

حق الأمن الفردي في الاسلام *

”دراسة مقارنة بالقانون الوضعي“

اعداد

الدكتور عثمان عبد الملك الصالح **

مقدمة

حق الامن الفردي يعني ضمان قدر من الطمأنينة يستطيع الفرد بفضلها وعلى اساس من النظام القائم في الدولة، ان ينظم شؤون حياته ويهيئ لمستقبله.

كما يعني في المقام الاول، ان تتوافر للفرد الضمانات التي تولد عنده قدرا من الاحساس والشعور المطمئن، بانه في منجى من الاعمال التعسفية المادية، كالقبض والحبس دون وجه حق، او انزال العقاب الظالم المستبد به، ومن ثم يستطيع ان ينظم نشاطه دونما خشية من مفاجآت العسف والتحكم.

* ترجم هذا البحث الى اللغة الانجليزية، ونشر ضمن مجموعة أبحاث مختاره باشراف من جامعة شيكاغو. وذلك بالمؤلف الذي جمع له الدكتور شريف بسيوني (استاذ في جامعة شيكاغو) تحت عنوان:

« THE ISLAMIC CRIMINAL JUSTICEA SYSTEM » من منشورات

« OCEANA PUBLICATIONS, INC. » عام ١٩٨٢.

** استاذ القانون العام المساعد في كلية الحقوق والشرية بجامعة الكويت، والحائز على لقب الشرف في مسابقة جائزة اليونسكو لتدريس حقوق الانسان عام ١٩٧٩، تقديرا لجهوده في هذا المجال واعترافا بمساهمته الثالية في تطوير تدريس حقوق الانسان.

وهكذا يكون موضوع الامن الفردى، الامن القانوني في مواجهة السلطات العامة في الدولة.. ومن هنا كان بمثابة الدرع الواقي لسائر الحريات الفردية التي لا يمكن بدونه ان تقوم لها قائمة.. خاصة اذا ما علمنا ان الفرد يعيش في زمن وضعت فيه التكنولوجيا الحديثة تحت تصرف الدولة، اكتشافات واساليب ذات صلاحيات مذهلة لغزو ضمير الانسان، وتدمير جدرانها وكشف مكنون نفسه وخصوصيات حياته.. كما اتسعت فيه رقعة التجريم والعقاب، لاتساع اغراض الدولة الحديثة وتعدد اختصاصاتها، فدخلت في دائرة التجريم قوائم طويلة لجرائم سياسية، واقتصادية، واجتماعية، صارت بفضلها فئات كبيرة من افراد المجتمع معرضة لموقف الاتهام الجنائي، واصبحت المسافة بين الانسان العادي وبين دائرة الاتهام قصيرة جدا، وقد تنعدم في اية لحظة ولأى سبب من الاسباب (١).

ولاشك ان موضوعا هذا شأنه في الدقة والحساسية والخطورة، جدير بالتأمل والبحث.

وعلى الرغم من ذلك فلم يحظ بأى نوع من الدراسة لدى رجال القانون الوضعي، تجمع شتاته المتناثر بين صفحات قانون العقوبات وقانون الاجراءات الجنائية، ومراجع القانون العام (٢).

واذا كان الامر كذلك بالنسبة لفقهاء القانون الوضعي فلا غرابة ان خلت كتب فقهاء الشريعة من دراسة منهجية ومتكاملة لهذا الموضوع.

وليس من نافلة القول ان نشير ونحن في هذا الصدد، الى انه اذا كان من اليسير على من يريد وضع دراسة متكاملة عن هذا الموضوع، في القانون الوضعي، ان يجمع شتاته من كتب هذا القانون، فان الامر ليس كذلك بالنسبة لحق الامن الفردى في الاسلام، حيث تواجه الباحث صعوبات جمة بسبب تناثر حقائق هذا الموضوع في بطون العديد من امهات كتب الفقه، وعلم الاصول، والحديث وشروحه، والتفسير.

(١) انظر الدكتور صادق المسلا، اعتراف المتهم، المطبعة العالمية بالقاهرة، الطبعة الثانية بدون تاريخ ص ٤٩٩ - ٤٠٠.

(٢) وذلك باستثناء ما كتبه الاستاذ Burdeau عن حق الامن الفردي في النظام الفرنسي.. انظر:

GORGES BURDEAU - Les libertés publiques, librairie générale de droit et de jurisprudence, troisième édition, Paris, 1966, pp. 119 et suivi.

ومن الجدير ان نشير الى انه بقدر ما واجهنا من صعوبات ناجمة عن تناثر حقائق هذا الموضوع، بقدر ما شعرنا بالسعادة في بحثنا له، لعلنا ان الكتابة في الشريعة عبادة، ولا حساسنا بان من واجبنا وضع حق الامن الفردي، في دراسة ذات اطار متكامل، وتأصيل منهجي حديث، مع تسهيل للمصطلحات العلمية، والعبارات الفنية، والاقتصار على امثلة محدودة يسهل فهمها.

وقد رأينا ان تكون هذه الدراسة مقارنة بالقانون الوضعي على قدر ما يسمح به المقام، مع التزام بالموضوعية العلمية، لايماننا بان الشريعة الفراء لا تستمد كمالها.. وسموها وصحتها وجودتها، من كتابات كائن من كان، بل تستمدّها من ذاتها وجوهرها ومشروعها العلي العظيم.

وبهذه الروح التي نحرص على ان تسود اجزاء هذه الدراسة، نعرض في مباحث ثلاثة:

- لحق الامن الفردي في النظرية العامة للتجريم والعقاب في الاسلام (المبحث الاول).
- لحق الامن الفردي في الاجراءات الجنائية في الاسلام (المبحث الثاني).
- لمبدأ المشروعية وسيادة القانون كدعامة لحق الامن الفردي في الاسلام (المبحث الثالث).

ونسأل الله ونحن في صدد البحث على ارض بكر وعرة المسالك، ان يسدّد خطانا وان ينير لنا الطريق، ونحن نتحسّس موضع القدم على اديمها، انه نعم المولى ونعم النصير.

المبحث الأول

الأمن الفردي في النظرية الإسلامية للتجريم والعقاب

تمهيد وتقسيم:

ان من يتمعن في النظرية الإسلامية للتجريم والعقاب، سوف يجد أن التشريع الجنائي الإسلامي قد نحا منحى فريدا في ضمان حق الفرد في الأمن:

فحتى يسود الأمن والنظام فيما بين الأفراد ليتفرغ كل للقيام بما أنيط به من أعمال، ويتهيأ له أن يساهم في بناء المجتمع بنفس مطمئنة، حرص الإسلام على أن يحفظ للناس أمورا خمسة وأن يمنع أى اعتداء يمتد إليها بتقرير العقاب الصارم، ينزل بمن يقع منه هذا الاعتداء، وهذه الأمور هي:

حفظ الدين، وحفظ النفس، وحفظ العقل، وحفظ النسل، وحفظ المال (٣).

ولم تقتصر الشريعة الإسلامية في ضمان حق الأمن الفردي على تنظيم العلاقة بين الفرد والفرد بحماية حقوقه من اعتداء الآخرين عليها، بل سعت أيضاً الى ضمان الأمن الفردي عن

(٣) يقول حجة الاسلام الغزالي في توضيح أساس التجريم والعقاب في شرع الاسلام:

«ان جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكننا نعنى بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم، وأنفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة.. وهذه الأصول الخمسة حفظها واقع في رتبة الضرورات، فهي اقوى المراتب في المصالح..... وتجريم تفويت هذه الأمور الخمسة، والزجر عنها يستحيل ألا تشتمل عليه ملة من الملل، وشريعة من الشرائع التي أريد منها اصلاح الخلق.....».

— انظر: المستصفى جـ ١ ص ٢٨٦ — ٢٨٧.

— وانظر كذلك: محمد أبو زهرة «الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي — الكتاب الثاني في العقوبة». دار الفكر العربي ١٩٧٤ ص ٣٨ وما بعدها.

طريق تنظيم العلاقة بين الدولة والفرد بمناسبة جريمة يرتكبها، فرسمت في هذا الصدد نمطا يظهر منه كمال هذه الشريعة وجعلها في تنظيم نظرية الجريمة والعقاب، فجاءت منذ نزلت بأعدل المبادئ والأصول الجنائية الهادفة الى تحقيق التوازن بين مصلحة المجتمع في التجريم والعقاب، وبين مصلحة الفرد في صيانة حقوقه الأساسية في الأمن والسكينة، والتي لم تصل اليها القوانين الوضعية الا في آونة أخيرة، فكان للشريعة الفراء فضل السبق في هذا المضمار.

ونعرض في بنود ثلاثة لأهم هذه المبادئ وهي:

أولا — مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية.

ثانيا — مبدأ شرعية الجرائم والعقاب.

ثالثا — مبدأ عدم الأثر الرجعى للقوانين الجنائية.

أولا

مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية

نعرض فـى فقرتين:

— لمضمون المبدأ وأدلة ثبوته.

— موقف كل من الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى من حيث تطبيقه.

(أ) مضمون المبدأ وأدلة ثبوته:

ليس هنالك من شك في أن الفرد سوف لا يتوافر لديه الشعور بالأمن والطمأنينة اذا ماتقررت مساءلته جنائيا عن جرائم لم يباشرها ماديا، ولم يدخل فيها بصورة من صور الاشتراك المعروفة في القانون.. ومن هنا كان تقرير مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية بمثابة دعامة من دعائم الأمن الفردى في هذا الخصوص.

و يعنى هذا المبدأ أن لا يسأل عن العمل الا فاعله، وأن الفرد لا يسأل جنائياً عن عمل غيره، ولا يؤاخذ شخص بجريرة آخروان كان قريبه أو من المقربين اليه، ومهما كانت

درجة القرابة أو الصداقة.. فلا بد لمساءلة الشخص أن يكون قد ساهم في القيام بالعمل المعاقب عليه بوصفه فاعلا أو بوصفه شريكا طبقا لقواعد الاشتراك (٤).

وقد جاء الاسلام مقررا لمبدأ شخصية المسؤولية الجنائية وأشارت نصوصه في مواقع عديدة الى حتمية الالتزام به.

فالقرآن الكريم قرره في كثير من آياته.. من ذلك قوله عز وجل:

«وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى» (٥)، «مَنْ عَمِلْ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا» (٦)، «وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا» (٧)، «وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى» (٨)، «وَمَنْ يَعْمَلْ سُوءًا يُجْزَ بِهِ» (٩).

(٤) من الملاحظ أن كثير من فقهاء القانون الجنائي لا يميزون بين مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية وعدم المساءلة عن عمل الغير.
Le principe de L'irrésponsabilité pénale du fait d'autrui

وبين مبدأ آخر يختلف عنه كل الاختلاف وهو مبدأ شخصية العقوبة :

Le principe de la personnalité des peines فيوردون أمثلة على أنها استثناءات من مبدأ شخصية العقوبة في حين أنها في الواقع استثناءات على مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية وعدم المساءلة عن عمل الغير والعكس بالعكس.. ونعتقد وجوب التمييز بين الأمرين.. فمبدأ شخصية العقوبة يعنى ان الجاني وحده يتحمل العقوبة والاستثناء على المبدأ يعنى ان العقوبة تمتد مباشرة الى غير الجاني دون أن يمثل أمام القضاء ويصدر حكم في مواجهته.. وأثر امتداد العقوبة الى الغير لا يعنى مسؤوليته الشخصية عن الجريمة المقررة، ومن ثم لا تذكر في صحيفة سوابقه التي تبقى بكرا ناصعة البياض.. وعلى عكس ذلك فان مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية يعنى ان الشخص غير مسؤول شخصيا عن عمل الغير، والاستثناءات على المبدأ يعنى مساءلة الشخص جنائيا عن عمل الغير. غير أن هذه المسؤولية مفترضة، فلا تقرر ولا يعاقب عليها الا بعد ثبوت الشخص أمام القضاء وصدور حكم بادانته قضائيا. وعلى عكس الحالة السابقة فان الجريمة تثبت في صحيفة سوابقه Son casier Judiciaire ومن هنا يتضح أن الخروج على مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية يعد أخطر بكثير من الخروج على مبدأ شخصية العقوبة.

انظر في ذلك: ROGER MERLE ET ANDRÉ VITU TRAITÉ DE Droit

Criminai éditions cujas paris 1974. pp. 407 et 507

(٥) النجم، ٣٩.

(٦) فصلت، ٤٦.

(٧) الانعام، ١٦٤.

(٨) فاطر، ١٨.

(٩) النساء، ١٢٣.

وجاءت السنة النبوية تؤكد هذا المبدأ العادل حيث يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لأبي رمة وابنه «انه لا ينجى عليك ولا تجنى عليه».. وحيث يقول «لا يؤخذ الرجل بجريمة أبيه ولا بجريمة أخيه».

(ب) تطبيق المبدأ بين الشريعة والقانون:

نشير بادئ ذي بدء الى أن للإسلام فضل السبق في تقرير هذا المبدأ منذ أربعة عشر قرناً من الزمان، في حين أن القوانين الوضعية لم تطبقه قبل الثورة الفرنسية كما تطبقه اليوم (١٠)، حيث كانت تعتبر الشخص مسؤولاً عن عمله وعن عمل غيره ولو لم يكن قد ساهم بالقيام بالعمل المعاقب عليه بصفته فاعلاً أو شريكاً، حتى ولو لم يكن له سلطان على مقترف الجريمة.. فكانت تأخذ الأسرة أحياناً بجناية بعض آحادها وكانت العقوبة تمتد لتتعدى الجاني الى أهله وذويه (١١).

ونشير ثانية الى أنه فضلاً عن أن القوانين الوضعية لم تأخذ بهذا المبدأ الا في آونة أخيرة كما سبق القول، فإن هذه القوانين لم تصل في تطبيقه الى الحد الذي وصلت اليه الشريعة الاسلامية منذ فجر الاسلام.. ذلك أن تطبيق هذا المبدأ في القوانين الوضعية المعاصرة أضيق من دائرة تطبيقه في الشريعة الاسلامية.

فلو أخذنا بالرأى الراجح في الفقه الاسلامي الذي لا يعتبر وجوب الدية على عصابات الأسرة (أو على العاقلة كما يعبر فقهاء المسلمين) في القتل شبه العمد أو القتل

(١٠) لم يقرر مبدأ شخصية العقوبة في فرنسا الا بتشريعات الثورة الفرنسية - قانون ٢١ يناير ١٧٩٠ ودستور سنة ١٧٩١ - أنظر الدكتور السيد مصطفى السيد «والاحكام العامة في قانون العقوبات»، دار المعارف بمصر، الطبعة الرابعة سنة ١٩٦٢، ص ١٧.

(١١) وعلى سبيل المثال كان قانون العقوبات الفرنسي القديم يعاقب من يرتكب جريمة العيب في الذات الملكية بالاعدام ويعاقب عائلته بمصادرة املاكها. انظر في ذلك: Roger Merle et André Vitu المرجع السابق ص ٤٠٦ هامش رقم (١).

الخطأ (١٢)، فإننا سوف لانجد لمبدأ شخصية المسؤولية الجنائية أى استثناء في الشريعة الإسلامية.

وعلى نقيض ذلك نجد أن القوانين الوضعية تورده على هذا المبدأ كثيراً من الاستثناءات.

وعلى سبيل المثال فإن المتتبع لأحكام القانون المصرى يجد فيها خروجاً على المبدأ في كثير من الحالات منها (١٣):

١ — يعتبر القانون المصرى — «من اشترك في تجمهر وهو عالم بالغرض منه مسؤولاً عن أية جريمة تقع من أحد المتجمهرين بقصد تنفيذ الغرض المقصود من التجمهر، كذلك يعتبر مدبرى التجمهر مسؤولين جنائياً عن أية جريمة يرتكبها أحد المتجمهرين، مع أن التطبيق الدقيق للمبدأ يستوجب عدم مسؤوليتهم الا اذا كانوا قد اتفقوا على ارتكاب هذه الجريمة أو حرضوا عليها» (١٤).

(١٢) يرى هذا الفريق من فقهاء المسلمين أنه ليس في إيجاب الدية على العاقلة أخذهم بذنب الجاني، ذلك أنها تشبعت على مرتكب الفعل ثم ينتقل الوجوب الى الأسرة من قبيل التعاون بين أحادها والتكافل الاجتماعي فيما بينهم.

ولقد قال في ذلك أبو بكر الرازي الشهير بالخصاص في أحكام القرآن مايلي: «لقد تواترت الآثار عن النبى صلى الله عليه وسلم في إيجاب دية الخطأ على العاقلة، واتفق السلف وفقهاء الأمصار عليه، فإن قيل قال الله تعالى: «ولا تكسب كل نفس الا عليها، ولا تزر وازرة وزر أخرى»، وقال النبى صلى الله عليه وسلم: «لا يؤخذ الرجل بجريرة أبيه ولا بجريرة أخيه» وقال لأبى رمثة وابنه «ولا ينجى عليك ولا ينجى عليه» والعقول أيضاً تمتنع أخذ الانسان بذنب غيره، قيل له أما قوله تعالى: «ولا تكسب كل نفس الا عليها، ولا تزر وازرة وزر أخرى»، فلا دلالة فيه على نفى وجوب الدية على العاقلة، لأن الآية إنما نفتت أن يؤخذ الانسان بذنب غيره، وليس في إيجاب الدية على العاقلة أخذ بذنب الجاني، إنما الدية عندنا على القاتل، وأمر هؤلاء القوم بالدخول معه في تحملها على وجه المواساة من غير أن يلزمهم ذنب جنائنته، وقد أوجب الله في أموال الأغنياء حقوقاً للفقراء من غير إلزامهم ذنباً لم يذنبوه، بل على وجه المواساة، وأمر بصلة الرحم بكل ما أمكن ذلك، وأمر ببر الوالدين، وهذه كلها أمور مندوب اليها للمواساة وصلاح ذات البين، وكذلك أمرت العاقلة بتحمل الدية.....».

أنظر أحكام القرآن «لأبى بكر الرازي الخصاص»، طبعة الآستانة، الجزء الثاني، ص ٢٢٤.

(١٣) أنظر في هذه الاستثناءات: السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، مرجع منوه عنه اعلاه، ص ٣٤٤، ٣٤٥.

— وانظر كذلك: عبد القادر عودة «التشريع الجنائي الاسلامى»، دار التراث العربى، بدون تاريخ، الكتاب الأول في الجريمة، ص ٣٩٦، ٣٩٧.

(١٤) أنظر: عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص ٣٩٦.

- ٢ — ماتقضي به المادة ٣٨ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ في شأن المحال العامة من أنه «يكون مستغل المحل ومديره والمشرّف على الأعمال فيه مسؤولين معا عن أية مخالفة لأحكام هذا القانون» (١٥).
- ٣ — ماتنص عليه المادة ٢٢ من القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٤٩ المعدل بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٥٥ بشأن الأندية من مسؤولية مجلس الادارة المندوب لادارة النادي، أو مديره المعين عن كل مخالفة لأحكام هذا القانون (١٦).
- ٤ — ماتقضي به المادة ٦٩ من قانون العقوبات من معاقبة كل من يتسلم المجرم وفقا لاحكام المادتين ٦٥، ٦٧ منه، اذا ارتكب الحدث جريمة في مدة سنة من تاريخ الأمر بتسليمه (١٧).
- ٥ — ماتنص عليه المادة ٢ من القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٤٩ من معاقبة متولى أمرالحدث المتشرد، اذا تسلم انذار بمراقبة حسن سيرالحدث وذلك عند عودة هذا الأخير الى حالة من حالات التشرد (١٨).
- ٦ — ماتنص عليه المادة ١٩٥ من قانون العقوبات من تحميل رئيس تحرير الجريدة، والمحرر المسؤول، مسؤولية الجرائم التي ترتكب بواسطتها، بصفته فاعلا أصليا لها (١٩).

أما في فرنسا فلقد ذكر لنا الكاتبان الفرنسيان Roger Merle و André vitu في مؤلفهما عن القانون الجنائي كثيرا من أحكام المحاكم ونصوص القانون، التي يعتبرها المؤلفان حالات خروج على مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية (٢٠).

ولهذه الاستثناءات نظائر كثيرة في التشريعات الحديثة لا يتسع المقام لذكرها. ويتضح جليا مما سبق بسطه أن مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية الذي لم

-
- (١٥) أنظر السعيد مصطفى السعيد، المرجع السابق ص ٣٤٤.
 - (١٦) نفس المرجع ص ٣٤٥.
 - (١٧) نفس المرجع، ص ٣٤٥.
 - (١٨) نفس المرجع، ص ٣٤٥.
 - (١٩) نفس المرجع، ص ٣٤٤.
 - (٢٠) أنظر مؤلفهما السالف الذكر، ص ٤٠٧، ٤٠٨، ٥٠٧.

تأخذ به القوانين الوضعية الا أخيراً، كان للاسلام فضل السبق في تقريره منذ أربعة عشر قرناً.

كما يتضح أيضاً أن القوانين الوضعية لم تصل في تطبيق هذا المبدأ الى الحد الذي وصلت اليه الشريعة الفراء، وذلك أن دائرة تطبيقه في هذه القوانين أضيق من دائرة تطبيقه في الشريعة الاسلامية.

ثانياً

مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات (٢١)

LA LÉGALITÉ DES DÉLITS ET DES PEINES.

نعرض في ثلاث فقرات للأمور الآتية:

- أ — مضمون المبدأ وأهميته للأمن الفردي.
- ب — فضل السبق الاسلامي في تقريره.
- ج — كيفية تطبيق الشريعة الاسلامية للمبدأ.

(أ) مضمون المبدأ وأهميته للأمن الفردي:

يعني مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، الاجرمة ولا عقوبة الا بقانون، «NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE» فالسلطة التشريعية وحدها هي التي تملك بيان الأفعال المعاقب عليها وتحديد العقوبات التي توقع على مرتكبيها.

(٢١) أنظر في هذا المبدأ، في فقه القانون الوضعي، الدكتور السعيد مصطفى السعيد، المرجع السابق ص ٨٨

وما بعدها. وانظر كذلك Roger Merle et André Vité

في كتابهما عن القانون الجنائي سالف الذكر ص ١٠٣ وما بعدها وانظر في الفقه الاسلامي المعاصر. عبد القادر عودة، منوه عنه اعلاه، ص ١١٧ وما بعدها. وانظر كذلك، المرحوم محمد ابو زهرة، الجرمة والعقوبة في الفقه الاسلامي، الكتاب الاول في الجرمة ص ١٨٢ وما بعدها. وانظر كذلك دراسة مقارنة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بين الشريعة الاسلامية والقانون الجنائي للسيد خالد عبد الحميد فراج. دار المعارف الطبعة الاولى سنة ١٩٧٦ الاسكندرية.

