/٦/٢٢ مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ عاماً جـ ٢ ص ١١٩٠ رقم ٣٤ و ٣٥ .

فهو أشبه بالمباشرة دون الفرج على ما يقول الشرعيون . على أن ما يحول دون اعتبار السحاق وقاعاً ليس هو انتفاء الإيلاج أساساً ، بل هو صدور الفعل من أنثى . ففي بعض الحالات النادرة يصح أن تنطوي المساحقة على إيلاج حقيقي نتيجة شذوذ في تكوين الأعضاء التناسلية لإحدى المرأتين [١] . وعلة استبعاد وصف الوقاع عن السحاق إطلاقاً أن الايلاج فيه فرض نادر لا يستحق عناء النظر فيه وإشادة نظرية الوقاع عليه ، لأن النادر لا حكم له ، ولأن الحاجة إلى زجر الشارع إنما تكون فيما يغلب وجوده ، ولا يغلب وجود هذا الفعل ، وهو إذا وجد لا يعتبر وقاعاً بل هتك عرض .

٦) مدى إمكان مساهمة المرأة في جريمة المواقعة :

إذا استحال على المرأة بحكم أنوثتها أن تكون فاعلاً أصلياً في جريمة المواقعة ، فإنه لا يستحيل عليها أن تكون شريكة فيها طبقاً للمادة ٤٠ من قانون العقوبات المصري والمادة ١٠٠ من قانون العقوبات الليبي . فقد تقوم المرأة بالتحريض أو تدخل طرفاً في الاتفاق أو تبذل المساعدة فتقع الجريمة بناء على ما قامت به فتكون شريكة فيها . غير أن التساؤل يثور عما إذا كانت المرأة يمكن أن تكون فاعلاً مع غيرها في جريمة المواقعة . ولهذا التساؤل ما يبرره ؛ فالمواقعة في التشريع الليبي جريمة مركبة تتكون من فعلين يرتبطان ببعضهما ارتباط الوسيلة بالغاية ، وهما العنف أو التهديد أو الخداع من

---

(١) انظر : Manzini, Trattato, VII, p. 269, n. 2542 . وفي الفقه الإيطالي من ينفي عن السحاق صفة الوقاع لاعتبار لا يتعلق باتحاد الجنس ، بل لاستحالة الإيلاج من جانب المرأة Santoro, III, p, 487. أما محكمة النقض الإيطالية فلا ترفض اعتبار المساحقة وقاعاً حين يتم الإيلاج . انظر : Cass. 11 Marzo, 1952, Giustizia penale, II, col. 579, 25 novembre 1948, ivi, 1950, II, col· 862.

جهة ، والوطء من جهة اخرى . وقد تقوم المرأة بمباشرة العنف أو التهديد أو الخداع على المجني عليه ويقوم الرجل بوقاعه بعد رضوخه أو انخداعه ، وبذلك تدخل المرأة في ارتكاب الجريمة فتأتي — عمداً — عملاً من الأعمال المكونة لها .

وقد يبدو أن المرأة في هذه الحالة تعتبر فاعلاً مع غيرها طبقاً للمادة ٣٩ من قانون العقوبات المصري والمادة ٩٩ من قانون العقوبات الليبي . غير أن هذه النظرة في حقيقة الأمر غير سديدة ، لأن الوقاع جريمة ذات فاعل خاص ، فهي لا تقع إلا من ذكر ، والرأي الراجح في الفقه يشترط فيمن يعتبر فاعلاً مع غيره في جرائم ذوي الصفة الخاصة ما يشترطه في فاعلها الأصلي . فالصفة شرط لازم في الحالين لا يغني عنها ارتكاب الفعل كله أو بعضه [1] . فإذا قامت امرأة بارتكاب جزء من الأعمال المكونة لجريمة الوقاع فإن ما ارتكبته لا يجعلها فاعلاً مع غيرها ، بل مجرد شريك في جريمة المواقعة . ويتضح من ذلك أن النشاط المادي لا يعتبر وحده أساساً للتفرقة بين الفاعل مع غيره والشريك في هذه الجريمة ، إذ يلزم لصحة الاعتداد بهذا النشاط أن تثبت الصفة ابتداء .

٧) القدرة على الإيلاج شرط لازم وكاف :

يشترط فيمن يرتكب جريمة المواقعة — فوق صفة الذكورة — أن يكون

---

(١) انظر : نجيب حسني — المساهمة الجنائية في التشريعات العربية ص ٧٩ ، والقسم العام ص ٤٥٦ ، رمسيس بهنام — النظرية العامة للقانون الجنائي ص ٦١٣ وما بعدها ، فوزية عبد الستار — المساهمة الأصلية في الجريمة ص ١٨٦ ، مأمون سلامة — جرائم الموظفين ضد الإدارة العامة — مجلة القانون والاقتصاد س ٣٩ ص ١٥٣ .

١٢

قادراً على الإيلاج . فإن كان عاجزاً عن ذلك لآفة تمنعه ، فلا سبيل لنسبة الجريمة إليه ، لا في صورتها التامة ولا في صورة الشروع فيها .

ويرى بعض الفقهاء في مصر أنه إذا كان الجاني ممن لا يشتهون ، ففعله لا يعتبر وقاعاً ولا شروعاً فيه ، وإنما هو مجرد هتك عرض[١] . وكذلك الشأن إذا كان الشخص مجرداً من قوة التناسل أو كان خصياً ، لاستحالة وقوع الجريمة منه استحالة مطلقة[٢] .

وهذا الرأي فيما نرى غير صحيح ، فالجريمة تتم بالإيلاج وحده ، وليس من عناصرها قضاء الشهوة ولا القدرة على الإخصاب . ولهذا لا يشترط فيمن يرتكب الجريمة إلا أن يكون رجلاً قادراً على الإيلاج .

فأما من لا يشتهي فإنه قادر على ارتكاب الجريمة كما يرتكبها من ينضح شهوة ، لأن الإيلاج إشباعاً للشهوة غير لازم لوقوعها . وقد يتصور البعض أن الإيلاج مستحيل بغير انتصاب ، وهذا الظن خاطىء ، لأن انتشار عضو الذكورة إن كان من شأنه تيسير فعل الإيلاج ، فإن ارتخاءه لا يجعل الإيلاج مستحيلاً ، إذ يمكن إقحامه في فرج المرأة على وجه من الوجوه . ولهـذا فارتكاب الجريمة من عنين لا يعتبر فرضاً مستبعداً لمجرد العنة . ويرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن الزنا يقع ولو كان الوطء غير مصحوب بانتشار ، بل

---

(١) انظر : أحمد أمين ص ٤٤٢ ، محمود مصطفى ، فقرة ٢٦٩ ص ٢٨٤ ، صالح مصطفى — الجرائم الخلقية ص ١٩ و ٢٠ .

(٢) صالح مصطفى ص ٢٠ . وقضى في مصر بأنه لا عقاب إذا اتضح من شهادة الطبيب أن الجاني ليس ممن يشتهون أو ليس فيه قوة التناسل ، ويدخل في هذا الحكم الغلام الذي لم يبلغ سن الحلم . استئناف مصر ١٩٠٤/١/٣ — الاستقلال س ٤ ص ٨٥ . ويشترط بعض الفقهاء لوقوع الجريمة أن يكون الرجل متمتعاً بالقوة الجنسية . نجيب حسني — دروس في القسم الخاص ص ٢٧٦ .

١٣

ولو دخل الذكر في هواء الفرج ولم يمس جدره[١] . ويقرر مانتسيني في إيطاليا أن جريمة الوقاع لا تستلزم بالضرورة قضاء الشهوة الجنسية وأنها لهذا السبب يمكن أن تقع من أشخاص عاجزين جنسياً عجزاً نسبياً أو مطلقاً ، كما أنها يمكن أن تقع من الصبية الذين لم يبلغوا سن الحلم ، ومن الكهول أيضاً[٢] .

أما العجز عن الإخصاب لآفة أو شيخوخة فليس حائلاً دون الوقاع ، وذلك من باب أولى ، لأنه لا ارتباط بين العقم وبين القدرة على الوطء . فالوطء وحده كاف لوقوع الجريمة كاملة ، أمـــا الإمناء وخصوبة الخلايا المنوية فلا اعتبار لهما في هذا الباب . والخصاء مظهر من مظاهر العجز عن الإخصاب ، ولكنه ليس آفة مانعة من الوطء . فالخصيّ هو من سُلّت خصيتاه وبقيت آلته ، ولا ينعدم الإيلاج بسبب الخصاء وإنما ينعدم به الإنزال فحسب ، وذلك غير معتبر في إتمام الوقاع كما قدمنا ، فيلزم الخصي من الأحكام ما يلزم الفحل على حد قول الشرعيين[٣] . ويبدو أن ثمة لبساً أدى إلى الخلط بين الخصاء والجب والفرق بينهما كبير . فالمجبوب هو مبتور

---

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٤ ؛ فتح القدير ج ٤ ص ١١٥ ؛ حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ١٩٤ . وانظر كذلك عبد القادر عودة – التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ج ٢ ص ٣٥٠ .

(٢) Mazini, cit., VII, p. 259, n. 2540. ويستشهدهذا الفقيه على صحة رأيه بأقوال لرجال الطب الشرعي منهم Pelligrini, Trattato di medicina legale, Padova 1932, L, p. 400. وانظر من هذا الرأي في الفقه المصري ، عبد المهيمن بكر ص ١٨٣ ، فهو يقرر أن أقصى ما يمكن تطلبه هو أن تكون لدى الجاني « القدرة » على ارتكاب الفعل ، فمتى توافرت هذه القدرة صح اعتبار فعل الجاني اغتصاباً أو شروعاً فيه على حسب الأحوال ، حتى ولو كان غلاماً لم يبلغ سن الحلم أو كان رجلا ليست لديه قوة التناسل .

(٣) المبسوط ج ٩ ص ٩٨ . ويقول السرخسي في موضع آخر من مبسوطه إن قطع تلك الآلة من الخصي كقطع عضو آخر منه . ومعنى الفتنة لا ينعدم ، فالخصي قد يجامع بل هو أشد الناس جماعاً فإنه لا تفتر آلته بالإنزال . المبسوط ج ١٠ ص ١٥٨ .

الآلة أو فاقدها ، أما الخصى فآلته باقية . والمجبوب عاجز عن الإيلاج عجزاً مطلقاً لافتقاره إلى ما يمكنه من ذلك ، ولهذا فهولا يرتكب وقاعاً ، أما الخصي فأمره مختلف عن ذلك تماماً ، لأن لديه ما يعينه على الإيلاج المعتبر .

الفصل الثاني

المجنى عليه

٨) صفة المجني عليه :

محل الحماية القانونية في جرائم العرض عامة هو حق الأفراد في صيانة أجسادهم من العبث بمواطن العفة فيها على غير رضاهم . والحقوق لا تثبت لغير الأحياء من الناس ، فلزم أن يكون المجني عليه في جريمة المواقعة إنساناً حياً . أما الموتى فلا عقاب في القانون على من يواقعهم . وقد يعاقب القانون على الفسق بالموتى ، لا باعتباره وقاعاً ، بل باعتباره انتهاكاً لحرمة القبور أو لحرمة الموتى إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في هذا الشأن . وينتقد الفقه في معظم الدول قصور التشريع عن كفالة الحماية الواجبة لجثث الموتى إزاء هذا العمل الشائن الذي قد يمارسه بعض المنحرفين [1] .

---

(١) انظر في الفقه المصري : أحمد أمين ص ٤٤٣ ، محمود مصطفى فقرة ٢٦٩ ص ٢٨٤ ، رمسيس بهنام ص ٢٨٦ ، فتحي سرور ص ٥١٠ . وانظر في الفقه الفرنسي : Garçon, cit., II, art. 331-333, n. 21, p. 194. وفي الفقه الإيطالي Manzini, VII,p.262, n.2541. ويصدق هذا النقد بنفس الدرجة على التشريع الليبي ؛ فنصوص قانون العقوبات فيه قاصرة عن تجريم الفسق بالموتى إلا في بعض الصور التي يمكن اعتبار الفعل فيها انتهاكاً لحرمة القبور أو الجثث أو تدنيسها (م ٢٩٢) . وهذا هو الحكم أيضاً في القانون المصري (م ١٦٠) . وحتى في هذه =

والمعلوم أن حال الضحية وقت الوقاع هو المعتبر ؛ فإن بدأ الوقاع والمجني عليه حيّ ثم مات أثناء الوطء نتيجة لما استخدمه الجاني من عنف لحمله على الرضوخ أو للحيلولة دون افتضاح أمره ، كان الجاني مسئولاً عن جريمة وقاع وعن قتل أو ضرب أفضى إلى الموت بحسب الأحوال[1] ، أما إذا حدثت الوفاة أولاً – طبيعية كانت أو جنائية – ثم أعقبها الوطء ، فهذا الوطء لا يكوّن جريمة وقاع .

ووطء البهيمة لا يعد وقاعاً وإن أمكن العقاب عليه في بعض الحالات بوصفه جريمة أخرى إذا توافرت شروط معينة ؛ فقد يكوّن هذا الوطء جريمة الفعل الفاضح أو الإتلاف أو الإيذاء أو القسوة على الحيوان[2] .

الحالة تبدو العقوبة غير كافية ، لأن جريمة انتهاك حرمة القبور في التشريعين الليبي والمصري عقوبتها الحبس مدة لا تزيد على سنة أو الغرامة التي لا تزيد على خمسين جنيهاً . وهذه العقوبة تبدو تافهة إذا واقع الجاني جثة الميت . والشرعيون مختلفون في مدى جواز حد من وطىء امرأة ميتة ؛ فأبو حنيفة لا يعتبر الفعل زنا لأن عضو الميت مستهلك ، فكان وطؤه كلا وطء . وهذا القول رأي للشافعي وأحمد ، والرأي الثاني لهما أن الفعل يعتبر زنا يجب فيه الحد – ما لم يكن بين زوجين – لأنه وطء محرم . وذلك هو مذهب مالك أيضاً . انظر عبد القادر عودة ص ٣٥٤ .
Manzini, VII, p. 262, p. 2541 .

(١) وكانت التشريعات الأوربية في العصور الوسطى تعتبر هذا الفعل من اجرائم البشعة وتعاقب عليه بالإعدام . ومنها ما كان يقضي بحرق الجاني حياً مع الحيوان الذي فسق به على أن يذر رمادهما بعد ذلك في الهواء .

واختلف فقهاء الشريعة فيمن أتى البهيمة ؛ فمنهم من أوجب حد الزنا ، ومنهم من قال بالتعزير . واختلف هؤلاء في نوع التعزير ومداه ؛ فمنهم من اشتد فأوجب القتل ، ومنهم من رأى الجلد ؛ ومنهم من فوض الأمر للإمام . انظر في ذلك تفصيلا : المحلى لابن حزم ج ١١ ص ٣٨٦ – ٣٨٨ .

وينسب لبعض التشريعات العربية أنها تعاقب على إتيان البهيمة باعتباره وقاعاً مؤثماً . فالمادة ٥٢٠ من قانون العقوبات السوري تنص على أن كل مجامعة على خلاف الطبيعة يعاقب عليها بالحبس حتى سنة واحدة . ويفسر البعض هذا النص على أنه يشمل فيما يشمل حالات الفسق بالحيوان لأنه جماع على خلاف الطبيعة .

٩ – جنس المجنى عليه :

لا يثير جنس المجني عليه في جريمة الوقاع خلافاً في التشريع المصري على الإطلاق ، لأن صراحة النص أغنت الفقه والقضاء عن الاجتهاد . فالمادة ٢٦٧ من قانون العقوبات بينت جنس المجني عليه في جريمة الوقاع صراحة فاستعملت لفظ « الأنثى » . والمصدر التاريخي لهذه المادة هو المادة ٣٣١ من قانون العقوبات الفرنسي . ولذلك فلا خلاف في مصر على أن اللواط هتك عرض لا وقاع .

أما في ليبيا فالوضع مختلف ، لأن المادة ٤٠٧ من قانون العقوبات ليست صريحة في بيان جنس المجني عليه ، فهي لم تشر إليه في أي من فقراتها الثلاث إلا بألفاظ تحتمل الأنوثة والذكورة لعمومها . والمصدر التاريخي للنص الليبي هو المادة ٥١٩ من قانون العقوبات الإيطالي ، ولذلك فإنه يتعين الرجوع ابتداء إلى الفقه والقضاء في إيطاليا لمعرفة ما استقرا عليه في تفسير هذه المادة .

والسائد في إيطاليا أن جنس المجني عليه في جريمة المواقعة لا أثر له على الإطلاق ، فهي تقع على الرجل كما تقع على المرأة سواء بسواء . وينحصر الخلاف الفقهي هناك في مسألة فرعية هي مدى لزوم التباين بين جنس الجاني وجنس المجني عليه . فمن الفقهاء من يشترط تباين الجنسين في جريمة الوقاع ، وهؤلاء لا يعتبرون اللواط ولا المساحقة وقاعاً[1] ، ومنهم من لا يقيمون

---

(١) من هذا الرأي :

Antolisei, Manuale, cit., p. 371; Frisoli, Responsabilità del concorrente per il reato sessuale diverso commesso dal partecipe, in Giustizia penale 1950, II, col., 803 e ss.; Le Vecchi, Atti di libidine violenti e inammissibilità del tentativo, in Giust. pen. 1956, II, p. 154 e ss.; Vannini. Il de-

وزناً للتباين أو للتماثل ، ولذلك فاللواط والسحاق عندهم وقاع [١] . ومن الفريق الثاني من يتحفظ بالنسبة للسحاق ــ دون اللواط ــ فلا يراه وقاعاً[٢] .

على أنه لما كان الرأي السائد في الفقه الإيطالي أن الجاني يصح أن يكون ذكراً أو أنثى ، فإن الخلاف المتقدم يصبح عديم الأثر بالنسبة لتحديد جنس المجني عليه . ولهذا فالفقه الإيطالي على اختلاف مذاهبه يسلم بأن جريمة المواقعة يصح أن ترتكب على المرأة وعلى الرجل . وهذا هو ما استقر عليه القضاء الإيطالي بدوره[٣] .

وحجة الفقة والقضاء في إيطاليا أن المادة ٥١٩ من قانون العقوبات تعبر عن المجني عليه في جريمة المواقعة بلفظ « taluno » ، ومعناه « الغير » أو « شخص ما » . وهذا اللفظ عام الدلالة ، فهو ينصرف إلى المذكر والمؤنث

---

litto di violenza carnale, cit., p. 1 e ss.; Lupo, Violenza carnale, cit., p. 283 e ss.; Pannain, cit., p. 35 e ss.

(١) من هذا الرأي :

D'amico, Violenza carnale e congiunzione carnale abusiva, in Enciclopedia forense, 1962, VII, p. 1037; Maggiore, cit., p. 584 e ss.; Manfredini, Trattato, VII, p. 259; Ranieri, Manuale, cit., III, p. 53; Contieri, La coigiunzione carnale violenta p. 30-31.

(٢) من هذا الرأي : Santoro, cit., p. 487.

(٣) ومن قضاء محكمة النقض الإيطالية في هذا الشأن أن اغتصاب شخص من جنس الجاني يعد وقاعاً لا هتك عرض - Cass, 11 marzo 1952 in Esposizione critica della Jiurisprudenza sul codice penale nella sua attuazione dal 1941 ad oggi p. 330, n. 40 . ومن قضائها أيضاً أن الجاني يسأل عن جريمة وقاع تامة إذا أولج قضيبه في دبر طفل . نقض ٩ أكتوبر ١٩٥١ — المرجع السابق ص ٣٣٠ رقم ٣٩ . وتستند محكمة النقض الإيطالية في رفض الرأي القائل بوجوب تباين الجنسين إلى عموم اللفظ الذي أشار به القانون إلى المجني عليه وإلى عبارات أخرى وردت بالمذكرة الإيضاحية لقانون العقوبات الإيطالي تعزز ما انتهت اليه .

ما لم يخصصه المشرع صراحة أو ضمناً ، وهم لا يرون في النص دليلاً على التخصيص [١] .

وفي ليبيا واجهت المحكمة العليا هذه المشكلة في بداية عهدها واتخذت منها موقفاً واضحاً ثبت عليه قضاؤها فلم تتحول عنه ، واستقر عليه القضاء الليبي كله نزولاً على حكم المادة ٢٨ من قانون المحكمة العليا التي تجعل المبادىء التي تقررها هذه المحكمة ملزمة لكافة السلطات . وبينت المحكمة العليا رأيها تفصيلاً في حكم شهير أصدرته في ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٥ م ، وأوضحت فيه الأسباب التي دعتها إلى عدم انتهاج سبيل الفقه والقضاء في مصر . وقد رأينا أن نثبت هنا هذا المبدأ بنصه لما له من أهمية :

« وحيث إن النيابة العامة ترى أن الحكم المطعون فيه قد خالف القانون (وكان الحكم قد اعتبر اللواط وقاعاً) . إذ طبق على الواقعة المادة ٤٠٧ المقررة للمواقعة ، دون المادة ٤٠٨ الخاصة بهتك العرض ، ذلك أن القانون الليبي قد استعمل كلمة « واقع » في المادة ٤٠٧ ، والمواقعة لغة جماع المرأة ، أما أعمال الفحش الأخرى فيعبر عنها باللواط أو هتك العرض ، والعبرة في تأويل القانون الليبي بالنص العربي ، لأن القانون وضع باللغة العربية وإن كانت المادة ٤٠٧ قد نقلت عن القانون الإيطالي . فإذا كان المشرع الليبي قد أراد أن يجري حكمها على حالات المواقعـــة عموماً ، سواء أكان المجني عليه ذكراً أو أنثى لأفصح عن ذلك كما فعل القانون العراقي [٢] . وتضيف النيابة أن الجريمتين : جريمة المواقعة أو الاغتصاب وجريمة هتك العرض

---

(١) Manzini, Trattato, VII, p, 261, n. 2541; Vannini Quid iuris? III, p. 1.

(٢) تنص المادة ٢٣٢ من قانون العقوبات العراقي على عقاب « كل من واقع أي أنثى بغير رضاها أو لاوط بذكر أو أنثى بغير رضاه أو رضاها » .

تفترقان في معظم القوانين ، فقد فرق القانون الفرنسي بين جريمتي الاغتصاب وهتك العرض ، وذهب الفقه والقضاء في فرنسا إلى أن الأولى لا تنطبق إلا على الإناث ، كما جرى الفقه والقضاء في مصر على أن المواقعة لا تقع إلا بالوطء الطبيعي ، ونحا القانون الانجليزي منحى القانون الفرنسي والمصري .

« وحيث إنه من المسلم به أن للقاضي أن يستعين في تأويله للقانون بكل ما يتصل بالتاريخ واللغة والمنطق ، وبما سبق النص أو صحبه من الأعمال التحضيرية أو المذكرات التفسيرية وبمقارنة النص المراد تفسيره بالنصوص الأخرى التي اقتبس منها ، ولا نزاع في أن المادة ٤٠٧ من قانون العقوبات الليبي منقولة عن المادة ٥١٩ من القانون الإيطالي ، وقد جرى الفقه والقضاء باطراد في إيطاليا على أنه يجوز أن تقع الجريمة المنصوص عليها في المادة ٥١٩ من أي الجنسين ، كما يجوز أن يكون المجني عليه ذكراً أو أنثى ، وأن هذه الجريمة يمكن وقوعها بين ذكرين أو بين امرأتين ، ومتى كان مصدر التشريع الليبي في هذه المادة هو التشريع الإيطالي فلا محل للتحدي بالقوانين الأخرى ، خصوصاً وأن القانون المصري قد عبر عندما نص على هذه الجريمة في المادة ٢٦٧ بقوله : « من واقع أنثى بغير رضاها » ، وإزاء هذا النص الصريح تمتنع المقارنة بين القانونين ، وكذلك الحال بالنسبة للقانون الفرنسي والانكليزي فقد فرق الفقه والقضاء فيهما بين الجريمتين في الوقت الذي وحد بينهما القانون الإيطالي .

« ومتى ثبت ذلك وكان مصدر القانون الليبي هو القانون الإيطالي الذي لم يفرق بين مواقعة الذكر للأنثى وإتيان الذكر للذكر ، يكون ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من تطبيق المادة ٤٠٧ دون المادة ٤٠٨ هو تفسير صحيح للقانون ، ولا يغير من هذا الوضع ما انطوت عليه المادة ٤٠٧ من ترجمة

عربية غير دقيقة »[1] .

ويبين من استعراض وجهتي النظر أن النيابة العامة في ليبيا كانت ترى وجوب قصر المواقعة على الحالة التي يكون فيها المجني عليه أنثى ، فإن كان ذكراً كان الفعل لواطاً يخضع للنص الخاص بهتك العرض . أما المحكمة العليا فقد سوت بين الجنسين واعتبرت وطأهما في الحالين وقاعاً . وحجة النيابة العامة تقوم على التفسير اللغوي للفظ الوقاع ، وعلى أنه لو قصد الشارع غير هذا المعنى لأفصح صراحة عن قصده بالنص على « الذكر » كما فعل التشريع العراقي . وحجة المحكمة العليا تقوم على وجوب الاهتداء بالمصدر التاريخي للنص الليبي والاقتداء بالإيطاليين عند تفسيره ، وعلى أنه لو قصد الشارع أن يقصر الحكم على وقاع الأنثى لنص على ذلك صراحة كما فعل التشريع المصري والتشريع الفرنسي .

١٠) والصواب عندنا هو ما ذهبت إليه المحكمة العليا . ولا يقدح في صحة نظرها أن يكون الوقاع لغةً هو وطء المرأة ، فهذا المفهوم اللغوي يستقيم لو أن المشرع قصد الالتزام به . أما إذا ثبت انصرافه عنه وتأيدت بمختلف الأدلة رغبته في إضفاء مفهوم آخر على لفظ المواقعة يختلف عما جرت به معاجم اللغة ، فهذا شأنه ، ومراده يلزم الفقه والقضاء ويوجب عليهما التزام المفهوم الاصطلاحي دون المفهوم اللغوي .

والأدلة على أن للوقاع في التشريع الليبي مفهوماً اصطلاحياً يختلف عن مفهومه اللغوي ويتسع لحالات إتيان الإناث والذكور عديدة ، منها :

---

(١) المحكمة العليا في ١٩٥٥/١٢/٧ – قضاء المحكمة العليا ج ١ رقم ٣٦ ص ١٨٣ . ورددت المحكمة العليا هذا المبدأ بلفظه في حكم آخر أصدرته في ١٩٥٥/١٢/٢١ قضاء المحكمة العليا ج ١ رقم ٤١ ص ٢١٤ .

١) أن التشريع الليبي عدل عن صياغة بعض التشريعات العربية ، ومنها التشريع المصري ، التي تحقق التطابق بين المفهوم اللغوي للمواقعة ومفهومها الاصطلاحي بالنص صراحة على أن المواقعة تكون بين طرفين أحدهما أنثى . ومسلك التشريع الليبي واضح من استعمال كلمة « آخر » للدلالة على المجني عليه في المادة ٤٠٧ بدلاً من لفظ « أنثى » ؛ فهذا اللفظ لا يخص جنساً بذاته ، بل يشمل الذكر والأنثى على السواء . وقد أشار حكم المحكمة العليا إلى هذه الحجة .

٢) أن الشارع الليبي عندما صاغ نصوص المواقعة كان حريصاً كل الحرص على تجنب استعمال لفظ « الأنثى » ؛ فهو في الفقرة الثانية من المادة ٤٠٧ يقرر عقاب من واقع ولو بالرضا « صغيراً » دون الرابعة عشرة أو « شخصاً » لا يقدر على المقاومة . ثم هو يتحدث عن « القاصر » فيما بين الرابعة عشرة والثامنة عشرة مبيناً عقوبة من يواقعه برضاه . وهذه الألفاظ الثلاثة : « الصغير » و « الشخص » و « القاصر » عامة المدلول ، تتناول الذكر والأنثى معاً ، ويدل انحياز الشارع إليها على أنه حين وضع لفظة « آخر » في صدر المادة ٤٠٧ لم يضعها عفواً ، بل انتقاها عامداً لكي تتسع للإناث والذكور جميعاً .

٣) أن المادة ٤١٠ من قانون العقوبات الليبي تعاقب كل من واقع أو هتك عرض « إنسان » برضاه إذا افتضح أو ضبط متلبساً به في مكان عام . وفي هذه المادة يؤكد الشارع مرة أخرى حرصه على تحاشي استعمال لفظ يخص جنساً دون جنس . بل إن هذا النص يقطع بانصراف نية الشارع إلى اعتبار الوقاع جريمة ترتكب على الأنثى وعلى الذكر بغير تفريق ، لأنه قرن الوقاع بهتك العرض في نص واحد ، وأطلق على من يتحمل الفعل في الحالين

اسم « الإنسان » . ولما كان من المسلم به أن هتك العرض يقع على الأنثى كما يقع على الذكر ، فإن مقتضى اقتران الجريمتين وانعطافهما على ذات المحل والتسوية بينهما في الحكم أن تكون المواقعة – كهتك العرض – جريمة تقع على الأنثى وعلى الذكر .

٤) ولعل المادة ٤٠٣ من قانون العقوبات الليبي أوضح دلالةً في هذا الشأن ، فهي تعاقب كل من واقع أحد أصوله أو فروعه أو أخته أو « **أخاه** » أو أحد أصول زوجه أو فروعه . وهذا النص كما هو بيّن يعرض لإتيان الأخ – وهو لواط – فيسميه وقاعاً ، وهو بذلك ينفي كل شك حول انصراف قصد الشارع إلى اعتبار الوقاع فعلاً لا يرتكب على الإناث وحدهن ، بل يمكن أن يرتكب على الذكران أيضاً .

(١١) سن المجنى عليه :

لم يشترط القانون المصري ولا الليبي بلوغ المجني عليه في جريمة المواقعة سناً معينة ، بل إن الأعمار كلها فيها سواء . وعلى ذلك فالجريمة لا يقتصر وقوعها على من يفيضون حيوية ، بل يصح أن تقع كذلك على الصغار وعلى من بلغوا سن اليأس . وعلة ذلك أنه ليس من عناصر الجريمة أن يكون المجني عليه محل اشتهاء .

على أن جريمة الوقاع مع ذلك تختلف عن غيرها من جرائم الأشخاص ، فالقتل والضرب والسب والقذف يمكن وقوعها على أي كائن حي يصدق عليه وصف الإنسان ، وبعبارة أخرى فهذه الجرائم ممكنة الوقوع من لحظة الميلاد حتى تمام الوفاة .

أما جريمة الوقاع فلها طابع خاص يميزها بالنظر إلى ركنها المادي ، ولذلك فإنه يمتنع عقلاً وقوعها على بعض الأشخاص ممن تقل أعمارهم عن سن معينة .

ويرى بعض الفقهاء أن جريمة الوقاع لا ترتكب على الأطفال ، لأن فروجهن ضيقة إلى حد يمتنع معه الإيلاج . ويستشهدون على صحة هذا الرأي بما يقرره الأطباء[١] . ومن الفقهاء من يرى أن هذا القول إنما يصدق فحسب بالنسبة للوقاع التام ، أما الشروع فيه فممكن ، بل إنه لسوء الحظ شائع [٢] .

ومن المؤكد أن الصغر في ذاته ليس حائلاً دون ارتكاب الوقاع ؛ فالنضج الجنسي ليس شرطاً لازماً في المجني عليه . غير أن التكوين الجسمي للمجني عليه – وهو يرتبط ارتباطاً وثيقاً بسنه – يقف في بعض الأحيان حائلاً دون الإيلاج . ومسألة السن على هذه الصورة تصبح مسألة واقع لا قانون ، فليست هناك حدود ثابتة للسن التي يصبح الوقاع ممكناً عند بلوغها وممتنعاً قبلها ، وإنما المعول عليه دائماً هو درجة النضج الجسمي وطبيعة تكوين الفرج ، لأن الاشخاص يختلفون في مدى نمو أعضائهم وإن تماثلت أعمارهم . ولا ينبغي إطلاق القول بأن الصغار يمتنع وقاعهم ؛ فالقانون نفسه لا يرفض ذلك ، بل إنه ينص صراحة على إمكان وقاع من هم دون الرابعة عشرة (م ٢/٤٠٧ ليبي) . وإذا لم يكن ثمة مناص من تحديد سن معينة للمجني عليه في جريمة الوقاع فهذه السن هي التي يتهيأ له فيها تكوين عضوي يسمح لمن يصح أن يسأل جنائياً بوقاعه[٣] .

---

(١) انظر محمود مصطفى ، فقرة ٢٧٠ ص ٢٨٤ .

(٢) من هذا الرأي : Garçon, cit., II, 194, n. 18 وأحمد أمين ص ٤٤٢ .

(٣) وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بدورهم في مدى اعتبار وقاع الصغيرات زنا . فمالك يرى أن الواطىء يحد كلما أمكنه وطء الصغيرة ولو كان وطؤها غير ممكن لغيره . وأبو حنيفة وأصحابه يوجبون الحد إذا كان مثلها يجامع. ويختلف المذهبان في أن مالكاً يجعل الحد منوطاً بإمكان وطء =

فالعبرة هنا بتكوين المجني عليه ذاته لا بتكوين لداته . ودرجة التكوين هذه لا تتوقف على طبيعة تكوين الجاني ، لأن ذلك يفترض أن العقاب رهن بتمام الوقاع وهو ما لا يوجبه القانون . وانما يكفي أن يكون المجني عليه قد بلغ درجة من التكوين العضوي يمكن معها لشخص ممن يسألون جنائياً أن يولج قضيبه في فرجه ، سواء كان ذلك ممكناً للجاني نفسه أو متعذراً عليه . ويتضح من ذلك أن سن المجني عليه في جريمة المواقعة ليست عنصراً قانونياً يلتزم حكم الإدانة ببيانه ، وإنما السن مجرد واقع يصاحب — عَرَضاً — نوعاً معيناً من التكوين ، وهو يختلف في حده الأدنى باختلاف المجني عليهم ، ولذلك فإنه لا يعيب الحكم أن يخطىء فيه أو يصيب .

والقضاء في مصر وليبيا على ذلك ، فقد قضى في مصر بأن القانون لم يقيد سنّ الأنثى في جريمة الوقاع بعمر خاص ، فإذا شمل الفعل وقاعاً فإن عقاب ذلك ينطبق على المادة ٢٦٧ عقوبات ، سواء كانت الأنثى محل شهوة أو

= الصغيرة نفسها من قبل الجاني نفسه ولو كان مثلها لا يجامع أو ولو كان وطؤها غير ممكن لغيره ، أما أبو حنيفة وأصحابه فيجعلون الحد منوطاً بصلاحية الصغيرة للجماع بصفة عامة لا بصلاحية الجاني لوقاعها .

أما الشافعيون فيوجبون الحد ما دام الوطء قد حدث فعلا دون التقيد بأي قيد يتصل بشخص الواطىء أو شخص الموطوء .

وفي مذهب أحمد رأيان يتفق أحدهما مع مذهب الشافعي ، أما الثاني فيخالفه في حالة وقوع الوطء بالفعل . ويفرق الرأي الثاني بين ما إذا كانت الصغيرة يمكن وطؤها أو لا يمكن ، فإن كان الوطء ممكناً فإن ما وقع يكون زناً موجباً للحد ، لأن الصغيرة بذلك تكون كالكبيرة ، وإن كانت الصغيرة لا تصلح للوطء فلا حد على من وطئها وإنما عليه التعزير . وبعض أصحاب هذا الرأي يحدد سن الصغيرة التي تصلح للوطء بتسع سنوات على أساس أنها قبل ذلك لا تشتهى وأن وطأها يشبه ما لو أدخل إصبعه في فرجها . انظر في المذهب المالكي شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٦ ، وفي المذهب الحنفي شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٦ ، وفي المذهب الشافعي أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٨ ، وفي مذهب ابن حنبل المغني ج ١٠ ص ١٥٣ ، وانظر في عرض ذلك كله عبد القادر عودة ص ٣٥٧ — ٣٥٨ .

ليست محلاً لذلك[١] . والقضاء الليبي مطردة أحكامه على العقاب على وطء الصغار . ومن الأحكام ما قضى بالإدانة على وقاع أطفال بعضهم كان دون العاشرة ، وبعضهم لم يبلغ السابعة ، وبعضهم دون الخامسة ، بل إن بعض المحاكم قضت بالإدانة على وقاع طفلة لم يتجاوز عمرها الثالثة[٢] .

وإذا لم يبلغ المجني عليه بسبب صغر سنه درجة من النمو والتكوين العضوي تسمح بوقاعه على الوجه المتقدم ، فإن أفعال الفسق التي تقع عليه لا تعتبر شروعاً في وقاع بل جريمة هتك عرض[٣] .

١٢) حالة المجني عليه وظروفه :

لا عبرة في القانون بحالة المجنى عليه ولا بظروفه الخاصة ، وإن جاز أن يكون لتلك الظروف أثر لدى القاضي عند تقدير العقوبة . فالصحيح والمريض ، والعاقل والمجنون ، والأعزب والمتزوج سواء في جريمة المواقعة[٤]. وقد

---

(١) جنايات الزقازيق ١٩٢٩/٨/٢٧ المحاماة س ١٠ ص ٧٨ .

(٢) وردت الإشارة إلى هذه الأحكام في سياق بعض أحكام المحكمة العليا في ليبيا انظر منها : عليا ١٩٦٧/١٠/٢١ قضاء المحكمة العليا ج ٣ رقم ١١٨ ص ٤١١ ، و ١٩٥٥/٦/١٥ ج ١ رقم ٢٥ ص ١٤٨ ، و١٩٦٥/٢/٢٧ ج ٣ رقم ٤٤ ص ١٥٣ ، و ١٩٥٥/١٢/٧ ج ١ رقم ٣٦ ص ١٨٣ ، و ١٩٥٥/١٢/٢١ ج ١ رقم ٤١ ص ٢١٤ ، و ١٩٦١/٤/٢٩ ج ٢ ص ٤٧٧ ،و١٩٦٥/٢/١٣ ج٣ رقم ٤٢ص١٤٨ ، و١٩٥٨/٥/٢٤ ج٢ص ١٣٧.

(٣) عكس ذلك جارسون كما تقدم .

ويلاحظ أن القانون الليبي يقيم للسن في جريمة الوقاع وزناً من زاوية معينة لا تتصل بصلاحية المجني عليه كمحل للجريمة ، بل بصلاحيته للتعبير عن رضاه بالوقاع . فالمادة ٢/٤٠٧ تهدر رضا الصغير تماماً إن كان دون الرابعة عشرة ، فإن كان بين الرابعة عشرة والثامنة عشرة كان رضاه عذراً مخففاً يجعل عقوبة وقاعه السجن مدة لا تزيد على خمس سنوات بدلا من العقوبة العادية وهي السجن مدة أقصاها عشر سنوات .

(٤) يعتد القانون الليبي دون المصري بالمرض المعجز فيجعله كصغر السن مهدراً للرضا بالوقاع (م ٢/٤٠٧) وحكمه في هذا الشأن مستمد من المادة ٥١٩ من قانون العقوبات الإيطالي .

يكون المجني عليه أجنبياً عن الجاني أو قريباً له ، بل قد يكون من محارمه كالعمة والخالة ، والأم والبنت ، والأخ والأخت[١] . فاذا ارتكب الوقاع على واحد من هؤلاء بالقوة أو بالتهديد أو بالخداع أو باستغلال حالة العجز أو صغر السن ، وجب تطبيق العقوبة المقررة لجريمة المواقعة[٢] .

ويستوى كذلك أن يكون المجني عليه عفاً أو عاهراً . والعاهر هي من تبيح جسدها لطالبه مقابل أجر يدفعه . والعهر لا يهدر حرمة الجسد ولا يبيح المرأة لطالبها رغم أنفها ولا يسلبها حقها في أن تمنع نفسها عمن تشاء . ومن ثم فوقاعها بغير رضاها يوجب العقاب ولا يصلح حتى أن يكون عذراً مخففاً[٣] . ولا يرفع عن الجاني جرمه أن يمنح العاهر بعد اغتصابها أجرها ،

---

(١) وقد تتداخل جريمة المواقعة في بعض الحالات مع جريمة زنا المحارم المنصوص عليها في المادة ٤٠٣ من قانون العقوبات الليبي ، وتعاقب هذه المادة بالسجن من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات كل من واقع أحد أصوله أو فروعه أو أخته أو أخاه أو أحد أصول زوجه أو فروعه . فإذا ارتكب الفعل شخص بالغ سن الرشد مع قاصر تقل سنه عن الثامنة عشرة تزداد العقوبة بالنسبة للبالغ بمقدار الثلث .

(٢) وتشدد العقوبة على الجاني إذا كان أصلا للمجني عليه أو قائماً على تربيته أو ملاحظته أو ممن لهم سلطة عليه أو كان خادماً عنده أو عند من تقدم ذكرهم . (م ٢/٢٦٧ ع مصري و ٣/٤٠٧ ع ليبي) .

(٣) كانت بعض التشريعات القديمة تعتبر مواقعة العاهر la pubblica meritrice بغير رضاها جريمة مقترنة بظرف مخفف ، على ظن أن إتيانها كرهاً ليس في جسامة اغتصاب غيرها من العفيفات . وكان هذا هو مسلك التشريع الإيطالي في العصور الوسطى ، وظل حكمه كذلك حتى أوائل القرن العشرين ، إذ بقي هذا الحكم منصوصاً عليه في قانون سنة ١٨٨٩ ، ثم عدل التشريع الإيطالي عن هذا الحكم بعد ذلك . وقيل تبريراً لهذا العدول إن العاهر التي تسلم جسدها على سبيل الاتجار لمن يطلبه لا تتجرد مع هذا من حقها في التصرف بحرية في نفسها في مجال العلاقات الجنسية . وبذلك فالجريمة التي تقع عليها رغم إرادتها لا تختلف في شيء عن تلك التي تقع على غيرها من العفيفات ، كما أن الخطورة الإجرامية التي يفصح عنها مسلك الجاني لا تختلف باختلاف المركز الاجتماعي لضحيته . =

أو أن يزيد فيه ، ولا أن يكون قد ألقى به إليها قبل وقاعها ، متى ثبت أنها لم تكن راضية بالوقاع وقت حدوثه . ويستوي أن يكون رفضها راجعاً إلى رغبتها في منع نفسها أصلاً عمن طلب مواقعتها أو إلى رغبتها في إرجاء الوقاع إلى وقت آخر ، أو لما تراه من ضآلة الأجر ، لأنها في كل هذه الحالات تعتبر غير راضية بالوقاع ساعة حدوثه ، وهذا يكفي لوقاع الجريمة ممن اغتصبها[1] .

(١٣) حكم إتيان الزوج زوجته بغير رضاها :

تنص بعض التشريعات الأجنبية صراحة على استبعاد صفة الجريمة عن المواقعة التي يمارسها الزوج على زوجته رغم إرادتها في ظل نكاح صحيح . ومن هذه التشريعات : قانون العقوبات الألماني (م١٠٧) ، والنمسوي (م١٢٥) ، والسويسري (م ١٨٧) ، والسوري (م ٤٨٩) والسوداني (م ٣١٦)[2] .

= وإذا كان القانون لا يفرق من حيث العقوبة بين إتيان العفيفات والعاهرات ، فإن في الفقه الإيطالي مع ذلك اتجاهاً يرى – لاعتبارات خلقية – وجوب مراعاة القاضي لظروف الواقعة ، ويوصيه باستعمال سلطته التقديرية عند تحديد مقدار العقوبة حتى لا تكون هناك جفوة بين الواقع والتطبيق السليم للقانون . انظر من هذا الرأي :

Manzini, Trattato, cit., VII, p. 266, n. 2541.

(١) راجع Garçon, cit., II, n. 25 رمسيس بهنام ص ٢٨٦ ، نجيب حسني فقرة ٣٢٠ ص ٢٧٦ ، فتحي سرور فقرة ٣٥٩ ص ٥١١ .

(٢) تنص المادة ١/٤٨٩ من قانون العقوبات السوري على أن : « من أكره غير زوجه بالعنف أو التهديد على الجماع عوقب بالأشغال الشاقة خمس سنوات على الأقل » . وتنص المادة ٤٩٠ من هذا القانون أيضاً على أن : « يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة من جامع شخصاً غير زوجه لا يستطيع المقاومة بسبب نقص جسدي أو نفسي أو بسبب ما استعمل نحوه من ضروب الخداع » . وتنص المادة ٣١٦ من القانون السوداني صراحة على أن « مواقعة الرجل لزوجته لا يعتبر اغتصاباً إذا كانت بالغة سن الحلم »

والفقه في هذه البلاد يعتبر الزوجية شرطاً نافياً للفعل الإجرامي أو صفة سلبية في المجني عليه، فيقال تحديداً لشخص المجني عليه في جريمة المواقعة إنه كل من عدا زوج الواطىء. وفي هذه التشريعات لا تثور مشكلة وقاع الزوج زوجته بغير رضاها، وإنما تثور المشكلة في تشريعات الدول التي خلت نصوصها من أي إشارة إلى العلاقة الزوجية وأثرها في جريمة المواقعة. ومن هذه التشريعات قانون العقوبات الليبي والمصري، ومثلهما الإيطالي والفرنسي.

وتبدو أبعاد المشكلة متى وضعنا في الاعتبار أن الوقاع المرفوض من جانب الزوجة تحفّ به ظروف وتدعو إليه أسباب مختلفة. فقد يقع الوطء في فترة انفصال قانوني بين الزوجين، أو يقع في ظروف تنطوي على خطر يهدد الزوجة أو حملها، أو تشعر الزوجة فيها بالإثم أو بالحرج من الوقاع، أو يتم بطريقة شاذة تأباها الزوجة. وإزاء اختلاف هذه الظروف فقد اختلفت الحلول التي خلص الفقه إليها.

(١٤) ويذهب جانب من الفقه في إيطاليا إلى أن وطء الزوج زوجته عنوة أو بالحيلة يعتبر جريمة إذا كانا منفصلين عن بعضهما انفصالاً قانونياً وتم الوطء في فترة الانفصال. وحجة هذا الرأي أن حالة الانفصال وإن كانت لا تحل عقدة الزواج ولا تسقط التزام أي من الزوجين بالوفاء لصاحبه، إلا أنها تحل كلاً منهما من التزامه بأن يستجيب جنسياً لقرينه، بحيث يصبح الزوجان في هذه الحالة في حكم الغرباء. فإذا أقدم الزوج في فترة الانفصال على مواقعة زوجته بدون رضاها، فإن هذه المواقعة تعد جريمة، لأنه اغتصب امرأة تملك حق الرفض قانوناً[1].

---

(١) من هذا الرأي في الفقه الإيطالي :

Contieri, p. 54; Manzini, Trattato, VII, p. 273, n. 2542. =

ويذهب جانب كبير من الفقه كذلك في إيطاليا وفرنسا ومصر إلى أن وطء الزوج زوجته بغير رضاها يعتبر جريمة ولو كانا يعيشان معاً ، إذا تم الوطء بطريقة أو في ظروف غير طبيعية . ويكون الوطء كذلك حين يأتي الزوج زوجته من دبر ؛ أو عندما يكون في الوطء خطر على صحتها أو على صحة الجنين الذي تحمله ، فقد تكون الزوجة مريضة بمرض يتفاقم بالوقاع فيهـــدد حياتها ، أو يكون الزوج نفسه مصاباً بمرض معـــدٍ ينتقل بالوقاع للزوجة أو للجنين كالسل والزهرى والسيلان . ومن الظروف غير الطبيعية أيضاً إصرار الزوج على وطء زوجته في مكان عام أو على مرأى من بعض الناس (١) .

