

الاباحة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

**Permissibility and its status in the
Islamic & the Conventional Law**

* د. هدايت خان

ABSTRACT

Permissibility (al-Ibāḥah) is a kind of the Islamic law, which gives option to someone to do or not to do something. If something is done by someone under this order, no punishment or reward is liable. It nullifies the delinquency.

This paper defines the lexical and technical meanings of permissibility as defined by different Islamic scholars like al-Shāṭibī, al-Āmidī and al-Ghazālī and the conventional law that how it removes responsibility of delinquency of an act and makes it permissible for person, who does it. Its different kinds and causes for permissibility have been discussed. It has general and particular kinds. It has also been differentiated from insanity: that when a person commits an offense under defective understanding such as childhood, mental illness and in sleeping. These conditions remove someone's responsibility and one cannot be prosecuted by both the laws. Different rules regarding mistake and ignorance in the case of al-Ibāḥah (permissibility) has been discussed in detail.

There are limitations of al-Ibāḥah and if the limits of al-Ibāḥah are transgressed, then, the act converts into criminality.

The author, in this paper, presents a comparative study of the Islamic Law and Conventional Law on the issue of al-Ibāḥah.

Keywords: Permissibility (al-Ibāḥah), Offence, Islamic Law, Mistake, Ignorance, Punishment and Reward..

* أستاذ مساعد بقسم الفقه وأصول الفقه بكلية اللغة العربية والدراسات الإسلامية جامعة

العلامة إقبال المفتوحة إسلام آباد باكستان

الإباحة في الفقه الإسلامي

تعريف الإباحة

أولاً: تعريف الإباحة في اللغة

الإباحة في اللغة هو الاظهار، يعني اللزوم، كما يقال باح بسرته أى أظهره، و البوح في معني متعدي، والمباح من الإباحة وهو اسم مفعول. وجاء في لسان العرب^(١) البوح ظهور الشيء وأيضا المباح ضد الممنوع. والباحة بمعنى باحة ساحة الدار، وايضا بمعنى أوسط الدار. وجاء في المعجم الوسيط^(٢) باح بوحا. ظهر، باح فلان بالسر أى أظهره. فهو بائح، ومبؤوح وباح خصمه: صرعه (أباحه) أظهره، أباحه أحله وأطلقه، ويقال أباحه الشيء، استباحه عده مباحا، وباحة الماء معظمه والجمع بوح،

هذه كانت الدلالات اللغوية للإباحة، وسنرى معنى الإباحة في اصطلاح

الأصوليين والفقهاء إن شاء الله تعالى

ثانياً: تعريف الإباحة في اصطلاح الفقهاء

نقل الآمدي عدة تعريفات للمباح واعترض عليها ثم انتهى إلى التعريف الذي رآه أقرب إلى الصواب، كما ذكر الشاطبي وابن السبكي، والشوكاني. ونعرض لهذه التعريفات على التوالي.

أما التعريفات التي ذكرها الآمدي^(٣) واعترض عليها فهي:

التعريف الأول: المباح هو "ما خير المرء فيه بين فعله وتركه شرعاً".

التعريف والثاني: "هو ما استوى جانباه في عدم الثواب والعقاب".

التعريف الثالث: "هو ما أعلم فاعله أو دل أنه لا ضرر عليه في فعله ولا تركه ولا نفع له في الآخرة".

واعترض الآمدي على هذا التعريف بأنه "غير جامع، لأن بهذا التعريف

يخرج معني التعريف الاول وهو اختيار الشخص بين فعله و تركه .

أما الإمام الشاطبي^(٤) فقد عرّف المباح بقوله "أن المباح عند الشارع هو المخير فيه بين الفعل والترك من غير مدح ولا ذم لا على الفعل ولا على الترك". بهذا التعريف يتلاقى ما اعترض الآمدي لتعريف المباح من أنه منقوض بصفه الكفارة والصلاة في أول وقتها لأن قوله من غير مدح ولا ذم لا على الفعل ولا على الترك يخرج الواجب بجميع أقسامه لأن الواجب من حيث هو واجب يمدح فاعله ويذم تاركه.

وعرف صدر الشريعة^(٥) المباح بأنه "فعل المكلف الذي يستوي فعله وتركه" والمراد بالاستواء كما يقول الشارح^(٦) استواء الفعل والترك في نظر الشارع بأن يحكم بذلك صريحا أو دلالة.

وأما تعريف الإباحة عند ابن سبكي الشافعي فهي "عبارة عن اقتضاء الخطاب التخيير بين فعل الشيء وتركه"، ومن هنا يكون المباح ما دل خطاب الشارع المتعلق بفعل المكلف على التخيير بين فعله وتركه.