ومما لا شك فيه أن هذه القاعدة فائدتها العظمى في ضمان حق الأمن الفردي، وحماية حريات الأفراد وصيانتها من تحكم السلطات في الدولة، إذ بمقتضاها يتحدد سلطان القاضي الذي لا يستطيع أن يقرر عقوبة لفعل لم يرد نص بالعقاب عليه، مهما كان الفعل المعروض عليه منافيا للآداب، ولا يقع الا العقوبة المنصوص عليها، وفي الحدود المبينة في القانون. كما أنه بمقتضى هذه القاعدة يكون القانون هو الحد الفاصل بين ما هو مباح وجائز وبين ما هو ممنوع ومحظور، فلا يفاجأ شخص بعقوبة استبدادية عن فعل لم يكن سبقه قانون ينذر بتجرمه و يعاقب عليه.

ولأهمية هذا المبدأ ينص عليه عادة في الدساتير الحديثة بين المواد التي تقرر الحقوق والحريات العامة للأفراد (٢٢).

(ب) فضل السبق الاسلامي في تقريره:

إذا كان مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات حديث في القانون الوضعي حيث قرر لأول مرة في المادة الثامنة من اعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي سنة ١٧٨٩، فإن للإسلام فضل السبق في تقريره منذ أربعة عشر قرنا (٢٣). ذلك أن نصوص القرآن الكريم قد وردت متضافرة في تأكيد هذا المبدأ بصراحة لاتدع مكانا للشك أو التشكيك.. فقد قال الله تعالى: «وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا» (٢٤). وقال تعالى: «رسلا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل، وكان الله عزيزا حكيما» (٢٥)، وقال تعالى: «وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلو

(٢٢) وعلى سبيل المثال، المادة (٣٢) من دستور الكويت، والمادة (٢٠) من دستور البحرين، والمادة (٢٧) من دستور الامارات العربية المتحدة.

(٢٣) ويرجع بعض الكتاب أمثال: Jeménez De Asua أصل هذه القاعدة الى العهد الأعظم MACNA CHARTA

الذي منحه الملك JOHN الى رعاياه عام ١٢١٥. وفي الواقع أن العهد الأعظم لم يتضمن قاعدة «لا جريمة ولا عقوبة الا بقانون» بل يتضمن قواعد أخرى تتعلق بشرعية الاجراءات الجنائية. أنظر في هذا الصدد: Roger Merle et André Vitu : Traité de droit criminel Op. cit p. 103 nete 3.

(٢٤) الاسراء: ١٥.

(٢٥) النساء: ١٦٥.

عليهم آياتنا» (٢٦)، وقوله: «لأنذركم به ومن بلغ» (٢٧)، وقوله جل شأنه: «وان من أمة الا خلا فيها نذير» (٢٨).

وبهذا يتقرر المبدأ العادل.. وهو أنه لا عقوبة على ذنب الا بعد التنبيه الى أنه ذنب، ويتحقق في طي ذلك المعنى، مانسميه اليوم «الاجرمة ولا عقوبة الا بقانون» (٢٩).

(ج) كيفية تطبيق الشريعة الاسلامية للمبدأ:

نعرض بايجاز شديد على التوالى:

- ١ — لأثر القاعدة في جرائم الحدود.
- ٢ — لأثر القاعدة في جرائم القصاص والدية.
- ٣ — لأثر القاعدة في جرائم التعزير.

(١) أثر القاعدة في جرائم الحدود والقصاص والدية:

- جرائم الحدود سبع هي: الزنا، القذف، الشرب، السرقة، الحاربة، الردة، البغى.
- والجرائم التي يعاقب عليها بالقصاص هي: القتل العمد، واتلاف الأطراف عمداً، والجراح العمد.
- أما الجرائم التي يعاقب عليها بالدية فهي: جرائم القصاص اذا عفى عن القصاص أو امتنع القصاص لسبب شرعى، ثم القتل شبه العمد، والقتل الخطأ، واتلاف الأطراف خطأ، والجرح خطأ.

(٢٦) القصص: ٥٩.

(٢٧) الأنعام: ١٩.

(٢٨) فاطر: ٢٤.

(٢٩) ومن القواعد الأساسية في الشريعة الاسلامية أنه: «لاحكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص»، وأن «الأصل في الأشياء والأفعال الاباحة».

ولقد طبقت الشريعة الاسلامية قاعدة أن لاجرمة ولا عقوبة الا بقانون تطبيقا دقيقا في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية.

فهذه الجرائم ليس فيها جريمة الا نص على تحريمها وعلى عقوبتها، بل ان الشريعة عينت هذه العقوبات تعيينا دقيقا بحيث لم تترك للقاضي أية حرية في اختيار نوع العقوبة أو تقديرها، وحددت مهمته في أن يوقع العقوبة المقررة اذا ثبتت له ادانة الجاني بغض النظر عن ظروف الجريمة وظروف الجاني (٣٠).

٢) أثر القاعدة في جرائم التعزير (٣١):

يختلف مسلك الشريعة الاسلامية في تطبيق قاعدة «لا جريمة ولا عقوبة الا بقانون» في جرائم التعزير عنه في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية. فنجدها قد توسعت في تطبيق القاعدة على جرائم التعزير الى حد ما، وهذا التوسع قد جاء على حساب التجريم في القليل النادر من الأحوال، وعلى حساب العقاب في الغالب منها. ونعرض لتبيان ذلك بشيء من الإيجاز (٣٢).

١ - فيما يخص التعزير —:

من المتفق عليه أن التعزير لا يكون كفاعدة عامة الا في معصية أى في فعل محرم لذاته منصوص على تحريمه، ولكن الشريعة تميز استثناء من هذه القاعدة العامة أن يكون التعزير في غير معصية أى فيما لم ينص على تحريمه لذاته اذا اقتضت المصلحة العامة التعزير.

وفيما يخص التعزير في المعاصي فان قاعدة «أن لاجرمة بلا نص» مطبقة، ذلك أن من يراجع الأحكام الشرعية يستطيع دون شك أن يجد لكل معصية نصا صريحا يجرمها..

(٣٠) أنظر في ذلك محمد أبو زهرة منوه عنه أعلاه الكتاب الأول في الجريمة، ص ١٧٨ وما بعدها. وانظر كذلك: عبد القادر عودة منوه عنه أعلاه، الكتاب الأول في الجريمة ص ١١٨ وما بعدها.

(٣١) أنظر: في «التعزير في الشريعة الاسلامية»، رسالة الدكتور عبد العزيز عامر للحصول على الدكتوراه من كلية جامعة القاهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الرابعة سنة ١٩٦٩.

(٣٢) عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص ١٢٦.

والسبيل الى معرفتها هو نفس السبيل الذي نعرف به الجرائم في القانون الوضعي، وهو الاطلاع والدراسة. فكل انسان يستطيع أن يعرف المعاصي لوراجع نصوص القرآن والسنة.. والعبرة في كون قاعدة «أن لاجرمة بلا نص» مطبقة أو غير مطبقة ليست بجمع كل الجرائم في كتاب خاص بها، وانما العبرة بالنص على الأفعال المعتبرة جرائم (٣٣).

أما فيما يخص التعزير للمصلحة العامة، فنجد أن قاعدة «أن لاجرمة بلا نص» مطبقة بشيء من التوسع الى حد ما.. ذلك أن الأفعال والحالات التي تدخل تحت هذا الاستثناء لا يمكن تعيينها ولا حصرها مقدما، لأنها ليست محرمة لذاتها وانما تحرم لوصفها، فان توفر فيها الوصف صارت محرمة وان تخلف عنها الوصف فهي مباحة.. والوصف الذي يعلق بها فيجعلها جريمة معاقبا عليها هو الاضرار بالمصلحة العامة أو النظام العام. وتقدير هذا الوصف — الذي يعلق في الفعل أو الحالة فيجعلها جريمة — متروك أمره لولى أمر المسلمين أو قضاته المجتهدين.. وهم في ذلك مقيدون بعدة ضوابط وقيود منها: أن الفعل المرتكب فيه مساس بالمصلحة العامة أو النظام العام.. فليس لولى الأمر أن يعتبر أمرا لا يضر فيه جريمة في حال من الأحوال والا كان ظالماً.. كما أن من أهم أوصاف المصلحة التي تصلح أساسا للتجريم والعقاب أن تكون عامة ينتفع بها العباد، وأن لا يكون مبعثها الهوى، وأن تكون ملائمة لمقاصد الشارع وغاياته (٣٤)، وأن لا يكون في تحقيقها تعد على الحقوق والحريات العامة التي كفلها الاسلام، وأن تسهم اسهاما بينا في المحافظة على ضرورات الناس الخمس: النفس والدين والعقل والنسل والمال (٣٥).

٢ — فيما يخص العقاب:

الملاحظ أن الشريعة الاسلامية تتساهل بصفة عامة في تطبيق قاعدة «لا عقوبة الا بقانون» فتجعل لجرائم التعازير كلها سواء كانت عادية أو مقررة لحماية المصلحة العامة مجموعة من العقوبات، وتركت للقاضي أن يختار من بينها العقوبة المناسبة لكل حالة، طبقا لما يظهر لديه من الظروف المختلفة لكل جريمة، وطبقا لحالة المجرم ونفسيته ودرجة ميله الى

(٣٣) نفس المرجع.

(٣٤) أنظر في شروط المصلحة كتاب الاعتصام للشاطبي جـ ٢ ص ٣٠٧ وما بعدها.

(٣٥) أنظر الغزالي، المستصفى جـ ١ ص ٢٨٦ وما بعدها.

الاجرام، وهويستعين في ذلك بعلمه ومشاهداته وتجاربه، وله على كل حال أن يستعين بمن يرى من الفنيين والخبراء، اذا أعوزته المسائل الفنية أو النفسية، حتى يفرض العقاب المناسب لكل حالة وحتى تتحقق أغراض العقاب على وجهها السليم (٣٦).

غير أن سلطة القاضي أو ولي الأمر في اختيار وتقدير العقوبة في جرائم التعزير ليست مطلقة بل يرد عليها عدة قيود منها:

- (أ) أن أغراض التعزير في الشريعة الاسلامية هي الردع والزجر والاصلاح والتهديب. وقد حرمت الشريعة كل ما فيه خروج على هذه الأغراض، فمنعت تعذيب الجاني وهدر آدميته ونبت كل ما قد يؤدي من التعزير الى الاتلاف حيث لا يكون واجبا (٣٧).
- (ب) أن يكون المنظور اليه في العقوبة حماية المصالح الانسانية المعتبرة شرعا وليس حماية الأهواء والشهوات والمصالح الشخصية.
- (ج) أن يكون ثمة تناسب بين العقوبة والجريمة فلا يسرف في عقاب، ولا يستهين بجريمة ولا يترتب على العقوبة ضرر مؤكد أو فساد أكثر فتكا بالجماعة من ضرر الجريمة نفسها.
- (د) أن أكثر الفقهاء قد قرر أن العقوبات المقيدة تعتبر حد أقصى وأن التعزير لا يجوز له أن يبلغ حد العقوبة في جنسه.. وذلك استناداً الى قول الرسول صلى الله عليه وسلم «من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين»، فالسرقة حدها القطع ولا تبلغ أى عقوبة تعزيرية خاصة بالمال ذلك الحد، والقذف حده ثمانين جلدة، ولا تبلغ جريمة السب هذا الحد، والزنا حده، مائة جلدة، ولا تبلغ أى عقوبة لغيره في جنسه ذلك الحد (٣٨).
- (هـ) أن يحتاط في العقوبة بالنسبة للمتهم حتى لا يكون قد عوقب بأكثر مما يعاقب به مثله في الشرع، وأنه لو خفف العقاب للاحتياط لكان أولى من التشدد، ولذلك كان

(٣٦) أنظر الدكتور عبد العزيز عامر، المرجع السابق، الطبعة الرابعة، ص ٥٣١.

(٣٧) شرح الزيلعي على متن الكنز جـ ٣ ص ٢١١.

(٣٨) السياسة الشرعية في اصلاح الراعى والرعية، لتقي الدين بن تيمية. تعليق محمد احمد عاشور ومحمد ابراهيم البنا ١٩٧٠ ص ١٣٤.

يقرر أبو حنيفة أن يؤخذ في التعزير بأقل الحدود (٣٩) .. وفي الحديث «وان الامام ليخطيء في العفو خير من أن يخطيء في العقوبة» (٤٠).

(و) كما أن هنالك قيذا هاما، هو أن ولي الأمر ليس له أن ينفرد في تقرير العقوبات التعزيرية بل عليه أن يستشير أهل الشورى في العقوبات التي يقررها (٤١).

وهكذا يتضح أن الشريعة الاسلامية قد انفردت في التعزير بتقرير نظام جعلت فيه لولي الأمر وقضاته المجتهدين دورا هاما في تحديد العقوبة من حيث الكمية والكيفية. فجعلت للقاضي مجموعة من العقوبات وتركت له — مع مراعاة القيود التي ذكرناها — أن يختار من بينها العقوبة المناسبة لكل حالة تعرض عليه، طبقا لما يظهر لديه من الظروف المختلفة لكل جريمة، وطبقا لحالة المجرم ونفسيته ودرجة ميله الى الاجرام. وهو يستعين في ذلك بعلمه ومشاهداته وخبرته وتجاربه. كما له أن يستعين بمن يرى من الفنيين والخبراء، اذا أعوزته المسائل الفنية أو النفسية، وذلك ليتسنى له أن يفرض العقاب المناسب لكل حالة فتتحقق أغراض العقاب على وجهها السليم.

ويجدر بنا أن نشير ونحن في هذا الصدد الى أن كثيرا من شراح القانون الجنائي الوضعي يتجهون في الوقت الحاضر نحو المناداة بتبني نظام للتجريم والعقاب شبيه بنظام التعزير الذي أخذت به الشريعة منذ أكثر من أربعة عشر قرنا، وينادون بالمرونة في تقرير قاعدة «أن لا جريمة ولا عقوبة الا بقانون»، وبضرورة الخروج عليها بالقدر الذي لا يجعل التشريع الجنائي نصوصا جامدة وبجردة من المرونة اللازمة لمواجهة الاجرام في تطوره، تبعا لتقدم الحضارة وتعقد الحياة الاجتماعية. بل ان بعض فقهاء القانون الجنائي الروسي قد تبنا فكرة حذف القسم الخاص من قانون الجزاء والاكتفاء بقسمه العام (٤٢).

(٣٩) نبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الأحكام، لابن فرحون اليعمرى، ص ٣٦٩.

(٤٠) أبوزهرة، المرجع السابق ص ٣١٢.

(٤١) أنظر الدكتور عبد العزيز عامر، المرجع السابق، الطبعة الرابعة، ص ٥٣٠، ٥٣١.

(٤٢) أنظر: في النقد الذي وجه الى هذه القاعدة، ROGER MERLE ET ANDRÉ VITU.

المرجع السابق، ص ١١٣ وما بعدها. وأنظر كذلك السعيد مصطفى السعيد، منوه عنه أعلاه، ص ٨٩ وما بعدها.

وقد كان للانتقادات التي وجهها فقهاء القانون الجنائي الى التطبيق الجامد لقاعدة «لا جرم ولا عقوبة الا بقانون»، أثرها العملي، فنجد أن بعض الدول قد نفت القاعدة كلية كما كانت عليه الحال في الاتحاد السوفيتي قبل عام ١٩٥٩ (المادة ٦ من قانون العقوبات الصادر في ٢٣ نوفمبر ١٩٢٦) (٤٣).

وكما كانت عليه الحال في المانيا النازية «المادة ٢ من قانون العقوبات المعدل بقانون ٢٨ يونيو ١٩٣٥» (٤٤).

ومنها من خرج عنها في حدود معينة باباحة العقاب عن طريق القياس، كما هو الشأن في القانون الدانمركي «المادة ٢ من قانون العقوبات الصادر في ١٥ أبريل ١٩٣٠» (٤٥).

أما في الدول الأخرى فإن الاتجاه العام للمشرع هو الى المرونة في تطبيق قاعدة لا جرم ولا عقوبة الا بنص، وإفراح مجال التقدير للقاضي في تحديد العقوبة حتى تكون ملائمة لحالة كل محكوم عليه.. فوضع لكثير من الجرائم عقوبات تخيرية يتخير القاضي من بينها ما يراه أكثر ملائمة للحالة المعروضة عليه، كما جعل لكل عقوبة حدا أعلى وحدا أدنى يتخذ القاضي من بينهما ما يراه ملائما لحالة المحكوم عليه، كما أن المشرع الوضعي قد أعطى القاضي سلطة النزول عن الحد الأدنى للعقوبة بل وسلطة الأمر بوقف تنفيذ العقوبة أو الامتناع عن النطق بها اذا رأى أن هذا أجدى في اصلاح الجاني. وفضلا عن ذلك فقد أعطيت السلطة التنفيذية حق التدخل في تنفيذ العقوبة، بل والتصرف فيها بما تراه محققا للغاية منها، وذلك بتقرير حق رئيس الدولة في العفو وتخفيف العقوبة، ونظام الافراج الشرطي عن المسجون قبل انتهاء مدة عقوبته. وأخيرا نجد المشرع الوضعي قد ترك تقدير مدة العقوبة للسلطة التي تتولى تنفيذها، وذلك بتقرير نظام العقوبة غير محددة المدة، وهو النظام الذي أخذت به الشريعة الاسلامية منذ فجر الاسلام (٤٦).

(٤٣) أنظر: MERLE ET VITU، المرجع السابق، ص ١١٣.

(٤٤) نفس المرجع.

(٤٥) السعيد مصطفى السعيد، المرجع السابق، ص ٩١.

(٤٦) أنظر في كل ذلك السعيد مصطفى السعيد، المرجع السابق، ص ٩٠.

وهكذا نجد أن المشرع الوضعي في الوقت الحاضر يتجه في نفس الاتجاه الذي اتجهت اليه الشريعة منذ أكثر من أربعة عشر قرناً، في العقاب على جرائم التعزير.

٣ - المصلحة تقتضي تقنين التعزير في الوقت الحاضر:

نرى أن ما جرى عليه العمل في الديار الإسلامية - أيام أن كان الحكم الإسلامي سائداً - من تفويض التعزير إلى القاضي، حسيماً تقتضيه المصلحة، وهي مصدر من مصادر التشريع، يجب العدول عنه في الوقت الحاضر، وذلك بتقنين التعزير وتعيين العقوبة أو العقوبات لكل جريمة مقدماً، وجعل تطبيقها وجوبياً على القاضي. على أن يراعى في ذلك إعطاؤه بعض الحرية التي تساعد على أداء مهمته بسهولة ويسر.

والذي يؤيد هذا الرأي:

(أ) أنه ليس في الشريعة ما يمنع من تقنين التعزير، مادام التقنين لا يخرج الأمر في حقيقته عن نطاق التفويض، إذ أن أغلب العقوبات ستكون ذات حدين أدنى وأعلى، فضلاً عن أن تطبيق بعض العقوبات سيكون جوازيًا للقاضي (٤٧).

(ب) أن أسس اختيار القضاة والشروط التي يجب توافرها في مَنْ يلي القضاء وعلى الأخص شرط بلوغه من العلم منزلة الاجتهاد، وشرط أن يكون عادلاً وعلى درجة عالية من الأمانة والعفة والنزاهة والمروءة، مأموناً في الرضا والغضب (٤٨)، كانت تشكل ضمانات للناس ضد تسلط القاضي وتحكمه، وهو ما كان يبرر منحه سلطة تقديرية واسعة في التقرير أيام كان الحكم الإسلامي سائداً في ديار الإسلام. أما في يومنا هذا، فإن وجود هذه النوعية من القضاة هو أمر نادر إن لم يكن مستحيلاً، وهنا تقوم الخشية من تحكم القاضي إن فوّض التعزير إلى رأيه.

(٤٧) أنظر عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص ٢٤٩، وانظر كذلك الدكتور عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص ٤٨٣.

(٤٨) أنظر: في شروط القاضي: الماوردي، الأحكام السلطانية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، الطبعة الثانية سنة ١٩٦٦، ص ٦٥ وما بعدها.

(ج) وزيادة على ماتقدم، فإن الأمور لم تعد بسيطة كما كانت عليه من قبل، وإن مصالح الناس قد اتسعت، وقضاياهم قد كثرت وتنوعت وتشعبت، والتقنين سيساعد القضاة وسيعينهم على مواجهة ما يعرض لهم من مشكلات، كما أنه سيساعد على وجود الانسجام النسبي بين أحكام نفس القاضى في ظروف وأوقات مختلفة، وبين أحكام القضاة فيما بينهم، وبين أحكام القضاة عموماً تبعاً لاختلاف الزمان والمكان، وهذا أقرب إلى المصلحة (٤٩).

وعلى أية حال، فإننا نستخلص من هذا العرض السريع لموقف الشريعة الإسلامية من «مبدأ شرعية التجريم والعقاب» أن لهذه الشريعة فضل السبق في تقرير هذا المبدأ منذ أربعة عشر قرناً، وأنها بتقريرها له تكون قد أرست دعامة هامة من دعائم الأمن الفردي منذ فجر الإسلام. كما نستخلص أيضاً من هذا العرض أن الشريعة قد طبقت «مبدأ شرعية التجريم والعقاب» بطريقتين خصصت كلا منهما لنوع معين من الجرائم، ثلاثه وتلائم مصلحة الجماعة.

ثالثاً

مبدأ عدم الأثر الرجعى للقوانين الجنائية (٥٠)

PRINCIPE DE LA NON- RETROACTIVITÉ DES LOIS PENALES

نعرض في فقرتين:

أ — لمضمون المبدأ ومدى أهميته للأمن الفردي.

ب — فضل السبق الإسلامى في تقريره.

(أ) مضمون المبدأ ومدى أهميته للأمن الفردي:

إن الأفراد لا يشعرون بالأمن والطمأنينة اللازمة لممارستهم لحقوقهم ولحرياتهم

(٤٩) أنظر: الدكتور عبد العزيز عامر، نفس المرجع، ص ٤٨٤.

(٥٠) أنظر: في مدى تطبيق هذا المبدأ في القانون الجنائى الوضعى:

R. Merle et A. vitu :op. cit. pp. 167 et suiv.

وانظر في تطبيق هذا المبدأ في الشريعة الإسلامية، عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص ٢٦١، وما بعدها. وانظر كذلك، محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص ٣٢١ وما بعدها.

العامة، اذا تقرررت مساءلتهم جنائيا عن أفعال وأعمال كانت مباحة وقت أن ارتكبوها، ومن هنا كان تقرير مبدأ عدم الأثر الرجعي للقوانين الجنائية بمثابة دعامة من دعامات الأمن الفردي في هذا الخصوص (٥١).

ويعني هذا المبدأ أن الأصل في أحكام القوانين الجنائية أنها لا تسرى الا على الأفعال التي تقع بعد نفاذها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها.. أى أن القوانين الجنائية ليس لها أثر رجعي.

ولأهمية هذا المبدأ نجد أن الدساتير الحديثة تؤكد بصفة خاصة و بصورة مطلقة بغير استثناء، حتى أصبح مبدأ دستوريا يجرى حكمه في مواجهة جميع السلطات في الدولة (٥٢).

