



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة ميسان
كلية القانون - قسم القانون العام
الماجستير

**المشروعية الدستورية للنصوص الجنائية المتعارضة مع ثوابت
الشريعة الإسلامية في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥
(دراسة مقارنة)**

رسالة تقدمت بها الطالبة

رسل ماجد حامد

إلى مجلس كلية القانون - جامعة ميسان

وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون العام

إشراف

أ.م.د. هند علي محمد

استاذ القانون الدستوري

٢٠٢٢ م

١٤٤٣ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾

صدق الله العلي العظيم

(سورة المائدة: ٤٥)

إهداء

إلى ... والدي

... والديتي

... زوجتي

... ابنتي سجاد

... ابنتي روح

الباحثة

شكر وعرفان

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد الخلق أجمعين محمد الأمين وعلى اله الطيبين الطاهرين ومن والاهم إلى يوم الدين.

بداية الشكر لله على اتمامه النعم، ومن الوفاء أن أتوجه بوافر أمتناني وتقديري لزوجي الكريم على دعمه وتشجيعه الدائم لي ومساندتي في جميع الاحوال.

فبعد معونة الله عز وجل في كتابة رسالتي هذه، لا يسعني إلا أن اتقدم بالشكر والامتنان والعرفان الى قدوتي في العلم والاخلاق والقيم أستاذتي الفاضلة أ.م.د. هند علي محمد التي تفضلت مشكورة بقبول الإشراف على هذه الرسالة، فكانت لآرائها القيمة وتوجيهاتها السديدة بالغة الأثر في تقويم رسالتي.

وأغتنم هذه الفرصة لأسجل أسى آيات الشكر والإعزاز بأساتذتي الأجلاء ممن تتلمذت على أيديهم ونهلت من علمهم الوافر في السنة التحضيرية لدراسة الماجستير، وأخص بالذكر منهم ...

(أ.د. رحيم حسين موسى، أ.د. عامر زغير محيسن، أ.د. صادق زغير محيسن، أ.د. أياد حميد أبراهيم، أ.د. حسنين ضياء النوري، أ.م.د. محمد سلمان محمود، م.د. محمد جبار أتويه تقديراً وإمتناناً).

كما وأسدي عميق شكري وثنائي وإمتناني إلى أستاذي الخلق والفاضل (م.د. حسين ياسين طاهر) على تقديم يد العون والمساعدة العلمية المستمرة منذ اللحظات الأولى لإقتراح عنوان الرسالة وحتى ختامها، فجزاه الله عني كل خير.

ولا يفوتني أن اقدم شكري وامتناني للأستاذ المحترم (أ.م.د. عكاب أحمد محمد) على ما قدمه لنا من مساعدة علمية قيمة دون كلل.

وأقدم أمتناني لكلية القانون/جامعة ميسان لما قدمته لي من فرصة لإكمال دراستي العليا، داعية من الله تعالى أن يديم هذا الصرح العلمي شامخاً، كما ويطيب لي أن أتقدم بشكري الى كادر مكتبة كلية القانون جامعة بغداد والنهرين والمستنصرية وبابل والنجف والمعهد القضائي عموماً، وكادر مكتبة كليتنا خصوصاً لروحهم الطيبة وتقديهم المساعدة، لهم جميعاً مني كل الاحترام والتقدير جزاهم الله عني كل خير.

ختاماً أسأل الباري عز وجل أن يكون هذا العمل خالصاً لوجه تعالى، وأن يكون نافعاً لجميع الباحثين في هذا المجال، وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

(الباحثة

المستخلص

تستهدف الرسالة مشكلة دقيقة متشعبة الابعاد ومتعددة المستويات تتمثل بتعارض بعض الأحكام الجوهريّة الأساسيّة التي يضمها التشريع الجنائي العراقي مع القاعدة الدستورية التي اقرها دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ وهي: (عدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام) والتي تعد من الأسس والمبادئ الحاكمة للتشريعات كافة سواء أكانت سابقة في صدورها للدستور أم لاحقة له وذلك وفقاً لمبدأ سمو الدستور وتمركزه في قمة النظام القانوني للدولة.

ولكون هذا الموضوع خطيراً وحساساً فإنه يقتضي بحثاً فلسفياً فكرياً خاصاً لذا فقد تم إتباع معايير علمية ومنهجية متناسبة مع مضمون هذا الموضوع وما قد يثيره من إشكاليات متداخلة على المستوى الفقهي والتشريعي وحتى القضائي، ومن أولى هذه المعايير تقديم فكرة فقهية محكمة للبحث فيه هي مفهوم ثوابت أحكام الشريعة الإسلامية للوقوف على نطاق التعارض بينها وبين أحكام التشريعات الجنائية الوضعية محاولين بذلك التوفيق بين الحكمين قدر المستطاع بما يكفل تنقية التشريع الجنائي الوضعي من موارد التعارض مع ثوابت التشريع الجنائي الإسلامي وإحلال قواعد فعالة مكتسبة للمشروعية الدستورية بشكل يحافظ على الحياة القانونية للتشريع الجنائي.

وقد تم انتقاء منهج علمي تحليلي لبحث هذا الموضوع ومنهج آخر مقارنة مع بعض التشريعات النافذة في ظل نظم دستورية تقرر مكانة مركزية للشريعة الإسلامية الغراء في مجال التشريع ووفق هيكلية بحثية تكونت من ثلاثة فصول احتوى الفصل الأول على سياسة المشرع الدستوري في أحكام المادة الثانية من الدستور حيث تضمن المبحث الأول سياسة المشرع الدستوري من تضمين الدين الإسلامي في الوثيقة الدستورية، أما المبحث الثاني فكان لبحث مفهوم ثوابت أحكام الإسلام والآثار المترتبة على الأخذ بها، بينما أخذ الفصل الثاني دراسة أكثر تعمقاً بصلب الموضوع حيث بحث في المشروعية الدستورية لبعض النصوص الجنائية الموضوعية المتعارضة مع ثوابت الشريعة الإسلامية وقد احتوى المبحث الأول منه على المشروعية الدستورية لبعض جرائم الزنا في قانون العقوبات، أما المبحث الثاني فتناول المشروعية الدستورية لجريمة تناول المشروبات الروحية، وباكتمال الإطار الجنائي الموضوعي انتقل مسار البحث الى الإطار الجنائي الإجرائي في الفصل الثالث حيث تناول هذا الفصل الأخير المشروعية الدستورية لبعض النصوص الجنائية الإجرائية المتعارضة مع ثوابت الشريعة الإسلامية وقد تناول المبحث الأول منه

المشروعية الدستورية للإثبات الجنائي، أما المبحث الثاني فبحث في المشروعية الدستورية للحكم بعقوبة السرقة.

وأنهيت الرسالة بخاتمة تضمنت ما توصلت اليه الباحثة من نتائج وما تكونت لديها من افكار وملاحظات، وبعد فأن الباحثة لا تدعي أنها بلغت الحد الذي يسمو اليه طموحها وتبتغيه ارادتها، أذ أنها لا تدخر وسعاً من أجل بلوغ الغاية، فأن اصابته فذلك منها وألا فحسبها أنها بلغت ما تستطيع وما توفيقها إلا بالله العلي العظيم.

المحتويات

الصفحة	الموضوع
٤-١	المقدمة
٤٨-٥	الفصل الأول: سياسة المشرع الدستوري في احكام المادة الثانية من الدستور
٢٣-٦	المبحث الأول: سياسة المشرع الدستوري من تضمين الدين الإسلامي في الوثيقة الدستورية
١٦-٧	المطلب الاول: موقع الإسلام في الوثيقة الدستورية
١١-٧	الفرع الأول: التأصيل التاريخي لتضمين الإسلام في الدستور
١٦-١١	الفرع الثاني: علاقة الدين بالدولة ضمن الاطر الدستورية
٢٣-١٦	المطلب الثاني: توجه المشرع الدستوري في جعل الإسلام مصدر للتشريع
١٨-١٦	الفرع الأول: المقصود بالمصدر الاساسي او الرئيسي للتشريع
٢٣-٢٠	الفرع الثاني: الفلسفة التشريعية للمادة الثانية من الدستور
٤٨-٢٤	المبحث الثاني: ثوابت احكام الإسلام والاثار المترتبة على الاخذ بها
٤٠-٢٤	المطلب الأول: ماهية ثوابت احكام الإسلام
٢٧-٢٤	الفرع الاول : مفهوم ثوابت احكام الإسلام
٤٠-٢٧	الفرع الثاني: مصادر ثوابت احكام الإسلام
٤٨-٤٠	المطلب الثاني: الاثار المترتبة على اعتبار الإسلام المصدر الرئيسي للتشريع
٤٤-٤١	الفرع الأول: اثار مخالفة التشريعات لثوابت احكام الإسلام
٤٨-٤٤	الفرع الثاني: دور المحكمة الاتحادية العليا في الحفاظ على دستورية التشريعات
١٠٠-٤٩	الفصل الثاني: المشروعية الدستورية لبعض النصوص الجنائية الموضوعية المتعارضة مع ثوابت الشريعة الإسلامية
٨٥-٥١	المبحث الأول: المشروعية الدستورية لبعض جرائم الزنا في قانون العقوبات

٧٠-٥٢	المطلب الأول: المشروعية الدستورية لجريمة قتل الام لطفلها حديث العهد بالولادة اتقاء للعار اذا كانت قد حملت به سفاحاً
٦٢-٥٣	الفرع الأول: اركان جريمة قتل الام لطفلها حديث الولادة اتقاء للعار إذا حملت به سفاحاً
٧٠-٦٢	الفرع الثاني: صور التعارض بين احكام جريمة قتل الام لطفلها حديث الولادة وبين احكام الشريعة الإسلامية
٨٤-٧٠	المطلب الثاني: المشروعية الدستورية لجريمة الخيانة الزوجية
٨٠-٧٢	الفرع الأول: ماهية جريمة الخيانة الزوجية
٨٤-٨٠	الفرع الثاني: صور المخالفة الدستورية لجريمة الخيانة الزوجية
١٠٠-٨٤	المبحث الثاني: المشروعية الدستورية لجريمة تناول المشروبات الروحية
٩٦-٨٥	المطلب الأول: مفهوم الخمر وموقف التشريعات من جريمة تناول المشروبات الروحية
٨٨-٨٦	الفرع الأول: مفهوم الخمر في الشريعة الإسلامية
٩٦-٨٨	الفرع الثاني: موقف التشريعات من جريمة تناول المشروبات الروحية
١٠٠-٩٧	المطلب الثاني: اسباب عدم دستورية القوانين الخاصة بالمشروبات الروحية
٩٩-٩٧	الفرع الأول: اسباب عدم دستورية القوانين الخاصة بالمشروبات الروحية من حيث التجريم
١٠٠-٩٩	الفرع الثاني: اسباب عدم دستورية القوانين الخاصة بالمشروبات الروحية من حيث العقوبة
١٤٥-١٠١	الفصل الثالث: المشروعية الدستورية للنصوص الجنائية الاجرائية المتعارضة مع ثوابت الشريعة الإسلامية
١٢٩-١٠٢	المبحث الأول: المشروعية الدستورية للأدلة الجنائية
١٢١-١٠٢	المطلب الأول: المشروعية الدستورية للأدلة الجنائية في جرائم الزنا
١١٥-١٠٣	الفرع الأول: التحديد التشريعي لأدلة الزنا

١٢١-١١٦	الفرع الثاني: اثر التطور التكنولوجي في اثبات الزنا
١٢٩-١٢٢	المطلب الثاني: القيمة الدستورية للنصوص الاجرائية المتعلقة بأثبات الزنا
١٢٧-١٢٢	الفرع الأول: القيمة الدستورية لمبدأ الشرعية الاجرائية في اثبات الزنا
١٢٩-١٢٧	الفرع الثاني: القيمة الدستورية لسلطة القاضي الجنائي التقديرية في اثبات الزنا
١٤٥-١٣٠	المبحث الثاني: المشروعية الدستورية للحكم بعقوبة السرقة
١٣٨-١٣٠	المطلب الأول: ماهية السرقة في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي
١٣٥-١٣١	الفرع الأول: مفهوم جريمة السرقة
١٣٨-١٣٥	الفرع الثاني: اركان جريمة السرقة
١٤٥-١٣٨	المطلب الثاني: المشروعية الدستورية لتنفيذ الحكم بالسرقة
١٤٤-١٣٩	الفرع الأول: اجراءات تنفيذ عقوبة السرقة
١٤٥-١٤٤	الفرع الثاني: دستورية اجراءات تنفيذ عقوبة السرقة في التشريع الوضعي
١٥١-١٤٦	الخاتمة
١٧٠-١٥٢	المصادر والمراجع

المقدمة

المقدمة

أولاً: موضوع الدراسة

أن مطابقة التشريعات لأحكام الدستور واستمداد مضامينها من مبادئه وقواعده التنظيمية، يُعد من اسمى ملامح المشروع الدستورية للتشريعات، ومن ابرز مصاديق الارادة الشعبية والاجتماعية، وانطلاقاً من مبدأ المشروعية الدستورية الذي يقضي بعدم جواز مخالفة القانون الأدنى للقانون الاعلى مرتبة منه، وبما أن النصوص الدستورية تحتل القمة في سلم التدرج الهرمي للنظام القانوني، فإن التنظيم الدستوري لمكانة الشريعة الإسلامية يعد من المحددات الحاكمة للمنظومة التشريعية بمستوياتها المختلفة، كما ويعد من المعايير المهمة لسلامة البنية التشريعية وصحة مقوماتها ومثانة ركائزها لاسيما في ظل القواعد الدستورية التي تحدد منزلة مصدرية للإسلام في الحياة القانونية للدولة وتعدّها المصدر الرئيس أو الأساس للتشريع، وتتعاظم هذه المنزلة مع ما تقرره المبادئ الدستورية من قيود أخرى على سلطة المشرع عند سن التشريعات ومنها المبدأ الدستوري الذي قرره المشرع الدستوري العراقي في المادة (٢/أولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، وهو عدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام، فطبقاً لهذا المبدأ أصبحت السلطة التشريعية ملزمة بعدم مخالفة ما تسنه من تشريعات مع ثوابت أحكام الإسلام التي تعني الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالاتها والتي تمثل الأصول الكلية للشريعة الإسلامية، هذا ولم يكتف الدستور بإيراد هذا المبدأ وإنما أحاطه بضمانات موضوعية وأخرى إجرائية تكفل التطبيق السليم لمضامين المبدأ الدستوري المذكور وتضمن مراعاته في العملية التشريعية فقد قرر الدستور في المادة (١٣/ ثانياً) منه ببطان كل نص يتعارض مع الدستور وهذا يفيد سريان القيد الدستوري المتصل بثوابت أحكام الإسلام على جميع التشريعات النافذة في ظل هذا الدستور سواء أكانت سابقة في صدورها عليه أم تالية له، وفي ذات الوقت نظم الدستور تشكيل واختصاصات الجهة المختصة بالتحقق من مدى مطابقة التشريعات لثوابت أحكام الإسلام وهي المحكمة الاتحادية العليا.

وعليه فإن سلامة التشريعات وصلاحيّة تطبيقها يقتضي وجوب مطابقتها لمعيار ثوابت احكام الإسلام الذي وضعته الوثيقة الدستورية بوصفها اسمى التشريعات والمعبرة عن الارادة الشعبية.

ثانياً: أهمية الدراسة

يحظى موضوع المشروعية الدستورية للنصوص الجنائية المتعارضة مع ثوابت الشريعة الإسلامية في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، بأهمية كبيرة من ناحية موضوعية واخرى قانونية، فمن حيث الناحية الموضوعية فإنه يسعى لتأسيس منظومة تشريعية سامية وصالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، الشارع فيها هو الله جل وعلا خالق الاكوان ومثبت الاحكام قبل أن ينتجها الفكر الإنساني، فهذه المنظومة تقتضي مطابقة التشريعات الوضعية مع التشريعات الالهية المدرجة في ثوابت الشريعة الإسلامية.

أما من الناحية القانونية فأن هذه الدراسة تسعى الى إنشاء نظام قانوني سليم من خلال موائمة التشريعات الجنائية لأحكام الوثيقة الدستورية، وإزالة العيوب أو التعارض الذي قد يشوبها نتيجة لنفاذ دستور عراقي لاحق على تلك التشريعات في سنة ٢٠٠٥م.

ثالثاً: مشكلة الدراسة

برزت مشكلة الدراسة بعد نفاذ دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، والذي تضمن مبدأً في المادة (٢/أولاً) بأنه "لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الإسلام" حيث وضع هذا النص قيلاً دستورياً على سلطة المشرع بعدم الخروج عن ثوابت احكام الشريعة الإسلامية وإلا اتصفت تلك التشريعات بعدم الدستورية وبالتالي تكون معرضة للبطلان بحكم الدستور، وعليه فأن كل مخالفة لثوابت احكام الإسلام تُعد مخالفة للدستور، ومن هنا تبرز أهمية المشكلة في أن:

١- هناك تعارض صريح بين بعض النصوص الجنائية (الموضوعية والاجرائية) وبين ثوابت احكام الشريعة الإسلامية وبالتحديد (جرائم الحدود) وبالتالي التعارض يكون مع الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥، وهذه هي المشكلة الرئيسية، ويتفرع عنها إشكاليات اخرى اهمها مدى إمكانية تحديد مفهوم ثوابت احكام الإسلام بصورة دقيقة؟ وماهي المعايير والأسس التي يُستند إليها في عملية التحديد هذه؟ وما اثر تحقيق التطابق بين التشريعات الوضعية وثوابت احكام الشريعة الإسلامية؟.

٢- هناك قصور تشريعي واضح من قبل المشرع الجنائي بعدم شموله بالتجريم لحالات مجتمعية خطيرة ذات نتائج وخيمة على المجتمع والاسرة بالأخص منها جرائم الزنا بين البالغين اذا تمت بإرادتهم ورضاهم حيث لم يشملها المشرع العراقي بالتجريم، ويتفرع عن هذه المشكلة الرئيسية مشاكل فرعية

أخرى تتمثل بإمكانية وضع تعريف دقيق لجريمة الزنا من عدمها؟ وما مدى مطابقة هذا التعريف لمعيار حكم الشريعة الإسلامية في تحديد جريمة الزنا؟ وايضاً ما أثر هذا التعريف على الجرائم القائمة في التشريع الوضعي والتي تندرج تحت هذا التعريف؟

رابعاً: منهج ونطاق الدراسة

أن طبيعة موضوع الدراسة وأهميته الكبيرة افضت الى إتباع منهجية تتضمن المنهج التحليلي والمنهج المقارن وذلك من خلال دراسة المرتكزات الفكرية والجوانب والأبعاد المتعددة للموضوع وتحليلها تحليلاً منطقياً مترابطاً ومقارنتها بما يناظرها في التشريعات المقارنة المذكورة.

وعليه فقد اخترنا المنهج التحليلي لدراسة وتحليل النصوص الدستورية والتشريعات الجنائية من اجل الوقوف على مدى مراعاة المشرع الوضعي لأحكام الدستور في التجريم والعقاب واجراءات تطبيق العقوبة وايجاد الحلول والمعالجات لبعض النصوص المتعارضة معه، كما واخترنا المنهج المقارن كونه الاكثر انسجاماً مع طبيعة الموضوع ودقته العلمية.

كما وان موضوع الدراسة يندرج ضمن نطاق القانون الدستوري والقانون الجنائي، وعليه يتحدد نطاق الدراسة بدستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، كما ويتحدد بتشخيص نقاط التعارض الذي يسود قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ، وقانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل النافذ، وما يتصل بهم من قوانين عقابية بقدر موارد التعارض محل الدراسة مع احكام جرائم الحدود في الشريعة الإسلامية طبقاً لقاعدة حفظ الضرورات وهي (الدين، النفس، النسل، العقل والمال)، فقد تم اختيار جريمة قتل الام لطفلها حديث العهد بالولادة في مقابل حفظ ضرورة النفس، وجريمة الخيانة الزوجية والزنا في مقابل حفظ ضرورة النسل، وجريمة تناول المشروبات الروحية في مقابل حفظ ضرورة العقل، واخيراً جريمة السرقة في مقابل حفظ ضرورة المال.

وبالإضافة لدستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ والقانون الجنائي العراقي فأن الدراسة ستبحث في دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤ المعدل النافذ، كما وستبحث نقاط التعارض ذاتها في القانون الجنائي المصري بشقيه المتمثلين بقانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧ المعدل النافذ، وقانون الاجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل النافذ، مع احكام جرائم الحدود في الشريعة الإسلامية.

خامساً: هيكلية الدراسة

للإلمام الوافي بجوانب موضوع الدراسة قمنا بتقسيمه الى ثلاثة فصول، خصصنا الفصل الأول لدراسة سياسة المشرع الدستوري في احكام المادة الثانية من الدستور، واشتمل على مبحثين، تناولنا في المبحث الاول منه سياسة المشرع الدستوري من تضمين الدين الإسلامي في الوثيقة الدستورية، أما المبحث الثاني فدرسنا فيه ثوابت احكام الإسلام والاثار المترتبة على الاخذ بها.

أما الفصل الثاني فخصصناه للمشروعية الدستورية لبعض النصوص الجنائية الموضوعية المتعارضة مع الشريعة الإسلامية، وبدورنا قسمناه الى مبحثين، اوضحنا في المبحث الأول منه المشروعية الدستورية لبعض جرائم الزنا في قانون العقوبات، أما المبحث الثاني فتناولنا فيه المشروعية الدستورية لجريمة تناول المشروبات الروحية.

بينما خصصنا الفصل الثالث للمشروعية الدستورية لبعض النصوص الجنائية الإجرائية المتعارضة ثوابت الشريعة الإسلامية، وقمنا بتقسيمه الى مبحثين، بينا في المبحث الأول المشروعية الدستورية للإثبات الجنائي، أما المبحث الثاني فتناولنا فيه المشروعية الدستورية للحكم بعقوبة السرقة.

الفصل الأول

**سياسة المشرع الدستوري في احكام المادة الثانية
من الدستور**

الفصل الأول

سياسة المشرع الدستوري في احكام المادة الثانية من الدستور

الدستور هو القانون الأساسي الأعلى في كل دولة^(١)، وهو الذي يضع القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ويحدد السلطات العامة فيها، وان قواعده تستوي على القمة من البناء القانوني للدولة^(٢)، وبالتالي فإنها تتبوأ مقام الصدارة بين قواعد النظام العام باعتبارها أسمى القواعد الأمرة التي يتعين على الدولة الالتزام في تشريعها وفي قضائها وفيما تمارسه من سلطات تنفيذية، ودون أي تفرقة أو تمييز - في مجال الالتزام بها بين السلطات العامة الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية، وهذا ما أكدته المادة (١٣/أولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ بنصها "يُعدُّ هذا الدستور القانون الأسمى والأعلى في العراق، ويكون ملزماً في أنحاءه كافة، وبدون استثناء".

هذا وأن من مقتضيات مبدأ الفصل بين السلطات كأحد ركائز الحكم في الدولة الديمقراطية الحديثة أن تتوزع السلطة بين ثلاث هيئات، فتتولى إحداها سلطة التشريع، وتتاط بالأخرى سلطة التنفيذ، والثالثة تتاط بها جهة القضاء.

وهذه السلطات الثلاث إذ يُنشئها الدستور، فإنه أيضا يحدد لكل منها اختصاصاتها ويبين الأطر العامة لحدود كل من هذه السلطات، وإذا كان مبدأ المشروعية يفرض على السلطات الثلاث أن تعمل كل منها دوماً في إطار من التزامها بنصوص الدستور، فإن هذا المبدأ يظل مبدأ نظرياً مجرداً، ما لم يقترن هذا المبدأ بجزاء فعال وتنظيم يكفل التزام هذه السلطات لمضمونه وبالتالي يقيد بها بحدوده بحيث تقوم على تنفيذه سلطة خاصة تكون مستقلة وتمارس ما اصطلح على تسميته بالـ (الرقابة القضائية على دستورية القوانين).

وقد تضمنت المادة الثانية من الدستور عدة محاور اساسية لها مكانة مهمة في صلب الوثيقة الدستورية، بينت فيها دين الدولة، ولغتها الرسمية، ودور الشريعة الإسلامية في التشريع، كما وتضمنت

(١) د. منذر الشاوي، فلسفة الدولة، ط١، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد- العراق، ٢٠١٣، ص٢.

(٢) "أن سيادة القانون تستمد من سيادة الدستور، فهو الذي يضع الأسس التي يقوم عليها القانون في كل فروعه، فيسمو عليها بحكم مكانته، وتخضع له جميع قواعده القانونية بحكم وحدة النظام القانوني الذي يعلوه الدستور وذه العلاقة العضوية بين الدستور والقانون تندرج القواعد القانونية من حيث المرتبة فيتحذ منها الدستور وضعه الأسمى"، أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، ط٢، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص٩.

المادة الثانية قيد دستوري على سلطة المشرع العادي وذلك بضرورة اتباع ثوابت احكام الإسلام عند التشريع وعدم مخالفتها.

ولتوضيح هذه المحاور سنقوم بتقسيم الفصل الى مبحثين، نتناول في المبحث الأول سياسة المشرع الدستوري من تضمين الدين الإسلامي في الوثيقة الدستورية، أما المبحث الثاني فنتناول فيه ثوابت احكام الإسلام والاثار المترتبة على الاخذ بها.

المبحث الأول

سياسة المشرع الدستوري من تضمين الدين الإسلامي في الوثيقة الدستورية

درجت أغلب الدول الإسلامية عموماً والدول العربية خصوصاً على تضمين دساتيرها نص خاص بالإسلام وتحديد دور الشريعة الإسلامية في مجال التشريع ضمن المبادئ العامة او الأساسية^(١)، نظراً لما تؤديه أحكام الشريعة الإسلامية من دور مهم وفعال في ضبط العلاقات الاجتماعية وتهذيبها، حتى أن البعض من تلك الدساتير لم يكتفي بالنص على الإسلام دين الدولة الرسمي واعتبار احكام الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع وحسب، بل اتخذت خطوة ابعد من ذلك وهي النص على عدم جواز مخالفة التشريعات لأحكام الشريعة الإسلامية.

وهذا ما سنقوم ببحثه في المبحث الأول وفق مطلبين، نتناول في المطلب الأول موقع الإسلام في الوثيقة الدستورية، أما المطلب الثاني فسنبحث فيه توجه المشرع الدستوري في جعل الإسلام مصدراً للتشريع.

(١) كالدستور الكويتي لسنة ١٩٦٢ النافذ، المادة (٢) "دين الدولة الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر اساس للتشريع"، والدستور العماني لسنة ١٩٩٦ النافذ، المادة (٢) "دين الدولة الإسلام والشريعة الإسلامية اساس للتشريع"، وينظر: محمد سليمان ابو رمان، ما بعد الإسلام السياسي، مؤسسة فريدريش ايبرت، عمان- الاردن، ٢٠١٨م، ص ٢١.

المطلب الأول

موقع الإسلام في الوثيقة الدستورية

تصدر الإسلام الوثيقة الدستورية للدولة بوصفه دين الدولة الرسمي ومحور البناء القانوني ومنطلق لمسار التشريع، وهذا ما سنتناوله بشيء من التفصيل وفق فرعين، نتناول في الفرع الأول التأصيل التاريخي لتضمين الإسلام في الدستور، والفرع الثاني نتناول فيه علاقة الدين بالدولة ضمن الأطر الدستورية.

الفرع الأول

التأصيل التاريخي لتضمين الإسلام في الدستور

بدأت مصر أول خطواتها في التوجه نحو الهوية الإسلامية في دستور ١٩٢٣ الملغى^(١)، حيث نصت المادة (١٤٩) منه على أن "الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية"^(٢)، كما وقد نص على مثل هذه المادة في دستور ١٩٥٦ الملغى في المادة الثالثة منه^(٣)، وكذلك في دستور ١٩٦٤ الملغى في المادة الخامسة منه، وتم ذكر نفس المضمون في المادة (٢) من دستور ١٩٧١ الملغى^(٤).

أما عن دستور ١٩٧١ الملغى فقد استحدثت عبارة جديدة في نص المادة الثانية لم تكن موجودة في الدساتير التي سبقت هذا الدستور وهي (مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع)، هذا وقد ادرجت هذه المادة في الباب الأول منه، وهذا يعني أن دستور مصر لسنة ١٩٧١ الملغى قد أخذ طريق البحث عن "دين الدولة" خطوات أوسع فيه حين نص في المادة الثانية منه على أن (مبادئ

(١) Zaid Al Ali، Yussef Auf، The Iraqi consitution :Analysis of the controversial Articales sidutions and Recommendations، friedrich–Ebert–sifung Amman، ١ st edition ٢٠٢٠،p٣٨.

(٢) دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٢٣ الملغى، منشور على الموقع الإلكتروني www.arabprf.com تاريخ اخر زيارة ٢٠٢١ /١/٤ م.

(٣) الإسلام دين الدولة الرسمي، واللغة العربية لغتها الرسمية، م٣، دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٥٦م، منشور على الموقع الإلكتروني www.manshurat.org، تاريخ اخر زيارة ٢٠٢١/١/٤ م.

(٤) المادة (٢) من دستور جمهورية مصر لسنة ١٩٧١، "الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر للتشريع".

الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع)، وأن كان قد ذكر في المادة (٤٠) منه على أن "المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة".

إلا أنه وبعد صدور الدستور المصري لسنة ١٩٧١ الملغى جرت مناقشات بين النواب المصريين بشأن صياغة هذه المادة والتي جعلت من الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع وليس (المصدر الرئيسي)، معتبرين بذلك أنها - اي الشريعة الإسلامية - تعتبر احدى مصادر التشريع بحيث يمكن للمشرع أن يستقي احكام التشريع منها او من غيرها^(١)، فكان ذلك عاملاً مهماً قد دفع اعضاء مجلس الشعب المصري للقيام بتقديم طلب وذلك لتعديل نص المادة الثانية لتكون (مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع)، اي بإضافة (ال) التعريف الى كلمتي (مصدر ورئيسي)^(٢)، وذلك لفرض صفة الالزام حيث أن (ال) التعريف تلزم المشرع بالالتجاء الى مبادئ الشريعة الإسلامية أولاً عند التشريع، كما وأن من المعروف أن تفعيل واعمال هذا النص الدستوري لا يأتي الا بالتزام السلطة التشريعية بأن تكون الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع ثم تأتي المصادر الاخرى بعد ذلك.

ثم وبعد مدة من تقديم طلب اعضاء مجلس الشعب لتعديل المادة الثانية، فإنه بالفعل قد حدث التعديل بتاريخ ٢٦/٦/١٩٨٠، وذلك بإضافة (أل) لتصبح المادة الدستورية على الوجه الاتي "الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع"، وقد احدث هذا التعديل تحولاً كبيراً بين الشعب المصري فالبعض اعتبره مصدر ثقة وذلك ايماناً بعدالة الشريعة الإسلامية، بينما شكل هذا النص مصدر خوف للبعض الاخر ومنهم الاقليات الدينية، وذلك خوفاً من استغلال النص الدستوري المذكور ضددهم وقمع حرياتهم^(٣).

بعدها صدر حكم من المحكمة الدستورية العليا وقد حسمت به مسألة الالتزام بـ (مبادئ الشريعة الإسلامية عند التشريع) وذلك في القضية رقم (١١٩) لسنة ٢١ قضائية لعام ٢٠٠٤ بأنه "لا يجوز

(١) د. محمد عبد العال السناري، الشريعة الإسلامية وضوابط رقابة دستورية القوانين في مصر (دراسة مقارنة)، مكتبة عالم الكتب، الجزائر، ١٩٨٦، ص ٢٦٩.

(٢) د. محمد عبد العال السناري، المصدر نفسه، ص ٢٧٠.

(٣) محمد سليمان ابو رمان، ما بعد الإسلام السياسي، مصدر سابق، ص ٢٩.

لنص تشريعي أن يناقض الاحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالاتها"^(١)، وبذلك اكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر شرعية تعديل المادة الثانية من الدستور المصري لعام ١٩٧١ الملغى.

ثم وبعد ذلك صدر دستور ٢٠١٢ وقد اعيد تكرار ذات المادة الثانية في دستور ٢٠١٢ الملغى وبذات الصيغة السابقة، والحققت بها المادة (٢١٩) التي فسرت وعرفت مبادئ الشريعة الإسلامية حيث نصت على أن "مبادئ الشريعة الإسلامية تشمل ادلتها الكلية وقواعدها الاصولية والفقهية ومصادرها المعتمدة في مذهب اهل السنة والجماعة"^(٢).

أعقب ذلك ثورات ومظاهرات في عام ٢٠١٣ عُطل على اثرها العمل بالدستور المصري لسنة ٢٠١٢، وفي عام ٢٠١٤ صدر الدستور المصري الجديد بعد الاستفتاء الشعبي والذي اكدت فيه المادة الثانية على ابقاء الإسلام دين الدولة الرسمي، واعتبار اللغة العربية لغتها الرسمية والشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، حتى بعد التعديل الدستوري والذي اجري في عام ٢٠١٩^(٣).

نستنتج من ذلك أنه لم يكن النص على الإسلام في الدساتير المصرية حديث النشأة، بل كان النص عليه منذ بداية القرن التاسع عشر ميلادي، وهذا يعكس ترجمة لواقع حال دين غالبية الشعب المصري ومسايرة لتنظيم امور الحياة مع الاحتفاظ بخصوصية واحترام دين اقلية مكونات الشعب المصري.

أما عن التأصيل التاريخي لتضمين الإسلام في الدساتير العراقية، فإن اول دستور نص على أن الإسلام يعتبر دين الدولة الرسمي هو القانون الاساسي لسنة ١٩٢٥ الملغى في المادة (١٣) منه والتي ذكرت أن "الإسلام دين الدولة الرسمي..."^(٤)، اعقبها بالذكر دستور جمهورية العراق لسنة

(١) لينا مجاهد، حول المادة الثانية من دستور ١٩٧١ الملغى، مقال منشور على الموقع الالكتروني www.midanmasr.com، تاريخ اخر زيارة ٢٠٢١/١/٤، الساعة ٣:٠٠ م.

(٢) المادة (٢١٩) من دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٢ الملغى.

(٣) الدستور المصري لسنة ٢٠١٢ وفقاً للتعديلات الدستورية التي أدخلت عليه في ٢٣ أبريل ٢٠١٩ بالإضافة الى صدور قرار الهيئة الوطنية للانتخابات رقم ٣٨ لسنة ٢٠١٩ بإعلان موافقة الشعب على التعديلات الدستورية في الاستفتاء ونصت المادة (٢) "ان الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع".

(٤) المادة (١٣) من القانون الاساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ الملغى.

١٩٥٨ المؤقت الملغى، حيث نصت المادة (٤) منه على "الإسلام دين الدولة"^(١)، ثم تلا ذلك المادة (٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ١٩٦٣ المؤقت الملغى، والتي اضافت فيه المادة الدستورية أن "الإسلام دين الدولة والقواعد الاساسية لدستورها..."، كم وتم ذكر ذات النص في المادة الثالثة من دستور ١٩٦٤ الملغى^(٢)، دون ايراد احكام عامة او حتى تفصيلية تبين مضامين هذا النص، اذ أن اعتبار الإسلام القواعد الاساسية للدستور يستوجب أن تكون البنية الدستورية مستوحاة من احكام الإسلام، بعد ذلك جاءت المادة الرابعة من دستور جمهورية العراق لسنة ١٩٦٨ المؤقت الملغى، بنفس الصيغة التي تم ذكرها في الدستور السابق.

بينما اكتفت المادة الرابعة من دستور جمهورية العراق لسنة ١٩٧٠ المؤقت الملغى، بذكر الإسلام دين الدولة، أما قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ الملغى^(٣)، فقد استحدثت المادة السابعة منه مصطلحات جديدة بالإضافة الى كون الإسلام دين الدولة الرسمي فقد نصت المادة السابعة على أنه "الإسلام دين الدولة الرسمي ويعد مصدرا للتشريع ولا يجوز سن قانون خلال المرحلة الانتقالية يتعارض مع ثوابت الإسلام المجمع عليها ولا مع مبادئ الديمقراطية والحقوق الواردة في الباب الثاني من هذا القانون، ويحترم هذا القانون الهوية الإسلامية لغالبية الشعب العراقي، ويضمن كامل الحقوق الدينية لجميع الافراد في حرية العقيدة والممارسة الدينية. ب- العراق بلد متعدد القوميات والشعب العربي فيه جزء لا يتجزأ من الامة العربية"^(٤)، بذلك جعلت هذه المادة من الإسلام مصدرا للتشريع وأنه لا يجوز مخالفة ثوابت احكام الإسلام المجمع عليها او يتعارض مع مبادئ الديمقراطية او مع الحقوق، كما أنها ضمنت كامل الحقوق الدينية لجميع الافراد، وهذا ما لم تتضمنه الدساتير التي سبقت هذا القانون، أما دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ، فقد جاءت المادة الثانية منه لتؤكد ما ضمنته المادة السابعة من قانون ادارة الدولة العراقية، حيث نصت على "أولاً: الإسلام دين الدولة

(١) المادة ٤ من دستور جمهورية العراق لسنة ١٩٥٨م الملغى.

(٢) المادة (٣) من الدستور المؤقت لسنة ١٩٦٤م الملغى، "الإسلام دين الدولة والقاعدة الأساسية لدستورها واللغة العربية لغتها الرسمية".

(٣) لقد كتب قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية من أجل حماية حقوق الشعب العراقي، حيث اجتمعت الأحزاب السياسية العراقية التي كانت معارضة للنظام البائد، وأرادت أن تجد أفضل الصيغ القانونية لحماية الحقوق الأساسية للمواطنين بعد أن انتهكت على يد الحكومة الدكتاتورية السابقة، الا أن قانون إدارة الدولة العراقية قد كتب على عجل، ولذا كانت صياغته وبعض مضامينه غير ناهضة.

(٤) المادة السابعة من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ الملغى.

الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع، أ. لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الإسلام، ب. لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية، ج. لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الاساسية الواردة في هذا الدستور، ثانياً: يضمن هذا الدستور الحفاظ على الهوية الإسلامية لغالبية الشعب العراقي، كما ويضمن كامل الحقوق الدينية لجميع الافراد في حرية العقيدة والممارسة الدينية كالمسيحيين والأيزديين والصابئة المندائيين".

ومن خلال استقراء وقائع التاريخ الدستوري للعراق نلاحظ أنه لم يسبق النص على مصدرية الإسلام للتشريع قبل قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤، فقد خلت الدساتير التي سبقتة من هكذا نص بدءاً من قانون ١٩٢٥ الاساسي الملغى وحتى دستور ١٩٧٠ الملغى^(١)، وهو ما يمكن القول معه أنه تجديداً في الخطاب الدستوري سواء على مستوى النص او الواقع^(٢).

الفرع الثاني

علاقة الدين بالدولة ضمن الاطر الدستورية

اتجهت دساتير بعض الدول الإسلامية الى النص على أن "الإسلام دين الدولة الرسمي" كالدستور المصري لسنة ٢٠١٤ النافذ، ودستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ، وازاء مدلول النص هذا وما يفرضه بالنسبة للدولة وجد رأيان:

الرأي الاول يعتبر النص غير ذا معنى لأنه ينسب الدين للدولة وهي وجود مجازي أو اعتباري لا يصح نسبة الاعتقادات الدينية اليه، كما أنها غير قادرة على إتيان العبادات التي تفرضها الأديان لكي يقال بأنها مسلمة أو مسيحية، فهي لا تصلي ولا تصوم ولا تحج ولا غير ذلك، ومن ثم فهذا النص لا يرتب شيئاً ولا يفيد مدلوله الزاماً معيناً لا على الدولة ولا على هيئاتها، أما الرأي الثاني فيذهب الى أن عبارة "الإسلام دين الدولة الرسم" لا يمكن إلا أن يكون لها معنى، وأن وضعها ضمن المواد الدستورية المتعلقة بشكل الدولة والمبادئ الأساسية يعني بالضرورة أن المشرع الدستوري أراد أن يكون لها معنى

(١) Noah Feldman، Roman Martinez، Constitutional Politics and Text in the New Iraq: An Experiment in Islamic Democracy، Fordham Law review، volume ٥٧، issue ٢ article ٢٠، p٣٢.

(٢) د. عدنان عاجل عبيد، علاقة الدين بالدولة وضمانياتها في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، مجلة المعهد الصادرة عن معهد العلمين، ع٩٦، العراق، ٢٠١٧م، ص١٨٢.

وأثر في هيئات الدولة، ومنها أن الفقه استنتج من هذه العبارة وجود شرط مؤكد بأن يكون المرشح للرئاسة مسلماً وذلك لأن الإسلام يستلزم في رئيس الدولة الإسلامية ان يكون مسلماً^(١).

ولكون العلاقة بين الدين والدولة محل خلاف فقهي جدلي، وهي احدى اصعب المشاكل التي تواجه واضعي الدستور في انحاء كثيرة من دول العالم، ولكل دولة مشاكلها الخاصة بها، كون الدين الإسلامي كان وما يزال المنهج الاساسي لكثير من المثل العليا والقواعد القانونية والاخلاقية في المجتمعات المختلفة، ومنهاجاً لتيارات سياسية فاعلة^(٢)، فقد يرتبط دين معين بالقيم الاساسية للمجتمع أو بالهوية الوطنية أو قد تكون هناك اقلية تحتاج الى الحماية أو هو تعبيراً عن الرأي السنة نفسه، لذلك سنتطرق الى علاقة الدين بالدولة في عصور الإسلام الاولى قبل الدخول بالحدود الدستورية لعلاقة الدين بالدولة على النحو الآتي:

أولاً: علاقة الدين بالدولة في عصور الإسلام

أن المصطلحات التالية، الدين والدولة، الدين والسلطة، الدين والحكم، لم يكن لها وجود واثر في عصر الإسلام مطلقاً، حيث كان المسلمون الأوائل يفهمون الدين الإسلامي فهماً شاملاً متكاملًا ويرونه نسيجاً واحداً اصولاً واحكاماً موحاة الى رسول الله (صلى الله عليه واله)، والذي ينظم حياة الفرد وحياة الأمة وينسق العلاقة بين الحاكم والمحكوم، بحيث ان كل من الدين والدولة يكونا على وتيرة واحدة منسجمة ومنسقة، حتى ظهرت جماعة تنادي بفصل الدين عن الدولة بحجة (أن الدين علاقة الفرد بربه)، ومعنى ذلك هو حصر الدين في مجموعة من الشعائر كالصوم والصلاة وممارسة الطقوس التعبدية، وأن مثل هذا التضييق والتحديد يخالف ما كان عليه الواقع الديني وتجربته الرائدة في العصور الأولى^(٣)، ولم يُدعم هذا الرأي بنص قرآني او سند من السنة النبوية الشريفة، او اراء الفقهاء قديماً او حديثاً^(٤).

(١) د. رائد حمدان المالكي، : فلسفة نظام الحكم في العراق في ظل دستور ٢٠٠٥، بحث غير منشور، ص ١٣.

(٢) د. عدنان عاجل عبيد، المصدر السابق، ص ١٨٣.

(٣) نجيب الكيلاني، حول الدين والدولة، ط١، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٧١، ص ١١.

(٤) ينظر: باب العياض نور الدين، النص القرآني (دراسة بنوية)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية العلوم الانسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران، الجزائر، ٢٠١٥م، ص ١٦٤ وما بعدها.

ثانياً: الحدود الدستورية لعلاقة الدين بالدولة

أن لجنة كتابة الدستور قبل ان تقوم بوضع الدستور تعمل على القيام بدراسة شاملة لكافة متطلبات المجتمع وهويتهم الوطنية والتشريعات السابقة ذات العلاقة بموضوعاتها ومضمونها، ثم تأتي الخطوة الاخرى وهي دراسة والتشريعات وتقديرها وذلك بالاستناد الى مقتضيات الفكرة القانونية التي ارتكزت عليها في ظل الظروف البيئية المحيطة بها^(١)، ثم تقوم اللجنة واضعة الدستور بتحويل تلك الفكرة القانونية السائدة في المجتمع الى واقع ملموس مجسد في قواعد ذات طابع معين يلائم الطبيعة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية لهذا المجتمع.

وهذا ما معمول به اليوم في كتابة الدساتير، فعلاقة الدين بالدولة لم تكن علاقة عبثية بل هي نتاج واقع المجتمعات والدول التي ربطت الدين بالدولة في دساتيرها^(٢)، فمثلاً في دستور جمهورية مصر العربية نجد ان الدستور قد نص لأول مرة في المادة (١٤٩) من دستور ١٩٢٣ الملغى، على أن الإسلام هو دين الدولة الرسمي^(٣)، وبقيت هذه الصياغة تقريباً قاسم مشترك بين جميع الدساتير او مشاريع الدساتير المصرية عدا دستور الوحدة مع سوريا في عام ١٩٥٨^(٤)، بحيث يفهم من ابقاء نص الإسلام دين الدولة الرسمي من قبل اللجان الدستورية المصرية المتوالية من دستور ١٩٢٣ وحتى دستور ٢٠١٤ المعدل النافذ، ان هذه اللجان قد كتبت لشعب مسلم بالأغلب، ومع ذلك ابقت اللجان الدستورية حق الاقليات بحرية الاديان، اذا ان الملمح الاساس لكتابة النص الدستوري كان دين الأغلبية^(٥).

(١) د. زانا رؤوف حمه كريم، السياسة التشريعية في العراق، دار سردم للطباعة والنشر، السليمانية، الطبعة الاولى، ٢٠١٢، ص ٣٢.

(٢) ينظر: د. حسني بو الديار، مفهوم الدين واهميته في الدستور الجزائري، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، العدد (٤٨)، عنابة- الجزائر، ٢٠١٦م، ص ١٢٤.

(٣) المادة (١٤٩) من دستور مصر لسنة ١٩٢٣م الملغى.

(٤) لنا مجاهد، حول المادة (٢) من دستور ١٩٧١، مقال منشور على الموقع الالكتروني www.midanmasr.com، تاريخ الزيارة ٢٢/١٢/٢٠٢٠م، الساعة ١١:٠٠ م.

(٥) ينظر: القاضي خالد محي الدين أحمد، مدة ملائمة الشريعة الإسلامية كمصدر اساسي للدستور والقوانين الوضعية، بحث منشور في مطبوعات المعهد الدولي لقانون حقوق الانسان تحت عنوان (دراسات في الدستور العراقي)، جامعة دي بول، شيكاغو- امريكا، ٢٠٠٥م، ص ٣١٩.

كذلك الحال في العراق فلو تقفينا اثر العلاقة بين الدين والدولة في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ، لوجدناه بداية في ديباجة الدستور حيث ابتدأت الديباجة بالآية الكريمة من قوله تعالى " وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ"^(١)، وهذا يوضح ادراك لجنة كتابة الدستور انها تكتب لشعب غالبية العظمى مسلمين، وعند الاستمرار بقراءة ديباجة الدستور نلاحظ العبارات التي تتم عن عميق الصلة بالدين^(٢) " نحنُ ابناء وادي الرافدين موطن الرسل والأنبياء ومثوى الائمة الأطهار ومهد الحضارة وصناع الكتابة ورواد الزراعة ووضاع الترقيم. على أرضنا سنَّ أولُ قانونٍ وضعه الانسان، وفي وطننا حُطَّ أعرقُ عهد عادل لسياسة الأوطان، وفوقَ ترابنا صلى الصحابةُ والأولياء، ونظَّرَ الفلاسفةُ والعلماء، وأبدعَ الأدياء والشعراء، عرفاناً منا بحقِ الله علينا، وتلبيةً لنداء وطننا ومواطنينا، واستجابةً لدعوة قياداتنا الدينية وقوانا الوطنية واصرارِ مراجعنا العظام"، هذا وحتى في مرحلة اعداد وكتابة الدستور، كانت ندوات الدين والدولة النقطة الاكثر اهمية بين الندوات التثقيفية والحوارية التي عُقدت، وكانت نتائج هذه الندوات تثبت التوجه الديني في المجتمع العراقي فقد حصلت نظرية ولاية الفقيه على (٥٠%) من الاصوات وتوزعت باقي الاصوات على نظامي العلمانية - بشرط الاتعادي الدين_ وولاية الامة على نفسها^(٣)، وهذا بطبيعة الحال اثار تخوفاً من اقحام المرجعية الدينية في المؤسسات الدستورية، لكن تبذدت هذه المخاوف عندما ذكرت المرجعية المتمثلة بالسيد السيستاني (دام ظله) من ضرورة ان يئأى رجال الدين بأنفسهم عن السياسية وتثقيفها باتجاه ولاية الامة على نفسها^(٤).

فضلاً عن ذلك لو امعنا النظر في النصوص الدستورية نجد ان المادة (٢) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ قد جعلت من الدين الإسلامي دين الدولة الرسمي وأنه مصدر

(١) سورة الاسراء، اية/ ٧٠.

(٢) د. عدنان عاجل عبيد، علاقة الدين بالدولة، مصدر سابق، ص ١٨٦.

(٣) أحمد شمس علي، المبادرة الشبابية الدستورية في العراق: نتائج المرحلة الاولى مقال منشور في اراء في الدستور، ص ٣٩-٤٠؛ د. عدنان عاجل عبيد، مصدر سابق، ص ١٨٨.

(٤) اجاب مكتب السيد السيستاني (دام ظله) عندما وجه سؤال لسماحة السيد علي السيستاني عن شكل حكم في العراق وعلاقة الدين بالدولة وعن رأي سماحته فيمن ولاية الفقيه والحكم الإسلامي بأنه "ان شكل العراق الجديد يحدده الشعب بجميع قومياته ومذاهبه، والية ذلك هي الانتخابات الحرة المباشرة، ويفترض بالحكومة التي تنتبثق عن ارادة اغلبية الشعب ان تحترم دين الاغلبية، اما عن تشكيل حكومة دينية على اساس ولاية الفقيه فهذا ليس واردا"، للتفصيل ينظر : حامد الخفاف، النصوص الصادرة عن سماحة السيد السيستاني في المسألة العراقية، بيروت، ٢٠٠٧م، ص ٣٠١،

اساس للتشريع، هذا وازافت الفقرة (أ) من المادة ذاتها انه (لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الإسلام)، ومن هذا يتبين ان هذه المادة تعتبر النص الرئيسي الذي رسم ونظم علاقة الدين بالدولة، بحيث جعلت العراق جزءاً من العالم الإسلامي مع الحفاظ على حرية الأديان لبقية قوميات الشعب العراقي وهذا ما اكدته المادة (٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ والتي نصت على أن (العراق بلد متعدد القوميات والأديان والمذاهب، وهو عضو مؤسس وفعال في جامعة الدول العربية وملتزم بميثاقها و جزء من العالم الإسلامي).

بالإضافة الى المادة (٩٢) من ذات الدستور والتي جعلت من خبراء الفقه الإسلامي جزءاً من عضوية المحكمة الاتحادية في الفقرة الثانية منها بقولها "تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة وخبراء في الفقه الإسلامي وفقهاء القانون، يحدد عددهم وتنظم طريقة اختيارهم وعمل المحكمة بقانون يسن بأغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب"، وهذا بطبيعة الحال يعكس عمق العلاقة بين الدين الإسلامي والدولة، من خلال اقرار السلطة التأسيسية بالحقوق الدينية لشعبها في صلب الدستور، وجعله اساساً لتنظيم امور حياتهم.

ثم أنه وبالعودة الى الآراء الفقهية الواردة في بداية الحديث فإن ما يحمله الرأي الثاني والقاتل بأن المشرع الدستوري اراد أن يكون لعبارة (الإسلام دين الدولة) معنى وأثر في هيئات الدولة، اقرب للواقعية، فلا يمكن إهمال مدلول هذه العبارة ومراد المشرع الدستوري منها، لأن ذلك مبني على إنكار صفة الشخصية المعنوية للدولة، وهذا الأمر ينسجم مع الافكار التي كانت سائدة قبل قرنين من الزمن إذ لم يكن هنالك تسليم بفكرة الشخصية المعنوية، أما اليوم فان هذه الفكرة تمثل الطابع المميز لجميع اشخاص القانون العام ومنها الدولة، وبمقتضاها أصبحت الدولة (ممثلة بهيئاتها ومؤسساتها) صاحبة أهلية، فهي تتصرف قانونياً وتملك وتُنازع قضائياً، وبالتالي يمكن أن يكون لها دين كإسلام وغيره^(١).

(١) د. رائد حمدان المالكي، مصدر سابق، ص ١٣.

المطلب الثاني

توجه المشرع الدستوري في جعل الإسلام مصدراً للتشريع

نظمت غالبية دساتير البلدان الإسلامية دور الإسلام في مجال التشريع بما يتناسب مع مكانة أحكام الشريعة الإسلامية وأهميتها في تنظيم العلاقات الاجتماعية وفعاليتها الكبيرة في توجيه السلوك الإنساني وتهذيبه على اختلاف الأزمنة والأمكنة ومستوى التقدم الحضاري.

وفي هذا الإطار سنقوم بتوضيح مفردات النص الدستوري الأساسية في هذا المطلب وفق فرعين، نتناول في الفرع الأول المقصود بالمصدر الأساسي أو الرئيسي للتشريع، أما الفرع الثاني فسنتناول فيه الفلسفة التشريعية للمادة الثانية من الدستور على النحو الآتي:

الفرع الأول

المقصود بالمصدر الأساسي أو الرئيسي للتشريع

نصت المادة الثانية من دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤ النافذ على أن "الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع"^(١).

أما المادة الثانية من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ فنصت على أن "الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع..."^(٢).

للقوف على قصد المشرع الدستوري للمصطلح (المصدر الرئيسي أو الأساسي) والذي ورد في المادة الثانية من الدساتير -السالف ذكرها- ينبغي ان نبين مفهوم المصدر وأنواعه، ثم معرفة اي من ذلك قصد المشرع مقام الإسلام كمصدر للتشريع، وهذا ما سيتم توضيحه في هذا الفرع.

أن مصادر القانون جاءت متعددة تشمل المصادر المادية أو ما تسمى بالموضوعية، المصادر التاريخية، المصادر التفسيرية والمصادر الرسمية^(٣) وهي كالاتي:

(١) المادة (الثانية) من دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤ المعدل النافذ.

(٢) المادة (الثانية) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ.

(٣) د. أحمد امين، المادة الثانية من الدستور مدلولها ونتائجها، ط١، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، ٢٠١٢، ص٣٧.

أولاً: المصادر المادية أو الموضوعية

وهي المادة الأولية التي يستقي منها المشرع مادة القاعدة القانونية ومضمونها، وهي نتاج الظروف البيئية بجوانبها الاجتماعية و السياسية والاقتصادية والدينية^(١).

ثانياً: المصادر التاريخية

وهي الأصل أو المنبع الذي يستمد منه المشرع بعض احكامه، أو هي الجذور التاريخية أو السوابق الزمنية التي مر بها قانون معين، كالشريعة الإسلامية أو القوانين الفرنسية والتي تعد كذلك من المصادر التاريخية، وفائدة هذه المصادر تظهر عندما يكون هناك تفسير للقاعدة القانونية فافضل وسيلة للتفسير هي الرجوع الى مصدرها التاريخي^(٢).

ثالثاً: المصادر التفسيرية

وهي المصادر التي يقصد بها المرجع الذي يستعان به في تفسير القانون أو هي الاجتهادات الفقهية التي تعتبر عاملاً مساعداً لتوضيح القصد من القاعدة القانونية وازالة ما يشوبها من غموض، ومن الناحية الالزامية فليست لها قيمة الزامية لكن اهميتها كبيرة من حيث الاخذ بها بعين الاعتبار وخصوصاً من قبل المحاكم وقد يعتمد عليها المشرع ايضاً عند قيامه بتعديل القوانين^(٣).

رابعاً: المصادر الرسمية

إذا كانت المصادر المادية والرسمية تمثلان المادة الاولية للقاعدة القانونية، فإن القاعدة القانونية يجب ان تصدر عن هيئة مختصة تضعها في شكل محدد بإجراءات مرسومة^(٤).

فالمصدر الرسمي هو الطريقة المعتمدة التي تنفذ منها القاعدة القانونية وتصبح بمجرد نفاذها ملزمة للمخاطبين بها، ويعرف كذلك بأنه "الطرق المعتمدة التي تكسب القاعدة القانونية صفة الإلزام

(١) ينظر: د. علاء ياسين، نظرية القانون، مطبعة المعارف، مصر، ٢٠١٩م، ص ٥٢.