وهذا التعريف يعترض عليه - مثل التعريف الذي نقله الآمدي أولاً وهو دخول الواجب المخير، والواجب المؤقت بوقت موسع.

يستعمل الغزالي لفظ الجواز كمرادف للإباحة لأن الجواز عنده هو التخيير بين الفعل والترك.^(٧)

الإباحة في القانون الوضعي

أساس الإباحة:

يشتمل قانون العقوبات على نصوص. وقصدها حفظ مصالح معتبرة لجميع الأفراد. وقد ترتكب الجريمة في احوال لا يجوز او لا يمكن معها تطبيق نص التجريم؛ لأنه لا يحصل النتيجة المقصودة. وهو حفظ مصالح. فرفض المجنى عليه سبب من أسباب الإباحة إذا كان من شأنه التصرف في الحق المعتدي عليه. فبديهي أن تطبيق نص التجريم على المعتدي لا يحقق مصلحة. ومثال ذلك إتلاف المال برضاء صاحبه^(٨).

فهناك نص يجرم الفعل ونص لظروف أو ملابسات خاصة ترتبط بالواقعة الجنائية التي يكتمل لها الشكل الخارجي للجريمة، يجعل هذه الواقعة مشروعة في نظر المشرع، هذه الملابسات والظروف هي ما يطلق عليه أسباب الإباحة. وذهب رأي إلى ارتباط علة التجريم وعلة الإباحة، علة التجريم هي حفظ حقوق أو مصالح وعلتها تنتفي علة التجريم، إذا لا يكون حقا بالاعتداء.

و فيه حالتان

- أ- الأولى: في هذه حالة يجعل الشارع أفعال الجرح جرماً لحفظ الحق في سلامة الجسم ولكنه يبيح أعمال الجراحة الطبية لأنها تحمي سلامة الجسم ومن ثم لا يوجد اعتداء على الحق المراد حمايته فتتبع الإباحة.
- ب- الثانية: و في هذه حالة، إذا ثبت أن الفعل وإن كان ينتج اعتداء على حق معين فهو يصون حقاً أولى بالرعاية فالتشريع يبيح الدفاع الشرعي بالقتل في أحوال خاصا ذكر في دفاع عن النفس أو المال تقديراً منه لأن حرق المعتدى عليه في الدفاع أجدر بالرعاية من حق المعتدي^(٩).

تعريف الإباحة:

يعرف البعض الإباحة بأنها "حالات انتفاء الركن الشرعي بناء على قيود واردة على نطاق نص التجريم تستبعد منه بعض الأفعال"^(١٠).

وأساس هذا الرأي قيام الجريمة على ثلاثة أركان: ركن مادي، ركن معنوي، وركن شرعي، ويقصد بهذا الركن الأخير الصفة غير المشروعة للفعل^(١١) وهو تقسيم منتقد لأن ممنوعية الفعل هو صفة للفعل أو محكوم بالقياس إلى نص يجرم هذا الفعل وليس من المنطقي أن يكون النص الذي يخلق الجريمة ركناً في الجريمة التي يخلقها، كما يعيب هذا التقسيم أنه طالما اعتبر نص التجريم ركناً في الجريمة فإنه يجب أن يكون الفاعل عالماً به ومن المسلم أن الجهل بقانون العقوبات لا ينفي القصد الجنائي^(١٢).

أما التشريعات العربية فتتفق في النص على: ممارسة الحق، أداء الواجب، الدفاع الشرعي، ومنها ما يضيف إلى هذه الأسباب حالة الضرورة، وتشمل الإكراه المعنوي، (المادة ٧٢ من القانون الليبي، ٨٢ من القانون المغربي)، ومنها ما يضيف رضاء المجنى عليه وهي قوانين السودان (المادة ٥١) ولبنان (المادة ١٨٧) وسوريا (المادة ١٨٦) والكويت (المادة ٣٩)^(١٣).

الإباحة وكثرة المشاركين في جريمة:

قد يشارك كثير أشخاص في جريمة قد يكون شريكاً أو شريكاً و فاعل. ففيه أقوال.

ويرى البعض^(١٤) أن القاعدة في حالة تعدد الفاعلين عدم استفادة من لم يتوفر بالنسبة له سبب الإباحة الذي توفر بالنسبة لغيره، فلو شارك فرد أباً إذا كان يضرب ابنه لتأديبه وهو حقه فان ذلك الفرد يعاقب ما لم تكن المعاونة برضاء الأب لأن التفويض في استعمال حق التأديب جائز.