ولاشك في أن مبدأ عدم الأثر الرجعي للقوانين الجنائية هو نتيجة طبيعية لازمة لمبدأ شرعية التجريم والعقاب، لأن في تطبيق القانون الجنائي على وقائع وأفعال سابقة على نفاذه قضاء على هذا المبدأ (٥٣).

(ب) فضل السبق الاسلامي في تقرير المبدأ:

اذا كان مبدأ عدم الأثر الرجعي للقوانين الجنائية حديث في القانون الوضعي حيث قرر لأول مرة في المادة الثامنة من اعلان حقوق الانسان الفرنسي الصادر في ٢٧ أغسطس عام ١٧٨٩ (٥٤)، فان للاسلام فضل السبق في تقريره منذ ١٤ قرنا. ذلك أن من يتتبع آيات القرآن الكريم وأسباب النزول يستطيع بسهولة أن يخرج بنظرية اسلامية كاملة في الأثر الرجعي، ويدرك أن القاعدة العامة في التشريع الاسلامي هي، عدم الأثر الرجعي للقوانين الجنائية، وأن الاستثناء هو أن التشريع الجنائي يجب أن يكون له اثر رجعي كلما كان ذلك في مصلحة المتهم.

(٥١) أنظر في ذلك: G. Burdeau; Les libertés publiques troisième édition, Paris 1966. pp. 123 - 124

(٥٢) أنظر على سبيل المثال: المواد ٣٢، ١٧٩ من دستور الكويت، ٢٠ من دستور البحرين، ٢٧ من دستور الامارات.

(٥٣) أنظر السعيد مصطفى السعيد، المرجع السابق ص ١٠٦.

(٥٤) أنظر R. Merle et A. vitu: op. cit. p. 169

١) القاعدة العامة لارجعية في التشريع الجنائي الاسلامي:

وهذه القاعدة مستخلصة من تتبع آيات الأحكام الجنائية وأسباب نزولها. فلقد حرم سبحانه وتعالى ربا الجاهلية ولكن رفع الاثم عما سلف، فقد قال تعالى: «وأحلّ الله البيع وحرم الربا، فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى، فله ما سلف وأمره الى الله، ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون» (٥٥).

وحرم سبحانه وتعالى الجمع بين الأختين في عصمة رجل واحد، واستثنى من الاثم ما كان منهم في الجاهلية.. فقال جل شأنه: «وأن تجمعوا بين الأختين الا ما قد سلف، ان الله كان عفورا رحيمًا» (٥٦).

وحرم سبحانه وتعالى نكاح زوجات الآباء وبين أنه فاحشة ومقتا، ثم استثنى ما كان منهم في الجاهلية، فقال جل شأنه: «ولاتنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء، الا ما قد سلف، انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا» (٥٧).

وكذلك عندما نزل تحريم الزنا، وتحريم السرقة، وشرب الخمر، والقذف، وغير ذلك، فان النصوص التي نزلت بذلك كله استثنت ما سلف من الوقائع من أحكام هذه النصوص.

وظاهر من استعراض هذه النصوص وما يشابهها، أنه كقاعدة عامة لاعقوبة على ما كان قبل الاسلام، ولا عقوبة قبل نصوص العقاب، وأنه لارجعية في التشريع الجنائي.

٢) الاستثناء: وجوب الرجعية اذا كان التشريع أصلح للمتهم: (٥٨)

يرد على مبدأ عدم الأثر الرجعي للقوانين الجنائية استثناء، هو وجوب الرجعية اذا

(٥٥) البقرة: ٢٧٥.

(٥٦) النساء: ٢٣.

(٥٧) النساء: ٢٢.

(٥٨) يورد البعض استثناء آخر هو جواز الرجعية في حالة الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن العام، ويضربون مثلا على ذلك تطبيق التشريع الجنائي بأثر رجعي على جريمة الخرابة.. أنظر عبد القادر عوده المرجع السابق ص ٢٦٦، غير أن هذا الرأي مردود عليه بعدم الصحة. أنظر في الرد على هذا الرأي، محمد أبو زهرة، المرجع السابق ص ٣٢٦ وما بعدها.

كان التشريع أصلح للمتهم، ولو أن الجاني ارتكب جرمته تحت حكم نص أشد عقوبة من حكم النص الجديد.

ومن الأمثلة البارزة على هذا الاستثناء «الظهار» حيث كان حكمه في الجاهلية وفي أول الاسلام طلاقاً يوجب التحريم المؤبد الذي لم يكن منه مناص. وهذا حكم شديد على الرجل والمرأة معاً، إذ أنه سيحرمهما من الحياة الزوجية معاً على وجه التأبيد. فخففت عقوبته وجعلت: كفارة العتق، أو صوم شهرين متتاليين أو اطعام ستين مسكيناً. وقد طبق الرسول صلى الله عليه وسلم هذا الحكم على واقعة ظهار كانت قد حدثت قبل نزول آية الظهار «مسألة امرأة أوس بن الصامت».

كما أن من الأمثلة البارزة على هذا الاستثناء: «اللعان». فقد كان الحكم العام قبل نزول آيته هو حد القذف. فمن يرمى زوجته بالزنا يعد قاذفاً، فلا فرق بين أن يكون قد رمى زوجته أو غير زوجته، وعقوبة القذف هي أشد من اللعان، ولقد طبقت قاعدة اللعان بأثر رجعي بدل حد القذف (٥٩).

ج) مجال تطبيق المبدأ في الوقت الحاضر:

قد يتساءل البعض عن مجال تطبيق مبدأ عدم الرجعية وعن مدى الفائدة من تقريره، مادامت العقوبات المنصوص عليها في الكتاب أو في السنة قد طبقت منذ نزولها من السماء وتبليغها من محمد الرسول الأمين، الذي أدى رسالة ربه وبلغها وأتم بلاغها. وهذه بعد ذبوع الاسلام وانتشاره لا يعذر جاهل بها. وبانقطاع الوحي ووفاة الرسول صلى الله عليه وسلم، لم يعد هناك مجال لتشريعات جديدة حتى يمكن اعمال قاعدة عدم الأثر الرجعي للقوانين الجنائية وما يرد عليها من استثناء لصالح المتهم.

وهذا التساؤل مردود عليه بأن الفائدة من تطبيق المبدأ في الوقت الحاضر تظهر في النواحي الآتية:

(١) أنه من المقرر في الفقه أن ذبوع الاسلام وانتشاره لا يفرض العلم به الا من المسلمين

(٥٩) أنظر: محمد أبوزهرة، المرجع السابق، ص ٣٢٧ — ٣٢٨.

المقيمين في الديار الاسلامية.. أما غيرهم فانه قد يعذر في الجهل بها.. لأن الحواجز الفكرية والمادية تحول دون أن يعرف ما أحل الله وما حرم، فكان ذلك عذرا في الجهل يوجد شبهة تمنع اقامة الحدود، واستيفاء القصاص.. فضلا عن ذلك، فان من يدخل الاسلام، لا يحاسب على ما كان منه قبل دخوله فيه، وذلك بصريح قوله تعالى: «قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف» (٦٠)، وقول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن العاص عندما أسلم «ان الاسلام يجب ما قبله». وبمقتضى ذلك لم يحاسب النبي صلى الله عليه وسلم أبا سفيان ولا امرأته على ما كان منهما، كما لم يحاسب قاتل عمه حمزة الذي آله قتله أشد الألم (٦١).

(٢) عندما يصار الى تطبيق الأحكام الجنائية الاسلامية بعد أن تكون مهجورة، كما هي الحال عليه هذه الأيام، لا يكون للأحكام الشرعية الجنائية المطبقة آثارا رجعية على جميع الأفعال التي ارتكبتها الناس في ظل القوانين الوضعية وكانت مباحة طبقا لأحكام هذه القوانين (٦٢).

(٣) كما يطبق المبدأ في الجرائم والعقوبات التعزيرية التي يرى ولي الأمر تجريمها بعد أن تكون محل اجتهاد ونظر من حيث اعتبارها جرائم أو عدم اعتبارها كذلك، فإذا اختار ولي الأمر الرأي الذي يرى تجريمها بناء على أصول وأدلة شرعية فان أحكام التجريم والعقاب لا يكون لها أثر رجعي (٦٣).

(٤) وكذلك ينطبق المبدأ عندما يرى ولي الأمر أن يقيد المباح للمصلحة، اذا رأى أن اطلاق المباح بالنسبة لأمر معينة يعتبر فسادا عاما لا يصح أن يستمر، مثل منع طواف الرجال مع النساء في البيت، وتحديد الأسعار، ومنع اقامة حواجز في الطرقات تعيق المرور.. ونحو ذلك. فالعقوبات على هذه الأمور وما يشابهها لا بد أن يسبقها انذار مانع، ويؤيد قول الفقهاء هذا المعنى، ومن ذلك ما قاله أبو يعلى في بيان ما للمحتسب، وهو المنفذ لأحكام الحسبة:

(٦٠) الأنفال: ٣٨.

(٦١) أنظر: محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ٣٢٣.

(٦٢) أنظر مذكرات في الفقه الجنائي الاسلامي للدكتور محمد نعيم ياسين، لطلبة كلية الحقوق والشرعة بجامعة الكويت، العام الدراسي ٨٠ / ١٩٨١ ص ٣٢.

(٦٣) نفس المرجع ص ٣١.

«له أن يمنع الناس من مواقف الريب ومظان التهمة، ويقدم الانكار، ولا يعجل بالتأديب قبل الانذار» (٦٤).

كما يؤيد ذلك ما ذكره الماوردي من أن: «عمر بن الخطاب رضى الله عنه نهى الرجال أن يطوفوا مع النساء، فرأى رجلاً يطوف مع النساء فصر به بالدره، فقال الرجل، والله ان كنت أحسنت لقد ظلمتني، وان كنت أسأت فما علمتني.. فقال عمر: أما شهدت عزمتي ألا يطوف الرجال مع النساء، فقال ما شهدت لك عزمة، فألقى إليه الدرهم وقال له: اقتص، قال: لا أقتص اليوم قال: فاعف عني، قال: لا أعفو، فافترقا على ذلك، ثم لقيه من الغد فتغير لون عمر، فقال له الرجل: يا أمير المؤمنين كأي أرى ما كان مني قد أسرع فيك؟ قال: أجل، قال: فأشهد الله أني قد عفوت عنك» (٦٥).

وهذا الخبر يدل على أن العقوبات على المحظورات التي يرى ولي الأمر منعها دفعا للفساد، لا تكون العقوبات فيها على ما وقع من قبلها من أفعال، وأنها لا تسرى على الكافة الا من يوم اعلامهم بها.

يتضح من كل ما سبق بسطه أن للاسلام فضل السبق في تقرير مبدأ عدم الأثر الرجعي للقوانين الجنائية، ومبدأ تطبيق التشريع الأصلح للمتهم، وأن ما يعتبر اليوم أحدث الآراء والنظريات في القوانين الوضعية ليس الا تطبيقاً للنظرية التي جاءت بها الشريعة الاسلامية منذ أربعة عشر قرناً.

وبتقرير الشريعة لهذا المبدأ تكون قد أرست منذ فجر الاسلام دعامة من أهم دعائم الأمن الفردى.

(٦٤) الاحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ٢٧٧.

(٦٥) أنظر: الماوردي: «الأحكام السلطانية» منه عنه أعلاه، ص ٢٤٩.

المبحث الثاني

حق الأمن الفردي في الاجراءات الجنائية في الاسلام

تمهيد وتقسيم:

ان من أهم ضمانات الأمن الفردي، هي تلك الضمانات الجوهرية التي يحيطه بها قانون الاجراءات الجنائية، والتي تتفيا ايجاد التوازن بين حق الدولة في تتبع المجرمين والحصول على أدلة الاتهام، ومصلحة الأفراد في صيانة حقوقهم الأساسية وتمكين الفرد عند اتهامه من الدفاع عن نفسه وإثبات براءته دون ماخشية من مفاجآت العسف والتحكم.

والناس في ظل الشريعة الاسلامية سواسية كأسنان المشط ومفروض فيهم البراءة حتى يثبت عكسها، لذلك كان منهجها في الاجراءات الجنائية قائما على أنه اذا كان من مقتضيات العدل ان يؤخذ المسيء باسأته وألا يفلت مجرم من العقاب، فان من مقومات العدل أيضا أن لا يؤخذ البريء بجريرة المسيء، وألا يكون من وسائل الوصول الى أدلة الاتهام تهديد الأبرياء أو الاعتداء على الآمنين المسلمين في حرياتهم وحرمة مساكنهم وحقوقهم في الخصوصية والاحتفاظ بالأسرار. لذلك حرصت الشريعة الغراء على أن تحقق هذا العدل بشقيه عند تقرير قواعد الاجراءات الجنائية، وذلك بإيجاد التوازن الضروري والكافي بين حق الافراد في الحرية والأمن وحق المجتمع الاسلامي في منع الجرائم وتبعية المجرمين.

ولكى ندرك هذه الحقيقة علينا أن نعرض لحق الأمن في الاجراءات الجنائية في بنود أربعة:

- نناقش في الأول مبدأ قرينة البراءة والنتائج المترتبة عليه.
- ونعرض في الثاني لضمانات المتهم في مرحلتي الاستدلال والتحقيق الابتدائي.

— وندرس في الثالث ضمانات المتهم في المحاكمة.

— ونبين في الرابع حقوق المحبوس.

ونكرر قبل أن نتصدى بالدراسة لهذه المسائل ماسبق وأن ذكرناه في بداية هذا البحث، أننا بصدد البحث على أرض بكر وعرة المسالك نسأل الله أن يغفر لنا ما قد نفع فيه ونحن نتحسس موضع القدم على أديمها.

أولاً — مبدأ قرينة البراءة

présomption d'innocence

(أ) مبررات المبدأ:

هذا مبدأ تقضي به طبيعة الأمور، فالأصل في الانسان البراءة حتى تثبت ادانته بحكم بات (٦٦).. وقد عرفته الشريعة الاسلامية منذ أربعة عشر قرناً.. اذ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون أبواه هما اللذان يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه» (٦٧). كما أنه قد قال «ادعوا الحدود بالشبهات» (٦٨).

(٦٦) وقد جاء المبدأ في الاعلان الفرنسى لحقوق الانسان الصادر سنة ١٧٨٩ المادة ١٩، والمادة ١١ من الاعلان العالمى لحقوق الانسان، والمادة ١٤ من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة ١٩٦٦. كما نصت عليه كثير من الدساتير كالمادة ١٠ من دستور سوريا لسنة ١٩٥٠، ولسنة ١٩٧٣ (المادة ١/٢٨) والمادة ٤٢ من دستور الصومال لسنة ١٩٦٠، والمادة ٦٧ من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١ والمادة ٣٤ من دستور الكويت الصادر سنة ١٩٦٢ والمادة ٥٠ من الدستور اليوغسلافي لسنة ١٩٦٣. كما حرصت بعض الدول على تدوين المبدأ في قانون الاجراءات الجنائية، كالقانون الروسى لسنة ١٩٦٠ (المادة ٢٠) والمادة ٢ من القانون التشيكوسلوفاكي لسنة ١٩٦٠.

(٦٧) رواه البخاري.

(٦٨) أنظر تطبيق قاعدة درء الحدود بالشبهات، محمد أبوزهرة، المرجع السابق، العقوبة، ص ٢١٨ وما بعدها.

ويعبر فقهاء الشريعة عن هذا المبدأ بقولهم ان المتهم حاله حال براءة أصلية أو أن حاله حال استصحاب البراءة (٦٩). كما أن من القواعد الأساسية في الفقه الاسلامي ان الأصل براءة الذمة.

وقد سبق لنا القول بأن هذا المبدأ تقضي به طبيعة الأمور. ذلك أن بدونه يكون المتهم مطالبا باثبات موقف سلبي، هو أنه لم يرتكب الجريمة، وهو أمر متعذر بل يكاد يكون مستحيلا، كما أن السوابق القضائية تدل على أن كثيرين يحبسون احتياطيا وقد يطول حبسهم ثم يقضى ببراءتهم، بل قد لا تظهر أدلة البراءة الا بعد الحكم البات بالادانة، ومن ثم تقرر بعض القوانين طريق الطعن باعادة النظر في الحكم. وغالبا لا يتأتى جبر الضرر الذي يتسبب عن أخطاء القضاء.. ومن ثم كان من الأحوط معاملة المتهم على أنه برىء منذ بدء الاتهام الى نهايته (٧٠).

(ب) نتائج المبدأ:

تترتب على مبدأ قرينة البراءة عدة نتائج منها:

(١) عبء الاثبات يقع على المتهم «المدعي»:

من الثابت في الفقه الاسلامي أن عبء اثبات البراءة لا يقع على عاتق المتهم.. ذلك أن من مقتضى تطبيق قرينة البراءة لقاء عبء الاثبات على عاتق المتهم «المدعي»، فلا يلزم المتهم «المدعى عليه» بتقديم أدلة النفي.

وأساس لقاء عبء الاثبات على المتهم «المدعي» ما رواه ابن عباس قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لويعطى الناس بدعواهم لادعى رجال دماء رجال

(٦٩) انظر محمد أبو زهرة، منوه عنه أعلاه - الجزء الأول - العقوبة، ص ٢٤٧ - ٢٤٩.

(٧٠) أنظر الدكتور محمود مصطفى: الاثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي الطبعة الأولى سنة ١٩٧٧، ص ٥٦.

وأموالهم، ولكن البينة على المدعي» (٧١) «وفي رواية أخرى» «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» (٧٢).

(٢) الشك يفسر في صالح المتهم:

في ظل الشريعة الإسلامية تبنى الأحكام في المواد الجنائية على الجزم واليقين لا على الشك والاحتمال، ومن ثم فإن أى شك يفسر لصالح المتهم. فإذا كان القاضى لم ينته من الأدلة التي ذكرها المدعي الى الجزم بنسبة الفعل الى المتهم كان من المتعين عليه أن يقضى بالبراءة.. وأساس هذه القاعدة قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ادروا الحدود بالشبهات فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الامام ان يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة» (٧٣).

(٣) مراعاة قرينة البراءة في قواعد الاجراءات الجنائية:

ونشير أخيرا الى أن الشريعة الإسلامية قد رتبت على تطبيق مبدأ قرينة البراءة نتيجة هامة وهي: مراعاة قرينة البراءة في قواعد الاثبات، ففضلا عن أن عبء الاثبات يقع على عاتق المدعي كما سبق القول، وأن الشك يفسر في صالح المتهم، نجد أن الشريعة تشترط تكرار الاقرار بمقدار عدد الشهود.

كما أن الشريعة قد قررت مراعاة قرينة البراءة في قواعد الاجراءات الجنائية وهي كثيرة: في التفتيش والاستجواب والحبس الاحتياطي وغيرها. ومظهر مراعاة هذا المبدأ الضمانات والشروط العديدة لاتخاذ أى من هذه الاجراءات كما سنرى.

(٧١) رواه البخاري ومسلم وأصحاب السنن عن ابن عباس انظر صحيح البخارى بشرح السندى والقسطلانى: ٥٣/٢، صحيح مسلم بشرح النووى جـ ٢/١٢.

(٧٢) رواه البيهقي جـ ١٠ ص ٢٥٣: وانظر كذلك بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. للكاساني الطبعة الأولى سنة ١٩١٠. مطبعة العمالية بمصر الجزء السادس ص ٢٧٥ وما بعدها وانظر كذلك كتاب أدب القاضى «لقاضى القضاة شهاب الدين بن اسحاق المشهور «بابن أبي الدم الحموى»، تحقيق الدكتور مصطفى الرجبي، مطبعة زيد بن ثابت، دمشق ١٩٧٥، ص ١٥٢.

(٧٣) أنظر في تطبيق قاعدة درء الحدود بالشبهات، محمد أبوزهرة، المرجع السابق - العقوبة - ص ٢١٨ وما بعدها.

ثانياً: ضمانات المتهم في مرحلتي الاستدلال والتحقيق الابتدائي

(أ) ضمانات التفتيش: Pérquisitions

التفتيش كما هو معروف في القانون «هو ذلك الاجراء الذي رخص الشارع فيه بالتعرض لحرمة ما، بسبب جريمة وقعت أو ترجح وقوعها، تغليباً للمصلحة العامة على مصالح الأفراد الخاصة واحتمال الوصول الى دليل مادي يفيد في كشف الحقيقة» (٧٤).

فالتفتيش اذن، اجراء جنائي خطير لأنه يتضمن في جوهره اعتداء على حق الانسان في «الخصوصية» والاحتفاظ بسر، وحرمة مسكنه وحقه في الأمن والسكينة والطمأنينة. لذلك نجد أن القوانين تنظمه لتحقيق مصلحة المجتمع بغية اكتشاف الحقيقة في مستودع سرها والوصول الى أدلة الجريمة (٧٥).

وقد أرسست الشريعة الاسلامية في هذا الصدد، القواعد التي تحقق الصالح العام وترعى في نفس الوقت حق الانسان الذي كرمه الله تعالى وفضله بالمسكن وستره فيه عن الأبصار وملكه الاستمتاع به على انفراد (٧٦). فأوصدت الأبواب جميعاً أمام كل من تسول له نفسه بأن يستهين بأقدار الآخرين وبحقهم في الخصوصية وصيانة السر وحرمة المسكن، وعلى الأخص بعض رجال السلطة الذين يداهمون البيوت لتفتيشها ومن فيها، و ينكلون بخصوصهم دون مراعاة لمبدأ أو ارتباط بقانون.

والمتتبع لأحكام القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة، ومسيرة الصحابة رضوان الله عليهم يعلم علم اليقين أن الشريعة الغراء، قد جعلت الأصل هو حرمة المساكن والأشخاص، والمراسلات وعدم جواز تفتيشها الا بشروط وضوابط معينة.

(٧٤) نقض مصري ١٩٥٩/١١/١٧ أحكام النقض س ١٠ رقم ١٨٩ ص ١٨٨ ذكره سامي حسن الحسيني «التفتيش الجنائي في القانون المصري والكويتي المقارن» مطبعة حكومة الكويت، بدون تاريخ، ص ٧٤.

(٧٥) انظر في التفتيش بصورة عامة: الدكتور عمود مصطفى. الاثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن، الطبعة الاولى، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب العربي ١٩٧٨ الجزء الثاني.

(٧٦) انظر القرطبي طبعة دار الكتاب العربي سنة ١٩٦٧، ج ١٢ ص ٢١٢ وما بعدها.

فأما حرمة المسكن: فقد جاء في القرآن الكريم «يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون فإن لم تجدوا فيها أحدا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو أركى لكم والله بما تعملون عليم» (٧٧).

