

الجامعة الإفريقية العقيم أدمار

قسم: الشريعة

كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية

حق الأمن الفردي في الشريعة الإسلامية والقانون الجنائي الجزائري - دراسة مقارنة -

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير

التخصص: العلوم الإسلامية

الشعبة: شريعة وقانون

إشراف الدكتور:

محمد دباغ

إعداد الطالبة:

كأبويار شبيدة

أعضاء اللجنة

الرئيس: الدكتور ميلود سرير أستاذ محاضر بجامعة أدرار

المشرف: الدكتور محمد دباغ أستاذ محاضر بجامعة أدرار

المناقش: الدكتور عز الدين يحيي أستاذ محاضر بجامعة أدرار

المناقش: الدكتور صالح حمليل أستاذ محاضر بجامعة أدرار

السنة الجامعية: 2006 - 2007م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال تعالى: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾.

المائدة: الآية 32.

روي عن عمر أنه قال « ليس الرجل بأمين على نفسه إلا أجمعته أو أخففته أو حبسته له
يقر على نفسه ».

مصنف بن أبي شيبة. 493/5.

قال أحد شعراء العصر:

قتل امريء في غابة جريمة لا تغتفر.
وقتل شعب آمن مسألة فيها نظر.

من كتاب: حقوق النساء في الإسلام محمد الزحيلي.

شكر وتقدير

- أشكر الله عز وجل ذا الجلال والإكرام والذي أعانني بالصبر والإقدام على كتابة هذه المذكرة، وبث في نفسي حب العمل والإصرار على إتمام الجهد .

- كما أقدم بالشكر لأبي وأمي حفظهما الله، وإلى مرمر العطاء والحب، والحنان والكرم "عمتي" عرفانا بجهوداتها، وتقديراً لتضحياتها في سبيل وصولي لهاته المكانة الرفيعة .

- شكري الخالص إلى أستاذي الفاضل / دباغ محمد والذي حظيت بشرف إشرافه على مذكرتي .

- شكري المقدس والمبجل والمصحوب بعبارات التقدير والاحترام للأساتذة، وإلى مدير الجامعة، وأمين المكتبة، وإلى زملائي وزميلاتي في الدراسة والعمل وإلى عمال المكتبة .

قائمة المراجع

- القرآن الكريم، رواية حفص.

- المراجع الفقهية.

1- كتب التفسير.

2- كتب الحديث النبوي وعلومه ورجاله.

3- كتب أصول الفقه والمقاصد.

4- كتب الفقه وعلومه.

5- كتب الطبقات.

- المراجع القانونية.

1- قوانين.

2- كتب قانونية.

- كتب المقارنة.

- كتب اللغة والمعاجم.

- المقالات والرسائل الجامعية.

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم، والحمد لله الذي أخرجنا من غياهب ظلمات الجهل إلى نورانية العلم، وجعلنا نحاول استفراغ جهدنا لكتابة ما ينفعنا ونفنع به، واجتناب ما يضرنا ونضربه.

كان الحق وما زال الشأن العظيم والصراط القويم في جميع المجتمعات المتحضرة، عبر العصور المختلفة، فهو ميزان للعادلة، ومفتاح للأمانة. فالحق هو المأوى الذي ينشده المظلوم الذي ضاع شأنه، ومال أمره، وهو الملجأ للفقير والغني، بل هو السلطان الحارس الحافظ للأموال والأنفس والأعراض. والحقوق بمفاهيمها وقواعدها ليست وليدة المجتمعات الحديثة، بل هي عصارة التطور الزمني والوجود الإنساني عبر التاريخ. والشريعة الإسلامية الربانية واعتبارها شريعة كاملة مستوفية لجميع أغراض التشريع، كفلت للأفراد جميع الحقوق والحريات التي توفر لهم الطمأنينة والاستقرار في ظل المجتمع العادل، كما أنها ومنذ أربعة عشرة قرناً أرست قواعد وضمانات مختلفة فردية وجماعية وشرعية بمثابة الدرع الواقي والضمان القوي لحفظ الدماء والنفوس من الضياع والحرمان، ذاك أن النفس البشرية وديعة عظيمة أودعها الله تعالى عباده الصالحين، الحريصين على حفظها من كل شر، ووقايتها من كل ضرر، والإسلام أقر حفظ الضروريات ويدخل ضمن هذا الإطار توفير الحق في الأمن الفردي، لأن النفس لا تستطيع القيام بوظيفة الاستخلاف في الأرض والتمتع بجميع الحقوق التي أقرها لها الشرع دون الشعور بالأمن، فالاستقرار المعنوي، والاطمئنان الروحي، والسكينة الذاتية وسيلة للسعادة الدنيوية، والراحة الأخروية.

والإسلام لم يحرص فقط على حفظ الضروريات الخمس المتمثلة في حفظ "الدين، النفس، النسل، العقل، المال"⁽¹⁾. بل تعداها إلى الدعوة لحفظ الأمن وحفظ الدولة وحفظ الكرامة الإنسانية، وهذا تماشياً مع قول تقي الدين النبهاني «فمثلاً المقاصد الخمسة التي يقولون إنها لم تخل من رعايتها ملة من الملل، ولا شريعة من الشرائع، وهي حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال، ليست كل ما هو ضروري للمجتمع من حيث هو مجتمع، فإن حفظ الدولة وحفظ الأمن وحفظ الكرامة الإنسانية هي أيضاً من ضرورات المجتمع، فالضروريات إذن في واقعها ليست خمسة وإنما هي ثمانية»⁽²⁾.

(1) الشاطبي، الموافقات، (دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية 1996)، ج2، ص:326.

(2) عبد الله الكمالي، مقاصد الشريعة في ضوء فقه الموازنات، (دار ابن حزم، طبعة 2000)، ص:131.

مقدمة

فالمقاصد الضرورية المتفق عليها خمسة، وإن كان الإسلام وفي حفظه لها دعا إلى حفظ الدولة والكرامة الإنسانية والأمن باعتباره من ضرورات المجتمع، بغية تحقيق الموازنة العادلة بين الحق الفردي الهادف للسلامة والحرية الشخصية، والحق الجماعي المتمثل في حق الدولة في محاربة الفساد والقضاء على المجرمين.

كما أن حق الأمن من الأمور التي تصلح بها الدنيا فجاء في كتاب «أدب الدنيا والدين»، «اعلم أن ما به تصلح الدنيا، حتى تصير أحوالها منتظمة، وأمورها ملتزمة، ستة أشياء في قواعدها وإن تفرعت، وهي دين مُتَّبَع، وسلطان قاهر، وعدل شامل، وأمن عام، وخصبٌ دائم، وأمل فسيح»⁽¹⁾.

ونظراً لاتساع التنظيمات والقوانين، واتساع تدخل الدولة في الحياة الاجتماعية وتعدد اختصاصاتها بالإضافة إلى تنوع وتعدد الجرائم أصبح الفرد مهدد بالاتهام بأي جريمة كانت، خصوصاً بتجاهل أهم مقاصد الضمانات والقول بعدم فعاليتها، وكذا تفسيرها لغير صالح الأشخاص، ولهذا فجعل هاته الضمانات ومدى فعاليتها وأثرها على حق الأمن الفردي موضوعاً للبحث من الأهمية بمكان لضمان سلامة الأفراد وحماية حقوقهم.

1- تحديد إشكال البحث: وينطلق إشكال البحث من اتساع رقعة الجرائم في الحياة

الاجتماعية من جهة، وعدم الاحتكام للضوابط الشرعية للقول باتهام الأفراد من جهة أخرى، وبالتالي إمكانية تعرض الأشخاص للظلم بسبب انعدام الضمير الأخلاقي. فهل حق الأمن الفردي مكفول للأفراد في الشريعة الإسلامية وكذا القانون الوضعي ضمن ضوابط إنسانية، شرعية مقاصدية تحقق محاكمة عادلة؟ وهل النظام الإجرائي وبوصفه وسيلة لتطبيق العدالة ضمن أصول شرعية ومواد قانونية وضع ضمانات فعالة لحماية حق الأمن الفردي من تعسف سلطة الدولة؟ وإن كان هذا هو الإشكال العام، إلا أنني ومن خلال البحث سأحاول الإجابة على الأسئلة الآتية:

- أ- هل مبدأ قرينة البراءة أساس وجوده النظام القانوني الوضعي، أم أن جذوره ممتدة بين أحكام وأصول الشريعة الإسلامية، وما هي أهم الضمانات التي يقررها للأفراد في كلا النظامين؟
- ب- هل الضمانات الخاصة بالنظام الإجرائي كافية لإقرار حق الأمن الفردي، أم أن أهدافها لا تكفل هذا الحق؟

(1) الماوردي، أدب الدنيا والدين، تحقيق، مصطفى عبد القادر عطا، (مؤسسة الكتب الثقافية، الطبعة الثالثة، 2004)، ص: 95.

مقدمة

ت- هل تشديد العقوبات في جرائم الحدود ينافي القول بإنسانية الشريعة الإسلامية، أم أن نظام الحدود له خصوصياته لتقرير العقوبة عند حالات محددة، وظروف خاصة، وشروط دقيقة تحقيقاً لمقاصد شرعية هامة؟

ث- هل القول بإمكانية تقنين التعزير يمنع تميزه كنظام فريد في الشريعة الإسلامية؟

ج- هل يمكن القول بأن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري كفل حق الأمن الفردي في مرحلة التحقيق الابتدائي، أم أن في بعض موادّه ثغرات موجبة للنظر والتمحيص؟

ح- هل الحق في الأمن الفردي يؤخذ به على إطلاقه، أم أن هناك قيود ترد عليه وتحد من الأخذ به حفاظاً على مصلحة الجماعة؟

2- أهمية الموضوع: للبحث أهمية كبرى تتجلى في نواحي عدة سواء من الوجهة النظرية أو الحياة

العملية، ويمكن تلخيص أهميته في:

أ- كون البحث في حق الأمن الفردي يلمس بالدراسة حقوق الإنسان التي كانت ولا زالت تشغل بال المفكرين، وتهز أقدام الباحثين.

ب- البحث يساهم في بيان الضمانات الممنوحة للأفراد في مرحلة التحقيق، هاته الضمانات التي تعتبر جهاز رقابة على سلطات الدولة، كما أنها السبيل الوحيد لتطبيق القانون ومواجهة تعسف أجهزة الدولة.

ت- موضوع البحث بغاية الأهمية، فالإنسان لا يستطيع القيام بواجباته الدينية ولا الدنيوية، ولا أن يستمتع بالحقوق الممنوحة إليه، إذا فقد الشعور بالأمن والراحة.

3- أسباب اختيار الموضوع: هناك أسباب شخصية وموضوعية جعلتني أخص موضوع حق الأمن

الفردي بالبحث وهي:

أ- الاهتمام بالمواضيع ذات الصلة بحقوق الإنسان.

ب- الرغبة الشخصية في التطلع على مدى كفالة الحق في الأمن الفردي وكذا اقتحام النظام الجنائي الإسلامي بالبحث في المواضيع المتعلقة به، خصوصاً والدراسات قليلة في هذا المجال على حد علمي.

ت- إن حق الأمن الفردي من أدق البحوث وأصعبها، لأنه ليس حقاً عادياً أو قانونياً أو قضائياً أو شرعياً بقدر ما هو حق إنساني، وهو هدف ومبتغى الجميع، فهو ليس وليد الإنسان العصري ولا القانون الوضعي، بل هو امتداد الوجود الإنساني.

4- أهداف الموضوع: من خلال البحث في حق الأمن الفردي أتوخى تحقيق الأهداف الآتية:

- أ- التأصيل الشرعي والقانوني لحق الأمن الفردي.
- ب- محاولة بناء معالم وأسس نظرية الأمن في الإسلام.
- ت- دحض الآراء القائلة من أن الإسلام لا علاقة له بحقوق الإنسان وأنه لم يهتم بوضع حقوق و ضمانات للأفراد تحميهم من كل تعسف وشر، وأن في عقوباته ما ينافي إنسانيته.
- ث- إثراء التراث الفقهي الإسلامي، وذلك بجمع الحقائق المبعثرة والأحكام المتناثرة لتقديم دراسة كاملة ذات منهج سديد ونظام محكم عن حق الأمن الفردي.

5- تحديد مجال البحث: إن الحديث عن حق الأمن الفردي، وعن الضمانات الشرعية الإنسانية

حديث واسع جداً، يحتاج لكتب مستقلة، خصوصاً والأمر مزدوج، يتعلق بالقواعد المنظمة للسلامة الشخصية والأمن الفردي من جهة، وبيان ومعرفة الضوابط والضمانات المكفولة للأفراد والمتهمين من جهة أخرى. ولكن البحث سيقصر على بيان أهم دعائم النظرية المقررة لحق الأمن الفردي، وكذا فعالية الضمانات المقررة على القيود الواردة على حق الأمن في النظام الإجرائي. وإن كان مجال البحث محدد في القانون بالكتب الخاصة بقانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية، وبعض مراجع القانون العام. فإن البحث في الشريعة الإسلامية يحتاج للجهد المضي بسبب تناثر أحكام الموضوع وحقائقه بين كتب الفقه والأصول، والكتب الخاصة بالقواعد الفقهية، وكتب المقاصد، والسياسة الشرعية، وكتب التفسير، والكتب المدرجة للحديث وشروحه والحكم عليه. ولهذا كان البحث في الشريعة الإسلامية صعب جداً مقارنة بالبحث في القانون الوضعي.

6- الدراسات السابقة: في الحقيقة لم أهتم لدراسة سابقة لهذا الموضوع أي دراسة أكاديمية

مستوفية لجميع شروط وأركان البحث العلمي، وإن استفدت من مقال عثمان عبد الملك الصالح المعنون «حق الأمن الفردي في الإسلام دراسة مقارنة بالقانون الوضعي»، وذلك في بناء بعض عناصر البحث كما أطلعت على مفهوم الأمن من خلال مقال حمود حمبلي «حق الأمن في الشريعة الإسلامية».

7- صعوبات البحث: ومن خلال البحث في حق الأمن الفردي اعترضتني صعوبات جمة،

لكنها لم تحد من عزمي وإصراري على البحث وأهمها:

مقدمة

أ- صعوبة المقارنة الفعلية بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وذلك راجع للاختلاف الحاصل بينهما منهجاً، ومصدراً، وأساساً.

ب- قلة الدراسات السابقة المتخصصة، مما نجم عنه اضطراب في تحديد عناصر الموضوع الأساسية.

ت- صعوبة الوصول إلى بعض المراجع، وكذا الدراسات والرسائل ذات المنهج المقارن وبالتالي انعدام الاستفادة من طريقة ومنهج البحث فيها.

ث- صعوبة التوفيق بين الدراسة والعمل.

8- منهج البحث وطريقة العمل: المنهج العام في البحث هو اتباع منهج المقارنة، وإن كانت

من باب الاجتهاد، للوقوف على نقاط الضعف والقوة بين النظام القانوني الوضعي والنظام الجنائي الإسلامي، بغية دراسة الموضوع من زاويتين لأن النظر بعين واحدة غالباً ما يلحقه القصور، كما وظفت المنهج التحليلي القائم على تنفيذ الحجج، وكشف الحقائق وتحليلها والتدليل عليها وصولاً إلى الترجيح بينها أحياناً، وحاولت توظيف المنهج التأصيلي وذلك عن طريق التأصيل للأحكام من خلال القرآن الكريم والسنة النبوية والقواعد الفقهية والأصولية.

- عملي في البحث:

أ- اتبعت المنهج التالي في تخريج الأحاديث وهو إن كان الحديث في البخاري أو مسلم اكتفيت بذلك، وإلا خرجت الحديث من كتب السنن الأربعة: أبو داود، الترمذي، النسائي وابن ماجه إضافة إلى مسند الإمام أحمد، وإلا خرجت الحديث من بقية المصنفات الأخرى، وأحكم على الحديث ما اهتديت لذلك سبيلاً.

ب- لم أترجم للصحابة لشهرتهم، ولم أترجم لبعض المعاصرين لعدم توفيقني في الحصول على ترجمة لهم واكتفيت بالترجمة لبعض من وردت أسمائهم في المتن.

ت- وظّفت رواية حفص.

ودراسة حق الأمن الفردي ستكون ضمن فصلين اثنين مسبقين بفصل تمهيدي تحقيقاً للخطة التالية:

الفصل التمهيدي: ماهية حق الأمن الفردي.

المبحث الأول: تعريف الحق في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

المبحث الثاني: مصادر الحق في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

المبحث الثالث: أقسام الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي وموقع حق الأمن

الفردى منها.

الفصل الأول: حق الأمن الفردى فى النظرىة العامة للتجريم والعقاب.

المبحث الأول: مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

المبحث الثانى: مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية.

المبحث الثالث: مبدأ عدم الأثر الرجعى للقوانين الجنائية.

الفصل الثانى: حق الأمن الفردى فى النظام الإجراءى الإسلامى والقانون الوضعى.

المبحث الأول: مبدأ قرينة البراءة.

المبحث الثانى: حق الأمن الفردى فى مرحلة التحقيق الابتدائى.

المبحث الثالث: ضمانات السرىة فى تحقيق الأمن الفردى.

المبحث الرابع: الضمانات المتعلقة بالقيود الواردة على حق الأمن الفردى.

الفصل التمهيدي

ماهية حق الأمن الفردي

- المبحث الأول: تعريف الحق في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي .
- المبحث الثاني: مصادر الحق في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي .
- المبحث الثالث: أقسام الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، وموقع حق الأمن الفردي منها .

تضاربت الأقوال وكثرت المفاهيم في العصر الحالي حول قضية الحقوق ، وهذا راجع للخلاف الكبير الحاصل في تحديد طبيعة موحدة للحق، وإيجاد تعريف شامل لجميع عناصره، وخصوصاً والزمن الحاضر يعرف تزامم في كثرة الحقوق وصعوبة تصنيفها من جهة، وكثرة الشعارات الرامية لحمايتها من جهة أخرى. وفي هذا المعنى ذهب محمد الزحيلي إلى أن «الدول الغربية قد تتحرك دولياً وعالمياً لاعتقال شخص، أو قتل إنسان، وتصمم آذانها على إبادة شعب كامل، أو التنكيل به في حالات كثيرة»⁽¹⁾.

وسيكون الهدف من الدراسة في هذا الفصل هو تحديد معنى موحد للحق يشمل جميع أطرافه، سواءً في الشريعة الإسلامية أو القانون الوضعي، بالإضافة إلى محاولة إيجاد مفهوم لحق الأمن الفردي في ضوء غياب تعريف له، وصولاً في الأخير لدراسة أقسام الحق في الشريعة الإسلامية والقانون وتحديد موقع حق الأمن الفردي منها، وبالتالي سأحاول الإجابة على الإشكالات التالية :

- 1) هل الفقه الإسلامي وبوصفه فقه المقاصد والفقه الشامل تناول مسألة الحقوق في قواعده وأحكامه وأصوله إلى جانب كلامه عن التكاليف والواجبات ؟
- 2) ما هو المقصد الشرعي من منح الحقوق ابتداءً في الشريعة الإسلامية ؟ وهل نظرة الفقهاء والأصوليين واحدة في بيان الحق ، وتحديد معالمه ، وتقسيمه ؟ وهل لذلك أثر تبني عليه الأحكام ؟
- 3) هل المفهوم المادي القانوني للحق يضاد المفهوم الشرعي له ؟

(1) محمد الزحيلي، حقوق الإنسان في الإسلام "دراسة مقارنة مع الإعلان العالمي و الإعلان الإسلامي لحقوق الإنسان" (دار الكلم الطيب، بيروت، الطبعة الثالثة 2003) ص: 62.3.

المبحث الأول : تعريف الحق في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي .

المطلب الأول : تعريفه لغة :

الحق نقيض الباطل ، وجمعه حقوقٌ وحقايقٌ ، وليس له بناء أدنى عدد، وحق الأمر بحقه حقاً وأحقه : كان منه على يقين .

حق الأمر يَحِقُّ وَيَحُقُّ حقاً وحقوقاً: صار حقاً وثبت ، وفي التنزيل قال (الذين حق عليهم القول) أي ثبت⁽¹⁾.

الحق من أسماء الله تعالى أو من صفاته ،والقرآن ،و ضد الباطل ، والأمر المقضي (والعدل والإسلام، والمال، والملك، والموجود الثابت، والصدق ، والموت، والحزم واحد من الحقوق)⁽²⁾.

وبعد عرض أهم المعاني اللغوية للحق يمكن ترجيح معنى الثبوت و الوجوب كما ذهب بلال مهران ،لأن بقية المعاني مأخوذة عنه ومستمدة منه⁽³⁾.

والسبب الآخر لترجيح معنى الثبوت هو صفة الحق في الشريعة الإسلامية فالحقوق ثابتة ولا تزول .

المطلب الثاني : تعريف الحق عند قدامى الفقهاء والأصوليين.

لم يكن الباحثون الإسلاميون القدامى يعرفون معنى الحق إلا بمعانيه اللغوية المتقدمة⁽⁴⁾.

الفرع الأول : معنى الحق عند الفقهاء القدامى.

إن استعمال الحق في لسان فقهاء الشريعة الإسلامية لا يخرج عن الاستعمالات اللغوية، فهم يستعملونه في الأمر الثابت الموجود مما هو خاص بالإنسان، فيقولون من حقه أن يفعل كذا، أو من حقه ،أن يمتلك كذا، ومن حقه أن يقوم على المال، ويستعملونه في الحظ والنصيب⁽⁵⁾.

(1) ابن منظور ،لسان العرب، (دار بيروت للطباعة و النشر) المجلد العاشر ،ص:49.

(2) الفيروز آبادي ،القاموس المحيط،(دار الجيل ،بيروت) ج 3 ،ص:228 .

(3) محمود بلال مهران ،نظرية الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة (دار الثقافة العربية،جامعة القاهرة ،الطبعة الأولى 1998)

ص:18

(4) العمري شوكت محمد، حقوق الإنسان السياسية والمدنية في الشريعة الإسلامية (رسالة ماجستير ،الأزهر ،1980) ص:14.

(5) محمود بلال مهران، نظرية الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، ص:19.

غير أنه وبالرغم من تعدد استعمالاتهم للفظ الحق، وتنوع المعاني التي عبر به عنها لم يصطلحوا على تعريف جامع مانع، يحدد الحق ويرسم معالمه ولعل ذلك راجع لأحد الأسباب الآتية :

1. إعتقاداً منهم على المعنى اللغوي لكلمة حق، ولعلمهم رأوا أنه من الواضح بحيث لا يحتاج إلى تعريف⁽¹⁾.
 2. إن المتتبع لفقهاء الشريعة الإسلامية عند كلامهم عن الحقوق، لا يجد تعريفاً محدداً لمعنى الحق على وجه الحصر، وإنما كل الذي يفهم من كلامهم عن الحق أن الشارع الحكيم لم يشرع هاته الحقوق إلا لمنفعة الأفراد جميعاً⁽²⁾.
 3. العلاقة بين الواجب والحق، إذ أن الواجب يستلزم وجود الحق، إذ لا معنى لحرمة دم المسلم وماله وعرضه على أخيه المسلم مثلاً إلا إلزامه بعدم التعرض لأي منها، لأنه ينطوي على اعتداء على حق المسلم في حياته أو ماله أو عرضه، وهذه الحرمة التي تلقى هذا الالتزام أو التكليف يقابلها وجود الحق⁽³⁾.
- ورغم الأسباب السالفة الذكر إلا أن هناك من الفقهاء من حاول وضع تعريف للحق ومنهم:

أ- الشيخ زين العابدين بن نجيم⁽⁴⁾: حيث عرف الحق في كتابه البحر الرائق بقوله «الحق ما يستحقه الرجل»⁽⁵⁾ وإن كان هذا التعريف قد لمس الجانب الشخصي والمادي للحق وجعله ملكاً للشخص. إلا أن فتحي الدريني قد انتقده من وجهتين :

- 1/ أن لفظ (ما) عام يشمل الأعيان والمنافع والحقوق المحددة هذا فضلاً عن إبهامها.
- 2/ أن الاستحقاق الوارد في التعريف متوقف على تعريف الحق وهذا يتوقف على معرفة الاستحقاق فيلزم الدور، وهو عيب في التعريف كما يقول المناطقة⁽⁶⁾.

(1) فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثالثة 1984، ص: 184.

(2) حسين خلف الجبوري، عوارض الأهلية عند الأصوليين، (جامعة أم القرى، الطبعة الأولى 1988، وأصل الكتاب رسالة دكتوراه)، ص: 34.

(3) ينظر: فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص: 211.

(4) ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم الحنفي، الإمام العلامة، أخذ عن العلامة قاسم بن قطلوبغا والبرهان الكركي، والأمين بن عبد العال وغيرهم، توفي سنة (970هـ)، له تصانيف منها: «شرح الكنز» سماه «البحر الرائق شرح كنز الدقائق»، «الأشباه والنظائر»، و«شرح المنار في الأصول». ينظر: شذرات الذهب، 8/358.

(5) ينظر: فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص: 184.

(6) فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص: 184-185.

الفرع الثاني: معنى الحق عند الأصوليين القدامى.

وعلماء الأصول ازدوجت نظرتهم في تعريف الحق ، فانتهج بعضهم طريقة التعريف بالتقسيم، وذهب البعض الآخر إلى محاولة إيجاد تعريف للحق دون الحاجة للتقسيم .
أولاً: تعريف عبد الحلیم اللكنوي⁽¹⁾ حيث قال «الحق حكم يثبت»⁽²⁾ وهذا التعريف وإن اقترب من المعنى اللغوي للحق و هو الثبوت ، إلا أنه لم يحدد المعنى من الحق ، فالحق ليس حكم.

ثانياً: تعريف الشاطبي⁽³⁾ فمن العلماء الذين انتهجوا طريقة التعريف بالتقسيم الإمام الشاطبي، حيث ذكر في كتابه "الموافقات" أن الأفعال بالنسبة لحق الله وحق الآدمي ثلاثة أقسام: أحدهما ما هو حق لله خالص كالعبادة وأصله التبعيد ، فإذا طابق الفعل الأمر صح ، وإلا فلا، كالصلاة والصوم والنهي في هذا نظير الأمر .

والثاني : ما هو مشتمل على حق الله وحق العبد، والمغلب فيه حق الله وحكمه راجع إلى التبعيد كحق صيانة النفوس وحفظها . أما الثالث: فما اشترك فيه الحقان وحق العبد هو المغلب وأصله حصول مصلحة العبد المشروعة⁽⁴⁾.

ثالثاً: تعريف القرافي⁽⁵⁾ وذهب إلى أن «حق الله هو أمره ونهيه وأن حق العبد مصالحه»⁽¹⁾

(1) وهو محمد بن عبد الحلیم بن محمد أمين الله اللكنوي الأنصاري ، فاضل ، له علم بالحكمة والطب القديم ، ولد بالهند ونشأ بها وأخذ عن علمائها ، نبغ في علوم كثيرة حتى شهد له معاصروه بالفضل و التفوق ، من مؤلفاته : " الأوقال الأربعة " ، " حاشية على شرح نفيس بن عوض " ، " قمر الأقمار " وهي حاشية على نور الأنوار في شرح المنار . توفي سنة 1285 . ينظر: شعبان محمد إسماعيل ، أصول الفقه تاريخه ورجاله ، (دار السلام ، المكتبة المكية ، مكة

المكرمة ، الطبعة الأولى 1981 ، الطبعة الثانية 1998) ، ص: 592

(2) فتحي الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، ص: 187 نقلاً عن اللكنوي عبد الحلیم ، قمر الأقمار على نور الأنوار في شرح المنار ، ج 2 ، ص: 216.

(3) وهو : أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي ، فقيه أصولي مفسر ومحدث ، أخذ عن ابن الفخار وأبي عبد الله الشريف التلمساني والإمام المقرئ وغيرهم ، وأخذ عنه أبو بكر بن عاصم ، من مؤلفاته : " الموافقات " ، " الاعتصام " ، توفي في شعبان سنة 790 هـ ، ينظر : شجرة النور الزكية ، ص: 231 (828) ، نيل الإبتهاج 33/1 (17) .

(4) الشاطبي ، الموافقات ، (دار المعرفة بيروت ، الطبعة الثانية 1996) ، ج 2 ، ص: 601-602 .

(5) وهو أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي المصري ، الفقيه الأصولي ، أخذ عن العز بن عبد السلام وابن الحاجب والفاكحاني ، ألف كتباً عديدة منها : " الذخيرة " ، " الفروق " ، " شرح محصول الرازي " وغيرها ، توفي سنة 684 هـ . ينظر : الديباج المذهب 128 (124) وشجرة النور الزكية ، ص: 188 (627) .

وبعد عرض بعض التعريفات لمعنى الحق عند الأصوليين يتضح أن هناك محاولات لإيجاد معنى الحق وتحديد بعض جوانبه، وإن كانت طريقة التعريف بالتقسيم لا تؤدي المقصد منه ببيان معناه وخصائصه ومصدره، والنتيجة أن الأصوليين القدامى اهتموا بتوظيف معنى الحق والغاية منه دون تحديد التعريف الجامع المانع، وفي اهتمامهم هذا وضّحوا طرق استحقاق الحق، وبينوا المصلحة المرجوة منه.

المطلب الثالث: تعريف الحق عند المعاصرين :

بعد أن تم التوصل إلى أن الأصوليين و الفقهاء القدامى لم يهتموا كثيراً بوضع معنى يحدد الحق لاقتناعهم بتعدد معانيه ووضوحها لا بد من استعراض نظرة الباحثين المعاصرين للحق حيث أنهم ذهبوا إلى محاولة وضع تعريف اصطلاحى للحق ، وإن تعددت اتجاهاتهم بحسب نظرة كل اتجاه للحق ،ويمكن جمعها في ثلاثة اتجاهات .

الفرع الأول: تعريف الحق بالمصلحة.

ومن الذين عرفوا الحق بالمصلحة :

1- عبد الرزاق السنهوري: عرف الحق بقوله «الحق مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون»⁽²⁾.

2- القطب محمد القطب طبلية : فعرف الحق بأنه «مصلحة لا يمنعها الشرع»⁽³⁾.

- **نقد تعريفات الاتجاه الأول :** رغم أن الإتجاه الأول وفق نوعاً ما في بيان الهدف من الحق، وهو

تحقيقه لمصلحة مشروعة إلا أنه لم يسلم من النقد:

أ- أنه يعرف الحق بالمصلحة، والمصلحة هي أثر من آثار الحق وليست هي ذاته، والشأن في التعريفات أن تنصب على ذات الشيء المعرف وليس على آثاره⁽⁴⁾.

ب- تعريف الحق بالمصلحة فيه تركيز على جانب واحد وهو حق العبد، أما حق الله تعالى فليس لله فيه مصلحة، بل المصلحة فيه عائدة إلى العبد والله منزّه عنها⁽¹⁾.

(1) شهاب الدين القرافي، الفروق وبهامشه "القواعد السنية في الأسرار الفقهية لابن الشاط"، تحقيق: عبد الحميد هندواوي، (المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الأولى 2002)، ج1، ص:179.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة بالفقه الغربي"، (منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الثانية 1998)، ج1 - 3، ص:5.

(3) طبلية القطب محمد القطب، محاضرات في الإسلام وحقوق الإنسان "دراسة مقارنة"، (دار الفكر العربي، الطبعة الثانية 1984)، ص:86.

(4) محمود بلال مهران، نظرية الحق في الفقه الإسلامي، ص:22.

ج- تعريف القطب طلبية للحق بأنه «مصلحة لا يمنعها الشرع» تعريف إيجابي نوعاً ما، حيث ربط المصلحة بالمشروعة، وجعل مصدر الحق هو الشرع، ولكن التعريف ينتقد من جهة عدم التحديد المحكم لمعنى الحق وأركانه وأطرافه وخصائصه، فجاء التعريف شائعاً .

الفرع الثاني: تعريف الحق بالإختصاص :

أصحاب هذا الإتجاه ركزوا في تعريفهم للحق على المختص به، ومن هؤلاء :

- 1- أحمد الزرقا: عرف الحق بقوله «الحق اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليف»⁽²⁾.
- 2- علي الخفيف: ذهب إلى أن «المراد بالحق ما خص به صاحبه فكان له وحده، كالتصرف في ماله بكل أنواع التصرفات قولية أو فعلية أو الانتفاع به ونحو ذلك»⁽³⁾.
- 3- فتحي الدريني: عرف الحق بقوله «اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة»⁽⁴⁾.

نقد تعريفات الاتجاه الثاني : وأصحاب هذا الإتجاه وفقوا في بيان عناصر الحق من اختصاص

وسلطة وتكليف، كما أنهم فصلوا بين معنى الحق و المصلحة المرجوة منه ،إلا أنهم وفي تركيزهم على عنصر الاختصاص أهملوا بيان خصائص الحق ومفهومه المجرد ، كما أن تعاريفهم تحتاج إلى شروح لبيان المقصود بالمصلحة أو السلطة ، فالشخص لا يفهم معنى الحق من خلال القراءة الأولية للتعريف، دون اللجوء إلى ما رافق التعريف من تحليل لمعانيه ، وهذا عيب في التعريف والذي من مميزاته الوضوح، كما أن في التعريفات اقتصر على الجانب الذاتي السلطوي في التمييز بين الحقوق وأصحابها وهو جانب المصلحة .

الفرع الثالث: تعريف الحق بالشيء الثابت.

وهناك فريق من الفقهاء ذهبوا إلى تعريف الحق انطلاقاً من معناه اللغوي ، ومنهم :

- 1- محمد محمد محمود: عرف الحق بقوله «حكم ثبت شرعاً لتحقيق مقاصد شرعية معينة»⁽⁵⁾.
- 2- محمود بلال مهران : وعرف الحق بقوله «الشيء الثابت بطريق الشرع لله تعالى على عباده أو الإنسان على غيره أو لهما معاً وكان الوفاء به واجباً»⁽⁶⁾.

(1) العمري شوكت محمد، حقوق الإنسان السياسية والمدنية في الشريعة الإسلامية، ص:19.

(2) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة غي الفقه الإسلامي، (دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى 1999)، ص:10.

(3) الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، (دار الفكر العربي)، ص:71.

(4) فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص:194.

(5) محمود محمد محمد ، حق الله وحق العبد في الشريعة الإسلامية ، "دراسة مقارنة بالقانون الوضعي "رسالة دكتوراه بالأزهر ، ص:27.

(6) محمود بلال مهران، نظرية الحق في الفقه الإسلامي، ص:24.

3- وذهب أحمد فراج حسين إلى أن الحق في اصطلاح الفقهاء هو «ما ثبت شرعاً لشخص على شخص أو شيء على وجه الاختصاص»⁽¹⁾.

نقد تعريفات الاتجاه الثالث : لقد وفقت تعريفات الاتجاه الثالث بالمحافظة على المعنى اللغوي للحق وهو الثبوت، لكنها لم تحدد معنى الحق بحيث اعتبرته شيء، فما هو هذا الشيء، ومرة أخرى اعتبرته حكم، والحكم ليس حق، وإن كان تعريف أحمد فراج حسين اقترب من تحديد معنى الحق، وذلك بجمعه لعناصر ذات أهمية في تعريف الحق وهي الثبوت والاختصاص و الوجه المشروع .

المطلب الرابع : التعريف المختار للحق في الفقه الإسلامي.

وقبل أن يتم تحديد تعريف يقترب من معنى الحق في الفقه الإسلامي، يجب تمييز العناصر التي اعتمدها الفقهاء، واعتبروها أساساً في تعريف الحق وهي : الثبوت، الوجوب، المصلحة، الاختصاص، وتعريف بلال مهران يقترب من هاته العناصر حيث عرف الحق بقوله : «الشيء الثابت بطريق الشرع لله تعالى على عباده أو للإنسان على غيره أو لهما معاً، وكان الوفاء به واجباً»⁽²⁾.

وهذا التعريف ينقصه عنصري المصلحة والاختصاص، وبالتالي التعريف الذي يمكن وضعه للحق في الفقه الإسلامي هو: «الثابت بطريق الشرع لله تعالى على عباده أو للإنسان على غيره أو لهما معاً، على سبيل الاختصاص وكان الوفاء به واجباً تحقيقاً لمصلحة مشروعة».

ملاحظة : الحقوق في مقابل الواجبات :

إن الواجب في الشريعة الإسلامية في مقابل الحق، فكل تكليف كلف الله به العباد فهو حق لله تعالى⁽³⁾. وفي هذا المعنى يقول الشاطبي : «فقد صار إذن كل تكليف حقاً لله، فإن ما هو لله فهو لله، وما كان للعبد فراجع إلى الله من جهة حق الله فيه، ومن جهة كون حق العبد من حقوق الله إذا كان لله ألا يجعل للعبد حقاً أصلاً»⁽⁴⁾.

ويؤكد هذا المعنى القول بأنها «ليست مجرد "حقوق" من حق الفرد أو الجماعة أن يتنازل عنها أو عن بعضها... وإنما هي "ضرورات" إنسانية فردية كانت أو اجتماعية، ولا

(1) أحمد فراج حسين، المدخل للفقه الإسلامي "تاريخ الفقه الإسلامي، الملكية ونظرية العقد"، (منشورات الحلبي الحقوقية 2002)، ص:373.

(2) محمود بلال مهران، نظرية الحق في الفقه الإسلامي، ص:24.

(3) العمري شوكت محمد، حقوق الإنسان السياسية والمدنية في الشريعة الإسلامية، ص:20.

(4) الشاطبي، الموافقات، ج2، ص:316.

سبيل إلى " حياة " الإنسان بدونها حياة تستحق معنى " الحياة " ، ومن ثمة فإن الحفاظ عليها مجرد "حق" للإنسان، بل هو "واجب" عليه أيضاً! يأثم هو ذاته - فرداً أو جماعة - إذا هو فرط فيه، وذلك فضلاً عن الإثم الذي يلحق كل من يحول بين الإنسان وبين تحقيقه هذه "الضرورات" !...»⁽¹⁾.

وربما هذا التداخل بين معنى الحقوق وماهية التكاليف وعدم الاهتمام بوضع مصطلح الحق في الشريعة الإسلامية هو الذي جعل بعضهم يتهمها بشريعة التكاليف فقط! فكيف ينسب للإسلام هذا وقد رفع من منزلة الحقوق، واعتبرها ضرورات من واجب الفرد الحفاظ عليها!

المطلب الخامس: معنى الحق عند فقهاء القانون:

بالرغم من أن كلمة الحق كثيرة التردد في اللغة اليومية ولا يجد الشخص العادي صعوبة في الإحساس بمدلولها، إلا أن هذه الفكرة في اللغة القانونية كانت مثار خلاف شديد بين الفقهاء⁽²⁾.

الفرع الأول: رأي المنكرين لفكرة الحق:

والحقيقة أن غموض فكرة الحق هي التي جعلته محل إنكار من بعض الفقهاء. فصعوبة وضع تعريف للحق كانت من بين الحجج التي استند إليها بعض كبار الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي "ديجي" لإنكار فكرة الحق⁽³⁾. وذهب "كلسن" إلى أنه لا توجد حقوق، وإنما تدرج لقواعد وضعية، فالقانون لديه نظام قائم في مكان وزمان معين تدرج قواعده فيما بينها على شكل هرمي بحيث تستمد القاعدة الأدنى قوتها من القاعدة الأعلى⁽⁴⁾.

والملاحظ أن كلسن لم ينكر وجود الحق كلياً أو كأساس قائم بذاته، بل أنه أدرج معنى الحق تحت القاعدة القانونية الملزمة.

الفرع الثاني: رأي المثبتين لفكرة الحق:

(1) محمد عمارة، الإسلام وحقوق الإنسان "ضرورات... لا حقوق" _عالم المعرفة، الكويت 1985، ص:15.

(2) مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون "القاعدة القانونية، الحق"، (منشورات الحلبي الحقوقية 2002)، ص:405.

(3) محمد حسن قاسم، مبادئ القانون "المدخل إلى القانون والالتزامات"، (كلية الحقوق، دار الجامعة الجديدة 2002)، ص:129.

(4) مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، ص:410-411.

بالرغم من الانتقادات التي وجهت إلى فكرة الحق فإنها لم تحل دون شيوع استخدامها في اللغة العادية اليومية ، وكذلك أصبح من الصعب إن لم يكن من المستحيل عرض أو فهم القانون الخاص في الوقت الحاضر دون اللجوء إلى استخدام فكرة الحق⁽¹⁾ .

الفرع الثالث: تعريف الحق :

إن تعريف كلمة الحق أو تحديد مدلولها في القانون كان محل خلاف شديد بين الاتجاهات التقليدية و الاتجاهات الحديثة، ولهذا سيتم الاقتصار على أهم هذه الاتجاهات :
الفقرة الأولى: الاتجاهات التقليدية: والقاسم المشترك لهذه الاتجاهات أنها لم تعن بتحليل الحق وإبراز عناصره وخصائصه المميزة، وإنما اكتفت فقط بالتركيز على جانب من جوانبه⁽²⁾، والاتجاهات التقليدية عرفت وجود ثلاث مذاهب، مذهب شخصي وآخر موضوعي ومذهب مختلط جمع بين المذهبيين .

أولاً : المذهب الشخصي :

وسمي أيضاً بمذهب الإرادة، ومن أبرز أنصاره الفقيه الألماني سافيني (SAVIGNY)⁽³⁾ .

ويعرف هذا المذهب الحق بأنه «فكرة أو سلطة إرادية»، وهذه القدرة أو السلطة الإرادية تستمد من القانون⁽⁴⁾ . والمذهب الشخصي ربط الحقوق بالإرادة وغض النظر على العناصر الأخرى الهادفة لتحقيق معنى الحق كأساس قائم بذاته.

نقد المذهب الشخصي: لقد واجه المذهب الشخصي، أو الفردي، أو الإرادي انتقادات جملة أهمها:

أ- ممارسة الحق قد تكون بأعمال مادية، ولا تقتضي بالتالي وجود إرادة مدركة، فالمجنون أو الصبي غير المميز، يمارس حق الملكية في صورة الاستعمال، مع أن كل منهما فاقد للتمييز والإرادة⁽⁵⁾ .

(1) مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، ص:414.

(2) مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، ص:417.

(3) محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، ص:130.

(4) مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، ص:418.

(5) محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون "المدخل إلى القانون -نظرية الإلتزام" (منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2002)، ص:108.

ب- المذهب الشخصي في تعريف الحق قد يجعل من العسير الاعتراف بالحقوق للأشخاص المعنوية أو الاعتبارية، إذ أنه قد يصعب القول بأن لهذه الأشخاص إرادة حقيقية، رغم أن المسلم به أن هذه الأشخاص تثبت لها الحقوق كما تثبت للأشخاص الطبيعيين⁽¹⁾.

ونتيجة للانتقادات التي وجهت للمذهب الشخصي ظهر المذهب الموضوعي .

ثانياً: المذهب الموضوعي :

يعرف "إهرنج" وأنصار المذاهب الموضوعية الحق على أنه «مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون»⁽²⁾.

فأصحاب المذهب الموضوعي ركزوا على موضوع الحق وهو تحقيقه لمصلحة بغض النظر عن صاحب الحق، والمصلحة هاته محمية من طرف القانون، ومع هذا فقد انتقد هذا المذهب .

نقد المذهب الموضوعي : واجه المذهب الموضوعي انتقادات جمة أهمها :

أ- نظرية المصلحة تعرف الحق انطلاقاً من غايته متجاهلة جوهر الحق⁽³⁾ .
ب- إن كان صحيحاً أن الحق دائماً مصلحة، فغير صحيح أن كل مصلحة تعتبر حقاً، ومثال ذلك، أنه يستفيد صاحب ساكن طابق سفلي في منزل من اشتراط يتم بين ساكن طابق علوي وبين مالك هذا المسكن على إنارة السلم، فصاحب الحق هو ساكن الطابق العلوي، أما ساكن الطابق السفلي فرغم أنه يستفيد من الإنارة، أي أن له مصلحة، فهو ليس صاحب حق⁽⁴⁾ .

ثالثاً: المذهب المختلط.

و المذهب المختلط وإن كانت له ميزة الجمع بين المذهبين وهي بيان المختص بالحق وكذا الهدف من الحقوق إجمالاً إلا أنه لم يسلم من النقد .

نقد المذهب المختلط : أهم ما وجه للمذهب المختلط:

(1) محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، ص:130.
(2) إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية (ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، 2002)، ص:208.
(3) هجيرة دنوبي، بن الشيخ لحسين، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، (الدار الجامعية للمنشورات الجامعية، الطبعة الثانية)، ص:191.
(4) السيد محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون، ص:109.

أ- تجتمع في النظرية المختلطة الانتقادات الموجهة للنظرية الشخصية ونظرية المصلحة معاً⁽¹⁾.

ب- لم يعرف الحق ذاته وبين جوهره، فالحق ليس الإرادة كما أنه ليس المصلحة⁽²⁾.
وعلى ضوء الانتقادات الموجهة للمذاهب التقليدية وفشلها في إيجاد تعريف دقيق للحق، ظهرت الإتجاهات الحديثة محاولة إخراج الحق من المعنى الذاتي المصلي إلى المعنى التفسيري الجوهري .

الفقرة الثامنة: الإتجاهات الحديثة: إن كانت المذاهب التقليدية وفي تعريفها للحق اقتصر على أطرافه والغاية منه، وتعرضت للنقد، فإن منحى المذاهب الحديثة هو النظر لجوهر وخصائص الحق.

أولاً: نظرية دابان:

وقال بهذه النظرية الفقيه البلجيكي "دابان"⁽³⁾، فيعرف الحق بقوله «استثثار شخص بقيمة معينة أو شئ معين عن طريق التسلط على تلك القيمة أو هذا الشئ»⁽⁴⁾.
وقد استمد دابان هذا التعريف من خصائص الحق أو عناصره الأساسية وهي: الاستثثار، التسلط، احترام الغير للحق، الحماية القانونية⁽⁵⁾.

نقدها: إن نظرية دابان ارتكزت على عناصر جوهرية في تعريف الحق وخصوصاً عنصري الاستثثار والحماية القانونية ومع ذلك لم تسلم من النقد:

أ- عنصر التسلط الحرفي الشئ محل الحق يصعب تصور ذلك عندما يمنع القانون أي نوع من أنواع التصرف كما هو الشأن بالنسبة للحقوق اللصيقة بالشخص كالحق في الحياة أو الحريات⁽⁶⁾.

ب- القول بأن الاستثثار مرادف للحق وأنه كل معناه يحول الحق إلى مسألة نفسية داخلية وتبقى في حاجة إلى تحليل أو تحديد، وحل⁽⁷⁾.

(1) هجيرة دنوبي، بن الشيخ حسين، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، ص: 141.

(2) مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، ص: 422.

(3) محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، ص: 134.

(4) هجيرة دنوبي، بن الشيخ حسين، النظرية العامة لقانون والنظرية العامة للحق، ص: 141.

(5) محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، ص: 134.

(6) مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، ص: 426.

(7) ينظر: القطب محمد القطب طبلية، محاضرات في الإسلام وحقوق الإنسان، (دراسة مقارنة)، ص: 64-65.

ثانياً: نظرية روبيه: اقترح تحديد نطاق الحق على نحو ضيق ليحفظ للفكرة تجانسها ودقتها، فإذا كان هناك غموض يحيط بلفظ الحق فإن ذلك راجع إلى استخدام هذا اللفظ على نحو واسع جداً، وبمعاني مختلفة، ولذلك يجب إعادة النظام إلى الأفكار وتبني لغة فنية محددة⁽¹⁾.
ثالثاً: إن نظرية روبيه وبالرغم من أنها تدعو إلى تبني لغة فنية جديدة لمدلول الحق غير اللغة المحددة لغوياً، إلى أنها تبقى غامضة وغير دالة على مفهوم الحق .

الفقرة الثالثة: التعريف المختار للحق في القانون.

في الأخير وبعد هذا العرض السريع في الخلاف الحاصل بين المذاهب التقليدية والحديثة لإيجاد مفهوم جامع مانع لكلمة الحق، يكاد يكون من الصعب إيجاد تعريف محدد للحق بمفهومه الدقيق، خصوصاً وأن النقد شمل المذهب التقليدي والحديث، إلا أنه وبالاعتماد على العناصر المعتمدة من المذهبين في تعريف الحق وهي (الإرادة، المصلحة، الإستثثار، التسلط، إحترام الحق للغير، الحماية القانونية) يمكن إقتراح التعريف التالي «الحق هو إرادة شخص ومصلحته بالإستثثار والتسلط على قيمة أو مركز قانوني محمي مع إحترام الغير له».

(1) مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، ص:427.

المبحث الثاني : مصادر الحق في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.**المطلب الأول : مصادر الحق في الفقه الإسلامي.**

منشأ الحق هو الحكم الشرعي، وهو ما يعني في الفقه القانوني " القاعدة القانونية"، فلا يعتبر الحق حقاً في نظر الشرع إلا إذا قرره الشارع⁽¹⁾.

والمصالح التي هي ثمرة استعمال الحق، أو استيفائه لا تكون مصالح مشروعة إلا باعتبار الشارع لها، فعلم من هذا أن الشرع هو مصدر الحقوق جميعها، وأن الحكم الشرعي هو منشأها⁽²⁾.

وذهب محمد القطب طلبية إلى أن الحقوق جميعها في الإسلام لله، هذا هو الأساس ومن هنا يكون الإنطلاق، فيجب على العبد حسن استعمال الحقوق بغير التفرقة بين حق وحق، وبين ما له وما عليه⁽³⁾.

وإن كان الإتفاق عام على أن منشأ الحق أو الحقوق هو الله سبحانه وتعالى، إلا أن الخلاف الحاصل بين الفقهاء في المنشأ الصحيح للحق، هل هو خطابات الشارع الآمرة والناهية على وجه الإلزام؟ أم أن الحقوق متنوعة فيهما هو على سبيل الحتم، وفيها ما هو مندوب؟

الفرع الأول : منشأ الحق خطابات الشارع الآمرة والناهية على وجه الإلزام.

ذهب فريق من الفقهاء وعلى رأسهم مصطفى أحمد الزرقا، وفتحي الدريني، ومحمد محمد محمود إلى أن منشأ الحق هو خطابات الشارع الآمرة والناهية على وجه الإلزام، فليس كل حكم شرعي له قوة إيجاب الحقوق، ومنه فإن الطلب غير الجازم في الندب والكرهية وعدم

(1) فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ص:70.

(2) محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، "تاريخه ومصادره ونظرياته العامة"، (دار الكتاب الحديث)، ص:425.

(3) طلبية القطب محمد القطب، محاضرات في الإسلام وحقوق الإنسان، (دراسة مقارنة)، ص:94.

الطلب في الإباحة لا يوجب الحق لعدم الإلزام فيه، لأن الحق معناه اللازم على من ثبت في حقه وهذه الحقوق وإن تثبت لأصحابها فلا تلزم لهم⁽¹⁾، ويؤيد هذا الرأي عنصر الإختصاص في الحق، فذهب الدريني إلى أن الإختصاص يخرج الإباحات والحقوق العامة مما هو مباح للكافة الإنتفاع بموضوعه على سبيل الإشتراك دون استثثار، أي أن الإباحة تورث الأفراد مكنة الإنتفاع بموضوعها على قدم المساواة⁽²⁾.

الفرع الثاني: منشأ الحقوق التنوع في الطلب :

وذهب إلى هذا الرأي طلبية القطب محمد القطب، حيث يرى أن الحقوق في الإسلام واسعة ومتنوعة وليست على وزن واحد في الطلب، فمنها ما هو مطلوب حتماً، ومنها ما ليس بحتم كالمندوبات التي هي من باب التحسينات، ومنها ما هو في نطاق التخييرات "الإباحات"⁽³⁾.

والملاحظ أن أنصار الفريق الأول ربطوا الحق بالإختصاص والاستثثار وجعلوه ملزماً، واعتبار الإختصاص أساس في تفسير الحق أمر غير مسلم به، ثم أن الحقوق ليست على قدم المساواة، بل تتمايز في المركز والطلب، وبالتالي يمكن تأييد رأي طلبية القطب محمد القطب لأنه يجمع بين الرأيين، الرأي الأول "وجود حقوق على سبيل الإلزام والحتم"، والرأي الثاني "تنوع الحقوق في الطلب".

المطلب الثاني: مصدر الحق في القانون الوضعي.

يستند الحق في وجوده إلى القانون، وكل الحقوق مردها إلى القانون لأنه هو الذي ينظمها ويحميها⁽⁴⁾.

الفرع الأول: الواقعة القانونية.

وهي كل حدث أو عمل مادي يرتب القانون عليه أثراً معيناً سواء كان هذا الأثر إنشاء حق، أو تعديله، أو نقله، أو زواله⁽⁵⁾، وتنقسم إلى:

البند الأول: وقائع طبيعية.

- (1) محمود محمد محمد، حق الله وحق العبد، ص: 49-52.
- (2) فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص: 194.
- (3) طلبية القطب محمد القطب، محاضرات في الإسلام وحقوق الإنسان، (دراسة مقارنة)، ص: 85-86.
- (4) نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون "القاعدة القانونية، نظرية الحق" (منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الرابعة، 2004)، ص: 219.
- (5) نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، ص: 219.

وهي حوادث تطرأ بفعل الطبيعة دون أن تكون لإرادة الإنسان دخل فيها ، فتكون سبباً في اكتساب الحق، أو انقضائه كالميلاد و الوفاة⁽¹⁾.

البند الثاني : الأعمال المادية.

فالعمل المادي الذي يقوم به الإنسان يكون مصدراً للحق إذا كان القانون يرتب على ذلك العمل آثاراً قانونية ، دون الإلتفات إلى حالة ما إذا كان مرتكب الفعل قد اتجهت نيته أو إرادته إلى تحقيق تلك الآثار ، أو لم تنجبه إلى تحقيقها⁽²⁾.

الفرع الثاني : التصرف القانوني .

ويقصد به اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، سواء أكان هذا الأثر إنشاء أم تعديل أم نقل ، أم إنهاء حق من الحقوق ، ومثاله العقد، التصرف القانوني بالإرادة المنفردة⁽³⁾.

البند الأول : العقد.

ويقصد به توافق إرادتين أو أكثر على إحداث آثار قانونية تتعلق بإنشاء الحقوق والالتزامات المقابلة لها، أو نقلها، أو تعديلها أو إنهاؤها⁽⁴⁾.

البند الثاني : الإرادة.

وهي قوام التصرف القانوني إذ هي تنشئه ، كما تحدد الآثار التي يربتها، ويجب أن يعتد بها القانون ويكون التعبير عنها صريحاً، والدافع إليها مشروعاً، وأن تكون خالية من العيوب: الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال⁽⁵⁾.

وفي الأخير يمكن القول بأن مصدر الحق في القانون مختلف تماماً عن مصدره في الشريعة الإسلامية، ففي هاته الأخيرة الحق مقدس وإلهي من رب العالمين ومصدره شرعي ، أما الحق في القانون فمصدره مادي وهو " القانون " و الذي هو من وضع البشر ، وبالتالي تتباين الحقوق من قانون إلى آخر .

(1) هجيرة دنوبي، بن الشيخ حسين، النظرية العامة لقانون والنظرية العامة للحق، ص: 199.

(2) إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ص: 310

(3) نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، ص: 220.

(4) إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ص: 321.

(5) نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، ص: 231.

المبحث الثالث: أقسام الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وموقع حق الأمن الفردي منها .

الغاية من دراسة هذا المبحث هي التأكيد أكثر على اهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية بالبحث في الحقوق كاهتمامهم ببحث التكاليف من جهة، ولتحديد موقع حق الأمن الفردي من الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي من جهة أخرى، وكذا لبيان منهج الفقهاء والأصوليين في قسمتهم للحق وتحديد الغاية منه بالنظر إلى صاحبه وامكانية وجواز إسقاطه .

المطلب الأول: أقسام الحق في الشريعة الإسلامية.

وقبل تفصيل الكلام في أحكام الحقوق في الشريعة الإسلامية، لا بد من تحديد بعض المفاهيم الخاصة بالتقسيم، وتحديد بعض التعريفات المتضمنة حق الله وحق العبد .

الفرع الأول: مفهوم حق الله وحق العبد .

البند الأول: الأحناف.

عرفوا حق الله على أنه « ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد، فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره، وشمول نفعه، وإلا فباعتبار التخليق الكل سواء في الإضافة إلى الله». وحق العبد « ما يتعلق به مصلحة خاصة كحرمة مال الغير»⁽¹⁾، فالمصلحة إذا كانت عامة فذاك حق الله، وإذا كانت قاصرة على العبد ولا تتعداه فهي حقاً للعبد .

(1) ينظر:

- السرخسي أبو بكر، أصول السرخسي، (دار المعرفة، لبنان، ج2)، ص:290.
 - بن أمير الحاج، التقرير والتحجير، (دار الكتب العلمية، لبنان الطبعة الثانية، 1983، ج 2)، ص:289.
 - علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، (دار الكتاب العربي، الطبعة الثالثة، 1997، ج 4)، ص:230.

البند الثاني: المالكية. ومن فقهاء المالكية الذين عرفوا حق الله وحق العبد :

1- تعريف العز بن عبد السلام⁽¹⁾: حيث ذهب إلى أن حقوق الله تعالى هي الإيمان والإسلام

وإقامة الصلاة وإيتاء الزكاة ، وصوم رمضان ، وحج البيت ، والصدقات والكفارات وأنواع العبادات⁽²⁾.

2- ذهب القرافي في الفرق الثاني والعشرين «بين قاعدة حقوق الله وقاعدة حقوق الآدميين» إلى أن حق الله أمره ونهيه ، وحق العبد مصالحه بإطلاق⁽³⁾.

3- ذهب الشاطبي إلى أن حق الله متعلق الأمر والنهي ، فكل حكم شرعي ليس بخال عن حق الله تعالى وهو جهة التعبد ، كما أطلق الشاطبي حق الله على نفس الأمر والنهي لا متعلقه⁽⁴⁾.

أما حق العبد فيشمل مصالحه الدنيوية والأخروية ، بدليل أن الشريعة الإسلامية وضعت لمصالح العباد سواءً أكانت عاجلة أم آجلة⁽⁵⁾.

وبعد عرض الآراء والمفاهيم الخاصة بحق الله وحق العبد ، يتضح أن هناك تقارب بينها ، وأن المراد بحق الله هو تحقيق النفع العام ، أم المراد بحق العبد فهو تحقيق المصلحة الخاصة ، وإن كان الشاطبي حصر حق الله في الأمر والنهي ، وجهة التعبد .

الفرع الثاني: تقسيم الحق باعتبار صاحبه.

وينقسم الحق باعتبار صاحبه إلى حق الله وحق العبد ، وإن كان تقديم أحدهما على الآخر أو اجتماعهما مختلف من مذهب إلى آخر .

البند الأول: تقسيم الكنفية.

- سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي، شرح التلويح على التوضيح لمن التنقيح في أصول الفقه، (دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، 1996، ج2)، ص:315.

(1) هو عز الدين عبد العزيز ابن عبد السلام الدمشقي، من أكابر فقهاء الشافعية، يلقب بسلطان العلماء. قرأ الفقه على ابن عساكر والأصول على الآدمي، من تأليفه: "قواعد الأحكام في مصالح الأنام"، "الإشارة إلى الإيجاز". توفي سنة: 660 هـ .

ينظر: طبقات الشافعية الكبرى: 8 / 209.

(2) عمر بن صالح بن عمر، مقاصد الشريعة عند العز بن عبد السلام، (دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2003)، ص:262.

(3) القرافي، الفروق، ج1، ص:256.

(4) الشاطبي، الموافقات، ج2، ص:600.

(5) الشاطبي، الموافقات، ج2، ص:600.

والأحناف قسموا متعلقات الأحكام الشرعية إلى أربعة أقسام وهي :
 «حقوق الله الخالصة ، وحقوق العباد الخالصة ، وما اجتمع فيه الحقان وحق الله
 غالب ، وما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب ، وقسم خامس اجتمع فيه الحقان بالتساوي»⁽¹⁾.

البند الثاني : تقسيم المالكية.

تحدث القرافي عن حق الله وحق العبد في الفرق الثاني والعشرين من كتابه " الفروق "
 وقسم الحقوق إلى ثلاثة أقسام :

«حق خالص لله تعالى كالإيمان وتحريم الكفر، وحق العبد فقط كالديون ، وحق مشترك
 إختلف في أي الحقين مغلب فيه كحد القذف»⁽²⁾.

ويتفق القرافي مع الأحناف في وجود حق للعبد مستقل إلا أن الأحناف يذهبون إلى أن
 حق العبد يكون من غير وجود حق الله فيه، أما القرافي فيقول «ونعني بحق العبد المحض أنه لو
 أسقطه لسقط، وإلا فما من حق للعبد إلا وفيه حق لله تعالى ، وهو أمره بإيصاله ذلك الحق إلى
 مستحقه، فيوجد حق الله دون حق العبد، ولا يوجد حق العبد إلا وفيه حق الله تعالى»⁽³⁾.

أما الشاطبي فاشتهر بالقسمة الثلاثية للحق :

القسم الأول : هو حق لله خالص كالعبادات، والأصل فيها التبعيد وعدم معقولية المعنى .

القسم الثاني : ما اشتمل على حق الله وحق العبد وغلب فيه حق الله تعالى وهذا حكمه عدم
 اعتبار حق العبد، ومثاله قتل النفس، فللعبد حق الاستمتاع بحياته والحفاظ على نفسه، ولكن
 ليس له الخيرة في إسلام نفسه للقتل أو الهلاك من غير ضرورة شرعية.

القسم الثالث : ما اشترك فيه الحقان وغلب فيه حق العبد، فالأصل فيه معقولية المعنى، وحكم
 الفعل الصحة إذا طابق مقتضى الأمر والنهي⁽⁴⁾.

ومعيار التفرقة بين حق الله وحق العبد عند الشاطبي هو معيار الخيرة وصحة الإسقاط ،
 فقال : «كل ما كان من حقوق الله فلا خيرة فيه للمكلف على حال، وأما ما كان من حق العبد
 في نفسه فله فيه الخيرة»⁽⁵⁾.

(1) ينظر: السرخسي، أصول السرخسي، ج2، ص:290، عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، ج4، ص:230. التفتازاني، شرح

التلويح على التوضيح، ج2، ص:314-326.

(2) القرافي، الفروق، ج1، ص:256.

(3) القرافي، الفروق، ج1، ص:256.

(4) الشاطبي، الموافقات، ج2، ص:602.

(5) الشاطبي، الموافقات، ج2، ص:652.

البند الثالث: أساس التفرقة بين الحق عند الأحناف والشاطبي.

ويمكن إجمال الفرق بين تقسيم الحق عند الأحناف وتقسيمه عند الشاطبي في الأمور الآتية:

أولاً: من حيث وجود الحق أساساً: فالشاطبي نظر إلى الحق باعتبار مقصده ، فإذا كان الهدف من وجوبه التبعيد كان حقاً لله ، وإن كان الهدف من وجوبه تحقيق مصلحة مشروعة فهو للعبد⁽¹⁾. أما الحنفية فنظروا للحق باعتبار المعنى به ، فقد يكون لله وقد يكون للعبد ، وما اجتمع فيه الحقان فالعبرة فيه بالحق المغلب .

ثانياً: من حيث المقصد من الحق: فذهب الشاطبي إلى أن أساس التفرقة بين حق الله وحق العبد هو معيار «الخيرة»، أما الحنفية فذهبوا إلى أن ضابط هذا القسم من الحقوق أي حقوق الله هو ما يقصد به النفع العام من غير اختصاص بأحد، فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره، وشمول نفعه⁽²⁾.

ثالثاً: من حيث المختص بالحق: فذهب القرافي إلى عدم وجود حق محض للعبد، من غير تعلق حق الله فيه ، وبذلك خالف الحنفية، والمقام هنا لا يتسع للترجيح بين المذهبين، ولكن القول بعدم أفراد حقوق خالصة للعبد قول معتبر، خصوصاً وأن تعلق جميع الحقوق بحق الله ضمان للأفراد للتشبث بها والدفاع عنها، ويكفي أن تؤيد ما قاله كمال الدين إمام بهذا الصدد «والرأي عندي أن فكرة الحقوق الخالصة للعبد لا يستجيب لمنطق الإسلام الخاص الذي يعلو فيه مكان الألوهية فوق كل شيء، ويتقدم العام فيه الخاص في الحقوق والواجبات على السواء، ويصح عندنا قول أنه لا يوجد حق للعبد إلا وفيه حق لله تعالى»⁽³⁾.

الفرع لثالث: تقسيم الحق باعتبار محله.

وينقسم الحق إلى الحقوق المالية وغير المالية، الحق الشخصي والحق العيني ، الحقوق المجردة وغير المجردة⁽⁴⁾.

(1) محمود محمد محمد، حق الله وحق العبد في الشريعة الإسلامية، ص: 23.

(2) أحمد محمود الشافعي، رمضان علي السيد الشرنياصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة "النشأة، التطور، المعاصرة" (منشورات الحلبي الحقوقية، 2003)، ص: 235.

(3) محمد كمال الدين إمام، نظرية الفقه في الإسلام "مدخل منهجي"، (المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1998)، ص: 399.

(4) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (دار الفكر الطبعة الأولى، 1991)، ج 4، ص: 18-21.

البند الأول: الحقوق المالية وغير المالية.

