

جامعة الإخوة منتوري- قسنطينة
كلية الحقوق

الرقم التسلسلي:

حق المتهم في الدفاع بين القانون الوضعي
والشريعة الإسلامية
دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة

رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم/ فرع القانون العام

إشراف الأستاذ الدكتور:

طاشور عبد الحفيظ

إعداد الطالب:

بن مشيرح محمد

لجنة المناقشة:

أ.د/ مالكي محمد الأخضر	أستاذ التعليم العالي	جامعة الإخوة منتوري	قسنطينة	رئيسا
أ.د/ طاشور عبد الحفيظ	أستاذ التعليم العالي	جامعة الإخوة منتوري	قسنطينة	مشرفا ومقررا
أ.د/ لدرع كمال	أستاذ التعليم العالي	جامعة الأمير عبد القادر	قسنطينة	عضوا مناقشا
د/ بودليو سليم	أستاذ محاضر أ"	جامعة الإخوة منتوري	قسنطينة	عضوا مناقشا
د/ فريوي الصادق	أستاذ محاضر أ"	جامعة باجي مختار	عناية	عضوا مناقشا
د/ نجاح عصام	أستاذ محاضر أ"	جامعة 08 ماي 1945	قائمة	عضوا مناقشا

نوقشت يوم: 03 جويلية 2017

السنة الجامعية: 2016-2017.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال تعالى:

﴿ إِنَّ اللَّهَ يُدَافِعُ عَنِ الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّ اللَّهَ

لَا يُحِبُّ كُلَّ خَوَّانٍ كَفُورٍ ﴾

الحج الآية 38

إن الذي خلق الحقيقة علما لم يخل من أهل الحقيقة جيلا
أحمد شوقي

" إنِّي رأيتُ أَنَّهُ لَا يَكْتُبُ إِنْسَانٌ كِتَابًا فِي يَوْمِهِ؛ إِلَّا قَالَ فِي غَدِهِ:

لَوْ غَيَّرَ هَذَا لَكَانَ أَحْسَنَ،

وَلَوْ زِيدَ كَذَا لَكَانَ يُسْتَحْسَنُ،

وَلَوْ قُدِّمَ هَذَا لَكَانَ أَفْضَلَ، وَلَوْ تَرِكَ هَذَا لَكَانَ أَجْمَلَ. هَذَا مِنْ

أَعْظَمِ الْعَبْرِ،

وَهُوَ دَلِيلٌ عَلَى اسْتِيْلَاءِ النَّقْصِ عَلَى جُمْلَةِ الْبَشَرِ ".

عبد الرحيم بن علي البيساني

﴿شكر و تقدير﴾

بعد جهد جهيد، وصبر، وعمل طويل أشكر الله سبحانه وتعالى الذي أمدني بالقوة اللازمة لإتمام هذه الرسالة.

شكري الخاص، والخالص، والجزيل إلى أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور " عبد الحفيظ طاشور" الذي تكرم علي بإشرافه وسديد توجيهاته، التي تمكنت من خلالها من اختصار الوقت والجهد لإنجاز هذا العمل رغم تشعب موضوعه وكثرة تفرعاته.

الشكر والتقدير إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الذين تفضلوا بقبول مناقشة هذه الرسالة، وإثرائها بملاحظاتهم القيمة التي ستزيد هذا العمل رونقا وجمالا.

شكري الكبير لكل من ساعدني من قريب أو من بعيد حتى ترى هذه الرسالة النور.

محمد بن مشيرح

﴿ إهداء ﴾

إلى من ربيا في نفسي روح المشابرة والإصرار، وعلماني معنى العزة، والصبر،
والكفاح من أجل النجاح، وأن التواضع سيد الأخلاق، وأن العلم لانهاية له.
أبي رحمه الله، و أمي العزيزة حفظما الله
إلى من أضاءت بنبلها، وصبرها، وصفاء سريرتها طريقي، وشدت من أزرى حتى
النهاية.

زوجتي الكريمة الفاضلة

إلى أولادي الأعتزاء " ياسر " و "عبد المجيب " ، و "ابتهاال " النعمة المهداة من الله
سبحانه وتعالى، وما أعظمها من نعمة.
إلى إخوتي وأخواتي، وكل من ساعدني في إنجاز هذا العمل المتواضع، وكل من
قرأه فنال رضاه.
إلى كل من أحب هذا الوطن بصدق، وعمل فيه بوفاء، وسعى من أجل إتمام عهد
الشهداء.

أهدي باكورة هذه الرسالة .

محمد بن مشيرح

قائمة المختصرات

ج: الجزء

ج.ر: الجريدة الرسمية

د.ت: دون تاريخ

د.ط: دون طبعة

ع: عدد

ق.ع: قانون العقوبات

ق.م: القانون المدني

ق. قض.عس: قانون القضاء العسكري

ق. أص. مح.ج: قانون أصول المحاكمات الجزائية أو الجنائية

ق.إ.ج.ج: قانون الإجراءات الجزائية أو الجنائية

ق. مسط: قانون المسطرة الجنائية

ق.ج: قانون جنائي

ق. جز: قانون جزائي

ص: الصفحة

مج.إ. ج: مجلة الإجراءات الجزائية

مج.ج: المجلة الجزائية

al : alinéa

Art : article

Bull.Crim: Bulletin des arrêts de la cour de cassation, chambre criminelle

Cass. Crim: arrêts de la cour de cassation, chambre criminelle

Cass : Cour de cassation

L.G.D.J : Le librairie Générale de droit et de jurisprudence

J.CL.P :Juris-Classeur pénal

N : numéro

O.P. CIT : Ouvrage Précédemment Cité

P : Page

R .I.D.P : Revue internationale et de droit pénal

R.S.C : Revue des sciences criminelles et de droit pénal comparé

S.D : date

مقدمة.

إن التصدي بالبحث والتحليل، والشرح والتأصيل لحقوق الدفاع في الدعوى الجزائية، يفرض علينا قبل الحديث عن الحماية الجنائية لهذه الحقوق، التي كرستها النصوص القانونية، سواء

الدولية منها أو الوطنية. ضرورة الإقرار بتمتع الفرد بمجموعة منها ضمن المنظومة التشريعية للدولة، التي تجعل من القيمة المتميزة التي تحظى بها الذات البشرية محورا لها، فكثرة هذه الحقوق وتنوعها يجعل من الضروري احتواءها تشريعيًا، على أساس أنها جملة من المبادئ والثوابت، التي تحدد المنهاج المختار دستوريا وتشريعيًا من طرف الدولة، بحيث تكون للفرد مكانة متميزة، وحماية خاصة بالنظر لإنسانيته. هذا المنهاج يجد مجال بروزه، ومختلف تطبيقاته ضمن قانون الإجراءات الجزائية، الذي أصبح المقياس المثالي لمدى احترام حقوق الدفاع، لأن سن النصوص القانونية، والقيام بمختلف العمليات التشريعية من أجل تكريس حق من الحقوق، حاز الإجماع الدولي والداخلي، يعتبر غير كاف، إذا لم تحدد الأطر الواضحة، والوسائل اللازمة لحمايته، هذه الأخيرة تصبح حساسة، وضرورية إذا تعلق الأمر بحق المتهم في الدفاع عن نفسه، للمحافظة على حقوقه كاملة في أي سجل يخوضه بشأنها، عندما تكون براءته وكرامته على محك الاختبار بين الانهيار والاستمرار.

فبين البراءة الأصلية والإدانة المحتملة للمتهم، تتجلى حقوق الدفاع في الدعوى الجزائية كآليات فعّالة تتجه نحو حماية حقوقه الأساسية في مواجهة سلطات البحث والتحري، والتحقيق، فهي تهدف بالأساس إلى تعزيز موقع المتهم في كل مراحل الدعوى الجزائية ضمانا للمحاكمة العادلة، وبالمقابل فإذا لم يتمكن المتهم من ممارسة هذه الحقوق بصورة كاملة تحول الاتهام إلى إدانة أكيدة، لأن السجل الدائر بين الاتهام والدفاع يتحقق التوازن فيه ، بتوفير الحماية التي تضمن أن يكون الحق في الدفاع بقدر الشك الذي تتقدم به جهة الاتهام.

إن تأصيل حقوق الدفاع تفرضه متطلبات البحث عن الحقيقة الواقعية، التي تمثل الهدف الأساسي للتحقيق سواء أكان ابتدائيا أو نهائيا، ومن ثم يكون حق المتهم في الدفاع ليس حقا شخصيا خالصا له إن شاء تمسك به، وإن شاء تنازل عنه، وإنما هو حق المجتمع أيضا في أن لا يدان بريء، وأن لا تهدر حقوقه .

فلنا أن نلاحظ إذن أن المواثيق الدولية، والإعلانات العالمية، والقوانين الداخلية للدول، قد خصصت جانبا مهما من نصوصها لحقوق الدفاع ، بل وأصبحت تُقرن تحقق دولة القانون بمدى احترام حقوق الدفاع في الدعوى الجزائية خصوصا، ومن ثم أصبح من واجب المشرع مراعاة الانسجام التشريعي بين النصوص الداخلية والالتزامات الدولية في مجال حقوق الدفاع في الدعوى الجزائية . فإعمال هذا الضابط عند تحديد السياسة الجنائية للدولة، وبنائها على فكرة الحماية لهذه الحقوق، يُظهر مدى ما توصلت إليه في بناء مؤسساتها القانونية، فليس هناك قانون يعكس هذه التوجهات ويظهر احترامها، كالقانون الجنائي في شقه الشكلي والإجرائي، وهو قانون الإجراءات الجزائية، لذلك نجد

أغلب القوانين الوضعية قد وفرت معظم الضمانات الكفيلة بحماية حق المتهم في الدفاع سواء في مرحلة التحقيق، أو مرحلة المحاكمة .

وما يمكن الإشارة إليه في هذا الصدد أنه لا توجد تفرقة حقيقية بين حقوق الإنسان وحقوق الدفاع، لأن تأصيل حقوق الإنسان يستلزم منطقياً إبرازها في حقوق الدفاع، حتى تكون فعالة بالنسبة لحرية الفرد وشرعية إجراءات المتابعة، وعليه فإذا بحثنا عن جذور هذه الحقوق نجد أنها مكرسة في الشرائع السماوية المختلفة كالديانة اليهودية والديانة المسيحية، التي جاءت تؤكد على ضرورة سعي الإنسان إلى الخير، والتسامح، ونبذ الظلم، والعدوان، لكن تبقى الشريعة الإسلامية الأكثر ترسيخاً لهذه الحقوق، فقد جاءت نصوصها النقليّة - الكتاب والسنة - مكرّمة للإنسان، ومفضلة إياه على كافة المخلوقات، داعية إلى الأخوة، والألفة، والإحسان أخلاقاً، والى العدل والمساواة تشريعاً، وأن الناس سواسية في كل شيء، وأهمها الدفاع عن الحقوق كالحق في الحياة، والحق في التملك، والحق في السلامة الجسدية، فجاءت حافظة للدين، والعقل، والمال، والنفس، والنسل، معتبرة هذه المصالح أسس قيام الحقوق ومرتكزات الدفاع عنها، فقد كفلت الشريعة الإسلامية للمتهم الحق في الدفاع عن نفسه بنفسه، وإن شاء الاستعانة بمحام، وفرضت إعطاءه الوقت الكافي لذلك.

ومن كل ما تقدم فإن هذه الدراسة سوف تركز على حق المتهم في الدفاع، وما تضمنته المواثيق والإعلانات العالمية، وبعض القوانين المقارنة العربية منها والأجنبية، مع التركيز على قانون الإجراءات الجزائيّة الجزائري كنموذج للدراسة، والمقارنة بينها وبين ما جاءت به الشريعة الإسلامية، وذلك ليس من باب مقارنة المتشابهين أو المتساويين في الدرجة، لأنه لا يمكن بأي حال من الأحوال مقارنة تشريع رباني بتشريع إنساني، ولكن الهدف الأساسي لهذه الدراسة هو محاولة إمطة اللثام، ولو على الجزء اليسير، والأسلوب الخاص الوارد في الشريعة الإسلامية، واجتهادات فقهاء في مجال حق المتهم في الدفاع، والقول في ما إذا كان هناك قصور في القوانين الوضعية أم لا؟، وهل الفكر الإنساني خصوصاً في المجال الجنائي موفق إلى الحد الذي يحقق الحماية الشاملة، والمحافظة الكاملة على حقوق الإنسان عامة، وحق المتهم في الدفاع خاصة؟ أم مازال في حاجة إلى الكثير من الاجتهاد حتى يصل إلى هذه الحماية خصوصاً في الدعوى الجزائية، الذي كفلته الشريعة الإسلامية منذ زمن بعيد، وذلك بالوقوف على القيمة الحقيقية للحماية التي كفلتها هذه القوانين لحقوق الدفاع، مع إبراز الفروق الممكنة بين النظامين سواء من حيث الصياغة، أو من حيث المنطلقات والأهداف.

ولعل الأسباب الداعية للتصدي لهذا الموضوع المتشعب، هو الوقوف على مدى اهتمام القوانين الوضعية بحقوق الدفاع، وكيفية تكريسها والدرجة التي بلغتها من البيان والتفصيل سواء من حيث الحقوق، أو من حيث الضمانات المنبثقة عن هذه الحقوق، ومحاولة دراسة مختلف الاتجاهات

المهتمة بحقوق الدفاع، لتكوين فكرة مجملّة وشاملة حول هذا الموضوع، تكون كقاعدة سليمة لتأسيس حقوق دفاع فعّالة، يكون المتهم فيها في مأمن من كل ضغط، أو إكراه، أو تعسف.

إن السبب الأبرز لاختيار هذا الموضوع هو أن حقوق الدفاع أصبحت الآلية الأكثر فعالية لتحقيق التوازن بين مصلحة المجتمع في توقيع العقاب على الجاني، وبين المصلحة الشخصية للفرد في أن تصان كرامته، وتحفظ براءته إلى حين صدور الحكم في الوقائع المنسوبة إليه، يكون عنوان الحقيقة الواقعية التي تتخذ أحد المظهرين، إما استمرار البراءة الأصلية، أو إزهاق هذه الأخيرة بالإدانة.

أن تميز حقوق الدفاع بالمفهوم الواسع والشامل، يستدعي منا الوقوف على مدى التوافق بين نصوص القانون الداخلي، والمواثيق والإعلانات العالمية، الذي يجعل الأمر ضروريا لمعالجة هذا الموضوع. وبالنظر كذلك إلى ما جاء في الشريعة الإسلامية، وتحديد الفرق بين النظريتين الإسلامية والوضعية، على أساس أن النظرية الإسلامية هي الميراث الحقيقي لنا كمسلمين، الذي لا يجب إغفاله في أي بحث، كما أن دراسة هذا الموضوع تؤدي بنا إلى تقييم الآليات التي وضعتها القوانين الوضعية، ومقارنتها بما جاء في الشريعة الإسلامية خاصة أثناء ممارسة الدعوى الجزائية، وأي النظريتين تؤدي بالمتهم إلى الاقتناع والاطمئنان للإجراءات المتخذة ضده أثناء التحقيق والمحاكمة، وبالتالي الخضوع للحكم الصادر ضده إذا كان بالإدانة، وفي النهاية الاستجابة لمتطلبات الإصلاح والتقييم، لأن الهدف من سن الإجراءات الجزائية هو المحافظة على براءة الشرفاء وتحقيق العدل، والحيلولة دون حدوث الظلم الذي سيؤدي إلى معاودة ارتكاب الجريمة.

