

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

قسم: الشريعة والقانون

تخصص: شريعة وقانون

جامعة الأمير عبد القادر\_قسنطينة

كلية الشريعة والاقتصاد

الرقم التسلسلي: .....

رقم التسجيل: .....

## تفسير النصوص الجنائية وراسة مقارنة بين الشريعة والقانون-

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة والقانون

إشراف الأستاذ الدكتور:

محمد الأخضر مالكي

من إعداد الباحثة:

وداد الصيد

لجنة أعضاء المناقشة

رئيسا	جامعة الأمير عبد القادر	أستاذ	أ.د. كمال لدرع
مشرفا ومقررا	جامعة الإخوة منتوري	أستاذ	أ.د. محمد الأخضر مالكي
عضوا	جامعة سكيكدة	أستاذ	أ.د. منصور رحماني
عضوا	جامعة الإخوة منتوري	أستاذ	أ.د. مبارك سايفي
عضوا	جامعة الأمير عبد القادر	أستاذ محاضر أ	د. عبد الحق ميجي
عضوا	جامعة الأمير عبد القادر	أستاذ محاضر أ	د. زهرة بن عبد القادر

السنة الدراسية: 1437-1438هـ/2016-2017م

جامعة الأمير  
عليه السلام  
بسم الله الرحمن الرحيم

# شكر وتقدير

إنه لمن دواعي الشرف والفخر لي أن أتقدم بشكري وتقديري لمستحقه الأول بعد الله عز وجل أستاذي القدوة الطيبة الأستاذ الدكتور - محمد لخضر مالي -

الذي تفضّل بالإشراف على هذه الدراسة وتوجيهي لهذا الموضوع، وما زوّديني به من ذخيرة علمه، وما منحني من ثمين وقته، لتعجز الكلمات عن التعبير عنه مهما كانت بليغة أو منتقاة....

ولا أملك إلا أن أسجّل له ما أكنه لفضيلته من تقدير واحترام وأتوجه إلى الله سبحانه وتعالى أن يمتعه بموفور الصحة ويجزيه عني وعن طلبته الجزاء الأوفى.

ولا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بخالص الشكر لأساتذتي أعضاء لجنة المناقشة كل باسمه، الذين تكرموا مشكورين مأجورين بقراءة هذه الدراسة وإبداء ملاحظاتهم السديدة.

وإني لأؤمن بأن أعظم ما يحصل عليه الباحث وأعظم ما يقننيه هو ما يواجهه به أساتذته من مأخذ وأوجه قصور تكون قد علقت ببحثه وتوارت عن نظره ولم يرصدها ذهنه، فتلك هي أقيم ما يهديه إليه أساتذته.

فما أعظم الهدية وما أثقل الدين...!

وأسأل الله تعالى أن يتقبّل مني هذا العمل المتواضع وأن يبارك لي فيه

وأن يلهمني العون والرشاد والتوفيق والسداد.

# الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع بعد فضل الله وتوفيقه العزيز الجبار.  
من المصطفين: رسول الله محمد ﷺ قدوة وأسوة ورجاء في الجوار.  
من الأعماء وذوي الفضل - روح والدي الزكية - الذي علمني حب الكتاب وتقديسه وحب العلم وأهله.  
رحمة واسعة وغفرانا.  
- روح والدي الطيبة- معلمتي أول حروف الأبجدية وأبجديات الحياة، أخلاق فاضلة وقيم عليا.  
برًا دائمًا ودعاء مستمرًا.  
إلى روح أستاذي الشيخ - محمد الغزالي - ذكرى طيبة ووفاء مستحقًا.  
إلى رفيق درب الحياة ورفيق درب إنجاز هذا العمل زوجي حسن عزام -  
شكرًا وعرفانا.  
إلى لحن الشباب وقرّة العين ولداي - طارق، أسامة -  
توفيقًا وسدادًا.  
إلى إخوتي وأخواتي محبة نامية رابطة .  
إلى كل اللذين أحبهم ويحبونني وأشعر بأني بهم أغنى الناس.  
لهؤلاء جميعا ولسائر أهل الفضل عليّ أقدم شكري ودعائي لهم بمزيد من فضل الله.  
إنّه سميع مجيب.

# مقدمة

جامعة الأمير عبد القادر للطب والعلوم الإسلامية

إن الحديث في الموضوعات المتعلقة بالتفسير حديث يميل بطبيعته إلى الفروع التي تعني بدراسة الكليات، فهو ملتقى لعلوم اللغة، وعلم التفسير وأصول الفقه في الفقه الإسلامي، وهو من بين المباحث المهمة في النظريات العامة أو الأقسام العامة لكافة فروع القانون، إذ يتصل بأصل القانون وفلسفته وتاريخه. والتفسير هو المثل الحي المباشر والمجال الخصب وإن لم يكن الأوحده لتطافر هذه العلوم التي تنير الطريق أمام المفسر ليستطيع استنباط الأحكام عن طريق فهمه للتفسير والكشف عن معانيه ومدلولاته، فقواعده في مجملها قواعد كلية ومعايره ومناهجه تنتمي إلى العلم المحايد التي يمكن لأي نظام أن يستفيد منها ويطوِّعها كأداة لخدمة فكره ومعتقده.

إن علم الأصول في الشريعة الإسلامية في مجمله، والتفسير بضعة منه، تنبّه إليه فقهاء أوروبا وأمريكا، فتسابقوا في ترجمة كتب هذا العلم وتدرسه بجامعةهم، ثم ما لبث جيل منهم بعد جيل أن خلع على مبادئ هذا العلم ونظرياته صبغة غربية عساه يخفي عروبة منشأه وإسلامية معدنه، وأخذنا نحن من الغرب هذه العلوم ولم نأخذ من أصولنا، فكأن بضاعتنا ردت إلينا، ولكن بعد صياغتها وصباغتها الغربية...

أما تلك العلوم النظرية التي بلغت ذروتها في عهود النهضة العربية وفي مجال الفكر الإنساني والقانوني منه خاصة، وما زال الغرب ينهل منها، فالأجدى أن نسعى إلى إظهارها وإدماجها في أبحاث قانونية معاصرة تقرّبها من المشتغلين بالقانون فقها وقضاءاً، للاستفادة منها مباشرة، والانتفاع بخيرها والزيادة عليها بعد ذلك.

وهذا هو شأن علم التفسير وقواعده ومناهجه ونظرياته.

إذن فالرجوع إلى تراثنا أصبح حتمياً في هذا المجال، ولغتنا العربية والبحث فيها معقود بناصيتها الشرع الحنيف منذ الأمد البعيد، والتفسير لا غنى عنه في أي نظام قانوني. فهل هي عودة حتمية يفرضها المنطق والضرورة إلى هذا الجزء من الشريعة الغراء؟؟

إذا أردنا إحداث نهضة في نظامنا القانوني وإصلاح كافة جوانبه فعلينا الانتهاض بركائزه وأسسها، ومن أهم تلك الركائز والأسس عملية التفسير، ونهضتها وإثرائها رهين بسبر غور تراثنا العظيم، وأن ننهل من مائه العذب الفرات.

ولن نجد من قبل الآخرين حرجاً في أن ننهل من جديد من تراثنا المشرف الذي ورثناه وأهملناه، ولن نوصف حينئذ من سفهائنا -ولن تخلو أمة من السفهاء- لن نوصف بالعودة إلى الوراء والرجعية.

موضوع البحث:

تعالج هذه الدراسة موضوعاً هاماً شائكاً، تتصل جذوره المتعددة المتشعبة بالتطور الفكري والاقتصادي والحضاري للمجتمع الإنساني عبر مسيرة التمدن والثقافة القانونية.

ذلك أن تفسير القوانين موضوع كان - ولا يزال - الوسيط الروحي والملجأ المادي لتقريب القانون إلى الواقع، وتكييف القانون مع الحاجات المستجدة، والقضايا الملحة التي تعرض في ساحات القضاء. فالقوانين تشرّع كي تطبّق وهي كي تطبّق يجب أن تفسر، لمعرفة مرامي ومقاصد المشرع من صياغة النصوص القانونية.

فتفسير النصوص القانونية تفسيراً سليماً، عمل أساسي وأولي نحو تطبيقها على الوقائع التي تحكمها تطبيقاً صحيحاً، فليس تطبيق القاعدة القانونية إلا ثمرة لتفسيرها.

وتحقيق العدالة هو الهدف الأسمى للنظام القانوني، والأثر الملموس لتحقيق هذه العدالة في المجتمع الإنساني، يبدو ويظهر بجلاء من خلال سلامة تفسير النصوص وصحة تطبيقها.

من هنا كانت مشكلة تفسير النصوص مشكلة عامة في النظم القانونية كلّها، ومشكلة تمس من النظام القانوني جوانبه وفروعه كلّها، وهي مشكلة قديمة قدم النظم القانونية في حياة الإنسان، ومتجددة وباقية ما بقيت الحياة الإنسانية محكومة بقواعد قانونية تنظم سلوك الأفراد والمجتمعات.

فالحاجة إلى تفسير النصوص القانونية تنشأ كلما أريد تطبيقها، ذلك أن هذه النصوص أو القواعد القانونية بصفة عامة، لا تطبق آلياً، وإنما يتم تطبيقها دائماً من خلال تفسيرها.

وهذا ما دفع بعض الفقه - بحق - إلى القول: «أن تفسير النصوص أصبح علماً قائماً بذاته له استقلاله في إطار الظاهرة القانونية، كما هو الحال في الفقه الإسلامي وجانب من الفقه الغربي».

وإذا كانت التشريعات المعاصرة تكاد تجمع على أن النصوص التشريعية تحكم ما تتعرض له في لفظها أو في فحواها، وقد استقر هذا المبدأ في القوانين الغربية، نتيجة لممارسات القضاة المؤكدة على أن الألفاظ وحدها قاصرة عن الإفصاح عن قصد المشرع، فإنه مع ذلك لا يمكن الجزم بأن المشرع - على اختلاف جنسياته - عند وضعه تلك التقنيات قد تعرّض لكل الحالات التي قد تطرأ في الواقع العملي.

يبرز هذا بشكل واضح أن النصوص التشريعية تعجز دوماً عن تأمين متطلبات التطورات السريعة المتتابعة... وهي معرضة دوماً للآفات الثلاث: الغموض، التعارض، النقص.

لذلك يتعقبها الفقهاء بنظراتهم العميقة النافذة لاستخراج مبادئ عامة تتكيف مع الحاجات الجديدة، ويلاحقها القضاة بعمليات تشبه العمليات الجراحية في بتر العضو الفاسد أو لحم عضو جديد لتجاري

الواقع

وتتكيف معه.

وإذا كان الأصل -النظري- أن تأتي النصوص القانونية واضحة في التعبير عن المراد منها، إلا أن هذا الأصل كثيرا ما لا يتحقق في الواقع العملي، ذلك أن حالات غير قليلة من غموض النصوص تدفع بأن يخرج النص إلى الحياة سقيما سرعان ما يندثر...

وعن هذا الذي يخرج سقيما عليلا ملتبسا حدث ولا حرج و كل في موضعه يبين...

الأمر الذي يلقي على كاهل المشرع بدهاء ضرورة الإلمام بقواعد اللغة العربية ثم باللغة القانونية مروراً بمعرفة قواعد القانون والمنطق على حد سواء.

والجدير بالذكر أن اعتماد اللفظ وفحواه وروحه للبحث عن نية المشرع وعن الحكم القانوني ليس بدعة جديدة، وإنما أفاض فيه بما لا يزيد عليه الأصوليون المسلمون الذين أسهبوا في بيان مختلف الدلالات اللفظية، وتبدو أبحاثهم هذه ضرورية لكافة رجال القانون وفي مقدمتهم القضاة.

كما أن ما وصل إليه علماء الشريعة منذ وقت مبكر في استنباط الأحكام الشرعية لا يكون على هوى وكيفما أتفق، بل لابد من مناهج معينة يسلكها المجتهد، وقواعد يسير عليها وضوابط يلتزم بمقتضاها، وكان المعيار العلمي المنطقي عند هؤلاء علم أصول الفقه.

هذه بصفة عامة المشكلات الأساسية التي تثار بصدد هذه الدراسة والتي تشمل موضوعات تفسير النصوص القانونية بوجه عام بقدر ما تتصل بتفسير النصوص الجنائية، وذلك للصلة المسلمة بين القانون الجنائي والنظرية العامة للقانون.

فالقانون الجنائي لا يجيا في معزل عن النظريات العامة التي تنمو وتزدهر في نطاق فروع القانون الأخرى، بل هو يفيد منها طالما أنها لا تتعارض في نتائجها المتصلة بموضوع معين مع جوهر القاعدة الجنائية وغايات القانون الجنائي.

ومن ثمّ تضم هذه الدراسة دفتيها تفسير النصوص القانونية بوجه عام وقواعد تفسير النصوص الجنائية بوجه خاص.

### إشكالية الموضوع:

إن مشكلة نقص التشريع هي مشكلة عامة، لا يعاني منها فرع دون آخر من فروع القانون، إلا أنها ذات طابع خاص في القانون الجنائي، ومردّ تلك الخصوصية إلى المبدأ العام الذي يقيد المشرع الجنائي



والقاضي الجنائي، كلٌّ في دائرة معينة ألا وهو مبدأ الشرعية الجنائية.

هذا المبدأ الذي يعدّ الحاضر، إن لم يكن مباشرة فبصورة غير مباشرة في جميع المساحات الدائرة في الفقه الجنائي، ليس الوضعي فقط، بل وفي الشريعة السّمحاء على حدّ سواء، وأقصد هذه المساحات مسألة القياس، التفسير الواسع، القضاء بالبراءة وغيرها من المسائل ذات الصلة بالموضوع.

ومن هنا فإنّ موضوع تفسير النصوص الجنائية يرتبط ارتباطاً وثيقاً بهذا المبدأ، الذي طالما كان الارتكان إليه في مدلوله التقليدي، حجرة عثرة لبيان حق القاضي الجنائي في التفسير باستخدام أدوات تكملة النقص التشريعي في الحدود والإطار القانوني السليم.

وفي مجال تفسير النصوص الجنائية فإنّ التساؤل الحاضر في جنبات هذا البحث والذي يحاول استقصاء الإجابة عليه في ضوء الفقه الشرعي والوضعي هو:

ماهي الحدود القانونية المتاحة للقاضي الجنائي عند النظر في النص القانوني مدار حكمه، مع تقيّده التام والدائم بمبدأ الشرعية الجنائية؟؟

واسترسالاً في تحديد مشاكل تفسير النصوص الجنائية التي يحاول البحث حلّها فتتمثل في الإجابة عن:  
هل يلتزم القاضي الجنائي بتفسير النص تفسيراً ضيقاً كما شاع لدى الغالبية العظمى من رجال الفقه؟ أم أن التغيرات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والعلمية في المجتمعات المعاصرة أدّت إلى أن يعرف أسلوب التفسير تغيرات جذرية؟

هل ربط مبدأ الشرعية الجنائية وترتيب حظر القياس عليه في المواد الجنائية بنظام سياسي معيّن هو أمر مفروض؟

هل القضاء بالبراءة أحياناً يعدّ صورة حقيقة من نُكُول ضمني عن العدالة، وأحياناً أخرى يعدّ مخالفة حقيقة وتضييعاً للمصلحة الحميّة من وراء النص؟ ومن ثمّ إهداراً لمبدأ الشرعية؟

هذا هو جوهر الإجابة الذي يمتد ببساطة ليشمل سائر جنبات الموضوعات التي يتشكّل منها البحث. ومن هنا كانت عملية التفسير — ولا تزال — بالنسبة للقاضي الجنائي هي من أهم وظائفه وأصعبها، ذلك أن هذا السّجال الفقهي يعترض أحياناً كثيرة طريقة في سعيه الحثيث لبلوغ العدل المنشود.

## أهمية البحث:

الحقيقة أن الصلة بين تطبيق القاعدة القانونية والتفسير لا يمكن فصلها، فهي صلة دائمة وأكيدة، ذلك لأن التفسير يؤدي إلى تطبيق النص إن حالا أو مآلا تطبيقا سليما.

وقد جرى الفقه عادة على بحث موضوع التفسير في المؤلفات العامة التي تعرض لمباحث أصول القانون، وهذا في الواقع يدل على الوضوح الكامل لأهمية هذا الموضوع.

ورغم هذه الأهمية، فإن دراسة موضوع التفسير بصفة عامة، وتفسير النصوص بصفة خاصة لم يحض بإقبال الفقه العربي إقبالا يتفق مع خطورته وأهميته، مع أن الفقه الغربي يولي هذا الموضوع عناية فائقة، حيث أن بعض الدول أنشأت معاهد خاصة لكليتها تهتم أساسا بتفسير النصوص القانونية.

وإذا كانت الدراسة المتخصصة والعناية بها نادرة ولا تتناسب مع أهمية هذا الموضوع في الفقه العربي، فإن الفقه الجزائري المختص في الميدان القانوني لم يعرض لها بالمرّة — بقدر ما أعلم —

من هنا بدت أهمية الموضوع، وظهرت الحاجة إلى تهيئة الأذهان إلى جوهر هذا البحث ودراسة أصوله وقواعده.

فخليق أن يكون هذا الموضوع محطاً لعقول الباحثين والمجتهدين، وأن يكون الاهتمام به مماثلاً للاهتمام بالعلوم القانونية الأخرى، إن لم يكن أكثر... ليس للأهمية القصوى لهذا الموضوع فحسب، بل لأن كثيرا من الموضوعات القانونية ظلّت ولا تزال بكرة لم تخصص لها الأبحاث المستقلة ومن هذه الموضوعات موضوع تفسير النصوص وعلى رأسها قاطبة تفسير النصوص الجنائية.

وهو ما يعني وجوب تكريس الجهود العلميّة في هذه الآونة، وتوجيهها صوب هذا الموضوع التّفيس، لعلّ ذلك يكون بداية لمرحلة جديدة آن لها أن تبدأ نحو تحديث العلوم القانونية، وإجراء مراجعة شاملة لها على ضوء القصور المتنامي والسلبيات المتكاثرة التي تعاني منها- وليس مجال البحث الخوض في ذلك- إلا أنّني أردت أن أضيف بعدا آخر لأهمية البحث من خلال هذه الإشارة.

هذا ورغم ما يكتنف بحث هذا الموضوع من صعوبات لتشعبه وكثرة مباحثه، تاهيك عن قلة المصادر والمراجع التي تبحث في صميمه، فإنه يصعب إن لم نقل يستحيل الإلمام بجميع عناصر وإشكاليات موضوع قديم متجدد كموضوعنا هذا المتعلق بتفسير النصوص الجنائية.

## أسباب اختيار موضوع البحث:

تكمن أسباب اختيار الموضوع في:

- قلة الدراسات القانونية المتخصصة بتفسير النصوص أو انعدامها - حسب ما أعلم - في المنظومة القانونية الجزائرية.

من هنا كانت الضرورة ملجئة للتصدي إلى هذا الموضوع الهام والدقيق بالبحث والإحاطة بكافة جوانبه الفقهية الأصولية والقانونية، على المشكلات التي يمكن أن تثار أمام القاضي حال تفسير النص وتطبيقه.

- بحث هذا الموضوع يبين المنهج الذي ينتهجه الذي يتعامل مع النص القانوني لغرض فهمه الفهم الصحيح، وهذا طريق تحقيق العدل الذي هو هدف ومقصد كل نظام قانوني.

- القوانين الوضعية بالنسبة للأمم أصبحت اليوم واقعا مفروضا نتعامل معه، لذلك لا بد من إيجاد آليات لحفظ حقوق الإنسان من أي تعسف يلحق بفهم النصوص.

- علم أصول الفقه يجعل تفسير النص عملا منهجيا منضبطا، وليس أمرا مزاجيا خاضعا لتقدير القاضي، وهذا ما يساعد ويعين المتعامل مع القانون على الفهم والتطبيق الصحيح للنص واستخلاص حكمه.

- إظهار مدى أهمية أصول الفقه في مجال الدراسات المقارنة وخاصة القانونية منها، ذلك أن طلبة القانون يدرسون مساقات في أصول الفقه ولكن كثيرا منهم لا يدرك أهمية هذا العلم، ولا وظيفته، على الرغم من أن قواعده لها الأثر الكبير في تفسير النصوص سواء الشرعية أو القانونية.

- محاولة الوقوف على معالم تؤسس لمنهج المقارنة بين الفقه الإسلامي القائم بالأساس على تحقيق إرادة الشارع المتره عن كل نقيصة، المتصف بكل صفات الكمال والفقه الوضعي القائم بالأساس على تحقيق العدل وضمأن الحقوق والحفاظ على الحريات العامة.

### أهداف البحث:

يسلط البحث الضوء على المشاكل العمليّة التي تواجه القضاء أثناء تفسيره للنصوص من جراء غموض نص ما، إما بسبب عيب في الصياغة، أو تعارض في بعض النصوص أو في تلك الحالات التي يواجه فيها القضاء حالات النقص التشريعي.

مما يعد نبراسا للمشرع يعينه مستقبلا على رؤية الصورة العملية لنصوصه على أرض الواقع، ومن ثم هاديا له عند صياغة التشريعات التي تستجد، وكيفية حماية المصالح التي تتغير ليكون في تشريعاته مرآة تعكس حاجات المجتمع الحقيقية وأداة لحل مشكلاته، وهذه هي غاية كل مشرّع.

إنّ تبيان اتجاه القضاء في تفسير النصوص سيساعد على تحقيق الوحدة والثبات والاستقرار للنظام

القانوني، وهذا هو الهدف والوظيفة الأساسية للقضاء، إذ يُسهّل ذلك على القضاة الجالسين للحكم في شتى درجات التقاضي، يسهّل عليهم معرفة الأساليب والمنهج التفسيري الذي يرحح ويجب السير عليه عند تفسير النص الجنائي، ومن ثم تقل احتمالات نقض الأحكام.

إنّ الرأي الذي يعتنقه القضاء هو الرأي الوحيد الذي يهّم المتقاضين أن يعرفوه دون بقية الآراء والمساجلات التي تملأ كتب الفقه، وفي ذلك تبصير للدفاع وللمتقاضين بما يغلب أن تؤول إليه أفضيتهم، وهو ما يحقّق نوعاً من الثبات والاستقرار، ويُنفّي ظاهرة المفاجآت في تلقي الأحكام، فمعرفة النصوص المتعلقة بنوع من الجرائم مثلاً، يبصّر العاملين في مجال العدالة والمتقاضين بما عساه أن ينتهي إليه الرأي في تفسير النصوص المتشابهة والتي لم يسبق عرضها على القضاء.

-التذكير بالوضع الراهن الذي تعانيه الأمة في فهم تراثها وغلو بعض الفئات في القراءة والفهم الأمر الذي يؤدي إلى تفسيرات منحرفة لنصوص التشريع الإسلامي الثابتة.

### منهج البحث:

الأبحاث السابقة درجت على تبيان منهج البحث المختار في تحديد الطريقة التي تقدم بها الدراسة، إمّا أن تكون طريقة استقرائية أو طريقة مقارنة قائمة على التحليل أو تجمع الدراسة بين المنهجين الاستقرائي والتحليلي المقارن، إذا كان هذا ما درج عليه الباحثون السابقون في هذا الموضوع بالذات، فإن الأمر يحتاج إلى بعض التوضيح والبيان بالنسبة لهذا البحث.

حيث أنّ الدراسة مقارنة تفسير النصوص الجنائية بين القانون والفقه الإسلامي، فإنّه من الطبيعي أن يتم عرض لأحكام هذا الموضوع في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي جنباً إلى جنب، حتى يستبين القارئ ما بين النظامين من أوجه شبه وأوجه خلاف.

ولكن هذه الطريقة رغم أنّها الواجبة الإلتباع في الدراسات المقارنة، إلاّ أنّها ليست الطريقة المثلى لمعالجة هذا البحث بالذات، حيث أنّ التفسير في الفقه الإسلامي يتميز بطابع خاص، يتعدّد إبرازه بصورة متكاملة إذا عولج كجزئيات متفرقة مع أحكام هذا البحث في القانون، هذا بالإضافة إلى أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية لهم طريقتهم الخاصة في أصول الفقه.

ولما كان الحرص على إبراز قواعد التفسير في الفقه الإسلامي في صورة كاملة، تُبيّن مدى ما وصل إليه علماء المسلمين من دقة وتأصيل للأحكام فقد اخترت أن أعالج كلا من أحكام الفقه الإسلامي وأحكام القانون في باب مستقل، ولكن هذا لا يعني أنّي أهمل المقارنة بين أحكام كل منهما في جميع مسائل وموضوعات البحث، بل سأعرض المقارنة كلّما كان ذلك ممكناً للوصول إلى الحقائق والمعطيات التي

تشكّل مادة البحث الأولية.

واسترسالا في توضيح المنهج المتبع فإن الدراسة ستحاول أن يكون الجانب الأكبر فيها تسوده روح المقارنة المفضية إلى الترجيح وروح التحليل المفضية إلى التأصيل.

### الدراسات السابقة:

موضوع تفسير النصوص من الموضوعات المعروفة والمتداولة في كتب الأصوليين القدماء منهم والمعاصرين.

مع هذا فإنني لم أعثر على دراسة متكاملة له، وإن كان من الإنصاف أن أقر أن ثمة دراسات أصولية مفيدة صدرت في مجال بعض الجزئيات المكوّنة لهذا الموضوع، وقد أفادتني في الدلالة على المصادر والمراجع التي تخص موضوع البحث.

ولعلّ أجود تلك الدراسات " تفسير النصوص في الفقه الإسلامي " للدكتور " محمد أديب صالح".

إلا أن هذه الدراسات لم تتعمّق كثيرا في دراسة مضمون " تفسير النصوص " فلم تبيّن بطريقة علمية منهجية فقهاء القانون فيه ولا سلطة القاضي في مواجهته.

إضافة إلى جهود ودراسات في صميم المقارنة من ذلك ما كتبه الدكتور: " محمد صبري السعدي " تفسير النصوص في القانون والشريعة " مركزا ومستظها النصوص المدنية، وكذا الدكتور " محمد شريف أحمد " الذي تناول بالبحث " تفسير النصوص المدنية دراسة مقارنة بين الفقهاء المدني والإسلامي "

أما في مجال تفسير النصوص الجنائية فقد ظل هذا الموضوع — بكرة — لم تفرد له الأبحاث المستقلة إلا بعض الدراسات — تعد على رؤوس الأصابع — لعلّ من أجمعها " تفسير النصوص الجنائية دراسة مقارنة " للدكتور " رفاعي سيد سعد " وتفسير النصوص الجنائية " للدكتور " محمد سليم العوا".

هذه الدراسات على تخصصها فيما وضعت له، تعدّ في صميم المقارنة وكان لها الفضل في إلقاء الضوء على هذا الموضوع وبيان أهميته ومضمونه العام من خلال إشارات علمية دقيقة وفقا لنصوص وأحكام التشريع المصري.

كما كان اهتمامها الغالب منصبًا على تبيان أسس التفسير ومذاهبه الفقهية وأصوله التي ترتدّ إليها من نظريات وفلسفات أصل القانون، كما اهتمت ببيان مدى التقدّم والسبق الذي أحرزه فقهاء الشريعة في إرساء ضوابط وقواعد هذا العلم.

الأمر الذي يفتح الباب لمزيد من التعمق....

فكان هذا البحث محاولة متواضعة من طالبة علم تسعى إلى أن تستفيد ممن سبقوها وتضيف نقطة إلى بحر علمهم ومعارفهم...

فبقي لهم الفضل في ما اجتهدوا فيه وقدموه وبقى لها الشرف أنها من طلبتهم .

### منهجية البحث:

اجتهدت في تحديد مجال البحث، إذ على الرغم من أن التفسير قد لا يقتصر على النصوص المكتوبة فحسب - حسب الرأي - الغالب في الفقه - وإنما يشمل القواعد الأخرى المستمدة من العرف وقواعد العدالة أو غيرها من مصادر القانون، إلا أن البحث سوف يقتصر على طرح المشاكل التي يثيرها تفسير النصوص، بمعنى القواعد القانونية المدونة، ذلك أن أغلب ما يثار - من خلاف في التفسير إنما يتعلق بتفسير النصوص، ولأن القاعدة الجنائية المعنية أصلاً - هي في العصر الحديث دائماً قاعدة مدونة.

أما في الفقه الإسلامي فمجال البحث هو تفسير نصوص آي القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة.

ما دام الاهتمام الأصيل للبحث هو القانون الجنائي فإني حرصت من ناحية أولى: على جعل ما أضربه من أمثلة وما استند إليه من قواعد مستقى أساساً من مجال القانون الجنائي، فلم أُلجأ إلى غيره إلا حين يعوزني التطبيق الجنائي المناسب.

ومن ناحية ثانية: في تطعيم الدراسة بالأمثلة القانونية، اجتهدت - قدر الإمكان - أن تكون من القانون الجزائري وقد أضمت إليها بعض الأمثلة من القانون المقارن، مبرزة في ذلك أثر القاعدة في النص القانوني، لأن العبرة بمدى خضوع هذه المواد أو النصوص للقاعدة.

حاولت جمع المادة العلمية من المصادر والمراجع ذات الصلة بالموضوع في جزئيات الدراسة كلها.

أفدت من سائر البحوث التي تناولت الموضوع بعضها رسائل جامعية، حتى وإن كانت لا تعالج الموضوع في حد ذاته ولكنها ذات صلة به في العديد من جوانبه.

التزمت بعزوي كل قول إلى صاحبه، وأسنده إلى قائله مشيرة إلى ذلك في الهامش.

اتجهت إلى الكتب القانونية خاصة التي تتعلق بالمدخل للعلوم القانونية أو النظرية العامة للقانون، وكتب القانون الجنائي، فأنظر في نقاط التشابه مع الفقه الإسلامي من قريب أو بعيد.

حاولت أن استعمل المصنفات الأصولية المتداولة فركزت على ما يمكن للباحث الحصول عليه أو تصله يده دون عناء.

- قمت بضبط آيات القرآن الكريم وذلك بذكر رقم الآية والسورة التي تدرج فيها.

- قمت بتخريج الأحاديث من الكتب الصحاح إلا ما نذر فيها فاعتمدت فيها على الشروحات.

- ضربت صفحات عن الترجمة للأعلام لأن أغلبهم بل جلهم ليسوا بمغمورين.

مصادر البحث ومراجعته، مزيج من كتب الأصول، الحديث، القانون، اللغة، المعاجم، الرسائل والمجلات.... فكانت هي الباب الذي دخلت منه نحو آفاق البحث والدراسة.

اعتمدت على بعض المراجع الأجنبية، ما كان عندي والذي لم يقع بين يدي أشرت إلى المصدر أو المرجع المذكورة فيه.

- قصدت أن أصوغ البحث في عبارة سهلة وبلغة مفهومة بعيدة عن أي تعقيد.

وقد اقتضتني سعة الموضوع وتشعب مسأله وتنوع قضاياها أن أربط بين أجزائه بترتيبه على مقدمة وثلاثة أبواب.... وخاتمة.

وفق الخطة التالية:

### الباب الأول: الأحكام العامة في تفسير النصوص الجنائية

الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

الفصل الثاني: التفسير: أنواعه، مدارسه، موضوعه.

الفصل الثالث: التفسير: مناهجه، القواعد الضابطة به.

### الباب الثاني: الأحكام الخاصة بتفسير النصوص الجنائية.

الفصل الأول: دور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

الفصل الثالث: تفسير النصوص الجنائية غير التجريمية.

### الباب الثالث: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي.

الفصل الأول: الألفاظ باعتبار وضعها للمعنى.

الفصل الثاني: الألفاظ باعتبار وضوحها وإيhamها.

الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار دلالتها على معانيها.

خاتمة.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية



جامعة الأمير  
بَابُ الْأَوَّلِ:

الأحكام العامة في تفسير النصوص  
الجنائية

الإسلامية

## الباب الأول ..... الأحكام العامة في تفسير النصوص الجنائية

يعرض هذا الباب الأحكام العامة المشتركة التي تخضع لها سائر النصوص الشرعية والقانونية عند تفسيرها. مما فيها النصوص الجنائية.

فالتفسير عملية ضرورية لتطبيق نصوص الشريعة وقواعد القانون، على الحالات الواقعية ويتضمن هذا الباب ثلاثة فصول:

البحث عن معنى التفسير يقتضي بيان دلالاته اللغوية، ثم بيان معناه لدى علماء الشريعة ولدى فقهاء القانون وهذا من خلال الفصل الأول.

أما الجهات الممارسة للتفسير والباحثة عن المعلومات والحقائق التي يحملها النص في صياغته، والاتجاهات العامة التي ظهرت في التفسير من خلال مدارس المختلفة، والهدف الذي يريد المفسر استخلاصه من النص التشريعي من واقع الألفاظ والعبارات المستخدمة في صياغته، فيختص بمعالجته الفصل الثاني.

أما الفصل الثالث فيتناول مناهج التفسير باعتبارها الوسائل التي يمكن للمفسر أن يستخدمها كلها أو بعضها للوصول إلى المعنى الصحيح للنص ومن ثم التطبيق الصحيح له، وتحقيق العدالة على حد سواء.

جامعة الأمير  
الفصل الأول:

التفسير:

ماهيته، ضرورته، مجاله، أهرافه.

الإسلامية

## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

إنّ البحث في المبادئ العامة لعلم التفسير الشرعي والقانوني هو محاولة إلقاء الضوء على أساسيات علم التفسير الشرعي والقانوني.

لذا يقتضي الأمر بيان معنى التفسير في اللغة وفي الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي-لأنّ البحث يقتضي المقارنة- ثمّ عرض تعريفات الفقهاء المختلفة واتجاهاتهم لمحاولة الوصول إلى تعريف جامع للتفسير يشمل جميع عناصره.

وكما اختلف الفقهاء في تعريف التفسير اختلفوا أيضا في مجاله، فبعضهم يرى أنه يقتصر على نصوص التشريع، والبعض الآخر يرى أنه يمتد إلى جميع القواعد المستمدة من مصادر القانون الأخرى، وفريق ثالث يرى أنه ينطبق على قواعد بعض هذه المصادر دون البعض الآخر.

أما فيما يتعلق بأهداف التفسير فيبحث الموضوع على أساس الغاية من أحكام القانون أو بتعبير آخر الغرض العام للإرادة التشريعية.

وسنقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث يخصص كل مبحث لعرض كل موضوع من الموضوعات:

المبحث الأول: معنى التفسير وتعريفه.

المبحث الثاني: ضرورة التفسير.

المبحث الثالث: مجال التفسير.

المبحث الرابع: أهداف التفسير.

### المبحث الأول: تعريف التفسير في اللغة، في الفقه الإسلامي، في القانون.

في هذا المبحث نتناول تعريف التفسير ومدلوله من خلال ثلاثة مطالب، الأول: نتحدث فيه عن مدلول التفسير في اللغة، والمطلب الثاني: نعرض فيه لمدلول التفسير في الفقه الإسلامي، أما مدلول التفسير كما يراه فقهاء القانون الوضعي فنوضحه في المطلب الثالث، وفيه نتناول الفرع الأول: معنى التفسير لدى فقهاء القانون الوضعي بصفة عامة، من خلال بيان الاتجاه الذي يقصر التفسير على القاعدة التشريعية، والاتجاه الذي يجعل التفسير يشمل القاعدة القانونية بمعناها الواسع. الفرع الثاني: معنى التفسير لدى فقهاء القانون الجنائي وذلك بتوضيح اتجاهين: الاتجاه الأول: وفيه يتحدد مدلول التفسير بصفة عامة، أما الاتجاه الثاني: يتحدد فيه مدلول القاعدة الجنائية بصفة خاصة.

#### المطلب الأول: معنى تفسير النصوص لغة.

من البحث في المعاجم اللغوية يتبين أن معنى التفسير هو: كشف المعطى، الإيضاح والتبيين ووزنه تفعيل من الفسر وهو البيان والكشف نقول: فسرت الشيء - بالتحقيق - أفسره فسرا - وفسرته - بالتشديد - أفسره تفسيرا، إذا بيّنته.<sup>(1)</sup>

قال "الزرخشى" رحمه الله: «...وأما التفسير في اللغة فهو راجع إلى معنى الإظهار والكشف، وأصله في اللغة من التفسرة، وهي القليل من المصاء الذي ينظر فيه الأطباء، فكما أن الطبيب بالنظر فيه يكشف عن علّة المريض، فكذلك المفسّر يكشف عن شأن الآية وقصصها ومعناها والسبب الذي أنزلت فيه، وكأنه تسمية بالمصدر لأن مصدر "فعل" جاء أيضا على "تفعله" نحو: جرب تجربة، وكرم تكرمه».<sup>(2)</sup>

فالتفسير كشف المغلق من المراد بلفظه، وإطلاق للمحتبس عن الفهم به، ويقال فسرت الشيء أفسرته

(1) - أنظر في معنى التفسير لغة المعاجم، أحمد بن علي المقري: المصباح المنير، ط6، دت، المطبعة الأميرية، ج2، ص657/محمد ابن

مكرم بن منظور: لسان العرب، ط3، 1414ه، دار صادر، بيروت، ج5، ص56.

(2) - بدر الدين الزركشي: البرهان في علوم القرآن، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم: منشورات المكتبة العصرية، بيروت، ج2، ص147.

## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

تفسيرا، وفسرت أفسره فسرا، والمزيد من الفعلين أكثر في الاستعمال<sup>(1)</sup>، ومنه قوله **﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ﴾**:  
**﴿وَلَا يَأْتُونَكَ بِمَثَلٍ إِلَّا جِئْنَاكَ بِالْحَقِّ وَأَحْسَنَ تَفْسِيرًا﴾**<sup>(2)</sup> قال ابن عباس: «وأحسن تفسيرا أي  
تفصيلا»<sup>(3)</sup>.

وقال آخرون: التفسير مقلوب من "سفر" ومعناه أيضا الكشف، يقال: سفرت المرأة سفورا، إذا ألفت  
خمارها عن رأسها، وهي سافرة، وأسفر الصبح: أضاء، وسافر فلان وإنما بنوه على التفعيل لأنه للتكثير  
كقوله **﴿يَذِخُّونَ أَبْنَاءَهُمْ﴾**<sup>(4)</sup> وقوله: **﴿وَعَلَقَتِ الْأَبْوَابَ﴾**<sup>(5)</sup>، فكأنه يتبع سورة بعد سورة  
وآية بعد أخرى<sup>(6)</sup>.

كما يستفاد أيضا أن معناه التأويل، وقد ورد لفظ التأويل في معاجم اللغة بمعنى التفسير والمرجع والمآل  
الذي يؤول إليه الكلام.

-ففي "معجم لسان العرب"<sup>(7)</sup> "الأول": الرجوع — آل الشيء يؤول ومآلا: رجع، وأول إليه  
الشيء أي رجعه- وألت عن الشيء بمعنى إرتددت عنه.

-وفي "القاموس المحيط"<sup>(8)</sup>: أوّل الكلام تأويلا وتأوله أي دبره وقدره وفسره، والتأويل عبارة  
"الرؤيا"، ومنه قول الله تعالى في المتشابه من آي القرآن الكريم: **﴿وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ﴾**<sup>(9)</sup>.  
— وفي "الصحاح"<sup>(10)</sup>: التأويل: «تفسير ما يؤول إليه الشيء...».

(1)- محمد عبد العظيم الزرقاني: مناهل العرفان في علوم القرآن، دار الفكر، ج2، ص3.

(2)- سورة الفرقان، الآية 33.

(3)- ذكره الزركشي: في البرهان في علوم القرآن، مرجع سابق، ج2، ص148.

(4)- سورة البقرة، الآية 49.

(5)- سورة يوسف، الآية 23.

(6)- الزركشي: المرجع السابق، ج2، ص147، وكذا: محمد بن سليمان الكاتيجي: التيسير في قواعد علم التفسير، تحقيق ودراسة:  
ناصر بن محمد المطرودي، ط1، 1390هـ، دار القلم، دمشق، ص123-124.

(7)- ابن منظور: لسان العرب، مصدر سابق، ج11، ص34.

(8)- الفيروز آبادي: القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، ط8،  
1426-2005، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ج1، ص456.

(9)- سورة آل عمران، الآية7.

(10)- الجوهري: الصحاح، ط2، دار العلم للملايين، بيروت، 1399هـ، ج4، ص1626.

## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

وقال " ابن فارس " في فقه العربية: <sup>(1)</sup> «التأويل آخر الأمر وعاقبته، يقال مأل هذا الأمر مصيره، واشتقاق الكلمة من الأول وهو العاقبة والمصير " ومنه مأل كل أمر مرجعه ومصيره».

وهكذا يظهر أن التأويل بمعناه اللغوي مأخوذ من الأول وهو الرجوع، فكأن المؤول أرجع الكلام إلى ما يحمله من المعاني.

أما في الاصطلاح: عرّف علماء الأصول التأويل بأنه: «صرف اللفظ من معناه الظاهر منه إلى معنى آخر مرجوح يحتمله للدليل ذلك على ذلك». <sup>(2)</sup> وعرّفه "الأمدي" بقوله: «التأويل من حيث هو تأويل مع قاطع النظر عن الصحة والبطلان هو: حمل اللفظ على غير مدلوله الظاهر منه مع احتمال له بدليل يعضده». <sup>(3)</sup>

والتأويل بهذا المعنى لا يكون في النصوص القطعية كالنص المفسر والنص المحكم، وهي نصوص قطعية لا احتمال فيها أصلاً، وإنما يتسع مجاله في النصوص الظنية التي تحتمل أكثر من معنى إذ ما دل دليل على ذلك كاللفظ الظاهر والنص والمشارك.

ولما كان التأويل طريقاً من طرق استخلاص المعاني من النصوص الشرعية، عني به علماء الأصول عناية كبرى وأجروا بحثه باستفاضة في باب الدلالات التي يتوقف عليها استنباط الأحكام من الأدلة، وحتى يفهم التأويل في استثمار النصوص الشرعية والوقوف على أسرار معانيها في إطار من روح التشريع، أحاطوه بشروط دقيقة تقي المفسر من الوقوع في الزلل والخروج عن مقاصد الشريعة.

وسنعرض مقارنة بسيطة بين التفسير والتأويل في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

### الفرع الأول: في الفقه الإسلامي.

(1) - ذكره الشوكاني: في إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، دار الفكر، بيروت، دت، ص 176.

(2) - محمد مصطفى شلبي: أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1406هـ-1986، ص 457. ولقد عرفه إمام إمام الحرمين الجويني بقوله: «التأويل رد الظاهر إلى ما دل إليه مآله في دعوى المؤول، ويستعمل إذا علق بما يتلقى من الألفاظ منطوقاً ومفهوماً».

أنظر: البرهان في أصول الفقه، مطبعة دار الكتب المصرية، دت، ج 1، ص 511.

(3) - الأمدي: الإحكام في أصول الأحكام، دط، دت، مؤسسة الباي الحلبي وشركاؤه، القاهرة، ج 3، ص 74 وانظر كذلك في تحديد مدلول التأويل: مقدمة في التفسير، للراغب الأصفهاني، 1329هـ، مطبعة الجمالية، ص 402-404. / محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط 3، 1984م، المكتب الإسلامي، بيروت، ج 1، ص 257 / محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ط 1، 1399هـ/1979م، ص 447.

## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

يرى بعض المفسرين أن لفظة " التأويل " قد وردت في القرآن الكريم في عدة آيات كريمات<sup>(1)</sup>

بينما جاءت لفظة " التفسير " وحيدة الصيغة في قول ﷺ: ﴿وَلَا يَأْتُونَكَ بِمَثَلٍ إِلَّا جِئْنَاكَ بِالْحَقِّ وَأَحْسَنَ تَفْسِيرًا﴾<sup>(2)</sup>.

ومن ثم تساءل الفقهاء عن معنى التأويل، هل هو مساو للتفسير أم أحسن منه أم مباين له؟. بعد استقراء آراء العلماء المهتمين بالموضوع لاحظنا أن الجواب عن هذا السؤال كان مختلفا. فقد ذهبت طائفة من أئمة اللغة إلى القول بأن التأويل مرادف للتفسير في أشهر معانيه اللغوية. بينما ذهبت طائفة كبيرة من العلماء والمفسرين إلى القول بأن المقصود من التفسير بيان لفظ لا يحتمل إلا وجهها واحدا<sup>(3)</sup>. في حين أن المراد من التأويل توجيه لفظ متوجه إلى معان مختلفة إلى واحد منها. بما ظهر من الأدلة،<sup>(4)</sup> فالتفسير ذو وجه واحد بينما التأويل ذو وجوه متعددة. وعلى عكس هذا وذلك، يرى فريق آخر من الفقهاء أن التفسير يتعلق بما كان راجعا إلى الرواية أي ما كان مقصودا على السماع والإتباع دون فتح المجال فيه للاجتهاد.

- (1) - نذكر على سبيل المثال لا الحصر: قوله ﷺ: ﴿وَكَذَلِكَ يَجْهَلُونَ رَبُّكَ وَيُعَلِّمُكَ مِنْ تَأْوِيلِ الْأَحَادِيثِ وَيُرِيكَ نِعْمَتَهُ عَلَيْكَ وَعَلَىٰ آلِ يَعْقُوبَ كَمَا أَتَمَّهَا عَلَىٰ أَبَوَيْكَ مِنْ قَبْلُ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ إِنَّ رَبَّكَ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ سورة يوسف، الآية 6.
- وقوله ﷺ: ﴿وَقَالَ الَّذِي اشْتَرَاهُ مِنْ مِصْرَ لِامْرَأَتِهِ أَكْرِمِي مَثْوَاهُ عَسَىٰ أَنْ يَنْفَعَنَا أَوْ نَتَّخِذَهُ وَلَدًا وَكَذَلِكَ مَكَّنَّا لِيُوسُفَ فِي الْأَرْضِ وَلِعَلَّهُ مِنْ تَأْوِيلِ الْأَحَادِيثِ وَاللَّهُ غَالِبٌ عَلَىٰ أَمْرِهِ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾ سورة يوسف، الآية 21. وقوله سبحانه: ﴿قَالُوا أَضْغَتْ أَحْلَامٌ وَمَا نَحْنُ بِتَأْوِيلِ الْأَحْلَامِ بِعَالَمِينَ﴾ سورة يوسف، الآية 44.
- وقوله سبحانه: ﴿رَبِّ قَدْ آتَيْنِي مِنَ الْمَلِكِ وَعَلَّمْتَنِي مِنْ تَأْوِيلِ الْأَحَادِيثِ فَاطِرَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ أَنْتَ وَلِيٌّ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ تَوَفَّنِي مُسْلِمًا وَأَلْحَقْنِي بِالصَّالِحِينَ﴾ سورة يوسف، الآية 101.
- وقوله ﷺ: ﴿قَالَ هَذَا فِرَاقُ بَيْنِي وَبَيْنَكَ سَأُنَبِّئُكَ بِتَأْوِيلِ مَا لَمْ تَسْتَطِعْ عَلَيْهِ صَبْرًا﴾ سورة الكهف، الآية 78.
- وقوله ﷺ: ﴿هَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا تَأْوِيلَهُ يَوْمَ يَأْتِي تَأْوِيلَهُ يَقُولُ الَّذِينَ كَفَرُوا هَذَا هُوَ الَّذِي كَذَّبْنَا وَكُنَّا لَهُ سَاقِطِينَ لَئِنْ أَتَانَا بَشِيرٌ مِثْلِهِ لَنَقُولُ قَدْ أَتَيْنَا بِكَ الْبَاطِلَ الْهَادِيَ لَئِنْ أَتَانَا بِبَشِيرٍ مِثْلِهِ لَنَقُولُ قَدْ أَتَيْنَا بِكَ الْكَلْبَ الْمَذْمُومَ الْفَاسِقَ﴾ سورة البقرة، الآية 25.
- وقوله ﷺ: ﴿بَلْ كَذَّبُوا بِمَا لَمْ يُحِيطُوا بِعِلْمِهِ وَلَمَّا يَأْتِهِمْ تَأْوِيلُهُ كَذَّبَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ فَانظُرْ كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الظَّالِمِينَ﴾ سورة يونس، الآية 39.
- (2) - سورة الفرقان، الآية 33.
- (3) - علال الفاسي: المدخل لعلوم القرآن والتفسير، مطبعة الدار البيضاء، 1988، ص 38.
- (4) - أحمد الشرباصي: قصة التفسير، ط 1، 1978، دار الجليل، بيروت، ص 9.



## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

أما التأويل فهو كل ما يستنبطه العلماء العالمون بمعنى الخطأ، الماهرون في آلات العلوم،<sup>(1)</sup> أي أنه يتعلق بما كان راجعا للدراسة، وفي هذا الصدد يقول الشيخ الإمام "الماتريدي" الحنفي: «الفرق بين التأويل والتفسير هو ما قيل: التفسير للصحابة رضي الله تعالى عنهم، والتأويل للفقهاء».

ومعنى هذا أن الصحابة رضي الله عنهم شهدوا المشاهد، وعاشوا الأحداث، وعلموا الأمر الذي نزل فيه القرآن الكريم، فتفسيرهم لما عاينوا وعاشوا وشهدوا هو الحقيقة، والشهادة لا تُسمح إلا لمن علم.

ومن ثم قيل: من فسر القرآن برأيه فليتبؤ مقعده من النار لأنه فيما يفسر يشهد على الله به.

وأما التأويل فهو بيان منتهى الأمر، مأخوذ من "أل يؤول" أي رجع، يرجع والمؤول لا يقول: «أراد الله بهذا كذا وكذا...» ولكن يقول: «يتوجه هذا إلى كذا وكذا من الوجوه» ولا يقع التشديد في هذا مثل ما يقع في التفسير إذ ليس فيه الشهادة على الله سبحانه وتعالى.

وقال "الراغب الأصفهاني": «التفسير أعم من التأويل، وأكثر استعماله في الألفاظ ومفرداتها، وأكثر استعمال التأويل في المعاني...»<sup>(2)</sup>.

وهكذا، نرى أن للفقهاء في هذا الموضوع آراء متباينة، فمنهم من يرى أن التأويل والتفسير بمعنى واحد، ومنهم من يقول بأن التفسير أعم من التأويل، ومنهم من يذهب إلى أن التفسير يعتمد على النقل بينما التأويل يعتمد على العقل.

ونحن نميل إلى ترجيح رأي الفريق الأخير، لأن المقصود بالتفسير تبين المراد من الكلام على سبيل القطع، أما التأويل فملحوظ فيه بذل الجهد لتبيين المراد من الكلام على سبيل الظن بعد ترجيح أحد المعاني استنادا إلى دليل يدل على ذلك. ولهذا قيل: «يُحرم التفسير بالرأي دون التأويل»<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني: في القانون الوضعي.

نشير بادئ ذي بدء إلى أن فقه القانون الوضعي يترجم لفظة تفسير بـ Interpretation.<sup>(4)</sup>

(1) - عبد الله محمد شحاتة: علوم التفسير، مطابع الهيئة المصرية العامة، 1975، ص 15.

(2) - الراغب الأصفهاني: مقدمة في التفسير، مرجع سابق، ص 402-404.

(3) - يروى عن أبي بكر الصديق أنه قال: «أي ارض تقلني وأي سماء تظني إذا قلت في القرآن برأبي أو بما لا أعلم».

للمزيد من الإيضاح انظر: التفسير بالرأي، مقدمة تفسير للطبري: مطبعة بولاق، مصر، 1324هـ، ج 1، ص 77-78.

(4) - أحمد خليل: نشأة التفسير في الكتب المقدسة والقرآن الكريم، ط 1، 1373هـ، ص 71.

## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

غير انه بعد مراجعة معاجم اللغة وجدنا أن اللفظ الأعجمي Interpretation لا يقابل اللفظ العربي "التفسير".

فالتفسير لغة- كما سبق القول- هو البيان والشرح وكشف المعنى وهذا المعنى لا يتفق مع المعنى الذي تفيدته كلمة Interpretation. بل إن الترجمة الصحيحة، فيما يظهر لكلمة التفسير العربية الأصل هي: Explication **المأخوذة من** اللاتينية Ex-Pli-Syon والتي تعني البيان والتوضيح والشرح والترجمة الشفوية<sup>(1)</sup> ومنها نقول:

- مذكرة تفسيرية Note Explicative

- قانون تفسيري Loi Explicative

- أما لفظة "التأويل" التي معناها لغة «إرجاع الأمر إلى أصله وتدبير الكلام وتقديره ورد المحتملين إلى ما يطابق الظاهر، ومنه تأويل الرؤيا، وترجمة أثر فيني، والطريقة التي يلعب بها نص موسيقي، وهو ما تقابله اللفظة الفرنسية Interpretation التي أصلها اللاتيني Interpretation والتي كانت تطلق في أول الأمر على عمليتي الترجمة والتفسير» ومنها نقول:

- أول قانون<sup>(2)</sup> Interpréter une loi

ونخلص مما سبق أن لفظة التفسير العربية لا تترجمها كلمة Interpretation كما يقول الدكتور "أحمد خليل في كتابه" نشأة التفسير في الكتب المقدسة والقرآن الكريم بل تترجمها لفظة: Explication " بينما تلتم لفظة Interpretation مع كلمة التأويل العربية.<sup>(3)</sup>

هذا ولا يفوتني أن أشير هنا أن المشرع الجزائري قد صـادف الصواب عندما استعمل لفظة "التأويل" في القسم الثالث من الباب الأول من الكتاب الثاني الخاص بالالتزامات والعقود وهذا في المادتين

<sup>(1)</sup>-سهيل إدريس، جبور عبد النور: المنهل، قاموس فرنسي -عربي، دار العلم للملايين، بيروت، سنة 1980م، تحت لفظة: Explication. ص 422.

Fous : Encyclopedia international T: II, Paris, 1971.

تحت لفظة: Explication، ص1227.

انظر أيضا: المنهل، قاموس فرنسي -عربي، تحت لفظي Interpréter و Interpretation، ص565.

<sup>(2)</sup>- قاموس: Fous, T: II، مرجع سابق، تحت لفظة Interpréter، ص1795.

<sup>(3)</sup>-علال الفاسي: المدخل لعلوم القرآن والتفسير، مرجع سابق، ص81.

111-112<sup>(1)</sup> من القانون المدني.

**والسؤال الذي نود طرحه في** هذا الصدد هو: هل تُستعمل لفظتا التفسير والتأويل بمعنى واحد في القانون الوضعي على الرغم من اختلاف معناهما اللغوي، أم يحتفظ كل منهما بمفهومه الاصطلاحي على غرار ما ذهب إليه طائفة كبيرة من الفقه الإسلامي؟

سنحاول الإجابة على هذا السؤال انطلاقاً من بعض التشريعات التي نظمت هذا الموضوع، وانطلاقاً من الاجتهادات القضائية التي ما فتئت تصدر عن القضاء في شأن تفسير النصوص أو تأويل العقود، وأيضاً انطلاقاً من الآراء الفقهية التي اهتمت بتحليل هذه الاجتهادات وتلك التشريعات وذلك في كل من فرنسا ومصر والجزائر.

**أولاً: في فرنسا.**

نشير بادئ ذي بدء بأن المادة 1162 من القانون المدني الفرنسي قد نصت على أنه:

«Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a contracté l'obligation»

كما نشير إلى أن عميد الفقه الفرنسي " كاييتان " Capitant " قد عرّف تفسير التشريع بقوله:

« Interpréter une loi consiste a déterminer le véritable sens de la règle édictée par le législateur »<sup>(2)</sup>

<sup>(1)</sup> -تنص المادة 111 مدني جزائري: «إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين.»

-أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات.

-أما المادة 112 مدني جزائري فتتنص: «يؤول الشك في مصلحة المدين. غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن.»

أنظر: القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية، النص الكامل للقانون وتعديلاته إلى غاية 13 مايو 2007 مدعم بالاجتهاد القضائي، منشورات بيري، 2010-2011، ص 29.

-القانون رقم 07 / 05 المؤرخ في 13 مايو 2007م يعدل ويتمم الأمر رقم 75 / 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 م المنضمين القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 31 الصادرة بتاريخ 25 ربيع الثاني 1428ه الموافق لـ 13 مايو 2007م.

(2)-Geny(F) Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif .T.I p: 253./capitant (H) -Introduction à l'étude de droit civil 1929. P: 102.

— ذكره وأشار إليه الأستاذ: محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ج1، دار النهضة العربية، ط1، 1975-1976م، ص301.

## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

وهو يقصد بهذا أن تفسير التشريع هو تحديد المعنى الحقيقي لمضمون القاعدة التي سنّها المشرع.

ثانياً: في مصر.

أما في مصر فلقد نصت المادة 150 من القانون المدني المصري على أنه: «إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث في النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ...»

ونصت أيضاً المادة 151 من نفس القانون على أنه: «يفسّر الشك في مصلحة المدين».

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الفقه المصري قد درج على استعمال لفظ " تفسير " كلما تعلق الأمر بتأويل بنود العقد أو بتفسير نص قانوني.

ونشير أن القضاء المصري لم يخرج بدوره على النهج الذي سار عليه التشريع والفقه، وهكذا نلاحظ أنه يستعمل — وبكثرة — كلمة " تفسير " بدلا من لفظ " تأويل ".

ثالثاً: في الجزائر.

نلاحظ أنه إذا كان المشرع قد استعمل دوماً، وعلى غرار نظيره الفرنسي لفظة " التأويل " بدلا من كلمة " تفسير " في المواد 111-112 من القانون المدني،<sup>(1)</sup> فإن الفقه والقضاء يستعملان الكلمتين معا سواء تعلق الأمر بتأويل بنود العقد أو بتفسير نصوص القانون.

وفي هذا الموضوع يقول الأستاذ "علي علي سليمان" وهو بصدد شرح تفسير العقد في القانون الجزائري:

«متى كانت عبارة العقد واضحة لا إهام فيها ولا تحتمل الشك في معناها، فيجب على القاضي أن لا ينحرف عن طريق تفسيرها، المادة: 1/111 وكذلك إذا وجب على القاضي تفسير عبارات العقد غير الواضحة فيجب أن يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين المادة 2/111 فإذا خالف القاضي هذين النصين في تفسيره كان حكمه معرض لنقضه من المجلس الأعلى لمخالفة القانون».<sup>(2)</sup>

ويذهب الأستاذ "محمد صبري السعدي" إلى القول: «أن القاضي

(1) - سبق الإشارة إلى مضمون المادة، ص 10 من هذا البحث.

(2) - علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 7، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 100-101.

## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

مُلزم بأن يأخذ بعين الاعتبار المتعاقدين الواضحة كما هي، فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداها إلى معنى آخر.

وعلى القاضى إذا ما حمل العبارة على معنى مُغاير لظاهرها أن يبين في حكمه الأسباب المقبولة التى تبرّر هذا المسلك»<sup>(1)</sup>.

ومن أحكام القضاء الجزائري في هذا الموضوع نورد قراراً صادراً عن الغرفة العقارية استعمل فيه تارة لفظة "تفسير" وأخرى كلمة "تأويل".

**جاء في القرار ما يلي:** «من المقرر قانوناً أنه إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عن المعنى الحرفي للألفاظ ولما ثبت - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع لما قاموا بتفسير العقد العرفي الذي كان يحتوى على مبلغين مختلفين بالنسبة لنفس النفقات المتعلقة بحفر البئر وبنائه الواجب تسديدها يكونون قد استعملوا حقهم في تأويل عبارات العقد. ومتى كان كذلك استوجب الرفض»<sup>(2)</sup>.

ونستنتج مما سبق أن فقه القانون الوضعي، وعلى خلاف الطائفة الكبيرة من علماء الفقه الإسلامي، يستعمل لفظي "التفسير" و"التأويل" في مفهومها الاصطلاحي بمعنى واحد على الرغم من اختلاف معناها اللغوي.

ويبدو هذا واضحاً عند مقارنة أحكام المواد 1162 مديني فرنسي<sup>(3)</sup> 151 مديني مصري<sup>(4)</sup>، 112 مديني جزائري<sup>(5)</sup>، التي أتت متطابقة على الرغم من وجود فارق بينها في الألفاظ حيث استعمل المشرع الفرنسي للتعبير عن إرادته لفظة *Interpréter* بينما استعمل نظيره المصري كلمة "يفسر" في حين عبر المشرع الجزائري عن إرادته في ذلك بعبارة "يؤول".

(1) - محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 301-302.

(2) - الغرفة العقارية، القرار رقم 149300 الصادر بتاريخ 1997/7/25. أنظر: القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 29.

(3) - نصت المادة 1162 مديني فرنسي على انه:

"Dans le doute la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation".

(4) - جاء في المادة 151 مديني مصري: «يفسر الشك في مصلحة المدين»

(5) - في حين نصت المادة 112 مديني جزائري على: «يؤول الشك في مصلحة المدين».

### المطلب الثاني: معنى تفسير النصوص فقها.

يقتضي تفسير النصوص في الفقه الإسلامي الكلام عن البيان<sup>(1)</sup> في الأصول لأنه وثيق الصلة بذلك، فعلماء الأصول يعتبرون التفسير إحدى صور البيان.

ومعنى البيان في اللغة إظهار المقصود بأبلغ لفظ، وهو من الفهم وذكاء القلب وأصله الكشف والظهور، فهو اسم لكل ما كشف عن معنى الكلام وأظهره<sup>(2)</sup>.

**وعلى ذلك فإن معنى البيان لغة: الإظهار والظهور وكثر استعمال لفظ البيان في القرآن الكريم بمعنى**

الإظهار، ومن ذلك **﴿ هَذَا بَيَانٌ لِلنَّاسِ ﴾**<sup>(3)</sup>، وقوله تعالى: **﴿ فَإِذَا قَرَأْتَهُ فَانْبِغْ قُرْآنَهُ، ﴿١٨﴾ ثُمَّ إِنَّ عَلَيْنَا**

**بَيَانَهُ. ﴿١٩﴾**<sup>(4)</sup>، والمعنى إظهار معانيه وشرائعه إذا أشكل عليك يا محمد شيء من معانيه، أو إظهاره على

لسانك بالوحي حتى تقرأه<sup>(5)</sup>، ومن ذلك **﴿ خَلَقَ الْإِنْسَانَ ﴿٢﴾ عَلَّمَهُ الْبَيَانَ ﴿٤﴾**<sup>(6)</sup>.

وكذا جاء البيان في السنة بمعنى الإظهار ومنه قوله **﴿ إِنَّ مِنَ الْبَيَانِ لَسِحْرًا ﴾**<sup>(7)</sup>، وأما الفقهاء

المسلمون فقد وضعوا للتفسير عدة تعاريف مختلفة المبنى غير أنها جاءت متحدة المعنى فيما بينها، تفيد جميعا أن موضوع التفسير هو ألفاظ القرآن الكريم من حيث البحث عن معانيها وما يُستنبط منها ونذكر من بين هذه التعاريف على الخصوص: جلال الدين السيوطي.

1- ما جاء على لسان الإمام حين قال: «هو علم نزول الآية وسورتها وأقاصيصها، والإشارات النازلة

فيها، ثم ترتيب مكّيها ومدنيّتها، ومُحكّمها ومتشابهها، وناسخها ومنسوخها، وخاصها وعامّها، ومطلقها

(1)- محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 23-24.

(2)- محمد بن مكرم بن منظور: لسان العرب، مصدر سابق، ج 13، ص 69. وانظر أيضا: أحمد بن محمد الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: المكتبة العلمية بيروت، ج 1، ص 70.

(3)- سورة آل عمران، الآية 138.

(4)- سورة القيامة، الآية 18-19.

(5)- أنظر في هذا المعنى: الزمخشري: الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، ط 3، 1407، دار الكتاب العربي، بيروت، ج 4، ص 661.

(6)- سورة الرحمن، الآية 3-4.

(7)- قال رسول الله **﴿ إِنَّ مِنَ الْبَيَانِ سِحْرًا أَوْ إِنَّ بَعْضَ الْبَيَانِ سِحْرٌ ﴾**. سنن الترمذي، كتاب البر والصلة عن رسول الله - باب 81 ما جاء في إن من البيان سحرا، ح 2028 - وقال حديث حسن صحيح (376/4)

-السنن: الترمذي، تحقيق أحمد محمد شاكر: دار احياء التراث العربي، بيروت، ج 5.

## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

ومقيدها، ومجملها ومفسرها». (1) وزاد فيها قوم فقالوا علم حلالها وحرامها، ووعدها ووعيدها، وأمرها ونهيها، وعبرها وأمثالها.

2- ما قاله الإمام "بدر الدين الزركشي": «التفسير علم يفهم به كتاب الله تعالى المتزل على نبيه محمد ﷺ وبيان معانيه واستخراج أحكامه وحكمه، واستمداد ذلك من علم اللغة والنحو والتصريف وعلم البيان وأصول الفقه والقراءات ويحتاج إلى معرفة أسباب التزول والناسخ والمنسوخ». (2)

3- غير أنه لعل أفضل ما توصل إليه الفقه الإسلامي الحديث من تعاريف للتفسير هو ما استخلصه الأستاذ "علال الفاسي": يقول: «التفسير هو كشف المفردات ومعانيها طبقا لما تدل عليه اللغة ويساعد عليه أسباب التزول وظروفه والناسخ والمنسوخ والمقارنة بما ورد في الآية والأحاديث مما يرجع لنفس الموضوع وهل هي متوافقة أو متعارضة والبحث عن سر ذلك التعارض وطريق تلافيه بالجمع أو الترجيح». (3)

ومن محاسن هذا التعريف كونه يُحدّد من جهة أولى مجال التفسير في نصوص الكتاب والسنة، ومن جهة ثانية يُبرز الهدف منه بكشف المفردات ومعانيها ورفع التعارض الظاهري بين الآية والأحاديث التي تحكم الموضوع الواحد، ومن جهة ثالثة يبحث عن سر ذلك التعارض وطرق تلافيه.

### المطلب الثالث: معنى تفسير النصوص قانونا.

مدلول التفسير لدى الفقه الوضعي يستلزم بيان معناه وفقا لآراء فقهاء القانون بصفة عامة، ذلك أن التفسير لا يقتصر على فرع معين من فروع القانون، بل هو الزاد اليومي لكل المشتغلين بالعلوم القانونية على اختلافها وتنوعها وهذا ماسيعالج في الفرع الأول.

كما أن موضوع البحث يتطلب بيان معنى التفسير لدى فقهاء القانون الجنائي بصفة خاصة في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: معنى التفسير لدى فقهاء القانون الوضعي بصفة عامة.

من استعراض آراء فقهاء القانون بصدد تعريف التفسير، يتضح أنه عملية ضرورية تسبق تطبيق القانون على الوقائع العملية، غير أن الملاحظ أن بعضهم يقصر التفسير على التشريع، بينما يذهب البعض

(1)- جلال الدين السيوطي: الإتقان في علوم القرآن، مطبعة حجازي، القاهرة: ج2، ص174.

(2)- الزركشي: البرهان في علوم القرآن، مرجع سابق، ج1، ص148.

(3)- علال الفاسي: المدخل لعلوم القرآن والتفسير، مرجع سابق، ص85.

الآخر إلى أن التفسير يرد على القاعدة القانونية بمعناها الواسع.<sup>(1)</sup>

أولاً: الاتجاه الذي يقصر التفسير على القاعدة التشريعية.

يذهب جانب من الفقه<sup>(2)</sup> إلى أن تفسير التشريع هو توضيح ما أجم من ألفاظه، وتكميل ما اقتضب من نصوصه، وتخريج ما نقص من أحكامه، والتوفيق بين أجزائه المتناقضة هذا في حين يرى البعض<sup>(3)</sup>، أن تفسير التشريع هو تحديد المعنى الحقيقي لمضمون القاعدة التي وضعها الشارع، وفي داخل هذا الاتجاه أيضا نجد جانبا من الفقه يجعل كلمة القانون مرادفة للتشريع عند بيان معنى التفسير، أي أنه يقصر لفظ القانون على القاعدة التشريعية.<sup>(4)</sup>

على أن البعض يجعل للتفسير وظيفة تتمثل في الموازنة بين الصيغة الثابتة في شكل قاعدة مكتوبة وبين المتطلبات المتغيرة للحياة، فالتفسير طبقا لهذا الرأي يلاءم بين القانون والواقع بحيث يكون القانون في خدمة المجتمع البشري، وهذا هو الهدف من وضع القانون<sup>(5)</sup>.

ثانياً: الاتجاه الذي يجعل التفسير يشمل القاعدة القانونية بمعناها الواسع.

يرى أنصار هذا الاتجاه أن التفسير هو الاستدلال على ما تتضمنه تلك القواعد القانونية من حكم، ومن ثم فتحديد المعنى الذي تتضمنه تلك القواعد ضروري حتى يمكن مطابقتها على الظروف الواقعية.<sup>(6)</sup> وفي إطار هذا الاتجاه يذهب جانب من الفقه إلى أن تفسير القاعدة القانونية ينصرف إلى أمرين:

إزالة الغموض والخلاف في حكم القواعد القانونية المستفادة من مصادرها الرسمية، والاجتهاد في سد

(1) - من المعلوم: أن القاعدة القانونية بمعناها الواسع تشمل القاعدة التشريعية، أي الصادرة عن الشارع كما تشمل القاعدة غير التشريعية كالعرف والعادة... الخ.

(2) - محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون والشريعة، مرجع سابق، ص 21.

(3) - من هذا الرأي: محمد كمال مرسي، السيد مصطفى: أصول القوانين مع تطبيقات من القانون المصري وبعض القوانين الأخرى، دط، دت، ص 264، حيث جاء فيه: أن تفسير القانون هو تحديد نطاق تطبيقه، وبحث معاني الألفاظ التي استعملها الشارع، والتوصل إلى قصد واضع القانون، ولكن ذلك لا يحتمل تغيير القانون أو التبديل فيه.

(4) - من هذا الرأي: سليمان مرقص: المدخل للعلوم القانونية، دار لمطبعة العالمية، 1967، القاهرة، ص 240، حيث يرى أن التفسير: هو الاستدلال على الحكم القانوني، وعلى الحالة النموذجية التي وضع لها هذا الحكم من واقع الألفاظ التي عبر بها المشرع عن ذلك. / جميل الشراوي: دروس في أصول القانون، نظرية القانون، دار النهضة العربية، 1980، م، ص 204.

(5) - عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية القانون، مطابع دار الكتاب العربي، ط 3، القاهرة، 1965، م، ص 305.

حيث يذهب إلى أن تفسير القانون: هو البحث عن إرادة الشارع بمساعدة العبارات التي يستخدمها.

(6) - توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1981، م، ص 153.



الفراغ في القواعد القانونية لمواجهة ما تكشف عنه من فروض ووقائع.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني: معنى التفسير لدى فقهاء القانون الجنائي.

إن فقهاء القانون الجنائي يتجهون في تعريفهم للتفسير إلى اتجاهين، أحدهما: يتناول تعريف التفسير وفقا للقاعدة القانونية بصفة عامة، والاتجاه الثاني: يقصر تعريف التفسير على القاعدة الجنائية.

### الاتجاه الأول: تحديد مدلول التفسير بصفة عامة.

أصحاب هذا الاتجاه يرددون ما سبق بشأن معنى القاعدة القانونية، وينتهون إلى تعريف التفسير: بأنه هو تحديد المعنى الذي قصده الشارع من ألفاظ النص لجعله صالح للتطبيق على وقائع الحياة، أي أنه يتناول التفسير في القاعدة باعتبار أن القاعدة الجنائية هي قاعدة قانونية، أو هو البحث عن المعنى الصحيح للتشريع بطريقة تسمح بتطبيقه تطبيقا صحيحا على الوقائع التي يجب أن يحكمها.<sup>(2)</sup>

### الاتجاه الثاني: تحديد مدلول القاعدة الجنائية بصفة خاصة.

يذهب هذا الاتجاه إلى أن التفسير عبارة عن نشاط فكري ومنطقي، يبحث في معاني القاعدة الجنائية لتحديد مضمونها ومجال تطبيقها على الحالات الواقعية، أي تحديد مدلول ونطاق النص الجنائي بهدف تطبيقه تطبيقا صحيحا.<sup>(3)</sup>

### المطلب الرابع: مضمون عملية تفسير النصوص التشريعية.

يختلف الفقهاء في مضمون عملية التفسير، وذلك تبعا لاختلافهم في النظرة إليه، فمنهم من نظر إلى موضوعه فأورد تعريفه متضمنا ذلك، ومنهم من استحوذ إليه النظر في الهدف النهائي من عملية التفسير، فعرفه على هذا الأساس، ومنهم من وقف عند المعنى اللغوي لكلمة التفسير، ومنهم من نظر إلى بعض وظائفه، فأورد في تعريفه للتفسير بعض هذه الوظائف.

ومن الفقهاء من جمع في تعريفه أكثر من واحد في هذه الأمور السابقة، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن التعرض لمدلول التفسير لدى الفقه الوضعي يستلزم بيان معناه وفقا لآراء فقهاء القانون بصفة عامة، ذلك بأن التفسير لا يقتصر على فرع معين من فروع القانون، بل قد تعرّض له كافة فقهاء الفروع

(1) - شمس الدين الوكيل: المدخل لدراسة القانون، القاعدة القانونية، 1962م، ص 253.

(2) - محمد نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط 6، 1982م، دار النهضة العربية، ص 287. / محمد زكي أبو عامر: قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، 1986م، ص 59.

(3) - مأمون سلامة: قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر العربي، 1984م، ص 37.

## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

المختلفة للعلوم القانونية، وكان لفقهاء القانون الجنائي اتجاهاتهم الخاصة عند تناولهم لتعريف التفسير.

هذه الأفكار والاتجاهات يمكن أن نجملها في أنها تدور حول ثلاث معاني لا تخرج عنها آراء الفقهاء بصدد تحديد مضمون عملية التفسير، ومن الواضح أن تلك المعاني مستخرجة من تعريفات التفسير، غير أننا نحاول الاجتهاد في الدخول إلى أغوار العملية التفسيرية بتحليل يبدأ من تعريفات التفسير، ولكن لا ينتهي عندها.

الأول: أن التفسير يعني توضيح معنى النص الغامض، الثاني: أن التفسير هو إزالة التعارض، وإحداث التوفيق بين النصوص المتعارضة إن وجدت، والثالث: أن التفسير هو تكميل للتشريع.<sup>(1)</sup> وفقهاء القانون بين مؤيد ومعارض لواحد أو أكثر من هذه المعاني الثلاث التي يدور حولها معنى التفسير في القانون.

**ونختار من بين هذه الاتجاهات المتعددة اتجاهين نرى أن الجمع بينهما قد يفضي إلى معنى صحيح للتفسير.**

### الاتجاه الأول.

يرى أن تفسير القاعدة القانونية ينصرف إلى معنيين، الأول: إزالة الغموض، والخلاف في حكم القواعد القانونية المستفاد من مصادرها الرسمية، الثاني: هو الاجتهاد في سد الفراغ في القواعد القانونية لمواجهة ما تكشف عنه من فروض ووقائع<sup>(2)</sup>. وواضح أن هذا الرأي يجعل مضمون التفسير في الدور الذي يقوم به، وهو دور إزالة الغموض من ناحية، وإيجاد الحلول للمسائل التي لم تتعرض لها القواعد القانونية الرسمية من ناحية أخرى، ونضيف إلى ذلك ما قرره بعض الفقهاء بحق<sup>(3)</sup>، من أنه يدخل في معنى التفسير، طبقاً لهذا الاتجاه إحداث التوافق وإزالة التعارض بين النصوص القانونية.

ويلاحظ أن غالبية الفقهاء السائرين في هذا الاتجاه من فقهاء القانون الخاص، حيث لا يجد الفقه ولا القضاء حرجاً في الاجتهاد في سد الفراغ التشريعي من خلال عملية التفسير، على عكس فقهاء القانون الجنائي المقيدون بمفهوم معين لمبدأ الشرعية.

### الاتجاه الثاني.

(1) - يرى الأستاذ محمد صبري السعدي: أن تكميل التشريع يخرج عن التفسير بالمعنى الحقيقي، إذ أن تكميل التشريع حسب رأيه هو

خلق للقانون. أنظر: محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون والشرعية، مرجع سابق، ص 26.

(2) - شمس الدين الوكيل: المدخل لدراسة القانون، مرجع سابق، ص 263.

(3) - محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون والشرعية، مرجع سابق، ص 25.

## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

يرى أن التفسير له مفهومين مختلفين، وإن كان يكمل كل منهما الآخر، المفهوم الأول: فني، ويتمثل في كونه التفسير يؤدي إلى تطبيق القانون على الوقائع المادية تطبيقاً صحيحاً.

وأما المفهوم الثاني: فهو اجتماعي يتجسد في أن التفسير يساعد على تحقيق العدالة، وذلك عن طريق قيامه دائماً بتحقيق التوازن بين المعطيات الفنية ومتطلبات التطور الاجتماعي.

ويلاحظ أن القائلين بهذا المفهوم القانوني للتفسير معظمهم من الفقهاء ذوي الخبرة القضائية، والتي أكسبت آرائهم صبغة تحاول الجمع بين مقتضيات المنطق القضائي الذي قوامه تحقيق العدالة وبين مقتضيات قواعد علم التفسير.

كما يلاحظ أن كل تعريف من التعاريف التي أشار إليها البحث ليس تعريفاً جامعاً لمعنى التفسير، إذ أن أي تعريف من هذه التعاريف لا يتضمن العناصر الأساسية التي يجب أن يشملها تعريف التفسير في القانون، وهذه العناصر هي: ماهية العملية التفسيرية، موضوع التفسير، طرق التفسير وأهدافه.

**ولما كان الأمر كذلك، فإن البحث يمكن أن يستخلص بصفة مبدئية تعريفاً للتفسير مؤداه:**

تفسير النصوص هو: إعمال العقل في النص يؤدي بإتباع قواعد اللغة والمنطق إلى تحقيق غرضه الذي يختلف باختلاف حالة النص وذلك لاستنباط حكمه لتطبيقه على الحالة الواقعية المعروضة<sup>(1)</sup>.

ويحتفظ البحث بهذا التعريف المبدئي حتى يتطرق لجميع الموضوعات والمسائل التي تساهم في الوصول إلى العملية التفسيرية، والتي سوف يعالجها هذا الأخير من خلال فصوله ومباحثه ابتغاء الوصول إلى تعريف لتفسير القاعدة الجنائية.

<sup>(1)</sup> -رفاعي سيد سعد: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص31.

### المبحث الثاني: ضرورة التفسير.

الحديث عن ضرورة التفسير تعني البحث عن الدور القانوني للتفسير، أي مدى لزوم إعمال قواعده، وقد جرى الفقه على معالجة هذا الموضوع من خلال التساؤل عن بيان مدى ضرورة التفسير، وهل هناك نصوص واضحة المعنى بحيث يمكن تطبيقها مباشرة دون تفسير<sup>(1)</sup>، أم هناك فرق بين التفسير والتطبيق؟ الجدير بالذكر أن غالبية الفقه لا يسلب القاضي دوره في تفسير القواعد القانونية، إلا أنه يقصر هذا الدور على حالة غموض النص.

إذ أن الفقه التقليدي يرى أنه يجب التفرقة بين التفسير والتطبيق، ومن ثم فإذا كان النص واضحاً كان على القاضي أن يطبقه مباشرة<sup>(2)</sup>، وقد استوت نظرية في هذا الصدد أطلق عليها نظرية النص الواضح، والأمر يقتضي التعرض لمضمون هذه النظرية للوقوف على مدى صحّة هذا القول.

#### المطلب الأول: تفسير النص الواضح "نظرية النص الواضح".

(1) - عبد الرزاق السنهوري، أحمد حشمت ابوستيت: أصول القانون، 1983م، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ص204./  
أحمد صفوت: مقدمة القانون، ط2، مطبعة القاهرة، ص165.

(2) - هذه القاعدة أخذت عن القانون الروماني، فلا ضرورة للتفسير، إلا في حالة النص الغامض أو الناقص، فإذا كان النص واضحاً فإننا بصدد التطبيق لا التفسير، ويكون عمل القاضي في هذه الحالة آلياً.

— أنظر: عبده حسن الزيات: المدخل لدراسة القانون، مطبعة الجزيرة، بغداد، ص240.

## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

يذهب رأي إلى أن التفسير يتوقف حينما يكون النص واضحا<sup>(1)</sup>، على أن هذا القول فتح المجال لتساؤلات عديدة: فما هو مفهوم النص الواضح؟ وما المعيار الذي على أساسه يمكن القول بوضوح النص من عدمه؟ وهل يمكن أن يكون النص واضحا في ظروف معينة ثم يغدو غامضا في ظروف أخرى؟ أم أن تحديد مدلولها يساعد على تعيين المقصود بالوضوح.

بادئ ذي بدء يجب تحديد مدلول كل من الغموض والالتباس، إذ أن تحديد مدلولهما يساعد على تعيين المقصود بالوضوح، ويتفق الفقهاء على أن الغموض "L'obscurité" هو عدم وجود معنى واضح، بينما الالتباس "L'équivoque" فهو تعدد المعاني المحتملة لكلمة واحدة، وعلى هذا فإن الوضوح "La clarté" هو وجود معنى محدد للكلمة بحيث لا تحتل سواها.

على أن النص قد يكون واضح بالنسبة لشخص معين وغير واضح بالنسبة لسواه، فما هو المستوى الثقافي للشخص الذي يعد معيارا للوضوح من عدمه؟ يرى جانب من الفقه أنه توجد ثلاثة مستويات في هذا الصدد<sup>(2)</sup>.

المستوى الأول: هذا مقصور على القانونيين وهم الأشخاص الذين حصلوا على قدر معين من الثقافة القانونية.

المستوى الثاني: وهو خاص بالأفراد غير المتخصصين في العلوم القانونية، وفي هذا المستوى تكون اللغة القانونية غير واضحة بالنسبة لهم، في حين أنها جلية بالنسبة لأشخاص المستوى الأول.

المستوى الثالث: وفي نطاقه يكون كل من رجل القانون وغير المتخصص ضحية الحرمان من صيغة واضحة للتعبيرات المستخدمة في الأسلوب القانوني<sup>(3)</sup>.

ويلخص الفقهاء الحالات التي يمكن تصورها لمدى وضوح المعنى أو الفكرة التي يعبر النص عنها أو

---

(1)-ChaimPerl.Man: le Raisonnable et le déraisonnable endroit, au- délai du positivisme juridique. Paris 1984.p 102

- أشار إليه وذكره، رفاعي سيد سعد: تفسير النصوص الجنائية دراسة مقارنة، ط2، 1429هـ - 2008م، دار النهضة العربية، ص36.

-يعبر الأصوليون عن هذا المعنى بقولهم: «لا مساغ للإجتهد فيما فيه نص صريح قطعي»، ويبدو أن سبب الحساسية التي دعت إلى ظهور نظرية النص الواضح هو مجال النصوص المتعلقة بالتجريم والعقاب والخوف من إفتئات القضاء على الحريات.

(2)-HABA « Enrique- Pedro » Langage juridique et interpretation Littérale, Thèse, paris 1977, P288

- ذكره رفاعي سيد سعد: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص36.

(3) -HABA, op cit p289-308.

## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

يرغب في التعبير عنها، ومن ثم تقرير مدى وضوحه بأنها أربعة حالات هي: الموضوعية، الشخصية، الواسطة، والواقعية.

فالحالة الموضوعية تعني الاستخدام الحالي للغة القانون<sup>(1)</sup> والحالة الشخصية تبحث عن الفكرة الأصلية للشارع، أي أهدافه وطريقة استخدامه للغة، حتى ولو تغيرت الظروف واستخدامات هذه اللغة.

أما الحالة الواسطة أو التوفيقية كما يطلق عليها بعض الفقهاء، فتعني أن المفسر مرتبط بكلمات القانون إذا كانت واضحة، ومع ذلك يجوز التوسع في تفسير النص إذا تغيرت الظروف أو تبدل الواقع.

و بعبارة أخرى إذا كان التفسير الحرفي يؤدي إلى نتائج مستحيلة، فإن المفسر يكون مضطرا لقبول حلول مضيقة أو موسعة، أو أن يلجأ إلى القياس إذا كان ذلك ممكنا<sup>(2)</sup>.

**أما الحالة المتبقية فهي العملية أو الواقعية** ولا يفسر فيها سوى الهدف من الشكل ذاته، وعلى هذا إذا كان النص غامضا فإن سبب الغموض إما أن يكون راجعا إلى عدم وضوح صيغة النص، أو راجعا إلى عدم وضوح فكرته، فإذا كان عدم الوضوح شكليا، أي راجعا إلى غموض صيغة النص فإنه قد يتخذ أحد الأشكال الأربعة السابقة. أما إذا كان عدم الوضوح موضوعيا، أي راجع إلى غموض الفكرة ذاتها فإن ذلك يرجع إلى أحد الأسباب الآتية:

- أن الشارع لم يوضح فكرته جيدا، بأن يكون موضوع التشريع التمييز بين نقاط خلاف جوهرية ولم يقم بذلك، أو أنه لم يرتب أفكاره جيدا بحيث تبدو بعض الأفكار متعارضة.
- قد يكون سبب الغموض راجعا إلى أن الشارع قد خلط بين بعض الظواهر والمفاهيم، بحيث أورد مفاهيمها في غير موضعها.

- وأخيرا قد يكون هدف الشارع غير متطابق مع النتيجة التي تقود إليها فكرته وعلى عكس الرأي السابق، ذهب غالبية الفقه إلى أن النص القانوني لا يمكن أن يكون له سوى معنى قانوني واحد محدد قابل للانطباق حقيقة على مصطلحات هذا النص، وتفسير ذلك أن النص التشريعي ما هو إلا مجموعة من الألفاظ ليس لها سوى معنى لغوي واحد<sup>(3)</sup>، هو الذي يجب البحث عنه والوقوف عليه.

ونخلص من ذلك جميعه إلى أن التفسير عملية ضرورية لتطبيق القواعد القانونية على الحالات الواقعية،

(1)-رفاعي سيد سعد: المرجع السابق، ص 39

(2)-المرجع نفسه، ص 39

(3)-رفاعي سيد سعد: المرجع السابق، ص 40

## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

فالقواعد القانونية عموما تصاغ بصيغة عامة مجردة، وتطبيقها على الحالات الواقعية يعني التزول بها من حالة التجريد إلى حالة التخصيص على واقعة معينة، وذلك يقتضي تحليل النص والبحث فيه عن الحق محل الحماية القانونية، والمصلحة التي من أجلها شرع وذلك لا يتأتى إلا بالتفسير، سواء في حالة النص الواضح أو النص الغامض، لأن القول بوضوح النص أو غموضه يعني تمام العملية التفسيرية.<sup>(1)</sup>

ومفاد ذلك أن تطبيق أي قانون يحتاج إلى تفسير، ومن ثم فلا نستطيع القول بأن القاضي يقوم بدور آلي في تطبيق القانون لأن مهمة القاضي الحقيقية هي تفسير النصوص حسب الحالة المعروضة عليه، فالنص يختلف من الناحية النظرية عنه عند التطبيق العملي.<sup>(2)</sup>

### المطلب الثاني: تفسير النص الغامض.

إذا كان الأصل أن تأتي النصوص القانونية واضحة في التعبير عن المعنى المقصود بها، فإن هذا الأصل كثيرا ما لا يتحقق في التطبيق العملي، ذلك أن صياغة النصوص التشريعية إنما هي صناعة بشرية، يعترها ما يعترى كل جهد بشري من قصور عن الوصول إلى الكمال.<sup>(3)</sup>

والسؤال الذي يثور هو: هل من المتصور وجود نصوص تشريعية غامضة بدرجة قائمة، يصعب تفسيرها أو يستحيل التوصل إلى معناها الحقيقي المقصود بالمعالجة التشريعية؟؟

توجد أمثلة لهذه النصوص في بعض التشريعات المقارنة، أشار الفقه الجنائي إليها في مواضع مختلفة، فنجد أن بعض الفقه يقرر أنه: «... قد يجد القاضي نفسه أمام نص لا يمكنه - مهما بذل من جهد - أن يقرر ما الذي أراده به المشرع من معنى، وإذا كان القاضي في هذه الحالة يُعمل إحساسه بالعدالة في تقرير الحكم الذي يفرض التزاع المعروض عليه، فإن الإحساس بالغموض الشديد لا بد أن يورق القاضي بسبب شكه في صحة ما قضى به...»<sup>(4)</sup>

ويأتي دور أحد القضاة الانجليز "Lord Goddard" وهو أحد كبار القضاة، يعبر عن حيرته في نص

(1)- يذهب الدكتور: رمسيس مبنام: إلى أن التفسير ضروري ليس فقط بالنسبة للقانون المبهم وإنما بالنسبة للقانون الواضح، لأنه يجب عدم الوقوف عند المعنى الفوري للألفاظ، وإنما يجب البحث عن معناها العميق. أنظر: النظرية العامة للقانون الجنائي، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص238.

(2)- أبو اليزيد المتيت: تفسير القاعدة الجنائية، مجلة قضايا الحكومة، السنة 17 العدد الثاني، ابريل - يونيو، 1970 م، ص47.

(3)- محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، ط1، شركة مكتبة عكاظ السعودية، 1981 م، ص20.

(4)- المرجع نفسه، ص19-20.

- كما تثير مشكلة التفسير في حالة فقدان النص القانوني الجزائري، جملة تساؤلات تتعلق بمبدأ الشرعية، والشك يفسر لمصلحة المتهم، والقياس في النصوص الجزائية، ونجيب عن هذه التساؤلات ونسب البحث فيها في المكان المناسب من هذا البحث.

## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

إحدى فقرات قانون الحيازة الزراعية بقوله: «إنني لا أشعر بأي حجل حين أقرر أنني ليس لدي أدنى فكرة عما تقرره، وإنني لا أستطيع أن أفسرها بأي تفسير وأنا مرتاح الضمير».<sup>(1)</sup>

بهذه الكلمات البالغة البساطة والعمق والدقة، عبّر واحد من أكبر قضاة إنجلترا عما يحسه القاضي اتجاه نص غامض يحتاج إلى التفسير، فإذا كان النص من شأنه أن يوقع الجزاء على متهم، فإن الأمر يغدو أشد وطأة على نفس القاضي الذي لا يملك أن يحتج بأنه عاجز عن تفسير النص، بل عليه أن يسعى جاهدا إلى جلاء ما بالنص من غموض، سالكا في ذلك كل سبيل، حتى لا يتحمل ضميره فوق ما يحتمل، وحتى لا يكون منكرا للعدالة أو ناكلا عنها.

ولا يخفى أن القضاء يعتمد في تطبيقه للقانون اعتمادا أساسيا على العبارات التي تستخدم في صياغة النصوص، فإذا كانت هذه العبارات غير واضحة الدلالة على المعاني المرادة منها، وناطقة بالغاية من المعالجة التشريعية أو على الأقل مشيرة إليها، فإنه لا محالة نواجهُ بعدم قدرة القضاء على أداء واجبه على النحو الأمثل.

إن الذي نود التأكيد عليه في هذه المثابة أن الغموض السابق الإشارة إليه في كلام الفقه هو ذلك الناتج عن عيوب الصياغة التشريعية، والذي قد يؤدي إلى استبعاد النص أحيانا من دائرة الأعمال مثل حالات القضاء بالبراءة لغموض النص، وهذا الغموض يعد من حالات القصور التشريعي الثلاث: الغموض والتعارض والنقص.

إلا أننا نرى ونلاحظ أن الغموض أحيانا يكون مقصودا من المشرع الوضعي، لغرض التعميم والإجمال واستغراق الحوادث المستقبلية التي يراد أن يشملها النص.

وإزالة هذا الغموض، الذي هو في حقيقته إجمال وتعميم، يكون من عمل القائم بالتفسير قاضيا كان أو فقيها. ولا يسعه أن يتذرع بغموض النص لكي يستبعده من دائرة الأعمال، بأن يقضي بالبراءة مثلا إذا كان في إطار نص تجرمي بل يعد ذلك تقصيرا من المفسر ونكولا إن كان قاضيا.

فيجب التفرقة بين قصور التشريع بغموض حقيقي يعتور النص، وبين تقصير المفسر في بذل غاية الجهد لسبر غور النص، ذلك التقصير الذي يؤدي أحيانا إلى شبهة الغموض.

وهناك نوع آخر من حالات غموض النصوص تختص بها الشريعة الإسلامية الغراء، والتي يطلق عليها "المتشابهة" وهي النصوص التي يتعبّد بها كما هي، والله تعالى أعلم بمراده الكامل منها، وإنما جاءت على هذا

(1) - محمد سليم العوّا: المرجع السابق، ص 20.



## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

النحو لأغراض إيمانية تعبدية وتحصيل فوائد أخرى مبسطة في كتب التفسير وعلم المحكم والمتشابه، ولكن ليس من أغراضها مخاطبة الناس بالتكليفات.

وهكذا نتبين أن الغموض الحقيقي المشار إليه في كلام الفقهاء المعاصرين ضمن حالات القصور التشريعي لا وجود له إلا في النصوص التشريعية الوضعية، ولا تعرفه النصوص الشرعية.

وبين الحالتين اللتين تميزان الشرعي والوضعي من النصوص تأتي الحالة المشتركة بينهما، ونعني بها الغموض الظاهري الذي هو في حقيقته إجمال وتعميم فحسب.

والغاية من هذا التحليل لأنواع الغموض الذي يعترى النصوص بيان المجال الذي يتعلق بعلم التفسير، وتمييزه عن غيره سواء في الشريعة الغراء أو القانون الوضعي.

وإذا كان من المسلم به فقها وقضاء أن العيوب التقليدية التي قد تلحق بالنصوص القانونية وتؤدي إلى **غموضها تنحصر في الخطأ المادي<sup>(1)</sup> والغموض والتعارض مع نصوص أخرى<sup>(2)</sup>.**

نلاحظ ومع الأسف الشديد، أن التشريع الجزائري انفرد بعيب آخر، قلما نجد نظيرا له في التشريعات المقارنة الأخرى، ويتعلق الأمر بازدواجية لغته.

فيكاد ينفرد القانون الجزائري بعيب ازدواجية لغته، ويرجع السبب في ذلك إلى ما جرت عليه العادة في الجزائر- وتحت تأثير مخلفات الإستعمار- بوضع النصوص التشريعية باللغة الفرنسية، وكثيرا ما تكون هذه النصوص سليمة عكس النصوص المقابلة لها المدونة باللغة العربية والتي كثيرا ما يعترىها الغموض والخطأ في استعمال المصطلحات وعلى سبيل المثال: في القانون الجنائي، نلاحظ اختلافا بين النصين العربي والفرنسي من حيث المصطلح المستعمل في تحديد نوعية الاعتداء في ارتكاب جناية الخشاء التي نصت عليها

---

<sup>(1)</sup>- من أمثلة الخطأ المادي ما ورد في نص المادة 3/294 عقوبات جزائري خطأ « قبل الشروع في عملية التتبع» والأصح هو:

«بعد الشروع في عملية التتبع»، أنظر: احسن بو سقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، النص الكامل

للقانون وتعديلاته إلى غاية 2011م مدعم بالاجتهاد القضائي، بيري للنشر 2012-2013، النص العربي، ص 113

القانون رقم 11 / 14 المؤرخ في 02 أوت 2011م يعدل الأمر رقم 66 / 156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق لـ 08 يونيو 1966م المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 44 الصادرة بتاريخ 10 أوت 2011م.

وأنظر: النص الفرنسي في نفس المرجع، ص 85 والذي مؤداه: «...ou alors les poursuites déjà exercées...»

<sup>(2)</sup>- إن التعارض بين النصوص القانونية قد يكون بين نصوص تشريعية من درجات متفاوتة كما قد يكون بين نصوص تشريعية من درجة واحدة، وفي الحالتين معا يتعين على المفسر أن يبذل ما في وسعه للتوفيق بينهما.

## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

المادة 280 من قانون العقوبات الجزائري<sup>(1)</sup>، إذ أشار النص الفرنسي على الاعتداء بـ «Attentat à la pudeur commis avec violences...»، وترجمتها حسب المصطلحات المعتمدة في الفصل الخاص بالأفعال المخلة بالحياء "الإخلال بالحياء بالعنف" بـ "هتك العرض بالعنف"، وترجمتها بالفرنسية حسب المصطلحات المعتمدة في قانون العقوبات لاسيما في المادة 336<sup>(2)</sup> «viol avec violences»، وهذه العبارة لا تعني شيئا لأن هتك العرض يقتضي بالضرورة أن يكون بالعنف، وهذا ما جعل الأغلبية تعتمد النص الفرنسي وترجمته وفق ما اعتمده قانون العقوبات في مختلف أحكامه لاسيما في الفصل الخاص بالأفعال المخلة بالحياء.

كما نلاحظ اختلافا آخر بين النصين العربي والفرنسي بخصوص سن المحني عليه في ذات الجناية- جنابة الخشاء- وفق نص المادة 281<sup>(3)</sup> من قانون العقوبات الجزائري، ففي النص بالعربية حددت السن بأقل من 16 سنة، في حين حددت هذه السن في النص الفرنسي بـ 16 سنة كاملة Seize ans 16ans accomplis

والحقيقة أن مشكل ازدواجية اللغة يجعلنا نتساءل عن الوسيلة التي يلجأ إليها القاضي في حالة حصول تعارض جوهري بين النص الأصلي والنص المترجم بسبب الترجمة الخاطئة.

والقضاء الذي يعيش هذه المشكلة لم يستقر على رأي معين، بل نجده تارة يعتمد النص العربي وتارة أخرى النص الفرنسي، ويترتب على هذا بطبيعة الحال وقوع اضطراب في المحاكم وفقد ثقة المتقاضين بالقضاة، بسبب صدور أحكام متناقضة لقضايا متشابهة.

وتفاديا لمثل هذه المشاكل، نرى أنه قد آن الأوان ليخرج المشرع الجزائري عن صمته، ويعمل على إلغاء النصوص الأصلية لجميع فروع التشريع التي صدرت باللغة الفرنسية، ويبادر إلى إصدارها باللغة العربية ذلك لأنها اللغة الرسمية للبلاد<sup>(4)</sup> قانونا وطنيا يحترم هوية المخاطبين به وتقاليدهم ومقدساتهم، ويعالج قضاياهم الاقتصادية والاجتماعية ويساير أحكام الشريعة الغراء.

(1)-أنظر: نص المادة 280عقوبات جزائري، النص الفرنسي، في احسن بوسقية: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص82.

(2)-أنظر: نص المادة 336 عقوبات جزائري، النص الفرنسي، في المرجع نفسه، ص102.

(3)-أنظر: النص العربي في نفس المرجع السابق، ص108، والنص الفرنسي في المرجع نفسه، ص82.

(4)- جاء في المادة 3 من الفصل الأول من الدستور الجزائري 1996 ما نصه: اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية، أنظر: دستور الجمهورية الجزائرية كليك للنشر 2010-2011، ص5.

## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

ونضيف أن هناك أمور أخرى تسهم في عدم وضوح النصوص التشريعية، وبالتالي زادت من مشكلة تفسير هذه النصوص نشير منها إلى:

1- تناقص القدرة والمهبة والملكة على صياغة النصوص القانونية.  
2- ممارسة عملية صياغة التشريع في بعض الأحيان من جانب من لم يُعد أصلاً لهذا العمل الفني، أو من لا صلة له بدراسة القانون، أو من لا ممارسة له في مجال الصياغة القانونية والتشريعية، وهو أمر ملحوظ بالنسبة لبعض ما يصدر من تشريعات بناء على اقتراحات يتقدم بها أعضاء المجالس التشريعية، ولا تلقى الفرصة الكافية لدراستها وإعادة صياغتها من جانب اللجان أو الأجهزة المختصة في شؤون التشريع والصياغة.

3- الأسلوب الذي يتم به إعداد بعض النصوص التشريعية، مما لا يتيح لتلك القوانين الفرصة الكافية لتحقيق الصياغة القانونية الفنية السليمة، التي تكشف عن قصد الشارع، وما يريده من إصدار التشريع<sup>(1)</sup>.

4- **قلة الإلمام بقواعد اللغة العربية** لدى بعض القائمين بصياغة التشريع، مع أنها هي لغة التشريع وهذه مشكلة متفاقمة يقوم الدليل عليها من مطالعة بعض القوانين التي تصدر عن الهيئات التشريعية .

والنتيجة الطبيعية لهذه الأسباب وغيرها هي صدور تشريعات غامضة، ملتبسة، مقطوعة الوصل يجد القاضي الجنائي نفسه أمامها عاجزاً، فمهما بذل من جهد لا يستطيع أن يقرر ما الذي أراده المشرع من معنى، وما كان يدور في ذهنه لإسباغ الحماية على المصلحة التي ينبغي حمايتها.

وإذا كان القاضي يُعمل في هذه الحالة إحساسه بالعدالة للوصول إلى الحكم الذي يفصل فيه فيما هو معروض عليه، إلا أن الإحساس بالغموض، وخاصة في مجال النصوص الجنائية حري بأن يؤرق القاضي، وأن يلقي في نفسه ظلالاً من الشك في صحة وعدالة ما قضى به.

وهناك تساؤلاً يتبادر إلى الذهن هل التفسير ضروري في حالة عدم وجود النص القانوني؟

من الفقه<sup>(2)</sup> من يقول بأن هذا تجاوز لمعنى التفسير، ومن ثم يخرج من إطار العملية التفسيرية لأن

---

(1)- يحتاج القانون إلى صياغة فنية لتجسيد قواعده، بشكل تصبح فيه القاعدة القانونية علم مصطلحات، تشكل هذه المصطلحات في مجموعها ما يسمى باللغة القانونية، وعادة ما تكون هذه اللغة صارمة ودقيقة مصاغة بأسلوب سهل، لكن البعض يرى فيها لغة معقدة موجهة لأهل الاختصاص لا يدرك أسرارها إلا رجال القانون، وصيغة التعقيد هذه مقصودة من هؤلاء، الغرض منها الاحتفاظ بأسرار هذه القاعدة القانونية دون بقية الناس حتى يضمنوا لأنفسهم صفة التميّز وحاجة الغير لهم لفهم وتفسير هذه القواعد.

-أنظر: سعد الله زهرة مغور أحلام: بنية النص القانوني وترجمته، دار الغرب للنشر، 2006، ص 33.

(2)- محمد صبري السعدي: تفسير النصوص، مرجع سابق، ص 38 — 39.

## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

التفسير يتطلب براءة وجود نص، ولا معنى للتفسير عند عدم وجود نص يراد تفسيره.

والحقيقة أن التفسير ضروري في هذه الحالة، لسبب في غاية البساطة، وهو أن القاضي لا يمكنه التوصل إلى أن الحالة الواقعية المعروضة أمامه مسكوت عنها، أي لا يوجد نص تشريعي يقرر حكماً لها، إلا بعد أن يحاول ترشيح قاعدة أو قواعد قانونية يرى أنها قد تحكم هذه الحالة، ثم يجري عملية المطابقة بين الحالة الواقعية المعروضة عليه والحالة أو الواقعة النموذجية الواردة بالقاعدة أو القواعد القانونية المرشحة لحكم الواقعة، فيجد أن الحالة الواقعية لا تتطابق مع أي واقعة نموذجية واردة في نص تشريعي من النصوص التي رشحها لذلك، فيصل إلى قناعة ذاتية بأن هذه الحالة مسكوت عنها أي أنه أمام حالة عدم وجود نص تشريعي<sup>(1)</sup>

وهو كي يصل إلى هذه القناعة لا بد أن يقوم بعملية استنباط منطقية، تفضي إلى النتيجة التي تتحقق من صحتها، وهي عدم وجود نص تشريعي يقرر حكماً للواقعة، وهذا هو التفسير.

أما الرأي الذي يذهب إلى عدم ضرورة التفسير في حالة عدم وجود نص، ربما يقصد أنه لا يوجد نص معين ينطبق على الواقعة حتى نفسره، لكن تبقى العملية التفسيرية ضرورية سواء انصبت على نص بعينه يحكم الواقعة، أم انصبت على عدة نصوص للتوصل إلى وجود نص قد يحكم هذه الواقعة، ولا ينفي أهمية العملية التفسيرية، أو ينل من ضرورتها لأننا لم نعرش على نص يحكم الواقعة، بل إن ذلك في حد ذاته دليل على أهميتها وضرورتها في إعلان حكم القانون سواء بالإدانة إذا وجد نص يقرر هذا الحكم أو بالبراءة إذا لم تدخل تحت أي وصف من أوصاف قانون العقوبات، أي لا يوجد نص تجريم يسري على الواقعة إعمالاً لمبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص».

### المطلب الثالث: العلاقة بين التفسير والتطبيق.

يمكن القول أن هناك ارتباطاً وثيق الصلة بين التفسير والتطبيق، وذلك لأن التفسير ليس عملية مقصور إعمالها على النصوص الغامضة وحدها.

ذلك أن النص وإن كان واضح المعاني والمباني محدد الغاية إلا أنه يصاغ بطريقة معينة، فيجب أن يكون عاماً مجرداً غير منطبق على حالة بعينها، بل شرع لاستيعاب كافة الحالات التي تندرج تحت لوائه، وعليه فهو في حاجة دائمة لبيان وتفسير.

و الوارد دائماً أنه وحتى على الرغم من وضوح عبارة النص وفصاحة دلالاته، إلا أنه عند إنزال نموذج

<sup>(1)</sup> -المرجع نفسه، ص 40.

## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

القانوني على الحالة الواقعية إنما يؤدي إلى نتائج مستحيلة يأبها العقل والمنطق .

عند ذلك لا بدّ من التخلّي عن حرفية النص وعدم التوقف أمام المعنى اللغوي المجرد، بل يجب الخروج به إلى رحابة المنطق، بحيث يؤدّي الغرض منه ويحقق غاية النظام القانوني ويطبقه في نفس الوقت، وهذا هو مبدأ العدالة في صورته المجردة.

ولعلّ الذي يبرر هذا أن صياغة النصوص القانونية ما هي إلاّ صناعة بشرية، يعترها ما يعترى كل جهد بشري من قصور واستحالة الوصول إلى الكمال.

ومع ذلك فإن عملية التفسير بالنسبة للقاضي الجنائي تكون من أهم وظائفه وأصعبها في بعض الأحيان، لأنه في عمله هذا يكون مقيدا بقيود معينة تفرضها عليه قاعدة الشرعية الجنائية، ومن جهة أخرى، فهو ملزم قانونا بالفصل، فيما يعرض عليه من وقائع، وليس له التذرع بنقص التشريع أو غموضه أو تعارض النصوص فيما بينها، وهي الحالات الثلاث للقصور التشريعي.

والجدير بالذكر في هذه المثابة أن القضاء بالبراءة عند مواجهة القاضي لحالة من حالات القصور التشريعي ليست حلا صحيحا دائما.

وتفصيل ذلك أن العدالة كمبدأ عام وضابط مهيم على عمل القاضي، تتأبى وتتأذى من القضاء بالبراءة **في حالات يكون فيها التعدي** على المصلحة المحمية بالغ الوضوح، وآية ذلك نلمسها في حجم الضرر المشاهد على المجني عليه مثلا، أو في الحالات التي تتخذ فيها سلطات الضبط والتحقيق إجراءاتها، والتي قد تحوي أحيانا إقرار المتهم نفسه بالجرم الذي ارتكبه، فكيف لكل هؤلاء أن يققهوا عن القاضي بعد كل ذلك قضاء منه بالبراءة بدعوى غموض النص، أو نقص عبارة التشريع عن الإحاطة بالواقعة...؟!

ويمكننا النظر إلى التفسير بطريقة تحليلية توضح صلته بالتطبيق على النحو التالي:

التفسير يدور حول قطبان، القطب الأول: هو القاعدة أو النص الذي يكون إما تطبيقا للقاعدة أو استثناء منها أو تفريعا عنها. وأما القطب الثاني: فهو المصلحة المحمية بالنص، فالتفسير غايته التطبيق<sup>(1)</sup>.

إذن التفسير والتطبيق جوهر عمل القاضي، فالتفسير والتطبيق خطوتان على طريق واحد، أي يشترط لوجود أحدهما وجود الآخر، إن التلازم قائم بينهما بحيث لا يمكن وجود تطبيق بدون تفسير.

إن الخلاصة التي نخلص إليها من التحليل السابق، أنه يمكننا أن نبدي بعض ملاحظات ونحن بصدد

(1)-أنظر في هذا المعنى: محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشرعة، مرجع سابق، ص33.

## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

إيضاح الصلة بين التفسير والتطبيق حول كيفية إسباغ الوضوح على النص خلال تفسيره وتطبيقه:

الفرع الأول: يمكن القول بأن الصلة بين التفسير والتطبيق صلة قائمة وأكيدة في أي مرحلة من مراحل وجود القاعدة<sup>(1)</sup>.

الفرع الثاني: أن الصلة قائمة بين التفسير والتطبيق بشكل آخر، فالتفسير الفقهي الذي يسبق عادة التفسير القضائي يجعل القاضي مضطرا أمام تداول الخصوم لمختلف التفسيرات الفقهية للنص أو للقاعدة إلى اتخاذ موقف منها بالانحياز إلى بعضها دون البعض الآخر.

الفرع الثالث: قد يدعو انتقاد الفقه اتجاهها معيناً لمسلك القضاء في التفسير على حمل القاضي الجنائي على العدول عما استقر عليه من قبل من تفسير. وهكذا يتضح لنا صدق المقولة، أنه لا تفسير بدون تطبيق ولا تطبيق بدون تفسير.<sup>(2)</sup>

الفرع الرابع: الجدير بالملاحظة في هذه المثابة أن فقهاء أصول الفقه قد بحثوا المسائل المتعلقة بالاجتهاد، وبينوا الحاجة إليه في كل أحوال النص، ودمجوا الحديث عن قواعد التفسير والبيان والاجتهاد، مع الاهتمام بكل جوانب تلك الموضوعات الثلاث، التفسير، البيان، الاجتهاد، بدقة لا يدانيها الفقه الوضعي بإقرار المنصفين من فقهاءه.

كل هذه الأفكار توضح مدى الترابط والتواصل بين عملي التفسير والتطبيق سواء في الفقه الأصولي الشرعي أو الفقه الوضعي.

(1) - قد يكون النص والإيضاح "تفسير فقهي" كما قد يكون الوضوح نتيجة تفسير من المشرع "تفسير تشريعي" كما قد يكون الوضوح نتيجة تفسير ذات النص في أحد الأحكام القضائية السابقة وهذا هو "التفسير القضائي".

(2) - محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 150 وما بعدها.

### المبحث الثالث: مجال التفسير.

لما كانت مصادر القاعدة القانونية متعددة وهي التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية، العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة<sup>(1)</sup> فإنه يثور التساؤل عما إذا كان التفسير يقتصر على التشريع فقط، أم ينصرف إلى بقية المصادر الرسمية الأخرى للقانون، وقد اختلف الفقه في ذلك، فقصر البعض التفسير على التشريع ومدّه البعض إلى المصادر الأخرى.

وسيشمل هذا المبحث مجال التفسير بصفة عامة، ومجال التفسير في القانون الجنائي بصفة خاصة.

#### المطلب الأول: مجال التفسير في القوانين غير الجنائية.

السؤال الذي يطرح نفسه هو بيان القواعد القانونية التي تكون محلا للتفسير، هل هي القواعد القانونية على اختلاف قوتها وتدرجها والصادرة عن هيئة تشريعية؟ وهذا ما سيتناوله الفرع الأول أو غير ذلك من مصادر القاعدة القانونية؟ وهذا ما يوضحه الفرع الثاني

<sup>(1)</sup> - المادة الأولى من القانون المدني، انظر القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 1.

### الفرع الأول: التفسير لا يكون إلا في التشريع.

انقسم الفقه فيرى الجمهور، أن التفسير يجب أن يقتصر على القواعد القانونية التشريعية، وهذا الرأي يستند إلى أن التفسير يتطلب إلى أن تكون القاعدة مصوغة في عبارات وألفاظ، وهذا لا ينطبق إلا على التشريع الذي قد تكون نصوصه غامضة، أو يوجد بينها تناقض أو تعارض مما يقتضي الترجيح والتوضيح، أما غير ذلك من القواعد، فيرى هذا الجانب من الفقه أنه ليس في حاجة إلى تفسير.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني: التفسير يرد على جميع المصادر الرسمية للقانون.

يرى بعض الفقه أن التفسير يرد على جميع القواعد القانونية، سواء الصادرة عن السلطة التشريعية أو المستندة إلى العرف أو حتى المستندة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، أو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة انطلاقاً من أن التفسير هو تحديد معنى القاعدة القانونية أيًا كان مصدرها.<sup>(2)</sup>

**ويردّ هذا الجانب من** الفقه على ما قرره الفريق الأول، من أن بقية القواعد القانونية غير التشريعية ليست بحاجة إلى التفسير، يردّ: بأنه بالنسبة للعرف، فإن كثيراً منه ما يكون مكتوباً، وبالنسبة لمبادئ الشريعة الإسلامية، فإنه لكي نستخلص منها قاعدة قانونية يجب الرجوع إلى القرآن الكريم والسنة المطهرة، ولهذا المصدران قواعدهما المصاغة في ألفاظ وعبارات، فضلاً على أن المذاهب الفقهية المختلفة المدونة في العديد من الكتب والتي يستلزم الرجوع إليها بصدد مسألة ما، تستلزم جهداً كبيراً لفهم فحواها والوقوف على معانيها، مما يجعل مثل هذه القواعد وهي كذلك في حاجة إلى التفسير، كما يحاول هذا الجانب من الفقه أن يورد الأدلة على أن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة أيضاً يمكن أن تخضع للتفسير.

ويقف بين هذين الرأيين رأي في الفقه جدير بالتأييد، وهو يرى أن التفسير يمكن أن يرد على جميع القواعد القانونية التشريعية منها وغير التشريعية، باستثناء مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، إذ أن التفسير لا يتصور بالنسبة لهذه المبادئ لكونها غير محددة سلفاً، كما أنها غير مستقرة وغير مجمع عليها.<sup>(3)</sup>

(1) - السنهوري، حشمت أبو ستيت: أصول القانون، مرجع سابق، ص 235 حيث جاء فيه «تفسير التشريع هو توضيح ما أهم من ألفاظه...».

- عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية القانون، مرجع سابق، ص 231.

(2) - محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون والشريعة، مرجع سابق، ص 45.

- حيث يرى أن ما يقوم به القاضي عندما يلجأ إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، هو إيجاد حل لمسألة غير منصوص عليها ذلك بسد النقص في التشريع، أو ما يطلق عليه تكميل التشريع.

(3) - رفاعي سيد سعد: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 47.



## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

ولقد كان الفقه الإسلامي سابقاً في التعرض لمسألة خلو التشريع من نص يحكم المسألة المعروضة على القاضي، وذلك على أسس موضوعية.

فقد روى عن معاذ بن جبل، أن رسول الله ﷺ حينما أراد أن يبعثه إلى اليمن قال له: « كيف تصنع إذا عرض لك قضاء يا معاذ؟ قال: أقضي بما في كتاب الله، قال: فإن لم يكن في كتاب الله؟ قال معاذ: في سنة رسول الله قال: فإن لم يكن في سنة رسول الله؟ قال: أجتهد رأيي ولا آلو. قال معاذ: فضرب رسول الله ﷺ صدري ثم قال: الحمد لله الذي وفق رسول الله إلى ما يرضي الله ورسوله»<sup>(1)</sup>.

وقد سارت بعض الأنظمة القانونية في مثل هذا الاتجاه، ففي إنجلترا حيث يسود نظام القانون العام "The common Law" كان يوجد ما يسمى بمحاكم العدالة إلى جانب محاكم القانون، وكان المتقاضون يلجئون إلى محاكم العدالة حينما يستشعرون أن قواعد القانون العام لن تسعفهم في الوصول لحل منازعاتهم.<sup>(2)</sup>

وفي هذا الاتجاه، إفصح عن الميل إلى جعل القاضي يكمل التشريع بصورة واضحة رسمية في حالة خلو التشريع من نص يعالج مسألة ما.

### المطلب الثاني: مجال التفسير في القانون الجنائي.

إذا كان ما سبق عرضه من آراء هو ما استقر عليه جمهور الفقه، بشأن تحديد مجال أعمال التفسير في القانون في فروعـــــــــــــــــه المختلفة بصفة عامة، فإن الفقهـــــــــــــــــه قد تحدث جانب منه عـــــــــــــــــن مجال التفســـــــــــــــــير في قانون العقوبات وخصـــــــــــــــــوه ببعض القواعد المتعلقة بتحديد مجال التفســـــــــــــــــير، وكذلك المتعلقة بمدى ضرورته.<sup>(3)</sup>

وفي هذا الصدد يمكن القول بأن التشريع العقابي يتضمن نوعين من القواعد:

<sup>(1)</sup> - سنن أبي داود، كتاب الأفضية، باب 11 اجتهاد الرأي في القضاء، ح 3594- (330/3) قال الألباني: ضعيف مشكاة المصابيح، ح 3737- (2 / 350)

- السنن: أبو داود، دار الكتاب العربي بيروت، 4 ج .

<sup>(2)</sup> - إبراهيم شحاتة: اجتهاد القاضي، نظرة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة الرابعة، يوليو، 1982، ص 420.

<sup>(3)</sup> - حيث يتناول الفقه هذه الأفكار في الجزء الخاص بالحديث عن مجال التفسير تارة وفي الجزء الخاص بمدى ضرورة التفسير تارة أخرى.

انظر في ذلك:

- محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 53. / محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 84. / رفاعي سيد سعد، تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 49 وما بعدها.

## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

النوع الأول: وهو تلك القواعد التي تحدد الجرائم والعقوبات، ويضاف إليها القواعد المشددة للعقاب وتبينها في الفرع الأول.

النوع الثاني: يشمل القواعد التي يترتب على تطبيقها استبعاد العقاب أو تخفيفه، إذ أن التشريع العقابي يشمل هذين النوعين من القواعد، وطبقا لهذا الرأي فإن مجال التفسير في قانون العقوبات يختلف باختلاف نوعية القواعد وهذا ما يكشف عنه الفرع الثاني.

### الفرع الأول: القواعد المحددة للجرائم والعقوبات والمشددة للعقاب.

يمكن القول إجمالاً بأن هذه القواعد يحكمها مبدأ الشرعية الجنائية الذي تم صياغته في كل التشريعات، ومنها المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري والتي جرى نصها: «لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن إلا بنص»<sup>(1)</sup> وحيث تنفرد السلطة التشريعية<sup>(2)</sup> في البلاد الديمقراطية بسن هذه القوانين، ومنها ما يتعلق بالجريمة والعقوبة، فينبغي عليها آنذاك أن توضح الفعل الإجرامي وعقوبته بصورة واضحة لا لبس فيها ولا غموض.

أما فيما يتعلق بالسلطة التنفيذية، فإنه يجوز لها أن تصدر تشريعات وذلك على سبيل الاستثناء وفي حالات يحددها الدستور أو القانون<sup>(3)</sup>، وهي اللوائح التنفيذية واللوائح التنظيمية ولوائح الضبط<sup>(4)</sup>

(1) - أحسن بو سقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 1.

(2) - تعتبر مؤسسة المجلس الشعبي الوطني مؤسسة دستورية حديثة ظهرت بمقتضى نص المادة 151 من دستور الجزائر 1975، وعهد إليها الوظيفة التشريعية، ومثل هذه الوظيفة لم ترق إلى مستوى السلطة وهذا إلى غاية صدور دستور 1989 الذي كرّس مبدأ الفصل بين السلطات وحوّل المجلس الشعبي الوطني السلطة التشريعية واستمر العمل على حاله إلى غاية وقف العمل بدستور 1989 نتيجة الأزمة الخطيرة التي مرت بها الدولة بعدها قررت السلطة الحاكمة إجراء تعديل دستوري نجم عنه دستور 1996 الذي أنشأ غرفة ثانية للبرلمان أطلق عليها مجلس الأمة بموجب نص المادة 98 منه والتي تقضي بأن يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين هما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة.

(3) - المادة 124 من الدستور تنص: " لرئيس الجمهورية أن يشرّع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان... أنظر: دستور الجمهورية، مرجع سابق ص 36.

— الملاحظ أن أغلب القواعد الجنائية شرعت بأوامر ويجب الاعتراف بأن التشريع بالأوامر ليس وليد دستور 1996 بل عرفته الدولة الجزائرية منذ استقلالها، واستمر هذا الوضع إلى غاية صدور دستور 1996 الذي احتفظ بشكل لافت للنظر بأسلوب التشريع بالأوامر.

(4) - لوائح الضبط الإداري Règlement de Police تستهدف حماية النظام العام بمفهومه التنفيذي « الأمن العام، الصحة العامة، السكنية العامة وأيضاً الآداب العامة» والقاعدة أن هذه اللوائح رغم استهدافها حماية النظام العام والآداب العامة لا يمكن أن تكون مصدراً للقاعدة الجنائية، بحيث لا يجوز أن تتضمن تجريم سلوك غير محظور، ويشكل انتهاك الأفراد لمضمون هذه اللوائح مخالفة معاقب عليها طبقاً لنص المادة 459 من قانون العقوبات الجزائري.

الفرع الثاني: قواعد استبعاد العقاب وتخفيفه.

المستقر فقها أن حالات استبعاد العقاب وتخفيفه تشمل: أسباب الإباحة، وموانع المسؤولية، والأعذار المعفية من العقاب، والأعذار والظروف المخففة للعقاب.

وإلى جانب هذه الأفعال التي أباحها المشرع بصريح العبارة توجد حالات أخرى أقرها المشرع في القانون المقارن، ويتعلق الأمر بحالة الضرورة، ورضا المجني عليه في بعض الحالات.<sup>(1)</sup>

والراجح فقها<sup>(2)</sup> أن أسباب الإباحة ليست واردة حصرا في القانون، حيث من الممكن أن تكون أسباب الإباحة أساسها قانون العقوبات أو أي فرع آخر من فروع النظام القانوني بصفة عامة، فهي مستخلصة من العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ويجوز القياس عليها.

ذلك لأنها لا تتعارض مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات<sup>(3)</sup>، بل تتفق والمصلحة التي قرر الشارع تحقيقها **عندما قرر مبدأ الإباحة<sup>(4)</sup>**، وعلى ذلك فإن القاضي عند تفسير أسباب الإباحة يتعرض لقانون العقوبات والقوانين غير الجنائية والعرف والشريعة الإسلامية.

أما موانع المسؤولية فهي الحالات التي تتجرد فيها الإرادة من كل قيمة قانونية، بحيث تصير والعدم سواء ولا يعتد القانون بها وينتفي بذلك الركن المعنوي<sup>(5)</sup>.

والأسباب التي تصيب الإرادة قد تكون طارئة كالجنون أو أصلية كصغر السن، كما أن ثمة حالات قد

(1) — نص قانون العقوبات الجزائري على أسباب الإباحة في المادة 39 منه وحصرها في الأفعال المبررة وهي الفعل الذي يأمر به أو يأذن به القانون والدفاع المشروع، أنظر: احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 25.

(2) — مأمون سلامة: القانون العقوبات القسم العام ط 3، 1991 دار الفكر العربي، ص 147-148 / محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 520-521.

(3) — يذهب الأستاذ "مأمون سلامة" إلى القول: بأن أسباب الإباحة واردة في القانون على سبيل الحصر— مثلما ذهب إليه المشرع الجزائري— إلا أنه يجوز القياس عليها، حيث يرى أن ورود أسباب الإباحة على سبيل الحصر لا يتعارض وممكنة تفسير القواعد المبيحة بالالتجاء إلى القياس، فالقياس المحذور هو فقط في محيط القواعد التجريبية ولذلك فقد طبق القضاء مؤيدا بالفقه قواعد الدفاع الشرعي بالنسبة لجميع الجرائم على الرغم من أنها وردت في محيط جرائم الضرب والجرح والقتل فاتخاذ العلة التشريعية للإباحة بين الواقعة المنصوص عليها وتلك التي لم يرد بشأنها نص يجيز بسط الحكم التشريعي على الأفعال التي يكون فيها الإضرار بالمصالح الحميمة غير متعارض ومتطلبات قانون العقوبات. أنظر: قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 148.

(4) — رفاعي سيد سعد: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 53.

(5) — محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 521.

## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

تعترى الإرادة في لحظة أو لحظات معينة فتعدمها، مثل الإكراه وحالة الضرورة.<sup>(1)</sup>

وخطه الشارع بالنسبة لموانع المسؤولية تختلف من تشريع لآخر، فإما أن يضع قاعدة عامة تقرر الشروط اللازمة لتحمل المسؤولية ويترتب على تخلف هذه الشروط أو إحداها امتناع المسؤولية، وإما أن يحدد موانع المسؤولية بنصوص صريحة.

وموانع المسؤولية في التشريع الجزائري هي:

1- الجنون.<sup>(2)</sup>

2- صغر السن.<sup>(3)</sup>

3- الإكراه المادي.<sup>(4)</sup>

4- الإكراه المعنوي.

5- حالة الضرورة.<sup>(5)</sup>

6- السكر والتسمم الاضطراري بالمواد المخدرة.

وحالات امتناع المسؤولية تتوافر حينما تفقد الإرادة شرط من الشروط اللازمة للاعتداد بها، وهذه الشروط تتمثل في التمييز وحرية الاختيار، فإذا تخلف أيًا منها نكون بصدد حالة امتناع للمسؤولية ولو لم

(1) - عبد السلام التوحجي: موانع المسؤولية الجنائية، معهد البحوث والدراسات، دط، 1971م، ص104.

(2) - الجنون نصت عليه المادة 47 من قانون العقوبات الجزائري، أنظر: أحسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ظل الممارسة القضائية مرجع سابق، ص28.

(3) - صغر السن نصت عليه المواد 49، 50، 51 عقوبات جزائري. أنظر: المرجع نفسه، ص29.

(4) - لم يتعرض المشرع الجزائري بنص صريح للإكراه Locantrainte كمانع من موانع المسؤولية بيد أن التوسع في تفسير نص المادة 48 عقوبات والتي مؤداها: " لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها" - يجعله في حكم القوة التي لا قبل له بدفعها.

(5) - لم ينص المشرع الجزائري على حالة الضرورة L'état de nécessité بنص خاص غير أنه بالتوسع في تفسير نص المادة 48 عقوبات سألقة الذكر يمكن اعتبار حالة الضرورة نوعا من القوة التي لا قبل للإنسان بدفعها.

- وهذا بخلاف المشرع المصري الذي نص عليها صراحة في المادة 61 عقوبات التي تنص: " لا عقاب على من ارتكب جريمة ألبأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم تكن لإرادته دخل في حله ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى".

- أنظر: رمسيس مبنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص313. / مأمون سلامة: قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص368.

## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

تكن تلك الحالة قد نص عليها القانون صراحة. (1)

وعلى هذا فإن الرأي الغالب في الفقه يرى أن حالات امتناع المسؤولية واردة في القانون على سبيل المثال، بحيث يمكن للفقه والقضاء أن يستخلص منها قواعد عامة في هذا الصدد. (2)

أما الأعدار المعفية من العقاب فهي حالات يعفى فيها الجاني من العقاب، على الرغم من توافر أركان الجريمة وشروط المسؤولية عنها. (3)

وعلى ذلك فإن العذر المعفي من العقاب يترتب عليه محو المسؤولية الجنائية أيا كان الجرم المقترف، فيعفى صاحبه من توقيع العقوبة لأسباب تتعلق بالسياسة الجنائية والمصلحة الاجتماعية.

ومثال ذلك الإبلاغ عن الجريمة والمساهمين فيها، أو مساهمة الجاني في قمع الجريمة أو التخلي أو العدول عن الاستمرار فيها، وإصلاح الضرر الناجم عنها والإقلال منه، مع مراعاة بعض الاعتبارات الإنسانية المستمدة من القرابة أو المصاهرة.

أما الأعدار المخففة (4) للعقاب فهي حالات حددها الشارع على سبيل الحصر، يلتزم فيها القاضي بأن يتزل بالعقوبة المقررة وفق قواعد معينة في القانون.

وإلى جانب ذلك توجد جوانب أخرى تختلف فيها الأعدار المخففة عن الأعدار المعفية تتعلق **بسند كل منهما ومجال تطبيقها والجهة التي تقرر الإعفاء أو التخفيف**، وأحدهما أثر كل منهما على العقوبة. (5)

والظروف المخففة هي أسباب للتخفيف، تمكن القاضي من الحكم بعقوبة أقل من الحد الأدنى المقرر قانوناً للجريمة وفقاً للقواعد التي يحددها القانون. (6)

(1) - محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 505.

(2) - علي راشد: القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية العامة، ط 2، 1974، ص 333. / مأمون سلامة: قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق ص 47 وما بعدها/ عبد الرؤوف مهدي: شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1983، ص 461.

(3) - محمود نجيب حسني: المرجع السابق، ص 792.

(4) - المرجع نفسه، ص 822.

(5) - عماد السباعي: النظرية العامة للأعدار المعفية من العقاب في القانون الجنائي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1986، ص 551 وما بعدها.

(6) - محمود نجيب حسني: قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 822.

يبين من العرض المتقدم مدى الصلة بين الحديث عن مجال التفسير والحديث عن ضرورته بحيث، كان من الممكن بحث آراء الفقهاء في المسألتين معاً، إلا أنني ارتأيت تجزئة الموضوع في مبحثين متتاليين لمزيد من التحليل ولفت الانتباه إلى تعدد الرؤى التي ينظر بها الفقه لهذا الموضوع المبدئي الهام.

#### المبحث الرابع: أهداف التفسير

نقصد بالهدف من التفسير، التفسير على أساس الغاية من أحكام القانون بصفة عامة، أو بتعبير آخر الغرض العام للإرادة التشريعية.

وبناء عليه فإن القواعد القانونية تستمد مضمونها من المصالح الغالبة في المجتمع، وسنعرض للمصلحة وكيفية استنباطها ودورها في التفسير، بدراسة مفهوم المصلحة في الفقه الإسلامي ومدلولها في القانون الوضعي.

المطلب الأول: مفهوم المصلحة لدى الفقه الإسلامي.

ذهب البعض إلى أن المصلحة هي اللذة أو ما كان وسيلة إليها، والمفسدة هي الألم أو ما كان وسيلة إليه<sup>(1)</sup>.

والراجح أن المصلحة عبارة عن جلب منفعة أو دفع مضرة، بقصد المحافظة على مقصود الشارع، ومقصود الشارع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم وفسادهم وما لهم<sup>(2)</sup>.

ونلاحظ أن هدف السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية، هو صياغة قانون جنائي إسلامي يحقق الحماية الكاملة لهذه الحقوق الخمسة بدرجاتها وأولوياتها المختلفة، ومن هنا كان تقسيم الجرائم إلى حدود وقصاص وتعازير، إنما هو تطبيق واقعي لنظرية المصلحة في مجال التشريع الجنائي الإسلامي.

إذ مما لا شك فيه أن هذا الفقه قد وعى أحكام هذه النظرية، وألم بكامل تفاصيلها ودقائقها من واقع وعيه الصحيح لنصوص الشريعة ومقاصدها العامة والروح التي تسيطر على أحكامها، فلم يغب ذلك كله عن باله وهو يشيد نظرياته في الجريمة والعقوبة.

### الفرع الأول: أنواع المصالح.

إن المصالح الخمس موضوع نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي تتدرج من حيث قوتها أو ضرورتها إلى

(1) - المصلحة لغة هي: الصلاح ضد الفساد، وأصلحه ضد أفسده واستصلح نقيض استفسد.  
- أنظر: في معنى المصلحة لغة المعاجم: الفيروز أبادي: القاموس المحيط، مصدر سابق، ط5، ج1، ص 277. / الراجعي الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مصدر سابق، ج1، ص345.  
(2) - أبو حامد الغزالي: المستصفى من علم الأصول، المطبعة الأميرية، بولاق، ط1، 1322، ج1، ص286.  
- وبذلك تكون المصلحة هي الحفاظ على مقاصد الشارع ولو ترتب على ذلك مخالفة مقاصد الناس، وهذا هو أهم ما يميز المصلحة في الشريعة الإسلامية عن مثلتها في القانون الوضعي.  
ويقول الخوارزمي: أن المصلحة هي المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفسد عن الخلق.  
- ذكره وأشار إليه الشوكاني: إرشاد الفحول، مرجع سابق، ص242.  
- أما الطوفي فيفرق بين تعريف المصلحة وفقا للعرف وتعريفها وفقا للشرع، وهي بحسب العرف السبب المؤدي إلى الصلاح والنفع كالتجارة المؤدية إلى الربح، أما بحسب الشرع فهي السبب المؤدي إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة.  
- أنظر: مصطفى زيد: المصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي، 1954، القاهرة، ص118. 119 حيث يقول: أن المصلحة كانت عند المسلمين الأوائل من الظهور والوضوح بحيث لا تحتاج إلى تعريف وتوضيح.  
- أنظر: رفاعي سيد سعد تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص283.  
- أنظر في تعريف المصلحة أيضا: حسين حامد حسان: نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، 1971، ص42.  
/ محمد مصطفى شلي: تحليل الأحكام، مطبعة الأزهر، 1974، ص279. / محمد سعيد رمضان البوطي: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص23.

ثلاث أقسام:

فتنقسم إلى مصالح ضرورية ومصالح تحسينية ومصالح حاجية.<sup>(1)</sup>

أولاً: المصلحة الضرورية: هي: «ما لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الآخرة فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين».<sup>(2)</sup>

ثانياً: المصلحة الحاجية: هي: «ما افتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوات المطلوب، فإذا لم تراعى دخل على المكلفين - على الجملة - الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة».<sup>(3)</sup>

ثالثاً: المصلحة التحسينية: هي: «الأخذ بما يليق من محاسن العادات وتجنب الأحوال المندسات التي تأنفها العقول الراجحات، ويجمع ذلك مكارم الأخلاق».<sup>(4)</sup>

#### الفرع الثاني: أدلة مراعاة الشريعة للمصالح:

راعى الشارع الإسلامى مصلحة البشر وذلك بتضمين نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ما يدل على اهتمامه بتلك المصلحة وفق ما يلي:

#### أولاً: القرآن الكريم.

من استقراء نصوص القرآن الكريم يتضح أنها ترعى المصلحة من وجوه عديدة:

من ذلك تشريع الأحكام العملية حيث تقرر نصوص القرآن مبادئ عامة، فبالنسبة للمواد العقابية اقتضت النصوص القرآنية على تحديد خمس عقوبات لخمس جرائم هي: القتل، السرقة، السعي في الأرض بالفساد، الزنا وقذف المحصنات، قال ﷺ في القتل: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَتَأُولِي الْأَلْبَابِ﴾

(1)- الشاطبي: الموافقات، تحقيق عبد الله دراز، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ج2، ص8 وما بعدها، / محمد أبو زهرة: الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامى- العقوبة- دار الفكر العربى، ص58، /حسن حسين حامد: نظرية المصلحة في الفقه الإسلامى، مرجع سابق، ص23 وما بعدها.

(2)- الشاطبي: المرجع السابق، ج2، ص8.

(3)- المرجع نفسه، ج2، ص11.

(4)- المرجع نفسه، الجزء نفسه، الصفحة نفسها.



لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿١﴾ .

وفي السرقة قال ﷺ: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ (٢) .

وفي السعي في الأرض بالفساد قال جل شأنه: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ جِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ (٣) .

وبصد الزنا قال جل وعلا: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَشَهَادَةُ عَدَاهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ (٤) .

وفي القذف قال ﷺ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُنَّ مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَقْبَلُوا لَهُنَّ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ (٥) .

أما غير ذلك من الجرائم، من جنایات وجنح ومخالفات فقد تركتها نصوص القرآن لولاة الأمور في كل عصر، يقرّون فيها ما يرونه كفيلا لتحقيق مصالح المجتمع.

ثانيا: السنة النبوية.

تضمنت السنة النبوية الشريفة مبادئ عامة تمهد إلى تحقيق مصالح العباد كقول الرسول ﷺ في مبدأ رعاية الإسلام للمصالح العامة: «لا ضرر ولا ضرار» (٦). وقوله ﷺ في مبدأ التيسير

(١)-سورة البقرة، الآية 179.

(٢)-سورة المائدة، الآية 38.

(٣)-سورة المائدة، الآية 33.

(٤)-سورة النور، الآية 02.

(٥)-سورة النور، الآية 04.

(٦)- قال رسول الله: «لا ضرر ولا ضرار». سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب 17 من بني في حقه ما يضر بجاره، ح 2341 -

## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

ورفع الحرج «يسرّوا ولا تعسّروا»<sup>(1)</sup>. وقوله ﷺ «إن الله يحب أن تؤتى رخصه كما يحب أن تؤتى عزائمه»<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث: الموازنة بين المصالح في الفقه الإسلامي.

مؤدى ما سبق أن نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي تقوم على دعائم ثلاث:

أولها: أن الأصل الذي تستنبط منه المصلحة يجب أن يكون قطعياً وهو يقتصر على الكتاب والسنة.

ثانيها: أن موضوع هذه النظرية ينحصر في حماية المصالح الخمس التي استخلصها الفقه الإسلامي، والتي يعتبر حمايتها ورعايتها المقصد العام للتشريع الإسلامي.

ثالثها: فهو أن المصالح الخمس موضوع النظرية وهدفها في ذات الوقت تتدرج من حيث قوتها إلى مصالح ضرورية ومصالح حاجية ومصالح تحسينية، وهذا معناه أن كل مصلحة من المصالح الخمس تنطوي على مراتب ثلاث - من المصالح - في طياتها، فيكون منها ما هو ضروري أو حاجي أو تحسيني.

وفي مجال الترجيح بين المصالح المتعارضة، قرر علماء الأصول أن المصلحة الضرورية تقدم على المصلحة الحاجية والأخيرة تقدم على المصلحة التحسينية، كما أنهم قرروا من ناحية أخرى، أن هناك ترتيباً معيناً للمصالح الضرورية فيما بينها، حيث تقدم مصلحة الدين على النفس والنفس على العقل، والعقل على النسل والنسل على المال.<sup>(3)</sup>

(784/2) قال الألباني: صحيح في إرواء الغليل، ح 896 - (3 / 408)

-السنن: ابن ماجه، تحقيق وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر بيروت، 2 ج

(1) - عن النبي ﷺ قال: « يسرّوا ولا تعسّروا وسكنوا ولا تنفروا ». صحيح البخاري، ك، باب 80 قول النبي ﷺ.

(يسرّوا ولا تعسّروا)، ح 5774 - (1 / 2269)

-الجامع الصحيح: البخاري، تحقيق وتعليق مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير اليمامة بيروت، ط3، 1407 - 1987، 6 ج.

(2) - قال رسول الله ﷺ: «إن الله يحب أن تؤتى رخصه كما يحب أن تؤتى عزائمه» صحيح ابن حبان، كتاب باب، ح 354،

قال شعيب الأرنؤوط: إسناده صحيح - (2 / 69).

-صحيح ابن حبان، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1414 - 1993، 18 ج.

(3) - الشاطبي: الموافقات، مرجع سابق، ج2، ص30/محمد أبو زهرة: العقوبة، مرجع سابق، ص58 وما بعدها. / حسين حامد حسن: نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص32. حيث يضيف: أن كل مصلحة مكتملة لها من حيث هي تكملة

## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

ومفاد ذلك جميعه أن تقسيم المصالح- التي استهدف التشريع الإسلامي المحافظة عليها- إلى خمس، ثم تقسيم كل مصلحة من هذه المصالح الخمس إلى ما هو ضروري أو حاجي أو تحسيني، كان هو المادة الأولية التي صاغ منها الفقه الإسلامي نظرية المصلحة، حيث استلهم ذلك الفقه المعطيات والحقائق التي انطوى عليها هذا التقسيم، ثم ضمنها بنیان النظرية بحيث صارت نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي - بحق - نموذجاً واقعياً متكاملًا، يمكن الاهتداء به في مجال صياغة تشريع جنائي في مجتمع إسلامي مادته الأساسية مستخرجة من مبادئ الشريعة الإسلامية.

### المطلب الثاني: مفهوم المصلحة لدى القانون الوضعي.

تتجه النظم الوضعية إلى حماية المصالح الحيوية في المجتمع، سواء تعلقت هذه المصالح بنواحي اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية... وسواء كان لها صفة العمومية أم كانت مصالح فردية، وأقوى وسيلة لحماية هذه المصالح الحيوية هي التشريع الجنائي. والمصلحة عندما تتوافر لها الحماية التشريعية<sup>(1)</sup> تسمى مصلحة قانونية، أي أنها ذات اعتبار في نظر المشرع، إذا شملها القانون الجنائي بحمايته، بحيث يجعل من إلحاق الضرر بها أو مجرد تعريضها للخطر جريمة فإنها تصبح بذلك مصلحة جنائية محمية.

ذلك أن التشريع وضعي أو سماوي باعتماده على المصلحة إنما يزود نفسه بالحركة الديناميكية لمواجهة المشكلات التي تظهر من تطور المجتمع<sup>(2)</sup>، طالما أن هدف القانون هو تحقيق الخير العام والرفاهية للإنسانية، لأنه يدور حول الإنسان وتحقيق آدميته.<sup>(3)</sup>

وقد وضع العميد الأمريكي "روسكوا باوند" "Pound" بعد أن انضم إلى المنهج الجديد - منهج دراسة الظواهر القانونية كظواهر إجتماعية- قائمة بالمصالح المحمية في ظل المجتمع الرأسمالي، لدرجة أنه قام بدراسة التاريخ القانوني الإجتماعي الأمريكي لمدة كافية، انتهى بعدها إلى وضع قائمة بالمصالح جعلها محور نظريته، -وعلى رأسها قاطبة المصلحة في حفظ الأمن العام- وإن كان لم يجهد نفسه في صياغة معيار محدد

---

بشروط وهو ألا يعود اعتبارها على الأصل بالإبطال، فإذا كان اعتبار المصلحة المكتملة يؤدي إلى فوات أصلها، فإن هذه التكملة يسقط اعتبارها " وهذا ينطبق على المصالح الحاجية مع الضرورية والتحسينية مع الحاجية، فإن الحاجية مكتملة للضرورية، والتحسينية مكتملة للضرورية، فإذا أدى اعتبار المكمل إلى فوات المكتمل سقط اعتباره، وعلى هذه القاعدة تخرج كثير من الفروع الفقهية في باب المصالح المرسله والدرايع، والترجيح بين المصالح المتعارضة.

(1) - يلاحظ أن هناك وسائل تشريعية أخرى كالحماية المدنية، الإدارية وحتى الدستورية.

(2) - مجيد حميد العنكي: أثر المصلحة في التشريعات، ط2002م، ص 16

(3) - المرجع نفسه، ص 27.

يمكن الإستعانة به في الموازنة بين المصالح المتعارضة والترجيح بينها.

### الفرع الأول: المصلحة أساس القانون.

يجمع الفقه على أن القانون ليس غاية في ذاته، بل هو وسيلة لتحقيق أهداف معينة، فالغرض من القواعد القانونية كما يجمع عليه الفقهاء - وإن اختلف تعبيرهم عن هذا الغرض - هو إقامة التوازن بين حريات أفراد الجماعة المتعارضة، ومصالحهم المختلفة، وضمان النظام والاستقرار، حتى يمكن لهؤلاء الأفراد العيش في هدوء، وتحقيق العدل بينهم في المعاملات. (1)

ويقول "جيني" "Geny" عن هدف القانون «إن الواقع الاجتماعي الذي يبغى القانون تنظيمه هو عبارة عن مصالح وحاجات». (2)

وعلى ذلك فإن القواعد القانونية تستمد مضمونها من المصالح الغالبة في المجتمع، فمصالح العباد هي المصدر الفعلي للقاعدة القانونية أو المصدر المادي الذي تستمد منه القواعد القانونية مضمونها، فإذا وردت قاعدة في نص تشريعي كان هذا التشريع هو المصدر الرسمي لهذه القاعدة، بينما المصلحة التي أراد المشرع تنظيمها هي المصدر الفعلي لها. (3) فصلاحيه التشريعات تتحدد بمدى توفيقها بين المصالح المتعارضة، بحيث تكون المصلحة هي مناط التجريم والعقاب في آن واحد، فلا تجريم لفعل إلا إذا كان ضارا بالفرد أو المجتمع، ولا عقاب على فعل إلا إذا حقق تنفيذ العقاب مصلحة للأفراد أو المجتمع. (4)

### الفرع الثاني: كيفية استنباط المصلحة.

(1) - عبد الحي حجازي: المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، 1972م، ص 29.

(2) - محمد صبري السعدي: في تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 276.

(3) - ثروت الأسيوطي، مبادئ القانون، القاهرة، دار النهضة العربية، 1974، ص 93.

- تختلط المصلحة مع مفاهيم أخرى كالمال والعدالة وأركان الجريمة.

رغم وجود علاقة بين المال والمصلحة إلا أن فكرة المال ذات طبيعة موضوعية تعتمد على جدارته لإشباع الحاجات، أما فكرة المصلحة فهي ذات صبغة شخصية قوامها تقدير صلاحية هذا المال لإشباع الحاجات.

كما يظهر التداخل بين المصلحة والعدالة خاصة في مجال التجريم والعقاب فإن كانت المصلحة هي أساس التجريم والعقاب، فإن العقوبة يجب أن تتسم بالعدالة وكذا القول بأن الجريمة تنتفي بإنتفاء الاعتداء على المصلحة، قول مردود ذلك أن المصلحة هي أساس التجريم وليست ركنا في الجريمة.

أنظر: إمام حسنين بن عبد الله: الإرهاب والبنيان القانوني للجريمة، دار المطبوعات الجامعية، 2004م، الإسكندرية، مصر، ص 239 وما بعدها.

(4) - عبد الرحيم صدقي: الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية "دراسة تحليلية لأحكام القصاص والحدود والتعزير"، مكتبة النهضة المصرية، ط 1، 1987، ص 79.

## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

قد يتساءل البعض: كيف يصل القاضي أو المفسر إلى المصلحة التي استهدفها الإرادة التشريعية من النص؟ ونجيب بأن هناك أحد الفرضين الآتيين:

الأول: أن كثيرا من النصوص التشريعية تظهر فيها المصلحة التي تبغى الإرادة التشريعية تحقيقها أو الحكمة التي قصدت تحصيلها، وهذه يسهل معرفتها من ذات ألفاظ النص نفسه، فتكون المصلحة واضحة من العبارات<sup>(1)</sup>.

الثاني: نجد أن الإرادة التشريعية قد نصت على حكم دون بيان المصلحة المراد تحقيقها، وفي هذه الحالة على القاضي أو المفسر استنباط تلك المصلحة بإعمال جميع أدوات العامل اللفظي والعامل المنطقي، وعلى الأخص أسباب استصدار التشريع وملاساته، وكذلك دراسة النظام القانوني، والمبادئ العامة للقانون.

### الفرع الثالث: التفسير الغائي "البحث عن المصلحة".

يتجه الفقه الجنائي الحديث في التفسير إلى هذا الاتجاه، وهو البحث عن المصلحة تحت ما يسمى بالتفسير الغائي.

فيرى أن على المفسر أن يصل إلى الغاية من النص باستظهار الحق أو المصلحة المراد حمايتها، واستخلاص تلك المصلحة هي التي تحدد بعد ذلك للمفسر الغاية أو الهدف الذي من أجله وضعت القاعدة القانونية، فإذا اتضحت تلك الغاية للمفسر، فإنه يستطيع بعد ذلك أن يجد نطاق النص من حيث الوقائع التي يشملها، ويطابق ذلك على الواقعة المادية المعروضة لبيان ما إذا كانت تندرج تحت مضمون القاعدة من عدمه.<sup>(2)</sup>

وتطبيق مذهب التفسير الغائي<sup>(3)</sup> في القانون الجنائي يمكن بيانها: أن مطابقة الواقعة الواقعة المادية مع الواقعة النموذجية للجريمة لم تعد مجرد عملية آلية، وإنما أصبحت عملية تقييم للواقعة التي تندرج تحت نطاق التجريم، وبذلك تم الفصل بين المطابقة الشكلية، والتي لا تعني بالضرورة التجريم وبين المطابقة الموضوعية ومعاييرها الإضرار بالمصالح الحميمة بالقاعدة التجرىمية، وبذلك ظهرت فكرة عدم المشروعية

(1)-محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون، مرجع سابق، ص278.

(2)-المرجع نفسه، ص 280.

(3)-المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

الموضوعية باعتبارها عنصرا من عناصر التكوين في الجريمة، وهو ما يطلـق عليه البعض عنصر "البغي"<sup>(1)</sup>.

وأساس ذلك أن المشرع في وضعه للقاعدة التجرىمية يقيّم السلوك الإجرامي، من حيث علاقته بالغاية أو الهدف المراد تحقيقه بحمايته لمصلحة معينة، ثم بعد ذلك يأمر المخاطبين بالقاعدة بإتيانه أو بالامتناع عنه تحقيقا للحماية المطلوبة، ومخالفة السلوك المادي للغرض المقصود من القاعدة هو الذي يضيف عليه الصفة غير المشروعة.<sup>(2)</sup>

وترتبا على ذلك فإن إتيان السلوك المادي المكون للجريمة مع انعدام الإضرار بالمصالح المكونة للغاية من القاعدة، ينفي عن الفعل الصفة غير المشروعة، رغم مطابقته الشكلية للشموزج الإجرامي للواقعة.

وهذا ما يفسر عدم العقاب على الجريمة المستحيلة بوصفها شروعا، كما أنه يفسر أسباب الإباحة والتي هي ظروف من شأنها إذا ما صاحبت السلوك المادي أن تجعله غير متعارض وأهداف المشرع.<sup>(3)</sup>

وتأسيسا على أن القاعدة التشريعية وجدت لحماية مصالح معينة، وهي الغاية من القاعدة فإن نطاقها يتحدد بمحدودها في تجددتها وتطورها، وعلى ذلك فإنه لتحديد الحالة التي تخضع للقاعدة وما يترتب على ذلك من أثر قانوني، فإن الأمر يقتضي البحث عن العلة التشريعية التي تربط جميع الحالات المتحددة علتها مع تلك المنصوص عليها، حتى ولو أخذت القاعدة كأمر تشريعي، فإن المنطق يقتضي بأن يقوم الأمر أيضا بالنسبة لجميع الحالات التي تقوم بصددتها العلة التشريعية، وبهذا تتحقق العدالة كما تتحقق المساواة في الوقت ذاته.<sup>(4)</sup>

### الفرع الرابع: الحق المعتدى عليه.

تحت ستار التفسير الغائي يكون على المفسر أن يصل إلى الغاية من النص الجنائي بإستظهار الحق المعتدى عليه-موضوع الحماية- والعلة التشريعية من وراء صياغة النص الجنائي وهذا ما سيتم التعرض له تباعاً

من المتفق عليه بين التشريعات الجنائية الحديثة تقسيم الأفعال المحرمة إلى مجموعات يربط بين أفرادها

(1)-محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون، المرجع السابق، ص 281

(2)-المرجع نفسه، ص 280.

(3)-المرجع نفسه، ص 281.

(4)-المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

اتحاد في الخصائص والأحكام الأساسية، وكافة التشريعات متفقة في أن الأساس الذي أقيم عليه ذلك التقسيم هو المصلحة أو الحق الذي وقع عليه الاعتداء بارتكاب الجريمة، والذي يستهدف الشارع حمايته بالجزاء الجنائي.

ومفاد ذلك أن النص التشريعي يستهدف حماية حق من الحقوق التي قدر المشرع أنها قد بلغت قدرا من الأهمية يجعلها **جديرة** بالحماية الجنائية، فيضع نصوصا يعاقب بها من يعتدى على تلك الحقوق، وعلى ذلك فإن القاضي أو المفسر إذا ما استطاع أن يحدد بدقة الحق الذي يريد المشرع حمايته بالنص، استطاع تحديد أركان الجريمة التي يريد بالعقاب عليها حماية هذا الحق.<sup>(1)</sup>

### أولا: الحقوق التي يحميها قانون العقوبات.

#### 1- حق الدولة في الأمن الخارجي: حيث يحمي المشرع الحقوق الأساسية للدولة والتي تتمثل في:<sup>(2)</sup>

- حق الدولة في الوجود والبقاء.

- حق الدولة في الحرية والاستقلال.

- حق الدولة في الدفاع الشرعي.

- حق الدولة في الاحترام المتبادل.

#### 2- حق الدولة في الأمن الداخلي:<sup>(3)</sup> وهي الحقوق التي تتعلق بالأمن العام الداخلي، والنظام

والاستقرار مثل:

-الحق في استقرار النظام الاجتماعي.

-الحق في استقرار النظام السياسي.

-الحق في استقرار النظام الدستوري.

(1)-محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص95.

(2)-نص المشرع الجزائري على حماية حق الدولة في الأمن الخارجي في الجزء الثاني من الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثالث في قانون العقوبات ويحمل هذا القسم عنوان "الجنايات والجنح ضد أمن الدولة" المواد 61 إلى 76.

أنظر: احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية: مرجع سابق، ص 39- 44

(3)- نص المشرع الجزائري على حماية هذا الحق في الجزء الثالث من الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثالث في قانون العقوبات ويحمل هذا القسم عنوان "الاعتداءات والمؤامرات والجرائم الأخرى ضد سلطة الدولة وسلامة أرض الوطن". أنظر: المرجع نفسه، ص 44.

3- الحق في الحياة وفي سلامة الجسم<sup>(1)</sup>.

4- حق الأفراد في حماية أموالهم<sup>(2)</sup>: وذلك بتقرير العقوبات التي توقع كجزاء على من يعتدي على هذه الأموال بالسرقة أو النصب أو خيانة الأمانة.

5- حق الأفراد في حماية أعراضهم<sup>(3)</sup>: وذلك بتقرير العقوبات على هتك العرض وإفساد الأخلاق.<sup>(4)</sup>

ثانيا: التمييز بين الحق والمصلحة.