الفقرة الأولى: الحقوق المالية. ما كان محلها المال كملكية الأعيان أو الديون أو حقوق الارتفاق⁽¹⁾.

الفقرة الثانية: الحقوق غير المالية: وهي الحقوق التي لا تتعلق بالمال، ولا ترتبط به، كحق ولي المقتول في القصاص من القاتل أو العفو عنه⁽²⁾.

البند الثاني: الحق اشخصي والحق العيني.

الفقرة الأولى: الحق الشخصي: وهو "مطلب يقره الشرع لشخص على آخر"⁽³⁾.

الفقرة الثانية: الحق العيني: وهو "ما يقره الشرع لشخص على شيء، كحق شراء الجار أو الشريك العقار محل الشفعة"⁽⁴⁾.

البند الثالث: الحقوق المجردة والحقوق غير المجردة.

الفقرة الأولى: الحقوق المجردة: الحق المجرد هو الذي لا يترك أثراً بالتنازل عنه صلحاً أو إبراءً، بل يبقى محل الحق عند المكلف أو (المدين) بعد التنازل كما كان قبل التنازل، ومثاله حق الدين، فإن الدائن إذا تنازل عن دينه كانت ذمة المدين بعد التنازل هي بعينها قبل التنازل.

الفقرة الثانية: الحقوق غير المجردة: والحق غير المجرد هو الذي يترك أثراً بالتنازل عنه كحق القصاص، فإنه يتعلق برقبة القاتل ودمه ويترك فيه أثراً بالتنازل عنه فيتغير في الحكم، فيصير معصوم الدم بالعفو بعد أن كان غير معصوم الدم⁽⁵⁾.

وهناك تقسيمات أخرى للحق لا يسع المجال لذكرها، لأن الغرض ليس استقراء جميع أنواع الحقوق، بل هو بيان إهتمام الفقهاء بموضوع الحق، وتحديد موقع حق الأمن الفردي، على أن المعبر في التقسيمات السابقة هو القسم الأول، أي تقسيم الحق باعتبار صاحبه إلى "حق

(1) أحمد فراج حسين، المدخل للفقهاء الإسلاميين، ص: 384.

(2) أحمد محمود الشافعي، رمضان علي الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، ص: 240.

(3) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ص: 26-27. ومثاله القيام بعمل كحق المتابعين على الآخر الأول أداء الثمن والآخر تسليم المبيع، والامتناع عن عمل كحق المودع على الوديع ألا يستعمل الوديع.

(4) أحمد محمود الشافعي، رمضان علي الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، ص: 239-240.

(5) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص: 21.

الله وحق العبد "والقصد من اعتباره هو أن كل الحقوق إما لله وإما للعبد أو لهما معاً ، كما أن هذا القسم إعتبر القصد من الحق "التعبد ، المصلحة " والمختص بالحق "حق الله وحق العبد" وكذا الأخذ بمعيار الخيرة أو النفع العام تمييزاً للحق .

المطلب الثاني : أقسام الحق في القانون الوضعي.

يجري الفقه وعند الكلام على أنواع الحقوق على تقسيم الحقوق تقسيمات عدة تتعدد بتعدد زوايا النظر إليها ، وليست كل هذه التقسيمات بذات أهمية متساوية كما أن معظم هذه التقسيمات متداخلة⁽¹⁾.

وسيتم الاقتصار على التقسيم الشائع للحقوق دون الحاجة إلى ذكر جميع التقسيمات ، وهذا رغبة في الإلمام بالإطار العام للتقسيم القانوني للحقوق فتقسم إلى حقوق مالية وغير مالية ، وأخرى ذات طبيعة مختلطة .

الفرع الأول : الحقوق المالية.

وهي حقوق ذات طابع مالي يمكن تقويمها بالمال⁽²⁾.

البند الأول : الحق الشخصي.

وهو «رابطة قانونية بين شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما وهو المدين في مواجهة الآخر وهو الدائن، بأن يقوم بعمل أو بأن يمتنع عن عمل معين»⁽³⁾ ومنها الالتزام بعمل، أو الإمتناع عن عمل .

ومصادر الحقوق الشخصية هي: العقود، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون⁽⁴⁾.

البند الثاني : الحق العيني.

وهي الحقوق التي لا وجود لها إلا بالإستناد إلى حقوق أخرى⁽⁵⁾ وهي قسمين :

القسم الأول: حقوق عينة أصلية: وهي الحقوق التي تقوم بنفسها دون استناد إلى حق آخر

(1) مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، ص:433.

(2) محمد حسين منصور، محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، ص:97.

(3) محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، ص:142.

(4) محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون، ص:118.

(5) هجيرة دنوبي، بن الشيخ حسين، النظرية العامة لقانون والنظرية العامة للحق، ص:148.

القسم الثاني: حقوق عينية تبعية: وهي التي تستند إلى حق من الحقوق الشخصية أي حقوق الدائنين وتقوم بغرض ضمان الوفاء به⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الحقوق غير المالية.

ويقصد بها الحقوق التي تتخلف فيها القيمة المالية وتنقسم إلى ثلاث حقوق: سياسية / شخصية / حقوق الأسرة⁽²⁾.

البند الأول: الحقوق السياسية.

وهي الحقوق التي تمنح للشخص باعتباره عضواً في جماعة سياسية لتمكينه من ممارسة نشاط سياسياً لإدارة شؤون بلاده⁽³⁾.

وتتمثل هذه الحقوق في: حق الانتخاب، الحق في الترشيح، الحق في تولي الوظائف العامة، الحق في تكوين الأحزاب السياسية⁽⁴⁾.

البند الثاني: حقوق الأسرة.

وهي الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره عضواً في أسرة معينة، والأسرة مجموعة من الأشخاص تربطهم رابطة القرابة سواء كانت قرابة نسب (قرابة دم) أو قرابة مصاهرة (قرابة زواج)⁽⁵⁾.

ومن هذه الحقوق حق الزوج في أن تقيم معه زوجته وأن تطيعه وحق الزوجة على زوجها في أن يحسن معاملتها، وحق الأب في تأديب أولاده⁽⁶⁾.

البند الثالث: الحقوق العامة أو الحقوق الشخصية.

وهي الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره إنساناً، ولذلك فهي تثبت لجميع الأفراد وذلك على السواء وطنيين كانوا أم أجانب، وهذه الحقوق لازمة لحماية الشخصية الإنسانية⁽⁷⁾.

(1) محمد حسين منصور، محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، ص: 102.

(2) سوزان علي حسن، الوجيز في مبادئ القانون، (دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001)، ص: 88.

(3) سوزان علي حسن، الوجيز في مبادئ القانون، ص: 88.

(4) همام محمد محمد، رمضان أبو السعود، المبادئ الأساسية في القانون، (منشأة المعارف بالإسكندرية، 1995 / 1996)، ص: 187-188.

(5) محمد حسين منصور، محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، ص: 98.

(6) محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون، ص: 115.

(7) محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، ص: 141.

وظهور هذه الحقوق يعتبر حديثاً نسبياً، ولذلك فإن هذه الطائفة من الحقوق ما زالت إلى الآن محل خلاف : فهل تؤخذ بمفهومها الواسع جداً بحيث تشمل كل الحريات ؟ أم يجب حصرها في نطاق الحقوق التي تهدف إلى ضمان ازدهار الشخص نفسه؟⁽¹⁾ .

ومن هاته الحقوق ما يهدف إلى حماية الكيان المادي للشخص ، كحقه في الحياة ، والحق في سلامة جسمه و أعضائه ، ومنها ما يرمي إلى حماية الكيان الأدبي أو المعنوي للشخص ، ومثالها : حق الشخص في صون شرفه وسمعته و أسرارهِ ، وحقه على اسمه وعلى صورهِ ونتاج فكرهِ من مؤلفات و مخترعات أيّاً كان نوعها⁽²⁾ .

المطلب الثالث : موقع حق الأمن الفردي من الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي **الفرع الأول : مفهوم حق الأمن الفردي.**

إن الأمن نعمة جليلة ويلبي حاجة فطرية، وبقدر ما يتحقق للإنسان، بقدر ما يكون انطلاقه قوياً نحو البناء والتعمير، والقيام بواجب الخلافة على الأرض في جو من السعادة و الحرية والطمأنينة، ولذلك كان من مقاصد الإسلام الكبرى تحقيق هذا الأمن من خلال تشريعاته الكثيرة.

ولهذا إمتن الله بالأمن مع نعمة الطعام على قريش وذكرهم⁽³⁾ بقوله ﴿فَلْيَعْبُدُوا رَبَّ هَذَا الْبَيْتِ الَّذِي أَطْعَمَهُمْ مِنْ جُوعٍ وَآمَنَهُمْ مِنْ خَوْفٍ﴾⁽⁴⁾ .

والماوردي⁽⁵⁾ جعل الأمن من القواعد الستة التي تصلح بها الدنيا و تنتظم بها أحوالها فقال في القاعدة الرابعة «هي أمن عام تطمئن إليه النفوس، وتنتشر فيه الهمم، ويسكن فيه البريء ويأنس فيه الضعيف، فليس لخائف راحة ولا لحاذر طمأنينة» وقد قال بعض الحكماء:
الأمن أهنأ عيش، والعدل أقوى جيش، لأن الخوف يقبض الناس عن مصالحهم ويحجزهم عن تصرفهم، ويكفهم عن أسباب المواد التي بها قوام أودهم وانتظام جملتهم⁽¹⁾ .

(1) مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، ص: 437.

(2) محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، ص: 141.

(3) حمود حمبلي، حق الأمن في الشريعة الإسلامية (مجلة الموافقات، العدد الثالث، جوان 1994، المعهد الوطني العالي لأصول الدين)، ص: 29.

(4) القرآن الكريم، سورة قريش، 4.

(5) وهو أبو الحسن علي بن محمد بن الحبيب القاضي البصري الشافعي أحد أئمة أصحاب الوجوه، ولي القضاء ببلدان شتى ثم سكن بغداد، تفقه على أبي القاسم الصيغري بالبصرة، كان حافظاً للمذهب، من تصانيفه : " الحاوي"، "الأحكام السلطانية"، وتفسير سماه "النكت" وغيرها، توفي سنة (450هـ)، ينظر: طبقات الشافعية، 2/230، شذرات الذهب، 3/285.

والمفهوم الإسلامي للنفس البشرية يجعل المسلمون يحترمون حق الإنسان في الحياة وفي الأمن كل الاحترام، ولا يتركون مجالاً لأحد أن يعتدي عليها أو يكدر صفو حياة صاحبها، ويعتدي على حقه في سلامة نفسه وجسده ونسله⁽²⁾. على أن الكلام السابق ليس فيه تحديد دقيق لمفهوم حق الأمن، بقدر ما هو تأكيد على أهميته باعتباره مقصد من مقاصد الإسلام، وضرورة من ضرورات الحياة .

وفي الحقيقة ليس من السهل وضع تعريف أو إيجاد مفهوم لحق الأمن الفردي، ذاك أن حق الأمن يشمل حق الإنسان في الأمن على نفسه ونسله، وحق الإنسان في الأمن على ماله وحق الإنسان في الأمن على عرضه ودينه. كما أن الأمن لا يتعلق بالفرد لوحده، بل أن للمجتمع والآخريين دور في توفيره، بالإضافة إلى أن الحديث عن الأمن يشمل نوعين من الناس، حق الأمن للإنسان العادي، وحق الأمن بالنسبة للفرد المتهم .

وقد حاول "عثمان عبد الملك الصالح" إيجاد مفهوم لحق الأمن الفردي فقال : «حق الأمن الفردي يعني ضمان قدر من الطمأنينة يستطيع الفرد بفضلها وعلى أساس من النظام القائم في الدولة أن ينظم شؤون حياته ويهيئ لمستقبله»⁽³⁾.

وذهب "محمد سعادي" إلى أن الحق في الأمن الشخصي معناه «توفير الأمن الكافي للشخص فلا يتعرض لأي إذاية أو فعل يمس أمن شخصه سواءً من طرف مؤسسات الدولة أم من طرف أشخاص آخريين» وأن هذا الحق يرتبط مع حقوق أخرى كالحق في الحياة، وعدم الاعتقال التعسفي، واللجوء إلى القضاء، والحق في الدفاع⁽⁴⁾.

وعلى ضوء المفاهيم السابقة لحق الأمن الفردي، يمكنني إقتراح التعريف التالي له، «امتلاك الدعائم والضمانات المادية⁽⁵⁾ والمعنوية وكذا الشرعية القائمة على حماية النفس البشرية من إعتداء الآخريين عليها، وتوفير الحق في الحياة الكريمة دون خوف من انتهاك لحرمة الإنسان بوصفه أكرم المخلوقات وأعظمها». ويمكن أن أمثل لحق الأمن الفردي بالبناء الشامخ القائم على أعمدة القوة (قوة العقيدة، قوة المال، قوة البدن، الرهبة، قوة الدفاع عن النفس)

(1) الماوردي، أدب الدنيا والدين، ص:102.

(2) مولاي ملياني بغدادي، حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية (قصر الكتاب، البليدة)، ص:459.

(3) عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام "دراسة مقارنة بالقانون الوضعي" (مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة السابعة، سبتمبر 1983، كلية الحقوق، جامعة الكويت)، ص:33.

(4) محمد سعادي، حقوق الإنسان، (دار ربحانة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2002)، ص:16 - 17.

(5) "لا فائدة من منح الحقوق والنص عليها إذا لم تطبق فعلاً، ويتمتع بها الأفراد، والجماعات، وتتوفر لها الحماية والتطبيق والتنفيذ سواء كان ذلك بالرغبة أم بالرغبة بالعقيدة، أم بالقوة"، محمد الزحيلي، حقوق الإنسان في الإسلام، هامش ص:362.

وفي هذا تحقيق للضمانات المادية، والمطلبي بطلاء الأمن والثقة والطمأنينة والإستقرار وعدم الخشية من تعسف الآخرين، وفي هذا بلوغ للضمانات المعنوية، ومفتاح البناء الإيمان الصحيح، والعقيدة السليمة النابعة من منح الله سبحانه وتعالى للحقوق ابتداءً وتكرماً منه تعالى دون المطالبة بالمقابل إلا حسن إستغلالها بالطريق المشروع ، وفي هذا كل الضمان للشرعية .
وعندما يصل الشخص إلى تصور حق الأمن الفردي ضمن هذا الإطار ستكون لديه الثقة الكاملة في إمتلاكه قبل اكتساب القوة اللازمة للدفاع عنه .

الفرع الثاني : موقع حق الأمن الفردي من أقسام الحقوق في الشريعة الإسلامية.

إن الحق في الأمن الفردي بمعناه الذي يجمع بين تحقيق المصلحة الفردية واعتبار المصلحة الجماعية يمكن أن يصنف في الشريعة الإسلامية من الحقوق المشتركة بين الله والعبد، وهو مما اشترك فيه الحقان وحق الله هو الغالب، وهذا ما أكده الشاطبي في قوله «الجنايات مما لا يصح فيه إسقاط حق الله آليته رغم كونها مشوبة بحق العبد، إذ أن إحياء النفوس وكمال العقول والأجسام من حق الله تعالى في العباد، وليس من حقوق العباد، ولذلك لا مطمع للمكلف في إسقاط حقه في الحياة بالقتل أو الانتحار، أو إتلاف عضو من أعضائه، حتى يصل بكمال النفوس والأجسام والعقول ما ورد بالتكليف والطلب»⁽¹⁾.

وأكد على ذلك وهبة الزحيلي، وذلك عند التمثيل للحق المشترك فقال «... ومثاله أيضاً صيانة الإنسان حياته وعقله وصحته وماله فيها حقان، لكن حق الله غالب لعموم النفع العائد للمجتمع»⁽²⁾.

الفرع الثالث : موقع حق الأمن الفردي من أقسام الحقوق في القانون الوضعي.

إن الحق في الأمن الفردي يمكن تصنيفه في القانون ضمن الحقوق اللصيقة بالشخصية، لأنها تثبت للشخص كونه إنساناً، ولهذا يستوي فيها الجميع، وبعض هذا الكلام «ما يأتي في

(1) الشاطبي، الموافقات، ج2، ص:285.

(2) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص:15.

طليعة الحقوق المكرسة لحماية الكيان المادي للإنسان الحق في الحياة **Le droit à la vie** الحق في سلامة بدنه أو جسده **Le droit à l' intégrité physique** ومقتضى هذه الحقوق تمكين صاحبها من حماية كيانه المادي في مواجهة الغير بمنع الآخرين من المساس بجسده أو بأعضائه المختلفة أو الإعتداء عليه دون مسوغ قانوني»⁽¹⁾.

وختاماً للكلام عن الحق أقول أن الإسلام ليس فقط عقيدة أساسها العبادة والإيمان، بل هو أيضاً شريعة أساسها الإخلاص في التطبيق والعمل .

فقد جاء في كتاب "الإسلام عقيدة وشريعة" ما يلي : «...عرف أن الإسلام له شعبتان أساسيتان لا توجد حقيقته، ولا يتحقق معناه إلا إذا أخذت الشعبتان حظهما من التحقق والوجود، في عقل الإنسان وقلبه وحياته، وهاتان الشعبتان هما: العقيدة والشريعة»⁽²⁾.

(1) مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، ص: 438

(2) محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، (دار الشروق، الطبعة الحادي عشر، 1983)، ص: 9.

خلاصة الفصل التمهيدي

إن الحق كلمة لها إستعمال واسع ومتنوع في اللغة، وأن المعاني التي أطلقت عليها متعددة لكن أصلها في الحقيقة واحد وهو الثبوت، والفقهاء القدامى وبالرغم من استعمالهم الشائع للفظ الحق إلا أنهم لم يصطلحوا على تعريف يجمع كل معانيه، وهذا راجع لوضوح معنى الحق من جهة، ولعلاقة الحق بالواجب من جهة أخرى، فالتكليف يستلزم وجود الحق، وعناية الشارع بالتكاليف إنما تفسر على أساس عنايته بالحقوق .

والفقهاء الأصوليين القدامى عرّفوا الحق بالتقسيم، أما المعاصرين فتعددت تعريفاتهم للحق واختلفت باختلاف نظرتهم له " المصلحة، الاختصاص، الثبوت "، ولكن تعريفاتهم انتقدت من جهة اهتمامهم بعنصر دون الآخر في التعريف، وفقهاء القانون أيضاً تعددت تعريفاتهم للحق بين إتجاه المذاهب التقليدية المعتمدة على عنصر الإرادة أو المصلحة، والاتجاهات الحديثة "نظرية دابان ونظرية روبيه" على أن التعريف المقترح للحق في الشريعة الإسلامية هو :

«الشيء الثابت بطريق الشرع لله تعالى على عباده أو للإنسان على غيره أو لهما معاً على سبيل الإختصاص وكان الوفاء به واجباً تحقيقاً لمصلحة مشروعة».

أما في القانون فالحق هو «إرادة شخص ومصلحته بالإستثثار والتسلط على قيمة أو مركز قانوني محمي مع احترام الغير له».

ومصدر الحقوق في الشريعة الإسلامية الحكم الشرعي ، والحقوق مشروعة بالكتاب والسنة، ووجدت تحقيقاً لمقاصد شرعية. أما مصدر الحقوق في القانون الوضعي (القانون).

و عرفت الحقوق تقسيمات عدة سواء في الفقه الإسلامي أو القانون وهذا بحسب طبيعتها أو مصدرها أو الغاية منها .

والحق في الأمن الفردي هو إمتلاك الدعائم والضمانات المادية والمعنوية وكذا الشرعية القائمة على حماية النفس البشرية من إعتداء الآخرين عليها، وتوفير الحق في الحياة الكريمة دون خوف من انتهاك لحرمة الإنسان بوصفه أكرم المخلوقات وأعظمها .

ويصنف حق الأمن الفردي في الشريعة الإسلامية ضمن الحقوق المشتركة بين حق لله والعبد وحق الله غالب ،أما في القانون الوضعي فيدرج ضمن الحقوق اللصيقة بالشخصية . ويمكنني أن أقول أن الإسلام لم يقرر الحقوق إلا بعد أن جعل لها أساس روحي وديني نابع عن العقيدة الصحيحة التي تكفل دوام هاته الحقوق ورعايتها بأصول شرعية ضامنة عدم خروجها عن السبيل الصحيح المؤدي للنجاح الديني والديني، فالتلازم بين العقيدة والشريعة في الإسلام هو الذي أكسب الحقوق مصداقيتها ،وجعلها مطوقة بين حبلين متينين لا ثالث لهما، حبل ديني يمنح الحقوق ابتداءً للإنسان بصفته خليفة الله في الأرض، وحبل دنيوي يجعله يوظف الحقوق الممنوحة توظيف عملي مصلحي دون الخروج عن الإطار العقائدي، فأين وكيف يمكن إيجاد حل لهاته المعادلة الصحيحة العادلة إلا ضمن عقيدة سليمة وشريعة هادفة .

الفصل الأول

حق الأمن الفردي في النظرية العامة للتجريم والعقاب

- المبحث الأول: مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات.
- المبحث الثاني: مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية.
- المبحث الثالث: مبدأ عدم الأثر الرجعي للقوانين الجنائية.

إن من مقاصد الشريعة الكبرى تحقيق الأمن الفردي ، والنظام الجنائي الإسلامي حرص كل الحرص على صيانة النفس البشرية وحمايتها. فقرر العقاب على كل من تسول له نفسه الاعتداء على هاته الحرمة.

والشريعة بذلك سعت لتحقيق العدل بين حق الأفراد في الأمن وحق المجتمع ومصالحته في استئصال معالم الجريمة. وسعيها هذا انطلق من تأسيس مبادئ جنائية وأصول شرعية تحمي الحقوق رغم تنافرها أحياناً، فلكي يقوم الإنسان بحقه في الاستخلاف لا بد وأن يشعر أن نفسه مطمئنة، وحاله مستقرة، وأن الدولة بجميع سلطاتها لن تعتدي ولا بأي شكل من الأشكال على هذا الحق، لأن هناك قواعد فريدة في النظرية العامة للتجريم والعقاب تحمي الفرد. فشرعية العقوبة ضمان لعدم انتهاك الحرمات، وشخصية المسؤولية الجنائية أساس للمسائلة الفردية، ومبدأ عدم الأثر الرجعي للقوانين دليل على عدم مساءلة الفرد عن الأعمال المباحة. فهاته المبادئ الثلاثة دعائم رئيسية للحق في الأمن الفردي، وعلى أساسها يتم التنظير لكفالة هذا الحق وحسن استغلاله في النظام الإجرائي ، وسأحاول في هذا الفصل الإجابة عن الإشكالات الآتية:

❖ هل القواعد العامة والمبادئ الجنائية المقررة في النظرية العامة للتجريم والعقاب كافية للقول بامتلاك الحق في الأمن الفردي؟

❖ ما مدى فعالية الضمانات المقررة في ظل الأصول الجنائية لحماية الأفراد ، وهل هاته الضمانات يؤخذ بها على اطلاقها، أم أنها تعرف استثناءات إن كان في الشريعة الإسلامية أو القانون الوضعي؟

المبحث الأول: مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

إن الفرد لا يأمن على نفسه وعلى حرمة جسده وحياته الخاصة إلا إذا كان متأكداً من شرعية العقوبات، وعدم تعسف السلطة في توقيعها، بحيث أن كل جريمة وكل عقوبة منصوص عليها. فالحق في الأمن لا يتحقق إذا كان الإنسان عرضة لعقاب عن جرائم وأفعال مستحدثة تظهر بعد الحين و الآخر، دون ركيزة شرعية أو قانونية، فلا يجوز ابتداءً معاقبة الأفراد عن الأفعال أو الجرائم إلا بعد اعتبارها كذلك منذ نشأتها. ومبدأ شرعية الجريمة والعقوبة مؤسس على أن «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» فالسلطات هي الكفيلة ببيان الأفعال المعاقب عليها وتحديد العقوبات الخاصة كذلك. ومما لا مجال فيه للشك أن هذا المبدأ ضمان لحق الأمن الفردي فبواسطته يأمن الإنسان على نفسه من تعسف أرباب القوانين، بحيث تكون سلطاتهم في توقيع العقاب محدودة بإطار قانوني وعلى أساس منطقي، فالشرع والقانون أساس الفصل بين المشروع والمحظور، وبالتالي لا يمكن بأي حال من الأحوال معاقبة الأشخاص على أفعال غير مجرمة بنص قانوني أو على أساس غير شرعي مقاصدي، وإلا كانت الأمور مشوبة بالعبث والظلم وعدم الثقة.

المطلب الأول: مضمون المبدأ في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي:

الفرع الأول: مضمون المبدأ في الشريعة الإسلامية.

إن هذا المبدأ مؤسس على القول التالي «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص». «فالشريعة توجب لاعتبار الفعل جريمة أن يكون هناك نص يحرم هذا الفعل ويعاقب على إتيانه، وهذا ما نسميه اليوم الركن الشرعي للجريمة»⁽¹⁾.

الفرع الثاني: مضمون المبدأ في القانون الوضعي.

ويقصد به أنه لا يجوز تجريم فعل إلا بنص القانون صراحة على تجريمه، كما أنه لا يجوز توقيع عقوبة على الجاني خلاف تلك المقررة قانوناً لها من حيث نوعها و مقدارها⁽²⁾. ويقصد به أيضاً «أنه لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص القانون» وبالتالي فلا يملك القاضي أن يعاقب على فعل لم يجرمه المشرع⁽³⁾.

ويعني مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات « أن توكل مهمة حصر الجرائم وتحديد عقوباتها إلى السلطة التشريعية، فهي الجهة الوحيدة التي يعهد إليها بيان الأفعال التي تعد جرائم»⁽¹⁾.

(1) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، (مؤسسة الرسالة، الطبعة السادسة، 1985) ج1، ص: 122.

(2) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، القسم العام - الجريمة (ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، 1994)، ص: 38.

(3) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، (دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000)، ص: 324.

المطلب الثاني: أصل مبدأ الشرعية و أساسه في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي. الفرع الأول: أصل المبدأ في الشريعة الإسلامية.

أساس مبدأ الشرعية في الشريعة الإسلامية آيات قرآنية و قواعد أصولية شرعية.

البند الأول : القرآن الكريم باعتباره مصدر الشرعية.

إن شرعية الجريمة و العقوبة، لا تستند إلى كلام البشر، أو إلى قول إنسان، وإنما تستند إلى كلام الله عز وجل وإلى آيات قرآنية صريحة دالة على تجريم الفعل قبل تقرير عقوبته، ومن الآيات الدالة على ذلك:

قوله تعالى ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ تَبْعَثَ رَسُولًا﴾⁽²⁾، أي أن الله لا يهلك أمة بعذاب إلا بعد الرسالة إليهم و الإنذار⁽³⁾.

وقوله تعالى ﴿لِنَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ﴾⁽⁴⁾ فيقولوا ما أرسلت إلينا رسولا، و ما أنزلت علينا كتاباً⁽⁵⁾.

قوله تعالى « و ما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلوا عليهم آياتنا و ما كنا مهلكي القرى إلا و أهلها ظالمون»⁽⁶⁾. فأخبر تعالى أنه لا يهلكهم إلا إذا استحقوا الإهلاك يظلمهم، و لا يهلكهم مع كونهم ظالمين إلا بعد تأكيد الحجة و الإلزام ببعثه الرسل، و لا يجعل علمه بأحوالهم حجة عليهم⁽⁷⁾.

والآيات السابقة على سبيل التمثيل فقط لمبدأ الشرعية و ليس الحصر. وجميعها قاطعة على أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بعد نص شرعي، فالله سبحانه وتعالى لا يكتفي بعلمه دليل على عقاب الظالمين بل يبعث رسله أولاً لبيان ما هو مباح أو محظور، ثم يلزمهم بالعقاب بعد الإعلام.

(1) علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات القسم العام، (الدار الجامعية) ص: 43

(2) القرآن الكريم، سورة الإسراء، 15.

(3) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (دار الكتاب العربي) ج 10، ص : 231.

(4) القرآن الكريم، سورة النساء، 165.

(5) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 6، ص: 18.

(6) القرآن الكريم، سورة القصص، 59.

(7) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 13، ص: 302.

البند الثاني: القواعد الأصولية الشرعية مصدر الشرعية.

فالشريعة الإسلامية الغراء أرسدت قواعد أصولية أساساً لتطبيق مبدأ الشرعية و هذا راجع لأهمية هذه القواعد في الحفاظ على حق الأمن الفردي، ومن القواعد الموضوعة نبزاً لأصل الشرعية.

أولاً: قاعدة «لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص»⁽¹⁾ وأساس القاعدة أن الأفراد لا يحاسبون عن أفعالهم إلا إذا ورد نص يحرم هاته الأفعال.

ثانياً: هناك قاعدة أساسية أخرى تعتبر اصلاً لمبدأ الشرعية وهي "الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة ورفع الحرج عن الفعل والترك إلا ما دلّ الدليل على تغييره والأصل عدم المغير"⁽²⁾ و«الأصل في الأشياء الإباحة، حتى يدل الدليل على التحريم»⁽³⁾.

فالأفعال في الشريعة الإسلامية مباحة ابتداءً، فإن أتاها الفرد أو امتنع عنها لا تقرر مسؤوليته جنائياً، إلا إذا ورد دليل التحريم.

ثالثاً: هناك قاعدة أصولية تقضي أنه "لا يكلف شرعاً إلا من كان قادراً على فهم دليل التكليف أهلاً لما كلف به، ولا يكلف شرعاً إلا بفعل ممكن مقدور للمكلف معلوم له علماً يحمله على امتثاله" فالمكلف لا يصح تكليفه شرعاً إلا إذا كان قادراً على فهم دليل التكليف، وكان أهلاً لما كلف به⁽⁴⁾ وبالتالي فالامتثال لفعل الوجوب أو الترك لا يكون إلا بعد بيانه.

الفرع الثاني: أصل المبدأ و أساسه في القانون الوضعي:

البند الأول: أصل المبدأ في القانون الوضعي.

(1) الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، (دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى 1984) ج1، ص: 130.

(2) الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج1، ص: 235.

(3) السيوطي، الأشباه والنظائر، تحقيق: محمد المعتصم بالله البغدادي (دار الكتاب العربي، الطبعة الرابعة 1998) ص: 133.

(4) ينظر عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، (الزهراء للنشر والتوزيع الجزائر، الطبعة الأولى 1990) ص: 134-135.

أولاً: تاريخ المبدأ: يرتبط تاريخ هذا المبدأ بالوقت الذي ظهرت فيه إرهابات استقلال سلطات الدولة عن بعضها البعض [السلطة التشريعية، السلطة القضائية، السلطة التنفيذية] حيث كان الحاكم يجمع بين يديه جميع السلطات، وحيث كان القضاة يحكمون بما يحقق رغبات الحاكم⁽¹⁾. والمبدأ عرف قفزة نوعية بعد أن تبناه رجال الثورة و أعطوه صياغة واضحة ومحددة في إعلان حقوق الإنسان و المواطن الصادر في 26 أغسطس 1789⁽²⁾.

وحديثاً نصت على المبدأ بمزيد من الإيضاح المادة 11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10/09/1948 بقولها: «كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن يثبت ارتكابه لها قانوناً في محاكمة علنية تكون قد وفرت له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه»⁽³⁾.

ثانياً: أصل المبدأ في القانون الجزائري: أخذ المشرع الجزائري بمبدأ قانونية الجرائم و العقوبات واعتبره أساس نصوصه القانونية سواء في الدستور أو قانون العقوبات.

أ- مبدأ الشرعية في الدستور الجزائري: أقر الدستور الجزائري الصادر في 28 نوفمبر 1996⁽⁴⁾ في الكثير من نصوصه على ضرورة احترام مبدأ الشرعية وسأبين هذا بعرض المواد الدالة على ذلك:

- المادة 29: «كل المواطنين سواسية أمام القانون».

- المادة 45: «كل شخص يعتبر بريئاً حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون».

- المادة 46: «لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم».

- المادة 47: «لا يتابع أحد ولا يوقف أو يحتجز إلا في الحالات المحددة بالقانون وطبقاً للأشكال التي نص عليها».

- المادة 140: «أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة، الكل سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع ويجسده احترام القانون».

- المادة 142: «تخضع العقوبات الجزائية إلى مبدئي الشرعية و الشخصية».

(1) علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات (القسم العام) ، ص:60.

(2) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، ج 1 الجريمة (ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1998) ص: 75.

(3) أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن (الدار الجامعية) ص: 79.

(4) الدستور الجزائري، استفتاء 28 نوفمبر 1996 (الديوان الوطني للأشغال التربوية 2001)، ص: 10-12.

فجميع المواد السابقة الذكر دليل على مبدأ الشرعية، وأن فعل التجريم لا يعتبر كذلك إلا إذا نص عليه القانون، وأن مصادر الجرائم و العقوبات هي النصوص القانونية.

ب- مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري: قانون العقوبات الجزائري⁽¹⁾، أكد بدوره على ضرورة احترام مبدأ الشرعية و ذلك من خلال المواد:

المادة 1: «لا جريمة و لا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون».

المادة 2: «لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة».

المادة 3: «يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية، كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائية الجزائرية طبقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية».

فالمادة الأولى فيها نص صريح على مبدأ قانونية النص الجنائي، أما المادتين الثانية و الثالثة فتقرر مبدأ الشرعية بصفة عامة.

البند الثاني : أساس مبدأ الشرعية في القانون الوضعي:

أولاً: أساس الركن الشرعي للجريمة: و يقصد بالركن الشرعي للجريمة نص التجريم الذي يضمني على الفعل أو الامتناع صفته غير المشروعة، فالجريمة لم تكتسب وصفها كجريمة إلا منذ تقرر تجريمها بنص قانوني⁽²⁾.

فالركن الشرعي حسب هذا الرأي هو الصفة غير المشروعة للفعل، و فحواه حكم قانوني على علاقة معينة بين الواقعة المرتكبة و المصالح المحمية بالقاعدة الجنائية⁽³⁾.

ثانياً: اعتبار الشرعية ركن في الجريمة: أو بمعنى آخر هل تعتبر الشرعية بحق ركناً مكوناً للجريمة، أم لا يعدو أن يكون وصفاً للسلوك المجرم أو بالأكثر شرطاً مفترضاً أو شرطاً أولياً في بنائها

(1) قانون العقوبات الجزائري، أمر رقم 66 - 156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات، ص: 1-2.

(2) محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات (دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002)، ص: 139.

(3) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص: 69.

القانوني؟⁽¹⁾ فذهب عادل قورة إلى أن اعتبار الشرعية ركناً في الجريمة ليس مسلماً به في الفقهين المصري والفرنسي⁽²⁾.

على أن المشرع الجزائري اعتبر الشرعية ركناً في الجريمة و أكد على أن الجريمة تتكون من أركان ثلاث «الركن الشرعي، الركن المادي، الركن المعنوي»⁽³⁾ وإن كان الرأي الذي تبناه المشرع الجزائري رأياً صائباً وذلك راجع لأهمية الشرعية في اعتبار الجريمة، فجعلها ركناً أساسياً للجريمة أحسن من اعتبارها مجرد وصف في البناء القانوني العام.

ثالثاً: جوهر عدم المشروعية : إن صفة عدم المشروعية تستخلص من القاعدة القانونية الجنائية، ولكن كيف يمكن استخلاص هذا التكييف من القاعدة القانونية الجنائية⁽⁴⁾.

فذهب اتجاه من الفقه إلى تغليب الصفة التقييمية للنص الجنائي، وذهب جانب آخر إلى تغليب الصفة الآمرة للنص الجنائي، ولكن الصفة الآمرة تتصل أكثر بالركن المعنوي للجريمة، أما الصفة التقييمية فتتصل اتصالاً وثيقاً بالركن الشرعي⁽⁵⁾.

رابعاً: عناصر الركن الشرعي في قانون العقوبات: إن اكتساب الصفة غير المشروعة بخضوع الفعل لنص تجريمي غير كاف في جميع الأحوال لتطبيق الجزاء، حيث يشترط لتطبيقه أن لا يخضع الفعل بعد تطابقه مع نص التجريم، لسبب من أسباب الإباحة⁽⁶⁾ ويتضح من هذا أنه ولقيام الركن الشرعي لا بد من توافر عنصرين هما:

أ- خضوع الفعل لنص التجريم.

ب- عدم خضوع الفعل لسبب من أسباب الإباحة⁽⁷⁾.

(1) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، ص: 321.

(2) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، ص: 33.

(3) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص: 71 وما بعدها.

(4) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، ص: 33.

(5) ينظر: عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، ص: 33 وما بعدها.

(6) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص: 70.

(7) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، ص: 36.

و الشريعة الإسلامية قررت المبدأ ضمن قواعد أصولية و آيات قرآنية منزهة في حين مازال فقهاء القانون يختلفون في أساس الشرعية أي في اعتبارها ركن من أركان الجريمة أو مجرد وصف زائل، ويتنازعون أيضاً في جوهر عدم المشروعية.

المطلب الثالث: أهمية مبدأ الشرعية.

يستمد المبدأ أهميته من حيث أنه ضماناً لحقوق الأفراد في الوقت الذي هو حماية للمجتمع، ففي ظل هذا المبدأ يأمن الفرد جانب السلطات العامة التي لا تستطيع أن تحاسبه إلا بموجب النص القانوني⁽¹⁾. كما أنه يحقق فكرة الردع العام ويرر العقوبة للرأي العام، فبالنص على عقوبة محددة لفعل معين يتحقق تحذير أفراد المجتمع من إتيان الفعل خشية العقوبة، وهو ما يسمى بالردع العام، ومن ناحية أخرى يجعل تطبيق العقوبة مرتبطاً دائماً بسبب محدد هو ارتكاب الجريمة، فيعطي للمجتمع تبرير منطقي لتنفيذ العقوبة⁽²⁾.

ثم أن المبدأ تطبيق للفصل بين السلطات وهو من المبادئ المهيمنة على الدولة الحديثة، وفي ظل مبدأ الفصل بين السلطات تعتبر السلطة التشريعية وحدها المختصة بإصدار القوانين التي تجرم وتعاقب على الأفعال⁽³⁾. وتظهر أهمية المبدأ أيضاً في أنه يشكل إحدى وسائل تحقيق المساواة بين الأفراد في مواجهة السلطات العامة بما تمتلكه من ترسانة عقابية سواء على صعيد التشريع أو القضاء، فالأفراد سواسية أمام نصوص التجريم⁽⁴⁾.

بالإضافة إلى أهمية مبدأ الشرعية في حماية المجتمع و في تحقيق الردع العام، و في تجسيد فكرة الفصل بين السلطات وكذا تبرير العقوبات و مواجهة السلطات الموقعة للعقاب، فإن مقصد الشريعة الإسلامية في إقرار أصل الشرعية لا يمكن بأي حال من الأحوال تجاهله لأن فيه حماية للأفراد هذا المقصد المؤسس على الإنذار وتقديم الحجج قبل القيام بأوامر الامتثال.

(1) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص: 79.

(2) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، ص: 39.

(3) ينظر: محمد زكي، أبو عامر، سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، ص: 145.

(4) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، ص: 327 - 328.

المطلب الرابع: النقد الموجه لمبدأ الشرعية في القانون الوضعي.

رغم أهمية مبدأ الشرعية في تحقيق الأمن الفردي و تجسيده لمبدأ الفصل بين السلطات وكذا اعتباره أحد الضمانات الرئيسة التي تحول دون اتهام الأفراد بلا مسوغ أو نص قانوني، إلا أنه لم يسلم من النقد.

الفرع الأول: أساس النقد.

إن الانتقادات الموجهة لمبدأ الشرعية شملت جوانب عدة بعضها يتعلق بالنص الجنائي، وأخرى بعدم حماية مصالح المجتمع، وكذا تقييد القاضي فيما يتعلق بشق الجزاء أو العقوبة و يمكن جمع هاته الانتقادات في العناصر الآتية:

- 1- إن المبدأ يصيب التشريع بالجمود ويجرده من المرونة اللازمة في مواجهة الظواهر الإجرامية المستحدثة التي قد لا تندرج بالنظر لحدائتها وأساليب ارتكابها تحت نص التجريم⁽¹⁾.
- 2- إن مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات يقف عقبة أمام القاضي، تحول بينه و بين اختيار الجزاء الذي يتلاءم و شخصية المجرم⁽²⁾.
- 3- إن التطبيق الصارم للمبدأ يؤدي حتماً إلى تغليب مصلحة الفرد المجرم على مصلحة الجماعة، بحيث يستفيد من الفجوات التي تعترض التشريع القائم، في حين يجب تغليب مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد المجرم وذلك باللجوء إلى القياس فيما لا نص فيه⁽³⁾.
- 4- إن المبدأ يجافي في كثير من الأحيان قواعد الأخلاق و يقصر عن حماية مصالح المجتمع، لأن المشرع ليس في مقدوره حصر الأفعال الضارة بالنظام السياسي أو الاجتماعي في الدولة أو الأفعال التي تتنافى و قواعد الأخلاق⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: الرد على الانتقادات الموجهة لمبدأ الشرعية.

إن الفقه لا يسلم بهذه الانتقادات بل ويتمسك بمبدأ الشرعية حيث يرى فيه ضماناً ضرورية لحماية حقوق الأفراد و حريتهم⁽⁵⁾.

(1) محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم ، القسم العام من قانون العقوبات، ص: 146.

(2) علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات القسم العام، ص: 46.

(3) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص: 82.

(4) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، ص: 40.

(5) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص: 83.

و يمكن الرد على أهم الانتقادات بما يلي:

- 1- بخصوص جمود التشريع وعدم مرونته يمكن الرد عليه بأن المشرع بوسعه دوماً أن يتدخل لتجريم الظواهر المستحدثة الضارة بالمجتمع أو بأفراده، وله أن يعدّل نصوص التجريم القائمة⁽¹⁾.
- 2- القول بأن المبدأ يقيد القاضي غير مسلم به، لأن المشرع في قانون العقوبات الحديث يخوّل القاضي سلطة تقديرية مؤكدة في مجال النطق بالعقوبة⁽²⁾.
- 3- أما الحديث عن إهمال شخص المجرم في تحديد العقوبة الملائمة له، فقد انتبه إليه الفقه الحديث، فأقر تفريد الجزاء الجنائي تبعاً لشخصية المجرم ودرجة خطورته الإجرامية، وتطبيقاً لذلك نصت التشريعات الجنائية الحديثة على حد أدنى وحد أقصى للعقوبة⁽³⁾.
- 4- أما ما ذهب إليه بعضهم من أن المبدأ يجافي قواعد الأخلاق، فيرد عليه بأن المشرع يصوغ عادة نصوص القانون بحيث تحتوي على تجريم جل الأفعال الضارة اجتماعياً وتلك المنافية للأخلاق⁽⁴⁾.

والخلاصة أنه لا يعيب هذا المبدأ ما وجه إليه من نقد فهو قادر على تجاوزه بالاعتماد على فطنة المشرع ومرونة النص، وسيبقى المبدأ الضمانة الأكيدة لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم أمام تحكم القضاة أو تعسف الإدارة⁽⁵⁾.

و لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو كيف يمكن الموازنة بين ما يقدمه تحديد نص التجريم من ضمانات، والقول بمنح السلطة التقديرية للقاضي في اختيار ما يراه مناسباً لاتهام الأفراد خصوصاً والوقت الراهن يعج بمختلف الجرائم المستحدثة وفي جميع الميادين، بحيث يصعب إن لم نقل يستحيل تحديد نص التجريم الملائم، للمتهم الملائم ضمن تشريع عادل وتحت سلطة قاضي مجتهد؟

المطلب الخامس: تطبيقات مبدأ الشرعية في الشريعة الإسلامية.

(1) محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، ص: 146.

(2) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، القسم العام، ص: 329.

(3) ينظر: علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات، ص: 46.

(4) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، ص: 41.

(5) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص: 84.

عرفنا سابقاً أن الأصل العام في الشريعة الإسلامية هو مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة، أو بمعنى أدق «لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص» فالشريعة نصت على الجرائم وكذا العقوبات المقررة لها، إلا أن تطبيق القاعدة يختلف حسب وصفها، فتطبيقها في جرائم الحدود يختلف عن تطبيقها في جرائم القصاص والدية وكذلك يختلف عن تطبيقها في جرائم التعازير. ونظراً لأهمية مبدأ الشرعية في كفالة حق الأفراد وضمان سلامتهم، فالشريعة فصلت وبينت تطبيقه في جميع الجرائم على حسب خطورتها.

الفرع الأول: أثر قاعدة الشرعية في جرائم الحدود.

والقاعدة هي «لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم الحدود» وقد طبقت هذه القاعدة على جرائم الحدود السبع هي : «الزنا، السرقة، الردة، القذف، الحرابة، البغي، الشرب»، وقبل التعرض لتطبيق القاعدة في جميع هذه الجرائم لا بأس من القيام بتعريف الحد.

البند الأول: تعريف الحد.

الحد في اللغة: المنع، و في الشرع: عقوبة مقدرة وجبت حقاً لله تعالى⁽¹⁾.

البند الثاني : أثر القاعدة الشرعية في جريمة الزنا.

تم النص على عقوبة الزنا في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزِّنَى﴾⁽²⁾. وقوله أيضاً: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾⁽³⁾.

وحد الزنا على ما يقرره الفقهاء إما مائة جلدة، و إما الرجم، و من الآيات الدالة أيضاً على الحد بالجلد قوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي يَأْتِيَنَّهَا الْفَاحِشَةُ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾⁽⁴⁾. وقوله أيضاً: ﴿وَالَّذَانِ يَأْتِيَانِيَا مِنْكُمْ فَأُذُوهُمَا فَإِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَحِيمًا﴾⁽⁵⁾.

(1) علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، (بيروت : دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى 1424هـ، 2003) ص: 68.

(2) القرآن الكريم، سورة الإسراء، 32.

(3) القرآن الكريم، سورة النور، 02.

(4) القرآن الكريم، سورة النساء، 15.

(5) القرآن الكريم : سورة النساء ، 16.

وهناك فوق الجلد عقوبة إضافية قد أشار إليها النص القرآني بالنسبة للنساء و هي الإمساك في البيوت حتى يتوفاهن الموت. أما بالنسبة للرجل فقد وردت الآثار بأنه بعد الجلد يغرب سنة⁽¹⁾. فقد روى أبو هريرة و زيد بن خالد أن «رجلاً من الأعراب أتى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقال: يا رسول الله أنشدك الله إلا قضيت لي بكتابه الله، وقال الخصم الآخر وهو أفتقه منه نعم فاقض بيننا بكتابه الله، واذن لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قل: قال: إن ابني هذا كان مسيفاً عند هذا فزني بامراته، و إنني أخبرت أن علي ابني الرجم، فاقضتني منه بمائة شاة ووليدتي، فسألت أهل العلم فأخبروني أن علي ابني جلد مائة و تغريب عام، وأنه علي امرأة هذا الرجم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم، و الذي نفسي بيده لأقضي بينكما بكتابه الله، الوليدة والغنم رد، و علي ابنك جلد مائة و تغريب عام، و أئخذ يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفتك فأرجمها، قال فغدا عليهما، فاعترفتك فأمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت»⁽²⁾.

والعقوبات السابقة [التغريب والجلد والإمساك في البيوت] بالنسبة لغير المحصن، أما عقوبة المحصن فهي الرجم، لقوله صلى الله عليه وسلم: «لو رجمت أحداً بغير بينة رجمت هذه فقال لا تلك امرأة كانت تظهر في الإسلام السوء. قال أبو صالح وعبد الله بن يوسف خذلاً» (3) وقوله صلى الله عليه وسلم: «لو كنت راجماً أحداً بغير بينة، لرجمت فلانة فقد ظهر منها الريبة في منطقتها وهيئتها ومن يدخل عليها»⁽⁴⁾.

«وشرط الإحصان الموجب للرجم: الوطاء المباح بنكاح صحيح لا خيار فيه من بالغ مسلم حر» وذلك لتكون العقوبة دافعة إلى صيانة الحياة الزوجية⁽⁵⁾.

البند الثالث: أثر قاعدة الشرعية في جريمة السرقة.

(1) محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي "العقوبة"، (دار الفكر العربي) ص: 96.

(2) أخرجه البخاري، الصحيح، كتاب الشروط، باب الشروط التي لا تحل في الحدود" رقم الحديث (12) 32/4.

(3) أخرجه البخاري، الصحيح، كتاب الطلاق، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم "لو كنت راجماً بغير بينة" رقم الحديث (53)،

97/7.

(4) أخرجه: ابن ماجه، السنن، كتاب الحدود "باب من أظهر الفاحشة" رقم الحديث (2559) ج2/855. وجاء في كتاب مجمع

الزوائد: إسناده صحيح ورجاله ثقات. الهيثمي، مجمع الزوائد، ج2/855.

(5) ابن عرفة، الحدود، الجزء 2/640.

الآية الدالة على تحديد جريمة السرقة وكذا العقوبة المقررة لها هي قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾⁽¹⁾ فحد السرقة في الشريعة الإسلامية القطع، وقد بين الفقهاء أحوال كثيرة لا قطع فيها كالاختطاف أو الاختلاس وأخذ المال من النفس كالوديعة والعارية لقصور في الحرز"⁽²⁾

و هناك جملة من الشروط الواجب توفرها لتطبيق حد القطع في السرقة و هي: أن تكون السرقة من حرز، و أن يكون المسروق بما لا يسرع إليه الفساد، وأن يكون المسروق نصاباً، ومطالبة المسروق منه بماله، وانتفاء الشبهة، وكذا ثبوت السرقة بشهادة عدلين أو إقرار مرتين⁽³⁾.

البند الرابع : أثر قاعدة الشرعية في جريمة الردة.

هناك جملة من الآيات القرآنية، والأحاديث النبوية الشريفة تحدد جريمة الردة وتبين عقوبة صاحبها، فمن القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾⁽⁴⁾. وقوله أيضاً ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾⁽⁵⁾.

أما من السنة فقوله صلى الله عليه و سلم: «من بدل دينه فأقتلوه»⁽⁶⁾. وقوله أيضاً: «لا يجل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة»⁽⁷⁾

(1) القرآن الكريم: سورة المائدة، 38.

(2) أحمد هبة، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب، (عالم الكتب القاهرة، الطبعة الأولى 1985) ص: 186-187.

(3) بكر بن عبد الله، أبو زيد، الحدود والتعزيرات عند ابن القيم "دراسة وموازنة": (دار العاصمة للنشر والتوزيع، النشرة الثانية) ص:

370-360.

(4) القرآن الكريم، سورة آل عمران، 85.

(5) القرآن الكريم، سورة البقرة، 217.

(6) أخرجه : البخاري، الصحيح، كتاب الجهاد والسير، "باب لا يعذب بعذاب الله"، رقم الحديث (317) فتح الباري 149/6.

(7) أخرجه : البخاري، الصحيح، كتاب باب قوله تعالى "إن النفس بالنفس" رقم الحديث (17/16)، 7/9.

فالمرتد يعاقب بالقتل و هو عقاب مناسب لعظم هذه الجريمة "....." والمرتد إذا لم
يقم عليه الحد في الدنيا، أو لم يرفع أمره إلى القاضي و لم يتب فإن جزاؤه الخلود في نار جهنم و
حبوط عمله⁽¹⁾.

البند الخامس: أثر قاعدة الشرعية في جريمة القذف.

جاءت العقوبة الشرعية المحددة لمقترفي جريمة القذف في قوله تعالى ﴿والذين يرمون
المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة، ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم
الفاستقون﴾⁽²⁾.

فعقاب الرمي بالزنى من غير إثبات عقوبتين الأولى بدنية و هي ضربه ثمانين جلدة، والثانية
أدبية و هي أن لا تقبل له شهادة أبداً، لأن من استهان بالقول هذه الاستهانة لا ينتظر منه أن يعلي
حقاً أو يخفض باطلاً⁽³⁾.

البند السادس: أثر قاعدة الشرعية في جريمة الكراهة.

إن جريمة الكراهة وكغيرها من جرائم الحدود تقررت عقوبتها في آيات قرآنية ومنها قوله
تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ
وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾⁽⁴⁾.
فالعقوبة في جريمة الكراهة هي القتل، أو الصلب، أو القطع أو النفي.

البند السابع: أثر قاعدة الشرعية في جريمة البغي.

أثر قاعدة الشرعية واضح في جريمة البغي، والعقوبات المنزلة بشأنها وردت في آيات قرآنية
منزهة ومها قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَت إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى

(1) ينظر عقيلة حسين، الشبهات المسقطه للحدود أو "الظروف المختلفة والأعدار المسقطه للعقوبات المترتبة على جرائم الحدود"، دراسة
فقهيّة مقارنة على المذاهب السنية (دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 2003) ص:35.

(2) القرآن الكريم، سورة النور، 4.

(3) أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (العقوبة)، ص:91.

(4) القرآن الكريم، سورة المائدة، 33.

فَقَاتِلُوا الَّذِينَ تَبَغُّوا حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ⁽¹⁾
(وأحاديث نبوية منها قوله صلى الله عليه وسلم: « من أتاكم و أمركم على رجل واحد يريد أن يشق محاكم و يفرق جماعتكم فاقتلوه»⁽²⁾. وقوله أيضاً: " «ستكون هذات وهذات فمن أراد أن يفرق هذه الأمة و هي جمع، فاضربوه بالسيف كائناً من كان»⁽³⁾. فهذه النصوص تحرم بغي طائفة على طائفة، و تجعل جزاء البغي القتال حتى يفيء الباغي و يرجع عن بغيه⁽⁴⁾.
البند الثامن: أثر قاعدة الشرعية في جريمة الشرب.

(1) القرآن الكريم، سورة الحجرات، 9.

(2) أخرجه: مسلم، الصحيح، كتاب الإمارة، باب "حكم من فرق أمر المسلمين وهو مجتمع"، رقم الحديث (1852) 1480/3.

(3) أخرجه: مسلم، الصحيح، كتاب الإمارة، باب "حكم من فرق أمر المسلمين وهو مجتمع"، رقم الحديث (1852) 1479/3.

(4) يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي، ص: 34.

إن العقوبة في جريمة الشرب هي الجلد، والآيات و الأحاديث الدالة عليها قوله تعالى: "إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون" (1) وقوله عليه السلام «كل مسكر حرام» (2) وقوله أيضاً: «ما أسكر كثيره فقليله حرام» (3)

فهذه النصوص تنص على الجريمة والعقوبة، فقد اتفق علماء المسلمين على أنها الجلد لقوله عليه السلام «إذا شرب الخمر فاجلدوه» (4). و لكنهم اختلفوا في عدد الجلدات التي

(1) القرآن الكريم، سورة المائدة، 90.

(2) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب المغازي، باب " بعث أبي موسى ومعاذ بن جبل رضي الله عنهما - إلى اليمن قبل حجة الوداع " رقم الحديث (342)، 323/5.

(3) أخرجه: أبي داود، السنن، كتاب الأشربة ، باب النهي عن المسكر " 321/2.

- الترمذي، السنن، كتاب الأشربة، باب " ما أسكر كثيره فقليله حرام " رقم الحديث (1865)، 258/4 وقال: وفي الباب عن سعد وعائشة وعبد الله بن عمر وابن عمر وخوات بن جبير، قال أبو عيسى، هذا حديث حسن غريب من حديث جابر - النسائي، السنن، كتاب الأشربة، باب " تحريم كل شراب أسكر " 297/4.

- ابن ماجه، السنن، كتاب الأشربة، باب " ما أسكر كثيره فقليله حرام " رقم الحديث (3392)، 1124/2.

قال البوصيري في مصباح الزجاجة "هذا لإسناد فيه زكريا بن منظور وهو ضعيف". مسند الإمام

أحمد: 2/2، 179/167، 2/91، وجاء في نصب الراية 13/5 وما بعدها "كتاب الأشربة" قال الترمذي حديث حسن غريب من حديث جابر . وأخرجه بن حبان في صحيحه ،وداود بن بكر بن أبي الفرات الأجهشي .قال بن معين : ثقة وقال أبو حاتم : لا بأس به ليس بالمتين ،وقد تابعه موسى بن عقبة ، كما أخرجه بن حبان .

(4) أخرجه: أبي داود، السنن، كتاب الحدود، باب "إذا تتابع في شرب الخمر"، 517/2.

- الترمذي، السنن، كتاب الحدود، باب "ما جاء من شرب الخمر فاجلدوه، ومن عاد في الرابعة فاقتلوه"، رقم الحديث (1444)، 39/4.

- قال أبو عيسى: حديث معاوية هكذا روى الثوري أيضا عن عاصم عن أبي صالح عن معاوية عن النبي صلى الله عليه وسلم - النسائي، السنن، كتاب الحد في الخمر، باب "فيمن تتابع في شرب الخمر".

تجب على شارب الخمر على عدة أقوال، أشهرها قولان: أحدهما أنها ثمانون جلدة و الآخر أنها أربعون⁽¹⁾.

فالملاحظ أن مبدأ الشرعية طبق بشكل دقيق في جميع جرائم الحدود، فكل الجرائم منصوص على عقوبتها حيث أن سلطات ولي الأمر محدودة بتطبيق النص الشرعي ولا مجال للاجتهاد.

الفرع الثاني: أثر قاعدة الشرعية في جرائم الدية و القصاص.

كان لقاعدة الشرعية أثر في جرائم القصاص و الدية، فوردت نصوص شرعية، نصت على الجرائم الخاصة بالقصاص و الدية وكذا العقوبات المنزلة بشأنها.

والجرائم التي يعاقب عليها بالقصاص هي: القتل العمد، وإتلاف الأطراف عمداً والجرح العمد⁽²⁾.

أما الجرائم التي يعاقب عليها بالدية فهي جرائم القصاص إذا عفي عن القصاص أو امتنع عن القصاص لسبب شرعي، ثم القتل شبه العمد والقتل الخطأ، وإتلاف الأطراف خطأ والجرح الخطأ⁽³⁾.

البند الأول: أثر الشرعية في جرائم القتل العمد.

- ابن ماجة، السنن، كتاب الحدود، باب "من شرب الخمر مراراً" رقم الحديث (2573) 859/2.

- مسند الإمام أحمد 136/2، 191/2، 211/2 .

جاء في نصب الراية 530/3، 531، كتاب الحدود، باب "حد الشرب" قال الترمذي سمعت محمد بن إسماعيل يقول: حديث أبي صالح عن معاوية أصح من حديث أبي صالح عن أبي هريرة، انتهى، رواه ابن حبان في صحيحه في النوع التاسع والسبعين من القسم الأول والحاكم في المستدرک وسكت عنه، قال شيخنا الذهبي في مختصره هو صحيح.

(1) محمد نعيم ياسين، الوجيز في الفقه الجنائي الإسلامي (مؤسسة الإسرائ، قسنطينة) ص: 123 .

(2) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، ص:121.

(3) أحمد هبة، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب، ص:30.

أصل هاته الجرائم والعقوبات آيات قرآنية وأحاديث نبوية، ومنها قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴾⁽¹⁾ وقوله أيضاً: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرْبِ بِالْحَرْبِ وَالْعَبْدِ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّءْ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ﴾⁽²⁾ . كما قال تعالى: ﴿ وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾⁽³⁾ .

أما السنة فأصل الجريمة قوله صلى الله عليه وسلم : « من قتل له قتيلاً فهو بخير النظرين، إما أن يؤدي أو يقاد »⁽⁴⁾ .

فهذه النصوص تحرم القتل العمد وتجعل عقوبته القصاص إلا إذا عفا ولي القتل على الدية، فتكون العقوبة الدية وهي مائة من الإبل⁽⁵⁾

البند الثاني : أثر الشرعية في جريمة إتلاف الأطراف عمداً والجرح العمد.

(1) القرآن الكريم، سورة الإسراء، 33.

(2) القرآن الكريم، سورة البقرة، 178.

(3) القرآن الكريم، سورة المائدة، 45.

(4) أخرجه: أبي داوود، السنن، كتاب الديات، باب "ولي العمد يرضى بالدية" 525/2.

- الترمذي، السنن، كتاب الديات، باب "ما جاء في حكم ولي القتل في القصاص والعفو" رقم الحديث (1406)،

14، 15/4 قال أبو عيسى "هذا حديث حسن صحيح، وحديث أبي هريرة حديث حسن صحيح، ورواه شيبان أيضاً عن يحيى بن أبي كثير مثل هذا".

- النسائي، السنن، القصاص من السلاطين، كتاب القسامة، "باب القود".

- ابن ماجه، السنن، كتاب الديات، باب "من قتل له قتيلاً فهو بالخيارين إحدى ثلاث" رقم الحديث (2624)، 876 /2،

بلفظ "من قتل له قتيلاً فهو بخير النظرين إما أن يقتل وإما أن يفدى".

- مسند الإمام أحمد 386/238، 6/2.

جاء في نصب الراية، 110/5 كتاب الجنائيات باب "القصاص فيما دون النفس". قال السهيلي : في "الروض الأنف". حديث "من قتل له

قتيل فهو بخير النظرين" اختلفت ألفاظ الرواة فيه على ثمانية ألفاظ وهو صحيح، وظاهره أن ولي الدم هو المخير إن شاء أخذ الدية، وإن شاء قتل.

(5) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج 1، ص: 122.

وعقوبات هذه الجرائم مقررة في قوله تعالى: ﴿ وَلكُمْ فِي القِصاصِ حِياةٌ يا أُولِي الأَلْبابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾⁽¹⁾. وقوله أيضاً: ﴿ وَكُتِبَنا عَلَیْهِمْ فِیها أَنْ تُنْفِسا بِالنَّفْسِ وَالْعَیْنَ بِالْعَیْنِ وَالْأَنفَ بِالْأَنفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصاصاً فَمَنْ تصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ کِفاًرَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ یَحْکَمْ بِما أَنْزَلَ اللهُ فَأُولَئِکَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾⁽²⁾ وقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ عاقَبْتُمْ فَعاقِبُوا بِمِثْلِ ما عُوِّقْتُمْ بِهِ ﴾⁽³⁾ فالنصوص السابقة الذكر تدل على الجرائم الخاصة بإتلاف الأطراف والجراح عمداً والعقوبات الشاملة لها وهي القصاص دائماً.

البند الثالث: أثر الشرعية في جريمة القتل شبه العمد.

قوله تعالى: ﴿ فَمَنْ اعتَدى عَلَيْكُمْ فاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ ما اعتَدى عَلَيْكُمْ ﴾⁽⁴⁾، والفرق الجوهرى بين القتل العمد والقتل شبه العمد يظهر في الحكم، فيجب بالقتل العمد القصاص، بينما في شبه العمد لا يجب القصاص وإنما تجب الدية المغلظة والكفارة، والحرمان من الميراث والوصية⁽⁵⁾.

البند الرابع: أثر الشرعية في جريمة القتل الخطأ.

والعقوبات الخاصة بذلك هي عقوبات أصلية (الدية والكفارة) و عقوبات بدلية (التعزير والصيام) وعقوبات تبعية (الحرمان من الميراث والوصية)⁽⁶⁾ وهذا امتثالاً لقوله تعالى: ﴿ وَمَا كانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقتُلَ مُؤْمِناً إِلاَّ خَطأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطأً فَتَحْرِیرُ رِقَبَةٍ مُؤْمِنَةً وَدِیةٌ مُسَلَّمةٌ إِلى أَهْلِهِ إِلاَّ أَنْ یَصَدَّقُوا فَإِنْ

(1) القرآن الكريم، سورة البقرة، 179.

(2) القرآن الكريم، سورة المائدة، 45.

(3) القرآن الكريم، سورة النحل، 126.

(4) القرآن الكريم، سورة، البقرة، 194.

(5) أحمد فتحي بهنسي، الجرائم في الفقه الإسلامي (دار الشروق، الطبعة الخامسة 1983) ص: 218.

(6) عبد الخالق النواوي، التشريع الجنائي (المكتبة العصرية صيدا) ص: 96.

كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوِّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ قَتَحَرِبُ مَرْقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِبُ مَرْقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا⁽¹⁾.

البند الخامس: أثر الشرعية في جرائم قطع الأطراف و الجراح خطأ.

الجراح حدد النبي صلى الله عليه و سلم عقوبة بعضها دون بعض، فجعل أرش الموضحة⁽²⁾ خمساً من الإبل، و أرش الهاشمة⁽³⁾ عشراً من الإبل وفي الآمة⁽⁴⁾ والدامغة ثلث الدية، وجعل في كل جرح يصل إلى الجوف ثلث الدية⁽⁵⁾.

و بهذا يتبين أن القرآن و السنة أحصيا العقوبات في جرائم الحدود و القصاص و الديات إحصاءً بحيث لا يسع القاضي أن يخالف النص في هذا فلا يمكنه أن يزيد أو ينقص في العقوبة⁽⁶⁾.
الفرع الثالث: أثر قاعدة الشرعية في جرائم التعزير⁽⁷⁾.

و القاعدة العامة هي «لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم التعازير».

والشريعة الإسلامية توسعت في تطبيق القاعدة على جرائم التعازير إلى حد ما، لأن المصلحة العامة وطبيعة التعزير تقتضي هذا التوسع⁽⁸⁾. وربما هذا ما جعل البعض يقول إن مبدأ شرعية العقوبة أهدر إهداراً تاماً في التعازير لأن القاضي يطبق ما يشاء من العقوبات على ما يشاء من الجرائم⁽⁹⁾.