لذلك نجد أن حقوق الدفاع عامة، وعند مباشرة الدعوى الجزائية، تثير إشكالية الضمانات الخاصة بالفرد عندما يوجه إليه الاتهام، أين يحتدم الجدل بين أصل البراءة وسلطة الاتهام، فنجد الأول يسعى دائما للإبقاء على حقوق المتهم كاملة غير منقوصة، راسما حدودا واضحة أمام سلطة الاتهام لا تتخطاها، وهي الحرية الفردية، والحق في الخصوصية، والحماية النفسية والجسدية للمتهم، وبالمقابل فإن الثانية تسعى إلى تجميع الأدلة المختلفة بحثا عن الإدانة في أغلب الأحيان. ففي إطار هذه الجدلية، وهذا التجاذب المتواصل تبرز حقوق الدفاع كضابط توازن بين مصلحة المجتمع في توقيع العقاب على الجاني، وبين حق المتهم في صون كرامته، وبراءته، وحرية.

حيث يثار التساؤل التالي: هل كرس القانون الوضعي حقوق المتهم في الدفاع بصورة كافية ضمن قانون الإجراءات الجزائية، مما يجعل المتهم في مأمن من التعسف والإكراه عندما يوجه إليه

الاتهام، ومحاط بالضمانات اللازمة التي تضمن التوازن بينه وبين حق الدولة في توقيع العقاب، وهل تميزت نظرة الشريعة الإسلامية عن مثيلتها في القانون الوضعي بخصوص هذه الحقوق؟.

فشساعة هذا التساؤل، تجعل من الطبيعي أن تتبثق عنه الأسئلة الفرعية التالية، وذلك للإحاطة الشاملة بهذه الدراسة وهي: " ماهي الضمانات التي قررها القانون الوضعي، والقانون الجزائري الجزائري لحماية حقوق المتهم في الدفاع؟ وهل هناك توافق بين ما ورد في القانون الوضعي، والقانون الجزائري الجزائري من جهة، وبين ما جاءت به الشريعة الإسلامية من جهة ثانية؟، وكيف أصل القانون الوضعي هذه الحقوق، وكيف كفلت الشريعة الإسلامية ضماناتها؟ ، وهل هناك اختلاف في الإجراءات، وفي جزاء الإخلال بهذه الحقوق؟

يمكن تحديد المنهج المتبع لدراسة هذا الموضوع، والوصول من خلاله إلى نتائج هامة ذات صبغة علمية، وقانونية شاملة تثري حقوق الدفاع في الدعوى الجزائية عن طريق المزج بين العديد من المناهج، اعتمادا على المنهج الأساسي وهو المنهج المقارن للوقوف على الفوارق الموجودة بين القوانين الوضعية، والإعلانات العالمية، والمواثيق الدولية من جهة، وبين ما جاءت به الشريعة الإسلامية من جهة ثانية، من خلال المصادر التي يعتمد عليها كل اتجاه، وذلك من أجل الحصول على أفضل المزايا التي تخدم موضوع حق المتهم في الدفاع، التي يكون لها الأثر الأكبر في صياغة جنائية فعّالة تمكن السلطات القضائية للدولة من تحقيق التوازن المطلوب بين الحق في العقاب، والحق في الدفاع دون تغليب جانب على آخر.

ولتحقيق هذا الهدف كان من الضروري تطعيم المنهج الأساسي (المقارن)، بمناهج مساعدة تكفل الإحاطة الشاملة بكافة الآليات الضرورية لتحليل هذا الموضوع المتشعب بفروعه، ونصوصه التشريعية، ونظرياته الفقهية، واجتهاداته القضائية.

وأهم هذه المناهج، المنهج الوصفي، الذي تتجلى الجدوى منه في توفير أكبر قدر ممكن من المعلومات حول هذا الموضوع، قصد إعطاء تفسير واقعي للروابط الموجودة بين مختلف اتجاهات القانون الوضعي بالنسبة لحق المتهم في الدفاع، سواء كان داخليا، أو خارجيا، وما أقرته الشريعة الإسلامية وأسسته في هذا المجال، بناء على المصادر النقلية والاجتهادات الفقهية ، وتحديد المصطلحات المستعملة في صياغة المفهوم العام لحقوق الدفاع، وذلك من أجل الحصول على نتائج علمية وقانونية تعطي تفسيراً منسجماً للإشكاليات التي يثيرها تأصيل وحماية هذه الحقوق، أين تظهر الحاجة ملحة لاستخدام المنهج التحليلي، قصد الوصول إلى حقيقة الخلفية الفكرية، والنظرية التي بنيت عليها حقوق الدفاع، وكيف تكونت فكرة الحماية، وصيانة الذات البشرية وتقديرها في القانون الوضعي،

مع الأخذ بعين الاعتبار الخلفية المذهبية في الشريعة الإسلامية، أو الأحكام القضائية الصادرة عن مختلف الجهات القضائية.

إن التفكير المنهجي، والمنطق العلمي يفرض في كل بحث أكاديمي التأصيل السليم، والبناء القويم، والمتابعة التدريجية لمراحل تشكل الوحدة محل الدراسة، قصد تكوين فكرة شاملة عن الظروف والملابسات، التي أدت إلى تبلورها وأخذها الشكل النهائي المتعارف عليه. هذه المراحل والحقب التي مرت عليها لا يمكن دراستها إلا عن طريق المنهج التاريخي، الأمر الذي يصدق على حق المتهم في الدفاع، على أساس أن هذه الأخيرة لم تأت دفعة واحدة، وإنما جاءت عبر مراحل تاريخية تطورت معها بتطور فكرة الحماية للذات الإنسانية إلى أن حصلت على صفة المبدأ المسلم به.

وما يمكن التنويه به في هذا المجال هو أن التفصيل المقدم للمناهج المقترحة لدراسة هذا الموضوع هو تقسيم منهجي للتوضيح فقط، لأنه من المتعارف عليه أنه لا يوجد منهج يعمل مستقلاً بذاته، وإنما في الحقيقة هو مزيج بين مختلف المناهج العلمية، إلا أن صفة البروز تعطى لمنهج معين بحسب طبيعة الموضوع، كما في موضوعنا الحالي الذي يغلب عليه المنهج المقارن ، ضمن الخطة التالية:

مقدمة

الباب الأول: تأصيل حق المتهم في الدفاع.

الفصل الأول: ماهية حق المتهم في الدفاع.

الفصل الثاني : دعائم حق المتهم في الدفاع.

الباب الثاني: حماية حق المتهم في الدفاع عند ممارسة الدعوى الجزائية.

الفصل الأول: حماية حق المتهم في الدفاع في مراحل السابقة عن المحاكمة.

الفصل الثاني: حماية حق المتهم في الدفاع في مرحلة المحاكمة.

خاتمة.

الباب الأول

تأصيل حق المتهم في الدفاع.

إن موضوعية التنقيب عن حق المتهم في الدفاع، تمر حتما عبر قنوات الاستقراء لمختلف المبادئ التي يقوم عليها القانون الجنائي عامة، وقانون الإجراءات الجزائية خاصة، قصد تحديد مفهومه والتقصي عن مصادره، وذلك باقتفاء تطوره التاريخي بدءاً من العصور القديمة، ومروراً بالعصر الذي سادت فيه الشريعة الإسلامية، وانتهاء بما وصل إليه هذا الحق في الوقت الحالي، حتى أصبح يحوز الإجماع كمبدأ هام في الدعوى الجزائية (الفصل الأول)، وتحديد مختلف الدعائم التي يقوم عليها سواء في القانون الوضعي أو الشريعة الإسلامية (الفصل الثاني).

الفصل الأول

ماهية حق المتهم في الدفاع.

إن المتمعن في حق المتهم في الدفاع يجده متكون من ثلاثة أفاظ مضاف كل واحد منها إلى الآخر، بحيث لا يمكن إظهار أهميته وخصوصيته في الدعوى الجزائية، إلا بالتعريف بكل عنصر من عناصره، وهي المتهم صاحب الحق، والشروط الواجب توافرها فيه، حتى يمكن تمييزه عن الأشخاص المشابهين له (المبحث الأول)، ثم تحليل ماهية الحق والدفاع، لأن كل لفظ منهما يحتاج إلى بيان وتفسير، من أجل الإحاطة الشاملة بمدلول " حق المتهم في الدفاع " (المبحث الثاني).

المبحث الأول

المتهم بين الماهية والشروط.

كثيرة تلك التساؤلات التي أثارت حول صفة " المتهم " الطرف الذي يكون في مواجهة سلطة الاتهام بخصوص وقوع جريمة من جرائم قانون العقوبات، فهل هو الشخص الذي تباشر ضده إجراءات الدعوى الجزائية، دون الاعتداد فيها بالمرحلة أو الجهة التي حركت الدعوى؟ أم هو الشخص الذي تحرك ضده الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة، أو المجني عليه أمام قاضي التحقيق؟ هذه التساؤلات تقودنا إلى محاولة الوقوف على المرحلة التي يتصف فيها الشخص بهذه الصفة

والمعايير المعتمدة في ذلك (المطلب الأول)، والشروط الواجب توافرها في الشخص الذي يوجه إليه الاتهام سواء في الشريعة الإسلامية أو القانون الوضعي(المطلب الثاني).

المطلب الأول

المتهم في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية.

لكل مصطلح معتمد في الدراسات الأكاديمية، أو التداول العملي مفهوم يتحدد من خلاله المعنى اللغوي، والمعنى الاصطلاحي، فإذا كان المعنى اللغوي لا يثير أي إشكال على أساس أنه مرتبط بالبيان المحدد في المعاجم والمصادر اللغوية، إلا أن المعنى الاصطلاحي يثير العديد من الاختلافات الفقهية بين فقهاء القانون الوضعي من جهة (الفرع الأول)، وبين فقهاء القانون الوضعي وفقهاء الشريعة الإسلامية من جهة ثانية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المتهم في القانون الوضعي.

تنشأ لخصوم الدعوى الجزائية عند تحريكها ومباشرتها، حقوقا ومراكز مختلفة باختلاف مصلحة كل واحد فيها، فالنيابة العامة تكون ضمن إجراءاتها كمتثلة لحق المجتمع في العقاب على الجريمة، والمجني عليه كمتضرر من هذه الأخيرة، والمتهم كمسؤول عنها، لذلك أصبح من الضروري ولحسن سير إجراءات إثباتها، ضرورة تحديد مدلول المتهم كمحور لها، الذي لن يتحقق إلا بالوقوف على مفهومه اللغوي والاصطلاحي، سواء في القانون الوضعي أو الشريعة الإسلامية على النحو التالي:

الفقرة الأولى

المفهوم اللغوي للمتهم.

المتهم في اللغة: هو اسم مفعول من الفعل اتهم، بمعنى أدخل التهمة على الشخص وجعله محلا لها، وفعل اتهم في اللغة مزيد بالألف والتاء وأصله قبل التبديل (اوتهم)، بوزن افتعل، وأبدلت

الواو وهي فاء الكلمة تاء، وأدغمت في تاء الافتعال، فأصبح بعد التبديل والإدغام "اتهم" وأصل الفعل "وهم" والوهم مرجوح أحد الطرفين المتردد فيه، فأصل التهمة إذن هو الوهمة (1)، ويقال اتهمت فلانا، شككت في صحة ما نسب إليه، واتهم فهو متهم، إذا صارت به الريبة، والوهم جمع أوهام ووهوم: الطريق الواسع والواضح الذي يرد الموارد ويصدر المصادر، والريب هو الشك، والاسم (الريبة) وهي التهمة والشك، والرجل صار ذا ريبة فهو (مريب)، و(ارتاب) فيه شك، وريب المنون حوادث الدهر (2)، وقد وردت التهمة والشك في القرآن الكريم بمعنى الظن في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُم بَعْضًا﴾ (3)، والظن المنهي عنه في هذه الآية هو الذي يصيب ممن اشتهر بالصلاح والأمانة في الظاهر، بخلاف من اشتهر بين الناس بتعاطي الريب والمجاهرة بالخبائث (4)، وللظن حالتان هما: «حالة تعرف وتقوى بوجه من وجوه الأدلة فيجوز الحكم بها، وأكثر أحكام الشريعة مبنية على غلبة الظن، والحالة الثانية أن يقع في النفس شيء من غير دلالة فلا يكون أولى من ضده وهذا هو الشك، فلا يجوز الحكم به» (5)، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم قد وصف الظن في هذه الحالة الأخيرة بأكذب الحديث في قوله: «إياكم والظن فإن الظن، أكذب الحديث، ولا تجسسوا، ولا تحسسوا، ولا تنافسوا، ولا تحاسدوا، ولا تباغضوا ولا تدابروا، وكونوا عباد الله إخوانا» (6).

الفقرة الثانية

المفهوم الإصطلاحي.

(1) انظر: الفيروز آبادي (مجد الدين محمد)، القاموس المحيط، باب الميم، فصل الواو، مادة الوهم، عين مليلة، دار الهدى، 2011، ص 1499.

(2) انظر: الرازي (محمد بن أبي بكر)، مختار الصحاح، باب الرءاء، مادة ريب، حمص، دار الإرشاد للنشر، ط1، 2008، ص89.

(3) انظر: سورة الحجرات الآية 12.

(4) لتفصيل حادثة ظن الرجلين الموسرين بكل من سلمان الفارسي، وأسامة بن زيد رضي الله عنهما، انظر: القرطبي (أبو عبد الله محمد بن أحمد)، الجامع لأحكام القرآن، ج16، القاهرة، دار الكتب المصرية، 1995، ص ص331، 332.

(5) انظر: القرطبي (أبو عبد الله محمد بن أحمد)، ج16، نفس المرجع، ص 333.

(6) انظر: البخاري (أبو عبد الله محمد بن إسماعيل)، صحيح البخاري، كتاب الأئب، باب ما ينهى عن التحاسد والتدابير، رقم الحديث 6064، ترقيم وترتيب عبد الباقي (محمد فؤاد)، تقديم شاکر (أحمد محمد)، القاهرة، دار التقوى للطباعة والنشر، 2012، ص 753، وانظر كذلك: مسلم (أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري)، صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والأئب، باب تحريم الظن، والتجسس، والتنافس، والتناجش، ونحوها، رقم الحديث 6536، ترقيم وترتيب عبد الباقي (محمد فؤاد)، دمشق، دار الفيحاء، 2000، ص 1123.

يرتبط المفهوم الإصطلاحي للمتهم في الدعوى الجزائية بما جاءت به القوانين الوضعية، والمؤسس على مدى قوة الدلائل والقرائن الموجهة ضده، فإذا حازت هذه الدلائل والقرائن من القوة ما يكفي لتوجيه الاتهام إليه، ومن ثم تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها قبله، إتخذ الشخص من خلالها صفة المتهم. هذه الصفة التي تلزم الجهات المتصلة بالدعوى الجزائية إحاطته بمجموعة من الضمانات، التي تكفل له الحماية الشاملة لحقوق دفاعه في كل مراحل الدعوى الجزائية، لذلك نجد أن مختلف القوانين الوضعية سواء الغربية - بشقيها اللاتيني والأنجلو سكسوني - أو العربية منها، مع الاختلاف في تحديد المصطلح من قانون لآخر، قد ربطت صفة المتهم بحقوق الدفاع.

إن من أهم القوانين الغربية التي تعتبر كمصدر اجتهادي بالنسبة للقوانين العربية، القانون الفرنسي الذي استعمل عدة مصطلحات للدلالة على الشخص الذي حُمِلَ إدعاء النيابة العامة، وأن هذه المصطلحات تختلف باختلاف المرحلة التي تبلغها الدعوى الجزائية، ففي المرسوم الصادر في 1903/08/20 استعمل المشرع الفرنسي، مصطلح المشتبه فيه للدلالة على مرتكب المخالفة وهو L'accusé، أما المشتبه فيه في ارتكاب جنحة فهو Le prévenu، كما عبر عن المشتبه فيه في ارتكاب جناية بـ L'inculpe، وبعد صدور مرسوم 22 أوت 1958 احتفظ بالمصطلحات الثلاثة السابقة وأضاف مصطلحاً رابعاً وهو Le soupesonne، في صورة المشتبه فيه والذي تتم مساءلته في قضية معينة دون أن ينطبق عليه مصطلح من المصطلحات السابقة، فتقوم ضده دلائل قوية يمكن أن تؤدي إلى اتهامه⁽¹⁾.