بينما يرى البعض^(١٥) اذا توجد أسباب الإباحة يجعل عمل جائزاً ويستفيد منه كل شخص شارك في الفعل.

ورغم هذا الخلاف في المبدأ العام فالرأيان يتفقان في التفرقة بين أسباب المطلقة و النسبية للإباحة. فلو يكون سبب الإباحة من النوع الأول والفاعلون استفادوا منه جميعاً، أما إذا كان السبب نسبياً فإنه لا يستفيد منه إلا صاحب مركز معين أو ذو صفة معينة قصد القانون أن يقتصر أثر الإباحة عليه وحده إلا إذا أجاز القانون التفويض في استعمال الحق كما في حق الدفاع أمام القضاء والتفرقة بين الأسباب النسبية والأسباب المطلقة لا تكون متعارضة مع المادة القانونية ٣٩ ولكنه يوافق لأن أسباب الإباحة النسبية تعتبر من الأحوال الخاصة للفاعل التي لا يتعدى أثرها إلى غيره من الفاعلين^(١٦).

والمبدأ العام بالنسبة للشريك أنه يستعير اجرامه من الفاعل الأصلي فإذا كان ارتكبه الأخير مباحا كان فعل الشريك غير معاقب عليه غير أنه يجب التفرقة بين توافر السبب المييح بالنسبة للفاعل وتوافره بالنسبة للشريك، فإذا توافر السبب بالنسبة للفاعل وكان السبب مطلقا استفاد منه الشريك، أما إذا كان السبب نسبيا استفاد منه الفاعل دون الشريك وهو المستفاد من المادّة ٤٢ ، أنه "إذا كان فاعل الجريمة غير معاقب لسبب من أسباب الإباحة أو لعدم وجود القصد الجنائي أو لأحوال خاصة به وجبت مع ذلك معاقبة الشريك بالعقوبة المنصوص عليها قانونا".^(١٧).

أقسام الإباحة

١- الفرق بين أسباب عامة و أسباب خاصة.

٢- الفرق بين أسباب مطلقة و أسباب متعلقة بها (النسبية).

١- الفرق بين أسباب عامة وأسباب خاصة:

اذن أسباب الإباحة العامة تتوفر لجميع أقسام من الجريمة، أما أسباب خاصة فلا تتوفر إلا في صورة حدوث الجنائيات المحدودة: فالدفاع الشرعي من أسباب العامة للإباحة، حين يجيز جميع أفعال توجد شرائطه، اذن حق الدفاع في القضاء من أسباب خاصة من الإباحة^(١٨).

وقد اختلف الرأي في وضع الدفاع الشرعي بين الأسباب العامة أو الأسباب الخاصة وفقا لهذا المعيار الموضوعي فاعتبره البعض سببا عاما للإباحة^(١٩) بينما عدّه البعض من الأسباب الخاصة^(٢٠).

٢- الفرق بين أسباب مطلقة وأسباب نسبية:

فهنا تطبق القاعدة ، ففي حالة الأولى جميع الناس قد يستفيدوا منها ، مثل دفاع شرعي فيجوز للمعتدي عليه دفع هذا الاعتداء، كما يجوز للغير أن يدفع الاعتداء الواقع على المجنى عليه ويستفيد من توافر سبب الإباحة.

أما في أسباب الإباحة النسبية فهي تفيد شخصا خاصا معيناً ومثال ذلك استعمال السلطة الحكومية (٢١).

والآن نعرض أسباب الإباحة بالتفرقة بين الإباحة الأصلية والإباحة الطارئة.

٣- التمييز بين الإباحة الأصلية والإباحة الطارئة:

من القواعد التي يقوم عليها قانون العقوبات أن الجريمة والعقوبة تبنيان على قانون فإذا لم يكن هناك قانون يحرم الفعل فهو مباح لأن الأصل في الأشياء الإباحة. وهذه الإباحة هي الإباحة الأصلية لأن نصوص قانون العقوبات ما هي إلا قيود على الحرية الفردية. ولكن وجود هذه الإباحة لا يمنع مع ذلك من أن هذا الفعل إذا سبب ضرراً فإنه يوجب مسؤولية فاعله المدنية عن التعويض.

أما الإباحة الطارئة هي سبب من الأسباب التي نص عليها القانون أو اقتضاها نص من نصوصه لفعل مجرم قانوناً. ففي القتل دفاعاً مثلاً، القتل في ذاته بحسب نصوص قانون العقوبات له مادة تعاقب عليه إلا أن هناك سبب علق به ونص عليه القانون أو اقتضاه فمحا صفة الجريمة عنه، وبالتالي محا عن فاعله كل مسؤولية سواء كانت مدنية أو جنائية (٢٢).