فهذه الآية الكريمة قد جعلت لمسكن الفرد حرمة، فمنعت دخوله دون اذنه ورضاه ولم يقتصر عدم الدخول على الأماكن التي يقيم فيها أصحابها فعلا، إنما يكفي في حكمها حيازة المسكن لرعاية حرمة حتى ولو كان صاحبه غائبا عنه. ويتضح ذلك من قوله تعالى «فإن لم تجدوا فيها أحدا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم» بل إن الآية قد أرشدت إلى تقبل عدم الاذن بالدخول بنفس راضية، ويتضح ذلك من قوله تعالى: «وإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو أركى لكم» ثم ربطت هذه الآية حرمة المسكن بالعقيدة ورقابة الله تعالى بقولها «والله بما تعملون عليم».

ثم جاءت السنة النبوية مؤكدة لهذه المعاني جميعا. ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: «ثلاث لا يحل لأحد أن يفعلهن: لا يؤم رجل قوما فيخص نفسه بالدعاء دونهم فإن فعل فقد خانهم، ولا ينظر في قبر بيت قبل أن يستأذن فإن فعل فقد دخل، ولا يصلي وهو حقن حتى يتخفف» (٧٨) وقوله صلى الله عليه وسلم: «لو أن رجلا اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقت عينه، ما كان عليك من جناح» (٧٩).

أما عن حرمة الأشخاص وعدم جواز تفتيشهم دون وجه حق: فمن المستقر في فقه الشريعة أنه لا يجوز لآدم أن يتحسس ملابس شخص آخر ليعرف ما تخفيه تحتها دون مقتضى ودون إذن (٨٠).

كما أنه ما دامت حرمة المسكن مصانة فإن حرمة الأشخاص تكون مصانة من باب أولى. ذلك أن حصانة المسكن وما في حكمه مستمدة من حصانة الشخص ذاته، وهي إحدى

(٧٧) سورة النور: الآيتين ٢٧، ٢٨.

(٧٨) المنذرى «الترغيب والترهيب من الحديث الشريف» مطبعة الحلبي بمصر، طبعة ٢، سنة ١٩٥٤، ج ٣ ص ٤٣٧.

(٧٩) صحيح مسلم، شرح النووي، ج ١٤، ص ١٣٨.

(٨٠) انظر الغزالي: «احياء علوم الدين» الطبعة الاولى لجنة نشر الثقافة، مجلد ٢، ج ٥، ص ٣٤.

مظاهر الحرية الشخصية. فليس من المنطق في شيء ان يقال بتقرير حصانة مسكن الشخص دون حصانة الشخص نفسه (٨١).

أما عن حرمة المراسلات: وعدم جواز الاطلاع عليها واغتيال سريتها عن طريق ضبطها وتفتيشها، فقد روى في الحديث الشريف ان الرسول صلى الله عليه وسلم قد قال: «من اطلع في كتاب أخيه دون أمره فأنما اطلع في النار» (٨٢).

وفضلا عن ذلك فإن في هدر سرية المراسلات مساساً بحق الانسان في الخصوصية واعتداء على حرياته الفكرية، وعى الأخص حرية الرأي والتعبير، وهي حقوق وحريات مقررة في النظام الاسلامي ولا يجوز المساس بها أو الاعتداء عليها دون وجه حق.

وهكذا يتضح لنا الاصل الذي قرره الشريعة الاسلامية وهو: حرمة المساكن والاشخاص والرسائل وعدم جواز تفتيشها دون مقتضى.

غير ان هذه الحرمة لم تتخذ اساسها انطلاقاً من صبغة دينية خالصة تضي على المسكن طابعا مقدسا على نحو ما كان عليه الحال في القانون الروماني (٨٣)، بل استلهمت تلك الحرمة مقوماتها من فكرة اجتماعية قوامها الحاجة الى الأمن واحترام حريات الأفراد وحقوقهم بالقدر الذي لا يمس بحق الدولة في أن تباشر بعض الاجراءات التي يكون من شأنها الحصول على أدلة جرمية وقعت، تمهيدا لمباشرة حق المجتمع في الادانة والعقاب. ولذلك لم تكن حرمة المسكن في ظل الشريعة الاسلامية مطلقة من كل قيد، بل ورد على الاصل فيها استثناءات تقتضيها صيانة حقوق المجتمع. ومن هذه الاستثناءات جواز دخول المنازل لتفتيشها، وكذلك جواز تفتيش الأشخاص للمصلحة العامة، ولكن بشروط وضمنانات تهدف الى منع التعسف والاستبداد في اتخاذ اجراء التفتيش، وتحقيق التوازن بين حق الشخص في الخصوصية وصيانة الأسرار، وحق الدولة في تتبع الجرائم والحصول على أدلة الادانة (٨٤).

(٨١) وهذا ما سارت عليه القوانين الحديثة على التسوية بين المسكن وبين الشخص فتتبع في تفتيش الشخص نفس الاحكام المقررة لتفتيش منزله أو محله. أنظر محمود مصطفى: الاثبات في القوانين الجنائية والقانون المقارن، الطبعة الاولى، سنة ١٩٧٨ الجزء الثاني، ص ١٤، ١٥.

(٨٢) السيوطي: الجامع الصغير، ص ١٦٥.

(٨٣) أنظر في اساس هذه الحرمة في القرون القديمة والوسطى. Jaques Pierra: Restrictions aux droits du citoyen dans son domicile. thèse Paris, 1908, p. 7.

(٨٤) أنظر الدكتور سامي حسن الحسيني، المرجع السابق ص ٢٠.

ومن تلك الشروط والضمانات:

(١) القيد الأول يتعلق بجهة الاختصاص باصدار الاذن بالتفتيش:

و يستفاد من أقوال الفقهاء أن هذه الجهة 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 (٨٥). أما القاضي الاسلامي فليس له أن يأمر بالتفتيش، ذلك أن من أحكام القضاء في الاسلام أنه لايسوغ للقاضي أن يقيم البيئة وأنه ليس له الا أن يكلف الخصم، ان ادعى، باقامة البيئة على مايدعيه(٨٦).

(٢) أن تكون الجريمة متلبسا بها أو أن تتوافر دلائل كافية على ارتكابها:

يستفاد من أقوال الفقهاء أن الاذن بالتفتيش لا يكون جائزا الا اذا توافرت دلائل على ارتكاب الجريمة كأن (يخبره من يثق بصدقه أن رجلا خلا برجل ليقته أو بامرأة ليزني بها)(٨٧). أو أن تكون الجريمة متلبسا بها كأن (تظهر المعصية في الدار ظهورا يعرف من الخارج كظهور رائحة الخمر أو أصوات السكاري)(٨٨).

(٣) أن يجيء اكتشاف الدلائل الكافية أو التلبس الذي يبرر التفتيش عن طريق مشروع:

ولا يعد كذلك اذا جاء الاكتشاف نتيجة تجسس، كالنظر خلال ثقوب الباب، أو استراق السمع المتعمد، فاكتشاف الجريمة عن طريق التجسس غير جائز لأن الله حرم التجسس وذلك في قوله تعالى: (ولا تجسسوا)(٨٩). ولأن للبيوت حرمة وللأشخاص حرمة

(٨٥) أنظر رسالة عبد الوهاب العشماوي. مرجع سبق ذكره ص ٣٤٢، ٣٤٧، ٣٤٨، ٣٥٠.

(٨٦) يقول الماوردي في هذا الصدد: «إذا كان الناظر الذي رفع اليه هذا المتهم أميرا... كان له مع المتهم من أسباب الكشف والاستبراء ما ليس للقضاة والحكام وذلك من تسعة أوجه» أنظر الاحكام السلطانية ص ٢١٩.

(٨٧) أنظر: أبو يعلى، المرجع السابق ص ٢٩٦، وأنظر كذلك الماوردي، المرجع السابق، ص ٢٠٢.

(٨٨) أنظر: إحياء علوم الدين، المجلد الثاني، ج ٥ ص ٣٦، ٣٧، ٤٤، ذكره عبد القادر عوده، المرجع السابق، ص ٥٠٤.

(٨٩) الحجرات : الآية ١٣.

فلا يجوز انتهاكها قبل ظهور المعصية. وأحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم قاطعه في ذلك. ومن هذه الأحاديث قول النبي الأمين لمعاوية: (انك ان تتبعت عورات الناس أفسدتهم أو كدت تفسدهم) (٩٠) وقوله: (فانه من يتتبع عورة أخيه المسلم يتتبع الله عورته بفضحه ولو كان في جوف بيته) (٩١) وقوله: (لو أن رجلا اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقت عينه ما كان عليك من حرج) (٩٢).

وقد استقر الأمر في الاسلام على هذا منذ فجره. ومما يذكر في هذا الصدد: أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه «دخل على قوم يتعاقرون على شراب ويوقدون في أخصاص، فقال: نهيتكم عن المعاقرة فعاقرتهم، ونهيتكم عن الايقاد في الاخصاص فأوقدتم، فقالوا: يا أمير المؤمنين قد نهاك الله عن التجسس فتجسست، ونهاك عن الدخول بغير إذن فدخلت، فقال عمر رضى الله عنه: هاتان بهاتين، وانصرف ولم يتعرض لهم» (٩٣).

ومثل ذلك ما رواه عبد الرحمن بن عوف قال: «خرجت مع عمر رضى الله عنه ليلة في المدينة، فبينما نحن نمشي اذ ظهر لنا سراج، فانطلقنا نؤمّه، فلما دنونا منه اذا باب مغلق على قوم لهم أصوات ولغط، فأخذ عمر بيدي وقال: أتدرى بيت من هذا قلت لا. فقال: هذا بيت ربيعة بن أمية بن خلف وهم الان شرب فما ترى؟ قال: أرى أننا قد أتينا ما نهانا الله عنه، قال تعالى: «ولا تجسسوا» فرجع عمر وتركهم» (٩٤).

ومما لا شك فيه أن تصرف عمر في هاتين الحالتين يفوق — في رعاية حرمة المساكن والأشخاص — ما تحرص الدساتير الحديثة والقوانين الوضعية على تأكيده،

(٩٠) ذكره عبد القادر عوده، المرجع السابق ص ٥٠٣.

(٩١) نفس المرجع.

(٩٢) صحيح مسلم، شرح النووي: ج ١٤ ص ١٣٨.

(٩٣) مشار اليه في الماوردى، المرجع السابق ص ٢٥٣، وأبو يعلى، المرجع السابق، ص ٢٩٦. ولعله من المفيد أن نذكر أن الروايات قد اختلفت في هذا الصدد. أنظر: ما رواه عوده، المرجع السابق ص ٥٠٣، وما رواه العقاد في «عبقريه عمر» طبعة دار الهلال ص ١٣٢، ونقله عنه سامى حسن الحسينى في مؤلفه المنوه عنه أعلاه، ص ١٩. ونعتقد أن الرواية التي ذكرناها نقلا عن الماوردى في كتابه الأحكام السلطانية، وعن أبى يعلى هي الرواية الأصح والأقرب الى المنطق.

(٩٤) نقلا عن عبد القادر عوده المرجع السابق ص ٥٠٣.

ذلك أنه من الجائز أن تعد هاتان الحالتان من قبيل التلبس في القوانين الحديثة، مما يجيز التفتيش والضبط (٩٥).

ب) ضمانات الاستجواب:

استجواب المتهم L'interrogatoire غير سؤاله، لأنه يتطلب فضلا عن توجيه التهمة اليه مواجهته بالأدلة القائمة ضده، ومناقشته فيها مناقشة تفصيلية بغية أن يفندها ان كان منكرا التهمة، أو أن يعترف بها اذا شاء الاعتراف (٩٦).

فالاستجواب اذن اجراء يتيح للمحقق اكتشاف الحقيقة عبر اعتراف المتهم أو انكاره (٩٧). والدليل الذي يمكن الحصول عليه عبر الاستجواب هو دليل قولي Oral يلمسه العقل والحس، يستقيه المحقق من بين شفهي المتهم، وذلك على عكس التفتيش الذي يقود الى دليل مادي تلمسه الأيدي والأبصار (٩٨).

وكان الاستجواب في القرون الوسطى وسيلة للحصول على اعتراف المتهم بأية طريقة، ولو بالتعذيب الذي كان يعد في وقت من الأوقات وسيلة قانونية للتحقيق، أما في الوقت الحاضر فان الاستجواب يحظى بعناية خاصة من الدساتير والتشريعات الاجرائية الحديثة، التي تهتم بتوفير الضمانات المتعددة للمتهم عند استجوابه. وعلى الرغم من ذلك فان بعض الشراح يرى أن الاستجواب حتى في وضعه الحالي اجراء مسموح لأنه ينطوي بذاته على رغبة التضييق على المتهم، الذي قد يدفعه تعدد الأسئلة ودقتها الى أن يقول أن صدقا أو كذبا ما ليس في صالحه، أو الى أن يدلي باعتراف غير مطابق للواقع ومضلل للعدالة (٩٩).

(٩٥) أنظر: سامي حسن الحسيني، المرجع السابق ص ١٩.

(٩٦) أنظر: الدكتور رؤوف عبيد «مبادئ الاجراءات الجنائية في القانون المصري» الطبعة ١١، مطبعة الاستقلال الكبرى القاهرة ١٩٧٦، ص ٤٣٤. وانظر في الاستجواب بشكل عام — رسالة الدكتور محمد سامي النبراوي، والموسومة «استجواب المتهم» جامعة القاهرة سنة ١٩٦٨.

(٩٧) أنظر: في اعتراف المتهم بشكل عام، رسالة الدكتور سامي صادق الملا، وهي بعنوان «اعتراف المتهم» الطبعة الثانية، سنة ١٩٧٥.

(٩٨) أنظر: رسالة الدكتور سامي حسن الحسيني، التي أعاد طبعها في الكويت تحت عنوان «التفتيش الجنائي في القانون المصري والكويتي المقارن» مطبعة حكومة الكويت بدون تاريخ ص ٤٩.

(٩٩) الدكتور رؤوف عبيد، المرجع السابق ص ٤٣٥.

وبالرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية وأقوال فقهاءها، وجدنا أنها قد أحاطت
المتهم عند استجوابه بكثير من الضمانات، التي تصل الى حد حمايته من ضعف نفسه
ومنزلات لسانه، وهو ما لم تصل اليه كثير من القوانين الوضعية المعاصرة.

ونعرض بقدر مايسمح به المقام لهذه الضمانات:

(١) ضمانات تتعلق بالمحقق:

ان أول ضمانات الاستجواب ضمان يتعلق بالمحقق، فاستجواب المتهم لا يجوز أن
يجريه الا من له أن يباشر مرحلة التحقيق الابتدائي. والثابت في ظل الشريعة الاسلامية أنه
كان يباشر التحقيق جهتان، والي المظالم والمحتسب. ذلك «أن نظر المظالم وان بدا على أنه
قود المتظالمين الى التناصف بالرهبة وزجر المتنازعين الى التجاحد بالهبة، وكان بذلك فترة
انتقال من الاكتفاء برهبة الدين الى الاحتياج الى رهبة السلطان، فقد انتهى الى أن أصبح
سلطة تنفيذية محددة الاختصاص تقوم أولاً بمرحلة التحقيق الابتدائي وتحرك هي من نفسها
لطلب عقاب مجرم أو تتلقى من الأفراد مايجعلها تتحرك لذلك، ثم تنتهي ثانياً إلى اقامة
دعوى بأن يوقع الناظر في المظالم إلى القاضي بالحكم فيها أو تنتهي هي الدعوى صلحا مع
الزام الخصمين قبول قرارها» (١٠٠). أما المحتسب فكان عليه الى جانب ولايته القضائية
القاصرة، واجب مباشرة الدعوى الجنائية فيما خرج عن اختصاصه ودخل في اختصاص
القاضي (١٠١).

(٢) عدم جواز تخليف المتهم في جرائم الحدود والقصاص:

ان المرجح لدينا من أقوال الفقهاء في مسألة جواز تخليف المتهم أو عدم جوازه في
جرائم الحدود ماذهب اليه الحنفية، من عدم جواز تخليف المتهم في جرائم الحدود، اذ لا
توجه اليمين الا فيما يجري فيه البذل وهو الأموال ومايشابهها، فلا توجه في جرائم
الحدود والقصاص لأن الحدود والقصاص لايجرى فيها البذل والتبعية (١٠٢) وترتبط
على ذلك فان سلطة التحقيق يمتنع عليها أن تحلف المتهم في هذا النوع من الجرائم.

(١٠٠) أنظر: عبد الوهاب العشماوي «الانتهام الفردى أو حق الفرد في الخصومة الجنائية» رسالة دكتوراه،

القاهرة سنة ١٩٥٣، ص ٣٤٢، ٣٤٨.

(١٠١) أنظر: نفس المرجع، ص ٣٤٨.

(١٠٢) أنظر: محمد أبو زهرة، الجريمة، منوه عنه أعلاه، ص ٧٣.

٣) لا يجوز أن يكون رفض المتهم للاستجواب في جرائم الحدود قرينة ضده:

من المتفق عليه أن جرائم الحدود لا تثبت بالاقرار أو البينة ولا تثبت بالنكول عن اليمين، ومن ثم فإن رفض المتهم الاستجواب في جرائم الحدود لا يجوز أن يكون قرينة ضده، ذلك أن له أن يسكت وأن ينكل عن اليمين ان وجهت له عند من يجيز توجيهها في جرائم الحدود، وحتى لو كيّف نكول المتهم على أنه اقرار فانه سيكون اقرارا به شبهة، لأنه سكوت، ولا ينسب لساكت قول، ولكن اعتبر اقرارا لأنه سكوت في موضع البيان، فهو بيان، ولا يخلو من شبهة والحدود تدرأ بالشبهات دائما (١٠٣).

٤) عدم جواز اخضاع المتهم لأى تعذيب أو لمعاملة قاسية أو غير انسانية:

تحرص الدساتير واعلانات حقوق الانسان في وقتنا الحاضر على النص على مبدأ عدم جواز اخضاع الانسان لأى تعذيب أو معاملة قاسية أو غير انسانية، وكان للشريعة الغراء فضل السبق في تقرير ذلك منذ أربعة عشر قرنا، بل وتطبيقه تطبيقا فعليا في الواقع العمل في الدولة الاسلامية، ولانكون مغالين حين نذكر أن الشريعة الاسلامية قد ذهبت في تقرير عدم جواز اساءة استخدام السلطة مع المتهمين، وفي تقرير الضمانات لهم في معاملة انسانية، مذهبا لم تصل اليه فيما نرى كثير من التشريعات الوضعية المعاصرة.

فالتعذيب والضرب والمعاملة القاسية أو غير الانسانية ممنوع بنص الشارع، ومن ثم فإن الاقدام عليه غير جائز (١٠٤). فالرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن التعذيب بقوله «ان الله يعذب يوم القيامة الذين يعذبون الناس في الدنيا» (١٠٥)، كما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن ضرب المسلمين (١٠٦). وها هو عمر بن الخطاب رضوان الله عليه، يخاطب ولاته قائلا: «ألا لا تضربوا المسلمين فتذلهم، ولا تمنعهم حقوقهم فتكفروهم، ولا تنزلوا بهم الغياض فتضيعوهم» (١٠٧).

(١٠٣) أنظر: محمد أبو زهرة الجرمية والعقوبة في الفقه الاسلامي — العقوبة — ص ٧٣، ٧٤.

(١٠٤) أبو يوسف: ص ١١٥، ١١٦ وما بعدها، ١٧٥.

(١٠٥) أبو عبيد: الاموال ص ٤٢ — ٤٥ ذكره الدكتور فؤاد محمد النادى في كتابه عن: «مبدأ المشروعية في

الفقه الاسلامي»، الطبعة الاولى ١٩٧٣ ص ١٠٠.

(١٠٦) أبو يوسف: الخراج ص ١٥١.

(١٠٧) نفس المرجع.

و يروى الغزالي قصة عن عمر بن عبد العزيز مؤداها أن عمر رضى الله عنه سأل محمد بن كعب القرطبي فقال: صف لى العدل، فقال: «كل مسلم أكبر منك سنا كن له ولدا... وعاقب كل مجرم على قدر جرمه، وإياك أن تضرب مسلما سوطا واحدا على حقد منك، فان ذلك يصيرك الى النار» (١٠٨).

وقد كتب عدى بن أرطأة عامل عمر بن عبد العزيز يسأله في توقيع بعض العذاب على الممتنعين عن أداء مستحقات الخزانة العامة، فكتب اليه عمر منكرا ذلك: «أما بعد، فالعجب كل العجب من استئذانك إياى في عذاب البشر كأنى جبة لك من عذاب الله، وكأن رضاي ينجيكي من سخط الله. اذا أتاك كتابى هذا فممن أعطاك ما قبله عفوا والا فأحلفه، فوالله لأن يلقوا الله بجناياتهم أحب الى من أن ألقاه بعذابهم والسلام» (١٠٩).

و يؤكد فقهاء الشريعة عدم جواز تعذيب المتهم أو اساءة معاملته بقولهم: ان الشارع نهى عن التعذيب والمثلة حتى ولو كان ذلك في الكلب العقور فكيف الأمر اذا أوقع ذلك على المسلم (١١٠).

وما أروع ماضربه النبى الأمين، من مثال لنا عملى وصادق، على وجوب معاملة المتهم معاملة انسانية تبسط لسانه، وتجزىء قلبه حتى لا يدلى باعتراف غير مطابق للواقع أو مضلل للعدالة. وذلك حين أتى اليه برجل فقيل هذا سرق: فخاطبه النبى برفق قائلا «ما أخاله سرق، أسرفت؟» (١١١).

ويتضح لنا جليا أنه في ظل أحكام الشريعة الاسلامية لا يجوز اخضاع المتهم لأى تعذيب أو لمعاملة قاسية أو غير انسانية.

٥ (عدم جواز إكراه المتهم على أن يكون شاهدا ضد نفسه:

لا يجوز في ظل أحكام الشريعة الاسلامية إكراه المتهم على أن يكون شاهدا ضد نفسه، وذلك بالادلاء بأقوال تسيء الى مصلحته. واعتراف المتهم الذي يتم نتيجة للإكراه أو

(١٠٨) راجع في ذلك «الغزالي» التبر المسبوك ص ٢٨ - ٢٩.

(١٠٩) أبو يوسف: الخراج ص ١١٩.

(١١٠) ابن طباطبا، ذكره محمد النادى، المرجع السابق ص ١٠٨.

(١١١) أبو يوسف: الخراج ص ١٧٦.

*التعذيب أو الحبس لفترة تجاوز ما يقضى به الشرع لا يجوز أن ينهض دليلا في الاثبات. فالاعتراف في ظل الشريعة، عمل ارادى ينسب به المتهم الى نفسه ارتكاب وقائع معينة مما تتكون به الجريمة، ويطلبه كل عيب من عيوب الارادة يعلق به. ولقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال: «ليس الرجل بأمين على نفسه ان أجعته أو أخفته أو حبسته أن يقر على نفسه» (١١٢). كما روى محمد بن اسحق عن الزهري أنه قال: «أتى طارق بالشام برجل قد أخذ في تهمة سرقة، فضربه، فأقربها، فبعث به الى عبدالله بن عمر رضى الله عنهما يسأله عن ذلك، فقال عمر: «لا يقطع فانه انما أقرب بعد ضربه اياه» (١١٣).