= وعكس ذلك في الفقه الفرنسي .

Garraud, V, n. 2084; Chauveau et Hélie, IV, n. 1579, Garçon, II, n. 24.

(١) انظر في الفقه الايطالي

Gabrieli, cit., p. 1071; Manzini, cit., VII, p. 273, n. 2542 ; Jannetti Piromallo, Titolo dall'ottavo al tredicesimo del libro secondo del cod. pen. III, 1936, p. 95; Maggiore, II, 1, p. 549; Manfredini, cit, p. 129; Contieri, cit., p. 56 ; Santoro, cit., III, p. 481.

وتسير أحكام محكمة النقض الإيطالية في هذا الاتجاه ، فقد قضت بأن إتيان الزوجة من دبر على كره منها يعد وقاعاً معاقباً عليه بالمادة ٥١٩ من قانون العقوبات :

«Atto carnale è anche il congiungimento contro natura, e, quindi, commette il delitto preveduto nell'art. 519 chi costringe la propria moglie a coito contro natura.» Cass. 19 novembre 1933; 17 agosto 1914; 1 febbraio, 1900, citate dal Manzini, p. 273, nota 1.

وانظر في تأثيم هذا الوطء في الفقه الفرنسي

Chauveau et Hèlie, IV, n. 1576; Garraud, V, n. 2100, Blanche, V, n. 107.

وفي الفقه المصري : أحمد أمين ص ٤٤٢ ؛ رمسيس بهنام ص ١٨٧ ، محمود مصطفى فقرة =

٣٠

على أن في الفقه الإيطالي رأياً ينكر مساءلة الزوج في أي حال عن جريمة وقاع ولو وطىء زوجته على غير رضاها . وحجته أنه بعد الزواج لا يبقى لأحد من الزوجين في مواجهة صاحبه حق في حرمة الجسد ، لأن عقد الزواج يحل لكل منهما أن يستمتع بالآخر . وإذن فإنه لا يتصور أن يلحق الوقاع ضرراً بذلك الحق حتى ولو مارسه الزوج بالقوة . ويتساءل أصحاب هذا الرأي في عجب : كيف يمكن للزوج أن يلحق الضرر بهذا الحق لمجرد أن الوقاع يلحق الضرر بحق أو بمصلحة أخرى كسلامة البدن أو صيانة الأجنّة[1] !

أما إذا تم وطء الزوجة على غير رضاها في ظل نكاح صحيح لا يشوبه انفصال ، وفي ظل ظروف طبيعية لا خطر فيها على الزوجة ولا على حملها ، وبطريقة طبيعية أيضاً لا تجاوز المأتى المشروع ، فإن جمهور الفقه في إيطاليا وفرنسا ومصر على أن الفعل لا يعتبر جريمة ، لأن إشباع الشهوة remedium concopiscentiae من مقاصد عقـــد الزواج . فـــإذا واقع الرجل زوجته ،

= ٢٦٩ ص ٢٨٥ ، فتحي سرور فقرة ٣٥٩ ص ٥١١ .

على أنه يلاحظ أن الفقه والقضاء في مصر وفرنسا لا يعتبران إتيان الزوجة من دبر على غير رضاها جريمة وقاع بل هتك عرض ، وذلك لعلة لا تتصل بعلاقة الزوجية بل بطبيعة فعل الوقاع ومحل الإيلاج . فالوقاع في البلدين بإجماع الآراء هو إتيان الأنثى من قبل بغير رضاها . وقضى في فرنسا بأن إتيان الزوجة من الخلف كرهاً يعتبر هتك عرض . نقض فرنسي ٢١/١١/ ١٨٣٩ و ١٨/٥/١٩٥٤ مشار إليهما في جارسون . والظاهر أن الرأي يتجه كذلك إلى إجراء نفس الحكم على إتيان الزوجة بدون رضاها على مشهد من الغير ، فقد قضى في فرنسا بأن وقاع الزوجة بالقوة على مرأى من الغير وبمساعدته يعد جريمة هتك عرض . نقض فرنسي ١٩/٣/ ١٩١٠ مشار إليه في جارسون .

(١) من هذا الرأي :

Vannini, Quid iuris ? III, p. 5; Pannain, Delitti, cit., p. 38, Lo Stesso, Manuale, II, 1, p. 347.

برضاها أو برغمها ، فإنما يمارس حقاً تقرر له بمقتضى عقد الزواج ، وهذا الحق سبب مبيح يرفع عن الفعل صفة اللامشروعية[1] .

ومع ذلك ففي الفقه الايطالي من يعترض على الرأي السائد ، ويعتبر الزوج حتى في هذه الحالة مرتكباً جريمة وقاع . وسند هذا الرأي أن جريمة الوقاع لا تتكون من الوطء وحده ، بل تتكون منه ومن فعل القوة أو التهديد أو الخداع أيضاً . وإذا كان عقد الزواج يحل للزوج أن يستمتع بزوجته ، فليس في النظام القانوني القائم ما يخول الزوج حق اللجوء إلى وسائل غير مشروعة لاقتضاء حقه والوصول إلى غايته المشروعة . وقد عني القانون ببيان ما يترتب على إخلال أحد الزوجين بواجباته الزوجية ومنها الإباء الجنسي ،

---

(١) انظر في الفقه الايطالي

Manzini, VII, p. 272, n. 2542, Vannini, Quid iuris? III, p. 5.

ويرى هذان الفقيهان أن امتناع العقاب على الفعل بوصفه جريمة وقاع لايحول دون العقاب عليه بوصف آخر كالضرب أو الإيذاء. وانظر في الفقه الإيطالي ايضاً **Antolisei, cit., 1. n. 82.** غير أن هذا الفقيه مع تسليمه بالإباحة يرى وجوب إعادة النظر في الموضوع مجاراة لروح العصر ولما ينبغي أن تكون عليه العلاقات بين الزوجين .

وانظر في الفقه الفرنسي

Garçon, II, n. 33; Chauveau et Hèlie, IV, n. 1579, Garraud, V, n. 2084.

وانظر نقض فرنسي ١٩/٣/١٩١٠ ، مشار إليه في جارسون ، المرجع والموضع السابقان .

وانظر في الفقه المصري : أحمد أمين ص ٤٤٣ ، محمود مصطفى فقرة ٢٦٩ ص ٢٨٤ ، رمسيس بهنام ص ٢٨٧ ، نجيب حسني فقرة ٣٢١ ص ٢٧٧ ، عبد المهيمن بكر فقرة ١٢٤ ص ١٨٣ ، عمر السعيد فقرة ٢٥٢ ص ٢٨٤ ، فتحي سرور فقرة ٣٥٩ ص ٥١١ .

وجاء في حكم لمحكمة النقض المصرية أنه « ليس للزوجة المسلمة حرية الاختيار في تسليم نفسها لزوجها وعدم التسليم ، بل هي مجبرة بحكم عقد الزواج وبحكم الشرع إلى مواتاة زوجها عند الطلب ، وليس لها أن تمتنع بغير عذر شرعي وإلا كان له حق تأديبها » نقض ٢٢/١١/١٩٢٨ مجموعة القواعد القانونية س ١ رقم ١٦ ص ٢٢ .

فأجاز للطرف الآخر أن يطلب الانفصال بسبب الإهانة الجسيمة ، ولكنه لم يخوله سلطة إكراه صاحبه بالقوة أو بالتهديد على تنفيذ التزامه . وعلى ذلك فالحياة الزوجية وإن كانت لا تجعل لأحد من الزوجين قبل الآخر حقاً في عدم المساس به جنسياً ، باعتبار أن هذا الحق يتعارض مع طبيعة عقد الزواج ومقاصده ، إلا أنها مع ذلك لا تهدر الحرية الجنسية لكل زوج ، فلا ينبغي لأحدهما أن يكره الآخر على الوطء ولا على تحمله . ويضيف هذا الرأي كذلك أنه ليس صحيحاً ما يقال من أن المرأة بقبولها الزواج قد ارتضت الوطء من زوجها مستقبلاً كلما أراد ، بحيث لا يقبل منها بعد ذلك الادعاء بوقوع الوطء رغماً عنها ؛ فهذا الظن يخالف الواقع من جهة ، لأن كل وطأة تقتضي الرضا بها استقلالاً ، وقد تقابل بالرفض ، كما أن هذا الظن من جهة أخرى يسرف في تفسير الرضا بالزواج ويحمله فوق ما يحتمل ، لأن هذا الرضا إنما يعني فحسب قبول الزوجة لتحمل الالتزامات العامة الناشئة عن عقد الزواج[1] .

ويتضح مما تقدم أن الفقه المقارن في الدول التي خلت تشريعاتها من نص خاص يعالج المسألة على ثلاثة وجوه : فثمة اتجاه متطرف يعتبر الوقاع مباحاً في كافة الأحوال ، وثمة اتجاه عكسي بماثله في التطرف يعتبر الوقاع جريمة في كل حال ، وهناك أخيراً اتجاه وسط يعتبر الفعل مباحاً في حالات وموثماً في حالات . ولا يبين من استقراء أحكام المحكمة العليا في ليبيا أنها أبدت رأياً في هذه المسألة .

وعندنا أن الفصل في هذا الخلاف يتوقف على معرفة مدى الحقوق التي تنشأ عن عقد الزواج ، لأن وقاع المرأة بغير رضاها جريمة بحسب الأصل ،

---

(١) Contieri, cit., p. 55 e segg.

ولا يرتفع هذا الوصف إلا بناء على سبب مبيح . ولما كان استعمال الحقوق من أسباب الإباحة فإنه يتعين البحث في مدى حق الزوج في وقاع زوجته ، فحيثما ثبت له هذا الحق فلا جريمة في فعله ، وإن سقط وجب عقابه .

ومن المتفق عليه أن عقد الزواج لا يحل للرجل أن يطأ امرأته من دبر ، لأن مأتى المرأة الذي يحله العقد للزوج هو القبل وحده . وفي الفقه الإسلامي رأي ضعيف يحل للزوج وطء الدبر (١) ، غير أن أصح الآراء في مختلف المذاهب مجمعة على تحريمه ووجوب العقاب عليه (٢) . ومؤدى ذلك أن حرمة الدبر على الزوج كحرمته على الغير ، فليس له أن يجعله محلاً للوقاع وإلا كان آثماً . فإن أتى الزوجة فيه برغمها تعين عقابه . وحكمه في ذلك لا

---

(١) هناك روايات عن الشافعي ومالك تفيد حل إتيان الزوجة من دبر ، وهناك أيضاً روايات منسوبة إلى صحابيين أجلاء منهم سعيد بن المسيب ونافع وابن عمر بعدم تحريم هذا الوطء . راجع في ذلك أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٤١٥ و ٤١٦ في تفسير قوله تعالى : نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم (سورة البقرة ، الآية ٢٢٣) . وقد عرض القرطبي في تفسيره لتلك الروايات والأقوال فندها وأنكر صحتها ونفى صدورها عمن نسبت إليهم ، وأقام على ذلك عديداً من الأدلة ، وذهب مع الجمهور إلى أن إباحة الإتيان مختصة بموضع الحرث ، فغير موضع النسل لا يناله ملك النكاح ، انظر القرطبي ص ٨٩٩ وما بعدها .

(٢) والرأي متفق على أن وطء الزوجة في دبرها لا حد فيه ، ولكن فاعله مع ذلك لا ينجو من العقاب . ويرى أبو حنيفة أن هذا الوطء ليس زنا ولكنه معصية توجب التعزير ، أما أبو يوسف ومحمد فيريان أنه زنا يوجب الحد أصلا ولكن يدرأ الحد لشبهة الملك وللاختلاف في حلية المحل فيعزر عليه . وهذا الرأي هو مذهب أحمد . أما المالكية والشافعية والشيعة الزيدية فيرون أن الفعل ليس زناً لأن الزوجة محل لوطء الزوج وله أن يستمتع بها . غير أن المالكية والزيدية يرون الفعل مع ذلك محرماً ويوجبون التعزير فيه ، أما الشافعية فلا يرون التعزير فيه إلا عند العودة إليه بعد نهي الحاكم عنه ، فإن لم يكن نهى فلا عقاب . ومنهم من يرى التعزير عند تكرار الفعل ولا يصرح باشتراط النهي عنه . والظاهريون لا يعتبرون الفعل زنا ولكنه في رأيهم معصية يعزر عليها . راجع في ذلك عبد القادر عودة ج ٢ ص ٣٥٣ ، وفيه إشارة إلى عدة مراجع في مختلف المذاهب . وانظر في الفقه المالكي أيضاً الشرح الصغير للدردير ج ٥ ص ١١٩ . والذي يعنينا من ذلك كله أن الوطء من دبر غير مباح وأنه معصية بغير خلاف .

يختلف عن حكم غيره من الكافة . بيد أنه إذا كان الوطء من دبر معاقباً عليه في التشريعين المصري والليبي ، فإن تكييف هذا الوطء فيهما مع ذلك مختلف ؛ فالفقه في مصر على أن جريمة المواقعة تقتضي إيلاجاً في القبل ، وعلى هذا الأصل يكون وطء الزوجة من دبر بغير رضاها هتك عرض وليس وقاعاً . أما في ليبيا فالفعل يعد وقاعاً بغير شبهة ، لأن هذه الجريمة تقع على الأنثى وعلى الذكر ، وركنها الإيلاج ، ولذلك فإنه يستوى أن يكون محلها القبل أو الدبر .

أما اذا اجتنب الزوج ما لا يحل له وطؤه ولم ينل من زوجه غير القبل ، فإن وطأه إياها ولو بغير رضاها لا يعد جريمة وقاع . وليس من شأن الحجج التي ساقها الفقيه الإيطالي Contieri أن تزعزع الرأي السائد في إيطاليا وفرنسا ومصر . ونحن لا نختلف مع الفقيه الإيطالي في المقدمة التي مهد بها لرأيه : فالمواقعة جريمة لا تنحصر في الوطء وحده ، بل تتألف منه ومن فعل القوة أو التهديد أو الخداع أيضاً . غير أن « كنتييرى » غفل عن مسألة أصولية فوقع فيما ظن أن خصومه قد وقعوا فيه . ذلك أن جريمة المواقعة لا ترتكب إلا إذا تحققت أركانها ، شأنها في ذلك شأن غيرها من الجرائم . والركن المادي للمواقعة يضم عنصرين : هما عدم مشروعية الوطء وعدم مشروعية الوسيلة ، ولا يغني أحد العنصرين عن الآخر . فإذا كان الوطء مشروعاً في ذاته فالجريمة لا تقع لتخلف أحد عناصرها ولو كانت الوسيلة غير مشروعة . فالقانون عندما جرم هذا الفعل واشترط للعقاب عليه عدم رضا المجني عليه لم يكن هدفه حماية الإرادة من أساليب الإكراه والخداع ، بل كان هدفه الأساسي حماية الفروج . ولا محل للحديث عن هذه الحماية إذا كان النظام القانوني نفسه يبيح لشخص معين وطء فرج معين .

لو سلمنا جدلاً بأن الدين المسيحي لا يخول الزوج سلطة إكراه زوجته

على الوفاء بواجباتها ومنها التمكين الجنسي ، فليس بوسع أحد مع ذلك أن يرمي الزوج الذي يطأ زوجته كرهاً بأنه قد نال منها ما ليس حقاً له ، لأن إخلال الزوجة بالتزامها ليس سبباً مسقطاً لحق زوجها . وبذلك يكون الوطء في ذاته حقاً وإن كانت وسيلة الزوج إليه غير مشروعة ، وهذا في حد ذاته كاف لنفي جريمة المواقعة .

أما الشريعة الإسلامية وهي في مسائل الأحوال الشخصية قانون واجب التطبيق على المسلمين في مصر وليبيا ، فالأمر فيها لا يحتمل خلافاً ؛ ففقهاء الشريعة يوجبون على المرأة أن تكون مبادرة إلى فراش زوجها إذا التمسها ولم يكن هناك مانع شرعي كحيض أو نفاس (١) . وجاء في مرشد الحيران أن للزوج أن يباشر زوجته ولو بغير رضاها (٢) . وليس للزوجة أن تمنع زوجها من وطئها ، فإن منعته صارت ناشزة وكان لزوجها أن يؤدبها ليحملها على طاعته ، لقوله تعالى : « واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً » (٣) . وموؤدى

---

(١) راجع أحمد ابراهيم –أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية سنة ١٩٢٥ جـ ١ ص ٢٢٤ ، والأحكام الشرعية للأحوال الشخصية سنة ١٩٣٨ ص ٧٣ و ٧٤ ، بدران أبو العينين بدران – أحكام الزواج والطلاق في الإسلام ١٩٦١ ص ٢٠٢ .

(٢) مرشد الحيران ص ٢٣٠ ، وجاء في فتح القدير : وإن نشزت فلا نفقة لها حتى تعود إلى منزله ، لأن فوات الاحتباس منها ، وإذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة ، بخلاف ما إذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج ، لأن الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرهاً . فتح القدير جـ ٣ ص ٣٢٤ .

(٣) سورة النساء الآية ٣٤ . ويرى بعض المفسرين أن ضرب النساء إنما جوز من أجل امتناعهن على أزواجهن في المباضعة ، وقاسوا ضرب الزوجة في الخدمة على ضربها من أجل المباضعة ، لأن كلتيهما واجبة عليها لزوجها ، ويروون عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله : لا تمنعه نفسها وإن كانت على ظهر قتب . راجع تفسير القرطبي ص ١٧٤١ – ١٧٤٤ . وجاء في الفتاوى الكبرى : سئل عن بالغ تزوج بامرأة وهو غير مختتن فامتنعت عن أن تمكنه من الوطء حتى يختتن ، =

ذلك كله أن وطء الزوج زوجته ولو على كره منها يعتبر حقاً من حقوقه التي قررها له عقد الزواج ، ففعله مباح سواء فيما تعلق بذات الوطء أو في الوسيلة المستعملة ، ولا جريمة مع الإباحة .

وقد يصح النظر في وسيلة الإكراه التي لجأ الزوج إليها للبحث فيما إذا كان منصفاً أو متحيّفاً ، وقد يسأل جنائياً إذا تجاوز الحدود المقررة لحقه في التأديب الشرعي . ولكن المسألة تظل حتى في هذه الصورة بعيدة عن جريمة الوقاع ، وإن جاز أن تنطبق على فعل الزوج أحكام الإيذاء إذا اكتملت شروطه[1] .

ولا يختلف حكم الوطء في تقديرنا ولو باشره الزوج رغم إرادة الزوجة في فترة انفصال قانوني ، لأن الاستمتاع من مقاصد عقد الزواج ، فكل وطء يتم في ظله هو — بوجه عام — حلال ديناً ومشروع قانوناً . ولا يزول هذا الحكم حتى تنحلّ عقدة النكاح بالطلاق أو التطليق أو التفريق أو الوفاة . والانفصال الجسدي عند المسيحيين يحل الزوجة من التزامها بالمعيشة المشتركة مع زوجها في بيت الزوجية ، ولكنه لا يفصم عري الزواج ولا يؤثر في

= هل لها ذلك وإن لم يضرها الوطء ولا يسقط بذلك لوازمها الشرعية ؟ فأجاب : ليس للمرأة منع زوجها من وطئها فإن منعته صارت ناشزة . الفتاوى الكبرى ج ٣ ص ١٩٨ .

ولا يسوغ الاعتراض على ذلك بأن إباء المرأة جزاؤه أن تعتبر ناشزة فحسب فلا يجوز إكراهها على التمكين ، لأن الآية الكريمة تجعل الوعظ والهجر والضرب وسائل لحمل المرأة على الطاعة مخافة النشوز . وانظر تأييداً لذلك حكم النقض في مصر الذي أباح للزوج حق تأديب امرأته إذا امتنعت عليه بغير عذر شرعي . ١٩٢٨/١١/٢٢ مشار إليه فيما سبق .

(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة جنايات الإسكندرية بأن « للزوج شرعاً أن يفض بكارة زوجته ، كما قد اتفق شراح القانون على أن استعمال القوة مع الزوجة للوصول إلى هذا الغرض لا جريمة فيه ، فإذا ترتب على هذه القوة ترتب آثار تنطبق عليها مواد أخرى من القانون عوقب عليها =

سائر الحقوق والالتزامات الأخرى التي تترتب على الزوجية[1] . ولما كان عقد الزواج – وليست المعيشة المشتركة – هو الذي يبيح للزوج وطء زوجته ، وكان هذا العقد يبقى قائماً حتى في حالة الانفصال الجسدي ، فإن وطء الزوجة من جانب زوجها لا يعد وقاعاً معاقباً عليه إذا ارتكب في فترة الانفصال ، ولو استعان الزوج عليه بالقوة أو بالتهديد أو بالخداع .

ووطء الزوج زوجته في ظروف غير طبيعية لا يعتبر بدوره وقاعاً معاقباً عليه بهذه الصفة ، خلافاً للرأي الشائع . ولسنا ننكر أن حق الزوج في وطء زوجته يقيّد في حالات معينة فلا يحل له شرعاً ان يطأها بلى يتعين عليه اعتزالها . ومن هذه الحالات المرض ، والحيض ، والنفاس ، والصوم في رمضان ، والإحرام في الحج . وللزوجة ، بل عليها ، أن تصد زوجها ولا تمكنه في هذه الحالات من نفسها ، وإلا كانت في نظر الدين آثمة . ومع ذلك فنحن لا نعتبر الزوج مرتكباً جريمة وقاع إذا وطىء زوجته رغم إرادتها في هذه الحالات .

وحجتنا في ذلك أن ارتفاع حق الوطء في الحالات المتقدمة لا يرجع إلى علة في ذات المحل الموطوء ، بل يرجع إلى اعتبار آخر . والفرق واضح بين وطءٍ يحرمه الدين والقانون لحرمة الفرج على الواطىء حرمة مطلقة ، وبين

= بحسب الظروف . أما الفض نفسه فلا جريمة فيه ، لأن الزوج بارتكابه له إنما استعمل حقاً أباحته له الشريعة » . جنايات الاسكندرية ٢٦/٤/١٩٣١ عماد المراجع ص ٥٤٠ رقم ٤٠ .

(١) **Chauveau et Hélie, IV, n. 1579, Garraud, v, n. 2084.**

ولهذا فإن لكل من الزوجين أن يقدم شكوى ضد زوجه إذا زنى في أثناء هذا الانفصال ، لأن كلا منهما ما زال ملتزماً بالإخلاص لصاحبه ، وإذا مات أحدهما في أثناء الانفصال ورثه الآخر باعتباره زوجاً له ، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة . راجع : توفيق حسن فرج – احكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ١٩٦٤ فقرة ٢٠١ ص ١٠٠٥ ، أحمد سلامة – الأحوال الشخصية للمواطنين غير المسلمين ١٩٦٥ فقرة ٣٥٥ ص ٧٧١ .

وطء يحرم عليه لعلة عارضة . فالأول هو المعتبر في جريمة المواقعة ، وهو ما يؤثمه القانون صيانةً للفروج. أما الثاني فليس محرماً لذاته ، بل لما يؤدي إليه من انتهاك لحقوق أخرى ، ولهذا لا يعتبر جريمة وقاع في القانون وإن جاز العقاب عليه بوصف آخر . وقد أدرك الشرعيون هذا الفارق من زمن ورتبوا عليه آثاره في باب الزنى ، فذهبوا إلى أن وطء الرجل زوجه الحائض أو النفساء أو الصائمة أو المحرمة أو التي ظاهر أو آلى منها يعتبر وطئاً محرماً ، ولكنه لا يعد زنى موجهاً للحد ، لأن ملك الحل باقٍ في زمان الوطء ، أما التحريم فعارض [1] .

١٦) الوطء في نكاح باطل :

لا ترتفع أحكام الوقاع الواردة في قانون العقوبات بسبب الزوجية إلا اذا كان بين الواطىء والموطوءة عقد نكاح صحيح ، لأن هذا العقد هو الذي يحل للزوج فرج زوجته . فإن تخلف العقد وجب لإباحة الفعل جنائياً أن تكون المرأة راضية قانوناً بما يقع عليها من وطء . فإن لم يكن عقد نكاح ولا رضا معتبر ، وجب العقاب على الوطء باعتباره جريمة وقاع . وليس المراد بالعقد مجرد صورته ، بل يلزم أن يكون النكاح صحيحاً . فإن كان مجمعاً على بطلانه ، كنكاح خامسة أو نكاح زوجة الغير أو معتدته أو المطلقة ثلاثاً قبل أن تنكح زوجاً آخر ، فإنه يكون نكاحاً غير معتبر في حل الفرج . وإذا تم في ظله وطء بالقوة أو بالتهديد أو بالخداع ، كان كالوطء الذي يقع في غير نكاح أصلاً ، فيكون جريمة وقاع منطبقة على المادة ٢٦٧ مصري و ٤٠٧ ليبي .

---

(١) راجع المبسوط ج ١٠ ص ١٥٨ – ١٦٠ ، وانظر كذلك عبد القادر عودة ج ٢ ص ٣٥٠ فقرة ٤٨٥ ، وفيه إشارة إلى مراجع عديدة في ذات المعنى .

والمرأة قد تكون طرفاً في عقد كهذا اما نتيجة لجهلها بأحكام الشريعة او لجهلها بحقيقة الواقع . والوطء قد يقع عليها وهي واهمة محدوعة ، وقد يقع عليها بالإكراه بعد أن تكتشف بطلان العقد فتأبى على الرجل . وفي هذه الحالات جميعاً لا تعتبر المرأة زوجة للعاقد حتى يحل له وطؤها شرعاً ، ولا هي راضية بالوطء حتى يباح له وطؤها قانوناً ، وإنما هو وقاع آثم تجرى عليه أحكام قانون العقوبات [1] .

ولهذا يرى الفقه في مصر أن من كان في عصمته أربع وتمكن بالخديعة من العقد على خامسة ثم دخل بها يعتبر مرتكباً لجريمة المواقعة [2] . وقضت محكمة النقض في مصر بانه إذا اتفق مسيحي متزوج — بعد أن سعى لدى السلطات الدينية التابع لها بقصد التخلص من هذا الزواج — مع امرأة على أن تزوجه بنتها القاصر ، وهي مع علمها بهذه الظروف زوجتها إليه وسلمتها له بعد اجراء زواج ظاهري ، وتوصل بذلك لمعاشرتها معاشرة الأزواج ومواقعتها ، فإنه يكون باشتراكه مع والدتها قد أوجد البنت في حالة خطأ لا يمكن التغلب عليه ، بأن جعلاها بالنسبة لحداثة سنها وظروف المواقعة

---

(١) والخلاف قائم بين فقهاء الشريعة حول مدى اعتبار هذا الوطء زنا موجهاً للحد . فمالك والشافعي وأحمد والظاهريون والزيديون يعتبرونه زناً موجباً للحد ويجعلون العقد لغواً لا أثر له. أما أبو حنيفة فيرى في وجود العقد شبهة تدرأ الحد، ولكنه مع ذلك يوجب التعزير إن كان العاقد عالماً ببطلان العقد . انظر عبد القادر عودة ج ٢ فقرة ٤٩٤ و ٤٩٥ ص ٣٦٣ والمراجع المشار إليها فيه . أما ابو يوسف ومحمد فيوجهان الحد في ذوات المحارم إن كان العاقد عالماً ثم وطىء المعقود عليها ، وكذلك الحال في كل امرأة ذات زوج أو محرمة على التأبيد . انظر المبسوط ج ٩ ص ٨٥ .

والذي يعنينا في هذا المقام أن عقد الزواج في كل الحالات المتقدمة باطل ، وأنه لا يبيح للرجل فرج المرأة ، إذ هي تظل بعد العقد محرمة عليه كما كانت قبله ، فإن وطئها وهو عالم ببطلان العقد ففعله معصية إن لم توجب الحد بالإجماع ، فإنها في القليل توجب التعزير .

(٢) انظر احمد امين ص ٤٤٨ .

تعتقد بصحة ذلك الزواج الموهوم[١] .

١٧ ـ وطء المطلقة :

الطلاق يفصم عرى الزوجية ، ولكنه لا يرتب هذا الأثر إلا إذا انقضت العدة أو وقع بائناً منذ البداية . فإن كان رجعياً فإنه لا يرفع أحكام النكاح ولا يزيل ملك الزوج قبل انقضاء العدة ، فلا يحرم على الزوج قبل ذلك الدخول على مطلقته ولو من غير إذنها ، ويجوز له الاستمتاع بها ووطؤها ، ويصير بذلك مراجعاً ولو حصل الوطء بغير رضاها[٢] .

واذا كان الشرع يبيح للزوج هذا الحق في الطلاق الرجعي ، فإنه لا يتصور قانوناً أن يوصف وقاعه بأنه جريمة ولو حصل بغير رضا الزوجة ، لأن استعمال الحق سبب مبيح . أما إذا وقع الطلاق بائناً كما في الخلع والطلاق الثلاث ، أو إذا بانت المرأة بانقضاء عدتها من الطلاق الرجعي ، فإنها تحرم على مطلقها فلا يحل له وطؤها . فإن فعل ذلك كان آثماً ديناً ، وإن وطئها بغير رضاها كان فعله جريمة وقاع في نظر القانون[١] .

---

(١) نقض ١٨/١٢/١٩١٥ المجموعة الرسمية س ١٧ ص ٩٩ ، وبنفس المعنى جنايات أسيوط ٦/٦/١٩١٢ المجموعة الرسمية س ١٣ ص ٢٦٤ ، وجنايات بني سويف ٣/٢/١٩٣١ عماد المراجع ص ٥٣٣ رقم ١٨ .

(٢) مرشد الحيران المواد ٢٣٠ – ٢٣٢ ويرى الحنفية ان المراجعة بالقول أولى لتكون الرجعة سنية ، أما الرجعة بالوطء ومقدماته فإنها بدعية وإن تكن معتبرة . والمالكية يوافقون الحنفية في الرجعة بالفعل مشترطين في ذلك الوطء بنية المراجعة ، ومثلهم الحنابلة . أما الشافعية فيرون أن الرجعة لا تصح إلا بالقول ، أما الوطء ومقدماته فلا يدل على الرجعة وإن نوى الزوج . وحجة من خص الرجعة بالقول أنها بمنزله ابتداء الزواج لثبوت الحل بها ، وابتداء الزواج لا يحل بالوطء فكان حراماً . أما المجيزون فيعتبرون الرجعة استدامة للزواج فيحل الوطء لقيام الملك من كل وجه ، والفعل قد يقع دليلا على الاستدامة . راجع بدران ابو العينين – ص ٢٥٣ – ٢٥٤ .

(٣) ولا خلاف على هذا الرأي في الفقه المصري . انظر أحمد أمين ص ٤٤٣ ؛ محمود مصطفى فقرة =

واذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً وأخفى عنها أمر الطلاق ثم عاشرها معاشرة الأزواج فمكنته من نفسها ظناً منها أنها ما تزال في عصمته ، فإن فعله يكون وقاعاً بالخداع يعاقب عليه قانوناً . وقضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك بأن للزوج في الشريعة الإسلامية حق إيقاع الطلاق بمشيئته وحده من غير مشاركة الزوجة ولا اطلاعها ، فإذا طلق زوجته وجهل عليها أمر الطلاق فانها تظل قائمة فعلاً على حالها من التأثر بذلك الإكراه الأدبي الواقع عليها من قبل عقد الزواج والشرع المانع لها من حرية اختيار عدم الرضا عند إرادته ، وإذن فإذا طلق زوج زوجته طلاقاً مانعاً من حل الاستمتاع وكتم عنها أمر هذا الطلاق قاصداً ثم واقعها ، وثبت بطريقة قاطعة أنها عند المواقعة كانت جاهلة تمام الجهل يسبق وقوع هذا الطلاق المزيل للحل ، وثبت قطعاً كذلك أنها لو كانت علمت بالطلاق لامتنعت عن الرضا له ، كان وقاعه إياها حاصلاً بغير رضاها ، وحق عليه العقاب المنصوص عنه بالمادة ٢٦٧ عقوبات ، لأن رضاها بالوقاع لم يكن حراً ، بل كانت تحت تأثير إكراه عقد زال أثره بالطلاق وهي تجهله[٢] .

١٨) وطء الخليلة :

لا تعتبر المخادنة سبباً قانونياً يكسب الرجل حقاً في إتيان عشيقته متى شاء راضية أو كارهة ، إذ لا تقاس الخليلة على الزوجة ، فهي غير ملزمة قانوناً بتمكين خليلها منها حين يريدها ، أما الزوجة فمجبرة بحكم عقد الزواج على مواتاة زوجها كلما التمسها . وإذا كان قانون العقوبات خالياً من نص

= ٢٦٩ ص ٢٨٤ و ٢٨٥ ، رمسيس بهنام ص ٢٨٧ ، نجيب حسني فقرة ٣٢١ ص ٢٧٧ ، عبد المهيمن بكر فقرة ١٢٤ ص ١٨٣ .

(١) نقض ١٩٢٨/١١/٢٤ المجموعة الرسمية س ٣٠ ص ٤ .

يعاقب على المخادنة في ذاتها فليس معنى ذلك أن النظام القانوني يقرها ويعترف لأهلها بحقوق الأزواج كلها أو بعضها ، لأن من الأصول المقررة أن خروج فعل من الافعال عن سلطان قانون العقوبات لا يعني أنه مباح في سائر فروع القانون . ولما كانت المخادنة عملاً يخالف النظام العام والآداب فإن القانون لا يعترف للعاشق بحق على جسد المرأة التي قبلت العيش معه بغير زواج . ولا يختلف الحكم حتى وإن ضم العشيقين بيت واحد أعده الرجل للمرأة وهيأ لها فيه كل أسباب الحياة . بل إن الحكم لا يختلف ولو أثمرت علاقتهما الآثمة أولاداً غير شرعيين . وقد يقوم بين الخليلين اتفاق صريح أو ضمني على أن تستجيب المرأة لشهوات خدينها كلما أراد مقابل ما يوفره لها من أسباب ، وهذا الاتفاق لا اعتداد به في نظر القانون ، فهو باطل لمخالفته للنظام العام والآداب ، ولذلك فإنه لا يكسب الرجل حقاً ولا يثقل كاهل المرأة بالتزام . وكل وطأة في هذه العلاقة تقتضي الرضا بها استقلالاً ، فإن تخلف هذا الرضا كان فعل الرجل وقاعاً معاقباً عليه في القانون .

وإذا كان للمخادنة ما يميزها في صدد جريمة المواقعة فهو مظنة الرضا بالوطء من جانب المرأة . فقرينة الرضا يمكن ان تلعب دوراً في هذا المجال نظراً لطبيعة العلاقة بين المرأة وخدينها . غير أن المسألة على هذا النحو تخرج من نطاق شخص المجني عليه وتدخل في نطاق عنصر آخر من عناصر الجريمة ، وهو انشاء الرضا بالوطء . والذي يعنينا في هـــذا المقام أن صفة الخليلة مهدورة ، فهي لا تؤثر بذاتها في قيام جريمة المواقعة إذا استوفت شرائطها .

وحتى في نطاق الرضا لا تعتبر هذه الصفة قرينة قاطعة على ثبوته ، فالخليلة ككل امرأة قد تقبل الوقاع في لحظة وترفضه في أخرى . وكل ما يمكن أن يكون لهذه الصفة من أثر أن الرضا بالوقاع من جانبها يفترض غالباً ، فأما إذا ثبت عدم رضاها به فليس في القانون ما يحول دون عقاب واطئها

جَرِيمَة التَّلقِيح الصِّناعِيّ
فِي قانونِ العقوبَاتِ الليبيّ

للدكتور إدوار غالي الدهبي

استاذ القانون الجنائي المساعد بالجامعة الليبية

مقدّمة

بتاريخ ٢ ذي القعدة ١٣٩٢ هـ الموافق ٧ ديسمبر ١٩٧٢ م أصدر مجلس قيادة الثورة القانون رقم ١٧٥ لسنة ١٣٩٢ هـ — ١٩٧٢ م باضافة مادتين جديدتين الى قانون العقوبات الليبي برقمي ٤٠٣ مكررة (ا) و ٤٠٣ مكررة (ب) . وقد تم نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية العدد ٦١ من السنة العاشرة الصادر بتاريخ ١٨ ذي القعدة ١٣٩٢ هـ الموافق ٢٣ ديسمبر ١٩٧٢ م ، ونص على العمل به من تاريخ نشره (المادة الثانية) .

وتنص المادة ٤٠٣ مكررة (ا) على أن : « كل من لقح امرأة تلقيحاً صناعياً بالقوة أو التهديد أو الخداع يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات . — وتكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد على خمس سنوات اذا كان التلقيح برضاها . — وتزداد العقوبة بمقدار النصف اذا وقعت الجريمة من طبيب أو صيدلي أو قابلة أو احد معاونيهم » .

أما المادة ٤٠٣ مكررة (ب) فتنص على أن : « تعاقب المرأة التى تقبل تلقيحها صناعياً أو تقوم بتلقيح نفسها صناعياً بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات . — ويعاقب الزوج بذات العقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا كان التلقيح بعلمه ورضاه وسواء وقع التلقيح من الزوجة أو من الغير » .

وسنبين جريمة التلقيح الصناعي في فصلين : نتكلم في الفصل الأول عن أركانها ، وفي الفصل الثاني عن عقوبتها .

٢

الفصل الأول

أركان الجريمة

تقوم الجريمة على ثلاثة أركان هي : ١ ــ الركن المفترض وهو متعلق بالانثى الملقحة . ٢ ــ الركن المادي وهو التلقيح الصناعي . ٣ ــ الركن المعنوي وهو القصد الجنائي . وفيما يلي بيانها .

اولاً ــ الركن المفترض ــ الانثى الملقحة :

استعمل المشرع في بيان هذا الركن كلمة « **امرأة** » وهو يقصد بهـا « **الانثى** » سواء كانت عذراء أم ثيباً ، وسواء كانت متزوجة أم غير متزوجة .

ولكن هل يشترط أن تكون الانثى في مرحلة معينة من العمر ؟ أي هل يشترط أن تكون الانثى **قابلة للحمل** ؟ ! . نعتقد أن حكمة التشريع تدعونا الى الاجابة بالايجاب ومن ثم فلا يتوافر هذا الركن بالنسبة لصبية لم تصل سن البلوغ ، وبالنسبة لامرأة استأصلت الرحم Hysterectomy او بلغت سن الاياس ، فالحمل في جميع هذه الحالات يكون مستحيلاً وبالتالي لا تقوم

الجريمة . هذا دون اخلال باعتبار الفعل مكوناً لجريمة هتك العرض اذا توافرت اركانها .

ثانياً : الركن المادي – التلقيح الصناعي :

يتم الركن المـــادي بالتلقيح الصناعي artificial insemination وهو نقل المواد المنوية صناعياً من الذكر الى مهبل الانثى [1] .

ولا يعتبر التلقيح الصناعي جريمة إلا اذا كانت المواد المنوية لغير زوج المرأة الملقحة ، وهذا مستفاد من الاسباب التي دعت المشرع الى تجريم التلقيح الصناعي . فقد جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون المذكور أن التلقيح الصناعي فيه « احتمال اختلاط الانساب وتغيير لسنة الله في خلقه » كما أنه « قد يخول الارث لمن ليس له الحق فيه شرعاً » . والمعروف طبياً عن الزوج العِنّين أنه يمكن نقل إفرازه المنوي الى مهبل زوجته باستخدام طرق صناعية ، وهذه الطريقة من الممكن أن تؤدي الى حمل الزوجة ما دام الزوج مخصباً أي غير عقيم [2] . وفي هذه الحالة لا تقوم الجريمة لانتفاء حكمة التجريم .

ولم يشترط القانون أن يتم التلقيح الصناعي بطريقة معينة ، فيستوى أن يتم بالطرق الطبية الحديثة أو بالطرق البدائية المعروفة لدى بعض أهل الريف باسم طريقة « **الصوفة** [3] » .

---

(١) الموسوعة الطبية الحديثة– مجموعة الألف كتاب – الكتاب رقم ٦٤٠ – الجزء الرابع – تلقيح صناعي – ص ٥٣٠ .

(٢) الموسوعة الطبية الحديثة – المرجع السابق – ص ٥٣٠ .

(٣) وتتم هذه الطريقة بان تضع إحدى النساء قطعة من الصوف أو القطن داخل مهبلها حتى اذا ما اتصل بها زوجها وقذف مواده المنوية تشربت الصوفة أو القطنة بعض ملايين الحيوانات المنوية.=

ويكفي لقيام الركن المادي للجريمة أن يتم نقل الحيوانات المنوية صناعياً إلى مهبل إمرأة قابلة للحمل أي الاخصاب Fertilisation بغض النظر عن حدوث حمل بالفعل أم لا ، فليس من رأينا الأخذ في هذا الصدد بالمعنى اللغوي لكلمة « التلقيح » وهي إحبال ذكر لانثى (١) . وإنما يجب الأخذ بالمعنى الاصطلاحي العلمي لعبارة « التلقيح الصناعي » . artificial insemination وهي نقل المواد المنوية صناعياً من الذكر إلى مهبل الانثى (٢) . أما الاخصاب Fertilisation فيطلق على عملية اتحاد خلية الذكر المنوية ببيضة الانثى (٣) .

ثالثاً : الركن المعنوي – القصد الجنائي :

التلقيح الصناعي جريمة عمدية ، يلزم لقيامها توافر القصد الجنائي ، وهو اتجاه ارادة الجاني إلى ارتكاب الفعل المادي للجريمة مع علمه بأن هذا الفعل

= وفي الصباح تنزع هذه القطعة وتسلمها الى جارتها الراغبة في الحمل لتضعها داخل مهبلها حتى تتسرب بعض الحيوانات المنوية داخل رحمها فيحدث الحمل .

(١) انظر : معجم مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا – تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون – الجزء الخامس – طبعة اولى – القاهرة سنة ١٣٦٩ هـ – ص ٢٦١ كلمة « لقح » ، ترتيب القاموس المحيط لطاهر أحمد الزاوي الطرابلسي – الجزء الرابع – طبعة أولى سنة ١٩٥٩ م – ص ١٤١ كلمة « نقحت » .

(٢) Van Nostrand's Scientific Encyclopedia, second edition, New York.

وقد جاء بها بشأن تعريف كلمة **insemination** ما يلي :

« the introduction of the seminal fluid, bearing the reproductive cells of the male, into the genital passages of the female.»

(٣) الموسوعة الطبية الحديثة – الجزء الأول – كلمة « إخصاب » – ص ٤٨ .

من شأنه إحداث الحمل . ولكن لا يشترط ـ كما سلف القول ـ أن يحدث الحمل بالفعل .

ومتى توافر هذا القصد فلا عبرة بالبواعث ، فيستوي أن يكون الباعث دنيئاً مثل الحاق العار بالمرأة ، أو شريفاً مثل انجاب ذرية لها أو إرضاء عاطفة الأمومة عندها .

الفصل الثاني

العقوبة

عقوبة الجريمة البسيطة :

نعني بالجريمة البسيطة الصورة التي يتم فيها التلقيح الصناعي برضاء المرأة أو بمعرفتها . وفي هذه الحالة تعاقب المرأة بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات (مادة ٤٠٣ مكررة ب فقرة أولى) .

ويعاقب بذات العقوبة من قام بتلقيحها صناعياً (مادة ٤٠٣ مكررة ا فقرة ثانية) .

واذا كانت المرأة متزوجه فإن زوجها يعاقب أيضاً بذات العقوبة اذا كان التلقيح بعلمه ورضاه وسواء وقع التلقيح من الزوجة أو من الغير (مادة

٤٠٣ مكررة ب فقرة ثانية) .

ويلاحظ أن المشرع لم يضع حداً ادنى لعقوبة السجن ، ومن ثم يجب الرجوع الى القواعد العامة بحيث لا يجوز ان تقل عقوبة السجن عن ثلاث سنوات (مادة ٢١ عقوبات) .

تشديد العقوبة :

شدد المشرع العقوبة في الحالتين الآتيتين :

اولاً : عدم رضا المرأة :

اذا تم التلقيح الصناعي « بالقوة أو التهديد أو الخداع » يعاقب الفاعل بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات . والمقصود بعبارة « القوة أو التهديد أو الخداع » الاحاطة بجميع الصور التي يتم فيها التلقيح الصناعي بدون رضاء المرأة . وقد حرصت المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٧٥ لسنة ١٣٩٢ هـ — ١٩٧٢ م على تأكيد هذا المعنى بقولها : « ... هذه الصور يجمعها جميعاً أنها تتم بدون رضاء المرأة ، وإنما عنى النص المقترح بذكر هذه الصور بالذات تنسيقاً مع حكم الفقرة الاولى من المادة ٤٠٧ من قانون العقوبات ، وباعتبار أن هذه الصور تجمع الحالات التي يتم فيها التلقيح الصناعي بدون رضاء المرأة ، مع ملاحظة أنه اذا تم تلقيح المرأة بعد تخديرها وهي لا تعلم أن المقصود من تخديرها هو التلقيح فإن ذلك يعتبر من قبيل تلقيحها بغير رضاها بطريق الخداع » .

وبناء عليه يتعين تشديد العقاب في جميع الحالات التي يثبت فيها « جهل »

المرأة بحقيقة ما يجريه الفاعل ، بحيث لو كانت تعلم الحقيقة لما رضيت بها . فمثلاً إذا أوهم الجاني إحدى النساء بأنه يعالجها من العقم ولقحها صناعياً بدون علمها وجب تشديد العقاب عليه .

ثانياً : صفة الجاني :

تنص الفقرة الأخيرة من المادة ٤٠٣ مكررة (ا) على أن « تزاد العقوبة بمقدار النصف اذا وقعت الجريمة من طبيب أو صيدلي أو قابلة أو أحد معاونيهم » . وواضح أن التشديد في هذه الحالات مرجعه إلى ما يتوافر في الفاعل من خبرة معينة تكفل له اجراء التلقيح الصناعي ، كما انه هو اول من تلجأ اليه المرأة الراغبة في هذا التلقيح .

وكلمة « الطبيب » تشمل الطبيب البشري والطبيب البيطري والجراح وطبيب الاسنان .

اما معاونو الطبيب والصيدلي والقابلة فهم كل من يقوم بمساعدتهم في أداء أعمالهم ، مثال ذلك الحكيمة والممرضة ومساعد الصيدلي وغيرهم .

ويكفي لتشديد العقاب في هذه الحالات أن يكون الجاني قد حصل على الدبلوم أو الشهادة العلمية التي توهله لممارسة عمله ، حتى ولو لم يكن قد تم قيد اسمه في سجل النقابة أو حصل على ترخيص بمزاولة المهنة[1]

واذا توافرت هذه الصفة في الفاعل فإن العقوبة تزاد بمقدار النصف ، وتفصيل ذلك أنه اذا كان التلقيح الصناعي قد تم بدون رضاء المرأة فإن الحد الأقصى للعقوبة يصل الى السجن لمدة خمس عشرة سنة ، أما اذا كان التلقيح

---

(١) قارن فيما يتعلق بجريمة الإجهاض، كتابنا في شرح قانون العقوبات الليبي – القسم الخاص – سنة ١٩٧١ – ص ١٥١ .