(٢) ينظر: د. محمد صغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، الجزائر، ٢٠٠٦م، ص ٣٣.

(٣) ينظر: دليل الصياغة التشريعي الفلسطيني الصادر عن ديوان الفتوى والتشريع، معهد الحقوق لجامعة بيرزيت، ط١، فلسطين، ٢٠٠٠م، ص ٣٥.

(٤) ينظر: د. محمد صغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، مصدر سابق، ص ٣٤.

لتصبح مطبقة على جميع الأفراد داخل المجتمع^(١)، من ذلك يتبين ان الفارق الذي يميز المصدر الرسمي عن بقية المصادر هو (صفة الإلزام).

بعد هذا الاستعراض البسيط لأنواع المصادر، نعتقد ان المشرع المصري طالما قد نص على كلمة المصدر بصورة مطلقة وبدون تخصيص، فإنه قصد الإسلام بمقام يشمل جميع المصادر -سألفه الذكر- وذلك استنادا الى مبدأ المطلق يسري على اطلاقه، بالإضافة الى أنه من المعلوم لدى الجميع، أن اي تشريع ملزم تصدره الدولة لا بد ان يمر بمرحلتين، المرحلة الاولى هي مرحلة وجود مضمون القاعدة القانونية قبل القيام بتشريعها او تقنينها بصورة قاعدة قانونية^(٢)، وهذا المضمون قد يأتي من الأيمان بفكرة دينية أو افكار اجتماعية او سياسية او ما شابه ذلك، وهذا ما أوجدته الشريعة الإسلامية، حيث ان مضمون القاعدة القانونية في الإسلام نابع من فكرة الأيمان بالله والالتزام بأحكامه وشرائعه أو من اليقين والعقل، وهذا هو الجانب النظري، أما المرحلة الثانية فهي صياغة ذلك المضمون بصورة منضبطة وإعطاءه صفة الإلزام وذلك ليصبح نافذاً بحق المخاطبين به، وهذا ما يسمى بالمصدر الرسمي^(٣)، وهذا أيضاً ما عليه الحال في الشريعة الإسلامية، حيث حددت الشريعة الإسلامية مسبقاً القواعد والأحكام الملزمة والسارية النفاذ بحق جميع المخاطبين بها وقسمتها الى قسمين، منها ما لا يقبل التبدل والتغيير بتغير الزمان والمكان ولا يجوز الاجتهاد فيها، والأخرى هي الأحكام الاجتهادية المتغيرة في الزمان والمكان، والتي تتميز بالمرونة مسايرة لمتطلبات المجتمع، فعند قياس الشريعة الإسلامية بالمصادر المادية أو التاريخية أو التفسيرية والرسمية نجدها صالحة للتطبيق ومتوافقة مع جميع المصادر.

أما دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ، فينطبق عليه ذات الكلام الذي تم ذكره سابقاً، إلا أن هناك اختلافاً فقط في مصطلحات المادة الثانية - وأن كانت متماثلة بالمعنى- بين الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ النافذ والدستور المصري لسنة ٢٠١٤ المعدل النافذ يمكن اجمالها بـ:

(١) د. أحمد امين، المادة الثانية من الدستور مدلولها ونتائجها، مصدر سابق، ص ٣٨.

(٢) د. زانا رؤوف حمه كريم، السياسة التشريعية في العراق، مصدر سابق، ص ٣١.

(٣) ينظر: د. ليث كمال نصرأوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة واثرها في الاصلاح القانوني، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع، العدد ٢، ج ١، الكويت، ٢٠١٧م، ص ٣٨٧.

أ- أستخدم المشرع الدستوري العراقي مصطلح (مصدر أساس) بدون استخدام (ال) التعريف، ولم يتضح قصد المشرع الدستوري من العبارة الواردة في النص هل أنه قصد بذلك أن يكون الإسلام المصدر الرئيسي أم انه أحد مصادر التشريع، إذ أن عدم وجود (ال) التعريف تشكل مشكلة لفظية يُعتقد بها أن المشرع بإمكانه ان يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية أو غيرها من المصادر.

ومن خلال هذا التوضيح نقول مع أن هذا الاعتقاد صحيح إلا أنه عند النظر الى الفقرة (ب) من المادة الثانية والتي نصت على أنه (لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام)، يُفهم من خلالها أن المشرع الدستوري قصد أن يكون الإسلام المصدر الأساسي للتشريع فيما يخص ثوابته، وذلك لأن الفقرة أعلاه قيدت سلطة المشرع العادي بعدم الخروج عن ثوابت أحكام الإسلام، على نحو اصبح معه (الاستمداد التشريعي من قواعد الإسلام وأحكامه)، التزاماً أو واجبا دستوريا يقع على عاتق من يتولى سلطة التشريع بأداء مهماته والنهوض بموجباته وإلا وسم فعله التشريعي بعدم الدستورية، وعليه يكون فحوى النص هو أن الإسلام المصدر الاساسي للتشريعات التي تنضوي تحت مفهوم ثوابت أحكام الإسلام.

وكان الاجدر بالمشرع الدستوري أن يستخدم كلمة (المصدر) لتصبح أكثر انسجاماً مع فقرات المادة الثانية من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ، وتمنع الاشكالات التي قد تنتج عنها.

ب- الاختلاف الثاني هو استخدام المشرع الدستوري العراقي مصطلح (ثوابت احكام الإسلام) في دستور ٢٠٠٥ النافذ، بينما استخدم نظيره المصري مصطلح (مبادئ الشريعة الإسلامية) في دستور ٢٠١٤ المعدل النافذ - والذي استخدمناه في عنوان الرسالة - فقد يتبادر الى اذهاننا أي المصطلحين أصح من وجهة نظر الشريعة الإسلامية كونها هي المقصودة في الدستور؟

في حقيقة الامر أنه لا يوجد اختلاف بين مفردتي (ثوابت ومبادئ) سواء من الناحية اللغوية أو الاصطلاحية، فالثوابت في اللغة تُعرف على انها: "هي جمع كلمة الثابت، وهو الشيء المستقر أو الراسخ الذي لا يتحرك ولا يتغير"^(١)، والمبدأ: "اسم ظرفٍ من بدأ، ويُجمع على مبادئ، وهو في الأصل مكان البداية في الشيء، أو زمانه، فمبدأ الشيء: أوله اساسه بدون تغيير"^(٢).

(١) أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج١، عالم الكتاب، الجزائر، ٢٠٠٨م، ص٤١.

(٢) ابن سيده، المخصص، ج١، دار احياء التراث العربي، ط١، بيروت- لبنان، ١٩٩٦م، ص٥٥.

أما عن تعريف الثوابت والمبادئ اصطلاحاً فسيأتي تفصيلها في المبحث الثاني من هذا الفصل.

أما فيما يخص احكام الإسلام ومبادئ الشريعة الإسلامية، فإن أحكام الإسلام تارة يراد بها المعنى الأعم من الشريعة لأن الإسلام عقيدة و شريعة و طريقة (اخلاق)، وتارة يراد بها المعنى الأخص وهي (الشريعة) - التي تخص الشرعيات وهي محل دراستنا - وهذا بناءً على حذف القرينة، فأحكام الإسلام بالمعنى الأعم تختلف عن احكامه بالمعنى الأخص، وهذا يعتمد على حسب فلسفة الدولة في تبني أي المصطلحين والذي يرتب كل منهم اثاراً على سياسة الدولة والسلطات فيها، وهذا يعني ان استخدام لفظ الشريعة الإسلامية يتناسب اكثر مع الشرعيات التي هي القوانين والاحكام، وبذلك يكون لفظ الشريعة الإسلامية اكثر دقة من لفظ احكام الإسلام^(١).

الفرع الثاني

الفلسفة التشريعية للمادة الثانية من الدستور

اشتملت المادة (٢/ أولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على ثلاث فقرات مختلفة تمثل كل فقرة منها قيد على سلطة المشرع العادي عند سنه أو تعديله للتشريعات، وهذه الفقرات بحسب نص الدستور هي "الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع:

أ . لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الإسلام.

ب . لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية.

ج . لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الاساسية الواردة في هذا الدستور".

وقد كانت هذه الفقرات مثيرة للجدل الفقهي معتبرين ان الفقرات الثلاث متعارضة فيما بينها، وأن وجود ثوابت احكام الإسلام في الفقرة الأولى، تتعارض مع مبادئ الديمقراطية والحقوق والحريات الاساسية الواردة في الفقرات الاخرى، وأن الفقرتين الاخيرتين واللتان تعتبران نصين في الدستور

(١) مقابلة خاصة مع الشيخ الدكتور حيدر الذهبي، أحد فقهاء الحوزة العلمية في النجف الاشرف، بتاريخ

العراقي، تعني الغاء الدولة المدنية وحقوق المواطنة، طالما يوجد في هذه الدولة أو تلك نص ديني في الدستور يعارض الديانات والمعتقدات الأخرى^(١).

كما وأن الفقرة الأولى قد ادت الى اختزال كل الأديان العراقية من غير الإسلام، فغيبت مكونات الجسد العراقي من الأيزيديين والمندائيين والمسيحيين واليهود الموسويين، وحقيقة الامر لا تعني سوى التجاهل والتهميش للأديان العراقية الأخرى، ولا تنصف الشرائح العراقية^(٢).

وفي هذا الصدد نقول ممكن ان يكون المشرع الدستوري قد تخطى في صياغة فقرات هذه المادة، لكن ليس للأمر الذي يُفرغ محتوى ومضمون المادة الدستورية، وبحسب اعتقادنا ان فقرات المادة (٢/أولاً) - سألغة الذكر - ليست متعارضة فيما بينها وانما وردت بشكل متعاقب يكمل بعضها البعض، وأن هذه الفقرات انما كُتبت للتأكيد على كفالة الدستور ودعمه للديمقراطية و للحقوق والحريات، واذا كانت هناك أولوية لفقرة على الأخرى فتكون الأولوية للفقرة (أ) التي نصت على "لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الإسلام" ويعود سبب اعتقادنا هذا الى امرين:

الأمر الأول: هيكلية فقرات المادة بعيداً عن المضمون

بالنظر الى هيكلية فقرات المادة (٢/ أولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، نجد ان المشرع الدستوري قد اعطى الأولوية لثوابت احكام الإسلام عند صياغة المادة، حيث جاءت بالفقرة (أ)، وهذا بالتأكيد ليس اعتباطاً وانما لغاية وهي احترام دين غالبية السكان، ودليلنا على هذا الكلام هو بداية المادة الثانية حيث نجدها قد بدأت بجملة "الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر اساس للتشريع" فكانت بمثابة اساس لترجيح الفقرة الخاصة بثوابت احكام الإسلام على بقية الفقرات.

والدليل الاخر هو من تعليقات لجنة صياغة الدستور، حيث كانت احدى التعليقات الواردة في محاضر اجتماعات لجنة كتابة الدستور العراقي "من المتوقع أن تؤدي هذه المادة بكل تأكيد إلى صعوبات تتعلق بتمويل المدارس الدينية في المستقبل واستخدام الرموز الإسلامية في الحياة العامة

(١) علاء خالد غزالة، الدين والدولة في الدستور، مقال منشور في مجلة اوراق ديمقراطية، العدد السادس عشر، العراق، ٢٠١٥م، ص ٢٢.

(٢) ينظر: زهير كاظم عبود، وجهة نظر في بعض نصوص الدستور العراقي، مقال منشور في مجلة اوراق ديمقراطية، مصدر سابق، ص ٢٥.

... وقد استقر الرأي على أن يكون الإسلام هو دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع، ولا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الإسلام كما لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية. ولا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في الدستور، ويضمن الدستور الحفاظ على الهوية الإسلامية لغالبية الشعب العراقي، كما يضمن كامل الحقوق الدينية لجميع الأفراد في حرية العقيدة والممارسة الدينية كالمسيحيين والأيزيديين والصابئة المندائيين^(١).

بمعنى انه صحيح قد كان هناك جدلاً خلال صياغة الدستور حول أسلوب الإشارة إلى الإسلام كدين رسمي للدولة، الا انه في النهاية تم الاتفاق على فقرات المادة (٢) بأكملها متضمنة احترام دين غالبية السكان ودين وحقوق وحريات الطوائف الاخرى، وهذا ما يسند رأينا حول اعتبار هذه الفقرات هي تأكيد لحماية مبادئ الديمقراطية والحقوق والحريات، وانها ليست متعارضة فيما بينها.

الأمر الثاني: مضمون المادة الثانية

عند استقراء مضمون فقرات المادة (٢/أولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، لا نجد تعارض بين فقراتها، فلا يوجد فرق بين مبادئ الديمقراطية و ثوابت احكام الإسلام من حيث المضمون، بدءاً من تعريف الديمقراطية التي تعني "مفهوم تاريخي اتخذ صوراً وتطبيقات متباينة، وأن كان في جوهره مثل أعلى يتمثل في المساواة بين البشر في فرص الحياة في كل المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وتسمح للإنسان ان يطور امكاناته، واطلاق قواه الكامنة لتحقيق الذات"^(٢)، ثم الى اهم مبادئ الديمقراطية والتي تتمثل بـ (تحقق العدالة بمفهومها الاجتماعي والاقتصادي، ممارسة الحقوق، المساواة القانونية والاجتماعية والسياسية، احترام حقوق الاقليات..)^(٣).

(١) محاضر اجتماعات لجنة كتابة الدستور العراقي، المجلد الثالث، المصري للطباعة الفنية، ط١، العراق، ٢٠٠٥/ موقع افكار حرة على الرابط الالكتروني، www.afkarhura.com تاريخ اخر زيارة ٢٠٢١/٣/١٣، الساعة ١١:٠٠ م.

(٢) علي الدين هلال، مفاهيم الديمقراطية في الفكر السياسي الحديث، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت- لبنان، ٢٠٠٢، ص٣٦.

(٣) ينظر: غانم جواد، مبادئ الديمقراطية وحقوق الانسان، مقال منشور على الموقع الالكتروني www.hdf-iq.org تاريخ اخر زيارة ٢٠٢١/٣/١٤، الساعة ٨:٠٠ م.

وبطبيعة الحال فإن كل ما سبق ذكره عن الديمقراطية لا يتعارض مع ثوابت احكام الإسلام، كون الشريعة الالهية جاءت بصورة متكاملة وشاملة لجميع امور الحياة، وأن شريعة الإسلام كانت أسبق الشرائع إلى تقرير الديمقراطية الإنسانية، وهي الديمقراطية التي يكسبها الإنسان لأنها حق له يخوله أن يختار حكومته وليست حيلة من حيل الحكم لاتقاء شر أو حسم فتنة، ولا هي إجراء من إجراءات التدبير تعمد إليها الحكومات لتيسير الطاعة لها، حيث تقوم الديمقراطية الإسلامية على أربعة أسس لا تقوم ديمقراطية كائنة ما كانت على غيرها هي: (المسؤولية الفردية، عموم الحقوق وتساويها بين الناس، وجوب الشورى على ولاة الأمور، التضامن بين الرعية على اختلاف الطوائف والطبقات)^(١).

اضافة على ذلك فإن القرآن الكريم هو افضل من وضع اسس الديمقراطية والحقوق، وهو أول من ارسى مبدأ الشورى والملا وهو ما يماثل تقريباً فكرة (البرلمان) في الوقت الحالي، في قوله تعالى ﴿قَالَ يَا أَيُّهَا الْمَلَأُ أَتُوعِنِي فِي أُمْرِي مَا كُنْتُ قَاطِعَةً أَمْرًا حَتَّى تَشْهَدُونِ﴾^(٢).

وبحسب رأينا أن الديمقراطية التي يتحدث عنها القرآن الكريم تحتضن الناس جميعاً على اختلاف أديانهم وأفكارهم وآرائهم، وتؤمن حماية لجميع حقوق اليهود والمسيحيين والوثنيين، كما وتحول دون حدوث أي اعتداء على الحريات الشخصية والحقوق والمعتقدات الاخرى لغير المسلمين، وأن الأسس الالهية والشورى أو الديمقراطية هي التي أوجدت النظام والعدالة في المجتمع، وفي الختام فمن كان يقرأ هذه الصفحات من ناحية دينية يجدها مماثلة.

(١) عباس محمود العقاد، الديمقراطية في الإسلام، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٠٥، ص ٢٩.

(٢) سورة النمل، الآية/ ٣٢.

المبحث الثاني

ثوابت احكام الإسلام والاثار المترتبة على الاخذ بها

تضمن دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ عبارة (ثوابت احكام الإسلام)، وقد اكد الدستور على اهميتها بعدم الخروج على احكامها عند سن التشريعات، ومن هذا المنطلق سنقوم بتبيان المحاور الاساسية لثوابت احكام الإسلام والاثار المترتبة على الاخذ بها وفق مطلبين، نتناول في المطلب الأول ماهية ثوابت احكام الإسلام، اما الثاني فسنتناول فيه الاثار المترتبة على اعتبار ثوابت احكام الإسلام المصدر الرئيسي للتشريع.

المطلب الأول

ماهية ثوابت احكام الإسلام

من أجل الوقوف على ماهية ثوابت احكام الإسلام سنسلط الضوء على مفهوم ثوابت احكام الإسلام لنستعرض فيما بعد مصادر ثوابت احكام الإسلام، ولبحث هذين الموضوعين سنخصص فرعين مستقلين.

الفرع الأول

مفهوم ثوابت احكام الإسلام

لتوضيح مفهوم ثوابت احكام الإسلام بصورة متكاملة ينبغي تحليل المركب اللفظي للنص الدستوري وبيان معنى كل مصطلح على حدة وذلك، بتعريفه لغوياً واصطلاحاً:

أولاً: تعريف ثوابت احكام الإسلام اللغوي:

الثوابت لغة: تأتي من الفعل ثَبَّتْ أو تَثَبَّتْ أو أُثْبِتَتْ، ثَبَّتْ، ثَبَّتْ، ثَبَّتْ: بمعنى استقر، دائم، واضب ويراد بها الديمومة والاستقرار^(١)، وهناك من عرف الثبات بالضد من الزوال لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا لَقِيتُمْ فِئَةً فَاثْبُتُوا وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾^(٢).

(١) أبي الفضل ابن منظور، معجم لسان العرب، ج١، مادة ثبت، دار المعارف للنشر، مصر، ٢٠٠٧، ص ١٩.

(٢) سورة الانفال، الآية/ ٤٥.

مفهوم الاحكام لغوياً:

تعني مفردة (حُكْم) من الفعل (حَكَمَ)، حكمت وأحكمت، أحكمت، بمعنى منعت و وردت، ومن هذا قيل للحاكم بين الناس حاكم لأنه يمنع الظالم من الظلم، فنقول حكم حُكماً بمعنى قضي قضاها، ومنه قوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ يُحَكِّمُونَكَ وَعِنْدَهُمُ التَّوْرَةُ فِيهَا حُكْمُ اللَّهِ ثُمَّ يَتَوَلَّوْنَ مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَمَا أُولَئِكَ بِالْمُؤْمِنِينَ﴾^(١).

أما عن مفهوم الإسلام في اللغة:

هو الانقياد والاذعان، يقال اسلمَ لله، اي إنقاد له وصار مسلماً^(٢)، مأخوذة من مادة (تسلم)، سلامة وسلاماً من عيب أو أفة، ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَنبِئُوا إِلَىٰ رَبِّكُمْ وَأَسْلِمُوا لَهُ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَأْتِيَكُمُ الْعَذَابُ ثُمَّ لَا تُنصَرُونَ﴾^(٣)، قال ابن فارس: السين واللام والميم وهو الانقياد، لأنه يسلم من الإباء والامتناع^(٤).

ثانياً: ثوابت أحكام الإسلام اصطلاحاً

تُعرف الثوابت بأنها: القطعيات ومواضع الإجماع التي اقام الله بها الحجة البينة في كتابه، أو على لسان نبيه (صلى الله عليه واله)، ولا مجال فيها لتطوير أو اجتهاد، وبرز مصاديقها العقائد والعبادات والاخلاق^(٥)، أو هي الاحكام التي دلت عليها أدلة قطعية الثبوت والدلالة، أو الإجماع الصحيح وعُريت عن بناءٍ على متغير^(٦).

(١) سورة المائدة، الآية/ ٤٣.

(٢) ابي الفضل ابن منظور، معجم لسان العرب، ج ١، مادة حكم، مصدر سابق، ص ٧٨.

(٣) سورة الزمر، الآية/ ٥٤.

(٤) ينظر: أبن فارس، معجم مقاييس اللغة، ط ٢، دار الجبل، بيروت- لبنان، ١٤٣٠ هـ، ص ٣-٩٠.

(٥) صلاح الصاوي، الثوابت والمتغيرات في مسيرة العمل الإسلامي المعاصر، ط ١، اكااديمية الشريعة، امريكا، ٢٠٠٩، ص ٣٧-٣٨.

(٦) شير علي ظريفي، الثوابت والمتغيرات بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي، اطروحة دكتوراه، الجامعة الإسلامية، اسلام اباد، ٢٠٠٦، ص ١٧.

أما الثابت في البعد الفلسفي فهو الاصل أو القاعدة التي توجه مسيرة الامة الى السعادة والفلاح، وتوحد الامة اعتقاداً وقيماً، وتطرد الحيرة من العقل البشري، وتضبط السلوك والتصرفات، وهي ليست مجال مساومة ولا مراجعة، ولا تحتل تبديلاً ولا تغييراً^(١).

وتعرف الثوابت بالنسبة الى أدلة قطعية الثبوت: القطعيات ومسائل الإجماع والمواضيع المتفق عليها والمحكمة والتي لا تقبل التفسير أو التأويل و الاجتهاد واقيمت الحجة القاطعة من الكتاب الكريم والسنة الصحيحة وبذلك تخرج عن نطاقها الظنيات وموارد الاجتهاد وكل ما لم يقم عليه دليل قاطع من نص صريح أو اجماع صريح وما يقع في منطقتي (الفراغ التشريعي) والنصوص المحتملة^(٢).

وبتعريف اخر فان الثوابت تعني "قيم التشريع الإسلامي ومبادئه، إذ أن إنسانية قيمه تمتاز بالسمو والشمول والثبات لان هذه القيم تضمنتها نصوص قاطعة الدلالة تجعلها من الثوابت لتعلقها بمصالح انسانية ثابتة"^(٣).

والقطعي من الاحكام هو التي جاءت به نصوص محكمة و اجمعت عليه الامة وتلقتهما بالقبول، وهي ما علم من الدين بالضرورة بحيث لا يسع مسلماً الجهل به، فلا يقبل الاجتهاد فيها ومجال المجتهد فيها هو التطبيق كما وردت، وهنا يقال لا اجتهاد في مورد النص، كفرضية العبادات الخمس وتحريم الربا والزنا وشرب الخمر وسفور المرأة امام الرجال الاجانب ... وكتحديد عدد الوفاة والطلاق وأنصبة الموارث، فكل هذه الاحكام من الثوابت لا تتبدل بمرور الزمان ولا تخضع للاجتهاد والنقاش والتعطيل بذرائع مشبوهة كتعطيل فريضة الزكاة أو الحج أو اباحة الزنا والخمر والربا والعري^(٤).

(١) محمد طاهر حكيم، الثوابت والمتغيرات في الشريعة الإسلامية، مؤتمر مكة (١٣)، ١٤٣٣هـ / أ.د. فاضل عبد النعيمي، الثابت والمتغير في الاعجاز التشريعي، بحث منشور في مجلة بابل للدراسات الانسانية، ٢٠١٩، مجلد ٩، العدد ٢، ص ٥.

(٢) حيدر حسين علي الكريطي، التوفيق بين احكام التجريم والعقاب وثوابت احكام الإسلام (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، جامعة بابل، ٢٠١٥، ص ٩.

(٣) رائد نصري جميل ابو مؤنس، الثوابت والمتغيرات في التشريع الإسلامي، اطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا الجامعة الاردنية، ٢٠٠٤، ص ٣٢.

(٤) مروان عبد الرحمن القادري، الشريعة الإسلامية بين الثوابت والمتغيرات، مقالة منشورة على الموقع الالكتروني www.islamsyria.com، تاريخ اخر زيارة ٢٠/١٢/٢٠٢٠ م.

اما عن مفهوم الثوابت بالنسبة للزمان فهي الاحكام الثابتة لا تتغير عن حالة واحدة هي عليها لا بحسب الازمنة ولا الامكنة ولا اجتهاد الائمة، كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدره بالشرع على الجرائم، ونحو ذلك فهذا لا يتطرق اليه تغيير، ولا اجتهاد يخالف ما وضع عليه، وهو بعكس المتغير الذي يتغير بحسب اقتضاء المصلحة زمانا ومكانا وحالا كمقادير التعزيرات واجناسها وصفاتها، فأن الشارع ينوع فيها بحسب المصلحة، فيعرف المتغير - وهو عكس الثابت - بأنه الاحكام الظنية والفروع الجزئية والوسائل المتجددة^(١)، وهذه الظنيات والفروع والوسائل تحظى بمساحة كبيرة من المرونة وقابلية الاجتهاد البشري، وهذا ما اكسب الإسلام صلاحيته في كل زمان ومكان، وطبقاً لهذا عرف جانب اخر من الفقه المتغيرات بأنها موارد الاجتهاد، وكل ما لم يقم عليه دليل قاطع من نص صريح أو اجماع صريح^(٢).

الفرع الثاني

مصادر ثوابت احكام الإسلام

أن مصادر ثوابت احكام الإسلام ثلاث هي القرآن الكريم والسنة النبوية، وهما المصدران الرئيسيان، ثم يأتي بعد ذلك الإجماع وهو المصدر الثالث وهذا ما سنبحث فيه على النحو الآتي:

أولاً: القرآن الكريم

القران الكريم اساس الدين وهو مصدر التشريع وحجة الله البالغة على جميع خلقه في كل عصر، ويعتبر المصدر الأول من مصادر التشريع الإسلامي، والفرقان بين الحلال والحرام وبين الحق والباطل والهدى والضلال، وقد حوى القرآن الكريم كل من اصول الشريعة وقواعدها من الحلال والحرام وأشار الى مقاصد الشريعة ليأخذ بيد الائمة المجتهدين ويرشدهم الى طرق الاستنباط في كل زمان ومكان، بعض آياته جاءت بأحكام تفصيلية لا تحتاج الى شرح منها الذي يتعلق بأصول العقائد وتحديد الجرائم وبعض العقوبات واحكام المواريث لان مثل هذه الاحكام تتعلق بمصالح ثابتة لا تتغير

(١) الشيخ فايز الصلاح، الثابت والمتغير في الشريعة الإسلامية، بحث منشور على الموقع الالكتروني

www.islamicsham.org، تاريخ اخر زيارة ٢٠٢٠/١٢/٣١.

(٢) ينظر: صلاح الصاوي، الثوابت والمتغيرات في مسيرة العمل الإسلامي المعاصر، مصدر سابق، ص ٤٠.

مع تغير الزمان والاعراف، واسلوب القرآن الكريم يضع الاسس والقواعد الكلية ولا يتناول فروع الاحكام وجزئياتها الا قليلاً^(١).

وسيتركز البحث في المصدر الأول وهو القرآن الكريم وفق المحاور الاتية:

١- تعريف القرآن الكريم

القرآن الكريم هو كلام الله تعالى المنزل على نبيه محمد (صلى الله عليه واله) باللفظ العربي المتعبد بتلاوته، المتحدي بأقصر سورة فيه، المنقول الينا بالتواتر^(٢)، المدون بين دفتي المصحف المبدوء بسورة الفاتحة المختوم بسورة الناس، فالقول بأنه كلام الله تعالى تمييزاً له عن سائر كلام المخلوقين من الناس فهو المعجزة الخالدة التي نصر الله بها نبيه الكريم محمد (صلى الله عليه واله) وعجزت البشر عن مجاراته في البلاغة والفصاحة والمعارف والحقائق تحدياً، اذ يقول تعالى: ﴿قُلْ لَنْ أَجْتَمِعَ الْإِنْسُ وَالْجِنُّ عَلَىٰ أَنْ يَأْتُوا بِمِثْلِ هَذَا الْقُرْآنِ لَا يَأْتُونَ بِمِثْلِهِ وَلَوْ كَانَ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ ظَهِيراً﴾^(٣)، وقول النبي محمد (صلى الله عليه واله) بحق القرآن الكريم "كتاب الله فيه نبأ ما قبلكم وخبر ما بعدكم، وحكم ما بينكم، هو الفصل ليس بالهزل، هو الذي من تركه من جبار قصمه الله، ومن ابتغى الهدى في غيره أضله الله، فهو حبل الله المتين، وهو الذكر الحكيم، وهو الصراط المستقيم، وهو الذي لا تزيغ به الأهواء، ولا تلتبس به الألسنة، ولا يشبع منه العلماء، ولا يخلق عن كثرة الرد، ولا تنقضي عجائبه..."^(٤).

٢- خصائص التشريع في القرآن الكريم

ان دراسة نظرية التشريع من شأنها ايجاد معالجات للإشكاليات التي تظهر في مجال ثوابت ومتغيرات احكام الإسلام اذ ان المنظومة التشريعية التي يتضمنها ترتكز الى عناصر بنيوية قادرة على استيعاب متغيرات الواقع^(٥) بالنظر الى عظمة التشريع الذي جاء به القرآن الكريم فإن خصائصه

(١) د. عباس شومان، مصادر التشريع الإسلامي، مصدر سابق، ص ٤٥.

(٢) اكرم الدليمي، جمع القرآن - دراسة تحليلية، دار الكتب العلمية، ط ١، بيروت، ٢٠٠٦، ص ١٩.

(٣) سورة الاسراء، الآية، ٨٨.

(٤) السيد ابو القاسم الخوئي، البيان في تفسير القرآن، ط ٤، دار الزهراء للنشر والطباعة والتوزيع، لبنان، ١٩٨٦، ص ١٩.

(٥) حيدر حسين علي الكريطي، مصدر سابق، ص ٢٦.

متعددة بتعدد وتنوع المطلعين وليست قابلة للحصر لأن بنائية القرآن مطلقة، وابرز خصائص التشريع في القرآن الكريم:

أ - الشمول والثبات

التشريع القرآني شامل لجميع المصالح الدنيوية والاخروية، الفردية والجماعية فالفرد جزء وعضو والجماعة كل وجسد، وليس للجسد دون الروح، حيث نلاحظ ان النصوص التشريعية لم ترد بصيغة أوامر جافة بل خاطبت في الانسان قلبه واحاسيسه، وحركت كوامن الايمان فيه كالمفردات الواردة في القرآن الكريم (ان كنتم مؤمنين، لعلمكم تذكرون)، فمثل هذا الخطاب يحرك جذوة الايمان في النفس فيكون ادعى للاستجابة واقرب للالتزام، كما وأن عمومه لا يقتصر على زمن معين بل هو تشريع واجب الاتباع من وقت بعث النبي (صلى الله عليه واله) الى قيام الساعة فلا ينافسه تشريع أو نظام وهذا هو عمومه الزمني، أما عن عمومه المكاني فهو تشريع للأرض بما فيها من بشر اجمع، لقوله تعالى " إِنَّ كُلُّ مَنْ فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ إِلَّا آتِي الرَّحْمَنِ عَبْدًا"^(١).

فالقرآن الكريم لا يميز بين البشر على اختلاف اجناسهم أو اعراقهم أو قومياتهم اذ قال تعالى " قُلْ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنِّي رَسُولُ اللَّهِ إِلَيْكُمْ جَمِيعًا ..."^(٢).

فضلاً عن شموله الموضوعي فالقرآن الكريم نظم شؤون الحياة بأكملها الدينية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية والمعاملات والمواريث وحقوق الاحياء وحتى الاموات راعى ما بعد موتهم من حرمة مقابرهم واجسادهم، هذا ولم يقتصر تنظيمه على البشر بل والحيوانات ايضا من رفق وعناية وعطف^(٣).

ب - القطعية في النصوص

نقل القرآن الينا بطريق التواتر كتابية ومشافهة، والتواتر يفيد الجزم والقطع بصحة المنقول، ومن ثم كانت نصوص القرآن قطعية الورود، فمن المقطوع به انها وردت الينا عن طريق

(١) سورة مريم، الاية/ ٩٣.

(٢) سورة الاعراف، الاية/ ١٥٨.

(٣) ينظر: فخر الدين الطريحي، تفسير غريب القرآن، تحقيق محمد كاظم الطريحي، انتشارات زاهدي، قم- ايران، ١٠٨٥هـ، ص ٣.

الرسول (صلى الله عليه وآله) كما أنزلت عليه من ربه^(١)، لذلك لم يختلف في حرف أو لفظ على تعدد البلاد واختلاف الاجناس.

ج - مرونة التشريع الالهي

مع كون احكام القرآن ثابتة لا تبديل لها الا انها تتسم بالمرونة لتحقيق مصلحة الافراد مهما اختلفت احوالهم وظروفهم، وتتحقق مرونتها بعدة امور، كإتيانها بأحكام عامة دون ان تتعرض للتفاصيل والجزئيات لتترك باباً لاجتهاد العلماء بما يحقق المصلحة العامة و كما في احكام القضاء ونظام الحكم و والسياسة الشرعية، كذلك اهتمامها بجلب المصالح ودرء المفاسد رحمة بالعباد ورفع الحرج عنهم، قال تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿... هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(٣).

د - خلود التشريع الالهي

حفظ القرآن وخلوده هو الاصول الإسلامية التي تعهد بها الله تعالى بقوله: ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ﴾^(٤).

٣- حجية احكام القرآن الكريم

لا يوجد خلاف بين المسلمين في ان القرآن الكريم من عند الله، وأنه سبحانه وتعالى تجب له الطاعة، فالقرآن حجة على كل مسلم ومسلمة وعلى ان احكامه واجبة الاتباع ايأ كان نوعها وصنفها^(٥).

(١) عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي، ج ١، دار الكتاب العربي، بيروت- لبنان، ٢٠٠٨، ص ١٦٥.

(٢) سورة الانبياء، الآية/ ١٠٧.

(٣) سورة الحج، الآية/ ٧٨.

(٤) سورة الحجر، الآية/ ٩.

(٥) ينظر: الشيخ السبجاني، ارشاد العقول الى مباحث الاصول، مؤسسة الامام الصادق (عليه السلام)، ج ٣، ط ١، قم- ايران، ١٤٢٤ق، ص ١٥٢.

ثانياً: السنة النبوية الشريفة

سنبحث في السنة النبوية الشريفة باعتبارها المصدر الثاني لثوابت احكام الإسلام في ثلاث محاور وهي كالآتي:

١- مفهوم السنة النبوية

السنة في اللغة: الطريقة أو هي الطريق أو المسلك أو المنهج، يقال لفلان امض على سنك اي على وجهك، وقيل هي الطريقة المعتادة سواء كانت حسنة أو سيئة كما في الحديث الصحيح (من سن في الإسلام سنة سيئة كان عليه وزرها ووزر من عمل بها الى يوم القيامة)^(١).

أما السنة في الاصطلاح: فهي ما ثبت عن النبي (صلى الله عليه واله) من قول أو فعل أو تقرير^(٢)، هذا باتفاق المذاهب الإسلامية - عدا الامامية - فقد وسع فقهاء الامامية لما ثبت لديهم ان المعصوم من ال البيت عليهم السلام، يجري قوله مجرى قول النبي (صلى الله عليه واله) من كونه حجة على العباد واجب الاتباع، لذلك توسعوا في اصطلاح السنة الى ما يشمل المعصوم أو فعله أو تقريره فكانت السنة عندهم قول المعصوم أو فعله أو تقريره، والسر في ذلك ان الائمة من ال البيت عليهم السلام ليسوا هم من قبيل الرواة عن النبي والمحدثين عنه، ليكون قولهم حجة من جهة انهم ثقة في الرواية، بل لانهم هم المنصبون من الله تعالى على لسان النبي (صلى الله عليه واله) لتبليغ الاحكام الواقعية، فلا يحكمون الا عن الاحكام الواقعية عند الله تعالى كما هي، وذلك عن طريق الالهام كالنبي عن طريق الوحي أو من طريق التلقي من المعصوم، كما قال مولانا امير المؤمنين علي عليه السلام (علمني رسول الله (صلى الله عليه واله) الف باب من العلم يفتح لي من كل باب الف باب)^(٣).

(١) ابي بكر أحمد بن الحسين بن علي البهبقي، السنن الكبرى، ج٤، دار الفكر، ص ١٧٦؛ حيدر حسين علي الكريطي، مصدر سابق، ص ٢٨.

(٢) السيد محمد تقي الحكيم، السنة في الشريعة الإسلامية، ج١، بلا دار نشر ومكان وسنة نشر، ص ٧.

(٣) ينظر: العلامة المجلسي، بحار الانوار، ج ٢٦، المكتبة الشيعية الالكترونية، ص ٢٩.

٢- اقسام السنة النبوية:

تنقسم السنة النبوية الى ثلاثة اقسام على النحو الآتي:

أ- السنة القولية

هي الاحاديث التي نطق بها النبي (صلى الله عليه واله) ونقلت الينا بلفظه والاحاديث كثيرة نذكر منها قوله (صلى الله عليه واله) (المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده)^(١)، وقوله (صلى الله عليه واله) (ان احبكم الي واقربكم مني مجلساً يوم القيامة احسنكم اخلاقاً، وأن ابغضكم الي وابعدكم مني مجلساً يوم القيامة الثرثارون والمتشدقون والمتفهبون...، قالوا يا رسول الله قد علمنا الثرثارين والمتشدقين فما المتفهبون؟ قال: المتكبرون)، وقوله (صلى الله عليه واله) (من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك هو اضعف الايمان)، وقوله (صلى الله عليه واله) (لا يؤمن احدكم حتى يحب لاخيه ما يحب لنفسه)^(٢).

ب- السنة الفعلية

هي كل ما صدر عن النبي (صلى الله عليه واله) من افعال تشير الى احكام شرعية، اي انها تسمى فعلية نسبة الى الفعل وهو السلوك العملي الذي قام به النبي (صلى الله عليه واله)، فالحج والصلاة كما قال (صلى الله عليه واله): (صلوا كما رأيتموني أصلي)^(٣).

ج- السنة التقريرية

كل فعل أو قول رآه النبي (صلى الله عليه واله) وأقر فاعله أو قائله أو لم ينكر عليه، فسكوته يعتبر اقراراً لأنه (صلى الله عليه واله) لا يسكت على امر غير مشروع، وليس كل قول عن النبي (صلى الله عليه واله) أو فعل اقره أو سكت عنه يعتبر سنة فعلية أو تقريرية بل فيما يتعلق بالتشريع فقط^(١).

(١) د. عباس شومان، مصادر التشريع الإسلامي، ط١، الدار الثقافية للنشر، ٢٠٠٠م، ص ٥٢.

(٢) ابو جعفر أحمد بن محمد بن خالد البرقي، المحاسن، ج١، دار الكتب الإسلامية، قم- ايران، ١٣٧١ق، ص ١٠.

(٣) محمد فتح الله كولن، السنة النبوية، تقييدها ومكانتها في الشريعة الإسلامية، ط٣، دار النيل للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٢٠٥.

٣- حجية السنة النبوية

اجمع جمهور العلماء من السلف والخلف في سائر العصور على حجية السنة النبوية واعتبارها مصدراً للتشريع الإسلامي بعد كتاب الله^(٢) - عز وجل - والادلة على حجية السنة كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ * إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾^(٣).

وإذا كان قول النبي (ص) مصدره الوحي فهو واجب الاتباع كالقرآن، بدليل قوله تعالى: ﴿... فَأَمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ النَّبِيِّ الْأُمِّيِّ الَّذِي يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَكَلِمَاتِهِ وَاتَّبَعُوهُ لَعَلَّكُمْ تَهْتَدُونَ﴾^(٤)، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾^(٥).

ثالثاً: الإجماع

هو المصدر الثالث من مصادر التشريع المتفق عليها، فمحور البحث فيه حول ثلاث نقاط:

١- تعريف الإجماع

الإجماع لغة: يعني العزم، ويقال اجمع فلان على كذا، اذا عزم عليه بدليل قوله تعالى: ﴿فَأَجْمِعُوا أَمْرَكُمْ﴾^(٦) كما يأتي معنى الاتفاق، يقال: اجمع القوم على كذا، اي اتفقوا عليه^(٧).

(١) ينظر: السيد محمد تقي الحكيم، اصول الفقه عند الشيعة، ط٢، مؤسسة ال البيت (عليهم السلام)، ١٩٧٩م، ص ٢١٢.

(٢) اسحاق الشاطي، الموافقات في اصول الفقه، ج ١، منشورات البشير بن عطية، فاس- المغرب، ٢٠١٧، ص ١٨٠.

(٣) سورة النجم، الآية/ ٣ - ٤.

(٤) سورة الاعراف، الآية/ ١٥٨.

(٥) سورة النساء، الآية/ ٥٩.

(٦) سورة يونس، الآية/ ٧١.

(٧) تقي الدين ابن النجار، شرح كوكب المنير، ط٢، مكتبة العبيكان ج ٢، ١٩٩٧م، ص ٢١١.

أما الإجماع في الاصطلاح فقد اختلف علماء الاصول في تعريفه بناء على اختلافهم في بعض شروطه، ومن هذه التعاريف هو اجماع امة محمد (صلى الله عليه واله) خاصة على امر من الامور الدينية^(١).

وفقاً لهذا التعريف فإنه يعد الإجماع من جميع الامة سواء كانوا عوام أو مجتهدين على امر ديني كوجوب الصلاة وعددها وصوم رمضان وغيرها، ومن تعريفاته "اتفاق مجتهدي عصر من امة محمد(صلى الله عليه واله) على امر شرعي"^(٢)، وطبقاً لهذا التعريف لا يعد من الإجماع اتفاق غير المجتهدين من العوام، كما ولا يعد اجماع اتفاق عدد من المجتهدين وليس جميعهم، فالاتفاق هو الاشتراك وهذا يعم القول والفعل والسكوت والتقرير، أما المجتهدين فهم العلماء واهل الحل والعقد الذين توفرت فيهم شروط الاجتهاد، وأما العصر فهو الزمن اي اتفاق المجتهدين في عصر واحد ولا يشترط اتفاقهم في جميع العصور لأنه مستحيل، وامة محمد(صلى الله عليه واله) هو تقييد للإجماع في امته، فلا يدخل ضمن نطاق الإجماع اتفاق امم اخرى كاتفاق اليهود أو النصارى، وأما الامر الشرعي فهو الامر الذي لا يدرك لولا خطاب الشارع سواء قولاً أو فعلاً أو تقريراً أو اعتقاداً^(٣).

وبتعريف اخر فالإجماع هو اتفاق من يعتبر قوله بالفتاوى الشرعية على امر من الامور الدينية، قولاً كان أو فعلاً، وهو ممكن الوقوع^(٤)، وقد عرفته الامامية على انه اتفاق جماعة يكشف اتفاقهم عن رأي المعصوم (عليه السلام)^(٥).

٢ - انواع الإجماع

للإجماع انواع عديدة وفقاً لمعاييرها، من أبرزها:

- (١) ابي حامد محمد الغزالي، المستصفى من علم الاصول، ج ١، بلا دار طباعة ومكان وسنة نشر، ص ٢٤٤.
- (٢) محمد امير باد شاه، تيسير التحرير، ج ٣، دار الفكر، بيروت- لبنان، ١٩٩٦، ص ٢٢٤.
- (٣) محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في اصول الفقه، ج ١، ط ٢، دار الخير للطباعة والنشر، سوريا، ٢٠٠٦، ص ٢٢٨.
- (٤) المحقق الحلي، معارج الاصول، ط ١، مؤسسة ال البيت (ع) لأحياء التراث، ايران، ١٤٠٣هـ، ص ١٢٥.
- (٥) الميرزا القمي، قوانين الاصول، بلا مكان وسنة نشر، ص ٣٤٦ نقلاً عن: حيدر حسين علي الكريطي، مصدر سابق، ص ٣٢.

أ- الإجماع من حيث التصريح

وفقاً لهذا المعيار ينقسم الإجماع الى اجماع صريح ويقصد به ان يعبر المجتهدون كلهم عن رأيهم في الحكم تعبيراً صريحاً أما بالكلام أو بالفعل الصريح^(١)، والنوع الاخر هو الإجماع السكوتي (إذا قال الصحابي قولاً وظهر ذلك في علماء الصحابة وانتشر ولم يعرف له مخالف وكان ذلك اجماعاً مقطوعاً به)^(٢).

ب- الإجماع باعتبار الدلالة

بحسب هذا التقسيم فان الإجماع ينقسم الى نوعين الأول هو الإجماع القطعي ويعني الإجماع الذي اجمعت عليه الامة بالضرورة كالإجماع على تحريم الزنا وتحريم السرقة، فهذا اجماع قطعي لأنه لا يحتاج الى استنباط أو استقراء ولا دقة نظر في الأدلة^(٣).

أما النوع الاخر فهو الإجماع الظني وهو الذي يحتاج الى استقراء وتتبع واجتهاد ودقة نظر بالأدلة^(٤) اي انه على العكس من الإجماع القطعي.

ج- الإجماع من حيث التحصيل

بدوره ينقسم الى قسمين الأول هو الإجماع المحصل والمقصود به (الإجماع الذي يحصله الفقيه بنفسه بتتبع اقوال اهل الفتوى)، والاخر هو الإجماع المنقول ويعني الإجماع الذي لم يحصله الفقيه بنفسه وانما ينقله له من حصله من الفقهاء سواء اكان النقل بواسطة ام بوسائط، ثم النقل اذا وقع على نحو التواتر يأخذ حكم المحصل من جهة الحجية^(٥).

(١) مصطفى أبراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، ط١، نشر احسان للنشر والتوزيع، كردستان- العراق، ٢٠١٤، ص١٠١.

(٢) الشيرازي، التبصرة في اصول الفقه، شرح وتحقيق د. محمد حسن هيتو، دار الفكر، سوريا، ١٩٨٠، ص ٣٩١.

(٣) ينظر: محمد علي الاراكي، اصول الفقه، ج١، ط١، مؤسسة در راه حق، قم- ايران، ص٦٥٣.

(٤) محمد حسن الغفار، تيسير اصول الفقه للمبتدئين، ج٩، محاضرات صوتية تم ترقيغها كتابة بواسطة موقع الشبكة الإسلامية، ص٦.

(٥) محمد رضا المظفر، اصول الفقه، ج٣، مكتب الاعلام الإسلامي، ايران، ١٣٧٠ق، ص ١٠٢.

٣- حجية الإجماع

اتفق الفقهاء جميعاً على كون الإجماع حجة قاطعة كونه يستند الى القرآن والسنة، واتفقوا ايضاً على انه حجة شرعية ومصدر من مصادر التشريع الإسلامي في بيان الاحكام الشرعية، وانه لا تجوز مخالفته^(١)، اي انه دليلاً مستقلاً عن القرآن والسنة، واستندوا على ذلك بالقرآن الكريم والسنة النبوية منها قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصَلِّهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾^(٢)، فهذه الآية تدل على حجية الإجماع بوضوح لإلحاق الوعيد بكل من يتبع غير سبيل المؤمنين^(٣).

إلا أن الإمامية عندهم الإجماع حجة بانضمام (المعصوم) فلو خلا المائة من فقهاءهم عن قول المعصوم لما كان حجة، ولو اتفق اثنين لكان قولهما حجة لا باعتبار اتفاقهما بل باعتبار قول المعصوم (عليه السلام)^(٤)، اي انه يصح الاعتماد عليه اذا كشف عن رأي المعصوم، فاذا كشف على نحو القطع عن قوله فالحجة في الحقيقة هو المنكشف لا الكاشف فيدخل حينئذ في السنة ولا يكون دليلاً مستقلاً في مقابلها، وعلى هذا فان الإجماع عند الامامية انما يكون حجة اذا علم بسببه - على سبيل القطع - قول المعصوم، فما لم يحصل العلم بقوله وأن حصل الظن منه فلا قيمة له ولا دليل على حجية مثله^(٥).

وخالصة القول أن ثوابت الشريعة الإسلامية هي "الاحكام القطعية التي لا تتغير بتغير الزمان وتطوره والتي يكون فيها الشارع هو الله تعالى، ولا مجال للاجتهاد فيها"، وأن مصادر الثوابت هي كتاب الله (جل وعلا)، وسنة نبيه(ص)، واجماع الفقهاء، أما عن شروط الثوابت فهي أن تكون قطعية السند وقطعية الدلالة وعلى مثل هذا الامر سارت المحكمة الدستورية العليا في مصر بقولها: "لا يجوز

(١) محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في اصول الفقه، مصدر سابق، ص ٢٣٠.

(٢) سورة النساء، الآية/ ١١٥.

(٣) الشيرازي، التبصرة في اصول الفقه، مصدر سابق، ص ٢٤٩.

(٤) ينظر: المحقق الحلي، المعبر في شرح المختصر، ج ١، مؤسسة سيد الشهداء العلمية، قم- ايران، ١٣٦٤ هـ، ص ٣١.

(٥) محمد رضا المظفر، اصول الفقه، ج ٢، مصدر سابق، ص ٩٦.

لنص تشريعي، أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالاتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتعاً، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية، وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً^(١).

والثوابت بهذا المعنى تشمل "الحدود والقصاص والديات" والفرق بينهم هو تعلق الحق لله وحده أو لله والعبد معاً وهذه هي الحدود، أما تعلق الحق بالعبد فهذه هي القصاص والديات.

والحد هو "العقوبة المقدره شرعا حقا لله"^(٢).

جرائم الحدود: فهي الجرائم التي يعاقب عليها بعقوبة خاصة تتعلق بإيلاام بدن المكلف بواسطة تلبسه بمعصية خاصة عين الشارع كميتها في أفراد الحد. والحد حق الله تعالى لا يقبل الاسقاط^(٣).

وجرائم الحدود هي تلك الجرائم التي فرض الشارع لها عقوبة محددة تجب حق الله تعالى، رغبة منه في دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم^(٤).

والاسانيد الشرعية للحدود كثيرة في القرآن الكريم، منها ﴿وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۖ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ لَا تَذْرِي لَٰلَّهِ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾.

وقوله تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا ۚ وَذَٰلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ﴾ ﴿١٣﴾ وَمَنْ يُعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ﴾ ﴿١٤﴾^(٥).

والحدود في التشريع الإسلامي هي سبع: الزنا، والسرقه، والقذف، وشرب الخمر، وقطع الطريق، الردة، والبغي، ولذا فالجرائم التي لم يقدر الشارع لها عقوبة كالغصب، فلا تعد جرائم حدية،

(١) قرار رقم (٨) لسنة ١٧ قضائية، المحكمة الدستورية العليا في مصر، منشور على الموقع الالكتروني www.hrlibrary.umn.edu، تاريخ الزيارة، تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٣/٣، الساعة ٩:٠٥ م.

(٢) د. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط٤، ج٧، دار الفكر، سوريا، ١٩٩٧، ص ٥٢٧٥.

(٣) محمد علي التسخيري، نظرة في نظام العقوبات الإسلامية، دار التبليغ الإسلامي، ايران، ١٩٧٨، ص ١٠.

(٤) د. سمير صبحي، جرائم الحدود في الشريعة الإسلامية، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٥، ص ٧.

(٥) سورة الاسراء، الآية/ ١٣-١٤.

وكذلك الجرائم التي تكون عقوبتها حقا للعبد، كالقصاص مثلاً ايضاً لا تعد جرائم حدية وأن كانت عقوبتها مقدرة، وفي الجرائم الحدية لم يترك المشرع أمر تقدير العقوبة لأحد، كما أنه لا يجوز القياس عليها، وعلى القاضي المطروح أمامه إحدى هذه الجرائم أن يقضي بالعقوبة المقررة لها دون أية زيادة أو نقصان، لأي ظرف من الظروف سواء ما تعلق منها بالجريمة أو ما تعلق منها بالمجرم نفسه^(١).

أما القصاص: فهو عقوبة مقدرة شرعاً حقا لله تعالى وللعبد، وجرائم القصاص هي الجرائم التي قرر الشارع الحكيم القصاص عقوبة لها^(٢)، وهذه الجرائم هي الجرائم المعاقب عليها بقصاص أو دية، حقا للعبد، وهي خمس، القتل العمد، والقتل شبه العمد، والقتل الخطأ، والجنابة على ما دون النفس عمداً أو خطأ، ولا بد في هذه الجرائم من الدعوى، ويصح العفو عنها من المجني عليه أو وليه، وتجوز فيها الشفاعة، والتقادم لا يمنع من الشهادة فيها بالقتل^(٣)، وهي جرائم الدم العمدية، أي جرائم الاعتداء على الحياة، والاعتداء على سلامة الجسم، ما يميز القصاص أنه يفترض أن ينزل بالجاني من الأذى مثل ما أنزله بالمجني عليه: فإذا كانت الجريمة قتلاً قتل الجاني، وإذا كانت إيذاءً بدينياً، انزل بالجاني من الأذى مثل ما أنزله بالمجني عليه^(٤)، وقد ثبتت مشروعية القصاص في الكتاب والسنة والإجماع^(٥).

قال الله تعالى في محكم كتابه ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرِّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَىٰ بِالْأَنْثَىٰ﴾^(٦)، وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾^(٧).

مَنْصُورًا^(٧).

(١) عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة القاهرة- مصر، ١٩٥٥، ص ٤٠٥.

(٢) Rafat Y. Alwazna, Islamic Law: Its Sources, Interpretation and the Translation of It into Laws Written in English, Int J Semiot Law, R. Y. Alwazna , (٢٠١٦), p:٢٥١

ink.springer.com/content/pdf/10.1007/s11196-016-9473-x.pdf

(٣) د. سمير صبحي، مصدر سابق، ص ٩.

(٤) د. محمود نجيب حسني، الفقه الجنائي الإسلامي، ط٢، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ٢٠١٨، ص ٣٧.

(٥) محمد الهولمة، حرق الانسان بالنار بدعوى القصاص، بحث منشور على موقع دار الافتاء العام الالكتروني، www.aliftaa.jo، تاريخ الزيارة ٣/٣/٢٠٢١ م، الساعة ١٠:٠٠ م.

(٦) سورة البقرة، الآية/ ١٧٨.

(٧) سورة الإسراء، الآية/ ٣٣.

وقال تعالى: ﴿وَكَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ﴾^(١).

ومن ادلة السنة النبوية المطهرة أنه "مر النبي صلى الله عليه وآله بقتيل فقال: من لهذا؟ فلم يذكر له أحد، فغضب ثم قال: (والذي نفسي بيده لو اشتراك فيه أهل السماء والأرض لأكبهم الله في النار)"، وعنه صلى الله عليه وآله "لو اجتمعت ربيعة ومضر على قتل امرئ مسلم قيدوا به"^(٢).
وشرعية القصاص في عالم الثبوت والإثبات مسلمة ومفروغ عنه، أما الاختلاف في الشرائط وما شابه ذلك^(٣).

أما عن الديات، فالدية هي "المال المفروض في الجناية على النفس أو الطرف أو الجرح أو نحو ذلك"^(٤)، أو هي "المال الواجب بالجناية على النفس أو ما في حكمها"^(٥)، والدية عقوبة مقدرة، قدرها الشارع، ولم يجعل تقديرها معتمدا على مقدار الضرر، فهي لا تختلف - في الأصل - باختلاف ظرف المجني عليه، إذ يتساوى الناس من حيث مقدار الحماية التي تكفلها لهم الشريعة الإسلامية، وجرائم الدية كل جريمة أوجب الشارع الدية عقوبة لها، والدية عقوبة مالية، بل إنها تجمع بين العقوبة والتعويض، ولذلك لا يحق للمجني الذي حصل على الدية ان يطالب بتعويض إضافي إليها^(٦).

والدية مشروعة ومتفق عليها في الفقه الإسلامي والأصل في ذلك القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والإجماع، والاسانيد القرآنية للدية عديدة منها قوله جل وعلا: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً ۚ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا ۚ فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ

(١) سورة المائدة، الآية/ ٤٥.

(٢) آية الله العظمى سيد شهاب المرعشي، القصاص على ضوء القرآن والسنة، بقلم عادل العلوي، ط ١، ج ١، مكتبة آية الله المرعشي النجفي، ايران، ١٤١٥ هـ. ق، ص ٣٣.