ويترتب على هذه التفرقة بعض نتائج هي كما يلي:

١- في حالة الإباحة الأصلية ولو أن الفعل لا يعد جريمة، غير أنه قد ينطوى على خطأ ويسبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه جزاء وهو التعويض طبقاً للمادة القانونية رقم ١٦٣ من القانون المدني المصري، أما في حالة تجريم الفعل وتوافر سبب من أسباب الإباحة فلا تترتب مسؤولية من أي نوع لأنه لا يمكن ترتيب مسؤولية عن فعل يبيحه القانون وقد يأمر به (٢٣).

٢- في حالة عدم تجريم الفعل أو الإباحة الأصلية قد ينص القانون على إجراء وقائي لما في مسلك مرتكب الفعل أو الامتناع من خطورة إجرامية بينما في حالة

توافر سبب من أسباب الإباحة فلا يتصور اتخاذ إجراء وقائي لعدم توافر الخطورة الإجرامية في مسلك مرتكب الفعل^(٢٤).

الفرق بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية:

نعرف موانع المسؤولية كما يلي , الأسباب التي تكون معرضة لشخص الذي يرتكب الفعل فيصبح نيت الفاعل لا اعتبار له قانونا , ومثال ذلك الجنون وصغر السن والسكر غير الاختياري وحالة الضرورة والإكراه^(٢٥).

يتفق النوعان في أن الفاعل يأتي الركن أو المظهر المادي للجريمة، وفيما عدا هذا يختلفان، فالمسؤولية الجنائية تستلزم توافر عنصرين: الركن المعنوي في الجريمة والأهلية أو الإدراك الكافي لحمل المسؤولية، والركن المعنوي بدوره يقتضي توافر عنصرين: إرادة النشاط، والقصد الجنائي في الجرائم التي تقع عمدا أو الإهمال في الجرائم التي لا تحدث عمدا.

ولما كانت موانع المسؤولية تتعلق بإرادة الجاني وحرية في الاختيار فإنها تكون من طبيعة شخصية بينما ترد أسباب الإباحة على الركن المادي في الجريمة فتهدم الصفة الأساسية فيها على هذا الفارق أن سبب الإباحة يعطل نص التجريم بينما لا يؤثر مانع المسؤولية على السلطان النص وكل ماله من أثر هو عدم سريان النص لفقدان شرط أو أكثر من شروط تطبيقه وبعبارة أخرى قد يتوافر في حق الفاعل عناصر المسؤولية الجنائية ومع ذلك لا يسأل عن الجريمة لقيام سبب إباحة^(٢٦).

وتترتب على هذه التفرقة بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية نتائج هامة يمكن إيجازها فيما يلي:

١- نتيجة للصفة الموضوعية التي تتميز بها أسباب الإباحة يمتد أثرها إلى كافة من شارك في الجريمة فاعلا كان أم شريكا، لأن المساهمة الجنائية لا تكون إلا في واقعة غير مشروعة، بينما لا يحول توافر مانع من موانع المسؤولية لدى أحد

المساهمين دون مساءلة باقي المساهمين في الجريمة، فيسأل الشريك الذي تنعدم عنده الأهلية لأن عدم الأهلية سبب شخصي يؤثر في مسؤولية من قام به دون مسؤولية باقي الشركاء^(٢٧).

٢- لما كانت أسباب الإباحة تزيل عن الفعل وصف الجريمة فإن توافرها لا يرتب أية مسؤولية جنائية كانت أم مدنية، فالفاعل أو شريكه غير مسؤل عن ضمان الإضرار التي تترتب على الفعل، أما ما يمنع المسؤولية وإن كان له أثره في المسؤولية الجنائية فيمن قام بالنسبة له المانع فإن باب المسؤولية المدنية يظل مفتوحاً^(٢٨).

نلخص القول في أن أسباب الإباحة تزيل الصفة الإجرامية عن الفعل فلا تترتب مسؤولية جنائية أو مدنية بينما باب المسؤولية المدنية يظل مفتوحاً في موانع المسؤولية.

الفرق بين أسباب الإباحة وموانع العقاب:

نعرف عن موانع العقاب انها تتوفر فيها جميع أركان الجريمة وحكم الشارع خلاف ذلك. أن المصلحة المتحققة لتوقيع العقاب نقل من حيث القيم الاجتماعية عن المصلحة المتحققة إذا لم يوجب العقاب، فالأصل لامتناع العقاب لا ينتفي أحد أركان الجريمة، وإنما هي اعتبارات المصلحة العامة التي تحدد سياسة العقاب^(٢٩).