الصناعي قد تم برضاء المرأة فإن الحد الاقصى لعقوبة السجن يصل الى سبع سنوات ونصف سنة . كل هذا مع مراعاة تطبيق المادة ٢٩ مكررة عقوبات .

ولم يشدد المشرع العقاب اذا توافرت هذه الصفة في المرأة التي لقحت نفسها صناعياً أو رضيت بهذا التلقيح ، كما اذا كانت المرأة طبيبة أو قابلة أو حكيمة أو ممرضة(١) .

كذلك لا يشدد العقاب اذا توافرت هذه الصفة في الزوج الذي يعلم ويرضى بتلقيح زوجته صناعياً .

ونرى عدم تشديد العقاب اذا توافرت هذه الصفة في الشريك دون الفاعل الأصلي ، وذلك إعمالاً لقاعدة أن الشريك يستمد إجرامه من إجرام الفاعل الأصلي ، فضلاً عن أنه لا محل للتوسع في تفسير النص اذا كان يترتب عليه إضرار بمركز المتهم (٢) .

---

(١) قارن كتابنا سالف الذكر — ص ١٥٤ .

(٢) قارن كتابنا سالف الذكر — ص ١٥٢ .

تعزير الصبي
في جريمتي السرقة والحرابة

للدكتور محمد سامي النبراوي
استاذ القانون الجنائي المساعد بكلية الحقوق
الجامعة الليبية

دراسات قانونية (١٢)

٣

تمهيد

يرجع الى الشريعة الاسلامية الفضل في انها اول الشرائع التي قصرت المسئولية الجنائية على الانسان[١] ، وفرقت بين الكبار والصغار من حيث توافرها[٢] .

---

(١) لم تكن الشرائع القديمة تفرق بين الانسان والحيوان او حتى الجماد من حيث المسئولية الجنائية . فمثلا عند العبرانيين جاء في سفر الأويين أنه « اذا قرب رجل بهيمته حكم عليهما بالموت، وإن قربت امرأة حيواناً وجب قتل المرأة والحيوان » .

وعند اليونانيين اشار افلاطون في كتابه « القوانين » انه « اذا قتل حيوان انساناً ، كان لأسرة القتيل ان ترفع الدعوى على الحيوان امام القضاء ، وتختار اسرة القتيل قضاتها من المزارعين بالعدد الذي تريده . وعند ثبوت الجريمة يقضى على الحيوان بالقتل نتيجة مساءلته الجنائية » .

وعند الرومان ورد في تشريع بومبيلوس ما يقرر مساءله الثور وصاحبه عندما يتسببان بفعلهما اثناء عملية الحرث بنقل الحد الفاصل بين الحقل المحروث والحقل المجاور ، وتكون العقوبة إعدام الثور وصاحبه . وجاء في قانون الالواح الاثني عشرة مبدأ التخلي عن الجاني الى المجني عليه في مسئولية الحيوان في حالة التسبب في الاتلاف والضرر وحالة الرعي في اعشاب الغير .

واخذ قدماء الفرس في شريعتهم الزرادشتية بأهلية الحيوان لتحمل المسئولية الجنائية عند اقترافه جريمة . وجاء في مجموعة اسفار الأفستا ما يقضي باستئصال اعضاء الحيوان عضواً عضواً في كل جريمة يرتكبها .

وقد استمر الحال على ذلك في اغلب شرائع القرون الوسطى التي ظلت متأثرة بالشرائع القديمة . فكانت المحاكم تأخذ بمسئولية الحيوان ، وتحاكمه وفقاً للأصول المتبعة بالنسبة للانسان وذلك في دول كثيرة كفرنسا وبلجيكا وهولندا والسويد والمانيا وايطاليا .

وهذا ما تنزهت عنه الشريعة الاسلامية .

Fauconnet : La responsabilité . Paris, 1920. p. 53 ets.

الدكتور عبد السلام التونجي « موانع المسئولية الجنائية » ، القاهرة ١٩٧١م ص ١٢ وما بعدها

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكاساني ، سنة ١٣٢٣ هـ ج ٧ ص ٢٧٢ .

(٢) عبد القادر عوده ، التشريع الجنائي الإسلامي ، بيروت ج ١ ص ٥٥٩ .

مراحل المسئولية الجنائية :

يمر الانسان وفقاً لاحكام الشريعة الاسلامية بمرحلتين قبل ان يصل الى سن البلوغ ، الذي يفترض انه قد اكتمل له فيه توافر الادراك والارادة ، واصبح مسئولاً عن افعاله على الوجه الكامل .

الأولى مرحلة عدم التمييز وتبدأ من تاريخ الولادة حتّى تمام السابعة[1] .
والثانية مرحلة التمييز وتبدأ من السابعة حتى سن البلوغ وهي الثمانية عشرة .

وقد نصت المادة الثامنة من قانون اقامة حدي السرقة والحرابة على ان الجاني في هاتين المرحلتين من العمر يعتبر صبياً ، وبالتالي يكون غير مسئول من الناحية الجنائية .

ولكن رغم هذا، اذا كان قد بلغ مرحلة التمييز ، فإنه يعزر عن الجرائم التي يرتكبها على الوجه المناسب لسنه واصلاح شأنه مع مراعاة مدى جسامة الجريمة .

---

(١) فإذا ارتكب الصغير جريمة قبل بلوغه هذه السن فإنه لا يجوز اقامة الدعوى الجنائية ضده ، حيث لا توقع عليه عقوبة او يتخذ بشأنه تدبير وقائي . ويطلق على هذه الفترة ايضاً مرحلة الطفولة. وتنص المادة ٨٠ من قانون العقوبات الليبي على انه « لا يكون مسئولا جنائياً الصغير الذي لم تبلغ سنه الرابعة عشرة ، غير ان للقاضي ان يتخذ في شأنه التدابير الوقائية الملائمة اذا كان قد اتم السابعة من عمره وقت ارتكاب الفعل الذي يعد جريمة قانوناً ». وتنص المادة ٦٤ من قانون العقوبات المصري على انه «لا تقام الدعوى على الصغير الذي لم يبلغ من العمر سبع سنوات كاملة » . وتأخذ بذلك اغلب القوانين ، مثل المادة ١٣٨ من القانون المغربي والمادة ١٨ من القانون الكويتي والمادة ٢٣٧ من القانون اللبناني والمادة ٦٤ من القانون العراقي . ولكن هناك من يرفع هذه السن عن السابعة كالشارع الحبشي حيث جعلها التاسعة ، او يخفضها عن ذلك كالشارع السويسري حيث جعلها السادسة . وعدم بلوغ هذه السن يعتبر قرينة قانونية قاطعة لاتقبل اثبات العكس على انعدام الادراك لدى الصغير . وبالتالي عدم ملاحقته جنائياً حتى ولو كانت درجة نضجه العقلي تسبق سنه ، حيث يفترض عدم قدرته على فهم ماهية افعاله وعواقبها .

ومسئولية الجاني هنا هي مسئولية تأديبية وقائية محضة ليست لها اية صفة عقابية[١] . وذلك مراعاة لصغر سنه ولظروفه الاجتماعية الخاصة ، وحتى لا تلحق إساءة بسمعته مما قد يضر بمستقبله[٢] ، ويجعل الماضي يقف عقبة في طريق معاونته على اختيار السلوك القويم[٣] .لذلك فهو لا يعتبر عائداً اذا ما ارتكب جريمة اخرى قبل البلوغ[٤] . ويجازى في هذه الحالة ايضاً بتكرار تأديبه ، وإن كان على وجه اشد من المرة السابقة .

فاستثناء من شرط السن المنصوص عليه في المادتين الأولى والرابعة من القانون المذكور الجاني الذي لم يتم الثامنة عشرة سنة هجرية في جريمتي السرقة والحرابة لا يقام عليه الحد بل يعزر على الوجه الذي بينته المادة الثامنة[٥] .

تقسيم :

تقتضي دراسة هذا الموضوع ان نعرف بالتعزير في الشريعة الاسلامية ،

---

(١) اكثر القوانين تقصر المدة التي لا يجوز فيها اتخاذ سوى التدبير التأديبي او الوقائي على الصغير الذي لم يتجاوز الخامسة عشرة. فهذه المرحلة محددة في القانون المصري بالثانية عشرة وفي القانون الجزائري بالثالثة عشرة والقانون الليبي والكويتي بالرابعة عشرة والقانون السوري واللبناني بالخامسة عشرة . ولكن القانون العراقي رفعها الى الثامنة عشرة مع استثناء جواز توقيع عقوبة الغرامة . والعبرة في تحديد السن تكون دائماً بوقت ارتكاب الجريمة وليس بوقت ضبط الجاني او محاكمته ، وسيأتي تفصيل ذلك .

(٢) المذكرة الايضاحية لقانون اقامة حدي السرقة والحرابه بشأن المادة الثامنة.

(٣) وذلك على خلاف حكم المادة ٨١ عقوبات ليبي التي تنص على مسئولية الصغير الذي اتم الرابعة عشرة ولم يبلغ الثامنة عشرة على ان تخفض العقوبة في شأنه بمقدار ثلثيها ، واذا ارتكب جناية عقوبتها الاعدام او السجن المؤبد يستبدل بهاتين العقوبتين السجن لمدة لا تقل عن خمس سنوات .

(٤) محمد سامي النبراوي ، شرح الاحكام العامة لقانون العقوبات الليبي ، بيروت ١٩٧٢م ص ٥٠٠ وما بعدها .

(٥) هذا الاستثناء يتعلق فقط بشرط السن . لذلك يجب ان تتوافر في الصبي المميز المخاطب بحكم هذه المادة الشروط الاخرى التي تنص عليها المادة الاولى او الرابعة من القانون كالعقل والاختيار وعدم الاضطرار .

٦

ونبين الأوجه التي اخذ بها القانون منه ، ثم الكيفية التي يقدر بها سن الصغير حيث يتوقف على ذلك نوع معاملته وفقاً للأحكام التي نص عليها .

ونقسم البحث الى خمسة مباحث على الوجه الآتي :

المبحث الأول : التعريف بالتعزير .

المبحث الثاني : التعزير بالتوجيه والتوعية والتأنيب .

المبحث الثالث : التعزير بالضرب .

المبحث الرابع : التعزير بالايواء في اصلاحية قانونية .

المبحث الخامس : تقدير سن الصبي .

الفصل الخامس

المَبحَث الأول

التعريف بالتعزير

التعزير في الشريعة الاسلامية :

التعزير لغة معناه الرد والردع . ويقصد به في الشريعة الاسلامية الزجر والتأديب لاصلاح وهداية الجاني ، حتى تستقيم نفسه فيبتعد عن الجريمة ويمتنع غيره عن الاقتداء به[1] .

وهو مشروع بالكتاب والسنة والإجماع بالنسبة للجرائم التي ليس لها عقوبة مقدرة[2] .

وقد قررت الشريعة عدة جزاءات تعزيريه مختلفة تبدأ بأخفها وتنتهي بأشدها . وتركت للقاضي ان يختار من بينها ما يراه ملائماً ، آخذاً في الاعتبار ظروف الجاني كشخصيته وبيئته وما يكفي لزجره وحماية المجتمع من خطورته مع مراعاة مدى جسامة الجريمة . فيحدد النوع الواجب توقيعه والقدر اللازم منه اذا كان ذا حدين كالضرب . وذلك لأن ما يصلح مجرماً قد يفسد غيره .

فالتأديب يتفاوت باختلاف الأشخاص ، لأن منهم من ينزجر باليسير

---

(١) تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق للزيلعي ، سنة ١٣١٣ هـ ج ٣ ص ٥٧ .
(٢) شرح فتح القدير لابن همام، سنة ١٣١٦ هـ ج ٤ ص ٢١٢ .
(٣) فيجب ان تقف العقوبة عند القدر الذي يكفل تحقيق هذه الغاية حتى يكون مناسباً للحاجة دون زيادة او نقصان . الزيلعي ج ٣ ص ٢١٠ .

٨

كالصيحة او النصح ومنهم من لا ينزجر الا بالكثير كالضرب او الحبس [١] .

ويقول الماوردي ان تأديب ذي الهيبة من اهل الصيانة أخف من تأديب اهل البذاء والسفاهة لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « اقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم » . فتدرج في الناس على منازلهم ، فان تساوا في الحدود المقدرة فيكون تعزير من جل قدره بالاعراض عنه ، وتعزير من دونه بالتعنيف له ، وتعزير من دونه بزواجر الكلام وغاية الاستخفاف الذي لا قذف فيه ولا سب [٢] .

والجزاءات التعزيرية لم ترد في الشريعة على سبيل الحصر ، لأن المبدأ العام الذي تأخذ به في هذا الشأن هو ان كل عقوبة تؤدب الجاني وتحمي صالح الجماعة يمكن توقيعها . وذلك حتى يكون الجزاء مرناً متمشياً مع كل زمان وبيئة [٣] .

ويذهب بعض الفقهاء الى انه يشترط في عقوبة التعزير الا تكون مهلكة كالقتل او القطع [٤] . ويرى آخرون ان ذلك متروك لتقدير ولي الامر . ويجوز الالتجاء اليه في الجرائم الخطيرة اذا اقتضت المصلحة ذلك كقتل الجاسوس ومعتاد الاجرام [٥] .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ ، الفتاوى الهندية، سنة ١٣٢٨ هـ ج ٢ ص ١٦٧ .

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ، سنة ١٣٢٧ هـ ج ١ ص ٢٠٥ .
ويقول ابن قيم الجوزية « التعزير منه ما يكون بالتوبيخ وبالزجر وبالكلام ، ومنه ما يكون بالضرب او بالحبس او بالنفي » الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص ٢٦٥ .
« سئل الهنداوي عن رجل وجد رجلا مع امرأة ايحل له قتله . قال إن كان يعلم انه ينزجر بالصياح والضرب بدون السلاح لا . وإن علم انه لا ينزجر الا بالقتل حل له القتل . وإن طاوعته المرأة حل له قتلها ايضاً » .
شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ ، والفتاوى الهندية ج ٢ ص ١٦٧ .

(٣) عبد القادر عوده ج ١ ص ٦٨٦ .

(٤) تبصره الحكام في اصول الأقضية ومناهج الاحكام لابن فرجون، سنة ١٣٠٠هـ ج ٢ ص ٢٦٤.

(٥) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية، سنة ١٣١٧ هـ ص ٢٦٥ .

وهذا كله على خلاف العقوبات المقررة في جرائم الحدود والقصاص ، لأن المعيار فيها مادي. لذلك جزاءاتها معينة لازمة ، لا أثر لظروف الجاني فيها . ولا يملك القاضي استبدالها او تعديلها .

جزاءات التعزير التي اخذ بها القانون :

احسن الشارع بتقنين جزاءات التعزير التي تطبق على الجاني الذي لم يتجاوز الثامنة عشرة في جريمتي السرقة والحرابة . فقد اوردها على سبيل الحصر ، وهي التوجيه والتوعية والتأنيب والضرب والايواء في اصلاحية قانونية .

ويلاحظ أن قانون اقامة حدي السرقة والحرابة لم يأخذ في المادة الثامنة بتدابير الحماية التي نصت عليها المادة ١٥١ عقوبات كالوضع تحت المراقبة في الحالة التي يمكن تنفيذها بتسليم الصغير الى والديه او لمن كانوا ملزمين بتربيته والعناية به او لإحدى مؤسسات المساعدة الاجتماعية . وذلك في الفروض التي قد لا تقتضي الالتجاء الى اساليب الزجر او التأديب .

ومن ناحية اخرى لم يشترط ان تدل حالة الجاني على خطورة كما هو الحال في المادة السابقة . فيكفي ان تثبت الجريمة لتوقيع التدبير التأديبي حتى ولو لم يكن الجاني خطراً .

كما استبعد صفة العقوبة نهائياً من الجزاء الذي نص عليه بالنسبة للصغير الذي اتم الرابعة عشرة ولم يبلغ الثامنة عشرة . فلم يأخذ بما ورد في المادة ٨١ عقوبات بشأن التفرقة بين من اتم الرابعة عشرة ومن لم يبلغها. وجعل الجميع يخضعون فقط للتدابير التأديبية التي نص عليها في المادة الثامنة من القانون .

وجزاء التعزير هنا مقرر لجريمة لها اصلاً عقوبة مقدرة باعتبارها من الحدود . هي قطع اليد اليمنى في السرقة (المادة الثانية) والقتل او قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى او السجن المؤبد في الحرابة (المادة الخامسة) . ولكن هذه العقوبات لا توقع لصغر سن الجاني .

١٠

المبحث الثاني

التعزير بالتوجيه والتوعية والتأنيب

تمهيـــد :

تعتبر هذه التدابير من اخف الجزاءات التي اتت بها الشريعة . ويغلب عليها الطابع التهذيبي ، إذ انها لا تحمل معنى الزجر الا على وجه عرضي . وتتميز بأن اثرها يقتصر على النواحي النفسية ، حيث تسبب بعض الألم المعنوي للمحكوم عليه ، عن طريق نصحه ولومه مع ايثار شعور الأثم والندم لديه .

ولم يفرق الشارع بين التوجيه والتوعية والتأنيب ، حيث يستفاد من النص الذي ورد بشأنها ان يكون الحكم بها جميعها معاً . ونميل الى الاعتقاد بأنه اراد لكل لفظ منها معنى خاصاً . والا كان هناك تكرار من قبل التزود الذي يجب استبعاده ، حتى لا ينشأ بسببه التباس من وجهة النظر التشريعية . خاصة وانه يوجد للتوبيخ القضائي في الشريعة الاسلامية صوراً متدرجة في الشدة ، هي الاعلام والاعلام مع الاحضار والوعظ والتوبيخ والتهديد . للقاضي ان يختار من بينها وفقاً لما يراه مناسباً لظروف الجاني والجريمة[1] .

وطبيعة هذه التدابير تقتضي ان يكون الحكم بها في الجلسة في مواجهة

---

(١) تأخذ بعض التشريعات بذلك . فمثلا المادة ٦٣ من قانون العقوبات السوفيتي تفرق بين هذه التدابير . فتجيز للمحكمة ان توجه تأنيباً شديداً أو تأنيباً او انذاراً الى الحدث الذي لم يبلغ الثامنة عشرة من عمره ، بدلا من توقيع عقوبة اخرى عليه من اجل جريمة ارتكبها ، اذا وجد ان هذا أنسب .

المحكوم عليه مما ينطلب حضوره حتى لا يضيع الأثر المرجو منها[١] .

ونتكلم عن كل منها بشيء من التفصيل :

التوجيـــه :

يعتبر ابسط التدابير التأديبية التي نصت عليها المادة ٨/١ من قانون اقامة حدي السرقة والحرابة . وليس لأقل التعزير حد[٢] .

وهو من قبيل اعلام الصبي بالجريمة التي ارتكبها ونتائجها . كأن يقول له القاضي انك فعلت كذا مما يترتب عليه كذا وكذا فلا تعد الى ذلك مرة اخرى .

ويكون الحكم بذلك مناسباً للصغير المبتدىء في الاجرام الذي لا تنطوي شخصيته على خطورة . ما دام هذا الاسلوب من المعاملة يعد كافياً لاصلاحه[٣]

وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال « مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعاً ، واضربوهم عليها اذا بلغوا عشراً » .

التوعيـــة :

يقصد بها في الفقه الإسلامي تعليم الجاني اذا كان جاهلاً وتذكيره اذا

---

(١) الدكتور محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، القاهرة سنة ١٩٦٩م ص ٥٠١ .

(٢) السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية لابن تيمية ، سنة ١٣٢٢ هـ ص ٥٢ .

(٣) ويقابل هذا التدبير جزاء الاعلام في الشريعة الاسلامية . ويفرق بعض الفقهاء بين مجرد أعلام الجاني وبين احضاره لمجلس القضاء لا علامه . ويختار القاضي من بينها ما يراه مناسباً لظروف الجاني والجريمة .

الزيلعي ج ٣ ص ٢٠٨ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٤ ، والفتاوى الهندية ج ٢ ص ١٨٨ .

كان ناسياً[١] . وذلك بارشاده الى الطريق القويم الذي يجب عليه اتباعه .

ويحكم القاضي بهذا التدبير كلما رأى أن فيه ما يكفي للزجر وتحقيق المصلحة[٢] . خاصة اذا كان الصبي قد نشأ في بيئة طيبة[٣] .

وقد استدل على شرعية الوعظ من قوله تعالى « واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن » .

التـــأنيب :

ويقصد به التوبيخ اي توجيه اللوم . ويقول عنه بعض فقهاء الشريعة انه يكون بزواجر الكلام وغاية الاستخفاف الذي لا قذف فيه ولا سب[٤] . كما يجب الا يتضمن مهانة ، لأن هناك من يفضل الجزاء الشديد عن تحمل هوان هذا النوع من الزجر[٥] .

ويعتبر التأنيب وسيلة تقويمية ناجحة لردع الصبي الذي قد تكون بعض العوامل المؤقتة المحيطة به دفعته لارتكاب الجريمة . واخذت بذلك عدة تشريعات[٦] .

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ١٩٣ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٥ ص ١١٣ ، والسياسة الشرعية ص ٥٣ .

(٣) الدكتور محمود محمود مصطفى ص ٥٠١ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٤ ، الاحكام السلطانية ص ٢٢٤.

(٥) الدكتور اكرم نشأت ، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ، القاهرة سنة ١٩٦٥ ص ٣٢٣ .

(٦) اغلب التشريعات العربية تقرر التوبيخ كوسيلة تقويمية بالنسبة للصغار في مواد المخالفات فقط. فلا يجوز الحكم به في الجنايات او الجنح ، كالمادة ٦٥ من القانون المصري والمادة ٤٩ من القانون الجزائري .

كما ان هناك تشريعات تنص على التوبيخ كعقوبة تخييرية او بديلة بالنسبة للبالغين في الجرائم البسيطة ، كالمادة ٢٦ من القانون التركي والمادة ٣٣ من القانون السوفييتي .

واستدل على شرعية هذا الجزاء بالسنة . ومن ذلك ما رواه ابو ذر الغفاري : انه سب رجلاً فعيره بأمه . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يا أبا ذر اعيرته بأمه إنك امروٌ فيك جاهلية » .

وخاصم عبد ، عبد الرحمن بن عوف الى النبي صلى الله عليه وسلم . فغضب عبد الرحمن وسب العبد قائلاً : يا ابن السوداء . فغضب النبي اشد الغضب ورفع يده قائلاً « ليس لابن بيضاء على ابن سوداء سلطان الا بالحق » . فخجل عبد الرحمن ، ووضع خده على التراب ، ثم قال للعبد طأ عليه حتى ترحني (١) .

حالات التعزير بالتوجيه والتوعية والتأنيب :

راعى الشارع صغر السن في حالات التعزير بهذا التدبير . على اعتبار ان الصبي في هذه المرحلة من العمر يكون اكثر حساسية واسرع تأثراً مما يترتب عليه ان اقل قدر من الجزاء يعد مناسباً له وكافياً لتأديبه .

لذلك نصت المادة ٨/١ على ان التعزير به وحده يكون وجوبياً اذا كان الجاني وقت ارتكاب الجريمة قد اتم السابعة ولم يتجاوز العاشرة .

ويكون جوازياً اذا كان الجاني قد تجاوز العاشرة ولم يتم الخامسة عشرة .

وذلك في غير حالات تكرار الجريمة حيث تخضع لاحكام خاصة دعى اليها ان الجزاء السابق لم يكن كافياً للزجر .

أما اذا لم يكن قد أتم السابعة ــ فلا تقام الدعوى عليه ، لأنه يعتبر طفلاً غير مميز . فلا يسأل عن الجريمة التي ارتكبها ، لأنه ليس من اهل العقوبة ولا من اهل التأديب (١) .

---

(١) عبد القادر عوده جـ١ ص ٧٠٣ .
(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٤ .

١٤

المبحث الثالث

التعزير بالضرب

تمهيـــد :

يعتبر الضرب من اقدم الجزاءات الجنائية التي عرفتها البشرية . وكانت تأخذ به اغلب التشريعات التي كانت سائدة في العصور القديمة والوسطى وتعاقب به على جرائم كثيرة لأنه وسيلة فعالة لردع المجرم وارهاب غيره .

ولكن أُسيء استغلال هذه العقوبة واصبحت اداة انتقام . وزادت وطأتها بسبب شيوع نظام التعذيب في تلك الأزمنة .

لذلك على اثر قيام الثورة الفرنسية كان من اهم ما ضمنته لاعلان حقوق الانسان الصادر في ٢٦ أغسطس ١٧٨٩ الغاء الضرب . وقد اخذت التشريعات الحديثة بذلك استجابة لحركة الفلاسفة والكتاب التي ظهرت في القرن الثامن عشر والتي طالبت باستبعادها . وطالبوا باستبدالها بالعقوبات المقيدة للحرية . باعتبار انها تساعد على اصلاح المحكوم عليه اثناء التنفيذ عليه في السجن [1] .

الضرب بين المعارضين والمؤيدين :

اثيرت مناقشات كثيرة حول جزاء الضرب . واهم ما وجه له من اعتراضات

---

(١) الدكتور توفيق الشاوي، العقوبات الجنائية في التشريعات العربية القاهرة، سنة ١٩٥٩ م ص ٣٩ و ٧٣ .

هو انه يتضمن امتهاناً لكرامة الانسان . ويتنافى مع الاحترام الواجب توافره نحو شخصه . هذا الى جانب النفور من الألم البدني بصفة عامة[١] .

ولكن يرد على ذلك بأن من يرتكب الجريمة يكون هو اول من اهدر كرامته وانسانيته، ويصبح الضرب هو الجزاء الملائم لعلاج نفسيته . كما أن ما يسببه من الم بدني يعتبر خير نذير يوجه الى حاسة الجاني المادية ومن يساوره تفكيره بالانحراف[٢] . خاصة بالنسبة للأحداث حيث انـــه يشعرهم بخوف حقيقي . وهناك طائفة من الذين لا يتأثرون بغيره من الجزاءات[٣] . لأنه يردع الدوافع التي قد تدعوهم الى الجريمة . وفي الوقت ذاته لا يترتب عليه افساد العواطف[٤] .

ويتميز الضرب بأن تنفيذه مراعى فيه بدقة مبدأ شخصية الجزاء ، لأن اثره يقتصر على المحكوم عليه وحده ولا يمتد الى غيره كسائر العقوبات الاخرى . ولا يستغرق وقتاً يعطل عن كسب العيش . كما انه يبعد عن الاجواء الفاسدة للسجون ومضار الاختلاط داخلها ، والنتائج السيئة التي تترتب على ذلك . ويوفر ما تتكلفه الدولة من جهد ومال في هذا الشأن[٥] . الى جانب انه الاسلوب الذي تتبعه الاسر في تأديب صغارها[٦] . ويطبق كعقوبة اصلية في كثير من القوانين العسكرية .

شرعية الضرب في الشريعة الاسلامية :

يعتبر الضرب جزاء أساسياً في الشريعة الاسلامية . وقد استدل على

---

(١) الدكتور توفيق الشاوي ص ٧٣ .
(٢) الدكتور عبد العزيز عامر ، التعزير في الشريعة الاسلامية القاهرة، سنة ١٩٥٧ م ص ٢٩٧ .
(٣) جندي عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ج ٥ ، سنة ١٩٤٢ م ص ٥٣ .
(٤) محمد عبد الهادي ، التعليقات الجديدة على قانون العقوبات الاهلي ، سنة ١٩١٧ م ص ١٦٢ .
(٥) عبد القادر عوده ج ١ ص ٦٣٧ ، والدكتور عبد العزيز عامر ص ٢٩٦ .
(٦) محمد كامل مرسي ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، سنة ١٩٢٣م . ص ١٦٥ .

مشروعيته في التعزير بالكتاب والسنة والإجماع .

بالكتاب لقوله تعالى : « واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن » .

وبالسنة حيث روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلّم انه قال « لا يجلد احد فوق عشرة اسواط الا في حد من حدود الله تعالى » . وقال « علموا اولادكم الصلاة لسبع ، واضربوهم على تركها لعشر »[١] .

وبالاجماع حيث اخذ به الخلفاء الراشدون ومن اتبعهم من السلف الصالح[٢] .

الحد الأعلى والأدنى للضرب :

لم يوضح الشارع ذلك . وترك الأمر بأكمله لتقدير القاضي وفقاً لما يراه مناسباً لسن الجاني وإصلاح شأنه مع مراعاة مدى جسامة الجريمة .

ولكن مع هذا نرى ضرورة وضع حد اعلى وادنى للضرب . ولا يعترض على ذلك بأنه يعتبر هنا من التدابير التأديبية التي يجب الا تكون محددة . لأن هذا يصدق على التدابير التي تتطلب مدة ما لتنفيذها يخضع فيها المحكوم عليه للملاحظة والعلاج . والامر ليس كذلك بالنسبة للضرب لأنه لا يتطلب وقتاً وينفذ في الحال .

واذا رجعنا الى آراء فقهاء الشريعة نجد ان مشهور مذهب مالك يذهب الى ان تعيين الحد الأعلى للضرب متروك للقاضي يجتهد فيه على قدر الجريمة بحسب المصلحة التي لا يشوبها الهوى . ووفقاً لذلك يجوز ان يضرب الجاني في التعزيز اكثر من الحد ، فيزاد على مائة جلدة في حين ان اشد ضرب في

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ ، وتبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٠٠ .
(٢) الدكتور عبد العزيز عامر ص ٢٧٥ .

جرائم الحدود لا يزيد عن ذلك[١] .

وعند الحنفية يجب الا يبلغ في التعزير الحد استناداً الى الحديث الشريف « من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين » . مما يترتب عليه انه يجب الا يبلغ التعزير بالضرب العقوبة في ادنى الحدود[٢] .

ويرى ابو حنيفة ومحمد ان الحد الاعلى للضرب في التعزير تسعة وثلاثون سوطاً . وذلك استناداً الى ان لفظ الحدود الذي ورد في الحديث المذكور جاء منكراً . وهذا يعني انه قصد به حداً ما . والاربعون حد كامل للرقيق في القذف والشرب . فإذا نقصت واحداً اصبح الحد الاعلى للتعزير تسعة وثلاثين .

ويرى ابو يوسف ان لفظ الحد المذكور ينصرف الى حد الاحرار ، لأن مطلق الاسم ينصرف الى الكامل منه واقله ثمانون . وكان من المفروض ان يجعل الحد الاعلى تسعة وسبعين ، ولكنه أخذ بما آثر علي بن أبي طالب وجعله خمسة وسبعين[٣] .

وعند الشافعية ثلاثة اتجاهات . الاول يرى انه يجب في الضرب تعزيراً الا يبلغ قدر أقل الحدود المقررة لمعصية ، استناداً الى الحديث الشريف « من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين » . فينقص في العبد عن عشرين وفي الحر عن اربعين[٤] .

والثاني يرى ان تقاس كل جريمة بما يناسبها مما فيه حد ، فلا يبلغ بالتعزير

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٥ ، السياسة الشرعية ص ١١٤ ، الطرق الحكمية ص ١٠٦ ، وتبصره الحكام ج ٢ ص ٢٦٢ .
(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٤ .
(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٤ ، شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٤ والسياسة الشرعية ص ١١٣ .
(٤) المهذب لأبي اسحق ابراهيم الشيرازي ، سنة ١٣٣٣ هـ ج ٢ ص ٢٨٩ .

في معصية قدر الحد فيها[١] .

والثالث يرى انه يجب الا يزيد الحد تعزيراً عن عشر جلدات . وذلك للحديث الشريف « لا يجلد أحد فوق عشرة اسواط الا في حد من حدود الله تعالى »[٢] .

وعند الحنابلة ذهب رأي الى انه يجب الا يبلغ التعزير بالضرب في جناية حداً مشروعاً . وهو قول ابي حنيفة والشافعي . وقال البعض انه لا يصح ان يبلغ التعزير في كل جناية جداً مشروعاً من جنسها . ويجوز ان يزيد عن حد غير جنسها . وهناك من يرى الا يزيد التعزير عن عشر جلدات استناداً الى الحديث الشريف السابق[٣] .

اما عن الحد الأدنى فيرى بعض الفقهاء ان اقل الضرب في التعزير ثلاثة لأن ما دون ذلك لا يقع به الزجر[٤] .

ويرى آخرون من الحنابلة والحنفية ان الحد الادنى للضرب يترك لما يراه القاضي مناسباً . لأن الزجر يختلف باختلاف الناس والجرائم . ومقتضى ذلك انه قد يكتفي بجلدة واحدة حيث لا يوجد اقل من هذا[٥] .

الحد المقترح :

لعل الاقرب من المذاهب الاربعة الى الحكمة التي من اجلها امتنع تطبيق

---

(١) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملي المنوفى الانصاري، سنة ١١٩٢هـ ج ٧ ص ١٧٥، والاحكام السلطانية ص ٢٠٦ .
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٥ .
(٣) الطرق الحكمية ص ١٠٦ ، المحلى لابن حزم سنة ١٣٥٢ هـ ج ١١ ص ٤٠١ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٥ ، والسياسة الشرعية ص ١١٣ .
(٤) الزيلعي ج ٣ ص ٢١٠ ، وشرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٦ .
(٥) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٥ .

الحد في جريمتي السرقة والحرابة على الصبي هو ما يراه اتجاه من الشافعية والحنابلة ، بأنه لا يجوز ان يزاد الحد الاعلى للتعزير بالضرب عن عشرة[١] .

خاصة اذا اخذنا في الاعتبار ظروف الصغير النفسية والجسدية والاجتماعية، وان الجزاء الذي يتخذ بشأنه يقصد به مجرد التأديب وليس العقاب .

وفيما يتعلق بالحد الادنى فهو ما ذهب اليه اتجاه من الحنفية والحنابلة من ان يترك تقدير ذلك للقاضي ، دون التقيد بعدد معين حتى يمكنه ان يقرر الحد المناسب للحالة المعروضة عليه[٢] .

اما ما ورد في المادة ٢٣ بتطبيق المشهور في مذهب مالك فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون ، فهو قاصر على جريمتي السرقة والحرابة المعاقب عليهما حداً وليس تعزيراً . كما لا يوجد حكم في قانون العقوبات يمكن ان يطبق على هذه الحالة . بالاضافة الى ان الشارع استمد احكامه بصفة عامة من الشريعة الاسلامية بمختلف مذاهبها وآراء الفقه فيها ، باختيار الحلول المناسبة

---

(١) المحلى ج ١١ ص ٤٠٤ .

(٢) كانت المادة ٦٣ التي الغيت من قانون العقوبات المصري تنص على انه « لا يجوز ان تزيد عدد الضربات التي يأمر بها القاضي عن اثنتي عشرة في المخالفات ولا عن اربع وعشرين في الجنح والجنايات » .

وتنص المادة ٧٧ من قانون العقوبات السوداني على انه « يجوز لمحكمة القاضي من الدرجة الأولى او الثانية التي تنظر الدعوى بصورة موجزة او غيرها ان تحكم بما لا يزيد عن خمس وعشرين ضربة على المجرم الذكر الذي يقل عمره في تقديرها عن احدى وعشرين سنة بدلا من اية عقوبة اخرى يجوز الحكم بها عليه عن اية جريمة غير معاقب عليها بالاعدام » .

كما تنص المادة ٧٦ من نفس القانون على انه « يجوز لمحكمة القاضي من الدرجة الاولى او الثانية التي تنظر في الدعوى بصورة موجزة ان تحكم بما لا يزيد على خمس وعشرين جلدة بالسوط على المجرم الذكر البالغ بدلا من الحكم عليه بأية مدة من الحبس يجوز الحكم بها بمقتضى هذا القانون » .

ويلاحظ انه في جميع الحالات المذكورة اقتصر الشارع على تحديد الحد الأعلى للضرب فقط ولم يعين الحد الادنى له .

٢٠

توخياً للأيسر على الناس كلما كان في ذلك مصلحة [١] .

وصف الضرب :

يرى كثير من الفقهاء ان الضرب في التعزير يكون بأشده . وذلك لأنه جرى فيه التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف والا ادى الأمر الى فوات المقصود منه وهو الايلام [٢] .

ويضيف البعض الى ذلك ان الضرب شرع للزجر المحض ، وليس فيه معنى التكفير عن الذنب . بخلاف الحدود ، فإن معنى الزجر فيها يشوبه معنى التكفير [٣] .

واختلف في المقصود بالشدة . فهناك من يرى الى انه اريد بها جمع الضربات على عضو واحد . وقال آخرون ان المراد بها الشدة في نفس الضرب [٤] .

ويذهب كثير من الفقهاء الى ان يفرق الضرب على اعضاء الجسم لأن الجمع على عضو واحد قد يؤدي الى التلف [٥] .

ويجب اجتناب الوجه والمقاتل كالقلب والبطن لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « إذا ضرب احدكم فليتجنب الوجه » . وقوله « اذا قاتل احدكم

---

(١) « وقد يكون الحكم المأخوذ من غيره انسب في موضوع آخر كل ذلك بمراعاة التناسق التام بين الاحكام واتساق مفاهيمها واتجاهها جميعاً لتحقيق المصلحة المرجوة ».
المذكرة الايضاحية للقانون الخاص باقامة حدي السرقة والحرابة.

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٦ ، والزيلعي ج ٣ ص ٢١٠ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥ .

(٤) الاحكام السلطانية ج ١ ص ٢٠٨ ، وبدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥ .

(٥) الزيلعي ج ٣ ص ٢١٠ .

فليتق الوجه ولا يضرب مقاتله » . لأن المقصود التأديب وليس الاتلاف [١] .

وقيل ان الضرب يكون والمحكوم عليه قائم عليه ثيابه [٢] . وذهب رأي الى انه يجرد من ثيابه ، اما المرأة فلا تجرد من ملابسها لأنها عورة يحرم كشفها [٣] . وآخر الى ان يكون الضرب كيفما تيسر سواء على الرجل او المرأة ، قياماً او قعوداً ، على ان تستر العورات ، بما لا يمنع من وصول الألم الى البدن [٤] .

ونرى انه لا يوجد مبرر لقسوة الضرب بالنسبة للصغار . ويكفي ان يكون وسطاً ليس بالشديد او الخفيف ، على الاماكن غير الحساسة من الجسم [٥] . على ان تراعى ظروف المحكوم عليه والجريمة ، حتى يتحقق الغرض المقصود منه . وذلك لأن الشريعة قد ابتعدت في التعزير عن كل ما فيه تعذيب او اتلاف او اهدار للآدمية ، على ان يتوافر شرط السلامة [٦] .

ويلاحظ أن الشارع لم يفرق بين الذكور والإناث من حيث الخضوع لتدبير الضرب . لذلك يجب ان يؤخذ في الاعتبار أثناء التنفيذ حرمة وطبيعة كل طائفة منهما ومدى احتمالها [٧] .

أداة الضرب :

الضرب في التعزير يكون بالعصا او الصوت الذي كسرت ثمرته [٨] او

---

(١) المبسوط لشمس الدين السرخسي، سنة ١٣٢٤ هـ ج ٩ ص ٧٢ ، والسياسة الشرعية ص ١١٦ .

(٢) الفتاوى الهندية ج ٢ ص ١٦٨ .

(٣) المبسوط حـ ٩ ص ٧١ .

(٤) المحلى ج ١١ ص ١٦٨ .

(٥) وقد حرم بعض الفقهاء التعزير بالصفع لأن فيه تحقير واستخفاف ، ابن عابدين ج ٣ ص ١٨٤ .

(٦) الزيلعي ج ٣ ص ١١٢ .

(٧) عقوبة الضرب التي الغيت من قانون العقوبات المصري وقانون العقوبات البغدادي كانت لا يحكم بها الا على الذكور . وكذلك الحال في قانون العقوبات السوداني . وقانون عقوبات البحرين .

(٨) ثمرة السوط عبارة عن عقده في طرفه .

ما شابه ذلك . على ان تكون الأداة المستعملة وسطاً ليست بالشديدة ولا باللينة ، بحيث تنزل الماً محتملاً بالمحكوم عليه عن طريق المساس بجسده[١] على وجه لا يخدش كرامته او يجرح شعوره .

ولم يشر القانون ولا مذكرته الإيضاحية الى نوع الأداة التي يجب استعمالها في توقيع الضرب[٢] . لذلك نرى ضرورة ان تصدر لائحة تنفيذية توضح

---

(١) السوط في الحدود والتعازير يكون بين غصن رقيق جداً وعصا غير معتدلة، وبين رطب ويابس ، بأن يعتدل جرمه ورطوبته عرفاً ، ليحصل به الزجر مع أمن الهلاك ، فيمتنع بخلاف ذلك لما يخشى من شدة ضرره او عدم ايلامه . نهاية المحتاج ج ٧ ص ١٧١ .
الجلد الذي جاءت بـــه الشريعة هو الجلد المعتـــدل بالسوط الوسط فإن خيار الأمور اوساطها . قال علي رضي الله عنه : ضرب بين ضربين ، وسوط بين سوطين . ولا يكون الجلد بالعصا ولا بالمقارع ، ولا يكتفى فيه بالدرة ، بل الدرة تستعمل في التعزير . فأما الحدود فلا بد فيها من الجلد بالسوط ، كان عمر يؤدب بالدره فإذا جاءت الحدود دعا بالسوط » .
السياسة الشرعية ص ٥٦ .

(٢) كانت المادة ٦٣ من قانون العقوبات المصري التي الغيت تنص على ان يكون الضرب بعصا رفيعة . ونص البند ٢٤٩ من لائحة النظام الداخلي للسجون بمصر على ان عقوبة الجلد بالنسبة للبالغين يكون تنفيذها على الظهر بالجلدة ذيل القط التي تصرف من مصلحة السجون لهذا الغرض وان الاحداث يكون جلدهم بعصا رفيعة من المعتبر استعمالها بمعرفة مدير عام السجون .
وكانت المادة ٢٤ من قانون العقوبات البغدادي التي الغيت تنص على جواز الحكم « بالجلد بالسوط » ويقصد بالسوط عصا ذات تسع شعب . وللمحكمة ان تحكم بها على المجرم الذي لا يزيد سنه على ستة عشرة سنة اذا ارتكب جريمة عقوبتها غير الاعدام . اما بالنسبة للكبار فكانت المادة ٢٣ من نفس القانون تنص على انه يجوز ان توقع عقوبة الجلد بالمقرعة – وهي العصا العادية – على كل مجرم جاوز الثامنة عشرة من عمره، اذا حكم عليه في جريمة ضد شخص في احوال تدل على غلظه او جبن في طباعه ، او حكم عليه في جريمة هتك عرض ، او تعد على عفاف انثى ، او اشترك او شرع في ارتكاب احدى هاتين الجريمتين ، او لاط بذكر ، او ارتكب معه فعلا مخالفاً للآداب بالقوة او بالتهديد.
كما تنص المادة ٧٧ من قانون العقوبات السوداني على ان يكون الضرب بالمقرعة على المجرم الذكر الذي يقل عمره عن احدى وعشرين سنة .. وتنص المادة ٧٦ من نفس القانون على ان يكون الجلد بالسوط على المجرم الذكر البالغ ..

هذا الأمر لأنه يتوقف عليه الى درجة كبيرة تحديد مدى جسامة الضرب، ومن الافضل ان تكون الأداة عصاً رفيعة .

تنفيذ الضرب :

كذلك لم يتضمن القانون او مذكرته الإيضاحية ما يشير الى تنفيذ تدبير الضرب . وذلك على عكس ما فعل بالنسبة لعقوبة القطع ، حيث نص على الأحكام التي تتعلق بهذا الشأن في المادة ٢١ .

والمفروض ان يتم التنفيذ في اصلاحية قانونية ، حتى يشعر الصبي بجدية الجزاء، ويكون في الوقت ذاته بمنأى عن الاختلاط بالبالغين المحبوسين في السجون العادية[١] .

وان يكون ذلك بناء على امر من النيابة العامة يحرر على نموذج خاص يقرره وزير العدل .

ويقوم بالتنفيذ احد موظفي المؤسسة او المختصين، بعد توقيع الكشف الطبي على الصبي لمعرفة حالته الصحية ومدى احتماله . واذا رأى الطبيب تأجيل التنفيذ وجب عليه ان يبين السبب ويحدد فترة التأجيل .

ويكون التنفيذ بحضور مدير الاصلاحية وطبيبها حتى تتوافر الضمانات اللازمة لكفالة حقوق المحكوم عليه وعدم إساءة استعمال الضرب[٢] .

---

(١) لذلك كانت تنص المادة ٢٢٤ من تعليمات النيابة العمومية في مصر التي الغيت على انه يجب على اعضاء النيابة ان يلاحظوا اتباع المراكز منشور السجون الصادر في ٢٠ ابريل سنة ١٩٠٤م الذي يقضي بأن ينفذ حكم التأديب الجثماني يوم صدوره لكي لا يختلط المحكوم عليه بالمسجونين .

(٢) كانت المادة ٢٤٤ من قانون تحقيق الجنايات المصري الملغى تنص على ان « ينفذ التأديب الجثماني في السجن بناء على امر يصدر بالكتابة من النيابة العمومية . ويلزم حضور مأمور السجن وطبيبه وقت اجرائه » .

وهذا ما يقتضي صدور لائحة تتضمن هذه الأحكام حتى تكون واجبة الاحترام حرصاً على المصلحة العامة .

وتنص المادة ٣٢٨ اجراءات جنائية على ان قاضي محكمة الاحداث يشرف على تنفيذ الاحكام الصادرة على المتهمين في دائرة محكمته . وكذلك الأوامر الصادرة باتخاذ التدابير الوقائية بشأنهم .

حالات التعزير بالضرب :

يكون التعزير بالضرب وجوبياً في حالتين : الاولى اذا كان الجاني قد اتم الخامسة عشرة . والثانية اذا كان قد اتم السابعة في حالة تكرار ارتكاب الجريمـــة . وتكوّن جريمتا السرقة والحرابة المنصوص عليهما في هذا القانون وحدة واحدة في نصوص التكرار (المادة ٨ / ٤) .

ويكون التعزير به جوازياً ، يترك تقديره وفقاً لما يراه القاضي مناسباً لظروف الجريمة والجاني اذا كان قد تجاوز العاشرة .

المَبحَثُ الرَابعُ

الايواء في اصلاحية قانونية

تمهيد :

من اهم التدابير التي تساعد على اصلاح الصبي وعلاج اسباب انحرافه ، وفي نفس الوقت تؤدي الى وقاية المجتمع من خطورته، هي الحكم بايوائه في اصلاحية قانونية .

وهذا الجزاء يعادل في واقع الأمر عقوبة الحبس . ولكن استبعد اطلاق هذه التسمية عليها لمحو فكرة السجن من اذهان الصغار المحكوم عليهم بها ، ولابراز الجوانب التأديبية والتهذيبية لها[1] .

الى جانب انها تعنى بالنواحي التعليمية والثقافية والحرفية وتهتم بشعائر الدين والقرآن الكريم والتربية والاخلاق بما يتفق مع مستوى واستعداد الصبي .

مدة الايواء في الاصلاحية :

لم يحدد الشارع مدة الإيواء في الاصلاحية القانونية سواء في حدها الادنى

---

(١) وقد جاء في المذكرة الايضاحية لأصل المادة ٧٠ من قانون العقوبات المصري ان الغرض من ارسال الاحداث المجرمين الى مدرسة اصلاحية هو تربيتهم وتعليمهم صنعة لا حبسهم .