(٣) آية الله العظمى سيد شهاب المرعشي، القصاص على ضوء القرآن والسنة، مصدر سابق، ص ٣٢.

(٤) السيد الخوئي، تكملة منهاج الصالحين، ط ٢٨، مطبعة مهر، ايران، ١٤١٠، ص ٩٥.

(٥) د. وهبة بن مصطفى الزحيلي، مصدر سابق، ص ٢٩٨.

(٦) د. محمود نجيب حسني، الفقه الجنائي الإسلامي، مصدر سابق، ص ٤٣-٤٤.

تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ۖ وَأَنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدْيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ۖ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَابَعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ ۗ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا^(١).

وسند السنة النبوية قوله (صلى الله عليه واله) "...أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم، قالوا: لا، قال: أفتحلف لكم يهود، قالوا: ليسوا بمسلمين، فوداه رسول الله (ص) من عنده مائة ناقة حتى ادخلت الدار، قال سهل فركضتني منها ناقة"^(٢).

ولم يختلف الفقهاء في وجوب الديات لصراحة الأدلة فيها، وأما الإجماع فهو محكي من أكثر من واحد أنه أجمعوا على وجوب الديات إنما الخلاف في التفاصيل^(٣).

المطلب الثاني

الاثار المترتبة على اعتبار الإسلام المصدر الرئيسي للتشريع

إذا كان الدستور يحدد وظيفة كل سلطة من السلطات وما يدخل في ولايتها، فإنه يضع كل ذلك في صيغة مرنة تسمح بقدر من الحرية في التصرف يختلف ضيقاً واتساعاً بحسب الأحوال، وبحسب طبيعة كل سلطة، ومرجعية تكوينها، ودور الشعب في هذا التكوين، مما دعا بعض الفقه إلى التحدث عن السلطة التقديرية للسلطة التأسيسية، والسلطة التشريعية والسلطة القضائية، وكيفية مراقبة هذا التقدير ومداه، والسلطة التشريعية تأتي في مقدمة السلطات التي تتمتع بحرية واسعة في ممارسة اختصاصاتها، لكنها ليست مطلقة.

فالمشرع يتقيد بما ورد بالدستور من قواعد، ويتقيد على الراجح بالمبادئ العامة التي تستمد وجودها من وجود الإنسان وأدميته، والتي اعترف القضاء في مصر وفرنسا بوجودها وبإلزامها للمشرع حتى ولو لم يرد بشأنها نص خاص في دستور الدولة^(٤)، لكن مهما كانت تلك القيود فإنها تترك

(١) سورة الاسراء، الآية/ ٩٢.

(٢) محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، البخاري، ط٣، دار ابن كثير، لبنان، ١٤٠٧هـ، تحقيق: الدكتور مصطفى ديب البغا، ١٩٨٧م، ص ٢٦٣٠.

(٣) أحمد بن محمد الخليل، شرح زاد المستتقع، ج٦، بلا مكان وسنة نشر، ص ٩٢.

(٤) د. عبد العزيز سالم، الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي، بحث منشور في مجلة المحكمة الدستورية الدستورية العليا، عدد خاص، القاهرة- مصر، ٢٠١٩، ص ١٣٧.

للمشر حرية واسعة، فالأصل هو حرية السلطة التشريعية، والاستثناء هو القيود التي يضعها الدستور، والسلطة التشريعية - في نطاق الحرية التي يتركها لها الدستور - تختار بمطلق إرادتها، ودون معقب التنظيم الذي يتفق والصالح العام.

وهذا الكلام ينطبق على جميع التشريعات العادية ما لم يوجد نص يقيد سلطة المشرع عند سنه للتشريعات، الا ان كل من دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤ النافذ، ودستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ قد وضعوا قيداً على السلطة التشريعية وهو وجوب اتباع ثوابت الشريعة الإسلامية عند التشريع، والا عُدم عملها مخالفة دستورية وكان التشريع عرضة للإلغاء.

وسنقوم في هذا المطلب بتوضيح اثار مخالفة التشريعات لثوابت احكام الإسلام، ودور المحكمة الاتحادية العليا في ارساء المشروعية الدستورية، وفق فرعين وكالاتي:

الفرع الأول

اثر مخالفة التشريعات لثوابت احكام الإسلام

القانون الأسمى في الدولة هو الدستور وله الصدارة في الهرم القانوني للدولة، وفيه يحدد المشرع التأسيسي للحقوق والحريات قيمتها الدستورية، ثم تأتي النصوص التشريعية بعد ذلك لتنظم ممارسة هذه الحقوق والحريات، أما عن القانون الجنائي فهو فيحميها عن طريق تجريم الاعتداء عليها أو التجاوز في ممارستها^(١).

وتسن النصوص التشريعية العادية ومنها النص الجنائي سواء اكان موضوعيا ام اجرائيا لتحقيق هدف معين، ولكي لا يوسم النص بعدم الدستورية يجب يسن في ضوء الهدف المراد تحقيقه، كما ان النص يسن على وفق مبدأ من المبادئ الدستورية أو نص من نصوص الدستور، فيجب على المشرع ان يسن النص في ضوء ذلك المبدأ أو النص الدستوري^(٢).

(١) د. سمير عالية، شرح قانون العقوبات - القسم العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت - لبنان، ٢٠٠٢، ص ٤٥.

(٢) ينظر: د. أشرف توفيق شمس الدين، شرح قانون الاجراءات الجنائية، مطبعة اكتوبر الهندسية، ط٤، مصر، ٢٠١٥م، ص ٨.

وأما عن ثوابت احكام الإسلام أو كما يُسميها الدستور المصري (مبادئ الشريعة الإسلامية) فأنها تشكل قيد دستوري على سلطة المشرع العادي عند سنه للتشريعات بعدم جواز مناقضتها، ففي حكم للمحكمة الدستورية العليا المصري اكدت المحكمة على عدم جواز مخالفة التشريعات لمبادئ الشريعة الإسلامية حيث جاء نص الحكم كالآتي "إن قضاء المحكمة الدستورية العليا مطرد على أن ما نص عليه الدستور في مادته الثانية - بعد تعديلها في سنة ١٩٨٠ - من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، إنما يتمخض عن قيد يجب على كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية أن تتحراه وتنزل عليه في تشريعاتها الصادرة بعد هذا التعديل - ومن بينها أحكام القرار رقم (١١٣) لسنة ١٩٩٤، المفسر بالقرار رقم (٢٠٨) لسنة ١٩٩٤ المطعون عليهما - فلا يجوز لنص تشريعي، أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالاتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية، وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً"^(١).

أما في العراق فعدم جواز مخالفة احكام الإسلام جاء بنص دستوري صريح وهو نص المادة (٢-أولاً- أ) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥م والتي نصت على "لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الإسلام"، كذلك المادة (١٣- ثانياً) من نفس الدستور بقولها "لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور ويُعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الاقاليم أو اي نص قانوني اخر يتعارض معه"، مما يعني وجوب مطابقة التشريعات العادية لأحكام الوثيقة الدستورية. هذا وأن مخالفة الدستور تكون بصورتين: الأولى هي المخالفة الموضوعية وتظهر بشكل واضح في التشريع الذي يصدر خلافاً لنص صريح في الدستور^(٢).

والصورة الثانية هي المخالفة الشكلية للدستور وتعني ان يصدر التشريع خلافاً للإجراءات الشكلية التي نص عليها الدستور لتشريع القوانين، وتتكون من عيوب شكلية خارجة لا تمس مضمون التشريع^(١).

(١) دعوى رقم (٨) لسنة (١٧) قضائية المحكمة الدستورية العليا، قرار منشور على الموقع الالكتروني، www.hrlibrary.umn.edu تمت اخر زيارة بتاريخ ١٧/٧/٢٠٢١، الساعة ١٠:٠٠م.

(٢) ينظر: د. أشرف عبد القادر قنديل، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية- مصر، ٢٠١٢، ص ١٣٠ وما بعدها.

أما عن الأثر الذي يترتب عليه التشريع المخالف لثوابت احكام الإسلام فيكون على عدة أوجه أهمها:

أولاً: المخالفة تهدم مبدأ المشروعية

أن مبدأ المشروعية يشكل عنصراً مهماً ورئيساً من عناصر الدولة القانونية حيث تسري فيها أحكام القانون على الحكام والمحكومين على حد سواء، فهذا المبدأ يفرض خضوع الكل للقانون في جميع الأعمال والتصرفات والنشاطات، لذلك فإنه يوجب على جميع السلطات العامة في الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية الخضوع للقانون بالمعنى العام والرضوخ لأحكامه^(٢). ومن الأساس المهمة التي يقوم عليها مبدأ المشروعية هو مبدأ تدرج القواعد القانونية الذي يعني خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى شكلاً وموضوعاً في الهرم القانوني، ومن ثم فإن جميع الأعمال التي لا تتقيد بذلك المبدأ تعد أعمالاً غير مشروعة تستوجب الإلغاء^(٣).

ثانياً: المخالفة تمس حقوق الأفراد وحياتهم

الأصل في عمل المشرع الحرص على صيانة حقوق الأفراد وحياتهم، وعدم النيل منها متخفياً وراء ستار من حدود ولايته المنصوص عليها في الدستور^(٤)، ذلك لأن الدستور يكفل لكل حق أو حرية نص عليها الحماية من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية، وتتمثل هذه الحماية في الضمانة التي يكفلها الدستور لحقوق المواطنين وحياتهم والتي يعتبر إنفاذها شرطاً للانتفاع بها في الصورة التي صور لها الدستور نطاقاً فاعلاً.

(١) ينظر: علي حسين فليح الحسيني، مخالفة القانون الموضوعية للدستور، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية حقوق جامعة النهدين، بغداد- العراق، ٢٠١٥، ص ١٠.

(٢) ينظر: د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الإداري، ط ٢، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر، النجف الاشرف- العراق، ٢٠١٢، ص ١٧.

(٣) د نجيب خلف أحمد ود. محمد علي جواد كاظم، القضاء الإداري، الغفران للخدمات الطباعة، بغداد- العراق، ٢٠١٠م، ص ٣.

(٤) ينظر: د. أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، مكتبة النهضة العربية، القاهرة- مصر، ١٩٦٠، ص ٥٩٢.

وهذه الضمانة ذاتها هي التي يفترض أن يستهدفها المشرع، وأن يعمل على تحقيق وسائلها من خلال النصوص القانونية التي ينظم بها هذه الحقوق وتلك الحريات، وشرط ذلك بطبيعة الحال أن يكون تنظيمها كافلاً لمسايرة المجالات الحيوية، وأن يحيط بكل أجزائها التي لها شأن في حماية قيمتها العملية وضمن التمتع بها على أوسع مدى^(١).

الفرع الثاني

دور المحكمة الاتحادية العليا في الحفاظ على دستورية التشريعات

تبرز أهمية الرقابة القضائية على دستورية القوانين من حيث انها تصدر حكمها بشأن تشريع معين سلبا أو ايجابا ولا يمكن اثاره مسألة دستورية ذلك القانون ثانية، لان قراراتها تتمتع بحجية مطلقة كونه تسري تجاه الكافة^(٢)، وبالتالي يؤدي ذلك الى وحدة واستقرار كل من التشريعات والمراكز القانونية والحقوق.

تمارس الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر من قبل المحكمة الدستورية العليا بحسب نص المادة (١٩٢) من دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤ المعدل النافذ^(٣)، وتتم بثلاث وسائل حددتها المادتين (٢٧، ٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ المعدل، حيث نصت المادة (٢٧) منه على انه "يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد إتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية".

(١) ينظر: د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه - جان دبوي للقانون والتنمية، بدون سنة نشر، ص ١٣٥٢ وما بعدها.

(٢) ينظر: د. احسان حميد المفرجي وآخرون، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، جامعة بغداد، بغداد- العراق، ١٩٩٠م، ص ١٨١.

(٣) المادة (١٩٢) دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤م المعدل "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين، واللوائح، وتفسير النصوص التشريعية، والفصل في المنازعات المتعلقة بشئون أعضائها، وفي تنازع الاختصاص بين جهات القضاء، والهيئات ذات الاختصاص القضائي، والفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أي جهة من جهات القضاء، أو هيئة ذات اختصاص قضائي، والآخر من جهة أخرى منها والمنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها، والقرارات الصادرة منها. ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة، وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها".

والمادة (٢٩) من نفس القانون على "تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالي:

(أ) إذا تراءى لأحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية.

(ب) إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن".

إذاً وسائل تحريك الرقابة على دستورية القوانين أمام المحكمة الدستورية العليا في مصر هي ثلاث وسائل: أولها الإحالة من المحكمة التي تنتظر موضوع النزاع، ثم التصدي من جانب المحكمة الدستورية العليا من تلقاء نفسها، كما أن القانون أتاح الفرصة للأفراد العاديين في تحريك الرقابة على دستورية القوانين وذلك بالدفع بعدم الدستورية^(١).

أما عن الرقابة القضائية على دستورية القوانين في العراق فقد عهد بها إلى المحكمة الاتحادية العليا في دستور العراق لسنة ٢٠٠٥، فقد نظم الدستور النافذ السلطة القضائية الاتحادية في الفصل الثالث من الباب الثالث (السلطات الاتحادية)، وقد بينت المادة (٩٢) من الدستور ماهية وتكوين المحكمة الاتحادية^(٢)، بينما حددت المادة (٩٣) اختصاصات المحكمة الاتحادية، وكانت أولى هذه الاختصاصات هي مراقبة دستورية القوانين والانظمة النافذة^(٣)، كذلك نصت المادة (٢) من قانون

(١) ينظر: د. محمد رفعت عبد الوهاب ود. ابراهيم شيخا، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠٠٤م، ص ٥٢٨.

(٢) المادة (٩٢) "أولاً المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة مالياً وادارياً. ثانياً: تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة وخبراء في الفقه الإسلامي وفقهاء القانون، يحدد عددهم وتنظم طريقة اختيارهم وعمل المحكمة بقانون يسن بأغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب".

(٣) المادة (٩٣) "تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي: أولاً. الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة. ثانياً: تفسير نصوص الدستور.

المحكمة الاتحادية العراقية رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ المعدل على ان تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي: "أولاً: الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة"^(١)، أما عن الجهات التي يمكنها اثاره الطعن بعدم دستورية التشريعات أو الأنظمة امام المحكمة الاتحادية العليا فهي:

أولاً: الجهات الرسمية والمحاكم

كفل الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ حق الجهات الرسمية في الطعن بدستورية التشريعات أمام المحكمة الاتحادية العليا بموجب المادة (٩٣/ثالثاً) اذ نصت على انه "... ويكفل حق كل من مجلس الوزراء وذوي الشأن من الأفراد وغيرهم حق الطعن المباشر لدى المحكمة"، أما عن اجراءات رفع الدعوى من قبل الجهات الرسمية فقد بينتها المادة (٥) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العراقية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥م النافذ^(٢).

كما أوضح النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في الفصل الثاني - تحت عنوان النظر في شرعية التشريعات - اجراءات رفع الدعوى من قبل المحاكم من خلال قضاء الموضوع ويكون إما بإحالة المسألة الدستورية مباشرة من محكمة الموضوع إلى المحكمة الاتحادية العليا على وفق المادة (٣) من نظام المحكمة الداخلي، أو بطريق الدفع الفرعي على وفق المادة (٤) منه^(٣) وفي كلتا

تالثاً: الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والانظمة والتعليمات والاجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية، ويكفل القانون حق كل من مجلس الوزراء وذوي الشأن من الافراد وغيرهم حق الطعن المباشر لدى المحكمة. رابعاً: الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومات الاقاليم والمحافظات والبلديات والادارات المحلية...".

(١) عدلت المادة (٤) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥م، وحلت محلها المادة (٢) بالتعديل رقم (٢٥) لسنة ٢٠٢١ لقانون المحكمة الاتحادية العليا العراقي.

(٢) "اذا طلبت احدى الجهات الرسمية، بمناسبة منازعة قائمة بينها وبين جهة اخرى، الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أمر، فترسل الطلب بدعوى الى المحكمة الاتحادية العليا، معللاً مع اسانيد، وذلك بكتاب بتوقيع الوزير المختص او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة".

(٣) المادة (٣) "اذا طلبت احدى المحاكم من تلقاء نفسها، اثناء نظرها دعوى، البت في شرعية نص في قانون او قرار تشريعي او نظام او تعليمات يتعلق بتلك الدعوى فترسل الطلب معللاً الى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه، ولا يخضع هذا الطلب الى الرسم"، المادة (٤) "اذا طلبت احدى المحاكم الفصل في شرعية نص في قانون او قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أمر بناء على دفع من احد الخصوم بعدم الشرعية فيكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى. وبعد استيفاء الرسم عنها تبث في قبول الدعوى فاذا قبلتها ترسلها مع المستندات الى المحكمة الاتحادية العليا للبت في

الحالتين يتم عرض الخصومة الدستورية محل النظر على المحكمة الاتحادية العليا من خلال قضاء الموضوع^(١).

ثانياً: الافراد ذوي المصلحة

اجاز الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ للأفراد حق الطعن المباشر بدستورية القوانين امام المحكمة الاتحادية العليا^(٢)، حيث نصت المادة (٩٣/ثالثاً) منه على "...وذوي الشأن من الافراد وغيرهم حق الطعن المباشر لدى المحكمة"، وبناءً عليه يكون بمقدور كل مواطن بناء على رغبته وارادته المنفردة ان يرفع طلباً للمحكمة الاتحادية العليا لبحث موضوع دعواه والتحقيق في دستورتها^(٣)، كما واكد حق الافراد برفع دعوى مباشرة امام المحكمة الاتحادية العليا في المادة (٢/ثالثاً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ المعدل. نستنتج مما ذكر اعلاه أنه ليس للمحكمة الاتحادية العليا في العراق أن تقوم بفحص دستورية القوانين من تلقاء نفسها، وبدون طلب يقدم لها من الجهات التي حولها الدستور للطعن بدستورية تشريع، على عكس المحكمة الدستورية العليا في مصر التي اجاز لها قانونها بموجب المادة (٢٧) -التي تم ذكرها سابقاً- أن تقوم بمراقبة دستورية القوانين من تلقاء نفسها والبت بمشروعياته الدستورية من عدمه، وقد كانت هذه خطوة موفقة من المشرع المصري باعتبارها اكثر ضماناً لدستورية التشريعات، ذلك لأنه لا يمكن حماية الدستور من الانتهاكات التي تطاله من قبل البرلمان أو السلطة التنفيذية في ظل سكوت الجهات المعنية بأثارة الطعن بعدم الدستورية، وتبقى المحكمة الاتحادية العليا عاجزة عن فرض الحماية للدستور.

الدفع بعدم الشرعية، وتتخذ قراراً باستئثار الدعوى الاصلية للنتيجة. اما إذا رفضت الدفع فيكون قرارها بالرفض قابلاً للطعن امام المحكمة الاتحادية العليا".

- (١) ينظر: محمد عباس محسن، اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة النهرين، العراق، ٢٠٠٩م، ص ٧١.
- (٢) ينظر: ياسر عطويوي الزبيدي، المحكمة الاتحادية العليا العراقية ودورها في حماية نصوص الدستور (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة العلوم الانسانية جامعة كربلاء، المجلد (١)، العدد (٣)، العراق، ٢٠١٠م، ص ٢٢١.
- (٣) د. سعد عبد الجبار علوش، ثقافة في الرقابة على دستورية القوانين، بحث منشور في مجلة دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد، المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية، ص ٢٩٧، منشور على الموقع الالكتروني www.law.depaul.edu، تاريخ اخر زيارة ٢٠/٣/٢٠٢١، الساعة ٩:٠٠ م.

إلا أننا نعتقد أنه بإمكان المحكمة الاتحادية العليا أن تبت بدستورية القوانين من تلقاء نفسها أو إذا ما عُرض امامها قانون غير دستوري اثناء نظرها اعمالها، وسبب اعتقادنا يعود إلى نص المادة (٩٣/أولاً) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ النافذ، حيث جعل النص الدستوري الاختصاص الأول والأساس للمحكمة هو الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، وبما أن المشرع الدستوري قد نص على ذلك صراحة وبصورة مطلقة، فباعتمادنا أنه ليس هناك ما يمنع المحكمة من ممارسة الرقابة من تلقاء نفسها، كما أنه من الافضل لو يُضمّن المشرع العراقي نصاً في قانون المحكمة الاتحادية العليا يبين دور المحكمة التلقائي في الرقابة على دستورية التشريعات والأنظمة، كي يمنع اي تفسير اخر قد يثيره البعض، لتحقيق مبدأ الدولة القانونية التي ينبغي فيها احترام النصوص الدستورية باعتبارها القانون الأعلى في الدولة من خلال قيام القضاء بإلغاء أي تشريع من شأنه ان يصدر مخالفاً للدستور.

الفصل الثاني

**المشروعية الدستورية لبعض النصوص
الجنائية الموضوعية المتعارضة مع ثوابت
الشريعة الإسلامية**

الفصل الثاني

المشروعية الدستورية لبعض النصوص الجنائية الموضوعية المتعارضة مع ثوابت الشريعة الإسلامية

قيدت معظم الدساتير في العالم بأن التشريعات القانونية يجب أن توافق احكام الدستور، هذا وقد رتببت بعض الدساتير جزاءً على مخالفة التشريعات لأحكامها، والذي يتمثل ببطلان النص القانوني المخالف لأحكام الدستور كالدستور الاماراتي لسنة ١٩٧١ المعدل^(١)، كذلك الدستور المصري حيث نصت المادة (٢٢٤) من دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤ المعدل بقولها "كل ما قرره القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور الدستور، يبقى نافذاً، ولا يجوز تعديلها، ولا إلغاؤها إلا وفقاً للقواعد، والإجراءات المقررة في الدستور"^(٢)، والحكمة من وضع هذا النصوص الدستورية، هي ألا يحدث فراغاً تشريعياً ينتج عن الغاء كل القوانين الصادرة قبل صدور الدستور اذا ما تعارضت احكامها مع احكام الدستور الجديد، كذلك لفسح المجال والوقت الكافي لتتدخل السلطة التشريعية بتعديل القوانين السابقة على صدور الدستور الجديد وجعلها تتفق مع احكامه^(٣)، كون المصير المحتوم للقانون السابق على الدستور والمخالف لأحكامه هو الالغاء أو التعديل، لأنه نص معيب بعدم الدستورية ومآله الالغاء في كل الاحوال، وأن كل ما في الامر هو سريانه لفترة من الزمن قبل أن يتم الغاؤه^(٤).

كذلك نص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ في المادة (١٣ - ثانياً) على "... يُعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم، أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه"^(٥).

(١) المادة (١٥١) من دستور الامارات العربية المتحدة لسنة ١٩٧١ المعدل، "لأحكام هذا الدستور السيادة على دساتير الامارات الأعضاء في الاتحاد، وفي حالة التعارض، بطل من التشريع الأدنى ما يتعارض مع التشريع الأعلى، وبالقدر الذي يزيل ذلك التعارض، وعند الخلاف يعرض الأمر على المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه".

(٢) المادة (٢٢٤) من دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤ المعدل.

(٣) ينظر: عبد الحميد متولى، القانون الدستوري والانظمة السياسية، ط٦، منشأة المعارف، الاسكندرية- مصر، ١٩٨٩م، ص١٨٠.

(٤) عبد الحميد متولى، القانون الدستوري والانظمة السياسية، مصدر سابق، ص١٨١.

(٥) المادة (١٣/ ثانياً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

غير أن هناك العديد من التشريعات بشكل عام والتشريعات الجنائية -بشكل خاص غير متوافقة مع احكام الدستور وبصورة صريحة سواء كانت في جمهورية مصر العربية أو في جمهورية العراق^(١)، وبالرغم من أن نص المادة (١٣/ ثانياً) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ والتي تم ذكرها سابقا اكدت على أن اي نص قانوني يتعارض مع الدستور يعتبر باطلا، إلا أن هناك العديد من التشريعات الجنائية المخالفة للدستور ما زال العمل بها مستمرا لحد الآن، وبالتالي قد ينتج عنها أثارا تمس المجتمع والاسرة، ولتوضيح ذلك ارتأينا تقسيم هذا الفصل على مبحثين، نتناول في المبحث الأول المشروعية الدستورية لبعض جرائم الزنا في قانون العقوبات، أما المبحث الثاني فسنتناول فيه المشروعية الدستورية لجريمة تناول المشروبات الروحية كالآتي:

(١) تم ذكر جمهورية مصر والعراق فقط كونهما يمثلان محل الدراسة.

المبحث الأول

المشروعية الدستورية لبعض جرائم الزنا في قانون العقوبات

يقع الدستور في قمة هرم القواعد الدستورية فهو يضع الأسس العامة التي ينبغي على المشرع اتباعها عند تشريع النصوص القانونية حتى تصبح متوافقة مع قواعده وبالتالي تحظى بالمشروعية الدستورية، وإذا ما خالفت هذه التشريعات نص الدستور أصبحت غير مشروعة نتيجة لاتصافها بعد الدستورية، طبقاً لقاعدة المشروعية والتي تعني أن تحترم القاعدة القانونية القاعدة الأعلى منها تدرجاً، هذا ومن المبادئ التي نص عليها الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ النافذ، هي المادة (٢/أولاً) بنصها "لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الإسلام"^(١)، وكذلك ما نصت عليه المادة الثانية من دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤ المعدل النافذ بقولها "الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع"^(٢)، وسبق وأن بينّا أن كل من مبادئ الشريعة الإسلامية وثوابت احكام الإسلام تتمثل بثوابت الشريعة الإسلامية التي تمثل (الحدود والقصاص والديات)، ولأن هناك بعض من الجرائم الماسة بحياة الإنسان ما يقع ضمن دائرة جرائم الحدود، فقد اخترناها للبحث في بيان مشروعيتها الدستورية وذلك من خلال معرفة ما يتعارض من احكامها مع احكام جرائم الحدود في الشريعة الإسلامية، ومن هذه الجرائم هي المشروعية الدستورية لجريمة قتل الام لطفلها حديث العهد بالولادة انقاء للعار اذا كانت قد حملت به سفاحاً، وهذا ما سنتناوله في المطلب الأول، والمشروعية الدستورية لجريمة الخيانة الزوجية وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني كالاتي:

(١) جدير بالذكر أن قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤م كان قد جاء بنص مماثل لهذا النص حيث نصت المادة السابعة على "لا يجوز سن قانون خلال المرحلة الانتقالية يتعارض مع ثوابت الإسلام المجمع عليها ولا مع مبادئ الديمقراطية والحقوق الواردة في الباب الثاني من هذا القانون، ويحترم هذا القانون الهوية الإسلامية لغالبية الشعب العراقي، ويضمن كامل الحقوق الدينية لجميع الافراد في حرية العقيدة والممارسة الدينية".

(٢) المادة الثانية من دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤م المعدل النافذ.

المطلب الأول

المشروعية الدستورية لجريمة قتل الام لطفلها حديث العهد بالولادة اتقاءً للعار اذا

كانت قد حملت به سفاحاً

تتلخص حيثيات هذه الجريمة بنص المادة (٤٠٧) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩، والتي تنص على "تعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنين أو بالحبس مدة لا تقل عن سنة الأم التي تقتل طفلها حديث العهد بالولادة اتقاءً للعار إذا كانت قد حملت به سفاحاً"، بمعنى أن المشرع الجنائي العراقي قد جعل لهذه الجرائم عذراً مخففاً للعقاب رغم كونها تتضمن فعلين إجراميين هما القتل والزنا، هذا وقد نصت على مثل هذه الجريمة العديد من القوانين العقابية^(١)، وسوف نوضح في الفرع الأول اركان جريمة قتل الام لطفلها حديث الولادة اتقاءً للعار اذا حملت به سفاحاً ثم بيان نقاط التعارض بين احكام هذه المادة مع احكام الشريعة الإسلامية، من خلال عرض صور التعارض بين احكام جريمة قتل الام لطفلها حديث الولادة وبين احكام الشريعة الإسلامية الفرع الثاني وكالاتي:

(١) كقانون الجزاء العماني رقم (٧) لسنة ٢٠١٨ في المادة (٣٠٣) "تعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (٣) ثلاث سنوات، ولا تزيد على (١٠) عشر سنوات، المرأة التي قتلت عمداً طفلها الذي حملت به سفاحاً، عقب ولادته مباشرة، اتقاءً للعار"، والمادة (٣٣٢) من قانون العقوبات الاردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠م المعدل "تعاقب بالاعتقال مدة لا تتقص عن خمس سنوات، الام التي تسببت -اتقاء العار- بفعل أو ترك مقصود في موت وليدها من السفاح عقب ولادته"، المادة (١٥٩) من قانون الجزاء الكويتي رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠م المعدل، "كل امرأة تعمدت قتل وليدها فور ولادته، دفعا للعار تعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز خمس سنوات وبغرامة لا تتجاوز خمسة الاف روبية أو بأحدى هاتين العقوبتين"، المادة (٣٧٣) من قانون العقوبات الليبي لسنة ١٩٥٠م "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات كل من قتل حفظاً للعرض طفلاً لا إثر ولادته مباشرة أو قتل جنيناً أثناء الوضع إذا كان القاتل هو الأم أو أحد ذوي القربى"، المادة (٣٠٣) من قانون العقوبات القطري رقم (١١) لسنة ٢٠٠٤ "تعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات، المرأة التي قتلت عمداً طفلها الذي حملته سفاحاً، عقب ولادته مباشرة، اتقاءً للعار".

الفرع الأول

أركان جريمة قتل الام لطفلها حديث الولادة اتقاءً للعار إذا حملت به سفاحاً

قبل أن نوضح أركان هذه الجريمة سنتطرق الى موقف التشريعات الجنائية لبعض الدول من هذه الجريمة :

انقسمت التشريعات الجنائية للدول فيما يخص جريمة قتل الام لطفلها حديث الولادة اتقاءً للعار في حالة الحمل به سفاحا الى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: قرر للأمم عُذراً مخففاً للعقوبة ونظم لهذه الجريمة تشريعات خاصة في قوانينه العقابية، ومن الدول التي اخذت بهذا الاتجاه العراق في المادة (٤٠٧) من قانون العقوبات، ولبنان^(١)، سوريا^(٢)، الأردن^(٣).

الاتجاه الثاني: جعل لهذه الجريمة ظرفاً قضائياً مشدداً كقانون العقوبات الفرنسي سنة ١٨١٠ (تقنين نابليون) الذي كان يعاقب على قتل الطفل حديث الولادة بالإعدام سواء أكان القاتل الأم أو اي شخص اخر غيرها^(٤) كذلك بالنسبة للقصد فيستوي أن يكون بسيطاً أم مع سبق الاصرار، وذلك بموجب المادة (٣٠٢) منه^(٥)، إلا أنه في عام ١٩٤١ جاء القانون الصادر في الثاني من ايلول، ليجعل من هذه

(١) المادة (٥٥١) من قانون العقوبات اللبناني رقم (٣٤٠) لعام المعدل ١٩٤٣، "تعاقب بالاعتقال المؤقت الوالدة التي تقدم، اتقاء للعار، على قتل وليدها الذي حملت به سفاحا، ولا تنقص العقوبة عن خمس سنوات اذا وقع الفعل عمداً".

(٢) المادة (٥٣٧) من قانون العقوبات السوري رقم (١٤٨) لعام ١٩٤٩ المعدل، "تعاقب بالاعتقال المؤقت الوالدة التي تقدم، اتقاء للعار، على قتل وليدها الذي حملت به سفاحاً، ٢، ولا تنقص العقوبة عن خمس سنوات إذا وقع الفعل عمداً".

(٣) المادة (٣٣٢) من قانون العقوبات الاردني رقم (١٦) لعام ١٩٦٠ المعدل، "تعاقب بالاعتقال مدة لا تتقص عن خمس سنوات، الوالدة التي تسببت - اتقاء العار - بفعل أو ترك مقصود في موت وليدها من السفاح عقب ولادته".

(٤) Kellum, B.A. Infanticide in England in the Later Middle Ages, History of Childhood Quarterly, The Journal of Psychohistory, ١٩٧٤, ١(٣): ٣٦٧-٣٨٨.

(٥) Tout coupable d'assassinat, de parricide, d'infanticide et d'empoisonnement, sera puni de mort, sans préjudice de la disposition particulière contenue en l'article ١٣, relativement au parricide, منشور على الموقع الالكتروني, www.ledroitcriminel.fr

الجريمة مجرد جنحة، مما دفع الفقه الى نقده بشدة، ونتيجة لتلك الانتقادات صدر قانون (١٣) نيسان ١٩٥٤، فأعاد لهذه الجريمة وصف الجنائية، لكن هذه المرة خفف العقوبة على الأم، فجعلها السجن من عشرين سنة الى عشر سنوات بدلا من عقوبة الإعدام^(١)، أما بعد صدور قانون العقوبات الفرنسي الجديد في ٢٢ تموز سنة ١٩٩٢^(٢)، ألغيت المادة (٣٠٢) من القانون السابق ذكره، وأصبح القانون الجديد يعاقب على قتل الطفل حديث الولادة بمقتضى المادة (٢٢١/٤/١) الفقرة الثانية منه^(٣)، والتي جعلت العقوبة هي السجن المؤبد لمن يقتل الحدث الذي لم يتجاوز الخامسة عشرة من عمره^(٤).

الاتجاه الثالث: لم يخصص لهذه الجريمة تشريع خاص بل جعل هذه الجريمة تخضع للقواعد العامة لجريمة القتل العمد^(٥)، ومن الدول التي اخذت بهذا الاتجاه هي مصر والامارات العربية، فلم ينص قانون العقوبات المصري الصادر سنة ١٩٣٧ المعدل على جريمة قتل الأم لطفلها حديث الولادة اتقاء للعار بصورة مستقلة، بل اخضع قتل الطفل حديث الولادة للقواعد العامة في القتل العمد سواء أكان القاتل الأم أو شخصاً اخر^(٦)، إلا أنه يمكن أن تعتبر هذه الجريمة من الجرائم التي تستوجب ظروف قضائية مخففة تخضع لتقدير قاضي الموضوع دون أن ينص المشرع على ذلك صراحة، اذا كان القاتل الام أو احد اقاربها الى الدرجة الثالثة اتقاء للعار^(٧).

أما في العراق فأن عقوبة القتل العمد في قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل، هي الاعدام أو السجن المؤبد، وقد نصت على ذلك المادة (٤٠٦) منه، وذكرت الفقرة (د) من

(١) د. محمد ابو العلا، المجني عليه ودوره في الظاهرة الاجرامية، دار الفكر العربي، ط١، مصر، ١٩٨٨م، ص٢٥٣-٢٥٤.

(٢) أصبح قانون العقوبات الفرنسي الجديد نافذ في عام ١٩٩٤.

(٣) Le meurtre est puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il est commis

١- Sur un mineur de quinze ans "

(٤) د. محمد ابو العلا عقيدة، الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٤م، ص١٠٥.

(٥) Wrightson, K, Infanticide in Earlier Seventeenth Century England, Local Popul Stud, Stud, ١٩٧١، ١٥: ١٠-٢.

(٦) د. محمد ابو العلا، المجني عليه ودوره في الظاهرة الاجرامية، مصدر سابق، ص٦٢.

(٧) أ. د. فتوح عبد الله الشاذلي، جرائم الاعتداء على الاشخاص، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ٢٠٠٢، ص٢٦٥-٢٦٦.

ذات المادة أنه "يعاقب بالإعدام من قتل نفساً عمداً في الحالات التالية: د-إذا كان المقتول هو من اصول القاتل"، بينما نجد أن المادة (٤٠٧) من القانون ذاته قد استثنت (الام) من هذه العقوبة اي من عقوبة القتل العمد، وقد خصص المشرع الجنائي العراقي لهذه الجريمة عذراً مخففاً للعقاب في قانون العقوبات النافذ وادرجها ضمن باب الجرائم الماسة بحياة الأنسان وسلامة بدنه، إذ نصت المادة (٤٠٧) عقوبات بأنه "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنين أو بالحبس مدة لا تقل عن سنة الام التي تقتل طفلها حديث العهد بالولادة اتقاء للعار اذا كانت قد حملت به سفاحاً".

ومن خلال تحليل نص المادة (٤٠٧) من قانون العقوبات العراقي يتبين أن هذه الجريمة تضم الركنين المادي والمعنوي لجريمة القتل العمد^(١)، بالإضافة الى اركان خاصة أو شروط اخرى يستوجب توافرها لتطبيق أو اعمال هذا النص، وهذه الشروط هي أن يكون القاتل أما والمقتول طفلها حديث الولادة، وأن يكون الدافع الى القتل هو اتقاء العار بسبب الحمل سفاحاً، وبعد هذا العرض البسيط سنقوم بتسليط الضوء على تحقق الاركان في هذه الجريمة وذلك من خلال استعراض اركان الجريمة العامة والخاصة وكالاتي:

أولاً- الاركان العامة لقيام جريمة قتل الام لطفلها حديث الولادة اتقاء للعار إذا حملت به سفاحاً

يستلزم لقيام جريمة قتل الام لطفلها حديث الولادة والمنصوص عليها في المادة ٤٠٧ من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩، توافر جميع اركان جريمة القتل العمد البسيط أو القتل العادي وهذه الأركان هي:

١ - الركن المادي

ينطوي الركن المادي على ثلاث عناصر هي، الفعل الذي يمثل فيه الجاني نشاطه الإجرامي اي فعل الاعتداء المميت، والنتيجة الضارة الغير مشروعة الناتجة عن هذا الفعل، وهي الموت واخيراً

(١) د. حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الجديد، مطبعة المعارف، ج١، بغداد، ١٩٧٠م، ص١٢٣، وقد انتهج قانون العقوبات العراقي المسلك الاخير وقرر في الفصل الثالث من الباب الثالث الخاص بالجريمة أن ركني الجريمة هما الركن المادي وخصص له المواد (٢٨-٣٢) والركن المعنوي وخصص له المواد (٣٣-٣٨).

العلاقة السببية بين الفعل المرتكب والنتيجة الحاصلة، أي بين فعل الاعتداء الذي قام به، الجاني وبين وفاة المجني عليه^(١).

يتمثل الاعتداء المميت بفعل ايجابي أو امتناع سلبي بقصد القضاء على حياة المولود، ويكون الفعل بصورة نشاط ايجابي، كأن تقدم الام على قتل المولود بسلاح ناري أو خنقه أو حرقه أو اغرقه، أو قتله بواسطة آلة جارحة أو قاطعة، أو أن تسممه كأن تدس له السم في طعامه، كما يمكن أن يتجلى الاعتداء المميت بفعل سلبي أو امتناع كما لو امتنعت الام عن تغذية الوليد أو عن ارضاعه، أو امتنعت عن ربط الحبل السري بقصد موته، أو أنها لم تبذل العناية اللازمة لاستمرار بقاءه حياً، أو تركه وطرحه في العراء بقصد ازهاق روحه^(٢)، إذ لا عبءة للوسيلة في جرائم القتل.

ومما تقدم يمكننا أن نعرف الاعتداء المميت أو القتل بأنه: كل فعل ايجابي أو سلبي يقوم به الجاني بقصد ازهاق روح أنسان أياً كانت وسيلته.

٢ - الركن المعنوي:

هو الركن الثاني من اركان جريمة القتل العمد ويعتبر الركن المعنوي من الاركان الاساسية في هذه الجريمة، وأن العامل المعنوي هو الذي يميز جريمة القتل العمد عن باقي الجرائم^(٣)، ويتجلى في وجود نية ازهاق الروح وهذه النية تعتبر القصد الجنائي العام في جريمة القتل، كما اشارت لذلك محكمة النقض المصرية، بقولها "يكفي للعقاب على القتل العمد أن يكون الجاني قد قصد بالفعل الذي قارفه ازهاق روح انسان"^(٤)، ويقوم القصد الجنائي في جريمة القتل على عنصرين هما العلم والارادة الأثمة التي تسمى بالقصد الجرمي، فالعلم باعتباره عنصراً للقصد الجرمي يجب أن ينصب على جميع العناصر القانونية والواقعية التي لها أهمية في تكوين الجريمة^(٥)، فيجب أن يعلم الجاني بأنه يرتكب فعل الاعتداء ضد شخص على قيد الحياة، وان فعله سيؤدي الى ازهاق روح المجني عليه، اضافة الى

(١) أ. د. محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار الثقافة، مصر، ١٩٥١م، ص ١٤٥.

(٢) د. محمد الفاضل، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، ١٩٦٠م، ص ٣٦٣.

(٣) عباس زراعت، شرح قانون العقوبات الإسلامي، ط ١، انتشارات ققنوس، ايران، ٢٠٠٣م، ص ١٠٢.

(٤) نقض مصري رقم (٩٣)، ٤ ديسمبر لسنة ١٩٤٦، مجلة القواعد القانونية، ج ٧، ص ٧٥.

(٥) دزوار احمد براميس، اشكالية القصد الجنائي، بحث منشور في مجلة جامعة دهوك للدراسات الانسانية والاجتماعية، مجلد ٢٢، عدد ٢، العراق، ٢٠١٩ م، ص ٦.

اتجاه ارادته الى ارتكاب هذا الفعل اي أن يكون قاصداً احداث هذه النتيجة^(١)، غير انه من الصعب اثبات هذه الارادة أو النية في جريمة القتل خصوصاً في جريمة قتل الوليد، لاسيما اذا كانت الوفاة قد حصلت بنتيجة الترك أو الامتناع، لذا تذهب بعض التشريعات الجزائية الى جعل كل من اخفاء المولود، أو الوضع في مكان غير ملائم أو في مكان يتعذر فيه توافر العناية اللازمة للطفل المولود، أفعالاً معاقب عليها.

وبحسب اعتقادنا أن مثل تلك الافعال قد تكون قرائن على قيام الركن المعنوي في جريمة قتل الام لطفلها حديث الولادة، اي أن تلك الافعال تكون قرينة على توافر القصد الجرمي.

ومن الجدير بالذكر انه اذا كانت الام فاقدة للأهلية، أو مصابة بعارض الجنون مثلاً عندئذ لا نكون امام جريمة قتل عمد، وبالتالي تنتفي المسؤولية الجنائية لانتفاء القصد الجرمي، ومثل هذا ما جاءت به الشريعة الإسلامية في قول الرسول الاعظم محمد ص قال "رَفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنْ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنْ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنْ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ"^(٢)، كذلك ما جاء في المادة (٦٠) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ بانه "لا يسأل جزائياً من كان وقت ارتكاب الجريمة، فاقد الادراك أو الإرادة لجنون أو عاهة في العقل"^(٣)، الا أن نص المادة (٤٠٧) - المذكور سابقاً- يدور حول الام الجانية كاملة الإدراك والإرادة، والتي كان في نيتها ازهاق روح طفلها اي أن القصد الجنائي توافر لديها عند ارتكاب الجريمة.

(١) د. محمد ابو العلا عقيدة، شرح قانون العقوبات (جرائم الاعتداء على الاشخاص والاموال)، ط٣، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٩٨م، ص١٦.

(٢) محمد الريشهري، ميزان الحكمة، ج٣، ط١، دار الحديث، قم- ايران، ١٤٢٢هـ، ص٢٧٢٨.

(٣) المادة (٦٠) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩، ومن المفهوم المخالف ما جاءت به المادة (٦١) من نفس القانون المذكور "إذا كان فقد الإدراك أو الإرادة ناتجاً عن مواد مسكرة أو مخدرة تناولها المجرم بإختياره وعلمه عوقب على الجريمة التي وقعت ولو كانت ذات قصد خاص كما لو كانت قد وقعت منه بغير تخدير أو سكر"، صدر قرار مجلس الثورة المرقم (١٤٧٧) في ١٥/٩/١٩٨٠ حول عدم اعتبار حالة تناول المسكر بإرادة الفاعل واختياره عذراً مخففاً للعقوبة يستدعي الرأفة، نشر في الوقائع عدد ٢٧٧٩ في ٢٩/٩/١٩٨٠.

فإذا كان قد تناول المسكر أو المخدر عمداً بغية ارتكاب الجريمة التي وقعت منه عد ذلك ظرفاً مشدداً للعقوبة.

أما بالنسبة لتعريف القصد الجرمي فقد ذهبت التشريعات العقابية في صدد تعريفه الى اتجاهين، الاتجاه الأول منها ذهب إلى القول بأن المشرع الجنائي قد تعمد ترك كل ما يتعلق بتعريف القصد الجنائي للفقهاء والقضاء، وهذا المذهب اعتنقه المشرع المصري فقد جاء القانون خالياً من تعريف القصد الجنائي، بينما اخذ الاتجاه الثاني بوضع تعريف للقصد الجرمي في صلب القوانين العقابية، وقد سائر هذا المذهب المشرع العراقي فوضع تعريفاً للقصد الجرمي في قانون العقوبات وعرفه بأنه "توجيه الفاعل إرادته إلى ارتكاب الفعل المكون للجريمة هادفة إلى نتيجة الجريمة التي وقعت أو أية نتيجة جرمية أخرى"^(١).

من خلال التعريف أعلاه يتبين لنا بأنه لا يكفي في القصد الجرمي أن يكون الجاني قد أراد فعل الاعتداء وإنما ينبغي للجاني أن يثبت أنه أراد بهذا الفعل إحداث النتيجة الجرمية أو اي نتيجة جرمية اخرى متصلة بفعله، ولا يشترط أن تكون نية القتل مبيتة، فالقصد البسيط أو النية غير المبيتة تكفي لتكوين هذا الركن، أما اذا ثبت أن نية القتل كانت مبيتة، فإن ذلك لا يوجب سوى تشديد العقوبة المقررة لجريمة قتل طفلها^(٢)، أما في حال لم تحدث النتيجة لأي سبب خارج عن إرادة الفاعل فإن القصد الجنائي يبقى متوافراً، كما لو أن الام كانت قد قامت بخنق طفلها بالوسادة وجاء شخصاً وابتعد الوسادة، فهنا يبقى القصد الجرمي متوافراً لدى الام الجانية^(٣).

ثانياً - الأركان الخاصة لقيام جريمة قتل الام لطفلها حديث العهد بالولادة اتقاءً للعار اذا حملت به سفاهاً

سبق وان بينا انه يستلزم لتطبيق نص المادة (٤٠٧) على هذه الجريمة استلزام توافر الاركان العامة لجريمة القتل العمد، بالإضافة الى ذلك يجب توافر الاركان الخاصة أو الشروط لتحقيق هذه الجريمة، وهذه الاركان هي:

(١) المادة (٣٣) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩م.

(٢) د. محمد الفاضل، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مصدر سابق، ص ٣٦٤.

(٣) أ. د. محمد علي السالم الحلبي، شرح قانون العقوبات القسم العام، ط٣، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠١١، ص ١٩٠.

أ- صفة الجاني (أن تكون اما للمجني عليه)

يتمثل هذا الركن أو الشرط في أن من يقوم بقتل الطفل هي امه وهي الام التي حملت بالطفل وولده ولا يشمل النص التشريعي الام بالتبني أو المرضعة^(١)، وهذا ما قرره المادة (٤٠٧) من قانون العقوبات العراقي، التي حددت شخص الجاني هي "الأم" حصراً وهذا معناه أن كان الجاني غير الأم مهما كانت صلته بالأم كالزوج أو الأخ أو الأب أو ام الام أو الأخت، فلا ينطبق عليهم نص المادة وبالتالي لا يشملهم سبب تخفيف العقوبة، اذاً فالتخفيف المقرر للأم التي أزهقت روح طفلها حديث العهد بالولادة هو ظرف شخصي لا ينصرف أثره لغيرها^(٢).

أما عن موقف المشرع المصري فقد بين بأن لا تستفيد الأم الجانية في جريمة قتل طفلها حديث العهد بالولادة من أي عذر تخفيف، فتعاقب على جريمة قتل عمد كون المشرع المصري لم يجعل لهذه الجريمة نصاً عقابي خاص أو عُذراً مخففاً.

أما بالنسبة لوسيلة القتل فلا يشترط وسيلة محددة للقتل، فطرق القتل عديدة ولا يمكن لأي مشرع القيام بحصرها، ولذلك تدخل جرائم القتل في عداد ما يسمى بجرائم القالب الحر، وبناء عليه فإن فعل القتل يتوافر بأي طريقة تسلكها الأم فتتوصل إلى إزهاق روح مولودها، كون المشرع الجنائي لا يشترط أن يكون القتل بوسيلة معينة^(٣).

ب- صفة المجني عليه (طفلاً حديث الولادة)

من خلال استقراء نص المادة (٤٠٧) - سالف الذكر - يتبين أنه يجب أن يقع القتل على طفل حديث العهد بالولادة في وقت ارتكاب الجريمة، فهذا النص يتعلق باللحظات الأولى فقط للميلاد^(٤)، إلا أن المشرع الجنائي العراقي لم يوضح ما هو مفهوم الطفل حديث العهد بالولادة، هل هو خروج الطفل

(١) علي عدنان الفيل، أثر القرابة بين الجاني والمجني عليه على المسؤولية الجنائية "دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، الكويت، ٢٠١٣م، ص٣٧.

(٢) مريم بوزارة زقار، جريمة قتل الطفل حديث العهد بالولادة، بحث منشور في مجلة الطرق التعليمية والعلوم الاجتماعية، جامعة الاخوة منتوري، المجلد (٦)، العدد (٦)، الجزائر، ٢٠١٩م، ص١٦.

(٣) مريم بوزارة زقار، مصدر سابق، ص١٧.

(٤) جمال نجيمي، جرائم العنف الماسة بسلامة جسم الإنسان، دار هرمة الطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠١٦م، ص١٠٣.

من بطن امه مباشرة بعد الولادة؟ ام بعد ساعات أو اشهر؟ والى متى يعتبر الطفل حديث العهد بالولادة؟ وهذا بدوره قد يثير اشكاليات كثيرة منها: ماذا لو قامت الام بقتل الطفل الذي يبلغ من العمر سنة أو اكثر؟ فالمشرع لم يحدد المدة الزمنية التي تتحدد بشأنها حداثة العهد بالولادة، شأنه في ذلك شأن اغلب التشريعات الوضعية تاركاً مهمة تحديد هذه المدة للفقهاء والقضاء، ويقصد بمفهوم حداثة الولادة بحسب رأي الفقه بأنها "تلك الفترة التي تمتد بين فترة الولادة وفترة ما قبل بلوغ الطفل السنة الأولى من العمر" وهناك قسم اخر من الفقه من اعتبر الطفل حديث العهد بالولادة "من ارتكبت بحقه جريمة القتل بعد ولادته بفترة زمنية قصيرة جداً"^(١)، وأمام هذا التباين الفقهي حول المرحلة العمرية التي يكون فيها الطفل حديث الولادة كان لابد من تدخل التشريعات لتحديد هذه المرحلة الفاصلة بين الولادة والقتل، والتي يعتبر فيها الطفل وليداً^(٢)، فقد حدد المشرع المصري المدة بشكل غير مباشر وجعلها في حدود (١٥) يوماً من تاريخ الولادة، وهي المدة التي استشفها القضاء المصري من قانون الطفل المصري باعتبارها الفترة القصوى لتسجيل الطفل بسجلات الحالة المدنية^(٣).

أما عن التشريع العراقي فلم يذكر تحديد واضح للفترة التي يُعتبر خلالها الطفل حديث الولادة في التشريعات العقابية- كما ذكرنا- ولا في التشريعات الاخرى سوى المادة (٣٤-١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ والتي حددت بداية الشخصية بقولها "تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته".

وبحسب اعتقادنا أن الطفل يعتبر حديث الولادة بمجرد ولادة الجنين من بطن الام وخروجه الى الحياة، اي بمجرد قطع الحبل السري عنه، اذ انه في هذه المرحلة يعتبر الطفل كائناً حياً يتمتع بحق

(١) محمد ابو العلا عقيدة، المجني عليه ودوره في الظاهرة الاجرامية، مصدر سابق، ص ٦١.

(٢) حدد المشرع الليبي الفترة التي يعتبر فيها الطفل حديث الولادة أو كما اسماه (الوليد) في المادة (٣٧٣) من قانون العقوبات الليبي الصادر في سنة ١٩٥٣، وهي (بعد ولادته مباشرة) أما عن فترة اثناء الوضع فأطلق المشرع الجنائي الليبي على الطفل اسم الجنين، اما المادة (٣٧٣) من قانون العقوبات الليبي لسنة ١٩٥٣ المعدل فقد نصت، "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات كل من قتل حفظاً للعرض طفلاً إثر ولادته مباشرة أو قتل جنيناً أثناء الوضع إذا كان القاتل هو الأم أو أحد ذوي القربى...". * لا يحتوي هذا القانون على رقم كونه صادر بمرسوم ملكي في (٢٨) نوفمبر لسنة ١٩٥٣م.

(٣) المادة (١٤) من قانون الطفل المصري رقم (١٢) لسنة ١٩٩٦ المعدل بالقانون رقم (١٢٦) لسنة ٢٠٠٨م، "يجب التبليغ عن المواليد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ حدوث الولادة...".

الحماية القانونية الشرعية والضمان القانوني في الحياة، أما عن مرحلة ما قبل انفصال الحبل السري فلا يزال جنيناً في بطن امه، فاذا ما قامت الام بقتله أي قامت بإجهاض الجنين قبل ولادته، فهنا تطبق على الام الاحكام والقواعد الخاصة بالإجهاض وبالتالي لا يشملها العذر المخفف ولا المادة (٤٠٧) المذكورة انفاً.

ج- الباعث اتقاء العار بسبب الحمل سفاحاً

لكي يتم تطبيق العذر المخفف للعقوبة الوارد في المادة (٤٠٧) من قانون العقوبات العراقي بحق الأم التي تقتل طفلها حديث الولادة، يجب أن تتجه ارادتها إلى قتل طفلها الذي حملت به سفاحاً باعث متمثل بنية اتقاء العار، والذي يجري التحري عنه في نفسية الجانية (الأم)، ويشترط لتوافر هذه النية تحقق شرطين الأول، أن يكون الطفل ثمرة زواجاً غير شرعي اي ثمرة علاقة جنسية غير مشروعة^(١)، والشرط الثاني أن يكون الباعث أو الدافع الى القتل هو نية دفع العار عن نفسها وذويها، أما اذا كان الوليد ثمرة زواجاً شرعياً وقتلته الام فلا يشملها العذر المخفف، فقد يحصل أن تقتل الام طفلها حديث الولادة بسبب الظروف الصعبة التي تعيشها، أو بسبب الكره الذي تبطنه للأب^(٢)، وفي هذه الحالة تسأل ام عن جريمة قتل عمد طبقاً للمواد (٤٠٥) والمادة (٤٠٦) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل وبحسب ظروف الجريمة.

أما عن موقف التشريعات الأخرى فقد ذهب بعضها الى الخلط بين الباعث والدافع عند التعريف، أما البعض الآخر فقد ذهب إلى لزوم التفرقة بينهما، إذ أن الأخير يرى أن الباعث عامل نفسي منشأه احساس الجاني الذي دفعه إلى ارتكاب الجريمة، بينما الدافع يمثل مجموعة العوامل المعنوية السابقة على تحرك الإرادة التي تسبب رابطة سببية معنوية تربط الإرادة بالسلوك لذا يكون الدافع وليد الإرادة في حين يكون الباعث وليد الإحساس^(٣).

إلا أنه وعلى كل حال فلا عبء للباعث في التجريم، وقد عبرت عن ذلك محكمة النقض المصرية بقولها "من المقرر أن الباعث على الجرائم ليس ركناً فيها ومن ثم فلا يقدح في سلامة الحكم

(١) د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ط٢، العاتك للنشر، مصر، ٢٠٠٧ م، ص ١٦٧.

(٢) د. فخري عبد الرزاق الحديثي، المصدر نفسه، ص ١٦٨.

(٣) د. محمد محيي الدين عوض، القانون الجنائي ومبادئه الأساسية، المطبعة العالمية، مصر، ١٩٦٣، ص ٤٥٠.