(1) القرآن الكريم، سورة النساء، 92.

(2) الموضحة: وهي التي توضح عن العظم. التلقين (469/2).

(3) الهاشمة : وهي التي تهشم العظم، التلقين (469/2).

(4) الآمة (أو المأمومة) وهي التي تحرق إلى أم الدماغ، التلقين (470/2).

(5) القاضي أبو محمد عبد الوهاب البغدادي ، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق ودراسة محمد ثالث الغاني (مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، ط2 200، ج2 ص: 469) 47.

(6) أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي "الجريمة" (دار الفكر العربي) ص: 178

(7) التعزير : هو تأديب دون الحد واصله من العزر وهو المنع، الجرجاني، التعريفات، ص: 49.

(8) يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي : ص: 39.

(9) أحمد فتحي بهنسي، موقف الشريعة من نظرية الدفاع الاجتماعي (دار الشروق، الطبعة الثالثة 1984) ص: 119.

والصحيح أن القاعدة طبقت بتوسع كبير في جرائم التعازير على حساب جرائم الحدود، وهذا ما يميز جرائم الحدود عن التعازير، و يمكن تحديد الفروق الهامة بينهما من أوجه:

1- لكل حد عقوبة معينة أو عقوبات لا محيص من توقيعها على الجاني، أما في التعازير فهناك مجموعة من العقوبات تبدأ من النصح وتنتهي بالجلد والحبس وقد تصل للقتل في الجرائم الخطيرة⁽¹⁾.

2- لولي الأمر أن يقبل الشفاعة في التعازير، كماله أن يعفو عن مرتكب الجريمة التي يعزر من أجلها المتهم، بينما في الحدود لا يقبل عفو ولا شفاعة⁽²⁾.

3- التعزير يسقط بالتوبة⁽³⁾. أما الحدود ففيها خلاف⁽⁴⁾.

4- تعزير ذوي الهيئات أخف من تأديب أهل البذاء والسفاهة لقوله عليه السلام: «أقبلوا ذوي الهيئات محثراتهم إلا الحدود»⁽⁵⁾ بينما يستون في الحدود مع جميع الناس⁽⁶⁾.

البند الأول: أقسام التعازير.

تنقسم التعازير إلى ثلاث أقسام وهي:

أولاً: تعزير على المعاصي: وهو فرض على أفعال حرمتها الشريعة بذواتها و يعتبر إتيانها معصية، والفعل في هذا القسم يكون محرماً دائماً و يعتبر معصية⁽⁷⁾.

ثانياً: تعزير للمصلحة العامة: فأجازت الشريعة الإسلامية أن يكون التعزير في غير جريمة أو معصية على أفعال ليست محرمة لذاتها و إنما تحرم لوصفها⁽⁸⁾.

(1) يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي، ص: 39.

(2) أحمد فتحي بمني، العقوبة في الفقه الإسلامي، (دار الشروق، الطبعة الخامسة 1983) ص: 130.

(3) شهاب الدين القرافي، الفروق وبهامشه القواعد السننية في الأسرار الفقهية لابن الشاط، تحقيق: عبد الحميد هنداوي (المكتبة العصرية، بيروت الطبعة الأولى 2002)، الفرق (246)، ج4، ص: 146.

(4) محمد أحمد حامد، التدابير الاحترازية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (ديوان المطبوعات الجامعية) ص: 104.

(5) أخرجه: أبي داوود، السنن، كتاب الحدود، باب: "الحد يشفع فيه" : 487/2.

(6) عبد السلام محمد الشريف العالم، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي (منشورات ELGA، الطبعة الثالثة 2002) ص: 56.

(7) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، ص: 128.

(8) احمد هبة، موجزا أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب، ص: 33-34.

ثالثاً: تعزير على المخالفات: و الفعل في هذا القسم يكون مأموراً به ،أو منهيّاً عنه، و لكن إتيانه يعتبر مخالفة لا معصية⁽¹⁾.

البند الثاني: تطبيقات الشرعية في التعزير على المعاصي.

وسيتم التعرض إلى تطبيق قاعدة الشرعية في جميع أنواع المعاصي.

والتعزير يكون في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة، سواءً كانت المعصية لله أو لحق الآدمي⁽²⁾، والمعاصي هي إتيان ما حرّمته الشريعة من المحرمات وترك ما أوجبه من الواجبات⁽³⁾.

أولاً: أنواع المعاصي: يقسم الفقهاء المعاصي إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: ما فيه الحد و قد تضاف إلى الحد الكفارة، و هذا مثل القتل و السرقة و الزنا وغير ذلك من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، والأصل في هذا النوع من المعاصي أن عقوبة الحد تغني فيه عن التعزير لكن ثمة ما يمنع أن يجتمع مع التعزير عقوبة الحد، إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة⁽⁴⁾.

النوع الثاني: ما فيه الكفارة و لا حد فيه كالوطء في نهار رمضان و الوطء في الإحرام و الكفارة في أصلها نوع من العبادة، لأنها عبارة عن عتق أو صوم أو إطعام مساكين⁽⁵⁾.

النوع الثالث: ما لا كفارة فيه و لا حد كسرقة ما لا قطع فيه، وتقبيّل المرأة الأجنبية والخلوة بها، وهذا يسوغ فيه التعزير وجوباً عند الأكثرية وجوازاً عند الشافعي⁽⁶⁾ وطريق معرفة العقوبات الخاصة بأنواع المعاصي سواءً كانت عقوباتها حدوداً أو كفارات أو عقوبات التعازير هي نصوص القرآن والسنة.

(1) يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي، ص:40.

(2) ابن قدامى المقدسي، المغني ويليهِ الشرح الكبير، (دار الكتاب العربي بيروت، 1983)، ج10 ص:347.

(3) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، ص:128.

(4) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1 ص:130.

(5) يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي، ص:42.

(6) ابن قيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية أو "الفراسة المرضية في أحكام السياسة الشرعية" تحقيق: محمد حامد الفقي (دار

الكتب العلمية بيروت)، ص:106-107.

البند الثالث: تطبيقات الشرعية في التعزير للمصلحة العامة.

فالقاعدة العامة في الشريعة أن التعزير لا يكون إلا في معصية، أي في فعل محرم لذاته منصوص على تحريمه، ولكن الشريعة تجيز استثناءً من هذه القاعدة أن يكون التعزير في غير معصية، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك⁽¹⁾.

ويشترط في التعزير للمصلحة العامة أن يرتكب الجاني فعلاً يمس النظام العام وأن يؤدي بفعله هذا المصلحة العامة⁽²⁾.

والمصلحة يجب أن تكون ملائمة لمقاصد الشرع جملة، ويتصل هذا الضابط بكون المصلحة لا بد لها من الانسجام والتكامل مع مقاصد الشريعة وذلك بأن لا يفوت فيها أو في بعضها وبأن لا تهدرها أو تخل بها⁽³⁾.

وسأقتصر على بعض التطبيقات الشرعية في التعزير للمصلحة العامة و هذا لبيان المقصد من القاعدة.

أولاً: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً اتهم بسرقة بعير، ولما ظهر فيما بعد بأنه لم يسرقه أخلى عليه السلام سبيله، ووجه الاستدلال أن الحبس عقوبة تعزيرية، والرسول صلى الله عليه وسلم حبس الرجل لمجرد الاتهام، فمعنى هذا أنه عاقبه على التهمة، وأساس العقاب هنا المصلحة العامة⁽⁴⁾.

ثانياً: ما فعل عمر رضي الله عنه بنصر بن حجاج، فقد كان عمر يعس في المدينة فسمع امرأة تقول: هل من سبيل إلى خمر فأشربها، أم من سبيل إلى نصر بن حجاج؟

فدعا عمر نصر بن حجاج، فوجده شاباً حسن الصورة، فحلق رأسه فازداد جمالاً فنفاه إلى البصرة خشية أن يفتن النساء بجماله، مع أنه لم يرتكب فعلاً محرماً ووجه الاستدلال أن النفي عقوبة تعزيرية وقعها عمر على نصر بن حجاج لأنه رأى أن وجوده في المدينة ضار بصالح الجماعة⁽⁵⁾.

(1) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 1، ص: 150.

(2) يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي، ص: 55.

(3) نور الدين الخادمي، المصلحة المرسله حقيقتها وضوابطها (دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 2000)، ص: 99.

(4) أحمد فنحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي ص: 130 - 131.

(5) يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي، ص: 130 - 131.

ثالثاً: تأديب الصبيان على ترك الصلاة و الطهارة ، و تأديبهم على ما يأتون من أفعال تعتبرها الشريعة جرائم، مع أن هذه الأفعال لا تعتبر جرائم في حق الصبيان غير المميزين لأنهم ليسوا أهلاً للتكليف⁽¹⁾.

البند الرابع: تطبيقات الشرعية في التعزير على المخالفات.

فقد يكون التعزير على المخالفات، ويفسر ذلك نقلاً عن بعض الآراء الفقهية في أن الجاني يعاقب لا باعتباره عاصياً، ولكن باعتباره مخالفاً أي تاركاً لمندوب أو فاعلاً لمكروه⁽²⁾ والذين يقولون بالعقاب يشترطون أن يتكرر إتيان المكروه و ترك المندوب حتى يمكن العقاب، فالعقاب عندهم ليس على الإتيان أو الترك ذاته، و إنما على اعتياد إتيان المكروه و ترك المندوب⁽³⁾.

البند الخامس: سلطة ولي الأمر في تقدير عقوبة التعازير.

فسلطات القاضي أو ولي الأمر في تقدير العقوبات في جرائم التعازير سلطات واسعة، لكنها مضبوطة بضوابط تؤكد تطبيق مبدأ الشرعية في جرائم التعازير، و هذه الضوابط هي:
أ- أن القاضي لا يملك أن يعاقب على فعل لم تحرمه الشريعة أو يعاقب بغير العقوبات المقدرة للتعزير ولا أن يخرج على حدودها⁽⁴⁾.

ب- أن يكون ثمة تناسب بين العقوبة والجريمة، فلا يسرف في عقاب ولا يستهين بجريمة، ولا يترتب

على العقوبة ضرراً مؤكداً أو فساد أكثر فتكاً بالجماعة من ضرر الجريمة نفسها⁽⁵⁾.

ج- أنه في التعزير لا يبلغ بكل ذنب حد جنسه و إن زاد على حد جنس آخر، فلا يبلغ بالسارق من غير حرز قطع اليد، وإن ضرب أكثر من حد القاذف، ولا يبلغ بمن فعل مادون الزنا، حد الزاني وإن زاد على حد القاذف⁽¹⁾.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (دار الكتاب العربي بيروت الطبعة الثانية، 1986) ج 7، ص:64.

(2) أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، ص:133.

(3) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي مقارنة بالقانون الوضعي، ج 2 ص:156.

(4) احمد هبة، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب، ص : 33.

(5) عثمان عبد الملك الصالح، "حق الأمن الفردي من الإسلام دراسة مقارنة بالقانون الوضعي"، (مجلة الحقوق ، العدد الثالث، السنة

السابعة، سبتمبر 1983 جامعة الكويت)ص:47.

د- إن ولي الأمر مقيد بالأخذ بأقل قدر يكفي للزجر فلا يشتط في العقاب و لا يجعل هواه مسيطراً عليه، و لا يجعل العنف هو الذي يسود بحيث تكون الأمة كلها في مشقة⁽²⁾.

البند السادس: مقدار التعزير.

اختلف الفقهاء في مقدار التعزير على أقوال:

القول الأول: أن التعزير يكون بحسب المصلحة و على قدر الجريمة، فيجتهد فيه ولي الأمر⁽³⁾.

القول الثاني: أنه لا يبلغ بالتعزير أدنى الحدود إما أربعين و إما ثمانين⁽⁴⁾.

القول الثالث: وهو عند الإمام أحمد، لا يبلغ به عشرة أسواط و في رواية لا يبلغ في كل جنابة الحد المشروع⁽⁵⁾.

القول الرابع: أنه لا يبلغ في التعزير في معصية قدر الحد فيها، فلا يبلغ بالتعزير على النظر والمباشرة حد الزنى، ولا حد السرقة من غير حرز حد القطع ولا على الشتم بدون قذف حد القذف⁽⁶⁾.

والذي يمكن تأييده في هذا المقام هو أن لولي الأمر مطلق الحرية في تحديد العقوبة الملائمة لشخص الجاني عند جرائم التعازير، بشرط عدم خروجه عن الضوابط المقررة سابقاً.
البند السابع: جواز التعزير بالقتل.

قولان احدهما يجيز التعزير بالقتل في حالة الجرائم الخطيرة، والقول الآخر يمنع ذلك.

القول الأول: حكى عن مالك أن من الجرائم ما يبلغ به القتل ووافق بعض أصحاب أحمد، في مثل الجاسوس المسلم، إذا تجسس العدو على المسلمين، فإن أحمد يتوقف في قتله، وجوز مالك وبعض الحنابلة كابن عقيل قتله، ومنعه أبو حنيفة والشافعي وبعض الحنابلة كالقاضي أبي يعلى⁽⁷⁾.

(1) تقي الدين ابن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية (قصر الكتب، البلدة) ص: 110.

(2) أبو زهرة، الجريمة في الفقه الإسلامي، ص: 115.

(3) ابن قيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، ص: 107.

(4) أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، ص: 136.

(5) رويحي بن راجح الرحيلي، فقه عمر بن الخطاب، "موازنا بفقهاء أشهر المجتهدين" الجزء الأول في الحدود و ملابساتها" (دار الغرب

الإسلامي، الطبعة الأولى 1403هـ) ص: 354.

(6) بكر عبد الله أبو زيد، الحدود والتعزيرات عند ابن القيم، ص: 429.

(7) ابن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، ص: 111.

القول الثاني: وهو رأي أبي حنيفة حيث لا يرى أن يصل التعزير إلى عقوبة القتل⁽¹⁾ والقتل عقوبة قاسية وشديدة ولذلك يجب التروي والتفكير قبل اتخاذ القرار بتوقيعها خصوصاً في جرائم التعازير فالقاضي في حالة الجرائم الخطيرة يمكنه اختيار بعض العقوبات الشديدة كالنفي والتغريب والضرب و الحبس و إذا لم تجد أي نفعاً يكون القتل آخر مسلك على أن يراعي حال المجرم وحال الظروف المحيطة به الخ.

البند الثامن: تقنين التعزير.

من المعلوم أن التعزير نظام انفردت به الشريعة الإسلامية على غيرها من التشريعات الأخرى، وهو نظام مرن يسمح للقاضي بتقدير عقوبات معينة على أفراد معينين وهو بذلك يمنحه سلطات واسعة. إلا أن هناك من ذهب إلى ضرورة تقنين التعزير وهذا قول "عثمان عبد الملك الصالح" حيث يرى «ضرورة تقنين التعزير وتعيين العقوبات لكل جريمة مقدماً، وجعل تطبيقها وجوباً على القاضي، على أن يراعي في ذلك إعطاؤه بعض الحرية التي تساعد على أداء مهمته بسهولة ويسر»⁽²⁾.

ويرى عبد القادر عودة «أنه ليس في الشريعة ما يمنع أولي الأمر من أن يجعلوا لكل جريمة تعزيرية حرمتها الشريعة أو حرّمها أولوا الأمر عقوبة معينة يلزم القاضي توقيعها إذا ثبتت الجريمة، أو يجعلوا لكل جريمة عقوبتين يختار القاضي إحداهما»⁽³⁾.

وبنى عبد الملك الصالح رأيه الخاص بتقنين التعزير على أسس هي:

أن الشريعة الإسلامية لا تمنع التقنين، كما أكد ذلك عبد القادر عودة، ثم أنه في الوقت الحاضر نفتقد وجود قضاة يتمتعون بالشروط الخاصة بالاجتهاد والعدل، والعفة، والمروءة، والأمانة وبالتالي لا يؤتمنون على إعطاء رأيهم بخصوص التعزير، وأخيراً ذهب إلى أن مصالح الناس وتشعب قضاياهم تدعو إلى التقنين و هذا لمساعدة القضاة⁽⁴⁾.

- مناقشة القول بتقنين التعزير: إن كان التقنين الخاص بالتعزير سيساعد على تطبيق القاعدة العامة للشريعة الإسلامية وهي «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» ويجعل العقوبات والجرائم محددة،

(1) أحمد فتحي يهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، ص: 136.

(2) عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام، ص: 50.

(3) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 1، ص: 249.

(4) عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام، ص: 50-51.

كما في جرائم الحدود والقصاص والدية، كما يسهل عملية الرجوع إلى أحكام الشريعة بحيث تكون أحكام المسائل مبوبة ومرتبة والقضايا محددة ومقيدة، إلا أننا لا يجب أن نهمل حكمة التشريع من جعل جرائم التعازير وعقوباتها غير محددة، هذه الحكمة المتمثلة في تفريد النظام العقابي والذي توصل له القانون الوضعي حديثاً، فلا أرى بأساً في أن يمنح للقاضي السلطة في تحديد العقوبة وذلك بمراعاة الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة و كذا ظروف الجاني و حالته النفسية إلى غير ذلك .

والمصلحة العامة تظهر في مرونة تطبيق قاعدة الشرعية في جرائم التعازير، أما القول بعدم تأهيل القضاة وصلاحياتهم، فهذا يمكن اجتنابه بإعادة النظر في القضاة والرجوع إلى الشروط السابقة الذكر لتعميمها عليهم، وهذا لضمان سير العدالة وكل حكم أصدره القاضي شأن الجناة، سواءً تعلق الأمر بجرائم التعازير أو حتى جرائم الحدود والقصاص المحددة شرعاً، فالأصل وجود القاضي المجتهد الأمين العادل، والواقع لا يقاس عليه دائماً، أما تضارب مصالح الناس وكثرة اختلافاتهم، وتجدد الجرائم و اختلاف طبائع المجرمين فهذا كله يدعو إلى عدم القول بتقنين التعزير وجعله مجرد نصوص لعقوبات جامدة، تطبق على كل المتهمين باختلاف طبائعهم وتباين ظروفهم، وفي الأخير أقرر أن نظام التعازير في الشريعة الإسلامية نظام فريد من نوعه فهو وإن كان يمنح لولي الأمر السلطة في تحديد الجريمة وتقدير عقوبتها، إلا أنه لا يمنحه السلطة المطلقة بل يقيده بضوابط العقوبة وأحكام الجرائم خصوصاً بعد تحديد الشرع لأنواع التعازير ومقدار العقوبة المخصص لكل نوع، والنص على ضرورة تناسب العقوبة مع الجريمة، إضافة إلى الدعوة دائماً إلى الاحتكام إلى نصوص القرآن الكريم وإلى الآثار والسنة النبوية وهذا لتحديد الجريمة وعقوبتها دون ظلم أو تعسف.

ولا بأس أن أذهب إلى ما ذهب إليه بهنسي «وكل ذلك الخلاف رحمة بالناس، فلو انعقدت الكلمة على عقوبات محددة على الجرائم جميعاً لصارت مقدرة كالحدود، وفي هذا حرج شديد، ولكن حكمة الشارع اقتضت أن يترك الأمر لكل حالة على حدة فما يناسب هذا من العقاب لا

يناسب ذلك، وهذا ما وصل إليه الآن الفقه الغربي بعد تطوره الطويل و هو ما يعرف بتفريد العقاب»⁽¹⁾.

المطلب السادس: نتائج مبدأ الشرعية.

يترتب على الأخذ بمبدأ الشرعية نتائج جمة أهمها:

الفرع الأول: اعتبار التشريع المصدر الوحيد في مجال التجريم والعقاب.

فيقتضي مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص القانون، اعتبار الأخير وحده مصدر الجرائم والعقوبات ويقصد بنص القانون النص التشريعي المكتوب الذي يقرر قواعد عامة مجردة ويستبعد بالتالي كل ما عدا ذلك من مصادر القانون الأخرى⁽²⁾. فلا مجال للعرف ولا لمبادئ القانون الطبيعي أو قواعد العدالة في مجال التجريم والعقاب، كما لا يمكن العقاب على فعل مهما بدا مخالفاً لقواعد الذنب أو الأخلاق أو العادات والقيم لدى الجماعة⁽³⁾، على انه للعرف دور غير مباشر في تحديد مضمون القاعدة الجنائية أو نطاق تطبيقها، فكثيراً ما تتضمن النصوص الجنائية المجرمة ألفاظاً مرنة تتغير بتغير الزمان والمكان ويتوقف تحديد المقصود منها وما يندرج تحتها من صور السلوك على العرف الجاري بشأنها⁽⁴⁾.

والتشريع يكون على صور ثلاث⁽⁵⁾:

- 1- أساسي أو دستوري: و يتمثل في الدستور الصادر عن سلطة تأسيسية.
- 2- عادي : صادر عن السلطة التشريعية كقاعدة عامة بوصفها سلطة التشريع الأصلية، أو صادر عن السلطة التنفيذية أحياناً.
- 3- تشريع فرعي أو لائحي صادر عن السلطة التنفيذية ويتمثل في لوائح التنفيذ والتنظيم والضبط.

الفرع الثاني: تفسير قانون العقوبات.

والتفسير هو تحديد المعنى الذي يقصده المشرع من عبارة النص لجعله صالحاً للتطبيق، وعبارة

(1) أحمد فتحي بهنسي، موقف الشريعة من نظرية الدفاع الاجتماعي، (دار الشروق، الطبعة الثالثة 1984)، ص: 121 .

(2) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، ص: 348.

(3) محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات ، ص: 166.

(4) علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات القسم العام، ص : 53.

(5) محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، ص : 168.

أخرى هو تحديد أمر الشارع الوارد في ألفاظ النص التشريعي⁽¹⁾. وقد اختلف الفقه حول مشكلة تفسير النصوص الجنائية على وجه التحديد، فمن قائل بوجود تفسيرها وفقاً لقواعد التفسير وضوابطه المرعية عموماً وأنه ليس صحيحاً ما يقال أن ثمة تفسيراً واسعاً وآخر ضيقاً إذ التفسير واحد متى التزمنا أصوله وقيوده. وهناك من يرى ضرورة الحذر في المجال الجنائي على نحو يكون فيه التفسير ضيقاً ويستبعد كلياً التفسير الموسع⁽²⁾ وأخيراً فالتفسير عند البعض ليس إلا البحث عن قصد المشرع حالة غموض النص سواء تمثل هذا القصد في إرادة المشرع المفترضة، أو في إرادة القانون ذاته⁽³⁾.

البند الأول: أنواع التفسير.

التفسير هو معرفة مراد الشارع و ينقسم إلى ثلاث أنواع بحسب مصدره و هي:

النوع الأول: التفسير التشريعي: يكون التفسير التشريعي بوضع المشرع نصاً جديداً لتوضيح المعنى المقصود من نص سابق يتبين غموضه على أن لا يتضمن حكماً جديداً يتعارض مع أحكام النص السابق والنص الجديد يكون متمماً للنص السابق⁽⁴⁾.

النوع الثاني: التفسير القضائي: وهو الذي تقوم به المحاكم ، وله قوة إلزام نسبية تقتصر على الحالة التي صدر بشأنها، وبالتالي لا يلزم المحكمة التي أصدرته في القضايا التالية كما لا يلزم المحاكم الدنيا بإتباعه حتى ولو كان صادراً من المحكمة العليا⁽⁵⁾.

النوع الثالث: التفسير الفقهي: ويصدر عن شراح القانون وفقهائه وهو غير ملزم وإن كان القضاء يستعين به عند تطبيق القانون كما يضعه المشرع في الاعتبار عند تكملة النصوص⁽⁶⁾.

(1) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات (القسم العام - الجريمة)، ص: 42.

(2) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، ص: 357.

(3) محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، ص: 175.

(4) أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، ص: 88.

(5) علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام، ص: 55.

(6) علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام - نظرية الجريمة - المسؤولية الجنائية، ص: 88.

أما تبعاً لوسيلة التفسير فهناك تفسير بأسلوب لغوي وكذا التفسير بأسلوب منطقي، فمعرفة معاني الكلمات هي أول ما يبدأ به المفسر، ذلك أن لكل لفظ مضمون لغوي والأصل أن هذا المضمون اللغوي هو ما قصده المشرع⁽¹⁾.

- وإذا تعذر على المفسر التوصل بالأسلوب اللغوي إلى المعنى الذي قصده المشرع يلجأ إلى الأسلوب المنطقي، وذلك بالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للنص والمناقشات التي جرت حوله ومقارنته بالنصوص الأخرى المتصلة به أو بما يماثله في تشريعات الدول الأخرى⁽²⁾.

- وينقسم التفسير أخيراً على أساس نتائجه أو مداه إلى تفسير كاشف أو مقرر، وتفسير مضيق وتفسير موسع، و تفسير بطريق القياس⁽³⁾.

البند الثاني: حالات تفسير النصوص.

فموقف القاضي من تفسير نصوص التجريم و العقاب لا يخرج عن أحد فرضين:

أولاً: حالة غموض النص: و يكون النص غامضاً أي مبهماً إذا كان أحد ألفاظه أو مجموع عباراته يحتمل التأويل، بأن كان له أكثر من معنى، بحيث يتعين على القاضي وهو يفسر النص قصد تطبيقه أن يختار أيّاً من معانيه التي يراها أدنى إلى الصواب وأقرب إلى مقصود المشرع⁽⁴⁾ ويستخدم أسلوب التفسير اللغوي والمنطقي ويستعين في سبيل ذلك بالبحث في تاريخ النص ويراجع الأعمال التحضيرية التي صاحبت نشأته كالمذكرات الإيضاحية والمناقشات البرلمانية أو المناقشات العامة ومحاضر اللجان الفنية التي عهد إليها بوضع النص⁽⁵⁾.

ثانياً: حالة وضوح النص: والنص الواضح الدلالة هو النص الذي يدل على المعنى المقصود منه من خلال العبارات التي وردت فيه، دون حاجة للاستعانة بعناصر خارجية عنه، وعمر المفسر يقتصر على تطبيقه آلياً دون حاجة إلى اجتهاد من جانبه⁽⁶⁾.

(1) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات (القسم العام، الجريمة)، ص:43.

(2) أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، ص:90.

(3) علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات القسم العام " نظرية الجريمة- المسؤولية الجنائية". ص:89.

(4) محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية "الوجيز في نظرية القانون"، (دار هومة طبعة2004)، ص:301.

(5) ينظر: علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات القسم العام، ص:47.

(6) خليل أحمد حسن قداد، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري (ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة2002)، ص:184.

- ويلاحظ بصفة عامة أن العبرة في تفسير النصوص الجنائية واضحة كانت أم غامضة، بالوقت الذي تطبق فيه لا الوقت الذي وضعت فيه، ذلك أنه بين صدور القانون وتطبيقه كثيراً ما تطرأ تعديلات على الحياة الاجتماعية، وتصدر كذلك تشريعات جديدة قد يكون لها تأثير على تفسير تلك النصوص⁽¹⁾.

الفرع الثالث: حظر القياس.

فتنحصر مهمة القاضي في تطبيق القانون، لا خلق الجرائم، فلا يجوز للقاضي أن يجرم فعلاً لم يرد نص بتجريمه، قياساً على فعل ورد نص بتجريمه بحجة تشابه الفعلين⁽²⁾. كما يمتنع على القاضي تفسير النص الجنائي بما يحمله أكثر مما يحتمل، أو بما يتجاوز حدود المصلحة القانونية المحمية بواسطة التجريم والعقاب⁽³⁾.

والتفسير بطريق القياس في مجال التجريم والعقاب محظر بحماية حقوق الأفراد وحررياتهم وتطبيقاً لذلك يحظر على القاضي أن يقيس مثلاً فعل أخذ مال الغير المنقول دون رضاه والمكون لجريمة السرقة، على فعل الاستيلاء على منفعة، وأن يعتبر من يحصل على منفعة شيء مملوك لغيره دون وجه حق، سارقاً⁽⁴⁾.

أما إذا كان النص يقرر سبباً للإباحة أو لامتناع المسؤولية أو لامتناع العقاب فلا وجه لحظر القياس، إذ ليس من شأن القياس على هذه النصوص أن يخلق جرائم أو عقوبات بغير نص⁽⁵⁾.

الفرع الرابع: قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم.

وتثار هذه المسألة في حالة ما إذا كان غموض النص جعل أمر تفسيره يبدو مستحيلاً، وأدى تأويله إلى وجوه متعددة متساوية القيمة في نظر القاضي، منها ما هو في مصلحة المتهم ومنها ما هو في غير صالحه فبأيها يأخذ القاضي؟⁽⁶⁾

فذهب عادل قورة إلى أن القاعدة السابقة ليس لها أية علاقة بالقواعد الجنائية الموضوعية وإنما تجد مجالها في قواعد الإثبات الجنائي، فإذا أثار شك حول إسناد التهمة إلى المتهم كان

(1) علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام " نظرية الجريمة - المسؤولية الجنائية"، ص: 99.

(2) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص: 85.

(3) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، ص: 360.

(4) علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات القسم العام، ص: 60.

(5) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات (القسم العام - الجريمة)، ص: 46.

(6) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص: 86.

ذلك كافياً لبراءته⁽¹⁾. و يرى البعض أن قاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم يمكن أن تطبق هنا وذلك بإهمال النص المستحيل تفسيره وعدم تطبيقه ترجيحاً لمصلحة المتهم⁽²⁾ و يترتب على تطبيق مبدأ الشك يفسر لصالح المتهم هو القضاء ببراءة المتهم لأن وجود هذا الشك معناه أن إقناع القاضي يتأرجح بين ثبوت التهمة ومسؤولية المتهم عنها وبين عدم ثبوتها، ويكون لهذا الحكم قوة الشيء المقضي به أمام المحاكم المدنية⁽³⁾.

وبعد استعراض تطبيق مبدأ الشرعية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي لا بد من التأكيد على أن الشريعة الإسلامية سبقت القانون في التأصيل لهذا المبدأ المهم في تحقيق الأمن للأفراد، ذاك أنها وضعت منهج سليم لتطبيق المبدأ على حسب خطورة الجرائم، فكان التدرج في العقاب سبيل للمرونة أحياناً وطريقاً للتشديد أحياناً أخرى، ففي جرائم الحدود كان النص دقيقاً وواضح في إلزامية توقيع العقوبة المحددة بالنص الشرعي، أما في جرائم القصاص والدية فالنص أيضاً ورد مبيناً الجرائم التي يعاقب عليها بالقصاص، والجرائم التي يعاقب عليها بالدية، وبالتالي ليس هناك أي سلطة لولي الأمر في توقيع العقوبة.

أما في جرائم التعازير فالشريعة الإسلامية سلكت طريق آخر يجمع بين تطبيق مبدأ الشرعية وعدم الخروج عليه، وبين تفريد العقوبة بمنح القاضي سلطات توقيع العقاب الملائم للفرد المناسب عند ظروف معينة. مع اشتراطها للشروط الواجب توفرها في القاضي الموقع لعقاب التعزير وتفصيلها لأقل عقوبات التعزير وأكثرها وكذا اشتراطها لتناسب العقوبة مع الجريمة.

في حين مبدأ الشرعية في القانون الوضعي لا يزال يعاني من الجمود في قوالب على شكل مواد قانونية تطبق عقوباتها بمنهج واحد على جميع الجرائم باختلاف أنواعها وظروف مرتكبيها، دون مرونة في التطبيق بهدف مسايرة الجرائم المستحدثة، وفي الحقيقة لا مجال للمقارنة بين الشرعية التي أساسها حجج الرسل وآيات القرآن وأصول الفقه وبين الشرعية التي أساسها نصوص قانونية قابلة للتزييف والتحريف حسب أهواء واضعيها!

(1) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، ص: 47.

(2) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص: 86.

(3) عبد الحميد الشواربي، الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقه "النظرية والتطبيق" (منشأة المعارف بالإسكندرية 1996)، ص: 33.

المبحث الثاني: مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية.

إن مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية دعامة أخرى من دعائم الحق في الأمن الفردي وهو امتداد طبيعي لمبدأ الشرعية، فالحق في الأمن لا يتحقق إذا ما قامت السلطات العامة بمسائلة الفرد عن أفعال لم يرتكبها.

فأساس الأمن الفردي نسب الأفعال لمرتكيها، أو بمعنى آخر عدم القول باتهام الآخرين دون أدلة تدينهم شخصياً، فالشرع لا يكلف نفساً تبعات أعمال لم ترتكبها. ومساءلة الشخص عن أفعال لم يمارسها أو جرائم لم يشارك فيها، فيه اعتداء على حق الأمن الفردي ومن هنا جاء مبدأ الشخصية كأحد ضمانات حق الأمن. ويعتبر مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية من المبادئ الأصلية التي تحمي الأفراد، بحيث تكون ضماناً من القول باتهامهم دون وجه حق، فالإنسان عند تقرير هذا المبدأ لا يؤخذ بأعمال غيره، بل يحاكم عن الأفعال التي ارتكبها فقط.

المطلب الأول: أساس شخصية المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية.

قرر الإسلام أن المسؤولية الجنائية لا يتحملها غير الجاني، أي أن العقاب في الإسلام أمر شخصي لصيق بالجاني نفسه، فلا يتحمل مسؤولية الجناية غير الجاني⁽¹⁾.

والمسؤولية هي «أن يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرمة التي يأتيها مختاراً وهو مدرك لمعانيها ونتائجها»⁽²⁾. «وبهذا الأصل أهدر الإسلام ذلك النظام الذي كان سائداً عند العرب وهو مسؤولية القبيلة عن جناية الواحد منها والتحكم في مضاعفة الجراحات والديات»⁽³⁾.

– ومبدأ شخصية المسؤولية الجنائية مبدأ منطقي سليم يتجاوب مع الفطرة الإنسانية، والعقل الصحيح ويتلاءم مع أحدث المدنيات التي توجد في هذه الحياة⁽⁴⁾.

ونظراً للأهمية الكبرى لمبدأ شخصية المسؤولية في توفير الأمن للأفراد وعدم معاناتهم من تعسف السلطات، فالشريعة الإسلامية أقرت المبدأ وأصلت له من نصوص القرآن وكذا من السنة النبوية.

(1) وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، "دراسة مقارنة" (دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، 2003، ص: 288.

(2) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي مقارنة بالقانون الوضعي، ج1، ص: 392.

(3) محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة (دار الشروق، الطبعة الحادية عشر، 1983م بيروت)، ص: 315.

(4) وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، ص: 289.

الفرع الأول: أصل المبدأ في القرآن الكريم.

تقرر مبدأ الشخصية في آيات عدة من القرآن الكريم ومنها:

1- قوله تعالى: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾⁽¹⁾ فلم يجب للإنسان إلا ما سعى، فإذا تصدق عنه غيره، فليس يجب له شيء، إلا أن الله عز وجل يتفضل عليه بما لا يجب له⁽²⁾.

2- قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ تَرَرُّ وَالْزُرَّ وَالْمُزْمِرُ الْوَحْشِيُّ وَالْزُجَّارُ﴾⁽³⁾ قال ابن عباس كانوا قبل إبراهيم عليه السلام يأخذون الرجل بذنب غيره، ويأخذون الولي بالولي في القتل والجراحة، فيقتل الرجل بأبيه وابنه وأخيه وعمه وخاله وابن عمه وقريبه وزوجته وزوجها وعنده فبلغهم إبراهيم عليه السلام عن الله تعالى⁽⁴⁾ ﴿الَّذِينَ تَرَرُّ وَالْمُزْمِرُ الْوَحْشِيُّ وَالْزُجَّارُ﴾⁽⁵⁾

3- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّكُم مَّرْجِعُكُمْ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ﴾⁽⁶⁾. فقوله ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ أي لا يؤخذ بما أتت من المعصية وركبت من الخطيئة سواها⁽⁷⁾.

وقوله ﴿الَّذِينَ تَرَرُّ وَالْمُزْمِرُ الْوَحْشِيُّ وَالْزُجَّارُ﴾ أي لا تحمل حاملَةٌ ثقل أخرى، أي لا تؤخذ نفس بذنب غيرها، بل كل نفس مأخوذة بجرمها و معاقبة بإثمها، و أصل الوزر الثقل⁽⁸⁾.

(1) القرآن الكريم، سورة النجم، 39.

(2) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 17، ص: 114.

(3) القرآن الكريم، سورة النجم، الآية: 38.

(4) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 17، ص: 112.

(5) القرآن الكريم، سورة النجم، 38.

(6) القرآن الكريم، سورة الأنعام، 164.

(7) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 7، ص: 156.

(8) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 7، ص: 157.

4- قوله تعالى: ﴿ مَنْ عَمِلَ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّامٍ لِلْعَبِيدِ ﴾⁽¹⁾. فالله عز وجل مستغن عن طاعة العباد فمن أطاع فالثواب له، و من أساء فالعقاب عليه⁽²⁾.

5- قوله تعالى: ﴿ مَنْ يَعْمَلْ سُوءًا يُجْزَ بِهِ وَلَا يَجِدْ لَهُ مِنْ دُونِ اللَّهِ وَلِيًّا وَلَا نَصِيرًا ﴾⁽³⁾. فقوله "من يعمل سوءاً يجز به" قال الجمهور لفظ الآية عام والكافر والمؤمن مجاز بعمله السوء فأما مجازاة الكافر فالنار لأن كفره أوبقه، وأما المؤمن فبنكبات الدنيا⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: أصل المبدأ في السنة النبوية.

أقرت السنة مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية في أحاديث نبوية منها: قوله صلى الله عليه وسلم لأبي رمثة وابنه: «إِنَّهُ لَا يَجْنِي بِحُكْمِكَ وَلَا تَجْنِي بِحُكْمِي»⁽⁵⁾.

المطلب الثاني: شخصية المسؤولية الجنائية في القانون الوضعي.

وخصيصة الشخصية هي أن العقوبة الجنائية تقتصر في آثارها على شخص المذنب المحكوم عليه ولا يجوز بحال من الأحوال أن تمس هذه العقوبة شخصاً آخر غير المحكوم عليه، مهما كانت صلة قرابته من المحكوم عليه⁽⁶⁾.

ويعد مبدأ شخصية العقوبة نتيجة حتمية لقاعدة المسؤولية الجنائية التي تأبى أن يدان شخص عن جريمة ليست من صنعه ولا كاشفة عن إثم جنائي لديه، وهذا المبدأ تركزه كافة

(1) القرآن الكريم، سورة فصلت، 46.

(2) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج15، ص: 370.

(3) القرآن الكريم، سورة النساء، 123.

(4) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج5، ص: 396.

(5) أخرجه: أبي داود، السنن، كتاب الديات، باب " النفس بالنفس " 521/2.

- النسائي، السنن، صفة شبه العمدة وعلى من دية الأجنة.

- ابن ماجه، السنن، كتاب الديات، باب " لا يجني أحد على أحد " رقم الحديث (2671)، 890/2 عن الخشخاش العنبري.

- قال في مصباح الزجاجه " قلت ليس للخشخاش عند ابن ماجه سوى هذا الحديث، وليس له رواية في شيء من الخمسة الأصول ورجال إسناده كلهم ثقات، رواه ابن أبي شيبة في مسنده عن سعيد بن سليمان عن هشيم، ورواه أحمد بن منيع في مسنده ثنا هشيم ثنا أبو بشر يونس عن حصين فذكره. قال وثنا هشيم ثنا يونس قال: أخبرني مخبر عن حصين فذكره، ورواه أبو يعلى الموصلي في إسناده ثنا يعقوب ابن إبراهيم الدوقي ثنا يونس اخبرني مخبر عن حصين فذكره " 81/5.

مسند الإمام أحمد : 227/2، 228/2، 163/4.

(6) سليمان عبد المنعم سليمان، أصول علم الجزاء الجنائي، (دار الجامعة الجديدة للنشر 2001)، ص: 67.

التشريعات الجنائية المعاصرة بعد أن انقضى عهد المسؤولية الجنائية التضامنية أو الجماعية في التشريعات القديمة⁽¹⁾.

ويترتب على مبدأ الشخصية الجنائية حظر ملاحقة أي شخص أو الحكم عليه بعقوبة جنائية ما لم يكن فاعلاً لجريمة أو شريكاً في ارتكابها⁽²⁾. حيث قضت محكمة النقض المصرية «من المبادئ الأساسية في العلم الجنائي أن لا تزرر وازرة وزر أخرى، فالجرائم لا يؤخذ بجريرتها غير جناتها، والعقوبات شخصية محضة لا تنفذ إلا في نفس من أوقعها القضاة عليه، و حكم هذا المبدأ أن الإجرام لا يحتمل الاستنابة في المحاكمة، و أن العقاب لا يحتمل الاستنابة في التنفيذ»⁽³⁾.

المطلب الثالث: تطبيقات مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية في الشريعة والقانون.

فالأصل العام أن الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي أقروا مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية، واعتبروه دعامة من دعائم الحق في الأمن، ووسيلة لتحقيق الاستقرار، حيث أن النفس يطمئن حالها إذا كانت مسؤولة فقط عن أعمالها التي تقوم بها بكل حرية، ولكن هل مبدأ الشخصية عام في الشريعة الإسلامية وكذا القانون ولا يرد عليه استثناءات؟

الفرع الأول: تطبيق المبدأ في الشريعة الإسلامية.

إن مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية يطبق تطبيقاً دقيقاً في الشريعة الإسلامية من يوم وجودها، وليس لهذا المبدأ العام إلا استثناء واحد و هو «تحميل العاقلة الدية مع الجاني شبه العمد و الخطأ»⁽⁴⁾.

وذهب عبد القادر عودة إلى «لا يعتبر تحميل العاقلة الدية استثناءً من مبدأ شخصية العقوبة، إذ ليس في إيجاد الدية على العاقلة أخذهم بذنب الجاني، إنما الدية على القاتل، وأمر هؤلاء بالدخول معه في تحملها على وجه المواسة له»⁽⁵⁾ ثم أن الدية على العاقلة «لا توجب استثناء ولا تعد خروجاً على مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية، بل هي موالاة ومعاونة للجاني حتى لا يذهب به

(1) أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي (دار النهضة العربية، 1995) ص: 26-27.

(2) سليمان عبد المنعم سليمان، أصول علم الجزاء الجنائي، ص: 68.

(3) أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي، ص: 27.

(4) يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي، ص: 149.

(5) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج 1، ص: 395.

خطؤه وهو يحقق ترضية لأهل القتل ويحقق ترضية للقاتل»⁽¹⁾ ثم أن الدية في الواقع جزاء يدور بين العقوبة والضمان وتحميلها للعاقلة أحياناً لا يخرج العقوبة نفسها عن فكرة الشخصية⁽²⁾.

الفرع الثاني: تطبيق المبدأ في القانون الوضعي.

القانون الوضعي يطبق مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية بالشكل العام، فلا تنفذ العقوبة إلا على من أجرم دون غيره، أو شارك بصفة مباشرة في الجريمة. ولكن هذا المبدأ عرف استثناءات فالقانون المصري مثلاً يعتبر من اشترك في تجمهر وهو عالم بالعرض منه مسؤولاً عن أية جريمة تقع من أحد المتجمهرين بقصد تنفيذ الغرض المقصود من التجمهر، كذلك يعتبر مديري التجمهر مسؤولين جنائياً عن أية جريمة يرتكبها أحد المتجمهرين⁽³⁾. وتقضي المادة 38 من القانون رقم 371 لسنة 1956 في شأن المحلات العامة من أنه: «يكون مستغل المحل ومديره والمشرف على الأعمال فيه مسؤولين معاً عن أية مخالفة لأحكام هذا القانون»⁽⁴⁾.

إضافة إلى أن الاشتراك في الجريمة فيه خروج عن تطبيق مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية. ذاك أن صور الاشتراك تختلف من تشريع لآخر، وبالتالي قد يدان الشخص بصفته شريكاً عن جرم لم يقترفه.

- ويمكن الجزم بأهمية إرساء مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية كضمان من ضمانات الحق في الأمن الفردي، هذا المبدأ الذي قرره الشريعة الإسلامية كأصل عام في الكثير من آيات القرآن وكذا أحاديث السنة دون استثناء. بخلاف القانون الوضعي الذي توصل إلى فكرة المحاسبة الفردية والمسؤولية الذاتية إلا حديثاً، مع وجود بعض القيود التي تحد من تعميم المبدأ وتجعله ضمان فردي للمساءلة عن أفعال جماعية.

(1) محمد كمال الدين إمام، المسؤولية الجنائية أساسها وتطورها " دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية " (دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004) ص: 465.

(2) أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، ص: 50.

(3) يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي، ص: 149.

(4) ينظر: عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام، ص: 41.

المبحث الثالث: مبدأ عدم الأثر الرجعي للقوانين الجنائية.

ومبدأ عدم الأثر الرجعي للقوانين نتيجة هامة من نتائج إقرار مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات فالمبدأ له علاقة وطيدة في كفالة الحق في الأمن الفردي ذاك أن الأفراد لا يشعرون بالأمن والثقة في السلطات، والحرية في فعل الأشياء إذا اتهموا بإتيان محظور كان مباح وقت ارتكابهم له. فالأصل العام في الشريعة الإسلامية «الأصل في الأشياء الإباحة» و «لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص» أما القانون فمرد المبدأ «القوانين الجنائية لا تطبق على وقائع سابقة لها». وإن كان مبدأ عدم الأثر الرجعي للقوانين و الاستثناءات الخاصة به والصعوبات الناجمة عن تطبيقه، خصصت له أبواب مرتبة في القانون الوضعي فالأمر مختلف عنه في الشريعة الإسلامية «فقاعدة عدم الرجعية» وإن اتفق الفقهاء في وجودها، تبعاً لنصوص قرآنية وأحاديث نبوية وقواعد أصولية، إلا أنهم اختلفوا في الحكم على الاستثناءات الواردة بشأنها، بين مؤكدها وناقٍ لاعتبارها. ولأهمية قاعدة «عدم الرجعية للقوانين الجنائية» في تحقيق الاطمئنان والسلامة للأفراد، سأحاول دراستها بالتأصيل لها من الشريعة الإسلامية والتحقيق في أمرها في القانون الوضعي وهذا لمعرفة أساس الاستثناءات الواردة بشأنها.

المطلب الأول: مفهوم قاعدة عدم رجعية النص الجنائي.

الفرع الأول: مفهوم قاعدة عدم الرجعية في الشريعة الإسلامية.

مضمون مبدأ عدم رجعية النص الجنائية أن «الأصل في الشرع الإسلامي أن أحكامه لا تسري إلا بعد إصدارها وعلم الناس بها، فهي مباحة، حتى يصدر الأمر والنهي بتحريمها، وقبل صدوره لا عقاب عليها»⁽¹⁾.

فيجب أن تكون الأفعال التي ارتكبها الفرد أو المتهم وشكلت جريمة محظورة وقت ارتكابه لها، ليست مباحة تطبيقاً للقاعدة الأصولية «لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص» وكذا قاعدة «الأصل في الأشياء الإباحة».

(1) أحمد هبة، موجز أحكام الشريعة في التعزيم والعقاب، ص: 60

الفرع الثاني : مفهوم القاعدة في القانون الوضعي .

من النتائج الهامة المترتبة على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات عدم رجعية القواعد الجنائية المجرمة على الماضي، فلا تسري على الأفعال السابقة على إصدارها ونفاذها وإنما يقتصر سريانها على الأفعال اللاحقة أو المعاصرة لنفاذها⁽¹⁾.

فعرفت البشرية مبدأ عدم رجعية التشريع الجديد، بمعنى عدم انسحابه على الماضي منذ أمد بعيد وهو مبدأ يقوم على اعتبارات عديدة منها :

1-المبدأ يقوم على أساس من المنطق، ذلك أن القانون خطاب موجه إلى الأشخاص يتضمن تكليفهم بالسلوك الواجب، فلا بد أن يكون هذا الخطاب سابقاً في وجوده على السلوك المطلوب، إذ ليس من المنطق أن يكلف المشرع شخصاً بسلوك معين إلا بالنسبة إلى المستقبل⁽²⁾.

2-أنه يقوم على أساس من العدالة والتي تقضي بأن القانون الجديد يجب أن يطبق على الأفعال والتصرفات التي تقع بعد نفاذه، لأنه ليس من العدل أن يكون أحد الأفعال مباحاً في ظل قانون، ثم يصبح غير مباح في ظل قانون آخر⁽³⁾.

3-إن المبدأ يسهر على حماية المصلحة العامة التي توجب عدم سريان التشريع الجديد على الماضي، ذلك أن مبدأ عدم الرجعية يعتبر ضماناً لا غنى عنه لاستقرار العلاقات في المجتمع، أما رجعية التشريع فتؤدي إلى اضطراب في المعاملات⁽⁴⁾.

المطلب الثاني : أصل مبدأ عدم الأثر الرجعي للقوانين في الشريعة الإسلامية.

إن القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية هي عدم الأثر الرجعي للقوانين الجنائية، وأصل القاعدة آيات قرآنية تحدد زمن ووقت اعتبار الفعل محظور، وكذا أحاديث نبوية تقرّر ألا مسؤولية للأفراد في حال ارتكابهم لأفعال كانت مباحة قبل الإسلام :

الفرع الأول: أصل المبدأ من القرآن الكريم.

(1) علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات، القسم العام، ص: 62.

(2) محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، ص: 245.

(3) خليل أحمد حسن قداد، شرح النظرية العامة للقانون، ص: 149.

(4) محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، ص: 246.

وسأعرض بعض الأمثلة لبيان تطبيق قاعدة «عدم الرجعية في التشريع الجنائي» على سبيل التمثيل لا الحصر :

أولاً: حد الزنا : فحرم في أول الإسلام، وكانت العقوبة عليه أول الأمر مخففة وهي الإيذاء والحبس في البيوت تبعاً لقوله تعالى ﴿وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى تَيَوَّفَاهُنَّ أَوْ يُمُوتَ أَوْ يُجْعَلَ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾⁽¹⁾ ثم شددت عقوبة الزنا بعد ذلك فصارت الجلد والرجم لقوله تعالى ﴿النِّزَاجِيَّةُ وَالزَّانِيَةُ فَاجِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾⁽²⁾ وقوله صلى الله عليه وسلم «خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالعجزة»⁽³⁾ فلو كان للتشديد أثر رجعي لطبقت عقوبة الجلد والرجم على الجرائم التي وقعت قبل تقرير هاتين العقوبتين⁽⁴⁾.

ثانياً : نكاح زوجات الآباء : فلقد حرمه الله سبحانه وتعالى وبين أنه فاحشة ومقت ثم استثنى ما كان منهم في الجاهلية⁽⁵⁾ بقوله تعالى ﴿وَلَا تُنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾⁽⁶⁾.

ثالثاً : الجمع بين الأختين : فحرم سبحانه وتعالى الجمع بين الأختين في عصمة واحدة واستثنى من الإثم ما كان منهم في الجاهلية⁽⁷⁾ لقوله تعالى ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾⁽⁸⁾.

رابعاً: ربا الجاهلية : فلقد حرم الله تعالى ربا الجاهلية ثم رفع الإثم عما سلف⁽¹⁾ لقوله تعالى ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَخْبِطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ

(1) القرآن الكريم، سورة النساء، 15.

(2) القرآن الكريم، سورة النور، 2.

(3) أخرجه: مسلم، الصحيح، كتاب الحدود، باب "حد الزنى" رقم الحديث (1690)، 1316/3.

(4) يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي، ص: 60.

(5) أبو زهرة، الجريمة في الفقه الإسلامي، ص: 306.

(6) القرآن الكريم، سورة النساء، 22.

(7) أبو زهرة، الجريمة في الفقه الإسلامي، ص: 306.

(8) القرآن الكريم، سورة، النساء، 23.

الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَاتَّبَعَهَا فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ» (2).

خلاصاً: الخمر والميسر : حرم الخمر والميسر على مراحل؛ فنهى الله المسلمون أن يقربوا الصلاة وهم سكارى لقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ (3) ثم بين الله أن في الخمر والميسر إثم كبير ومنفعه وإن إثمهما أكبر من نفعهما فقال ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾ (4) ثم حرم الله بعد ذلك الخمر والميسر تحريماً قاطعاً حيث قال ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَنْزِلَامُ رَجِيسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ (5) وجعل الرسول صلى الله عليه وسلم حد الشرب الجلد، وعقوبة الميسر التعزير، ومن ثمة يمكن القول بأن النصوص التي حرمت الخمر والميسر لم يكن لها أثر رجعي (6).

ملاحضاً: حد السرقة: فجاءت الشريعة الإسلامية بعقوبة قطع يد السارق لقوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ (7) ولا يعلم أن هذا النص طبق على سرقة وقعت قبل نزوله، ومنه يمكن القول بأن نص السرقة لم يكن له أثر رجعي (8).

(1) أحمد هبة، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التعريم والعقاب، ص: 61.

(2) القرآن الكريم، سورة البقرة، 275.

(3) القرآن الكريم، سورة النساء، 43.

(4) القرآن الكريم، سورة البقرة، 219.

(5) القرآن الكريم، سورة المائدة، 90.

(6) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج 1/ ص 263-264.

(7) القرآن الكريم، سورة المائدة، 38.

(8) يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي، ص: 62.

الفرع الثاني: أصل المبدأ من السنة.

أساس المبدأ في السنة أن جميع الأحكام التي حرمت المعاصي نزلت بعد أن جاء الإسلام فلم يعاقب بها على الجرائم التي وقعت قبل النزول⁽¹⁾ ومن الأحاديث النبوية المؤكدة على ذلك قوله عليه السلام "إن الإسلام يجب ما كان قبله"⁽²⁾.

المطلب الثالث: الآثار المترتبة على تطبيق عدم رجعية القواعد الجنائية في القانون الوضعي.

ويترب على تطبيق قاعدة عدم رجعية القواعد الجنائية المجرمة على الماضي أثرين وهما:

الفرع الأول: الأثر الفوري والمباشر لقواعد التجريم والعقاب.

فتسري القواعد الجديدة للتجريم والعقاب بأثر فوري ومباشر على الوقائع اللاحقة أو المعاصرة لإصدارها ونفاذها، أما الوقائع السابقة على ذلك فإنها تظل خاضعة للقانون القديم حتى لو استمرت المحاكمة بشأنها بعد صدور القانون الجديد⁽³⁾.

- وتحديد لحظة ارتكاب الجريمة يكون على أساس الوقت الذي اتخذ فيه السلوك المكون لها دون انتظار تحقيق نيتها، لأنه اعتباراً من ذلك الوقت يتحقق الاعتداء على المصلحة القانونية محل الحماية الجنائية⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: إلغاء قواعد التجريم والعقاب.

فمتى أصبح القانون نافذا فإن العمل به يستمر من وقت نفاذه إلى أن يتقرر إغائه، وقد يصدر الإلغاء من ذات السلطة التي أصدرت القانون، كما قد يصدر من سلطة أعلى، كم قد يتم الإلغاء تلقائياً كما هو الحال بالنسبة للقوانين المؤقتة أو غير تلقائي⁽⁵⁾ والإلغاء في أصله نوعان صريح وضمني:

(1) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج 1 ص: 262.

(2) مسند الإمام أحمد: 204/4 . وجاء بلفظ: " الإسلام يجب ما كان قبله وإن الهجرة تجب ما كان قبلها" 199/4 . وجاء أيضاً

بلفظ "الإسلام يجب ما كان قبله من الذنوب": 205/4.

* قال في مجمع الزوائد: "رواه أحمد والطبراني، إلا أنه قال: حدثني عمرو بن العاص من فيه إلى أذني ورجاله ثقات" باب ماجاء في عمرو بن العاص. 351/9.

(3) ينظر: علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات القسم العام، ص: 63.

(4) علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات القسم العام، ص: 103.

(5) علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات القسم العام، ص: 72.

البند الأول : الإلغاء الصريح .

ويكون الإلغاء صريحاً، إذا تم عن طريق التشريع، إذ بهذه الطريقة فقط يمكن أن ترفع صراحة القوة الملزمة للقواعد القانونية⁽¹⁾.

البند الثاني : الإلغاء الضمني .

وهو الإلغاء الذي يقع لأحد القواعد القانونية دون التصريح به صراحة، وإنما يستخلص من ظروف الحال كما في حالة تعارض قاعدة قديمة مع قاعدة جديدة⁽²⁾.

والعرف لا يستطيع إلغاء قاعدة جنائية مجرمة، وامتناع السلطات عن تطبيق القاعدة، أو غض النظر عن ملاحقة المخالفين لها لا يؤدي إلى إلغائها⁽³⁾. والجرائم التي ارتكبت في ظل القاعدة الجنائية القديمة "الملغاة" فالأصل إنها تظل خاضعة لتلك القاعدة، ومع ذلك فقد خرج المشرع فسمح بتطبيق القاعدة الجنائية الجديدة إذا كانت أصلح للمتهم⁽⁴⁾.

المطلب الرابع : صعوبات تطبيق قاعدة انحسار الأثر الرجعي.

وهذا الصعوبات تعود تارة إلى طبيعة الجريمة والواقعة، وتارة أخرى إلى طبيعة القانون واجب التطبيق ذي الأثر الفوري .

الفرع الأول: الصعوبات المتعلقة بطبيعة الجريمة الواقعة.

البند الأول : جواز سريان القانون الجديد بأثر رجعي على الجرائم المستمرة.

والجريمة المستمرة هي تلك التي يستغرق السلوك المكون لركنها المادي فترة زمنية⁽⁵⁾ ففي الجريمة المستمرة يبدأ تنفيذ الركن المادي في ظل قانون ما، ويظل التنفيذ مستمراً حتى صدور قانون جديد، فيطبق القانون الجديد ولو كان أسوأ للمتهم⁽⁶⁾.

(1) محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، ص: 240.

(2) خليل أحمد حسن قداد، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ص: 143.

(3) علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات ، القسم العام، ص: 73.

(4) علي قهوجي، قانون العقوبات، القسم العام "نظرية الجريمة"، ص: 109.

(5) ومثالها : استعمال المحررات المزورة.

(6) ينظر: سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، ص: 192.

البند الثاني: حالة الجريمة التي تتراخى فيها النتيجة عن السلوك⁽¹⁾.

والصعوبة المتعلقة بها تكمن في حالة ما إذا وقع السلوك في ظل قانون معين، والنتيجة تحققت بعد نفاذ قانون جديد أسوأ للمتهم .

ويذهب الرأي الراجح إلى أن لحظة إتيان السلوك هي اللحظة الحاسمة في تحديد وقت الجريمة وبالتالي لا يطبق القانون الجديد بأثر رجعي⁽²⁾.

البند الثالث: حالة جرائم الاعتياد :

وهي الجرائم التي لا يعاقب عليها المشرع إلا إذا تكرر وقوع الفعل المكون لها عدة مرات ومثالها : الإقراض بالربا الفاحش وتكمن الصعوبة في حالة صدور قانون جديد، فهل يعتد بالأفعال السابقة على نفاذ هذا القانون أم بالأفعال اللاحقة على نفاذه⁽³⁾.

البند الرابع : حالة العود.

وتثار الصعوبة في حالة ما إذا أصدر قانون جديد ينشئ حالة من حالات العود التي لم يكن منصوصاً عليها في ظل القانون السابق، أو يشدد العقوبة على إحدى حالات العود القائمة⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: الصعوبات المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق.

البند الأول : حالة القوانين التفسيرية.

والقانون التفسيري هو الذي يصدر بهدف تفسير قانون سابق يتسم بالغموض، والنصوص التفسيرية تسري على الجرائم الواقعة قبل نفاذها، ولا يعتبر هذا تطبيقاً للقانون بأثر رجعي، ومع ذلك يمتنع سريان القانون التفسيري على الجرائم التي وقعت قبل بدء العمل بالقانون المفسر⁽⁵⁾.

(1) ومثالها : من يطلق النار على آخر قاصداً قتله فلا يموت إلى بعد فترة من الزمن .

(2) محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، ص: 58.

(3) جلال ثروت، قانون العقوبات القسم العام، ص: 48.

(4) محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، ص: 60.

(5) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، ص: 195.

البند الثاني : القوانين غير الجنائية المعتمدة شروطاً مفترضة.

فيتوقف اكتمال البيان القانوني لبعض أنواع الجرائم على توافر شروط مفترضة يتم تحديدها بمقتضى نصوص قانونية غير جنائية. والسؤال المطروح هو "هل تنسحب النصوص غير الجنائية الصادرة ما بين وقت وقوع الجريمة وتاريخ الحكم فيها، على الجرائم السابقة لإصدارها؟"⁽¹⁾.

المطلب الخامس : الاستثناء الوارد على مبدأ الرجعية في الشريعة الإسلامية.

إن الأصل العام في الشريعة الإسلامية هو عدم رجعية النصوص الجنائية على الماضي، إلا أن الأصل قيد باستثناءات جعلت البعض يشكك في تعميم المبدأ في الشريعة الإسلامية وسأذهب لمحاولة تفصيل ذلك :

الفرع الأول : جواز الرجعية في حالة الجريمة الخطيرة التي تمس الأمن العام.

ومن الأمثلة الدالة على جواز الرجعية، جرائم القذف وجرائم الحرابة، وجريمة الظهار، فالجرائم هذه طبقت فيها العقوبة بالرغم من أن الوقائع سابقة على نزول النص⁽²⁾

البند الأول : جرائم القذف.

تقررت العقوبات على جريمة القذف بقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾⁽³⁾ إلا الذين تابوا من بعد ذلك وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ⁽³⁾.

والله أنزل براءة السيدة عائشة رضي الله عنها مما رماها به البعض من الإفك في قوله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ جَاءُوا بِالْإِفْكِ عُصْبَةٌ مِنْكُمْ لَا تحْسِبُوهُ شَرًّا لَكُمْ بَلْ هُوَ خَيْرٌ لَكُمْ لِكُلِّ امْرِئٍ مِنْهُمْ مَا اكْتَسَبَ مِنَ الْإِثْمِ وَالَّذِي تَوَلَّى كِبْرَهُ مِنْهُمْ لَهُ عَذَابٌ﴾⁽⁴⁾ وحول النص خلاف فالبعث يرى أنه نزل قبل حادث الإفك، فلما كان هذا الحادث، وبرأ الله عائشة منه، طبق النص على القذفة وعوقبوا

(1) ينظر: محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، ص: 196.

(2) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج 1، ص: 266.

(3) القرآن الكريم، سورة النور، 4-5.

(4) القرآن الكريم، سورة النور، 11.

بالعقوبة التي يقرها، وإذا صح هذا الرأي لم يكن لنص القذف أثر رجعي⁽¹⁾ والبعض يرى أن النص نزل حادث الإفك⁽²⁾.

القول الأول : جرائم القذف لها أثر رجعي.

ومن الذين رجحوا هذا القول عبد القادر عودة حيث ذهب إلى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حذ القذفة فكأنه طبق النص على وقائع سابقة على نزوله، ثم علل الأثر الرجعي للنص بما ترتب على الحادث الذي نزل فيه النص من آثار هامة، فقد قذف جماعة زوج النبي عليه السلام وآذوها بالإفك الذي قالوا، حتى اضطرب المجتمع الإسلامي اضطراباً شديداً وكاد المسلمون يقتتلون⁽³⁾ واستند عبد القادر عودة على ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم "أنه صعد إلى المنبر بعد أن خاض الناس في هذا الأمر وقال «يا معشر المسلمين من يعذرنى من رجل قد بلغنى عنه أذاه أهل بيتي؟ هو الله ما علمت على أهلي إلا خيراً ولقد ذكروا رجلاً ما علمت عليه إلا خيراً، وما يدخل على أهلي إلا معي، فقام سعد بن معاذ الأنصاري فقال يا رسول الله أنا أمذكرك منه إن كان من الأوس ضربت عنقه، وإن كان من الخزرج أمرتنا ففعلنا أمرك، فقام سعد بن عبادة وهو سيد الخزرج وكان قبل ذلك رجلاً صالحاً ولكن احتملته الحمية فقال لسعد، كذبت لعمر الله لا تقتله ولا تقدر على قتله، فقام أسيد بن خضير وهو ابن عمر سعد بن معاذ، وقال لسعد بن عبادة كذبت لعمر الله لنقتله فانك منافق تجادل على المنافقين فتساور الحيان الأوس والخزرج حتى هموا أن يقتتلوا ورسول الله يفضهم حتى سكتوا وسكت»⁽⁴⁾ وذهب عبد القادر عودة إلى أن هذا الحادث الذي أهم المسلمين وكاد يوقع الفتنة بينهم، والذي أنزل الله فيه قرآناً، هو حادث هام يمس أمن الجماعة ونظامها وهو أحق ما يجعل للنصوص فيه أثر رجعي، لأن العقوبة في مثل هذا الحادث تدعو إلى تهدئة النفوس الثائرة، ومحو ما خلفته الجريمة من آثار⁽⁵⁾.

(1) عبد السلام محمد الشريف العالم، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات، ص: 160.

(2) أحمد فتحي يهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، ص46.

(3) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، ج1، ص: 260.

(4) أخرجه : البخاري، الصحيح، كتاب المغازي، باب "حديث الإفك" رقم الحديث (4141) فتح الباري 433/7.

(5) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، ج1 ص: 267.

القول الثاني: جرائم القذف ليس لها أثر رجعي.