بالنظر إلى الاختلاف الموجود بين النظام اللاتيني وعلى رأسه القانون الفرنسي، الذي يعطي الاختصاص في الاتهام للنياحة العامة، وبين النظام الأنجلوسكسوني الذي يعطي اختصاصات واسعة لرجال الضبطية القضائية في تقدير الاتهام وفق نتائج التحريات، التي إن أثبتت وجود دلائل قوية ضد الشخص المشتبه فيه، يتحول في هذه الحالة إلى " متهم"، ويبلغ شفهيًا بالتهمة بالصيغة التالية: " لك الحق أن تقول ما تشاء حول الأفعال المنسوبة إليك، ولك الحق في الصمت، وسيدون كل ما تقوله إن أردت ذلك، لأنك متهم"⁽²⁾، وهذا يعني أنه منذ أن تقوى القرائن والدلائل بتساندها واجتماعها منطقياً حول الأفعال المنسوبة للشخص يصبح متهماً.

(1) انظر: الحسيني (عمر الفاروق)، تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف (الجريمة والمسؤولية)، دراسة تحليلية على ضوء أحكام القانونين المصري والفرنسي، وآراء الفقهاء وأحكام القضاء، القاهرة، المطبعة العربية، 1986، ص 80.

(2) انظر: محمد صغير (كمال)، الحرية الشخصية للمتهم في إطار الشرعية الإجرائية، دراسة تحليلية وتأصيلية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2003، ص 188.

كما لا يختلف الأمر في الفقه والقضاء الأمريكيين، فقد قضت المحكمة العليا الأمريكية سنة 1934 بأنه، ورغم ما للبوليس من سلطات في تقدير الاتهام إلا أنها لم تقرر أن الشخص محل شك البوليس بارتكابه جريمة ما يكون متهما، وإنما جعلته في البداية مشتبهاً فيه فقط، لأن الدلائل والقرائن لم تأخذ صورتها الكاملة الموجبة للاتهام في بداية التحريات، ولكن بعد نهايتها تتضح الصورة الكاملة له وتكتمل فناعة البوليس إما بالاتهام أو بعدمه، فإذا عُد الشخص المشتبه فيه متهماً وجب تذكيره من قبل البوليس بكامل حقوقه قبل اتخاذ أي إجراء ضده⁽¹⁾.

الملاحظ على القوانين الغربية سواء اللاتينية منها أو الأنجلو سكسونية أنها تعتمد على آلية تساند الدلائل والقرائن في تكوين الاتهام من عدمه، وكذا الروابط المنطقية والواقعية المؤدية إلى ذلك، ولا ترتبط صفة الشخص محل الادعاء بمراحل الدعوى الجزائية، لأنه لا يمكن أن نجزئ الحقوق والضمانات، أو نخضعها لتقدير معين مرتبط بالمرحلة التي توجد عليها الدعوى، لأن الأصل في الشخص أنه كامل الحقوق، والاستثناء هو الانتقاص منها بالقدر الضروري للبحث عن الحقيقة، أو تحقيق المصلحة العامة.

أما القوانين العربية، فلا نجدها قد عرفت المتهم، وإنما أعطت تقريقات بينه وبين الأشخاص المشابهين له، فمنها من فرقت بين المشتكى عليه، والظنين، والمتهم، كما فعل المشرع الأردني بحيث يكون الشخص مشتكى عليه في المخالفة، ومظنون فيه في الجنحة، ومتهماً في الجناية⁽²⁾.

إن اشتراط نوع الجريمة المرتكبة لإعطاء وصف معين للشخص محل الادعاء لا أهمية له في الدعوى الجزائية لأن استكمال التحقيق كفيل بتحديد الوصف القانوني للواقعة محل المتابعة، والتي تتم على أساسها إجراءات المحاكمة، وإنما الأهمية القانونية والواقعية تكون للضمانات والحقوق التي يتمتع بها الشخص منذ لحظة الاتهام إلى غاية صدور الحكم، كما أنه وبالمقابل توحى هذه التفرقة بوجود تفرقة فعلية في الضمانات بين (المشتكى منه، والظنين، والمتهم)، مع العلم أن استقرار الحقوق وحمايتها خلال مراحل الدعوى الجزائية مرتبط باستقرار الوصف الذي يعطى للشخص محل الادعاء، حتى تتحقق مصلحته في درء التهمة عنه بمجرد أن يكون محلاً لادعاءات سلطة الاتهام.

(1) « Vous avez le droit de dire ce que vous voulez au sujet des actes attribués à vous, vous avez le droit de garder le silence, et tout Seddon-vous dire que vous l'aimez, parce que vous êtes accusé ». MELLOR (A) : Les grands problèmes de l'instruction criminelle, Paris, domat Montchrestien, 1952, P 109.

(2) انظر: المادة 04 من ق. أص. مج.ج. الأردني، المدخل: www.pogar.org/.../jordan/criminalization.../crimproce

كما أن الوصف المقدم للواقعة، والذي تبني عليه سلطة الاتهام قناعتها عند اتخاذ إجراءات البحث والتحري لا يكون بالضرورة الوصف الذي يبني عليه القاضي حكمه طبقاً لمبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي الجنائي⁽¹⁾، وبالتالي قد نكون أمام تغير ذلك الوصف بإعادة تكييف⁽²⁾ الفعل من طرف القاضي سواء من جنحة إلى جناية أو العكس، أو من جنحة إلى مخالفة أو العكس، مما قد يعرض الإجراءات التي تمت بموجب الوصف المقدم من طرف سلطة الاتهام إلى الفساد والبطلان فيضيع الجهد، والوقت، والمال، وتكون بذلك الحقوق والضمانات - التي تشكل حقوق الدفاع حجر الزاوية فيها - غير واضحة، فيقع المتهم في الارتباك وعدم القدرة على اختيار الوسيلة الملائمة للدفاع عن نفسه ويضع النيابة في مركز ممتاز، وهذا ما يتعارض مع مبدأ المساواة في المراكز القانونية في الدعوى الجزائية.

غير أن هناك العديد من القوانين التي تعطي وصفا واحدا للشخص محل الادعاء وهو " المتهم"⁽³⁾ للدلالة على كل شخص يشتبه في ارتكابه الجريمة أي كانت جسامتها، وفي كل مراحل الدعوى الجنائية⁽⁴⁾، وأحسن مثال على ذلك قانون الإجراءات الجنائية المصري، فبمجرد تحريك الدعوى الجزائية ضد أي شخص يعتبر متهماً دون إعطاء الاعتبار للترقية بين الاشتباه والاتهام، والحضور أو عدم الحضور، لأن هناك من الجرائم ما تقع دون معرفة فاعلها فيظل متهما حتى ولو كان مجهولاً، ويظل من لم يضبط متهماً ومن باب أولى فالحاضر متهماً⁽⁵⁾، واعتبرت محكمة النقض المصرية أن لا مانع من أن يعتبر الشخص متهماً أثناء قيام رجال الضبطية القضائية بجمع الاستدلالات، مادامت قد حامت حوله شبهة بأن له ضلعا في ارتكاب الجريمة⁽⁶⁾.

(1) الاقتناع الشخصي للقاضي الجنائي : هو أن يؤسس القاضي اقتناعه ويبني حكمه على أية بيئة أوقرينة يرتاح لها تساهم إلى حد كبير في تحقيق مصلحة المجتمع في التجريم ، انظر: زكي أبو عامر (محمد)، الإثبات في المواد الجنائية، الإسكندرية، دار الفنية للطباعة والنشر، 1985 ، ص 132.

(2) التكييف القانوني للوقائع، مجرد اختيار للقالب الذي يتطابق مفهومه المجرم مع الحقائق القانونية المنبثقة من هذه الوقائع كما أثبتتها القاضي، انظر: عبيد (رؤوف)، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار الفكر العربي، ط3، 1980، ص 243.

(3) انظر: مثلا المادة: 34 من ق.إ.ج.مصري، المدخل: www.e-lawyerassistance.com/.../Egypt/ProceduralLaw ، المادة: 01 من ق. مسط المغربي، المدخل: www.press-maroc.com/t3313 ، والفصل: 04 من مج. إ. ج التونسي،

المدخل: <http://www.e-justice.tn> ، يوم 2014/08/08

(4) انظر: مصطفى (محمود)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1988، ط12، ص126.

(5) انظر: المرصفاوي (حسن صادق)، التحقيق الجنائي، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1990، ص 29.

(6) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1993، ط07، ص 212.

أما المشرع الجزائري فيتضح موقفه من خلال استقراء المواد 42، 45، 46، 58، 59 من ق.إ.ج.ج⁽¹⁾، فنجد أنه قد أعطى تسميات مختلفة للشخص محل إدعاء النيابة العامة، يختلف بالنظر لكل مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية، فقد استعمل لفظ المشتبه فيه للدلالة على الشخص محل البحث والتحري الذي تباشره الضبطية القضائية قبل مباشرة الدعوى العمومية، وذلك في المواد 42، 45، 85 من ق.إ.ج.ج، وخصوصا حالة التلبس المنصوص عليها في المادة 41 من ق.إ.ج.ج⁽²⁾، إلا أنه افتقد لخاصية ضبط المصطلح عندما استعمل لفظ المتهم في المادة 46 من ق.إ.ج.ج، لأن الشخص في هذه الحالة مازال مشتبه فيه، وليس محلا لإجراءات تحريك الدعوى العمومية، كما استعمل مصطلح المشتبه فيه في المادة 59/ف01 من ق.إ.ج.ج، والمتهم في الفقرة الثانية من نفس المادة، فإذا كان قد وفق في استعمال لفظ المتهم في الفقرة الثانية من هذه المادة، على اعتبار أن أمر وكيل الجمهورية بحبس الشخص يكون بعد سؤاله، فإنه قد تذبذب بين مصطلح المشتبه فيه والمتهم في مرحلة البحث والتحري، مما يجعل حقوق الشخص غير محددة بشكل كاف، لأنه استعمل مصطلح المتهم بالنسبة لنفس الإجراءات في مرحلة التحقيق القضائي في المواد 83، 84 من ق.إ.ج.ج.

غير أن المبرر الوحيد لاستعمال المشرع لمصطلح " المتهم " في المادة 46 من ق.إ.ج.ج، واغفال استعمال مصطلح المشتبه فيه قد يكون نابعا من خصوصيات الجريمة المتلبس بها، والتي يميل فيها الوضع للإدانة أكثر منه للبراءة، فتباشر التحقيقات ضد الشخص مباشرة، وتحرك الدعوى العمومية ضده آليا، استنادا إلى حالات التلبس المذكورة في المادة 41 من ق.إ.ج.ج، إلا أن النقطة التي لا يمكن إهمالها هو أن المشرع قد وحد إجراءات التحقيق بين حالتي التلبس والحالة العادية، في نصي المادتين 83، 84 من ق.إ.ج.ج، فيكون من ثم قد ألغى ولو ضمنا إجراءات البحث والتحري وأعتد مباشرة على إجراءات التحقيق، التي تباشرها الضبطية القضائية عند وقوع الجريمة المتلبس بها، والتي يكون لها دور كبير في تحديد الإدانة أو البراءة، وفي هذا سلب غير مباشر لجزء من اختصاصات قاضي التحقيق، وإسنادها إلى الضبطية القضائية التي يكون عملها أساسا تمهيديا فقط للمرحلة القضائية التي تبدأ بمرحلة التحقيق، فيتحول بذلك عمل الضبطية القضائية من التحري إلى التحقيق، مهيمنة بذلك على معظم مراحل الدعوى الجزائية، وكأن المشرع ينزع نحو النظام الأنجلوسكسوني، والتركيز على كيفية ضمان حقوق الشخص، مشتبهاً فيه كان أو متهماً، دون الالتفات

(1) انظر المادة: 592 من الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 08 /06/1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر، ع 48 المعدل والمتمم بالقانون رقم 08/01 المؤرخ في 26/07/2001، ج.ر، ع 34، والقانون رقم 22/06 المؤرخ في 20 /12/2006، ج.ر، ع 84.

(2) التلبس: " هو حالة تتعلق باكتشاف الجريمة لا بأركانها القانونية، وتعتمد على مشاهدتها وقت ارتكابها، أو بعده بوقت قصير، " انظر: سرور (أحمد فتحي)، نفس المرجع، ص 353، وسعد (عبد العزيز)، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1991، ص 12.

إلى المرحلة التي يكون فيها، قصداً منه زيادة الضمانات لزيادة الحماية، فالمهم أن يُمكن الشخص من حقوقه الدستورية في الدعوى الجزائية، وعليه يستوي أن يكون مشتبهاً فيه أو متهماً.

ولعل مرد هذا الالتباس الظاهر من خلال النصوص السابقة، إلى غياب نظرية فقهية واضحة المعالم تمكن المشرع من تحديد الأوضاع التي يكون فيها الشخص متهماً، وتلك التي يكون فيها مشتبهاً فيه، ضف إلى ذلك عدم اتفاق التشريعات العربية على ضرورة توحيد المصطلحات خصوصاً ما تعلق منها بالدعوى الجزائية، التي ترتبط مباشرة بحقوق الإنسان في الوطن العربي، الذي ترتب عنه عدم وضوح الرؤية حول مرحلة البحث والتحري فيما إذا كانت مستقلة عن مرحلة التحقيق أو أنها مرحلة تمهيدية لها، فإذا كانت مستقلة عن مرحلة التحقيق، فليس بالضرورة أن كل من أشتبه فيه يقدم أمام قاضي التحقيق مباشرة، غير أنه من النادر أن يخلى سبيل المشتبه فيه بعد تحرير محضر الضبطية القضائية دون أن يوجه إليه الاتهام ليحول أمام قاضي التحقيق.

الفرع الثاني

المتهم في الشريعة الإسلامية.

لم يختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول الشخص الذي يوجه إليه الادعاء بارتكاب جريمة، فكانت كلها تدور حول مصطلح " المدعى عليه" كمرادف للمتهم في القانون الوضعي، فسماه الماوردي " المتهم"، والشوكاني " الظنين"، وابن قدامة " المستعدى عليه"، وابن القيم الجوزية " المدعى عليه"، هذه التسميات للشخص محل الادعاء لم تغير من صفته وحالته في الدعوى الجزائية، بحيث يمكن استنتاج تعريف المتهم في الشريعة الإسلامية من البيان الذي أعطاه فقهاؤها للمدعى عليه، ومن أهم هذه التعاريف مايلي:

الفقرة الأولى

مفهوم المتهم (المدعى عليه) عند فقهاء الشريعة الإسلامية.

ينفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن المتهم (المدعى عليه) هو كل شخص تحوم حوله الشكوك في ارتكاب محظورا شرعياً، سواء تعلق بالمعاملات أو الجراح. فقد عرفه الماوردي بأنه: « الشخص المتهم بالجرائم، وهي محظورات شرعية وجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير، ولها عند التهمة حال استبراء تقتضيه السياسة الدينية، ولها حال ثبوتها حال استيفاء توجبه الأحكام الشرعية»

(¹)، كما عرفه الشوكاني بأنه: « من كان مظنة لتهمة»(²)، وعرفه ابن قدامة بأنه: « استعداء رجل على رجل إلى الحاكم أنه ألزمه أن يعديه، ويستعدي خصمه، سواء علم بينهما معاملة أو لم يعلم، وسواء كان المستعدي مما يعامل المستعدي عليه أم لا»(³)، أما ابن قيم الجوزية فقد عرفه بأنه: « كل من أدعى عليه فعل مجرم يوجب عقوبته من عدوان ويتعذر إقامة البينة عليه في كل الأحوال، أو هو من دعي عليه شخص بحق دما كان، أو مالا عند الحاكم أو القاضي»(⁴)، أو هو من: « أن يدعى عليه فعلا محرما على المطلوب يوجب عقوبة مثل، قتل، أو قطع طريق، أو سرقة، أو غيره من أنواع العدوان المحرم، كالذي يستخفي به بما يتعذر إقامة البينة عليه في غالب الأوقات في العادة»(⁵).