بل ان الشريعة قد ذهبت الى ابعد من ذلك حين صانت المتهم من ضعف نفسه ومنزلقات لسانه التي يدلى بها حتى ولو بدون اى اكراه، وذلك حين قرر فقهاؤها عدم الاكتفاء بالاقرار الذي يدلى به المتهم لأول مرة واشتروطوا أن يتكرر الاقرار بقدر عدد الشهود، واستوجبوا ان يكون في كل مرة واضح الدلالة على ارتكاب الجريمة بحيث يكون نصا في اقترافها ويصر عليه المقر ولا يوجد دليل يتعارض معه. فان وجدت شهادة تتعارض مع الاقرار لا يؤخذ به لقيام الشبهة عندئذ.

وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم في قصة ماعز أنه لما أقرّ عنده بالزنى لقنه الرجوع في اقراره: فقال عليه الصلاة والسلام لعلك قبلتها لعلك مسستها. كذلك قال عليه الصلاة والسلام لامرأة متهمة في السرقة اسرقت؟ قولى لا ماخالك سرقت، وليس ذلك الا تلقينا للرجوع عن الاقرار (١١٤). والقاضى الاسلامى ملزم باتباع سنة رسول الله (ص) وكذلك الحاكم: فيجب عليه اذا اقر عنده أحد بجريمة من جرائم الحدود الخالصة ان يعرض له بالرجوع (١١٥).

(١١٢) ذكره أبو يوسف: المرجع السابق ص ١٧٥.

(١١٣) نفس المرجع.

(١١٤) عبد القادر عوده المرجع السابق، الجزء الثانى في العقوبة، ص ٤٣٨.

(١١٥) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى. مطبعة الجمالية بمصر، سنة ١٩١٠، الجزء السابع ص ٦١ وما بعدها وانظر المغنى الجزء العاشر ص ١٧٣، ١٩٥. وانظر في الفقه الحديث عبد القادر عوده المرجع السابق، الجزء الثانى - العقوبة - الطبعة الاولى ١٩٦٠ ص ٤٣٨ وما بعدها.

و يتضح مما سبق بسطه ان الشريعة الاسلامية لم تكثف بتقرير عدم جواز اكرام المتهم بان يكون شاهدا ضد نفسه بل حتمه في هذا الصدد حتى من منزلقات لسانه وضعف نفسه، التي قد تقوده الى ان يقول ان صدقا أو كذبا مالم تبخله بعض القوانين الوضعية حتى باعترااف غير مطابق للواقع أو مضلل للعدالة. وهذا مالم تبخله بعض القوانين الوضعية حتى الآن.

٦ - حق المتهم في الرجوع عن اقراره في اي وقت سابق على تمام التنفيذ حتى ولو كان ذلك بعد الحكم عليه:

وفضلا عما سبق بيانه عن احكام الاقرار في الشريعة الاسلامية فان الراجح في الفقه الاسلامي أن الاقرار لا يصلح دليلا لاقامة الحد اذا رجع المقر عن اقراره قبل تمام تنفيذ العقوبة ولو كان ذلك بعد الحكم عليه. فلورجع المتهم بجريمة الزنا عن اقراره حتى بعد البدء في تنفيذ الحد أوقف التنفيذ، وهذا ما تنفرد به الشريعة الاسلامية ولا نجد له مثيلا في القوانين الوضعية. فقد روى أن ما عزا بعد ان بدأ رجمه كحد لجريمة الزنى التي اعترف بها، هرب فلحق به المنفذون واجهزوا عليه. فلما بلغ النبي بما حدث قال: «هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه» (١١٦).

وهكذا نجد ان الشريعة الاسلامية قد قررت للمتهم عند استجوابه من الضمانات مالم يتوفر له حتى في ظل كثير من القوانين الوضعية الحديثة.

(ج) ضمانات الحبس الاحتياطي: Detention Preventive

حبس المتهم احتياطيا اجراء خطير ماس بالحرية الشخصية بل هو اخطر اوامر التحقيق، اذ أن الاصل هو الا تسلب حرية الانسان الا تنفيذا لحكم قضائي واجب النفاذ. وعلى الرغم من ذلك فقد تقتضيه مصلحة التحقيق، لان ترك المتهم مطلق السراح يعطيه الفرصة للتأثير في الشهود والعبث بادلة الاتهام أو الهروب من الحكم الذي قد يصدر ضده (١١٧).

(١١٦) انظر رسالة الدكتور مبارك عبد العزيز النويبت في الدعوة الجنائية في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي كلية الشريعة والقانون سنة ١٩٧٣، ص ٣٣٣.

(١١٧) انظر الدكتور رؤوف عبيد مبادئ الاجراءات الجنائية في القانون المصري الطبعة الحادية عشرة مطبعة الاستقلال الكبرى، القاهرة ١٩٧٦، ص ٤٤٦.

ولهذه الاعتبارات، نجد الدساتير وقوانين الاجراءات الجنائية في الدول المختلفة تنص على حق سلطة التحقيق في اتخاذ هذا الاجراء، ولكنها تحيطه بشروط وضمانات تهدف الى ايجاد التوازن، بين حق الفرد في الحرية والامن وحق الدولة في صيانة المجتمع وتتبع المجرمين (١١٨).

ولقد اختلف الفقهاء في مشروعية الحبس الاحتياطي وهو ما كانوا يطلقون عليه «الحبس للكشف والاستبراء أو الحبس في تهمة» (١١٩).

فقال بعضهم بعدم مشروعيته وساقوا على ذلك حججا اظهرها:

- ١ — ان النبي صلى الله عليه وسلم واما بكر لم يكن لهما سجن ولم يسجنا أحدا (١٢٠).
- ٢ — قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه «ليس الرجل بأموّن على نفسه ان اجعته أو أخفته أو حبسته أن يقرّ على نفسه» (١٢١).
- ٣ — ان الحبس عقوبة تعزيرية لا تكون الا عن جريمة وبعد ثبوتها وصدر حكم واجب النفاذ ضد مرتكبها.

وكان القاضي ابو يوسف صاحب الامام ابى حنيفة على رأس هذا الفريق من الفقهاء. حيث يقول في كتاب الخراج: «وتقدم يأمر المؤمنين الى ولا تك لا يأخذون الناس بالتهم: يحمىء الرجل الى الرجل (اي الوالى) فيقول هذا اتهمنى في سرقة سرت منه فيأخذونه بذلك وغيره، وهذا مما لا يحل العمل به ولا ينبغي ان تقبل دعوى رجل على رجل في قتل ولا سرقة، ولا يقام عليه حد الا بينة عادلة أو باقرار من غير تهديد من الوالى له أو وعيد على ما ذكرته لك. ولا يحل ولا يسمح ان يحبس رجل بتهمة رجل له، كان رسول الله

(١١٨) المادة ٤١ من الدستور المصرى، المادة ٤٨ من الدستور اليوغوسلافي المادة ١٠٤ من دستور المانيا الاتحادية، المادة ٢٢ من دستور الهند، المادة ٣٤ من دستور اليابان المادة ١٣ من دستور ايطاليا المادة ٢٧ من دستور الصومال، المادة ٣١ من دستور الكويت.

(١١٩) انظر في اختلاف هذه الآراء: بن فرحون: تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الاحكام على هامش، فتح العلى المالك، مطبعة مصطفى البابى الحلبي ١٩٥٨ الجزء الثانى ص ٣١٦ وما بعدها. وانظر كذلك الاحكام السلطانية لابي يعلى محمد بن حسن الطبعة الثانية، ١٩٦٦ ص ٢٥٨.

(١٢٠) نفس المرجع ص ٣١٦.

(١٢١) انظر كتاب الخراج لابي يوسف يعقوب بن ابراهيم صاحب الامام ابى حنيفة المطبعة السلفية بالقاهرة الطبعة الثالثة سنة ١٣٨٢ هجرية. ص ١٧٥.

صلى الله عليه وسلم لا يأخذ الناس بالقرف (اى التهمة)، ولكن ينبغي ان يجمع بين المدعى والمدعى عليه، فان كانت له بيّنة على ما ادعى حكم بها والا اخذ من المدعى عليه كفيلا وخلي عنه... فقد كان يبلغ من توفي أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الحدود في غير مواضعها وما كانوا يرون من الفضل من درثها بالشبهات ان يقولون لمن اتى به سارقا اسرقت قل لا...» (١٢٢).

وواضح ان هذا الفريق من الفقهاء قد ذهب في حماية الحرية الشخصية وضمانة الأمن الفردى، الى حد لم يبلغه اى قانون وضعى، وذلك بتقريره عدم مشروعية الحبس الاحتياطى.

غير أن فريقا آخر من الفقهاء قد أجاز الحبس الاحتياطى، ولكنه احاطه بشروط وضوابط من شأنها. ان تحقق التوازن بين الحرية الشخصية للأفراد وحق المجتمع في تتبع المجرمين.

واستدل هذا الفريق من الفقهاء على مشروعية الحبس الاحتياطى، بما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم بأنه قد حبس رجلا في تهمة (١٢٣).

ومن الشروط والضوابط التي احاط بها هذا الفريق من الفقهاء الحبس الاحتياطى:

١ — نستخلص من اقوال الفقهاء أن الحبس الاحتياطى لا يجوز ان يأمر به الا جهة مختصة، هي في الأصل الجهة القائمة بالتحقيق. ويختص بالتحقيق كما سبق القول ناظر المظالم والمحتسب فيما خرج عن ولايته القضائية القاصرة ودخل في اختصاص القاضى (١٢٤). واذا احيلت الدعوى الى قاضى الموضوع اصبح النظر في الحبس الاحتياطى والافراج من اختصاصه.

(١٢٢) انظر كتاب الخراج لابی يوسف مرجع منوه عنه اعلاه ص ١٧٥، ١٧٦.
(١٢٣) انظر ابن فرحون اصول الاقضية ومناهج الحكماء المرجع السابق ص ٣١٦، ٣١٧. وانظر كذلك ابن القيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المؤسسة العربية للطباعة والنشر، القاهرة سنة ١٩٦١ ص ١١٨. ونشر في هذا الصدد انهم قد اختلفوا بالنسبة للمدة التي حبس فيها النبى صلى الله عليه وسلم في تهمة. فمنهم من قال أنها ساعة من نهار ثم خلى سبيل المتهم انظر ابن فرحون ص ٣١٦ ومنهم من قال أنها يوم وليلة، وهو مارواه ابو هريرة وذكره ابن القيم في الطرق الحكمية ص ١١٨.
(١٢٤) انظر ما سبق ص ٣٥ من هذا البحث.

- ٢ — يشترط بعض الفقهاء لجواز الحبس الاحتياطي ان تكون الجريمة التي اتهم بها الشخص من الجرائم الخطيرة كالقتل أو الضرب الذي قد يفضي الى الموت أو الجراح الخطيرة (١٢٥).
- ٣ — كما يشترط بعض الفقهاء ان تكون هنالك دلائل كافية على ارتكاب الجريمة (١٢٦)
- ٤ — وهنالك من الفقهاء من حدد الحبس الاحتياطي بمدة لا يتعداها هي عند عبدالله الزبيري من اصحاب الشافعي مقدرة بشهر واحد لا تتجاوز (١٢٧)، وعند ابن فرحون شهرا أو نحوه (١٢٨).

(١٢٥) يقول ابن فرحون في ذلك: «ومقتضى مذهبنا انه موكول الى اجتهاد الحاكم حبس المدعى للمتهم بالقتل وبالضرب المخوف منه الموت أو الجراح المخوفة، فانه يحبس شهرا أو نحوه فان قويت التهمة بسبب أو لطمخ، زيد في حبسه وان لم تقم عليه بينة وتمادى في حالة واحدة اطلق بعد شهر»، تبصرة الحكام لابن فرحون على هامش فتح العلي المالك ص ٣٣٠.

(١٢٦) ومن ذلك ان يشهد عليه شاهد واحد فيؤجل نظر الدعوى لتكميل نصاب الشهادة واقامة البينة على المتهم، أو شهد عليه شاهدان وأجل الحاكم النظر في الدعوى حتى يتحقق من عدالتهما يقول ابن فرحون في هذا الصدد «وحبس من ادعى عليه بحد من الحدود وقام عليه شاهد واحد مقدار ما يرى الحاكم في ذلك من تأجيل المدعى لتكميل النصاب وكذلك ان قام عليه شاهدان ويعنى النظر في عدالتهما فانه يحبس بقدر ما يجتهد الحاكم للمدعى في تاجيله وحبس السارق قدر ما يكشف عن البينة»، تبصرة الحكام ص ٣٣٠.

ويمكن ايضا استخلاص شرط ان تكون هنالك دلائل كافية لجواز الحبس الاحتياطي مما قاله الماوردي في معرض حديثه عن الجرائم: حيث يقول: «فأما حالها بعد التهمة (اي الجريمة) وقبل نبوتها وصحتها فمعتبر بحال النظر فيها، فان كان حاكما رفع اليه رجل قد اتهم بسرقة أوزنا لم يكن لتهمة بها تأثير عنده ولم يميز ان يحبس للكشف ولا لاستبراء... ولم يسمع الدعوى عليه في السرقة الا من خصم مستحق لما قرف وراعى ما يبدو من اقرار المتهم أو انكاره» انظر الاحكام السلطانية للماوردي ص ٢١٩.

ويمكن ايضا استخلاص هذا الشرط مما قاله ابو يعلى انه «يجوز للامير ان يسمع قرف المتهم من اعوان الامارة من غير تحقيق للدعوة المفسرة، ويرجع الى قولهم في الاخبار عن حال المتهم، وهل هو من أهل الريب؟ وهل هو معروف بمثل ما قرف به ام لا؟ فان برأوه من مثل ذلك خفت التهمة وضعفت وعجل اطلاقه ولم يغلط عليه. وان قرفوه بمثل ما قرف غلظت التهمة واستعمل فيها من حال الكشف ما استدكره...» ابو يعلى الاحكام السلطانية ص ٢٥٨.

(١٢٧) ذكره الماوردي المرجع السابق ص ٢٢٠ وابو يعلى المرجع السابق ص ٢٥٨ وابن فرحون المرجع السابق ص ٣٣٠.

(١٢٨) انظر ابن فرحون تبصرة الحكام على هامش فتح العلي المالك ص ٣٣٠.

ونستخلص من كل ما سبق عرضه أن هنالك رأيين في الفقه الاسلامى في صدد الحبس الاحتياطى ومدى مشروعيته:

الاول: لا يراه مشروعاً ولا يجيزه. ولا جدال في أن هذا الرأى يفوق في رعاية حريات الناس وأمنهم ما تحرص الدساتير الحديثة واعلانات حقوق الانسان وقوانين الاجراءات على تأكيده.

أما الرأى الثانى فيجيزه ولكن بشروط وضوابط وضمانات لا تختلف كثيراً عما تشترطه القوانين الوضعية الحديثة، وتهدف هذه الضوابط وتلك الشروط الى تحقيق التوازن الضرورى بين حق الانسان في الحرية والأمن والطمأنينة، ومصلحة المجتمع في تتبع مرتكبى الجرائم حتى لا يفلت مجرم من العقاب.

ثالثاً — ضمانات المتهم في المحاكمة

تمهيد وتقسيم:

أشرنا فيما سبق أن الناس في نظر الشريعة الغراء سواسية كأسنان المشط، ومفروضة في كل منهم البراءة حتى تثبت ادانته. ولكى تثبت الادانة، لابد من اجراء محاكمة قانونية وعادلة، محاطة بجميع الضمانات التي تمكن المتهم من ممارسة حقه في الدفاع عن نفسه واثبات براءته، وهذا ما حرصت الشريعة الاسلامية على تحقيقه كما سنرى. وبدراسة الفقه الاسلامى نجد أن المتهم عند محاكمته محاط بضمانات أساسية أظهرها:

- أ — أن النظام الاتهامى الذي تأخذ الشريعة به يقف الى جانب المتهم ويحيطه بضمانات جوهرية.
- ب — أخذ الشريعة بنظام الأدلة القانونية في جرائم الحدود فيه تقييد لسلطة القاضى لصالح المتهم.
- ج — حق المتهم في أن يحاكم أمام محكمة مختصة.

- د — حق المتهم في محاكمة عادلة ونزيهة.
- هـ — حق المتهم في الدفاع عن نفسه بنفسه أو استعانتته بمدافع.
- و — حق المتهم في التعويض عن أخطاء القضاء.

ونعرض في بنود ستة لهذه الأمور على التوالى:

(أ) النظام الاتهامي الذي تأخذ به الشريعة يقف الى جانب المتهم ومحيطه بضمانات جوهرية:

لورجعنا الى تاريخ الاجراءات الجنائية، أمكننا ارجاع هذه الاجراءات الى نظامين كبيرين (١٢٩):

— النظام الاتهامي، Le Système accusatoire: (١٣٠). ومن خصائصه أن تحريك الدعوى الجنائية يكون للمتضرر من الجريمة، الذي يقع على عاتقه توجيه الاتهام، وتقديم دليل الادانة، ويكون فيه دور القاضي مقصورا على الموازنة بين الأدلة المقدمة دون أن يتدخل بأى دور في جمعها.

ويجمع شراح قانون الاجراءات الجنائية على أن هذا النظام يقف الى جانب المتهم ومحيطه بالضمانات التي تساعده على اثبات براءته، اذا كان بريئا. لأن الاجراءات فيه تكون شفوية orales، وعلنية Publiques وحضورية تجرى في مواجهة الخصوم.

— ونظام التنقيب والتحري أو كما يطلق عليه البعض النظام التفتيشي أو التحقيقى Système Inquisitoire. ومن خصائصه أنه يترك الاتهام لسلطة معينة هي التي تقوم وحدها بجمع الادلة وتوجيه التهمة واثبات الجريمة، لا لفرد من الافراد، كما أن الاجراءات بمقتضى هذا النظام يغلب عليها طابع التدوين وعدم العلنية، بل والسرية حتى عن الخصوم (١٣١).

(١٢٩) انظر في هذا الموضوع: R. Merle et A. vitu في مؤلفهما عن القانون الجنائي السالف الذكر ص ٥٩ ومابعدها، وانظر كذلك: الدكتور عبد الوهاب حومد: الوسيط في الاجراءات الجنائية الكويتية، مطبوعات جامعة الكويت سنة ١٩٧٤، ص ١٦ ومابعدها، وانظر: الدكتور رؤوف عبيد المرجع السابق، ص ١٧ ومابعدها.

(١٣٠) انظر في النظام الاتهامي، رسالة الدكتور عبد الوهاب العشاوى القاهرة ١٩٥٣ مشار إليها أعلاه.

(١٣١) انظر في هذا النظام: R. Merle et A. Vitu المرجع السابق ص ٦٥ ومابعدها وانظر كذلك الدكتور =

ونستطيع أن نقرر في هذا الصدد أن الشريعة الإسلامية قد أخذت بنظام الاتهام الفردي في أوسع مدى.

ذلك أن مجال الدعوى الجنائية العامة، ضيق في الشريعة الإسلامية، وذلك على خلاف القانون الوضعي، وكانت الصورة الغالبة في مباشرتها أن يقوم بها المحتسب أو والي المظالم الذي يدخل في اختصاصه تحقيق التهمة، فإن رجحت لديه الادانة رفعها الى الناظر في القضاء ليفصل فيها بحكم الله (١٣٢). أما الدعوى الجنائية الخاصة، وهي الدعوى التي علق الشريعة قيامها على المجنى عليه الذي نالته الجريمة مباشرة، فمجالها واسع وأمثلتها عديدة في الشريعة الإسلامية، الى حد أننا نستطيع أن نقرر لكثرتها «أن الشريعة أميل الى تغليب الفكرة الفردية في كثير من الجرائم، وبالتالي الى الأخذ بمبدأ الاتهام الفردي في أوسع مدى. فجرائم الأموال، طبقاً لأحكام الشريعة، هي جرائم خاصة تتوقف الدعوى بها على طلب من نالته الجريمة في ماله كما في السرقة مثلاً. وجرائم القتل والجرح، كلها جرائم فردية وهي رهن بمشيئة المجنى عليهم أو أوليائهم، ان شاءوا أقاموا الدعوى وان شاءوا أوقفوها أو أنهوها أو عفوا عن العقوبة أو صالحوا عليها ولو بعد صدور الحكم بها» (١٣٣).

وقد ترتب على هذا الوضع أن بنت الشريعة الإسلامية أحكام الخصومة الجنائية أساساً على مبادئ الاتهام الفردي في اجراءات الاتهام والمحاكمة والعقاب.

ولا جدال في أن هذا النظام يقف الى جانب المتهم ويحيطه بضمانات أساسية، تساعد في الحصول على حقوقه وخاصة اثبات براءته. ذلك أنه في ظله تكون الضمانات على أوسع نطاق (١٣٤).

== رؤوف عبيد منوه عنه اعلاه ص ١٩ وما بعدها والدكتور عبد الوهاب حومد المرجع السابق ص ١٧ وما بعدها.

(١٣٢) انظر رسالة الدكتور عبد الوهاب المشماوى منوه عنها اعلاه ص ٣٤٢، ٣٤٧ وما بعدها ومجال هذه الدعوى محصور في حدود الزنا وشرب الخمر ومحاربة الدين والردة، وما هو مقرر من التعزيرات على المنكرات التي فيها حق الله، انظر نفس المرجع ص ٣٤٥.

(١٣٣) نفس المرجع ص ٣٥٤.

(١٣٤) لم نشأ أن نتعرض بالتفصيل لشهية الاجراءات أمام المحكمة وعلنيتهما وأنها حضورية تجري في مواجهة الخصوم وذلك لان المقام لا يتسع لذلك في هذا البحث المحدود الصفحات من ناحية ولعلمنا أن هنالك ==

(ب) أخذ الشريعة في جرائم الحدود والقصاص بنظام الأدلة القانونية، فيه تقييد من سلطة القاضي لصالح المتهم:

يمكن القول أن القانون المقارن عرف نظامين في الاثبات في المواد الجنائية (١٣٥):
— نظام الاثبات الوجداني ويطلق عليه أحياناً نظام الأدلة الأدبية أو المعنوية Le système des preuves morales أو نظام حرية الأدلة Liberté des preuves وفيه لا يقيّد القانون أطراف الخصومة بعرض أدلة معينة، وللقاضي أن يقتنع بأي دليل مادام يؤدي الى النتيجة التي انتهى اليها، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر. فأساس هذا النظام هو حرية قاضي الموضوع في تقدير الأدلة القائمة في الدعوى.