نحاول التأكيد على التمييز بين الحق المعتدي عليه والمصلحة المستهدف حمايتها بالنص التشريعي، وهذه بعض الأمثلة التي توضح التمييز بينهما:

المواد 264- إلى 274 من قانون العقوبات الجزائري<sup>(5)</sup>.

عندما صاغ المشرع هذه المواد استهدف حماية حق الأفراد في سلامة أجسامهم، وعلى ذلك فقد قرر توقيع العقاب على أفعال الضرب والجرح وإعطاء المواد الضارة أو السامة، فالحق المعتدى عليه في هذه المواد هو: "الحق في سلامة الجسم" ومضمونه الحق في ضمان السير العادي للجسم<sup>(6)</sup>، أما المصلحة فليست هي الحق في سلامة الجسم لأنها ليست مرادفة للحق المعتدى عليه، إنما المصلحة أو الغاية المشروعة التي يراها أو يحميها المشرع هي غاية صاحب الحق "الشخص" في أن يظل جسمه سليما ومعافا لا يناله أذى من الآخرين، وهذه غاية مشروعة كفلها ونظمها القانون. بموجب هذه المواد، ولذلك فمن الخطأ القول "أن الحق المعتدى عليه هو غاية الإنسان أو أمله أو هدفه في أن يعيش سليم الجسم..." لأن الحق المعتدى عليه ليس هو المصلحة.

ولا يخفى أن وجود حق يحميه القانون شرط لمشروعية المصلحة أو الغاية، وبالتالي لتدخل القانون

(1) - أنظر: في تفاصيل ذلك: فوزية عبد الستار: قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، ط2، 1982، ص337 وما بعدها./حسين عبيد: جرائم الاعتداء على الأشخاص، دار النهضة العربية، ط2، 1984، ص9 وما بعدها. وقد نص المشرع الجزائري على هذه الجرائم في المواد 254 إلى 283 من قانون العقوبات، ص 99-108.

(2) -حسين عبيد: دروس في قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة وجرائم الأموال، دار النهضة العربية 1986، ص73 وما بعدها.

(3) -حسين عبيد: جرائم الاعتداء على الأشخاص، مرجع سابق، ص 157 وما بعدها.

(4) -المواد: 336-342 - 343 - 346 - 347 - 348 من قانون العقوبات الجزائري، ص146-149.

(5) -احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، ص102-106.

(6) -محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص95.



بالعقاب على إهدار هذه المصلحة أو الوقوف في سبيل تحقيقها<sup>(1)</sup>.

وعلى ذلك يمكننا القول أن القاضي حينما يفسر النص الجنائي، فإنه يحاول التعرف على المصلحة أو الغاية التي يلزم تحقيقها أو المحافظة عليها لصاحب الحق القانوني الذي وقع اعتداء على حقه هذا.

#### الفرع الخامس: العلة التشريعية "الغاية من المعالجة التشريعية"<sup>(2)</sup>.

يهدف المشرع من وراء النص التجرىمي إلى تحقيق غاية معينة هي كفالة التنظيم القانوني لموضوع معين عن طريق حمايته فإذا رجعنا مثلاً إلى المواد من 264-274 من قانون العقوبات الجزائري -سالفه الذكر- عاقب المشرع على كل الأفعال الماسة بسلامة الجسم وهي الضرب والجرح ونص في المادة 275 على جريمة إعطاء مواد ضارة، والهدف أو علة التجريم هي حماية حق الفرد في سلامة جسمه.

لكن على فرض أن الجاني لم يضرب المحني عليه ولم يقدم له مواد ضارة، بل نقل إليه جراثيم فإن هذه الأفعال لا تعتبر ضرباً أو جرحاً، وقد يقال أن لا تجريم على هذه الأفعال.

ولكن بالرجوع إلى علة النص وإلى الحق الذي تدخل القانون لحمايته وهو- حق الفرد في سلامة جسمه، فكل فعل يمس هذا الحق يجب اعتباره من قبيل الضرب والجرح أو إعطاء المواد الضارة.<sup>(3)</sup>

وعليه فإن معرفة القاضي لعلّة النص التجرىمي تمكنه من تطبيقه تطبيقاً سليماً، مما يضمن الحماية الكافية للحق المعتدى عليه.

وصفوة القول أن التقويم والتقدير الحقيقي للمصلحة لا يتم بصورة مجردة عند صياغة التشريع، وإنما يتم بصورة فعلية عملية عند تطبيق القانون، حيث يتم التقدير الواقعي للمصلحة في حالة محددة وفي زمان ومكان معينين، وهذا التقدير الواقعي يحتاج إلى ضمير القاضي وعلمه وإدراكه للعناصر التي يجب أن تدخل في هذا التقويم والتقدير، والذي يعتبر الواقع الاجتماعي قطبها الهام والأساسي.

وفي هذا المقام لا بد من الإشادة بالبناء المتكامل لنظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، ذلك البناء الذي يتسم بالصلاحيّة الدائمة وإمكان تطبيقه في أي مجتمع نظراً لقيامه على أسس موضوعية خالصة.

<sup>(1)</sup> - علي حسب الله: أصول التشريع الإسلامي، ط1985، دار المعارف، مصر، ص135 يقول: ... فالمصالح منذ الطوفي هي الوسائل إلى الصلاح، وعند الرازي هي الوسائل والمقاصد جميعاً. وترى أن المصلحة هي الغاية، وما يؤدي إليها وسيلة، وتسمية الوسيلة مصلحة باعتبار افضائها إليها، لا لأنها هي، ولا بد من الفصل بينهما، لأن من الوسائل ما قد يتغير أو ينسخ دون المقاصد.

<sup>(2)</sup> - يلاحظ أن الفقه لم يتعرض لموضوع العلة، إلا بمناسبة تناوله لموضوع القياس، وبيان أركانه، والراجح أن تحديد العلة التشريعية لازم في أي حالة يفسر فيها النص الجنائي في القياس أو التفسير عبارات وألفاظ النص لتطبيقه على الحالة الواقعية.

<sup>(3)</sup> - رضا فرج: شرح قانون العقوبات الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1976، ص106.

## الباب الأول ..... الفصل الأول: التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه

وعلى هدي ذلك فالمصالح المعتبرة والتي يجب أن تكون لها الحماية القانونية فهي ست مصالح منها: خمس حددها الفقهاء المسلمون: حفظ الدين، النفس، العقل، النسل، المال، ونضيف إليها سادسة أوردتها الفقيه "باوند" "Poind" وهي المصلحة في حفظ الأمن العام، فيكون معيار المصلحة الذي يمكن التعويل عليه مزيج بين ما قننه فقهاء المسلمين وما توصل إليه الفقه الوضعي ممثلا في فقه العميد "باوند" ومن ثم أمكن صياغة معيار للمصلحة يحقق ويجمع بين الأصالة والمعاصرة.

الأمير عبد القادر القادر للعلوم الإسلامية

الفصل الثاني:

التفسير:

أنواعه، مدارسه، موضوعه

جامعة الأمير  
بدر بن  
الاسلام  
الاسلامية

## الباب الأول ..... الفصل الثاني: أنواعه، مدرسه، موضوعه

سنعرض في هذا الفصل بيان الهيئات التي تتولى التفسير، وبمعنى آخر نعرف من هو الذي يقوم بالتفسير وهنا يتبادر إلى الذهن التساؤل عن كيفية التفسير، وبمعنى آخر طرق ووسائل التفسير أي القواعد التي يجب التزامها في القيام به.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد هذه الطرق، تبعاً لاختلاف نظرهم إلى أصل القانون وأساسه، وعلى ذلك، يقتضي الأمر عرض هذه الاتجاهات أو المذاهب المختلفة في أساس القسوة الملزمة للقانون، أي استعراض مدارس القانون في الفقه، ثم بيان طريقة كل مدرسة منها في التفسير، مع تقدير كل طريقة بلذكر مميزاتا وعيوبها وموقف التشريع الإسلامي منها.

أما فيما يتعلق بموضوع التفسير، فإن الذي يهتما هو ما الذي يبحث عنه القاضي في النص التشريعي الذي يقوم بتفسيره؟ وقد اختلف الفقه في الإجابة عن ذلك، ويمكن تصنيف الآراء في هذا المجال وحصرها في اتجاهين: أحدهما شخصي والآخر موضوعي.

وبناء على ما تقدم تتضح خطة البحث في هذا الفصل في ثلاثة مباحث

كآلاتي:

المبحث الأول: أنواع التفسير " بالنظر إلى الجهة القائمة به".

المبحث الثاني: مدارس التفسير.

المبحث الثالث: موضوع التفسير.

## المبحث الأول: أنواع التفسير "بالنظر إلى الجهة القائمة بالتفسير".

يتناول هذا المبحث أنواع التفسير بالنظر إلى الجهة القائمة به من خلال أربعة مطالب، يتناول أولها التفسير التشريعي، أما المطلب الثاني: فيتناول التفسير الفقهي، المطلب الثالث: التفسير القضائي، أما المطلب الأخير فيتناول التفسير الإداري.

### المطلب الأول: التفسير التشريعي. (1)

يشمل هذا المطلب ثلاثة فروع مرتبة: الفرع الأول: مؤداه تعريف التفسير التشريعي، أما سلطة التفسير التشريعي فيتناولها الفرع الثاني، وأخيرا آثار التفسير التشريعي في الفرع الثالث .

### الفرع الأول: تعريف التفسير التشريعي.

التفسير التشريعي: هو الذي تصدره السلطة المختصة بهذا التفسير، سواء أكان اختصاصها في ذلك بصفة أصلية أو كان بطريقة التفويض، وذلك لتوضيح معنى تشريع سابق، أو لتحديد مجاله أو لرفع تعارض ظاهري بين نصوصه (2).

يجب أن يتبع في إصداره نفس الإجراءات أو الشكل الذي تم به وضع التشريع الأصلي (3) ويسمى التشريع الأول مفسراً ( بفتح السين) والتشريع الثاني مفسراً (بكسر السين) له.

والتفسير التشريعي يستند إلى فكرة الفصل بين السلطات، فالقضاة عليهم فقط واجب تطبيق التشريع، فإذا وجدوا غموضاً فيه، فعليهم أن يلجئوا إلى المشرع الذي وضعه ليفسره لهم، لا أن يقوموا هم بتفسيره، فينحرفوا عن المعنى الذي قصده المشرع نفسه.

(1) - أنظر: بشأن التفسير التشريعي المراجع التالية:

- عبد الرزاق السنهوري، احمد حشمت أبو ستيت: أصول القانون، مرجع سابق، ص201/. أحمد صفوت: مقدمة القانون، مرجع سابق، ص170/. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية القانون، مرجع سابق، ص332/. حسن كيرة: المدخل إلى علم القانون، منشأة المعارف الإسكندرية، 1974، ص399.

(2) - سامي النصاروي: النظرية العامة للقانون الجنائي المغربي، مكتبة المعارف، ط1، الرباط، 1983، ص47.

Betti: L'interprétation authentique P305 Et Suivant حيث يقول: « التفسير التشريعي هو القانون التفسيري الذي يصدره المشرع لتوضيح المعنى الذي قصده في تشريع سابق وكيفية تطبيقه ».

-ذكره: محمد صبري السعدي: تفسير النصوص، مرجع سابق، ص100.

(3) -توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، ص211.

## الباب الأول ..... الفصل الثاني: التفسير: أنواعه، دراسته، موضوعه

وهذا التفسير قد يدرج مباشرة في النص التجريبي ومثال ذلك، ماجاء في المادة 356 من قانون العقوبات الجزائري<sup>(1)</sup> المعرفة للكسر وكذا المادة 358 التي تعرف المفاتيح المصطنعة<sup>(2)</sup>

هذا، وتجدد الإشارة إلى أن التفسير التشريعي كان معروفا منذ القديم ففي القانون الروماني، كان القضاة في العصر الإمبراطوري يلجئون إلى الإمبراطور كلما عرضت لهم مسائل غامضة في التشريع، فيصدر هذا الأخير تشريعا آخر في صورة فتوى، كما كان يصدر هذه الفتاوى بناء على طلب الأفراد.<sup>(3)</sup>

وهكذا فعندما وضع الإمبراطور " جوستينيان " تقنيناته الكبرى، أعلن أن تشريعاته كاملة ومنع على الأفراد تفسيرها وأوجب على القضاة تطبيقها بطريقة آلية، واحتفظ لنفسه دون غيره بتفسيرها.

وفي القانون الكنسي، كان للكنيسة الكاثوليكية تأثير قوي على القضاة، فكان القاضي يتوقف عن البث في كل خلاف يتعلق بنص غير واضح حتى يحصل على التفسير التشريعي<sup>(4)</sup> من الكنيسة.

أما في الشريعة الإسلامية، فما زال للتفسير شأن عظيم، فالله عز وجل هو أول مبين لكتابه العزيز لأنه أعلم بكلامه ومراده، وفي القرآن الكريم آيات تفهم منها هذا المعنى ومنه قوله ﷺ ﴿...كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَّقُونَ﴾<sup>(5)</sup>.

وقوله ﷺ ﴿...كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تُهْتَدُونَ﴾<sup>(6)</sup>، وقوله: ﴿...وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ﴾<sup>(7)</sup>، وقوله ﷺ ﴿وَلَا يَأْتُونَكَ بِمَثَلٍ إِلَّا جِئْنَاكَ بِالْحَقِّ وَأَحْسَنَ تَفْسِيرًا﴾<sup>(8)</sup>.

ومن تفسير الله تبارك وتعالى لكتابه الكريم قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ

(1)-احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 154.

(2)-المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3)-صوفي حسن أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، 1427هـ - 2006م، ص 318 وما بعدها.

(4)- عبد النبي ميكو: المدخل لدراسة القانون، المطبعة الملكية، الدار البيضاء، 1973، ج 1، ص 448.

(5)- سورة البقرة، الآية 187.

(6)- سورة آل عمران، الآية 103.

(7)- سورة البقرة، الآية 221.

(8)-سورة الفرقان، الآية 33.

لِلنَّاسِ وَالْحَيِّجِّ ... ﴿١﴾ ومنها أيضا: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ ...﴾ ﴿٢﴾

وإذا ما تأملنا جيدا الآيات التي جاءت فيها كلمة: "يسئلونك" <sup>(٣)</sup> أو لفظة: "يستفتونك" وبحثنا عن تفسيرها وراجعنا سبب نزولها، لفهمنا منها أن الله تعالى تولى بيان الأمور وتفسير الأحكام بنفسه.

أما في الوقت الحاضر، فإن هذا النوع من التشريع أصبح نادر الوقوع، لأن جلّ التشريعات الحديثة تحاول أن تأتي نصوصها واضحة لا لبس فيها، محدّدة المعنى الذي يقصده المشرع منها بكل دقّة، واضحة بذلك حدا لكل إشكال قد يحصل بشأن مضمون هذه النصوص وموضوعها.

ومن المسلم به أن التفسير التشريعي <sup>(٤)</sup> لا يخضع لمبدأ عدم الرجعية لكونه لم يأت بقواعد جديدة تتعارض من حيث الأحكام مع القواعد السابقة، بل إنه يقتصر على مجرد تفسير قواعد التشريع الأصلي الذي يعدّ جزءا لا يتجزأ منه، وبالتالي يتعين تحديد نطاق زمني واحد لتطبيقهما يبدأ من تاريخ نفاذ التشريع الأصلي المفسّر، بشرط أن لا تكون الدعاوى قد تم الفصل فيها بحكم نهائي حائز لحجية الأمر المقضي فيه.

#### الفرع الثاني: سلطة التفسير التشريعي - من يقوم بالتفسير التشريعي؟.

الأصل أن يصدر التفسير التشريعي عن السلطة أو الهيئة التي أصدرت القانون المفسّر. <sup>(٥)</sup>

غير أنه ليس هناك ما يمنع من أن تفوّض الهيئة المختصة بتفسير التشريع هيئة أخرى حق تفسيره.

فقد أجاز دستور 1996م في المادة 124 منه <sup>(٦)</sup> التشريع بموجب أوامر رئاسية، ويُقصد بهذه الأوامر

(١) - سورة البقرة، الآية 189.

(٢) - سورة النساء، الآية 127.

(٣) - لقد وردت كلمة "يسئلونك" في القرآن الكريم 15 مرة وكلمة "يستفتونك" مرتان وقد تولى الله تعالى البيان والتفسير بنفسه.

(٤) - من الأوفق أن يطلق مصطلح التفسير التشريعي على التشريعات التي تتحدث صراحة عن تفسير لتشريعات سابقة شأها الغموض، بينما من الأوفق إطلاق مصطلح التفسير التشريعي على التشريع الجديد الذي يستكمل به أحكام التشريع سابق اذ فرق كبير بين عبارة "تفسير تشريعي" وعبارة "تشريع تفسيري" فالأخيرة تؤكد معنى أننا بصدد تشريع جديد يصدر عن السلطة التشريعية بصرف النظر عن العلة التي اقتضت صدوره.

- ويرى البعض أن التفسير التشريعي ينطوي على قدر من عدم الثقة في قدرة القضاء على التفسير أو عدم أمانتهم فيه، وقد يكون هذا الرأي صحيحا، ولكن ليس لسبب عدم الأمانة وإنما لعدم تأهل البعض لذلك.

- انظر: محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص38.

(٥) - عبد الودود يحي: دروس في مبادئ القانون لطلبة كلية التجارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص170.

(٦) - أنظر: المادة 124 من الدستور، ص36

## الباب الأول ..... الفصل الثاني: التفسير: أنواعه، دراسته، موضوعه

نصوص قانونية يعدّها ويصدرها رئيس الجمهورية، ومثل هذا الأمر يبدو وكأنه مساسا بمبدأ الفصل بين السلطات، مادام أن الرئيس باعتباره سلطة تنفيذية له الحق في التشريع.

والملاحظ أن وجود هذا الحق أو السلطة يجعل من الفصل بين السلطات فصل نسبي، بل قد يؤدي إلى **تكريس الاندماج بين السلطات** أكثر ما يكرس الفصل بينها، كما ميّز الدستور الجزائري بين نوعين من حالات التشريع بالأوامر، حالات عادية من جهة وحالات غير عادية من جهة أخرى.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثالث: آثار التفسير التشريعي.

تنحصر آثار التفسير الرسمي في إلزامه وفي سريانه منذ نفاذ القانون المفسر.<sup>(2)</sup>

### الأثر الأول: إلزامية التفسير التشريعي.

إذا كان غرض المشرع من التفسير التشريعي هو إزالة التناقض بين المحاكم التي اختلفت في فهم وتطبيق قاعدة قانونية سابقة، فإن هذا التفسير متى صدر يكون ملزما لكافة المحاكم والهيئات المكلفة بتطبيقه أو بتنفيذه.<sup>(3)</sup>

غير أنه من المحتمل أن تتجاوز السلطة أو الهيئة التي تقوم بالتفسير نطاق اختصاصها فتضع قواعد جديدة أو تعدل قواعد موجودة تحت ستار التفسير، فهل تكون هذه القواعد الجديدة ملزمة للمحاكم؟؟ إن الجواب على هذا السؤال يقتضي التمييز بين حالتين:

### الحالة الأولى.

إذا صدر التفسير التشريعي من السلطة المختصة أو من سلطة أعلى، فإن هذا التفسير يكون ملزما ولو تضمن قواعد جديدة أو عدّل قواعد موجودة، والحجة في ذلك أن المشرع الذي يسن القوانين هو نفسه الذي يكشف عن إرادته الحقيقية، إذا وجد أن هناك حالات مستحدثة في المجتمع قد ظهرت، وأن النص القديم قد

<sup>(1)</sup> - حالات التشريع بالأوامر العادية يمارسها رئيس الجمهورية في حالة كون البرلمان في عطلة أو فيما بين دورتيه وذلك للحسم في مصير بعض مشاريع القوانين وهذا ما نصت عليه المادة 124 من الدستور، أما حالات التشريع الاستثنائية فعالجها الدستور في المادة 93 منه. أنظر: دستور الجمهورية الجزائرية 1996، كليك للنشر، 2010 - 2011، ص 25 - 26.

<sup>(2)</sup> - محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون والشرعية الإسلامية، مرجع سابق، ص 86. /محمد اسماعيل، علم الدين: مدخل للعلوم القانونية، د ط، د ت، ص 88.

<sup>(3)</sup> - عبد الودود يحي: دروس في مبادئ القانون، مرجع سابق، ص 171.



## الباب الأول ..... الفصل الثاني: التفسير: أنواعه، دراسته، موضوعه

أصبح قاصرا عن أداء غرضه أو يحتاج إلى إضافة أحكام جديدة لمواجهة تلك الحالات الطارئة.<sup>(1)</sup>

الحالة الثانية.

إذا صدر التفسير التشريعي عن هيئة أو سلطة مفوض لها بذلك، فإن الفقه يجمع على أن التعديل أو **الإضافة في التشريع الأصلي** يعد باطلا، ومن ثم فلا يلزم المحاكم والأفراد المخاطبين بأحكامه.<sup>(2)</sup>

وحجتهم في ذلك أن السلطة أو الهيئة التي قامت بالتعديل أو الإضافة عن طريق تفويض التفسير ليست سلطة تشريعية وأنها قد تجاوزت اختصاصاتها.<sup>(3)</sup>

وهذا الرأي قد يبدو وجيهاً لأنه في خروج السلطة أو الهيئة المفوضة عن حدود التفسير التشريعي بالمعنى الصحيح تطاول عن اختصاصات السلطة التشريعية، ولو كان الدافع إلى ذلك هو تحقيق العدالة.

**الأثر الثاني: سريان التفسير التشريعي على الماضي.**

الأصل أن التفسير التشريعي يعد جزءاً متمماً للقانون الغامض المفسر، لذلك أجمع الفقه على أنه يعتبر قد صدر في الوقت الذي صدر فيه التشريع الأصلي.<sup>(4)</sup>

وبناء على هذا فهو يطبق على جميع الوقائع والأحداث التي تمت ما بين صدور التشريع المسبب المفسر ما لم يكن ثمة حكم نهائي بشأنها.

لكن ما الحكم لو صدر هذا التفسير التشريعي من سلطة مختصة متضمناً تعديلاً جديداً لنص التشريع السابق أو مستحدثاً لحكم جديد؟ فهل ينسحب أثره على العلاقات والوقائع السابقة على صدوره ومن تاريخ العمل بالقانون الأصلي أم أنه يسري فقط بأثر فوري ومباشر؟.

اختلف الفقه حول سريان التفسير التشريعي المتضمن لقواعد جديدة على الماضي إلى فريقين:

(1) - عبد النبي ميكو: المدخل لدراسة القانون، مرجع سابق، ص448.

(2) - عبد المنعم فرج الصده: أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، 1978، ص278.

(3) - أحمد سلامة: الوجيز في المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، مطبعة الجامعة، د ت، ص175 حيث يقول: «... أما إذا كان التفسير التشريعي قد صدر من سلطة أخرى حولتها السلطة التشريعية حق إصداره، فلا يجوز لهذه السلطة أن تنشئ قواعد جديدة لأنها بذلك تكون قد خرجت عن المهمة الموكولة إليها. ولئن فعلت فلا قيمة لما تصدره، ولا يكون قولها ملزماً ويكون للقضاء أن يتمتع عن تطبيقه. بمقتضى ماله من سلطة مراقبة صحة التشريع...».

(4) - عبد الودود يحي: دروس في مبادئ القانون، مرجع سابق، ص171 وما بعدها.

## الباب الأول ..... الفصل الثاني: التفسير: أنواعه، دراسته، موضوعه

يرى الفريق الأول<sup>(1)</sup>: أن التفسير التشريعي الصادر عن السلطة المختصة يسري بأثر رجعي على جميع الوقائع والأحداث التي حصلت منذ صدور القانون الأصلي، والتي لم يفصل فيها بعد بحكم حاز قوة الشيء المقضي به، ولو كان متضمنا تعديلا أو إضافة للتشريع الأصلي. وحثهم في ذلك، أن التفسير ما هو إلا كشف للمعنى الغامض للقانون المفسر، وله طابع مقرر. لهذا فهو يعامل معاملة التشريع الأصلي أي كما لو كان متضمنا المعنى الذي أوضحه هذا التفسير منذ صدور التشريع الأول.

بينما يذهب فريق ثان من الفقهاء إلى أن التفسير التشريعي الصادر عن السلطة المختصة والمتضمن تعديلا جديدا أو المستحدث لقواعد قانونية جديدة لا يسري على الماضي إلا بنص صريح<sup>(2)</sup>، وسندهم في ذلك أن في سريانه على الوقائع والأحداث السابقة عليه مساس بالحقوق المكتسبة للأفراد وزعزعة للمراكز القانونية التي نشأت في ظل القانون القديم، ولهذا نجد أن قوانين معظم الدول الحديثة قد نصت على مبدأ عدم رجعية القوانين.<sup>(3)</sup>

ولعل رأي الفريق الثاني هو الذي يساير المنطق السليم وتحتمه العدالة الاجتماعية، لأنه يحافظ على مصلحة وكيان المجتمع ويثبت الاستقرار الواجب في المعاملات. ونظرا لهذه الاعتبارات نصت معظم دساتير الدول الحديثة على مبدأ عدم رجعية القوانين.

### أولا: التشريعات الجزائية الأصلح للمتهم.

إذا كان مبدأ رجعية التشريع مبررًا بمتطلبات العدل وحماية الحقوق والحريات، فإن القانون الجزائي يضع استثناء على هذا المبدأ، يتمثل في إمكانية التطبيق الرجعي للقانون إذا كان أصلح للمتهم، وهو ما يتماشى مع معتقدات مبدأ عدم الرجعية ذاتها، وفي هذا الصدد اعترف المشرع الجزائري بمبدأ تطبيق التشريع الأصلح للمتهم، عندما قضى في نص المادة الثانية منه على أنه «لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة».<sup>(4)</sup>

إن مبدأ عدم رجعية التشريع يقيد في الواقع القاضي، ولكنه لا يقيد المشرع حيث يمكن لهذا الأخير

<sup>(1)</sup> - المرجع نفسه، ص 171. / محمد إسماعيل علم الدين: المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 88. / توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 212.

<sup>(2)</sup> - جميل الشرفاوي: دروس في أصول القانون، مرجع سابق، ص 172 وما بعدها.

<sup>(3)</sup> - تجدر الإشارة إلى أن فرنسا كانت أسبق الدول إلى النص على هذا المبدأ حيث جاء في المادة التالية من قانونها المدني " لا يسري القانون إلا على المستقبل فليس له أثر رجعي.

<sup>(4)</sup> - أحسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 2.

إصدار نص قانوني، يطبق بأثر رجعي وقد عرف القانون الجزائري تطبيقات كثيرة لهذه الحالة.<sup>(1)</sup>

### ثانياً: تطبيق التشريعات التفسيرية بأثر رجعي.

إذا كان التشريع التفسيري مجرد نص يشرح تشريعا سابقا يشوبه الغموض في مسألة أو مسائل معينة، فإن هذا النوع من التشريعات ليس بتشريع جديد، بل مجرد تكملة أو تنمة لتشريع سابق، ومن هذا المنطلق يجوز تطبيقه بأثر رجعي من تاريخ صدور النص الغامض أو محل التفسير.

ويسري التفسير التشريعي على الدعاوي التي لا تزال مطروحة، بمعنى أنه لا يسري على المنازعات التي صدرت بشأها أحكام نهائية.

غير إنه إذا احتوى التشريع التفسيري على قواعد جديدة، فإنه يعد في نظر القانون بمثابة تشريع جديد، لا يطبق بأثر رجعي بشأن هذه القواعد فقط دون غيرها التي تحتوي أحكاما تفسيرية.

والملاحظ أن المشرع الجزائري اعتاد على تفسير التشريعات، ليس بنصوص قانونية من نفس النوع، بل بنصوص تنظيمية أدنى منها درجة.

والظاهر أن النصوص التنظيمية المفسرة لنصوص تشريعية، يمكن أيضا تطبيقها بأثر رجعي، مادامت هذه النصوص لم تقرر قواعد قانونية جديدة، إعمالا لمبدأ تدرج القوانين وخضوع القانون الأدنى للقانون الأعلى في جميع تراتبيه ومنها التفسير.

### المطلب الثاني: التفسير القضائي.

يحوي هذا المطلب ثلاثة فروع: يتبين في الفرع الأول: تعريف التفسير القضائي، أما الصفة الإلزامية للتفسير القضائي فيختص به الفرع الثاني، أما الفرع الثالث فيتناول دور المحكمة العليا في التفسير.

#### الفرع الأول: تعريف التفسير القضائي.

<sup>(1)</sup> - كرس الاجتهاد القضائي الجزائري تطبيقات متعددة لمبدأ عدم رجعية التشريع وعلى سبيل المثال:

- قرار المجلس الأعلى الصادر في 1969/02/05 والذي أسس قضاءه على تطبيق مبدأ عدم رجعية التشريع بقوله: " إذا كان القانون مؤرخ في 1963/12/31 قد ألغى بعض أحكام التشريع الفرنسي ذات الروح الاستعمارية فإنه لا يلغي أحكام القضاء النهائية الصادرة بإتباع إجراءات سليمة في ظل تلك الأحكام، وتقرير ذلك يتضمن المساس بالحقوق المكتسبة وينكر مبدأ عدم رجعية التشريع.

— أنظر: حمدي باشا: مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، دار هومة، 2004، ص 56.

## الباب الأول ..... الفصل الثاني: التفسير: أنواعه، دراسته، موضوعه

يعرّف معظم الفقه التفسير القضائي بأنه التفسير الذي يقوم به القضاة وهم بصدد تطبيق القانون على التراعات المعروضة عليهم.<sup>(1)</sup>

والتفسير القضائي بهذا المعنى من أكثر أنواع التفسير انتشارا وأهمية من الناحية العملية. ولما كانت وظيفة القضاة تقتصر عادة على تطبيق القانون، فإن هذا التطبيق لا يتم إلا بعد ممارسة عملية التفسير.

**غير أنه لا ينبغي أن يفهم** من هذا أنه بإمكان المواطنين أن يطلبوا من المحكمة أن تشرح لهم نصوصا قانونية، يثور الغموض أو الشك حول حقيقة معناها. بل لا يجوز للقضاة أن يتولوا التفسير القضائي إلا بمناسبة النظر في ما يعرض عليهم من منازعات، لأن المصلحة هي أساس الدعوى، ولا مصلحة للأشخاص في الالتجاء إلى القضاء قصد تفسير نص من النصوص القانونية دون وجود نزاع قائم.

فالتفسير القضائي يتصف بطابعه العملي<sup>(2)</sup>، لكونه يوضح معنى القانون أمام الوقائع الفعلية والحقيقية وفقا لما يتطلبه جوهر العدالة، التي تسعى نصوص القانون لتحقيقها. لهذا فهو لا يعتبر غاية في حد ذاته بل وسيلة القاضي المثلى، التي يلجأ إليها لأداء واجبه الأساسي، الذي ينحصر أصلا في تطبيق أحكام القانون والفصل في القضايا المعروضة عليه.

### الفرع الثاني: الصفة الإلزامية للتفسير القضائي.

إذا فسّر القاضي نصا قانونيا محمدا للفصل في مسألة معينة، هل يكون تفسيره لهذا النص ملزما لسائر القضاة الآخرين الذين هم في رتبته؟؟ . وهل يؤثر تفسيره هذا على موقف قضاة المحاكم الأدنى درجة؟ وما الحكم لو كان هذا التفسير صادرا عن المحكمة العليا بصفتها أعلى هيئة قضائية في البلاد؟ فهل يكون تفسيرها لهذا النص ملزما لسائر المحاكم التابعة لها؟؟ .

إن الجواب على هذه الأسئلة يتطلب التمييز بين ثلاث أنظمة قضائية متباينة:

– النظام القضائي في الإسلام.

– النظام القضائي في القانون اللاتيني.

(1) – عبد الودود يحيى: دروس في مبادئ القانون، مرجع سابق، ص 171. / عبد النبي ميكو: المدخل لدراسة القانون، مرجع سابق، ص 449. / محمد إسماعيل علم الدين: مدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 89.

(2) – عبد النبي ميكو: المدخل لدراسة القانون، مرجع سابق، ص 449.

– وانظر في هذا المعنى، محمد إسماعيل علم الدين: المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 89.

- النظام القضائي في القانون الانجلو سكسوني.

أولاً: الصفة الإلزامية للتفسير القضائي في الإسلام.

لقد مرّ القضاء في الإسلام بثلاث مراحل متباينة، وكان من الطبيعي أن تختلف قوة الإلزام في هذا القضاء في كل مرحلة منها بحسب الظرف الزمني الذي صدر فيه وذلك على الشكل التالي:

- المرحلة الأولى: وتمتد من نشأة الإسلام إلى وفاة الرسول عليه السلام: أن من خصائص الشريعة الإسلامية أنها تتناول أحكام الدين والدنيا، وأن الله سبحانه وتعالى أمر رسوله الكريم بتبليغ الرسالة والفصل

في الخصومات، ويتجلى هذا من قوله ﷺ: ﴿فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾<sup>(1)</sup>، ومن قوله ﷺ: ﴿

فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾<sup>(2)</sup>.

واستجابة لأمر الله سبحانه وتعالى، نصّب الرسول الكريم ﷺ نفسه قاضياً في المدينة المنورة ليفصل بين المتقاضين في الخصومات، فرفعت إليه القضايا فقاضى فيها، كما أفتى فيما استفتى فيه. وكان قضاؤه عليه ﷺ فيما رفع - إليه اجتهاداً لا وحياً - ملزماً لكافة المسلمين باعتباره سنة نبوية<sup>(3)</sup> مستوحاة من الكتاب، مؤكدة بما جاء به أو مفسرة لنصوصه أو مكمله لأحكامه.

- المرحلة الثانية: تبدأ هذه المرحلة بالتحاق الرسول الكريم ﷺ بالرفيق الأعلى وتولي الخلفاء الراشدين الحكم حتى بداية تكوين الفقه، ففي هذه الحقبة من الزمن تولت الفتوحات الإسلامية وانتشرت الدعوة الحمديّة وكثر عدد المسلمين، فكان طبيعياً أن يتعدد القضاة بتعدد الأمصار. غير أن أسلوبهم في استخلاص الأحكام من النصوص كان موّحداً. فكانوا إذا ما عرض عليهم نزاع أو طلب منهم إفتاء، نظروا في كتاب الله، فإن لم يجدوا فيه حكماً، التمسوه في السنة، فإن لم يجدوا، اجتهدوا برأيهم استرشاداً بحديث الرسول الكريم ﷺ - لمعاذ بن جبل حين قال له: «بم تقضي يا معاذ؟ قال بكتاب الله، فإن لم تجد؟ قال: "فبسنة رسول الله، قال: "فإن لم تجد؟ قال: اجتهد برأيي، فأقره على ذلك»<sup>(4)</sup>.

(1) - سورة المائدة، الآية 48.

(2) - سورة النساء، الآية 65.

(3) - عبد المنعم فرج الصدة: أصول القانون، مرجع سابق، ص 183-184.

(4) - سبق تخريج الحديث

- المرحلة الثالثة: تمتد هذه الفترة من وقت تدوين الفقه إلى يومنا هذا، حيث قلّ شأن القضاء وارتفع شأن الفقه<sup>(1)</sup>. فلم يعد لأحكام القضاء شأن في تكوين الفقه، فأصبحت الأحكام التي تصدر عن القضاء لا تلزم إلا من كان طرفا فيها، وصار القاضي حرا في الرجوع إلى أحكام سلفه.

ثانيا: الصفة الإلزامية للتفسير القضائي في النظام القانوني اللاتيني.

إن الأصل في النظام القانوني اللاتيني أنه ليست للتفسير القضائي قوة ملزمة سواء بالنسبة للمحكمة التي أصدرته أو بالنسبة للمحاكم الأخرى على اختلاف درجاتها<sup>(2)</sup> وعلى هذا الأساس: فإذا ما فسّرت مثلا إحدى المحاكم نصا قانونيا تفسيرا معينا في قضية محدّدة، فإن هذا التفسير لا يقيد هذه المحكمة نفسها في الدعاوى الأخرى التي قد تعرض عليها. فلها الحق في أن تعدل عنه إذا ما قدرت أنها قد جانبت الصواب في تفسيرها السابق<sup>(3)</sup>.

بل لها أن تتبنى تفسيرا معاكسا في القضايا المماثلة<sup>(4)</sup> ولا تتقيّد المحاكم الأخرى بهذا التفسير مطلقا.

أما في الجزائر، وهي إحدى الدول التي أخذت بالنظام القانوني اللاتيني، فإن الأصل هو أن الأحكام الصادرة عن محكمة عليا في البلاد أو استقرار عدة محاكم من درجة واحدة على تفسير معين، لا يلزم بقية المحاكم الأخرى لأن نظام السوابق القضائية غير معروف في هذا البلد.

غير أن القاضي يكون عادة أمام المطرقة والسندان، مطرقة خضوعه لمبدأ "لا اجتهاد مع وجود النص" بما يترتب عنه من قاعدة "أن القاضي مطبق للقانون وليس منشئ له" وسندان إلزامية الفصل في جميع القضايا المطروحة عليه، حتى ولو كانت النصوص القانونية المتعلقة بالتزاع غامضة وتحتمل أكثر من معنى، تحت طائلة متابعة القاضي "بتهمة إنكار العدالة"<sup>(5)</sup> وهي تهمة تُعرض للقاضي للعقاب، فماذا يفعل القاضي حتى يتجنب خرق قاعدة "أن القاضي مطبق للقانون وليس منشئ له" من جهة، وتجنّب إنكار العدالة من جهة أخرى؟

(1)- كان للفقه في هذه المرحلة، النصيب الأوفر والأرقى في تكوين الفقه الإسلامي حيث برزت إلى الوجود مذاهب فقهية لعل أهمها المذاهب السنية الأربعة المعروفة حاليا.

(2)- حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص212.

(3)- محمد إسماعيل علم الدين: المدخل العلوم القانونية، مرجع سابق، ص89.

(4)- حسن كبيرة: المرجع السابق، ص212.

(5)- أنظر: المادة 136 من قانون العقوبات الجزائري في احسن بوسقبة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص61.

إن السبيل الوحيد لتفادي الوقوع في هذه المعضلة، هي اعتماده على ما يخوله له القانون من حق الاجتهاد والذي هو في الواقع تفسير للقاعدة القانونية السارية المفعول، وغالبا ما تحتكر المحكمة العليا في منازعات القضاء العادي ومجلس الدولة في منازعات القضاء الإداري هذا الحق باعتبارهما الجهة المقومة لأعمال المحاكم والمجالس الأدنى درجة بالنظر إلى أحكام المادة 152 من دستور 1996.<sup>(1)</sup>

**وتماشيا مع ذلك، فالقيام بعملية التفسير ليس عملا اعتباريا بل هو مبرر بحاجة ماسة، ودون هذه الحاجة يكون القاضي ملزما بتطبيق قاعدة " لا اجتهاد مع وجود نص " وهذا الخط الأحمر الذي يجب عدم تجاوزه تحت طائلة خرق القانون أو انتهاك حرمة مبدأ الفصل بين السلطات.**

وخلاصة القول، فإنه إذا كان التفسير القضائي بصفة عامة يعتبر أحد الأساليب التي تعين القاضي على فهم النصوص القانونية من غير أن يكون هذا التفسير ملزما، فإن المحاكم على اختلاف درجاتها، في الدول التي تبنت النظام القانوني اللاتيني عامة وفي الجزائر خاصة، تتمتع بحرية في تفسير وتطبيق القوانين. فلا سلطان عليها في ذلك مادام هذا التفسير لا يكون خطأ فنيا.

### ثالثا: الصفة الإلزامية للتفسير القضائي في النظام القانوني الانجلوسكسوني.

تعتبر أحكام القضاء في النظام الانجلوسكسوني<sup>(2)</sup> في الوقت الحاضر من أهم المصادر الرسمية للقانون<sup>(3)</sup>، فالسوابق القضائية في هذا النظام تلعب دورا بارزا في توجيه أحكام القضاة.

فقضاء مجلس اللوردات في إنجلترا- مثلا- يعتبر ملزما لسائر المحاكم الانجليزية الأخرى بما فيها مجلس اللوردات نفسه<sup>(4)</sup>. ولذلك، تعتبر جميع الأحكام الصادرة عن هذه الهيئة القضائية العليا قانونا واجب التطبيق في القضايا المماثلة المعروضة على أنظار قضاة سائر المحاكم البريطانية مهما اختلفت درجاتها، وبالتالي لا يجوز العدول عنها إلا إذا كان هناك قانون خاص يقضي بذلك.<sup>(5)</sup>

(1)- المادة 152 من دستور 1996 تنص: «تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم.

يؤسس مجلس دولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية.

تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون ...

تؤسس محكمة تنازع تتولى الفصل في حالات تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة».

-أنظر: دستور الجمهورية الجزائرية، مرجع سابق، ص40.

(2)- كما هو الحال مثلا في بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية والهند وأستراليا وجنوب إفريقيا.

(3)- يعتبر القضاء إلى جانب العرف من أهم مصادر القانون الانجليزي.

(4)- مجلس اللوردات هو أعلى هيئة قضائية في إنجلترا ثم تليه محاكم الاستئناف ثم محاكم أول درجة تم المحاكم الدنيا.

(5)- عبد المعمر فرج الصده: أصول القانون، مرجع سابق، ص185.

## الباب الأول ..... الفصل الثاني: التفسير: أنواعه، دراسته، موضوعه

ومن ثمّ كانت جميع القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف ملزمة لها ولجميع المحاكم الأقل درجة منها باعتبارها قانونا واجب التطبيق في القضايا المماثلة.

الأمر الذي يمكن استنتاجه هي أن دور القاضي في النظام الانجلوسكسوني لا ينحصر فقط في تطبيق القانون، بل إنه يساهم أيضا بما يصدره من أحكام في خلق هذا القانون.

ويترتب على هذا أنه إذا ما فسر قاضي من قضاة هذا النظام قاعدة قانونية أو أقر مبدأ في حالة عدم وجود قاعدة تقرره، كان تفسيره لهذه القاعدة أو إقراره لذلك المبدأ ملزما لكافة القضاة من نفس درجته أو في درجة أدنى منه. (1)

**والخلاصة أن القاضي لا يستطيع أن يباشر عمله، إلا عن طريق تفسير قواعد القانون، وإن كان يتخطى أحيانا مجال التفسير والتطبيق إلى الخلق والإنشاء تحكمه في ذلك ضرورات إحقاق الحق وإرساء العدل.**

### الفرع الثالث: دور المحكمة العليا في الجزائر في التفسير.

إن ترك التفسير حرا بين المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها أمر يُخشى معه أن تتضارب الأحكام، وأن تتأثر بذلك مصالح الناس، وتهتز ثقتهم بحكم القضاء وعدالته، من أجل ذلك أنشئت محكمة النقض بوصفها المحكمة العليا لتوحيد القضاء بالقانون.

حقا إن إنشاء محكمة عليا هو التكملة الضرورية لتحقيق العدالة بين المواطنين في الدولة، فكما أن التشريع واحد بالنسبة للجميع، فيجب أيضا أن يكون التفسير والتطبيق واحدا بالنسبة للجميع، أيا كانت المحكمة التي قامت بالتطبيق.

إذن فمحكمة النقض قبل كل شيء هي هيئة قضائية عليا (2)، منحت سلطة

(1) - محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون والشرعية، مرجع سابق، ص 133.

(2) - أنشأت المحكمة العليا في الجزائر بموجب القانون 18/63 المؤرخ في 18/6/1963م وصدر بتاريخ 12/12/1989م قانونا جديدا يلغي القانون السابق تضمن قواعد جديدة ومتميزة سواء على مستوى التنظيم والتسيير أو على مستوى الإجراءات المتبعة أمامها.

القانون رقم 89 / 22 المؤرخ في 14 جمادى الأولى 1410هـ الموافق لـ 12 ديسمبر 1989م يتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيورها، الجريدة الرسمية العدد 53 الصادرة بتاريخ 15 جمادى الأولى 1410هـ الموافق لـ 13 ديسمبر 1989م.

-عالج المشرع الجزائري أحكام المحكمة العليا في الباب الثالث من الكتاب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.



## الباب الأول ..... الفصل الثاني: التفسير: أنواعه، مدارسه، موضوعه

الرقابة والإشراف على نشاط الجهات القضائية الأخرى في تطبيق القانون وتفسيره. ومن ثم فهي لا تصدر على حق المحاكم الأخرى الخاضعة لرقابتها في التفسير الحر للمؤسس على قواعد القانون والمنطق الذي هو جوهر الوظيفة القضائية.

إن محكمة النقض ليست سلطة تشريعية حتى تلتزم المحاكم بمبادئها كالتزامها بنصوص القانون، ولو كانت معينة، بل إن لهذا الالتزام الأدي طبيعته وحدوده.

وترتبا على كل ما تقدم فإننا لا نستطيع أن ننكر النفوذ الأدي الكبير لمحكمة النقض على الجهات القضائية الأخرى.

لذا يرى القضاة أنفسهم مضطرين رغم ما يقرره لهم القانون من حرية تامة في التفسير، ومن استقلال **كامل في تطبيق القانون**، ومن قدرة على عدم التقيد بالأحكام السابقة، إلى أن يراعوا في أحكامهم وجهة نظر المحكمة العليا حتى لا تتعرض أحكامهم للنقض.<sup>(1)</sup> وبذلك يتوحد اتجاه القضاء في تفسير القانون وتطبيقه تحت إشراف هذه المحكمة.

يؤمن قضاة المحكمة العليا بالجزائر بأن مفهوم القضاء كمصدر رسمي للقانون مرادف لمصطلح الاجتهاد ويؤسسون اعتقادهم على نوعين من الأسس: أسس قانونية وأسس علمية.<sup>(2)</sup>

### أولا: الأسس القانونية.

— نص المادة 152 من الدستور التي تقضي على أنه: «تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس والمحاكم.

يؤسس مجلس الدولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية. تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون».<sup>(3)</sup>

إنطلاقا من هذا النص الدستوري، يصبح الاجتهاد بمثابة مصدر رسمي للقانون وهو نص له حجية مطلقة لكونه نابع من الدستور القانون الأساسي للدولة ما يضفي عليه صفة الإلزام، وهي الصفة التي تخول

أنظر: القانون رقم 09 / 08 مؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق لـ 25 / 02 / 2008م يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 الصادرة بتاريخ 17 ربيع الثاني عام 1429هـ الموافق لـ 23 أبريل 2008م.

<sup>(1)</sup> - محمد كمال مرسي، وسيد مصطفى: أصول القوانين مع تطبيقاتها، مرجع سابق، ص 130.

<sup>(2)</sup> - أحمد مجحود: رسالة الاجتهاد القضائي في دولة القانون، المحلة القضائية، العدد الأول، سنة 1989، ص 17.

<sup>(3)</sup> - الدستور الجزائري، ص 40.

## الباب الأول ..... الفصل الثاني: التفسير: أنواعه، درارسه، موضوعه

له المساهمة في تكوين القواعد القانونية، وهذا ما ذهب إليه صراحة وزير العدل ذاته في خطاب له بمناسبة افتتاح السنة القضائية 1989: «إن دور المحكمة العليا لا يبقى منحصرًا فقط في السهر على احترام القانون وتطبيقه عن طريق إصدار الأحكام التي هي بمثابة مجرد قرارات تطبيقًا للقواعد القانونية بل يهدف أساسًا إلى إعادتها لوظيفتها الطبيعية متمثلة في توحيد القانون وإحداث اجتهاد قضائي ليكون مصدرًا هامًا للقانون وهذا استجابة لضرورة سد النقص والفراغ في القانون...»<sup>(1)</sup>. ويخلص الوزير إلى أن: «... حركة الاجتهاد القضائي أصبحت مصدرًا رسميًا وأصيلًا للقانون فهي عن طريق تفسير النصوص تساهم في إنشاء قواعد قانونية تسد الثغرات في النصوص التشريعية...»<sup>(2)</sup>.

- نص المادة الأولى من القانون المدني التي تلزم القاضي بتطبيق قواعد العدالة في حالة ما إذا لم يجد نص تشريعي أو نص من الشريعة الإسلامية أو قاعدة عرفية.

**وقواعد العدالة يفسرها** القضاة على أنها تعني في المقام الأول الاجتهاد القضائي، وبناءً على هذا التفسير يصبح الاجتهاد مصدرًا رسميًا للقانون، حيث أنه لا يعقل تفسير قواعد العدالة بمبادئ غامضة، بل يتعين ربطها بالاجتهاد القضائي.<sup>(3)</sup>

### ثانياً: الأسس العلمية.

برر القضاة موقفهم باعتماد الاجتهاد القضائي كمصدر رسمي للقانون. مجموعة من الأسس العلمية يمكن بسطها كما يلي:

— إن إنكار قيمة الاجتهاد القضائي في خلق القواعد القانونية يطرح أهم سؤال في هذه القضية يتمثل في: إلى أي حد تستطيع هيئة قضائية ما أن تسلخ عن اجتهاد قررتها في وقت سابق مع وجود تماثل في الوقائع والمسائل القانونية المطروحة؟

من الناحية العملية إن وقف العمل بالاجتهاد معناه عدم الفصل في قضية ليس لها سند تشريعي، وهذا ما يعرض القاضي إلى ارتكاب جنحة إنكار العدالة. وبالمقابل فإن التمسك بالاجتهاد حل مقبول لضمان أداء الخدمة، غير أن هذا التمسك مقيد بضرورة الاستقرار في الاجتهاد القضائي، بمعنى عدم التراجع عنه في قضايا مماثلة.<sup>(4)</sup>

(1) - افتتاحية المحلة القضائية، العدد الأول، لسنة 1989، كلمة وزير العدل، ص 06.

(2) - المرجع نفسه، ص 09.

(3) - أحمد مجحود: رسالة الاجتهاد القضائي في دولة القانون، مرجع سابق، ص 21.

(4) - المرجع نفسه، ص 26.

## الباب الأول ..... الفصل الثاني: التفسير: أنواعه، دراسته، موضوعه

إن طبيعة التشريع الجزائري في الوقت الحاضر تفتح الباب أمام ضرورة تفعيل الاجتهاد، لكون هذا التشريع مطبوع بالعمومية والغموض وحتى التناقض، وعدم الإحاطة بمختلف الفرضيات التي تتطلبها الظروف العامة للمجتمع خاصة في مجال القانون الجنائي.

ومما لا شك فيه أن قضاء محكمة النقض يلزم أن يتميز بالثبات الذي يوحي بالحزم، وفي ذات الوقت يجب أن يتحلى بالقدرة على التطور والانسجام مع المتغيرات الثقافية والسياسية والاجتماعية. والجمع بين هذه الأهداف المتناقضة أحيانا، هو التحدي الدائم الذي تواجهه المحكمة العليا أثناء أدائها لعملها.

مما تقدم نخلص إلى أن أي قضاء لابد أن تكون غايته العدل، والإغراق في المنطق، ولذلك فإن مهمة المحكمة العليا هي إقامة الجزء المنوط بها من منظومة العدالة القضائية المتكاملة، ذلك الجزء المتمثل في توحيد القضاء على معنى واحد لنصوص القانون الذي يتحاكم إليه كل أفراد المجتمع.

ولا يتصور أن يبعد الهدف الفرعي وهو توحيد القضاء بالمحكمة العليا عن الهدف الأصلي الجامع وهو إقامة العدل بين الناس.

### المطلب الثالث: التفسير الفقهي.

يتضمن هذا المطلب أربعة فروع: أولها: تعريف التفسير الفقهي، وثانيها: خصائصه، ثالثها: آثاره على القضاء والتشريع أما رابعها: فيتمثل في الصفة الإلزامية للتفسير الفقهي.

### الفرع الأول: تعريف التفسير الفقهي.

التفسير الفقهي هو الذي يقوم به الفقهاء في مؤلفاتهم التي تتناول تفسير النصوص الشرعية منها والوضعية، وفي أبحاثهم التي ينشرونها في شتى المناسبات، وفي انتقاداتهم التي يواجهون بها الحالات التي لم يوفق فيها القضاء إلى الحل المناسب والعاقل أو التي لم يجد لها حلا سليما، وفي الفتاوى التي تصدر عنهم في مناسبات معينة.<sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup> - من المفيد مبدئيا التذكير أن مهمة تفسير القانون هي في الواقع مهمة فقهية أصالة وليس بالتبعية. بمعنى أن عبء شرح القانون وتفسير مراده يتحصله الفقهاء بالدرجة الأولى قبل الممارسين له، وبناء على ذلك يمكن تحديد مضمون المقاربة الفقهية لتفسير القواعد القانونية على أنها عملية شرح القانون والتعليق عليه وبيان محاسنه ونقد مساوئه كما أنها من جهة أخرى البحث عن أصل وأساس القانون وتبرير صفة الإلزام فيه والغاية التي يتوخاها ومن مثل هذه المباحث تكونت المذاهب الفقهية لتفسير القانون. أنظر في هذا المعنى:

عبد النبي ميكو: المدخل لدراسة القانون، مرجع سابق، ص449. / عبد الودود يحيى، دروس في مبادئ القانون، مرجع سابق، ص172.

وعلى عكس التفسير التشريعي الذي يعتبر عملا استثنائيا نادر الوقوع، والتفسير القضائي الذي يكون محدودا باعتبارات عملية محددة تقتضيها ضرورات التراع القضائي المعروض، فإن التفسير الفقهي أكثر وقوعا في الحياة العملية. ولا يمكن المبالغة إذا قلنا بأنه يعتبر العمل الرئيسي للفقهاء ووظيفته الأساسية في دراسة النصوص وتأصيلها والكشف عن العيوب التي تعترها، بقصد رسم طريق لإصلاحها وتطويرها، ومن ثم كان أكثر انتشارا وعمقا من التفسير القضائي.

### الفرع الثاني: خصائص التفسير الفقهي.

الواقع أن الفقيه حين يفسر القانون لا ينطلق من مشكلة واقعية عملية محددة، بل إنه يقتصر على تصور بعض المشاكل النظرية التي قد تطابق الواقع العملي وقد لا تطابقه، فيستخلص منها حكم القاعدة القانونية التي هو بصدد تفسيرها بصرف النظر عن الظروف والملازمات المحيطة بها. لهذا يمكن القول أن التفسير الفقهي هو تفسير مجرد لا يتأثر بأي ظرف واقعي<sup>(1)</sup>، وهو نظري لا يتقيد إلا بقواعد المنطق والبحث وراء قصد المشرع.<sup>(2)</sup>

### الفرع الثالث: آثار التفسير الفقهي على القضاء والتشريع.

إن دور الفقه لا ينحصر في التجميع والتنسيق والتحليل فقط، بل كثيرا ما يوجه الفقه انتقادات ببناء إلى القضاة أو إلى المشرعين. وكثيرا ما تؤدي هذه الانتقادات ثمارها، فيتدخل المشرع ويعدل من موقفه أو يرجع القضاء عن استقرار مبدئه، وفي الحياة اليومية قلما يخلو دفاع السادة المحامين في قضية ما من الاستشهاد بأراء فطاحلة الفقهاء، كما أنه قلما يفصل قاض في نزاع ما دون الرجوع ولو عن طريق الاستئناس إلى المؤلفات الفقهية.

والفقيه بدوره، غالبا ما يضع في اعتباره، وهو يقوم بعملية التفسير، ما تنتجه إليه أحكام المحاكم بقدر المستطاع للربط بين آرائه الفقهية النظرية والاتجاهات القضائية العملية، ضف إلى هذا أن التفسير الفقهي غالبا ما يقوم على أسس علمية، تعتمد أساسا على تدارس النظم القانونية المقارنة مع الاستعانة باتجاهات الفقه والقضاء المقارن في تأهيل وتوضيح مدلول العبارات القانونية، وذلك بهدف تحديد الأسلوب الصحيح

---

وقرب من هذا المعنى، سامي النصراوي: الذي يعرف التفسير الفقهي بقوله: «يتكون التفسير الفقهي من الآراء التي تتناول تفسير النصوص القانونية التي يطرحها الكُتَّاب أو من لهم علاقة أو رغبة في دراسة القانون وذلك في الأبحاث أو المحاضرات وغيرها...». أنظر: النظرية العامة للقانون الجنائي المغربي، مرجع سابق، ص 48.

<sup>(1)</sup> -في هذا المعنى: محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون والشرعية، مرجع سابق، ص 127.

<sup>(2)</sup> -علي علي منصور: المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي، دار الفتح للطباعة والنشر، بيروت، د ت، ص 229.

في كيفية تطبيقها تطبيقاً علمياً سليماً. (1)

في الأخير لا يفوت أن نشير إلى أن للتفسير الفقهي تأثيراً في التشريع، فكثيراً من التعديلات التشريعية قد أتت في أعقاب التفسيرات والشروح والنظريات الفقهية التي تكشف عن مواطن النقص أو الغموض في النصوص القانونية.

ولهذا يذهب بعض الكتاب إلى القول بأن الفقه يقوم - عن طريق التفسير - بدور غير مباشر في خلق القواعد القانونية. (2)

ذلك أن الفقيه، في بحر هذا القانون الواسع هو الملاحظ، وهو المنتقد، وهو صاحب المنظار الكبير الذي من خلاله يتبين ويشق مواطن السلب والإيجاب، ومواطن النقصان والاكتمال في جلّ التشريعات الوضعية، التي تستلهم نصوصها وتقوّم اعوجاجها، وتكمّل نقصانها من خلال انتقادات وتوجيهات الفقه.

#### الفرع الرابع: الصفة الإلزامية للتفسير الفقهي.

لا يعتبر الفقه مصدراً رسمياً من مصادر التشريع في نظامنا القانوني الجزائري ولهذا لا يجوز أن تُبنى أحكام القضاء على مجرد الآراء الفقهية، بل لا بد أن لا يقرن القاضي استشهاده برأي فقهي مهما كان لصاحبه من مكانة علمية رفيعة بأسباب أخرى مستمدة من مصادر القانون الوضعي أو الشرعي.

فليس إذن للتفسير الفقهي أية قوة إلزامية للمحاكم، ولو استقر رأي جماعة من الفقهاء على تفسير معين لنص محدد، ويترتب عن هذا، أنه لا يجوز الطعن في حكم أمام محكمة الاستئناف أو أمام المحكمة العليا بحجة أنه خالف آراء الفقهاء أو أنه خرج على إجماعهم، ومن ثمّ كان الطابع المميز للتفسير الفقهي هو أنه لا يتسم بصفة الإلزام.

أما في الشريعة الإسلامية، فإن للآراء الفقهية دور كبير في تبين المراد من التشريع، فالإجماع (3) يعتبر المصدر الثالث للتشريع الإسلامي بعد الكتاب والسنة.

ولقد أدى الفقه الإسلامي دوراً عظيماً في تحديد معالم النظام القانوني للشريعة الإسلامية، وذلك منذ عصر الصحابة حتى الآن، فقد كان لمدرسة أهل الرأي التي نشأت في العراق بزعامة الفقيه أبو حنيفة دوراً هاماً في استنباط الأحكام من النصوص الشرعية. مما يحقق أهداف النظام القانوني الإسلامي، وقد عاصرت

(1) - عادل عازر: التفسير التشريعي وأثره على القاضي، مجلة المحاماة، المصرية العددان 1، 2 السنة 1977، ص 97-99.

(2) - المرجع نفسه، ص 99.

(3) - الإجماع كمصدر ثالث للفقه الإسلامي هو اتفاق المجتهدين المسلمين على حكم ما ليس فيه حكم معروف بالكتاب والسنة.

## الباب الأول ..... الفصل الثاني: التفسير: أنواعه، دراسته، موضوعه

هذه المدرسة مدرسة أخرى في الحجاز سميت بمدرسة أهل الحديث بزعامة الإمام مالك، ثم تلا ذلك الفقيهان العظيمان، الإمام الشافعي، والإمام أحمد بن حنبل.

وإذا كانت هناك فترة من الجمود قد أصابت الفقه الإسلامي عقب القرن الرابع الهجري إلا أن تلك الفترة لم تعدم بعض الفقهاء المجتهدين أمثال: ابن تيمية وتلميذه ابن القيم والإمام أبو حامد الغزالي، وغيرهم ممن حصلوا لواء الاجتهاد في الفقه الإسلامي.

وفي العصر الحديث يبرز الإمام محمد عبده فقيها مجتهدا وزعيما لمدرسة في التفسير أعادت للشريعة الإسلامية دورها في تنظيم حياة المسلمين.

ويشهد العالم الإسلامي في الوقت الحاضر حركة فقهية نشطة تستهدف إعادة الحياة إلى الفقه الإسلامي، وترمي إلى توظيف ذلك الفقه في بناء النظم القانونية المعاصرة على أسس إسلامية.<sup>(1)</sup>

يبقى على القاضي والفقيه، الإحاطة بأعمال الفقه الإسلامي على الأقل في المذهب الذي يتخصص فيه **أو الذي يقوم بالقضاء طبقا له.**<sup>(2)</sup>

أما من الناحية القانونية فإن المشرع قد يستهدي بالفقه عندما يكشف هذا الأخير عن عيوب النص القانوني، فيلجأ في هذه الحالة إلى اقتراح مشروع قانون جديد أو معدل يتبنى رأي الفقه.

ومن جانب آخر يمكن للسلطة التشريعية الاستعانة بفقهاء عند مناقشة مشروع قانون معد من قبل الحكومة، ولهذا الأخيرة أيضا الحق في الاستعانة بخبراء وفقهاء لإعداد مشروع القانون، غير أن آرائهم تبقى في كل الحالات غير ملزمة بل تؤخذ على سبيل الاستدلال.

أما بالنسبة للقاضي فكثيرا ما يستعين قضاة المحكمة العليا بالآراء الفقهية في وضع اجتهاداتهم، وغالبا ما تكون هذه الآراء مدونة في إطار تعليقات أو قرارات قضائية.

ثم إن غزو التقنية لنظرية القانون أو جد مصطلحات جديدة يعجز القاضي عن فهمها دون الاستعانة بفقهاء وخبراء تقنيين مختصون في مسألة تقنية بعينها وعلى سبيل المثال: يقتضي فهم جريمة القرصنة المعلوماتية التي ترد على بطاقة ائتمان مصرفية فهم الركن المادي لهذه الجريمة، والذي هو فعل تقني في الأساس حتى يمكنه شرح القاعدة أو تطبيق العقوبة المناسبة بشأنها.

هذا وإذا كان دور الفقه في الدول الغربية مهماً وقيمة تفسيراته ذات بال. فإنه في بلادنا لا يزال في

(1)- محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 60-61.

(2)- محمد سليم العوا: المرجع السابق، ص 60-61.

## الباب الأول ..... الفصل الثاني: التفسير: أنواعه، دراسته، موضوعه

طور التكوّن ومرحلة النشوء والتشكّل، وبالتالي لا يزال أثره محدوداً، ذلك أن المؤلفين قليلو العدد وأن الأبحاث الفقهية نادرة، ثم إن هذه الأعمال إضافة إلى قيمتها هي إما ملتصقة بالنصوص القانونية محاذاة لها إلى درجة أنها تبدو وكأنها مجرد أعمال تقنية بحتة جردت من روح الجرأة والإبداع واختيارات التحديث والتجديد فال بها الأمر إلى التصادم مع فقه القضاء ذي التزعة المحافظة الغالبة.

ولكن ذلك لا يمنعنا من أن نأمل أن يرى الفقه والتفسير الفقهي في المستقبل تنامياً واطتراداً، وأن يليه القضاء في المستقبل العناية التي يستحق والاعتبار الذي به يصبح ذا شأن في نظامنا القانوني.

### المطلب الرابع: التفسير الإداري.

هذا المطلب يبدأ بتعريف التفسير الإداري في الفرع الأول، ثم خصائص التفسير الإداري في الفرع الثاني ومدى الاحتجاج بتفسير جهات الإدارة أمام المحاكم الجنائية في فرع ثالث.

### الفرع الأول: تعريف التفسير الإداري.

لما كان التنظيم المتبع حالياً في جميع أجهزة الدولة، يؤدي إلى إيجاد هيكل تنظيمي داخل كل وزارة أو قطاع عمومي يتخذ شكلاً هرمياً، ترتبط فيه المستويات الوظيفية بتسلسل رئاسي يكون على قمته الوزير المختص، فإن حسن تطبيق القانون وتوحيد تفسيره داخل هذا الشكل الهرمي، يتطلب أن تصدر الوزارات قرارات أو تعليمات أو مذكرات ومنشورات تفسيرية داخلية إلى موظفيها، تلزمهم بواسطتها إتباع أسلوب معين في العمل، وذلك بهدف تحقيق التكامل والتنسيق في تفسير القانون وتطبيقه في سائر الإدارات التابعة لها، وهذا العمل هو ما يسمى في الإصطلاح الفقهي بالتفسير الإداري<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: خصائص التفسير الإداري.

يتميز التفسير الإداري بخصائص هي:

**الخاصية الأولى:** أنه ذو طابع عملي، لأنه يصدر بهدف تطبيق التشريعات واللوائح والقرارات على الحالات الواقعية التي تُعرض على المفسر.

(1) - أنظر: في معنى التفسير الإداري، رفاعي سيد سعد: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 140. / محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 63.

## الباب الأول ..... الفصل الثاني: التفسير: أنواعه، مدرسه، موضوعه

الخاصية الثانية: أنه غير ملزم ما لم يقر المشرع اعتباره ملزماً<sup>(1)</sup>، على أن بعض الفقه يثير تساؤلاً هاماً<sup>(2)</sup> حول مدى صحة وجدوى اللجوء إلى التفسير الإداري الملزم، لأنه في الواقع إذا كان التفسير الإداري الملزم يجب إصدار تشريعات تفسيرية تستغرق وقتاً طويلاً، إلا أنه يعاب على هذا التفسير صدوره عن أشخاص تعوزهم الخبرة القانونية اللازمة للقيام بعملية التفسير.

### الفرع الثالث: مدى الاحتجاج بتفسير جهات الإدارة أمام المحاكم الجنائية.

هل يجوز الاستناد إلى تفسير صادر عن جهة إدارية في الدفاع عن متهم أمام المحاكم الجنائية؟ ذلك أنه قد يحدث في بعض الحالات أن يقدم متهم على إثبات سلوك معين معتقداً أنه مباح، استناداً إلى تفسير خاطئ لنصوص القانون الجنائي صادر عن سلطة إدارية أو موظف عام أو هيئة إدارية مختصة بتفسير ذلك القانون وتطبيقه.

وفي هذه الحالة هل يجوز للمتهم أن يستند إلى ذلك التفسير الخاطئ؟؟. ويعد ذلك سبباً كافياً لعدم مساءلته جنائياً.<sup>(3)</sup>

على أنه قد يحدث في بعض الحالات أن يتوجه شخص إلى جهة إدارية معينة طالباً مشورتها قبل القيام بعمل فتخبره تلك الجهة بأن ما سيقوم به لا يقع تحت طائلة قانون العقوبات. ثم يتضح أن ما أبدته الجهة الإدارية من مشورة كان خطأً. فهل يعاقب ذلك الشخص في هذه الحالة...؟.

يجيب على هذا التساؤل الفقيهان " هول " و " سليجمان " " Hall and Seligman " قولهما: إن سلطات الاتهام المحلية في الولايات المتحدة من واجبها تقديم المشورة القانونية للموظفين المحليين في دائرة اختصاصها.<sup>(4)</sup>

ويبدو من الإجابة السابقة أنه لا يجوز للقضاء أن يدين هؤلاء الأشخاص الذين أتوا تلك الأفعال بناء على فتوى بإباحتها من سلطات الاتهام المحلية، وتطبيقاً لذلك ذهبت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية إلى إلغاء حكم صادر بإدانة أشخاص تظاهروا بالقرب من مقر المحكمة، إلا أنهم قاموا بهذا العمل

(1) - محمد سليم العوا: المرجع نفسه، ص 63.

(2) - رفاعي سيد سعد: تفسير النصوص الجنائية، المرجع السابق، ص 140 وما بعدها.

(3) - هذا ما نصت عليه: (6) (3) Model Penal Code (USA) 5.2.04.

ذكر هذا وأشار إليه: محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 65.

(4) - المرجع نفسه، ص 65.



استنادا إلى رأي مدير البوليس الذي أخبرهم بحقهم في التظاهر على بعد 101 قدم من مدخل المحكمة.<sup>(1)</sup>  
أما بالنسبة للقضاء الفرنسي، فقد قضت محكمة "بُو" Cour de pau ببراءة سيدة كانت تمارس حرفة علاج بعض عيوب النظر عن طريق رياضة العين، وقد قامت هذه السيدة قبل ممارسة مهنتها بالاستفسار عن مدى شرعية نشاطها وما إذا كان يعد من قبيل مزاوله مهنة الطب بدون ترخيص، فاستشارت في ذلك: سكرتير نقابة الأطباء ومدير الصحة في المقاطعة وعميد أطباء العيون الذين أكدوا لها أن نشاطها مشروع. غير أنه بعد مضي فترة من الزمن اهتمت بمزاوله الطب بغير ترخيص، غير أن المحكمة برأتها لأنها اعتقدت بحسن نية أنها لا تتعرض لعقاب القانون.

والراجح أن البراءة استندت كما يقول الأستاذ العميد محمود نجيب حسني إلى أنه: " لا يمكن إلزام المتهم بأن تفسر القانون تفسيرا أشد مما يقدره له صفة ممثلون الهيئات التي تسهر على احترامه"<sup>(2)</sup>

ومما سبق نستخلص أن التفسير الإداري، ذو طابع عملي لأنه يصدر بهدف تطبيق التشريعات واللوائح والقرارات على الحالات الواقعية التي تعرض على المفسر، وهو نوع قائم بذاته يختلف عن أنواع التفسير الأخرى من حيث مصدره الذي هو السلطة التنفيذية والإدارات التابعة لها.

فهو إذن تفسير مستقل بذاته لا تكون له إلا قيمة فقهية شخصية، وهو إن كان ملزما للموظفين الخاضعين تدرجا للسلطة التي أصدرته، فهو غير ملزم للمحاكم على اختلاف درجاتها، ما لم يقرر الشارع اعتباره ملزما<sup>(3)</sup>.

مما تقدم نخلص إلى أن التفسير الصادر من جهات الإدارة والتفسير الفقهي ليس لهما قوة ملزمة، وإن كان القضاء لا يهملهما -عادة- عند تعرضه لتفسير القاعدة القانونية.

أما التفسير القضائي فهو بحسب الأصل غير ملزم للمحاكم، فيجوز لها أن تعدل عن تفسير سابق إلى تفسير آخر لذات النص تراه أقرب إلى تحقيق العدالة أو أكثر ملاءمة للظروف الاجتماعية.

(1)- المرجع نفسه، ص 66.

(2)- محمد نجيب حسني: النظرية العامة للقصد الجنائي، دراسة تأصيلية مقارنة لركن المعنوي في الجرائم العمدية، دار النهضة العربية، 1978، ص 148.

(3)- رفاعي سيد سعد، تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 140.

وحيث يتدخل المشرع فيصدر قانونا تفسيريا لقانون آخر، فإن القانون التفسيري يتمتع بقوة ملزمة مماثلة لقوة التشريع الذي صدر تفسيرا له.

### المبحث الثاني: مدارس

التفسير

تباين طرق التفسير تبعا لاختلاف مدارسه، وهذه تختلف طبقا لإختلاف النظر في بيان أصل القانون وأساسه.

وإذا كان قد ساد الفقه، ثلاث اتجاهات في أصل القانون<sup>(1)</sup>، فإننا نجد أن مدارس التفسير طبقا لما يعرضه الفقه ثلاث مدارس أيضا، إذ أن هذا الفقه قد ربط مذهب التفسير بنظريات أصل

<sup>(1)</sup> -الأصل الأول يكون أساس القانون مرتكزا على إرادة الدولة وتكون مصادره محصورة في التشريع، في حين أن الأصل الثاني ينظر إلى القانون على أساس أنه ظاهرة اجتماعية تنبع من ضمير الجماعة، وبين الاتجاهين السابقين ظهر الاتجاه الحديث في النظر إلى أن أصل القانون وهو ما نادى به "François Géný" من أن القانون جوهر وصياغة.

القانون.

وفي هذا المبحث سنتحدث عن مدارس التفسير في القانون وما يقابلها عند علماء الإسلام، ونختم الحديث عن هذه المدارس جميعاً عن بيان الاتجاه المتبع في الجزائر بشأن تفسير النصوص.

### المطلب الأول: مدرسة التزام النص "الشرح على المتون".

يتضمن هذا المطلب الأسس التي قامت عليها مدرسة إلتزام النص في الفرع الأول، ثم تقويم هذه المدرسة في الفرع الثاني، وأخيراً علاقة هذه الأخيرة بالفقه الإسلامي في الفرع الثالث.

تكونت هذه المدرسة في فرنسا عقب صدور مجموعة قوانين نابوليون<sup>(1)</sup> حيث بدأ الشراح ينظرون إلى تلك التقنيات نظرة تقديس، ويعتبرونها كاملة مشتملة على كل القانون<sup>(2)</sup>.

وقد اتسمت هذه التقنيات بروعة البناء القانوني الذي أهرقها هذه المدرسة، لدرجة أنه حجب عنهم رؤية الأسس التي قامت عليها تلك التقنيات، والتي نظروا إليها نظرة إجلال تقارب التقديس<sup>(3)</sup>.

مرّقه هذه المدرسة بثلاث مراحل:

المرحلة الأولى: مرحلة التكوين: وكانت العناية في هذه الفترة بالشرح الحرفي للنصوص نصاً نصاً .

المرحلة الثانية: مرحلة الإزدهار: بدت الحاجة إلى تكملة النصوص عقب مرور مدة من الزمن على صدور التقنين، تغيرت خلالها كثيراً من العلاقات الاقتصادية وتكونت حقوق جديدة، لم تعد النصوص تستوعبها، تميز الفقهاء خلالها بالبحث عن إرادة المشرع الحقيقية، فان لم يجدوها افتراضوها افتراضاً .

المرحلة الثالثة: مرحلة الانهيار: وفي هذه الفترة كان همّ فقهاء هذه المدرسة دراسة الأحكام التي استقر عليها القضاء، كما اهتموا بالقانون المقارن على نحو زرع أسسها<sup>(4)</sup>.

### الفرع الأول: أسس مدرسة التزام النص "الشرح على المتون".

نستخلص الأسس التي قام عليها فقه مدرسة التزام النص "الشرح على المتون" في:

(1) - صدرت مجموعة قوانين نابوليون سنة، 1804، أنظر: صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون والشريعة مرجع سابق، ص141

(2) - محمد اديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص117، 118.

(3) - من أقوال أحد فقهاء هذه المدرسة ديولومب "Demolonbe" «... إن شعاري والعقيدة التي أؤمن بها هي أن النصوص قبل كل شيء...». أنظر: سليمان مرقص: فلسفة القانون، دار صادر، لبنان، 1992، ص233.

(4) - محمد صبري السعدي: تفسير نصوص القانون والشريعة، مرجع سابق، ص142.

أولاً: تقديس النصوص التشريعية.

تقوم مدرسة الشرح على المتون على تقديس إرادة المشرع، فهي ترى بأن القانون بكل قواعده مصدره التشريع وخاصة مجموعة نابليون<sup>(1)</sup>، فالنظام القانوني كله يتضمن في التشريع، لذا حوت النصوص كل القواعد القانونية، ولم تفرط فيها من شيء، إذ يتضمن التشريع الحل لكل مشكلة تعرض.

ومهمة الفقيه أو القاضي تتجلى في أن يقوم باستعراض نصوص التشريع ويفسرها واحداً واحداً، بحثاً عن الحكم الواجب التطبيق على الحالة الواقعية أو التراع المعروض.

وليس للقاضي أن يدعي عجزه عن استخلاص القاعدة القانونية التي تحكم التراع، إذ الرأي حسب -أنصار هذه المدرسة- أن العيب أو العجز إنّما هو في القاضي، وليس في المشرع أو التشريع لكون التشريع كاملاً دائماً ولكن القاضي لم يحسن التفسير<sup>(2)</sup>.

ثانياً: تقديس إرادة المشرع.

ليت هذه المدرسة قدست النص فحسب، ثم سمحت لنفسها بشيء من الحرية في تفسيره تستخلص به ما يحتمله من معاني تلائم الظروف المستجدة، إذ الواقع أنها بالعكس من ذلك لم تقدس النص إلا لأنها رأت فيه التعبير عن إرادة المشرع، فقصد المشرع ونيتته من صميم فقه مدرسة الشرح على المتون<sup>(3)</sup>.

على أن شرّاح المتون مع تشبّهم بإرادة المشرع لا يقفون دائماً عند الإرادة الحقيقية خصوصاً إذا لم يصل إليها المفسر، بل إنهم يستيحبون لأنفسهم تجاوزها إلى الإرادة المفترضة<sup>(4)</sup>، وفي مثل هذه الحالات

(1) -لخص أحد زعماء هذه المدرسة هذا الشعار في عبارة مشهورة: قال: «أنا لا أعرف القانون المدني، وإنما أشرح مجموعة نابليون»  
أنظر: الطيب الفصائلي: الوجيز في المدخل لدراسة القانون، ط2، 1414-1993م، ج1، ص176.

(2) -محمد الجمال: تجديد النظرية العامة للقانون، (نحو توظيف أصول الفقه الإسلامي في بناء أصول القانون)، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1998، ص258-259.

(3) - يتبين هذا بجلاء مما قاله أحد أقطابه «...إن إرادة المشرع هي أساس القانون، فروح التشريع هي خير مرشد لنا، فبتعين علينا أن نغلبها على عباراته، بمعنى أننا لا نسلم بكل النتائج المستنتجة من حرفية النصوص ولا نغفل كل تلك التي لا نستنتج منها في صراحة ووضوح...».

أنظر الطيب الفصائلي: الوجيز في المدخل لدراسة القانون، مرجع سابق، ص176، 177

(4) -اعتبرت هذه المدرسة أن تفسير القانون يشابه إلى حد كبير تفسير العقود التي يرمها الأفراد نتيجة تعاملهم، فكما أنه يتعين البحث عن إرادة المتعاقدين في العقود، فإنه يتحتم على المفسر أن يبحث عن الإرادة الحقيقية للمشرع الذي وضع النص القانوني ومن وحدها فلا يحق له أن يجحد عنها بدعوى أنها لا تسائر ظروف المجتمع ومعطياته.

يستعان للكشف عن هذه الإرادة المفترضة بوسائل عدة أهمها:

استعراض السوابق التاريخية وكذا الاستعانة بالأعمال التحضيرية التي صاحبت تحرير القانون أو القوانين السابقة، فإذا لم يفد ذلك أمكن افتراض إرادة المشرع بتقدير النتائج التي يؤدي إليها تطبيق القانون<sup>(1)</sup>.

### ثالثا: احتكار المشرع إنتاج القانون.

بلغ تقديس هذه المدرسة لإرادة المشرع حد عدم الاعتراف بمصادر القانون الأخرى، إلا إذا أجازها المشرع، وبالقدر الذي أجازها به، فالعرف مثلا لا يعتبر مصدرا للقانون إلا بناء على إجازة المشرع الضمنية، ويذهب شرّاح المتون إلى حد القول بإنكار حق القاضي في استلهاهم وحي العدالة عند عدم وجود نص لحكم الحالة المعروضة عليه<sup>(2)</sup>، بل منهم من يذهب إلى حد إدعاء العصمة للمشرع، فليس هناك فكر أسمى من فكره ولا عدالة فوق عدالته.

### الفرع الثاني: تقويم مدرسة التزام النص "الشرح على المتون".

مما يسجل إيجابا لهذه المدرسة أنها تمنع تحكم القضاة وتحقق الاستقرار الذي يجب توافره للروابط القانونية واحترام نصوص التشريع وثباته<sup>(3)</sup>.

**ومما يسجل على هذه المدرسة** سلبا القول بأن القانون هو إرادة الدولة<sup>(4)</sup>، فالتشريع هو المصدر الوحيد للقانون، ومن المعروف أن هناك مصادر أخرى تستقى منها القاعدة القانونية، وأن حصر القانون الوضعي في التشريع الذي هو محض إرادة المشرع يجعل قواعد القانون عملا تحكما محضا، ويصبح عمل المفسر عملا آليا هو الكشف عن قصد المشرع والخضوع لهذا القصد مهما كان مضمونه<sup>(5)</sup>.

كما أن حصر القانون في التشريع، وفي نية المشرع والقول بشمول هذا التشريع يحول دون التطور القانوني، إذ كيف يمكن تطبيق نص مضى عليه ربح من الزمان على الحالات المتغيرة المتطورة طالما

---

أنظر: خالد الوزاني: مناهج تفسير النصوص بين علماء الشريعة وفقهاء القانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص115.

(1) -أمال جلال: محاضرات في المدخل لدراسة القانون، دار المعارف، 1979، ص 252.

(2) -محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون والشريعة مرجع سابق، ص 146.

(3) -محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج1، ص 122-123.

(4) محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون والشريعة، مرجع سابق، ص155.

(5) المرجع نفسه، ص156.

## الباب الأول ..... الفصل الثاني: التفسير: أنواعه، مدرسه، موضوعه

نتمسك بحرفية النص وبنية المشرع وفكره، في عهد بعيد مضى وفي ظروف مختلفة وواقع قديم؟

فالتشريع مهما كان دقيقا، فلا يستطيع أن يشمل إلا طائفة محددة من العلاقات والروابط الاجتماعية. كما أن الجمود الذي تعاملت به هذه المدرسة في الثبات على النص وعدم النظر إلى المستجدات يجعل القانون لا يواكب التطورات المختلفة في الحياة، ولا يجعل القانون بالتالي منسجما مع احتياجات الناس المتجددة<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: مدرسة التزام النص والفقهاء الإسلاميين.

من خلال ما تقدم من الحديث عن الأسس التي قامت عليها المدرسة، نجد أن هناك تشابها بينها وبين بعض المناهج المتبعة عند العلماء المسلمين، حيث أن التزام النص يشكل محورا أساسيا يلتقي عليه علماء الشريعة، ولهذا فإن المدارس الإسلامية كافة تلتقي على كتاب الله سبحانه وتعالى وسنة نبيه ﷺ إضافة إلى ما أحالا إليه من مصادر أخرى<sup>(2)</sup>.

ولما كانت الشريعة الإسلامية قوامها النصوص الشرعية، أصبح وجود النص مانعا من استمداد الحكم من غيره، وأصبح الحكم الشرعي قاطعا لا اجتهاد فيه، إذ لا اجتهاد في مورد النص.

وهنا تلتقي مدرسة التزام النص مع علماء الشريعة في التمسك بالنص وعدم تجاوزه والخروج عنه<sup>(3)</sup>.

**وما يقول به فقهاء التزام النص من شمول النص لجميع الأحكام، يقول به الظاهرية<sup>(4)</sup>، فمدرسة أهل الظاهر لا تعترف بغير النص دليلا تستمد منه الأحكام، حتى الإجماع لا بد له من مستند يستند إليه وهو النص كما ذكر ابن حزم رحمه الله وفي ذلك يقول «فالحكم فيما لا نص فيه شرع لم يأذن به الله تعالى»<sup>(5)</sup>.**

ويقوم مذهب الظاهرية على الوقوف عند ظاهر النص وعدم التعليل، ولهذا فمنهجهم في التفسير يقوم على التوقف عند ألفاظ النص وعدم ربط الأحكام بالمقاصد، وهذا المنهج أوقعهم في أخطاء كبيرة أبعدهم

(1)-مصطفى الجمال: تجديد النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص260/محمد صبري السعدي: تفسير النصوص، مرجع سابق، ص157.

(2)-عبد المهدي محمد سعيد العجلوني: قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني، دراسة أصولية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005، ص82.

(3)-المرجع نفسه، ص82.

(4)-ابن حزم الظاهري: الإحكام في أصول الأحكام، ط1، 1405هـ-1983، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج7، ص386.

(5)- ابن حزم: المحلى، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ج10، ص325.

## الباب الأول ..... الفصل الثاني: التفسير: أنواعه، دراسته، موضوعه

في الكثير من الأحيان عن روح الشريعة الإسلامية ومقاصدها<sup>(1)</sup>.

إلا أن ابن حزم استطاع معالجة كثير من الوقائع من خلال الأخذ بالكليات<sup>(2)</sup>، ومن أمثلة ذلك استدلاله على ثبوت حق الأم في حضانة الصغير إذا كانت مأمونة في دينها ودينهاها<sup>(3)</sup>، وذلك لقوله ﷺ ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾<sup>(4)</sup> فلا يجوز نقله أو نقلها عن وضع جعلهما الله فيه بغير نص، ولم يأت نص صحيح بأن الأم إذا تزوجت سقط حقها في الحضانة<sup>(5)</sup>.

واستدل بما رواه البخاري عن أبي هريرة: «قال رجل يا رسول الله ﷺ من أحق الناس بحسن صحابتي؟ قال: أمك، قال: ثم من؟ قال: أمك، قال: ثم من؟ قال: أمك، قال: ثم من؟ قال: أبوك»<sup>(6)</sup>  
قال ابن حزم: «فهذا نص حلي في إيجاب الحضانة لأئمة صحبة»<sup>(7)</sup>

ومن التطبيقات المعاصرة لمدرسة التزام النص في الفتاوى المعاصرة دون مراعاة مقصد الشارع عند التطبيق، ما أفتى به بعض المعاصرين من عدم جريان الربا في الأوراق النقدية، بحجة أن النص قد جاء في الذهب والفضة و**حدهما وبعدهم وجوب** الزكاة فيها إلا أن تطيب نفس المزكي بالتبرع بشيء من ذلك.<sup>(8)</sup>  
وفي ذلك يعلّق يوسف القرضاوي: «... كيف ساغ لهؤلاء أن تطيب نفس المزكي بالتبرع بشيء من ذلك»<sup>(9)</sup>  
هذه النقود ويجوزوا الربا لأنها ليست ذهباً ولا فضة لولا هذه التزعة الظاهرية الحرفية التي ذهبت بهم بعيداً عن الصواب...»<sup>(9)</sup>

(1) -عبد المهدي العجلوني: قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها، مرجع سابق، ص 83.

(2) -المرجع نفسه، ص 84.

(3) -ابن حزم: المحلى، المرجع السابق، ج 10، ص 323.

(4) -سورة البقرة، الآية 233.

(5) - ابن حزم ا: المحلى، المرجع السابق، ص 323.

(6) -جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله من أحق الناس بحسن صحابتي؟ قال ( أمك ) . قال ثم من؟ قال ( ثم أمك )  
قال ثم من؟ قال ( ثم أمك ) . قال ثم من؟ قال ( ثم أبوك ) . صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب 2 من أحق الناس بحسن الصحبة، ح 5626 - (2227/5)

-الجامع الصحيح: البخاري، تحقيق وتعليق مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير اليمامة بيروت، ط 3، 1407 - 1987، ج 6.

(7) -ابن حزم: المحلى، مرجع سابق، ج 10، ص 325.

(8) -عبد المهدي العجلوني: قواعد تفسير النصوص، مرجع سابق، ص 86.

(9) -يوسف القرضاوي السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، ط 1، 1421-2000، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص 224 - 225.

## الباب الأول ..... الفصل الثاني: التفسير: أنواعه، دراسته، موضوعه

وفي علاقة مدرسة التزام النص بالتشريع الإسلامي، نلاحظ أن هذه المدرسة ترى شمول التشريع للقانون، ومع الفارق الكبير بين النصوص القانونية الوضعية وبين التشريع الإسلامي، فإن علماء الشريعة ليسوا على رأي واحد في شمول النصوص لجميع الأحكام، حيث يرى بعضهم أنها شاملة ويرى غيرهم أنها ليست كذلك<sup>(1)</sup>.

فابن تيمية يرى أن النصوص شاملة لأحكام أفعال العباد<sup>(2)</sup>، وهذا لا يعني إدراجه ضمن مدرسة التزام النص، بل إنه على نقيض ذلك من حيث مراعاته لمقاصد الشريعة عند تطبيق الحكم<sup>(3)</sup>، ولهذا فإن ابن تيمية تيمية قد انفرد بالكثير من الاجتهادات التي خالف فيها المذاهب الأربعة، فقد أصل لمدرسة مقاصدية تهتم بمقصود النص دون الخروج عليه، حيث أن ابن تيمية يعد ممن لم يجعل النص شاملا لأحكام أفعال العباد غير فاهم لمعاني النصوص<sup>(4)</sup>.

والناظر في منهج علماء الأصول يرى أنهم يراعون مقصد الشارع عند تطبيق النص، إذ لا يطبقون النص تطبيقا آليا دون النظر في مآله، وهم في ذلك لا يتفقون مع مدرسة التزام النص في هذا المجال<sup>(5)</sup>.

وخلاصة ما تقدم أن مدرسة التزام النص قدست نصوص التشريع حتى لكأن نصوصه تتريل من عند الله الحكيم، وهذه المدرسة تشبه إلى حد ما مدرسة أهل الحديث الذين يقفون عند النصوص يحملونها معاني كثيرة بطريق القياس أو مفهوم الموافقة أو مفهوم المخالفة، ولا يخرجون على مقتضى النص حتى ولو تغيرت العلة التي من أجلها شرع الحكم، أو كان الحكم واردا لحالة خاصة فيجعلونه شرعا عاما أبديا<sup>(6)</sup>.

وإذا كان هؤلاء عذرهم في تقديس نصوص تشريعية نزل بها الوحي، فأبي عذر لأولئك الذين يقدسون نصوصا تشريعية من وضع البشر، تغير عليها الزمن، وتبدلت ملابسها...؟! !

### المطلب الثاني: مدرسة التطور التاريخي "المدرسة الاجتماعية".

يتناول هذا المطلب أسس مدرسة التطور التاريخي في الفرع الأول ثم تقوم مدرسة التطور التاريخي في

(1)-عبد المهدي العجلوني، المرجع السابق، ص 87.

(2)-ابن تيمية: شمول النصوص لأحكام أفعال العباد، تحقيق: صالح حاسم المهدي، ط1، مطبوعات إدارة الشؤون الإسلامية، الدوحة، قطر، ص 1-2.

(3)-عبد المهدي العجلوني: المرجع السابق، ص 88.

(4)-المرجع نفسه، ص 88.

(5)-المرجع نفسه، ص 87.

(6)-خالد وزاين: مناهج تفسير النصوص بين الشريعة وفقهاء القانون، مرجع سابق، ص 177.



## الباب الأول ..... الفصل الثاني: التفسير: أنواعه، دراسته، موضوعه

الفرع الثاني أما علاقة هذه المدرسة بالفقه الإسلامي فسيكون بالفرع الثالث.

يرجع الفضل في التنبيه إلى هذه المدرسة إلى العالم الفرنسي مونتسكيو "Montesqueiu" في كتابه الشهير "روح القوانين" "L'esprit des Lois" الذي أبرز فيه أن القوانين نتيجة العوامل المختلفة في البيئة التي تنشأ فيها، والتي تشكل روح القوانين، بعد أن لاحظ اختلاف هذه الأخيرة من بيئة إلى بيئة ومن عصر إلى آخر (1).

وتبلورت فكرتها في ألمانيا على يد العالم الألماني "سافيني" (2) "Saviny" الذي دعا إلى تقنين القانون الألماني أسوة بتقنين القانون الفرنسي، وأيده في هذا بعض الفقهاء الفرنسيين ومنهم الفقيه "سالي" "Saly".

تقوم هذه المدرسة على أساس أن القانون ليس وليد إرادة واعية مدبرة بل هو وليد حاجات المجتمع الاجتماعية والاقتصادية...

فهي ترى أن التفسير إذا اتجه إلى البحث عن نية المشرع وقت وضع التشريع يؤدي إلى حكم وضع في ظروف قد تكون مغايرة كل المغايرة لظروف المجتمع في الوقت الذي يتم فيه التفسير ويراد التطبيق، فلا يكون ذلك الحكم وليد الظروف الجديدة، ولا يمكن أن يطابق حاجات المجتمع الحديثة (3).

فالرأي عند هذه المدرسة أن النص ينفصل عن إرادته واضعه بمجرد صدوره، ويصبح له كيان مستقل يتطور تبعاً للظروف، وأن التفسير يجب أن يتوخى البحث عن النية التي كان يتجه إليها المشرع لو أنه وضعه في الظروف المحيطة بالفقيه وبالقاضي الذي يتولى التطبيق.

**وهذه النية إذا لم تكن هي النية الحقيقية لواضع النص فيمكن اعتبارها نية المحتملة (4)**

وترمي هذه المدرسة في التفسير إلى اكتساب النصوص التشريعية مرونة تجعلها قابلة للتطور وصالحة لمواجهة الظروف الاقتصادية والاجتماعية المتجددة (5).

**الفرع الأول: أسس المدرسة التاريخية "الاجتماعية".**

(1) - سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 220-221/محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون والشريعة، مرجع سابق، ص 168.

(2) - سليمان مرقص: فلسفة القانون، مرجع سابق، ص 249-250.

(3) - سليمان مرقص: مدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 245.

(4) - سليمان مرقص: فلسفة القانون، مرجع سابق، ص 250.

(5) - المرجع نفسه، ص 250.

## الباب الأول ..... الفصل الثاني: التفسير: أنواعه، دراسته، موضوعه

تقوم المدرسة التاريخية الاجتماعية على أسس تتلخص:

**أولاً:** لا يوجد قانون طبيعي ثابت لا في الزمان ولا في المكان، بمعنى أن القانون ليس واحداً مثالياً صالحاً لكل زمان ومكان، ولكن القوانين تتعدد بتعدد الأمم وتختلف باختلافها ويصحبها التغيير من فترة إلى أخرى تبعاً لتغير كل أمة.

**ثانياً:** القانون ليس وليد إرادة المشرع أو السلطان ومن هنا فلا يجوز له أن يستبد في وضع التشريع وإنما القانون حدث اجتماعي ينشأ مع الجماعة وينمو معها ويتطور بتطورها<sup>(1)</sup>

**ثالثاً:** يعتبر العرف مصدر القانون الأمثل في مفهوم هذه المدرسة، ومن ثم فهو أفضل من التشريع، ويستطيع أن يلغيه إذا خالفه ويتميز عنه أنه يترك للقانون الحرية في التطور<sup>(2)</sup>.

**رابعاً:** إن وظيفة المشرع في خصوص تطورات القانون هي وظيفة سلبية إذ تقتصر على مراقبة ذلك التطور وتسجيله في نصوص قانونية، بينما يتطور القانون ذاتياً وتلقائياً في ضمير الجماعة، وما على المشرع -بل من واجبه - إلا أن يراقب هذا التطور ويحرص على تسجيل تلك التطورات الجديدة مما يعني -بل يقتضي - ضرورة تعديل النصوص القديمة أولاً بأول لتستجيب للحاجات الجديدة والمصالح المتطورة<sup>(3)</sup>.

**خامساً:** تفسير التشريع لا ينبغي أن يكون تفسيراً لإرادة المشرع، بل يجب أن يستقل التشريع عن المشرع ويعيش حياته المستقلة في الجماعة ذاتها، ويخضع في تفسيره لكل التطورات التي حدثت داخل الجماعة<sup>(4)</sup>.

**سادساً:** لا يجوز بأي حال تقنين القانون في مجموعة دائمة، لأن ذلك من شأنه أن يتعارض مع تطوره ويفرض عليه الجمود، ومن ثم فلا يجوز حبسه في نصوص حتى لا يمنعه من التطور الحر والتلقائي<sup>(5)</sup>.

### الفرع الثاني: تقويم المدرسة التاريخية "الاجتماعية".

تتميز المدرسة التاريخية بأنها تؤدي إلى اكتساب نصوص التشريع المرنة الكافية لملائته لتغير وتطور

(1) - محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون والشريعة، مرجع سابق، ص 171.

(2) - كمال عبد الواحد الجوهري: القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي، ط 1، 1994، ص 400

(3) - المرجع نفسه، ص 401

(4) - محمد شريف أحمد: نظرية تفسير النصوص المدنية، دراسة مقارنة بين الفقهاء المدني والإسلامي، بغداد، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، ص 188.

(5) - محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون والشريعة، مرجع سابق، ص 171.

الظروف الاقتصادية والاجتماعية وغيرها في الجماعة<sup>(1)</sup>، دون حاجة إلى إعادة النظر فيه من وقت لآخر بالتعديل لمواجهة ضغط الظروف الجديدة.

إلا أنه قد وجهت انتقادات لهذه المدرسة يمكن أن نلخصها في:

أولاً: إن ما ذهب إليه هذه المدرسة يتعارض مع المبادئ الدستورية، إذ أنها تخل بمبدأ الفصل بين السلطات، ذلك أن الأخذ بها يفتح المجال للقاضي لأن يخرج عن وظيفته تحت ستار التفسير، فيعدل التشريع وأن يقوم بخلق قواعد قانونية جديدة بحجة أن ذلك هو الإرادة المحتملة للمشرع<sup>(2)</sup>.

ثانياً: ما دام تطبيق النص يجب أن يتلاءم ويتطابق بحسب الحاجة أو فكرة معينة أو لحظة معينة، فإن ذلك يؤدي إلى اختلاف التفسيرات للتشريع الواحد، فتصدر الأحكام القضائية متباينة في الحالات المتماثلة<sup>(3)</sup>.

ثالثاً: يكمن الخطر في عدم ثبات واستقرار القاعدة القانونية، إذ أن وراء البحث عن الإرادة المحتملة يغلب المفسر أو القاضي أفكاره الشخصية وينسبها إلى المشرع، فلا يعرف أطراف العلاقة القانونية مسبقاً القاعدة القانونية التي تحكم هذه العلاقة، لأن تفسير هذه القاعدة وتطبيقها سيختلف باختلاف أفكار المفسر أو القاضي<sup>(4)</sup>.

رابعاً: أخيراً يظهر في اتجاه هذه المدرسة في التفسير مبالغتها في دور العرف كمصدر للقانون- بالرغم من عدم التقليل من هذا الدور- إلى عدم احترام الإرادة التشريعية، وهذا يعني عدم الإلتزام بالتشريع من جانب القاضي، وهو أمر خطير لا يتصور التسليم به<sup>(5)</sup>، إذ أنه لا مجال للشك في أن التشريع قد أصبحت له الصدارة في المجتمعات الحديثة، لأنه الوحيد القادر على سرعة تلبية حاجاتها.

### الفرع الثالث: المدرسة التاريخية "الاجتماعية" والفقهاء الإسلاميين

(1)- المرجع نفسه، ص 175

(2)- المرجع نفسه ص 176 وفي نفس المعنى أنظر: أمال جلال: محاضرات في المدخل لدراسة القانون، مرجع سابق، ص 253.

/الطيب الفصائلي: الوجيز في دراسة القانون، مرجع سابق، ص 177

(3)- محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون والشريعة، مرجع سابق، ص 176. وانظر أيضاً: عصمت عبد المجيد بكر:

أصول تفسير القانون، ط 1، 2004، ص 20.

(4)- عصمت عبد المجيد بكر: المرجع نفسه، ص 21.

(5)- محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة، مرجع سابق، ص 177. وانظر في نفس المعنى: عبد الفتاح عبد

الباقي: نظرية القانون مرجع سابق، ص 288. / عصمت عبد المجيد بكر: أصول تفسير القانون، مرجع سابق، ص 21.

## الباب الأول ..... الفصل الثاني: التفسير: أنواعه، دراسته، موضوعه

إن النص الشرعي - قرآنا وسنة - رسم خططا تشريعية توازن بين النص وما يقتضيه الواقع<sup>(1)</sup> حتى لا يؤدي التطبيق الآلي للنص دون مراعاة الواقع وظروفه إلى مخالفة الشريعة كليا، وبما يحفظ المصالح المقصودة من التشريع أصلا<sup>(2)</sup>، كما يراعي سنة التطور حتى يكون جاريا على أصول الشريعة فيتحقق بذلك عموم الرسالة<sup>(3)</sup>.

وما تراه المدرسة من أن تفسير القوانين وتطبيقها لا يتم بالاعتماد على إرادة واضعيها عند وضعها، وإنما بالاستناد على الضرورات المرتبطة بوقت تطبيقها، له نظير في المنهج الاجتهادي في الإسلام<sup>(4)</sup>، ولكن ليس بالطريقة التي يقول بها فقهاء المدرسة الاجتماعية

فاجتهده يعمل على تطبيق النص على نحو يحقق مقصد الشارع إلا أنه في هذا التطبيق لا يتجاوز النص إذ من القواعد المعروفة في الاجتهاد " لا اجتهاد في مورد النص"<sup>(5)</sup>.

وماقال به أصحاب المدرسة الاجتماعية من أن: "الإجتهاد يملك النصوص" وما نقل عنهم: "نتجاوز القانون المدني بواسطة القانون المدني" لا مجال له في التشريع الإسلامي.

ولعل داعي تجاوز النصوص في منهج هذه المدرسة يرجع إلى طبيعة هذه النصوص التي صيغت من قبل البشر، مما جعلها عرضة للتغيير، خلافا للنصوص الشرعية، حيث جاءت على نحو يتسم بالسعة والمرونة. بما يمكنها من استيعاب المفاهيم المتعلقة بالعدل، - وهو مقصد التشريع-، وعلى نحو كلي ترد إليه الجزئيات وتفهم على مقتضاه، مما يعين على الموازنة بين النص والواقع<sup>(6)</sup>.

ثم إن فكرة فصل النصوص الشرعية عن إرادة الشارع وربطها بالظروف والعوامل المتغيرة، ليس لها محل في مناهج التفسير الإسلامية، وهذا لا يعني جمود الشريعة وعدم مراعاتها للظروف والأحوال، ذلك أن

(1)- من تلك الخطط الاستحسان وسد الذرائع/انظر: عبد المهدي العجلوني، قواعد تفسير النصوص، مرجع سابق، ص 101.

(2)- طريقة هذه المدرسة تشبه إلى حد كبير طريقة نجم الدين الطوفي الحنبلي الذي قدم فيها المصلحة على النص والاجماع انطلاقا من قاعدة «أما كانت المصلحة فثمة شرع الله» حتى ولو تصادمت هذه المصلحة مع نص آخر مادامت تحقق مقصود الشارع.

-انظر: محمد الجمال: النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 261

(3)-عبد المهدي العجلوني: قواعد تفسير النصوص، مرجع سابق، ص 101

(4)-المرجع نفسه، ص 101.

(5)-المرجع نفسه، ص 101.

(6)-عبد المهدي العجلوني: قواعد تفسير النصوص، المرجع السابق، ص 102.

## الباب الأول ..... الفصل الثاني: التفسير: أنواعه، مدرسه، موضوعه

الشريعة الإسلامية قد أفسحت المجال أمام عوامل التطور والتغير لتلعب دورها<sup>(1)</sup>.

ويختلف التطور في الشريعة الإسلامية عن التطور التاريخي من حيث تدخل الإرادة فيه، فالمجتهد هو الذي يقرر تغيير الحكم بناء على تقديره للحاجات المستجدة .

وليس هناك تطور لا شعوري وغير مقصود كما يدعي فقهاء هذه المدرسة في دائرة قواعد القانون، فالإسلام يقر العرف ويقر التطور لغاية معينة هي تحقيق مقاصد التشريع، ولذلك فإن نظرية "ارهرنج" "Ihrens" في الكفاح والتطور تبدو متفقة تماما مع التشريع الإسلامي<sup>(2)</sup>.

وخلاصة هذا المنهج في تفسير النصوص يظهر لنا حقيقة من حقائق الشريعة ويكشف عن سر من أسرارها ذلك هو صلاحيتها لكل زمان ومكان، كما يظهر لنا هذا الاتجاه أن الاجتهاد فرض على علماء الأمة في كل عصر يستنبطون به من نصوص الشرع أحكام ما استجد من حوادث ووقائع، يرجعون بها إلى تلك الأصول الشرعية الجامعة وكتاب الله الخالد وسنة رسوله المدونة المحفوظة.

### المطلب الثالث: مدرسة البحث العلمي الحر.

يجوزي هذا المطلب الأسس التي قامت عليها مدرسة البحث العلمي الحر في الفرع الأول يليها تقويم مدرسة البحث العلمي الحر في الفرع الثاني ثم علاقة هذه المدرسة بالفقه الإسلامي في الفرع الثالث.

تستمد هذه المدرسة أفكارها من المبادئ التي نادى بها الفقيه الفرنسي "فرانسوا جيني" "F.geny" في مؤلفه "طرق تفسير القانون الخاص الوضعي ومصادره"، وكان لهذا المؤلف صدى ضخم في الأوساط العلمية، واتجه الفقه للأخذ به، وبذلك حلت مدرسته محل مدرسة الشرح على المتون التي سادت طوال القرن التاسع عشر، تاركة مكانها للمدرسة الجديدة في طريقها في التفسير<sup>(3)</sup>.

**تنفق هذه المدرسة مع مدرسة الشرح على المتون في تفسير النصوص التشريعية،** وفقا لنية المشرع الحقيقية وقت وضع التشريع<sup>(4)</sup>، وتخالفها في أنه يتمتع على المفسر البحث عن الإرادة المفترضة للمشرع، متى تعذر عليه الوقوف على الإرادة الحقيقية.

<sup>(1)</sup> -لماذا كانت أحكام الشريعة على نوعين: الأول: مسائل لا تتغير بتغير الزمان والمكان وهذه تمثل الثابت التي لا أثر للظروف في تغير حكمها كالعقائد والعبادات وكثير من الاحكام المتعلقة بالأسرة، ولهذا جاءت أحكامها محددة. والنوع الثاني من الأحكام ما يتغير بتغير الظروف والأحوال، وفي هذا القسم اكتفت الشريعة ببيان القواعد العامة، وتركت مجال تفصيل الأحكام فيها للاجتهاد

<sup>(2)</sup> -محمد الشريف أحمد: نظرية تفسير النصوص المدنية، مرجع سابق، ص 201.

<sup>(3)</sup> -محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون والشريعة، مرجع سابق، ص 179.

<sup>(4)</sup> -الطيب الفصايلى: الوجيز في المدخل لدراسة القانون، مرجع سابق، ص 178.

## الباب الأول ..... الفصل الثاني: التفسير: أنواعه، دراسته، موضوعه

وفي حالة انعدام الإرادة الحقيقية للمشرع، فإنه يتعين التسليم بخلو التشريع من القاعدة الواجبة التطبيق، ويكون من الصواب البحث عنها في المصادر الرسمية الأخرى للقانون كالعرف<sup>(1)</sup>، وإذا كان هذا المصدر بدوره خاليا من الإشارة إلى القاعدة فعلى المفسر أن يلجأ إلى البحث العلمي الحر.<sup>(2)</sup>

### الفرع الأول: أسس مدرسة البحث العلمي الحر.

#### أولاً: نقص التشريع وتعدد مصادر القانون.

قام "فرانسوا جيني" "F. geny" بخطوة مهمة، تتمثل في إنكاره على مدرسة الشرح على المتون، ادعاءها بأن المجموعة المدنية "التشريع بوجه عام" تشتمل على القانون كله .

فالتشريع لا يصلح وحده حلاً لكل مسألة، لأنه لا يمكن أن تستمد منه كل القواعد التي تتطلبها العلاقات الاجتماعية المعقدة وغير المحدودة، ولهذا فلا بد من الرجوع إلى مصادر أخرى للقانون غير التشريع، ومن ثم اعترف "جيني" بالعرف مصدراً يسد نقص التشريع<sup>(3)</sup>.

#### ثانياً: احترام الإرادة الحقيقية للمشرع.

وقف "جيني" أمام النص التشريعي واعتبره مقدساً لا يجوز انتهاك حرمة، ولذلك ينبغي أن يقتصر التفسير في رأيه على محاولة البحث عن إرادة المشرع الحقيقية وقت وضع النص، وبذلك يحصر النص التشريعي في نطاق محدد، هذا النطاق هو الذي حدده الشارع عن بيّنة وقصد<sup>(4)</sup>.

#### ثالثاً: رفض الأخذ بالنية المحتملة.

رفض "جيني" أن يساير المدرسة التاريخية المتعلقة بتفسير النصوص حسب نية المشرع المحتملة لجعلها منطبقة على الحالات الجديدة المعروضة، وذهب إلى أنه يجب على المفسر أو القاضي إذا لم يجد حكماً في التشريع ينطبق على الحالة المعروضة عليه، بعد تفسير النصوص في ضوء تقصي قصد الشارع، أن يعتبر الحالة مسكوتاً عن حكمها، وأن يتلمس حكم القاعدة القانونية من مصادر القانون الأخرى.

#### رابعاً: البحث العلمي الحر.

(1)-المرجع نفسه، ص178.

(2)-عبد الودود يحيى: دروس في مبادئ القانون، مرجع سابق، ص175.

(3)-محمد شريف أحمد: تفسير النصوص المدنية، مرجع سابق، ص203

(4)-محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون، مرجع سابق، ص180/محمد شريف أحمد: المرجع نفسه، ص203-204.

## الباب الأول ..... الفصل الثاني: التفسير: أنواعه، مدرسه، موضوعه

يقوم القاضي بالبحث العلمي الحر لكي يستخلص القاعدة القانونية، وذلك بالرجوع إلى العناصر والعوامل المختلفة التي تساهم في خلق القانون، والتي هي مادته الأولية، وهي الحقائق الطبيعية والتاريخية والعقلية والمثالية<sup>(1)</sup>، وهي التي يستلهمها القاضي ليضع القاعدة القانونية ليطبقها على الحالة المعروضة في حالة عدم وجود نص تشريعي.<sup>(2)</sup>

والمفسر لا يصبح مشرعا في رأي "جيني"، لأن الحل الذي يستهدي إليه، لا يتحول إلى قاعدة قانونية ملزمة، حيث لا تتوافر فيه صفة العموم والإلزام إلا فيما يتعلق بهذا النزاع المطروح أمام القاضي<sup>(3)</sup>. وقد سمي "جيني" هذا البحث "حرا"، لأن المفسر يتحرر خلاله من أية سلطة وضعية يجب أن يستمد منها القاعدة التي يطبقها ودعاه "علميا"، لأن المفسر يتحاشى كليا أفكاره الذاتية وتصورات الشخصية، ويستوحي الحقائق من عوامل موضوعية يستقيها من العلم وحده، وعن طريق البحث العلمي الحر<sup>(4)</sup>.

وقد خشى البعض أن يؤدي الاعتراف للقاضي بهذه السلطة إلى شيوع الفوضى، والاضطراب في إيجاد الحلول القانونية التي لا تستند إلى النصوص، ولكن "جيني" "Geny" أوضح فكرته وبيّن أن سلطة القاضي ليست مطلقة، بل مقيّدة بأصول فنية علمية، وخصص "جيني" لإيضاح هذه الفكرة مؤلفا ضخما بعنوان "العلم والصياغة في القانون الخاص الوضعي"، ومن هنا جاءت تسمية مذهب "جيني" "Geny" مذهب العلم والصياغة<sup>(5)</sup>.

### الفرع الثاني: تقويم مدرسة البحث العلمي الحر.

(1)- الحقائق الطبيعية- أو الواقعية- تشمل جميع ما يحيط بالإنسان من ظروف كالمناسخ والأرض والأحوال المعنوية كالحالة الدينية والنفسية والخلقية، كما تشمل الأحوال الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وهذه الحقائق الواقعية هي مادة القانون الأولي وجوهره فهي البيئة التي يتكون فيها القانون، وبناء على تلك الحقائق يأتي العنصر الثاني من عناصر القانون وهو عنصر الصياغة، وأما الحقائق التاريخية فتشمل التطورات التي مرت عليها مختلف النظم القانونية والتي يمكن الوقوف عليها من استقراء التاريخ، كتطور النظم المتعلقة بالأسرة والملكية، وغيرها، وأما الحقائق العقلية فهي القواعد التي يمكن أن يستخلصها العقل من الحقائق الطبيعية والحقائق التاريخية، على أن يقوم العقل بصقلها ثم يخرجها بما يتفق مع الغاية التي وجد القانون من أجلها، وأما الحقائق المثالية فتأتي لتعبر عن آمال الجماعة تحاول تحقيقها على أساس أنها معول عليها للنهوض بالنظام القانوني ليصل إلى درجة الكمال، وهذه يستلهمها أفراد الجماعة من العاطفة لا من التفكير.

انظر: محمد صبري السعدي: تفسير النصوص، مرجع سابق، ص 181، 180.

(2)- المرجع نفسه، ص 181.

(3)- محمد شريف أحمد، تفسير النصوص المدنية، مرجع سابق، ص 206/محمد صبري السعدي: المرجع نفسه، ص 193

(4)- عبد المهدي العجلوني: قواعد تفسير النصوص، مرجع سابق، ص 118.

(5)- محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون، مرجع سابق، ص 181.

يعترف "جيني" في تواضع العالم الفاضل أنه لم يقصد ابتكار نظرية جديدة، بل اقتصر على تحليل النظريات السابقة، وعلى محاولة التوفيق بينها بالجمع بالقدر الصائب في كل منها<sup>(1)</sup>، ومع هذا فإنه يسجل لهذه المدرسة.

أولاً: حاربت المدرسة العلمية العبودية للنصوص، وهي السمة البارزة في مدرسة الشرح على المتون، كما أنكر على هذه المدرسة الادعاء القائل بأن التشريع يشتمل على القانون كله .

ثانياً: أخذ "جيني" "Geny" من مدرسة الشرح على المتون- في حالة وجود نصوص تشريعية - استخلاص القصد الحقيقي للمشرع حتى يحافظ على عنصر الثبات والاستقرار لمعنى النصوص حسب الإرادة الحقيقية للمشرع<sup>(2)</sup>.

ثالثاً: عارض "جيني" المدرسة التاريخية في التفسير في الحالات التي لا يوجد في شأنها نص أو عرف، حتى يمكن تطبيقه على النزاع المعروض، فلم يذهب كما ذهبت المدرسة التاريخية في تفسير النصوص على أساس النية المحتملة للمشرع، ولكنه يرى أن على المفسر أو القاضي في هذه الحالات أن يصل إلى الحل القانوني الواجب التطبيق، باتباع منهج البحث العلمي الحر<sup>(3)</sup>.

رابعاً: لاقت هذه المدرسة تأييداً كبيراً من جانب الفقه<sup>(4)</sup> الذي يرى أن طريقتها في التفسير هو الاتجاه السائد في الوقت الحاضر<sup>(5)</sup>، وأنها وسّعت من مفهوم التفسير فشمّل جميع مصادر القانون، إذ أنه في حالة عجز هذه المصادر عن إعطاء الحلول اللازمة لمواجهة الفروض العملية، فليس هناك ما يمنع من دفع التفسير إلى ما يسمى البحث العلمي الحر.

### الفرع الثالث: مدرسة البحث العلمي الحر والفقه الإسلامي.

من خلال المقارنة بين الأسس التي تقوم عليها المدرسة العلمية مع مبادئ المدرسة الإسلامية، نجد أن هناك أوجه اتفاق، كما أن هناك أوجه اختلاف.

(1)- سليمان مرقص: فلسفة القانون، مرجع سابق، ص 411.

(2)- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 192.

(3)- المرجع نفسه، ص 192.

(4)- جميل الشرقاوي: دروس في أصول القانون، مرجع سابق، ص 203

(5)- محمد صبري: المرجع السابق، ص 194



## الباب الأول ..... الفصل الثاني: التفسير: أنواعه، دراسته، موضوعه

أما عن فكرة عجز التشريع ونقصه، باعتبار أن القانون المكتوب نتاج العقل البشري، وإرادته المحدودة، فأمر لا تقول به المدرسة الإسلامية، لأن النصوص الشرعية منزلة من الله الحكيم الخبير الذي لا حدّ لعمله وقدرته، ولهذا فقد أنزل لنا شريعة محكمة كاملة، صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، وفي ذلك يقول الله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾<sup>(1)</sup>، وقد اختلف العلماء في وجه شمول هذه الشريعة، حيث يرى الظاهرية أن النصوص شاملة لجميع الأحكام<sup>(2)</sup>، وهذا القول يصادم رأي المدرسة العلمية التي لا تقول بشمول التشريع، وإن كانت المدرسة الظاهرية تتفق مع المدرسة العلمية من حيث احترام الإرادة الحقيقية للمشرع عند وضع التشريع، وتتفقان في ذلك أيضا مع مدرسة الشرح على المتن<sup>(3)</sup>.

ويعتبر ابن تيمية أن شمول التشريع للأحكام من حيث الإجمال لا من حيث التفصيل، حيث يرى أن الشريعة لم تنص على كل جزئية، وإن كان يمكن إدراج أي جزئية تحت قاعدة عامة في الشريعة الإسلامية<sup>(4)</sup>.

وهذا القول الأخير يتفق مع المدرسة العلمية في القول بعدم شمول النصوص لجميع الأحكام، وفي هذه الحالة يلجأ المفسر للاجتهاد في معرفة الحكم، ويشهد لصحة مذهب المدرسة العلمية، حديث النبي ﷺ لمعاذ بن جبل حينما بعثه للقضاء في اليمن<sup>(5)</sup>.

أما احترام الإرادة الحقيقية للمشرع وعدم الأخذ بالإرادة المحتملة، الأمر الذي دعا "جيني" إلى الوقوف أمام النص التشريعي واعتباره مقدسا، لا يجوز انتهاك حرمة<sup>(6)</sup>، فيتفق مع منهج الظاهرية من

(1)-سورة المائدة، الآية 3.

(2)-ابن حزم الظاهري: الإحكام في أصول الأحكام، مصدر سابق، ج7، ص386.

(3)-عبد المهدي العجلوني: قواعد تفسير النصوص، مرجع سابق، ص121.

(4)-المرجع نفسه، ص121.

(5)-سبق ذكر الحديث، تخريجه.

- نظرا لإتساع دائرة الفتوحات الإسلامية ثم اختلاط العجم بالعرب احتاج المسلمون إلى من يفسر لهم أمور دينهم، وتفرق الصحابة الكرام في الأمصار وقد كان لتفرقهم هذا آثار علمية حميدة إذ ظهرت إلى الوجود عدة مدارس فقهية تكفلت بحمل العلم ونشره، وهكذا ظهرت مدرسة عبد الله بن مسعود بالكوفة، ومدرسة أبي موسى الأشعري بالبصرة، ومدرسة عبد الله بن عمرو بن العاص بمصر، ولقد أخذ علم التفسير من هؤلاء الأقطاب وتشعب بعد ذلك إلى مذاهب عديدة وكان أعلاها صيتا وأثرها شيوعا هي المذاهب السنية الأربعة.

-أنظر: الوافي المهدي: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية نشأته وتطوره، ط1، دار الثقافة، الدار البيضاء، 1404-1984، ص149.

(6)-عبد المهدي العجلوني: قواعد التفسير، مرجع سابق، ص121.

## الباب الأول ..... الفصل الثاني: التفسير: أنواعه، دراسته، موضوعه

حيث الأخذ بالمعنى الظاهر وعدم التأويل<sup>(1)</sup>، ويؤخذ عليه ما يؤخذ على الظاهرية وعلى مدرسة الشرح على المتنون من ملحوظات تقدمت.

أما البحث العلمي الحر، واعتبار أن المفسر حينما يفتقد النص الواضح يتمصص صفة المشرع، ويتخطى مرحلة التفسير<sup>(2)</sup>، فقريب مما يقول به العلماء من ضرورة الاجتهاد عند فقد النص، إلا أن المفسر في التشريع الإسلامي لا يعتبر مشرعاً، ولا يتمصص صفة المشرع، وإنما يتحرى باجتهاده مقصد الشارع وهو ملزم بالضوابط الشرعية للاجتهاد، وليس له الحرية المطلقة في البحث، إلا من خلال تلك الضوابط<sup>(3)</sup>.

والشريعة الإسلامية لتحيل عند انعدام النص على المصادر الأخرى، وهي بذلك تتفق إلى حد ما مع منهج المدرسة العلمية، حيث يقر "جيني" ما أقره الفقه الإسلامي من تقبل العرف والعادة والإجماع والاجتهاد بالرأي<sup>(4)</sup>.

ويرى الأستاذ "لامبير" "Lempere" أن ما يشير به الفقيه الفرنسي جيني، من وجوب استنباط الأحكام القانونية عن طريق البحث العلمي الحر، هو ما سار عليه فعلاً الإمام أبو حنيفة في استنباط الأحكام الشرعية.

ووجه التقارب أن "جيني" أطلق للقاضي الحرية في حالة فقدان النص القاطع، وخوله حق الاجتهاد والبحث في إطار موجّهات عامة تهيمن على الإرادة البشرية في وضع أحكام القانون، وواضح أن القرآن والسنة لم يعالجا بصورة تفصيلية جميع الأمور المتعلقة بالعلاقات البشرية الاجتماعية، وإنما قدما الأسس العامة والخطوط العريضة التي تجب مراعاتها في كل قضية وكل زمان<sup>(5)</sup>.

ومما ينبغي أن يشار له أن المدرسة العلمية تواجه مشكلة انعدام النص، فقد ترد الكثير من المسائل التي لم يرد فيها نص، وهنا قد تضيق السبل أمام القاضي في معرفة الحكم، حيث أن الشريعة الإسلامية قد رسمت **منهجاً متكاملًا** بين الحكم فيما فيه نص وفيما لم يرد فيه نص<sup>(6)</sup>.

ومن هنا فقد كان لابد من البحث عن ميزان متفق عليه تفحص فيه الآراء المتخالفة لتستبين قيمة كل

(1)- المرجع نفسه، ص 121.

(2)- محمد الشريف أحمد: نظرية تفسير النصوص، مرجع سابق، ص 203-204.

(3)- عبد المهدي العجلوني: المرجع السابق، ص 122.

(4)- محمد الشريف أحمد: المرجع السابق، ص 218.

(5)- المرجع نفسه، ص 218-219.

(6)- عبد المهدي العجلوني: قواعد التفسير، مرجع سابق، ص 122.

## الباب الأول ..... الفصل الثاني: التفسير: أنواعه، مدرسه، موضوعه

منها، وليمكن فرزها ولتعيين ما هو مذموم ومحمود منها، ولعل هذا العمل هو الذي اضطلع به الإمام الشافعي رحمه الله في كتابه الموسوم " بالرسالة " التي تعتبر أول إخراج علمي في علم أصول الفقه وقواعد التفسير. (1)

وأخيراً، ما الذي تدعوننا إليه هذه الحقيقة التي لا ريب فيها؟ ! أنها تدعوننا- دون شك- إلى أن نربط عقولنا وسلوكنا برابطة الولاء للسلف، والافتداء بهم (2)، والانضباط بقواعد فهمهم للنصوص، والتقيّد بكل ما اتفق عليه جميعهم أو جلهم من المبادئ الاعتقادية والأحكام السلوكية، ونبتذ كل ما يخالف ذلك مما ابتدعه المضللون أو الجاهلون على أن نستحضر في أذهاننا ما يأتي:

- أن المذاهب الإسلامية مدارس فقهية لتفسير نصوص الشريعة واستنباط الأحكام منها، فهي مناهج فقهية في الاستنباط والتعرف على الأحكام وليست هي- شرعاً جديداً- ولا شيئاً آخر غير ذلك.

- أن المسوغ لإتباع هذه المذاهب هي أنها مظنة تعريفنا بحكم الله المتزل في القرآن أو في سنة الرسول ﷺ، فإذا تبين أن أحد هذه المبادئ أخطأ في مسألة ما وأن الصواب فيها عند غيره، وظهر هذا الصواب ظهوراً كافياً، فعلى متبع المذهب أن يتحول عن مذهبه في هذه المسألة إلى القول بالصواب.

أما عن مذهب القانون الجزائري في تفسير نصوص القانون، فقد تبني المشرع طبقاً للمادة الأولى من القانون المدني المذهب المختلط لتفسير القانون حيث تقضي على أنه: «يسري القانون على جميع المسائل التي تناوّلها نصوصه في لفظها أو في فحواها وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة» (3).

**تأسيساً على هذا النص** يمكن إدراك حقيقة تبني المشرع الجزائري لأطروحات المذهب المختلط وذلك

(1)- ليس من السهل معرفة أول من دون قواعد علم التفسير وضوابطه وأصوله، ولكن بالتأكيد أن هذه العلوم والقواعد والأصول كانت حصيلة بحوث طويلة ودراسات كبيرة قام بها علماؤنا الأفاضل من عهد حركة التدوين وبواكير زمن التصنيف غير أن هذه العلوم الأصولية كانت مفرقة مبعثرة حتى جاء الإمام الشافعي فجمع بين أشتها، وألف بين متفرقاتها... ثم سار العلماء من بعده ينهجون نهجه ويقتفون أثره.

(2)- ليس المراد الافتداء بالسلف أن يكون بواقعهم الذي عاشوه من حيث أهم أشخاص يجوز عليهم كل أنواع الخطأ والسهو والنسيان، وإنما الافتداء بهم في صفاء سريرتهم وقربهم من مصادر الشريعة وبنابيعها، كما أن هذا الافتداء لا يعني الانحباس في حرفية الكلمات التي نطقوا بها، أو المواقف التي اتخذوها، وإنما يكون بالرجوع إلى ما احتكموا إليه من قواعد تفسير النصوص وأصول الاجتهاد والنظر في المبادئ والأحكام..

(3)- القانون المدني في ظل الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص1.

كما يلي:

1- استعمال المشرع لعبارة نصوص التشريع في لفظها، وهذا يعني تأثره بمدرسة "الشرح على المتون"<sup>(1)</sup> التي تقدر ألفاظ التشريع، غير أنه من جهة أخرى يقر بإمكانية تفسير النص من خلال فحواه أي مضمونه أو البحث في نية المشرع، وهي كلها أفكار تصب في خانة المذهب الموضوعي، وهو بذلك جمع بين المذهبين المذهب الشكلي، فيما يخص الاعتداد باللفظ والجانب الموضوعي، فيما يخص الاعتداد بفحوى النص.<sup>(2)</sup>

2- اعتراف المشرع بتعددية مصادر القانون، ولو أن هذه التعددية جاءت على سبيل التدرج، لكن مع ذلك فمجرد الإقرار بوجود مصادر متعددة للقانون، يؤدي بنا إلى القول بتأثر المشرع الجزائري بالمذهب المختلط، الذي يجمع بين المذهب الشكلي والمذهب الموضوعي، ويتبين أن المشرع الجزائري قد وافق المدرسة العلمية، في القول بنقص التشريع في القانون المدني وكذا قانون الأسرة الجزائري<sup>(3)</sup>.

3- إقرار المشرع الجزائري بحجية مبادئ القانون الطبيعي، ومثل هذا الإقرار يجعله متأثر بمعتقدات المذهب الموضوعي.

4- الإقرار بحجية الشريعة الإسلامية كمصدر ثان للقانون، يسمح لنا بالقول بتأثر المشرع الجزائري بالمذهب الموضوعي، وتحديدًا بالمدرسة التاريخية التي تمثل أحد تياراته.

ومما تقدم فإن سلامة التشريع تقتضي خططا تشريعية دقيقة وحساسة، أثناء استنطاق النص واستثمار خطابه، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال معايير وموازين محكمة، وهذا ما وجد عند أصحاب تفسير النصوص، في توظيف هذه الموازين.

وصفوة القول أنه إذا كان للتفسير عند رجال القانون الوضعي مدارس مختلفة في مناهجها فقد كان له

(1)- في مجال القانون الجنائي نستطيع القول أنه قد أخذ أيضا بأفكار مدرسة التزام النص، وذلك بنصه في المادة الأولى من قانون العقوبات على مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

(2)- يهتم المذهب الشكلي بالجانب الشكلي للقاعدة القانونية وهو الجانب الذي جعلها ملزمة تجاه المخاطبين بها، وتنتج هذه القاعدة عن سلطة حاکمة تتكفل بتنفيذها وإجبار كافة الناس على طاعتها، وعلى هذا الأساس فالقانون حسب المذهب الشكلي تعبير عن إرادة الدولة، وكل تفسير له يخضع لهذه الإرادة.

بينما يهتم المذهب الموضوعي بموضوع القانون أو جوهره أكثر من اهتمامه بشكل القاعدة القانونية ويقصد بجوهر القانون المصادر المادية التي تتكون منها القاعدة القانونية.

(3)- تنص المادة 22 من قانون الأسرة «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية». انظر: قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس للنشر، الدار البيضاء، الجزائر، 2015، ص45.

## الباب الأول ..... الفصل الثاني: التفسير: أنواعه، مدرسه، موضوعه

مدرسه عند الفقهاء المسلمين، غير أن هذه كانت لها الأسبقية الزمنية على مدارس تفسير القانون تبعاً لأسبقية الإسلام عن تلك القوانين، فقد ظهرت هذه المدارس عند المسلمين في أواخر القرن الأول الهجري عندما تكونت مدرسة أهل الحديث ومدرسة أهل الرأي<sup>(1)</sup>، واعتدل فيها المعتدلون، وتعالى آخرون بينما لم تظهر المدارس القانونية إلا في أوائل القرن التاسع عشر.

ومما يلاحظ أن هذه المدارس تتشابه، فكل مدرسة من مدارس تفسير القانون لها نظير من مدارس التفسير الإسلامية تقاربها في الطريقة، الأمر الذي يحمل عن الظن بأن المتأخرة أخذت من المتقدمة، أو رسمت خطوطها على ضوءها على الأقل، بعد أن أخذت تلك القوانين من الفقه الإسلامي الكثير من الأحكام.<sup>(2)</sup>

(1) - محمد مصطفى شليبي: الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية، الدار الجامعية، 1982، ص 160.

(2) - تجري الشريعة على نظام واحد لا اختلاف فيه، وهو الذي أمه أكثر العلماء الراسخين، هؤلاء الراسخون نجدهم في ثلاث مدارس: مدرسة الأحناف - طريقة الفقهاء - التي تنطلق من الفروع الفقهية لتصل إلى القاعدة الأصولية والتي يتلخص منهاجها في استخلاص الأصول من الفروع الفقهية. وفي المقابل مدرسة الجمهور - طريقة الشافعية أو المتكلمين - وهي تنطلق من القاعدة الأصولية المقررة سلفاً ثم تخرج عليها الفروع الفقهية. ثم ظهرت مدرسة ثالثة - مدرسة الإمام الشاطبي - التي تركز على رعاية المصالح في رتبها الثلاث الضروريات - الحاجيات - التحسينيات، لذلك كان العلم بمقاصد الشريعة وأسرار التشريع في غاية الأهمية، فهذا التنوع في الطرح من طرف هذه المدارس، من حيث النظر إلى دلالات الألفاظ والاهتمام بمقاصد الشارع ينم عن عبقرية العقل المسلم في الإبداع والتنظير.

- أنظر: عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان: الفكر الأصولي، دراسة تحليلية نقدية، دار الشروق، جدة، ط2، 1404-1984، ص 451 وما بعدها.

-أورده بلخير طاهري: أثر القواعد الأصولية في تفسير النصوص القانونية، دار ابن حزم، ط1، 2008م، ص 86.

### المبحث الثالث: موضوع التفسير.

انقسم الفقه إلى فريقين في تحديد موضوع التفسير.

الأول: وهو الفقه التقليدي والذي يعتنق النظرية الشخصية في التفسير وهو البحث عن إرادة المشرع واضع النص وموجده.

أما الثاني: وهو الفقه الحديث فقد أخذ بالنظرية الموضوعية، فيجعل التفسير كشفاً عن معنى النص نفسه على أساس أنه قد انفصل عن إرادة المشرع بمجرد وضعه وأصبح له كيان ذاتي، وسنعرض، ما ذهب إليه كل من الفريقين، مع محاولة إجراء تقويم للرأين، وهذا من خلال ثلاث مطالب.

#### المطلب الأول: النظرية الشخصية (البحث عن إرادة المشرع).

ذهب الفقه التقليدي إلى أن موضوع التفسير هو البحث عن إرادة المشرع، حتى يمكن الكشف عن المعاني الحقيقية للنصوص، إذا أن تفسير التشريع هو توضيح الإرادة التي صيغت في شكل ألفاظ وعبارات، فلا بد من التعرف على هذه الإرادة، وهذا يكون توضيح المعنى وقت إصدار التشريع، بمعنى الكشف عن إرادة المشرع وقت وضع النص، ولذلك فإن الأعمال التحضيرية لها أهمية كبرى في الكشف عن قصد المشرع بل تعتبر من مصادر التفسير الرسمية.<sup>(1)</sup>

ومن الانتقادات الموجهة إلى هذا الاتجاه، أنه في النظم الدستورية لا يوجد ما يسمى "بالمشرع" وأن التشريع يشترك فيه عدد كبير من المساهمين، ولكل من ساهم في إصدار التشريع إرادة مختلفة عن باقي واضعيه ولكل ميوله واتجاهاته وإرادته، والقول باستخلاص الإرادة الجماعية أمر غير حقيقي.<sup>(2)</sup>

ثم إن المناذاة بوجوب استعادة القاضي لفكر المشرع وقت وضع القاعدة القانونية، تقوم على افتراض لا وجود له في الحقيقة، فالمشرع هو فكرة مجردة، فإرادة المشرع غير معقولة، ولذا يفضل الأخذ بإرادة القانون.<sup>(3)</sup>

(1) -محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون والشرعية، مرجع سابق، ص 64.

(2) -جميل الشراوي: دروس في أصول القانون، مرجع سابق، ص 199. منصور مصطفى منصور: دروس في المدخل لدراسة العلوم القانونية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1972، ص 289.

(3) -ثروت أنيس الأسيوطي: مبادئ القانون، مرجع سابق، ص 83.

كما يرى البعض أن المشرع ليس شخصية تاريخية حقيقية أو مجازية، بل تسمية موجزة تطلق على مصالح الجماعة التي فرضت نفسها في التشريع.<sup>(1)</sup>

### المطلب الثاني: النظرية الموضوعية (الكشف عن الإرادة التشريعية).

ينظر الفقه الحديث إلى القاعدة القانونية كموضوع للتفسير وليس إلى إرادة المشرع، وهذه النظرية الموضوعية أساسها أن التشريع متى صدر استقل عن واضعه، فلا يصح البحث عن المعنى التاريخي الذي أعطاه المشرع عند وضع النص، بل على المفسر البحث عن المعنى الحالي، وقد أطلق الفقه الحديث على ذلك الأسلوب الاستعاري للإرادة التشريعية أو إرادة القانون.

ويشير الفقه أن العبرة في التفسير بإرادة القانون لا بإرادة المشرع، ومن ثم فإنه متى صدر القانون فقد استقلت إرادته عن إرادة واضعه.<sup>(2)</sup>

ولا يقصد بالإرادة التشريعية أن التشريع له إرادة بالمعنى النفسي، بل إن معنى ذلك أن التشريع يحتوي على "مقصود" يستقل عن نية من وضعه، فيصبح له معنى ذاتي، هذا المعنى يمكن الكشف عنه من ربط النصوص بعضها ببعض ومن ثم النظر إلى الغاية المطلوب تحقيقها.

فإرادة القانون، إذا ما وجدت فإنها تظل قائمة بذاته ولذا، وأن تفسير التشريع يتوقف على الظروف الاجتماعية والاقتصادية التي تعاصر تطبيق النص على الحالة المعروضة، وتترك إرادة أو نية المشرع التي انقضت بمرور الزمن، وأن ما نسميه حياة القانون ومطابقتها الدائمة للظروف الاجتماعية، يرجع إلى المنهج الموضوعي أكثر من أي شيء آخر.<sup>(3)</sup>

فالعنى الموضوع للنص ينتج من النظر إلى تعبير النص في إطار على مستوى عالٍ وبفهم خاص على صورة تسمح بفهم الفكر بشكل أفضل، وإظهار ذلك المعنى الموضوعي قد يكون عن طريق إلقاء الضوء على الروابط المنطقية الضمنية والتي تجعلها "عبارات النص ظاهرة واضحة".<sup>(4)</sup>

### المطلب الثالث: الكشف عن المضمون الموضوعي للقاعدة القانونية.

إن القواعد القانونية في التشريعات الحديثة هي ثمار للمناقشات والآراء المتعارضة التي أبدت في الهيئة

(1)-عبد المحي حجازي: مدخل لدراسة العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 517.

(2)-رمسيس بتمام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 239.

(3)-عبد المحي حجازي: مدخل لدراسة العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 215.

(4)-محمد صبري السعدي: تفسير النصوص، مرجع سابق، ص 68.

## الباب الأول ..... الفصل الثاني: التفسير: أنواعه، دراسته، موضوعه

التشريعية "البرلمان"، ومن المسلم به أن الغرض من التفسير ليس الكشف عن نية المشرع كشخص طبيعي أو عدة أشخاص طبيعيين، ومن هنا يبيح وجه الخلاف بين تفسير القانون وتفسير التصرفات القانونية أو العقود.

وأن غرض التفسير هو الكشف عن المضمون الموضوعي للقاعدة منظورا إليها في ذاتها، فواضع التشريع عندما يضع القاعدة القانونية فإنه يتركها إلى من يطبقها كل في مجاله، ولتطبيق نص ما لا بد من تفسيره، فالتفسير في الحقيقة، ما هو إلا تكميل لتشريع تقوم به الأجهزة المختصة بالتطبيق لاستخدام النص في الحياة العملية.

إن موضوع التفسير ليس البحث عن إرادة المشرع أو قصد المشرع، بل هو القصد التشريعي من النص، ويكون ضابط أو معيار التفسير موضوعيا وليس شخصيا يقوم على التحكم والافتراض، طالما أخذ بما يسمى "نية المشرع"، أو إرادة المشرع كشخص طبيعي أو أشخاص طبيعيين.<sup>(1)</sup>

ويترتب على الطابع الموضوعي لتفسير التشريع، أن يصبح في الإمكان أن تختلف قيمة التشريع عن قيمته الأصلية التي أرادها له واضعه، وتصبح لها آثار لم تكن متوقعة وقت إنشائه، فيكتسب النص التشريعي مرور الزمن مجالات في التطبيق أوسع مما كان مقدر له، ويمتد النص ويشمل علاقات لم تكن مقصودة.

فالأصل أن المفسر يجب أن يقدر تقديرا حساسا المتطلبات الاجتماعية المتغيرة، على أن يكون أمينا على نص القانون وهذا هو المنهاج التطوري لتفسير القاعدة القانونية.<sup>(2)</sup>

نخلص مما تقدم أن موضوع التفسير بوجه عام تتنازعه مدرستان: المدرسة الشخصية، والمدرسة الموضوعية، وتجعل المدرسة الشخصية هدفها من التفسير هو التعرف على إرادة المشرع، بينما يرمي التفسير عند أنصار المدرسة الموضوعية إلى التعرف على إرادة النص التشريعي مستقلة عن إرادة واضعه.

ومما يجدر ذكره أن الفلسفة التي قام عليها منهج المدرسة الشخصية في التفسير، قد فقدت ما كان لها من بريق في بداية هذا القرن ونهاية القرن الماضي، وأن الاتجاه الحديث في التفسير يتجه في تزايد مستمر صوب إعتناق فلسفة المدرسة الموضوعية.

(1)-محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص 70.

(2)-المرجع نفسه، ص 71.



# الفصل الثالث:

التفسير:

مناهجه، القواعد والضابطة له

جامعة الأمير  
عبد القادر  
للعلوم الإسلامية

## الباب الأول ..... الفصل الثالث : (التفسير: مناهجه، القواعد الضابطة له

آيا ما كانت المدرسة التي يفضلها المفسر، أو التي ينتمي إليها، فإن التفسير يتم وفق واحدة من ثلاثة مناهج: المنهج اللغوي، المنهج المنطقي، المنهج التاريخي.

ولكل من هذه المناهج الثلاثة قواعد محددة يتبعها المفسر عند تفسيره للنص على أساس أسلوب معين، لتؤدي به في النهاية إلى التحقق من معنى النص أو إرادته.

وسوف نعالج في هذا الفصل كلا من هذه المناهج الثلاثة والقواعد التي يلجأ إلى استعمال كل منها في مباحث تباعا.

### المبحث الأول: المنهج اللغوي والقواعد العامة لضابطة لعمل المفسر.

يعدّ اللفظ النقطة التي يبدأ منها المفسر ويرتكز التفسير عليها<sup>(1)</sup>، وبذلك يكون الكشف عن معنى النص بالاعتماد على الألفاظ والعبارات التي يتكون منها، والعدة الأولى للمفسر هي اللغة، لذلك يجب عليه أن يبحث عن المعنى الذي تعطيه اللغة لكل لفظ على حده، ثم تحديد المعنى الإجمالي للنص، فلا يمكن فهم لفظ ما بمعزل عن الألفاظ الأخرى المكونة له.<sup>(2)</sup>

#### المطلب الأول: تعريف المنهج اللغوي.

المنهج اللغوي للتفسير هو ما يطلق عليه التفسير اللفظي للنص، وهو أول خطوة أو مرحلة في العملية التفسيرية، إذ من الطبيعي أن يحاول المفسر أو القاضي التوصل إلى الحقائق التي يدل عليها النص من واقع الألفاظ التي صاغها منها المشرع، وطبقا لطبيعة هذه المرحلة، فإن المعول عليه هو المعنى الذي يفهم مباشرة من صيغة النص وعبارته Le Sens Literal Du Texte، وفقا لوضعه في اللغة.<sup>(3)</sup>

ويجب على المفسر في تفسيره اللغوي<sup>(4)</sup> أن يستند إلى المعاني اللغوية للكلمات، وأن يأخذ في الاعتبار

---

(1) - مما يذكر عن سلطان الألفاظ: " أن أحد الأمراء الصينيين استفتى فيلسوف الصين "كونفيشيوس" فيما يصلح دولته بعد أن استبدت بها الفوضى والاضطراب فقال الفيلسوف: "إن الدولة تصلح بوضع الألفاظ في موضعها" وأضاف: "حين لا توضع الألفاظ موضعها تضطرب الأذهان وحين تضطرب الأذهان تفسد المعاملات وتفسد النسبة بين العقوبة والإثم وحين تفسد النسبة بين العقوبة والإثم لا يدري الشعب على أي قدميه يرقص ولا ماذا يفعل بأصابعه". والى مثل ذلك نبه الفيلسوف " اوجست كونت" حين أقام نظريته في الإصلاح على إصلاح المفاهيم، إذ رأى أن المجتمع الإنساني في عصره يشتمل الفساد في مختلف فروع حياته، فأرجع ذلك إلى فساد الأخلاق كما أرجع فساد الأخلاق إلى فساد التفكير وأرجع فساد التفكير إلى اضطراب سبل الفهم الذي يكون مرجعه استعمال العبارات في غير ما شرعت له من المعاني.

— أنظر: عماد عبد الحميد النجار: التنظيم القانوني لحرية الكلمة ومذاهب القضاء فيها، مجلة المحاماة المصرية، عدد1، فيفري 1976، ص163 وما بعدها.

(2) -محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص88.

-يلاحظ أن المؤلفات الفقهية القانونية العربية لم تتضمن سوى إشارات عابرة للتحليل اللغوي لألفاظ النص، وذلك راجع لعدة أسباب أهمها: أن دراسة تفسير النصوص الجنائية كموضوع من موضوعات القسم العام لقانون العقوبات، أو دراسة التفسير بصفة عامة ضمن النظرية العامة للقانون أمر لا يتيح الفرصة للتعرض لهذا الجانب بالتفصيل المطلوب بل والضروري، كما صرح جانب من الفقه بأنه يتبع في طرق التفسير في القانون منهج الأصوليين من فقهاء الشريعة الغراء، وعزى ذلك إلى أن لغة القانون هي اللغة العربية (3) -أنظر: في تفصيلات المنهج اللغوي، محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون، مرجع سابق، ص200 - 206.

(4) -على راشد: مبادئ القانون الجنائي، مكتبة وهبة، دط، دت، ص151. حيث يذهب إلى أن القاضي يجب أن يطبق حكم النص متى كان واضحا مهما بدت له نتائج هذا التطبيق شاذة لا يسيغها المنطق أو خفيت عليه حكمة النص.

## الباب الأول ..... الفصل الثالث : (التفسير: مناهجه، القواعد الضابطة له

**تراكيب الكلام في اللغة**، ويجب عليه أن يعرف، المعنى الخاص بتطوير اللغة، باعتبار أن اللغة جهاز مستمر التطور.

ويقوم التفسير اللغوي على أساس افتراض وضوح صياغة النصوص الجنائية، بحيث لا يحتاج المفسر إلا النظر في مادة النص التي يتكون منها، أي في ألفاظه، لتحديد معناها على ضوء الاستعمال اللغوي العادي لها.

ولذلك يسميه بعض الفقهاء المعاصرين التفسير على أساس المعنى الواضح، ويجعلون واجب القضاء هو تطبيق هذا المعنى، دون النظر إلى النتائج التي تترتب على تطبيقه ومدى معقوليتها.<sup>(1)</sup>

وفي حدود التفسير اللغوي ذاته، لا يكفي مجرد العلم العادي أو العلم المتميز باللغة التي صيغت بها النصوص الجنائية، لتحديد معناها الصحيح واستقاء حكمها في الوقائع التي تعرض على القضاء، وإنما يجب أن يتوفر للمفسر العلم بمعاني المصطلحات القانونية وإدراك المفاهيم الفنية للغة القانون بوجه عام، وللنصوص التي يتصدى لتفسيرها بوجه خاص.

والأصل أن كل لفظ وارد في النص، له ضرورته ولا يجوز اعتباره من نافلة القول، لأن المشرع مـرّه عن اللغو، لذلك يتقيد المفسر بالألفاظ الواردة في النص وليس له تغيير هذه الألفاظ، لأن ذلك من عمل المشرع وليس المفسر.<sup>(2)</sup>

---

إذا كانت قواعد المنهج اللغوي هي الأساس والمركز الذي يتعين على المفسر أن يبدأ بما عند النظر في النصوص بغية تفسيرها فإن الفقه الإسلامي الأصولي قد أسدى للفقه القانوني المعاصر العربي والغربي بما تركه علماءه الأجلاء من أبحاث وأراء معمقة في علم التفسير بصفة عامة، والمنهج اللغوي بصفة خاصة، ولا نجد في الفقه المقارن ما يدل على اهتمام هذا الفقه بالقواعد اللغوية التي تعين على تحليل ألفاظ النصوص.

- أنظر بدران أبو العينين بدران: بيان النصوص التشريعية، طرقه وأنواعه، مؤسسة شباب الجامعة، 1989م، ص 22 وما بعدها.  
- يذكر الأستاذ زكريا البري: أن الأستاذ المستشار عبد العزيز فهمي أول رئيس لمحكمة النقض المصرية قد طالب من أساتذة الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق إمداد المحكمة العليا بالمراجع الأصولية المتعلقة بالقواعد الفقهية الأصولية واللغوية، التي يتعين على المفسر والمجتهد الالتزام بما عند تفسير النصوص الشرعية وذلك لكي تلتزم بما المحكمة العليا عند استنباط الأحكام من النصوص القانونية المدونة باللغة العربية.

- أنظر: زكريا البري: مجموعة محاضرات، قسم الدراسات العليا، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مطبوعة تحت عنوان: الوجيز في القواعد الأصولية اللغوية، دار النهضة العربية، 1985م، ص 2.

(1)- محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 91.

(2)- رمسيس مهنم: النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 239.

المطلب الثاني: القواعد العامة الضابطة للتفسير اللغوي.

لا يخفى أن المفسر أو القاضي قد يجد صعوبة في شرحه وتحليله للنصوص وفقا لتراكيب ومعاني ألفاظها، فقد تلتبس عليه بعض العبارات أو الألفاظ، وفي تلك الحالة له أن يستند على مجموعة من القواعد لتحديد معنى هذه النصوص عند تفسيرها، أو عند تطبيقها على الوقائع التي تحكمها، وهذه القواعد معظمها تنطبق على النصوص الجنائية ويمكن إجمالها على الوجه التالي:

الفرع الأول: قواعد التفسير اللغوي.

أولاً: الاستعانة بالمعاجم والمؤلفات العلمية والفنية.

يقتضي في الكثير من الأحوال، من المفسر، مراجع القواميس والمعاجم اللغوية المعتمدة<sup>(1)</sup> للتوصل إلى تحديد المعنى اللغوي للفظ ورد في النص الجنائي ويبراد تفسيره، وقد يعتمد المفسر على مهارته وإمكانياته اللغوية في تحديد المعنى اللغوي للفظ المذكور، ولكننا نعتقد أن ذلك لا يكفي إذ لا بد له من مراجعة القواميس والمعاجم اللغوية المعتمدة للتوصل إلى المعنى اللغوي بشكل دقيق للفظ المراد تفسيره.<sup>(2)</sup> كما يكفون مفيداً استعانة المفسر بالمعاجم القانونية المتخصصة، وهي كثيرة باللغة العربية واللغات الأجنبية ومنها اللغة الفرنسية<sup>(3)</sup> والانجليزية<sup>(3)</sup> واللغة الفرنسية<sup>(1)</sup>

(1)-رمسيس بنام: المرجع السابق،، ص239.

(2)-حسين سليمان قورة: المعاجم العربية وتطورها وطريقة كل معجم، المحلة الثقافية الأردن، الجامعة الأردنية، العدد 26، 1992، ص72-94.

(3)-انظر القاموس:

Black's Law Dictiono.Ry « with prononciations »

Definitions of the Terms and phrases of American and English juris Prudence, Ancient and Modern: By Henry Compbell Black, M.A West publish.ing co 1983

— وانظر أيضا:

Faruqi'slawDictionury English- Arabic- Second Revised Edition. Librairie au Liban. Birut 1970.

ثانياً: الاستعانة في تفسير الكلمات ذات الدلالة العلمية بمعطيات العلوم المتعلقة بها.

إذا استعمل المشرع في صياغة النص ألفاظاً ذات دلالة علمية معينة، فيجب على المفسر أو القاضي الاعتقاد بأن المشرع قد قصد بهذه الألفاظ - في مجال التطبيق القانوني - ذات الدلالة التي لها في مجال العلم الذي نشأت فيه هذه الألفاظ، وطبقاً للمفهوم الذي حدده لها المتخصصون في هذا العلم.<sup>(2)</sup>

ومعنى ذلك فإنه إذا كان للفظ دلالة لغوية تتعارض مع المعنى الاصطلاحي له وجب التقيّد بالمعنى الفني الاصطلاحي، على اعتبار أن المشرع عندما يستعمل ألفاظاً معينة إنما يستعملها في معناها الخاص لا في معناها الدارج.<sup>(3)</sup>

ومثال ذلك لفظ "الزنا" الوارد في المواد 339 إلى 341 من قانون العقوبات<sup>(4)</sup>

فقد قصد به المشرع معنى اصطلاحياً وهو «العلاقة المحرمة التي يكون أحد طرفيها متزوجاً»<sup>(5)</sup>. وهذا يخالف المعنى اللغوي له الذي يدل على كل اتصال بين رجل وامرأة دون زواج بينهما.

ومن قبيل ذلك أيضاً عبارات "وضع اليد"، و"القوة القاهرة" و"حسن النية" فقد قصد المشرع بكل منها معنى فنياً محدداً، صاغه في المواد القانونية التي تنظمه، وعلى ذلك وجب أن تفهم وفقاً لهذا المعنى الاصطلاحي.<sup>(6)</sup>

<sup>(1)</sup> - وباللغة الفرنسية. انظر: قاموس المصطلحات الحقوقية والتجارية فرنسي - عربي، تأليف: ممدوح حقي، مكتبة لبنان - بيروت، 1972.

<sup>(2)</sup> - محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 94.

- من الأمثلة المساقاة على ذلك أن المحاكم البريطانية استندت إلى هذه القاعدة من قواعد المنهج اللفظي للتفسير عند تفسيرها لعبارة "الضريبة المباشرة" فاستندت إلى كتاب الاقتصاد السياسي "لجون استورت ميل" «Jean Istiwait Mill» لتفسيرها، مقررته انه عندما استعمل عبارة ذات دلالة اقتصادية كان يرمي لإعطائها في مجال التطبيق القانوني ذات الدلالة التي لها في مجال علم الاقتصاد.

- أنظر: المرجع نفسه، ص 93.

<sup>(3)</sup> - عبد الحى حجازي: المدخل لدراسة العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 348. / عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية القانون، مرجع سابق، ص 355.

<sup>(4)</sup> - أنظر: احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 143-144

<sup>(5)</sup> - محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط 1975، ص 334. / محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، 1986، ص 594.

<sup>(6)</sup> - محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون والشريعة، مرجع سابق، ص 205.

ثالثا: فهم الكلمات في ضوء سياق النص.

الأصل أن اللفظ الواحد يرد في القانون الواحد بمعنى واحد، وإذا استعمل المشرع في قانون العقوبات لفظا معينا، فإنه يتعين أن يفسر حسب هذا الأصل حيث ورد في هذا القانون بمعنى واحد<sup>(1)</sup>، ولكن المشرع لا يلتزم بهذه القاعدة في الكثير من الأحوال، فقد يستخدم لفظا واحدا في قانون واحد ولعدة مرات ولكن بمعان مختلفة، لذلك يتعين فهم الألفاظ الواردة في النص في ضوء المعنى الذي يعبر عنه سياق النص، فلا يجوز تفسير كل كلمة على حده. تعزل عن النص القانوني بأكمله، أي الاستفادة من الموقع الجغرافي للفظ على حد تعبير الفقه المقارن.<sup>(2)</sup>

ومثال ذلك اختلاف معنى لفظ "اختلاس" ففي نص المادة 350 من قانون العقوبات الجزائري ورد تعريف السارق بأنه "كل من اختلس شيئا غير مملوك له...". بينما عرفت المادة 376 عقوبات جزائري خيانة الأمانة معبرة عن ركنها المادي بقولها: كل من اختلس أو بدد بسوء نية...<sup>(3)</sup>، فالاختلاس المكون للسرقة معناه إتهاء السارق لحيازة المال المعتدى عليه، وإنشاء حيازة جديدة ومستقلة عن الأولى له أو لغيره بدون رضا المحني عليه.<sup>(4)</sup>

أما الاختلاس المكون للركن المادي في جريمة خيانة الأمانة، فيتم لكل فعل يرتكبه الجاني ويكشف نية في حيازة المال الذي أوتمن عليه، من حيازة مؤقتة على سبيل الأمانة إلى حيازة نهائية على سبيل التملك.