الخطأ فيه أو ابتئاؤه على الظن أو إغفاله جملة"^(١)، وعلى ذلك أيضاً نص المشرع العراقي صراحة في المادة (٣٨) من قانون العقوبات بقوله "لا يعتد بالباعث على ارتكاب الجريمة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

الفرع الثاني

صور التعارض بين احكام جريمة قتل الام لطفلها حديث الولادة وبين احكام الشريعة الإسلامية

الأصل في النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستورية بافتراض مطابقتها للدستور وسبق وان بينا أن اي تعارض يحصل بين ثوابت الشريعة الإسلامية والتشريعات الاخرى هو مخالفة صريحة وواضحة للدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥، بدلالة المبدأ الدستوري الوارد في المادة الثانية من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ والتي منعت مخالفة ثوابت احكام الشريعة الإسلامية، وكذلك المادة (١٣- ثانياً) التي رسمت البطلان على كل نص قانوني يتعارض مع الدستور، وبناءً على ذلك سنتناول صور التعارض بين احكام الثوابت في الشريعة الإسلامية والاحكام القانونية لجريمة قتل الام لطفلها حديث الولادة، وذلك من خلال بيان حكم الشريعة الإسلامية وحكم التشريعات العقابية في كل محور من محاور التعارض وكالاتي:

أ- من حيث التجريم

من خلال استقراء نص المادة (٤٠٧) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩^(٢) يتبين أن هذا النص يتضمن فعلين مجرمين اي جريمتين هما (الزنا - القتل)، وان الزنا يتحقق وفق احكام الشريعة الإسلامية ب (الوطء الحرام المتعمد)^(٣)، وعليه فإن حكم الزنا في الشريعة الإسلامية هو التحريم المطلق في جميع الحالات سواء وقع الفعل من ذكر أو انثى، أو قد تم بين متزوجين ام غير متزوجين، فالزنا وفقاً للمنظور الإسلامي هو جريمة كل انسان، واذا كانت تلك القاعدة تتسم بالشمول فالفقه الإسلامي وضع العديد من المبادئ القانونية التي تحد من غلوها وتجعلها أكثر تقبلاً، مثل مبدأ

(١) طعن مصري رقم (٦٢٢٥) لسنة (٦٤) قضائية، مجموعة احكام النقض، ١٩٩٦، ص ٣٠٤.

(٢) "تعاقب بالسجن مده لا تزيد على عشر سنين أو بالحبس مده لا تقل عن سنة الأم التي تقتل طفلها حديث العهد بالولادة اتقاء للعار إذا كانت قد حملت به سفاحاً".

(٣) ينظر في تفصيل ذلك صفحة (٧٤-٧٥) من الرسالة.

شخصية العقوبة، فلا يتحمل أحد طرفي العلاقة في جريمة الزنا عقوبة الطرف الآخر مع اختلاف صفته، فلا تبعية في الإسلام، وكذلك مبدأ المسؤولية الأدبية، فالرجم لكل محصن والجلد لغير المحصن^(١)، والحكمة منه حماية المجتمع من الرذيلة وحماية الأسرة ومنع اختلاط الانساب.

بينما لم تجرم اغلب التشريعات الجنائية الوضعية فعل الزنا الا اذا تم بين طرفين متزوجين أو كان احد الأطراف متزوجاً، بناءً على فكرة الاخلاص الزوجي^(٢)، وسائر هذه التشريعات كُلت من التشريع الجنائي المصري والعراقي، فلم يجرم كلا التشريعين فعل الزنا ولم يضع عقوبة على مرتكبيه فيما لو تم الفعل بين شخصين بالغين بإرادتهم أو برضاهم، فقد جرموا الواقعة اذا تمت بغير الرضا فقط^(٣)، وهذا خلاف ما سارت عليه الشريعة الإسلامية التي اعتبرت الزنا من جرائم الحدود المحرمة والتي تندرج ضمن ثوابت الشريعة الإسلامية.

أما فيما تتضمنه المادة (٤٠٧) من قانون العقوبات العراقي - سالف الذكر - من جريمة اخرى هي القتل، نجد أن الشريعة الإسلامية قد منعت القتل بأي شكل من الأشكال إلا بالحق، لأن الله سبحانه وتعالى منع قتل النفس بدون حق، كما في قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾^(٤)، وقد جعل سبحانه من القصاص ضماناً لحياة الناس، كما جاء في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾^(٥)، هذا ومنعت الشريعة الإسلامية قتل المولود حديثاً حتى فيما لو كان انتقاءً

(١) ينظر: د. عبد الوهاب عمر البطراوي، جريمة الزنا بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، ط٢، دار الصفوة، مصر، ١٩٩٢ م، ص ٩٣.

(٢) ينظر: د. عبد الوهاب عمر البطراوي، جريمة الزنا بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، مصدر سابق، ص ١١١.

(٣) المادة (٢٦٧) من قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧م، "من واقع أنثى بغير رضاها يُعاقب بالإعدام أو السجن المؤبد".

ويُعاقب الفاعل بالإعدام إذا كانت المجني عليها لم يبلغ سنها ثمانى عشرة سنة ميلادية كاملة.."، والمادة (٣٩٣) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ م، "يعاقب بالحبس المؤبد أو المؤقت كل من واقع أنثى بغير رضاها أو لاط بذكر أو أنثى بغير رضاه أو رضاها...".

(٤) سورة الاسراء، الآية ٣٣.

(٥) سورة البقرة، الآية ١٧٨.

للعار ايضاً في قوله تعالى: ﴿قَدْ خَسِرَ الَّذِينَ قَتَلُوا أَوْلَادَهُمْ سَهْوًا غَيْرَ عِلْمٍ وَحَرَّمُوا مَا رَزَقَهُمُ اللَّهُ افْتِرَاءً عَلَى اللَّهِ قَدْ ضَلُّوا وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ﴾^(١).

ب - من حيث الباعث أو الدافع لارتكاب الجريمة

لم يعتد الفقه الإسلامي بالباعث الدافع إلى ارتكاب هذه الجريمة وكيفها على انها جريمة قتل عمد^(٢)، وعلى العكس من موقف الشريعة الإسلامية فقد اعتد المشرع الجنائي العراقي بالمادة (٤٠٧) من قانون العقوبات العراقي بالباعث الدافع لارتكاب هذه الجريمة الا وهو اتقاء العار اذا كانت الام قد حملت بالطفل سفاحاً وخفف العقوبة بناءً على هذا الدافع، اذ أراد المشرع الجنائي من نص المادة (٤٠٧) تخفيف العقوبة لهذه الجريمة، مراعاة لظروف الأم التي تقدم على قتل طفلها حديث الولادة من أجل إبقاء علاقتها الجنسية غير المشروعة في طي الكتمان، فإذا ما شاهد الناس طفلها فإن ذلك يعد دليلاً قاطعاً على انحرافها وتزديها، لاسيما إذا كانت غير متزوجة أو على علاقة غير شرعية برجل ما^(٣).

بذلك يتضح أن الباعث على الجريمة هو الستر ودفع العار الذي تجلبه حضانة الطفل والذي يعتبر العلة في تقرير هذا النص، وبذلك تكون (٤٠٧) غير منسجمة مع الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ، والذي اوجب فيه عدم مخالفة التشريعات لثوابت الشريعة الإسلامية.

وبحسب اعتقادنا في هذا الاطار انه اذا كان المشرع قد راعى ظروف الام القاتلة لدرء الفضيحة عنها، فأين عنها الفضيحة عندما حملته تسعة اشهر في بطنها، ومن المعلوم لدى الجميع أن علامات الحمل تظهر على المرأة بصورة واضحة، أفلم يلاحظ الناس حملها أو على الاقل لاحظته اسرتها، ام انها كانت تحمل جنينها في كيس!، ثم أن كل من مرحلة التحقيق وصدور الحكم المخفف بحقها بعد القتل الا يعتبر تشهير بفعاليتها، بمعنى الا تفضح اجراءات المحاكمة أو صدور الحكم المخفف امرها، فما داعي التخفيف بعد افتضاح امرها!

(١) سورة الانعام، الآية ١٤٠.

(٢) د. محمد معروف عبد الله، الباعث في قانون العقوبات العراقي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، العراق، ١٩٧٥ م، ص ٢٢٦.

(٣) د. همداد المرزاني، القتل بدافع الشرف، مصدر سابق، ص ٢٣٦.

ج - من حيث الحماية الجنائية لحق الطفل في الحياة

تتجسد اسمى حقوق الطفل في أن ينعم بالحياة، وأن تحفظ حياته من أي خطر أو اعتداء، وقد اكدت الدساتير على حقوق الطفل بالنص على رعايته وحمايته بصليها، منها ما جاء في المادة (٨٠) من دستور مصر لسنة ٢٠١٤ المعدل^(١)، والتي اكدت على ضرورة حماية الطفل من جميع اشكال العنف والاساءة وسوء المعاملة، كذلك اكد الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ النافذ على حق الاولاد على والديهم في التربية والرعاية وذلك في المادة (٢٩- ثانياً) بقولها "للأولاد حقٌّ على والديهم في التربية والرعاية والتعليم.." كذلك الحال بالنسبة لقانون رعاية الاحداث العراقي رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣، فقد ضمن حقوق الصغار والاحداث ومعاقبة الوالدين اذا ما اهملوا رعايتهم^(٢)، كما أن ارتكاب الجريمة بحق الطفل ظرفاً مشدداً وتكفل الدولة اتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لحماية حقوق الطفل ومنها حق الطفل في الرعاية الاجتماعية وحقه في التعليم الالزامي وتوفير الضمان الاجتماعي للطفل لكي يبتعد عن التشرد والجنوح، بالإضافة الى انشاء دور الدولة والتي تهدف الى رعاية الأطفال^(٣).

أما عن الشريعة الإسلامية فبدورها قد جرمت الاعتداء على حياة الانسان بدليل قوله تعالى:

﴿مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا﴾^(٤).

وترى الباحثة أنه وبالرغم من موقف الدساتير بضرورة حماية حق الطفل بالحياة والرعاية، وكذلك حكم الشريعة الإسلامية التي اعتبرت قتل الطفل جريمة قتل عمدية ومحرمة، نجد أن المشرع

(١) المادة (٨٠) من دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤ المعدل "عد طفلاً كل من لم يبلغ الثامنة عشرة من عمره، ولكل طفل الحق في اسم وأوراق ثبوتية، وتطعيم إجباري مجاني، ورعاية صحية وأسرية أو بديلة، وتغذية أساسية، ومأوى آمن، وتربية دينية، وتنمية وجدانية ومعرفية، وتكفل الدولة حقوق الأطفال ذوي الإعاقة وتأهيلهم واندماجهم في المجتمع، وتلتزم الدولة برعاية الطفل وحمايته من جميع أشكال العنف والإساءة وسوء المعاملة والاستغلال الجنسي والتجاري".

(٢) المادة (٢٩-أولاً) من قانون رعاية الاحداث العراقي رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣ "يعاقب بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على خمسمائة دينار كل ولي أهمل رعاية الصغير أو الحدث اهمالاً أدى به الى التشرد أو انحراف السلوك".

(٣) كاظم الزبيدي، ضمانات حماية الطفل في القانون العراقي، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.hjc.iq

تاريخ اخر زيارة ٢٠٢١/٧/٢٢ الساعة ١١:٠٠ م.

(٤) سورة المائدة، الآية/ ٣٢.

الجنائي سهل الامر على الام الزانية القاتلة وخفف الحكم بحقها بتقريره للمادة (٤٠٧) من قانون العقوبات العراقي.

د - من حيث العقوبة المقررة

جاء حكم الشريعة الإسلامية واضحاً فيما يخص عقوبة القتل العمد بغير حق، الا وهو القصاص^(١)، باعتباره ضماناً لحياة الناس، كما جاء في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾^(٢)، والقصاص يعني "أن يُفعل بالفاعل مثل ما فعل"^(٣)، وهدف العقوبة في الإسلام هي حفظ المصالح العامة والفردية في المجتمع، لأنه إذا علم القاتل أنه لو قَتَلَ يُقْتَلُ لترك القتل فلا يقتل فيبقى المقصود حياً، لأنه خاف من القصاص وترك قتله، اي أن سافك الدم إذا أقتص منه ارتدع وبذلك يكون القصاص نفسه سبباً للحياة من هذا الوجه^(٤).

والقصاص ليست بفكرة غريبة أو صعبة التطبيق في الوقت الحاضر، فقد اخذت اغلب التشريعات العقابية الوضعية بعقوبة مماثلة للقصاص بالنسبة لبعض جرائم القتل العمدية وغيرها، وهي عقوبة الاعدام، والتي تفترض فيها التسوية بين القاتل والمقتول، هذا وقد اخذ بجريمة الاعدام كل من

(١) الجرائم من حيث العقوبة في التشريع الإسلامي قسماً: ١- الجرائم التي يعزر عليها، ٢- الجرائم المعاقب عليها بالحدود والقصاص، جرائم الحدود: هي الجرائم التي يجب فيها الحد وهي ما يبين عقوبتها نص شرعي وكانت حق لله تعالى خالصاً أو نسبياً ويعبر عنها شرعاً بالحدود وهي سبع: ١- البغي، ٢- الردة، ٣- الحرابة، ٤- السرقة، ٥- الزنا، ٦- القذف، ٧- الشرب، اما الجرائم التي يجب فيها القصاص: فهي ما يبين عقوبتها نص شرعي وكانت حقاً للعباد وهي نوعان: - ١- جرائم تقع على النفس مطلقاً وتؤدي الى القتل، ٢- جرائم تقع على مادون النفس وهي الجرائم التي تمس جسم الانسان وتهلكه، ينظر: الجرائم والعقوبات في التشريع الإسلامي وتعديلاته، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.hrlibrary.umn.edu العدد ٢٤، ٢٠٠٦م، ص ١٠، تاريخ الزيارة ٢٢/٧/٢٠٢١م، الساعة ١٠:٠٠م.

(٢) سورة البقرة، الآية/ ١٧٨.

(٣) الامام الجرجاني، التعريفات، باب قاف، ط ١، دار الكتب العلمية، لبنان، ١٩٨٣ م، ص ٢٢٥.

(٤) د. رشيد كهوس، عقوبة القصاص في ضوء الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الداعي الشهرية، السنة ٣٩، العدد ٤، المغرب، ٢٠١٥ م، ص ٣.

المشروع المصري في المادة (٢٣٠) من قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧ المعدل^(١)، والمشروع العراقي في المادة (٤٠٦) من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل^(٢).

أما فيما يخص عقوبة قتل الام لطفلها حديث الولادة، فقد اتجه المشروع الجنائي المصري باتجاه منسجم ومشابه لحكم الشريعة الإسلامية، فيما يخص هذه الجريمة، حيث انه لم يتهاون مع الجانية الام ولم يضع حكم خاص لها أو تخفيف، بل اخضع فعلها لجرائم القتل العمد المنصوص عليها في المواد (٢٣٥-٢٣٠) من قانون العقوبات المصري النافذ والتي تعاقب بالإعدام أو السجن المؤبد أو المؤقت بحسب ظروف الجريمة.

أما المشروع الجنائي العراقي، فقد نص في المادة (٤٠٧) على أن "تعاقب بالسجن مده لا تزيد على عشر سنين أو بالحبس مده لا تقل عن سنة الأم التي تقتل طفلها حديث العهد بالولادة اتقاء للعار إذا كانت قد حملت به سفاحاً".

ونعتقد من خلال استقراء النص القانوني، بأن المشروع العراقي قد تهاون في العقوبة نتيجة اعتداده بالباعث وهو (اتقاء العار) حماية للأم من الفضيحة على الرغم من أن فعل الام يجمع بين جريمتين هما الزنا والقتل، قد فضّل المشروع مصلحة الام على مصلحة الصغير، وهذا يجسد ابشع صور الأنانية أن تشتري ام حياتها مقابل قتل طفلها، وكان الاجدر بالمشروع العراقي أن يخصص نص المادة (٤٠٧) للام المغتصبة - في حال لم تستطع اسقاط الجنين - وليست للام الزانية، كون الام المغتصبة لا ذنب لها بالحمل ولم تقترب فعل الزنا بإرادتها فهي اولى بتخفيف العقوبة لتداري على ما حصل لها بالإكراه، مراعاة لظروفها ودفعاً للعار كونها مكرهة غير راغبة، واما عن الام الجانية الزانية فيفترض تشديد العقوبة عليها، كونها هي السبب في حمل هذا المولود غير الشرعي بقبولها ارادياً فعل الزنا ثم قتل المولود.

(١) المادة (٢٣٠) من قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧ المعدل، "كل من قتل نفساً عمداً مع سبق الإصرار على ذلك أو التردد يعاقب بالإعدام".

(٢) المادة (٤٠٦) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل "١ - يعاقب بالإعدام من قتل نفساً عمداً في احدى الحالات التالية: أ - اذا كان القتل مع سبق الاصرار أو التردد، ب - اذا حصل القتل باستعمال مادة سامة، أو مفرقة أو متفجرة...".

وبناءً على ما تقدم ذكره نجد أن المادة (٤٠٧) لم تتفق واحكام الشريعة الإسلامية التي تفرض القصاص (الاعدام) على القتل العمد، وبالتالي تكون المادة غير منسجمة مع احكام المادة الثانية من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ، وعليه نرجح أن تكون المادة القانونية على النحو الآتي "تعاقب بالإعدام الام التي تقتل طفلها حديث الولادة، اذا كانت قد حملت به سفاهاً برضاها، ويعد عذراً مخففاً اذا كان اذا كان الحمل نتيجة الاغتصاب في حال تعذر اجهاض الجنين".

هـ - من حيث الآثار المترتبة على الجريمة

من الثابت أن الهدف من فرض العقوبة هو تحقيق العدالة و الردع العام والخاص^(١)، الا أن التهاون في العقوبة يخلف الكثير من الآثار المدمرة للمجتمع، لاسيما جريمة قتل الام لطفلها حديث الولادة فأنها ترتب العديد من الآثار الوخيمة على المجتمع، وذلك لما تتضمنه تلك الجريمة من فعل الزنا والذي يعتبر سبباً في اشاعة الرذائل ومظاهر الانحلال الاخلاقي واختلاط الانساب^(٢)، وتفكك الاسرة وتزعزعها خصوصاً وان تطبيق نص المادة (٤٠٧) سالف الذكر، غير متفق مع احكام الدستور فقد نصت المادة (٢٩-أولاً-أ) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ على أن "الاسرة اساس المجتمع، وتحافظ الدولة على كيانها وقيمها الدينية والاخلاقية والوطنية"، فإشاعة الفساد وعدم تجريم الزنا والتهاون مع قتل الاطفال، لا يتفق مع مفهوم المحافظة على الاسرة وكيانها وقيمها الدينية وهذا ما لا يتفق مع ما نصت عليه المادة (٢٩-أولاً-أ) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

ومن الآثار الأخرى التي قد تنتج عن تطبيق نص المادة (٤٠٧)، حالة ما اذا ولدت الام اكثر من طفل واحد كما في التوأم، فلكي تستفيد من العذر المخفف فلا بد من أن تقتلهم جميعاً كي تداري الفضيحة والعار، لأن بقاء احد الاطفال على قيد الحياة يعني انها قبلت أن يلحق بها العار^(٣)، فهل من المقبول أو هل ممكن أن تقتل الام طفلين أو اكثر ويشملها العذر المخفف للعقوبة!، لذا نقترح أن

(١) ينظر: زهرة غضبان، تعدد انماط العقوبة واثره في تحقيق الردع الخاص للمحكوم عليهم، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، الجزائر، ٢٠١٣ م، ص ١٨.

(٢) د. دواس يمنية، جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية والقوانين العقابية، بحث منشور في مجلة افاق علمية، المجلد ١١، العدد ٤، الجزائر، ٢٠١٩ م، ص ٣.

(٣) ينظر: عبد الخالق المبارك، الباعث واثره في جريمة القتل العمد، بحث مقدم الى المعهد القضائي، بغداد- العراق، ١٩٩٩ م، ص ٣١.

يجعل المشرع الجنائي من هذا الأمر طرفاً مشدداً للعقوبة كون النص التشريعي لهذه الجريمة جاء عاماً ولم يتناول حالة ما اذا قتلت اكثر من طفل .

كذلك من الآثار السلبية الناتجة عن هذه الجريمة والتي سببها عدم الدقة في صياغة النص التشريعي، هو عدم تحديد القصد من مفهوم (حديث الولادة) كما اسلفنا بالشرح، فلم يوضح المشرع الجنائي عمر الطفل المقصود بحديث الولادة، وترك تقدير الفترة التي يعتبر فيها الطفل حديث الولادة لقاضي الموضوع، وهذه المسألة تعترتها الصعوبة، وذلك بسبب عدم وجود قرارات قضائية واضحة في هذا الشأن^(١)، لذي يرى بعض الفقهاء انه يعتبر الطفل حديث الولادة طالما لم تنته مدة تسجيله في السجل المدني^(٢)، وجدير بالذكر أن الطفل يسجل في السجل المدني وفقاً للمادة (١٤) من قانون الطفل المصري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ حدوث الولادة^(٣).

أما في العراق فبموجب المادة (٢) من قانون تسجيل الاحوال المدنية العراقي رقم (١٨٩) لسنة (١٩٦٤م) فيسجل الطفل بالسجل المدني خلال مدة سبعة ايام من تاريخ ولادته، الا أن هذا القانون عُدل بالقرار رقم (١١٠) لسنة (١٩٨٢م) واصبح التسجيل يتم خلال خمسة عشر يوماً بموجب هذا القرار^(٤)، وجاء قانون تسجيل الولادات والوفيات العراقي المرقم (١٤٨) لسنة (١٩٧١) ليجعل من تسجيل المولود خلال خمسة عشر يوماً اذا تمت الولادة من قبل المولد المجاز في المدن، وخلال سبعة ايام اذا جرت الولادة في المستشفيات الحكومية أو الاهلية^(٥).

(١) ينظر: د. واثبة داود السعدي، قانون العقوبات القسم الخاص، شركة العاتك لصناعة الكتاب، مصر، ١٩٨٩م، ص١١٧.

(٢) ينظر: أ. م. د. همداد المرزاني، القتل بدافع الشرف، مصدر سابق، ص٢٣١.

(٣) المادة (١٤) من قانون الطفل المصري رقم (١٢) لسنة ١٩٩٦ المعدل بالقانون رقم (١٢٦) لسنة ٢٠٠٨م، "يجب التبليغ عن المواليد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ حدوث الولادة...".

(٤) ينظر: د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ط٢، المكتبة القانونية، العراق، ١٩٩٧ م، ص١٧٣.

(٥) ينظر: القاضي سامي سعيد عبد الله، اثر الباعث في جريمة القتل العمد، بحث مقدم الى المعهد القضائي، ١٩٨٧م؛ نقلاً عن: أ. م. د. همداد المرزاني، القتل بدافع الشرف، مصدر سابق، ص٢٣٢؛ المادة (٣) قانون تسجيل الولادات والوفيات العراقي المرقم (١٤٨) لسنة (١٩٧١) "أ - على الطبيب المولد أو الممرضة أو القابلة المجازتين بالتوليد عند اجراء عملية ولادة في المؤسسات الصحية الحكومية وغير الحكومية تنظيم الشهادة وتوقيعها وتقديمها خلال سبعة ايام الى رئيس المؤسسة... ب - على الطبيب المولد أو الممرضة أو القابلة المجازتين بالتوليد عند اجراء

ونرى ضرورة تحديد المدة التي يعتبر ضمنها الطفل حديث الولادة من قبل المشرع الجنائي، نظراً لخطورة الفعل وعدم كفاية ووضوح القرارات قضائية في هذا الشأن، كما وينبغي أن لا تستمر هذه الفترة الى مدة تخرج عن المدة المألوفة والمتعارف عليها لدى المجتمع وبالتالي يفقد النص القانوني العلة من تخفيف العقاب وهي (انتقاء العار).

نستخلص مما تقدم ذكره في هذا المطلب أن المادة (٤٠٧) من قانون العقوبات العراقي، قد اقرت عذراً قانونياً مخففاً للأُم التي تقتل طفلها حديث الولادة بشرط أن يكون الطفل غير شرعي، وان يكون القتل بنية انتقاء العار الذي يلحق عائلتها، ولم توافق هذه المادة القانونية حكم الدستور بمخالفتها لحكم الشريعة الإسلامية بعدة صور منها، لم يجرم المشرع الجنائي فعل الزنا الواقع بين البالغين اذا تم بالرضا، وايضاً خفف المشرع الجنائي العقوبة للأُم الجانية، رغم أن هذه المادة تتضمن فعلين اجراميين قتل وزنا، نتيجة اعتداده بالباعث الدافع لارتكاب الجريمة والمقصود منه دفع العار عن الجانية، بالإضافة الى أن المشرع الجنائي لم يعالج مسألة حديث الولادة وترك تحديدها للقضاء، فلم يوضح المدة التي يعتبر معها الطفل حديث الولادة، وهذا الأمر يؤدي بطبيعة الحال الى تباين القرارات والاحكام القضائية بهذا الشأن، كون نظرة كل قاضي تختلف عن الاخر، وهناك امر اكثر خطورة تحمله هذه المادة القانونية في طياتها، هي حالة ما اذا ولدت الأم أكثر من طفل واحد، فلكي تستفيد الام من العذر المخفف يتوجب عليها قتلهم جميعاً كي لا يفتضح امرها، والا أن بقاء احد الاطفال دون الأخر يعني انتقاء علة التخفيف (انتقاء العار)، وبالتالي يخضع فعلها لجريمة القتل العمد.

المطلب الثاني

المشروعية الدستورية لجريمة الخيانة الزوجية

الخيانة الزوجية ظاهرة اجتماعية تنتفشى في الغالبية العظمى من دول العالم، وتعد اثماً و معصية وانحراف عن القيم السامية، هذا من جانب و من جانب اخر يمكن أن تكون تعبيراً عن العدوانية والغضب او قد تكون سلاحاً ضد الزوج أو الزوجة فالزواج عقد شرعي و قانوني بين رجل وامرأة، له اهداف سامية تتمثل في تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة و التعاون و احسان الزوجين

عملية ولادة خارج المؤسسات الصحية تنظيم الشهادة وتوقيعها وتقديمها خلا خمسة عشر يوماً من تاريخ وقوعها داخل المدن وثلاثين يوماً في القرى والارياف...".

والمحافظة على الأنساب، وكذلك الاحترام والثقة المتبادلة بين طرفي العلاقة، فلا يوجد خطر على رابطة الزواج أكثر من خطر الخيانة، وكذلك للأسرة والمجتمع من حيث انحلال الترابط بين الأسر و ذبوع الفاحشة وتفشي الرذيلة، على اعتبار أن الرابطة الزوجية من أقدم الروابط الاجتماعية، التي تقع على عاتق كلا الزوجين من أجل بناء أسرة قوية البنين، كون الأسرة هي الخلية الأساسية في بناء كل مجتمع وان أي مساس بها سواء من الداخل أو الخارج يعتبر مساس بالمجتمع بنص الدستور، حيث نصت المادة (١٠) من الدستور المصري على أهمية الأسرة بقولها "الأسرة أساس المجتمع، قوامها الدين والأخلاق والوطنية، وتحرص الدولة على تماسكها واستقرارها وترسيخ قيمها"، وعلى نفس الأمر نصت المادة (٢٩) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥، لكن هل حقق المشرع الجنائي الحماية الجنائية للرابطة الزوجية وللأسرة، من خلال تجريمه زنا الزوجية!، وهل وافق حكمه حكم الدستور والشريعة الإسلامية في كل من جمهورية مصر والعراق!، هذا ما سنبينه وفق فرعين، نتناول في الفرع الأول ماهية جريمة الخيانة الزوجية، أما الفرع الثاني فسننتاول فيه صور المخالفة الدستورية لجريمة الخيانة الزوجية، وكما يلي:

الفرع الأول

ماهية جريمة الخيانة الزوجية

تعتبر جريمة زنا أحد الزوجين من أفظع الجرائم التي قد ترتكب في حق الكيان الأسري باعتبار ما لها من آثار سلبية على الحياة العائلية وخاصة الأثر النفسي على الأطفال، كذلك على المجتمع بصورة عامة، ذلك لان جرائم الخيانة الزوجية، جرائم العرض و الشرف، ذات طبيعة خاصة لا كونها تمس مصلحة الضحية من هذه الجريمة سواء كان الزوج أو الزوجة فحسب و انما كونها تمس بكيان الأسرة وبالنتيجة المجتمع، هذا وان كافة الشرائع السماوية والقوانين الوضعية لم تتوان عن تجريمها، لمنافاتها لأبسط المبادئ الاخلاقية، كونها تتضمن انتهاكا للأعراض وتؤدي إلى الاختلاط في الأنساب، وقد كان للشريعة الإسلامية المجال الأكبر في تجريم الزنا، ولم تكفني بتجريمه فحسب وانما فرضت عقوبة قاسية على كل من يرتكب هذه الجريمة، بحيث تكون العقوبة رادعة ومانعة لكل من تسوّل له نفسه الإقدام على هذه الجريمة، كما وعدتها من ضمن الجرائم الخطرة التي تستهدف مقاصد الشريعة الإسلامية (حفظ الضرورات)، وعليه فكل علاقة جسدية خارج اطار الزواج أو العقد الشرعي

فهي زنا في مفهوم الشريعة الإسلامية، لذا فقد عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الزنا بتعاريف عديدة، منها هو "وطء مكلف مسلم فرج آدمي لا ملك له فيه باتفاق تعمداً"^(١)، أو هو "وطء الرجل من لا يحل له النظر إلى مجردها وهو عالم بالتحريم"^(٢)، وبتعريف آخر هو "ايلاج الذكر بفرج محرم لعينه خال من الشبهة مشتهى يوجب الحد"^(٣)، وعرفته الإمامية بأنه "ايلاج الإنسان ذكره في فرج امرأة محرمة من غير عقد ولا ملك ولا شبهة، قبلاً أو دبراً"^(٤).

وبدورها فقد نظمت الشريعة الإسلامية طريق الاتصال بين الرجل والمرأة فأحلت الزواج الذي يعتبر المنهج المتعارف الذي تستطيع البشرية عن طريقه أن تستمر في أداء دورها الانساني المتكامل فلم يتنكر التشريع الإسلامي للغريزة الجنسية، وإنما أراد أن ينظم هذه العلاقة بين الرجل والمرأة بحيث يتحمل كل من الزوجين مسؤوليته عما يترتب على هذه العلاقة من نتائج، وإذا كان الزنا جريمة محرمة فان الزواج سنة مستحبة دعا اليها الإسلام وحث عليها، لأنها الطريق الطبيعي لتلبية نداء تلك الغريزة.

كما ولم يقتصر ذكر اهمية الزواج على الشريعة الإسلامية فحسب بل أن كل من الزواج وتنظيم الاسرة منصوص عليه في اغلب دساتير العالم- أن لم يكن اجمعها- منها نص دستور جمهورية مصر النافذ الذي اكد على اهمية الزواج واحترام قدسية الاسرة والمحافظة عليها في المادة العاشرة منه^(٥)، أما عن دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ فقد جعل الاسرة اساس المجتمع بقوله "الاسرة اساس المجتمع، وتحافظ الدولة على كيانها وقيمها الدينية والاخلاقية والوطنية"^(٦).

(١) محمد الخرشني، الخرشني على مختصر سيدي خليل، ج٤، دار صادر، لبنان، ١٣١٧ هـ، ص ٧٥.

(٢) علي بن أحمد بن سعد ابن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق الدكتور عبد الغفار البنداري، ج١١، دار الكتب العلمية، لبنان، ٢٠٠٩م، ص ٢٢٩.

(٣) محمد بن محمد الشربيني، مغنى المحتاج، ج٤، تحقيق الشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، لبنان، ٢٠١٥م، ص ١٤٤.

(٤) المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ج٤، تحقيق السيد صادق الشيرازي، ط٢، دار التعارف، لبنان، ١٩٨٦م، ص ٩٣٢.

(٥) المادة (١٠) من دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤ المعدل النافذ، "الأسرة أساس المجتمع، قوامها الدين والأخلاق والوطنية، وتحرص الدولة على تماسكها واستقرارها وترسيخ قيمها".

(٦) المادة (٢٩/أولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ.

وعليه سيتم التطرق إلى بيان مفهوم جريمة الخيانة الزوجية في أولاً، وشروط تطبيق النص الجنائي لجريمة الخيانة الزوجية في ثانياً، كما يلي:

أولاً: مفهوم جريمة الخيانة الزوجية

الخيانة لغةً: الخيانة نقيض الأمانة، من خانه خَوْنًا وخيانه ومَخَانَةً، واختانه، فهو خائن وخائنة وخؤون وخَوْنٌ والجمع خانة وخَوْنَةٌ وخَوْنٌ، ويقال: خُنْتُ فلانًا، وخننت أمانة فلان^(١).

الخيانة اصطلاحاً: فهي مخالفة الحق بنقض العهد في السر، (والأظهر أنها شاملة لجميع التكاليف الشرعية)، وقيل: هي (الاستبداد بما يؤتمن الإنسان عليه من الأموال والأعراض والحرم، وتملك ما يستودع، ومجاهدة مودعه)^(٢)، وقد عرفها البعض من فقهاء القانون على أنها "تدنيس فراش الزوجية وانتهاك حرمتها بتمام الوطء"^(٣)، وعرفها فقهاء آخرون على أنها " ارتكاب الوطء غير المشروع من شخص متزوج، مع امرأة برضاها حالة قيام الزوجية فعلاً أو حكماً"^(٤).

بينما لم تعرف معظم التشريعات الوضعية فعل الزنا، وإنما حددته بصيغ وعبارات مختلفة، فالمشروع الجنائي المصري في تنظيمه الحالي لأحكام جريمة الزنا في قانون العقوبات رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧ المعدل، قد استسقى فكرته في التجريم و وضع معظم إجراءاته وشروطه وأدلته الخاصة بالزنا من قانون العقوبات الفرنسي قبل تعديله^(٥)، فلم يعرف الزنا بصورة مستقلة^(٦)، أما المشروع الجنائي

(١) احمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصر، مصدر سابق، ص ٥١.

(٢) موسوعة الأخلاق، الدرر السنوية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني www.dorad.net تمت زيارة الموقع بتاريخ ١٩/١٢/٢٠٢١، الساعة ١٠:٠٠ م.

(٣) عبد الحكيم فودة، الجرائم الماسة بالأداب العامة والعرض، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٤، ص ٦٠٥.

(٤) احمد حافظ نور، جريمة الزنا في القانون المصري والمقارن، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، ١٩٥٨ م، ص ٢٣.

(٥) القانون الفرنسي قد الغى تجريم الزنا بموجب القانون الصادر سنة ١٩٧٥ بناء على توصية أصدرها المؤتمر الدولي التاسع في قانون العقوبات، الذي عقد في لاهاي سنة ١٩٢٣، عبدالرحيم الصديقي، جرائم الأسرة في الشريعة و القانون المصري و الفرنسي، مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعي، مصر، ١٩٨٧ م، ص ١٤١.

(٦) ينظر: القاضية نيكار احمد محمد اغا، جرائم الخيانة الزوجية بين القانون والواقع، بحث مقدم الى مجلس القضاء في إقليم كردستان العراق، ٢٠١٧، ص ٢٢.

العراقي فقد اكتفى ببيان اركان الجريمة وعقوباتها وشروط وإجراءات تقديم وتسجيل الشكوى وكيفية انقضائها في المواد (٣٧٧-٣٨٠) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

وكان الاجدر بالمشعر الجنائي- العراقي والمصري- أن يوضح مفهوم جريمة الزنا ويبين اركانها كونها محكومين بقاعدة الشرعية الجنائية الواردة في صلب الدستور والتي تقضي "لا جريمة ولا عقوبة الا بنص..."^(١).

وعند النظر للتعريف الفقهي المعطاة للزنا وللموقف القانوني، نجد بأن كل من المشرعين الجنائيين إنما يقران المسؤولية الجنائية بالنظر إلى تدنيس فراش الزوجية، أما عن فعل غير المتزوجين فقد أهملهم المشعر ولم يتعرض لهم بالعقاب، وان كان فعلهم يمس قواعد الأخلاق، حتى أن المشعر عد غير المتزوج إذا ما زنى بامرأة متزوجة شريكاً فلا يعاقب باعتباره زانياً (اصيل) وانما باعتباره شريكاً لامرأة زانية، وهو بذلك يحمي العلاقة الزوجية اكثر من حمايته لفعل الفاحشة بحد ذاته.

ثانياً: شروط تطبيق النص الجنائي لجريمة الخيانة الزوجية

لمعرفة شروط تطبيق النص الجنائي لجريمة الخيانة الزوجية، أو شروط اعتبار الفعل خيانة زوجية ينبغي استعراض النصوص القانونية الخاصة بهذه الجريمة، نبدأ بقانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧ المعدل حيث عالج المشعر الجنائي المصري جريمة الخيانة الزوجية في المواد (٢٧٣-٢٧٧)، حيث نصت المادة (٢٧٣) على "لا تجوز محاكمة الزانية إلا بناء على دعوى زوجها إلا إنه إذا زنى الزوج في المسكن المقيم فيه مع زوجته كالمبين في المادة (٢٧٧) لا تسمع دعواه عليها"، أما قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ فقد نصت المادة (٣٧٧) منه على "١- يعاقب بالحبس الزوجة الزانية ومن زنا بها ويفترض علم الجاني بقيام الزوجية ما لم يثبت من جانبه انه لم يكن في مقدوره بحال العلم بها، ٢- ويعاقب بالعقوبة ذاتها الزوج اذا زنا في منزل الزوجية".

من خلال استقراء النصوص العقابية يتضح انه من اجل انطباق وصف جريمة الخيانة الزوجية على الفعل المرتكب يجب توافر عدة شروط، ثلاث منها تتعلق بالزوجة وتتمثل ب (قيام الزوجية والوطء والقصد الجنائي)^(١)، واضيف شرط رابع خاص بالزوج وهو منزل الزوجية، والشروط هي:

(١) المادة (٢/١٩) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥م النافذ.

١- قيام الرابطة الزوجية

يتطلب لقيام جريمة الخيانة الزوجية وجود رابطة زوجية بين المتهم أو المتهمة وبين الطرف الثاني زوجا كان أو زوجة، ذلك لأن علة التجريم تكمن في أن عقد الزواج يلزم كل من طرفيه الأمانة والإخلاص تجاه الآخر^(٢)، ولكي يعتد بها القانون يجب أن تكون الرابطة الزوجية قائمة فعلاً أو حكماً وقت ارتكاب الجريمة، وأن تكون شرعية وقانونية ورسمية^(٣)، وعليه يخرج من مفهوم الخيانة الزوجية حدوث الاتصال الجنسي قبل انعقاد الزواج، فلا جريمة بالنسبة للمرأة المخطوبة، كذلك الحال بالنسبة للاتصال الجنسي الذي يتم بعد انحلال الزواج بالطلاق بشرط أن يكون بائناً^(٤)، سواء اكان بينونة كبرى أو صغرى أو على إثر وفاة الزوج، أما الطلاق الرجعي فلا تزول به الرابطة الزوجية خلال فترة العدة وبالتالي يعتبر الفعل زنا إلا إذا انتهت العدة حينئذ لا يشكل الفعل زنا لانتهاء العلاقة الزوجية^(٥)، كذلك يتوجب أن يكون عقد الزواج مستوفياً لكافة الشروط والإجراءات الشكلية التي حددها الشرع والقانون، وعليه فإن الفعل يخرج من نطاق تجريم الزنا إذا كان قد حُكم ببطلان العقد، أو كان العقد فاسداً وحكم بفسخه، كون عقد الزواج الباطل أو الفاسد لا يحلل استمتاع أحد الزوجين بالآخر، ومن ثم لا تنشأ تلك العقود الحقوق الزوجية والتي جُرم الزنا من اجلها^(٦).

(١) ينظر: محمد جبار اتويه، فلسفة العدالة في القانون الجنائي العراقي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة النهرين، العراق، ٢٠١٩ م، ص ١٢٧.

(٢) محمد عبد الرؤوف محمود، أثر الروابط الأسرية على تطبيق القانون الجنائي، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، ٢٠٠٩ م، ص ١٥٣.

(٣) بلقاسم نجموي، الخيانة الزوجية في التشريع الجزائري، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.asjp.cerist.dz، ص ٢٨، تاريخ الزيارة ١/٥/٢٠٢١ م، الساعة ١٠:٠٠ م.

(٤) ينظر: موسى حسن المرادي، الجريمة بين الاصول والفروع في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠١٠ م، ص ٢٣٩.

(٥) ينظر: د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مصدر سابق، ص ٤٦٤.

(٦) ينظر: د. أدوار غالي الذهبي، الجرائم الجنسية، ط ٢، الغريب للطباعة والنشر، مصر، ١٩٩٧ م، ص ٣٠.

٢- حصول الوطء غير المشروع

أن الشرط الثاني لجريمة الخيانة الزوجية هو توافر فعل الوطء غير المشروع، ويقصد بالوطء التحام الرجل بالأنثى في المكان الطبيعي من المرأة^(١)، ويشترط لذلك وجود شريك يجامع الزوجة جماعاً غير شرعي، وعليه فلا يعتبر الفعل زناً بمجرد الخلوة بين رجل وامرأة متزوجة، ما لم تصطحب هذه الخلوة بوطء وأعمال فاحشة، كما ولا يعد من قبيل الزنا الأفعال التي لا تصل إلى درجة الإيلاج، كالقبيل واللمس والمباشرة خارج المكان المخصص لذلك، فلا يكفي مجرد النوم مع امرأة أجنبية في فراش واحد لتحقيق جريمة الزنا، كذلك يخرج من مفهوم الخيانة الزوجية الأفعال المخلة بالحياء التي تأتيناها المرأة مع امرأة أخرى، وإذا كانت هذه الأفعال بطبيعتها لا تشكل وصف الزنا إلا أنه يمكن المعاقبة عليها بأوصاف جرائم أخرى إذا انطبق عليها النص العقابي^(٢).

أما بالنسبة للمشروع في جريمة الخيانة الزوجية فهنا لا بد من التمييز بين موقف الشريعة الإسلامية وموقف التشريعات العقابية، فإن موقف الشريعة الإسلامية جاء واضحاً بحسب تعريفها للزنا، فإنه يتحقق بالوطء الحرام المتعمد، ولذلك فلا يتصور المشروع في جريمة الخيانة الزوجية، كون هذه الجريمة لا تقع إلا تامة إذ أنه يتم بالإيلاج فقط^(٣)، ومع ذلك فقد عبرت الشريعة الإسلامية عن مثل تلك الجرائم غير التامة وقررت العقاب عليها تعزيراً كونها تُعد معصية، أما عن موقف التشريعات العقابية، فلا يوجد نص صريح في قانون العقوبات المصري يجرم أو يعاقب على المشروع في جريمة الزنا، وبالرغم من أن المشرع الجنائي العراقي قد عاقب على المشروع في الجنايات والجرح في المادة (٣٠) من قانون العقوبات، إلا أن محكمة التمييز قضت بأن لا مشروع في جريمة الخيانة الزوجية، فقد جاء في أحد قرارات محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية أنه "لدى التدقيق والمداولة وجد أن أهم أركان المادة (٣٧٧) عقوبات عراقي وهو وقوع الوطء ولا يمكن وقوع الجريمة إلا تامة ولا يتصور المشروع فيها، كما لا يمكن الأخذ بالحالات التي نصت عليها المادة (٤٠٩) فحالة التلبس المنصوص عليها في المادة هي غير الوطء الذي تشترطه

(١) بلقاسم نجمائي، الخيانة الزوجية في التشريع الجزائري، مصدر سابق، ص ٢٧.

(٢) نيكار أحمد محمد اغا، جرائم الخيانة الزوجية بين الواقع والقانون، مصدر سابق، ص ٢٩.

(٣) د. عبد العظيم شرف الدين، العقوبة المقدره لمصلحة المجتمع الإسلامي، ج ١، مطبعة الكليات الأزهرية، القاهرة- مصر، ١٩٧٣م، ص ٢٣٤.

المادة (٣٧٧) والذي لم يثبت وقوعه باي دليل في هذه الدعوى وعليه ولعدم كفاية الأدلة قرر الغاء كافة القرارات الصادرة في الدعوى والغاء التهمة الموجهة الى المتهمه واخلاء سبيلها وصدر القرار بالاتفاق بتاريخ ١١/٩/١٩٨٩^(١).

٣- القصد الجنائي

تُعد جريمة الخيانة الزوجية من الجرائم العمدية التي لاتقع الا عمداً، اذ يتطلب لقيامها توافر القصد الجنائي أي "أن يوجه الفاعل ارادته لارتكاب الأمر المكون الجريمة مع علمه بأركانها القانونية"^(٢)، هذا ويتحقق القصد الجنائي بتوافر شرطين هما العلم والارادة، بمعنى أن ينصرف علم الجاني الى انه يرتكب الفعل وهو عالم بالصفة الزوجية وانه يواقع شخصاً لاترتبطه به رابطة الزوجية، فيتحقق القصد الجنائي للزوجة باتصالها الجنسي غير المشروع مع رجل غير زوجها وترتكب الفعل بإرادة حرة^(٣).

ويقصد بالعلم الذي يحقق القصد الجنائي هو العلم اليقيني، فاذا ما دخل الشك أو انتفى اليقين لدى الفاعل انتفى معه القصد الجنائي، فلا عقاب على الزوجة اذا ثبت انها ارتكبت الزنا اعتقاداً منها انها حرة كأن تعتقدت انها قد طُلقَت أو أن زوجها قد توفي^(٤)، كما لا عقاب اذا ثبت أن الزوجة قد سلمت نفسها لأجنبي معتقدة انه زوجها كما لو تسلل شخص الى فراشها اثناء النوم واتخذ منها موقع زوجها فظنته زوجها وسلمت اليه نفسها فلا تعد في هذه الحالة مرتكبة لجريمة الخيانة الزوجية لأنثناء العلم^(٥)، كذلك يتطلب لتحقق القصد الجنائي بالاضافة الى العلم اليقيني انصراف ارادة الفاعل الى قبول الاتصال الجنسي بغير الزوج قبولاً حراً مختاراً، فيخرج عن وصف الخيانة الزوجية انتفاء ارادة

(١) قرار رقم ٢٢٦/٢٢٧/ج١٩٨٩، محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية، بتاريخ ١١/٩/١٩٨٩، قرار غير منشور .

(٢) عبد المجيد طه، جريمة الزنا في القانون العراقي، بحث مقدم الى المعهد القضائي العراقي، بغداد- العراق، ١٩٩٩ م، ص١٦.

(٣) د. أحمد محمود خليل، جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية والمسيحية والقوانين الوضعية، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، ٢٠٠٢ م، ص٦٨.

(٤) ينظر: د. رمسيس بهنام، قانون العقوبات جرائم القسم الخاص، منشأة المعارف، ط١، الاسكندرية- مصر، ٢٠٠٥ م، ص٤١٧.

(٥) د. صالح مصطفى، الجرائم الخلقية دراسة تحليلية مقارنة، دار المعارف، القاهرة- مصر، ١٩٩٢ م، ص ٦٨.

الفاعل، كأن يكون الفعل قد وقع بالتهديد أو الاكراه أو بسبب تعاطي المواد المسكرة أو المخدرة قسراً أو بدون علم، فمثلاً إذا اكترت الزوجة على الوطء تمتع عنها المسؤولية الجزائية^(١).

٤- منزل الزوجية

اشترطت المادة (٢٧٧) من قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧ النافذ^(٢)، والمادة (٢/٣٧٧) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ النافذ^(٣)، شرطاً خاصاً بالزوج حتى تقوم بحقه جريمة الخيانة الزوجية، وهذا الشرط هو منزل الزوجية، ويعني أن الزوج لا يعتبر مرتكباً لجريمة الخيانة الزوجية حتى وإن ارتكب فعل الزنا مع امرأة اجنبية عمداً ما لم يكن فعله قد تم بمنزل الزوجية طبقاً للنصوص العقابية اعلاه، والمقصود بمنزل الزوجية "كل مكان أو منزل يكون للزوج الحق في الزام زوجته بالاقامة فيه أو يكون لها الحق في الدخول فيه ولا يشترط فيه أن يكون مسكناً دائماً لهما"^(٤) وبذلك قد قضت محكمة النقض المصرية بقولها "يعتبر في حكم المادة (٢٧٧) عقوبات - مصري منزلاً للزوجة كل منزل اتخذته الزوجة له مسكناً ولو لم تكن الزوجة مقيمة به فعلاً إذ يصح أن يكون هذا المنزل محل سكنى للزوجة ولها أن تدخله من تلقاء نفسها ولزوجها الحق في أن يطلبها للاقامة به وعليه فإن الزوج الذي يخون زوجته في مثل هذا المنزل يحق عليه العقاب لتوافر الغاية التي توخاها المشرع وهي حماية وصيانة حرمة الزوجة من الاهانة التي يسببها لها زوجها عندما يرتكب فعل الخيانة الزوجية في المنزل الذي توجد فيه"^(٥).

يتضح مما تقدم ذكره أن معيار تحديد منزل الزوجية يكمن في الزام الزوج زوجته بالاقامة في ذلك المنزل أو احقية الزوجة بالدخول اليه، وعليه فإن اي مكان قد يتخذه الزوج مسكناً له سواء بسبب العمل أو معاملاته التجارية أو غيرها، يعتبر منزلاً للزوجية مادام الزوج يسمح لزوجته بالدخول اليه، كذلك يدخل ضمن مفهوم منزل الزوجية المكان الذي يخصصه الزوج للسكن في أوقات معينة من السنة، كالغرفة التي يستأجرها الزوج في أحد الفنادق اذا كانت اقامته على وجه الدوام، أما اذا كانت

(١) ينظر: ضاري خليل محمود، اثر العاهة العقلية في المسؤولية الجزائية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، العراق، ١٩٨٠ م، ص ١٦٤.

(٢) "كل زوج زنى في منزل الزوجية وثبت عليه هذا الأمر بدعوى الزوجة يجازى بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور".

(٣) "١ - يعاقب بالحبس الزوجة الزانية ومن زنا بها ويفترض علم الجاني بقيام الزوجية ما لم يثبت من جانبه انه لم يكن في مقدوره بحال العلم بها، ٢- ويعاقب بالعقوبة ذاتها الزوج اذا زنا في منزل الزوجية".

(٤) د. صالح مصطفى، الجرائم الخلقية دراسة تحليلية مقارنة، مصدر سابق، ص ٨٨.

(٥) نقض رقم ١٤٧، مجموعة احكام محكمة النقض، مجلة المحاماة، س ٢٦، بتاريخ ١٣/١٢/١٩٤٣، ص ٣٩٥.

تلك الغرفة لفترة معينة أو لقضاء بعض الوقت كأن يكون نزيلاً في الفندق، فلا تعتبر منزلاً للزوجية لعدم احقية الزوجة بالمطالبة الزوج بأن يصاحبها أينما ذهب والا تعطلت أعماله^(١).

نستخلص مما تقدم ذكره أن القانون اشترط لمعاقبة الزوج على جريمة الخيانة الزوجية، أن يرتكب الزنا في منزل الزوجية، فلا تقوم المسؤولية الجزائية بحق الزوج إذا ارتكب الفعل خارج منزل الزوجية، بل ويعتبر الفعل مباحاً بنظر كلا التشريعين المصري والعراقي ما دام الفعل قد تم بالتراضي وخارج منزل الزوجية، بخلاف الشريعة الإسلامية التي اعتبرت الزنا جريمة ما دامت قد تحققت أركانها، فلم تفرق الشريعة السمحاء بين الرجل والمرأة في ارتكاب فعل الزنا سواء متزوجين أم لا ولم تحدد مكان لأرتكابها أيضاً.

وحسناً فعل المشرع الجنائي الكوردستاني عندما اوقف العمل بالفقرة (٢) من المادة (٣٧٧) الواردة في قانون العقوبات العراقي، والمتضمنة شرط منزل الزوجية بالنسبة للرجل، فقد الغى الفرق بين الزوج والزوجة عند ارتكاب جريمة الخيانة الزوجية بموجب القانون رقم (٩) لسنة ٢٠٠١م^(٢).

(١) ينظر: عبد الحميد احمد، الامن والسلام الاجتماعي هدف نظام العقوبات الإسلامي، مقال منشور في مجلة اسلامية المعرفة، العدد (١٤)، لبنان، ١٩٩٨ م، ص ٣٧.

(٢) نيكار احمد محمد اغا، جرائم الخيانة الزوجية بين الواقع والقانون، مصدر سابق، ص ١٢.

الفرع الثاني

صور المخالفة الدستورية لجريمة الخيانة الزوجية

يعرف فقهاء القانون الدستوري المخالفة الدستورية بأنها " العيب الذي يلحق بالتشريع عند إصداره من جهة الموضوع لمخالفته نصاً دستورياً صريحاً أو من جهة الشكل لمخالفته الإجراءات التي رسمها الدستور لتشريع القانون"^(١).

وتكمن المخالفة الدستورية لجريمة الخيانة الزوجية في مخالفة نصوص هذه الجريمة لاحكام نصوص الدستور في كُـل من التشريعين المصري والعراقي، كون الدستور اوجب في المادة الثانية منه أن تكون مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر، والدستور العراقي قضى بعدم مخالفة ثوابت احكام الإسلام في المادة (٢/أولاً) وبما أن جريمة الخيانة الزوجية (الزنا) تدخل ضمن مبادئ وثوابت الشريعة الإسلامية لذا وجب اتفاق احكامها مع احكام الشريعة الإسلامية وبالتالي عدم مخالفتها للدستور، بيد أن هذه الجريمة قد تضمنت عدة صور للمخالفة الدستورية نذكرها على النحو الآتي:

١ - عدم احترام كيان الاسرة

الزمت المادة (١٠) من الدستور المصري احترام الاسرة كونها اساس المجتمع^(٢)، ووجب على الدولة العمل على تأمين استقرار الأسرة وتماسكها والالتزام بالقيم والأخلاق التي يفرضها الدين، وعلى نفس الامر نصت المادة (٢٩/أ) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ بقولها "الاسرة اساس المجتمع، وتحافظ الدولة على كيانها وقيمها الدينية والأخلاقية".

في حين تبرز صورة المخالفة الدستورية لجريمة الخيانة الزوجية في هذا الفرض بعدم تجريم المشرع الجنائي في قانون العقوبات لفعل الزنا اذا ما تم بين الاشخاص البالغين غير المتزوجين، كذلك في سكوته عن فعل الزنا الذي ترتكبه شريكة الزوج فيما اذا لم تكن متزوجة حيث لم يخصص لها

(١) ينظر: د. عمر العبد الله، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، بحث مقدم الى مجلة جامعة دمشق، المجلد السابع، العدد الثاني، سوريا، ٢٠٠١م، ص ١٨٦.

(٢) "الأسرة أساس المجتمع، قوامها الدين والأخلاق والوطنية، وتحرص الدولة على تماسكها واستقرارها وترسيخ قيمها".

عقوبة كما فعل مع شريك الزوجة، فيعتبر سكوته في هذه الحالة بمثابة عدم التجريم لأنه لو اراد تجريم فعل الشريكة لصرح بها كما صرح بتجريم فعل الشريك للزوجة، هذا ولا يمكن تطبيق الاحكام العامة للمساهمة التبعية في هذا الفرض واعتبار الشريكة مساهمة تبعية في الجريمة، لأن المشرع لو كان قد قصد ذلك لترك امر شريك الزوجة للقواعد العامة ايضاً^(١)، وكان الاجد بالمشرع الجنائي العراقي أن يشمل شريكة الزوج الزاني بالعقاب كما فعل مع شريك الزوج الزانية.

ومن الجدير بالذكر انه على العكس من قانون العقوبات العراقي فأن المشرع الجنائي العراقي قد جرم الزنا في المادة (١٤) من قانون عقوبات قوى الامن الداخلي إذا تمت اثناء إداء الواجب^(٢)، سواء أكان الفعل قد تم بين متزوجين أو بين غير المتزوجين، كذلك لم يفرق فيما اذا ارتكب الفعل من قبل رجل أو امرأة، وبذلك يكون قد اعتبر اي واقعة بالرضا هي جريمة زنا، وساوى بالعقاب كل من الفاعل والشريك.