وذهب إلى هذا الرأي عبد السلام محمد الشريف العالم حيث أكد أن جريمة القذف التي ارتكبت في حق أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها كانت جريمة متكررة يتقول بها المتهمون إلى أن نزل النص⁽¹⁾ واستدل بالحديث الذي أخرجه أبو داود عن عائشة رضي الله عنها حيث قالت «لما نزل محذربي قام رسول الله صلى الله عليه وسلم على المنبر فذكر ذلك وتلا القرآن، فلما نزل أمر برجلين وامرأة فضربوا حدهم»⁽²⁾.

وذهب عبد السلام محمد الشريف العالم إلى اعتبار الجريمة أشبه بالجريمة المستمرة، فالنبي صلى الله عليه وسلم إذا كان طبق الحد على القذفة بالرغم من أن النص لم يكن قد وجد بعد، فإن ذلك لم يكن استثناءً ولا يفهم منه أن النص طبق بأثر رجعي، لأن القذفة كانوا يتقولون حتى نزول النص، فالعقوبة كانت على الجريمة الأخيرة⁽³⁾.

والى نفس القول⁽⁴⁾ ذهب فتحي بهنسي حيث قال: «ولنا أن جريمة القذف التي ارتكبت في حق السيدة عائشة كانت متكررة يتقول بها المتهمون إلى أن نزل النص فهي أشبه بالجريمة المستمرة التي يلحقها القانون الجديد حالة الاستمرار»⁽⁵⁾.

وخلاصة القول في هذا كله هو أن الفقهاء اتفقوا على ضرورة الأخذ بالقاعدة العامة في التشريع الجنائي الإسلامي وهي عدم الرجعية في التشريع الجنائي: وهذا هو الأساس، أما ما ذهب إليه عبد القادر عودة من أن جريمة القذف تعتبر استثناءً وتصنف ضمن الجرائم الخطيرة التي تمس

(1) عبد السلام محمد الشريف العالم، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات، ص: 162.

(2) أخرجه: أبي داود، السنن: كتاب الحدود، باب "حد القذف"، 514/2.

- الترمذي، السنن، كتاب تفسير القرآن عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب "ومن سورة النور" حديث رقم (3181)،

314/5 . قال: هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث محمد بن إسحاق.

- النسائي، السنن الكبرى أبواب التعزيرات والشهود، "الأمر باجتناب الوجه في الضرب".

- ابن ماجه، السنن، كتاب الحدود، باب "حد القذف" رقم الحديث (2567)، 857/2

مسند الإمام أحمد : 35/6

(3) ينظر: عبد السلام محمد الشريف العالم، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات، ص: 163.

(4) رأي محمد الشريف العالم وبهنسي، واحد، و أدلتهم كذلك "التشبيه بالجريمة المتكررة".

(5) احمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، ص: 46.

النظام العام فكلامه لم يكن عن هوى بل عضده بما رواه، والاستثناء لا ينقص من قدر القاعدة شيئاً بل المنظور إليه والمعول عليه هو المنهج العام للشريعة وهو تطبيقها لقاعدة عدم الرجعية ثم أن الفقهاء⁽¹⁾ كانوا متفقين في اعتبار جرائم القذف والحراية والظهار استثناءً وإن اختلفوا في أساسها. أما ما ذهب إليه بهنسي ومحمد الشريف العالم في أن تكرار الفعل عدة مرات، والقول بالعقوبة على الجريمة الأخيرة ليس استثناءً ففيه نظر، لأنهم أكدوا بأن القذفة تقولوا حتى نزول النص، أي أنهم عوقبوا قبل وجود النص، والتأكيد على استمرار كلامهم إلى حين نزول النص لا يكفي للقول بعدم رجعية النص، لان العبرة بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو تطبيقه لحد القذف قبل وجود النص.

والحقيقة أنني لا انتصر لرأي عن الآخر، بل فقط أريد تبرير أدلة الفريقين وإن كانت المسألة تحتاج إلى البث فيها، فالقول بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم حد القذفة قبل نزول النص يحتاج إلى بيان المقصد منه ليتأكد الاستثناء، أو تسلم القاعدة على أن الاختلاف في سبب نزول⁽²⁾ الآية كان له اثر في عدم تأكيد الاستثناء، وبالتالي لا يمكن اعتبار الاختلاف في تحديد وقت عقوبة القاذفين استثناءً من قاعدة عدم رجعية القوانين في الشريعة الإسلامية .

البند الثاني: جريمة الحراية.

وأصل الاستثناء الاختلاف في سبب نزول الآية فالذي عليه الجمهور أنها نزلت في العرنيين⁽³⁾، روى الأئمة واللفظ لأبي داوود عن أنس بن مالك أنا قوماً من عكل أو قال من عرينة قدموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاجتووا المدينة، فأمر لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بلقاح وأمرهم أن يشربوا من أبوالها وألبانها، فانطلقوا، فلما صحوا قتلوا راعي النبي صلى الله عليه وسلم واستاقوا النعم ، فبلغ النبي صلى الله عليه وسلم خبرهم من أول النهار، فأرسل في آثارهم، فما ارتفع النهار حتى جئ بهم فأمر بهم فقطعت أيديهم وأرجلهم وسمر أعينهم وألقوا في الحرة⁽⁴⁾.

(1) الفقهاء هم: أبو زهرة ، عبد القادر عودة وفتحي بهنسي، ومحمد الشريف العالم .

(2) الآية نزلت في القاذفين، قال سعيد بن جبير كان سببها ما قيل في عائشة أم المؤمنين رضی الله عنها، وقيل بل نزلت بسبب القذفة عموماً، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ج12/172.

(3) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب المغازي، باب "قصة عكل وعربينة" رقم الحديث 214، 271/5.

(4) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ، ج6/148.

وروي ابن عباس والضحك أنها نزلت بسبب قوم من أهل الكتاب، كان بينهم وبين رسول الله صلى الله عليه وسلم عهد فنقضوا العهد وقطعوا، السبيل وأفسدوا في الأرض⁽¹⁾.

فالاختلاف في سبب نزول آيات الحرابة أدى إلى الاختلاف في الحكم عليها واعتبارها استثناءً من قاعدة عدم الرجعية على أقوال ثلاث:

القول الأول: وهو رأي عبد القادر عودة، حيث ذهب إلى أن الآية نزلت لعقاب العرنيين، وبهذا تكون قد نزلت بعقوبة فعل سابق عليها، ومن ثمة كان لها أثر رجعي، والمصلحة العامة اقتضت ذلك، فلقد كان حادث العرنيين فظيماً يوشك لو لم يأخذ أصحابه بعقوبة رادعة أن يجرئ الناس على المسلمين وعلى النظام الجديد وأن يشجع على قطع الطريق⁽²⁾.

القول الثاني: ويمثله أحمد فتحي بهنسي، وأبو زهرة، ومحمد الشريف العالم، حيث أكدوا أن النص ليس له أثر رجعي، وكل منهم يعضد رأيه بما توصل إليه من دليل.

1- رأي فتحي بهنسي: حيث ذهب إلى أن الآية لا رجعية فيها على الماضي وأنها توضح جزاء المحاربين الذين يسعون في الأرض فساداً وأن ما فعله الرسول صلى الله عليه وسلم بالعرنيين كان من قبيل القصاص⁽³⁾.

2- رأي محمد الشريف العالم: ذهب إلى أن النص لم يكن له أثر رجعي لأنه لم يطبق على واقعة سبقت نزوله للأسباب الآتية⁽⁴⁾.

أ- إن الآية نزلت بعد عقاب العرنيين، فيكون الرسول صلى الله عليه وسلم، قد عاقبهم قصاصاً.
ب- إن قصة العرنيين كانت قبل نزول الحدود والنهي عن المثل، ولم نعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل بأحد غير هؤلاء لا قبل ولا بعد، قال ابن تيمية «أما التمثيل في القتل فلا يجوز إلا على وجه القصاص، وقد قال عمر أن بن حصين رضى الله عنهما " ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبة إلا أمرنا بالصدقة ونهانا عن المثل"⁽⁵⁾ وحتى الكفار إذا قتلناهم فإننا لا نمثل بهم بعد

(1) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج6/149.

(2) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج1، ص: 268.

(3) أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، ص: 47.

(4) ينظر: عبد السلام محمد الشريف العالم، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات، ص: 165.

(5) أخرجه: أبو داود، السنن، كتاب الجهاد، باب "النهي عن المثل"، 53/3.

القتل ، ولا نجد آذانهم وأنوفهم ، ولا نبقر بطونهم، إلا أن يكونوا فعلوا ذلك بنا فنفعل بهم ما فعلوا أو الترك أفضل " (1).

وفي صحيح مسلم عن بريدة بن الحصين رضى الله عنه قال « كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا بعث أميراً على سرية أو جيش أو صاهم بقتوى الله ومن معهم خيراً ثم يقول "الغزوا باسم الله وفي سبيل الله قاتلوا من كفر بالله، لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليداً" (2)

ج- تطبيق رسول الله صلى الله عليه وسلم للحكم قبل النزول ليس معناه أن الحكم لم يشرع قبله، لأن فعل النبي صلى الله عليه وسلم شرع، إذ أنه عليه السلام لا ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى (3) والدليل على ذلك أن حكمه فيهم غير حكم من حارب وسعى في الأرض فساداً من أهل الإسلام الذين ثبت الحكم فيهم بنص الآية.

3- رأي أبي زهرة: (4). واعتمد أبو زهرة في القول بأن الحرابة ليست استثناءً من قاعدة عدم الرجعية على الأدلة التالية (5).

أ- كون النبي صلى الله عليه وسلم طبق الحكم قبل نزول الآية ليس معناه أن الحكم لم يشرع قبلها، على أن أكثر الرواة لم يعتبروا هذه الحادثة إن صحت سبب نزول الآية، لأن ما حكم به كان قصاصاً.

ب- إن الخبر إن لم يكن في سنده نقد، فإن في معناه نقد، ففي متنه شذوذ لا يتفق مع المقررات الإسلامية الثابتة من الدين بالضرورة، ففي الخبر أنه سمل أعينهم، بل أن الراوي يقول

(1) ابن تيمية ، السياسية الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، ص :41.

(2) أخرجه: مسلم، الصحيح، كتاب الجهاد، باب "تأمير الإمام الأمراء على البعوث ووصيته إياهم بأداب الغزو وغيرها" رقم الحديث (1731)، 1357/3.

(3) اقتباس سورة النجم الآية: 3-4 كما أكد المؤلف .

(4) وهو محمد أحمد أبو زهرة، ولد عام 1898 ، بمدينة المحلة الكبرى بمصر، درس بالأزهر ثم التحق بمدرسة القضاء الشرعي ، وشغل منصب مدرس العلوم الشرعية واللغة العربية ، واختير عضواً في مجمع البحوث الإسلامية ، من مؤلفاته: "أصول الفقه"، "كتاب الأحوال الشخصية" و"العقوبة في الفقه الإسلامي" توفي عام 1974. ينظر: محمد إسماعيل ، أصول الفقه تاريخه ورجاله، ص: 647-648.

(5) أبو زهرة ، الجريمة في الفقه الإسلامي ، ص: 309-310.

بأنهم كانوا من شدة العطش يكدمون الأرض، ولئن استسيغ قطع الأيدي والأرجل، فليس بمستساغ في الإسلام تركهم يموتون عطشاً حتى يكدموا الأرض، ففي الحديث قوله عليه السلام "إياكم والمثلة ولو بالكلب"⁽¹⁾ وبالتالي فالخبر لا يمكن أن يكون صحيح النسبة إلى النبي صلى عليه وسلم، لما في متنه من شذوذ ومخالفته للأحاديث الصحيحة المجمع على معناها، ولمخالفته للمعلوم من الدين بالضرورة وعلى فرض صحة الواقعة فليس هناك دليل على إنها بلغت عليه السلام ولم يستنكرها، بل القريب إلى المعقول أنه استنكرها وبلغتنا الواقعة ولم يبلغنا الاستنكار.

وخلاصة القول في المسألة لابد من أن أقرر الأحكام التالية:

- 1- الاختلاف في سبب نزول الآية ينجر عنه اختلاف الفقهاء في الحكم، وبالتالي بناء المسألة على هذا الأساس لا يخرجها من الإطار العام "عدم الرجعية".
- 2- القول بأن ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعربيين قصاصاً ليس دليلاً على أن الآية لا رجعية فيها على الماضي، بل أن المعول عليه أسباب النزول ووقت ارتكاب الفعل وتطبيق العقوبة.
- 3- صحيح أن فعله عليه السلام شرع، لكن هذا لا يمنع من أنه قام به قبل نزول النص .
- 4- إن كان تطبيق الأثر الرجعي للنص في حادثة العربيين فيه مصلحة عامة وهي الحفاظ على مصلحة الجماعة والأمن العام، إلا أن هذا لا يمكن الأخذ به على إطلاقه بل يقيد بهذه الواقعة ، لأنه وفي المقابل القول بعدم الرجعية فيه تحقيق للمصلحة الفردية والجماعية، وذلك بتحديد زمن تجريم الوقائع وبالتالي ضمان الاستقرار والأمن ، فالأفراد دائماً في حاجة إلى نصوص تحدد وقت تجريم الفعل قبل ارتكابه وليس العكس وهذا تماشياً مع روح الإباحة المقررة في الشرع، على أن الأصل في الأفعال الإباحة.

(1) مجمع الزوائد، "باب النهي عن المثلة"، كتاب الحدود والديات ، 249/6 قال "وعن إسماعيل ابن راشد قال: كان من حديث ابن ملجم لعنه الله وأصحابه، قلت فذكر الحديث في وفاة علي وقتله، إلى أن قال: فقال علي للحسين: رأيت فيه رأبي، وإن هلكت من ضربتي هذه فأضربه ضربة و لا تمثل به فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهي عن المثلة ولو بالكلب العقور، وهو بتمامة في مناقب علي رضي الله عنه، رواه الطبراني وإسناده منقطع".

(5)- إن في قصة العرنين والاختلاف في نزولها ليس دليلاً على أنها خاصة بالمثلثة وبالتالي صحة الاستشهاد بالأحاديث الدالة على المعاملة بالمثل، بل أن المقصد من القصة هو بيان سريان النص على الماضي أو عدم سريانه .

(6)- القول بعدم صحة الخبر ونقده من حيث المعنى فيه نظر، خصوصاً مع تضارب الأقوال والشك في عدم صحتها من جهة، ومن جهة أخرى فإن سرد بعض الأحاديث الصحيحة الدالة على حسن المعاملة، ليس معناه عدم فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعرنيين ما فعل خصوصاً أن هناك آيات صحيحة تنص على ضرورة العقاب بالمثل .

-والقول باستثناء الحراية من قاعدة عدم الرجعية أو عدمه ما يزال يكتنفه الغموض خصوصاً مع عدم وجود أدلة قاطعة تؤكد الاستثناء- إن صح تسميته كذلك - أو تنفيه، ولا أظن أن المسألة ستجد لها مخرجاً لأن الأساس المعول عليه وهو سبب النزول الخاص بالآية فيه اختلاف . وبالتالي يجب التأكد والتعرف على مقصد الشرع من سن أي واقعة وتكييفها مع مقتضى مصلحة الجماعة وما يحقق الطمأنينة والاستقرار دون إهدار لمصلحة الأفراد .

البند الثالث : جريمة الظهار⁽¹⁾.

وفي سبب نزول الآية قالت عائشة رضي الله عنها تبارك الذي وسع سمعه كل شيء إني لا أسمع كلام خولة بنت ثعلبة ويخفى علي بعضه، وهي تشتكي زوجها إلى الرسول صلى الله عليه وسلم وهي تقول «يا رسول الله أكل شبابي ونثرت له بطني حتى إذا كبر سني وانقطع ولدي ظاهر مني، اللهم إني أشكو إليك؟ فما برحت حتى نزل جبريل بهذه الآية»⁽²⁾ ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ﴾⁽³⁾ .

وإذا كان الخلاف في أسباب نزول آية القذف وآية الحراية جعل إمكانية اعتبارهما استثناءً من قاعدة عدم الرجعية، فإن الاتفاق على سبب نزول آية الظهار وتطبيقها على واقعة واحدة، جعل

(1) الظهار "تشبيه زوج زوجته أوذي أمة حل وطؤه إياها بمحرم منه أو بظهر أجنبية في تمتعه بما والجزء كالكل والمعلق كالحاصل". ابن عرفة، الحدود، ج 1/295.

(2) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 17/270.

(3) القرآن الكريم، سورة المجادلة، 01.

الأمر قطعياً برجعية النص الجنائي، وهذا ما ذهب إليه عبد القادر عودة⁽¹⁾، ومع هذا ذهب غيره إلى أن واقعة الظهار لا تعتبر استثناء من القول بعدم رجعية النص الجنائي على الماضي ومنهم:

1- رأي فتحي بهنسي: وذهب إلى أن الظهار فيه الكفارة وهي أقرب إلى العبادات منها إلى العقوبات، ولا يمكن أخذ قاعدة عامة من جزاء أقرب إلى الديني منه إلى الجنائي، وأقر بأن قاعدة عدم الرجعية موجودة في الفقه الجنائي الإسلامي ولم يرد عليها استثناء ما⁽²⁾.

2- رأي أبي زهرة: وذهب إلى أن الحكم الذي نزل بالتكفير عن الظهار بالاعتناق أو بصوم شهرين متتابعين، أو بإطعام ستين مسكينا، لم يكن إلا تخفيفاً من الحكم الذي كان قائماً وهو التحريم المؤبد وهو حكم شديد على الرجل والمرأة لأنه سيحرمهما من الحياة الزوجية على وجه التأييد، وبالتالي القاعدة التي طبقت هي أخف العقوبتين، لأن الواقعة إما أن يطبق عليها الحكم السابق وهو التحريم المؤبد وهو عقوبة قاسية، وإما الحكم المخفف وهو الكفارة⁽³⁾.

3- رأي عبد السلام محمد الشريف العالم: و رأيه نفس رأي أبو زهرة وهو أن الحكم بالتكفير عن الظهار ما هو إلا تخفيفاً من الحكم الذي كان قائماً، والكفارة هي موجب للتحليل بعد التحريم. وبهذا يستقيم القول بمبدأ عدم رجعية العقوبة على الماضي في الشريعة وهذا الفهم كان واضحاً عند الفقهاء الذين قرروا في باب التعزير، أنه لا يجوز فيه تطبيق العقوبات على أفعال وقعت قبل إعلانها وبلوغها إلى علم المخاطبين⁽⁴⁾. فقال الماوردي «يجب عند تقدير عقوبات تعزيرية أن يقدم الإنكار، ولا يعجل بالتأديب قبل الإنذار»⁽⁵⁾.

ويمكن أن أضع تحليلاً للأدلة المعتمدة من الفقهاء في النقاط الآتية:

1- ما ذهب إليه بهنسي من أن «الظهار ليس استثناء لأن الكفارة جزاء ديني وليس عقوبة» لا يستقيم لأنه وفي جميع الأحوال قررت الكفارة كعقوبة، وينظر إليها على أساس أنها جزاء تقرر قبل وجود النص، ويمكن أن أفهم ذلك من كلام بهنسي حيث قال «أما الكفارة فهي

(1) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج 1، ص: 269.

(2) أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، ص: 47.

(3) أبو زهرة، الجرمة في الفقه الإسلامي، ص: 310.

(4) عبد السلام محمد الشريف العالم، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات، ص: 168.

(5) الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، (ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1983)، ص: 249.

دائرة بين العبادة والعقوبة كما في اليمين الغموس»⁽¹⁾ ثم أن العقوبة عقوبة سواءً كانت ذات طابع ديني أو جزاء جنائي.

2- القول أن «الكفارة ما هي إلا تخفيف من الحكم السابق وهو التحريم» ليس فيه معنى لعدم سريان النص الجنائي على الماضي، فالعبرة بالواقعة وتطبيقها قبل وجود النص لأنه سواءً سلمنا بالحكم الأول وهو التحريم، أو الحكم الثاني وهو الكفارة فالأمر سيان لأن حكم الظهار طبق وكان ذلك قبل ورود النص. وبالتالي يمكن ترجيح رأي عبد القادر عودة في أن جريمة الظهار استثناءً من القاعدة العامة وهي «عدم رجعية التشريع الجنائي» في الشريعة الإسلامية وهذا لا ينقص من قدر القاعدة شيئاً بل يحميها لأن الحفاظ على أمن الجماعة ومصالحها من مقاصد الشريعة الواجب الحفاظ عليها، وإن كان الاستثناء يقدر بقدره، ويشمل الواقعة التي تخصه فقط.

الفرع الثاني: وجوب الرجعية إذا كان التشريع أصح للجاني.

فإذا صدر نص جنائي أصح للجاني، وجب تطبيق هذا النص دون غيره على الجاني، ولو أن الجاني ارتكب جريمته تحت حكم نص أشد عقوبة، ويشترط لتطبيق النص الأصح للجاني، أن لا يكون الحكم الصادر على الجاني تبعاً للنص القديم أصبح نهائياً⁽²⁾.
والعلة في تطبيق النص الشرعي الأصح هو أن إلغاء العقاب أو تخفيفه، قد اقتضته العدالة والمصلحة، فلا يكون من العدالة أو مصلحة الجماعة الاستمرار في الإجراءات حتى يتم العقاب، كما لا يكون من المصلحة أخذ المتهم بالعقاب الغليظ⁽³⁾.
البند الأول: تطبيق الرجعية في جريمة القتل.

حيث أن العرب قبل الإسلام كانت تباين في الديات، حيث كانت دية الشريف أضعاف دية الرجل دونه، ودية النضيري ضعف دية القرظي، وكان الشريف من العرب إذا قتل، لم يقتل قاتله فقط، بل قتل من أشرف قبيلة القاتل من يروونه كفاء القتل⁽⁴⁾. فقد قتل أحد أفراد قبيلة غني شأس بن زهير، فجمع عليهم أبوه زهير بن جديمة، فقالوا له: سل في قتل شأس، فقال: إحدى ثلاث لا

(1) أحمد فتحي بهنسي، موقف الشريعة من نظرية الدفاع الاجتماعي، ص: 124.

(2) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج 1، ص: 270-271.

(3) أحمد هبة، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب، ص: 64.

(4) يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب، في الفقه الإسلامي، ص: 66.

يغنيها غيرها قالوا: وماهي؟ قال تحيون لي شأسا، أو تملئون ردائي من نجوم السماء، أو تدفعون إلى قبيلة بأسرها فأقتلها، ثم لا أرى أني أخذت منه عوضاً، فهذا هو ولي القتل يرى أن قبيلة بأسرها لا يجزي قتلها في قتل ولده (1).

وجاء الإسلام وبعض العرب يطلب بعضاً بدماء وجراح، فأنتهى التفاضل، وسوى بين دم الشريف والوضيع، وبين دماء الأحرار ودماء العبيد (2) وذلك في قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَعْهُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَّ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اغْتَدَىٰ بِغَدِّكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ (3).

وبعد نزول الحكم في الآية انتهى التفاضل في الدماء والجراح والديات، وطبق الحكم على ما سبقه من دماء وجراح لم يحكم فيها بعد وبهذا كان للنص أثر رجعي (4).

البند الثاني: نتائج تطبيق التشريع الأصح للجاني.

ويترتب على ما توجهه الشريعة من تطبيق التشريع الأصح للجاني نتائج هامة وهي (5).

أولاً: إذا صدر التشريع الجديد قبل الحكم في الجريمة وكان أصح للجاني حوكم الجاني بمقتضاه ولو أنه ارتكب الجريمة في ظل التشريع القديم .

ثانياً: إذا كان التشريع الجديد بعد الحكم وكان يبيح الفعل ولا يعاقب عليه، فيجب أن لا ينفذ الحكم الذي صدر طبقاً للتشريع القديم، كما يجب أن لا يوقف تنفيذه إذا كان قد بدئ في تنفيذه .

ثالثاً: إذا كان التشريع الجديد يشدد العقوبة فلا يطبق على الجاني لأنه ليس الأصح له، ولأن الأصل أن الجرائم يعاقب عليها طبقاً للنصوص السارية وقت ارتكابها.

(1) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 2 ص: 224.

(2) أحمد هبة، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب، ص: 64.

(3) القرآن الكريم، سورة البقرة، 178.

(4) يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي، ص: 67.

(5) ينظر عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج 1، ص: 272، ويونس عبد القوي السيد الشافعي،

الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي، ص: 67.

وأخيراً: إذا صدر التشريع الجديد بعد الحكم، وكان أصلح للمحكوم عليه، نفذ من العقوبة المحكوم بها بما يتفق مع العقوبة التي يقررها التشريع الجديد.

المطلب السادس: الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية في القانون الوضعي.

قرنا سابقاً المبدأ العام في القانون الوضعي الجنائي وهو احترام قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية على الماضي، ولكن هناك استثناءات ترد على هذه القاعدة لا تنقص من شأنها ولا تهدمها بقدر ما تفسر الحكمة من الخروج عنها لدواعي خاصة وحماية لمصالح أولية ومنها:

الفرع الأول: رجعية القواعد الجنائية المجرمة (القانون الأصلم للمتهم).

فتطبيق القانون الجديد الأصلم للمتهم ليس فيه اعتداء على مبدأ الشرعية، طالما أن تطبيقه لا ينطوي على إهدار الحريات الفردية⁽¹⁾، والحكمة من تقرير ذلك هو أن رجعية القواعد الجنائية المجرمة الأصلم للماضي تجد تبريراً لها في تحقيق المصلحة الفردية من ناحية ومن ناحية أخرى تتحقق مصلحة المجتمع⁽²⁾.

فإلغاء المشرع لعقوبة أو تحفيضها يفيد أنه رأى فيها أو في شدتها أنها ليست عادلة أو أنها في غير صالح المجتمع، ومن ثمة لا يكون من العدل أن تطبق على المتهم عقوبة في الوقت الذي يعترف فيه الشارع بعدم فائدتها أو بزيادتها عن الحد اللازم أو عدم جدواها في تحقيق مصلحة المجتمع⁽³⁾.

ولكن لا يمكن الجزم بتطبيق مبدأ رجعية القانون الأصلم للمتهم على إطلاقه، بل أن ذلك مرتبط بتوافر شروط وهي:

الشرط الأول: أن يكون القانون الجديد أصلم للمتهم.

ويكون القانون الجديد أصلم للمتهم إذا انشأ له مركزاً أو وضعاً يكون أصلم من القانون القديم، وقيل أن يحدد الوضع الملائم للمتهم، والقاضي لا بد له من المقارنة بين القانونين (القديم،

(1) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري والقسم العام (الجريمة)، ج 1، ص: 92.

(2) ينظر، على عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات القسم العام، ص: 73.

(3) ينظر: على عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات القسم العام نظرية (الجريمة)، ص: 110.

الجديد)⁽¹⁾ فالمحكمة هي التي تضطلع بمهمة تحديد القانون الصالح، فالمتهم ليس له حق الاختيار بين القانونين وتقييم أيهما أفضل له⁽²⁾.

مظاهر أفضلية القانون الجديد بالنسبة للمتهم: فلمعرفة أفضلية القانون الجديد لا بد من معايير خاصة متعلقة بالشقين التجريمي والعقابي.

أ- مظاهر الأفضلية المتعلقة بشق التجريم: فيعد القانون الجديد أفضل للمتهم إذا كان يلغي الجريمة ذاتها ويجعل منها فعلاً مباحاً، أو كان يعدل من أركان الجريمة بأن يضيف لها ركن الاعتياد، أو يضيق من نطاق الركن المادي عموماً⁽³⁾، ويكون القانون الجديد أصلح كذلك إذا استبعد أحد الظروف المشددة لعقوبة الجريمة⁽⁴⁾.

ب- مظاهر الأفضلية المتعلقة بشق الجزاء: فإذا أبقى القانون الجديد على نص التجريم ولكنه قرر للجريمة عقوبة أخف من العقوبة التي كانت مقررة في القانون القديم فهو بلا شك أصلح للمتهم⁽⁵⁾ وتحكم المقارنة بين القانونين عند تعديل العقوبة الضوابط التالية:

1- عقوبة المخالفة أخف وأصلح للمتهم من عقوبة الجنحة بصرف النظر عن نوع العقوبة وأثرها في نفس المتهم، وأن عقوبة الجنحة أخف من عقوبة الجناية بصرف النظر عن المدة⁽⁶⁾.

2- إذا كانت العقوبتان من العقوبات المقررة لنوع واحد من الجرائم فإن الأقل شدة منهما هي الأقل درجة في ترتيب العقوبات، فإذا كان القانون الجديد يبدل عقوبة السجن المؤبد بالإعدام فهو الأصلح للمتهم، لأن السجن المؤبد أخف من عقوبة الإعدام و عقوبة السجن المؤقت أخف من عقوبة السجن المؤبد وهكذا...⁽⁷⁾.

(1) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، ص: 50.

(2) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، ص: 212.

(3) ينظر: سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، ص: 214-215.

(4) علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات القسم العام، ص: 81-82.

(5) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص: 95.

(6) علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات القسم العام، ص: 82.

(7) ينظر عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، ص: 51.

إذا أتحدت العقوبة في القانونين من حيث النوع كالسجن أو الحبس مثلاً فإن الأصل بينهما هو الذي ينقص من مدتها، فإذا هبط القانون الجديد بالحد الأدنى أو الأقصى أو بالحدين معاً فهو بلا شك القانون الأصح⁽¹⁾.

ولكن تبدو الصعوبة إذا خفض القانون الجديد أحد الحدين ورفع الحد الآخر بأن خفض الحد الأقصى، ورفع الحد الأدنى أو خفض الحد الأدنى ورفع الحد الأقصى⁽²⁾. فذهب رأي إلى القول بأن القانون الأصح هو القانون الذي هبط بالحد الأدنى للعقوبة ولكن يعيب هذا الرأي أنه يعرض المتهم لخطر عقوبة الحد الأقصى المرتفعة نظير أمل في الاستفادة من التخفيف⁽³⁾ بينما يرى آخرون أن القانون الأصح للمتهم هو الذي يخفض الحد الأقصى للعقوبة وإن رفع الحد الأدنى ويعيب على هذا الرأي هو تقييمه للموازنة بين القوانين على أسس مجردة⁽⁴⁾، ويتجه رأي ثالث إلى أنه على القاضي المزج بين أصلح ما في القانونين وبالتالي يأخذ الحد الأدنى الأقل من أحدهما والحد الأعلى الأقل من الآخر، ولكن المزج ينتج عنه قانون مختلط جديد يختلف عن كلا القانونين والقاضي لا يجوز له وضع مثل هذا القانون الذي هو من اختصاص المشرع⁽⁵⁾، والحقيقة أن الرأي القائل بالمزج بين النصين والمقارنة بينهما بميزان الواقعية مشى عليه غالبية الفقهاء⁽⁶⁾، وإن كان أكرم نشأت إبراهيم رجح رأي آخر وهو القائل بأن القانون الأصح هو الذي يكون فيه الحد الأعلى أقل والحد الأدنى أعلى لأن الحكمة من عدم رجعية أثر القوانين العقابية هو أن لا يعاقب المتهم بعقوبة لم يكن يتوقعها وقت ارتكابه الفعل، أما زيادة الحد الأدنى

(1) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص: 96.

(2) علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات القسم العام، ص: 83.

(3) ينظر: عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات القسم العام، ص: 96.

(4) ينظر: عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، ص: 52.

(5) ينظر: أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، ص: 96.

(6) ينظر: عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، ص: 52.

فلا تحل بهذه الحكمة لأن الزيادة عن الحد الأدنى متوقعة غالباً، وكذلك بوسع القاضي النزول عن الحد الأدنى المقرر بالاستعانة بالظروف المحففة⁽¹⁾.

والذي نراه هو أن القاضي له الحرية في تطبيق أي مذهب من المذاهب السابقة شرط أن يراعي في تحديده للقانون الأصلح للمتهم مصلحة الفرد وكذا مصلحة الجماعة، ثم أن كل واقعة تكيف حسب ملايسات الجريمة وظروف الجاني ومصلحة الجماعة والرأفة بالجاني وعوامل أخرى يصعب حصرها كلها تتفاعل لتحديد القانون الواجب التطبيق.

4- تعتبر العقوبات السياسية أخف من العقوبات العادية عند اتحاد نوع الجريمة (جناية أو جنحة) ويرجع ذلك إلى أن المشرع يقدر أن العقوبات السياسية أقل مساساً باعتبار المحكوم عليه من العقوبات العادية⁽²⁾.

5- إذا كان القانون القديم يرصد للجريمة عقوبة، وجاء القانون الجديد يرصد لها تدبير من تدابير الأمن فالقانون الجديد هو الأصلح⁽³⁾.

الشرط الثاني: سريان القانون الجديد قبل صدور حكم نهائي على المتهم: فإذا كان قد حكم في الدعوى نهائياً ثم صدر قانون جديد أفضل للمتهم فالأفضل هو امتناع تطبيقه احتراماً للحجية التي اكتسبها الحكم النهائي⁽⁴⁾.

وذهب عبد الله سليمان إلى أن قانون العقوبات الجزائري لم يشر إلى هذا الشرط كما أشارت إليه المادة 5 من قانون العقوبات المصري، والمادة 3 من قانون العقوبات اللبناني والسوري ومع هذا فالشرط ضروري لان القول بغيره يؤدي إلى تعارض تام مع مبدأ عام ومستقر في القانون وهو مبدأ حجية الأمر المقضي به تحقيقاً للاستقرار⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على سريان القانون الجديد قبل صدور الحكم النهائي.

(1) ينظر: أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات، ص: 96-97.

(2) علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات القسم العام، ص: 127.

(3) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص: 97.

(4) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة للقانون العقوبات، ص: 223. "الحكم النهائي هو الذي لم يعد قابلاً للطعن فيه بالمعارضة أو الإستئناف أو النقض".

(5) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص: 97-98.

الاستثناء الأول: الاعتداد بالقانون الجديد الأفضل للمتهم و لو كان صادراً بعد الحكم في الدعوى نهائياً: ذهبنا إلى أنه يشترط لسريان القانون الجديد عدم صدور حكماً نهائياً على المتهم ولكن هناك استثناء وخروج عن هذا الشرط.

فقد أجاز المشرع الاعتراف بالقانون الجديد الأفضل للمتهم ولو صدر بعد الحكم النهائي في الدعوى ويقتصر أثر ذلك في حالة كون القانون الجديد يجعل الفعل غير معاقب عليه وبالتالي يظل القانون الجديد غير جائز التطبيق لصدوره بعد الحكم النهائي في الدعوى إذا كان مظهر أفضليته هو تحقيق العقوبة فحسب⁽¹⁾.

وقد نصت القوانين على ذلك ومنها قانون العقوبات العراقي في المادة 3/2 بقولها «إذا صدر بعد صيرورة الحكم نهائياً قانون يجعل الفعل أو الامتناع الذي حكم على المتهم من أجله غير معاقب عليه، بوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجزائية، ولا يمس هذا بأي حال ما سبق تنفيذه من العقوبات، ما لم ينص القانون الجديد على خلاف ذلك، وعلى المحكمة التي أصدرت الحكم ابتداءً أن تقرر وقف تنفيذ الحكم بناءً على طلب المحكوم عليه أو إلا دعاء العام».

كما نصت المادة 2/5 من قانون العقوبات المصري على «إذا صدر قانون بعد حكم نهائي يجعل الفعل الذي حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه، يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجزائية»⁽²⁾.

الاستثناء الثاني: القوانين المحددة الفترة ومبدأ رجوع القانون الأصلح للمتهم: والقوانين محددة المدة على نوعين⁽³⁾.

أ-قوانين تصدر لمواجهة حالة معينة يستمر القانون بوجودها وينقضي بانتهائها، مما جعل هذه القوانين محددة المدة بطبيعتها.

ب-قوانين محددة المدة سلفاً بالنص القانوني على تحديد مدتها .

وينقضي هذا استثناء عدم رجعية أثر القانون الجديد الأصلح للمتهم أو للمحكوم عليه على الجرائم المرتكبة قبل نفاذه، خلال فترة العمل بقانون مؤقت سابق سواء ألغى القانون الجديد تجريمها أو خفف العقوبة المقررة لها وقد أكدت ذلك المادة 3/5 من قانون العقوبات المصري

(1) ينظر : سليمان عبد المنعم ، النظرية العامة لقانون العقوبات ، ص:225.

(2) أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، ص:102.

(3) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص:99.

حيث نصت «في حالة قيام إجراءات الدعوى أو صدور حكم بالإدانة فيها، وكان ذلك عن فعل وقع مخالفا لقانون ينهي عن ارتكابه في فترة محددة فإن إنتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير في الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها»⁽¹⁾.

الاستثناء الثالث: القوانين الشكلية وقاعدة عدم الرجعية: والقوانين الشكلية هي تلك القوانين التي تنظم إجراءات الدعوى الجنائية كتشكيل المحاكم وبيان اختصاصها وطرق متابعة الجاني، وتستبعد قاعدة عدم الرجعية في التطبيق في هذا المجال إذ الأصل بالنسبة لهذه القوانين هو وجوب تطبيق النص الجديد فوراً⁽²⁾.

المطلب السابع: قاعدة عدم رجعية النص الجنائي في التشريع الجزائري.

التشريع الجزائري أكد وبدوره على غرار التشريعات الأخرى على ضرورة الأخذ بقاعدة عدم رجعية النص الجنائي والتي تؤكد عدم سريان النص الجنائي على الوقائع التي سبقت وجوده وهي من الدعائم الأصلية والركائز المتينة لمبدأ الشرعية وكذا ضماناً من ضمانات تحقيق الأمن الفردي. أ- تقرير القاعدة في الدستور الجزائري⁽³⁾: جاء في نص المادة 46 ما يلي: «لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم».

ب- تقرير القاعدة في قانون العقوبات الجزائري⁽⁴⁾: فنصت المادة 2 على «لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة».

وإذا كان المشرع الجزائري أكد على القاعدة العامة وهي عدم رجعية النص الجنائي، فإنه كذلك نص على الاستثناء الوارد بخصوص هذه القاعدة وهو تطبيق مبدأ الرجعية إذا كان القانون أصح للمتهم وهو ما يستفاد من نص المادة الثانية من قانون العقوبات في قولها «لا يسرى قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة»⁽⁵⁾، ولكن يشترط للقول بالرجعية أن يصدر القانون الأصح للمتهم أي القانون الجديد قبل صدور الحكم النهائي، وهذا ما أكدته مختلف التشريعات،

(1) ينظر: أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، ص: 102.

(2) ينظر: عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص: 100.

(3) الدستور الجزائري ، 1996، المادة: 46، ص: 12.

(4) قانون العقوبات الجزائري، المادة: 2، ص: 1.

(5) قانون العقوبات الجزائري، المادة: 2، ص: 1.

إلا أن التشريع الجزائي لم ينص على ذلك وهو ما يؤخذ عليه كما أنه لم ينص على الخروج عن هذا الشرط في حالة ما إذا أصبح الفعل مباح بحكم نهائي صدر في حكم المتهم.

وكذلك يعاب على المشرع الجزائي عدم بيان موقفه من القوانين المحددة والتي اعتبرتها التشريعات الأخرى استثناءً من مبدأ رجعية القوانين الجنائية الأصلح للمتهم.

ويمكن القول في نهاية البحث في مبدأ من أهم المبادئ النظرية الكافلة للحق في الأمن الفردي وهو «عدم رجعية القوانين الجنائية» أن الشريعة الإسلامية طبقت النص تطبيقاً دقيقاً، وأن ما ورد عليه من استثناءات ما كان إلا إنتصاراً له بمعنى آخر، فالاستثناءات كانت خاصة بجرائم معينة لحالات حرجة لا يمكن تعميمها، وأن الشريعة الإسلامية راعت مصلحة الجماعة في بعض الجرائم، كما راعت المصلحة الفردية بوجود الرجعية حالة وجود تشريع أصلح للجاني.

أما في القانون الوضعي فتطبيق القاعدة لا يزال يعاني من التذبذب بوجود الجرائم المستمرة وجرائم العود، وكذا المعاناة من التفسير الصحيح للقانون الأصلح للجاني.

خلاصة الفصل الأول.

إن الحق في الأمن الفردي مكفول للأفراد في النظرية العامة للتجريم والعقاب ومقرر على دعائم ثلاث «مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات»، «مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية»، «ومبدأ عدم الأثر الرجعي للقوانين»، وأساس تقرير هاته المبادئ ضماناً لحق الأمن، يعود لأهميتها في تحقيق التوازن الفردي من خلال توفيرها للأمن والاستقرار والثقة في السلطات الموقعة للعقاب، وعدم الخشية من تعسف الدولة، والتوازن الجماعي من خلال تحقيق مصلحة المجتمع في القضاء على الرذيلة في مهدها، والقبض على الجناة.

وأساس تقرير مبدأ الشرعية، أن الفرد لا يأمن على نفسه وحرمة جسده وحياته الخاصة إلا إذا تأكد من أن الجرم منصوص عليه والعقاب محدد على أساس الجريمة فلا يجوز معاقبة الأفراد عن الجرائم إلا بعد اعتبارها كذلك فالعقاب يجب أن يكون ذو ركيزة شرعية وقانونية، والشرعية الإسلامية سبقت القوانين الوضعية في إرساء قاعدة الشرعية من خلال الآيات القرآنية والأحاديث النبوية والقواعد الأصولية كما أن منهجها في كيفية تطبيق مبدأ الشرعية كان منهجاً دقيقاً وسديداً إلى أبعد الحدود، ففي جرائم الحدود والقصاص الجزاء محدد بنص شرعي، ولا سلطة للقاضي في اختيار العقوبة، أما في جرائم التعزير فعرف مبدأ الشرعية المرنة في التطبيق وذلك من خلال منح بعض السلطات التقديرية للقضاة في توقيع الجزاء المناسب للشخص المناسب، مع تحديد ضوابط

وشروط توقيع العقوبات، أما مبدأ الشرعية في القانون الوضعي فلا يزال يعاني من الجمود وعدم مسايرة النصوص القانونية للجرائم المستحدثة في غياب سرعة الإجراءات القاضية بالتعديل. والدعامة الثانية لحق الأمن الفردي هي قاعدة «شخصية المسؤولية الجنائية» فمن المقرر أن الفرد لا يشعر بالأمان إذا تمت مساءلته عن أفعال لم يرتكبها شخصياً أو لم يشارك فيها، فالمسؤولية الجنائية شخصية ولا تتعلق إلا بفعل الجاني، خلافاً لما كان سائد من صور العقاب الجماعي والمسؤولية القبلية.

والشريعة الإسلامية عرفت مبدأ الشخصية قبل القوانين الوضعية وذلك من خلال القرآن الكريم وأحاديث السنة، والمبدأ وإن طبق بشكل صحيح في الشريعة والإسلامية ودون قيود تحد من أساس وجوده، فالأمر مختلف في القانون الوضعي فإن سلامة قاعدة شخصية المسؤولية الجنائية ظاهرياً، لا تعني سلامة تطبيقها في الواقع وتفسير المواد القانونية بالشكل الصحيح، خصوصاً والقانون يشترط لتوقيع الجزاء الفردي عدم الاشتراك في الجريمة، والقول بالاشتراك أو عدمه يختلف من قانون لآخر وهذا ما يؤثر سلباً على تطبيق القاعدة. أما آخر مبدأ من المبادئ المقررة للحق في الأمن الفردي في النظرية العامة للتجريم والعقاب هو مبدأ «عدم الأثر الرجعي للقوانين الجنائية» أي أن أحكام القوانين الجنائية لا تسري إلا على الأفعال التي تقع بعد نفاذها، وللمبدأ أهمية كبرى في تحقيق الأمن الفردي ذلك أن الشخص لا يشعر بالحرية في ارتكاب الأفعال المباحة إذا كانت كذلك ثم اضطر للمساءلة الجنائية على أساس أنها محظورة.

والقانون الوضعي يأخذ بالمبدأ العام وهو عدم الأثر الرجعي للقوانين الجنائية وإن كان تطبيق المبدأ في بعض الجرائم بشكل بعض الصعوبات والتي قد يعرف فيها المشرع خروجاً عن الأصل العام خصوصاً في «الجرائم المستمرة» و«جرائم الاعتياد» و«جرائم العود» إضافة إلى صعوبة تفسير القوانين واختلافها من تشريع لآخر، وكذا الاختلاف في تحديد القانون الأصح للمتهم، والتباين في فهم الحد الأدنى والحد الأقصى للعقوبة، وعدم الاتفاق في تحديد الاستثناءات الواردة على القاعدة، وهذا ما يجعل تطبيقها في القانون الوضعي غير سديد .

أما الإسلام فكان له الفضل في تقرير عدم رجعية القوانين الجنائية وذلك من خلال النصوص التي جاء بها والموضحة للجرائم والعقوبات ولتاريخ توقيع لفظ العقوبة على الفعل المرتكب، وأن الاستثناءات الواردة بشأن قاعدة عدم الرجعية في الشريعة الإسلامية تحقق التوازن بين حماية

المصلحة الجماعية وذلك من خلال جواز الرجعية في حالة الجرائم الماسة بالأمن العام وحماية المصلحة الفردية وذلك بوجوب الرجعية في حالة وجود تشريع في مصلحة الجاني. ويمكن أن أذهب في الأخير إلى أن حق الأمن الفردي في النظرية العامة للتجريم والعقاب يشكل معادلة مبنية على "معرفة الجريمة والعقوبة بنصوص شرعية وقانونية، تطبيق العقوبة على شخص الجاني دون غيره، عدم سريان النصوص الجنائية على الماضي إلا تحقيقا للمصلحة الفردية في ظل حماية المصلحة الجماعية".

الفصل الثاني

حق الأمن الفردي في النظام الإجرائي

الإسلامي والقانون الوضعي

- المبحث الأول: مبدأ قرينة البراءة.
- المبحث الثاني: حق الأمن الفردي في مرحلة التحقيق الابتدائي.
- المبحث الثالث: ضمانات السرية في تحقيق الأمن الفردي.
- المبحث الرابع: الضمانات المتعلقة بالقيود الواردة على حق الأمن الفردي.

بعد تخصيص الفصل الأول من البحث للجانب النظري بحيث تم البحث في أهم الأسس والدعائم والتي تعتبر ضماناً لحق الأمن الفردي سأواصل البحث في هذا الفصل وذلك بالولوج أكثر في الجانب الإجرائي، وذلك باستعراض أهم الضمانات التي تكفل حق الأمن الفردي في النظام الإجرائي، والتي كانت نتاجاً للنظرية العامة الخاصة بمبدأ المشروعية ومبدأ الشخصية، وكذا مبدأ عدم رجعية النص الجنائي. ذاك أن هذا الفصل سيكون محل الدراسة فيه قانون الإجراءات الجزائية، هذا القانون الذي يحقق العدالة والحرية الفردية، كما أنه يحقق المعادلة العادلة بين حماية الفرد وذلك بإحاطته بأهم الضمانات التي لا يمكن أن تدينه لأن الأصل فيه البراءة، وبين حماية المجتمع وتقرير مصلحته من خلال الحق في اتهام الأفراد إذا توفرت الدلائل والشروط اللازمة لذلك.

وسيضم هذا الفصل دراسة مبدأ قرينة البراءة باعتباره الدعامة الرئيسة والضمان الأول لحق الأمن الفردي في النظام الإجرائي، وكذا أهم الضمانات التي أحيط بها المتهم في مرحلتي الاستدلال والتحقيق الابتدائي هاته الضمانات التي هي بمثابة الدرع الواقي للمتهم في سبيل مواجهة الظلم والاحتقار الذي قد يواجهه من السلطة القضائية خاصة، وسلطات الدولة عامة، كما أن الضمانات تساهم وبشكل مباشر للقول باتهام الفرد أو العكس، لأن الفرد دون تقرير هاته الضمانات قد يضيع حقه في الأمن خصوصاً في المرحلة الأولى من التحقيق والتي ينظر إليه فيها بعين الشك والاشتباه حتى يثبت العكس أو يتحقق حكم الإدانة.

كما ستشمل الدراسة التحدث عن السرية وضمانتها في حماية حق الأمن وذلك من خلال حفظ الحياة الخاصة، وحق الفرد في الخصوصية، ووقايته من التشهير، على أن يختم البحث بالتحدث عن القيود الواردة على حق الأمن الفردي كأمر التفتيش والقبض، وأمر الحبس المؤقت للتعرف على إمكانية استمرار امتلاك الفرد لحق الأمن مع وجود هاته القيود، بغية دراسة فعالية الضمانات المرافقة للأفراد عند تقرير قيد من القيود.

وهذا كله في سبيل تقرير ضمانات تمهيدية للمحاكمة باعتبارها مرآة العدالة، والفيصل الوحيد في تقرير مصير المتهم، فالمحاكمة يفترض فيها الاحتكام للقانون ومعاملة الأفراد على قدم المساواة، وهذا لتمكين المجتمع من الحد من الجريمة، وكذا تمكين الأفراد من ممارسة حقوقهم والدفاع عن أنفسهم من أي تهمة قد تلحق بهم تحقيقاً للموازنة بين مصالح الأفراد ومصلحة المجتمع.

المبحث الأول: مبدأ قرينة البراءة.

ومبدأ قرينة البراءة الضمان الأول والقوي في نظام الإجراءات الجنائية في الإسلام و القانون الوضعي، فالفرد لا يستطيع الكلام عن امتلاكه لحق الأمن الفردي دون تقرير مبدأ البراءة، فافتراض البراءة ابتداءً في الشخص يوفر له قدر من الطمأنينة والاستقرار في مواجهة من يدينه أو يحاول اتهامه عبثاً.

المطلب الأول: مفهوم مبدأ قرينة البراءة وأصله في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي. **الفرع الأول: مفهومه.**

عرفه محمد محدة بقوله «معاملة الشخص مشتبهاً فيه كان أم متهماً في جميع مراحل الإجراءات ومهما كانت جسامة الجريمة التي نسبت إليه على أنه بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي وفقاً للضمانات التي قررها القانون للشخص في كل مراحلها»⁽¹⁾. وإن كان التعريف جامعاً مانعاً، حيث عرف أصل البراءة وبين معناه، إلا أنه طويل، ويمكن تلخيصه بالتعريف التالي: «افتراض براءة المتهم ومعاملته على أساسها في جميع الإجراءات حتى تثبت جهة قضائية إدانته وفقاً لما يقرره القانون من ضمانات» .

الفرع الثاني: أصل مبدأ البراءة.

البند الأول: أصل المبدأ في الشريعة الإسلامية.

عرفت الشريعة الإسلامية مبدأ قرينة البراءة من خلال نصوص القرآن الكريم وكذا أحاديث السنة وآثارها، كما أن أصل المبدأ في الشريعة الإسلامية، مستمد من القواعد الأصولية الثابتة.

أولاً: القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْحَبُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾⁽²⁾.

وقوله أيضاً: ﴿وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾⁽³⁾.

(1) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، (دار الهدى، الطبعة الأولى، 1991-1992) ج3، ص: 225.

(2) القرآن الكريم، سورة الحجرات، 6.

(3) القرآن الكريم، سورة النجم، 28.

ثانياً: السنة النبوية: تقرر المبدأ من آثار وأحاديث عدة منها، قوله صلى الله عليه وسلم «أدرءوا الحدود بالشبهات»، وروي عن عائشة أنها قالت قال عليه السلام: «أدرءوا الحدود من المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرجاً فأخرجوا سبيله، فإن الإمام أن يخطيء في العفو خير من أن يخطيء في العقوبة»⁽¹⁾، وقوله عليه الصلاة والسلام «كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه، كمثل البهيمة تنتج البهيمة هل تدري فيها جدعاء»⁽²⁾.
 ثالثاً: القواعد الأصولية: هناك قواعد أصولية قررت مبدأ البراءة ومنها "استصحاب البراءة"⁽³⁾ وقاعدة "الأصل براءة الذمة" وقاعدة "اليقين لا يزول بالشك"⁽⁴⁾. ذاك أن اليقين في براءة الشخص لا يزول بوجود أدلة مشكوكاً فيها تدينه.

البند الثاني: أصل المبدأ في القانون الوضعي.

أصل المبدأ إعلان حقوق الإنسان الصادرة سنة 1789 أبان الثورة الفرنسية، ثم تلاه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر 1984، ثم جاء بعد ذلك الاتفاقية الأوروبية لحماية

(1) أخرجه: الترمذي، السنن، كتاب الحدود، باب (ما جاء في درء الحدود) رقم الحديث (1424)، 25/3. من طريق: يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (أدرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم في العقوبة). قال الترمذي: (... لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم، ورواه وكيع عن يزيد بن زياد نحوه ولم يرفعه، ورواية وكيع أصح).

— ابن ماجه، السنن، كتاب الحدود، باب (الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات: رقم الحديث 2545، 850/2، من طريق إبراهيم بن الفضل عن سعيد بن أبي سعيد عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (أدفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعاً): — قال في مصباح الزجاجة: (هذا إسناد ضعيف، إبراهيم بن الفضل المخزومي، ضعفه أحمد بن معين والبخاري والنسائي والأزدي والدارقطني، وله شاهد من حديث عائشة رواه الترمذي في الجامع مرفوعاً وموقوفاً بلفظ: "أدرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم"، وقال: كونه موقوفاً أصح). 103/3.

— قال في نصب الراية: قال عليه السلام "أدرؤوا الحدود بالشبهات: قلت: غريب بهذا اللفظ" 508/3.

(2) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب الجنائز، باب "ما قيل في أولاد المشركين" رقم الحديث (139) 208/2.

(3) السيوطي، الأشباه والنظائر، تحقيق: محمد المعتصم بالله البغدادي (دار الكتاب العربي، الطبعة الرابعة 1998)، ص: 118 إلى 124.

(4) ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، (دار الجيل-بيروت- 1973)، ص: 339-340.

حقوق الإنسان والحريات الأساسية الصادرة سنة 1950، ثم أخيراً مؤتمر هامبورغ بألمانيا في سنة 1979 حيث أقر أن قرينة البراءة مبدأ أساسي في القضاء الجنائي⁽¹⁾.

البند الثالث: أصل المبدأ في التشريع الجزائري.

أصل المبدأ دستور 1996 حيث نصت المادة 45 « كل شخص يعتبر بريئاً، حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون» ولكن قانون الإجراءات الجزائية لم يتضمن بين نصوصه نصاً يقرر فيه مبدأ افتراض البراءة⁽²⁾. ولكن هذا لا يمنع من أن قانون الإجراءات الجزائية يأخذ بهذا المبدأ ويعتبره ركيزة أساسية في الشرعية الإجرائية فلا تقرر القيود إلا في حدود ما من شأنه تحقيق مصلحة الجماعة في تطبيق القانون وتوقيع العقاب⁽³⁾.

وإن كان المبدأ قد تقرر في الدستور الجزائري، والدستور أسمى القوانين إلا أنه على المشرع الجزائري النص عليه في الأحكام التمهيدية لقانون الإجراءات الجزائية، وهذا للتأكيد عليه باعتباره ضماناً رئيسياً للمتهم في الجانب الإجرائي.

المطلب الثاني: نتائج مبدأ أصل البراءة.

تم الذهاب إلى أن أصل البراءة ضماناً أساسياً في يد الأشخاص عامة والمتهمين خاصة لمواجهة جميع إجراءات التحري والتحقيق، وخصوصاً وأن المبدأ يبرئ ذمة الفرد ويجعله آمناً على نفسه وحرية من أي تعسف أو ظلم، فليس من السهل تحقيق الموازنة بين اتهام الفرد وهو بريء أو تبرئته وهو مجرم، والأخذ بمبدأ أصل البراءة يتمخض عنه نتائج هامة تعتبر في نفس الوقت ضمانات شرعية أساسية ومن بينها:

الفرع الأول: حماية الحرية الشخصية للمتهم: فقرينة البراءة تعد سياجاً يقي الحريات الشخصية من أي تعسف أو تحكم من طرف أجهزة التحري عن الجرائم، فالشخص لا يطالب بإثبات براءته التي هي أصل وحقيقة ثابتة⁽⁴⁾.

(1) ينظر: محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص: 231-232.

(2) عبد الله أوهابيه، ضمانات الحرية الشخصية أثناء مرحلة البحث التمهيدي الاستدلالي (الديوان الوطني للأشغال التربوية 2004) ص: 60.

(3) عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري (التحري والتحقيق)، (دار هومة، طبعة 2004) ص: 24.

(4) ينظر: أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية (دار هومة، 2003) ص: 71.

والقانون وإن كان قد سمح لقاضي التحقيق بالقيام ببعض الإجراءات، فإنه قيده بأساليب وأشكال معينة، وهذه القيود تقسم إلى نوعين⁽¹⁾.

النوع الأول: وهو النوع الموضوعي والذي يتمثل في الأسباب الموضوعية الدافعة للخروج عن الأصل في الإنسان البراءة.

النوع الثاني: وهو النوع الشكلي والمتمثل في الإجراءات الجوهرية التي يستلزمها القانون عند المساس بالحريات والمتمثلة في نوع ثابت (البيان المكتوب كالتاريخ والتوقيع وتسبب أوامر التفتيش) ونوع متحرك (كالجس المؤقت أو حضور المتهم أثناء التفتيش).

الفرع الثاني: الشك يفسر لصالح المتهم.

فالأحكام في المواد الجنائية يجب أن تبنى على الجزم واليقين لا على الظن والاحتمال، ذلك أن بناء الأحكام على الجزم هو وحده يصلح لنفي الأصل وهو البراءة فالشك لا يصلح لنفي الأصل⁽²⁾. وأساس هذا المبدأ هو أن القاضي عندما لا يطمئن لثبوت التهمة ونسبتها للمتهم أو عندما تكون الأدلة المقدمة ضده غير كافية فيكون القاضي ملزماً بإصدار حكم البراءة⁽³⁾.

وتفسير الشك لمصلحة المتهم الذي يقول به أصحاب النظم المعاصرة يماثل ما قاله من قبل فقهاء الشريعة تماماً ضمن قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"⁽⁴⁾. كما أن قرينة البراءة تعني افتراض يراه كل شخص مهما كان وزن الأدلة أو قوة الشكوك التي تحيط به فهو بريء وهكذا ينبغي أن يعامل طالما أن مسؤوليته لم تثبت بمقتضى حكم نهائي وبات صادر عن القضاء المختص⁽⁵⁾.

الفرع الثالث: نفل عبء الإثبات على النيابة العامة.

إن مبدأ الأصل في الإنسان البراءة يقتضي عدم مطالبة المتهم بتقديم الأدلة على براءته ولو اضطر قاضي التحقيق إلى إصدار أمر بأن لا وجه للمتابعة لعدم كفاية الأدلة، ذلك أن أدلة الاتهام والمتابعة تلزم المدعي باعتباره متهماً⁽⁶⁾ فالأصل هو: المتهم بريء حتى تثبت إدانته نهائياً، وأن

(1) ينظر: درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي في ظل الإجراءات الجزائية الجزائرية، (منشورات عشاش، الجزائر)، ص: 62.

(2) علي عبد القادر القهوجي، قانون الاشتباه دراسة تحليلية انتقادية، (دار الجامعة الجديدة للنشر 1996) ص: 113.

(3) عبد الحميد الشواربي، الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقه النظرية والتطبيق، (منشأة المعارف 1996)، ص: 32.

(4) محمد محدة، ضمانات المشتبه فيه وحقوق الدفاع من العهد البربري حتى الاستقلال، (دار الهدى، الطبعة الأولى، 1991) ج 1، ص: 112.

(5) درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص: 66.

(6) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج 3، ص: 240.

عبء الإثبات على النيابة العامة التي تقوم بتحريك الدعوى العمومية ومباشرتها⁽¹⁾. فأصل البراءة يجعل المتهم غير مطالب بأي دليل على براءته وإنما ينقل هذا العبء على المدعي وهذا مأخوذ من الحديث «البينة على المدعي واليمين على من أنكره»⁽²⁾ وقوله صلى الله عليه وسلم «البينة أوجد في ظهرك»⁽³⁾ وقوله أيضاً «بينتك أو يمينه»⁽⁴⁾.

ولكن القول بأن عبء الإثبات يقع دائماً على النيابة العامة غير مسلم به كقاعدة عامة، لأن هناك بعض الاستثناءات عن مقتضى هذه القاعدة تضي على بعض البيانات قوة إثباتية خاصة، تدفع المتهم إلى إقامة الدليل على صحة دفاعه ومنها إثبات المتهم بتوافر سبب من أسباب الإباحة كالدفاع الشرعي، أو مانع من موانع المسؤولية كالإكراه⁽⁵⁾.

وخلاصة القول في هذا ضرورة الأخذ بالقاعدة العامة وهي نقل عبء الإثبات على النيابة العامة، لأن هذا أضمن للمتهم، أما الاستثناءات فيجب تحديدها وعدم الخروج بها عن لب القاعدة في عدم إلزام المتهم بالإثبات وهذا حتى لا تفقد القاعدة شرعيتها.

المطلب الثالث: تطبيقات مبدأ أصل البراءة في الفقه الجنائي الإسلامي.

إن مبدأ الأصل في الإنسان البراءة حتى تثبت إدانته بحكم بات، مبدأ عام عرفته الشريعة الإسلامية منذ أربعة عشر قرناً وهو مستمد من قاعدة "درء الحدود بالشبهات" هاته القاعدة التي لها الفضل في الإجابة عن بعض الشكوك التي تلازم العقول المريضة والتي أساسها القول بانعدام الإنسانية في الشريعة الإسلامية، وتميز النظام العقابي الإسلامي بالقسوة وعدم الرحمة، وهذا ما

(1) قرار صادر يوم 25 أكتوبر 1985 القسم الأول للغرفة الجنائية الثانية الطعن رقم 131، 35، جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية (الديوان الوطني للأشغال التربوية 2001)، ص: 17.

(2) أخرجه: الترمذي، السنن، كتاب الأحكام، باب (ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه). رقم الحديث (1341)، 626/3، من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ (البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه).

قال الترمذي: (هذا الحديث في إسناده مقال، ومحمد بن عبد الله العزرمي يضعف في الحديث من قبل حفظه، ضعفه ابن المبارك وغيره).

قبل في "التلخيص": رواه الترمذي، والدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وإسناده ضعيف)، 229/4.

جاء في نصب الراية (والحديث في الصحيحين بلفظ): لكن اليمن على المدعى عليه، 214/4.

(3) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب المكاتب (الشهادات: باب "إذا ادعى عن قذف فله أن يلتمس البينة وينطلق لطلب البينة"، رقم الحديث (35)، 11/4.

(4) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب التفسير، باب "إن الذين يشتركون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم..." رقم الحديث (4550)، فتح الباري: 213 / 8.

(5) ينظر، درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص: 64.

دفعني إلى ضرورة دراسة هذه القاعدة إن صح تسميتها بذلك، وإلقاء الضوء على أسسها وبيان ضوابطها، وترجيح الأخذ بها عند الجمهور. (في اعتبار حديث الشبهات) وإن خالفهم ابن حزم. فالأخذ بأصل "درء الحدود بالشبهات" ضماناً للمتهم في كفالة حقه في الأمن، خصوصاً في جرائم الحدود، هاته الجرائم التي عقوبتها محددة من الشرع، ولا سلطة لولي الأمر في التصرف في الجزاء الخاص بها، إلا إمكانية تضيق توقيع عقوبات الحدود، بتأكيد أصل "درء الحد بالشبهة". ومن الشبهات التي قيلت بهذا الخصوص: أن النظام العقابي في الإسلام نظام قديم، فيجب أن يتطور ليتناسب مع المتغيرات، ومنها أيضاً أن العقوبات الإسلامية قاسية وغلظة وبدائية ولا تتناسب مع كرامة الإنسان لأنها عقوبات بدنية، تصيب جسد الإنسان⁽¹⁾. ولأهمية أصل البراءة في تحقيق الأمن الفردي، وكذا بيان حكمة ومقصد الشارع من تحديد وتشديد عقوبات الحدود، سأحاول الرد على هاته الشبهات وذلك بالتأكيد على قاعدة "درء الحدود بالشبهات" فليس أعظم من الرد على الشبهات بتأصيل قاعدة درء الحدود بالشبهات؟! **الفرع الأول: تعريف الشبهة.**

البند الأول لغة: والشبهة في اللغة الالتباس، وأمور مشتبهة، ومشبهة مشكلة يشبه بعضها بعضاً⁽²⁾

البند الثاني: تعريف الشبهة شرعاً: وردت تعريفات عدة للشبهة ومنها:

أ- تعريف الحنفية: اسم لما يشبه الثابت وليس ثابتاً⁽³⁾

وتعريف الحنفية للشبهة تعريف قاصر وغامض ليس له مدلول أو معنى.

ب- تعريف أبو زهرة "الحال التي يكون عليها المرتكب أو تكون بموضوع الارتكاب ويكون معها المرتكب معذوراً في ارتكابها، أو يعد معذوراً عذراً يسقط الحد، ويستبدل به عقاب دونه⁽⁴⁾."

وتعريف أبو زهرة للشبهة، قَرَّب قليلاً معناها، لكنه تعريف "غير مستقيم" من حيث الألفاظ المتداولة في التعريف (مرتكب، ارتكاب) والتي شوشت نوعاً ما في فهم التعريف.

وربما عدم التحديد في معنى الشبهة لغة، أدى إلى صعوبة إيجاد تعريف لها اصطلاحاً، كما أدى إلى الالتباس في الأخذ بالقاعدة أو عدم الأخذ بها.