ولعل ميل أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى إطلاق صفة المدعى عليه على الشخص الذي يرتكب محظورا شرعيا، سواء أكان متعلقا بالجراح أو المعاملات، هو ما رواه الصحابي الجليل عباد بن شرحبيل حين قال " قدمت مع بني عمومي المدينة فدخلت حائطا من حيطانها ففركت من سنبله، فجاء صاحب الحائط فأخذ كسائي وضربني، فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم " أستعدي عليه "، فأرسل إلى الرجل فجأؤوا به فقال: « **ما حملك على هذا؟**» فقال: يا رسول الله إنه دخل حائطي فأخذ من سنبله ففركه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « **ما علمته إذ كان جاهلا ولا أطعمته إذ كان جائعا، اردد عليه كسائه** » وأمرلي رسول الله صلى الله عليه وسلم بسوق أو نصف سوق (⁶).

مما يلاحظ على فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريفهم للمدعى عليه (المتهم) أنهم لم يحددوا هذه الصفة بمرحلة معينة من مراحل الدعوى الجزائية، وإنما جعلوها لكل شخص ادعى عليه في جريمة بغض النظر عن المرحلة التي يكون فيها، ومن ثم فإن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتخذوا،

(¹) انظر: الماوردي (أبو الحسن علي بن محمد)، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تحقيق: جاد (أحمد)، القاهرة، دار الحديث، 2006، ص 322.

(²) انظر: الشوكاني (محمد بن علي بن محمد)، نيل الأوطار من حديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، ج 15، تحقيق وصبط بن حسن حلاق (محمد)، الرياض، دار الجوزي للنشر والتوزيع، 2006، ص 500.

(³) انظر: ابن قدامة (موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد)، المغني، ج 14، تحقيق التركي (عبد الله بن عبد المحسن) والحلو (محمد عبد الفتاح)، الرياض، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، 1997، ص 39.

(⁴) انظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: عمران (سيد)، القاهرة، دار الحديث، 2002، ص 89.

(⁵) انظر: ابن تيمية (أحمد عبد الحلیم)، الفتاوى الكبرى، ج 35، جمع وترتيب بن محمد بن قاسم (عبد الرحمان) وابنه محمد، المدينة المنورة، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 2004، ص 390.

(⁶) انظر: النسائي (أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي بن سنان)، سنن النسائي، كتاب آداب القضاة، باب الرد على الحاكم إذا قضى بغير حق، معجم الاستعداء، رقم الحديث 5411، تحقيق: زني علي (أبو طاهر زبير)، الرياض، دار السلام للنشر والتوزيع، 2009، ص 1010.

البدء في الإجراءات الجزائية، أو تحريك الدعوى العمومية، حتى يوصف الشخص بالمدعى عليه، كما استعملوا أيضا في التعريف بالمدعى عليه (المتهم) ألفاظا مشتقة من جرائم الحدود " كالزاني، والسارق، والشارب، والقاذف، والباغي، والمحارب، والمرتد"، واستنبطوا هذه الصفة من الدعوى المقامة ضده، ولكن الإجراءات المتبعة في المتابعة والتحقيق تكون تبعا للحالة التي يكون عليها المتهم - كما سيأتي - عند الحديث عن التصنيفات الخاصة بالمدعى عليه (المتهم) في الشريعة الإسلامية.

الفقرة الثانية

التصنيفات الخاصة بالمدعى عليه (المتهم) في الشريعة الإسلامية.

صنف فقهاء الشريعة الإسلامية المتهم لعدة أصناف تبعا لالتزام الشخص وامتناله لأوامر الدين الإسلامي، ومدى مراعاته للمصالح الخمسة للشريعة الإسلامية وهي: " الدين، والنفس، والنسل، والعقل، والمال"، لذلك فإن أكثر التصنيفات التي أجمع عليها الفقهاء تتمثل في الآتي: والتي يمكن تسميتها ب " المتهم في الاعتقاد، والمتهم في الكمال، والمتهم في الأفعال"

فالمتهم في الاعتقاد وهو المتهم بالردة ⁽¹⁾ أو المرتد، وهو كفر مسلم تقرر إسلامه بالشهادتين مختارا بعد الوقوف على الدعائم والتزام أحكام الإسلام، على أن يكون بصريح القول، كقوله: " أشرك بالله، أو قول يقتضي الكفر، كقوله: إن الله له جسم كالأجسام، أو الاستهانة بالمصحف بإلقائه على الأرض أو حرقه استخفافا لا صوانا.... إلي غير ذلك من الأقوال والأفعال التي تبين خروج المسلم عن دينه، فهو إذن « التصريح بالكفر، أو بلفظ يقتضيه، أو فعل يتضمنه »⁽²⁾، فالشخص الذي حامت حوله الشبهات على الردة فيكون بذلك متهماً في دينه، يخضع لإثبات رده من شهادة رجلين عدلين، ولا بد من اتحاد المشهود به، فإذا شهدا بأنه كفر قال القاضي لهما: بأي شيء؟ فيقول الشاهد:

(1) صحيح أن الشخص إذا ثبت عليه الردة يقام عليه الحد، لانتهائه لحق من حقوق الله، غير أن الفرق بين المتهم بالردة، والمتهم بالجرائم الأخرى، أن المتهم بالردة يرتكب جريمة عقيدة، وهي الإنكار بعد الإيمان والكفر بعد الإسلام، فيخرج بذلك من دائرة المسلمين، أما المتهم بالجرائم الأخرى كالسرقة، والزنا، والقذف فإنها جرائم سلوك لا تخرج مقترفها من دائرة الإسلام، لذلك يكون المتهم بالردة صنفاً منفرداً من المتهمين.

(2) انظر: الرصاص (عبد الله محمد)، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام بن عرفة الوافية (شرح حدود بن عرفة)، القاهرة، القدس للنشر والتوزيع 2009، ص 644.

يقول كذا، أو يفعل كذا (1)، وتأخذ الردة معنى الكفر في قوله صلى الله عليه وسلم: « ولا ترجعوا بعدي كفارا يضرب بعضكم رقاب بعض » (2) .

أما المتهم في الكمال، وأهم من يكون في هذه الحالة هو الشاهد بحيث اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية أن تتوفر في الشاهد مجموعة من الشروط حتى لا يتهم بوجود عيب فيه يعيقه عن أداء الشهادة، ومجمل هذه الشروط أن يكون الشاهد عادلا بحيث يغلب خيره شره، ولم يجرب عليه اعتياد الكذب لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذُؤْيَٰ عَدَلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا﴾ (3)، وأن يكون بالغاً، وعاقلاً، فلا تقبل شهادة الصغير، ولو شهد على صبي مثله، ولا المعتوه على المجنون لأن شهادتهم لا تفيد اليقين، وأن يكون قادراً على الكلام فإذا كان أخرس فإن شهادته لا تقبل، ولو كان يعبر بالإشارة وفهمت إشارته، وأن يكون له الحفظ والضبط، فلا تقبل شهادة من عرف بسوء الحفظ وكثرة السهو، كما لا تقبل شهادة المتهم بسبب المحبة أو العداوة (4).

أما المتهم في الأفعال، فهو المتهم بالاعتداء على حق الله أو حق العبد أو الحقيقين معا: فيكون فعله جريمة تستوجب الحد أو القصاص أو التعزير في حالة ثبوتها، وهذا النوع من المتهمين قسمه فقهاء الشريعة الإسلامية إلى ثلاثة أقسام حددها بن تيمية في دعاوى التهم، وهي: «دعوى الجنائية، والأفعال المحرمة مثلا: دعوى القتل، وقطع الطريق، والسرقه، والعدوان على خلق الله بالضرب، وغيره، فهذا ينقسم المدعى عليه إلى ثلاثة أقسام: إما أن يكون ليس من أهل التهمة (بريء)، أو فاجرا من أهل التهمة، أو يكون مجهول الحال لا يعرف الحاكم حاله» (5)، فالمتهم البريء، هو الشخص المعروف عنه التقوى والصلاح، والنفور من مواطن الشبهات وليس من أهل التهمة محل الادعاء، ومن ثم لا يضرب ولا يحبس، باتفاق الفقهاء بل يؤدب من يتهمه في بعض الأحيان، كما لو أدعت امرأة على رجل أنه غصبها على نفسها، فإن كان من أهل الصلاح والطهارة

(1) انظر: الجزيري (عبد الرحمان)، الفقه على المذاهب الأربعة، ج5، دار الفجر للتراث، القاهرة، مصر، 2004م، ص 396 بتصرف، وانظر كذلك: عودة (عبد القادر)، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج2، القاهرة، دار الحديث، 2009، ص 543 وما بعدها.

(2) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب العلم، باب الإنصات للعلماء، رقم الحديث 121، مرجع سابق، ص 27، انظر كذلك: ومسلم، صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب معنى قوله صلى الله عليه وسلم " لا ترجعوا بعدي كفارا يضرب بعضكم رقاب بعض"، رقم الحديث 223، مرجع سابق، ص 48.

(3) انظر: سورة الطلاق الآية 02.

(4) انظر: سابق (السيد)، فقه السنة، ج 3، بيروت، دار الكتاب العربي، 1985، ص428 الى 434 بتصرف، وانظر كذلك: الزحيلي (وهبة)، الفقه الإسلامي وأدلته، ج06، دمشق، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، 1985، ص 562.

(5) انظر: ابن تيمية (أحمد عبد الحلیم)، الفتاوى الكبرى، ج 35، مرجع سابق، ص400، وانظر كذلك: ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص88

أقيم عليها حد الفذف وحد الزنا، لإقرارها على نفسها⁽¹⁾، أما المتهم الفاجر، فهو ما عرف بارتكاب المعاصي وجرائته على المحرمات، فيكون الأقرب إلى التهمة محل الادعاء، كأن يشتهر بارتكاب السرقات، أو قطع الطريق. وهذا النوع من المتهمين يستوجب على الحكام التحري والبحث عنهم، واتخاذ كافة الوسائل الكفيلة بالقبض عليهم وحبسهم، بحسب ما يتناسب مع الجريمة المرتكبة وما اشتهروا فيها، والحبس جائز في هذا النوع من المتهمين ومتفق عليه: «لأن الحبس كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى عهد الصحابة، ومن بعدهم إلى يومنا هذا، وقد روي أنه صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً في تهمة ساعة من نهار ثم خلى سبيله، وكذلك فعل خليفته من بعده، ولم يكن محبس معد لحبس الخصوم، ولكن لما كثرت الرعية في زمن عمر بن الخطاب وأصبح من العسير تمييز الصالح من الفاجر، قام رضي الله عنه بشراء دار بمكة وجعلها سجناً يحبس فيها، والحبس على ضربين: حبس عقوبة، والتي لا تكون إلا في واجب، وحبس استظهار، ويكون في تهمة ليكشف به عما وراءه»⁽²⁾، فحبس الاستظهار إذن يكون للمتهم مجهول الحال، الذي لا يعرف بعمل البار، ولا بعمل الفاجر، فإذا ادعي عليه بتهمة يحبس حتى ينكشف أمره ويعرف من أي فئات هو⁽³⁾، فإن كان فاسداً استمر حبسه وإن كان صالحاً أطلق سراحه، غير أن المالكية يشترطون أن لا يطيل الإمام حبسه، وقد قدر الفقهاء مدة الحبس بشهر⁽⁴⁾.

الملاحظ على التصنيف الذي جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية أنه يحدد مركز الشخص في الدعوى الجزائية تبعاً لحالته الأخلاقية داخل المجتمع، التي تكون أساس الإجراءات المتبعة معه إلى حين زوال الشك باليقين، هذا الأخير الذي يكون إما بالبراءة أو الإدانة، ولعل الأساس الذي بنى عليه فقهاء الشريعة الإسلامية هذا التصنيف قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا... ﴾⁽⁵⁾، أي ابتعدوا عن التهمة، والتخون، وإساءة الظن بالأهل والناس، وعبر بلفظ "الكثير" لاحتاط الناس في كل ظن ولا يسارعوا فيه بل يتأملوا ويتحققوا، لأن في الظن إثماً وذنباً يستحق صاحبه العقوبة عليه⁽⁶⁾، ومما يزيد من أهمية هذا التصنيف وتميزه أنه يعطي صورة عملية لأصل البراءة، بحيث لا تمس حرية الشخص إلا إذا كان فاجراً وارتكب جريمة من نفس نوع

(1) انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج2، القاهرة، دار القدس للنشر والتوزيع،

2009، ص 206، وانظر كذلك: ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، نفس المرجع، ص138.

(2) انظر: سابق (السيد)، ج 3، نفس المرجع، ص463 إلى 434.

(3) انظر: ابن تيمية (أحمد عبد الحلیم)، ج 35، نفس المرجع، ص397

(4) انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، المرجع السابق، ص 211

(5) سورة الحجرات الآية 12

(6) انظر: الصابوني (محمد علي)، صفوة التفاسير، ج03، بيروت، دار الفكر للطباعة، والنشر، والتوزيع، 2001، ص 218.

الجريمة محل البحث والتحري، وهو ما يصطلح عليه في القانون الوضعي " بالعود"⁽¹⁾ ، لأنه الأقرب إلى التهمة، كما تتخذ نفس الإجراءات تقريبا نحو الشخص المجهول الحال، إلا أنها بالنسبة للأول تتخذ الطابع الردعي حتى يتذكر الجاني الجريمة السابقة وآثارها السلبية عليه على القيم السامية للمجتمع الإسلامي، أما بالنسبة للثاني فتأخذ الطابع الوقائي من ناحيتين:

أ- التثبيت والتأكد من حالة الشخص محل الادعاء .

ب- حماية المجتمع من جرائم الغرياء التي قد تكون في أسلوبها وطريقة تنفيذها تختلف عن المألوف.

كما أن هذا التصنيف مؤسس على مبدأ فريد من نوعه، وهو التفريد في الإجراءات قبل التفريد في العقوبة بعد الإدانة، فلا يحبس إلا الفاجر ومجهول الحال، ويحمى أو يحصن النقي الصالح حتى لا تمس كرامته وسمعته، لذلك نجد في الأصناف الثلاثة أن المساس بالحرية هو إجراء استثنائي وظيفي مهمته تنتهي في أقرب وقت بعد التثبيت.

إن الفرق بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، يتمثل في أن هذه الأخيرة تنظر إلى أخلاق الشخص، وشخصيته، وقيمه فتتحدد من خلالها الصفة التي سيتصف بها عند توجيه الاتهام إليه، فيما إذا كان صالحا، أو فاجرا، أو مجهول الحال، وبالتالي يكون الاتهام في هذه الحالة مبنيا على ترجيح دلائل، أو قرائن مستمدة من شخصية المتهم أولا، ثم الانتقال إلى مخلفات الجريمة، أو الأدلة المادية ثانيا، وهذا ما يغلط الباب أمام الدعاوى الكيدية التي قد تتعرض لها الشخصيات المرموقة في المجتمع، أما القانون الوضعي فإن المتهم المجهول الحال عنده هو المتهم الفار أو المتهم الحر الذي لم يقبض عليه بعد، كما أن الأدلة تستمد من أقواله ابتداءً، وليس من صفاته وأخلاقه، ولعل مرد ذلك لصعوبة معرفة حقيقة سلوك الشخص مباشرة، وبالتالي فإن العمل بصحيفة السوابق القضائية في الوقت الحالي قد يؤدي إلى التعرف على حقيقة الشخص، وإمكانية تصنيفه وفق ما جاءت به الشريعة الإسلامية فيما إذا كان فاجرا، أو صالحا، ومن ثم حمايته من الدعاوى الكيدية التي قد يتعرض لها خصوصا في الوقت الحاضر أين أخذت فيه الجريمة أبعادا أخرى تتميز بالانتشار الدولي، وبالتعقيد، والحكمة، والتنظيم.