رابعا: الألفاظ تنطبق على ما تمثلها معانيها.

ترمي هذه القاعدة إلى بسط الحماية القانونية على وجه الخصوص الحماية الجنائية، على نتائج حركة الاختراع والاكتشاف التي تمد العالم كل يوم بآلات وأدوات جديدة، لم يدر بخلد واضعي النصوص حمايتها أو شمولها بما يضعونه من قواعد قانونية.

وعلى هدي هذه القاعدة يقرر جانب من الفقه العربي<sup>(5)</sup>، أن الحماية الجنائية التي يبسطها المشرع على على وسائل النقل العامة بتشديد العقوبة على السرقة الواقعة في إحدى هذه الوسائل، تشمل ما هو معروف

(1) - عصمت عبد المجيد بكر: أصول تفسير القانون، مرجع سابق، ص 47.

(2) - عبد الفتاح الصيفي: القاعدة الجنائية، دراسة تحليلية على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، دار النهضة العربية، 1967، ص 317.

(3) - أنظر: المادة 350-376 من قانون العقوبات الجزائري. في أحسن بوسقعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 150-157.

(4) - محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 839.

(5) - عبد الفتاح الصيفي: قانون العقوبات اللبناني، جرائم الاعتداء على أموال الدولة، بيروت، 1973، ص 304.

ومستعمل منها اليوم، وما قد يخترع ويستعمل في المستقبل.<sup>(1)</sup>

خامساً: وحدة معاني الكلمات في الفروع المختلفة:

الأصل في تفسير النص الجنائي أن يلتزم المفسر بالمعنى الفعلي للألفاظ حسب استعمالها في فروع القانون الأخرى، ذلك أن النظام القانوني يعمل في داخله فروع أخرى متعددة تهدف كلها إلى تحقيق الصالح العام، باعتبار **الغاية** من النظام القانوني في شموله وتكامله، وهو ما يقتضي إزالة ما قد يعرض من تضارب أو تضارب بين النصوص المختلفة في فروع القانون المتعددة، وهذه القاعدة تعين المفسر على تحقيق ذلك.<sup>(2)</sup>

وعليه فإن تفسير لفظ وارد في نص جنائي، يجب أن يتقيد بالمعنى الذي أعطاه المشرع بالنسبة لهذا اللفظ في فرع آخر من فروع القانون، ما لم يكن هناك أسباب كافية لتخصيص اللفظ في القانون الجنائي بمعنى فني آخر، وبشرط أن لا يؤدي ذلك إلى الحيلولة دون تحقيق الصالح العام.<sup>(3)</sup>

ويضرب الفقه أمثلة على ذلك بألفاظ ومصطلحات مثل: "الملكية"، "الانتفاع"، "الاستعمال"، فيجب أن تفسر كما هي في نطاق القانون المدني، وكذلك لفظ "الموظف"، "الوظيفة العامة" "المرفق العام" يجب أن تفسر في المجال الجنائي وفق معناها الفني في نطاق القانون الإداري.<sup>(4)</sup>

وهكذا يجب أن يأخذ المفسر في اعتباره عند تعرضه لتفسير النص، وخاصة النص الجنائي المعنى الفعلي للفظ، باعتباره ليس وارداً في التشريعات الجنائية فحسب، بل وباعتباره وارداً في التشريعات غير الجنائية

<sup>(1)</sup>-أنظر: نص المادة 352 من قانون العقوبات الجزائري، أحسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية مرجع سابق، ص152.

<sup>(2)</sup>-محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص93.

<sup>(3)</sup>-عبد الفتاح الصيفي: القاعدة الجنائية، مرجع سابق، ص367.

-نلاحظ أن القاعدة التي نحن بصددتها تعد تخريجا على قاعدة أوسع من قواعد التفسير المنتمية لقواعد المنهج اللغوي، ألا وهي تفسير الألفاظ وفق السياق الذي وردت فيه والذي لا يقتصر على تشريع بذاته ولا على فرع معين من فروع القانون، وإنما يمتد ليشمل النظام القانوني كله. غير أنه بإمعان النظر نرى الصلة الوثيقة بين القاعدة المذكورة وما يسمى بالعامل التنسيقي بين النصوص، وهو من الأساليب المنتمية للمنهج المنطقي في التفسير، وستفصل القول في هذه المسائل مجتمعة عند دراسة العامل التنسيقي بين النصوص في موضعها.

<sup>(4)</sup>-عبد الفتاح الصيفي: المرجع السابق، ص386.



على حد سواء. (1)

سادسًا: تأثير التطور الزمني على مدلول مفردات اللغة.

يجب ألا يقتصر الأمر على معرفة المعنى بالصورة التي كانت عليها استعمالات الألفاظ وقت وضع النص، ولكن المعنى الخاص بتطورها باعتبار اللغة جهازًا متطورًا مستمر التطور، ومن ثم نجد أن "المفسر المتتبع لقواعد المنهج اللغوي عليه مع التسليم بتطور اللغة أن يتخذ اتجاهًا تاريخيًا، فيجب أن يضع في الاعتبار الجمهور الذي وجه إليه الخطاب". (2)

**ونرى مثالًا جليًا إعمال هذا المبدأ في تفسير المحاكم وعلى رأسها المحكمة العليا لألفاظ مثل "نظام الحكم" في نصوص قانون العقوبات، الذي تعيّر مضمونه بشكل كامل عما كان يعنيه وقت وضع النص.**

سابعًا: المعنى القريب الواضح هو المقدم في فهم النصوص الجنائية.

من القواعد التي تدرج ضمن قواعد المنهج اللغوي قاعدة أن التفسير يجب أن يكون وفق المعنى الواضح المعقول في النص، بمعنى أنه يجب أن يكون تفسير النصوص وخاصة الجنائية مقيد بالمعنى الواضح والمعقول لكلمات النص، فلا يجوز التضييق من مجال إعمال المعنى الواضح أو التوسع في إعماله. ويستثنى من قاعدة تطبيق النص بمعناه الواضح، حالة ما إذا كان الأخذ بهذا المعنى يؤدي إلى نتيجة لا يتصور أن تنصرف إليها إرادة النص. وهي القاعدة المسماة بالاستثناء الضمني.

ثامنًا: قاعدة الاستثناء الضمني.

إنّ من أهم قواعد المنهج اللغوي في التفسير، تلك القاعدة من قواعد تفسير النصوص الجنائية والتي تعرف بقاعدة الاستثناء الضمني<sup>(3)</sup>، وهي قاعدة مؤداها أنّ النتائج غير المقبولة عقلا أو عملا مستثناة من المعنى الواضح للنص الجنائي، بحيث لا يجوز إقرارها تدرعا بأنّها مما يؤدي إليه تطبيق هذا المعنى الواضح على الوقائع وتعدّ هذه القاعدة من القواعد الهامة الحاكمة لعمل المفسّر.

وقد أخذ القضاء الانجلوسكسوني بهذه القاعدة بصورة مضطّرة، ومن ثمّ فقد قضى بأنّ قائد سيارّة الشرطه الذي يتجاوز الحد الأقصى المقرر لسرعة السيارة في أثناء متابعته مجرما يحاول الفرار لا يعتبر مرتكبا تجاوز السرعة القصوى، وينطبق مضمون نفس القاعدة- الاستثناء الضمني- على سائق سيارّة الإسعاف أو

(1)-محمد سليم العوا: المرجع السابق، ص 99.

(2)-محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون والشرية، مرجع سابق، ص 204.

(3)-تبدو أهمية هذه القاعدة في كونها حلا مثاليا لحالات النسخ الضمني الغير مستوفية لشروط النسخ الصحيحة في الأصول.

## الباب الأول ..... الفصل الثالث : (التفسير: مناهجه، القواعد والضابطة له

الحريق مادام أن كلا منهما لم يدفعه إلى تجاوز السرعة القصوى، إلا خطر حال يريد درئه أو واجب عاجل يسعى في أدائه.

قد يعترض أحيانا على القاضي المفسر حين يستعمل هذه القاعدة في التفسير أنها تؤدي إلى تصدي القاضي إلى أمور تخرج عن ولايته، وأحيانا أخرى تصبح القاعدة أداة في يد القاضي للتسخ الضمني أو استبعاد نص ما من دائرة التطبيق<sup>(1)</sup>.

ولعل الاستخدام الصحيح للقاعدة دون تحميلها أكثر من مضمونها قد يكون أحيانا ضرورة لا يجب منع القاضي من استخدامها بصفة مطلقة، وتبقى رقابة محكمة النقض على أسلوب التفسير الذي يتبعه القاضي ومدى سلامته ضمانا تصون القانون من تعسف التفسير<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: التفسير اللغوي وصياغة النصوص.

الجدير بالذكر أن معظم المشكلات التي يثيرها التفسير اللغوي ترجع أساسا إلى عيوب الصياغة القانونية، غير أنه من المفيد أن تشير إلى بعض الموجهات التي اقترحت للوصول بالصياغة القانونية - وعلى الأخص في المجال الجنائي - إلى المستوى الأمثل من حيث الدقة والوضوح.

ولعل أهم هذه الموجهات هي التي ذكرها "مونتسكيو" Montesquieu " في كتابه المشهور "L'esprit des Lois"، وقد نقلها الفقيه الانجليزي الكبير "Sir c.k.Allen" في كتابه "Law in the Making"، مقاررا أنه ليس هناك ما هو أكثر وضوحا منها في هذا الخصوص وهذه الموجهات هي<sup>(3)</sup>:

أولا: يجب أن تكون صياغة النصوص القانونية محددة ومبسطة.

ثانيا: الألفاظ والعبارات المستعملة في الصياغة القانونية يجب أن تكون قدر الإمكان ذات مدلولات مطلقة وليست نسبية، وذلك للتقليل قدر الإمكان من فرص الاختلاف الفردي حول تفسير النصوص.

ثالثا: يجب أن تصاغ النصوص بلغة الحقيقة والواقع دون لغة المجاز والافتراض.

(1) - محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 97.

(2) - محمد سليم العوا: المرجع السابق، ص 98.

(3) - المرجع نفسه، ص 101.

## الباب الأول ..... الفصل الثالث : (التفسير: مناهجه، القواعد والضابطة له

رابعاً: يجب أن لا تكون النصوص القانونية ذات لغة ممعنة في الدقة، لأنها توضع ليفهمها الأشخاص العاديون،<sup>(1)</sup> ولأنها ليست تمارين منطقية ولذلك يجب أن تكون مفهومة للشخص المتوسط الذكاء.

خامساً: يجب أن لا يختلط في النص القانوني مقصده الأصلي باستثناءات واعتراضات وتحددات إلا ما تمليه من ذلك الضرورة المطلقة.

**سادساً: لا يجوز أن تكون الصياغة القانونية ذات طبيعة جدلية، أو مثيرة للخلاف في معناها.**

لذلك فإنه من الخطورة بمكان أن يتضمن النص أسبابا مفصلة لأحكامه لأن ذلك لا يؤدي إلا للخلاف في تفسيره.

سابعاً: يجب أن تكون النتائج العملية المترتبة على النص واضحة لمن يقرؤها، ولا يجوز أن يكون النص مخالفًا للمنطق الواضح، أو للعدالة، أو لطبائع الأشياء لأن القوانين التي تشوهها هذه العيوب، أو التي لا يدرك الأفراد ضرورتها العملية تسيء إلى سمعة النظام القانوني ككله وتضعف من سلطة الدولة.<sup>(2)</sup>

وخلاصة هذه القواعد أو الموجهات للصياغة «أن على المشرع أن يختار من العبارات أكثرها انضباطا ومرونة»<sup>(3)</sup>، فانضباط الألفاظ وتحديداتها يحول بين إرادة النص وبين عيب الإبهام والغموض، الذي يوقع المفسر في حيرة قد لا يجد منها مخرجا معقولا ومتسقا مع أهداف النص، أو غايات النظام القانوني، ومرونة النص تجعله قابلا لمواجهة التطور المذهل في أساليب

---

(1) -تختلف اللغة القانونية عن باقي اللغات المتداولة في العلوم الإنسانية الأخرى، وعادة ما تكون اللغة القانونية صارمة ودقيقة، موجهة إلى عموم الناس بأسلوب سهل ممتنع. وينتقد البعض هذه اللغة التي يرون فيها لغة معقدة موجهة لأهل الاختصاص لا يدرك أسرارها غير رجال القانون، وصبغة التعقيد في هذه اللغة عمل مقصود من هؤلاء الغرض منه الاحتفاظ بأسرار القاعدة القانونية دون بقية الناس حتى يضمنوا لأنفسهم التميز والاحتكار وحاجة الغير إليهم لفهم وتفسير هذه القواعد، ومن هنا برزت طائفة الفقهاء وشراح القانون كطائفة لا يمكن الاستغناء عنها. أنظر: سعد الله زهرة، مغور أحلام: بنية النص القانوني وترجمته، مرجع سابق، ص33.

— يلاحظ أن صياغة النصوص الجنائية ليست بالأمر اليسير فهذه الصياغة تتطلب أن تكون متسمة بسمة التحديد والمرونة ولذلك تبقى نصوص التجريم والعقاب في إطار من الشرعية القانونية عند صياغتها وعند تطبيقها.

(2) - CK ALLEN: LaW in the making, 7<sup>th</sup>, Ed, London, 1975, p482-483

ذكره وأشار إليه: محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، المرجع السابق، ص101-102.

(3) -عبد الفتاح الصيفي: القاعدة الجنائية، مرجع سابق، ص370.

الإجماع التي تسابق حضارة العصر في سرعة تطورها وتعدد أشكالها.

### المطلب الثالث: الفقه الإسلامي والتفسير اللغوي للنصوص.

يتضمن هذا المطلب ثلاثة فروع: الفرع الأول: القواعد الفقهية والتفسير اللغوي للنصوص، الفرع الثاني: دور العرف في نظر الفقه الجنائي المعاصر، الفرع الثالث: القواعد الفقهية واستعمالها في علم التفسير الجنائي.

الأصل في الفقه الإسلامي - كما هي الحال في الفقه القانوني المعاصر - أن يكون تفسير النصوص مبنيًا على النظر في مادتها التي تتكون منها، وهي ألفاظ النص، أي لغته، وعناية العلماء المسلمين بالتفسير اللغوي تبدو واضحة جلية لمن تتبع مؤلفاتهم في "أصول الفقه" الذي لا يعدو في جوهره أن يكون ضبطًا لمناهج التفسير وقواعده، والعناية الغالبة في هذا العلم هي بقواعد الاستدلال اللغوي وضوابطه.<sup>(1)</sup>

وليوسع باحث أن يحيط بعبارات الأصوليين والفقهاء في وجوب النظر إلى النصوص الإسلامية في ضوء اللغة العربية العريضة التي وردت بها ألفاظ هذه النصوص. وفي أمم لا يجوز أن تفسر بمعزل عن القواعد اللغوية العربية، وقد زخرت بذلك المؤلفات في "أصول الفقه"، وهي أكثر من أن تحصى.<sup>(2)</sup>

**ومن عبارات الأصوليين في حمل النصوص - عند تفسيرها - على قواعد اللغة قول الإمام "الفخر الرازي":** «لما كان المرجع في معرفة شرعنا إلى القرآن والأخبار، وهما واردان بلغة العرب ونحوهم وتصريفهم، كان العلم بشرعنا موقوفًا على العلم بهذه الأمور، وما لا يتم الواجب المطلق إلا به، وكان مقدورًا للمكلف، فهو واجب»<sup>(3)</sup>. وقوله: «إن اللغة والنحو يجريان مجرى الأصل للاستدلال بالنصوص».<sup>(4)</sup>

### الفرع الأول: القواعد الفقهية والتفسير اللغوي للنصوص.

(1) - محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 103.

(2) - هذه المؤلفات لا يزال أكثرها مخطوطًا في دور الكتب العربية والأجنبية لم تمتد إليه يد التحقيق والنشر.

(3) - الإمام فخر الدين الرازي: المحصول في علم أصول الفقه، تحقيق: جابر العلواني، ط 1، الرياض، 1979، ج 1، ص 275. - يعتبر هذا الكتاب من أهم المراجع الأصولية والجزآن الأول والثاني منه في القواعد المتعلقة باللغة العربية واستعمالات الألفاظ فيها، وهذه دلالة على مدى عناية الأصوليين بالتفسير اللغوي.

- أنظر: محمد سليم العوا: تفسير النصوص، مرجع سابق، ص 104

(4) - الإمام فخر الدين الرازي: المرجع السابق، ص 279.

الحق أن بحث الأصوليين للدلالات اللغوية لألفاظ النصوص كان بحث استقصاء، لا يكاد يدع بعده زيادة لمستزيد. وهم لم يقتصروا في هذا البحث على الأخذ عن المعنيين بعلوم اللغة، بل كان لهم دورهم الرائد- في أحيان كثيرة- في اكتشاف دقائق لغوية وتقريرها. (1)

وعلى الرغم من ذلك، فإن ضوابط التفسير اللغوي لا تقف في الفقه الإسلامي عندما يبحثه الأصوليون في دراستهم لدلالات الألفاظ وطرق هذه الدلالات، وإنما نجد ضوابط هذا التفسير بالمعنى الصحيح في القواعد الفقهية المتصلة بتفسير النصوص، من حيث النظر إلى مبانيها ومادتها (2)؛ أي النظر إلى المجموع اللفظي الذي يتكون منه النص، من حيث هو إطار لقاعدة قانونية عبّر عنها الشارع بألفاظ معينة، وذلك هو ما نعنيه بقواعد التفسير اللغوي في الفكر القانوني المعاصر، وهو ما سأحاول إبرازه من خلال استعراض بعض القواعد الفقهية في هذا الموضوع، وقد حرصت في اختيار القواعد التي أعرضها على أن تكون من القواعد التي يذكر لها الفقهاء تطبيقات جنائية. (3)

#### أولاً: الأصل في الكلام الحقيقية. (4)

هذه القاعدة من أمهات قواعد التفسير اللغوي، والحقيقة هي المعنى الأصلي الذي وضع له اللفظ في اللغة، وهي تقابل الجاز وهو كل معنى لم يوضع له اللفظ في اللغة أصلاً، ولكنه يرتبط بالمعنى الأصلي برابطة تسوّغ للمتكلم أن يقصده بذلك اللفظ، ولا تتحقق إرادة المعنى المجازي إلا بقريضة تدل على ذلك، أو تدل على أن المعنى الأصلي غير مراد فيعدل المفسر عنه إلى المعنى المجازي، وقد وضع الفقهاء لذلك قاعدة أخرى نصها: «إذا تعذرت الحقيقة يصر إلى الجاز». (5)

(1)-محمد سليم العوا: المرجع السابق، ص 107

(2)-المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3)-في الاجتهادات الفقهية المعاصرة، الاستفادة من علم القواعد الفقهية في مجال القانون الجنائي - مازالت قليلة- إذا ما قورنت بدراسات القانون المدني التي تعج بالقواعد الفقهية واستعمالها، والاستفادة بعلم القواعد الفقهية في مجال تفسير النصوص القانونية خاصة في المجال الجنائي اتضح معاملة على يد نخبة من الأساتذة أمثال الدكتور: "عوض محمد عوض" والأستاذ الدكتور: "محمد سليم العوا".

-أنظر: عوض محمد عوض: دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، الإسكندرية، 1977، ص 142./محمد سليم العوا: في أصول النظام الجنائي الإسلامي، دار المعارف، القاهرة، 1979، ص 45./محمد سليم العوا: مبدأ الشرعية في القانون الجنائي المقارن، المجلة العربية للدفاع الاجتماعي، المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة، العدد7، القاهرة، 1977، ص21.

(4)-السيوطي، الأشباه والنظائر في الفقه، تحقيق: محمد قطيع الحافظ، ط 1، دار الفكر، دمشق، ص 69-70./مصطفى أحمد الزرقا: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، مطبعة جامعة دمشق، 1983، ج2، ص997.

(5)-المرجع نفسه، ج2، ص997-998.

## الباب الأول ..... الفصل الثالث : (التفسير: مناهجه، القواعد والضابط له

ومن تطبيقات هذه القاعدة أنّ النص الموجب لقطع يد السارق في القرآن الكريم، يجب أن يفسّر بأن المراد هو حقيقة القطع لا معنى آخر مجازي، كما فسّره بعض المعاصرين من أن المراد به كفّ اليد عن السرقة وهذا يتحقق بالحبس، أو كما ذهب معاصرون آخرون إلى أن المراد بالقطع المعنوي لا القطع المادي، وكلا هذين التفسيرين تعارضه القاعدة التي نحن بصددتها ولذلك فإنه لا يجوز الأخذ به.

ثانياً: إعمال الكلام أولى من إهماله<sup>(1)</sup>.

معنى هذه القاعدة أنّ الكلام الصادر في مقام التشريع إذا كان حملة على أحد معانيه لا يترتب عليه حكم شرعي، وحملة على معنى آخر يترتب عليه حكم، فالواجب أن يحمله المفسر على المعنى الثاني دون الأول.<sup>(2)</sup>

وتأسيساً على هذه القاعدة - ذهب ابن قيم الجوزية - وغيره من العلماء - إلى أن حديث الرسول ﷺ في شارب الخمر للمرة الرابعة: «من شرب الخمر فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد فاقتلوه»<sup>(3)</sup> يحمل على جواز توقيع عقوبة القتل على مدمن الخمر تعزيراً.

ولم يقبل ابن قيم الجوزية - ومن رأى مثل رأيه من العلماء - القول بنسخ هذا الحديث، لأن النسخ يتضمن إهمال كلام الشارع، وكلام الشارع يجب إعماله كلما أمكن ذلك وفق القاعدة التي ذكرت.<sup>(4)</sup>

ومعنى هذه القاعدة مقرر أيضاً في الفقه الجنائي المعاصر الذي يذهب إلى أنّ الأصل هو أن كل لفظ ورد به التشريع له ضرورته ولا يجوز اعتباره من نافلة القول.<sup>(5)</sup>

ثالثاً: مالا ضابط له في النص أو في اللغة يرجع فيه إلى العرف.

النصوص الجنائية في الشريعة الإسلامية قد تأتي

(1) - السيوطي: المرجع السابق، ص 142. / مصطفى الزرقاء: المرجع السابق، ص 995.

(2) - محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 108.

(3) - قال رسول الله ﷺ: «من شرب الخمر فاجلدوه ثم إن شرب فاجلدوه ثم إن شرب فاقتلوه» سنن النسائي، باب شرب الخمر، ح 5661، قال الشيخ الألباني: صحيح - (8 / 313).

- السنن: النسائي، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية حلب، 1406 - 1986، ج 8.

(4) - محمد سليم العوا: في أصول النظام الجنائي، المرجع السابق، ص 136-137. / ابن قيم الجوزية: أعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، مطبعة السعادة، مصر ج 2، ص 37.

(5) - رمسيس بھنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 239.

## الباب الأول ..... الفصل الثالث : (التفسير: مناهجه، القواعد والضابط له

بأحكام أو -على الأصح- بمفاهيم لا ضابط لها في هذه النصوص، فهل يهمل القاضى - أو الفقيه- هذه المفاهيم ولا يعتد بها عند تفسيره للنصوص، أم يبحث عن وسيلة يعطي من خلالها لهذه المفاهيم حدودها الشرعية وضوابط الاحتجاج بتوافرها أو عدم توافرها؟<sup>(1)</sup>

من أجل ذلك وضع الفقهاء هذه القاعدة والتي صاغها السيوطي: «كل ما ورد به الشرع مطلقا، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف».<sup>(2)</sup>

وقد مثل بعض الفقهاء المعاصرين لتطبيق هذه القاعدة في الأحكام الجنائية بجرائم السب والشتم والإهانة - وهي جرائم تعزيرية- إلى أن الأقوال أو الأفعال التي تعتبر من قبيل هذه الجرائم لا ضابط لها في الشرع، ومن ثم، يعتد بعرف الناس في اعتبار فعل أو قول معين إهانة أو سبا أو شتما، وكذلك العقوبة التعزيرية يعتبر عند توقيعها، بما يكون في العرف كافيا للزجر والإصلاح حسب نوع الجريمة وظروف ارتكابها وشخصية الجاني<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني: دور العرف في نظر الفقه الجنائي المعاصر.

الرأي السائد في الفقه الجنائي المعاصر - والفقه القانوني بوجه عام- هو أن للعرف دورا تفسيريا في نطاق القانون الجنائي<sup>(4)</sup>، ويضرب الفقه الجنائي المصري أمثلة من بينها تجريم المشرع " الفعل الفاضح العلني المحل بالحياء المنصوص عليه في المادة 278 عقوبات مصري- والمادة 334 عقوبات جزائري، وتجريم السب الذي يتضمن بأي وجه من الوجوه "خدشا للشرف والاعتبار" المنصوص عليه في المادة 306 عقوبات مصري، والمادة 299 عقوبات جزائري.

فعبارة الفعل الفاضح المحل بالحياء، "وخدش الشرف والاعتبار" لا يجد القاضى له تحديدا في نصوص القانون الجنائي، ولذلك يجب عليه الرجوع إلى العرف، والعبرة في هذا الشأن ليست بعقيدة الشاكي - أو المجني عليه - وإنما العبرة بالعرف السائد في المجتمع، ومن ثم فإن للعرف - في نظر الرأي

(1)- محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 110

(2)- السيوطي: الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 109.

(3)- مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج2، مرجع سابق، ص 848.

-العرف هنا يكون في الغالب عرفا قضائيا لا عرفا عاما وهو - عادة- غير ملزم فيجوز دائما للقاضي أن لا يتزل عن حكمه، وأن يقضى بما يراه هو ملائما من عقوبة في ضوء قواعد التعزير المقررة في الفقه الإسلامي.

(4)- رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 206.

## الباب الأول ..... الفصل الثالث : (التفسير: مناهجه، القواعد والضابطة له

السائد- دوره التفسيري في تطبيق القاعدة الجنائية، ويذهب هذا الرأي كذلك إلى أن العرف يقوم بدور مماثل في شأن القواعد التي تمنع توقيع العقوبة.<sup>(1)</sup>

ويذهب الرأي الآخر- في الفقه المصري- إلى أن العرف ليس له دور في تفسير القاعدة الجنائية، وإنما يسهم العرف في الأمثلة المتقدمة في تكوين شق التكليف في القاعدة الجنائية.

فالمشروع في هذه الحالات يتعذر عليه أن يحيط بالوصف الدقيق للفعل المكوّن للجريمة نظراً لأن طبيعته لا تسمح له بذلك، فيرجع المشروع إلى العرف لتحديد الفعل الذي ينطبق عليه نص التجريم، ويعتمد إلى ذلك عادة بالنسبة للأفعال ذات المضمون المتغير المتطور الذي يستمد تغيره من ضمير الجماعة وتطوره من تطور مفاهيمها الاجتماعية<sup>(2)</sup>.

وهكذا يكون المشروع قد ترك للعرف تحديد شق التكليف في قاعدة جنائية صيغ تكليفها على نحو مرن<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثالث: القواعد الفقهية واستعمالها في علم التفسير الجنائي.

القواعد الفقهية ذات الصلة بمناهج التفسير بعضها وثيق الصلة بالقانون الإجرائي مثل قاعدتي: "الأصل في الإنسان البراءة"<sup>(4)</sup> و"ما ثبت باليقين لا يزول بالشك"، والبعض الآخر من هذه القواعد أوثق صلة بنصوص القانون الجنائي الموضوعي مثل قاعدتي: "درء الحدود بالشبهات"، "الخطأ في العفو خير من الخطأ في العقوبة".

**ونوالي هاتين القاعدتين النفيستين بالعرض كالتالي:**

**أولاً: قاعدة درء الحدود بالشبهات.**

القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية أن "الحدود تدرأ بالشبهات"، والحدود هي العقوبات المقدّرة، ويدخل تحت الحدود العقوبات المقررة لجرائم الحدود، والعقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية، أما

<sup>(1)</sup>-رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص206.

<sup>(2)</sup>-عبد الفتاح الصيفي: القاعدة الجنائية، مرجع سابق، ص337-338.

<sup>(3)</sup>-المرجع نفسه، ص338.

<sup>(4)</sup>-هذه القاعدة تتمايز عما درج عليه فقه القانون الجنائي من قاعدة "المتهم بريء حتى تثبت إدانته" هذه القاعدة تحمل في عبارتها التناقض إذ كيف يكون الشخص متهم بريء في نفس الوقت؟ وقد يزول التناقض مع تأويل اللفظ ولكن العبارة في ألفاظها تحمل التناقض، وبذلك تكون القاعدة الشرعية أولى وأدق في لفظها وصياغتها "الأصل في الإنسان البراءة".



العقوبات المقررة لجرائم التعازير فلا تعتبر حدوداً، لأنها عقوبات غير مقدرة. (1)

والأصل في هذه القاعدة قول الرسول ﷺ - «إدروا الحدود بالشبهات» (2) فعلى هذا الحديث الذي تلقته الأمة بالقبول، وأجمع عليه فقهاء الأمصار (3) قامت القاعدة.

وتختلف النتائج التي تترتب على الأخذ بقاعدة "درء الحدود بالشبهات"، ففي بعض الأحيان يؤدي تطبيق القاعدة إلى درء عقوبة الحد وتبرئة المتهم من الجريمة المنسوبة إليه، وفي بعض الأحيان يؤدي تطبيق القاعدة إلى درء عقوبة الحد، وإحلال عقوبة التعزير محلها.

يبرأ المتهم من الجنائية المنسوبة إليه في ثلاث حالات:

**الأولى: إذا كانت الشبهة قائمة في ركن من أركان الجريمة؛** فمن زفت إليه غير زوجته، فأتاها على إعتقاد أنها زوجته، لا يعاقب على الزنا بعقوبة الحد، ولا بعقوبة تعزيرية، وإنما يحكم ببراءته؛ لانعدام القصد الجنائي لديه، والقصد الجنائي ركن من أركان جريمة الزنا (4).

(1) - عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ط6، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1405-1985، ص207.

(2) - ادروا الحدود بالشبهات وأقبلوا الكرام عثرانهم إلا في حد من حدود الله # (عد في جزء له من حديث أهل مصر والجزيرة عن ابن

عباس). كثر العمال: ح12972

موسوعة أطراف الحديث - (ج 1 / ص 85737)

ادروا الحدود بالشبهات. # (أبو مسلم الكجي عن عمر بن عبد العزيز) مرسلًا (وأخرجه ابن السمعاني عن عمر بن عبد العزيز وقال الحافظ بن حجر وفي سنده من لا يعرف. كشف الخفاء رقم (166). أبو مسلم الكجي هو الحافظ المسند إبراهيم بن عبد الله بن مسلم بن ماعز البصري صاحب كتاب السنن وبقية الشيوخ وثقه الدارقطني وغيره، عملاً بالحديث توفي ببغداد في شهر المحرم سنة 292 وحمل إلى البصرة وقد قارب المائة. تذكرة الحافظ للذهبي. ص(2 62).

كثر العمال: ح12957

- والشبهة هي ما يشبه الثابت وليس بثابت، أو هي وجود المبيح صورة مع انعدام حكمه أو حقيقته. ومن ذلك شبهة الملك في سرقة الملك المشترك، وشبهة الملك في سرقة الأب من ابنه، استناداً لقول الرسول ﷺ -: "أنت ومالك لأبيك"

- ابن الهمام، شرح فتح القدير، ط1، المطبعة الأميرية، ج4، ص139/ عبد الله ابن قدامة: المغني على مختصر الخراقي، ط1، مطبعة المنار، ج10، ص152.

(3) - ليس من الفقهاء من ينكر قاعدة درء الحدود بالشبهات إلا الظاهريون فإنهم يرون أن الحد لا يحل درؤه بالشبهة والآثار الكثيرة المروية عن الرسول ﷺ والصحابة تؤيد هذه القاعدة، من ذلك قضية "ماعز" والغامدية، المعترفان بالزنا.

- أنظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع نفسه، ص140.

(4) - عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص214، 215.

الثانية: أن تكون الشبهة قائمة في انطباق النص المجرم على الفعل المنسوب للمتهم، فمن تزوج بلا شهود أو بلا ولي أو تزوج زواج متعة، لا يعاقب حدا ولا تعزيرا إعتباره زانيا؛ لأن العلماء اختلفوا في هذه الأنكحة فأحلها بعضهم وحرّمها البعض الآخر، وهذا الإختلاف معناه الشك في انطباق نص الزنا على هذه الأفعال، ومن ثمة يجب تبرئة المتهم. (1)

الثالثة: أن تكون الشبهة قائمة في ثبوت الجريمة، فإذا شهد شخصان على آخر بأنّه شرب خمرا ثم عدلا عن شهادتهما ولم يكن هناك دليل آخر، درى الحد لشبهة صدق الشاهديين في عدولهما وبرئ المتهم. (2)

#### ثانيا: قاعدة تفضيل الخطأ في العفو عن الخطأ في العقوبة.

من المبادئ المقررة في الشريعة أن الخطأ في العفو خير من الخطأ في العقوبة، وأصل هذه القاعدة قول الرسول ﷺ «إن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة». (3)

ومعنى هذه القاعدة انه لا يصح الحكم بالعقوبة إلا بعد التثبت من أن الجاني ارتكب الجريمة، وأن النص المجرم منطبق عليها، فإذا كان ثمة شك في أن الجاني ارتكب الجريمة، أو في انطباق النص المجرم على الفعل المنسوب للجاني، وجب العفو على الجاني أي: الحكم ببراءته؛ لأن براءة المجرم في حال الشك خير للجماعة وأدعى إلى تحقيق العدالة من عقاب البريء مع الشك. (4)

إن هذه القاعدة الشرعية فيما انتهجته من تفضيل الخطأ في العفو على الخطأ في العقوبة قد انحازت تماما إلى العدالة ودعت إلى تحقيقها بلا أدنى تردد، فإنصاف مظلوم أو العفو عن مذنب ولو بطريق الخطأ خير من ظلم بريء ولو لمرة واحدة، ولذا حث الرسول ﷺ على إتقاء دعوة المظلوم «فليس بينها وبين الله

(1)- المرجع نفسه، ص 215.

(2)- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3)- قال رسول الله ﷺ «ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة» سنن الترمذي، ح 1424، قال الألباني: ضعيف - (4 / 33)

موسوعة أطراف الحديث - (ج 1 / ص 85738) السنن: الترمذي، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار احياء التراث العربي بيروت، 5 ج.

(4)- مبدأ الخطأ في العفو ينطبق على كل أنواع الجرائم، جرائم الحدود، جرائم القصاص والدية وجرائم التعازير.

— أنظر: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، المرجع السابق، ص 217.

حجاب»<sup>(1)</sup>.

وفي عصرنا، ياليت السُّلطات المعنية ذات الاختصاص، وبخاصة الجنائية منها تسمع وتعي هذه القاعدة النفيسة، في هذا الزمان الذي قدّم فيه سوء الظن على حسن الطّوية، وشاعت فيه الادعاءات الكاذبة وأبيحت فيه كرامة الإنسان، ولو بأسلوب التحقيقات والإستدعاءات لمجرد الظنون وتلفيق الاتهامات، وانعكس ذلك واضحا على أمن الناس، ومن ثم خوفهم وما يترتب على ذلك من إضرار بعملهم ومسلكتهم ومن بعدهم المجتمع. لهذا كله وغيره مما لا نعلمه وضعت الشريعة الغراء.

ونخلص مما تقدم إلى أن هذه القواعد التي عُرضت ليست هي كل القواعد الفقهية المتصلة بالتفسير اللغوي، ولا هي كل القواعد التي يذكر الفقهاء لها تطبيقات جنائية.

إذ الهدف لم يكن استقصاء تلك القواعد، وإنما التنبيه فقط عليها وإلى أهمية العناية بها في فهم نظرة الفقه الإسلامي إلى تفسير النصوص الجنائية من جهة، وفي وصل الدراسات الجنائية الإسلامية بدراسة القانون الجنائي المطبق في الوقت الحاضر.

### المبحث الثاني: المنهج المنطقي والقواعد العامة الضابطة لعمل المفسر.

الأصل في تفسير النصوص الجنائية- والنصوص القانونية بوجه عام- التوصل إلى المعنى الحقيقي المقصود بالمعالجة التشريعية من واقع الألفاظ التي تصح بها تلك النصوص، فإذا أسعفنا التفسير اللغوي في

<sup>(1)</sup>- أن النبي ﷺ بعث معاذًا إلى اليمن فقال «اتق دعوة المظلوم فإنها ليس بينها وبين الله حجاب» صحيح البخاري، كتاب باب الاتقاء والحذر من دعوة المظلوم، ح2316 - (2 / 864)

الجامع الصحيح: البخاري، تحقيق: مصطفى ديب البغا، ط3، دار ابن كثير اليمامة، بيروت، 1407هـ- 1987، ج6.

## الباب الأول ..... الفصل الثالث : (التفسير: مناهجه، القواعد الضابطة له

بلوغ هذه الغاية فقد كفانا مؤنة البحث عن وسيلة أو أسلوب آخر يوصلنا إليها، أمّا إذا لم يسعفنا هذا الأسلوب إلى بلوغ تلك الغاية فلا مفر من الالتجاء إلى الأسلوب أو المنهج المنطقي، للاستعانة بقواعده في التوصل إلى تحديد المعطيات والحقائق التي قصدت بوضع التشريع والتي تكوّن معناه الحقيقي الذي رصد من أجله.<sup>(1)</sup>

### المطلب الأول: تعريف المنهج المنطقي.

التفسير المنطقي هو مرحلة في العملية التفسيرية يستخدم فيها المفسر أو القاضي قدراته الذهنية في التوصل إلى التعرف على الحقيقة التي تضمنها النص، وذلك بالرجوع إلى عوامل خارجية عنه ولكنها تصله بالنظام القانوني في مجموعه من ناحية وبأصوله المختلفة من ناحية أخرى، وبالأفكار والأعمال السابقة والمعاصرة لصدوره من ناحية أخيرة.

ومقتضى ذلك أنّ التفسير المنطقي يجري على مستوى أعلى من التفسير اللفظي، إذ لا يحصر المفسر أو القاضي كل تفكيره في صياغة النص فقط متقيدا بالألفاظ والعبارات التي تكوّن هيكله، ولكنه ينطلق بعيدا عن هذا ويستخدم طرقا دقيقة ووسائل معينة تؤهله لأن يتعمق في أغوار النص بقصد الإمساك بالروح التي تسيطر عليه وتحديد مداه والغايات التي كانت وراء إصداره.<sup>(2)</sup>

فالمشرّع الجنائي يستلهم المادة الخام التي يصوغ منها ما يسّنه من تشريعات من المعطيات المختلفة الموجودة حوله، والتي تفرض نفسها عليه وهي المعطيات العقلية والتاريخية والطبيعية والواقعية، ويقوم بذلك في ضوء السياسة الجنائية، بما يجعل التشريع الوليد معبرا عن ثقافة المجتمع ومتجاوبا مع روح العصر.

ومن العوامل الخارجية التي يرجع إليها المفسر أو القاضي لإتمام العملية التفسيرية في وجهها المنطقي، العامل العقلي أو حكمة التشريع، العامل التنسيقي، العامل التاريخي، العامل الاجتماعي.

### المطلب الثاني: القواعد العامة الضابطة للتفسير المنطقي.

يتضمن هذا المطلب خمسة فروع: الاهتداء بحكمة التشريع الفرع الأول، العامل التنسيقي "تقريب

(1)- محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 94-95. / رفاعي سيد سعد: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 251.

(2)- عبد المحي حجازي: المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 348 وما بعدها.

- يطلق بعض الفقه على هذه المرحلة من مراحل العملية التفسيرية، "إستظهار علة النص"

## الباب الأول ..... الفصل الثالث : (التفسير: مناهجه، القواعد والضابطة له

النصوص" الفرع الثاني، تفسير العبارات في ضوء ما يورده النص الفرع الثالث، الاعتداد بالحقوق التي تحميها النصوص الفرع الرابع، وأخيرا المبادئ العامة للقانون الفرع الخامس.

### الفرع الأول: الاهتداء بحكمة التشريع.

إن لكل قاعدة قانونية هدف ترمي إلى تحقيقه، وهذا الهدف يمثل الحكمة من وضعها، فحكمة التشريع هي الغاية التي قصد من وضع النص تحقيقها<sup>(1)</sup>، والمقصود بذلك المصالح التي يستهدف المشرع حمايتها، والاعتبارات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والأخلاقية التي دعت إليها.<sup>(2)</sup>

يطلق الفقه<sup>(3)</sup> على حكمة التشريع كذلك عبارة روح التشريع، وإذا قيل أن البواعث التي أدت إلى وضع القانون هي روحه، فإننا لا نخالف الحق إذا قلنا هي كل القانون<sup>(4)</sup>، فروح التشريع تعين في تحديد معنى النص إذ يفسر التشريع على ضوء الغاية منه أو حكمته.

ولما كان النص هو الوسيط إلى معرفة حكمته التشريعية، فعلى المفسر تحقيق الغاية أو الهدف العملي من القاعدة القانونية<sup>(5)</sup>، ولذا فعليه أن يستفهم الحاجات التي من أجلها وضعت القاعدة القانونية لإشباعها، فالقانون هدفه تحقيق مطالب اجتماعية واقتصادية للجماعة، وعليه يجب أن تدرس هذه العلاقات دراسة دقيقة عميقة، ذلك أن التفسير ليس فنا لغويا، ولكنه يبحث مطالب الحياة العملية والحقائق الاجتماعية.<sup>(6)</sup>

لذا فإن جانبا من الفقه<sup>(7)</sup> يرى بحق أن الحكمة التشريعية في جميع القواعد القانونية هي العامل الحاسم، ليس فقط في توضيح غموض التشريع، ولكن أيضا لإيجاد حلول لحالة أخرى، ذلك أن الحكمة التشريعية هي من عوامل تحري الإرادة التشريعية، وعند اتضاح هذه الإرادة فقد توجد حالات لم تشملها ألفاظ النص، ولكن **عن طريق معرفة الحكمة يتضح** أن الإرادة التشريعية تستوعب أيضا هذه الحالات.

إذن فإن حكمة النص التشريعي هي حجر الزاوية في بناء المنهج المنطقي في تفسير النصوص بصفة

(1)-عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية القانون، مرجع سابق، ص 35.

(2)-محمد علي عرفة: مبادئ العلوم القانونية، مكتبة النهضة المصرية، ط2، 1965، ص 163.

(3)-عبد الفتاح الصيفي: القاعدة الجنائية، مرجع سابق، ص 371. /محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 118-119.

(4)-عبد الحي حجازي: المدخل لدراسة العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 156.

(5)-أورده ثروت أنيس الأسيوطي: نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها، مطبعة جامعة عين شمس، 1967، ص 93.

(6)-أنظر في هذا المعنى: عبد الحي حجازي: المرجع السابق، ص 522.

(7)-محمد سليم العوا: تفسير النصوص، المرجع السابق، ص 119.

عامة، والنصوص الجنائية بصفة خاصة.

ومن أبرز الأمثلة التي يذكرها الفقه في تفسير النص على ضوء حكمته، من اعتبار "الليل" ظرفاً مشدداً لجريمة السرقة المادة 353 عقوبات جزائري.<sup>(1)</sup>

إنه يجب لتوضيح معنى "الليل" هنا معرفة حكمة التشريع، فالواضح أن المشرع جعله ظرفاً مشدداً لسهولة ارتكاب هذه الجريمة في الظلام، فأراد المشرع تشديد العقوبة ردعاً للمجرمين الذين يستسهلون ارتكاب جريمتهم في جنح الظلام، فلفظ "الليل" لا يفسر بمعناه الفلكي - أي من غروب الشمس إلى شروقها - ولكن بمعنى الظلام، وهذا التفسير يستخلص من حكمة التشريع.<sup>(2)</sup>

على أن تفسير "الليل" - بمعنى الظلام في هذا المثال - محل نظر، فطبقاً لما يتبناه وأجمع عليه الفقه<sup>(3)</sup>، من أن ورود لفظ له معنى اصطلاحياً، على القاضي أو المفسر أن يأخذ بالمعنى الفني الخاص (الاصطلاحى) لا المعنى اللغوي، وفي مجال القانون، يؤخذ بمعنى اللفظ أو العبارة طبقاً لمعناها الفني القانوني.

وعليه يجب أن يكون التفسير طبقاً للمعنى الذي يدل عليه اللفظ أو الاصطلاح في العلم الذي ينتمي إليه هذا اللفظ، طالما أنه ليس له معنى قانوني خاص، وعلى ذلك فلفظ "الليل" يجب أن يفسر طبقاً للمعنى الذي يدل عليه في العلم الذي ينتمي إليه، وهو علم الفلك، ومعناه الفلكي هو الفترة من الغروب إلى الشروق، فيفسر على هذا الأساس، ولا يصح أن يفسر بمعنى الظلام استناداً إلى الحكمة<sup>(4)</sup>.

إذ أنه علاوة على ما تقدم بيانه، فإنه من جهة أخرى في هذا المثال بالذات، أدى - التفسير على ضوء الحكمة، إلى ربط الحكم بالحكمة - فالتشديد وهو الحكم ارتباطاً بالظلام وقد تتحقق الحكمة أو لا تتحقق، لأن من المعروف أنها غير منضبطة، فإذا سلمنا بذلك فهل إذا ارتكبت - جريمة السرقة - في ليلة صيفية صافية اكتمل فيها البدر لا تشدد العقوبة؟<sup>(5)</sup>

**أما في الفقه الإسلامي** فحكمة التشريع هي ما يعبر عنها في مقاصد الشريعة

(1) - احسن بوسقية: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائي، مرجع سابق، ص 152.

(2) - السنهوري وحشمت أبو ستيت: أصول القانون، مرجع سابق، ص 249. / حسن كيرة: المدخل للقانون، مرجع سابق، ص 403.

- وانظر جميع المراجع الخاصة بالمدخل للعلوم القانونية باللغة العربية التي أوردت هذا المثال.

(3) - محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون، مرجع سابق، ص 212.

(4) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

## الباب الأول ..... الفصل الثالث : (التفسير: مناهجه، القواعد والضابطة له

الإسلامية بالمآلات أي ما يفضي إليه الشئ، بحيث يكون مآل الفعل مما يتفـق مع قصد الشارع من أصل تشريع ذلك الفعل، بقطع النظر من قصد المكلف، وهذا هو المعيار المـادي لدى مشروعـية الفعل حالـة العمل والوقوع، حتى إذا كان المآل لا يتفق مع مقصد الشارع، منـع المجتهد العمل ابتداء قبل الوقوع، حتى لا يتسبب المكلف في إحداث مفسدة راجحة أو مساوية لمنافاته للمعيار الشرعي المقاصدي.<sup>(1)</sup>

ولقد بسط الإمام الشاطبي فصولاً مهمة وعظيمة في كتابه الموافقات حيث قال: «النظر في مآلات الأفعال معتبر ومقصود شرعاً، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة وذلك لأن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو الإحجام إلا بعد ما يؤول إليه ذلك الفعل».<sup>(2)</sup>

وهذا هو الأصل في النصوص والأحكام أنها بمقاصدها، دون الوقوف عند حرفية نصوصها والجمود على منطوقها، وإلا كان هدرا لروح النص التشريعي، الذي أحكامه معللة بمصالح ومقاصد وضعت لأجله، فينبغي عدم إهمالها، بل مراعاتها عند تقرير الأحكام.<sup>(3)</sup>

### أولاً: تمييز حكمة التشريع عن المناسبة التشريعية.

يجب على المفسر التفرقة بين الحكمة التشريعية والمناسبة التشريعية، ويقصد بالمناسبة التشريعية تلك التي أدت إلى وضع النص القانوني، فقد يصدر قانون معالجة ظرف، فهذا الأخير هو المناسبة التشريعية التي أدت إلى سن النص القانوني، ولا يمكن أن يستخـدم في تحديده هدف ذلك التشريع، في حين أن الأساس العقلي يتكـون من الهدف من هذا التشريع.

وفي المعنى المتقدم نجد أن علماء أصول الفقه الإسلامي يعبرون عن ذلك بالقول "العبارة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب"، فهم يفرقون بين المناسبة التي اقتضت نزول الحكم، وبين سريانه بصفة عامة ومطلقة، فلا

(1)- بلخير طاهري: أثر القواعد الأصولية في تفسير النصوص القانونية، مرجع سابق، ص 80.

(2)- الشاطبي: الموافقات، تحقيق: عبد الله دراز، ط 2، دار المعرفة، بيروت، لبنان 1996، ج 2، ص 331.

(3)- أحمد الريسوني: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ط 1، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، الرياض، 1416هـ-1995، ص 363.

## الباب الأول ..... الفصل الثالث : (التفسير: مناهجه، القواعد والضابطة له

اعتبار لخصوص السبب الذي جاء الحكم بناء عليه، سواء أكان السبب واقعة حدثت أم سؤالاً. (1)

وكمثال نجد أن تحديد سن الزواج قاعدة عامة ودائمة ولا عبرة بخصوصيات الواقعة أو الوقائع التي كانت سبباً في تشريعها.

**وكذلك المواد التي** منعت سماع دعوى الزواج أو الطلاق أو النفقة في بعض الحالات، عامة ولا عبرة بخصوصيات الوقائع التي كانت سبباً في تشريعها. (2)

**ثانياً:** تطور حكمة التشريع.

المفسر عندما يبحث قاعدة وضعت منذ زمن قديم، عليه أن لا يبحث عن المناسبة التشريعية التي أدت إلى وضع القاعدة وقتئذ، بل عليه أن يبحث عن الأساس العقلي في الوقت الذي يفسرها فيه، إذ قد يحدث أن نظاماً وضع لتحقيق غاية معينة يستهدف بعدها غاية أخرى.

فالحكمة التشريعية من النص هي التي تبحث في النص الحياة على الدوام طالما أنه قائم، وهذا ما يكسب النص مع تطور الزمن معاني جديدة ليطبق على الحالات الجديدة، وهذه الفكرة هي التي أسس عليها "التفسير المتطور". (3)

وخالصة القول هي عدم الرجوع إلى الحكمة التشريعية في حالة دلالة الألفاظ على المعنى بوضوح.

إذ الأصل أن المفسر لا يلجأ إلى حكمة التشريع لتفسير النص القانوني إلا إذا كان هناك مبرر لذلك، أما في حالة دلالة ألفاظ النص بصفة قطعية وواضحة - بعد عملية التفسير طبعاً - بحيث يفهم مضمون القواعد القانونية فهما كاملاً، فعلى المفسر الالتزام بالمعنى الذي استخلص من النص.

### الفرع الثاني: العامل التنسيقي "تقريب النصوص"

من العناصر الهامة في التفسير المنطقي البحث الشامل لكل النظام القانوني (4)، ذلك أنه لا توجد قاعدة

(1) -عبد الوهاب خلاّف: أصول الفقه الإسلامي، ط6، 1383-1954، ص222.

(2) -عبد الوهاب خلاّف: أصول الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص222.

(3) -عبد المحي حجّازي: المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص522-523.

(4) -المرجع نفسه، ص523.



## الباب الأول ..... الفصل الثالث : (التفسير: مناهجه، القواعد والضابطة له

قانونية مستقلة أو منفصلة عن غيرها من القواعد القانونية الأخرى، بل على العكس فهناك ترابط وثيق بين القواعد القانونية لأن القانون ليس مجموعة من النصوص معزول كل منها عن الآخر، بل يتكون من قواعد مترابطة منظمة مما يجعل له كيانا متسقا، فتكون كل قاعدة في هذا الكيان جزء من كل، لذا فإن معنى كل جزء يتضح في ضوء هذا الكل المتناسك، فيجب عند تفسير التشريع اعتبار بنوده ومواده ونصوصه وحدة واحدة غير قابلة للتجزئة ويكمل بعضها بعضا، وأن كل نص من النصوص يتحدّد مداه عندما يقارن بالنصوص الأخرى، إذ أن النص إما أن يكون متفرعا عن تلك النصوص أو استثناء منها أو تطبيقا لها.

و كثيرا ما يحدث أن قاعدة ما تبدو في ذاتها واسعة المدى ولكن عند ربطها بالنصوص الأخرى تصبح **أضيق مما كانت تبدو عليه، وكذلك**، قد تبدو ضيقة المدى ولكنها تصبح أوسع مما كانت ظاهرة عليه عند ربطها بغيرها. (1)

وهذا هو السبب في أنه عند تعديل نصوص تشريعية معينة، فإن هذا التعديل يؤثر على معنى النصوص الموجودة السابقة على الرغم من أنه لم يلحقها أي تعديل، بل قد يحدث أنه إذا صدر تشريع ما فإنه يؤثر في تشريعات أخرى. (2)

### الفرع الثالث: تفسير العبارات العامة في ضوء ما يورده النص من أمور محددة.

تُفسّر العبارات العامة في النص - غير الجنائي - إذا وردت بعد ذكر أمور محددة على أساس أن ما تشير إليه العبارة العامة ليس إلا أمورا من النوع نفسه الذي تنتمي إليه الأمور المذكورة بالتحديد.

فإذا ورد في النص بعد ذكر "السيارات والناقلات والدراجات البخارية" عبارة "وغيرها من وسائل النقل التي لا تسير على قضبان حديدية" كان صحيحا التفسير الذي يستبعد من حكم النص الطائرات والسفن، باعتبار أن عبارة "أو غيرها..." يجب أن تنصرف إلى وسائل النقل التي تسير على الأرض فلا تشمل الطائرات التي تطير في الجو ولا السفن التي تنتقل في البحار والأنهار. (3)

(1) - محمد صبري السعدي: تفسير النصوص، مرجع سابق، ص 218-219.

(2) - رمسيس مهنم: النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 239.

- يأمر رئيس الجمهورية بعد تلقيه مشروع القانون من البرلمان بنشره في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، وهي جريدة صادرة من المطبعة الرسمية الموضوعة تحت إشراف الأمانة العامة للحكومة. وينبغي على من يتولى إعداد مشروع تعديل قانون ما، أن يقرأ ويدرس جميع نصوص القانون عدّة مرات وذلك لوجود ترابط وتلازم بين نصوص القانون الواحد، بل وقد يوجد هذا الترابط والتلازم بين عدد من القوانين، وهذا أمر مطلوب في مرحلة إعداد التشريع وفي مرحلة التفسير.

(3) - محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 122.

### الفرع الرابع: الاعتداد بتدرج الحقوق التي تحميها التصوص الجنائية:

يجب أن يأخذ المفسر في اعتباره عند تفسير النص الجنائي تدرج الحقوق التي يحميها القانون في الأهمية. فالقواعد الجنائية في أي نظام قانوني تحمي حقوقاً متنوعة بعضها أكثر أهمية من البعض الآخر، فإذا تعارض حقان، وكان الإبقاء على أحدهما يقتضي إهدار الآخر فمن الضروري تفضيل الحق الأكثر أهمية على ما هو دونه، ويعني ذلك تسوية الاعتداء على الحق الأقل أهمية في سبيل الحفاظ على حق أكثر أهمية منه.

وعلى أساس من هذا النوع من التفسير يقوم سبب للإعفاء من العقاب، أو سبب للإباحة، تكشف عنه المقارنة بين النصوص الجنائية بالنظر إلى ما ترمي إلى حمايته من حقوق.

**ومن أهم ضوابط تلك المقارنة مقدار العقاب المقرر للاعتداء على حق آخر أشد من العقاب المقرر للاعتداء على الحق الأول، تعين القول بأن الحق الأول أقل أهمية، ومن ثم يسوغ إهداره للمحافظة على الحق الثاني.** (1)

### الفرع الخامس: المبادئ العامة للقانون.

من المفيد في هذا الصدد، أن نذكر أن المبادئ العامة في القانون (2) تعتبر إلى حد كبير طريقاً من طرق التفسير المنطقي ويمكن الاستعانة بها، والمعروف أن هذه المبادئ تقوم بدور هام في الحياة القانونية، فهي بمثابة المعالم التي تهدي إلى مواقع القواعد القانونية، وتساعد على تنظيمها وفق أفكار توجيهية معينة. (3)

ويستعين القاضي الجنائي بهذه المبادئ، إذا ما عرض له -وهو بسبب الفصل في نزاع- نص غامض، فإنه يزيل هذا الغموض بالرجوع إلى المبدأ القانوني العام الذي يعتبر هذا النص تطبيقاً له، وكذلك في حالة

(1) -محمد نجيب حسني: شرح قانون العقوبات اللبناني، بيروت، 1975، ص 97. وجدير بالذكر أن الأستاذ نجيب حسني، يسمي

التفسير المنطقي بالتفسير "بتحديد علّة النص" بينما يسمي التفسير اللغوي بالتفسير بأسلوب "تحليل ألفاظ النص"، ص 94-95.

(2) -هي مجموعة من المبادئ تستخدم في توجيه النظام القانوني من حيث تطبيقه، وتنميته، ولو لم يكن لها دقة القواعد القانونية الوضعية وانضباطها، وهذه المبادئ كثيرة، بعضها مكتوب وبعضها غير مكتوب، ومنها ما هو ذو طابع سياسي - مثاله مبدأ السيادة للشعب، ومبدأ المساواة أمام القانون، ومنها ماله طابع اقتصادي مثل أن الملكية الخاصة مصنونة، ومنها ما هو ذو طابع قانوني واجتماعي مثل مبدأ أن القوانين لا تسري أحكامها إلا بالنسبة إلى المستقبل وأنه ليس لها اثر رجعي، ومبدأ لا يعذر أحد بمجهل القانون، ومبدأ أن الغلط الشائع يجري مجرى القانون، ومن المبادئ ذات الطابع الخلقي لا تركة إلا بعد سداد الديون.

- أنظر: عبد الحي حجازي: المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 494-496.

(3) -محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 234.

## الباب الأول ..... الفصل الثالث : (التفسير: مناهجه، القواعد والضابطة له

ما إذا كان النص المراد تطبيقه استثناء من مبدأ عام، فعلى القاضي في هذه الحالة عدم التوسع في تطبيقه.<sup>(1)</sup> وعلى ذكر المبادئ العامة في القانون، ألمح أن موضوع المبادئ القانونية العامة واستعمالها في إطار تفسير النصوص بصفة عامة والنصوص الجنائية بالذات موضوع لا زال بكرا وينتظر دراسات معمقة. وحسي أن وجهة النظر إلى هذا الموضوع الهام، والقيت الضوء على هذه المسألة الهامة لكي ينبري لها من أعتقد أنهم أكثر قدرة وعلماً من الأساتذة والباحثين. ويمكن الإشارة إلى أن الدستور يتضمن المبادئ الأساسية العامة لحقوق الأفراد، والذي من الممكن اللجوء إليه في التفسير المنطقي أيضاً.

لذا يجب على القاضي الجنائي عند قيامه بالتفسير أن يلتزم باحترام قواعده في أثناء تفسيره للقواعد الجنائية، حتى يكون تفسيره مطابقاً للدستور.<sup>(2)</sup>

### المطلب الثالث: الفقه الإسلامي والتفسير المنطقي للنصوص.

كما كان للفقهاء والأصوليين المسلمين قدم السبق في بيان قواعد التفسير اللغوي، كان لهم فضل السبق في تعديد أصول المنهج المنطقي في التفسير، وأذكر بعض القواعد التي وضعها الفقهاء والأصوليون في هذا الخصوص وطبقوها في حالات لا تحصى على نصوص الشريعة الإسلامية الواردة في الكتاب والسنة، كما طبقوها على الأحكام الاجتهادية التي استنبطها المجتهدون في المذاهب الإسلامية المختلفة.<sup>(3)</sup>

والغالب في هذه القواعد- كما هو الشأن في القواعد الخاصة بالتفسير اللغوي- أن تكون محل اتفاق بين الفقهاء في مختلف مذاهبهم، فإذا كان ثمة خلاف بين مذهب وآخر- وهو ما يحدث أحياناً- فإن ذلك لا يعني أن أحد المذاهبين يخلو فقهه من قاعدة تحكم محل النزاع، وإنما يقوم الخلاف بين المذاهبين حول قاعدتين يفضل فقهاء أحد المذاهبين إحداهما، ويفضل فقهاء المذهب الآخر القاعدة الأخرى.

ويبدو ذلك واضحاً مما كتبه الإمام شهاب الدين الزنجاني في كتابه: "تخريج الفروع على الأصول" الذي أورد فيه في كل مسألة مذهب الشافعية ومذهب الحنفية مبيّناً ما اختلفوا فيه من الفروع في المسألة المعينة مع رد الاختلاف فيها إلى موقف كل من المذاهبين من القواعد الفقهية أو من مسائل أصول الفقه.<sup>(4)</sup>

(1)- المرجع نفسه، ص 496.

(2)- عصام عفيفي عبد البصير: أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها، ط1، 2004، ص 58.

(3)- محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 128.

(4)- شهاب الدين الزنجاني: تخريج الفروع على الأصول، تحقيق: محمد أديب صالح، ط2، 1978، مؤسسة الرسالة، بيروت.

## الباب الأول ..... الفصل الثالث : (التفسير: مناهجه، القواعد والضابطة له

وليس هذا الاختلاف - في حقيقته - إلا مظهرا من مظاهر سعة الفقه الإسلامي وشموله ومصدرا من مصادر مرونته وحيويته.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض القواعد المتصلة بمنهج التفسير المنطقي في الفقه الإسلامي أوثق صلة بالقانون الإجرائي منها بالقانون الموضوعي، ومن هذه القواعد قاعدتا: "الأصل في الإنسان البراءة"، "وما ثبت باليقين لا يزول بالشك".

والبعض الآخر من هذه القواعد أوثق بالقانون الموضوعي منه بالقانون الإجرائي<sup>(1)</sup>، ومن هذا البعض ما نسجله فيما يلي:

### أولا: الأمور بمقاصدها.

هذه القاعدة من القواعد الأساسية في الفقه الإسلامي وهي مستمدة من الحديث النبوي الشريف «إنما الأعمال بالنيات»<sup>(2)</sup>.

ويتفرع عن هذه القاعدة قاعدة أخرى يعبر عنها الفقهاء بقولهم «إن العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني»، ويؤسس الفقه الإسلامي على قاعدة "الأمور بمقاصدها" نظرية القصد الجنائي والتفرقة بين العمد والخطأ في أحكام الجرائم والعقوبات.<sup>(3)</sup>

ومن المسلم به أن قاعدة "الأمور بمقاصدها" له أثر في تفسير النصوص التشريعية، وأفعال العباد وأقوالهم وعقودهم، ولا يقتصر أثرها على القواعد التشريعية الجنائية، وإنما يمتد إلى تفسير نصوص الشريعة كافة، حتى قال الإمام السيوطي في شأنها إن «مسائلها لا تحصى وفروعها لا تستقصى»<sup>(4)</sup>.

على أن إعمال هذه القاعدة في المجال الجنائي، يجب دائما أن يراعى فيه ما يوجبه مبدأ الشرعية من أنه لا جريمة ولا عقوبة بغير نص، فلا يجوز للقاضي أن ينشئ جريمة غير منصوص عليها استنادا إلى أن ذلك هو

(1)- نلاحظ أن الفقهاء والأصوليين لم يعنوا كثيرا بالتفرقة الدقيقة بين القواعد الإحرائية والقواعد الموضوعية، بل رأوا أن عمل القواعد التفسيرية، كثيرا ما يكون مشتركا بين النصوص الموضوعية والنصوص الإحرائية.

- محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، المرجع السابق، ص 129.

(2)- قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى فمن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو إلى امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه» صحيح البخاري، ك، باب 1، ح 1- (3 / 1).

- الجامع الصحيح: البخاري، تحقيق: مصطفى ديب البغا، ط3، دار ابن كثير اليمامة، بيروت، 1407- 1987، ج 6.

(3)- مصطفى الزرقاء: المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج 2، ص 959-960.

(4)- السيوطي: الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 55.

## الباب الأول ..... الفصل الثالث : (التفسير: مناهجه، القواعد والضابطة له

ما قصده المشرع، والعبرة بالمقاصد والمعاني، إذ أن مثل هذا التفسير يتعارض مع مبدأ الشرعية، وهو مقدم على هذه القاعدة، فلا يجوز أن يتخذ الاحتجاج بها وسيلة للافتتات عليه، إذ لا يعتد بتفسير يؤدي إلى مخالفة النص التشريعي الجنائي بإنشاء جرائم أو إحداث عقوبات لم يرد بها هذا النص.

ثانياً: إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما<sup>(1)</sup>

ويتصل بهذه القاعدة - أو يتفرع عنها - عدد آخر من القواعد الفقهية التي تبدو ذات أثر في تفسير النصوص والقواعد الجنائية الإسلامية، من أهمها قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"، إذ يقوم على أساس وجود حالة الضرورة سبب للإباحة، - أو مانع من اقتضاء حق الدولة في العقاب - يجعل الفعل الذي هو في الظروف العادية جريمة، عملاً لا عقاب عليه، ولعل أوضح الأمثلة لذلك هو المثال الخاص بمن أشرف على الهلاك عطشاً، فإنه يجوز له شرب الخمر ليحفظ حياته، ولا يجوز عقابه على ذلك لا اضطراره إليه.<sup>(2)</sup>

ثالثاً: الحاجة تنزل منزلة الضرورة.

هذه القاعدة متممة للقاعدة التي قبلها، ويفرق الفقهاء بين الضرورة والحاجة بأن الضرورة هي ما يترتب على مخالفتها خطر على المضطر، كما في الإشراف على الهلاك جوعاً، والحاجة هي ما يترتب على عدم الاستجابة إليها عسر ومشقة وصعوبة.<sup>(3)</sup>

والأمثلة التي يضرها الفقهاء عادة لبيان مجال انطباق قاعدة تنزيل الحاجة منزلة الضرورة تدور كلها في نطاق المعاملات المدنية والتجارية. ولا نكاد نجد تمثيلاً لعمل هذه القاعدة في المجال الجنائي.<sup>(4)</sup>

ولعلّ إنزال الحاجة منزلة الضرورة في باب منع العقاب أولى وأوفق من قصرها على مجال العقود والمعاملات، وهو كذلك متنسق مع منطق الشارع الذي احتاط أعظم الاحتياط في جانب توقيع العقوبات وخاصة عقوبات الحدود<sup>(5)</sup> ومن هنا، رأى بعض الفقهاء المعاصرين أنه يمتنع على الدولة اقتضاء حقها في العقاب على جريمة السرقة إذا كان السارق مدفوعاً إلى جريمته بوطأة الحاجة إلى نفقات تعليم الأولاد أو إعالتهم أو نفقة سكنه أو علاج من يُلزم شرعاً بنفقته... فالسارق لا يعاقب في هذه الصور بعقوبة الحد

(1) -مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج2، ص978.

(2) -محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص130.

(3) -مصطفى الزرقا: المدخل الفقهية العام، مرجع سابق، ص991.

(4) -انظر: ما أورد الأستاذ مصطفى الزرقا، المرجع نفسه، ص991-993

(5) -محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، المرجع السابق، ص132.

المقررة شرعا، وإن جاز عقابه تعزيرا في بعضها. (1)

رابعاً: ما أوجب أعظم الأمرين بخصوصه لا يوجب أهولهما بعمومه (2)

نسب الإمام السيوطي هذه القاعدة إلى الرافي- أحد أئمة الشافعية- ورتب السيوطي على هذه القاعدة عدّة نتائج من بينها:

أنّ الزاني لا يجوز أن يعاقب تعزيراً على ما دون الزنا مادام فعله قد أوجب عليه العقوبة الأشد وهي عقوبة الزنا.

وأنّ الزاني المحصّن لا يجوز جلدّه لأن حد المحصّن هو الرجم، وما دام الحد الأشد قد وجب فإن العقوبة الأخف لا محل لتوقيعها. (3)

وهذا الحكم الذي رتبّه الإمام السيوطي على القاعدة المشار إليها هو ذات الحكم المنصوص عليه في المادة 32 من قانون العقوبات المصري والتي نصها: «إذا كوّن الفعل الواحد جرائم متعددة وجب اعتبار الجريمة التي عقوبتها أشد والحكم بعقوبتها دون غيرها».

ومن باب الصدفة تتطابق هذه المادة من حيث رقمها دون صياغتها مع المادة 32 عقوبات جزائري التي تعالج موضوع تعدد الجرائم والتي مؤداها: «يجب أن يوصف الفعل الواحد الذي يحتل عدّة أوصاف بالوصف الأشد من بينها». (4)

ويتضمن نص هاتين المادتين، الجزائرية، والمصرية على حدّ سواء حالتين من حالات تعدد الجرائم تعرف إحدهما بحالة التعدد الصوري أو المعنوي، وتعرف الثانية بحالة التعدد المادي أو الفعلي. (5)

(1)- صاحب هذا الرأي هو المرحوم الأستاذ حسن المضيبي المستشار بمحكمة النقض المصرية سابقاً، وقد أورد رأيه المشار إليه في رسالة بعنوان دستورنا نشرت أكثر من مرّة.

- ذكر هذا محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، المرجع السابق، ص 132

(2)- السيوطي: الاشباه والنظائر، مصدر سابق، ص 165.

(3)- محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، المرجع السابق، ص 133.

(4)- احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 18.

(5)- لمزيد من الفائدة والاطلاع أنظر: في أحكام تعدد الجرائم: علي راشد: القانون الجنائي مرجع سابق، ص 597 وما بعدها، وكذا وكذا رمسيس بمنام النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 163 وما بعدها.

وليس ممّا يدخل في نطاق هذه الدراسة تفصيل أحكام تعدد الجرائم بنوعيه، وإنما تكتفي بتسجيل سبق الفقه الإسلامي إلى التوصل إلى الحكم الذي انتهى إليه تطور القانون الجنائي المعاصر. والخلاصة أنّ عملية التفسير تتضمن المرحلتين السابقتين ( اللفظية والمنطقية) بعواملهما المختلفة، ويتضح من ذلك أنّها عملية عقلية علمية<sup>(1)</sup>، والصفة العلمية فيها أتت من أنّها تتضمن الوسيلة اللفظية التي تعتمد على قواعد وفقه ومنطق اللغة، وهذه في ذاتها علمية، كما تتضمن العملية التفسيرية، الوسيلة المنطقية التي تستخدم فيها عدّة عوامل - التي ذكرت آنفاً- وهي بدورها أيضا تشمل الناحيتين العقلية والعلمية<sup>(2)</sup>، أو بمعنى آخر تتصف بهما.

### المبحث الثالث: المنهج التاريخي

يجب على المفسر دراسة القاعدة القانونية من حيث أصلها التاريخي، بمعنى أن يمتد البحث إلى تعقب الأصل التاريخي للنص<sup>(3)</sup> ودراسة نموه وتطوره، فالهدف من اللجوء إلى المنهج التاريخي في التفسير هو إدراك أصل القاعدة التي تضمنتها النص، وما أصابها من تطور على مر الزمن<sup>(4)</sup> للإستعانة بذلك في تحديد حكمها أو في معرفة المعنى الذي أرادته ألفاظها.

#### المطلب الأول: تعريف المنهج التاريخي.

يدور كل من المنهج اللغوي في التفسير والمنهج المنطقي في فلك النص نفسه بحثا عن معاني ألفاظه أو عن الحكمة المبتغاة من وضعه، أمّا المنهج التاريخي في التفسير فإنه يتجاوز ذلك المدى فلا يقف المفسر حين يلجأ إليه عند ألفاظ النص وحدها، ولا يقيّد بحثه عن حكمة النص أو علته بما صاغ به المشرع إرادته من ألفاظ، وإّما يتجه صوب عناصر خارجة عن إطار النص الذي يسعى إلى تفسيره.

وأهم هذه العناصر التي يشكل اللجوء إليها ما يعرف بالمنهج التاريخي في التفسير هي: الأصول

-أما في القانون الجزائري فانظر: احسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائري العام، ط11، دار هومة، 2012، ص349، وكذا عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ط2010، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ص388.

<sup>(1)</sup> -محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون، مرجع سابق، ص257.

<sup>(2)</sup> -المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

<sup>(3)</sup> -عبد الحي حجازي: المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 523 /رسميس بمنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 241.

<sup>(4)</sup> -المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

التاريخية، والأعمال التحضيرية.<sup>(1)</sup>

### المطلب الثاني: وسائل المنهج التاريخي في التفسير.

يعرض هذا المطلب الوسيلة الأولى ومؤداها الأصول التاريخية في الفرع الأول والوسيلة الثانية والمتمثلة في الأعمال التحضيرية في الفرع الثاني.

#### الفرع الأول: الأصول التاريخية.

وهي المصدر الذي استمد منه المشرع نصوص تشريعه وهي تنقسم إلى نوعين:

- مصدر تاريخي قريب ومباشر.

- مصدر تاريخي بعيد.

المصدر التاريخي القريب والمباشر هو الذي تأخذ منه القوانين الوضعية أحكامها مباشرة، فالشريعة الإسلامية والقانون المدني الفرنسي يعتبران مصدرين تاريخيين مباشرين للتشريع الجزائري، حيث نجده مثلا قد أخذ عن الشريعة الإسلامية السحاء بعض الأنظمة كنظام الشفعة والميراث<sup>(2)</sup>.

- أما المصدر التاريخي البعيد أو غير المباشر، فهو الأصل الذي تستمد منه القوانين أحكامها بطريقة غير مباشرة.

فالقانون الروماني مثلا، يعتبر مصدرا تاريخيا قريبا ومباشرا للقانون المدني الفرنسي، وهذا الأخير يعتبر بدوره أصلا تاريخيا قريبا ومباشرا للتشريع الجزائري، ومنه نستنتج أنّ القانون الروماني يعد في الواقع أصلا تاريخيا بعيدا وغير مباشر للتشريع الجزائري.

فالمشرع الجزائري مثلا، أخذ عن القانون الفرنسي أحكام "تبعة الهلاك" الذي كان قد نقلها بدوره عن القانون الروماني، ومثاله أيضا مبدأ الرضائية في تمام العقود الذي أخذه المشرع الجزائري عن القانون

<sup>(1)</sup> - كثيرا ما لا تفهم عبارات النصوص أو القواعد القانونية، ولكن عند دراسة أصلها التاريخي يتضح معناها.

- أنظر: السنهوري وحشمت أبوستيت: أصول القانون، مرجع سابق، ص 250-251.

<sup>(2)</sup> - المادة 222 عن قانون الأسرة الجزائري التي تنص: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة».

أنظر: قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 45

القانون رقم 84 / 11 المؤرخ في 09 يونيو 1984م المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 / 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005م، الجريدة الرسمية عدد 24 الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984م.



الفرنسي الذي كان قد اقتبسه بدوره عن الفقه الإسلامي. (1)

وهذا نجد كثيرا ما يرجع المهتمون بدراسة القانون الوضعي الجزائري من قضاة ومحامين إلى أقوال الفقهاء وأحكام المحاكم في فرنسا أو إلى أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية (2)، لكشف الغموض الموجود في عبارات النصوص.

#### الفرع الثاني: الأعمال التحضيرية.

هي مجموعة الوثائق التي تبين المراحل التي مرّ بها النص عند وضعه، وتمثل هذه الوثائق في مشروع النص والمناقشات التي دارت حولها اللجان الفنية المختصة التي قامت بوضعه، والمجالس التشريعية التي تولّت إقراره، كما تشمل المذكرة الإيضاحية التي تتضمن على مشروع النص فتوضح معناه والحكمة المقصودة منه. (3)

وقد كان الفقه قديما يرى أنّ هذه الأعمال لها قيمة التفسير الرسمي على أنّ هذا الرأي هجر الآن. (4)

والفقه الحديث مجمع على أنّ هذه الأعمال مجرد وسيلة لمساعدة القاضي أو المفسر، لكي يتعرف على إرادة التشريع دون أن يكون ملزما في الرجوع إليها (5) والأخذ بها في سد ما يترآى له من نقص في

---

(1) - نلاحظ في التشريع الجزائري وعلى سبيل المثال أن إدراك شروط صحة الوقف لا تقتصر على القواعد القانونية المكرّسة في القانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991/4/27 بل يجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتوضيح هذه الشروط وكذلك إلى مجمل أحكام قانون الأسرة الذي يفرض على القاضي الاستعانة بأحكام الشريعة الإسلامية المدونة في كتب الفقه.

- أنظر: محمد سعيد جعفرور: مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون دار هومة، الجزائر، ص 311.

(2) - لعلّ ما يقابل المصادر التاريخية في الشريعة الإسلامية ما يعرف بشرع من قبلنا" ويعتبر دليلا شرعيا تبعيا أي مصدرا للأحكام، أما المصادر التاريخية فيقتصر دورها على التفسير أي أنّها تعتبر من المصادر التفسيرية، وما يجده من شبه بينهما يتلخص في كونهما يمثلان خلفية تاريخية للأحكام.

(3) - خليل احمد حسن قداد: شرح النظرية العامة للقانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ابن عكنون، الجزائر، 1994، ص 182.

(4) - محمد علي عرفة: مبادئ العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 161.

(5) - النظرية السائدة في الفقه الحديث هي أنّ هذه الأدوات ليست واسطة تفسير قاطعة وملزمة، وأنّها وسائط مساعدة، وموقف فقهاء المسلمين في هذا الموضوع يتفق والنظرية الموضحة.

- أنظر: إبراهيم كافي دونمز: مقارنة بين موقف المجتهد اتجاه النصوص في الفقه الإسلامي وبين موقف القاضي اتجاه القانون في النظم القانونية الحديثة، محاضرات ملتقى الفكر الإسلامي "السابع عشر" "ملتقى الاجتهاد"، مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية، الجزائر، ص 164. يلاحظ أنّ هذه الأعمال عادة تكون صعبة المنال بعدم نشرها...

## الباب الأول ..... الفصل الثالث : (التفسير: مناهجه، القواعد والضابطة له

التشريع، إذ أن القاضي عندما تعرض عليه حالة معينة لا نص يحكمها لا يتقيد بنية المشرع، والتي تكون قد ظهرت خلال الأعمال التحضيرية، طالما أنه لم يحدث تعبير عن هذه النية من نصوص التشريع.<sup>(1)</sup>

ويجمع الفقه الآن على ضرورة الحذر<sup>(2)</sup> الشديد عند الرجوع إلى هذه الأعمال، إذ كثيرا ما تتضمن أخطاء واضحة، ولذا نجد الفقه والقضاء يستقران على خلاف الأحكام التي تؤدي إليها الأعمال التحضيرية كلما وجدا ذلك مخالفاً للدلول ألفاظ التشريع أو لروحه.

وقد أدى هذا الحذر في الأخذ بالأعمال التحضيرية وبالمنهج التاريخي على وجه العموم إلى أن أصبح في الفقه موقفين:

الموقف الأول: موقف الفقه والقضاء المصري والأمريكي والفرنسي، ويتمثل في تشجيع اللجوء إلى المنهج التاريخي في التفسير، كلما كان ذلك ضروريا لاستظهار إرادة النص وعلته ومعرفة حكمه.<sup>(3)</sup>

والموقف الثاني: هو موقف القانون الانجليزي الذي يرفض بصفة عامة اللجوء إلى عناصر خارجة عن النص والاستعانة بها على تفسيره، ولا يقبل من ثم موقف النظم القانونية الأخرى، والاستعانة بالمنهج التاريخي في تفسير النصوص القانونية.<sup>(4)</sup>

ولكل من الرأيين حجته، فالرأي المعارض للأخذ بالمنهج التاريخي يقرر أن الأعمال التحضيرية والمذكرات التفسيرية والمناقشات التي تجري في الهيئة التشريعية قد تتضمن آراء لا تتفق ولفظ النص، كما صدر عن المشرع، إذ قد تكون بعض هذه الآراء وجهات نظر شخصية لا تعبر عن إرادة الهيئة التشريعية أو اللجان التي عهد إليها بوضع النص.

ويضيف هذا الجانب من الفقه حجة إضافية بالنسبة للنصوص الجنائية هي وجوب أن تكون الأفعال المجرمة جنائيا واضحة وضوحا كافيا للمكلفين، ولا يعقل أن يطالب الأشخاص العاديين بالبحث في الأعمال التحضيرية والمذكرات التفسيرية والمجلدات العديدة للمناقشات البرلمانية لمعرفة ما يجب عليهم اجتنابه حتى لا يقع تحت طائلة العقاب.<sup>(5)</sup>

وتفصيل ذلك كما يذهب جانب من الفقه، أن نقطة البدء الصحيحة في دراسة حكم القانون في أي

(1)-عبد المحي حجازي: المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص524.

(2)-مأمون سلامة: حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، دار الفكر القاهرة، 1975، ص49.

(3)-عبد الفتاح الصيفي: القاعدة الجنائية، مرجع سابق، ص373.

(4)-عبد الفتاح الصيفي: المرجع السابق، ص373.

(5)-محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص138.

## الباب الأول ..... الفصل الثالث : (التفسير: مناهجه، القواعد والضابطة له

مسألة تبدأ باستعراض تطور النصوص الصادرة في شأنها، ولا يستطيع القاضي إستظهار حكم القانون إستظهارا صائبا بغير الغوص في أعماق التاريخ القانوني والتطور التاريخي للنص.

ولعل ذلك هو السر في النقد الذي يوجهه الفقه في بريطانيا إلى موقف القضاء من المنهج التاريخي في التفسير، إذ أن جانبا من هذا الفقه الآن ينادي بضرورة إعمال هذا المنهج كلما كان ذلك ضروريا. (1)

ويرى جانب من الفقه أنه قد يكون صوابا التقرير بأنه لا تثريب على القاضي الجنائي إذا استعان بعناصر المنهج التاريخي في التفسير للتوصل إلى إمطة اللثام عن سبب إعفاء من العقوبة، أو مانع من موانع العقاب غمضت عبارة النص عن الإفصاح عنه.

أما اللجوء إلى المنهج التاريخي للتفسير الذي يفسر عن إضرار بموقف المتهم فهو غير سديد أو غير جدير بالتأييد. (2)

### المطلب الثالث: الفقه الإسلامي والمنهج التاريخي.

يتم اللجوء إلى المنهج التاريخي في الفقه الإسلامي للتحقق من أحد أمرين: نسخ الحكم " أو النص " أو عدم نسخه وهذا ما يبينه الفرع الأول، وسبب ورود النص من القرآن أو السنة ما يعالجه الفرع الثاني .

### الفرع الأول: النسخ.

وهو رفع الحكم الشرعي بدليل شرعي متأخر عن دليل الحكم المنسوخ (3). وليس المراد بالرفع ذات الحكم الشرعي، وإنما المراد رفع ما هو مستقر في الأذهان من تعلقه بأفعال المكلفين - لأن الأصل في الحكم الشرعي أي حكم كان - أنه يتعلق بأفعال المكلفين، ويستمر الاعتقاد بتعلق الحكم بفعل المكلف حتى يرد دليل ناسخ لهذا الحكم فيرفع اعتقاد تعلقه بفعل المكلف. (4)

والنسخ شرع مراعاة لمصالح العباد في وقت الرسالة، وهو وسيلة من وسائل التدرج في فرض الأحكام الذي يعتبر معلما من معالم المنهج الإسلامي في التشريع.

وقد وقع النسخ في عدد من الأحكام الجنائية الإسلامية التي شرعت على سبيل التدرج، فكان الحكم السابق خطوة تسلم إلى الحكم اللاحق.

(1)-المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(2)-المرجع نفسه، ص 138.

(3)-محمد مصطفى شليبي: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 536.

(4)- المرجع نفسه، ص 536-537.

## الباب الأول ..... الفصل الثالث : (التفسير: مناهجه، القواعد والضابطة له

ومن ذلك التدرج في تحريم الخمر فقد نبه القرآن الكريم أول الأمر إلى أن هناك فرقا بين الخمر وبين غيرها من أنواع الشراب المتخذ من العنب والنخيل فقال ﷺ: ﴿وَمِنْ ثَمَرَاتِ النَّخِيلِ وَالْأَعْنَابِ نَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَةً لِّقَوْمٍ يَعْقِلُونَ﴾<sup>(1)</sup> ثم جاءت آية سورة البقرة تبين أن إثم الخمر أكبر من نفعها: حيث قال ﷺ: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا وَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ الْآيَاتِ لَعَلَّكُمْ تَتَفَكَّرُونَ﴾<sup>(2)</sup>

وجاء بعد هذه الآية منع قربان الصلاة حالة السكر، فقال ﷺ: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ وَلَا جُنْبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّى تَغْتَسِلُوا وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَمَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَفُورًا غَفُورًا﴾<sup>(3)</sup> وهذا النص يقتضي تحريم الخمر في بعض الأوقات دون بعضها الآخر. وهيأت بذلك النفوس لقبول الحكم النهائي في الخمر وهو ما جاء في قوله ﷺ: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ﴾<sup>(4)</sup>

وهكذا نسخت هذه الآية جميع الآيات السابقة فيما يتعلق بإباحة الخمر أو عدم تحريمها.<sup>(5)</sup> ومعرفة الناسخ والمنسوخ شرط في جواز الإفتاء والقضاء، فإن المفتي أو القاضي إذا لم يعرف المنسوخ من الأحكام فقد يقع في الإفتاء أو القضاء بحكم غير ثابت في الشريعة، وللنسخ شروط، بعضها مختلف فيه بين الأصوليين وبعضها متفق عليه، وله أنواع متعددة فقد ينسخ الحكم الشرعي إلى حكم أشد منه، أو إلى حكم أخف منه، وقد ينسخ حظر الفعل إلى إباحته، وهناك نسخ

(1)- سورة النحل، الآية 67.

(2)- سورة البقرة، الآية 219.

(3)- سورة النساء، الآية 43.

(4)- سورة المائدة، الآية 91.

(5)- محمد سليم العوا: في أصول النظام الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 130.

## الباب الأول ..... الفصل الثالث : (التفسير: مناهجه، القواعد والضابطة له

صريح ونسخ ضمني، ولا يقع النسخ إلا في الكتاب والسنة، فلا يحتمل الحكم الذي ثبت بالإجماع ولا بالقياس نسخاً. (1)

وأهم طرق تبين النسخ - بعد النص الصريح - على رفع الحكم السابق - هو معرفة تأخر الحكم النسخ عن الحكم المنسوخ، ومن هنا كان للمنهج التاريخي في التفسير دوره في الفقه الإسلامي: لأن معرفة التطورات التي أصابت حكم مسألة ما في صورة نصوص متعددة حكمتها، ومعرفة السابق واللاحق أو المتقدم والمتأخر من هذه النصوص هو الطريق المؤدي إلى معرفة النسخ والمنسوخ.

والقاعدة الأصولية في هذا الشأن أنه: «إذا تنافى حكمان في أمر معين كان المتأخر منهما ناسخاً للمتقدم» (2).

واعتبار النص القانوني المتأخر ناسخاً للنص المتقدم عند تعارضهما بحيث يتعذر الجمع بينهما، مبدأ مقرر في الفقه القانوني المعاصر، على النحو نفسه الذي سبقت إلى تقريره قواعد أصول الفقه الإسلامي وهذا دليل على تأثير القواعد الأصولية الإسلامية في النظم القانونية المعاصرة. (3)

### الفرع الثاني: سبب التزول أو سبب الورود.

دور المنهج التاريخي في معرفة سبب التزول أو سبب الورود لا يقل أهمية عن دوره في معرفة النسخ والمنسوخ من الأحكام.

فالشريعة الإسلامية تراعي عند تفسير النصوص من جوانبها الخارجية أسباب التزول (4) إن كان قرآناً كريماً (5) وتراعي أسباب الورود إن كان حديثاً نبوياً شريفاً (6)، وهذه الطريقة تكشف عن الملابسات

(1) - أنظر في تفصيل هذا: محمد مصطفى شليبي، أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 541-555.

(2) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3) - عبد الفتاح الصيفي: القاعدة الجنائية، مرجع سابق، ص 410 وما بعدها.

(4) - عبد العزيز عامر: المدخل لدراسة القانون المقارن بالفقه الإسلامي، الطبعة العالمية، القاهرة، مصر، 1389هـ - 1969م، ص 217.

(5) - في هذا المجال كتبت مؤلفات منها المتقدمة ومنها المعاصرة مثل: أسباب التزول وأثرها في بيان النصوص، دراسة مقارنة بين أصول التفسير وأصول الفقه عماد الدين عبد الرشيد، دار الشهاب 1420هـ - 1999م.

(6) - علم أسباب ورود الحديث وتطبيقاته عند الحديثين والأصوليين وجمع طائفة مما لم يصنف من أسباب الحديث. / طارق أسعد حلمي الأسعد: دار ابن حزم، لبنان، بيروت، 1422هـ - 2000م.

## الباب الأول ..... الفصل الثالث : (التفسير: مناهجه، القواعد والضابطة له

والإيحاءات التي تحف بالنص حتى لا يبقى مجردا عن المقصد الذي سيق من أجله.

وفي هذا يقول الإمام الشاطبي في مسألة معرفة أسباب التزول: «معرفة أسباب التزير لازمة لمن أراد علم القرآن، والدليل على ذلك أمران:

أحدهما: أن علم المعاني والبيان الذي يعرف به إعجاز نظم القرآن، فضلا عن معرفة مقاصد كلام العرب؛ إنما مداره على معرفة مقتضيات الأحوال حال الخطاب.

الوجه الثاني: وهو أن الجهل بأسباب التزير موقع في الشبه والإشكالات ومورد النصوص الظاهرة مورد الإجمال حتى يقع الاختلاف، وذلك مظنة وقوع التزاع.

ومن ذلك معرفة عادات العرب في أقوالها وأفعالها ومجاري أحوالها حال التزير»<sup>(1)</sup>.

فيتضح بهذا أن الظروف التي تحيط بالنص أثناء ظهوره أو صدوره ذات عامل مؤثر في فهم النص التشريعي، بغية تطبيقه أو تزيره.

غير أن المعايير التي يراعيها أهل الشريعة حساسة جدا، لكونهم يتعاملون مع خطاب ليس كأبي خطاب وإلا كان تقولا على الله سبحانه بغير علم.

**بخلاف النصوص القانونية** التي مناقشتها وأعمالها التحضيرية، هي غاية ما وصل إليه العقل البشري القاصر عن إدراك ما يصلح للفرد أو المجتمع في مآلاته، مهما سميت هذه العقول أو ارتقت، وما تغيير النصوص من وقت لآخر إلا دليل على عجز العقل البشري في إيجاد تشريع يثبت أمام تغيرات الواقع ونوادير النوازل.

وخلاصة القول أن الرجوع إلى الأعمال التحضيرية يفيد في التوقف على سبب إصدار التشريع، والاعتبارات المختلفة التي أدت إلى وضعه، ومعنى آخر المصالح التي استهدفت الإرادة التشريعية حمايتها وهي الغاية من التشريع.

ومن ثم فهي تعين القاضي أو المفسر، بلا شك على فهم القاعدة القانونية فهما صحيحا، والإحاطة بروح هذه القاعدة فيستطيع عندئذ تطبيقها التطبيق السليم على الحالة الواقعية.

واسترسالا لما تم عرضه من المناهج الثلاثة سالفة الذكر، لا يخفى أنه يتحكم في اختيار وتحديد مذهب التفسير الواجب إتباعه في مجال تفسير القواعد الجنائية عاملان أساسيان هما: النص التشريعي، الواقع

<sup>(1)</sup> -الشاطبي: الموافقات، مرجع سابق، ج3، ص313-314.

الاجتماعي.

الأول: يمكن التأكيد أنه لا يوجد ثمة اختلاف بينهما، رغم أن أحدهما ثابت "النص التشريعي"، حيث صاغه المشرع في صيغة عامة مجردة معبراً عن المعاني التي قصدتها، حيث قد ضمّنها الألفاظ والعبارات التي اختارها وشيد منها بناء النص التشريعي.

الثاني: متغير "الواقع الاجتماعي" لكونه يكشف دائماً عن أشياء وعلاقات جديدة، ومصالح تحتاج إلى رعاية وحماية.

ولما كان الواقع الاجتماعي دائم التطور والتغيير، بتأثير عدة عوامل منها النظام السياسي، الشعور الأخلاقي، الوعي القانوني بصفة عامة، فعلى المفسر أن يأخذ في اعتباره هذه العوامل الاجتماعية عند تفسيره القاعدة الجنائية، فعلاوة على أن هذه العوامل تدل على الاتجاهات في الجماعة وميولها الانتقالية فهي أيضاً دليل على تغير أفكارها.

ولاشك أن التشريع ليس فكر الماضي، بل هو فكر الحاضر وإرادته، فتطوره يتبع تطور العلاقات والروابط الاجتماعية في الحياة التي وضع لتنظيمها.<sup>(1)</sup>

ويجب على المفسر عندما يتفهم الإرادة التشريعية تفهما كاملاً بفضل العوامل السابقة، العامل اللفظي والمنطقي والتاريخي، أن يعتد بالشعور العام في الجماعة والاتجاه الاجتماعي المعاصر، وذلك بأنه يجعل القاعدة الجنائية في تفسيره ملائمة لهذا الواقع الاجتماعي، لتكون أكثر استجابة لحاجات الجماعة الجديدة.<sup>(2)</sup>

يتبين من جماع ما تقدم أن أول خطوة من خطوات العملية التفسيرية هي المرحلة اللفظية التي تتضمن استخلاص المعنى من الألفاظ وقواعد اللغة وفقها ومنطقها، ويجب تكملة هذه المرحلة بمرحلة منطقية، وهي تتضمن استخدام عدة عوامل في الوصول إلى المعنى، وهذا هو العامل العقلي، أي البحث عن حكمة التشريع، والعامل التنسيقي، وهو مكان موقع القاعدة القانونية من النظام القانوني بأكمله، والعامل التاريخي وعامل المبادئ العامة في القانون، ويمكن إضافة العامل الاجتماعي تبعاً لهذه العوامل، وهذه

(1)-محمد صبري السعدي: تفسير النصوص، مرجع سابق، ص 235.

(2)-عبد الحي حجازي: المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 536. في ذات المعنى مأمون سلامة: حدود سلطة القاضي

الجنائي في تطبيق القانون، مرجع سابق، ص 37

## الباب الأول ..... الفصل الثالث : (التفسير: مناهجه، القواعد والضابطة له

جميعاً تتضامن كـي يصل المفسر إلى الإحاطة بالإرادة التشريعية أو المصلحة الحمية.

فمناهج التفسير إذا هي الوسائل التي يمكن للمفسر أن يستخدمها كلها أو بعضها للوصول إلى المعنى الصحيح للنص.

ويرى بعض الفقه أن المفسر فقيهها كان أو قاضيا له مطلق الحرية في اختيار المنهج الذي يبدأ في استخدام أدواته وأساليبه التفسيرية، أو يكتفي باستخدام أدوات هذا المنهج أو ذاك حسبما يفضي إليه اجتهاده. (1)

بينما يرى جانب آخر من الفقه أن مناهج التفسير الثلاثة المعروفة في الفقه المعاصر ليس ثمة انفصال تام بينها في الاستعمال، كما قد يبدو للوهلة الأولى، وإنما اتصال وثيق بينها إن لم يصل إلى حد وجوب إعمالها جميعاً. (2)

وعلى ذلك فإنه كثيراً ما يلجأ المفسر إلى أكثر من منهج أو أسلوب لتفسير نص واحد، وكثيراً ما تتساند المناهج الثلاثة في الوصول بالمفسر إلى حكم النص الذي يحاول تفسيره.

ولعل أن تداخل وتساند القواعد المنتمية لأكثر من منهج أمر مشهود، ذلك أن المنطق والواقع الفقهي والقضائي يؤكدان على صحة القول بلزوم التابع في استعمال قواعد التفسير المنضوية تحت المناهج الثلاثة.

وذلك بحيث يبدأ المفسر قاضيا أو فقيها باستعمال أساليب المنهج اللغوي ثم يعقبها إن لزم الأمر، بأساليب المنهج المنطقي ثم التاريخي.

**وعلى ذلك لا يتصور** الوثوب مباشرة على قواعد المنهجين المنطقي والتاريخي، قبل الاستعمال الكامل للمنهج اللغوي، واستخدام كافة إمكاناته ووسائله لتفسير النص.

وأما عند تفسير النصوص الجنائية، فيعد هذا الترتيب في اللجوء للمناهج التفسيرية أمراً هاماً وضرورياً، ولعل ذلك يرجع إلى انعكاسات مبادئ الشرعية الجنائية في عملية تفسير النص الجنائي.

(1) - محمد منصور سلطان: وظيفة محكمة النقض في تفسير القاعدة القانونية الجنائية وتطبيقها، دط، دت، ص 114 وما بعدها.  
(2) - محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون، مرجع سابق، 235-236. / عبد الحي حجازي: المدخل لدراسة العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 304 وما بعدها.



## الباب الأول ..... الفصل الثالث : (التفسير: مناهجه، القواعد والضابطة له

من هنا تتأكد الصلة التكاملية بين هذه المناهج لكي تؤدي الدور المؤمل من عملية التفسير، ألا وهي التطبيق الصحيح للنص سواء قصدت الصحة اللغوية أو المنطقية، أو من جهة تحقيق العدالة كما يفهمها المجتمع الذي يطبق فيه النص محل التفسير.

الجمعية الأمير عبد القادر القادر للعلوم الإسلامية

الكتاب الثاني:

الأحكام الخاصة بتفسير النصوص  
الجنائية

جامعة الأمير  
عبد  
العزيز  
بن  
سعود  
الاسلامية

هذه الحلقة من حلقات هذا البحث تمثل القواعد الاستثنائية التي تميز النصوص الجنائية في مجال التفسير، بعدما انتهينا من ذكر القواعد العامة المشتركة التي تخضع لها سائر النصوص القانونية عند تفسيرها.

ومن ناحية أخرى تمثل تلك الخصائص الأساس العلمي الضروري لتفهم كثيرا من مسائل الخلاف في فقه القانون الجنائي المعاصر، سواء الشرعي منه أو الوضعي.

ومن ثم يفرض التتابع المنطقي للدراسة أن نتناول في هذا الباب الأحكام الخاصة بتفسير النصوص الجنائية، والخصائص المميزة لتفسير هذه النصوص، وذلك من خلال ثلاثة فصول، يتعرض أولها لمبدأ الشرعية وأهميته في مجال تفسير النصوص الجنائية، والفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب، أما الفصل الثالث: فيعالج تفسير النصوص الجنائية غير التجريبية.

# الفصل الأول

## دور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات

جامعة الأمير  
عبد القادر  
للعلوم الإسلامية

## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

يتناول هذا الفصل مبدأ الشرعية ويتعرض لأهميته ودوره في مجال تفسير النصوص الجنائية من خلال بيان كل من: مدلول مبدأ الشرعية الجنائية وأهميته في مجال تفسير النصوص الجنائية في مبحث أول، ملامح الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي في مبحث ثان، ثم نتائج مبدأ الشرعية وأثره في نطاق قانون العقوبات في مبحث ثالث، وأخيرا قاعدة تفسير الشك لمصلحة المتهم والصلة بين القاعدة الجنائية وغيرها من فروع القانون في مبحث رابع.

### المبحث الأول: مبدأ الشرعية وأهميته في مجال تفسير النصوص الجنائية.

يسود المجتمع الدولي المعاصر مبدأ سيادة القانون رغم اختلاف بعض الدول في تحديد مضمونه. ومقتضى هذا المبدأ التزام جميع أعضاء المجتمع وأجهزة الدولة بالقوانين التي تصدرها السلطة المختصة كأساس لمشروعية أعمالها.<sup>(1)</sup> ولاشك أن هذا المبدأ يضمن احترام حقوق الأفراد وحريةهم في مواجهة السلطة العامة، لأنها تصبح محكومة بالقانون وحده بعيداً عن أهواء السلطة أو تحكّمها.<sup>(2)</sup>

غير أن تطبيق هذا المبدأ بطريقة مجردة لا يؤمن المواطنين إلا بضمان معرفتهم بالقانون الواجب التطبيق وبضمان تطبيقه عليهم وعلى جميع أجهزة الدولة على قدم المساواة.

والذي يكفل ذلك هو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، الذي يقوم على دعامتين أساسيتين: حماية الحرية الشخصية، وحماية المصلحة العامة.<sup>(3)</sup>

### المطلب الأول: مدلول مبدأ الشرعية الجنائية.

مبدأ الشرعية في ميدان التجريم والعقاب، يعني أن الشارع وحده هو الذي يقرر أي الأفعال يعد جريمة، كما أنه هو الذي يحدد العقوبات المقررة لكل منها، وبذلك تنحصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص القانون<sup>(4)</sup> ويقتصر دور القاضي على تطبيق النصوص على الوقائع المعروضة عليه دون إضافة أو حذف.

وعلى ذلك يمكن القول بأن مبدأ الشرعية يحصر مصادر التجريم والعقاب في القواعد القانونية، مما مؤداه أنه لا تداخل بين السلطة التشريعية والسلطة القضائية، وأن ما يدخل في نطاق الأولى من اختصاص

(1) - طعيمة الجرف: مبدأ المشروعية، 1979، ص3 وما بعدها.

(2) - أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1995، ص121 وما بعدها.

(3) - فيما يتعلق بالحرية الشخصية فإن مبدأ الشرعية بعد بمثابة العلاج ضد مختلف صنوف التحكم التي عانت منها العدالة الجنائية ردحا طويلاً من الزمن.

- بالنسبة لحماية المصلحة العامة، فتتحقق من خلال إسناد وظيفة التجريم والعقاب إلى المشرع وحده لأنه ينفرد بالإختصاص في مسائل الحقوق والحريات.

أنظر: أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، 1999م، ص360 وما بعدها.

(4) - محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص70 وما بعدها. محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات القسم العام، ط2، دار النهضة العربية، 1969، ص63. علي راشد: مبادئ القانون الجنائي، مرجع سابق، ص226.

## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

يخرج من نطاق اختصاص الأخيرة<sup>(1)</sup>.

**فلا يستطيع القاضي أن يزيد** على مقدار العقوبة المقررة كحد أقصى ولا يستطيع أن ينتقص من حدها الأدنى، وبالتالي من باب أولى لا يستطيع أن يجرم فعل مباح في أصله. فكل هذا من اختصاص المشرع وليس من اختصاص القاضي<sup>(2)</sup>.

وحتى وإن كان هذا الفعل الغير مجرم يتعارض مع قواعد الدين والأخلاق<sup>(3)</sup>. أو حتى كونه يمثل اعتداء على مصالح الفرد أو الجماعة، فهنا يبرز دور المشرع بالتدخل لتجريم هذا الفعل ووضع العقاب المناسب له. ويمكن القول بأن هذا المبدأ ملزم للدولة ذاتها حيث يمتنع عليها العقاب على الأفعال المباحة. فإن فعلت كان ذلك بمثابة خرق للمبدأ الدستوري الذي يخضع له الكافة<sup>(4)</sup>.

فالشرعية الجنائية تقتضي وجوب وجود نصوص قانونية صادرة عن سلطة مختصة لضبط سياسة التجريم والجزاء بغية إقرار توازن بين الفرد والمجتمع<sup>(5)</sup>. فالشرعية تشكل مبدأ دستوريا يكفل الحماية للحقوق والحريات وذلك بضمان أن لا يفر الجاني من الجزاء وأن لا يدان البريء.

وقد تعرض هذا المبدأ للنقد الشديد بالقول أنه لا يفرد في العقاب، حيث أنه يجعل القاضي ينظر إلى الضرر فقط وليس إلى شخص المتهم وظروفه النفسية والاجتماعية والثقافية مما يشكل إجحافا عند توقيع العقوبة<sup>(6)</sup>، إلا أن هذا القول مردود، ذلك أن المشرع عندما يضع عقابه، يضعه بين حديه العامين الحد الأقصى والحد الأدنى، مما يعطي للقاضي مكنة التوفيق بين الضرر وبين ظروف المتهم أيا ما كانت<sup>(7)</sup>.

**المطلب الثاني: مبدأ الشرعية نشأته، أهميته.**

(1) -انظر في هذا المعنى: ادريس القريني، السلطة التقديرية للقاضي الزجري، ط1، 1425هـ-2004م، ص252.

(2) -محمد سامي النراوي: شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، ط2، 1987، ص36.

(3) -إن أعمالا كالانتحار والكذب ما لم يشكل شهادة زور، لا تعد جرائم في نظر القانون الجزائري طالما أن المشرع لم ينص على هذه الأفعال ضمن الجرائم المعاقب عليها قانونا.

(4) -محمد سليم العوا: مبدأ الشرعية في القانون الجنائي المقارن، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الحادية والعشرون، العدد الرابع أكتوبر-ديسمبر 1977، ص67.

(5) -قد يصبح هذا المبدأ مجرد ضمانة شكلية لا تستخدم سوى مصالح الدولة وأهدافها، لذلك فإن الشرعية في حد ذاتها تحتاج إلى ضمانات من أجل حماية النظام الاجتماعي ولعل من أهم هذه الضمانات الرقابة على الدستورية.

(6) -علوي جعفر: المعين في شرح القانون الجنائي العام المغربي فقها وقضاء، ط1، 2010، ص85.

(7) -المرجع نفسه، ص86.

## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

يتناول هذا المطلب نشأة مبدأ الشرعية في الفرع الأول، وأهمية هذا المبدأ في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: نشأة مبدأ الشرعية.

تعتبر الشريعة الإسلامية أول شريعة مقررّة لمبدأ الشرعية، في الوقت التي كانت فيه سائر الأمم تعاني من تحكم السلطة وتعسفها.<sup>(1)</sup>

وفي أوروبا كان لتعسف السلطة وتحكمها وخصوصا السلطة القضائية في العصور الوسطى أثر في ظهور المبدأ<sup>(2)</sup>، حيث كان القضاة يملكون سلطة تحكيمية في تجريم الأفعال والعقاب عليها بالرغم من انعدام النصوص التجريبية.

فالقضاة كانوا يعاقبون بناء على رسائل الملك وبناء على وجهة نظرهم، الأمر الذي أدى إلى انتهاك لحقوق وحرّيات الأفراد نظرا لعدم وجود ما يحدد مسبقا للفرد حدود المباح والمحظور<sup>(3)</sup>.

وإزاء هذا التحكم القضائي في حقوق الأفراد وحرّياتهم، وجه الفلاسفة<sup>(4)</sup> النقد للسلطة بصفة عامة، والسلطة القضائية على وجه الخصوص.

وقد كان الفيلسوف الفرنسي "مونتسكيو" أول من دعا إلى الشرعية في كتاب "روح القوانين"<sup>(5)</sup>، منتقدا السلطة وداعيا إلى الفصل بين مختلف السلطات لحماية الأفراد من التعسف، ثم جاء "بكاريا" في كتابه "الجرائم والعقوبات" معتمدا فلسفة "جون جاك روسو"، خاصة نظرية العقد الاجتماعي، مؤكدا بأن القانون وحده هو الذي يحدد العقوبات المناسبة مع الجرائم<sup>(6)</sup>، وأن سلطة التحديد هذه يملكها المشرع

(1) -عرفت بعض الشرائع الوضعية التجريم المسبق مثل قانون حموا رايب غير أن ذلك يعتبر مظهرا شكليا للشرعية لأنه كان يعبر عن قيم السلطة الحاكمة فحسب.

(2) -علوي جعفر، المعين في شرح القانون الجنائي العام، مرجع سابق، ص 66 /دريس القريني: السلطة التقديرية للقاضي الجزري، مرجع سابق، ص 255.

(3) -المرجع نفسه، ص 67

(4) -ادريس القريني: السلطة التقديرية للقاضي الجزري، مرجع سابق، ص 255. /عصام عفيفي عبد البصير: أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها دراسة مقارنة، ط 1، 2007، ص 37.

(5) -يطلق على الكتاب "روح القوانين" و"روح الشرائع" وترجم إلى اللغة العربية في جزئين، وقام بترجمته: عادل زعيتر: وقامت بنشره دار المعارف بالقاهرة.

(6) -انظر في هذا المعنى: علوي جعفر، المعين في شرح القانون الجنائي، ص 66.



## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

وحده، الذي يجمع أفراد المجتمع بمقتضى العقد الاجتماعي.

ففي نظر هذا الفيلسوف أن الأفراد قد تنازلوا عن جزء من حقوقهم مقابل الحماية، وهذه الحماية يجب أن تكون محددة سلفاً، كما اشتق من جهة أخرى من نظرية "العقد الاجتماعي" مبدأ المصلحة الاجتماعية كأساس لمشروعية حق العقاب<sup>(1)</sup>.

كما تم بناء مبدأ الشرعية على يد العالم الألماني "فويورباخ" "von feurbach"، الذي تحدث عن نظرية الإكراه المعنوي، والصلة الوثيقة بينها وبين مبدأ الشرعية، حيث قرّر أن وظيفة العقوبة تتمثل في الإكراه المعنوي، فأثرها رادع، ورتب على ذلك أن العقوبة وسيلة استثنائية، وطالب بتحديد الجريمة والعقوبة حتى يتسنى للمواطن معرفة المباح والمحظور.<sup>(2)</sup>

### الفرع الثاني: أهمية مبدأ الشرعية.

يهدف مبدأ شرعية التجريم إلى إقامة التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع عن طريق حمايتهما، بالقدر الذي لا يهدر إحداهما لفائدة الأخرى، ويحقق هذا المبدأ الحماية الكافية لمصلحة الفرد وحقوقه من خلال:

- منع السلطة من التحكم في حريات الأفراد وانتهاك حقوقهم<sup>(3)</sup> إذ يقتضي هذا المبدأ ألا يعاقب الفرد على سلوك أتاه مالم يكن مجرماً وقت إتيانه، فحصر التجريم في نصوص سارية هو بمثابة إنذار مسبق لتوقيع العقاب.

- يضع هذا المبدأ الحدود الفاصلة بين التجريم والاباحة وهو بالتالي يخطر الأفراد بالسلوكات الإجرامية ومن ثم يمكنهم من معرفة الوجهة الاجتماعية المقبولة لممارسة نشاطاتهم في مأمن بعيداً عن المسؤولية الجنائية<sup>(4)</sup>.

أما تحقيقه الحماية الكافية لمصلحة المجتمع فنلمسها من خلال:

<sup>(1)</sup> علوي جعفر، المعين في شرح القانون الجنائي، ص 66.

<sup>(2)</sup> -قريباً من هذا المعنى أنظر: عبد الأحد جمال الدين: في الشرعية الجنائية، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية المصرية، السنة 16، العدد 2، يوليو 1974، ص 418.

وإمتداد لذات المنهج في الفقه الجنائي نادى كل من " مونتسكيو" في فرنسا و " بكاريا" في إيطاليا بضرورة التخفيف من العقوبة وتحديد الجزاء في القانون حتى يستحيل الإفلات منه.

<sup>(3)</sup> - في نفس المعنى: أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 36 وما بعدها.

<sup>(4)</sup> -انظر في هذا المعنى: ادريس القريني، السلطة التقديرية للقاضي الجزري، مرجع سابق، ص 259.

## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

-إضافته على العقوبة « أساسا قانونيا يجعلها مقبولة باعتبارها توقع في سبيل المصلحة العامة»<sup>(1)</sup>

- تحقق حماية المصلحة العامة من خلال إسناد وظيفة التجريم والجزاء إلى المشرع وحده<sup>(2)</sup>، لأنه من شأن ذلك أن يضفي على الجزاء الجنائي صبغة التأكيد مما يعطي له صفة الفعالية.

وقد عبّر عن ذلك " بيكاريا " " Beacarai " بقوله « إن القوانين وحدها هي التي يمكن أن تحدد عقوبات الجرائم، وأن هذه السلطة لا يمكن أن يتولاها سوى المشرع بذاته الذي يمثل المجتمع بأسره بمقتضى العقد الاجتماعي»<sup>(3)</sup>

### أولاً: أساس المبدأ في قانون العقوبات.

لم يظهر مبدأ الشرعية الجنائية، إلا في اللحظة التي تحددت فيها سلطات الدولة وانفصلت كل منها عن الأخرى<sup>(4)</sup>، ففي عهد الملكية المطلقة كانت أوامر الملك تتمتع وحدها بقوة القانون الذي يكون له سلطة تجريم الأفعال بمطلق إرادته.

وقد أخذ القانون الإنجليزي بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات منذ أن صدر "ميثاق هنري" الأول، وأكدته بعد ذلك العهد الأعظم الذي قرر سمو قواعد القانون في إنجلترا، حيث نصت المادة 29 منه على أنه: «لا يمكن إنزال عقاب ما بإنسان حر إلا بمحاكمة قانونية طبقاً لقانون البلاد»<sup>(5)</sup>.

وجاءت الثورة الفرنسية فأكدت هذا المبدأ في المادة الثانية من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، وجاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة عام 1948 فنص على المبدأ المذكور<sup>(6)</sup>.

كما تضمنته الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الصادرة عام 1950 في المادة الثامنة، والعهد الدولي

(1)-محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 70 وما بعدها.

(2)-انظر في هذا المعنى: ادريس القريني، السلطة القضائية للقاضي الجزري، مرجع سابق، 257.

(3)-BecariA: des delits et des peines, librairie, Daloz, Geneve, 1965, p9.

ذكره وأشار إليه: عصام عفيفي عبد الصبور: أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها، مرجع سابق، ص 26.

(4)-عرف مبدأ الفصل بين السلطات في كتاب "روح القوانين" للكاتب والبرلماني الفرنسي "مونتيسكيو"، ونقل أول مرة إلى دساتير الثورة الفرنسية، ومنها إلى دساتير العالم.

أنظر: محمد سامي النبراوي: شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص 36.

(5)- نبيل مدحت سالم: مبدأ الشرعية الجنائية، مدلوله وعناصره، مجلة المحاماة المصرية، عدد 7-8، 1984، ص 12 وما بعدها.

(6)-عصام عفيفي: أزمة الشرعية الجنائية، مرجع سابق، ص 38.

## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

للعقوبات المدنية والسياسية لعام 1966<sup>(1)</sup>.

وهكذا يتبين أن هذا المبدأ يعتبر من حقوق الإنسان ذات الطابع العالمي، ويعتبر من القيم التي يقوم عليها النظام الديمقراطي<sup>(2)</sup>.

أما بخصوص الشرعية في التشريع الجزائري، فقد نص عليها المشرع الجنائي في المادة الأولى من قانون العقوبات<sup>(3)</sup>، وكرسته المادة 43 من دستور فبراير 1989م والمادة 46 من دستور 1996م<sup>(4)</sup>.

ثانياً: الأهمية القانونية في النص على مبدأ الشرعية في الدستور أو في قانون العقوبات.

يعتبر مبدأ الشرعية نتيجة منطقية مترتبة على الأساس الأخلاقي للمسؤولية الجنائية، فالإنسان يجب أن تتوافر لديه ملكة الإدراك والاختيار عند ارتكاب الجرائم، حيث يمكن القول أنه آثم، ولذا فإنه يجب على الشارع أن ينذره بالعقاب مسبقاً حتى يعلم المحذور والمباح من السلوك<sup>(5)</sup>، فلا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لسريان القانون<sup>(6)</sup>.

وقد يحدث أن بعض القوانين تغفل النص على مبدأ الشرعية مثال ذلك الدساتير الفرنسية التي صدرت بعد عام 1875 حتى دستور 1958، فهل يملك الشارع النص على رجعية القوانين الجنائية في حالة عدم

(1)-نبيل مدحت سالم: المرجع السابق، ص 12 وما بعدها.

(2)-علي راشد: المدخل وأصول النظرية العامة في القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 26 وما بعدها.

(3)-المادة الأولى من قانون العقوبات تنص " لاجرمة ولا عقوبة أو تدابير أمن إلا بنص".

-أنظر: حسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص 1

(4)-المادة 46 من دستور 1996 الجزائري تنص " لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل".

-أنظر: دستور الجزائر: مرجع سابق، ص 12.

- كما أن المبدأ تضمنته بعض قوانين العقوبات والدساتير الأوروبية والعربية منها الدستور الإيطالي في المادة 25 وقانون العقوبات الإيطالي في المادة الأولى وجاء النص على المبدأ في المادة الثالثة من القانون البلجيكي وأعيد هذا المبدأ إلى القانون الألماني عقب زوال النازية بانهاء الحرب العالمية الثانية أما في فرنسا فقد أصبح هذا المبدأ من المسلمات التي يحمل بمقتضاها حتى ولو لم ينص عليها الدستور الفرنسي.

وقد تضمنت أغلب التشريعات العربية النص على هذا المبدأ كقانون العقوبات المصري في المادة الخامسة والمادة الأولى من قانون العقوبات السوري، التونسي.

أنظر: عبد الأحد جمال الدين: في الشرعية الجنائية، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية المصرية، السنة 16، العدد 2 يوليو، 1974 م، ص 431، 432 / رمسيس بمنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 20، 23.

(5)-علوي جعفر: المعين في شرح القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 67.

(6)-عبد الأحد جمال الدين، تفسير النصوص الجنائية، مجلة الأمن العام المصرية، العدد 81، ص 418.

## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

وجود نص دستوري يقرر عدم جواز ذلك...؟؟<sup>(1)</sup>

لقد أثير هذا الأمر في فرنسا عقب النص على مبدأ الشرعية في الدستور الفرنسي، لكن الفقه يرى عدم إمكان لجوء الشارع إلى إصدار قوانين جنائية بأثر رجعي<sup>(2)</sup>.

فذهب "ديجي"<sup>(3)</sup> "Deguht" مع جمهرة الفقهاء<sup>(4)</sup> إلى أن هناك مبادئ مبادئ القانون الأعلى الذي يجب أن يتفق معها كل تشريع، وتلك المبادئ أعلى من الدولة ولا تُدُون في إعلان الحقوق، أو في النصصوص الدستورية، ولكنها تسمو على كل القوانين المكتوبة، وتمثل في شعور الناس بأن هذا المبدأ حق وعدل.

وقد سار على ذات المنهج الفقه العربي، فقد قرر الأستاذ "السنهوري"<sup>(5)</sup> أن ثمة مبادئ عليا تسود الدستور، وتسيطر على جميع أحكامه، وهذه المبادئ تمثل روح الدستور، وتستخلص استخلاصا موضوعيا من نصوصه المدونة من هذه المبادئ، - كما يرى - كفالة الحريات والحقوق العامة، وعدم المساس بالحقوق المكتسبة المستمدة من الدستور ومن بينها عدم رجعية القوانين الجنائية.

وفي هذا المجال يذهب الأستاذ "السنهوري" إلى أن هناك مبادئ أساسية للعدالة لا يمكن الخروج عليها حتى ولو لم يتضمنها الدستور، وقاعدة الشرعية تملئها العدالة ومستقرة في ضمير الجماعة، بحيث لم يعد في إمكان الشارع المساس بها، ولو لم يتضمنها الدستور فهي لها قيمة أعلى من الدستور نفسه، وترتبط بالقيم الإنسانية الحضارية التي لا تقبل الانتهاك.

ونؤيد هذه الوجهة من النظر سواء في الفقه الغربي أو الفقه العربي.

ونتساءل هل مبدأ الشرعية هو فقط الذي له قيمة أعلى من الدستور...؟؟ أم أن مبادئ الشريعة

(1)- Abd elfataha bousenna, de l'interpretation de la loi penale. Revue alqllanoun waliqtisad, II Annee Partie, Francaise, p238.

- ذكره وأشار إليه رفاعي سيد سعد: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص356.

(2)- رفاعي سيد سعد: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، 361. / عبد الأحد جمال الدين، تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص420.

(3)- عبد الرزاق السنهوري: مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة، يناير 1952، ص74-75. ذكر هذا: عبد الأحد جمال الدين: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص436-437.

(4)- رفاعي سيد سعد: المرجع السابق، ص362.

(5)- عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص74، 75.

## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

الإسلامية باعتبارها مكونا أصيلا وأساسيا في النظام الاجتماعي والثقافي والسياسي، تعتبر أيضا من هذه المبادئ ذات القيمة العليا.؟!.

### ثالثا: صيغة الشرعية العرفية.

يعد القانون الإنجليزي أبرز مثل للشرعية العرفية، إذ أن مصدر التجريم والعقاب في التشريع الإنجليزي لا يقتصر على النصوص الصادرة عن السلطة التشريعية، وإنما يشمل أيضا قواعد الشريعة العامة.

"Common Law"، وهي عبارة عن السوابق القضائية والأعراف التي يقرها القضاء<sup>(1)</sup>.

ويمكن القول بأنه على الرغم من زيادة معدل تدخل البرلمان في مجال التشريع الجنائي، إلا أنه لم يصدر عنه ما يقرر مبدأ الشرعية، ولذا فإنه يلزم اللجوء إلى أحكام القضاء للوقوف على مدى أخذها بمبدأ الشرعية ونتائجه.

ويذهب جانب من الفقه<sup>(2)</sup> بحق إلى أنه يؤخذ على التشريع الإنجليزي بصفة عامة عيبين هما:

- 1- عدم تدخل الشارع حتى الآن بنص يقرر مبدأ الشرعية حتى يلتزم به القضاء.
- 2- أن المحاكم البريطانية يمكنها أن تتوسع في تفسير القواعد الجنائية<sup>(3)</sup> التي تستند إلى الشريعة العامة، على الرغم من صدور الحكم السابق عن مجلس اللوردات، وهو المحكمة العليا في النظام الإنجليزي، بحيث يمكنها أن تعاقب على أفعال لم ينص عليها القانون صراحة، وهذا يخالف مبدأ الشرعية<sup>(4)</sup>.

(1)- محمد سليم العوا: مبدأ الشرعية في القانون الجنائي المقارن، مرجع سابق، ص 17 وما بعدها.

(2)- المرجع نفسه، ص 21

(3)- المرجع نفسه، ص 21-22.

لعل الأستاذ سليم العوا يقصد بالتوسع في تفسير النصوص الجنائية القياس عليها، لأن القياس هو الذي يخلق جرائم لم ينص عليها القانون، ويستنتج من ذلك أن الشريعة العامة هي الباب الذي يسلكه القضاء لإفئات على مبدأ الشرعية، الأمر الذي يستفاد منه أن مبدأ الشرعية لا يؤخذ به على إطلاقه لدى المحاكم الإنجليزية.

<sup>(4)</sup>- تعرض القضاء الإنجليزي لمدى جواز العقاب على أفعال لم يتناولها الشارع بالتجريم في عدد من القضايا لعل أهمها قضية manleycase والتي تلخص وقائعها في أن سيدة تدعى elizabethmanley أبلغت سلطات البوليس بأن رجلا ذكرت أوصافه هاجمها وسرقها، ثم تبين أن البلاغ المقدم من هذه السيدة كان بلاغا كاذبا، فتم تقديم تلك السيدة إلى المحكمة فدفعت محاميتها بعدم وجود نص في القانون بجرم فعلها. غير أن المحكمة أدانتها مقرررة: أن جميع الأفعال الضارة بالجمتمع تعتبر جرائم في القانون الإنجليزي ولو لم يوجد نص يقرر تجريمها ويحدد العقاب عليها.

-أنظر: محمد سليم العوا: مبدأ الشرعية في القانون الجنائي المقارن، المرجع السابق، ص 18.

### المبحث الثاني: ملامح مبدأ الشرعية في الفقه الإسلامي.

هناك العديد من القواعد الأساسية والكلية في الشريعة الإسلامية، استنبطها الفقهاء من نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، تنص وتؤكد على الشرعية الجنائية في مجال التجريم والعقاب<sup>(1)</sup>.

ومن هذه القواعد:

لاحكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص، الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة، لا يكلف شرعا إلا من كان قادرا على فهم التكليف أهلا لما كلف به، ولا يكلف شرعا إلا بفعل ممكن مقدر لكل معلوم له علما يحمله على امتثاله<sup>(2)</sup>.

فهذه القواعد جميعا قاطعة في أنه لا جريمة إلا بعد بيان ولا عقوبة إلا بعد إنذار، وإن الله لا يأخذ الناس بعقاب إلا بعد أن يبين لهم وينذرهم على لسان رسوله، وأنه ما كان ليكلف نفسا إلا بما تطيقه<sup>(3)</sup>.

وإذا كان في قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص أصلا في الشريعة الإسلامية يطبق بصفة عامة في مجال التجريم والعقاب، فإن أسلوب تطبيق هذه القاعدة يختلف في جرائم الحدود عنه في جرائم القصاص والدية وجرائم التعزيز، وهذا ما سوف نعرضه في ثلاثة مطالب على التوالي.

#### المطلب الأول: لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في جرائم الحدود.

طبقت الشريعة الإسلامية قاعدة " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص " تطبيقا دقيقا في جرائم الحدود، وهذا ظاهر بجلاء من تتبع النصوص التي وردت في هذه الجرائم والعقوبات المقدرة لها.

(1)-عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 117 وما بعدها.

(2)-المرجع نفسه، ص 118.

(3)-المرجع نفسه، ص 118/ عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون، دار النهضة العربية، 2001، ص 80 وما بعدها.

## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور سبداً الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

وجرائم الحدود السبع<sup>(1)</sup> تتمثل في: الزنا، القذف، شرب الخمر، السرقة، الحراة، الردة، البغي.

أولاً: جريمة الزنا: يقول الله ﷻ: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْفَ﴾<sup>(2)</sup>، ويقول ﷻ: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾<sup>(3)</sup> ويقول الرسول ﷺ: «خذوا عني فقد جعل الله هن سبيلاً: البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب: جلد مائة ورجم بالحجارة»<sup>(4)</sup>.

فهذه النصوص تحرم الزنا وتعاقب عليه بالتغريب والجلد والرجم، وهي كل العقوبات المقررة للزنا في الشريعة الإسلامية.

ثانياً: جريمة القذف: يقول الله ﷻ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾<sup>(5)</sup>.

فهذا النص يجرم القذف ويعاقب عليه بعقوبة أصلية هي الجلد، وبالعقوبة تبعية هي الحرمان من حق أداء الشهادة، وليس للقذف في الشريعة عقوبة غير هاتين العقوبتين.

ثالثاً: جريمة السرقة: يقول ﷻ: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ﴾<sup>(6)</sup>، فهذا النص يجرم السرقة ويحدد عقوبتها بقطع اليد.

رابعاً: جريمة الحراة: يقول ﷻ: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ، وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ

(1) - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، المرجع السابق، ص 119.

قارن محمد سليم العوا: حيث يذهب إلى أن جرائم الحدود تنحصر في أربعة فقط هي: الزنا، السرقة، الحراة، القذف، راجع مؤلفه، في أصول النظام الجنائي الإسلامي دراسة مقارنة، ط4، 2009، دار النهضة، ص 253 وما بعدها.

(2) - الإسراء، الآية 32.

(3) - النور، الآية 2.

(4) - صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب 3 حدُّ الزَّانَا، ح 4509 - (115/5)./الجامع الصحيح: مسلم، دار الجيل ودار الأفاق

بيروت، 8 ج.

(5) - النور، الآية 3-4.

(6) - المائدة، الآية 38.

## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور سبداً الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿١﴾

فهذا النص يجرم الحراية والسعي بالفساد في الأرض، ويعاقب على ذلك بالنفي والقطع والقتل والصلب.

خامساً: جريمة الردة: يقول الله ﷻ: ﴿وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ﴾ (٢) ويقول ﷺ:

﴿وَمَنْ يَرْتَدَّ دِمْنَكُمْ عَنْ دِينِهِ فِيمَتَّ وَهُوَ كَأَفْرَأُولَتِكَ حِطَّتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا

وَالْآخِرَةِ﴾ (٣)، ويقول النبي ﷺ «من بدل دينه فاقتلوه» (٤) ويقول أيضا ﷺ: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا ياحدى ثلاث: الثيب الزاني، النفس بالنفس، التارك لدينه المفارق للجماعة» (٥).

فهذه النصوص تجرم الردة وتعاقب عليها بالقتل.

سادساً: جريمة البغي: يقول الله ﷻ: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ

إِحْدَهُمَا عَلَى الآخَرَى فَقْتُلُوا الَّتِي تَبَغَى حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ﴾ (٦) ويقول النبي ﷺ: «من أتاكم وأمركم على رجل واحد يريد أن يشق عمامكم ويفرق جماعتكم فاقتلوه» (٧).

فهذه النصوص تحرم بغي طائفة على طائفة وتجعل جزاء البغي القتال والقتل، حتى يفى الباغي ويرجع عن بغيه.

(١)- المائدة، الآية 33.

(٢)- آل عمران، الآية 85.

(٣)- البقرة، الآية 217.

(٤)- صحيح البخاري، كتاب استتابة المرتدين والمعاندين وقتالهم، باب 2 حكم المرتد والمرتدة واستتابتهم، ح 6524 - (6) / 2537 (الجامع الصحيح: البخاري، تحقيق وتعليق مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير اليمامة بيروت، ط3، 1407 - 1987، ج6.

(٥)- صحيح البخاري، كتاب الدييات، باب 5 قول الله تعالى ﴿أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذْنَ بِالْأُذْنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾، ح 6484 - (6) / 2521 (الجامع الصحيح: البخاري، تحقيق وتعليق مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير اليمامة بيروت، ط3، 1407 - 1987، ج6.

(٦)- الحجرات، الآية 9.

(٧)- صحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب 14 حُكْمُ مَنْ فَرَّقَ أَمْرَ الْمُسْلِمِينَ وَهُوَ مُجْتَمِعٌ، ح 4904 - (6) / 23 (الجامع الصحيح: مسلم، دار الجيل ودار الأفاق بيروت، 8 ج .



## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

سابعاً: جريمة شرب الخمر: يقول ﷺ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾ (1)

ويقول الرسول ﷺ: «كل مسكر حرام» (2) ويقول ﷺ: «ما اسكر كثيره فقليله حرام» (3)

وهذه النصوص قاطعة في مجال تجريم تناول الخمر والمسكرات.

**أما العقوبة في شأن شارب الخمر** فتحتاج إلى توضيح موقف الإسلام منها، لاسيما وان هناك قلة من الفقهاء لا يعتبرونها من جرائم الحدود، وإنما عقوبة تعزيرية، استناداً إلى أن هذه العقوبة لم تكن محددة لا من حيث النوع ولا من حيث المقدار، في عهد الرسول ﷺ فقد كانت تارة ضرب الشارب بما تيسر من النعال والثياب والجريد وبأيدي الحاضرين، وتارة أخرى حثو التراب في وجهه الشارب. (4)

ولا خلاف على أن القرآن الكريم قد نص على تجريم شرب الخمر في الآيات السابقة، الأمر الذي يكون معه شق التجريم ثابتاً ينص قطعي، أما شق العقاب في حد الخمر، فقد اختلف فيه الفقهاء، والاختلاف هنا هو خلاف في مقدار العقوبة وليس في ثبوت التجريم (5)، فالتجريم ثابت بنص قطعي قرآني، فهو إذن خلاف من باب الرحمة وما سكوت الشارع الحكيم عن تحديد مقدار العقوبة لشارب الخمر نصاً وقطعاً إلا من باب التخفيف والرحمة.

ولقد روى أنس عن رسول الله ﷺ أنه: «أتى رسول الله ﷺ برجل قد شرب الخمر فضرب بالنعال نحواً من أربعين، ثم أتى به أبو بكر ﷺ فصنع مثل ذلك، ثم أتى به عمر ﷺ فاستشار الناس في الحدود، فقال ابن عوف ﷺ: أقل الحدود ثمانون، فضربه عمر». (6)

لذلك يمكن القول بأن عقوبة شارب الخمر هي أربعون جلدة اتفاقاً مع ما ذهب إليه غالب الفقهاء،

(1) - المائدة 90.

(2) - صحيح البخاري، كتاب الوضوء، باب 71 لا يجوز الوضوء بالبيذ ولا المسكر، ح 239 - (95/1) الجامع الصحيح: البخاري، تحقيق وتعليق مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير اليمامة بيروت، ط3، 1407 - 1987، ج 6.

(3) - سنن أبي داود، كتاب الأشربة، باب 5 التَّهْيِ عَنِ الْمُسْكَرِ، ح 3683 - (368/3) قال الألباني: صحيح في إرواء الغليل، ح 2373 و 2375/السنن: أبو داود، دار الكتاب العربي بيروت، ج 4.

(4) - لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع، أنظر: محمد سليم العوا في أصول النظام الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 190 وما بعدها.

(5) - عصام عفيفي: أزمة الشرعية الجنائية: مرجع سابق، ص 137.

(6) - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، 1389هـ، ج 12، ص 66.

## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور سبراً الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

استناداً لفعله ﷺ وفعل أبي بكر من بعده كما ورد في حديث أنس.

فضلاً عن ذلك فإنه يمكن القول بأن لولي الأمر أن يزيد الجلد عن أربعين تعزيراً، على أن لا تتجاوز هذه الزيادة الثمانين جلدة، وتعتبر هذه الزيادة من باب التعزير، فقد روى أن عمر رضي الله عنه كان يجلد الرجل المنهك في الشراب ثمانين ويجلد الرجل الضعيف الذي وقعت منه الذلة أربعين.<sup>(1)</sup>

إذن فعقوبة شارب الخمر هي عقوبة حدية قدرها أربعون، ولكن يمكن زيادة الجلد إلى ثمانين تعزيراً عملاً بجواز الجمع بين الحد والتعزير.<sup>(2)</sup>

**ولا يمكن قبول الرأي القائل بأن عقوبة شارب الخمر عقوبة تعزيرية<sup>(3)</sup>**، وذلك لمخالفته لفلسفة التجريم في مجال الحدود وضوابطها واختلافها عن تلك المقررة في جرائم التعزير.

فالقول بأن عقوبة شارب الخمر عقوبة تعزيرية يؤدي إلى القول بجواز العفو عن شارب الخمر وعدم عقابه أو الشفاعة في شأنه، وذلك مالا يجوز لقول الرسول ﷺ عن عائشة: أن قريشا أهمهم شأن المرأة المخزومية التي سرقت فقالوا ومن يكلم فيها رسول الله ﷺ؟ فقالوا ومن يجترئ عليه إلا أسامة ابن زيد حب رسول الله ﷺ فكلمه أسامة فقال رسول الله ﷺ «أتشفع في حد من حدود الله». <sup>(4)</sup>

تأسيساً على ذلك، فإن عقوبة شارب الخمر أربعين جلدة، وأنه لا سلطان لولي الأمر في هذه الأربعين بتخفيفها أو قبول شفاعة فيها، لأنها عقوبة حدية<sup>(5)</sup>، أما ما زاد عن هذه الأربعين فهو من باب التعزير<sup>(6)</sup>.

وهذا ما يظهر بجلاء حرص الشريعة الإسلامية على تطبيق مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" تطبيقاً دقيقاً في مجال الحدود.

### المطلب الثاني: لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في جرائم القصاص والدية.

تقوم فلسفة الشريعة الإسلامية في التجريم لجرائم القصاص والدية، بما وضعته لها من نصوص واضحة

(1) - السيد سابق، فقه السنة، دار التراث، ج 1، ص 336.

(2) - عصام عفيفي: المرجع السابق، ص 139.

(3) - محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 198 وما بعدها.

(4) - صحيح البخاري، كتاب الأنبياء، باب 52 {أم حسبت أن أصحاب الكهف والرقيم}، ح 3288 - (1282/3)/الجامع

الصحيح: البخاري، تحقيق وتعليق مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير اليمامة بيروت، ط 3، 1407 - 1987، ج 6.

(5) - عصام عفيفي: أزمة الشرعية الجنائية، مرجع سابق، ص 140.

(6) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

لا ليس فيها ولا غموض على بيان الجرم والعقاب عليه.

والجرائم التي يعاقب عليها بالقصاص: القتل العمد، إتلاف الأطراف عمداً، والجرح العمد، أما الجرائم التي يعاقب عليها بالدية فهي جرائم القصاص إذا عفي عن القصاص أو امتنع القصاص لسبب شرعي، ثم القتل شبه العمد، والقتل الخطأ، وإتلاف الأطراف خطأ والجرح خطأ.

أولاً: جريمة القتل العمد.

يقول الله ﷻ: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾<sup>(1)</sup> ويقول ﷺ: ﴿يَتَأَيَّمَا الَّذِينَ آمَنُوا

كُنِبَ عَلَيْكُمْ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْخُرْبِ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدِ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عَفَى لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَأَنْبَاعٌ

بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>(2)</sup>.

ويقول الرسول ﷺ: «من اعتبط (اعتدى) مؤمناً بقتل فهو قوده به إلا أن يرضى ولي المقتول»<sup>(3)</sup>،

ويقول ﷺ: «من قُتِلَ له قَتِيلٌ فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ إِنْ أَحْبَبُوا فَالْقَوْدُ - أي القصاص - وَإِنْ أَحْبَبُوا فَالْعَقْلُ

أَي الدية»<sup>(4)</sup>، ويقول ﷺ: «في النفس مائة من الإبل»<sup>(5)</sup>.

فهذه النصوص تجرم القتل العمد، وتجعل عقوبته القصاص إلا إذا عفا ولي المقتول فتكون العقوبة الدية

وهي مائة من الإبل.

ثانياً: جريمة إتلاف الأطراف عمداً والجرح العمد.

(1) - الإسراء، الآية 33.

(2) - البقرة، الآية 178.

(3) - سنن الدارمي، كتاب الديات، باب 1 الدية في قتل العمد، ح 2352 - (247/2). وفي صحيح ابن حبان، كتاب التاريخ

باب 7 كتب النبي ﷺ، ح 6559، قال شعيب الأرنؤوط: إسناده ضعيف - (501/14) / السنن: الدارمي، دار الكتاب العربي

بيروت، 1407، تحقيق فواز أحمد زمرلي وخالد السبع. / 2 ج صحيح ابن حبان، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة

بيروت، 1414 - 1993، ج 18.

(4) - صحيح البخاري، كتاب الديات، باب 7 من قتل له قتيلاً فهو بخير النظرين، ح 6486 - (2522/6) / الجامع الصحيح:

البخاري، تحقيق وتعليق مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير اليمامة بيروت، ط 3، 1407 - 1987، ج 6.

(5) - موطأ مالك - رواية يحيى الليثي، كتاب العقول، باب 1 ذكر العقول، ح 1547 - (849/2) / الموطأ: مالك - رواية يحيى

الليثي، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار احياء التراث العربي مصر، ج 2.

## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور سبراً الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

يقول الله ﷻ: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾<sup>(1)</sup>، ويقول ﷻ: ﴿وَكَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ. وَمَن لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾<sup>(2)</sup>.

ويقول ﷻ: ﴿فَمَن أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾<sup>(3)</sup>.

فهذه النصوص صريحة في تجريم إتلاف الأطراف والجراح، وفي جعل عقاب الجريمة القصاص في حالة العمد.

### ثالثاً: جريمة القتل الخطأ.

يقول الله ﷻ: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَن يَصَدَّقُوا فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوًّا لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ قِصَاصًا شَهْرَيْنِ مُّتَابِعِينَ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾<sup>(4)</sup>.

ويقول الرسول ﷺ: «وفي دية الخطأ عشرون حقه، وعشرون جذعه، وعشرون بنت مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون بنو مخاض»<sup>(5)</sup>.

فهذان النصان يجرمان القتل الخطأ ويعاقبان عليه بالدية وبينان مقدارهما وأوصافهما.

رابعاً: قطع الأطراف والجراح الخطأ: حدد الرسول ﷺ العقوبة على أساس أن ما كان في الجسم منه

(1) - البقرة، الآية 179.

(2) - المائدة، الآية 45.

(3) - البقرة، الآية 194.

(4) - النساء، الآية 92.

(5) - سنن أبي داود، كتاب الديات، باب 18 الدية كم هي، ح 4547 - (308/4) قال الألباني: ضعيف، ح 4020، السلسلة الضعيفة - (21/9) / السنن: أبو داود، دار الكتاب العربي بيروت، 4 ج .

## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

عضو واحد كالأنف واللسان فقيه الدية كاملة، وما كان في الجسم منه عضوان فقيه نصف الدية، فقال ﷺ: «في الأنف إذا أوعب مائة جدعا الدية»<sup>(1)</sup> وقال ﷺ: «في اليدين الدية وفي الرجلين الدية»<sup>(2)</sup>، كما اوجب ﷺ الدية في إذهاب المعاني كالسمع والبصر والعقل، أما الجراح فقد حدد النبي ﷺ بعضها دون بعض<sup>(3)</sup>.

والقاعدة العامة في الشريعة الإسلامية أن كل تلف أو جرح لم يحدد له الرسول ﷺ دية أو أرشاً<sup>(4)</sup> فيه **حكومة، وهي ما يحكم به القاضي بناء على تقدير أهل الخبرة.**

ويلاحظ أن سلطة القاضي في جرائم القصاص والدية تماثل سلطته في جرائم الحدود ولا تفترق عنها<sup>(5)</sup>، إلا أن القاضي ملزم ألا يطبق عقوبة القصاص والدية، إذا عفا عنها المجني عليه أو وليه، وأن يطبق العقوبة التي أوجبتها الشريعة أو يوجبها ولي الأمر في حالة عدم العفو عن القصاص والدية.

وعقوبة القصاص والدية من العقوبات المقدرة لأنها محددة النوع والمقدار<sup>(6)</sup>، ولكنها تتعلق بحق من حقوق الأفراد، ومن ثم كان للمجني عليه أو لوليّه العفو عن العقوبة، أما ولي الأمر فليس له أن يسقط عقوبة القصاص أو الدية أو يعفو عن أحدهما، كما أنه لا يستطيع أن يسقط عقوبات الحدود أو يعفو عنها، لأنه لا يملك إسقاط حقوق الله ولا حقوق الأفراد، وإن كان له أن يستوفيهما لأن استيفائهما من مقتضيات وظيفته<sup>(7)</sup>.

### المطلب الثالث: لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في جرائم التعازير.

(1) - سنن الدارمي، كتاب الديات، باب 12 كم الدية من الإبل، ح 2366 - (253/2) قال الألباني: ضعيف انظر ح 2333 في ضعيف الجامع/السنن: الدارمي، دار الكتاب العربي بيروت، 1407، تحقيق فواز أحمد زمري وخالد السبع، ج 2.

(2) - سنن الدارمي، كتاب الديات، باب 12 كم الدية من الإبل، ح 2366 - (253/2) قال الألباني: ضعيف. انظر: ح 2333 في ضعيف الجامع.

السنن: الدارمي، دار الكتاب العربي بيروت، 1407، تحقيق فواز أحمد زمري وخالد السبع، ج 2.  
(3) - محمد فؤاد عبد الباقي، اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان، المطبعة العصرية، الكويت 1397هـ - 1988م، ج 2، ص 180.

(4) - يطلق لفظ الدية على الدية الكاملة، ويطلق لفظ الأرش على بعض الدية.

انظر: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 124.

(5) - عصام عفيفي: أزمة الشرعية، مرجع سابق، ص 140.

(6) - المرجع نفسه، ص 141.

(7) - عبد القادر عودة: تشريع الجنائي، مرجع سابق، ص 127.

## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

أولاً: اختلاف جرائم التعازير عن جرائم الحدود والقصاص.

التعزير، كل عقوبة غير مقدرة تجب حقا لله تعالى أو للعبد، في كل معصية ليس فيها حد ولا قصاص ولا دية ولا كفارة<sup>(1)</sup> وكل أمر تطبيقها لولي أمر المسلمين، من رئيس الدولة أو من يفوضه لذلك<sup>(2)</sup>.  
فالتعزير يتفق مع الحدود من وجهة، حيث أنه تأديب وإصلاح وزجر يختلف بحسب اختلاف الذنب، ولكنه يختلف عنها من وجهين:

**أولهما: أن لكل حد عقوبة معينة** أو عقوبات لا محيص من توقيعها على الجاني<sup>(3)</sup>، أما في التعزير فهنالك مجموعة من العقوبات تبدأ من النصح وتنتهي بالجلد والحبس وقد تصل للقتل في الجرائم الخطيرة، ويترك للقاضي أن يختار من بين هذه المجموعة العقوبة الملائمة للجريمة وللحال المجرم ونفسيته وسوابقه<sup>(4)</sup>.  
والقاضي أن يوقع أكثر من عقوبة وله أن يخفف العقوبة أو يشدها، وله أن يوقف التنفيذ إن رأى في ذلك ما يكفي لردع الجاني وتأديبه<sup>(5)</sup>.

**ثانيهما:** أن عقوبة الحد لا يجوز لولي الأمر فيها العفو، أما عقوبات التعازير فلولي الأمر العفو عنها كلها أو بعضها<sup>(6)</sup>.

**ثانياً: الضوابط التي يلتزم بها ولي الأمر عند تحديد الجرائم التعزيرية.**

<sup>(1)</sup>-الماوردي، الأحكام السلطانية، المطبعة المحمودية، دط، دت، ص 227.  
<sup>(2)</sup>-في وقتنا الحاضر يوكل أمر تحديد هذه الجرائم وعقوبتها مبدئياً لمجلس يمثل الشعب، كالبرلمان في الجزائر أو أي مجلس مخول له التشريع في النطاق الجنائي. «إن نظام التعزير الذي يحاول البعض أن يدخل التشريعات الوضعية تحت نطاقه، من المعلوم وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، أن التعزير يكون في غير مجال العقوبات المقدرة - حدوداً وقصاصاً ودية - أما مجال العقوبات المقدرة فليس لولي الأمر في المجتمع المسلم أن يحدد لها عقوبات، على نحو مختلف عن التنظيم الشرعي لها، وقد قامت التشريعات الوضعية بإدخال كافة الجرائم الحدية والعقوبات المقررة لها في نطاق التعزير وهذا مناف تماماً للأصول المسلم بها في نطاق الشريعة الإسلامية».  
انظر: أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح: القانون الجنائي المغربي، القسم العام، النظام العقابي الإسلامي، ط 2، 1980، ص 43.  
كما أن بعض الفقهاء يرى أن جرائم الحدود دخلت بالفعل في التقنيات الجنائية الوضعية الحالية ضمن الجرائم التعزيرية نظراً لصعوبة إثباتها بالطريقة التي استلزمها التشريع الجنائي الإسلامي، بمعنى أن صعوبة الإثبات وفقاً للشريعة ستلجأ حتماً القاضي المسلم إلى تطبيق عقوبة التعزير.

<sup>(3)</sup>-عصام عفيفي: أزمة الشرعية، مرجع سابق، ص 141

<sup>(4)</sup>-الكساني علاء الدين أبي بكر مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط 1، 1328هـ، ج 7، ص 63. /محمد أبو زهرة، الجريمة الجرمية والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، 1970، ج 2، ص 58.

<sup>(5)</sup>-عصام عفيفي: المرجع السابق، ص 141.

<sup>(6)</sup>-المرجع نفسه، ص 142.

## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

لم تترك الشريعة الإسلامية لأولي الأمر حرية مطلقة فيما يملون أو يجرمون، بل أوجبت أن يكون ذلك متفقاً مع نصوص الشريعة وسيادتها العامة وروحها التشريعية<sup>(1)</sup>، فيجب على ولي الأمر وهو يتصدى لتقرير جرائم أو عقوبات تعزيرية أن يلتزم بالضوابط التالية:

من ناحية يتعين أن يكون الباعث عليها حماية المصالح الإسلامية المقررة، لا حماية أهواء الحاكم، أي أن يكون ضابطه جلب النفع للمسلمين ودفع الضرر عنهم، مهتدياً في ذلك بالكتاب والسنة والإجماع وبالأصول العامة والقواعد الكلية في الشريعة الإسلامية، امتثالاً لقوله ﷺ: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايَ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ﴾<sup>(2)</sup>.

ومن ناحية ثانية، ينبغي أن تكون العقوبات التي يقرها حاسمة مانعة للشر أو مخففة له، وان لا يكون في العقوبات إهانة للكرامة الإنسانية.

ومن ناحية ثالثة، فإنه يتعين على ولي الأمر الإنذار قبل العقاب وعلم الكافة بالتكليف، وان يكون ثمة تناسب بين العقوبة والجريمة<sup>(3)</sup>.

فالشريعة الإسلامية طبقت قاعدة: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" في جرائم التعازير، كما طبقتها في جرائم الحدود والقصاص، وكان من المنطقي أن تطبقها لأن القاعدة من القواعد الأساسية في الشرع الحنيف.

ولكن الشريعة لم تطبق القاعدة على الوجه الذي طبقتها به في كل من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، كما أنها لم تتقيد في مجال جرائم التعزير بالحدود الضيقة التي قيدت بها في تلك الجرائم، وإنما توسعت الشريعة الإسلامية في تطبيق القاعدة على جرائم التعازير إلى حد ما لأن المصلحة العامة وطبيعة التعزير تقتضي هذا التوسع<sup>(4)</sup>.

وقد جاء هذا التوسع على حساب العقوبة، لأنه لا يشترط في جرائم التعازير أن يكون لكل جريمة عقوبة معينة محددة بتقيد بها القاضي<sup>(5)</sup>، كما هو الحال في جرائم الحدود والقصاص والدية، فالقاضي أن

(1) - عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 128.

(2) - سورة النحل: الآية 90.

(3) - الكساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 7، ص 63.

(4) - عصام عفيفي: أزمة الشرعية مرجع سابق، ص 144.

(5) - المرجع نفسه، صفحة نفسها

## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

يختار لكل جريمة ولكل مجرم العقوبة الملائمة من مجموعة من العقوبات شرعت لعقاب الجرائم التعزيرية كلها، وللقاضي أن يخفف العقوبة أو يشدها<sup>(1)</sup>.

وقد جاء التوسع على حساب الجريمة، لأنه يجوز في بعض الجرائم التي تمتاز بصفات معينة، ألا ينص على الجريمة نصاً يعينها تعييناً كافياً، بل يكفي أن ينص عليها بوجه عام<sup>(2)</sup>.

ثالثاً: الشريعة الإسلامية لم تنص على كل جرائم التعازير.

لم تنص الشريعة الإسلامية على كل جرائم التعازير ولم تحددها بشكل لا يقبل الزيادة أو النقصان، كما فعلت في جرائم الحدود والقصاص والدية، وإنما نصت على ما تراه من هذه الجرائم ضاراً بصفة دائمة بمصلحة الأفراد والجماعة والنظام العام<sup>(3)</sup>.

والحاصل أن القسم الذي ترك لأولى الأمر من جرائم التعازير أكبر من القسم الذي نصت عليه الشريعة الإسلامية وحددته، كذلك لم تترك الشريعة لأولى الأمر الحرية المطلقة في مجال التجريم والعقاب في جرائم التعازير بل أوجبت أن يكون ذلك متفقاً مع مبادئها العامة وروحها التشريعية، وفي إطار الأصول الكلية وفي إطار من الشرعية الجنائية<sup>(4)</sup>.

ونُهي هذا الجزء بالتأكيد على أن مبدأ الشرعية ذو طبيعة متكاملة، من بين عناصرها المرونة والقدرة على التطور، من خلال الاستجابة للمتغيرات الاجتماعية والثقافية والسياسية في المجتمع.

ونؤكد في هذه المثابة على أن هذا المفهوم المتكامل لمبدأ الشرعية يوافق المفهوم المتداول في الفقه الإسلامي للمبدأ.

وقد انبرى فقهاء الشريعة الغراء بالرد على من زعم أن جرائم التعزير لا تتقيد بمبدأ الشرعية وان سلطة القاضي حيالها تحكيمية<sup>(5)</sup>، وفي ذلك يقول المستشار عبد القادر عودة رحمه الله عن أساس هذا النظر «هو قلة الاطلاع أو سوء الفهم، فالحقيقة التي لا يجادل فيها إلا مكابر أن كل من أولي حظاً من الاطلاع على نصوص الشريعة، وقدرة على تفهم أساليب الفقهاء واصطلاحاتهم، يعلم حق العلم أن القاضي ليست له سلطة تحكيمية في تعيين الجرائم والعقوبات وأن نصوص الشريعة تكفلت ببيان الجريمة والعقوبة، وأن سلطة

(1)- المرجع نفسه، صفحة نفسها.

(2)- المرجع نفسه، ص 145 .

(3)- المرجع نفسه، ص 145/عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 127 .

(4)- عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، المرجع السابق، ص 127.

(5)- المرجع نفسه، ص 148 وما بعدها.



## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

القاضي منحصرة في تطبيق النص على الواقعة المعروضة عليه»<sup>(1)</sup>.

كما أن الشريعة أعطت للقاضي سلطة واسعة في اختيار العقوبة التي يراها ملائمة من بين عدة عقوبات مقررّة للجريمة، وجعلت له أن ينظر في اختيار العقوبة إلى شخصية المتهم وسوابقه، ودرجة تأثره بالعقوبة كما ينظر إلى الجريمة وأثرها في الجماعة، وجعلت للقاضي أن يعاقب بعقوبة واحدة أو بأكثر منها. وأن يصعد بالعقوبة إلى حدها الأعلى أو ينزل بها إلى حدها الأدنى، وله أن يعاقب المتهم بوعظه أو توبيخه أو تهديده، وله أن يعاقب بأشد من ذلك بجبس أو بغرامة، كما له أن يمضى العقوبة أو يوقف تنفيذها.

هذه هي سلطة القاضي في الشريعة السمحاء وهي ليست سلطة تحكمه، وإنما هي سلطة أعطيت له ليتمكن عن علاج الجرم والجريمة، وهي سلطة اختيار وتقدير لا سلطة تحكم واستعلاء، وإلها لسلطة جديدة أن تحقق العدل وترفع الحرج وتضع الأمور في نصابها...<sup>(2)</sup>

لكن سلطة القاضي في القوانين الوضعية لا تزال أضيق بكثير من سلطة القاضي في الشريعة الإسلامية، وكثيرا ما يتعرض الأول للحرج حيث يجد نفسه عاجزا عن توقيع العقوبة التي تتلاءم مع الحالة المعروضة عليه.

**ولقد كان هذا سببا دعا الكثيرين من علماء القانون إلى أن يطالبوا بتوسيع سلطة القاضي، واقترح بعضهم حلا للمشكلة أن لا ينص القانون على عقوبة كل جريمة بذاتها، بل تعين الجرائم دون تعيين عقوباتها، ثم تعين العقوبات التي يستطيع القاضي تطبيقها، ويترك له أن يختار هو لكل جريمة العقوبة الملائمة بعد تقدير ظروف الجريمة وظروف الجاني على حد سواء.**

وهذه الطريقة التي يقترحها بعض علماء القانون هي نفس الطريقة التي تسير عليها الشريعة في جرائم التعزير<sup>(3)</sup>.