فلذلك يتضح الفرق بين أسباب الإباحة وموانع العقاب خلاف لا يجب في الحالين من أن العقاب لا يوقع في الحالين: فأسباب الإباحة نافية لركن الشرعي للجريمة ولكن موانع العقاب تبقي جميع أركان الجريمة، كل من شارك في الجريمة في أسباب الإباحة يستفيد من تأثيرها، إذ أن الأصل في موانع العقاب يستفيد من تأثيرها شخص الذي توافرت فيه، باعتبار أن المصلحة الاجتماعية التي يستهدف منها امتناع العقاب تتحقق في الغالب بعدم إيقاعه على شخص معين^(٣٠).

أحكام الجهل والغلط في الإباحة

الجهل بالإباحة:

وبيان ذلك انه قد يأتي شخص أمراً ، وهو يري أن القانون سيعاقب عليه بينما هو يجهل سببا من أسباب الإباحة. وهذا الجهل قد يرجع إلى سوء فهم في القانون ، ومثال ذلك الفرد الذي يدفع الاعتداء عليه بالقوة ، وهو لا يدري أن القانون يبيح له الدفاع الشرعي، أو الفرد الذي يقبض على الذي يتلبس بالجريمة، وهو يجهل أن القانون يعطي حق القبض في حالة التلبس بجريمة أو جنحة يجوز فيها الحبس الاحتياطي. وقد يكون الجهل إلى غلط في الوقوع ، ومثال ذلك من يجهل توافر الظروف المنتجة للإباحة، كمن يقبض على شخص متلبسا بالجريمة وهو يجهل قيام حالة التلبس^(٣١).

والسائل قد يستل عن هذه الحالة أن سبب الإباحة يأتي بأثره ولو لا يعلم

به.

ومحكمة النقض اجابت عن هذا مع ذكر شرط العلم تتوفر سبب الإباحة حتى يجد المتهم الفرصة للاستفادة^(٣٢).

ولو نأخذ بهذا الرأي لازم ان نرجع إلى شروط الإباحة كما يوجد في القانون، فلو كان علم من بين شروطها فهذا الرأي صحيح، وإلا فلا. والقاعدة أنه يترتب على ذلك نتيجة هامة مؤداها عدم الاعتداء بالعوامل الشخصية ومن ثم فإنه إذا توافرت أسباب الإباحة بالشروط التي يتطلبها القانون فجهل الفاعل بوجودها لا يحول دون أعمال أثرها واستفادة منها. ويستثنى من هذه القاعدة قيام بعض أسباب الإباحة على عناصر شخصية يجب توافرها وقد يكون العلم أحد هذه العناصر^(٣٣).

حكم غلط في إباحة:

إفتراض الغلط ممكن قد يعتقد الجاني الواقعة من سبب الإباحة ومع ذلك هذه الواقعة ليست منها^(٣٤). فإن الغلط في الإباحة يأخذ صورة عكسية إذ يعتقد الجاني على خلاف الحقيقة والواقع توافر الوقائع أو الظروف التي ينشأ معها سبب الإباحة بينما أن هذا السبب لا وجود له. يأخذ الغلط في الإباحة صورتان:

الصورة الأولى وفيها يعتقد الجاني أن القانون يقرر لفعله سببا معيناً بينما لا يعرف القانون هذا السبب كالقاتل الذي يعتقد أن رضائه المجنى عليه سبب لإباحة القتل. هذه الصورة هي صورة الغلط في القانون، وتخضع الحكم العام للغلط في القانون والعلم بالقانون أمر مفترض ومن ثم فإن الغلط في قانون العقوبات لا يصلح لدفع المسؤولية، ويسأل الجاني عن جريمة عمدية رغم اعتقاده وجود قاعدة تبيح فعله^(٣٥).

والصورة الثانية ترجع إلى غلط في الوقائع إذ يعتقد مرتكب الفعل توافر الوقائع التي يقوم عليها سبب الإباحة بينما الظروف التي توافرت لا يقوم بها سبب الإباحة ومثال ذلك إذا قصد شخص إلى إصابة آخر يعتقد بأنه لص يجوس خلال منزله دفاعاً عن ماله فأصابه ثم تبين أنه فرد من أفراد العائلة أو خادم فإنه لا يسأل عن جريمة ما على أساس الغلط؛ لأنه كان في نفس الوضع الذي لو كان حقيقياً لكانت الإصابة فيه غير إجرامية^(٣٦) وتورد بعض القوانين نصوصاً عامة تعالج الغلط في الإباحة فالمادة ٣/٥٩ من قانون الايطالي تنص على أنه، " إذ اعتقد الفاعل عن طريق الغلط وجود ظروف تستبعد العقاب قدرت هذه الظروف لمصلحة دائماً، ومع ذلك إذا كان الغلط أساسه خطأ فإن العقاب لا يستبعد إذا نص القانون على الواقعة نفسها كجريمة غير عمدية".