(1) العود: " يقصد بالعود الوصف القانوني الذي يلحق بشخص عاد إلى الإجرام بعد الحكم عليه بعقوبة بموجب حكم سابق، فهو ظرف شخصي لتشديد العقوبة كونه يتعلق بشخص الجاني بصرف النظر عن ماديات الجريمة أو الجرائم التي وقعت منه"، انظر: سليمان (عبد الله)، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ج01، الجريمة، عين مليلة، دار الهدي، 1998، ص ص 377، 378.

غير أن معيار التقوى والصلاح الذي قال به فقهاء الشريعة الإسلامية، والذي يتوافق مع معيار حسن السلوك الذي كرسه القانون الوضعي لتحديد الإجراءات الواجبة الاتباع ضد الشخص المدعى عليه (المتهم) ، يلقي على عاتق سلطات البحث والتحري، والتحقيق، والحكم عبء الحصول على دليل جدي يظهر الحقيقة الواقعية سواء تجلت في ثبوت البراءة على حالتها السابقة قبل الاتهام، أو حلت محلها الإدانة المبررة العقاب، ومن ثم لا بد وأن تكون هناك دلائل، وقرائن تحوز من القوة ما يمكن هذه السلطات من اتهام الشخص بغض النظر عن كونه صالحاً، أو فاجراً، وما يبرر هذا الطرح كذلك أن المجتمع الإسلامي الحالي، أصبحت تتعايش فيه العديد من الأجناس من مختلف أصقاع الأرض نظراً للحركة الكبيرة للأشخاص ورؤوس الأموال، فتكون بذلك مجهولة الطباع والسلوكات، مما يحتم على السلطات المشتغلة بالدعوى الجزائية الاعتماد على معيار " المتهم مجهول الحال" لأنه الأنسب للإجراءات الجزائية الحالية، القائمة على حماية حقوق المتهم في الدعوى الجزائية.

كما أن عدم وضوح المعنى الحقيقي للمتهم في القانون الوضعي، وعدم الاهتمام بتعريفه من طرف فقهاء الشريعة الإسلامية، يكون مرده أن كلاً من القانون الوضعي والشريعة الإسلامية يسعيان إلى حماية المتهم، أو المدعى عليه في الدعوى الجزائية، وتمكينه من حقوقه كاملة أكثر من السعي لتحديد المصطلحات، لأن الرنونق الاصطلاحي وحده لا يكفي لتحقيق أهداف القانون ومقاصد الشريعة الإسلامية، إذا انتهكت حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية دون وجه حق.

المطلب الثاني

الشروط الواجب توافرها في المتهم في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية.

حتى يتصف الشخص بصفة المتهم في القانون الوضعي، وبالمدعى عليه في الشريعة الإسلامية، لا بد توافر من مجموعة من الشروط تؤهله لأن يكون محلاً للدعوى الجزائية، هذه الأخيرة التي تفترض أن وراء كل جريمة شخصاً ما، يبدأ مشتبه فيه في مرحلة البحث والتحري، ولكن بعد التعمق في هذا الأخير تتقوى القرائن والدلائل التي تبيح اتهامه فتتحرك الدعوى الجزائية ضده، ويتحول إلى متهم بالجريمة محل المتابعة والادعاء، فنكون هذه الشروط مرتبطة إما بشخص المتهم، ويمكن أن

نسميها بالشروط الموضوعية (الفرع الأول)، أو تكون مرتبطة بالدعوى الجزائية نفسها وهي الشروط الشكلية، أو الإجرائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الشروط الموضوعية.

وهي الشروط المرتبطة بشخصية المتهم حتى يتصف بهذه الصفة، والتي لا تتوفر في المشتبه فيه، أثناء جمع الأدلة التي يكون الشخص فيها ما بين الشاهد والشخص القابل للاتهام، فتسمع أقواله على سبيل الاستدلال، لأن القرائن والدلائل الموجودة حول الواقعة مازالت تتميز بالتعقيد، والتشتت، وعدم القابلية للارتباط، فلا يرجح معها الاتهام، ولكن بعد التعمق في البحث والتحري يتحول التشتت إلى تجمع وتشكل، والتعقيد إلى بساطة ووضوح، وعدم القابلية للارتباط إلى تساند وتضافر، فتقوى بذلك القرائن التي ترجح اتهام شخص ما وفق الشروط التالية:

الفقرة الأولى

الوجود القانوني.

يستلزم هذا الشرط أن يكون الشخص على قيد الحياة، حتى يمكن توجيه إجراءات الدعوى الجزائية قبله، وأن يكون من بين البشر ويستوي في ذلك أن يكون ذكرا أو أنثى، بالغ أو حدث، وطني أو أجنبي، وأن لا يكون ممن يخرجون من نطاق المسؤولية الجزائية، أو ممن يخضعون لرقابة أو ولاية شخص آخر، هذه المسؤولية التي لا بد وأن تكون شخصية فتستلزم بذلك أن تكون العقوبة شخصية كذلك، وبالتالي فإذا حدث وأن توفي المتهم قبل رفع الدعوى، فإن واقعة الوفاة تؤدي إلى انقضائها، مما يستلزم إصدار أمر بحفظ الأوراق والتصريح بانقضاء الدعوى العمومية ، فتتوقف الإجراءات توقفا نهائيا⁽¹⁾.

أما بالنسبة للشخص المعنوي، والذي هو عبارة عن: « مجموعة من الأشخاص تستهدف غرضا مشتركا، أو مجموعة من الأموال ترصد لفترة زمنية محددة لتحقيق غرض معين، بحيث تكون

(1) انظر: زكي أبو عامر (محمد)، الإجراءات الجنائية، الإسكندرية، منشأة المعارف، (د.ت)، ص 310.

هذه المجموعة من الأشخاص، أو الأموال كيانا قانونيا " شخص قانوني" مستقلا عن نوات الأشخاص والأموال المكونة له، له أهمية قانونية مستقلة وقائمة بذاتها لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات باسمه ولحسابه، كما أن هذه المجموعة لها مصلحة جماعية مشتركة ومستقلة عن المصالح الذاتية والفردية لأفراد المجموعة «⁽¹⁾»، فقد بدأت التشريعات تميل إلى الاعتراف بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي الذي تبرره الاعتبارات التالية:

- أ- تقرير مسؤولية الشخص المعنوي لصعوبة معرفة الشخص الطبيعي الذي ارتكب الجريمة باسمه.
- ب- الإمكانات الهائلة التي تتمتع بها الأشخاص المعنوية والتي بإمكانها أن تعرض حياة الأفراد للخطر وتمس بالأمن، والسكينة العامة.
- ت- تستر الشخص الطبيعي وراء اسم ومصالح الشخص المعنوي وارتكاب الجرائم المختلفة ⁽²⁾.

هذه الاعتبارات دفعت بالعديد من التشريعات إلى الإقرار بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، ومنها التشريع الفرنسي بعد صدور قانون العقوبات الجديد الذي أصبح ساري المفعول بتاريخ 10/03/1994 حسب رأي الأستاذ " Jean Claude Soyres " الذي اعتمد على فكرة استعارة الإجرام كأساس للمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي من الفعل الذي قام به الشخص الطبيعي الممثل له ⁽³⁾.

الملاحظ أن معظم التشريعات العربية ⁽⁴⁾، وكذلك التشريع الجزائري قد أخذت بفكرة المسؤولية لجزائية للشخص المعنوي بموجب القانون رقم 15/04 ⁽⁵⁾، وقصر هذه المسؤولية على أشخاص القانون الخاص حيث استثنيت منها الدولة، والجماعات المحلية، والأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام ⁽⁶⁾. إلا أن الأساس الذي تقوم عليه مسألة الشخص المعنوي هو ممثله القانوني بوصفه لا بشخصه، فإذا تغيرت هذه الصفة أثناء مباشرة الدعوى تعين توجيه الإجراءات إلى الممثل

⁽¹⁾ انظر: عوايدي (عمار)، القانون الإداري، النظام الإداري ج01، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000، ص 182.

⁽²⁾ GHOD (D.B) : La responsabilité pénal des personnes morales présentation théorique et pratique, Paris, Edition Alexander la cassagne et Edition Eska, (s.d), P 03.

⁽³⁾ SOYRES (J.G) : Doit pénal et procédure pénale, Paris, 12^{eme} Edition L.G.D.J, 1995, P 132.

⁽⁴⁾ انظر مثلا: المادة 74/ف02 ع. أردني، المدخل: http://www.mowa.pna.ps/Local_laws/LL11 ، والمادة 75 ع.

المصري، المدخل: <http://ar.slideshare.net/sharkorlando>، المادة: 127 ق.ج المغربي، المدخل: www.press-maroc.com/t3313

⁽⁵⁾ انظر: المادة 51 مكرر من القانون 15/04 المؤرخ في 10/11/2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، ج.ر، ع 71.

⁽⁶⁾ انظر: بوسقيعة (أحسن)، أبوسقيعة (أحسن)، الوجيز في القانون الجزائي العام، ط03، الجزائر، دار هومة، 2006، ص 222 .

الحقيقي للشخص المعنوي⁽¹⁾، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري عند تقريره لمسؤولية مدير الشركة وأمسيرها إذا ما خالف الشكليات المقررة في تسيير الشركة⁽²⁾.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد عرفوا الشخصيات المعنوية واعتبروا بيت المال "جهة"، وكذلك المدارس، والملاجيء، والمستشفيات وغيرها، وجعلوا هذه الجهات أهلا لتملك الحقوق، ويذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى عدم الأخذ بالمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي على أساس أنه لا يتمتع بالإدراك، والاختيار، والإرادة الذاتية التي هي قوام المسؤولية الجنائية⁽³⁾.

ورغم أن الشخص الطبيعي هو الذي يكون موضع مسألة في الجرائم التي ترتكب باسم الشخص المعنوي، إلا أن الإقرار بالمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي يجد مبرره في أن الواقع الاقتصادي أفرز تكتلات وتجمعات، غالبا ما تجعل الفاعل المادي للجريمة غير محدد خصوصا إذا كان توزيع العمل داخل هذه التكتلات والتجمعات يؤدي إلى ضياع المسؤوليات، كما أن العقوبات المقررة للشخص المعنوي تمس بالأساس ذمته مالية، أو نشاط الذي يقوم به، وهي: الحجز القانوني، والمصادرة الجزئية للأموال، والمنع المؤقت من ممارسة مهنة، أو نشاط، وإغلاق المؤسسة، والإقصاء من الصفقات العمومية.

هذه العقوبات وإن كانت تخص الشخص المعنوي أكثر، إلا أنها لا تكون مستقلة عن الممثل القانوني له، ولعل هذا ما جعل المشرع يذكرها في المادة 09 من ق.ع⁽⁴⁾، ضمن العقوبات التكميلية التي لا تصدر مستقلة عن العقوبات الأصلية التي تخص الشخص الطبيعي، ولكي تطبق يجب النطق بها في الحكم محل الإدانة⁽⁵⁾، وهذا ما يفسر أنه في جميع الحالات يكون فيها الشخص الطبيعي هو المسئول، والذي يجب أن يكون موجوداً حتى يتحقق الجزاء، لأن الشركة بعد التصفية مثلا وانتهاء شخصيتها المعنوية لا تلغي مسؤولية المسير عن الجرائم المرتكبة في حياة الشركة، هذا من جهة،

(1) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 199.

(2) انظر: المواد 800 إلى 813 من الأمر 59/75 المؤرخ في 26/09/1975م المتضمن القانون التجاري، ج.ر، ع101.

(3) انظر: عودة (عبد القادر)، التشريع الجنائي في الإسلام مقارنا بالقانون الوضعي، ج01، مرجع سابق، ص 296.

(4) انظر: المادة 09 من ق.ع.

(5) العقوبة التكميلية : وهي العقوبة التي تلحق بجريمة معينة يحددها الشارع، ولا توقع على المحكوم عليه إلا إذا نص عليها القاضي صراحة في حكمه، انظر: نجم (محمد صبحي)، أصول علم الإجرام والعقاب (دراسة تحليلية وصفية موجزة)، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، ص126، وهذا ما يتوافق مع ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 04 من قانون 23/06 المؤرخ في 20/12/2006 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، ج.ر، ع84، الذي ألغى المواد (06، 07، 08) الخاصة بالعقوبة التبعية أو الفرعية كما عبر عنها نجم (محمد صبحي) في نفس الصفحة السابقة على أنها: " تلحق بالعقوبة الأصلية وتتبعها دون حاجة للنص عليها في الحكم، واستبدالها بالعقوبة التكميلية التي تكون إما إجبارية وإما اختيارية ".

ومن جهة ثانية لا يمكن أن نتصور شخصاً معنوياً بدون شخص طبيعي مسير له، لذلك قرر المشرع الجزائري مسألة الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص على الجرائم التي ترتكب لحسابه الخاص في المادة 51 مكرر من ق.ع بموجب تعديله في 2004 دون الإخلال بمسألة الشخص الطبيعي كفاعل أو شريك عندما تتعلق هذه الجرائم بالشخص المعنوي، الأمر يطرح التساؤل حول كيفية إسناد هذه الجرائم للشخص المعنوي، مع العلم أن المدير أو المسير هو الذي يتوفر فيه الفساد، والاتجار بالوظيفة في الصفقات العمومية مثلاً ، فإذا ما حصل على هدية أو مزية غير مبررة فإنه سيستفيد منها كما لو حصل عليها وهو موظف في مؤسسة تابعة للدولة، كما أن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تعلق مسؤولية المسير كفاعل أصلي أو شريك.

فبالنظر إلى المسؤولية المقررة للشخص المعنوي كفاعل أصلي نجد أنها تشترك مع المسؤولية الخاصة بالشخص الطبيعي في حالة ما إذا ارتكب هذا الأخير جريمة من جرائم الصفقات العمومية، ومن ثم نجد أن المشرع قد تشدد في العقوبة الخاصة بالشخص المعنوي في هذه الحالة بحيث يعاقب الشخص المعنوي، والمسير كفاعلين أصليين، وكأن لكل من الشخص المعنوي والمسير كيانه مستقل عن الآخر، وهذا يتنافى مع طبيعة العلاقة فيما بينهما، فالاستقلال المنصوص عليه هو الاستقلال في الذمة المالية الموجبة للشخصية المعنوية للشركة أو المؤسسة، أما القرارات والتصرفات الموجبة للمسؤولية فلا يوجد هناك فرق بين الشخص المعنوي، والشخص الطبيعي، لأن هذا الأخير هو المعبر عن إرادة الشخص المعنوي في كل الحالات.

أما معاقبة الشخص الطبيعي كشريك عندما يتعلق الأمر بمسؤولية الشخص المعنوي، يفهم منه أن الشخص المعنوي له إرادة مستقلة عن إرادة مسيريه تحدد مسؤوليته الأصلية عن الأفعال التي يرتكبها والمسؤولية التبعية (الاشتراك) للمسير، مع أن المسؤولية واحدة، ولعل تقرير المشرع لمسؤولية الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص بهذه الطريقة يجد مبرره في التأكيد على الطابع المالي للعقوبات الخاصة بجرائم الفساد وهو ما نصت عليه المادة 53 من قانون 01/06، التي أحالت على المادة 18 مكرر من ق.ع وهي الغرامة التي تساوي من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي، بالإضافة إلى العقوبات التكميلية المحددة بهذه المادة.

هذا وقد قرر المشرع فيما يخص العقوبات الخاصة بالشخص الطبيعي والمعنوي، عدم تقادم الجريمة إذا انتقلت العائدات إلى الخارج، إذا كان الأمر يتعلق بجريمة من جرائم الفساد حسب نص المادة 54 من قانون 01/06 ، كما مكن الجهة القضائية التي تنظر الدعوى ومن تلقاء نفسها أن تصرح ببطلان عقد، أو صفقة، أو براءة، أو امتياز، أو ترخيص متحصل عليه من ارتكاب إحدى جرائم الفساد، وذلك مراعاة للغير حسن النية .