إلا أننا لا نتفق مع ذلك بالكلية:

فحيث نتفق ونؤكد أن مفهوم مبدأ الشرعية يتوافق والمفهوم المتداول في الفقه الإسلامي للمبدأ من

(1)- المرجع نفسه، ص 148-149.

(2)- المرجع نفسه، ص 148 وما بعدها.

(3)- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، المرجع السابق، ص 148-149.

## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

حيث النظرة الكلية لمضمون المبدأ في كل من الاتجاهين، حيث لا جريمة ولا عقوبة بغير نص في كليهما. أما فيما يتعلق بالنتائج لإعمال المبدأ فحيث لا يستطيع القاضي وفق القانون الوضعي أن يقضي بعقوبة أشد ولا بعقوبة أقل من الحدين العامين المقررين للجريمة، ذلك أنه مقيد بالمبدأ العام فإنه لا يجوز الخروج عن حدي العقوبة، كما لا يستطيع أن يقيس على النص لحالة غير مقننة.

أما القول في الإقتراح بعدم النص على عقوبة لكل جريمة بذاتها، وتعيين الجرائم دون تعيين عقوباتها، ثم تعيين العقوبات التي يستطيع القاضي تطبيقها على أن يترك له حق الإختيار في كل جريمة بدعوى الملائمة.

فإن القول بذلك يقف أمام سنة الله في كونه وهي التطوير والذي مفاده وبمقتضاه في هذا الخصوص، لا بد من وضع عقوبة لكل جريمة على حدة، تسهيلاً لمهمة القاضي عند توقيع العقاب، بدلا من البحث والاجتهاد بطريقة تعيين الجرائم دون عقوباتها، ثم تعيين العقوبات التي يستطيع القاضي تطبيقها بحثاً عن الملائم منها عند توقيع العقاب.

وسدا لكل الذرائع التي يمكن أن تنال من هذا المبدأ لا بد من تعيين الجرائم وعقوباتها بشكل مستقل، فالنص يتضمن نوع الجريمة وعقابها وهذا ادعى لكيلا ينال من الشرع نائل.

وأخيراً فإن التقنين بوضعه وشكله الحاليين في التقنينات الوضعية يبعد كل قول عن رمي القضاة بوصف التحكيم والاستعلاء واللذان كانا سبباً مباشراً في ظهور مبدأ الشرعية إلى الوجود.

### المبحث الثالث: مبدأ الشرعية نتائجه وآثاره في قانون العقوبات .

حتى يتكامل توضيح الأساس القانوني لمبدأ الشرعية وأثره ونتائجه في مجال تفسير النصوص الجنائية، حرياً بنا إلقاء الضوء على مدلول هذا المبدأ من منظور متكامل، أو ما يسمى "المدلول الراجح للمبدأ" ثم نتائج وآثار مبدأ الشرعية في نطاق قانون العقوبات.

#### المطلب الأول: مدلول مبدأ الشرعية "المدلول الراجح للمبدأ".

يتحدث فريق من الفقهاء<sup>(1)</sup> عما يمكن تسميته بالنظرية العامة للمشروعية والتي يعد مبدأ الشرعية الجنائية أحد أهم روافدها، ومصدراً من مصادرها، إلا أنه لا تطابق بينهما، وذلك لوجود مصادر أخرى يتكون من مجموعها مضمون المشروعية، ذلك أن القاضي عندما يلجأ إلى مباشرة وظيفته يعتمد على ما

(1) - عمر الدسوقي أبو الحسن فضل: أسسس الحكم في المواد الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1990، ص5.

## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

يجويه النظام القانوني للمجتمع من قيم ومبادئ<sup>(1)</sup> يستعين بها في بحثه عن الحل القانوني للتراغ المعروض عليه.

والحقيقة أن مبدأ الشرعية مبدأ متكامل مع غيره من المبادئ المكونة لمنظومة المشروعية التي يستظل بها النظام القانوني في الدولة القانونية بأركانها المعروفة في فقه القانون العام، الدستوري والإداري.

وهذا المفهوم المتكامل لمبدأ الشرعية الذي كان بحق ثورة قانونية، وحلقة فصل بين القانون المنظم والقانون غير المنظم، والقانون المكتوب، والقانون العرفي غير المكتوب<sup>(2)</sup> يتيح للقاضي الجنائي حرية الاجتهاد عند تناول النصوص<sup>(3)</sup>، حتى تلك المتعلقة بالجرائم والعقوبات، وفي ذات الوقت يحافظ مبدأ الشرعية بهذا المفهوم المتكامل<sup>(4)</sup> على القدر الأمثل من حريات الأفراد التي كفلها الدستور والقانون .

و مبدأ الشرعية هو الحكم بين حقوق وحريات الأفراد وبين سلطة المشرع وسلطة القاضي، إذ هو ضمان للمصلحة العامة، وذلك لما فيه من ضمان لوحدة القضاء الجنائي وتناسقه وتنظيمه، وعدم تناقضه أو تفاوته تفاوتاً يؤدي إلى انقسام هذه الوحدة<sup>(5)</sup>.

ثم إن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، ورغم ما وجهت إليه من انتقادات ولاسيما المتعلقة بالجمود الذي **توصف به القواعد القانونية**<sup>(6)</sup>؛ ورغم تطور الإجرام الذي تسبق نشأته نشأة القواعد القانونية، فإن هذا المبدأ يبقى ضرورياً لمنع الظلم والاستبداد وضمان الحقوق والحريات، وحفظ الأمن والطمأنينة، لاسيما أنه لا يوجد ما يمنع المشرع من التحرك والتصدي لما يحدث في ميدان الإجرام<sup>(7)</sup>.

فكل البلدان حالياً تعرف تطور الإجرام بسرعة فائقة، مثل الإجرام المنظم وعصابات اختطاف الأطفال، وبيع الأعضاء وغيرها من الجرائم العديدة والغريبة... ومع ذلك تستطيع القوانين والمحاكم النظر

(1) - المرجع نفسه، ص 5 وما بعدها.

(2) - إدريس القريبي: السلطة التقديرية للقاضي الجزري، مرجع سابق، ص 252.

(3) - إذا كان القرن التاسع عشر قرن السلطة التشريعية والقرن العشرين هو للسلطة التنفيذية فإن القرن الواحد والعشرين سيكون للقضاء.

أنظر: المرجع نفسه، ص 109

(4) - المرجع نفسه، ص 259.

(5) - علي راشد: مبادئ القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 36.

(6) - أنظر في هذا المعنى: المكي السنتيسي: مذكرات في القانون الجنائي، القسم العام، دار المعارف، الرباط، ص 33.

(7) - المرجع نفسه، ص 37.

## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

فيها وبطرق مشروعة ملائمة للقوانين الجنائية<sup>(1)</sup>.

ومبدأ الشرعية الجنائية في ذات الوقت مرن المضمون، إذ يتطور ذلك المضمون ليظل متفقا على الدوام، ومتسقا مع مفاهيم المجتمع الذي يحميه ويصونه، تلك المفاهيم التي يأتي العدل والحرية والمساواة على رأسها. ولعل الرأي الذي يمكن التأكيد عليه، هو أن مبدأ الشرعية ذو طبيعة متكاملة، من بين عناصرها المرونة والقدرة على التطور، من خلال الاستجابة للمتغيرات الاجتماعية والثقافية والسياسية في المجتمع.

المطلب الثاني: مبدأ الشرعية نتائجه، آثاره في نطاق قانون العقوبات.

يعرض هذا المطلب لثلاث مسائل:

الأولى: نتائج مبدأ الشرعية في الفرع الأول، آثار هذا المبدأ في قانون العقوبات في الفرع الثاني، آثار المبدأ في النصوص الشرعية في الفرع الثالث.

الفرع الأول: نتائج مبدأ الشرعية.

ترتب على هذا المبدأ لدى جمهور الفقهاء نتائج عديدة أهمها: أنه يضع حدا فاصلا بين اختصاص كل من السلطة التشريعية والسلطة القضائية<sup>(2)</sup>، وبالتالي لا يمكن للقاضي أن يعتبر فعلا ما جريمة ما لم يكن ثمة نص يعتبره كذلك، ولا يغير من الأمر شيء كون هذا الفعل يتسم بتعارضه الصارخ مع منطلق العدالة أو الدين أو الأخلاق<sup>(3)</sup>، وكذلك لو كان يترتب على ترك هذا الفعل مباحا إلحاق الضرر بالمجتمع أو تعريضه للخطر، فلا بد من تدخل الشارع في هذه الأحوال لإنقاذ المجتمع.

أما القاضي فهذا ليس مجال عمله، أو بعبارة أخرى يقتصر دور القاضي طبقا لهذا المبدأ على تطبيق النصوص على الوقائع المعروضة عليه دون إضافة أو حذف<sup>(4)</sup>.

ومن نتائج مبدأ الشرعية أيضا أنه يقيد القاضي بنوع ومقدار العقوبة<sup>(5)</sup> المنصوص عليها، ومن ثم فلا

(1)-ادريس القريبي: السلطة التقديرية للقاضي الجزري، مرجع سابق، ص260.

(2)- المرجع نفسه، ص257.

(3)-إن أعمالا كالإنتحار والكذب، ما لم يشكل شهادة زور، لا تعد جرائم في نظر قانون العقوبات الجزائري.

(4)-ادريس القريبي، السلطة التقديرية للقاضي الجزري، مرجع سابق، ص257. / علي راشد: مبادئ القانون الجنائي، مرجع سابق، سابق، ص43.

(5)-إذا كان من الجائز أن يفوض المشرع السلطة التنفيذية رسم بعض التجريمات ووضع العقوبات فهذا الأمر جائز في المخالفات فحسب. أما في مواد الجنايات والجنح فإن المادة 122-7 من الدستور تحظر ذلك حيث حصرت تحديد الجنايات والجنح والعقوبات التي تطبق عليها في مجال اختصاص المشرع وحده.

## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

يقرر عقوبة غير مقررة للفعل ولو رأى أنها أصلح لعلاج المتهم، كما أنه لا يمكنه إنقاص تلك العقوبة أو زيادتها<sup>(1)</sup> إلا وفقها للقواعد التي تحدد مدى سلطته التقديرية.

فليس له أن يقضي بعقوبة غير منصوص عليها جزاء للجريمة، ولا بعقوبة تتجاوز الحد الأقصى<sup>(2)</sup> المقرر للجريمة، ولا بعقوبة تكميلية غير منصوص عليها<sup>(3)</sup>، ولا بعقوبة الحبس عندما ينص القانون على الغرامة.

والخلاصة التي نراها جديدة بالتحديد في هذا الموضوع، أن نتائج مبدأ الشرعية الجنائية يمكن ردها إلى نتيجتين جوهريتين تصليغان القانون الجنائي بأسره بصيغة مميزة عن بقية فروع القانون:

النتيجة الأولى: تتمثل في الطبيعة الخاصة لمشكلات القصور التشريعي في المسائل الجنائية، سواء كان في صورة نقص تشريعي أو ظهر في حالات غموض النصوص أو تعارضها، وما القياس والتفسير الواسع والسجل الفقهي الخاص بهما في المجال الجنائي من حيث اباحة استعمالهما، وحدود هذا الاستعمال إلا مظهرا من مظاهر الطبيعة الخاصة، التي يضيفها مبدأ الشرعية على بحوث ودراسات القانون الجنائي<sup>(4)</sup>.

النتيجة الثانية: تتمثل في الفكرة العامة بحظر الأثر الرجعي للنصوص الجنائية والاستثناء الوارد على هذه النتيجة، والمتمثل في تطبيق القانون الأصلح للمتهم ولو بأثر رجعي، وهذا ما سوف نعرضه تباعا.

### الفرع الثاني: آثار مبدأ الشرعية في قانون العقوبات.

من النتائج التي تترتب على مبدأ الشرعية، أنه لا يجوز تطبيق قانون جديد على وقائع سابقة على صدوره<sup>(5)</sup>، وهذا ما يعرف بعدم رجعية القانون الجنائي.

بمقتضى هذه القاعدة لا تسري أحكام القانون الجزائي إلا على ما يقع من تاريخ العمل به، ولا

— أنظر: دستور الجزائر، 1996، مرجع سابق، ص 33

(1) -المكي السننيسي: مذكرات في القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 30. /ادريس القريني: السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، مرجع سابق، ص 257.

(2) -من الجائز انه يقضي القاضي بعقوبة الحد الأقصى المقرر قانونا إذا توافرت شروط العود، أنظر: المادة 54 مكرر -59 عقوبات جزائري، كما يجوز ان يتزل عن الحد الأدنى المقرر قانونا إذا ما طبق الظروف المخففة طبقا لنص المادة 53 عقوبات جزائري.

(3) -جنائي 1984/6/26 ملف: 28555، المجلة القضائية1990، العدد1، ص 284.

غرفة الجرح والمخالفات، المحكمة العليا، 1994/5/29، ملف112469، المجلة القضائية1994، العدد3، ص 289.

(4) -محمد سليم العوا: مبدأ الشرعية في القانون الجنائي المقارن، مرجع سابق، ص 53.

(5) -علوي جعفر: المعين في شرح القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 73.

## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

يترتب عليه أثر فيما وقع قبله، وهي قاعدة تسجلها عادة الدساتير<sup>(1)</sup>، ومنها الدستور الجزائري الذي نص في مادته 46<sup>(2)</sup> على أن «لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم».

كما تضمن القانون المدني الجزائري القاعدة ذاتها بنصه في المادة 2 منه: «لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي»<sup>(3)</sup>.

كما أورد قانون العقوبات نفس القاعدة بنصه في المادة 2 على أن: «لا يسري القانون الجزائي على الماضي»<sup>(4)</sup>.

وهو تكريس لمبدأ عدم رجعية القانون<sup>(5)</sup>، وهذا المبدأ نتيجة طبيعية ولازمة لقاعدة شرعية الجرائم.

أولاً: عدم رجعية قوانين الموضوع.

إذا كان هذا المبدأ واضحاً من الناحية النظرية، فإنه يتعين التمييز من حيث تطبيقه بين قوانين الموضوع "Lois de Fond"، وهي القوانين التي تحكم التجريم والعقاب وبين قوانين الشكل "Lois de Forme"، وهي تلك المتعلقة بالاختصاص والإجراءات<sup>(6)</sup>.

ويجد مبدأ عدم رجعية القوانين الجزائية تطبيقه الحقيقي في القوانين المتعلقة بالموضوع، حيث يكون فيها هذا المبدأ القاعدة وتكون رجعية القوانين الاستثناء الذي يؤكد هذه القاعدة.

### 1- قاعدة عدم رجعية القوانين:

مؤدى هذه القاعدة أنه لا يجوز إدانة شخص من أجل فعل لم يكن مجرماً وقت ارتكابه<sup>(7)</sup>، كما لا

(1)- المرجع نفسه، ص 74.

(2)- أنظر: دستور الجزائر، 1996، مرجع سابق، ص 12.

(3)- القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 1.

(4)- قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 2.

(5)- انظر في تفصيلات قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية واستثناء القانون الأصلح فيها، محمود نجيب حسني، قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 72 وما بعدها/رسميس بمنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 189 وما بعدها.

(6)- القوانين الشكلية هي: التي لا تمس بعناصر التجريم ولا بالمسؤولية ولا بالعقوبة وإنما تتعلق فقط بمعاينة الجرائم ومتبعاتها فإن مثل هذه القوانين تطبق فوراً نفاذها، ومبرر ذلك أن القوانين الجديدة المتعلقة بإجراءات المحاكمة تعتبر أفضل من القانون القديم وأنها تهدف إلى ضمان سير أحسن للعدالة.

(7)- علوي جعفر: المعين في شرح القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 74/عصام عفيفي: أزمة الشرعية الجنائية، مرجع سابق، ص

## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

يجوز أيضا أن يقضى على الجاني بعقوبة أشد من تلك التي كانت مقررة للجريمة وقت ارتكابها.<sup>(1)</sup>  
غير أن القضاء الجزائري لم يلتزم دائما بهذه القاعدة، ولنا في ما قضت به المحكمة العليا بخصوص التشريع الجمركي خير مثال. فبموجب الأمر رقم 73-29 المؤرخ في 5-7-1973 تم تحديد موعد 5-7-1975 كآخر أجل لسريان التشريع الفرنسي بالجزائر، وعند بلوغ هذا الأجل لم يكن قانون الجمارك قد صدر بعد، إذ لم يصدر إلا في 21-7-1979. بموجب القانون رقم 79-07.  
وقد أثير التساؤل حول مصير الجرائم التي ارتكبت في الفترة الممتدة بين 6-7-1975 و 21-7-1979، وهي الفترة التي صادفت إلغاء قانون الجمارك الفرنسي الذي كان ساريا في الجزائر قبل صدور قانون الجمارك الجزائري.

فلو أخذنا بمبدأ الشرعية على إطلاقه لأفلت مرتكبو هذه الجرائم من العقاب، بسبب غياب نص التجريم والعقاب، غير أن المحكمة العليا لم تعتنق هذا المذهب وسلكت مسلكا مغايرا، عندما اعتبرت في عدة قرارات ان التشريع الفرنسي السابق بقي ساريا إلى غاية صدور قانون الجمارك الجزائري الجديد في 21-7-1979.<sup>(2)</sup>

### 2- الاستثناء على القاعدة:

أورد قانون العقوبات في حد ذاته في المادة 2 منه، استثناء على قاعدة عدم رجعية القوانين الجزائية بنصه: «لا يسري القانون الجزائي على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة».  
وعمقتضى هذا الحكم يطبق القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعي، وعلة هذا الاستثناء أن المشرع إذا ألغى عقوبة أو خفضها، فلأنه رأى في شدتها ما لا يتماشى مع العدل أو ما لا يفيد المجتمع.<sup>(3)</sup>  
وحتى يكون للقانون أثر رجعي يجب توافر شرطين هما:

- أن يكون القانون الجديد أصلح للمتهم من القانون الذي وقعت الجريمة في ظله.
- أن يصدر القانون الجديد قبل صدور حكم نهائي في الدعوى.<sup>(4)</sup>

(1)- احسن بوسقيعة: الوجيز في شرح القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص 80، 79.

(2)- الغرفة الجنائية: 5-4-1988 ملف 47789 مجلة الجمارك عدد خاص، مارس 1992/ القانون رقم 79 / 07 المؤرخ في 21 يوليو 1979م الخاص بقانون الجمارك، الجريدة الرسمية عدد 30 الصادرة بتاريخ 24 يوليو 1979م.

(3)- احسن بوسقيعة: المرجع السابق، ص 79.

(4)- أنظر: في تفصيلات قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية واستثناء القانون الأصلح فيها:

## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

ثانيا: صلاحية القانون للمتهم.

ما هو القانون الأصلح للمتهم؟ ما المقصود بالقانون الأصلح؟ يجب التمييز بين النصوص المتعلقة بالتجريم والتكليف وتلك المتعلقة بالعقوبات.<sup>(1)</sup>

1- بخصوص التجريم:

متى يكون القانون الأصلح للمتهم؟ يكون كذلك في الحالات الآتية:

- إذا ألغى تجريما، يحدث ذلك إذا لم يعد الفعل المعاقب عليه في القانون القديم محل عقاب في القانون الجديد.<sup>(2)</sup>

- إذا ألغى ظرفا مشددا.<sup>(3)</sup>

- إذا قبل فعلا مبررا جديدا أو سببا جديدا من أسباب انعدام المسؤولية.

- إذا أحدث ظرفا معفيا أو مخففا.<sup>(1)</sup>

---

— محمود نجيب حسني: قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 72 وما بعدها. رمسيس بنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 189 وما بعدها.

<sup>(1)</sup> - حتى يستفيد المتهم من قانون أصلح يجب أن يصدر هذا القانون قبل أن يصبح الحكم نهائيا، والحكم النهائي هو ما كان الطعن فيه بالاستئناف وعن طريق النقض أو المعارضة غير جائز.

— وقد خرج المشرع الجزائري بصفة استثنائية عن هذه القاعدة في القانون 99-08 المؤرخ في 13-7-1999 المتعلق باستعادة الوثام المدني إذ نصت المادتان 37-38 منه على أن هذا القانون يستفيد منه المحكوم عليهم نهائيا.

القانون رقم 99 / 08 المؤرخ في 13 يوليو 1999م المتعلق باستعادة الوثام المدني، الجريدة الرسمية عدد 46 الصادرة بتاريخ 13 يوليو 1999م.

<sup>(2)</sup> - ومن هذا القبيل القانون رقم 88-26 المؤرخ في 12-7-1988 المعدل والمتمم لقانون العقوبات الذي ألغى المادة 421 منه وهو النص الذي كان يجرم فعل سوء التسيير ويعاقب عليه

-أنظر: احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 185.

<sup>(3)</sup> - ومن هذا القبيل القانون رقم 98-22 المؤرخ في 22-8-1998 المعدل والمتمم لقانون الجمارك الذي ألغى الظروف المشددة في جنح الاستيراد أو التصدير بدون تصريح أو بتصريح مزور.

— انظر: احسن بوسقيعة: قانون الجمارك في ضوء الممارسة القضائية، النص الكامل للقانون وتعديلاته إلى غاية جويلية 2008م

مدعم بالإجتهد القضائي، ط 2008، 2009م، منشورات بيري، ص 1.

القانون رقم 79 / 07 المؤرخ في 21 يوليو 1979م الخاص بقانون الجمارك، الجريدة الرسمية عدد 30 الصادرة بتاريخ 24 يوليو 1979م.



## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

- إذا أجاز القانون للقاضي منع وقف التنفيذ بعدما كان يمنع عليه ذلك.

### 2- بخصوص الوصف القانوني:

يكون القانون أصلح للمتهم إذا حوّل الجناية إلى جنحة.<sup>(2)</sup>

ومن هذا القبيل الأمر رقم 96-22 المؤرخ في 9-7-1996 المتعلق بجمع جرائم الصرف الذي ألغى المواد 424 إلى 426 مكرر عقوبات جزائري.<sup>(3)</sup>

حيث كانت تعد جريمة الصرف جنابة عندما تفوق قيمة الشيء محل الجريمة مبلغ 30.000 دج، وبموجب القانون الجديد أصبحت جرائم الصرف كلها جنحا مهما بلغت قيمة محل الجريمة، وكذا الأمر إذا حول المشرع جنحة إلى مخالفة.

### 3- بخصوص العقوبات:

يكون القانون أصلح للمتهم إذا قرر عقوبة أخف من العقوبة المقررة في القانون السابق، ومثال ذلك القانون رقم 06-01 سالف الذكر - المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته- الذي جعل أقصى عقوبة لاختلاس الأموال العمومية أو الخاصة المرتكبة من قبل الموظفين ومن في حكمهم الحبس لمدة عشر سنوات المادة 29<sup>(4)</sup> في حين كانت المادة 119 من قانون العقوبات تعاقب على هذا الفعل بالسجن المؤبد عندما تكون قيمة الشيء المختلس تساوي أو تفوق 10.000.000 دج.

## الفرع الثالث: الأثر الرجعي للنصوص الشرعية.

<sup>(1)</sup>- ومن هذا القبيل القانون رقم 99-08 المؤرخ في 13-9-1999 المتعلق باستعادة الوثام المدني بالنسبة لجرائم الإرهاب والتخريب، الذي جاء بأحكام معفية من المتابعة وأخرى مخففة للعقوبات المقررة قانونا لمثل هذه الجرائم.  
القانون رقم 99 / 08 المؤرخ في 13 يوليو 1999 م المتعلق باستعادة الوثام المدني، الجريدة الرسمية عدد 46 الصادرة بتاريخ 13 يوليو 1999 م.

<sup>(2)</sup>- من هذا القبيل القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20-2-2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته الذي حول جنابات الاختلاس والرشوة المنصوص عليها في قانون العقوبات إلى جنح.

القانون رقم 06 / 01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 م يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية العدد 14 الصادرة بتاريخ 08 صفر 1427 هـ الموافق لـ 08 مارس 2006 م.

<sup>(3)</sup>- أنظر: المواد 424-426 مكرر الملغاة بموجب الأمر رقم 96-22 المؤرخ في 9 جويلية 1996، المرجع السابق، ص 185.

<sup>(4)</sup>- احسن بوسقيعة: المرجع السابق، ص 214.

## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

إن القاعدة في الشريعة الإسلامية أن النصوص الجنائية لا تسري إلا بعد صدورها وعلم الناس بها، فلا تسري على الوقائع السابقة على صدورها أو العلم بها<sup>(1)</sup>، ومقتضى هذه القاعدة أن النصوص الجنائية ليس لها أثر رجعي، وأن الجرائم يعاقب عليها بالنصوص المعمول بها وقت ارتكاب هذه الجرائم.

ومن الفقهاء المعاصرين من يقرر أنه بتتبع آيات الأحكام الجنائية في القرآن الكريم والأحاديث النبوية الشريفة المتعلقة بتلك الأحكام، يسهل عليه التوصل إلى القاعدة العامة في الشريعة الغراء في المسألة محل البحث، ألا وهي أن التشريع الجنائي ليس له أثر رجعي<sup>(2)</sup>، إلا أن هذه القاعدة العامة لها استثناءات<sup>(3)</sup>:

**أولهما:** أن التشريع الجنائي يجوز أن يكون له أثر رجعي في حالة الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن أو النظام العام.

**ثانيهما:** إن التشريع الجنائي يمتدح أن يكون له أثر رجعي كلما كان ذلك في مصلحة الجاني.

والفارق بين الاستثناءين أن الأول جوازي للشارع، فله أن يجعل للتشريع أثرا رجعيا بشرط أن تستوجب تلك مصلحة عامة، والثاني وجوبي فليس للشارع أن يمنعه إلا إذا اقتضت ذلك المصلحة<sup>(4)</sup>.

نلاحظ أن جميع الأمثلة الشرعية المساقاة للتدليل على أن الفقه الجنائي الإسلامي يميز أعمال الأثر الرجعي في حالة الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن العام، يمكن بامعان النظر فيها اعتبارها داخلية في إطار قاعدة سريان القانون الأصلح للمتهم، أو تعلقها بمسائل إجرائية متعلقة بدليل الإثبات وليس بتجريم الفعل، وبالتالي يجوز أن يكون للنص عليها أثر رجعي من باب كونها أصلح للمتهم.

وقد تكفل جانب من الفقه الشرعي المعاصر بتفصيل هذه المسائل والأدلة، سواء المختلف عليها أو المتفق عليها من جهة الثبوت<sup>(5)</sup>.

ولعل من المناسب أن نسوق مثالا من هذه الأدلة الشرعية التي يحشد بها هذا الجانب المرموق من الفقه **ليستدل بها جواز ترتيب** الأثر الرجعي على نص تجريمي في حالة الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن أو النظام

(1)-انظر: عصام عفيفي: أزمة الشرعية الجنائية، مرجع سابق، ص160.

(2)-عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مرجع سابق، ص216، 262.

(3)-يرى بعض الفقه أن قاعدة عدم رجعية النص، مطلقة في الفقه الإسلامي، لها استثناءات قليلة تم الجرائم الخطيرة، والحقيقة أن وجود الاستثناءات أو عدم وجودها لا يغير في الأمر شيئا، إذ المهم هو تقرير المبدأ.

(4)-حسن قرني علي خضر: التنصيص على الجريمة والعقاب في الشريعة الإسلامية مع المقارنة مع القانون الوضعي المصري، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1993، ص98 وما بعدها.

(5)-انظر بالتفصيل الأدلة الشرعية المتعددة على هذين الاستثناءين: عبد القادر عودة: المرجع السابق، ص266.

## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور سبداً الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

العام. (1)

وسوف نعرض آية اللعان (2) كمثال لنرى مدى اتفاقها أو تعارضها مع قاعدة عدم رجعية التشريعات الجنائية في الشريعة الإسلامية. (3)

فقد روي أن: "أن هلال بن أمية قذف امرأته عند رسول الله ﷺ ورماها بالزنا فقال النبي ﷺ:

"البينة أو حد في ظهرك" فقال يا رسول الله إذا أرى أحدنا على امرأته رجلاً - ينطلق يلتمس البينة، فجعل النبي ﷺ يقول: «البينة وإلا حد في ظهرك» فقال هلال: والذي بعثك بالحق إني لصادق وليترن الله ما يرى ظهري من الحد، فنزل قوله ﷺ: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾ وَالْخَمْسَةَ أَنْ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٧﴾ وَيَدْرُؤُاَ الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٨﴾ وَالْخَمْسَةَ أَنْ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٩﴾﴾ (4) فانصرف النبي ﷺ وطبق النص على هلال وزوجته فتلاعنا. (5)

(1) - يبقى للسيد الشهيد المستشار عبد القادر عودة رحمه الله فضل السبق في الاجتهاد في هذه المسألة وغيرها من المسائل الهامة التي احتواها المؤلف القيم الذي وفقه الله تبارك وتعالى إلى كتابته في التشريع الجنائي الإسلامي، والذي لا يمكن الاستغناء عنه لكل باحث مخلص في خدمة الشرع الحنيف في هذا المجال.

(2) - واللعان في الشريعة: شهادات تجري بين الزوجين مقرونة باللعن والغضب، وحكمه: حرمة الوطاء والاستمتاع. أنظر: عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 262. الكمال بن الهمام: شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج 4، ص 276.

لمزيد من التفصيل حول أسباب نزول آيات اللعان. أنظر: ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، تحقيق: محمد حسين شمس الدين، ط 1، 1419هـ، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون، بيروت، ج 6، ص 12+13 وما بعدها.

(3) - عبد الأحد جمال الدين: في الشريعة الجنائية، مرجع سابق، ص 107 وما بعدها.

(4) - سورة النور الآيات 6-9.

(5) - حدثنا يحيى بن يحيى قال قرأت على مالك عن ابن شهاب ان سهل ابن سعد الساعدي أخبره أن عويمراً العجلاني جاء إلى عاصم ابن عدي الأنصاري فقال له: رأيت يا عاصم لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقته فتقتلونه أم كيف سيفعل فسل لي عن ذلك يا عاصم رسول الله ﷺ.

فسأل عاصم رسول الله ﷺ فكره رسول ﷺ المسائل وعامها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله ﷺ فلما رجع عاصم إلى أهله جاء عويراً فقال: يا عاصم ماذا قال لك رسول الله ﷺ قال عاصم لعويمر لم تأتي بخير قد كره رسول الله ﷺ المسألة التي سألتها عنها.

قال عويمر: والله لا أنتهي حتى أسأله عنها. فاقبل عويمر حتى أتى رسول الله ﷺ وسط الناس فقال يا رسول الله رأيت رجلاً مع امرأته رجل أيقته فتقتلونه أم كيف يفعل فقال رسول الله ﷺ «قد نزل في وفي صاحبك فأذهب فأتني بها».

## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

والمشهور عند العلماء أن واقعة هلال بن أمية سبب في نزول الآية: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ

شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدُوا أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾<sup>(1)</sup>

ويرى الفريق المشار إليه من الفقه الشرعي المعاصر، أن هذا النص الجديد قد تم تطبيقه بأثر رجعي في واقعة "اللعان" على هلال بن أمية، لما له من أثر خطير على كيان المجتمع الإسلامي.<sup>(2)</sup>

يبدو من العرض السابق أن تطبيق حكم اللعان على واقعة حدثت قبل نزول الآيات المقررة له، من باب تطبيق الحكم الأخف، ولو كان تشريعه لاحقاً للواقعة التي يطبق من شأنها، وهذا ما يعرف في الفقه الجنائي الحديث برجعية القانون الأصلح للمتهم<sup>(3)</sup>.

ومن ثم فإنه لا يمكن الاستناد إلى تطبيق حكم اللعان على واقعة حدثت قبل تشريعه، للقول بأن ثمة استثناء عرفته الشريعة الإسلامية يميز تطبيق النص المجرّم أو المقرر للعقوبة بأثر رجعي<sup>(4)</sup>، وإنما يصح الاستدلال بتطبيقه على هذه الواقعة على جواز رجعية القانون الأصلح، سواء كان مخففاً للعقوبة أو ملغياً لوصف التجريم<sup>(5)</sup>.

ونافذة القول أن القاضي الجنائي لا يمكن أن يطبق القانون الجنائي بأثر رجعي، إلا إذا كان النص يحتوي على هذا الاستثناء بصفة صريحة، ولم يقع الطعن في عدم دستوريته ممن له المصلحة في ذلك، وأن يكون تفسيره في صالح المتهم عملاً بالمبادئ العامة للقانون الجنائي وداخل مبدأ شرعية الجزاء والعقوبات.

---

قال سهل فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ فلما فرغ قال عوير كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقا ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله ﷺ — قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين.

— صحيح مسلم، كتاب اللعان، ح: 3816، 205/4. — الجامع الصحيح: مسلم، دار الجيل ودار الأفاق بيروت، 8 ج.

(1) — سورة النور الآية 6

(2) — تفسير القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط2، 1384هـ-1964، دار الكتب المصرية، القاهرة، ج11، ص182 وما بعدها.

(3) — محمد سليم العوا: في أصول النظام الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص95.

(4) — المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5) — المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

المبحث الرابع: قاعدة تفسير الشك لمصلحة المتهم والصلة بين القاعدة الجنائية وغيرها من قواعد فروع القانون.

في هذا المبحث نتناول قاعدة تفسير الشك لمصلحة المتهم ومدى إعمالها في تفسير النصوص الجنائية في مطلبين:

الأول: نبحث فيه مبدأ تفسير الشك في مصلحة المتهم والأثر الصحيح له، وذلك من خلال التطرق للفارق بين الشك في معنى النص واستحالة تفسيره.

ثم بيان الأسلوب العملي لمواجهة الشك في تفسير نصوص قانون العقوبات.

أما المطلب الثاني فتبين من خلاله الصلة بين القاعدة الجنائية وغيرها من قواعد فروع القانون وأثرها في مجال التفسير.

المطلب الأول: مبدأ تفسير الشك لمصلحة المتهم<sup>(1)</sup> والأثر الصحيح له.

الشك في مجال التفسير هو أن يكون النص الجنائي غامضاً غموضاً شديداً بحيث يحتمل عدة معاني، ولم يستطع القاضي باستخدام الوسائل الفنية تحديد معنى واضح له، في هذه الحالة يحمل كل معنى شكاً في أنه المقصود من الشارع، وبالتالي يفسر النص لصالح المتهم، أي يأخذ بالمعنى الذي يحقق مصلحة المتهم<sup>(2)</sup>.

والشريعة الإسلامية كانت أول شريعة أرست قاعدة تفسير الشك لصالح المتهم مصداقاً لقوله ﷺ:

﴿وَأَنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾<sup>(3)</sup> وقوله ﷺ: «ادروا الحدود بالشبهات»<sup>(4)</sup>

الفرع الأول: التفرقة بين الشك في معنى النص وإستحالة تفسيره.

تفسير التشريع يتمثل في إستخلاص معناه لتحديد نطاق تطبيقه، وعندما يكون التشريع الجنائي غامضاً بحيث يثور الشك حول معناه، فإن القاضي لا يعفى من التفسير، إنما ينبغي أن يعمل فكره، ويبدل أقصى ما

(1) - نلاحظ أن المجال الرئيسي لتطبيق هذه القاعدة هو الإثبات حيث تتعادل أدلة الإدانة وأدلة البراءة فيكون متعينا ترجيح الثانية باعتبار أن الإدانة تبني على اليقين لا الشك، وأن الأصل في الأفعال البراءة فما لم يكن ممكناً القطع بما ينفىها تعين الإبقاء عليها.

— أنظر: محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 95 / أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ط7، دار الطباعة الحديثة، 1993، ص 181.

(2) - جلال ثروت: النظرية العامة لقانون العقوبات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ص 62.

(3) - سورة النجم: الآية 28.

(4) - سبق تخرجه الحديث، ص 109 من هذا البحث.

## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

في وسعه للتوصل إلى المعنى الحقيقي للنص<sup>(1)</sup>.

أما إذا حدث على الرغم من الجهود المبذولة من القاضي أن الغموض أصبح نهائياً، أي إستحال تفسيره، فإنه لا يجوز للقاضي أن يرفض الحكم، ولكنه يرفض الإدانة<sup>(2)</sup>، ذلك أن الشك يجب أن يستفيد منه المتهم في تفسير النصوص كما يستفيد منه في تقدير الوقائع.

غير أن البراءة المؤسسة على الشك، لا يمكن الأخذ بها، إلا إذا لجأ القاضي إلى جميع مصادر الفن القانوني، ذلك أن وجود صعوبة بسيطة في التفسير لا يبرر الحكم بالبراءة<sup>(3)</sup>.

ويذهب رأي<sup>(4)</sup> إلى أنه من الأفضل حينما يتعذر على القاضي الإهتمام إلى إرادة القانون باعتبارها الأساس الذي يفسر النص على مقتضاه، فإنه يتعين على المفسر أن يأخذ بالوجه الأفضل للمتهم من بين المعاني التي يدور حولها النص.

### الفرع الثاني: الأسلوب العملي لمواجهة الشك في تفسير نصوص قانون العقوبات.

الشك في التفسير نصوص قانون العقوبات يتطور بصدد النص الغامض، وإن هذا الغموض لا يحول دون اتخاذ جميع الوسائل التي تؤدي إلى تحديد المصلحة التي يحميها القانون بتقديره ذلك النص، فإذا توصل المفسر إلى تعيين قصد الشارع فعليه أن يأخذ به<sup>(5)</sup> يستوي في ذلك أن يكون مضمون النص لصالح المتهم أم ضده<sup>(6)</sup> على أنه إذا لم يتمكن المفسر من العثور على معنى محدد للنص، فإنه عليه أن يقضي بالبراءة، ذلك أن الأصل في الأفعال الإباحة، فإذا ما انتفى ما يخالف هذا الأصل وجب الإبقاء عليه<sup>(7)</sup>.

ويرى بعض الفقه<sup>(8)</sup> أن الحكم بالبراءة هنا يستند إلى قاعدة وجوب إنذار المكلف قبل أخذه بالعقاب، وأن يكون ذلك الإنذار في لغة واضحة يفهمها المخاطبون بالقاعدة الجنائية، إذ أن من حق المخاطب بالقاعدة الجنائية أن يكون على علم بأوامر القانون ونواهيته، ومن الأفكار الأساسية في القانون

(1) - أنظر في هذا المعنى: سميح عالية: قانون العقوبات، القسم العام، ط1، 1999، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، ص81.

(2) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3) - جلال ثروت: النظرية العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص 62.

(4) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5) - عبد الرؤوف مهدي: شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص 96-97.

(6) - محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 95.

(7) - المرجع نفسه الصفحة نفسها. / عبد الرؤوف مهدي: المرجع السابق، ص 97.

(8) - محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 99-100.

## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

الجنائي في الولايات المتحدة فكرة بطلان النص لعدم وضوحه<sup>(1)</sup>.

ويكفي لاعتبار النص واضحاً أن تكون ألفاظه ذات معاني مستقرة في لغة القانون، ولا يغير في ذلك كون هذه المعاني يصعب على الفرد العادي الإحاطة بها، أما إذا كان التشريع خاصاً بمهنة، فيكفي أن تكون لغته مفهومة لدى المشتغلين بهذه المهنة، وعلى ذلك لا يمكن القول بأن البراءة الناتجة عن استحالة تحديد معنى النص تستند إلى الشك، ذلك أن الأخذ بمبدأ تفسير الشك لصالح المتهم يؤدي إلى تحميل المتهم عبء جريمة أخف من جريمة أخرى، قد يثور الشك في مدى انصراف قصد الشارع إليها<sup>(2)</sup>.

والخلاصة أن ما يراه جانب من الفقه<sup>(3)</sup>، جدير بالتأييد أن البراءة في حالة استحالة التفسير وتحديد معنى النص لا تستند إلى الشك الذي يعترى المفسر في تحديد معنى النص، بل تستند إلى أصل الإباحة<sup>(4)</sup>.

### المطلب الثاني: الصلة بين القاعدة الجنائية وغيرها من قواعد فروع القانون الأخرى .

يتوزع هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

الأول: ماهية القاعدة الجنائية.

الثاني: تحليل القاعدة الجنائية .

الثالث: العلاقة بين القاعدة الجنائية وغيرها من فروع القانون

### الفرع الأول: ماهية القاعدة الجنائية.

إذا كانت القاعدة الجنائية قاعدة قانونية لها ذات الخصائص والعناصر التي للأخيرة، فإن تحليل القاعدة القانونية هو في ذاته دراسة للقاعدة الجنائية، والراجح أن القاعدة القانونية لا تقتصر على الشكل فقط، بل لها مضمون يتمثل في كونها مستمدة من المحيط الاجتماعي الذي تطبق فيه<sup>(5)</sup>.

ويؤيد ذلك ما ذهب إليه البعض<sup>(6)</sup> من أن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين: أحدهما شكلي والآخر موضوعي، والعنصر الشكلي هو الأمر، أما العنصر الموضوعي فهو مضمون ذلك الأمر.

(1) -محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، المرجع السابق، ص 100.

(2) -أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 161.

(3) -سليم العوا: المرجع السابق، ص 100

(4) -المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5) جلال ثروت: نظرية الجريمة المتعدية القصد في القانون المصري والمقارن، د ط، د ت، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 31

(6) -Fattaglini, Recueil d'études sur les sources du droit ; honneur de F , G'eny Till -p 282

## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

ويذهب الفقيه "جني" "Fransois Geny" إلى أن تكوين القاعدة القانونية يتطلب توافر عنصرين هما: عنصر الفكرة وعنصر الشكل<sup>(1)</sup>، وعليه يكون لزاما على الشارع أن يحدد نطاق الجرائم والعقوبات تحديدا سابقا واضحا، حتى يتسنى للأفراد معرفة نطاق الحرية المسموح به داخل الجماعة، ومن باب الاعتداد بكل من الشكل والجوهر معا<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: تحليل القاعدة الجنائية.

تتألف القاعدة الجنائية من عنصرين: التكليف والجزاء، والتكليف هو الأمر بممارسة السلوك على نحو معين، أي القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. والجزاء هو الأثر القانوني المترتب على مخالفة هذا التكليف<sup>(3)</sup>، والتكليف إما أن يأخذ صورة "نهي" أو صورة "أمر".

في الصورة الأولى: يمنع القانون الأفراد من القيام بعمل معين مثلا: يمنع الأمر من القتل، السرقة، التزوير، التجسس... الصورة الثانية: يأمر الأفراد بالقيام بعمل معين مثلا: يأمر الموظف بالإبلاغ عن الجريمة، ويأمر القاضي بالفصل في النزاع المعروض عليه.

ومن الصورة الأولى، صورة ما إذا تضمنت القاعدة "نهيا" عن سلوك معين، يرتكب المخالف جريمة بواسطة "فعل إيجابي". أما في الصورة الثانية، بمعنى في حالة "الأمر" بسلوك معين، فيرتكب المخالف جريمة بواسطة "فعل سلبي" أي بواسطة الإمتناع.

والتكليف سواء تضمن نهياً أو أمراً بسلوك معين، يضمن للقاعدة الجنائية وصفا للسلوك الإجرامي في صورته الإيجابية أو السلبية، وهذا الوصف هو الذي يعبر عنه بتعبير النموذج القانوني، هذا النموذج يصف الفعل المعاقب عليه ويبيّن عناصره، ويحدّد العناصر التي بانضمامها إلى الفعل تتكون الجريمة بصفاتها نظاما قانونيا.<sup>(4)</sup>

أما الجزاء فهو الأثر القانوني الذي يترتب نتيجة مخالفة التكليف في القاعدة الجنائية، والحق أن وجود

(1)-Fransois G ény , Science et technique en droit prive positif, vol – 1-, p69

— أشار إلى هذين المرجعين: رفاعي سيد سعد: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 330.

(2) - جلال ثروت: نظرية الجريمة المتعدية القصد، مرجع سابق، ص 38 وما بعدها.

(3) -الجزاء لا يظهر في القاعدة الجنائية بصورة مباشرة، فيظهر التكليف في نص والجزاء في نص آخر، إنما يأخذ عادة صورة "غير مباشرة" بحيث يفهم وجوده ضمنا. فالقانون مثلا لا يقول: لا تقتل ( وهذا هو التكليف) وفي نص آخر يقول: (جزاء القتل) كذا... إنما يقول: «كل من قتل شخصا عمدا...» وعلى العكس من ذلك فإن التكليف يظهر بصورة مباشرة في القاعدة الجزائية ذلك لأنه السلوك نفسه المأمور به أو المنهى عنه، والذي يوضع الجزاء من أجل كفالة إحترامه.

(4) -عبد الفتاح الصيفي: المطابقة في مجال التجريم، محاولة فقهية لوضع نظرية عامة للمطابقة، 1991م، ص 101 وما بعدها



## الباب الثاني: ..... الفصل الأول: وور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات.

الجزء هو الذي يميّز القاعدة الجنائية على وجه الخصوص، غير أن هذا الجزء من نوع خاص فالمقصود به "العقوبة" و"تدابير الأمن".<sup>(1)</sup>

### الفرع الثالث: العلاقة بين القاعدة الجنائية وغيرها من قواعد القانون:

يثور التساؤل حول طبيعة الصلة في هذا النطاق، ما إذا كانت القاعدة الجنائية تحتل مركز أسمى عن بقية فروع القانون الأخرى، أم أن لها خاصية وذاتية أم أنها تابعة؟

ذهب فريق أول من الفقهاء إلى أن القاعدة الجنائية تسمو على غيرها من القواعد القانونية، ويدلل على ذلك بأن القاعدة الجنائية تتميز بشدة الجزاءات، إلا أن هذا الرأي يلقي نقدا من جمهور الفقهاء، إذا أن فروع القانون تستوي من كونها أركاناً للنظام القانوني في المجتمع الذي يعمل على تحقيق الأهداف المرجوة، كما أن لا مجال للسمو في مجال البحث عن الحقيقة، وإن كان ثمة قانون يحظى بالسمو، فإن هذا القانون هو القانون الدستوري الذي يستفاد من طبيعة قواعده أنه جدير بهذا السمو<sup>(2)</sup>.

ويذهب رأي ثان في الفقه إلى أن القاعدة الجنائية تتبع غيرها من القواعد القانونية الأخرى.<sup>(3)</sup>

ولعلّ الرأي الراجح، أن القاعدة الجنائية وإن كانت لا تمتاز بالسمو، فهو خاص بالقانون الدستوري وفقا لقواعد التدرج في التشريع، إلا أن القاعدة الجنائية تمتاز عن غيرها من القواعد بأنها تتضمن أشد أنواع الجزاءات، لحماية ما تقرره المصالح القانونية، وحماية ما تتضمنه فروع القانون الأخرى من مصالح.

نخلص من هذا إلى أن القاعدة الجنائية ليست قاعدة تابعة لغيرها من قواعد القانون، وإنما هي قاعدة أصيلة<sup>(4)</sup> يكون التكليف والجزاء فيها كلا متناسقا، يستقل عن سائر قواعد القانون.

(1) -العقوبة تميزها حصيصتان: الأولى: أنها تترتب نتيجة لوقوع " الخطأ" والثانية: أنها تحدث ألما من توقع عليه وليس المقصود بها إنزال "ألم" بالجاني، وإنما المقصود بها الدفاع عن المصالح الاجتماعية فهي تطبيق لفكرة " الدفاع الاجتماعي" وهي لا تطبق إلا بنص.

أما تدابير الأمن فإنها لا تبني على " الخطأ" وإنما على "الخطورة الجنائية".

(2) -محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 6.

(3) -جلال ثروت: النظرية العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص 32.

(4) -يستأثر قانون العقوبات بتنظيم أمور لم ينظمها غيره من القوانين منها:

- جرائم الاعتداء على الأشخاص، جرائم السب والقذف ...

-إذا كان القانون المدني يهتم بالنتائج الضارة فيقرر لها تعويضا فإن قانون العقوبات يجرم الأفعال التي تعرض الحقوق للخطر كالشروع في الجنايات ...

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

- في مجال المسؤولية وتقدير العقوبة يضع قانون العقوبات نصب عينيه، شخصية الجاني ومدى إدراكه وتمييزه بالإضافة إلى الأهمية التي تعلق على صفة بعض الجرائم أو وسيلة ارتكاب الجريمة وهذا تفريد لا مثيل له في نطاق القواعد غير الجنائية.

جامعة الأمير  
علاء الدين  
القادر للعلوم الإسلامية

# الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

نصوص التجريم والعقاب هي تلك التي تقرر الجرائم وتحدد العقوبات فهل تفسر هذه النصوص تفسيراً ضيقاً أم تفسيراً واسعاً؟ وهل يجوز القياس بصددها؟؟ كل هذه التساؤلات والإجابة عليها ستكون موضع المباحث القادمة.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

### المبحث الأول: التفسير الضيق.

إن تحديد ماهية التفسير الضيق يقتضي تعيين مدلوله، واستعراض تطبيقات له، ثم الوقوف على موقف الفقه منه، وهل هو ذاته التفسير الحرفي أم أن لكل منهما مدلولاً متغيراً عن الآخر؟ وهذا ما سنعرضه من خلال المطالب التالية.

#### المطلب الأول: مدلول التفسير الضيق<sup>(1)</sup>.

هو ثمرة محاولة الحد من سعة العبارات والألفاظ التي يشتمل عليها النص، حينما تكون الألفاظ معبرة عن مدلولات أكثر مما يهدف إليه المشرع من النص، ويكون ذلك نتيجة عدم تطابق المعنى الذي يتم استخلاصه من الألفاظ مع المعنى المستفاد من علة النص.

ويهدف التفسير الضيق إلى استبعاد تطبيق القاعدة القانونية على حالات تشملها ألفاظ النص، من حيث الظاهر وقصر المعنى على الحالات المراد إخضاعها لحكم النص<sup>(2)</sup>.

والمقدمات التي تؤدي إلى هذه النتيجة من نتائج التفسير، أن يقول المشرع في صياغة النص "أكثر مما أراد"<sup>(3)</sup>، كأن يطلق صياغة العبارات المكونة للنص في الوقت الذي يقصد فقط طائفة محدودة من العلاقات، فيقتضي التفسير الضيق استبعاد حالات تبدو من حيث ظاهر النص داخلية في نطاق عبارته وتخضع لحكمه، في حين أنها في الحقيقة خارجة عن نطاقه وبعيدة عن دائرة الغاية من المعالجة التشريعية<sup>(4)</sup>، وهذه صورة من الحالات التي لم يوفق فيها المشرع في التعبير عن أفكاره، ولم يحط بالإحاطة الكافية بظروف وواقع المجتمع الذي يشرع له.

ومن ثم فقد قيل -بحق- أن تطلب الكمال في اللفظ والمعنى، يتضمن توقع العصمة للغة الإنسانية وللتوقعات البشرية عن احتمالات المستقبل، والواقع أن تلك العصمة لا يمكن الوصول إليها<sup>(5)</sup>، وهذا يعد أحد العيوب الأساسية للنصوص القانونية.

(1) - محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 151 وما بعدها. / عبد الرؤوف مهدي: شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص 470.

(2) - محمد محمد منصور سلطان: وظيفة محكمة النقض في تفسير القاعدة القانونية الجنائية، دط، ص 88 وما بعدها.

(3) - رميسس بمنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 442.

(4) - مأمون سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 37.

(5) - ابن رجب الحنبلي: القواعد في الفقه الإسلامي، القاهرة، 1973، ص 353.

## الباب الثاني: ..... (الفصل الثاني): تفسير نصوص (التجريم والعقاب)

وبصفة عامة استقر الرأي عند ظهور مبدأ الشرعية في القرن الثامن عشر، على أن السبيل إلى منع القاضي من خلق جرائم وعقوبات، لم يتعرض لها التقنين الجنائي ولسد جميع المنافذ الأخرى التي يمكن للقاضي الدخول منها وممارسته لوظيفته التحكيمية<sup>(1)</sup>، تقرر إلزام القاضي بتفسير قواعد التجريم والعقاب تفسيراً ضيقاً، عندما يطبقها على الوقائع المعروضة عليه، كل هذا خشية أن يستغل مهمته في التفسير فيجزم أفعالاً لا تدخل تحت نصوص التجريم، أو يقرر لها عقوبات لا تتضمنها تلك النصوص، وذلك حماية لحقوق الأفراد وحريلهم.

ولهذا كانت القاعدة في تفسير القانون الجنائي "التفسير الضيق لتلك القواعد"<sup>(2)</sup>.

ثم إن الإشكال المطروح في القانون الوضعي هو معرفة ما هي القوانين الجنائية التي تخضع لقاعدة التفسير الضيق؟ والجواب على ذلك يكون انطلاقاً من التفرقة بين القانون الجنائي الموضوعي والقوانين الشكلية.

لقد استقر القانون الجنائي وعملاً بقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات، الذي يفرض أن لا يقع التوسع في تفسير القانون الجنائي الموضوعي الذي يهّم الأصل، فهو يفسر بطريقة ضيقة؛ أي على المعنى الذي أتى به، بخلاف القوانين الإجرائية الشكلية.

هذه القواعد التي تخضع في تفسيرها للقواعد العامة في تفسير القاعدة القانونية، اعتباراً أن المشرع يهدف في قانون الإجراءات الجنائية إلى ضمان حسن سير العدالة، لذلك فهي تفسر بطريقة واسعة.

ومهما يكن من الأمر، فقد استقر العمل بقاعدة التفسير الضيق للنصوص الجنائية في القرن التاسع عشر، وإلى حد بداية القرن العشرين نظراً للاعتقاد السائد في ذلك الحين بكمال التشريع، إلى حد اعتباره المصدر الوحيد للقانون<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثاني: تطبيقات التفسير الضيق.

(1) -انظر في هذا المعنى: علوي جعفر: المعين في شرح القانون الجنائي، فقها وقضاً، مرجع سابق، ص 67.

(2) -نشأ القول بوجود التفسير الضيق في فرنسا، نتيجة المبالغة في فهم المقصود بمبدأ الشرعية وسوء الظن بالقضاء الذي كان طابع الثورة الفرنسية والإفراط في محاولة ضمان حقوق المتهم على حساب مصلحة المجتمع.

أما في بريطانيا فقد كان ظهور قاعدة التفسير الضيق للنصوص الجنائية نتيجة لكثرة الجرائم التي كانت معاقبا عليها بعقوبة الإعدام رغم تفاهة الكثير منها، وذلك نتيجة لقسوة القوانين الجنائية قبل الإصلاح الذي أدخل عليها في القرن التاسع عشر، ومن بريطانيا انتقلت القاعدة إلى القانون الأمريكي وإلى بقية الدول الأخرى التي تأثرت بالنظام القانوني الإنجليزي.

(3) -عبد الرزاق السنهوري: حشمت أبو ستيت، أصول القانون، مرجع سابق، ص 235.

## الباب الثاني: ..... (الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب)

نعرض في هذا المطلب تطبيقات التفسير الضيق، نستهلها بجرائم الخيانة والتجسس في الفرع الأول، جرائم التزوير في الفرع الثاني، جرائم الاستهزاء من المعلوم من الدين بالضرورة في الفرع الثالث.

### الفرع الأول: جرائم الخيانة والتجسس.

من أمثلة التفسير الضيق في القانون الجنائي، المادة 91 عقوبات جزائري التي تنص على: «... كل شخص علم بوجود خطط أو أفعال لارتكاب جرائم الخيانة أو التجسس أو غيرها من النشاطات التي يكون من طبيعتها الإضرار بالدفاع الوطني ولم يبلغ عنها السلطات العسكرية أو الإدارية أو القضائية فور علمه بها»<sup>(1)</sup>.

وفي ذات المعنى تنص المادة 98 عقوبات مصري على: «معاينة كل من علم بوجود مشروع لارتكاب جريمة من الجرائم المضرة بالحكومة من جهة الداخل ولم يبلغه للسلطات المختصة»<sup>(2)</sup>.

فألفاظ كل من المادتين مدلولها يتسع لعقاب كل من علم بمشروع جريمة من تلك الجرائم ولم يبلغ السلطات، أي كان مصدر هذا العلم لديه لأن نص كل من المادتين لم يخصص هذا المصدر، ومن ثم يبدو في الظاهر أن العقاب مستحق على من لم يبلغ، حتى إذا كان قد استسقى العلم بالمشروع من الصحافة أو من الإذاعة، ويتضح من تلك النتيجة غير المستساغ قبولها، أن ألفاظ النص تنصرف إلى أكثر مما يريده النص حقيقة، فيضيق مدلولها اللغوي ليصبح متفقا مع مدلولها المنطقي، وذلك بأن يشترط في سبيل عقاب الممتنع عن الإبلاغ، أن يكون قد أحجم عنه قبل ذبوع خبر المشروع ووصوله إلى علم الكافة<sup>(3)</sup>.

كما أن هذا المدلول لا يتفق والمصلحة المراد حمايتها بتقرير هذا النص، والتي تتطلب ضرورة الإبلاغ عن هذه الجرائم قبل علم السلطات المختصة بها، بحيث يكون البلاغ مؤديا إلى إحباط تلك الجرائم أو القبض على مرتكبيها<sup>(4)</sup>.

### الفرع الثاني: جرائم التزوير.

من هذا القبيل ما ورد في باب التزوير المادة 214 وما بعدها من قانون العقوبات الجزائري<sup>(5)</sup>، والتي

(1) - احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 242.

(2) - محمد صبري السعدي: تفسير النصوص، مرجع سابق، ص 254.

(3) - رمسيس بھنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 242.

(4) - محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 89. / محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 165، 166.

(5) - احسن بوسقيعة: المرجع السابق، ص 86، 87.

## الباب الثاني: ..... (الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب)

تقابلها المادة 206 وما بعدها عقوبات مصري<sup>(1)</sup>، على أن تغيير الحقيقة في محرر رسمي يعاقب عليه في ذاته بوصفه كذبا مكتوبا<sup>(2)</sup> وفي كل الأحوال، وبالتالي يبدو من المدلول الظاهري لتلك الألفاظ أن من يقلد خط شخص في وثيقة ما، ليثبت مجرد براعته في محاكاة الخطوط وتقليدها، وذلك على مرأى من الشخص نفسه، وبرضاء منه، يقع تحت طائل العقاب لعموم ألفاظ النص وعدم تمييزها أو تخصيصها، الأمر الذي لا يسوغ التسليم به، ولذلك يضيق مدلول الألفاظ ليصبح متفقا مع المدلول المنطقي الممثل لإرادة القانون.

### الفرع الثالث: جرائم الاستهزاء من المعلوم من الدين بالضرورة.

نورد ما نصت عليه المادة 144 مكرر 2 من قانون العقوبات الجزائري<sup>(3)</sup> التي تعاقب على الاستهزاء بالمعلوم من الدين بالضرورة وبأية شعيرة من شعائر الدين الإسلامي،

وهو النص الذي يثير جدلا مع حلول كل شهر رمضان، يدور حول ما إذا كان انتهاك حرمة رمضان الكريم يشكل استهزاء؟؟؟<sup>(4)</sup>

ومرد هذا الجدل عبارة "الاستهزاء" التي تختمل أكثر من معنى، فضلا عن صعوبة تعريف المعلوم من الدين بالضرورة، وهي العبارة المستمدة من الفقه الإسلامي<sup>(5)</sup>.

ونظرا لكون "الاستهزاء" يحتتمل أكثر من معنى، وهو الأمر الذي يفرض اختيار المعنى الذي يؤدي إلى الإباحة عملا بقاعدة التفسير الضيق للنص عند الغموض.

كما أن سياق النص نفسه وطبيعة قانون العقوبات، وهو قانون وضعي يخاطب المواطن وليس المسلم أو المؤمن، يفرض هذا التوجه، فلو اعتبرنا فرضا أن انتهاك حرمة شهر رمضان الكريم يشكل "استهزاء" بالمعلوم من الدين وبأية شعيرة من شعائر الدين الإسلامي، لاعتبرنا كذلك عدم أداء الصلاة وعدم أداء الزكاة وشرب الخمر...<sup>(6)</sup>

وتجريم انتهاك حرمة شهر رمضان الكريم تجريما واضحا ليس بعزيز على المشرع الجزائري إن أراد تجريمه

(1) - محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص 256.

(2) - كان من اللازم أن يتضمن السؤال المتعلق بالإدانة عناصر الجريمة وإلا كان باطلا يترتب على بطلانه نقض الحكم.

— قرار الغرفة الجنائية الأولى 28 يونيو 1988م، ملف 52572، أنظر: الجيلاني بغدادي: الإجتهد القضائي في المواد الجزائية، المؤسسة الوطنية للإتصال والنشر والإشهار، 1996م، ص 139.

(3) - احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 65.

(4) - احسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائري العام، مرجع سابق، ص 71.

(5) - المرجع نفسه، ص 71.

(6) - المرجع نفسه، ص 72.



## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

كما فعلت بعض الدول الإسلامية<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث: موقف الفقه من التفسير الضيق.

يتضمن هذا المطلب أربعة فروع، الأول: وجوب عدم تعارض التفسير الضيق مع مصالح الأفراد، الثاني: التفسير الضيق لازمة لتطبيق مبدأ الشرعية، الثالث: تقييم طريقة التفسير الضيق، وأخيرا التفسير الضيق التفسير الحرفي.

#### الفرع الأول: وجوب عدم تعارض التفسير الضيق مع مصالح الأفراد.

يذهب رأي<sup>(2)</sup> أنه لا يجوز أن يترتب على التفسير الضيق ضرر للأشخاص الذين وضع النص لتحقيق مصلحة لهم<sup>(3)</sup>.

ولعل تحديد المصلحة من وضع النص، هذا التحديد وحده هو الذي يجب على المفسر أن يهتم بالتوصل إليه، ومن ثم تحقيقه دون أن يكثرث بالوصف الذي سيلحق في النهاية بتفسيره.

#### الفرع الثاني: التفسير الضيق لازمة لتطبيق مبدأ الشرعية.

يربط فريق من الفقهاء بين التفسير الضيق وبين مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في تفسير نصوص قانون العقوبات، وذلك بتقريرهم بأن التفسير الضيق يعد لازمة طبيعية لهذا المبدأ، وأن القاضي لا يمكنه أن يخلق جرائم جديدة، ولا يجوز له أن يتوسع في مفهوم الجرائم القائمة<sup>(4)</sup>.

ويرى جانب من الفقه<sup>(5)</sup> أن الذي دفع القائلين بهذا الربط بين التفسير الضيق وبين مبدأ الشرعية، هو ذهابهم إلى إعطاء مبدأ الشرعية مدلولاً أكبر من حقيقته، بالإضافة إلى تجارب تاريخية عصيبة نتج عنها النظر فقط إلى مصلحة واحدة تتمثل في الحفاظ على حقوق المتهم، من جراء ما حدث من تعسف واستبداد قبل الثورة الفرنسية على أيدي قضاة الملك، مما أسفر عن هذا الربط الوثيق بين مبدأ الشرعية وضرورة التفسير الضيق للنصوص ذات الصلة به.

#### الفرع الثالث: تقييم طريقة التفسير الضيق للنص الجنائي.

(1) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(2) - رفاعي سيد سعد: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 378 وما بعدها.

(3) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(4) - المرجع نفسه، ص 378.

(5) - المرجع نفسه، ص 380.

## الباب الثاني: ..... (الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب)

مرت العديد من العشريات من القرن التاسع عشر كان فيها مبدأ التفسير الضيق للنصوص الجنائية، هي القاعدة الذهبية التي يدور في فلكها القانون الجنائي الكلاسيكي، ولكن ذلك لم يدم حتى نهاية القرن إذ بداية من ريعه الأخير عرفت هذه الطريقة في التفسير اختلالا وبدأ التفكير في مدى جدواها<sup>(1)</sup>.

وقد تعرضت القاعدة الخاصة بتفسير النصوص الجنائية تفسيرا ضيقا لكثير من الانتقادات، أدت إلى العدول عنها أو على الأقل إلى تعديلها، بحيث تلائم القواعد المقررة في وجوب تفسير النص طبقا لما تتضمنه ألفاظه من إرادة تدل بذاتها أو بروحها<sup>(2)</sup>.

وأهم هذه الانتقادات:

**أولا:** أن الأخذ بقاعدة التفسير الضيق يجعل التفسير مجردا عن الطابع العلمي<sup>(3)</sup>، ويجوله إلى مجرد ترديد لعبارات النص الجنائي في صيغ وألفاظ أخرى.

**ثانيا:** التفسير الضيق يحول بين القانون وبين تحقيق هدفه من حماية المجتمع، فضلا عن الحيلولة بينه وبين مواجهة التطور الذي يصيب أساليب ارتكاب الجريمة<sup>(4)</sup>.

**ثالثا:** تعارض التفسير الضيق من الغاية من التفسير، ووظيفته التي تستهدف الكشف عن إرادة النص، بحيث تطبق هذه الإرادة على الحالات المعروضة على القضاء دون نظر إلى صالح المتهم أو الإضرار به، إذ المفروض في التفسير أنه وسيلة إلى تطبيق القانون تطبيقا سليما، بغض النظر عن النتائج التي يحملها إلى الواقع العملي هذا التطبيق<sup>(5)</sup>.

**رابعا:** إذا كان المفسر في شأن النص الجنائي يجب أن يكون متيقنا من أن الفعل الذي يخضع لنص التجريم يقع في إطار إرادة النص، فإن مرد ذلك ليس إلى قاعدة التفسير الضيق ووجوبه في خصوص النص الجنائي، وإنما مرده إلى الحساسية التي يجب أن ينظر بها إلى حريات الأفراد وحقوقهم، وإلى أن سلطة التجريم والعقاب محصورة في المشرع<sup>(6)</sup>.

كما أن هذه الطريقة في التفسير الضيق قد تؤدي إلى عدم تحقيق التوازن بين حقوق المتهم وحقوق

(1) - أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 413.

(2) - محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 156.

(3) - المرجع نفسه، ص 156.

(4) - عبد الفتاح الصيفي: القاعدة الجنائية، دراسة تحليلية على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، مرجع سابق، ص 362.

(5) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها وما بعدها.

(6) - محمد سليم العوا: المرجع السابق، ص 156.

## الباب الثاني: ..... (الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب)

الحجني عليه، وكذلك مصلحة المجتمع<sup>(1)</sup>، ذلك بأن التوجيه المسبق لعملية التفسير في اتجاه معين يحل بالموضوعية المفضية إلى العدالة.

ومن هنا فإن الفقه الأمريكي اليوم يشير إلى قاعدة التفسير الضيق، ولا يؤيدها باعتبارها قاعدة مستقلة من قواعد تفسير النصوص الجنائية، وإنما يشرحها على اعتبار أنها نتيجة من نتائج قاعدة أخرى، هي وجوب إنذار المخاطب بالقاعدة الجنائية إنذاراً واضحاً قبل إخضاع سلوكه لنصوص التجريم<sup>(2)</sup>.

وبذلك نستطيع القول - مع الاتجاه الغالب في الفقه المعاصر<sup>(3)</sup> - أن قاعدة التفسير الضيق لم تعد من القواعد المسلم بها في تفسير النصوص الجنائية، وأن هذه النصوص تخضع لقواعد التفسير التي تخضع لها غيرها من النصوص، إلا حيث يختص النظام القانوني - النص الجنائي - بما لا ينطبق في مجال غيره من النصوص القانونية، على نحو ما هو مقرر مثلاً في شأن منع القياس في مجال التجريم.

### الفرع الرابع: التفسير الضيق والتفسير الحرفي.

يتساءل بعض الفقه، هل يوجد تفسير حرفي حقيقة؟<sup>(4)</sup> والراجح أنه لا يوجد تفسير حرفي للنصوص التشريعية، وإن كان كل تفسير لابد وأن يلتزم بالقواعد اللغوية، فإن ذلك لا يعني الاكتفاء بتلك القواعد، فاللغة منها يبدأ التفسير ولا ينتهي عندها.

إذن ما المقصود بالتفسير الحرفي، هل هو التفسير الضيق؟ أم أن لكل منهما مدلول متباين؟

### أولاً: مدلول التفسير الحرفي.

يقصد بالتفسير الحرفي تحديد معنى النص الغامض أو الناقص وذلك بالاستعانة باللغة وقواعد النحو<sup>(5)</sup>، فالتفسير الحرفي لا يكون إلا في حالة النص الغامض أو النص الناقص، وتستخدم فيه القواعد اللغوية فقط ولا يستعان بالعلة التشريعية أو القواعد المنطقية عموماً.

(1) - انظر في هذا المعنى: رفاعي سيد سعد: تفسير نصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 380.

(2) - رفاعي سيد سعد: المرجع السابق، ص 157.

(3) - المرجع نفسه، ص 157.

(4) - عبد الوهاب العشماوي: تفسير القضاء للنصوص بالتشريعات الجنائية، مجلة الأمن العام المصرية، العدد، 107، 1984، ص 07.

(5) - أبو الزيد علي المتيت: تفسير القاعدة الجنائية، مجلة قضايا الحكومة، عدد 2، أبريل، يونيو 1970، ص 406. / رفاعي سيد سعد: سعد: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 381.

## الباب الثاني: ..... (الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب)

ويذهب رأي في الفقه إلى أن التفسير الحرفي هو ذات التفسير الضيق<sup>(1)</sup>.

**بينما يرى جانب آخر** من الفقه أن التفسير الضيق ليس هو التفسير الحرفي<sup>(2)</sup>، وهذا النوع من التفسير يعتمد على نوعين من التسبيب:

1. الجدل الشكلي: وهو تسبيب شكلي محض يعتمد على أحرف نصوص القانون دون أن يدع مجالاً لأي طريقة منطقية.

2. الاستنتاج بمفهوم المخالفة: وهذا الاستنتاج ينطلق من حكمة لاتينية مؤداها «أن القانون حينما يريد شيئاً فإنه يقوله، وبالتالي، فإنه إذا لم يرد شيئاً فإنه يسكت عنه»<sup>(3)</sup>.

إن العبرة عند القائلين بالتفسير الحرفي هو بظاهر النص بصورة مطلقة، ومن ثم، فلا يجوز للقاضي أن يراجع المراحل المختلفة التي مر بها النص قبل إصداره، لأنه لن يجديه إذا وجد تناقضاً بين ظاهر النص وإرادة الشارع، ففي جميع الأحوال عليه أن يأخذ بظاهر النص دون أن يعير إرادة الشارع أي اهتمام<sup>(4)</sup>.

وقد خلط هذا الرأي بين طرق التفسير ونتائج التفسير، فالتفسير الحرفي طريقة من طرق التفسير، أما التفسير الضيق فهو نتيجة من نتائج التفسير اللغوي<sup>(5)</sup>.

ولذلك ذهب غالبية الفقه-بحق- إلى أن التفسير الضيق ليس هو التفسير الحرفي<sup>(6)</sup>.

وفي مجال التفسير الحرفي لا يملك القاضي الجنائي أي قدر من سلطة التقدير لما ورد في النص التشريعي من معان، فهو يطبقه حرفياً، لأن وظيفته تطبيق القانون وليس تفسيره، إذ المشرع وحده هو الذي يفسر القانون، أما القاضي فهو مجرد بوق للقانون يردد كلماته<sup>(7)</sup>.

وقد نادى "مونتسكيو" بالحد من سلطة القاضي الجنائي في التقدير، مقررًا أن القضاة ما هم إلا الأفواه

(1) - عبد الوهاب حومد: دراسات معمقة في الفقه الجنائي المعاصر، مطبوعات جامعة الكويت، 1983، ص442.

(2) - محمد محمد منصور سلطان: وظيفة محكمة النقض في تفسير القاعدة القانونية الجنائية، مرجع سابق، ص88 وما بعدها.

(3) - رفاعي سيد سعد: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص382.

(4) - عبد الوهاب حومد: دراسات معمقة في الفقه الجنائي المعاصر، مرجع سابق، ص442-443.

(5) - عبد الحي حجازي: المدخل لدراسة العلوم القانونية، مرجع سابق، ص354 وما بعدها. / مأمون سلامة: حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، مرجع سابق، ص53 وما بعدها. / رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص347.

(6) - عبد الرؤوف مهدي: شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص94 وما بعدها.

(7) - عبد الواحد الجوهري: القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1992، ص331.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

التي تنطق بما ورد في القانون، وكذلك فعل "جون جاك روسو" متأثراً بالدراسات التي قام بها "توماس هوبز" و"جون لوك" في كتابه "العقد الاجتماعي"، الذي كان له أهمية بالغة عند قيام الثورة الفرنسية.<sup>(1)</sup> فمقتضى طريقة التفسير الحرفي أن يطبق القاضي الجنائي نص القانون حرفياً أي بطريقة آلية، وهذا يستدعي أن يسهل له المشرع هذه المهمة، بأن يضع له قواعد جنائية واضحة ومنضبطة متضمنة كل حالات التجريم، لأن دور القاضي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بدور المشرع<sup>(2)</sup>، ومعنى ذلك أن المشرع هو الذي يعدم أي مجال لسلطة القاضي التقديرية.

### ثانياً: الانتقادات الموجهة لطريقة التفسير الحرفي.

طريقة التفسير الحرفي منتقدة وتجاهي الحقيقة والواقع، وقد انطلق الفكر المناادي بها من فهم خاطئ لدور كل من المشرع والقاضي، مما أدى إلى توجيهه وابل من النقد اللاذع لهذه الطريقة في تفسير النصوص الجنائية.

ولعل أهم هذه الانتقادات ما يلي:

#### 1- التماذي في الفردية.

لقد تماذى مبدأ التفسير الحرفي في الفردية على حساب حق الدولة والمجتمع في الدفاع ضد الإجرام ومباشرة هذا الحق في حدود القانون، فقد أصبح دور القاضي الجنائي بعد انتصار مبدأ التفسير الحرفي سلبياً للغاية في تطبيق القانون -خلال مرحلة الثورة الفرنسية-، وما تبعه من تماذي في حماية الحرية الفردية على حساب الاهتمام بالحرية والحماية الاجتماعية<sup>(3)</sup>، اعتقاداً بأن مبدأ الشرعية يجب أن يفسر بما يحقق الحماية

<sup>(1)</sup> -اعتنق المشرع الفرنسي آراء وأفكار فلاسفة ذلك الوقت خاصة أنه كان متأثراً بقسوة الاستبداد القضائي الذي كان سائداً قبل الثورة الفرنسية، فأصدر مجموعة قانون العقوبات محرماً على القاضي الجنائي سلطة التقدير مطلقاً.  
- أنظر: أبو اليزيد علي الميت: تفسير القاعدة الجنائية، مرجع سابق، ص 405.

- ومن التشريعات الجنائية التي تأثرت بالأفكار التي دعت إلى الحد من تعسف القضاة عن طريق الحد من سلطتهم في تفسير القانون، وتبنت بذلك طريقة التفسير الحرفي، قانون العقوبات النمساوي لسنة 1887، والقانون الروسي الصادر سنة 1791، والقانون البارفاري عام 1813 وهذه التشريعات تميزت بالدقة في اختيار الألفاظ فضلاً عن إتباع طريقة التعداد الحصري.

- أنظر: عبد الوهاب حومد: دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، مرجع سابق، ص 443.

<sup>(2)</sup> - ذلك لأن القاضي هو الوسيط بين المشرع والقانون وبعبارة أخرى هو المشرع الحي.

أنظر في هذا المعنى: ادريس القريني: السلطة التقديرية للقاضي الجزري، مرجع سابق، ص 105.

<sup>(3)</sup> -أنظر في هذا المعنى: علوي جعفر، المعين في شرح القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 71.

## الباب الثاني: ..... (الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب)

الفردية ضد تعسف الدولة<sup>(1)</sup> بسبب عدم الثقة في سلطتها، مما يستوجب الدفاع عن الفرد ضد تعسفها نحوه.

ولا يخفى فساد هذا الاعتقاد، إذ لم يقل أحد أن قانون العقوبات يحمي المذنب إضرار بالمجتمع، وإنما المتفق عليه أنه يهدف إلى حماية حرية المواطنين، وفي ذات الوقت يحقق الدفاع عن المجتمع.

والسبيل إلى تحقق الدفاع عن حقوق وحرريات المواطنين من التحكم القضائي، إنما يكون في فرض العقوبات ووضع القواعد التي تحول دون جعل سلطة القاضي تحكيمية، ويتحقق الدفاع عن المجتمع بمعاقبته الخارجيين على أحكام القانون<sup>(2)</sup>.

### 2- سلب القاضي الجنائي السلطة التقديرية.

مبدأ التفسير الحرفي سلب القاضي الجنائي أي قدر من سلطة التقدير في تطبيق النصوص<sup>(3)</sup> على ما يعرض أمامه من وقائع وجعل دوره ألياً بحثاً، وهذا المسلك أثر طبيعي لما يقضي به مبدأ الشرعية المطلقة، من أنه يجب على المشرع الجنائي أن يحيط فيما يضعه من تشريعات بكل حالات التجريم، وأن يضع تعريفات قانونية لكل حالة في هيئة قواعد تشريعية سهلة التطبيق، وهذا في ذاته يجعل التشريع كاملاً شاملاً.

والواقع أن صياغة النصوص على هذا النحو لا يتعارض مع منح القاضي الجنائي سلطة التقدير، ولا يمنع أن يكون له دور إيجابي في تفسير القانون وتطبيقه، فالسلطة التقديرية لصيقة بنشاط القاضي في تطبيق القانون<sup>(4)</sup>.

حتى أنه أصبح من المسلمات في التشريعات الجنائية الحديثة وجود قدر من التقدير من جانب القاضي في تطبيق القانون والعقوبة، وإن اختلفت المدارس الفقهية في مدى نطاق السلطة التقديرية له، وذلك تبعاً للسياسة الجنائية التي ينتهجها المشرع في الدولة<sup>(5)</sup>.

وتفسير القانون عملية ضرورية- كما سبق ذكره- لتطبيقه التطبيق الصحيح، وليست العملية التفسيرية قاصرة على التشريعات الغامضة أو الناقصة كما ذهب أنصار مبدأ التفسير الحرفي، ولكنها عملية ضرورية في كافة الحالات سواء بالنسبة للتشريعات الواضحة أو الغامضة، والتفسير يعني التقدير الشخصي في كافة

(1)- المرجع نفسه، ص 72.

(2)- أبو اليزيد المتيث: تفسير القاعدة الجنائية، مرجع سابق، ص 407.

(3)- أنظر: ادريس القريني: السلطة التقديرية للقاضي الزجري، مرجع سابق، ص 265.

(4)- المرجع نفسه، ص 407.

(5)- مأمون سلامة: حدود سلطة القاضي الجنائي، مرجع سابق، ص 84.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

الحالات، ومما يؤكد هذا:

أن القاضي يقوم بعملية ذهنية دقيقة تستلزم توافر مهارة شخصية وخبرة وفيرة، تمكنه من أداء هذه العملية الذهنية القانونية بدقة ونجاح، وهذا ما يجعل التسليم له بقدر من السلطة التقديرية، ويُرفض التسليم أنه مجرد آلة تطبق القانون.

**ولا يعني إعطاء القاضي الجنائي سلطة التفسير والتقدير في تطبيق القانون منحه الثقة المطلقة، في أنه لا يخطئ في إعمالها أو ممارستها بما يحقق العدالة، ويحيط حقوق الأفراد ومصالحهم بالضمانات الكافية التي تكفل حمايتها وعدم الاعتداء عليها، ولكن خطأ القاضي في ممارسته لنشاطه وتجاوزه في استعماله هذه السلطة متوقع باعتباره إنساناً وبصفته البشرية، ولكن قد يُقبل خطأه ولا يُقبل خطأ المشرع، لأن خطأ المشرع يعود بالضرر على المجتمع كله لكون التشريع قواعد عامة مجردة، بينما خطأ القاضي -المحتمل- لا يترتب عليه سوى ضرر بفرد معين.<sup>(1)</sup>**

**ثالثاً: التفسير الحرفي والفقهاء الإسلامي.**

الكلام العربي لا يعلم المراد منه إلا بعد معرفة معاني مفرداته وما استعملت فيها، ثم معرفة معاني المركبات والوقوف على الأساليب المتنوعة وكيفية دلالتها على مراد المتكلم<sup>(2)</sup>.

### 1- موقف الفقهاء الأصوليين القديم.

عني الأصوليون باستقراء الأساليب العربية لاستنباط الأحكام بناء على ما قرره علماء اللغة العربية من خلال قواعدهم اللغوية، والتي يتوصل بها إلى الفهم الصحيح للنصوص، ولم يقفوا عند هذا الحد بل نصبوا قواعد شرعية يتوصل بها إلى معرفة مراد الشارع كقواعد التعارض والترجيح والنسخ<sup>(3)</sup>.

وبهذا تنوعت القواعد إلى لغوية وشرعية، علماً أن هذه القواعد لا تقتصر على النصوص الشرعية فقط، بل تتعدى ذلك إلى فهم كل نص عربي بما في ذلك النصوص القانونية المصاغة باللغة العربية<sup>(4)</sup>.

غير أن هناك احترازا غفل عنه الكثير ممن تصدوا إلى فهم النصوص انطلاقاً من اللغة العربية فقط، فأصبحوا يتعاملون مع الألفاظ دون روحها، كأنهم في ذلك اتبعوا مذهب أبي داود الظاهري، الذي يأخذ

(1) - أبو اليزيد المتيث: تفسير القاعدة الجنائية، مرجع سابق، ص 408 .

(2) - الشاطبي: الموافقات، تحقيق: عبد الله دراز، تخرّيج وضبط: إبراهيم رمضان دار المعرفة، بيروت، ط2، 1416هـ، 1996م، ج3، ص15.

(3) - بلخير طاهري: أثر القواعد الأصولية في تفسير النصوص، مرجع سابق، ص103.

(4) - المرجع نفسه، ص104

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التبريم والعقاب

بظاهر النص، أي بمعناه اللغوي المتبادر، فغلبت عليهم الترجمة الحرفية.<sup>(1)</sup>

إذ للأصولي أثر كبير في فهم النصوص، فهو لا يقف عند حرفية النص، ولا يجمد عندما قرره النحاة. **فها هو "الزركشي"** يرمي خطوة تسبق النحاة قائلاً: «... فإن الأصوليون دققوا النظر في فهم أشياء من كلام العرب لم يصل إليها النحاة ولا اللغويون، فإن كلام العرب متسع والنظر فيه متشعب، فكتب اللغة تضبط الألفاظ ومعانيها الظاهرة دون المعاني الدقيقة، التي تحتاج إلى نظر الأصولي باستقراء زائد على الاستقراء اللغوي»<sup>(2)</sup>.

### 2- موقف الفقه الأصولي المعاصر.

يضيف الأصولي القانوني الدكتور: "فتحي الدريني" خطوة ثانية على التي خطاها الإمام "الزركشي"، محاولاً لفت الانتباه إلى قضية يغفل عنها الكثير ممن يتصدون لتفسير النصوص، سواء الشرعية أو القانونية حيث يقول: «إن الوقوف على حرفية النص منهج لا يتفق مع طبيعة التشريع ذاته، لذا رأينا؛ مناهج الأصوليين في الاجتهاد بالرأي لا تقف بالمجتهدين عند ظواهر المعاني اللغوية الأولى المتبادرة من النص أو عند تفسيرهم للنص الذي يعتره نوع من الخفاء في دلالاته على معناه، بل يبذلون طاقتهم الفكرية بما أوتوا من ملكات ممتدرة ومتخصصة في استنباط معنى النص ليتبينوا الروح التي تهيم عليه فيستنبطوا من ذلك المعنى الذي من أجله شرع النص...»<sup>(3)</sup>.

وهو ما نبه عليه في موضع آخر عند حديثه عن مفهوم المخالفة، عندما شتّع على الذين يبحثون فيه على أساس لغوي صرف، كما هو مألوف لدى معظم الأصوليين حيث قال: «... بل لا بد أن يقوم البحث الأصولي المتعمق في هذا الأسلوب بخاصة، وما تنتهي إليه حججته على أساس من فلسفة التقييد في التشريع، فضلاً عن أصله اللغوي ومن الخطأ منهجياً أن يسيطر على كل ذلك المنطق اللغوي وحده ويغفل المنطق التشريعي وهو الأصل، ولعل هذا هو السبب في مجافاة بحوث كثير من الكاتبيين في أصول الفقه لروح التشريع»<sup>(4)</sup>.

ولعل الذي دفع الدكتور إلى هذا التنبيه في التمييز بين الدرس اللغوي والاجتهاد التشريعي، أنه لو كان

(1) - لا يغيب هجر الفقه الإسلامي لهذا الاتجاه تماماً وعداه من التاريخ. بلخير طاهري: المرجع السابق، ص 104.

(2) - بدر الدين الزركشي: البحر المحيط، تحقيق: عمر سليمان الأشقر، مراجعة: عبد الستار أبو غده: دار الصفوة، القاهرة، ط2، 1413هـ، 1992م، ج1، ص14.

(3) - فتحي الدريني: المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، الشركة المتحدة للتوزيع، ط2، 1985، ص29.

(4) - المرجع نفسه، ص387، 388.



## الباب الثاني: ..... (الفصل الثاني): تفسير نصوص (التجريم والعقاب)

المنطق اللغوي كافيا في إظهار مراد الشارع من نصوصه وتفسيرها، لما كان لعلم أصول الفقه فائدة<sup>(1)</sup>.  
والجدير بالملاحظة أن التفسير الحرفي ليس نتيجة تلحق بالتفسير بعد تمامه، أو وصفا تنعت به عملية التفسير بعد انتهائها، كما هو الحال بالنسبة للتفسير الضيق والواسع والكاشف، إنما التفسير الحرفي هو وحده الذي يعتبر أسلوبا من أساليب التفسير- وإن كان أسلوبا معيبا-، ومن ثم كانت سلامة المنطق تقتضي الإشارة إليه عند الحديث عن أساليب التفسير، وكان من الممكن استرسالا، أن نضعه ضمن أساليب المنهج اللغوي في التفسير.

إلا أن جميع فقهاء القانون وكذا الشريعة الإسلامية المعاصرين، يأتون على ذكر التفسير الحرفي قبل الحديث عن التفسير الضيق، وكأنهم يشيرون إلى النتائج التي ترى في نهاية المطاف، بصرف النظر عن كون الأول ينتمي إلى أساليب التفسير، والثاني يعتبر أثر لهذه العملية.

والجدير بالذكر أن هذه النظرة المعيبة لعملية التفسير تكاد تلتقي مع نظرة الفقه التقليدي القائل بنظرية النص الواضح الذي لا يحتاج إلى تفسير- والتي أثينا على ذكرها من قبل- فكلاهما يبتغي تقليص دور المفسر تارة في مجال سلطاته لممارسة التفسير، وتارة في أسلوب التفسير المسموح له باستعماله.

وأخيرا تجدر الإشارة إلى ضرورة عدم الربط بين هذا الأسلوب المعيب، وبين كل من قواعد المنهج اللغوي في التفسير وكذا مبادئ مدرسة التزام النص، ذلك أنهما لا يكتفيان بالقواعد اللغوية النحوية كأساس لعملية التفسير، وعدم الخلط هذا مهم خصوصا عند تفسير النصوص الجنائية المتعلقة بالتجريم والعقاب، والتي قد ينتهي المفسر غالبا إلى تفسير ضيق لها لاعتبارات بعيدة كل البعد عن أسلوب التفسير الحرفي.

<sup>(1)</sup>-بلخير طاهري: أثر القواعد الأصولية في تفسير النصوص، مرجع سابق، ص105.

### المبحث الثاني: التفسير الواسع.

ساعد على تدعيم نفوذ القاضي الجزائري في تطبيق القانون، إشعاع المدارس الاجتماعية التي أصبحت تنظر للفعل الإجرامي من زاوية خطورته على أمن المجتمع، وهو ما أدى إلى الإطاحة بطريقة التفسير الضيق للنص الجزائري، التي من أهم نتائجها تغليب مصلحة الفرد على مصلحة المجتمع وإحلال طريقة التفسير الواسع.

وسيتناول هذا المبحث مدلول التفسير الواسع، أسباب ظهوره، مدى إعماله في مواكبة القانون الجنائي للتطور، وهذا ما سنعرضه تباعا.

### المطلب الأول: مدلول التفسير الواسع.

التفسير الواسع يكون عندما يستخلص من التفسير المنطقي معنى أكثر مما يستفاد من التفسير اللفظي للنص التشريعي، ويعبر معظم الفقه عن ذلك بأن المشرع قال في النص أقل مما كان يقصد أن يقول<sup>(1)</sup>.

وهو ما جعل دور القاضي الجزائري ينتقل من مجرد ناطق للقانون وموزع للعقوبات إلى وكيل للعدالة، يسعى إلى التوفيق بين حقوق الفرد والمجتمع من خلال استنباط وكشف مقاصد التشريع، كسعيه الدائم إلى ترميم الهياكل والأعمدة التي عجز المشرع عن ترميمها<sup>(2)</sup>.

وعلى هذا الأساس فإن الطريقة المعتمدة في التفسير في الوقت الحاضر من قبل المحاكم الجزائرية في غالبية

---

(1) - مأمون سلامة: حيث يقول: ... أما التفسير الواسع فيتوافر حينما يستعمل المشرع للتعبير عن الهدف من القاعدة ألفاظا تقصر عن إعطاء المدلول الحقيقي له. بمعنى إعطاء الألفاظ المستخدمة مفهوما أوسع مما تعطيه دلالتها الحرفية.

-أنظر: قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 37 وما بعدها.

وأما رمسيس بثمان فيقول: التفسير المنطقي يكون مضيقا إذا كان أقصر مدى من التفسير اللغوي، ويكون موسعا إذا كان أبعد مدى من هذا التفسير .

- أنظر: النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 247.

(2) -قريب من هذا المعنى أنظر: عبد الحي حجازي: مدخل لدراسة العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 527.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

الأنظمة القانونية هي التفسير الواسع<sup>(1)</sup>، وذلك بدعوة وإلحاح شديدين من الفقهاء.

وبما أن طريقة التفسير الواسع هي السائدة اليوم، فإنه يجدر بنا لمزيد فهمها والتعمق فيها التعرض إلى مبررات ظهور التفسير الواسع، وإلى تطبيق أسلوب التفسير الواسع.

### المطلب الثاني: أسباب ظهور أسلوب التفسير الواسع.

كانت الغاية من وضع طريقة التفسير الضيق مقاومة تعسف القضاة والتصدي لما يمكن أن يصدر عنهم من تجاوزات، وذلك لأجل المحافظة على حقوق الأفراد وحريةهم وتحقيق العدالة الاجتماعية.

لكن بعد التمسك بهذه الطريقة طويلا، اتضح أنها في العديد من الحالات تضر بحقوق المتهم، فالتقيّد بتلك الطريقة في التفسير أصبح عائقا أمام تحقيق العدالة الاجتماعية، فيوقع نفس العقاب على المبتدأ أو العائد، على الصغير والكبير على المرأة والرجل...

وأمام تكاثر الصور التي تبين أن طريقة التفسير الضيق ليست الأسلوب الأنجع، بدأت المطالبة والتفكير في أسلوب بديل يكون أرفق بالمتهم وأنجع للمجتمع فكان الأسلوب الواسع.

وقد برر مناصروا هذا الأسلوب، ظهوره بعجز النص الجزائي وقصوره عن مواكبة تطور المجتمع، وتواتر الصياغة المفتوحة في تحديد التجريم والعقاب.

### الفرع الأول: قصور النص الجزائي وعدم إلمام القانون الجنائي بكل السلوكيات الإجرامية.

لقد كان مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يفرض على المشرع أن يتوخى الوضوح عند تحديده لأركان الجريمة، بطريقة لا تترك مجالاً للقاضي ليحيد بمعنى النص عن المعنى المقصود من المشرع، وهذا ما يعبر عنه بالصياغة المغلقة للتجريم للقانون الجنائي، لكن المشرع الجزائري كغيره من المشرعين في النظم القانونية الأخرى قد حاد عن هذا المبدأ، وأصبحت هذه صياغة مفتوحة بالنسبة للتجريم وكذا بالنسبة للعقاب، بالإضافة إلى عدم إلمام القانون الجنائي بكل السلوكيات الإجرامية.<sup>(2)</sup>

### أولا: محدودية القوانين ولا محدودية السلوك البشري.

<sup>(1)</sup> - يذهب الرأي إلى القول: أن زمن الشك والريبة في سلوك القاضي - كما كان عليه في القرون الوسطى - قد زال، وأن العدالة أصبحت مبصرة ولم تعد عمياء .

أنظر في هذا المعنى: عبد الوهاب حومد: الجرم والقانون، مجلة عالم الفكر، المجلد الخامس، عدد3، ص 445.

<sup>(2)</sup> - النصوص الجنائية رغم تعددها وكثرتها لا يمكنها أن تتعرض لكل الجرائم التي من الممكن أن يرتكبها الشخص نظرا لعدم إمكانية التنبؤ بكل هذه الجرائم...

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

إن المشرع مهما أوتي من حرص لا يستطيع أن يحيط بكل السلوكات المنحرفة في المجتمع.

فعند وضع القانون الجنائي الفرنسي لم يتعرض المشرع إلى جريمة سرقة الانتفاع، مثل سرقة سيارة لمدة معينة دون نية امتلاكها ثم إرجاعها من جديد، وعملا بمبدأ الشرعية في ذلك الوقت، وجد فقه القضاء الفرنسي نفسه مجبرا على الحكم بعدم سماع الدعوى وترك سبيل المتهم، رغم أن المجتمع آنذاك يرفض هذا السلوك<sup>(1)</sup>.

**بالنسبة للقانون الجزائري**، فيمكن أن نستشهد بقانون المخدرات<sup>(2)</sup> الذي نص في المادة الثانية منه، على سبيل الحصر المواد التي تعتبر مخدرة وإدراجها بالجدولين الأول والثاني من الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة 1961<sup>(3)</sup> بصيغتها المعدلة بموجب بروتوكول سنة 1972<sup>(4)</sup> المرافقان للقانون، سواء كانت طبيعية أو مركبة، وبالتالي مهما كان تركيبها الكيميائي، مما جعله شاملا لجميع المواد المخدرة المصادق عليها من طرف المركز الدولي لمراقبة المخدرات التابع للأمم المتحدة، والمحدد من قبل وزارة الصحة العمومية. وبذلك نلاحظ أن المشرع الجزائري قد حاد عن بعض القوانين الأخرى، بحصره ما يعد مادة مخدرة واختار الإلمام بكل عناصر تعاطي أو مسك أو حيازة مخدر.

(1) -عبد القادر عدو: مبادئ قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص52.

— كذلك الشأن عندما يتناول الفرد المأكولات والمشروبات في المطاعم مع العلم مسبقا على عدم القدرة على الدفع، فهذا السلوك أيضا إحتار أمامه القضاة آنذاك وأنه لا يمكن تكييفه بالسرقة لإنعدام عنصر إحتلاس الشيء المملوك للغير، كما يحول أيضا دون تطبيق عقوبة النصب للإنتفاء عنصر المناورات الإحتيالية وبالتالي يبقى مرتكبه بدون عقاب رغم أن هذا السلوك هو سلوك منحرف. تدارك المشرع الفرنسي هذه الحالة وجرّمها، كما جرّمها المشرع الجزائري بنص المادة 366 عقوبات.

(2) -هذا الفعل المجرم في القانون الجزائري بمقتضى نص المادة 01 من قانون 18/04 مؤرخ في 19 ذي القعدة 1425 الموافق 25 ديسمبر 2004 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بها. القانون رقم 04 / 18 المؤرخ في 13 ذي القعدة 1425ه الموافق لـ 25 ديسمبر 2004م يتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بهما، الجريدة الرسمية العدد 83 الصادرة بتاريخ 14 ذو القعدة 1425ه الموافق لـ 26 ديسمبر 2004م..

(3) -اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية لسنة 1988 المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-41 المؤرخ في 26 شعبان 1415 الموافق لـ 28 يناير 1995، الجريدة الرسمية عدد 7 الصادرة بتاريخ 15 رمضان 1415ه الموافق لـ 15 فبراير 1995.

(4) - بروتوكول الجمهورية الجزائرية 1972 المعدل للاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة 1961 المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-61 المؤرخ في 22 ذي القعدة 1422ه الموافق لـ 5 فبراير 2002، الجريدة الرسمية، عدد 10، الصادرة بتاريخ 29 ذي القعدة 1422ه الموافق لـ 12 فبراير 2002

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

ولكن رغم أن هذا المنهج يجذبه البعض من رجال القانون<sup>(1)</sup>، لأنه يمثل طريقة ناجعة بسبب وضوحها، وذلك درءا لمفاجأة الأفراد بما في حوزتهم من مواد يعتقدون بشرعية حيازتها بأنها تعتبر من المواد المخدرة. إلا أن هذا المنهج ليكون مفيدا وصحيحا ويحقق أهدافه، يجب تعديل الجدولين كلما كان هناك موجب لذلك، بالحذف أو بالإضافة لجعلهما مواكبان للتقدم السريع حول اكتشاف مواد مخدرة جديدة خطيرة، ومواد أخرى يتبين عدم فاعليتها وعدم تأثيرها على الصحة العامة، ولا موجب لإبقائها ضمن المواد المخدرة المعاقب عنها قانونا.

**لذلك فإن قانون المخدرات الحالي** الذي يدعي الكمال، قد يكون قاصرا عن الإلمام بكل المواد المخدرة مثل مادة الصمغ أو الغراء "La colle forte"، والتي يستعملها البعض ليخدروا أنفسهم ليصلوا إلى نفس النتيجة، دون أن يستعملوا مادة حددها القانون في الجدول الأول والجدول الثاني من الاتفاقية المذكورة آنفا، وبالتالي يتفلتوا من العقاب.

هذا القانون أيضا على إسهامه لم يجب عن أسئلة اختلف فيها الفقهاء، مثلا: هل أن المشرع قد اشترط لقيام الحجة على جريمة تعاطي أو مسك أو حيازة مخدر ضبط أو حجز المادة المخدرة؟

لحل هذا الإشكال اعتبر شق من الفقهاء<sup>(2)</sup>، أن ضبط المادة بحوزة المتهم ليس شرطا لتوفر الركن المادي للجريمة، بل على المحكمة التأكد من ارتكاب الجاني للأفعال المادية المكونة للجريمة، وأن المادة التي مسكها أو استهلكها أو تاجر فيها هي مادة مخدرة بمقتضى القانون، ويمكن إثبات المادة المخدرة في حوزته بكل وسائل الإثبات.

إلا أن جانب ثان من الفقهاء<sup>(3)</sup> اعتبر أن قيام هذه الجريمة يتوقف على ضرورة حجز المادة المخدرة، وعرضها على الخبرة للتأكد منها.

هذا الاختلاف الفقهي إذن سيجعل القضاء يتبنى أحد الرأيين، وفي الحالتين يكون قد اجتهد وفسر القانون تفسيراً واسعاً.

نستشف من كل هذا أن القانون الجنائي مهما ادعى الكمال، يبقى قاصرا عن الإلمام بكل السلوكات الإجرامية، وذلك لكون المشرع لا يمكنه التنبؤ بها.

<sup>(1)</sup> - الطاهر منتصر: الملتقى الوطني حول المخدرات 12 فيفري 1995، المعهد الأعلى للقضاء، مجلة القضاء والتشريع التونسية، جانفي 1996، ص 7 وما بعدها.

<sup>(2)</sup> - الطاهر منتصر: المرجع السابق، ص 18 وما بعدها.

<sup>(3)</sup> - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

ثانيا: عدم إمكانية التنبؤ بكل السلوكات الإجرامية

إن المشرع عند صياغته للنصوص المحددة للجرائم والعقوبات، لا يمكنه أن يحيط سلفا بكل ما قد تتمخض عنه ظروف الحياة الاجتماعية المتجددة والمتغيرة من أمور تستحق العقاب<sup>(1)</sup>، وبذلك تنهياً للمجرمين فرصة لارتكاب أفعال على جانب كبير من الخطورة، سواء بالنسبة للأمن في المجتمع أو بالنسبة لصالح الأفراد، كل ذلك دون أن يناههم أي عقاب، لا لشيء إلا لأن المشرع لم يتدخل بنصوص صريحة لتجريم تلك الأفعال مسبقاً<sup>(2)</sup>، ولا يستطيع القاضي التصدي لتلك الأفعال وردعها، اعتباراً وأنه ليس له إمكانية خلق جرائم جديدة وعقوبات أخرى غير التي أملاها عليه المشرع عملاً بمبدأ الشرعية<sup>(3)</sup>، الذي يحجر عليه التوسع في تفسير القانون الجنائي.

وقد صرح أحد كبار القضاة الانجليز "Lord Simond" «أن أحدا لا يمكنه أن يعلم مسبقاً كل الوسائل التي سوف يبتكرها الشر المعروس في الإنسان للإخلال بنظام المجتمع»<sup>(4)</sup>.

وفي خصوص القانون الجزائري، يثور التساؤل حول ما إذا كان جائزاً الرجوع إلى النص بالفرنسية في حالة غموض النص بالعربية، وأيضاً في حالة اختلاف النصين أو في حالة عدم ورود التجريم في النص بالعربية.

أصدرت المحكمة العليا عدة قرارات في هذا المجال ولكنها لم تستقر على رأي، فكان الرأي الراجح في البداية هو البحث عن نية المشرع التي يكون بلوغها بالرجوع إلى النص الأصلي، وطالما أن النص الأصلي لقانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية صيغ بالفرنسية فإن الاحتكام يكون للنص بالفرنسية<sup>(5)</sup>.

غير أن القرارات الأخيرة التي أصدرتها المحكمة العليا في قضايا تتعلق بجنحة عدم تسديد النفقة المنصوص والمعاقب عليها في المادة 331 عقوبات جزائري يحمل على الاعتقاد بأنها ترجح النص بالعربية،

(1)- أنظر في هذا المعنى: علوي جعفر: المعين في شرح القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 84.

(2)- علوي جعفر: المرجع السابق، ص 84.

(3)- انظر في نفس المعنى: ادريس القريني، السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، مرجع سابق، ص 265.

(4)- Lord Simond Quated in H .I .A ,law . Librty and morality, London, 1969, p9.

وفي نفس السياق كتب:

" Stieber " « Il n'est pas possible au législateur d'embrasser par ses règles tous les cas qui pourraient survenir, c'est pourquoi il est permis au juge de compléter la loi par une bonne interprétation et par sa sentence ».

ذكر هذا وأشار إليه: محمد سليم العوا: في أصول النظام الجنائي الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 4.

(5)- الغرفة الجنائية قرار 1983/2/22 المحلة القضائية 1989، ص 335.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

من منطلق أن العربية هي اللغة الرسمية، حيث اعتمدت غرفة الجنح والمخالفات في أكثر من مناسبة<sup>(1)</sup> النص بالعربية الذي يعاقب على عدم تسديد النفقة، واستبعدت النص بالفرنسية الذي يعاقب على عدم تسديد النفقة الغذائية Pension Alimentaire، وقضت تبعا لذلك بأن حكم المادة 331 عقوبات<sup>(2)</sup> ينطبق على النفقة كما عرفت المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري<sup>(3)</sup>، التي تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته، وكان قضاء المحكمة العليا قد جرى قبل ذلك، على حصر مجال تطبيق المادة 331 عقوبات في عدم تسديد النفقة الغذائية فحسب<sup>(4)</sup>.

زيادة على عدم التعرض لكل السلوكات الإجرامية فإن المشرع حاد عن مبدأ الشرعية، وذلك باعتماده صياغة مفتوحة في التجريم مما جعل القاضي يفسر القانون الجنائي تفسيراً واسعاً.

### الفرع الثاني: الصياغة المفتوحة في التجريم.

لم يعد المشرع الجزائري كنظرائه في النظم القانونية في البلدان الأخرى، يلتزم بما فرضه عليه مبدأ الشرعية، فلم يتوخى الدقة والوضوح والشمول في تعريفه للجرائم، وفي تحديد ركنها المادي، كما لم يعرف بعض المصطلحات القانونية المتعلقة بها، الأمر الذي جعل فقه القضاء يقوم بدور فعال لتجاوز هذه العقبات، وذلك باعتماد التفسير الواسع للنصوص الجنائية التي تشملها هذا النقص، لحسن تطبيقها على الحالات المعروضة أمامه.

### أولاً: عدم تعريف الجرائم.

من المعلوم أن إقرار مبدأ الشرعية كان لغاية منع القضاة من التعسف، بحيث كان القاضي يقتصر على تطبيق النصوص القانونية التي أملاها عليه المشرع، والتي كانت تتميز بالدقة والوضوح، ولا يمكن للقاضي والحالة تلك التوسيع في نطاق هذه النصوص والخروج عن إرادة المشرع، لذلك أقر مبدأ الشرعية ما يسمى بـ "الصياغة المغلقة للنصوص الجزائية".

إلا أنه بالتمعن في النصوص القانونية التي تضمنها قانون العقوبات الجزائري، نلاحظ أن المشرع لم

(1) -غرفة الجنح والمخالفات، قرار 2006/4/26، ملف 380958.

-غرفة الجنح والمخالفات، قرار 2008/2/27، ملف 397975.

أنظر: احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، ص 139.

(2) -المرجع نفسه، ص 137.

(3) -انظر قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 19.

(4) -احسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائري العام، مرجع سابق، ص 73.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

يتوخ الدقة والوضوح، بل إعتد التوسع في بسط الجرائم.

فالمشرع لم يعرف في صلب القانون "المحاولة"، حيث تنص المادة 30 من قانون العقوبات: «كل المحاولات لا ارتكاب جناية تبتدئ بالشروع في التنفيذ أو بأفعال لا لبس فيها...»<sup>(1)</sup>.

كما أغفل المشرع إعطاء تعريف للجرائم الأخلاقية ومن هذا القبيل جرائم الخشاء المادة 274 عقوبات جزائري،<sup>(2)</sup> الإخلال بالحياء المادة 334 عقوبات<sup>(3)</sup> هتك العرض المادة 336 عقوبات<sup>(4)</sup> الزنا المادة 339 عقوبات.<sup>(5)</sup>

كذلك الشأن لا نجد تعريف لجرائم الضرب والجرح والعنف، الشيء الذي يصعب معه حصرها وتمييز بعضها عن البعض الآخر إذا كانت متشابهة.

كما وردت بعض التعاريف واسعة وغير محددة، مثال ذلك جريمة السرقة المنصوص عليها في المادة 350 عقوبات جزائري<sup>(6)</sup>، والتي لم تبيّن معنى الاختلاس وهل يجب أن يكون بنية التملك أولاً؟

وعلى ذلك فالإختلاس بقصد رهن الشيء وإعادته بعد فترة معينة، يكون فيها الجاني قد تحصل على قيمة الرهن، لا ينفي واقعة السرقة بالنسبة له، وعليه فإن إدراج تلك الواقعة تحت نصوص السرقة هو من قبيل التفسير الواسع.

ومن ذلك أيضاً نص المادة 254 عقوبات جزائري التي تنص: "القتل هو إزهاق روح إنسان عمدا" فإن المدلول اللغوي لعبارة "قتل" "يقتل" يفيد إتيان سلوك إيجابي صورته أعمال سلاح قاتل في جسم المجني عليه، فما حكم السلوك السلبي الذي نتج منه موت إنسان كطفل مثلاً، بالإمتناع عن إمداده بالطعام من جانب أمه؟ وما حكم تطبيق الآلام والضغط النفسية على شخص مريض بالقلب وملاحظته بضغوط وتصرفات استفزازية، نجمت عنها دون المساس بجسمه أزمة قلبية أفضت إلى موته...؟!.

هل تتوافر في الحالتين جريمة القتل بإفتراس أن قصد إزهاق الروح كان متوافراً؟

(1)-انظر: نص المادة في احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 17.

(2)-احسن بوسقيعة: المرجع السابق، ص 106.

(3)-المرجع نفسه، ص 141.

(4)-المرجع نفسه، ص 142.

(5)-المرجع نفسه، ص 143.

(6)-أنظر: نص المادة في المرجع نفسه، ص 150.



## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

لاشك أن التفسير الواسع يعطي عن هذا السؤال جوابا إيجابيا، ويعتبر القتل متحققا في الحالتين وإن كان مخالفا للمدلول الظاهري للفظ القتل.

كما لم يعرف المشرع الجرائم السياسية رغم أهميتها، وقد حاول فقه القضاء سد هذا الفراغ ومحاوله إعطاء تعريف لهذه الجرائم، فإذا أخذنا كمثال المواد من 61 إلى 64 عقوبات جزائري<sup>(1)</sup> لا نجد تعريفا للخيانة، بل نجد فقط تعدادا للحالات التي يكون الشخص فيها مقترفا لهذه الجريمة، كما أننا لا نعلم إن كان هذا التعداد **على سبيل الذكر أم الحصر، وهذا ما جعل فقه القضاء يتدخل غالبا لتعريف هذه الجرائم،** ويصل به الحد إلى سد الثغرات وبالتالي الإضافة والتزيد على النصوص القانونية الجزائية.

كذلك هو الشأن بالنسبة للجرائم الاقتصادية التي لم يواكبها المشرع نظرا لأن الاقتصاد يتطور باستمرار لأن المجتمع يسعى دوما إلى تطوير هذا المجال بابتكار طرق إنتاج جديدة ووسائل ناجعة لتحقيق ربح أوفر، إلا أنه مع التطور في الطرق والوسائل هناك-بالمقابل- تطورا في الجرائم المتعلقة بهذا المجال.

لذلك نظم القانون الجزائي الجرائم الاقتصادية وأقر لها قواعد قانونية خاصة عن القواعد الجزائية التقليدية، ولهذا أصبح هناك قانون جنائي خاص وهو القانون الجنائي الاقتصادي " Le droit pénale économique"، ويتطلب هذا القانون التدخل المستمر من المشرع لمواكبة قواعده القانونية لسد الثغرات الاقتصادية التي تتميز بالإطراد.

وقد حاول المشرع الجزائري بعد إصداره القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته<sup>(2)</sup>، الاهتمام بصياغة هذه القواعد، ومع هذا نجدها لا تزال تشكو من العديد من الثغرات ويسودها الغموض وعدم الدقة.

### ثانيا: عدم تحديد الركن المادي للجريمة.

في عديد الحالات لم يقم المشرع بوصف الأفعال التي تكون الركن المادي لبعض الجرائم، وهذا يعتبر قصورا فادحا يستوجب التدخل السريع من القضاء لسد هذا الفراغ التشريعي، وذلك بالتفسير الواسع للقانون الجنائي.

فقانون العقوبات الجزائري وكذا القانون الفرنسي يزخران بهذا النوع من التقصير من قبل السلطة

(1) - أحسن بوسقيعة: المرجع نفسه، ص 39-40

(2) - القانون رقم 06 / 01 المؤرخ في 20 فبراير 2006م يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية العدد 14 الصادرة بتاريخ 08 صفر 1427ه الموافق لـ 08 مارس 2006م.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

التشريعية، وسنعرض كمثال لذلك جريمة المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري<sup>(1)</sup>، والتي تتعلق "بالزنا" فرغم خطورة هذه الجريمة ومدى مساسها من شرف المرأة والرجل ومن استقرار الأسرة خاصة والمجتمع بوجه عام، فإن المشرع الجزائري لم يحدد ركنها المادي.

فالمادة 339 من قانون العقوبات الجزائري تعاقب على الاتصال الجنسي بين رجل وامرأة يكون أحد منهما متزوجا لأن ذلك يعتبر زنا، لكن لم تحدد هذه المادة الأفعال المادية للاتصال الجنسي، بمعنى في أي مرحلة من هذا الاتصال يمكن أن نعتبر بأن الزنا قد حصل...

**فإذا أخذنا بعين الاعتبار** شرف الرجل وكرامته، واعتبرنا أن هذا التجريم جاء لحماية هذه الاعتبارات، فإن مجرد التقبيل أو الملامسة والمداعبة برضا الطرفين يعتبر زنا، بل إن مجرد تبادل الكلام العذب والزيارات والخلوات يعتبر خيانة للطرف المقابل<sup>(2)</sup>.

أما إذا اعتبرنا أن الغاية من التجريم هو الوقاية من اختلاط الأنساب، فإن الاتصال الجنسي يجب أن يبلغ مرحلته الأخيرة أي الإماء في المكان الطبيعي للمرأة لكي تكتمل جريمة الزنا، وبالتالي فإن مجرد الدلك فحسب لا يمكن أن يكون هذه الجريمة.

كما أن المشرع الجزائري لم يحدد الركن المادي لكل من جريمة الفعل المخل بالحياء التي نصت عليها المادة 333 عقوبات جزائري، وجريمة هتك العرض التي نصت عليها المادة 335 عقوبات، وجريمة الاغتصاب التي نصت بها المادة 336 عقوبات<sup>(3)</sup>.

تبدو هذه المواد غامضة وركيكة في صياغتها بالعربية<sup>(4)</sup>، بحيث لم تفرق بين جرائم الآداب واعتبرتها

(1) - احسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 143.

(2) - سليمان بارش: محاضرات في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، دار البعث للطباعة والنشر، ط1، 1405هـ-1985م، ص 180 وما بعدها.

(3) - أنظر: نصوص كل هذه المواد كاملة في: احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 141-142.

(4) - الفعل المخل بالحياء *Outrage Public A La Pudeur* نصت عليه المادة 333 عقوبات جزائري.

هتك العرض *Attentat A La Pudeur* نصت عليها المادة 335 عقوبات. نلاحظ أن نص هذه المادة جاء غامضا وإذا رجعنا إلى النص بالفرنسية نجد أن المشرع استعمل عبارة *Attentat A La Pudeur* ولم يستعمل عبارة *Outrage Public A La Pudeur* ومن ثم يكون قصد المشرع هو "هتك العرض" في نص المادة 335 وهذا مضمون النص بالعربية وهذا بدوره غامض لذلك يتعين الرجوع إلى النص باللغة الفرنسية لوضوحه حيث يستعمل المشرع عبارة *Viol* بدلا من عبارة *Attentat A La Pudeur*.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

كلها هتك عرض أو فعلا مخلا بالحياء، في حين أن كل التشريعات تفرق بين هذه الجرائم من حيث أركانها وآثارها، وهذا بالنظر إلى المصلحة القانونية المحمية، ولذلك تعتبر جريمة الاغتصاب جريمة قائمة بذاتها لها أركانها الخاصة بالنظر إلى جريمة هتك العرض، لأن الاغتصاب لا يقع إلا على امرأة، في حين يقع هتك العرض على كلا الجنسين، بحيث يصل فعل الجاني إلى درجة جرح أخلاق المجني عليه<sup>(1)</sup>، في حين يتمثل الفعل الفاضح العلني في خدش أخلاق وأحاسيس الجماعة.

وبالنظر إلى هذه الاعتبارات، ينبغي على المشرع إعادة صياغة هذه المواد، وذلك تطبيقاً لمبدأ الشرعية الذي يقتضي توافر الوضوح في نصوص التجريم.

**كل هذه الصعوبات جعلت القضاء** يقوم بدور ريادي لحل هذه الإشكاليات، وذلك بتفسير هذه النصوص تفسيراً واسعاً لتحديد الأركان المادية لهذه الجرائم.<sup>(2)</sup>

**ثالثاً: عدم تعريف المصطلحات القانونية المتعلقة بالجرائم.**

لقد اعتمد المشرع الجزائري اللامبالاة بعدم تعريفه بعض المصطلحات رغم أهميتها.

ومن ذلك تعرض المشرع الجزائري لجرائم العنف، الضرب والجرح في المواد 263-264-266-267 من قانون العقوبات.

إن كل هذه المواد لم تقدم تعريفاً للعنف، ولم تفرق بين العنف الخفيف والعنف الشديد، ولم تعط تعريفاً للعنف الخفيف الذي يعتبر مخالفة.

ما نصت عليه المادة 264 عقوبات التي مؤداها: «كل من أحدث عمداً جروحاً للغير أو ضربه أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي يعاقب بالحبس من سنة إلى 5 سنوات وبغرامة من 100.000 إلى 500.000 دج إذا نتج عن هذه الأنواع من العنف مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشر يوماً»<sup>(3)</sup>.

وإذا اعتمدنا طريقة التفسير المخالف، يكون العنف الشديد هو العنف الذي يتجر عنه تأثير معتبر أو

(1) - سليمان بارش: محاضرات في شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص 204.

(2) - الغرفة الجنائية: قرار 2008/10/22، ملف 488761، المجلة القضائية، العدد 1، 2008، ص 203.

- الغرفة الجنائية: قرار 1984/11/20، ملف 40236، المجلة القضائية، العدد 2، 1990، ص 247.

(3) - احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 102.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

دائم لصحة الغير، وهذا التعريف في حد ذاته غير كاف ويكتنفه بعض الغموض، فلا يمكن تطبيقه مباشرة دون الرجوع إلى الاجتهاد من قبل القاضي.<sup>(1)</sup>

كما أن هذه النصوص لم تبين بالنسبة للعنف الشديد متى يقع تقدير نسبة العجز، هل يكون ذلك قبل البرء والشفاء التام أم بعده؟؟<sup>(2)</sup>

كل هذه الأسئلة يجيب عنها القاضي، الذي مكّنه هذا التساهل في صياغة النصوص القانونية من سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال.

**كما أن المادة 284 من قانون العقوبات الجزائري تعرضت لمصطلح "التهديد"<sup>(3)</sup>، وقد أورده المشرع على عموميته دون التدقيق في تعريفه، ودون التفريق بين التهديد الجدي والتهديد الذي ينتج عن حالة غضب وهيجان، والذي لا يقصد صاحبه إلا التخفيف على نفسه وإراحة باله من جهة... والتهديد المرفق بأمر تقديم مبلغ مالي أو بتنفيذ شرط من جهة أخرى!<sup>(4)</sup>**

نستشف مما سبق بيانه أن قصور النص الجنائي على مستوى التجريم، هو الذي أدى إلى توسيع سلطات القاضي عند تفسيره للنصوص الجنائية، كما أن هذا القصور قد شمل أيضا العقوبات المستوجبة للسلوكات الإجرامية.

### الفرع الثالث: الصياغة المفتوحة بالنسبة للعقاب.

إن المتأمل في جلّ التشريعات الجزائية، يلاحظ أن المشرعين لم يحددوا بصفة واضحة العقوبات المستوجبة للعقاب، بل تركوا المجال للقضاة للاجتهاد فيه، وذلك إتباعا للسياسة العقابية الجديدة التي تعتمد تفريد العقوبة وتوقيعها طبقا لشخصية المجرم.

وتبين هذه الصياغة المفتوحة بالنسبة للعقاب من استعمال الظروف المخففة والمشددة، ومن خلال عدم التحديد المدقق للعقاب.

### أولا: استعمال الظروف المشددة والمخففة.

إن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات كان يفرض على المشرع تحديد العقوبة المقررة لكل جريمة، من

(1)- الغرفة الجنائية: قرار 1982/11/15م، ملف 27373، المجلة القضائية، العدد 1989، 2، ص 234.

(2)- الغرفة الجنائية: قرار 1981/12/10م، نشرة القضاة، العدد 1، 1981، ص 87.

(3)- احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 109.

(4)- غرفة الجنح والمخالفات: قرار 2005/6/1، ملف 295060، المجلة القضائية، العدد 1، 2005، ص 411

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

حيث نوعها ومقدارها دون الأخذ بعين الاعتبار شخصية الجاني أو الظروف التي تحيط به فتدفعه إلى ارتكاب الجريمة، والمعيار الذي يتخذه المشرع لتجريم فعل معين أو عدم تجريمه، هو مدى ما ينطوي عليه ذلك الفعل من خطورة.

إلا أن القانون الجنائي الحديث أصبح يعبر لشخصية المجرم أهمية بالغة، باعتبار أن العقوبات لا تحقق أغراضها، والمتمثلة في إصلاح المجرم وإعادة تأهيله ليندمج من جديد في معترك الحياة الاجتماعية<sup>(1)</sup>، إلا إذا أخذ في الاعتبار ليس فقط درجة جسامة هذه الظروف، وإنما أيضا خطورة الفاعل ومدى مسؤوليته.

وقد جرى قانون العقوبات الجزائري على غرار التشريعات العقابية على ربط المسؤولية الجنائية بسن الجاني **وقت ارتكاب الجريمة**، ومن هذا المنطلق نص في المادة 50 عقوبات على: «إذا قضي بأن القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 لحكم جزائي فإن العقوبة التي تصدر عليه تكون كالاتي:

إذا كانت العقوبة التي تفرض عليه هي الإعدام أو السجن المؤبد، فإنه يحكم عليه بعقوبة الحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة.

وإذا كانت العقوبة هي السجن أو الحبس المؤقت، فإنه يحكم عليه بالحبس لمدة تساوي نصف المدة التي كان يتعين الحكم عليه بها إذا كان بالغاً»<sup>(2)</sup>.

نستخلص من هذه المادة أن ظرف التخفيف هو صغر سن الجاني<sup>(3)</sup>، دون أن تتعرض هذه المادة إلى تعريف ظروف التخفيف وكيفية استعمالها، كما لم يقع تعداد هذه الظروف.

لكن بتصفح النصوص الأخرى من قانون العقوبات الجزائري، والتمعن في دراستها تبين أن المشرع فرق بين الظروف المعفية من العقوبة والظروف المخففة منها.

فالظروف المعفية من العقوبة كثيرة ومتنوعة<sup>(4)</sup>، لكن المشرع لم يتعرض إليها في مادة واحدة وبالتالي

(1)-أنظر في هذا المعنى: علوي جعفر، المعين في شرح القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 85.

(2)-احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 29.

(3)-الغرفة الجنائية: قرار 1989/2/14، ملف 53228، المحلة القضائية، عدد 3، 1991، ص 203

(4)-حالات الظروف المعفية من العقوبة، نصت عليها المواد، 92-92/2 179-180-182-199-217 من قانون العقوبات الجزائري بالإضافة إلى المادة 2/8 من القانون 04-18 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية.

القانون رقم 04 / 18 المؤرخ في 13 ذي القعدة 1425ه الموافق لـ 25 ديسمبر 2004م يتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بهما، الجريدة الرسمية العدد 83 الصادرة بتاريخ 14 ذو القعدة 1425ه الموافق لـ 26 ديسمبر 2004م.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

ينقصها الوضوح.

وفيما يخص الظروف المخففة من العقوبة لم يقع تحديدها من قبل المشرع في مادة واحدة، بل جاءت في مجموعة من المواد، ولا نعلم إن كان ذلك على سبيل الذكر أو الحصر، ويكون المشرع والحالة تلك قد ترك للقاضي سلطة تقديرية في اختيار العقوبة الواجب تطبيقها في كل حالة على حدة.

وبالرغم من انضمام المشرع لهذه السياسة العقابية، وهي إقرار مبدأ إمكانية استعمال الظروف المخففة والظروف المشددة، إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن السلطات الممنوحة للقاضي لا يمكن أن تتجاوز الحدود المسطرة أمامه، فلا يمكن له بأي حال من الأحوال أن يقضي بعقوبة لا توجد ضمن العقوبات المقررة في القانون الجنائي.

### 1- عدم تعريف المشرع لظروف التخفيف:

بالتمعن في نصوص قانون العقوبات الجزائري نستشف أن المشرع لم يكلف نفسه عناء تعريف الظروف المخففة، بالرغم من أنه أناط للقاضي مهمة تفريد العقوبة حسب شخصية الجاني وملف سوابقه القضائية.

### 2- عدم تعريف المشرع للظروف المشددة:

إن المشرع الجزائري على غرار المشرعين الآخرين في نظم قانونية أخرى، لم يول الاهتمام الكافي لظروف التشديد<sup>(1)</sup>.

ففي القسم الخاص لما "يزيد الجرائم شدة" من قانون العقوبات تحدث المشرع عن حالة واحدة من الظروف المشددة ألا وهي حالة العود<sup>(2)</sup>، لكن بدراسة نصوص قانون العقوبات نلاحظ وجود العديد من الحالات الأخرى تقتضي التشديد في العقوبة، إلا أن المشرع لم يحدد إذا كانت هذه الظروف على سبيل الحصر، أم أنه يمكن للقاضي اعتماد ظروف تشديد أخرى وذلك حسب ظروف القضية.

ويمكن أن تقسم ظروف التشديد إلى قسمين اثنين:

القسم الأول: يتعلق بالجريمة، كجريمة المادة 353 عقوبات<sup>(3)</sup>، المتعلقة بظرف الكسر في جريمة السرقة،

<sup>(1)</sup>- هذا القسم يتكون من المواد 54 مكرر-54 مكرر1-54 مكرر2-54 مكرر3-54 مكرر4-54 مكرر5.

<sup>(2)</sup>- أنظر المادة 54 مكرر في أحسن بوسقية: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص33.

<sup>(3)</sup>- أنظر المادة 353، المرجع نفسه، ص. 152.

## الباب الثاني: ..... (الفصل الثاني): تفسير نصوص (التجريم والعقاب)

وجريمة المادة 261<sup>(1)</sup> عقوبات المتعلقة بظرف التسميم في جريمة القتل.

أما القسم الثاني: فهو يتعلق بظروف التشديد المتعلقة بالجرم، ويمكن أن نذكر كمثال صفة الموظف العمومي التي نصت عليها المادة 143 عقوبات جزائري<sup>(2)</sup>، وصفة القاضي والموظف السامي وموظف أمانة الضبط العمومي، وعضو الشرطة القضائية في جرائم الفساد التي نصت عليها المادة 48 من قانون مكافحة الفساد<sup>(3)</sup>.

ولكن تجدر الإشارة أنه رغم تنصيب المشرع على هذه الظروف المشددة، فإنه يمكن للقاضي عدم الأخذ بها وتجاهل وجودها عند القيام بعملية التكييف القانوني للأفعال باعتماد طريقة التجنيح.

### ثانيا: تقنية التجنيح أو التفسير الانتقائي.

تمثل تقنية التجنيح أو -التفسير الانتقائي- النموذج الأكثر تعبيرا عن التفسير الواسع، والتجنيح هو ما دأب عليه قاضي التحقيق والنيابة العامة وغرفة الاتهام في بعض الحالات من تغيير تكييف الجريمة من جنائية إلى جنحة، وبالتالي إسناد الاختصاص إلى محكمة الجناح<sup>(4)</sup>، ويرى الفقه في هذه التقنية إبراز لتطور دور القاضي الجزائي واتساع سلطاته، ذلك بأنه بهذه الطريقة يخرق العديد من المبادئ ويسمح لنفسه بانتقاء القانون ومحاولة تعديله<sup>(5)</sup>.

وتأسس نظرية التجنيح على عدم ضرورة الاعتداد ببعض العناصر الواقعية في عملية التكييف، كعدم أهمية الفعل الإجرامي وتفاهة الشيء المسروق في السرقات الموصوفة<sup>(6)</sup>.

(1) -أنظر: المرجع نفسه، ص 101.

(2) -المرجع نفسه، ص 63.

(3) -انظر: ملحق قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، المرجع نفسه، قانون 06-01 المؤرخ في 20/2/2006م، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم بالأمر رقم 5/10 المؤرخ في 26/8/2010م، ص 220.

(4) -سليمان بارش: محاضرات في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 166.

(5) -وليس لتقنية التجنيح في القانون الجزائري على غرار القانون الفرنسي أساس تشريعي، حيث لا يستوجب إلا منشور صادر من وزارة العدل يشجع على ممارسة التجنيح لتخفيف العبء على غرفة الاتهام من تكاثر القضايا. إذ العبرة في وصف الجريمة بجنائية أو جنحة هي بنوع العقوبة المقررة لها قانونا.

-غرفة الجنايات، قرار 1989/2/6م، ملف 18317، المجلة القضائية، العدد 2، 1989م، ص 223

-الغرفة الجنائية، قرار 1997/5/27م، ملف 171048، المجلة القضائية، العدد 2، 1997م، ص 183

(6) -كثيرا ما تلجأ النيابة العامة إلى سياسة التجنيح بإعادة تكييف بعض الجنايات إلى جنح لهذه الاعتبارات وغيرها ولعل أهمها تخفيف العبء على محكمة الجنايات وإذا كانت هذه الممارسات القضائية تتم على هامش الشرعية فإنه يشفع لها هذا العيب ما تعود به من فوائد عملية.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

كما تتأسس هذه النظرية على أن العقوبة ليست وسيلة للانتقام بقدر ما هي وسيلة إصلاح للفرد الجرم، فلا بد من تقديم الغاية الإصلاحية على الغاية الانتقامية.<sup>(1)</sup>

ويقع تجنيح الجرائم باستعمال طرق متعددة، فقد يقع غض الطرف عن ظرف التشديد الذي يجعل الجريمة جناية كالكس والليل.. وذلك اعتبارا لنقاوة سوابق المتهم أو تفاهة الشيء المسروق، كما يمكن في حالة التوارد بين الجنحة والجناية الاستقرار على التكييف الأخف، وإحالة المتهم إلى محكمة الجنح من ذلك توارد التدليس مع التحايل..<sup>(2)</sup>

وقد تعرضت هذه الطرق إلى انتقادات عديدة، فقد رأى البعض أنها تخرق مبدأ الشرعية وتحل بمبدأ الفصل بين السلطات، باعتبار أن في إعمالها تقويما لعدالة النص وإقصاء لإرادة المشرع، التي اتجهت إلى تصنيف الجرائم بصفة مسبقة وتحديد قواعد الاختصاص التي تم النظام العام.

**وردا على هذا الانتقاد وخصوصا في ما يتعلق باعتبار أن "التجنيح"،** يمثل خرقا لقواعد الاختصاص التي تعتمد على التقسيم الثلاثي للجرائم، فإنه لا شيء يمنع المحكمة من التخلي عن الدعوى لعدم اختصاصها بالنظر، بعد أن تقدم التكييف القانوني الصحيح للجريمة.

### ثالثا: عدم التحديد المدقق للعقاب.

إن المشرع حدد العقوبات الخاصة بكل جريمة، وبالتالي لم يترك للقاضي إقرار هذه العقوبات حسب إرادته واجتهاده، وذلك درءا للتعسف من طرف السلطة القضائية، لكن رغم ذلك لم يحدد المشرع بصفة مدققة العقوبات المستوجبة عن كل جريمة، تاركا للقاضي اعتبار الظروف التي تحيط بكل جريمة على حدة. لذلك نص المشرع على حد أدنى وحد أقصى.

كما اختار المشرع أيضا التنصيص على عقوبتين تخيريتين لبعض الجرائم في قانون العقوبات، والتي تنص على تخيير القاضي بين عقوبتين.

ويمكن كذلك المشرع القاضي التزول بالعقوبة إلى مادون حدها الأدنى المقرر لجريمة معينة، وبالتالي يكون التنصيص على العقوبة في النص دون جدوى، وهذا ما يستشف من المادة 53 عقوبات جزائري<sup>(2)</sup>، من قانون العقوبات.

(1)-عبد الوهاب حومد: دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، مرجع سابق، ص89.

(2)-أنظر: أحسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ظل الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص30.



## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

كما مكن كذلك القاضي بتجاوز الحد الأقصى للعقوبة المقررة، وهذا ما جاء به نص المادة 54 مكرر<sup>(1)</sup>... في صورة العود...

كما منح المشرع للقاضي سلطة اختيار بين جملة من التدابير الوقائية، في حالة كون الجاني "حدث"، إما تسليم الحدث إلى والديه أو وضعه بمؤسسة خاصة، وهذا ما نصت عليه المادة 49 من قانون العقوبات<sup>(2)</sup>، إضافة إلى هذه السلطة التقديرية للقاضي عند توقيع العقوبة، فإنه بإمكانه أيضا إقرار وقف التنفيذ، وهذه المؤسسة كرسها المشرع في قانون الإجراءات الجزائية في المواد من 592 إلى 595 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري<sup>(3)</sup>.

**كل هذه الآليات التي وضعت على ذمة القاضي للتصرف في العقوبة، تعتبر تقصيرا من قبل المشرع في تحديد العقوبة تحديدا دقيقا لا يحتمل التفسير.**

فقصور النصوص الجنائية سواء كان ذلك من حيث التجريم أو من حيث العقاب، كان أساسا بالنسبة للقاضي كي يفسر هذه النصوص تفسيرا واسعا، ويصل به الأمر إلى حد الاجتهاد لإكمال الفراغات التي تركها المشرع في هذه النصوص الجنائية، وبالتالي أصبح دور القاضي لا يقتصر فقط على تطبيق القانون الجنائي، وإنما يفسره تفسيرا واسعا لكي يصبح قابلا للتطبيق المباشر.

والخلاصة أنه إذا كان المشرع قد أعطى القاضي الصلاحية لتحديد العقوبة بين حديها الأقصى والأدنى<sup>(4)</sup>، وتطبيق قاعدة تفريد العقاب، وإمكانية منح الظروف المخففة ووقف التنفيذ<sup>(5)</sup>، فإنه أعطاه أيضا

(1)- المرجع نفسه، ص 33.

(2)- المرجع نفسه، ص 29.

(3)- أنظر: احسن بوسقيعة: قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، بيري للنشر، 2011-2012، ص 207-208.

القانون رقم 06 / 22 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006م يعدل ويتمم الأمر رقم 66 / 155 المؤرخ في 8 يونيو 1966م والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية العدد 84 الصادرة بتاريخ 04 ذو الحجة 1427ه الموافق لـ 24 ديسمبر 2006م.

(4)- متى استعمل القاضي الجنائي سلطته التقديرية، فإنه غير ملزم ببيان الأسباب التي دفعته إلى اختيار نوع العقوبة أو مقدارها طالما أنه لم يتعد الحدود المرسومة بمقتضى نص التجريم.

(5)- نظام وقف التنفيذ أو ما يسمى في الفقه الإسلامي بنظام عقوبة التهديد وهي من العقوبات التعزيرية، كما هي في الواقع ليست عقوبة وإنما إنذار بالعقوبة، والغرض منها هو كف الجاني عن ارتكاب الجريمة وذلك بواسطة تخويله المستمر لمدة معينة بتطبيق عقوبة أشد وهذا النظام شرع لمراعاة ظروف بعض المجرمين المبتدئين وللذين لم يسبق لهم أن ارتكبوا جرائم وليست لهم سوابق عدلية ذات أهمية أو على جانب مهم من الخطورة الإجرامية .

أنظر: محمد سليم العوا: في أصول النظام الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 254.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

الصلاحية لاختيار العقوبة الملائمة من بين العقوبات التي شرعها القانون، ويعني هذا أن سلطة العقاب بصفة عامة حق للدولة، أما بالنسبة للقاضي فما هي إلا وظيفة<sup>(1)</sup>، ووظيفته هذه تفرض عليه تطبيق العقوبة بالقدر الذي ينفع المجتمع ويحميه من الإجرام، ويصلح المحرم ليعود إلى الاندماج في المجتمع.

وتجدر الإشارة إلى أنه زيادة على قصور القانون الجنائي فإن التفسير الواسع لهذا القانون أساسه أيضا أن يكون هذا القانون مواكبا للتطور...

### المطلب الثالث: وجوب مواكبة القانون الجنائي للتطور.

إن القانون بوجه عام يجب أن يكون قابلا للتطبيق بصفة دائمة، حتى يتسنى له تنظيم الحياة الاجتماعية للأفراد، وهذا القول ينسحب على القانون الجنائي الذي له أهمية قصوى، من حيث أنه أنيطت له مهمة حماية الأفراد في أنفسهم وممتلكاتهم من الاعتداءات، بالتالي هذا القانون يجب أن يكون مواكبا بصفة دائمة للتطورات التي تطرأ على المجتمع.

**لكن ما نلاحظه اليوم هو أن** القانون الجنائي غير مواكب لهذه التغيرات، وعدم المواكبة هذه لها مظاهر متعددة، وهذا له نتائج وخيمة على الأفراد والمجتمع.

### الفرع الأول: عدم مواكبة القانون الجنائي للتطور.

إن من أهم مميزات العصر الحديث هو التطور الدائم للمجتمعات، سواء على الصعيد الاجتماعي أو الاقتصادي أو السياسي، زيادة على التطور العلمي الذي يشهده العالم اليوم، وهذه التغيرات لها تأثير سلبي على القانون الجنائي، لأنه يصبح غير قابل للتطبيق عليها ذلك، لأن خاصية المجتمع هي التطور السريع وخاصية القانون هي الديمومة.

### أولا: خاصية النص القانوني الديمومة.

إن النص القانوني يتصف بالعمومية لأنه يطبق على جميع الناس، وهو كذلك مجرد وملزم ودائم، ويقصد بالديمومة أنه يطبق على الناس في زمن معين ويبقى كذلك طالما لم يقع تعديل هذا النص أو إلغائه<sup>(2)</sup>، ولا يقصد بها كون القاعدة القانونية أزليّة، بل كونها تطبق طالما لم يأت ما يخالفها أو يعدلها.

<sup>(1)</sup> -رئيس بنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص31.

<sup>(2)</sup> -Charfi (M), Introduction à l'étude de droit, le centre d'études, de recherches et publication de l'université de droit, d'économie, de gestion tunisienne, 2eme édition 1990, p.28

-قريب من هذا المعنى سليمان بارش: شرح قانون العقوبات الجزائري، شرعية التجريم، مطبعة عمار قربي، باتنة، 1992م، ص9.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

وهذه الخاصية التي تميز القاعدة القانونية عن غيرها من قواعد السلوك التي يمكن أن تتغير بسهولة وفي مدة قصيرة.

واعتمادا على ذلك فإن المحاكم الجزائية يجب عليها قبل أن تطبق النص القانوني على الحالات المعروضة أمامها، أن تتأكد من أن النص لم يقع تعديله أو إلغائه. لذلك إذا لم يقع تطبيق نص جزائي لمدة طويلة، لا يعني ذلك أن ذلك النص أصبح مهملا، بل صفة الدائمة تجعله قابلا للتطبيق، ما لم يقع نسخه أو إلغائه صراحة.

بالإضافة إلى هذه الخاصية للقاعدة القانونية، تجدر الإشارة إلى تعقيد وصعوبة إجراءات إلغاء النصوص القديمة، ووضع نصوص جديدة بدلا لها، إذ أن ذلك يتطلب مصادقة البرلمان بمجلسيه ومصادقة رئيس الجمهورية، زيادة على نشر هذه النصوص حتى تصبح معروفة من قبل العموم حتى تدخل حيز التنفيذ، وكل ذلك يتطلب وقتا حتى تكتمل كل هذه الإجراءات، في حين أن المجتمع يشهد تطورا كل يوم، لذلك رأى بعض الفقهاء أنه من الضروري توسيع نطاق سلطات القاضي في المادة الجزائية، لمواكبة هذه التطورات السريعة في انتظار وضع نصوص جديدة.

### ثانيا: خاصية المجتمع (التطور السريع).

إن المجتمع يشهد كل يوم تطورا في جميع المجالات سواء في الحياة الاجتماعية أو الاقتصادية أو السياسية، وقد ساهم التقدم العلمي الذي يشهده العصر الحديث في تعقد طرق التعامل، نظرا لابتكار وسائل جديدة في الاتصال وأصبح العالم اليوم بمثابة القرية الكونية، فتشابكت مصالح الأطراف ونتج عن ذلك توفر وسائل جديدة ومعقدة للإجرام، فالتقدم العلمي ولئن ساهم في تقدم المجتمعات وتطورها، فإنه مكن أيضا المجرمين من وسائل أنجع وأسرع للقيام بجرائمهم.

وكمثال لذلك في القانون المقارن، نلاحظ أن المشرع المصري عند وضعه لقانون العقوبات لم يجرم جريمة إصدار الشيك بدون رصيد<sup>(1)</sup>، نظرا أن التعامل بصيغ الشيكات لم يكن قد بلغ درجة من الشيع والانتشار عند وضع القانون.

وكنتيجة لهذا التطور فقد عمل فقه القضاء على مواكبة النصوص الجنائية على الجرائم الجديدة التي ظهرت، وذلك بتفسيرها تفسيراً واسعاً وإدخالها في نطاقه، حتى يكون بالمرصاد لكل من تخول له نفسه المس من أمن المجتمع واستقراره، وتغيّر دور القاضي الجزائي الذي لم يعد مجرد آلة يطبق القانون المعروض

(1) — نص المشرع الجزائري على جريمة إصدار شيك بدون رصيد في المادة 374 عقوبات.

أنظر: احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 160.

أمامه.

ويجدر الإشارة إلى أن فقه القضاء الفرنسي كان سباقا في تفسير النصوص تفسيراً واسعاً، ويبرز ذلك بكل وضوح قرار "le Pen" ويلخص الفقيه "برادال" "Paradel" وقائع هذه القضية كما يلي:

« Une poursuite avait eu lieu pour apologie de crime de guerre par voie d'édition et ventes de disques phonographiques. La difficulté tenait au moyen utilisé, l'art 24 de la loi renvoyant à l'ART. précédent qui énumérant ces moyens, vise notamment les "imprimé" pour les juges; le disque constitue un imprimé tout comme le document réalisé par la voie typographique la solution ne surprend guère pourant à raisonner strictement on peut douter de son bien fondé... »<sup>(1)</sup>

وقد تدخل المشرع عند تجريمه لهذه الأفعال قبل اكتشاف الاسطوانات "Les Disques"، لكن برّر فقه القضاء التوسيع في القانون لإدخال الاسطوانات ضمنه، كون المشرع لم يكن ليتجاهلها لو أنها اكتشفت قبل صدور القانون.

**نستشف مما سبق ذكره إذن، أن** خاصية المجتمع هو التطور الدائم والمستمر، وأن الدور الذي يجب أن يلعبه القضاء هو مواكبة هذا التطور، اعتماداً على صفة القانون الجنائي وهو الديمومة، ذلك أن التدخل المستمر لإلغاء القوانين وتغييرها يضعف من قيمتها لدى المخاطبين بالقاعدة القانونية، هذا إلى جانب الإجراءات المعقدة والمطولة لتعديل القوانين.

لذا اهتم الفقهاء كثيراً بوجوب مواكبة فقه القضاء لهذه التطورات، بتمكين القضاة من التفسير الواسع للقانون الجنائي، حتى لا تبقى سلوكيات إجرامية خارج دائرة العقاب.<sup>(2)</sup>

**الفرع الثاني: مظاهر عدم مواكبة القانون الجنائي للتطور.**

<sup>(1)</sup>-Cite par parade et Andre Varinard..les grand arrêts du droit criminal.II: Les- sources du droit penal, L'infraction, D, 1995, p210.

<sup>(2)</sup>-«Le développement de cette société connaît une accélération vertigineuse qui n'est d'ailleurs que le reflet des progrès de toutes les techniques de la communication: audio visuel, informatique, électronique, technologies spatiales et bien d'autre encore. Le rythme extrêmement rapide des mutations technologiques constitue une préoccupation majeure, en même temps qu'un défi pour les juges »

Cite par: Le droit criminel face aux technologies nouvelles de la communication acte du vingtième congrès de l'association française de droit pénal organisé du 28 au 30 novembre 1985 à l'université de Grenoble, page86.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

أصبح المجتمع يسير على نسق سريع جدا على جميع الأصعدة، سواء أكان ذلك اجتماعيا أو اقتصاديا أو سياسيا وخصوصا علميا.

فكان للتطور العلمي أثره الكبير على تشعب الحياة وتطور تقنيات الجريمة وتنوع الجرائم، فالتقدم العلمي ولئن ساهم في تسهيل التعامل داخل المجتمع الكوني، فإنه ساهم في ظهور جرائم جديدة مستحدثة، لم يكن المشرع ليتفطن إليها لو لم تظهر هذه الوسائل الجديدة والمبتكرة في التعامل.

ومظاهر عدم مواكبة القانون الجنائي للتطور الحاصل للحياة عديدة ومتنوعة ولا يتسع المجال لذكرها جميعا، لذا سنتطرق إلى ذكر مظهرين هامين هما: عدم مواكبة القانون الجنائي للتطور الذي يشهده عالم المعلوماتية، وإلى عدم مواكبة هذا القانون مع تفاقم مرض السيدا.

وهذا ما جعل القضاء يحاول قدر الإمكان مواكبة النصوص القانونية المتوفرة لديه مع المعطيات الجديدة، وذلك باعتماد طريقة التفسير الواسع لهذه النصوص.

### أولا: عدم مواكبة القانون الجنائي لتطور المعلوماتية.

لقد أصبح للمعلوماتية<sup>(1)</sup> اليوم دورا فعالا، نظرا لما تقدّمه من خدمات على مستوى السرعة في إنجاز المهمّات وجودتها، لذلك اقتحمت كل الميادين الاجتماعية والاقتصادية، وأصبحت وسيلة عمل لا غنى عنها، وهي بالتالي مظهر من مظاهر التقدم.

ونظرا لكثرة استعمال الإمكانيات التي تتيحها المعلوماتية، فقد أظهرت عدة مشاكل على الصعيد القانوني حول إمكانية النيل من الحريات الفردية، وخاصة الحياة الخاصة باستعمال بنوك المعطيات، وبصفة عامة ظهور تصرفات غير قانونية، لها خصائصها ومميزاتها إذ هي لا تشكل مجرد تجاوز للمناهج الإعلامية،

---

(1) - عُرِفَت المعلوماتية بأنها: "علم المعالجة المنطقية والآلية للإعلام بواسطة الآلة الحاسبة" كما أن مجلس الشيوخ الفرنسي اقترح تعريفا لنظام المعالجة الآلية للبيانات بأنه: "كل مركب يتكون من وحدة أو مجموعة وحدات معالجة، والتي تتكون كل منها الذاكرة والبرامج والمعطيات وأجهزة الإدخال والإخراج وأجهزة الربط والتي تربط بينها مجموعة من العلاقات التي عن طريقها يتم تحقيق نتيجة معينة وهي معالجة المعطيات على أن يكون هذا المركب خاضعا لنظام المعالجة الفنية".

أنظر: رؤوف المراكشي: محاضرة حول الإعلامية والقانون الجنائي، محاضرات الجمعية التونسية للقانون الجنائي، تونس، ص 84-85. /جباري عبد المجيد: دراسات قانونية في المادة الجزائية على ضوء أهم التعديلات الجديدة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 108.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

بل أفعال إجرامية حقيقية لها طبيعتها وأبعادها.

لذا اهتم الفقه<sup>(1)</sup> بالانحرافات التي يمارسها المجرمين بواسطة المعلوماتية، واهتم كذلك بالمظاهر القانونية الجزائية لهذه الانحرافات، وقد دفع العديد من المشرعين للنظم الغربية إلى سن بعض القوانين على المستوى الوطني، ودفع عدة منظمات عالمية مثل المجلس الأوروبي والسوق الأوروبية المشتركة ومنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية، إلى دراسة احتمال إيجاد أدوات عالمية لحماية الفرد اتجاه الأخطار التي تخلقها بنوك المعطيات الآلية، مثل: التخريب "Sabotage" والجوسسة "Espionnage" وجرائم الاعتداء على الأموال "Délits contre le Patrimoine"<sup>(2)</sup>.

أما المشرع الجزائري فهو بدوره اهتم بالانحرافات التي يمارسها المجرمين بواسطة المعلوماتية، واهتم كذلك بالعقوبات الجزائية لهذه الانحرافات، على الرغم من تدخله بتجريم هذه الأفعال المتعلقة بهذه الجرائم في المواد 394 مكرر إلى 394 مكرر 7.<sup>(3)</sup>

إلا أنه يلاحظ أن هذه المواد تفتقر من حيث الصياغة إلى الوضوح والدقة، حيث يسمح نطاقها بإدماج

---

(1) - أحسن المشرع القانوني في كثير من دول العالم المتقدم بأهمية الوضع الراهن وضرورة التدخل التشريعي لإستعاب الجديد، الأمر الذي دفع المشرع في فرنسا والولايات المتحدة لإعداد النطاق القانوني للتجارة الإلكترونية وإعتماد التوقيع الإلكتروني والعقود الإلكترونية بإعتبارها بديلة للعقود الورقية وحتى تظل الثقة في التوقيع الإلكتروني والمحركات التي تم التوقيع عليها قائمة قرر المشرع عقوبات جنائية في حالة التعدي على التوقيع الإلكتروني وهو مبدأ طبقته كثير من التشريعات الغربية والعربية. لمزيد من التوسع في هذه المسألة أنظر: نجوى أبو هيبية: التوقيع الإلكتروني تعريفه، مدى حجتيه في الإثبات، القاهرة، دار النهضة العربية، ص 11 / عبد الفتاح بيومي حجازي: التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 461.

(2) - «Alerte rouge contre la délinquance informatique» « le monde » 18/04/1989. Bierce(w) « vers un nouveau droit international de la technologie ». les cahiers de l'informatique française juillet 1990.

(3) - أحسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 176، 177. انطلاقا من أن المعلومة باعتبارها علم للمعالجة الآلية للمعطيات أصبحت تثير عدة مشاكل من الناحية القانونية، إذ قد يساء استخدامها لارتكاب الجرائم عن بعد أو قد تكون محلا للاعتداء وهو الأمر الذي استلزم من المشرع الجزائري المتدخل من أجل التصدي لمثل هذه الظواهر ومعاقبة مرتكبيها تأسيسا على مبدأ الشرعية، وتبعاً لذلك حرم بعض صور الجريمة المعلوماتية وعاقب مرتكبيها في المواد 394 مكرر إلى 394 مكرر 7 من قانون العقوبات، إضافة إلى ذلك فإن هذه الجرائم تستوجب إجراءات خاصة في إثباتها وتطرح بعض الإشكاليات القانونية لاسيما فيما يخص الجهة القضائية المختصة وهي المسألة التي تناولها المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 22/04 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

وإدراج عدّة أفعال، فضلا عن عدم التوقعية لما سيستجد من الجرائم.<sup>(1)</sup>

إذ أنّ المشرع جرّم بعض صور الجريمة المعلوماتية فقط ولم يستشرف ما سيجد منها، فلم يورد نصّا خاصا بجريمة إعاقة أو تحريف تشغيل نظم المعالجة الآلية للمعطيات، وإكتفى بالنص على جريمة التلاعب في بيانات نظم معالجة البيانات فحسب.

ومّا تجدر الإشارة إليه أن تطور المعاملات وسرعتها خاصة في مجال الأعمال أدت إلى انحصار استعمال الكتابة في شكلها التقليدي، بما فيها الإمضاء بخط اليد بالنسبة للمحركات التي تستعملها المؤسسات المالية والشركات الكبرى، واكتساح المعلوماتية وتقنياتها المتطورة لتأخذ مكانها ليقع تعويض الإمضاء بخط اليد بالطابع، ثم بالإمضاء الإلكتروني أو الإعلامي<sup>(2)</sup>، الذي يكون على شكل رموز سرية.

وأصبحت هذه التقنية مستعملة بشكل كبير في المعاملات المصرفية، خاصة منها سحب النقود إلكترونيا من **الموّزع الآلي أو النوافذ الإلكترونية** بالبنوك، وكذلك في التحويلات الإلكترونية بين البنوك بواسطة التليماتيك.<sup>(3)</sup>

والتأمل في واقع العمل المصرفي يتأكد من حقيقة اكتساح هذه البطاقات واحتوائها لأغلب معاملات البنوك مع عملائها، والمستقبل المنظور ينبئ بمزيد الانتشار...

وفعلا فإن من بين التطبيقات الأكثر تطورا نجد مزوجة "المينيتال"<sup>(4)</sup> والبطاقة البنكية المزودة بذاكرة "Carte Amémoire La" وهو ما يُحوّل على سبيل المثال من قضاء عديد الحاجيات انطلاقا من مقر السكن، مثل توجيه أوامر الوفاء إلى البنك.

وإلى جانب هذه التطبيقات نجد في فرنسا صنف جديد يصطلح عليه بالبطاقة البنكية للوفاء الدولي "La Carte bancaire de paiement international" التي تمكن أصحابها من نفس خدمات البطاقة المحلية أثناء تواجدهم خارج التراب الفرنسي.<sup>(5)</sup>

<sup>(1)</sup> - القانون رقم 04 / 15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004م يعدل ويتمم الأمر 66 / 156 المؤرخ في 08 يونيو 1966م والمتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 71 الصادرة بتاريخ 10 نوفمبر 2004م. [ القسم السابع مكرر: المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات المادة 394 مكرر - 394 مكرر 7، ص 11، 12. ]

<sup>(2)</sup> - Didier Lamette, réflexions sur la signature, 1977, p3

<sup>(3)</sup> - Telematique; ensemble Des techniques Et des services qui associent les telecommunications et l'infoematique . observation ; Dictionnaire. La rousse.

<sup>(4)</sup> - M Initel ; dans ; ( Medium interactif par numirisation d'information telephonique) .

<sup>(5)</sup> - محمد بلحاج عمر: تطور تقنيات الإعلامية وتأثيرها على الإمضاء، مجلة القضاء التونسية، جوان 1999، ص 54.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

وهذه التقنية الحديثة في سحب الأموال وتحويلها أدت إلى استبعاد الكتابة، وبالتالي الإمضاء بخط اليد وحلول الإمضاء الإلكتروني مكانه، والذي يمكن من بلوغ المسعى بواسطة سرية الرقم الذي لا يتوفر عليه نظريا إلا صاحب البطاقة<sup>(1)</sup>.

غير أنه يمكن أن ينتج عن الإمضاء الإلكتروني في بعض العمليات المصرفية نزاع بين البنك وعميله، كأن ينقص البنك من حساب عميله مبلغا معيناً على أساس قيام هذا الأخير بسحب إلكتروني أو وجود أمر بالوفاء، وفي المقابل ينازع العميل في وجود التصرف أو محتواه، أو قد يرخص المستفيد من الاعتماد دفع ما تخلف بذمته نتيجة استغلاله للبطاقة في قضاء حاجياته.