وبحسب رأينا فأن المشرع الجنائي قد اخفق في ترجيح مصلحة على اخرى عند تجريمه الزنا من عدمه بين قانون العقوبات وقانون عقوبات قوى الامن الداخلي، فهل أن علة تجريم الزنا اثناء اداء الواجب تختلف عنها في وقت اخر!، ثم أن ايها ارجح بالحماية في قصد المشرع من تجريم الزنا واللواط اثناء إداء الواجب، هل هي حماية المصلحة العامة في امن المجتمع - قدسية اداء الواجب - ام حماية المجتمع من الانحلال الاخلاقي! خصوصاً وان الزنا من أشنع صور الإخلال بنظام الأسرة والاعتداء عليها وعلى المجتمع، هذا وان عدم تجريم فعل الزنا يهدم كيان الاسرة، ويؤدي الى تزعزعا ومن ثم تزعزع المجتمع بكامله وتخبطه في مشاكل لا حصر لها، بسبب ما يخلفه من آثار وخيمة التي تؤثر على الأفراد في علاقاتهم الأسرية من اختلاط للأنساب وانتشار شتى أنواع الأمراض، ومن تشييع للردائل ومظاهر الانحلال الأخلاقي، بالإضافة الى كثرة الأولاد مجهولي النسب وغير ذلك من المفاسد

(١) د. محمد جبار اتويه، فلسفة العدالة في القانون الجنائي العراقي، مصدر سابق، ص ١٢٩.

(٢) نصت المادة (١٤) من قانون عقوبات قوى الامن الداخلي العراقي رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٨ المعدل على "أولاً: يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (٧) سبع سنوات ولا تزيد على (١٥) خمس عشرة سنة كل رجل شرطة لاط بذكر أو واقع أنثى أو لاط بها أثناء الواجب ويعاقب بالعقوبة ذاتها من وقعت عليه الجريمة من الشرطة ذكراً كان أم أنثى إذا ما ارتكبت برضاه أو رضاها".

العظيمة التي تتجم عن هذه الجرم^(١)، وكان الاولى بالمشرع الجنائي أن يجرم فعل الزنا حماية للأسرة والمجتمع من المفسد و درىً للأثار السلبية التي يخلفها، كذلك اتباعاً لأحكام الدستور واحكام الشريعة الإسلامية التي سنّت أقصى العقوبات الردعية بخصوص تلك الجريمة.

٢- عدم احترام مبدأ المساواة بين المواطنين

فرق المشرع الجنائي في كل من التشريعين المصري والعراقي بين الرجل والمرأة من حيث التجريم في جريمة الخيانة الزوجية، حيث اضاف شرطاً خاص بالرجل حتى يعتبر فعله المرتكب جريمة، وهو أن يكون فعل الزنا قد حصل في منزل الزوجية والا اعتبر فعله مباحاً اذا ما تم بالرضا بين الطرفين، وهذا مالم يشترطه في جريمة الخيانة الزوجية المرتكبة من قبل المرأة، وبذلك يكون قد خالف مبدأ المساواة الوارد في المادة (١١) من الدستور المصري^(٢)، المادة (١٤) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ والتي نصت على "العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييزٍ بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي"، وكان من الافضل لو أن المشرع الجنائي قد رفع شرط منزل الزوجية تحقيقاً للمساواة كما فعل المشرع الجنائي الجزائري حيث ساوى بين الرجل والمرأة في التجريم والعقاب الخاص بجريمة الخيانة الزوجية^(٣).

كذلك وأن هذه الجريمة لم تتفق مع احكام الشريعة الإسلامية الواجب اتباعها بنص الدستور، ذلك لأن الشريعة الإسلامية الغراء كانت قد جرمت فعل الزنا بشكل عام دون تفريق بين الرجل والمرأة سواء أكانوا محصنين ام غير محصنين، ذلك كون التشريع الجنائي الإسلامي قد فرض ركنين لتحقيق الزنا هما (الوطء المحرم والقصد الجنائي)^(٤)، بيد أن القوانين العقابية الوضعية قد فرضت اربعة اركان

(١) د. دواس زمنية، جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية والقوانين العقابية للبلدان العربية والاتفاقات الدولية، بحث منشور في مجلة افاق علمية، المجلد ١١، العدد ٤، الجزائر، ٢٠١٩، ص ١٢٠.

(٢) المادة (١١) من دستور الجمهورية المصرية لسنة ٢٠١٤ المعدل، " تكفل الدولة تحقيق المساواة بين المرأة والرجل في جميع الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية وفقاً لأحكام الدستور".

(٣) المادة (٣٣٩) من قانون العقوبات الجزائري امر رقم (٦٦-١٥٦) لسنة ١٩٦٦ المعدل، "يقضى بالحبس سنتين على كل أمرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا، ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته..".

(٤) ينظر: المحقق الحلي، شرائع الإسلام، مصدر سابق، ص ٩٣٢.

لجريمة الزنا، وبذلك تكون قد خالفت الشريعة الإسلامية بأضافة ركنين آخرين هما (الرابطة الزوجية و منزل الزوجية)، وبعدم تحققهما ينتفي الزنا ويعد الفعل مباحاً.

٣- الصورة الثالثة للمخالفة الدستورية هي عدم وضع نص خاص أو حتى ذكر خاص لتجريم فعل اللواط الحاصل بين البالغين بالرضا، كما فعل في قانون عقوبات قوى الامن الداخلي في المادة (١٤) سائلة الذكر التي اعتبرت اللواط جريمة، وهذا الامر خلافاً لما سار عليه التشريع الجنائي الإسلامي الذي جرم فعل اللواط الرضائي بجميع فرضياته، حتى أن الفقه الجعفري وبحسب تعريفه للزنا فقد الحق اللواط بالزنا وعده من الجرائم الموجبة للحد^(١).

كذلك قد اعترف المشرع القانوني العراقي بعدم مشروعية فعل اللواط في "قانون الاحوال الشخصية" بجميع حالاته، واعتبر أن مثل هذا الفعل يشكل اعتداءً على مصلحة مشروعة، وعد "فعل اللواط" الحاصل من قبل الزوج بأي وجه من قبيل الخيانة الزوجية^(٢).

٤- لم يعاقب كل من المشرع الجنائي المصري ونظيره العراقي المتزوجين وغير على افعال الزنا غير التامة كالتقبيل وغيرها، حيث لم يعتد كلاهما بالشروع بالزنا، خلافاً لحكم الشريعة الإسلامية عن الجرائم غير التامة التي عاقبت عليها تعزيراً.

٥- من حيث العقوبة

وضعت الشريعة الإسلامية عقوبتين لجريمة الزنا هي (الجلد - الرجم)، حيث ميزت الشريعة الغراء بالعقوبة بين المحصن وغير المحصن عند ارتكابه جريمة الزنا، فأقرت عقوبة الجلد على مرتكب الجريمة من غير المحصنين لقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ۖ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا

(١) الزنا "ايلاج الإنسان ذكره في فرج امرأة محرمة من غير عقد ولا ملك ولا شبهة، قبلاً أو دبراً"، المحقق الحلبي، المصدر نفسه، ص ٩٣٢.

(٢) قانون التعديل السابع لقانون الاحوال الشخصية رقم (١٤٨) لسنة ١٩٥٩ ذي الرقم (١٢٥) لسنة ١٩٨١ .

رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ أَلَّا أَنْ كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۖ وَلَيَشْهَدُ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ^(١)، وفرضت عقوبة الرجم على المحصن "حكم الزاني المحصن الرجم"^(٢).

بينما تكون عقوبة جريمة الزنا في التشريعات الوضعية محل المقارنة هي الحبس، وهذا ما نصت عليه المواد (٢٧٤-٢٧٥) من قانون العقوبات المصري^(٣)، والمادة (٣٧٧) من قانون العقوبات السالفة الذكر.

المبحث الثاني

المشروعية الدستورية لجريمة تناول المشروبات الروحية

فضل الله تعالى (جل) الانسان بالعقل على سائر المخلوقات، فمن خلاله تعرف الاحكام ويفهم الخطاب، وكما معلوم أن للإنسان غرائز وحاجات يسعى إلى اشباعها بشتى الوسائل المتاحة أمامه، إلا أن وجود الفرد في الجماعة المنظمة بات يفرض عليه أن يحرم نفسه من بعض حاجاته ونزواته ويعدل عنها متى ما تعارضت مع أي من المصالح الاجتماعية الفردية منها والجماعية هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يفرض على المجتمع أن يتدخل ليضع من القواعد الجنائية ما يكفل كبح جماح النزعات الفردية الضارة، ومن هذه النزعات تعاطي الخمر أو الكحول لما لها من تأثيرات سلبية على متعاطيها وعلى الصحة وكذلك على أمن المجتمع واستقراره، هذا وقد وضعت منظمة الصحة العالمية استراتيجية للحد من تعاطي الكحول لما يخلفه من اثار وخيمة، فقد ذكرت منظمة الصحة العالمية في موقعها الرسمي على الانترنت أن تعاطي الكحول هو ثالث اقوى عوامل الاختطار الرئيسية المتعلقة بالوفيات المبكرة^(٤)، كذلك نهت الشريعة الإسلامية عن تناول الخمر وفرضت عقوبة حدية على من

(١) سورة النور، الآية/ ٢.

(٢) السيد أحمد الموسوي الروضاتي، اجماعات فقهاء الإمامية، ج٤، شركة الاخلمي للمطبوعات، بيروت- لبنان، ص١٤٠.

(٣) المواد (٢٧٤-٢٧٥) من قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧ المعدل "المرأة المتزوجة التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين لكن لزوجها أن يقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت"، ويعاقب أيضا الزاني بتلك المرأة بنفس العقوبة".

(٤) تعاطي الكحول، مقال منشور على موقع منظمة الصحة العالمية الرسمي على الرابط www.who.int ، تاريخ اخر زيارة ١٥/٥/٢٠٢١م، الساعة ٨:٠٠ م.

يتناوله، وبينما يقر الدستور أن الإسلام دين الدولة الرسمي وأن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الأساس للتشريع^(١)، إلا أن التشريعات العقابية يوجد فيها بعض النصوص ما يقاطع احكام الدستور والتي تتعلق بالمشروبات الروحية، وهذا ما سنبينه في هذا المبحث محاولين الوقوف على نقاط التعارض بين النصوص التشريعية الجنائية والنصوص الدستورية من خلال تقسيم المبحث الى مطلبين، نتناول في المطلب الأول مفهوم الخمر وموقف التشريعات من جريمة تناول المشروبات الروحية، ثم نتناول في المطلب الثاني اسباب عدم دستورية القوانين الخاصة بالمشروبات الروحية، لمعرفة دستورية تلك التشريعات طبقاً للمادة الثانية من الدستور المصري والعراقي كالآتي:

المطلب الأول

مفهوم الخمر وموقف التشريعات من جريمة تناول المشروبات الروحية

تهدف الشريعة الإسلامية الى تنظيم مصالح البشر من خلال وضع القواعد العامة المنظمة، واهم هذه القواعد التي جاءت بها الشريعة هي قاعدة حفظ الضرورات، والتي يؤدي إهمالها إلى اضطراب حياة الناس وفسادها، ومن ضمن هذه الضرورات ضرورة حفظ العقل التي اكدت الشريعة على اهميتها- كما ذكرنا سابقاً- كون العقل مناط التكليف والجزاء، فحرمت كل ما من شأنه أن يذهب العقل ويسكره، صيانة لصاحبه وحمايتاً للناس من اخطار جريمته حين يشرب الخمر، فشارب الخمر ابتداءً يقوم بالاعتداء على عقله فيجرم به بشرب الخمر كونه يفقده عقله، ومن ثم يعتدي على الآخرين بعد ذلك بفقدانه للعقل الذي قد يجعله يقدم على كل فعل مجرم، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾^(٢)، ولم تقتصر الشريعة الإسلامية على تحريم الخمر بل وأمرت بعقاب من يتناوله، حتى انها زادت في عنايتها بهذا الأمر بأن قدرت لهذه الجريمة عقوبة حدية، ولم تترك للبشر تقدير هذه العقوبة أو التلاعب بها وفقاً لأهوائهم بل وفقاً لحكم القرآن.

(١) المادة (٢-أولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥م.

(٢) سورة المائدة، الآية/ ٩٠.

وسنقوم بتبيان ذلك بشيء من التفصيل في هذا المطلب من خلال تقسيمه الى فرعين، نبين في الفرع الأول منه مفهوم الخمر في الشريعة الإسلامية، أما في الفرع الثاني سوف نبين موقف التشريعات من جريمة تناول المشروبات الروحية.

الفرع الأول

مفهوم الخمر في الشريعة الإسلامية

الرحمة سمة بارزة من سمات التشريع الإسلامي، فما من حكم تشريعي تحليل أو تحريم، ترغيب أو ترهيب، ثواب أو عقاب إلا وفيه مصلحة البشر دينياً ودنياً، وبما أن التشريع الإسلامي تشريع الهي سماوي لا وضعي، فليس فيه من سمات التشريعات الوضعية من تفاوت واختلاف، فتحريم الشريعة الإسلامية للخمر ليس الا حفاظاً على مصالح الافراد والمجتمع، لما يخلفه تناول الخمر من اثار سلبية ملموسة خصوصاً في الوقت الحالي.

يعرف الخمر لغة: التغطية والستر، والخمر ما خمر العقل وهو المسكر من الشراب، وسُميت خمر لأنها نُخِمِرُ العقل ونَسْتُرُهُ أو لأنها تُخامر العقل؛ أي: تخالطه، والتخمير: التغطية، والمخامرة: المخالطة، وهي خَمْرَةٌ وَخَمْرٌ وَخُمُورٌ^(١).

بينما يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية الخمر "ما أسكر من عصير العنب أو عام كالخمرة وقد يذكر والعموم أصح لأنها حرمت وما بالمدينة خمر عنب وما كان شرابهم إلا البسر والتمر، وسميت خمرًا لأنها تخمر العقل وتستره أو لأنها تركت حتى أدركت واختمرت أو لأنها تخامر العقل أي: تخالطه"^(٢).

(١) د. محمد جبر السيد عبد الله جميل، عقوبة جريمة شُرْب الخمر في قانون العقوبات المصري والجزائري (دراسة تقويمية في ضوء الشريعة الإسلامية)، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، المجلد: الخامس العدد: الثاني، الجزائر، ص ١٤٣.

(٢) اسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ج ٢، ط ٤، دار الملايين، بيروت- لبنان، ١٩٨٧ م، ص ٦٤٩.

والعرب تسمى العنب خمراً، لكون الخمر منه، وقد اسماه القران الكريم باسم ما في الإمكان أن يؤول إليه وذلك في قصة النبي يوسف (ع) في قوله تعالى: ﴿وَدَخَلَ مَعَهُ السِّجْنَ فَتَيَانٍ ۖ قَالَ أَحَدُهُمَا إِنِّي أَرَانِي أَعْصِرُ خَمْرًا﴾^(١)^(٢)، فكأنه قال: اني اعصر عنباً، ويقال اعصر خمراً اي استخرج الخمر، فاذا عصر العنب فإنه يستخرج به الخمر.

عُرف الخمر ايضاً على أنه "النبيء من ماء العنب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد"^(٣)، وبتعريف اخر فالخمر "ماء العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد أو لم يقذف به"^(٤)، ومعنى إذا غلا: أي ارتفع أسفله ومعنى اشتد: أي قوى بحيث يصير مسكراً، ومعنى قذف باليد الزاي والباء - أي رمي بالرغوة بحيث لا يبقى فيه شيء ب " المسكر من عصير العنب وإن لم يقذف بالزبد، واسم الخمر يقع على كل مسكر"^(٥)، ويعرف جمهور الفقهاء الخمر بأنه "كل مادة يؤدي تعاطيها إلى السكر ومخامرة العقل دون الالتفات إلى طبيعة المادة وطريقة تصنيعها"، وبتعرف اخر للخمر هو "اسم لكل مسكر" أو هو " كل ما اتخذ من العنب أو التمر أو الحنطة أو الشعير أو غيرها واسكر كثيره أو قليله"^(٦)، هذا ولم يختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بحرمة الخمر، فقد ثبت تحريم الخمر في القرآن والسنة النبوية والإجماع^(٧)،

(١) أ. د. علي صالح رسن، شرب الخمر بين الشريعة المحمدية وقانون العقوبات العراقي، بحث منشور في مجلة اباحث البصرة للعلوم الانسانية، المجلد ٤٣، العدد (٣/ب)، العراق، ٢٠١٨ م، ص ٢.

(٢) سورة يوسف، الآية/ ٣٦.

(٣) ابن مودود الحنفي، الاختيار في تحليل المختار، ج ٤، مطبعة الحلبي، القاهرة- مصر، ١٩٣٧ م، ص ٩٩.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٦، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ١٩٨٦، ص ٢٩٣.

(٥) محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الالفاظ، ج ٢، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ١٩٩٤ م، ص ١٨٦.

(٦) عبد الله بن عبد الرحمان بسام، توضيح الاحكام من بلوغ المرام، مكتبة الاسدي، السعودية، ٢٠٠٦ م، ص ٢٩٣.

(٧) مساعد المعتق، الخمر واحكامها في الشريعة الإسلامية، المركز العربي للدراسات الامنية والتدريب، الرياض- السعودية، ١٤٠٥هـ، ص ٣٧.

واستدل فقهاء الشريعة على حرمة الخمر بأدلة عديدة مأخوذة من القرآن الكريم، ومن السنة النبوية وكذلك من الاجماع^(١).

الفرع الثاني

موقف التشريعات من جريمة تناول المشروبات الروحية

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على حكم الخمر بأنه التحريم المطلق، واستندوا بالدليل على القرآن والسنة والاجماع، على كونه من جرائم الحدود المقدر فيها العقوبة طبقاً لقاعدة حفظ الضرورات، أن عقوبة جريمة الخمر في الشريعة الإسلامية هي (الجلد) ولا خلاف بين جمهور فقهاء المسلمين، فقد أجمع المسلمون على تحريم شرب الخمر، وأجمعوا على وجوب الحد على شاربها، سواء شرب قليلاً أو كثيراً، وأجمعت الأمة على أن للشارب حد سواء سكر أم لا^(٢)، وفيما يخص مقدار الحد في الجلد^(٣)، فقد استند الشيعة الامامية في مقدار حد شرب الخمر على عدة روايات، منها ما ورد في صحيحة سليمان بن خالد انه قال: "كان أمير المؤمنين . عليه السلام . يجلد في النبيذ المنكر ثمانين

(١) نزلت آيات عديدة في كتاب الله تعالى بحق تحريم الخمر، منها قوله سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ، إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ ۖ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ﴾، سورة المائدة، الآية ٩٠-٩١.

(٢) النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، مصدر سابق، ص ٢١٧-٢١٨.

(٣) من الجدير بالذكر أن هناك خلاف بين فقهاء الشريعة في هذا الفرض يدور حول مقدار الحد، فأنقسم الجمهور الفقهي الى طائفتين، فجاءت طائفة من الفقهاء بأن مقدار الحد اربعون جلدة واربعون اخرى تعزيرية، وهذه الطائفة تضم الشافعية، الظاهرية، الحنابلة، وجمع من الصحابة.

واستدلوا على قولهم هذا في "أمر الإمام علي (ع) لعبد الله بن جعفر بأن يجلد الوليد بن عقبة، فجلده والامام يُعد حتى بلغ أربعين، فقال: أمسك، ثم قال: جلد النبي (ص) أربعين، وجلد أبو بكر أربعين، وعُمر ثمانين، وكلُّ سُنَّةٍ، وهذا أحبُّ إلي"، وحببتهم في ذلك أن فعل النبي (ص) لا يجوز تركه ولا ينعقد الإجماع على فعل يُخالف فعله صلوات الله عليه، فجاءت الزيادة عن الأربعين تعزيراً.

اما الطائفة الاخرى من الفقهاء وهم الحنفية والمالكية والامامية، فالرأي الراجح عندهم بأن شار الخمر يجلد ثمانين جلدة واستدل الحنفية والمالكية بالرواية القائلة "عندما استشار عمر بن الخطاب الناس بمقدار الحد فأشاروا عليه بذلك فأخذ به، وكتب لخالد وابي عبيدة بالشام بذلك"، ينظر: مجموعة من المؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٢٥، وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية، ط ١، الكويت، ١٩٩٢ م، ص ٩٦-٩٧.

كما يضرب في الخمر، ويقتل في الثالثة كما يقتل صاحب الخمر^(١)، ويستلزم توافر العديد من الشروط بحق شارب الخمر حتى يتسنى لمن بيده مقاليد الحكم بالعقوبات الشرعية أن ينزل العقوبة بحقه بعد ثبوتها، ويمكن إجمال تلك الشروط بما يأتي:

أ- الإسلام

اتفقت المذاهب الخمسة في المشهور عندهم على القول بأن الإسلام شرط لا بد منه لإيقاع حد الخمر على شاربيها؛ ذلك لكون لا حد على الحربي والمستأمن الكافر حتى ولو كان ذمياً؛ لأن الذمي لا يلتزم بالذمة ما لا يعتقد، وبحسب معتقده أن شرب الخمر والتعامل به حلال^(٢).

ومن الجدير بالذكر أن بعض الفقهاء يذهبون مع ضرورة تأديب غير المسلم إذا أظهر شرب الخمر أو وجدو سكراناً في الأماكن العامة؛ لأن هذا السلوك يشجع على نشر الرذيلة ويخل بالعهد ويشكل خطراً على مصالح عامة المجتمع^(٣).

ب- التكليف

الفقهاء المسلمون متفقون على توافر شرط التكليف في جانب شارب الخمر حتى يمكن إيقاع الحد عليه، لذلك لأن إيقاع العقوبة لن يحقق الغاية المرجوة ما لم يكن من تقع عليه مكلفاً، وإن مناط التكليف هما البلوغ والعقل^(٤)، هذا ويستدل الفقهاء على هذا الشرط بالحديث النبوي الشريف الذي ورد عن الإمام علي (عليه السلام) أنه قال: "رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل"^(٥).

(١) السيد حسين الشاهرودي، الحدود، المؤسسة الإسلامية للبحوث والمعلومات، قم- إيران، ٢٠١٤م، ص ٣١٣.
(٢) ينظر: العلامة عبد الرحمن السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، ط١، دار ابن حزم، بيروت- لبنان، ٢٠٠٣م، ص ٢٢١.
(٣) محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، ص ٣٥٢.
(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، مصدر سابق، ص ٣٩.
(٥) البيهقي، السنن الكبرى، مصدر سابق، ص ٨٣.

ج- الاختيار وعدم الاضطرار

اتفقت كلمة المذاهب الخمسة ومعهم ابن حزم الظاهري على القول بضرورة توافر حرية الإرادة والاختيار لدى من يتناول الخمر وسائر المسكرات حتى يمكن إنزال حد الشرب بحقه^(١) ويستندون في ذلك على قوله تعالى: ﴿... وَقَدْ فَضَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّرْتُمْ إِلَيْهِ...﴾^(٢) وعلى قول النبي (صلى الله عليه واله) في الحديث المروي عن عبد الله ابن عباس عن رسول الله (صلى الله عليه واله) " أن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"^(٣).

د- العلم بالحرمة

يشترط في شارب الخمر من اجل أن يستحق العقوبة الحدية المقررة، أن يكون عالماً على نحو اليقين بأن المادة التي يريد تناولها داخلة ضمن مفهوم الخمر أو سائر المسكرات الأخرى و المحرمة شرعاً، وإلا فإن كان جاهلاً بطبيعة المادة التي يشربها ثم تبين له بعد الشرب بأنها مسكرة فلا حد عليه^(٤)؛ لأن جهله يكون عذراً يعفيه من العقوبة الحدية^(٥).

أما فيما يتعلق بالشروط التي تخص السائل أو المادة المشروبة فقد اتضح من التعاريف التي ساقها الفقهاء المسلمون للخمر، أن جمهور الفقهاء ذهبوا إلى القول بأن كل مسكر خمر وكل خمر حرام، سواء كان العصير من العنب أم غيره، ويستوي أن يكون العصير قد اشتد وقذف بالزبد أم لا، ذلك لأن العبرة في تحريم الخمر وسائر المسكرات الأخرى هي تأثيرها على قوة الإدراك والوعي لدى الإنسان، كذلك لا فرق في طبيعة المادة التي صنعت منها أو حتى الطريقة التي صنعت فيها، ما

(١) ينظر: الشيرازي، المهذب، ج٢، مصدر سابق، ص٢٨٦.

(٢) سورة الانعام، الآية/ ١١٩.

(٣) ينظر: محمد بن حبان التميمي، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، ج١٦، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ٢٠١٥ م، ص٢٠٢.

(٤) د. ماجد ابو رخيته، الوجيز في احكام الحدود والقصاص والتعزير، ط١، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠١٠، ص٨٩.

(٥) والعلم بالحرمة يستدل عليه بنفس الحديث النبوي حول الاختيار وعدم الاضطرار - سالف الذكر - غير أن هذا العذر يزول ويستحق مرتكبه العقوبة الشرعية المقدره متى ما لفت نظره الى الحرمة اي أحد من الناس، أو تبينت له== حقيقة المشروب بأنه من المسكرات باي شكل من الأشكال ولم ينتهي عنه،/ ينظر: السيد سابق، فقه السنة، ج٢، دار الكتاب العربي، لبنان، ١٩٧٣ م، ص٢٥٤.

دامت تخامر العقل وتؤثر في درجة الوعي وقوة الإدراك، مستندين بقولهم إلى جملة الأحاديث النبوية الشريفة^(١).

أما عن موقف التشريعات الوضعية من تناول المشروبات الروحية، فقد عرفت المادة (١) من قانون حظر شرب الخمر المصري رقم (٦٣) لسنة ١٩٧٦ المعدل (الخمر) بأنه "المشروبات الروحية والكحولية والخمور المبينة بالجدول الملحق بهذا القانون"^(٢) كذلك يمكن إضافة أنواع أخرى للجدول بقرار من وزير الداخلية.

ومن خلال استقراء النصوص العقابية المصرية نجد أن المشرع الجنائي المصري لم يجرم تناول الخمر سواء أكان قليلاً أو كثيراً، وسواء أدى الشرب إلى حالة السكر أو لا، لكنه جرم وعاقب على تناول المشروبات الروحية أو الكحولية أو المخمرة في الأماكن العامة أو المحال العامة، إلا أنه استثنى من الأماكن والمحال العامة بعض الفئات ذات الطابع السياحي، والتي تتمثل بالفنادق والمنشآت والأندية السياحية وفقاً لنص المادة (٢) من قانون حظر شرب الخمر المصري^(٣) بقولها "يحظر تقديم أو تناول المشروبات الروحية أو الكحولية أو المخمرة في الأماكن العامة أو المحال العامة، ويستثنى من هذا الحكم:

(أ) الفنادق والمنشآت السياحية المحددة طبقاً لأحكام القانون رقم (١) لسنة ١٩٧٣ في شأن الفندقية والسياحية طبقاً لأحكام القانون رقم (١) لسنة ١٩٧٣ في شأن الفندقية والسياحية.

(ب) الأندية ذات الطابع السياحي التي يصدر بتحديداتها قرار من وزير السياحة طبقاً لأحكام القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٧٥ بإصدار قانون الهيئات الأهلية لرعاية الشباب والرياضة".

(١) للتفصيل: ينظر مفهوم الخمر في الصفحات أعلاه.

(٢) جدول بيان المشروبات الروحية والكحولية والخمرة المصري

أولاً: - المشروبات الكحولية الطبيعية المقطرة.

براندي بأنواعه، روم بأنواعه، زبيب شراب بأنواعه.

ثانياً: - المشروبات الكحولية المخمرة.

الأنبذة بأنواعها، البيرة بأنواعها، العرقي بأنواعها، الكينا بأنواعها، البوظة.

ثالثاً: - مشروبات كحولية مقطرة، الويسكي بأنواعه، الفودكا بأنواعها، الكونياك بأنواعه، الشمبانيا بأنواعه.

(٣) قانون رقم (٦٣) لسنة ١٩٧٦ بحظر شرب الخمر المصري المعدل.

واكدت المادتان الثالثة والرابعة من نفس القانون على حظر النشر والإعلان عن المشروبات الكحولية بأية وسيلة وإلغاء التراخيص الصادرة ببيع تلك المشروبات في المحلات العامة قبل صدور القانون.

أما من حيث العقوبة فقد عاقبت المادة الخامسة من القانون المذكور كل من يقدم المشروبات الكحولية بالأماكن والمحال العامة بالحبس مدة لا تزيد على (٦) أشهر وبغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين وإغلاق المحل لمدة لا تقل عن أسبوع ولا تزيد على (٦) أشهر، وعلى هذا الامر سارت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر عام ١٩٩٣ بقولها "يكون مستغل المحل ومديره والمشرف على أعمال فيه مسؤولين معاً عن أية مخالفة لأحكام هذا القانون وواضح من صياغة هذه المادة أن مساءلة مستغل المحل ومديره والمشرف على أعمال فيه عن أية مخالفات لأحكامه هي مسؤولية أقامها الشارع وافترض لها علم هؤلاء بما يقع من مخالفات حتى ولو لم يكن أيهم موجوداً بالمحل وقت وقوعها، ومن ثم فإنه لا يقبل من الطاعنين الاعتذار بعدم وجودهما وقت وقوع الجريمة، ويكون الحكم بقضائه بإدانتها قد طبق صحيح القانون ويكون نعيهما عليه في هذا الشأن على غير سند"^(١).

بينما أوضحت المادة السادسة من نفس القانون المذكور أن عقوبة نشر إعلان عن مشروبات كحولية تماثل عقوبة تقديمها بالأماكن العامة، وكذلك يجب الحكم بعقوبة الحبس في حال العود طبقاً لنص المادة السابعة^(٢).

كما جرم وعاقب المشرع الجنائي المصري على السكر العلني في الأماكن والمحال العامة في المادة (٧) من نفس القانون، الا أن عقوبة شرب المسكر ممكن أن تصل الى (٥) سنوات في قانون العقوبات المصري، اذا ما تسبب فعله بموت شخص عن طريق الخطأ طبقاً لنص المادة (٢٣٨) والتي نصت على "وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنين وغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا وقعت الجريمة نتيجة.. أو كان متعاطياً سكرًا أو مخدرًا عند ارتكابه الخطأ الذي نجم عنه الحادث...".

(١) طعن مصري رقم ٢١٣٧٨ لسنة ٥٩ قضائية، مجموعة النقض الجنائي، لسنة ١٩٤٤، ص ٨٧٦.

(٢) المادة (٧) "يعاقب كل من يضبط في مكان عام أو في محل عام في حالة سكر بين بالحبس الذي لا تقل مدته عن أسبوعين ولا تزيد على ستة أشهر أو غرامة لا تقل عن عشرين جنيهًا ولا تجاوز جنيه، ويجب الحكم بعقوبة حبس في حالة العود".

أو قد تصل العقوبة الى (٧) سنوات اذا نشأ عن الفعل موت اكثر من ثلاثة اشخاص، كذلك قد تكون العقوبة (١٠) سنوات اذا توافر ظرف اخر من الظروف الواردة في الفقرة^(١).

يتضح مما سبق ذكره أنه لا عقاب على تناول المواد الكحولية وحملها قانوناً طالما أن صاحبها لم يتناولها في الطريق والأماكن العامة، ووفقاً لذلك تعد حيازتها وشراءها وتناولها أمراً مباحاً.

أما قانون العقوبات المصري فلم يعاقب متناول الخمر (السكران)، وإنما عاقب على الجرائم التي تصدر منه فيما اذا تناولها.

كما ويتضح أن عقوبة جريمة شرب الخمر في قانون حظر الخمر المصري تتمثل في عقوبتين هما عقوبة الحبس مدة لا تقل عن أسبوعين ولا تزيد على ستة أشهر، وعقوبة الغرامة المالية التي لا تقل عن عشرين جنيهاً ولا تتجاوز المائتي جنيه أو بأحدهما، وبالمحصلة لم تتفق العقوبة مع احكام الشريعة الإسلامية.

وكان الاجدر بالمشروع الجنائي المصري -وكما نصت المادة (٢) من دستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٤ المعدل النافذ، على أن الإسلام دين الدولة ومبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع- أن يساير ويعدل احكام الخمر طبقاً للدستور ويجعل مبادئ العقاب التي يتبناها متوافقة مع احكام الدستور كون مصدرها الشريعة الإسلامية ولا تجوز مخالفتها.

أما عن موقف المشروع الجنائي العراقي من تناول المشروبات الروحية فقد ذكرت المادة (١) من قانون المشروبات الروحية بأنه يقصد بالمشروبات الروحية " كحول الشراب والكحول المحتوية على مثيل والكحول والشراب والبيرة واي سائل مؤلف من اكثر من اثنين في المائة من الكحول أو يحتوي

(١) المادة (٢٣٨) من قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧ "وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنين وغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا وقعت الجريمة نتيجة إخلال الجاني إخلالاً جسيماً بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته أو كان متعاطياً مسكراً أو مخدراً عند ارتكابه الخطأ الذي نجم عنه الحادث أو نكل وقت الحادث عن مساعدة من وقعت عليه الجريمة أو عن طلب المساعدة له مع تمكنه من ذلك.

وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على سبع سنين إذا نشأ عن الفعل وفاة أكثر من ثلاثة أشخاص، فإذا توافر ظرف آخر من الظروف الواردة في الفقرة السابقة كانت العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على عشر سنين".

على اكثر من هذا المقدار ولكنها لا تشمل العطور أو الروائح العطرية ولا مستحضرات الزينة الاخرى أو المستحضرات الطبية المؤلفة من كحول أو محتوية عليها^(١).

أما الفقرة (هـ) من نفس المادة فقد اوضحت معنى كلمة الكحول بأنه " يقصد بها اي سوائل روحية محتوية على كحول ومستحصل عليها بطريقة التقطير سواء كانت مغيّرة بحيث تصبح غير نافعة للشراب ام لم تكن كذلك " ولم يجرم قانون المشروبات الروحية العراقي تناول المشروبات الكحولية أو الروحية و بيعها أو تداولها الا اذا كانت بدون رخصة، هذا وقد حظر القانون صنع تلك المشروبات أو ملؤها أو اقتناء ادوات تدخل في صناعتها بدون رخصة موقع عليها من قبل مدير الكمارك والمكوس العام^(٢).

وعاقب هذا القانون في المواد (٢٨-٢٩) بالغرامة التي لا تزيد عن (١٥٠٠) دينار أو بالحبس مدة لا تتجاوز الخمس سنوات أو بكلتا العقوبتين، كل من صنع أو نقل أو استورد أو باع أو استلم أو احتفظ بتلك المشروبات خلافاً لأحكام هذا القانون، اي بدون رخصة من قبل السلطات المحددة، وعاقب حامل الرخصة أو المأذون بغرامة لا تتجاوز (١٥٠) دينار أو بالحبس لمدة لا تتجاوز السنة واحدة أو بكلتا العقوبتين، كل من خالف شروط الرخصة أو الاذن سواء تعمداً أو اهمالاً^(٣).

(١) قانون المشروبات الروحية رقم (٣) لسنة ١٩٣١ العراقي المعدل.

(٢) المادة (١/٨) "لا يجوز صنع المشروبات الروحية أو ملؤها في قناني ولا يجوز لأي شخص ما أن يستعمل أو أن يحفظ لديه أو أن يقتني اية مواد أو انبيق أو معصرة شراب أو وعاء أو اداة أو آلة من اي نوع ما يقصد صنع المشروبات الروحية أو ملؤها في قناني الا بموجب رخصة موقع عليها من قبل مدير الكمارك والمكوس العام أو من ينوب عنه ولا يستوفي رسم الرخصة المنوه عنه في المادة السادسة اعلاه من الشراب الذي يصنعه الاشخاص داخل دور سكناهم لاستعمالهم الشخصي ولا للبيع".

(٣) المادة (٢٨) "كل من يصنع مشروبات روحية أو ينقلها أو يستورها أو يصدرها أو يبيعها أو يستلمها أو يحتفظ بها عالماً أو لديه ما يدعو الى الاعتقاد بان عمله مخالف لأحكام هذا القانون أو لأية انظمة أو اوامر وزارية صدرت بموجب المادتين (٢٥ أو ٤٤) من هذا القانون يرتكب جرماً يعاقب عليه بغرامة لا تزيد على الالف وخمسمائة دينار أو بالحبس بمدة لا تتجاوز خمس سنوات أو بكلتا العقوبتين".

المادة ٢٩ "كل حامل رخصة أو اذن صدر بموجب احكام هذا القانون ولم يرقم بأحكام هذا القانون المختصة بالرخصة أو بشروط تلك الرخصة أو الاذن تعمداً أو بإهمال منه يكون قد ارتكب جرماً يعاقب عليه بغرامة لا تزيد على مائة وخمسين ديناراً أو بالحبس بمدة لا تتجاوز سنة واحدة أو بكلتا العقوبتين".

أما موقف قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لعام ١٩٦٩م المعدل، فلم يجرم هو الآخر تناول الخمر الا اذا كان في الطريق العام، فقد عاقب متناول الخمر بالغرامة اذا ما وجد في حالة سكر بين في الطريق العام بحسب ما نصت عليه المادة (١/٣٨٦) بأنه "يعاقب بغرامة لا تزيد على عشرة دنانير من وجد في طريق عام أو محل مباح للجمهور في حالة سكر بين بأن فقد صوابه أو احدث شغباً أو ازعاجاً للغير"^(١)، بينما اوضحت الفقرة (٢) من ذات المادة المذكورة أن تكون العقوبة الحبس لمدة لا تزيد على شهر أو بغرامة لا تزيد عن (٢٠) ديناراً في حالة العود خلال سنة من تاريخ صدور الحكم عليه، أو أن تأمر المحكمة بإيداع مدمن السكر بالمصحات أو المستشفيات الحكومية بدل من العقوبة المذكورة في هذه الفقرة بقولها "وفي حالة العود الى ارتكاب الجريمة خلال سنة من تاريخ صدور الحكم عليه تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على شهر أو الغرامة التي لا تزيد على عشرين ديناراً، وللمحكمة اذا ثبت لديها أن العائد مدمن على السكر أن تأمر بدلا من العقوبة المنصوص عليها في هذه الفقرة بإيداعه احد المصحات التي تنشأ لهذا الغرض أو احد المستشفيات الحكومية لمدة ستة اشهر ولها بناء على طلب الادعاء العام أو المحكوم عليه أن تفرج عنه قبل انقضاء هذه المدة اذا تبين شفاؤه بتقرير طبي صادر من المصح أو المستشفى".

ومن الجدير بالذكر أن المشرع الجنائي العراقي قد جرم فعل من يحرض حدثاً لم يبلغ عمره ثماني عشر سنة كاملة على تناول المسكرات في المادة (٣٨٧) من قانون العقوبات^(٢)، ويلاحظ من نص المادة المذكورة أن المشرع الجنائي العراقي قد عاقب المساهم التبعي (المحرض) على تعاطي المسكرات، بينما يكون الفعل الأصلي بحد ذاته مباحاً وهو تعاطي الخمر، وهو بذلك يكون قد خرج عن القواعد العامة للمساهم التبعي في الجريمة الشريك، ذلك لأن من عناصر قيام المساهمة التبعية هو وقوع فعل معاقب عليه، وهو بمثابة الركن المفترض لقيام المساهمة التبعية الجنائية في الجرائم^(٣)،

(١) قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ م المعدل.

(٢) المادة (٣٨٧) "من حرض حدثاً لم يبلغ عمره ثماني عشر سنة كاملة على تعاطي السكر أو قدم شراباً مسكراً لغير غرض مداواة يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على عشرة ايام أو بغرامة لا تزيد على عشرين ديناراً، فاذا كان قد خدع المجنى عليه في نوع الشراب فتعاطاه على غير علم منه عوقب بالحبس مدة لا تزيد على شهر واحد أو بغرامة لا تزيد على ثلاثين ديناراً".

(٣) ينظر: د. السعيد مصطفى السعيد، الاحكام العامة في قانون العقوبات، دار المعارف، ط٣، مصر، ١٩٥٧م، ص ٢٨٣-٢٨٧.

بمعنى انه يجب أن يترتب على نشاط المساهم التبعية قيام الفاعل الأصلي بارتكاب سلوك مجرم وهذا ما لم يتوفر في قيام المُحَرِّض بتناول الخمر، ذلك لأن شرب الخمر في ذاته مباحاً في غير الاماكن العامة، فلو أن الحدث قام بتناول الخمر من تلقاء ذاته في غير الاماكن العامة والمباحة للجمهور فلا عقاب عليه.

يتضح مما تم ذكره، أن قانون المشروبات الروحية العراقي لم يجرم تناول المشروبات الكحولية والروحية أو بيعها أو تداولها، وجرم صنعها أو الاحتفاظ بأدوات صنعها بدون اذن رسمي فقط، بينما جرم قانون العقوبات العراقي تناول المسكرات في الاماكن والطرق العامة اذا وجد متعاطيها في حالة سكر بين واحدث شغباً أو ازعاجاً للغير، وعاقب المحرض للحدث دون الثامنة عشر سنة على تعاطي المسكرات.

ونظراً لما تقدم ذكره فإن على المشرع الجنائي العراقي أن يسير على خطى الشريعة الإسلامية في تحريم تناول وتداول المشروبات الروحية وفرض عقوبات تناسب العقوبة التي فرضتها الشريعة الإسلامية، كونها المصدر الاساسي للتشريع بنص الدستور.

المطلب الثاني

اسباب عدم دستورية القوانين الخاصة بالمشروبات الروحية

تبرز اسباب عدم دستورية قوانين حضر الخمر أو المشروبات الروحية في كل من التشريع الجنائي المصري والعراقي من مخالفتها لنص المادة الثانية من الدستور، والتي اكدت على أن الإسلام دين الدولة الرسمي ثوابت الشريعة الإسلامية المصدر الاساسي للتشريع، اي المخالفة هنا بالتبعية، وعليه سنقوم باستعراض اسباب عدم دستورية تلك القوانين المصرية والعراقية في هذا المطلب وفق الآتي:

الفرع الأول

اسباب عدم دستورية القوانين الخاصة بالمشروبات الروحية من حيث التجريم

لم يجرم المشرع الجنائي المصري تناول الخمر أو حيازته أو تداوله أو بيعه الا اذا تم في المحال والاماكن العامة والغير مرخصة "يحظر تقديم أو تناول المشروبات الروحية أو الكحولية أو المخمرة في الأماكن العامة أو المحال العامة..."^(١)، فيما نجد أن الشريعة الاسلامية قد جرمت الخمر في كل مكان وزمان .

اضافة الى أن قانون حظر الخمر المصري رقم (٦٣) لسنة ١٩٧٦م المعدل وفق المادة (٢) منه قد استثنى من حضر تناول الخمر في الاماكن العامة، الفنادق والمنشآت السياحية والاندية ذات الطابع السياحي.

ومن الجدير بالذكر في حقيقة الامر أن الخمر غير محظورة في المحال العامة وفقاً لقوانين وزارة السياحة وليست حقيقيّة، لأنّ الحصول على ترخيص من وزارة السياحة للسماح بتجارة الخمر لم يعد مقتصراً على الفنادق فقط، بل أن العديد من المقاهي والمطاعم تدخل ضمن المنشآت السياحية وفقاً للقانون رقم (١) لسنة ١٩٧٣م المعدل الخاص ب (شأن المنشآت الفندقية والسياحية) واستغلّ

(١) المادة (٢) من قانون حظر الخمر المصري رقم (٦٣) لسنة ١٩٧٦م المعدل.

العديد من أصحاب المقاهي والمطاعم ذلك القانون للحصول على تراخيص من وزارة السياحة لتجارة الخمر والدليل انتشار مثل تلك المقاهي والمطاعم^(١).

وبالتالي فإن تلك القوانين جاءت بصورة غير متفقة مع احكام الشريعة الإسلامية التي حرمت تناول الخمر وصنعه واستيراده وبيعه، وعليه ينبغي تعديل تلك القوانين كافة بما فيها قوانين وزارة السياحة وقانون المنشآت العامة والسياحية بصورة تتفق واحكام الشريعة الغراء.

كما وسار المشرع الجنائي العراقي على ذات خطى المشرع الجنائي المصري بأن عد تناول المشروبات الكحولية والروحية من قبيل الحرية الشخصية للأفراد، فلم يجرم تناول أو تداول أو بيع المشروبات الكحولية، سواء في قانون المشروبات الروحية رقم (٣) لسنة ١٩٣١ المعدل، أو قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

إلا أن قانون المشروبات الروحية عاقب على صنع أو الاحتفاظ بأدوات صنع تلك المشروبات اذا كانت بدون ترخيص من السلطات المختصة فقط، وهذا مخالف لحكم الشريعة الإسلامية الغراء التي اوجبت تحريمه بصورة مطلقة سواء صنع الخمر أو تناوله فصنع الخمر مخالفا لحكم الله^(٢)، وتناول الخمر محرم قطعاً بدليل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾^(٣).

بينما لم يعاقب قانون العقوبات العراقي على تناول الخمر ولم يعتبره جريمة الا اذا ارتكب جريمة وكان الفاعل متعاطي للمسكر، أو انه تناول المسكر في الشارع العام وكان فاقداً لصوابه أو احدث شغباً أو ازعاج للغير، ووفقاً لمبدأ الشرعية الجنائية -المذكور سابقاً- فإن أي فعل لم يتم تجريمه بمقتضى القانون لا يشكل ارتكابه جريمة ولا يتم معاقبة الفاعل عنه، مالم يكون الفعل محظوراً أو معاقباً عليه قانوناً، فإن المحكمة إذا ما وجدت أن فعل المتهم لا يقع تحت أي نص عقابي عليها

(١) أحد أعضاء مجلس النواب عن حزب النور المصري، مقال منشور على الموقع الالكتروني، www.almonitor.com، تاريخ الزيارة ١/٦/٢٠٢١م، الساعة ١٠:٠٠م.

(٢) السيد محمد تقي الخوئي، الشروط أو الالتزامات التبعية في العقود، ج١، دار المؤرخ العربي، بيروت- لبنان، ١٩٩٣م، ص ١٢٤.

(٣) سورة المائدة، الآية/٩٠.

أن تصدر حكمها ببراءته، غير انه بالأساس لا يجوز القاء القبض على متناول المسكر مالم يكن قد احدث شغباً أو ازعاج للغير.

كما أن الشرعية التي يخضع لها القانون ليست قاصرة على تحديد الجرائم والعقوبات فحسب، بل هي شرعية تعود على جميع مراحل تدخل القانون الجنائي منذ ارتكاب الفعل وحتى تنفيذ العقاب، أي أن شرعية الجريمة والعقوبة تمثل الحلقة الاولى من الشرعية الجنائية.

الفرع الثاني

اسباب عدم دستورية القوانين الخاصة بالمشروبات الروحية من حيث العقوبة

ذكرت المادة (٥) من قانون حظر الخمر المصري رقم (٦٣) لسنة ١٩٧٦ المعدل أن عقوبة من يخالف المادة (٢) من ذات القانون-سالف الذكر- والخاصة بشأن تقديم أو تناول الخمر والمشروبات الروحية هي (الحبس والغرامة أو بإحداهما)، كذلك نص المواد (٦-٧) منه على عقوبة (الحبس والغرامة) من ذات القانون أعلاه^(١)، كما نصت على ذات العقوبة المادة (٢٣٨) من قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧ الخاصة بمعاقبة الجاني اذا تسبب بموت شخص عن طريق الخطأ اذا كان متعاطياً مسكر اثناء الخطأ.

فالعقوبة المقررة لهذه الجريمة سواء العقوبة التي وردت بقانون حظر الخمر، أو قانون العقوبات المصري لم تتوافق ما جاءت به الشريعة الإسلامية في خصوص العقوبة المقررة، فالشريعة الإسلامية قد أوجبت عقوبة الجلد على كل من ثبتت بحقه جريمة شرب الخمر واستوفى شروط العقوبة الحدية^(٢)، بينما هذه القوانين المذكورة قررت عقوبة الحبس والغرامة المالية على جريمة الشرب في غير الاماكن المرخصة، وبذلك فأنها تعد عقوبات غير مشروعة دستورياً، ذلك لأنها تخالف المبادئ التي تبناها

(١) المواد (٦-٧) من قانون حظر شرب الخمر المصري رقم (٦٣) لسنة ١٩٧٦م المعدل، المادة (٦) "١-يعاقب كل من يخالف أحكام المادة (٣) بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين. ويعاقب بذات العقوبة المسئول عن نشر الإعلان أو إذاعته بأية وسيلة. وتضاعف العقوبة في حالة العود في أي من الحالتين السابقتين"، المادة ٧ " يعاقب كل من يضبط في مكان عام أو في محل عام في حالة سكر بين بالحبس الذي لا تقل مدته عن أسبوعين ولا تزيد على ستة أشهر أو غرامة لا تقل عن عشرين جنيهاً ولا تتجاوز جنيهه، ويجب الحكم بعقوبة حبس في حالة العود".

(٢) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق، ص ٣٩-٤٠.

الدستور المصري الذي اوجب أن تتفق التشريعات مع ما جاءت به الشريعة الإسلامية، وعليه تعد هذه المواد القانونية غير دستورية بالتبعية.

اضافة أن هذه العقوبات تفتقر إلى تحقيق الغرض المنوط بالعقوبة وهي الزجر والردع العام، وذلك مقارنة بالعقوبة الشرعية التي لا يعوزها ذلك، فالمشرع الجنائي المصري قد جعل تناول الخمر من قبيل الحرية الشخصية للأفراد.

كما ولم تتفق احكام كل من قانون المشروبات الروحية العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٣١ المعدل، وقانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل، مع احكام الشريعة الإسلامية بخصوص العقوبة المقررة سواء على صنع المشروبات الكحولية المرخصة وغير المرخصة، أو على تناول الخمر في الطرق العامة، فقد عاقبت القوانين المذكورة (الحبس أو الغرامة)، بعكس عقوبة الجلد التي اقترتها الشريعة الإسلامية، "حد الخمر عندنا ثمانون وقال بعضهم أربعون فإن رأى الإمام أن يضيف إليه أربعين تعزيراً جاز"^(١).

وكان الاجدر بالمشرع الجنائي العراقي أن يراعي الدستور فيما فرضه من ضرورة عدم مخالفة القوانين لثوابت احكام الإسلام، لتحضى تشريعاته بالمشروعية الدستورية، وعليه نرجح أن يوضع نص في قانون المشروبات الروحية لتجريم تناول الخمر، ونقترح أن يكون النص على النحو الآتي: "يعاقب بالجلد ثمانين جلدة حداً كل مسلم تناول الخمر، وتكون العقوبة الحبس لمدة لا تزيد عن سنة لغير المسلم".

(١) السيد أحمد الموسوي الروضاتي، إجماعات فقهاء الإمامية، ج٣، مصدر سابق، ص ٥٤٤.

الفصل الثالث

**المشروعية الدستورية للنصوص الجنائية
الاجرائية المتعارضة مع ثوابت الشريعة
الإسلامية**

الفصل الثالث

المشروعية الدستورية للنصوص الجنائية الاجرائية المتعارضة مع ثوابت الشريعة

الإسلامية

يكفل الدستور ضمانات للمتهم في مواجهة ما تبشره السلطات المختصة من إجراءات ماسة بحرمة الحياة الخاصة التي هي من ضمن الحريات الفردية، والقانون الجنائي بدوره يحمي حقوقاً اجتماعية ذات أهمية كبيرة ويضع المجتمع في مواجهة الدولة وينص على العلاقة بينهما، كما ان العلاقة بين الدستور والقانون الجنائي-بفرعيه- يسودها من حيث التطبيق مبدأ التساند لأنه في بعض الأحيان تطبيق أحدهما يفرض الرجوع الى الآخر، فالقانون الجنائي يحمي حقوقاً يقرها الدستور والدستور يرفع بعض القواعد الى رتبة المبادئ الدستورية، ولعل اهم تلك المبادئ الدستورية ما نصت عليه المادة الثانية من الدستور والتي تقضي بضرورة موافقة القوانين لثوابت ومبادئ الشريعة الإسلامية، ولمعرفة التوافق الذي حققه الشق الاجرائي من القانون الجنائي- في بعض نصوصه - مع احكام الشريعة الإسلامية من عدمه، سنقوم بتقسيم الفصل الى مبحثين، نتناول في المبحث الاول المشروعية الدستورية للإثبات الجنائي، أما المبحث الثاني فسنتناول فيه المشروعية الدستورية للحكم بعقوبة السرقة وكالاتي:

المبحث الأول

المشروعية الدستورية للإثبات الجنائي

أن اصابة القاضي للحقيقة في حكمه سواء بالإدانة أو البراءة يعتبر الهدف الأسمى الذي تسعى إليه التشريعات الإجرائية، والقاضي لا يصل إلى هذه الحقيقة ما لم يكن لديه يقين مؤكد من حدوث الواقعة فعلاً، فيقن القاضي هو أساس العدالة الإنسانية ومصدر ثقة المواطنين في هذه العدالة، إذ يستمد من وسائل وأدلة الإثبات المطروحة أمامه، لكن حتى تكتسب تلك الوسائل والأدلة المخصصة للإثبات المشروعية الدستورية، يجب عليها ان تتطابق واحكام الشريعة الإسلامية بحسب نص الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ النافذ، ودستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤ النافذ، وفي الحديث عن الشريعة الإسلامية فالقاضي الأعلى فيها -ﷺ- قد وضع اسس ووسائل للإثبات تهدف الى تحقيق العدالة بصورة شاملة ومتقنة يراعى فيها مصلحة المجتمع والفرد، وتظهر أهمية تلك الوسائل في الآيات القرآنية التي تناولت جانب من هذا النظام.

وتظهر أهمية موضوع الإثبات الجنائي في كونه الأداة الضرورية التي يعول عليها القاضي في التحقق من الوقائع القانونية والوصول إلى تكوين قناعه استناداً لها، من حيث وقوع الجريمة أو عدم وقوعها، ومن حيث إسنادها إسناداً مادياً ومعنوياً إلى المتهم أو براءته منها، وبناءً على ما تقدم وللإمام بالموضوع ومعرفة المشروعية الدستورية للنصوص الاجرائية الخاصة بإثبات الزنا، سنقوم بتقسيم المبحث الى مطلبين، نتناول في المطلب الأول المشروعية الدستورية للإثبات الجنائي في جرائم الزنا، أما المطلب الثاني فسنتناول فيه القيمة الدستورية للنصوص الاجرائية المتعلقة بإثبات الزنا.

المطلب الأول

المشروعية الدستورية للإثبات الجنائي في جرائم الزنا

لم يحد نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية عن الصبغة الدينية، بحيث أن بعض وسائل الإثبات جات كتطبيق لبعض الفروض المقدسة الواردة في القرآن الكريم والتي تهدف إلى تحقيق العدالة كونه من مطالب العدل الأساسية في الشريعة الإسلامية، وتظهر أهمية الإثبات من خلال الآيات القرآنية التي تناولت جانب من هذا النظام منها قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنِيٍّ فَبَيِّنُوا أَن

تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصِحُّوا عَلَيَّ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ^(١)، هذا وقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على شروط الدليل الجنائي بان يكون صحيحاً^(٢)، أما نظام الإثبات الجزائي الوضعي فقد وضع مجموعة من القواعد القانونية واعتمدها كأدلة لإثبات الجرائم بصورة عامة، ووضع أدلة إثبات أخرى خاصة ببعض الجرائم على سبيل الحصر، ومن اجل الوقوف على أدلة إثبات الزنا قسمنا هذا المطلب على فرعين، نتناول في الفرع الأول التحديد التشريعي لإثبات الزنا، أما الفرع الثاني فسنتناول فيه اثر التطور التكنولوجي في إثبات الزنا وكالاتي:

الفرع الاول

التحديد التشريعي لإثبات الزنا

تثبت جريمة الزنا في الفقه الإسلامي بأدلة قطعية تؤكد وقوع الجريمة فعلاً، ذلك لأن الأصل في الانسان البراءة، فلا تثبت الادانة إلا اذا ثبتت الجريمة بأدلة قطعية غير قابلة لإثبات العكس، وأدلة الإثبات في الشريعة الإسلامية بأجماع الفقهاء هي الإقرار والشهادة، الا ان الفقهاء اختلفوا في ثبوت الزنا بالقرائن كظهور الحمل في النساء غير المتزوجات في حال ادعين الاكراه^(٣).

وبحسب مفهوم ثوابت الشريعة الإسلامية ومصادرها -السالف ذكرها- فإن ما يدخل ضمن دائرة الثوابت يجب ان يكون مصدره القرآن والسنة والاجماع، وبما ان القرائن مختلف بشأن اعتبارها كدليل إثبات عند فقهاء الشريعة الإسلامية، فلا تدخل ضمن مفهوم ثوابت الشريعة الإسلامية وبالتالي تخرج عن كونها دليل لإثبات الزنا الموجب للحد، اذاً نستنتج من ذلك ان ادلة إثبات الزنا الموجب للحد في الفقه الإسلامي هي الإقرار والشهادة بدليل اجماع الفقهاء^(٤).