الملاحظ أن المشرع الجزائري في تجريم الفساد قد عدل عن القواعد التقليدية في التجريم والعقاب، وأعتمد على آليات جديدة تتسم بالملاءمة لهذا النوع من الجرائم، وخاصة تلك المتعلقة بحماية المال العام، وأصبحت المصلحة العامة هي مناط التجريم والعقاب، عن طريق تطبيق مبدأ الملاءمة لردع المخالفين بكل صرامة، ويتضح ذلك خصوصا في عدم تقادم جرائم الفساد إذا حولت العائدات إلى الخارج، وتطبيق عقوبة الجناية على أفعال موصوفة بوصف الجنحة عندما يتعلق الأمر بالفساد والصفات العمومية خصوصا.

الفقرة الثانية

التعيين.

إذا كان الوجود القانوني للمتهم يتحدد من خلال واقعة الجريمة، والذي لا يفترض أن يكون معينا، فإن إجراءات الدعوى العمومية انطلاقا من تحريكها، ومباشرتها، والتحقيق فيها تسعى إلى تعيين المتهم، تعيينا نافيا للجهالة، وفي هذا الصدد لا بد من التفرقة بين التحقيق والمحاكمة، ففي التحقيق لا يشترط فيه تعيين المتهم لأن الإجراءات تكون موجهة أساسا للكشف عليه، لأن الدعوى العمومية في بعض الأحيان تحرك وتباشر ضد مجهول، فهذه المرحلة ذات طابع عيني، أما في مرحلة المحاكمة فلا بد من أن يكون المتهم معينا، لأن الهدف منها هو الوصول إلى الحكم الذي يقرر البراءة أو الإدانة، فيكون طابعها شخصيا⁽¹⁾.

كما لا يشترط أن يكون المتهم معينا باسمه، سواء أكان أبكم، أو رفض الإدلاء بأي تصريح، أو انتحل شخصية شخص آخر، أو اتهم شخص معين، ثم تبين بعد ذلك أنه ليس الفاعل الحقيقي وهو ما يسمى "بالخطأ في الشخصية"⁽²⁾، وخير مثال على ذلك الشخص الذي يلقي عليه القبض وهو متلبس بالجريمة، أو تتوفر فيه حالة من حالاتها كالتالي نص عليها المشرع في المادة 41 من ق.إ.ج.ج⁽³⁾.

(1) انظر: حسني (محمود نجيب)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1988، ص 97.

(2) انظر: قهوجي (علي عبد القادر)، فتوح عبد الله الشاذلي، مبادئ قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبنانية، الإسكندرية، دار الجامعية الجديدة للنشر، 1993، ص 99.

(3) انظر: المادة 41 من ق.إ.ج.ج.

هذه المواصفات المقدمة لضرورة تعيين المتهم قال بها فقهاء الشريعة الإسلامية، إلا أنهم لم يشترطوا حضور المتهم لإجراءات الدعوى الجزائية، فيجوز أن ترفع على الغائب، والهارب إذا كان محددًا بشخصه، وخلاف الحنفية الذين اشترطوا حضور المتهم لمجلس الحكم⁽¹⁾.

الملاحظ أن شرط التعيين لا يعني بالضرورة أن يكون الشخص حاضرا أثناء مباشرة التحقيق، إلا أن ضرورة حضوره تزداد حدة عند المحاكمة، مع العلم أن هذه الأخيرة قد تكون وجاهية بحضور المتهم، والمجني عليه وهذا هو الغالب، وقد تكون غير وجاهية فيصدر الحكم في غيبة المتهم الذي يكون محددًا على الأقل بأوصافه، حتى لا يحدث إخلال بشرط التعيين⁽²⁾، فلا يحال إلى المحكمة شخص غير معروف ومجهول الهوية، لأن هذه المرحلة تترتب عليها مجموعة من الحقوق تمكن المتهم من الدفاع عن نفسه فيها بكل حرية.

الفقرة الثالثة

الوعي والاختيار.

أكد علماء النفس أن الإنسان العادي يتمتع دائمًا بإحساس واضح بحريته في الاختيار، لذلك لا يمكن إنكار هذه الحقيقة من الناحية العلمية⁽³⁾، ومعنى هذا وفي مجال الدعوى الجزائية أن يكون الشخص له القدرة على إدراك جميع عناصر الاتهام المحددة للواقعة الإجرامية المخاطب بها ومدى خطورتها، حتى يستطيع اختيار الوسيلة المناسبة التي تمكنه من الدفاع عن نفسه، وحماية مصالحه في دعوى الجزائية، لأن الدفاع في حد ذاته يتطلب قدرًا معينًا من الفطنة والذكاء، حتى يستطيع المتهم الاستفادة منه، هذا الوعي الذي يترجم في اختيار الشخص لتصرفاته، والذي تبني عليه سلطة الاتهام اتهامها، واحتمال ارتكابه للجريمة بمحض إرادته، مما يسمح لها باتخاذ الإجراءات الجزائية ضده، فينشأ له بموجب الوعي والاختيار، وضع مزدوج في إطار السجال الدائر بين الحق والدليل⁽⁴⁾، فمن جهة تسعى سلطة الاتهام أساسًا إلى الوصول إلى الحقيقة، ويستوي في ذلك أن

(1) انظر: ابن أحمد بن محمود (أبو البركات عبد الله)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (في فروع الحنفية)، وابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم)، شرح البحر الرائق، ج06، بيروت، دار الكتب العلمية، 1998، ص 433.

(2) انظر: ثروت (جلال)، أصول المحاكمات الجزائية، بيروت، الدار الجامعية، 1991، ص 213 .

(3) انظر: سرور (أحمد فتحي)، أصول السياسة الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1972، ص 106.

(4) انظر: الرعد (نبيل شديد فاضل)، الدفوع الشكلية في أصول المحاكمات الجزائية، دراسة مقارنة، ج01، ط01، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بانتون أساس، باريس، 2005، ص 25.

تطرح تحرياتها بأصل البراءة على أن تحل محلها قرينة الإدانة، ومن جهة ثانية قد تكون النتيجة سلبية تقوم على الشبهة لا اليقين في نسبة الاتهام إلى المتهم.

ففي كل الأحوال يجب أن لا تمس حقوق هذا الأخير أثناء البحث عن الدليل، لكن هذه الأخيرة يمكن ترجمتها من زاوية ضمان حق المتهم في الدفاع، خصوصا حقوق الدفاع الإيجابية وهي الاستعانة بمحام⁽¹⁾، وبما أن الوعي والاختيار مسألة شخصية، فقد أخذ به المشرع الفرنسي في المادة 01/122 من ق.إ.ج. الفرنسي⁽²⁾، كما أخذت معظم القوانين العقابية العربية⁽³⁾ بهذا الشرط في تحديد المتهم، ونفت المسؤولية الجنائية عن الصبي، والمكره، والمصاب بمرض عقلي، أو نفسي.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فيبينون المسؤولية الجنائية على حرية الاختيار تطبيقا لقوله تعالى: ﴿...إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ...﴾⁽⁴⁾، أي من تلفظ بكلمة الكفر مكرها وقلبه مملوء بالإيمان واليقين، ففي هذه الآية تغليظ لجريمة المرتد لأنه عرف الإيمان ثم ارتد إيثارا للحياة الدنيا على الآخرة⁽⁵⁾، وفي رواية للبخاري عن نافع مولى عمر أن صفية بنت أبي عبيد أخبرته أن عبداً من رقيق الإمارة وقع على وليدة من الخمس فاستكرهها حتى أقطتها فجلده عمر الحد ونفاه ولم يجلد الوليدة من أجل أنه استكرهها⁽⁶⁾، وفي هذا تقرير لمسؤولية الشخص عن أفعاله إلا إذا كان مكرها، فلا يسأل عن الجرم إلا فاعله، ولا يؤخذ أحد بجريرة أحد مهما كانت درجة القرابة، أو العلاقة بينهما، فقد قرر القرآن الكريم هذا المبدأ العادل في الكثير من آيات، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿... وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى...﴾⁽⁷⁾، كما أكد هذا المبدأ الرسول صلى الله عليه وسلم في العديد من الأحاديث ومنها قوله عليه الصلاة والسلام: «ألا تجني نفس على أخرى»⁽⁸⁾.

بالإضافة إلى حرية الاختيار فإن الدعوى الجنائية في الشريعة الإسلامية لا تعترف بحصانة خاصة لبعض الأشخاص تحميهم من الخضوع إلى القانون، وتجعله استثناء من اختصاص

(1) انظر: حسني (محمود نجيب)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 435.

(2) L'art 122, al. 02 : « N'est pas pénalement responsable qui était atteinte, au : moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes. La son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable ; Toute fois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime »

(3) انظر مثلا: المادة 01/74 ع. الأردني، والمادة 62 ع. المصري، والمادة 134 ق. ج مغربي، والفصل 38 مج. ج التونسي، المدخل: <http://www.e-justice.tn> يوم 2014/09/22.

(4) سورة النحل الآية 106.

(5) انظر: الصابوني (محمد علي)، صفوة التفاسير، ج02، مرجع سابق، ص 133.

(6) انظر: رواه البخاري، صحيح البخاري، كتاب الحدود، باب إذا استكرهت المرأة على الزنا فلا حد عليها، مرجع سابق، ص 850.

(7) انظر: سورة الأنعام الآية 164.

(8) انظر: رواه النسائي، سنن النسائي، كتاب القسامة، باب هل يؤخذ أحد بجريرة أحد، رقم الحديث 4838، مرجع سابق، ص 918.

القضاء كما في القوانين الوضعية، لأن الشريعة الإسلامية تطبق على جميع المسلمين، وعلى قدم المساواة، ولا توجد تشريعات خاصة بفئة معينة، فالشريعة الإسلامية واحدة تكون واجبة التطبيق على الكافة طبقاً لمبدأ المساواة- كما سيأتي بيانه- عند تحليل مبدأ المساواة ومحوريته في حماية حق المتهم في الدفاع في الشريعة الإسلامية.

فبتوافر هذه الشروط يمكن أن نطلق على الشخص صفة المتهم، ولكن لا بد من شروط أخرى تكون الوجه الآخر لهذه الصفة وهي ما يسمى بالشروط الإجرائية.

الفرع الثاني

الشروط الإجرائية.

وهي تلك الشروط التي افترضها القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، على حد سواء في الشخص حتى يحوز صفة المتهم في الدعوى الجزائية، هذه الشروط منها ما يخص الجريمة محل المتابعة، ومنها ما يخص الإجراءات الخاصة بها، هذه الشروط هي التي تجعل من الشخص محل المتابعة في وضع مغاير عن الشخص العادي وهي كمايلي:

الفقرة الأولى

وقوع الجريمة.

حتى يكون هناك متهم في الدعوى الجزائية لا بد وأن تكون قد حدثت جريمة بالفعل، هذه الأخيرة تكون محددة ومصنفة ضمن نص التجريم وتقابلها عقوبة محددة، فهو في القانون الوضعي قانون العقوبات، وفي الشريعة الإسلامية النص المحدد في الكتاب والسنة، والمحدد لجرائم الحدود، والقصاص، والتعزير، وفي القانون الوضعي الجنايات، والجنح، والمخالفات، تكون العقوبة المقدرة لها بحسب جسامة الجريمة ومدى تهديدها للمصالح المحمية بنص التجريم في القانون الوضعي، ومدى مساسها بالمقاصد الخمسة المحددة في الشريعة الإسلامية وهي " الدين، والنفس، والمال، والعقل، والنسل".

فالجريمة إذن هي كل عمل أو امتناع، يعاقب عليه القانون بعقوبة جزائية⁽¹⁾، هذه الجريمة

لابد وأن يكون لها نطاق وهو ما يسمى بمسرح الجريمة، الذي يضم الآثار التي خلفتها⁽²⁾، والتي تخضع لمعاينة المحقق والفحص الفني للشرطة العلمية، للمحافظة على الحالة التي تركها عليها الجاني بعد ارتكاب الجريمة، والأشخاص الذين لهم علاقة سواء بمسرح الجريمة، أو الجاني وهو ما يسمى بإثبات حالة الأشخاص وهم: " المجني عليه، والمبلغ، والمترددون على مسرح الجريمة كأقارب المجني عليه، والمترددون بحكم مهنتهم، والمتواجدون بحكم الصدفة، والأشياء، والأمكنة ذات الصلة بالحادث " ⁽³⁾.

فإثبات حالة الأشخاص والأشياء الموجودة في مسرح الجريمة تبين أن الجريمة التي وقعت كان وراءها شخص، يكون في البداية مشتبهاً فيه أثناء مرحلة البحث والتحري، التي تقوم فيها الضبطية القضائية بجمع الأدلة المختلفة من أجل حصر مجموعة القرائن والدلائل التي تتميز في البداية بالتشتت والتعقيد، وعدم القابلية للارتباط، فلا يرجح معها الاتهام، فيكون الشخص في هذه الحالة ما بين الشاهد والشخص القابل للاتهام، فتسمع أقواله حول الجريمة على سبيل الاستدلال، أما بعد التعمق في التحري، فإن الضبطية القضائية يمكنها أن تحول التشتت إلى تجمع وتشكل، والتعقيد إلى بساطة ووضوح، وعدم القابلية للارتباط إلى تساند وتضافر، فيتحول الشخص من مشتبه فيه إلى متهم الذي يتمتع معه سماعه كشاهد، فتتولد له مجموعة من حقوق الدفاع يعتصم بها ابتداءً من مرحلة التحقيق إلى مرحلة المحاكمة، فأهم هذه الحقوق في مرحلة التحقيق هي " حق المتهم في حضور جميع إجراءات التحقيق ماعدا سماع الشهود، والإطلاع على التحقيق المدون الذي جرى في غيبته، واقتضته حالة الضرورة والاستعجال، والاستعانة بمحام، والمحافظة على سلامته الجسدية "، أما في مرحلة المحاكمة هي " انتقاء العلاقة بين أحد أعضاء تشكيلة المحكمة، وأحد الخصوم في الدعوى، وعلانية المحاكمة، وشفوية المرافعة، والمواجهة مع الخصوم، والاستعانة بمحام، وتدوين إجراءات المحاكمة، والظعن في الأحكام الصادرة " ، هذه الحقوق التي سنتعرض لها بالتفصيل في الباب الثاني.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فلا يختلفون مع فقهاء القانون الوضعي في اعتبار نسبة الفعل المرتكب إلى المدعى عليه (المتهم) ، كشرط المتابعة فلا يمكن في أي حال من الأحوال أن ترفع

(1) انظر: بوسقيعة (أحسن)، والوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق ، ص 25 .

(2) انظر: المعاينة (منصور عمر)، الطب الشرعي في خدمة الأمن والقضاء، الرياض، مطابع جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2007، 2007، ص 53.

(3) انظر: المرصفاوي (حسن صادق)، الجوانب العلمية في التحقيق الجنائي، المجلة الجنائية القومية، ج11، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، ع 03، شهر نوفمبر، 1968، مصر، ص 459.

الدعوى على غير المتهم مصداقا لقوله تعالى: ﴿ أَلَا تَرَىٰ وَازِرَةً وَّرَزًّا أُخْرَىٰ * وَأَنَّ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ * ﴾⁽¹⁾، وقد أكد على ذلك الرسول صلى الله عليه وسلم في قوله: «ألا لا يجني جان إلا على نفسه، لا يجني والد على ولده، ولا مولود على والده»⁽²⁾.

الفقرة الثانية

تحريك الدعوى الجزائية.