فهل يكتف استعمال الرمز السري قانونا كالإمضاء؟؟؟ ونسحب عليه بالتالي أحكام التدليس؟؟؟  
وعلى البطاقة المغناطيسية في صورة انعدام الرصيد مثلاً عند التحويل، فتطبق القوانين المتعلقة بجريمة إصدار شيك بدون رصيد؟؟؟

وتظهر عدم مواكبة القانون الجنائي للتطور التي تشهده المعلوماتية من خلال نص المادة 350 عقوبات جزائري كمثال، والتي مؤداها "كل من اختلس شيئاً غير مملوك له يعد سارقاً...".

فإذا لم يكن هناك إشكال إذا تعلق السرقة بالطابع المادي للمنهاج الإعلامي، سواء كان آلي أو منطقي فإن الإشكال يظهر ويثور عند الاستيلاء على معطيات أو معلومات بمجرد المشاهدة، ففي هذه الصورة يصبح النص الأنف الذكر غير مطبق، وهذا ما جعل المجرمين يتفلسفون من العقاب، خاصة إذا وقع التمسك بمبدأ الشرعية.

لذلك ولكي يكون القضاء بالمرصاد لمقترفي مثل هذه الجرائم، يجب أن يتطور دورهم وذلك بالتفسير الواسع للنصوص المتوفرة لديهم لردع هذه الانحرافات.

من كل ما تقدم نستخلص أن الصعوبة التي يواجهها القضاء عند تطبيق المقاييس التقليدية على جرائم في ميدان المعلوماتية، نظراً لخصائصها التقنية والطبيعية الخاصة للحقوق المعتدى عليها، والتي لا يمكن تصورها لأنها غير ملموسة، وكذلك للنتائج التي يصل إليها مقترف الجريمة والتي لا تتماشى ومعارفنا التقليدية.

هذه الإشكاليات التي اعترضت القضاء في ميدان المعلوماتية، لا تقل أهمية عن الإشكاليات التي يواجهها أمام تفاقم الأمراض المعدية وخاصة مرض "السيدا".

<sup>(1)</sup> -نجوى أبو هيبية، التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص12 وما بعدها.



## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

ثانيا: عدم مواكبة القانون الجنائي مع تفاقم مرض "السيدا".

إن مرض السيدا أو ما يعبر عنه المختصين بمرض المناعة المكتسبة، يتفاقم باستمرار ولا يزال الطبّ الحديث عاجزا عن إيجاد العلاج الناجع لهذا المرض القاتل.<sup>(1)</sup> ومن خصائص هذا المرض أنه ينقل العدوى عن طريق الدم أو المني، ومن هنا وجب على القانون أن يتدخل لمعاقبة كل مريض ينقل المرض إلى غيره.

لذلك اختارت تشريعات بعض البلدان، وضع قواعد قانونية خاصة لهذا المرض، إلا أن المشرع الجزائري والفرنسي اختارا عدم التدخل بنص خاص، واعتماد النصوص الجنائية الموجودة لديهما لتطبيقها على جرائم "السيدا" -إن صحّ التعبير-، ومن هنا يجب على القاضي الجزائري تكييف هذه الجرائم باستعمال النصوص الجنائية المتوفرة لديه، فاجتهاده في هذا المجال مطلوب وضروري، وذلك باعتماده التفسير الواسع للنصوص، لأنه ليس بإمكانه عدم القضاء في موضوع، وإلا أتم بجرمة إنكار العدالة طبقا لنص المادة 136 من قانون العقوبات الجزائري<sup>(2)</sup>.

**وتتحقق هذه الجريمة عندما يتعمد مريض "السيدا" الذي يعلم بمرضه ويعلم الطرق القابلة للعدوى نقل مرضه لإنسان آخر، والإشكال الذي يطرح على القاضي هو كيفية تكييف هذه الأفعال وإحاقها بنص قانوني معين لتطبيقه عليها.**

ففي هذه الحالة اعتبر فقه القضاء الفرنسي نقل فيروس "السيدا" عن قصد عملية تسميم اعتبارا وأن القانون الفرنسي أفرد جريمة التسميم بنص خاص، وقد حذا حذوه المشرع الجزائري حيث نص على هذه الجريمة في المادة 260 عقوبات والتي مؤداها: «التسميم هو الاعتداء على حياة إنسان عاجلا أو آجلا أيضا كان استعمال أو إعطاء هذه المواد ومهما كانت النتائج التي تؤدي إليها»<sup>(3)</sup>. ونلاحظ أن العلة التي توخاها المشرع في تجريمه للتسميم هي الخطورة الإجرامية الكامنة في المجرم.

وعليه فإننا نلاحظ أنه في حالة ما إذا استعمل الجاني مواد مضرّة بالصحة ولكنها غير قاتلة، يجب أن نأخذ بعين الاعتبار بنية الجاني لتكييف الجريمة وسوف يكون أمامنا فرضان:

(1)- فيما يتعلق بمرض السيدا أنظر: عبد العظيم مرسي الوزير: قانون العقوبات القسم الخاص، جرائم الإعتداء على الأشخاص، ط1991، ص 98/ محمد عبد الغريب: قانون العقوبات القسم الخاص، ط 1993، ص 334.

(1)- أنظر: أحسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 61.

(3)- أحسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 100.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

الأول: إذا كانت المواد غير قاتلة ولكنها مضرّة بالصحة ولم تتجه نية الجاني نحو التسميم بل مجرد إلحاق ضرر بصحة الجاني عليه، فإن على القاضي أن يكيّف الجريمة حسب نص المادة 275 عقوبات جزائري<sup>(1)</sup>، "... بأية طريقة كانت مواد ضارة بالصحة".

الثاني: إذا كان الجاني قد استعمل مواد غير قاتلة، معتقدا أنها قاتلة في حين أنها مضرّة بالصحة، فإن القاضي يكيّف الجريمة على أساس شروع في التسميم، لأن قصد الجاني اتجه إلى التسميم، ولكن خاب أثر الجريمة بسبب ظرف مادي يرجع إلى عدم صلاحية الوسيلة<sup>(2)</sup>.

كما أن فقه القضاء الفرنسي لا يكيّف دائما انتقال العدوى إراديا بعملية تسميم، ففي إحدى القضايا<sup>(3)</sup>، رفض تطبيق النصوص المتعلقة بالتسميم على مريض "بالسيّد" واع وعلى علم بمرضه قرص بأسنانه **شرطيا بنية قتله، بل كيّف هذه الأفعال** بالتعدي على موظف أثناء قيامة بمهامه.

ومن ثم فإنه لا يمكن ترك أعمال إجرامية بدون عقاب لمجرد انعدام النص الذي يخصها بذاتها.

ومن الأمثلة الشهيرة في الفقه الإسلامي والدّالة على تأثير التغيرات السياسية والاجتماعية على تفسير النصوص محاربة الصحابة رضوان الله عليهم للمرتدين.

ويعتبر ذلك توسعا في تفسير النصوص التي تحدد حالات إباحة الوصول بالعقاب إلى القتل، ولذلك فالأحاديث الواردة حول هذه المسألة تدل على تراث الصحابة لفترة من الزمن، واختلافهم حول مدى جواز قتال المرتدين، وموقف سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه في هذا الشأن مشهور<sup>(4)</sup>.

ومما أعتقد أنه يدخل في إطار تأثير الظروف السياسية والاجتماعية على بناء الأحكام الشرعية بصفة عامة في مجال تفسير النصوص، تعطيل إقامة حد السرقة في الجماعة في عهد سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وذلك تحت وطأة الظروف الاجتماعية والسياسية القاسية التي مرت بالدولة الإسلامية، ويعدّ هذا توسعا في تفسير الشبهة الدائرة للحد، ولا يقال أن ذلك كان من قبيل موانع المسؤولية أو موانع العقاب، لأن ذلك

(1)- المرجع نفسه، ص 107.

(2)- سليمان بارش: محاضرات في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 158، 159.

(3)- نقل الفيروس عمدا من شخص يعلم أنه يحمل المرض مثل هذه الواقعة: تثير المسؤولية الجنائية لهذا الشخص وإذا إعتبرنا القتل ظرف مشدد للعقوبة، السؤال هل يعدّ إدخال فيروس الإيدز عمدا لإنسان ما جريمة قتل إقترنت بظرف مشدد هو السم؟ الإجابة بالإيجاب حيث أن المواد السامة لم يحددها المشرع على سبيل الحصر لا في قانون العقوبات ولا في الجداول الملحقة بقانون مزاول مهنة الصيدلة. أنظر: محمد عبد الغريب: قانون العقوبات القسم الخاص، مرجع سابق، ص 289-290.

(4)- الماوردي: الأحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة، ص 94-99.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

كان يستوجب بحث كل حالة على حدة وهو ما لم يحدث، بل جاء حكما عاما من قبل الخليفة عمر رضي الله عنه، ومن ثم يمكن أن نعدّه من قبيل التفسير الواسع للحديث المشهور "إدروا الحدود بالشبهات"، وكان أساس ذلك التفسير الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية التي آلت بالمجتمع.

وفي ذات الإطار يمكن أن نذكر ما انتهى إليه الإمام مالك بن أنس إمام دار الهجرة في زمن الفتنة بالمدينة المنورة من تحريم بيع السلاح سداً للذريعة، وهو نوع من التفسير الواسع للنصوص التي تقرر حق ولي الأمر في تحريم المباحات عند وجود ضرورة تقتضيها المصلحة العامة.<sup>(1)</sup>

### المطلب الرابع: نتائج عدم مواكبة القانون الجنائي للتطور.

أصبح القضاء الجزائي يقوم بدور هام في تطويع النصوص القديمة على الجرائم الجديدة، لأنه إذا لم نعترف له بهذا الدور، فإنه سيلحق الجمود بالنصوص الجنائية، كما يصبح للمجرمين فرصة التملص من العدالة بعد القيام بأفعالهم الإجرامية، كما أن تطبيق لا عقوبة بدون نص تؤدي إلى شل ضرورات تفريد العقاب.

### الفرع الأول: جمود النص.

إن معظم القوانين الجنائية في مختلف النظم القانونية تتسم نوعاً ما بالقدم، فقانون العقوبات الجزائري وفي إطار السياق التاريخي ظلت الجزائر مستعمرة فرنسية، يسري في ربوعها قانون العقوبات الفرنسي، الذي يرجع تاريخه إلى 1810 ويعرف باسم قانون "نابوليون".

ولقد تأثر قانون العقوبات الجزائري كثيراً، عند صدوره بقانون العقوبات الفرنسي سواء في خطوطه الرئيسية أو في ملامحه العامة، ولا غرابة في ذلك نظراً للظروف التاريخية التي مرت بها الجزائر.

فإذا ما وقع التمسك بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، فإن ذلك يؤدي إلى جمود القانون، وباعتبار أن السلطة القضائية هي السلطة الطبيعية لتطبيق القانون، فإنه يجب عليها القيام بتلك المهمة ما لم يقع تغييره أو

<sup>(1)</sup> - أحمد بن حجر العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، تخرّيج: محمد الدين الخطيب، حديث رقم 1994، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ، ج4، ص378.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

تعديله<sup>(1)</sup>، وبالتالي يجب عليها أن تعمل على مواكبة القانون مع التطورات، وتجعل النصوص القانونية الجزائية قابلة للتطبيق على الحالات التي لم يتنبأ لها المشرع عند وضع هذه النصوص، بتفسيرها تفسيراً واسعاً حتى لا يصيبها الجمود.

كما أن التفسير الواسع لهذه النصوص لا يمس مبدأ الشرعية، لأن القاضي مهما اتسعت سلطته فإنه لا يمكنه خلق جرائم جديدة، ولا أن يضع عقوبات لم يشملها النص الجزائي، فإتساع سلطة القاضي تتمثل في توسيع ميدان النصوص الجزائية، لتشمل أفعال إجرامية شبيهة جداً بتلك التي جرمها النص الجزائي ولها نفس الأساس ونفس الحق الذي يجب حمايته.

فمبدأ الشرعية له أهمية قصوى ووجوده أفضل من عدم وجوده، والمناداة بتلطيفه لا تعني إلغاء هذا المبدأ الذي يقوم عليه القانون الجنائي برمته.

### الفرع الثاني: إفلات بعض السلوكات الإجرامية من العقاب.

(1) - استمر العمل بقانون العقوبات الفرنسي إلى غاية صدور قانون العقوبات الجزائري بموجب الأمر 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966.

- عرف قانون العقوبات الجزائري منذ صدوره إلى يومنا هذا، عدة تعديلات تماشياً مع متطلبات المراحل التي مرت بها البلاد والتحولت السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي شاهدها لعل أهم هذه التعديلات التي جاءت بها القوانين الآتية:  
- الأمر رقم 75-47 المؤرخ في 17 جوان 1975 الذي عمل على تكيف قانون العقوبات مع التوجهات السياسية والاقتصادية الجديدة نحو بناء الاشتراكية.

- القانون رقم 88-26 المؤرخ في 12-7-1988 الذي عمل على تكيف التشريع الجزائري مع استقلالية المؤسسات العمومية الاقتصادية.

- الأمر رقم 11-95 المؤرخ في 25-2-1995 الذي أدخل الجرائم الإرهابية والتخريبية في قانون العقوبات.

- القانون 01-09 المؤرخ في 26 جوان 2001 الذي عنى بوجه الخصوص بالجرائم الماسة بالاقتصاد وجرائم الاعتبار.

- القانون 04-15 المؤرخ في 10-11-2004 الذي كرس المسؤولية الجزائية لشخص المعنوي.

- القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20-2-2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته الذي ألغى مجمل أحكام قانون العقوبات بشأن الجرائم الاقتصادية والرشوة وتقل محتواها إلى النص الجديد.

- القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20-12-2006 الذي أدخل تعديلات جوهرية على المبادئ العامة لقانون العقوبات خاصة بالشق الخاص بالعقوبات وتدابير الأمن وشخصية العقوبة فضلاً عن رفع مبلغ كافة الغرامات المقررة في قانون العقوبات.

- القانون 09-01 المؤرخ في 25-2-2009 الذي أدرج عقوبة العمل للنفع العام وجرم الأفعال المرتكبة ضد القوانين والأنظمة المتعلقة بمغادرة التراب الوطني كما حرم الاتجار بالأشخاص والاتجار بالأعضاء وهريب المهاجرين.

- وأخيراً، القانون 11-14 المؤرخ في 12 أوت 2011.

حسن بوسقبة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، النص الكامل لقانون وتعديلاته إلى غاية أوت 2011 مدعم بالاجتهاد القضائي. ملحق: القانون المتعلق بالتهريب والقانون المتعلق بالفساد، بيري للنشر، 2012-2013.

## الباب الثاني: ..... (الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب)

إن مبدأ الشرعية يؤدي حتما إلى إفلات بعض السلوكات الإجرامية من العقاب لا لشيء، إلا لأن المشرع لم يقيم بتعداد كل الجرائم التي يمكن أن يقوم بها الإنسان من جراء الشر المغروس فيه<sup>(1)</sup>.

وهذه الجرائم تمس في غالب الأحيان من مصالح المجموعة الوطنية وحقوق الفرد في نفسه وممتلكاته، فهل يعني ذلك أن غياب هذا التنصيص من المشرع إبقاء هذه الأفعال بدون عقاب رغم أن المجتمع يستنكرها؟؟!

في اعتقادنا يجب أن يكون دور القضاء إيجابي في هذا المجال وذلك بالتصدي لهذه الأفعال الإجرامية لحماية المجتمع من الجرمين، وذلك باعتماد طريقة التفسير الواسع، فلا يعقل إخلاء سبيل من يقوم بسرقة مناهج إعلامي، أو بغض الطرف عن قرصنة الموجات التليفزيونية والإذاعية، أو التصنت على الناس بالسماعات التي تتركب في الهاتف، أو غيرها من السلوكات التي تمس من الحرية الفردية وسلامة الناس في حياتهم وممتلكاتهم، وهو الهدف الأساسي الذي أراد مبدأ الشرعية حمايته.

### الفرع الثالث: قاعدة لا عقوبة بدون نص وشهلا لضرورات تفريد العقاب.

يؤخذ جانب من الفقه<sup>(2)</sup> على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات عدم مسابته للاتجاهات الجنائية الحديثة في تفريد العقاب، حيث يغفل تماما شخصية الجاني والظروف الاجتماعية والاقتصادية التي تحيط به عند ارتكاب الجريمة وقبلها .

**فالمشرع يحدد العقوبة - وفق هذا المبدأ - على قدر جسامة الجريمة، وليس في وسعه أن يجعل العقوبة ملائمة لظروف مرتكبيها، لأنه لا يعرف أشخاصهم ولا يستطيع التنبؤ بأحوالهم، مع أن الاتجاهات الجنائية الحديثة تتطلب تفريد العقاب وفقا لشخصية كل مجرم<sup>(3)</sup> ودرجة خطورته، لا تبعا لجسامة جريمته<sup>(4)</sup>.**

هذه هي تركيبة القانون الجنائي الحديث، فعصر المسؤولية قد أغلق وعصر التفريد بيتدا<sup>(5)</sup>....

حيث أصبح تفريد العقاب بالنظر إلى شخص المجرم ضرورة ملحة في السياسة الجنائية الحديثة<sup>(6)</sup>

<sup>(1)</sup> يصبح التشريع الجنائي بهذا المعنى ضمانا هامة للأشرار إذ بإمكانهم التحايل على القانون والإفلات منه، طالما كان تصرفهم بعيدا عن مضمون التكييف القانوني للجرائم مهما كان هذا التصرف شريرا أو كما يقال القانون الجنائي أكبر ميثاق للأشرار .

أنظر علوي جعفر: المعين في شرح القانون الجنائي العام، مرجع سابق، ص 83.

<sup>(2)</sup> -المرجع نفسه، ص 85

<sup>(3)</sup> -عادل سيد فهميم: النظرية العامة للقانون الجنائي المغربي في ضوء التطبيق العملي المقارن للنصوص، 1980، ص 560.

<sup>(4)</sup> -انظر في هذا المعنى: ادريس القريني، السلطة التقديرية للقاضي الجزري مرجع سابق، ص 218-221.

<sup>(5)</sup> -المرجع نفسه، ص 220

<sup>(6)</sup> -سعيد عبد اللطيف حسن: الحكم الجنائي بالإدانة، ط 1، 1989، ص 455.

## الباب الثاني: ..... (الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب)

وهذا ما يتطلب منح القاضي سلطة واسعة، لكي يتمكن من تحديد معالم شخصية المجرم واختيار التدبير أو العقوبة الملائمة لها لردعها وعلاجها<sup>(1)</sup>.

والحقيقة إن القول أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يحول بين القاضي وبين توقيع العقوبة التي تلائم الخطورة الكاملة في شخص الجاني هو محل نظر: ذلك أن التشريعات الجنائية الحديثة تحرص أن تجعل للعقوبة في كثير من الحالات حدّين:

حدّ أقصى وحد أدنى<sup>(2)</sup>، حيث يكون في وسع القاضي الجنائي أن يحدد مقدارها بما يلائم ظروف كل مجرم على حدة، والسماح للقاضي بالتزول دون الحد الأدنى<sup>(3)</sup> للعقاب، إذا توافر لمصلحة المتهم عذر مخفض للعقوبة أو ظرف مخفف لها، وأخذت هذه التشريعات كذلك بنظام وقف التنفيذ<sup>(4)</sup>.

(1)-أنظر في هذا المعنى: ادريس القريني: السلطة التقديرية للقاضي الجزري، مرجع سابق، ص 220.

(2)-يلاحظ أن المشرع الجزائري يأخذ بالحد الأقصى للعقوبة في تقدير عقوبة الجنحة وليس بالحد الأدنى وهو 5 أيام في جنحة السب الموجه إلى من ينتمون إلى مجموعة عرقية أو منهجية أو دين المنصوص والمعاقب عليها في المادة 298 مكرر، عقوبات جزائري، وشهر في جنحة السب المنصوص والمعاقب عليها في المادة 299 عقوبات جزائري.

كما نلاحظ ونسجل على المشرع الجزائري قبل تعديل المادتين 298، 299 في 2006 لم ينتهج خطة معينة في تقرير الحد الأدنى والأقصى للعقوبات، ففي الوقت الذي نجد فيه أن الجنحة المنصوص عليها في المادة 295 عقوبات عاقب عليها بـ 6 أيام كحد أدنى و3 أشهر كحد أقصى، نجد أن الحد الأدنى المقرر للجنحتين المنصوص عليهما في المادتين 298 و298 مكرر هو 5 أيام بالرغم من أن الحد الأقصى المقرر لهما هو 6 أشهر أي ضعف العقوبة المقررة في الجنحة المنصوص عليها في المادة 299 عقوبات. وتجدر الإشارة إلى أنه قبل تعديل قانون العقوبات في 2006 كان قانون العقوبات يحتوي على جنحتين أخرتين عقوبتهما تتراوح بين بضعة أيام وأشهر وهما:

1-جنحة السب العلني الموجه للأفراد التي كانت تعاقب عليها المادة 299 بالحبس من 6 أيام إلى ثلاثة أشهر وهي أخف عقوبة حبس كانت مقررة لجنحة في قانون العقوبات.

2-جنحة القذف الموجه للأفراد وكانت المادة 298 تعاقب عليها بالحبس من 5 أيام إلى 6 أشهر.

(3)-القاضي الجنائي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة بالتزول عن الحد الأدنى والسب في ذلك أن الافتراض الذي يستدعي التزول عن الحد الأدنى للعقوبة لا حصر له، وأن الجرائم التي يمكن أن ترتكب لا يمكن تحديد أشكال شخصيات مرتكبيها مسبقا وإنطلاقا من هذا اعتبرت هذه الظروف ظروفًا قضائية وليست ظروفًا قانونية لأنها تستند إلى شخص الجاني أكثر من إستنادها إلى الجريمة المرتكبة.

(4)-نظام وقف التنفيذ أو ما يسمى في الفقه الإسلامي بنظام عقوبة التهديد وهي من العقوبات التعزيرية، كما هي في الواقع ليست عقوبة وإنما إنذار بالعقوبة، والغرض منها هو كف الجاني عن ارتكاب الجريمة وذلك بواسطة تخويله المستمر لمدة معينة بتطبيق عقوبة أشد وهذا النظام شرع لمراعاة ظروف بعض المجرمين المبتدئين وللذين لم يسبق لهم أن يرتكبو جرائم وليست لهم سوابق عدلية ذات أهمية أو على جانب مهم من الخطورة الإجرامية .

أنظر: محمد سليم العوا: في أصول النظام الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 254.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

ويُكمل هذا كله الاعتراف للسلطة القائمة على تنفيذ العقوبة بإمكانية الافراج الشرطي<sup>(1)</sup> عن المحكوم عليه، وتخويل رئيس الدولة سلطة العفو عن العقوبة كلها أو بعضها.

ومن شأن هذا كله أن يمكّن القاضي الجنائي من أن يضع في الإعتبار شخص الجاني والجزاء الملائم له، وهذا يعني عدم التعارض بين مبدأ الشرعية وبين الأخذ بمتطلبات تفريد العقاب .

فالسلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي الجنائي لا تتعارض مع مبدأ الشرعية، طالما أن القانون هو الذي ينظمها ويضع حدودها ويقرر قواعدها.

السؤال الذي يطرح نفسه هل القضاء الإسلامي محكوم بقاعدة عدم التوسع في تفسير النصوص العائدة للتجريم والعقاب؟

السائد بحسب أحكام الشريعة الغراء، أن القاضي لا يحق له التوسع في تفسير النصوص العائدة للتجريم أو تقدير العقوبة، على اعتبار أن هذا التوسع قد يؤدي إلى تجريم أفعال عن طريق القياس، والمعاقبة عليها، وهذا ما يخالف المقرر من أن التشريع في النطاق الجنائي (الحدود، القصاص، الديات) يرجع إلى الله سبحانه ورسوله ﷺ وحدهما دون غيرهما .

ويرتبط بما سبق أن العقوبة في الشريعة الإسلامية تختلف بحسب الجرائم، وهي مبنية على المساواة بين المجرمين وليس فيها أي إعتبار لشخصية الجاني، فهي محددة بصفة قطعية بجرائم الحدود ليس للقاضي أن ينقص منها أو يزيد فيها أو يستبدلها بغيرها أو يأمر بإيقاف تنفيذها، أو يعفو عن مرتكبها فسلطة القاضي قاصرة **على النطق بالعقوبة المقررة** لجريمة الحد.<sup>(2)</sup>

أما في جرائم القصاص فسلطة القاضي كذلك قاصرة على تطبيق العقوبة المقررة شرعا إذا ثبتت الجريمة ثبوتا شرعيا، أما إذا عفى المحني عليه أو ذويه من بعده أو تعدّر الإثبات بالطريقة المحددة شرعا، فإن مهمة القاضي الجنائي تتسع وتنسج سلطته التقديرية، ويدخل إلى نطاق العقوبة التعزيرية فيمكن له أن يختار العقوبة المناسبة من بين العقوبات المقررة شرعا.<sup>(3)</sup>

كما أن الشريعة الإسلامية وفي سبيل حسن تطبيق العقوبة، قررت وأنشئت نظام العقوبة غير محددة

(1)-أنظر نص المادة 482، من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري في احسن بوسقعة: قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية مرجع سابق، ص 164، 165.

(2)-عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارن بالقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 613.

(3)-المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

## الباب الثاني: ..... (الفصل الثاني: تفسير نصوص (التجريم والعقاب

المدة، حتى يكون حد العقوبة الأقصى هو توبة الجاني وصلاح حاله<sup>(1)</sup>، لأن التحديد مقدما في الحكم للمدة المعاقب بما قد لا يكون موافيا بالعرض المنشود من العقاب، وقد يكون فيه زيادة عما هو مطلوب لإصلاح الجاني<sup>(2)</sup>.

فالعقوبة في الإسلام موازية للضرر، وبذلك فهي عادلة وتتماشى مع طبيعة الحياة على حقيقة بسيطة مفادها "الجزاء من جنس العمل"<sup>(3)</sup> وهي ما يعبر عنه الله ﷻ ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ﴾<sup>(4)</sup>.

وصفوة القول أن أسلوب التفسير لا يهتم إلا القاضي دون بقية جهات التفسير، لأن أسلوب التفسير لا يتعلق إلا بالمجال التطبيقي، ومراد الاختلاف حول الأسلوب المعتمد يعود أساسا إلى الاختلاف بين المصلحة المراد حمايتها، فعندما كانت الغاية هي حماية النظام العام كانت المناداة بضرورة تطبيق الأسلوب الضيق، ولما أصبحت مصلحة المتهم في الميزان أصبحت المناداة بضرورة التفسير الواسع.

كما أن المفسر يجب أن لا يكون له هدف سوى الكشف عن "قصد الشارع" من ألفاظ النص، فإن **اقتنع بأن ما يقول** به يطابق ذلك القصد، فلا أهمية بعد ذلك لكون هذا التفسير قد جاء ضيقا أو واسعا، إذ كل القيمة القانونية للنص منحصرة في كونه تعبيرا عن قصد الشارع، فما طابق هذا القصد هو التفسير الصحيح، ويسميه بعض الفقه<sup>(5)</sup> بالتفسير الكاشف، بمعنى الذي يكشف عن إرادة وقصد الشارع.

وعلى هذا النحو يتضح أن خطة تفسير النصوص الجزائية قوامها البحث عن قصد الشارع، شأنها في ذلك شأن تفسير سائر النصوص القانونية.

(1)-انظر: ادريس القريني: السلطة التقديرية للقاضي الزجري، مرجع سابق، ص 209.

(2)-عبد العزيز عامر: التعزير في الشريعة الإسلامية، ط4، ص531.

— ما دام القصد من التعزير هو تحقيق هذا الغرض فالعقوبة يجب أن تكون إذا على قدر الحاجة إليها لتحقيق الغرض من فرضها دون زيادة أو نقصان فتتحقق بذلك العدالة، ومن ثم لا يجوز أن تتعدى العقوبة ما تتطلبه العدالة ولا أن تتجاوز ما تقتضيه المصلحة وإنطلاقا من هذه الغاية: الهدف المزدوج للعقوبة، (ردع عام وخاص وحماية المجتمع) نشأت فكرة العقاب العلاجي والذي يأخذ بعين الاعتبار شخصية الجاني وميوله الإجرامي وخطورته ومن هنا برزت مهمة القاضي وسلطته الواسعة في تقدير العقوبة وهذه السلطة ليست العبرة بقساوتها أو لينها بل العبرة بمفعولها...

(3)-أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح: شرح القانون الجنائي المغربي، مرجع سابق، ص 81.

(4)-سورة الشورى، الآية 40.

(5)-محمد صبري السعدي، تفسير النصوص، ص237.



## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

و في إطار المناذاة بضرورة تحقيق المعادلة بين حق المجتمع من جهة، وحقوق الأفراد وحررياتهم من جهة أخرى، فإنه لا بد من اعتماد الأسلوبين بصفة متوازنة.

فلا يتم التقييد بهذا الأسلوب دون الآخر بحسب كل حالة إجرامية بصورة منفردة، فالنص الجزائي هو واحد، ولكن الجرائم متعددة بتعدد الأشخاص وغير متشابهة وإن كانت جميعها يحكمها نص واحد.

ومن واجب القاضي فصل التراع ومعاقبة الجاني على قدر فعله الإجرامي، وذلك إما بإعمال الأسلوب الضيق أو الأسلوب الموسع بحسب ظروف كل نزاع وبحسب ملائمتها لكل قضية.

### المبحث الثالث: القياس ..

إن تناول القياس بالدراسة يستلزم الوقوف على ماهيته فضلا عن تحديد المجال الذي يحظر فيه، والمجال الذي يباح فيه، والفرق بينه وبين التفسير الواسع وسيتم التعرض لذلك، في ثلاثة مطالب.

#### المطلب الأول: ماهية القياس.

تحديد ماهية القياس يتطلب بيان مدلوله إلى جانب أركانه.

#### الفرع الأول: مدلول القياس.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

أولاً: مدلول القياس لغة.

القياس يطلق لغة على التقدير: أي قصد معرفة قدر أحد الأمرين بالآخر، فيقال قاس الثوب بالمتر، إذا قدره به، وقياس الأرض بالقصبة إذا قدرها بها، فكل من المتر والقصبة مقياس لأنه أداة القياس<sup>(1)</sup>.

كما يطلق أيضاً على المساواة سواء كانت حسية أو معنوية ومثال المساواة الحسية القول: قست الكتاب بالغلاف إذا حاذيته وسويته به، ومثال المساواة المعنوية، قول أحد الأشخاص أن: فلانا لا يقاس بفلان، أي لا يساويه في خلق ولا علم ولا دين<sup>(2)</sup>.

وقد يطلق القياس على التقدير والمساواة معاً، إذا قصد به الدلالة على مجموع ثبوت المساواة عقب التقدير<sup>(3)</sup>.

ثانياً: مدلول القياس اصطلاحاً.<sup>(4)</sup>

<sup>(1)</sup> -ناصر الدين عبد الله بن عمر البيضاوي: نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول، عالم الكتب، ج4، ص2. / علاء الدين أبي بكر محمد السمرقندي: ميزان الأصول في نتائج العقول، حققه وعلق عليه: محمد زكي عبد البر: ط1، 1984م، ص552.

وهو يقول: أن القياس في اللغة يستعمل في شيئين: أحدهما: التقدير والثاني: التشبيه. / سعد الدين التفتزاني: شرح التلويح على التوضيح، دار العهد الجديد للطباعة، ج2، ص52. / عباس متولي حمادة: أصول الفقه، دار النهضة العربية، ط2، 1388هـ، 1968م، ص144. / محمد مصطفى شبلي: أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية 1974، ج1، ط1، ص189. / بدران أبو العينين بدران: أصول الفقه، دار المعارف، 1965، ص139.

<sup>(2)</sup> -سعد الدين التفتزاني: المصدر نفسه، ص52. / عباس متولي حمادة: المصدر نفسه، ص144. / محمد مصطفى شبلي: المصدر نفسه، ص189. / بدران أو العينين بدران: المرجع نفسه، ص139.

<sup>(3)</sup> -محمد مصطفى شبلي: المرجع السابق، ص189، 190.

<sup>(4)</sup> -أما عن أنواع القياس في القانون فهي:

القياس التشريعي: والذي يتكون من تطبيق نص ينظم حالة معينة على حالة أخرى غير منصوص عليها لوجود تشابه في الحكمة بين الحالتين: ويطلق عليه Analogie Legis ومثال ذلك قياس الختم وبصمة الأصابع على الإمضاء.

أما القياس القانوني: فهو قياس حالة لم يرد بشأنها نص على مجموع المبادئ القانونية وروح النظام القانوني ويطلق عليه Analogie Juris، ذلك أنه يتحقق حيث يكون المقيس عليه نظاماً كاملاً من الأنظمة أو موضوعاً شاملاً من مواضع نص قانوني تفصيلاً على الأحكام الخاصة بجزئياتها في مواد عديدة، بينما يكون المقيس موضوعاً خاصاً، أو نطاقاً آخر لم ينص القانون على أحكامه. ومن أمثلة ذلك تطبيق أحكام العقود المسماة على العقود الغير مسماة التي لم ينص على أحكامها متى كانت مشابهة للمسماة في الجوهر. أنظر: مصطفى شبلي: أصول الفقه، مرجع سابق، ص218-219. / محمد زكريا البرديسي: أصول الفقه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1983م، ص241-242.

## الباب الثاني: ..... (الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب)

توجد تعريفات عديدة للقياس في الاصطلاح منها قول "البيضاوي" أنه: «إثبات مثل محكوم معلوم آخر لاشتراكهما في علة الحكم عند المثبت»، وقال أن المختار عند "الأمدي" و"ابن الحاجب" أنه: مساواة فرع لأصله في علة حكمه<sup>(1)</sup>.

وعرفه "الغزالي" بأنه: «حمل معلوم على معلوم في إثبات حكم لهما، أو نفيه عنهما بأمر جامع بينهما»<sup>(2)</sup>.

ولا تختلف التعريفات التي يقول بها الفقه الوضعي بصدد القياس عما قال به علماء الأصول، فقد ذهب رأي إلى أنه: «إلحاق حادثة لم ينص على حكم لها بحدثة نص على حكمها، واشتراكها في الحكم الشرعي لاشتراكها في علة الحكم»<sup>(3)</sup>. فالقياس هو وسيلة عملية تهدف إلى استكمال ما يشوب القانون من نقص عن طريق إيجاد الحل لمسألة لم ينظمها القانون وذلك عن طريق إستعارة الحل الذي قرره القانون لمسألة مماثلة لها.<sup>(4)</sup>

وعلى هذا النحو فإن القياس ليس وسيلة لاستخلاص إرادة القانون في إطار الصيغة التي إستعملها، بل إنه يفترض أن القانون لم ينظم المسألة محل البحث ولم يقدم لها مباشرة الحل الواجب التطبيق.<sup>(5)</sup>

(1)- البيضاوي: نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول، مصدر سابق، ص2.

(2)- أبو حامد الغزالي: المستصفي في علم الأصول، مصدر سابق، ص228.

أنظر في تعريف القياس اصطلاحاً: محمد أبو زهرة: أصول الفقه، دار الفكر العربي، ص173. / محمد مصطفى شليبي: أصول الفقه، المرجع السابق، ص191. / عباس متولي حمادة: أصول الفقه، مرجع سابق، ص144-145. / بدران أبو العينين بدران: أصول الفقه، مرجع سابق، ص139.

(3)- محمد وجدي عبد الصمد: الاعتذار بجهل القانون، عالم الكتب، 1972، ص883.

- ويرى البعض أنه إعطاء حالة غير منصوص عليها في القانون حكم حالة منصوص عليها فيه لاتفاق الحالتين في العلة. ويقرر البعض أن التفسير بالقياس يعني مد تطبيق التشريع من حالات منصوص عليها صراحة إلى أخرى لم ينص عليها لوجود تشابه بينهما.

أنظر: أحمد الألفي: شرح قانون العقوبات الليبي، القسم العام، 1969م، ص87.

(4)- والقياس في التشريع الجنائي غير جائز كقاعدة عامة، وهذه نتيجة حتمية لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص، وهذا المبدأ يعني أن القواعد التجريبية أي التي تنص على جرائم وعقوبات لا تنطبق بطريق القياس. لذلك المشرح لم يكن يعاقب على تناول الطعام في المحلات العامة مع عدم دفع الثمن أو إستئجار سيارة معدة للإيجار والفرار دون الوفاء بالثمن والأجرة ذلك أنه لم يكن يمكننا أن تخضع هذه الحالات للعقاب بالقياس على قواعد السرقة والنصب.

(5)- أحمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، 2001، ص90

- ويعرف عبد الرؤوف مهدي: القياس بأنه: قيام القاضي الجنائي بقياس واقعة لم يرد بتجريمها على واقعة أخرى مجرمة لوجود تشابه بين الواقعتين.

أنظر: كتابه شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص9.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

### الفرع الثاني: أركان القياس.

أركان القياس<sup>(1)</sup> أربعة هي:

أولاً: الأصل: وهو المحل أو الأمر الذي ثبت فيه الحكم، ويسمى المقيس عليه أو المشبه به.

ثانياً: الفرع: وهو المحل أو الأمر الذي لم يرد فيه نص، ويراد معرفة حكمه، ويسمى المقيس أو المشبه.

ثالثاً: حكم الأصل: وهو الحكم الشرعي الثابت بالأصل بالكتاب أو السنة أو الإجماع، ويريد المجتهد تعديته بإظهاره في الفرع ليأخذ حكم الأصل.

رابعاً: العلة: وهي المعنى الذي من أجله يشرع الله الحكم في الأصل ووجده المجتهد أيضاً في الفرع.

### الفرع الثالث: شروط صحة أركان القياس.

أحاول تتبع مسالك الفقهاء ولا أنوي الخوض تفصيلاً في تلك الشروط، بل ألمح إليها بالشكل الذي يحقق معرفة إجمالية بالقياس بما يحقق الغاية من هذه الدراسة.

#### أولاً: شروط حكم الأصل<sup>(2)</sup>:

إن الشروط التي اشترطت في حكم الأصل تعني عن الاشتراط في الأصل، لأن القياس يكون على الحكم لا على الأصل وعلى ذلك يمكن إجمال شروط حكم الأصل في الآتي:

#### 1- ألا يكون حكم الأصل مختصاً به:

ذلك أن اختصاص الحكم بمحل يمنع تعديته إلى غير هذا المحل والاختصاص يثبت بأحد أمرين هما:

- كون علة الحكم غير موجودة في سواه، وهذا القصر يعد مانعاً من القياس، لأن القياس لا يكون إلا

---

(1) - أنظر أركان القياس المراجع التالية: الشوكاني: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق في علم الأصول، مطبعة مصر 1365هـ، ص204 وما بعدها. / أبو حامد الغزالي: المستصفى، ج2 مصدر سابق، ص325 وما بعدها. / السمرقندي: ميزان الأصول في نتائج العقول، مصدر سابق، ص626. / البيضاوي: نهاية السؤل، مصدر سابق، ج4، ص52 وما بعدها. / محمد أبو زهرة: أصول الفقه، مرجع سابق، ص180. / عباس متولي حمادة: أصول الفقه، مرجع سابق، ص146. / محمد مصطفى شبيلي: أصول الفقه الإسلامي، ص109، 110. / بدران أبو العينين بدران: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص153.

(2) - أنظر في شروط حكم الأصل:

البيضاوي: نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول، مصدر سابق، ج4، ص303. / السمرقندي: ميزان الأصول في نتائج العقول، مصدر سابق، ص626 وما بعدها. / أبو حامد الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ص325، 329، ويرى أن شروط الأصل ثمانية، أما الحكم فيرى أن شرطه هو أن يكون حكماً شرعياً، ص331، 335.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التبريم والعقاب

عند الاشتراك في العلة، وفي العلة القاصرة لا يوجد اشتراك.

– أن تكون علة الحكم غير قاصرة على محله، ولكن قام الدليل على اختصاص ذلك الحكم بمحله، كالخصوصيات التي تثبت في الشريعة، فإنها لا تقرر لغير من ثبتت له سواء عقلت معانيها، أم لم تعقل لأن تعدية هذه الأحكام بالقياس يجعل القياس باطلا لمخالفته النص الشرعي الدال على الخصوصية<sup>(1)</sup>.

### 2- أن يكون الأصل ثابتا غير منسوخ:

لأن نسخ الحكم يترتب عليه أن يفقد القياس ركنين هما:

الحكم الذي تم نسخه والعلة الباعثة على هذا الحكم، ذلك أن العلة والحكم لا يفترقان، فإذا زال الحكم الذي ترتب على العلة، زال اعتبارها والشيء يزول بزوال ركنه<sup>(2)</sup>.

### 3- أن يكون حكم الأصل ثابتا بالنص أو الإجماع:

**والسبب في ذلك أن النصوص** هي الأصل الذي يرجع إليه لذا يجب أن تكون هي وحدها أساس القياس الذي يبنى عليه، ومن جهة أخرى، فإن النصوص هي التي تومئ إلى الوصف الذي اعتبر علة الحكم فمن إشارتها تبدو العلة، ومن جهة ثالثة فإن القياس هو رد إلى الكتاب والسنة، ومثال حكم الأصل الثابت بالكتاب حرمة الخمر، ومن قبيل حكم الأصل الثابت بالسنة حرمان القائل من الميراث.

### 4- أن يكون حكم الأصل معقول المعنى:

وهذا مما يستطيع العقل إدراك علته التي شرع من أجلها، لأن القياس مبني على العلة التي يقف العقل عليها لكي يتمكن المجتهد من تعدية حكمها من الأصل إلى غيره من الفروع التي تتحقق فيها تلك العلة، فإذا كان الحكم مما لا يستطيع العقل إدراك علته فإنه يمتنع القياس.

فالأحكام قد شرعها الله لعلل ومقاصد اقتضت حكمته جل جلاله أن يستأثر ببعض تلك العلل، ولا

(1) - من الخصوصيات التي ثبتت للرسول ﷺ، اختصاصه بأن يجمع في عصمته أكثر من أربع زوجات، ومن قبيل ذلك أيضا تحريم الزواج بإحدى نساء الرسول ﷺ من بعده.

أنظر في ذلك: خصوصيات الرسول ﷺ: محمد أبو زهرة، أصول الفقه، مرجع سابق، ص 186. / محمد مصطفى شليبي، أصول الفقه، مرجع سابق، ص 214، 216. / بدران أبو العينين بدران، أصول الفقه، مرجع سابق، ص 195، 196.

(2) - عباس متولي حمادة: أصول الفقه، مرجع سابق، ص 162. / محمد زكريا البرديسي: أصول الفقه، مرجع سابق، ص 236. / محمد مصطفى شليبي: أصول الفقه، مرجع سابق، ص 212.

## الباب الثاني: ..... (الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

يرشد إليها ليختبر عباده بالتكليف بما من غير علة، وهذه الأحكام هي المسماة بالتعبدية. أما غير ذلك من الأحكام فقد أرشد الله جل جلاله عباده إلى عللها، سواء بالنص عليها أو بإمارة دالة عليها لتطمئن النفوس إلى شرعية الأحكام، وليكون في الإمكان إعمال القياس متى وجدت العلة المشتركة بين المقيس والمقيس عليه، وهذا النوع من الأحكام يجري فيه القياس يستوي في ذلك الأحكام المشروعة ابتداءً، والأحكام المستثناة من أصل كل أو قاعدة عامة<sup>(1)</sup>.

ثانياً: شروط الفرع<sup>(2)</sup>:

يشترط في الفرع ما يلي:

### 1- ألا يكون في الفرع نص أو إجماع يدل على حكم مخالف للقياس:

لو كان الأمر كذلك فإن القياس يكون معارضاً للنص أو الإجماع وبالتالي يكون باطلاً، ومثال القياس الذي يوجد في الفرع نص مخالف له، قياس كفارة اليمين على كفارة القتل الخطأ في عدم إجزاء عتق العبد الكافر فيهما، بحجة أن منهما كفارة ذنب.

فهذا القياس غير صحيح لأن كفارة اليمين ورد فيها نص مطلق يفيد إجزاء عتق الرقبة مطلقاً، سواء كانت مؤمنة أو كافرة لقوله سبحانه وتعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا

<sup>(1)</sup>- مثال الأعمال المشروعة ابتداءً: كراهة البيع عند النداء، لصلاة الجمعة لقوله تعالى: "فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع"، فإنه حكم المشروع غير مستثنى من القاعدة، وعلته ظاهرة فيمكن إعمال القياس بصدده في كل فرع تتحقق فيه ذات العلة. ومثال الأحكام المستثناة من حكم كلي، بيع العرايا: وهو بيع الرطب على رؤوس النخل بما يساويه من التمر خمراً، من غير كيل ولا وزن.

أنظر: في صدد حكم الأصل معقول المعنى المراجع التالية: محمد أبو زهرة، أصول الفقه، مرجع السابق، ص 184، 185. / زكريا البري، أصول الفقه، مرجع سابق، ص 104. / محمد مصطفى شبلي، أصول الفقه، مرجع سابق، ص 212. / بدران أبو العينين بدران، أصول الفقه، مرجع سابق، ص 159، 160.

<sup>(2)</sup>- البيضاوي: نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول، مصدر سابق. أنظر: شروط الفرع، ج 4، ص 53 وما بعدها.

أبو حامد الغزالي: المستصفي، مصدر سابق، ص 330، 331، قد ذكر خمسة شروط للفرع هي:

- 1- أن تكون علة الأصل موجودة في الفرع.
- 2- أن لا يتقدم الفرع في الثبوت على الأصل.
- 3- أن لا يفارق حكم الفرع حكم الأصل في جنسه لا في زيادة ولا في نقصان.
- 4- أن يكون حكم الفرع مما تثبت جملته بالنص.
- 5- أن لا يكون الفرع منصوصاً عليه.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص (التجريم والعقاب)

عَقَدْتُمْ الْأَيْمَانَ فَكَفَّرْتُمْهُ؛ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كَسَوْتُمْهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ<sup>ط</sup>  
(1)

فإن هذا النص يفيد إجزاء عتق الرقبة الكافرة، وبذلك يكون هذا النص مانعا من قياس كفارة اليمين على كفارة القتل الخطأ.

ومثال القياس المعارض للإجماع: القول بأن المسافر لا يجب عليه أداء الصلاة قياسا على عدم أداء الصوم في السفر استنادا إلى قوله تعالى: ﴿فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾<sup>(2)</sup>، وهذا القياس يكون باطلا، لأن الإجماع انعقد على حرمة ترك الصلاة أثناء السفر، واقتصر الأمر على قصرها للتخفيف<sup>(3)</sup>.

### 2- أن يستوي الأصل مع الفرع في علة الحكم:

تعدية حكم الأصل إلى الفرع هو تسوية بينهما في الحكم بناء على تساويهما في العلة، فإذا لم تتحقق المساواة في العلة انتفت المساواة في الحكم ويصير القياس غير صحيح، ويسمى هذا القياس "قياس مع الفارق".

وتمثل البعض للقياس مع الفارق، بقياس الحنفية نولي المرأة البالغة العاقلة عقد زواجها على بيعها شيئا من مالها، فكما يصح بيعها يصح عقد زواجها، لأن كلا منها تصرف في خالص حقها الذي يتمثل في المال في عقد البيع، ونفسها في عقد الزواج.

وقد رد المخالفون للحنفية بأن هذا القياس مع الفارق، لأن المقيس عليه الذي يتمثل في البيع يتعلق بالمال، وهو حق خالص للمرأة لا يشاركها فيه أحد، بينما المقيس وهو الزواج، فإنه وإن تعلق بنفس المرأة فإنه يتعلق بغيرها من الأقارب الذين تتكون منهم الأسرة.

ذلك أن عقد الزواج كما يربط بين الزوجين فإنه أيضا يربط بين أسرتهما، ومن هذه الناحية يفترق الزواج عن البيع<sup>(4)</sup>.

(1)-سورة المائدة، الآية 89.

(2)-سورة البقرة، الآية 184.

(3)-محمد أبو زهرة، أصول الفقه، مرجع سابق، ص187. / زكريا البري، أصول الفقه، مرجع سابق، ص163. / محمد زكريا البرديسي، أصول الفقه، مرجع سابق، ص141، 142. / محمد مصطفى شبلي، أصول الفقه، مرجع سابق، ص218. / بدران أبو العينين بدران، أصول الفقه، مرجع سابق، ص162، 163.

(4)-محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص187. / زكريا البري، المرجع السابق، ص163.

3- ألا يتقدم حكم الفرع في الثبوت على حكم الأصل:

لا يصح قياس الوضوء على التيمم في اشتراط النية باعتبار أن كلا منهما تطهير حكمي، لأن الوضوء قد شرع قبل التيمم، فلو صح هذا القياس لترتب عليه ثبوت حكم الفرع وهو وجوب النية في الوضوء قبل ثبوت علقته، لأنها مستثبنة من حكم الأصل المتأخر وهو التيمم<sup>(1)</sup>.

4- أن يتساوى الفرع مع الأصل:

لا يصح القياس عند تفاوتهما، وهذا يكون باطلا قياس الوضوء على التيمم بجامع أن كلا منهما مطهر، لأن الوضوء غير مساو للتيمم، ذلك أن الوضوء بالماء مزيل للأوساخ والأخبثات، أما التيمم بالتراب فهو ملوث، ولكن الشارع اعتبره مطهر عند فقد الماء، أو التضرر من استعماله، فلم يتساويا، فلا يقاس أحدهما على الآخر<sup>(2)</sup>.

ثالثا: شروط العلة.

العلة هي الوصف الظاهر المنضبط الذي يبنى عليه الحكم<sup>(3)</sup>. ويشترط في الوصف الذي يعلل به الحكم:

1- أن تكون العلة وصفا ظاهرا<sup>(4)</sup> ومثاله الإسكار الذي هو علة تحريم الخمر، وهو وصف ظاهر تتحقق في الخمر ويمكن التحقق من وجوده في أي نبيذ آخر.

2- أن تكون العلة وصفا منضبطا<sup>(5)</sup>: بمعنى لا تختلف باختلاف الأشخاص والأموال أو البيئات ويكون له حقيقة معينة ثابتة غير مضطربة، فقتل المورث علة منضبطة لحرمان القاتل من الميراث، لأن له حقيقة واحدة هي إزهاق روح المورث.

3- أن تكون العلة وصفا مناسبا: بمعنى أنه ربط الحكم بهذا الوصف وجودا أو عدما يترتب عليه تحقيق مصلحة الناس أو دفع مفسدة عنهم.

(1)- بدران أبو العينين بدران، أصول الفقه، مرجع سابق، ص 164.

(2)- المرجع نفسه، ص 163، 164.

(3)- محمد زكريا البرديسي: أصول الفقه، مرجع سابق، ص 242/ بدران أبو العينين بدران: المرجع السابق، ص 164.

(4)- للمزيد بشأن العلة أن تكون وصفا ظاهرا.

أنظر: محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص 189/ عباس متولي حمادة: أصول الفقه، مرجع سابق، ص 183/ مصطفى شليبي: أصول الفقه، ص 234/ بدران أبو العينين بدران: المرجع السابق، ص 173، 174

(5)- محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص 189/ عباس متولي حمادة: المرجع السابق، ص 183/ مصطفى شليبي: المرجع السابق، ص 234.



## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

4- أن تكون العلة وصفا قاصرا على الأصل<sup>(1)</sup>: بمعنى أن يكون الأصل المعلل به حكم الأصل مما يمكن تحققه في غير ذلك الحبل، فلا بد من المساواة في العلة أصلا وفرعا بحيث لو كانت العلة قاصرة على الأصل اتفق القياس لإعدام العلة بين الأصل والفرع.<sup>(2)</sup>

### المطلب الثاني: مجال حظر القياس في قانون العقوبات.

من بيان أركان القياس وشروطه يبرز أن حجر الزاوية في القياس يتمثل في قاعدتين هما:

الأولى: أنه من الممكن تعدية حكم الأصل إلى الفرع متى توافر شرطان:

- أن يكون حكم الأصل معقول المعنى

- أن تكون علة الأصل متعددة غير قاصرة.

الثانية: أن الحكم الخاص لا يقاس عليه، ويعتبر الحكم خاصا في حالة كون علة حكمه قاصرة عليه ولا يمكن تحققها في غيره، وهذا ما سيتم التعرض إليه في الفرع الثاني من هذا المطلب .

وهنا يثور تساؤل مفاده: ما مدى صحة القول بأن الاستثناء لا يقاس عليه؟ هذا ما يعالجه الفرع الأول.

أما القواعد التي يحظر القياس بصدها فيعرضها الفرع الثالث، ويختص الفرع الرابع ببيان سند حظر القياس في مجال التجريم .

**وفي هذا الصدد يذهب رأي في الفقه جدير بالتأييد أن القول بأن الاستثناء لا يقاس عليه لا يمكن التسليم به على إطلاقه، ذلك أنه من الممكن القياس على الحكم الاستثنائي متى كانت علة متعدية إلى غيره، إذ أن مناط القياس هو اشتراك الأصل مع الفرع في العلة التي تكون متعدية من الأول إلى الثاني<sup>(3)</sup>.**

### الفرع الأول: تحديد مدلول القاعدة الاستثنائية.

القاعدة الاستثنائية هي التي يتم تحديدها بالنظر إلى مبدأ عام إلى أحد الموجهات العامة للنظام القانوني، وعلى ذلك يمكن القول أن تحديد استثنائية القاعدة لا يمكن أن يقوم على المقارنة بينها وبين قاعدة قانونية

(1)- محمد أبو زهرة: المرجع نفسه، ص190/ عباس متولي حمادة: المرجع نفسه، ص184-185.

(2)- للمزيد في شروط العلة أنظر: الشوكاني: ارشاد الفحول، مرجع سابق، ص207/ الغزالي: المستصفي، مصدر سابق، ج2، ص335

محمد زكريا البرديسي، أصول الفقه، مرجع سابق، ص242/ بدران أبو العينين بدران: أصول الفقه، المرجع السابق، ص164.

(3)- محمد وحدي عبد الصمد: الاعتذار بالجهل بالقانون، مرجع سابق، ص883-884.

## الباب الثاني: ..... (الفصل الثاني): تفسير نصوص (التجريم والعقاب

أخرى كما يقول البعض<sup>(1)</sup>، إذ أن ما يعتبر أصلا بالنسبة لقاعدة استثنائية قد يعتبر في ذات الوقت استثناء بالنسبة لقاعدة أخرى<sup>(2)</sup>.

ويرى الأستاذ مأمون سلامة: أنه يجب توافر شرطين لقيام العلاقة بين الأصل والاستثناء وهما:

1- تطبيق القاعدة الاستثنائية على الحالات التي كان ينبغي فيها تطبيق القاعدة الأصلية في حالة غياب القاعدة القانونية.

2- أن يتعارض الأثر القانوني للقاعدة القانونية الفرعية مع الأثر القانوني للقاعدة الأصلية<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني: تحديد مدلول القاعدة الخاصة.

يوجد نوعان من القواعد الخاصة:

الأولى: القاعدة الخاصة بمعناها الواسع: وهي التي تعالج حالة من جنس الحالات التي تعالجها قاعدة أخرى بحيث يمكن اعتبار الأولى نوعا من الثانية.

الثانية: القاعدة الخاصة بالمعنى الضيق: وهي التي تستأثر بحكم الحالة التي يتضمنها بحيث يستحيل تعدية هذا الحكم بالقياس إلى ما عداها ويرجع ذلك لسببين:

1- استحالة وجود علة الحكم في غير الأصل أي أن يكون الحكم ذا علة قاصرة.

2- قيام الدليل على اختصاص حكم الأصل له<sup>(4)</sup>.

ويذهب رأي إلى أن هذا النوع من القواعد الخاصة لا يمكن التوسع فيه بطريق القياس، ليس لكونه من عداد القانون غير العادي وإنما لكون هذه القواعد مستوحاة من عبارات غاية في الخصوصية، حيث أن النص

(1) - جلال العدوي: الإجماع القانوني على المعارضة، المكتب المصري الحديث، للطباعة والنشر، 1965م، ص 267.

حيث يذكر أن التمييز بين الأصل والاستثناء يتم وفق معيار إحصائي أو كمي فالقاعدة تعد عامة إذا كانت تحكم طائفة من الوقائع تزيد عن تلك التي تحكمها قاعدة أخرى فتكون الأولى أصلا والثانية استثناء.

(2) - محمد وجدي عبد الصمد: المرجع السابق، ص 885. / كما أشار إليه: رفاعي سيد سعد: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 426.

(3) - مأمون سلامة: حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، مرجع سابق، ص 67 وفي ذات المرجع ص 68-69. تعرض لمعيار القاعدة الاستثنائية مقررًا أنه يستند إلى أساس كمي وليس إلى أساس إحصائي أو كمي.

(4) - عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، ط 4، ص 67.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

الذي يصدر عنها يستنفذ نطاقه فيها<sup>(1)</sup>.

وصفوة القول في هذا الخصوص أن الراجح فقها<sup>(2)</sup> مؤداه: أن القياس على القواعد الاستثنائية ممكن إذا كانت هذه القواعد صادرة عن مبدأ قانوني عام، إذ أن الأحكام معقولة المعنى يمكن القياس عليها متى كانت هذه الأحكام مبتدئة أو مستثناة من أحكام كلية.

أما بالنسبة للقواعد الخاصة<sup>(3)</sup>، فإنه يجب التفرقة بين القواعد الخاصة بمعناها الواسع والقواعد الخاصة بالمعنى الضيق، فحيث يجوز القياس على الأولى لأنها ذات علل متعدية، إلا أنه لا يمكن القياس على الأخيرة أبداً إذ أن أحكامها ذات علل غير متعدية.

إلا أن هناك جانباً في الفقه<sup>(4)</sup>، يقول أن الاستثناء لا يقاس عليه ولا يناقض به، ذلك لأنه يكون معدولاً به عن طريق القياس المسلوب وقاعدته المطردة.

لكن يبقى السؤال المطروح، ما هو معيار العلة في القانون الوضعي؟

إن معيار تعدي العلة أو قصورها يكمن في المحل القانوني للجريمة، وهو عبارة عن المصلحة المستهدفة بالحماية من قبل الشارع بواسطة النص التجريمي، وليس المحل المادي وهو ما ينصب عليه نشاط الجاني.

فإذا كان المحل القانوني للجريمة واحد في جريمتين أو أكثر، كانت العلة فيهما واحدة وجاز الالتجاء إلى القياس، أما في حالة اختلاف المحل القانوني فينتفي القياس<sup>(5)</sup>.

الفرع الثالث: القواعد التي يحظر القياس بصدددها.

(1) - جلال العدوي: الإجماع القانوني على المعارضة، مرجع سابق، ص 269. محمد وحدي عبد الصمد: الاعتذار بالجهل بالقانون، مرجع سابق، ص 885 - 886.

(2) - عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق، ص 66 - 67. جلال العدوي: المرجع السابق، ص 271.

(3) - محمد وحدي عبد الصمد: المرجع السابق، ص 886. وأشار إليه، رفاعي سيد سعد: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 428 - 429.

(4) - سليمان مرقس: المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 205. مأمون سلامة: حدود سلطة القاضي الجنائي، مرجع سابق، ص 66. رمسيس مهنم: النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 229.

(5) - رمسيس مهنم: المرجع السابق، ص 229. ص 234.

وحدي عبد الصمد: الاعتذار بالجهل بالقانون، مرجع سابق، ص 887، ويرى أن معيار العلة في القانون الوضعي لا يختلف عن معيارها في الشريعة الإسلامية وذلك لأن فكرة المصلحة التي اتخذها علماء الأصول أساساً للوصف الظاهر المنضبط الذي تبني عليه العلة هي ذات فكرة المبدأ العام أو الموجهات العامة للنظام القانوني التي يشير إليها فقهاء القانون الوضعي لتعدي العلة أو قصورها.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص (التجريم والعقاب)

إذا كانت القواعد التجريبية هي تلك التي تحظر الإتيان أو الامتناع عن فعل يترتب عليه حدوث ضرر أو يعرض للخطر مصلحة جوهرية قرر الشارع حمايتها عن طريق العقاب.

فهذه القواعد ليست استثناء وليست قواعد خاصة، بل هي أصل يرد إلى مبدأ من المبادئ العامة للنظام القانوني<sup>(1)</sup> وقد يحدث في بعض الحالات أن يسكت الشارع عن بيان حكم واقعة معينة في نصوص القانون في حين أنه يعالج في تلك النصوص واقعة مماثلة<sup>(2)</sup>.

فهل يجوز للمفسر أن يلجأ للقياس لسد الفراغ التشريعي أم أن ذلك محظور عليه بصدد القواعد التجريبية؟

يمكن القول وفق ما ذهب إليه بعض الفقه<sup>(3)</sup>، أن قواعد التجريم هي قواعد أصلية، تصلح بذاتها لأن تكون محلاً للقياس عليها إذا كانت العلة مشتركة بين كل من المقيس والمقيس عليه<sup>(4)</sup>.

غير أن غالب الفقه<sup>(5)</sup>، يرى أنه إذا كان للمفسر أن يبحث عن قصد الشارع الذي يستهدف حماية مصلحة أو حق معين، مستعينا في ذلك بكل الأساليب التي تمكنه من التوصل إلى هدفه، فإن عليه في هذا البحث ألا يصل إلى حد خلق جرائم أو عقوبات لم ينص عليها القانون<sup>(6)</sup>.

و على أثر هذا فليس للمفسر أن يقيس فعلاً مباحاً على آخر قرر الشارع له عقوبة، مقررًا للأول عقوبة **الثاني، استناداً إلى التشابه بين الفعلين** واعتقاداً منه بأن العقاب على الأول يحقق ذات المصلحة المستهدفة بالعقاب على الثاني.

فلا يمكن للقاضي أن يقيس فعل الاستيلاء على المنفعة على فعل الاستيلاء على شيء مملوك للغير دون حق من قبيل السرقة إذا حصل خلصة، وقد يشكل جريمة نصب واحتيال إذا استعمل المتهم طرقاً احتيالية للحصول على هذا الشيء، ولذا لا ينبغي له أن يقيس على إحدى وسائل النصب المنصوص عليها في المادة

(1)- رفاعي سيد سعد: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 431.

(2)- عبد الفتاح الصيفي: القاعدة الجنائية، مرجع سابق، ص 384. / محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 157.

(3)- مأمون سلامة: حدود سلطة القاضي الجنائي، مرجع سابق، ص 57.

(4)- المرجع نفسه، الصفحة نفسها/ محمد وجدي عبد الصمد: المرجع السابق، ص 888.

(5)- محمد سليم العوا، المرجع السابق، ص 157.

(6)- محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 93. / أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، ص 158-159. / رمسيس مهنم: المرجع السابق، ص 288.

## الباب الثاني: ..... (الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب)

372 عقوبات جزائري وسيلة لم تتضمنها تلك المادة حيث يكون قد خالف القانون، إذا إعتبر الحصول على مال الغير عن طريق هذه الوسيلة من قبيل النصب.<sup>(1)</sup>

ويستوي في القياس المحظور أن يكون مستندا إلى علة نص آخر أو إلى روح التشريع في النظام العقابي والمبادئ التي تحكمه، طالما أنه في الحالتين سيوجد جريمة أو عقوبة لم ينص عليها المشرع<sup>(2)</sup>.

وحظر القياس لا يقتصر على القواعد التي تقرر العقوبة بداءة، بل يمتد إلى القواعد المشددة للعقاب فيشمها أيضا<sup>(3)</sup>.

وبالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري نتبين أنه لم يتضمن نصا صريحا يحظر القياس، إلا أن المستقراً يستخلص هذا من التنصيص على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الوارد بالمادة الأولى من هذا القانون والمادة 46 من الدستور، ويؤدي التسليم بهذا القيد على حظر القياس.

أما القضاء فقد استقر بوجه عام، على عدم جواز القياس في المواد الجزائية استنادا إلى قاعدة التفسير الضيق للنص الجزائي، ويبرر ذلك بالخشية أن يؤدي الاتجاه العكسي إلى إحداث جرائم جديدة لا ينص عليها القانون، الأمر الذي يتنافى مع مبدأ الشرعية.

ومع ذلك يجب الاعتراف بأن القضاء لم يتقيد دائما بالتطبيق الصارم لهذه القاعدة، حيث ذهب القضاء الجزائي بخصوص جرائم الشيك التي تشترط المادة 374 عقوبات جزائري<sup>(4)</sup> بشأنها توافر سوء النية لدى الجاني، إلى حد القول بأن "سوء النية مفترضة"، وهذا الرأي يعارض صراحة النص.

**ومن ثم إذا لم يتمكن القاضي من بلوغ قصد المشرع، يتعين عليه تفسير النص باختيار المعنى الذي يؤدي إلى الإباحة وليس إلى التحريم، وذلك انسجاما مع مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون وإلا وقع تحت طائلة البطلان<sup>(5)</sup>.**

وقد عرض موضوع القياس في قانون العقوبات على مؤتمرين دوليين الأول: عقد في باريس وهو

(1)-الغرفة الجنائية قرار 1968/10/15م/ مجموعة قرارات الغرفة الجنائية، ص 379

-أنظر احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 159.

(2)-أحمد فتحي سرور: الوسيط في شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 159. / محمد وجدي عبد الصمد: الاعتذار بالجهل بالقانون، مرجع سابق، ص 893.

(3)-رمسيس ببنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 229.

(4)-احسن بوسقيعة: المرجع السابق، ص 160.

(5)-الغرفة الجنائية قرار 1989/12/31، ملف 36367، المحلة القضائية 1989، العدد 4، ص 303.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

المؤتمر الدولي لقانون العقوبات<sup>(1)</sup> أما الثاني : فكان المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي عقد في لاهاي<sup>(2)</sup>.

كما عرضت مسألة القياس في مواد التجريم والعقاب على المؤتمر الأول -اللاتيني أمريكي- الذي عقد في "بونيس أيرس" عام 1938 وكان هناك شبه إجماع من الفقهاء الجنائيين على رفض القياس<sup>(3)</sup>.

### الفرع الرابع: سند حظر القياس في مجال التجريم.

الراجح فقها أن حظر القياس في مواد التجريم والعقاب يستند إلى مبدأ الشرعية الذي يحقق الردع فضلا عن ضمان الثبات والاستقرار القانوني.

**في حين يرى البعض<sup>(4)</sup> أن القياس يقوم على الاحتمال وليس على اليقين، والراجح أن تقوم أحكام قانون العقوبات على اليقين، يضاف إلى ذلك أن جسامه الجزاء الجنائي تبرر حظر القياس بصدد القواعد التجريبية.**

### أولا: موقف أنصار المنهج الواقعي من مبررات حظر القياس.

<sup>(1)</sup> -المؤتمر الدولي لقانون العقوبات، باريس، في الفترة من 26 إلى 31 /7/ 1937، نوقشت فيه مشكلة القياس وجاءت جميع التقارير تفيد حظر القياس في مجال التجريم والعقاب.

<sup>(2)</sup> -المؤتمر الدولي للقانون المقارن لاهاي، في الفترة من 4 إلى 11 أوت 1937، بواسطة الأكاديمية الدولية للقانون المقارن، كان من نتائجه شبه إجماع فقهاء القانون الجنائي على رفض القياس. أنظر تفاصيل أكثر حول هذين المؤتمرين في المراجع:

Luis jimenezde asua, l'analogie en droit pénal, rev, sc, crim 1949, p169.

Jean graven l'analogie en droit pénal suisse rev, sc, crim 1954, p670.

ذكرهما وأشار إليهما: رفاعي سيد سعد: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 435.  
<sup>(3)</sup> -تراجع التقارير العديدة التي كتبها المقررون في المؤتمر المذكور في المحلّة الدولية لقانون العقوبات عام 1937، ص 396 وما بعدها، 404 وما بعدها.

وفي هذا الخصوص ذهب الفقهاء الأمريكيون إلى عدم اللجوء إلى القياس في المواد التجريبية فضلا عن أن قانون العقوبات الإسباني لم يتضمن ما يشير إلى القياس والمبدأ محظور في المكسيك بنص دستوري، كما أن القياس محظور في القانون الإنجليزي ذلك أن مبدأ الشرعية في بريطانيا يوجد في الشريعة العامة وإن كان التطبيق العملي قد أبرز انتهاك المحاكم البريطانية لمبدأ الشرعية أما في فرنسا فإن القاضي الفرنسي لديه سلطات أكثر من القاضي الإنجليزي في تحديد الجرائم.  
أنظر:

Luis jimenezde asua, l'analogie en droit, rev, sc, crim 1949, pp 196-197-205-206.

ذكره وأشار إليه رفاعي سيد سعد: المرجع السابق، ص 437.

<sup>(4)</sup> -مأمون سلامة: حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، مرجع سابق، ص 57.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه لا مفر من منح القاضي الجنائي قدر من السلطة التي تمكنه من المساهمة في إنشاء وتطوير القاعدة القانونية، بما يتلاءم وتطور الحقائق الاجتماعية التي تنظمها تلك القاعدة<sup>(1)</sup>.

وإذا كان الأصل في مبدأ الشرعية أنه يحمي المصالح الاجتماعية، وأن المشرع مهما أوتي من دقة وقدرة فإنه لن يتمكن من حصر جميع الأفعال التي تستوجب التجريم لضررها بالمصالح الاجتماعية والوقوف في سبيل تحقيق أهداف السياسة الجنائية، إذا كان ذلك هو الأصل، فإن مبدأ الشرعية في صورته التقليدية الجامدة والمغرقة في الشكلية لا يفيد سوى الأفراد الذين باستطاعتهم التصرف على نحو يبعدهم عن المجال الذي يلحقهم فيه القانون بنصوصه التجريبية<sup>(2)</sup>.

ويذهب أنصار أعمال القياس في مجال قانون العقوبات إلى أن الفقه التقليدي الذي يحظر إعماله في هذا المجال يقع في تناقض عجيب، وذلك لأنه يؤمن بأن مبدأ الشرعية ضمان أكيد للحريات الفردية وفي ذات الوقت يسلم بقاعدة عدم الاعتداد بالجهل أو الغلط في قانون العقوبات، ولا يخفي أن قاعدة عدم الاعتداد بالجهل بقانون العقوبات لا يقل خطورة على حريات الأفراد وحقوقهم عن مخالفة مبدأ الشرعية بجواز إعمال القياس.

وينتهي الفقه الجنائي المؤيد لإعمال القياس في مجال النصوص الجنائية إلى أن التبرير الأساسي لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات لا يتعدى ضمان الثبات والاستقرار القانوني، إلا أن الثبات والاستقرار القانوني لا يتوقف دائما على وجود مبدأ الشرعية، إذ لا يمكن أن يتشكك أحد في وجود الثبات والاستقرار القانوني في النظم والتشريعات التي لم تنص على مبدأ الشرعية، بل على العكس من ذلك تماما، فإن الثبات القانوني يهتز في ظل النظم التي تعترف بهذا المبدأ وتقرره صراحة لكنها في ذات الوقت تحوي قواعد مرنة ونصوص ذات صيغة عامة تنطوي على ألفاظ فضفاضة غير محددة المعنى، وكثيرا ما يستخدم المشرع العناصر القاعدية أو المعيارية **والتقييمية في تحديد النموذج التشريعي للواقعة الإجرامية**<sup>(3)</sup>.

ويخلص الفقه الواقعي من جماع ما سبق إلى أن الشرعية الشكلية التقليدية قد فقدت كل مقومات وجودها، بل إنها أصبحت تشكل عبء على العدالة الاجتماعية، تلك العدالة التي لا يحققها إلا نظام تشريعي يقوم على شرعية موضوعية مناطها الضرورات الاجتماعية، فإذا اقتضت هذه الضرورات إباحة

(1) - المرجع نفسه، ص 38.

(2) - المرجع نفسه، ص 40.

(3) - مأمون سلامة: المرجع السابق، ص 41.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص (التجريم والعقاب)

إعمال القياس، فليس ذلك معناه الوقوع في عدم الشرعية، بل على العكس من ذلك فإن إعمال القياس إنما هو تلبية لنداء الضرورات الاجتماعية المنضبطة وتحقيق لعدالة حقيقية وليس مجرد عدالة شكلية، وهذا هو جوهر مبدأ الشرعية، وهو الذي يمكن قانون العقوبات من أداء دوره في تطوير المجتمع وحماية مصالحه الجوهرية المتجددة<sup>(1)</sup>.

ثانيا: موقف النظرية الشخصية من القياس.

-يذهب بعض أنصار هذه النظرية إلى نفي الدور المنشئ للقياس، إنطلاقا من أن إخضاع الواقعة غير المنصوص عليها لحكم القاعدة القانونية الخاصة بالواقعة المماثلة لها بواسطة القياس، أمر يتفق والإرادة الضمنية للشارع التي تستفاد من إرادته الصريحة في تنظيم واقعة معينة بقاعدة تشريعية، مما يستوجب إخضاع جميع الوقائع المتماثلة معها لذات الحكم استنادا إلى الإرادة الضمنية للشارع.<sup>(2)</sup>

-ويرى جانب آخر<sup>(3)</sup> أن للقياس دورا منشئا للقاعدة القانونية، ذلك أن البحث عن إرادة الشارع الضمنية وتطبيقها على الواقعة غير المنصوص عليها صراحة يتم عن طريق التفسير الواسع، أي أن القياس يطبق عند إنعدام إرادة الشارع الصريحة والضمنية وبالتالي يكون للقياس دورا منشئا.

-ويقرر فريق ثالث<sup>(4)</sup> أن القياس وسيلة للكشف عن الإرادة المفترضة للشارع وليس مصدرا لقاعدة جديدة. ذلك أن الشارع بتنظيمه لواقعة معينة يفترض تطبيق الحكم على جميع الوقائع المماثلة لها والمتفقة معها في العلة، باعتبار أن الشارع كان لابد وأن تتجه إرادته إلى الوقائع غير المنصوص عليها والمماثلة للمنصوص عليها.<sup>(5)</sup>

-على أن النظرية الشخصية في التفسير تعرضت لنقد شديد ذلك أن فكرة الشارع كإنسان مجرد افتراض، إذ أنه في التشريعات الحديثة يكون التشريع تعاون بين أكثر من جهاز من أجهزة الدولة، بمعنى يشترك في إعداده أكثر من فرد، الأمر الذي يؤدي إلى أن تكون صيغة التشريع معبرة عن وجهات النظر

(1)-المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(2)-المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3)-المرجع نفسه، ص 44.

(4)-المرجع نفسه، ص 46.

(5)-jean Geaven, les principes de le galitie, de lanalogie Et de linterpretation et leur application en droit penal.suis, reva. Penal, sui se 1951 p 398-406

ذكره وأشار إليه: مأمون سلامة في مؤلفه: حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، ص 46.



## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

المختلفة والمتباينة.<sup>(1)</sup>

كما أنه لا يمكن التمييز بين التفسير الواسع والقياس، طالما أن جميع الحالات المتماثلة المنصوص عليها وغير المنصوص عليها تستوعبها إرادة الشارع صراحة أو إفتراضاً، بل إن الربط بين القياس وإرادة الشارع يؤدي إلى الخلط بين القياس ومفهوم المخالفة، فالحديث أن إرادة الشارع وقت صدور التشريع كمناط للتفسير يؤدي منطقياً إلى إستبعاد الوقائع غير المنصوص عليها استناداً إلى مفهوم المخالفة، ذلك أن عدم النص على الواقعة المماثلة، يعني أن الشارع لم يضع تلك الواقعة في حسابه.

فالقياس ومفهوم المخالفة يتطلبان أن تكون الواقعة غير المنصوص عليها قد تجاهلها الشارع، وعلى ذلك فإن الأخذ بالإتجاه الشخصي في التفسير يؤدي إلى أن يكون الخيار بين أعمال القياس ومفهوم المخالفة تحكيمياً من قبل المفسر وليس استناداً إلى أسس موضوعية.

كما أن قيام الإتجاه الشخصي على إرادة الشارع، يجعل التفسير في غالب الأحوال قائماً على الاحتمال ذلك أن إرادة الشارع، لا يمكن تحديدها على سبيل القطع واليقين، بل هي تستخلص من المذكرات الإيضاحية والتقارير والمناقشات التي تصاحب صدور التشريع.<sup>(2)</sup>

يذهب الأستاذ "مأمون سلامة" إلى أن جميع التبريرات التي يقول بها الفقه لحظر للقياس في النصوص الجنائية تصلح أيضاً- في حالة صحتها- بالنسبة للنصوص غير الجنائية.<sup>(3)</sup>

فالإحتجاج بالثبات القانوني كضرورة لقانون العقوبات أمر لاغنى عنه، بالنسبة للقواعد القانونية العامة.

وبصدد القول بأن القياس يقوم على الاحتمال وليس على اليقين فإنه يجب أن تكون أحكام جميع القواعد القانونية يقينية.

هذا فضلاً عن أن جسامة الجزاء الجنائي لا تكفي لتبرير حظر القياس، إذ أن القواعد غير الجنائية لها جزاءاتها أياً كانت درجة جسامتها.<sup>(4)</sup>

على أنه يلاحظ أن جسامة الجزاء الجنائي سبب رئيسي لحظر القياس في قانون العقوبات، إذ أن ذلك

(1)-مأمون سلامة: حدود سلطة القاضي الجنائي، مرجع سابق، ص 46.

(2)-المرجع نفسه، ص 46-47.

(3)-المرجع نفسه، ص 47 وما بعدها.

(4)-مأمون سلامة: المرجع السابق، ص 48.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

الجزء بمس الحرية الشخصية للفرد. ويستطرد قائلا: «أن المبررات السابقة تنبع من الاتجاه الشخصي في التفسير، وهذا الاتجاه يقوم على استخلاص إرادة الشارع وقت وضع النص، وطبيعي أن البحث عن الإرادة المذكورة يقوم على الإحتمال، بينما ربط القاعدة بعلمتها التشريعية لن يؤدي إلى الاحتمال أو عدم الثبات القانوني، إذ أن القاعدة ذاتها تحمل المقدمات التي تساعد المفسر على تحديد مضمونها موضوعيا، وليس اعتمادا على إرادة من قبيل المجاز الفقهي»<sup>(1)</sup>.

ويقرر أيضا أن مبررات حظر القياس في النصوص التجريبية مرتبط بالفكر السياسي الذي عاصر نشوء مبدأ الشرعية، والدليل على ذلك وجود بعض التشريعات التي لا تحظر القياس في المواد الجنائية، ورغم ذلك لم يهتز الثبات القانوني في هذه التشريعات، بينما كثير من التشريعات التي تنهى عن القياس تتضمن نصوصها مفاهيم غير منضبطة فضفاضة تفتح الباب للإحتمال في التفسير، وتؤدي إلى عدم الثبات القانوني، ومثال ذلك عبارات "الإهمال الجسيم" و"الضرر الجسيم".

ويضيف أن المبررات التي يسوقها الفقه بصدد حظر القياس ليست مقنعة، بل إنها تتهاوى إذا ما وضعت على بساط البحث والتأصيل<sup>(2)</sup>.

غير أنه إذا وجد نص صريح ينهي عن القياس في قانون العقوبات فيجب الامتنال له .

وهذا النص يفتقر إليه التشريع العقابي الجزائري<sup>(3)</sup>، إنما استقر الفقه على استخلاص الحظر من مبدأ

شرعية الجرائم والعقوبات المنصوص عليه في المادة 46 من الدستور والمادة الأولى من قانون العقوبات .

ويستطرد الأستاذ مأمون سلامة قائلا: «إن هذا الحظر يقتصر على القياس كمصدر من مصادر القاعدة القانونية أما القياس كوسيلة للتفسير فإنه لا يتعارض مع مبدأ الشرعية بدليل وجود القواعد القانونية على بياض»<sup>(4)</sup>.

**والواقع أن القواعد على بياض لا تبرر في الغالب إباحة القياس، وذلك أن تحديد الفعل الإجرامي يترك للسسلطة التنفيذية في الغالب، وذلك يكون في مسائل فنية هي أفدر من غيرها على تحديدها تحديدا دقيقا،**

(1)-المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(2)-المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3)-أنظر: المادة الأولى، من قانون العقوبات، ص 1.

(4)-القاعدة القانونية على بياض هي: الأصل أن النص التشريعي يتضمن بذاته معنى التجريم والعقوبة معا، ولكنه في بعض الأحوال قد يقتصر على العقوبة ويحيل في تحديد التجريم إلى نصوص أخرى، وفي هذا الحالة يطلق الفقه الجنائي المقارن على هذا النوع من القواعد إسم القاعدة على بياض.

أنظر: مزيدا من التفاصيل حول هذه المسألة: أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 147.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

بالإضافة إلى أن الدستور أجاز للسلطة التنفيذية القيام بالتشريع في بعض الحالات<sup>(1)</sup>، كما أن السلطة التشريعية هي التي تحدد العقوبة نظرا لجسامتها ولا تترك هذا الأمر لأية سلطة أخرى، وفي الحالات التي تفوض فيها غيرها في تحديد العقوبة، تضع حدا أقصى يتعين عدم تجاوزه من قبل السلطة المفوضة طبقا للدستور أو القانون.

### المطلب الثالث: مجال إباحة القياس في المواد الجنائية.

يتوزع هذا المطلب إلى أربعة فروع :

الأول: القياس بصدد قواعد الإباحة

الثاني: القياس بالنسبة لموانع المسؤولية

الثالث: القياس وموانع العقاب وتخفيفه

الرابع: التفسير الواسع والقياس

إذا كان الفقه والقضاء قد أجمع على عدم جواز القياس في نصوص التجريم والعقاب لتعارضه مع مبدأ الشرعية الذي يعتبر مبدأ عاما، ومسلمة من المسلمات حتى في حالة النص عليه دستورا أو قانونا.

فهل يجوز القياس في غير ما يتعلق بنصوص التجريم والعقاب؟

الأصل أن جميع القواعد الجنائية يجوز القياس عليها ما لم ينص بحظر ذلك، وعليه فإن القياس يباح في النصوص الجنائية عند عدم وجود النص الذي يقضي بالحظر، وعند انتفاء التعارض بين النص المراد القياس عليه وبين مبدأ الشرعية، شريطة أن لا تكون علة الأصل قاصرة عليه<sup>(2)</sup>، والقواعد الجنائية التي لا تتعارض مع مبدأ الشرعية هي التي تقرر سببا للإباحة أو لامتناع المسؤولية أو لامتناع العقاب أو لتخفيفه.

وعلى أثر ذلك فإنه يمكن القول بجواز القياس في صدد القواعد غير التجريبية سالفه الذكر إلا أن نطاق القياس يتباين فيما بينها وذلك على النحو التالي:

### الفرع الأول: القياس بصدد قواعد الإباحة.

(1)-أنظر المادة 93 من دستور الجزائر، مرجع سابق، ص25-26. وكذا المادة 122، ص36.

(2)-رفاعي سيد سعد: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص446./ مأمون سلامة: قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص49-50./ أحمد فتحي سرور: الوسيط القسم العام، مرجع سابق، ص160./ جلال ثروت: النظرية العامة لقانون العقوبات، ص60.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

أجمع الفقه<sup>(1)</sup> على جواز القياس بصدد أسباب الإباحة إذ يكون حق القاضي أن يستخلص أسباب الإباحة من أي مصدر منصوص عليه في القانون أو غير منصوص عليه، وذلك باعتبارها قواعد أصلية، وعليه أجمع الفقه والقضاء أن الدفاع الشرعي سببا عاما للإباحة في كل الجرائم، فيجوز الدفاع الشرعي بأية جريمة غير القتل والجرح والضرب.

وقد أوردت المادة 39 عقوبات جزائري<sup>(2)</sup> الجرائم التي تبيح الدفاع الشرعي ولم تحصرها في جرائم الاعتداء على الأشخاص بل وسعت من نطاقها.

ويبدو من أول وهلة أن المشرع حصر هذه الجرائم في القتل أساسا وفي أعمال العنف، ولكنها في حقيقة الأمر أوسع من ذلك كما يتبين ذلك من خلال نص المادة 1/40 عقوبات جزائري<sup>(3)</sup> التي أشارت إلى الاعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه، وهذه العبارة الأخيرة تغطي كل أعمال العنف بما فيها جرائم العرض المرتكبة بالعنف.

ولذلك كان الراجح أنه متى كان الدفاع جائزا فإنه يجوز في أي جريمة أخرى غير القتل والجرح والضرب، كخروج المرأة عارية- في الطريق العام- للهرب ممن يريد اغتصابها<sup>(4)</sup>.

غير أنه توجد أسباب إباحة خاصة بعضها يتعلق بجرائم معينة، كالضرب الذي يقع من الزوج تأديبا لزوجته والقتل الذي يحدث من المتقاضى في دعوى مطروحة أمام المحكمة عندما يتطلب دفاعه ذلك، وكذلك جرائم الرأي التي تقع من أعضاء المجلس النيابي، والبعض الآخر يقتصر على بعض الأشخاص، مثال ذلك ما يحدث من الموظف العام عند ممارسته للسلطة المقررة في القانون، فإنه لا يجوز القياس على هذه الأسباب الخاصة لأن علتها قاصرة عليها، فلا يمكن تعديتها إلى غيرها فحق التأديب يقتصر على الزوج دون أي شخص آخر، والقتل أمام المحكمة يرتبط ارتباطا وثيقا بوجود الدعوى بين يدي القضاء ويقتصر على أطراف الدعوى دون سواهم.

**كما أن الحصانة البرلمانية تقتصر على أعضاء البرلمان دون غيرهم، ويكون ذلك حال ممارستهم الوظيفة**

(1)- محمود نجيب حسني: قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 94، 95. / رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 231. / أحمد فتحي سرور، الوسيط في القانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 160. / محمد وجدي عبد الصمد، الاعتذار بالجهل بالقانون، مرجع سابق، ص 899.

(2)- احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 26/23.

(3)- المرجع نفسه، ص 26.

(4)- انظر في هذا المعنى. سليمان بارش: شرح قانون العقوبات الجزائري، شرعية التجريم، مرجع سابق، ص 126.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

البرلمانية وخاصة بما يصدر عنهم من أقوال فقط<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: القياس بالنسبة لموانع المسؤولية.

تعد موانع المسؤولية قواعد عامة صادرة عن مبدأ قانوني عام مؤداه :

عدم تحميل المسؤولية إلا لمن كان أهلا لها، ولذا يجوز القياس بصدد موانع المسؤولية متى توافرت العلة المشتركة بين المقيس والمقيس عليه.

وتنص المادة 47 عقوبات جزائري على أن: «لا عقوبة على من كان في حالة جنون وقت ارتكاب الجريمة...»<sup>(2)</sup>.

ويدخل تحت مصطلح الجنون صورة أخرى من الأمراض العصبية والنفسية التي قد تجرد الإنسان من الإدراك أهمها الصرع Epilepsie اليقظة النومية Somnambulisme يقوم المصاب بها من نومه ويأتي أفعالا لا يشعر بها.

في حين لا يدخل ضمن هذا المفهوم التنويم المغناطيسي حيث لا تبعد المسؤولية عن الشخص الذي ارتكب جريمة تحت تأثير تنويم مغناطيسي، إلا إذا ثبت أن منومه قد سلب حريته وقت ارتكاب العمل الجرمي<sup>(3)</sup>.

كما لا يدخل السكر وتناول المخدرات ضمن موانع المسؤولية بسبب فقدان الوعي، ومن ثم يعاقب بالعقوبات المقررة قانونا كل من ارتكب جريمة وهو في حالة سكر أو تحت تأثير مادة مخدرة تناولها عن علم وإرادة، أما إذا تناول المتهم المادة المسكرة أو المخدرة قهرا أو عن غير علم، فيمكن اعتباره سببا لانعدام المسؤولية بعنوان الإكراه وليس بعنوان الجنون<sup>(4)</sup>.

فيعد الإكراه المسبب للجريمة من ضمن القوة المادية على إنسان تسلبه إرادته وتدفعه إلى إتيان فعل يمنعه القانون، وليس قياسا على نص المادة 47 عقوبات جزائري المتعلقة بحالة الجنون.

### الفرع الثالث: القياس وموانع العقاب وتخفيفه.

(1)- محمد وجدي عبد الصمد: الاعتذار بالجهل بالقانون، مرجع سابق، ص 899.

(2)- احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 28.

(3)- احسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائري العام، مرجع سابق، ص 205.

(4)- المرجع نفسه، صفحة نفسها.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

ذهب رأي<sup>(1)</sup> إلى أن القواعد التي تضمنت موانع العقاب تنقسم إلى نوعين : إحداهما قواعد عامة وهذه يجوز القياس عليها، والأخرى قواعد خاصة غير متعدية الحكم وهذه لا يجوز القياس عليها. وعلى أساس من هذا فإن ما نصت عليه المادة 368 عقوبات جزائري<sup>(2)</sup> والتي تقضي "لا يعاقب على السرقات التي ترتكب من الأشخاص المبيينين فيما بعد ولا تحول إلا الحق في التعويض المدني".

1-الأصول إضراراً بأولادهم أو غيرهم من الفروع.

2-الفروع إضراراً بأصولهم.

3-أحد الزوجين إضراراً بالزوج الآخر.

فهذه المادة تتضمن حكماً أحدهما : خاص بالأشخاص المستفيدين من المانع وهذا الحكم ذو علة قاصرة والثاني : يتعلق بالجريمة محل الإعفاء وهذا علته متعدية.

وتطبيقاً لهذه التفرقة يقتصر الإعفاء على الأشخاص المذكورين في المادة وهم أحد الزوجين أو أحد الأصول أو الفروع، حيث العلة تتمثل في علاقة القرابة أو الدم التي تربط بين الجاني والمجني عليه في هذه الجريمة.

وهو الأمر الذي لا يتحقق بنفس الدرجة والقوة في علاقة المجني عليه بغيرهم، فالعلة هنا قاصرة وبالتالي لا يجوز قياس الأخ أو العم مثلاً على الزوج أو الابن.

أما فيما يتعلق بالجريمة محل الإعفاء، فيقول أصحاب هذا الرأي أن علته متعدية فيجوز تطبيق حكم المادة على النصب وخيانة الأمانة التي تقع من الأشخاص المحددين بها، وهذا ما نصت عليه المواد 368-373-377 عقوبات جزائري<sup>(3)</sup>.

كما أنه ووفقاً لنص المادة 369 عقوبات جزائري<sup>(4)</sup> والخاصة بتقديم شكوى من المجني عليه إلى النيابة العامة حتى يمكنه رفع الدعوى الجنائية في جرائم السرقة التي تقع بين الأزواج وبين الأصول والفروع من الممكن أن يمتد أثرها إلى جرائم النصب وخيانة الأمانة.

(1)-محمد وجدي عبد الصمد: الاعتذار بالجهل بالقانون، مرجع سابق، ص 901-902. / أحمد فتحي سرور الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 520.

(2)-أحسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 157.

(3)-أنظر هذه المواد: المرجع نفسه، ص 157-160-168.

(4)-المرجع نفسه، ص 157.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص (التجريم والعقاب)

إلا إذا انحلت العلاقة الزوجية قبل ارتكاب الجريمة، فلا يعفى المتهم من العقوبة<sup>(1)</sup>.

إلا أنه لا يمكن الاتفاق مع هذا الرأي، الذي مؤداه: سحب جرائم النصب والخيانة إلى نفس أحكام جريمة السرقة، إذ أن هذا لا يمكن اعتباره من قبيل القياس، وإنما هو تفسير يتفق والمصلحة من تقرير الإعفاء التي تتمثل في الحفاظ على أواصر المودة والدم بين الأشخاص المذكورين في نص المادة 369 من قانون العقوبات الجزائري.

وعلى ذلك فلا يجوز للقاضي أن يقضي بالإعفاء المقرر في المادة 52 عقوبات جزائري<sup>(2)</sup> إلا إذا انطبقت شروط الإعفاء في النص التشريعي على الواقعة المؤتممة انطباقاً تاماً، سواء من ناحية كنهها أو ظروفها أو الحكمة التي تغياها الشارع من تقرير الإعفاء.

ذلك أن المشرع الجزائري نص في المواد 368-373-377 عقوبات<sup>(3)</sup> على عدم العقاب على جريمة السرقة والنصب وخيانة الأمانة المرتكبة بين الأصول والفروع والأزواج، ولم ينص على إعفاء مرتكبها من العقوبة.

وتبعاً لذلك، يكون الحكم في هذه الحالة بالبراءة لإباحة الفعل وليس بالإعفاء من العقوبة<sup>(4)</sup>.

أما فيما يتعلق بالقياس وقواعد تخفيف العقاب فتقسم هذه القواعد إلى قسمين:

أولها: قواعد خاصة لا يجوز القياس عليها، لكون علتها غير متعدية وتشمل الاعذار المخففة.

فالقاعدة المتعلقة بتخفيف العقاب والمنصوص عليها في المادة 279 عقوبات جزائري<sup>(5)</sup> والتي مفادها: "يستفيد من العذر مرتكب جرائم القتل والضرب والجرح الواقع من الزوج على زوجته أو على شريكه لحظة مفاجأته في حالة التلبس بالزنا".

فإن هذه القاعدة تقتصر على الزوج المضروب ذاته فلا تقبل عذراً الجرائم التي يرتكبها والد الزوج المضروب أو أخوه أو أحد أقاربه حتى وإن فاجئوا بأنفسهم الزوج الآخر متلبساً بالزنا<sup>(6)</sup>.

(1) - غرفة الجنايات والمخالفات، قرار 1995/6/20، ملف 11756، المجلة القضائية، 1996، العدد 1، ص 216.

(2) - احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة، مرجع سابق، ص 30.

(3) - سبق الإشارة إلى هذه المواد، ص 238 من هذا البحث.

(4) - إبراهيم الشباسي: الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، دار الكتاب اللبناني، 1981، ص 216.

(5) - احسن بوسقيعة: المرجع السابق، ص 108.

(6) - رمسيس مهنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 238.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

**وفضلاً عن ذلك ترتكب جرائم القتل** وأعمال العنف الأخرى في اللحظة ذاتها التي يتم فيها مفاجأة الزوج وهو متلبس بالزنا، ومن ثم يسقط العذر إذا ما مضى وقت من الزمن بين مفاجأة الزوج في حالة الزنا وبين رد فعل الزوج المضروب.

ثانيها: قواعد عامة متعددة العلة، وهي تشمل الظروف المخففة وهذه يجوز القياس عليها.

### الفرع الرابع: التفسير الواسع والقياس.

يفرق كثير من الفقه بين القياس والتفسير الواسع، فالقياس هو إلحاق واقعة لم يرد نص يقرر حكمها بواقعة أخرى ورد بحكمها، وإعطاء الواقعة الأولى حكم الواقعة الأخيرة المقيسة عليها<sup>(1)</sup>، ومعنى ذلك أن القياس في القانون هو إعطاء حالة غير منصوص عليها حكم حالة منصوص عليها فيه لاتفاق الحالتين في العلة<sup>(2)</sup>، وأن التفسير بالقياس معناه مد تطبيق التشريع من حالات منصوص عليها صراحة إلى أخرى لم ينص عليها لوجود تشابه بينهما<sup>(3)</sup>.

ومفاد ذلك أن القياس يكون في حالة انعدام النص، فيلجأ المفسر إلى إعمال قاعدة واردة بنص آخر على الواقعة التي لم يرد حكم بصدها وذلك لاشتراك الواقعتين في علة الحكم<sup>(4)</sup>.

بينما يندرج التفسير الواسع في المضمون الأساسي للقاعدة القانونية إذ يكون المشرع في هذه الحالة قد استخدم في صياغة النص التشريعي ألفاظاً ذات معنى أضيق من المعنى الذي كان يقصده من وراء المعالجة التشريعية، فعندئذ يتوصل القاضي عن طريق التفسير الواسع لألفاظ النص التي يستخدمها المشرع إلى المعنى البياني له الذي يطابق الواقع، وهذا المعنى الذي يتوصل إليه المفسر أو القاضي عن طريق التفسير الواسع، هو المعنى الذي لم يوفق المشرع في التعبير عنه عندما صاغ هذا النص<sup>(5)</sup>.

ويذهب البعض إلى أن التفسير الواسع يكمل عبارة التشريع أما القياس فيكمل فكرة التشريع<sup>(6)</sup>.

(1) -عبد الوهاب خلاف: أصول الفقه، مرجع سابق، ص55/أبو حامد الغزالي: المستصفي، مصدر سابق، ج2، ص228. / محمد أبو زهرة، أصول الفقه، مرجع سابق، ص173. / محمد مصطفى شليبي: أصول الفقه، مرجع سابق، ص191.

(2) -محمد وحدي عبد الصمد: الإعتذار بجهل القانون، مرجع سابق، ص773.

(3) -P. Bousât: traite de droit pénal et de criminologie, droit pénal général 1970, p15.

ذكره وأشار إليه رفاعي سيد سعد: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص433.

(4) -مأمون سلامة: قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص41-42. / وكذلك حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، مرجع سابق، ص53.

(5) -المرجع نفسه، ص55.

(6) -محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص346.



## الباب الثاني: ..... (الفصل الثاني): تفسير نصوص (التجريم والعقاب)

ومن هنا يتقرر أن القياس يختلف عن التفسير الواسع في أن التفسير الواسع هو إيضاح حالة توقعها المشرع ولكنه لم يوقع في صياغة النص، فاختار ألفاظاً أقل معنى من المعنى الذي يقصده، أما القياس فهو تطبيق حكم الحالة عبر عنها المشرع في صيغة النص على حالة أخرى مشابهة لم يتوقعها، وبالتالي لم ينص عليها لكونها لم تكن في ذهنه حالة أن صاغ النص، إلا أنها تشترك مع الحالة التي نص عليها في علة الحكم.

وبمعنى آخر فإن التفسير الواسع يتمثل في تحديد نطاق القاعدة القانونية مع عدم تجاهل الألفاظ والتعبيرات المستخدمة، وإن كانت سيئة الصياغة، فهو نتيجة من نتائج العملية التفسيرية، بينما لو تجاوزنا عن الألفاظ التي صاغ منها المشرع النص وأسقطت من الاعتبار، بحيث يمكن التوصل إلى أن القاعدة تحيط بالحالات أخرى لم تذكر صراحة، إلا أنها تدخل في مضمونها لاتحاد العلة فنكون بصدد القياس<sup>(1)</sup>.

ففي مفهوم المال المنقول في جريمة السرقة، بالرغم من أن القوى الكهربائية ليست منقولة بالمعنى الدقيق إنما شملها هذا المفهوم من قبيل التفسير الواسع، وليس من قبيل القياس<sup>(2)</sup>.

وإذا كان بعض الفقه يرى أن اعتبار الكهرباء من قبيل المنقول في جريمة السرقة هو نوع من القياس الجزئي، أو من قبيل التفسير الذي يقترب من القياس<sup>(3)</sup>.

ولا تخفى أهمية التمييز بين التفسير الواسع والقياس في مجال قانون العقوبات، وذلك لأن القياس-عند من يعدونه مصدراً منشئاً للتجريم والعقاب-محظور إعماله في مجال القواعد التجريبية، بينما لا يشمل هذا الحظر التفسير الواسع، على اعتبار أنه يدخل في نطاق التفسير الأساس الذي لا يتجاوز حدود القاعدة القانونية والمتبادر من الألفاظ المستخدمة<sup>(4)</sup>.

ومما هو واضح ومستقر في فقه الشريعة الإسلامية أن الكتاب العزيز هو المصدر الأول، والمستند الحقيقي لتشريع الأحكام وإلزامها وتليه السنة النبوية المطهرة.

ولقد بالغ الأصوليون في دراستهم لهذين المصدرين المطهرين منتهى ما يمكن أن يصل إليه فهمهما. توصلوا من قواعد وضوابط مستقرة من الواقع اللغوي والمنطقي للعبارات العربية.

فإذا توقف الجهد المبذول للعثور على الحكم في صريح عبارة النص، ولم يكن هناك إجماع لجأ

(1)-أمون سلامة: حدود سلطة القاضي، مرجع سابق، ص55.

(2)-المرجع نفسه، ص55./ محمد نجيب حسني: قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص462.

(3)-علي راشد: القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية العامة، مرجع سابق، ص331.

(4)-جلال ثروت: النظرية العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص62./ محمود عبد الصمد: الاعتذار بالجهل بالقانون، مرجع سابق، ص903.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

معظمهم إلى القياس، ولذلك كان من الطبيعي أن يحيطوه بشروط وضوابط تقي الفقهاء والقضاة عند استعماله معبئة الوقوع في مزالق الهوى والتعسف، لأن القياس غير المنضبط يبدو إفتاتاً على الشريعة وتجاوزاً على اختصاصها بوضع الأحكام<sup>(1)</sup>.

وقد احتل القياس المرتبة الرابعة في سلم المصادر الشرعية لدى جمهور الفقهاء المسلمين، واستدلوا على حجيته بأمر عديدة منها حديث الرسول ﷺ المعروف لمعاذ ابن جبل حين ارسله إلى اليمن، إذ استندوا بهذا الحديث<sup>(2)</sup> بأن القياس نوع من الاجتهاد<sup>(3)</sup>.

وإذا كان هذا هو رأي الجمهور<sup>(4)</sup>، فإن أصحاب المذهب الظاهري، ومن أقطابه داوود الظاهري والإمام بن حزم رفضوا اعتبار القياس دليلاً من أدلة الأحكام الشرعية.

وفي التدليل على إبطال القياس بصفة مطلقة، يقرر ابن حزم<sup>(5)</sup> أن إجماع الأمة كلها على وجوب الأخذ بالقرآن الكريم والأخذ بما صح عن رسول الله ﷺ وبما أجمعت الأمة كلها بوجوبه أو تحريمه - ليس محل شك - كما أن الأمة كلها أجمعت على تصديق قوله ﷺ: ﴿مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ ثُمَّ إِلَى رَبِّهِمْ يُحْشَرُونَ﴾<sup>(6)</sup>

وقوله ﷺ: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَمَّمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضَيْتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْبَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾<sup>(7)</sup>

وعلى هدي ما سبق نتفق مع الأستاذ مأمون سلامة<sup>(8)</sup> الذي يقول: "بأن القواعد التجريمية كونها قواعد أصلية ليست استثناءً وليست قواعد خاصة تصلح بذاتها لأن تكون محلاً للقياس عليها، إذا كانت العلة مشتركة بين كل من المقيس والمقيس عليه".

(1) - انظر في هذا المعنى: عبد الوهاب خلاف: أصول الفقه، مرجع سابق، ص 87 وما بعدها.

(2) - سبقت الإشارة إلى الحديث وتخرجه.

(3) - الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام، مصدر سابق، ص 115.

(4) - يوسف قاسم: أصول الأحكام الشرعية، دار النهضة العربية، 1985، ص 56 وما بعدها.

(5) - ابن حزم: الإحكام في أصول الأحكام، ط 1، 1404هـ، 1984م، دار الحديث، ص 370.

(6) - سورة الأنعام: الآية 38.

(7) - سورة المائدة: الآية 03.

(8) - مأمون سلامة: حدود سلطة القاضي الجنائي، مرجع سابق، ص 47 وما بعدها.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثاني: تفسير نصوص التجريم والعقاب

فهو رأي منطقي يقوم على أسس وقواعد مستقاة من ماهية القياس وأركانه، إلا أننا لا نتفق مع الأستاذ مأمون سلامة في ترتيب النتيجة على ذلك، ومؤداها: إمكانية إنشاء قاعدة تجريمية وإباحتها إذا كان وسيلة للتفسير.

ذلك أن الأخذ بهذا الرأي يفتح الأبواب على مصراعيها أمام القاضي بصدد القياس، فينشئ بذلك قاعدة تجريمية جديدة لم ترد في التشريع، ويقرر لها تبعاً لذلك عقوبة.

الأمر الذي من الممكن بل ومن الحتمي أن يتم الافتتاحات على حريات الناس بدون وجه حق، وينعكس من ثم أثر ذلك على الاستقرار في المجتمع، بحيث ينبغي أن يكون الأفراد على علم مسبق بالأفعال المجرّمة، ولا يمكن أبداً محاسبتهم على أفعال يظنون أنها مباحة وفق المستقر في العقل الجمعي لهم.

ومؤداه: أن الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يقرر الشارع خلاف هذا الأصل.

وبدلاً من إعمال القياس في المواد التجريمية وما يترتب عليه من آثار ضارة بالفرد وبالمجتمع، ينبغي إصدار تشريعات يلم فيها المشرع قدر الاستطاعة، بكافة الأفعال التي يريد تجريمها في نصوص سهلة محددة المقاصد والعلل.

بحيث تكون أقرب إلى الكمال في الإعمال دون تجريم مفاجئ ومباغت لفعل كان في الأصل مباحاً، وإلا كانت الحاجة إلى ثورة فرنسية أخرى وصياغة للمبدأ-مبدأ الشرعية-جديدة حتى لا يتعسف القضاة.

الفصل الثالث:

تفسير النصوص الجنائية

غير التجريبية

جامعة الأمير  
الإسلامية

## الباب الثاني: ..... الفصل الثالث: تفسير النصوص الجنائية غير التجريبية

تشمل النصوص الجنائية غير التجريبية أسباب الإباحة وموانع المسؤولية من ناحية، فضلا عن الأعذار والظروف من ناحية أخرى.

وعلى أثر من هذا سيتم تناول أسلوب تفسير هذه النصوص وفقا لطبيعتها ، وذلك في ثلاث مباحث

متتالية.

الأستاذ الدكتور  
عبد القادر القادري  
للعلوم الإسلامية

### المبحث الأول: تفسير نصوص أسباب الإباحة وموانع المسؤولية.

إن تفسير نصوص أسباب الإباحة وموانع المسؤولية يقتضي التعرض لماهيتهما، ثم بيان طبيعتهما وأخيرا الوقوف على أسلوب تفسيرهما، وذلك بتخصيص مطلب مستقل بكل منهما.

#### المطلب الأول: تفسير النصوص الخاصة بأسباب الإباحة.

نعرض لماهية أسباب الإباحة والأساس القانوني للإباحة، ثم يليه بيان طبيعة هذه الأسباب وأثر ذلك على أسلوب تفسيرها.

#### الفرع الأول: ماهية أسباب الإباحة.

يذهب رأي في الفقه إلى أن أسباب الإباحة هي رخص قانونية تبيح أو تبرر لمن توافرت لديه أن يرتكب فعلا أو تركا جرمه المشرع الجنائي في نص من النصوص<sup>(1)</sup>.

فأسباب الإباحة تعبر عن أحوال معينة تظهر فيها كل أركان الجريمة من نشاط مادي بكل أشكاله سواء كان تاما أو مجرد شروع، فاعل أصلي أو شريك، ومن ركن معنوي أو من نتيجة مطلوبة ومن رابطة سببية بين السلوك والنتيجة، ومع هذا كله فإن هذه الوقائع تكون مباحة لا عقاب عليها.

فالقانون يحمي الحق في سلامة الجسم، ولهذا فهو يجرم الضرب والجرح ويعاقب على من يرتكب هذا الفعل أو ذاك، لكنه في الوقت نفسه لا يعرقل الطبيب أثناء ممارسة مهنته، وربما اقتضاه ذلك أن يجري عملية جراحية لمريض قد تؤدي إلى بتر عضو من أعضائه، وهو يميز كذلك للأب أن يؤدب ولده.

فصفة الطبيب في الحالة الأولى والأب في الحالة الثانية تبيح لكل منهما -بشروط معينة- أن يرتكب أفعالا ينص القانون على عقاب مرتكبيها في الظروف العادية.

إذن أسباب الإباحة ظروف مادية تضاف إلى الفعل المجرم وتسحب عنه الصفة الجرمية وتضفي عليه الصفة الشرعية، ولذا يمكن القول بأنهما: تلك الأسباب التي من شأنها إزالة صفة التجريم عن أفعال سبق وأن

(1)- عبد الواحد العلمي: شرح قانون العقوبات المغربي، القسم العام، ط 2007، ص 106.

وانظر: في أسباب الإباحة المراجع:

محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات القسم العام، ط 1983، ص 145، وما بعدها./مسييس بنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 31 وما بعدها.  
ويطلق عليها القواعد المبيحة .

جرّمها المشرع<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: الأساس القانوني للإباحة.

اختلف في هذا الأساس وعليه وقع الاختلاف أيضا في كيفية تناولها، فهناك من تناول هذه الأسباب مع الركن المادي على اعتبار أن هناك من يتناولها مع الركن الشرعي، ذلك أن وجود هذه الأسباب تخرج هذه الأفعال من دائرة التجريم وتعيدها ثانية إلى دائرة الإباحة<sup>(2)</sup>.

وهناك من يتناولها بصفة مستقلة، ويرى أن عدم توقيع العقاب عليها أساسه إباحة الشارع للفعل في ذاته بنصوص صريحة استثناء من قاعدة العقاب عليها، لأنه يرى أن مصلحة المجتمع في الإباحة تربو على مصلحته في التجريم، فهو يعطي للفرد الحق في الإتيان بأفعال معينة بشروط معينة لأن حكمة التجريم أصبحت منتفية ومتعارضة مع استعمال هذا الحق<sup>(3)</sup>.

كما أن هناك من يرى أن الأصل في الأفعال الإباحة، والتجريم استثناء وهذه الأفعال استثناء من الاستثناء.

غير أن الراجح فقها، أن أسباب الإباحة هي حالات انتفاء الركن الشرعي بناء على قيود واردة على نص التجريم تستبعد منه بعض الأفعال<sup>(4)</sup>.

(1) - عبد الرحمان خلفي: محاضرات في القانون الجنائي العام، دراسة مقارنة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص 82.

(2) - عبد الله سليمان: شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص 95. / أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائري العام، مرجع سابق، ص 137

(3) - رؤوف عبيد: مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، دار الفكر العربي، 1979، ص 95.

(4) - محمود نجيب حسني: قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 551.

ويأخذ بهذا الرأي أيضا:

خلود سامي: النظرية العامة للإباحة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1984، ص 18. / عصام أحمد محمد:

النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، دراسة مقارنة في القانون الجنائي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1989، ص 799.

وفي الفقه الفرنسي يرى البعض أن سبب الإباحة يتمثل في ظروف ترفع استثناء عن الفعل الطبيعة الجنائية.

انظر في ذلك " G"LEVasseur Et j.pDoucer: Le droit penal appliqué , p 86 "

أشار إليه وذكره رفاعي سيد سعد: تفسير النصوص الجنائية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 469 .

يقرر القانون الإنجليزي أن الإباحة تمثل استثناء من توقيع العقوبة على الفاعل متى توافر ظرف خاص يخرج الفعل من نطاق التأثيم إلى

نطاق المشروعية، هذا فضلا عن أن القانون الإنجليزي يسوي بين أسباب الإباحة والاستثناء من العقوبة وموانع العقاب.

انظر في ذلك Williams, "G", Criminal Law. London, 1978 P, 305

أشار إليه وذكره، رفاعي سيد سعد: المرجع السابق، ص 470.

## الباب الثاني: ..... (الفصل الثالث: تفسير النصوص الجنائية غير التجريبية)

ومن ثمّ فلا جريمة لانعدام أحد أركانها وهو الركن الشرعي، استنادا إلى قانون العقوبات الجزائري في نص المادة 39 منه<sup>(1)</sup> وحصرتها في الأفعال المبررة.

وإلى جانب هذه الأفعال التي أباحها المشرع بصريح العبارة حسب منطوق المادة 39 عقوبات توجد حالات أخرى أقرها المشرع في القانون المقارن ويتعلق الأمر بحالة الضرورة ورضا المحني عليه<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث: طبيعة أسباب الإباحة.

تعد أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية لا شخصية، فهي تنتج أثرها بصرف النظر عن الموقف النفسي للفاعل، أي سواء علم بوجود أسباب الإباحة أو كان يجهلها.

ويترتب على ذلك أن أثرها لا يترتب على الفاعل وحده بل يمتد كذلك إلى شركائه، كما يترتب على أسباب الإباحة حصول الفاعل على البراءة، ولا يمكن مساءلته بالتعويض في الدعوى المدنية.

وتختلف بذلك أسباب الإباحة عن موانع المسؤولية في كون هذه الأخيرة تمنع المساءلة الجزائية ولكن لا تمنع المساءلة المدنية، كما تختلف أسباب الإباحة عن موانع العقاب بحيث تقتصر هذه الأخيرة على إعفاء الجاني من العقوبة رغم بقاء مسؤوليته الجزائية والمدنية<sup>(3)</sup>.

وليس أدل على التفريق بين أسباب الإباحة التي تبيح الفعل وتمنع من العقاب وموانع المسؤولية التي تجرم الفعل وتمنع من العقاب من أن المشرع الجزائري في المادة 2/39<sup>(4)</sup> عقوبات إستعمل عبارة لا جريمة.... في حين أنه في المادة 47 من ذات القانون<sup>(5)</sup> استعمل عبارة لا عقوبة...

### الفرع الرابع: أسلوب تفسير أسباب الإباحة.

وردت أسباب الإباحة في قانون العقوبات لكن وقع الاختلاف بين الفقهاء في طبيعة ورودها، هل وردت على سبيل المثال أم على سبيل الحصر؟

فالقائلون بالأولى يرون أنه ليس بشرط أن ينص القانون صراحة على سبب التبرير، وأن موضعه قد

(1) - أحسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 25 .

(2) - أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائري العام، مرجع سابق، ص 138

(3) - المرجع نفسه، ص 137.

(4) - أحسن بوسقيعة: المرجع السابق، ص 25.

(5) - المرجع نفسه، ص 28.



## الباب الثاني: ..... (الفصل الثالث: تفسير النصوص الجنائية غير التجريبية)

يكون **قانون العقوبات أو أي فرع سواه** من فروع القانون<sup>(1)</sup>.

وبناء على هذا فلا تنحصر مصادر الإباحة في قانون العقوبات، إذ يجوز فيها القياس لأن هذا لا يعطل مبدأ الشرعية بتجريم الأفعال المباحة، وزيادة على ذلك يجوز فيها الاستناد إلى قواعد العرف والشرعية الإسلامية أو إلى نصوص القوانين الوضعية الأخرى لتقرير وجود سبب الإباحة<sup>(2)</sup>.

وذهب فريق آخر<sup>(3)</sup> من الفقهاء أن أسباب الإباحة وردت على سبيل الحصر، وإن جاز فيها الأخذ بالقياس أو العرف أو ما تقره القوانين الأخرى<sup>(4)</sup>.

ويرى هؤلاء أن بين الإباحة والعقاب تنافر يقتضي أن يكون لكل منهما نطاق معلوم، وإلا اضطرب التشريع العقابي وتداخلت أوامره مع نواهيه، وما من عيب يلحق التشريع العقابي في مفهومه الحديث- أخطر من هذا العيب، وهو أن يكون غامضا تداخلت فيه حدود التجريم مع أسباب الإباحة<sup>(5)</sup>.

ويذهب الرأي الراجح<sup>(6)</sup> فقها إلى أن قواعد الإباحة هي قواعد أصلية، حيث تصدر عن مبادئ قانونية عامة أو موجّهات عامة للنظام القانوني، منها احترام القانون ومبدأ تنفيذ الواجب ومبدأ مشروعية استعمال الحق فهي إذن قواعد أصلية وليست استثنائية<sup>(7)</sup>.

وعلى ذلك باعتبارها قواعد أصلية فإنه يجوز القياس عليها متى توافرت العلة في الحكم الذي يطبق عليه سبب الإباحة<sup>(8)</sup>.

وتأسيسا عليه، فإنه لا يوجد ما يمنع من تفسير هذه القواعد تفسيرا واسعا طالما أنها لصالح المتهم، حيث أن هذا النوع من التفسير لا يمثل خطرا على حريات الأفراد، وحيث أن الخطر معدوم فلا مانع من الأخذ به في تفسير بعض النصوص الجنائية ومنها أسباب الإباحة.

(1)- سمير عالية: نظرية القانون والمعاملات الشرعية، المؤسسة الجامعية، ط1، 1991، ص 145.

(2)- عبد الله سليمان: شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 96.

(3)- رؤوف عبيد: مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، مرجع سابق، ص 97.

(4)- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5)- المرجع نفسه، ص 501.

(6)- محمد وجدي عبد الصمد: الاعتذار بالجهل بالقانون، مرجع سابق، ص 898.

(7)- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(8)- المرجع نفسه، الصفحة نفسها. / خلود سامي: النظرية العامة للإباحة، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 43.

**المطلب الثاني: تفسير نصوص موانع المسؤولية.**

يعالج هذا المطلب ماهية موانع المسؤولية في فرع أول وأسلوب تفسيرها في فرع ثان.

**الفرع الأول: ماهية موانع المسؤولية.**

الراجح أنهما حالات لا تكون للإرادة فيها أية قيمة قانونية، بحيث لا يضعها القانون في حسبانها وينتفي معها الركن المعنوي للجريمة<sup>(1)</sup>.

والأصل أن لا سبيل إلى محاكمة الجاني الذي ارتكب جريمة إلا إذا كان متمتعاً بحرية الاختيار والعقل والإدراك، وعليه فلا يتحمل المسؤولية المكره والمضطرب، والصغير والمجنون، فهذه الأوصاف كلها تجعل الجاني عديم المسؤولية.

وقد نصت على هذه الموانع جميع الشرائع فقد ورد في القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾<sup>(2)</sup> وقوله تبارك وتعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾<sup>(3)</sup>

وموانع المسؤولية ذات طبيعة شخصية، مجالها إرادة الجاني، وينصرف تأثيرها إلى الركن المعنوي للجريمة فيهدمه، وبذلك لا تقوم المسؤولية الجنائية<sup>(4)</sup>.

ويعني ذلك أنه لا شأن لموانع المسؤولية بالتكليف القانوني للفعل، فيبقى الفعل غير مشروع، أي يظل الركن الشرعي للجريمة متوافراً. ويترتب على ذلك أن موانع المسؤولية يقتصر تأثيرها على من تتوافر فيه فلا تمتد آثارها إلى غيره ولو ساهم معه في نفس الجريمة.

أما أسباب الإباحة فهي موضوعية تزيل التكليف غير المشروع للفعل، فتهدم بذلك الركن الشرعي للجريمة ويمتد تأثيرها تبعاً لذلك إلى كل من ساهم في الجريمة<sup>(5)</sup>.

(1)-انظر في موانع المسؤولية.

محمود نجيب حسني: قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 521. /عوض محمد عوض: قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، 1985، ص 462.

(2)-سورة النحل، الآية 106

(3)-سورة البقرة، الآية 173

(4)-رفاعي سيد سعد: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 477.

(5)-رضا فرج: شرح قانون العقوبات الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، ط 2، 1971، ص 141.

الفرع الثاني: أسلوب تفسير موانع المسؤولية.

تختلف التشريعات في معالجة موانع المسؤولية، فبعض التشريعات تضع قاعدة عامة تتضمن الشروط اللازمة لتحميل المسؤولية الجنائية، والبعض الآخر ذكر حالات امتناع المسؤولية الجنائية على سبيل الحصر.

نصت المادة 47 عقوبات جزائري: «لا عقوبة على كل من كان في حالة جنون وقت ارتكاب الجريمة...» والمادة 48 «لا عقوبة على من اضطرت له ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها» والمادة 49 «لا توقع على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشرة إلا تدابير الحماية أو التربية...»<sup>(1)</sup>.

هذه هي حالات امتناع المسؤولية في قانون العقوبات الجزائري وهي: الجنون، الإكراه وصغر السن.

لكن هل يعني ذلك أن المشرع أراد حصر موانع المسؤولية في هذه الحالات الثلاث؟ أم هل يمكن إضافة حالات أخرى لامتناع المسؤولية؟ فإذا قلنا بأن انتفاء أحد شرطي الإرادة (التمييز وحرية الاختيار) يترتب عليه بالضرورة انتفاء المسؤولية الجنائية فإن الأمر لا يحتاج إلى نص في القانون، ويعني ذلك أن موانع المسؤولية الواردة بالمواد 47، 48، 49 لم ترد على سبيل الحصر وإنما وردت على سبيل المثال.

على أننا إذا أمعنا النظر في صياغة هذه المواد 47، 48، 49 التي تبدأ أحكامها «لا عقوبة على كل من كان في حالة جنون...» «لا عقوبة على من اضطرت له ارتكاب الجريمة قوة...» «لا تقع على القاصر الذي لم يكمل...» لا تضح لنا أننا أمام أسباب لامتناع المسؤولية حصرها المشرع حصراً لا يدع مجالاً لإضافة أسباب أخرى<sup>(2)</sup>.

ولا شك أن صياغة هذه المواد سواء في التشريع الجزائري أو التشريعات الأخرى كالتشريع المصري والفرنسي إنما جاءت على سبيل الحصر، ولكن ذلك لا يمنع من تفسير هذه النصوص تفسيراً من شأنه إدخال حالات أخرى يزول بها التمييز وحرية الاختيار يكشف عنها تقدم العلوم.

يمكن أن تدخل هذه الحالات في العبارات الواسعة التي استعملت في صياغة هذه المواد وبصفة خاصة المادة 48 والتي من شأنها أن تقبل أي سبب يعتبر قوة لا قبل للإنسان بدفعها، كما نلاحظ أن التفسير الواسع والقياس جائزان في تفسير النصوص الخاصة بموانع المسؤولية باعتبار أن هذه النصوص لا تنشئ جرائم ولا

(1) -احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 28-29.

(2) -انظر: في موقف الفقه في فرنسا إزاء نص المادتين 61، 62 عقوبات فرنسي الذي يؤكد بأن أسباب امتناع المسؤولية جاءت في القانون على سبيل الحصر.

-رضا فرج: شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص 373.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثالث: تفسير النصوص الجنائية غير التجريبية

تقرر عقوبات، فلا يخشى مع هذا التفسير الواسع المساس بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

ومما يدفعنا إلى هذا القول، سكوت المشرع الجزائري عن حالات الغيوبة وفقدان الشعور الناشئة عن السكر غير الاختياري أو عن تعاطي مواد أو عقاقير مخدرة والتي من شأنها التأثير في الوعي أو الإرادة وإلغاء التمييز وحرية الاختيار لدى الجاني شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي. فإذا قلنا بإمكانية التفسير الواسع لنصوص امتناع المسؤولية جاز لنا قبول هذه الحالات ضمن الحالات التي تنتفي معها المسؤولية الجنائية بالرغم من تأكيدنا على أن أبواب الإباحة الواردة في المواد 47، 48، 49 جاءت على سبيل الحصر<sup>(1)</sup>.

ويبدو أن المشرع الجزائري آثر الاكتفاء بالنص على الأسباب التي كانت معروفة في القرن الثامن عشر. على أن يترك للقضاء إدخال الحالات الجديدة وما قد يستجد ضمن هذه الأسباب أسوة بالمشرع الفرنسي. وذلك على عكس الاتجاه الحديث في التشريعات الجنائية التي نصت على كل هذه الحالات مع إطلاق النص لما قد يستجد منها.

لذلك يجب أن نتمسك بالنسبة للتشريع الجزائري بإمكانية التفسير الواسع لنصوص المسؤولية الجنائية، وإلا سوف نغلق الباب نهائياً على الحالات المستجدة من الأمراض وعلى الاكتشافات الحديثة في العلوم، فقد تلغي أو تؤثر على الأقل في حرية الاختيار، وبالتالي في الشروط الواجب توافرها في الإرادة حتى يعتد بها القانون.

<sup>(1)</sup>-انظر: المادة 92 والمادة 94 من قانون العقوبات الإيطالي التي تشدد عقوبة الفاعل إذا كان في حالة سكر اختياري، وكذلك المادة 12 من قانون العقوبات السويسري التي تكتفي بعدم اعتبار السكر الاختياري كمانع من موانع المسؤولية. ذكر هذه المواد وأشار إليها، رضا فرج: شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص 374.

### المبحث الثاني: تفسير النصوص الخاصة بالأعذار المعفية والمخففة.

تشمل النصوص الخاصة بالأعذار، الأعذار المعفية والأعذار المخففة، ولذلك سنخصص مطلب للأعذار المعفية وآخر للأعذار المخففة.

#### المطلب الأول: تفسير النصوص الخاصة بالأعذار المعفية.

يشتمل هذا المطلب ماهية الأعذار المعفية في فرع أول، أسلوب تفسير هذه الأعذار في فرع ثان.

#### الفرع الأول: الأعذار المعفية.

الأعذار المعفية هي عبارة عن أسباب تؤدي إلى الإعفاء من العقاب، على الرغم من توافر جميع أركان الجريمة وشروط المسؤولية عنها<sup>(1)</sup>.

وحيث يقرر الشارع في بعض الأحيان إعفاء من توافر بصدده عذر معفي من العقاب فإن مرد ذلك وأصله إلى السياسة العقابية التي ينتهجها، حيث يرى أن المصلحة التي تترتب على عدم العقاب تفوق من حيث الأهمية الاجتماعية تلك التي تتوافر عند توقيعها<sup>(2)</sup>.

نص المشرع الجزائري في المادة 52 عقوبات<sup>(3)</sup> على الأعذار المعفية من العقوبة على سبيل الحصر وهي ثلاثة أو أربعة إذا أضفنا إليها الحالة الخاصة المنصوص عليها في القانون المتعلق بالمخدرات والمؤثرات العقلية.

وإذن فمثال الأعذار المعفية في التشريع الجزائري:

#### أولاً: عذر المبلغ عن الجريمة.

ومن هذا القبيل ما نصت عليه المادة 92/1 عقوبات<sup>(4)</sup> بالنسبة لمن يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية عن الجنايات والجناح ضد أمن الدولة قبل البدء في تنفيذها، وما نصت عليه المادة 179<sup>(5)</sup> بالنسبة للمبلغ عن

(1)-محمود نجيب حسني: قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 817.

وانظر: بصدد تحديد مدلول الأعذار المعفية:

يسر أنور علي: شرح قانون العقوبات، أصول النظرية العامة، ط 1984، ص 665.

(2)-محمود نجيب حسني: المرجع السابق، ص 818./أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 776.

(3)-أحسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 30.

(4)- المرجع نفسه، ص 50.

(5)- المرجع نفسه، ص 76.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثالث: تفسير النصوص الجنائية غير التجريبية

جناية جمعية الأشرار وما نصت عليه المادة 199<sup>(1)</sup> بالنسبة للمبلغ عن جنايات تزوير النقود.

كما نصت بعض القوانين الخاصة على مثل هذا العذر كما هو الحال بالنسبة للقانون المؤرخ في 25-12-2004 المتعلق بالمخدرات والمؤثرات العقلية المادة 30. والقانون المؤرخ في 20-02-2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المادة 49<sup>(2)</sup>.

ثانيا: عذر القرابة العائلية.

ومن هذا القبيل ما نصت عليه المادة 91 عقوبات<sup>(3)</sup>، الفقرة الأخيرة التي أعفت الأقارب والأصهار إلى الدرجة الثالثة من العقوبة المقررة لجريمة عدم التبليغ عن جرائم الخيانة والتجسس التي في طبيعتها الإضرار بالدفاع الوطني<sup>(4)</sup>.

ثالثا: عذر التوبة من الجريمة قبل نفاذها.

ومن هذا القبيل ما نصت عليه المادة 3/182<sup>(5)</sup> عقوبات عندما أعفت من العقوبة من يعلم الدليل على براءة شخص محبوس وتقدم من تلقاء نفسه بشهادته أمام سلطات القضاء أو الشرطة. وكذا ما نصت عليه المادة 2/217<sup>(6)</sup> عندما أعفت من العقوبة من أدلى بصفته شاهداً أمام الموظف بإقرار غير مطابق للحقيقة ثم عدل عنه قبل أن يترتب على استعمال الحرر أي ضرر للغير، وقبل أن يكون هو نفسه موضوعا للتحقيق.

(1)- احسن بوسقيعة: المرجع السابق، ص 82.

(2)- القانون رقم 04 / 18 المؤرخ في 13 ذي القعدة 1425ه الموافق لـ 25 ديسمبر 2004م يتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بهما، الجريدة الرسمية العدد 83 الصادرة بتاريخ 14 ذو القعدة 1425ه الموافق لـ 26 ديسمبر 2004م.

القانون رقم 06 / 01 المؤرخ في 20 فبراير 2006م يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية العدد 14 الصادرة بتاريخ 08 صفر 1427ه الموافق لـ 08 مارس 2006م.

(3)- المادة 91 عقوبات أنظر: احسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 50.

(4)- نص المشرع الجزائري في المواد 368، 373، 377 عقوبات على عدم العقاب على جريمة السرقة والنصب وخيانة الأمانة المرتكبة بين الأصول والفروع والأزواج، ولم ينص على اعفاء مرتكبها من العقوبة، ومن ثم يكون الحكم في هذه الحالة بالبراءة لإباحة الفعل وليس بالإعفاء من العقوبة. المادة 182-217.

(5)- احسن بوسقيعة: المرجع السابق، ص 77.

(6)- المرجع نفسه، ص 88.

**رابعاً: الحالة الخاصة بالمخدرات والمؤثرات العقلية.**

أجازت المادة 2/8<sup>(1)</sup> للجهة القضائية المختصة الحكم بالإعفاء من العقوبة لصالح المستهلك والحائز من أجل الاستعمال الشخصي بشروط معينة منها، أن يثبت بواسطة خبرة طبية متخصصة أن حالته الصحية تستوجب علاجاً طبياً، وصدور حكم من الجهة القضائية المختصة بإلزامه بالخضوع لعلاج مزيل للتسمم. ويترب على توافر العذر المعفي عدم توقيع العقاب على من قام العذر بشأنه وذلك يشمل العقوبات الأصلية<sup>(2)</sup> والتكميلية<sup>(3)</sup>. أما فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية والإدارية فلا تأثير للعذر عليهما، ويجوز الحكم أيضاً بتدبير احترازي يواجه الخطورة الكامنة في شخص المتمتع بالعذر<sup>(4)</sup>.

وعلاوة على الأعدار المعفية المذكورة لا يدخل ضمنها عذر طاعة الرؤساء والتي بموجبه يعفى الموظف المرؤوس الذي يرتكب عملاً من أعمال الاعتداء على الحريات الفردية المنصوص عليها في المادتين 107-139 من قانون العقوبات الجزائري<sup>(5)</sup>، تنفيذاً لأعمال رؤسائه وتوقع العقوبة على من أعطى الأمر.

وهذا ما قضت به الغرفة الجنائية على أن فتح مسكن من طرف عامل بناء على أمر يكون قد تلقاه من رئيسه، لا يكون العذر المعفي من العقاب المنصوص عليه في المادة 52 عقوبات<sup>(6)</sup>.

والأعدار المعفية ذات طابع شخصي يقتصر أثرها على من توافرت لديه دون غيره من المساهمين في الجريمة<sup>(7)</sup>.

(1)- احسن بوسقيعة: المرجع السابق، ص 184.

(2)- المواد 179-182-205-217 عقوبات جزائري، أنظر نص هذه المواد في:

احسن بوسقيعة: المرجع نفسه، الصفحات تباعاً: 76-77-83-88.

(3)- قد توقع عليه أحياناً بعض العقوبات التكميلية كالحرم من الحقوق المدنية والإقامة (المادة 92 عقوبات) أو المنع من الإقامة وحدها (المادة 2/199) أنظر: المرجع نفسه، ص 51 وص 82.

(4)- محمود نجيب حسني: قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 819. عماد السباعي: مرجع سابق، ص 184-185.

(5)- أنظر: احسن بوسقيعة: المرجع السابق، ص 56 وص 62.

(6)- الغرفة الجنائية، قرار 1981/6/30، ملف رقم 21960، جيلالي بغدادي: الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار، 1996 ج 3، ص 91.

(7)- محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 819.

## الباب الثاني: ..... (الفصل الثالث: تفسير النصوص الجنائية غير التجريبية)

إلا أنه في القوانين الفرنسي والبلجيكي يستثنى من القاعدة السابقة الحالة الخاصة بزواج الخاطف من **مخطوفته، فإنه مراعاة لاعتبارات** قدرها الشارع -تتمثل في الحفاظ على سمعة المخطوفة- رأى أن يمتد الإعفاء إلى شريك الفاعل<sup>(1)</sup>.

والأصل أن تقرير توافر العذر المعفي يقوم به القضاء، حيث أن هذا العمل يتطلب التحقق من توافر أركان الجريمة فضلا عن التأكد من قيام العذر.

ويرى جانب من الفقه<sup>(2)</sup> أن سلطة التحقيق يمكنها أن تصدر في هذا الشأن أمرا بأن لا وجه لإقامة الدعوى، وذلك حفاظا على وقت القضاء الذي يذهب سدى بتقرير مسؤولية نظرية محضة دون توقيع أية عقوبة، ولا يوجد التزام على المحكمة بشأن تقصي الأعذار المعفية من تلقاء نفسها بل يجب الدفع بالعذر من قبل المتهم<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني: أسلوب تفسير نصوص الأعذار المعفية.

تتمثل أساليب تفسير نصوص الأعذار القانونية في ثلاث: التفسير الضيق، التفسير الواسع والقياس ولذا سنتناول الأساليب الثلاث من حيث مدى الأخذ بها في مجال الأعذار المعفية.

#### أولا: الأعذار المعفية والتفسير الضيق.

يذهب جانب من الفقه<sup>(4)</sup> إلى أن الأصل هو التزام قاعدة التفسير الضيق بصدد الأعذار المعفية، وذلك بتطبيق نص الإعفاء في ضوء العلة التشريعية التي تتمثل في المصلحة التي تغيها الشارع من تقريره هذا النظام<sup>(5)</sup>.

إلا أنه يمكن التمييز بين اتجاهين في الفقه والقضاء بالنسبة لتفسير الأعذار المعفية.

الأول: يذهب إلى أن الصفة الشرعية للعذر تستتبع الأخذ بقاعدة التفسير الضيق، ذلك أن نصوص الأعذار وردت على سبيل الحصر، وبالتالي لا يجوز التوسع في تفسيرها أو القياس عليها.

يضاف إلى ذلك أن قواعد الإعفاء استنادا إلى عذر قانوني جاءت على سبيل الاستثناء. والقاعدة أن

(1)-Bekaret, Theorie generale de l'excuses en droit penal, Bruxelles, 1957, P 36

ذكره وأشار إليه: رفاعي سيد سعد: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 491.

(2)-محمود نجيب حسني: قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق ص 819.

(3)- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(4)-عماد السباعي: النظرية العامة للأعذار المعفية، مرجع سابق، ص 479.

(5)-المرجع نفسه، الصفحة نفسها.



## الباب الثاني: ..... الفصل الثالث: تفسير النصوص الجنائية غير التجريبية

الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره<sup>(1)</sup>.

الثاني: يرى جواز القياس على الأعدار المعفية ومن باب أولى التوسع في تفسيرها، استنادا إلى أن قواعد التفسير الضيق تتعارض مع جوهر الأعدار المعفية، يضاف إلى ذلك كون العذر في صالح المتهم<sup>(2)</sup>.

ويقرر البعض<sup>(3)</sup> أنه وإن كانت هذه النصوص تخضع بحسب الأصل للتفسير الضيق، إلا أن ذلك لا يحول دون تحري إرادة الشارع،

ويستثنى من هذا الأصل جواز التوسع في تفسير نصوص الأعدار المعفية في ظل توافر قيود وضوابط تتمثل في تحري قصد الشارع دون تعارض مع صياغة النص<sup>(4)</sup>.

### ثانيا: الأعدار المعفية والتفسير الواسع.

الأصل أنه إذا تساوت لدى المفسر وجوه متعددة يمكن أن يؤول إليها النص، فيجب ترجيح الوجه الذي يتحقق به صالح المتهم إذ الأصل في الأفعال الإباحة<sup>(5)</sup>.

وهذا ما جعل القضاء البلجيكي يذهب إلى جواز التوسع في تفسير نصوص الأعدار المعفية، فقد قررت محكمة النقض البلجيكية في حكم لها صادر في 3 مارس 1941 أنه: «يجوز الإلتجاء إلى التوسع في تفسير العذر كلما كان ذلك التوسع مستندا إلى إرادة الشارع ولا يتعارض مع الصياغة القانونية للنصوص»<sup>(6)</sup>.

وقد جاء في صيغة هذا الحكم أن «القاضي يكون ملتزما بالتوسع في تفسير نصوص العذر، والحكم بإمداده إلى كل حالة يمكن أن يؤسس فيها ذلك على إرادة الشارع، بشرط أن لا ينطوي التوسع على تعارض مع صياغة النص، وأن القاضي يكون ملتزما بذلك - من باب أولى - متى كان الأمر يتعلق بصيغة قانونية واضحة ومنضبطة»<sup>(7)</sup>.

(1)- عماد السباعي: النظرية المرجع السابق، ص 479.

(2)- حسنين عبيد: النظرية العامة للظروف المخففة، مرجع سابق، ص 162-163.

(3)- عماد السباعي: المرجع السابق، ص 481.

(4)- المرجع نفسه، ص 481.

(5)- محمود محمود مصطفى: قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 83/ محمد وحدي عبد الصمد: عدم جواز الإعتذار جهل القانون، مرجع سابق، ص 104/ عماد الدين السباعي: المرجع السابق، ص 487.

(6)- المرجع نفسه، ص 487-488.

(7)- Hausi principes generaux du Droit penal belge 2 edition T.I.P 176

ذكره وأشار إليه: عماد السباعي: المرجع السابق، ص 488.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثالث: تفسير النصوص الجنائية غير التجريبية

ويذهب الفقيه البلجيكي "بيكارت" إلى أن التوسع في تفسير الأعدار المعفية يتعين تحديده بصدد كل حالة على حدة، وذلك بناء على قواعد وأسس خاصة تستخلص من العلة التشريعية التي أوجت باستبعاد العقاب بحسب الأحوال<sup>(1)</sup>.

ولم يختلف الوضع في فرنسا عن قرينه في بلجيكا، فقد ذهب فريق من الفقه والقضاء الفرنسيين إلى جواز امتداد العذر المعفي إلى أشخاص أو جرائم لم يرد ذكرها صراحة بالنص إعمالاً لقاعدة التفسير الواسع، شريطة أن لا ينطوي ذلك على تعارض مع إرادة الشارع<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً: الأعدار المعفية والقياس.

يجب القول بمبدأ حظر القياس في تفسير نصوص الأعدار المعفية، ذلك أن هذا المبدأ يتفق وطبيعة جوهر الأعدار، فضلاً عن أهميته في الوقوف على خصائصها وأحكامها التي تخضع لها في مجموع تطبيقاتها.

إذ أن الأعدار المعفية تتميز بإطار تشريعي ونظام قانوني يختلف عن غيره من النظم الشبيهة به—مثل أسباب الإباحة وموانع المسؤولية—والقول بغير ذلك، يترتب عليه نتيجة خطيرة تؤدي إلى تفويض نظرية الأعدار المعفية من منبعها<sup>(3)</sup>.

والأخذ بنظام القياس في هذا المجال يترتب عليه قيام استثناءات جديدة خروجاً على الأسباب والأوضاع الخاصة المحددة صراحة في نصوص القانون<sup>(4)</sup>.

ولا يجوز التعويل على قول البعض<sup>(5)</sup> بأنه لا صلة للأعدار المعفية بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات—الذي يعدّ عقبة في سبيل جواز اللجوء إلى القياس في تفسير النصوص الجنائية عموماً—وبالتالي فلا يوجد ما يبرر حظر القياس على النصوص التي تقرّر هذه الأعدار.

غير أنه يجب القول بأن الأعدار المعفية تخضع لمبدأ التحديد التشريعي على وجه دقيق، ذلك أن علتها قاصرة وغير متعدية فهي لا تصدر عن مبدأ قانوني عام. وبناءً عليه لا يمكن مسايرة الرأي القائل بإتباع

(1) -عماد السباعي: المرجع السابق، ص 490/ رفاعي سيد سعد: تفسير النصوص، مرجع سابق، ص 479.

(2) -MARG ANCEL: APROPOS de quelque discussion Recentes sur la regle « nullapoena sur lege » « Revue.sc.crim 1937 P 678 »

ذكره وأشار إليه رفاعي سيد سعد: المرجع السابق ص 497.

(3) -عماد السباعي: المرجع السابق، ص 494-495.

(4) -المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5) -رؤوف عبيد: مبادئ القسم العام في التشريع العقابي، مرجع سابق، ص 119 ..

## الباب الثاني: ..... الفصل الثالث: تفسير النصوص الجنائية غير التجريبية

القياس في تفسير نصوص الأعدار وإلا ترتب على ذلك أن يستفيد من الإعفاء أشخاص غير من حددهم النص أو أن يمتد إلى جرائم غير التي قصدتها الشارع<sup>(1)</sup>.

المطلب الثاني: تفسير النصوص الخاصة بالأعدار المخففة.

يتضمن هذا المطلب ماهية الأعدار المخففة في فرع أول وأسلوب تفسيرها في فرع ثان

الفرع الأول: ماهية الأعدار المخففة:

ينبغي تحديد مدلول الأعدار المخففة ثم بيان خصائصها وأنواعها وأخيرا تبين أثرها.

هي جملة الأسباب التي تؤدي إلى تخفيف العقوبة عن المتهم والتزول بها دون الحد المعين في نص التجريم والعقاب، وقد تكون وجوبية، بمعنى يتولى المشرع تحديدها على سبيل الحصر<sup>(2)</sup>، وهي أسباب خاصة مقصورة على جرائم معينة، ويلزم القاضي بالتخفيف متى ثبت وجودها وتعرف بالأعدار المخففة<sup>(3)</sup>

وقد تكون جوازية، وهي أسباب عامة، يترك المشرع للقاضي السلطة التقديرية في تطبيقها وإعمال أثرها القانوني على العقوبة وتعرف بالظروف المخففة.

أولا: خصائص الأعدار المخففة.

تتميز الأعدار المخففة بعدة خصائص نوجزها فيما يلي:

الإلزام: وهذه الخاصية تعد نتيجة طبيعية لمبدأ الشرعية<sup>(4)</sup> الذي يحكم الأعدار، فالقاضي يلتزم به متى تحقق من توافر شروطه، وهو يلتزم بتثبيت الحكم الذي يعول على العذر المعفي.

كما تمتاز هذه الأعدار أيضا بأنها تبقى على الجريمة على الرغم من توافر العذر، فإن الجريمة لا تزول ولا تتغير طبيعتها وهي بذلك تتفق مع الظروف المخففة وهذه خصيصة لصيقة بالعذر<sup>(5)</sup>.

(1)- عماد السباعي: المرجع السابق، ص 495-496.

(2)- محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 820.

(3)- انظر المراجع التي أوردت تعريفات للأعدار المخففة.

أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 372. / حسنين عبيد، النظرية العامة لظروف المخففة، ص 155. / جلال ثروت: النظرية العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص 51 / عبد الحميد الشواربي: الظروف المشددة والمخففة للعقاب، ط 1976، ص 24.

(4)- حسنين عبيد: النظرية العامة للظروف المخففة، المرجع السابق، ص 161. / عبد الحميد الشواربي، المرجع نفسه، ص 34.

(5)- محمود نجيب حسني: المرجع السابق، ص 820. / حسنين عبيد: المرجع السابق، ص 163. / عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 34-35.

## الباب الثاني: ..... (الفصل الثالث: تفسير النصوص الجنائية غير التجريبية)

وتمتاز هذه الأعدار المخففة بالتأثير على العقوبة، وهذا الأثر هو جوهر العذر المخفف وهو يتفق في ذلك مع الظروف المخففة. فيترتب على العذر التزول بالعقوبة إلى أقل من حدها الأدنى.

ثانياً: أنواع الأعدار القانونية المخففة.

### 1- الأعدار المرتبطة بتجاوز الدفاع الشرعي

ومن هذه الحالات، حالة القتل أو الجرح أو الضرب بسبب وقوع ضرب شديد المادة 277 عقوبات جزائري<sup>(1)</sup>، حالات القتل والجرح والضرب المرتكبة لدفع تسلق أو ثقب أسوار أو حيطان أو تحطيم المنازل أو الأماكن المسكونة أو ملحقاتها إذا حدث ذلك أثناء النهار. المادة 278 عقوبات جزائري<sup>(2)</sup>.

### 2- عذر الاستفزاز في جريمة الزنا

حيث نصت المادة 279 عقوبات جزائري على أنه: " يستفيد مرتكب جرائم القتل والجرح والضرب من الأعدار إذا ارتكبها أحد الزوجين على الآخر في اللحظة التي يفاجئه فيها في حالة تلبس بالزنا"<sup>(3)</sup>.

### 3- صغر السن

أوجب المشرع إخضاع القاصر الذي يتراوح سنه من 13 إلى 18 سنة إما لتدبير الحماية والتربية أو لعقوبات مخففة، وذلك بحسب تقدير القاضي لخطورة السلوك الإجرامي وشخصية الحدث. غير أنه يتوجب في جرائم التسول والتطفل المنصوص عليهما في المادتين 195-196 عقوبات جزائري<sup>(4)</sup> إخضاع القاصر وجوباً لتدابير الحماية والتربية. المادة 196 مكرر عقوبات.<sup>(5)</sup>

### الفرع الثاني: أسلوب تفسير الأعدار القانونية المخففة.

ثار خلاف في الفقه والقضاء حول طريقة تفسير الأعدار، فذهب جانب من الفقه<sup>(6)</sup> إلى القول بأن

(1) - احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ظل الممارسة القضائية، ص 108.

(2) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3) - المرجع نفسه، ص 108.

(4) - المرجع نفسه، ص 81.

(5) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(6) - محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 820.

Levasseur et "b" bouloc op.cit , p 484 "g" stefani , "g"

حيث قرر القانون في المادة 65 عقوبات فرنسي على أن تفسير الأعدار المخففة يجب أن يكون ضيق.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثالث: تفسير النصوص الجنائية غير التجريبية

العذر لا يتقرر إلا بنص القانون فالأمر يستلزم تفسيره تفسيراً ضيقاً، وقد أبدت بعض أحكام القضاء الفرنسي والمصري اعتناقها هذا الرأي<sup>(1)</sup>.

ويقرر البعض<sup>(2)</sup> أن الأخذ بالتفسير الضيق للعذر لا يتفق مع الطبيعة والهدف من تقرير الأعذار، هذا فضلاً عن كون العذر دائماً في صالح المتهم، ويضيف إلى ذلك أنه ليس ثمة ما يحول دون امتداد الأعذار إلى كل حالة تقوم على إرادة الشارع مع مراعاة عدم وجود تعارض مع صياغة النصوص.

كما أن القاضي يستطيع إذا لم يجد الشروط القانونية للعذر أن يعتبره مجرد ظرف مخفف.

وهذا ما أكد عليه الأستاذ "حسنين عبيد" حيث يقرر أنه: "لا يوجد ما يحول دون القياس على نصوص الأعذار طالما أن ذلك لا ينطوي على مخالفة لروح التشريع"<sup>(3)</sup>.

وباستقراء الأعذار التي قررها المشرع الجزائري -سالف الذكر-، نجد أنها تتمثل في عذر صغر السن ومفاجأة الزوج لزوجته حال تلبسها بالزنا، والعذر المنصوص عليهما في المادتين 277 عقوبات جزائري<sup>(4)</sup> والمادة 278 عقوبات جزائري<sup>(5)</sup>، نجد أن المشرع قد ذكرهما على سبيل الحصر.

ولعل الرأي الصائب أن عذر صغر السن الذي قرره المشرع بالمادتين -سالف الذكر- هو عذر عام ينطبق في حدوده على كافة الأحداث خلال هذه المرحلة السنوية من أعمارهم.

كما أن العذر المنصوص عليه في المادة 279 عقوبات<sup>(6)</sup> وإن كان الشارع قد اقتصر في إعماله على الزوج فقط فإنه من باب أولى -ونحن في مجتمع شرقي - امتداد إعماله ليشمل الأب، الأخ، ابن العم، وإن نزل والعم وإن علا اتفاقاً مع علة التقرير، وهي حالة الاستفزاز التي تعتري كل هؤلاء أو واحداً منهم غيراً على عرضهم، ذلك لأنهم في مرتبة أعمق أثراً وأكثر التصاقاً بالزوجة الزانية من زوجها، الذي يستطيع أن

(1)-CassCrim 9 Février 1932 , Dalloz , 1924 , 1,114

CassCrim 6 Novembre 1964 , Gazpal 1965, 1, 180

انظر: نقض 29 نوفمبر 1965 مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية س 16، رقم 176، ص 895.

نقض 20 مارس 1976، س 63، رقم 96، ص 441.

كل هذه الأحكام ذكرها وأشار إليها، رفاعي سيد سعد: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 505.

(2) -Bakaret, op.cit, p55

ذكره وأشار إليه: رفاعي سيد سعد: المرجع السابق، ص 491 وما بعدها .

(3) -حسنين عبيد: النظرية العامة للظروف المخففة، مرجع سابق، ص 162-163.

(4) -انظر: نص المادة 277، أحسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ظل الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 108.

(5) -المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(6) -المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثالث: تفسير النصوص الجنائية غير التجريبية

يتخلص من عارها بكلمة واحدة هي الطلاق.

أما بالنسبة للجرائم في هذا الخصوص، فإن هذا العذر يطبق في حالة القتل والجرح والضرب المفضي إلى الموت وفقا لمقتضى نص المادتين 277-278 عقوبات فإنه من -باب أولى- أن يمتد أثر هذا العذر المخفف على الجرائم الأقل جسامة من السابقة مثل الجرح والضرب المفضي إلى عاهة مستديمة.

ولعل الرأي الصائب أن تفسر هذه الأعدار بما يتفق والمصلحة التي يتوخاها الشارع من تقريرها، فإذا كانت هذه الغاية تتحقق بتفسيرها تفسيراً ضيقاً وجب تفسيرها وفقاً لذلك<sup>(1)</sup>.

وإذا كانت المصلحة تتوافر بالتوسع في تفسيرها كان ذلك هو التفسير الصحيح.<sup>(2)</sup>

أما بالنسبة للقياس فإنه للأخذ به أن يكون النص ذا علة متعدية وليست قاصرة، بمعنى أن يكون النص صادراً عن مبدأ قانوني عام وليس وارداً على سبيل الحصر والاستثناء، ولذا كان الراجح عدم الأخذ بالقياس في مجال تفسير الأعدار المخففة.<sup>(3)</sup>

(1)-رفاعي سيد سعد: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص507.

(2)-المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3)-المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

### المبحث الثالث: تفسير النصوص الخاصة بالظروف.

الظروف التي وردت في قانون العقوبات تنقسم إلى ظروف مخففة وأخرى مشددة، وعلى أساس من هذا سوف نتناول تفسير النصوص الخاصة بالظروف المخففة ثم نعقبه بتناول تفسير النصوص الخاصة بالظروف المشددة.

#### المطلب الأول: تفسير النصوص الخاصة بالظروف المخففة.

يتعين بيان ماهية الظروف المخففة قبل الحديث عن أسلوب تفسيرها، والحديث عن ماهية الظروف المخففة يستلزم تحديد مدلولها ثم بيان خصائصها وتحديد نطاقها.

#### الفرع الأول: ماهية الظروف المخففة.

الظروف المخففة هي أسباب للتخفيف تمكن القاضي من الحكم بعقوبة أقل من الحد الأدنى المقرر للجريمة مع مراعاة القواعد التي حددها القانون<sup>(1)</sup>.

والظروف المخففة غير محددة من حيث العدد وغير معرفة من حيث المضمون، وقد اقتضت المادة 53 عقوبات جزائري<sup>(2)</sup> التي تحكمها على بيان الحدود التي يصح للقاضي أن يتزل إليها عند قيام الظروف المخففة.

وبذلك يكون المشرع قد منح القضاء ثقة كبيرة وخوله أن يستظهر الظروف المخففة من أي عنصر من عناصر الدعوى<sup>(3)</sup>.

ولكل قضية ظروفها، فقد يكون الطرف المخفف خارجيا ذا صلة بالجريمة (ضالة الضرر، مجرد شروع) أو لاحقا عليها (جبر الضرر ورد الشيء محل السرقة، وقوع صلح بين الجاني والجني عليه)، أو ظرفا ذاتيا متعلقا بشخص الجاني (التوبة، نبل الباعث).

وفي هذا الخصوص يمكن القول أن المشرع ترك أمر تحديدها والاعتداد بها للقاضي، وتكفل بوضع

(1) - محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 822. / حسنين عبيد: النظرية العامة للظروف المخففة، مرجع سابق، ص 144. / جلال ثروت: النظرية العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص 513. / أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 780.

(2) - انظر: احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 30.

(3) - مأمون سلامة: قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 554-555.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثالث: تفسير النصوص الجنائية غير التجريبية

الحدود التي يجوز للقاضي أن يتزل إليها بالعقوبة ولا يتجاوزها، ومن أجل ذلك يطلق الفقه على تلك الظروف **الظروف القضائية المخففة**<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: خصائص الظروف المخففة.

- 1- تعدّ الظروف القضائية المخففة من وسائل تفريد العقوبة تبعاً لماضي المجرم ومدى خطورته في المستقبل، وهذا ناتج عن صعوبة الفصل بين الجاني والجريمة في ظل السياسة الجنائية الحديثة.
  - 2- تعدّ الظروف القضائية المخففة نظاماً مكملاً لنظام الأعدار القانونية المعفية والمخففة، ذلك أن المشرع لم ينص إلا على أسباب قليلة جداً تستدعي تخفيض العقوبة، وثمة أسباب أخرى تستدعي هذا التخفيض، ومن الصعب على المشرع أن ينص عليها على سبيل الحصر.
  - 3- أن القاضي هو الذي يتولى استظهارها، وهو لديه في هذا الخصوص سلطة تقديرية واسعة، وإن كان ثمة معايير إرشادية وضوابط تكفل حسن ممارسة القاضي سلطته.
  - 4- ليس هناك ما يمنع من امتداد الظروف المخففة إلى مجال التدابير الاحترازية، إذ أنها تكشف عن ضالة الخطورة الإجرامية عن طريق النص على عدد من التدابير الاحترازية يختار من بينها القاضي التدبير الملائم<sup>(2)</sup>.
  - 5- تتمثل وظيفة الأعدار المخففة في الحالات التي قد تعرض للقاضي وتستوجب التخفيف، إلا أن المشرع لم يكن قد توقعها<sup>(3)</sup> ولم يدرجها بين الأعدار.
- هنا يبرز دور الظروف المخففة<sup>(4)</sup> ليتماشى مع المشاعر الاجتماعية والنظريات العلمية حينما تكون العقوبات المقررة لبعض الجرائم تتسم بالشدة، فيمكن القاضي أن يستجيب للشعور الاجتماعي أو متطلبات العلم مع الإبقاء على العقوبة المشددة تحقيقاً للردع العام<sup>(5)</sup>.