(١) سورة الحجرات، الآية/ ٦.

(٢) مروك نصر الدين، محاضرات في الإثبات الجنائي- النظرية العامة للإثبات الجنائي، ج١، دار هومة للطبع، الجزائر، ٣٠٠٣ م، ص ٦٩.

(٣) ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٤، تحقيق: الشيخ علي محمد عوض، دار الحديث، القاهرة- مصر، ٢٠٠٤ م، ص ٢٢٣.

(٤) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٧، مصدر سابق، ص ٤٥-٤٦.

أما عن ادلة الإثبات في التشريع الوضعي، فقد حدد المشرع الجنائي المصري ادلة إثبات الزنا في المادة (٢٧٦) من قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧ على انها (التلبس، الاعتراف، وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة من المتهم، وجود المتهم في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم)^(١).

اي أن المشرع الجنائي المصري اضاف دليلي إثبات للزنا الى ادلة إثبات الزنا في الشريعة الإسلامية هما (وجود مكاتيب او اوراق مكتوبة من المتهم، ووجود المتهم في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم).

هذا ويتبين من المادة (٢٧٦) من قانون العقوبات المصري ان ادلة الإثبات المذكورة فيها تخص الرجل باعتباره شريكا للزوجة الزانية، وليس للزوج الزاني ذلك كون المادة (٢٧٧) من نفس القانون قد ذكرت بأن الزوج لا يعتبر زانياً الا اذا زنى بمنزل الزوجية، فالمشرع هنا قد وضع تفرقة بين الأدلة المطلوبة لكي تكون حجة على شريك الزوجة الزانية، وبين كل من زنا الزوج وزنا الزوجة وشريكة الزوج في الزنا.

أما المشرع الجنائي العراقي فلم يخصص طرق محددة وخاصة لإثبات جريمة الزنا، لكن بالعودة الى قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي نجد ان المادة (٢١٣) قد حددت ادلة إثبات الدعوى الجزائية بشكل عام وهي: (شهادة الشهود، الإقرار، محاضر التحقيق والمحاضر والكشوف الرسمية الاخرى، تقارير الخبراء والفنيين، القرائن والادلة الاخرى المقررة قانوناً).

أما عن وسائل إثبات الجرائم بصورة عامة في قانون الإثبات العراقي هي: الشهود، الاعتراف، القرائن، حجية الاحكام، المعاينة، الخبرة^(٢).

(١) (الأدلة التي تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هي القبض عليه حين تلبسه بالفعل أو اعترافه أو وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة منه أو وجوده في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم).

(٢) ينظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، ط ١، دار السنهوري، القاهرة-مصر، ٢٠١٨م، ص ٧٩.

وبناءً على ما تقدم نستنتج ان هناك ادلة إثبات مشتركة بين كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وهناك ادلة إثبات تتفرد بها القوانين الوضعية دون الشريعة الإسلامية، وبناءً على هذا سنقوم بتقسيم الفرع الى قسمين نتناول في اولاً ادلة الإثبات المشتركة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، أما في ثانياً فنتناول ادلة الإثبات الاخرى في القانون الوضعي وكالاتي:

اولاً: ادلة الإثبات المشتركة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

بعد استعراض ادلة الإثبات في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي اعلاه، نجد بأنهم يشتركون بمجموعة من الادلة تتمثل بالإقرار (الاعتراف) والشهادة، وهذا ما سنقوم بتوضيحه في هذا القسم من الفرع.

أ- الإقرار (الاعتراف)

الإقرار لغة: "هو الاعتراف او هو اظهار الحق كتابة أو اشارة"^(١).

أما في الشريعة الإسلامية فقد عُرف الإقرار على انه خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو بلفظ نائبه، أو هو اخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه^(٢).

أما عن تعريفه في فقه القانون فالإقرار هو "قول صادر عن المتهم يقر فيه بصحة نسبة التهمة اليه"^(٣).

ومن خلال ما ذكر في التعاريف اعلاه بإمكاننا ان نعرف الإقرار بأنه اعتراف المتهم على نفسه امام القضاء بارتكاب الوقائع المكونة للجريمة كلها أو بعضها، اي ان الإقرار عمل ارادي يقوم به الفاعل، وبالتالي فإنه يقوم على ركنين اساسين هما، إقرار الفاعل على نفسه، وإقراره بارتكاب كل او بعض الوقائع المكونة للجريمة.

(١) معجم لسان العرب، ج٥، مصدر سابق، ص٨٨.

(٢) عبد الله الطيار، الفقه الميسر، ج٨، مدار الوطن للنشر، الرياض- السعودية، ٢٠١١م، ص١٢٣.

(٣) د. حاتم حسن بكار، اصول الاجراءات الجنائية، نشأة المعارف، الاسكندرية -مصر، ٢٠٠٧، ص٨٦٦.

- قيمة الإقرار في إثبات الزنا

اجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على انه يثبت الزنا بالإقرار، ويشترط فيه بلوغ المقرّ وعقله واختياره وقصده، فلا عبرة بإقرار الصبيّ وإن كان مراهقاً، ولا بإقرار المجنون حال جنونه، ولا بإقرار المكره، ولا بإقرار السكران والساهي والغافل والنائم والهازل ونحوهم^(١).

وعن كيفية الإقرار فإنه يكون أربع مرات، وأن يكون الإقرار صريحاً أو ظاهراً لا يقبل معه الاحتمال العقلائي، ولا بد من تكراره أربعاً، والاحوط عند المذاهب الفقهية - عدا الحنفية - ان يكون الإقرار في أربعة مجالس مختلفة هذا وان الإقرار دون الأربعة لا يثبت به الحد^(٢).

كما وأن الصبي المراهق إذا أقر يؤدب لكذبه، أو لحدوث الفعل منه، بمعنى ان إقراره ولو كان موجباً لثبوته لا يترتب عليه أثر لاعتبار البلوغ في الزنا، فلا حاجة إلى إقامة دليل خاص عليه هنا^(٣).

أما عن الاعتراف (الإقرار) في التشريع الوضعي - المصري والعراقي - فأنا نجد يتفق تارة وتارة يختلف مع احكام الشريعة الإسلامية، فأما من ناحية الاتفاق فكلاهما يتفقان على انه يجب أن يصدر الاعتراف عن ذات شخص المتهم أما ما يصدر عن غيره فانه يُعد شهادة، كذلك يجب أن يُقر المتهم بنفسه انه اقترف الواقعة الإجرامية، كذلك يجب أن يكون الاعتراف صريحاً، فلا يستشف الاعتراف من مجرد أقوال قد تجرى على لسان المتهم، ايضاً يجب أن يكون هذا الاعتراف صحيحاً باعتباره إجراء قانونياً والاعتراف الصحيح هو الاعتراف الذي يصدر عن إرادة مميزة وحرّة، فلا عبرة بالاعتراف الصادر عن شخص سكران أو مجنوناً لا يعي ما يقول أو يفعل، كذلك لا قيمة باعتراف جاء نتيجة إكراه أو ضغط، فأى أقوال تصدر من شخص تحت وطأة الإكراه أو التهديد تهدر ولا يعول عليها^(٤).

(١) الشيخ فاضل اللكراني، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة (الحدود)، تحقيق عباد الله الميانجي، ج ١، مركز فقه الأئمة الاطهار (عليهم السلام)، قم- ايران، ١٤٠٦ هـ، ص ٨١.

(٢) ينظر: محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ط ٤، ج ٤١، دار احياء التراث العرب، بيروت- لبنان، ١٩٨١م، ص ٢٨٠.

(٣) الشيخ فاضل اللكراني، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة (الحدود)، مصدر سابق، ص ٨٢.

(٤) ينظر: د. نجيب حسني، الفقه الجنائي الإسلامي، مصدر سابق، ص ٤٦٥.

أما عن نقطة الاختلاف في الإقرار (الاعتراف) بين الشريعة الإسلامية والقانون فتمثل في عدد مرات الإقرار، حيث اشترطت الشريعة الإسلامية ان يكون الإقرار الموجب للعقوبة (الحد) اربع مرات والأحوط ان يكون كل إقرار في مجلس مختلف^(١)، بينما الاعتراف في القانون يكفي ان يكون لمرة واحدة في احد المجالس القضائية، شريطة ان تقتنع وتطمئن المحكمة لصحته كما جاء في حكم المادة (٢٧١) من قانون الاجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠^(٢)، والمادة (٢١٨) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.

ب- الشهادة (البينة)

تعرف الشهادة لغة بأنها: "مصدر شهد من الشهود بمعنى الحضور، من قولهم شهد فلان الواقعة إذا حضرها"^(٣)، لقوله تعالى " مَنْ شَهِدَ مِنْكُمْ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ"^(٤)، والشهادة: "ان يقر بما يعلم، او يخبر بما رأى، وشهد شهادة بمعنى بيّن ووضح كالقول: شهد الشاهد عند الحاكم، أي: بيّن ما عنده، والمشاهدة: المعاينة فالشاهد هو من عاين الشيء ورآه بعينه"^(٥).

وفي نطاق الشريعة الإسلامية فالشهادة غير مقتصرة على جرائم الحدود وانما تمتد لتكون دليل إثبات في كل الجرائم، وتعرف الشهادة في الشريعة الإسلامية، بأنها "إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد"^(٦)، وبتعريف اخر فأنها "إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء فتخرج شهادة الزور فليست شهادة وإطلاق الشهادة على الزور مجاز من قبيل إطلاق البيع على بيع الحق"^(٧).

(١) ينظر: محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج ٤١، مصدر سابق، ص ٢٨٠.

(٢) "بعد ذلك يسأل المتهم عما إذا كان معترفًا بارتكاب الفعل المستند إليه، فإن اعترف جاز للمحكمة الاكتفاء باعترافه والحكم عليه بغير سماع الشهود وإلا فتسمع شهادة شهود الإثبات " المادة (٢٧١) من قانون الاجراءات الجزائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠م.

(٣) احمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، مصدر سابق، ص ٨٣.

(٤) سورة البقرة، الآية ١٨٥.

(٥) ابي الفضل ابن منظور، معجم لسان العرب، ج ١، مصدر سابق، ص ٣٢.

(٦) ينظر: احمد سلامة القليوبي، حاشية القليوبي، ج ٤، دار الفكر، بيروت- لبنان، ١٩٩٥ م، ص ١٨٣.

(٧) محمد الشوكاني، فتح القدير، ج ٦، مصدر سابق، ص ٢.

أما عن الشروط الواجب توافرها في الشاهد فأن جمهور الفقهاء يجمعون على أنه يجب أن يتوافر في الشاهد البلوغ والذكورة والعقل والبصر والإسلام والعدالة والاختيار^(١).

هذا وقد اقرت الشريعة الإسلامية الشهادة كوسيلة من وسائل إثبات الحقوق، لحاجة الناس إليها ولما يترتب عليها من منافع كثيرة، فالحكمة من مشروعية الشهادة تتمثل بعدة امور منها، انها تدعم الروابط الاجتماعية بين الناس وتوثق الصلات بينهم، لأمر الله تعالى الناس بالإشهاد على الحقوق، حيث فرض عليهم تأديتها وعدم كتمانها، بقوله جل وعلا: ﴿وَلَا تَكْفُرُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْفُرْ فَإِنَّهُ إِثْمٌ قَبْلَهُ﴾^(٢)، والشهادة سبب من اسباب صيانة الأعراض وفيها نصرة الحق الذي يحمله المسلم على غيره من المسلمين.

أما عن تعريف الشهادة عند فقهاء القانون فلها تعريفات عدة^(٣)، فقد عرفها بعض الفقهاء على أنها "التعبير عن مضمون الإدراك الحسي للشاهد بما رآه، أو سمعه بنفسه من معلومات عن الغير مطابقة لحقيقة الواقعة التي يشهد عليها في مجلس القضاء بعد أداء اليمين، ممن تقبل شهادتهم وممن يسمح لهم بها ومن غير الخصوم في الدعوى"^(٤).

او هي "الأقوال التي يدلى بها أمام المحكمة بعد حلف اليمين"^(٥)، وبتعريف اخر هي "إخبار بحق للغير على آخر عن تيقن في مجلس القضاء وذلك المخبر يسمى شاهداً"^(٦) والشهادة "تقرير المرء لما يعلمه شخصياً سواء رآه أو سمعه"^(٧)، وعرفت الشهادة على أنها: تقرير الشخص لما يكون قد

(١) ينظر: الشوكاني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٦، مصدر سابق، ص ٢٦٦- ٢٦٧.

(٢) سورة البقرة، الآية ٢٨٣.

(٣) الاستاذ عبد الامير العكلي، د. سليم ابراهيم حربة، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي، ج٢، مكتبة السنهوري، بغداد- العراق، ٢٠٠٨، ص ١١١.

(٤) سليمان مرقس، اصول الإثبات وإجراءاته، ج٣، المنشورات الحقوقية، لبنان، ١٩٩٨م، ص ١.

(٥) جميل الشراوي، مذكرات في الإثبات في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، ١٩٧٦م، ص ١٠١.

(٦) احمد الحصري، ادلة الإثبات في الفقه الإسلامي (علم القضاء)، دار الكتاب العربي، ط١، بيروت- لبنان، ١٩٨٦م، ص ٦٦.

(٧) جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج١، مطبعة دار الكتب المصرية، ط١، القاهرة- مصر، ١٩٣١م، ص ١٢٤.

قد رآه أو سمعه بنفسه أو أدركه على وجه العموم بحواسه^(١)، وقد اعتنق هذا التعريف معظم فقهاء القانون الجنائي كما اخذت به أيضا محكمة النقض المصري^(٢).

أما عن تعريف الشهادة في التشريعات الوضعية فلم يتطرق قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ النافذ إلى تعريفها في نصوصه، وكذلك الحال بالنسبة لقانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١، فقد اكتفى كلا منهما بذكر الإجراءات الخاصة في كيفية الاستماع إليها والشروط الواجبة لصحة الشهادة و قبولها، فالمشرع ترك تعريف الشهادة إلى الفقه والقضاء، من ثم يكون هذا الموضوع مفتوحاً للاجتihad وعدم تقيد الفقه والقضاء بشيء معين كون الحياة تحمل من صور العلاقات القانونية ما يصعب حصره، وإذا كان المشرع لم يضع تعريفاً للشهادة فإن القضاء العراقي أيضاً لم يحدد بدوره تعريفها لها، وإنما اكتفى بإعطاء مضامين للشهادة بعد الأخذ بها والتي تعتبر الأساس في قبولها، ومن هذه المفاهيم: أن تكون الشهادة منصبية على الوقائع المراد إثباتها في الدعوى، أن تكون مبنية على الرؤيا أو السماع بالنفس والإدراك بإحدى الحواس، عدم قبول الشهادة الواردة على السماع من الغير^(٣).

- دور الشهادة في إثبات الزنا:

يثبت الزنا بالشهادة في الشريعة الإسلامية، وهي شهادة اربعة شهود على أنهم رأوا واقعة الوطء المحرم بأعينهم، وهذا ما متفق عليه عند الفقهاء الخمسة، بأن الزنا لا يثبت إلا بشهادة اربعة شهود وهذا بإجماع لا خلاف فيه بدليل قوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ ۖ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾^(٤).

(١) VIDAL(GEORGEES)et Magnol(JOES-PH), cours de droit criminel et descience pénitentiaire (droit penal).paris ,١٩٣٥.n ٧٢٩ bis, p.٨٣٩.

(٢) أسامة عبد الله أمين قادر، دور هيئة التحقيق والادعاء العام في مرحلة ما قبل المحاكمة في المملكة العربية السعودية، بدون دار نشر، ١٩٩٤، ص ١١٣.

(٣) ينظر: تترخان عبد الرحمن حسين، الشهادة ودورها في الاثبات للدعوى المدنية، بحث مقدم الى مجلس القضاء لإقليم كردستان، العراق، ٢٠١٢، ص٩.

(٤) سورة النساء، الآية ١٥.

كذلك جاءت السنة النبوية مؤكدة لنصوص القرآن، فقد روي أن سعد ابن عبده قال للنبي (صلى الله عليه واله) "أرأيت لو وجدت مع امرأتي رجلاً أمهلها حتى أتى بأربعة شهداء فقال النبي (صلى الله عليه واله) نعم، وقد ثبت عن الامام علي (عليه السلام) انه سأل عن رجل قتل رجلاً وجده مع امرأته فقال ان لم يأت بأربعة شهداء والا فليغط برمته"^(١).

أما عن الشهادة لإثبات الزنا في التشريع الوضعي، فالشهادة تُعد طريق الإثبات الطبيعي والعنصر الرئيس غالباً في الإثبات بالدعاوى الجزائية والتي تعتمد على حواس وذاكرة الشهود، وفي ذات الوقت نفسه تعتبر وسيلة يحيطها الضعف والخطورة، كونها تعتمد على الحواس من جهة وعلى ذاكرة الشهود من جهة اخرى، فهي بذلك عُرضة للزلل لأن ضعفها يأتي من كونها تحمل معلومات تصل إلى التحقيق أو الى المحاكمة بواسطة الشاهد، وذلك الشاهد كثيراً ما يكون متأثراً بظروف خاصة أو عامة فتتأثر شهادته بذلك تبعاً لتلك الظروف، او قد يكذب الشاهد متعمداً أو سهواً وعندئذ يتغير مجرى الحقيقة، أما من حيث أهمية الشهادة في القانون، فأنها تكون الدليل الشائع في المسائل الجزائية والذي يقابل الدليل الكتابي في المسائل الحقوقية، لذلك يتحتم الركون إليها^(٢).

ودليل أهمية الشهادة في الإثبات الجنائي ان المادة (٥٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١م، اجازت للقائم بالتحقيق تدوين شهادة كل من يتقدم من تلقاء نفسه للإدلاء بمعلومات إذا كانت تقيد التحقيق^(٣).

وبخصوص إثبات الزنا عن طريق الشهادة فالأمر يخضع لقواعد الإثبات العامة في قانون الإثبات المصري و العراقي من حيث شروط الشاهد، موجبات وموانع الشهادة، والتي تتمثل بـ: (يجب على الشاهد أن يكون بالغاً من العمر أربعة عشر عاماً على الأقل، وهذا عكس شروط الشاهد في الشريعة الغراء والتي اشترطت البلوغ وهو تمام الثامنة عشر من العمر، ان لا تلحقه حالة من حالات

(١) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، ج ١٢، تصحيح محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت- لبنان، ١٣٧٩هـ - ١٩٥٩م، ص ١٧٤.

(٢) د. رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٧م، ص ٢٢١.

(٣) "يشرع في التحقيق بتدوين افادة المشتكي او المخبر ثم شهادة المجني عليه وشهود الإثبات الآخرين ومن يطلب الخصوم سماع شهاداتهم. وكذلك شهادة من يتقدم من تلقاء نفسه للأدلاء بمعلوماته اذا كانت تقيد التحقيق وشهادة الاشخاص الذين يصل الى علم الحاكم او المحقق ان لهم معلومات تتعلق بالحادث".

عدم الصلاحية للشهادة، وان يكون حر الاختيار غير مكره على الشهادة، وعلى الشاهد بطبيعة الحال أن يحلف اليمين القانونية قبل أداء الشهادة^(١).

وجدير بالذكر انه تكتفي المحكمة بسماع شاهدين رجلين اثنين فقط لإثبات واقعة الزنا اذا اقتنعت هي بذلك، على ان تكون الشهادة عينية وليست شهادة سماعية، وهذا خلاف ما اقرته الشريعة الإسلامية من اشتراطها اربعة شهود عيان^(٢).

ثانياً: ادلة الإثبات الاخرى في التشريعات الوضعية

ذكرنا فيما سبق ان هناك ادلة إثبات تنفرد بها القوانين الوضعية دون الشريعة الإسلامية وهذه الادلة حددها المشرع المصري خصيصاً لإثبات زنا شريك الزوجة الزانية، بالإضافة الى الادلة العامة للإثبات في الدعوى الجزائية في التشريع العراقي تم تجميع تلك الادلة لتكون (التلبس - الأوراق المكتوبة - وجود المتهم في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم - القرائن).

ومن الجدير بالذكر أن هذه الادلة هي ادلة مضافة على حكم الشريعة الإسلامية وغير معتمدة في الإثبات الجنائي الإسلامي وبالتالي فهي ادلة غير متوافقة مع حكم الدستور نظراً لنص البطلان الوارد في صلب الوثيقة الدستورية لكل نص مخالف لثوابت احكام الشريعة الغراء.

ولإثبات عدم الدستورية سنقوم باستعراض مختصر لتلك الادلة ومحاولة الوقوف على مواطن الاختلاف بين كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي وكالاتي:

أ- التلبس

ذكرت المادة (٢٧٦) من قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧ المعدل، على أن التلبس يُعد دليلاً ضد شريك الزوجة الزانية، بيد انه يجب التفريق بين التلبس الوارد في المادة (٢٧٦) من قانون عقوبات وبين التلبس الوارد في المادة (٣٠) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، والتي تنص على انه " تكون الجريمة متلبساً بها حال ارتكابها أو عقب ارتكابها ببرهنة يسيرة، وتعتبر الجريمة

(١) د. نوري حمى سعيد حيدر، جريمة زنا الزوجية وطرق إثباتها، بحث مقدم الى كلية القانون، جامعة جيهان - السلبيانية، السنة السادسة، العدد ١٢، العراق، ٢٠١٨م، ص ٤٠١.
(٢) ينظر: تترخان عبد الرحمن حسين، مصدر سابق، ص ٢٣.

متلبسا بها إذا اتبع المجني عليه مرتكبها أو تبعته العامة مع الصباح أثر وقوعها أو إذا وجد مرتكبها بعد وقوعها بوقت قريب حاملاً آلات أو أسلحة أو أمتعة أو أوراقاً أو أشياء أخرى يستدل منها على أنه فاعل أو شريك فيها أو إذا وجدت به في هذا الوقت آثار أو علامات تفيد ذلك"، وهو ذات ما ذكرت المادة (١/ب) من قانون اصول المحاكمات العراقي^(١).

وهذا يعني أنه يجب أن يُرى المتهمين في حالة يستحيل على العقل والمنطق أن يسلم أن الفعل الذي تقوم به الجريمة لم يرتكب، وبهذا القدر فإن كل من الشريعة الإسلامية والقانون متفقين في الحكم، أي ان هذا الدليل يمتلك القيمة الدستورية طبقاً لحكم الدستور.

إلا أن هذا الدليل يحمل في طياته صوراً أخرى تخالف حكم الشريعة الإسلامية، فيمكن أن يُعد من قبيل التلبس بالزنا أن تضبط الزوجة وعشيقها وهما راقدان في فراش واحد، أو أن تضبط الزوجة في منزل عشيقها في ساعة متأخرة من الليل وملابسها غير منتظمة، أو مفاجأتهم في غرفة أغلقها من الداخل وامتنعا عن فتح بابها عندما طلب منهما ذلك، وضبط الزوجة شبه عارية في غرفة النوم مع رجل غريب حتى كان مرتدياً، وغيرها من الحالات الأخرى، فكل ما ذكر من تلك الحالات يختلف حكمها وحكم الشريعة الغراء، كون الشريعة الإسلامية قد وضعت شرط للاستدلال على الزنا الموجب للحد هو رؤية الفعل بصورة (الميل في المكحلة)^(٢).

بالتالي نستنتج انه كل صور التلبس الأخرى غير الرؤية الفعلية بالعين، لا قيمة دستورية لها بالنظر لحكم المادة الدستورية القاضية بعدم دستورية اي مادة قانونية تخالف ثوابت حكم الشريعة.

(١) "تكون الجريمة مشهودة اذا شوهدت حال ارتكابها او عقب ارتكابها ببرهنة بسيرة او اذا تبع المجني عليه مرتكبها اثر ووقعها او تبعه الجمهور مع الصباح او اذا وجد مرتكبها بعد وقوعها بوقت قريب حاملاً آلات او اسلحة او امتعة او اوراقاً او اشياء اخرى يستدل منها على انه فاعل او شريك فيها او اذا وجدت به في ذلك الوقت آثار او علامات تدل على ذلك".

(٢) ينظر: د. أحمد فتحي بهنسي، الجرائم في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص ١٠٣.

ب- الأوراق المكتوبة

وضع المشرع الجنائي المصري الأوراق المكتوبة من ضمن الأدلة التي يؤخذ بها في مواجهة شريك الزوجة بالزنا، واعدها كدليل إثبات لزنا شريك الزوجة الزانية، والمقصود بها الأوراق والمحرمات التي يكتبها الشريك بخط يده^(١)، ولا يشترط ان تكون تلك المحرمات موقعة من قبل المتهم بل يكفي ان تكون بخط يده، بدليل قول المادة ٢٧٦ (مكتوبة منه)، وهذا الامر اكدته محكمة النقض المصرية بقولها "إن القانون لم يشترط أن تكون الأدلة الواردة بالمادة (٢٧٦) مؤدية بذاتها، ومباشرة الى ثبوت فعل الزنا فللقاضي ان يعتمد على الدليل ولو كان غير مباشر متى اطمأن الى ان الزنا قد وقع فعلاً، وللمحكمة ان تكمل الدليل مستعينة بذلك على العقل"^(٢)، وكذلك المحرمات التي يكتبها الغير ويصم او يوقع عليها المتهم شرط ان يكون عالماً بمحتواها وغير مكره على التوقيع عليها، وان لا تكون مزورة، وذات الأمر ينطبق على المكاتيب والأوراق المستنسخة الصادرة من الشريك فيما لو كانت صورة طبق الأصل من المحرر الصادر عن الشريك، فإنها تعتبر حجة طالما ثبت للقاضي سلامتها ومطابقتها للأصل، وبالتالي فإنه يمكن إدانة الشريك بناء على هذه الصور الفوتوغرافية لهذه الأوراق والمحرمات الصادرة عن هذا الشريك^(٣).

بينما لم يخصص المشرع الجنائي العراقي الأوراق المكتوبة كدليل خاص لإثبات الزنا، الا انه يمكن ان تُعتبر بعض المحرمات الصادرة من قبل شريك الزوجة الزانية او الموقع عليها منه كدليل إثبات اذا اقتنعت المحكمة بحصول الزنا فعلاً، بمعنى ان الكتابة من الأدلة الاقناعية في الدعاوى الجنائية^(٤).

نستنتج مما تقدم ان للقاضي الجنائي ان يعتمد المكاتيب والأوراق الصادرة من قبل شريك الزوجة الزانية كدليل إثبات للزنا اذا اطمئن لسلامة الدليل او اذا اقتنع انها تدل على حدوث الجريمة فعلاً، أما الزوجة الزانية فتخضع جريمتها لكافة وسائل الإثبات الرسمية الأخرى.

(١) ينظر: د. أحمد فتحي سرور، الوجيز في قانون العقوبات القسم الخاص، ج١، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٨م، ص٥١٥.

(٢) نقض مصري رقم (٢٩)، مايو ١٩٩٢، مجموعة الأحكام، س ١٣، ص ٢١٠.

(٣) ينظر: د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مصدر سابق، ص٤٤٩.

(٤) ينظر: جمال محمد مصطفى، التحقيق والإثبات في القانون الجنائي، مطبعة الزمان، العراق، ٢٠٠٤م، ص١٥٧.

ج - وجود المتهم في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم

من الأدلة التي وضعها المشرع الجنائي المصري لتعتبر دليل لإثبات الزنا بالنسبة لشريك الزوجة الزانية، هو وجوده في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم، بمعنى انه يجب تواجد الشريك في منزل شخص مسلم وان يكون هذا المنزل تسكن فيه الحريم وان الا يكون تواجده لسبب مشروع، وقد اختلفت الآراء حول مفهوم هذا الدليل بين كل من الفقه والقضاء، فالفقه يعرفه بأنه " المكان الذي تستطيع ان تأوي الزوجة فيه دون ان يدخله احد سوى زوجها ومعارفه"^(١).

بينما لم يعير القضاء المصري اهتمامه بهذه المسألة وقد اعد هذا الدليل بمثابة قرينة قانونية على حصول الزنا فيما لو وجد المتهم في دورة المياه^(٢)، او حجرة نوم الأولاد^(٣)، او غيرها من القرائن بدليل قول محكمة النقض " أن وجود رجل أجنبي في دورة المياه من الشقة بسكن شخص مسلم متزوج ووجود زوجة هذا الأخير في الشقة وعدم وجود ثالث معهما وعدم وجود المبرر بوجود هذا الشخص يكفي لتكوين القرينة القانونية المقررة في المادة (٣٨) عقوبات * «المادة (٢٧٦) من القانون الحالي»^(٤).

هذا ونعتقد انه لا يشترط مشاهدة الشريك وهو يمارس فعل الزنا في هذا المكان، كون كل ما يشترطه المشرع هو تواجد الشريك في المحل المخصص للحريم، فلو ان صاحب الشأن استطاع أن يثبت وجود الشريك فعلا في المنزل فانه يمكن مساءلته بحسب نص المادة (٢٧٦) سالفه الذكر.

كما وان المشرع الجنائي اشترط في المنزل أن يكون منزلا لرجل مسلم، وبالتالي لا يعتبر دليلاً ضد الشريك تواجده في منزل سيدة مسلمة بحسب نص المادة (٢٧٦)، كون النصوص الجنائية لا يجوز القياس فيها، فهل من العدالة ان يعتبر الشريك زاني في الحالة الاولى وغير زاني فيما اذا كان المنزل لسيدة مسلمة وليس رجل مسلم!

(١) د. احمد فتحي سرور، الوجيز في قانون العقوبات القسم الخاص، مصدر سابق، ص ٥١٧.

(٢) حكم محكمة النقض المصرية بقرار نقض رقم ١٧، مايو/ ١٩٣٧، س ١٨ للمحاماة، مجلة احكام النقض، ص ٨ بأنه " عندما طلبت الزوجة من زوجها ان يمكث قليلاً لأن لها صديقة بدورة المياه ولما اراد ان يتحقق من ذلك ظل كامناً في مكانه حتى خرج له المتهم..."

(٣) نقض مصري رقم ١٦، نوفمبر/ ١٩٦٤، س ١٥، مجموعة الاحكام القضائية، ص ٦٧٩.

(٤) نقض مصري رقم ٢، مارس/ ١٩٤٩، مجموعة الاحكام القضائية، ج ٧، ص ٧٨٧.

د - القرائن

تعد القرائن وسيلة إثبات غير مباشرة، فتعرف على انها "استنتاج واقعة مجهولة من واقعة معلومة"^(١)، فهي وسيلة إثبات محفوفة بالمخاطر وغير مأمونة العواقب، والشواهد كثيرا ما تخطئ والشبهات كثيرا ما تضل^(٢)، أما فيما يخص اثبات جريمة الزنا بالقرائن فأنها لا تقبل او تتحمل الإثبات بالقرائن كونها من الجرائم الرضائية وعقوبتها الرجم في الإسلام فضلا على أن الاتهام بالزنا مسألة تمس الشرف في الصميم، ولهذا كان مجال القرائن بالنسبة لجريمة الزنا محدوداً^(٣).

ومن خلال ما تقدم يتضح أن القرائن مبنية على اجتهاد القاضي ومدى اقتناعه بها، وبما ان كل مجتهد معرض للخطأ مهما كان متمسكاً بالحيطه والحذر، فلا يجوز الاعتداد بالقرائن كدليل إثبات معتمد في جرائم الزنا كونها من الجرائم التي تمس سمعة العائلة بأكملها وليس الشخص وحده، ولهذا السبب جعل الله سبحانه ادلة إثبات الزنا محصورة في الادلة القاطعة بالإثبات فقط.

الفرع الثاني

اثر التطور التكنولوجي في إثبات الزنا

نتيجة للتقدم العلمي والتكنولوجي في الوقت الحالي، ظهرت وسائل إثبات حديثة تعتمد على المعطيات العلمية والتكنولوجية للكشف عن الحقيقة وذلك في سبيل تحقيق العدالة، حيث تم في مرحلة أولى الاعتماد على تقنيات الطب الشرعي، بعدها ظهرت وسائل علمية أخرى مستحدثة، الا انه من أجل أن تكون هذه الأدلة مقبولة يجب أن تمارس في إطار من المشروعية وفي الحدود التي رسمها القانون، وألا تضمن اعتداءات على جسم الفرد وحرية وإلا بالقدر الضروري الذي يخدم مصلحة سير العدالة، إذ يجب التوفيق بين مصلحة المجتمع وضمان تطبيق القانون من ناحية وضمان الحريات الفردية من ناحية أخرى، لأن إساءة استخدام الدليل العلمي عن طريق انتهاك حرمة الحياة الخاصة للأفراد قد يفقده القيمة القانونية ويؤدي به إلى الاستبعاد.

(١) ينظر: د. سليم ابراهيم حرب، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعة للطباعة والنشر، بيروت-لبنان، ١٩٨٣م، ص ١٥٧.

(٢) ينظر: د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مصدر سابق، ص ٥٠٠.

(٣) ينظر: د. عبد الوهاب عمر البطراوي، جريمة الزنا بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، مصدر سابق، ٣٧١.

ومن اجل معرفة المشروعية الدستورية لهذه الادلة الحديثة في إثبات جريمة الزنا، سنقوم باستعراض بسيط لتلك الادلة ومطابقتها لحكم الدستور للوقوف على صحة اعتمادها كدليل إثبات من عدمه، وذلك من خلال تقسيم هذا الفرع الى قسمين، نتناول في اولاً الوسائل البيولوجية للإثبات، وثانياً الوسائل التقنية للإثبات وكالاتي:

أولاً: الوسائل البيولوجية للإثبات

كثيرة هي الوسائل البيولوجية المستخدمة في الإثبات الجنائي بشكل عام، الا ان ما يخص جريمة الزنا ينحصر تقريباً في (البصمات - تحليل السوائل المنوية)، وهذا ما سنتناوله في هذا القسم من الفرع وكالاتي:

أ- البصمات

تعرف البصمة بأنها "المادة الوراثية الموجودة في خلايا الكائنات الحية، ومنها الإنسان وتجعله مختلفاً ومتميزاً عن غيره"^(١)، وتعد البصمة من الآثار المادية التي يتركها الجاني في مكان ارتكاب الجريمة وتعتبر من الأدلة المعول عليها في الإثبات الجنائي وذلك لأنها تفوق غيرها من الأدلة الأخرى من حيث القوة^(٢)، وقد أثبتت الدراسات العلمية الحديثة أن لكل إنسان بصمة خاصة به وهذه البصمات لا يمكن أن تتطابق مع شخصين حتى لو كانوا توأمين ومن الحقائق الثابتة أن شكل بصمة أي أصبع من أصابع الإنسان لا يتغير على الإطلاق ومدى الحياة، وجدير بالذكر ان هناك العديد من البصمات لدى الإنسان غير بصمات الاصابع، منها بصمة العين، الأسنان والأذن^(٣).

وعليه فإن البصمات تدخل ضمن القرائن التي تساعد القاضي الجنائي على استنباط الحكم، وتبرز أهمية القرينة في الإثبات الجنائي بشكل عام من ذاتية مستقلة بالإضافة الى طبيعة الدور الذي يقوم به القاضي اتجاه الأدلة المقدمة في الدعوى سواء فيما يتعلق بجمع هذه الأدلة وفحصها او تقديرها، فالقاضي بدوره الإيجابي في مناقشته لأدلة الدعوى لا يكتفي بما يتقدم به الخصوم أو يتفقون

(١) د. منصور عمر المعاينة، الادلة الجنائية والتحقيق الجنائي، ط١، دار الثقافة، عمان-الادن، ٢٠٠٠م، ص٨٠.

(٢) ينظر: د. مرسى مسعود ارحومة، قبول الدليل العلمي امام القضاء الجنائي، ط١، دار الكتب الوطنية، ليبيا، ١٩٩٩م، ٢٥٣.

(٣) ينظر: د. حسن السيد خطاب، القرائن الطبية المعاصرة واثرها في إثبات الزنا، بحث منشور في مؤتمر القرائن الطبية المعاصرة واثارها الفقهية، المجلد الثالث، السعودية، ٢٠١٤م، ص١١٤٠-١١٤١.

عليه لكشف الحقيقة، وهنا يبرز دور القرينة حتى لو كانت دليل غير مباشر ما دامت متفقة مع المنطق والعقل^(١).

أما بالنسبة لاعتبار البصمة كدليل إثبات لجريمة الزنا في مصر من عدمه، فنعتقد انه ينبغي التفرقة بين كل من الشريك وبين الزوجة الزانية، كون المشرع الجنائي قد حدد ادلة إثبات الزنا بالنسبة لشريك الزوجة الزانية في المادة (٢٧٦) الاجرائية - سالفه الذكر - على سبيل الحصر، وبالتالي فإنه لا يجوز الاعتماد على البصمات لإدانة الشريك بجريمة الزنا طبقاً للنص القانوني، أما بالنسبة للزوجة الزانية فنعتقد انه بالإمكان اعتبار البصمات كدليل إثبات ضد الزوجة الزانية، كون المشرع الجنائي المصري قد جعل إثبات زنا الزوجة خاضع للقواعد العامة في الإثبات الجنائي والتي تعد القرائن من ضمنها.

ودليل رأينا هذا، هو ما قضت به محكمة النقض المصرية بقرار لها مفاده "... أما المرأة فأثبات الزنا عليها يصح بطرق الإثبات كافة وفقاً للقواعد العامة"^(٢).

أما في العراق فيما أن إثبات الزنا يرجع للقواعد العامة للإثبات الجنائي، فإنه بالتالي يمكن الاعتداد بالبصمات كدليل إثبات اذا ما عُدت كقرينة على وقوع الزنا وكونت قناعة لدى القاضي.

ب - تحليل السوائل المنوية

إذا لم يثبت الزنا بالأدلة المحددة قانوناً وقويت الشبهة في حصوله فإن هناك طريق للإثبات يُعد من القرائن المعاصرة، هو تحليل الأثار المنوية على اللباس أو البدن، وتحديد فصيلتها فإذا ثبتت مطابقتها بفصيلة المتهم كانت قرينة في إثبات حصول الزنا منه، الا أنه قد يتشابه بعض الأشخاص في فصيلة الحيوان المنوي مما يجعل الاحتمال او الشك يتطرق إلى نتائج الفحص المخبري وبالتالي يضعف الأخذ بهذه القرينة في إثبات جريمة الزنا^(٣)، هذا في حالة إثبات التهمة.

(١) ينظر: د. احمد فتحي بهنسي، الفقه الجنائي الإسلامي، مصدر سابق، ص ٥.

(٢) نقض مصري رقم ٤٩، جلسة ١٤/١/١٩٥٥، ص ٦، مجموعة النقض الرسمية، ص ٧٥.

(٣) ينظر: د. ابراهيم ناصر الحمود، القضاء بالقرائن المعاصرة، موسوعة البحوث والمقالات العلمية، السعودية، ١٤٢٦هـ، ص ٦.

أما في حالة نفي التهمة فيكون التحليل المنوي قرينة قوية على براءة المتهم مما نسب إليه؛ لذلك فإنه يمكن التأكد من ثبوت التهمة بطريق تحليل السائل المنوي، ففي حالة توافق بصمة الحمض النووي للحيوانات المنوية الموجودة في مهبل المرأة مع بصمة الحمض النووي لمني المتهم فهذا يؤكد إدانة المتهم^(١).

نستنتج مما ذكر أنه يمكن الاعتماد على تحليل السائل المنوي لإثبات حصول الزنا ونفيه باعتباره قرينة قانونية والقرائن ضمن ادلة الإثبات الجنائي، الا اننا نعتقد انه لا يمكن اعتماده كدليل إثبات، لأن الامر يحتمل الشك في حال ما تماثل شخصان في فصيلة السائل المنوي، أو اذا وجد هذا السائل على جسد او على ملابس المرأة وليس في داخل المهبل، ذلك لأنه من الممكن ان تكون تلك الاثار المنوية قد انتقلت الى الملابس بغير طريق الزنا، كأن تكون المرأة قد استخدمت ملابس المتهم الشخصية وانتقلت لها من خلاله، فكيف يحكم بالزنا بناء على امر يحمل الكثير من الاحتمالات والصور، خصوصاً وان جريمة الزنا من الجرائم التي تمس العرض والشرف.

ثانياً: الوسائل التقنية للإثبات

نتيجة للتطور العلمي عرف العالم الحديث تقدماً تكنولوجياً وتقنياً هائلاً في السنوات الأخيرة، الشيء الذي جعل مسألة دمج هذه التقنيات الحديثة في مجال الإثبات الجنائي واعتمادها من طرف التشريعات والقضاء من الموضوعات التي تارت اهتمام العديد من المفكرين، ذلك لأن هذا التقدم التكنولوجي حمل معه مجموعة من السلبيات شكلت أشكالاً من الانحراف الجنائي، يتمثل بتطور الجريمة وارتكابها بالاعتماد على أجهزة و أساليب متطورة، مما دعت الحاجة لاستخدام تلك الوسائل الحديثة في مجال إثبات الجريمة ايضاً وليس فقط في مجال ارتكابها^(٢).

وهذه الوسائل العلمية والتقنية الحديثة تتمثل ب جهاز كشف الكذب - التنويم المغناطيسي والتحليل المختبري واختراق المراسلات الالكترونية، كذلك اجهزة التنصت وتسجيل المكالمات الهاتفية، وتسجيل الفيديوهات والصور الفوتوغرافية وغيرها.

(١) ينظر: د. حسن السيد خطاب، مصدر سابق، ص ١١٤١-١١٤٢.

(٢) ينظر: د. محمد طوييف، الوسائل العلمية الحديثة للإثبات الجنائي، بحث منشور في مجلة كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر اكادير، عدد خاص، المغرب، ٢٠١٨، ص ١٦.

إلا أن الصور الأكثر شيوعاً لهذه الوسائل في مجال إثبات الزنا هي تسجيل المكالمات والفيديوهات والصور الفوتوغرافية، وهذا ما سنقوم بتوضيحه وكالاتي:

- تسجيل المكالمات والفيديوهات والصور الفوتوغرافية

الأصل انه لا خلاف من أن إجراء التصوير في المكان الخاص من قبل السلطات الأمنية عند القيام بعملية المراقبة الوقائية يعد محظوراً وغير جائز^(١)، وأن هذا العمل يشكل خرقاً واضحاً لحق الإنسان في حرمة منزله وخصوصياته وهو أمر مرفوض قانوناً ولاسيما أن ما يمكن أن تصوره الكاميرا قد يخرج عن إطار المراقبة ليمس حياة الإنسان المحمية دستورياً، وأن مثل هذا الإجراء لا يجوز أن يصدر عن السلطات الأمنية لما فيه من انتهاك لحقوق الإنسان في حياته الخاصة، حتى ولو كانت الوقائع التي يراد الكشف عنها ما يقع تحت طائلة قانون العقوبات، ويستوي في ذلك أن تكون أجهزة التصوير قد وضعت في المكان الخاص أم أنها وضعت على بعد في مكان عام، وعلى هذا الأساس سار المشرع الجنائي المصري في قانون العقوبات إذ انه نص على "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن وذلك بأن ارتكب أحد الأفعال الآتية في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو بغير رضاء المجني عليه:

(أ) استرق السمع أو سجل أو نقل عن طريق جهاز من الأجهزة أيّاً كان نوعه محادثات جرت في مكان خاص أو عن طريق التليفون.

(ب) التقط أو نقل بجهاز من الأجهزة أيّاً كان نوعه صورة شخص في مكان خاص"^(٢)، بمعنى ان المشرع الجنائي لا يسمح بالاعتداء على حرمة خصوصية الاشخاص الا بأذن من المحكمة او بموافقة الاشخاص أنفسهم.

وعلى ذات الأمر سار المشرع الجنائي المصري في قانون الاجراءات الجنائية من انه "لقاضي التحقيق ان يأمر...، وأن يأمر بمراقبة المحادثات السلوكية واللاسلكية أو إجراء تسجيلات الأحاديث جرت في مكان خاص متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة في جنائية أو جنحة معاقب عليها

(١) ينظر: د. مرسى مسعود ارحومة، قبول الدليل العلمي امام القضاء الجنائي، مصدر سابق، ص ٥٠٥.

(٢) المادة (٣٠٩ مكرر) من قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧م.

بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر وفي جميع الأحوال يجب أن يكون الضبط أو الاطلاع أو المراقبة أو التسجيل بناء على أمر مسبب ولمدة لا تزيد على ثلاثين يوماً قابلة للتجديد المدة أو لمدد أخرى مماثلة^(١).

أما عن موقف المشرع الجنائي العراقي، فلم يتضمن قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ نصاً يعالج مسألة إجراء التصوير في المكان الخاص وكل ما تضمنه بشأن الصورة هو ما جاء في قانون العقوبات "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين: ١- من نشر بإحدى طرق العلانية أخباراً أو صورة أو تعليقات تتصل بأسرار الحياة الخاصة أو العائلية للأفراد ولو كانت صحيحة إذا كان من شأن نشرها الإساءة إليهم"^(٢).

يتضح من هذا النص أن المشرع الجنائي العراقي لم يجرم فعل التقاط الصورة أو عملية التصوير في المكان الخاص، وإنما جرم نشر الصور التي تتصل بأسرار الحياة الخاصة أو العائلية، لكن شتان ما بين فعل الالتقاط أو التصوير وفعل النشر، إذ ليس بالضرورة أن يكون الناشر هو من قام بإجراء التصوير، فقد يكون الناشر قد عثر على الصورة صدفة في طريق عام.

إضافة إلى أنه بالرجوع إلى قانون الإثبات العراقي نجد أن المشرع قد سمح باستخدام الوسائل الحديثة للإثبات باعتبارها قرائن قضائية، بدلالة قوله "للقاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية"^(٣).

نستنتج من النصوص السابقة أن كل من المشرع الجنائي المصري والعراقي قد أجازوا استخدام الوسائل التقنية الحديثة إذا كانت قد اجريت بموافقة الجهات المختصة، وأن المشرع الجنائي العراقي لم يجرم فعل تسجيل الصور أو الصوت بل عاقب على نشرهم فقط على عكس التشريع المصري الذي عاقب على التسجيل، متناسياً بذلك الدستور العراقي النافذ الذي كفل حرمة الحياة الخاصة بنص المادة

(١) المادة (٩٥ مكرر) من قانون الاجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠، مضافة بالقانون رقم (٩٨) لسنة ١٩٩٥، الوقائع المصرية، العدد رقم (١٨) غير مكرر اعتيادي، صادر في ٣/٣/١٩٩٥.

(٢) المادة (٤٣٨) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

(٣) المادة (١٠٤) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩، "للقاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية".

(١٧) على أن "لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية بما لا يتنافى مع حقوق الآخرين والآداب العامة".

ويلاحظ من النص أن الدستور قد كفل عدم التدخل ومراقبة تفاصيل الحياة الخاصة للأفراد، واستناداً إلى ذلك لا يجوز إجراء التصوير في المكان الخاص بدون رضا المجنى عليه، لما ينطوي عليه هذا الإجراء من مساس بحرمة الحياة الخاصة للأفراد، مع ذلك فقد اجاز المشرع العراقي اعتماد الوسائل الحديثة في الإثبات بحسب دلالة النص السابق، وعليه فإن كل من تسجيل الصوت والفيديو والصور ممكن ان يُعد قرينة قضائية تساعد القاضي لإثبات جريمة الزنا.

المطلب الثاني

القيمة الدستورية للنصوص الإجرائية المتعلقة بإثبات الزنا

نقصد بالقيمة الدستورية للنصوص الاجرائية معرفة مدى تطابق النصوص الاجرائية لحكم الدستور، كونه التشريع الاساسي الذي يتولى تنظيم الاختصاصات لضمان حقوق وحرية الافراد طبقاً لمبدأ المشروعية، وبناءً عليه سنحاول في هذا المطلب تبيان القيمة الدستورية للنصوص الاجرائية الخاصة بجريمة الزنا - بعد ما تناولنا الحديث عن هذه النصوص وشرحها في المطلب الاول من هذا المبحث - من خلال بيان مواضع الاتفاق والاختلاف بين كل من حكم الشريعة الإسلامية وحكم القانون، كذلك معرفة القيمة الدستورية لسلطة القاضي الجنائي التقديرية بمطابقتها لحكم الشريعة ايضاً، وذلك من خلال تقسيم المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الأول القيمة الدستورية لمبدأ الشرعية الإجرائية في إثبات الزنا، والفرع الثاني نتناول فيه القيمة الدستورية لسلطة القاضي الجنائي التقديرية في إثبات الزنا، وكالاتي:

الفرع الاول

القيمة الدستورية لمبدأ الشرعية الاجرائية في إثبات الزنا

يعني مبدأ الشرعية الإجرائية أن يكون التشريع مصدر الإجراءات الجنائية، سواء كان تشريعاً دستورياً أم عادياً، ذلك لأن الإجراءات الجنائية تنطوي في جانب كبير منها على قدر من القهر والإجبار إزاء المتهم، وإزاء غيره في بعض الأحيان، كما وتتضمن مساساً بحرية الأفراد وحقوقهم

الأساسية، وقد تتخذ ضد أفراد لم تثبت إدانتهم بعد، أو قد تثبت براءتهم فيما بعد، ومن ثم تعين أن يكون التشريع - الدستوري او العادي - مصدرها^(١).

ولا تقصد الشرعية الإجرائية اشتراط أن يقرر القانون الإجرائي الجنائي فقط، بل تتطلب أن يحدد القانون الشروط الشكلية والموضوعية اللازمة لاتخاذ الإجراء، بحيث لو أغفلت أو تمت مخالفتها، صار مآل ذلك الإجراء البطلان، وهي على هذا النحو تضمن سيادة القانون بوصفه أساس الحكم في الدولة، لتؤدي إلى الاستقرار القانوني الذي يؤمن الأفراد ضد المفاجآت التي تعرض حرياتهم للخطر^(٢).

ومن أجل معرفة القيمة الدستورية لمبدأ الشرعية الاجرائية سنقوم بمطابقة النصوص الاجرائية الخاصة بجريمة الزنا لحكم الدستور الذي يقضي بأن تكون القوانين متفقة وثوابت احكام الإسلام حتى تكتسب الحصانة ضد البطلان، وكالآتي:

أولاً: من حيث ادلة الإثبات العادية

أ- حسناً فعل المشرع الجنائي - المصري والعراقي - بأن وافق الشريعة الغراء باعتماده كل من الاعتراف والشهادة كدليلي إثبات للزنا، الا ان الشريعة الإسلامية قد حصرت ادلة إثبات الزنا (الإقرار - الشهادة) فقط لإقامة الحد على الزاني^(٣)، بينما نجد ان المشرع الجنائي المصري قد وضع ادلة إثبات للزنا خاصة بشريك الزوجة الزانية تختلف عما اقرته الشريعة الإسلامية، وليس هذا فقط بل وقد فرق بأدلة إثبات الزنا بين كل من شريك المتزوجة - الزوجة الزانية - المتزوج في بيت الزوجية و شريكة الزوج الزاني.

فالزوجة الزانية ارجى إثبات جريمتها لكافة طرق الإثبات المنصوص في قانون الاجراءات الجنائية، وقد اشترط ان يكون الزنا في منزل الزوجية لإثبات زنا الرجل المتزوج، أما شريكة الزوج الزاني فلم يضع لها عقوبة من الاساس فيما لو كانت غير متزوجة.

(١) ينظر: جميل يوسف قدوره كتكت، نطاق الشرعية الاجرائية في الظروف الاستثنائية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى

مجلس كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، ١٩٨٧م، ص١٤٨ وما بعدها.

(٢) ينظر: جميل يوسف قدوره كتكت، المصدر نفسه، ص١٤٩.

(٣) ينظر: ناصر مكارم الشيرازي، انوار الفقاهة (كتاب الحدود والتعزيرات)، ط١، انتشارات مدرسة الإمام علي بن أبي

طالب (ع)، قم- ايران، ١٤١٨ هـ ق، ص١٣٥ وما بعدها.

أما عن موقف المشرع الجنائي العراقي فإنه لم يعالج مسألة ادلة إثبات الزنا، ولم يحدد ادلة خاصة للإثبات وارجعها الى القواعد العامة للإثبات الجزائي في المادة (٢١٣/أ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية^(١)، والتي بدورها تضم ادلة إثبات اخرى غير تلك التي اقرتها الشريعة الإسلامية.

ب- اشترطت الشريعة الإسلامية بالإقرار ان يكون اربع مرات بدليل الروايات والتي منها، ما رواه جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما "... وقال لا يرمج الزاني حتى يقر اربع مرات بالزنا إذا لم يكن شهود، فان رجع ترك ولم يرمج"، ويفضل ان يكون الإقرار في مجالس مختلفة وليس دفعة واحدة^(٢).

بينما نجد العكس في القانون الوضعي، حيث يكتفي القاضي الجنائي بالإقرار (الاعتراف) لمرة واحدة اذا اطمئن لاعترافه، وله ان لا يعتد بالاعتراف اصلاً، بمعنى أن احكام المشرع الوضعي الخاصة بالاعتراف لم تتفق مع احكام الشريعة الإسلامية، وهذا ما نصت عليه المادة (٢١٧) من تعليمات النيابة العامة في مصر بقولها "أذا اعترف المتهم في التحقيق بالتهمة المسندة إليه فلا يكتفي بهذا الاعتراف، بل يجب على المحقق أن يبحث عن الأسئلة التي تعززه لأن الاعتراف ليس إلا دليلاً يحتمل المناقشة كغيره من أدلة الإثبات"^(٣).

ج - عدد شهود إثبات الزنا الموجب للحد في الشريعة الإسلامية اربعة شهود ذكور عدول بدليل قوله تعالى: ﴿... فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ...﴾^(٤)، بينما تكتفي المحكمة الجنائية بسماع شهادة شاهدين اثنين على ان تكون الشهادة عينية، هذا وتأخذ المحكمة بالشهادة الواحدة اذا تم تأييدها بقريضة، بحسب ما نص عليه قانون الاجراءات العراقي على انه "لا تكفي الشهادة الواحدة سبباً للحكم ما لم تؤيد بقريضة او بأدلة اخرى مقنعة او بإقرار من المتهم الا اذا رسم القانون طريقاً اخر فيجب التقيد به"^٥.

(١) (تحكم المحكمة في الدعوى بناء على اقتناعها الذي تكون لديها من الادلة المقدمة في أي دور من ادوار التحقيق او المحاكمة وهي الإقرار وشهادة الشهود ومحاضر التحقيق والمحاضر والكشوف الرسمية الاخرى وتقارير الخبراء والفنيين والقرائن والادلة الاخرى المقررة قانوناً).

(٢) (المنتظري، كتاب الحدود، انتشارات دار الفكر، ط١، قم - ايران، ١٤٣١ هـ ق، ص٢٦).

(٣) (التعليمات العامة للنيابات، الكتاب الاول، التعليمات القضائية، القسم الاول، المسائل الجنائية، مصر، ٢٠٠٧م).

(٤) (سورة النساء، الآية/ ١٥).

^٥ المادة (٢١٣/ب) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.

د - فيما يخص التلبس وضعت الشريعة السمحاء معياراً لإقامة حد الزنا بالاعتماد على التلبس هو (المروءة بالمكحلة) اي مشاهدة المتهمين يقومون بالفعل كاملاً تحت وضع لا يمح بالشك مطلقاً وبأم العين، بينما نجد صور كثيرة تدخل ضمن مفهوم التلبس في القانون والتي لا تطابق المعيار الذي الشريعة الإسلامية، إذ أن التلبس يمكن أن يتوفر حتى وأن لم ير الجاني المشهد الجنسي متى وجدت قرائن قوية تحمل على الاعتقاد بوقوع فعل الزنا أو بقرب وقوعه، ذلك لأن مثل هذه الصور غالباً ما تكون مماثلة تماماً لحالة الزنا الصريحة ولأنها تختلط في ذهن المشاهد مع الزنا الحقيقي، كذلك ولأنهم يحدثون نفس التأثير البيكولوجي للاستفزاز^(١)، كذلك الحال بالنسبة للتشريع الجنائي العراقي والذي حدد التلبس (الجريمة المشهودة) في المادة (١/ب) من قانون اصول المحاكمات الجزائية^(٢)، والتي ادخلت صوراً كثيرة تحت عنوان التلبس تخالف معيار الشريعة الإسلامية المذكور.