والقاعدة أن الغلط في الوقائع ينفي القصد الجنائي لأن الفاعل لم يقصد مخالفة القانون فلا تجوز مسألة الفاعل عن جريمة عمدية فإذا ثبت أن الفاعل لم يرتكب الفعل إلا بعد التحري والتثبت فإنه لا يكون مسؤولاً مدنياً أو جنائياً لأنه يكون قد سلك مسلك الشخص العادي وهو المعتاد الذي يمتد به القانون^(٣٧) أما إذا تبين أن الغلط في الإباحة الذي وقع فيه مرتكب الفعل لم يكن مما يقع فيه الرجل العادي بل كان نتيجة الإهمال وعدم الاحتياط أو إحدى صور الخطأ فإن الفاعل يكون مسؤولاً عن جريمة غير عمدية إذا كان القانون يجرم ذات الوقائع باعتبارها جريمة غير عمدية^(٣٨).

والخلاصة أن الغلط في الإباحة يؤثر في القصد الجنائي فلا تقوم المسؤولية العمدية، وقد تقوم المسؤولية غير العمدية إذا كان القانون ينص عليها وثبت أن الجاني لم يتصرف تصرف الشخص العادي بأن أتى فعله بغير التثبت والتحري اللازمين، أما إذا تصرف تصرف الرجل العادي فلا تقوم المسؤولية الجنائية عمدية أم غير عمدية، كما لا تقوم مسؤولية مدنية.

تجاوز حدود الإباحة

ينتج سبب الإباحة نتيجة السابق إذ توجد جميع الشروط يقرها له القانون. فإن انعدم أي شرط انتفى سبب الإباحة وأصبح الفعل جرماً حسب القانون. إذا قصد المعتدي التعدي على جميع الشروط التي نص عليه القانون فهو مسؤول عن جريمة عمدية، فمن جاوز في ضرب ابنه وهو مات عن ضربه فهو مسؤول عن موته^(٣٩) وأما إذا كان خروج الجاني على الشروط المقررة لأسباب الإباحة يرجع إلى صور الخطأ غير العمدي كإهمال أو عدم احتياط لا يصدر عن شخص عادي وجد في نفس الظروف فإنه مسؤول عن فعله مسؤولية الغير المتعمدة إذا كان القانون يجرمها بوصف الخطأ^(٤٠).

وأما إذا حدث التجاوز بسبب لا دخل لإرادة الفاعل فيه كحادث فجائي أو إكراه معنوي فإنه في هذه الحالة ينتفي الركن المعنوي للجريمة لانتفاء القصد الجنائي والخطأ الغير المتعمدة.

وهناك مثال يضرب لبيان الصور المختلفة لتجاوز الإباحة فالزوج إذا ضرب زوجته قاصداً قتلها يكون مسؤولاً عن القتل العمد أما إذا قصد من الضرب استعمال حقه في التأديب ولكنه تجاوز حدود الحق عن رعونة فأصاب الضرب مقتلاً فإنه يسأل عن قتل خطأ، أما إذا ترتب على الضرب البسيط إجهاض الزوجة ثم وفاتها فإن هذه النتائج النادرة الحصول لا يحملها الفاعل أي لا يتحمل الفاعل مسؤوليتها^(٤١).

الإباحة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجنائي:

إذا القينا نظرة إلى الإباحة الأصلية في كل من القانون والشريعة وجدنا وحدة الاتجاه بين نظرة كل منهما، وهو التخيير بين الفعل والترك دون ترتب ثواب وعقاب على هذا أو ذاك، وأن كل هناك اختلاف في معنى المباح بين القانون الجنائي والفقهاء الإسلامي، ففي القانون الجنائي اعتبار كل ما لم يرد عليه النص كون اعتباره جريمة مباحاً تطبيقاً لمبدأ الشرعية، أما المباح في الفقه الإسلامي فهو ما دل الدليل الشرعي على التخيير فيه، وأما المسكوت عنه فهو مباح أيضاً إباحتها أصلية عند الجمهور فيما عدا المعتزلة، الذين يرون أن للأفعال حسناً وقبحاً يدركها العقل وتجب مراعاته ولو بدون نص من الشارع لأن أحكام الشرع جاءت مؤيدة لحكم العقل، وما لم يرد بشأنه نص يمنعه ويجرمه قد يعتبر مأموراً به لورود الخطاب بذلك فيؤجر المرء على فعله وفي هذا تشجيع على الامتثال والطاعة^(٤٢).