### أولاً: مجال تطبيق الظروف المخففة.

(1)- مأمون سلامة: المرجع السابق، ص 555.

(2)- حسنين عبيد: النظرية العامة للظروف المخففة، مرجع سابق، ص 145. / عبد الحميد الشواربي: الظروف المشددة والمخففة للعقاب، مرجع سابق، ص 81.

(3)- كما هو الحال في إحجام قانون العقوبات عن النص عن تخفيف العقوبة في حالة التوبة الإيجابية.

(4)- رفاعي سيد سعد: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 511.

(5)- محمود نجيب حسني: قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 822-823. / أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 781.



## الباب الثاني: ..... (الفصل الثالث: تفسير النصوص الجنائية غير التجريبية)

لم يعرف مجال تطبيق الظروف المخففة تغييرا يذكر بعد تعديل قانون العقوبات الجزائري في سنة 2006 فمازالت تحكمه نفس المبادئ التي يمكن أن نوجزها فيما يلي:

المبدأ العام، أنه يجوز للجهات القضائية إفادة كل محكوم عليه بالظروف المخففة وتبعاً لذلك:

- تطبيق الظروف المخففة على كافة الجرائم سواء كانت جنایات أو جناحاً أو مخالفات<sup>(1)</sup>.

- يجوز تطبيق الظروف المخففة على كافة الجناة سواء كانوا مواطنين جزائريين أو أجانب، بالغين أو قصر مبتدئين أو عائدین.

- يجوز لكل جهات الحكم منح الظروف المخففة، سواء كانت من القانون العام أو استثنائية كالمحاكم العسكرية مثلاً.

غير أن قاعدة جواز تطبيق الظروف المخففة ليست مطلقة حيث استبعد المشرع صراحة تطبيقها في بعض المواد أو فرض قيوداً على تطبيقها كما استبعدتها القضاء في بعض الجرائم كجرائم الشيك.

### ثانياً: الجرائم المستثناة من تطبيق الظروف المخففة.

استبعد قانون العقوبات الجزائري صراحة تطبيق نظرية الظروف المخففة فيما يتعلق بجرائم المخدرات حيث نصت المادة 26 من القانون 04-18 المؤرخ في 25-12-2004 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية استبعاد المادة 53 عقوبات<sup>(2)</sup>.

- الغرامة المتعلقة بإصدار شيك بدون رصيد، فإن كان للقاضي سلطة تقديرية في تقدير مبلغ الغرامة المالية بين حديها الأدنى والأعلى وسلطة تخفيضها طبقاً للحدود المقررة في حالة إعمال الظروف القضائية المخففة، فإنه مما يلاحظ هو خروج المشرع الجزائري عن هذه القاعدة العامة في المادة 374 عقوبات<sup>(3)</sup>.

- جريمة الاتجار بالأشخاص حيث لا يستفيد الشخص المدان لأرتكابه جريمة الاتجار بالأشخاص من ظروف التخفيف المنصوص عليها في المادة 53 عقوبات والمادة 303 مكرر<sup>(4)</sup> "عقوبات جزائري".

<sup>(1)</sup> - نطاق أو مجال الظروف المخففة في التشريع المقارن وبالتحديد التشريع المصري يقتصر على الجنایات فقط. دون الجنح والمخالفات.

<sup>(2)</sup> - قانون 04-18 المؤرخ في 25/12/2004 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية/سبق الإشارة إلى هذا القانون في الجريدة الرسمية.

<sup>(3)</sup> - انظر: احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 160.

<sup>(4)</sup> - المرجع نفسه، ص 122-123.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثالث: تفسير النصوص الجنائية غير التجريبية

- جريمة تهريب المهاجرين حيث لا يستفيد الشخص المدان لارتكابه جريمة تهريب المهاجرين من ظروف التخفيف المنصوص عليها في المادة 53 عقوبات والمادة 303 مكرر "21" عقوبات<sup>(1)</sup>.

حدد المشرع حدودا دنيا أخرى لا يجوز للقضاء التزول عنها إذا ما قدر إفادة المتهم بالظروف المخففة ويتعلق الأمر بنوعين من الجرائم.

جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية المبينة في القانون 04-18 المؤرخ في 25-12-2004 والجرائم الإرهابية التخريبية المبينة في المواد 87 مكرر<sup>(2)</sup> وما بعدها في قانون العقوبات.

أما عن حدود تخفيف العقوبة إعمالا للظروف القضائية المخففة فهي الحالة التي تنظمها المشرع الجزائري في المواد من 53 إلى 53 مكرر 5 وميز خلالها بين المتهم المسبوق قضائيا<sup>(3)</sup> وغير المسبوق قضائيا وبين العائد وغير العائد، كما ميز بين الجنايات والجنح والمخالفات.

### الفرع الثالث: أسلوب تفسير نصوص الظروف المخففة.

هل تفسر الظروف المخففة تفسيرا ضيقا، أم أنه يجب تفسيرها تفسيرا واسعا، وما مدى إمكانية القياس بالنسبة لها؟

للإجابة على هذا التساؤل يجب التعرف على ما إذا كان المشرع قد وضع ضوابط لتخفيف العقوبة بواسطة الظروف، من عدمها.

الظروف القضائية المخففة هي: وقائع عارضة يتولى تحديدها القاضي في كل جريمة على حدة، ويقدم أثرها القانوني على العقوبة الواجب تطبيقها، ولذلك فهي تمثل أعلى درجات السلطة التقديرية للقاضي في إطار مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات<sup>(4)</sup>.

(1)- احسن بوسقيعة: المرجع السابق، الصفحة 125.

(2)- المرجع نفسه، ص 46.

(3)- مفهوم المسبوق قضائيا حسب نص المادة 53 مكرر 5 يختلف عن مفهوم العود فهو مفهوم أوسع وأشمل لأن العود يشترط فيه المشرع بشروط أخرى كالتماثل في الجنح والمخالفات.

فيما يتعلق بالمسبوق قضائيا قيد المشرع الجزائري القاضي الجزائري في منح الظروف المخففة أكثر مما هو عليه الحال إذا كان المتهم غير مسبوق قضائيا.

كما أنه في الحالة التي تقرر فيها إفادة المتهم بجناية فإن المشرع الجزائري لم يميز في مقدار الحد الأدنى الذي يمكن التزول إليه فيما يخص العقوبات السالبة بين المسبوق قضائيا وغير المسبوق قضائيا ونص عليها بصفة عامة ضمن المادة 53 عقوبات.

(4)- مأمون سلامة: قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 555.

## الباب الثاني: ..... (الفصل الثالث: تفسير النصوص الجنائية غير التجريبية)

وليس للقاضي أن يبين في حكمه نوع الظروف التي أخذ بها، بل إنه غير ملزم بالإشارة إلى تلك الظروف **المخففة إذ يكفي أن يتزل إلى ما دون** العقوبة المقررة قانونا جزاء للجريمة المرتكبة ليستشف منه ضمنا أنه أخذ بالظروف المخففة<sup>(1)</sup>.

كما أن تطبيق الظروف المخففة أمر جوازي متروك لتقدير القاضي وليس أمرا مفروضا عليه<sup>(2)</sup>، وتطبيقها ليس حقا للمتهم<sup>(3)</sup>، والمحكمة ليست ملزمة بالرد على طلب المتهم للإفادة من الظروف المخففة<sup>(4)</sup>.

وإذا كانت العقوبة المقررة قانونا هي الإعدام، يجوز تخفيضها عند تطبيق الظروف المخففة إلى 10 سنوات سجنا، ومن ثم يتعرض للنقض الحكم الذي أدان المتهم بجناية القتل العمد مع سبق الإصرار والترصد المعاقب عليها بالإعدام وقضى عليه بالسجن لمدة 5 سنوات<sup>(5)</sup>.

وتخالف نص المادة 53 عقوبات المحكمة التي أدانت المتهم من أجل جنائية محاولة القتل العمد والمعاقب عليها في المادة 261 عقوبات بالسجن المؤبد وقضت عليه بعد إفادته بالظروف المخففة بثلاث سنوات حبسا نافذا، في حين لا تجيز المادة 53 في مثل هذه الحالة التزل بالعقوبة إلى أقل من 5 سنوات سجنا<sup>(6)</sup>.

ومن استقراء النصوص التي تتضمن الظروف المخففة في التشريع الجزائري، نجد أنه قد عرّف نظام الظروف المخففة وفسح المجال للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي من خلال نص المادة 53 التي فسحت المجال واسعا للسلطة التقديرية للقاضي الجزائري.

(1) - أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائري العام، مرجع سابق، ص 326.

(2) - الغرفة الجنائية 1968/3/26 مجموعة قرارات الغرفة الجنائية، ص 314.

— الغرفة الجنائية 1982/5/13 نشرة القضاة 1983، ص 11 .

انظر: احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 30.

(3) - قرار جنائي 1968/12/17 مجموعة قرارات الغرفة الجنائية، ص 363.

انظر: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(4) - غرفة الجناح والمخالفات قرار 1995/5/21 ملف 112664.

انظر: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5) - الغرفة الجنائية 1988/2/16 ملف رقم 54120 المجلة القضائية 1993، العدد 3، ص 256.

قرار 1988/3/29 ملف رقم 54315 المجلة القضائية 1991، العدد 1، ص 145.

(6) - الغرفة الجنائية 2000/5/16 ملف 24048 المجلة القضائية 2001، العدد 1، ص 314.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثالث: تفسير النصوص الجنائية غير التجريبية

غير أنه ونظرا لارتفاع معدل الجريمة وتنامي ظاهرة اللصوصية لجأ المشرع من خلال قانون 06-23 المعدل لقانون العقوبات وقوانين أخرى إلى التضييق من سلطة القاضي التقديرية، وذلك عن طريق تعديل القاعدة العامة في منح الظروف المخففة المنصوص عليها في المادة 53 عقوبات. بوضع إطار قانوني متكامل ومتغير بحسب ما إذا كان المتهم مسبوق قضائيا أو غير مسبوق، إذ يختلف الحد الأدنى الذي يمكن للقاضي الجزائي التزول إليه في الحالة الأولى عن الحالة الثانية.

ويثور تساؤل في التشريع الجزائري حول ما إذا كان تطبيق الظروف المخففة يقتضي تخفيض العقوبة إلى أقل من الحد الأدنى المقرر لها قانونا للجريمة المرتكبة؟ أم أنه يكفي التزول عن حدها الأقصى؟

الرأي الراجح في الأوساط القضائية الجزائرية أن تطبيق الظروف المخففة يقتضي التزول بالعقوبة عن الحد الأدنى المقرر قانونا، على أساس أن المشرع وضع حدين للعقوبة فإذا حكم القاضي بعقوبة تتراوح بينها فإنه لم يقد المتهم بالظروف المخففة، وإنما طبق عليه ما قرره المشرع<sup>(1)</sup>.

وفي هذا الاتجاه أصدرت المحكمة العليا قرارا قضت فيه بأن تطبيق الظروف المخففة يقتضي التزول بالعقوبة إلى ما دون الحد الأدنى المقرر قانونا<sup>(2)</sup>.

إن رأيا في الفقه ذهب إلى أن قواعد هذه الطائفة - الظروف المخففة - قواعد استثنائية بالنسبة للقواعد التجريبية، ومن ثم فإنه لا يجوز القياس عليها ومن أمثلتها ما نصت عليه المادة 279<sup>(3)</sup> عقوبات جزائري من توقيع عقوبة الحبس بدلا من توقيع عقوبة القتل على الزوج الذي يضبط زوجته متلبسة بالزنا فيقتلها، ولا يجوز القياس على تلك الحالة، بمعنى أنه لا ينتفع بنفس التخفيف شقيق الزوج المثلوم شرفه، أو شقيق الزوجة الزانية.

ويرى جانب آخر من الفقه<sup>(4)</sup> أن الظروف المخففة هي قواعد عامة متعددة العلة ويجوز القياس عليها. عليها.

ومن استعراض موقف المشرع والفقه والقضاء من الظروف المخففة، يتبين أنها ليست واردة في القانون على سبيل الحصر والاستثناء ويترتب على ذلك جواز القياس في تفسير الظروف المخففة، وإذا كان القياس جائزا بالنسبة لها يكون التفسير الواسع جائزا أيضا.

(1) - احسن بوسقيعة: الوجيز في شرح القانون الجزائري العام، مرجع سابق، ص 341 .

(2) - قرار 2000/1/12 ملف 2289044 المرجع نفسه، ص نفسها.

(3) - احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، 108

(4) - رفاعي سيد سعد: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص 518.

## الباب الثاني: ..... (الفصل الثالث: تفسير النصوص الجنائية غير التجريبية)

والخلاصة من كل ما تقدم فإن المشرع الجزائري وفي ظل تنامي الظاهرة الإجرامية وأعمال العنف، انتهج سياسة عقابية جديدة تميل نحو التشدد والتضييق، وبذلك قيد من سلطة القاضي الجزائري في منح الظروف المخففة وجعلها تتسع وتضيق بحسب صنف المجرم، ومركزه من مسبوق قضائيا وعائدا، وهذا بهدف تحقيق الردع الخاص والعام في آن واحد. بما يؤدي إلى المساهمة في التقليل من انتشار هذه الظواهر الإجرامية.

### المطلب الثاني: تفسير النصوص الخاصة بالظروف المشددة.

نستعرض ماهية الظروف المشددة وذلك قبل بيان أسلوب تفسيرها .

#### الفرع الأول: ماهية الظروف المشددة.

حالات تشديد العقاب هي حالات يجب على القاضي - أو يجوز له - في حالة توافرها حال نظر واقعة ما، أن يحكم بعقوبة أشد مما قرره القانون للجريمة، فيجاوز بذلك الحد الأقصى المقرر لها قانونا<sup>(1)</sup>.

وترجع العلة في أسباب التشديد في تمكين القاضي من تحقيق ملاءمة كاملة بين العقوبة التي ينطق بها والظروف الواقعية للدعوى التي تقتضي مزيدا من التشديد يجاوز ما يسمح به القانون في النص الخاص بالجريمة، فالشارع وضع الحد الأقصى لعقوبة الجريمة مقدرا أنه يمثل غاية ما يقتضيه عقابه هذه الجريمة من شدة، فتكون وظيفة أسباب التشديد هي تمكين القاضي من تحقيق ذلك، وهذا يعني أن وظيفة أسباب التشديد في النظام القانوني هي إتاحة السبيل لاستعمال أصوب للسلطة التقديرية للقاضي<sup>(2)</sup>.

#### الفرع الثاني: أسلوب تفسير نصوص الظروف المشددة.

نص المشرع على حالات خاصة يجوز فيها للقاضي أن يتجاوز الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانونا للجريمة وهذا ما يعرف بالظروف المشددة.

وتقسم الظروف المشددة عدّة تقسيمات، فهي تنقسم من حيث المصدر: إلى ظروف مادية وظروف شخصية، ومن حيث نطاق تطبيقها: إلى ظروف عامة وظروف خاصّة.

#### أولا-الظروف المشددة المادية والظروف المشددة الشخصية.

الظروف المادية أو العينية: هي تلك الظروف التي تتصل بماديات الجريمة ذاتها فتزيد من خطورتها، ومن

(1)-محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 830.

(2)-مدحت الدويبيسي، سلطة القاضي في تفريد العقوبة، دار الجامعة الجديدة، 2009م، ص86.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثالث: تفسير النصوص الجنائية غير التجريبية

ذلك ظرف التسور في جريمة السرقة، وظرف السم في جريمة القتل بالتسميم، والتعذيب في جريمة الخطف. أما الظروف الشخصية : فهي التي تتعلق بالجاني كصفة الخادم في جريمة السرقة، أو صفة الأصل في الإعتداء على القصر أو الفرع في جرائم العنف العمدم. و الملاحظ أنه من العسير الإحاطة بكل أسباب التشديد الخاصة المقررة في قانون العقوبات، ويرجع بالتالي إلى نصوص التجريم والعقاب في كل حالة على حدة، لمعرفة ما إذا كانت تتضمن سبب للتشديد من عدمه.

وعلى ذلك فإن دراسة أسباب التشديد تدخل في إطار القسم الخاص من قانون العقوبات باعتبارها ظروف مشددة خاصة.

### 1-تحديد بعض ظروف التشديد:

على غرار بعض التشريعات فقد عمد المشرع إلى تحديد مضمون الكثير من ظروف التشديد ومن ذلك:

- ظرف التسميم في جريمة القتل الذي عرفته المادة 260 عقوبات جزائري<sup>(1)</sup>
- ظرف التعذيب في جريمة القتل الذي عرفته المادة263مكرر عقوبات جزائري. (2)
- ظرف سبق الإصرار والترصد حيث عرفت المادة 256عقوبات جزائري<sup>(3)</sup>سبق الإصرار وعرفت المادة257عقوبات جزائري<sup>(4)</sup>الترصد.

### 2- أثر الظروف المشددة:

قد تؤثر الظروف المشددة على مقدار العقوبة، وقد تؤثر على الطبيعة القانونية للجريمة.

-أثر الظروف المشددة على مقدار العقوبة:

يلاحظ بصفة عامة أن من شأن توافر ظرف مشدد تشديد العقوبة دون تغيير الوصف القانوني للجريمة، ومن الأمثلة على ذلك جريمة الإختطاف حيث يعاقب عليها بالسجن المؤقت من خمس (5) إلى

(1)-أحسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 100.

(2)-المرجع نفسه، ص 101.

(3)-المرجع نفسه، ص 99.

(4)-المرجع نفسه، ص 100.

## الباب الثاني: ..... (الفصل الثالث: تفسير النصوص الجنائية غير التجريبية)

عشر(10) سنوات، وإذا استمر الحبس لمدة أكثر من شهر فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر(10) إلى عشرين(20) سنة وهذا وفقا لمنطوق المادة 291 عقوبات جزائري<sup>(1)</sup>

-أثر الظروف المشددة على الطبيعة القانونية للجريمة:

إذا كان من شأن توافر ظرف معين إحلال عقوبة جنائية محل عقوبة جنحية، فإن ذلك يؤدي إلى تغيير وصف الجريمة من جنحة إلى جنائية، ومن ذلك جريمة الفعل المخل بالحياء ضد قاصر المنصوص عليها في المواد 334-337-337 مكرر عقوبات جزائري<sup>(2)</sup> حيث يعاقب الجاني بالحبس من خمس(5) إلى عشر (10) سنوات وإذا كان الجاني من أصول المحني عليه-وهو ظرف مشدد- تستبدل العقوبة الجنحية بعقوبة جنائية هي السجن المؤقت من خمس(5) إلى عشر(10) سنوات.

### ثانيا: الظروف المشددة العامة والظروف المشددة الخاصة.

قد تكون ظروف التشديد خاصة لا تشدد العقوبة إلا في صدد جريمة معينة، أو جرائم من طائفة معينة، وتشمل أغلب أنواع الظروف المشددة كسبق الإصرار، التردد، الكسر...

أما الظروف المشددة العامة فهي التي تشدد عقوبة الجريمة أيا ما كانت طبيعتها وتنصرف إلى عدد غير معين من الجرائم مثل العود، الذي عالجها المشرع الجزائري بالنسبة للشخص الطبيعي في المواد 54 مكرر إلى 54 مكرر<sup>(3)</sup>.

ويقصد بالعود الوصف القانوني الذي يلحق بشخص عاد إلى الإجرام بعد الحكم عليه بعقوبة بموجب حكم سابق بات حائز لقوة الشيء المقضي فيه، ومعنى ذلك أن العود يفترض تكرار وتعدد جرائم المتهم. والمشرع الجنائي<sup>(4)</sup> قد اعتبر العود للجريمة ظرفا من الظروف الذي يؤدي تحققها إلى رفع العقوبة عن

(1)-المرجع نفسه، ص 112.

(2)-أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 141-142.

(3)-المرجع نفسه، ص 33-34.

(4)-أقرّ التعديل الجديد لقانون العقوبات الجزائري عدّة أحكام تحّص تشديد العقوبة لحالة العود، وجعل تشديد العقوبة بسببه أكثر تطبيقا وممارسة من طرف القضاء الجزائري، وذلك بوضع ثلاثة مبادئ أساسية فيما يخص العود:

-المبدأ الأول: إعتداد العقوبات المقررة بدل العقوبات المحكوم بها لتحديد أركان العود ومن ثمّ لم تعدّ العبرة بالعقوبة الصادرة ضد المتهم في الجريمة الأولى وإنما بالعقوبة المقررة لها قانونا.

- المبدأ الثاني: فيتمثل في توسيع قائمة الجرائم في تطبيق نظام العود إلى جملة الجرائم التي هي من طبيعة واحدة.

## الباب الثاني: ..... الفصل الثالث: تفسير النصوص الجنائية غير التجريبية

الحدود العادية المقررة للجريمة، بسبب أن المجرم العائد يجب أن تشدد عقوبته ما دامت العقوبة التي حكم عليه بها من أجل الجريمة الأولى -سواء نفذت هذه العقوبة بالفعل أو كانت موقوفة التنفيذ أو أنها لم تنفذ لسبب من الأسباب- لم تفلح في ردعه وإصلاحه وإبعاده كلياً عن طريق الجريمة، مما يتحتم معه التشديد في مواجهته لتوقي الخطورة الإجرامية فيه.

**هذا والعود باعتباره ظرفاً مشدداً للعقوبة** يتميز بكونه سبباً شخصياً دوماً، إذ يقتصر أثره على العائد شخصياً فقط، كما يتميز العود أيضاً بكونه ظرفاً يؤدي إلى تشديد العقوبة -عند توافره- بالنسبة لكافة الجرائم سواء كانت جنابات أو جناحاً أو مخالفات .

من كل ما تقدم تتضح لنا أهمية ظروف التشديد بل ومدى خطورة آثارها على الشخص المتابع أمام القضاء بارتكابه لجريمة مرفوقة بظرف مشدد، لذلك أولى لها المشرع اهتماماً خاصاً حيث أنط بالقانون وحده تحديد هذه الظروف وتقريرها.

وهي كذلك صورة من صور جسامه الجريمة وبالتالي جسامه العقوبة فهي في بعض الحالات تحوّل الجنحة إلى جنابة، لذلك فإنها تفسر تفسيراً يتفق والمصلحة التي قرر الشارع الحفاظ عليها بتقريرها، وهذه المصلحة تتعانق والتفسير الضيق وهذا ما ذهب إليه جانب كبير من الفقه المقارن<sup>(1)</sup>.

ذلك لأن التفسير الضيق يتفق والعلة من الظروف المشددة، ولذا فإنه لا يمكن التوسع في تفسيرها ولا يجوز القياس عليها.

فضلاً على أن الظروف المشددة تكون دائماً في غير صالح المتهم، شأنها تشديد العقوبة وعليه بالضرورة تخضع لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

---

-المبدأ الثالث: فيتمثل في إقرار المشرع على سبيل الوجوب حدوداً جديدة للجريمة الثابتة التي تتحقق بها حلة العود وهذا ما يستفاد من صياغة العبارات الواردة في النصوص المتعلقة بحالة العود، حيث لم يستعمل المشرع عبارة: "يجوز" وإنما إستعمل عبارة تفيد "الوجوب" كقوله: "يرفع وجوباً إلى الضعف".

<sup>(1)</sup>-رفاعي سيد سعد: تفسير النصوص الجنائية، مرجع سابق، ص522.



الباب الثالث:

تفسير النصوص

في الفقه الإسلامي

جامعة الأمير  
عبد القادر  
الاسلامية

إنّ أول من دوّن علم أصول الفقه<sup>(1)</sup> الذي تعتبر تواعد التفسير جوهره الذي يقوم عليه هو الإمام محمد بن إدريس الشافعي رضي الله عنه المتوفي سنة (204هـ)، حيث وضع في كتابه "الرسالة" أصول مضيّطة محرّرة وقواعد كلية مقرّرة في شكل علم قائم بالذات يرجع إليه الباحثون في معرفة مراتب أدلة الشرع الإسلامي.

ومن ثمّ يعد هذا الإمام الفحل واضع علم الأصول لدى جمهور العلماء<sup>(2)</sup>، وما قيل من أنّ غيره هو الذي دوّن الأصول فيعوزه الدليل<sup>(3)</sup>.

والواقع أنّ كل من طالع "الرسالة" وأعمل فكره في ما كتبه الشافعي في هذا المؤلف العظيم، يدرك أنّ منهج الإمام الشافعي في هذه الرسالة يتسم بالدقة والعمق، وإقامة الدليل على ما يقول، ومناقشة آراء المخالف بأسلوب علمي رصين «وكفى الشافعي مدحا أنه الشافعي، وكفى الرسالة تقويما أنها تأليف الشافعي»<sup>(4)</sup>.

كما أنّه وبالرجوع إلى هذا الكتاب القيم، نجد أنّ صاحبه قد تكلم فيه عن بيان القرآن الكريم، وبيان السنة للقرآن والبيان بالاجتهاد (أي القياس) إلى غير ذلك من طرق الاستنباط التي تعتبر في الواقع قواعد أساسية يستعان بها على فهم الأحكام واستخراجها من مصادرها.

(1) - إذا كان العلماء قد اختلفوا في تعريف علم الأصول، فإنّ كل التعريفات التي قال بها هؤلاء العلماء قديما وحديثا على ما بيئها من تفاوت تدور في فلك أنّ هذا العلم هو: «قواعد يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية». انظر: الأمدي: الإحكام في أصول الأحكام، مؤسسة الحلبي وشركاؤه، القاهرة، (دت)، ج1، ص8. علي حسب الله: أصول التشريع الإسلامي، ط5، دار المعارف، مصر، 1976، ص3.

ويخرج من هذا التعريف الأحكام المتعلقة بالعقائد، فإنّ مجال البحث فيها علم الكلام، وكذلك تخرّج الأحكام المتعلقة بتهديب النفوس من وجوب الصدق والوفاء بالعهد... فإنّ مجال البحث فيها علم الأخلاق أو التربية.

(2) - انظر في هذا الموضوع: محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، ص10-11.

(3) - تذهب بعض الروايات إلى أنّ الإمام أبو حنيفة بيّن طرق الاستدلال في كتاب له يسمى "كتاب الرأي" وأنّ صاحبيه أبو يوسف ومحمد بن الحسن قد كتبا في هذا العلم بعد شيخهما، بالإضافة إلى أنّ الشيعة الإمامية تقرر أنّ أول من دوّن علم الأصول وضبطه هو الإمام محمد الباقر، ويليّه في التدوين ابنه عبد الله جعفر الصادق، ولا يستبعد أنّ يكون الشافعي قد سبق في التأليف الأصولي، ولكن لم يصل إلينا قبل رسالته كتاب في علم الأصول، وإنما هي روايات ونقول تُعزى إلى بعض الأئمة حول بعض المسائل الأصولية، ولذا يظل الشافعي أول من كتب في الأصول كتابة علمية.

للمزيد من الإطلاع ينظر: محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، ط2، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1978، ص37-38 وما بعدها.

(4) - محمد بن إدريس الشافعي، الرسالة، تحقيق: أحمد شاكر، البايع الحلبي، ط1، 1358هـ، مقدمة التحقيق، ص5.

ولما كانت مصادر الشريعة الإسلامية من الكتاب والسنة وما ألحق بهما قد وردت باللغة العربية، فإنه لا يتأتى فهم معناها فهما صحيحا، واستنباط الأحكام منها إلا بعد الوقوف على المعاني التي وضعت الألفاظ لإفادتها من جهة عمومها وخصوصها واشتراكها في أكثر من معنى، أو من جهة وضوحها وإبهامها وكيفية تحديد دلالتها على معانيها<sup>(1)</sup>، ورفع ما قد يظهر بينها من تعارض<sup>(2)</sup>، وتأويل ما دل دليل على تأويله وما شاكل ذلك.

وتجدر الإشارة إلى أن النصوص المراد تفسيرها في بحثنا هذا هي نصوص الأحكام من الكتاب والسنة، لأنهما وردا باللفظ والمعنى معا من جهة أولى، ولأن جميع الأدلة الشرعية الأخرى ترجع إليهما من جهة ثانية.

هذا ولقد درج علماء الأصول إلى تقسيم اللفظ لعلاقته بالمعنى إلى أربعة أقسام<sup>(3)</sup>.

**التقسيم الأول:** ينقسم اللفظ باعتبار وضعه للمعنى إلى عام وخاص ومشترك.

**التقسيم الثاني:** ينقسم اللفظ باعتبار المعنى الذي وضع فيه إلى حقيقة ومجاز وصريح وكناية.

**التقسيم الثالث:** ينقسم اللفظ باعتبار وضوح المعنى وخصائصه ومراتب كل منها إلى: ظاهر

ونص ومفسر ومحكم وخفي ومشكل ومجمل ومتشابه.

**التقسيم الرابع:** ينقسم اللفظ باعتبار كيفية دلالاته على معناه وطرق الوقوف على قصد المتكلم منه إلى: دال بالعبارة أو بالإشارة أو الفحوى أو بالاختضاء.

وسنوضح هذه التقسيمات في ثلاثة فصول تاركين جانبا الكلام عن التقسيم الثاني، لأنه لا يدخل في مجال بحثنا لعلاقته بما يعرف عند علماء الأصول بعلم البيان<sup>(4)</sup>.

(1) - زكي الدين شعبان: أصول الفقه الإسلامي، (دط)، (دت)، ص 293.

(2) - تجدر الإشارة إلى أنه لا يتصور وقوع التعارض حقيقة بين النصوص الشرعية، قطعية كانت أم ظنية، لأن الشريعة الإسلامية صادرة عن النبي ﷺ المعصوم من الخطأ مصداقا لقوله تعالى: ﴿ وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ ﴾ (\* إِنَّهُ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ ) [سورة النجم، الآية: 3-4].

(3) - أورد هذا التقسيم: زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي، (دط)، (دت)، ص 295. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985، ص 371.

(4) - البيان لغة هو إظهار المقصود بأبلغ لفظ، وهو من الفهم وذكاء القلب، والأصل في الكشف والظهور فهو اسم لكل ما كشف عن معنى الكلام وأظهره.

وسيحاول أن نعطي لكل نوع من التقسيمات اللفظية والتي سنعرض لها في حينها تطبيقات في القانون الوضعي الجزائري، مع التأكيد على أن القواعد والضوابط، التي يرجع الفضل في إقرارها إلى علماء أصول الفقه الإسلامي في طرق دلالة الألفاظ على المعاني، تُراعى أيضا ومن باب أولى في فهم النصوص في جميع فروع القانون، التي يجب أن تصاغ نصوصه أصلا باللغة العربية التي تعتبر هي اللغة الرسمية للبلاد، استجابة لنص المادة 3 من الدستور الجزائري التي تنص "اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية"<sup>(1)</sup>.

ويرى علماء الأصول أن طرق استنباط الأحكام من النصوص بصفة عامة نوعان: طرق معنوية وطرق لفظية.

فالطرق المعنوية : هي كل ما يستدل به على المعنى من غير الألفاظ كالقياس والاستحسان والمصالح المرسلة إلى غير ذلك.

أما الطرق اللفظية : فهي تعرف بدلالة الألفاظ والعبارات على المعاني من حيث الوضوح أو الخفاء، وكيفية هذه الدلالة، وهل هي دلالة المنطوق أو المفهوم، أو عبارة أو إشارة، وهذا سيكون موضوع الفصول القادمة .

---

والبيان في اصطلاح العلماء هو إظهار المعنى وإتاحة للمخاطب منفصلا عما تستر به ويعبر بعضهم بتعبير آخر فيقول: هو الدليل الموصول إلى العلم أو الظن بالمطلوب.

للمزيد من الإطلاع. انظر: محمد بن علي بن محمد الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، دار المعرفة، بيروت، ص168. الأمدي: الأحكام في أصول الأحكام، مرجع سابق، ص177.

<sup>(1)</sup> -دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مرجع سابق، ص5.

الفصل الأول:

الألفاظ باعتبار وضعها لمعانيها

جامعة الأمير  
عبد العزيز  
للعلوم الإسلامية

ينقسم اللفظ باعتبار وضعه للمعنى إلى ثلاثة أنواع<sup>(1)</sup>: لفظ خاص، ولفظ عام ولفظ مشترك، هذا ويندرج تحت اللفظ الخاص اللفظ المطلق واللفظ المقيد والأمر والنهي. وسنبحث كل لفظ من هذه الألفاظ الثلاث في مبحث مستقل.

---

(1) - محمد أبو زهرة: أصول الفقه، مرجع سابق، ص 156. حيث قسّم الألفاظ باعتبار المعنى الذي وضعت له إلى لفظ عام، ولفظ خاص، ومن حيث ما تشتمل عليه إلى لفظ مطلق ولفظ مقيد. وهناك تقسيم رابع ثار حوله الجدل، فأنكره بعض الفقه، وهو عبارة عن تقسيم يميّز بين: المؤول والجمع المنكر. انظر في شأن هذا التقسيم: علي حسب الله: أصول التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص 247.

### المبحث الأول: اللفظ الخاص.

تقتضي دراسة اللفظ الخاص الوقوف على معناه وبيان أنواعه وتحديد أحكامه، ثم بحث اللفظ المطلق والمقيد والأمر والنهي، وسنعرض لهذا بالتتابع وفقا لما يلي:

#### المطلب الأول: تعريف الخاص بيان أنواعه وتحديد أحكامه.

يتوزع هذا المطلب إلى ثلاثة فروع: الأول: تعريف الخاص الثاني: بيان أنواعه، الثالث: تحديد أحكامه.

#### الفرع الأول: تعريف اللفظ الخاص.

الخاص في اللغة هو المفرد من قولهم: اختص فلان بكذا أي أنفرد به<sup>(1)</sup>، وفي الاصطلاح هو اللفظ الذي وضع لمعنى واحد على سبيل الانفراد، سواء أكان ذلك المعنى جنسا كإنسان أم كان نوعا كرجل أو امرأة، أم كان شخصا كزيد وإبراهيم<sup>(2)</sup>، فكل واحد من هذه الألفاظ وضع لمعنى واحد.

ويلاحظ في هذا الصدد أن ألفاظ الأعداد كلها من الخاص أو الخاص النوعي على وجه التحديد، ففي قولنا ثلاثة أفراد، نلاحظ أن لفظ: "ثلاثة" وإن كان موضوعا للدلالة على أفراد ثلاثة من المعدود، فإنه لا يلاحظ في كل منها عند الوضع، بل يلاحظ مجموعها المسمى ثلاثة وهي من أسماء العدد موضوعة بمعنى واحد، وقد عرف الفقيه المالكي الإمام الحطاب اللفظ الخاص بقوله: «اللفظ الخاص هو اللفظ الذي يتناول شيئا محصورا أما واحدا أو اثنين أو ثلاثة أو أكثر»<sup>(3)</sup>.

#### الفرع الثاني: حكم اللفظ الخاص.

اللفظ الخاص يبين في نفسه، فلا إجمال فيه ولا إشكال، ولهذا أجمع الأصوليون على أنه يدل على معناه الموضوع له دلالة قطعية؛ أي بدون احتمال ناشئ عن دليل، ويثبت الحكم لدلوله على سبيل القطع لا الظن<sup>(4)</sup>، ومثال ذلك قول الله ﷻ: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَرْتُمْ بِهِ، إِطْعَامَ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تَطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ

(1) - أبو بكر محمد بن أحمد السرخسي: أصول السرخسي، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، 1372هـ، ج1، ص125.

(2) - عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص372. / محمد أبو زهرة: أصول الفقه، مرجع سابق، ص158.

(3) - الحطاب: رسالة شرح ورقات إمام الحرمين، الجويني، ص30.

(4) - محمد مصطفى شليبي: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص281. / محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص158.

فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ... ﴿١﴾

لفظ "عشرة، ثلاثة، رقبة"، من قبيل اللفظ الخاص لأنها تدل دلالة قطعية على أن كفارة اليمين تكون بعق رقبة أو إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم، فمن لم يستطع شيئاً من ذلك كان عليه أن يصوم ثلاثة أيام من غير احتمال لمعنى آخر، غير الأمور المذكورة في هذا النص لأنه لا يوجد فيه ما يصرف هذه الألفاظ الخاصة عن معانيها الحقيقية.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن المراد بالقطع هو أن لا يكون ثمة احتمال إطلاقاً أو أن يكون هناك احتمال يستند إلى دليل، فعندئذ يتعين إعماله.

فإذا قلت مثلاً: رأيت أسداً، فإن لفظ الأسد في هذا السياق يدل على معناه الذي وضع له وهو الحيوان المعروف على سبيل القطع، ومع ذلك يحتمل أن يكون المراد منه معنى آخر على سبيل المجاز: وهو الرجل الشجاع، غير أن هذا الاحتمال لم يقم عليه دليل ولذلك لم يلتفت إليه<sup>(٢)</sup>.

ومن أمثلة الخاص العقوبات المقررة في قانون العقوبات الجزائري ومنها، نص المادة 261 التي تنص "يعاقب بالإعدام كل من ارتكب جريمة القتل أو قتل الأصول أو التسميم، ومع ذلك تعاقب الأم، سواء كانت فاعلة أصلية أو شريكة في قتل ابنها حديث العهد بالولادة بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة، على أن لا يطبق هذا النص على من ساءموا أو اشتركوا معها في ارتكاب الجريمة"<sup>(٣)</sup>.

فالمدد المذكورة في هذا النص عشر سنوات، عشرين سنة هي من ألفاظ الخاص لكونها تدل دلالة قطعية على معناها.

### الفرع الثالث: أنواع اللفظ الخاص.

لفظ الخاص أنواع كثيرة تتعدد باعتبار الحالة أو الصيغة التي يكون عليها، فقد يرد في كلام الشارع لفظ خاص على صيغة الأمر بالفعل، وقد يأتي على صيغة النهي عنه، كما قد يأتي تارة مطلقاً على التقييد،

(١) - سورة المائدة، الآية: 89.

(٢) - عبد العزيز البخاري: أصول البزدوي مع كشف الأسرار، مطبعة الصنائع، 1307هـ، ج1، ص 79.

(٣) - احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص101.



## الباب الثالث ..... الفصل الأول: الألفاظ باعتبار وضعها لعانيها

فيكون فردا شائعا في جنسه، وقد يأتي أخرى مقيدا بقيد من وصف أو شرط أو نحوهما فيتجدد شيوعه.<sup>(1)</sup>  
فكل نوع من هذه الأنواع المختلفة يدل على شيء واحد، فإن ورد مثلا على صيغة الأمر أفاد إيجاب الأمور به، وإن ورد على صيغة النهي أفاد تحريم المنهي عنه، وإن جاء مطلقا وجب أن يعمل به على إطلاقه، وإن جاء مقيدا وجب أن يعمل به وفقا لقيدته.

وسنعرض لهذه الأنواع الأربعة: المطلق والمقيد والأمر والنهي فيما يلي:

### المطلب الثاني: اللفظ المطلق واللفظ المقيد

سنتعرض في هذا المطلب لمذلول اللفظ في حالتي الإطلاق والتقييد، ثم نبين حكم كل منهما مع ذكر تطبيقات على ذلك، ثم نشير متى يحمل المطلق على المقيد.

### الفرع الأول: اللفظ المطلق.

إذا ورد في النص لفظ خاص دون أن يوجد ما يقيد سمي مطلقا، مثل: يد، سلاح، عامل.  
واللفظ المطلق لغة هو: «ذكر الشيء باسمه دون أن يقترب به شرط ولا صفة ولا زمان ولا عدد ولا شيء يشبه ذلك»<sup>(2)</sup>.  
أما في الاصطلاح، فقد تعددت تعريفاته غير أنها تلتقي كلها عند دلالاته على فرد غير مقيد لفظا بأي قيد. فهو شائع في جنسه<sup>(3)</sup>.  
ولقد عرفه معظم الفقه بأنه اللفظ الدال على موضعه من غير نظر إلى الوحدة أو الجمع أو الوصف<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> - قد يرد الخاص بحروف المعاني، كحروف العطف والجر وهذه الحروف لها أهمية قصوى في التفسير إذ تتوقف صياغة النصوص القانونية وفهم النصوص الشرعية الفهم الصحيح على معرفة المعاني الحقيقية لهذه الحروف. أنظر: النسفي: كشف الأسرار في شرح المنار، ط1، المطبعة الأميرية، 1316هـ، ص 431 وما بعدها.

<sup>(2)</sup> - أبو الحسن أحمد بن فارس: "الصاحي" في فقه وسنن العرب في كلامها، وذلك تحت عنوان الخطاب المطلق والمقيد، مطبعة المؤيد، القاهرة، 1328هـ، ص 164، 166.

ذكره وأشار إليه: محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 722.

<sup>(3)</sup> - الشوكاني: إرشاد الفحول، مرجع سابق، ص 90 / محمد أبو زهرة: أصول الفقه، ص 131.

<sup>(4)</sup> - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

وعرفه ابن الحاجب: الفقيه المالكي بقوله: «المطلق ما دل على شائع في جنسه»، مختصر المنتهى مع شرح العضد، ط1، مطبعة صبيح بالأميرية، ج2، ص 284.

فاللفظ المطلق يدل على الماهية بدون قيد يقلل من شيعه كالرقبة في قول الله ﷻ: ﴿فَلَا أَقْحَمِ الْعَقَبَةَ

﴿١١﴾ وَمَا أَدْرَبَكَ مَا الْعَقَبَةُ ﴿١٢﴾ فَكُ رُقَبَةٍ ﴿١٣﴾ ﴿١﴾، فلفظ "رقبة" ورد مطلقا، إذ أنه تناول واحدا غير معين من جنس الرقاب، لم يقيد بأي قيد يقلل من شيعه في أفرادها، فالمطلوب هو تحرير رقبة، سواء أكانت مؤمنة أو غير مؤمنة، ذكرا أو أنثى. ﴿٢﴾.

ومثاله أيضا قوله ﷻ في كفارة الظهار ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّ ذَلِكُمْ قَوْعُظُونَ بِهِ ۚ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾ ﴿٣﴾.

ومن أمثلة اللفظ المطلق في التشريع الوضعي الجزائري ما نصت عليه المادة 42 من قانون العقوبات بقولها "يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا، ولكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة مع علمه بذلك" ﴿٤﴾.

فألفاظ، الطرق، الأفعال التحضيرية، المسهلة أو المنفذة، أتت مطلقة من كل قيد أو شرط أو صفة، فهي تصدق على أي طريقة، أو أي فعل يعتبر من الأفعال التحضيرية من غير التقييد بأي قيد ما دامت هذه الطريقة أو هذه الأفعال التحضيرية قد استعملت فعلا في ارتكاب الجريمة.

#### الفرع الثاني: اللفظ المقيد.

اللفظ المقيد هو ما يقابل اللفظ المطلق: وهو اللفظ الدال على الماهية المقيدة بوصف أو غاية أو شرط ﴿٥﴾، أو بعبارة أخرى هو ما كان من الألفاظ الدالة على فرد أو أفراد من غير تعيين مع اقتترانه بصفة تدل على تقييده بما كقولنا: رجل جزائري، كتاب تاريخ، جندي شجاع... هذا، واللفظ المقيد فيما عدا ما قيد به، يعتبر مطلقا، كالقول: رجل جزائري مقيد من جهة الجنسية فقط، أما فيما يخرج عن هذا القيد فهو مطلق، فقد يشمل مثلا أي رجل جزائري، سواء أكان قرويا أو حضريا، متعلما أو أميا، غنيا أو فقيرا.

وللفظ المقيد أمثلة كثيرة في الشريعة الإسلامية نورد فيها على سبيل المثال مايلي:

﴿١﴾-سورة البلد، الآيات: 11-13.

﴿٢﴾-محمد مصطفى شليبي: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص284.

﴿٣﴾-سورة المحادلة، الآية: 3.

﴿٤﴾-احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص27.

﴿٥﴾-محمد أديب صالح: تفسير النصوص، مرجع سابق، ص 188

أولاً: اللفظ المطلق الذي قام الدليل على تقييده.

قول الله تبارك وتعالى: ﴿مَنْ بَعَدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ﴾<sup>(1)</sup>، فلفظ "وصية" ورد في هذه الآية الكريمة مطلقاً، ومقتضى ذلك جواز الوصية بأي مقدار كان، لكن السنة المحمدية، قيّدت لفظ "الوصية" بالثلث بالحديث المشهور عن سعد بن أبي وقاص لما روى أن النبي ﷺ منعه من الوصية بأكثر من الثلث حين قال له: «الثلث كثير أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس...»<sup>(2)</sup>.

فيهذا الحديث بين الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم بأن الوصية لا تجوز بأكثر من الثلث، فصار لفظ "الوصية" مقيداً بهذا المقدار بعد أن كان مطلقاً في الآية الكريمة السابقة الذكر، فأصبح المراد بلفظ "الوصية" الوارد في هذه الآية هو الوصية في حدود ثلث التركة، ومن ثم فإنها لا تنفذ فيما تجاوز هذا القدر ما لم يجزها الورثة.

ثانياً: اللفظ المقيد بشرط.

ومثاله قول الله عز وجل في كفارة اليمين: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّرتُهُمْ بِطَعَامِ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تَطَّعُمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرِ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ﴾<sup>(3)</sup>.

إنَّ حكم ﴿فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ﴾، مقيد بالعجز عن إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو عتق رقبة، وهذا ما يستفاد من سياق الآية الكريمة السابقة الذكر.

(1)-سورة النساء، الآية: 11.

(2)-عن عامر بن سعد عن أبيه قال: جاءنا رسول الله -ﷺ- يعودي من وجع اشتد بي زمن حجة الوداع فقلت بلغ بي ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال ( لا ) . قلت بالشطر؟ قال ( لا ) . قلت الثلث؟ قال ( الثلث كثير أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس... )

صحيح البخاري، كتاب المرض، باب 16 ما رخص للمريض أن يقول إني وجع أو وراثته أو اشتد بي الوجع، ح5344، (5) / 2145.

-الجامع الصحيح: البخاري، تحقيق وتعليق مصطفى ديب البغا، ط3، دار ابن كثير، اليمامة بيروت، 1407 - 1987، 6 ج.

(3)-سورة المائدة، الآية: 89.

ثالثا: المقيد بالغاية:

ومثاله قوله تبارك وتعالى: ﴿ثُمَّ أَتَمُّوا الصِّيَامَ إِلَى الْآيِلِ﴾<sup>(1)</sup>، فالصوم في هذه الآية الكريمة مقيد بغاية زمنية وهي "الليل"، وعلى هذا الأساس لا يجوز صوم الوصال، أي استمرار الشخص في صيامه بعد غروب الشمس حتى إذا بزغ فجر اليوم التالي استمر في صيامه.

ومن أمثلة اللفظ المقيد في القانون الوضعي المادة 350 من قانون العقوبات الجزائري، حيث نصت: «كل من اختلس شيئا غير مملوك له يعد سارقا...»<sup>(2)</sup>.

فلفظ "غير مملوك له" يعتبر مقيدا للمال محل السرقة، فإذا انتفت هذه الصفة، بحيث كان المال المسروق مملوكا للجاني أو كان شيئا مباحا لا نكون أمام جريمة السرقة لانتفاء ركن من أركانها.

الفرع الثالث: حكم المطلق والمقيد.

أولا: حكم المطلق.

القاعدة عند الأصوليين هي أن المطلق يبقى على إطلاقه حتى يثبت ما يقيد به<sup>(3)</sup>، ومن ثمّ فإنّه إذا ورد اللفظ في نص مطلقا فيعمل به على إطلاقه حتى يثبت ما يقيد به، ومعنى هذا أنه يمنع على المفسر أن يقيد به، لأنّ ذلك يقلل من شيوعه، إلا إذا قام الدليل على تقييده وثبت بذلك أن المراد من اللفظ المطلق فرد واحد معيّن ومقيد بقيد ما من وصف أو شرط أو غير ذلك، وهذه بعض الأمثلة:

— لفظ "أزواجا" في قول الله تبارك وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾<sup>(4)</sup>.

فهذا اللفظ قد ورد مطلقا على التقييد، يستوي في ذلك أن تكون الزوجات مدخولا بهن أو غير مدخول بهن، ذلك أنه لم يرد أي نص آخر يقيد لفظ "الأزواج" كما أنه لم يقدّم أي دليل على تقييده.

(1) -سورة البقرة، الآية: 187.

(2) -احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 150.

(3) -الزركشي: البرهان في علوم القرآن، مطبعة عيسى البابي الحلبي، ط1، 1376هـ، ج2، ص 15 وما بعدها. / عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، ط10، دار القلم، 1972، ص192. / الشوكاني: إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص154. حيث يقول: «إذا ورد اللفظ مطلقا لا مقيدا حمل على إطلاقه».

(4) -سورة البقرة، الآية: 234.

## الباب الثالث ..... الفصل الأول: الألفاظ باعتبار وضعها لعانيها

وعلى هذا الأساس يجب على المفسر، أيا كان أن يعمل باللفظ على إطلاقه دون قيد، ومقتضى هذا الإطلاق أن الرجل إذا توفي وكانت له زوجة وجبت عليها العدة، سواء كان قد دخل بها قبل الوفاة أو كان لم يدخل بها بعد<sup>(1)</sup>.

ثانياً: حكم المقيد.

إذا كان مقتضى القاعدة الأصولية أنه يعمل بالمطلق على إطلاقه ما لم يدل دليل على تقييده، فإن العمل بالمقيد يبقى أيضاً بالمقيد الذي ورد به حتى يقوم الدليل على إطلاقه، فمن المقيد الذي لم يرقم الدليل على إطلاقه قول الله ﷻ في كفارة الظهار: ﴿فَمَنْ لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّ﴾<sup>(2)</sup>.

ورد هذا النص القرآني بقدر معلوم من المدة الزمنية للصوم وهو مدة شهرين مقيدة بوصف التتابع، فيجب العمل بهذا القيد ولا يجوز الإخلال بشرط تتابع أيام الشهرين اللذين تتم الكفارة بصيامهما، ومثال المطلق الذي قام الدليل على إلغاء القيد فيه قوله تبارك وتعالى في سياق تعداد المحرمات من النساء: ﴿وَرَبَّيْتُمْ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾<sup>(3)</sup>.

فكلمة "من نسائكم" وردت مقيدة بالدخول، فيجب العمل بهذا التقييد، ومقتضى ذلك أن البنت تحرم على من تزوج أمها ودخل بها فعلاً<sup>(4)</sup>.

لأن حرمة البنت في هذه الآية الكريمة مقيدة بنكاح أمها والدخول بها لا بمجرد العقد عليها، وقد قام الدليل على تأكيد هذا القيد وهو قوله تبارك وتعالى في نفس الآية: ﴿فَإِنْ لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾

(1) - انظر في هذا المعنى: حاشية ابن عابدين: مطبعة بولاق، مصر، 1282هـ، ج2، ص330.

(2) - سورة المجادلة، الآية: 4.

(3) - سورة النساء، الآية: 23.

(4) - توسع الإمامان أبو حنيفة ومالك وغيرهما في تحديد المراد من الدخول الذي يؤدي إلى تحريم البنت، فقالوا أنه كما يشمل الدخول الحقيقي بدهاء، فإنه يشمل أيضاً المس بشهوة وكذلك النظر بشهوة إلى جسد المرأة مطلقاً عند بعضهم، ومخصصاً عنه بعضهم الآخر بالنظر إلى المعلوم، وذلك استناداً منهم على أخبار رويت واستبعدوا الأئمة الذين خالفوهم لضعفها، ومنهم داود الظاهري والمزني والشافعي في قوله المختار.

ذكر هذا وأشار إليه: صلاح الدين زكي: أحكام قانون الأسرة في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1985، ص50.

فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴿١﴾.

ثالثاً: حمل المطلق على المقيد.

قد يرد اللفظ مطلقاً في نص ويرد بعينه مقيداً في نص آخر، كأن يوجد مثلاً نص في الكتاب ونص في السنة، يذكر اللفظ في أحدهما مطلقاً ويذكر في الآخر مقيداً، فهل يحمل المطلق على المقيد أم يعمل بالمطلق على إطلاقه فيما ورد فيه، ويعمل بالمقيد على تقييده فيما ورد فيه؟؟

اختلفت أنظار علماء الأصول في الجواب على هذا السؤال:

فلئن كانوا قد أجمعوا على ضرورة إزالة التعارض الظاهري بين النصين، إلا أنهم اختلفوا في تحديد الصورة التي يتحقق بها هذا التعارض، فقد ذهب أكثر المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن اتحاد الحكم في النصين موجب للتعارض<sup>(2)</sup>، سواء اتحد السبب فيهما أم اختلف.

بينما ذهب الأحناف ومن وافقهم من الفقهاء إلى عكس هذا القول، وقرروا أن مجرد اتحاد الحكم لا يوجب التعارض بين النصين، بل لا بد أن ينضم على ذلك اتحاد السبب على أن يكون الإطلاق والتقييد في الحكم<sup>(3)</sup>.

ومن هذا الاختلاف في تحديد أساس التعارض نشأ اختلافهم في عدد من الأحكام الشرعية، وباستقراء عدد كبير من هذه الأحكام الشرعية، يلاحظ أن إطلاق اللفظ أو تقييده لا يخرج عن صورتين اثنتين<sup>(4)</sup>.

الأولى: أن يكون الإطلاق والتقييد في سبب الحكم.

الثانية: أن يكون الإطلاق والتقييد في نفس الحكم، وسنعرض لكل صورة على حدة.

الصورة الأولى: الإطلاق والتقييد في سبب الحكم.

(1) -سورة النساء، الآية: 23.

(2) - محمد مصطفى شلبي: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 401.

(3) - المرجع نفسه، ص 401 وما بعدها.

(4) - انظر في هذا المعنى: زكي الدين شعبان: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 302. / محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، ج 2، ص 201.

## الباب الثالث ..... الفصل الأول: الألفاظ باعتبار وضعها لغائها

إذا كان الإطلاق والتقييد في سبب الحكم، وكان الحكم في النصين متحدا، فإن المطلق يحمل على المقيد حسب قول المالكية والشافعية<sup>(1)</sup>.

وحجتهم في ذلك أن التعارض واقع في هذه الحالة بين الإطلاق والتقييد، وكلاهما وارد في أمر واحد، والأمر الواحد لا يجوز أن يكون مطلقا ومقيدا في نفس الوقت، ولهذا ينبغي إزالة هذا التنافر بين النصين وذلك بحمل المطلق على المقيد.

ومثال ذلك في حمل المطلق على المقيد نذكر ما ورد عن الرسول ﷺ: «إذا بلغت خمسا من الإبل ففيها شاة»<sup>(2)</sup>، وجاء في حديث آخر: «في كل خمس من الإبل السائمة شاة»<sup>(3)</sup>. ذهب الشافعية والحنابلة وكل الحنفية إلى حمل المطلق على المقيد، فأوجبوا الزكاة في الإبل السائمة دون المعلوفة.

فلئن كان الشافعية والحنابلة يطبقون حرفيا القاعدة التي سبق أن أقرّوها وهي حمل المطلق على المقيد لإزالة التعارض الظاهري، فإنه يبدو أن الحنفية قد خرجوا عما سبق أن اعتمده من قاعدة تقرر: عدم حمل المطلق على المقيد، والسبب في ذلك أنهم طبقوا الحديث الشريف الثابت الذي قرر: «ليس في المعلوفة والحوامل صدقة»<sup>(4)</sup>.

أما المالكية، فقد انقسموا في تفسير هذا الحديث إلى فريقين: فريق منهم حمل النص المطلق على النص المقيد، فأوجب الزكاة في الإبل السائمة دون المعلوفة، وهم في ذلك يطبقون القاعدة التي سبق أن قرّروها<sup>(5)</sup>.

(1) - محمد مصطفى شلبي: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 401.

(2) - أن أنسا حديثه: أن أبا بكر رضي الله عنه كتب له.. هذه فريضة الصدقة التي فوض رسول الله ﷺ على المسلمين والتي أمر الله بها رسوله فمن سألها من المسلمين على وجهها فليعطها ومن سئل فوقها فلا يعط (... فإذا بلغت خمسا من الإبل ففيها شاة في كل خمس من الإبل السائمة...)

صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب 37 زكاة الغنم، ح 1386، (527/2).

الجامع الصحيح: البخاري، تحقيق وتعليق مصطفى ديب البغا، ط 3، دار ابن كثير اليمامة بيروت، 1407 - 1987، 6

ج.

(3) - أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن والديات بعث به مع عمرو بن حزم فقرأت على أهل اليمن وهذه نسختها: (من محمد النبي ﷺ .. أما بعد فقد رجعت رسولكم وأعطيتهم من الغنائم.. وفي كل خمس من الإبل سائمة شاة... صحيح ابن حبان، كتاب التاريخ، باب 7 كتب النبي -ﷺ-، ح 6559، قال شعيب الأرنؤوط: إسناده ضعيف - (501/14).

(4) - علي حسب الله: أصول التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص 267.

(5) - ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط 2، مطبعة الباوي الحلي، القاهرة، 1370هـ، ج 1، ص 252.

وفريق آخر منهم<sup>(1)</sup> خرج عن هذه القاعدة وقال بوجود الزكاة في الإبل السائمة والمعلوفة على حد سواء، ويبررون أنهم لم يشترطوا السوم في زكاة الأنعام وأن عمل أهل المدينة قد جرى على ذلك.

**ومقارنة كل الآراء وتمحيصها**، نرى أن ما ذهب إليه الجمهور في اختلافهم مع الأحناف من حمل المطلق على المقيّد هو عين الصواب، ذلك أن اتحاد الحكم، وإن اختلف السبب من حيث الإطلاق والتقييد، يقتضي لا محالة التناسب بين النصين يحمل المطلق على المقيّد، ولا شك أن المقيّد أولى أن يكون بيانا للمطلق.

#### الصورة الثانية: الإطلاق والتقييد في الحكم

يأتي الإطلاق والتقييد في الحكم على أربع صور:

أ. قد يأتي الحكم والسبب متحدان في النصين معا.

ب. قد يختلف الحكم والسبب في النصين.

ج. قد يتحد الحكم ويختلف السبب.

د. قد يختلف الحكم ويتحد السبب.

وسنعرض لكل صورة من هذه الصور الأربعة لتبين مواضع الوفاق والاختلاف بين الفقهاء.

#### أ- اتحاد الحكم والسبب في النصين معا:

أجمع علماء الأصول على أنه إذا اتحد الحكم في النصين واتحد السبب الذي ينص عليه الحكم في كل

منهما حمل المطلق على المقيّد<sup>(2)</sup>، ومثال ذلك ﷻ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخَنزِيرِ﴾<sup>(3)</sup>.

وقوله ﷻ: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا

مَسْفُوحًا﴾<sup>(4)</sup>.

(1) - قال بهذا الرأي الإمام مالك والليث، انظر: حاشية الدسوقي على الدردير، ج 1، ص 432.

(2) - الشوكاني: إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص 164. /الأمدي: الأحكام في أصول الأحكام، مصدر سابق، ج 3، ص 4. / زكي

الدين شعبان: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 305.

(3) - سورة المائدة، الآية: 3.

(4) - سورة الانعام، الآية: 145.



## الباب الثالث ..... الفصل الأول: الألفاظ باعتبار وضعها لعانيها

فالحكم في الآيتين الكريميتين واحد وهو حرمة تناول الدم، والسبب واحد وهو ما يصيب المرء من الأذى من هذا التناول.

غير أن لفظ "الدم" جاء مطلقاً في أحد النصين ومقيداً بكونه مسفوحاً في النص الآخر<sup>(1)</sup>، ومع ذلك فالإتفاق حاصل بين الأئمة على حمل المطلق على المقيّد دون العكس، لأنّ المطلق ساكت عن القيد لا يشته ولا ينفيه، فهو محتمل له بينما المقيّد ناطق بالقيد، والناطق أولى من الساكت، فكان حمل المطلق على المقيّد أولى من العكس<sup>(2)</sup>.

وكانت دلالة الآيتين مجتمعتين: أن المحرم أكله ليس هو مطلق الدم، وإنما هو الدم المسفوح دون غيره، فالكبد والطحال والدم الباقي في اللحم والعروق، كل ذلك حلال غير محرم<sup>(3)</sup>.

### ب- اختلاف الحكم والسبب في النصين:

أجمع الفقهاء<sup>(4)</sup> في هذه الحالة على عدم حمل المطلق على المقيّد وذلك لعدم وجود أي تعارض بينهما، فهذا وجب العمل بكل منهما فيما ورد فيه، ومثال ذلك قوله ﷺ: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾<sup>(5)</sup>.

وقوله ﷺ: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾<sup>(6)</sup>.

فلفظ "الأيدي" في الآية الثانية قد جاء مقيداً بأن يكون الغسل إلى المرافق، وذلك على خلاف الآية الأولى التي أوجبت قطع اليد مطلقاً، ويبدو جلياً أن الحكم في هذين النصين مختلف، فهو في الآية الأولى وجوب القطع وفي الآية الثانية وجوب الغسل.

(1) - الدم المسفوح هو الدم الذي سال عن مكانه.

(2) - محمد مصطفى شلبي: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 401.

(3) - الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن "تفسير الطبري"، تحقيق: أحمد محمد شاكر، ط 1، 1420-2000م، مؤسسة الرسالة، ج 12، ص 192-193.

(4) - الشوكاني: إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص 166. ولقد أورد الشوكاني الإتفاق الذي حكاه القاضي أبو بكر الباقلاني، وإمام

الحرمين الجويني وغيرهم.

(5) - سورة المائدة، الآية 38.

(6) - سورة المائدة، الآية 6.

كما يبدو واضحاً أن السبب الذي بني عليه الحكمان مختلف أيضاً فهو في الآية الأولى السرقة، وفي الآية الثانية القيام إلى الصلاة، فلا ارتباط بين النصين، وبالتالي لا يوجد أي تعارض بينهما، وعلى هذا الأساس وجب أن يعمل بكل منهما على استقلاله.

### ج- اتحاد الحكم واختلاف السبب:

قد يرد الحكم في النصين متحداً بينما يرد السبب الذي بني عليه هذا الحكم مختلفاً بينهما، فهل يحمل المطلق على المقيّد في هذه الصورة أم يعمل بكل منهما حيث ورد؟؟

الواقع أن مذاهب العلماء قد تعددت في هذا الصدد على أنه يمكن حصر أوجه هذا الاختلاف في ثلاث اتجاهات رئيسية:

#### - عدم جواز الحمل مطلقاً وبغير شرط:

يقول الأحناف<sup>(1)</sup> ومن وافقهم من الحنابلة بعدم حمل المطلق على المقيّد في حالة اتحاد الحكم واختلاف السبب، وحثتهم في ذلك أن اختلاف السبب قد يكون الداعي إلى الإطلاق والتقييد في الحكم، وما دام الأصل هو التزام ما جاء به الشارع من دلالات ألفاظه على الأحكام، فكل نص حجة قائمة بذاتها والتقييد بلا دليل عدول عن هذا الاعتبار لذا فلا يحمل المطلق على المقيّد بهذه الصورة.

#### - وجوب حمل المطلق على المقيّد عند وجود علّة مشتركة بينهما:

جاء في مفتاح الوصول للتلمساني<sup>(2)</sup> أنّ المالكية إجمالاً يقولون: بحمل المطلق على المقيّد إذا توافرت العلّة الجامعة بين النصين<sup>(3)</sup>، وهم في هذا الرأي يتفقون مع محققي الشافعية<sup>(4)</sup>، ولقد اعتبر الإمام الرازي هذا هذا المذهب أعدل المذاهب<sup>(5)</sup>.

(1)- الشوكاني: إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص165. / الأمدي: الإحكام في أصول الأحكام، مصدر سابق، ج3، ص4. / سعد الدين التفتازاني: التلويح على التوضيح في أصول الفقه، لعبد الله بن مسعود النجاري، شرح ابن مالك على المنار، ج1، ص64.

(2)- التلمساني: مفتاح الوصول في علم الأصول، منشورات مكتبة الوحدة العربية، الدار البيضاء، ص62.

(3)- أنظر وقارن ما جاء به الشوكاني نقلاً عن القاضي عبد الوهاب أحد فقهاء المالكية في: الشوكاني، إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص165.

(4)- الشيرازي والبيضاوي، من متأخري الفقه الشافعي - يرون تقييد المطلق بالقياس على المقيّد وحثتهم في ذلك أنه: إن حصل القياس الصحيح ثبت القيد وإلا فلا.

(5)- الشوكاني: إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص165.

- حمل المطلق على المقيد دون شرط:

ذهب جمهور الشافعية وبعض الحنابلة إلى أنه متى اتحد الحكم واختلف السبب حمل المطلق على المقيد دون شرط، فهو حمل عن طريق اللفظ، وحجتهم في ذلك أن الحكم ما دام متحدا وجاء اللفظ مقيدا في موضع ومطلقا في آخر، ينبغي حمل المطلق على المقيد لتساويهما في الحكم دفعا لكل تعارض وتحقيقا **للانسجام بين النصين<sup>(1)</sup>**.

ولقد رجح الشوكاني هذا الرأي بقوله: «ولا يخفى أن اتحاد الحكم بين المطلق والمقيد يقتضي حصول التناسب بينهما... فالحق ما ذهب إليه القائلون بالحمل»<sup>(2)</sup>.

وكمثال للصورة التي نحن بصدددها والتي اختلفت أنظار علماء الأصول حولها، نورد الآيتين الكريمتين: قال تعالى في كفارة الظهار: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا<sup>٤</sup>﴾<sup>(3)</sup>. وقال ﷺ في كفارة القتل الخطأ: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ<sup>٥</sup>﴾<sup>(4)</sup>.

نلاحظ بادئ ذي بدء بأن سبب الحكم في الآيتين مختلف:

فهو في الأولى كفارة الظهار وفي الثانية كفارة القتل الخطأ، أما الحكم فهو متحدا في كليهما وهو: "تحرير رقبة" لكن بمقارنة لفظ "الرقبة" في النصين، نجد أنها وردت مطلقة في الأول ومقيدة بالإيمان في الثاني.

وتطبيقا لقاعدة الأحناف ومن وافقهم من الحنابلة القائلين بالعمل بالمطلق على إطلاقه وبالمقيد على تقييده، يصح عتق الرقبة الكافرة في كفارة الظهار عملا بالمطلق الوارد في شأنها وهو قوله ﷺ: ﴿فَتَحْرِيرُ

(1)- عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص38.

(2)- الشوكاني: إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص165.

ولقد جاء في الإحكام في أصول الأحكام للآمدي، ج3، ص5 ما يلي: نقل عن الشافعي رضي الله عنه تنزيل المطلق على المقيد في هذه الصورة.

(3)- سورة المجادلة، الآية: 3.

(4)- سورة النساء، الآية: 92.

رَقَبَةً ﴿ ولا يصح عتق الرقبة الكافرة في كفارة القتل الخطأ، عملا بالقول الوارد في شأنها<sup>(1)</sup> وهو قوله ﴿عَنْكَ: فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾، فقد يكون القتل الخطأ اقتضى تقييد الرقبة بالإيمان تغليظا وتشديدا للعقوبة على القاتل وفي الظاهر، جعلت الكفارة رقبة مطلقة في كل قيد تخفيفا وتشجيعا للمظاهر للعودة إلى زوجته<sup>(2)</sup>.

#### د- اختلاف الحكم واتحاد السبب:

**إذا اختلف الحكم في النصين واتحد السبب الذي بني عليه الحكم في كل منهما، لا يحمل المطلق على المقيد بإجماع علماء الأصول<sup>(3)</sup>، إلا بدليل مستقل<sup>(4)</sup>، ومثال ذلك قوله تعالى في شأن الوضوء ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾<sup>(5)</sup>، وقوله ﴿لَا يَنْبَغُ فِي نَفْسِ الْآيَةِ وَفِي نَفْسِ التَّيْمِمِ: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَأَطَهَّرُوا وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِّنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَمَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِّنْهُ﴾<sup>(6)</sup>.**

فقد اتحد السبب في كل من النصين، وهو الوضوء والتيمم للقيام إلى الصلاة، إلا أن الحكم فيهما مختلف وهو وجوب غسل الأيدي في الأول ووجوب مسحها في الثاني -أما لفظ "الأيدي" فجاء مقيدا بالمرافق في المرة الأولى وجاء مطلقا من هذا القيد في المرة الثانية. أن لفظ "الأيدي" المطلق في آية التيمم قد قيده السنة النبوية في الحديث الشريف في بيانه للتيمم:

(1)-الأمدي: المصدر السابق، ج3، ص5. /محمد أبو زهرة: أصول الفقه، مرجع سابق، ص135. /محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج2، ص220.

(2)-انظر في هذا المعنى: عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص4. /عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص288.

(3)-هذا ما حكاه الأمدي في الإحكام حيث قال: «فإن اختلف حكمهما فلا خلاف في امتناع حمل أحدهما على الآخر...، ج2، ص111. انظر أيضا: الشوكاني: إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص166.

(4)-محمد أبو زهرة: أصول الفقه، مرجع سابق، ص135.

(5)-سورة المائدة، الآية: 6.

(6)-سورة المائدة، الآية: 6.

«التيمم ضربتان: ضربةٌ للوجهِ وضربةٌ لليدين إلى المرفقين»<sup>(1)</sup>.

وهذا الحكم هو ما ذهب إليه الأحناف والشافعية تطبيقاً لقاعدة حمل المطلق على المقيد لاتحاد الموضوع والسبب والحكم، أما المالكية والحنابلة الذين لم يصح عندهم هذا الحديث، فقد ذهبوا إلى أن مسح اليدين يكون حتى الرسغين فقط، وذلك استناداً إلى حديث الرسول ﷺ لعمار ابن ياسر: «يكفيك ضربة للوجه وضربة للكفين»<sup>(2)</sup>.

**مما سبق يمكن أن نتلخص ببحث حمل المطلق على المقيد على الوجه التالي:**

أولاً: اتفق الفقهاء على أن يحمل المطلق على المقيد في حالة واحدة، وهي الخاصة باتحاد الحكم والسبب الذي بني عليه هذا الحكم في النصين معاً، حالة أن الإطلاق أو التقييد قد جاء في الحكم لا في السبب، كما أنهم أجمعوا على أن لا يحمل المطلق على المقيد إذا اختلف الحكم بين النصين، وذلك سواء اتحد السبب فيهما أم اختلف.

ثانياً: اختلف الفقه في شأن حالة اتحاد الحكم والسبب بين النصين متى كان الإطلاق والتقييد في السبب لا في الحكم، واختلفوا أيضاً بشأن حالة اتحاد الحكم مع اختلاف السبب الذي بني عليه هذا الحكم في كل من النصين<sup>(3)</sup>.

ثالثاً: إذا اختلف النصان في الحكم أو السبب أو في الحكم والسبب معاً، فلا يحمل المطلق على المقيد في هذه الحالات، بل من الأوفق أن يعمل بالمطلق فيما وضع له، والمقيد بقيده في موضعه لأن الاختلاف في الحكم أو الاختلاف في السبب، أو فيهما معاً، قد يكون هو السبب في الاختلاف في الإطلاق والتقييد<sup>(4)</sup>.

ولعل هذا الرأي الذي عرض هو الجدير بالتطبيق في مجال القانون، فيقيد المطلق في الحكم أو السبب طالما موضوع النصين واحد.

(1) - أصول السرخسي: مصدر سابق، ج 1، ص 270.

(2) - حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ الْمِنْهَالِ حَدَّثَنَا يَزِيدُ بْنُ زُرَيْعٍ عَنْ سَعِيدٍ عَنْ فَتَادَةَ عَنْ عَزْرَةَ عَنْ سَعِيدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَمْرٍاءَ قَالَ سَأَلْتُ النَّبِيَّ ﷺ عَنْ التَّيْمُمِ فَأَمَرَنِي ضَرْبَةً وَاحِدَةً لِلْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ. سنن أبي داود، كتاب الطهارة، باب 124 التَّيْمُمِ، ح 327 - قال الألباني: صحيح (1 / 128).

مالك عن نافع: أن عبد الله بن عمر كان يتيمم إلى المرفقين وسئل مالك كيف التيمم وأين يبلغ به فقال يضرب ضربة للوجه وضربة لليدين ويمسحهما إلى المرفقين الموطأ - رواية يحيى الليثي، كتاب الطهارة، باب 24 العمل في التيمم، ح 122 - (56/1).

الموطأ: مالك - رواية يحيى الليثي، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار احياء التراث العربي، مصر، ج 2.

(3) - زكي الدين شعبان: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 309.

(4) - محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون، مرجع سابق، ص 360.

## الباب الثالث ..... الفصل الأول: الألفاظ باعتبار وضعها لعانيها

### المطلب الثالث: الأمر والنهي

الأمر والنهي صورتان من صور اللفظ الخاص، وباستقراء جل الأحكام الشرعية نجد أنها قائمة على الأمر والنهي.

ولقد صدق الإمام "السرخسي" حين قال في مقدمة كتابه الأصول<sup>(1)</sup>: «أحق ما يبدأ به في البيان: الأمر والنهي، لأن معظم الابتلاء بهما، وبمعرفتهما تتم معرفة الأحكام الشرعية ويتميز الحلال من الحرام»<sup>(2)</sup>.

لهذا كان لزاما على من يريد دراسة موضوع تفسير النصوص الشرعية أن يعرف: "الأمر والنهي" وأحكامهما في الشريعة الغراء، وهذا ما سنحاول معرفته في هذا المطلب، حيث سنعرض في الفرع الأول للأمر وفي الفرع الثاني للنهي.

### الفرع الأول: الأمر

إنّ الكلام في الأمر يتطلب بيان ماهيته وصيغته، كما يتطلب تحديد وجوه استعماله وما يفيد إذا كان ثمة نص قد نهى عن شيء ثم تلاه نص آخر بفعل ذات الشيء.

### أولا: ماهية الأمر

(1) - أصول السرخسي: مصدر سابق، ج 1، ص 11.

(2) - تنقسم الأحكام الشرعية إلى خمسة أقسام: الواجب، المندوب، المباح، المكروه، الحرام.

- الواجب: هو ما طلب الشارع فعله طلبا حتميا، ومثاله: قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

- المندوب: هو ما طلب الشارع فعله من المكلف طلبا غير حتمي، وقيل: هو ما يثاب فاعله ولا يعاقب تاركه.

- المباح: هو ما خيّر المكلف بين فعله وتركه.

- المكروه: هو ما طلب الشارع الكف عنه طلبا غير حتمي. ومثال ذلك: قوله ﷺ: «إن الله يكره لكم... قيل وقال وكثرة السؤال». كتب معاوية إلى المغيرة بن شعبة، أن أكتب إلي بشيء سمعته من النبي ﷺ فكتب إليه: سمعت النبي ﷺ يقول إن الله «كره لكم ثلاثا قيل وقال وإضاعة المال وكثرة السؤال».

صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب 52، قول الله تعالى: ﴿لَا يَسْتَأْذِنُ الْبَاطِلُ النَّاسَ إِلَّا حَقًّا﴾، ج 1407، 537/2.

الجامع الصحيح: البخاري، تحقيق وتعليق مصطفى ديب البغا، ط 3، دار ابن كثير اليمامة بيروت، 1407 - 1987، 6.

ج.

- الحرام: هو ما طلب الشارع تركه طلبا حتما ومثاله: قوله ﷺ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَمْهَاتُكُمْ﴾.

## الباب الثالث ..... الفصل الأول: الألفاظ باعتبار وضعها لعانيها

الأمر هو "اللفظ" الدال على طلب الفعل على جهة الاستعلاء<sup>(1)</sup>، وعلى هذا الأساس لا يعتبر أمراً إذا وقع طلب الفعل بين المتساويين<sup>(2)</sup>، أو كان من الأدنى إلى الأعلى<sup>(3)</sup>.

ثانياً: صيغ الأَمْر

صيغ الأَمْر هي الألفاظ التي تستعمل في اللغة ويفهم منها طلب الفعل، والصيغ التي تفيد الأمر كثيرة ومتعددة، ونكتفي في هذا المقام بالإشارة إلى أهمها عملياً.

— صيغة فعل الأمر التي هي: "الفعل" كقوله ﷻ: ﴿أَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ﴾<sup>(4)</sup>، وكقوله جلّ وعلا: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾<sup>(5)</sup>، وكقول ﷻ: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقْتِهِنَّ نِحْلَةً﴾<sup>(6)</sup>.

— صيغة المضارع المقترن بلام الأمر: ومثاله قوله تبارك وتعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ﴾<sup>(7)</sup>، وكقوله ﷻ: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾<sup>(8)</sup>.  
وكقول الرسول ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيراً أو ليصمت»<sup>(9)</sup>.

(1) - ابن الحاجب: مصدر سابق، ج2، ص77/الأمدي: الإحكام في أصول الأحكام، مصدر سابق، ج2، ص204/محمد مصطفى شليبي: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص377/ محمد أبو زهرة: أصول الفقه، مرجع سابق، ص168.  
قرب من هذه التعاريف المختلفة للأمر الدكتور محمد وفا: دلالة الأوامر والنواهي في الكتاب والسنة، دار الطباعة المحمدية، 1984، ص5 وما بعدها.

(2) - فإن: وقع الطلب بين المتساويين سمي دعاء.

(3) - وإن وقع من الأدنى إلى الأعلى على سبيل الخضوع فهو التماس .

(4) - سورة الإسراء، الآية: 78.

(5) - سورة البقرة، الآية: 196.

(6) - سورة النساء، الآية: 4.

(7) - سورة الطلاق، الآية: 7.

(8) - سورة البقرة، الآية: 185.

(9) - عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيراً أو ليصمت. صحيح البخاري، كتاب الرقاق، باب 23 حفظ اللسان، ح6110، (5/2376) - وبلفظ (أَوْ لَيْسُكَتْ). صحيح مسلم، ح183 (1/49).  
الجامع الصحيح: البخاري، تحقيق وتعليق مصطفى ديب البغا، ط3، دار ابن كثير اليمامة بيروت، 1407 - 1987، ج6.  
الجامع الصحيح: مسلم، دار الجيل ودار الأفاق، بيروت، ج8.

## الباب الثالث ..... الفصل الأول: الألفاظ باعتبار وضعها لعانيها

-صيغة الجملة الخبرية التي لم يقصد منها الإخبار وإنما قصد منها الطلب: كقوله ﷺ:

﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾<sup>(1)</sup>.

فالمقصود من هذه الآية الكريمة طلب إرضاع الوالدات لأولادهن فترة زمنية مقدارها حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة، وليس الإخبار عن إرضاع الوالدات لأولادهن.

ومثاله أيضا قوله ﷺ: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾<sup>(2)</sup>. حيث المقصود منه أمر المطلقات بأن يعتدن مدة ثلاثة قروء وليس المقصود الإخبار.

-قد يكون الأمر بكلمة "كُتِبَ" جاء في قوله ﷺ: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى

الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾<sup>(3)</sup>.

-قد يكون بالوصية: مثل قوله ﷺ: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ

الأنثيين﴾<sup>(4)</sup>.

ثالثا: وجوه استعمال الأمر.

إن من نتائج تعدد الصيغ الدالة على الأمر أن اختلف الفقهاء في تحديد المعاني المستفادة من كل صيغة منها<sup>(5)</sup>، فإذا وردت صيغة أمر في نص من الكتاب أو السنة، فهل يدل على الوجوب أم على الندب أم على الإباحة أو على غير ذلك من المعاني؟؟

فلئن أجمع الأصوليون على أنه إذا كانت هناك قرينة تبين المراد من الأمر، فيتعين حمله على ما تدل عليه تلك القرينة، فإنهم اختلفوا في تحديد دلالاته في حالة إذا ما ورد مجردا من القرائن الخارجية التي تبين المراد منه<sup>(6)</sup>.

ذهب الجمهور إلى أن الأمر المجرد يدل على طلب المأمور به على سبيل الوجوب، كما في قوله ﷺ:

(1)-سورة البقرة، الآية: 233.

(2)-سورة البقرة، الآية: 228.

(3)-سورة البقرة، الآية: 183.

(4)-سورة النساء، الآية: 11.

(5)-ترد صيغة الأمر لمعان كثيرة منها الوجوب والندب والإباحة والإرشاد والتأديب..

(6)-انظر في هذا المعنى: محمد مصطفى شلبي: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 379.



﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾<sup>(1)</sup>.

وذهب فريق من العلماء إلى التقرير بأن الأمر المجرد إذا جاء لمصلحة المخاطبين به، فإنه يفيد إما إباحة المأمور به، وإما الإرشاد إليه وإما الندب إليه.

ومثاله قول الله ﷻ: ﴿كُلُوا وَاشْرَبُوا مِنْ رِزْقِ اللَّهِ وَلَا تَعَثُوا فِي الْأَرْضِ مُمْسِدِينَ﴾<sup>(2)</sup>.

وقد قالوا بأن حمل الأمر في هذه الآية على الإباحة والإذن، اعتباراً بأن الأكل والشرب من الأمور التي تستدعيها طبيعة الحياة، فلا يستغني عنها الإنسان في نمو جسمه والحفاظ عليه<sup>(3)</sup>.

بينما ذهب فريق ثان: إلى أن الأمر المجرد يدل على طلب المأمور به على وجه الندب أو الإرشاد<sup>(4)</sup>،

كما جاء في قوله ﷻ: ﴿وَالَّذِينَ يَبْنُونَ الْكُنُبَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتَبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾

<sup>(5)</sup>، وقوله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾<sup>(6)</sup>

فالأمر الوارد في الآيتين الكريميتين لا يفيد الحتم والإلزام وإنما يفيد الندب والاستحباب في الأولى، حالة أنه يفيد الإرشاد في الثانية.

على أن فريقاً آخر استبعد صورة دلالة صيغة الأمر المجرد على الإباحة، فقصر هذه الصيغة إما على الوجوب وإما على الندب.

وإذا ما أمعنا النظر جيّداً فيما أخذ به كل فريق منهم في تحديد دلالة الأمر المجرد، وجدنا أن ما قال به الجمهور هو الراجح، ذلك لأن المتبادر من صيغة الأمر هو رجحان جانب الفعل على جانب الترك، ثم أن حقيقة الأمر في أصل اللغة هو الجزم والإلزام بالطلب، هذا بالإضافة إلى أن الشارع الحكيم رتب على ترك المأمور به المؤاخذه والعقاب.

ويستفاد هذا من اقتران أوامر الوجوب بالوعد عند الفعل والوعيد حال الترك، ويستدل على ذلك

(1) -سورة النور، الآية: 56.

(2) -سورة البقرة، الآية: 60.

(3) - انظر في هذا المعنى: محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج2، ص269-270.

(4) -الندب والإرشاد معناهما واحد: وهو طلب الفعل لا على وجه الحتم واللزوم، على أن بينهما فرق يتحمل في أن الندب يقصد منه تحصيل الثواب في الآخرة بينما يقصد بالإرشاد تحصيل المنافع في هذه الدنيا.

(5) -سورة النور، الآية 33.

(6) -سورة البقرة، الآية 282.

بقول الله ﷻ: ﴿وَإِذَا قِيلَ لَهُمُ ارْكَعُوا لَا يَرْكَعُونَ ﴿٤٨﴾ وَيَلُّ يَوْمَئِذٍ الْمُكَذِّبِينَ ﴿٤٩﴾﴾<sup>(1)</sup>. وبقوله ﷻ: ﴿أَخْرَجَ مِنْهَا مَذْمُومًا مَدْحُورًا﴾<sup>(2)</sup>.

وخلاصة القول أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء هو الرأي الذي يجب الأخذ به وطرح ما عداه في حالة تفسير الأوامر الواردة في كتاب الله ﷻ وسنة رسوله ﷺ، إذا ما جاءت فيها مجردة من القرائن التي تبين المراد منها.

#### رابعاً: دلالة الأمر الوارد بعد المنع والتحريم.

قد يصدر عن الشارع أمر بالامتناع عن فعل شيء وحظره، ثم يصدر عنه أمر آخر يبيح فعل هذا الشيء، ومثال ذلك قول النبي ﷺ: «كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزروها»<sup>(3)</sup>.

**ولقد اختلف الأصوليون في تحديد دلالة الأمر الوارد في هذا الحديث إلى قولين هذا بياهما:**

- قال بعض الشافعية والمالكية وبعض الحنابلة والكمال بن الهمام من الأحناف بأنه، إذا كان الشيء مندوباً إليه أو مباحاً ثم جاء النهي عنه فترة ليتلو ذلك أمر برفع النهي، كما في الحديث الشريف السابق الذكر، فإن هذا الشيء يسترد الصفة التي كان عليها قبل النهي، فيغدو مندوباً إليه أو مباحاً وفقاً لما كان عليه الحكم. وهذا هو القول المشهور عند الفقهاء<sup>(4)</sup>، وسندهم في ذلك أن الغالب في عرف الشارع استعمال الأمر بعد الحظر للإباحة.

فلا خلاف بين الفقهاء على أن الأمر بزيارة القبور مستحب وليس بواجب، وهو نفس الحكم الذي كان مقرراً لزيارتها قبل أن ينهي عنها الرسول ﷺ لحكمة تتعلق بالعبادة عما قد يتصل به من مظاهر الوثنية وعادات الجاهلية<sup>(5)</sup>.

(1)-سورة المرسلات، الآيتان: 48-49.

(2)-سورة الأعراف، الآية: 18.

(3)-قال رسول الله ﷺ «نَهَيْتُكُمْ عَنْ زِيَارَةِ الْقُبُورِ فَرُزُّوْهَا وَنَهَيْتُكُمْ عَنْ لُحُومِ الْأَضَاحِيِّ فَوْقَ ثَلَاثِ فَاْمَسِكُوا مَا بَدَأَ لَكُمْ ..» صحيح مسلم، كتاب الأضاحي، باب 5 بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث في أول الإسلام وبيان نسخه وإباحته إلى متى شاء، ح 5228- (82/6).

الجامع الصحيح: مسلم، دار الخليل ودار الأفاق، بيروت، 8 ج .

(4)-هذا القول مروى عند الإمام الشافعي، وعدد من أصحابه، وقد رجحه الفقيه التلمساني في مفتاح الوصول إلى علم الأصول، مصدر سابق، ص 12.

(5)-محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج 2، ص 374.

## الباب الثالث ..... الفصل الأول: الألفاظ باعتبار وضعها لثانيتها

- ذهب الأحناف وبعض الشافعية<sup>(1)</sup> إلى أن الأمر الوارد بعد الحظر والتحريم يفيد الوجوب كما لو ورد الأمر بشيء دون سبق تحريمه، واستدلوا على قولهم هذا بأن صيغة الأمر تدل على الوجوب عند التجرد من القرائن، فلا فرق بين أمر ورد بعد التحريم وبين أمر غير مسبوق بالتحريم، وبالتالي، فلا يعتبر ورود صيغة الأمر بعد الحظر قرينة تصرفها عن إفادة حكمها الأصلي.

هذا ولقد ثبتت دلالة بعض الأوامر على الوجوب ولو أنها وردت بعد التحريم، ومثال ذلك قول الله

﴿فَإِذَا أَنْسَلَخَ الْأَشْهُرَ الْحُرْمَ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾<sup>(2)</sup>.

فالأمر بقتل المشركين وارد بعد تحريمه في الأشهر الحرم، ومع ذلك فالإجماع حاصل بين الأئمة على أن دلالة هذا الأمر للوجوب<sup>(3)</sup>، فعاد حكم القتال إلى الوجوب كما كان قبل التحريم.

**ومقارنة موقف الفريقين،** يبدو أن رأي الفريق الأول هو الجدير بالتأييد، لأنه يتفق مع واقع هذا النوع من الأوامر، ولا يخرج عنه واحد منها.

وإذا ما تتبعنا كل الأوامر الواردة بعد الحظر والتحريم، نجد أن حكم المأمور به فيها هو نفس الحكم الذي كان مقررا لها قبل النهي والتحريم.

فقتال المشركين في غير الأشهر الحرم كان واجبا شرعا على المسلمين، ولما جاء النهي عنه في الأشهر الحرم صار حراما، ثم لما كان الأمر بقتالهم بعد انتهاء عمية التحريم عاد حكمه إلى الوجوب كما كان من قبل.

وخلاصة القول في هذا الشأن أن التحريم قرينة دالة على رفع الحكم الذي كان مقررا وثابتا للمأمور به قبل وروده، فإن زال هذا المانع عاد الحكم إلى ما كان عليه قبل التحريم، سواء أكان وجوبا أو إباحة.

**خامسا: دلالة الأمر على التكرار أو الوحدة.**

ثار جدل بين علماء الأصول حول دلالة الأمر على الوحدة والتكرار، فذهبوا في هذا المجال مذاهب

<sup>(1)</sup> - وقد عزا هذا القول عبد العزيز البخاري، ج1، ص120. إلى عامة القائلين بالوجوب قبل النهي والتحريم بقوله: "واعلم أن جمهور الأصوليين على أن موجب الأمر المطلق قبل الحظر وبعده سواء. فمن قال أن موجبه التوقف أو الندب أو الإباحة قبل الحظر فكذلك يقول بعده، ومن قال بأن موجبه الوجوب قبل الحظر فعامتهم على أن موجبه الوجوب بعد الحظر أيضا.

<sup>(2)</sup> - سورة التوبة، الآية: 5.

<sup>(3)</sup> - زكريا البري: أصول الفقه الإسلامي، ط1، دار النهضة العربية، ص223. / زكي الدين شعبان: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص316. / محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص374.

شقي، وعني كل فريق بالاستدلال على ما ذهب إليه، وهذه أهم أقوالهم.

— ذهب جماعة من المحققين إلى أن صيغة الأمر موضوعة لمطلق الطلب من غير إشعار بالوحدة أو الكثرة.<sup>(1)</sup>

أما دلالة الأمر على التكرار فتستفاد من القرائن التي تحيط به كأن يجيء معلقا على شرط أو مرتبطا بوصف يعتبر الشارع أيا منهما علة أو سببا للمأمور به<sup>(2)</sup>، ومثال ذلك تعليق الأمر بالوضوء على إرادة الصلاة في قوله ﷺ: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾<sup>(3)</sup>.

**فالأمر في هذه الآية الكريمة يدل على طلب الوضوء وإتيانه كلما أراد المكلف الصلاة، وكان في حاجة إليها، فإرادة الصلاة علة وسبب لطلب الوضوء وإتيانه، وهذا الوضوء يتكرر بتكرار علته وسببه.**

الراجح هو ما ذهب إليه المحققون، وهو دلالة الأمر على مطلق الطلب، والذي مفاده أن الأمر المجرد يتحقق بحصول الفعل المأمور به مرة واحدة، أما إذا كان معلقا على شرط أو مقيدا بوصف، فيجب إتباع العلة وإثبات الحكم بشوقها، فإذا تكررت تكرر تعليق الأمر بالوضوء على إرادة الصلاة في قوله ﷺ: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾.

سادسا: دلالة الأمر على الفورية أو التراخي.

اتفق الفقهاء على أن الأمر إذا اقترن بما يفيد الفورية، أفاد طلب الامتثال على الفور ودون تراخ، كقولك: "افعل هذا الآن" غير أنهم اختلفوا فيما وراء ذلك، فالقائلون بأن الأمر يقتضي التكرار حتما

<sup>(1)</sup>—ذهب إلى هذا القول الأحناف، وإمام الحرمين والرازي والآمدي وابن الحاجب والبيضاوي.  
—ذهب أكثر الشافعية وجماعة من قدماء الحنفية وابن الحاجب من المالكية إلى أن الأمر يقتضي المدة الواحدة لفظا كما هو الحال في سقوط فريضة الحج باتيانه مرة واحدة.

—وذهب جماعة من الفقهاء إلى أن صيغة الأمر تدل على التكرار مدة العمر مع الإمكان إلا إذا قام الدليل على خلاف ذلك.  
أنظر: أبو اسحاق الشيرازي وجماعة من الفقهاء المتكلمين وقد أشار إليهم الشوكاني: في إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص 97-98.

<sup>(2)</sup>—محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج 2، ص 285. / زكي الدين شعبان: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 319.

<sup>(3)</sup>—سورة المائدة، الآية: 6.

## الباب الثالث ..... الفصل الأول: الألفاظ باعتبار وضعها لعانيها

يقولون أيضاً أنه يقتضي الفورية، لأنها من لزوم التكرار، حيث أن هذا الأخير يلزمه عموم الأوقات كلها ما لم يمنع من ذلك مانع<sup>(1)</sup>.

ومما تقدم، يبدو لنا أن الرأي الذي قال به بعض الأحناف ومن وافقهم من المالكية هو الصحيح، ذلك أن صيغة الأمر لا تدل إلا على مجرد الطلب في الزمان المستقبل، وفي أي جزء منه، وما التراخي والفورية إلا قيد أن لا يتحقق أحدهما بالنسبة إلى المأمور به إلا بدليل آخر.

### الفرع الثاني: النهي

إن جلّ الأحكام الشرعية قائم على طلب الفعل - وهو الأمر أو طلب الكف عنه وهو النهي، وقد تكلمنا في ما سبق عن الأمر وعرضنا لأهم ما يتصل به من مسائل، وستكلم الآن عن النهي وأهم ما يتعلق به.

#### أولاً: تعريف النهي.

النهي في اللغة معناه المنع: «يقال نهاه عن كذا أي منعه عنه، ومنه سمي العقل "نهيّة" لأنه ينهي صاحبه عن الوقوع فيما يخالف الصواب ويمنعه عنه»<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> - محمد مصطفى شليبي: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 383.

القائلون بأن الأمر يقتضي التكرار يقولون بأنه يقتضي الفورية لأنها من لزوم التكرار، أما النافون لإفادة الأمر بالتكرار فقد ميزوا بين الأمر المقيد بوقت كالأمر بالصلوات الخمس يفوت الأداء بفواته ولا خلاف من أن دلالة الأمر في هذه الحال وجوب أداء الفعل في وقته، أما الأمر المطلق كالأمر بأداء الكفارات فقد اختلفت آراء العلماء فيه فذهب بعضهم إلى أن الأمر يقتضي الفور وهذا قول الحنابلة والشافعية وجمهور المالكية بينما ذهب فريق آخر من الأحناف وبعض المالكية بأن الأمر المطلق هو مجرد الطلب، وعلى هذا الأساس يجوز تأخيره على وجه لا يتعدى الوقت المناسب والأحسن المبادرة والإسراع في أدائه لقوله تعالى: ﴿فَأَسْتَيْقُوا الْخَيْرَاتِ﴾ سورة المائدة، الآية: 48. وقوله ﴿وَسَارِعُوا إِلَىٰ مَعْفَرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ﴾ سورة آل عمران، الآية 133.

ولعل هذا الرأي هو الصحيح ذلك أن صيغة الأمر لا تدل إلا على مجرد الطلب وما التراخي والفورية إلا قيدين لا يتحقق أحدهما إلى المأمور به إلا بذلك.

أنظر: محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج 1، ص 346/ الشوكاني: إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص 100. / أصول السرخسي: مصدر سابق، ج 1، ص 62. / التيلمساني: مفتاح الوصول لعلم الأصول، مصدر سابق، ص 10.

<sup>(2)</sup> - الشوكاني: إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص 109. / محمد مصطفى شليبي: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 389. / عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 301.

## الباب الثالث ..... الفصل الأول: الألفاظ باعتبار وضعها لعانيها

أما في الاصطلاح فهو اللفظ الدال على طلب الكف عن الفعل على وجه الاستعلاء<sup>(1)</sup>، غير أن بعض الفقه استبعد هذا الشرط وعرفه بقوله: «النهي هو طلب الكف عن الفعل»<sup>(2)</sup>. وحجته فيما ذهب إليه أن هناك من التواهي ما لا يكون على جهة الاستعلاء واستدل على ذلك بقوله ﷺ: ﴿رَبَّنَا لَا تُزِغْ قُلُوبَنَا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَنَا وَهَبْ لَنَا مِنْ لَدُنْكَ رَحْمَةً إِنَّكَ أَنْتَ الْوَهَّابُ﴾<sup>(3)</sup>. وبقوله ﷻ: ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا﴾<sup>(4)</sup>. لكن هذا القول مردود: فطلب الكف في هاتين الآيتين الكريميتين موجه من المخلوق إلى الخالق سبحانه وتعالى أي من الأدنى إلى الأعلى، وهو في هذه الحال لا يعتبر نهيًا بل دعاء على ما أوضحه بعض الفقهاء.

### ثانياً: صيغ النهي.

للنهي صيغ كثيرة أوضحها وأشهرها مايلي:

- صيغة لا تفعل: كقوله ﷻ: ﴿وَلَا تُقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾<sup>(5)</sup>.

- صيغة الأمر الدال على طلب الامتناع عن الفعل: كقوله تعالى في شأن تلبية نداء الجمعة: ﴿يَأْتِيهَا

الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾<sup>(6)</sup>.

(1)- الشوكاني: المصدر السابق، ص109. وأشار إلى نفس التعريف محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج2، ص377.

كما أورده البري في أصول الفقه، مرجع سابق، ص219. حيث قال: «هو اللفظ الذي يطلب به المستعلي فعلا من الأفعال. انظر في نفس المعنى أيضا: عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص301. أنظر أيضا: التلمساني، مفتاح الوصول إلى علم الأصول، مصدر سابق، ص47، حيث عرفه بأنه: «القول الدال على طلب الامتناع عن الفعل على جهة الاستعلاء».

(2)- محمد أبو زهرة: أصول الفقه، مرجع سابق، ص143. / محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص382.

(3)- سورة آل عمران، الآية: 8.

(4)- سورة البقرة، الآية: 286.

(5)- سورة الأنعام، الآية: 152.

(6)- سورة الجمعة، الآية: 9.

- كلمة النهي ومشتقاتها: مثل قوله ﷻ: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايَ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾<sup>(1)</sup>.

- كلمة التحريم ومشتقاتها: مثل قوله ﷻ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ﴾<sup>(2)</sup>.

- نفي الحل: وكقوله ﷻ: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا﴾<sup>(3)</sup>.

ثالثا: وجوه استعمال صيغة النهي:

وردت صيغة النهي في لسان العرب مستعملة في طلب الكف على وجوه عدة نذكر منها على سبيل المثال مايلي:

- التحريم: مثل قوله ﷻ: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾<sup>(4)</sup>. وقوله ﷻ: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ تُؤْمِنَ﴾<sup>(5)</sup>.

- الكراهة: كقوله تبارك وتعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتٍ مَّا أَحَلَّ اللَّهُ﴾<sup>(6)</sup>.

- الدعاء: كقوله ﷻ: ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا﴾<sup>(7)</sup>.

- الإرشاد: كقوله ﷻ: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءٍ إِنْ بُدِّ لَكُمْ تَسْأَلُكُمْ﴾<sup>(8)</sup>.

رابعا: دلالة النهي

كان من نتائج تعدد وجوه استعمال صيغ النهي أن اختلف الأصوليون في معناه الحقيقي:

(1)-سورة النحل، الآية: 90.

(2)-سورة النساء، الآية: 23.

(3)-سورة النساء، الآية: 19.

(4)-سورة البقرة، الآية: 188.

(5)-سورة البقرة، الآية: 221.

(6)-سورة المائدة، الآية: 87.

(7)-سورة البقرة، الآية: 286.

(8)-سورة المائدة، الآية: 101.

## الباب الثالث ..... الفصل الأول: الألفاظ باعتبار وضعها لعانيها

- ذهب الجمهور إلى أن النهي المطلق يدل على تحريم المنهي عنه على وجه الحقيقة<sup>(1)</sup>، ولا يدل على غيره إلا بقرينة، ففي قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَنَّمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾<sup>(2)</sup>.

ورد النهي على الحقيقة وهو يدل على التحريم، فحكمة التشريع تقتضي ذلك كما أن سياق الآية الكريمة يدل عليه ولا توجد أي قرينة تصرفه عن هذا المعنى، بينما في قوله ﷻ: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ﴾<sup>(3)</sup>.

**فالنهي في هذه الآية الكريمة** يدل على الكراهة لوجود قرينة صرفته عن معناه الحقيقي عن البيع إلى غيره، وهذه القرينة هي أن النهي عن البيع وقت الصلاة ليس مقررا لمنع البيع في ذاته، وإنما هو مقرر للخوف من الانشغال به عن أداء الواجب وهو الصلاة<sup>(4)</sup>.

### خامسا: دلالة النهي على الفور والاستمرار:

عني علماء الأصول ببحث دلالة النهي على الوحدة أو التكرار<sup>(5)</sup>، كما عنوا أيضا بتحديد المجال الزمني الزمني الذي يخرج فيه المكلف من عهدة الامتناع عما نهى عنه.

<sup>(1)</sup> - ذهب فريق من الأصوليين إلى أن هذا النهي المجرد من القرائن يدل على الكراهة ولا يدل على تحريم إلا بقرينة، بينما ذهب فريق آخر إلى أن النهي حقيقة في التحريم والكراهة على سبيل الاشتراك اللفظي والقرائن هي التي تعين أي الأمرين أراد الشارع الحكيم من النص.

أما الأحناف فقالوا أن النهي المجرد يكون لتحريم إذا كان الدليل قطعيا ويكون للكراهة إذا كان الدليل ظنيا. وبمقارنة مذاهب هؤلاء جميعا نرى أن ما ذهب إليه الجمهور هو الجدير بالتأييد فلا معنى لصيغة النهي إلا التحريم.

أنظر: الشوكاني: إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص 109-110.

<sup>(2)</sup> - سورة الأنعام، الآية 151.

<sup>(3)</sup> - سورة الجمعة، الآية: 9.

<sup>(4)</sup> - زكي الدين شعبان: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 321.

<sup>(5)</sup> - ذهب بعض الفقهاء إلى أن النهي ينبغي فيه الامتناع عن الفعل المنهى عنه على الفور والتكرار.

أنظر: الأمدي: الأحكام، مصدر سابق، ج 2، ص 254.

ولعل الصحيح أن النهي يقتضي الامتناع على إتيان الفعل المنهى عنه على وجه الاستمرار، لأن الكف عن فعل الشيء هو موقف سلبى ينبغي أن يستمر.



## الباب الثالث ..... الفصل الأول: الألفاظ باعتبار وضعها لعانيها

وهكذا ذهب الجمهور<sup>(1)</sup> إلى أن النهي يدل على طلب الامتناع عن إتيان الفعل المنهي عنه على الفور وعلى وجه الاستمرار لما فيه من ضرر ومفسدة، فالنهي حسب قولهم، يفيد وجوب ترك الاستمرار لما فيه من ضرر ومفسدة.

بينما ذهب قلة من الفقه إلى أن النهي المجرد لا يدل بصيغته على الفور والاستمرار، لأن طبيعته لا تستلزم ذلك، بل القرائن الخارجية هي التي تعين مراد الشارع من النص<sup>(2)</sup>.

وبمقارنة الرأيين، يبدو أن ما ذهب إليه الجمهور هو الراجح، لأن المكلف في الواقع، لا يخرج عن عهدة الامتثال في النهي، إلا بالكف والابتعاد عما نهى عنه حالا وعلى وجه الاستمرار.

سادسا: آثار النهي في المنهي عنه.

سبق القول بأن النهي المطلق يفيد تحريم المنهي عنه، ويقتضي استحقاق فاعله للعقاب، وهذا أثر أخروي، لكن قد ينهي الشارع الحكيم في حالات خاصة عن بعض الأعمال المشروعة للمكلف: كالصلاة، والصيام، والبيع والنكاح وغيرهما من عبادات ومعاملات، فهل يقتضي هذا النهي بطلان المنهي عنه، بحيث لا تتعلق به الآثار الشرعية التي ستترتب عليه لو أنه وقع صحيحا؟

**للقوف على أنظار علماء الأصول في هذه المسألة، يجب أن نعرض للنهي في حالتين: حالة الإطلاق وحالة ورود النهي مع قرينة.**

**الحالة الأولى: ورود النهي مطلقا<sup>(3)</sup>:**

اختلف الأصوليون في تحديد الآثار الشرعية للنهي المطلق على ثلاثة أقوال:

- ذهب الجمهور<sup>(4)</sup> إلى أن النهي في هذه الحالة يدل على فساد الفعل المنهي عنه وبطلانه<sup>(5)</sup>، سواء أكان ذلك في العبادات أم كان في المعاملات.

(1)- ابن الحاجب: مختصر المنتهى مع العضد، مصدر سابق، ج2، ص98-99. الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام، مصدر سابق، ج2، ص234.

(2)- أنظر: الرازي: الحصول في علم الأصول، دار الكتب المصرية، ص231 وما بعدها.

(3)- نقول بأن النهي ورد مطلقا متى ورد دون أن ترافقه قرينة تشعر بأنه كان لذات المنهي عنه أو لغيره.

(4)- نقصد بالجمهور في هذا القول: أصحاب الإمام الشافعي والإمام مالك بن أنس والحنابلة وجميع أهل الظاهر.

(5)- الفساد هو مرادف للبطلان عند الجمهور، وكل منهما يدل على أن الفعل المنهي عنه وقع على خلاف ما طلب من المكلف فلم يعبه الشارع ولم يرتب عليه الأثر الذي يرتبه عليه في حالة الصحة. بينما فرق الأحناف بين البطلان والفساد، فالبطلان عندهم هو وقوع العمل مخالفا لأمر الشارع في أصله ووصفه. والفساد هو وقوع العمل مخالفا لأمر الشارع في وصفه دون أصله.

— ذهب لفيف من الفقهاء<sup>(1)</sup> إلى أن النهي لا يدل على فساد المنهي عنه.

— وقال البعض أن النهي المطلق يقتضي البطلان في العبادات دون المعاملات<sup>(2)</sup>.

الحالة الثانية: ورود النهي مع قرينه: <sup>(3)</sup>

قد يرد النهي مقترنا بما يدل على أنه لذات الفعل المنهي عنه أو لوصفه أو لأمر خارج عنها، فما أثر ذلك النهي في الفعل المنهي عنه؟؟.

تشعب الجواب على هذا السؤال إلى ثلاثة أقول:

**القول الأول:** لا نزاع بين علماء الأصول على أن النهي عن العمل لذاته وحقيقته يقتضي بطلان المنهي عنه واعتباره كأن لم يكن سواء في العبادات أو في المعاملات. وذلك كالنهي عن بيع المعدوم وكالنهي عن الصلاة بلا وضوء، فإذا قام به المكلف وقع الفعل باطلاً غير مشروع أصلاً.

**فلا يترتب عن البيع نقل الملكية** لانعدام محله، ولا يترتب عن الصلاة ثواب، ولا تسقط بها الفريضة لانعدام ركن الطهارة.

**القول الثاني:** ذهب الجمهور إلى أن النهي عن العمل لأمر مقارن وغير لازم به لا يقتضي بطلان هذا العمل ولا فساده، بل يبقى صحيحاً يتصف بالمشروعية وتترتب عليه الآثار المقصودة عنه، إلا أنه يكون مكروهاً نظراً لنهي عن فعله.<sup>(4)</sup> فالصلاة في الأرض المغصوبة تتم بموجبها الفريضة ولكنها تكون مكروهة بسبب ما اقترن بها من الغصب.

والبيع وقت النداء للصلاة يوم الجمعة ينتج كافة آثاره المقررة شرعاً مع إلحاق الكراهة به لنهي الشارع

<sup>(1)</sup>— من هؤلاء الفقهاء بعض المعتزلة كأبي عبد الله البصري والقاضي عبد الجبار وبعض محققي الشافعية وإمام الحرمين. للمزيد من الإيضاح أنظر: الأمدي، الأحكام، مصدر سابق، ج2، ص275.

<sup>(2)</sup>— قال بهذا الرأي: الإمام الغزالي وأبو الحسن البصري والرازي وآخرون. أنظر: الأمدي، الأحكام، مصدر سابق، ج2، ص276/ الشوكاني، إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص11.

<sup>(3)</sup>— القرينة هي كل ما يشعر بأن النهي عن العمل كان لذات المنهي عنه، أو لوصفه أو لأمر خارج عنه.

<sup>(4)</sup>— المكروه: هو ما إذا تركه المكلف أتىب وإذا ما فعله لم يأتىم. خالف الظاهرية والزيدية والحنابلة جمهور العلماء فقد قرروا بطلان الأعمال لافرق بين أن يكون النهي لذات المنهي عنه أو لوصفه أو لأمر خارج عنه، لأن المنهي لدرء المفسد فيقتضي بطلان التصرف، ويصبح العمل معدوماً شرعاً إذ أنه في هذه الحالة يقع على خلاف ما يطلب الشارع فالصلاة في الأرض المغصوبة تكون باطلة. أنظر: الأمدي، الأحكام، مصدر سابق، ج2، ص276

الحكيم عنه بقوله ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ (1).

القول الثالث: اختلف الفقهاء في أثر المنهي عنه حالة كونه مقترنا بوصف لازم له إلى مذهبين: يقول الجمهور أن النهي يقتضي فساد كل من أصل العمل ووصفه (2)، فهو عندهم بطلان المنهي عنه، وعلى هذا الأساس، فصوم يوم العيد، والبيع المشتمل على الربا يقع باطلا، ولا يترتب عليه أي أثر من الآثار المقصودة منه، والبطلان هنا يكون في العبادات والمعاملات على السواء. وحتجتهم في ذلك أن الشارع الحكيم إذا طلب أمرا ونهى عن أن يكون متصفا بوصف خاص، تبيين من هذا النهي أنه قد طلب هذا الأمر خاليا من ذلك الوصف المنهي عنه. كما استدلوا أيضا على اقتفائه للفساد المرادف للبطلان بأن العلماء في جميع الأمصار كانوا يستدلون به على الفساد في أبواب الربا والبيع والانكحة وغيرها (3). أما الأحناف فقد فرقوا في ذلك بين المعاملات والعبادات.

#### 1- المعاملات: ذهبوا إلى أن المنهي عنه لوصف لازم له يقتضي الفساد لا البطلان (4).

وهكذا فلئن كان النهي عن البيع المشتمل على الربا من قبيل الباطل عند الجمهور فهو من قبيل الفاسد عند الأحناف (5).

وسندهم في ذلك أن الشارع قد جعل المعاملات أسبابا لأحكام تترتب عليها، فإذا نهي عن شيء منها لوصف من الأوصاف اللازمة له كان النهي مقتضيا بطلان هذا الوصف فقط (6)، فإذا لم يكن وجود هذا

(1)-سورة الجمعة، الآية 9.

(2)-الفساد عند الجمهور يرادف البطلان.

(3)-زكي الدين شعبان: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 325

(4)-الشوكاني: إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص 110.

(5)-نلاحظ أن الأحناف يفرقون بين الفاسد والباطل فالفساد عندهم يعني أن العمل وقع سليما من ناحية ذاته، ولكن أصابه العيب الذي نهي عنه الشارع من ناحية وصفه المتصل به كالصيام يوم العيد، أما الباطل فهو الفعل الذي يقع مخالفا لأمر الشارع في أصله ووصفه، ومعنى ذلك أن العمل وقع معيبا في ذاته، لذلك لم يرتب عليه الشارع أثر.

(6)-انظر في هذا المعنى: الشوكاني: المصدر السابق، ص 111/ مصطفى شلي: أصول الفقه، مرجع سابق، ص 394/ زكي الدين شعبان: مرجع سابق، ص 324.

## الباب الثالث ..... الفصل الأول: الألفاظ باعتبار وضعها لعانيها

الوصف محلاً بحقيقة الشيء بقيت حقيقته موجودة، وحينئذ يجب أن يثبت لكل منها مقتضاه.<sup>(1)</sup>

**2-العبادات:** فقد قال الأحناف بأن المنهي عنه لوصف لازم يكون باطلاً، وحجتهم في ذلك أن العبادة تقرب من الله تعالى، والنهي أخرجها عن كونها عبادة.<sup>(2)</sup> فصوم يوم الفطر ويوم النحر يكون باطلاً.<sup>(3)</sup> فلا يثاب الصائم على فعله، ولم تبرأ ذمته من صوم واجب آخر.<sup>(4)</sup>

غير أن بعض الفقه لا يفرق في الحكم بين النهي في العبادات والنهي في المعاملات. فالحكم عنده واحد وهو الفساد المرادف للبطلان.<sup>(5)</sup>

ومما سبق، تبين أن قول الجمهور هو الراجح وهو الذي نستخلصه، ذلك لأن كل شيء يقتضي تحريم المنهي عنه، ولا يستثنى من هذا الحكم إلا ما قامت قرينة تصرفه عن ذلك دون تمييز بين المعاملات والعبادات

ولقد ثبت في هذا الشأن عن الرسول الكريم أنه قال: « كل أمر ليس عليه أمرنا فهو رد ».<sup>(6)</sup> والمنهي عنه ليس عليه أمر الرسول الكريم فهو رد. وما كان مردوداً فهو باطل.

ولقد صح عنه أيضاً ﷺ أنه قال: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه».<sup>(7)</sup> فهذا الحديث الشريف يفيد صراحة اجتناب المنهي عنه. هذا ولقد جرى عمل الصحابة

(1)- زكي الدين شعبان: المرجع نفسه، ص 325.

(2)- محمد ابو زهرة: أصول الفقه، مرجع سابق، ص 144 / زكي الدين شعبان: المرجع نفسه، ص 326.

(3)- أن الفساد هو حكم البطلان في العبادات عند الحنفية أما في المعاملات، فالتفرقة بينهما عندهم لها أهميتها واثراها.

(4)- ابن الهمام: التحرير مع التقرير والتحبير، مصدر سابق، ج 1، ص 331 وما بعدها.

(5)- أنظر في هذا المعنى: زكريا البري: أصول الفقه، مرجع سابق، ص 230.

(6)- قال رسول الله ﷺ: من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد.

صحيح البخاري، كتاب الصلح، باب 5 إذا اصطالحوا على صلح جور فالصلح مردود، ح 2550 (959/2).

الجامع الصحيح: البخاري، تحقيق وتعليق مصطفى ديب البغا، ط 3، دار ابن كثير اليمامة بيروت، 1407 - 1987، ج 6.

وبلفظ "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد". صحيح مسلم، ح 4590 - (132/5).

الجامع الصحيح: مسلم، دار الجيل ودار الأفاق بيروت، ج 8.

(7)- عن النبي ﷺ قال: «دعوني ما تركتكم إنما أهلك من كان قبلكم سؤا لهم واختلافهم على أنبيائهم فإن نهيتكم عن شيء فاجتنبوه فاجتنبوه وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم».

صحيح البخاري، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب 2 الاقتداء بسنن رسول الله ﷺ، ج 6858 - (2658/6).

الجامع الصحيح: البخاري، تحقيق وتعليق مصطفى ديب البغا، ط 3، دار ابن كثير اليمامة بيروت، 1407 - 1987، ج 6.

## الباب الثالث ..... الفصل الأول: الألفاظ باعتبار وضعها لغائها

الكرام على الاستدلال يمثل هذه النواهي على البطلان.

بعد أن أهينا دراسة كل من الأمر والنهي في الشريعة الإسلامية والذين هما من أنواع اللفظ الخاص يطرح السؤال:

هل يوجد لهما نظير في القانون الوضعي؟؟.

تجدر الإشارة إلى أنه إذا كان الحكم التكليفي في الشريعة الإسلامية ينقسم إلى خمسة أقسام: واجب، مندوب، مباح، مكروه، وحرام،<sup>(1)</sup> فإن هذا التقسيم غير موجود في القانون الوضعي.

وعلى هذا الأساس فتشارك الفعل المندوب وفاعل الفعل المكروه والمخير بين الأمرين لا ينالهم عقاب في الشريعة الإسلامية.

وترتب عن هذا خروج هذه الأقسام من دائرة القانون الوضعي الذي تقضي الأصول العامة فيه عدم وجودهم، لأن القاعدة القانونية كما هو معروف لا يصدق عليها وصف أنها قانون ما لم تتضمن جزاء دنيويًا توقعه الدولة على من يخالف أحكامها، ولا جزاء بهذا المعنى في الحالات السابقة.<sup>(2)</sup>

**أما القسمان الآخريان: الواجب والحرام** أو ما يسمى في الاصطلاح القانوني بالقواعد الآمرة والقواعد المكملة فنجد لهما أمثلة كثيرة في القانون الوضعي، بل إن القانون بمختلف فروعها يتكون منهما.

والمعروف أن القواعد الآمرة هي التي لا يجوز للمخاطبين بها أن يخالفوا أحكامها أو أن يتحللوا من الخضوع لها أبداً، ولو كان ذلك عن طريق اتفاق فيما بينهم لاتصالها بكيان المجتمع ومقوماته الأساسية.<sup>(3)</sup>

---

وبلفظ ذروي ما تركتكم فإنما هناك من كان قبلكم بكثرة سؤلهم واختلافهم عن أنبيائهم فإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم وإذا نهيتكم على شيء فدعوه " صحيح مسلم، ج 3327-(102/4). الجامع الصحيح: مسلم، دار الجيل ودار الأفاق بيروت، 8 ح.

<sup>(1)</sup>-يجب التذكير بأن الأحناف قد قسموا الحكم التكليفي إلى سبعة أقسام: الفرض- الواجب، المندوب، المحرم، المباح، المكروه كراهية التحريم، المكروه كراهية تترية.

<sup>(2)</sup>-يرجع السبب في وجود النهي، والكراهية في الشريعة الإسلامية وسبب عدم وجودها في القانون الوضعي أن الجزاء في هذا الأخير أضيق منه في الشريعة الإسلامية.

فالجزاء في القانون دنيوي، توقعه الدولة على من يخالف أحكام القاعدة القانونية ويمكن أن يكون اما عقوبة بدنية أو مالية أو تعويضاً، أو غرامة أو تنفيذاً أو إبطال، تصرف وكل الجزاءات المادية.

أما في الشريعة الإسلامية، فقد يكون الجزاء كما هو في القانون وقد يكون ذا وجه أدبي أو ديني محض، : كالألم والعتاب.

<sup>(3)</sup>-جميل الشرفاوي: دروس في أصول القانون، مرجع سابق، ص 64. / عبد الحي حجازي: مدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق،

ص 231

## الباب الثالث ..... الفصل الأول: الألفاظ باعتبار وضعها لغائها

والقواعد الآمرة تكون إيجابية، وذلك في حالة فرضها أمرا، كما تكون سلبية إذا كانت تتضمن نهيًا وأمثلة الواجب أو القواعد الآمرة حسب الإصطلاح القانوني كثيرة ولا تدخل تحت الحصر، فكل ما أمر به المشرع الوضعي وحث على فعله يعتبر واجبا، أما أمثلة الحرام أو القواعد الناهية فتكاد تؤلف مدونة بكاملها فالقانون الجنائي مثلا، يكاد يكون كله طلب الكف عن إرتكاب الجرائم وذلك عن طريق فرض عقوبات على مرتكبيها ومن ذلك ما نصت عليه المادة 305 مكرر 1 من قانون العقوبات الجزائري بقولها "يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من 2.00000 دج إلى 1.000.000 دج كل من سرق ممتلك ثقافي منقول محمي أو معرف"<sup>(1)</sup>

أما القواعد المكملة أو المفسرة فهي التي يجوز للأفراد الخروج على أحكامها بإتفاقاتهم الخاصة لكونها لا تعالج مسائل تتصل بكيان المجتمع ومقوماته الأساسية،<sup>(2)</sup> بل إنها تتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد؛ لذلك فضّل المشرع أن يترك لهم حرية التعبير عن مصالحهم على النحو الذي يريدونه وقد أورد فقهاء القانون معايير للتمييز بين هذين النوعين من القواعد، نظرا لأهمية هذه التفرقة ولما تؤدي إليه من نتائج قانونية.<sup>(3)</sup>

### المبحث الثالث الف: الفظ العام

سنتناول في هذا المبحث اللفظ العام حيث سنتكلم فيه على تعريفه وبيان صفته وأنواعه كما سنتطرق إلى تحديد دلالاته وكيفية تخصيصه، وسنعرض في الأخير إلى ما يصح تخصيصه به ومدى تأثير دلالاته إذا ما ورد على سبب خاص، وذلك على النحو التالي:

#### المطلب الأول: تعريف اللفظ العام وبيان صيغته.

كان من الضروري لتفسير النصوص معرفة العام في ماهيته في الفرع الأول، وصيغته في الفرع الثاني الفرع الأول: تعريف اللفظ العام.

(1) - احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 151

(2) - جميل الشرقاوي: المرجع السابق، ص 65/ عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 243

(3) - هذه المعايير تتلخص في المعايير اللفظية التي تتكون من عبارات النصوص نفسها وصيغتها، أما المعايير المعنوية والإجتهادية فهي التي تتضمن النظام العام والآداب العامة، أنظر بالتفصيل هذه المعايير في: جميل الشرقاوي: دروس في أصول القانون، المرجع السابق، ص 69-75/ عبد الحي حجازي: المرجع السابق، ص 234 وما بعدها.

## الباب الثالث ..... الفصل الأول: الألفاظ باعتبار وضعها لغائها

العام في اللغة: هو شمول أمر لمتعدد سواء كان الأمر لفظ أو غيره، ومنه قول الفقهاء: عمهم الخير إذا شملهم وأحاط بهم.<sup>(1)</sup>

وأما في الاصطلاح: فهو اللفظ الموضوع وضعا واحدا للمعنى واحد، يشمل جميع الأفراد الذين يتحقق فيهم ذلك المعنى من غير حصر ولا تعداد معين<sup>(2)</sup> وذلك كلفظ: "كل" في قول الفقهاء: "كل عقد يشترط لانعقاده أهلية العاقدين". فهو لفظ عام يعمل على شمول كل ما يصدق عليه أنه عقد عن غير حصر في عقد معين.

وكلفظ "السارق والسارقة" في قوله ﷺ: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾<sup>(3)</sup>، فإنه موضوع وضعا واحدا للمعنى واحد وهو السرقة، ويشمل كل ما يتحقق فيه معنى السرقة، ولا يدل على حصر الأفراد التي يتحقق فيهم معنى السرقة في عدد معين.

ومن خلال تعريف العام يتبين الفرق بينه وبين المطلق.

فالعام يشمل كل فرد من أفرادة دفعة واحدة، بينما المطلق لا يتناول إلا فردا شائعا أو أفرادا شائعة لا جميع الأفراد.<sup>(4)</sup> وهذا هو المقصود من قولهم: عموم العام شمولي، وعموم المطلق بدلي<sup>(5)</sup>.

### الفرع الثاني: صيغ العموم

من استقراء المفردات والعبارات المستعملة في اللغة العربية، نتبين أن الألفاظ التي تفيد العموم كثيرة ومتنوعة نذكر منها على سبيل المثال ما يلي:

— لفظ "كل" و"جميع"<sup>(6)</sup> إنهما يفيدان العموم فيما يضافان إليه مثل قوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ

(1) - محمد مصطفى شلي: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 408.

(2) - السرخسي: أصول السرخي، مصدر سابق، ج 1، ص 122، / الأمدي: الإحكام في أصول الأحكام، مصدر سابق، ج 2 ص 286-287 / زكي الدين شعبان: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 327.

(3) - سورة المائدة، الآية 38.

(4) - محمد أديب صالح: تفسير النصوص الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج 2، ص 11 / عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 305.

(5) - الشوكاني: إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص 114، حيث قال: "إعلم أن العام عمومه شمولي وعموم المطلق بدلي"، أنظر أيضا في هذا المعنى: عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص 182.

(6) - تجدر الإشارة إلى أن العموم اذا دخلت عليه: "كل" فهو إفرادي - أي يتعلق بالحكم فيه بكل فرد بقطع النظر عن غيره. أما إذا دخلت عليه "جميع" فهو إجماعي. بمعنى أن الحكم يتعلق فيه بالجموع، للمزيد من الإيضاح أنظر: أصول البيدوي: مصدر سابق، ج 2، ص 9. / الشوكاني: إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص 18.

## الباب الثالث ..... الفصل الأول: الألفاظ باعتبار وضعها لغائها

أَلْوَتٌ ﴿١﴾، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: « كل راع مسؤول عن رعيته » (٢) وقول المشرع: كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " (٣)

— المفرد المعرف "بال" تعريف الجنس: مثل قوله تعالى: ﴿الزانية والزاني﴾ وقوله ﴿الزانية والزاني﴾ ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ﴾ فلفظ كل من: " السارق والسارقة" و" الزانية والزاني " معرف: "بال" الجنسية التي تفيد الاستغراق، لهذا فهو لفظ يشمل كل الأفراد الذين يصدق عليهم دون حصر أو عدد معين.

— الجمع المعرف بالإضافة: مثل قوله ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ (٤)

وقوله ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا﴾ (٥)، وقوله ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ (٦).

**فإن كلا من الألفاظ: لاولادكم** " و" أموالكم" و" أمهاتكم " جمع مضاف يفيد العموم إذ هو شامل لجميع الأولاد والأمهات دون حصر. (٧)

ويستوي الأمر في ذلك بدهاءة أن يكون الجمع جمعا مذكرا سالما أو جمعا مؤنثا سالما أو جمع تكسير.

— الأسماء الموصولة: مثل قوله ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ (٨) وقوله ﴿بَعْدَ ذِكْرِ الْمُحْرَمَاتِ﴾

(١) -سورة آل عمران الآية: 185

(٢) -رسول الله ﷺ- يقول: كلكم راع ومسؤول عن رعيته فالإمام راع وهو مسؤول عن رعيته والرجل في أهله راع وهو مسؤول عن رعيته والمرأة في بيت زوجها راعية وهي مسؤولة عن رعيته والخدم في مال سيده راع وهو مسؤول عن رعيته. صحيح البخاري، كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب 20 العبد راع في مال سيده ولا يعمل إلا بإذنه، ح 2278 - (848/2). الجامع الصحيح: البخاري، تحقيق وتعليق مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير اليمامة بيروت، ط3، 1407 - 1987، 6 ح.

(٣) -المادة 124 من القانون المدني الجزائري، أنظر: القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 33.

(٤) -سورة النساء، الآية 11.

(٥) -سورة التوبة، الآية 103.

(٦) -سورة النساء، الآية 23.

(٧) -محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون والشرعية الاسلامية، مرجع سابق، ص 405.

(٨) -سورة النور: الآية 4.



من النساء: ﴿وَأَحَلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾<sup>(1)</sup>.

فلفظ "الذين" في الآية الكريمة الأولى عام يشمل كل قائل، ولفظ "ما" في الآية الكريمة الثانية عام أيضا يشمل كل النساء، "سوى المحرمات المذكورات في الآية الكريمة بطبيعة الحال.

— أسماء الشرط: <sup>(2)</sup> مثل ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾<sup>(3)</sup>. وقوله ﴿أَيْنَمَا﴾

تَكُونُوا يَدْرِكَكُمُ الْمَوْتُ وَلَوْ كُنْتُمْ فِي بُرُوجٍ مُشِيدَةٍ﴾<sup>(4)</sup>

فلفظ "من" في الآية الكريمة الأولى عام يفيد أن كل من بلغ إلى علمهم حلول شهر رمضان، وجب عليه الصيام، ولفظ "أينما" عام أيضا يفيد أن الموت يدرك كل المخلوقات حيثما حلت وارتحلت ولو كانت في بروج مشيدة .

— أسماء الاستفهام: <sup>(5)</sup> ومثال ذلك قوله ﴿مَاذَا أَرَادَ اللَّهُ بِهَذَا مَثَلًا﴾<sup>(6)</sup>، وقوله ﴿مَتَى﴾

﴿مَتَى نَصْرُ اللَّهِ﴾<sup>(7)</sup>

— النكرة الواقعة في سياق النفي أو النهي: ومثاله قوله ﴿وَلَا تَصِلْ عَلَى أَحَدٍ مِنْهُمْ مَاتَ﴾<sup>(8)</sup>،

وقول الرسول ﷺ: « لا وصية لوارث »<sup>(9)</sup>.

فكلمة "أحد" في الآية الكريمة نكرة وقعت في سياق النهي فهي تفيد العموم كما أن كلمة "وصية"

(1) - سورة النساء: الآية 24.

(2) - نذكر من أسماء الشرط مثلا: ما - من - أين...

(3) - سورة البقرة الآية 185.

(4) - سورة النساء، الآية 78.

(5) - نذكر من أسماء الاستفهام مثلا: من - ماذا - متى - أين.

(6) - سورة البقرة الآية 26.

(7) - سورة البقرة، الآية 214.

(8) - سورة التوبة، الآية 84.

(9) - أن النبي ﷺ يقول: أن الله أعطى كل ذي حق حقه ولا وصية لوارث... قال أبو عيسى هذا حديث حسن صحيح. سنن

الترمذي، كتاب الوصايا عن رسول الله ﷺ، باب 5 ما جاء لا وصية لوارث، ح 2121- قال الألباني: صحيح (4/434).

السنن: الترمذي، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار احياء التراث العربي بيروت، 5 ج.

## الباب الثالث ..... الفصل الأول: الألفاظ باعتبار وضعها لعانيها

في الحديث الشريف نكرة وقعت في سياق النفي تفيد العموم أيضا <sup>(1)</sup>.

وللفظ العام تطبيقات كثيرة في القانون الوضعي، بل يعتبر العموم من أهم خصائص القاعدة القانونية التي لا توصف بكونها قانون ما لم تنطبق على كل من يوجه إليهم خطاها من غير أن تكون مقصورة على أشخاص معينين بذواتهم ومن الأمثلة على ذلك نذكر ما يلي:

«كل من إرتكب فعلا من أفعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه يعاقب بالحبس...» <sup>(2)</sup>  
بالحبس...» <sup>(2)</sup>

وكذلك نص المادة التي مؤداها: «كل من حرض قصرا لم يكملوا التاسع عشر ذكورا وإناثا على الفسق أو فساد الأخلاق...» <sup>(3)</sup>

### المطلب الثاني: أنواع اللفظ العام.

لقد ثبت لعلماء الأصول بعد استقراء النصوص التي وردت بصيغة العموم أنها تنقسم إلى ثلاثة أنواع: <sup>(4)</sup>

#### الفرع الأول: عام يراد به العموم قطعا.

وهو اللفظ العام الذي صحبته قرينة تنفي احتمال اختصاصه، فيكون شاملا لكل ما يستغرقه، كما جاء في قوله ﷺ: ﴿وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا﴾ <sup>(5)</sup> وفي قوله ﷺ: ﴿وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلِّ شَيْءٍ حَيٍّ﴾ <sup>(6)</sup>

**فكل واحدة من هذه الآيات** تقرر حكمة إلهية لا تتبدل ولا تتغير. فالعام فيها قطعي الدلالة على العموم، ولا يحتمل أن يراد به الخصوص.

#### الفرع الثاني: عام يراد به الخصوص قطعا.

<sup>(1)</sup> - تجدر الإشارة إلى أن النكرة في سياق الإثبات لا تتصف بالعموم إلا إذا وجدت قرينة تفيد ذلك، كقوله تعالى: في نعيم الجنة

وأهلها: ﴿لَهُمْ فِيهَا فَنَكِهَةٌ وَالَهُمْ مَا يَدْعُونَ﴾ فالفاكهة هنا تشمل جميع أنواعها بقرينة الامتنان على العباد.

<sup>(2)</sup> - أنظر نص المادة كاملا في: أحسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 143.

<sup>(3)</sup> - أنظر نص المادة كاملا في: المرجع نفسه، ص 146.

<sup>(4)</sup> - الإمام الشافعي: الرسالة، تحقيق، أحمد شاكر، مصدر سابق، ص 5-54.

<sup>(5)</sup> - سورة هود، الآية 6.

<sup>(6)</sup> - سورة الأنبياء، الآية 30.

## الباب الثالث ..... الفصل الأول: الألفاظ باعتبار وضعها لعانيها

وهو اللفظ العام الذي اصطاحته قرينة تنفي بقاءه على عمومته وتبين أن المراد منه بعض أفرادها كما هي الحال في كثير من النصوص التكليفية. ويطلق على هذا النوع: العام المخصص، ومثال ذلك قول الله ﷻ:

﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾<sup>(1)</sup>

فلفظ "الناس" في هذا النص عام يشمل المكلفين كما قد يشمل غيرهم كالأطفال والمجانين والمرضى، ولكن المراد بهذا العام هو خصوص المكلفين، لأن العقل يقتضي خروج الصبي والمجنون والمريض من حكم هذا التكليف. فتخصيص العام بالعقل في النص المذكور، جعل من المقطوع به أن العام وهو "الناس" مراد منه الخصوص<sup>(2)</sup>، ومثاله أيضا قوله سبحانه وتعالى مخبرا عن النار: ﴿وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ﴾<sup>(3)</sup>، فالمراد بلفظ "الناس" في هذه الآية الكريمة بعضهم لا كلهم بدليل قوله ﷻ: ﴿إِنَّ الَّذِينَ سَبَقَتْ لَهُمْ

مِنَّا الْحُسْنَىٰ أُولَٰئِكَ عَنْهَا مُبْعَدُونَ﴾<sup>(4)</sup>.

### الفرع الثالث: عام مطلق أو عام مخصوص.<sup>(5)</sup>

وهو اللفظ العام الذي لم توجد معه إحدى القرينتين: لا النافية لبقائه على عمومته ولا النافية لاحتمال تخصيصه.

ونجد هذا النوع في كثير من النصوص الشرعية التي وردت فيها صيغ العموم مجردة من القرائن اللفظية أو العقلية أو العرفية التي تكشف عن أن المراد هو العموم أو الخصوص، وفي هذه الحالة يغلب العموم وفقا للظاهر وذلك حتى يقوم الدليل على تخصيصه.<sup>(6)</sup>

### المطلب الثالث: تخصيص اللفظ العام.

لا نزاع بين الفقهاء على أن اللفظ العام موضوع لاستغراق جميع ما يصدق عليه من الأفراد، وأن

(1)-سورة آل عمران، الآية 97.

(2)-محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج2، ص 103.

(3)-سورة البقرة، الآية 24.

(4)-سورة الأنبياء، الآية 101.

(5)-عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص186.

(6)-محمد أديب صالح: المرجع السابق، ج2، ص104.

## الباب الثالث ..... الفصل الأول: الألفاظ باعتبار وضعها لعانيها

الحكم المتعلق به يثبت لكل أفراد، ومثاله قول الله ﷻ: ﴿إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ وقوله ﷻ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ فكل من سميت أمًّا من نسب أو رضاع وإن علت فهي حرام.

غير أن كثيرا ما يرد الدليل على خروج بعض أفراد العام عن حكمه وهذا ما يسمى بتخصيص العام. والمقصود بالتخصيص صرف اللفظ العام عن عمومته واستبعاد بعض ما ينطوي تحته من أفراد<sup>(1)</sup> كقوله ﷻ: «ليس للقاتل ميراث»<sup>(2)</sup> فهو تخصيص لعموم الوارث في آيات الموارث لأنه يبين أن حكم الإرث يشمل سائر الورثة فيما عدا من قام منهم بقتل المورث.

فلئن أجمع أهل العلم سلفا وخلفا على أن التخصيص للعمومات جائز ولم يخالف في ذلك أحد ممن يعتد به<sup>(3)</sup>، فإنهم اختلفوا في الدليل الذي يخص العام وما يشترط فيه ليكون مخصصا وذهبوا في ذلك مذهبين:

### الفرع الأول: مذهب الجمهور.

يرى جمهور الأصوليين<sup>(4)</sup> أن دليل التخصيص هو عبارة عن البيان الذي يصرفه العام عن عمومته، ويقصره على بعض ما يشمله من أفراده مستقلا كان أم غير مستقل، وسواء أكان موصولا في العام بالذکر أم مفصلا عنه بشرط أن لا يتأخر وروده عن العمل بالعام. فإن تأخر كان نسخا للعام لا تخصيصا له،<sup>(5)</sup> وعلى هذا الأساس نجد أن دليل التخصيص عند الجمهور ينقسم إلى قسمين:

### -المخصص المستقل أو المنفصل.<sup>(6)</sup>

(1)- قال ابن الحاجب: "التخصيص هو قصر العام على بعض مسمياته". أنظر: مختصر المنتهى مع شرح العضد، ج1، ص 123.

(2)- قال رسول الله ﷺ: «القاتل لا يرث». سنن ابن ماجه، كتاب الفرائض، باب 8 ميراث القاتل، ح 2735- (913/2) قال الألباني: صحيح في إرواء الغليل ح 1671- (6 / 118).

السنن: ابن ماجه، تحقيق وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر بيروت، ج 2.

(3)- قال ابن الحاجب من المالكية: "التخصيص جائز إلا عند الشذوذ، للمزيد من الإيضاح: أنظر: مختصر المنتهى مع شرحه للعضد، ج 2 ص 130. الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام، مصدر سابق، ج 2، ص 144.

(4)- زكي الدين شعبان: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 330/ محمد صبري المصري: تفسير النصوص، مرجع سابق، ص 412/ الشوكاني: إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص 143.

(5)- هناك فرق بين النسخ والتخصيص، فالنسخ هو رفع حكم شرعي بدليل شرعي متأخر بينما التخصيص هو صرف العام عن عمومته وإرادة بعض ما ينطوي تحته من أفراد.

(6)- لقد حصر الفقهاء الدليل المستقل أو المنفصل كما يسميه البعض في ثلاثة: العقل والحس والدليل السمعي، غير أن هذا الحصر قد قد انتقد بحق. فقد قال الإمام القرافي: «... والحصر غير ثابت فقد يقع التخصيص بالعوائد: كقولك: رأيت الناس فما رأيت أفضل

-المخصص غير المستقل أو المتصل.

أولاً: المخصص المستقل أي المنفصل: هو ما يستقل بنفسه وما لا يكون جزءاً من الكلام الذي اشتمل عليه النص العام. وهو أنواع نذكر منها ما يلي: النص - العقل - العرف.

1-النص: وهو نوعان : فيما أن يكون كلاماً مستقلاً متصلاً بالعام أي مذكوراً عقبه مباشرة، وإما أن

يكون كلاماً مستقلاً منفصلاً عنه، ومثال النوع الأول قول الله ﷻ: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ ﴿وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾<sup>(1)</sup> فإن قوله ﷻ: ﴿فَمَنْ شَهِدَ

مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ يدل على وجوب الصيام على كل من تحقق لديه حلول شهر رمضان المعظم من المكلفين فهو نص عام في دلالاته، وقد استثنى عن هذا العموم المسافر والمريض بنص مستقل موصول بالعام.

وهو قوله ﷻ: ﴿وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾

وهذا النص المستقل أفاد معنى آخر هو أن المريض والمسافر لا يجب عليهما أداء الصيام وعليهما القضاء

في غير شهر رمضان.

لكنه خصص النص الأول وقصره على بعض أفراده فأصبح المراد منه، فمن شهد منكم الشهر ولم

يكن مريضاً أو مسافراً يجب عليه الصوم.<sup>(2)</sup>

ومثال النوع الثاني: أي تخصيص العام بنص مستقل ومنفصل عنه، قوله ﷻ في شأن عدة المطلقات:

﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾<sup>(3)</sup>. فهذا النص عام يوجب ظاهره على كل

مطلقة أن تعتد بثلاثة قروء سواء أكان طلاقها قبل الدخول أو بعده حاملاً أو غير حامل صغيرة أو كبيرة.

لكن قوله ﷻ: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ

فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾<sup>(4)</sup>.

من زيد فإن العادة تقضي أنك لم تر كل الناس... « ولعل القائل بانحصار المخصصات المنفصلة في الثلاث المذكورة يجعل التخصيص بالقياس مندرجاً تحت الدليل السمعي "أنظر: الشوكاني: إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص 155.

(1)-سورة البقرة، الآية 185.

(2)-محمد مصطفى شلبي: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 422.

(3)-سورة البقرة، الآية 228.

(4)-سورة الأحزاب، الآية 49.

## الباب الثالث ..... الفصل الأول: الألفاظ باعتبار وضعها لغانيها

يدل دلالة واضحة على أن المطلقة قبل الدخول لا تجب عليها العدة، فيكون مخصصا للفظ " المطلقات" الوارد في الآية الأولى عاما وصارفا له عن عمومها، ثم جاء قوله ﷻ: ﴿وَالَّتِي يَبْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْبَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحِضْ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (1)

واضح أن هذه الآية الكريمة قد أخرجت عدة المطلقات اللاتي يبسن من الحيض وكذا عدة الصغيرات اللاتي لم يبلغن سن الحيض من حكم النص العام الذي يخص المطلقات في سورة البقرة (2) فجعلت عدتهن ثلاثة أشهر عوضا عن ثلاثة قروء، كما أخرجت عدة الأحمال عن حكم النص العام وحددتها في وضع الحمل، غير أن هذا الحمل لا يسري عن المطلقات فقط، بل يسري كذلك على المتوفي عنهن أزواجهن وهذا باتفاق جميع الفقهاء.

ومن أمثلة تخصيص النص العام بنص آخر مستقل ومنفصل عنه في القانون الوضعي ما نصت عليه المادة 308 من القانون المدني الجزائري بقولها: «يتقدم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة، فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون...» (3).

المادة 302 عن ذات القانون تنص: «يتقدم بخمس سنوات كل حق دوري متجدد ولو أقر به المدين كأجرة المباني، والديون المتأخرة والمرتببات والأجور والمعاشات...» (4).

المادة 311 تنص «تتقدم بأربع سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة ويبدأ سريان تقادم الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التي تستحق عنها...» (5).

2- العقول: يصلح العقل أن يكون دليلا على تخصيص جميع النصوص المشتملة على

التكاليف الشرعية، ومثال ذلك قول الله ﷻ: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ﴾ (6) وقوله تبارك وتعالى: ﴿أَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ فهذه النصوص يخصصها العقل لغير الصغار والمجانين ومن عداهم من غير المكلفين،

(1)-سورة الطلاق، الآية 04.

(2)-سورة البقرة، الآية 228.

(3)- القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 75.

(4)-المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5)-المرجع نفسه، ص 76.

(6)-سورة البقرة، الآية 183.

## الباب الثالث ..... الفصل الأول: الألفاظ باعتبار وضعها لغائها

فالعقل إذن هو المخصص، ولقد أيد الشرع هذا الدليل فجعله مناط التكليف.

**3- العرف:** قد يكون العرف مخصصا للنص العام إذا كان عرفا عاما وقائما عند ورود النص.<sup>(1)</sup> وهذا مذهب المالكية والحنفية، ولقد قال الإمام "القرافي" في هذا الصدد « وعندنا العوائد مخصصة للعموم ».<sup>(2)</sup>

ومن الأمثلة على ذلك ما قاله سبحانه وتعالى في زكاة الزرع والثمر: ﴿وَأَتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾<sup>(3)</sup> فقدّر الرسول الكريم ﷺ الحق الواجب بقوله: «فيما سقت الأثمار والعيون العشر، وفيما يسقى نصف العشر»<sup>(4)</sup>.

وهذا الحكم عام في كل ما تخرج الأرض من زرع وما يعطي الشجر من ثمر، ولكن العرف العام جرى بأن يأكل صاحب الزرع أو الثمر منه ويطعم عياله ومن يتزل به من الناس قبل إخراج الزكاة، فيكون هذا العرف مخصصا لذلك العموم.<sup>(5)</sup>

ولقد جعل الفقهاء على اختلاف مذاهبهم العرف أصلا من الأصول التي تبني عليها الأحكام والفتاوى في الشريعة الحمديّة وقالوا: «كل ما ورد به الشارع مطلقا ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف»<sup>(6)</sup>. لهذا اشترطوا فيمن أراد الخوض في تفسير النصوص الشرعية أن يكون عارفا بعبادات العرب في

<sup>(1)</sup> -لقد فرق الإمام القرافي في شرح التنقيح بين العادة السابقة على العموم والتي تكون مخصصة وبين العادة الطارئة بعد العموم والتي لا يقضي بموجبها بالتخصيص أنظر: الشوكاني: ارشاد الفحول، مصدر سابق، ص 161.

<sup>(2)</sup> -القرافي، الفروق، درا المعرفة، بيروت، دط، دت، ج 1، ص 187

<sup>(3)</sup> -سورة الأنعام، الآية 141.

<sup>(4)</sup> -عن النبي ﷺ قال: فيما سقت السماء والعيون أو كان عشريا العشر وما سقي بالنضخ نصف العشر. صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب 54 العشر فيما يسقى من ماء السماء وبالماء الجاري، ح 1412 - (540/2).

الجامع الصحيح: البخاري، تحقيق وتعليق مصطفى ديب البغا، ط 3، دار ابن كثير اليمامة بيروت، 1407 - 1987، 6 ج.

النضخ هو سقي الزرع باستخدام آلة رفع الماء من بطن الأرض.

وبلفظ «فِيمَا سَقَّتِ الْأَثْمَارُ وَالْعَيْمُ الْعُشُورُ وَفِيمَا سُقِيَ بِالسَّائِبَةِ نِصْفُ الْعُشْرِ». صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب 2 مَا فِيهِ الْعُشْرُ أَوْ نِصْفُ الْعُشْرِ، ح 2319 - (67/3).

الجامع الصحيح: مسلم، دار الجليل ودار الأفاق، بيروت، 8 ج.

<sup>(5)</sup> -علي حسب الله: أصول التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص 280-281.

<sup>(6)</sup> -الوافي المهدي: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، نشأته تطوره والتعريف به، ط 1، دار الثقافة الدار البيضاء، 1984م، ص 259.

في أقوالها ومجاري عاداتها وقت التتريل من عند الله والبيان من رسوله الكريم.<sup>(1)</sup>

ثانياً: المخصص غير المستقل أي المتصل:

وهو كلام غير تام في نفسه ولا يفيد معنى وحده ما لم يكن ثمة كلام قبله فيتعلق معناه بذلك اللفظ السابق عليه، وهو على أنواع كثيرة أشهرها أربعة: الشرط، الصفة، الاستثناء والغاية.<sup>(2)</sup>

1- الشرط: وهو ما يلزم من نفيه نفي أمر ما على وجه لا يكون سببا لوجوده ولا داخلا في السبب.<sup>(3)</sup>

وصيغ الشرط كثيرة غير أن أهمها وأشهرها هي "إن" لأنها من جهة حرف ومن جهة أخرى تستعمل في جميع صور الشرط، وهذا على خلاف أخواتها<sup>(4)</sup> التي هي أسماء وتختص كل واحدة منها بمعنى لا تجرى في غيره.<sup>(5)</sup> ومثال تخصيص العام بالشرط قول الله ﷻ: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ﴾<sup>(6)</sup> فلفظ "إن" الشرطية قصر استحقاق الأزواج النصف على من لم يكن لزوجته ولد. ولولا هذا الشرط لكان استحقاق النصف ثابتا لكل زوج.

ومثال ذلك في القانون الوضعي ما نصت عليه المادة 25 من القانون المدني بقولها: «...على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا».<sup>(7)</sup>

فاستحقاق المولود لحصته من الإرث متوقف على تحقق شرط ولادته حيا، فإذا لم يتحقق هذا الشرط انتفى الإرث.

2- الصفة المعنوية<sup>(8)</sup>: وهي التي تصرف العام عن شموله وتوجب قصره على ما توجد فيه فقط<sup>(1)</sup>

(1) - الشاطبي: الموافقات، مصدر سابق، ج3، ص 351.

(2) - لقد عد الشوكاني أنواع المخصص غير المستقل اثني عشر - نقلا عن غيره، للمزيد من الإيضاح أنظر: إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص 144 وما بعدها.

(3) - الآمدي: الأحكام، مصدر سابق، ج2، ص 453.

(4) - من صيغ الشرط: أن - إذا - من - مهما - إما... .

(5) - تستعمل "من" للعاقل - "ما" لغير العاقل - "إذا" لما لا بد من وقوعه - "مهما" تستعمل أيضا لما لا يعقل.

(6) - سورة النساء الآية 12.

(7) - القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 9.

(8) - قال الشوكاني: " والمراد بها (أي الصفة) هنا: المعنوية على ما حققه علماء البيان لا مجرد النعت المذكور في علم النحو ". انظر: إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص 153.



ومثال ذلك قوله الله تبارك وتعالى: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِّنْ فَنِيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾<sup>(2)</sup>

فلفظ "الفتيات" عام يشمل المؤمنات وغير المؤمنات، لكن قوله عز وجل "من فتياتكم المؤمنات"، أخرجه من عموم الفتيات وقصره على من اتصفن منهن بالإيمان، فأفاد بذلك حل تمتع الرجل بالفتاة المؤمنة من ملك اليمين دون غيرها وذلك إذا لم يستطع الزواج بحرة مؤمنة.

ومثاله أيضاً قوله عليه الصلاة والسلام: "في الغنم السائمة زكاة"<sup>(3)</sup> فلفظ "الغنم" يشمل السائمة والمعلوفة، لكن لفظ "السثوم" الوارد في الحديث الشريف قصر حكم الزكاة على الغنم السائمة دون المعلوفة.

3- الاستثناء: هو لفظ متصل بجملة لا يستقل بنفسه، دال بحرف "إلا" أو أخواتها على أن مدلوله غير مراد مما اتصل به وهو ليس بشرط ولا صفة ولا غاية.<sup>(4)</sup>

وصيغ الاستثناء كثيرة نذكر منها على سبيل المثال: إلا- سوى- خلا- حاشا- عدا- ماعدا- ماخلا. غير أن أهم هذه الصيغ هي "إلا" لكونها حرفاً مطلقاً لا يصح أن تجيء إلا كحرف استثناء- ومثاله قول الله ﷻ: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾<sup>(5)</sup>.

فإن لفظ "من كفر" عام يشمل كل كافر، لكن بالاستثناء "إلا" من كفر مكرهاً "صرف ذلك العام عن عمومه وقصره على من كفر باختياره ورضاه.

**تجدر الإشارة في هذا الصدد** إلى أن الفقهاء قد اختلفوا في حكم الاستثناء الوارد بعد جمل متعاطفة<sup>(6)</sup>

(1)- محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج2، ص96، محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص414 عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص305  
(2)- سورة النساء، الآية 25.

(3)- هذه فريضة الصدقة التي فرضها رسول الله ﷺ على المسلمين التي أمر الله ﷻ بها نبيه ﷺ «وفي سائمة الغنم إذا كانت أربعين فقيها شاة إلى...».

سنن أبي داود، كتاب الزكاة، باب 5 في زكاة السائمة، ح 9569 قال الألباني: صحيح (6/2).

السنن: أبو داود، دار الكتاب العربي، بيروت، 4 ج .

(4)- الأمدى: الإحكام في أصول الأحكام، مصدر سابق، ج2، ص418

(5)- سورة النحل، الآية 106.

(6)- إذا ورد الاستثناء بعد جمل منسوقة بالواو، فإنه يرجع إلى الأخيرة اتفاقاً ولكن في رجوعه إلى ما قبلها خلاف.

## الباب الثالث ..... الفصل الأول: الألفاظ باعتبار وضعها لعانيها

حيث ذهب الشافعية ومن وافقهم من المالكية إلى أن الاستثناء يرجع إلى كافة الجمل المتعاطفة ما لم يقيم دليل على تخصيصه بالجملة الأخيرة. بينما قصر الأحناف الرجوع على الجملة الأخيرة إلى أن يقوم الدليل على التعميم.<sup>(1)</sup>

ولهذا السبب اختلف الشافعية والأحناف في قبول شهادة المحدود في القذف بعد التوبة- فالشافعية يقبلون شهادة المحدود بعد التوبة بينما يرفضها الأحناف- وسبب الاختلاف بينهم قوله ﷺ: ﴿وَلَا تُقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةٌ أَبَدًا وَأَوْلِيَّكُمْ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾<sup>(2)</sup> إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ.

فالشافعية يصرفون الاستثناء إلى جميع الجمل المتعاطفة الواردة في الآية الكريمة بينما يخصه الأحناف بالجملة الأخيرة، وبذلك يبقى قوله ﷺ: ﴿وَلَا تُقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةٌ أَبَدًا﴾ على عمومه.<sup>(3)</sup>

**4- الف** -اية: وهي نهاية الشيء المقتضية لثبوت الحكم قبلها وانتفائه بعدها<sup>(4)</sup> ولهما صيغتان: هما: "إلى" و"حتى". ولا بد أن يكون حكم ما بعدها مخالفا لما قبلها، وإلا كانت الغاية وسطا وخرجت عن كونها غاية<sup>(5)</sup>.

وقد تكون الغاية مذكورة عقب جملة واحدة حيث يكون حكم ذلك إخراج ما بعد الغاية من عموم اللفظ واختصاصه بما قبلها كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهَرْنَ﴾<sup>(6)</sup>.

فالتخصيص في هذه الآية الكريمة بالغاية أفاد قصر عدم إتيان النساء إلى أن يطهرن، فالحكم الوارد قبل الغاية مخالف لما بعدها.

**وقد تكون الغاية مذكورة** عقب جمل متعددة، فإن ذلك يدل أيضا على إخراج ما بعد الغاية عن عموم اللفظ واختصاص ما قبلها بالحكم.

(1)- التلمساني: مفتاح الوصول، مصدر سابق، ص 103 /الأمدي، الإحكام، ج2، مصدر سابق، ص444/ عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص315.

(2)-سورة النور، الآية 4-5.

(3)-التلمساني: المرجع السابق، ص103.

(4)-الشوكاني: إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص 154/ محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج2، ص97.

(5)-الأمدي: المصدر السابق، ج2، ص458.

(6)-سورة البقرة، الآية 222.