(1) ينظر في الشبهتين، والرد عليهما، محمد نعيم ياسين، الوجيز في الفقه الجنائي الإسلامي، ص: 135 وما بعدها.

(2) ابن منظور، لسان العرب، ج 13، ص: 504.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 7، ص: 36.

(4) أبو زهرة، العقوبة، ص: 199.

ج- تعريفه الشبهة: والتعريف الذي يمكن اقتراحه للشبهة هو "الحال المؤدي لاستبدال عقوبة الحد بأخرى، أو سقوطها، لقصور في إثبات الجريمة".

الفرع الثاني: حجبتها .

ذهب الفقهاء في اعتبار الشبهات مسقطة للحدود على مذهبين:

المذهب الأول: هو رأي جمهور الحنفية، والمالكية والشافعية والحنابلة والقاضي بضرورة العمل بقاعدة درء الحدود بالشبهات.

المذهب الثاني: وهو رأي ابن حزم، الذي خالف رأي الجمهور، وذهب إلى عدم اعتبار الشبهة مسقطة للحدود⁽¹⁾.

الفرع الثالث: أصل أدلة الجمهور وابن حزم في اعتبار أو عدم اعتبار الشبهة .

البند الأول: أدلة الجمهور في الأخذ بالشبهة.

هناك أدلة كثيرة من الأحاديث أو من آثار الصحابة أوردها الجمهور للتأكيد على اعتبار الشبهة مسقطة للحد.

أولاً: من السنة.

أ- عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ادروا الحدود بالشبهات ما استطعتم، فإن كان له مخرجاً، فاخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو، خير من أن يخطئ في العقوبة"⁽²⁾.

ب- عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "أدفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً"⁽³⁾.

ت- قوله صلى الله عليه وسلم: "لو رجعت أحد بغير بينة، فقل لا تلك امرأة كانت تظهر في الإسلام السوء". قال أبو صالح وعبد الله بن يوسف خذلاً⁽¹⁾.

(1) ابن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري (دار الفكر، 1988)، ج12، ص:57.

(2) سبق تخريجه في ص: 97.

(3) سبق تخريجه في ص: 97.

ث - قوله عليه السلام: "لو كنت راجماً أحداً بغير بينة، لرجمت فلانة فقد ظهر منها الريبة في منطقتها وهيئتها ومن يدنل عليهما"⁽²⁾.

ثانياً: آثار الصحابة: ومنها.

أ - عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: "لأن أخطئ في درء الحدود بالشبهات أحب إليّ من أن أقيمها بالشبهات"⁽³⁾.

ب - عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما قال: "أدرءوا الحدود بالشبهات، أذفَعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم"⁽⁴⁾.

البند الثاني: أدلة ابن حزم في عدم الأخذ بحديث الشبهات.

عضد ابن حزم رأيه في عدم اعتبار الشبهة في إسقاط الحد بالأدلة التالية:

أ - قوله تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾⁽⁵⁾، فحدود الله معتبرة شرعاً ولا يحل انتهاكها⁽⁶⁾.

ب - قوله عليه السلام: « الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهاة لا يعلمها كثير من الناس»⁽⁷⁾، فاستدل ابن حزم ومنه القاضي مطالب أن لا يقع في المشتبهات فيقول "... وهكذا نقول أنه من جهل أحرام هذا الشيء أم حلال؟ فالورع له أن يمسك عنه، ومن جهل أفرض هو أم غير فرض؟ فحكمه ألا يوجبه؟ ومن جهل أوجب الحد أم لم يجب فغرضه أن لا يقيمه لأن الأعراس والدماء حرام"⁽⁸⁾.

(1) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب الطلاق، "باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: لو كنت راجماً بغير بينة"، رقم الحديث (53)، 97/7.

(2) أخرجه: ابن ماجه، السنن، كتاب الحدود، "باب من أظهر الفاحشة"، رقم الحديث (2559)، 855/2.

قال البوصيري في مصباح الزجاجة: "هذا إسناد صحيح رجاله ثقات وله شاهد في الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عباس أيضاً وهو هذا، وقد روى الحديثين ابن ماجه" 106/3.

وجاء في مجمع الزوائد، "إسناده صحيح ورجاله ثقات" 855/2.

(3) سبق تخريجه، ص: 97.

(4) سبق تخريجه، ص: 97.

(5) القرآن الكريم، سورة البقرة، 229.

(6) ابن حزم، المحلى بالآثار، ج12، ص: 58.

(7) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب الإيمان، باب "فضل من استبرأ لدينه"، رقم الحديث (51)، 35/1.

(8) ابن حزم، المحلى بالآثار، ج12، ص: 60.

ت- يعتبر ابن حزم أن حديث " ادرؤوا الحدود بالشبهات" والنصوص الأخرى، لم توضح معنى الشبهات وأنوعها ولم تضبطها فيقول: "فليس لأحد أن يقول في شيء لا يريد أن يسقط به حداً، ليس هذا شبهة إلا إذا كان لغيره أن يقول بل هو شبهة، ومثل هذا لا يحل استعماله في دين الله" (1).

الفرع الرابع: مناقشة الأدلة.

البند الأول: مناقشة أدلة الجمهور

وأهم ما وجه لأدلة الجمهور، هو الضعف الذي يتخلل أسانيدها، فحديث عائشة في سنده بن أبي زياد الذي ضعفه الترمذي وقال عنه البخاري منكر الحديث (2).

ذهب ابن حزم إلى أن الطرق التي ورد منها الحديث، ليس فيها عن النبي صلى الله عليه وسلم نص، ولا كلمة، وإنما هي عن بعض أصحابه من طرق كلها لا خير فيها (3).

الرد على الانتقادات الموجهة للجمهور: ويمكن أن يرد عليها بما يلي:

1- أن كثرة الروايات واختلافها بين الرفع والوقف يدل على أن الحديث له أصل في الجملة (4). فيقول الكمال بن الهمام "فحيث ذكره صحابي حمل على الرفع وأيضاً إجماع فقهاء الأمصار على أن الحدود تدرء بالشبهات" (5).

2- وردت أحاديث وآثار غاية في الصحة تؤيد الأخذ بالمبدأ ويدل على ذلك التطبيق العملي للرسول صلى الله عليه وسلم كإقراره بأن إمام المسلمين إذا أخطأ فأصدر العفو عن الجاني، كان خير من أن يخطئ بعقاب بريء (6)، ويقول بن الهمام: "فكان هذا المعنى مقطوعاً بشوته من جهة الشرع فكان الشك فيه شكاً في ضروري، فلا يلتفت إلى قائله ولا يعول عليه" (7).

(1) ابن حزم، المحلى بالآثار، ج12، ص:60.

(2) ينظر في الحكم عن الأحاديث ص: 97. وعبد السلام محمد الشريف العالم، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، ص: 268، 269.

(3) ابن حزم، المحلى بالآثار، ج12، ص:59.

(4) عقيلة حسين، الشبهات المسقطة للحدود، (دار ابن حزم، الطبعة الأولى 2003) ص:27.

(5) الكمال بن الهمام، فتح القدير، ج5، ص: 249.

(6) عبد السلام محمد الشريف العالم، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، ص: 270.

(7) الكمال بن الهمام، فتح القدير، ج5، ص: 249.

- 3- إن الحديث تلقته الأمة بالقبول وعملت به، ولم يقم الصحابة، ولا التابعون ولا الفقهاء من بعدهم الحدود مع وجود الشبهات⁽¹⁾.
- 4- أن قاعدة درء الحدود بالشبهات لها أصل من الأحاديث الصحيحة، كقوله عليه السلام: "لو رجمت أحداً بغير بينة، ففقال لا تلك امرأة كانت تظهر في الإسلام السوء، قال أبو صالح ومحمد الله بن يوسف خذلاً"⁽²⁾.
- 5- جاء في المغني "الحدود تدرأ بالشبهات. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن الحدود تدرأ بالشبه"⁽³⁾.
- 6- ذهب أبو زهرة إلى أن "الحد يدفع بكل شبهة تذهب اليقين في الأمر الموجب للحد، وفي هذا أيضاً تضييقاً للعقاب وجعله رمزاً مانعاً، بدل أن يكون عاماً جامعاً، وحسب المؤمنين أن تكون هناك يد مقطوعة كل عام ليكون ذلك مانعاً زاجراً، يجعل كل سارق يتربص مثل ما نزل بغيره فيكون الامتناع عن السرقة"⁽⁴⁾.

البند الثاني: الرد على أدلة ابن حزم.

إن ما أورده ابن حزم من أدلة لا يُعدُّ كافياً لبيان موقفه، خصوصاً وأنها أدلة عامة لا تؤيد ما ذهب إليه، خلافاً لأدلة الجمهور والتي عضدت الحديث بكثرة طرقه، وبالواقع العملي، ويتصحح الفقهاء لبعض الأحاديث، وتأكيد بعضهم على قاعدة درء الحدود بالشبهات.

وسأحاول الرد على أدلة ابن حزم في النقاط التالية:

- 1- الاستدلال بالآية "تلك حدود الله فلا تعتدوها"⁽⁵⁾، ليس فيه نص على أنه إذا قامت الشبهة وسقط الحد تعدي على حدود الله، ويفسر هذا عدم أخذ الفقهاء للشبهة على إطلاقها بل بضوابط وشروط محددة، فحدود الله لا تتعطل إذا وجد القاضي شبهة قوية أسقط بموجبها الحد، ولهذا نجد الحكمة الإلهية راعت ذلك في جرائم الحدود، فجعلت نظام الإثبات فيها يخضع لأدلة قطعية وشروط محكمة.

(1) عقيلة حسين، الشبهات المسقط للحدود، ص: 27.

(2) سبق تخريجه، ص: 42.

(3) ابن قدامة المقدسي، المغني ويلييه الشرح الكبير، (دار الكتاب العربي، 1983)، ج 10، ص: 155.

(4) أبو زهرة، العقوبة، ص: 199.

(5) القرآن الكريم، سورة البقرة، 229.

2- أما استدلاله بالحديث "الحلال بين والحرام بين"⁽¹⁾ في أن القاضي مطالب بأن لا يقع في المشتبهات، فهذا يرد عليه بأن للشبهة ضوابط معينة وقيود خاصة، بموجبها يتحرى القاضي ويبدل قصارى جهده في سبيل إثبات الشبهة، أو إسقاطها، فالقاضي ملزم بعدم إسقاط الحد هكذا عن تشهبي، لأن إقامة الحدود واجبة.

3- ذهب ابن حزم إلى أن الحديث لم يوضح معنى الشبهة وأنواعها وضوابطها ويرد عليه بأن عدم التوضيح ليس سبباً في رد الحديث، بل أن الأحاديث تأتي في مجملها تأصيلاً للأحكام، ثم يتكفل الفقهاء بشرحها والتأكيد على صحتها، كما أن اختلاف الفقهاء في تحديد معنى الشبهة، وعدم اتفاقهم على ضوابطها ليس معناه ردهم للحديث، بل أن الاختلاف رحمة، وهو الذي يؤكد اهتمامهم بقاعدة "درء الحدود بالشبهات".

4- أن الفقهاء لم يناقشوا قاعدة درء الحدود بالشبهات على أساس أنها مسقطة للحد أم لا؟ فهذا مسلم به عندهم، خصوصاً والحديث الخاص بالقاعدة معضد بطرق شتى، ومؤيد بالأحاديث الصحيحة والجمهور اتفق على ضرورة الأخذ به، بل الخلاف كان في نوع الشبهات وضوابطها وأركانها... الخ.

5- أما الرد القوي، فهو أن ابن حزم نفسه يأخذ بقاعدة درء الحدود بالشبهات فيعتبر أن المكروه على شرب الخمر أو المضطر إلى شربها لا حد عليه، والإكراه والاضطرار شبهتان عند جمهور الفقهاء⁽²⁾.

6- الواقع العملي يستلزم الأخذ "بقاعدة درء الحدود بالشبهات"، فالقاضي من واجبه إذا وجد شبهة قوية يستبدل (عقوبة الحد بأخرى، فهذا حق وضمنان للمتهم، خصوصاً أن عقوبات الحدود شديدة، فليس من السهل توقيفها.

أما إذا لم تكن الشبهة قوية، وكانت تدور بين الظن والشك فلا تصلح درعاً لوقاية المتهم من جزاء الحد، ولهذا يجب الحذر في الأخذ بالشبهة، لأن المقصد إقامة حدود الله.

وخلاصة القول في هذا أن ابن حزم لا يرد قاعدة الأخذ بالشبهة إسقاطاً للحد وإن كان ظاهر الأدلة يوحي بذلك، بل يحاول تضييق القاعدة وعدم الأخذ بها على إطلاقها حتى لا تعطل حدود الله الواجب إقامتها، فيدعو إلى عدم توسيع نطاق الشبهة، وفي هذا يمكن تأييده، فالقاضي

(1) سبق تحريجه، ص: 103.

(2) ينظر في هذا الرد: عقيلة حسين، الشبهات المسقطة للحدود، ص: 75.

يجب أن يكون مجتهد وذكي حتى يمكنه الموازنة بين التقليل من توقيع عقوبات الحدود - وذلك بالأخذ بقاعدة الشبهات المسقطة لها- وبين ضرورة إقامة الحد وإسقاط الشبهة لعدم قوتها، وهذا كله حفاظاً على حق الله وتحقيقاً لمصلحة الجماعة في الزجر ومصلحة الفرد في تخفيف العقوبة وفوق هذا كله عدم ضياع الحكمة الإلهية من تشريع عقوبات الحدود.

الفرع الخامس: ضوابط الشبهة.

إن الفقهاء لم يطبقوا قاعدة درء الحدود بالشبهات على إطلاقها بل وضعوا ضوابط خاصة بالشبهة، بحيث إذا وجدت أسقط الحد وإلا فلا؟ ومن هاته الضوابط ما يلي:

أولاً: إذا كان الاعتداء في موضع لا يظن الجهل فيه يكون شبهة تمنع إقامة الحد، وإذا كان الإنسان في موضوع لا يظن الجهل فيه، كمن يدعي أن مال أي إنسان غيره له فيه حق، بحيث ينكر مبدأ السرقة شرعاً، فذلك مما لا يلتفت إليه⁽¹⁾. فالشبهة هنا تعلقت بشخص الجاني.

ثانياً: لا تكون الشبهة قوية إلا إذا تعلقت بملكية المسروق أو ظن الملك، كمن سرق مالاً من ابنه أو أقاربه، ولا يلتفت إلى الحيل التي يلجأ إليها السارق هروباً من إقامة الحد عليه⁽²⁾، فالشبهة تعلقت بالمحل، فيجب أن يكون ملكاً لصاحبه "مشروعية المحل".

ثالثاً: الشبهة تتحقق في حق من اشتبه عليه، ولا تتحقق في حق من لم يشته عليه، كأن يظن غير الدليل دليلاً، فلا بد من الظن لتقوم الشبهة⁽³⁾. فهذه الشبهة تتعلق بإدراك الجاني، فالذي يشته عليه فعل التجريم ليس كالمقاصد له، وأساس هاته الشبهة الظن، فلا شبهة مع يقين وجزم.

رابعاً: لا يقام الحد على الجاني إلا إذا ثبتت الجريمة بالإقرار أو الشهادة وليس كل إقرار تنفذ به العقوبة، بل لا بد من تمسك المقر بإقراره مدة المحاكمة فإن رجع عن إقراره كانت الشبهة متحققة ولا مجال لإقامة الحد⁽⁴⁾.

فهذا الضابط يتعلق بضرورة التحري لإثبات الشبهة وهذا لكي تكون هذه الأخيرة قوية، ويعتبر من أهم الضوابط، حيث أن الشارع الحكيم شدد في طرق إثبات جرائم الحدود، فإذا وجدت شبهة قوية ومتمينة بشهادة الشهود العدول أسقط الحد.

(1) عبد السلام محمد الشريف العالم، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، ص: 272.

(2) عقيلة حسين، الشبهات المسقطة للحدود، ص: 89.

(3) عبد السلام محمد الشريف العالم، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، ص: 273.

(4) ينظر: عقيلة حسين، الشبهات المسقطة للحدود، ص: 91 وما بعدها.

و ضوابط الشبهة كثيرة ومتراطة، فمنها ما يتعلق بشخص الجاني وإدراكه وقصده، ومنها ما يتعلق بمشروعية المحل، ومنها ما يخص ضرورة التثبت والتروي والتحقق للقول بالشبهة، وهذا ضماناً لعدم إسقاط حدود الله تعالى ، وكذا عدم حرمان المتهم من حقه في عدم تطبيق الحد عليه، وتبقى المسؤولية مسؤولية القاضي في تقرير صالح الفرد والجماعة.

الفرع السادس: أقسام الشبهة .

تعرض الفقهاء إلى الشبهة، وقسموها إلى أنواع مختلفة ومن بينهم:

البند الأول: تقسيم المالكية.

قسم المالكية الشبهة إلى أقسام ثلاث وهي "شبهة في الواطي"، "شبهة في الموطوءة"، و"شبهة في الطريق"⁽¹⁾.

البند الثاني: تقسيم الشافعية.

وقسم الشافعية الشبهة إلى ثلاث أقسام وهي "شبهة في المحل"، "شبهة في الفاعل"، وشبهة في الجهة"⁽²⁾.

أما عقيلة حسين فقد قسمت الشبهات، وأفاضت في ذلك بحيث جعلت شبهات متعلقة بالقصد الجنائي " الخاصة باختيار الجاني، والخاصة بإدراك الجاني"، وشبهات متعلقة بالإباحة "شبهة الملك شبهة العقد"، وشبهات متعلقة بالإثبات " الشبهات المتعلقة بالإقرار، الشبهات المتعلقة بالشهادة"⁽³⁾.

كما أنها أرتقت بمفهوم الشبهة من التمثيل لها فقط بأمثلة الزنا إلى ذكر كل الأحكام والضوابط الخاصة بكل شبهة، فالفقهاء وإن كان لهم الفضل في التحدث عن أحكام الشبهات، إلا أن ذكر هاته الأحكام متناثرة ضمن مسائل شتى فيه صعوبة على الأفراد، مما يجعل التقسيم الذي أوردته عقيلة حسين للشبهات تقسيم منهجي يقتضيه زمن التبويب والترتيب.

الفرع السابع: آثار الشبهة .

(1) القراني، الفروق، ج4، ص: 172-173.

(2) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص: 109.

(3) ينظر: عقيلة حسين، الشبهات المسقطه للحدود، ص: 91 وما بعدها.

الشبهة القوية تمحو وصف الجريمة، فلا يكون الفاعل قد ارتكب حراماً، بل تكون الحرمة فيه صورية ويكون في مرتبة العفو، ولكن إذا سقط الحد في السرقة ولو بشبهة قوية، فإن رد المال واجب لأنه حق للعبد ولا يقبل إلا برضا صاحبه⁽¹⁾.

وذهب عبد القادر عودة إلى أن المتهم يبرأ من الجناية المنسوبة إليه في ثلاث حالات⁽²⁾.

الحالة الأولى: إذا كانت الشبهة قائمة في ركن من أركان الجريمة، كمن زفت إليه غير زوجته فأتاها على أساس ذلك، فلا يعاقب لا حداً ولا تعزيراً، ويحكم ببراءته لانعدام القصد الجنائي.

الحالة الثانية: أن تكون الشبهة قائمة في انطباق النص المحرم على الفعل المنسوب للمتهم، كمن تزوج بلا شهود ولا ولي، فلا يعاقب لا حداً ولا تعزيراً.

الحالة الثالثة: أن تكون الشبهة قائمة في ثبوت الجريمة، فإذا شهد شخصان على آخر، بأن شرب خمراً، ثم عدلا عن شهادتهما، ولم يكن هناك دليل آخر درى الحد.

وإذا كانت الشبهة ضعيفة فإنها تسقط الحد ولا تمحو وصف الجريمة، فالتحريم ثابت، فإذا سقطت عقوبة الحد فوراء ذلك عقوبة التعزير⁽³⁾، ومثاله: الأب يدرأ عنه الحد في سرقة مال ولده ولكنه يعزر، لأن الدرء كان لشبهة حكمية أي شبهة في المحل⁽⁴⁾.

أثر قاعدة درء الحدود بالشبهات على جرائم التعازير: الأصل في قاعدة درء الحدود بالشبهات أنها وضعت لجرائم الحدود، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع تطبيقها على جرائم التعازير، وعلّة ذلك أن هذه القاعدة وضعت لتحقيق العدالة ولضمان صالح المتهمين، وليس من وراء في أن كل متهم في حاجة إلى توفير هذين الاعتبارين أو الضمانين سواء كان متهماً في جريمة من جرائم الحدود أو التعازير⁽⁵⁾.

المطلب الرابع: الرد على شبهة قساوة العقوبة (العقوبة المقررة للحدود) في الإسلام.

(1) أبو زهرة، العقوبة في الفقه الإسلامي، ص: 239.

(2) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج1، ص: 214، 215.

(3) أبو زهرة، العقوبة في الفقه الإسلامي، ص: 240.

(4) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج1، ص: 215.

(5) ينظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، "دراسة مقارنة بالفقه الغربي" (منشورات الحلبي الحقوقية،

لبنان الطبعة الثانية 1998)، ج3، ص: 50. ومحمد سعيد عبد القادر، فقه القضاء في الإسلام "مقارناً بالفقه القضائي الحديث

وأحدث قواعد قضاء النقض (منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، 2002) ص: 50.

إن العقوبات موانع قبل الفعل، زواج بعده، أي أن العلم بشرعيتها يمنع الاقدام على الفعل وإيقاعها بعده يمنع العودة إليه⁽¹⁾ والحدود كفارات لأربابها، لأن في إقامتها كسراً لشوكة الظالمين، وإخافة لأهل الشر والمفسدين، وحفظاً للمجتمع من الهلاك والفساد والضياع، وهي ليست زاجرات فقط، بل أنها جوايز للمحدود "أي الذي أقيم عليه الحد"⁽²⁾، ويمكن إجمالاً الرد على شبهة قساوة العقوبة في الإسلام بالأمور الآتية:

الفرع الأول: طبيعة الجريمة.

فخطورة الجرائم التي خصها الإسلام بتلك العقوبات - جرائم الاعتداء على النفس وجرائم الحدود - في جملتها اعتداءات صارخة على جميع الأنظمة الأساسية التي يقوم عليها أي مجتمع.

الفرع الثاني: طبيعة النظام الإسلامي.

هذا النظام المتكامل الذي يلبي كل نداء للفترة، ويقرر حق الأفراد في الحياة الكريمة، ويظهر المجتمع من مستنقعات الرذيلة، وفي الجملة يعمل على وقاية المجتمع من جميع الأسباب التي تؤدي إلى الانحراف والحاكم مسؤول عن توفير ذلك كله⁽³⁾.

الفرع الثالث: إرساء الضمانات.

الاحتياطات والضمانات الكثيرة والتي أحاطها الإسلام بتطبيق تلك العقوبات وتنفيذها، والتي تبدأ من يوم اتهام المتهم حتى إدانته أو براءته، والتي منها: التشدد في إثبات الجرائم، ودرء الحدود بالشبهات، والتشديد على الخطأ في إنزال العقاب وتهوين الخطأ في العفو، وبهذه الاحتياطات لا تطول العقوبات في الإسلام، إلا من جاهر بجريمته وتبجح بها واستهتر بمصالح الجماعة⁽⁴⁾.

الفرع الرابع: فعالية العقوبة.

فحكمة الشارع من تشديد العقوبات الخاصة بالحدود يعود إلى فعالية عقوبات الحدود في زجر الآخرين، وهذا ما أشار إليه أبو زهرة بقوله "وحسب المؤمنين أن تكون هناك يد مقطوعة كل

(1) أحمد فتحي بھنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، ص: 13.

(2) عبد المنعم أحمد بركة، في أساسيات التشريع الجنائي الإسلامي، (مركز الإسكندرية للكتاب)، ص: 21.

(3) ينظر: محمد نعيم ياسين، الوجيز في الفقه الجنائي الإسلامي، ص: 141 وما بعدها.

(4) ينظر، محمد نعيم ياسين، الوجيز في الفقه الجنائي الإسلامي، ص: 141 وما بعدها.

عام ليكون ذلك مانعاً زاجراً، يجعل كل سارق يتربص مثل ما نزل بغيره فيكون الامتناع عن السرقة¹

الفرع الخامس: تحقيق المقصد من العقوبة.

وفي هذا المعنى يقول العز بن عبد السلام "ربما كانت أسباب المصالح مفسد فيؤمر بها أو تباح، لا لكونها مفسد، بل لكونها مؤدية إلى المصالح، وذلك كقطع الأيدي المتأكلة حفظاً للأرواح، وكالمخاطرة بالأرواح في الجهاد، وكذلك العقوبات الشرعية كلها ليست مطلوبة لكونها مفسد، بل لأدائها إلى المصالح المقصودة من شرعيتها، كقطع يد السارق، وقطاع الطريق، وقتل الجناة، ورجم الجناة، وجلدهم وتغريبهم، وكذلك التعزيرات، كل هذه المفسد أوجبها الشرع لتحصيل ما رُتب عليها من المصالح الحقيقية، وتسميتها بالمصالح من مجاز تسمية السبب باسم المسبب" (2).

وختاماً للرد أقول بأن الشارع الحكيم لما شدد في عقوبات جرائم الحدود كان ذلك لخطورتها من جهة، ولتحقيق المقصد منها من جهة أخرى، ومع ذلك أقر بسقوط الحد عند وجود الشبهة القوية. فما هو الأفضل يا ترى؟ أن تكون العقوبة زاجرة رادعة شديدة وقاسية تمنع الأفراد من التفكير في الجريمة قبل الاقتراب منها ولا تطبق هاته العقوبة إلا أحياناً، أم أن تفقد العقوبة الغاية من تقريرها، والمقصد من تشريعها، وتشجع المجتمع على ارتكاب الرذيلة والمجاهرة بالحرام؟! ومع هذا كله فالواقع ربما أنحرف لتصديق شبهة قساوة العقوبة في الإسلام. فجرائم الحدود ترتكب وعقوبتها لا تكاد تطبق! بل إن الجريمة اختلطت معالمها، وتشابكت خيوطها، بحيث أصبحت ترتكب جهاراً، ويفلت مرتكبها من العقاب، أو يعاقبون بعقاب أشبه بالجزاء منه إلى العقاب، بحيث ينعم المجرمين برغد العيش في السجون، وتقرر لهم حقوق أفضل من غيرهم، وبالتالي يعاودون الجرم مرات ومرات ...

وفي الأخير يمكن القول أن مبدأ أصل البراءة ضماناً قوياً لامتلاك حق الأمن الفردي، فالفرد في ظلّه ينعم بالأمن والأمان لأن الأصل فيه البراءة وعدم إمكانية اتهامه ابتداءً، وأن الشريعة الإسلامية سبقت القوانين الوضعية في تقرير هذا المبدأ بقواعد أصولية.

والأصل العام في الشريعة الإسلامية هو تطبيق العقوبات الخاصة بجرائم الحدود، وإن كانت هناك إمكانية تخفيفها أو استبدالها بوجود الشبهة القوية، فالاختلاف الواقع بين الفقهاء ليس من

(1) أبو زهرة، العقوبة في الفقه الإسلامي، ص: 199.

(2) عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، (دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 2003) ص: 17-18.

باب الأخذ بقاعدة درء الحدود بالشبهات أم لا؟ لأن هذا مجمع عليه. بل أن الخلاف كان قائم حول أنواع الشبهات وضوابطها وأسسها. وإن كان ظاهر الأدلة يوحي بغير ذلك، والأحوط هو تطبيق الجزاء المقرر للحد، وتضييق دائرة الأخذ بالشبهات وهذا لعدم إهدار حقه تعالى وكذا لعدم القسوة على الأفراد.

أما تشديد العقوبات في الإسلام فأساسه تحقيق مقاصد شرعية في سبيل الزجر والردع ووقاية المجتمع من الرذيلة في ظل إنسانية الشريعة، وهاته العقوبات لا ينظر إليها بمنظار القصور أي من باب كونها مفسد، بل ترتقي الأعين للنظر إليها من حيث كونها مؤدية إلى المصالح.

المبحث الثاني: حق الأمن الفردي في مرحلة التحقيق الابتدائي.

إن من مستلزمات قرينة البراءة عدم التعرض للمتهم حتى تثبت إدانته خصوصاً في المرحلة الأولى من التحقيق وهي "مرحلة التحقيق الابتدائي" فالقضاة والمحققون ملزمون بتطبيق القاعدة الخاصة بقرينة البراءة تجنباً للإضرار بالحرية والسلامة الشخصية وتحقيقاً للأمن الفردي. والشريعة الإسلامية أقرت للمتهم ضمانات أساسية وقواعد هامة في التشريع الجنائي الإسلامي كقاعدة "الأصل براءة الذمة" وقاعدة "البينة على المدعي واليمين على من أنكر" وكذلك قاعدة "اليقين لا يزول بالشك" فمن خلال الضمانات التي أقرتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية يمكن معرفة مدى تمتع الفرد بحقه في الدفاع، وكذا حقه في نفي التهمة عنه، وخصوصاً في مرحلة التحقيق الابتدائي لأن هاته المرحلة نقطة فاصلة في حياة المتهم، قد يلامس القضاء العدالة وينصف المتهم في ظل الضمانات المحيطة به، وقد يظل القضاء وينحرف عن الحقيقة ويدان الفرد دون وجه حق، فمعيار تمتع الأفراد بحق الأمن الفردي وضع ضمانات فعالة في ظل تشابك خيوط الجريمة وتباين مفاهيم العقوبة وكذا صعوبة تمييز الجناة رغم التطور العلمي والتكنولوجي.

المطلب الأول: مدلول المتهم والنظام الاتهامي والتحقيق الابتدائي.

الفرع الأول: التعريف بالمتهم والتفرقة بينه وبين ما يشتبه به.

البند الأول: تعريف المتهم لغته.

الوهم من خطرات القلب، والتهمة أصلها الوهمة، من الوهم، ويقال اتهمه، افتعال منه، يقال اتهمت فلاناً أي افتعلت أي أدخلت عليه التهمة⁽¹⁾.

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج12، ص:72-73.

فالمتهم هو الشخص المنسوب إليه الفعل أو التهمة، فقد يكون صاحبها فعلاً وقد تلفق إليه.

البند الثاني: تعريف المتهم في الفقه الإسلامي.

وهو من ادعى عليه فعل محرم يوجب عقوبته من عدوان يتعذر إقامة البينة عليه⁽¹⁾.

البند الثالث: تعريف المتهم في القانون الوضعي.

عرفه الدكتور محمد محدة بقوله "هو الشخص الذي حركت ضده دعوى جزائية قصد معاقبته عن الجريمة المرتكبة المنسوبة إليه، وذلك بوصفه إما فاعلاً أو شريكاً أو متدخلًا أو محرصاً في أي مرحلة من مراحل الدعوى ما دام لم يصبح الحكم عليه نهائياً"⁽²⁾. والملاحظ أن المتهم في التشريع الإسلامي يكفي لنسب الوصف عليه ادعاء شخص قيامه بفعل محرم، أما الفقه القانوني لا يسمي الشخص متهماً إلا بعد تحريك الدعوى الجزائية والدخول في متاهات القانون.

وميزة تعريف المتهم في الفقه الإسلامي هو ربط زوال صفة الاتهام بقيام البينة فالشخص يبقى متهماً ما دام لم ينف التهمة بظهور البينة، فالاتهام يلازم الشك والظن أما اليقين فمقترون بالبينة عكس القانون الوضعي الذي يربط الاتهام بصدور الحكم النهائي سواء كان هذا الأخير عن بينة أم ضلال.

البند الرابع: التفرقة بين المتهم والمشتبه فيه.

عرف محمد محدة المشتبه فيه بقوله "الشخص الذي بدأت ضده مرحلة التحريات لقيام قرائن تدل على ارتكابه الجريمة أو مشاركته فيها ولم تحرك الدعوى الجزائية ضده"⁽³⁾، فمعيار التفرقة بين المتهم والمشتبه فيه هو تحريك الدعوى الجزائية، وتحريكها يعني أن الدلائل التي توافرت في حق الشخص المشتبه فيه قوية و متماسكة وكافية لتوجيه الاتهام إليه، أما الذي لا تتوافر

(1) ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص: 128.

(2) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص: 18.

(3) محمد محدة، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، ج2، ص: 53.

في حقه إلا مجرد اشتباهات في ارتكابه جريمة ما فلا تكفي لتحريك الدعوى الجزائية قبله فيطلق عليه مشتبه فيه⁽¹⁾.

والمشرع الجزائري لم يضع مفهوماً خاصاً بالمشتبه فيه وآخر بالمتهم بحيث يمكن وضع أساس للفرقة بينهما⁽²⁾، بل اعتبرهما شخص واحد.

وعرفت ابتسام القزام المتهم بقولها " شخص يشتبه فيه القيام بجريمة بحيث يحال على محكمة الجنايات بموجب أمر إحالة صادر عن غرفة الاتهام"⁽³⁾، فالمشرع الجزائري اعتبر المتهم شخصاً مشتبهاً فيه، وربما التداخل بين مفهوم المتهم والمشتبه فيه وعدم وضع أساس قوي للفرقة بينهما هو الذي جعل المشرع الجزائري يتذبذب في تحديد وتمييز مصطلح كلاً منهما، خصوصاً وكلمة المتهم أقرب لنسب الفعل المجرم للشخص على الاكتفاء بلفظ المشتبه فيه.

فيمكن مطالبة المشرع الجزائري بضبط المصطلحات الخاصة بالاتهام أو الاشتباه أو توحيدها، وكذا تحديد معايير للدلائل القوية القائلة بالاتهام، والدلائل التي تعدو اشتباهات خاصة بوصف المشتبه فيه، وهذا ضماناً لعدم إطلاق الألفاظ دون مسوغ قانوني.

الفرع الثاني: مدلول النظام الاتهامي وطرقه.

البند الأول: مفهوم الاتهام.

الاتهام هو «اتخاذ قرار فتح التحقيق من طرف القاضي المفوض لذلك ضد شخص شارك في القيام بجريمة كفاعل أصلي أو شريك»⁽⁴⁾، وعرفه محمد محدة بقوله «صفة طارئة يوصف بها الشخص بعد توافر مجموعة من الأدلة، الظاهر فيها أنها تذهب إلى ادانته وهو ناتج عن تضاد بين حماية الحريات الفردية والأصل في الإنسان البراءة من جهة، والمحافظة على المصلحة الاجتماعية والنظام العام من جهة ثانية»⁽⁵⁾. وعرفه أحسن بوسقيعة: «الإسناد الرسمي إلى شخص مشتبه فيه وقائع مجرمة يجري قاضي التحقيق بشأنها تحقيقاً»⁽⁶⁾. فالاتهام هو بداية انفصال صفة البراءة عن الشخص بعد توافر الأدلة الخاصة بالإدانة، وهو مرحلة انتقالية حاسمة بين البراءة والاتهام.

(1) ينظر، درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص:24.

(2) ينظر أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، ص:34.

(3) ابتسام القزام، معجم المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، (1992) ص:154.

(4) ابتسام القزام، معجم المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، ص:154.

(5) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص:12.

(6) أحسن بوسقيعة، التحقيق القضائي، (الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الثانية منقحة ومتممة في ضوء القانون)، ص:26.

والمشرع الجزائري بين موقفة من الاتهام في نص المادة 89 (ق.إ.ج) حيث تنص الفقرة الثانية «... لا يجوز لقاضي التحقيق المناط به إجراءات تحقيق ما ولا لرجال القضاء وضباط الشرطة القضائية المعهود إليهم القيام بإجراء بمقتضى إنابة قضائية بغية إحباط حقوق الدفاع الاستماع إلى شهادة أشخاص تقوم ضدّهم دلائل قوية ومتوافقة على قيام اتهام في حقهم»⁽¹⁾.

البند الثاني: طرق الاتهام.

فتعتمد القوانين الإجرائية الوضعية في المجال الجنائي ومن بينها قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على منهج واحد في توجيه الاتهام ألا وهو الاتهام العمومي⁽²⁾.

الفقرة الأولى: سلطة النيابة العامة.

في النظام الجزائري تعتبر النيابة العامة جهة أصلية في تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها وهي قاعدة مستمدة من النظام التقييبي الذي يقوم بالادعاء فيه جهة عامة⁽³⁾، حيث نصت المادة 29 (ق.إ.ج) على «تباشر النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون»⁽⁴⁾، أما المادة 33 من القانون رقم 82-03، المؤرخ في 13 فبراير 1982 فتنص على «يمثل النائب العام النيابة العامة أمام المجلس القضائي ومجموع المحاكم، ويباشر قضاة النيابة الدعوى العمومية تحت إشرافه»⁽⁵⁾.

الفقرة الثانية: سلطة قاضي التحقيق.

حيث تنص المادة 67 (ق.إ.ج) على «لا يجوز لقاضي التحقيق أن يجري تحقيقاً إلا بموجب طلب من وكيل الجمهورية لإجراء التحقيق حتى ولو كان ذلك بصدد جنائية أو جنحة متلبس بها ويجوز أن يوجه الطلب ضد شخص مسمى أو غير مسمى. ولقاضي التحقيق سلطة اتهام كل شخص مساهم بصفته فاعلاً أو شريكاً في الوقائع المحال تحقيقها إليه»⁽⁶⁾، فإن كان القانون قد قيد قاضي التحقيق بالنسبة للوقائع واشترط عليه عدم إجراء تحقيقات في وقائع ظهرت إليه أثناء

(1) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 89، ص: 58.

(2) درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص: 17.

(3) عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، (2004)، ص: 32.

(4) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 29، ص: 20.

(5) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 33، ص: 22.

(6) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 67، ص: 43.

قيامه بعمله إلا بعد طلب إضافي من النيابة العامة، فإنه قد أعطاه حرية وحقاً في اتهام من يرى الأدلة ووسائل الإثبات تلزم اتهامه»⁽¹⁾.

الفرع الثالث: مفهوم التحقيق الابتدائي وخصائصه.

البند الأول: مفهوم التحقيق الابتدائي في القانون الوضعي.

إن التحقيق الابتدائي هو « ما تقوم به سلطة التحقيق من أعمال وما تصدره من قرارات وأوامر بهدف كشف الحقيقة فيما يتعلق بأمر جريمة وقعت تمهيداً لإحالتها إذا ما ارتأت ذلك إلى المحكمة المختصة»⁽²⁾. ولكن هذا التعريف قصر ماهية التحقيق الابتدائي على سلطة التحقيق ولم يذكر ما يقوم به رجال الضبطية القضائية من أعمال كسلطات مخولة لهم في التحقيق الابتدائي.

وعرفه محمد محدة بقوله « هو القيام بجميع إجراءات التحقيق من بحث وتححر والتي يراها قاضي التحقيق ضرورية للكشف عن الحقيقة، ويقرر ما يراه لازماً بشأنها بمجرد اعتبار التحقيق منتهياً، وذلك بأن لا وجه للمتابعة عند توافر أسبابه، أو إحالة الدعوى إلى المحكمة إذا كانت الأدلة كافية وهي من اختصاصها أو إرسال الملف مع أدلة الإثبات بمعرفة وكيل الدولة إلى النائب العام لدى المجلس القضائي قصد اتخاذ الإجراءات اللازمة لإرساله إلى غرفة الاتهام»⁽³⁾، وهذا التعريف وإن كان مفصلاً يبين مراحل التحقيق الابتدائي من بحث وتححر وإحالة الدعوى، إلا أنه قصر سلطة التحقيق على قاضي التحقيق ولم يتعرض لدور النيابة العامة وإن كانت سلطة اتهام.

ويصعب تحديد مفهوم دقيق للتحقيق الابتدائي لأن مراحلها تختلف من تشريع لآخر، والسلطات المخول لها القيام به تختلف كذلك من تشريع لآخر؛ ثم إن هناك استثناءات فليست كل القضايا على قدم المساواة في الإجراءات والتحريات الأولية.

البند الثاني: مفهوم التحقيق الابتدائي في ظل التشريع الجزائري.

(1) ينظر: محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص:25.

(2) سليمان عبد المنعم، إحالة الدعوى الجنائية من سلطة التحقيق إلى قضاء الحكم، (دار الجامعة الجديدة، 2002)، ص:28.

(3) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص:37-38.

ذهب محمد محدة إلى أن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري لا يوجد به تعريف لمرحلة التحقيق الابتدائي وإنما كل الذي فعله المشرع هو التعرض في بعض النصوص من حين لآخر إلى مهام قاضي التحقيق⁽¹⁾.

والمتتبع لقانون الإجراءات الجزائية الجزائري لا يجد تعريفاً خاصاً لمرحلة التحقيق الابتدائي باعتبارها مرحلة حاسمة في نسبة التهمة للمتهم أو نفيها عنه، وإن كان المشرع قد حدد سلطات قاضي التحقيق وكذا النيابة العامة في التحقيق الابتدائي، لكن عليه أن يضع مفهوم محدد لمرحلة التحقيق الابتدائي ويوضح السلطات المختصة بها أصلاً، ويحدد السلطات المتدخلة استثناءً وهذا للتأكيد على الضمانات المتوفرة للمتهم في هاته المرحلة وكذا لبيان موقفه من قضية الفصل أو عدم الفصل بين وظيفتي الاتهام والحكم⁽²⁾.

وإن كان الفقهاء أو شراح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري قد بينوا موقف المشرع الجزائري وهو الفصل بين سلطة الاتهام وسلطة التحقيق⁽³⁾، إلا أن النص صراحة على الفصل واستخراج الحكم من النص القانوني أضمن وأجدي.

والفصل بين سلطات الاتهام وكذا سلطة التحقيق له مزاياه وإن كانت الميزة الأساسية هي كونه يوفر ضمانات أكثر للمتهم فمصيره غير خاضع لسلطة واحدة أو هيئة معينة، بل أن هذه توجه الحكم وتلك تحقق، وهكذا يستطيع التحقيق أن يبرز ما أغفله الآخر، كما أن قاضي التحقيق لا ينفرد بالتحقيق كله ويخضع لرقابة النيابة العامة.

البند الثالث: خصائص التحقيق الابتدائي.

إن التحقيق الابتدائي مرحلة تحضيرية للمحاكمة ومن شأنه اكتشاف الأدلة وتقييمها قبل الإحالة إلى المحاكمة؛ وفي ذلك توفير لوقت القضاء وجهده، وضمانة للأفراد من الوقوف موقف

(1) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص37.

(2) ذهب محمود محمود مصطفى «إلى أن التشريع المصري ينفرد بنظام معيب فالتحقيق الابتدائي عندنا تنقصه أهم دعوماته وهي الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق فالنيابة في مصر تجمع في يدها السلطتين... فنفسية القائم بالاتهام لا تصلح للتحقيق لأنها نفسية الخصم في الدعوى». ينظر:

محمود محمود مصطفى، سرية التحقيقات الجنائية وحقوق الدفاع، (مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة السابعة عشر)، مطبعة جامعة فؤاد الأول (1947)، ص:5.

(3) (... ومن ثم فإنه ولأول نظرة يرى المطلع بأن قانون الإجراءات الجنائية قد فصل بين سلطة الاتهام وسلطة التحقيق). ينظر: محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، الجزء الثالث، ص:46.

الاتهام أمام القضاء بسبب التجني أو التسرع، وهو موقف عصيب على النفس لا يمحي أثره ولو قضي فيما بعد بالبراءة⁽¹⁾.

و للتحقيق الابتدائي خصائص جملة من بينها:

1- المفطرة الأولى: سرية التحقيق في مواجهة الجمهور.

التحقيق يجب أن يكون سرياً في مواجهة الجمهور ومن غير الخصوم، فعلاية التحقيق تشكل ضرراً بالغاً لمصلحة التحقيق والمتهم على حد سواء⁽²⁾.

أما المشرع الجزائري فلم يأخذ لا بنظام سرية التحقيق ولا بنظام علانيته بصفة مطلقة، وإنما حاول التوفيق بينهما⁽³⁾، وهذه فرصة للمشرع لبسط نفوذه وسلطته فهناك من الجرائم ما يحتاج للسرية، وهناك التي تتطلب العلانية، كما أن من المجرمين من يحتاج للتشهير والفضح ليرتدع هو وكل من تخول له نفسه الذميمة الإجرام، ومنهم من يكون مظلوماً بحاجة للستر وفي كل هذا يجب الحفاظ على حق الفرد وكذا حق المجتمع في الحد من الجريمة.

ونطاق السرية في التشريع الجزائري تجسده المادة 11 (ق.إ.ج.) حيث تنص «تكون إجراءات التحري والتحقيق سرية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ودون إضرار بحقوق الدفاع. وكل شخص يساهم في هذه الإجراءات ملزم بكتمان السر المهني بالشروط المبينة في قانون العقوبات وتحت طائلة العقوبات المنصوص عليها فيه»⁽⁴⁾.

أما العلانية فمثالها المادة 285 (ق.إ.ج.) حيث تنص «المرافعات علنية ما لم يكن في علانيتها خطر على النظام العام أو الآداب»⁽⁵⁾.

وحرص القانون الجزائري على ضرورة الحفاظ على سرية البحث والتحقيق الابتدائي، وأجاز متابعة من أخل بذلك تأديبياً وحتى جزائياً⁽⁶⁾، ومثال ذلك المادة 46 (ق.إ.ج.) «يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة مالية تتراوح بين 2000 إلى 20.000 دينار كل من أفشى مستنداً ناتجاً من التفتيش أو أطلع عليه شخصاً لا صفة له قانوناً في الإطلاع عليه وذلك بغير إذن من المتهم أو

(1) ينظر: عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، حقوق وضمانات المتهم في الشريعة الإسلامية والقانون، (دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 2000)، ص:10.

(2) ينظر: سليمان عبد المنعم، إحالة الدعوى الجنائية من سلطة التحقيق إلى قضاء الحكم، ص:53.

(3) جيلالي بغدادي، التحقيق دراسة مقارنة نظرية وتطبيقية، (الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى 1999)، ص:64.

(4) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة 11، ص:10.

(5) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 285، ص:170.

(6) جيلالي بغدادي، التحقيق، ص66-67.

من ذوي حقوقه أو من الموقع على هذا المستند أو من المرسل إليه ما لم تدع ضرورات التحقيق إلى غير ذلك»⁽¹⁾.

الفقرة الثانية: تدوين التحقيق.

إن تدوين التحقيق أمر لازم حتى يكون حجة الكافية، وحتى تكون إجراءاته أساساً صالحاً لما قد يبنى عليها من نتائج، تجمع أعمال التحقيق وجميع القرارات المتخذة في القضية المحقق فيها تجمع في ملف⁽²⁾.

والمشرع الجزائري ألزم حضور كاتب الضبط لتدوين محاضر التحقيق كاستجواب المتهم، وسماع الشهود ومعاينة مكان وقوع الجريمة.... ويجوز ندب غير كاتب الضبط المختص في حالة الضرورة بعد حلفه اليمين القانونية⁽³⁾. فتص المادة 68 (ق.إ.ج) «يقوم قاضي التحقيق وفقاً للقانون باتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة، بالتحري عن أدلة الاتهام وأدلة النفي.

وتحرر نسخة عن هذه الإجراءات وكذلك عن جميع الأوراق ويؤشر كاتب التحقيق أو ضابط الشرطة المنتدب على كل نسخة بمطابقتها للأصل وذلك مع مراعاة ما أشير إليه في الفقرة الخامسة من هذه المادة»⁽⁴⁾.

الفقرة الثالثة: سرعة إجراء التحقيق.

فمن خصائص التحقيق الابتدائي السرعة في جميع الإجراءات وهذا للأسباب:

أ- إذا كان المتهم بريئاً فسرعة إجراء التحقيق تجنبه المكوث مطولاً في قفص الاتهام، إذ لو استغرقت إجراءات التحقيق وقتاً مطولاً خاصة إذا كان المتهم محبوساً فإن ذلك سوف يضر به كلما طالت تلك المدة⁽⁵⁾.

(1) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 46، ص: 31-30.

(2) ينظر: محمد صبحي محمد نجم، شرح قانون الإجراءات الجزائية، (ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 1988)، ص: 52.

(3) ينظر: جيلالي بغدادي، التحقيق، ص: 63.

(4) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 68، ص: 44-45.

(5) ينظر: درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص: 90.

ب- تؤدي السرعة إلى الحصول على الأدلة وجمعها قبل اندثارها وامتداد يد العبث إليها، ذلك لأن المتهم لو كان بريئاً وكان المرتكب للفعل حراً طليقاً فسوف يعمل ما في وسعه قصد إبعاد التهمة عنه وإخفاء الأدلة⁽¹⁾.

ت- سرعة التحقيق مزية للمتهم، حيث تكون ذاكرته لا تزال تحفظ الأماكن التي مر بها والأشخاص الذي لقيهم على العموم والأشياء التي قام بها لحظة وقوع الجريمة فلو فات الزمن وطالت المدة لأدى ذلك إلى نسيان المتهم لغالبية تلك الأمور⁽²⁾.

ويجب أن نؤيد ما ذهب إليه محمد محدة في أن السرعة في إنجاز الإجراءات يجب أن لا تكون على حساب التضحية بمبادئ العدالة والإنصاف، أو على حساب حقوق المتهم⁽³⁾؛ لأن طول المدة أحياناً يساعد على اكتشاف وقائع جديدة في الجريمة قد تقلب الموازين، كما أن جمع الأدلة والتحري والبحث عن القرائن والحصول على شهود يحتاج إلى وقت طويل، وفوق هذا كله فالمتهم في بداية عهد القبض عليه يكون قلقاً ومتوتراً ولا يستطيع الكلام أو الدفاع عن نفسه من أثر الصدمة ولو كان بريئاً، فتمكينه من الوقت يساعده على استرجاع الثقة في نفسه، والدفاع عنها بكل ما أوتي من جهد، على أنه يجب أن تأخذ كل مرحلة من مراحل التحقيق الوقت اللازم لها، بحيث يتم اجتناب السرعة المفرطة المؤدية لظلم المتهم وكذا اجتناب الطول المؤدي لضياع مصلحة الصالح العام.

الفقرة الرابعة: حياد هيئة التحقيق.

وتعتبر حيادة القضاء من المبادئ التي حرصت المواثيق الدولية على التأكيد عليه، فنجد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948 نص عليه في المادة 10 بقولها «لكل إنسان الحق على قدم المساواة في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظراً عادلاً علنياً سواء أكان ذلك للفصل في حقوقه أو التزاماته، أو الاتهامات الجنائية الموجهة إليه»⁽⁴⁾.

(1) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص:278.

(2) درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص:90.

(3) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص:279.

(4) درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص:74.

والمشرع الجزائري نص على الحياد في دستور 1996 حيث نصت المادة 148 على «القاضي محمي من كل أشكال الضغوط والتدخلات والمناورات التي قد تضر بأداء مهمته أو تمس نزاهة حكمه»⁽¹⁾.

المطلب الثاني: حق المتهم في الدفاع.

الفرع الأول: تعريف حق الدفاع وأهميته.

البند الأول: تعريفه.

إن حق الدفاع من الحقوق الأساسية للإنسان وهو حق قديم جاء في الشرائع السماوية وأكدته إعلانات حقوق الإنسان والمواثيق الدولية المتعلقة بها وأخذت به دساتير عديدة من دول العالم المتحضر⁽²⁾.

وتعددت التعريفات الخاصة بحق الدفاع كونه لا يعنى بيان مراحل معينة في دفاع المتهم عن نفسه بل أيضاً يوفر للمتهم ضمانات أساسية لا غنى له عنها في إثبات براءته. فقد قيل أن المقصود به «تمكين المتهم من درء الاتهام عن نفسه إما بإثبات فساد دليله، أو بإقامة الدليل على نقيضه وهو البراءة»⁽³⁾.

كما عرّف على أساس أنه « مجموعة من الأنشطة يباشرها المتهم بنفسه أو بواسطة محاميه لتأكيد وجهة نظره بشأن الادعاء المقام عليه»⁽⁴⁾.

على أن التعريف الأكثر دقة والمحقق لجميع العناصر التي تكفل حق الدفاع من ضمانات وإجراءات أمام السلطة المختصة تحقيقاً لمحاكمة عادلة هو «مجموعة ضمانات أو امتيازات يتحصن بها أي فرد يتعرض لتهديد في شرفه أو حياته أو حريته أو مصالحه من خلال الاشتباه فيه أو اتهامه، قصد بيان براءته أمام السلطات المختصة».

(1) الدستور الجزائري ، 1996 ، المادة :148 ، ص:37.

(2) عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، حقوق و ضمانات المتهم في الشريعة الإسلامية والقانون، ص:17.

(3) محمد خميس، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، (توزيع منشأة المعارف، 2001)، ص:6.

(4) درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص:97.

البند الثاني: أهيتته.

تبدو أهمية حق الدفاع في أنه يتأسس على فكرة (تكافؤ الفرص) أو التوازن بين السلطة الممثلة للدولة في الاتهام وبين المتهم. ولا تقتصر أهمية حق الدفاع على تحقيق مصلحة المتهم فحسب وإنما تمتد كذلك إلى المساهمة الفعالة في تنفيذ مهمة القضاء وتحقيق العدالة⁽¹⁾.

وتقرير لهذا الحق نصت المادة 11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في فقرتها الأولى على « كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه»⁽²⁾.

ونظراً لأهمية حق الدفاع في حياة المتهم وكذا تحقيق المحاكمة النزيهة العادلة ولضرورة تكريس المبدأ في حماية المبادئ الأساسية الأخرى، كمبدأ الشرعية وقرينة البراءة، نص عليه المشرع الجزائري في الدستور فجاء في نص المادة 151 ما يلي: «الحق في الدفاع معترف به وهو مضمون في القضايا الجزائية»⁽³⁾.

الفرع الثاني: الاستجواب وضماناته.

فيعتبر الاستجواب مظهر من مظاهر الدفاع، كونه يمنح فرصة للمتهم في الرد على ما نسب إليه، وفي الإحاطة بكل ما يحاك ضده، ويعتبر حق الاستجواب الممنوح للفرد، ضمان من ضمانات الحق في الأمن الفردي، حيث أنه يمنح الشخص فرصة الدفاع بحيث لا يكون هناك تعسف في نسب التهم إليه.

البند الأول: مفهوم الاستجواب.

والاستجواب هو: (مناقشة المتهم تفصيلاً في التهم المنسوبة إليه من طرف جهة التحقيق، ومطالبته بإبداء رأيه في الأدلة القائمة ضده إما تفصيلاً أو تسليمياً، وذلك قصد محاولة كشف الحقيقة واستظهارها بالطرق القانونية)⁽⁴⁾.

البند الثاني: ضمانات المتهم في الاستجواب.

الفقرة الأولى: ضمانات الاستجواب في النظام الإجرائي الإسلامي.

(1) محمد خميس، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، ص: 7-8.

(2) درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص: 96-97.

(3) الدستور الجزائري، 1996، المادة: 151، ص: 37.

(4) عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي (منشأة المعارف)، ص: 242.

إن في الأحاديث والآثار وفي أقضية الرسول صلى الله عليه وسلم والصحابة ما يؤكد حق المتهم في الدفاع عن نفسه، وتنفيذ الأدلة المقامة ضده، بحيث لا يصدر الحكم، ولا توقع العقوبة إلا بعد الاستجواب⁽¹⁾.

والاستجواب في الشريعة الإسلامية محاط بضمانات، منها ما يتعلق بالمحقق، ومنها ما يتعلق بطبيعة الجريمة، ومنها ما يتعلق باستعمال الوسائل غير المشرعة لحمل المتهم على الاعتراف. أولاً: الضمانات المتعلقة بالمحقق.

فاستجواب المتهم لا يجوز أن يجريه إلا من له أن يباشر مرحلة التحقيق الابتدائي، والثابت في ظل الشريعة الإسلامية أنه كان يباشر التحقيق جهتان والي المظالم والمحتسب⁽²⁾. ثانياً: عدم جواز إخضاع المتهم لأي تعذيب أو معاملة قاسية.

والأحاديث والآثار كثيرة في هذا المعنى، ومنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نص عن التعذيب بقوله: «إن الله يعذب يوم القيامة الذين يعذبون الناس في الدنيا»⁽³⁾. كما روي عنه عليه السلام أنه «نهى عن ضرب المصلين»⁽⁴⁾.

وكذلك مخاطبة عمر بن الخطاب لولاته: «... فادءوا عن المسلمين حقوقهم ولا تضربوهم فتذلوهم، ولا تحمدوهم فتفتنوهم، ولا تغلقوا الأبواب دونهم، فيأكل قلوبهم ضعيفهم ولا تستأثروا عليهم فتظلموهم ولا تجهلوا عليهم»⁽⁵⁾.

وكتب عدي بن أرطاة، عامل كان لعمر بن عبد العزيز إليه (أما بعد فإن أناساً قبلنا لا يؤدون ما عليهم من الخراج حتى يمسه شيء من العذاب) فكتب إليه عمر (أما بعد فالعجب كل العجب من استئذائك إياي في عذاب البشر كأنني جبة لك من عذاب الله، وكأن رضي ينجيك من سخط

(1) عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، ضمانات المتهم في الشريعة الإسلامية والقانون، ص: 28.

(2) عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام، ص: 67.

(3) أخرجه: مسلم، الصحيح، كتاب البر والصلة والآداب، باب "الوعيد الشديد لمن عذب الناس بغير حق"، (2613)، 2018/4.

(4) أخرجه: الدارقطني، السنن، كتاب العيدين، "باب التشديد في ترك الصلاة وكفر من تركها والنهي عن قتل فاعلها"، 54/2.

جاء في مجمع الزوائد "رواه البزار وأبو يعلى إلا أنه قال: عن ضرب وفيه موسى بن عبيدة وهو متروك"، 296/1.

(5) أخرجه أحمد، المسند، 41/1.

وقيل في مجمع الزائد: «... ألا تضربوا المسلمين فتذلوهم ولا تحمدوهم فتفتنوهم... قلت: في الصحيح طرف منه، رواه أحمد في وأبو فراس لم أر من جرحه ولا وثقه وبقية رجاله ثقات» 211/5.

الله إذا أتاك كتابي هذا فمن أعطاك ما قبله عفواً وإلا فأحلفه، فوالله لأن يلقوا الله بجنائياتهم أحب إلي من ألقاه بعدابهم، والسلام⁽¹⁾.

فأي معاملة أرحم من هاته المعاملة للمتهم يا ترى؟ وفي أي تشريع.

ثالثاً: لا يجوز أن يكون رفض المتهم للاستجواب في جرائم الحدود قرينة ضده.

فله أن يسكت، وأن ينكل عن اليمين إن وجهت له، وحتى لو كيف نكول المتهم على أنه إقرار، فإنه سيكون لإقرار به شبهة، لأنه سكوت⁽²⁾، والقاعدة العامة في الشريعة الإسلامية أنه (لا ينسب لساكت قول)⁽³⁾.

رابعاً: عدم جواز إكراه المتهم لحمله على الاعتراف.

فالشريعة الإسلامية تحرم إكراه المتهم لحمله على الاعتراف بجرمه، فإن اعترف بناءً على إكراه، فهو اعتراف باطل، ويقتص من المكروه سواءً قاضياً أو غيره⁽⁴⁾، وهذا مذهب جمهور الفقهاء. وذهب الماوردي إلى جواز الضرب لحمل المتهم على الاعتراف فقال: "يجوز للأمر مع قوة التهمة أن يضرب المتهم ضرب التعزيز ليأخذه بالصدق فيما قرف به من التهم"⁽⁵⁾.

أما ابن القيم، فكيف المسألة على حسب حال المتهم فقال: "المتهم إما أن يكون بريئاً من أهل تلك التهمة، أو فاجراً من أهلها، أو مجهول الحال، فإن كان بريئاً لم تجز عقوبته اتفاقاً، وإن كان مجهول الحال فهذا يحبس حتى ينكشف حاله عند عامة علماء المسلمين، وإن كان معروف بالفجور كالسرقة وقطع الطريق والقتل ونحو ذلك، فإذا جاز حبس المجهول فحبس هذا أولى ويجوز ضرب هذا النوع من المتهمين"⁽⁶⁾.

والذي أراه هو إقرار مذهب الجمهور لأنه يتوافق مع مبادئ الشريعة الإسلامية من السماحة، وعدم إخضاع المتهم لأي وسيلة من وسائل التعذيب، وجاءت السنة النبوية بأحاديث دالة على ذلك، كقوله عليه الصلاة والسلام: "وضع عن أهتبي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"⁽⁷⁾.

(1) أبو يوسف، الخراج، ص: 103.

(2) عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام، ص: 68.

(3) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص: 266.

(4) أحمد فتحي بمني: موقف الشريعة من نظرية الدفاع الاجتماعي، ص: 53.

(5) الماوردي، الأحكام السلطانية، ص: 220.

(6) ابن القيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، ص: 101.

(7) أخرجه: ابن ماجة، السنن كتاب الطلاق، باب طلاق المكروه والناسي، (2045)، 659/1.

وروي عن عمر أنه قال: "ليس الرجل بأمين على نفسه إن أبعثه أو أخفته أو حبسته أن يقتر على نفسه"⁽¹⁾.

بل أن الشريعة الإسلامية ذهبت إلى القول بتكرار الإقرار، حتى يمكن الاستناد إليه، فذهب أبو حنيفة وأصحابه وابن أبي ليلى أنه لا يجب الحد إلا بأربع إقرارات في أربع مجالس⁽²⁾. والقاضي الإسلامي ملزم بإتباع سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك الحاكم، فيجب عليه إذا أقر عنده أحد بجريمة من جرائم الحدود الخالصة أن يعرض له بالرجوع⁽³⁾.

فالشريعة الإسلامية إذن لم تكتف بعدم صحة الإكراه، بل أكدت أن الإقرار الأول غير كاف ولا بد وأن يعضد بثان وثالث أحياناً وهذا منهج شديد، لأن المتهم في بداية عهده بالاتهام، قد يلتبس عليه الأمر، ولا يستطيع الكلام، وقد يتلفظ بما يسئ إليه دون انتباه، فإعطائه فرصة أخرى للإقرار هدف نبيل لهدوء نفسه، واستقرار حاله.

خامساً: حق المتهم في التعويض المادي والمعنوي.

فالمتهم له الحق في التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي تلحق به من جراء سوء معاملته بإهانة أو ضرب أو وعيد⁽⁴⁾.

سادساً: حق المتهم في الرجوع عن إقراره.

فذهب جمهور الفقهاء إلى أنه للمقر أن يرجع عن إقراره ولا يحد⁽⁵⁾. فعن الترمذي (إن ما عزر الأسلمي لما أخرج إلى الحرة فرجم بالحجارة، فلما وجد مس الحجارة يشتد فر حتى مر برجل معه لحي جمل فضربه، وضربه الناس حتى مات، فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه

قتال في مصباح الزجاجة «هذا إسناد صحيح إن سلم من الانقطاع والظاهر أنه منقطع، قال المزني في الأطراف: رواه بشر بن بكر التميمي عن الأوزاعي عن عطاء بن عبيد بن عمير عن ابن عباس. انتهى وليس ببعيد أن يكون السقط من صنعة الوليديين مسلم فإنه كان يدلّس تدليس التسوية ورواه البيهقي في سننه» 126/2.

قال في التلخيص الحبير "حديث رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه، قال النووي في الطلاق من الروضة في تعليق الطلاق، حديث حسن وكذا قال في أواخر الأربعين له" 281/1 (450).

وجاء في نصب الراية " أن الحديث لا يوجد بهذا اللفظ"، وإن كان الفقهاء كلهم لا يذكرونه إلا بهذا اللفظ، 65/2.

(1) أخرجه: ابن أبي شيبة في مصنفه، الامتحان في الحدود (28303)، 793/5.

(2) أحمد فتحي بجنسي، العقوبة، ص: 94.

(3) الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 7، ص: 61.

(4) عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، حقوق و ضمانات المتهم في الشريعة الإسلامية والقانون، ص: 36.

(5) أحمد فتحي بجنسي، العقوبة، ص 95.

وسلم أنه فر حتى وجد مس الحجاره ومس الموت، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «هلا تركتموه»⁽¹⁾.

الفقرة الثانية: ضمانات الاستجواب في القانون الوضعي.

أقر القانون الوضعي ضمانات خاصة بالاستجواب تكفل عدم الاعتداء على المتهم، وكذا عدم ضياع حق القائم بالاستجواب كونه ممثلاً لحق الدولة، ومن هاته الضمانات:

أولاً: حق المتهم في الصمت: فهناك مبدأ جوهري يفرض نفسه على جميع إجراءات الدعوى الجنائية وهو النظر إلى المتهم على أنه بريء، حتى يثبت العكس بحكم قضائي، وقد أجمع الفقه واستقر القضاء على أن للمتهم الحرية الكاملة في عدم إبداء أقواله⁽²⁾.

ثانياً: الصفة القانونية للقائم بالاستجواب: فلكي يكون الاستجواب حقيقياً وقانونياً لا بد وأن يكون القائم به محققاً، وفق ما يسمح به القانون⁽³⁾.

ثالثاً: سلامة إرادة المتهم وكفالة الحرية له أثناء الاستجواب: فللمتهم مطلق الحرية في أن يجيب عن الأسئلة أو أن يمتنع عنها وليس للمحقق أن يرغمه على الإجابة كما أنه لا يجوز بأي حال من الأحوال اتخاذ أية وسيلة غير مشروعة من شأنها التأثير على إرادة المتهم⁽⁴⁾.