أما إذا قارنا بين الإباحة الطارئة في كل من القانون الجنائي والفقه الإسلامي، فإننا نجد أنها قريبة الشبه بالإطلاق الثاني الذي ذكره الشوكاني من علماء الأصول لأن الإباحة بهذا الإطلاق تستخدم في الفعل الذي كان في ذاته

غير مباح ثم عرض له ما جعله مباحا، وهو ذات المعنى المقصود بالإباحة في القانون الجنائي إذ يعتبر مباحا الواجبات المحرمة التي أجازها القانون لظروف أو ملابسات خاصة تقلبها من أعمال غير مشروعة في الأصل إلى أعمال مشروعة ولذلك يطلق على هذه الظروف والملابسات أسباب الإباحة، ومثال ذلك في كل من الشريعة والقانون الدفاع الشرعي عن النفس. فالقتل لمعصوم الدم أمر محرم شرعا أما إذا كان القتل دفاعا وتوفرت شروط الدفاع وأهمها التناسب بين فعل الاعتداء وفعل الدفاع، فإن القتل الذي كان محرما يصبح مباحا لما عرض من ظروف وملابسات اقتضت هذه الإباحة والتي تتمثل في حظر ارتكاب جريمة من الصائل على الموصول عليه، وتقرب الإباحة الطارئة في القانون أيضاً مما هو معروف في الشريعة من أشياء محظورة في الأصل ثم ارتفع هذا الحظر لموجب اقتضى ذلك ومثال ذلك شرب الخمر وأكل لحم الميتة للمضطر أو المكره^(٤٣).

ورغم من هذا الاتفاق بين نظرة كل من الشريعة والقانون للإباحة إلا أن دائرة الإباحة تختلف في الشريعة عنها في القانون، فالدائرة في الشريعة أوسع منها في القانون الجنائي لأن علماء الشريعة لم يفرقوا بين جزئي وجزئي آخر كما لم تختلف في نظرهم المسميات فلم يفرقوا بين أسباب الإباحة والأسباب المانعة من المسؤولية^(٤٤) ويرجع ذلك إلى أن علماء الشريعة يرون أن العبرة في الإباحة كون الفعل لا يستحق ثوابا ولا عقابا في الآخرة، لذلك يرتبون على بعض الأفعال والتي هي مباحة في رأيهم بعض المسؤوليات المادية الدنيوية كضمان المتلفات والتعويض، ومن أجل هذا فسروا الحديث الشريف: « وَضِعَ عَنِّي الخَطَأُ والنَّسِيَانُ، وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ »^(٤٥) بما يتفق وترتب هذه المسؤولية المدنية طبقا للتعبير المعاصر أو الضمان كما يسمّى في اصطلاح الشرعيين فقالوا أن المقصود من حديث رسول الله ﷺ رفع الإثم ولا رفع المسؤولية مطلقا بينما توافر السبب المبيح في القانون يقرب العمل غير المشروع إلى عمل مشروع لا يرتب مسؤولية من أي نوع.

ونرى أن هذا التعميم في الفقه الإسلامي التقليدي ليس ملزماً أن يقف عنده علماء الفقه الإسلامي المعاصرون في كتاباتهم فمن الممكن أن يطلق على ما جعله الفقهاء غير مرتب للمسؤولية الجنائية أو للضمان (المسؤولية المدنية) مصطلح أسباب الإباحة بينما يخصصون ما جعله الفقهاء القدامى مرتباً للضمان (المسؤولية المدنية) اصطلاحاً انعدام المسؤولية وبذلك يقدمون الفقه الإسلامي في ثوب معاصر دون الخروج على أصوله العامة إذ "لا مشاحة في الاصطلاح ولا حرج في التسمية ما دامت الحقائق محل الاتفاق" (٤٦).