## الباب الثالث ..... الفصل الأول: الألفاظ باعتبار وضعها لغانيها

ومثال ذلك: أنفق على الأولاد وعلمهم وأدبهم واحرص عليهم حتى يرجع أبوهم من السفر. وعلى ذلك فإن الإنفاق والتأديب والتعليم تنتهي برجوع الأب من السفر، وقد يحصل أن تكون الغاية متعددة وترد عقب جملة واحدة، وفي هذه الحالة لا يخرج الأمر عن فرضين:

- إما أن تكون الغاية على الجمع باستعمال "واو" العطف ومثاله: أنفق على طلاب الكلية حتى يتخرجوا ويسافروا إلى بلادهم. فمقتضى ذلك استمرار الإنفاق إلى تمام الغائتين: "التخرج والسفر" دون ما بعدها.

- وإما أن تكون الغاية على البدل وذلك عند استعمال حرف "أو" ومثاله: أنفق على طلاب الكلية حتى يتخرجوا أو يسافروا إلى بلادهم "فبمقتضى ذلك استمرار الإنفاق إلى تحقق إحدى الغائتين: أيهما تحققت يقف الإنفاق عندها.

### الفرع الثاني: مذهب الأحناف.

تسأل ما هو التخصيص عند الأحناف؟؟ وما هي شروطه؟؟

التخصيص عند الأحناف هو قصر اللفظ العام على بعض أفراده بدليل مستقل ومقترن<sup>(1)</sup> مساو له من حيث القطعية أو الظنية أو قوة الدلالة<sup>(2)</sup>.

ومثال ذلك قول الله ﷻ ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾<sup>(3)</sup> ومثاله أيضا قوله تعالى: ﴿ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ﴾<sup>(4)</sup>.

فدليل التخصيص في الآية الأولى: "وحرّم الربا" مستقل ومقارن للنص العام: "أحلّ الله البيع"، وكذلك الأمر بالنسبة لدليل التخصيص في الآية الثانية: "ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر". وقع **مستقلا ومقترنا بالنص العام** وهو قوله ﷻ: ﴿ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾ ويستنتج مما سبق أن **الأحناف يشترطون في الدليل المخصص** توافر الشروط التالية:

- أن يكون مستقلا إذا كان كلاما أي أن يكون جملة تامة مفيدة المعنى أو حكما في ذاتها كقوله ﷻ:

(1) - عبد العزيز البخاري: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، مصدر سابق، ج1، ص 302.

(2) - فتحي الدريني: المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص 577.

(3) - سورة البقرة، الآية 275.

(4) - سورة البقرة، الآية 185.

﴿وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾.

أما إذا كان الدليل غير مستقل كالشرط أو الصفة أو الاستثناء فلا يسمى صرف العام عن عمومه بواسطة تخصيصها بل يسمى قصرا.<sup>(1)</sup>

- أن يكون مقارنا للعام في زمن تشريعه أو تاريخ نزوله أو وروده أو صدوره كقوله ﴿كَلَّا﴾: ﴿وَمَنْ

كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ فهو مقارن للنص العام: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمْ

أَشْهَرَ فَلْيُصِمَّهُ﴾ من حيث التشريع وتاريخ النزول.

أما إذا كان متراحيا عنه سمي نسخا أي رفعاً للحكم<sup>(2)</sup>. ومثاله ما جاء بخصوص عدة المرأة المتوفى عنها

زوجها ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتْلَعًا إِلَى الْحَوْلِ﴾.<sup>(3)</sup>

فكانت هذه الآية الكريمة تقرر للمتوفى عنها زوجها الحق في النفقة والسكن في الدار سنة، غير أن هذا

الحكم نسخ بأية أخرى وذلك في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ

أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾.<sup>(4)</sup> فصارت المرأة المتوفى عنها زوجها تعتد أربعة أشهر وعشرة أيام.

- أن يكون مساويا للعام من حيث القطعية أو الظنية أو قوة الدلالة، لما كان الأحناف يرون أن

التخصيص نوع من البيان، ولكنه يتضمن معنى المعارضة، اشترطوا في الدليل المخصص أن يكون مساويا للعام من حيث قوة الدلالة، فالظني مثلا لا يعارض القطعي إجماعا.

- هذا ولما كان يشترط في دليل التخصيص عند الأحناف أن يكون مستقلا ومقترنا ومساويا للعام من

حيث قوة الدلالة، انحصر عندهم في ثلاثة أمور: العقل، العرف والنص المستقل المقترن بالعام وذلك على الوضع المتقدم بيانه بشأن دليل التخصيص عند الجمهور.

**المطلب الرابع: حكم النص العام الوارد على سبب خاص.**

(1)- فقصر العام على بعض ما يتناوله عند الأحناف بواسطة الشرط أو الصيغة أو الغاية يسمى تخصيصا عند الجمهور، والقصر أعم من التخصيص، فكل تخصيص قصر وليس كل قصر تخصيصا.

(2)- فتحي الدريني: المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، مرجع سابق، ص 517.

(3)- سورة البقرة، الآية 240.

(4)- سورة البقرة، الآية 234.

قد يرد نص عام بدون أن يقع سبب خاص يقتضي وروده كقوله الله ﷻ: ﴿قَدْ أَفْلَحَ الْمُؤْمِنُونَ ١﴾  
 الَّذِينَ هُمْ فِي صَلَاتِهِمْ خَاشِعُونَ ٢ وَالَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ ٣﴾<sup>(١)</sup> فيعمل بهذا النص على  
 عمومته بإجماع الفقهاء.

وقد يرد النص العام بناء على سبب خاص اقتضى وروده كسؤال سائل أو وقوع حادثة، فهل يؤخذ  
 بعين الاعتبار هذا السبب الخاص وبالتالي يكون مخرجا للنص العام عن عمومته ومخصصا له، أم أنه لا يعتد به  
 ويبقى النص العام على عمومته؟؟.

اختلفت آراء الأصوليين في الجواب على هذا السؤال:

فذهب الجمهور إلى أنه إذا جاء النص بصيغة عامة، لزم العمل بعمومه دون التفات إلى السبب الذي  
 جاء النص العام من أجله، سؤالا كان السبب أو واقعه حدثت<sup>(٢)</sup>. وحجتهم في ذلك أن مجيء النص بصيغة  
 العموم يعني أن الشارع أراد أن يكون حكمه عاما لا مخصصا بسببه، والأمثلة على ذلك كثيرة.

- أن النبي ﷺ بشاة ميتة فقال: « هلا أخذتم إهابا فدبغتموه فانفعتم به »

فقول النبي الكريم ﷺ جاء عاما لا خاصا بالشاة الميتة دون غيرها. فهو يشمل كل جلد من حيث  
 طهارته بالدباغة، ويؤيد هذا القول رواية أخرى للحديث الشريف: «أيما إهاب دبغ فقد طهر»<sup>(٣)</sup>.

- إن قوله ﷻ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدُوا أَحَدَهُمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ

إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ٦ وَالْخَمْسَةَ أَنْ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ٧﴾<sup>(٤)</sup>.

فهاتان الآيتان نزلتا بسبب واقعة معينة تخص هلال بن أمية<sup>(٥)</sup>.

**وقد أجمع فقهاء المسلمين** على أن حكم هذه الآية لا يخص الواقعة التي نزلت بسببها وإنما تشمل على  
 حكم عام ينبغي تطبيقه في كل واقعة ماثلة للواقعة التي نزلت بمناسبةها.

(١)- سورة المؤمنون، الآيات 1-3.

(٢)- عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص 189.

(٣)- يقول رسول الله ﷺ: " إذا دبغ الإهاب فقد طهر " . صحيح مسلم، كتاب الحيض، باب 27 طهارة جلود الميتة بالدباغ،  
 ج838 (1/191).

الجامع الصحيح: مسلم، دار الجيل ودار الأفاق، بيروت، 8 ج

(٤)- سورة النور، الآيتان 6-7

(٥)- محمد بن معجوز المزغراني: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ط1977، ج2، ص188 وما بعدها.

## الباب الثالث ..... الفصل الأول: الألفاظ باعتبار وضعها لعانيها

ومن الجدير بالذكر أن أكثر النصوص العامة الواردة في الكتاب والسنة وردت لأسباب خاصة، ومع ذلك فقد عمل بها الصحابة الكرام على عمومها ولم يقصرونها على سبب التزول أو الورود.

والخلاصة هي أنه مادام الجواب الشرعي ورد تابعا لسؤال غير مستقل بنفسه، فهو تابع للسؤال في عمومته وخصوصه.

وهكذا نرى أن العبرة تكون في الأصل بعموم النص لا بخصوص السبب، فكل عام ورد لسبب خاص من سؤال أو حادثة، فإنه يعمل بعمومه ولا عبرة بخصوص سببه<sup>(1)</sup> إلا إذا كان جوابا غير مستقل بنفسه كما لو سأل سائل الرسول الكريم قائلا: « هل يجوز لي أن أتوضأ بماء البحر؟ » فقال ﷺ: " نعم " . كان خاصا به إلا إذا دل دليل على عمومته<sup>(2)</sup>.

أما إذا جاء السؤال على صيغة عامة كأن يقول: " هل يجوز الوضوء بماء البحر؟ " وكان الجواب: " نعم " كان جوابا عاما لكل المكلفين لعموم السؤال.

ومما يؤكد هذا القول أن أكثر عموميات القرآن والسنة جاءت بسبب أسئلة يتقدم بها الناس، أو وقائع تحدث، ومع ذلك فقد عمل بعمومها الفقهاء بلا خلاف.

وعلى هذا المتوال سار علماء المسلمين في عصر النبي صلى الله عليه وسلم وفي العصور التي تلته دون أن ينكر ذلك أحد، فكان إجماعا منهم على أنه لا عبرة بخصوص السبب مع عموم النص.

المبحث الثالث  
الف

(1) - قال الآمدي في الإحكام: أكثر العموميات وردت في أسباب خاصة، فأية السرقة نزلت في سرقة الجن أو رداء صفوان: وآية الظهار نزلت في حق مسلمة بن صخر . وآية اللعان نزلت في حق هلال بن أمية....

(2) - محمد مصطفى شليبي: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 433

المشترِك \_\_\_\_\_ رك.

يقتضي عرض مسألة اللفظ المشترك أن نعرض بادئ ذي بدء لبيان معناه بوجه عام ثم لتحديد أسباب وجوده، ثم لتعيين حكمه وأخيرا فيما ذهب إليه الأصوليون من آراء بصدد تحديد معانيه عند عمومته، وهذا ما سنتناوله أول بأول.

المطلب الأول: اللفظ المشترك تعريفه وحكمه.

يستعرض هذا المطلب تعريف اللفظ المشترك في فرع أول ثم بيان حكمه في فرع ثان.

الفرع الأول: تعريف اللفظ المشترك.

اللفظ المشترك هو ما وضع للمعنيين أو أكثر بأوضاع متعددة، يدل على ما وضع له من معنى على سبيل البديل.<sup>(1)</sup>

كلفظ "العين" التي تطلق تارة على الجاسوس وتارة على عين الماء وتارة أخرى على الباصرة، وفي الأخير على الذهب.

ولفظ "القرء" الذي يطلق على الحيض والطهر الفاصل بين الحيضتين.

الفرع الثاني: حكم اللفظ المشترك.

أجمع علماء الأصول على أن الاشتراك في اللغة خلاف الأصل: أي أن اللفظ يوضع بحسب الأصل لمعنى واحد. فإذا احتمل هذا اللفظ الاشتراك أو عدم الاشتراك فالثاني أرجح<sup>(2)</sup>، وإذا تحقق الاشتراك في نص شرعي، فلا يخلو الأمر عن وضعين:

— إما أن يكون الاشتراك واقعا بين معنى لغوي ومعنى شرعي.

— وإما أن يكون الاشتراك واقعا بين معنيين لغويين.

فإن كان الأول: ذهب الجمهور إلى حمل اللفظ المشترك على معناه الشرعي إلا إذا منع من ذلك مانع، لأن الشارع يرتب أحكامه على المعاني التي أرادها، فلفظ الصوم في قول الرسول الكريم ﷺ: «من نسي

(1) - عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص 178/ الشوكاني: إرشاد الفحول، مرجع سابق، ص 19/ محمد أبو زهرة: أصول الفقه، مرجع سابق، ص 132، والاشتراك يوجد في الأسماء والأفعال والحروف، كحرف "الواو" فإنه يوضع للعطف والحال - وكفعل "عسعس" فقد وضع بمعنى أقبل وبمعنى أدبر.

(2) - علي حسب الله: أصول التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص 288.

## الباب الثالث ..... الفصل الأول: الألفاظ باعتبار وضعها لمعانيها

وهو صائم فأكل أو شرب، فليتم صومه»<sup>(1)</sup>. فإنه مشترك بين المعنى اللغوي وهو مطلق الإمساك والمعنى الشرعي وهو إمساك يقع للعبادة المطلوبة، ويتعين المعنى الثاني لورود اللفظ في نص شرعي.<sup>(2)</sup>

وإن كان الثاني، فإن وجد دليل مع الكلام يعين أحد المعاني حمل عليه بالاتفاق، وإذا لم يوجد هذا الدليل وجب الاجتهاد لتعيين المراد من اللفظ المشترك لأن الشارع ما أراد بهذا اللفظ إلا أحد معانيه. وعلى المجتهد أن يستدل بالقرائن والأمارات والأدلة على تعيين المراد.<sup>(3)</sup>

فلفظ: " اليد " في قول الله ﷻ: ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾ لفظ مشترك لغة بين اليمنى واليسرى، كما أنه مشترك أيضا بين المعاني الأخرى التي وضعها العرب له: كالذراع كله من رؤوس الأصابع إلى المرافق والكف من رؤوس الأصابع إلى الرسغين، ولقد استدلل جمهور المجتهدين بالسنة النبوية العملية على تعيين المراد منها لما طبق الرسول الكريم عليه الصلاة والسلام حكم الآية الكريمة فقطع اليد اليمنى من الرسغ.

### المطلب الثاني: أسباب وجود الألفاظ المشتركة في اللغة العربية.

لا خلاف بين الأصوليين على وجود اللفظ المشترك في اللغة العربية، وقد ذكروا لهذا الوجود أسبابا كثيرة أهمها:

أولا: اختلاف القبائل العربية في إطلاق الألفاظ على المعاني، حيث تضع قبيلة لفظا لمعنى بينما تضعه قبيلة أخرى لمعنى سواه، ثم ينقل إلينا مستعملا في المعنيين من غير بيان لاختلاف الواضع<sup>(4)</sup>.

فمثلا: بعض القبائل تطلق "اليد" على الذراع كله، وأخرى تطلق اليد على الساعد والكف، وثالثة تطلقها على الكف خاصة.

فأهل اللغة يقررون أن اليد في اللغة العربية لفظ مشترك بين المعاني الثلاثة.<sup>(5)</sup>

(1)- عن النبي ﷺ قال: إذا نسي فأكل وشرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه. صحيح البخاري، كتاب الصوم، باب 26 الصائم إذا أكل أو شرب ناسيه ج 1831 - (682/2).

(2)- محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 137.

(3)- عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص 179.

(4)- عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 327/ وقد جاء في كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري: ج 1، ص 39 ما يلي: " روى عن أبي بكر الصديق أن رجلا سأله عن النبي ﷺ وقت ذهابهما إلى الغار، من هذا؟ قال هذا رجل يهديني السبيل".

(5)- عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص 178



## الباب الثالث ..... الفصل الأول: الألفاظ باعتبار وضعها لغائها

**ثانيا: وضع اللفظ مشتركا** بين معنيين، فتصلح الكلمة لكل من المعنيين، فيعدون الكلمة من قبيل المشترك اللفظ كلفظ " القرء " فإنه في اللغة يطلق على زمان أعتيد فيه أمر معين. فيقال للحُمى قرء، أي زمان دوري معتاد تكون فيه.

وللمرأة قرء أي وقت دوري تحيض فيه أو وقت دوري تطهر فيه.<sup>(1)</sup>

ثالثا: وضع اللفظ في اللغة لمعنى، ثم وضعه في الاصطلاح<sup>(2)</sup> لمعنى آخر، كلفظ " الصلاة " وضع لغة: للدعاء ثم وضع في الاصطلاح الشرعي: للعبادة المعروفة. فهو لفظ مشترك بين معنيين.

رابعا: قد يوضع اللفظ لمعنى ثم يستعمله العرب في معنى آخر مجازا لعلاقة بينهما ثم يشتهر هذا المجاز على طول الزمن حتى ينسى أنه معنى مجازي، فينتقل إلينا على أنه موضوع للمعنيين: الحقيقي والمجازي.

### المطلب الثالث: تحديد معاني اللفظ المشترك:

قد يطلق اللفظ المشترك من غير أن يصاحبه دليل على تعيين المعنى المقصود منه، فهل يصح أن يراد به كل معانيه دفعة واحدة أم لا يصح إلا بالنسبة لمعنى واحد أو أكثر من معانيه؟  
اختلف الأصوليون في هذه المسألة على أقوال:

### القول الأول:

قال مالك وبعض العلماء<sup>(3)</sup> لكن كان الأصل في المشترك إطلاقه على معنى واحد، إلا أنه يسوغ أن يراد به كل معانيه دفعة واحدة بشرط أن لا يمتنع الجمع بينها<sup>(4)</sup> فيكون كالعام في شموله على كل ما يدل عليه.  
واستدل أصحاب هذا القول بأن اللفظ وضع لكل معنى من هذه المعاني، ولما لم يوجد دليل يعين أحدهما، فيبدو من ثم كاللفظ الظاهر، فإن الحكم يتعلق بتلك المعاني كلها حيث لا مرجع لواحد منها.<sup>(5)</sup>  
واستدلوا أيضا بورود اللفظ المشترك في القرآن الكريم بهذا الشمول.

قال تعالى: ﴿ أَلَمْ تَرَ أَنَّ اللَّهَ يَسْجُدُ لَهُ مِنْ فِي السَّمَوَاتِ وَمَنْ فِي الْأَرْضِ وَالشَّمْسُ وَالْقَمَرُ وَالنُّجُومُ

(1) - ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مصدر سابق، ج2، ص68

(2) - أن المعنى الاصطلاحي للفظ قد يكون شرعيا وقد يكون قانونيا.

(3) - ذهب إلى هذا القول مالك والشافعي وجماعة من مشايخ المعتزلة أنظر: في هذا الصدد، الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، مصدر سابق، ج2، ص352، محمد مصطفى: شلي أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص438.

(4) - اختار بعض الأحناف القول بهذا في النفي دون الإثبات.

(5) - محمد مصطفى شلي: المرجع السابق، ص440

وَالْجِبَالِ وَالشَّجَرِ وَالْدَّوَابِّ وَكَثِيرٌ مِّنَ النَّاسِ ﴿١﴾

ومن المعلوم أن السجود من الناس يكون بوضع الجبهة على الأرض، بينما يكون من غير الناس بالخضوع والانقياد.

وهما معنيان مختلفان مرادان من لفظ: " يسجد " الوارد في النص. (2)

#### القول الثاني:

ذهب جمهور الأصوليين (3) إلى أنه لا يجوز استعمال اللفظ المشترك إلا في معنى واحد، لأن الشارع ما أراد به إلا معنى واحدا من معانيه، أما وضعه لمعان متعددة إنما هو على سبيل البدل، ودلالة اللفظ المشترك على هذا المعنى وذلك في وقت واحد تكميله ما لا يدل عليه لا بطريق الحقيقة ولا بطريق المجاز، فلا يصح مثلا أن يراد بالقرء في الآية الكريمة: "الطهر والحيض" معا حتى يقال أن المطلقة إن شاءت تربصت ثلاثه أطهار وإن شاءت تربصت ثلاث حيضات، لأن اللفظ لا يدل على هذا بأي طريق من طرق الدلالة. (4)

#### القول الثالث:

ذهب بعض الحنفية إلى أنه لا يجوز أن يراد بالمشترك كل واحد من معانيه في النفي دون الإثبات كما لو حلف أن لا يكلم موالي فلان، فإنه يحث أن كلم المولى الأعلى والأسفل لأن لفظ المولى وارد في سياق النفي، والمشارك الوارد بعد النفي يراد به جميع معانيه. (5)

مما سبق يتبين أن رأي الجمهور هو الجدير بالاعتبار والتقدير، ذلك أنه إذا ورد لفظ مشترك في نص شرعي مجرد من القرائن، فإنه لا يراد به إلا أحد معانيه يستوي في ذلك أن يكون قد جاء في مقام النفي أو في مقام الإثبات، وعلى المجتهد أن يستعين بحكمة التشريع ومقاصد الشريعة السمحاء للوصول إلى هذا المعنى. (6)

وتطبيقات اللفظ المشترك في القانون الوضعي كثيرة، لا تدخل تحت الحصر، وهكذا نجد مثلا واضحا

(1)-سورة الحج الآية 18

(2)-عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 330

(3)-عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص 181.

(4)-المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5)-جاء في التحرير مع التقرير والتحبير لابن الهمام: مصدر سابق، ص 212-213.

(6)-عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق، ص 180.

## الباب الثالث ..... الفصل الأول: الألفاظ باعتبار وضعها لغائها

له في كلمة "مصادر القانون" التي يرددها بكثرة الدارسون في كليات الحقوق، والتي تفيد معاني متعددة تختلف بحسب الوضع الذي جاءت فيه.

— فقد يقصد بها تارة المعنى التاريخي للمصدر "Source Historique" فينصرف معناها عندئذ إلى المصادر التي يستقي منها القانون الوضعي بعض أحكامه فيقال مثلا:

— المصدر التاريخي للقانون الوضعي الجزائري هو خليط بين مبادئ الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية بصفة عامة والقانون الفرنسي بصفة خاصة.

ويقال أيضا:

— المصدر التاريخي للقانون الفرنسي هو القانون الروماني والقانون الكنسي والأعراف الجرمانية.

— وقد يقصد بها تارة أخرى المعنى الحقيقي للمصدر Source Réelle فينصرف معناها عندئذ إلى جوهر القانون أو إلى الأساس الذي تقوم عليه القاعدة القانونية: أي تحديد العوامل التي ساهمت في تكوين مادة القاعدة القانونية أو مضمونها، فتدخل فيها العوامل الطبيعية والعوامل الاقتصادية والعوامل الاجتماعية.

— ويقصد بها طورا المعنى الرسمي أو المعنى الشكلي للمصدر، فينصرف معناها إلى مفهوم السلطة التي تستمد منها القاعدة القانونية أصل وجودها فتصبح ملزمة للمخاطبين بها.

وهكذا، لفظ "مصادر القانون" لفظ مشترك بين عدة معاني غير أنه متى وضع لا يقصد به كل هذه المعاني في آن واحد، بل أنه يقتصر على إفادة واحدة منها على وجه الخصوص وعلى المفسر الاستعانة بكل القرائن والدلائل التي تعين هذا المعنى المقصود.

ومن أمثلة المشترك أيضا لفظ "الليل" الذي جعله المشرع ظرفا مشددا لعقوبة السرقة بقوله: في المادة 353 من القانون العقوبات الجزائري "، يعاقب بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج كل من ارتكب السرقة مع توافر ظرفين على الأقل من الظروف الآتية:

1. إذا ارتكبت السرقة مع استعمال العنف أو التهديد به.

2. إذا ارتكبت السرقة ليلا...<sup>(1)</sup>

فما هو المعنى المقصود بلفظ "الليل" الوارد في هذه المادة؟؟ هل يراد به معناه الفلكي أم يراد به الفترة التي يسود فيها الظلام فعلا؟؟

إن المشرع الجزائري لم يحدد المعنى الذي يقصده بلفظ "الليل" لهذا يجب على المفسر قاضيا كان أم فقيها أن يجتهد ويستعين بحكمة التشريع و بكل القرائن والدلائل الخارجية للوقوف على المعنى الحقيقي

<sup>(1)</sup>— احسن بوسقية: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 152.

المقصود منه على وجه التحديد.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

جامعة الأمير  
بإشراف  
الفصل الثاني:

الألفاظ باعتبار وضوحها وإبهامها

العلوم الإسلامية

## الباب الثالث ..... الفصل الثاني: الألفاظ باعتبار وضوحها وإبهامها

مميز الأصوليون الألفاظ الواردة في الكتاب من حيث وضوحها وإبهامها في الدلالة على المعنى، لما لهذا التمييز من أثر كبير في تفسير النصوص واستنباط الأحكام، إلى ألفاظ واضحة الدلالة على المعنى وأخرى خفية الدلالة على هذا المعنى.

وحقيق بلفت النظر في هذا المقام إلى أن أساس التمييز بين اللفظ الواضح واللفظ الخفي هو دلالة لفظ بنفسه على المراد منه، فما فهم المراد منه بنفس صيغته من غير توقف على أمر خارجي فهو اللفظ الواضح الدلالة، وما لا يفهم المراد منه إلا بأمر خارجي فهو اللفظ الخفي الدلالة<sup>(1)</sup>

وستتناول كل نوع منهما في مبحث مستقل

<sup>(1)</sup> -عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص161.

### المبحث الأول: الألفاظ الواضحة الدلالة أنواعها، أحكامها.

اللفظ الواضح الدلالة<sup>(1)</sup> على معناه هو: ما دلّ على المراد منه بنفس صيغته من غير توقف على أمر خارجي عنه<sup>(2)</sup>، كما أنّ مراتب وضوحه تتفاوت: فإذا كان اللفظ يحتمل التأويل، والمراد منه ليس هو المقصود أصالة من سياقه سمي الظاهر. وإن كان يحتمل التأويل والمراد منه هو المقصود أصالة من سياقه سمي النص<sup>(3)</sup>. وإن كان لا يحتمل التأويل ويقبل حكمه النسخ سمي المفسّر. وإن كان لا يحتمل التأويل ولا يقبل حكمه النسخ سمي المحكم وستتكلّم عن كل من هذه الأقسام تباعا.

#### المطلب الأول: اللفظ الظاهر.

نتناول في هذا المطلب تعريف اللفظ الظاهر في الفرع الأول، ثم بيان حكمه في الفرع الثاني.

#### الفرع الأول: تعريف اللفظ الظاهر.

الظاهر في اللغة: هو الواضح<sup>(4)</sup> وفي اصطلاح الأصوليين: هو ما دلّ على المراد منه بنفس صيغته من غير أن يتوقف فهم المراد منه على أمر خارجي ولم يكن المراد منه هو المقصود أصالة من السياق وهو يحتمل التأويل.<sup>(5)</sup>

ولقد عرفه الإمام "السرخسي" بقوله: «الظاهر ما يعرف المراد منه بنفس السماع من غير تأمل، وهو

(1) -قسم الأحناف اللفظ الواضح الدلالة على معناه إلى أربعة أقسام: اللفظ الظاهر، النص، المفسر، المحكم.

وأساس هذا التقسيم عندهم، هو تفاوت اللفظ في قوة وضوح دلالاته وضعفها. وإذا تعارضت هذه الألفاظ ظاهريا كان أقواها وضوحا هو الأجدر والأولى بالتطبيق، فأقل هذه الألفاظ وضوحا هو الظاهر ثم يليه النص ثم يشتدّ الوضوح في المفسر وأخيرا يكون المحكم في قمة الوضوح. ويبدو أن هذا التقسيم الذي عمد إليه الأحناف للفظ الواضح الدلالة هو التقسيم الأولي بالإتباع، ذلك لأنه لا تداحل بين أنواعه ومن محاسنه كذلك أنه يستوعب أكثر المعاني الحاصلة من تنوع الأدلة الشرعية وهذا ما جعل معظم دارسي علم الأصول يهجونّه في مؤلفاتهم.

(2) -فتحى الدريني: المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، مرجع سابق، ص37 / محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه

الاسلامي، مرجع سابق، ص 139

(3) -لقد عرف الإمام الشيرازي النص بقوله: «النص لفظ دلّ على حكم على وجه لا احتمال فيه».

أنظر في هذا المعنى: الغزالي: المستصفى، مصدر سابق، ج1، ص 385.

(4) -عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص338.

(5) -عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص162، عبد الكريم زيدان، المرجع نفسه، ص338. / محمد صبري

السعدي: تفسير النصوص، مرجع سابق، ص438.

## الباب الثالث ..... الفصل الثاني: الألفاظ باعتبار وضوحها وإبهامها

الذي يسبق إلى العقول والإفهام لظهوره موضوعا فيما هو المراد». (1)

وعرفه الدكتور "فتحي الدريني" بأنه: «اللفظ الذي يتبادر معناه اللغوي إلى العقل بمجرد قراءة الصيغة أو سماعها، دون اعتماد على دليل خارجي في فهمه، فكل عارف باللغة بوسع أن يفهم معناه». (2)

كما أنه كان ليجتمل النسخ في عهد الرسول الكريم ﷺ. (3) ومثاله قوله ﷺ: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَمِينِ فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبْعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُعَدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ (4)

فالمعنى المتبادر إلى الذهن من عبارة: "فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ" هو إباحة نكاح ما أحل من النساء من غير توقف على قرينة خارجية، لكن هذا المعنى غير مقصود أصالة من سياق الآية الكريمة، وإنما المقصود الأصلي من سياقها هو إباحة تعدد الزوجات إلى حد أربع بشرط عدم الخوف من الوقوع في ظلمهن.

أما إذا خيف الجور فيجب الاقتصار على الواحدة، فهذه الأحكام تمثل مقصود الشارع على التحديد من النص.

### الفرع الثاني: حكم اللفظ الظاهر: —————

سبق القول أن اللفظ الظاهر هو الذي يتبادر معناه اللغوي إلى العقل، فهو يدل -مبدئيا- على إرادة الشارع لذا كان حكمه وجوب العمل به ولا يجوز صرفه إلى معنى آخر، وإلا نجم عن ذلك إلغاء لإرادة الشارع واستبدالها بإرادة المجتهد، وهذا أمر غير سائغ عقلا.

غير أنه إذا قام دليل يصرفه عن معناه الظاهر إلى ما يقتضيه هذا الدليل، وجب العمل بما يقتضيه الدليل (5). ويترتب على هذا أنه:

أولا: — إذا كان اللفظ الظاهر عاما وجب أن يحمل على عمومه حتى يقوم الدليل على تخصيصه،

(1) -أصول السرخسي: مصدر سابق، ج 11، ص 164.

(2) -فتحي الدريني: المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، مرجع سابق، ص 43.

(3) - أنظر: المرجع نفسه، ص 44. / زكي الدين شعبان: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 345-347.

(4) -سورة النساء، الآية 3.

(5) -أنظر في هذا المعنى، عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 339. / فتحي الدريني: المرجع السابق، ص 46. / محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 46.



## الباب الثالث ..... الفصل الثاني: الألفاظ باعتبار وضوحها وإبهامها

فقول الله ﷺ: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾<sup>(1)</sup> يفيد حل عموم البيع، لكن قول الرسول الكريم ﷺ في تحريم بيع الخمر: «**إن الذي حرم شرها حرم بيعها**»<sup>(2)</sup> والحديث الذي نصه: «لعن الرسول ﷺ في الخمر عشرة: عاصرها ومعتصرها وشاربها وحاملها والمحمولة إليه وساقيتها وبائعها وآكل ثمنها والمشتري لها والمشتري له»<sup>(3)</sup>.

فالحديث أخرج عن عموم البيع بيع الخمر والبيوعات الأخرى التي فهم عنها النبي ﷺ<sup>(4)</sup> وما يماثلها، فأصبح لا يجوز الاتجار فيها، فلا تدرج بيع الخمر في عموم البيع الحلال المستفاد من ظاهر الآية الكريمة لورود دليل خاص يصرفه عن عمومها.<sup>(5)</sup>

ثانيا: إذا كان اللفظ الظاهر مطلقا وجب تركه على إطلاقه حتى يقوم الدليل على تقييده<sup>(6)</sup> كما قيد الحل في قول الله ﷻ: ﴿وَأَحَلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾<sup>(7)</sup>. المسوق لإباحة ما عدا المحرمات من النساء المذكورات في سورة النساء بعدم الزيادة على أربع بقوله ﷻ: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتَى

(1)-سورة البقرة، الآية 275.

(2)-قال ابن عباس أن رجلا أهدى لرسول الله ﷺ راوية خمر فقال له رسول الله ﷺ: "هل علمت أن الله قد حرمها". قال: لا، فسار إنسانا، فقال له رسول الله ﷺ "لما ساررتة" فقال أمرته ببيعها، فقال: "إن الذي حرم شرها حرم بيعها" - صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب 12 تحريم بيع الخمر، ح 4128 - (40/5).  
الجامع الصحيح: مسلم، دار الجليل ودار الأفاق بيروت، 8 ج .

(3)-لعن الرسول ﷺ في الخمر عشرة: عاصرها ومعتصرها وشاربها وحاملها والمحمولة إليه وساقيتها وبائعها وآكل ثمنها والمشتري لها والمشتري له. سنن الترمذي، كتاب البيوع باب 59 النهي أن يتخذ الخمر خلا، ح 1295. قال الألباني: حسن صحيح (589/3).

السنن: الترمذي، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار احياء التراث العربي، بيروت، ح 5.  
وبلفظ: لعن الرسول ﷺ في الخمر عشرة: عاصرها ومعتصرها وشاربها وحاملها والمحمولة إليه وساقيتها وبائعها وآكل ثمنها والمشتري لها والمشتري له، حتى عد عشرة من هذا الضرب سنن ابن ماجه، كتاب الاشربة، باب 6 الخمر على عشرة أوجه، ح 3381، قال الألباني صحيح (1122/2).

السنن: ابن ماجه، تحقيق وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر بيروت، ح 2.  
(4)-فهي رسول الله ﷺ عن بيع الغرر وعن بيع الإنسان ما ليس عنده، وعن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها وعن بيع الخمر...

(5) -نظر في هذا المعنى: عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 339/ فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الإجتهد، مرجع سابق، ص 46.

(6)-الإمام الشافعي، الرسالة، تحقيق، احمد شاكر، مصدر سابق، ص 227.

(7)-سورة النساء، الآية 24.

## الباب الثالث ..... الفصل الثاني: الألفاظ باعتبار وضوحها وإبهامها

وَتِلْكَ وَرَبِّعٌ ﴿١﴾، وبعدم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها بالحديث المشهور: «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها».<sup>(2)</sup>

ومن تطبيقات اللفظ الظاهر العام الذي قام الدليل على تخصيصه في القانون الوضعي الجزائري، ما جاء في القواعد العامة التي تحكم كافة أنواع العقود مهما كان موضوعها، وما وضعه أيضا المشرع من أحكام خاصة بكل عقد من العقود المسماة والتي تتفق مع طبيعة كل منهما. كعقد الوديعة مثلا: فهو عقد عيني لا يتم إلا بالتسليم.

فأحكام النظرية العامة للعقد من قبيل الظاهر تتناول بعمومها عقد الوديعة وغيره من أنواع العقود الأخرى، لكن القانون خصص واستثنى من عموم النظرية ما تعلق بالتسليم، فتبين من ذلك أنه لم يرد ظاهر العموم بالنسبة لعقد الوديعة.

### المطلب الثاني: النص

نستعرض في هذا المطلب تعريف النص في الفرع الأول ثم بيان حكمه في الفرع الثاني.

#### الفرع الأول: تعريف النص

النص<sup>(3)</sup> لغة: هو رفع الشيء، من نص الحديث، ينصه نصا: رفعه وكل ما أظهر فقد نص<sup>(4)</sup>، ويقال أيضا نصت الدابة في السير إذا أظهرت أقصى ما عندها بسبب من الخارج، والمنصة هي اسم للعرش الذي تحمل عليه العروس لأنه سبب زيادة الظهور.

أما في اصطلاح علماء الأصول هو: «ما دل بنفس صيغته على المعنى المقصود أصالة من سياقه ولا يتوقف فهم المراد منه على أمر خارجي وهو يحتمل التأويل».<sup>(5)</sup>

(1) -سورة النساء، الآية 3.

(2) -قال رسول الله ﷺ: «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها». صحيح مسلم، كتاب النكاح باب 4 تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح، ح 3506- (135/4).

الجامع الصحيح: مسلم، دار الجيل ودار الأفاق، بيروت، ج 8 .

(3) -يطلق النص على معنيين: أحدهما وهو ما يقابل الظاهر والمفسر والحكم. وثانيهما: كل آية قرآنية أو حديث نبوي فيقال مثلا: نصوص القرآن والسنة ويراد بهما ما يشمل الظاهر (والنص أو المفسر أو الحكم... ويقال أيضا: الحكم ثابت بالنص لا بالقياس).

(4) -أورد هذا التعريف محمد أديب صالح: تفسير النصوص، مرجع سابق، ج 1، ص 147.

(5) -أنظر في هذا المعنى: عبد الوهاب خلاف: أصول الفقه، مرجع سابق، ص 163. / عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 340 / محمد صبري السعدي: تفسير النصوص، مرجع سابق، ص 440-441.

## الباب الثالث ..... الفصل الثاني: الألفاظ باعتبار وضوحها وإبهامها

ولقد زاد الإمام "السرخسي" هذا التعريف وضوحا حين قال: «أما النص: فما يزداد وضوحا بقرينة تقترن باللفظ من المتكلم، وليس في اللفظ ما يوجب ذلك ظاهرا بدون تلك القرينة».<sup>(1)</sup>

وعلى هذا الأساس يكون النص أوضح من الظاهر في دلالة على معناه، ويلاحظ أن هذه الزيادة في الوضوح والظهور لم تأت من صيغة اللفظ نفسها وإنما جاءت من المتكلم: فالمعنى المتبادر من اللفظ هو المقصود الأصلي من سياق الكلام، ويتضح من ذلك أن التخصيص والتأويل بشأنه أبعد احتمالا منه في الظاهر.

ومن الأمثلة على النص الذي يدل بنفس صيغته على المعنى المقصود أصالة من سياقه ولا يتوقف فهم المراد منه على أمر خارجي قول الله ﷻ: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينٍ﴾.<sup>(2)</sup>

بعد تحديد أنصبة الورثة، نص واضح الدلالة على تقديم الوصية والدين قبل توزيع الباقي من التركة على الورثة، فهذا المعنى متبادر فهمه من اللفظ وهو المقصود أصالة من سياقه.

### الفرع الثاني: حكم النص.

النص يفيد معناه قطعاً<sup>(3)</sup> فهو حجة لأن الحكم المستفاد منه والمقصود أصالة من سياق الكلام يمثل إرادة الشارع.<sup>(4)</sup>

ومن الثابت شرعا أنه لا يجوز استبدال إرادة الشارع بإرادة المجتهد، لهذا أجمع علماء الأصول على وجوب العمل بمدلوله حتى يقوم دليل على تخصيصه أو تأويله.<sup>(5)</sup>

وعلى هذا الأساس إذا كان النص مطلقا بقي على إطلاقه حتى يدل دليل على تقييده كما في حالة تقييد نفاذ الوصية بقول الرسول الكريم ﷺ لسعد بن أبي وقاص: «الثلث والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك

(1)- أصول السرخسي: مصدر سابق، ج 1، ص 164.

(2)- سورة النساء، الآية 12.

(3)- إن المراد بالقطع هنا معناه الأعم: وهو عدم احتمال اللفظ غير معناه احتمالا ناشئا عن دليل - فالعمل واجب بالنص قطعاً ويقينا مع وجود الاحتمال البعيد.

(4)- فتحي الدريني: المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، مرجع سابق، ص 52.

(5)- عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص 164/ محمد أديب صالح: تفسير النصوص، مرجع سابق، ص 153.

## الباب الثالث ..... الفصل الثاني: الألفاظ باعتبار وضوحها وإبهامها

أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس»<sup>(1)</sup>.

أما إذا كان عاما فيبقى كذلك على عمومته حتى يقوم دليل على تخصيصه أو تأويله<sup>(2)</sup>، ونسوق مثالا لاحتمال النص للتأويل وذلك بتأويل الشاة في الحديث الشريف: «في كل أربعين شاة شاة»<sup>(3)</sup>، فإذا كان ظاهر هذا الحديث يفيد أن الواجب في زكاة الأربعين شاة هو شاة واحدة منها ولا تجزئ قيمتها، فإن حكمة التشريع تقتضي تأويله، وصرفه عن ظاهره، وإرادة معنى آخر يتفق معها ذلك أن المقصود من إيجاب الشاة زكاة الأربعين هو دفع حاجة الفقراء، وهذا المقصود<sup>(4)</sup>.

المطلب الثالث: اللفظ

يتوزع هذا المطلب إلى فرعين: الأول: تعريف اللفظ المفسر، الثاني: بيان حكمه.

### الفرع الأول: تعريف اللفظ المفسر.

اللفظ المفسر هو اللفظ الدال على معناه الذي سيق لأجله والمقصود أصالة، وازداد وضوحا على النص على وجه لا يبقى فيه احتمال للتأويل والتخصيص<sup>(5)</sup>.

وبهذا يكون اللفظ المفسر أشد وضوحا في الدلالة على معناه من كل من اللفظ الظاهر والنص، فلا مجال للإجتهد فيه إطلاقا، وتجدر الإشارة إلى أن حكم اللفظ المفسر يعتبر من النظام العام في الشريعة

(1) - عن عامر بن سعد عن أبيه قال: جاءنا رسول الله ﷺ يعودني من وجع اشتد بي زمن حجة الوداع فقلت بلغ بي ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي أفأصدق بثلثي مالي؟ قال (لا) . قلت بالشرط؟ قال (لا) . قلت الثلث؟ قال (الثلث كثير أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس...)

صحيح البخاري، كتاب المرضى، باب 16 ما رخص للمريض أن يقول إني وجع أو وأرأساه أو اشتد بي الوجع، ح5344، (2145/5).

الجامع الصحيح: البخاري، تحقيق وتعليق مصطفى ديب البغا، ط3، دار ابن كثير اليمامة بيروت، 1407 — 1987، 6 ج.

(2) - التأويل في اصطلاح الأصوليين: هو صرف اللفظ في ظاهرة بدليل، ومن المعلوم أن الأصل هو عدم صرف اللفظ عن ظاهره وأن تأويله لا يكون صحيحا إلا إذا بني على دليل شرعي من نص أو قياس أو روح التشريع أو مبادئ عامة.

(3) - سبق تخريج الحديث، ص320 من هذا البحث.

(4) - عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص165

(5) - السرخسي: أصول السرخسي، مصدر سابق، ج1، ص165/ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص65/ فتحي الدريني: مناهج الإجتهد، مرجع سابق، ص55/ زكي الدين شعبان: الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص349/ محمد أديب صالح: تفسير النصوص، مرجع سابق، ص165.

## الباب الثالث ..... الفصل الثاني: الألفاظ باعتبار وضوحها وإبهامها

الإسلامية<sup>(1)</sup> على ما يذهب إليه الاصطلاح في لغة القانون الحديث.

ومثاله قول الله ﷻ: ﴿وَقَدِّمُوا الْفَرَاحَ كَافَّةً﴾<sup>(2)</sup> فلفظ المشركين عام، فهو وإن كان **يحتمل التخصيص فإن** كلمة " كافة " تنفي كل احتمال للتخصيص بفرد أو طائفة من المشركين، فانعدام احتمال التأويل في خصوص اللفظ المفسر زاده وضوحا وجلاء عن كل من النص واللفظ الظاهر، واللفظ المفسر نوعان:

فإما أن يكون مفسرا لذاته حيث تأتي القوة في الوضوح عن نفس صيغته كما رأينا في المثال السابق، وإما أن يكون مفسرا بغيره<sup>(3)</sup> كأن تأتي صيغته مجملة فيلحق بها الشارع ما يفسرها تفسيراً قاطعاً بينها ويزيل إجمالها فتصير على وجه لا يحتمل أي تأويل، ومثاله قول الله ﷻ: ﴿وَأَقِمُوا الصَّلَاةَ وَعَاتُوا الزَّكَاةَ﴾ فلفظ الصلاة أتى مجملاً في النص لا يوضح مقصوده ولا كيفية إقامة الصلاة وأدائها. لكن الرسول الكريم ﷺ بين ذلك بأفعاله وأقواله فصلى وقال: « صلوا كما رأيتموني أصلي »<sup>(4)</sup> فأصبح لفظ الصلاة الذي كان مجملاً مفسراً.

### الفرع الثاني: حكم اللفظ المفسر.

سبق القول أن حكم اللفظ المفسر يعتبر من النظام الشرعي، ويترتب على هذا القول أنه لا يجوز تأويله أو الاتفاق على ما يخالفه<sup>(5)</sup> لذا يجب العمل بمادله عليه على سبيل القطع. وتجدد الإشارة إلى أنه إذا أثير ثمة تعارض ظاهر<sup>(6)</sup> بين اللفظ المفسر واللفظ الظاهر أو النص، تعين عندئذ عندئذ تقديم اللفظ المفسر عن كل من اللفظ الظاهر والنص، وذلك لكونهما يحتملان التأويل بينما هو في

<sup>(1)</sup> -فتحى الدريني: المرجع السابق، ص 61. وغني عن القول أن العبرة في الشريعة الإسلامية السمعاء بتحديد نظامها الشرعي العام يكون بثبوت الحكم قطعاً، نصاً أو دلالة أو بثبوت المعنى العام أو المصلحة ثبوتاً قاطعاً.

<sup>(2)</sup> -سورة التوبة، الآية 36.

<sup>(3)</sup> -علي حسب لله: أصول التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص 306.

<sup>(4)</sup> -قال رسول الله ﷺ: ارجعوا الى أهليكم فاعلموهم ومروهم وصلوا كما رأيتموني أصلي. صحيح البخاري، كتاب المرضى، باب 27 رحمة الناس والبهائم، ح 5662- (2238/5).

الجامع الصحيح: البخاري، تحقيق وتعليق مصطفى ديب البغا، ط3، دار ابن كثير اليمامة بيروت، 1407 - 1987، ج 6.

<sup>(5)</sup> -فتحى الدريني: المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص 61.

<sup>(6)</sup> -إن التعارض المقصود هنا هو التعارض الظاهري غير الحقيقي وهو الذي يكون مبنياً على مجرد النظرة الشخصية للقضية الذي يباشر فيها المفسر التفسير أما التعارض الحقيقي فمنتف من نصوص هذه الشريعة الخالدة المترهة عن العبث والتناقض.

## الباب الثالث ..... الفصل الثاني: الألفاظ باعتبار وضوحها وإبهامها

معصم عنه.

ويجب التذكير في هذا الصدد بأنه لا يوجد لفظ مجمل في الكتاب أو السنة إلا وقد فسر، فقد بينت الأحاديث النبوية مجمل القرآن الكريم بيانا وافية قاطعا كما هو الشأن بالنسبة للصلاة والزكاة والحج وغيرها.

وما يقال في الشريعة الإسلامية يقال كذلك في القانون الوضعي، فالقانون قائم على اصطلاحات ذات معان محددة من قبل المشرع نفسه مثل "التعسف" و"الظروف الطارئة" و"القوة القاهرة" و"الجنائية" و"الجنحة" و"المخالفة"....

غير أنه لكل مصطلح من هذه المصطلحات معنى خاصا به يتحدد بتوافر أركانه وشروطه يتميز بها مفهوم كل منها عن الآخر فيتضح وضوحا كاملا لا لبس فيه ولا غموض، وعلى أساس هذا المفهوم تترتب الأحكام، ويقوم البنيان التشريعي كله.

غير أن بعض المواد التشريعية في القانون قد يعترها غموض ناشئ من صيغتها، فبدلا من أن يكون لها معنى واحد، تصبح لها معان متعددة فيثور بشأن تحديد المعنى المراد للمشرع من نص هذه المادة خلاف فقهي وقضائي، وحسما لمثل هذا الخلاف يأتي المشرع بتفسير لاحق يبين قصده من التشريع.

وهكذا فلفظ "الإعدام" الوارد في المادة 261 من قانون العقوبات الجزائري التي تقرر أن " يعاقب بالإعدام كل من ارتكب جريمة القتل أو قتل الأصول أو التسميم..."<sup>(1)</sup>، ولفظ "الإعدام" فسرت المادة 1/198 من قانون تنظيم السجون وإعادة تربية المساجين المؤرخ في 10/02/1972<sup>(2)</sup> على أن يتم تنفيذ عقوبة الإعدام رميا بالرصاص.<sup>(3)</sup>

وكذلك نص المادة 264 والتي تنص: «كل من أحدث عمدا جروحا للغير أو ضربا أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة عن

(1) - أحسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 101.

(2) - القانون 02-72 المؤرخ في 25 ذي الحجة 1391هـ الموافق 10 فبراير 1972 يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة تربية المساجين/ الجريدة الرسمية عدد 15 الصادرة بتاريخ 7 محرم 1392هـ الموافق 22 فبراير 1972.

(3) - لم يحدد القانون الجديد المتعلق بتنظيم السجون وإعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين المؤرخ في 06/02/2005 كيفية تنفيذ عقوبة الإعدام.

قانون 05-04 المؤرخ في 27 ذي الحجة 1425هـ الموافق 6 فبراير 2005 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمسجونين / الجريدة الرسمية عدد 12، الصادرة بتاريخ 4 محرم 1426هـ الموافق 13 فبراير 2005.

## الباب الثالث ..... الفصل الثاني: الألفاظ باعتبار وضوحها وإبهامها

1000.000 دج إلى 5000.000 دج...

... وإذا ترتب على أعمال العنف الموضحة أعلاه فقد أو بتر أحد... فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات». (1)

فلفظ خمس وعشر مفسران لأتهما عددان لا يقبلان زيادة أو نقص. إلا أن جميع نصوص القانون تقبل النسخ، ووفقا لما استقر عليه الفقه القانوني تقبل الإلغاء.

### المطلب الرابع: اللفظ المحكم:

يعالج هذا المطلب فرعان: الأول: تعريف اللفظ المحكم، الثاني: حكم اللفظ المحكم.

#### الفرع الأول: تعريف اللفظ المحكم.

المحكم مأخوذ من أحكم بمعنى أتقن، يقال بناء محكم أي مأمون الأنقاض، ويقال أحكمت فلانا عن كذا أي رددته ومنعته (2) وفي اصطلاح الأصوليين، المحكم هو اللفظ الدال على المعنى المقصود من سوقه أصالة دلالة واضحة قطعية بحيث لا يتحمل معها تأويلا ولا تخصيصا ولا نسخا (3) ومثاله قول **﴿إِنَّ اللَّهَ يَكُلُّ شَيْءٌ عَلِيمٌ﴾** واللفظ المحكم يأتي في أعلى مراتب الوضوح لأنه لا احتمال فيه أصلا، والواقع أن عدم قابلية المحكم للنسخ من فور صدوره، إنما يزيده وضوحا وجلاء وقوة، أنه إذا ما بدا تعارض ظاهري بينه وبين اللفظ المفسر، فإنه يقدم عليه، وبذلك فإنه يقدم كذلك ومن باب أولى على كل من النص واللفظ الظاهر.

واللفظ المحكم نوعان: المحكم لذاته والمحكم لغيره.

#### أولا: المحكم لذاته.

هو اللفظ الذي ثبتت له صفة الإحكام من ذات صغته والذي لا يقبل النسخ مطلقا، وهو يشمل:

1- الأحكام الأساسية المتعلقة بقواعد الدين والتي لا تتغير بتغير الزمن، كالإيمان بالله تعالى وملائكته

(1) - أحسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 102.

(2) - أنظر: محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج 1، ص 171.

(3) - السرخسي: أصول السرخسي، مصدر سابق، ج 1، ص 165 / محمد أبوزهرة: أصول الفقه، مرجع سابق، ص 123-124 / فتحي الدريني: المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، مرجع سابق، ص 63 / عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 346.

## الباب الثالث ..... الفصل الثاني: الألفاظ باعتبار وضوحها وإبهامها

وكتبه ورسله واليوم الآخر.

2- النصوص الدالة على أحكام هي أمهات الفضائل وقواعد الأخلاق والتي لا تختلف باختلاف الأحوال، كالوفاء بالعهد، والعدل، والبر بالوالدين... فهذه القواعد أساسية، أبدية لا تتحمل التأويل والنسخ، بل هي محكمة عقلا. (1)

3- النصوص الفرعية الجزئية التي اقترنت بها ما يفيد التأييد، والمثال على ذلك قول الله ﷻ في قاذبي المحصنات ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾ وقوله ﷺ: «الجهاد ماض إلى يوم القيامة» (2) فقد اقترنت بكل نص من النصوص السالفة الذكر ما يفيد تأييد الحكم الذي اشتمل عليه فأصبح محكما.  
ثانيا: المحكم لغيره.

تبين مما تقدم أن كلا من اللفظ الظاهر والنص واللفظ المفسر كان يحتل النسخ في عهد الرسالة، لكن منذ انتقال الرسول الكريم إلى جوار ربه العظيم، اكتسب كل منهما صفة الإحكام، فلا يتصور فيها النسخ من بعد إطلاقا، ويلاحظ أن هذه الأحكام لم تكن محكمة لذاتها بل جاءها الإحكام بسبب خارج عن صيغتها: وهو وفاة النبي المصطفى عليه الصلاة والسلام (3). وترتب عن هذا أن صارت جميع الأحكام الشرعية المستنبطة من الكتاب والسنة محكمة لغيرها لا تقبل النسخ بحال من الأحوال.

### الفرع الثاني: حكم اللفظ المحكم.

إذا كان حكم اللفظ المفسر من النظام العام الشرعي على ما توضّح، فإن حكم اللفظ المحكم يكون كذلك من باب أولى، لذلك فإن حكمه هو وجوب العمل به قطعاً (4). ومن هنا تكون دلالة على الحكم أقوى من اللفظ المفسر والنص واللفظ الظاهر.

ونخلص من دراسة أقسام اللفظ الواضح، إلى أن الفقهاء يفرقون بين اللفظ الظاهر والنص واللفظ المفسر واللفظ المحكم، ويبيّنون أن هذا الأخير كان لا يقبل النسخ في عهد الرسالة: فهو محكم لذاته، بينما

(1) - عبد العزيز البخاري: كشف الأسرار شرح أصول البيهقي، مصدر سابق، ج1، ص51.

(2) - عن أنس: الجهاد ماض منذ بعثني الله تعالى إلى أن يقاتل آخر أمي الدجال لا يبطله جور جائر، ولا عدل عادل. (الديلمي). كتر العمال ح10666 - (4 / 314)

(3) - علي حسب الله: أصول التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص808/ عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص347/ محمد أديب صالح: تفسير النصوص، مرجع سابق، ج1، ص174.

(4) - عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص168/ زكي الدين شعبان: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص350/ فتحي الدريني: المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، مرجع سابق، ص66.



## الباب الثالث ..... الفصل الثاني: الألفاظ باعتبار وضوحها وإبهامها

الأنواع الأخرى فإنها كانت تقبل النسخ في فترة نزول الوحي لا بعدها بطبيعة الحال. فمنذ انتقال الرسول الكريم إلى لقاء ربه العظيم، اكتسبت كل هذه الأنواع من الألفاظ صفة الإحكام، فلا تقبل من ثم النسخ أو التعديل أو التبديل أبد الدهر.

ويلاحظ أنه لا يوجد المحكم في نصوص القانون، ذلك أن جميع النصوص القانونية تقبل النسخ، عدا المواد المتعلقة بنظام الحكم في الدستور، فقد نصت المادة (6) من الدستور الجزائري: «الشعب مصدر كل سلطة، السيادة الوطنية ملك للشعب وحده».<sup>(1)</sup>

فهذه النصوص الوضعية واضحة الدلالة على معانيها بدون أن تحتل تأويلا ولا نسخا ولا تخصيصا، وهي بذلك محكمة لذاتها.

### المبحث الثاني: الألفاظ باعتبار خفاء معناها مراتبها، أحكامها

اللفظ الخفي الدلالة هو: ما استتر معناه لذاته أو لأمر آخر، فتوقف فهم المراد منه على غيره، وقد يتعذر فهمه، أو يزول خفاؤه بالرجوع إلى من تكلم به، أو بالبحث والتأمل<sup>(2)</sup>

والألفاظ الخفية الدلالة ليست على درجة واحدة من الخفاء، فإن منها ما يزال خفاؤه بالاستفسار من الشارع، ومنها ما يزال خفاؤه بالاجتهاد والتأمل، ومنها ما لا سبيل إلى إزالة خفائه بوجه تام<sup>(3)</sup>. ولهذا نجد العلماء قد تفرقوا بشأن تحديد أنواع اللفظ الخفي الدلالة إلى فريقين:

**1- قسم الجمهور، على خلاف الأحناف، اللفظ الخفي الدلالة على معناه من حيث خفائه إلى قسمين: مجمل ومتشابه<sup>(4)</sup> وعرفوا المتشابه بأنه ما لا سبيل إلى إيضاح معناه بينما عرفوا المجمل بأنه: «اللفظ غير المتضح الدلالة»<sup>(5)</sup>.**

وبمقارنة هذين التعريفين ندرك بكل سهولة أن اللفظين محل التعريف هما لفظان مترادفان لمفهوم

(1) -دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، حسب آخر التعديلات، مرجع سابق، ص 6

(2) - علي حسب الله: أصول التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص 299.

(3) -عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص 169-170.

(4) -محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 141.

(5) -التملساني: مفتاح الوصول إلى علم الأصول، مصدر سابق، ص 42.

## الباب الثالث ..... الفصل الثاني: الألفاظ باعتبار وضوحها وإبهامها

واحد<sup>(1)</sup> ولهذا نجد أن المالكية والشافعية قد اقتصرتا على تسمية اللفظ غير الواضح الدلالة بالمجمل<sup>(2)</sup>، ويلاحظ أن هذا التفصيل لا يتسع ليشمل جميع أنواع الألفاظ الخفية الدلالة على معانيها الواردة في آيات وأحاديث الأحكام الشرعية.

2- أما الأحناف، فقد قسّموا الألفاظ غير الواضحة المعنى إلى أربع مراتب متفاوتة في درجة الخفاء، وجعلوا أساس هذا التفاوت بينها هو القدرة على إزالته أو عدمها.

فما كان في دلالة خفاء لا يزال إلا بالاجتهاد والبحث والتأمل سمي خفياً أو مشكلاً، ومما كان لا سبيل إلى إزالة خفائه أصلاً سمي متشابهاً.

ولعل هذا التقسيم أدق من حيث التمييز والتفصيل مما قال به الجمهور.

المطلب الأول: اللفظ الخفي.

يختص الفرع الأول بتعريف اللفظ الخفي في حين يتناول الفرع الثاني: حكم اللفظ الخفي.

### الفرع الأول: تعريف اللفظ الخفي.

الخفي لغة: مأخوذ من الخفاء: وهو عدم الظهور، والستر والكتمان<sup>(3)</sup>، وسمي خفياً لاستتاره بسبب العارض الذي هو صاحب العبارة أو الفعل، فيقال مثلاً: اختفى فلان أي استتر عن الناس بحيلة من الحيل.

أما في الاصطلاح، فهو كما عرفه الأستاذ "عبد الوهاب خلاف": «اللفظ الذي يدل على معناه دلالة ظاهرة، ولكن في انطباق معناه على بعض الأفراد نوع من الغموض والخفاء تحتاج إزالته إلى نظر وتأمل فيعتبر اللفظ خفياً بالنسبة إلى هذا البعض من الأفراد»<sup>(4)</sup>.

وعرفه الأستاذ "فتحي الدريني" بأنه: «اللفظ الدال على معناه دلالة واضحة ولكن عرض لبعض أفراد، أو وقائعه، إسم خاص أو وصف، نشأت عنه شبهة أو غموض في دلالة اللفظ عليه، أو شموله، أو

(1)- أنظر: في هذا المعنى، فتحي الدريني: مناهج الإجتهد، مرجع سابق، ص 159.

(2)- ابن الحاجب: مختصر المنتهي مع شرح العضد، مصدر سابق، ص 2 / التلمساني: المصدر السابق، ص 42.

(3)- أنظر: الفيروز آبادي: القاموس المحيط، مصدر سابق، ج 1، ص 1280.

(4)- عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص 179.

تطبيقه عليه، لا يزول إلا بالاجتهاد»<sup>(1)</sup>.

نستنتج من هذين التعريفين أن اللفظ الخفي الدلالة هو لفظ يبين في ذاته واضح الدلالة على معناه، ومنشأ الغموض والخفاء والاشتباه الذي عرض لبعض أفراده أو وقائعه ليس من ذات صيغته، بل هو من عارض طراً على الفرد المراد تطبيق حكمه عليه، كأن يكون له اسم خاص به أو تنقصه صفة أو تزيد فيه صفة عن سائر أمثاله، ومثاله في الشريعة الإسلامية السمحاء قول الرسول ﷺ في حرمان قاتل مورثه من الإرث: «ليس لقاتل ميراث»<sup>(2)</sup>.

فلفظ "القاتل" ظاهر الدلالة على معناه، وهو الذي يباشر القتل الموجب للقصاص أي القتل عمدا وعدوانا وبمعنى آخر القتل بغير وجه حق.

ولقد أجمع الفقهاء المسلمون على أن من قتل مورثه ظلماً وعدواناً يحرم من ميراثه، لكنهم اختلفوا في **تحديد مفهوم القتل المانع من الإرث** بوجه عام. فلفظ "القاتل" الوارد في الحديث الشريف يكتنفه بعض الغموض والخفاء عند تطبيقه على صور أخرى من القتل ذات صفات وعناصر خاصة كالقتل خطأ، والقتل بالتحريض أو بالتسبب<sup>(3)</sup>، والقتل الجاري مجرى الخطأ<sup>(4)</sup>، فهل يعتبر القتل في كل صورة من هذه الصور قتلاً يدخل مقتطفه في مدلول الحديث الشريف فيحرم من الإرث أم لا يدخل في مدلوله وبالتالي يستفيد من نصيبه في الإرث؟؟.

إن للفقهاء المسلمين في هذا الموضوع وجهات نظر متعددة ترتب عليها نوع من الاختلاف في الحكم عند تطبيق الحديث الشريف.

1- ذهب الشافعية إلى أن الفعل بجميع صورته المتقدم بيانهما يمنع من الإرث<sup>(5)</sup>، فالقاتل عمداً، مباشرة أو بالتحريض مثله مثل القاتل بالتسبب وكذلك القاتل عمداً وبوجه شرعي، كل أولئك يحرمون من الإرث

(1)-فتحي الدريني: المناهج الأصولية في الاجتهاد، مرجع سابق، ص71.

(2)-قال رسول الله ﷺ: القاتل لا يرث. سنن ابن ماجه، كتاب الفرائض، باب 8 ميراث القاتل، ح2735-(2/913) قال الألباني: صحيح في إرواء الغليل ح1671-(6/118).

-السنن: ابن ماجه، تحقيق وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر بيروت، 2 ج.

(3)-القتل بالتسبب هو أن يصدر عن القاتل فعل يتسبب عنه قتل مورثه، كأن يحفر حفرة في الطريق دون إذن السلطة، فيقع مورثه فيها ويقتل.

(4)-القتل الجاري مجرى الخطأ هو كأن ينقلب النائم على إنسان " مورثه " فيقتله.

(5)-الشيرازي: المهذب، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، ج2، ص14.

## الباب الثالث ..... الفصل الثاني: الألفاظ باعتبار وضوحها وإبهامها

عملاً بظاهر اللفظ الوارد في الحديث الشريف وعمومه.<sup>(1)</sup>

2- أما الخنابلة، فقد جعلوا ضابط القتل المانع من الإرث هو القتل بغير حق<sup>(2)</sup>، أما القاتل بحق فلا يمنع من الميراث: والقاتل بحق هو القاتل قصاصاً أو حداً أو دفاعاً عن النفس.

3- بينما ذهب الأحناف إلى أن الجريمة المانعة من الميراث هي كون القاتل يرتكب فعل القتل بنفسه مباشرة، يستوي في ذلك أن يكون عمداً أو خطأ.<sup>(3)</sup>

فالقتل عندهم - يعني مباشرته دون اعتبار للقصد، وعليه فالقتل بالتحريض أو بالتسبب أو بالمعاونة فكل ذلك لا يعتبر جريمة مانعة من الإرث لانعدام المباشرة، غير أن مباشرة القتل عمداً بوجه شرعي لا تعتبر عندهم من موانع الإرث على الرغم من تحقق المباشرة.<sup>(4)</sup>

4- أما المالكية، فقد ذهبوا إلى أن القتل المانع من الميراث هو القتل العمد عدواناً، دون وجه شرعي مبيح له **سواء كان هذا القتل المباشرة أو التسبب**، حتى ولو كان القاتل صبياً أو مجنوناً أما القتل عمداً بحق أو خطأ، فلا يمنع من الإرث.<sup>(5)</sup>

وهكذا نرى أن الخفاء الذي عرض لبعض أفراد لفظ "القاتل" الذي ورد عاماً في الحديث الشريف كان نتيجة انضمام أوصاف معينة لهذا البعض، فاختلف الفقهاء - كما سبق - في القاتل الذي يمنع من الميراث بعد أن اتفقوا على أن القاتل المقصود في الحديث الشريف أصلاً هو القاتل دون وجه شرعي يبيح له القتل.

ولعل الرأي الراجح هو ما قال به المالكية<sup>(6)</sup> لأنه لا يناهض أساس الحديث الشريف الذي قام عليه المنع ويساير حكمة التشريع وروحه.

(1) -فتحى الدريني: المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص 82.

(2) -القاتل الذي لا يرث عند الخنابلة هو القاتل العمد والقاتل خطأً، والتسبب ولو كان القاتل صبياً أو مجنوناً أو نائماً - كل قاتل يعتبر قتله جارياً مجرى الخطأ.

(3) -هذا التكييف للقتل المانع من الإرث فقط - أما من حيث العقوبة فالنوعان مختلفان، فلكل منهما عقوبة منصوص عليها.

(4) -فتحى الدريني، المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص 81-82.

(5) -أنظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للدردير مع تقريرات الشيخ عليش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام

مالك، ج 4، ص 486

(6) - هذا مع التحفظ بشأن ما ذهبوا إليه بخصوص حرمان المجنون والصبي من الإرث وذلك لأن القتل العمد لا يتصور بالنسبة إليهما.

الفرع الثاني: حكم الحفـم الحفي

أجمع أولوا العلم على أنه لا يعمل باللفظ الحفي فيما خفيت دلالاته عليه، إلا بعد البحث والتأمل<sup>(1)</sup>، فإن أسفر اجتهاد الباحث عن تحقق معنى اللفظ فيما خفيت دلالاته عليه أول الأمر، حكم بتناوله له وانطباق حكمه عليه، وإن وجد المعنى ناقصا فيه أو توصل إلى أن اللفظ لا يشمل به بأي طريق من طرق الدلالة حكم بعدم تناوله له: فلا ينطبق حكمه عليه، ومرجع المجتهد في بحثه وتأمله واجتهاده لإزالة هذا الخفاء أو الغموض ( الناشئ إما عن وقائع جديدة ذات أسماء جديدة وإما عن انضمام بعض الأوصاف إليه )، هو علة الحكم وحكمة التشريع وما ورد في هذا الشأن من نصوص،<sup>(2)</sup> وفي هذا مجال واسع لاختلاف وجهات نظر المجتهدين كما رأينا في لفظ " القتل " .

ومن الأمثلة القانونية على اللفظ الحفي تطبيق جريمة السرقة على سارق " المكالمات الهاتفية " ومرجع الخفاء في هذا المثال أن المشرع الجزائري قد عرف السرقة في المادة 350 عقوبات بقوله: «كل من اختلس شيئا غير مملوك له يعد سارقا ويعاقب بالحبس من سنة الى خمس سنوات وبغرامة من 1000.000 دج إلى 5.000.000 دج وتطبق نفس العقوبة على اختلاس المياه والغاز والكهرباء».<sup>(3)</sup>

**أثار تطبيق جريمة السرقة للمكالمات الهاتفية بعض الصعوبات أمام القضاء، فهل تعتبر منقولا تدخل في مدلول اللفظ الوارد في المادة 350 من قانون العقوبات الجزائري؟.**

لم نثر على حكم يعالج هذه المسألة ولكن لاشك أنه إذا ما أتاحت الفرصة للقضاء للنظر في سرقة المكالمات الهاتفية فإنه لن يتردد في اعتبار سرقة " التيار الهاتفي " أو " المكالمات الهاتفية " مالا منقولا قياسا على جريمة سرقة التيار الكهربائي التي عالجها المشرع الجزائري في المادة 350 من قانون العقوبات بقولها: «... وتطبق نفس العقوبة على اختلاس المياه والغاز والكهرباء...»

ذلك أن الخط التليفوني له قيمة مالية ويمكن ضبطه وحيازته كما يمكن نقله من مكان إلى آخر دون أن يصيبه تلف.

المطلب الثاني: المشـكل.

(1)- عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص 181، / فتحي الديريني: المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص 25/ محمد مصطفى شلي: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 425/ عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 361.

(2)- فتحي الديريني: المرجع السابق، ص 85.

(3)- أحسن بوسقيعة: قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 150.

## الباب الثالث ..... الفصل الثاني: الألفاظ باعتبار وضوحها وإبهامها

نعرض لتعريف المشكل في فرع أول، وبيان حكمه في فرع ثان.

### الفرع الأول: تعريف المشكل.

تسمية المشكل مأخوذة من أشكل الأمر إذا دخل في أشكاله وأمثاله بحيث لا يعرف بدليل يتميز به<sup>(1)</sup> منه إلا بالتأمل والاجتهاد<sup>(2)</sup>.

والمشكل بهذا المعنى أشد غموضاً من الخفي، ذلك لأن منشأ خفائه لا يكون لعارض خارج عن صيغته كالخفي، بل يكون ناشئاً عن اللفظ نفسه أو عن الأسلوب، ومثال ذلك " اللفظ المشترك " وهو الذي وضع لمعنيين فأكثر على سبيل الحقيقة كلفظ " قرء " في قول الله ﷻ: ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَرْبِضْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾<sup>(3)</sup>، فلفظ " القرء " مشترك بين معنيين وهما الحيض والطمهر.

وقد وضع هذا اللفظ لغة لكل منهما على سبيل الحقيقة، ولهذا أشكل أمر تحديد إلى أي المعنيين ينصرف المراد من لفظ القرء في الآية الكريمة أهو الطهر أم الحيض.

**وليس ثمة وسيلة لإزالة هذا الإشكال** سوى البحث والاجتهاد بالالتجاء إلى القرائن الخارجية<sup>(4)</sup>.

ومثال الإشكال في الصيغة أو الأسلوب قول الله ﷻ: ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُوَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾<sup>(5)</sup> إن الذي بيده عقدة النكاح يحتمل أن يكون الزوج كما يحتمل أن يكون الولي، فلقد أشكل المعنى على المفسرين.

لذا كان لا بد من التأمل والاجتهاد للخروج من هذا الإشكال.

وعلى هذا الأساس يكون تأويل الآية الكريمة على أن الزوجة إذا طلقت قبل الدخول وكان قد فرض

(1) -عبد العزيز البخاري: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، مصدر سابق، ج1، ص52.

(2) -فتححي الدريني: المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص87/ ويقرب من هذا التعريف، علي حسب الله: أصول التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص301.

(3) -سورة البقرة، الآية 228.

(4) -أنظر: اختلاف الحنفية والمالكية في هذه القرائن، فانتهى البعض إلى أن المقصود من القرء هو الطهر بينما انتهى البعض الآخر إلى أن المراد منه هو الحيض.

(5) -سورة البقرة، الآية 237.

## الباب الثالث ..... الفصل الثاني: الألفاظ باعتبار وضوحها وإبهامها

لها مهر، وجب لها نصف المسمى إلا أن تعفو عن حقها وتترك ذلك النصف للزوج فلا تأخذ منه شيئا أو أن يعفو الزوج عن حقه وهو نصف المهر: فيكون المهر كله للمرأة.

بينما ذهب الإمام "مالك رحمه الله"<sup>(1)</sup> إلى اعتبار أن "الذي بيده عقدة النكاح هو الولي"، وبناء على هذا القول يكون معنى الآية الكريمة هو: "أن الزوجة إذا سمي لها مهر في العقد، وطلقت قبل الدخول، استحقت نصف المهر المسمى إلا أن تتنازل عنه للزوج".<sup>(2)</sup>

فالإشكال في هذه الآية الكريمة ناشئ من الأسلوب وأدى إلى اختلاف أنظار المجتهدين، لكن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة والقائل بأن الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج، لأن المهر ملك الزوجة وحدها لها أن تتصرف فيه كيف شاءت<sup>(3)</sup>، فإن كانت رشيدة جاز لها أن تتنازل عن حقها فيما استحق لها منه وإن كانت قاصرا أو سفیهة أو مجنونة، فليس للولي على أموالها أن يسقط حقها في ذلك المستحق.

### الفرع الثاني: حكم المشكل.

لما كان الخفاء أو الغموض في اللفظ المشكل ينشأ عن احتمال في اللفظ أو في الأسلوب، كان الطريق لإزالته هو البحث عن المعاني التي يحتملها هذا اللفظ المشكل وضبطها ثم الإجتهد في البحث عن القرائن والأدلة التي يمكن بواسطتها معرفة المعنى المراد من بين تلك المعاني المحتملة، وذلك بترجيح أحدها وبعد التفسير يصبح النص واضحا مكشوفاً<sup>(4)</sup>

ومن أمثلة اللفظ المشكل في القانون الوضعي الجزائري لفظ "الليل" الذي جعله المشرع ظرفا مشددا لاستحقاق العقوبة في القانون الجنائي نظرا لسهولة ارتكاب جريمة السرقة ليلا، وذلك وفقا لنص المادة

(1) - ابن رشد: بداية المجتهد نهاية المقتصد، مصدر سابق، ج2، ص25.

(2) - إن العفو عند العلماء مشروط بأنه يكون من يعفو رشيدا جازا التصرف في ماله.

(3) - نصت المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري "الصدوق هو ما ينع نحلة للزوجة من نفود ... وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء.

أنظر: قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص8.

(4) - عبد العزيز البخاري: كشف الاسرار، مصدر سابق، ج1، ص53.

353 عقوبات<sup>(1)</sup>.

والسبب في وقوع هذا الإشكال أنه للفظ " الليل " معنيان:

- فقد يراد به معناه الفلكي أي اللغوي وهي تلك الفترة من اليوم المحصورة بين غروب الشمس وشرورها.

- وقد يراد به تلك الفترة التي يسود فيها الظلام فعلا ولقد أشكل الأمر على القضاء الجزائري لأن المشرع لم يبين أي المعنيين يقصد بلفظ " الليل ".

ولقد توصل القضاء عن طريق حكمة التشريع إلى إزالة هذا الإشكال وتعيين المراد من لفظ " الليل " فاستقر رأيه على أن المقصود بالليل في مفهوم القانون الجنائي تلك الفترة التي يسود فيها الظلام نظرا لما يبعثه في نفوس الناس من رهبة وخوف ولما يهيئه للجنة من تسهيل في ارتكاب الجرائم.

### المطلب الثالث: اللفظ الجمل

يستعرض هذا المطلب تعريف اللفظ الجمل في الفرع الأول، ثم اظهار أنواع اللفظ الجمل في الفرع الثاني، وبيان حكمه في الفرع الثالث.

#### الفرع الأول: تعريف اللفظ الجمل.

الجمل في اللغة هو: المهم والمجموع، وهو مأخوذ من الإجمال وهو الإبهام وعدم التفصيل، وقيل أجمل الأمر أي أهمله وقيل هو المجموع من أجمل الحساب إذا جمعه وجعله جملة واحدة، وقيل هو المتحصل من أجمل الشيء إذا حصله.<sup>(2)</sup>

وعرفه "فخر الإسلام البزدوي" في أصوله بأنه: «ما ازدحمت فيه المعاني واشتبه المراد منه اشتباها لا يدرك بنفس العبارة بل بالرجوع إلى الاستفسار ثم الطلب ثم التأمل».<sup>(3)</sup>

والجمل في الاصطلاح هو اللفظ الذي خفيت دلالاته على المراد منه خفاء ناشئا من ذاته، ولا يمكن إدراك المعنى المراد منه إلا ببيان من الشارع ثم الاجتهاد بالرأي إذا اقتضى شمول البيان ذلك.<sup>(4)</sup>

(1) - احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص152.

(2) - الفيروز آبادي: القاموس المحيط، مصدر سابق، ج3، ص531 / ابن منظور: لسان العرب، مصدر سابق، ج11، ص128

(3) - أصول البزدوي وشرحه لكشف الأسرار، مطبعة مكتبة الصنائع، 1307هـ، ج1، ص54

(4) - فتحى الدريني: المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص105



## الباب الثالث ..... الفصل الثاني: الألفاظ باعتبار وضوحها وإبهامها

ومن الواضح أن الجمل - بناء على هذا التعريف - هو في الحقيقة أشد خفاء من المشكل، فلئن كان كل منهما خفي الدلالة على معناه، وكان الخفاء فيهما ناشئا من ذات اللفظ، فإن المشكل يزول خفاؤه وإبهامه بالاجتهاد والبحث عن طريق القرائن، بينما البيان في الجمل لا يمكن إدراكه إلا من الجمل نفسه إذ لا قرينة تبين المراد منه.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني: أنواع اللفظ الجمل.

الجمل بالنظر إلى سبب إجماله على ثلاثة أنواع:

النوع الأول: ما يكون إجماله بسبب غرابة اللفظ في المعنى الذي استعمل فيه، ومثاله لفظ " القارعة"<sup>(2)</sup>

في قول الله ﷻ: ﴿ الْقَارِعَةُ ۙ (١) مَا الْقَارِعَةُ (٢) ﴾ ولفظ " الهلوع " في قوله ﷻ: ﴿ إِنَّ الْإِنْسَانَ خُلِقَ هَلُوعًا ﴾.<sup>(3)</sup>

فمثل هذه الألفاظ يعترئها الإبهام والغموض بسبب غرابتها، لذا نجد الشارع الحكيم قد فسرها تفسيراً مقترناً بما بقوله سبحانه وتعالى بالنسبة للفظ "هلوع" ﴿ إِذَا مَسَّهُ الشَّرُّ جَزُوعًا (٢٠) ﴾ (\*) وَإِذَا مَسَّهُ الْخَيْرُ مَنُوعًا ﴿ وهكذا بين الله ﷻ ما أراد بلفظ "هلوع" أفضل بيان، فهو الإنسان الذي إذا ناله شر أظهر شدة الجزع وإذا ناله خير بخل ومنعه عن الناس.<sup>(4)</sup>

النوع الثاني: ما يكون إجماله بسبب نقل اللفظ عن معناه اللغوي إلى معناه الاصطلاحي كلفظ الصلاة والزكاة والحج وغير ذلك من الألفاظ التي أراد بها الشارع معنى شرعياً خاصاً لا معناها اللغوي.

ويقول " الجمهور " في هذا الشأن: « لا إجمال فيما كان له مسمى لغوي، ومسمى شرعي كالصلاة والزكاة، بل يجب الحمل على المعنى الشرعي لأن النبي ﷺ بعث لبيان الشرعيات لا بيان معاني الألفاظ اللغوية...»<sup>(5)</sup>

فالأصل إذن، أن كل الألفاظ المحملة في القرآن الكريم إنما تحتل على معناها الشرعي الخاص وليس

(1) - أصول السرخسي: مصدر سابق، ج 1، ص 168.

(2) - سورة القارعة، الآية 1، 2.

(3) - سورة المعارج، الآية 19.

(4) - قال الزمخشري: "الهلوع": سرعة الجزع عند مس المكروه وسرعة المنع عند مس الخير: انظر: الكشاف عن غوامض التنزيل، مصدر سابق، ج 4، ص 612.

(5) - الشوكاني: إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص 172.

## الباب الثالث ..... الفصل الثاني: الألفاظ باعتبار وضوحها وإبهامها

على معناها اللغوي إلا إذا قامت القرينة على ذلك.

النوع الثالث: هو ما يكون إجماله بسبب تعدد المعاني المتساوية وتزاحمها على اللفظ وانتقاء القرينة التي ترجح أحد هذه المعاني دون أن يصدر عن الشارع تفسير له.<sup>(1)</sup>

إن هذا النوع من الجمل لا يوجد في نصوص الأحكام التكليفية في الكتاب والسنة، ذلك لأن خاتم الأنبياء والمرسلين لم ينتقل إلى جوار ربّه حتى أدّى الأمانة وبلغ الرسالة، ولكن الإجمال يظهر في ميدان المعاملات، ولقد مثل له الفقهاء بلفظ "الموالي" الذي هو لفظ مشترك يطلق على المعتقّين والمعْتَقين وهكذا فلو وصّى شخص بثلث ماله لمواليه، وكان له موالٍ أعتقوه وموالٍ أعتقهم ومات قبل أن يعيّن الذين أوصى لهم بهذه الوصية ومن غير أن توجد قرينة ترجح أحد المعنيين، كانت وصيته باطلة لجهالة الجهة الموصى لها.<sup>(2)</sup>

فالحفاء في لفظ الموالي هو من ذات اللفظ، فلا يدرك المراد منه إلا ببيان من الجمل نفسه، فلا مجال للبحث والاجتهاد للوصول إلى مراده طالما أنه لم تصطحبه قرينة ترجح أحد معانيه.

### الفرع الثالث: حكم الجمل.

يتوقف حكم الجمل على تعيين المراد منه، فلا يجوز العمل به إلا إذا ورد من الجمل ما يزيل إجماله ويوضح معناه<sup>(3)</sup>، فإذا كان بيان شاملاً وافياً وقطعياً صار الجمل مفسراً وأخذ حكمه.

وفي هذه الحالة، يجب العمل به قطعاً، فلا يجوز الاجتهاد فيه أو تأويله كلفظي الصلاة والزكاة حيث وردا في القرآن الكريم مجملين فبيّنتهما السنة الحميدة.<sup>(4)</sup> وإذا كان البيان غير شامل وغير قطعي في إزالة الإبهام والغموض، صار الجمل مشكلاً.<sup>(5)</sup> وأخذ حكمه بحيث لا يمكن معرفة مراد الشارع منه إلا بواسطة البحث والتأمل والاجتهاد اعتماداً على القرائن<sup>(6)</sup>، لأن الشارع الحكيم لما بيّن ما أجمله بعض التبیین، فتح

(1) - محمد أديب صالح: تفسير النصوص، مرجع سابق، ج2، ص290 / فتحي الدريني: المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص108

(2) - أنظر: قاضي زاده: الهداية بشرح العناية مع نتائج الأفكار، ج3، ص479  
ولعل الصواب هو تقسيم الوصية على عدد الرؤوس من هؤلاء وهؤلاء طالما أنه قد تعذر تعيين مقصود الموصي على وجه الدقة، فالأقرب إلى الصواب أنه قصد في الحقيقة المعتقّين والمعْتَقين جميعاً في وصيته.

(3) - محمد مصطفى شليبي: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص468 / عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص352.

(4) - محمد صبري السعدي: تفسيراً لنصوص، مرجع سابق، ص478

(5) - ويسميه بعض الفقهاء "المؤول" أنظر على سبيل المثال: التلمساني: مفتاح الوصول، ص74

(6) - محمد أديب صالح: تفسير النصوص، مرجع سابق، ج1، ص29

## الباب الثالث ..... الفصل الثاني: الألفاظ باعتبار وضوحها وإبهامها

الباب للبيان بالتأمل والاجتهاد.<sup>(1)</sup>

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الرأي بالاجتهاد قد يحتمل الصواب كما قد يحتمل الخطأ لهذا فرأي الفقيه المجتهد في القدر الذي لم يبينه المجلد لا يعتبر حجة على مجتهد آخر وصل به اجتهاده إلى رأي مخالف.

هل هناك إجمال بهذا المعنى في التشريع الوضعي؟؟

إن الإجمال صفة من صفات كل تشريع، بل وكل علم، ففي الفلسفة مثلا إجمال وفي الطب إجمال وفي القانون إجمال.

والسبب في ذلك يرجع إلى أنه كثيرا ما تعجز الألفاظ في أصل وضعها اللغوي عن أداء مفهومها المراد والمحدد لإرادة المشرع، وهكذا، نجد ألفاظا مجملة في القانون الخاص وفي القانون العام ومن ذلك مثلا: الألفاظ: العقد- الذمة- الكفالة- الحراسة- الصلح إلى غير ذلك مما تولاه المشرع بالتفصيل والتفسير.

فقد جاء مثلا في المادة 255 من قانون العقوبات الجزائري ما نصه: "القتل قد يقترب بسبق الإصرار والترصد".<sup>(2)</sup>

ولما كان لفظ "سبق الإصرار والترصد" من الألفاظ المجملة فقد حدد المشرع المقصود بلفظي "سبق الإصرار والترصد" في المادتين 256، 257 عقوبات جزائري على النحو التالي:

المادة 256 تنص: "سبق الإصرار هو عقد العزم قبل ارتكاب الفعل على الاعتداء على شخص معين أو حتى على شخص يتصادف وجوده أو مقابلته وحتى لو كانت هذه النية متوقفة على أي ظرف أو شرط كان".<sup>(3)</sup>

المادة 257 تنص: "الترصد هو انتظار شخص لفترة طالت أو قصرت في مكان أو أكثر وذلك إما لإزهاق روحه أو للاعتداء عليه".<sup>(4)</sup>

### المطلب الرابع: المتشابه

ينقسم المتشابه إلى فرعين: الفرع الأول: تعريف المتشابه الفرع الثاني: حكم المتشابه.

(1)-محمد أبو زهرة: أصول الفقه، مرجع سابق، ص125/ عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص204.

(2)-أحسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص151.

(3)-أحسن بوسقيعة: المرجع السابق، ص99-100.

(4)-المرجع نفسه، ص100.

## الباب الثالث ..... الفصل الثاني: الألفاظ باعتبار وضوحها وإبهامها

### الفرع الأول: تعريف المتشابه.

هو اللفظ الذي خفي المعنى المراد منه، فلا تدل صيغته على معناه ولا سبيل إلى إدراكه، إذ لا توجد قرينة تزيل هذا الخفاء، واستأثر الشارع الحكيم بعلمه فلم يفسره.<sup>(1)</sup>

ولا خلاف بين أولي العلم على وجود ألفاظ متشابهة في القرآن الكريم لقول الله ﷻ: ﴿مِنْهُ آيَاتٌ مُحْكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخْرٌ مُتَشَابِهَاتٌ﴾<sup>(2)</sup>.

ولقد ثبت للفقهاء بالاستقراء والبحث، أن لا وجود للفظ المتشابه بالمعنى الاصطلاحي للأصوليين في النصوص التشريعية التكليفية في كل من الكتاب والسنة، ولكنهم أجمعوا على وجوده في آيات وأحاديث تتصل بالعقائد بوجه عام وبأصول الدين.<sup>(3)</sup> ومثلوا له بقول الله ﷻ: ﴿يَدُ اللَّهِ فَوْقَ أَيْدِيهِمْ﴾<sup>(4)</sup>.

فظاهر هذه الآية الكريمة يفيد أن للذات العلية: "يد" الجارحة المعروفة، والله عز وجل منزله على مشابته للمخلوقات كما أن ذاته تبارك وتعالى أنسى وأعظم من أن تشبهها أي ذات أخرى، وهذا ما يدل عليه قوله ﷻ: ﴿لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ وَهُوَ السَّمِيعُ الْبَصِيرُ﴾<sup>(5)</sup>.

**ومن المتشابه أيضا في القرآن الكريم** الحروف المتقطعة الواردة في أوائل بعض السور مثل: "الم-كهيعص - حم"، فهذه الحروف خفية الدلالة على معانيها في ذاتها، ولا توجد قرائن تعين المفسر على الوصول إلى المراد منها، ولم يرد في الكتاب أو في السنة تفسير قاطع أو ظني لها، فاستأثر الخالق بالعلم بها، فكانت ألفاظا متشابهة بالمعنى الاصطلاحي الأصولي.

### الفرع الثاني: حكم المتشابه.

إن الآية الكريمة التي تصرح بوقوع الألفاظ المتشابهة في القرآن الكريم هي قوله ﷻ: ﴿هُوَ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ آيَاتٌ مُحْكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخْرٌ مُتَشَابِهَاتٌ فَأَمَّا الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ زَيْغٌ فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَبَهَ

<sup>(1)</sup> -عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص353/ علي حسب الله: أصول التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص299/ عبد الوهاب خلاف: أصول الفقه، مرجع سابق، ص175.

<sup>(2)</sup> -سورة آل عمران، الآية 7

<sup>(3)</sup> -محمد مصطفى شلبي: أصول الفقه، مرجع سابق، ص462/ فتحي الدريني: المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص146.

<sup>(4)</sup> -سورة الفتح، الآية 10.

<sup>(5)</sup> -سورة الشورى، الآية 11.

## الباب الثالث ..... الفصل الثاني: الألفاظ باعتبار وضوحها وإبهامها

مِنْهُ ابْتِغَاءَ الْفِتْنَةِ وَابْتِغَاءَ تَأْوِيلِهِ وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ يَقُولُونَ ءَأَمَّنَّا بِهِ كُلٌّ مِّنْ عِنْدِ رَبِّنَا وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّا أُولُو الْأَلْبَابِ ﴿٧﴾ رَبَّنَا لَا تُرِغْ قُلُوبَنَا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَنَا وَهَبْ لَنَا مِن لَّدُنكَ رَحْمَةً إِنَّكَ أَنْتَ الْوَهَّابُ ﴿٨﴾ (١)

أجمع العلماء في مختلف الأزمان والأمصار على وجوب الإيمان بالمتشابه الوارد في القرآن الكريم وتفويض علم حقيقة المراد منه إلى الله سبحانه وتعالى الذي أحاط بكل شيء علما. لكنهم اختلفوا بعد ذلك في إمكانية تأويله لبيان معناه الظاهري بالاجتهاد إلى فريقين. (٢)

### الفريق الأول:

وهم المتقدمون من السلف الصالح (٣) إذ تثبتوا من حقيقة العجز عن إدراك المراد من المتشابه فقرروا بأنه لا يعلم تأويله إلا الله، فآمنوا به وفوضوا علمه لله سبحانه وتعالى وقالوا بلزوم الوقوف في الآية الكريمة السالفة الذكر على قوله تعالى: ﴿وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ﴾ ﴿وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ﴾

### الفريق الثاني:

وهم المتأخرون، الذين جعلوا العلم بتأويل المتشابه أمرا مشتركا بين الله ﷻ والراسخين في العلم المتمكنين منه تمكنا لا يتأتى معه تشكيكهم فيه. (٤) ولقد طال الأخذ والرد في هذه المسألة، ولم يسلم المنتصرون لكل من الفريقين للآخر.

وهكذا روي عن الإمام مالك رضي الله عنه حين سئل عن قوله ﷻ ﴿الرَّحْمَنُ عَلَى الْعَرْشِ اسْتَوَى﴾ (٥): قال "الاستواء غير مجهول والكيف منه معقول والإيمان به واجب، والشك فيه شرك والسؤال عنه بدعة" (٦)

والمتشابه بهذا المعنى لا ترجى معرفته في الدنيا أو على الأصح لا ترجى إلا للراسخين في العلم. وإذا كان من الثابت للفقهاء بالاستقراء والبحث أنه لا وجود للفظ المتشابه بالمعنى الاصطلاحي للأصوليين في

(١)-سورة آل عمران، الآية 7-8.

(٢)- عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص176.

(٣)-السلف الصالح هو الصحابة ﷺ والتابعون، وتابعوهم.

(٤)-محمد مصطفى شلبي: أصول الفقه، مرجع سابق، ص462.

(٥)-سورة طه، الآية5.

(٦)-عبد العزيز البخاري: كشف الأسرار، مصدر سابق، ج1، ص58-59.

## الباب الثالث ..... الفصل الثاني: الألفاظ باعتبار وضوحها وإبهامها

النصوص التشريعية التكميلية فإنه ليس منه شيء أيضا في النصوص العملية للتشريع الوضعي، لأنه ليس من المعقول أن يطبق تشريع على المخاطبين به من غير أن يفهموا مراد المشرع منه ولا سبيل لهم إلى معرفة هذا المعنى أبد الدهر، أضف إلى هذا أن إقرار وجوده يتنافى والغاية من وضع النصوص القانونية.

### المطلب الخامس: التأويل.

نعرض للتأويل لأهميته في تفسير النصوص واستنباط الأحكام حيث يتضمن هذا المطلب الكلام في معنى التأويل في فرع أول، ثم شروطه في فرع ثان، أنواعه في فرع ثالث، مجاله في فرع رابع.

### الفرع الأول: معنى التأويل.

التأويل في اللغة: معناه، بيان ما يؤول إليه الأمر، والتأويل: التفسير والمرجع والمصير<sup>(1)</sup> قال الله ﷻ:

﴿ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾<sup>(2)</sup> أي جزاء، لأن الجزاء هو الذي آل إليه أمر القوم وصار إليه<sup>(3)</sup>.

ومعناه في اصطلاح الأصوليين: "صرف اللفظ عن حقيقته ومعناه الظاهر إلى معنى آخر يحتمله للدليل دل على ذلك"<sup>(4)</sup>

والتأويل لا يكون في النصوص القطعية، كالنص المفسر والنص المحكم، فهي نصوص قطعية لا احتمال فيها أصلا، وإنما يتسع مجاله في النصوص الظنية، التي تحمل أكثر من معنى، إذا ما دل دليل على ذلك، كاللفظ الظاهر والنص والمشارك<sup>(5)</sup>.

**ولما كان التأويل طريقا من طرق** استخلاص المعاني من النصوص الشرعية، عُني به علماء الأصول عناية كبرى، وأجروا بحثه في باب الدلالات التي يتوقف عليها استنباط الأحكام من الأدلة، وحتى يُسهّم التأويل في استثمار النصوص الشرعية والوقوف على أسرار معانيها في إطار من روح التشريع، أحاطوه بشروط دقيقة تقي المفسر من الوقوع في الزلل والخروج عن مقاصد الشريعة<sup>(6)</sup>.

### الفرع الثاني: شروط التأويل.

(1)-ابن المنصور: لسان العرب، مصدر سابق، ج 11، ص 34.

(2)-سورة النساء، الآية 59

(3)-محمد صبري سعدي تفسير النصوص في القانون والشريعة، مرجع سابق، ص 487.

(4)-محمد مصطفى شلبي: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 457.

(5)-المرجع نفسه، ص 458.

(6)-محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون، مرجع سابق، ص 488.

## الباب الثالث ..... الفصل الثاني: الألفاظ باعتبار وضوحها وإبهامها

حفظاً لنصوص الشريعة الإسلامية من نزعات الهوى وعبث العابثين، وضع علماء الأصول شروطاً دقيقة، لا يعتبر التأويل صحيحاً ومقبولاً إلا بتوافرها، فما استوفى شروطه فهو التأويل المقبول وإلا فهو الفاسد المردود.

ومن أهم هذه الشروط:

1- أن يكون اللفظ المراد تأويله قابلاً للتأويل<sup>(1)</sup> كالظاهر والنص، أما إذا لم يكن اللفظ قابلاً للتأويل كالمفسر والمحكم، فإن تأويله يكون فاسداً للقطع بالمراد منهما.

2- أن يكون التأويل جارياً على سنن اللغة العربية ولو بوجه من وجوهه، وهذا ما عبّر عنه البعض بالقول: «... وشروط التأويل الصحيح أن يكون موافقاً لوضع اللغة، أو عرف الاستعمال، أو عادة صاحب الشرع»<sup>(2)</sup>.

3- أن يكون التأويل مبنياً على دليل شرعي صحيح يدل على صرف اللفظ عن معناه الظاهر إلى معنى آخر يحتمله.

يستوي في ذلك أن يكون الدليل نصاً شرعياً أو قياساً أو مبدأً من مبادئ الشريعة الإسلامية<sup>(3)</sup>.

4- ألا يعارض التأويل نصاً صريحاً أو يعطل دلالة لفظه: فكل تأويل يرفع نصاً صريحاً أو يعطل دلالاته يكون باطلاً.<sup>(4)</sup>

**هذه أهم الشروط التي يجب على من أراد التأويل أن يلتزم بها لأنها تعصمه من الخطأ وتقيه من الزلل وتبعده عن تأويلات فاسدة لا تقرها الشريعة السمحاء، ولا تحملها ألفاظ الكتاب والسنة.**

### الفرع الثالث: أنواع التأويل.

التأويل باعتبار الدليل الذي قام عليه ثلاثة أنواع:

أولاً: التأويل القريب.

(1)- المرجع نفسه، ص 489.

(2)- ابن رشد: فصل المقال وتقرير ما بين الشريعة والحكمة من الاتصال، ط 2، 1402-1982، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ص 19-20.

(3)- زكي الدين شعبان: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 353. / عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 341.

(4)- عبد الكريم زيدان: المرجع نفسه، ص 341-342.

## الباب الثالث ..... الفصل الثاني: الألفاظ باعتبار وضوحها وإبهامها

هو الذي يفهم بأدنى تأمل، ويكفي فيه دليل، مثاله تأويل القراءة بالعزم عليها، في قوله ﷻ: ﴿فَإِذَا

قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ﴾<sup>(1)</sup>.

فيؤول لفظ القراءة في الآية الكريمة على أنه العزم عليها، لأن مراد الشارع أن تكون الاستعاذة بالله ﷻ سابقة في الوجود على القراءة، لكن ظاهر النص لا يفيد هذا، فيجب إرجاع المعنى الظاهر للفظ إلى سببه<sup>(2)</sup>.

وهو المعنى القريب إلى الفهم، يتبادر إلى العقل بمجرد قراءة هذه الآية الكريمة أو سماعها.<sup>(3)</sup>

### ثانياً: التأويل البعيد.

وهو الذي يحتاج إلى عمق في الفهم، ولا يكفي فيه أي دليل، بل لا بد فيه من دليل قوي يجعله تأويلاً صائغاً مقبولاً<sup>(4)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء بشأن تطبيقات التأويل البعيد، ففريق منهم، أعتبر بعض التأويلات بعيدة، بينما اعتبرها فريق آخر قريبة صحيحة.

ومثال ذلك: مسألة الإطعام في كفارة الظهار، فقد جاء في قول الله ﷻ: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن

نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَا ذَلِكَ تُوعِظُونَ بِهِ<sup>٤</sup> وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ<sup>(٥)</sup>

فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَا<sup>٥</sup> فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فإِطْعَامُ سِتِّينَ مَسْكِينًا ذَلِكَ

لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ<sup>٤</sup> وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ<sup>(٥)</sup>﴾<sup>(5)</sup>

**ظاهر الآية الكريمة** - الثانية - هو أن على المظاهر أن يطعم ستين مسكيناً كما أمره الله ﷻ، إذا لم يجد الرقبة ولم يستطع الصيام، غير أن الأحناف بعد أن قرروا وجوب عمق الرقبة على المظاهر متى رجع عن الظهار، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً، ذهبوا إلى أن المراد: "ستون مسكيناً" فيجوز عندهم للمكفر إطعام مسكين واحد لمدة ستين يوماً، بدلاً من إطعام ستين مسكيناً يوماً واحداً.

(1) - سورة النحل: الآية 98.

(2) - الشوكاني: إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص 177.

(3) - زكي الدين شعبان: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 354.

(4) - عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 342.

(5) - سورة المجادلة: الآية: 3-4



## الباب الثالث ..... الفصل الثاني: الألفاظ باعتبار وضوحها وإبهامها

واستدلوا في تأويلهم هذا أن المقدار واحد في الحالتين معاً، كما أن المقصود من الكفارة هو دفع حاجة المسكين .

خالفهم في هذا الشافعية ومن وافقهم<sup>(1)</sup>، حين قالوا: "إنه تأويل بعيد، ووجه بعده في نظرهم، ما يترتب عليه من تقدير اللفظ لم يذكر في الآية الكريمة وهو لفظ "إطعام" وإلغاء لفظ آخر مذكور في نفس الآية وهو لفظ ستين مسكيناً.

فلفظ "ستين" خاص يدل على معناه أصلاً ولا يحتمل غيره مطلقاً، ثم إن في ما ذكره الأحناف من إطعام مسكين واحد ستين يوماً وإن كان محتملاً، إلا أنه من الممكن استبعاده، ذلك أنه لا يتوافق مع حكمة التشريع، وهو توزيع المقدار الواجب من الطعام على العدد المحصور في الآية الكريمة.

وفيه إحياء لجماعة من المسلمين وكفائتهم يوماً واحداً، فيحصل للمكفر فضل الجماعة ويغفر الله ﷻ خطيئته.

وبناء عليه من الممكن ترجيح رأي الشافعية كونه يساير حكمة التشريع الإلهي المحكم.

### ثالثاً: تأويل متعذر غير مقبول.

المقصود به استخلاص معنى معين من لفظ لا يحتمل هذا المعنى لا من قريب ولا من بعيد، فيكون مردوداً غير مقبول<sup>(2)</sup>، ومن أمثلة التأويل المتعذر غير المقبول تأويل الروافض، لقوله ﷻ ﴿مَرَجَ الْبَحْرَيْنِ يَلْتَقِيَانِ﴾<sup>(3)</sup>

أههما أمير المؤمنين علي ابن ابي طالب والسيدة فاطمة الزهراء رضي الله عنهما<sup>(4)</sup>، وغير ذلك من التأويلات الفاسدة، التي لا يقول بها مجتهد ولا يقبلها العقل ولا الذوق السليم.

**لهذا ينبغي استبعاد** هذا النوع من التأويل وعدم الأخذ به مطلقاً لأن الاسترسال به يؤدي إلى إهدار النصوص الشرعية، وفتح الباب في وجه أصحاب الأهواء ليصلوا إلى أغراضهم بترك مقاصد النصوص والخروج عن الشريعة الغراء.

(1)-الغزالي: المستصفى، مصدر سابق، ص160.

(2)-مصطفى شلبي: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص460.

(3)-سورة الرحمن: الآية19.

(4)-حسين الحيان: مقدمة في التأويل وأنواعه وضوابطه، محاضرة أقيمت على طلبة الإجازة، كلية الآداب والعلوم الانسانية، شعبة الدراسات الإسلامية، الرباط، 1986، ص18.

### الفرع الرابع: مجال التأويل

الموضوعات التي يتطرق إليها التأويل كما قال الشوكاني قسماً<sup>(1)</sup>:

أولهما: أغلب نصوص الأحكام التكليفية، حيث أجمع علماء الأصول على أن عوامل الاحتمال فيها متوفرة.

ثانيهما: أصول الدين وصفات الله ﷻ وفتوح السور حيث اختلف الفقهاء في هذا القسم إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: لادخل للتأويل فيها بل تجري على ظاهرها ولا يؤوّل شيء منها.

القول الثاني: أن لها تأويلاً، لكننا لا ندرك حقيقته، ومن ثمّ نفوض الأمر فيه لله ﷻ مصداقاً لقوله:

﴿مَنْ وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ ﷻ﴾<sup>(2)</sup>، وهذا هو مذهب السلف الصالح.

القول الثالث: أنها مؤولة على ما يقتضيه لسان العرب وما نعده في خطابهم. وقد نقل هذا القول عن

علي ابن أبي طالب ﷺ وعن عبد الله بن عباس ﷺ.

ولعلّ الرأي الراجح هو ما ذهب إليه السلف الصالح من الصحابة والتابعين، إذ أنّهم اجمعوا عن الكلام

في هذه الأمور بما يقتضي التأويل من غير دليل<sup>(3)</sup>.

والخلاصة أنّ التأويل باب من أبواب التفسير والاستنباط، ومع هذا لا ينبغي على هذا الأساس فتح

باب التأويل دون حذر واحتياط، ولا إغلاقه بدون سبب، بل من الأحسن أن يكون المنهج المتبع هو

التأويل كلّما دعت إليه الضرورة دفعاً لكلّ تعارض ظاهري بين النصوص متى قام عليه دليل شرعي من نص

أو إجماع أو حكمة التشريع، والابتعاد عن إعماله منعاً للأهواء والخروج عن مقاصد الشريعة السمحاء.

(1)- الشوكاني: إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص 176.

(2)- سورة آل عمران: الآية 7.

(3)- انظر الشوكاني: إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص 176 وما بعدها.

## الفصل الثالث:

الألفاظ باعتبار دلالتها على معانيها

جامعة الأمير  
العلماء  
الإسلامية

## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار ولائها على معانيها

إن استنباط الأحكام من نصوص الكتاب والسنة يتطلب إدراكا سليما لدلالات الألفاظ على معانيها، ومن المعلوم أن هذه الدلالات ليست قاصرة على ما يستفاد من ألفاظها وعباراتها فقط، بل يمكن استخلاص تلك المعاني بطرق متعددة.

هذا، ولقد اختلف علماء الأصول في هذا الشأن: فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن استخلاص المعنى قد يتم إما عن طريق المنطوق وإما عن طريق المفهوم، بينما ذهب الأحناف إلى أن هذا الاستخلاص إنما قد يتم إما عن طريق عبارة النص وإما عن طريق إشارته وإما عن طريق دلالاته وإما عن طريق اقتضائه.

القادر للعلوم الإسلامية

### المبحث الأول: تقسيم المالكية والشافعية والحنابلة لطرق دلالة الألفاظ.

قسم هؤلاء الفقهاء، دلالة الألفاظ على معانيها إلى قسمين: دلالة المنطوق ودلالة المفهوم.  
ويقول الشوكاني في هذا الصدد: " أن الألفاظ قوالب للمعاني المستفادة منها، فتارة تستفاد من جهة النطق تصریحا، وتارة من جهته تلويحا.

فالأول: المنطوق وهو ما دل عليه اللفظ في محل النطق أي يكون حكما للمذكور وحالا من أحواله.  
والثاني: المفهوم وهو ما دل عليها للفظ لا في محل النطق: أي يكون حكما لغير المذكور وحالا من أحواله<sup>(1)</sup>

#### المطلب الأول: دلالة المنطوق

يقصد بدلالة المنطوق ما دل عليه اللفظ في محل النطق سواء أكان هذا المدلول يشمل كل المعنى الذي وضع له اللفظ أو يقتصر على جزء منه أو ما يلازمه حتما. ومثاله قول الله ﷻ ﴿لَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾<sup>(2)</sup>.

ولقد دلت هذه الآية الكريمة بنفس ألفاظها على حرمة قتل النفس إلا بالحق.

ومثاله أيضا قول الله سبحانه ﷻ ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَأَرْكَعُوا مَعَ الرَّاكِعِينَ﴾<sup>(3)</sup> فالألفاظ هذه الآية الكريمة تدل على فرضية الصلاة والزكاة، وهو المعنى المقصود أصالة من سوق الآية والمتبادر فهمه من نفس صيغتها .

ومثاله أيضا قوله ﷻ ﴿...فَلَا تَقُلْ لَهُمْ أَفٍ وَلَا نَهْرُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا...﴾<sup>(4)</sup> حيث يفهم عن دلالة ألفاظ هذه الآية الكريمة وبمجرد قراءة عبارتها حرمة " قول أف " للوالدين.

ومثاله أيضا في قول الله ﷻ ﴿...وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا...﴾<sup>(5)</sup> حيث يكون مساق الكلام

(1) - الشوكاني: ارشاد الفحول، مصدر سابق، ص 178.

(2) - سورة الأنعام، الآية 151.

(3) - سورة البقرة، الآية 43.

(4) - سورة الإسراء، الآية 23.

(5) - سورة البقرة، الآية 275.

## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار ولائتها على معانيها

في هذه الآية الكريمة لإفادة معنيين:

الأول: نفي المماثلة بين البيع والربا، وهذا المعنى هو المقصود الأصلي الذي سقت الآية الكريمة من أجله ردا على قول المشركين الذين قالوا: **إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا** <sup>ط</sup>.

الثاني: هو حل البيع وتحريم الربا، وهذا المعنى هو المقصود بالتعبير من الآية الكريمة.

والأمثلة على دلالة المنطوق في القانون الوضعي كثيرة جدا، ويرجع السبب في ذلك إلى أن كل نص قانوني له معنى في جميع الأحوال وإلا كان لغوا.

ومثاله ما نصت عليه المادة 160 من قانون العقوبات الجزائري: " يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات، كل من قام عمدا وعلنية بتخريب أو إتلاف أو تدنيس المصحف الشريف. <sup>(1)</sup> فهي ألفاظ واضحة ومحددة مقصدها هو صون المصحف الشريف من أي إعتداء.

وتجدر الإشارة إلى أن دلالة المنطوق في فهم المالكية إنما تشمل ما سماه الأحناف إما بأنه دلالة العبارة وإما بأنه دلالة الإشارة وإما بأنه دلالة الاقتضاء على حسب الأحوال كما سوف نرى عند المقارنة بين المسلكين .

### المطلب الثاني: دلالة المفهوم

يتناول هذا المطلب دلالة المفهوم في الفرع الأول، وأنواع دلالة الفهوم في الفرع الثاني.

#### الفرع الأول: تعريف دلالة المفهوم.

دلالة المفهوم هي: دلالة اللفظ على حكم لم يذكر في الكلام ولم ينطق به. <sup>(2)</sup>

وسمي هذا مفهوما لأن الحكم يفهم من اللفظ بواسطة شيء آخر كعلة الحكم أو انتفاء القيد في المنطوق به. <sup>(3)</sup>

والأمثلة على ذلك من الكتاب والسنة كثيرة نذكر منها على سبيل المثال قول الله **... وَحَمَلُهُ**

(1) - أحسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، ص 68.

(2) - زكي الدين شعبان: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 380

(3) - محمد مصطفى شليبي: أصول الفقه، مرجع سابق، ص 492.

## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار ولائها على معانيها

وَفَصَلَهُ، تَلْتُونَ شَهْرًا... ﴿١﴾ مع قوله ﷺ: ﴿...وَفَصَلَهُ، فِي عَامَيْنِ...﴾ ﴿٢﴾ حيث يفهم من تقريب

هاتين الآيتين الكريمتين أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر.

ومثاله أيضا قول الله ﷻ: ﴿وَلِأَبْوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ، وَلَهُ فَإِنْ لَّمْ يَكُنْ لَهُ،

وَلَدٌ وَوَرِثَةٌ، أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾. ﴿٣﴾

فدلالة هذه الآية الكريمة أنه إذا انحصر الميراث في الوالدين كان للأم الثلث، وسكتت عن نصيب الأب

وهو الباقي حتما أي الثلثان.

وهذا الحكم لم يذكر ولم ينطق به في الآية الكريمة.

ومثاله أيضا قول الرسول الكريم ﷺ في نقصان دين المرأة: «أَمَّنْ نَاقِصَاتِ عَقْلِ وَدِينٍ» ﴿٤﴾

حيث توصل العلماء من خلال هذا الحديث إلى تقدير أقل مدة للطهر وأكثر مدة للحيض بخمسة عشر

يوما. وهذا الحكم لم يرد في متن الحديث ولم ينطبق به وإنما توصلوا إليه بواسطة علة الحكم حينما سأله

عليه الصلاة والسلام: ما نقصان دينهن؟؟ قال: "تقعد إحداهن في قعر بيتها شطر دهرها لا تصلي ولا

تصوم".

### الفرع الثاني: أنواع دلالة المفهوم.

ودلالة المفهوم بهذا المعنى نوعان: دلالة الموافقة ودلالة المخالفة. ﴿٥﴾

أولا: دلالة الموافقة: هي عبارة عن دلالة اللفظ على ثبوت حكم المنطوق للمسكوت عنه لاشترائه

﴿١﴾ - سورة الأحقاف، الآية 15.

﴿٢﴾ - سورة لقمان: الآية 14.

﴿٣﴾ - سورة النساء، الآية 11.

﴿٤﴾ - خرج رسول الله ﷺ في أضحى أو فطر إلى المصلى فمر على النساء فقال (يا معشر النساء تصدقن فياني رأيتكن أكثر أهل

النار). فقلن وبم يا رسول الله؟ قال: تكثرن اللعن وتكفرن العشير ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل الحازم من

إحداكن).

الجامع الصحيح: البخاري، تحقيق وتعليق مصطفى ديب البغا، ط3، دار ابن كثير اليمامة بيروت، 1407 - 1987، 6 ج.

قلن وما نقصان ديننا وعقلنا يا رسول الله؟ قال: أليس شهادة المرأة نصف شهادة الرجل، قلن بلى قال: فذلك من نقصان عقلها

أليس إذا حاضت لم تصل ولم تصم قلن بلى قال: فذلك من نقصان دينها.

صحيح البخاري، كتاب الحيض، باب 6 ترك الحائض الصوم، ج 298، (116/1) وصحيح مسلم، ح 250، (61/1).

﴿٥﴾ - محمد أديب صالح: تفسير النصوص، مرجع سابق، ج1، ص608.

## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار ولائها على معانيها

مع المنطوق في علة الحكم التي تفهم بمجرد معرفة اللغة من غير احتياج إلى اجتهاد،<sup>(1)</sup> ومثاله قوله ﷺ في شأن الوالدين: ﴿إِنَّمَا يَبْلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفٍّ وَلَا نَهْرَهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾<sup>(2)</sup>

فكل من يسمع هذا الكلام من أهل اللغة يفهم أن هذه الآية الكريمة تفيد تحريم مجرد قولة " أف " من الولد لو الولديه، والعلة في هذا التحريم عدم إيذاء الوالدين وإيلاهما.

ومن الواضح أن هذه العلة تتوافر في أمور أخرى أشد إيذاء وإيلا من التأفف كتوجيه الألفاظ غير الكريمة أو منع الطعام عنهما، وما هو أشد فحشا من ذلك، لذا كان ثبوت الحكم في السكوت عنه أولى من ثبوته للمنطوق به لعلّة اقتضت ذلك وهي وجود الإيذاء فيه بشكل أكثر توافرا وظهورا من وجوده في حالة مجرد التأفف. وهذا المعنى واضح لا يحتاج إلى الاجتهاد والتأمل.

ويسمي فقهاء المالكية مفهوم الموافقة متى كان المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق به بفحوى الخطاب<sup>(3)</sup>، ويسمونه لحن الخطاب إن كان مساويا له،<sup>(4)</sup> بينما يسميه الشافعية بالقياس الجلي<sup>(5)</sup>، ويطلق عليه الأحناف دلالة النص<sup>(6)</sup>.

ويقسم المالكية مفهوم الموافقة إلى نوعين: جلي وخفي، فالجلي هو ما كان المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق به.

ومثاله قوله تعالى: ﴿وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدُّهُ إِلَيْكَ...﴾<sup>(7)</sup> فمن كان يؤدي القنطار القنطار إذا أؤتمن عليه فأداؤه للدينار أولى باتفاق جميع الفقهاء.

(1) - التلمساني: مفتاح الوصول، مصدر سابق، ص112.

(2) - سورة الإسراء، الآية 23.

(3) - التلمساني: مفتاح الوصول، مصدر سابق، ص112.

(4) - اللحن والفحوى عند الفقيه المالكي ابن الحاجب اسمان لمسمى واحد وهو مفهوم الموافقة.

أنظر: مختصر المنتهي مع العضد، مصدر سابق، ج2، ص172 بينما يفرق فقهاء القانون الوضعي بين اللفظ حيث يسمون لحن الخطاب مفهوم الموافقة.

(5) - محمد مصطفى شليبي: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص494

(6) - محمد الحضري: أصول الفقه، دار الفكر العربي، ط7، 1981، ص147 / محمد صبري السعدي: تفسير النصوص، مرجع

سابق، ص531

(7) - سورة آل عمران، الآية75.



## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار ولائتها على معانيها

أما الخفي فقد ضربوا له مثلاً بحالة تارك الصلاة متعمداً، إذ يجب عليه قضاؤها بناء على قول الرسول ﷺ: «**من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها**»<sup>(1)</sup>

فإذا كان النائب والساهي يتعين عليهما قضاء الصلاة، فأولى أن يقضيها العامد<sup>(2)</sup> ويقول "التلمساني" في هذا الصدد: «أن للمانع أن يمنع الأولية بأن يقول لا يلزم من قضاء صلاة النائب والناسي قضاء صلاة العامد، فالقضاء جبر، وصلاة العامد أعظم من أن تُجبر»<sup>(3)</sup>.

ويبدو أن وصف الفقه لمفهوم الموافقة بأنه خفي في هذه الحالة يتعارض مع تطبيق حكم مفهوم الحديث الشريف على الحالة غير المذكورة في النص أي حالة "ترك الصلاة عمداً". فحكم تارك الصلاة عمداً ثابت من باب أولى.

وهل يصح القول بأن المفهوم من باب أولى يمكن أن يتسم بالخفاء والغموض؟؟.

إن عبارة "من باب أولى" تتعارض على خط مستقيم مع ما قاله من وصفه بالخفاء في تلك الحالة المسكوت عنها. فحكم هذه الحالة من البدهة والوضوح إلى درجة يتجافى معها أي زعم بضرورة تخصيص نص لإثبات الحكم فيها.

ومن أمثلة مفهوم الموافقة في القانون الوضعي ما نصت عليها المادة 339،<sup>(4)</sup> من قانون العقوبات الجزائري أن للزوج أن يوقف حكم التنفيذ عن زوجته التي ثبت زناها، وهذا الإجراء يؤدي إلى إيقاف كل متابعة، فله من باب أولى أن يوقف السير في إجراءات دعوى الزنا، فلئن كان يملك إيقاف وتنفيذ العقوبة وهو الأكثر، فإنه يملك الأقل منه، وهو إيقاف إجراءات السير في الدعوى بناء على القاعدة الأصولية القائلة: "أن من يملك الأكثر يملك الأقل".

فهذه المادة تمثل التنبيه بالأعلى على الأدنى، حيث أن العقوبة، وهي الأشد أوقفت، فمن باب أولى الإجراءات لسير الدعوى.

(1) - سئل رسول الله ﷺ عن الرجل يرقد عن الصلاة أو يُغفل عنها قال كفارتها أن يصلها إذا ذكرها.

سنن النسائي، كتاب المواقيت، باب 53 فيمن نام عن صلاة، ح 614 - قال الألباني صحيح (293/1).

السنن: النسائي، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية حلب، 1406 - 1986، ج 8.

(2) - التلمساني: مفتاح الوصول، مصدر سابق، ص 113.

(3) - المصدر نفسه، ص 113.

(4) - انظر المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري، أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 143.

## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار ولائها على معانيها

وعكس هذه الصورة وهي التنبيه بالأدنى على الأعلى يمكن أن تمثل بالمادة 144 مكرر 2 من قانون العقوبات الجزائري التي تنص: «يعاقب بالحبس من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من أساء إلى الرسول ﷺ أو بقية الأنبياء أو استهزأ بالمعلوم من الدين بالضرورة أو بأية شعيرة من شعائر الإسلام، سواء عن طريق الكتابة أو الرسم أو التصريح أو أية وسيلة أخرى . تباشر النيابة العامة إجراءات المتابعة الجزائية تلقائياً». (1)

فالشيء الملاحظ أن المادة نصت على الأدنى بالإساءة إلى الأنبياء فتكون الإساءة لله ﷻ من باب أولى، وإلا كيف يحترم الفرع ويساء للأصل.

### ثانياً: دلالة المخالفة.

إن مفهوم المخالفة أو دليل الخطاب كما يسميه بعض الأصوليين (2) هو دلالة اللفظ على ثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه لانتفاء قيد من القيود المعتبرة في حكمه. (3)

ويستخلص من هذا التعريف أن النص إذا كان حكمه مقيدا بقيد من شرط، أو وصف، أو غاية أو عدد استفيد منه حكمان.

- حكم المنطوق به مقيدا بقيد في واقعة معينة منصوصة.

- حكم غير منطوق به. وهو المفهوم -نقيض للحكم السابق- في الواقعة نفسها متى انتفى ذلك القيد عنها. (4)

ومثاله قول الله ﷻ: ﴿... وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ... ﴾ (5)

أفادت هذه الآية الكريمة بمنطوقها: وجوب النفقة للمطلقة طلاقاً بائناً (1) إن كانت حاملاً بينما دلت

(1) - انظر المادة 144 مكرر "2"، المرجع السابق، ص 65

(2) - التلمساني: مفتاح الوصول، مصدر سابق، ص/ 114 الأمدي: الأحكام، مصدر سابق، ج 3، ص 99، / محمد مصطفى شليبي: أصول الفقه، مرجع سابق، ص 495

(3) - الشوكاني: إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص 166، / محمد أبو زهرة: أصول الفقه، مرجع سابق ص 142، / عبد الوهاب خلاف: أصول الفقه، مرجع سابق، ص 177 / الحضري: أصول الفقه، مرجع سابق، ص 147

ولقد سماه بعض الفقهاء مفهوم المخالفة لأن الحكم المسكوت عنه مخالف لحكم المنطوق به، بينما سماه البعض الآخر دليل الخطاب لأن الخطاب دل عليه.

(4) - فتحي الدريني: المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص 395

(5) - سورة الطلاق، الآية 6.

## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار ولائها على معانيها

بمفهومها المخالف انتفاء هذا الحكم عند عدم الحمل.

ومثاله أيضا قوله ﷺ: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِّنْ فَنَيْتِكُمْ الْمُؤْمِنَاتِ...﴾<sup>(2)</sup>.

أفاد منطوق هذه الآية الكريمة أن الله ﷻ أباح لعباده المسلمين الزواج بالإيماء عند العجز عن الزواج بالحرائر المؤمنات. بينما دل مفهومها المخالف على أنه يجرم على المسلم الزواج بالإيماء الكافرات وذلك لانتهاء الوصف الذي قيد الحكم به في منطوق الآية الكريمة وهو الإيمان.<sup>(3)</sup>

ومثاله أيضا قول الرسول ﷺ: «مطل الغني ظلم»<sup>(4)</sup>، أفاد هذا النص بمنطوقه أن كل تأخير في أداء الديون من طرف الواحد القادر على الدفع يعتبر ظلما.

بينما أفاد بمفهومه المخالف أن مطل الفقير العاجز عن الدفع ليس بظلم.

ومن أمثلة مفهوم المخالفة في النصوص القانونية ما نصت عليه المادة 2 من القانون المدني الجزائري: «...»

ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء...»<sup>(5)</sup>

حيث أفاد المفهوم المخالف لمنطوق هذا النص أنه لا يجوز إلغاء قانون بواسطة العرف.

ومثاله أيضا ما نصت عليه المادة 127 من القانون المدني الجزائري بقولها: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضور أو خطأ

(1) - قلنا طلاقا بائنا لأن المطلقة طلاقا رجعيا تجب لها النفقة بالإجماع.

(2) - سورة النساء، الآية 25.

(3) - محمد صبري السعدي: تفسير النصوص، مرجع سابق، ص 533.

(4) - أن رسول الله ﷺ قال (مطل الغني ظلم فإذا أتبع أحدكم على ملي فليتبع. صحيح البخاري، كتاب الحوالات، باب 1 في الحوالة وهل يرجع في الحوالة، ح 2166 - (799/2)

الجامع الصحيح: البخاري، تحقيق وتعليق مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير اليمامة بيروت، ط3، 1407 - 1987، 6 ج.

(5) - القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 1.

يعرف مفهوم المخالفة عند القانونيين بالمعيار المنطقي "المضيق" ويراد به: الحجة التي يراد إقامتها للتدليل على المخالفة بين الأمر الواقع والنص القانوني، فيطلب لذلك تطبيق قاعدة عكسية لهذا النص، على أن هذه الحجة لا تكون شرعية إلا إذا كان في النص تقييد أو كان واجب التفسير على التقييد. أنظر: عبد الفتاح مراد: المعجم القانوني، رباعي اللغة، ص 63.

## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار ولائتها على معانيها

من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر. ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك<sup>(1)</sup>  
بفيلد المفهوم المخالف لمنطوق هذا النص أن المدين يلتزم بالتعويض إذا ثبت أن عدم الوفاء بالتزاماته أو  
أن التأخير فيها يرجع إلى سبب يعزى إليه.

وتجدر الإشارة إلى أن الأخذ بمفهوم المخالفة في تفسير النصوص التشريعية هو طريق من طرق تفسير  
النصوص والتعرف على الأحكام التي دلت عليها. ومن ثم وجب الأخذ به غير أنه طريق زلق لا تؤمن فيه  
العشرات.

لذا، يتعين على من يريد أن يسلكه، أن يتأكد من توافر شروط إعماله..

### 1- شروط الأخذ بمفهوم المخالفة:

يجب التذكير بأن الأصوليين قد اختلفوا في الأخذ بمفهوم المخالفة بالنسبة للنصوص الشرعية.  
وهكذا فقد أنكر الأخذ به جمهور الحنفية<sup>(2)</sup> بينما قال به الشافعية<sup>(3)</sup> والمالكية<sup>(4)</sup>.  
ولقد اعتمد القائلون بالأخذ به على النقل عن أئمة اللغة<sup>(5)</sup> بيد أنهم اختلفوا في تحديد شروطه.  
فمنهم من حصرها في شرط واحد<sup>(6)</sup> ومنهم من جعلها شرطين<sup>(7)</sup> ومنهم من أوصلها إلى خمسة شروط.  
شروط<sup>(8)</sup>.

(1) - القانون المدني، المرجع السابق، ص35.

(2) - محمد الخضري: أصول الفقه، مرجع سابق، ص123

عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص157 حيث قال: "ذهب الأصوليون من الحنفية إلى أن النص الشرعي  
الدال على حكم في واقعة، إذا قيد بوصف أو شرط بشرط، أوحد بغاية أو عدد، فلا يكون حجة إلا على حكمه في واقعته التي  
ذكرت فيه بالوصف أو الشرط أو الغاية أو العدد الذي ذكر فيه، وأما الواقعة التي انتفى عنها ما ورد فيه من قيد، فلا يكون حجة  
على حكم فيها، بل يكون النص ساكتا عن بيان حكمها، فيبحث عن حكمها بأي دليل من الأدلة الشرعية التي منها أن الأصل في  
الأشياء الإباحة".

(3) - التلمساني: مفتاح الوصول، مصدر سابق، ص114

(4) - المصدر نفسه، ص114

(5) - المصدر نفسه، ص114

(6) - وذلك على ما أوضحه الأستاذ: زكي الدين شعبان في كتابه، أصول الفقه، ص367

(7) - انظر في ذلك، محمد مصطفى شلي: أصول الفقه الإسلامي، ص492، فتحي الدبريني: المناهج الأصولية، مرجع سابق،

ص405

(8) - لتلمساني، المصدر السابق، ص114

## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار ولائها على معانيها

بينما عدّها الشوكاني ثمانية. <sup>(1)</sup> غير أن المتمعن فيما أورده هؤلاء الأصوليون من شروط للقول بالمفهوم المخالف يجدها تتلخص في شرطين أساسيين. <sup>(2)</sup>

أ- ألا يعارض هذا المفهوم منطوق نص آخر:

نجد في الكتاب الكريم والسنة النبوية الشريفة كثيرا من الأمثلة التي يوجد للمسكوت دليل خاص يعارض المفهوم المخالف للمنطوق.

ومثاله قول الله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرْبُ بِالْحَرْبِ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَىٰ بِالْأَنْثَىٰ...﴾ <sup>(3)</sup>.

فمفهوم الجملة الأولى من هذه الآية الكريمة يدل بعبارة على وجوب مراعاة التساوي في عقوبة القتل عمدا وعدوانا بين القاتل والقتيل. وجاء قوله ﷻ في الجملة الثانية من نفس الآية يبين هذا التساوي: ﴿الْحَرْبُ بِالْحَرْبِ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَىٰ بِالْأَنْثَىٰ﴾ فبمفهوم المخالفة لهذه الآية الكريمة لا يقتل الذكر بالأنثى ولا الحر بالعبد وهو قوله ﷻ: ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ...﴾ <sup>(4)</sup>، فهذه الآية الكريمة تفيد أن الله ﷻ قد فرض على بني إسرائيل في التوراة أن النفس تؤخذ بالنفس: مثلا بمثل، عقابا ومجازاة.

والنص عام يشمل كل نفس محرّمة دون قيد سوى كونها نفسا محرّمة معصومة الدم <sup>(5)</sup>، وبذلك ألغى الأوصاف جميعا من الحرية والرق والأنوثة، وأصبح الأساس في وجوب القصاص هو النفس الإنسانية المعصومة الدم، المحرّمة في ذاتها. وبذلك بطل العمل بالمفهوم المخالف لنص الآية الأولى، وأخذ بمنطوق الآية الثانية تطبيقا للأصل القاضي بأنه إذا تعارض مفهوم مخالفة نص معين مع منطوق نص آخر في حكم مسألة معينة وجب إسقاط الأخذ بمفهوم المخالفة وإعمال منطوق النص الآخر.

ب- ألا يكون مقصود القيد هو تخصيص الحالة المذكورة في النص بالحكم الذي يقرره وإنما ينصرف مقصوده إلى غرض آخر خلاف ذلك:

<sup>(1)</sup> - الشوكاني: إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص 180

<sup>(2)</sup> - محمد صبري السعدي: تفسير النصوص، مرجع سابق، ص 542

<sup>(3)</sup> - سورة البقرة، الآية 178

<sup>(4)</sup> - سورة المائدة، الآية 45.

<sup>(5)</sup> - فتحى الدريني: المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص 407.

## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار ولائها على معانيها

إذا كان للقيّد فائدة أخرى، فإنه لا يصح إعماله للأخذ بمفهوم المخالفة.

ومثاله أن يكون مقصود القيد الامتنان كما جاء في قول الله ﷻ: ﴿وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا...﴾<sup>(1)</sup>

**فوصف اللحم في هذه الآية الكريمة** بكونه طريا قد جاء في النص على سبيل امتنان الله ﷻ على عباده. فلا يجوز أن يستخلص منه أنه يمنع أكل صيد البحر غير الطري بمفهومه المخالف.

ومثاله كذلك حالة صدور المنطوق جوابا عن سؤال متعلق بحكم خاص أو حادثة خاصة بالحكم المذكور. ومثاله قوله ﷻ: ﴿... لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً...﴾<sup>(2)</sup>

فلا مفهوم للأضعاف في هذه الآية الكريمة لأنه جاء للنهي عما كان يتعاطاه الناس بسبب الآجال: كان الواحد منهم إذا حل دينه يقول: إما أن تعطي وإما أن تربي، فيتضاعف بذلك أصل دينه مرارا كثيرة. فترلت هذه الآية الكريمة تحرم ذلك.<sup>(3)</sup>

### 2- أنواع مفهوم المخالفة:

تتنوع أساليب مفهوم المخالفة تبعا لنوع القيد الوارد في منطوق الحكم وترتب عن هذا، اختلاف علماء الأصول في حصر عددها، فلقد عدّها بعضهم سبعة<sup>(4)</sup> بينما أوصلها بعضهم الآخر إلى عشرة<sup>(5)</sup> وذلك عشرة<sup>(5)</sup> وذلك في الوقت التي حصرها الفقيه المالكي ابن الحاجب في أربعة أنواع، وهو التحديد المعتمد عند غالبية المالكية<sup>(6)</sup> على الشكل التالي:

- مفهوم الصفة: هو دلالة اللفظ الموصوف بصفة على تقيض حكمه عند انتفاء ذلك الوصف.<sup>(7)</sup>

(1) - سورة النحل، الآية 14.

(2) - سورة آل عمران، الآية 130.

(3) - الشوكاني: إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص 180.

(4) - التلمساني: مفتاح الوصول، مصدر سابق، ص 117 حيث حصرها في سبعة أنواع: مفهوم الصفة - مفهوم الشرط - مفهوم الغاية - مفهوم العدد - مفهوم الزمان - مفهوم المكان - ومفهوم اللقب.

(5) - من بين هؤلاء الفقهاء الفقيه الشوكاني: فقد ذكر: مفهوم الصفة - مفهوم العلة - مفهوم الشرط - مفهوم العدد - مفهوم الغاية -

الغاية - مفهوم اللقب - مفهوم الحال - مفهوم الزمان - مفهوم المكان - ومفهوم الحصر. إرشاد الفحول، ص 181 وما بعدها.

(6) - سنتقصر على ذكر الأنواع التي درج الفقهاء المحدثون على ذكرها وهي: مفهوم الصفة - مفهوم الغاية - مفهوم الشرط - مفهوم العدد.

(7) - أنظر: مختصر المنتهى بشرح العضد وحاشية الفتري، ج 1، ص 174 وما بعدها.

## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار ولائها على معانيها

ومثاله قول النبي ﷺ: «مطلُّ الغني ظلمٌ»<sup>(1)</sup> يدل منطوق هذا الحديث الشريف على أن تسويق المدين القادر على وفاء دينه أو امتناعه عن أدائه يعتبر ظلماً.

**ويدل بالمفهوم المخالف لمنطوقه** على أن تأخير المدين الفقير العاجز عن وفاء الدين إلى دائته لا يعتبر ظلماً لانتفاء الوصف الذي قيد حكم المنطوق به وهو الغنى والاقتدار.

ومثاله أيضاً قول الرسول الكريم ﷺ: " في الغنم السائمة زكاة " <sup>(2)</sup> فإنه يدل بمنطوقه على وجوب الزكاة في الغنم الموصوفة بالسوم، <sup>(3)</sup> بينما يفيد بالمفهوم المخالف لمنطوقه على أنه لا زكاة في الغنم المعلوفة وذلك لانتفاء وصف السوم الذي قيد به وجوب الزكاة في منطوق الحديث الشريف. <sup>(4)</sup>

ومن أمثلة مفهوم الصفة في نصوص التشريع الوضعي ما نصت عليه المادة 111 من القانون المدني الجزائري: «إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف عن إرادة المتعاقدين»<sup>(5)</sup>

يدل هذا النص بمنطوقه على أنه إذا كانت ألفاظ العقد صريحة وجب تنفيذ العقد حسب المفهوم المتبادر من هذه الألفاظ دون البحث عن إرادة المتعاقدين.

بينما يدل المفهوم المخالف لمنطوقه على أنه، إذا كانت ألفاظ العقد غامضة ومبهمّة وجب حينئذ تفسير هذه الألفاظ والاستعانة بالقرائن والدلائل الخارجية للوقوف على قصد المتعاقدين.

وكذلك ما نصت عليه المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري <sup>(6)</sup> في كون الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية قبل مضي العدة.

مفهومه في الوصف المخالف أن الطلاق البائن يزيل الزوجية في الحال.

(1) - سبق تخريج الحديث، ص 368 من هذا البحث.

(2) - سبق تخريج الحديث، ص 320 من هذا البحث.

(3) - السوم: هو أن ترعى الماشية الكلاً والعشب بنفسها أكثر من نصف الحول.

(4) - الشوكاني: ارشاد الفحول، مصدر سابق، ص 181/ الأمدي: الإحكام، مصدر سابق، ج 3، ص 100/ محمد أديب صالح:

تفسير النصوص، مرجع سابق، ج 2، ص 611/ محمد صبري السعدي: تفسير النصوص، مرجع سابق، ص 535/ زكي الدين شعبان: أصول الفقه الإسلامي، ص 180.

(5) - القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية، ص 29.

(6) - أنظر: قانون الأسرة الجزائري، ص 14.

## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار ولائتها على معانيها

وهذا بدليل المادة 132 من نفس القانون حيث تنص أنه: «إذا مات أحد الزوجين أثناء العدة ورثه الآخر ميراثا شرعيا»<sup>(1)</sup>

**- مفهوم الشرط:** هو أن اللفظ المقيد لحكم معلق على شرط، تكون دلالاته ثبوت نقيضه عنه انتفاء الشرط<sup>(2)</sup>

ومثاله قول الله ﷻ ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صِدْقَيْنِ نَحْلَةٍ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُنَّ فَكُلُوهُ هُنَيْئًا مَرِيئًا﴾<sup>(3)</sup> يفيد منطوق هذه الآية الكريمة أن للزوج أن يأخذ من مهر زوجته ما تسمح به نفسها له رضاء واختيارا.

ويدل المفهوم المخالف لهذا المنطوق على حرمة أخذ شيء من مهر الزوجة دون رضاها. ومن أمثلة مفهوم الشرط في القانون الوضعي ما نصت عليه المادة 192 من القانون المدني الجزائري: "إذا كان تصرف المدين بعوض، فإنه لا يكون حجة على الدائن يكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم بعسره. كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين في حالة عسر. أما إذا كان التصرف الذي قام به المدين تبرعا، فإنه لا يحتج به على الدائن ولو كان المتبرع له حسن النية.

إذا كان المتبرع له حوّل بعوض المال الذي نقل إليه، فليس للدائن أن يتمسك بعدم الاحتجاج عليه بتصرف مدينه، إلا إذا كان الحال إليه والمتبرع له قد علما بغش المدين، هذا في حالة ما إذا تصرف المدين بعوض، وكذلك الحال إذا كان تصرف المدين بدون عوض وعلم الحال إليه بعسر المدين وقت صدور التصرف لصالح المتبرع له"<sup>(4)</sup>.

(1) - قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 28.

(2) - إن تعليق الحكم بالشرط يوجب وجود الحكم عند وجوب الشرط، ويوجب عكس الحكم عند عدم الشرط، وهو بهذا المعنى الشرط النحوي مثل: أن- إذا... وهو أقوى من مفهوم الصفة.

أنظر في هذا المعنى: الأمدي الإحكام: مصدر سابق، ج 3، ص 100/ الشوكاني: إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص 181/ فتحي الدريني: المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص 454.

(3) - سورة النساء، الآية 4.

(4) - القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 52.



## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار ولائتها على معانيها

فيلاحظ: اشتراط العلم بالغش، وعلم عسر المدين، وإلا فلا حجة على الدائن في كل ما سبق إلا بتوفر الشروط المنصوص عليها في هذا القانون.

**مفهوم الغاية: في هذه الحالة يدل تقييد حكم المنطوق بغاية على ثبوت نقيضه لما بعد الغاية.** (1)

ومن أمثلة ذلك قول الله ﷻ: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا مَحْلُ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ (2) تدل هذه الآية الكريمة بمنطوقها على تحريم المطلقة ثلاثا على زوجها المطلق حتى تتزوج غيره ويطلقها غير قاصد تحليلها لزوجها السابق.

بينما يفيد المفهوم المخالف لهذا المنطوق أن مدّة هذا التحريم ينتهي حتما بتزوجها زوجا آخر (3) ثم يتم انفصالها عنه بموت أو طلاق وتنقضي عدتها. (4)

ومن أمثلة مفهوم الغاية أيضا قول الرسول الكريم ﷺ: " لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول ". (5) يفيد هذا الحديث الشريف بمنطوق عبارته أن لا زكاة في مال قبل انقضاء سنة هجرية عليه.

بينما يدل بمفهوم المخالفة على وجوب الزكاة بعد مرور الحول، وهكذا، نخلص أن حكم ما بعد الغاية يكون مخالفا لما قبلها.

والأمثلة على مفهوم الغاية من نصوص القانون الوضعي كثيرة نذكر منها على سبيل المثال ما نصت

---

(1) -انظر في هذا المعنى، التلمساني: مفتاح الوصول، مصدر سابق، ص 118.

الأمدي: الإحكام، مصدر سابق، ص 1000/ الشوكاني: إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص 182/ محمد صبري السعدي: تفسير النصوص، مرجع سابق، ص 535/ فتحي الدريني: المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص 455.

(2) - سورة البقرة، الآية 230.

(3) - يقصد بتزوجها زوجا آخر: بناء حياة حقيقية تقوم على أساس المودة والرحمة لا مجرد تحليلها لزوجها الأول لقوله عليه الصلاة والسلام: "لعن الله المحلل والمحلل له".

(4) - وقد اشترط الحديث الشريف لهذا الحل أن يكون الزوج الثاني قد دخل بالمرأة دخولا حقيقيا حتى تحل لزوجها الأول فيما بعد، فقد قال رسول الله عليه الصلاة والسلام لمرأة أرادت الرجوع إلى مطلقها ثلاثا بعد زواجها من ثان لم يدخل بها: «لا، حتى تدوق عسيلته ويدوق عسيلتك».

(5) - قال رسول الله ﷺ: «من استفاد مالا فلا زكاة عليه حتى يحول عليه الحول». سنن الترميدي، كتاب الزكاة باب 10 ما جاء لا زكاة على المال المستفاد حتى يحول عليه الحول، ح 631 - قال الألباني: صحيح (25/3).

السنن: الترمذي، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار إحياء التراث العربي بيروت، 5 ج.

## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار ولائتها على معانيها

عليه المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري: «تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنتى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية»<sup>(1)</sup>.

فهذه المادة جعلت غاية تنتهي إليها الحضانة، والمفهوم المخالف أن بعد هذه المدة لا يمكن للأُم أن **تستأثر بالانفراد بالحضانة**، ومثاله أيضا النص الذي نجده في آخر كثير من القوانين الوضعية: «يعمل بهذا القانون إلى أن يصدر ما يخالفه».

حيث يدل منطوقه على ضرورة العمل بأحكام هذا القانون، بينما يفيد بمفهومه المخالف على وجوب وقف العمل به متى صدر قانون جديد يخالف أحكامه.

– مفهوم العدد: وهو دلالة النص الذي قيد الحكم فيه بعدد معين على انتفاء الحكم عما عداه.<sup>(2)</sup>

ويلاحظ أنه غالبا ما يرد مفهوم العدد في العقوبات، والكفارات، وفرائض الإرث.

ومثاله قول الله ﷻ: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ...﴾<sup>(3)</sup>

أفادت هذه الآية الكريمة بمنطوقها على وجوب جلد كل من الزانية والزاني مائة جلدة.

بينما دلّت بمفهومها المخالف على أن الزيادة أو النقص عن العدد لا يجوز شرعا ولا يعتبر حدا.<sup>(4)</sup>

ومثاله أيضا قول الله ﷻ: ﴿...فَمَنْ لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ...﴾<sup>(5)</sup>. حيث أفادت الآية الكريمة بمنطوق عبارتها على تقييد الكفارة بثلاثة أيام. بينما تدل بمفهوم المخالفة على عدم إجزاء الصيام بغير هذا العدد من الأيام.

ومن الأمثلة على مفهوم العدد في نصوص القوانين الوضعية ما جاء نص المادة 350 من قانون

(1) – قانون الأسرة الجزائري، ص 17.

(2) – زكي الدين شعبان: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 382/ محمد أديب صالح: تفسير النصوص، مرجع سابق، ص 617.

– انظر في هذا المعنى أيضا، التلمساني: مفتاح الوصول، مصدر سابق، ص 119.

(3) – سورة النور، الآية 02.

(4) – يلاحظ أن الزيادة في مقدار العقوبة تعتبر ظلما يلحق بالمحكوم عليه، بينما يعتبر النقص في مقدارها اهدار لها جزئيا وكلاهما مناقض لإرادة الشارع الحكيم.

(5) – سورة البقرة، الآية 196.

## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار ولايتها على معانيها

العقوبات الجزائي: «كل من اختلس شيئاً غير مملوك له، يعد سارقاً ويعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة من 500 إلى 20.000 دج»<sup>(1)</sup>

فإذا كان مؤدى نص المادة 350 عقوبات جزائي هو جنحة السرقة يعاقب عليها من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر، مع إمكانية الحكم بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 من قانون العقوبات الجزائري،<sup>(2)</sup> والمنع من الإقامة لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر، فإن الحكم الذي يتجاوز الحد الأقصى قانوناً لهذه العقوبة يعد خطأً في تطبيق القانون.

ومن أمثلة مفهوم العدد في نصوص التشريع الوضعي ما نصت عليه المواد الخاصة بمدد الاستئناف، والمعارضة والتماس إعادة النظر والنقض إذا وجد له سبب.<sup>(3)</sup>

(1) - احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، ص 150

(2) - المادة 14 من قانون العقوبات الجزائري تنص: يجوز للمحكمة عند قضائها في جنحة وفي الحالات التي يحددها القانون أن تحظر على المحكوم عليه ممارسة حق أو أكثر من الحقوق الوطنية المذكورة في المادة 9 مكرر "1" وذلك لمدة لا تزيد عن خمس (5) سنوات "

انظر: احسن بوسقيعة: المرجع السابق، ص 10.

(3) - انظر: في هذا الصدد المدد التي يجب خلالها ممارسة مختلف هذه الطعون المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية وكذا قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

والحقيقة أن في نصوص القانون الوضعي بمختلف فروعه أمثلة كثيرة لمفهوم العدد وخاصة منها نصوص القانون الجنائي المتعلقة بالعقوبات.

### المبحث الثاني: تقسيم الحنفية لطرق دلالات الألفاظ على المعنى.

قسم الأحناف دلالة اللفظ على المعنى إلى أربعة أنواع:

دال بعبارة النص ودال بإشارته ودال بدلالته ودال باقتضائه ويعدون ما عدا هذه الدلالات من المتمسكات الباطلة.<sup>(1)</sup>

ولقد ورد على لسان التفتزاني أحد أقطاب فقهاء الأحناف قوله: «ووجه ضبطه ( أي ضبط طرق الدلالة) أن الحكم المستفاد من النظم: إما أن يكون ثابتا بنفس النظم. الأول: إن كان النظم مسوقا له فهو العبارة، وإلا فهو الإشارة.

والثاني: إن كان الحكم مفهوما منه لغة فهي الدلالة، أو شرعا فهو الاقتضاء، وإلا فهو من المتمسكات الفاسدة»<sup>(2)</sup> وستتناول كل نوع من هذه الأنواع مع ذكر أمثلة لها من النصوص الشرعية والوضعية.

#### المطلب الأول: دلالة العبارة " عبارة النص".

يشتمل هذا المطلب على ثلاثة فروع: الأول: ماهية عبارة النص، الثاني: أمثلة عبارة النص، الثالث: عبارة النص في التشريعات الوضعية .

#### الفرع الأول: ماهية عبارة النص.

هي اللفظ الدال بنفسه على المعنى الذي سيق لإفادته سواء كان السوق أصليا أو تبعا<sup>(3)</sup>. فكل معنى يفهم من ذات اللفظ، واللفظ مسوق لإفادة هذا المعنى أصالة أو تبعا يعتبر من دلالة العبارة، ويطلق عليه

(1) - أنظر: أصول السرخي: مصدر سابق، ج 1، ص 255. / أصول البردوي مع كشف الأسرار، مصدر سابق، ج 1، ص 28 /

زكي الدين شعبان: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 365.

(2) - التفتزاني: التلويح على التوضيح، مصدر سابق، ج 1، ص 530

(3) - محمد مصطفى شليبي: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 475

## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار ولائتها على معانيها

أيضا المعنى الحرفي للنص أي المعنى المستفاد من مفردات الكلام وجمله.<sup>(4)</sup>  
وقال الإمام "السرخسي" عن الحكم الثابت بالعبارة: «فأما الثابت بالعبارة فهو ما كان السياق لأجله، ويعلم قبل التأمل أن ظاهر النص متناول له».<sup>(5)</sup>

### الفرع الثاني: أمثلة عبارة النص.

لما كان النص هو الثوب الذي يُلبسه الشارع للحكم الخاص المقصود من التشريع حيث يستعمل الألفاظ والعبارات التي تدل عليه، فإن الأمثلة على دلالة العبارة في الكتاب والسنة كثيرة ومتنوعة لا يمكن حصرها لأنه لكل نص شرعي معنى تدل عليه ظواهر ألفاظه.

نكتفي ببعض الأمثلة على ذلك كقول الله تبارك وتعالى في كتابه العزيز: ﴿... وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا...﴾<sup>(1)</sup>. فهذا النص يدل بلفظه وعبارته على حكمين:

أحدهما: حل البيع وتحريم الربا، وثانيهما: التفرقة بين البيع والربا. وسيقت الآية الكريمة لإفادة كل من هذين الحكمين... غير أن الحكم الثاني هو المقصود أصالة من سياقها لأنها نزلت للرد على أولئك الذين قالوا: ﴿... إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا...﴾<sup>(2)</sup>

أما الحكم الأول فهو مقصود من السياق تبعا ليتوصل به إلى إفادة الحكم المقصود أصالة. وعليه تكون دلالة هذا النص على كل من هذين الحكمين من قبيل دلالة العبارة.

ومثاله أيضا قول الله ﷻ: ﴿... فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْنًا وَثُلَاثًا وَرَبْعًا فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُعَدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ...﴾<sup>(3)</sup>.

(4) - عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 354

(5) - أصول السرخسي: مصدر سابق، ج 1، ص 236، وقال البزدوي في معرض الاستدلال بالعبارة: " والاستدلال بعبارة النص هو العمل بظاهر ما سبق الكلام له".

أنظر: أصول البزدوي مع " كشف الأسرار"، مصدر سابق، ج 1، ص 68.

(1) - سورة البقرة، الآية 275.

(2) - سورة البقرة، الآية 275.

(3) - سورة النساء، الآية 3.

## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار ولائتها على معانيها

لقد دلت هذه الآية الكريمة بعبارتها على ثلاثة معاني<sup>(4)</sup>.

-إباحة الزواج ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ .

-أن لا يجوز الجمع بين أكثر من أربع زوجات في نفس الوقت بشرط عدم الخوف من ظلمهن ﴿مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبْعَ﴾ .

-الاقتصار على زوجة واحدة عند خوف الجور ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُعَدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ .

وكل هذه المعاني الثلاثة، دل عليها النص القرآني، وهي مستفادة من عباراته ومقصودة من سياقه، غير أن إباحة الزواج، وهو المعنى الأول مقصود تبعا لسبق العلم به، وإنما جاء للتمهيد للحكمين التاليين المقصودين أصالة من سوق الآية الكريمة كما علم ذلك من أسباب النزول<sup>(1)</sup>

والخلاصة التي يمكن استنتاجها من تلك الأمثلة السابقة، هي أن عبارة النص قد تشتمل على حكمين أو أكثر قد يكون كل منها مقصودا، غير أن بعضها يكون مقصودا أصالة بينما يكون البعض الآخر مقصودا تبعا. ويعتبر النص دالا بالعبارة في هذه الأحكام كلها مادام المشرع قد قصدتها كلها في تشريعه للنص. ونميز بين قصد المشرع إن كان أصالة أو تبعا بالقرائن الخارجية أو بسياق النص نفسه.

### الفرع الثالث: عبارة النص في التشريعات الوضعية.

إن الأمثلة على المفهوم من عبارة النص في القوانين الوضعية لا تدخل تحت الحصر، فهي كثيرة جدا. والسبب في ذلك أنه لكل نص قانوني معنى خاص تدل عليه عبارته دلالة واضحة.

ويكفي أن نقرأ أي نص من أية مجموعة قانونية، حتى نفهم من نفس الألفاظ المكونة له المعنى الذي يقصده المشرع أصالة: وهكذا فبمجرد قراءة نص المادة 160 عقوبات<sup>(2)</sup> والتي مؤداها: «يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات، كل من قام عمدا وعلانية بتخريب، أو إتلاف، أو تدنيس المصحف الشريف».

<sup>(4)</sup> - فتحي الدريني: المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص 302 وما بعدها. / عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 355.

<sup>(1)</sup> - أنظر: الطبري: تفسير الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، مصدر سابق، ج 7، ص 531 وما بعدها / القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج 5، ص 11 وما بعدها/ ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، مصدر سابق، ج 2، ص 183 وما بعدها.

<sup>(2)</sup> - احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 68

## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار ولائها على معانيها

فهي ألفاظ واضحة ومحدد مقصدها، والذي هو صون المصحف الشريف من أي وسيلة تفضي إلى التعدي على هذا الكتاب المقدس الذي هو القرآن الكريم.

وقيد العلانية في المادة كون القضاء يحكم على السلوك الظاهر، أما السرائر ومكنون الصدور فالحكم فيها لله سبحانه.

### المطلب الثاني: دلالة الإشارة.

يعرض هذا المطلب تعريف دلالة الإشارة في الفرع الأول، ثم بيان أمثلة وتطبيقات لدلالة الإشارة في الفرع الثاني .

### الفرع الأول: تعريف دلالة الإشارة.

دلالة الإشارة - أو إشارة النص - هي دلالة اللفظ على معنى أو حكم غير مقصود لا أصالة ولا تبعاً، لكنه لازم متأخر للحكم أو المعنى الذي سبق النص من أجله.<sup>(1)</sup>

ودلالة الإشارة بهذا المعنى قد تكون ظاهرة يمكن فهمها بأدنى تأمل، وقد تكون خفية يحتاج فهمها إلى دقة النظر ومزيد من التفكير والتأمل<sup>(2)</sup> ولهذا كانت محل اختلاف كبير بين الأصوليين بسبب تفاوتهم في إدراك معانيها، وترتب عن ذلك أخذ عدة أحكام متفاوتة ومختلفة من العبارة الواحدة.

ومن أمثلة الإشارة الظاهرة قول الله تعالى: ﴿أَجَلٌ لَكُمْ لَيْلَةَ الصَّيَامِ الرَّفْتُ إِلَى نِسَائِكُمْ...﴾<sup>(3)</sup>. فتدل هذه الآية الكريمة على إباحة الاستمتاع بالزوجات في كل لحظة من لحظات ليالي الصيام إلى

(1) - نظر في هذا المعنى أصول البزدوي: مع كشف الأسرار، مصدر سابق، ج 1، ص 68/ محمد أديب صالح: تفسير النصوص، مرجع سابق، ص 478

ولقد عرفه عبد الوهاب خلاف بقوله: «المراد بما يفهم من إشارة النص المعنى الذي لا يتبادر فهمه من ألفاظه، ولا يقصد من سياقه ولكنه لازم للمعنى المتبادر من ألفاظه فهو مدلول اللفظ بطريق الالتزام.....». علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص 145.

(2) - عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 356/ محمد مصطفى شلي: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 479-480

(3) - سورة البقرة، الآية 187.

## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار ولائها على معانيها

طلوع الفجر. (1)

وهو المقصود الأول بالسوق، فهو مدلول عبارة النص أصالة غير أنه يلزم من جواز الاستمتاع بالزوجة في آخر لحظة من الليل فيطلع الفجر قبل التمكن من الاغتسال أن يصبح الصائم جنباً، فصحة الصوم مع الجنابة هو مدلول إشارة النص. (2) وهو حكم لم تسق الآية الكريمة لإفادته وإنما هو حكم لزومي ترتب حتماً على الحكم المقصود أصالة من سياق الآية الكريمة.