او الاعلى[١] .

وبالرجوع الى قانون العقوبات نجده يذكر الحد الادنى فقط ، حيث نصت المادة ١٥٠ على انه يجب ان لا تقل مدة الإيواء عن سنة[٢] .

اما عن الحد الأعلى فإن مدته غير محددة كما هو الحال بالنسبة لخطة الشارع تجاه التدابير الوقائية. استناداً الى انه لا يعرف سلفاً المدة اللازمة لاصلاح الجاني وعلاج اسباب انحرافه ، فقد يحتاج لمدة اكثر مما قدر له[٣] .

ولكن مع وجهة النظر هذه فإنه من غير المقبول منطقياً ان يظل الصبي أياً كانت جريمته يقضي حياته للأبد في الإصلاحية . خاصة اذا اخذنا في الاعتبار ان هذا التدبير قد شرع لاصلاحه وليس لعقابه . وهذا يعد نقص في القانون[٤] .

لذلك نرى انه يجب عدم ترك الحد الاعلى بدون تحديد على وجه مطلق . وأن خمس سنوات تعتبر اقصى ما يلزم لاصلاح الصغير[٥] . اما اذا بلغ الثامنة عشر فيحال الى قسم خاص من المحل ذاته حتى يفرج عنه[٦] .

---

(١) تحدد مدة الحبس في الشريعة رفقاً لظروف الجريمة واختلاف حال الجناة . فمنهم من يحبس يوماً ، ومنهم من يحبس الى اجل غير مسمى .
شرح فتح القدير ج٤ ص٢١٦ ، والاحكام السلطانية ص ٢٠٦ .

(٢) بعض التشريعات العربية لا تحدد مدة الايواء في الاصلاحية مثل القانون الجزائري والقانون المغربي .

(٣) محمد سامي النبراوي ص ٤٩٩ .

(٤) الدكتور محمود محمود مصطفى ، اصول قانون العقوبات في الدول العربية القاهرة ، سنة ١٩٧٠ م ص ١١٨ .

(٥) تنص المادة ٧٠ من قانون العقوبات المصري على انه « لا يجوز في اية حال ابقاء الحدث الذي عهد به الى مدرسة اصلاحية او محل آخر أكثر من خمس سنوات ولا بعد بلوغه سن ثماني عشرة سنة كاملة » .

(٦) تنص المادة ٨٢/٣ عقوبات على انه « اذا بلغ القاصر الثامنة عشرة قبل انقضاء مدة العقوبة المحكوم بها او ثبت بعد انقضائها ارتداعه يحال الى قسم خاص من المحل ذاته » .

جامعة بنغازي - مكتبة الحقوق
مكتبة كلية الحقوق

ويذهب رأي الى انه رغم عدم وجود مدة محددة للتدبير التأديبي في التشريع فإنه لا يجوز ان يتجاوز الحد الأعلى للعقوبة المقررة لكامل المسئولية عند اقترافه الجريمة نفسها . وذلك حتى يتحقق الانسجام بين القوانين عامة . كما انه من ناحية اخرى لا يجوز ان يتخذ القاضي في حق الصغير تدابير اقصى من العقوبة المفروضة على كامل المسئولية[1] .

تنفيذ الايواء في الاصلاحية :

الجاني المحكوم عليه بالايواء في اصلاحية قانونية يكون ايداعه فيها بمقتضى امر من النيابة العامة يحرر على النموذج الذي يقرره وزير العدل (المادة ٣٢٦ إجراءات جنائية) .

ويشرف قاضي محكمة الاحداث على تنفيذ الاحكام الصادرة على المتهمين الصغار في دائرة محكمته . وكذلك الاوامر الصادرة باتخاذ التدابير الوقائية بشأنهم (المادة ٣٢٨ اجراءات جنائية) .

ويظل الايواء قائماً الى ان يبرهن المحكوم عليه بالفعل على ارتداعه وصلاحيته لأن يكون عضواً نافعاً في المجتمع (المادة ٨٢ /١ عقوبات) .

ويأمر قاضي الاشراف بالافراج عنه اذا ثبت له ذلك بناء على رأي مدير الاصلاحية والطبيب المختص (المادة ٨٢ /٢ عقوبات) .

حالات التعزير بالايواء في إصلاحية :

نظراً لأن الحكم بالايواء في اصلاحية قانونية فيه سلب للحرية فإنه يعتبر

---

(١) الدكتور عبد السلام التونجي ص ١٨١ .
تقضي المادة ٢١ من قانون الاحداث العراقي على ان الحد الأدنى لا يقل عن سنه ، ولا يزيد عن الحد الاعلى لمدة العقوبة المقررة قانوناً لتلك الجريمة .

اشد التدابير التأديبية التي نص عليها . لذلك قصره المشارع على حالتين راعى في الأولى نوع الجريمة والسن وفي الثانية ظرف التكرار على الوجه الآتي :

اولاً ــ في جريمة الحرابة اذا كان الجاني أتم الخامسة عشرة ــ فقد نصت المادة ٨/٢ على انه يعزر بالضرب والايواء في اصلاحية قانونية . فلا يسري هذا الحكم على جريمة السرقة ولا على الجاني الذي لم يبلــغ الخامسة عشرة .

ثانياً ــ في جريمتي السرقة والحرابة اذا تكرر ارتكاب الجريمة وكان الجاني قد تجاوز العاشرة . فقد نصت المادة ٨/٣ على انه يعزر بالضرب والايواء في اصلاحية قانونية . فلا يسري هذا الحكم اذا لم تتوافر حالة التكرار او اذا كان الجاني لم يبلغ العاشرة .

ويلاحظ ان جريمتي السرقة والحرابة المنصوص عليهما في هذا القانون تكونا وحدة واحدة في نصوص التكرار كما سبق ان ذكرنا . فلا يشترط ان تكونان الجريمتين سرقة او حرابة ، حيث يكفي ان تكون احدهما سرقة والاخرى حرابة ، لأن كل منهما يعتبر بحكم القانون من نفس النوع (المادة ٨/٤) .

كما انه في الحالتين المذكورتين لا يحكم بالايواء في اصلاحية قانونية وحده ، حيث يضاف اليه دائماً الضرب .

المَبْحَثُ الخامِسُ

تقدير سن الجاني

تمهيـــد :

لكي يستفيد الجاني من حكم المادة ٨ من القانون الذي يمنع اقامة حدي السرقة والحرابة عليه ، ويسمح فقط باتخاذ التدابير التأديبية بشأنه، يجب الا يكون قد اتم الثامنة عشرة . لأن هذه هي سن البلوغ وفقاً لاحكام الشريعة الاسلامية ، ومن لم يتمها يعتبر صبياً ولا يكون مسئولاً على الوجه الكامل .

كما يلزم ايضاً تحديد السن في هذا النطاق لمعرفة نوع التدبير الذي يتخذ بشأنه ، حيث انه يختلف وفقاً لها . ويتراوح ما بين التوجيه والتوعية والتأنيب ، والضرب الذي يجب ان يتناسب مع السن ، والايواء في اصلاحية قانونية .

وتنص المادة المذكورة على ان السن تحسب بالتقويم الهجري . وهذا على خلاف المتبع في قانون العقوبات حيث تنص المادة ١٣ على انه اذا رتب القانون الجنائي اثراً قانونياً على زمن يحسب ذلك بالتقويم الميلادي [1] .

وقت تحديد السن :

العبرة في تطبيق حكم المادة ٨ يكون بسن الجاني وقت ارتكاب الجريمة.

---

(١) لذلك قررت المحكمة العليا « ان ذهاب الطاعن الى وجوب تقدير سن المجني عليها وفقاً للتقويم الهجري فإنه غير صحيح في القانون . ذلك أن المشرع الليبي تبنى التقويم الميلادي لحساب الأزمنة التي يرتب عليها القانون اثراً » .
جلسة ١٧ نوفمبر سنة ١٩٧٠ م مجلة المحكمة العليا السنة السابعة العدد الثاني يناير ١٩٧١ .

وذلك بغض النظر عن تاريخ اقامة الدعوى ضده او صدور الحكم عليه . وقد نصت على هذا صراحة المادتين ٨٠ و ٨١ عقوبات ، كما انه يستفاد ضمناً من المادتين ١/١ و ٤/٤ من قانون حدى السرقة والحرابة .

فإذا كان الجاني قد ارتكب الجريمة وهو في السابعة عشرة ، ولم تقم عليه الدعوى الا بعد بلوغه الثامنة عشرة ، فإنه لا يجوز ان يتخذ في شأنه سوى التدابير التأديبية (١) .

كذلك الحال بالنسبة لنوع التدبير الذي يوقع . فإذا كان الجاني قد ارتكب الجريمة وهو في الثامنة ، واثناء محاكمته تجاوز العاشرة . فإنه لا يجوز تعزيره بالضرب . ويجب ان يكتفي فقط بالتوجيه والتوعية والتأنيب .

وتطبق نفس القاعدة بالنسبة لجميع الاحكام التي نصت عليها المادة ٨ من القانون .

ويذهب رأي الى أن العبرة يجب ان تكون بوقت رفع الدعوى وليس ارتكاب الجريمة ، استناداً الى ان هذا هو الذي يتفق مع الحكمة من انشاء محكمة الاحداث . لأنه متى كان الجاني قد اتم سن البلوغ ، فإنه لا يكون هناك هدف يتحقق من معاملته على اساس انه لم يبلغها . وذلك بصرف النظر عن تجاوزه هذه السن اثناء المحاكمة ، ما دامت المحكمة كانت مختصة وقت طرح الدعوى عليها (٢) .

---

(١) جلسة ٢٥ نوفمبر ١٩٦١ م مجلة المحكمة العليا ج ٢ ص ٥٣٨ .

(٢) الدكتور حسن صادق المرصفاوي ، اصول الاجراءات الجنائية ، سنة ١٩٦٢م ج ٢ ص ٦١٧ . ولكن القضاء في مصر مستقر على ان تكون العبره بوقف وقوع الجريمة . وهذا هو المستفاد من حكم المواد ٦٥–٦٧ عقوبات . جلسة ١٢ نوفمبر ١٩٤٥ م مجموعة القواعد لقانونية المصرية ج ٦ رقم ٢٢٨ ص ٢٢٣ ، ١١ نوفمبر ١٩٤٦ ج ٧ رقم ٢٢٨ ص ٢٢٣ ، و٥ أكتوبر ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض المصري س ١٥ رقم ١١٠ ص ٥٥٩ .

ولكن لا نميل الى هذا الاتجاه ، حيث يلزم ان ينظر دائماً الى مدارك وشعور الجاني وقت تنفيذه للجريمة ، وان تحدد مسئوليته على هذا الاساس [١] .

اثبات السن :

يثبت السن بشهادة الميلاد الأصلية او بمستخرج منها او بأي مستند رسمي آخر . وعلى القاضي ان يأخذ بها في هذه الحالات ولا مجال له للتقدير لأن القانون يعتد بالاوراق الرسمية في احكامه [٢] ، ويرتب عليها نتائج معترفاً بهـــا [٣] .

اما اذا اختلفت الاوراق الرسمية المقدمة في الدعوى من حيث تقدير

---

(١) يذهب الى ذلك اغلب الفقهاء في مصر ، الدكتور محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات ص ٤٩٤ . الدكتور رؤوف عبيد، مبادىء القسم العام من التشريع العقابي المصري القاهرة سنة ١٩٦٤ م ص ٥٧٠ ، والدكتور احمد فتحي سرور الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية القاهرة سنة ١٩٧٠ م ص ١٨٠ .

(٢) وفي ذلك تقول المحكمة العليا :

ان « اثبات السن وغيرهـــا من الوقائع المتعلقة بالحالة المدينة ، الأصل فيها الا يكون الا بالأوراق الرسمية المعدة لذلك كشهادة الميلاد والمستخرجات من سجلات قيد الوقائع » .

و « الاوراق الرسمية المعـــدة لاثبات الوقائع المتعلقة بالحالـــة المدنية حجه بما تحتويه من بيانات، لا يجوز الطعن فيها او تغييرها او تعديلها الا بالطرق التي رسمها القانون » .

« واذا كان سن المجني عليها محققة بشهادة ميلاد او بأية ورقة رسمية اخرى فعـــلى المحكمة ان تأخذ بتلك الشهادة أو الورقة ولا تقدير لها » .

جلسة ٢ يونيو سنة ١٩٧٠ م مجلة المحكمة العليـــا السنة السابعة العدد الثاني يناير ١٩٧١ .

(٣) يذهب رأي الى ان القضاء في ليبيا لا يكون ملزماً بالاعتماد على وسيلة ما في اثبات السن حتى ولو كانت لها صفة رسمية . وذلك نظراً الى حداثة نشأة سجلات المواليد وعدم الدقة التي تشوب بعضها . الدكتور خالـــد عريم ، مسألة سن الحدث في القانون الجنائي الليبي ، مجلة المحكمة العليا ، السنة الرابعة يناير ١٩٦٨ م ص ٤٢ .

سن المتهم ، فللمحكمة ان ترجح بينها ، وتبني قضاءها على ما تطمئن اليه منهما . واذا لم تجد في ايهما ما تثق فيه ، فإنها تطرحهما وتجري تحقيقاً دون حاجة الى الطعن فيهما او احدهما بالتزوير . وتقديرها في ذلك نهائي ما دامت قد اسسته على ادلة سائغة[١] .

واذا لم يوجد شيء من ذلك في الدعوى فإن القاضي يقدر سن المتهم بنفسه وفقاً لما يراه مناسباً . وله ان يستعين في هذا الشأن بأهل الخبرة كالاطباء والاخصائيين وغيرهم .

الطعن في تقدير السن :

تقدير السن يعتبر من المسائل الموضوعية التي تدخل في اختصاص المحكمة المعروضة عليها الدعوى[٢] . وتفصل فيها وفقاً لاقتناعها الشخصي دون رقابة عليها في ذلك . ولا تقبل المجادلة بشأنه لأول مرة امام المحكمة العليا[٣] .

ولكن هذا يقتضي ان تكون المحكمة قد بحثت مسألة السن واتاحت للمتهم ابداء ملاحظاته وطلباته . فإذا لم يقدم لها ما يثبت خلاف ذلك التقدير ، فأخذت المحكمة به ، فإنه عندئذ لا يستطيع أن يطعن فيه ، حتى ولو استند الى اوراق رسمية لم يسبق ان قدمها اليها ، تثبت حقيقة تاريخ ميلاده[٤] .

---

(١) فقد قررت المحكمة العليا انه « اذا وجد في الملف شهادتان من هذا النوع فإنه يتعين على المحكمة للأخذ بأحدهما دون الاخرى ان تكشف عن عقيدتها في كل منهما ، وأن توضح في حكمها ما حدى بها من اسباب لهذا الترجيح . فإذا لم تجد في ملف الدعوى ما تطمئن اليه ، اجرت تحقيق ذلك بما تملكه من وسائل بغير حاجة الى حصول طعن على احدهما او كليهما بالتزوير » .
جلسة ٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ م مجلة المحكمة العليا حـ ١ ص ٩ .

(٢) جلسة ٧ أبريل سنة ١٩٧٠ م مجلة المحكمة العليا العدد الرابع يوليه سنة ١٩٧٠ ص ٢٠٧ .

(٣) جلسة ٢٩ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة احكام النقض المصري س ٩ رقم ٢٧٢ ص ١١٢٢ .

(٤) وفي ذلك تقول المحكمة العليا « ان تقدير سن المتهم هو من المسائل الموضوعية التي يفصل فيها القاضي على اساس ما يقدم له من اوراق او يبديه اهل الخبرة او ما يراه هو بنفسه فإذا ما =

اما اذا كان المتهم قد دفع امام المحكمة بذلك ، ولكنها لم تتح له فرصة اثباته في الجلسة ، رغم ما يترتب على السن من اثر قانوني من حيث تحديد نوع الجزاء ، فإنها تكون قد اخلت بحقوق الدفاع . ويصبح حكمها معيباً يستوجب نقضه(١) .

وكذلك الحال اذا استقلت المحكمة بتقدير سن المتهم دون سبق التنبيه عليه بهذا او الاشارة اليه بالجلسة(٢) .

ولكي يقبل طعن المتهم يجب ان يكون له مصلحة يبتغيها من الدفع بصغر سنه ، والا يرفض اخذه على الحكم المطعون فيه عدم رد المحكمة عليه ، او أن ردها غير صحيح(٣) . وذلك سواء كان خطأ الحكم يرجع الى انه اعتبر الحدث بالغاً او كان العكس واعتبر البالغ حدثاً .

وتنتفى المصلحة في الطعن اذا كان القانون لا يرتب على تحديد السن اثراً يتعلق بتعيين نوع الجزاء او تقدير مدته(٤) .

اعادة النظر في تقدير السن :

اذا اخطأت المحكمة في تقدير السن يفرق بين حالتين . فإذا كان الخطأ

= ارتضى المتهم سنه المقدرة من قبل المحكمة ولم يقدم لها خلاف ما يثبت هذا التقدير واخذت المحكمة به ، فليس له ان يطعن فيه امام المحكمة العليا ولو استند الى مستخرج رسمي يقدمه لها بتاريخ ميلاده الحقيقي او اي ورقة رسمية اخرى لم يسبق تقديمها الى محكمة الموضوع » .

جلسة ٢١ يناير سنة ١٩٦٦ م مجلة المحكمة العليا ج ٢ ص ٤٢٧ .

(١) جلسة ٥ ديسمبر سنة ١٩٦١ م مجموعة احكام النقض المصري س ١٢ رقم ٢٠٠ ص ٩٦٥ .

(٢) جلسة ١٢ فبراير سنة ١٩٥٧ م مجموعة احكام النقض المصري س ٨ رقم ٤٤ ص ١٥٠ .

(٣) الدكتور رؤوف عبيد ص ٥٧١ .

(٤) الدكتور رؤوف عبيد: « المصلحة في النقض الجنائي» المشكلات العملية الهامة في الاجراءات الجنائية ج ٢ ، القاهرة سنة ١٩٦٣ م ص ٢٣٤ .

ضد مصلحة المتهم كأن يكون قد حكم عليه باعتبار ان سنه اكثر من ثمانية عشرة ثم تبين بأوراق رسمية انه دون ذلك ، فإن المادة ٣٢٩/١ اجراءات توجب على النائب العام او رئيس النيابة رفع الأمر للمحكمة التي اصدرت الحكم لاعادة النظر فيه ويوقف تنفيذ الحكم ، ويجوز اتخاذ الاجراءات المنصوص عليها في القانون . وتتبع عند إعادة النظر القواعد والإجراءات المقررة لمحكمة الاحداث .

اما اذا كان الخطأ في مصلحة المتهم . كأن يكون قد حكم عليه بجزاء من النوع الخاص بالمتهمين الاحداث ثم تبين بأوراق رسمية ان سنه تزيد على ثمانية عشرة سنة ، فإن المادة ٣٢٩/٢ عقوبات تجيز للنائب العام او رئيس النيابة ان يطلب من المحكمة التي اصدرت الحكم ان تعيد النظر في حكمها وتحكم وفقاً للقانون .

ومن ذلك يتضح ان الشارع قد جعل طلب اعادة النظر وجوبي في الحالة الاولى وجوازي في الثانية . وهذا لأنه لا يوقع جزاء على الحدث من غير النوع المقرر له . في حين انه لا يضير البالغ توقيع جزاء عليه من النوع المقرر للحدث (١) .

ويقدم الطلب في الحالتين الى المحكمة التي اصدرت الحكم الأول ، فلا يتغير اختصاصها . وتعيد الفصل في الموضوع وتقضي بالجزاء المناسب وفقاً للقانون . ولكن لا يجوز لها ان تحكم بالبراءة . وذلك لأن اعادة النظر لا تمس هنا بمبدأ الإدانة ، وتتعلق فقط بمضمون الحكم (٢) .

---

(١) الدكتور حسن صادق المرصفاوي ص ٨٣٣ .

(٢) الدكتور احمد فتحي سرور ص ٧٥٩ .

تعليق تنفيذ الأحكام على شرط

في

القانونين الليبي والمصري

اعـــداد

المرحوم / عبد المجيد إبراهيم علوه

وكيل النيابة العامة سابقاً

وعضو بعثة وزارة العدل الليبية للدراسات العليا بكليّة الحقوق

جامعة القاهرة

إشراف

الدكتورة آمال عبد الرحيم عثمان

دبلوم العلوم الجنائية عام ١٩٧٢

وبعد ،

هذا بحث في موضوع « تعليق تنفيذ الأحكام على شرط » أردنا به أن نختبر أبعاد هذا النظام ، ونستطلع أسسه والفلسفة التي يقوم عليها ، مع بيان أحكامه وشروطه في قانوني العقوبات لكل من جمهورية مصر العربيـــة والجمهورية العربية الليبية . وذلك لما يتمتع به هذا النظام من أهمية تتجلى في انتشاره الواسع في التشريعات وتطبيقاته الكثيرة في العمل .

ولا أدعي الاحاطة الشاملة بكل مقومات هذا النظام وأبعاده ، أو التأصيل الكامل لكافة أحكامه في ظل التشريعين المذكورين ، فذلك عمل نرجو أن نقدر على الاضطلاع به في المستقبل . ولكني حاولت — في ظل الظروف المتاحة — ان القي نظرة على كل ذلك .

واذا بدا هذا العمل ناقصاً ، فليلتمس لي العذر انها بداية المحاولات على الطريق ، وان التجربة والخطأ هما السبيل للمعرفة والاجادة ، وان النقص من صفات البشر ، وان كان ذلك يجب ألا يثنيهم عن محاولة الوصول الى الكمال .

ولا بد من كلمة أخيرة هي أن أتوجه بالشكر جزيلاً ، وبالتقدير كاملاً للسيدة الدكتورة آمال عبد الرحيم عثمان على تفضلها بالاشراف على هذا البحث ، فلم تبخل — طوال مرحلة اعداده — بالتوجيه والارشاد اللذين كان لهما عظيم الفضل في إخراجه الى حيز الوجود . والله أسأل أن يلهمنا التوفيق .

القاهرة ١٩٧٢ **عبد المجيد ابراهيم**

٢

مقدمة وخطة البحث

١ — يعتبر نظام وقف التنفيذ من الموضوعات ذات الأهمية البالغة في القانون الجنائي ، فهو من أهم أنظمة تفريد العقاب التي ظهرت في مجال هذا القانون تجاوباً مع الأفكار العلمية التي نادت بمعاملة المجرمين وفقاً لشخصياتهم وظروفهم . بعد أن كشفت عن الاختلاف الكبير بين أسباب الجريمة ، والتنوع الهائل في شخصيات المجرمين وظروفهم ، مما يستتبع بالتالي اختلافاً في المعاملة العقابية التي يستحقها كل منهم ، والتي من شأنها أن تؤدي الى تأهيلهم وتحول دون عودتهم الى الاجرام . يشهد بأهمية ذلك النظام وفائدته ذلك الانتشار الواسع الذي حققه بحيث لا يكاد يخلو تشريع — في النظام اللاتيني على الأقل — من الأخذ به . واذا علم أن وقف التنفيذ انما ظهر لتجنيب المضار التي تسببها عقوبات سلب الحرية ذات المدة القصيرة ، وأن هذه العقوبات أصبحت تشكل نسبة عالية جداً من مجموع الأحكام التي يصدرها القضاء[1] لتبين في وضوح أهمية هذا النظام والحاجة الى دراسته

---

(١) بلغت نسبة الأحكام الصادرة بعقوبة لا تزيد على ستة أشهر في ايطاليا ٦٠ ٪ من مجموع الأحكام الصادرة بعقوبة سالبة للحرية. وفي سويسرا ٨٥٪ . وفي يوغسلافيا بلغت نسبة العقوبات التي تقل عن ستة أشهر ما يقرب من ٨٠٪ . وفي مصر بلغت نسبة المحكوم عليهم بعقوبة قصيرة المدة ٨١,٩٪ من مجموع المحكوم عليهم بعقوبة سالبة للحرية .

أنظر مجموعة أعمال الحلقة العربية الأولى للدفاع الاجتماعي . القاهرة عام ١٩٦٦ ص ١٨٦ . انظر كذلك دراسة احصائية عن الحبس القصير المدة للدكتور أحمد الألفي ، المجلة الجنائية القومية مارس ١٩٦٧ ص ١٩ . مشار الى ذلك كله في كتاب علم الاجرام وعلم العقاب للدكتور يسر أنور علي والدكتورة آمال عبد الرحيم عثمان ؛ طبعة سنة ١٩٧٠ ص ٣٦٢ وما بعدها.

وبيان تنظيمه وأحكامه .

ويعتبر وقف التنفيذ نظاماً حديثاً نسبياً ، إذ ظهر في فرنسا لأول مرة عام ١٨٩١ بمشروع قانون بيرانجيه ، وسبق أن أخذ به القانون البلجيكي الصادر سنة ١٨٨٨ . وقد عرف هذا النظام في مصر لأول مرة عند صدور قانون العقوبات سنة ١٩٠٤ ، وأخذ به المشرع الليبي في قانون العقوبات الصادر عام ١٩٥٣ . وستكون الأحكام التي قررها هذان التشريعان في هذا الخصوص موضوع الدراسة المقبلة . على أن يتعين قبل أن نعرض لهذه الأحكام وتفصيلاتها أن نعطي لمحة تاريخية سريعة نوضح فيها مولد هذا النظام ، ثم نتبين ماهيته وأساسه وموضعه في السياسة العقابية الحديثة ، ثم نختتم البحث بملخص للافكار التى عرضناها خلال البحث كله . وهكذا فاننا سنقسم البحث الى ثلاثة أبواب :

الباب الأول : ونخصصه لمولد نظام وقف التنفيذ .

الباب الثاني : ونخصصه لتعريف نظام وقف التنفيذ وأساسه القانوني .

الباب الثالث : ونخصصه لاحكام وقف التنفيذ في التشريعين الليبي والمصري . وحتى لا نقع في التكرار الممل فاننا سوف لا نعنى بتفصيل ما هو موضوع اتفاق بين التشريعين مع التركيز على أوجه الاختلاف بينهما .

٤

الباب الأول

مولد نظام وقف التنفيذ

٢ — تقسيم : وقف التنفيذ أحد أنظمة تفريد العقاب . والواقع أن فكرة التفريد لم تكن معروفة في العصور القديمة ، فهي حديثة نسبياً . والتفريد أنواع متعددة . ولذلك يقتضي الأمر أن نلقي نظرة سريعة على ظهور فكرة التفريد ، ثم نتبين أنواعه ، وأخيراً نحدد الى أي هذه الأنواع ينتهي وقف التنفيذ . ونتناول هذه الموضوعات في فصول ثلاثة .

الفصل الأول

ظهور فكرة تفريد العقاب

٣ — يمكن القول ان العقوبة وجدت بوجود المجتمعات الانسانية . فلم يفت أقدم هذه المجتمعات أن تلاحظ ان من الأفعال ما يشكل اعتداء على مصالحها واستقرارها ، وان تتوسل بالجزاء لردع مرتكبي هذه الأفعال . ولقد كان الطابع المميز لتلك العقوبات هو الانتقام ، فردياً كان أو جماعياً . ولذلك اتسمت العقوبات بطابع القسوة والشدة .

وفي العصور الوسطى ، حيث سيطرة رجال الدين قوية ، استهدفت العقوبة الاصلاح من آثار الخطيئة ، وان تورث الخوف والرهبة . ومن هنا تحتم أن تكون قاسية وفيها عظة وعبرة[1] .

---

(١) الدكتور يسر أنور علي والدكتورة آمال عبد الرحيم عثمان — علم الاجرام وعلم العقاب — ص ٣١٠ — طبعة سنة ١٩٧٠ .

٥

وظل طابع القسوة بارزاً كذلك ، في ظل القانون الفرنسي القديم ، وكانت أساليب تنفيذ العقوبات لا تراعي ابسط القيم الانسانية . فأسرف في توقيع عقوبة الاعدام ، وكان الحرق ، وبتر الأطراف ، من طرق التنفيذ الشائعة . والذي ساعد على ذلك هو أن الافعال المجرمة لم تكن محددة ومعروفة . ومن هنا تمتع القضاة بسلطات واسعة ، لا من حيث العقوبة التي يستطيعون انزالها بالجاني فحسب ، بل من حيث التجريم كذلك .

ولقد نادى الفلاسفة والمفكرون بضرورة الحد من هذه الفوضى ، احتراماً لحرية الانسان وآدميته . وكان ابرز هؤلاء هو ذلك المحامي الايطالي الشاب شيزارى بيكاريا ، الذي أصدر في منتصف القرن الثامن عشر كتابه عن « الجرائم والعقوبات » نادى فيه بضرورة اصلاح النظام القضائي ، والحد من تحكم القضاة . وقال بيكاريا ، ان هذا الاصلاح لا يتأتى الا بحرمان القضاء من سلطاته الواسعة ، عن طريق تحديد قائمة بالأفعال المجرمة ، وبيان عقوباتها في قانون مكتوب[1] ، بحيث يقتصر دور القاضي على مجرد النطق بالعقوبة المقررة في القانون ، بعد تأكده من مقارفة الجاني للجريمة ، دون أن يكون له حق تشديدها أو تخفيفها . وقد اضطر بيكاريا الى تجميد سلطة القاضي الى هذا الحد بناء على أن تخويله سلطة التفريد سوف يحمل في طياتها خطورة التحكم ، وهو أمر عانت منه الانسانية في القانون القديم[2] . وبذلك جعل بيكاريا من القاضي بوقاً يردد كلمة القانون ، والنتيجة الطبيعية لذلك ، أن ينال مرتكبوا الجريمة الواحدة نفس الجزاء . ولا يرى بيكاريا في ذلك شيئاً من الغرابة ، لان مساواة الأفراد أمام القانون لا تتحقق الا بهذه الطريقة .

غير أن هذه المساواة التي نادى بها بيكاريا ، هي في الحقيقة ، عدم

---

(١) وهذا هو مبدأ الشرعية الذي تلخص في عبارة « لا جريمة ولا عقوبة الا بقانون » .
(٢) دكتور أحمد فتحي سرور – أصول السياسة الجنائية ص ٤٣ طبعة سنة ١٩٧٢ .

مساواة ، ظاهرها العدالة ، وباطنها الاجحاف . ذلك ان بيكاريا نظر الى المجرم نظرة مجردة ، بعيدة عن واقعه وشخصه ، واهتم بالجريمة دون مرتكبها . والواقع من الأمر ، هو أن المساواة الحقة هي التي لا تغفل اختلاف المجرمين من حيث ظروفهم وشخصياتهم ، حتى يتم تقرير الجزاء المناسب تبعاً لهذه الظروف . ولقد لفتت المدرسة التقليدية الجديدة ، الانظار الى هذه الحقيقة عندما اتخذت من العدالة أساساً لها ، لأن العدالة تتطلب التناسب بين مقدار العقوبة ونوعها وبين شخصية المجرم .

ثم جاءت المدرسة الوضعية ، فانكرت هذا النوع من التجريد الذي قال به بيكاريا . وكشفت ، بمنهجها العلمي ، عن الاختلاف الكبير في اسباب الاجرام ، والتنوع الهائل في شخصيات المجرمين ، مما يستتبع بالتالي اختلافاً في الجزاء الذي يجب أن ينزل بكل منهم . ومعنى ذلك أن المجرمين لا يمكن ردعهم بذات الأسلوب حتى ولو كانت جريمتهم واحدة وقد كانت هذه الأفكار الجديدة أساساً لنظم التفريد التي لم تكن معروفة قبل ذلك . أو بمعنى أدق لم تكن واضحة ومحددة ، ذلك أن السياسة الكلاسيكية الجديدة ، عندما رفضت القول بأن المجرم المسئول انسان كامل عاقل ، ورأت أن الادراك قد لا يكون كاملاً لدى البعض ، مما ينتقص من حريته في الاختيار ، فيجب ان تكون المسئولية الجنائية في صورة مخففة ، قد دعت الى التفريد العقابي ، بل ان بعض أنصارها دعا صراحة الى التفريد التنفيذي[1] .

---

(١) د . احمد فتحي سرور – المرجع السابق ص ٤٨ وما بعدها .

الفصل الثاني

أنواع التفريد

٤ – التفريد القانوني : سبق أن أوضحنا أن العقوبة تهدف الى اصلاح الجاني وردعه ، وان المجرمين ، نظراً لاختلاف ظروفهم وشخصياتهم ، لا يمكن ردعهم واصلاحهم بذات الأسلوب . ولذلك كان من الضروري – حتى يتسنى للعقوبة أن تحقق أهدافها – أن يتنوع الجزاء والمعاملة بما يتلاءم مع هذه الظروف والأحوال .

وليس في وسع المشرع أن يحدد الجزاء المناسب لكل حالة ، أو يقرر المعاملة الملائمة لكل مجرم . تماماً كما انه ليس في وسع الطبيب أن يصف دواء واحداً يشفي كل المرضى ويعالج جميع الأمراض . ومن جهة أخرى ، لم يكن ممكناً ترك تحديد العقوبات الى القضاء ، لما في ذلك من اهدار لمبدأ الشرعية . ومن أجل ذلك يقوم النظام القانوني المعاصر على التعاون بين المشرع والقاضي على نحو متفاوت ، في مدى مساهمة كل منهما وفي طبيعة معاييره ووسائله تبعاً لتباين الاتجاهات التشريعية والقضائية المختلفة جزئياً[1] فيقوم المشرع بتحديد الأفعال التي تشكل اعتداء على المصالح الفردية والجماعية الجديرة بالحماية أو التي تخل بالأمن والاستقرار في المجتمع . ويحدد – على أساس من الجسامة التقريبية لتلك الأفعال ودرجة مسئولية مرتكبيها – ما يتناسب معها من عقوبات . والمشرع ، في تحديده لهذه العقوبات يلتزم مسلكاً مرناً يتمثل في تقريره حدين للعقوبة أو وضع عقوبتين على سبيل الخيار

---

(١) أكرم نشأت – الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة – رسالة دكتوراه – القاهرة ١٩٦٥ – ص ٢٦ .

للقاضي ، وفي تحديد بعض ظروف تشديد وتخفيف العقاب ، وكذلك في وقف النطق بالعقوبة أو وقف تنفيذها . وتحديد المشرع للعقوبة ، بهذه الطريقة يعتبر تفريداً قانونياً أو مادياً .

٥ ــ **التفريد القضائي** : وبعد تحديد المشرع للعقوبات بهذه الصورة المجردة ، يقوم القاضي بتقدير العقوبة ، ضمن هذا النطاق ، لكل حالة على حدة ، مستهدفاً حماية المجتمع واصلاح المجرم ، ومراعياً الظروف الشخصية للمتهم ، والمتمثلة في تكوينه البيولوجي والنفسي والاجتماعي ، والظروف التي أحاطت به ساعة ارتكاب الجريمة . وهذا الذي يقوم به القاضي يسمى التفريد القضائي . وهو تفريد شخصي وحقيقي ، لأن القاضي ــ بعد فحصه حالة كل مجرم بالذات ــ يفرض العقوبة المناسبة بناء على هذا الفحص .

٦ ــ **التفريد التنفيذي** : لما كان الهدف من العقوبة هو اصلاح المجرم وتقويم سلوكه ، فانه في مرحلة التنفيذ العقابي يتم التطبيق العملي لأساليب تحقيق هذا الهدف .

ولما كان اسلوب المعاملة الذي يلائم محكوماً عليه معيناً قد لا يلائم آخر ، فقد وجب أن يمتد التفريد الى هذه المرحلة أيضاً . ومن هنا ظهر التفريد التنفيذي الذي يعني الملاءمة بين كيفية التنفيذ وشخصية المحكوم عليه . وصار هذا التفريد من المقومات الأساسية للسياسة الجنائية الحديثة ، ومنحت الهيئات القائمة على تنفيذ العقاب سلطات كافية لجعل العقوبة ملائمة لظروف المحكوم عليه وأحواله الشخصية[1] . وبناء عل ذلك وجدت نظم جديدة تتكفل بتحقيق هذا الغرض مثل الافراج الشرطي والبارول وغيرها .

نخلص من ذلك الى أن التفريد أنواع ثلاثة هي : التفريد القانوني ،

---

(١) اكرم نشأت ــ المرجع السابق ، ص ٢٨ .

والتفريد القضائي ، والتفريد التنفيذي . وان التفريد القانوني تفريد مادي أو موضوعي ، اما النوعان الاخيران فيتسمان بطابع شخصي .

الفَصْل الثالث

موضع وقف التنفيذ بين أنواع التفريد

٧ — ان وقف التنفيذ نظام عقابي ، يتصل بكيفية تنظيم أسلوب المعاملة العقابية . لكن ذلك لا يبرر منح حق تقريره الى السلطة القائمة على تنفيذ العقاب باعتبار أنه أشبه بسائر صور تعديل المعاملة العقابية . ذلك أن تحديد ما اذا كانت العقوبة تنفذ ام لا تنفذ أمر يتصل بمركز المتهم من الوجهتين القانونية والواقعية ، وهي تبعاً لذلك الحريات الفردية ، فينبغي أن يكون الفصل في ذلك من شأن القضاء ، باعتباره وحده موضع الثقة في حماية هذه الحريات (١) . ومن جهة أخرى فان تحديد ما اذا كانت العقوبة ستنفذ أم سيوقف تنفيذها ، هو من العناصر التي تدخل في تقدير العقوبة عند اصدار الحكم . ومن ثم لا يتصور منح تقرير الوقف الى سلطة تنفيذ العقاب ، واذن فهو ليس من نظم التفريد التنفيذي .

سبق أن قلنا — في مقام التمييز بين وقف التنفيذ والاختبار القضائي — ان وقف التنفيذ يجمع بين التفريد القانوني والتفريد القضائي ، بينما قام نظام الاختبار اصلاً ، على مجرد التفريد القضائي . فالاختبار نشأ خارج نطاق التشريع ، ثم ثبتته التشريعات . بينما ولد وقف التنفيذ أصلاً على يد التشريع لكن وقف التنفيذ لا ينفرد ، بين انظمة التفريـــد الأخرى ، بأنه يجمع

(١) د . محمود نجيب حسني — المرجع السابق — ص ٥٨٣ .

بين التفريـــد القانوني والقضائي ، فتلك الانظمة هي الأخرى تتمتع بهـــذه الصفة ، حتى ولو كانت قد نشأت أصلاً خارج نطاق التشريع . اذ لم يعد في وسع القضاء أن يخترع أنظمة من عنده لم ينص عليها القانون ، وذلك احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات ، ومبدأ الشرعية ، من أجل ذلك ، فان التمايز بين أنظمة التفريد لا يقوم على أساس ما اذا كانت تنتمي الى التفريد القانوني ام التفريد القضائي ، اذ هي جميعها قائمة على التفريد القانوني ، لكن التمايز يجري بينها على أساس ما اذا كانت من نظم التفريد القضائي أم من نظم التفريد التنفيذي . وعلى سبيل المثال ، فان المشرع هو الذي ينظم أحكام وشروط كل من العفو القضائي والافراج الشرطي ، غير أن الأول تفريد قضائي بينما الثاني تفريد تنفيذي .

ولقد استبعدنا أن يكون وقف التنفيذ تفريد تنفيذي ، اذ لا يصح ترك أمر تقريره لسلطة تنفيذ العقاب . ولا نرى دقة — في هذا المقام — القول بأنه تفريد قانوني ، اذ لا يكفل ذلك تمييزه عن انظمة التفريد التنفيذي . ولذلك فاننا نرى ان وقف التنفيذ تفريد قضائي — على أن يكون واضحاً انه يقوم — كغيره من انظمة التفريد — على التفريد القانوني . ولذلك فان وصفنا له — في مقام هذه الخصوصية — بأنه تفريد قضائي ، لا ينفي عنه صفة التفريد القانوني.

١١

الباب الثاني

ماهية نظام وقف التنفيذ

٨ – **تمهيد** : سوف نقسم هذا الباب الى ثلاثة فصول نتناول في أولها تعريف وقف التنفيذ وطبيعته ، وفي ثانيها نميز وقف التنفيذ عن الأنظمة المشابهة له ، وفي الفصل الثالث نبين موضع وقف التنفيذ في السياسة العقابية الحديثة .

الفَصْلُ الأول

تعريف النظام وتحديد طبيعته

٩ – **تعريف وقف التنفيذ** : وقف تنفيذ الحكم هو تعليق تنفيذ العقوبة المحكوم بها على شرط موقف خلال مدة يعينها القانون . فهذا النظام لا يلغي فكرة الادانة بل هو يفترض صدور حكم بتقريرها ، غير أن هذا الحكم لا ينفذ الا اذا تحقق الشرط الموقف خلال مدة الوقف ، اما اذا لم يتحقق خلالها أو تحقق بعد انقضائها فان الحكم لا يجوز تنفيذه . ووقف التنفيذ بهذا المعنى هو في مؤداه اعفاء من الجزاء الجنائي (١) .

١٠ – **أساس وقف التنفيذ** : لقد وجهت الى عقوبات الحبس ذات المدة القصيرة انتقادات كثيرة أدت الى البحث عن انظمة يمكن أن تحقق أغراض هذه العقوبات في اصلاح المجرم وتأهيله ، وتتجنب في نفس الوقت مضارها ،

---

(١) الدكتور رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائي ، ص ١٠٦٠ هامش ٢ .

وكان وقف التنفيذ أحد هذه الانظمة [١] .

لقد قيل بأن العقوبة يجب أن تهدف الى اصلاح الجاني وتأهيله لممارسة حياة شريفة والخيلولة دون عودته الى الاجرام ، فهل تسمح عقوبة سلب الحرية ذات المدة القصيرة بأداء هذا الدور التأهيلي ؟ ان التأهيل يتطلب تطبيق برنامج اصلاحي يستغرق مدة طويلة ولا تسمح هذه العقوبة – لقصرها – بأداءهذا الدور. ومن ناحية أخرى فانسلب الحرية قصير المدة يؤدي الى اختلاط المحكوم عليه بغيره من عتاة المجرمين وسط السجون فيتعلم منهم أساليب الاجرام التي لم يكن يعرفها ، وهكذا فانه قد يتردى في هاوية الاجرام بحيث يصعب اصلاحه بعد ذلك . وسلب الحرية خطير الأثر على حياة المحكوم عليه ومستقبله لأنه اذ ينتزعه من وسط عائلته فانه يدخل الاضطراب على علاقاتها ويفقده مورد رزقه فينحرف كلية الى الاجرام أو تضطر عائلته الى ذلك تعويضاً عن مورد الرزق الذي فقد بحبسه ، خاصة اذا ما لوحظ أن المجتمع يرفض عادة تقبله بين مجتمع الشرفاء وتكون النظرة اليه مشوبة بالاحتقار والازدراء . ولما كانت هذه العقوبة قصيرة بطبيعتها فهي لا تنطوي على القدر الكافي من الايلام ومن ثم تفقد المجرم المعتاد رهبة سلب الحرية ، ومعنى ذلك ان اثرها قاصر على المجرم المبتدىء فقط .

ولكن هل تؤدي هذه الانتقادات الى القول بوجوب الغاء عقوبات سلب الحرية قصيرة المدى ؟ لا يمكن التسليم بذلك فهناك بعض المجرمين الذين هم في حاجة الى صدمة سلب الحرية حتى ينتبهوا الى وجوب احترام القانون ، وقد تتطلب اعتبارات العدالة والردع العام توقيع مثل هذه العقوبات . غير أنه يلاحظ أنه في مثل تلك الحالات قد يكفي مجرد النطق بالعقوبة لتحقيق

---

(١) راجع في نقد عقوبات سلب الحرية قصيرة المدة كتاب الدكتور محمود نجيب حسني في علم العقاب . طبعة سنة ١٩٦٧ ص ٥٦٨ وما بعدها .

هذه الاعتبارات ثم العدول عن تنفيذها مع التهديد باحتمال ذلك التنفيذ عند العودة الى الاجرام خلال فترة معينة . وقد وجد ان وقف التنفيذ هو احد الانظمة التي يمكن أن تحقق هذه الأغراض ، فهو يؤدي الى العلاج والتأهيل دون أن ينطوي على سلب للحرية .

١١ – طبيعة وقف التنفيذ :

ان تحديد الطبيعة القانونية لنظام وقف التنفيذ ليس محل اتفاق . اذ يرى البعض[١] انه ليس سوى معاملة ترد على العقوبة التقليدية المحكوم بهـا والمشمولة بوقف التنفيذ . فهو في نظر هذا البعض ليس جزاء جنائياً ، ولا نظاماً من انظمة قانون العقوبات وانما هو وصف يرد على الحكم بالعقوبة فيجرده من قوته التنفيذية[٢] ويرى فيري – وهو أحد مؤسسي المدرسة الوضعية في ايطاليا – ان وقف التنفيذ بديل لعقوبة سلب الحرية . لكن أغلبية الفقه تتشكك في تمتع وقف التنفيذ بذاتية مستقلة ، ويرون انه مجرد كيفية معينة للتنفيذ العقابي سالب للحرية .

ويرى الدكتور محمود نجيب حسني ان وقف التنفيذ هو بديل لسلب الحرية يتصف بالاستقلال ، اذ ان ما ينطوي عليه من تهديد بتنفيذ العقوبة ينتج تأثيراً صالحاً في الارادة من شأنه ان يقود الى التأهيل[٣] .

وواقع الأمر ان وقف التنفيذ يحقق في أغلب الاحوال اغراض عقوبة سلب الحرية . فالمحكوم عليه مع وقف التنفيذ يحجم عن العودة الى الاجرام

---

(١) دكتور احمد فتحي سرور ، أصول السياسة الجنائية ، ص ١٩٨ .
(٢) دكتور احمد فتحي سرور ، الاختبار القضائي ، ص ١٠٣ طبعة سنة ١٩٦٩ .
(٣) دكتور محمود نجيب حسني ، علم العقاب ، ص ٥٧٥ رقم ٤٦١ .

خوفاً من تنفيذ الجزاء المعلق وأملاً في الافلات منه نهائياً ، ومعنى ذلك انه يعمل طوال مدة الوقف على أن يكون سلوكه متفقاً مع القانون . ومتى استطاع مغالبة عوامل الاجرام لديه طوال تلك الفترة أمكن أن يؤمل فيه انه سيقوى على مغالبتها بعد انقضائها . ومعنى ذلك أن هذا النظام قد مكن من تأهيل الجاني وحال دونه ودون العودة الى الاجرام ، ومن هنا صح القول انه بديل مستقل لتنفيذ عقوبة سلب الحرية .

الفصل الثاني

وقف التنفيذ والانظمة المشابهة

١٢ ــ الى جانب وقف التنفيذ هناك انظمة قانونية كثيرة تؤدي دوراً يبدو مشابهاً لدوره لكنه عند التعمق تتضح ذاتية كل منها وتميزه عن وقف التنفيذ . ولذلك يتعين أن نميزه عنها تجنباً للخلط بينهما . وأهم هذه الانظمة هي الاختبار القضائي ، العفو القضائي ، الافراج الشرطي ، البارول ونظام شبه الحرية ، وسنفرد لكل منها مبحثاً خاصاً .