الهوامش والإحالات

- (١) ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الانصاري، طبعة بولاق، ص: ٢٣٩ / ٣
- (٢) مجمع البحوث الإسلامي، مطبعة مصر، ١٩٦١م، ص: ٧٥ / ١
- (٣) الأمدي: سيف الدين أبو الحسن علي بن أبي علي محمد بن سالم الأصولي الشهير بالأمدي، الأحكام في أصول الاحكام، ط، مطبعة المعارف، ١٣٣٢هـ / ١٩١٤م، ص: ١٧٥ / ١
- (٤) الشاطبي: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المعروف بالشاطبي المالكي، الموافقات، الجزء الأول، ط. المطبعة السلفية، ١٣٤١هـ، ص: ٦٨
- (٥) التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ملتن التنقيح في أصول الفقه، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، ص: ١ / ١٥٧، وصدر الشريعة هو عبد الله بن مسعود الحنفي المتوفي ٧٤٧هـ.
- (٦) الشارح هو سعد الدين بن مسعود بن عمر لتفتازاني الشافعي المتوفي ٧٩٢هـ.
- (٧) الغزالي: ط. مكتبة الجندي بالقاهرة، ١٣٩١هـ / ١٩٧١م، ص: ٨١
- (٨) محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة ٦، ١٩٦٤م، ط. دار ومطابع الشعب، ص: ١١٠، محمد محي الدين عوض، والقانون الجنائي، مبادئه الأساسية ونظرياته العامة في التشريعين المصري والسوداني، المطبعة العالمية بالقاهرة، ص: ٥٧٦
- (٩) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، دار النهضة العربية، ١٩٦٢م، ص: ١٦٥
- (١٠) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، ص: ١٦٤
- (١١) محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، الطبعة الثامنة، ١٩٦٩م، ص: ٤
- (١٢) المرجع السابق، ص: ٢٦.
- (١٣) محمود مصطفى، أصول قانون العقوبات في الدول العربية، دار النهضة العربية، ١٩٧٠م، ص: ٤٢
- (١٤) د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ص: ١٢٠
- (١٥) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ص: ١٦٩
- (١٦) د. محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص: ١٢٠
- (١٧) المرجع السابق، ص: ١٢١
- (١٨) السعيد مصطفى السعيد، طبعة ١٩٦٢م، ص: ١٥١، نقلا عن شرح قانون العقوبات، الدكتور نجيب حسني، ص: ١٧٦
- (١٩) السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، ص: ١٤٢
- (٢٠) محمود نجيب حسني، قانون العقوبات، ص: ١٧٦
- (٢١) المرجع السابق، ص: ١٧٦
- (٢٢) محمد محي الدين عوض، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ص: ٥٧٥

- (٢٣) المرجع السابق، ص: ٥٧٥
- (٢٤) محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، ص: ١٣٧
- (٢٥) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، ص: ١٧٤.
- (٢٦) محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ص: ١١٣
- (٢٧) المرجع السابق، ص: ١١٥
- (٢٨) المرجع السابق، ص: ١١٥
- (٢٩) محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، رقم ٧٥، ص: ١١٦
- (٣٠) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، ص: ١٧٥
- (٣١) محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، ص: ١٢٤
- (٣٢) نقض ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٤، رقم ٧٩٣، ص: ٣٩٩/٢، نقلاً عن المرجع السابق، ص: ١٧١
- (٣٣) محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص: ١٧١
- (٣٤) المرجع السابق، ص: ١٧٢
- (٣٥) محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، ص: ١٢٣
- (٣٦) محمد محي الدين عوض، القانون الجنائي، ص: ٢٦٢ ويستند انعدام الجريمة هنا إلى عدم الوعي والإحاطة بالواقعة الإجرامية، وبالتالي ينتفي التصور الإجرامي وبانتفائه تنتفي الجريمة.
- (٣٧) محمود محمود مصطفى، القسم العام، ص: ١٢٣
- (٣٨) محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي دراسة تاصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية، دار النهضة العربية، ١٩٧٨م، ص: ١٠٨
- (٣٩) نقض ٥ يونيو ١٩٣٣م مجموعة القواعد القانونية، رقم ١٣٦، ص: ١٩٠/٣، ٢٨، ١٩٣٨م، رقم ١٨٨، ص: ١٨٤، نقلاً عن م نجيب، ص: ١٦٩/٤
- (٤٠) محمود مصطفى، القسم العام، مرجع سابق، ص: ١٢٢
- (٤١) مرجع سابق، ص: وهامش ١٢٢
- (٤٢) مذكور محمد سلام، مباحث الحكم عند الأصوليين، دار النهضة العربية، ص: ١١١
- (٤٣) المرجع السابق، ص: ١١٠
- (٤٤) محمد سلام مذكور، الحكم التخييري عند الأصوليين، ص: ١١٢
- (٤٥) المعجم الاوسط، باب، من بقية من اول اسمه ميم من اسمه موسي، ص: ١٦١/٨
- (٤٥) د. حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، ١٩٧١م، ص: ٥٩٣