رابعاً: حق المتهم بالاستعانة بمحام: فالحق في الاستعانة بمدافع حق أصيل للمتهم، فهو يمثل الضمانة الأساسية لممارسة العدالة⁽⁵⁾.

وحق المتهم في الاستعانة بمدافع ليس فقط أمام المحكمة التي تجري التحقيق النهائي ولكنه لازم في مرحلة التحقيق الابتدائي لما لها من أهمية في تحديد مصير الخصومة الجنائية⁽⁶⁾.

الفقرة الثالثة: ضمانات الاستجواب في التشريع الجزائري.

(1) أخرجه: الترمذي، السنن، كتاب الحدود، باب "ما جاء في درء الحد عن المعتزف إذا رجع"، (1428)، 36/4. قال أبو عيسى هذا حديث حسن . أخرجه أحمد ، المسند ، 381/3 بلفظ مخالف.

(2) ينظر: عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، ص: 247.

(3) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص: 307-308.

(4) ينظر عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، حقوق وضمانات المتهم في الشريعة والقانون، ص: 23.

(5) درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص: 101.

(6) سليمان عبد المنعم، إحالة الدعوى الجنائية من سلطة التحقيق إلى قضاء الحكم، ص: 44.

لم يخرج المشرع الجزائري عن الأسس والضمانات التي كفلها القانون الوضعي للمتهم أثناء استجوابه، محققاً بذلك اطمئنان المتهم وراحته في الدفاع عن نفسه بلباقة تضمن عدم المساس بكرامته وكذا استرجاع الثقة بنفسه ومن أهم الضمانات:

أولاً: جهة التحقيق: تتمثل في اختصاص قاضي التحقيق حيث نصت المادة 68 (ق.إ.ج): «يقوم قاضي التحقيق وفقاً للقانون باتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة بالتحري عن أدلة الاتهام وأدلة النفي»⁽¹⁾، ويجب أن يتحقق المحقق من هوية المتهم ويعلمه بالوقائع المنسوبة إليه حيث نصت المادة: 100 (ق.إ.ج): «يتحقق قاضي التحقيق حين مثول المتهم لديه لأول مرة من هويته ويحيطه علماً صراحة بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه»⁽²⁾.

كما تنص المادة 101 (ق.إ.ج) على أنه «يجوز لقاضي التحقيق على الرغم من مقتضيات الأحكام المنصوص عليها في المادة 100 أن يقوم في الحال بإجراء استجواب أو مواجهات... الخ»⁽³⁾ فلا يجوز لغيره إجراؤه كأصل، وإن كان يجوز لوكيل الجمهورية استثناءً استجواب المتهم المتلبس بجريمة جنائية أو جنحة وفق ما تحدده المادتان 58، 59 (ق.إ.ج)⁽⁴⁾.

ثانياً: استجواب المتهم ولو مرة واحدة: فيجب على قاضي التحقيق قبل إصدار مذكرة بإيداع المتهم الحبس أو إحالته على الجهات القضائية المختصة أن يقوم باستجوابه ولو مرة واحدة على الأقل⁽⁵⁾.

ثالثاً: حرية المتهم في إبداء أقواله: ويستفاد ذلك في نص المادة 100 حيث نصت على: «ويحيطه علماً صراحة بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه وينبهه بأنه حرفي عدم الإدلاء بأي إقرار وينوه عن ذلك التنبيه في المحضر»⁽⁶⁾.

رابعاً: عدم تحليف المتهم اليمين: وأداء اليمين يعني القسم أو الحلف بصيغة يحددها القانون مسبقاً لمن يقررها بشأنه، فالقانون يعفي المتهم من أن يحلف اليمين، لأن الأصل فيه أنه بريء مما

(1) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 68، ص: 44.

(2) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 100، ص: 62.

(3) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 101، ص: 63.

(4) ينظر: عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، هامش ص: 354.

(5) ينظر عبد الله أوهابيه، قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ص: 335.

(6) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 100، ص: 62.

ينسب إليه، إلى حين إقامة الدليل ضده من طرف الإدعاء العام⁽¹⁾. فتص المادة 2/89 (ق، إ، ج): «ولا يجوز لقاضي التحقيق المناط به إجراء تحقيقاً ما ولا لرجل القضاء وضابط الشرطة القضائية المعهود إليهم القيام بإجراء بمقتضى إنابة قضائية بغية إحباط حقوق الدفاع الاستماع إلى شهادة أشخاص تقوم ضدهم دلائل قوية ومتوافقة على قيام اتهام في حقهم»⁽²⁾.

الفرع الثالث: الحق في حضور الإجراءات والاستعانة بمحام.

إن الحق في حضور المتهم للإجراءات وحقه في الاستعانة بمحام ضمان لا بد منه تحقيقاً للأمن الفردي، فلا يمكن بأي حال من الأحوال البث في قضية المتهم دون حضوره شخصياً أو حضور من ينوب عنه.

البند الأول: الحق في حضور الإجراءات.

الفقرة الأولى: الحق في حضور الإجراءات في النظام الإجرائي الإسلامي: الحق في حضور إجراءات التحقيق في النظام الإسلامي مكفول وأساسه الضمانات الممنوحة للمتهم أثناء الاستجواب، والتي منها حقه في عدم الإدلاء بأرائه، وعدم جواز إكراهه للاعتراف، وكذا حقه في الدفاع عن نفسه في حالات، والاستعانة بوكيل عنه في حالات أخرى.

كما أن هذا الحق يجد له أساساً في الشريعة الإسلامية ضمن المصالح المرسلّة، فالمصلحة الفردية للمتهم تقتضي حضوره، أو حضور محاميه وهذا لتمكينه من حق الدفاع.

الفقرة الثانية: الحق في حضور الإجراءات في القانون الوضعي: فللخصوم الحق في حضور إجراءات التحقيق، ويستند هذا الحق إلى مبررات أظهرها ضمان التزام المحقق بالحيادة في ظل وجود رقباء عليه من الخصوم الحاضرين وبعث الثقة والطمأنينة في نفوس الخصوم وهم يرون إجراءات التحقيق تجري تحت بصرهم⁽³⁾.

إلا أن هذا الحق يعرف استثناءات لا يمكن للخصوم فيها حضور الإجراءات وهي حالتها الضرورة والاستعجال.

(1) عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ص: 396.

(2) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 2/89، ص: 58.

(3) سليمان عبد المنعم: إحالة الدعوى الجنائية من سلطة التحقيق إلى قضاء الحكم، ص: 47.

أولاً: حالة الضرورة: فلقاضي التحقيق أن يجري التحقيق في غيبة الخصوم، متى رأى ضرورة ذلك لإظهار الحقيقة، ومن الصعب وضع تعريف لحالة الضرورة، لكنها تقدر في ضوء الظروف والملابسات المحيطة بعملية التحقيق.

ثانياً: حالة الاستعجال: ومفاد حالة الاستعجال، أن للمحقق أن يبادر دون إبطاء في اتخاذ بعض إجراءات التحقيق، التي لا تحتمل التأخير، ولو أدى ذلك إلى مباشرتها في غير حضور الخصوم، ومثال ذلك المبادرة بسماع شاهد يشرف على الموت⁽¹⁾.

الفقرة الثالثة: الحق في حضور الإجراءات في التشريع الجزائري.

الحق في حضور الإجراءات مكفول في التشريع الجزائري للمتهم وكذا الخصوم، وإن كانت هناك حالات يجوز فيها إجراء التحقيق في غياب الخصوم، وهي محددة في المادتين 101، 99 من (ق.إ.ج) حيث تنص المادة 99 على: «إذا تعذر على شاهد الحضور انتقل إليه قاضي التحقيق لسماع شهادته أو اتخذ لهذا الغرض طريق الإنابة القضائية، فإذا تحقق من أن الشاهد قد ادعى كذباً عدم استطاعته الحضور، أجاز له أن يتخذ ضده الإجراءات القانونية طبقاً للمادة 97»⁽²⁾.

أما المادة 101 (ق.إ.ج) فتتضمن على: «يجوز لقاضي التحقيق على الرغم من مقتضيات الأحكام المنصوص عليها في المادة 100 أن يقوم في الحال بإجراء استجواب أو مواجهات تقتضيها حالة استعجال ناجمة عن وجود شاهد في خطر الموت، أو وجود أمارات على وشك الاختفاء، ويجب أن يذكر في المحضر دواعي الاستعجال»⁽³⁾.

والاستعجال كما هو مقرر في القانون لم ترد حالاته على سبيل الحصر بتحديد دقيقاً، وإنما هي حالات واردة على سبيل المثال، مما يترك للقاضي المحقق تقدير مدى وجود حالة الاستعجال من عدمها، أما بالنسبة لحالة التفتيش في غياب الخصوم، فقد أخذ المشرع الجزائري إمكانية إجراء التفتيش في غياب صاحب المسكن أو من ينوبه⁽⁴⁾.

(1) ينظر: سليمان عبد المنعم، إحالة الدعوى القضائية من سلطة التحقيق إلى قضاء الحكم، ص: 48 وما بعدها.

(2) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 99، ص: 62.

(3) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة 1:01، ص: 63.

(4) عبد أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ص 315.

فالأصل العام هو وجوب حضور المتهم وكذا الخصوم والنيابة العامة في جميع الإجراءات في التشريع الجزائي الجزائي، إلا أن هناك حالات ضرورة وكذا حالات استعجال يجوز فيها استثناءً غياب الخصوم من إجراءات التحقيق.

وعلى العموم فالمشرع الجزائي مطالب بتحديد حالات الضرورة والاستعجال قدر المستطاع والتمثيل لها، وإلا وضع ضمانات خاصة للمتهم بالنسبة لهاته الحالات الحرجة، لأن حضور المتهم له مصداقية أكثر في إجراء التحقيق، أما جواز تفتيش المسكن دون صاحبه أو النائب عنه، فيجب تضييق هاته الإمكانية قدر المستطاع، لأن المنازل حرمت، لا يجوز انتهاكها، وإن كان ولا بد من هذا الإجراء فيجب وضع ضمانات لحماية المتهم عند القيام بهذا الإجراء.

البند الثاني: حق المتهم بالاستعانة بمحام.

الفقرة الأولى: حق الاستعانة بمحام في التشريع الإسلامي.

يجوز للمتهم قبل الحكم عليه أن يستعين بمن يدافع عنه حيث قد يؤدي الحكم عليه إلى إهدار دمه أو طرفه أو النيل من بدنه، أو الانتقاص من حريته واعتباره، وهذا يتفق مع روح الشريعة الإسلامية ومقاصدها⁽¹⁾.

والحق في الاستعانة بمحام في الشريعة الإسلامية أو كما يسمى بنظام الوكالة مكفول للأفراد بأصول هامة سواءً من نصوص القرآن أو السنة وكذا الإجماع.

أولاً: من الكتاب: قوله تعالى: «فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَمَرٍ قَوْمِكُمْ هَذَا إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَنْزَكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا»⁽²⁾، وقوله أيضاً: «فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا أَوْ يَرِدَا إِصْلَاحًا يُوفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا»⁽³⁾.

ثانياً: من السنة: روى أبو داوود عن جابر قال: " أردت السفر إلى خيبر فأتيتك النبي صلى الله عليه وسلم فقلت له أنبي أريد الخروج إلى خيبر، فقال إذا أتيتك وكيلي هذا فنخذ منه خمسة عشر وسقاً"⁽⁴⁾.

(1) عبد السلام محمد الشريف العالم، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات، ص: 313.

(2) القرآن الكريم، سورة الكهف، الآية: 19.

(3) القرآن الكريم، سورة النساء، الآية: 35.

(4) أخرجه أبي داوود، السنن، كتاب الأفضية، "باب في الوكالة"، (3632)، 314/3.

ثالثاً: الإجماع: أجمع الفقهاء على جواز الوكالة بالخصومة، لأن الحاجة داعية إليها، فكانت جائزة لأنها من باب التعاون على البر والتقوى⁽¹⁾.

الفقرة الثانية: حق الاستعانة بمحام في القانون الوضعي.

هو حق أصيل للمتهم ويمثل الضمانة الأساسية للعدل، إذ أن حضور المدافع عن موكله أثناء التحقيق والمحاكمة ضماناً لسلامة الإجراءات ولعدم استعمال الوسائل الممنوعة، فضلاً على أنه يهدئ من روع المتهم ويساعده على الاتزان والهدوء في إجاباته⁽²⁾.

وتعتبر المحاماة أهم عنصر وأبرزه في الدفاع عن المتهم، فقد جاء في ميثاق حقوق الإنسان الصادر 1948 في المادة 11 منه على ضرورة محاكمة الإنسان محاكمة عادلة تضمن فيها حقوق دفاعه⁽³⁾ كما قررت الحلقة الدراسية المعقدة: بياجيو الفلبين: في 07 فبراير 1958 في بندها (35) أن: «حق المتهم في الاستعانة بمحام يبدأ من وقت القبض عليه أو تكليفه بالحضور، أما المتهم الذي لا يملك أجر محام، فإن الدولة ينبغي أن تتولى إقامة محام له على الأقل بالنسبة للمتهمين بجرائم خطيرة» فضلاً عن ذلك فإن الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 نصت على هذا الحق فجاء في المادة 3/14 (ب) على أن «لكل فرد متهم بتهم جنائية الحق في الحصول على الوقت والتسهيلات الكافية لإعداد دفاعه والاتصال بمن يختاره من المحامين»⁽⁴⁾.

الفقرة الثالثة: حق الاستعانة بمحام في التشريع الجزائري.

وهذا الحق مكفول أولاً دستورياً، فينص دستور 1996 في المادة 151 على: «الحق في الدفاع معترف به. الحق في الدفاع مضمون في القضايا الجزائية:»⁽⁵⁾.

أما الاستعانة بمحام في قانون الإجراءات الجزائية فسيتم تناولها في النقاط التالية:

أولاً: بعض النصوص القانونية المنظمة لحق الاستعانة بمحام: فنص المادة 100 (ق.إ.ج) على أنه: «... كما ينبغي للقاضي أن يوجه المتهم بأن له الحق في اختيار محام عنه، فإذا لم يختار

وجاء في نصب الرأية «أعله ابن القطان بابن اسحاق وأنكر على عبد الحق سكوته عنه فهو صحيح عنده» 194/4.

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص:76. ابن قدامة، المغني ويليهِ الشرح الكبير، ج5، ص: 201.

(2) ينظر: عبد الحميد الأنصاري، حقوق وضمانات المتهم في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ص:36.

(3) ينظر: محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص:329-328.

(4) ينظر: درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص:102.

(5) الدستور الجزائري، 1996، المادة: 151، ص:37.

محامياً عين له القاضي محامياً من تلقاء نفسه إذا طلب منه ذلك وينوه عن ذلك بالمحضر، كما ينبغي للقاضي علاوة على ذلك أن ينبه المتهم إلى وجوب إخطاره بكل تغيير يطرأ على عنوانه ويجوز للمتهم اختيار موطن له في دائرة اختصاص المحكمة»⁽¹⁾.

أما المادة 105 (ق.إ.ج) فتتص على «لا يجوز سماع المتهم أو المدعي المدني أو إجراء مواجهة بينهما إلا بحضور محاميه، أو بعد دعوته قانوناً، ما لم يتنازل صراحة عن ذلك ويستدعي المحامي بكتاب موصى عليه يرسل إليه بيومين (02) على الأقل قبل استجواب المتهم أو سماع الطرف المدني حسب الحالة. يمكن أيضاً استدعاء محامي الأطراف شفاهة ويثبت ذلك بمحضر..»⁽²⁾.

ثانياً: إبرز الأحكام المستفادة من النصوص القانونية المنظمة للاستعانة بمحام في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

1- حق المتهم في الاستعانة بمحام: وهذا حسب نص المادة 100 (ق.إ.ج) السالفة الذكر وكذا المادة 105 (ق.إ.ج).

2- دعوة المحامي لحضور استجواب موكله: فتفرض المادة 105 (ق.إ.ج) حضور المتهم استجوابه في الموضوع، حيث لا يجوز استجواب المتهم في الموضوع بدون حضور محاميه⁽³⁾.

3- السماح للمحامي بالإطلاع على ملف موكله: فنص الفقرة الرابعة من المادة 105 (ق.إ.ج) على «... ويجب أن يوضع ملف الإجراءات تحت طلب محامي المتهم قبل كل استجواب بأربع وعشرين ساعة على الأقل...»، وهذا الإجراء يعتبر صورة من صور الدفاع المقررة للمتهم، لأن في إطلاع المحامي على الملف، تتوقف فعالية حضور المحامي مع موكله ودفاعه عنه⁽⁴⁾.

4- حق المتهم الموقوف في مراسلة محاميه: ويترتب على هذا الحق منع قاضي التحقيق من حجز الرسائل التي يوجهها المتهم الموقوف لمحاميه أو تأخير تسليمها له أو فتحها⁽⁵⁾.

(1) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 120، ص: 62.

(2) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 105، ص: 64.

(3) ينظر: أحسن بوسقيعة، التحقيق القضائي، ص: 75.

(4) ينظر: عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ص: 360.

(5) أحسن بوسقيعة، التحقيق القضائي، ص: 75.

5- عدم الفصل بين المحامي وموكله: فتتص المادة 102: (ق.إ.ج) على: «... يجوز للمتهم المحبوس بمجرد حبسه أن يتصل بمحاميه بحرية، ولقاضي التحقيق الحق في أن يقرر منعه من الاتصال لمدة عشرة أيام، ولا يسري هذا المنع في أية حالة على محامي المتهم»⁽¹⁾. فلا يجوز أصلاً فصل المتهم عن محاميه، فلهذا الأخير حرية الاتصال بموكله بعد الحضور الأول متى شاء، وعليه فإن الاستجواب يجب أن يتم كأصل عام بحضور محامي المتهم⁽²⁾.

ومع أهمية وجود المحامي في الإجراءات مع المتهم، إلا أن محمد محدة ذهب إلى أن دور المحامي يبقى سلبياً، ذلك أن التشريعات والقوانين لم تجز له أن ينوب عن المتهم في الإجابة، أو أن ينهه إلى موضوع الكلام والسكوت، أو أن يرافع أمام المحقق، وحتى إذا أراد المحامي أن يوجه الأسئلة فعليه أخذ الإذن من قاضي التحقيق حسب نص المادة 107 (ق.إ.ج)⁽³⁾. وإن كان هذا الكلام لا يؤخذ به على إطلاقه فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن يستهان بالدور الذي يقوم به المحامي الخبير، ذو الحنكة القانونية، في الجانب العملي للدفاع عن موكله فمن الناحية النفسية فمجرد وجود المحامي مع المتهم يمنح هذا الأخير الهدوء والثقة بل حتى القوة لمواجهة ما يحاك ضده، لأن الأثر النفسي له دور كبير في هدوء المتهم وإصراره على الدفاع عن نفسه. وخلاصة القول في هذا المبحث أن حق الأمن الفردي مكفول بتواجد ضمانات أصيلة تحمي الأفراد عند تعرضهم للاتهام في مرحلة التحقيق الابتدائي، هاته المرحلة الهامة التي قد يدان فيها الفرد دون وجه حق، ودون منحه الحق في الدفاع، هذا الحق المأصل في الشريعة الإسلامية بآيات قرآنية وأحاديث نبوية.

ومن مظاهر الحق في الدفاع الحق في الاستجواب، والشريعة الإسلامية سبقت القوانين الوضعية في توفير ضمانات ذات مقاصد إنسانية وشرعية للمتهم في مرحلة الاستجواب، كعدم جواز إخضاع المتهم للتعذيب والإكراه، والتثبت في الإقرار والبينة، والحق في تعويض المتهم مادياً ومعنوياً، أما المظهر الآخر للدفاع هو الحق في حضور الإجراءات والاستعانة بمحام، وإن كان هذا الحق يعرف استثناءات في القانون الوضعي "حالة الضرورة، حالة الاستعجال" مما يؤثر سلباً في

(1) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة 102، ص: 64.

(2) عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ص: 360-361.

(3) ينظر: محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ج3، ص: 334.

اعتباره ضماناً للمتهم، فإنه في الشريعة الإسلامية حق عام ومطلق أساسه تحقيق مصلحة الفرد في عدم حرمانه من حقه في الدفاع.

المبحث الثالث: ضمانات السرية في تحقيق الأمن الفردي.

إن من مستلزمات الحق في الأمن، عدم تعرض الفرد لأي نوع من أنواع التشهير أو الاعتداء على حياته الخاصة، أو تسرب أخبار تخصه وتخص ما يفعله سواءً أكان هذا الفرد إنساناً بريئاً أو متهماً، أو مشكوكاً فيه لوجود قرائن تدينه، فأسرار العامة حرمت لا يجوز بأي طريقة من الطرق الاعتداء عليها؛ فأحياناً ولطبيعة التحقيق في الجرائم تضطر السلطات المختصة القيام بتحريات أولية للكشف عن المشتبه فيهم، ويتم استدعاؤهم والتحقيق معهم، وحفاظاً على الحق في الأمن الفردي لا بد من التزام السرية خصوصاً وأنه في بداية التحقيق تظهر وقائع مشكوك فيها، وقد تتسرب أخبار لا علاقة لها بالصحة، تدين الفرد وتجعله متهماً في نظر العامة، وهذا ما يسئ إلى وجوده كفرد ويحط من كرامته واعتزازه بنفسه، والسرية ليست ضماناً لتحقيق الأمن الفردي فقط، بل حتى الأمن الجماعي، ففي الجرائم الخطيرة يتطلب التحقيق نوعاً من السرية لمنع تزييف الحقائق أو هروب الشهود أو حتى المجرمين.

فحق الأمن الفردي يستلزم وضع ضمانات للسرية، حيث لا يتم الخروج عن نطاقها إلا في حالات معينة يتطلبها القانون، وتبعاً لإجراءات لازمة كالشهادة مثلاً، وهذا كله للموازنة بين حق المجتمع في التشهير بالجناة لمعاقبته وانزجار غيرهم، وحق الفرد في أمنه واحترام خصوصياته وعدم التشيع به دون وجه حق.

المطلب الأول: مفهوم السرية وأهميتها.

الفرع الأول: مفهوم السرية.

وهي « القيام قدر الإمكان ممن هو قائم بالتحقيق أصلاً، أو كلف بإجراء من إجراءاته، أو ساهم فيه، بالمحافظة على السرية بما هو مستطاع ضمن ما استلزمه القانون، وأشترطه دون أن يحصل بهذه السرية إضرار بحقوق الدفاع»⁽¹⁾.

وإن كان هذا التعريف المطول لم يوضح معنى السرية، بل تطرق إلى سبيل المحافظة عليها، كإجراء من إجراءات التحقيق، وأهتم أيضاً بالمفهوم الإجرائي للسرية دون سواه، ولهذا يمكن اقتراح التعريف الآتي للسرية «تضييق دائرة شيوخ الأخبار الخاصة بالفرد أو المتهم، أثناء القيام بإجراءات يستلزمها القانون، ووضع ضمانات كفيلة لحماية الفرد في حال الخروج عنها».

الفرع الثاني: أهمية السرية.

للسرية أهمية كبرى في حماية حق الأمن الفردي، وكذا تحقيق مصلحة الجماعة، ويمكن إجمال أهميتها في:

أولاً: تحقق السرية مصلحة الجماعة، بحيث تضمن فعالية أكثر لجهود مأموري الضبط القضائي، في أثناء جمع الاستدلالات وكذلك جهود المحقق أثناء التحقيق، فالعلانية في أثناء تحريات الضبطية القضائية أو التحقيق الابتدائي يمكن أن تضر بسير الإجراءات، فقد يعمد المشتبه فيه أو المتهم إلى الهرب أو إزالة أداة الجريمة⁽²⁾.

ثانياً: إن السرية تحمي سمعة المتهم وشرفه واعتباره من كل إساءة وتشهير، فالتشهير بطبيب أو محامي أو خبير يقضي على مستقبله المهني رغم تبرئته إذ يبقى الناس ينظرون إليه بعين الريبة والشك وتساورهم به دائماً الظنون⁽³⁾.

ثالثاً: إن العلانية يمكن أن تؤثر على حيده المحقق، وكذلك على آراء الشاهد لشهادته ويحدث ذلك بصفة خاصة إذا تناولت الصحف ووسائل الإعلام الأخرى موضوع الجريمة بطريقة مثيرة تؤثر على سير العدالة⁽⁴⁾.

(1) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص:119.

(2) غنام محمد غنام، سرية الاستدلالات والتحقيقات وأثرها على المتهم، "مجلة الحقوق"، ص:120.

(3) جمال الدين عنان، سرية التحقيق بين المبدأ والتطبيق، "مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية"، (جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2000-2001)، ص:52.

(4) غنام محمد غنام، سرية الاستدلالات والتحقيقات وأثرها على المتهم، ص:160.

وأبعداً: إن أكبر ضرر يلحق المجتمع بالإفشاء وعدم السرية، هو إشاعة الفاحشة والرذيلة في الأوساط الاجتماعية، وخاصة عندما يتعلق الأمر بجرائم أخلاقية حيث وفي كثير من هاته الأنواع نجد المتهم نفسه يطلب أن تكون التحقيقات سرية⁽¹⁾.

المطلب الثاني: مجال السرية .

إن السرية لا تتحدد في نطاق محدد وهو السرية في مجال التحقيقات، أو بمعنى آخر سرية الاستجوابات وأخذ الأقوال وسرية المحاكمات بل هناك مجالات أخرى للسرية، كالسرية في المسكن أو خصوصية ما يحدث فيه باعتباره وعاء خاص بالفرد يجمع كل أقواله وأفعاله، وكذا سرية المراسلات، والسرية في كتمان ما يجب كتمانه من الأسرار، فحفاظاً على حق الأمن يجب أن تتبع كل مجالات السرية بضمانات خاصة تحمي الفرد من التدخل في شؤونه والإطلاع على أسراره بحجة القيام بإجراء قانوني أو الكشف عن جرم ضاللي.

الفرع الأول: حرمة المساكن.

إن المساكن أماكن للراحة والاستقرار وكذا الطمأنينة، فالفرد لا يأمن على نفسه إلا إذا تأكد أن مسكنه ذو حرمة وخصوصية تمنع الغير من الإطلاع على كل ما يحدث فيه من فعل أو يثار فيه من قول، ولكن أحياناً قد تتطلب التحقيقات الولوج خفية أو الاقتحام عنوة إلى مسكن الفرد باعتباره مشتبهاً فيه أو حتى مشكوكاً في تصرفاته، ولهذا لا يجوز بأي حال من الأحوال الاعتداء على المساكن دون وضع مقاييس وضمانات لحماية ساكنيها.

والمسكن هو المكان الذي يأوي إليه الإنسان ويتخذ مقرراً له، ويدخل في ذلك المكان الذي يقيم فيه فعلاً، كما يدخل المكان الذي يعده لسكنه وإن كان يتغيب عنه في فترات معينة، بعبارة أخرى فهو يشمل المكان المسكون فعلاً، أو المعد للسكنى⁽²⁾.

البند الأول: حرمة المسكن في الشريعة الإسلامية.

الفقرة الأولى: أصل وأساس حرمة المسكن: فالمسكن يعني الأمن والحماية من تطفل أو اعتداء السلطة أو الأفراد على خصوصيات الساكن، ومن معاني المسكن الأمن⁽³⁾، ويؤكد هذا قوله تعالى:

(1) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص:124.

(2) عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، ص:207

(3) يوسف الشيخ يوسف، حماية الحق في حرمة الأحاديث الخاصة، (دار الفكر العربي، الطبعة الأولى 1998)، ص:29.

«لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا»⁽¹⁾، وقوله أيضاً «يَا أَيُّهَا النَّمْلُ ادْخُلُوا مَسَاكِنَكُمْ لَا يَحْطَمَنَّكُمْ سُلَيْمَانُ وَجُنُودُهُ»⁽²⁾.

ولقد صانت الشريعة حق المسكن لكل أفراد المجتمع، فلهم حرية بناء المساكن وتملكها والإيواء فيها، وعلى الدولة كفالة الحاجات الأساسية للأفراد، وحرمت الشريعة التلصص والتجسس على مساكن الأفراد، وحظرت تتبع عورات النساء⁽³⁾، والحق في حرمة المسكن وكذا الحياة الخاصة مقرر بأحاديث نبوية، منها ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «**لَوْ كُنْتُ لِهَيْبَةِ الْهَيْبَاتِ لِهَيْبَتِكُمْ**»⁽⁴⁾.

وقوله عليه الصلاة والسلام «**مَنْ أطلع فِي بَيْتِ قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ فَفَقَهُوا عَيْنَهُ فَلَا دِيَةَ لَهُ**»⁽⁵⁾ وقوله أيضاً «**إِذَا أُسْتَأْذِنَ أَحَدُكُمْ ثَلَاثَ فَلَم يُوْذَنَ لَهُ، فَلْيَرْجِعْ**»⁽⁶⁾

فالشريعة الإسلامية رفعت من شأن المسكن واعتبرت من أجل معانيه الأمن، وما أعظم من شعور الفرد بالأمن والسكينة في منزله! وهي بذلك لم تقف عند تقرير معاني المسكن، بل أقرت حرمة بنصوص قرآنية، وأحاديث نبوية، تحفظ الحق في الحياة الخاصة، وكذا وجوب المحافظة على نطاق السرية، بل وتقرر العقاب للمنتهك لحرمة المساكن، وبهذا كان للشريعة الإسلامية السبق في تطويق المسكن وحرمة بضمانات أبدية ومتمينة كفيلاً بحماية الأفراد.

الفقرة الثانية: الاستثناءات الواردة على حرمة المسكن في الشريعة الإسلامية: بالرغم من تأكيد الشريعة الإسلامية على الحق في خصوصية المسكن وكذا حرمة تأكيداً لا مجال فيه للريبة والشك، وتقديره كمبدأ أصيل وعام، إلا أن هناك حالات خطيرة، وظروف ضرورية يباح فيها، الخروج عن المبدأ القاضي بعدم الدخول دون أخذ الإذن، وهاته الحالات هي:

(1) القرآن الكريم، سورة النور، 27.

(2) القرآن الكريم، سورة النمل، 18.

(3) وهبة الزحيلي، حق الحرية في العالم، (دار الفكر المعاصر)، ص: 91.

(4) أخرجه: النسائي، السنن، كتاب القسامة، باب "عقل الأصابع"، (4858)، 60/8.

(5) أخرجه: البخاري، الصحيح، بلفظ: عن أبي هريرة قال: قال أبو القاسم صلى الله عليه وسلم لو أن امرأً يتحقق عليك بغير إذن فخذفته بحصاة ففقاؤه عينه لم يكن عليك جناح (6506)، باب "من يتحقق في بيت قوم ففقاؤه عينه فلا دية له"، كتاب الديات، فتح الباري 243/12. رواه أحمد، المسند، 385/2، بلفظ آخر.

(6) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب الاستئذان باب "التسليم والاستئذان ثلاثاً" (6245)، فتح الباري، 27/11.

الحالة الأولى: حالة الضرورة: وقد مثل الفقهاء المسلمون لحالة الضرورة بنحو إطفاء حريق، أو إغاثة ملهوف، أو مقاتلة العدو⁽¹⁾.

ففي حالة الضرورة يباح الدخول إلى المسكن دون إذن، لأن الصراع صراع وقت، بحيث لو تأخرت الإجراءات حتى أخذ الإذن، تكون الفرصة في نجاة الأفراد مستحيلة، فالتدخل في حالة الضرورة إلى المساكن دون إذن مسبق ضمان لحماية الأشخاص أولاً ثم المجتمع، كما في حالة قتال العدو.

الحالة الثانية: ظهور المعصية: ومثل ذلك أن تظهر المعصية في المنزل ظهوراً يعرفه من بخارجه بكل وضوح، كانبعاث رائحة الخمر، أو ارتفاع أصوات السكارى بالكلمات المألوفة بينهم، بحيث يسمعا الجيران، أو إذا اصطحب رجل امرأة أجنبية ليزني بها⁽²⁾.

وهاته الحالة لا تقل خطوة عن الحالة الأولى، حيث أن المسكن يصبح وكرّاً للذيلة والمعصية، وليس وعاءاً للأمن والاستقرار، فلا بد من كشف العاصين، وانتشال الطاغين، فالمصلحة العامة تقضي التضحية بمصلحة الفرد المحدودة في طلب الإذن لدخول منزله.

الحالة الثالثة: القبض على المتهم.

أجاز الفقهاء المسلمون على خلاف بينهم دخول المسكن بدون إذن للقبض على المتهم، إذا اختفى في بيته بعد قيام البينة على اتهامه، فذهب الشافعية إلى جواز الهجوم على بيت المتهم وإخراجه للمثول أمام القاضي⁽³⁾. واستدلوا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم «والذي نفسي بيده، لقد هممت أن أمر بحطبه يخطبه، ثم أمر بالصلاة فيؤذن لها، ثم أمر رجلاً فيؤم الناس، ثم أخلفه إلى رجال فأحرق عليهم بيوتهم»⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز إخراج من طولب بحق من بيته، إذا اختفى فيه بأي طريق يتوصل إليه، بدليل أنه أجاز إخراج المتخلفين عن الصلاة بإلقاء النار عليهم في بيوتهم⁽⁵⁾.

(1) ابن قدامة، المغني، ج 9، ص: 288.

(2) أبي يعلى، الأحكام السلطانية، ص: 280.

(3) محمد عبد الرحمن محمد، نطاق الحق في الحياة الخاصة، ص: 303.

(4) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب الآذان، باب "وجوب صلاة الجماعة"، (644)، فتح الباري، ج 2/125.

(5) ينظر، فتح الباري، ج 2/105.

وإن كانت هاته الحالة أيضاً حرجة، وهي الدخول إلى المنزل دون إذن في سبيل القبض على المتهم، إلا أنه يجب تضييق اللجوء إليها، ومحاولة طلب الإذن من صاحب المسكن قبل اقتحامه، خصوصاً في المرحلة الأولى من التحقيق، حيث أن المتهم قد يكون مجرد مشتبه فيه فقط، كما أن الاستدلال بالحديث السابق فيه نظر لأن الامتناع عن عبادة عظيمة كالصلاة، ليس مماثل للقبض على المتهم، لأن الممتنعين عن الصلاة عاصين، ثبتت في حقهم المعصية، خلافاً للمتهم فقد يكون بريئاً فيضاف إلى وصفه بذلك انتهاك حرمة أو حرمة مسكنه، وإن كان المتهم بجرم خطير، ليس كالمتهم بجرم بسيط، والمشتبه فيه ليس كالمتيقن من جرمه وهكذا، وفي جميع الأحوال يجب وضع ضمانات للمتهم قبل الاعتداء على مسكنه.

البند الثاني: حرمة المسكن في التشريع الجزائري.

المشعر الجزائري حفظ للمسكن حرمة، وذلك بتخصيص القسم الرابع من الباب الثاني للاعتداءات الواقعة على الحريات الفردية، وحرمة المنازل والخطف، فحرمت المادة 295 من قانون العقوبات الجزائري دخول المسكن بغير إذن أهله حيث نصت «كل من يدخل فجأة، أو خدعة، أو يقتحم منزل مواطن، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة مالية من 1.000 إلى 10.000 دج.

وإذا ارتكب الجنحة بالتهديد أو بالعنف تكون العقوبة بالحبس من خمس سنوات على الأقل إلى عشر سنوات على الأكثر، وبغرامة مالية من 5.000 إلى 20.000 دج⁽¹⁾.

ويؤكد الدستور الجزائري على حرمة المساكن، ففي المادة 40 من دستور 28 نوفمبر 1996 «تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون، وفي إطار احترامه، ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة»⁽²⁾.

الفرع الثاني: حرمة المراسلات.

ويعد هذا الحق امتداداً طبيعياً لحق الفرد في الخصوصية، وحرمة الحياة الخاصة، ويهدف الحق في سرية المراسلات إلى ممارسة الفرد لحقه في الحرية، وحماية خصوصياته.

(1) قانون العقوبات الجزائري، المادة: 295، ص: 186-187.

(2) الدستور الجزائري، المادة: 40، ص: 11.

فالحق في الأمن الفردي لا يتحقق إذا كانت مراسلات الفرد عرضة للشيوخ والانتشار، خصوصاً والمراسلات غالباً ما تشمل أسرار يابى أصحابها أن يطلع عليها غيرهم إلا بإذن مسبق منهم.

البند الأول: حرمة المراسلات في الشريعة الإسلامية.

تقررت حرمة المراسلات في الشريعة الإسلامية بأحاديث نبوية وأحكام فقهية، ومن بين الأحاديث الناهية عن الإطلاع على رسائل الغير دون إذن أصحابها قوله صلى الله عليه وسلم «من نظر في كتاب أخيه دون إذنه فإنما ينظر في النار»⁽¹⁾.

والنظر في رسائل الغير ممنوع كقاعدة عامة، ويمكن أن يكون جائزاً إذا تضمنت الرسائل ما يضر بالمسلمين، كأن تكون متعلقة بأعمال الجاسوسية على بلاد الإسلام مثلاً، ويستدل على ذلك بالحديث الذي رواه الإمام الشافعي، وشرحه الإمام الحسين بن مسعود البغوي على النحو التالي «... عن الشافعي عن عبد الله بن أبي رافع قال: سمعت علياً يقول بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم، أنا والزبير والمقداد، فقال انطلقوا حتى تأتوا روضة خاخ (موضع بين مكة والمدينة) فإن بها ظعنية معها كتاب، فخذوه منها، فخرجنا تعادى بنا خيلنا، فإذا نحن بظعنية، فقلنا أخرجي الكتاب، فقالت: ما معي كتاب، فقلنا لها: لتخرجين الكتاب أو لتلقين الثياب فأخرجته من حفاصتها (شعرها المصفور)، فأتينا به رسول الله صلى الله عليه وسلم فإذا فيه (أي في الكتاب): من خاطب بن أبي بلتعة إلى ناس من المشركين ممن بمكة بخبر أمر النبي صلى الله عليه وسلم فقال ما هذا يا خاطب، فقال لا تعجل علي، إني كنت امرأاً ملصقاً (أي حليفاً) في قريش ولم أكن من نفسها، وكان من معك من المهاجرين لهم قرابات يحمون بها قراباتهم، ولم يكن لي بمكة قرابة، فأحببت - إذ فاتني ذلك أن أتخذ منكم يداً، والله ما فعلته شكاً في ديني ولا رضا بالكفر بعد الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إنه صدق فقال عمر: يا رسول الله: دعني أضرب عنق هذا المنافق فقال النبي عليه الصلاة والسلام: إنه قد شهد بدراً، أو يدريك لعل الله

(1) أخرجه: أبو داود، السنن، كتاب الصلاة باب "الدعاء"، 374/1، قال أبو داود: "روي هذا الحديث وجه عن محمد بن كعب

كلها واهية وهذا الطريق أمثلها وهو ضعيف أيضاً".

جاء في نصب الراية أن الحاكم سكت عنه، وتعقبه الذهبي في "مختصره" فقال: وهشام بن زياد متروك، انتهى، 71/3.

أطلع على أهل بدر فقال: أحمّلوا ما شئتم فقد غفرت لكم⁽¹⁾، ونزلت « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا عَدُوِّي عَدُوَّكُمْ أَوْلِيَاءَ تَلْقُونَ إِلَيْهِم بِالْمَوَدَّةِ »⁽²⁾.

البند الثاني: حرمة المراسلات في القانون الوضعي.

والمقصود بالمراسلات «كافة الرسائل المكتوبة سواءً أرسلت بطريق البريد، أو بواسطة رسول خاص والبرقيات والتلكسات، ويستوي أن تكون الرسالة داخل مظروف مغلق أو مفتوح أو أن تكون بطاقة مكشوفة، طالما كان قصد المرسل عدم اطلاع الغير عليها بدون تمييز»⁽³⁾. ومقتضى حرمة المراسلات «أنه لا يجوز لغير مصدرها، ومن توجه إليه الاطلاع على سريتها، بغض النظر عن مضمونها، ولو لم يتعلق مضمونها بالحياة الخاصة للمرسل، أو المرسل إليه، ومن باب أولى لا يجوز إفشاء محتوياتها أو مصادرتها أو مراقبتها إلا بأمر قضائي مسبب ولمدة محدودة»⁽⁴⁾.

ويتضح أن الشريعة الإسلامية كفلت للمراسلات حرمتها، وهذا حرصاً على الحق في الخصوصية، وأكدت الحرمة بأحاديث تعاقب كل من تسول له نفسه الاطلاع على رسائل الغير دون إذن، إلا أنه وحفاظاً على المصلحة العامة أباحت الشريعة النظر في الرسائل التي تتضمن أسرار مضرة بالآخرين وفي هذا كله تحقيق السلامة الشخصية دون إهدار مصلحة الجماعة.

الفرع الثالث: كتمان السر.

ويعتبر كتمان السر من الضمانات الرئيسية لثبوت الحق في الأمن الفردي، وبالتالي لا يجوز الاعتداء على أسرار الأفراد بأي شكل من الأشكال. والسر لا يشمل الخبر الخاص بالفرد أو بأقاربه بل يتعداه ليشمل السر المهني وكذا الإجرائي.

البند الأول: كتمان السري في الشريعة الإسلامية: وردت نصوص وأحاديث كثيرة عن رسول الله صلى

الله عليه وسلم تدعو إلى وجوب كتمان السر ومنها:

أولاً: الأحاديث الدالة على وجوب الكتمان.

(1) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب الجهاد والسير، باب "الجانسوس" وقوله تعالى «لا تتخذوا عدوي وعدوكم أولياء...» (3007)، فتح الباري، 6/143.

(2) القرآن الكريم، سورة الممتحنة، 1.

(3) أحمد فتحي سرور، الحق في الحياة الخاصة، مجلة القانون والاقتصاد، ص: 69.

(4) محمود عبد الرحمن محمد، نطاق الحق في الحياة الخاصة، ص: 221.

1- قوله صلى الله عليه وسلم «إن من أعظم الأمانة عند الله يوم القيامة الرجل يفضي إلى امرأته، أو تفضي إليه، ثم ينشر سرها»⁽¹⁾.

2- روى عن أنس قوله «أسر إلي نبي الله سرّاً، فما أخبرته به أحداً بعد، ولقد سألتني عنه أم سليم، فما أخبرتها به»⁽²⁾.

ثانياً: تحريم التجسس: والتحريم تقرر بنصوص القرآن والسنة.

قوله تعالى «وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُم بَعْضًا، أَيَحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَحِيمٌ»⁽³⁾.

1- قوله عليه الصلاة والسلام «إياكم والظن فإن الظن كذب الحديث، ولا تجسسوا ولا تحاسدوا ولا تباطخوا وكونوا عباد الله اخواناً»⁽⁴⁾.

2- قوله عليه السلام: «إنك إن تتبعته محورات الناس أفسدتهم أو كذبت تفسدهم»⁽⁵⁾.

ثالثاً: تحريم إفشاء السر في الشريعة الإسلامية.

إن إفشاء السر جريمة، لورود النصوص الشرعية على النهي عنه، ويعتبر من الجرائم التعزيرية، إذ أنها من المعاصي التي لم يرد فيها عقوبة محددة⁽⁶⁾.
ولكن هناك حالات يكون فيها إفشاء السر واجباً أو مباحاً:

الحالة الأولى "الوجوب": كأن يعهد شخص بسر لآخر مضمونه ارتكاب جريمة قتل أو سرقة، فحينئذ يجب على من أطلع على هذا السر أن يفشيه، لأنه يحول دون وقوع الجريمة، واستدل الفقهاء بقوله صلى الله عليه وسلم «المجالس بالأمانة إلا ثلاثة، مجلس فيه سفك دم حرام، أو فرج

(1) أخرجه: مسلم، الصحيح، كتاب النكاح، باب "تحريم إفشاء سر المرأة" (1437)، 1061/2.

(2) أخرجه: مسلم، الصحيح، كتاب "فضائل الصحابة" رضي الله عنهم، باب من فضائل أنس بن مالك (2482)، 1930/4.

(3) القرآن الكريم، سورة الحجرات، الآية: 12.

(4) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب الأدب، باب "ما ينهى عن التحاسد والتدابير" وقوله تعالى «ومن شر حاسد إذا حسد» (6064)

فتح الباري، 481/10.

(5) أخرجه: أبو داود، السنن، كتاب الأدب، باب "النهي عن التجسس"، 622/2.

(6) شريف بن أدول بن إدريس، كتمان السر وإفشاؤه في الفقه الإسلامي، (دار النفائس، الطبعة الأولى 1997)، ص: 157-158.

حرام، أو أقتطع فيه مال بغير وجه حق»⁽¹⁾، وقوله «إنما يتجالس المتجالسان بالأمانة فلا يحل لأحد أن يفشي على صاحبه ما يكره»⁽²⁾.

الحالة الثانية "الاستحباب": واستدل عليها الفقهاء بما رواه علي كرم الله وجهه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أبو بكر وعمر سيدا كهول أهل الجنة من الأولين والآخرين، إلا النبيين والمرسلين، لا تخبرهما يا علي ما داما حيين»⁽³⁾.

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترط على الإمام علي رضي الله عنه عدم الإخبار عن المقام العظيم لأبي بكر وعمر في الجنة ما داما على قيد الحياة، ويعني هذا جواز الأخبار بعد وفاتهما، وهو ما قام به الإمام علي فعلاً⁽⁴⁾.

البند الثاني: كتمان السر في القانون الوضعي.

«إن إفشاء السر يعد من جرائم الأشخاص التي تصيبهم في شرفهم، وهذه الجريمة تقع بالقول أو الكتابة أو الإشارة»⁽⁵⁾، ويتم الحصول غير المشروع على الأسرار بوسائل عديدة غير مشروعة في مقدمتها التجسس، والسرقة، والاحتيال والابتزاز والغضب⁽⁶⁾.

(1) أخرجه: أبو داود، السنن، كتاب الأدب، باب "في نقل الحديث"، (4869)، 268/4.

(2) أخرجه البيهقي، شعب الإيمان، السابع والسبعون من شعب الإيمان وهو باب في أن يحب الرجل لأخيه المسلم ما يحب لنفسه ويكره له ما يكره لنفسه، فصل في حفظ المسلم سر أخيه (11191)، 520/7 وقال البيهقي هذا مرسل جيد.

قال ابن حجر في فتح الباري 82/11 (باب حفظ السر أي ترك إفشائه 5931) «حديث إنما يتجالس المتجالسان...» أخرجه عبد الرزاق من مرسل أبي بكر بن حزم وأخرج القضاعي في مسند الشهاب من حديث علي مرفوعاً: المجالس بالأمانة وسنده ضعيف،

ولأبي داود من حديث جابر مثله وزاد إلا ثلاثة مجالس: ما سفك فيه دم حرام أو فرج حرام أو اقتطع فيه مال بغير حق، وحديث جابر رفعه إذا حدث الرجل بالحديث ثم التفت فهي أمانة» أخرجه ابن أبي شيبة وأبو داود والترمذي وله شاهد من حديث أنس عن أبي يعلى.

(3) أخرجه الترمذي، السنن، كتاب المناقب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم باب "مناقب أبي بكر وعمر رضي الله عنهما كليهما - (3664)، وقال أبو عيسى: هذا حديث حسن غريب من هذا الوجه، 610/5.

- ابن ماجه، السنن، باب في فضائل أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، فضل أبي بكر الصديق، رضي الله عنه (95)، 1-36.

- أحمد، المسند، 80/1 (602).

وفي مجمع الزوائد: "رواه الطبراني في الأوسط عن شيخه المقداد بن داود وقد قال ابن دقيق العيد، إنه وثق وضعفه النسائي وغيره وبقية رجاله رجال الصحيح 53/9.

(4) ينظر: محمود عبد الرحمن محمد، نطاق الحق في الحياة الخاصة، ص: 320.

(5) رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال (دار الفكر العربي، 1978)، ص: 289.

(6) يوسف الشيخ يوسف، حماية الحق في حرمة الأحاديث الخاصة، ص: 33.

وهناك حالات يكون إفشاء السر فيها واجباً بمقتضى نصوص صريحة، وهذا إذا تعلق السر بأعمال الخبرة أمام المحاكم، وقد يكون جوازياً إذا أريد به منع وقوع جناية أو جنحة⁽¹⁾. وفي الأخير يمكن الذهاب إلى أن ضمانات السرية في تحقيق الأمن الفردي كانت مكفولة للأفراد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، والشريعة الإسلامية سبقت القوانين الوضعية في تقرير ضمانات هامة للأفراد، كاعتبار المسكن مأمناً لا يجوز انتهاك حرمة إلا عند تقرير مصلحة الجماعة كحالة الضرورة وحالة ظهور المعصية. كما أن للشريعة الإسلامية الفضل في وضع دعائم لحماية الأسرار بأحاديث دالة على وجوب كتمان الأسرار، وأخرى تحرم التجسس، بل وذهبت إلى أبعد من ذلك وهذا عندما أقرت وجوب الدليل المشروع للكشف عن المعصية وهذا من باب الغاية لا تبرر الوسيلة، وإن كان حفاظاً على مصلحة الجماعة وجوب كشف الأسرار في حالة الجرائم الخطيرة "كالزنا والسرقة"، خلافاً للقانون الوضعي الذي ذهب إلى أن كشف السر في هاته الجرائم لا يعدو أن يكون أمر جوازي فقط.

المبحث الرابع: الضمانات المتعلقة بالقيود الواردة على حق الأمن الفردي.

يسعى الأمن الفردي لتحقيق العدل بين حق الدولة في تتبع المجرمين والزج بهم في غياهب السجون، ومصلحة الأشخاص في حماية حقوقهم والقائمة أساساً على الحق في إثبات البراءة، وكذا حق المتهم في الدفاع عن نفسه، دون الخوف من السلطات العامة، أو الخشية من مفاجآت الأحكام التعسفية، ولكن حق الأمن الفردي بهذا المفهوم لا يؤخذ به على إطلاقه، ولا يمكن امتلاكه بسهولة. فلتحقيق مصلحة المجتمع وأمنه لا بد وأن ترد قيوداً على حقوق الأفراد، كضرورة تفتيش المساكن، واللجوء إلى القبض على المتهمين وإيداعهم الحبس المؤقت، ولهذا تم وضع ضمانات أثناء الحالات السابقة، وكذا وضع حدود لسلطات الحاكم كي لا تكون مطلقة ولا تعسفية.

(1) رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، ص: 299.

فإلى أي مدى تحقق هاته الضمانات الموازنة بين حق الفرد والمجتمع في ظل القيود الواردة على حق الأمن؟.

المطلب الأول: التفتيش و ضماناته في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

«إن التفتيش إجراء جنائي خطير، لأنه يتضمن في جوهره اعتداء على حق الإنسان "في الخصوصية" والاحتفاظ بسرّه وحرمة مسكنه، وحقه في الأمن والسكينة والطمأنينة»⁽¹⁾.

الفرع الأول: تعريف التفتيش.

هو «إجراء من إجراءات التحقيق التي تهدف إلى ضبط أدلة الجريمة موضوع التحقيق، وكل ما يفيد كشف الحقيقة، من أجل إثبات ارتكاب الجريمة أو نسبتها إلى المتهم، وينصب على شخص المتهم والمكان الذي يقيم فيه ويجوز أن يمتد إلى أشخاص غير المتهمين ومساكنهم وذلك بالشروط والأوضاع المحددة في القانون»⁽²⁾، إلى أن هذا التعريف لم يوضح خطورة الإقدام على التفتيش النابعة من الحرمة التي منحها القانون للمساكن، ولهذا يمكن تأييد تعريف محمد محدّة حيث عرفه «اطلاع المحقق أو من ينيبه على محل منحه القانون حرمة خاصة لكونه مستودع سر صاحبه، وهذا لضبط ما يحتمل وجوده به، متى كان مفيداً للحقيقة فيما يمكن أن يكون محل تحقيق من الجرائم»⁽³⁾.

الفرع الثاني: التفرقة بين دخول المساكن وتفتيشها.

فيختلف دخول المساكن عن تفتيشها من حيث نطاقهما والغرض منهما، فالدخول قد لا يكون بغرض التفتيش عن دليل الجريمة، فقد يكون لمعاينة جريمة وقعت بناء على طلب صاحب المسكن، أو طلب مساعدة، أو في حالات استثنائية كالحريق والكوارث الطبيعية، فهذه حالات ضرورة وليست تفتيش قانوني⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: ضمانات التفتيش في الشريعة الإسلامية.

ولقد تم التأكيد سابقاً على الآيات والأحاديث التي تكفل حرمة المساكن، وكذا الحياة الخاصة، وإن كان ولا بد ولعدم إهدار مصلحة الجماعة في الحصول على الحقائق - ضرورة اللجوء

(1) عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام، ص: 61.

(2) مصطفى مجدي هرجة، المشكلات العملية في القبض والتفتيش والدفوع والبطان "في ضوء أحكام الفقه - أحكام النقض، محاكم

الجنایات والتعليقات العامة للبنایات": (دار محمود للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة)، ص: 19.

(3) محمد محدّة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج 3، ص: 358.

(4) عبد الله أوهابيه، ضمانات الحرية الشخصية أثناء مرحلة البحث التمهيدي، ص: 222.

إلى تفتيش وكر الإنسان للكشف عن المتهم الأصلي - فلا بأس من هذا الإجراء الخطير (التفتيش) في ظل الضمانات المقررة في الشريعة الإسلامية والتي منها:
البند الأول: الاختصاص.

فالجهة التي يحق لها أن تصدر إذن التفتيش هي والي المظالم بصفته الجهة المختصة في تحقيق الدعوى والكشف عن الجرائم والاستدلال عليها، والمحتسب فيما خرج عن ولايته القضائية القاصرة، ودخل في اختصاص القاضي⁽¹⁾.

وضمن الاختصاص من الضمانات الرئيسية التي تكفلها الشريعة الإسلامية للأشخاص أثناء تطبيق إجراء التفتيش، فهذا الإجراء لا تكون له مصداقية إلا إذا أصدرته سلطة مختصة، فالصلاحيات مقسمة على حسب الاختصاص، بحيث أن إذن التفتيش يصدر أحياناً من والي المظالم، وأحياناً أخرى من المحتسب.

البند الثاني: التلبس بالجريمة.

فيشترط وكضمان للأشخاص في أمر التفتيش أن تكون الجريمة متلبساً بها. فالشك في الاتهام لا يشكل دافعاً لاقتحام المساكن بل لا بد من ظهور قرائن تدل على نسبة الفعل لصاحبه. والتلبس بالجريمة يكون بظهور المعصية في الدار من الخارج كرائحة الخمر أو أصوات السكارى⁽²⁾.

البند الثالث: اكتشاف الدلائل بطريق مشروع.

فإجراء التفتيش لا يمكن القول بصحته في الشريعة الإسلامية إذ تم التوصل للأدلة بطريقة منافٍ للشرع، حتى ولو كانت النتيجة الوصول إلى الجريمة والتعرف على الجاني.

قال عبد الرحمان بن عوف «خرجت مع عمر ليلة في المدينة إذا ظهر لنا سراج فانطلقنا نؤمه فلما دنونا منه إذا باب مغلق على قوم لهم أصوات ولغظ فأخذ عمر بيدي وقال: أتدري بيت من هذا قلبه لا: فقال هذا بيت ربيعة بن أمية بن خلف وهم الآن شرب

(1) ينظر: عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام، ص: 64.

(2) ينظر: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج 2، ص: 511.

فما ترى، قلت أرى أنا قد أتينا ما نهانا الله عنه قال تعالى «ولا تجسسوا» فرجع عمر رضي الله عنه وترجمهم⁽¹⁾.

فالحادثة هاته تقرر جملة من الضمانات أقواها وأدلها أن الدليل بطريق غير مشروع لا فائدة منه، فالتجسس على البيوت أمر غير جائز، والشريعة تمنع تفتيش الأشخاص والمسكن إذا كانت الوسيلة باطلة، فبالرغم من شكوك عمر بن الخطاب رضي الله عنه في وجود المجرمين، وفي اقرار الخطيئة، إلا أن حرمة المسكن، والآيات القرآنية، والأحاديث النبوية الناهية عن التجسس منعه من الإقدام على إجراء التفتيش، فسلطة عمر بن الخطاب كانت مقيدة احتراماً لحياة الإنسان الخاصة، وتكفي هاته الواقعة المقررة للقول بأن الشريعة الإسلامية صانت حرمة الشخص ومسكنه من الانتهاكات قولاً وفعلاً.

البند الرابع: التثبيت بعدم إقامة الكد واستبداله بعقوبة موجعة.

وفي هذا المعنى يقول الونشريسي «لو استفاض على رجل من المسلمين أنه شارب للخمر فوجدت الخمر في داره أو بين يديه، أو على مائدته مرة بعد أخرى، لما وجب عليه حد شرب الخمر، وإن غلب على الظن شربه لها، أو استفاض على رجل أنه يزني بامرأة فاجرة معلومة بالفجور، فوجدت معه في داره قد أغلق عليها بابه، وأنفرد بها مدة من الزمان، لم يجب عليه بذلك حد الزنى، وإن غلب على الظن بخلوته معها لمدة الطويلة من الزمان زناه بها، وإنما يجب بذلك العقوبة الموجعة»⁽²⁾، فالواقعة هاته تدل على عدم جواز دخول المساكن حتى ولو غلب على الظن وجود الفاحشة بداخلها، فالظن ليس دافع لاقتحام البيوت، بل حتى الحدود يمنع إقامتها على الأفراد إذا لم تكن مؤسسة على يقين وتثبت وروية.

الفرع الرابع: ضمانات التفتيش في القانون الوضعي.

إن القوانين والدساتير المختلفة منحت ضمانات أساسية خاصة بالتفتيش كونه إجراء دقيق يؤدي إلى المساس بالحياة الخاصة للأفراد وتمثل هاته الضمانات في:

البند الأول: صدور أمر قضائي بالتفتيش.

(1) أخرجه: عبد الرزاق، المصنف، كتاب العقول" باب التجسس"، (19216)، 519/9.

(2) الونشريسي، المعيار المغربي، ج2، ص:350.

فيشترط للقول بصحة التفتيش صدوره من لدن سلطة مختصة. ومثاله نص المادة 40 من الدستور الجزائري لسنة 1996 حيث جاء فيها «لا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة»⁽¹⁾.

البند الثاني: أن يكون الأمر القضائي مسبباً.

"إن التسبب يعد ضماناً مهمة للمتهم، حيث به يضمن أنه لا يجر تفتيش قبله إلا إذا توافرت عناصر الجريمة بأكملها ووجدت دلائل كافية في نسبتها إليه"⁽²⁾.
فالتسبب يعد دافعاً لدخول المسكن كونه يعطيه مصداقية للإجراءات خصوصاً والأمر متعلق بحرمة الحياة الخاصة.

البند الثالث: التفتيش بحضور المتهم أو من ينيبه أو شاهدين.

فيجب أن يحصل التفتيش بحضور المتهم أو من ينيبه عنه كلما أمكن ذلك، وإلا فيجب أن يكون بحضور شاهدين ويكون هذان الشاهدان بقدر الإمكان من أقاربه البالغين، أو من القاطنين معه بالمنزل، أو من الجيران ويثبت ذلك في المحضر⁽³⁾.

البند الرابع: تنفيذ أمر التفتيش في أوقات محددة.

وتحديد الفترة من طرف المشرع يعد من مظاهر احترام حقوق الأفراد في حياتهم الخاصة وضمناً لعدم إزعاجهم وقت راحتهم ليلاً⁽⁴⁾.

البند الخامس: اختصاص أمر التفتيش بمجرائم معينة.

"فلكي يكون أمر التفتيش شرعياً وقانونياً صادراً عن مختص، لا بد أن تكون الجريمة قد وقعت فعلاً حيث لا يجوز إصدار أمر التفتيش قبل وقوع الجريمة، ويجب أن تكون جناية أو جنحة"⁽⁵⁾.

الفرع الخامس: ضمانات التفتيش في ظل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

(1) الدستور الجزائري، 1996، المادة:40، ص:11.

(2) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص:362.

(3) مصطفى مجدي هرجة، المشكلات العملية في القبض والتفتيش والدفوع والبطلان، ص:163.

(4) أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، ص:223.

(5) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص:365-366.

ويشمل التفتيش الأماكن الخاصة بتواجد الأشخاص، وكذا الأماكن غير المسكونة، فنص المادة 81 (ق.إ.ج) على «يباشر التفتيش في جميع الأماكن التي يمكن العثور فيها على أشياء يكون كشفها مفيداً لإظهار الحقيقة»⁽¹⁾.

ويرجع تقدير ملائمة التفتيش وميعاده ومكانه للسلطة التقديرية لقاضي التحقيق وحده⁽²⁾.

ومن الضمانات المقررة للتفتيش في ظل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ما يلي:

أولاً: من حيث الاختصاص: فالتفتيش من اختصاص قاضي التحقيق، فنص المادة 01/68 (ق.إ.ج) على «يقوم قاضي التحقيق وفقاً للقانون باتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة...»⁽³⁾.

ثانياً: حضور المتهم عملية التفتيش: فنص المادة 83 (ق.إ.ج) على «إذا حصل التفتيش في مسكن غير مسكن المتهم، استدعي صاحب المنزل الذي يجري تفتيشه ليكون حاضراً وقت التفتيش، فإذا كان ذلك الشخص غائباً أو رفض الحضور، أجري التفتيش بحضور اثنين من أقاربه، أو أصهاره الحاضرين بمكان التفتيش، فإن لم يوجد أحد منهم فيحضر شاهدين لا تكون ثمة بينهم وبين سلطات القضاء أو الشرطة تبعية...»⁽⁴⁾.

فيقرر القانون في هاته المادة أن يكون الشاهدان أولاً في حالة تعذر حضور صاحب المسكن من أقارب أو أصهار صاحب المسكن الحاضرين بمكان التفتيش، ولا يلجأ للشاهدين من الغير إلا في حالة عدم وجودهما بعين المكان⁽⁵⁾.

ويخول القانون لقاضي التحقيق في إطار محاربة الإرهاب والتخريب سلطة الدخول للمساكن وتفتيشها في أي وقت ليلاً أو نهاراً خروجاً عن الأصل العام⁽⁶⁾.

فنص المادة 47 (ق.إ.ج) على «عندما يتعلق الأمر بجرائم موصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية يمكن لقاضي التحقيق أن يقوم بأي عملية تفتيش أو حجز ليلاً أو نهاراً وفي أي مكان على امتداد التراب الوطني أو يأمر ضباط الشرطة القضائية المختصين للقيام بذلك»⁽¹⁾.

(1) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 81، ص: 54.

(2) أحسن بوسقيعة، التحقيق القضائي، ص: 89.

(3) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 68، ص: 44.

(4) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 83، ص: 54-55.

(5) عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ص: 336.

(6) عبد الله أوهابيه، تفتيش المساكن في القانون الجزائري، (المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، ج36،

رقم2، 1998)، ص: 97.

ثالثاً: ميقات التفتيش: تنص المادة 01/47 (ق.إ.ج) على «لا يجوز البدء في تفتيش المساكن أو معاينتها قبل الساعة الخامسة صباحاً، ولا بعد الساعة الثامنة (8) مساءً، إلا إذا طلب صاحب المنزل، أو وجهت نداءات من الداخل، أو في الأحوال الاستثنائية المقررة قانوناً...»⁽²⁾.
إلا هناك حالات يجوز فيها لقاضي التحقيق أن يقوم بالتفتيش ليلاً، خارج الوقت المحدد وهو من الساعة 5 صباحاً إلى الساعة 8 مساءً وهذه الحالات هي:

I - حالة الجرائم الموصوفة بالجناية فتتص المادة 82 (ق.إ.ج) على «... غير أنه يجوز له وحده في مواد الجنايات أن يقوم بتفتيش مسكن المتهم في غير الساعات المحددة في المادة 47، بشرط أن يباشر التفتيش بنفسه وأن يكون ذلك بحضور وكيل الجمهورية»⁽³⁾.
II - حالة الجرائم الموصوفة بالإرهابية أو التخريبية: وهذا حسب المادة 47 (ق.إ.ج) السابق الذكر.

رابعاً: تسبب أمر التفتيش : وقانون الإجراءات الجزائية الجزائري خالٍ من أي نص يطلب التسبب⁽⁴⁾ وإن كان التشريع الإجمالي المصري نص بصراحة في المادة 02/91 على «وفي جميع الأحوال يجب أن يكون أمر التفتيش مسبباً»⁽⁵⁾، وأكدت المادة 44 من دستور جمهورية مصر العربية، أن للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها أو تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب وفقاً لأحكام القانون⁽⁶⁾.

ولأهمية التسبب في أمر التفتيش لا بأس من دعوة المشرع الجزائري للنص عليه صراحة في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري وهذا كرقابة على قضاة التحقيق وكذا منعهم من دخول المنازل وتفتيشها دون وجه حق.

خامساً: الرضا بالتفتيش: إن رضا صاحب المسكن بدخول مسكنه وتفتيشه يعبر عن تنازله عن حقه في الحماية المقررة للمساكن وهذا بصريح المادة 47 (ق.إ.ج)، إلا أن هناك شروطاً يجب توافرها في الرضا وهي:

- (1) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 47، ص: 31.
- (2) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 1/47، ص: 31.
- (3) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة 82، ص: 54.
- (4) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج 3، ص: 363.
- (5) درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص: 122.
- (6) محمد صبحي محمد نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية دراسة مقارنة، (ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983) ص: 284.