المبحث الأول

وقف التنفيذ والاختبار القضائي

١٣ ــ يعني الاختبار القضائي أن يوقف النطق بالعقوبة [1] ويوضع المجرم

---

(١) هذه هي الصورة الغالبة للاختبار ، ولكن له صور كثيرة أخرى خلال مختلف مراحل الخصومة الجنائية . راجع في ذلك كتاب الدكتور أحمد فتحي سرور الاختبار القضائي طبعة سنة ١٩٦٩ ص ٦٠ وما بعده .

تحت الاشراف والتوجيه ، ويكلف باداء التزامات معينة خلال مدة محددة ، فاذا خالف هذه الشروط والالتزامات خلالها حكم عليه بالعقوبة المقررة .

ويتضح من ذلك ان الاختبار يتفق مع وقف التنفيذ من حيث الهدف ، اذ يرمي كل منهما الى مكافحة الاجرام وتجنب مضار عقوبة سلب الحرية ذات المدة القصيرة . وفي كلا النظامين يتميز مركز المتهم ، خلال فترة التجربة ، بعدم الاستقرار . فهو يعفى من تنفيذ العقوبة ، لكنه مهدد باحتمال هذا التنفيذ اذا ما خالف الشروط والالتزامات المفروضة . على أن هذه الأوجه من الشبه لا تنفي فروقاً أساسية قائمة بين النظامين ، اهمها :

(١) أن وقف التنفيذ يفترض صدور حكم بالعقوبة ثم يعلق تنفيذها ، اما الاختبار فيفترض — في صورته الغالبة — تعليق النطق بالعقوبة ذاته .

(٢) نشأ نظام الاختبار خارج نطاق التشريع ثم تبنته التشريعات ، أما وقف التنفيذ فقد ظهر على يد التشريع . ولذلك فان وقف التنفيذ يجمع بين التفريد القانوني والتفريد القضائي ، بينما قام نظام الاختبار اصلاً على مجرد التفريد القضائي [1] .

(٣) يتمتع الاختبار بذاتية مستقلة سواء اعتبر تدبيراً تهذيبياً أو جزاء جنائياً أو معاملة عقابية ، اما ذاتية وقف التنفيذ فهي محل شك ، اذ هو في رأي أغلب الباحثين كيفية معينة لاسلوب التنفيذ العقابي .

(٤) يتميز وقف التنفيذ بطابع سلبي ، فهو يترك المحكوم عليه وشأنه دون رقابة أو اشراف يساعدان على عدم عودته الى الاجرام ، اما الاختبار فيتسم بالايجابية ، اذ يفرض على الخاضع له التزامات معينة ويضع سلوكه

---

(١) د . احمد فتحي سرور ، الاختبار القضائي ص ١٠٠ .

تحت الرقابة والتوجيه .

(٥) قبول المتهم للوضع تحت الاختبار شرط لتقريره ، بينما انه لا دخل لارادة المتهم أو رغبته للحكم بوقف النفاذ .

(٦) لا يلغى وقف التنفيذ الا اذا ارتكب المحكوم عليه جريمة بمعناها القانوني ، اما في الاختبار فلا يشترط ان يصل الفعل حد الجريمة ، بل يكفي ان يشكل مخالفة للالتزامات وانماط السلوك المطلوب من المتهم اتباعها .

ولا يفوتنا ان نلاحظ ان هذه الفروق انما تقوم بين الاختبار القضائي وبين وقف التنفيذ في صورته التقليدية ، اما وقف التنفيذ في صورته المتطورة والتي أضيفت اليه فيها تدابير الرقابة والتوجيه ، فانه قد اقترب الى حد كبير من الاختبار مما يجيز اعتباره صورة من الاختبار [1] .

المبحث الثاني

وقف التنفيذ والعفو القضائي

١٤ — يفيد العفو القضائي امتناع المحكمة عن توقيع أي جزاء جنائي على المتهم الصغير اكتفاء بما اتخذ قبله من اجراءات التحقيق والمحاكمة ، وذلك اذا غلب لديها الاحتمال بأنه لن يعود الى الاجرام .

والعفو بهذه الصورة يشبه وقف التنفيذ من حيث ان كلاً منهما يهدف

---

(١) دكتور محمود نجيب حسني – المرجع السابق – ص ٦٠٧ .

الى تجنب مضار سلب الحرية قصير المدة ، ويرجى من ورائه اصلاح المتهم من مجرد التهديد ، مع اختلاف بينهما في قدر هذا التهديد . اذ يرى المشرع انه يكفي بالنسبة للصغار ان تتخذ اجراءات المحاكمة والتحقيق قبلهم ، بينما يلزم للكبار قدر اكبر من التهديد المتمثل في النطق بالعقوبة ثم وقف تنفيذها . ويتفق النظامان كذلك في ان كلاً منها يتسم بالسلبية ، فلا يفرضان على المتهم التزامات معينة عدا عدم العودة الى الاجرام ، ولا يقدمان له المساعدة والتوجيه لمقاومة الدوافع الاجرامية لديه . على ان هذه الاوجه من الشبه لا تنفى بعض الفروق القائمة بين النظامين :

(١) فالعفو القضائي مقرر لمصلحة صنف خاص من المجرمين ، هم الصغار . أما وقف التنفيذ فهو يمنح للصغار والكبار على السواء . وهو يقرر للصغار عندما يرى انهم في حاجة الى قدر اكبر من التهديد لا يحققه العفو .

(٢) في العفو القضائي لا ينطق القاضي بالعقوبة ، بل يقرر منح العفو القضائي للصغير [1] أما وقف التنفيذ فيفترض النطق بالعقوبة ثم تقرير وقف تنفيذها .

(٣) العفو القضائي لا يمنح ، كما في القانون الليبي ، أكثر من مرة ولكن يجوز تقرير وقف التنفيذ ، للمحكوم عليه الواحد ، أكثر من مرة .

(٤) اذا ارتكب المحكوم عليه مع ايقاف التنفيذ جريمة خلال مدة الوقف ، فان ذلك قد يؤدي الى الغائه ، اما اذا ارتكب الصغير الذي سبق أن منح العفو القضائي جريمة تالية ، فانه لا يجوز منحه العفو مرة أخرى ، ولكن

---

(١) راجع كتاب الدكتور احمد عبد العزيز الالفي- شرح قانون العقوبات الليبي القسم العام . طبعة سنة ١٩٦٩ – ص ٥٢٦ رقم ٣٨٩ .

ليس ثمة ما يحول دون جواز وقف تنفيذ عقوبة هذه الجريمة الأخيرة .

١٥ ــ وقد نظم المشرع الليبي أحكام وشروط العفو القضائي في المادة ١١٨ من قانون العقوبات ، فنصت هذه المادة على أنه « اذا ارتكب الصغير دون الثامنة عشرة جريمة يعاقب عليها بعقوبة مقيدة للحرية لمدة لا تزيد على سنتين أو بغرامة لا تجاوز خمسين جنيهاً أو بالعقوبتين معاً جاز للقاضي أن يمنحه العفو القضائي اذا توافرت الظروف المنصوص عليها في المادة ١١٣ من هذا القانون . وتسقط الجريمة بصيرورة الحكم بالعفو نهائياً . ولا يجوز منح العفو القضائي للصغير الذي سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية كما لا يجوز منحه أكثر من مرة واحدة » .

١٦ ــ وبناء على ذلك فانه لكي يتقرر العفو القضائي يجب أن تتوافر الشروط الآتية :

(١) ان يكون المتهم صغيراً لم يبلغ الثامنة عشرة . فالعفو مقرر لمصلحة الصغار وحدهم ، ويراد به تجنب الزج بهم في وسط السجون حتى لا يتعلموا من أساليب الاجرام ما لم يكونوا يعرفونها ، وقد تكون جرائمهم مجرد حدث عارض لا تنبىء عن ميول اجرامية .

(٢) ان تكون العقوبة التي ينص عليها القانون كجزاء لارتكاب هذه الجريمة عقوبة مقيدة للحرية ، كالحبس أو الارسال الى الاصلاحية بشرط الا تزيد على سنتين ، أو أن تكون غرامة لا تجاوز خمسين جنيهاً أو العقوبتين معاً . والعبرة هنا ، عند احتساب الحد الاعلى للعقوبة ، بما يقرره القانون لا بما ينطق به القاضي .

(٣) الا يكون الصغير قد سبق الحكم عليه بعقوبة جناية . وقد افترض

المشرع أن الحكم بعقوبة جناية قرينة قاطعة على خطورة الحدث ونزعته الى الاجرام . وهذا فرض تحكمي اضطر اليه المشرع ؛ فهو في الواقع ليس صحيحاً في كل الأحوال . على أنه يلاحظ من ناحية أخرى أن من طبق الحكم عليه بعقوبة الجناية ، يكون ، غالباً ، قد جرب حياة السجون ، وذاق سلب الحرية ، فلا يجدي فيه مجرد التهديد الذي ينطوي عليه العفو القضائي ، ولم تعد الرغبة قوية في تجنيبه وسط السجون .

(٤) ان تتوافر الظروف التي نص عليها القانون في المادة ١١٣ ، أي أن ترى المحكمة من اخلاق المحكوم عليه وماضيه ، وسنه ، والظروف التي ارتكب فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود الى ارتكاب جرائم جديدة وهي الظروف التي اشترط توافرها فيمن يراد منحه وقف التنفيذ .

(٥) الا يكون الصغير قد سبق ان منح العفو القضائي ، فالعفو لا يمنح الا مرة واحدة . فاذا لم تتنبه المحكمة الى أن الصغير سبق أن منح العفو فمنحته اياه ، جاز الطعن في حكمها بطرق الطعن المقررة قانوناً .

١٧ ــ الحكم بالعفو : اذا توافرت الشروط السابقة ، فليس للمتهم ان يتمسك بوجوب منحه العفو ، فتقرير ذلك جوازي للقاضي وخاضع لسلطته التقديرية ، بحسب ظروف الواقعة ، وبحسب تقديره ما اذا كان هناك احتمال لاصلاح الجاني دون تنفيذ العقاب عليه . فللقاضي ان يمنح الصغير العفو ، وله أن يحجبه عنه اذا قدر أنه غير جدير به . ولم تنص المادة ١١٨ على وجوب تسبيب منح العفو القضائي ، الا أن هذا لا يحتاج الى نص ، فالتسبيب واجب تطبيقاً للقواعد العامة ، وحتى تستطيع محكمة النقض ان تمارس رقابتها على أحكام القضاء . فالأصل انه متى ثبتت ادانة المتهم ، وكان اهلاً للعقاب ، وجب توقيعه عليه . ولما كان العفو القضائي قد جاء على خلاف هذا الأصل

لزم تسبيبه . وتطبيقاً لنفس هذه القواعد ، فان القاضي غير ملزم ببيان اسباب عدم منحه العفو .

١٨ ـ آثار العفو : متى حكمت المحكمة بمنح الصغير العفو القضائي ترتب على ذلك ، وفقاً للمادة ١١٨ المذكورة ، سقوط الجريمة . ويكون هذا السقوط من تاريخ صيرورة الحكم بالعفو نهائياً . والواقع أن تعبير « سقوط الجريمة » غير دقيق ، فالذي يسقط هو حق الدولة في العقاب ، نتيجة لصيرورة حكم العفو نهائياً واكتسابه قوة الشيء المقضي ، فلا يجوز رفع الدعوى بعد ذلك احتراماً لحجية الاحكام . أما الجريمة نفسها ، فمتى ارتكبت فقد اضحت من الواقع ، والواقع لا يمحى .

المبحث الثالث

وقف التنفيذ والافراج الشرطي

١٩ ـ الافراج الشرطي هو اطلاق سراح المسجون قبل انتهاء مدة العقوبة المحكوم بها عليه ، وذلك اذا توافرت شروط معينة تدعو في مجملها الى الثقة بتقويم نفسه . ويكون الافراج معلقاً على شرط هو اخلال المفرج عنه بالتزامات معينة يحددها القانون . فاذا تحقق هذا الشرط ، خلال المدة المتبقية من العقوبة ، الغي الافراج واعيد المحكوم عليه الى السجن لتنفيذها عليه ، اما اذا لم يتحقق الشرط خلالها اصبح الافراج نهائياً ، فلا يجوز تنفيذ باقي العقوبة ويتحلل المفرج عنه من الالتزامات المفروضة عليه .

ووقف التنفيذ والافراج الشرطي كلاهما يهدف الى تحقيق أهداف التفريد

ويتسمان بطابع السلبية . فالافراج الشرطي باعتباره نوعاً من المعاملة العقابية ، فان وضع المفرج عنه تتولد له عنه عدة حقوق ، ويلتزم بمقتضاه بعدة التزامات . فالحقوق تتمثل في تلقي المساعدة من الدولة حتى يتم تأهيله وتمكينه من الاندماج من جديد في المجتمع . واما الالتزامات فتتمثل في بعض القيود التي يفرضها القانون على المفرج عنه حتى يتسنى للدولة الاشراف عليه ومراقبة سلوكه خلال فترة الافراج[1] ومع ذلك فان بعض القوانين كالمصري والليبي قد اقتصرت على فرض بعض القيود والالتزامات ، ولم تقرر تقديم المساعدة الى المفرج عنه لتمكينه من التكيف مع المجتمع . ونظام وقف التنفيذ لا يفرض على المحكوم عليه قيوداً أو التزامات[2] ولا يمد اليه يد العون والمساعدة بل يترك لشأنه ، ان شاء اصلح نفسه ، وان شاء انزلق بها الى الاجرام فيلغي وقف التنفيذ .

وتتمثل اهم الفروق بين نظامي وقف التنفيذ والافراج الشرطي في الآتي :

(١) فوقف التنفيذ يرمي الى تجنيب المحكوم عليه وسط السجون المفسد ، لآثاره الضارة فيه . بينما يفترض الافراج الشرطي ان المحكوم عليه قد دخل السجن ، وذاق مرارة سلب الحرية ، فاصلحت العقوبة من شأنه ، ولذلك رئي تعديل نوع المعاملة العقابية نحوه .

(٢) وقف التنفيذ تفريد قضائي ، يختص القضاة بتقريره . لكن الافراج الشرطي تفريد تنفيذي تقوم به السلطة القائمة بتنفيذ العقاب ، وتمنحه لمن تراه جديراً به من بين نزلاء المؤسسة العقابية .

---

(١) الدكتورة فوزية عبد الستار – مبادىء علم الاجرام وعلم العقاب طبعة سنة ١٩٧٢ ص ٣٩٢ – رقم ٥٠٣ .

(٢) باستثناء الشرط الذي علق عليه الوقف وهو عدم عودة المحكوم عليه الى مخالفة القانون .

(٣) لا يلغى وقف التنفيذ الا اذا ارتكب المحكوم عليه ، خلال مدة الوقف ، جريمة بمعناها القانوني . ولكن لا يشترط في السلوك الذي يجيز الغاء الافراج الشرطي ان يصل حد الجريمة ، بل يكفي ان يشكل مخالفة للقيود والالتزامات المفروضة على المفرج عنه .

(٤) المدة التي يوقف التنفيذ خلالها ثابتة ، لا تختلف باختلاف العقوبة المحكوم بها ، فهي ، كما في التشريع المصري ، ثلاث سنوات تبدأ من صيرورة الحكم نهائياً . اما المدة التي يجوز الغاء الافراج الشرطي خلالها ، فهي المدة المتبقية من العقوبة ، ولذلك فهي تختلف من حالة الى اخرى .

المبحث الرابع

وقف التنفيذ والبارول

٢٠ ــ البارول هو الافراج عن المحكوم عليه بعد تنفيذ قدر من العقوبة ثم اخضاعه لنوع من الاشراف والتوجيه والمساعدة ، ويجوز الغاء الافراج اذا ارتكب المفرج عنه جريمة جديدة أو فشل في اتباع قواعد البارول المفروضة عليه[1] .

وواضح ان البارول يختلف عن وقف التنفيذ ، وتبدو اهم هذه الفروق فيما يلي :

---

(١) راجع في تعريف هذا النظام وشروطه كتاب علم الاجرام وعلم العقاب للدكتور يسر انور علي ، والدكتورة أمال عبد الرحيم عثمان ــ طبعة سنة ١٩٧٠ ــ ص ٤٨٥ وما بعدها .

(١) وقف التنفيذ تفريد قضائي ، اما البارول فتفريد تنفيذي تختص بتقريره سلطة تنفيذ العقاب .

(٢) وقف التنفيذ ذو طابع سلبي ، لكن البارول يتسم بالإيجابية . فهو لا يترك الخاضع له وشأنه ، بل يفرض عليه التزامات معينة ويخضعه لنوع من الاشراف والتوجيه تساعده على اتباع الطريق المتفق مع القانون .

(٣) حتى يجوز الغاء وقف التنفيذ لا بد ان يشكل الفعل سبب الالغاء جريمة بمعناها القانوني ، بينما يكفي لالغاء البارول ان يخالف الخاضع له الشروط والالتزامات المفروضة عليه ولو لم تصل حد الجريمة .

(٤) وقف التنفيذ يهدف الى تجنيب المحكوم عليه وسط السجون المفسد نظراً لآثاره الضارة عليه ، لكن البارول يفترض ان المحكوم عليه قد دخل السجن ونفذ عليه قدر من العقوبة ثم رئي الاكتفاء بهذا القدر وتغيير نوع المعاملة العقابية التي يخضع لها .

المَبْحَثُ الخامِسُ

وقف التنفيذ ونظام شبه الحرية

٢١ – التدريب على الحرية هو ان يطلق سراح المحكوم عليه بعقوبة مشمولة بالنفاذ خلال اقامته بالمؤسسة العقابية بغية اصلاحه وتدريبه على الحرية الاجتماعية . ويتم ذلك عن طريق الحاقه بعمل خارج المؤسسة وتحت اشرافها أو السماح له بالتغيب عنها فترة من الوقت ثم العودة اليها .

والتدريب على الحرية بهذه الصورة تفريد تنفيذي تتولاه السلطة القائمة على تنفيذ العقاب ، اما وقف التنفيذ فهو تفريد قضائي . ووقف التنفيذ يرمي الى الحيلولة دون تأثر المحكوم عليه بوسط السجون نتيجة اختلاطه بكبار المجرمين ، اما نظام شبه الحرية فهو يفترض ان المحكوم عليه قد دخل السجن وذاق مرارة سلب الحرية ، ثم رئي تعديل المعاملة العقابية نحوه عن طريق التخفيف من حدة القيود التي تفرضها انظمة السجن ، وبغرض اعداده تدريجياً لمواجهة الحياة في المجتمع .

الفصل الثالث

وضع وقف التنفيذ في السياسة العقابية الحديثة

٢٢ ـ لقد وجهت لنظام وقف التنفيذ عدة انتقادات ، غير أنها لم تقو على الغائه وانما أدت الى تعديله وتطويره ، ورغم ذلك فان الحاجة قد تدعو أحياناً الى الابقاء عليه في صورته التقليدية .

وأول ما وجه الى هذا النظام من انتقاد هو أنه لا يحقق المساواة بين مرتكبي الجريمة الواحدة أو الجرائم المتقاربة من حيث الجسامة . اذ ليس من العدل ان يرتكب شخصان جريمة واحدة فيحكم على احدهما بعقوبة مشمولة بالنفاذ بينما يحكم بها على الآخر مع وقف التنفيذ .

وهذا الانتقاد يقوم على فهم خاطىء للمساواة ، اذ يراها بمعناها المجرد الذي يقوم على التناسب بين الجريمة والعقوبة ، دون أن يأخذ في الاعتبار الظروف الواقعية للجريمة والمجرم . ان المساواة الحقيقية هي التي لا تغفل اختلاف المجرمين من حيث ظروفهم وشخصياتهم ودوافعهم الى الاجرام وحاجتهم بالتالي الى أنواع من المعاملة تتفق وهذه الظروف .

وقيل ان هذا النظام يهدر اعتبارات العدالة والردع العام لأنه يؤدي الى عدم الحاق الايلام بمجرم ثبتت ادانته .

وهذا الانتقاد هو الآخر ليس صحيحاً ، ذلك ان وقف التنفيذ يخضع لسلطة القاضي التقديرية بعد دراسته لوقائع القضية وظروف المتهم ، وهو لا يأمر به اذا ما قدر ان من شأنه المساس بالعدالة أو اعتبارات الردع العام . ثم ان وقف التنفيذ لا يهدر تماماً هذه الاعتبارات لأنه بما ينطوي عليه من تهديد باحتمال تنفيذ العقوبة عند مخالفة شروط الوقف ، يحقق هذه الاعتبارات .

على أن النقد الجدي الذي وجه الى نظام وقف التنفيذ هو انه نظام سلبي ، يترك المحكوم عليه وشأنه دون أن يقدم اليه المساعدة ، أو يقرر اشرافاً على سلوكه بقصد معاونته على مغالبة عوامل الاجرام لديه والأخذ بيده الى اتباع السلوك المتفق مع القانون ، ويكتفي بتهديده باحتمال تنفيذ العقوبة الموقوفة اذا عاد الى الاجرام خلال فترة الوقف . ومعنى ذلك أن وقف التنفيذ في صورته التقليدية لا يحقق المعنى الكامل للدفاع الاجتماعي (١) .

ونتيجة لهذا النقد الأخير اتجهت بعض التشريعات الى محاولة الاستفادة من الطابع الايجابي في الاختبار القضائي المتمثل في فرض تدابير الرقابة والتوجيه ، ومزجت بين نظامي وقف التنفيذ والاختبار ، وظهر ذلك في صورة نظام « وقف التنفيذ مع الوضع تحت الاختبار الذي يعتبر صورة متطورة لوقف التنفيذ ، اذ بمقتضاه يحكم بالعقوبة مع وقف النفاذ ، ثم يوضع المحكوم عليه مدة الوقف تحت الاختبار فيلزم باتباع سلوك معين ويخضع للاشراف والتوجيه ؛ وتقدم اليه شتى أنواع المساعدة قصد تمكينه من مقاومة

---

(١) دكتور أحمد فتحي سرور ، الاختيار القضائي ، طبعة سنة ١٩٦٩ ، ص ١٠٦ .

الدوافع الاجرامية واتباع السلوك المتفق مع القانون .

ومن الجدير بالملاحظة أن نظام وقف التنفيذ مع الوضع تحت الاختبار يؤدي الى اختلاف نوع السلوك المطلوب من المحكوم عليه اتباعه ، عما هو مطلوب منه في ظل نظام وقف التنفيذ التقليدي . فعلى حين يطلب منه في ظل هذا النظام الأخير الا يرتكب الجريمة بمعناها القانوني خلال فترة التجربة ، فان المطلوب منه في ظل نظام وقف التنفيذ مع الوضع تحت الاختبار الا يرتكب الاثم في مختلف صوره اللاجتماعية . وغني عن البيان ان هذا الاختلاف يؤدي الى اختلاف في الاسباب التي يؤسس عليها الغاء الوقت في كل منهما .

على أن ظهور وقف التنفيذ في صورته المتطورة لم يؤد الى الغائه في صورته التقليدية ، اذ تدعو الحاجة الى استخدامه في هذه الصورة الاخيرة بالنسبة لبعض المجرمين الذين يكفي لاصلاحهم مجرد الانذار الذي يحققه وقف التنفيذ التقليدي ، وهم في غير حاجة بعد ذلك الى رقابة أو مساعدة . ومن هنا أمكن القول بقيام وقف التنفيذ في صورتيه التقليدية والمتطورة في ظل النظام القانوني الواحد ، اذ كل منهما مفيد لصنف من المجرمين [1] .

---

(١) دكتور محمود نجيب حسني ، علم العقاب ، طبعة سنة ١٩٦٧ ص ٥٨٨ .

الباب الثالث

أحكام وقف التنفيذ في التشريعين الليبي والمصري

٢٣ ــ أحكام وقف التنفيذ في القانون الليبي تناولها الفصل الأول من الباب الخامس الوارد في الكتاب الأول من قانون العقوبات ، وتحدثت عنها المواد ١١٢ الى ١١٧ ، أما في القانون المصري فقد تناولتها المواد ٥٥ الى ٥٩ من قانون العقوبات الواردة في الباب الثامن من الكتاب الأول من هذا القانون . وفي التشريعين كليهما جاءت هذه الاحكام تحت عنوان « تعليق تنفيذ الاحكام على شرط » . وهذه الاحكام تكاد تكون متطابقة في أغلب النصوص بل انها احياناً تكون متطابقة حرفياً . ومرجع ذلك الى أن القانون المصري يعتبر من المصادر الرئيسية التي استقى منها المشرع الليبي .

ووقف التنفيذ يجمع بين التفريد القانوني والتفريد القضائي ، وهو من جهة كونه تفريداً قانونياً يتولاه المشرع ، فينظم احكامه ويضع له قواعد مجردة تتسم بالمرونة حتى تتيح للقاضي فرصة تطبيقها على الوقائع المعروضة عليه . أما من جهة كون وقف التنفيذ تفريداً قضائياً فتلك مهمة ينهض بها القاضي الذي هو بحكم طبيعة عمله اقرب الى ملامسة الظروف الواقعية للجريمة والمجرم . ووقف التنفيذ لا يقرر وضعاً مستقراً للمحكوم عليه الا اذا مرت فترة الوقف بسلام ، اما خلال تلك الفترة فان المحكوم عليه يبقى مهدداً باحتمال الغائه وتنفيذ العقوبة عليه بالتالي . على أن المشرع لا يجيز الغاء الوقف لمجرد مخالفة المحكوم عليه للقانون بأية صورة وانما يتطلب شروطاً معينة في

الجريمة والعقوبة التي من شأنها أن تؤدي الى هذا الالغاء .

وسنقسم هذا الباب الى خمسة فصول : نتناول في أولها شروط الوقف . وفي ثانيها الأمر بالوقف والآثار التي يرتبها . ونخصص الفصل الثالث للحالات التي يلغى فيها وقف التنفيذ ، والفصل الرابع لاجراءات الالغاء وآثاره . أما الفصل الخامس فيتناول بالدراسة الآثار التي تترتب على مرور فترة الوقف دون ان يلغى خلالها .

الفصل الأول

شروط وقف التنفيذ

٢٤ ــ سبق أن أوضحنا أن وقف التنفيذ يهدف الى تجنب مضار سلب الحرية قصير المدة عن طريق ايجاد اسلوب للمعاملة يتلافى هذه المضار ويحقق في الوقت نفسه اصلاح الجاني بحيث لا يعود الى مخالفة القانون . وتقرير الوقف مبني على غلبة الاحتمال بأن الجاني لن يعود الى الاجرام ، وانه يكفي في شأنه هذا الأثر التهديدي الذي يحدثه النطق بالعقوبة ووقف تنفيذها . وقد كانت هذه الفكرة حرية بأن تقصر البحث في شروط ايقاف التنفيذ على شخصية المتهم للتعرف على احتمالات التأهيل لديه والسبيل الى تحقيقها . ولكن الشارع لا يتبع عادة هذه الحطة[1] . فقد تطلب المشرع المصري شروطاً في الجريمة وفي العقوبة الى جانب الشروط التي ترجع الى الجاني . واكتفى المشرع الليبي بوجوب توافر شروط معينة في الجاني وفي العقوبة المحكوم بها . وسنتناول في مباحث ثلاثة شروط الجريمة ، شروط المجرم وشروط العقوبة .

(١) دكتور محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ٥٨٨ رقم ٤٧٥ .

المَبحَث الأول

شروط الجريمة

٢٥ – طبقاً للمادة ٥٥ من قانون العقوبات المصري يشترط في الجريمة التي يجوز وقف تنفيذ عقوبتها ان تكون جناية أو جنحة . ويتصور وقف تنفيذ عقوبة الجناية اذا استخدمت فيها ظروف الرأفة فهبطت العقوبة الى الحد الذي لا يتعارض مع الحد الاعلى للعقوبة الجائز وقف تنفيذها . ومؤدى هذا الشرط أن تستبعد من نطاق الوقف الاحكام الصادرة في مواد المخالفات . ولذلك فان الحكم يكون باطلاً لمخالفته للقانون ، اذا هو قضى بوقف تنفيذ عقوبة صادرة في مخالفة . وقيل تبريراً لاستبعاد المخالفات في هذا المجال ان عقوبتها بسيطة وغالباً ما تكون هي الغرامة ، ولا يسيء دفعها بشيء الى المتهم . غير انه يلاحظ ان هناك مخالفات تكون عقوباتها هي الحبس وجوباً ، كما أن الغرامة التي يعجز المحكوم عليه عن سدادها تنقلب الى سلب للحرية ، اذ ينفذ عليه بطريق الاكراه البدني . ومعنى ذلك أن نظام وقف التنفيذ لا يحقق غرضه كاملاً من حيث تجنب مضار سلب الحرية قصيرة المدة ، اذ لا سبيل الى تجنب هذه المضار في مثل هذه الاحوال الخاصة بأحكام المخالفات وهي بطبيعتها قصيرة المدة . ومن جهة أخرى فانه ليس من المنطق ان يخول القاضي سلطة وقف تنفيذ عقوبة الجنحة ويسلب هذا الحق في المخالفة ، وقد يتفق ان يتهم نفس الشخص بجنحة ومخالفة فيستطيع القاضي وقف تنفيذ عقوبة الأولى دون الثانية . ولهذا يرى البعض أنه كان من الأصوب ان يجاز

وقف التنفيذ في المخالفات [١] . ولم يكتف الشارع المصري باستبعاد المخالفات بل انه ينتقي من الجنح انواعاً يقدر أهميتها فيحظر فيها وقف التنفيذ ، مثال ذلك الجرائم الاقتصادية وجرائم التموين . وقد يبرر هذا المسلك بانه يراد به تغليب اعتبارات الردع العام .

ويرفض الفقه الحديث مسلك بعض التشريعات التي لا تجيز وقف تنفيذ الأحكام الصادرة في مواد الجنايات بحجة انها جرائم جسيمة وتدل على خطورة مرتكبيها ، ويرى انه لا ينبغي النظر الى الجسامة المجردة الجريمة ، بل يتعين النظر الى ظروفها الواقعية وظروف مرتكبها ، فقد تكشف هذه عن جدارة مرتكبي هذه الجرائم للتمتع بوقف التنفيذ . وهكذا فان الاتجاه الغالب يرى وجوب التخلي عن اشتراط اية شروط في الجريمة ، اكتفاء بشروط الجاني وشروط العقوبة . وقد ساير التشريع الليبي هذا الاتجاه الحديث ، فلم يشترط شروطاً في الجريمة بل أجاز الوقف سواء كانت الجريمة جناية أو جنحة أو مخالفة ، وذلك واضح من نص المادة ١١٢ من قانون العقوبات التي قالت في فقرتها الأولى « يجوز للمحكمة عند الحكم بالحبس لمدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة أن تأمر في نفس الحكم بايقاف تنفيذ العقوبة لمدة خمس سنوات تبدأ من اليوم الذي يصبح فيه الحكم نهائياً .

---

(١) د . محمود محمود مصطفى – شرح قانون العقوبات – القسم العام ص ٦٣٥ .

٣١

المبحث الثاني

شروط الجاني

٢٦ ـ تناولت المادة ٥٥ من قانون العقوبات المصري هذه الشروط وقالت ، انه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ « اذا رأت من اخلاق المحكوم عليه وماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود الى مخالفة القانون » . ونص المادة ١١٣ من قانون العقوبات الليبي ترديد لنص المادة ٥٥ غير أن المشرع الليبي عبر في آخر المادة بقوله « لن يعود الى ارتكاب جرائم اخرى » . وواضح من النصين انهما لم يضعا شروطاً مجردة وجامدة ، بل نصا على شروط تتسم بالمرونة وتترك للقاضي مجالاً واسعاً للتقدير ، اذ الأمر متروك لاعتقاده في مدى غلبة احتمال عدم عودة الجاني الى الاجرام للقول بوقف تنفيذ العقوبة . وعلى القاضي بعد مراجعة كافة ظروف الجاني ، ومنها الظروف والأحوال التي نص عليها المشرع ، ان يسائل نفسه هل هناك احتمال لاصلاح الجاني دون حاجة الى تنفيذ العقوبة عليه ؟ فاذا أجاب بالايجاب قرر الوقف . والتعرف على أخلاق المتهم وماضيه وسنه وظروف ارتكابه الجريمة كان يستلزم النص على ضرورة القيام ببحوث اجتماعية ، واجراء فحص لشخصية المتهم وذلك حتى يلم القاضي الماماً كافياً بهذه الظروف بعد أن توضع أمامه هذه الدراسة العلمية الواسعة . لكن المشرعين الليبي والمصري لم ينصا على شيء من ذلك . على أن يستحسن ان يتحرى القاضي عن ظروف المتهم واخلاقه وماضيه ولا يكتفي بالبحث السطحي في الأوراق المعروضة ، ويجب الا يقتصر بحثه على ظروف المتهم وسلوكه قبل ارتكاب الجريمة ، بل يجب ان يمتد الى

٣١

المبحث الثاني

شروط الجاني

٢٦ ـ تناولت المادة ٥٥ من قانون العقوبات المصري هذه الشروط وقالت ، انه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ « اذا رأت من اخلاق المحكوم عليه وماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود الى مخالفة القانون » . ونص المادة ١١٣ من قانون العقوبات الليبي ترديد لنص المادة ٥٥ غير أن المشرع الليبي عبر في آخر المادة بقوله « لن يعود الى ارتكاب جرائم اخرى » . وواضح من النصين انهما لم يضعا شروطاً مجردة وجامدة ، بل نصا على شروط تتسم بالمرونة وتترك للقاضي مجالاً واسعاً للتقدير ، اذ الأمر متروك لاعتقاده في مدى غلبة احتمال عدم عودة الجاني الى الاجرام للقول بوقف تنفيذ العقوبة . وعلى القاضي بعد مراجعة كافة ظروف الجاني ، ومنها الظروف والأحوال التي نص عليها المشرع ، ان يسائل نفسه هل هناك احتمال لاصلاح الجاني دون حاجة الى تنفيذ العقوبة عليه ؟ فاذا أجاب بالايجاب قرر الوقف . والتعرف على أخلاق المتهم وماضيه وسنه وظروف ارتكابه الجريمة كان يستلزم النص على ضرورة القيام ببحوث اجتماعية ، واجراء فحص لشخصية المتهم وذلك حتى يلم القاضي الماماً كافياً بهذه الظروف بعد أن توضع أمامه هذه الدراسة العلمية الواسعة . لكن المشرعين الليبي والمصري لم ينصا على شيء من ذلك . على أن يستحسن ان يتحرى القاضي عن ظروف المتهم واخلاقه وماضيه ولا يكتفي بالبحث السطحي في الأوراق المعروضة ، ويجب الا يقتصر بحثه على ظروف المتهم وسلوكه قبل ارتكاب الجريمة ، بل يجب ان يمتد الى

الظروف التي يتوقع ان يعيش فيها بعد ايقـــاف التنفيذ[١] . ولم يشترط التشريعان كلاهما شروطاً أخرى في الجاني كعدم سبق الحكم عليه بعقوبة من نوع معين ، ومن ثم فليس هناك ما يحول دون منح وقف التنفيذ أكثر من مرة بالنسبة لنفس الشخص ، كما يجوز منحه لمتهم عائد .

وهذا ما اقرته محكمة النقض في أحد أحكامها حيث قالت « ان القانون لم يحظر وقف تنفيذ العقوبة بالنسبة للمتهم العائد أو الذي سبق الحكم له بوقف التنفيذ ، بل اجاز ذلك ، واذن فلا تثريب على المحكمة اذا هي قالت ان المتهم عائد ثم أمرت بوقف تنفيذ العقوبة التي أوقعتها عليه على الرغم من سبق الحكم له بوقف التنفيذ »[٢] . وينتقد البعض[٣] اجازة وقف التنفيذ بالنسبة للمتهم العائد ، بحجة ان ذلك من شأنه ان يؤدي الى نتائج سيئة في حالة تساهل القضاة ومنحهم وقف التنفيذ لعائدين لا يصح التسامح معهم . الا أن غالبية الفقه[٤] تؤيد هذا المسلك ، وترى ان ظروف بعض المتهمين العائدين قد تحمل على الاقتناع بانهم لن يعودوا الى الاجرام وانهم جديرون بوقف تنفيذ عقوباتهم . ونعتقد انه لا مبرر للتخوف من اساءة استعمال القضاة سلطاتهم بهذا الخصوص ، لأن القاضي الحصيف يحرص على الا يمنح ميزة لمن لا يستحقها ، ثم ان القانون يلزم القاضي بتسبيب قراره بوقف التنفيذ ، وفي ذلك ضمان لعدم اساءة استعمال هذه السلطة ، وأخيراً فان وقف التنفيذ ليس قراراً نهائياً ، بل هو قابل للالغاء اذا ما خيب المحكوم عليه ما علق عليه من أمل في عدم العودة الى الاجرام .

---

(١) دكتور محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ص ٥٨٩ .

(٢) مجموعة القواعد القانونية جزء ٢ ص ٨٥٤ رقم ٥٨ .

(٣) الدكتور السعيد مصطفى السعيد ، الاحكام العامة ص ٧٦٨ .

(٤) د . محمود مصطفى . فردية العقاب ص ١٥٦ — د . علي راشد . القانون الجنائي ص ٦٦٩ — د . محمود نجيب حسني . علم العقاب . ص ٥٩٠ .

المبحث الثالث

شروط العقوبة

٢٧ – وقف التنفيذ غير جائز ، سواء في القانون الليبي أو المصري ، الا بالنسبة للعقوبة . ومن ثم وجب أن يستبعد من نطاقه كل ما لا يصدق عليه هذا الوصف ، كالحكم بالرد أو التعويض أو اعادة الشيء الى اصله . وقد سبق لمحكمة النقض المصرية ان قالت « ان المادة ٥٥ من قانون العقوبات حين نصت على جواز وقف تنفيذ العقوبة ، انما عنت العقوبات الجنائية بالمعنى الحقيقي سواء كانت هذه العقوبات اصلية أم تبعية ، اما الجزاءات الاخرى التي وان كان فيها معنى العقوبة ليست عقوبات بحتة فلا يجوز الحكم بوقف التنفيذ فيها »[1] .

والعقوبات الأصلية التي يجوز وقف تنفيذها هي الحبس والغرامة ، ويحدد التشريعان حداً أعلى لعقوبة الحبس التي يجوز وقف تنفيذها بحيث لا تزيد على سنة ولذلك فان الحكم يكون باطلاً ، لمخالفته للقانون ، اذا هو قضى بالحبس مدة سنتين ثم أمر بوقف تنفيذها[2] . وقد انفرد المشرع الليبي بالنص على جواز وقف تنفيذ العقوبة التي لم تتجاوز السنتين ، وذلك اذا كان المحكوم عليه صغيراً لم يبلغ الثامنة عشرة ، أو شيخاً مسناً بلغ السبعين . فالمادة ١١٢ بعد أن تحدثت في فقرتها الأولى عن شروط وقف التنفيذ ، قالت في فقرتها الثانية « ويجوز للمحكمة أن تطبق حكم الفقرة السابقة على

---

(١) مجموعة القواعد القانونية ج ٢ ص ٨٥٥ رقم ٦٤ .

(٢) مجموعة القواعد ج ٢ ص ٨٥٥ رقم ٦٥ .

الصغير الذي يقل عمره عن الثامنة عشرة وعلى من بلغ السبعين عند الحكم عليه بالحبس لمدة لا تزيد على سنتين » . وتقرير حكم خاص بالصغير والشيخ المسن في هذا المجال يدل على رغبة المشرع في العمل ما أمكن على تجنيب الصغير وسط السجون المفسد ، وعلى مراعاته كذلك للظروف الصحية للشيخ المسن الذي قد لا تتحمل صحته حياة السجون القاسية . وقد يقع القاضي في حرج ولا يسعفه الحكم العام في هذا المجال ، وذلك حين يجد أن المتهم يستحق عقوبة تزيد على السنة ، غير أنه من الأفضل الا تنفذ عليه . فاذا هو لجأ الى النزول بالعقوبة الى الحد الذي يجيز له وقف تنفيذها ، فربما اصطدم ذلك باعتبارات العدالة والردع العام ، وان هو قضى بالعقوبة التي يراها محققة لهذا الغرض امتنع عليه وقف تنفيذها ، فكان تقرير هذا الاستثناء توسعة عليه ورفعاً للحرج عنه .

وكما يجوز وقف تنفيذ عقوبة الحبس التي لا تزيد على سنة ، يجوز أيضاً وقف تنفيذ الغرامة دون تحديد حد أقصى ، فالغرامة يجوز وقف تنفيذها مهما بلغ مقدارها . وينتقد البعض [1] اجازة وقف تنفيذ الغرامة استناداً الى أن أساس وقف التنفيذ هو تجنب مضار عقوبات سلب الحرية ذات المدة القصيرة ، ولذلك يجب ان يقتصر على هذا النوع من العقوبات ، اما امتداده الى الغرامة فذلك لا يحقق علته . ويضيف هذا الرأي انه متى حكم القاضي بالغرامة فذلك يفترض انه قدر حاجة المحكوم عليه الى انذار عن طريق الزامه بدفع مبلغها ويناقض ذلك ايقاف تنفيذها . والواقع انه لا ضرر من اجازة وقف تنفيذ الغرامة طالما أن تقرير الوقف من عدمه ليس مفروضاً على القاضي بل هو امر جوازي له ، فاذا كان هذا القاضي ، وهو يصدر حكمه بالغرامة قد قدر حاجة المحكوم اليه الى هذا الانذار ، ففي وسعه الا يشمله

---

(١) د . محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ص ٥٩٢ .

بوقف النفاذ ، اما اذا امر بوقف تنفيذها فذلك يفيد انه قدر ان هذا الانذار يتحقق من مجرد التهديد باحتمال التنفيذ دون التنفيذ الفعلي .

ومن جهة أخرى فان هذا الرأي لا يقنع بالحجة القائلة بان الغرامة قد تنقلب الى سلب للحرية اذا ما عجز المحكوم عليه عن دفعها فنفذ عليه بطريق الاكراه البدني ، ومن ثم فان وقف تنفيذها يؤدي في بعض الأحوال الى تجنب مضار سلب الحرية . ويرد الرأي المذكور هذه الحجة بأنه ليس الأصل في الغرامة ان تنفذ بطريق الاكراه البدني ، فهذا الطريق من التنفيذ استثنائي ، وفي الوسع تجنب سلب الحرية حين يكون ضاراً وذلك بتخويل القضاء وحده سلطة الأمر بتنفيذ الغرامة بطريق الاكراه البدني ، والغرض انه لن يأمر بذلك الا اذا تبين انه لا ضرر منه . غير أننا نلاحظ انه لا صعوبة اذا ما أمر القاضي بتنفيذ الغرامة بطريق الاكراه البدني مقدراً انه لا ضرر منه ، ولكن الصعوبة عندما يرى القاضي ان هناك ضرراً من تنفيذها بهذا الطريق فلا يأمر به . ان هذه العقوبة قد اصبحت واجبة النفاذ ، وقد استحال تنفيذها على المحكوم عليه لعجزه عن دفع مبلغها ، ومن وجهة أخرى فان القضاء يرى ضرراً من وراء تنفيذها بطريق الاكراه البدني ، فما هو مصيرها اذن ؟ هل يعفى المحكوم عليه من تنفيذها ؟ اليس من الأفضل تجنباً للوصول الى هذه النتيجة ، ان يخول القضاء سلطة وقف تنفيذ الغرامة ؟

وللقاضي اذا حكم بالحبس والغرامة أن يقرر وقف تنفيذهما معاً أو احدهما ، وفي ذلك تقول المحكمة العليا الليبية « للمحكمة اذا رأت وقف التنفيذ ان تأمر به بالنسبة لعقوبة الحبس أو الغرامة أو كلتيهما معاً[1] ، ولكن ليس للقاضي ان يقرر وقف تنفيذ جزء من الغرامة أو جزء من الحبس أو شطر من كل منهما .

---

(١) جلسة ٢٩ اكتوبر ١٩٦٦ – مجلة المحكمة العليا . العدد الثاني – السنة الثالثة – يناير ١٩٦٧ . ص ٢٣ .

٢٨ ـ وقف تنفيذ المصادرة : ومن السائغ ان يثور التساؤل حول ما اذا كان يجوز وقف تنفيذ المصادرة ؟ والذي يدعو الى هذا التساؤل هو تلك الطبيعة المزدوجة للمصادرة . فهي قد تكون عقوبة وقد تكون تدبيراً . ومفهوم أن القانون انما أجاز وقف تنفيذ « العقوبة » . على أن الأمر يحتاج الى شيء من التفصيل . فالمصادرة كعقوبة هي المصادرة الشخصية ، وهي لا تكون الا تكميلية وعادة ما تكون جوازية . أما المصادرة كتدبير فهي المصادرة العينية ، وغالباً ما تكون وجوبية . والمصادرة العينية تتبع الشيء ، وهي تنصب على اشياء محرمة حيازتها أو تداولها ، ولذلك فهي متى ضبطت وجب الحكم بمصادرتها ، حتى لو لم تكن ملكاً للمتهم أو قضي ببراءته ، اذ الملحوظ هنا هو ضرورة سحبها من التداول . ومن هذه الاشياء تلك التي يعد صنعها أو استعمالها أو حيازتها جريمة في ذاته كالمخدرات والاسلحة غير المرخصة .

وبناء على ذلك فان هذا النوع من المصادرة لا يجوز وقف تنفيذه لتعارض ذلك مع ضرورة سحبه من التداول . أما المصادرة الشخصية فهي تنصب على أشياء مباحة حيازتها بحسب الأصل ، ولذلك فان القاعدة أن يكون الحكم بمصادرتها جوازياً للقاضي . ولما كانت هذه المصادرة « عقوبة » فليس هناك ما يحول قانوناً دون الأمر بوقف تنفيذها . غير أنه لوحظ أن هذا الوقف يتطلب اعادة الشيء المضبوط الى صاحبه ، ثم مطالبته برده لتنفيذ حكم المصادرة عند الغاء وقف النفاذ . وذلك عبث ينبغي ان ينزه المشرع عنه[1] .

نصل من هذا العرض الى أن المصادرة بنوعيها لا يجوز وقف تنفيذها ، لأنها اما ان تكون عينية منصبة على اشياء محرمة حيازتها فوجب سحبها من

---

(١) نقض ١٦ مارس ١٩٤٩ . مجموعة القواعد القانونية ج ٧ . رقم ٨٤١ ص ٨٠٣ .

التداول ، واما أن تكون شخصية ووقف تنفيذها يؤدي الى صعوبة استعادة الشيء موضوعها اذا ما الغي وقف النفاذ . وهذا ما تسير عليه أحكام القضاء في مصر . أما في ليبيا فقد اعتبر المشرع المصادرة بنوعيها من التدابير الاحترازية [١] . وهو مسلك منتقد ، لأنه اذا كان من المفهوم أن مصادرة الشيء المحرمة حيازته فيه معنى الوقاية ، فلا يفهم ان تكون المصادرة الشخصية هي ايضاً تدابيراً وافياً[٢] . وعلى كل حال فان القضاء الليبي يسير على ان تشمل احكام المصادرة دائماً بالنفاذ ولم نعثر له على حكم بوقف نفاذها .