— أما النظام الثاني فهو نظام الاثبات القانوني، أو نظام الأدلة القانونية Le système des preuves légales وفيه يحدد القانون الأدلة التي يجوز تحقيقها والاستناد اليها في الحكم. ومقتضاه أن يتقيد القاضي في حكمه بالادانة أو بالبراءة بأنواع معينة من الأدلة طبقاً لما يرسمه له المشرع، دون أن يأبه في ذلك بمدى اقتناع القاضي بصحة ثبوت الواقعة أو عدم ثبوتها، وبعبارة أخرى يقوم اقتناع المشرع بصحة الاسناد أو عدم صحته مقام اقتناع القاضي.

وتأخذ الشريعة الغراء — في الجرائم الخطيرة — وهي جرائم الحدود والقصاص بنظام الأدلة القانونية، أما في جرائم التعزير فيمكن القول أن الأصل هو حرية الاثبات وحرية القاضي في الاقتناع وفي تكوين عقيدته من أي دليل، لا سلطان عليه في ذلك الا لضميره.

فجرائم الحدود والقصاص تثبت بالبينّة أو الاقرار، أما البينة فيشترط ضرورة وجود أربعة من الذكور في الشهادة على الزنا، ورجلين في الشهادة على بقية الحدود وفي القصاص.

بحث سيقدم للمؤتمر مخصص لاجراءات التقاضي لذلك اكتفينا بمجرد الاشارة اليها ونحيل في موضوعها الى الرسالة القيمة التي تقدم بها زميلنا الدكتور محمد نعيم عبد السلام ياسين الى كلية الشريعة والقانون بجامعة الازهر لنيل درجة العالمية «الدكتوراه في الشريعة الاسلامية» عام ١٩٧٢ والرسالة بعنوان «نظرة الدعوى بين الشريعة الاسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية»، وقد نشرتها وزارة الاوقاف والشئون والمقدسات الاسلامية. الاردن بدون تاريخ انظر على الاخص القسم الثاني ص ٢٥ وما بعدها. (١٣٥) انظر في ذلك الدكتور محمود مصطفى المرجع السابق الجزء الاول ص ٧ وما بعدها والدكتور رؤوف عبيد المرجع السابق ص ٦٧٢ وما بعدها والدكتور عبد الوهاب حومد المرجع السابق ص ١٧٩ وما بعدها.

كما تتطلب الشريعة في الشاهد أن يكون عاقلاً بالغاً، على القول المشهور، حراً، ناطقاً ليس بأخرس، مبصراً ليس بأعمى، لم يسبق له أن حد في قذف، وأن لا يكون أصلاً ولا فرعاً للمشهود، وأن لا تكون بينهما زوجية، ولا عداوة دنيوية، وأن يكون عدلاً. كما لا يؤخذ بأقوال المجنى عليه بصفته شاهداً، ولا بالشهادة السماعية، ولا باليمين ولا بشهادة النساء.

أما الاقرار فقد اشترط فيه أن يكون نصاً في اقرار الجرم، ولقد اختلف في شأنه من حيث التكرار، والراجع وجوب تكراره بقدر عدد الشهود (١٣٦).

وتطبيقاً لمبدأ درء الحدود بالشبهات تدرأ العقوبة المقدرة في جرائم الحدود بالشبهة. فاما أن يترتب على ذلك تبرئة المتهم مما أسند اليه، واما أن يؤدي ذلك الى توقيع عقوبة تعزيرية، وعندئذ لا يتقيد الاثبات بأدلة معينة بل يخضع لمبادئ نظام الاثبات الحر.

وهكذا نجد أن الشريعة الاسلامية قد أخذت بنظام الأدلة القانونية في اثبات جرائم الحدود والقصاص. وهذا النظام يقف الى جانب المتهم ويحقق مصلحته. فلا يحكم عليه بالعقوبة الا بناء على أدلة معينة، يرى المشرع أن فيها من الثقة ما يدعو الى تصديقها. ولا شك أن في هذا النظام ضماناً للمتهمين ضد خطأ القضاء أو تسرعه، كما أن المتهم يكون في ظله بمنجاة من الحكم عليه، اذا عجز الادعاء عن تقديم الأدلة المطلوبة، نوعاً وعدداً وشروطاً، لأن القاضي بدونها، يقف مكتوف اليدين ولا يجوز له الاعتماد على سلطة تقديرية غير محولة (١٣٧).

(ج) حق المتهم في أن يحاكم أمام محكمة مختصة:

ان القضاء هو الأصل في فصل المنازعات طبقاً للشريعة الاسلامية سواء أكانت مدنية أم جنائية (١٣٨).

(١٣٦) انظر في الاقرار ومرتبته بين طرق الاثبات في الشريعة الإسلامية: الموسوعة الفقهية، التي اصدرتها وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية الكويت ١٩٨٠ الجزء الاول ص ٢٣٤، ٢٣٥.

(١٣٧) انظر الدكتور حومد المرجع السابق ص ١٧٩ الدكتور محمود مصطفى المرجع السابق ج ١ ص ٨، ٧. (١٣٨) لو استثنينا والي المظالم وهو درجة ذات ولاية خاصة، لقلنا أن هنالك طبقاً للقواعد الاسلامية جهتين يمكن أن تلقيا الدعوى الجنائية مباشرة وهما القاضي وله اختصاص عام وهو الاصل في فصل المنازعات، والمحتسب وله ولاية قاصرة على ما يتعلق بالغش والتدليس في المعاش وغيرها من الدعاوى التي لا يدخلها التجاحد والتناكر ولا تحتاج الى بينة أو اثبات أو يمين انظر مقدمة ابن خلدون ج ٢ ص ٧٤٦ وانظر كذلك الماوردى الاحكام السلطانية منوه عنه أعلاه ص ٢٤١، ٢٤٢.

وكان لهذا الاختصاص قواعد نعرضها من جوانب ثلاثة:

١ — من حيث شخص المتهم (الاختصاص الشخصي).

٢ — الاختصاص النوعي.

٣ — الاختصاص المكانى.

(١) الاختصاص الشخصى:

لورجعنا لأحكام القوانين الوضعية لوجدناها تستثني من اختصاص المحاكم العادية فئات معينة من الناس: كاستثناء رجال الجيش الذين يخضعون في محاكماتهم لاختصاص جهات استثنائية هي المحاكم العسكرية، وعدم جواز محاكمة رئيس الدولة في الأنظمة البرلمانية لأن ذاته مصونة لا تمس، وفي الأنظمة الجمهورية لا يحاكم إلا جريمة الخيانة العظمى وأمام محكمة خاصة، وكاستثناء الممثلين السياسيين للدول الأجنبية من الخضوع للقضاء الجنائى للدولة المضيضة... وما الى ذلك من الاستثناءات.

أما في الدولة الاسلامية، فلا نجد أثرا لهذه الاستثناءات فالقضاء الاسلامى يختص بنظر كل دعوى عن جريمة وقعت داخل اقليم الدولة الاسلامية دون استثناء.

فالسطة القضائية في النظام الاسلامى لها الولاية الكاملة على كل القاطنين في اقليم الدولة والسطة الكاملة على كل الافراد، ابتداء من الاجير وانتهاء بالامير.

فها هو على بن أبى طالب وهو خليفة المسلمين يقف أمام شريح القاضى ليقتضى بينه وبين اليهودى في ملكية درعه الذي افتقده لما توجه الى قتال معاوية (١٣٩)، وها هو الخليفة المأمون يمثل أمام القاضى يحيى بن أكثم الصيفى قاضى بغداد في زمنه ليقتضى بينه وبين رجل من عامة الشعب (١٤٠). وغير ذلك من الأمثلة الحية التي تدل على أن القضاء الاسلامى له الولاية على كل القاطنين في اقليم الدولة دون استثناء أو تفرقة أو تمييز. والتي لا يتسع المجال في هذا البحث للافاضة فيها وتزخر بها كتب التاريخ الاسلامى.

(١٣٩) انظر كتاب (اخبار القضاة) لمحمد بن خلف بن حيان الجزء الثاني ص ٢٠٠.

(١٤٠) انظر في كتاب المحاسن والمساوىء الجزء الثانى للبيهقى ذكره ابراهيم نجيب محمد عوض في كتابه عن القضاء الاسلامى، تاريخه ونظامه، مطبوعات مجمع البحوث الاسلامية القاهرة، ١٩٧٥، ص ٨١، ٨٢.

(٢) الاختصاص النوعي:

وهو أن تختص محكمة بنوع معين من القضايا، كالمدينة أو التجارية أو الجنائية. فلا يصح أن تنظر في غيرها لا في دائرة اختصاصها المكاني ولا في غيرها. وقد عرف الفقه الاسلامي تخصص القاضى بنظر نوع من القضايا دون غيره. فيذكر الماوردى في كتابه الأحكام السلطانية: «وإذا قلد قاضيان على بلد و يرد الى أحدهما نوع من الأحكام وإلى آخر غيره كرد المدنيات الى أحدهما والمناكح الى الآخر فيجوز ذلك و يقتصر كل واحد منهما على النظر في ذلك الحكم الخاص...» (١٤١).

بل يصح أيضا أن يكون القضاء في النوع الواحد على درجات، فيختص قاض بنظر بعض الجرائم غير الخطيرة كالمخالفات والجنح، وآخر بالجرائم الخطيرة كالجنايات، أو أن يختص قاض بنظر بعض الدعاوى التي تكون قيمة النزاع فيها لا تتجاوز مبلغا معيناً على أن ينظر الدعاوى التي يزيد نصابها عن هذا القدر أمام قاض آخر. فهذا عمر يقول لأحد قضاة «ردعن الناس في الدرهم والدرهمين» (١٤٢). كما قال أبو عبد الله الزبيرى: «لم يزل الامراء عندنا بالبصرة برهة من الدهر يستقضون قاضيا على المسجد يسمونه قاضى المسجد يحكم في مائتى درهم وعشرين دينارا فما دونها و يفرض النفقات ولا يتعدى موضوعه ولا ما قدر له» (١٤٣).

(٣) الاختصاص المكاني:

وقد عرف الفقه الاسلامى فكرة تقيد القاضى بالقضاء في بلد معينة أو ناحية منها فلا تكون له ولاية قضائية على أى جهة أخرى منها (١٤٤)، بحيث يشمل اختصاصه الحوادث الواقعة في دائرة اختصاصه، دون نظر الى محل اقامة المتخاصمين، أو أن تكون ولايته

(١٤١) انظر الماوردى المرجع السابق ص ٧٣.

(١٤٢) انظر محمد سلام مذكور المدخل للفقه الاسلامى دار النهضة العربية الطبعة الثالثة سنة ١٩٦٦، ص ٣٦٥، ٣٦٤.

(١٤٣) ذكره الماوردى المرجع السابق ص ٧٣.

(١٤٤) ويقول الماوردى في هذا الخصوص: «ولو قلد الحكم فيمن ورد اليه في داره أو في مسجده صح ولم يجر ان يحكم في غير داره ولا في غير مسجده لانه جعل ولايته مقصورة على من ورد الى داره أو مسجده وهم لا يتعينون الا بالورود اليها فلذلك صار حكمة فيها شرطا» الماوردى الاحكام السلطانية، ص ٧٣.

على سكان هذه الجهة المقيمين فيها دون الطائرين عليها. وفي هذه الحالة تكون جهة الاختصاص عند اختلاف محل الإقامة هو قاضي موطن المدعى عليه، ذلك أن ذمة المدعى عليه بريئة حتى يثبت العكس، فليس من العدل أن يكلف عناء ومشقة الانتقال قبل ثبوت شغل ذمته أو ادانته (١٤٥)، بل ذهب البعض الى أن العبرة في تحديد القاضي المختص بنظر الدعوى تكون لاختيار المدعى عليه (١٤٦).

ويتضح لنا مما عرضناه ان حق المتهم في أن يمثل أمام محكمة مختصة مكفول في الشريعة الاسلامية، كما يتضح لنا أن الفقهاء لم يختلفوا في جواز تنظيم الاختصاص القضائي تنظيماً دقيقاً من حيث الاختصاص النوعي والمكاني، كما هو الحال عليه في القوانين الوضعية المعاصرة. وعلى الأخص اذا ما عرفنا أن فكرة اشتراك أكثر من قاضي في نظر الدعوى أمر أجازاه الاسلام وعرفه (١٤٧) وأن ما جدّ اليوم من تنظيم لدرجات التقاضي وطرق الطعن المختلفة، كالمعارضة والاستئناف والنقض وتحديد مواعيده، وإن لم يكن قد عرف للفقهاء من قبل إلا أن قواعد الفقه الاسلامي لا تنافيه بل تتفق معه (١٤٨).

(د) حق المتهم في محاكمة عادلة ونزيهة:

ان الشريعة الغراء قد ضمنت للمتهم حقه في محاكمة عادلة ونزيهة ونعرض في هذا الصدد بإيجاز شديد لأمرين:

١ - التزام القضاء الاسلامي بمبادئ العدل والمساواة.

٢ - ضمانات نزاهة القضاء الاسلامي.

(١٤٥) انظر: محمد سلام مذكور المرجع السابق ص ٣٦٤.

(١٤٦) انظر: رسالة الدكتور محمد نعيم عبد السلام ياسين في «نظرية الدعوى» منوه عنها اعلاه الجزء الاول ص ٢٢٤. وانظر في اختلاف آراء الفقهاء في هذا الموضوع، نفس المرجع ص ٣٢١ وما بعدها.

(١٤٧) انظر، الدكتور محمد سلام مذكور، المرجع السابق، ص ٣٦١. وانظر كذلك: الدكتور محمد فاروق النبهان، نظام الحكم في الاسلام، مطبوعات جامعة الكويت، سنة ١٩٧٤ ص ٦٤١. ويذكر الدكتور النبهان نقلاً عن كتاب تاريخ القضاء في الاسلام، لمحمود عرنوس ص ٩٣، ان صاحب كتاب مسلك الابصار قد ذكر «أن بعض الخصومات الكبيرة كانت تنظر أمام القضاة الأربعة، ويدعونهم كانوا يجتمعون في مسجد دمشق بأمر نائب السلطان ويتداولون في المسائل المفصلة التي لا يستطيع قاضي واحد أن ينظر فيها بمفرده أو أن يفرد فيها برأى ويصدرون فيها حكماً جامعياً صادراً منهم» انظر، الدكتور النبهان نفس المرجع، ٦٤١.

(١٤٨) انظر، الدكتور محمد سلام مذكور، المرجع السابق، ص ٣٦٧، ٣٦٨.

(١) التزام القضاء الاسلامى بمبادئ العدل والمساواة:

العدالة المطلقة والمساواة تؤام لها، سمة لازمة للمجتمع الاسلامي وخصيصة من خصائصه، ومبادئ العدل والمساواة مستقرة منذ فجر الاسلام في ضمير المجتمع الاسلامي ويجري حكمها في مواجهة السلطات في الدولة الاسلامية وفي مقدمتها السلطة القضائية، وهذه المبادئ تستمد مصدر حجيتها وصفة الزامها من القرآن الكريم، والسنة النبوية: ومن ذلك قوله تعالى «يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وانثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا ان أكرمكم عند الله أتقاكم» (١٤٩) وقوله تعالى «انما المؤمنون أخوة» (١٥٠) و يكفي للدلالة على حرص الاسلام على العدل والمساواة ان كلمة العدل—والمساواة صورة من صور— قد وردت في الكتاب المنزل في أكثر من أربعة عشر موضعاً، كما أن كلمة القسط بمعنى العدل والمساواة وردت هي الأخرى في أكثر من ستة عشر موضعاً في القرآن الكريم.

أما السنة النبوية فهي زاخرة بالدعوة الى العدل والمساواة ومن ذلك قول الرسول الامين صلى الله عليه وسلم: «الناس سواسية كأسنان المشط لافضل لعربي على أعجمي الا بالتقوى». بل ان أول وثيقة دستورية أصدرها النبي الكريم بصفته حاكماً لدولة المدينة، تكررت فيها كلمة «القسط» و «العدل» أكثر من تسع مرات (١٥١).

ولقد جاء في كتاب عمر بن الخطاب رضى الله عنه الى القاضي أبى موسى الاشعري: «واسى بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك، حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك» (١٥٢) وقد روت أم سلمة رضى الله عنها: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لفظه واشارته ومقعد» (١٥٣).

(١٤٩) سورة الحجرات: ١٣.

(١٥٠) سورة الحجرات: ١٠.

(١٥١) انظر رسالة الدكتور منير حيد البياتي، الدولة القانونية في النظام السياسى الاسلامى، إدار العربية للطباعة بغداد، الطبعة الأولى، ١٩٧٩، ص ١١٦. وتتكون وثيقة المدينة من ٤٧ بنداً وهي منشورة في كتاب «الوثائق السياسية للعهد النبوى والخلافة الراشدة» للدكتور محمد حميد الله، ص ٤١ — ٤٧.

(١٥٢) انظر هذا الكتاب في الماوردى، الأحكام السلطانية، منوه عنه أعلاه، ص ٧٦.

(١٥٣) ذكره الدكتور محمد نعيم ياسين، في رسالته سالفه الذكر، القسم الثانى، ص ١١، ومصدره في ذلك سنن الدارقطنى، الجزء ٤ ص ٢٠٥ والسنن الكبرى ج ١٠، ص ١٣٥.

وجاء الفقهاء المسلمون ليؤكدوا على هذا المعنى فقالوا: ان على القاضي : التسوية بين الخصوم في المدخل واللحظ واللفظ والمجلس ، من دون تمييز بين الشريف والمشراف والحر والعبد، والمسلم وغير المسلم.

والتاريخ الاسلامي زاخر بأمثلة فريدة تتضمن مستوى رفيعا في تحقيق العدل والمساواة أمام القضاء لا يتسع المقام لذكرها.

(٢) ضمانات نزاهة القضاء الاسلامي:

يتضمن النظام الاسلامي ضمانات عديدة تكفل نزاهة القضاء الاسلامي منها:
استقلال القضاء الاسلامي وحماية القاضي من العزل الاسباب معينة، (١٥٤) وأساس اختيار القاضي والشروط الواجب توافرها فيه، وتقرير مسؤولية القاضي اذا خرج عن أحكام القانون الاسلامي، (١٥٦) وعدم جواز ان يحكم القاضي الاسلامي بناء على علمه (١٥٧)، ووجوب أن يكون دليل الحكم وليد اجراء صحيح (١٥٨) ووجوب أن يبنى القاضي حكمه على الجزم واليقين (١٥٩).

(١٥٤) انظر في استقلال القضاء في الاسلام، رسالة الدكتور منير حميد وهي بعنوان «الدولة القانونية والنظام السياسي الاسلامي»، الدار العربية للطباعة، بغداد ١٩٧٦، ص ٤٢٢ ومابعداها.

(١٥٥) انظر في أساس اختيار القاضي والشروط الواجب توافرها فيمن يلى القضاء: الماوردي، الأحكام السلطانية: المرجع السابق، ص ٦٥ ومابعداها أبو يعلى، الأحكام السلطانية: مرجع منوه عنه أعلاه، ص ٦٠ ومابعداها وانظر كذلك كتاب «أدب القضاء» وهو الدرر المنظومات في الاقضية والحكومات، لابن ابي الدم، تحقيق الدكتور محمد مصطفى الزجبي، مطبعة زيد بن ثابت، دمشق ١٩٧٥، ص ٢١ ومابعداها.

(١٥٦) انظر في تقرير مسؤولية القاضي، ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سبق ذكره، الجزء الأول، ص ٧٩. وانظر كذلك الدكتور محمد سلام مذكور، المرجع السابق، ص ٣٧٢.

(١٥٧) انظر في هذا الموضوع، الماوردي المرجع السابق ٧٠، وانظر كذلك ابن فرحون تبصرة الحكام، المرجع السابق الجزء الثاني، ص ٢٣ ومابعداها. وانظر كذلك المغني ج ٩، ص ٥٣، وانظر في الفقه المعاصر، محمد سلام مذكور، المرجع السابق، ص ٣٥٣. وانظر كذلك الموسوعة الفقهية، مرجع منوه عنه أعلاه، ص ٢٤٣.

(١٥٨) فاذا كان الدليل آت عن طريق التجسس مثلا فلا يجوز الاستناد اليه.

(١٥٩) ذلك أن الشك يجب أن يفسر لصالح المتهم كما سبق القول، تطبيقا لمبدأ قرينة البراءة التي تأخذ به الشريعة الاسلامية وتطبيقا لقاعدة درء الحدود بالشبهات.

ونعتقد جازمين أن هذه الضمانات كفيلة بأن تحفظ على القضاء الاسلامى حيده ونزاهته (١٦٠).

ويتضح من كل ما سبق بسطه أن الشريعة الاسلامية قد ضمنمت للمتهم الحق في محاكمة عادلة ونزيهة.

(هـ) حق المتهم في الاستعانة بمدافع (١٦١):

المستقر في القوانين الوضعية المعاصرة أن للمتهم الحق في أن يدافع عنه محام في مسائل الجنايات وعلى الدولة أن تتدب محاميا للدفاع عنه عند عدم استطاعته توكيل أحد المحامين، والا كانت محاكمته دون مدافع باطلة، وهذه القاعدة لا استثناء عليها حتى ولو كان المتهم محاميا.

أما في مسائل الجنح فهذه رخصة له أن يستعملها وذلك بتوكيل مدافع عنه كما له أن لا يستعملها ويقوم بالدفاع بنفسه عن نفسه.

ولقد اتضح لنا مما سبق ذكره أن حق المتهم بالدفاع عن نفسه بنفسه قد صانته الشريعة الاسلامية، وذلك بتقريرها الضمانات الكافية له في مرحلتى الاستدلال والتحقيق الابتدائى، ولكفالتها حقه في أن يمثل أمام محكمة مختصة وأن يحاكم أمام محكمة عادلة ونزيهة تتوافر له فيها جميع الضمانات.

و يبقى الآن أن نجيب على سؤال من الاهمية بمكان وهو:

هل يجوز للمتهم في ظل أحكام الشريعة الاسلامية أن يستعين بمحام يدافع عنه في ساحة القضاء، ويعينه على اثبات براءته؟

(١٦٠) ومن ذلك أن أمير المؤمنين علي بن أبى طالب قد خاصمه أحد اليهود عند القاضى شريح المولى من قبله، وأن هارون الرشيد قد خاصمه أحد المسيحيين عند القاضى أبويوسف المولى من قبله، وقد حكم القاضيان على الخليفين اذا كان الحق مع خصميهما. أنظر، محمد سلام مذكور، المرجع السابق، ص ٣٥٩.

(١٦١) أنظر في استعانة المتهم بمحام في ظل أحكام القوانين الوضعية، رسالة الدكتور حسن محمد علوب التي تقدم بها للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق من كلية حقوق جامعة القاهرة عام ١٩٧٠، وهي بعنوان: (استعانة المتهم بمحام في القانون المقارن).