هـ - لم تعترف الشريعة الإسلامية بالدليل الذي وضعه المشرع الجنائي المصري لإثبات زنا الشريك بوجوده في المنزل المخصص للحريم، كون الشريعة اقرت قاعدة (درء الحدود بالشبهات)^(٣) ووجوده في منزل النساء لا يكون دليل قاطع على ارتكاب الزنا، وازضافة الى ما تقدم فإن المشرع الجنائي المصري قد وضع تفرقة لا يقبلها المنطق او العقل السليم في كل من:

١- منزل الرجل المسلم وبين منزل المرأة المسلمة، حيث ان نص المشرع كان واضحاً في المادة (٢٧٦) الاجرائية والذي ينص على "وجود المتهم في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم"^(٤)، وبذلك يكون قد فرق بين ما اذا كان المتهم في منزل تابع لرجل مسلم والفعل يشكل جريمة الزنا، أما اذا كان المتهم في منزل مخصص لسيدة مسلمة فلا يُعد الفعل زنا بدليل صراحة المادة اعلاه.

(١) د. حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الجديد، مصدر سابق، ص ٢٢٨.

(٢) (تكون الجريمة مشهودة إذا شوهدت حال ارتكابها او عقب ارتكابها ببرهة بسيرة او اذا تبع المجني عليه مرتكبها اثر ووقعها او تبعه الجمهور مع الصباح او اذا وجد مرتكبها بعد وقوعها بوقت قريب حاملاً آلات او اسلحة او امتعة او اوراقاً او اشياء اخرى يستدل منها على انه فاعل او شريك فيها او اذا وجدت به في ذلك الوقت آثار او علامات تدل على ذلك).

(٣) ينظر: ابن حزم الاندلسي، المحلى بالآثار، ج ٧، مصدر سابق، ص ٤٧٨ وما بعدها.

(٤) (الأدلة التي تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هي...أو وجوده في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم).

٢- التفرقة الاخرى التي وضعها المشرع الجنائي المصري بخصوص المنزل هي انه اشترط ان يكون منزل رجل مسلم، وبالمفهوم المخالف يعني انه اذا كان المنزل لشخص ينتمي لديانة اخرى غير الإسلام فحينها لا يجوز الاستشهاد بهذا الدليل، ولا يشكل الفعل جريمة زنا طبقاً لنص المادة القانونية^(١).

ثانياً: من حيث ادلة الإثبات الحديثة (التطور التكنولوجي)

أكدت الشريعة الإسلامية ان الوسائل العلمية المتقدمة التي ظهرت والتي يمكن الاستعانة بها كأدلة إثبات في القانون، لا تعدو أن تكون مجرد قرائن لا ترقى لأن تستقل بالإثبات في جرم الزنا، والذي ضيقه الشرع، فمثلاً تحليل البصمة الوراثية الذي هو أقوى هذه الوسائل يرى الخبراء القانونيون أنه دليل غير مباشر على ارتكاب الجريمة، وأنه قرينة تقبل إثبات العكس في مجال إثبات الزنا، كون هذه التحاليل يعترها الخطأ البشري المحتمل^(٢).

وبحسب اعتقادنا انه حتى لو دلت البصمة الوراثية في نفسها على نفي النسب أو إثباته يقيناً، فإن ذلك اليقين في نفسه يوقع الظن في طريق إثباته، مما يجعل تقرير البصمة الوراثية غير قادر على إثبات جريمة الزنا إثباتاً يقينياً، وبدوره يجعل إثبات جريمة الزنا بذلك موضع شبهة وتردد.

أما عن تحليل السوائل المنوية، فغاية هذا التحليل أن يُثبت أن الماء المستقر في رحم المرأة هو ماء الرجل الفلاني، أو أن هذا الحمل منه أو من غيره، وهذا إن ثبت فلا يعني ذلك ثبوت الزنا بالتعريف الشرعي وشروط ادلة إثباته، ذلك لأن مني الرجل قد ينتقل إلى رحم المرأة عمداً أو خطأً سواء أكان عن قصد أو دون قصد، كأن يتشربه فرج المرأة من طريق استعمال ملابس أو أشياء ملوثة به^(٣)، مثلاً كأن تكون المرأة قد لابست المحرم ولكن دون حصول الإيلاج، وكل هذا لا يُعد زناً شرعاً بدليل التعريف والروايات منها ما ذكر العلماء... " إن قالت: وَطُنْتُ بين الفخذين ودخل الماء إلى

(١) د. عبد الوهاب عمر البطراوي، جريمة الزنا بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، مصدر سابق، ٣٧١.

(٢) ينظر: عمر محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، ط١، دار الفضيلة، ١٤٢٣ هـ، الرياض- السعودية، ص ١٠-١٥.

(٣) ينظر: الحسن الحضيري، الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة، رسالة ماجستير مقدمة الى قسم الشريعة والقانون، جامعة مالك ابراهيم الإسلامية الحكومية، ليبيا، ٢٠١٦م، ص ٢١٤-٢١٥.

فرجي، فكان الحمل عن ذلك فينبغي أن يُدْرَأَ الحَدُّ عنها؛ لأنَّ ذلك ممكن، وقال صلى الله عليه وآله وسلم اذْرَعُوا الحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ^(١).

وبحسب رأينا فإن الامر نفسه ينطبق على كل من تسجيل الفيديوهات والصورة والمكالمات الهاتفية لما تحتمل من تزيف او تحريف او تلاعب بالحقيقة الامر الذي يدخلها في طائفة الشكوك وعدم حصول العلم اليقيني.

الفرع الثاني

القيمة الدستورية لسلطة القاضي الجنائي التقديرية في إثبات الزنا

أهم ما يميز نظام الإثبات الجنائي في الشريعة الإسلامية هو حصر طرق الإثبات والتشدد في وسائله، ويظهر ذلك بوضوح في عدم اعتماد القضاء على إثبات جرائم الحدود بالقرائن التي تعتبرها الاحتمالات؛ تطبيقاً لمبدأ درء الحدود بالشبهات، ومن أمثلة هذه القرائن قرينة الحمل من غير زوج و النكول عن اللعان في الزنا، وقرينة التعريض بالقذف^(٢)، إلا أن السلطة التقديرية للقاضي تمكنه من تقدير قوة الشبهة بحسب هذه القرائن، وما يتصل بها من ظروف وملابسات إلا أنها تستعين بها فقط مع عدم الاعتماد عليها في الحكم بإقامة الحد، كون ادلة إثبات الحدود محددة على سبيل الحصر ولا يجوز الاعتداد بغيرها او الحكم بناءً على غيرها.

أما عن سلطة القاضي بتقدير ادلة إثبات الحدود - منها الزنا- في الفقه الإسلامي، فقد أجمع الفقهاء على تقييد سلطة القاضي، ذلك لأن طرق الإثبات محددة على سبيل الحصر ومقيدة بالعدد الذي وردت به النصوص الشرعية فالقاضي ملزم بها، لذا لا يمكن الخروج عليها أو تجاوزها وكذلك يتقيد الخصوم بهذه الطرق المحددة فلا يمكنهم إثبات حقوقهم إلا بها^(٣)، وبحسب اعتقادنا فإن الإثبات يجب أن يكون مقيداً بوسائل محددة على سبيل الحصر حتى لا تعرض أرواح الناس واموالهم للضياع

(١) ابن فرحون المالكي، تبصرة الحكام، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ١٩٩٧م، ص ٩٧.

(٢) د. سمير بشير باشا، السلطة التقديرية للقاضي في مجال الإثبات الجنائي، بحث مقدم الى كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، العدد (٢١)، السنة الحادية عشر، الجزائر، ٢٠١٦م، ص ٣١١.

(٣) ينظر: د. سعد حسن ابراهيم، سلطة القاضي في النظام الجنائي الإسلامي، بحث مقدم في مؤتمر التشريع في القانون الإسلامي، المقام في لندن، بدون دار نشر، لندن، ١٩٩٨م، ص ٨٦٤.

والإتلاف من القضاة الجائرين، أو أن يقع الافراد ضحية شك، كما أن عدم حصر وتحديد وسائل الإثبات يؤدي إلى تشجيع أصحاب الدعاوى الباطلة على الادعاء والبهتان على الناس فتسحق حقوق الآخرين مما يؤدي إلى انتشار الفساد والظلم، اضافة الى ان واضع الجرم والعقوبة هو سبحانه (جل وعلا) وهو الاعرف بنفوس البشر فلا يجوز الاعتداء على حكم رب العباد سبحانه.

أما في القانون الوضعي الإجرائي، فإن السلطة التقديرية للقاضي الجنائي تتمثل بسلطته في تقدير القرائن ومدى كفايتها لأن تكون دليل إثبات للزنا، بيد أن تقدير تلك القرائن تكون ابتداء من قبل مأموري الضبط القضائي والمحققين^(١)، إلا أن عملهم هذا يخضع لإشراف سلطة التحقيق ومحكمة الموضوع التي لها أن تقول بعدم كفاية تلك الدلائل والقرائن، وعلى كل حال فإن القرائن التي قد يستند إليها القاضي تختلف باختلاف ظروف الدعوى وملابساتها، فمنها ما يحتاج القيام بتجارب علمية وفنية للتأكد من صحتها، كبصمة الإبهام مثلاً، وهناك من الدلائل ما يحتاج إلى إخضاعها للفحص العلمي للتأكد من ثبوتها، ومنها ما تكفي فيها فطنة القاضي وفراسته كالتعرف على صدق الشاهد أو كذبه، أو وجود عداوات سابقة بين الجاني و المجني عليه، وجميع هذه القرائن تكون معرضة للخطأ في النتائج، هذا وأن على القاضي أن يتأكد أن هذه الوقائع والدلائل بأن تكون صحيحة وليست مفتعلة بقصد التضليل لأن اي خلل سوف يؤدي إلى نتائج خاطئة^٢.

وجريمة الزنا لا تحتل كل هذه الاجراءات كونها جريمة تشكل مساساً بسمعة الانسان وشرفه، بل وتمتد الى سمعة جميع افراد عائلته خصوصاً في مجتمعاتنا العربية المحافظة، وهذا يعني ان اي خطأ في تلك القرائن يسبب فضيحة ودمار لكيان العائلة واستقرارها وشرفها، فكيف يتهاون القانون الجنائي بتلك الاجراءات رغم ما تسببه من عواقب وخيمة ومدمرة، خصوصاً وان الدستور قد اقر حماية الاسرة والمحافظة على استقرارها وكيانها، وبالرغم من نص الدستور على حماية الاسرة وعلى الالتزام بثوابت الشريعة الإسلامية الا ان المشرع الجنائي قد خرج عن حكم الدستور وافر الكثير من القرائن التي تتضمن الشك قبل اليقين، والأمثلة على ذلك كثيرة منها الادلة الكتابية الصادرة من المتهم،

(١) ينظر: رائد صبار الازيرجاوي، القرينة ودورها في الإثبات في المسائل الجزائية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية

الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، ٢٠١١م، ص ١١٥.

(٢) ينظر: د. منصور عمر المعاينة، مصدر سابق، ص ٧٥-٧٧.

واحوال الجريمة المشهودة في التشريعي المصري والعراقي^(١)، ووجود المتهم في منزل المسلم المخصص للحريم في القانون الاجرائي المصري وغيرها.

خلاصة القول أن الشريعة الإسلامية لا تعتمد القرائن كدليل إثبات لجريمة الزنا درءً للشبهات وبالتالي لا تقيم الحد بناءً على القرائن، بينما وعلى العكس من حكم الشريعة الغراء فإن القانون الاجرائي الوضعي يعتمد القرائن لإثبات جرم الزنا، تارة كدليل إثبات وتارة اخرى يعتمدها كقرينة قضائية تساعد القاضي في إصدار الحكم، وهنا نجد الفرق بين الشريعة والقانون في موضوع الإثبات، ففي الوقت الذي نجد ان القانون الوضعي يثبت الزنا عن طريق القرائن فان التشريع الإسلامي يتشدد في موضوع الإثبات، ولا يكتفي بالقرائن كدليل لإثبات الزنا، وانما بقصر الأدلة المعترف بها والمتفق عليها على الشهادة والإقرار.

المبحث الثاني

المشروعية الدستورية للحكم بعقوبة السرقة

يشكل القسم الإجرائي الشق الثاني من القانون الجنائي والذي يعتبر ترجمة للشق الموضوعي من القانون الجنائي، كونه يضع العقوبات موضع التطبيق ويبين اجراءات تنفيذها وطرق الطعن بها وكافة التفاصيل الاخرى، احتراماً لمقتضيات العدالة، وعليه ينبغي ان تحترم النصوص الإجرائية احكام الدستور، كون النصوص الإجرائية ذات أساس دستوري ولا يقتصر نطاق توافقها مع الدستور على احكام دون أخرى^(٢).

ومن هذا المنطلق سنقوم بالبحث عن اختلاف النصوص الإجرائية الخاصة بعقوبة السرقة بين التشريع الوضعي واحكام الشريعة الإسلامية الواجب أتباعها من قبل التشريعات الوضعية بحكم الدستور، وبناءً على ذلك ارتأينا تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، نتناول في المطلب الأول ماهية

(١) المادة (٣٠) من قانون الاجراءات الجنائية المصري رقم (٥٠) لسنة ١٩٥٠م، والمادة (١/ب) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١م.

(٢) نصت المادة (٢٧) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على ان "اولاً للأموال العامة حرمة، وحمايتها واجب على كل مواطن. ثانياً تنظم بقانون الاحكام الخاصة بحفظ املاك الدولة وادارتها وشروط التصرف فيها والحدود التي لا يجوز فيها النزول عن شيء من هذه الاموال".

السرقه في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي، أما المطلب الثاني فسنتناول فيه المشروعية الدستورية لتنفيذ الحكم بالسرقه كالاتي:

المطلب الاول

ماهية السرقه في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي

يكاد لا يخلو مجتمع من المجتمعات على الإطلاق من الجريمة، فمنذ أن خلق الإنسان وهبط الى الأرض للعيش فيها وجدت الجريمة مكانا لها، وذلك بسبب التنازع في المصالح والتنافس على اشباع الحاجات بين الأفراد، لذلك كانت ظاهرة الإجرام وما زالت موضع اهتمام من علماء القانون الذين وضعوا لها العقوبات في متون قوانينهم واجتهدوا في تحليل النظريات العلمية لعلاج هذا الجرم وايقافه في محاولة منهم لأصباغ الأمن والسلم على المجتمع وذلك لما تشكله من خطورة بالغة على العلاقات الإنسانية، وما تمثله من تعد على هيبه الدولة وسلطة القانون.

وبدورها اتجهت الشريعة الإسلامية بالاهتمام -منذ نزول القرآن الكريم- في مجال الجرائم ومنها جريمة السرقه كونها تمس أمن المجتمع، وأهملت شأن المجرم في مقابل شأن الجماعة، فشددت العقوبة عليه وجعلتها مقدرة محددة من أجل القضاء على ما يهدد الناس في أموالهم وامنهم، فحكم الشارع الحكيم بالزجر والردع عن هذه الجنائية، فقدر الأحكام وشرعها على أكمل الوجوه، وذلك بأن جعل العقاب مكافئاً للجريمة، محققاً علاج الجاني واصلاحه.

وتأسيساً على ذلك فقد وقع اختيارنا على نمط من السلوك الجانح وتركزت الدراسة في حدود جريمة السرقه لما فيها من الاساءة الى كيان المجتمع والاضرار به، كون السرقه جريمة تنطوي على ضرر مادي وضرر معنوي، وقد يتعدى اثرها طرفي الفعل الاجرامي (السارق والضحية) الى المجتمع وتفضي بالنتيجة الى الاخلال بالنظام العام وقلق الافراد على اموالهم.

كما وان خطورة جريمة السرقه تكمن في انها اذا ما اقترنت بالعنف فأنها تتعدى المال لتمس حياة الانسان وسلامته خصوصا اذا ما داهم السارق الخطر أو أن الضحية لم تطاوعه بالتنازل عما بحوزتها من مال.

ومن أجل معرفة ماهية جريمة السرقة بين كل من الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية سنقوم بالبحث حول تعريف السرقة وبيان مفهومها وعقوبتها بشكل مختصر قبل الدخول بمشروعية تنفيذها الدستورية وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب الى فرعين، نتناول في الفرع الأول مفهوم جريمة السرقة، أما الفرع الثاني فستناول فيه اركان عقوبة السرقة وكالاتي:

الفرع الأول

مفهوم جريمة السرقة

تعرف السرقة لغتاً بأنها: اخذ الشيء من الغير خفية، او يسارق النظر اليه، اذا انتظر غفلته لينظر اليه^(١).

أما بالنسبة الى علماء النفس فانهم ينظرون الى السرقة على انها سلوك مكتسب يعبر عن حاجة انفعالية لها وظيفتها في تكوين الشخصية، أساسها الطبيعي في الإنسان الميل الى التملك او الاستمتاع^(٢)، والسرقة سلوك يحاول السارق من خلاله ان يمتلك ما يمنحه القوة لمواجهة قلقه الناتج من فقدان تأثير ذاته^(٣)، فمحور المفهوم النفسي يدور اذاً حول الدوافع الكامنة في شخصية الفرد، فالسطو كأحد اشكال السرقة والذي ينطوي على عنصر الاكراه يرجع برأى علماء النفس الى الجمع بين غريزتي العدوان والتملك^(٤).

والسرقة في المفهوم الاجتماعي: سلوك اناني غير منضبط يفتقد للإيثار الاجتماعي، يحصل به الفرد على ما ليس من حقه^(٥)، او هي سلوك يعبر عن المصالح الشخصية لأشخاص يبحثون عن

(١) أبي الفضل ابن منظور، لسان العرب، حرف السين، مصدر سابق، ج ١، ص ٢١.

(٢) د. عبد العزيز القوصي، اسس الصحة النفسية، ط ٥، مطبعة السعادة، القاهرة- مصر، ١٩٧٥م، ص ٣٥٨.

(٣) د. مصطفى فهمي، مجالات علم النفس، المجلد الاول، مكتبة مصر، القاهرة- مصر، ١٩٩٨م، ص ٩٣.

(٤) د. رمسيس بهنام، المجرم تكويناً وتقيماً، منشأة المعارف، الاسكندرية- مصر، ٢٠٠٨م، ص ١٦٢.

(٥) د. حسن الساعاتي، النظريات الاجتماعية لتفسير السلوك الاجرامي، ابحاث الندوة العلمية السادسة، المركز العربي

للدراستات الامنية والتدريب، الرياض- السعودية، ١٩٨٧م، ص ١٠٤.

اشباع حاجاتهم ورغباتهم الخاصة فقط والسرقه خطر ضد قيم الامانة وحرمة الممتلكات الخاصة للأفراد^(١).

أما عن تعريف السرقة شرعاً: "أخذ البالغ العاقل عشرة دراهم أو مقدارها خفية عن من هو متصد للحفاظ، مما لا يتسارع إليه الفساد، من المال المنقول للغير من حرز وبلا شبهة"^(٢).

وبتعريف آخر هي: "أخذ البالغ العقل المختار، الملتزم لأحكام الإسلام، نصاباً من المال بقصد سرقته، من حرز منه، لا شبهة له فيه"^(٣).

وعرفها الحنابلة على انها "أخذ المال على وجه الخفية والاستتار"^(٤)، أما عن تعريف الشيعة الإمامية للسرقة فهي "أخذ مال الغير المحرم خفية من غير أن يؤتمن"^(٥).

وقد عنى الإسلام بتوفير الحياة الكريمة والعيش المطمئن للمجتمع، وهذا لا يكون إلا بحماية الفضيلة، وبالقضاء على الفساد والرذيلة، ولما كانت الغاية السامية تبرر الوسيلة الحازمة، والقسوة والشدة ليست شراً دائماً، فإن من العدل الضرب بشدة على يد من يعبث بمصلحة الجماعة وعلى من لا يرحم الناس، ولا يوجد أجدر من المجرمين بذلك النوع من العقاب خصوصاً من تقتضي طبيعة جرائمهم اتمامها في الخفاء.

وعليه فقد اقرت الشريعة الإسلامية عقوبة حدية للسرقة، الحكمة منها تحقيق امن المجتمع وحمايته، كذلك تحقيق الردع للمجرمين والمجتمع، فالناس إذا ما رأوا ما حل بالمجرم من العذاب والإهانة اعتبروا من حاله وأيقنوا جزاؤهم اذا ما فعلوا مثل فعلته، فتكون العقوبة بمثابة رادع لكل من قد تحته نفسه على الوقوع بالمعصية لأمر الله تعالى، وطريق ذلك هو إعلان الحد وإقامته أمام انظار

(١) د. ابراهيم ابو الغار، سرقة المساكن في المناطق الحضرية بمدينة القاهرة، المجلة الجنائية القومية، العدد الاول، المجلد (١٢)، القاهرة، ١٩٧٨م، ص ٦.

(٢) ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، ج ٤، مصدر سابق، ص ٢١٩.

(٣) ابو اسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي، ج ٢، مصدر سابق، ص ٢٧٧.

(٤) أبو محمد عبد الله بن قدامة، المغني، ج ٩، مطبعة الفجالة الجديدة، القاهرة- مصر، ١٩٦٩م، ص ٧٩.

(٥) احمد بن قاسم الزيدي، التاج المذهب لأحكام المذهب، ج ٤، دار احياء الكتب العربية، مصر، ١٣٦٦ هـ، ص ٢٣٦.

الناس حتى تتحقق الغاية المرجوة من الردع، كون قطع يد السارق كفيل باستئصال فكرة الجريمة من الاساس، لما تتركه العقوبة من أثر ملازم للجاني دال على فعلته في الحياة، والعار ملاحقه حتى الممات^(١).

كما وأن هناك حكمة عظيمة اخرى وراء فرض العقوبة الحدية في الشريعة الإسلامية، تتمثل بـ (جبر النقص والخلل) فالعقوبة في الشريعة زاجرة جابرة، فالزجر لمن ارتكب الجريمة، والجبر لمن تضرر منها، والجبر في الشريعة الغراء يكون على نوعين، جبر لشخص المجني عليه من خلال اخذ حقه من الجاني الذي انتهك حقوقه، أما النوع الثاني فهو جبر الجاني من خلال العقوبة التي تُعد تكفيراً للذنوب في الآخرة، ودليلهم الروايات منها ما روي عن الامام علي بن أبي طالب -عليه السلام- انه قال: "قال رسول الله صلى الله عليه واله من أصاب حداً، فعجل الله له عقوبته في الدنيا، فإله أعدل من أن يثني على عبده العقوبة في الآخرة، ومن أصاب حداً، فستره الله عليه وعفا عنه، فإله أكرم من أن يعود في شيء قد عفا عنه"^(٢).

أما عن تعريف السرقة في إطار التشريع الوضعي فقد عرّف المشرع المصري كل من السرقة والسارق في المادة (٣١١) من قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧ المعدل بنصه "كل من اختلس منقولاً مملوكاً لغيره فهو سارق" فمن خلال نص المادة يتبين ان السرقة تعرف بأنها "اختلاس مال منقول مملوك للغير بنية تملكه"^(٣).

وتقريباً التعريف ذاته قد وضعه المشرع الجنائي العراقي للسرقة فقد عرفها في المادة (٤٣٩) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ النافذ بنصها "اختلاس مال منقول مملوك لغير الجاني عمداً".

(١) ينظر: زكريا الزميلي، الاعجاز التشريعي في حدي السرقة والحراية، بحث منشور في سلسلة الدراسات الإسلامية، مجلة الجامعة الإسلامية، العدد الاول، المجلد الرابع، الجزائر، ٢٠٠٦م، ص ٩٣.

(٢) محمد بن عبد الله النيسابوري، المستدرک، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، ج ١، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ١٩٩٠م، ص ٤٨-٤٩.

(٣) فتوح عبد الله الشاذلي، جرائم الاعتداء على الاشخاص والاموال، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية- مصر، ٢٠٠٢م، ص ٣٧٨.

كما وان غاية تقرير عقوبة السرقة في التشريع الجنائي الوضعي لا تختلف كثيراً عن نظيرتها في التشريع الجنائي الإسلامي، فتتمثل الغاية في التشريع الوضعي بأعاده التوازن بين الجريمة ك (شر) وقع وبين العقوبة ك (شر) مقابل^(١)، كذلك تحقيق العدالة كون الجريمة تمثل عدوان على العدالة، لما تتطوي عليه من ظلم باعتبارها حرماناً للمجني عليه من حق له، والعقوبة تهدف الى محو هذا العدوان من خلال الالم الذي يصيب الجاني في شخصه او حريته او ماله، فالجزاء يعيد التوازن القانوني الذي اختل نتيجة اعتداء الجاني وارتكابه للجريمة، كون هدف القانون الجنائي هو ارضاء شعور الطرفين بتحقيق العدالة بين المخاطبين بأحكامه^(٢).

وكذلك تحقيق الردع العام من خلال إنذار الكافة بسوء العقاب فيما اذا انتهجوا طريقه بالإجرام أو سلكوا سلوكه^(٣)، وايضاً تحقيق الردع الخاص من خلال علاج الخطورة الإجرامية الكامنة في شخص المجرم والعمل على استئصال خطورته من المجتمع، وكذلك منعه من العودة إلى الإجرام في المستقبل^(٤).

وبالرغم من تشابه الحكمة من إقرار عقوبة السرقة بين كل من التشريع الجنائي الوضعي والتشريع الجنائي الإسلامي طبقاً لما ذكر اعلاه، الا اننا نعتقد ان التشريع الالهي قد حرص على حماية المجتمع اكثر من حماية الفرد، بأن جعل عقوبة قاسية للمجرم تساوي ما انتهكه من المجني عليه والمجتمع، فجعل غاية العقوبة تحقيق الردع والزجر الصارم لكل من تسول له نفسه ان يعتدي على امن وحقوق العباد، الا انه سبحانه ومن دواعي رحمته انه لم يجبر المعتدى عليه فقط، بل اجبر حتى الجاني بأن جعل عقوبة الدنيا مُعفية من عقوبة الآخرة ومكفرة لذنوبه، اخيراً فأننا نعتقد أن التشريع الوضعي يتفق مع التشريع السماوي من حيث الغاية الاساسية من العقوبة وهي العدالة والردع، الا انه يختلف معه بميزان العقوبة المفروضة على الجاني.

(١) عبد القادر جرادة، الجريمة تأصيلاً ومكافحة، ج٢، مكتبة افاق، غزة- فلسطين، ٢٠٠٨م، ص٢٢٤.

(٢) ينظر: علي حسين الخلف وسلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، دار السنهوري والعلوم السياسية، العراق، ٢٠١٥م، ص٤١٠.

(٣) ينظر: حسن محمد ربيع، شرح قانون العقوبات الاتحادي، ج٢، ط٢، كلية شرطة دبي، الامارات العربية المتحدة، ١٩٩٣، ص٣٤٣.

(٤) ينظر: علي حسين الخلف وسلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص٤١١.

الفرع الثاني

اركان جريمة السرقة

أن اركان جريمة السرقة هي ثلاثة، ركن مادي (الاختلاس)، ركن معنوي (القصد الجنائي) و(محل السرقة)، وسنتناول هذه الاركان بشيء من التفصيل المختصر تمهيداً للدخول بموضوع المطلب الرئيسي:

أولاً- الركن المادي: الأخذ (الاختلاس)

ويتم هذا الركن في التشريع الإسلامي عن طريق هتك الحرز بقصد الاعتداء عليه، وعلى وجه الاستخفاف^(١)، وتعني أن يؤخذ المال دون علم المجني عليه ودون رضاه، ولا يثبت وجود السرقة الصغرى دون توفر هذين الشرطين معاً، فإن عدم توفر أحدهما ينفي جريمة السرقة الصغرى^(٢).

بينما يقوم الركن المادي في القوانين الوضعية على ثلاثة عناصر، هي فعل أو امتناع يقوم به الجاني ونتيجة غير مشروعة تتحقق من الفعل تربط بينهما علاقة سببية، فإذا ما تحققت هذه العناصر جميعاً اكتمل بها الركن المادي واعتبر الفعل جريمة تامة^(٣)، فيتمثل الركن المادي في القانون بفعل الاختلاس، والاختلاس يعني اعتداء على حيازة منقول بنقل هذه الحيازة نقلاً غير مشروع من حوزة الشخص المجني عليه إلى حوزة المتهم بدون رضاه، المجني عليه، ولا يُعد الشخص مرتكباً لجريمة سرقة إذا ما تجرد فعله من نقل الحيازة بشكل كامل وهذا ما اكدته محكمة النقض بقولها "اعتداء الجاني

(١) أبو محمد عبد الله بن قدامة، المغني، ج ١٠، مصدر سابق، ص ٢٣٨.

(٢) يطلق الفقهاء على هذا النوع من الجريمة التي تقدم من تعاريفها اسم (السرقة الصغرى) ويقابلها (السرقة الكبرى) وهي قطع الطريق أو ما يطلق عليها اصطلاحاً (الحرابة)، والتي تقع مجاهرة إلا أن فيها وجه خفية من حيث اختفاء المحارب عن إمام الدولة أو من يقوم مقامه لحفظ الأمن. محمد الشوكاني، فتح القدير، ج ٤، مصدر سابق، ص ٢٨٨.

(٣) ينظر: عبد القادر جرادة، جرائم السرقة والسطو والسلب في التشريع الجنائي، مكتبة افاق، غزة- فلسطين، ٢٠١٢م، ص ٤٠.

على حيازة المجني عليه للمال وانتزاعه أو أخذه أو الاستيلاء عليه بإدخاله في حيازته الكاملة المطلقة دون رضا حائزة^(١).

ثانياً- الركن المعنوي

يتمثل الركن المعنوي في جريمة السرقة بالعلم وهو امر متفق عليه بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي، أما عن الفقه الإسلامي فالعلم يتحقق بعلم السارق بالمسروق وبتحريمه ولا يلزم ان يكون السارق عالماً بالعقوبة المحددة لفعله فجهله لا يدرأ العقوبة عنه، كون العلم هنا يعني العلم بالتحريم شريطة الا يكون مكرهاً على السرقة كما في الحديث "عُفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"^(٢).

بينما يتمثل الركن المعنوي في التشريع الوضعي بأمرين هما القصد العام والقصد الخاص، فالقصد العام وهذا العلم مفترض في جميع الجرائم، أما عن جريمة السرقة فيتحقق بمجرد انصراف ارادة السارق الى اخذ المنقول مع علمه بأنه مملوك للغير^(٣)، بمعنى أن يكون المتهم عالماً أنه يختلس المال بغير رضا صاحبه، وبأن القانون يجرم ذلك الفعل ويعاقب عليه، وأن ينصب علمه على أن ما يختلسه مالاً منقولاً مملوكاً لغيره، فلا تُعد جريمة إذا ما ثبت أن الجاني كان يعتقد أن المال مباحاً أو متروكاً.

أما القصد الخاص (العلم والارادة) فيعني أن يكون استيلاء الجاني على المنقول بنية إدخاله في حيازته بنية التملك، فالاستيلاء وحده لا يكفي إذا لم يكن مصحوباً بتلك النية، هذا ويشترط في القصد الجنائي أن يكون متوفراً لدى الجاني وقت الاختلاس، وان يصاحب العلم ارادة حرة فلا يتحقق

(١) طعن مصري رقم (٢٦٩٤)، جلسة ٢٠٠٠/٢/١، س ٦٩، مجموعة النقض الجنائي، ص ٦٣.

(٢) ينظر: منصور بن يوسف الحنبلي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج ٦، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ١٩٨٣م، ص ١٢٩.

(٣) نائل عبد الرحمن صالح، الوجيز في الجرائم الواقعة على الاموال، ط ١، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت- لبنان، ١٩٩٦م، ص ٦٨.

القصد الجنائي مالم يتحقق العلم والارادة وهذا ما اطلق عليه المشرع الجنائي بـ (عمداً) عند تعريفه للسرقة "اختلاس مال منقول مملوك لغير الجاني عمداً"^(١).

واخيراً فإن كل من التشريع الجنائي الإسلامي والتشريع الجنائي الوضعي لا يعتد بالبواعث والدوافع في جريمة السرقة وان كانت لبواعث شريفة.

ثالثاً- محل السرقة

محل السرقة هو ان يكون مالاً منقولاً مملوك للغير واشترطت الشريعة الإسلامية ان يكون هذا المال متقوماً، والمراد بالمتقوم "ما كان له قيمة يضمنها متلفه عند اعتدائه عليه"^(٢)، بمعنى ان يتموله الناس ويعدونه مالاً، أما الغير متمول فهو مال تافه، ولا تقطع اليد بالشيء التافه.

ويتشابه الأمر بالنسبة لمحل السرقة في التشريع الوضعي مع الشريعة الإسلامية، فالمشرع الجنائي اشترط ان يكون محل السرقة مال وان يكون منقول ومملوكاً للغير.

وجدير بالذكر أن المشرع الجنائي قد اعتد بسرقة الاشياء المادية دون المعنوية، حتى تُعد جريمة معاقب عليها، بمعنى ان يكون المال ذو طبيعة مادية ملموسة وان يكون قابل للحيازة^(٣)، أما الاشياء المعنوية فلا تصلح محلاً للسرقة كونها غير قابلة للنقل، فلا جريمة اذا ما وقع الاعتداء على حقوقاً شخصية او عينية كحق الاتفاق والديون، والحقوق المعنوية كالآراء والافكار الا اذا كانت تلك الحقوق مثبتة على سندات وتمت سرقة السندات نفسها، لأن السرقة هنا تكون واقعة على السند المادي المثبت لهذه الحقوق وليس على الحقوق نفسها^(٤).

نستنتج مما تقدم أن كل من الشريعة الإسلامية والتشريع الوضعي متفقين على الاركان الأساسية التي تتم بها جريمة السرقة مع الاختلاف في بعض الأمور البسيطة، إلا اننا لم نذكر تلك التفاصيل حفاظاً على وحدة الموضوع وعدم تشتته، كون تلك التفاصيل تدخل ضمن الشق الموضوعي

(١) المادة (٤٣٩) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩م.

(٢) د. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وادلته، ج٦، ط٤، مصدر سابق، ص٥١.

(٣) فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات القسم الخاص- جرائم الاموال، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٧٩م، ص٥١.

(٤) ينظر: جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج٤، مصدر سابق، ص٢٠١.

من القانون الجنائي وبحثنا في هذا الفصل هو عن الشق الاجرائي من القانون الجنائي، وكل ما ذكر من سرد للأركان العامة لجريمة السرقة كان تمهيداً للحديث عن الامور الاجرائية المختلف بها بين كل من التشريع الجنائي الإسلامي والوضعي، للوصول الى دستورية تلك المواد من عدم دستورتها طبقاً لحكم الدستور.

المطلب الثاني

المشروعية الدستورية لتنفيذ الحكم بالسرقة

سنبحث في هذا المطلب المشروعية الدستورية لتنفيذ الحكم بالسرقة، من خلال تقسيمه الى فرعين نتناول إجراءات تنفيذ عقوبة السرقة في الفرع الاول منه، أما الفرع الثاني فسنتناول فيه دستورية اجراءات تنفيذ عقوبة السرقة وكالاتي:

الفرع الأول

إجراءات تنفيذ عقوبة السرقة

لتكوين صورة واضحة عن موضوع اجراءات تنفيذ عقوبة السرقة، سنقوم بتسليط الضوء على العقوبة المقررة لجريمة السرقة فيما بين الشريعة الإسلامية والتشريع الوضعي بشكل مختصر، قبل الدخول بإجراءات تنفيذ العقوبة.

اتفقت كلمة فقهاء الشريعة الإسلامية في ان عقوبة السرقة هي قطع يد السارق، واستندوا برأيهم على نص الآية القرآنية: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾^(١)، فالحكم وارد بنص القرآن الكريم ولا خلاف حوله.

إلا أن الفقه الإسلامي قد وضع عدة شروط لاعتبار السرقة موجبة للحد، فاذا ما تحققت كان الأمر للقاضي الشرعي بتنفيذ حد السرقة إلا وهو القطع، والشروط منها ما يتعلق بالسارق وتشمل (الإسلام، البلوغ، العقل، العلم، الاختيار، ارتفاع الشركة، ارتفاع الشبهة)، واستدلوا عليها بالروايات منها ما نقل عن الشيخ المحقق قال "لا قطع إلا على مكلف وهو البالغ العاقل فأما غير المكلف وهو

(١) سورة المائدة، الآية/ ٣٨.

الصبي أو المجنون فلا قطع على واحد منهما لقوله تعالى فَأَقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ، وإنما يعاقب من كان عاقلاً انتهى^(١)، ومنها ما يتعلق بالمال المسروق - كما ذكرناها سابقاً - والتي هي (ان يكون المال منقول، محرز، متقوم)، أما شروط المسروق منه التي توجب الحد على الجاني فيجب ان تكون يد المسروق منه صحيحة، وهي على ثلاثة انواع تتمثل بـ (يد الملك، يد الامانة كيد المستعير على الشيء المعار، يد الضمان مثل يد المستعار)^(٢).

فإن لم تتوافر الشروط المذكورة فإن الجريمة لا تُعد جريمة تامة، وبالتالي فلا يطبق حد القطع ويكون للقاضي الحكم بالتعزير^(٣).

أما عن العقوبة المقررة لجريمة السرقة في التشريع الجنائي الوضعي، فتكون على نوعين عقوبة بسيطة، عقوبة مشددة:

- العقوبة البسيطة (جنح السرقة)

الأصل بجريمة السرقة انها جنحة، لذا عاقب عليها المشرع الجنائي المصري بالحبس في المواد (٣١٦ مكرر ثالثاً - ٣١٧ - ٣١٨) من قانون العقوبات، ويمكن اضافة الاشغال الى عقوبة الحبس في بعض الحالات كما ورد بالمادة (٣١٧) و (٣١٨) بنصها "يعاقب بالحبس مع الشغل مدة لا تتجاوز سنتين على السرقات التي لم يتوفر فيها شيء من الظروف المشددة السابق ذكرها"^(٤).

والأمر ذاته بالنسبة للتشريع الجنائي العراقي، حيث ان المشرع الجنائي عاقب على جريمة السرقة بالحبس في المادة (٤٤٦) مالم يقترن بها ظرف مشدد^(٥).

وقد يرد تخفيف على عقوبة الحبس ليحكم بالغرامة بدلاً منه، كما ورد في المادة ٤٤٦ - السالف ذكرها - من قانون العقوبات العراقي.

(١) شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج٨، مصدر سابق، ص٢٠.

(٢) ينظر: د. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وادلته، ج٧، مصدر سابق، ص٥٤٥٥.

(٣) ينظر: محمد سليم العوا، في اصول النظام الجنائي الإسلامي، ط١، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٦م، ص٢١٦.

(٤) قانون العقوبات المصري رقم (٥٠) لسنة ١٩٣٧م.

(٥) "يعاقب بالحبس على السرقة التي تقع في غير الاحوال المنصوص عليها في المواد السابقة. ويجوز تبديل العقوبة المقررة في هذه المادة بالغرامة التي لا تزيد على عشرين ديناراً اذا كانت قيمة المال المسروق لا تزيد على دينارين".

- العقوبة المشددة (جنايات السرقة)

قد تقترن السرقة بظرف مشدد او اكثر، فلا يتغير وصف الجريمة وانما تشدد العقوبة لتصبح السجن (مؤبد او مؤقت) بدلاً من الحبس، وهذه العقوبات المشددة هي من تُغير الجنحة الى جنائية، كما نصت عليها المادة (٣١٣- ٣١٤ - ٣١٥ - ٣١٦ - ٣١٦ مكرر - ٣١٦ مكرر ثانياً/أ-ب- ٣١٦ مكرر رابعاً) من قانون العقوبات المصري، والمواد (٤٤٠- ٤٤١ - ٤٤٢ - ٤٤٣ - ٤٤٥) من قانون العقوبات العراقي.

نستنتج مما سبق ذكره ان هناك اختلاف كبير وواضح في العقوبة المقررة لجريمة السرقة فيما بين التشريع الجنائي للإسلامي والوضعي، فالشريعة الإسلامية تعاقب بقطع اليد اذا ما توفرت اركان الجريمة بصورة تامة طبقاً لنص الحكم الالهي الوارد في القران الكريم، بينما يعاقب التشريع الوضعي بالحبس أو السجن في حال توفر ظرف مشدد أو اكثر، وبهذا تكون النصوص الجنائية قد خالفت احكام الدستور الذي نص على ضرورة موافقة التشريعات للدستور.

- إجراءات تنفيذ العقوبة

تختلف اجراءات التنفيذ الخاصة بعقوبة السرقة بين التشريع الجنائي الإسلامي والتشريع الوضعي اختلاف جذري، وهذا الاختلاف ناتج عن اختلاف العقوبة المقررة في كلا التشريعين، وفيما يلي سنقوم بتوضيح اجراءات التنفيذ في كل من التشريع الجنائي الإسلامي والوضعي، وكالاتي:

اولاً: اجراءات تنفيذ العقوبة في التشريع الإسلامي

ذكرنا فيما سبق ان عقوبة السرقة هي (قطع اليد).

١- القطع المقصود بالآية الكريمة: ﴿السَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾^(١)، هو ابانة اليد وازالته اي قطعها، ذلك لأن لفظ القطع يعني "موضوع له حقيقة"^(٢)، لتبادر

(١) سورة المائدة، الآية/ ٣٨.

(٢) أبي الفضل جمال الدين محمد مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج ١، مصدر سابق، ص ١٤٩.

الحقيقة والموضوع من معنى القطع، والتبادر امارة الحقيقة^(١)، وايضاً لعدم وجود قرينة صارفة عن المعنى الى غيره.

٢- يقع القطع على يد السارق وله احكام بحسب اختلاف السرقة وعدد مرات ارتكابها وهذا متفق عليه بالأجماع، واستدلّاهم بالكثير من الروايات منها، ما ذكر في موثقة سماعة بن عمران، قال: "إذا أخذ السارق قطعت يده من وسط الكفّ، فان عاد قطعت رجله من وسط القدم، فان عاد استودع السّجن، فان سرق في السجن قتل"^(٢).

كذلك ما نقل عن صحيحة محمد بن قيس... عن أبي جعفر (ع) قال: "قضى أمير المؤمنين (ع) في السارق إذا سرق قطعت يمينه، وإذا سرق مرة أخرى قطعت رجله اليسرى، ثم إذا سرق مرة أخرى سجنته وتركت رجله اليمنى يمشى عليها إلى الغائط ويده اليسرى يأكل بها ويستنجي بها، فقال: إني لأستحيي من الله إن اتركه لا ينتفع بشيء ولكن أسجنه حتى يموت في السجن، وقال: ما قطع رسول الله بعد يده ورجله"^(٣).

ومن الروايات والاحاديث اعلاه نستنتج ان القطع يكون على درجات ومراحل تتمثل بالآتي:

أ- في السرقة الاولى

اجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على ان تقطع اليد اليمنى في السرقة الاولى، اذا ما تمت اركان جريمة السرقة بصورة كاملة ورفعت الى الحاكم^(٤)، وقطع اليد يكون من منتصف الكف.

ب- في السرقة الثانية

(١) ينظر: السيوطي، المزهري في علوم اللغة، ج١، ط١، مطبعة عيسى البابي الحلبي واولاده، مصر، ١٩٩٨، ص٣٦٣.

(٢) العامل، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، ج١٨، باب١٢، ال البيت (ع) لأحياء التراث، قم- ايران، ١٤١٤هـ، ص٣١٩.

(٣) جواد التبريزي، تنقيح مباني الاحكام (الحدود والتعزيرات)، ط٣، دار الصديقة الشهيدة، ايران، ١٤٢٩هـ، ص٣١٥.

(٤) ينظر: صدر الدين الشافعي، رحمة الامة في اختلاف الائمة، ط١، المطبعة الاميرية، مصر، ١٣٠٠هـ، ص١٣٥.

فيما لو كرر السارق السرقة بعد قطع يده اليمنى، فإن جمهور الفقهاء اتفقوا على قطع رجله اليسرى^(١)، ومقدار قطع الرجل هو من مفصل الكعب^(٢).

وبحسب الروايات المذكورة انه في حال تكرار السرقة لأكثر من مرتين فإن السارق يسجن، هذا ولا يقام الحد الا بعد إقرار السارق، او تثبت السرقة بالبينة^(٣).

ثانياً: اجراءات تنفيذ عقوبة السرقة في التشريع الوضعي

١- كقاعدة عامة تُنفذ الأحكام الجزائية حال اكتسابها الدرجة النهائية في التشريع المصري، حيث نصت المادة (٤٦٠) من قانون الإجراءات الجنائية المصري علي "لا تنفذ الأحكام الصادرة من المحاكم الجنائية إلا متى صارت نهائية ما لم يكن في القانون نص على خلاف ذلك"، بينما لم يأخذ التشريع الجنائي العراقي بهذه القاعدة، فلم يشترط اكتساب الحكم الدرجة القطعية حته يكون قابلاً للتنفيذ، وإنما اخذ بتنفيذ الاحكام الجنائية حال صدورها، فيما لو كان الحكم وجاهي، ام الحكم الغيابي فيُنفذ عندما يصبح بمثابة الحكم الوجاهي عدا عقوبة الاعدام كما ورد في المادة (٢٨٢) من قانون اصول المحاكمات العراقي^(٤).

٢- حدد المشرع الجنائي المصري الجهة المختصة بالتنفيذ في المادة (٤٦١) وهي النيابة العامة، بينما اوكل المشرع الجنائي العراقي التنفيذ للمحكمة التي اصدرت الحكم^(٥)، واعتبرها الجهة المؤهلة للتنفيذ بالمادة (٢٨١) أصولية بنصها "على المحكمة عندما تصدر حكماً بعقوبة أو تدبير سالب للحرية ان ترسل المحكوم عليه إلى المؤسسة أو السجن الذي قررت ايداعه فيه ومعه مذكرة الحجز في

(١) ينظر: مصطفى الحنبلي (ماء العينين)، دليل الرفاق على شمس الاتفاق، ج٢، تحقيق البلغيثي، مطبعة المغرب، المغرب، ١٩٨٢م، ص٤٤٧.

(٢) أبو محمد عبد الله بن قدامة، المغني، ج٩، مصدر سابق، ص٩٨.

(٣) جواد التبريزي، تنقيح مباني الاحكام (الحدود والتعزيرات)، مصدر سابق، ص٣١٢.

(٤) "تنفذ الأحكام الجزائية فور صدورها وجاهاً أو اعتبارها بمنزلة الحكم الوجاهي ويستثنى من ذلك أحكام الإعدام فلا تنفذ إلا وفق القواعد المنصوص عليها في الباب الخاص بها من هذا القانون، كذلك أحكام الحبس الصادرة في المخلفات فلا تنفذ إلا بعد اكتسابها درجة البنات على أن يقدم المحكوم عليه فيها كفيلاً ضامناً بالحضور لتنفيذ عقوبة الحبس متى طلب منه ذلك وإلا نفذت عليه العقوبة فوراً"

(٥) "يكون تنفيذ الأحكام الصادرة في الدعوى الجنائية بناء على طلب النيابة العامة وفقاً لما هو مقرر في القانون".

السجن متضمنة التدبير أو العقوبة المحكوم بها وبدء تنفيذها والمدة القانونية المحكوم بمقتضاها والمدة التي قضاها المحكوم عليه مقبوض عليه أو موقوفا وترسل صورة من المذكرة إلى الدعاء العام ليتابع تنفيذ الحكم وفقا لما هو منصوص عليه بالقانون".

٣- تحسب مدة تنفيذ العقوبة من يوم القبض على الجاني في التشريع المصري، كما ورد في المادة (٤٨٢) من قانون الاجراءات المصري بقولها "تبدأ مدة العقوبة المقيدة للحرية من القبض على المحكوم عليه بناءً على الحكم الواجب التنفيذ مع مراعاة انقاصها بمقدار مدة الحبس احتياطي ومدة القبض"، وعلى نفس الامر نصت المادة (٩٠) من قانون العقوبات العراقي النافذ، حيث اعتبرت تنفيذ العقوبة يبدأ من اول يوم يودع فيه المحكوم السجن^(١)، وتخصم من العقوبة المدة التي قضاها المحكوم عليه في الحبس الاحتياطي او ما يعرف بالتوقيف^(٢).

أما عن انتهاء مدة العقوبة فهناك اختلاف بين التشريعين، حيث ان التشريع المصري حدد موعد إخلاء سبيل المحكوم في التالي ليوم انتهاء عقوبته بحسب المادة (٤٨٠) من قانون الاجراءات الجنائية النافذ، بينما التشريع العراقي يخلي سبيل المحكوم عليه ظهر اليوم المقرر لانتهاج العقوبة بموجب المادة (٢٩٤/أ) من قانون الاصول النافذ بقولها "... ويخلي سبيله ظهر اليوم المقرر لانتهاجها"، ونعتمد ان المشرع العراقي كان اكثر دقة في احتساب مدة العقوبة وانتهائها كونها تضمن ان لا يُعاقب الجاني بأكثر مما يقرره القضاء.

(١) " تبدأ مدة العقوبة المقيدة للحرية من اليوم الذي أودع فيه المحكوم السجن تنفيذا للعقوبة المحكوم بها عليه على ان تنزل من مدتها المدة التي قضاها في التوقيف عن الجريمة المحكوم بها".

(٢) تختلف التشريعات العربية في تسمية التوقيف أو الحبس الاحتياطي وهو إجراء احتياطي يهدف الى وضع المتهم تحت يد العدالة عن طريق تقييد حريته في الحركة والتنقل. ينظر: د. رجب علي حسين، تنفيذ العقوبات السالبة للحرية - دراسة مقارنة، دار المناهج للنشر والتوزيع، ط١، عمان- الاردن، ٢٠١١م، ص ٢٩٩.

الفرع الثاني

دستورية اجراءات تنفيذ عقوبة السرقة في التشريع الوضعي

مقياس دستورية التشريعات القانونية يعتمد على مدى احترام تلك التشريعات لمبدأ المشروعية وتقيدها به^(١)، كونه من المبادئ الاساسية في القانون، والذي يُفرض احترام التشريعات للقانون الاعلى، وبما أن الدستور هو القانون الأعلى في البلاد لذا وجب على التشريعات الاخرى- منها الجنائي- احترامه، أما بخصوص الاجراءات الجنائية الخاصة بعقوبة السرقة، فمن خلال ما تم ذكره في المطالب السابقة، تبين انها اجراءات غير دستورية في كلا التشريعين المصري والعراقي، ويرجع عدم دستورتيتها لعدة اسباب تتمثل بـ:

أولاً: الاختلاف الكبير بل والجزري في العقوبة المقررة لجريمة السرقة بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الوضعي، ويعد هذا الاختلاف السبب الرئيسي في عدم دستورية الاجراءات الجنائية الخاصة بتنفيذ العقوبة، كون اختلاف العقوبة المقررة بطبيعة الحال يؤدي الى اختلاف اجراءات تنفيذها، فاجراءات تنفيذ عقوبة قطع اليد المقررة للسرقة في الإسلام، لا تشبه اجراءات تنفيذ العقوبة السالبة للحرية المقررة في التشريع الوضعي كجزاء لجريمة السرقة.

ثانياً: اختلاف الجهة المختصة بتنفيذ العقوبة، حيث ان تنفيذ العقوبة يتم من قبل الحاكم او الولي الشرعي في الإسلام، كما ورد في صحيحة الاخرى للفضيل قال "سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: من أقرّ على نفسه عند الإمام بحقّ من حدود الله مرّة واحدة، حرّاً كان أو عبداً، حرّة كانت أم أمة، فعلى الإمام أن يقيم الحدّ عليه للذي أقرّ به على نفسه كائنأ من كان.." ^(٢).

(١) تعني المشروعية الدستورية: سمو الدستور، ومبدأ المشروعية: سمو الدستور فالقانون، ينظر: محمد طه حسين الحسيني، ماهية مبدأي الشرعية والمشروعية، ومصادرها، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الاول، العراق، ٢٠١٩م، ص ١١٥ وما بعدها.

(٢) العامل، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، ج ١٨، الباب ٣٢، مصدر سابق، ص ٣٤٣.

أما التشريع الجنائي المصري فقد عيّن (النيابة العامة) كجهة تنفيذ للعقوبات السالبة للحرية، واعطى المشرع الجنائي العراقي اختصاص تنفيذ العقوبات السالبة للحرية للمحكمة التي اصدرت الحكم^(١).

نستنتج مما ذكر أن النصوص الجزائية التي عالجت اجراءات تنفيذ عقوبة السرقة في التشريع الوضعي، تختلف عن احكام الشريعة الإسلامية والتي تستند الى النصوص الإلهية الواردة في القرآن الكريم، وبهذا فإن تلك النصوص الجنائية الوضعية قد رسمت على نفسها عدم المشروعية، الذي ينبثق من حكم الدستور في كل من مصر والعراق، كونها تقضي بعدم جواز مخالفة ثوابت الشريعة الإسلامية.

(١) ينظر: د. رجب علي حسين، تنفيذ العقوبات السالبة للحرية - دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص ٢٩٩.

الخاتمة

الخاتمة

بعد الانتهاء من البحث في موضوع "المشروعية الدستورية للنصوص الجنائية المتعارضة مع ثوابت الشريعة الإسلامية في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥م"، توصلنا الى جملة من النتائج والتوصيات نردها فيما يأتي:

النتائج :

أولاً- لم تكن العلاقة بين الدين والدولة وليدة العصر الحالي، بل كانت هناك علاقة وطيدة بينهما في العصور الإسلامية الأولى، ومن ثم لم يكن النص على الإسلام كدين رسمي للدولة حديث النشأة كذلك، ففي دساتير الدول محل المقارنة تم ذكر الإسلام كدين رسمي منذ الدستور الأول لجمهورية مصر العربية لسنة ١٩٢٣م، وفي القانون الاساسي للمملكة العراقية لسنة ١٩٢٥م، ثم وبتعاقب الدساتير دخلت الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للتشريع، بل وقد خطت الدساتير المذكورة خطوة ابعد من ذلك بأن منعت المشرع العادي من الخروج على ثوابت الشريعة الإسلامية.

ثانياً- أن النص على عدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥م يمثل قيداً جوهرياً على سلطة المشرع، كما وأن نظرية ثوابت أحكام الإسلام تعد من النظريات فائقة الأهمية في الدراسات الإسلامية كونها تندرج ضمن منهجية تقسيم الأحكام إلى ثابتة ومتغيرة، مما يرتب آثار عديدة على هذا التقسيم، تنعكس على مجمل المنظومة التشريعية، وعلى الرغم من أهمية هذه النظرية إلا أنها لم تحظ بأبحاث شاملة ومعمقة.

ثالثاً- تبين أن ثوابت احكام الإسلام هي (الحدود والقصاص والديات) باتفاق جميع فقهاء الشريعة الإسلامية، ورأي المحكمة الدستورية العليا المصرية، وهي بهذا المعنى تمثل القطعيات ومسائل الاجماع والمواضيع المتفق عليها والمحكمة والتي لا تقبل التفسير أو التأويل والاجتهاد، وهي ما كان مصدرها القرآن الكريم، السنة النبوية والاجماع.

ويخرج عن نطاق الثوابت (الظنيات وموارد الاجتهاد وكل ما لم يقم عليه دليل قاطع من نص صريح أو إجماع صريح وما يقع في منطقتي الفراغ التشريعي والنصوص المحتملة).

رابعاً- اكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية أن الدستور الجدير بالحماية في ظل تعاقب الدساتير هو الدستور النافذ، وأن الرقابة على دستورية القوانين من الناحية الموضوعية تخضع للقانون القائم أما من الناحية الشكلية فتكون طبقاً للقواعد الشكلية التي قررها الدستور الذي صدر في ظله القانون.

خامساً- تناقض نصوص القانون الوضعي في معالجة جريمة الزنا تناقضاً تاماً مع نصوص الشريعة الإسلامية فهناك اختلاف كبيراً فيما بينهم من حيث تنظيم احكام جريمة الزنا سواء من ناحية التجريم أو الجزاء، والشريعة الإسلامية قد أحسنت في تشديد العقوبة على جريمة الزنا، فالحكمة من تجريم الزنا هو حفظ الضرورات الخمس كالدين والعقل والنفس والنسل والمال:

١- اكتفاء التشريعات الجنائية محل الدراسة بالنص على معاقبة المتروج فقط في حال ارتكب جريمة الزنا دون أن تصف لنا الجريمة وصفاً دقيقاً أو تضع تعريفاً يبين ما هو الزنا، والحال أننا مقيدون بالشرعية الجنائية التي تقتضي الوصف الدقيق للجرائم.