٢٩ ـ وقف تنفيذ العقوبات التبعية والآثار الجنائية للحكم : ولم تتفق التشريعات على خطة واحدة فيما يتعلق بوقف تنفيذ العقوبات التبعية والتكميلية والآثار الجنائية للحكم[٣] فمنها ما لا يجيز للقاضي وقف تنفيذها حتى عندما يأمر بوقف تنفيذ العقوبة الأصلية . وهذا هو مسلك المشرع الايطالي . وحجته في ذلك ان هذه العقوبات ان هي الا تدابير احترازية ويجب تنفيذها دائماً حماية للمجتمع . ومن التشريعات ما يجعل وقف تنفيذها تبعياً وتلقائياً للأمر بوقف تنفيذ العقوبة الأصلية ، بحيث لا يملك القاضي استثناءها من الوقف . ويعني هذا الاتجاه ان الظروف التي اقتضت وقف تنفيذ العقوبة الاصلية ، تقتضي حتماً وقف تنفيذ ما تفرع عنها ، فكما لا يجوز تنفيذ جزء من العقوبة ، لا يجوز كذلك وقف تنفيذ العقوبة الأصلية دون الفرعية . على أن تشريعات أخرى تتبع نفس هذا المسلك الثاني ، لكنها تمنح القاضي سلطة استثناء هذه العقوبات والآثار من وقف التنفيذ . وهذا ما يأخذ به القانون التركي . ومن التشريعات ما تسير على عكس هذا الاتجاه الثالث ، فتجعل

---

(١) المادتان ١٦٣ و١٦٤ . وقد وردتا تحت عنوان : التدابير الوقائية المالية .

(٢) د . محمود مصطفى . اصول قانون العقوبات في الدول العربية طبعة ١٩٧٠ ص ١٣٤ .

(٣) راجع في تفصيلات الموضوع رسالة اكرم نشأت – الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة – القاهرة ١٩٦٥ . ص ٢٢٤ .

الأصل في هذه العقوبات والآثار ان تنفذ ولو أمر بوقف تنفيذ العقوبة الأصلية ، لكنها تخول القاضي صلاحية الأمر بوقف تنفيذها هي أيضاً ، وذلك بالنص على ذلك صراحة في الحكم . ويلاحظ أن الاتجاهين الأول والثاني لا يتسقان مع السلطة التقديرية التي يجب أن يتمتع بها القاضي في هذا المجال على عكس الاتجاهين الاخيرين الذين يبقيان للقاضي سلطته في التقدير والتصرف .

وقد سلك المشرعان الليبي والمصري اتجاهين متضادين في هذا الخصوص . فبينما أخذ أولهما بالاتجاه الثالث ، سلك ثانيهما الاتجاه الرابع . فوفقاً للمادة ١١٣ من قانون العقوبات الليبي يترتب على الأمر بوقف تنفيذ العقوبة الأصلية ، وقف تنفيذ العقوبات التبعية وسائر الآثار الجنائية الا اذا نص الحكم صراحة على عدم وقفها . وفي هذه الحالة تنفذ رغم تنفيذ العقوبة الأصلية . ويترتب على ذلك أن يعتبر الحكم الموقوف النفاذ سابقة في العود تجيز تشديد العقاب عند ارتكاب جريمة جديدة . أما المادة ٥٥ من قانون العقوبات المصري ، فقد جعلت الأصل في العقوبات التبعية والآثار الجنائية للحكم أن تنفذ رغم وقف تنفيذ العقوبة الأصلية . وعلى القاضي اذا اراد ان تشمل هي أيضاً بوقف النفاذ ان ينص على ذلك صراحة في حكمه . وتبدو اهمية الاختلاف بين التشريعين حين يأمر القاضي بوقف تنفيذ العقوبة الأصلية ، ويلزم الصمت بالنسبة لما عداها . اذ يترتب على ذلك الا تنفذ العقوبات الفرعية والآثار الجنائية للحكم وفقاً للقانون الليبي ، بينما تنفذ في المصري .

ومن الجدير بالذكر ان هذا المسلك الذي يجيز وقف تنفيذ العقوبات الفرعية والآثار الجنائية للحكم ، يلقى معارضة من بعض الفقه الذي يرى أن وظيفة وقف التنفيذ في تجنب مضار سلب الحرية قصيرة المدة لا محل لها بالنسبة لهذه العقوبات ، بل ان في ذلك مبالغة في التسامح يفضي الى اضعاف

الردع العام وقد يكون من شأنه اهدار العدالة كذلك[1] .

غير أنه يلاحظ أن المشرع ربما ضحى هنا باعتبارات العدالة والردع العام تشجيعاً للمحكوم عليه على اتباع السلوك المتفق مع القانون ، وتنبيهاً له بأنه اذا سلك هذا المسلك فان اثراً واحداً من آثار الحكم لن يلحقه ، ولا يخفى ما في ذلك من حفز لهمة المحكوم عليه وترغيبه على احترام القانون . وربما كان من المناسب أن نجري التفرقة ، في هذا المجال ، بين العقوبات التبعية والعقوبات التكميلية . فطالما أن الأولى لا تحتاج الى تدخل القاضي للنطق بها ، بل هي تترتب تلقائياً لمجرد النطق بالعقوبة الأصلية ، فانه من المنطق أن تتبع هذه العقوبة الأخيرة وقفاً وتنفيذاً . أما العقوبات التكميلية ، وهي كالعقوبة الأصلية تحتاج لتدخل القاضي للحكم بها ، فيشترط لوقف تنفيذها ان ينص الحكم على ذلك صراحة .

٣٠ ــ وقف تنفيذ التدابير الاحترازية : يصح التساؤل عما اذا كان يجوز وقف تنفيذ التدابير الاحترازية التي قد يأمر القضاء باتخاذها قبل بعض المجرمين كالايواء في مستشفى الأمراض العقلية ، أو ارسال الحدث الى الاصلاحية أو حظر الاقامة في مكان معين ، وغير ذلك من التدابير المنصوص عليها في قانون العقوبات وفي بعض القوانين الخاصة . ان الاجابة على هذا التساؤل تتطلب ، في الواقع ، الفصل أولاً في مسألة اساسية هي هل التدابير شيء آخر غير العقوبات ؟ فاذا اتضح انها لا تختلف عن العقوبات . فانه يجوز وقف تنفيذها ، لأن القانون اجاز وقف تنفيذ « العقوبة » . أما اذا تبين انها تختلف عنها فلا يجوز فيها وقف التنفيذ . لقد انعقد في روما سنة ١٩٥٣ مؤتمر للبحث في الاختيار بين العقوبة والتدبير ، واجهد نفسه في

---

(١) دكتور محمود نجيب حسني – المرجع السابق – ص ٥٩٤ .

البحث عن ضابط للتفرقة بينهما ، لكنه لم يصل الى نتيجة ، فقرر العودة الى بحث موضوعه الأصلي . وقيل بناء على ذلك ، ان قرار المؤتمر هذا ينطوي على اعتراف بعدم وجود فارق يذكر بين العقوبة السالبة للحرية والتدبير السالب للحرية[1] لأنه هو العقوبة عينها .

وقد قسم البعض[2] التدابير الى نوعين : تدابير عقابية ، وتدابير مانعة فالأولى تواجه الجريمة ، وتبدو فيها عناصر العقاب واضحة ، اذ هي تنطوي على ايلام المحكوم عليه ، وتتقرر بناء على جريمة ، وترد على شخص المجرم ولا تتقرر الا بحكم جنائي . ولذلك فهي لا تختلف في شيء عن العقوبة ، ويجب أن تخضع لنفس المبادئ والضمانات . أما التدابير المانعة فهي تواجه الخطورة الاجتماعية ، السابقة على ارتكاب الجريمة ، ولذلك فانها ليست عقوبات ، اذ لا تنطبق عليها عناصر العاقب . وينبني على هذه التفرقة انه يجوز وقف تنفيذ التدابير العقابية ، بينما لا يجوز وقف تنفيذ التدابير المانعة . وقد سبق لمحكمة النقض المصرية أن قررت فيما يتعلق بالتدابير التي تتخذ ضد الاحداث ، انها ليست عقوبات بالمعنى القانوني المقصود في قانون العقوبات ، وانما هي تدابير تربوية نص القانون عليها للحكم بها بدلاً من العقوبة المقررة للجريمة[3] . غير أن المحكمة العليا عادت فعدلت عن هذا القضاء وقالت : ان هذه التدابير وان لم تذكر بين العقوبات الواردة في المادة التاسعة وما بعدها من قانون العقوبات ، الا انها في الواقع عقوبات حقيقية نص عليها القانون في مواد اخرى لصنف خاص من الجناة هم الأحداث ،

---

(١) دكتور محمود مصطفى . اصول قانون العقبات في الدول العربية ص ١٤٩ .
(٢) دكتور احمد فتحي سرور . أصول السياسة الجنائية . ص ١٩٢ وما بعدها .
(٣) نقض ١٩ مارس . ١٩١٠ المجموعة الرسمية . السنة الحادية عشرة . رقم ٧٨ ص ٢١٢ . من نقض ٣١ يوليو ١٩١٣ . رقم ١٢٦ . ص ٢٦٣ .

لانه رآها أكثر ملاءمة لاحوالهم [١] . ويلاحظ انه يندر عملاً ان يؤمر بوقف تنفيذ التدابير العقابية ، فهي لا يؤمر بهـــا الا اذا رئي ضرورتها ، ويتنافى مع ذلك تقرير وقف تنفيذها .

الفصل الثاني

الامر بالوقف وآثاره

٣١ ــ سلطة القاضي في الأمر بوقف التنفيذ : ان توافر شروط وقف التنفيذ لا يكسب المتهم حقاً يصح له التمسك به ، ولا يلقى على عاتق القاضي واجب تقريره . فقد جعل المشرع الأمر في ذلك الى قاضي الموضوع . وقد قضى بأن الحكم بايقاف التنفيذ أمر موضوعي بحت ، داخل تحت سلطان قاضي الموضوع وتقديره ، يقرره لمن يراه مستحقاً له من المتهمين بحسب ظروف الدعوى ، وحالة كل متهم شخصياً على حدة [٢] . فالقاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا المجال ، ذلك ان تقدير ما اذا كانت ظروف المتهم وماضيه وسنه واخلاقه تبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود الى مخالفـــة القانون او لا تبعث على ذلك ، هو من الأمور النسبية التي تختلف بشأنها وجهات النظر ، ولا يمكن وضع ضوابط موضوعية تحكمها ، ولذلك كان لا مفر من ترك القول الفصل في ذلك الى من هو ، بحكم طبيعة عمله ، ألصق بظروف المجرم والجريمة .

---

(١) نقض ١٧ ابريل ١٩٣٠ . مجموعة القواعد القانونية ج ٢ ص ١٦ رقم ٢٤ . نقض ٢٠ ديسمبر ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية ج ٤ ص ١٣٠ . رقم ١٣٥ .

(٢) مجموعة القواعد القانونية . ج ٢ ــ ص ٨٥٣ رقم ٥٠ .

٣٢ ــ تسبيب الأمر بالوقف : وحتى لا يسيء القضاة استخدام هذه السلطة ، أوجب المشرع على القاضي أن يسبب قراره بوقف تنفيذ العقوبة ، ومتى كانت هذه الأسباب مؤدية الى النتيجة التي انتهى اليها فلا رقابة لمحكمة النقض عليه . ولكن القاضي غير ملزم ان يسبب عدم وقف التنفيذ [١] ، اذ الأصل في الاحكام تنفيذها ، وانما لزم تسبيب قرار الوقف لانه جاء على خلاف هذا الأصل .

٣٣ ــ وللقاضي ان يأمر بوقف التنفيذ أكثر من مرة بالنسبة للمحكوم عليه الواحد ، وله ذلك ولو كانت الجريمة الاخيرة المراد وقف تنفيذ عقوبتها قد وقعت وحكم فيها خلال مدة الوقف [٢] وهذا هو مؤدى نصوص القانون المصري . أما في ليبيا فتتعين التفرقة بين ما اذا كانت هذه الجريمة قد وقعت خلال مدة الوقف أم بعد انقضائها . اذ لا يجوز وقف التنفيذ في الحالة الأولى . بينما يجوز في الحالة الثانية . ويرتبط هذا الاختلاف بالاحكام الخاصة بالغاء وقف التنفيذ . فالقانون المصري يجعل الالغاء جوازياً للقاضي ، فله الا يأمر به رغم توافر شروطه . ومتى كان ذلك جاز له ايضاً أن يأمر بوقف تنفيذ الحكم الاخير كذلك . أما المشرع الليبي فقد جعل الالغاء وجوبياً متى توافرت شروطه ، ولذلك لا يملك القاضي وقف تنفيذ الحكم الذي يصدره خلال مدة وقف تنفيذ حكم سابق الا اذا كان قاضياً بعقوبة تقل عن الحد الادنى الذي يوجب الالغاء ، كما لو كان قاضياً بالغرامة أو بالحبس أقل من شهر .

والذي يأمر بوقف التنفيذ هو القاضي الذي يفصل في الدعوى ، وفي

---

(١) مجموعة القواعد القانونية ج ٢ – ص ٨٥٧ –رقم ٧٤ .
(٢) دكتور رمسيس بهنام –المرجع السابق – ص ١٠٦٠ – رقم ٢٢١ .

نفس الحكم ، فاذا فاته ان يأمر بالوقف ، وكان قد نطق بالعقوبة ، فلا يمكنه تدارك هذا السهو لأنه يكون قد استنفد سلطته . وللمحكمة الاستئنافية ان تقرر وقف تنفيذ حكم ابتدائي مشمول بالنفاذ بل لها ذلك ولو كانت العقوبة قد نفذت فعلاً ، اذ للمحكوم عليه مصلحة في وقف التنفيذ ، هي سقوط الحكم وزوال آثاره بقوة القانون اذا بقي الوقف بدون الغاء الى نهاية مدته[1] . ولمحكمة الاستئناف كذلك أن تلغي امراً بوقف التنفيذ اصدرته محكمة الدرجة الأولى لتجعل الحكم مشمولاً بالنفاذ[2] ، على أن المحكمة لا تملك هذا الحق اذا كان الاستئناف مرفوعاً من المحكوم عليه وحده حتى لا ينقلب استئنافه وبالاً عليه . ويحسن ان ينبه القاضي المحكوم عليه الى أن هذا الوقف موقت ويتوقف مصيره النهائي على المسلك الذي سوف يختطه هو لنفسه مستقبلاً ، بحيث انه اذا عاد الى مخالفة القانون جاز الغاؤه لتنفذ عليه عقوبته الى جانب عقوبة الجريمة سبب الالغاء .

٣٤ ـ مدة الوقف : ووقف التنفيذ انما يكون لمدة محددة ، يبقى المحكوم عليه خلالها مهدداً باحتمال التنفيذ ، أما اذا انقضت دون أن يلغى الوقف خلالها امتنع تنفيذ العقوبة . وهذه المدة هي ثلاث سنوات في القانون المصري ، وخمس في الليبي . وفي كلا التشريعين تبدأ من اليوم الذي يصبح فيه الحكم نهائياً[3] . ولكن هل يجوز للقاضي ان يقرر لبدئها تاريخاً آخر غير اليوم الذي يصبح فيه الحكم نهائياً؟ ان التسليم بذلك يحتم الاعتراف بجواز تعليق وقف التنفيذ على شروط اخرى لم يضعها المشرع ، وهذا ما رفضته محكمة النقض في مصر حين قالت : « انه لا يجوز للمحكمة ان تقرر ان مدة الايقاف تبدأ

---

(١) دكتور رمسيس بهنام – المرجع السابق – ص ١٠٦٠ – رقم ٢٢١ .
(٢) أحكام النقض المصرية – مجموعة القواعد القانونية – ج ٢ ص ٨٥٣ رقم ٥١ .
(٣) المادة ٥٥ ع . مصري ، المادة ١١٣ ع ليبي .

من تاريخ صدور الحكم غير النهائي[1] » « وان الحكم الذي يعلق وقف تنفيذ العقوبة على شرط أن يعيد المتهم الطفل المخطوف الى والدته الحاضنة له ، يكون قد خالف القانون من ناحية تجاوزه سلطته بخلقه من عنده شرطاً لوقف التنفيذ لم ينص عليه القانون ولا يمت بصلة ما الى الغرض الذي قصد الشارع تحقيقه من وقف التنفيذ »[2] .

ومن الجدير بالذكر ان مدة وقف التنفيذ في القانون المصري كانت هي خمس سنوات ، ثم عدلت بالقانون رقم ٤٣٥ لسنة ١٩٥٣ وجعلت ثلاث سنوات . وقيل ، تبريراً لهذا التعديل ، انه الرغبة في اتساق تلك المدة مع المدة اللازمة لرد اعتبار المحكوم عليه بعقوبة جنحة ، حتى لا يكون من حكم عليه مع وقف النفاذ أسوأ حالاً ممن حكم عليه مع النفاذ وذلك من جهة احكام رد الاعتبار . وبأن ذلك انه قبل صدور قانون الأجراءات الجنائية عام ١٩٣٧ كانت المدة اللازمة لرد الاعتبار بحكم القضاء ثماني سنوات ، ومدة وقف التنفيذ خمس سنوات . فكان هناك اتساق بين النصوص : فمضي مدة الوقف دون أن يلغى خلالها يترتب عليه اعتبار الحكم كأن لم يكن ، فيسترد المحكوم عليه اعتباره بقوة القانون ، اما من حكم عليه مع النفاذ فلا يستطيع طلب رد اعتباره الا بعد مضي ثماني سنوات من تاريخ تنفيذ العقوبة أو العفو عنها .

وعندما صدر قانون الاجراءات الجنائية خفض مدة رد الاعتبار الى ثلاث سنوات ، وابقى مدة وقف النفاذ على حالها ، ومن هنا وجد التعارض بين النصين ، اذ يؤديان الى جعل من حكم عليه مع وقف التنفيذ أسوأ حالاً

---

(١) احكام النقض المصرية – مجموعة القواعد القانونية – ج ٣ . ص ٨٥٥ رقم ٦٠ .

(٢) احكام النقض المصرية – مجموعة القواعد القانونية – ج ٢ ص ٨٥٤ رقم ٥٩ .

ممن حكم عليه مع النفاذ من جهة رد الاعتبار ، الأمر الذي لا يتمشى مع روح التشريع ومنطق الأمور . ولإزالة هذا التعارض تدخل المشرع عام ١٩٥٣ وأنقص مدة وقف التنفيذ الى ثلاث سنوات[١] .

على أن البعض[٢] لا يسلم بهذا التبرير الذي ساقته المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون رقم ٤٢٥ لسنة ١٩٥٣ الخاص بإنقاص مدة وقف التنفيذ الى ثلاث سنوات ، ويذهب الى أنه تجب المحافظة على الفرق بين المدتين . بحيث تكون مدة رد الاعتبار ثلاث سنوات ، ومدة وقف التنفيذ خمس سنوات ، ذلك أن مدة الثلاث سنوات المطلوبة لرد الاعتبار لا تبدأ من تاريخ الحكم النهائي ، كما هو الحال في وقف التنفيذ ، وانما من تاريخ انقضاء تنفيذ العقوبة الذي قد يتراخى عن الوقت الأول طويلاً . ثم انه من الطبيعي تطلب مدة أطول في حالة وقف التنفيذ ، لأن المحكوم عليه لم تطبق عليه أساليب المعاملة العقابية ، فلم يتح له الاستفادة منها ، ولذلك فهو في حاجة الى مدة اطول نسبياً للتحقق من جدارته باسترداد مكانته في المجتمع .

والوضع القائم في التشريع الليبي الحالي يتفق مع هذا الاتجاه الأخير ، فمدة وقف التنفيذ هي خمس سنوات ، على حين ان المدة اللازمة لرد اعتبار المحكوم عليه بعقوبة جنحة هي ثلاث سنوات ، اذا لم يكن عائداً أو محترفاً للإجرام[٣] « المادة ٤٨١ مكرر من قانون العقوبات » .

ورغم ما قيل من ان المشرع قد بالغ في تقرير الامتيازات للمحكوم عليه

---

(١) راجع في تفصيلات الموضوع مقالة الدكتور محمود مصطفى « رد اعتبار المحكوم عليه مع إيقاف تنفيذ العقوبة » — مجلة الحقوق — السنة الخامسة — العددان الأول والثاني — ص ٢٠٣ وما بعدها .

(٢) د . محمود نجيب حسني — المرجع السابق — ص ٥٩٦ هامش ٢ .

(٣) فلو كان المحكوم عليه عائداً او محترفاً للإجرام تضاعف المدة اللازمة لرد الاعتبار فتصبح ست سنوات . وفي هذه الحالة يصبح المحكوم عليه مع وقف النفاذ أحسن حالا ممن حكم عليه مع النفاذ .

مع وقف التنفيذ الى الحد الذي قد لا تقتضيه طبيعة النظام الا اننا نرى ان هذه الامتيازات في مجموعها تشكل حافزاً قوياً للمحكوم عليه يدفعه الى عدم العودة الى مخالفة القانون . ولا يتفق مع المنطق ان يتنازل الشارع عن حق تنفيذ العقوبة الأصلية ، ثم يتمسك بما دونها أهمية . وبالإضافة الى ذلك فانه اذا كانت مدة الثلاث سنوات كافية لرد اعتبار المحكوم عليه مع النفاذ ، فهي كافية من باب أولى لرد اعتبار المحكوم عليه مع وقف النفاذ ، والفرض أنه أقل خطورة من الأول ، كما أنها كافية لمراقبة ما اذا كانت الاعتبارات التي راعاها القاضي عندما أمر بوقف التنفيذ ، تبعث على الاعتقاد بأن المحكوم عليه لن يعود الى مخالفة القانون ، أو أنها لم تكن تؤدي الى ذلك . من أجل هذا فاننا نرى ان يسلك المشرع الليبي مسلك زميله المصري ، فيعدل الفقرة الأولى من المادة ١١٢ من قانون العقوبات ، لتصبح مدة وقف التنفيذ ثلاث سنوات بدلاً من خمس ، وبذلك تتحقق العدالة ويزول التعارض بين هذا النص ونص المادة ٤٨١ مكرر .

٣٥ ـ آثار الوقف : ويترتب على الأمر بوقف التنفيذ عدم جواز تنفيذ سائر العقوبات والآثار التي شملها الوقف . وتظل كذلك طوال مدة الوقف ما لم يلغ خلالها . فلا يحصل مبلغ الغرامة المحكوم به ، ولا يرسل المحكوم عليه الى السجن ، ويفرج عنه اذا كان محبوساً احتياطياً ، ولا يدون الحكم — متى أوقفت آثاره أيضاً — في صحيفة السوابق ، فلا يعد سابقة تجيز تشديد العقاب عند ارتكاب الجاني جريمة جديدة . وبالجملة فان المحكوم عليه مع وقف التنفيذ يعامل في هذه المرحلة معاملة شخص حكم ببراءته . وغني عن البيان ان هذه النتيجة انما تترتب عند الحكم بوقف سائر العقوبات والآثار اما اذا اقتصر الوقف على بعضها فان المحكوم عليه سيكون وضعه مختلفاً عمن حكم ببراءته ، من ناحية ان ما لم يشمله الوقف سوف ينفذ في حقه .

الفصل الثالث

إلغاء وقف التنفيذ

٣٦ ـ أساس الإلغاء : وقف التنفيذ معلق على شرط ، وما علق على شرط لا يكتسب وضعاً مستقراً الا بانقضاء الأجل المحدد ، أما خلال ذلك الأجل فان هناك تهديداً مستمراً باحتمال تحقق الشرط وإلغاء الموقف تبعاً لذلك .

وعلى الرغم من أن المشرعين الليبي والمصري قد منحا القاضي سلطة واسعة في التقدير عند الأمر بوقف النفاذ ، الا أنهما حدا ـ على تفاوت بينهما ـ من هذه السلطة عند النظر في إلغاء الوقف . فأحاطا الإلغاء بضمانات وشروط تكفل لوقف التنفيذ ان يلعب دوره ما دام ذلك ممكناً . وبيان ذلك ان التشريعين يشترطان ـ على ما رأينا ـ لتقرير وقف التنفيذ ان يرى القاضي من أخلاق المحكوم عليه وماضيه وسنه والظروف التي ارتكب فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود الى مخالفة القانون » وفي ذلك توسعة كبيرة للقاضي لاستعمال سلطته في التفريد على ضوء ظروف الواقعة وأحوال المتهم . غير أن التشريعين لم يجيزا الإلغاء لمجرد ارتكاب المحكوم عليه جريمة أياً كانت ، أو مخالفته القانون بأية صورة ، بل حددا حالات معينة ، اشترطا فيها صدور حكم بالإدانة ، يكون قاضياً بعقوبة ذات حد معين . ويرجع ذلك الى تقديرهما ان مجرد ارتكاب جريمة لا يبرر تغيير نوع المعاملة العقابية للمحكوم عليه ، وإلغاء وقف التنفيذ بما يؤدي اليه من تنفيذ العقوبة في حقه ، اذ قد يقضي في هذه الجريمة بالبراءة ، وقد يتبين

انه رغم الحكم بالإدانة ، فان إصلاح المحكوم عليه ممكن دون حاجة الى تنفيذ العقوبة عليه . ويبدو التفاوت بين التشريعين من حيث الصلاحية التي يتمتع بها القاضي للأمر بإلغاء وقف التنفيذ ، فبينما أوجب القانون الليبي على القاضي ان يأمر بإلغاء الوقف متى توافرت تلك الشروط التي حددها ، مفترضاً ان المحكوم عليه لا ينصلح حاله ، متى توافرت شروط الإلغاء ، إلا بالتنفيذ الفعلي للعقوبة ، وهو افتراض ليس صحيحاً في كل الأحوال ، بينما فعل المشرع الليبي ذلك ، أجاز القانون المصري للقاضي أن يقرر الإلغاء أو يمتنع عن ذلك رغم تحقق كل شروطه ، اذ قد يتضح له ، رغم هذا ، ان المحكوم عليه يحتاج الى وقف تنفيذ عقوبة الجريمة الأخيرة كذلك . ولا شك ان مسلك المشرع المصري يفضل ، من هذه الناحية ، مسلك زميله الليبي للاعتبارات التي ذكرناها ، الى جانب ان منهج المشرع المصري يتسق مع مسلكه الذي انتهجه عند تقرير وقف التنفيذ ابتداء ، اذ في الحالتين — حالة الأمر بإيقاف التنفيذ ، وحالة الإلغاء — هناك صلاحية للقاضي في التقدير ، باعتباره أقدر على الحكم ، وأقرب الى ملامسة الظروف الواقعية لكل حالة مما يتيح له استعمال سلطته بما يحقق أغراض التفريد . أما المشرع الليبي فقد خالف مسلكه ، حيث اعترف للقاضي بسلطة التقدير عند الأمر بوقف التنفيذ ، وسلبه هذه الصلاحية عند الإلغاء .

٣٧ — حالات الإلغاء : تنص الفقرة الثانية من المادة ٥٦ من قانون العقوبات المصري على أنه يجوز إلغاء وقف التنفيذ . « ١— اذا صدر ضد المحكوم عليه خلال هذه المدة — مدة الوقف — حكم بالحبس أكثر من شهر عن فعل ارتكبه قبل الأمر بالإيقاف أو بعده . ٢— واذا ظهر في خلال هذه المدة أن المحكوم عليه صدر ضده قبل الإيقاف حكم كالمنصوص عليه في الفقرة السابقة ولم تكن المحكمة قد علمت به . » فطبقاً لهذا النص يكون الإلغاء

جائزاً في حالتين بشروط معينة ، وهذه الشروط منها ما هو متداخل بين الحالتين ، ومنها ما تتميز به الحالة الثانية . فيلزم لإلغاء الوقف : ١ — ان يصدر على الجاني حكم ، يستوي أن يكون صادراً عن فعل ارتكب قبل الأمر بوقف التنفيذ أو بعد ذلك . ٢ — أن يصدر هذا الحكم خلال مدة وقف التنفيذ ، وهذا منطقي ، لأنه لو صدر بعد انقضائها فلا تأثير له لأن الوقف يكون قد اكتسب حصانة ضد الإلغاء ، ومع ذلك فقد انتقد هذا الشرط ، وقيل انه يكفي ان ترتكب الجريمة خلال فترة الوقف ، على أن يشترط لجواز الإلغاء ان يصدر حكم بالإدانة ولو كان صدوره بعد انقضاء تلك الفترة . فرغم ان ارتكاب الجريمة ليس قرينة قاطعة على سوء السلوك إلا ان هذا الأخير مرتبط بارتكابها ، ولذلك كان من المنطقي الاعتداد بوقت هذا الارتكاب[1] . وربما كان ما دفع المشرع الى إقرار هذا الشرط هو الحرص على استقرار الأوضاع ، واحترام الآثار التي تترتب على مضي فترة الوقف دون أن يلغى خلالها ، حيث يصبح الحكم كأن لم يكن ، ويستحيل بعث الحياة من جديد في شيء لم يعد له وجود . ٣ — أما الشرط الثالث لهذه الحالة فهو ان يكون الحكم بعقوبة مقيدة للحرية لمدة تزيد على شهر . فاذا كانت العقوبة غير مقيدة للحرية كالغرامة ، أو كانت كذلك لكنها تقل عن الشهر فلا يجوز الإلغاء . ويستوي في هذه العقوبة ان تكون نافذة أو مشمولة هي الأخرى بوقف التنفيذ[2] .

أما الحالة الثانية لإلغاء وقف النفاذ ، فيشترط فيها كذلك ، ان يصدر على الجاني حكم ، يكون قاضياً بالحبس مدة أكثر من شهر ، غير أن ما يميزها عن الحالة الأولى ، هو ان هذا الحكم يجب أن يكون صادراً قبل

---

(١) د . محمود نجيب حسني — المرجع السابق ص ٥٥٩ .

(٢) د . محمود مصطفى — شرح قانون العقوبات — القسم العام — ص ٦٤٤ .

الأمر بوقف التنفيذ ، وان المحكمة التي أمرت بالوقف لم تكن قد علمت به . وإجازة الإلغاء في هذه الحالة مبني على الاعتقاد بأنه لو كانت المحكمة التي أمرت بالوقف قد علمت بهذا الحكم ، لما أمرت بالوقف . وبناء على ذلك فانه اذا ثبت أن المحكمة قد علمت بهذا الحكم قبل أن تفصل في الدعوى المعروضة أمامها ومع ذلك قررت وقف تنفيذ عقوبتها ، فانه لا يجوز الإلغاء استناداً الى هذه الحالة .

وقد نصت المادة ١١٤ من قانون العقوبات الليبي على حالات إلغاء وقف التنفيذ ، فقالت « يلغى الأمر الصادر بإيقاف التنفيذ اذا حدث خلال المدة المقررة في المادة ١١٢ ان ارتكب المحكوم عليـــه جناية أو جنحة وحكم عليه من أجلها بعقوبة مقيدة للحرية مدة تزيد على شهر . أو حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية لمدة تزيد على شهر في جناية أو جنحة ارتكبت قبل صدور الأمر بالإيقاف » . ويتبين من هذا النص ان الحالتين لا تختلفان من حيث الشروط الا من جهة واحدة ، وهي انه يلزم في الحالة الأولى ان ترتكب الجناية أو الجنحة خلال مدة الوقف ، بينما يشترط في الحالة الثانية أن يقع ذلك قبل صدور الأمر بالإيقاف . وفيما عدا ذلك يلزم في الحالتين ان يشكل الفعل جناية أو جنحة ، وان يقضي فيه بعقوبة سالبة للحرية مدة تزيد على الشهر ، وان يصدر الحكم خلال مدة الوقف .

ومما هو جدير بالملاحظة أن الحالتين اللتين نص عليهما القانون الليبي تنطويان كلتيهما تحت الحالة الأولى المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٥٦ من قانون العقوبات المصري . ومن هنا يصح القول بأن القانون المصري قد انفرد بحالة من حالات الإلغاء لا مقابل لها في القانون الليبي وهي حالة صدور حكم قبل الأمر بإيقاف التنفيذ ولم تعلم به المحكمة التي قررت هذا الوقف .

الفصل الرابع

إجراءات الالغاء وآثاره

٣٨ ــ إجراءات الإلغاء : ان قيام حالة من حالات إلغاء وقف التنفيذ لا يؤدي الى تحقق هذا الإلغاء بقوة القانون ، بل يلزم تدخل القضاء ليراقب ما اذا كانت الشروط التي توجب أو تجيز الإلغاء قد توافرت ام لا . فاذا قال بتوافرها وجب على القاضي ، طبقاً للقانون الليبي ، ان يأمر بالإلغاء ، وجاز له ، وفقاً للقانون المصري ان يفعل ذلك . فتقرير الالغاء في هذا القانون الأخير ، كما سبق ان أوضحنا ، جوازي للقاضي . والتشريعان ، الليبي والمصري ، باستبعادهما مبدأ الإلغاء القانوني ، يسايران السياسة الجنائية الحديثة التي ترفض مبدأ التلقائية في العقاب ، وتدعو الى ان كل ما يتصل بهذا الموضوع يجب أن يكون خاضعاً لفحص القضاء وتقديره . والذي يتولى المطالبة بالالغاء هو النيابة العامة باعتبارها المسئولة عن تنفيذ الاحكام .

وطبقاً للمادة ٥٧ من قانون العقوبات المصري ، فان الحكم بالإلغاء يكون لكل من المحكمة التي أمرت بالوقف ، والمحكمة التي تصدر الحكم بالعقوبة التي يؤسس عليها الإلغاء. فينعقد الاختصاص للمحكمة الأولى اذا كان الإلغاء يؤسس على الحالة الثانية الواردة في المادة ٥٦ من قانون العقوبات ، وهي حالة صدور حكم قبل الأمر بالإيقاف لم تعلم به المحكمة . وفي هذه الحالة تقوم النيابة العامة برفع الأمر الى المحكمة طالبة إلغاء الوقف الذي سبق أن قررته هذه المحكمة مرفقة ما يثبت صدور حكم على المحكوم عليه قبل

الأمر بوقف التنفيذ . وتنظر المحكمة في الطلب بعد تكليف المحكوم عليه بالحضور .

ويجوز أيضاً أن تنظر في أمر الإلغاء المحكمة التي قضت بالعقوبة التي يؤسس عليها الإلغاء . ويكون ذلك اذا كانت هذه العقوبة قد حكم بها بعد إيقاف التنفيذ . ويجب على النيابة العامة ان تلفت نظر المحكمة ، أثناء نظر القضية الأخيرة ، الى ان المتهم سبق ان حكم عليه بعقوبة موقوفة النفاذ ، وذلك حتى تكون على بينة من أمرها وهي تصدر حكمها في القضية المعروضة عليها . ومن البديهي ان هذا التنبيه غير لازم متى كانت المحكمة على علم بالحكم الموقوف . وتخويل المحكمة التي تفصل في القضية الأخيرة سلطة النظر في إلغاء إيقاف التنفيذ ، من شأنـــه أن يختصر الإجراءات . وسواء نظرت المحكمة أمر الإلغاء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة فهي غير ملزمة ، طبقاً للقانون المصري ، بإلغاء وقف التنفيذ ، فتستطيع ، اذا رأت مبرراً لذلك ، ان تلتفت عنه ، بل تستطيع ان تجعل حكمها في القضية الأخيرة مشمولاً هو ايضاً بوقف النفاذ .

على ان هذا الذي ذكرناه لا يعني ان كل محكمة من المحكمتين مختصة بحالة فقط من حالتي وقف التنفيذ . اذ يتصور ان تقصر المحكمة التي تفصل في القضية الأخيرة في الأمر بالإلغاء ، فيجوز الرجوع الى المحكمة التي قررت الوقف للحكم بإلغائه . وباختصار فان المحكمة التى أمرت بالوقف تكون مختصة دائماً بالنظر في إلغائه ، اما المحكمة التي تفصل في القضية الأخيرة فلا تختص الا اذا كان حكمها قد صدر بعد إيقاف التنفيذ . وهذا بديهي اذ الفرض ان هناك حكماً سابقاً موقوف النفاذ يراد الغاؤه .

وقد جعل المشرع الليبي الاختصاص بإلغاء الوقف أصلاً ، للمحكمة

التي تفصل في القضية الأخيرة . ولما كان من المحتمل ان تقصر هذه المحكمة في الأمر بالإلغاء ، فقد أجيز الرجوع الى المحكمة التي قررت الوقف لإلغائه . وتفصل المحكمة في الإلغاء منعقدة في غرفة المشورة ، وذلك بناء على طلب النيابة العامة ، وبعد تكليف المحكوم عليه بالحضور [1] واذا تأكدت المحكمة من توافر الشروط التي حددها القانون لإلغاء وقف التنفيذ ، فهي لا تملك الا أن تقضي بإلغائه ، فالإلغاء في هذه الحالة وجوبي في القانون الليبي .

٣٩ ــ آثار الإلغاء : تنص المادة ١١٦ من قانون العقوبات الليبي على انه « يترتب على الإلغاء تنفيذ العقوبة المحكوم بها وجميع العقوبات التبعية والآثار الجنائية التي تكون قد أوقفت » . وهذه المادة ترديد حرفي لنص المادة ٥٨ من قانون العقوبات المصري . وبناء على ذلك فانه متى تقرر إلغاء وقف التنفيذ ، وجب تنفيذ سائر العقوبات والآثار التي شملها الوقف ، فيحصل مبلغ الغرامة المحكوم به ، ويرسل المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية الى المؤسسة العقابية لتنفيذها عليه ، ويعتبر الحكم سابقة في العود تجيز تشديد العقاب عند العودة الى الإجرام . وبمعنى آخر فان المحكوم عليه يكون له ذات المركز الذي كان يوضع فيه لو حكم عليه ابتداء بالعقوبة مع النفاذ [2] وغني عن البيان ان هذه العقوبات والآثار تنفذ الى جانب العقوبة التي أسس عليها الإلغاء .

---

(١) تنص المادة ١١٥ من قانون العقوبات الليبي على أنه « يأمر بإلغاء إيقاف التنفيذ القاضي الذي يحكم في القضية الأخيرة ، واذا قصر القاضي في ذلك صدر الحكم بالإلغاء ، بناء على طلب النيابة العمومية ، من المحكمة التي أمرت بإيقاف التنفيذ منعقدة في غرفة المشورة بعد تكليف المحكوم عليه بالحضور » .

(٢) دكتور محمود نجيب حسني – المرجع السابق – ص ٦٠٠ .

ومما تجدر ملاحظته ان المشرع قد رتب على الإلغاء وجوب تنفيذ كل العقوبات والآثار التي شملها الوقف ، فلا يملك القاضي ان يقرر في حكمه إلغاء وقف تنفيذ بعض العقوبات والآثار ، وبقاء البعض الآخر مشمولاً بالوقف . وذلك على عكس الوضع عند تقرير الوقف ابتداء ، فللقاضي ، عندئذ ، ان يأمر بوقف تنفيذ بعض العقوبات والآثار دون بعضها الآخر . بمعنى انه اذا جاز للقاضي ان يجزىء العقوبات ، فيشمل بعضها بالنفاذ والبعض الآخر بالوقف ، فانه لا يجوز له تجزئتها عند الإلغاء ، فيقرر استمرار وقف بعضها وإلغاء وقف تنفيذ البعض الآخر .

الفصل الخامس

الآثار التي تترتب على مضي فترة الوقف دون إلغائه خلالها

٤٠ ـ اذا انقضت فترة وقف التنفيذ ، ولم يتحقق الشرط الموقف فلم يلغ الوقف خلالها ، استقر وضع المحكوم عليه ، وأمن عدم تنفيذ الحكم عليه ، اذ يعتبر كأنه لم يصدر ضده حكم على الإطلاق . والوصول الى هذه النتيجة يفيد ان الأثر التهديدي لوقف التنفيذ قد حقق غرضه وحال دون عودة المحكوم عليه الى ارتكاب الجرائم ، وان ما اعتقدته المحكمة ، وهي تقرر وقف التنفيذ ، من أن المحكوم عليه ، بالنظر الى ماضيه وأخلاقه وسنه وظروف ارتكابه الجريمة ، لن يعود الى مخالفة القانون ، كان اعتقاداً صحيحاً .

وقد نصت المادة ٥٩ من قانون العقوبات المصري على أنه « اذا انقضت مدة الإيقاف ولم يكن صدر في خلالها حكم بإلغائه فلا يمكن تنفيذ العقوبة المحكوم بها ويعتبر الحكم بها كأن لم يكن . » . وفي نفس المعنى جاءت المادة

١١ من قانون العقوبات الليبي ، اذ قررت انه « اذا انقضت مدة الإيقاف
م يصدر خلالها حكم بإلغائه سقطت الجريمة ولا يجوز تنفيذ العقوبة المحكوم
ا ولا العقوبات التبعية » . ومؤدى هذه النصوص ان يعتبر المحكوم عليه
أنـــه لم يصدر ضده حكم أساساً ، ويعامل معاملة شخص لم يجرم . بل ان
شرع الليبي ذهب الى أكثر من ذلك فنص على سقوط الجريمة نفسها . والواقع
ن الأمر أن الذي يسقط هو الحكم القاضي بالإدانة ، فيستحيل تنفيذه ،
ا الجريمة نفسها فمتى تم ارتكابها فهي لا تسقط . لأن ما حدث بالفعل قد
صحى من الواقع ، والواقع لا يمحى ، فان أمكن أن تزول آثاره فعلاً
قانوناً ، فان معانيه أو دلالاته قد تبقى لتنبىء عنه[1] ولما كان وقف التنفيذ
يمس الجدارة بالإدانة بل هو يفترضها ، لذلك كان من المناسب ألا تمتد
ثار مرور فترة الوقف التي لم يلغ خلالها الى الإدانة فتلغيها ، بل كان يجب
ن تقتصر على اعتبار ان العقوبة المحكوم بها كأنها نفذت ، على نحو ما فعل
شرع الألماني . وبذلك لا يجوز تنفيذ العقوبة ، ولكن يظل حكم الإدانة
ائماً فيما عدا ذلك ، فيعتبر سابقة في العود ، ويتعين على المحكوم عليه أن
خذ الإجراءات اللازمة لرد اعتباره[2] . غير انه يلاحظ أن الرغبة في حث
لمحكوم عليه وتشجيعه على عدم العودة الى الإجرام هي التي جعلت المشرع
بالغ في منح الامتيازات للمحكوم عليه مع وقف التنفيذ ، بحيث يطمئن الى
نه متى ابتعد عن العودة الى الإجرام فان اثراً واحداً من آثار الحكم لن
سحقه .

وغني عن البيان ان الآثار المذكورة انما تترتب بقوة القانون وبمجرد

---

(١) دكتور محمود مصطفى – شرح قانون العقوبات – القسم العام – ص ٦٨٣ . هامش ١ .
(٢) راجع كتاب الدكتور محمود نجيب حسني في علم العقاب – طبعة سنة ١٩٦٧ ص ٥٨٣ – رقم ٤٧٢ .

انقضاء فترة وقف التنفيذ ، دون حاجة الى تدخل القضاء .

ويثير نص المادة ١١٧ من قانون العقوبات الليبي التساؤل حول ما اذا كانت آثار مضي فترة وقف التنفيذ دون إلغائه خلالها تقتصر على العقوبة الأصلية والتبعية دون الآثار الجنائية للحكم ؟ والذي يدعو الى هذا التساؤل هو أن الفقرة الأخيرة من المادة ١١٣ قد رتبت على الأمر بوقف التنفيذ ، وقف تنفيذ العقوبة الأصلية والعقوبات التبعية وسائر الآثار الجنائية الا إذا نص الحكم على عدم وقفها . بينما لم تذكر المادة ١١٧ سوى العقوبات الأصلية والتبعية . فهل معنى ذلك أن الآثار الجنائية للحكم تبقى قابلة للتنفيذ رغم انقضاء فترة الوقف دون إلغائه خلالها ؟ لا يمكن القول بذلك ، اذ يتعين الرجوع الى ما شمله الوقف ابتداء . فاذا كانت الآثار الجنائية قد شملت بالوقف ، فان مرور مدة وقف التنفيذ يجعل من غير الجائز تنفيذها ، اما اذا لم تشمل بالوقف فهي قابلة للتنفيذ حال صدور الحكم . وسبق أن أوضحنا أن العقوبات التبعية والآثار الجنائية للحكم ، في القانون الليبي ، يوقف تنفيذها تبعاً للأمر بوقف تنفيذ العقوبة الأصلية ، واذن فهي ، لكي تنفذ ، يجب ان ينص الحكم صراحة على عدم وقف تنفيذها .

خاتمة

أما وقد انتهينا – بحمد الله – من تحديد الأسس العامة لنظام وقف التنفيذ ، وبيان أحكامه في التشريعين الليبي والمصري ، فانه يتبقى ان نلقي نظرة سريعة على هذه الدراسة ، نلخص فيها بعض الأفكار التي عرضنا لها بالتفصيل .

فوقف التنفيذ نظام من أهم أنظمة تفريد العقاب ، يتمتع بذاتية مستقلة ، ويساهم – كغيره من الأنظمة المشابهة – في تحقيق أهداف التفريد . وقد ولد على يد التشريع كمظهر لأفكار المدرسة الوضعية . وهو يهدف الى تجنب مضار سلب الحرية قصير المدة . واذا كان من الواجب ان يظل هذا الهدف هو الضابط الذي ترتد اليه كافة أحكام وقف التنفيذ ، بحيث لا يتقرر الا في الأحوال التي يتطلبها تحقيق هذا الهدف ، الا أن هناك اعتبارات أخرى تتصل بتحقيق العدالة وبتشجيع المحكوم عليهم على عدم العودة الى الإجرام ، قد تدفع المشرع الى تجاوز هذا الهدف أحياناً . مثال ذلك ، إجازة وقف تنفيذ الغرامة ، والآثار الجنائية للحكم . وامتداد الآثار التي تترتب على مرور فترة الوقف التي لم يلغ خلالها الى كافة آثار الحكم ، دون الاقتصار على اعتبار العقوبة كأنها قد نفذت . ويحقق المجتمع – عن طريق وقف التنفيذ – فائدة أكبر ، عادة ، مما يحققه من تنفيذ العقاب ، هي تأهيل المحكوم عليه لغاية اجتماعية شريفة ، دون الحاجة الى تنفيذ أساليب المعاملة العقابية عليه بما تتطلبه من جهد ونفقات . فالطابع الترغيبي التهديدي لهذا النظام عظيم الأثر على كثير من المجرمين – خاصة المبتدئين منهم – وبواسطته أمكن إنقاذ كثيرين من التردي في هاوية الإجرام ، وبعضهم أصبح من أنبل وأعظم شخصيات المجتمع .

واذا كان يعاب على نظام وقف التنفيذ طابعه السلبي ، ووقوفه موقف المتربص من المتهم ، ففي الوسع تدارك هذا النقص بإضافة تدابير الرقابة والتوجيه ، وتطوير نظام وقف التنفيذ التقليدي . ويتسع النظام القانوني ليشمل هذا النظام في صورتيه التقليدية والمتطورة على أن يترك للقاضي حرية اختيار أحدهما ، وفقاً لما يتبينه من ظروف الواقعة وأحوال المتهم ، لأن كلاً منهما مفيد لصنف خاص من المجرمين .

حقاً ان موضوع هذا البحث هو الدراسة المقارنة لأحكام وقف التنفيذ في قانوني العقوبات لكل من ليبيا ومصر ، ولكن هذه المقارنة تضيق الى حد كبير ، بالنظر الى اتفاق التشريعين في أغلب نصوصهما . وذلك راجع بالطبع الى ان القانون المصري يعتبر من المصادر الرئيسية التي استقى منها المشرع الليبي ، فجاءت نصوصه ، في الغالب ، ترديد حرفي لنصوص ذلك التشريع . والأمل أن يخطو التشريعان خطوة أوسع نحو التوحيد التام ، تحقيقاً لوحدة التشريع في دولة الاتحاد .