ولا نتردد في أن نجيب على هذا التساؤل بالإيجاب ان نظرنا الى الحقائق الآتية:

١) حق المتهم في الاستعانة بمدافع يجد اساسه في نظام الوكالة في الخصومة: (١٦٢)

لقد أجاز الفقه الاسلامي لكل من — المدعى والمدعى عليه — ان يوكل غيره في الترافع عنه أمام القاضى. واستدل الفقهاء على جواز التوكيل بالخصومة الى مارواه البيهقي في السنن الكبرى عن عبدالله بن جعفر انه قال: «كان علي بن ابي طالب — رضى الله عنه — يكره الخصومة، فكان اذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن ابي طالب، فلما كبر وكلنى (١٦٣). كما استدلو باجماع الصحابة على جوازها، لحدوثها في عصرهم دون انكار من أحدهم عليها.

غير ان الفقهاء قد اختلفوا في التوكيل في اثبات الحدود والعقوبات في استيفائها على الوجه التالى: (١٦٤)

أ — التوكيل في الاثبات:

يفرق الفقهاء فيما اذا كان الاثبات متعلقا بحق من حقوق الله تعالى كالحدود، وبين كونه متعلقا بحق الآدمى كالقصاص والتعزير:

١ — اثبات مايتعلق بحق الله:

يذهب الشافعية والحنفية وبعض الامامية وابوالخطاب من الحنابلة، الى عدم جواز التوكيل في اثبات العقوبات (الجرائم) التي تتعلق بحق الله تعالى، والتي لم يتعلق بها حق للآدمى كحد شرب الخمر وحد الزنا. وحجتهم في ذلك ان هذه العقوبات تسقط بالشبهات، وقد أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بدرئها (١٦٥).

(١٦٢) انظر في نظام الوكالة في الخصومة في الشريعة الاسلامية الرسالة القيمة التي تقدم بها، أحمد حبيب محمد حسين السماك لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، سنة ١٩٧٨، وهي بعنوان «احكام الوكالة في الشريعة الاسلامية» (دراسة مقارنة).

(١٦٣) البيهقي، السنن الكبرى: ج ٦ ص ٨١، ذكره، أحمد حبيب محمد السماك، المرجع السابق، ص ٢٠٤. (١٦٤) اعتمدنا في عرضنا لآراء الفقهاء في هذا الموضوع على تحقيق، أحمد حبيب محمد حسين السماك في رسالته سאלفة الذكر ص ١٠٩ — ١١٢.

(١٦٥) انظر نفس المرجع ص ١٠٩، ومصدره في ذلك: المبسوط للطوسى، ج ٢ ص ٣٦٢، وشرائع الاسلام، ج ١، ص ٢٤٠، والدارقطنى، ج ٣ ص ٨٤.

و يذهب الحنابلة — خلاف ابي خطاب — وبعض الامامية الى جواز التوكيل في اثبات جميع الحدود. واستدلوا على ذلك بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم «واغد أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها». فهذا الحديث صريح للدلالة على جواز التوكيل في اثبات الحدود حتى ولو كانت متعلقة بحق الله تعالى كحد الزنا، وفضلا عن ذلك فقد رد انصار هذا الرأي على حجة انصار الرأي الأول بقولهم: ان الوكيل يقوم مقام الموكل في درء الشبهات المسقطة للحد (١٦٦).

٢ — اثبات مايتعلق بحق الآدمي:

اما التوكيل في اثبات العقوبات المتعلقة بحق الآدمي كالقصاص والتعازير، وبعض الحدود كحد السرقة، والقذف فالحنابلة والشافعية والحنفية — خلاف ابي يوسف — والزيدية والامامية يذهبون الى جواز التوكيل فيها، لأنها حق متعلق بالعبء، فجاز له ان يوكل فيه (١٦٧).

ب — التوكيل في استيفاء العقوبة:

اجمع الفقهاء على جواز التوكيل باستيفاء التعازير سواء أكان الموكل حاضرا أم غائبا، لأنها تتعلق بحق العبد ولا تسقط بالشبهات.

اما بالنسبة للتوكيل، في استيفاء العقوبات المقدرة لجرائم الحدود والقصاص فقد اختلفوا في ذلك فلم يجزه البعض الا اذا كان الموكل حاضرا، واجازه البعض الآخر سواء أكان حاضرا أم غائبا.

فذهب الحنفية (١٦٨)، وبعض الزيدية والحنابلة — في احدى الروايتين عن الامام احمد — وقول عند الشافعية، الى عدم جواز التوكيل في استيفاء العقوبة متى كان

(١٦٦) نفس المرجع، ص ١١٠ ومصدره فيما أورده من حديث: صحيح البخارى: ج ٢، ص ٣٠ وصحيح مسلم، ج ٥، ص ١٢١.

(١٦٧) نفس المرجع، ص ١١٠ ومصدره في ذلك بدائع الصنائع: ج ٦ ص ٢١.

(١٦٨) مذهب الحنفية هذا فيما يختص بالقصاص، والحدود المتعلقة بحقوق الآدميين بحد القذف والسرقة فقط اما الحدود المتعلقة بحق الله تعالى، والتي لا تحتاج الى الخصومة كحد شرب الخمر وحد الزنا فانه لا يجوز عندهم فيها التوكيل لاستيفاء العقوبة سواء كان الموكل حاضرا أو غائبا. انظر احمد السماك المرجع السابق ص ١١١.

الموكل غير حاضر وقت الاستيفاء. لاحتمال اقراره أو تصديقه للرامي فيما رماه به، اذا ما كانت العقوبة متعلقة بحقه كاسقاط الدية، أو اسقاط القصاص بالعفو. فهذه الاحتمالات موجبة للشبهة، والشبهة تمنع من استيفاء العقوبات (١٦٩).

اما جمهور الفقهاء من المالكية، والامامية، والظاهرية، والرواية الأخرى للامام أحمد، والقول الثاني عند الشافعية، فيذهبون الى جواز التوكيل لاستيفاء العقوبات مطلقاً، سواء أكان الموكل حاضراً أم غائباً (١٧٠). وقد استدلو على ذلك بحجج اظهرها: «أن قضاة النبي (صلى الله عليه وسلم) كانوا يحكمون في البلاد، و يقيمون الحدود التي تدرأ بالشبهات مع احتمال الفسخ.

— ان ما جاز استيفاؤه بحضرة الموكل جاز استيفاؤه بغيبته، كالحقوق وان احتمال العفو بعيد، والظاهر عدمه، ولو أراد العفو لبعث الى وكيله واعلمه بعفوه.

— انه لا يحتاج في استيفاء الحدود باحضار الشهود، مع احتمال رجوعهم عن الشهادة أو تغيير اجتهاد الحاكم فكذلك الامر هنا» (١٧١).

ونخلص مما عرضناه من آراء الفقهاء حول هذا الموضوع الى النتائج الآتية:

أولاً: بالنسبة للتعاذير فقد أجمع الفقهاء على جواز التوكيل فيها سواء في اثبات العقوبة أو في استيفائها.

ثانياً: اما بالنسبة لجرائم الحدود والقصاص فهناك فريق من الفقهاء يميز التوكيل فيها من حيث الاثبات والاستيفاء وسواء كانت متعلقة بحق الله أو بحق العبد وسواء أكان الموكل حاضراً أم غائباً.

ثالثاً: ان من لم يميز التوكيل في جرائم الحدود والقصاص سواء من حيث الاثبات أو من حيث الاستيفاء لم يميزه في غياب الموكل لاحتمال اقراره أو تصديقه ان كان حاضراً اذا ما كانت العقوبة متعلقة بحق الله تعالى، أو احتمال عفوه اذا ما كانت

(١٦٩) المرجع السابق، ص ١١١.

(١٧٠) وقد ذهب بعض الزيدية الى عدم جواز التوكيل في استيفاء الحدود والقصاص مطلقاً سواء حضر الموكل أم غاب، انظر نفس المرجع، ص ١١١. ومصدره في ذلك البحر الزاخر: ج ٥ ص ٦٣.

(١٧١) نفس المرجع، ص ١١١.

العقوبة متعلقة بحق العبد. فهذه الاحتمالات التي يثيرها غياب الموكل موجبة للشبهة وقد امر الشارع بدرء الحدود بالشبهات. فسبب عدم الجواز اذا هو وجود الشبهة في حالة غياب الموكل فاذا كان الموكل حاضرا زالت الشبهة وكان جواز التوكيل في اثبات واستيفاء جميع العقوبات جائزا اتفاقا (١٧٢).

وهكذا نخلص الى ان حق المتهم بالاستعانة بمحام يجد اساسه في نظام الوكالة في الخصومة في الاسلام.

٢) حق المتهم في الاستعانة بمحام يجد اساسه في نظرية المصالح المعتبرة:

يبدو لنا أن استعانة المتهم بمُدافع، حتى اذا لم نخضعها لتكييف الوكالة، ونظرنا اليها كعمل متميز عن الوكالة في الخصومة، يمكن ردها الى نظرية «المصالح المعتبرة» في الفقه الاسلامي.

فالتأمل في أحكام الشريعة الغراء سوف يلمس روحها في بناء تشريعها على الحكمة المتمثلة في اعتبار مصالح العباد بجلب مايصلحهم ودفع مايضرهم، وإن الشارع الحكيم قد وجه الى ذلك المعنى فيما سلكه من تقليل لبعض الاحكام، وإن الصحابة وكثير من الفقهاء المتقدمين قد سلكوا هذا المسلك، فربطوا الاحكام بما يؤدي اليها و يقتضيها من شئون العباد دون تعارض مع روح الاسلام واتجاهه (١٧٣).

والمصالح المعتبرة التي حماها الاسلام بتقرير العقاب عند الاعتداء عليها ترجع عند الغزالي الى اصول خمسة هي: حفظ الدين، وحفظ النفس، وحفظ العقل، وحفظ النسل، وحفظ المال (١٧٤).

(١٧٢) وذلك باستثناء مذهب اليه الاحناف بالنسبة للحدود المتعلقة بحق الله تعالى والتي لا تحتاج الى الخصومة، كحد الزنا وشرب الخمر والتي لا يميزون فيها التوكيل سواء كان الموكل حاضرا ام غائبا كما سبق القول.

(١٧٣) انظر الدكتور محمد سلام مذكور، المرجع السابق، ص ٢٥٨.

(١٧٤) انظر الغزالي، المستصفى، مرجع سابق ذكره، الجزء الاول، ص ٢٧٧.

والمحافظة على النفس عند فقهاء الشريعة «هي المحافظة على حق الحياة الكريمة. ويدخل في عمومها المحافظة على كل أجزاء الجسم. كما يدخل فيها الامور المعنوية كالمحافظة على الكرامة، والابتعاد عن مواطن الالهانة، والحرية ومنع الاعتداء على اى امر يتعلق بها، ومن ذلك، حرية العمل، وحرية الفكر، وحرية الإقامة، وغير ذلك مما تعد الحرية فيه من مقومات الحياة الانسانية الحرة التي تراول نشاطها في دائرة المجتمع الفاضل، من غير اعتداء على أحد(١٧٥).

وعلى اساس من هذا التعريف لا يداخلنا الشك في ان معاونة المتهم للدفاع عن نفسه واثبات براءته أو مقدار مسؤوليته تحقق مصلحة معتبرة تدخل في نطاق المحافظة على النفس(١٧٦).

وحتى اذا لم تدخل استعانة المتهم بالمدافع بالقياس في الضرورات الخمس المذكورة فانها تدخل في مصالح الناس الحاجية وهي التي يفتقر الناس اليها من حيث التوسعة ودفع الضرر، مادامت تجلب منفعة راجحة عامة لاشخصية ولا تعارض نصا أو حكما وليس في الشرع ما يمنعها(١٧٧) وتكون بالتالى مصلحة مرسلة متمشية مع احكام التشريع والفقه الاسلامى(١٧٨).

فالمتهم قد يجد نفسه غير قادر على مواجهة خصمه لما يعرف عن هذا الخصم من الشدة في الخصومة، بل قد لايتوصل الى اثبات براءته لو تولى بنفسه المرافعة امام القاضى، فاذا منعه من الاستعانة بمدافع نكون قد اوقعنا به الضرر، خاصة في عصرنا الحاضر، حيث فسدت الذمم وكثرت الدعاوى الكيدية والاتهامات الزائفة والبلاغات الكاذبة، وتعددت فيه أمور الحياة، وكثرت فيه المشاكل والمنازعات، حتى غدت المرافعة امام القضاء نفص غبار التهمة واجلاء براءة المتهم أو تحديد مقدار مسؤوليته، حق لا يمارسه الا المتخصصون.

ولا يمكن لاحد اليوم ان ينكر دور المحامين وما يؤدونه من اعمال ومهام جليلة في

(١٧٥) انظر الشيخ محمد أبو زهرة الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامى - العقوبة - مرجع منه عنه اعلاه، ص ٣٨.

(١٧٦) انظر رأيا مماثلا للدكتور حسن محمد علوب في رسالته سالفة الذكر ص ٤٩ - ٥٠.

(١٧٧) انظر الدكتور محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص ٢٥٥ - ٢٥٦.

(١٧٨) قرب من ذلك، الدكتور حسن محمد علوب المرجع السابق، ص ٥١.

خدمة العدالة من كشف للحقيقة، ومقدرة على دحض الحجج والمزاعم ومساهمة في توفير الوقت امام القضاء لمعرفة بما هو مفيد في بيان الحقيقة دون اطالة في الكلام أو استرسال في المرافعة، وبذلك يكون القاضي من ايصال العدالة الى الناس بسهولة وسرعة و يسر وهو أمر مندوب اليه في الاسلام(١٧٩).

(و) حق المتهم في التعويض عن اخطاء القضاء :

في ظل الشريعة الاسلامية للمتهم الحق في التعويض عن اخطاء القضاء فاذا تعمد القاضي الجور وحكم على المتهم حكماً ظالماً محابياً بذلك شريعاً من الشرفاء أو سلطة من السلطات، فان ذلك في نظر الشريعة جريمة يستحق عليها التعزير والعزل، كما يلزمه الضمان في ماله لتعويض ما ترتب على خطئه من اضرار لحقت بالمتهم.

أما اذا كان الخطأ غير متعمد فتلزم التفرقة بين حقوق العباد وحقوق الله : فاذا كان الخطأ غير المتعمد في حق من حقوق العباد وكان الحكم نهائياً ونفذ فان كان أساس الخطأ تدليس المدعى فيما اثبت به الدعوى كان الضمان في ماله حتى ولو كان الحكم بالقصاص فانه تلزمه الدية.

أما اذا كان المقضي فيه حقاً من حقوق الله تعالى كحد شرب الخمر والزنا والسرقة، فالضمان يقع في بيت مال المسلمين، ولا مسؤولية على القاضي لان ولايته في واقع الامر يرجع استمداها من عامة المسلمين، وهو يمارس وظيفته القضائية للصالح العام، ومن ثم لا يلزمه الضمان في ماله بل ينبغي ان يكون في بيت المال (١٨٠).

رابعاً

حقوق المحبوس

يقول ابن قيم الجوزية : «ان الحبس الشرعي ليس هو الحبس في مكان ضيق، وانما هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه سواء كان في بيت أو مسجد، أو كان بتوكيل الخصم

(١٧٩) قرب من ذلك ماذهب اليه، أحمد حبيب محمد حسين السماك، في رسالته للمجستير، سאלفة الذكر، ص ٢٠٧، ٢٠٦.

(١٨٠) انظر الدكتور محمد سلام مذكور، المرجع السابق، ص ٣٦٢، وانظر كذلك الدكتور محمد فاروق النيهان، المرجع السابق، ص ٦٥٠، ٦٥١.

أو وكيله عليه وملازمته له، أو يقيم عليه حافظ، وقد سمي ذلك بالترسيم، وسمى المحبوس أسيراً» (١٨١)، ثم يضيف قائلاً: ان هذا كان هو الحبس على عهد النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر الصديق رضي الله عنه. فلم يكن هناك حبوس معدة لحبس الخنصوم (١٨٢). ولكن لما انتشرت الرعية في زمن عمر بن الخطاب اشترى دارصفوان بن أمية، بأربعة آلاف درهم وجعلها حبساً (١٨٣).

ولقد اختلف الفقهاء في مشروعية الحبس ومقدار مدته، ولكن التاريخ الاسلامي يثبت ان الحبس كان يطبق كعقوبة تعزيرية (١٨٤). لذلك رأينا ان نعرض، في ختام هذا المبحث، ولو بعبالة لحقوق المحبوس.

والرأي الراجح في الفقه ان المحبوس لا يهان، ولا يضرب، ولا يعذب ولا يقيد مالم يخف فراره ولا يؤجر (١٨٥).

وتجدر الإشارة ونحن في هذا الصدد الى أن القاضي أبو يوسف صاحب الامام ابي حنيفة يذهب في تقرير ضمانات وحقوق للمحبوسين مذهباً لم تصل اليه فيما نرى كثير من القوانين الوضعية المعاصرة.

فهو يذكر اولاً ما رواه جعفر بن برقان عن عمر بن عبد العزيز انه كتب الى ولاته في شأن المسجونين: لا تدعن في سجونكم احداً من المسلمين في وثائق لا يستطيع ان يصلي قائماً، ولا يبيت في قيد الآ رجل مطلوب بدم، واجروا عليهم من الصدقة ما يصلحهم في طعامهم وملبسهم والسلام (١٨٦).

(١٨١) انظر ابن القيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المؤسسة العربية للطباعة والنشر، ١٩٦١، ص ١١٩، ١٢٠.

(١٨٢) نفس المرجع، ص ١١٩.

(١٨٣) ابن القيم الجوزية، نفس المرجع، ص ١٢٠.

(١٨٤) انظر رسالة الدكتور عبد العزيز عامر، عن التعزير في الشريعة الاسلامية، منوه عنها اعلاه، ص ٣٦١ وما بعدها.

(١٨٥) ويذكر البعض ان المحبوس لا يجوز ان يمنع من جاع زوجته ان احتاج اليه، انظر في ذلك ابراهيم نجيب محمد عوض، القضاء في الاسلام، منوه عنه اعلاه، ص ٢٧٤.

(١٨٦) أبو يوسف في كتابه «الخراج» منوه عنه اعلاه، ص ١٥٠.

ثم يقرر أبو يوسف بعد ذلك عدم جواز تعذيبهم أو ضربهم لأن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن ضرب المصلين . ومعنى هذا الحديث عند أبي يوسف أنه لا يجوز الاقدام على ضرب المحبوسين سواء أكانت الجريمة صغيرة أم كبيرة (١٨٧) .

كما يقرر أبو يوسف انه يجب ان يجري على المحبوسين رواتب شهرية تدفع الى المحتاجين منهم كل شهر سواء أكانوا من الرجال أو النساء هذا فضلاً عن كسوتهم صيفاً وشتاء (١٨٨) .

وأخيراً يقرر أبو يوسف أنه اذا مات المحبوس فان بيت المال يجب ان يتحمل نفقات دفنه (١٨٩) .

(١٨٧) نفس المرجع، ص ١٥١ .

(١٨٨) نفس المرجع، ص ١٥٠ .

(١٨٩) نفس المرجع، ص ١٥١ .

المبحث الثالث

مبدأ المشروعية الدعامة الاولى

لحق الأمن الفردى

في الدولة الاسلاميه

تمهيد وتقسيم :

يقصد بمبدأ المشروعية أو مبدأ سيادة القانون، أن أعمال السلطات العامة وكافة إجراءاتها وتصرفاتها وقراراتها النهائية، على أي مستوى كانت من التدرج، لا تكون صحيحة ولا منتجة لآثارها القانونية المقررة في مواجهة المخاطبين بها، الا بمقدار مطابقتها للقانون. فان صدرت هذه او تلك على غير مقتضى القانون الواجب التطبيق، فانها تكون غير مشروعة وتتحول الى مجرد اجراءات مادية غير قانونية (١٩٠).

ومبدأ المشروعية أو سيادة القانون هو مبدأ عام ترسب واستقر في ضمير الانسان المعاصر، بحيث لم يعد من المتصور اهداره في أي مجتمع حضاري، يؤكد اجماع الفقه والقضاء ويجري حكمه في مواجهة جميع السلطات في الدولة، وهو يفصل التفرقة بين الدولة القانونية *Etat de Droit ou Légal* والدولة الاستبدادية *Etat Dispotique ou de police*، يلتزم به الحكام ان أرادوا التصرفاتهم أن تكون مشروعة ونافذة.

(١٩٠) أنظر في مبدأ المشروعية في القانون الوضعى بصفة عامة:

— الأستاذ الدكتور طعيمة الجرف: مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، القاهرة الحديثة ١٩٧٣.

— الأستاذ الدكتور ثروت بدوى، الدولة القانونية، بحث منشور في مجلة قضايا الحكومة، السنة الثالثة،

العدد الثالث، يوليو ١٩٥٩ وأنظر في الفقه الفرنسى:

EISENMAN. Charles: Le droit administratif et le principe de légalité E.D.C.E. 1957. No. 11, P. 25 et S.

وأنظر مبدأ المشروعية في الفقه الاسلامى، دكتور فؤاد محمد النادى، منوه عنه أعلاه.

ويجمع الفقه على أن اقرار مبدأ المشروعية بما يعنيه من خضوع الدولة للقانون يمثل ضماناً جدياً للأفراد في مواجهة السلطات العامة، حيث يفترض ان يكون هؤلاء بمقتضاه في مأمن من أن تتغول هذه السلطات على حقوقهم وحررياتهم خلاف ما قرره القانون. ومن ثم كان هذا المبدأ بمثابة الدعامه الأولى لحق الأمن الفردي، ذلك أنه لا يكفي لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم أن يتأكد مبدأ سيادة القانون في شأن علاقاتهم بعضهم ببعض، بل يجب لتوكيد هذه الحماية أن يسود القانون علاقاتهم مع الهيئات الحاكمة في الدولة (١٩١).

وسنبحث فيما يلي، بإيجاز شديد، مبدأ المشروعية أو سيادة القانون، بوصفه من مقومات الدولة الإسلامية. فنعرض في بنود أربعة :

١ — لفضل السبق الاسلامي في تقرير هذا المبدأ.

٢ — للأساس القانوني لمبدأ المشروعية وخضوع الدولة الإسلامية للقانون.

٣ — لمصادر المشروعية وتدرج القواعد القانونية في النظام الاسلامي.

٤ — لآثار مبدأ المشروعية وجزاءاته في الفقه الاسلامي.

أولاً

فضل السبق الاسلامي في تقرير مبدأ المشروعية

في الوقت الذي كانت اوروبا تعيش قرونها الوسطى المشبعة بالسلطان الكلي للدولة والسلطة المطلقة للحاكم الذي لا يكون مسؤولاً إلا امام ضميره والله، وحيث كان يسيطر أمراء الاقطاع على أتباعهم بموجب ملكيتهم لأراضي الاقاليم والمقاطعات وحيث كان الفلاسفة والكتاب أنفسهم أمثال ميكافيلي MACHIAVALL في ايطاليا و بودان BODIN في فرنسا وهوبز HOBES في انجلترا، ينادون اما بنظرية الأمير المستبد كما فعل ميكافيلي، أو بالدولة التي تسمو على الأفراد وتعلو على القانون كما قال بودان، أو بالسلطان المطلق للملوك

(١٩١) انظر الدكتور طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص ٥، ٦.