- 1- أن يكون الرضا صادراً عن صاحب الحق في الحماية وهو المقيم بالمسكن سواءً أكان مالكاً له أو مستأجراً، أو من ينوب عنه أثناء غيابه كالزوجة.
- 2- أن يكون الرضا صادراً عن إرادة حرة واعية، خال من عيوب الإرادة.
- 3- أن يكون الرضا سابقاً عن الإجراء وليس لاحقاً له.
- 4- أن يكون الرضا صريحاً، أي أن يكون مكتوباً بخط يد صاحب الحق، إذا كان يعرف الكتابة، أو الاستعانة بمن يختار إذا كان لا يعرف الكتابة⁽¹⁾.

سادساً: تفتيش الأشخاص⁽²⁾: إن القانون الجزائري لم يتضمن النص على تفتيش الأشخاص، وبالتالي لم يحدد نطاق حرمة الأشخاص على عكس ما ذهب إليه بالنسبة لتفتيش الأماكن⁽³⁾. وبالتالي فإن تفتيش الأشخاص يخضع للقواعد العامة وهي قواعد تقوم على وجوب احترام حقوق الأفراد، بعدم التعرض لهم إلا في الحدود التي تقتضيها المصلحة العامة، وعليه فإن قاضي التحقيق يستطيع قانوناً أن يجري تفتيش على كل شخص وجهت له النيابة العامة اتهاماً بمناسبة جنائية أو جنحة⁽⁴⁾.

وإن كان تفتيش الأشخاص له حرمة لا تقل أهمية عن حرمة المسكن وخصوصاً والأمر متعلق بحق الأفراد بالأمن، فيجب وضع نصوص صريحة وشروط خاصة للحد من السلطة المطلقة لسلطات التحقيق في جواز تفتيش أي شخص مهما كانت صفته أو مركزه أو حالته القانونية. سابعاً: ضبط الأشياء المتعلقة بالجريمة: الضبط شأنه شأن التفتيش، إجراء من إجراءات التحقيق، فيجب أن يكون في جريمة معينة وفي مكان محدد وعلى شخص معين، وعلى الأشياء التي تفيد في معرفة الحقيقة، وقد حول القانون قاضي التحقيق سلطة ضبط الأشياء والوثائق النافعة في إظهار الحقيقة ومنها الرسائل والخطابات وأن يقوم بتسجيل المحادثات التليفونية⁽⁵⁾.

أما التصنت على المحادثات التليفونية، فلم يرد في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري أي حكم بشأن المسألة، ومع ذلك يجوز لقاضي التحقيق أن يأمر بذلك. وشرعية هذا الإجراء المادة

(1) ينظر: عبد الله أوهابيه، تفتيش المساكن في القانون الجزائري، ص: 93-94.

(2) نصت المادة 1/46 قانون الإجراءات المصري على "في الأحوال التي يجوز فيها القبض قانوناً على المتهم يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يفتشه"، مصطفى مجدي هرجة، المشكلات العملية في القبض والتفتيش والدفع والبطان، ص: 113.

(3) عبد الله أوهابيه، ضمانات الحرية الشخصية أثناء مرحلة البحث التمهيدي، ص: 264.

(4) عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ص: 339.

(5) ينظر: محمد صبحي محمد نجم، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ص: 63.

01/68، (ق.إ.ج) (1) فتنبص المادة « يقوم قاضي التحقيق وفقاً للقانون باتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة» (2).

وإن كانت المراسلات لها حرمة، وانتهاكها يجب أن يكون في أضيق الحدود، ولذلك يجب عدم الإقدام على التصنت على المحادثات التلفونية، وأن يخضع هذا الإجراء لشروط، كأن يكون ذلك بالنسبة للمشتبه فيهم فقط، أو بالنسبة للجرائم الخطيرة مثلاً.

ومع هذا فقانون الإجراءات الجزائية الجزائري أقر ضمانات هامة للأفراد أثناء عملية التفتيش فاشتراط الجهة المختصة وتسبب قرار التفتيش، وأكد على الرضا بالتفتيش وكذا حضور الشهود، كما تميز شأنه شأن بعض التشريعات في تخصيص ميعات محدد للتفتيش، وهذا احتراماً للأشخاص واحتراماً لحرمتهم، ضماناً لعدم إزعاجهم.

ونشير في آخر هذا المبحث إلى حقيقة أسبقية الشريعة الإسلامية في وضع ضمانات رئيسية تكفل حماية حق الأمن عند ضرورة القيام بالإجراء الخطير والمتمثل في التفتيش، كما يتضح الأصل العام في الشريعة الإسلامية، ألا وهو حرمة المساكن والأشخاص هاته الحرمة المقررة بالآيات القرآنية والأحاديث النبوية، خلافاً للحماية القانونية للمساكن والمقررة بقوانين وشعارات ومواد متضادة تختلف من قانون لآخر، ومن تشريع لآخر، هذا أن النظرة المادية للقانون تختلف عن النظرة الدينية الأخلاقية للشريعة الإسلامية، فالقانون غايته الوصول إلى الحقيقة وإن كان السبيل لها طريق التجسس أو اقتحام البيوت دون إذن، أما الشريعة الإسلامية وبمراعاتها للأخلاق والآداب العامة ترفض أي أدلة مستندة على أصل غير مشروع، فهل بعد هذا الضمان يبقى العقل البشري في حاجة لضمان يقيه شر التفتيش أو انتهاك الحرمات؟!

المطلب الثاني: القبض وضماناته في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

تم الذهاب إلى أن الأصل في الإنسان البراءة، وأن كل شخص أراد الاعتداء على هذا الحق الأصيل، لا بد أن يقدم دلائل وبراهين تثبت عكس المقرر، فالبيينة على الشخص المدعي واليمين على من أنكر، ومما لا مجال فيه للشك أن الفرد لا تطمئن نفسه ولا تستقر روحه، إذا كان مهدداً بإلقاء القبض عليه بين الفينة والأخرى، فمقررات حق الأمن الفردي تعطي للشخص كافة الضمانات للتمتع بالحرية والاستقرار في ظل الحياة الكريمة، وعلى هذا الأساس لا يجوز لسلطات الدولة

(1) أحسن بوسقيعة، التحقيق القضائي، ص: 95.

(2) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 1/68، ص: 44.

وأجهزتها القبض على الأفراد واعتقالهم تعسفاً لأي سبب من الأسباب، وإن كان هذا هو الأصل إلا أنه لا يخلوا من الاستثناء وهو حالة أو ضرورة القبض لاستكمال إجراءات التحقيق في قضية الكشف عن الجرائم والمجرمين، فهل الضمانات التي تقرها الشريعة الإسلامية وكذا القانون الوضعي كافية لتحقيق الأمن في سبيل القيام بعملية القبض، خصوصاً والقبض فيه اعتداء على الحرية والسلامة الشخصية؟

الفرع الأول: مفهوم القبض والفرق بينه وبين المفاهيم المشابهة له.

البند الأول: تعريف القبض.

«القبض إجراء يتضمن تقييد حرية متهم بما يلزم لوضعه "مادياً" تحت تصرف سلطة التحقيق في خلال مدة معينة لاستجوابه والتصرف في أمره قانوناً»⁽¹⁾.

والقبض كذلك إجراء من إجراءات التحقيق، يراد به حرمان الشخص من حرية التجول ولو لفترة يسيرة ووضعه تحت تصرف سلطة الاستدلالات والتحقيقات حتى يتضح مدى لزوم حبسه احتياطاً أو الإفراج عنه⁽²⁾، وإن كانت هذه التعريفات الطويلة تجمع في طياتها مدلولاً واحداً للقبض وهو «تقييد حرية الشخص لمدة محددة بهدف استكمال إجراءات التحقيق».

البند الثاني: الفرق بين القبض والحبس المؤقت.

يجمع القبض والحبس المؤقت أنهما سلب للحرية، وهما من إجراءات التحقيق، ولكن القبض مدته قصيرة لا يجوز أن تزيد عن يومين، في حين أن الحبس المؤقت مدته طويلة نسبياً، ولا بد أن يسبقه استجواب، ولا يكون إلا بمعرفة سلطات التحقيق. في حين أن القبض يكون جائزاً في حالات معينة لمأموري الضبط القضائي⁽³⁾.

البند الثالث: الفرق بين القبض والإحضار

(1) حسن علال، قانون الإجراءات الجنائية (توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية)، الطبعة الثانية، ص: 109.

(2) مصطفى مجدي هرجة، المشكلات العلمية في القبض والتفتيش والدفوع والبطلان، ص: 12.

(3) ينظر، عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، حقوق وضمانات المتهم في الشريعة الإسلامية والقانون، ص: 42.

وأمر الإحضار هو «ذلك الأمر الذي يصدره قاضي التحقيق إلى القوة العمومية لاقتياد المتهم ومثوله أمامه على الفور» فالإحضار يختلف عن القبض في المدة لأنه يكون فورياً⁽¹⁾.

البند الرابع: الفرق بين القبض وأمر الإيداع.

ولقد عرفت المادة 117 (ق.إ.ج) أمر الإيداع بمؤسسة إعادة التربية بأنه «ذلك الأمر الذي يصدره القاضي إلى المشرف رئيس مؤسسة إعادة التربية باستلام وحبس المتهم»⁽²⁾.

فأمر القبض أشد كلفة وأعظم خطراً من أمر الإيداع لأنه إذا كان هذا الأخير أساساً يؤدي إلى وضع المتهم في الحبس، فإن أمر القبض يؤدي إلى البحث عنه ووضعه في الحبس المؤقت⁽³⁾. ومن ثمة قيل أنه يجمع أي "الأمر بالقبض" بين مزايا أمر الإحضار والإيداع لأنه يتيح البحث عن المتهم والقبض عليه وحبسه⁽⁴⁾.

البند الخامس: الفرق بين القبض والاستيقاف.

والاستيقاف هو «مجرد إيقاف إنسان ووضع نفسه موضع الريبة في سبيل التعرف على شخصيته» وهو أمر مباح لرجال السلطة العامة، فهو إذن ليس قبضاً، وإنما مجرد تعطيل حركة شخص من أجل التحري على شخصيته وذلك لفحص الشكوك التي تحيط به⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: ضمانات القبض في الشريعة الإسلامية.

تكلم الفقهاء في هذه الضوابط وخاصة عند الحديث عن شروط التلبس حيث أكدوا على أنه يتم بطريق مشروع «حادثة عمر بن الخطاب مع الفتية الذين تسور عليهم» ومن ذلك تحريم التلصص واختلاس النظر، ويستفاد من النصوص التي تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر، أنها موجهة إلى عامة المسلمين حكماً ومحكومين، ولاشك أن حالة التلبس بالجريمة منكر يجب منعه، والقبض على مرتكبه، سواء عن طريق مأمور الضبط أو أحد الناس، وأما في غير حالة التلبس فلا يجوز القبض إلا بإذن من القضاء الذي لا يصدر هذا الأمر إلا إذا توافرت في حق الشخص المراد القبض عليه دلائل خطيرة تبرر اتهامه⁽⁶⁾.

(1) بوكحيل الأخضر، الحبس الاحتياطي والمراقبة القضائية في التشريع الجزائري والمقارن، (ديوان المطبوعات الجامعية)، ص: 215.

(2) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 117، ص: 69.

(3) ينظر، محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج 3، ص: 408.

(4) بوكحيل الأخضر، الحبس الاحتياطي والمراقبة القضائية، ص: 217.

(5) عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، حقوق و ضمانات المتهم في الشريعة الإسلامية والقانون، ص: 42-43.

(6) ينظر، عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، حقوق و ضمانات المتهم في الشريعة الإسلامية والقانون، ص: 47.

فالشريعة الإسلامية تضيق من حالات القبض ولا تجيز هذا الإجراء إلا عند الضرورة وهي الحفاظ على مصلحة الجماعة في إطار الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، كما تركز على أساس الشرعية في الوصول إلى الدلائل والمتهمين ولا تقرر القبض إلا في الجرائم الخطيرة التي تمس بأمن الجماعة.

الفرع الثالث: ضمانات القبض في القانون الوضعي.

فهناك ضمانات عديدة تصاحب الأمر بالقبض ومن أهمها:

البند الأول: حالات القبض.

فيجب تحديد الحالات التي يجوز فيها لضابط الشرطة القضائية القبض على الأشخاص في قانون الإجراءات الجزائية وتلقينها لرجال الأمن قبل الشروع في ممارسة وظائفهم، وتعليمهم الأساليب والشكليات التي يجب عليهم إتباعها قبل القبض على المشتبه فيهم وذلك عن طريق وضع النصوص التنظيمية المكتملة والمفسرة للنصوص التشريعية⁽¹⁾.

البند الثاني: تحديد السلطة التي يجوز لها الأمر بالقبض.

فالقبض إجراء تحقيق فلا يجوز أن يأمر بالقبض إلا القاضي المختص أو النيابة العامة، ويجوز استثناءً لمأمور الضبط القضائي⁽²⁾.

البند الثالث: طبيعة الفعل الإجرامي.

فيجب أن يكون الفعل الإجرامي المنسوب إلى المتهم جنائية أو من الجرح المعاقب عليها بعقوبة الحبس، ومن ثمة فلا يجوز إصدار الأمر بالقبض في الجرح المعاقب عليها بالغرامة، وكذا في المخالفات عموماً⁽³⁾.

البند الرابع: حالة المتهم بالنسبة للإقامة.

(1) أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، ص: 197.

(2) عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، حقوق و ضمانات المتهم في الشريعة الإسلامية والقانون، ص: 41.

(3) ينظر، درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص: 141.

يجب أن يكون المتهم هارباً أو مقيماً خارج إقليم الجمهورية، أما إذا كان المتهم غير هارب، ومقيماً داخل إقليم الجمهورية فإنه يصدر في حقه أمر بالإحضار، ثم إذا أراد المحقق حبسه أصدر في حقه أمر بالإيداع بعد استجوابه⁽¹⁾.

البند الخامس: قانونية الأمر بالقبض.

فإذا قام رجل البوليس بالقبض على المتهم بدون أي سند قانوني أو إذن أو ترخيص يسمح له بهذا القبض وبعد ذلك وافق المتهم على القبض، فإن هذا الرضا يعتبر باطلاً لأنه لاحق على ارتكاب الفعل، ولأنه كان نتيجة الخوف أو الإكراه المادي أو المعنوي⁽²⁾.

البند السادس: الرقابة على القبض.

يجب إخضاع إجراء القبض للرقابة القضائية فوكيل الجمهورية هو مدير الشرطة القضائية، لذلك فإن إبلاغه بارتكاب الجريمة والقبض على المشتبه فيه يعد ضماناً لحرية الأفراد⁽³⁾.

البند السابع: توقيت القبض.

يتميز منزل المتهم بحماية قانونية وحصانة دستورية، حيث لا يجوز للضابط أو العون المكلف بتنفيذ القبض أن يدخل مسكنه قبل الساعة الخامسة صباحاً ولا بعد الثامنة مساءً⁽⁴⁾.

البند الثامن: معاملة المقبوض.

فيجب معاملته معاملة لا تمس بكرامته وإنسانيته، فالمشتبه فيه بريء ويجب أن يعامل على هذا الأساس إلى أن تثبت إدانته لذلك ينص القانون على ضرورة تمكين المقبوض عليه من الاتصال بأهله وتوفير المأكل والمشرب له وفي بعض التشريعات تمكينه من الاتصال بمحاميه⁽⁵⁾.

الفرع الرابع: ضمانات القبض في التشريع الجزائري.

(1) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص:411.

(2) محمد صبحي نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة، ص:283-284.

(3) أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، ص:197.

(4) درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص:143.

(5) أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، ص:198.

و الأمر بالقبض هو الأمر الذي يصدره قاضي التحقيق إلى القوة العمومية قصد البحث عن المتهم واقتياده إلى مؤسسة إعادة التربية المعنية فيه حيث يقع تسليمه وحبسه⁽¹⁾، فتتص المادة 1/119 (ق.إ.ج) على «الأمر بالقبض هو ذلك الأمر الذي يصدر إلى القوة العمومية بالبحث عن المتهم وسوقه إلى المؤسسة العقابية المنوه عنها في الأمر حيث يجري تسليمه وحبسه»⁽²⁾.
البند الأول: الحماية الدستورية على إجراء القبض.

جاء في دستور 1996 نصوص عدة تحمي حرية الأفراد وبالتالي فلا يجوز انتهاك الحرية الشخصية للأفراد والقول بالقبض اعتباطاً.

فتتص المادة 01/32 على «الحرية الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة» أما المادة 01/34 فتتص على «تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان» وتتص المادة 35 على «يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحرية وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية» وأكدت المادة 47 على «لا يتابع أحد، ولا يوقف أو يحتجز إلا في الحالات المحددة بالقانون و طبقاً للأشكال التي نص عليها»⁽³⁾ فالمواد السابقة تمنح القبض حصانة قانونية وتؤكد على أنه حالة استثنائية لا تجوز إلا إذا سمح القانون بذلك.
البند الثاني: الأشخاص الذين لهم الحق في إصدار أمر القبض.

تتص المادة 01/109(ق.إ.ج) على «يجوز لقاضي التحقيق حسبما تقتضيه الحالة أن يصدر أمراً بإحضار المتهم أو بإيداعه السجن أو بإلقاء القبض عليه».

أما المادة 121 (2)، (ق.إ.ج) فتتص على «وإذا قبض على المتهم خارج دائرة اختصاص قاضي التحقيق الذي أصدر الأمر سيق المتهم في الحال إلى وكيل الجمهورية التابع له محل القبض عليه، كي يتلقى منه أقواله بعد تنبيهه بأنه حرفي عدم الإدلاء بأقوال ما وينوه عن ذلك التنبيه في المحضر»، أما المادة 358 (ق.إ.ج) فورد فيها «يجوز للمحكمة في الحالة المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة 375، إذا كان الأمر متعلقاً بجنحة من جنح القانون العام وكانت العقوبة المقضي

(1) جيلالي بغداداي، التحقيق، ص:134.

(2) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة 119:، ص:71

(3) الدستور الجزائري ، 1996 ، المواد32، 34، 35، 47، ص:10-12.

بها لا تقل عن الحبس سنة أن تأمر بقرار خاص مسبب بإيداع المتهم في السجن أو القبض عليه»¹

ويستفاد من نصوص هاته المواد أن الأشخاص الذين يحق لهم إصدار أمر القبض هم قاضي التحقيق، أو من يقوم مقامه في جهة التحقيق كغرفة الاتهام متى رأت لزوم ذلك، وكذلك قاضي التحقيق طبقاً للشروط المنصوص عليها في المادة 358 (ق.إ.ج)⁽²⁾.

البند الثالث: أن تكون الجريمة جنائية أو جنحة.

فتنص المادة 2/119 (ق.إ.ج) على «فيجوز لقاضي التحقيق بعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية أن يصدر ضده أمراً بالقبض إذا كان الفعل الإجرامي معاقباً عليه بعقوبة جنحة بالحبس أو بعقوبة أشد جسامة»⁽³⁾، فنظراً لخطورة إجراء القبض تم اشتراط الجنائية والجنحة، لأن المخالفات لا تستدعي القبض على الأفراد وهذا راجع لقلة خطورتها مقارنة بالجنائيات أو الجنح.

البند الرابع: حالات إصدار الأمر بالقبض.

فتنص المادة 02/119 (ق.إ.ج) على «إذا كان المتهم هارباً أو مقيماً خارج إقليم الجمهورية فيجوز لقاضي التحقيق بعد استطلاع وكيل الجمهورية أن يصدر ضده أمراً بالقبض»⁽⁴⁾، فحالات إصدار الأمر بالقبض هي:

الحالة الأولى: أن يكون المتهم هارباً أو مختفياً عن العدالة، أو من الأشخاص المقيمين خارج إقليم الجمهورية.

الحالة الثانية: أن تكون الجريمة سبب الأمر بالقبض جنائية أو جنحة، وهذا يعني استبعاد الجنح المعاقب عليها بالغرامة فقط والمخالفات إطلاقاً⁽⁵⁾.

(1) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المواد، 109، 121، 358، ص: 65-72-217.

(2) ينظر، درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص: 141.

(3) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 119، ص: 71.

(4) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 119، ص: 71.

(5) عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ص: 374.

البند الخامس: استجواب المتهم فور قبضه.

فتنص المادة 113 (ق.إ.ج) على «كل متهم ضبط بمقتضى أمر إحضار وبقي في مؤسسة إعادة التربية أكثر من ثمانية وأربعون ساعة دون أن يستجوب اعتبر محبوساً حسباً تعسفياً»⁽¹⁾.

البند السادس: وقت القبض على المتهم.

فهناك وقت معين لجواز الذهاب إلى المسكن والقبض على الشخص فتنص المادة 01/122 (ق.إ.ج) على «لا يجوز للمكلف بتنفيذ أمر القبض أن يدخل مسكن أي مواطن قبل الساعة الخامسة صباحاً ولا بعد الساعة الثامنة مساءً»⁽²⁾.

البند السابع: العناصر الشكلية لأمر القبض.

فأوجب قانون الإجراءات الجزائية الجزائري أن يشمل أمر القبض الذي يصدره قاضي التحقيق على البيانات التالية⁽³⁾:

- بيان اسم القاضي الذي أصدره.

- ذكر هوية المتهم ونوع التهمة.

- الإشارة إلى المواد القانونية التي ستطبق بشأن الجريمة المنسوبة إليه.

- ذكر تاريخ صدوره وإمهاره بتوقيع وختم قاضي التحقيق الذي أصدره.

ونشير في آخر هذا المطلب أن الشريعة الإسلامية وضعت ضوابط و ضمانات للحفاظ على حق الفرد في الحرية والتنقل ولكن كأصل عام وهو طريق الدليل المشروع والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وكذا المقصد العام في الشريعة وهو الحفاظ على مصلحة الجماعة وفي تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام. أما القانون الوضعي فقد كفل هاته الضمانات بتفصيلها وتنظيمها في مواد قانونية تحمي الأفراد وتقيهم نائبة القبض دون مسوغ قانوني، والتشريع الجزائري وكغيره من التشريعات وفر هاته الضمانات، إلا أن تحديد مدة الاستجواب بعد القبض بثمان وأربعين ساعة فيه بعض الظلم، للشخص الذي تم القبض عليه، لأن القبض إجراء استثنائي، وقد يكون المشتبه المقبوض عليه بريئاً ويعاقب بالمنع من التنقل كل هذا الوقت، كما أن طول المدة يعود بأثر سلبي

(1) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 113، ص: 67.

(2) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 122، ص: 72-73.

(3) ينظر، درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص: 144.

على اختفاء الحقائق والأدلة، ولذلك وحفاظاً على حق الأمن الفردي وحق النفس في التمتع بنعمة الحرية أقترح أن تكون مدة الاستجواب بعد القبض بأربع وعشرين ساعة أو أقل فقط، وأن يمنح المقبوض عليه حق الاتصال بمحامٍ عنه لأنه في حال القبض عليه قد لا يكون في حالة نفسية جيدة وبالتالي لا يجرؤ على حسن الدفاع عن نفسه.

المطلب الثالث: الحبس المؤقت و ضماناته في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

يعتبر الحبس الاحتياطي إجراءً خطيراً، فهو أخطر من القبض ذاك أنه من الإجراءات المقيدة للحرية، الماسة باستقلالية التنقل، فحبس المتهم لمدة معينة فيه تأثير على حرية الشخصية، وينعكس سلباً على حقه في الأمن، إلا أنه ولدواعي التحقيق وبهدف عدم ضياع الدلائل والحقائق لا بد من تقرير أمر الحبس المؤقت.

والحبس المؤقت هو إجراء استثنائي وضروري اتخاذه خلال سير التحقيق الابتدائي وذلك لأجل ضمان مثول المتهم شخصياً أمام قاضي التحقيق، أو من منعه من الهروب أو من محاولة عرقلة إظهار الحقيقة⁽¹⁾.

الفرع الأول: تعريف الحبس المؤقت.

عرفه محمد محدة بقوله «هو أمر من أوامر التحقيق يصدر عن من منحه المشرع هذا الحق متضمن وضع المتهم في مؤسسة إعادة التربية لبعض مدة التحقيق أو كلها أو حتى المحاكمة قاصداً بذلك تأمين سير التحقيق وسلامته»⁽²⁾.

الفرع الثاني: مدى توافق قرينة البراءة مع الحبس المؤقت.

قد ثار التساؤل عن ما إذا كان الحبس الاحتياطي يتعارض مع قرينة البراءة، فمن ناحية ينص المشرع على ضرورة صدور حكم حائز لقوة الشيء لإهدار قرينة البراءة، ويجوز سلب حرية الشخص خلال فترة قد تصل إلى شهور أو بضع سنوات من ناحية أخرى؟

فالحبس الاحتياطي متعارض مع قرينة البراءة على مستوى المبادئ القانونية القاعدية وهذا ما أدى بالفقيه "غارو" إلى القول «بأن الحبس الاحتياطي يعد نظاماً بعيداً عن فكرة العدالة» ومع ذلك يتطلب النظام الاجتماعي أحياناً الحد من حرية الفرد. ويرى "فوستان هيلي" بأن حق المجتمع

(1) ينظر، مروان محمد، الحماية الدستورية للحريات الشخصية و حقوق الدفاع في المتابعات الجنائية، (موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال

للخدمات الإعلامية، الجزائر)، ص: 22.

(2) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج 3، ص: 116.

في تطبيق إجراء الحبس الاحتياطي لا منازع فيه وذلك لمصلحة أمنه وتطبيق عدالته وأبقى على مؤسسة الحبس الاحتياطي للاعتبارات العملية رغم تعارضه مع قرينة البراءة⁽¹⁾.
والنص السابق فيه دلالة واضحة على أن "الأصل قرينة البراءة" وأن الحبس المؤقت استثناءً فقط يعول عليه عملياً لاستتباب الأمن وتقرير الحقائق حفاظاً على حق المجتمع في القبض على الجناة.

الفرع الثالث: ضمانات الحبس المؤقت في الشريعة الإسلامية.

والحبس الشرعي ليس الحبس في مكان ضيق، وإنما هو تعويق الشخص، ومنعه من التصرف بنفسه سواءً كان في بيت أو مسجد، أو كان بتوكل الخصم أو وكيله عليه، وملازمته له، ولهذا أسماه النبي صلى الله عليه وسلم "أسيراً"⁽²⁾.

البند الأول: مشروعية الحبس.

اختلف الفقهاء في مشروعية الحبس المؤقت، فذهب فريق منهم للقول بعدم مشروعيته ومنهم أبو يوسف حيث يقول في كتابه الخراج « وتقدم يا أمير المؤمنين إلى ولاتك لا يأخذون الناس بالتهمة: يجيء الرجل إلى الرجل (أي الوالي) فيقول هذا اتهمني في سرقة سرقت منه فيأخذونه بذلك وغيره، وهذا مما لا يحل العمل به ولا ينبغي أن تقبل دعوى رجل على رجل في قتل ولا سرقة، ولا يقام عليه حد إلا بينة عادلة أو بإقرار من غير تهديد من الوالي له أو وعيد على ما ذكرته لك، ولا يحل ولا يسمح أن يحبس رجل بتهمة رجل له، كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يأخذ الناس بالقرف (أي التهمة) ولكن ينبغي أن يجمع بين المدعي والمدعى عليه، فإن كانت له بينة على ما ادعى حكم بها وإلا أخذ من المدعى عليه كفيلاً وخلي عنه...»⁽³⁾.

فالفقهاء الذي أقروا عدم مشروعية الحبس المؤقت قد قدسوا حق الأمن وكفلوه كفالة شرعية، وهم بذلك ضمنوا عدم الاعتداء على الحق في الحرية، وإن كان هذا هو الأصل فلا يمنع وجود فقهاء آخرين أجازوا الحبس المؤقت لضرورات شرعية مناطها الحفاظ على المصلحة العامة، ولكن تأكيدهم على مشروعية الحبس المؤقت ليس من باب الاعتداء على حق الأمن

(1) ينظر: بوكحيل الأخصر، الحبس الاحتياطي والمراقبة القضائية، ص: 64-74-75.

(2) ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص: 102.

(3) أبي يوسف، الخراج، ص: 175-176.

الفردي بل مؤسس بما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم "بأنه قد حبس رجلاً في تهمة"⁽¹⁾،
وضمن ضوابط وشروط و ضمانات تكفل حق الأشخاص في الحرية حتى مع ضرورة تطبيق إجراء
الحبس المؤقت.

البند الثاني: طبيعة الحبس المؤقت.

يعتبر الحبس عقوبة تعزيرية، والعقوبة لا تكون إلا عن جريمة ثبت وقوعها فإذا كان الرسول
صلى الله عليه وسلم قد حبس الرجل لمجرد الاتهام، فمعنى هذا أنه عاقبه على التهمة وأنه أباح
عقاب كل من يوجد نفسه أو توجده الظروف في حالة اتهام ولو لم يأت فعلاً مجرماً وهذا ما تبرره
المصلحة العامة⁽²⁾.

فاعتبار عقوبة الحبس المؤقت عقوبة تعزيرية دليل على أنها شرعت لتأديب الجاني فقط
وهي ليست ضمن نطاق العقوبات القاسية، كالعقوبات المقررة للحدود مثلاً.
البند الثالث: مدة الحبس.

ذهب ابن فرحون إلى أن قدر مدة الحبس يختلف باختلاف أسبابه وموجباته فحبس التعزير
راجع إلى اجتهاد الحاكم بقدر ما يرى أنه ينزجر به⁽³⁾.
وذهب الماوردي إلى أن للأمر أن يعجل حسب المتهم للكشف والاستبراء، واختلف في
مدة حبسه لذلك، فذكر عبد الله الزبيري من أصحاب الشافعي أن حبسه للاستبراء والكشف مقدر
بشهر واحد لا يتجاوزه، وقال غيره، بل ليس بمقدر وهو موقوف على رأي الإمام واجتهاده، وهذا
أشبه وليس للقضاة أن يحبسوا أحداً إلا بحق وجب⁽⁴⁾.

(1) أخرجه: أبو داود، السنن، كتاب الأفضية، باب "الحبس في الدين" وغيره، 307/2.

- الترمذي، السنن، كتاب الديات، باب "ما جاء في الحبس في التهمة" الحديث (1417) 20/4.

وقال: "حديث بجز عن أبيه عن جده حديث حسن، وقد روى إسماعيل بن إبراهيم عن بجز بن حكيم هذا الحديث أتم من هذا وأطول".

- النسائي، السنن، كتاب قطع السارق، باب "امتحان السارق" بالضرب والحبس، 67/8.

أحمد المسند، 492/5.

كلهم من طريق معمر عن بجز بن حكيم عن أبيه عن جده، بلفظ (حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم - رجلاً في تهمة) زاد الترمذي، ثم
خلا عنه، وزاد النسائي: (ثم خلى سبيله).

(2) محمد أحمد حامد، التدابير الاحترازية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، (ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر)، ص: 421.

(3) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص: 240.

(4) الماوردي، الأحكام السلطانية، ص: 362.

أما القاضي أبي يعلى⁽¹⁾ فذهب إلى أن ظاهر كلام أحمد رحمه الله ورضي عنه أن للقضاة الحبس في التهمة، فقال في رواية حنبل «إذا قامت عليه البينة أو الاعتراف أقيم عليه الحد، ولا يحبس بعد إقامة الحد، وقد حبس النبي صلى الله عليه وسلم في تهمة وذلك حتى يتبين للحاكم أمره، ثم يخليه بعد إقامة الحد».

ولفظ الحديث ما روى أبو بكر الخلال في أول كتب الشهادات بإسناده عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده «أن النبي صلى الله عليه وسلم حبس في تهمة»⁽²⁾، ويشهد لذلك قوله تعالى «وَيَذُرُّهَا عَنْهَا الْعَذَابُ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ»⁽³⁾.

وحملنا العذاب على الحبس لقوة التهمة في حقها بامتناعها من اللعان⁽⁴⁾، ويتمشى مع أحدث نظريات العقوبة، وهي أن يكون غير محدد المدة، حتى يمكن علاج الجاني بطريقة تبعده عن الجريمة وأخطار مخالطة المجرمين لمدة طويلة⁽⁵⁾، وهذا تأكيداً لما ذهب إليه ابن فرحون.

البند الرابع: الهدف من الحبس.

يشترط في الحبس كما يشترط في غيره من عقوبات أن يؤدي غالباً إلى إصلاح الجاني وتأديبه، فإن غلب على الظن أنه لن يؤدي الجاني أو لن يصلحه امتنع الحكم به ووجب الحكم بعقوبة أخرى⁽⁶⁾.

البند الخامس: الضوابط الموضوعية للحبس المؤقت.

وتتمثل في:

أ- استجواب المتهم قبل حبسه، فحق الاستجواب قاعدة عامة في الشريعة⁽⁷⁾.

(1) وهو محمد بن الحسين بن محمد بن الفراء إمام الحنابلة وعنه انتشر مذهب الإمام أحمد، من شيوخه من سمع من البغوي عن الإمام أبي القاسم بن جبارة وأبي القاسم موسى ابن عيسى السراج، من مصنفاته: أحكام القرآن ومسائل الإيمان والمعتمد والمقتبس، توفي سنة (458هـ). ينظر: مختصر طبقات الحنابلة، ص: 32.

(2) سبق تخريجه، ص: 161.

(3) القرآن الكريم، سورة النور، 8.

(4) أبي يعلى، الأحكام السلطانية، ص: 290-291.

(5) بهنسي، العقوبة، ص: 207.

(6) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج 1، ص: 695.

(7) عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، حقوق و ضمانات المتهم في الشريعة الإسلامية والقانون، ص: 60.

ب- الحبس المؤقت لا يجوز أن يأمر به إلا جهة مختصة هي في الأصل الجهة القائمة في التحقيق ويختص بالتحقيق ناظر المظالم والمحتسب فيما خرج عن ولايته القضائية القاصرة ودخل اختصاص القاضي⁽¹⁾.

ت- وجود الأدلة الكافية على الاتهام، حيث رأى الفقهاء ضرورة وجود أدلة كافية على التهمة تبرر حبس المتهم⁽²⁾.

ث- أن تكون الجريمة التي أتهم بها الشخص من الجرائم الخطيرة، كالقتل أو الضرب الذي يفضي إلى الموت أو الجراح الخطيرة⁽³⁾.

الفرع الرابع: ضمانات الحبس المؤقت في القانون الوضعي والتشريع الجزائري.

البند الأول: الضمانات الشكلية في أمر الحبس المؤقت.

أولاً: صدور أمر الحبس المؤقت كتابة: فالقاعدة العامة في الإجراءات الجزائية أن تكون هذه الأوامر ثابتة بالكتابة وذلك ضماناً لإثبات ما ورد بها وللاحتجاج عليها⁽⁴⁾.

فتنص المادة 2/68 (ق.إ.ج) على «وتحرر نسخة عن هذه الإجراءات وكذلك عن جميع الأوراق ويؤشر كاتب التحقيق أو ضابط الشرطة المنتدب على كل نسخة بمطابقتها للأصل وذلك مع مراعاة ما أشير إليه في الفقرة الخامسة من هذه المادة»⁽⁵⁾.

ثانياً: أن يحتوي أمر الحبس المؤقت على بيانات جوهرية: فتنص 109 (ق.إ.ج) على «يجوز لقاضي التحقيق حسبما تقتضي الحالة أن يصدر أمراً بإحضار المتهم أو بإيداعه السجن أو بإلقاء القبض عليه.

ويتعين أن يذكر في كل أمر نوع التهمة ومواد القانون المطبقة مع إيضاح هوية المتهم ويؤرخ الأمر ويوقع من القاضي الذي أصدره ويمهر بختمه. وتكون تلك الأوامر نافذة المفعول في جميع أنحاء الأراضى الجزائرية، ويجب أن يؤشر على الأوامر التي يصدرها قاضي التحقيق من وكيل الجمهورية وأن ترسل بمعرفته⁽⁶⁾.

(1) عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام، ص: 73.

(2) عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، حقوق و ضمانات المتهم في الشريعة الإسلامية والقانون، ص: 61.

(3) عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام، ص: 73.

(4) درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص: 130.

(5) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 68، ص: 44-45.

(6) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 109، ص: 65-66.

فاليانات التي يجب أن يشمل عليها أمر الحبس المؤقت هي:

- 1- أن يتضمن أمر الحبس المؤقت بيانات تتعلق بهوية المتهم.
- 2- أن يتضمن أمر الحبس المؤقت توقيع القاضي الذي أصدره وترجع أهمية هذا البيان إلى الاستدلال عما إذا كان مصدر هذا الأمر خوله القانون حق إصداره أم لا ومن ثمة فإن تقرير الحبس من قبل سلطة مختصة يعد ضماناً للمتهم خاصة وأنه يجب أن تمتاز هذه السلطة بالكفاءة والاستقلالية.
- 3- أن يتضمن أمر الحبس المؤقت تحديداً للتهمة المنسوبة إلى المتهم، مع ذكر الوصف القانوني للواقعة وهذا البيان هام وجوهري، إذ أن تحديد التهمة والوصف القانوني للواقعة المنسوبة للمتهم، تبين ما إذا كانت تلك الواقعة الإجرامية التي أرتكبها المتهم مما يجوز فيها الحبس المؤقت أم لا؟⁽¹⁾.
- 4- إبلاغ المحبوس احتياطياً بأمر الحبس وأسبابه، فلقد ألزم المشرع المحقق إبلاغ أمر الحبس المؤقت للمتهم والنص على هذا التبليغ بمحضر الاستجواب حيث جاء في المادة 02/117 (ق.إ.ج) «ويبلغ قاضي التحقيق هذا الأمر للمتهم، ويتعين أن ينص على هذا التبليغ بمحضر الاستجواب»⁽²⁾، وإبلاغ المحبوس احتياطياً بأسباب حبسه يعد ضماناً هامة تتعلق بحق المحبوس من حيث الدفاع، لأن هذا التبليغ يتيح له الوقوف على الوقائع المنسوبة إليه والتكيف القانوني المعطى لها، ومن ثمة فهو يحضر دفاعه، فالإنسان صغر جرمه أم كبر لا بد له من وسائل دفاع وحجج يرد بها اتهام خصمه ولن يتأتى له ذلك إذا لم يعلم الأسباب⁽³⁾.
- 5- أن يكون أمر الحبس المؤقت مؤرخاً، وتبدو أهمية هذا البيان في أنه يبين كيفية احتساب مدة الحبس المؤقت، كما يبين المواعيد اللازمة لتمديد هذا الحبس.
- 6- توقيع الأمر بالحبس المؤقت وتبدو أهمية ذلك في أن التوقيع هو الذي يثبت نسبة الأمر إلى مصدره، لأن بدون هذا التوقيع يكون الأمر بالحبس المؤقت مجرد مشروع أمر⁽⁴⁾.

(1) ينظر درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص: 130-131.

(2) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 117، ص: 69.

(3) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص: 432.

(4) درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص: 131.

البند الثاني: الضمانات الموضوعية للحبس المؤقت.

أولاً: طبيعة الجريمة: لا يجوز الحبس المؤقت إلا إذا كانت الواقعة جنائية أو جنحة معاقباً عليها بالحبس لمدة تزيد عن ثلاثة أشهر⁽¹⁾، فلا يجوز الأمر بالحبس في مواد المخالفات، وإذا كان المتهم مستوطن بالجزائر وارتكب جنحة عقوبتها المقررة الحبس أقل من سنتين فلا يجوز حبسه احتياطياً أكثر من عشرين يوماً منذ مثوله لأول مرة أمام قاضي التحقيق⁽²⁾.

ثانياً: الجرائم التي يجوز فيها الحبس المؤقت: يشترط في الحبس المؤقت أن تكون الجريمة المنسوبة للمتهم جنائية أو جنحة معاقباً عليها بالحبس، ومن ثم فإن الحبس المؤقت غير جائز في الجنح المعاقب عليها بالغرامة، بل لا يجوز إطلاقاً وضع متهم بمخالفة رهن الحبس المؤقت⁽³⁾.

ثالثاً: مبررات الحبس المؤقت: تنص المادة 123 «الحبس المؤقت إجراء استثنائي لا يمكن أن يؤمر بالحبس المؤقت، أو أن يبقى عليه إلا إذا كانت التزامات الرقابة القضائية غير كافية في الحالات الآتية:

- 1- إذا لم يكن للمتهم موطن يستقر أو كان لا يقدم ضمانات كافية للمثول أمام العدالة أو كانت الأفعال جد خطيرة.
- 2- عندما يكون الحبس المؤقت الوسيلة الوحيدة للحفاظ على الحجج أو الأدلة المادية أو وسيلة لمنع الضغوط على الشهود أو الضحايا أو لتفادي تواطؤ بين المتهمين والشركاء، والذي قد يؤدي إلى عرقلة الكشف عن الحقيقة.
- 3- عندما يكون هذا الحبس ضرورياً لحماية المتهم أو وضع حد للجريمة أو الوقاية من حدوثها من جديد.
- 4- عندما يخالف المتهم من تلقاء نفسه الواجبات المترتبة على إجراءات الرقابة القضائية المحددة لها⁽⁴⁾.

(1) عبد الحميد محمود البعلي، الحماية الجنائية للحقوق والحريات أثناء المحاكمة الجنائية، دراسة مقارنة، (مجلة الحقوق، الكويت)، ص: 119.

(2) محمد صبحي محمد نجم، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ص: 71.

(3) درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص: 132.

(4) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 123، ص: 74.

وإبعاً: تسبب الأمر بالحبس المؤقت: طبقاً لتعديل قانون الإجراءات الجزائية بالقانون 1-8 المؤرخ في 26 يونيو 2000، أصبح من القيود الواردة على سلطة قاضي التحقيق أن يكون الأمر بالحبس مسبباً⁽¹⁾، فنص المادة 123 مكررة «يجب أن يؤسس أمر الوضع في الحبس المؤقت على الأسباب المنصوص عليها في المادة 123 من هذا القانون»⁽²⁾.

خامساً: مدة الحبس المؤقت: الأمر أن مدة الحبس المؤقت هي 4 أشهر ولا يجوز أن يحبس المتهم المستوطن في الجزائر أكثر من 20 يوماً، عندما يكون الحد الأقصى للعقوبة المقررة أقل أو تساوي سنتين حبساً⁽³⁾. فنص المادة 01/125 «في غير الأحوال المنصوص عليها في المادة 124، لا يجوز أن تتجاوز مدة الحبس المؤقت أربعة (04) أشهر في مواد الجنح»⁽⁴⁾.

سادساً: تمديد الحبس: إن سلطة قاضي التحقيق في تمديد الحبس المؤقت يرتبط بحبس المتهم مدة أربعة أشهر، لأن الحبس لمدة عشرين يوماً لا يجوز فيه التمديد بصفة مطلقة، ويجوز التمديد في الجنح والجنايات وفق ما يقرره القانون، والملاحظ أن صلاحية تمديد الحبس المؤقت وعدد مرات التمديد محكومة بطبيعة الجريمة موضوع التحقيق، جنحة أو جناية والعقوبة المقررة⁽⁵⁾.

سابعاً: خصم مدة الحبس من العقوبة المقضي بها: تنظم المادة 12 من قانون تنظيم السجون وإعادة تربية المساجين خصم مدة الحبس المؤقت من العقوبة المحكوم بها على المتهم ووفقاً لهذه المادة تخصم مدة الحبس المؤقت كاملة وبقوة القانون من عقوبة الحبس دون تدخل من القضاء، وتحسب مدة الحبس المؤقت من يوم حبس المحكوم عليه بناء على أمر قضائي من أجل الجريمة التي أدت إلى إدانته⁽⁶⁾.

ثامناً: المتهم الذي يجوز حبسه احتياطياً: لا يكف أن يكون المتهم قد ارتكب جريمة من الجرائم التي يجوز فيها الحبس المؤقت، بل ينبغي أن يكون:

- (1) عبد أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ص: 385.
- (2) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 123 مكرر، ص: 75.
- (3) معراج جديدي، الوجيز في الإجراءات الجزائية مع التعديلات الجديدة، ص: 49.
- (4) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 125، ص: 76.
- (5) عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ص: 391-392.
- (6) ينظر: بوكحيل الأخضر، الحبس الاحتياطي و المراقبة القضائية، ص: 327.

أ- قد تجاوز الثامنة عشر (18) وفقاً لحكم المادة 444 من (ق.إ.ج) بشأن القواعد الخاصة بالمجرمين الأحداث⁽¹⁾.

ب- وتنص المادة 02/51 على «... غير أن الأشخاص الذي لا توجد أي دلائل تجعل ارتكابهم أو محاولة ارتكابهم للجريمة مرجحاً، سوى المدة اللازمة لأخذ أقوالهم»⁽²⁾. كما تنص المادة 02/89 «ولا يجوز لقاضي التحقيق المناط به إجراء تحقيق ما ولا لرجال القضاء وضباط الشرطة القضائية المعهود إليهم القيام بإجراء بمقتضى إنابة قضائية بغية إحباط حقوق الدفاع الاستماع إلى شهادة أشخاص تقوم ضدهم دلائل قوية ومتوافقة على قيام اتهام في حقهم»⁽³⁾.

والشرط الذي يستفاد من هاتين المادتين هو ضرورة أن تقوم ضد المتهم أدلة قوية تدنيه وتنسب إليه الجريمة، وفي هذا الصدد ينبغي التمييز بين دليل الإثبات المباشر الذي يجوز الاعتماد عليه وحده في الإدانة وبين الدلائل التي هي عبارة عن وسائل غير مباشرة في الإثبات، والتي لا ترقى إلى مرتبة الأدلة بحيث أنها لا تكفي وحدها للإدانة عند الحكم في القضية، وإنما يجوز الاستناد والاعتماد عليها في مرحلة التحقيق⁽⁴⁾، وليست الدلائل القوية هي العنصر الوحيد في التقدير عند الأمر بحبس المتهم احتياطياً، بل هناك ظروف المتهم الاجتماعية وارتباطاته العائلية كلها عناصر يدخلها القاضي في تقديره⁽⁵⁾.

وفي هذا الصدد نصت المادة 68 في فقرتها السابعة «ويجري قاضي التحقيق بنفسه أو بواسطة ضابط الشرطة القضائية طبقاً للفقرة السادسة أو بواسطة أي شخص مؤهل لذلك من وزير العدل، تحقيقاً عن شخصية المتهمين وكذلك حالتهم المادية والعائلية أو الاجتماعية غير أن هذا التحقيق اختياري في مواد الجرح»⁽⁶⁾.

(1) درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص:133.

(2) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة:51، ص:33.

(3) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة:89، ص:58.

(4) ينظر، جيلالي بغدادي، التحقيق، ص:194.

(5) درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص:134.

(6) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة:68، ص:46.

تاسعاً: التعويض عن الحبس المؤقت: تطرح مسألة التعويض عن الحبس المؤقت في حالة ما إذا انتهت الدعوى إلى براءة المتهم سواء على مستوى جهات التحقيق (أمر أو قرار بانتفاء وجه الدعوى) أو على مستوى جهات الحكم (حكم أو قرار بالبراءة)⁽¹⁾.

فنصت المادة 137 مكرر على « يمكن أن يمنح تعويض للشخص الذي محل حبس مؤقت غير مبرر خلال متابعة جزائية انتهت في حقه بصدور قرار نهائي قضى بالألا وجه للمتابعة أو بالبراءة إذا ألحق به هذا الحبس ضرراً ثابتاً ومميزاً»⁽²⁾.

ويشترط لقيام التعويض الشروط التالية:

- أ- أن يكون المتهم قد حبس احتياطياً.
- ب- أن يصدر قرار بالألا وجه للمتابعة أو حكم نهائي بالبراءة.
- ت- ضرورة توافر ضرر غير عادي وذو جسامه معينة⁽³⁾.

ونقرر في آخر هذا المطلب أن القانون الوضعي بصفة عامة وقانون الإجراءات الجزائية الجزائري بصفة خاصة قد وضع ضمانات كافية لحماية المتهم عند تعرضه لإجراء الحبس وهاته الضمانات منها الشكلية والموضوعية وكان من أهمها تحديد الجرائم التي يجوز فيها الحبس المؤقت وهي الجرائم المحددة بالجنايات أو الجرح، وكذلك اشتراط الاختصاص في إصدار أمر الحبس، وتحديد مدة الحبس، واشتراط تسبب أمر الحبس، وبيان المتهم الذي يجوز حبسه، وتقرير التعويض في حالات معينة عن الحبس المؤقت. إلا أن الضمانات التي أقرتها الشريعة الإسلامية كانت أضمن وليس أدل على ذلك من الرأي الذي تبناه أبو يوسف وهو عدم مشروعية الحبس المؤقت حفاظاً على الحرية الشخصية للأفراد وهذا تأكيداً على قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه « وليس الرجل بأهين ملئ نفسه أن أجهته أو أخفته أو حبسته أن يقدر ملئ نفسه»⁽⁴⁾.

وحتى الذين ذهبوا إلى مشروعية الحبس أكدوا على أنه للتأديب فقط، وأن الحبس ليس في مكان ضيق بل المكان هو المسجد أو البيت، والمعلوم أن الحبس في بيت الله مجازاة وليست عقوبة وكذا فالبيوت مكان الاستقرار والسكينة وليست مكان للعقوبة، وبالتالي إطلاق لفظ الحبس في الشريعة الإسلامية وكذا المحبوس من باب المجاز فقط لأن الواقع العملي بعيد عن استيعاب

(1) أحسن بوسقيعة، التحقيق القضائي، ص:156.

(2) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة:137 مكرر، ص:91.

(3) بوكحيل الأخضر، الحبس الاحتياطي، والمراقبة القضائية، ص:361.

(4) سبق ترجمه، ص:125.

هاته الكلمات بما تحمله من معاني التعذيب والقسوة والظلم. والضمان الآخر الذي أسسته الشريعة الإسلامية هو التأكد من نسبة إدانة الشخص واقترافه للجرم قبل إلقاء القبض عليه وسجنه، ذلك أن أحكام الإدانة تبنى في الشريعة على اليقين لا الشك وفي هذا ذهب الشافعي إلى «بإعمال اليقين وطرح الشك، وعدم تأسيس القضاء على الغالب وإنما يؤسس القضاء على الثابت»⁽¹⁾. والضمانات المقررة في الشريعة راجعة لخطورة الحبس المؤقت وكونه ذا حدين حد تقييد حرية الفرد ونسبة التهمة إليه وهذا فيه ضرر على حقه في الأمن وحد خاص بحق المجتمع في تتبع الجناة والكشف عن الجرائم ولا بأس من تأييد كلام عبد القادر عودة «إن عقوبة الحبس في القوانين الوضعية هي العقوبة الأولى، أو هي العقوبة الأساسية التي يعاقب بها في كل الجرائم تقريباً سواء كانت الجرائم خطيرة أو بسيطة، أما في الشريعة الإسلامية فعقوبة الحبس ليست إلا عقوبة ثانوية، لا يعاقب بها إلا على الجرائم البسيطة، وهي عقوبة اختيارية للقاضي أن يعاقب بها أو يتركها، وليس له أن يعاقب بها إلا إذا غلب على ظنه أنها مفيدة، ويترتب على هذا أن يقل إلى حد كبير عدد المحبوسين في البلاد التي تطبق الشريعة الإسلامية وأن يزيد عددهم إلى غير حد في البلاد التي تطبق القوانين الوضعية»⁽²⁾.

(1) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص:124.

(2) ينظر: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج1، ص:695.

خلاصة الفصل الثاني.

إن الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي بصفة عامة، وقانون الإجراءات الجزائية الجزائي كفلوا حق الأمن الفردي في النظام الإجرائي، وذلك بتقرير ضمانات خاصة للمتهم، ومن أهمها مبدأ قرينة البراءة والذي أساسه براءة الشخص، ابتداءً ومعاملته على هذا الأساس، وأن عبء الإثبات يقع دائماً على المدعي، وأن الشك يفسر لصالح المتهم. والشريعة الإسلامية لما شددت عقوبات الحدود كان ذلك لمقاصد شرعية وأخرى وقائية منها تحقيق الهدف من العقوبة وفي هذا المعنى يقول أبو زهرة «وحسب المؤمنين أن تكون هناك يد مقطوعة كل عام ليكون ذلك مانعاً زاجراً»، والوصول إلى تحقيق مصالح الجماعة من باب قول العز «العقوبات الشرعية كلها ليست مطلوبة لكونها مفسدة بل لأدائها إلى المصالح المقصودة».

كما أن الحق في الأمن الفردي تقرر في مرحلة التحقيق الابتدائي بمنح المتهم الحق في الدفاع، وحضور الإجراءات، والحق في الاستجواب الذي كفلته الشريعة الإسلامية بوضع ضمانات للمتهم تتعلق باختصاص المحقق، وعدم إخضاع المتهم للتعذيب والمعاملة القاسية، وعدم إكراهه على الاعتراف ضد نفسه، وحقه حتى في الرجوع عن إقراره، وضماناً لعدم التشهير بالأفراد متهمين كانوا أم أبرياء تقرر السرية كضمان لحق الأمن الفردي، والشريعة الإسلامية سبقت القوانين الوضعية في تقرير ضمانات السرية وذلك كاعتبار الأمن معنى مرادف للمسكن هذا الأخير الذي لا يجوز انتهاكه إلا حفاظاً على مصلحة الجماعة كحالة الضرورة وحالة ظهور المعصية..

على أن الحق في الأمن الذي أساسه الموازنة العادلة بين حق الدولة في تتبع المجرمين، وبين مصلحة الأفراد في صيانة حقهم في الدفاع واثبات البراءة، لا بد وأن ترد عليه قيود كالحق في التفتيش والقبض والحبس المؤقت، إلا أن هاته القيود لم تمنع الفقهاء من تقرير ضمانات هامة للأفراد حفاظاً على حق الأمن الفردي، فالشريعة الإسلامية قررت حرمة المسكن بآيات قرآنية وأحاديث تمنع الدخول إلى المنازل دون إذن، وتمنع تفتيش الأشخاص، وتمنح للمراسلات الحرمة الخاصة بها لأن في الاعتداء عليها مساساً بحق الإنسان في الخصوصية، وأهم ضمان أقرته الشريعة الإسلامية في مجال حماية المساكن وحرمة الأشخاص، هو اكتشاف المعاصي بالطريق المشروع

وهذا من باب غاية الكشف عن الجريمة لا تبرر الوسيلة الغير مشروعة في ذلك. ويعد الحبس المؤقت قيد من القيود الواردة على حق الأمن الفردي، ذاك أن حبس المتهم إجراء خطير من الإجراءات الماسة بالحرية الشخصية لأن الأساس عدم سلب حرية الأفراد، إلا أن أمر الحبس تقتضيه مصلحة الجماعة في القبض على المشتبه فيهم وعدم ضياع الدلائل الموصلة للحقائق. والشريعة الإسلامية السمحاء - أسست ضمانات شرعية مقاصدية إنسانية تقف إلى جانب المتهم في ظل حبسه احتياطياً - لم تصل إليها القوانين الوضعية عبر مختلف العصور ومنها عدم القول بشرعية الحبس عند بعض الفقهاء وهذا حفاظاً على حق الأفراد في الحرية والتنقل. وحتى الفقهاء الذي ذهبوا إلى شرعية الحبس أقرروا ذلك في ظل ضوابط و ضمانات مقاصدية تحقق العدل بين المقصد الشرعي وعقوبة الجاني وهو الزجر، دون المساس بحقه في الأمن وبين الحفاظ على مصلحة المجتمع في القضاء على الجريمة والمجرمين.

خاتمة

وفي ختام هذا البحث ، لا بد من التأكيد على أمر هام، وهو أنني لن أقوم بتلخيص ما قلت في جميع البحث لتفادي التكرار ، لأن نهاية كل فصل مرفوقة بملخص عنه، بل سأحاول عرض أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها من خلال المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون. هاته المقارنة التي تمخضت عنها حقائق أصيلة، وركائز متينة، وليس من باب المبالغة أن أقرر أن الدين الإسلامي هو الركيزة العظمى لجميع الحقوق، فالشرع هو مصدر الحق والله سبحانه وتعالى كفل حماية جميع الحقوق، واعتبر هاته الحماية واجب وضرورة، بل أنه قرر العقاب للعاصين الذين ينتهكون الحقوق، ومن سلم من عقاب الدنيا فعقاب الآخرة أشد وأبقى.

والحق بمفهومه الديني منحة من الله وتفضل منه، والإنسان مخلوق للاستفادة مما سخره الله له، والحقوق مقيدة في الإسلام بالمصلحة الشرعية، وبضرورة جلب المنافع ودرء المفاسد، ومسؤولية الحفاظ عليها تقع على الفرد نفسه أولاً ثم الجماعة.

فما هو السبيل إذن لحل المعادلة الصعبة بين كفة الحقوق في الإسلام وكفة الحقوق في القوانين الوضعية؟ فبينما الحكم الشرعي وعلاقته بالمصلحة مصدر الحق في الإسلام، القانون مصدر الحق في مختلف القوانين الوضعية، وشتان بين ما مصدره الله سبحانه وتعالى، وبين ما مصدره القانون الذي وضعه الإنسان! وكون الحقوق في الإسلام مرتبطة بحق الله فهذا ضمان لعدم سقوطها من جهة ولحمايتها وصيانتها من التعسف من جهة أخرى.

أما الحقوق في القوانين الوضعية فلا تزال تخضع للمصلحة الخاصة والأناية، وعدم الالتفات إلى مصلحة الجماعة، خصوصاً و العقاب دنيوي، فمن فلت من قبضة القانون أرتاح بهذا المفهوم ... كما أن الحقوق في القانون لا زالت تخضع لصراع التمييز العرقي والجنسي والمصلحي، والتلاعب بالقانون لاكتساب حقوق منتهكة تعلن ميلادها الوقت بعد الآخر.

أما في الإسلام فخضوع الحقوق لمبدأ المساواة والديمومة، والمصالح المعتمدة، والضمير الإنساني، والخلافة الممنوحة للفرد في الأرض، وحماية الحقوق من طرف الله أولاً ثم الفرد ثم الجماعة يجعل للمسألة بعد آخر، وللمعادلة إذن حلول وسطى ... في انتظار الحل النهائي.

وهاته الحقائق السابقة أقررها من خلال المقارنة كأصل عام، أما أهم النتائج الجزئية فتتمثل في:

أولاً: الشريعة الإسلامية اعتنت بالحقوق اعتناءها بالتكاليف، واعتبرت الحق ضرورة وواجباً، من مصلحة الجميع الدفاع عنه.

ثانياً: إن الحق في الأمن الفردي من الحقوق الهامة، فهو وثيقة الصلة بحقوق الإنسان، فالأمن ضرورة للقيام بواجب الخلافة في الأرض واستغلال الحقوق.

ثالثاً: إن حق الأمن الفردي ليس وليد القوانين الوضعية، بل أن الشريعة الإسلامية أرست قواعده منذ أربعة عشر قرناً وذلك من خلال القرآن الكريم، والسنة النبوية، والقواعد الفقهية والأصولية.

رابعاً: إن النظرية العامة للتجريم والعقاب في الشريعة الإسلامية، والقانون الوضعي كفلت حق الأمن الفردي من خلال مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية، ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وكذا مبدأ عدم الأثر الرجعي للقوانين الجنائية.

خامساً: إن مبدأ شرعية العقوبة مبدأ هام، لأنه يحد من سلطات القاضي والذي لا يستطيع أن يقرر عقوبة لفعل لم يرد نص على عقابه، والشريعة الإسلامية كان لها فضل السبق في وجود مبدأ الشرعية ضمن منهج سديد يقضي بضرورة تطبيق المبدأ تطبيقاً دقيقاً في جرائم الحدود والقصاص والدية، ومرونة تطبيقه في جرائم التعازير، وهذا لمنح لقاضي سلطة التفريد العقابي.

سادساً: يعتبر مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية ضمان لحق الأمن الفردي، فمقتضاه لا يسأل الفرد جنائياً عن أعمال غيره، والشريعة الإسلامية سبقت القوانين الوضعية في إقرار هذا المبدأ أو في تعميمه، لأن القانون أحياناً يخرج عن تطبيق مبدأ الشخصية «الاختلاف في تحديد صور الاشتراك».

سابعاً: إن الأفراد لا يشعرون بالأمن إذا تقررّت مسؤوليتهم جنائياً عن أفعال كانت مباحة وقت ارتكابهم لها، ومن هنا تقرر مبدأ عدم الأثر الرجعي للقوانين كضمان لحق الأمن الفردي، والشريعة الإسلامية عرفت المبدأ كأصل عام، وأن الاستثناءات الواردة عليه ما كانت إلا تحقيقاً لمصلحة الجماعة، أو تطبيقاً لمبدأ التشريع الأصلح للمتهم.

ثامناً: إن الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية كفّلوا حق الأمن الفردي في نظام الإجراءات الجنائية، وذلك من خلال إقرار ضمانات هامة للأفراد في مرحلة التحقيق الابتدائي.

تاسعاً: إن مبدأ قرينة البراءة مبدأ هام في تحقيق الأمن الفردي، لأن الأصل في الإنسان البراءة، وبالتالي يعامل الشخص على هذا الأساس، ومن أهم نتائجه أن عبء الإثبات يقع على المتهم أي المدعي، وأن الشك يفسر لصالح المتهم.

عاشرًا: إن ابن حزم لم يكن قصده رد حديث الأخذ بالشبهات بقدر ما كان قصده تضييق لدائرة الأخذ بها تطبيقاً لحدود الله، والتي شرعت عقوباتها لمقاصد شرعية وإنسانية.

السادس عشر: إن نظام التعزير نظام خاص انفردت به الشريعة الإسلامية وبهذا كان لها الفضل في وجود نظام التفريد العقابي قبل وجوده في القوانين الوضعية.

الثامن عشر: إن الحق في الدفاع مقرر في الشريعة الإسلامية تطبيقاً لمصلحة الأفراد، ومن مظاهره الاستجواب الذي يقضي بعدم جواز إخضاع المتهم للتعذيب والإكراه، وحق المتهم في التعويض المادي والمعنوي.

الثالث عشر: إن الحق في حضور الإجراءات ضماناً للمتهم في عدم حرمانه من حقه في الدفاع، وإن كانت القوانين الوضعية بما فيها القانون الجزائي قيدت الحق بإقرار حالتي الضرورة والاستعجال.

الواحد عشر: إن حق الأمن الفردي وكغيره من الحقوق عرف قيوداً أساسها حماية المجتمع ومن هاته القيود التفتيش والقبض والحبس الاحتياطي.

الخامس عشر: إن الشريعة الإسلامية وضعت ضمانات هامة للفرد أثناء التفتيش وهذا حماية له ولحقه في الأمن، ومن أهم هاته الضمانات أن تكون الجريمة متلبساً بها، وأن تتوفر دلائل كافية على ارتكابها وأن يكون التفتيش بطريق مشروع.

السادس عشر: إن الأساس عدم سلب الأفراد حريتهم، ومن هنا تقرر الحبس كقيد من القيود الواردة على حق الأمن الفردي لأن حبس المتهم إجراء خطير من الإجراءات الماسة بالحرية الشخصية، والشريعة الإسلامية السمحاء أسست ضمانات شرعية مقاصدية إنسانية تقف إلى جانب المتهم في ظل حبسه احتياطياً لم ولن تصل إليها القوانين الوضعية عبر مختلف العصور.

وختاماً أؤكد بأنني لم أخلق حقاً، ولم ابتدع حلاً، ولم ولن أحدث أمراً ذلك أنني مازلت أتساءل عن المشكلة في "قضية الحقوق" هل هي الجهل بأحكام الشريعة ومنهجها في إثبات وحماية الحقوق «المرجعية الدينية»؟ أم هي الرغبة الدائمة في الانبهار بما يتوصل إليه الغرب وما يستحدثونه من حقوق منتهكة باسم الإنسانية؟ أم العجز عن إيجاد سبل لاستغلال الحق في زمن التبعية؟ وبقاء هذه الحقوق مصنفة كشعارات ضمن الإعلانات والمواثيق الدولية؟ أو حكم علينا بتجميد الحقوق لعدم القدرة حتى على القول بإمكانية امتلاكها؟ ... أو ... أم ... ومع هذا العجز ما علينا إلا الرجوع لديننا الإسلامي الحنيف لإعادة النظر في شريعتنا الإسلامية، لا لمعرفة حقوقنا والمطالبة بها، بل لشكر الله سبحانه وتعالى على نعمه الممنوحة ابتداءً وتكريمه للإنسان، فلا أجل ولا أعظم ولا أرفع من وضعه خليفة الله في الأرض.