وما دام الهدف من الشروط التي يحددها المشرع ، لإجازة تقرير إيقاف التنفيذ ، هو التأكد مما اذا كان ثمة احتمال لتأهيل المجرم وإصلاحه دون تعريضه لمضار سلب الحرية ، فقد كان يكفي الاقتصار على تطلب شروط معينة في المتهم ، دون الحاجة الى شروط أخرى في الجريمة والعقوبة . وفي هذا المجال يبدو القانون الليبي أكثر تطوراً ، اذ اقتصر على شروط المجرم وشروط العقوبة ، بينما أضاف المشرع المصري الى ذلك شروطاً في الجريمة المرتكبة . ومن ناحية أخرى ، فان الشروط التي يتطلبها التشريعان الحاليان في المجرم ، ينقصها النص على القيام بفحص علمي لشخصية المتهم ، وإجراء بحث اجتماعي عن ظروفه وأخلاقه ، حتى تكتمل الصورة أمام القاضي

ويستند قراره على أسس سليمة . من أجل ذلك فاننا نهيب بالمشرعيين ان يتداركا هذا النقص .

قلنا ان وقف التنفيذ يهدف الى تجنب مضار سلب الحرية فصير المدة ، ولذلك فان كل إجراء لا يؤدي مباشرة أو بطريق غير مباشر الى الزج بالمحكوم عليه في وسط السجون ، يجب أن يستبعد من نطاق الوقف . ولقد أجاز التشريعان ، الليبي والمصري ، وقف تنفيذ « العقوبة » . ولذلك فانه لا يجوز وقف تنفيذ غير الجزاءات التي يصدق عليها هذا الوقف . فالتدابير المانعة التي تواجه الخطورة الاجتماعية السابقة على الجريمة ، لا يجوز وقف تنفيذها ، أما التدابير العقابية التي تواجه الخطورة الإجرامية ، فلا يوجد — من الناحية القانونية — ما يحول دون وقف تنفيذها ، لأنها ليست شيئاً آخر غير العقوبات . ولكن — من الناحية الواقعية — يحسن عدم تقرير وقف نفاذها ، اذ يتعارض ذلك مع الضرورة التي أملت تقريرها . وهذا ما يحدث عادة في العمل . وفيما يتعلق بالمصادرة فهي اما أن تكون عينية أو شخصية . فان كانت عينية فهي من التدابير ، ولذلك لا يجوز وقف تنفيذها ، بالإضافة الى أنها تنصب على أشياء محرمة حيازتها ، والمصلحة تقتضي ضرورة سحبها من التداول . اما اذا كانت المصادرة شخصية فهي من العقوبات ، ولكن لا يجوز وقف تنفيذها ، لأن ذلك يتطلب تسليم الأشياء محلها الى المحكوم عليه ، ثم مطالبته بردها لتنفيذ حكم المصادرة فيها اذا ما ألغي وقف النفاذ ، وذلك من العبث الذي ينبغي تجنبه .

لقد أجاز التشريعان وقف تنفيذ العقوبات التبعية والتكميلية وكذلك الآثار الجنائية للحكم ، على خلاف بينهما في طريقة هذا الوقف ، فبينما يتم الوقف تلقائياً ، في القانون الليبي ، لمجرد تقرير وقف تنفيذ العقوبة الأصلية وما على القاضي ، اذا أراد استثناءها ، الا أن ينص صراحة على عدم وقفها . فان المشرع المصري جعل الأصل في هذه العقوبات والآثار ان تنفذ ، ولكن

للقاضي أن ينص صراحة على وقفها . ولا تبدو أهمية هذا الاختلاف الا عندما يغفل القاضي التحدث بشأنها . اذ لا تنفذ حينئذ في القانون الليبي ، بينما يجب تنفيذها وفقاً للقانون المصري .

ويحسن بالمشرع الليبي ان يسلك مسلك زميله المصري ، فيخفض المدة المقررة لإيقاف التنفيذ الى ثلاث سنوات بدلاً من خمس ، حتى لا يكون من حكم عليه مع وقف النفاذ أسوأ حالاً ممن حكم عليه مع النفاذ من جهة أحكام رد الاعتبار ، وحتى يتم رفع التعارض القائم بين النصوص .

ولما كان وقف التنفيذ معلقاً على شرط ، فهو قابل للإلغاء اذا تحقق هذا الشرط خلال المدة المحددة . ورغم الشروط التي وضعها المشرع لإمكانية إلغاء هذا الوقف — ومنها ارتكاب جريمة على درجة معينة من الجسامة — الا أن ارتكاب مثل هذه الجريمة ليس من شأنه ان يدل دلالة قاطعة على أن المحكوم عليه لم يعد يجدي معه الا التنفيذ الفعلي للعقاب . ولذلك كان من المناسب أن يجعل المشرع الليبي تقرير الإلغاء أمراً جوازياً للقاضي كما فعل قرينه المصري .

وأخيراً فان مرور فترة وقف التنفيذ دون إلغائه خلالها ، يدل — غالباً — على أن المحكوم عليه قد ثاب الى رشده وانصرف عن الإجرام . من أجل ذلك فان المشرع يعتبر الحكم السابق كأن لم يكن ، بحيث يصبح المحكوم عليه في وضع شخص لم يقض عليه بأية عقوبة ، ولا يلحقه أثر واحد من آثار ذلك الحكم . ولئن كان يبدو ان في ذلك مبالغة في التسامح الى الحد الذي قد لا تتطلبه طبيعة نظام وقف التنفيذ ، باعتباره لا يمس الجدارة بالإدانة فيجب الا تمتد اليها آثاره ، اذا كان ذلك صحيحاً ، الا أن الحرص على تشجيع المحكوم عليهم على احترام القانون بعدم العودة الى الإجرام ، قد تبرر هذا التجاوز .

أهم المراجـــع

(١) الدكتور محمود محمود مصطفى — شرح قانون العقوبات — القسم العام — الطبعة السابعة ١٩٦٧ .

(٢) الدكتور محمود نجيب حسني — علم العقاب — طبعة سنة ١٩٦٧ .

(٣) الدكتور احمد فتحي سرور — الاختبار القضائي — طبعة ١٩٦٩

(٤) الدكتور أحمد عبد العزيز الألفي — شرح قانون العقوبات الليبي — القسم العام — طبعة ١٩٦٩ .

(٥) الدكتور رمسيس بهنام — النظرية العامة للقانون الجنائي .

(٦) الدكتور يسر انور علي والدكتورة آمال عبد الرحيم عثمان — علم الإجرام وعلم العقاب — طبعة سنة ١٩٧٠ .

(٧) الدكتورة فوزية عبد الستار — مبادىء علم الإجرام وعلم العقاب طبعة سنة ١٩٧٢ .

(٨) أكرم نشأت — الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة — رسالة دكتوراه — القاهرة ١٩٦٥ .

(٩) أحمد صفوت — شرح القانون الجنائي — القسم العـــام .

(١٠) الدكتور محمود محمود مصطفى — أصول قانون العقوبات في الدول العربية — طبعة سنة ١٩٧٠ .

(١١) الدكتور على أحمد راشد — موجز في العقوبات ومظاهر تفريد العقاب .

(١٢) الدكتور أحمد فتحي سرور — أصول السياسة الجنائية — طبعة سنة ١٩٧٢ .

(١٣) الدكتور محمود محمود مصطفى — توجيه السياسة الجنائية نحو فردية العقاب — بحث في مجلة القانون والاقتصاد — عام ١٩٣٩ .

(١٤) الدكتور محمود محمود مصطفى — رد اعتبار المحكوم عليه مع وقف التنفيذ — بحث في مجلة الحقوق — السنة الخامسة — العددان الأول والثاني .

(١٥) الدكتور السعيد مصطفى السعيد — الإحكام العامة في قانون العقوبات.

(١٦) مجلة المحكمة العليا الليبية .

(١٧) مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية .

بحث في

أهمية الرجوع الى قواعد الصياغة المدنية ، لتجلية بعض النظريات ، التي تراكمت حولها الخلافات ، في فروع القانون الأخرى ... نظرات مدنية في القانونين الجنائي والإداري .

الجزء الأول من البحث

فكرة « السبب الأجنبي » ، بشروطه المدنية التي جرت به بها المادة ١٦٨ من التقنين المدني الليبي [1] ، تحل مشكلة الإسناد المادي أي رابطه السببية بين النشاط المادي والنتيجة الإجرامية .

للدكتور عادل سيد فهيم

أستاذ القانون المدني

---

(١) تجري المادة ١٦٨ ليبي على الوجه التالي « إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجىء أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو إتفاق على غير ذلك » .

الحقيقة أن صلة السببية هي واحدة من حيث طبيعتها في جميع أنواع المسئولية : خلقية كانت أم جنائية أو مدنية ، وان وجودها في جميع الجرائم — مقصودة كانت أم غير مقصودة — هو شرط أساسي متفرع عن فكرة الجزاء نفسها . ومن الجدير بالذكر أن الفقهاء الألمان إنما وضعوا أبحاثهم المشهورة في علاقة السببية ، وحددوا لها الضوابط والمعايير في الصعيد الجنائي بادىء ذي بدء ، ثم نقلوا هذه الضوابط والمعايير إلى القانون المدني .

ومعلوم أن لمشكلة السببية وجهين أساسيين : وجه تعدد الأسباب ووجه تسلسل النتائج .

ففي الوجه الأول : تتعدد الأسباب وتتعاقب العوامل التي انضمت إلى فعل الجاني وتضافرت وأسهمت في إحداث النتيجة الإجرامية .

اما الوجه الثاني : فإن النتائج الإجرامية هي التي تتعدد أي تتسلسل بعضها من بعض متولدة عن فعل (أو امتناع) واحد قام به الجاني — والمثال التقليدي الذي يرويه الشراح على صعيد المسئولية المدنية في هذا الصدد ، هو مثال الفقيه الفرنسي بوتييه Potier التالي : تاجر مواشي يبيع بقرة موبوءة ، وهو عالم أنها موبوءة ، فتعدي مواشي المشتري وتموت ومعها سائر المواشي ، ولا يتمكن المشتري لذلك من زراعة أرضه ، فيعوزه المال ولا يستطيع الوفاء بديونه ، فيحجز الدائنون على أرضه ويبيعونها بثمن بخس ، وتصاب زوجته المريضة بصدمة عنيفة تؤدي إلى وفاتها ... الخ فهذه نتائج ضارة تأخذ برقاب بعضها بعضاً : موت البقرة الموبوءة ، عدوى المواشي وموتها ، العجز عن الزراعة ، العجز عن وفاء الديون ، بيع الأرض بثمن بخس ، ووفاة الزوجة ..

الخ . فهي تتسلسل تسلسلاً يباعد بينها وبين عمل الجاني بحيث تنقطع علاقة السببية ويصبح من غير المقبول إسناد كل هذه النتائج إلى فعل الجاني[1] .

---

(١) ويجب ألا يغرب عن الذهن أن وضع قواعد علاقة السببية وصياغة ضوابطها وأحكامها تستلزم التمييز الدقيق بين حالة تعدد الأسباب وحالة تسلسل النتائج الإجرامية أو تعاقبها .

ففي الحالة الأولى : النتيجة الإجرامية هي واحدة ، والأسباب أو العوامل هي التي تعددت وتعاقبت واشتركت في إحداث هذه النتيجة الإجرامية .

وأما في الحالة الثانية : فان السبب واحد لم يتعدد والنتائج الإجرامية الضارة هي التي تعددت وتعاقبت وتسلسلت من هذا السبب الواحد ، واتخذت أوصافاً إجرامية متعددة .

واذن ففي الحالة الأولى السبب هو المتعدد (ومن بينها فعل الجاني) أما النتيجة فتبقى واحدة . والسؤال الذي تطرحه مشكلة علاقة السببية هنا هو : أي هذه الأسباب يرتبط من الناحية القانونية بالنتيجة الحاصلة ارتباط العلة بالمعلول ؟ أي عامل من هذه العوامل يعتبر أنه السبب القانوني في إحداثها ؟

وهل يجوز مثلاً ان يحمل الفاعل عبء الوفاة ، ويسأل عن جريمة قتل ، ما دام قد توسط بين فعله وبين النتيجة الإجرامية أسباب متعددة أسهمت معه في إحداثها ؟ أو تظل علاقة قائمة السببية بين فعل الفاعل والوفاة على الرغم من ذلك ، أم أنها تنقطع ؟ وكيف السبيل الى معرفة ذلك ؟

وأما في الحالة الثانية ، حالة تسلسل النتائج : فالنتيجة هي المتعددة أما السبب فيبقى واحداً . والسؤال الذي تطرحه مشكلة السببية هنا هو : هل يظل صاحب هذا السبب أي مقترف الفعل — هو المسؤول قانوناً عن جميع النتائج المتسلسلة التي ولدها فعله فيتحمل عبئها مهما تعاقبت وبعدت عنه ... وهل تظل رابطة السببية قائمة قانوناً بين فعله الأول وجميع النتائج المتعاقبة المتسلسلة منه ، أم انها تنقطع فلا تسند هذه الجرائم المتعددة الى مرتكب الفعل الاول ، ومتى تنقطع وأين ؟ وما السبيل الى معرفة ذلك ؟ =

٣

والواقع أن المسؤولية المدنية تمثل أهمية نظرية عظمى في هذا المجال ، باعتبارها نظرية قانونية بحتة ، فالقاضي لا يبحث إطلاقاً في النية الإجرامية للمتهم ، شأن القاضي الجنائي ، ومن ثم أتت قواعدها خالية تماماً من أي تأثر بالقواعد الاجتماعية والاعتبارات الإنسانية . فهي نظرية قانونية بحتة كما قلنا ، لذلك ، فلا يمكن في رأينا الاستغناء عنها في تفهم قواعد المسؤولية الجنائية .

فلقد لاحظنا أولاً — ان الفقهين الإيطالي والألماني (على الأخص) قد حاولا وضع نظريات إيجابية لتحديد رابطة الإسناد المادي في القانون الجنائي — ويلخص الفقهاء عادة تلك النظريات في اتجاهين متضادين هما : اتجاه السببية المباشرة ، واتجاه تعادل الإسباب — ورأينا أنصار كل مذهب يلجؤون الى أحكام القضاء الجنائي ، يعذبون ألفاظها ويلوون أعناقها ليحشرونها حشراً داخل فلسفتهم .

ولاحظنا ثانياً — أن أحكام المحاكم لم تضع في اعتبارها أي من تلك النظريات ، وأن ما يذكره الشراح عن اتجاه معين لمحاكم النقض في البلاد المختلفة ، الى هذه النظرية او تلك ، هو قول مفتعل في الغالب ، وسوف نتتبع معكم أحكام بعض تلك المحاكم (كالنقض الفرنسية والمصرية والإيطالية والإنجليزية لنرى أن ما يذكره الشراح بشأنها غير صحيح ، وأن قضاء تلك المحاكم لم يتغير أبداً في شأن تحديد رابطة السببية الجنائية .

= **وليس من ريب في ان الحلول والضوابط التي تقتضيها علاقة السببية في حالة تعدد الأسباب تختلف عن الحلول والضوابط التي تقتضيها في حالة تسلسل النتائج الاجرامية ..**

واذا جاز لنا أن نعرض تعريفاً للسبب فاننا لن نجد خيراً من هذا التعريف « السبب هو مجموعة العوامل الإيجابية والسلبية التي ساهمت في إحداث النتيجة » .

٤

ولاحظنا ثالثاً – أن تلك الملاحظة الثانية المشار اليها ليست وقفاً علينا ، اذ الواقع أن أغلب الفقهاء الفرنسيون يذهبون الى أنه من العبث محاولة وضع ضابط للسببية الجنائية[١] وانما يترك الامر لقاضي الموضوع يبحثها في ضوء وقائع كل حالة على حدة ، ويقول الفقهاء عن أحكام المحاكم الفرنسية أنها لم تضع معياراً ثابتاً لرابطة السببية تلتزم بتطبيقه في جميع أصناف الجرائم على السواء ، ولكنها تفرق في ضوابط السببية بين جرائم القتل العمد ، وجرائم الإيذاء العمد ، وجرائم القتل والإيذاء غير العمديتين ، وهي تفرقة ليس لها ما يسوغها في القانون[٢] – وعلى كل حال ، فان النظريات الحديثة في ألمانيا (وايطاليا) التي يحبذها الفقه حالياً : إنما تربط السببية بأفكار غامضة مثل السبب الملائم أو المناسب أو السببية الحميدة ... الخ causalité adéquate فهي تدخل ، في الواقع ، في باب النظريات التي تعرف في الفلسفة بنظريات « انعدام النظرية في الموضوع » – إذ يستوي فعلاً أن يقوم القاضي بالبحث عن السببية في وقائع كل موضوع أو أن يقوم بالبحث عن تلك الأفكار غير المحددة ، التي تستمد مجدها من غموضها (أي السببية الحميدة المناسبة الملائمة .. الخ) – فهذا الاتجاه الجديد للفقه الألماني انما يتفق في الواقع مع الفقه الفرنسي من حيث أنه : « يحسن ترك تقدير السببية لتقدير قاضي الموضوع ، دون تقييده بافتراضات معينة لتعذر وضع قاعدة مطلقة فيها » .

---

(١) رسالة الدكتور نجيب حسني الى جامعة باريس سنة ١٩٥٣ نشرت بالفرنسية في كتاب عن علاقة السببية في القانون الجنائي – القاهرة سنة ١٩٥٥ .

(٢) د . روءف عبيد – القسم الخاص ص ٢٣ – ود . محمد الفاضل – الجرائم الواقعة على الأشخاص – دمشق سنة ١٩٦٥ – ص ٢٢٧ – ويلاحظ أننا لا نشارك الأساتذة هذا الرأي ، وسوف نبحث فيما بعد القضاء الفرنسي الذي يوردونه كي ما نثبت أنه لم يتغير وأن له ضابط واحد .

٥

ـ ولا نجد حاجة الى الإفاضة في هذه النظريات الفلسفية المختلفة[١] ، اذ أننا لا نجد فارقاً مذهبياً بينها ، وانما مبعث الخلاف هو النظرات الخاصة التي مرجعها الى أفكار تتصل بالعدالة[٢] والرغبة في فرض وجه نظر الفقيه

---

(١) يتحدث الكتاب في العادة عن ثلاث نظريات ـ **نظرية السببية المباشرة** ، وبمقتضاها لا يسأل الجاني عن النتيجة التي حصلت إلا اذا كان فعله هو السبب المباشر أي السبب الأساسي أو الفعال أو الأقوى في حدوث هذه النتيجة . ـ والنظرية الثانية هي : **نظرية تعادل الأسباب** ، وقد استنبط هذه النظرية العالم الألماني فون بيرى ومقتضاها أنه في تعيين ما يعتبر سبباً حقيقياً للضرر يجب بحث كل من العوامل المتعددة على حدة ، فاذا ثبت أنه لولا هذا العامل ما وقع الضرر ، اعتبر هذا العامل سبباً في حدوث الضرر . وعلى ذلك تعتبر أسباباً جميع العوامل التي أدى اشتراكها الى وقوع الضرر . وتعد كلها متعادلة من حيث التسبب في الضرر ـ ولقد انتقد هذه النظرية فريق كبير من الألمان أنفسهم . فقالوا أنه لا يكفي في اعتبار أحد العوامل سبباً في حدوث الضرر أن يثبت أنه لولا هذا العامل ما وقع الضرر ، بل يجب أن يكون وجود هذا العامل كافياً وحده لإحداث الضرر ـ **لذلك فلقد عارض فون كراس وفون بار وروملن** وغيرهم هذه النظرية بنظرية أخرى **سميت نظرية السببية الحميدة أو المناسبة أو الملائمة** ومقتضاها أن الحادث يعتبر سبباً ملائماً بقدر ما يجعل حصول النتيجة محتملاً .

وللأنجلوسكسون نظرية أخرى قريبة من نظرية السببية الفعالة يفرقون بها بين السبب المباشر والسبب غير المباشر . وتسمى :

Causa Proxima and Causa Remota

(٢) وليس أدل على ذلك مما كتبه أستاذنا **الدكتور روءوف عبيد** ـ في القسم الخاص ـ ص ٢٥ من أنه : « ويأخذ القضاء الفرنسي ـ في السائد من أحكامه ـ **بمعيار السببية المباشرة هذا . ومن الملاحظ أنه يميل الى التشدد في تحديدها في جرائم القتل العمد ، ولعل ذلك بالنظر الى اعتبار شدة العقوبة أكثر منه الى اعتبار فقهي معين** ، حين يميل الى التساهل فيها في جرائم الجرح والضرب ، ويبدو هذا التساهل أكثر وضوحاً في جرائم القتل والإصابة الخطأ، **حتى ليقرب فيها من اتجاه السببية المناسبة أو الملائمة الى حد واضح** »!

صاحب الرأي ، عن طريق تجريد الرأي وصياغته في نظرية عامة (بل وكثيراً ما تكون وجهة نظر الفقيه هذه محددة بفرض أو حادث معين ، بحيث ارتبطت النظريات الثلاث المشهورة في هذا الصدد ، بأمثلة معينة صارت مدرسية يدور حولها الخلاف بين الفقهاء) — وكما يحدث غالباً ، نجد أن النظريات تبدأ أول الأمر في صورة رأي شخصي يكتبه أحد الفقهاء الكبار ، ثم يتولى تلاميذه إنشاء مدرسة من هذا الرأي ، وتدور المساجلات العلمية الحميدة بين تلك المدارس المختلفة ، فاذا لم يكن هناك نطاق قانوني عملي يجري عليه النقاش بعيداً عن النظريات الاجتماعية والفلسفية وغيرها ، فاننا نجد أنفسنا بعد بضع عشر سنة ، أمام مجموعة متشابكة من الآراء الفلسفية التي لا يمكن تحديد انتمائها في الغالب ، إلا عن طريق التحكم [1] ، ومبعث التشابك بين نظريات السببية يرجع في رأينا الى ما يلي : —

أولاً — ان هذه النظريات تحاول وضع ضابط واحد يشمل — في نفس

---

(٧) إذ أن الأمر لا يتعلق بفكرة معزولة ، وإنما يعتبر الاختلاف حول السببية صداً للاختلاف حول نقاط أخرى كثيرة ، وليس شرطاً أن يكون مؤسس المذهب ومن يتبعه متفقون في وجهات النظر حول مسائل القانون الجنائي جميعها ، لذلك فان الفصل بينهم لا يمكن ان يكون فصلاً حسابياً كاملاً ، وانما هو يتم في كثير من الحالات عن طريق التحكم ، فمثلاً الدكتور محمد الفاضل ، في المرجع السابق ص ٢٣٤ الحاشية رقم ١ يقول « هذه القاعدة ليست في حقيقتها سوى تطبيق لنظرية الأسباب أو تعادلها ، وربما كانت متعارضة مع القاعدة — د — والقواعد السابقة التي هي أقرب ما يكون الى نظرية السبب الملائم » — وقد قلنا فيما سبق — أن السبب الملائم أو السبب المفيد ... الى آخر تلك التعبيرات الغامضة ، انما تعني في الواقع نظرية « عدم النظرية » في الموضوع .

الوقت ــ تعدد الأسباب وكذلك تسلسل النتائج ، وهو أمر مستحيل في المنطق ــ فلا ريب في أن الحلول والضوابط التي يقتضيها الإسناد المادي في حالة تعدد الإسباب يختلف عن تلك التي تقتضيها حالة تسلسل النتائج عن سبب واحد راجع الى فعل المتهم .

ثانياً ــ ان الكلام عن السببية انما يتصل بنظرة هذا الفقيه أو الآخر الى إمكانية وجود القصد الاحتمالي[1] ، ثم ان الإمر بعد ذلك اتصل بمسألة

---

(١) يراد بالقصد الاحتمالي التعبير عن صورة للإرادة الآثمة تقع في المنطقة الحدية بين فكرتي ، القصد الجنائي والخطأ غير العمدي ــ ويقال نظرية القصد الاحتمالي للمذهب الذي يدخل هذه الفكرة في نطاق فكرة القصد الجنائي .

ــ ومعلوم أن جوهر القصد الجنائي هو « العلم » الخالص الأيجابي بحقيقة العناصر التي يعطي اجتماعها صورة الجريمة كما عرفها القانون ــ بحيث ينعدم القصد الجنائي لو ثبت ان « الجاني » كان يجهل عنصراً أو أكثر من هذه العناصر ، أو كان فريسة للغلط في شيء منها .

والخطأ غير العمدي : هو مسلك ذهني مجرد من عنصر « العلم » بالذات ؛ فهو ــ حتى في صورة الخطأ الواعي ، حيث يوجد قدر من العلم ــ يكون علم غير خالص لاصطحابه بتفكير مضاد يفسده ويجعله في حكم المنعدم .

وفيما بين هاتين الصورتين ، حيث يسيطر العلم خالصاً إيجابياً في الأولى وينعدم او يكون في حكم المنعدم في الثانية ، تتوسط صورة يتوقع فيها الجاني النتيجة الإجرامية التي يؤدي إليها نشاطه الإرادي ؛ غير انه لا يبالي بها ، مما يحمل على الاعتقاد بأنه مضى في نشاطه الإرادي قابلاً سلفاً لتلك النتيجة ؛ هذه هي صورة القصد الاحتمالي ، وهذه الصورة نفسها وضعان :

الأول : حيث لا يكون نشاط الجاني متجهاً في الأصل الى إحداث اي نتيجة إجرامية ــ مثال ذلك أن يقبل صاحب مركب بحري للنزهة في مركب عدداً من الأشخاص =

٨

إمكانية قياس مسلك المتهم من حيث توقع النتائج ، بمعيار موضوعي بحت

= يتجاوز كثيراً حمولتها المقررة، وهو يتوقع ان يؤدي ذلك الى غرقها وسط أمواج النهر المتلاطمة نتيجة سوء الأحوال الجوية حينذاك، ولكنه لا يبالي بهذه النتيجة لأنه لا يريد ان تفوته فرصة الربح فهو لا يرغب عن حدوث النتيجة الإجرامية ويأمل في تلافيها اعتماداً على حذقه ومهارته ــ فتغرق المركب بالفعل ويروح ضحية الغرق بعض الركاب ــ أو من يركب سيارة ويقودها بسرعة كبيرة في أحد الأسواق اعتماداً على مهارته في القيادة ، فيقتل بعض الأشخاص ــ أو الطبيب الذي يُقدم على إجراء بعض التجارب ، غير المؤكدة والخطرة ، على المريض، كزرع القلب مثلاً ، فيتوفى المريض لذلك .

والثاني : حيث يكون النشاط الإرادي للجاني متجهاً على العكس الى إحداث واقعة إجرامية مقصودة من الجاني ، ولكنه توقعها ولم يعبأ بها (او ربما يرحب بها) ، مثال ذلك ان تضع الزوجة مولوداً يظن زوجها انه ثمرة علاقة مع آخر ثم يدب شجار بين الزوجين يقدم الزوج خلاله على ضرب زوجته وهي تحمل مولودها بين يديها ، فيتوقع أن يؤدي الضرب الى إصابة المولود وقتله ، ومع ذلك يقبل هذا الاحتمال (بل ربما يرحب بتحققه ثأراً لشرفه وكيداً لزوجته) .

ــ او يقدم شخص على إشعال النار في منزل قاصداً إحراقه ، فتؤدي هذه الواقعة الى موت شخص او أكثر ممن كانوا بالمنزل .

ــ ففي هذه الأمثلة جميعها نجد ان الجاني يقدم على نشاط ارادي (سواء أكان هذا النشاط لا يحتوي بذاته على أية واقعة إجرامية كما في الوضع الأول ، أم كان ينطوي بالعكس على مثل هذه الواقعة كما في الوضع الثاني) ــ وهو يتوقع ان يؤدي نشاطه هذا الى نتيجة إجرامية لا يقصدها ، اي انه يعلم بأن هذه النتيجة هي مما يحتمل ان يؤدي اليه فعله . ومع ذلك : فليس هذا هو العلم الإيجابي الذي يميز القصد الجنائي ، وانما هو علم سلبي أو محايد لا لون له .

كذلك يختلف «العلم» في الأمثلة المتقدمة عن ذلك القدر من العلم الذي نصادفه=

كما هو الشأن في المسؤولية المدنية أم أن الاعتداد يكون بالمعيار الموضوعي

= في صورة الخطأ الواعي او مع التبصر ؛ لأنه في هذه الحالة الأخيرة ، علم غير خالص لاقترانه بتفكير آخر مضاد له يجعله في حكم المنعدم ، بينما هو في أمثلتنا المتقدمة علم خالص وإن يكن غير إيجابي .

ويلاحظ : أن درجة « التوقع » اي العلم عند الجاني في أمثلة الوضع الثاني تزيد شيئاً ما على درجته في أمثلة الوضع الأول ـ وهذا يعني ان الوضع الثاني في تلك الصورة المتوسطة للإرادة الآثمة أدنى الى منطقة العمد ، بينما الأول يتاخم منطقة الخطأ غير العمدي في أقصى مراتبه ، اي عندما يبلغ درجة الخطأ الواعي .

ـ تلك اذن هي الصورة التي تدور حولها فكرة القصد الاحتمالي التي يختلف حولها الفقه .

اي انها كما يعرفها الدكتور علي راشد المرجع السابق ص ٢٥٠ ـ بانها : « ذلك المسلك الذهني لدى الجاني الذي يتوقع النتائج الإجرامية التي يحتمل ان يؤدي اليهـا نشاطه الإرادي ولو انها غير مقصودة منها فيمضي مع ذلك في هذا النشاط في غير مبالاة بتلك النتائج » .

ـ ويلاحظ : ان حصر فكرة الاحتمال في هذه الصورة ، معناه الأخذ بضابط او معيار (شخصي) للاحتمال ، اي منظور فيه الى توقع الجاني بالفعل ان يؤدي نشاطه الإرادي الى النتائج الإجرامية ؛ وهذا هو المعيار الذي اختلف فيه الفقه على النحو المشار إليه آنفاً . ـ ولكن هناك ضابط او معيار موضوعي يوسع من فكرة القصد الاحتمالي بحيث تضم كل النتائج المحتملة لنشاط الجاني وغير المقصودة منه ، فهو معيار موضوعي مناطة النظر الى ما يحتمل ان يؤدي اليه هذا النشاط الإجرامي للجاني بحسب المجرى العادي للأمور ، وذلك بغض النظر عن توقع الجاني لمثل هذه النتائج ، كما هو الشأن في حالة القصد المفترض قانوناً مثل نص قانون العقوبات على أن من اشترك في جريمة فعليه عقوبتها ، ولو كانت غير التي تعمد ارتكابها ، متى كانت الجريمة التي وقعت بالفعل نتيجة محتملة للتحريض أو الإتفاق أو المساعدة التي حصلت ـ راجع كتابنا ـ المرجع السابق ـ ص ١٠٦ وما بعدها . =

للرجل المعتاد ولكن في مثل ظروف المتهم الداخلية أيضاً (أي ماذا كان يجب أن يكون تصرف الشخص المعتاد لدى الحادث في مثل ظروف المتهم الاجتماعية والثقافية والجسمانية ... الخ) .

ثالثاً : ان للقانون الجنائي ، ذاتية خاصة ، من حيث كونه قانون يعاقب على الإثم والخطيئة في حق المجتمع ، فالقاضي يأمر بتوقيع عقوبة زاجرة رادعة تحمل معنى الإيلام الجسدي للمتهم توبيخاً له وزجراً وتهديداً لغيره عن ارتكاب نفس الفعل ، فهي عقوبات تهدد الناس في أموالهم وحرياتهم

= فرأى البعض : انه من المتعذر اعتبار القصد الجنائي متوافراً لدى الجاني تأسيساً على ان إرادته لم تنصرف الى إحداث الوفاة .

بينما ذهب البعض الآخر : الى القول بتوافر ذلك القصد ، لأن توقع الجاني للوفاة مثلاً على انها نتيجة ممكنة أو محتملة لفعله وإقدامه رغم ذلك على ارتكاب الفعل يُفيد أنه قد أقر هذه النتيجة على فرض حدوثها ، فتدخل ، من ثم ، في قصده بصفة غير مباشرة او احتمالية ، (وتلك هي نظرية القصد الاحتمالي كما أسلفنا) .

والواقع في رأينا : ان كلا المذهبين المتقدمين لا يبرأ من تهمة التعسف ، ذلك لأننا رأينا ان صورة القصد الاحتمالي تقع في منطقة من الإرادة الآثمة لا هي من نصيب منطقة العمد أي القصد الجنائي الخالص ، لأنها تقع دونها — ولا هي من نصيب منطقة الخطأ غير العمدي ؛ لأنها تتجاوز أقصى مراتبه وهو الخطأ الواعي .

فمن التحكم اذن ، من الناحية النظرية ، إضافة صورة القصد الاحتمالي الى اي من هاتين الصورتين بغير سند من القانون العقابي . اما من الناحية العملية ، وإلى أن يتدخل الشارع بنص صريح يحدد مركز هذه الصورة القلقة من الإرادة الآثمة ، فلا مناص من إعمال حكم القواعد العامة التي تقضي في مثل هذه الحالة بالاعتماد على القدر اليقين ؛ والقدر المتيقن في صورة القصد الاحتمالي هو الخطأ غير العمدي وإن يكن واعياً ، اما العمد او القصد الجنائي ففيه ولا ريب قدر زائد على اليقين .

بل وأرواحهم – لذلك تعين على القاضي أن يبحث عن النية الإجرامية أي النية الحقيقية لدى الجاني – وهذه الطبيعة الخاصة للقانون الجنائي العقابي ، تظهر بوضوح في ذلك الفارق الشاسع ما بين السببية في القانون والسببية الطبيعية أي السببية في العلوم الطبيعية causalité physique ou scientifique : فالسبب في الطبيعة ليس سوى حلقة في سلسلة الظواهر الطبيعية (١) : فهو علة ومعلول أو سبب ونتيجة في آن واحد : نتيجة لما يسبقه وسبب لما يلحق به – والكشف عن قوانين السببية في العلوم الطبيعية هو لذلك الكشف عن علاقات محتومة تجري بين ظاهرة من الظواهر الطبيعية وأخرى ، بحيث يتوقف قيام إحداهما على الأخرى ، وبحيث لو تخلفت هذه لما وقعت تلك ، فالحكم عليها هو دائماً وأبداً حكم تسلسل الوقائع ، ثابت لا يتغير . – أما البحث عن صلة السببية في القانون فيستلزم دائماً وجود « السبب الأول » الذي أحدث النتيجة الضارة – وعلاقة هذا السبب بالنتيجة الضارة ليست كما هي الحال في العلوم الطبيعية ، علاقة محتمة ضرورية بين ظاهرة وأخرى يكشف عنها ويقضي بها قانون السببية – وانما هي علاقة الصانع بما صنع ،

---

(٩) عكس هذا الرأي الدكتور روءوف عبيد – القسم الخاص – ص ٢٤ ؛ ومن ذلك مثلاً ما حاوله الفقيه فون بيري ومن تابعه (نظرية تعادل الأسباب) من الاستناد الى صلة السببية في الطبيعة عندما لا تفرق بين سبب وآخر من ناحية قوته وأثره في النتيجة بما يقتضي اعتبار كل واحد منها شرطاً لحدوثها ليس إلا ، بغير موازنة بين قوة كل عامل – فنمو النبات مثلاً يرجع الى وجود عوامل عديدة كالبذور والتربة والماء والهواء والطقس الملائم ، فلا محل لترجيح عامل منها على آخر والقول بأنه ترجع اليه وحدة علة نمو النبات ، وهكذا الحال في شأن ظواهر الطبيعة المختلفة – قارن الدكتور محمد الفاضل – المرجع السابق ص ٢١٧ .

– كذلك يأخذ الدكتور روءوف عبيد بالمذهب الموضوعي المطلق في قياس مسلك المتهم – ص ٣١ .

والفاعل بما فعل ، والخالق بما خلق ، ويصح إسنادها او نسبتها اليه كما يصح إسناد أو نسبة الإنتاج الى منتجه أو المخلوق الى خالقه .

ففكرة السببية في عالم القانون (وخاصة الجنائي) مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بفكرتي المسؤولية والجزاء ، فالحكم عليها وجوداً وانعداماً هو دائماً « حكم قيم [1] jugement de valeur » .

---

(١) فلو كان للسببية في القانون نفس معناها في الطبيعة لما أمكن أن يعتبر الإنسان وحده سبباً في إحداث أية ظاهرة في الوجود ، ولما جاز أن يسأل الإنسان عن سلوكه السلبي ، لأن الامتناع عدم ، كما يقول الفقهاء الألمان ، والعدم لا يمكن في نظر العلم أن ينشأ وجود ، اي لا يمكن أن يكون سبباً في إحداث أية نتيجة لها كيان مادي ملموس ، ولكن المسلم به كون الامتناع سبباً يسأل المجرم عن نتيجته الإجرامية شأن الفعل الإيجابي تماماً ، وما ذلك الا لأن الحكم في السببية القانونية انما يتعلق بالقيمة والمعنى لا بالإستطراد المادي الحتمي والأصم للسببية في الطبيعة (قارن محمد الفاضل ، ص ٢١٧) .

ـ ويلاحظ أن **مبدأ الجبرية او الحتمية المطلقة الذي أملى فقه المدرسة الوضعية الإيطالية في التجريم ، انما يرجع في الواقع الى ايمان الدكتور الطبيب لمبروزو بهذه السببية الطبيعية ، فهو يطبقها على جميع الظواهر حتى الظواهر الإنسانية ومنا الجريمة ، وبذا فهو ينتهي الى اهدار الركن المعنوي** في الجريمة لأن الإنسان مسير لا اختيار له فيما أتى من جريمة ، وانما سبب ذلك يرجع الى العوامل الأولى لنشأته وتركيبه البدني .. الخ (ورأينا ان الركن المعنوي في الخطأ المدني انما يقتصر على التمييز أما في الجريمة فهو يشمل فوق ذلك عنصر الإرادة الآثمة التي ترتبط بمبدأ المسؤولية الإخلاقية وتدور معها وجوداً وعدماً ـ فالمسؤولية الجنائية عندنا تفترض التسليم أولاً بمبدأ حرية الاختيار (شأن المسؤولية المدنية) ولكنها تزيد عنها بتلك المسؤولية الاخلاقية (وقد قلنا أن أثر هذه المسؤولية الأخلاقية انما يظهر في الاعتداد حتى بظروف المتهم غير الظاهرة للمجني عليه عند الأخذ بالمعيار الموضوعي على خلاف القانون المدني) ـ ومن ثم فالمتهم مسؤول بقدر قيمة فعله في إحداث النتيجة الإجرامية ـ أي عن كل شيء =

رابعاً : طريقة الدراسة النظرية لهؤلاء الشراح الكبار ، ورغبتهم في اعتبار الجريمة نظرية كاملة ، فهم يدرسون نظرية المسؤولية الجنائية من داخل أحد أركانها وهي الجريمة ، (مع ملاحظة أنه ليس لنا أي اعتراض على هذه الطريقة المفيدة جداً في اعتقادنا) — لولا أنهم يجعلون من علاقة السببية جزء من الركن المادي للخطأ ، ومن ثم فهم يزحمون أنفسهم بأمثلة كثيرة مما يدخل في باب السبب الأجنبي ، أي الحادث الجبري والقوة القاهرة وكذلك على الأخص خطأ المجني عليه أو الغير [1] .

لكل ذلك :

فالطبيعي هو أن نحاول تتبع سير الدعوى الجنائية أمام المحاكم ، لنرى كيف يتوصل القضاء الى حل مسألة السببية — التي يبدو أنها لا تثير أي مشكلة بالنسبة إليه :

— انه اذا وقعت جريمة ، فان الشرطة تتحرك وتقبض على من تدعو وقائع الحال الى الظن بأنه هو الذي تسبب بنشاطه في تحقيق تلك النتيجة

= حدث ولم يكن هناك سبب له ، أجنبي عن ذلك المتهم ولا يد له فيه .
(راجع كتابنا عن النظرية العامة للمسئولية الجنائية في قانون العقوبات البغدادي — البصرة سنة ١٩٦٧) .

(١) ومن ثم يكون ما يسمونه بنظرية تعادل الأسباب للعالم الألماني فون بيري هي النظرة الطبيعية للأمور ، فالواقع أنه تعتبر أسباباً جميع العوامل التي أدى اشتراكها الى وقوع الضرر — وهي جميعها متعادلة من حيث التسبب في **الضرر ، ولا يمكن عقلاً أن يفهم التعادل هذا الا على انه استبعاد للأضرار المترتبة على السبب الأجنبي أو خطأ المجني عليه أو الغير** (فهذا الغير يسأل عن فعله هو حتماً وليس المتهم الذي يسأل عنه !) — وبعد ذلك لا يبقى الا فكرة القصد الاحتمالي التي فصلناها فيما سبق ، بمعنى أن النظريات تختلف بحسب أخذها المسبق بفكرة القصد الاحتمالي من عدمه .

الإجرامية التي وقعت ، ويحال هذا المتهم الى المحقق الذي يحيله الى المحكمة الجنائية لمعاقبته عن تلك الجريمة التي تدعو قرائن الحال الى ترجيح أن يكون هو الذي ارتكبها ؛ مثلاً شخص يمسك متلبساً بالجريمة ، في مكان جريمة القتل وبيده خنجر مدرج بدماء القتيل ، أو يضبط بعد ذلك ولكن قرائن الحال تدل على انه هو مرتكب الجريمة .

ـ وتدور الدعوى الجنائية بين المدعي العام (ممثل الجماعة) في جانب الاتهام وبين هذا المتهم بارتكاب الجريمة لأن قرائن الحال تدل على ذلك .

ـ ولما كانت البينة على المدعي ، فان المدعي العام يلتزم بإثبات جميع أركان المسؤولية الجنائية التي سلف الإشارة اليها ـ فهو يثبت الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر .

ـ والمدعي يصف الضرر ، أي النتيجة الإجرامية التي وقعت إخلالاً بالنص الشرعي الذي يمنعها ـ ثم يصف نشاط المتهم الإجرامي في سبيل تحقيق هذه النتيجة الإجرامية ـ ثم يكتفي بذلك في الغالب ـ فلا يكون بحاجة الى التدليل على توافر علاقة السببية بينهما اعتماداً على وضوح قرائن الأحوال التي أدت الى اتهام ذلك الشخص بالجريمة .

فالمدعي العام لا يتعرض عادة لرابطة السببية (اللهم الا في حالة الإسناد المزدوج حيث يتطلب القانون إسناد نتيجة خاصة معينة الى سلوك المتهم دون غيره ـ أي القصد الخاص كنية إزهاق الروح في القتل ونية التملك في السرقة ... الخ) .

ولا يكون الدفاع الا بطريقة واحدة ، هي دفع المسؤولية الجنائية للمتهم عن طريق هدم هذه القرائن من طريق إثبات أن تلك النتيجة الإجرامية انما

ترجع الى سبب أجنبي عن المتهم لا دخل له فيه ، أو بالأقل أنه غير مسؤول عن النتيجة الإجرامية كلها ، فقد تدخل سبب أجنبي في إحداثها .

وبديهي أن المتهم لا يمكن أن يسأل إلا عن فعله الشخصي ، فهو لا يمكن أن يسأل عن الجزء من النتيجة الإجرامية الذي تحقق نتيجة لسبب أجنبي عنه ، أي لم يكن في استطاعته توقعه ولا تلافيه — ومن ثم فان المحكمة تستبعد ذلك الجزء من مسؤوليته الجنائية — **وتتحصل مهمة المحكمة إذن في تحديد ما اذا كانت الأسباب الأخرى التي اشتركت مع نشاط المتهم في إحداث الضرر ، تعتبر أسباباً أجنبية فتستبعد لذلك من مسؤولية المتهم ما عسى أن تكون قد سببته من النتيجة الإجرامية — أما بعد ذلك فان أي سبب لا يعتبر أجنبياً عن المتهم ، يعتبر نتيجة طبيعية للسبب الذي تدخل به في إحداث النتيجة الإجرامية ويكون مسؤولاً عنه .**

حاصل القول :

ان سلطة الاتهام في المسؤولية الجنائية (أي المدعي العام ، ممثل المجتمع المضرور) يجب أن يثبت أركان المسؤولية الجنائية جميعاً . بما فيها السببية . ولكن الواقع العملي هو ان هذه الرابطة يسهل في الغالب إثباتها عن طريق قرائن الحال ، بل كثيراً ما تكون هذه القرائن واضحة بحيث يبدو أن الأمر لا يحتاج الى دليل على توافر السببية (فالسببية لا تدق إلا حيث يكون الإسناد المادي مزدوجاً ، وذلك في الجرائم التي يتطلب فيها الشارع إسناد سلوك جنائي معين الى فاعله ، ثم إسناد نتيجة ضارة معينة الى هذا السلوك دون غيره ، وبغير ذلك لا تتحقق الجريمة تامة بل تعتبر شروعاً فحسب ، أو لا

تتحقق بوصفها القانوني المطلوب ، بما قد يقتضيه ذلك من تغيير عقوبتها أو نوعها أحياناً ــ مثال ذلك نية القتل ونية التملك في السرقة وكل القصود الخاصة من هذا القبيل وهنا ينصب الإثبات على هذا القصد الخاص بالذات) .

ــ غير أن هذا لا يمنع المتهم من أن يدفع مسؤوليته الجنائية بأن يهدم هذه القرائن من طريق إثبات انعدام السببية بين خطئه والنتيجة التي يجرمها القانون أي باقامة الدليل على أن الضرر كان نتيجة لسبب أجنبي عنه ــ سواء أكان هذا السبب الأجنبي هو العامل الوحيد في حدوث الضرر ، أم كان هو العامل الذي سبب فعل الفاعل الذي أحدث الضرر[1] .

---

(١) والسبب الأجنبي عن المتهم ، هو كل فعل أو حادث معين لا ينسب اليه ويكون قد جعل وقوع الفعل الضار مستحيلاً ــ **فالسبب الأجنبي يتكون من عنصرين : أولهما** أن يكون ذلك السبب قد جعل وقوع الفعل الضار **محتماً** insurmontable .

والثاني ان يكون ذلك السبب أجنبياً عن المتهم ولا شأن له فيه ، وهو لا يكون كذلك الا اذا كان غير متوقع الحصول imprévisible وغير ممكن تلافيه inévitable وقد أجمع الفقه والقضاء على أن السبب الأجنبي يشمل الحادث الفجائي والقوة القاهرة وفعل المجني عليه أو الغير) .

Cas fortuit, Force majeure, Fait de la victime, Fait d'un tiers

(راجع المادة ١٦٨ مدني ليبي المشار إليها آنفاً في الهامش رقم ١ من هذه المقالة) .

ــ ويلاحظ بالنسبة لفعل المجني عليه أو الغير ، أنه يعتبر سبباً أجنبياً متى كان خطأ بحسب المعيار الموضوعي ــ أما اذا لم يكن خطأ فانه لن يعتبر سبباً أجنبياً الا اذا توافرت فيه شروط الحادث الجبري أو القوة القاهرة التي نذكرها حالاً .