ومن أمثلة الدلالة بالإشارة الخفية التي تحتاج إلى دقة الفهم وعمق التأمل قول الله ﷻ: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا...﴾ (3). مع قول الله ﷻ: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ...﴾ (4)

فالمقصود من الآيتين الكريمتين الوصية بالوالدين، وبيان فضل الأم وما تقاسيه من الآلام في الحمل والإرضاع، وكل من الآيتين يدل على هذا الحكم دلالة عبارة. غير أنه يفهم منها أيضاً وبطريق الإشارة أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، لأن الآية الأولى قدرت مدة الحمل ومدة الفصال (5) بثلاثين شهراً. وقدرت الآية الثانية الفصال بحولين فيكون الفرق بين المدتين ستة أشهر. وهي المدة المتفق على أنها أقل مدة الحمل. ولقد خفي فهم هذا المعنى على أكثر الصحابة رضوان الله عليهم، فلم يتوصل إليه إلا الإمام عبد الله

(1) - أنظر: ابن العربي: ان الآية نزلت في شأن " عمر " رضي الله عنه لما روى أبو داود في أبواب الآذان قال: " جاء عمر رضي الله عنه فأراد أهله، فقالت إني قد نمت فظن أنها تعتل فأتاها فلما أصبح نزلت هذه الآية الكريمة. للمزيد من الإيضاح: أنظر: أحكام القرآن، مراجعة وتعليق: محمد عبد القادر عطا، ط3، 1424-2003، دار الكتب العلمية، بيروت، ج1، ص127.

(2) - فهم هذا الحكم ابن عباس بسبب ما أعطى من فقه في الدين. وأخرج ابن ماجه في سننه رواية عن نافع قال: سألت أم سلمة عن الرجل يصبح وهو جنب يريد الصوم- قالت: " كان رسول الله ﷺ يصبح جنباً من الوقاع لا من الاحتلام ثم يغتسل ويتم صومه ".

انظر: ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مصدر سابق، ج1، ص، 294

(3) - سورة الأحقاف، الآية 15.

(4) - سورة لقمان، الآية 14.

(5) - الفصال: هو الفطام عن الرضاع.



## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار والائتها على معانيها

بن عباس. <sup>(1)</sup> ولما أظهره إليهم استحسونه <sup>(2)</sup> واعتمدوه.

ومن أمثلة إشارة النص الظاهرة أيضا قول الله ﷻ في بيان حكم نفقة الوالدات المرضعات: ﴿... وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ...﴾ <sup>(3)</sup>.

تدل هذه الآية الكريمة بعبارتها على أن نفقة الوالدات المرضعات تكون واجبة لهن على أب المولود. وتدل أيضا بإشارتها على أن الله سبحانه وتعالى قد ألحق نسب الولد بأبيه حيث عبر عنه "المولود له". كما تدل أيضا بإشارتها على أن نفقة المولود تكون واجبة على أبيه دون أمه.

### الفرع الثاني: أمثلة دلالة الإشارة في نصوص القوانين الوضعية.

تدل عبارات كثيرة من النصوص القانونية على أحكام، وتشير في نفس الوقت إلى أحكام أخرى لم يقصدها المشرع من وراء النص، ولكنها ملازمة للحكم الذي وضع هذا النص من أجله. وهو ما يعبر عنه رجال القانون من قضاة ومحامين وفقهاء بقولهم: "النص صريح في كذا، ويؤخذ منه بطريق الإشارة كذا".

ومن الأمثلة على ذلك ما نصت عليه المادة 1/339 من قانون العقوبات الجزائري بقولها: "يقضي بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا" ... وتنص نفس المادة 4/339 "..... ولا تتخذ الإجراءات لإبناء على شكوى الزوج المضرور، وإن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة". <sup>(4)</sup>

يفيد هذا النص بعبارة أنه لا يجوز تحريك الدعوى العمومية إلا بناء على شكوى الزوج المحني عليه.

<sup>(1)</sup>— اختلفت الروايات حول من فهم هذا المعنى، فبعض الفقهاء قال: "عبد الله بن عباس" والبعض الآخر قال: "علي بن أبي طالب" بعد وقوع الحادثة التالية: "روي أن امرأة ولدت لستة أشهر من وقت الزواج فرفع زوجها ذلك إلى عمر وفي رواية أخرى إلى عثمان رضي الله تعالى عنهما. فهم برجمها فقال علي بن أبي طالب كرم الله وجهه (أو عبد الله بن عباس رضي الله عنه): "إما أما لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم (أي غلبتكم في الخصومة): قال الله تعالى: "وحمله وفصاله ثلاثون شهرا" وقال عز اسمه: "وفصاله في عامين"، فإن ذهب للفصل عاما. لم يبق للحمل إلا ستة أشهر فأخذ عمر أو عثمان بقوله وأثنى عليه ودرأ عنها الحد.

أنظر: كتاب الأصول للسرخسي: مصدر سابق، ج 1، ص 237.

<sup>(2)</sup>— تفسير القرطبي، مصدر سابق، ج 16، ص 193

<sup>(3)</sup>— سورة البقرة، الآية 233.

<sup>(4)</sup>— احسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق نص 145

## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار ولائتها على معانيها

ويدل بإشارته على أن زنا أحد الزوجين يعتبر اعتداء على حق الزوج الآخر وليس اعتداء على حق المجتمع.

وهذا المعنى ملازم للمعنى السابق رغم أن المشرع لم يقصده عند صياغة هذه المادة. ومما يؤيد هذا القول أنه لا يجوز للنيابة العامة تحريك الدعوى إلا بناء على شكوى من الزوج المتضرر وأن سحب شكواه يجعل حدا للمتابعة.

### المطلب الثالث: دلالة النص.

يستعرض هذا المطلب: تعريف معنى دلالة النص في فرع أول، ثم يستظهر أمثلة لدلالة النص في القوانين الوضعية في فرع ثان.

### الفرع الأول: تعريف دلالة النص.

المقصود منها: أن اللفظ الوارد في النص يفيد ثبوت حكم الواقعة المنطوق بها لواقعة أخرى مسكوت عنها لاشتراكهما في المعنى يدرك العالم باللغة أنه العلة التي استوجبت ذلك الحكم<sup>(1)</sup>.

**وتوضيح هذا القول، هو أنه إذا كان الكلام يدل بلفظه وعباراته على حكم في واقعة معينة ووجدت واقعة أخرى تساوي الأولى في العلة، أو تظهر العلة بشأها أشد تحقيقاً ووضوحاً، وكان هذا التساوي أو الظهور يفهم بمجرد فهم اللغة دون حاجة إلى التأمل الطويل، فيتبادر إلى الفهم أن الحكم المنصوص عليه يثبت للمسكوت عنه.**

ولقد قرر الإمام السرخسي في هذا المقام ما نصه: «فأما الثابت بدلالة النص: هو ما ثبت بمعنى النظم لغة، لا استنباطاً بالرأي»<sup>(2)</sup>.

ولقد اشتهرت دلالة النص " بدلالة الدلالة" لأن الحكم الثابت بما لا يفهم من اللفظ وحده كما في عبارة النص، وإنما يفهم من اللفظ بوساطة مناطه وعلته<sup>(3)</sup>. وسماها فقهاء المالكية "فحوى الخطاب" لأن فحوى الكلام هو مقصده ومعناه.

(1) -فتحى الدريني: المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص312. وذكر بعض الفقهاء " دلالة النص هي الجمع بين المنصوص وغير

المنصوص بالمعنى اللغوي" أنظر: كشف الأسرار على البزدوي، ج1، مصدر سابق، ص73

(2) -أصول السرخسي: مصدر سابق، ج1، ص241.

(3) -زكي الدين شعبان: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص373/ محمد أديب صالح: تفسير النصوص، مرجع سابق،

ص517.

## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار ولائها على معانيها

وسماها بعض الشافعية " مفهوم الموافقة " لأن مدلول اللفظ في محل النطق موافق لمدلوله في محل السكوت، فيكون المسكوت عنه موافقا في الحكم للمنطوق به. (1) وجعلها الإمام الشافعي في -الرسالة- من القياس وخصّها باسم القياس الجلي. (2)

وعلى كل حال فالخلاف الواقع بين الفقهاء ينحصر في التسمية والاصطلاح لهذا الطريق من طرق الدلالة على الحكم ولا يتعداه إلى المفهوم.

ومن الأمثلة على دلالة النص قول الله ﷻ ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾. (3)

**تدل هذه الآية الكريمة بعبارتها على تحريم أكل أموال اليتامى ظلما، وعلّة هذا التحريم التي تتبادر إلى الذهن بمجرد المعرفة باللغة، وهي الاعتداء على مال اليتيم العاجز عن المحافظة عليه.**

وهذه العلة متحققة أيضا في أمور أخرى سكت الشارع الحكيم عنها كإتلاف مال اليتيم أو إحراقه أو اختلاسه. وهذا المعنى مفهوم من النص لغة دون حاجة إلى اجتهاد كبير أو تأمل طويل.

وبذلك يكون النص قد حرّم إتلاف مال اليتيم وإحراقه واختلاسه بطريق الدلالة لأن كل هذه الأمور تستوي مع ما ورد في الآية الكريمة بأهما اعتداء على مال القاصر العاجز عن دفع الاعتداء عنه. (4)

هذا، وتجدر الإشارة إلى أنه إذا وقع تعارض ظاهري بين دلالة الإشارة ودلالة النص وجب تقديم الدلالة الأولى على الثانية، لأن الإشارة تدل على الحكم باللفظ نفسه وصيغته بينما دلالة النص تستفاد من

(1) - عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 361.

(2) - فرق جمهور الفقهاء بين القياس وبين دلالة النص، واستدلوا بأن العلة في دلالة النص ثابتة في الأصل بطريق اللغة، وفي المسكوت عنه بطريق الأولى أو التساوي، فهي لا تحتاج في الاستنباط إلى الاجتهاد أو التأمل. ويمكن إدراكها من الفقيه وغير الفقيه، أما القياس فالعلة فيه لا تعرف إلا بالاجتهاد واستنباطها بمسلك من مسالكها المعروفة ولا يكفي في معرفتها العلم باللغة. ويرى الأستاذ محمد صبري السعدي أن تسميتها "بدلالة الفحوى". بمعنى فحوى النص، يميزها عن دلالة العبارة، ودلالة الإشارة، ودلالة الاقتضاء.

أنظر: محمد صبري السعدي: تفسير النصوص، مرجع سابق، ص 515.

(3) - سورة النساء، الآية 10.

(4) - انظر في هذا المعنى: محمد أديب صالح، تفسير النصوص، مرجع سابق، ص 516. فتحى الدريني: المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص 380 وما بعدها.

## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار ولائها على معانيها

كون العلة سند الحكم الوارد في النص، تكون متوافرة في الحالة المسكوت عنها، فيتعين إعمال الحكم بشأها أيضا. ومثاله قول الله تعالى: ﴿...وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ...﴾<sup>(1)</sup>.

دلّت هذه الآية الكريمة بعبارتها على وجوب الكفارة في القتل الخطأ، ويفهم منها أيضا عن طريق دلالة النص، وجوب الكفارة في القتل العمد بالطريق الأولى، ولما كان الخطأ عذر مسقط للحقوق فلا يصلح بتاتا أن يكون علة للوجوب.

لهذا وجبت الكفارة في القتل الخطأ للزجر عن القتل ولم تجب للخطأ، ولما كان الأمر كذلك، كان وجوبها في القتل العمد أولى لكون الداعي فيه إلى الزجر أكثر تأكيدا، لأن الخطأ فعل من غير قصد، والعمد فعل مع القصد، فإذا وجبت الكفارة للزجر عمّا لا قصد فيه كان وجوبها فيما يتحقق فيه القصد أولى وأنسب.<sup>(2)</sup>

### الفرع الثاني: أمثلة دلالة النص في نصوص التشريعات الوضعية.

إنه من المفيد أن نذكر بعض الأمثلة من دلالة النص أو دلالة الدلالة من نصوص القانون الوضعي وهكذا، فلقد نصت المادة 368 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: " لا يعاقب على السرقات التي ترتكب من الأشخاص المبينين فيما بعد ولا تخول إلا في التعويض المدني:

1-الأصول إضرارا بأولادهم أو غيرهم من الفروع.

2-الفروع إضرارا بأصولهم.

3-أحد الزوجين إضرارا بالزوج الآخر.<sup>(3)</sup>

فهذه المادة تقضي على أنه في حالة السرقة بين الأصول والفروع وبين الزوجين فإنها لا تقام الدعوى العمومية إلا إذا تقدم المجني عليه بشكوى، والحكمة في ذلك هي المحافظة على كيان الأسرة من التصدع والانفكاك.

وهذه العلة متوفرة أيضا في حالي جريمة النصب وجريمة خيانة الأمانة، وهي حالات لم يرد لها حكم في النص السابق.

(1) - سورة النساء، الآية 92.

(2) - زكي الدين شعبان: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 379.

(3) - أحسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 157.



## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار ولائها على معانيها

يفيد هذا الحديث الشريف بظاهر عبارته رفع كل من الخطأ والنسيان والمستكره عليه من الأمور عن الأمة بحيث أنها لا تقع فيه. وهذا من المحال لأنه يستحيل بدهاة رفع الخطأ أو النسيان أو الأمر المستكره عليه. وبذلك كان المعنى الظاهر للحديث الشريف لا يطابق الواقع.

ولما كان الرسول ﷺ لا ينطق عن الهوى كان كل ما يقوله حقاً وصدقاً، كان لا بد لصدق هذا الكلام من تقدير معنى زائد عن المعنى الذي دل عليه الحديث بعبارته ليستقيم ويطابق الواقع، فتعين تقدير محذوف هو كلمة "ثم" فيكون معنى الحديث الشريف رفع عن أمي ثم مخالفة الحكم متى وقعت نتيجة خطأ أو نسيان أو إكراه. وبهذا التقدير يتفق الكلام مع الواقع ولا يخالفه.

### 2- ما وجب تقديره لصحة الكلام عقلاً:

ومثاله قول الله ﷻ: ﴿وَسَأَلِ الْقَرْيَةَ الَّتِي كُنَّا فِيهَا...﴾<sup>(1)</sup> حيث تدل هذه الآية الكريمة بظاهر عبارتها على توجيه السؤال إلى القرية.

ولما كان السؤال يتطلب جواباً، وهذا ممنوع عملاً لأن القرية لا يمكن توجيه السؤال إليها فضلاً عن كون الإجابة غير منتظرة منها. استلزم الأمر تقدير معنى متقدم يستقيم به منطوق الجملة عقلاً وهو: "أهل" فيكون المقصود من قول المولى تعالى ﴿وَسَأَلِ الْقَرْيَةَ﴾ وبهذا التقدير يصح المعنى ويستقيم، والى هذا القول ذهب الإمام الزمخشري.<sup>(2)</sup>

### 3- ما وجب تقديره بصحة الكلام شرعاً:

ومثاله قوله ﷻ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمْ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضْعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبِّبَاتُكُمْ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا

صحيح البخاري، كتاب العتق، باب 6 الخطأ والنسيان في العتاقة والطلاق ونحوه ولا عتاقة إلا لوجه الله، ح 2391- (894/2).

الجامع الصحيح: البخاري، تحقيق وتعليق مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير اليمامة بيروت، ط3، 1407 - 1987، ج 6.

<sup>(1)</sup> - سورة يوسف، الآية 82

<sup>(2)</sup> - قال الزمخشري: "معنى أسأل القرية، أرسل إلى أهلها فسلهم عن كنه القصة"، أنظر: الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وغيوب الأقاويل من وجوه التأويل، مصدر سابق، ج2، ص496.

دَخَلْتُمْ بِهِمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَّيْلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ... ﴿١﴾

واضح أن إسناده التحريم إلى النساء المذكورات في الآية الكريمة، وهو المفهوم من ظاهر عبارة الآية لا يستقيم شرعا لأن التحريم لا ينصب على الذوات وإنما على الفعل المتعلق بهن وهو هنا " الزواج ".  
وقد أجمع المفسرون على أن هذه الآية الكريمة قد دلت اقتضاء على مقدر محذوف هو " الزواج " فكان الحكم الثابت منها هو تحريم الزواج بمن عددهم من النساء.

#### الفرع الثاني: مدلول دلالة الاقتضاء:

لما كانت دلالة الاقتضاء، هي دلالة النص بأمر زائد، اقتضت تقديره في الكلام ضرورة صدق واستقامة معناه عقلا وشرعا، كان الحكم الثابت بالاقتضاء حكما ثابتا شرعا كثبوته بالعبارة أو الإشارة أو النص.

غير أنه لا ينبغي أن يفهم من هذا، أن دلالة الاقتضاء تساوي من حيث قوة الدلالات الثلاث الأخرى، بل إنها أضعفها لأن الثابت بما لم يدل عليه اللفظ بصيغته ولا بمفهومه اللغوي، وإنما استدعته الضرورة لصدق الكلام وصحته،<sup>(٢)</sup> بخلاف الثابت بالأنواع الثلاثة الأخرى فهو ثابت لغة فحسب.  
ولا يظهر أثر تفاوت هذه الدلالات الأربع إلا عند التعارض الظاهري بينها.  
ولقد رتب الأحناف هذه الأنواع حسب قوة دلالتها وضعفها فقالوا: " إن دلالة العبارة أقوى من دلالة الإشارة، ودلالة الإشارة أقوى من دلالة الدلالة (أي دلالة النص) وهذه الأخيرة أقوى من دلالة الاقتضاء".<sup>(٣)</sup>

**ومن أمثلة دلالة الاقتضاء في القانون الوضعي ما ورد في المواد من قانون الأسرة الجزائري:**

المادة 27 من قانون الأسرة الجزائري: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"

المادة 28 من قانون الأسرة الجزائري: "يعد الطفل الرضيع ولدادون إخوته وأخواته ولدا للرضعة وزوجها وأخا لجميع الأولاد ويسري التحريم عليه وعلى فروعه".

المادة 29 من قانون الأسرة الجزائري: " لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء

(١) - سورة النساء، الآية 23.

(٢) - زكي الدين شعبان: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 377

(٣) - محمد مصطفى شلي: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 488

## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار ولائتها على معانيها

كان اللبن قليلا أو كثيرا".

ما ورد في المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص: "يحرم من النساء مؤقتا المحصنة والمعتدة من طلاق أو وفاة والمطلقة ثلاثا، والتي تزيد على العدد المرخص به شرعا.

ويحرم الجمع بين الأختين، وبين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم من الرضاع"

فصيغة المواد<sup>(1)</sup>: "يحرم" أي يحرم "نكاح" أو "زواج" الشخص رجلا كان أو امرأة ممن ذكر بعد ذلك، وهذا المعنى دل عن طريق الاقتضاء، لأن التحريم لا يقع على الذوات وإنما يقع على الأفعال المتعلقة بها، والفعل الذي ينبغي تقديره هنا هو "الزواج" أو "النكاح".

ومن خلال هذه المواد يظهر أن دلالة الاقتضاء ضرورية لتفسير النصوص الشرعية والقانونية على حد سواء، حتى يستقيم المعنى، وتتم دلالة النصوص بوجه طبيعي.

### الفرع الثالث: دلالة الاقتضاء بين الجمهور والأحناف.

سبق القول أن المالكية ومن وافقهم من فقهاء علم الأصول قد قسموا الألفاظ حسب دلالتها على معانيها إلى قسمين: دلالة المنطوق ودلالة المفهوم.

ودلالة المنطوق: هو ما دل عليه اللفظ في محل النطق، وهو بذلك يشمل كل من دلالة العبارة ودلالة الإشارة ودلالة الاقتضاء عند الأحناف.

أما دلالة المفهوم: هي أنها دلالة اللفظ على حكم لم يذكر في الكلام ولم ينطق به، وهو عند القائلين به نوعان: مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة.

أما مفهوم الموافقة، فهو دلالة اللفظ على ثبوت حكم المنطوق للمسكوت عنه لاشتراكهما في علة الحكم التي تفهم بمجرد معرفة اللغة من غير حاجة إلى تأمل طويل، وهي ذات ما يسمى بدلالة النص أو دلالة الدلالة عند الأحناف.

أما مفهوم المخالفة أو دليل الخطاب - كما يسميه بعض الأصوليين فهو دلالة اللفظ على ثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه لانتفاء قيد من القيود المعتبرة في حكمه - وهو ما يطلق عليه الأحناف: "تخصيص الشيء بالذكر".

(1) - أنظر هذه المواد 27، 28، 29، 30 في قانون الأسرة الجزائري، ص 10



## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار ولائها على معانيها

ويتضح مما سبق، أن الاتفاق حاصل بين علماء الأصول على اختلاف مذاهبهم المعروفة بشأن الأخذ بحجية الدلالات الأربع المشار إليها، وإن اختلفوا فيما أطلقوه عليها من تسميات، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن الإجماع واقع على الأخذ بمفهوم المخالفة في نصوص المصنفات الفقهية والمؤلفات العلمية وكذلك نصوص القانون الوضعي وبنود عقود الناس، وتصرفاتهم القولية والفعلية<sup>(1)</sup>، ولكنهم انقسموا بخصوص الاعتداد بمفهوم المخالفة كمنهج أصولي لاستنباط الأحكام الشرعية من الكتاب والسنة إلى فريقين:<sup>(2)</sup>

— يرى الفريق الأول- ويمثله الجمهور من الفقهاء<sup>(3)</sup> ضرورة الأخذ بمفهوم المخالفة والعمل به في إثبات الأحكام وقواعد الاستنباط في كل من الكتاب والسنة<sup>(4)</sup>.

— ويستبعد الفريق الثاني- ويمثله الأحناف- الأخذ بمفهوم المخالفة في شأن النصوص القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة ويعتبرونه من الاستدلالات الزائدة التي لا تدعو إليها الحاجة<sup>(5)</sup>.

ولقد ثار الجدل بين الفريقين واشتد أمره على مر الزمن، وغالى كل فريق في تأييد ما ذهب إليه بحجج اعتبرها حاسمة، وهكذا، فلقد استدل القائلون بمفهوم المخالفة بحجج عقلية وأخرى عقلية:

- فمن الحجج العقلية التي اعتمدها أن المؤلف في أساليب اللغة هو أن تقييد الحكم بقيد يدل على انتفاء هذا الحكم حيث ينتفي القيد<sup>(6)</sup>.

— ومن الحجج العقلية التي قال بها المناصرون للأخذ بمفهوم المخالفة أن القيود التي ترد في النصوص الشرعية لا بد وأن تكون لفائدة، فالشارع الحكيم لا يقيد الألفاظ بالوصف أو الشرط أو العدد أو الغاية عبثاً وإنما يكون ذلك لحكمة.

ولا فرق في هذا بين النص الشرعي وغيره من عبارات النص، طالما لم تكن هناك قرينة تدل على أن

(1) - ابن الهمام: التحرير بشرح التقرير والتحجير، طبع مصطفى الباي الحلبي، مصر، 1350هـ، ج1، ص177/ فتحي الدريني: المناهج الأصولية، مصدر سابق، ص436

(2) - محمد أديب صالح: تفسير النصوص، مرجع سابق، ص665

(3) - يقصد بجمهور الفقهاء في هذا الشأن: المالكية والشافعية والحنابلة ومن وافقهم ما عدا الأحناف.

(4) - عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص156-157 وذهب إلى هذا القول أيضاً: الظاهرية والمعتزلة والإمام الغزالي والآمدني من الشافعية.

(5) - زكي الدين شعبان: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص384

(6) - محمد صبري السعدي: تفسير النصوص، مرجع سابق، ص545.

## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار ولائها على معانيها

هذه القيود قد وردت لغرض آخر، كالتفخيم أو المدح أو الذم أو الجري مجرى الغالب أو الامتنان أو جوابا عن سؤال متعلق بحكم خاص، حيث لا يحتج بالمفهوم المخالف للحكم الوارد في النص في هذه الحالات.<sup>(1)</sup> واعتمد النافون لحجية مفهوم المخالفة على عدة أدلة:<sup>(2)</sup> غير أن أظهرها ثلاثة.<sup>(3)</sup>

1- انه ليس من المطرد في أساليب اللغة العربية ثبوت نقيض حكم المنطوق المسكوت عنه، ويستدل على هذا أن من قال لغيره: إذا جاءك أبي صباحا فأرشدته إلى دار فلان- لا يفهم منه أنه إذا جاءه مساء لا يرشده.

وعلى هذا فإذا كانت دلالة المنطوق على المسكوت ليست قطعية، فلا يمكن أن يكون النص الشرعي حجة عليه بمجرد احتمال هذه الدلالة، خاصة إذا علمنا أن الأصل في الاحتجاج بالنصوص الشرعية هو الاحتياط، والاحتياط يقضي بعدم الأخذ بمفهوم المخالفة.<sup>(4)</sup>

2- إن كثيرا من النصوص الشرعية التي دلت على الحكم في الوقائع المقيدة، ثبت لها نفس الحكم في الوقائع التي انتفى عنها القيد، ومثال ذلك قول الله ﷻ: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمْ الَّذِينَ كَفَرُوا...﴾.<sup>(5)</sup>

فقصر الصلاة في هذه الآية الكريمة، مشروط بالخوف بحالة السفر، وهذا ما فهمه منها يعلى بن أمية حيث قال لعمر بن الخطاب رضي الله عنهما: «ما بالنا نقصر وقد أمّنا» فأجابه عمر: «عجبت مما عجبت منه» فسأل عمر بن الخطاب ﷺ الرسول ﷺ وسلم متعجبا: «مالنا يا رسول الله نقصر وقد أمّنا فأجابه الرسول الكريم **صدق الله بما عليكم فاقبلوا صدقته**».<sup>(6)</sup>

<sup>(1)</sup> -الشوكاني: إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص 179-180. / التلمساني: مفتاح الوصول إلى علم الأصول، مصدر سابق، ص 115. / فتحى الدريني: المناهج الأصولي، مرجع سابق، ص 427.

<sup>(2)</sup> - عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص 158

<sup>(3)</sup> -عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 372

<sup>(4)</sup> -المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

<sup>(5)</sup> - سورة النساء، الآية 101.

<sup>(6)</sup> -عَنْ يَعْلَى بْنِ أُمِيَّةَ قَالَ قُلْتُ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ( لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمْ الَّذِينَ كَفَرُوا ) فَقَدْ آمَنَ النَّاسُ فَقَالَ عَجِبْتُ مِمَّا عَجِبْتَ مِنْهُ فَسَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ - عَنْ ذَلِكَ. فَقَالَ « صَدَقَ اللَّهُ بِهَا عَلَيْكُمْ فَاقْبَلُوا صَدَقَتَهُ ». صحيح مسلم، ك، باب 1، ح 1605 - ( 2 / 143 )

الجامع الصحيح: مسلم، دار الجليل ودار الأفاق، بيروت، 8 ج .

## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار ولائها على معانيها

ويلاحظ في هذا الصدد أن الحديث الشريف، قد جاء ليقر أمرا كان ساريا قبل وروده ألا وهو قصر الصلاة عند السفر سواء كانت ثمة خيفة أم لم تكن.

وواضح أن في هذا المثال دليل آخر يدل على عدم قطعية الأخذ بمفهوم المخالفة.

3- لما كان القيد الوارد في الكلام لا بد له من فائدة، وأن فائدة نفي حكم المنطوق عن المسكوت عنه لا يصار إليه إلا إذا انتفت جميع الفوائد الأخرى، فلا يطبق هذا القول في كلام الشارع الحكيم، لأن للقيد في النصوص الشرعية من الكتاب والسنة مقاصد كثيرة على خلاف مقاصد البشر، إذ لا يمكن حصرها، ولهذا فإنه وإن جاز الأخذ بمفهوم المخالفة في خصوص كلام الناس ومعاملاتهم، فإن ذلك يمتنع فيما يخص الكتاب الكريم والسنة النبوية المطهرة.<sup>(1)</sup>

والمستخلص من مقارنة أدلة الفريقين، هو أن ما تمسك به النافون لحجية مفهوم المخالفة لا يعتبر استدلالا في الحقيقة، وإنما هو رد ودحض وإبطال لما استدل به المناصرون لحجية هذا المفهوم.

وهذا كما يقول محمد مصطفى شلي: «يتفق مع المنطق، فإذا كان مدعي وجود الشيء هو المطالب بإثبات الدليل، فإن النافي لهذا الوجود يتمسك بالأصل الذي هو في موضوعنا عدم وجود نص، وبالتالي فإنه لا يطالب بإثبات الدليل».<sup>(2)</sup>

واستكمالا للعرض العلمي الموضوعي الذي نريد أن نوضحه، بعد استعراض هذه الأدلة الفقهية فإنه من الجدير أن ألقى ضوءا كاشفا ولو كان خافتا عن وجود مدرسة ثالثة ظهرت هي مدرسة الإمام الشاطبي التي تركز على رعاية مصالح العباد المادية والمعنوية والفردية والجماعية، وهي تنظر إلى المصالح في رتبها الثلاث الضروريات، والحاجيات، والتحسينيات.

ولذلك كان العلم بمقاصد الشريعة واسرار التشريع في غاية الأهمية، وهذا الجانب المهم هو الذي أغفله علماء الأصول، حتى جاء الامام الشاطبي فلخص هذا الفن وجعله يقوم على دعامين هما:

(1)- محمد صبري السعدي: تفسير النصوص، مرجع سابق، 549/ عبد الوهاب خلاف: علم اصول الفقه، مرجع سابق، ص156.

(2)- محمد مصطفى شلي: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص507.

## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار ولائها على معانيها

- العلم باللغة العربية وأساليبها المختلفة وفهم دلالات الألفاظ التي كان العرب يتخاطبون بها.

- فهم مقاصد الشريعة وأنها قائمة على رعاية مصالح العباد في الدنيا والآخرة.<sup>(1)</sup>

والملاحظ أنّ الدعامة الأولى أبدع فيها الأصوليون أصحاب المدرستين السابقتين، أمّا الدعامة الثانية فإن فضل التطوير والتفصيل كان السبق فيها للإمام الشاطبي.

فهذا التنوع في الطرح من طرف هذه المدارس من حيث النظر إلى دلالات الألفاظ، والاهتمام بمقاصد الشارع، يتم عن عبقرية العقل المسلم في الإبداع والتنظير.

مما تقدم نستخلص أنه لكي يمكن إستنباط أحكام النصوص الشرعية وفهمها فهما صحيحا، لابد أن يراعي المفسر مقتضى الأساليب في اللغة العربية وطرق الدلالة فيها، وكذلك معرفة دلالة الألفاظ على المعاني ومقاصد الشريعة.

ولما كانت قوانين الدول العربية قد سّنت باللسان العربي المبين، فإن لهذه الضوابط والقواعد أهمية بالغة لكي يتوصل المرء إلى فهم نصوص هذه القوانين، إذ لا اختلاف في ذلك بين طريقة فهم نصوص الكتاب والسنة ونصوص القوانين، لأن كلا من النصوص الشرعية والقانونية مكوّنة من عبارات عربية، ومصوغة بما يقتضيه اللسان اللغوي العربي.

ومما سبق يتضح أن تفسير القوانين العربية ومنها النصوص الجنائية يجب أن يعتمد على القواعد التي وضعها الأصوليون للتوصل إلى فهم أحكام النصوص على الوجه الصحيح.

وبالنظر إلى ضخامة التراث الإسلامي في هذا المجال تكونت ثروة ضخمة للتشريع الإسلامي والفكر الإنساني.

وواضح أن اللفظ يمثل في الواقع رمز الفكر وشحنة التعبير...

**في هذا المقام نبني على ما تقدم أن الخلاصة التي اتضحت لنا من دراسة هذا البحث أن ضرورة** التفسير للنصوص عند إعمالها أمر تتفق عليه آراء الفقهاء الشرعيين وفقهاء القانون المعاصر.

غير أنّ الدقة التي تناول بها علماء الأصول الموضوع ليست موضع مقارنة من حيث العمق والتحليل المستفيض على ما سبق عرضه.

ومع هذا، يمكن أن نستنتج وجود تشابه في كثير من الضوابط والوسائل التفسيرية المستخدمة في الفقه الشرعي والوضعي، بل يصل أحيانا إلى حد التطابق بينهما.

<sup>(1)</sup> - الشاطبي: الموافقات، مرجع سابق، ج2، ص375 وما بعدها.

## الباب الثالث ..... الفصل الثالث: الألفاظ باعتبار ولائتها على معانيها

والتشابه يلمس في قواعد ومبادئ المنهج المنطقي، أمّا التطابق فيبدو واضحاً في قواعد المنهج اللغوي، ولا عجب في ذلك، إذ هي قواعد مستمدة من اللغة العربية.

فحريٌّ بالفقه القانوني أن ينهل من هذا المعين الدافق.... وينقل هذا التراث إلى الحالة العلمية المعاصرة التي تتيح لأكثر عدد من المتعاملين مع النصوص من فقهاء، قضاة، محامين ومثقفين الأخذ بهذه القواعد.

ذلك أن الأخذ بهذه القواعد الأصولية، وتيسير تداولها في الأوساط القانونية خاصة، والعلمية عامة، من شأنه توحيد النظر في النصوص المكتوبة باللغة العربية، وهو ما يقطع الطريق على كثير من ظواهر الشطط الفكري والديني المرتكز أساساً على مفاهيم مغلوطة ومبدئيات لغوية ومنطقية لا أساس لها في فهم النصوص....

كما أن هذه القواعد تعدّ توطئة لتدريب الملكات القانونية للمشتغلين بالقانون على اتباع الأساليب الأصولية الشرعية في تناول النص التشريعي تفسيراً واستنباطاً، مما يمهد للتطبيق الموضوعي للأحكام الشرعية كهدف مأمول....

فضلاً عن تبرئة ساحة القائمين على إقامة العدل وتدريس القانون من مقالة عدم استعدادهم العلمي والعملية للتطبيق الشرعي المنشود.....

وبين يديّ ذلك أن تكون العدالة ماثلة دوماً أمام المفسّر حتّى لا يغرق في علوم اللغة وعيوب الصياغة وقيود العبارات من جهة، ولا يتوه في دروب البحث عن قصد الشارع والحكمة من التشريع والمصلحة الحميّة للنص، بل عليه أن يجعل هدف تحقيق العدالة نبراساً يعصمه من أوجه الشطط ودروب الزلل....

وعلى أية حال فإن قواعد التفسير التي تحمل عناصر خلودها، قد أثبتت وستثبت وجودها كلما فتحت أمام رجال الفقه والقانون سبل المعرفة للصلة بهذه القواعد وتبيين خصائصها الأصيلة وهذا من شأنه إعطاؤها ما تستحق من العناية، مما يسهّل إمكان استخدامها في تفسير النصوص القانونية في دنيا هذه الأمة التي جعلها الله خير أمة أخرجت للناس.

# خاتمة

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

تمّ بحث موضوع تفسير النصوص الجنائية على النحو التالي:

تناول البحث الأحكام العامة لتفسير النصوص الجنائية، حيث بدأ بتعريف التفسير في اللغة والفقهاء، سواء في ذلك الفقه الإسلامي أو الفقه الوضعي، وعمد إلى مقارنة التفسير بالتأويل، وتبيّن أنّه إذا كان فقهاء القانون الوضعي يستعملون التفسير والتأويل في مفهومهما الاصطلاحي بمعنى واحد على الرغم من اختلاف معناهما اللغوي، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية يميّزون بينهما.

فالتفسير عندهم يفيد تبيين المراد من الكلام على سبيل القطع، بينما يعني التأويل عندهم تبيين المراد من الكلام على سبيل الظن بعد ترجيح أحد المعاني استناداً إلى دليل يدل على ذلك.

فقهاء القانون الوضعي - بصفة عامة - ذهب جانب منهم إلى أن تعريف التفسير يقتصر على القواعد التشريعية فقط، أما الجانب الآخر فيرى أن تعريف التفسير يشمل القاعدة القانونية بمعناها الواسع.

فقهاء القانون الجنائي بعضهم يورد تعريفاً يتعلّق بجميع القواعد القانونية، والبعض الآخر يقصر تعريفه للتفسير على تعريف القاعدة الجنائية فقط.

عرض البحث لضرورة التفسير في جميع الحالات التي يكون عليها النص سواء كان واضحاً، حيث استوت نظرية في هذا الشأن، وهي نظرية النص الواضح إذ يجب أن يتوقف التفسير حينما يكون النص واضحاً.

وتم التوصل إلى نتيجة مؤداها: حتى ومع وضوح النص فإنه ينبغي تفسيره، أما في حالة غموض النص فقد ساق البحث بعضاً من النصوص الغامضة الملتبسة العبارة مقطوعة الوصل، وانتهى البحث إلى أنّ التفسير ضروري حتى في حالة عدم وجود نص، وإن كان هذا يبدو متناقضاً - ظاهرياً - مع مبدأ الشرعية الجنائية.

كان من المناسب أن يوضح البحث العلاقة والصلة بين التفسير والتطبيق ونتائج هذه الصلة، وانتهى في هذا الجزء ببيان خصوصية البحث في مسألة ضرورة التفسير عند تطبيق النص الجنائي نظراً للطبيعة الخاصة لهذا القانون.

كان من المنطقي في هذا الموضوع من الدراسة التطرق إلى مجال التفسير فتعرض البحث لمجال التفسير في القوانين غير الجنائية، وكذا مجال التفسير في قانون العقوبات، وقد ذهب الرأي الغالب أن مجال التفسير هو القواعد التشريعية فقط، بينما يرى جانب آخر في الفقه أن مجال التفسير هو القواعد القانونية بمفهومها الواسع.

أما عن مجال التفسير في قانون العقوبات فهو يشمل نوعين من القواعد: القواعد المحددة للجرائم

والعقوبات والمشددة للعقاب، وحالات استبعاد العقاب وتخفيفه.

أما فيما يتعلق بأهداف التفسير فإن البحث أوضح أن هدف أي نظام قانوني هو حماية المصالح التي يراها جديرة بالحماية، ووسيلة إقرار هذه الحماية وتنظيمها القواعد القانونية، تلك القواعد التي يستلهم المشرع مادتها الأولية ومكوناتها من العناصر الاجتماعية والسياسية والخلقية والثقافية وغيرها.

وتعرض البحث لنظرية المصلحة في القانون الوضعي باعتبارها ضابطاً من الضوابط التي يستعين بها القاضي أو الباحث في تحديد القصور التشريعي من ناحية، وكيفية مواجهته بما يحقق الحماية للمصلحة المعتبرة من ناحية أخرى.

ثمّ عرض البحث لنظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، وخلص إلى أنّ حقائق ومعطيات هذه النظرية مستخلصة من أصول الشريعة الإسلامية المتمثلة في النصوص الشرعية من الكتاب والسنة أو المستقاة من القواعد الكلية للشريعة وروحها العامة، وهذا هو أساس تكامل النظرية وموضوعيتها.

في مقام الكلام عن الهيئات المختصة بالتفسير بيّن البحث أن للتفسير أربعة أنواع، بالنظر إلى الجهة القائمة به — وهي: التفسير التشريعي، التفسير القضائي، التفسير الفقهي، التفسير الإداري، وقد تمّ تناول كل منها بالتفصيل من حيث التعريف أو المدلول، وكذا الخصائص وطبيعة الهدف المنشود من كل نوع وصوره وأثره.

وعند الحديث عن المدارس الفقهية في القانون أورد البحث مدارس التفسير الثلاثة: وهي مدرسة الشرح على المتون، المدرسة التاريخية، ومدرسة البحث العلمي الحر. وبيّن عيوب ومزايا كل مدرسة وعلاقة كل منها بالفقه الإسلامي.

حيث تقوم مدرسة التزام النص "الشرح على المتون" على تقديس التشريع، وشموله لجميع الأحكام، وهو قريب من رأي بعض العلماء المسلمين كابن تيمية وابن حزم، وقد وافق المشرع الجزائري هذه المدرسة باعتبار التشريع هو المصدر الأول للقانون، وخالفها حينما نص على مصادر أخرى.

في حين يقوم تفسير المدرسة التاريخية "الاجتماعية" للنص على مراعاة قصد المشرع عند تطبيق النص لا عند وضعه، وهي بذلك تنظر للظروف المحيطة بتطبيق النص، وتفسّر النص بناء على نية مفترضة للمشرع عند التطبيق.

والمنهج الاجتهادي الإسلامي ينظر للظروف المحيطة بتطبيق النص دون خروج عنه، أما التشريع الجزائري فهو مناقض تماماً للمدرسة الاجتماعية إذ لا يقول بالنية المفترضة.

أما مدرسة البحث العلمي الحر فتتفق مع مدرسة الشرح على المتون في احترام النص وتخالفها بعدم شمول التشريع، وهذا قريب من المنهج الإسلامي الذي قسّم الاجتهاد في دائرة النص واجتهاد فيما



لا نص فيه، إلا أن الشريعة الإسلامية قد حدّدت طريق الاجتهاد فيما لانص فيه.

أما التشريع الجزائري فقد وافق مدرسة التزام النص بعدم شمول التشريع، إلا أنه قد حدد طريق الوصول للحكم عند عدم وجود النص.

وفي موضوع التفسير عرض البحث النظرية الشخصية التي تنادي بالبحث عن إرادة المشرع، ثم النظرية الموضوعية التي تجعل التفسير كشفا عن النص نفسه تأسيسا على أنه قد انفصل عن إرادة واضعه وأصبح له كيان ذاتي، ويتضمن إرادة خاصة مما أدّى إلى تسمية ذلك بالإرادة التشريعية، وهذا هو الاتجاه الحديث في الفقه، وانتهى إلى أن موضوع التفسير ليس نية المشرع بل هو القصد التشريعي في النص.

يتم التفسير وفق واحد من ثلاثة مناهج: المنهج اللغوي، المنهج المنطقي، المنهج التاريخي، وليس هناك انفصال تام بين استعمال كل من هذه المناهج كما قد يبدو للوهلة الأولى، وإنما هناك اتصال وثيق بينها، إذ كثيرا ما يلجأ المفسر إلى أكثر من منهج — أو أسلوب — واحد لتفسير نص واحد، وكثيرا ما تتساند المناهج الثلاثة في الوصول بالمفسر إلى حكم النص الذي يحاول تفسيره.

ولكل من هذه المناهج الثلاثة قواعد محددة يتبعها المفسر عند تفسيره للنص على أساس أسلوب معين لتؤدي به في النهاية إلى التحقق من معنى النص أو إرادته.

وقد خصّص كل منهج من مناهج التفسير بمبحث مستقل حاول البحث أن يضيف فيه ما ينفع هذه الدراسة ويبلغ بها مراميها، كما حاول إلقاء أضواء جديدة على مسائل بعينها — يراها هامة — كعلاقة كل منهج من هذه المناهج بالفقه الإسلامي لما لها من جوانب الفائدة والنفعة العلمي.

أولى خطوات التفسير، هي الاستعانة بالأسلوب اللغوي وذلك أمر بديهي، والعدّة الأولى للتفسير في ذلك هي اللغة، وسيلة التعبير عن الفكر، فيتعيّن على المفسّر البحث عن المعنى الذي تعطيه اللغة لكل لفظ.

فإذا لم يتحقق ذلك كان من واجب المفسّر — خاصة القاضي — أن يبحث عن أسلوب آخر في التفسير لأنه ملزم بالحكم في القضية المعروضة أمامه، وفي هذه الحالة يمكنه أن يستعين بمجموعة من القواعد لتحديد معنى النصوص عند تفسيرها.

أما عن علاقة التفسير اللغوي بالفقه الإسلامي، فإننا نلاحظ أن ضوابط التفسير اللغوي في هذا الفقه لا تقف عند ما يبحثه الأصوليون في دراستهم لدلالات الألفاظ وطرق هذه الدلالات، وإنما نجد ضوابط هذا التفسير بالمعنى الصحيح في القواعد الفقهية المتصلة بتفسير النصوص، وحرص البحث على اختيار القواعد التي عُرضت على أن تكون من القواعد التي يذكر لها الفقهاء تطبيقات جنائية.

الأسلوب اللغوي قد لا يكفي لصحة التفسير، فأحيانا تكون عبارة النص واضحة لكن تطبيقه يؤدي إلى نتائج يرفضها المنطق أو تفوت الغرض الذي يرمي إليه المشرع، ولتفادي هذه النتائج المتناقضة التي يتوهم المشرع أن يكون قد أرادها، لابد من الاستعانة بالأسلوب الثاني في التفسير وهو الأسلوب المنطقي.

والمنهج المنطقي يعتد بالعلّة من النص أو الحكمة من التشريع، ذلك أن المشرع يستهدف بالنص غرضا معينا هو كفالة التنظيم القانوني لموضوع معين، ويحدد هذا الغرض القواعد التي يتضمنها النص.

ومما يمكن أن نلاحظه أن القواعد المتصلة بمنهج التفسير المنطقي في الفقه الإسلامي أوثق صلة بالقانون الإجرائي منها بالقانون الموضوعي — مع العلم أن الفقهاء والأصوليون لم يعنوا بالترفة الدقيقة بين القواعد الإجرائية والقواعد الموضوعية — من هذه القواعد قاعدتا: الأصل البراءة، وما ثبت باليقين لا يزول بالشك وقاعدة درء الحدود بالشبهات، والخطأ في العفو خير من الخطأ في العقوبة.

أما المنهج التاريخي فينتج المفسر فيه صوب عناصر خارجة عن إطار النص، الذي يسعى إلى تفسيره، وأهم هذه العناصر المصادر التاريخية، ذلك أن الهدف من المنهج التاريخي في التفسير، هو إدراك أصل القاعدة التي تضمنها النص وما أصابها من تطور عبر الزمن، للاستعانة بذلك في تحديد حكمها ومعرفة بالمعنى الذي أرادته.

بالإضافة إلى الأعمال التحضيرية، وهذه تضم المشروعات المتعددة للنص قبل إصداره وتقارير اللجان التي ساهمت في وضعها.

أما في الفقه الإسلامي فيتم اللجوء إلى المنهج التاريخي للتحقق من أحد أمرين: نسخ الحكم، وسبب ورود النص من القرآن الكريم أو السنة المطهرة.

بعد أن تمّ الفراغ من عرض الأحكام العامة في تفسير النصوص الجنائية انتقل البحث إلى الأحكام الخاصة بتفسير نصوص قانون العقوبات، وذلك بإبراز دور مبدأ الشرعية في تفسير نصوص هذا القانون، فضلا عن بيان كيفية تفسير نصوص التجريم والعقاب وأخيرا تمّ إيضاح تفسير نصوص قانون العقوبات غير التجريمية.

وعند الحديث عن دور مبدأ الشرعية في التفسير، فقد تمّ استعراض مدلول مبدأ الشرعية الجنائية وأساسه في نطاق قانون العقوبات ومدى الأهمية القانونية للنص على هذا المبدأ في الدستور أو في قانون العقوبات، تمّ عرض البحث صفة الشرعية العرفية.

بعد ذلك عرّج البحث على ملامح الشرعية في الفقه الإسلامي، واستظهر هذا المبدأ كيفية تطبيقه في كل من جرائم الحدود وتطبيقاتها، وجرائم القصاص والدية وتطبيقاتها، وأخيراً جرائم التعازير.

ثمّ عرض البحث نتائج مبدأ الشرعية وآثاره في نطاق قانون العقوبات، واختتم هذا الجزء بالتأكيد من أنّ مبدأ الشرعية ذو طبيعة متكاملة من بين عناصرها، المرونة والقدرة على التطور من خلال الاستجابة للتغيرات الاجتماعية والثقافية والسياسية، وخلص البحث، إلى أنّ هذا المفهوم المتكامل لمبدأ الشرعية يوافق المفهوم المتداول في الفقه الإسلامي للمبدأ.

ثمّ رأى البحث الحديث عن أصل البراءة في المسائل الجنائية، وتناول قاعدة تفسير الشك لمصلحة المتهم، ومن خلالها تمّ إيضاح الفرق بين الشك في النص واستحالة تفسيره، ذلك أنّه إذا كان النص غامضاً، فإن ذلك لا يعفي القاضي من بذل أقصى ما في وسعه للوصول إلى معناه الحقيقي، أمّا إذا استحال عليه تفسيره فإنه يقضي بالبراءة.

وتضمن الحديث عن صلة القاعدة الجنائية بغيرها من قواعد فروع القانون الأخرى وأثر تلك الصلة في مجال التفسير، وذلك ببيان مدى ذاتية هذه القاعدة وتمييزها عن غيرها من القواعد بخصوصيات وسمات لا توجد في بقية قواعد فروع القانون الأخرى.

بالنسبة لقواعد تفسير نصوص التجريم والعقاب فقد شمل الحديث عنها: التفسير الضيق، التفسير الواسع والقياس.

فيما يتعلق بالتفسير الضيق، فقد تضمنت دراسته بيان ماهيته التي تتمثل في بيان مدلوله مع ذكر أمثلة له من قانون العقوبات الجزائري بالإضافة إلى موقف الفقه منه، كما تمّ بيان الفرق بين التفسير الضيق والتفسير الحرفي مع استعراض الانتقادات التي وجهها الفقه إلى التفسير الحرفي.

وانتهى البحث إلى أن التفسير الضيق قد جعل من القاضي مجرد بوق يردد عبارات القانون دون إعمال ملكاته الذهنية، الأمر الذي جعل الفقه يفضل العدول عن طريقة التفسير الضيق للقانون الجنائي.

أما بالنسبة للتفسير الواسع فقد حدّد البحث مدلوله، وذكر أنّه إذا كان الفقه والقضاء يجمعان اليوم على ضرورة اعتماد التفسير الواسع في تفسير نصوص القانون الجنائي، فإنه يجب إبراز وبدقة مبررات التفسير الواسع، وهذه المبررات عديدة ومتنوعة، ولكن يمكن تلخيصها في عنصرين: قصور النص الجنائي، ووجوب مواكبة القانون الجنائي للتطور.

بالنسبة لقصور النص الجنائي، فقد كان مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، يفرض على المشرع أن يتوخى الوضوح عند تحديده لأركان الجريمة بطريقة لا تترك مجالاً للقاضي ليحيد. بمعنى النص عن المعنى الذي قصده المشرع، وهذا ما يعبر عنه بالصياغة المغلقة للتجريم.

لكن المشرع الجزائري كغيره من المشرعين في النظم القانونية الأخرى، قد حاد عن هذا المبدأ وأصبحت هذه الصياغة مفتوحة بالنسبة للتجريم وكذلك بالنسبة للعقاب، بالإضافة إلى عدم إلمام

القانون الجنائي بكل السلوكات الإجرامية.

فلم يتوخ المشرع الدقة والوضوح والشمول في تعريفه للجرائم، وفي تحديد ركنها المادي، كما لم يعرف بعض المصطلحات القانونية المتعلقة بها، الأمر الذي جعل القضاء يقوم بدور فعال لتجاوز هذه العقبات.

كما أن التفسير الواسع أساسه ضرورة أن يكون قانون العقوبات مواكبا للتطور، والملاحظ - اليوم- أن هذا الأخير غير مواكب للكثير من التغيرات، وعدم المواكبة هذه لها مظاهر متعددة-لا يتسع المجال لذكرها جميعا- لذلك اكتفى البحث بالتطرق إلى ذكر مظهرين هامين هما: عدم مواكبة القانون الجنائي للتطور الذي يشهده عالم المعلوماتية، وإلى عدم مواكبة هذا القانون مع تفاقم مرض السيدا.

وخلص البحث إلى أنه يجب أن يكون هدف المفسر الكشف عن قصد الشارع الذي ضمّنه النص، فإذا تطابق ما يقول به المفسر مع ذلك المقصد، كان ذلك هو التفسير الصحيح.

فلا يكون تفسير النصوص الجنائية خاصة ضيقا في بعض الجوانب وواسعا في البعض الآخر، وإنما التفسير الصحيح هو ما يستخلص المدلول الكامل من مضمون العبارات مما يؤدي إلى تحقيق العلة من تقنين النص، بمعنى أن يكون تفسيرا كاشفا لا مضيقا ولا موسعا.

الحديث في القياس شمل بيان ماهيته ومجال حظره ومجال إباحته.

وتحديد ماهية القياس تمثل في تعيين مدلوله في اللغة وفي الاصطلاح مع بيان أركانه وهي: الأصل، الفرع، وحكم الأصل، والعلّة، بالإضافة إلى ذكر شروط كل ركن من هذه الأركان مع ضرب أمثلة لتوضيحها.

وعند دراسة مجال حظر القياس في قانون العقوبات، تعرض البحث لتحديد مدلول القاعدة الاستثنائية والقاعدة الخاصة ومدى جواز القياس بالنسبة لهما، وانتهى البحث إلى أنه يجوز القياس على القاعدة الاستثنائية إذا كانت صادرة عن مبدأ قانوني عام .

وبالنسبة للقواعد الخاصة فإنه يجوز القياس على القواعد الخاصة بمعناها الواسع طالما كانت هذه القواعد متعدية.

وخلص البحث إلى أن القواعد التي يحظر القياس بصدها هي القواعد التجريبية والقواعد التي تقرر عقوبات والقواعد المشددة للعقاب، وذلك استنادا إلى مبدأ الشرعية - كما تمّ إيضاح معيار العلة في القانون الوضعي وصولا إلى أنه المصلحة محل الحماية.

وتمّ بيان موقف المؤتمرات الدولية من القياس بشأن التجريم، والذي تمثل في تأييد حظر القياس في

هذا الصدد.

أما في مجال إباحة القياس في قانون العقوبات، فهو يشمل القواعد غير التجريبية وهي أسباب الإباحة، موانع المسؤولية والظروف المخففة.

بالنسبة لأسباب الإباحة العامة أجمع الفقه على جواز القياس عليها، أما أسباب الإباحة الخاصة كالضرب الذي يقع من الزوج تأديبا لزوجته، أو القذف الذي يقع من المتقاضي في دعوى مطروحة أمام القضاء يتطلب دفاعه ذلك، فإنه لا يجوز القياس عليه.

ويجوز القياس على موانع المسؤولية متى توافرت العلة المشتركة بين المقيس والمقيس عليه، ولذا إذا تناول المتهم المادة المسكرة أو المخدرة قهرا أو عن غير علم، فيمكن اعتباره سببا لإنعدام المسؤولية بعنوان الإكراه.

أما فيما يتعلق بموانع العقاب فقد ذهب رأي، إلى أن هذه القواعد تنقسم إلى نوعين: إحداها قواعد عامة وهذه يجوز القياس عليها، والأخرى قواعد خاصة غير متعدية الحكم، وهذه لا يجوز القياس عليها.

وتطبيقا لهذه التفرقة يقتصر الإعفاء على الأشخاص المذكورين في المادة 368 عقوبات جزائري وهم أحد الزوجين أو أحد الأصول أو الفروع، حيث العلة تتمثل في علاقة القرابة أو الدم التي تربط بين الجاني والجاني عليه في هذه الجريمة.

وهو الأمر الذي لا يتحقق في علاقة الجاني عليه بغيرهم، فالعلة هنا قاصرة وبالتالي لا يجوز قياس الأخ أو العم مثلا على الزوج.

وبخصوص الأعداء المخففة فإنه يمنع القياس عليها، لكون علة غير متعدية، أما بالنسبة للظروف المخففة فإنه يجوز القياس عليها، لأنها لم ترد في القانون على سبيل الحصر.

كما بين البحث الفرق بين التفسير الواسع والقياس، الذي يتلخص في أن التفسير الواسع يكون بصدد حالة يشملها النص، ولكن الشارع استخدم ألفاظا غير ملائمة للتعبير عنها، أما القياس فيكون في الحالات التي لم يشملها النص التشريعي.

والأخذ بالقياس في المواد التجريبية يؤدي إلى إهدار مبدأ الشرعية، بينما التفسير الواسع لا يتعارض مع المبدأ المذكور.

أما فيما يتعلق بأسلوب تفسير نصوص قانون العقوبات غير التجريبية فقد تم بحثه وفق مايلي:

بصدد تفسير أسباب الإباحة ثم بيان ماهيتها، وتحديد طبيعتها وأسلوب تفسيرها.

وانتهى البحث إلى أن الرأي الراجح إلى أن قواعد الإباحة قواعد أصلية، وبالتالي يجوز القياس بصددها، وإذا كان القياس جائزاً في خصوص هذه القواعد فإنه يمكن تفسيرها تفسيراً واسعاً.

بالنسبة لموانع المسؤولية فقد بين البحث تحديد المقصود منها وبيان أنها أسباب شخصية مجالها إرادة الجاني، وينصرف تأثيرها إلى الركن المعنوي للجريمة فيهدمه بذلك، فلا تقوم المسؤولية الجنائية.

وفيما يتعلق بطبيعة موانع المسؤولية، فقد اختلفت التشريعات في معالجة هذه المسألة، فبعضها تضع قاعدة عامة تتضمن الشُّروط اللازمة لتحمل المسؤولية الجنائية، والبعض الآخر ذكر حالات امتناع المسؤولية الجنائية على سبيل الحصر.

بالنسبة للتشريع الجزائري فإن موانع المسؤولية وردت في المواد 47، 48، 49 من قانون العقوبات، ولاشك أن صياغة هذه المواد جاءت على سبيل الحصر، ولكن هذا لا يمنع من تفسير هذه النصوص تفسيراً واسعاً، من شأنه إدخال حالات أخرى يزول بها التمييز وحرية الاختيار، يكشف عنها المستقل بتقدم العلوم.

وبخصوص الأعذار المعفية، فقد عرض البحث ماهيتها عن طريق بيان مدلولها وبعض تطبيقاتها لها، وبالنسبة لأسلوب تفسيرها، فقد تم دراسة الاتجاهات الفقهية المختلفة والتي يذهب بعضها إلى تفسير الأعذار المعفية تفسيراً ضيقاً، بينما يرى البعض الآخر التوسع في تفسيرها، متى كان ذلك لا يتعارض مع المصلحة من تقرير النص، وانتهى البحث أنه لا يجوز القياس بشأها.

فيما يتعلق بالأعذار المخففة، فقد حدد البحث مدلولها وخصائصها وأنواعها، أما عن أسلوب تفسيرها، فهو أن تفسر وفقاً لما يحقق المصلحة من تقريرها، فإذا كانت غاية هذه النصوص تنفق مع التفسير الضيق وجب الأخذ به، وإذا كانت المصلحة المذكورة تتوافر بالتوسع في تفسيرها فيجب إعماله، أما بالنسبة للقياس فإنه لا يجوز القياس على نصوص الأعذار المخففة.

أما الظروف المخففة فقد قام البحث بدراسة مدلولها، خصائصها وتحديد نطاقها، بالنسبة إلى أسلوب تفسيرها: فإنه من استقراء النصوص التي تتضمن الظروف المخففة في التشريع الجزائري، نلاحظ أن المشرع فسح المجال للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي، غير أنه ونظراً لارتفاع معدل الجريمة، اتجه المشرع إلى التصيق من سلطة القاضي التقديرية، ذلك بوضع إطار قانوني متكامل بحسب ما إذا كان المتهم مسبوقاً قضائياً أو غير مسبوق، إذ يختلف الحد الأدنى الذي يمكن للقاضي الجزائي التزول إليه في الحالة الأولى عن الحالة الثانية.

ثم إن رأياً في الفقه ذهب إلى أن قواعد هذه الطائفة -الظروف المخففة- قواعد استثنائية للقواعد التجريمية، ومن ثم لا يجوز القياس عليها، ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة 279 عقوبات جزائري

حيث لا ينتفع بنفس التخفيف شقيق الزوج أو شقيق الزوجة الزانية.

ويرى جانب آخر من الفقه أن الظروف المخففة هي قواعد متعدية العلة ويجوز القياس عليها وبالتالي التوسع في تفسيرها.

أما بالنسبة لتفسير الظروف المشددة، فقد بين البحث ماهيتها وتحديد مدلولها وإظهار علتها وتقسيماها، أما عن أسلوب تفسيرها: فالراجح أنها تفسر تفسيراً ضيقاً؛ لأن التفسير الضيق يتفق والعلة من تقريرها، ولهذا فإنه لا يمكن التوسع في تفسيرها ولا يجوز القياس عليها.

وأخيراً فقد عرض البحث إلى تفسير النصوص في الفقه الإسلامي وخصّص جانب منه للقواعد اللغوية التي تستخدم في تحليل ألفاظ النص وأهمية إتباع هذه القواعد التي اعتمدها علماء أصول الفقه الإسلامي، والمستقاة من دراسة أساليب اللغة العربية ومفرداتها وتراكيبها.

فأوضح البحث مدى الوضوح والإبهام في الألفاظ، فضلاً عن الألفاظ باعتبار وضعها لمعانيها وأخيراً عرض البحث دلالة الألفاظ على المعاني.

بالنسبة للوضوح والإبهام في الألفاظ، درس البحث أقسام اللفظ الواضح وأقسام اللفظ المبهم.

وأقسام الواضح هي: الظاهر والنص والمفسر والمحكم، أما أقسام المبهم فهي: الخفي والمشكل والمحمل والمتشابه...، وقد حدّد البحث مدلول كل من هذه الأقسام وبيّن حكمها وأخيراً عرض أمثلة لها من قانون العقوبات.

وعند الحديث عن الألفاظ باعتبار وضعها لمعانيها قام البحث بدراسة الخاص والعام والمشارك.

بالنسبة للفظ الخاص فقد تمّ تحديد مدلوله وذكر صيغته وبيان حكمه، فضلاً عن إبراز المقصود بالمطلق والمقيّد، مع ذكر أمثلة لكل منهما في القانون الوضعي، مع التعرّض لحكّهما بالإضافة إلى توضيح حالات حمل المطلق على المقيّد، وذلك إلى جانب دراسة الأمر والنهي باعتبارهما من صور الخاص.

وعند الحديث عن الأمر والنهي، تناول البحث تحديد كل منهما، وبيان صيغتهما ودالتهما ووجوه استعمالهما، كما أشار البحث لقواعد الأمر والنهي في القانون الوضعي.

أمّا دراسة اللفظ العام فقد تضمنت تحديد ماهيته، وبيان الفرق بينه وبين المطلق مع ذكر صيغ العموم في الفقه الإسلامي مشمولة بأمثلة لهذه الصيغ في القانون الوضعي، بالإضافة إلى توضيح كيفية تخصيص العام وأدلة ذلك التخصيص وأخيراً تمّ توضيح دلالة العام.

أما بالنسبة للمشارك فقد أوضح البحث مدلوله وأسباب وجوده في اللغة مع عرض موقف الفقه

من المشترك.

بالنسبة لدلالة الألفاظ على المعاني فقد استلزمت الدراسة التعرض لمسلك كل من الأحناف والجمهور على حده.

فيرى فقهاء المذهب الحنفي أن دلالة الألفاظ على المعاني إما أن تكون بطريق العبارة أو الإشارة أو الفحوى أو الاقتضاء، وتمّ تناول هذه الدلالات بالدراسة من حيث بيان مدلولها وحكمها مع ذكر أمثلة لها من القانون الوضعي.

ويذهب الجمهور إلى أن دلالة الألفاظ على المعاني إما أن تكون دلالة منطوق أو دلالة مفهوم.

أما دلالة المفهوم فهي تنقسم إلى مفهوم موافقة ومفهوم مخالفة، ودلالة مفهوم الموافقة تقابل دلالة النص عند الحنفية، كما تمّ التعرض لمفهوم المخالفة، وذلك ببيان أنواعه، وضرب أمثلة له في القانون الوضعي وذكر شروط العمل به.

أختتم هذا البحث بحمد الله والثناء عليه بنتائج وتوصيات تتمثل فيما يلي:

#### فيما يتعلق بالنتائج:

- لا فرق في العملية التفسيرية بين القواعد القانونية المختلفة، سواء كانت تلك القواعد تنتمي إلى القانون العام أو إلى القانون الخاص.

- ضمان الحياد التفسيري للقاضي أو المفسر، فلا يلتزم سلفاً بما شاع في الفقه والقضاء عند قيامه بتفسير نصوص قانون العقوبات، التفسير الضيق لنصوص التجريم والعقاب، وكذا القواعد الاستثنائية، والتفسير الواسع بصددها، بل يجب عليه تحليل الألفاظ واستخدامها في استكشاف المصلحة موضوع الحماية، أيًا كان أسلوب التفسير مع مراعاة عدم إهداره مبدأ الشرعية الجنائية.

- تحقيق المعادلة بين حق المجتمع من جهة، وحقوق الأفراد وحرّياتهم من جهة أخرى، يقتضي اعتماد الأسلوبين بصفة متوازنة، فلا يتم التقيّد بهذا الأسلوب دون الآخر وذلك بحسب كل حالة إجرامية بصورة منفردة، فالنص الجزائي هو واحد، لكن الجرائم متعددة بتعدد الأشخاص وغير متشابهة وإن كان جميعها يحكمها نص واحد، ومن واجب القاضي فصل النزاع، وذلك إما بإعمال الأسلوب الضيق أو الأسلوب الموسع بحسب ظروف ملائمة القضية.

- على القاضي أن يجعل عيونه مفتوحة وأنامله موضوعة على كل عرق يدلّه على حالة النبض الاجتماعي والتطور الحضاري، فليس مهمة القاضي أن يسهر على تطبيق القانون فحسب، وإنما عليه أن يسهر على تحقيق العدالة.



- حكمة التشريع هي وسيلة أساسية لمعرفة الحكم القانوني، إذ أن النص القانوني لا بد أن يعبر بلفظه ومفهومه عن حكمة التشريع وإلا فقد قيمته القانونية، ذلك أن أي قاعدة قانونية لا تغدو أن تكون وليدة المفاضلة بين المصالح المتعارضة وأن الأساس الذي تقوم عليه هذه المفاضلة يكون نواة هذه الحكمة، وهو يختلف تبعاً لاختلاف الأفكار والأوضاع المهيمنة على الحركة التشريعية في المجتمع.
- تفوق الفقه الإسلامي على كافة التشريعات العالمية، في وضع قواعد التفسير وإحكام أصوله، ذلك أن الفقهاء وضعوا علماً خاصاً، أطلقوا عليه علم "أصول الفقه" ويبدو أن كثيراً من قواعده قد امتدت إلى التشريعات الحديثة سواء كان ذلك تأثيراً أو اقتباساً.

#### فيما يتعلق بالتوصيات:

- ضرورة تضمين الخطة الدراسية لدارسي القانون أكثر من مادة أصولية مع التركيز والتوسع في الدراسة الأصولية واللغوية.
- الإهتمام بموضوع تفسير النصوص، أو ما يسميه البعض "معاناة النصوص" ويقصد بهذا المصطلح النقدي الحديث، تلقيها وتفسيرها في كل نظام قانوني، واقتراح وضع قانون يعتني بتفسير القوانين.
- الإكثار من الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون، فعند كل نظام ما يمكن أن يفيد من الآخر، فعلماء الأصول أبدعوا وتفننوا في علم أصول الفقه، فكان لهم فضل السبق في التّقييد والتنظير، وكان لأهل القانون فضل السبق في المنهجية والتّقييد والتبويب.
- دعوة المؤسسة التشريعية من نواب ومستشارين التّخلي عمّا يصطلح عليه "بالتوافق" لتمرير القاعدة القانونية الجنائية، فهي ليست بضاعة يتساوَم بشأها، أو موقفاً سياسياً يُتفاوضُ عليه...
- ذلك أن القاعدة الجنائية يجب أن يعتمد في صياغتها كما في تطبيقها على المعطيات العلمية والاعتماد على القيم الأخلاقية، لأنه من الأمور الجوهرية أن تكون العدالة الجنائية مطابقة للضمير الاجتماعي.
- لما كان النص التشريعي حصيلة فكر واع ونتاج دراسة عميقة تهدف إلى ضبط موازين المجتمع، فمن الضروري أن تختار الفاظه بتأمل وروية لتعبر بصدق ودقة عن إرادة المشرع.
- رجاء تعزيز الجهاز القضائي بكفاءات مؤهلة قادرة تسند العدالة وترفع من شأن الحق، وذلك بإيجاد تعاون بين القضاة واللّغويين لخدمة هذا القطاع، وكأني -بذلك اليوم- الذي تعود فيه للغة العربية فاعليتها ودورها في كلّ المجالات وعلى رأسها قاطبةً مجال القضاء.
- إن المنهج الإسلامي في التفسير - الذي نبتغيه جميعاً - ليس هو المنهج الأصولي فحسب -

إنّما يراد به معنى أوسع ليشمل كل ممارساتنا وأفعالنا، فنحن في واقعنا أمة بلا منهج في حوارنا، في تخطيطنا العلمي الثقافي العمراني.....

ومن ثمّ كان تخلفنا الحضاري، فلا حضارة تقام بلا منهج....!

أعترف في النهاية أنّي مهما بذلت من جهد متواضع قصدت به أن أسد نقصا في المكتبة الإسلامية والقانونية التي حلّت - في إعتقادي - في التشريع الجزائري من مثل هذا البحث.

وليعدر الواقف عليه، فنتاج الأفكار على اختلاف القرائح لاتتناهى وإنما ينفق كل أحد على قدر سعته، لا يكلف الله نفسا إلا وسعها، ورحم الله من وقف فيه على سهو أو خطأ فأصلحه عاذرا لا عاذلا، فليس المبرأ من الخطأ إلا من وقى الله وعصم.

وما توفيقى إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب.

# الفهارس

جامعة الأمير  
عبد القادر للعلوم الإسلامية

## أولاً: فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	الرقم	طرف الآية
سورة البقرة		
314	24	﴿ وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ ... ﴾
312	26	﴿ مَاذَا أَرَادَ اللَّهُ بِهَذَا مَثَلًا ... ﴾
362	43	﴿ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ ... ﴾
6	49	﴿ يُدَبِّحُونَ أَبْنَاءَهُمْ ... ﴾
296	60	﴿ وَإِذْ كُنْتُمْ أَشْرَابًا مِنْ رِزْقِ اللَّهِ ... ﴾
250	173	﴿ فَمَنْ أَضْطَرَّ عَلَيْهِ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ... ﴾
150- 370	178	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ ... ﴾
40 -150	179	﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ... ﴾
318-295	183	﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ ... ﴾
223	184	﴿ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ... ﴾
295- 312-322	185	﴿ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ... ﴾
316	185	﴿ وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ ... ﴾
	187	﴿ أَجَلٌ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفْتُ إِلَى نِسَائِكُمْ ... ﴾
52 -284-380	187	﴿ ثُمَّ أَتَمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ ... ﴾
52	187	﴿ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ ءَايَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَّقُونَ ... ﴾
302	188	﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ... ﴾
52	189	﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ ... ﴾
150	194	﴿ فَمَنْ أَعَدَّيْ عَلَيْكُمْ فَأَعِدُوا عَلَيْهِ ... ﴾
295	196	﴿ وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ ... ﴾
375	196	﴿ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةٍ ... ﴾
312	214	﴿ مَتَى نَصَرُ اللَّهُ ۗ أَلَا إِنَّ نَصْرَ اللَّهِ قَرِيبٌ ... ﴾
147	217	﴿ وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ ... ﴾

127	219	﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ ... ﴾
52 - 303	221	﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ ... ﴾
	221	﴿ وَيُؤْمِنُ بِآيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ ... ﴾
321	222	﴿ وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهَرْنَ ... ﴾
295- 316 - 347	228	﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ... ﴾
374	-230	﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ ... ﴾
295 - 381	233	﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ... ﴾
76	233	﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ ﴾
284 - 323	234	﴿ وَالَّذِينَ يَتَّقُونَ مِنْكُمْ وَيَدْرُونَ أَرْوَاحًا ... ﴾
348	237	﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ ... ﴾
323	240	﴿ وَالَّذِينَ يَتَّقُونَ مِنْكُمْ وَيَدْرُونَ أَرْوَاحًا ... ﴾
322- 334- 362-378	275	﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ... ﴾
301 - 303	286	﴿ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا ... ﴾
سورة آل عمران		
6- 353-354- 359	7	﴿ وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ ... ﴾
	7	﴿ هُوَ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ آيَاتٌ مُحْكَمَاتٌ ... ﴾
301- 354	8	﴿ رَبَّنَا لَا تُرِغْ قُلُوبَنَا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَنَا ... ﴾
365	75	﴿ وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ ... ﴾
146	85	﴿ وَمَنْ يَبْتَغِ عِوَجَ الْإِسْلَامِ دِينًا ... ﴾
314	97	﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ ... ﴾
52	103	﴿ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَهْتَدُونَ ... ﴾
371	130	﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا ... ﴾
14	138	﴿ هَذَا بَيَانٌ لِلنَّاسِ وَهُدًى وَمَوْعِظَةٌ لِّلْمُتَّقِينَ ... ﴾
311	185	﴿ كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ ... ﴾

سورة النساء		
355	59	﴿ ذَٰلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾
59	65	﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴾
291	92	﴿ وَمَا كَانَتْ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً... ﴾
334	3	﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُفْسِدُوا فِي الْإِيمَانِ... ﴾
334 - 335 - 378	3	﴿ فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ... ﴾
295 - 373	4	﴿ وَعَاوُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً... ﴾
383	10	﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا... ﴾
283 - 296 - 311	11	﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ... ﴾
364	11	﴿ وَلَا بَوَيْهٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا الشُّرْبُ... ﴾
364	11	﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا... ﴾
319	12	﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ... ﴾
337	12	﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ... ﴾
387 - 302	19	﴿ يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ... ﴾
302 - 311 - 387	23	﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ... ﴾
285	23	﴿ وَرَبَائِبُكُمْ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ... ﴾
312 - 335	24	﴿ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ... ﴾
320 - 368	25	﴿ وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا... ﴾
128	43	﴿ يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَىٰ... ﴾
	59	﴿ يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ... ﴾
	65	﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ... ﴾
312	78	﴿ أَيْنَمَا تَكُونُوا يُدْرِكْكُمُ الْمَوْتُ... ﴾
151 - 384	92	﴿ وَمَا كَانَتْ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً... ﴾
390	101	﴿ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ... ﴾
52	127	﴿ وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ... ﴾

سورة المائدة		
86- 242 -288- 385	3	﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمِيتَةُ وَالِدَمُّ وَلَحْمُ الْخَنزِيرِ ... ﴾
86	3	﴿ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي ... ﴾
289 -292 -299	6	﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ ... ﴾
40- 146	33	﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ... ﴾
40 -146-289- 310	38	﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ... ﴾
150-370	45	﴿ وَكُنَّا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ... ﴾
59	48	﴿ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ... ﴾
303	87	﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَحْرِمُوا طَبِيبَتِ ... ﴾
223 -280 -283	89	﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ ... ﴾
147	90	﴿ إِنَّمَا الْحَنْزُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ ... ﴾
128	91	﴿ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاةَ وَالْبَغْضَاءَ ... ﴾
303	101	﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءَ ... ﴾
سورة الأنعام		
242	38	﴿ مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ نُنَزِّلُ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّهِمْ يُحْشَرُونَ ﴾
	141	﴿ وَعَاثُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ ... ﴾
288	145	﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا ... ﴾
303 -362	151	﴿ وَلَا تَقْسِنُوا نَفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ... ﴾
302	152	﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ... ﴾
سورة الأعراف		
297	18	﴿ قَالَ أَخْرَجَ مِنْهَا مَذْمُومًا مَذْمُورًا ... ﴾
سورة التوبة		
298	5	﴿ فَإِذَا أَسْلَخَ الْأَشْهُرَ الْحُرُمَ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ ... ﴾
338	36	﴿ وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً ... ﴾

312	84	﴿ وَلَا تُصَلِّ عَلَىٰ أَحَدٍ مِّنْهُمْ مَاتَ أَبَدًا ... ﴾
311	103	﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ ... ﴾
سورة هود		
313	6	﴿ وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا ... ﴾
سورة يوسف		
6	23	﴿ وَعَلَّقَتِ الْأَبْوَابَ وَقَالَتْ هَيْتَ لَكَ ... ﴾
386	82	﴿ وَسَأَلِ الْقَرْيَةَ الَّتِي كُنَّا فِيهَا ... ﴾
سورة النحل		
370	14	﴿ وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا ... ﴾
127	67	﴿ وَمِنْ ثَمَرَاتِ النَّخِيلِ وَالْأَعْنَابِ نَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا ... ﴾
153 - 302	90	﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ ... ﴾
357	98	﴿ فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ ﴾
250 - 320	106	﴿ مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ ... ﴾
سورة الإسراء		
145	23	﴿ إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا ... ﴾
149	32	﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰ ... ﴾
365	33	﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ... ﴾
294	78	﴿ أَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِ الشَّمْسِ ... ﴾
سورة طه		
355	5	﴿ الرَّحْمَنُ عَلَى الْعَرْشِ اسْتَوَىٰ ... ﴾
سورة الأنبياء		
313	30	﴿ وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيٍّ أَفَلَا يُؤْمِنُونَ ﴾
314	101	﴿ إِنَّ الزَّيْتَ سَبَقَتْ لَهُمْ مِنَّا الْحُسْبَىٰ ... ﴾
سورة الحج		
329	18	﴿ أَلَمْ تَرَ أَنَّ اللَّهَ يَسْجُدُ لَهُ مِنْ فِي السَّمَاوَاتِ ... ﴾
سورة المؤمنون		



324	3-1	﴿قَدْ أَفْلَحَ الْمُؤْمِنُونَ ...﴾
سورة النور		
40 - 146 - 375	2	﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ...﴾
40 - 146 - 312 - 321	4	﴿وَالَّذِينَ يُؤْمِنُ الْمُحْصَنَاتِ ...﴾
166-324	6	﴿وَالَّذِينَ يُرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ ...﴾
324	7	﴿وَالْخَمِيسَةَ أَنْ لَعْنَتُ اللَّهِ عَلَيْهِ ...﴾
165	9	﴿وَالْخَمِيسَةَ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾
296	33	﴿وَالَّذِينَ يَبْنِعُونَ الْكِذْبَ ...﴾
296	56	﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ ...﴾
سورة الفرقان		
6 - 8 - 52	33	﴿وَلَا يَأْتُونَكَ بِمَثَلٍ إِلَّا جِئْنَاكَ بِالْحَقِّ وَأَحْسَنَ تَقْوِيمًا﴾
سورة لقمان		
364 - 381	14	﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ ...﴾
سورة الأحزاب		
317	49	﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ﴾
سورة الشورى		
353	11	﴿لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ وَهُوَ السَّمِيعُ الْبَصِيرُ﴾
216	40	﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ﴾
سورة الاحقاف		
364 - 381	15	﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا﴾
سورة الفتح		
353	10	﴿يَدُ اللَّهِ فَوْقَ أَيْدِيهِمْ﴾
سورة الحجرات		
147	9	﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا﴾
سورة النجم		

167	28	﴿ وَمَا لَهُمْ بِهِ مِنْ عِلْمٍ إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ ﴾
سورة الرحمن		
14	4-3	﴿ خَلَقَ الْإِنْسَانَ ﴿٣﴾ عَلَّمَهُ الْبَيَانَ ﴿٤﴾ ﴾
358	19	﴿ مَرَجَ الْبَحْرَيْنِ يَلْتَقِيَانِ ﴾
سورة المجادلة		
282 - 291 - 357	3	﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ ﴾
285 - 357	4	﴿ فَمَنْ لَمْ يُجِدْ فِصْيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ﴾
سورة الجمعة		
302	9	﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ ... ﴾
سورة الطلاق		
317	4	﴿ وَالَّتِي بَلَغَتْ مِنَ الْمَحِيضِ ﴾
367	6	﴿ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمُ فَسَاطِرُكُمْ لِهُ أُخْرَى ﴾
295	7	﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ﴾
سورة المعارج		
350	20-19	﴿ إِنَّ الْإِنْسَانَ خُلِقَ هَلُوعًا ... ﴾
سورة القيامة		
14	19-18	﴿ فَإِذَا قَرَأْتَهُ فَانْبِغْ قُرْءَانَهُ ... ﴾
سورة المرسلات		
297	49-48	﴿ وَإِذَا قِيلَ لَهُمُ ارْكَعُوا لَا يَرْكَعُونَ ... ﴾
سورة البلد		
282	12-11	﴿ فَلَا أَقْنَمَ الْعَقَبَةَ ... ﴾
سورة القارعة		
350	2-1	﴿ الْقَارِعَةُ ﴿١﴾ مَا الْقَارِعَةُ ﴿٢﴾ ﴾

## ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

الصفحة	طرف الحديث
149	أتشفع في حد من حدود الله...
111	اتق دعوة المظلوم...
109	أدرؤوا الحدود بالشبهات...
308	إذا أمرتكم بأمر فأتوه...
287	إذا بلغت خمسا من الإبل...
110	إن الإمام أن يخطئ في العفو...
335 – 165	إن الذي حرم شرها حرم...
41	أن الله يحب أن تؤتي رخصه
14	إن من البيان لسحرا...
120	إنما الأعمال بالنيات...
364	إنهن خافضات عقل ودين
324	أبما إهاب دبغ...
335-165	البينة و إلا حد في ظهره...
292	التيمن ضربتان ضربة...
337- 283	الثلث كثير إنك إن تدع...
341	الجهاد ماض إلى يوم...
146	خذوا عني فقد جعل الله لهن...
386	رفع عن أمي الخطأ...
391	صدقة تصدق الله بها...
339	صلوا كما اتبعوني أحلى
151	في الأنف إذا أوعب...
372- 338- 320	في الغنم السائمة زكاة...
150	في النفس مائة من الإبل...
151	في اليدين الدية... في الرجلين...

151	في دية الخطأ عشرون...
287	في كل خمس من الإبل...
318	فيما سقطت الأنهار...
307	كل أمر ليس عليه أمرنا...
311	كل راع مسؤول عن رعيته...
147	كل مسكر حرام...
297	كنت فحيتكم عن زيارة القبور...
32	كيف تصنع إذا عرض عليك...
374	لا زكاة في مال حتى يحول...
41	لا ضرر ولا ضرار...
313	لا وصية لوارث...
147	لا يحل دم امرئ مسلم...
336	لا تنكح المرأة على عمتها...
335	لعن في الخمر عشرة عاصرها...
287	ليس في المعلوفة و الحوامل...
344- 315	ليس للقاتل ميراث...
147	ما أسكر كثيره فقليله...
391	مالنا يا رسول الله تقصر
371- 368	مطل الغني ظلم...
147	من أتاكم و أمركم على رجل واحد...
76	من أحق الناس بحسن صحابتي...
150	من أعتبط مؤمنا...
147	من بدل دينه فاقتلوه...
106	من شرب الخمر فاجلدوه...
150	من قتل له قتيل فأهله بين...
295	من كان يؤمن بالله واليوم...
366	من نام عن صلاة...

327	من نسي وهو صائم...
324	هلاّ أخذتم إهابها...
41	يسروا ولا تعسروا...
292	يكفيك ضربة للوجه...

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

ثالثاً: فهرس المصادر والمراجع

- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

أولاً: كتب التفسير وعلوم القرآن.

1. أحمد الشرباصي: قصة التفسير، دار الجليل، بيروت، ط1، 1978م.
2. أحمد خليل: نشأة التفسير في الكتب المقدسة والقرآن الكريم، ط1، 1373هـ.
3. الأصفهاني الراغب: مقدمة في التفسير، مطبعة الجمالية، 1329هـ.
4. الزرقاني محمد عبد العظيم: مناهل العرفان في علوم القرآن، دار الفكر، بيروت، دط، دت.
5. الزركشي بدر الدين بن عبد الله: البحر المحيط، تحقيق: عمر سليمان الأشقر، مراجعة: عبد

الستار أبو غدة، دار الصفوة، القاهرة، ط2، 1413 هـ - 1992م.

6.

البرهان في علوم القرآن، تحقيق: محمد

أبو الفضل إبراهيم،

منشورات المكتبة العصرية، بيروت / طبعة عيسى البابي الحلبي، ط1،

1376هـ.

7. الزمخشري أبو القاسم محمود بن عمرو: الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعبوب

الأقاويل

في وجوه التأويل، دار الكتاب العربي، بيروت، ط3، 1407هـ.

8. السيوطي جلال الدين: الاتقان في علوم القرآن، مطبعة حجازي، القاهرة، دط، دت.

9. الطبري محمد بن جرير: جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة

الرسالة، ط1، 1420 هـ - 2000م.

10. عبد الله محمد شحاتة: علوم التفسير، مطابع الهيئة المصرية العامة، 1975م.

11. ابن العربي محمد بن عبد الله أبو بكر المعافري: أحكام القرآن، مراجعة وتعليق: محمد عبد

القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 1424هـ - 2003م.

12. علال الفاسي: المدخل لعلوم القرآن والتفسير، مطبعة الدار البيضاء، 1988م.
13. القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري: الجامع لأحكام القرآن، تفسير القرطبي: تحقيق: أحمد البدروني وإبراهيم أطفيش، در الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1384هـ -1964م.
14. الكاتبي محمد بن سليمان: التيسير في قواعد علم التفسير، تحقيق ودراسة: ناصر محمد المطردي، دار القلم، دمشق، ط1، 1390 هـ.
15. ابن كثير عماد الدين إسماعيل: تفسير القرآن العظيم، تحقيق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون، بيروت، ط1، 1419.
- ثانياً: كتب الحديث.**
16. البخاري عبد الله بن إسماعيل: الجامع الصحيح المختصر، تحقيق وتعليق مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير اليمامة بيروت، ط3، 1407هـ -1987، 6ج.
17. الترمذي محمد بن عيسى: سنن الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.
18. ابن حبان محمد بن أحمد بن معاذ بن مَعْبَد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي: صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط21414هـ -1993، 18ج.
19. الدارمي عبد الله بن عبد الرحمن أبو محمد: سنن الدارمي، دار الكتاب العربي بيروت، تحقيق: فواز أحمد زمرلي وخالد السبع، 1407هـ، 2ج.
20. أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني: سنن أبي داود، دار الكتاب العربي -، بيروت، 4ج.
21. العسقلاني محمد بن جعفر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ط1389هـ / دار المعرفة، بيروت، 1379 هـ.
22. القزويني محمد بن يزيد أبو عبد الله: سنن ابن ماجه، تحقيق وتعليق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، 2ج.
23. مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي: موطأ الإمام مالك - رواية يحيى الليثي، تحقيق محمد فؤاد

- عبد الباقي، دار احياء التراث العربي مصر، 2 ج .
24. محمد فؤاد عبد الباقي: اللؤلؤ المرجان فيما اتفق عليه الشيخان، المطبعة العصرية، الكويت، 1397هـ-1988.
25. مسلم أبو الحسن بن الحجاج القشيري النيسابوري: الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم، دار الجليل ودار الأفاق بيروت، 8 ج.
26. النسائي أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني: السنن الصغرى للنسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية حلب، 1406هـ-1986، 8 ج.
- رابعا: كتب الفقه وأصوله.
27. أحمد الريسوني: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ط1، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، الرياض، 1416هـ-1995.
28. أحمد الزرقا: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، مطبعة جامعة دمشق، 1983.
29. أبو إسحاق الشيرازي: المهذب، مطبعة عيسى الباي الحلبي، القاهرة، دط، دت.
30. الآمدي أبو الحسن علي سيف الدين: الإحكام في أصول الأحكام، مؤسسة الحلبي وشركائه، القاهرة/ط1، 1405هـ-1983، دار الكتب العلمية، بيروت./مطبعة المعارف، 1332 هـ.
31. بدران أبو العنين بدران: أصول الفقه، دار المعارف، 1965.
32. \_\_\_\_\_
- \_\_\_\_\_
- بيان النصوص التشريعية : \_\_\_\_\_
- طرقها وأنواعها، مؤسسة شباب الجامعة، 1989.
33. بلخير طاهري: أثر القواعد الأصولية في تفسير النصوص القانونية، دار ابن حزم، ط1، 2008.



34. البيضاوي نصر الدين عبد الله بن عمر: نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول، عالم الكتب، دط، دت.
35. التفتازاني سعد الدين مسعود بن عمر: شرح التلويح على التوضيح، دار العهد الجديد للطباعة، دط، دت.
36. التلمساني أبو عبد الله بن أحمد الشريف التلمساني المالكي: مفتاح الوصول إلى علم الأصول، منشورات مكتبة الوحدة، الدار البيضاء، دط، دت.
37. ابن تيمية: شمول النصوص لأحكام أفعال العباد، تحقيق: صالح جاسم المهدي، مطبوعات إدارة الشؤون الإسلامية، الدوحة، قطر، ط1.
38. الجويني أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله: البرهان في أصول الفقه، مطبعة دار الكتب المصرية، دط، دت.
39. ابن الحاجب جمال الدين عثمان بن عمر: مختصر المنتهى مع شرح العضد، ط1، مطبعة صبيح الأميرية، مصر.
40. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، مع تقريرات الشيخ عليش، فتح العلي المالكي في الفتوى على مذهب الإمام مالك.
41. ابن حزم الحافظ علي بن أحمد الأندلسي الظاهري: الإحكام في أصول الأحكام، دار الحديث، ط1، 1404هـ - 1984م.
42. ابن حزم الظاهري: المحلى، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة، بيروت، دط، دت.
43. حسين حامد حسن: نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، 1971.
44. الرّازي فخر الدين بن محمد بن خطيب: المحصول في علم أصول الفقه، تحقيق وتقديم: طه جابر العلواني، ط1، 1971، الرياض/ دار الكتب المصرية، دط، دت.
45. ابن رجب زين الدين الحنبلي: القواعد في الفقه الإسلامي، القاهرة، 1973.



- بيروت، دط، دت. / مطبعة مصر، طبعة 1365هـ.
59. صلاح الدين زكي: أحكام قانون الأسرة في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1985.
60. ابن عابدين محمد أمين: حاشية ابن عابدين، مطبعة بولاق، مصر، 1282هـ.
61. عباس منثولي حمادة: أصول الفقه، دار النهضة العربية، ط2، 1388هـ-1968.
62. عبد الرحيم صدقي: الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية، دراسة تحليلية لأحكام القصاص والحدود والتعزير، مكتبة النهضة العربية، ط1، 1987.
63. عبد العزيز البخاري علاء الدين: أصول البزدوي مع كشف الأسرار، مطبعة مكتبة الصنائع، 1307هـ.
64. عبد العزيز عامر: التعزير في الشريعة الإسلامية، ط2.
65. عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارن بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط6، 1405 - 1985.
66. عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985.
67. عبد الوهاب حومد: دراسة معمقة في الفقه الجنائي المعاصر، مطبوعات جامعة الكويت، 1983.
68. عبد الوهاب خلاّف: أصول الفقه الإسلامي، دار القلم، ط6، 1383-1954. / ط10.
69. علي حسب الله: أصول التشريع الإسلامي، دار المعارف، مصر، دار المعارف، مصر، 1985/
- ط5، 1976.
70. الغزالي أبو حامد بن محمد: المستصفى في علم الأصول، المطبعة الأميرية، بولاق، ط1، 1322هـ.
71. فتحي الدريني: المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، الشركة المتحدة للتوزيع، ط2، 1985.
72. ابن قدامة عبد الله موفق الدين المقدسي: المغنى على مختصر الخرقي، مطبعة المنار، ط1.
73. القرافي أبو إسحاق ابن ادريس شهاب الدين: الفروق، دار المعرفة، بيروت، دط، دت.

74. ابن القيم الجوزية محمد بن أبي بكر: أعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد محي الدين

عبد الحميد، مطبعة السعادة، مصر، دط، دت.

75. الكساني علاء الدين أبي بكر مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط1، 1328هـ.

76. الماوردي: الأحكام السلطانية، المطبعة المحمودية، دط، دت/طبعة دار الحديث، القاهرة.

77. مجيد حميد العنيكي: أثر المصلحة في التشريعات، طبعة 2002.

78. محمد أبو زهرة: أصول الفقه، دار الفكر العربي، دط، دت.

79.

الجرime والعقوبة في الفقه :

الإسلامي، العقوبة، دار الفكر العربي، 1970.

80. محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، المكتب الإسلامي بيروت، 1984.

81. محمد الخضري: أصول الفقه، دار الفكر العربي، ط7، 1981.

82. محمد بن معجوز المزغراني: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، طبعة 1977.

83. محمد زكريا البرديسي: أصول الفقه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1983.

84. محمد سعيد رمضان البوطي: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت،

دط، دت.

85. محمد مصطفى شليبي: أصول الفقه الإسلامي، ط2، 1978، دار النهضة العربية للطباعة والنشر

/ طبعة 1986 / طبعة 1974.

86. محمد مصطفى شليبي: الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية، الدار الجامعية، 1982.

87.

تعليل الأحكام، مطبعة الأزهر، 1974.

88. محمد وفا: دلالة الأوامر والنواهي في الكتاب والسنة، دار الطباعة المحمدية، 1984.

89. النسفي أبو البركات عبد الله بن أحمد: المنار، كشف الأسرار، شرح المنار، ط1، 1316هـ،

المطبعة الأميرية.

90. ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد الاسكندري: شرح فتح القدير، ط1، المطبعة الأميرية، بولاق، مصر.

91.

التحرير مع التقرير والتجوير،

مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1350هـ،

دط، دت.

92. الوافي المهدي: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية نشأته تطوره، دار الثقافة، دار البيضاء، ط1، 1984.

93. يوسف القرضاوي: السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1421هـ - 2000م.

94. يوسف قاسم: أصول الأحكام الشرعية، دار النهضة العربية، 1985.

رابعا: الكتب القانونية.

95. إبراهيم الشباسي: الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، درا الكتاب اللبناني،

1981.

96. أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح: القانون الجنائي المغربي، القسم العام، النظام العقابي الإسلامي، ط2، 1980.

97. أحسن أبو سقعية: الوجيز في القانون الجنائي العام، ط11، دار هومة، 2012.

98. أحمد سلامة: الوجيز في دراسة القانون، مطبعة الجامعة، دار النهضة العربية.

99. أحمد صفوت: مقدمة القانون، مطبعة القاهرة، ط2.

100. أحمد فتحي سرور: أصول قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، 1971.

- .....
- 101.
- \_\_\_\_\_
- \_\_\_\_\_
- \_\_\_\_\_ : الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، 1999.
- 102.
- \_\_\_\_\_ :
- \_\_\_\_\_
- \_\_\_\_\_ : الشريعة الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1995.
- 103.
- \_\_\_\_\_ :
- \_\_\_\_\_ : القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، 2001.
- 104.
- \_\_\_\_\_ : الوسيط
- \_\_\_\_\_ : الوسيط
- \_\_\_\_\_ : في قانون العقوبات، القسم العام، 1981.
105. ادريس القريني: السلطة التقديرية للقاضي الزجري، ط 1، 1425هـ-2004.
106. أمال جلال: محاضرات في المدخل لدراسة القانون، دار المعارف، 1979.
107. إمام حسنين بن عبد الله: الإرهاب والبيان القانوني للجريمة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.
108. توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1981/ المكتب المصري للطباعة والنشر، 1980-1981م.
109. ثروت الأسيوطي: مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.
110. ثروت أنيس الأسيوطي: نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها، مطبعة جامعة عين شمس، 1967.
111. جباري عبد المجيد: دراسات قانونية في المادة الجزائية على أهم التعديلات الجديدة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، دط، دت.
112. جلال العدوي: الاجبار القانوني على المعارضة، المكتب المصري الحديث، للطباعة والنشر، 1965.
113. جلال ثروت: نظرية الجريمة المتعدية القصد في القانون المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط، دت.

114. جميل الشرقاوي: دروس في أصول القانون، "نظرية القانون"، دار النهضة العربية،  
1970/1980 طبعة
115. جيلالي بغداددي: الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر  
والاشهار، 1996.
116. حسن كبيرة: مدخل إلى علم القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.
117. حسنين عبيد: جرائم الاعتداء على الأشخاص، دار النهضة العربية، ط2، 1984.
118. \_\_\_\_\_ : دروس في قانون العقوبات، القسم  
الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة وجرائم  
الأموال، دار النهضة العربية، 1986.
119. حمدي باشا: مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، دار هومة، 2004.
120. خليل أحمد حسن قدارة: شرح النظرية العامة للقانون الجزائي، ديوان المطبوعات الجامعية،  
بن  
عكنون، الجزائر، 1994.
121. رضا فرج: شرح قانون العقوبات الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر،  
1976/ ط2،  
1972.
122. رفاعي سيد سعيد: تفسير النصوص الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط2،  
-1429  
2008.
123. رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط3، 1993.
124. رؤوف عبيد: مبادئ القسم العام في التشريع العقابي، دار الفكر العربي، 1979.
125. سامي النصراوي: النظرية العامة للقانون الجنائي المغربي، ط1، 1983، مكتبة المعارف،  
الرباط.
126. سعد الله زهرة، مغور أحلام: بنية النص القانوني وترجمته، دار الغرب للنشر، 2006.
127. سعيد عبد اللطيف حسن: الحكم الجنائي بالإدانة، ط1، 1989.
128. سليمان بارش: شرح قانون العقوبات الجزائري، شرعية التجريم، مطبعة عمار قربي، باتنة،

1992.

129. \_\_\_\_\_: محاضرات في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ط1، دار

البعث للطباعة والنشر، 1405-1985.

130. سليمان مرقس: المدخل للعلوم القانونية، المطبعة العالمية، القاهرة، 1967.

131.

\_\_\_\_\_: فلسفة القانون، دار

صادر، لبنان، 1992.

132. سمير عالية: قانون العقوبات، القسم العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، ط1،

1999.

133.

\_\_\_\_\_: نظرية القانون والمعاملات

الشرعية، ط1، المؤسسة الجامعية، 1991.

134. سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط، دت.

135. شمس الدين الوكيل: المدخل لدراسة القانون، القاعدة القانونية، 1962.

136. صوفي حسن أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، 1427-2006.

137. طعيمة الجرف: مبدأ المشروعية، 1979.

138. الطيب الفصايلي: المدخل لدراسة القانون، ط2، 1414هـ-1993.

139. عادل سيد فهميم: النظرية العامة للقانون الجنائي المغربي في ضوء التطبيق العملي المقارن

لنصوص، 1980.

140. عبد الحميد الشواربي: الظروف المشددة والمخففة للعقاب، 1976.

141. عبد الحي حجازي: المدخل للعلوم القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، 1972.

142. عبد الرحمن خلفي: محاضرات في القانون الجنائي العام، دراسة مقارنة، دار الهدى، عين مليلة،

الجزائر، دط، دت.

143. عبد الرحيم صدقي: الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية، "دراسة تحليلية" لأحكام القصاص

والحدود، مكتبة النهضة المصرية، ط1، 1987.

144. عبد الرزاق الشهوري، أحمد أبو ستيت: أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر،

1983.



145. عبد الرؤوف مهدي: شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1983.
146. عبد السلام التوخجي: موانع المسؤولية، معهد البحوث والدراسات، 1971.
147. عبد العزيز عامر: المدخل لدراسة القانون المقارن بالفقه الإسلامي، الطباعة العالمية، القاهرة، مصر، 1389-1969.
148. عبد العظيم مرسي: قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص، 1991.
149. عبد الفتاح الصيفي: القاعدة الجنائية "دراسة تحليلية" على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، دار النهضة العربية، 1967.
150. \_\_\_\_\_: المطابقة في مجال التجريم-محاولة فقهية لوضع نظرية عامة للمطابقة، دط، دت.
151. \_\_\_\_\_: قانون العقوبات اللبناني، جرائم الاعتداء على أموال الدولة، بيروت، 1973.
152. عبد الفتاح بيومي حجازي: التوقيع الالكتروني في النظم القانونية المقارنة، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، دط، دت.
153. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية القانون، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، ط4، 1965.
154. عبد القادر عدو: مبادئ قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، دار هومة، الجزائر، 2010.
155. عبد الله سليمان: شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر.
156. عبد المنعم فرج الصده: أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، 1978.
157. عبد النبي ميكو: المدخل لدراسة القانون، المطبعة الملكية، الدار البيضاء، 1973.
158. عبد الواحد العلمي: شرح قانون العقوبات المغربي، القسم العام، 2007.
159. عبد الودود يحي: دروس في مبادئ القانون لطلبة كلية التجارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976.
160. عبده حسن الزيات: المدخل لدراسة القانون، مطبعة الجزيرة، بغداد، دط، دت.
161. عصام عفيفي عبد البصير: أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها، ط1، 2007.
162. عصمت عبد المجيد بكر: أصول تفسير القانون، بغداد، ط1، 2004.
163. علوي جعفر: المعين في شرح القانون الجنائي العام المغربي فقها وقضاء، ط1، 2010.

164. علي راشد: القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية العامة، ط2، 1974.

165.

\_\_\_\_\_ : مبادئ القانون، مكتبة وهبة، دط، دت .

166. علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية،

ط 7.

167. علي علي منصور: المدخل للعلوم القانونية والفقہ الإسلامي، دار الفتح للطباعة والنشر، بيروت.

168. عوض محمد عوض: دراسات في الفقہ الجنائي الإسلامي، الإسكندرية، 1977.

169.

\_\_\_\_\_ : قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، 1985.

170. فوزية عبد الستار: قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، 1982.

171. مأمون سلامة: حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، دار الفكر، القاهرة، 1975.

172.

\_\_\_\_\_ : قانون العقوبات، القسم العام، دار

الفكر العربي، 1984/ طبعة 1991.

173. محمد إسماعيل علم الدين: مدخل للعلوم القانونية، دط، دت.

174. محمد زكي أبو عامر: قانون العقوبات القسم العام، دار مطبوعات الجامعية، 1986.

175. محمد سامي التبراوي: شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، ط2، 1987.

176. محمد سعيد جعفرور: مدخل للعلوم القانونية-الوجيز في نظرية القانون-، دار هومة، الجزائر، دط، دت.

177. محمد سليم العوا: تفسير النصوص الجنائية، شركة مكتبة عكاظ، السعودية، ط1، 1981.

178.

\_\_\_\_\_ : في

أصول النظام الجنائي الإسلامي، دراسة مقارنة، دار النهضة، ط4،

2009/ مطبعة دار المعارف، القاهرة، 1979.

179. محمد شريف أحمد: نظرية تفسير النصوص المدنية، دراسة مقارنة بين الفقهاء المدني والإسلامي،

بغداد، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، دط، دت.

180. محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ط1، 1399هـ-1979.

181.

شرح القانون المدني الجزائري، "النظرية العامة للالتزامات"، دار النهضة العربية، ط1، 1975-1976.

182. محمد عبد الغريب: قانون العقوبات، القسم الخاص، 1993.

183. محمد علي عرفة: مبادئ العلوم القانونية، مكتبة النهضة المصرية، ط2، 1965.

184. محمد كمال مرسي، السيد مصطفى: أصول القوانين مع تطبيقات من القانون المصري وبعض القوانين الأخرى، دط، دت.

185. محمد محمد منصور سلطان: وظيفة محكمة النقض في تفسير القاعدة القانونية الجنائية و تطبيقاتها، دط، دت.

186. محمد مصطفى جمال: تحديد النظرية العامة للقانون نحو توظيف أصول الفقه الإسلامي في بناء أصول القانون، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1998.

187. محمد وجدي عبد الصمد: الاعتذار بالجهل بالقانون، عالم الكتب، 1972.

188. محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات الخاص، ط1973.

189.

شرح قانون

العقوبات، القسم العام، ط2، دار النهضة العربية،

1969/طبعة 1983.

190. أصول قانون العقوبات في الدول العربية، ط 1970.

191. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، 1986.

192. محمود نجيب حسني: النظرية العامة للقصد الجنائي، دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية، دار النهضة العربية، 1978.
193. \_\_\_\_\_
194. \_\_\_\_\_
195. مدحت الدويسي: سلطة القاضي في تفريد العقوبة، درا الجامعة الجديدة، 2009.
196. المكّي السنسيّ: مذكرات في القانون الجنائي، القسم العام، دارالمعارف، الرباط، دط، دت.
197. منصور مصطفى منصور: دروس في المدخل لدراسة العلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972.
198. نجوى أبو هيبية: التوقيع الالكتروني-تعريفه ومدى حجّيته، دار النهضة العربية، القاهرة، دط، دت.
199. يسر أنور علي: شرح قانون العقوبات، أصول النظرية العامة، 1984.
- خامسا: كتب اللغة والمعاجم.**
200. الجوهري: الصحاح، ط2، 1399هـ، دار العلم للملايين، بيروت.
201. سهيل ادريس، جبور عبد النور: المنهل، قاموس فرنسي - عربي، دار العلم للملايين، بيروت، 1980.
202. عبد الفتاح مراد: المعجم القانوني، رباعي اللغة، دط، دت.
203. الفيروز أبادي مجد الدين بن يعقوب: القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، إشراف: محمد نعيم العرقسوسي، ط8، 1426هـ-2005م، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.

204. الفيومي أحمد بن محمد الرافعي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت،

دط، دت.

205. المقرئ أحمد بن علي: المصباح المنير، المطبعة الأميرية، بولاق، ط6.

206. ممدوح حقي: قاموس المصطلحات الحقوقية والتجارية، فرنسي - عربي، مكتبة لبنان، بيروت،

1972.

207. ابن منظور محمد بن مكرم بن علي: لسان العرب، ط3، 1414ه، دار صادر، بيروت.

#### سادسا: الرسائل العلمية.

208. حسن القرني علي خضر: التنصيص على الجريمة والعقاب في الشريعة الإسلامية مع المقارنة مع القانون الوضعي المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1993.

209. خلود سامي: النظرية العامة للإباحة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1984.

210. عبد المهدي محمد سعيد العجلوني: قواعد تفسير النصوص وتطبيقها في الاجتهاد القضائي الأردني، دراسة أصولية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005.

211. عبد الواحد الجوهرري: القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1992.

212. عصام أحمد محمد: النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، دراسة مقارنة في القانون الجنائي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1989.

213. عماد السباعي: النظرية العامة للأعذار المعفية من العقاب في القانون الجنائي، رسالة دكتوراه،

جامعة القاهرة، 1986.

214. عمر الدسوقي أبو الحسن فضل: أسس الحكم في المواد الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق،

جامعة القاهرة، 1990.

سابعاً: المجلات العلمية.

215. إبراهيم شحاتة: اجتهاد القاضي، نظرة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 2، السنة الرابعة، يوليو، 1982.
216. أبو اليزيد المتنب: تفسير القاعدة الجنائية، مجلة قضايا الحكومة، السنة 17، العدد 2، أبريل/يونيو، سنة 1970.
217. أحمد مجحودة: رسالة الاجتهاد القضائي في دولة القانون، المجلة القضائية، العدد 1، 1989.
218. حسين سليمان قورة: المعاجم العربية وتطورها وطريقة كل معجم، المجلة الثقافية، الأردن، الجامعة الأردنية، العدد 26، 1992.
219. عادل عازر: التفسير التشريعي وأثره على القاضي، مجلة المحاماة المصرية، العددان 1 و 2، سنة 1977.
220. عبد الاحد جمال الدين: الشرعية الجنائية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية المصرية، السنة 16، العدد 2، يوليو، 1974.
221. عبد الأحد جمال الدين: تفسير النصوص الجنائية، مجلة الأمن العام المصرية، العدد 81.
222. عبد الوهاب العشماوي: تفسير القضاء للنصوص بالتشريعات الجنائية، مجلة الأمن العام المصرية، العدد 107، 1984.
223. عماد عبد الحميد النجار: التنظيم القانوني لحرية الكلمة مذاهب القضاء فيها، مجلة المحاماة المصرية، العدد 1، فيفري 1976.
224. محمد بلحاج عمر: تطور تقنيات الاعلامية وتأثيرها على الامضاء، مجلة القضاء التونسية، جوان، 1999.
225. محمد سليم العوا: مبدأ الشرعية في القانون الجنائي المقارن، المجلة العربية للدفاع الاجتماعي، المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة، العدد 7، القاهرة، 1977.

226. نبيل مدحت سالم: مبدأ الشرعية مدلوله وعناصره، مجلة المحاماة المصرية، عدد 7-8، 1984.

### ثامنا عشر: الملتقيات والمحاضرات.

227. إبراهيم كافي دوغز: مقارنة بين موقف المجتهد اتجاه النصوص في الفقه الإسلامي وبين موقف القاضي اتجاه القانون في النظم القانونية الحديثة، محاضرات ملتقى الفكر الإسلامي السابع عشر "ملتقى الاجتهاد"، مؤسسة العصر، المنشورات الإسلامية، الجزائر.

228. رؤوف المراكشي: محاضرة حول الإعلامية والقانون الجنائي، محاضرات الجمعية التونسية للقانون الجنائي، تونس.

229. الطاهر منتصر: الملتقى الوطني حول المخدرات 12 فيفري 1995، المعهد الأعلى للقضاة، مجلة القضاء والتشريع التونسية، جانفي، 1996.

230. مولاي الحسين الحيان: مقدمة في التأويل وأنواعه وضوابطه، محاضرة أقيمت على طلبه الإجازة،

كلية الآداب والعلوم الإنسانية، شعبة الدراسات الإسلامية، الرباط، 1986.

### تاسعا: النصوص التشريعية.

231. دستور الجمهورية الجزائرية 1996.

232. قانون العقوبات الجزائري.

233. قانون الاجراءات الجزائية الجزائري.

234. القانون المدني الجزائري.

235. قانون الأسرة الجزائري.

236. قانون الجمارك الجزائري.

237. قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمسجونين الجزائري .

عاشرا: الجريدة الرسمية.

238. القانون رقم 09 / 08 مؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق لـ 25 / 02 / 2008م يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 الصادرة بتاريخ 17 ربيع الثاني عام 1429هـ الموافق لـ 23 أفريل 2008م.

239. القانون رقم 22 / 06 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006م يعدل و يتمم الأمر رقم 66 / 155 المؤرخ في 8

يونيو 1966م و المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية العدد 84 الصادرة بتاريخ 04 ذو الحجة 1427هـ الموافق لـ 24 ديسمبر 2006م.

240. القانون رقم 01 / 06 المؤرخ في 20 فبراير 2006م يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، الجريدة الرسمية العدد 14 الصادرة بتاريخ 08 صفر 1427هـ الموافق لـ 08 مارس 2006م.

241. القانون رقم 05 / 07 المؤرخ في 13 مايو 2007م يعدل و يتمم الأمر رقم 75 / 58 المؤرخ في 26

سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 31 الصادرة بتاريخ 25 ربيع الثاني 1428هـ الموافق لـ 13 مايو 2007م.

242. القانون رقم 18 / 04 المؤرخ في 13 ذي القعدة 1425هـ الموافق لـ 25 ديسمبر 2004م يتعلق بالوقاية من المخدرات و المؤثرات العقلية و قمع الاستعمال و الاتجار غير المشروعين بهما، الجريدة الرسمية العدد 83 الصادرة بتاريخ 14 ذو القعدة 1425هـ الموافق لـ 26 ديسمبر 2004م.

243. القانون رقم 08 / 99 المؤرخ في 13 يوليو 1999م المتعلق باستعادة الوثام المدني، الجريدة الرسمية عدد

46 الصادرة بتاريخ 13 يوليو 1999م.

244. القانون رقم 07 / 79 المؤرخ في 21 يوليو 1979م الخاص بقانون الجمارك، الجريدة الرسمية عدد 30

الصادرة بتاريخ 24 يوليو 1979م.



245. القانون رقم 84 / 11 المؤرخ في 09 يونيو 1984م المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم

05 / 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005م، الجريدة الرسمية عدد 24 الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984م.

246. القانون رقم 05 / 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005م يعدل و يتمم الأمر رقم 75 / 58 المؤرخ في 20

رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني الجريدة الرسمية عدد 44 الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005م.

247. القانون رقم 89 / 22 المؤرخ في 14 جمادى الأولى 1410هـ الموافق لـ 12 ديسمبر 1989م يتعلق بصلاحيات المحكمة العليا و تنظيمها و سيرها، الجريدة الرسمية العدد 53 الصادرة بتاريخ 15 جمادى الأولى 1410هـ الموافق لـ 13 ديسمبر 1989م.

248. القانون رقم 04 / 15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004م يعدل و يتمم الأمر رقم 66 / 156 المؤرخ في 08

يونيو 1966م و المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 71 الصادرة بتاريخ 10 نوفمبر 2004م. [ القسم السابع مكرر: المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات المادة 394 مكرر ← 394 مكرر 7، ص 11، 12. ]

249. القانون رقم 98 / 10 المؤرخ في 22 أوت 1998م الذي ألغى الظروف المشددة في جنح الاستيراد والتصدير بدون تصريح أو تصريح مزور المعدل و المتمم للقانون رقم 79 / 07 المؤرخ في 21 يوليو 1979م الخاص بالجمارك، الجريدة الرسمية العدد 61 الصادرة بتاريخ 23 أوت 1998م.

250. القانون رقم 11 / 14 المؤرخ في 02 أوت 2011م يعدل الأمر رقم 66 / 156 المؤرخ في 18 صفر

1386هـ الموافق لـ 08 يونيو 1966م المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 44 الصادرة بتاريخ 10 أوت 2011م.

251. القانون 18/04 المؤرخ ذي القعدة 1425 الموافق ل 25 ديسمبر 2004 المتعلق بالوقاية من

المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بهما،  
الجريدة الرسمية عدد 83 الصادرة بتاريخ 14 ذي القعدة 1425 الموافق ل 26  
ديسمبر 2004.

252. اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية لسنة 1988،

المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95 / 41 المؤرخ في 26 شعبان  
1415 الموافق ل 28 يناير 1995، الجريدة الرسمية عدد 7 الصادرة بتاريخ 15  
رمضان 1415 الموافق ل 15 فبراير 1995.

253. بروتكول الجمهورية الجزائرية 1972 المعدل للاتفاقية الوحيدة للمخدرات 1961 المصادق عليه  
بموجب

المرسوم الرئاسي رقم 61/02 المؤرخ في 22 ذي القعدة 1422 الموافق ل 5  
فبراير 2002، الجريدة الرسمية عدد 10 الصادرة بتاريخ 29 ذي القعدة 1422  
الموافق ل 12 فبراير 2002.

254. قانون 04/05 المؤرخ في 27 ذي الحجة 1425 الموافق ل 6 فبراير 2005 المتضمن قانون تنظيم

السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمسجونين، الجريدة الرسمية العدد 12  
الصادرة بتاريخ 4 محرم 1426 الموافق ل 13 فيفري 2005.

255. قانون 02/72 المؤرخ 25 ذي الحجة 1391 الموافق ل 10 فبراير 1972 يتضمن قانون تنظيم

السجون وإعادة تربية المساجين، الجريدة الرسمية العدد 15 الصادرة بتاريخ 7  
محرم 1392 الموافق ل 22 فبراير 1972.

256. قانون 07/79 المؤرخ في 21 يوليو 1979 الخاص بقانون الجمارك الجريدة الرسمية عدد 30  
الصادرة

بتاريخ 24 يوليو 1979.

#### حادي عشر: المجلة القضائية.

257. غرفة الجنايات والمخالفات، قرار 1995/6/20، ملف 11756، المجلة القضائية، العدد 1،  
1969.

258. الغرفة الجنائية، قرار 1982/11/15، ملف 27373، المجلة القضائية، العدد2، 1989.
259. غرفة الجنايات، قرار 1989/2/26، ملف 18317، المجلة القضائية، العدد2، 1989.
260. الغرفة الجنائية، قرار 1984/11/20، ملف 40236، المجلة القضائية، العدد2، 1990.
261. الغرفة الجنائية، قرار 1988/03/23، ملف 54315، المجلة القضائية، العدد1، 1991.
262. الغرفة الجنائية، قرار 1989/02/14، ملف 53228، المجلة القضائية، العدد3، 1991.
263. الغرفة الجنائية، قرار 1988/02/16، ملف 54120، المجلة القضائية، العدد3، 1993.
264. غرفة الجناح والمخالفات المحكمة العليا 1994/5/29، ملف 112429، المجلة القضائية، العدد3، 1994.
265. الغرفة الجنائية، قرار 1989/12/31، ملف 36367، المجلة القضائية، العدد2، 1997.
266. الغرفة الجنائية، قرار 1997/05/27، ملف 171048، المجلة القضائية، العدد2، 1997.
267. الغرفة الجنائية، قرار 2000/05/16، ملف 24048، المجلة القضائية، العدد1، 2001.
268. غرفة الجناح والمخالفات، قرار 2005/06/1، ملف 295060، المجلة القضائية، العدد1، 2005.
269. الغرفة الجنائية، قرار 2008/10/22، ملف 488761، المجلة القضائية، العدد1، 2008.

### ثاني عشر: المراجع الأجنبية.

270. Alerte rouge contre la délinquance informatique "le monde 18/04/1989". Bierce w "vers un nouveau droit international de la technologie" , les cahiers de l'informatique Francaise juillet 1990.
271. Blacks law dictionary "with pronunciations definitions of the terms and phrases. American and English – Jurus prudence, ancient and modern. By Henry Compbell Black , M.A .West publishing.co.1983.
272. Charfi M: introduction à l'étude de droit , le centre d'études, de recherches et publication de l'université de droit d'économie de gestion Tunisienne 2eme edition, 1990.
273. Didier lamette: Réflexion sur la signature,1977.

274. Droit criminel face aux technologies nouvelles de la communication,  
acte de vingtième congré de l'association Française de  
droit pénal organisé à l'université de Grenoble du 28  
au 30 Novembre,1985.
275. Encyclopedia internaational T 2 , fous, Paris 1971
276. Faruqui's law dictionary .English –Arabic ,second revised edition,  
library au liban , Birut,1970.
277. La Rousse: Librairie de la Rousse , paris.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الموضوعات

أ	..... مقدمة
	الباب الأول:
	الأحكام العامة في تفسير النصوص الجنائية
	الفصل الأول:
	التفسير: ماهيته، ضرورته، مجاله، أهدافه
5	المبحث الأول: تعريف التفسير في اللغة، في الفقه الإسلامي، في القانون .....
5	المطلب الأول: معنى تفسير النصوص لغة.....
7	الفرع الأول: في الفقه الإسلامي.....
9	الفرع الثاني: في القانون الوضعي.....
11	أولا: في فرنسا.....
11	ثانيا: في مصر.....
12	ثالثا: في الجزائر.....
13	المطلب الثاني: معنى تفسير النصوص فقها.....
15	المطلب الثالث: معنى تفسير النصوص قانونا.....
15	الفرع الأول: معنى التفسير لدى فقهاء القانون الوضعي بصفة عامة.....
15	أولا: الاتجاه الذي يقصر التفسير على القاعدة التشريعية.....
16	ثانيا: الاتجاه الذي يجعل التفسير يشمل القاعدة القانونية بمعناها الواسع.....
16	الفرع الثاني: معنى التفسير لدى فقهاء القانون الجنائي.....
17	المطلب الرابع: مضمون عملية تفسير النصوص التشريعية.....
20	المبحث الثاني: ضرورة التفسير.....
20	المطلب الأول: تفسير النص الواضح "نظرية النص الواضح".....
23	المطلب الثاني: تفسير النص الغامض.....

28	المطلب الثالث: العلاقة بين التفسير والتطبيق.....
31	المبحث الثالث: مجال التفسير.....
31	المطلب الأول: مجال التفسير في القوانين غير الجنائية.....
31	الفرع الأول: التفسير لا يكون إلا في التشريع.....
31	الفرع الثاني: التفسير يرد على جميع المصادر الرسمية للقانون.....
33	المطلب الثاني: مجال التفسير في القانون الجنائي.....
33	الفرع الأول: القواعد المحددة للجرائم والعقوبات والمشددة للعقاب.....
34	الفرع الثاني: قواعد استبعاد العقاب وتخفيفه.....
38	المبحث الرابع: أهداف التفسير.....
38	المطلب الأول: مفهوم المصلحة لدى الفقه الإسلامي.....
39	الفرع الأول: أنواع المصالح.....
39	أولاً: المصلحة الضرورية.....
39	ثانياً: المصلحة الحاجية.....
39	ثالثاً: المصلحة التحسينية.....
39	الفرع الثاني: أدلة مراعاة الشريعة للمصالح.....
40	أولاً: القرآن الكريم.....
41	ثانياً: السنة النبوية.....
41	الفرع الثالث: الموازنة بين المصالح في الفقه الإسلامي.....
42	المطلب الثاني: مفهوم المصلحة لدى القانون الوضعي.....
43	الفرع الأول: المصلحة أساس القانون.....
44	الفرع الثاني: كيفية استنباط المصلحة.....
44	الفرع الثالث: التفسير الغائي "البحث عن المصلحة".....

45	..... الفرع الرابع: الحق المعتدى عليه.....
46	..... أولا: الحقوق التي يحميها قانون العقوبات.....
47	..... ثانيا: التمييز بين الحق والمصلحة.....
48	..... الفرع الخامس: العلة التشريعية "الغاية من المعالجة التشريعية".....
<b>الفصل الثاني:</b>	
<b>التفسير: أنواعه، مدارسه، موضوعه</b>	
51	..... المبحث الأول: أنواع التفسير "بالنظر إلى الجهة القائمة بالتفسير".....
51	..... المطلب الأول: التفسير التشريعي.....
51	..... الفرع الأول: تعريف التفسير التشريعي.....
53	..... الفرع الثاني: سلطة التفسير التشريعي.....
54	..... الفرع الثالث: آثار التفسير التشريعي.....
54	..... الأثر الأول: إلزامية التفسير التشريعي.....
55	..... الأثر الثاني: سريان التفسير التشريعي على الماضي.....
56	..... أولا: التشريعات الجزائية الأصلح للمتهم.....
57	..... ثانيا: تطبيق التشريعات التفسيرية بأثر رجعي.....
57	المطلب الثاني: التفسير القضائي.....
57	..... الفرع الأول: تعريف التفسير القضائي.....
58	..... الفرع الثاني: الصفة الإلزامية للتفسير القضائي.....
58	..... أولا: الصفة الإلزامية للتفسير القضائي في الإسلام.....
59	..... ثانيا: الصفة الإلزامية للتفسير القضائي في النظام القانوني اللاتيني.....
61	..... ثالثا: الصفة الإلزامية للتفسير القضائي في النظام القانوني الانجلوسكسوني.....
62	..... الفرع الثالث: دور المحكمة العليا في الجزائر في التفسير.....

- 63 ..... أولاً: الأسس القانونية
- 64 ..... ثانياً: الأسس العلمية
- 65 ..... الثالث: التفسير الفقهي
- 65 ..... الفرع الأول: تعريف التفسير الفقهي
- 65 ..... الفرع الثاني: خصائص التفسير الفقهي
- 66 ..... الفرع الثالث: آثار التفسير الفقهي على القضاء والتشريع
- 67 ..... الفرع الرابع: الرتبة الإلزامية للتفسير الفقهي
- 68 ..... المطلوب الرابع: التفسير الإداري
- 69 ..... الفرع الأول: تعريف التفسير الإداري
- 69 ..... الفرع الثاني: خصائص التفسير الإداري
- 69 ..... الفرع الثالث: مدى الاحتجاج بتفسير جهات الإدارة أمام المحاكم الجنائية
- 72 ..... المبحث الثاني: مدارس التفسير
- 72 ..... المطلوب الأول: مدرسة التزام النص "الشرح على المتون"
- 73 ..... الفرع الأول: أسس مدرسة التزام النص "الشرح على المتون"
- 73 ..... أولاً: تقديس النصوص التشريعية
- 73 ..... ثانياً: تقديس إرادة المشرع
- 74 ..... ثالثاً: احتكار المشرع إنتاج القانون
- 74 ..... الفرع الثاني: تقويم مدرسة التزام النص "الشرح على المتون"
- 75 ..... الفرع الثالث: مدرسة التزام النص والفقهاء الإسلاميين



- 78 .....المطلب الثاني: مدرسة التطور التاريخي "المدرسة الاجتماعية" .....
- 79 .....الفرع الأول: أسس المدرسة التاريخية "الاجتماعية" .....
- 80 .....الفرع الثاني: تقويم المدرسة التاريخية "الاجتماعية" .....
- 81 .....الفرع الثالث: المدرسة التاريخية "الاجتماعية" والفقهاء الإسلاميين .....
- 82 .....المطلب الثالث: مدرسة البحث العلمي الحر .....
- 83 .....الفرع الأول: أسس مدرسة البحث العلمي الحر .....
- 83 .....أولاً: نقص التشريع وتعدد مصادر القانون .....
- 83 .....ثانياً: احترام الإرادة الحقيقية للمشرع .....
- 83 .....ثالثاً: رفض الأخذ بالنية المحتملة .....
- 84 .....رابعاً: البحث العلمي الحر .....
- 85 .....الفرع الثاني: تقويم مدرسة البحث العلمي الحر .....
- 86 .....الفرع الثالث: مدرسة البحث العلمي الحر والفقهاء الإسلاميين .....
- 91 .....المبحث الثالث: موضوع التفسير .....
- 91 .....المطلب الأول: النظرية الشخصية (البحث عن إرادة المشرع) .....
- 92 .....المطلب الثاني: النظرية الموضوعية (الكشف عن الإرادة التشريعية) .....
- 92 .....المطلب الثالث: الكشف عن المضمون الموضوعي للقاعدة القانونية .....

### الفصل الثالث :

#### التفسير: مناهجه، القواعد الضابطة له

- 96 .....المبحث الأول: المنهج اللغوي والقواعد العامة الضابطة لعمل المفسر .....
- 96 .....المطلب الأول: تعريف المنهج اللغوي .....
- 98 .....المطلب الثاني: القواعد العامة الضابطة للتفسير اللغوي .....

98	..... الفرع الأول: قواعد التفسير اللغوي.....
98	..... أولاً: الاستعانة بالمعاجم والمؤلفات العلمية والفنية.....
98	..... ثانياً: الاستعانة في تفسير الكلمات ذات الدلالة العلمية بمعطيات العلوم المتعلقة بها
99	..... ثالثاً: فهم الكلمات في ضوء سياق النص.....
100	..... رابعاً: الألفاظ تنطبق على ما تمثلها معانيها.....
100	..... خامساً: وحدة معاني الكلمات في الفروع المختلفة.....
101	..... سادساً: تأثير التطور الزمني على مدلول مفردات اللغة.....
102	..... سابعاً: المعنى القريب الواضح هو المقدم في فهم النصوص الجنائية.....
102	..... ثامناً: قاعدة الاستثناء الضمني.....
103	..... الفرع الثاني: التفسير اللغوي وصياغة النصوص.....
104	..... المطلب الثالث: الفقه الإسلامي والتفسير اللغوي للنصوص.....
105	..... الفرع الأول: القواعد الفقهية والتفسير اللغوي للنصوص.....
106	..... أولاً: الأصل في الكلام الحقيقية.....
106	..... ثانياً: إعمال الكلام أولى من إهماله.....
107	..... ثالثاً: مالا يضابط له في النص أو في اللغة يرجع فيه إلى العرف.....
107	..... الفرع الثاني: دور العرف في نظر الفقه الجنائي المعاصر.....
108	..... الفرع الثالث: القواعد الفقهية واستعمالها في علم التفسير الجنائي.....
109	..... أولاً: قاعدة درء الحدود بالشبهات.....
110	..... ثانياً: قاعدة تفضيل الخطأ في العفو عن الخطأ في العقوبة.....
112	..... المبحث الثاني: المنهج المنطقي والقواعد العامة الضابطة لعمل المفسر.....
112	..... المطلب الأول: تعريف المنهج المنطقي.....
113	..... المطلب الثاني: القواعد العامة الضابطة للتفسير المنطقي.....
113	..... الفرع الأول: الاهتداء بحكمة التشريع.....

- 115 ..... أولاً: تمييز حكمة التشريع عن المناسبة التشريعية
- 116 ..... ثانياً: تطور حكمة التشريع
- 116 ..... الفرع الثاني: العامل التنسيقي "تقريب النصوص"
- 117 ..... الفرع الثالث: تفسير العبارات العامة في ضوء ما يورده النص من أمور محددة ...
- 117 ..... الفرع الرابع: الاعتداد بتدرج الحقوق التي تحميها النصوص الجنائية .....
- 118 ..... الفرع الخامس: المبادئ العامة للقانون .....
- 119 ..... المطلب الثالث: الفقه الإسلامي والتفسير المنطقي للنصوص .....
- 120 ..... أولاً: الأمور بمقاصدها .....
- 120 ..... ثانياً: إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما .....
- 121 ..... ثالثاً: الحاجة تنزل منزلة الضرورة .....
- 121 ..... رابعاً: ما أوجب أعظم الأمرين بخصوصه لا يوجب أهونهما بعمومه .....
- 123 ..... المبحث الثالث: المنهج التاريخي
- 123 ..... المطلب الأول: تعريف المنهج التاريخي .....
- 123 ..... المطلب الثاني: وسائل المنهج التاريخي في التفسير .....
- 123 ..... الفرع الأول: الأصول التاريخية .....
- 124 ..... الفرع الثاني: الأعمال التحضيرية .....
- 126 ..... المطلب الثالث: الفقه الإسلامي والمنهج التاريخي .....
- 127 ..... الفرع الأول: النسخ .....
- 129 ..... الفرع الثاني: سبب النزول أو سبب الورد

الباب الثاني:

الأحكام الخاصة بتفسير النصوص الجنائية

الفصل الأول:

دور مبدأ الشرعية في تفسير قانون العقوبات

- 137 ..... المبحث الأول: مبدأ الشرعية وأهميته في مجال تفسير النصوص الجنائية
- 137 ..... المطلب الأول: مدلول مبدأ الشرعية الجنائية
- 138 ..... المطلب الثاني: مبدأ الشرعية نشأته، أهميته
- 139 ..... الفرع الأول: نشأة مبدأ الشرعية
- 140 ..... الفرع الثاني: أهمية مبدأ الشرعية
- 140 ..... أولا: أساس المبدأ في قانون العقوبات
- ثانيا: الأهمية القانونية في النص على مبدأ الشرعية في الدستور أو في قانون
- 142 ..... العقوبات
- 143 ..... ثالثا: صيغة الشرعية العرفية
- 145 ..... المبحث الثاني: ملامح مبدأ الشرعية في الفقه الإسلامي
- 145 ..... المطلب الأول: لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في جرائم الحدود
- 145 ..... أولا: جريمة الزنا
- 146 ..... ثانيا: جريمة القذف
- 146 ..... ثالثا: جريمة السرقة
- 146 ..... رابعا: جريمة الحراة
- 146 ..... خامسا: جريمة الردة
- 147 ..... سادسا: جريمة البغي
- 147 ..... سابعاً: جريمة شرب الخمر
- 149 ..... المطلب الثاني: لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في جرائم القصاص والدية
- 149 ..... أولا: جريمة القتل العمد

150	..... ثانيا: جريمة إتلاف الأطراف عمدا والجرح العمد
151	..... ثالثا: جريمة القتل الخطأ
151	..... رابعا: قطع الأطراف والجراح الخطأ
152	..... المطلب الثالث: لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في جرائم التعازير
152	..... أولا: اختلاف جرائم التعازير عن جرائم الحدود والقصاص
153	..... ثانيا: الضوابط التي يلتزم بها ولي الأمر عند تحديد الجرائم التعزيرية
154	..... ثالثا: الشريعة الإسلامية لم تنص على كل جرائم التعازير
157	..... المبحث الثالث: مبدأ الشرعية نتائجه وآثاره في قانون العقوبات
157	..... المطلب الأول: مدلول مبدأ الشرعية "المدلول الراجح للمبدأ"
158	..... المطلب الثاني: مبدأ الشرعية نتائجه، آثاره في نطاق قانون العقوبات
158	..... الفرع الأول: نتائج مبدأ الشرعية
160	..... الفرع الثاني: آثار مبدأ الشرعية في قانون العقوبات
160	..... أولا: عدم رجعية قوانين الموضوع
162	..... ثانيا: صلاحية القانون للمتهم
164	..... الفرع الثالث: الأثر الرجعي للنصوص الشرعية
	المبحث الرابع: قاعدة تفسير الشك لمصلحة المتهم والصلة بين القاعدة الجنائية وغيرها من
167	..... قواعد فروع القانون
167	..... المطلب الأول: مبدأ تفسير الشك لمصلحة المتهم والأثر الصحيح له
167	..... الفرع الأول: التفرقة بين الشك في معنى النص وإستحالة تفسيره
168	..... الفرع الثاني: الأسلوب العملي لمواجهة الشك في تفسير نصوص قانون العقوبات...
169	..... المطلب الثاني: الصلة بين القاعدة الجنائية وغيرها من قواعد فروع القانون الأخرى ...
169	..... الفرع الأول: ماهية القاعدة الجنائية
170	..... الفرع الثاني: تحليل القاعدة الجنائية

171	الفرع الثالث: العلاقة بين القاعدة الجنائية وغيرها من قواعد القانون .....
<b>الفصل الثاني:</b>	
<b>تفسير نصوص التجريم والعقاب</b>	
174	المبحث الأول: التفسير الضيق .....
174	المطلب الأول: مدلول التفسير الضيق .....
175	المطلب الثاني: تطبيقات التفسير الضيق .....
176	الفرع الأول: جرائم الخيانة والتجسس .....
176	الفرع الثاني: جرائم التزوير .....
177	الفرع الثالث: جرائم الاستهزاء من المعلوم من الدين بالضرورة .....
178	المطلب الثالث: موقف الفقه من التفسير الضيق .....
178	الفرع الأول: وجوب عدم تعارض التفسير الضيق مع مصالح الأفراد .....
178	الفرع الثاني: التفسير الضيق لازمة لتطبيق مبدأ الشرعية .....
178	الفرع الثالث: تقييم طريقة التفسير الضيق للنص الجنائي .....
180	الفرع الرابع: التفسير الضيق والتفسير الحرفي .....
180	أولا: مدلول التفسير الحرفي .....
182	ثانيا: الانتقادات الموجهة لطريقة التفسير الحرفي .....
184	ثالثا: التفسير الحرفي والفقه الإسلامي .....
187	المبحث الثاني: التفسير الواسع .....
187	المطلب الأول: مدلول التفسير الواسع .....
188	المطلب الثاني: أسباب ظهور أسلوب التفسير الواسع .....
188	الفرع الأول: قصور النص الجزائي وعدم إلمام القانون الجنائي بكل السلوكيات الإجرامية .....
188	أولا: محدودية القوانين ولا محدودية السلوك البشري .....

190	..... ثانيا: عدم إمكانية التنبؤ بكل السلوكات الإجرامية.
192	..... الفرع الثاني: الصياغة المفتوحة في التجريم.
192	..... أولا: عدم تعريف الجرائم.
194	..... ثانيا: عدم تحديد الركن المادي للجريمة.
196	..... ثالثا: عدم تعريف المصطلحات القانونية المتعلقة بالجرائم.
197	..... الفرع الثالث: الصياغة المفتوحة بالنسبة للعقاب.
197	..... أولا: استعمال الظروف المشددة والمخففة.
200	..... ثانيا: تقنية التجنيح أو التفسير الانتقائي.
201	..... ثالثا: عدم التحديد المدقق للعقاب.
202	..... المطلب الثالث: وجوب مواكبة القانون الجنائي للتطور.
203	..... الفرع الأول: عدم مواكبة القانون الجنائي للتطور.
203	..... أولا: خاصية النص القانوني الديمومة.
204	..... ثانيا: خاصية المجتمع (التطور السريع).
205	..... الفرع الثاني: مظاهر عدم مواكبة القانون الجنائي للتطور.
206	..... أولا: عدم مواكبة القانون الجنائي لتطور المعلوماتية.
209	..... ثانيا: عدم مواكبة القانون الجنائي مع تفاقم مرض "السيدا".
211	..... المطلب الرابع: نتائج عدم مواكبة القانون الجنائي للتطور.
212	..... الفرع الأول: جمود النص.
213	..... الفرع الثاني: إفلات بعض السلوكات الإجرامية من العقاب.
213	..... الفرع الثالث: قاعدة لا عقوبة بدون نص وشلها لضرورات تفريد العقاب.
218	المبحث الثالث:
.....	القياس.....
218	..... المطلب الأول: ماهية القياس.

218	..... الفرع الأول: مدلول القياس
218	..... أولا: مدلول القياس لغة
219	..... ثانيا: مدلول القياس اصطلاحا
220	..... الفرع الثاني: أركان القياس
220	..... أولا: الأصل
220	..... ثانيا: الفرع
220	..... ثالثا: حكم الأصل
220	..... رابعا: العلة
220	..... الفرع الثالث: شروط صحة أركان القياس
221	..... أولا: شروط حكم الأصل
222	..... ثانيا: شروط الفرع
224	..... ثالثا: شروط العلة
225	..... المطلب الثاني: مجال حظر القياس في قانون العقوبات
226	..... الفرع الأول: تحديد مدلول القاعدة الاستثنائية
226	..... الفرع الثاني: تحديد مدلول القاعدة الخاصة
228	..... الفرع الثالث: القواعد التي يحظر القياس بصدد
230	..... الفرع الرابع: سند حظر القياس في مجال التحريم
231	..... أولا: موقف أنصار المنهج الواقعي من مبررات حظر القياس
232	..... ثانيا: موقف النظرية الشخصية من القياس
235	..... المطلب الثالث: مجال إباحة القياس في المواد الجنائية
236	..... الفرع الأول: القياس بصدد قواعد الإباحة
237	..... الفرع الثاني: القياس بالنسبة لموانع المسؤولية
238	..... الفرع الثالث: القياس وموانع العقاب وتخفيفه



240	..... الفرع الرابع: التفسير الواسع والقياس
<b>الفصل الثالث:</b>	
<b>تفسير النصوص الجنائية غير التجريبية</b>	
246	المبحث الأول: تفسير نصوص أسباب الإباحة وموانع المسؤولية.....
246	المطلب الأول: تفسير النصوص الخاصة بأسباب الإباحة.....
246	الفرع الأول: ماهية أسباب الإباحة.....
247	الفرع الثاني: الأساس القانوني للإباحة.....
248	الفرع الثالث: طبيعة أسباب الإباحة.....
248	الفرع الرابع: أسلوب تفسير أسباب الإباحة.....
250	المطلب الثاني: تفسير نصوص موانع المسؤولية.....
250	الفرع الأول: ماهية موانع المسؤولية.....
251	الفرع الثاني: أسلوب تفسير موانع المسؤولية.....
253	المبحث الثاني: تفسير النصوص الخاصة بالأعذار المعفية والمحففة.....
253	المطلب الأول: تفسير النصوص الخاصة بالأعذار المعفية.....
253	الفرع الأول: الأعذار المعفية.....
253	أولا: عذر المبلغ عن الجريمة.....
254	ثانيا: عذر القرابة العائلية.....
254	ثالثا: عذر التوبة من الجريمة قبل نفاذها.....
255	رابعا: الحالة الخاصة بالمخدرات والمؤثرات العقلية.....
256	الفرع الثاني: أسلوب تفسير نصوص الأعذار المعفية.....
256	أولا: الأعذار المعفية والتفسير الضيق.....
257	ثانيا: الأعذار المعفية والتفسير الواسع.....

- 258 ..... ثالثا: الأعدار المعفية والقياس
- 259 ..... المطلب الثاني: تفسير النصوص الخاصة بالأعدار المخففة
- 259 ..... أولا: خصائص الأعدار المخففة
- 260 ..... ثانيا: أنواع الأعدار القانونية المخففة
- 260 ..... الفرع الثاني: أسلوب تفسير الأعدار القانونية المخففة
- 262 ..... المبحث الثالث: تفسير النصوص الخاصة بالظروف
- 262 ..... المطلب الأول: تفسير النصوص الخاصة بالظروف المخففة
- 262 ..... الفرع الأول: ماهية الظروف المخففة
- 264 ..... الفرع الثاني: خصائص الظروف المخففة
- 264 ..... أولا: مجال تطبيق الظروف المخففة
- 265 ..... ثانيا: الجرائم المستثناة من تطبيق الظروف المخففة
- 266 ..... الفرع الثالث: أسلوب تفسير نصوص الظروف المخففة
- 269 ..... المطلب الثاني: تفسير النصوص الخاصة بالظروف المشددة
- 269 ..... الفرع الأول: ماهية الظروف المشددة
- 269 ..... الفرع الثاني: أسلوب تفسير نصوص الظروف المشددة
- 269 ..... أولا-الظروف المشددة المادية والظروف المشددة الشخصية
- 271 ..... ثانيا: الظروف المشددة العامة والظروف المشددة الخاصة

### الباب الثالث:

### تفسير النصوص في الفقه الإسلامي

### الفصل الأول:

### الألفاظ باعتبار وضعها لمعانيها

- 279 ..... المبحث الأول: اللفظ الخاص
- 279 ..... المطلب الأول: تعريف الخاص بيان أنواعه وتحديد أحكامه

279	..... الفرع الأول: تعريف اللفظ الخاص
279	..... الفرع الثاني: حكم اللفظ الخاص
280	..... الفرع الثالث: أنواع اللفظ الخاص
281	..... المطلب الثاني: اللفظ المطلق واللفظ المقيّد
281	..... الفرع الأول: اللفظ المطلق
281	..... الفرع الثاني: اللفظ المقيّد
283	..... أولاً: اللفظ المطلق الذي قام الدليل على تقييده
283	..... ثانياً: اللفظ المقيّد بشرط
184	..... ثالثاً: المقيّد بالغاية
284	..... الفرع الثالث: حكم المطلق والمقيّد
284	..... أولاً: حكم المطلق
285	..... ثانياً: حكم المقيّد
286	..... ثالثاً: حمل المطلق على المقيّد
293	..... المطلب الثالث: الأمر والنهي
294	..... الفرع الأول: الأمر
294	..... أولاً: ماهية الأمر
294	..... ثانياً: صيغ الأمر
296	..... ثالثاً: وجوه استعمال الأمر
297	..... رابعاً: دلالة الأمر الوارد بعد المنع والتحريم

299	..... خامسا: دلالة الأمر على التكرار أو الوحدة
300	..... سادسا: دلالة الأمر على الفورية أو التراخي
301	الفرع الثاني: النهي ..... .....
301	..... أولا: تعريف النهي
302	..... ثانيا: صيغ النهي
302	..... ثالثا: وجوه استعمال صيغة النهي
303	..... رابعا: دلالة النهي ..... .....
304	..... خامسا: دلالة النهي على الفور والاستمرار
304	..... سادسا: آثار النهي في المنهي عنه
310	المبحث الثاني: اللفظ ..... الع ..... .....
310	..... المطلوب الأول: تعريف اللفظ العام وبيان صيغته
310	..... الفرع الأول: تعريف اللفظ العام
311	..... الفرع الثاني: صيغ العموم ..... .....
313	..... المطلوب الثاني: أنواع اللفظ العام
313	..... الفرع الأول: عام يراد به العموم قطعا
314	..... الفرع الثاني: عام يراد به الخصوص قطعا
314	..... الفرع الثالث: عام مطلق أو عام مخصوص
315	..... المطلوب الثالث: تخصيص اللفظ العام
315	..... الفرع الأول: مذهب الجمهور



- 337 ..... الفرع الثاني: حكم النص
- 338 ..... المطلب الثالث: اللفظ \_\_\_\_\_ ظ  
 ..... المفرد \_\_\_\_\_  
 .....
- 338 ..... الفرع الأول: تعريف اللفظ المفسر
- 339 ..... الفرع الثاني: حكم اللفظ المفسر
- 341 ..... المطلب الرابع: اللفظ المحكم
- 341 ..... الفرع الأول: تعريف اللفظ المحكم
- 341 ..... أولاً: المحكم لذاته
- 342 ..... ثانياً: المحكم لغيره
- 342 ..... الفرع الثاني: حكم اللفظ المحكم
- 343 ..... المبحث الثاني: الألفاظ باعتبار خفاء معناها مراتبها، أحكامها
- 344 ..... المطلب الأول: اللفظ \_\_\_\_\_ ظ  
 ..... الخفاء \_\_\_\_\_ ي  
 .....
- 344 ..... الفرع الأول: تعريف اللفظ الخفي
- 346 ..... الفرع الثاني: حكم الخفاء \_\_\_\_\_ ي  
 .....
- 347 ..... المطلب الثاني: المشكل
- .....
- 347 ..... الفرع الأول: تعريف المشكل
- 349 ..... الفرع الثاني: حكم المشكل
- 349 ..... المطلب الثالث: اللفظ المجمم \_\_\_\_\_ ل  
 .....

- 349 ..... الفرع الأول: تعريف اللفظ المحمل
- 350 ..... الفرع الثاني: أنواع اللفظ المحمل  
.....
- 351 ..... الفرع الثالث: حكم المحمل
- 353 ..... المطلب الرابع: المتشابه  
.....
- 353 ..... الفرع الأول: تعريف المتشابه
- 354 ..... الفرع الثاني: حكم المتشابه
- 355 ..... المطلب الخامس: التأويل
- 355 ..... الفرع الأول: معنى التأويل
- 356 ..... الفرع الثاني: شروط التأويل
- 357 ..... الفرع الثالث: أنواع التأويل
- 357 ..... أولاً: التأويل القريب
- 357 ..... ثانياً: التأويل البعيد
- 358 ..... ثالثاً: تأويل متعذر غير مقبول
- 359 ..... الفرع الرابع: مجال التأويل

### الفصل الثالث:

#### الألفاظ باعتبار دلالتها على معانيها

- 362 ..... المبحث الأول: تقسيم المالكية والشافعية والحنابلة لطرق دلالة الألفاظ  
.....
- 362 ..... المطلب الأول: دلالة المنطوق  
.....
- 363 ..... المطلب الثاني: دلالة المفهوم  
.....

363	..... الفرع الأول: تعريف دلالة المفهوم
364	..... الفرع الثاني: أنواع دلالة المفهوم
364	..... أولاً: دلالة الموافقة
367	..... ثانياً: دلالة المخالفة
377	..... المبحث الثاني: تقسيم الحنفية لطرق دلالات الألفاظ على المعنى
377	..... المطلب الأول: دلالة العبارة "عبارة النص"
377	..... الفرع الأول: ماهية عبارة النص
378	..... الفرع الثاني: أمثلة عبارة النص
379	..... الفرع الثالث: عبارة النص في نصوص التشريعات الوضعية
379	..... المطلب الثاني: دلالة الإشارة
380	..... الفرع الأول: تعريف دلالة الإشارة
382	..... الفرع الثاني: أمثلة دلالة الإشارة في نصوص التشريعات الوضعية
382	..... المطلب الثالث: دلالة النص
382	..... الفرع الأول: تعريف دلالة النص
384	..... الفرع الثاني: أمثلة دلالة النص في نصوص التشريعات الوضعية
385	..... المطلب الرابع: دلالة الاقتضاء
385	..... الفرع الأول: تعريف دلالة الاقتضاء
387	..... الفرع الثاني: مدلول دلالة الاقتضاء
388	..... الفرع الثالث: دلالة الاقتضاء بين الجمهور والأحناف
395	..... خاتمة



408	..... فهرس الآيات القرآنية
415	..... فهرس الأحاديث النبوية الشريفة
418	..... فهرس المصادر والمراجع
442	..... فهرس الموضوعات

الملخصات

جمهورية الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

## الملخص:

القاضي الجنائي لكي يقوم بمهمته في تطبيق القاعدة القانونية الجنائية، لا بد له من تفسير القاعدة بعد فهمها فهماً دقيقاً.

وليس هذا التفسير خاضعاً لمحض فهم القاضي ومنطقه، وإنما يخضع لقواعد معينة يجب أن يجري التفسير وفق مقتضياتها، لأنها بدورها قواعد قانونية ملزمة للقاضي ولكل الهيئات والأشخاص الذين يطبقون القانون الجنائي.

هذا الالتزام يهتم على القاضي الجنائي أن يبحث عن قصد المشرع مستعملاً في ذلك أيّ طريق أو أسلوب يمكنه من الوصول إلى هذا القصد، من غير أن يصطدم بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

فإن اقتنع أنّ ما يقول به يطابق ذلك القصد، فلا أهمية بعد ذلك لكون هذا التفسير قد جاء ضيقاً أو واسعاً، فما طابق هذا القصد هو التفسير الصحيح - ويسميه بعض الفقه بالتفسير الكاشف - بمعنى الذي يكشف عن إرادة وقصد المشرع.

من هنا يتضح أن خطة تفسير النصوص الجنائية قوامها البحث عن قصد المشرع، شأنها في ذلك شأن تفسير سائر النصوص القانونية.

من أجل تحقيق المعادلة بين حق المجتمع من جهة وحقوق الأفراد وحرّياتهم من جهة أخرى، فإنه لا بد من اعتماد الأسلوبين - التفسير الضيق، التفسير الواسع - بصفة متوازنة.

فلا يتمّ التقيّد بهذا الأسلوب دون الآخر بحسب كلّ حالة إجرامية بصورة منفردة، فالنص الجزائي هو واحد، ولكن الجرائم متعددة وغير متشابهة وإن كانت جميعها يحكمها نصّ واحد.

ومن واجب القاضي فصل النزاع ومعاقبة الجاني على قدر فعله الإجرامي، وذلك إمّا بإعمال الأسلوب الضيق أو الأسلوب الواسع بحسب ظروف كل نزاع وبحسب ملاسبات كلّ قضية.

كما أنّ القاضي الجنائي في الشريعة الإسلامية، ليس له مطلق الحرّية ليفسّر النصّ حسب هواه، بل يجب عليه أن يتقيّد بقواعد التفسير المحدّدة في الفقه الإسلامي، ويلتزم بها في تطبيق النصّ على النازلة المعروضة أمامه، فليس له أن يخلق جريمة غير معروفة في القرآن الكريم أو السنّة المطهرة، أو عقوبة غير محدّدة أو منظمة في العقوبات الشرعية عن طريق القياس، حتى ولو كانت الواقعة المعروضة في الواقع تشتمل لها النفس وتنفر منها الأخلاق....

فقواعد التفسير الشرعية والقانونية هي المنهجية العلميّة الرامية إلى تحديد معنى النصّ ومفهومه الصحيح الذي يجعله يحقق الهدف الذي يرمي المشرع إلى تحقيقه بواسطة القضاء.

## Abstract:

In order that the Criminal Judge does his job in the application of the legal criminal rule, he must interpret the rule after an exact understanding of it.

This interpretation is not subject to the pure understanding of the judge and his logic; but it is submitted to certain rules to which the interpretation must be conducted in accordance to these requirements, because the latter are binding to the judge and to all bodies and persons who apply Criminal Law.

This commitment obliged the Criminal Judge to look for the legislator intention by using any way or method allowed him to access to this intent, without any collision of the legality principle of offenses and penalties.

If he is convinced that what he is saying conforms with that intent, there will be no importance that after this explanation came narrow or wide, what conveyed this intent is the true explanation– and some Jurisprudents called it –the revealed Interpretation– that reveals the will and the intent of the legislator.

It is clear that the plan of interpretation of the criminal texts stand on the search of the legislator intention, such as the interpretation of all legal texts.

For achieving the equation between the rights of society on the one hand and the rights and freedoms of the individuals on another hand, it is necessary to adopt both methods –the narrow interpretation, the wide interpretation–in a balanced manner.

According to all criminal cases individually there is no compliance with this method without the other, then the penal text is a one, while the crimes are multiple and not similar even all them had been ruled by a single text.

It is the judge's duty to solve the dispute and to punish the offender as much as his crime, either by a narrow or broad method according to the circumstances of each dispute, according to the facts of each case.

Also in the Islamic Legislation, the Criminal judge has not an absolute freedom to interpret the text as he liked; yet he must comply with the rules of interpretation set by the Islamic Jurisprudence, and must be restricted in the application of the text on the fall presented in front of him, he has no right to create an offense unknown in the Holy Quran or the Pure Tradition, or a indefinite punishment or organized in the legitimate sanctions through Analogy, even if the presented incident is in fact horrible terrified the soul and alienated the ethics ...

Then the rules of legal and judicial interpretation are the scientific methodology which aimed to determine the meaning of the text and its right sense, which makes it achieves the goal that the legislator intended to be reached by justice.

## **Résumé:**

Afin que le juge pénal fasse son travail dans l'application de la règle pénale légale, il doit interpréter la règle après une compréhension exacte.

Cette interprétation n'est pas soumise à l'entendement pur du juge et sa logique; mais il est soumis à certaines règles auxquelles l'interprétation doit être menée conformément à ces exigences, car celui-ci lie au juge et à tous les organismes et les personnes qui appliquent la loi pénale.

Cet engagement a obligé le juge pénal à rechercher l'intention de législateur en utilisant une manière ou une méthode qui lui a permis d'accéder à cette intention, sans aucune collision du principe de légalité des délits et des peines.

S'il est convaincu que ce qu'il dit est conforme à cette intention, il n'y aura pas d'importance que après cette interprétation est venue étroite ou large, ce qui a transmis cette intention est la véritable explication – et certains jurés consultés a appelé – l'interprétation réveillée – qui révèle la volonté et l'intention du législateur.

Il est clair que le plan de l'interprétation des textes pénaux prévoit une forte intention sur la recherche de l'intention de législateur, comme l'interprétation de tous les textes juridiques.

Pour parvenir à l'équation entre les droits de la société d'une part, et les droits et libertés des individus sur une autre part, il est nécessaire d'adopter les deux méthodes – l'interprétation étroite, l'interprétation large – d'une manière équilibrée.

Selon toutes les affaires pénales individuellement, il n'y a pas le respect de cette méthode sans l'autre, le texte pénal est un, alors que les crimes sont multiples et ne sont pas similaires, même tous ceux ont été gouvernés par un seul texte.

Il est du devoir du juge de résoudre le litige et de punir le délinquant autant que son crime, soit par une méthode étroite ou large, selon les circonstances de chaque dispute et selon les circonstances de chaque cas.

Dans la législation Islamique, le juge pénal n'a pas une liberté absolue d'interpréter le texte comme il aimait, mais il doit se conformer aux règles d'interprétation établies par la Jurisprudence Islamique, et doit être limité dans l'application du texte à l'autorité présentée devant lui, il n'a pas le droit de créer une infraction inconnue dans le Saint Coran ou de la Pure Tradition, ou une peine indéterminée ou organisée dans les sanctions légitimes par l'Analogie, même si l'incident présenté est en fait horriblement terrifiant l'âme et aliène les éthiques ...

Alors, les règles d'interprétation législative et juridique, c'est la méthodologie scientifique qui vise à déterminer le sens du texte et son correct sens, ce qui en fait atteint l'objectif que le législateur a voulu être atteint par la justice.