إذا كان الشق الموضوعي للقانون الجنائي يتحدد من خلال قاعدة « لا جريمة، ولا عقوبة، أو تدبير أمن بغير قانون»⁽³⁾، فإن الشق الإجرائي يتحدد من خلال قاعدة « لا عقوبة بغير دعوى جزائية » فيكون من الضروري تحريك الدعوى العمومية عند وقوع الجريمة، لتحقيق هدفين أساسيين هما معاقبة الجاني، وحماية النظام العام والآداب العامة، فالدعوى الجنائية إذن هي الطلب المقدم من طرف الدولة بواسطة جهازها المختص وهو النيابة العامة إلى القاضي تجاه المتهم بارتكاب الجريمة لإقرار سلطة الدولة في معاقبته⁽⁴⁾، هذا الطلب يجب أن يتضمن التهمة المسندة للمتهم في جريمة، أوجرائم دلت التحقيقات الابتدائية، والقضائية على ارتكابه لها وذلك بتوافر بعض الأدلة⁽⁵⁾.

فمن خلال هذا التعريف يتحدد مركز المتهم بالنسبة للتهمة المنسوبة إليه، فهي لا تدخل في إطار القرارات الولائية التي يصدرها القاضي بمناسبة تنظيمه لمرفق القضاء، أو تحديد بعض المراكز القانونية للأشخاص، ولا هي عبارة عن نص قانوني يصدره في إطار تحديد الجريمة والعقوبة المقررة لها، وإنما هي صورة مصغرة فقط لمجمل الوقائع الخاصة بالجريمة وملابساتها، يتم عرضها على المتهم ليدلي برأيه فيها، ويقول ما شاء إذا شاء ذلك، فهي إذن حوار يدور بين القاضي والمتهم حول وقائع الجريمة يتضمن إثبات أو نفي هذه الوقائع من جهة، وحوار بين الوقائع، ونص التجريم يتضمن

(1) انظر: سورة النجم الآيات 38، 39.

(2) انظر: ابن ماجة، سنن بن ماجة (أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني)، أبواب الديات، باب لا يجني أحد على أحد، رقم الحديث 2669، تحقيق حسن (ياسر)، ضلي (عز الدين)، الطيار (عماد)، بيروت، مؤسسة الرسالة، 2013، ص 468، وانظر كذلك: أبو داود (سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني)، كتاب الديات، باب لا يؤخذ أحد بجريرة أحد، رقم الحديث 4495، تحقيق حسن (ياسر)، ضلي (عز الدين)، الطيار (عماد)، بيروت، مؤسسة الرسالة، 2013، ص 945.

(3) انظر: المادة: 01 من ق.ع.

(4) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 96.

(5) انظر: العيكي (عبد الأمير)، أصول الإجراءات الجنائية في أصول المحاكمات الجزائية، ج02، بغداد، مطبعة جامعة بغداد، 1969،

مدى مطابقتها لهذا الأخير من جهة ثانية، وحوار بين القاضي، ونص التجريم، والوقائع يتضمن أساسا الوصول إلى إقرار أو عدم إقرار نسبة التهمة إلى المتهم، هذا الإقرار الذي يجب أن يصل إلى حد استجلاء النص القانوني الذي يطبق على الفعل ونطاقه في إطار الجريمة التامة، أو الشروع.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد سموها بدعوى التهمة، التي يكون محلها عملا شائنا، أو محرما، أو ممنوعا يرتب الشارع على فاعله عقوبة في الدنيا وهي دعوتان، فالدعوى الأولى هي الدعوى العامة، التي تتعلق بالجرائم التي تقع على الحق العام " أي حق الله مثل جريمة الزنا، والتعزير عن المنكرات التي فيها حق الله تعالى"، أما الدعوى الثانية فهي الدعوى الخاصة، التي تنترت على جريمة نالت الفرد المجني عليه مباشرة (الدعوى الحق الخاص)، وعلق الشارع قيامها على طلبه، مثل جرائم القتل والجراح، ويمكن أن يندرج تحت مضمون هذه الحقوق ما هو مقرر من التعزيرات على ما فيه حق للعبد (1).

فدعوى التهمة سواء أكانت عامة أو خاصة، لا بد لها من إجراءات واضحة تتمثل في القواعد، والضوابط، والأصول الواجب مراعاتها من قبل أصحاب الشأن والقاضي في الدعوى من حيث رفعها إلى القاضي إلى حين صدور الحكم فيها (2)، ومما يؤكد معرفة هذه الإجراءات من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية قول ابن فرحون في تبصرة الحكام: « لا غرابة في امتياز علم القضاء عن فروع المذاهب، لأن علم القضاء يفتقر إلى معرفة أحكام تجري مجرى المقدمات بين يدي العلم بأحكام الوقائع والجزئيات، وغالب تلك المقدمات لم يجر لها في دواوين الفقه نكر، ولا أحاط بها الفقيه خبرا، وعليها مدار الأحكام، والجاهل بها يخبط خبط عشواء في الظلام » (3).

يتبين من خلال ما تقدم أن المقدمات التي لم تذكر في كتب الفقه، والمعمول بها في مجال الدعوى الجزائية في الشريعة الإسلامية هي أساس شرعية الإجراءات، التي عبر عنها ابن فرحون بالمقدمات، فهي من الضروريات التي تكفل تنظيم العمل القضائي، وحفظ الحقوق، ومعاقبة المجرمين، وتوجيه سلوك الأفراد نحو السلوك السوي، وتلقي على القاضي عبء السعي نحو تحقيق العدل، وتجعله من موجبات قيام القاضي بمهامه، هذه المبادئ التي جاءت بها الشريعة الإسلامية أصبحت اليوم ذائعة الصيت في كل القوانين الوضعية الإسلامية منها وغير الإسلامية، الدولية منها والإقليمية، والعربية منها والأعجمية، مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ (4).

(1) انظر: الجندي (حسني)، أصول الإجراءات الجزائية في الإسلام، القاهرة، دار النهضة العربية، 1990، ص 24.

(2) انظر: الجندي (حسني)، نفس المرجع، ص 08.

(3) انظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج 01، مرجع سابق، ص 06.

(4) انظر: سورة الأنبياء الآية 107.

الفقرة الثالثة

الأهلية الإجرائية.

يرتبط مفهوم الأهلية بمفهوم المسؤولية، فلا مسؤولية بدون أهلية، لذلك نجد أن الأهلية الإجرائية الجزائية تتفق في عمومها مع الأهلية في القانون المدني، هذه الأخيرة التي تعني صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات، ومباشرة التصرفات⁽¹⁾، هذه الصلاحية اللازمة في التصرفات القانونية في القانون المدني، نجد مرادفا لها في الدعوى الجزائية، وهي صلاحية المتهم لأن يكون أحد أطراف العلاقة في الخصومة الجزائية⁽²⁾، يرتبط أساسا بمآل الإجراءات بعد ثبوت إصابة المتهم بعاهة عقلية، أو مرض نفسي، يعيق قدراته على الدفاع عن نفسه، سواء أكان ذلك ملازما لارتكاب الجريمة، أو وقت تحريك الدعوى العمومية.

فهذه العوارض التي تعترض هذه الأهلية، والتي تجعل من الصعب مواصلة إجراءات الدعوى تجاه الشخص المصاب بها، يمكن تقسيمها حسب طبيعتها إلى :

أ- عوارض تصيب عقل الإنسان فتعدم إدراكه، وتمييزه ، وهي: الجنون، والعتة وفقا لنص المادة 42 من ق.م.⁽³⁾

ب- عوارض تصيب الإنسان في تدبيره، وإدراكه فتتقصه، وهي: السفه، والغفلة وفقا لنص المادة 34 من ق.م.

ت- عارض يصعب مع وجوده على الإنسان التعبير بما يريد، ويتضمن العاهات الجسمانية⁽⁴⁾.

من خلال هذه الحالات الثلاث تتحدد وضعية المتهم تجاه الإجراءات الجزائية المتخذة ضده، فإذا كان الجنون ملازما لارتكاب الجريمة وظل مستمرا حتى رفع الدعوى، فلا يجوز للنيابة العامة رفعها وإنما يتعين عليها أن تصدر أمرا بأن لا وجه للمتابعة لانعدام المسؤولية، وفقا لنص المادة 01/339 ف.ج.ج.إ.ج. من ق.إ.ج.ج. المصري صراحة على ذلك بقولها: « إذا ثبت أن المتهم غير قادر على الدفاع عن نفسه بسبب عاهة في عقله طرأت عليه بعد وقوع الجريمة، فإنه يوقف رفع الدعوى عليه، ومحاكمته حتى يعود إلى رشده »، ويترتب على ذلك أنه لا يكتسب صفة المتهم كل من توافر لديه

(1) انظر: سعدي (محمد صبري)، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات)، ط 04، عين مليلة، دار الهدى، 2009، ص 152.

(2) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 139.

(3) انظر: الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 م المعدل والمتمم المتضمن القانون المدني، ج.ر، ع 78.

(4) انظر: سعدي (محمد صبري)، نفس المرجع، ص 157.

مانع من موانع المسؤولية الجنائية، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري عندما حدد حالات امتناع المسؤولية الجنائية، وهي الجنون، والإكراه، وصغر السن في المواد 47، 48، 49 من ق.ع (1).
أما إذا كان الجنون قد طرأ بعد ارتكاب الجريمة، وأثناء التحقيق جاز للنيابة العامة، وسلطة التحقيق الاستمرار في التحقيق، وإن كان يمنع النيابة العامة من التصرف في التحقيق، إلا أنه لا يمنعها من التصرف في الحفظ، أو إصدار قرار بأن لا وجه للمتابعة الجزائية لعدم كفاية الأدلة وبنفس الوقت إذا رأت النيابة العامة أن أدلة الثبوت قائمة فأنها توقف رفع الدعوى حتى يعود المتهم إلى عقله (2)، والذي من الممكن أن يوضع تحت المراقبة الطبية، وهذا ما أخذ به المشرع الأردني في المادة " 01/233 من أصول المحاكمات الجزائية بقوله: « يتعين على المدعي العام في كل حالة يعتقد فيها أن المتهم مصاب بمرض نفسي أو إعاقة عقلية، أن يضعه تحت المراقبة الطبية اللازمة وذلك للتحقق من سلامته النفسية والعقلية، ولا يوقف ذلك إجراءات التحقيق ضده ».

هذه النظرة جاءت متوافقة مع ما حرصت عليه الشريعة الإسلامية، وهي أن لا ترفع دعوى قضائية على صبي لم يبلغ الحلم بعد أو مجنون، ولا ينظر فيها القاضي ولا توقع العقوبة، فمثلا في حد القذف يجب أن يكون القاذف أهلا للمسؤولية، أي أن يكون بالغاً، وعاقلاً، وحرّاً، إذ أن المسؤولية تسقط على القاصر والمجنون لعدم الأهلية، أما المقذوف فيجب أن يكون بالغاً، وعاقلاً، ومسلماً، وحرّاً، وعفيفاً، فإذا كان صبياً، أو مجنوناً، أو عبداً، أو كافراً، أو تسقط العصمة بزنا حد فيه فلا حد على قاذفه ولكن يعزر، لأجل الأذى وبذاءة اللسان (3)، كما أن اشتراط العقل والبلوغ في الزنا لأنه لا يتصور من الصبي والمجنون فكان قذفهما بالزنا كذبا محضاً، فيوجب التعزير لا الحد (4)، وحد القذف يعمل به إذا لم يثبت الزنا، لعدم توافر الشهود الأربعة العدول كأن يرجع الرابع عن شهادته، أو يشهد ثلاثة فقط، فالشهود يحدون حد القذف لعدم ثبوت جرم الزنا، وقد أجمع العلماء ومنهم مالك، والشافعي، وأبو حنيفة على أن حد القذف ينفذ إذا لم يكتمل شهود الزنا، وهم أربعة شهود (5).

وفي السرقة يجب توافر شروط السارق، وهي أهلية وجوب القطع، المتمثلة في العقل، والبلوغ، والاختيار، والعلم بالتحريم، فلا يقطع الصبي والمجنون لقوله صلى الله عليه وسلم: « رفع القلم عن ثلاث، عن النائم حتى يستيقظ، وعن المبتلى حتى يبرأ، وعن الصبي حتى يكبر

(1) انظر: انظر: المواد 47، 48، 49 من ق.ع.

(2) انظر: عدلي (خليل)، استجواب المتهم فقها وقضاءً، القاهرة، المكتبة القانونية، 1986، ص 16.

(3) انظر: الماوردي (أبو الحسن علي بن محمد)، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، مرجع سابق، ص 335.

(4) انظر: الزحيلي (وهبة)، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 06، مرجع سابق، ص 78.

(5) انظر: ابن قدامة (موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد)، المغني، ج 12، مرجع سابق، ص 367.

«⁽¹⁾، والسرقه كحد لا تقبل العفو، وتسقط بتخلف أحد أركان الحد للشبهة، وفي حال سقوط الحد يستحق الغرم، وهو الضمان الذي قال به الإمام مالك، إذا لم يحكم على السارق بالقطع أيا كان السبب، لعدم تمام النصاب في المال مثلا، أو في الشهادة، أو أنه سرق من غير حرز، أو لأنه قطعت يده في جناية أخرى عمدا أو خطأ، أو في حادث عرضي، وهو يضمن قيمة المال المسروق ولو كان قد تلف⁽²⁾»، فقال الشافعي: « لا قصاص على من لم تجب عليه الحدود، وذلك من لم يحتلم من الرجال، أو تحض من النساء، أو تستكمل خمس عشرة سنة، ذلك مغلوب على عقله بأي وجه ما كانت الغلبة إلا بالسكر فإن القصاص والحدود على السكران كما هي على الصحيح، وكل ما قلنا عليه قصاص فهو بالغ غير مغلوب على عقله، والمغلوب على عقله من السكر دون غيره⁽³⁾».

أما في الحرابة فقد قال المالكية، والشافعية، والحنابلة: « أنه لا يسقط حد القطع عن قاطع الطرق إذا كان فيهم صبي، أو مجنون، أو ذو رحم من المقطوع عليه، لأن وجود هؤلاء شبهة اختص بها واحد، فلم تسقط الحد عن البالغين، كما لو اشتركوا في وطء امرأة، وعلى هذا فلا حد على الصبي، والمجنون، وإن باشر القتل، وأخذ المال، لأنهما ليسا من أهل الحدود، وعليهما ضمان ما أخذنا من المال في أموالهما، ودية قتلتهما على عاقلتهما، أي أقاربهما من العصابات»، أما أبو حنيفة فقد اختلف مع بقية الفقهاء في المرأة، واشترط الذكورة لقيام حد الحرابة، وذلك ليس لعدم أهلية المرأة، بل لعدم المحاربة منها أو نقصانها عادة، فقد قال أبو يوسف صاحب أبي حنيفة: « العبرة بمباشرة القطع، فإذا باشرت المرأة القطع حد الرجل ولاتحد المرأة، فإن قتلت حدا تقتل قصاصا، لا حدا، فيجوز لولي القتل العفو عن القصاص⁽⁴⁾».

ومن كل ما تقدم يمكن أن نستنتج، بأن مناط الأهلية الإجرائية هو الإدراك والملكات الذهنية، الذان يكوّنان معيارا لتحديد صفة المتهم في الشخص محل الادعاء، أي القدرة على التفكير، ثم التدبير لتجاوز جميع القيم المجتمعية، والإنسانية لارتكاب الجريمة، لذلك نجد كلاً من فقهاء القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، يعطون للعلم بأركان الجريمة دورا بارزا في تحديد مسؤولية الشخص عن الفعل المجرم، وبالتالي يستوي في ذلك أن يكون مرتكب الجريمة رجلا أو امرأة، ولا اعتبار للتفريق الذي قدمه الحنفية لأنه لو أخذنا به لأصبحت المرأة مع النقص الذي قالوا به وسيلة لتنفيذ العديد من

(1) انظر: رواه أبو داوود، سنن أبو داوود، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق، أو يصيب حدا، رقم الحديث 4398، مرجع سابق، ص 923.