والواقع أن الحادث الجبري والقوة القاهرة هما تعبيران مختلفان يدلان على معنى واحد يقصد به أمر غير متوقع حصوله وغير ممكن تلافيه يجبر الشخص على الإخلال بالتزام .

=

ـ وكذلك اذا أثبت المتهم ان المجني عليه قد تسبب بخطئه في حدوث الضرر الذي أصابه (والذي يجرم القانون إحداثه) . فقد أثبت أن للضرر

ـ فيشترط فيما يعتبر حادثاً جبرياً أو قوة قاهرة شرطان :

١ ـ من حيث أصله . أن يكون غير ممكن توقعه ولا تلافيه .

٢ ـ ومن حيث النتيجة . أن يكون غير ممكن درء ما ينشأ عنه من ضرر .

ـ ولا توجد حوادث تعتبر في ذاتها حوادث جبرية أو قوة قاهرة ، بل ان أكثر الحوادث التي يتصور أن تكون كذلك يصح أن لا تثبت لها هذه الصفة تبعاً لظروف الحال ولتوافر هذين الشرطين فيها أو عدم توافرهما . فالحرب والثورة والحريق وانفجار الآلات تعتبر حوادث فجائية في الحالات التي تكون فيها غير متوقعة الحصول وغير ممكن تلافي حصولها ولا درء نتائجها . أما في غير ذلك من الأحوال فلا تعتبر حوادث فجائية .

ـ هذا ولقد لاحظنا بالنسبة للشرط الأول في السبب الأجنبي (اي كون الفعل أو الحادث من حيث أصله مما لا يمكن توقعه) ـ أنه قد اختلط في ذهن كثيراً من شراح القانون الجنائي بفكرة « القصد الاحتمالي »، فجاءت تعليقاتهم على أحكام القضاء بعيدة تماماً عن الواقع ـ فهم ينسبون الى تلك الأحكام آراء تتعلق بالقصد الاحتمالي الذي لم يتجه اليه إطلاقاً ذهن تلك المحاكم التي تتحدث بالعكس عن شروط الحادث الأجنبي (وهو مايجب ان يتبادر الى الذهن عند الكلام عن ركن السببية في مسؤولية المتهم) ـ لذلك فاننا لا نطمئن الى تقديراتهم وقولهم بتحول القضاء (وخاصة محكمتي النقض الفرنسية والمصرية) من نظرية السبب المباشر الى نظرية السبب الملائم أو ما شابه ذلك ـ فسوف نرى أن هذين القضاءين شأن القضاء الإنجليزي كذلك ، كانا دائماً يبحثان عن معيار واحد هو : أن المتهم يكون مسؤولاً عن النتائج الطبيعية لفعله ، وهي تلك النتائج التي ما كان المجني عليه ليستطيع توقيها ببذل جهد معقول ، وذلك بالنسبة لتسلسل النتائج ، أما بالنسبة لتعدد الأسباب ، فواضح أن القضاء كان دائماً يهدف الى شيء واحد : هو استبعاد « الأسباب الأجنبية » من مسؤولية المتهم .

سبباً أجنبياً غير الخطأ الذي وقع منه . فاذا كانت السببية بين خطأ المتهم والنتيجة المجرّمة ، مستفادة من قرائن الحال على سبيل الترجيح لا على وجه اليقين ، سقطت هذه السببية المفترضة أمام السببية الثابتة بين خطأ المجني عليه والضرر ، ووجب أن يتحمل هذا المجني عليه نتيجة خطئه فيعاقب جنائياً اذا كان خطؤه يقع تحت طائلة نص عقابي يجرمه ، ولكن في جميع الأحوال لا يتصور أن يعاقب المتهم عن خطأ المجني عليه؛ فاذا انطلق رجل مسرعاً في الطريق العام حتى صدم بسيارته أحد المارة ، جاز له دفع مسؤوليته بأن يثبت أن المضرور قد اعترض طريقه فجأة وبطريقة شاذة .

وكذلك – وهو الأهم فيما نحن بصدده – اذا كانب السببية بين خطأ المتهم والضرر ثابتة على وجه اليقين وأثبت أن المصاب أيضاً قد تسبب بخطئه في وقوع الحادث ، فقد ثبت بذلك أن للضرر سببين كل منهما خطأ ، فتوزع المسؤولية بينهما – وتسمى هذه الحالة في القانون المدني (والجنائي كذلك بالطبع) بالخطأ المشترك Faute Commune ومثلها تضارب رجلين وإصابة أحدهما نتيجة وقوع خطأ من كل منهما[1] .

ويلاحظ أنه اذا كان خطأ المصاب عمداً أو بلغ من الجسامة حداً كبيراً ، فانه قد يجّب خطأ الفاعل ويهدر مسؤولية الأخير ، كما لو تعمد المصاب إلقاء نفسه في طريق سيارة مسرعة بقصد الانتحار ، فان خطأ العمدة يجّب

---

(١) ويلاحظ أن غير المجني عليه اذا تسبب في حدوث الضرر بفعله غير الخطأ ، فان هذا الفعل لا يعد سبباً أجنبياً بالنسبة الى المتهم الا اذا توافرت فيه شروط الحادث الفجائي او القوة القاهرة اي اذا أثبت المتهم أنه لم يكن في وسعه توقع هذا الفعل ولا منعه ولا درء نتائجه ، وذلك خلافاً لخطأ المصاب (المجني عليه) اذ يعتبر هذا الخطأ في ذاته سبباً أجنبياً .

خطأ السائق في الإسراع – وتقرير ذلك يعتبر من المسائل الموضوعية التي لا يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض (١) .

– ويرى جانب من الفقه أن تقرير خطأ المجني عليه يكون بالمعيار الموضوعي ، البحت كالقانون المدني ، أي أنه يقاس بالنسبة الى مسلك الرجل العادي مع استبعاد المعيار الشخصي تماماً ، وتراعى فقط ظروف المصاب المنظورة ومسلكه الظاهر – ولكنا نرى أن عدم الاعتداد بظروف المتهم غير الظاهرة ومسلكه الذهني يخرج بالقاضي الجنائي عن وظيفته باعتباره يفرض جزاءاً جنائياً على النية الآثمة (٢) .

– وكذلك اذا أثبت المتهم أن النتيجة الإجرامية التي تحققت انما ترجع الى خطأ شخص أجنبي تماماً عنه ، فان كانت السببية بين النتيجة وخطئه هو ، غير ثابتة على وجه اليقين ، اعتبر خطأ الغير هو السبب الوحيد في حدوث الجريمة وارتفعت عن المتهم كل مسؤولية جنائية .

اما إن كانت السببية ثابتة على وجه التحقيق ، فقد ثبت ان للضرر سببين وأصبح كلٌ من المتهم والغير مسؤولاً عن الجريمة ويكون توزيع المسؤولية بينهما في علاقة أحدهما بالآخر كما في توزيع المسؤولية بين المصاب والمتهم .

– ويلاحظ أن فعل الغير لا يعتبر في ذاته سبباً أجنبياً إلا اذا كان ذلك الغير أجنبياً عن المتهم وكان فعله خطأ . اما اذا كان فعله غير خطأ فلا يعتبر

---

(١) يلاحظ أن المادة ٢١٩ من القانون المدني الليبي تنص على انه : « يجوز للقاضي ان ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما اذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه » .

(٢) راجع كتابنا المشار اليه ص ٨٣ وما بعدها .

سبباً أجنبياً الا اذا ثبت انه قد توافرت فيه شروط الحادث الفجائي أو القوة القاهرة .

ـ تلك هي القاعدة العامة في حالة تعدد الأسباب التي اجتمعت على إحداث الضرر :

فالمحكمة تبحث موضوعياً عن « القيمة » الحقيقية للسبب الذي تدخل به المتهم في إحداث الواقعة الإجرامية مع استبعاد كل ما يعتبر سبباً أجنبياً طبقاً للمعيار السابق (وقد رأينا أن السبب الأجنبي يدخل فيه كذلك خطأ المصاب وخطأ الغير) .

أي أن المحكمة تبدأ قطعاً باستبعاد الأسباب الأجنبية عن فعل كل متهم على حدة (وواضح أن استبعاد أحد أسباب النتيجة الإجرامية من مسؤولية المتهم أو أحد المتهمين لا يمنع من أن يعاقب عليه المتسبب فيه متى توافرت أركان المسألة الجنائية في حق ذلك الآخر) ـ وبعد ذلك تقوم المحكمة بالحكم على توافر السببية بين فعل المتهم والنتيجة الإجرامية ، حكم قيم ... jugement de Valeur ، أي بحسب قيمة ذلك الفعل في إحداث النتيجة الإجرامية ، وبصرف النظر عن كون ذلك النشاط مرتبطاً بهذه النتيجة الإجرامية على أساس تلك العلاقة المحتومة التي تجري بين ظاهرة وأخرى من ظواهر الطبيعة . أي أن بينهما قانون الاستطراد الحتمي الأصم للسببية في العلوم الطبيعية[1] .

---

(١) وهذه النظرة هي التي يلصقها خصوم نظرية تعادل الأسباب التي سادت في الفقهين الفرنسي والعربي (نرجو مراجعة الحاشية رقم ١٠) ـ ولكن باستقراء الأحكام التي يوردها الفقهاء عادة على أنها دليل الأخذ بتلك النظرية ، نجد أنها تخلو تماماً من تلك النظرة الى السببية في العلوم الطبيعية ، بل هي على **العكس تحكم على نشاط الجاني بحسب قيمته في إحداث النتيجة الإجرامية بصرف النظر عن حتمية التسلسل الأصم للاشياء ،** =

حاصل القول :

ان السببية في القانون عموماً تستلزم دائماً وأبداً وجود (السبب الأول) الذي أحدث النتيجة المجرّمة بمعنى أن المحكمة لا تبحث عن ارتباط نشاط المتهم بتلك النتيجة المجرّمة على أساس من قانون الاستطراد المادي الحتمي الأصم للسببية بين الظواهر الطبيعية وانما تبحث المحكمة عن (قيمة) نشاط المتهم في إحداث تلك النتيجة الإجرامية .

والمحكمة تصل الى تقييم هذا النشاط (الذي بذل في إحداث النتيجة الإجرامية) عن طريق سلبي هو استبعاد كل الأسباب الأجنبية التي اشتركت مع نشاط هذا المتهم في إحداث تلك النتيجة الإجرامية (تستبعدها من المسائلة الجنائية لهذا المتهم فقط) .

ـ فاذا خرجت جميع الأسباب الأجنبية عن المتهم (أي كل فعل أو حادث لا ينسب الى المتهم ويكون قد اشترك مع فعله في إحداث تلك النتيجة الإجرامية التي يحاكم عنها) ـ كان المتهم مسؤولاً عن النتيجة التي تحققت عما بعد ذلك من الأسباب (ما دام أننا رأينا انها لا تعتبر من قبيل الأسباب الأجنبية عن نشاطه الإجرامي) فهي من ثم تدخل في « قيمة » نشاطه ـ أو

= **فهي تستبعد الأسباب الأجنبية جميعها ، ثم نحاسب المتهم عن النتيجة التي ترتبت عما عدا ذلك من الأسباب .**

ـ وطبعاً ليس يغير من الامر شيئاً ـ في هذا الصدد ـ أن تؤمن المحكمة (أو الفقيه) بفكرة القصد الاحتمالي فتعاقب المتهم عن القتل العمد مثلاً لمجرد أنه قد تصوره (أو كان يجب عليه أن يتصوره) فتلك مسألة لا تتصل بالسببية وقد استنفذ بحثها فيما سلف .

بمعنى آخر : كان نشاطه هو « السبب الاول » الذي أحدث النتيجة الإجرامية ، بصرف النظر عن تلك الأسباب غير الأجنبية عن هذا السبب الأول(١٧) .

ـ والأمر كذلك في حالة تسلسل الأضرار :

فاذا حدثت نتائج ضارة متسلسلة فيما بينها وانحصر السبب في خطأ واحد ، فان رابطة السببية التي تقوم عليها المسؤولية الجنائية ، انما تقدر بحسب قيمة النشاط الإجرامي للجاني بالنسبة لكل نتيجة من هذه النتائج على حدة .

ـ وهناك معيار وارد في القانون المدني ويسلم به جميع الفقهاء والمحاكم في الوقت الحالي وهو : ان المتهم لا يكون مسؤولاً إلا عن النتائج التي تكون نتيجة طبيعية لفعله ، وهي تعتبر كذلك اذا لم يكن في استطاعة المضرور

---

(١٧) **وعلى هذا الأساس يمكننا الحكم على انعدام قيمة ذلك الخلاف الذي ثار بين انصار نظرية تعادل الأسباب وأنصار نظرية السببية المفيدة المناسبة أو الملائمة**، حول ذلك المثال المدرسي للشخص المصاب بضعف في القلب فيضربه آخر ضربة ما كانت لتقضي على رجل سليم ولكنها تقضي عليه هو . أفيعتبر مرضه السبب في موته فلا يُسأل ضاربه إلا عن جريمة الضرب البسيط ، أم يعتبر الضرب هو السبب ويسأل الضارب عن الضرب الذي أفضى إلى موت ، **فالمحكمة إذ تبحث عن قيمة هذه الضربة في إحداث الوفاة ، انما تبحث في الواقع عن متى يكون مرض المجني عليه « سبباً أجنبياً عن المتهم » ـ وقد رأينا في الحاشية رقم ١٢ أنه يشترط بالذات : « أن يكون غير ممكن توقعه » .**

ـ ومن هنا ترون حضراتكم أيضاً ، كيف جاء التداخل ما بين نظرية السببية الجنائية ونظرية « القصد الاحتمالي » (لمن يؤمنون أو لا يؤمنون بها) ـ انه إذن « معرفة » المتهم لهذا المرض أو بالأقل « توقعه » له . ثم إقدامه مع ذلك **على ضرب المجني عليه ـ هو الذي يحدد قيمة الضرب في إحداث الوفاة في هذه الحالة) (دون ان يكون لذلك علاقة بنظرية القصد الاحتمالي التي بحثناها فيما سبق) .**

أن يتوقاها ببذل جهد معقول (١٨) .

---

(١٨) وعلى هذا الأساس يمكننا الحكم على تلك الأمثلة القضائية العديدة التي يوردها الشراح في هذا الصدد .

ـ ونختار لذلك كتاب العميد الدكتور محمد الفاضل ـ المرجع السابق ص ٢٢٧ ، فهو من أوسع الكتب وأدقها وأوفاها في هذا الصدد :

يقول الأستاذ العميد تحت عنوان « السببية في الفقه والاجتهاد والتشريع المقارن » :

أ ـ **السببية في فرنسا :** يبدو من تدقيق أحكام المحاكم الفرنسية أنها لم تضع معياراً ثابتاً لرابطة السببية تلتزم بتطبيقه في جميع أصناف الجرائم على السواء ، ولكنها تفرق في ضوابط السببية بين جرائم القتل المقصود ، وجرائم الإيذاء المقصود ، وجرائم القتل والإيذاء غير المقصودين ، وهي تفرقه ليس لها ما يسوغها من القانون ـ ففي جرائم القتل المقصود : يشترطون ان يكون فعل الجاني هو السبب المباشر في حدوث الوفاة . فإذا انضم الى هذا الفعل عوامل أخرى أسهمت في إحداث الوفاة كمرض المجني عليه سابقاً أو لاحقاً ، أو إهماله معالجة نفسه أو العناية بها او إهمال الطبيب في معالجته أو ارتكابه خطأ ما ، فانها تقطع رابطة السببية بين فعل الجاني وموت المجني عليه بحيث تقتصر مسؤولية الجاني على شروع في قتل فقط (المرجع جارسون نبذة ٧ وما بعدها في شرح المادة ٢٩٥ ـ وجارو ص ٥ نبذة ١٨٥٧) .

ـ أما في جرائم الإيذاء المقصود فتتراخى السببية ويعتبر فعل الجاني هو السبب ولو تدخلت عوامل أخرى **شريطة أن لا يكون لها دور خطير في إحداث ما حدث** (المرجع : جارو ج ٥ نبذة ١٩٩ ـ وشوفو وهيلى ج ٤ نبذة ١٣٤٩) .

ـ واما في جرائم القتل والإيذاء غير المقصودين فلا تستلزم المحاكم الفرنسية السببية المباشرة ، وانما تميل الى التوسع في تقدير علاقة السببية ، وتكتفي في كثير من الأحوال بالسببية غير المباشرة ، ومن الأمثلة القضائية على ذلك ما يلي :

انهار منزل أثناء العمل فأراد أحد العمال ، وكان قد نجا ، أن ينقذ جريحاً أصيب في الحادث فتطوع من تلقاء نفسه ، وعرض نفسه للخطر ، فأصيب وقتل . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الوفاة ناشئة عن إهمال المقاول ، وأنه مسؤول بالتالي عن قتل غير مقصود (وأن علاقة السببية تظل قائمة بين خطإه ووفاة المجني عليه بالرغم=

= من قلة احتراز هذا الأخير وتعريضه نفسه تلقائياً للخطر) .

تعليقنا : واضح أن محكمة النقض الفرنسية لم تعتبر تصرف العامل « خطأ » بحيث يكون « سبباً أجنبياً » يعفي المقاول من المسؤولية – والأمر يتعلق بظروف الحادث فلا شك أن المحكمة رأت أن أي انسان طبيعي (معيار الرجل المعتاد في نفس ظروف المتهم من حيث الثقافة والمركز الاجتماعي . الخ) كان يقدم على هذه الشهامة متوقعاً إمكان الإفلات من الخطر وإنقاذ بقية العمال (بحسب ظروف الحادث كما قلنا) – **والأمر** كذلك في حالة القتل المقصود . فالسبب المباشر مسؤول عن كل النتائج **غير الأجنبية عن المتهم بحسب المعيار الذي اتفقنا عليه** – والمسألة بعد أوضح في **حالة الإيذاء المقصود من قول الفقه الفرنسي : « عوامل أخرى شريطة ان لا يكون لها دور خطير في إحداث ما حدث » – فان تلك العبارة هي تعبير دقيق عن « السبب الأجنبي » .**

– ويضيف الأستاذ العميد بأنه :

والاجتهاد القضائي الفرنسي مستقر على أنه اذا ارتكب المجني عليه خطأ ساهم في إحداث الوفاة ، فلا يقطع علاقة السببية ولا تأثير لذلك على قيام المسؤولية الجزائية، وإسناد جريمة القتل خطأ الى من تسبب فيها **(تعليق : أي أن خطأ المضرور لا يعتبر سبباً أجنبياً)** ومن هذا القبيل: ان قائد عربة خيل ترك عربته في الطريق العام مرخية العنان ودون مكابح ووقع ما أجفل الجواد الذي يجر العربة ، فراح يعدو في الشارع مسرعاً مهدداً سلامة المارة ، وتصدى له أحد الناس بغية إيقافه ، فلم يقو على ذلك بل لطمه الجواد الجامح ، وقلبه وقضى عليه . وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية الواقعة قتل خطأ وقضت بمسؤولية قائد العربة كمرتكب جريمة قتل غير مقصود – وكذلك أطلق صاحب كلب كلبه في الشارع فعض أحد الأشخاص في ساقه وكان يرتدي سروالاً قذراً مما أفضى الى وفاته بالتيتانوس بعد ثلاثة أيام – فقضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية صاحب الكلب عن القتل الخطأ .

– شخص أصيب في حادث سيارة بجراح . فاستلزمت حالته الصحية إجراء عملية فمات في أثنائها . فقضت محكمة النقض الفرنسية بأن سائق السيارة يعتبر قاتلاً خطأ **طالما أن العملية التي أجريت للجريح والتي توفي بسببها كانت تقتضيها حالته** =

= **الصحية الناجمة عن الجرح غير المقصود** – وقضت محكمة استئناف إكس بأنه اذا ترك طبيب سهواً أداة من الأدوات الجراحية في جسم المريض مما استلزم إجراء جراحة أخرى لإخراجهـــا مات بسببها المريض ، فان الطبيب الأول يكون مسؤولاً عن الوفاة – ويعاقب بعقوبة القتل الخطأ . (**تعليقنا: وواضح أن الأمثلة السابقة لاتبرر ذلك الحكم العام المجرد بأن القضاء الفرنسي مستقر على عدم اعتبار خطأ المضرور من قبيل السبب الأجنبي** – **فكلها أمثلة تحتمل وقائع الحال ان لا يكون تصرف المضرور في نظر المحكمة من قبيل الخطأ بحسب معيار الرجل المعتاد في نفس ظروف المتهم الداخلية والخارجية** – **أي مع مراعاة مركزه الاجتماعي والثقافي والصحي ... الخ ... الى جانب ظروف الحادث الخارجية** – فمثلاً قد يكون من تعرض للحصان الجامح في المثال الأول هو نفسه حوزياً او إنسان قوي ولكن قليل الذكاء بحيث ينتظر من مثله أنه كان يتعرض لنجواد في مثل تلك الحالة – وكذلك المصاب الذي عقره الكلب في المثال الثاني قد يكون أحد أولئك المشردين الذين تمتلىء بهم شوارع الحي اللاتيني في باريس ، بحيث أنه من الطبيعي أن يلبس سروالاً قذراً وان يتسخ لذلك الجرح وان يمرض بالتيتانوس وأن يموت لذلك المرض .. فهي كلها نتائج طبيعية لعقر الكلب لم يكن في استطاعة ذلك المتشرد توقيها ببذل جهد معقول – **وليس أدل على ما قلناه من خطأ هذا التعميم المجرد الخطير ، أن نتصور كون خطأ المجني عليه الذي ساهم في إحداث الوفاة كان « عمدياً » فهل أيضاً لا يعتبر خطأ المضرور العمدي من قبيل السبب الأجنبي فيسأل عنه المتهم ؟ مثال ذلك** في الأمثلة السابقة أن يكون العامل الذي تهدم عليه البناء قد قصد الانتحار أو كذلك من تعرض للحصان الجامح كان قاصداً الانتحار – او ان يكون الطبيب الذي أجرى العملية الثانية قد قصد قتل المريض ليسيء من مركز الطبيب الأول الذي ترك بعض الأدوات في جسم المريض بطريق السهو ... الخ . **ان ذلك امر غير متصور ، وكذلك يكون التعميم الخطير الذي عمد اليه في هذا الصدد) .**

السببية في إنجلترا : القاعدة العامة (لدى القضاء الإنجليزي) أنه لا يشترط في فعل الجاني أن يكون **السبب الوحيد أو المباشر** في إحداث الموت حتى يعتبر هذا الجاني مسؤولاً عن ارتكاب جريمة القتل ويبنى على ذلك أنه : =

= أ ــ اذا أحدث شخص بآخر إصابات أو ضروباً او جراحاً استلزمت معالجة طبية أو عملية جراحية توفي بسببها المصاب ، فان صلة السببية تظل قائمة بين الإصابة والوفاة ويسأل الشخص الذي أحدث الإصابة عن القتل **طالما أن العملية أو المعالجة أجريت بنية حسنة in good faith وحسب القواعد الطبية المعتادة . (تعليق: أي معيار السير العادي للأمور) .**

ب ــ إذا أحدث شخص بآخر عدداً من الإصابات توفي المصاب على أثرها ، ثم تبين أن الإصابات لم تكن قاتلة ، وانها بحد ذاتها لم تكن لتفضي الى الموت لو أن المصاب عالج نفسه المعالجة التي تقتضيها حالته ، أو لو **أنه بذل من العناية بنفسه ما يبذله أقرانه الذين هم في مستواه . (تعليق : أي معيار الرجل المعتاد في مثل الظروف الداخلية والخارجية للمتهم)** فان ذلك كله لا يقطع علاقة السببية ، بل يظل الشخص الذي أحدث الإصابات مسؤولاً عن الوفاة . **(تعليق : طبعاً لأن تصرف المجني عليه لا يكون خطأ فهو من ثم لا يعتبر من قبيل السبب الأجنبي كما أسلفنا) .**

ج ــ اذا أنزل شخص بآخر أعمال العنف أو الشدة ، أو هدده بها ، **فلم يعد أمام هذا الشخص الآخر من سبيل لإنقاذ نفسه مما بتهدده الا أن يقوم بفعل يفضي الى موته ،** فان الشخص الذي ارتكب العنف أو هدد به يعتبر مسؤولاً عن الوفاة) . **(تعليق : طبعاً فنحن لسنا بصدد تعدد في الأسباب وانما بصدد سبب واحد ما دام أن تصرف المجني عليه المؤدي الى الوفاة كان نتيجة حتمية لفعل الجاني) .**

د ــ اذا أوقع شخص بآخر أذى عجل بوفاته ، وكان هذا مصاباً من ذي قبل بمرض خطير أو بجرح جسيم سيوديان حتماً ولو لم يكن قد وقع به ذلك الأذى ، فان الشخص الذي ارتكب الأذى يعتبر مسؤولاً عن الوفاة مع ذلك . **(تعليق : هذا أيضاً تعميم مخل: فلا شك أن حرمان إنسان من الحياة ولو للحظات قصيرة ، يعتبر قتل وإزهاق لروحه ــ ولكن هل كان الضارب يعلم بمرض هذا الشخص قبل الضرب أم لا ؟ تلك المسألة التي عالجناها في الحاشية رقم ٦٦ من كتابنا المشار اليه فأرجو الرجوع اليه) .** =

= هـ — يعتبر الفعل أو الامتناع سبباً للقتل ، وان ثبت أن الوفاة لم تكن لتحصل لولا فعل المجنى عليه أو امتناعه أو فعل الغير أو امتناعه . **(تعليق : هذه القاعدة لا تستقيم كما قلنا للقضاء الفرنسي إلا اذا كان فعل المجني عليه أو الغير او امتناعهما ليسا من قبيل السبب الأجنبي ، أي غير خاطئة بحسب معيار الرجل المعتاد في مثل ظروف المتهم الداخلية والخارجية** — ولذلك فلقد اضطر الأستاذ العميد الى التعليق على هذه الفقرة في الحاشية ص ٢٣٤ بقوله أن هذه القاعدة رقم هـ ليست في حقيقتها سوى تطبيق لنظرية تكافؤ الأسباب أو تعادلها ، وربما كانت متعارضة مع القاعدة — د — والقواعد السابقة التي هي أقرب ما تكون الى نظرية السبب الملائم — **فهل هناك فارق بين هاتين القاعدتين رقم هورقم د ؟ اننا لا نرى ذلك وكذلك لا نرى فارقاً بين ما يسمى بنظرية السبب الملائم ونظرية تكافؤ الاسباب) .**

— **السببية في المانيا :** لقد أولى فقهاء الالمان مشكلة السببية عناية كبيرة ، وأفاضوا في الكلام عنها وتشعبت في ذلك نظرياتهم . وعنهم أخذ غيرهم . وليست نظرية تكافوء الاسباب ولا نظرية السبب الملائم إلا من حصاد إنتاجهم الفقهي والاجتهادي . ويبدو ان القضاء الجنائي الألماني يأخذ بنظرية تكافؤ الأسباب أو تعادلها ، ويطبق بشكل مطلق المعيار بأن السبب هو ذلك العامل الذي لولاه لما حدثت النتيجة . **(تعليق : وما هو هذا العامل الذي لولاه لما حدثت النتيجة ؟ نرجو مراجعة ما ذكرناه بشأن نظرية تعادل الأسباب في الحاشيتين السابقتين) .**

— **السببية في إيطاليا :** عرض المشارع الإيطالي لحل مشكلة السببية بنص صريح في المادتين ٤٠ و ٤١ من قانون العقوبات الطلياني الصادر في عام ١٩٣٠ ونصهما :

« م ٤٠ — علاقة السببية : لا يعاقب أحد على جريمة ما إلا اذا كانت النتيجة الضارة او الخطرة التي يتوقف عليها قيام هذه الجريمة ناشئة عن سلوكه إيجابي أو سلبي ، على أن الامتناع عن منع وقوع حادث ما ، هو بمثابة إحداثه متى كان يجب على الممتنع قانوناً أن يمنعه » (أي أنه باختصار **المتهم لا يسأل إلا عن فعله الشخصي) .**

« م٤١ — ان علاقة السببية بين فعل الجاني أو امتناعه والنتيجة الحادثة لا ينفيها=

= تدخل أسباب سابقة أو مرافقة أو لاحقة ، وإن كانت مستقلة عن فعل الجاني أو امتناعه ، على أن الأسباب اللاحقة تقطع علاقة السببية متى كانت كافية بحد ذاتها لتحقيق النتيجة الحادثة . وفي هذه الحالة اذا كان الفعل أو الامتناع السابق يؤلف في حد ذاته جريمة طبقت على الجاني العقوبة المقررة لها . وتسري هذه الأحكام حتى ولو كان السبب السابق أو المرافق أو اللاحق متأتياً من فعل غير مشروع قام به الغير .

— والنص الوارد في المادة ٤١ السالف بيانها يكاد يكون هو نفسه النص الوارد في المادة ٢٠٣ من قانون العقوبات السوري — ومن المعروف أن الإيطاليين يفرقون بين النتيجة المتوقعة probable والنتيجة الممكنة possible . فالأولى تترتب على نشاط الفاعل في الغالب من الأمور ولذلك تعتبر مسببة عن نشاطه ، أما الثانية فمن الممكن إسنادها الى هذا النشاط ولكن في النادر من الأمور ، ولذلك لا تكون ثمة رابطة سببية لأن النادر لا حكم له ؟ !.. — **ثم يتكلم الأستاذ العميد عن السببية في مصر فيقول :**

السببية في مصر : لم يسلم القضاء المصري من التأثر بأقوال الشراح الفرنسيين ومن السير على غرار القضاء الفرنسي ، فنراه يردد في بعض أحكامه عبارة السبب المباشر والسبب غير المباشر ، وهي تفرقه لا أساس لها في القانونين الفرنسي والمصري على السواء ، ثم هو يأخذ في بعض أحكامه الأخرى بمعيار التوقع الذاتي فيميز بين النتائج التي توقعها الجاني أو كان من واجبه ان يتوقعها وبين النتائج التي لم يتوقعها ، ثم شرع في عدد من أحكامه الحديثة يتلمس المعيار الصحيح وفق الاتجاه الفقهي الحديث . ولذلك فان الباحث المدقق الذي يتابع تطور الاجتهاد القضائي في مصر في هذا الصدد قد لا يعدم العثور على أحكام مضطربة تتراوح بين القديم والحديث ، بل قد يلقى في بداية الشوط أحكاماً تتناقض وتتعارض في مفاهيمها ومعاييرها في السببية مع ما انتهت اليه محكمة النقض ، وما أخذت به في ما أصدرته مؤخراً من أحكام حديثة ، ونستطيع القول بأن محكمة النقض المصرية بدأت باقتفاء أثر الفقه والقضاء الفرنسيين ، ولكنها انتهت مؤخراً الى مثل ما انتهى إليه الفقه والقضاء في إنكلترا ، في تحديد ضوابط السببية ، ولا شك في أن هذا أسلم اتجاهاً وأقوم ، وسنعرض طائفة من أحكام النقض المصرية لنرى ذلك : =

= الاجتهاد القديم : ١ — قدم شخص الى آخر قطعة فطير بها زرنيخ بقصد قتله ، فأكل المجني عليه جزء منها . ثم داخله الشك في أمرها فعرضها على والد الفاعل وشكا اليه ولده . وأراد الوالد تبديد شكوكه فأكل جزء من الفطيرة أمام الشاكي دون علم ولده ، فمات الأب وشفي المجني عليه الأول — وقضت محكمة الاسكندرية في ١٣ — ٤ — ١٩١٠ باعتباره شارعاً في قتل الصديق وغير مسؤول عن قتل الوالد — وقد بنت المحكمة حكمها على تعليل مقتضب جداً هو أن « السم لم يصل الى والد المتهم من ابنه مباشرة » .

— **ويرى الأستاذ ان رأي المحكمة سليم وان كان في غنى عن التعلل بالسببية غير المباشرة، فعلاقة السببية منقطعة تماماً بين نشاط الجاني ووفاة الوالد** ، لأن تدخل إرادة هذا الأخير وإقدامه على التهام الطعام من نفسه رغم تنبيهه الى احتمال وجود السم فيه **يعتبر عاملاً مستقلاً شاذاً منافياً لسير الأمور العادي** يقطع بتدخله كل سببية بين فعل الجاني وحصول الوفاة . وقد كان في وسع هذا الوالد أن يتحقق من الأمر بسؤال ولده ، فلا يندفع الى ما اندفع اليه .. الخ ..

(تعليق : ونحن بلا شك نؤيد عميد جامعة دمشق فيما ذهب اليه — اذ أنه يتحدث عن المعيار الذي قلنا به ، وهو عدم مسؤولية المتهم عن النتائج غير الطبيعية بحسب السير العادي للأمور — أو بعبارة أخرى عدم مسؤوليته عن النتائج التي ترتبت على سبب أجنبي عنه ، أي لم يكن له دخل في إحداثه ولم يكن في استطاعته توقعه او منعه — وهو في هذه خطأ المجني عليه) .

ولكنا مع ذلك لا نؤيده فيما ذهب اليه من انتقاد محكمة الاسكندرية لاستخدامها تعبير : « أن السم لم يصل الى والد المتهم من ابنه مباشرة » لأن هذا التعبير يؤدي المعنى المقصود لغة . ويعلم الله أن نظرية السببية المباشرة ربما لم تخطر على بال المحكمة عندما أصدرت حكمها ، فلم توجد إلا في كتابات أساتذتنا الكبار الذين ذكرهم الدكتور محمد الفاضل في حاشية الصفحة رقم ٢٤٠ ممن تناولوا هذا الحكم بالتعليق والشرح ، (والى ذلك ذهب الدكتور العميد محمود مصطفى — ص ٢١٢ حاشية ٢ — والدكتور =

= رؤوف عبيد ص ٢٦ ــ والمستشار محمود ابراهيم اسماعيل ص٤٥ ــ ٤٦ والدكتور العميد القللي في تعليق على الحكم بمجلة القانون والاقتصاد س ١ ص ٨٧٥ ــ بينما يرى الدكتور حسن أبو السعود ص ١٠٨ حاشية ١ . أن المتهم كان يسأل عن قتل الوالد قصداً كذلك ــ أما الدكتور رمسيس بهنام فيرى أنه يسأل عن قتل الولد خطأ ص ١٤٣ ــ ١٤٤) .

٢ ــ لا يسأل الضارب عن جريمة إحداث العاهة الدائمة إلا اذا كانت نتيجة لازمة للضرب ــ أما اذا لم تنشأ إلا من إهمال المصاب في علاج نفسه فهي عمل المصاب . وليس من العدل أن يسأل عنها المتهم ، لأن الإنسان لا يؤاخذ إلا بعمله ، وما فعله المتهم لم يكن إلا ضرباً بسيطاً ليس من نتائجه إحداث عاهة دائمة لو توافرت فيه المعالجة القانونية (محكمة استئناف القاهرة في ١٧ ــ ٤ ــ ١٩٠٠ ــ المجموعة الرسمية س ٢ ، ص ١٧٤) .

٣ ــ اذا أهمل المصاب في معالجة نفسه، أو إذا حصل خطأ من الطبيب في أثناء المعالجة وكانت نتيجة كل هذه الأمور وخيمة على المجني عليه، فلا يسأل المتهم عن تلك الأعمال التي حصلت رغم إرادته . ومن المعقول أنه لا يصح أن يسأل شخص وأن يؤاخذ عن أمور وقعت من غيره ، وغير متيسر له امتناع وقوعها (محكمة جنايات بني سويف في ١٥ ــ ٥ ــ ١٩٠٠ و ١٩ ــ ٣ ــ ١٩٠٥ المجموعة س ٢ ص ٣٣٣) .

٤ ــ ان مبادىء العدل أن لا يسأل الجاني إلا عن **النتائج المترتبة على عمله مباشرة ولا يسأل عن أمر لا دخل له فيه** وإلا كان حظه موكولاً للظروف والمقادير . فإن ساءت طرق الوقاية والعلاج ساء معها مركز المتهم (محكمة جنايات بني سويف في ٢١ ــ ٢ ــ ١٩٢٣ المجموعة الرسمية سنة ٢٨ ص ٦٢) ، **(تعليق : ونحب أن نوجه أنظاركم الى ما في هذا الحكم من عيب نصادفه كثيراً في الأحكام، وهو التساهل في العبارات جرياً وراء الصنعة اللغوية والوزن الموسيقي في الألفاظ حتى على حساب الوضوح النظري، مما يجعل تلك الأحكام فريسة سهلة لرجال الفقه المتخصصين ــ المهم أننا نجد في هذا الحكم تفسير لحكم محكمة الاسكندرية المشار اليه آنفاً فقد أظهر ان المقصود بالنتائج « المترتبة على عمله مباشرة »، هو أن المتهم لا يسأل عن أمر لا دخل=**

= له فيه – أي لا يسأل عن السبب الأجنبي – وفي هذا أبلغ رد على النقد الذي وجهه الدكتور محمد الفاضل الى حكم الاسكندرية المشار اليه) .

٥ – يجب لقيام جريمة الضرب المفضي الى الموت أن يكون الموت نتيجة مباشرة لفعل الجاني ، فإن ثبت أن الوفاة نشأت **عن سبب آخر** ، وهو في القضية هبوط القلب ، يسأل الجاني عن ضرب فقط . (محكمة النقض في ٢٥ – ٥ – ١٩٢٧ منشور بمجلة المحاماة السنة ٧ صفحة ٢٩٤ – ومن هذا القبيل أيضاً محكمة جنايات أسيوط في ٢٨ – ٣ – ١٩٢٧ منشور في المجموعة الرسمية سنة ٨ ص ٦٢) .

(تعليق : وفي هذه الأحكام يظهر بوضوح المعيار العملي الذي قلنا به وهو استبعاد السبب الأجنبي فقط) .

الاجتهاد الحديث :

يقول العميد الدكتور محمد الفاضل : وليس من الصعب أن نكشف عما يعتور أكثر هذه الأحكام من بعد عن الصواب ، وعن سلامة المنطق والتقدير ، لا سيما وان محكمة النقض المصرية ذاتها قد تجنبت الاستمرار في هذا الطريق – وهذه طائفة من أحكامها الحديثة تنم عما استقر عليه اتجاه القضاء المصري – وقد لا يعدم القارىء ان يجد بينها ما يتعارض كلياً مع الأحكام القديمة التي أسلفنا بيانها .

١ – يكفي لقيام جريمة الضرب المفضي الى الموت أن تكون **الوفاة نشأت مباشرة عن الجروح** بمعنى أنه لولا هذه الجروح لما حدثت الوفاة . أو بعبارة أخرى أن تكون الجروح **هي السبب الأول للوفاة** . وفي هذه الحالة يجب التسليم بأن **الفاعل مسؤول دائماً عن النتائج التي أمكنه أو وجب عليه افتراضها** ، وان رابطة السببية الموجودة بين الوفاة والجروح التي حدثت عمداً لا تنعدم إلا اذا كانت الوفاة ناشئة فقط عن وقائع حدثت عرضاً بعد الإصابة بنوع ان الفاعل لم يكن في إمكانه افتراضها (محكمة النقض في ٣١ – ١٢ – ١٩١٠ – المجموعة الرسمية س ١٢ ص ٥٧) .

٢ – اذا تشاجر شخصان في قارب وأدت المشاجرة الى وقوع أحدهما في النهر =

= فمات غرقاً ، فان الواقعة تعتبر ضرباً أفضى الى موت ، كما يعتبر الضارب متسبباً في سقوط زميله في الماء وغرقه . (نقض في ٦ – ٤ – ١٩١١) .

٣ – يسأل عن جريمة إحداث العاهة المستديمة من يصيب آخر إصابة يترتب عليها فقد أبصار عينه، حتى ولو كان هناك **إهمال في مدة العلاج (تعليق : والمفروض طبعاً أنه إهمال عادي لا يكون خطأ، فلا يعتبر سبباً أجنبياً)** (نقض في٩–١١ – ١٩٣٦).

٤ – يسأل الجاني عن العاهـــة المستديمة ولو أنها تخلفت بسبب إصابته وسوء العلاج – نقض في ٢٥ – ٩ – ١٩٢٠ .

٥ – متى ثبت أن الضرب الذي وقع من المتهم هو **السبب الأول** المحرك لعوامل أخرى تعاونت معه – وإن تنوعت – على إحداث وفاة المجني عليه سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر فهو مسؤول عن كافة النتائج التي ترتبت على فعله مأخوذاً في ذلك **بقصده الاحتمالي** لأنه كان من واجبه أن يتوقع هذه النتائج الجائزة الحصول (محكمة النقض في ٢١ – ٣ – ١٩٣٨ المجموعة القانونية ج ٤ ص ١٧٢) .

(تعليق : علق العميد محمد الفاضل على ذلك – بحق – قائلاً : الملحوظ ان ثمة خلطاً في هذا الحكم بين القصد الاحتمالي، والنتيجة المحتملة او المتوقعة ، ولا يعدم الباحث المتتبع ان يرى مثل هذا الخلط في عدد من قرارات محكمة النقض المصرية في هذا الخصوص) .

٦ – ان المتهم يكون مسؤولاً جنائياً عن جميع النتائج المحتمل حصولها عن الإصابة التي أحدثها ، ولو كانت عن طريق غير مباشر كالتراخي في العلاج أو الإهمال **فيه ما لم يثبت ان ذلك كان متعمداً لتجسيم مسؤولية الفاعل (نقض في ٨ – ١١ – ١٩٤٩) .**

٧ – وفي إحدى القضايا أحدث المتهم إصابة بالمجني عليه ، ولكن هذا رفض إجراء عملية استكشاف للجرح الذي وجد برأسه كما رفض العلاج بالمستشفى وانقطع عنه حتى توفي – وجاءت محكمة النقض في ١٥ – ١ – ١٩٤٥ وقضت بأن أحكام

= القانون في تغليظ العقوبة على المتهم بسبب نتيجة فعلته انما لحظ فيها قيام حسن النية لدى المجني عليه ، **ومراعاته في حق نفسه ما يجب على الشخص العادي مراعاته** ، فإذا كان المجني عليه قد تعمد تسويء مركز المتهم فأهمل قصداً **أو كان قد وقع منه إهمال جسيم** سوء نتيجة تلك الفعلة، فعندئذ لا تصح مساءلة المتهم عما وصلت اليه حالة المجني عليه بسبب ذلك . واذا كان المجني عليه بالضرب مطالباً **بتحمل المداواة المعتادة المعروفة** ، فإذا رفضها فلا يسأل المتهم عما يترتب على ذلك لأن رفضه لا يكون له ما يسوغه . **لكنه لا يصح أن يلزم بتحمل عملية جراحية يكون من شأنها أن تعرض حياته للخطر أو أن تحدث له آلاماً مبرحة**، واذا رفض ذلك فإن رفضه لا يكون ملحوظاً فيه عنده جانب المتهم ، وفي هذه الحالة يجب ان يتحمل المتهم النتيجة باعتبار **أنه كان عليه وقت ارتكابه فعلته أن يتوقعها بما يلابسها من الظروف** (نقض في ١٠ — ٣ — ١٩٤٦ وكذلك في ٢١ — ١٢ — ١٩٤٨ .

— وورد في قرار آخر لمحكمة النقض المصرية أنه اذا أثار الدفاع عن المتهم بإحداث عاهة أن المجني عليه كان يحتمل شفاؤه بإجراء عملية جراحية ، وجب على الحكم الذي يدين المتهم أن يتحدث عن عدم رضاء المجني عليه بإجراء العملية وإلا كان الحكم قاصر البيان بما يستوجب نقضه لأن قيام العاهة لا يكون صحيحاً في القانون إلا بعد ان تكون هذه العملية قد عرضت على المجني عليه ورفضها بناء على تقديره بأن فيها تعريضاً لحياته للخطر . (حكم في ٨—٤—١٩٤٦) .

— وفي قضية أخرى كان المتهم يقود سيارة وسط الطريق دون أن يستعمل البوق إلا عندما اقترب من المجني عليه ، مما أفزعه وسبب له الارتباك حتى صدمته السيارة وأصيب بإصابات نشأت عنها وفاته — وقضت محكمة الموضوع بإدانة السائق بجنحة القتل الخطأ ، فطعن على الحكم لأن الطبيب قرر وجوب إجراء عملية بتر لقدم المجني عليه ولكن والد المصاب رفض الموافقة على إجراء العملية فنشأ عن ذلك تسويس في عمة القدم انتهى بالوفاة وقضت محكمة النقض في ٢٨ — ١٠ — ١٩٤٦ — المجموعة ج ٧ ص١٩٥ — بأن السائق يظل مسؤولاً ولا يرفع مسؤوليته أن المجني عليه أو ذويه رفضوا =

= بتر ساقه وأن هذا البتر كان يحتمل معه نجاته ، إذ لا يجوز وهو المحدث للإصابة أن يحتمي لدرء المسؤولية عن نفسه وراء إحجام المجني عليه عن تحمل بتر ساقه وهو إجراء جراحي عظيم الخطر فضلاً عما يسببه له من آلام مبرحة .

ـ يضيف الدكتور محمد الفاضل بأنه :

ويبدو أن الاجتهاد مستقر في القضاء المصري في جرائم القتل والإيذاء غير المقصودين على توافر رابطة السببية بين الخطأ والقدر ولو كان ثمة عوامل أخرى ساعدت على حصوله ، ما دام لا يمكن تصور حدوث الضرر لولا وقوع الخطأ ويستوي في ذلك أن تكون السببية مباشرة أو غير مباشرة (قرار لمحكمة النقض في ٢٨ـ١٠ـ١٩٤٦) .

(تعليقنا : ان هذا هو المعيار الصحيح الذي ألمعنا اليه فيما سلف ـ فلقد قلنا ان للسبب الأجنبي عنصرين : أ ـ ان يكون غير ممكن توقعه ولا تلافيه (من حيث أصله) ب ـ أن يكون غير ممكن درء ما ينشأ عنه من ضرر من حيث النتيجة) .

ومن ذلك نرى صحة ما ذهبنا اليه من أن القضاء لم يتغير عن موقفه في استبعاد السبب الأجنبي فقط من مسؤولية المتهم ـ اللهم إلا في أذهان الفقهاء .

المحتويات

تقـــديم — الدكتور خالد الشاوي ٥

القسم الاول

مهمة المشرِّع العربي في ضوء النصوص الدستورية التي تجعل الشريعة الاسلامية مصدراً للتشريع — الدكتور عوض محمد عوض ٩

دور القانون في التنمية الاقتصادية — الدكتور خالد الشاوي ٣٩

القسم الثاني

رأي الاسلام في التسعير والاحتكار — الدكتور عمر مولود عبد الحميد ١١٣

الجاني والمجني عليه في جريمة المواقعة دراسة مقارنة للتشريعين المصري والليبي — الدكتور عوض محمد عوض ١٢٣

جريمة التلقيح الصناعي في القانون العقوبات الليبي	الدكتور إدوار غالي الدهبي	١٦٧
تعزير الصّبي في جريمتي السرقة والحرابة	الدكتور محمد سامي النبراوي	١٧٧
تعليق تنفيذ الأحكام على شرط في القانونين الليبي والمصري	إعداد المرحوم / عبدالمجيد ابراهيم علوة اشراف الدكتورة آمال عبدالرحيم عثمان	٢١١
بحث في اهمية الرجوع الى قواعد الصياغة المدنية	الدكتور عادل سيد فهيم	٢٧٥

٧٥٠

مطبعة دار الكتب