٢- فرق القانون الوضعي للتشريعيين محل المقارنة بين الرجل والمرأة الزناة المتروجين، حيث اباح للرجل أن يزني خارج منزل الزوجية وحينئذ لا عقاب عليه ولا يدخل ضمن مفهوم الخيانة الزوجية، أما المرأة فهي تعاقب في أي مكان تمارس فيه فعل الزنا وجعل عقوبة الزوج الزاني أخف من عقوبة الزوجة الزانية، بينما الغى المشرع الجنائي الكردستاني العراقي الفقرة (٢) من المادة (٣٧٧) من قانون العقوبات العراقي والخاصة بركن منزل الزوجية للرجل، فقد الغى الفرق بين الزوج والزوجة عند ارتكاب جريمة الزنا بموجب القانون رقم (٩) لسنة ٢٠٠١ م.

٣- عدم ثبات المساءلة عن فعل الزناة في القانون الوضعي فهو مباح تارة ومعاقب عليه تارة أخرى، فمثلاً لم يجرم المشرعين الجنائيين المصري والعراقي في قانون العقوبات فعل شريكة الزوج الزاني فيما لو لم تكن متروجة، وهذا بطبيعة الحال عائد الى عدم تجريمهم للزنا من الاصل، بينما نجد ان المشرع الجنائي العراقي قد جرم في قانون قوى الامن الداخلي فعل الزنا لشريكي المتروجين سواء اكان الشريك رجل أو انثى، فيما لو تم اثناء تأدية الواجب.

٤- لم يجرم التشريع الجنائي المصري أو العراقي اللواط الحاصل بين البالغين متروجين كانوا ام غير متروجين بدليل صراحة النصوص العقابية، بينما نجد ان المشرع الجنائي العراقي كان قد جرم اللواط

في قانون قوى الامن الداخلي، كذلك فقد اعترف المشرع العراقي بعدم مشروعية فعل اللواط في " قانون الاحوال الشخصية" بجميع حالاته.

سادساً- لم تتفق سياسية المشرع الجنائي العراقي مع حكم الشريعة الإسلامية من تجريم قتل الطفل الحاصل من الزنا والتي حرمتها الشريعة الإسلامية تحريماً مطلقاً، بينما وضع المشرع الجنائي العراقي حكماً بنص خاص وجزء مخفف للأُم التي تقتل طفلها حديث الولادة إذا كانت قد حملت به سفاحاً، في حين لم يخصص المشرع الجنائي المصري حكماً خاصاً لهذه الجريمة واخضع فعلها للقواعد العامة لتنظيم جريمة القتل العمد وبذلك اتفق حكمه مع حكم الشريعة الإسلامية.

سابعاً- لم ينسجم حكم القانون الجنائي المصري والعراقي مع حكم الشريعة الإسلامية حول جريمة تناول المشروبات الروحية (الخمير) سواء من ناحية التجريم أو العقاب، حيث لم يعاقب المشرعين على جريمة تناول المشروبات الروحية (الخمير) الا اذا تم تناولها في بالطريق العام أو تحريض الصغير على تناولها في التشريع الجنائي العراقي، أما التشريع الجنائي المصري فجرم تناول الخمر في الاماكن والمحال العامة ايضاً، الا انه قد استثنى من تجريم تناول الخمر في المحال والاماكن العامة بعض الفئات المتمثلة بالفنادق والاندية ذات الطابع السياحي من التجريم وجعلها مباحة.

ثامناً- ادلة إثبات زنا شريك الزوجة الزانية محددة على سبيل الحصر في التشريع الجنائي المصري وتتمثل بـ (التلبس، الاعتراف، وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة من المتهم، وجود المتهم في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم)، بينما لم يحدد المشرع الجنائي المصري ادلة خاصة لإثبات زنا الزوج وزنا الزوجة بل جعل إثبات زناهم خاضع للقواعد العامة للإثبات، بينما اخضع نظيره العراقي لإثبات زنا كُل من الزوج والزوجة وشريك الزوجة لجميع قواعد الإثبات في القانون، فلم يحدد ادلة خاصة لإثبات زنا احد منهم.

تاسعاً- كان للتطور العلمي اثر في تجديد وسائل الإثبات تتمثل بنوعين من الوسائل الحديثة، تتمثل بـ ((الوسائل البيولوجية - الوسائل التقنية))، وقد اعتد بهذه الادلة كل من المشرع الجنائي المصري والعراقي في مجال الإثبات.

عاشراً- لم تحقق عقوبة جريمة السرقة أو اجراءات تنفيذها التوافق مع احكام الشريعة الإسلامية في ذات المجال.

التوصيات:

أولاً- نوصي بالنص صراحة على اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في البت بدستورية التشريعات من تلقاء نفسها في النظام الداخلي للمحكمة، طالما كان هدفها الاساس حماية الدستور.

ثانياً- بيان مفهوم ثوابت احكام الإسلام على وجه التحديد من قبل المحكمة الاتحادية العليا العراقية، كما بينتها المحكمة الدستورية العليا المصرية، لمنع اي اختلاف في التفسير بشأنها سواء من قبل الطاعن أو من قبل المحكمة التي تنظر الموضوع.

ثالثاً- نوصي المشرع العراقي ببيان مفهوم جريمة الزنا واعطاءها وصفاً دقيقاً، وازالة اللبس الحاصل بينها وبين جريمة اللواط، كوننا محكومين بقاعدة الشرعية الجنائية التي تقضي بـ (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص) فغياب النص القانوني الذي يوضح اركان الجريمة يؤدي الى افلات المجرمين من العقاب.

ونقترح أن يكون النص - بالاتفاق مع حكم الشريعة الإسلامية - على النحو الآتي: الزنا "وطء الانسان لأمرأه محرمة عليه من غير عقد ولا ملك ولا شبهة قُبلاً أو دبراً".

رابعاً- الغاء المادة (٤٠٧) من قانون العقوبات العراقي وجعل الجريمة خاضعة لعقوبة القتل العمد لضمان دستورية التشريع الجنائي العراقي كون هذا النص لا سند له في الشريعة الإسلامية، كذلك لا سند له في الكثير من التشريعات العقابية الأخرى والتي من بينها التشريع الجنائي المصري الذي لم يخصص مثل هكذا نص للأمم الزانية التي تقتل طفلها حديث الولادة.

خامساً- نوصي المشرع الجنائي العراقي بالحدو على خطى المشرع الجنائي الكرديستاني العراقي بإلغاء ركن منزل الزوجية للرجل في جريمة الخيانة الزوجية، اتفاقاً مع احكام الشريعة الإسلامية الغراء وبالتالي مع احكام الدستور.

ونقترح أن يكون نص المادة (٣٧٧) من قانون العقوبات العراقي على النحو الآتي: "يعاقب بالإعدام رجماً الرجل والمرأة المسلمين الزناة من غير شبهة أو اكراه وشركائهم اذا كانوا محصنين، وبالجلد مائة جلدة حداً اذا كانوا غير محصنين، وتكون العقوبة السجن لغير المسلمين".

سادساً- تعديل أحكام المادة (٣٩٣) من قانون العقوبات العراقي لتكون كالآتي:

١- يعاقب بالإعدام رجماً من واقع أنثى بغير رضاها، أو لاط بذكر أو انثى بغير رضاه أو رضاها إذا كان محصناً، ويعاقب بالجلد مائة جلدة إذا كان غير محصن.

٢- تكون العقوبة هي السجن في حال عدم توفر الشروط اللازمة لتطبيق العقوبة الحدية.

ويعد ظرفاً مشدداً إذا ارتكبت الجريمة المنصوص عليها في الفقرة الثانية في إحدى الحالات الآتية:

أ- إذا كانت من وقعت عليها الجريمة لم تبلغ من العمر ثماني عشرة سنة كاملة.

ب- إذا كان الجاني من أقارب المجنى عليها إلى الدرجة الثالثة أو كان من المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو ممن له سلطة عليها أو كان خادماً عندها أو عند أحد ممن تقدم ذكرهم.

ج- إذا كان الفاعل من الموظفين أو من المكلفين بخدمة عامة أو من رجال الدين أو الأطباء واستغل مركزه أو مهنته أو الثقة به.

د- إذا ساهم في ارتكاب الفعل شخصان فأكثر تعاونوا في التغلب على مقاومة المجنى عليها أو تعاقبوا على ارتكاب الفعل.

هـ- إذا أصيبت المجنى عليها بمرض تناسلي نتيجة ارتكاب الفعل.

و- إذا حملت المجنى عليها أو زالت بكارتها نتيجة الفعل.

٣- وإذا أفضى الفعل إلى موت المجنى عليها كانت العقوبة الإعدام.

٤- وإذا كانت المجنى عليها بكاراً فعلى المحكمة أن تحكم لها بتعويض مناسب).

سابعاً- نصي المشرع الجنائي العراقي بتحديد ادلة إثبات الزنا لكل من الفاعل والشريك على سبيل الحصر، وعدم اعتماد اي ادلة إثبات اخرى غير الشهادة والاعتراف، انسجاماً مع حكم الباربي عز وجل - الوارد في احكام الشريعة الإسلامية- الذي يقصد من وراءه حفظ سمعة الانسان وشرفه.

وعليه نقترح وضع نص جنائي لبيان أدلة إثبات الزنا على النحو الآتي:

(يثبت الزنا بالشهادة أو بالاعتراف اربعاً دون رجوع أو اكراه).

ثامناً- نوصي المشرع الجنائي العراقي بتجريم تناول المشروبات الروحية في التشريعات العراقية:

من خلال تعديل نص المادة (٣٨٦) من قانون العقوبات العراقي لتكون كالاتي:

١- يقصد بالخمير كل مسكر أياً كان نوعه وسواء أسكر قليله أم كثيره.

٢- يعاقب بالجلد ثمانين جلدة حداً كل مسلم شرب خمراً.

٣- يعاقب بالجلد ثمانين جلدة وبالحبس مدة لا تزيد عن سنة كل مسلم شرب خمراً في طريق عام أو محل مباح للجمهور.

٤- يعاقب غير المسلم بالحبس مدة لا تزيد عن سنة إذا شرب الخمر.

تاسعاً- نوصي المشرع الجنائي العراقي بإلغاء احكام قانون المشروبات الروحية العراقي النافذ رقم (٣) لعام ١٩٣١م، كونه لا يمتلك المشروعية الدستورية اذا انه يسمح باستيراد وحيازة وصنع الخمر شريطة الحصول على اذن من الجهات الرسمية.

عاشراً- نوصي المشرع الجنائي العراقي بتعديل نص المادة (٤٤٦) من قانون العقوبات العراقي لتصبح على النحو الاتي: (يعاقب بقطع اليد حداً على السرقة في المواد (٤٤٠- ٤٤١- ٤٤٢- ٤٤٣- ٤٤٤- ٤٤٥)، ويجوز تبديل العقوبة المقررة في هذه المادة والحكم بالغرامة التي لا تزيد على عشرين ديناراً تعزيراً إذا كانت قيمة المال المسروق لا تزيد على دينارين).

وبعد أن أنهيت هذه الدراسة اقول أنني لم اشبع هذا الموضوع تفصيلاً وتحليلاً، ولم اقل فيه كل ما يمكن أن يقال، ولعله يستحق دراسة مستفيضة اخرى واختم قلبي بما ابتدأ به الجاحظ في كتابه البيان والتبيين.. "اللهم أنا نعوذ بك من فتنة القول كما نعوذ بك من فتنة العمل ونعوذ بك من التكلف لما لا نحسن كما نعوذ بك من العجب بما نحسن".. والله ولي التوفيق.

المصادر والمراجع

المصادر والمراجع

✻ القرآن الكريم

أولاً: معاجم اللغة العربية

١. ابي الفضل ابن منصور، معجم لسان العرب، ج١، دار المعارف للنشر، مصر، ٢٠٠٧م.
٢. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج١، عالم الكتاب، الجزائر، ٢٠٠٨م.
٣. إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ج٢، ط٤، دار الملايين، بيروت- لبنان، ١٩٨٧ م.
٤. السيوطي، المزهرة في علوم اللغة، ج١، مطبعة عيسى البابي الحلبي واولاده، ط١، مصر، ١٩٩٨م.
٥. محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الالفاظ، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ١٩٩٤م.
٦. أبن فارس، معجم مقاييس اللغة، ط٢، دار الجبل، بيروت- لبنان، ١٤٣٠ هـ.

ثانياً: كتب الشريعة الاسلامية

١. ابن حجر العسقلاني، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، ج ١٢، تصحيح محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت- لبنان، ١٣٧٩هـ - ١٩٥٩م.
٢. ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٤، تحقيق الشيخ علي محمد عوض، دار الحديث، القاهرة-مصر، ٢٠٠٤م.
٣. ابن سيده، المخصص، ج١، ط١، دار احياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ١٩٩٦م.
٤. ابن مودود الحنفي، الاختيار في تعليل المختار، ج٤، مطبعة الحلبي، القاهرة- مصر، ١٩٣٧م.
٥. ابو جعفر أحمد بن محمد بن خالد البرقي، المحاسن، ج ١، دار الكتب الاسلامية، قم- ايران، ١٣٧١ق.
٦. أبو محمد عبد الله بن قدامة، المغني، ج٩، مطبعة الفجالة الجديدة، القاهرة- مصر، ١٩٦٩م.
٧. ابي بكر أحمد بن الحسين بن علي البهقي، السنن الكبرى، ج٤، دار الفكر، بيروت- لبنان، دون سنة نشر.

٨. ابي حامد محمد الغزالي، المستصفى من علم الاصول، ج ١، بلا دار طباعة ومكان وسنة نشر.
٩. أحمد بن قاسم الزيدي، التاج المذهب لأحكام المذهب، ج ٤، دار احياء الكتب العربية، مصر، ١٣٦٦ هـ.
١٠. أحمد بن محمد الخليل، شرح زاد المستتقع، ج ٦، بلا مكان وسنة نشر.
١١. أحمد سلامة القليوبي، حاشية القليوبي، ج ٤، دار الفكر، بيروت- لبنان، ١٩٩٥ م.
١٢. اكرم الدليمي، جمع القرآن - دراسة تحليلية، دار الكتب العلمية، ط ١، بيروت، ٢٠٠٦ م.
١٣. الامام الجرجاني، التعريفات، باب قاف، دار الكتب العلمية، لبنان، ط ١، ١٩٨٣ م.
١٤. اية الله العظمى سيد شهاب المرعشي، القصاص على ضوء القرآن والسنة، بقلم عادل العلوي، ط ١، ج ١، مكتبة اية الله المرعشي النجفي، ايران، ١٤١٥ هـ. ق.
١٥. تقي الدين ابن النجار، شرح كوكب المنير، مكتبة العبيكان، ج ٢، ط ٢، ١٩٩٧ م.
١٦. جواد التبريزي، تنقيح مباني الاحكام (الحدود والتعزيرات)، دار الصديقة الشهيدة، ط ٣، ايران، ١٤٢٩ هـ.
١٧. د. سمير صبحي، جرائم الحدود في الشريعة الاسلامية، ط ١، المركز القومي للأصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٥ م.
١٨. د. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ط ٤، ج ٧، دار الفكر، سوريا، ١٩٩٧ م.
١٩. السيد ابو القاسم الخوئي، البيان في تفسير القرآن، ط ٤، دار الزهراء للنشر والطباعة والتوزيع، لبنان.
٢٠. السيد أحمد الموسوي الروضاتي، اجماعاء فقهاء الإمامية، ج ٤، شركة الاخلمي للمطبوعات، بيروت- لبنان.
٢١. السيد الخوئي، تكملة منهاج الصالحين، ط ٢٨، مطبعة مهر، ايران، ١٤١٠ ق.
٢٢. السيد حسين الشاهروودي، الحدود، المؤسسة الاسلامية للبحوث والمعلومات، قم- ايران، ٢٠١٤ م.
٢٣. السيد سابق، فقه السنة، ج ٢، دار الكتاب العربي، لبنان، ١٩٧٣ م.
٢٤. السيد محمد تقي الحكيم، اصول الفقه عند الشيعة، ط ٢، مؤسسة ال البيت (عليهم السلام)، ١٩٧٩ م.
٢٥. السيد محمد تقي الحكيم، السنة في الشريعة الاسلامية، ج ١، بلا دار نشر ومكان وسنة نشر.

٢٦. السيد محمد تقي الخوئي، الشروط أو الالتزامات التبعية في العقود، ج ١، دار المؤرخ العربي، بيروت- لبنان، ١٩٩٣م.
٢٧. الشيخ السبحاني، ارشاد العقول الى مباحث الاصول، مؤسسة الامام الصادق (عليه السلام)، ج ٣، ط ١، قم- ايران، ١٤٢٤ق.
٢٨. الشيخ فاضل اللنكراني، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة (الحدود)، تحقيق عباد الله الميانجي، ج ١، مركز فقه الأئمة الاطهار (عليهم السلام)، قم- ايران، ١٤٠٦ هـ.
٢٩. الشيخ محمد رضا المظفر، اصول الفقه، ج ٣، مكتب الاعلام الاسلامي، ايران، ١٣٧٠ق.
٣٠. الشيخ محمد علي الاراكي، اصول الفقه، ج ١، ط ١، مؤسسة در راه حق، قم- ايران.
٣١. الشيرازي، التبصرة في اصول الفقه، شرح وتحقيق د. محمد حسن هيتو، دار الفكر، سوريا، ١٩٨٠م.
٣٢. صدر الدين الشافعي، رحمة الامة في اختلاف الائمة، المطبعة الاميرية، ط ١، مصر، ١٣٠٠هـ.
٣٣. العاملي، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، ج ١٨، باب ١٢، ال البيت (ع) لأحياء التراث، قم- ايران، ١٤١٤هـ.
٣٤. عبد الله الطيار، الفقه الميسر، ج ٨، مدار الوطن للنشر، الرياض- السعودية، ٢٠١١.
٣٥. عبد الله بن عبد الرحمان بسام، توضيح الاحكام من بلوغ المرام، مكتبة الاسدي، السعودية، ٢٠٠٦م.
٣٦. العلامة المجلسي، بحار الانوار، ج ٢٦، المكتبة الشيعية الالكترونية.
٣٧. العلامة عبد الرحمن السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، دار ابن حزم، ط ١، بيروت- لبنان، ٢٠٠٣م.
٣٨. علي بن أحمد بن سعد ابن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق الدكتور عبد الغفار البنداري، ج ١١، دار الكتب العلمية، لبنان، ٢٠٠٩م.
٣٩. فخر الدين الطريحي، تفسير غريب القرآن، تحقيق محمد كاظم الطريحي، انتشارات زاهدي، قم- ايران، ١٠٨٥هـ.
٤٠. مجموعة من المؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٢٥، ط ١، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، الكويت، ١٩٩٢.

٤١. المحقق الحلي، المعتبر في شرح المختصر، ج١، مؤسسة سيد الشهداء العلمية، قم- إيران، ١٣٦٤ هـ.
٤٢. المحقق الحلي، شرائع الاسلام، ج٤، ط٢، تحقيق السيد صادق الشيرازي، دار التعارف، لبنان، ١٩٨٦ م.
٤٣. المحقق الحلي، معارج الاصول، ط١، مؤسسة ال البيت (ع) لاهياء التراث، إيران، ١٤٠٣ هـ.
٤٤. محمد الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، ج٤، دار صادر، لبنان، ١٣١٧ هـ.
٤٥. محمد الريشهري، ميزان الحكمة، ج٣، دار الحديث، ط١، قم- إيران، ١٤٢٢ هـ.
٤٦. محمد امير باد شاه، تيسير التحرير، ج٣، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٦ م.
٤٧. محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، البخاري، ط٣، دار ابن كثير، لبنان، ١٤٠٧ هـ، تحقيق الدكتور مصطفى ديب البغا، ١٩٨٧ م.
٤٨. محمد بن حبان التميمي، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، ج١٦، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ٢٠١٥ م.
٤٩. محمد بن عبد الله النيسابوري، المستدرک، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، ج١، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ١٩٩٠ م.
٥٠. محمد بن محمد الشرييني، مغنى المحتاج، ج٤، تحقيق الشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، لبنان، ٢٠١٥ م.
٥١. محمد حسن الغفار، تيسير اصول الفقه للمبتدئين، ج٩، محاضرات صوتية تم تفرغها كتابة بواسطة موقع الشبكة الاسلامية.
٥٢. محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، ج٤١، دار احياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ١٩٨١.
٥٣. محمد علي التسخيري، نظرة في نظام العقوبات الاسلامية، دار التبليغ الاسلامي، إيران، ١٩٧٨ م.
٥٤. محمد فتح الله كولن، السنة النبوية، تقييدها ومكانتها في الشريعة الاسلامية، ط٣، دار النيل للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٥ م.
٥٥. محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في اصول الفقه، ج١، ط١، دار الخير للطباعة والنشر، سوريا، ٢٠٠٦ م.

٥٦. مساعد المعتق، الخمر واحكامها في الشريعة الاسلامية، المركز العربي للدراسات الامنية والتدريب، الرياض- السعودية، ١٤٠٥هـ.
٥٧. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، ط١، نشر احسان للنشر والتوزيع، كردستان- العراق، ٢٠١٤ .
٥٨. مصطفى الحنبلي (ماء العينين)، دليل الرفاق على شمس الاتفاق، ج٢، تحقيق البلغيثي، مطبعة المغرب، المغرب، ١٩٨٢.
٥٩. المنتظري، كتاب الحدود، انتشارات دار الفكر، ط١، قم - ايران، ١٤٣١ هـ ق.
٦٠. منصور بن يوسف الحنبلي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج٦، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ١٩٨٣.
٦١. الميرزا القمي، قوانين الاصول، بلا مكان وسنة نشر.
٦٢. ناصر مكارم الشيرازي، انوار الفقهة (كتاب الحدود والتعزيرات)، انتشارات مدرسة الإمام علي بن أبي طالب (ع)، ط١، قم- ايران، ١٤١٨ هـ ق.
٦٣. أسحاق الشاطي، الموافقات في اصول الفقه، ج٤، منشورات البشرين عطية، فاس- المغرب، ٢٠١٧.
٦٤. عباس زراعت، شرح قانون العقوبات الاسلامي، ط١، انتشارات ققنوس، ايران، ٢٠٠٣.
٦٥. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٦، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ١٩٨٦.

ثالثاً: الكتب القانونية

١. د. محمد عبد العال السناري، الشريعة الاسلامية وضوابط رقابة دستورية القوانين في مصر (دراسة مقارنة)، مكتبة عالم الكتب، الجزائر، ١٩٨٦.
٢. د ماجد ابو رخيته، الوجيز في احكام الحدود والقصاص والتعزير، ط١، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠١٠ م.
٣. محمد سليمان ابو رمان، ما بعد الاسلام السياسي، مؤسسة فريدريش ايبرت، عمان- الاردن، ٢٠١٨.
٤. د. ززانا رؤوف حمه كريم، السياسة التشريعية في العراق، ط١، دار سردم للطباعة والنشر، السليمانية- العراق، ٢٠١٢.

٥. د. أحمد امين، المادة الثانية من الدستور مدلولها ونتائجها، ط١، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، ٢٠١٢.
٦. د. علاء ياسين، نظرية القانون، مطبعة المعارف، مصر، ٢٠١٩.
٧. محمد صغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، الجزائر، ٢٠٠٦.
٨. علي الدين هلال، مفاهيم الديمقراطية في الفكر السياسي الحديث، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت- لبنان، ٢٠٠٢.
٩. عباس محمود العقاد، الديمقراطية في الاسلام، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٠٥.
١٠. صلاح الصاوي، الثوابت والمتغيرات في مسيرة العمل الاسلامي المعاصر، ط١، اكااديمية الشريعة، امريكا، ٢٠٠٩.
١١. ابن فرحون المالكي، تبصرة الحكام، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ١٩٩٧.
١٢. د. احسان حميد المفرجي وآخرون، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، جامعة بغداد، بغداد- العراق، ١٩٩٠.
١٣. أحمد الحصري، ادلة الاثبات في الفقه الاسلامي (علم القضاء)، ط١، دار الكتاب العربي، بيروت- لبنان، ١٩٨٦.
١٤. د. أحمد السنتريسي، اشكاليات الرقابة على دستورية القوانين في ظل تعاقب الدساتير، ج٣، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، ٢٠١٦.
١٥. د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط٢، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢.
١٦. د. أحمد فتحي سرور، الوجيز في قانون العقوبات القسم الخاص، ج١، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٨.
١٧. د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، مكتبة النهضة العربية، القاهرة- مصر، ١٩٦٠.
١٨. د. أحمد محمود خليل، جريمة الزنا في الشريعة الاسلامية والمسيحية والقوانين الوضعية، منشأة المعارف، الاسكندرية- مصر، ٢٠٠٢.
١٩. د. أدوار غالي الذهبي، الجرائم الجنسية، ط٢، الغريب للطباعة والنشر، مصر، ١٩٩٧.

٢٠. أسامة عبدهلل أمين قادر، دور هيئة التحقيق والادعاء العام في مرحلة ما قبل المحاكمة في المملكة العربية السعودية، بدون دار نشر، ١٩٩٤.
٢١. د. أشرف توفيق شمس الدين، شرح قانون الاجراءات الجنائية، مطبعة اكتوبر الهندسية، ط٤، مصر، ٢٠١٥.
٢٢. د. أشرف عبد القادر قنديل، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية- مصر، ٢٠١٢.
٢٣. التعليمات العامة للنيابات، الكتاب الاول، التعليمات القضائية، القسم الاول، المسائل الجنائية، مصر، ٢٠٠٧.
٢٤. جمال محمد مصطفى، التحقيق والاثبات في القانون الجنائي، مطبعة الزمان، العراق، ٢٠٠٤.
٢٥. جمال نجيمي، جرائم العنف الماسة بسلامة جسم الإنسان، دار هرمة الطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠١٦.
٢٦. جميل الشرقاوي، مذكرات في الاثبات في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، ١٩٧٦.
٢٧. جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج١، ط١، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة- مصر، ١٩٣١.
٢٨. د. حاتم حسن بكار، اصول الاجراءات الجنائية، نشأة المعارف، الاسكندرية - مصر، ٢٠٠٧.
٢٩. حامد الخفاف، النصوص الصادرة عن سماحة السيد السيستاني في المسألة العراقية، بيروت- لبنان، ٢٠٠٧.
٣٠. حسن محمد ربيع، شرح قانون العقوبات الاتحادي، ج٢، ط٢، كلية شرطة دبي، الامارات العربية المتحدة، ١٩٩٣.
٣١. د. حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الجديد، ج١، مطبعة المعارف، بغداد- العراق، ١٩٧٠.
٣٢. دليل الصياغة التشريعي الفلسطيني الصادر عن ديوان الفتوى والتشريع، معهد الحقوق لجامعة بيرزيت، ط١، فلسطين، ٢٠٠٠.
٣٣. د. رجب علي حسين، تنفيذ العقوبات السالبة للحرية - دراسة مقارنة، ط١، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان- الاردن، ٢٠١١.
٣٤. د. رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٧.

٣٥. د. رمسيس بهنام، المجرم تكويناً وتقويماً، منشأة المعارف، الاسكندرية- مصر، ٢٠٠٨.
٣٦. د. رمسيس بهنام، قانون العقوبات جرائم القسم الخاص، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية- مصر، ٢٠٠٥.
٣٧. د. السعيد مصطفى السعيد، الاحكام العامة في قانون العقوبات، ط٣، دار المعارف، مصر، ١٩٥٧.
٣٨. د. سليم ابراهيم حربة، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعة للطباعة والنشر، بيروت-لبنان، ١٩٨٣.
٣٩. سليمان مرقس، اصول الاثبات وإجراءاته، ج٣، المنشورات الحقوقية، لبنان، ١٩٩٨.
٤٠. د. سمير عالية، شرح قانون العقوبات- القسم العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت- لبنان، ٢٠٠٢.
٤١. د. صالح مصطفى، الجرائم الخلفية دراسة تحليلية مقارنة، دار المعارف، القاهرة- مصر، ١٩٩٢.
٤٢. د. طعيمة الجرف، نظرية الدولة والاسس العامة للتنظيم السياسي، ط٤، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر، ١٩٦٦.
٤٣. د. عباس شومان، مصادر التشريع الاسلامي، ط١، الدار الثقافية للنشر، ٢٠٠٠.
٤٤. عبد الامير العكلي، سليم ابراهيم حربة، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي، ج٢، مكتبة السنهوري، بغداد- العراق، ٢٠٠٨.
٤٥. عبد الحكيم فودة، الجرائم الماسة بالآداب العامة والعرض، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٤.
٤٦. د. عبد الحميد متولى، القانون الدستوري والانظمة السياسية، ط٦، منشأة المعارف، الاسكندرية- مصر، ١٩٨٩.
٤٧. عبد الرحيم الصديقي، جرائم الأسرة في الشريعة والقانون المصري والفرنسي، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، مصر، ١٩٨٧.
٤٨. د. عبد العزيز القوصي، اسس الصحة النفسية، ط٥، مطبعة السعادة، القاهرة- مصر، ١٩٧٥.
٤٩. د. عبد العظيم شرف الدين، العقوبة المقدره لمصلحة المجتمع الاسلامي، ج١، مطبعة الكليات الازهرية، القاهرة- مصر، ١٩٧٣.
٥٠. عبد القادر جرادة، الجريمة تأصيلاً ومكافحة، ج٢، مكتبة افاق، غزة- فلسطين، ٢٠٠٨.

٥١. عبد القادر جرادة، جرائم السرقة والسطو والسلب في التشريع الجنائي، مكتبة افاق، غزة- فلسطين، ٢٠١٢.
٥٢. عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الاسلامي، ج١، دار الكتاب العربي، بيروت- لبنان، ٢٠٠٨.
٥٣. د. عبد الوهاب عمر البطراوي، جريمة الزنا بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، ط٢، دار الصفاة، مصر، ١٩٩٢.
٥٤. د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الاداري، ط٢، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر، النجف الاشرف- العراق، ٢٠١٢.
٥٥. د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الاثبات، ط١، دار السنهوري، القاهرة- مصر، ٢٠١٨.
٥٦. علي حسين الخلف وسلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، دار السنهوري القانونية والعلوم السياسية، العراق، ٢٠١٥.
٥٧. عمر محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، ط١، دار الفضيلة، الرياض- السعودية، ١٤٢٣ هـ.
٥٨. د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه - جان دبوي للقانون والتنمية، بدون سنة نشر.
٥٩. فتوح عبد الله الشاذلي، جرائم الاعتداء على الاشخاص والاموال، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية- مصر، ٢٠٠٢.
٦٠. د. فتوح عبد الله الشاذلي، جرائم الاعتداء على الاشخاص، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ٢٠٠٢.
٦١. د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ط٢، العاتك للنشر، مصر، ٢٠٠٧ م.
٦٢. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات القسم الخاص- جرائم الاموال، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٧٩.
٦٣. د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ط٢، المكتبة القانونية، العراق، ١٩٩٧ م.
٦٤. د. محمد ابو العلا عقيدة، الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٤.

٦٥. د. محمد ابو العلا عقيدة، شرح قانون العقوبات (جرائم الاعتداء على الاشخاص والاموال)، ط٣، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٩٨.
٦٦. د. محمد ابو العلا، المجني عليه ودوره في الظاهرة الاجرامية، ط١، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٨٨.
٦٧. د. محمد الفاضل، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، ١٩٦٠.
٦٨. د. محمد رفعت عبد الوهاب ود. ابراهيم شيخا، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠٠٤.
٦٩. محمد سليم العوا، في اصول النظام الجنائي الاسلامي، ط١، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٦.
٧٠. د. محمد علي السالم الحلبي، شرح قانون العقوبات القسم العام، ط٣، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠١١.
٧١. د. محمد محيي الدين عوض، القانون الجنائي ومبادئه الاساسية، المطبعة العالمية، مصر، ١٩٦٣.
٧٢. د. محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار الثقافة، مصر، ١٩٥١.
٧٣. د. محمود نجيب حسني، الفقه الجنائي الاسلامي، ط٢، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ٢٠١٨.
٧٤. د. مرسى مسعود ارحومة، قبول الدليل العلمي امام القضاء الجنائي، ط١، دار الكتب الوطنية، ليبيا، ١٩٩٩.
٧٥. مروك نصر الدين، محاضرات في الاثبات الجنائي - النظرية العامة للأثبات الجنائي، ج١، دار هومة للطبع، الجزائر، ٣٠٠٣.
٧٦. د. مصطفى فهمي، مجالات علم النفس، المجلد الاول، مكتبة مصر، القاهرة- مصر، ١٩٩٨.
٧٧. د. منصور عمر المعاينة، الادلة الجنائية والتحقيق الجنائي، ط١، دار الثقافة، عمان- الاردن، ٢٠٠٠.
٧٨. موسى حسن المرادي، الجريمة بين الاصول والفروع في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠١٠.

٧٩. نائل عبد الرحمن صالح، الوجيز في الدرجات الواقعة على الاموال، ط١، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت- لبنان، ١٩٩٦.
٨٠. نجيب الكيلاني، حول الدين والدولة، ط١، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٧١.
٨١. د. نجيب خلف أحمد و د. محمد علي جواد كاظم، القضاء الإداري، الغفران للخدمات الطباعية، بغداد- العراق، ٢٠١٠.
٨٢. د. واثبة داود السعدي، قانون العقوبات القسم الخاص، شركة العاتك لصناعة الكتاب، مصر، ١٩٨٩.
٨٣. د. منذر الشاوي، فلسفة الدولة، ط١، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد- العراق، ٢٠١٣.

رابعاً: الرسائل والاطاريح الجامعية

١. أحمد حافظ نور، جريمة الزنا في القانون المصري والمقارن، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٥٨م.
٢. باب العياض نور الدين، النص القرآني (دراسة بنيوية)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية العلوم الانسانية والعلوم الاسلامية، جامعة وهران، الجزائر، ٢٠١٥م.
٣. جميل يوسف قدوره كتكت، نطاق الشرعية الاجرائية في الظروف الاستثنائية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، ١٩٨٧م.
٤. الحسن الحضيرى، الاثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة، رسالة ماجستير مقدمة الى قسم الشريعة والقانون، جامعة مالك ابراهيم الاسلامية الحكومية، ليبيا، ٢٠١٦م.
٥. حيدر حسين علي الكريطي، التوفيق بين احكام التجريم والعقاب وثوابت احكام الاسلام (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، جامعة بابل، ٢٠١٥م.
٦. محمد معروف عبد الله، الباعث في قانون العقوبات العراقي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، العراق، ١٩٧٥م.
٧. رائد صبار الازيرجاوي، القرينة ودورها في الاثبات في المسائل الجزائية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، ٢٠١١.

٨. رائد نصري جميل ابو مؤنس، الثوابت والمتغيرات في التشريع الاسلامي، اطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا الجامعة الاردنية، ٢٠٠٤.
٩. زهرة غضبان، تعدد انماط العقوبة واثره في تحقيق الردع الخاص للمحكوم عليهم، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، الجزائر، ٢٠١٣ م.
١٠. شير علي ظريفي، الثوابت والمتغيرات بين الفقه الاسلامي والفقه الغربي، اطروحة دكتوراه، الجامعة الاسلامية، اسلام اباد، ٢٠٠٦.
١١. ضاري خليل محمود، اثر العاهة العقلية في المسؤولية الجزائية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، العراق، ١٩٨٠ م.
١٢. عبد العزيز عامر، التعزيز في الشريعة الاسلامية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، ١٩٥٥.
١٣. علي حسين فليح الحسيني، مخالفة القانون الموضوعية للدستور، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية حقوق جامعة النهريين، بغداد- العراق، ٢٠١٥ م.
١٤. محمد جبار اتويه، فلسفة العدالة في القانون الجنائي العراقي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة النهريين، العراق، ٢٠١٩ م.
١٥. محمد عباس محسن، اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة النهريين، العراق، ٢٠٠٩ م.
١٦. محمد عبد الرؤوف محمود، أثر الروابط الأسرية على تطبيق القانون الجنائي، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، ٢٠٠٩ م.

خامساً: البحوث والمجلات العلمية

١. ابراهيم ابو الغار، سرقة المساكن في المناطق الحضرية بمدينة القاهرة، المجلة الجنائية القومية، العدد الاول، المجلد ١٢، القاهرة، ١٩٧٨ م.
٢. تترخان عبد الرحمن حسين، الشهادة ودورها في الإثبات للدعوى المدنية، بحث مقدم المجلس القضاء لإقليم كردستان، العراق، ٢٠١٢.
٣. حسن الساعاتي، النظريات الاجتماعية لتفسير السلوك الاجرامي، ابحاث الندوة العلمية السادسة، المركز العربي للدراسات الامنية والتدريب، الرياض- السعودية، ١٩٨٧ م.

٤. د. حسن السيد خطاب، القرائن الطبية المعاصرة واثرها في اثبات الزنا، بحث منشور في مؤتمر القرائن الطبية المعاصرة واثراها الفقهية، المجلد الثالث، السعودية، ٢٠١٤م.
٥. د. حسني بوالديار، مفهوم الدين واهميته في الدستور الجزائري، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، العدد (٤٨)، عنابة- الجزائر، ٢٠١٦م.
٦. القاضي خالد محي الدين أحمد، مدة ملائمة الشريعة الاسلامية كمصدر اساسي للدستور والقوانين الوضعية، بحث منشور في مطبوعات المعهد الدولي لقانون حقوق الانسان تحت عنوان (دراسات في الدستور العراقي)، جامعة دي بول، شيكاغو- امريكا، ٢٠٠٥م.
٧. د. زوار أحمد براميس، اشكالية القصد الجنائي، بحث منشور في مجلة جامعة دهوك للدراسات الانسانية والاجتماعية، مجلد ٢٢، عدد ٢، العراق، ٢٠١٩م.
٨. د. دواس زمنية، جريمة الزنا في الشريعة الاسلامية والقوانين العقابية للبلدان العربية والاتفاقات الدولية، بحث منشور في مجلة افاق علمية، المجلد ١١، العدد ٤، الجزائر، ٢٠١٩م.
٩. د. رشيد كهوس، عقوبة القصاص في ضوء الفقه الاسلامي، بحث منشور في مجلة الداعي الشهرية، السنة ٣٩، العدد ٤، المغرب، ٢٠١٥م.
١٠. زكريا الزميلي، الاعجاز التشريعي في حدي السرقة والحراية، بحث منشور في سلسلة الدراسات الاسلامية، مجلة الجامعة الاسلامية، العدد الاول، المجلد الرابع، الجزائر، ٢٠٠٦م.
١١. القاضي سامي سعيد عبد الله، اثر الباعث في جريمة القتل العمد، بحث مقدم الى المعهد القضائي، ١٩٨٧م.
١٢. د. سعد حسن ابراهيم، سلطة القاضي في النظام الجنائي الاسلامي، بحث مقدم في مؤتمر التشريع في القانون الاسلامي، المقام في لندن، بدون دار نشر، لندن، ١٩٩٨م.
١٣. د. سمير بشير باشا، السلطة التقديرية للقاضي في مجال الاثبات الجنائي، بحث مقدم الى كلية العلوم الاسلامية، جامعة الجزائر، العدد ٢١، السنة الحادية عشر، الجزائر، ٢٠١٦م.
١٤. عبد الخالق المبارك، الباعث واثره في جريمة القتل العمد، بحث مقدم الى المعهد القضائي، بغداد- العراق، ١٩٩٩م.
١٥. عبد المجيد طه، جريمة الزنا في القانون العراقي، بحث مقدم الى المعهد القضائي العراقي، بغداد- العراق، ١٩٩٩م.

١٦. د. عدنان عاجل عبيد، علاقة الدين بالدولة و ضماناتها في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، مجلة المعهد الصادرة عن معهد العلمين، ع٩٤، العراق، ٢٠١٧م.
١٧. د. علي صالح رسن، شرب الخمر بين الشريعة المحمدية وقانون العقوبات العراقي، بحث منشور في مجلة ابحات البصرة للعلوم الانسانية، المجلد ٤٣، العدد ٣(ب)، العراق، ٢٠١٨ م.
١٨. علي عدنان الفيل، اثر القرابة بين الجاني والمجني عليه على المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، الكويت، ٢٠١٣م.
١٩. د. عمر العبد الله، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، بحث مقدم الى مجلة جامعة دمشق، المجلد السابع، العدد الثاني، سوريا، ٢٠٠١.
٢٠. د. عمر العبد الله، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق، المجلد السابع عشر، العدد الثاني، سوريا، ٢٠٠١.
٢١. د. فاضل عبد العباس النعيمي، الثابت والمتغير في الاعجاز التشريعي، بحث منشور في مجلة بابل للدراسات الانسانية، ٢٠١٩، مجلد ٩، العدد ٢.
٢٢. د. محمد جبر السيد عبد الله جميل، عقوبة جريمة شرب الخمر في قانون العقوبات المصري والجزائري (دراسة تقويمية في ضوء الشريعة الإسلامية)، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، المجلد: الخامس العدد: الثاني، الجزائر.
٢٣. محمد طه حسين الحسيني، ماهية مبادئ الشرعية والمشروعية، ومصادرها، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الاول، العراق، ٢٠١٩م.
٢٤. د. محمد طوييف، الوسائل العلمية الحديثة للإثبات الجنائي، بحث منشور في مجلة كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر اكادير، عدد خاص، المغرب، ٢٠١٨.
٢٥. مريم بوزارة زقار، جريمة قتل الطفل حديث العهد بالولادة، بحث منشور في مجلة الطرق التعليمية والعلوم الاجتماعية، جامعة الاخوة منتوري، المجلد ٦، العدد ٦، الجزائر، ٢٠١٩م.
٢٦. د. نوري حمى سعيد حيدر، جريمة زنا الزوجية وطرق اثباتها، بحث مقدم الى كلية القانون، جامعة جيهان - السلمانية، السنة السادسة، العدد ١٢، العراق، ٢٠١٨م.
٢٧. القاضي نيكار أحمد محمد اغا، جرائم الخيانة الزوجية بين القانون والواقع، بحث مقدم الى مجلس القضاء في اقليم كردستان العراق، ٢٠١٧م.

٢٨. ياسر عطويبي الزبيدي، المحكمة الاتحادية العليا العراقية ودورها في حماية نصوص الدستور (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة العلوم الانسانية جامعة كربلاء، المجلد ١، العدد ٣، العراق، ٢٠١٠م.

٢٩. د. رائد حمدان المالكي، فلسفة نظام الحكم في العراق في ظل دستور ٢٠٠٥، بحث غير منشور.

سادساً: المقالات

١. د. ابراهيم ناصر الحمود، القضاء بالقرائن المعاصرة، موسوعة البحوث والمقالات العلمية، السعودية، ١٤٢٦هـ.

٢. أحمد شمس علي، المبادرة الشبابية الدستورية في العراق: نتائج المرحلة الاولى مقال منشور في اراء في الدستور

٣. زهير كاظم عبود، وجهة نظر في بعض نصوص الدستور العراقي، مقال منشور في مجلة اوراق ديمقراطية، العدد السادس عشر، العراق، ٢٠١٥.

٤. عبد الحميد أحمد، الامن والسلام الاجتماعي هدف نظام العقوبات الاسلامي، مقال منشور في مجلة اسلامية المعرفة، العدد (١٤)، لبنان، ١٩٩٨.

٥. علاء خالد غزالة، الدين والدولة في الدستور، مقال منشور في مجلة اوراق ديمقراطية، العدد السادس عشر، العراق، ٢٠١٥.

سابعاً: القرارات والاحكام القضائية

١. نقض مصري رقم ٤٩، جلسة ١٤/١/١٩٠٥، س٦، مجموعة النقض الرسمية.
٢. نقض رقم ١٧، مايو/ ١٩٣٧، س١٨ للمحاماة، مجلة احكام النقض.
٣. نقض رقم ١٤٧، مجموعة احكام محكمة النقض، مجلة المحاماة، س ٢٦، بتاريخ ١٣/١٢/١٩٤٣.
٤. نقض مصري رقم (٩٣)، ٤ ديسمبر لسنة ١٩٤٦، مجلة القواعد القانونية، ج٧.
٥. نقض مصري رقم ٢، مارس/ ١٩٤٩، مجموعة الاحكام القضائية، ج٧.
٦. نقض مصري رقم ١٦، نوفمبر/ ١٩٦٤، س١٥، مجموعة الاحكام القضائية.
٧. قرار مجلس الثورة المرقم ١٤٧٧ في ١٥/٩/١٩٨٠ منشور في الوقائع العراقية، عدد ٢٧٧٩، ٢٩/٩/١٩٨٠م.

٨. قرار رقم ٦٢٦/٢٢٧/ج١٩٨٩، محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية، بتاريخ ١١/٩/١٩٨٩، قرار غير منشور.
٩. نقض مصري رقم (٢٩)، مايو ١٩٩٢، س١٣، مجموعة الأحكام.
١٠. طعن مصري رقم ٦٢٢٥ لسنة ٦٤ قضائية، مجموعة احكام النقض، ١٩٩٦.
١١. طعن مصري رقم (٢٦٩٤)، جلسة ١/٢/٢٠٠٠، س٦٩، مجموعة النقض الجنائي.
١٢. الحكم في القضية رقم ٣٧ لسنة ٣٣ قضائية، دستورية، بتاريخ ١٢/٥/٢٠١٣.
١٣. طعن مصري رقم ٢١٣٧٨ لسنة ٥٩ قضائية، مجموعة النقض الجنائي، لسنة ١٩٤٤.

ثامناً: التشريعات والمواثيق الدولية

أ- الدساتير

١. دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٢٣ الملغي.
٢. دستور جمهورية العراق لسنة ١٩٢٥ الملغي.
٣. دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٥٦ الملغي.
٤. دستور جمهورية العراق لسنة ١٩٥٨ المؤقت الملغي.
٥. دستور جمهورية العراق لسنة ١٩٦٤ الملغي.
٦. دستور جمهورية العراق لسنة ١٩٦٨ المؤقت الملغي.
٧. دستور جمهورية العراق لسنة ١٩٧٠ المؤقت الملغي.
٨. دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١ الملغي.
٩. دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٨٠ الملغي.
١٠. قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ الملغي.
١١. دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ.
١٢. دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٢ الملغي.
١٣. دستور جمهورية سوريا العربية لسنة ٢٠١٢ المعدل النافذ.
١٤. دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٤ المعدل النافذ.

ب- القوانين

١. قانون المشروبات الروحية رقم (٣) لسنة ١٩٣١ العراقي المعدل النافذ.

٢. قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧ المعدل النافذ.
٣. قانون العقوبات اللبناني رقم (٣٤٠) لعام المعدل ١٩٤٣ النافذ.
٤. قانون العقوبات السوري رقم (١٤٨) لعام ١٩٤٩ المعدل النافذ.
٥. قانون العقوبات الليبي لسنة ١٩٥٠ النافذ.
٦. قانون الاجراءات الجزائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل النافذ.
٧. قانون العقوبات الليبي رقم (٤٨) لسنة ١٩٥٦ المعدل النافذ.
٨. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٤٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل النافذ.
٩. قانون العقوبات الاردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ المعدل النافذ.
١٠. قانون الجزاء الكويتي رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ المعدل النافذ.
١١. قانون العقوبات الاردني رقم (١٦) لعام ١٩٦٠ المعدل النافذ.
١٢. قانون تسجيل الاحوال المدنية العراقي رقم (١٨٩) لسنة ١٩٦٤ المعدل النافذ.
١٣. قانون العقوبات الجزائري امر رقم (٦٦-١٥٦) لسنة ١٩٦٦ المعدل النافذ.
١٤. قانون الاثبات المصري في المواد المدنية والتجارية رقم (٣٥) لسنة ١٩٦٨ النافذ.
١٥. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ.
١٦. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل النافذ.
١٧. قانون تسجيل الولادات والوفيات العراقي المرقم (١٤٨) لسنة ١٩٧١ النافذ.
١٨. قانون المنشآت الفندقية والسياحية رقم(١) لسنة ١٩٧٣ النافذ.
١٩. قانون حظر شرب الخمر المصري رقم (٦٣) لسنة ١٩٧٦ المعدل النافذ.
٢٠. قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل النافذ.
٢١. قانون رعاية الاحداث العراقي رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣ النافذ.
٢٢. قانون العقوبات الفرنسي لسنة ١٩٩٢ النافذ.
٢٣. قانون الطفل المصري رقم (١٢) لسنة ١٩٩٦ المعدل النافذ.
٢٤. قانون العقوبات القطري رقم (١١) لسنة ٢٠٠٤ النافذ.
٢٥. قانون عقوبات قوى الامن الداخلي العراقي رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٨ المعدل النافذ.
٢٦. قانون الجزاء العماني رقم (٧) لسنة ٢٠١٨ النافذ.

تاسعاً: مصادر الانترنت

١. أحد أعضاء مجلس النواب عن حزب النور المصري، مقال منشور على الموقع الإلكتروني، www.almonitor.com.
٢. الإسلام دين الدولة الرسمي واللغة العربية لغتها الرسمية، م٣ في دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٥٦م، منشور على الموقع الإلكتروني www.manshurat.org.
٣. تعاطي الكحول، مقال منشور على موقع منظمة الصحة العالمية الرسمي على الرابط www.who.int.
٤. الثابت والمتغير في الشريعة الإسلامية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني www.islamicsham.org.
٥. الجرائم والعقوبات في التشريع الإسلامي وتعديلاته، العدد ٢٤، ٢٠٠٦م، ص ١٠، بحث منشور على الموقع الإلكتروني www.hrlibrary.umn.edu.
٦. حرق الانسان بالنار بدعوى القصاص، بحث منشور على موقع دار الافتاء العام الإلكتروني، www.aliftaa.jo.
٧. الخيانة الزوجية في التشريع الجزائري، بحث منشور على الموقع الإلكتروني www.dz.asjp.cerist.
٨. د. سعد عبد الجبار علوش، مثاقفة في الرقابة على دستورية القوانين، بحث منشور في مجلة دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد، المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية، منشور على الموقع الإلكتروني www.law.depaul.edu.
٩. دعوى رقم ٨ لسنة ١٧ قضائية المحكمة الدستورية العليا، قرار منشور على الموقع الإلكتروني، www.hrlibrary.umn.edu.
١٠. الشريعة الإسلامية بين الثوابت والمتغيرات، مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني www.islamsyria.com.
١١. صياغة المادة الثانية من الدستور المصري، مقال منشور في مجلة البيان الإلكترونية، العدد ٣٠٠، مصر، ٢٠١٢، موقع المجلة الإلكتروني، www.albayan.co.

١٢. القضية رقم ٢٠ لسنة اقضائية، بتاريخ ٤/٥/١٩٨٥، دستورية، منشور على موقع المحكمة الدستورية المصرية العليا الرسمي على الرابط الالكتروني www.sccourt.gov.eg.
١٣. لينه مجاهد، حول المادة الثانية من دستور ١٩٧١ الملغي، مقال منشور على الموقع الالكتروني www.midanmasr.com.
١٤. مبادئ الديمقراطية وحقوق الانسان، مقال منشور على الموقع الالكتروني www.hdf-iq.org.
١٥. محاضر اجتماعات لجنة كتابة الدستور العراقي، المجلد الثالث، المصري للطباعة الفنية، ط١، العراق، ٢٠٠٥م / موقع افكار حرة على الرابط الالكتروني، www.afkarhura.com.
١٦. المشروعية الدستورية والتحول الديمقراطي، مقال منشور على الموقع الالكتروني www.eipss-eg.
١٧. موسوعة الأخلاق، الدرر السنية، مقال منشور على الموقع الالكتروني www.dorar.net.
- عاشراً: المقابلات الشخصية

١. الشيخ الدكتور حيدر الذهبي، احد فقهاء الحوزة العلمية في النجف الاشرف، بتاريخ ٢٠٢٠/١٢/٨.

حادي عشر: المصادر الاجنبية

1. "Tout coupable d'assassinat ،de parricide ،d'infanticide et d'empoisonnement ،sera puni de mort ،sans préjudice de la disposition particulière contenue en l'article 13 ،relativement au parricide.
2. Kellum ،B،A ،Infanticide in England in the Later Middle Ages ،History of Childhood Quarterly ،The Journal of Psychohistory ،1974 ،1(3).
3. Noah Feldman ،Roman Martinez ،Constitutional Politics and Text in the New Iraq: An Experiment in slamic Democracy ،Fordham Law review ، volume 57 ،issue2 article 20.
4. Wrightson ،K ،Infanticide in Earlier Seventeenth Century England ،Local Popul Stud ،1971.

5. Zaid Al Ali ،Yussef Auf ،The Iraqi consitution :Analysis of the controversial Articales sidutions and Recommendations ،friedich–Ebert–sifung Amman ،1st edition 2020.
6. Rafat Y. Alwazna, Islamic Law: Its Sources, Interpretation and the Translation of It into Laws Written in English, Int J Semiot Law, R. Y. Alwazna , (2016), p:251 ink.springer.com/content/pdf/10.1007/s11196-016-9473-x.pdf

ثاني عشر: المصادر الفرنسية

1. VIDAL(GEORGEES)et Magnol(JOES–PH), cours de droit criminel et descience pénitentiaire (droit penal).paris ,1935.n 729 bis.

The Republic of Iraq
Ministry of Higher Education and scientific Research
University of Misan
College of Law



**The constitutional legality for criminal texts that
conflict with the constants of Islamic Sharia under
the Constitution of the Republic of Iraq for the year
2005**

Thesis submitted by

Russol Majid Hamid

To the Council of the Faculty of Law - University of Misan
**It's part of the requirements for obtaining a master's
degree in public law**

Supervised by

Assis.Prof.Dr. Hind Ali Mohammed

Professor of constitutional law

2022 A.D

1443 A.H

Summary

Summary

The thesis targets a delicate multi-dimensional and multi-level problem represented in the conflict of some of the fundamental provisions included in the Iraqi criminal legislation with the constitutional rule approved by the Constitution of the Republic of Iraq for the year 2005 AD,

which is:

(The inadmissibility of enacting a law that contradicts the constants of the provisions of Islam), which is one of the foundations and principles governing all legislations, whether they were prior to or subsequent to the issuance of the constitution, in accordance with the principle of the supremacy of the constitution and its centrality at the top of the state's legal system.

And since this topic is dangerous and sensitive, it requires a special philosophical and intellectual research, so scientific and methodological standards have been followed that are commensurate with the content of this topic and the overlapping problems it may raise at the jurisprudential, legislative and even judicial level.

One of the first of these criteria is to present a well-articulated jurisprudence idea for research, which is the concept of the constants of the provisions of Islamic Sharia to determine the scope of the conflict between them and the provisions of man-made criminal legislation, trying to reconcile the two provisions as much as possible to ensure the purification of the positive criminal legislation from the sources of conflict with the constants of Islamic criminal legislation and the replacement of effective rules Acquired constitutional legitimacy in a way that preserves the legal life of criminal legislation.

A scientific and analytical approach has been selected to discuss this topic and another comparative approach with some of the legislation in force in light of constitutional systems that establish a central position for the noble Islamic Sharia in the field of legislation and according to a research structure that consisted of three chapters.

The first chapter contained the policy of the constitutional legislator in the provisions of Article Two of the Constitution, where the first topic included the policy of the constitutional legislator to include the Islamic religion in the constitutional document. At the heart of the topic, where he examined the constitutional legality of some objective criminal texts that conflict with the constants of Islamic law. The first topic contained the constitutional legality of some crimes of adultery in the Penal Code. The second topic dealt with the constitutional legality of the crime of drinking alcoholic beverages. With the completion of the objective criminal framework, the path of the research moved to the framework The procedural

Summary

criminal in the third chapter, where this last chapter dealt with the constitutional legality of some procedural criminal texts in conflict with the constants of Islamic Sharia. The first topic dealt with the constitutional legality of criminal proof, while the second topic examined the constitutional legality of sentencing for theft.

The thesis ended with a conclusion that included the researcher's findings and the ideas and observations that she had, and after that the researcher does not claim that she has reached the limit to which her ambition and desire, as she does not spare any effort to achieve the goal