توصيات البحث: وأهم التوصيات التي أَدعوا إليها وأنشدها من خلال البحث:

- أ- تكثيف البحوث والدراسات في النظام الجنائي الإسلامي؛ لأن الفقه الجنائي الإسلامي لم يأخذ نصيبه في البحث مقارنة بفقه الأسرة والمعاملات.
- ب- بحث موضوع حق الأمن الفردي ودراسته كنظرية مستقلة، والتأكيد على هذا الحق في القضاء والمحكمة وطرق الإثبات، خصوصاً بعد بياننا لمعالم هاته النظرية.
- أما المشرع الجزائري فنوصيه ب:
 - 1- التأكيد على كفاءة سرعة الإجراءات الجنائية وخاصة في مرحلة التحقيق الابتدائي.
 - 2- التأكيد على حق الأمن الفردي، وتوفير الضمانات اللازمة لحمايته في مراحل التحقيق.
 - 3- ضبط المصطلحات الخاصة بالاتهام والاشتباه وتحديد معاييرها.
 - 4- وضع مفهوم لمرحلة التحقيق الابتدائي، وتحديد السلطات المختصة بها في الأصل.
 - 5- وضع شروط خاصة ونصوص صريحة للحد من السلطة المطلقة لقاضي التحقيق في جواز تفتيش الأشخاص ضماناً لحقهم في الأمن.
 - 6- نوصي المشرع الجزائري تحديد حالات الضرورة والاستعجال بالتمثيل لهما.
 - 7- بيان موقف المشرع الجزائري من قضية الفصل بين سلطات التحقيق والاتهام في مواد قانونية محددة.
 - 8- التصديق من دائرة اقتحام البيوت دون إذن أصحابها، أو من يتوهمهم، لأن المنازل حرمت، وأن كان ولا بد من الإجراء فيجب إرفاقه بضمانات لحماية المتهم.
 - 9- نقترح على المشرع الجزائري اشتراط التسبب، للقول بشرعية التفتيش الخاص بالمساكن.
 - 10- نقترح وضع نصوص قانونية، تحدد موقف المشرع الجزائري من التصنت على المحادثات التلفونية.
 - 11- تحديد مدة الاستجواب بعض القبض بـ 24 ساعة، ومنح المقبوض عليه حق الاتصال بمحامٍ عنه.
 - 12- تشديد الشروط الخاصة بقضاة التحقيق، وهذا لما لهم من صلاحيات هامة في مرحلة التحقيق الابتدائي.

خاتمة

13- حُسن الرقابة على السلطات المخولة لقضاة التحقيق، وتحديد السلطات الكفيلة بها.

ملخص البحث:

إن الحقوق منح من الله تعالى، وهبها الإنسان بصفته خليفة في الأرض، وهي بذلك ضرورة من ضرورات الحياة، ويعتبر الحق في الأمن الفردي أحد الحقوق التي يتوقف عليها الوجود الإنساني لأنه امتلاك للدعائم والضمانات المادية والمعنوية وكذا الشرعية القائمة على حماية النفس البشرية من اعتداء الآخرين عليها، وتوفير الحق في الحياة الكريمة دون خوف من أي انتهاك لحرمة الإنسان بوصفه أكرم المخلوقات وأعظمها.

والحق في الأمن الفردي مقرر في النظرية العامة للتجريم والعقاب ضمن أصول ودعائم ثلاث «شرعية الجرائم والعقوبات - شخصية المسؤولية الجنائية - عدم الأثر الرجعي للقوانين الجنائية» ذاك أن الفرد لا يشعر بالطمأنينة والراحة والأمن إلا إذا تمت مساءلته جنائياً على أساس شرعي وقانوني عن أفعال مجرمة ارتكبها بصفة شخصية. كما أن حق الأمن الفردي مكفول للأفراد في النظام الإجرائي وذلك بمنح الإنسان الحق في الدفاع وحضور الإجراءات، وعدم الخوف من انتهاك حرماته، وحقه في أن يعامل وبصفة دائمة على أساس البراءة. غير أن الحق في الأمن وكغيره من الحقوق لا بد وأن يعرف قيوداً أساسها عدم إهدار مصلحة الجماعة وذلك كضرورة تفتيش المساكن، أو إلقاء القبض على الأفراد، وحتى اللجوء إلى حبسهم أحياناً.

ولكن تبقى الضمانات المرافقة لحق الأمن في ظل القيود الواردة عليه سبيل لتحقيق الموازنة العادلة بين الحق الجماعي المتمثل في استئصال الجريمة والقضاء على المجرمين والحق الفردي المتمثل في السلامة الشخصية والحرمة الإنسانية، والطمأنينة الذاتية، وهذا وصولاً إلى امتلاك الحق في الأمن المحقق للراحة الدنيوية وذلك بالاستمتاع بالمنح، والسعادة الأخروية في عدم إهمال قصد الشارع من تشريع الحقوق ابتداءً، وفي ضرورة استغلالها بالطريق المشروع.

الفہام رس

قائمة الفهارس العامة

- 1- فهرس الآيات القرآنية.
- 2- فهرس الأحاديث والآثار.
- 3- فهرس الأعلام.
- 4- فهرس القواعد الفقهية والأصولية.
- 5- فهرس المواد القانونية.
- 6- قائمة المراجع.
- 7- فهرس الموضوعات.

1 - فهرس الآيات القرآنية .

سورة البقرة .

الصفحة	رقم الآية	الآية	السورة	الرقم
47 84	178	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ﴾	البقرة	01
48	179	﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾		02
48	194	﴿ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾		03
43	217	﴿ وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴾		04
70	219	﴿ سَأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا ﴾		05
103 105	229	﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ﴾		06
70	275	﴿ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴾		07
43	85	﴿ وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ ﴾	آل عمران	08
41 69	15	﴿ وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فاسْتَشْهَدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي	النساء	09

		الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَقَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ﴿٤١﴾	
41	16	﴿وَالَّذَانِ يَأْتِيَانِيهَا مِنْكُمْ فَأَدْوُهُمَا فَإِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَحِيمًا﴾	10
69	22	﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾	11
69	23	﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾	12
130	34 35	﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾	13
70	43	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرُبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾	14
49	92	﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾	15
64	123	﴿مَنْ يَعْمَلْ سُوءًا يُجْزَ بِهِ وَلَا يَجِدْ لَهُ مِنْ دُونِ اللَّهِ وَلِيًّا وَلَا نَصِيرًا﴾	16
33	165	﴿لَيْلًا يَكُونُ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ﴾	17
42 70	38	﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾	18
44	33	﴿إِنَّمَا جِزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ	المائدة 19

		حِزِّي فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿		
47 48	45	﴿وَكَتَبْنَا 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﴾	20	
45 70	90	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾	21	
63	164	﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّكُمْ مَرْجِعُكُمْ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ﴾	الأنعام	22
48	126	﴿وَإِن عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ﴾	النحل	23
33	15	﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾	الإسراء	24
41	32	﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزَّانِيَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾		25
47	33	﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾		26
130	19	﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَرْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا﴾	الكهف	27
41 69	02	﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ	النور	28
44 74	04	﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾		29
162	08	﴿وَيَذَرُهَا عَنِهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ﴾		30
74	11	﴿إِنَّ الَّذِينَ جَاءُوا بِالْإِفْكِ عُصْبَةٌ مِنْكُمْ لَا تحْسَبُوهُ شَرًّا لَّكُمْ بَلْ هُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ لِكُلِّ امْرِئٍ مِنْهُمْ مَا		31

		اَكْتَسَبَ مِنَ الْإِثْمِ وَالَّذِي تَوَلَّى كِبْرَهُ مِنْهُمْ لَهُ عَذَابٌ عَظِيمٌ		
136	27	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ	32	
136	18	يَا أَيُّهَا النَّملُ ادْخُلُوا مَسَاكِنَكُمْ لَا يَحْطِمَنَّكُمْ سُلَيْمَانُ وَجُنُودُهُ وَهُمْ لَا يَشْعُرُونَ	33	النمل
33	59	وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمَّهَاتِ رُسُلًا يَتْلُو عَلَيْهِنَّ آيَاتِنَا وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَى إِلَّا وَأَهْلِهَا ظَالِمُونَ	34	القصص
64	46	مَنْ عَمِلَ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّامٍ لِلْعَبِيدِ	35	فصلت
96	06	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْحَبُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ	36	
44	09	وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ	37	الحجرات
141	12	وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَحِيمٌ	38	
96	28	وَمَا لَهُمْ بِهِ مِنْ عِلْمٍ إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا	39	النجم
63	38	أَلَا تَنْزَرُ وَارِزَّةً وَرَزَّارَةً أُخْرَى	40	
63	39	وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى	41	
81	01	قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا	42	المجادلة

		وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرُكُمْ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ ﴿		
140	01	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا عَدُوِّي وَعَدُوَّكُمْ أَوْلِيَاءَ تُلْقُونَ إِلَيْهِم بِالْمَوَدَّةِ﴾	الممتحنة	43
24	04	﴿الَّذِي أَطْعَمَهُمْ مِنْ جُوعٍ وَآمَنَهُمْ مِنْ خَوْفٍ﴾	قريش	44

2- فهرس الأحاديث والآثار .

- 1- قوله ﷺ : « أبو بكر وعمر سيدا كهول أهل الجنة ... » 142
- 2- قوله ﷺ : « ادروا الحدود بالشبهات » 103-102-104-97
- 3- روي عن عائشة أنها قالت: «ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ...» .. 97-
102
- 4- قوله ﷺ : « ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً » 102-97-
103
- 5- قوله ﷺ : « إذا أتيت وكيلي هذا فخذ منه خمسة عشر وسقاً » 103
- 6- قوله ﷺ : « إذا استأذن أحدكم ثلاثاً فلم يؤذن له، فليرجع » 137
- 7- قوله ﷺ : « أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم » 50
- 8- قوله ﷺ : « إذا شرب الخمر فاجلدوه » 46
- 9- روي عن أنس قوله: « اسرّ إليّ نبي الله سرّاً، فما أخبرت به ... »
141
- 10- قوله ﷺ : « البينة أو حد في ظهرك » 100
- 11- قوله ﷺ : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر »
100
- 12- قوله ﷺ : « الحلال بين والحرام بين، وبينهما أمور مشتبهات ... » 103-
106
- 13- قوله ﷺ : « المجالس بالأمانة إلا ثلاثة »
142

14- قوله ﷺ : « إن الله يعذب يوم القيامة الذين يعذبون الناس في الدنيا »

123

15- قوله ﷺ : « أن الإسلام يجب ما كان قبله »

16- عن أنس بن مالك: « أن قوماً من عكل أو قال من عربنه قدموا... »

17- عن الترمذي قال: « إن ما عزر الأسمي لما أخرج إلى الحرة فرجم بالحجارة... »

125..

18- قوله ﷺ : « إن من أعظم الأمانة عند الله... »

19- قوله ﷺ : « إنك إن تتبع عورات الناس أفسدتهم... »

20- قوله ﷺ : « إنما يتجالس المتجالسان بالأمانة... »

142

21- ماروي عنه ﷺ : « أن قال يا معشر المسلمين من يعذرني... »

22- روي عنه ﷺ : « أنه قد حبس رجلاً في تهمة... »

161

23- قوله ﷺ : « إنه لا يجني عليك ولا تجني عليه... »

64.....

24- قوله ﷺ : « إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث »

25- قوله ﷺ : « إياكم والمثلة ولو بالكلب »

26- قوله ﷺ : « بينتك أو يمينه... »

100

27- قوله ﷺ : « خذوا عني فقد جعل الله لهذا سبيلاً... »

69

28- عن عبد الرحمان بن عوف: «خرجت مع عمر ليلة في المدينة ...»

146

29- قوله ﷺ: «ستكون هنات وهنات فمن أراد أن يفرق هذه الأمة ...»

30- روى الشافعي: «عن الشافعي عن عبد الله بن أبي رافع قال: سمعت علياً يقول بعثنا

...»

140.....

31- مخاطبة عمر لولاته: «فادروا عن المسلمين حقوقهم ولا تضربوهم ...»

123.....

32- قول عمر: «فالعجب كل العجب من استئذائك إياي ...»

33- عن بريدة بن الحصيب رضي الله عنه قال: «كان النبي ﷺ إذا بعث أميراً ...»

34- قوله ﷺ: «كل مسكر حرام»

35- قوله ﷺ: «كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه ...»

36- قوله ﷺ: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث ...»

43

37- روي عن عائشة أنها قالت: «لما نزل عذري قام رسول الله ﷺ ...»

38- قوله ﷺ: «لو ثبت لفقأت عينك»

39- قوله ﷺ: «لو رجمت أحد بغير بينة، ...»

105

40- قوله ﷺ: «لو رجمت أحد بغير بينة، فقال لا تلك ...»

103.....

41- قوله ﷺ: «لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمت فلانة ...»

103

42- روي عن عمر أنه قال: ليس الرجل بأمين على نفسه ...»

125.....

43- قوله ﷺ : « ما أسكر كثيره فقليله حرام » 45.....

44- قال عمران بن حصين رضي الله عنهما: «ما خطبنا رسول الله ﷺ خطبة...» . . . 78..

45- قوله ﷺ : « من أتاكم وأمركم على رجل واحد... » 44.....

46- قوله ﷺ : « من اطلع في بيت قومًا بغير إذنه... »

137.....

47- قوله ﷺ : « من بدل دينه فاقتلوه » 43.....

48- قوله ﷺ : « من قتل له قتيل فهو بخير النظرين... »

47.....

49- قوله ﷺ : « من نظر في كتاب أخيه دون إذن فإنما ينظر في النار »

139.....

50- روي عنه عليه السلام: « نهى عن ضرب المصلين »

123

51- قال رسول الله ﷺ : « والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله » 42.....

52- قوله ﷺ : « والذي نفسي بيده لقد هممت... » 138.....

53- قوله ﷺ : « وضع عن أمتي الخطأ والنسيان واستكروها عليه » 124.....

3- فهرس الأعلام

1- ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم الحنفي (ت. 970هـ)..... 4.....

2- أبو زهرة: محمد أحمد أبو زهرة، (ت. 1974م)..... 79.....

- 3- أبويعلي: محمد بن الحسين بن محمد بن الفراء (ت.458هـ). 162.....
- 4- الشاطبي: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي، (ت.790هـ). 05.....
- 5- العز بن عبد السلام: عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام الدمشقي، (ت. 660هـ) 17.....
- 6- القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، (ت.684هـ). 5.....
- 7- اللكنوي: عبد العلي محمد بن نظام الدين محمد اللكنوي الأنصاري، (ت. 1285هـ) 5.....
- 8- الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب القاضي البصري الشافعي، (ت، 450هـ) 24.....

4- فهرس القواعد الفقهية والأصولية

أ- القواعد الأصولية:

- 1- «استصحاب البراءة»..... 97
- 2- «لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص» . 34-67
- 3- «لا يكلف شرعاً إلا من كان قادراً على فهم دليل التكليف» . 34

ب- القواعد الفقهية:

- 4- «الأصل براءة الذمة»..... 97-112
- 5- «الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم»..... 34-67
- 6- «الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة»..... 34
- 7- «اليقين لا يزول بالشك»..... 97-99-112
- 8- «لا ينسب لساكت قول»..... 124

5- فهرس المواد القانونية

- I- مواد الدستور الجزائري (28 نوفمبر 1996).**
- 1- المادة 29** « كل المواطنين سواسية أمام القانون»
35.....
- 2- المادة 32** «الحريات الأساسية وحقوق المواطن
مضمونة».....**156**
- 3- المادة 34** «تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان».....**156**
- 4- المادة 35** «يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق و الحريات وعلى
كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية
والمعنوية».....**156**
- 5- المادة 40** «تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن، فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون،
وفي إطار احترامه، ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة».
.....**139-174**
- 6- المادة 45** « كل شخص يعتبر بريئاً حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته، مع كل
الضمانات التي يتطلبها القانون».....**35-98**
- 7- المادة 46** «لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم».....**35-90**
- 8- المادة 47** «لا يتابع أحد، ولا يوقف أو يحتجز إلا في الحالات المحددة بالقانون،
وطبقاً للأشكال التي نص عليها».....
35-156
- 9- المادة 140** « أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة الكل
سواسية».....**36**
- 10- المادة 142** « تخضع العقوبات الجزائية إلى مبدئي الشرعية والشخصية.
.....**36**

11- المادة 148 «القاضي محمي من كل أشكال الضغوط والتدخلات والمناورات التي قد تضر بأداء مهمته، أو تمس نزاهة حكمه».

120.....

12- المادة 151 «الحق في الدفاع معترف به، الحق في الدفاع مضمون في القضايا الجزائية».

131-122.....

II - مواد قانون العقوبات الجزائري (8 يونيو 1966).

13- المادة 1 «لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن بغير قانون»

36.....

14- المادة 2 «لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة». 36-90

15- المادة 3 « يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية

36..... »

16- المادة 295 « كل من يدخل فجأة أو خدعة أو يقتحم منزل مواطن يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 1.000 إلى 10.000 دج، وإذا ارتكب الجنحة بالتهديد أو بالعنف تكون العقوبة بالحبس من خمس سنوات على الأقل إلى عشر سنوات على الأكثر وبغرامة من 5.000 إلى 20.000 دج.

138

III - مواد قانون الإجراءات الجزائية الجزائري (8 يونيو 1966).

17- المادة 11 «تكون إجراءات التحري والتحقيق سرية، ما لم ينص القانون على خلاف

ذلك ... عليها فيه».

131-122-118

18- المادة 29 «تباشر النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون

115..... »

19- المادة 33 «يمثل النائب العام النيابة العامة أمام المجلس القضائي ومجموعة المحاكم

..... إشرافه».

115.....

20- المادة 46 «يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة تتراوح بين 2.000 إلى 20.000 دينار ... غير ذلك».

118.....

21- المادة 47 «لا يجوز البدء في تفتيش المساكن أو معاينتها قبل الساعة الخامسة صباحاً ... قانونياً».

149

22- المادة 51 «غير أن الأشخاص الذين لا توجد أي دلائل ضدهم ... أقوالهم».

167....

23- المادة 67 «لا يجوز لقاضي التحقيق أن يجري تحقيقاً إلا بموجب طلب من وكيل الجمهورية ... تحقيقها إليه».

115.....

24- المادة 68 «يقوم قاضي التحقيق وفقاً للقانون باتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة ... من هذه المادة». 119-126-148-151-167.

25- المادة 68 «وتحرر نسخة عن هذه الإجراءات ...»

163.....

26- المادة 81 «يباشر التفتيش في جميع الأماكن التي يمكن العثور فيها على أشياء ...»

148..... لإظهار الحقيقة».

27- المادة 82 «إذا حصل التفتيش في مسكن المتهم فعلى قاضي التحقيق أن يلتزم بأحكام

المواد من 45 إلى 47 غير أنه يجوز له وحده في مواد الجنايات وكيل

الجمهورية».

149.....

28- المادة 83 «إذا حصل التفتيش في مسكن غير مسكن المتهم استدعي صاحب المنزل

الذي يجري تفتيشه تبعية».

29- المادة 89 «لا يجوز لقاضي التحقيق المناط به إجراء تحقيق ما ولا لرجال القضاء

وضباط الشرطة القضائية في حقهم».

114.....

167-127

- 30- المادة 99 «إذا تعذر على شاهد الحضور انتقل إليه قاضي التحقيق لسماع شهادته أو اتخذ لهذا الغرض طريق الإنابة القضائية المادة 97».
- 129.....
- 31- المادة 100 «يتحقق قاضي التحقيق حين مثول المتهم لديه لأول مرة من هويته وبحيطة علماً صراحة بكل واقعة دائرة اختصاص المحكمة».
- 127.....-127
- 131
- 32- المادة 101 «يجوز لقاضي التحقيق على الرغم من مقتضيات الأحكام المنصوص عليها في المادة 100 دواعي الاستعجال».
- 129-127.....
- 33- المادة 102 «يجوز للمتهم المحبوس بمجرد حبسه أن يتصل بمحاميه بحرية المتهم».
- 132.....
- 34- المادة 105 «لا يجوز سماع المتهم أو المدعي المدني أو إجراء مواجهة بينهما إلا بحضور محاميه بمحضر».
- 132-131.....
- 35- المادة 109 «يجوز لقاضي التحقيق حسبما تقتضي الحالة أن يصدر أمراً بإحضار المتهم عليه».
- 153-156
- 36- المادة 113 «كل متهم ضبط بمقتضى أمر إحضار وبقي في مؤسسة إعادة التربية تعسفياً».
- 158.....
- 37- المادة 117 «أمر الإيداع لمؤسسة إعادة التربية هو ذلك الأمر الذي يصدره القاضي وحبس المتهم».
- 153.....
- 38- المادة 2/117 «ويبلغ قاضي التحقيق هذا الأمر.....»
- 164
- 39- المادة 119 «الأمر بالقبض هو ذلك الأمر الذي يصدر إلى القوة العمومية وحبسه»
- 157.....

40- المادة 121 « إذا قبض على المتهم خارج دائرة اختصاص قاضي التحقيق الذي أصدر الأمر في المحضر».

156.....

41- المادة 122 « لا يجوز للمكلف بتنفيذ أمر القبض أن يدخل مسكن أي مواطن قبل الساعة الخامسة صباحاً ولا بعد الساعة الثامنة مساءً».

158.....

42- المادة 123 «الحبس المؤقت إجراء استثنائي ولا يمكن أن يؤمر بالحبس المؤقت أو أن يبقى عليه المحددة لها».

165.....

43- المادة 123 مكرر «يجب أن يؤسس أمر الوضع في الحبس المؤقت على الأسباب المنصوص عليها القانون».

166.....

44- المادة 125 «في غير الأحوال المنصوص عليها في المادة 124، لا يجوز أن تتجاوز مدة الحبس المؤقت أربعة(4) اشهر في مواد الجرح».

166.....

45- المادة 137 مكرر «يمكن أن يمنح تعويض للشخص الذي كان محل حبس مؤقت غير مبرر متميزاً».

186.....

46- المادة 285 «المرافعات علنية ما لم يكن في علانيتها خطر على النظام العام أو الآداب».

118.....

47- المادة 358 « يجوز للمحكمة في الحالة المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة

357 القبض عليه».

157

قائمة المراجع

- القرآن الكريم، رواية حفص.
- المراجع الفقهية.
- 1- كتب التفسير.
- 2- كتب الحديث النبوي وعلومه ورجاله.
- 3- كتب أصول الفقه والمقاصد.
- 4- كتب الفقه وعلومه.
- 5- كتب الطبقات.
- المراجع القانونية.
- 1- قوانين.
- 2- كتب قانونية.
- كتب المقارنة.
- كتب اللغة والمعاجم.
- المقالات والرسائل الجامعية.

6- قائمة المراجع.

القرآن الكريم برواية حفص.

كتب التفسير

- 1- ابن الهمام، فتح القدير (مؤسسة الرسالة).
- 2- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (دار الكتاب العربي).

IV- كتب الحديث النبوي وعلومه ورجاله:

- 3- ابن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البداري، دار الفكر 1988م.

- 4- أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، دار الكتاب المصري القاهرة، دار الكتاب اللبناني بيروت.
- 5- أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، نسخة محققة ومخرجة الأحاديث، إشراف مكتب البحوث والدراسات في دار الفكر، بيروت.
- 6- أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، شعب الإيمان، تحقيق: أبي همام محمد السعيد بن بسيوني زغلول، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 2000م.
- 7- أبو بكر عبد الرزاق، بن همام بن نافع الصنعاني، المصنف، إعداد: أيمن نصر الدين الأزهري، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 2000م.
- 8- أبي بكر عبد الله محمد بن أبي شيبة، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، ضبطه وصححه ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد عبد السلام شاهين، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1416هـ/1995م.
- 9- أبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق، سنن أبي داود، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الياباني الحلبي وأولاده، بمصر، ط2، 1983م.
- 10- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة ابن بزويه البخاري، صحيح البخاري، المكتبة الثقافية، بيروت.
- 11- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، دار الحديث.
- 12- أبو عيسى محمد بن سورة، سنن الترمذي، الجامع الصحيح، دار الكتب العلمية، تحقيق: كمال يوسف الحوت، الطبعة الأولى، 1987م.
- 13- أحمد بن أبي بكر البوصيري، مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه، تحقيق وتعليق: محمد المنتقي الكشناوي، بيروت، دار العربية، ط1 1403هـ/1983م.
- 14- أحمد بن حنبل، المسند وبهامشه منتخب، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، دار الفكر.
- 15- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق وتصحيح: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، دار المعرفة، بيروت.
- 16- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تحقيق: شعبان محمد إسماعيل الناصر القاهرة، مكتبة ابن تيمية، طبعة الكليات الأزهرية.

- 17- جلال الدين السيوطي، سنن النسائي، دار الكتاب العربي، بيروت.
- 18- جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي، نصب الراية تخريج أحاديث الهداية، تحقيق: أحمد شمس الدين، دار الكتب العلمية، لبنان ط1، 1996م.
- 19- علي بن عمر الدار قطني، سنن الدار قطني، عني بتصحيحه وترقيمه وتحقيقه: عبد الله هاشم يماني المدني، القاهرة، دار المحاسن، طبعة -1386هـ - 1966م.
- 20- نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، دار الكتاب العربي، لبنان، ط3، 1982م.

V- كتب أصول الفقه والمقاصد:

- 21- ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الثانية 1983م.
- 22- أبو بكر السرخسي، أصول السرخسي، دار المعرفة بيروت.
- 23- الآمدي، الأحكام في أصول الأحكام، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، 1984م.
- 24- الشاطبي، الموافقات، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية 1996م.
- 25- حسين خلف الجبوري، عوارض الأهلية عند الأصوليين، جامعة أم القرى، الطبعة الأولى، 1988م.
- 26- سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1996م.
- 27- عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، الزهراء للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى 1990م.
- 28- عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 2003م.
- 29- علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، دار الكتاب العربي، الطبعة الثالثة، 1997م.
- 30- عمر بن صالح بن عمر، مقاصد الشريعة عند العز بن عبد السلام، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2003م.
- 31- نور الدين الخادمي، المصلحة المرسله حقيقتها وضوابطها، دار ابن حزم، الطبعة الأولى 2000م.
- 32- ابن قدامة المقدسي، المغني ويليهِ الشرح الكبير، دار الكتاب العربي 1983م.

- 33- ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، راجعة وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل بيروت 1973م.
- 34- ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية أو الفراسة المرضية في أحكام السياسة الشرعية، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية بيروت.
- 35- أبو محمد عبد الوهاب البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق ودراسة محمد الثالث الغاني، مكتبة نزار مصطفى الباز مكة المكرمة، الطبعة الثانية 2000م.
- 36- أبي الحسن عي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، أدب الدنيا والدين، حققه وعلق عليه: مصطفى عبد القادر عطاء مؤسسة الكتب الثقافية، الطبعة الثالثة 2004م.
- 37- أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء، الأحكام السلطانية، دار الفكر، طبعة جديدة تشرف بخدمتها وتصحيحها: محمود حسن، 1994م.
- 38- أبي يوسف، الخراج، دار المعرفة، بيروت، 1989م.
- 39- أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المعرب، عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1401هـ/1981م.
- 40- أحمد فتحي بهنسي، الجرائم في الفقه الإسلامي، دار الشروق، الطبعة الخامسة 1983م.
- 41- أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، دار الشروق، الطبعة الخامسة 1983م.
- 42- أحمد فتحي بهنسي، موقف الشريعة من نظرية الدفاع الاجتماعي، دار الشروق، الطبعة الثالثة 1984م.
- 43- أحمد فراج حسين، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخ الفقه الإسلامي، الملكية ونظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002م.
- 44- أحمد محمود الشافعي، رمضان علي السيد الشرنياضي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، النشأة - التطور - المعاصرة، منشورات الحلبي الحقوقية 2003م.
- 45- أحمد هبة، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى 1985م.

- 46- السيوطي، الأشباه والنظائر، تحقيق: محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، الطبعة الرابعة 1998م.
- 47- الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي.
- 48- الكسائي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت الطبعة الثانية 1986م.
- 49- برهان الدين بن فرحون المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، قدم له وراجعته: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة، الطبعة الأولى 1406هـ/1986م.
- 50- بكر عبد الله أبوزيد، الحدود والتعزيرات عند ابن قيم، دراسة وموازنة دار العاصمة للنشر والتوزيع، النشرة الثانية.
- 51- كفي الدين ابن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، قصر الكتب البلدية.
- 52- رويحي بن راجح الرحيلي، فقه عمر بن الخطاب، «موازناً بفقه أشهر المجتهدين»، الجزء الأول في الحدود وملاستها، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى 1403 هـ.
- 53- شريف بن أدول بن إدريس، كتمان السر وإفشاؤه في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الطبعة الأولى 1997م.
- 54- شهاب الدين القرافي، الفروق، وبهامشه القواعد السنوية في الأسرار الفقهية، لابن الشاط، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الأولى 2002م.
- 55- عبد الخالق النواوي، التشريع الجنائي الإسلامي، المكتبة العصرية صيدا.
- 56- عبد السلام محمد الشريف العالم، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، منشورات E L G A، الطبعة الثالثة 2002م.
- 57- عد المنعم أحمد بركة، في أساسيات التشريع الجنائي الإسلامي، مركز الإسكندرية للكتاب.
- 58- عقيلة حسين، الشبهات المسقطة للحدود، أو «الظروف المخففة والأعذار المسقطة للعقوبات المترتبة على جرائم الحدود»، دراسة فقهية مقارنة على المذاهب السنية، دار ابن حزم، الطبعة الأولى 2003م.
- 59- علي بن محمد حبيب البصري الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1983م.

- 60- محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (العقوبة)، دار الفكر العربي.
- 61- محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، دار الفكر العربي.
- 62- محمد سعادي، حقوق الإنسان، دار ربحانة الجزائر، الطبعة الأولى 2002م.
- 63- محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخه ومصادره ونظرياته العامة دار الكتاب الحديث، الكويت.
- 64- محمد شلتوت، الإسلام عقيدة، دار الشروق، الطبعة الحادية عشر 1983م.
- 65- محمد كمال الدين إمام، نظرية الفقه في الإسلام، مدخل منهجي المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع 1998م.
- 66- محمد نعيم ياسين، الوجيز في الفقه الجنائي الإسلامي، مؤسسة الإسراء، قسنطينة.
- 67- مصطفى أحمد الرزقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى 1999م.
- 68- مولاي ملياني بغدادي، حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية، قصر الكتاب البلدة.
- 69- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى 1991.
- 70- وهبة الزحيلي، حق الحرية في العالم، دار الفكر المعاصر 2000م.
- 71- يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي.

-VI- كتب الطبقات:

- 72- إبراهيم بن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، دراسة وتحقيق: مأمون بن محي الدين الجنان، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى 1417هـ/1996م.
- 73- ابن قاضي شهبة، طبقات الشافعية، تحقيق: عبد العليم خان، الطبعة الأولى 1407هـ، عالم الكتب، بيروت.
- 74- أبي الفلاح عبد الحي بن العماد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، دار الفكر، بيروت طبعة 1414هـ/1994م.
- 75- أحمد بابا التنبكتي، نيل الابتهاج بتطريز الديباج، تحقيق علي عمر المكتبة الثقافية الدينية، القاهرة، الطبعة الأولى 1423هـ/2004م.
- 76- شعبان محمد إسماعيل، أصول الفقه تاريخه ورجاله، دار السلام، المكتبة المكية بمكة المكرمة، الطبعة الأولى 1981م، الطبعة الثانية 1998م.

- 77- محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الفكر بيروت.
- 78- محمد جميل بن عمر البغدادي المعروف بابن شطي، مختصرات طبقات الحنابلة، دراسة: فواز أحمد زمولي، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى 1406هـ/1986.

VII - المراجع القانونية:

أ- قوانين:

- 79- الدستور الجزائري (استفتاء 28 نوفمبر 1996)، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2001.
- 80- قانون العقوبات (أمر رقم 66- 156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ، الموافق 8 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون العقوبات.
- 81- قانون الإجراءات الجزائية الجزائري (أمر رقم 66 - 155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ، الموافق 8 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم "21").

ب- كتب قانونية:

- 82- أحسن بوسقيعة، التحقيق القضائي (الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الثانية منقحة ومتممة في ضوء القانون).
- 83- أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي (دار النهضة العربية) 1995.
- 84- أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، دار هومة 2003.
- 85- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى 2000.
- 86- أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، الدار الجامعية.
- 87- بوكحيل الأخضر، الحبس الاحتياطي والمراقبة القضائية في التشريع الجزائري - والمقارن، ديوان المطبوعات الجامعية.
- 88- جلال ثروت، قانون العقوبات القسم العام.
- 89- جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى 2001.

- 90- جيلالي بغداداي، التحقيق دراسة مقارنة نظرية وتطبيقية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى 1999.
- 91- حسن علال، قانون الإجراءات الجنائية، توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية الطبعة الثانية.
- 92- خليل أحمد حسن قدادة، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2002.
- 93- درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي في ظل الإجراءات الجزائية الجزائرية، منشورات عشاش، الجزائر.
- 94- رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص و الأموال، دار الفكر العربي 1978
سليمان عبد المنعم.
- 95- رؤوف عبيد، إحالة الدعوى الجنائية من سلطة التحقيق إلى قضاء الحكم، دار الجامعية الجديدة 2002.
- 96- رؤوف عبيد، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر 2002.
- 97- رؤوف عبيد، أصول علم الجزاء الجنائي دار الجامعية الجديدة للنشر 2001.
- 98- سوزان علي حسن، الوجيز في مبادئ القانون، دار الجامعة الجديدة للنشر 2001.
- 99- عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات القسم العام، الجريمة: ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة 1994.
- 100- عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، منشأة المعارف.
- 101- عبد الحميد الشواربي، الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقهاء، النظرية والتطبيق، منشأة المعارف 1996.
- 102- عبد الله أوهابيه، ضمانات الحرية الشخصية أثناء مرحلة البحث التمهيدي، الاستدلال، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2004.
- 103- عبد الله أوهابيه، ضمانات الحرية الشخصية أثناء مرحلة البحث التمهيدي، الاستدلال، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2004.
- 104- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام "الجزء الأول الجريمة"، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1998.
- 105- علي عبد القادر القهوجي، قانون الاشتباه دراسة تحليلية انتقادية، دار الجامعة الجديدة للنشر 1996.

- 106- علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام (الدار الجامعية).
- 107- علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات، القسم العام، نظرية الجريمة المسؤولة.
- 108- محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون «المدخل إلى القانون، نظرية الالتزام»، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2002.
- 109- محمد حسن قاسم، مبادئ القانون «المدخل إلى القانون والالتزامات» كلية الحقوق، دار الجامعة الجديدة 2002.
- 110- محمد حسين منصور، محمد حسن قاسم، مبادئ القانون.
- 111- محمد خميس، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، توزيع منشأة المعارف 2001.
- 112- محمد زكي أبو عامر سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر 2002.
- 113- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، طبعة 2004.
- 114- محمد صبحي محمد نجم، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1988.
- 115- محمد صبحي محمد نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1983.
- 116- محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق دار الهدى الطبعة الأولى 1991، 1992 الجزء الثالث.
- 117- محمد محدة، ضمانات المشتبه فيه وحقوق الدفاع من العهد البربري حتى الاستقلال، دار الهدى، الجزائر، الطبعة الأولى 1991.
- 118- محمود عبد الرحمن محمد، نطاق الحق في الحياة الخاصة «دراسة مقارنة في القانون الوضعي الأمريكي، الفرنسي، المصري، والشريعة الإسلامية»، دار النهضة العربية .
- 119- مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون «القاعدة القانونية، الحق»، منشورات الحلبي الحقوقية 2002.

120- مصطفى مجدي هرجة، المشكلات العملية في القبض والتفتيش والدفوع والبطلان «في ضوء أحكام الفقه النقض محاكم الجنايات والتعليقات العامة للبنيات»، دار محمود للنشر و التوزيع الطبعة الرابعة .

121- معراج جديدي، الوجيز في الإجراءات الجزائية مع التعديلات الجديدة.

122- نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون «القاعدة القانونية»، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الرابعة 2004.

123- هجيرة دنوني، بن الشيخ لحسن، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، الدار الجزائرية للمنشورات الجامعية، الطبعة الثانية .

124- همام محمد محمد، رمضان أبو السعود، المبادئ الأساسية في القانون، منشأة المعارف بالإسكندرية 1995-1996.

VIII- كتب المقارنة: (الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي):

125- طلبة القطب محمد القطب، محاضرات في الإسلام وحقوق الإنسان، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية 1984م.

126- عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، حقوق وضمانات المتهم في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى 2000م.

127- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الثانية، 1998م.

128- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، الطبعة السادسة، 1985م.

129- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الثالثة، 1984م.

130- محمد أحمد حامد، التدابير الاحترازية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ديوان المطبوعات الجامعية.

131- محمد سعيد عبد القادر، فقه القضاء في الإسلام، مقارناً بالفقه القضائي، الحديث وأحدث قواعد قضاء النقض، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2002م.

- 132- محمد عمارة، الإسلام وحقوق الإنسان، ضرورات لا حقوق، عالم المعرفة، الكويت 1985م.
- 133- محمد كمال الدين إمام، المسؤولية الجنائية أساسها وتطورها، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر 2004م.
- 134- محمد الزحيلي، حقوق الإنسان في الإسلام، دراسة مقارنة مع الإعلان العالمي والإعلان الإسلامي لحقوق الإنسان، دار الكلم الطيب بيروت، الطبعة الثالثة 2003م.
- 135- محمود بلال مهران، نظرية الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الثقافة العربية، جامعة القاهرة، الطبعة الأولى 1998م.
- 136- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر دمشق، الطبعة الثانية 1424هـ-2003م.
- 137- يوسف الشيخ، حماية الحق في حرمة الأحاديث الخاصة، دراسة مقارنة في تشريعات التنصت وحرمة الحياة الخاصة، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى 1998م.

IX- كتب اللغة والمعاجم:

- 138- ابتسام القزام، معجم المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري سنة 1992م.
- 139- ابن عرفة، شرح حدود ابن عرفة (الهداية الكافية الشافية، لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية)، لأبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، تحقيق: محمد أبو الأجنان والظاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى 1993م، (أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، ابن عرفة).
- 140- ابن منظور، لسان العرب، (دار بيروت للطباعة والنشر).
- 141- الفيروز أبادي، القاموس المحيط، (دار الجيل بيروت).
- 142- علي بن محمد الجرجاني، التعريفات (بيروت، دار أحياء التراث العربي، الطبعة الأولى 1424هـ/2003م).

X- المقالات والرسائل الجامعية:

أ- الرسائل الجامعية:

- 143- العمري شوكت محمد، حقوق الإنسان السياسية والمدنية في الشريعة الإسلامية، (رسالة ماجستير، الأزهر 1980م).

- 144- جمال الدين عنان، سرية التحقيق بين المبدأ والتطبيق، (مذكرة ليل شهادة الماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية (جامعة الجزائر 2000 - 2001م)).
- 145- محمود محمد محمد، حق الله وحق العبد في الشريعة الإسلامية، «دراسة مقارنة بالقانون الوضعي»، (رسالة دكتوراه بالأزهر).

ب- المقالات:

- 146- أحمد فتحي سرور، الحق في الحياة الخاصة، (مجلة القانون والاقتصاد).
- 147- حمود حمبلي، حق الأمن في الشريعة الإسلامية، (مجلة الموقفات، العدد الثالث، جوان 1994، المعهد الوطني العالي لأصول الدين).
- 148- عبد الحميد محمود البعلي، الحماية الجنائية للحقوق والحريات أثناء المحاكمة الجنائية، «دراسة مقارنة»، (مجلة الحقوق، الكويت).
- 149- عبد الله أوهايبي، تفتيش المساكن في القانون الجزائري، (المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، الجزء 36، رقم 2، 1998م).
- 150- عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام، «دراسة مقارنة بالقانون الوضعي»، (مجلة الحقوق، العدد، الثالث، السنة السابعة، سبتمبر 1983، كلية الحقوق، جامعة الكويت).
- 151- غنام محمد غنام، سرية الاستدلالات والتحقيقات الجنائية وأثرها على الحقوق الأساسية للمتهم، (مجلة الحقوق الكويتية، العدد الرابع، السنة السابعة عشر).
- 152- محمود محمود مصطفى، سرية التحقيقات الجنائية وحقوق الدفاع (مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة السابعة عشر، مطبعة جامعة فؤاد الأول 1947).
- 153- مروان محمد، الحماية الدستورية للحريات الشخصية وحقوق الدفاع في المتابعات الجنائية (موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية الجزائرية).

فهرس الموضوعات

مقدمة

02..... الفصل التمهيدي: ماهية حق الأمن الفردي

المبحث الأول: تعريف الحق في الشريعة الإسلامية والقانون

الوضعي.....03

المطلب الأول: تعريفه

لغة.....03

المطلب الثاني: تعريف الحق عند قدامى الفقهاء

والأصوليين.....03

03..... الفرع الأول: معنى الحق عند الفقهاء القدامى

الفرع الثاني: معنى الحق عند الأصوليين

القدامى.....04

المطلب الثالث: تعريف الحق عند

المعاصرين.....06

الفرع الأول: تعريف الحق

بالمصلحة.....06

الفرع الثاني: تعريف الحق

بالاختصاص.....06

07..... الفرع الثالث: تعريف الحق بالشيء الثابت

المطلب الرابع: التعريف المختار للحق في الفقه

الإسلامي.....08

المطلب الخامس: معنى الحق عند فقهاء

القانون.....09

الفرع الأول: رأي المنكرين لفكرة

الحق.....09

الفرع الثاني: رأي المثبتين لفكرة

الحق.....09

10..... الفرع الثالث: تعريف الحق

..... الفقرة الأولى: الاتجاهات التقليدية

10

أولاً: المذهب

10..... الشخصي

ثانياً: المذهب

11..... الموضوعي

ثالثاً: المذهب

11..... المختلط

الفقرة الثانية: الاتجاهات

12..... الحديثة

12..... أولاً: نظرية دابان

ثانياً: نظرية

12..... روييه

الفقرة الثالثة: التعريف المختار للحق في

13..... القانون

المبحث الثاني: مصادر الحق في الشريعة الإسلامية والقانون

14..... الوضعي

المطلب الأول: مصدر الحق في الفقه

14..... الإسلامي

14..... الفرع الأول: منشأ الحق خطابات الشارع الآمرة والناهية على وجه الإلزام

الفرع الثاني: منشأ الحقوق التنوع في

15..... الطلب

المطلب الثاني: مصدر الحق في القانون

15..... الوضعي

15..... الفرع الأول: الواقعة القانونية

- 15..... البند الأول: وقائع طبيعية.
 البند الثاني: الأعمال
- 15..... المادة
- 16..... الفرع الثاني: التصرف القانوني
- 16..... البند الأول: العقد
- 16..... البند الثاني: الإدارة
- المبحث الثالث: أقسام الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وموقع حق الأمن الفردي
 منها..... 17.....
 المطلب الأول: أقسام الحق في الشريعة
 الإسلامية..... 17.....
- 17..... الفرع الأول: مفهوم حق الله وحق العبد
- 17..... البند الأول: الأحناف
 البند الثاني:
- 17..... المالكية
- الفرع الثاني: تقسيم الحق باعتبار
 صاحبه..... 18.....
- 18..... البند الأول: تقسيم الحنفية
 البند الثاني: تقسيم
- 18..... المالكية
- البند الثالث: أساس التفرقة بين تقسيم الحق عند الأحناف
 والشاطبي..... 19.....
- أولاً: من حيث وجود الحق
 أساساً..... 19.....
- ثانياً: من حيث المقصد من
 الحق..... 20.....
- ثالثاً: من حيث المختص
 بالحق..... 20.....

الفرع الثالث: تقسيم الحق باعتبار

20	محله.....
	البند الأول: الحقوق المالية وغير
20	المالية.....
	الفقرة الأولى: الحقوق
20	المالية.....
	الفقرة الثانية: الحقوق غير
20	المالية.....
	البند الثاني: الحق الشخصي والحق
21	العيني.....
21	الفقرة الأول: الحق الشخصي.....
21	الفقرة الثانية: الحق العيني.....
	البند الثالث: الحقوق المجردة والحقوق غير
21	المجردة.....
	الفقرة الأولى: الحقوق
21	المجردة.....
	الفقرة الثانية: الحقوق غير
21	المجردة.....
	المطلب الثاني: أقسام الحق في القانون
21	الوضعي.....
	الفرع الأول: الحقوق
22	المالية.....
	البند الأول: الحق
22	الشخصي.....
	البند الثاني: الحق
22	العيني.....
22	القسم الأول: حقوق عينية أصلية.....

- 22.....القسم الثاني: حقوق عينية تبعية.
- الفرع الثاني: الحقوق غير
- 22.....المالية
- 23.....البند الأول: الحقوق السياسية.
- 23.....البند الثاني: حقوق الأسرة.
- البند الثالث: الحقوق العامة أو الحقوق
- 23.....الشخصية.
- المطلب الثالث: موقع حق الأمن الفردي من الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون
- الوضعي....24
- 24.....الفرع الأول: مفهوم الحق في الأمن الفردي.
- الفرع الثاني: موقع حق الأمن الفردي من أقسام الحقوق في الشريعة
- الإسلامية.....26
- 26.....الفرع الثالث: موقع حق الأمن الفردي من أقسام الحقوق في القانون الوضعي.
- 28.....خلاصة الفصل التمهيدي.
- 31.....الفصل الأول: حق الأمن الفردي في النظرية العامة للتعريم والعقاب.
- 32.....المبحث الأول: مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.
- المطلب الأول: مضمون المبدأ في الشريعة الإسلامية والقانون
- الوضعي.....32
- الفرع الأول: مضمون المبدأ في الشريعة
- الإسلامية.....32

الفرع الثاني: مضمون المبدأ في القانون

الوضعي.....32

المطلب الثاني: أصل مبدأ الشرعية وأساسه في الشريعة الإسلامية والقانون

الوضعي.....33

الفرع الأول: أصل المبدأ في الشريعة

الإسلامية.....33

33.....البند الأول: القرآن الكريم باعتباره مصدر الشرعية

34.....البند الثاني: القواعد الأصولية والشرعية مصدر الشرعية

الفرع الثاني: أصل المبدأ وأساسه في القانون

الوضعي.....35

البند الأول: أصل المبدأ في القانون

الوضعي.....35

أولاً: تاريخ

المبدأ.....35

ثانياً: أصل المبدأ في القانون

الجزائري.....35

البند الثاني: أساس مبدأ الشرعية في القانون

الوضعي.....36

36.....أولاً: أساس الركن الشرعي للجريمة

ثانياً: اعتبار الشرعية ركن في

الجريمة.....37

ثالثاً: جوهر عدم

المشروعية.....37

37.....رابعاً: عناصر الركن الشرعي في قانون العقوبات

المطلب الثالث: أهمية مبدأ الشرعية.....

38

المطلب الرابع: النقد الموجه لمبدأ الشرعية في القانون

الوضعي.....39

- 39.....الفرع الأول: أساس النقد
- الفرع الثاني: الرد على الانتقادات الموجهة لمبدأ
الشرعية.....39
- المطلب الخامس: تطبيقات مبدأ الشرعية في الشريعة
الإسلامية.....40
- 41.....الفرع الأول: أثر قاعدة الشرعية في جرائم الحدود
- 41.....البند الأول: تعريف الحد
- البند الثاني: أثر قاعدة الشرعية في جريمة
الزنا.....41
- البند الثالث: أثر قاعدة الشرعية في جريمة
السرقه.....42
- البند الرابع: أثر قاعدة الشرعية في جريمة
الردة.....43
- البند الخامس: أثر قاعدة الشرعية في جريمة
القذف.....44
- البند السادس: أثر قاعد الشرعية في جريمة
الحراة.....44
- البند السابع: أثر قاعدة الشرعية في جريمة
البغي.....44
- 45.....البند الثامن: أثر قاعدة الشرعية في جريمة الشرب
- الفرع الثاني: أثر قاعدة الشرعية في جرائم الدية
والقصاص.....46
- 47.....البند الأول: أثر الشرعية في جرائم القتل العمد
- البند الثاني: أثر الشرعية في جريمة إتلاف الأطراف عمداً والجرح
العمد.....48
- البند الثالث: أثر الشرعية في جريمة القتل شبه
العمد.....48

البند الرابع: أثر الشرعية في جريمة القتل

الخطأ.....48

البند الخامس: أثر الشرعية في جرائم قطع الأطراف والجراح

خطأ.....48

الفرع الثالث: أثر قاعدة الشرعية في جرائم التعزير.....49

البند الأول: أقسام التعازير.....50

أولاً: تعزير على المعاصي.....50

ثانياً: تعزير للمصلحة العامة.....50

ثالثاً: تعزير على المخالفات.....51

البند الثاني: تطبيقات الشرعية في التعزير على

المعاصي.....51

البند الثالث: تطبيقات الشرعية في التعزير للمصلحة العامة.....52

البند الرابع: تطبيقات الشرعية في التعزير على المخالفات.....53

البند الخامس: سلطة ولي الأمر في تقدير عقوبة

التعازير.....53

البند السادس: مقدار التعزير.....54

البند السابع: جواز التعزير بالقتل.....54

البند الثامن: تقنين التعزير.....55

المطلب السادس: نتائج مبدأ

الشرعية.....57

الفرع الأول: اعتبار التشريع المصدر الوحيد في مجال التجريم

والعقاب.....57

الفرع الثاني: تفسير قانون العقوبات.....57

البند الأول: أنواع التفسير.....58

النوع الأول: التفسير التشريعي.....58

النوع الثاني: التفسير القضائي.....58

النوع الثالث: التفسير الفقهي.....58

- 59.....البند الثاني: حالات تفسير النصوص
- 59.....أولاً: حالة غموض النص
- 59.....ثانياً: حالة وضوح النص
- 60.....الفرع الثالث: حظر القياس
- الفرع الرابع: قاعدة الشك يفسر لصالح
المتهم.....60
- المبحث الثاني: مبدأ شخصية المسؤولية
الجنائية.....62
- المطلب الأول: أساس شخصية المسؤولية الجنائية في الشريعة
الإسلامية.....62
- الفرع الأول: أصل المبدأ في القرآن
الكريم.....63
- الفرع الثاني: أصل المبدأ في السنة
النبوية.....64
- المطلب الثاني: شخصية المسؤولية الجنائية في القانون
الوضعي.....64
- المطلب الثالث: تطبيقات مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية في الشريعة
والقانون.....65
- الفرع الأول: تطبيق المبدأ في الشريعة
الإسلامية.....65
- الفرع الثاني: تطبيق: المبدأ في القانون
الوضعي.....66
- المبحث الثالث: مبدأ عدم الأثر الرجعي للقوانين
الجنائية.....67
- المطلب الأول: مفهوم قاعدة عدم رجعية النص
الجنائي.....67
- الفرع الأول: مفهوم قاعدة عدم الرجعية في الشريعة الإسلامية.....67

- 68.....الفرع الثاني: مفهوم القاعدة في القانون الوضعي
المطلب الثاني: أصل مبدأ عدم الأثر الرجعي للقوانين في الشريعة الإسلامية.....68
- 68.....الفرع الأول: أصل المبدأ من القرآن الكريم
- 69.....أولاً: حد الزنا
- 69.....ثانياً: نكاح زوجات الآباء
ثالثاً: الجمع بين الأختين.....69
- رابعاً: ربا
- 69.....الجاهلية
- خامساً: الخمر
- 70.....والميسر
- 70.....سادساً: حد السرقة
- الفرع الثاني: أصل المبدأ من السنة.....71
- المطلب الثالث: الآثار المترتبة على تطبيق عدم رجعية القواعد الجنائية في القانون الوضعي.71
- 71.....الفرع الأول: الأثر الفوري و المباشر لقواعد التجريم و العقاب
- 71.....الفرع الثاني: إلغاء لقواعد التجريم و العقاب
- 72.....البند الأول: الإلغاء الصريح
البند الثاني: الإلغاء الضمني.....72
- المطلب الرابع: صعوبات تطبيق قاعدة انحسار الأثر الرجعي.....72
- الفرع الأول: الصعوبات المتعلقة بطبيعة الجريمة الواقعة.....72

البند الأول: جواز سريان القانون الجديد بأثر رجعي على الجرائم

المستمرة.....72

البند الثاني: حالة الجرائم التي تتراخى فيها النتيجة عن

السلوك.....73

73..... البند الثالث: حالة جرائم الاعتياد.....

73..... البند الرابع: حالة العود.....

الفرع الثاني: الصعوبات المتعلقة بالقانون الواجب

التطبيق.....73

73..... البند الأول: حالة القوانين التفسيرية.....

البند الثاني: القوانين غير الجنائية المعتبرة شروطاً

مفترضة.....74

المطلب الخامس: الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم الرجعية في الشريعة

الإسلامية.....74

الفرع الأول: جواز الرجعية في حالة الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن

العام.....74

74..... البند الأول: جرائم القذف.....

البند الثاني: جريمة

الحرابة.....77

78..... البند الثالث: جريمة الظهار.....

83..... الفرع الثاني: وجوب الرجعية إذا كان التشريع أصح للجاني.....

البند الأول: تطبيق الرجعية في جريمة

القتل.....83

البند الثاني: نتائج تطبيق التشريع الأصح

للجاني.....84

المطلب السادس: الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية في القانون

الوضعي.....85

الفرع الأول: رجعية القواعد الجنائية المحرمة (القانون الأصلح

للمتهم).....85

85..... الشرط الأول: أن يكون القانون الجديد أصلح للمتهم

الشرط الثاني: سريان القانون الجديد قبل صدور حكم نهائي على

المتهم.....88

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على سريان القانون الجديد قبل صدور الحكم

النهائي.....88

الاستثناء الأول: الاعتداء بالقانون الجديد الأفضل للمتهم ولو كان صادراً بعد

الحكم في الدعوى

نهائياً.....88

الاستثناء الثاني: القوانين المحددة الفترة ومبدأ رجوع القانون الأصلح

للمتهم....89

89..... الاستثناء الثالث: القوانين الشكلية وقاعدة عدم الرجعية

المطلب السابع: قاعدة عدم رجعية النص الجنائي في التشريع الجزائري

90.....

92..... خلاصة الفصل الأول

95..... الفصل الثاني: حق الأمن الفردي في النظام الإجرائي الإسلامي والقانون الوضعي

المبحث الأول: مبدأ قرنية

البراءة.....96

96..... المطلب الأول: مفهوم مبدأ قرنية البراءة وأصله في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

96..... الفرع الأول: مفهومه

96..... الفرع الثاني: أصل مبدأ البراءة

البند الأول: أصل المبدأ في الشريعة

الإسلامية.....96

96..... أولاً: القرآن الكريم

96..... ثانياً: السنة النبوية

- 97..... ثالثاً: القواعد الأصولية.....
- البند الثاني: أصل المبدأ في القانون
الوضعي.....97
- البند الثالث: أصل المبدأ في التشريع
الجزائري.....98
- المطلب الثاني: نتائج مبدأ أصل
البراءة.....98
- 98..... الفرع الأول: حماية الحرية الشخصية للمتهم
الفرع الثاني: الشك يفسر لصالح
المتهم.....99
- 99..... الفرع الثالث: نقل عبء الإثبات على النيابة العامة
المطلب الثالث: تطبيقات مبدأ أصل البراءة في الفقه الجنائي
الإسلامي.....100
- 101..... الفرع الأول: تعريف الشبهة.....
- 101..... البند الأول: تعريفها لغة.....
- 101..... البند الثاني: تعريف الشبهة شرعاً.....
- 102..... الفرع الثاني: حجتها.....
- 102..... الفرع الثالث: أصل أدلة الجمهور وابن حزم في اعتبار أو عدم اعتبار الشبهة.....
- البند الأول: أدلة الجمهور في الأخذ
بالشبهة.....102
- البند الثاني: أدلة ابن حزم في عدم الأخذ بحديث
الشبهات.....103
- 104..... الفرع الرابع: مناقشة الأدلة.....
- البند الأول: مناقشة أدلة
الجمهور.....104
- 105..... البند الثاني: الرد على أدلة ابن حزم.....
- 107..... الفرع الخامس: ضوابط الشبهة.....

108.....	الفرع السادس: أقسام الشبهة.
	البند الأول: تقسيم
108.....	المالكية.....
108.....	البند الثاني: تقسيم الشافعية.
109.....	الفرع السابع: آثار الشبهة.
	المطلب الرابع: الرد على شبهة قساوة العقوبة (العقوبة المقررة للحدود) في
	الإسلام..... 110
	الفرع الأول: طبيعة
110.....	الجريمة.....
110.....	الفرع الثاني: طبيعة النظام الإسلامي.
110.....	الفرع الثالث: إرساء الضمانات.....
110.....	الفرع الرابع: فعالية العقوبة.....
	الفرع الخامس: تحقيق المقصد من
111.....	العقوبة.....
	المبحث الثاني: حق الأمن الفردي في مرحلة التحقيق
	الابتدائي..... 112
	المطلب الأول: مدلول المتهم والنظام الاتهامي والتحقيق
	الابتدائي..... 112
112.....	الفرع الأول: التعريف بالمتهم والتفرقة بينه وبين ما يشتبه به.....
112.....	البند الأول: تعريف المتهم لغة.....
	البند الثاني: تعريف المتهم في الفقه
	الإسلامي..... 113
	البند الثالث: تعريف المتهم في القانون
	الوضعي..... 113
	البند الرابع: التفرقة بين المتهم والمشتبه
	فيه،..... 113
114.....	الفرع الثاني: مدلول النظام الاتهامي وطرقه.....

114.....	البند الأول: مفهوم الاتهام.
	البند الثاني: طرق
115.....	الاتهام.
115.....	الفقرة الأولى: سلطة النيابة العامة.
115.....	الفقرة الثانية: سلطة قاضي التحقيق.
116.....	الفرع الثالث: مفهوم التحقيق الابتدائي وخصائصه.
116.....	البند الأول: مفهوم التحقيق الابتدائي في القانون الوضعي.
	البند الثاني: مفهوم التحقيق الابتدائي في ظل التشريع
116.....	الجزائري.
117.....	البند الثالث: خصائص التحقيق الابتدائي.
	الفقرة الأولى: سرية التحقيق في مواجهة
117.....	الجمهور.
119.....	الفقرة الثانية: تدوين التحقيق.
119.....	الفقرة الثالثة: سرعة إجراء التحقيق.
120.....	الفقرة الرابعة: حياد هيئة التحقيق.
	المطلب الثاني: حق المتهم في
121.....	الدفاع.
121.....	الفرع الأول: تعريف الدفاع وأهميته.
121.....	البند الأول: تعريف الدفاع.
121.....	البند الثاني: أهمية الدفاع.
122.....	الفرع الثاني: الاستجواب وضمائنه.
122.....	البند الأول: مفهوم الاستجواب.
	البند الثاني: ضمانات المتهم في
122.....	الاستجواب.
122.....	الفقرة الأولى: ضمانات الاستجواب في النظام الإجرائي الإسلامي.
	الفقرة الثانية: ضمانات الاستجواب في القانون
126.....	الوضعي.

- 126.....الفقرة الثالثة: ضمانات الاستجواب في التشريع الجزائري
- الفرع الثالث: الحق في حضور الإجراءات والاستعانة
بمحامٍ.....128
- البند الأول: الحق في حضور
الإجراءات.....128
- الفقرة الأولى: الحق في حضور الإجراءات في النظام الإجرائي
الإسلامي.....128
- الفقرة الثانية: الحق في حضور الإجراءات في التشريع
الجزائري.....129
- البند الثاني: حق المتهم بالاستعانة
بمحامٍ.....129
- الفقرة الأولى: حق الاستعانة بمحامٍ في التشريع
الإسلامي.....130
- الفقرة الثاني: حق الاستعانة بمحامٍ في القانون
الوضعي.....130
- الفقرة الثالثة: حق الاستعانة بمحامٍ في التشريع
الجزائري.....131
- أولاً: بعض النصوص القانونية المنظمة لحق الاستعانة
بمحامٍ....131
- ثانياً: إبراز الأحكام المستفادة من النصوص القانونية المنظمة
للاستعانة بمحامٍ في قانون الإجراءات الجزائية
الجزائري.....132
- المبحث الثالث: ضمانات السرية في تحقيق الأمن
الفردية.....134
- المطلب الأول: مفهوم السرية
وأهميتها.....134
- الفرع الأول: مفهوم السرية.....134

- 134.....الفرع الثاني: أهمية السرية.
المطلب الثاني: مجال
- 135.....السرية
- 136.....الفرع الأول: حرمة المساكن
البند الأول: حرمة المسكن في الشريعة
الإسلامية.....136
الفقرة الأولى: أصل وأساس حرمة
المسكن.....136
الفقرة الثاني: الاستثناءات الواردة على حرمة المسكن في الشريعة
- 137.....الإسلامية
- 137.....الحالة الأولى: حالة الضرورة
الحالة الثانية: ظهور
المعصية.....137
الحالة الثالثة: القبض على
المتهم.....137
البند الثاني: حرمة المسكن في التشريع
الجزائري.....138
الفرع الثاني: حرمة
المراسلات.....139
البند الأول: حرمة المراسلات في الشريعة
الإسلامية.....140
البند الثاني: حرمة المراسلات في القانون
الوضعي.....141
الفرع الثالث: كتمان السر.....141
البند الأول: كتمان السر في الشريعة الإسلامية.....141
أولاً: الأحاديث الدالة على وجوب الكتمان.....141

ثانياً: تحريم

التجسس.....141

ثالثاً: تحريم إفشاء السر في الشريعة

الإسلامية.....142

الحالة الأولى:

"الوجوب".....142

الحالة الثانية:

"الاستحباب".....142

البند الثاني: كتمان السر في القانون

الوضعي.....143

المبحث الرابع: الضمانات المتعلقة بالقيود الواردة على حق الأمن

الفردى.....144

المطلب الأول: التفتيش وضمائنه في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.....144

الفرع الأول: تعريف التفتيش.....144

الفرع الثاني: التفرقة بين دخول المساكن

وتفتيشها.....144

الفرع الثالث: ضمانات التفتيش في الشريعة الإسلامية.....145

البند الأول: الاختصاص.....145

البند الثاني: التلبس

بالجريمة.....145

البند الثالث: اكتشاف الدلائل بطريق مشروع.....145

البند الرابع: التثبت بعدم إقامة الحد واستبداله بعقوبة موجعة.....146

الفرع الرابع: ضمانات التفتيش في القانون الوضعي.....146

البند الأول: صدور أمر قضائي بالتفتيش.....147

البند الثاني: أن يكون الأمر القضائي مسبباً.....147

البند الثالث: التفتيش بحضور المتهم أو من ينوبه أو

شاهدين.....147

البند الرابع: تنفيذ أمر التفتيش في أوقات

محددة.....147

البند الخامس: اختصاص أمر التفتيش بجرائم

معينة.....147

الفرع الخامس: ضمانات التفتيش في ظل قانون الإجراءات الجزائية

الجزائري.....148

148..... أولاً: من حيث الاختصاص

ثانياً: حضور المتهم عملية

التفتيش.....148

149..... ثالثاً: ميقات التفتيش

149..... رابعاً: تسبيب أمر التفتيش

150..... خامساً: الرضا بالتفتيش

150..... سادساً: تفتيش الأشخاص

سابعاً: ضبط الأشياء المتعلقة

الجريمة.....150

المطلب الثاني: القبض و ضماناته في الشريعة الإسلامية والقانون

الوضعي.....151

الفرع الأول: مفهوم القبض والفرق بينه وبين المفاهيم المشابهة

له.....152

152..... البند الأول: تعريف القبض

البند الثاني: الفرق بين القبض والحبس

المؤقت.....152

153..... البند الثالث: الفرق بين القبض والاحضار

153..... البند الرابع: الفرق بين القبض وأمر الإيداع

153..... البند الخامس: الفرق بين القبض و الإستيقاف

الفرع الثاني: ضمانات القبض في الشريعة

الإسلامية.....153

الفرع الثالث: ضمانات الحبس المؤقت في الشريعة

الإسلامية.....160

160.....البند الأول: مشروعية الحبس

البند الثاني: طبيعة الحبس

المؤقت.....161

البند الثالث: مدة

الحبس.....161

البند الرابع: الهدف من

الحبس.....162

البند الخامس: الضوابط الموضوعية للحبس

المؤقت.....162

الفرع الرابع: ضمانات الحبس المؤقت في القانون الوضعي والتشريع

الجزائري.....

163

البند الأول: الضمانات الشكلية في أمر الحبس

المؤقت.....163

أولاً: صدور أمر الحبس المؤقت

كتابة.....163

ثانياً: أن يحتوي أمر الحبس المؤقت على بيانات

جوهرية.....163

البند الثاني: الضمانات الموضوعية للحبس

المؤقت.....165

165.....أولاً: طبيعة الجريمة

ثانياً: الجرائم التي يجوز فيها الحبس

المؤقت.....165

ثالثاً: مبررات الحبس

المؤقت.....165

رابعاً: تسبب الأمر بالحبس المؤقت	
166.....	
خامساً: مدة الحبس	
المؤقت.....	166
سادساً: تمديد	
الحبس.....	166
سابعاً: خصم مدة الحبس من العقوبة المقضي	
بها.....	166
ثامناً: المتهم الذي يجوز حبسه	
احتياطياً.....	166
تاسعاً: التعويض عن الحبس	
المؤقت.....	168
170.....	خلاصة الفصل الثاني
175-172.....	<u>الخاتمة</u>
176.....	ملخص البحث
177.....	قائمة الفهارس العامة
182-178.....	فهرس الآيات لقرآنية
185-183.....	فهرس الأحاديث النبوية
186.....	فهرس الأعلام
187.....	فهرس القواعد الفقهية والأصولية
191-188.....	فهرس المواد القانونية
-192.....	قائمة المراجع
	204
-204.....	فهرس الموضوعات
	219