كما نادى توماس هوبز، أو بالملكية المقدسة كما ذهب بوسيه BOSSUET (١٩٢) نقول، في هذا الوقت الذي كانت فيه الدولة في أوروبا تندمج في شخص الملك الذي يتمتع فيها بسلطات مطلقة غير محدودة دون أن يكون لأحد حق مناقشته أو تقدير شرعية أوامره، ولدت في الجزيرة العربية أول دولة قانونية أقامها الاسلام منذ ما يقارب عشرة قرون قبل ذلك التاريخ. وكانت دولة فريدة في التاريخ غير معروفة أو مألوفة قبله على الإطلاق، دولة قائمة على جميع مقومات الدولة القانونية بعبارة العصر الحديث، من وجود دستور، وتدرج في القواعد القانونية، وخضوع لمبدأ المشروعية ولسيادة القانون، واعتراف بالحقوق والحريات العامة للأفراد وتقرير لضمانات كافية لصيانتها (١٩٣).

ثانياً

الدليل الشرعي على خضوع السلطات في الدولة الاسلامية للقانون

الدولة الإسلامية تسبق النظم المعاصرة في كونها دولة قانونية منذ لحظة ميلادها كما أشرنا، وإن هيئاتها الحاكمة من أعلاها إلى أدناها تتصرف وفق الأحكام التي جاء بها الشارع الحكيم. فالسلطة في الدولة الإسلامية — أي سلطة — لا تمارس اختصاصها ولا تتصرف إلا وفق قواعد محددة وسابقة عليها والا كانت تصرفاتها باطلة وغير مشروعة. وقد أشارت النصوص القرآنية في مواقع عديدة إلى حتمية خضوع السلطات العامة في الدولة الإسلامية إلى مبدأ المشروعية وسيادة أحكام القانون الإسلامي. ومن هذه النصوص قوله عز وجل: «إن الحكم الا لله أمر أن لا تعبدوا الا إياه ذلك الدين القيم» (١٩٤)، وقوله: «اتبعوا ما أنزل اليكم من ربكم ولا تتبعوا من دونه أولياء» (١٩٥) «وأن احكم بينهم بما أنزل الله» (١٩٦) وقوله: «ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون» (١٩٧)، وقوله:

(١٩٢) أنظر في ذلك: J.J. Chevallier : Les grandes oeuvres politiques 1949

pp. 7 et S. 38, et S. et 58, 78, 79.

ذكره الدكتور طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص ٢٤، ٢٥، وانظر كذلك الدكتور طعيمة الجرف،

نفس المرجع ٢٣، ٢٤، ٢٥، ٢٦.

(١٩٣) أنظر: رسالة الدكتور منير حيد البياتي، منوه عنها أعلاه، ص ٥٥ وما بعدها.

(١٩٤) سورة يوسف: آية ٤٠.

(١٩٥) سورة الاعراف: آية ٣.

(١٩٦) سورة المائدة: آية ٤٩.

(١٩٧) سورة المائدة: آية ٤٤.

«من لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون» (١٩٨)، وقوله: «ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون» (١٩٩).

وعلى هذا النحو، يتأكد في الاسلام مبدأ المشروعية وخضوع الدولة للقانون بنصوص صريحة واضحة قطعية في دلالتها على معناها.

ثالثاً

مصادر المشروعية وتدرج القواعد القانونية في النظام الاسلامي

لقد سبق الفقهاء المسلمون غيرهم في الكلام عن مصادر التشريع أو ما أطلق عليه علماء الأصول ورجال الفقه «أدلة الأحكام».

فإذا كان الفقه الدستوري قد عرف مبدأ تدرج القواعد القانونية حديثاً، واعتبره مبدأ أساسياً في الدولة القانونية بما يحققه من خضوع القاعدة القانونية الأدنى للقاعدة القانونية الأعلى، فإن الفقهاء المسلمين قد سبقوه الى البحث في هذا الميدان في علم من أدق العلوم، هو علم أصول الفقه (٢٠٠). فقررُوا أن مصادر التشريع ليست جميعاً على قدم المساواة فيما بينها وإنما ينظمها مبدأ التدرج من أعلى إلى أدنى، وجعلوا الحكم الشرعي (أو القاعدة القانونية) المستمدة من مصدر أعلى تسمو على القاعدة القانونية المستمدة من مصدر أدنى، وأنه في ضوء هذا التدرج فإن كلا من هذه القواعد القانونية لا يكون صحيحاً إلا بالقدر الذي تلتزم فيه الضوابط والحدود التي تقررها القواعد الأعلى، علماً بأنها في ذات الوقت — عند ثبوت صحتها — ملزمة للقواعد التي تدونها في المرتبة ومقيدة لها.

ونعرض بإيجاز شديد لمصادر المشروعية في النظام الاسلامي مبينين ترتيبها.

(١٩٨) سورة المائدة: آية ٤٥.

(١٩٩) سورة المائدة: آية ٤٧.

(٢٠٠) ومن أهم المراجع في علم أصول الفقه: الرسالة: للإمام محمد بن إدريس الشافعي (٢٠٤هـ) الموافقات: لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الشهير بالشاطبي، (٧٩٠هـ) الاحكام في أصول الاحكام: لملي بن أبي علي بن محمد الأمدى، (٦٣١هـ) ارشاد الفحول: محمد بن علي بن محمد الشوكاني (١٢٥٠هـ) القواعد والفوائد الاصولية وما يتعلق بها من الاحكام الفرعية: لأبي الحسن بن عباس البعلبعل الحنبلي المعروف بابن اللحام (٨٠٣هـ).

(أ) القرآن:

ويعرفه الأصوليون بأنه «اللفظ العربي المنزّل على محمد صلى الله عليه وسلم، المنقول إلينا بالتواتر، المبدوء بسورة الفاتحة، والمختوم بسورة الناس، والمجموع بين دفتي المصحف، أوحى به للرسول باللفظ والمعنى ليحفظه ويبلغه للناس كما أنزل إليه» (٢٠١).

والفقهاء وعلماء الأصول مجمعون بلا استثناء على أن القرآن هو المصدر الأول والأسمى للأحكام الشرعية، وهو مقدم في الحجية على مصادر الأحكام جميعا، وهو الأساس الذي يرجع إليه أوالى ما أحال عليه، وأرشدنا إليه. وهو في قمة التدرج الهرمي للقواعد القانونية في النظام الاسلامي.

(ب) السنة:

وهي ما أثر عن النبي صلى الله عليه وسلم، وقد تكون قولية أو فعلية أو تقريرية. والسنة هي المصدر الثاني للتشريع الاسلامي، وهي واجبة الاتباع في جميع المذاهب الاسلامية، استنادا الى قوله تعالى: «وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا» (٢٠٢).

ولقد تأخرت مرتبة السنة عن القرآن، لأن القرآن مقطوع بتبليغه للناس جملة وتفصيلا بينما السنة مقطوع بصدورها عن الرسول صلى الله عليه وسلم جملة لا تفصيلا، وعلى هذا اذا تعارض القرآن والسنة وفق بينهما إن أمكن والا فقدم القرآن (٢٠٣).

(ج) الاجماع:

وهو اتفاق المجتهدين من الأمة الاسلامية في عصر من العصور — بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم — على حكم شرعى قابل للاجتihad.

وقد اتفق جمهور الفقهاء المسلمين على حجية الاجماع غير السكوتى واعتباره مصدرا من مصادر الاحكام الشرعية، وعلى أن الحكم المجمع عليه يصير ثابتا قطعيا فلا تجوز مخالفته

(٢٠١) نقلا عن الدكتور محمد سلام مذكور، المرجع السابق، ص ٢٠٠.

(٢٠٢) سورة الحشر: الآية ٧.

(٢٠٣) الدكتور محمد سلام مذكور، المرجع السابق، ص ٢٠٩.

ولا يصح ان يكون الموضوع الذي صدر فيه الاجماع محلاً للاجتihad بعد ذلك (٢٠٤) واستدلوا بقوله جل شأنه: «ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ماتولى ونصلية جهنم وساءت مصيراً» (٢٠٥) كما استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: «لا تجمع امتى على ضلالة»، وبقوله: «لا تجمع امتى على خطأ»، وبقوله: «مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» (٢٠٦).

والاجماع هو المصدر الثالث بعد الكتاب والسنة والاحكام المستمدة من الاجماع لا يجوز ولا يمكن ان تكون مخالفة للكتاب أو السنة.
(د) الاجتهاد:

الاجتهاد في اصطلاح الفقهاء والأصوليين، بذل الجهد في استنباط الاحكام من ادلتها بالنظر المؤدى اليها. والاحكام الشرعية ليست كلها محلاً للاجتihad فالاحكام التي ورد فيها نص قطعي الثبوت والدلالة من الكتاب أو السنة المتواترة، وكذلك الاحكام التي أجمع عليها المسلمون المجتهدون في عصر من العصور، لا مجال للاجتihad فيها. أما الاحكام التي يجوز فيها الاجتهاد وتكون محلاً له فهي: ماورد فيه نص ظني الثبوت والدلالة معاً، وماورد فيه نص ظني الثبوت قطعي الدلالة، وماورد فيه نص قطعي الثبوت ظني الدلالة، وما لم يرد فيه نص ولا اجماع ولم يعلم من الدين بالضرورة (٢٠٧).

والاجتهاد لا يجوز ان يخالف نص من كتاب أو سنة أو اجماع.

وهكذا نجد أن النظام القانوني في الدولة الاسلامية يتكون من مجموعة من القواعد التي تدرج فيما بينها في شكل هرمى باعتبار مصدر كل منها ومكانه في سلم تدرج المصادر الشرعية. ويقع في قمة هذا التدرج، الكتاب، ثم السنة، فالاجماع، فالاجتهاد. ويتضح ذلك جلياً مما كتبه عمر بن الخطاب الى القاضي شريح: «إذا وجدت شيئاً في كتاب الله

(٢٠٤) نفس المرجع ص ٢٢١.

(٢٠٥) سورة النساء الآية ١١٥.

(٢٠٦) هذه الاحاديث ذكرها، الدكتور محمد سلام مدكور، المرجع السابق ص ٢٢٣.

(٢٠٧) نفس المرجع ص ٢٩٤.

فأقضى به ولا تلتفت الى غيره. وان اتاك شئ ليس في كتاب الله فاقض بما سن رسول الله صلى الله عليه وسلم. فان اتاك ما ليس في كتاب الله ولم يسن فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم فاقض بما اجمع عليه الناس. وان اتاك ما ليس في كتاب الله ولا سنة رسول الله ولم يتكلم فيه أحد قبلك فان شئت أن تجهذ برأيك فتقدم وان شئت أن تتأخر فتأخروا ما ارى التأخير الا خيرا لك» (٢٠٨).

رابعا

آثار مبدأ المشروعية في النظام الاسلامي

اذا كانت النظم السياسية والقوانين الوضعية لا ترتب على مبدأ المشروعية من آثار سوى جزاءات تطبق عند مخالفته وعدم الالتزام به، فان النظام الاسلامي يتميز عن غيره من النظم بأنه يقرر الى جانب الجزاءات التي يجب ان توقع على الحاكم عند مخالفته لمبدأ المشروعية، مكافآت للحاكم الذي يلتزم بما يحتمه مبدأ المشروعية من ضرورة الخضوع لقواعد الشريعة والالتزام بها. وتتمثل هذه المكافآت بوجوب أن تعطيه الامة الاسلامية الطاعة والنصرة (٢٠٩).

ونعرض بايجاز شديد لهذه الامور:

(أ) حقوق الحاكم عند التزامه بمبدأ المشروعية:

يترتب على التزام الحاكم بما يحتمه مبدأ المشروعية من ضرورة الالتزام بقواعد القانون الاسلامي والخضوع لأحكامه من وجوب أن تعطي له الامة الاسلامية، النصرة والطاعة.

(١) واجب الطاعة: . Devoir d'obeissance

اذا التزم الحاكم بمبدأ المشروعية ومارس سلطاته في حدود أحكام الشريعة فان

(٢٠٨) انظر: رسالة الدكتور منير حميد البياتي، منه عنها أعلاه ص ١٣٠.

(٢٠٩) يقول الماوردي في ذلك «اذا قام الامام بما ذكرناه من حقوق الامة فقد ادى حق الله تعالى فيما لهم وعليهم، ووجب له عليهم حقان: الطاعة والنصرة ما لم يتغير حاله» انظر الاحكام السلطانية للماوردي منه عنه اعلاه، ص ١٧ .

وجوب طاعته في هذه الحالة حتمي على عامة المسلمين وخاصتهم من العلماء والفقهاء، لأن ممارسة السلطة العامة في هذه الحالة نافعة للناس في أمور دينهم ودنياهم (٢١٠).

وإسناد واجب الطاعة في القرآن الكريم قوله عز وجل: «يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم» (٢١١). وفي السنة أدلة كثيرة توجب جميعها طاعة أولي الأمر من المسلمين. ومن هذه الأدلة قوله صلى الله عليه وسلم «من أطاعني فقد أطاع الله ومن عصاني فقد عصى الله، ومن أطاع أميرى فقد أطاعني ومن عصى أميرى فقد عصاني» (٢١٢).

على أن واجب الطاعة للحاكم ليس مطلقا في النظام الاسلامي وإنما مقيد بعدم مخالفتها لأحكام الشريعة. فالطاعة لا تكون إلا للحاكم العادل. أما إذا كان الحاكم جائرا ظلما في أحكامه يعسف بحقوق الأفراد ويهدر حرياتهم، سقط حقه في الطاعة بل صارت طاعته محرمة شرعا بعد أن كانت من الواجبات الشرعية. فقد قال تعالى واصفا حال المعذنين في الآخرة بسبب طاعتهم الحاكم في معصية «وقالوا ربنا إنا اطعنا سادتنا وكبراءنا فأضلونا السبيلا، ربنا آتتهم ضعفين من العذاب والعنهم لعنا كبيرا» (٢١٣) ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب وكره مالم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة» (٢١٤) ويقول أيضا: «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق» (٢١٥).

٢) واجب النصرة: Devoir d'assistance

إلى جانب واجب الطاعة تلتزم الأمة الاسلامية بنصرة الحاكم والوقوف وراءه عند أى تمرد يقصد منه الاطاحة به، إذا كان الحاكم عادلا ملتزما بمبدأ المشروعية وخاضعا لأحكام القانون الاسلامي. وإن كان سبب الخروج على الحاكم وقوع بعض الظلم عن

(٢١٠) انظر دكتور فؤاد محمد النادى، منه عنه اعلاه ص ٢٢٥.

(٢١١) سورة النساء الآية ٥٩.

(٢١٢) ذكره فؤاد النادى، ومرجعه في ذلك صحيح البخارى الجزء التاسع ص ٧٧.

(٢١٣) سورة الاحزاب الآيتين ٦٧، ٦٨.

(٢١٤) صحيح البخارى. الجزء ٩ ص ٧٨.

(٢١٥) صحيح مسلم بشرح النووي الجزء العاشر ص ٢٢٧.

طريقه فيجب حتى ينال نصرة المسلمين ان يقلع عن الظلم الواقع منه فورا لأن الخروج بسبب الظلم لا يعد بغيا وتمردا على السلطة (٢١٦).

(ب) جزاءات مخالفة مبدأ المشروعية:

يقرر الفقه الاسلامي جزاءات مختلفة يجب توقيعها عند مخالفة مبدأ المشروعية وما يقتضيه من التزام السلطات العامة بقواعد القانون الاسلامي. ونعرض لهذه الجزاءات بإيجاز شديد.

(١) بطلان التصرفات المخالفة للقانون:

ان أول جزاء من الجزاءات القانونية التي رتبها الشارع الاسلامي على مخالفة مبدأ المشروعية هو أن كل تصرف تجريه السلطات العامة وتخالف به قواعد القانون الإسلامي الملزمة، يقع باطلا وغير نافذ شرعا في مواجهة المجتمع الاسلامي، حسبما قرر فقهاء الشريعة الاسلامية (٢١٧).

(٢) عزل الحاكم:

اسباب عزل الحاكم كثيرة ومتعددة وما يعيننا في هذا الصدد هو ما يتعلق بمخالفة مبدأ المشروعية في الفقه الاسلامي (٢١٨).

فلا خلاف بين الفقهاء في أن الحاكم اذا أقدم على مخالفة النصوص القطعية والقواعد الكلية للشريعة الاسلامية وجب عزله، لأنه يحكم بغير ما أنزل الله وهو مالم تجزه قواعد الشريعة الاسلامية (٢١٩).

(٢١٦) انظر رسالة عبد الرزاق السنهوري عن الخلافة ص ٢٣٣، ٢٣٤.

A. SANHOURY : Le CALIFAT, Son evolution vers une société des nations Orientales. Librairie orientaliste Paul Geuthner. Paris 1926. PP. 233-234.

(٢١٧) لمزيد من التفاصيل انظر الدكتور فؤاد محمد النادى، مبدأ المشروعية، وضوابط خضوع الدولة للقانون في الفقه الاسلامي، ص ٢٣٨ - ٢٤٠.

(٢١٨) اتفق علماء الشريعة على مبدأ عزل الحاكم اذا قام ما يوجب ذلك، الا أنهم قد اختلفوا في الاسباب الموجبة لعزله، وفي تفصيل ذلك انظر رسالة الدكتور منير البياني، منوه عنها اعلاه ص ٣٧٧ وما بعدها.

(٢١٩) راجع في تفصيل ذلك عبد الرزاق السنهوري الخلافة منوه عنه اعلاه ص ١٩٦ وما بعدها.

واساس حق الامة في عزل الحاكم يستند الى عدة امور منها: أن (محل التزامه) في عقد البيعة هو الالتزام بالقانون الاسلامى وتنفيذ حكم الشرع، فاذا خرج على ذلك وتحلل من التزامه جاز للطرف الآخر — وهو الامة — التحلل من بيعته ومن ثم عزله.

ومنها ان الامة الاسلامية مكلفة بالنهى عن المنكر وعن تغييره و يدخل في ذلك عزل الخليفة بسبب يوجبه (٢٢٠).

و يذهب الشافعى الى أن الفاسق لا ولاية له، ومن ثم فان ولايته العامة تسقط بقوة القانون (٢٢١).

وقد ذهب فريق من الفقهاء المحدثين والقدامى، وعلى رأسهم ابن حزم الى أنه يحق للامة عزل الحاكم الظالم بالثورة عليه بالقوة والسلاح عند الاقتضاء (٢٢٢).

وهكذا نجد ان للاسلام فضل السبق في تقرير مبدأ المشروعية وخضوع الدولة للقانون. ولم يكتف الاسلام بتقرير هذا المبدأ، وانما ذهب الى ابعاد من ذلك، فقرر الضمانات العملية الكافية التي تحول دون وقوع السلطة العامة في مخالفة مبدأ المشروعية، ويضمن ترتيبا على ذلك مزيدا من صيانة حقوق الافراد وحررياتهم العامة من اعتداء السلطة ويؤكد بذلك دعامة أساسية لحق الأمن الفردى. وتمثل هذه الضمانات في الشورى والرقابة والمسؤولية وغيرها من الضمانات، التي يخرج تفصيلها عن نطاق هذه الدراسة.

(٢٢٠) انظر نفس المرجع ص ١٩٥ وما بعدها.

(٢٢١) انظر السنهورى الخلافة ص ١٩٦.

(٢٢٢) انظر في حجج هذا الفريق من الفقهاء دكتور فؤاد النادى منوه عنه اعلاه ص ٢٦١ وما بعدها.

خاتمة

هنا نقف عند ختام هذه الدراسة التي طوفت على قدر مايسمح به المقام بحق الامن الفردي في الاسلام. والتي مرت من خلال نصوص الشريعة وآراء فقهاها بمضامين هذا الحق وضمائنه، بادئة بمضمونه وضمائنه في النظرية العامة للتجريم والعقاب في الاسلام، ومتجهة في مسارها نحو مضمونه وضمائنه في الاجراءات الجنائية في الاسلام، ومنتهية عند مبدأ المشروعية كدعامة اولى له.

ولعلنا ما جاء في هذه الدراسة، من ان الشريعة الاسلامية لها فضل السبق في تقرير حق الامن الفردي للانسان واحاطته بكل مايلزم من الضمانات، وهو الحق الانساني الذي بدونه لا تقوم للحريات قائمة، نقول لعل في ذلك مايسهم ولوبقدر معلوم، في ان ينقشع ذلك الظلام الضارب اطنابه في فكر بعض المستشرقين، الذين وصفوا النظام السياسي الاسلامي بالنظام المطلق (٢٢٣) وان تكف افواه اعلنت سفها ان الاسلام لا علاقة له بحقوق الانسان (٢٢٤).

(٢٢٣) ومن هؤلاء المستشرقين:

— ارنولد T. ARNOLD في كتابه «The Caliphate» ص ٧٤

— موير W. Muir في كتابه «The Caliphate» ص ٦٠٠

— ماكدونالد D.B. MACDONALD في كتابه «Development of Muslim Theology» ص ٥٨

نقلا عن رسالة الدكتور منير حميد البياتي منوه عنها اعلاه ص ٣٧٤ — ٣٧٥.

(٢٢٤) وهذا ما زعمه اساتذة يمثلون دولة اسلامية في المؤتمر الدولي لحقوق الانسان الذي اقيم في مدينة ستراسبورج في فرنسا عام ١٩٧٣، انظر الدكتور عبد العزيز سرحان مذكرات في حقوق الانسان لطلبة كلية الحقوق والشريعة بجامعة الكويت ١٩٨٠، ص ٤٣.

وتجدر الإشارة الى أنه في ظروف الحياة المعاصرة وزحمتها وسعتها وتشابك الامور فيها، لم تعد الطاقات الفردية والجهود المتفرقة بقيادة وحدها على القيام بواجب احياء تراثنا الفقهي العظيم، وانما هو في امس الحاجة الى جهود جماعية متضافرة تقوم بها الجامعات والجمعيات العلمية وترعاها الحكومات، وتدعمها ماديا وادبيا، وتضمن لها الاستمرار والتأييد، في اطار علمي تتوافر فيه ضمانات ومقومات النجاح (٢٢٥).

وانه لمن الحق ان نؤكد حقيقة لمسناها من خلال دراستنا لهذا الموضوع وهي: أن مبادئ الشريعة الاسلامية، شجرة وارفة الظلال، ناشرة للعدالة راعية للسلام، مباركة لا شرقية ولا غربية، يغمرها نوران، نور الشرع ونور العقل، ومن لم يجعل الله له نورا فما له من نور.

وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين.

(٢٢٥) قرب من ذلك الدكتور زكريا البري الاحكام الاسلامية بين الدوام والتغير، بحث منشور في مجلة العربي التي تصدرها حكومة الكويت، العدد رقم ١٣٥، ١٣٧، فبراير مايو ١٩٧٠ انظر الجزء الثاني من البحث في عدد مايو ١٩٧٠، ص ٢٦.