(2) انظر: عودة (عبد القادر) التشريع الجنائي في الإسلام مقارنا بالقانون الوضعي، ج02، مرجع سابق، ص 480.

(3) انظر: الشافعي (أبو عبد الله محمد بن إدريس)، الأم، ج07، تحقيق وتخريج: عبد المطلب (رفعت فوزي)، القاهرة، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، 2001، ص 331، وانظر كذلك: بهنسي (أحمد فتحي)، السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية، القاهرة، مكتبة دار العروبة، 1965، ص 136.

(4) انظر: الزحيلي (وهبة)، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 06، المرجع السابق، ص 132، 133.

الجرائم، لأنها ستستفيد ابتداءً من ظروف التخفيف لعدم المحاربة حتى ولو كانت لها ملكات ذهنية خارقة. ضف إلى ذلك أن تنفيذ العديد من الجرائم لا يعتمد بالأساس على الإعاقات الجسدية، أضعف البنية الجسمانية، وإنما يعتمد على التدبير ودقة التنفيذ كجريمة التسميم مثلاً، التي نص عليها المشرع الجزائري في قسم الجرائم الملحقة بالقتل⁽¹⁾.

المبحث الثاني

ماهية حق الدفاع ومصادره.

لنا أن نلاحظ أن حق الدفاع مقرر لكل أطراف الدعوى الجزائية، وهم المتهم، والنيابة العامة، والمدعي المدني المطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحق به من جناية، أو جنحة، أو مخالفة، فكل هؤلاء لهم الحق في ممارسة حق الدفاع، ولكل منهم هدفه وطرقه.

غير أن هذا الحق ينصرف عادة إلى المتهم، لأنه الطرف الذي من الممكن أن يتعرض للانتقاص من حريته بموجب إجراءات البحث والتحري، والتحقيق. الشيء الذي يفسر ضعفه، وعدم قدرته على مواجهة سلطة الاتهام بدون ضمانات حقيقية تكفل له الحق في الدفاع عن نفسه بكل حرية، لذلك لا بد من إمطة اللثام عن ماهية حق الدفاع (المطلب الأول)، ثم الوقوف على المصادر التي يستمد منها هذا الحق قدسيته، وضرورته في الدعوى الجزائية، سواء أكانت هذه الدعوى عمومية قانونية، أو دعوى تهمة شرعية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

حق الدفاع بين الشريعة والقانون.

تجدر الإشارة إلى أن حقوق الدفاع المقصودة في هذا البحث هي حقوق الدفاع التي تمارس أمام القضاء الجنائي، أما صور الدفاع أمام الجهات الأخرى كالجهات الإدارية، والمجالس التأديبية لمختلف الوظائف الاجتماعية والإدارية، فهي خارجة عن نطاقه، وعلى هذا الأساس لا بد من الوقوف على حقيقة هذا الحق في كل من القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، بدءاً بمفهوم الحق عامة

(1) انظر: المواد من 260 إلى 261 من ق.ع.

مستقلا عن الدفاع (الفرع الأول)، وكيف اتصف الدفاع بصفة الحق ولم يأخذ أي وصف آخر غير هذا الوصف (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الحق بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية.

إن اتصاف الدفاع بصفة الحق في الدعوى الجزائية، يستلزم منا بالضرورة الوقوف على مفهوم هذه الصفة (الحق)، في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، الشيء الذي سيمكننا من استجلاء الأهمية التي يخصان بها الدفاع أمام القضاء الجزائي خصوصا من جهة المتهم، وذلك في إطار الموازنة بين حق الدولة في توقيع العقاب عند وقوع جريمة ما، ومن ثم توجيه الاتهام إلى شخص معين، وبين حق هذا الأخير في درء التهمة عنه في حال راجحانها في حقه، عن طريق وسائل الدفاع التي يراها مناسبة.

الفقرة الأولى

المفهوم اللغوي للحق.

الحق تعبير عن الصواب المطلق والثبوت المطلق، وهو خلاف الباطل، وهو مصدر الشيء يحق إذا ثبت ووجب، ومعنى حق الأمر، أي وجب وقوع بلا شك وعرف بأنه الثابت لا يسوغ إنكاره، ويقال أن له كذا وكذا لا يحاقه فيه أحد، أي لا يخاصمه، ويقال حق لك أن تفعل كذا، والحاقة هي القيامة في قوله تعالى: ﴿ الْحَاقَّةُ * مَا الْحَاقَّةُ * وَمَا أَدْرَاكَ مَا الْحَاقَّةُ * ﴾⁽¹⁾ لأنها تحق كل مخاصم، ومجادل في دين الله بالباطل فتحقه أي تغلبه، والحقيقة جمع حقائق وهي الحق⁽²⁾.

ويأخذ لفظ الحق العديد من المعاني، فهو اسم من أسماء الله تعالى، وصفة من صفاته في قوله: ﴿ وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ ﴾⁽³⁾، كما يعتبر صفة من صفات الدين الإسلامي في قوله تعالى: ﴿ تِلْكَ آيَاتُ اللَّهِ نَتْلُوهَا عَلَيْكَ بِالْحَقِّ فَبِأَيِّ حَدِيثٍ بَعْدَ اللَّهِ

(1) انظر: سورة الحاقة الآيات 1، 2، 3.

(2) انظر: الفيروز آبادي(مجد الدين محمد)، القاموس المحيط، باب القاف، فصل الحاء، مادة الحق، مرجع سابق، ص 1122، الرازي (محمد بن أبي بكر)، مختار الصحاح، باب الحاء، مادة حقق، مرجع سابق، ص51.

(3) انظر: سورة المؤمنون الآية 71.

وَأَيَاتِهِ يُؤْمِنُونَ ﴿١﴾، وعدالة عقاب الكافرين بعد الإبلاغ في قوله تعالى: ﴿لِيُنذِرَ مَنْ كَانَ حَيًّا وَيَحِقَّ الْقَوْلُ عَلَى الْكَافِرِينَ﴾ ﴿٢﴾.

الفقرة الثانية

المفهوم الإصطلاحي للحق.

يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في المدلول الأخلاقي للحق، الذي يكون في غالب الأحيان الأساس الذي تبني عليه القاعدة القانونية، هذه الأخيرة التي تلعب الأخلاق فيها الدور الأبرز عند تحديد خطورة الأفعال الماسة بمقاصد الشريعة الإسلامية، أو ما أصطلح عليه بمصالح المجتمع في القانون الوضعي، بحيث تتأسس القاعدة القانونية على ما تستهجنه القيم الأخلاقية من تصرفات ضارة بحقوق الفرد والمجتمع، ومن هنا تبرز نقطة التقاء القانون بالأخلاق في كثير من القواعد القانونية (٣)، لذلك يتخذ الحق تعريفا اصطلاحيا مستوحى من هذا الالتقاء، سواء التعريف الذي قدمه فقهاء القانون الوضعي، أو التعريف الذي قدمه فقهاء الشريعة الإسلامية.

ورغم هذا الاتفاق والالتقاء في تعريف الحق، فقد تعددت تعاريف فقهاء القانون الوضعي، فمنهم من قال بأنه مصلحة مادية وأدبية يعترف بها القانون، لذلك فإن المصلحة هي غاية الحق التي لا بد وأن تتمتع بالحماية القانونية، القائمة على قدرة صاحب الحق في الادعاء أمام القضاء، وهم أنصار المذهب الموضوعي، من أمثال "أهريج، كابين" وهذا يعنى أن المصلحة التي لا يحميها القانون لا تكون حقا، وإنما تكون حالة واقعية لا تكتمل فيها كل مقومات الحق. كما عرفه فريق ثاني بأنه سلطة الشخص، ومجال سيادة إرادته المبنية على الرضا، ومن ثم فإن وجود الحق مرادفا لوجود إرادة الشخص فيه يعترف بها القانون ويحميها، وهم أنصار المذهب الشخصي، من أمثال "ويندشايد، وسافيني"، إلا أن الفقه الحديث يرى الأخذ برأي الفقيه "دابان"، القائم على القول بأن وجود الحق كإرادة ومصصلحة في آن واحد، فهو سلطة يقررها القانون ويحميها لشخص معين يكون له بمقتضاها أن يستأثر بإجراء عمل أو أن يلتزم بالامتناع عن عمل تحقيقا لمصلحة مشروعة (٤).

فالحق سواء أكان " مصلحة، أو سلطة، أو رابطة فيما بينهما " فإنه يعطي لصاحبه ميزة التفرد والاستثناء في التمتع به واستعماله في الحالة العادية، لأنه مظهر من مظاهر الوجود الإنساني،

(١) انظر: سورة الجاثية الآية 06.

(٢) انظر: سورة يس الآية 70.

(٣) انظر: الأشقر (عمر سليمان)، خصائص الشريعة الإسلامية، الرغبة، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 1990، ص 92 وما بعدها.

(٤) انظر: فرج (توفيق حسن)، المدخل للعلوم القانونية، بيروت، الدار الجامعية، ط01، 1988، ص444 وما بعدها.

والارتكاز عليه لتأسيس دعوى حمايته أثناء الاعتداء عليه أو المنازعة فيه من طرف شخص آخر طبيعيا كان أو معنويا، وبما أن الاتهام يقوم على إثبات الفعل، وإسناده لشخص معين، لوجود الواقعة المادية المجرمة، فإن هذا السعي الذي تقوم به سلطة الاتهام اتجاه الشخص المنسوب إليه الفعل المجرم وفقا لدلائل وقرائن قوية ، يعطي لهذا الأخير الاعتراف له بدرء الاتهام عن نفسه بأية طريقة، ولا يمكن لأي أن كان أن يمنعه من ذلك، حتى لو كان هو الجاني الحقيقي، وهذا ما يجعل الدفاع يحوز الإجماع على أنه حق يستأثر به أكثر فأكثر من قويت القرائن والدلائل ضده وهو المتهم.

أما الحق في الشريعة الإسلامية، فيمكن إستنتاجه من مدلول الحق في لغة العرب، الذي يعني الثابت والواجب على الغير، وهو المفهوم الذي استند عليه فقهاء الشريعة الإسلامية سواء القدامى منهم أو المحدثون، بتعاريف مختلفة للحق، الذي لا تخرج عن المفهوم اللغوي وهو الثبوت، تأسيسا على قوله تعالى: ﴿ لِيُحَقِّقَ الْحَقَّ وَيُبْطِلَ الْبَاطِلَ وَلَوْ كَرِهَ الْمُجْرِمُونَ ﴾⁽¹⁾ أي يثبت الحق ويظهره، وعلى معنى الواجب في قوله تعالى: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَمِّينِ ﴾⁽²⁾، وعلى معنى النصيب في قوله صلى الله عليه وسلم: « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه ، ألا لا وصية لوارث »⁽³⁾.

ومن هؤلاء الفقهاء الذين عرفوا الحق " علاء الدين البخاري" في كشف الأسرار، الذي عرفه بأنه: " الموجود من كل وجه الذي لا ريب في وجوده "، كما عرفه " فتحي الدريني" في كتابه " الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده" بأنه: " ما يستحقه الرجل "، وعرفه " بن حجر العسقلاني" في مصنفه فتح الباري بأنه، أي الحق هو: " كل موجود متحقق أو ما سيوجد لا محالة " أما عبد السلام العبادي في كتابه " الملكية في الشريعة الإسلامية " فقد عرفه بأنه: " اختصاص مظهر فيما قصد له شرعا "، وأهو: " ما ثبت به الحكم "، كما ورد في القاموس الفقهي لسعد أبو جيب "، وعرفه علي الخفيف أيضا بأنه: " مصلحة مستحقة شرعا "، أي حاول تحديد مفهومه من خلال فكرة المنفعة، في كونه مصلحة لصاحبه شرعا تتدرج تحته جميع تقسيمات الحقوق في الفقه الإسلامي، مع مراعاة أن الله سبحانه وتعالى لا يتحصل على مصلحة من تلك الحقوق المقررة له، وإنما كان تقريرها لمنفعة الناس، والذي أشار إليه في كتابه " مذكرات في الحق والذمة وتأثير الموت فيهما " ⁽⁴⁾.

(1) سورة الأنفال الآية 08.

(2) سورة البقرة الآية 241.

(3) انظر: ابن ماجة، سنن بن ماجة، أبواب الوصايا، باب: لا وصية لوارث، رقم الحديث 2714، مرجع سابق، ص 475.

(4) انظر: غوث (طلحة بن محمد بن عبد الرحمن)، الادعاء العام وأحكامه في الفقه والنظام، الرياض، كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، (د.ت)، ص 353 وما بعدها.

أما مصطفى أحمد الزرقا فقد عرفه بأنه: " اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا " (1)، أي يجمع فيه الشخص بين الحرية في استعمال حقه، والمسؤولية عند الإضرار بذلك الإستعمال بحقوق الآخرين. ونظرا لأهمية الحق في تحديد مصلحة الشخص سواء أكانت مرتبطة بممارسته أو الدفاع عنه، فقد أعطاه بعضهم تعريفا عاما يشمل الحقوق المالية وغير المالية، كما فعل السنهوري في " مصادر الفقه الإسلامي " استنادا إلى التقسيم الذي انتهى إليه بعض الأصوليين من وجود قسمين للحق وهما: " حقوق الله وحقوق العبد"، واستعمالهم لفظ الحق للدلالة على حق الملكية، ومنهم من حاول تعريف الحق من خلال تقسيمه إلى حقوق عامة، وهي تلك الحقوق التي منحها الله تعالى لجميع الناس بدون التفرقة بينهم، وجعل احترامها وعدم المساس بها، تكليفا يقع على العامة يكون مجالها المقاصد الخمسة التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، وحقوق خاصة ينفرد بها كل واحد من الناس، كقاعدة " كل مدين ملزم بالوفاء بما التزم به " (2).

فرغم هذا البيان المقدم من فقهاء الشريعة الإسلامية لمدلول الحق، فإنهم انقسموا في ذلك إلى فريقين، فريق الامتناع لم يعم بتعريف الحق على أساس أن فكرة الحق واضحة الدلالة، والمعنى، ولا تحتاج إلى تعريف، وأن بيان الحقوق وتفصيلها أهم مقاصد الاجتهاد والبحث (3).

أما فريق التصدي فقد حاول إعطاء تعريف للحق، والذي اختلف أنصاره في تحديد مدلوله، فمنهم من عرفه على أساس أنه الحكم المطابق للواقع، وأن الحق يطلق على الأفعال، والأقوال، والعقائد، والأديان، والمذاهب باعتبار اشتغالها على ذلك ويقابله الباطل، فهو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين بالافتضاء، أو التخيير، أو الوضع، والحق أثر للحكم لأن الحق يثبت بالشرع.

الملاحظ على هذا الرأي أنه جعل الحق هو الحكم الشرعي، مع العلم أن الحكم أشمل من الحق على أساس أن هناك أحكاما لا تتعلق بالحقوق، فقد يكون الحق أثرا من آثار الحكم الشرعي وليس هو الحكم الشرعي، وفي هذا خلط بين المصدر والأثر (4)، أو هو الفعل المحكوم فيه، والفعل الذي تعلق به خطاب الشارع، فلا بد من تحققه حسا، أي من وجوده في الواقع، بحيث يدرك بالحس

(1) انظر: الزرقا (مصطفى أحمد)، الفقه الإسلامي في توبه الجديد (المدخل الفقهي العام)، ج3، دمشق، مطابع ألف باء الأديب، ط6، 1968، ص10.

(2) انظر: أحمد (محمد عصام)، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، دراسة جنائية مقارنة، ج1، القاهرة، دار الفكر والقانون، 2008، ص 72.

(3) انظر: أحمد (محمد عصام)، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، دراسة جنائية مقارنة، ج1، المرجع السابق، ص 68.

(4) انظر: أحمد (محمد عصام)، ج1، نفس المرجع، ص 79.

أوالفعل، إذ الخطاب لا يتعلق بما لا يكون له وجود أصلاً، وعلى ذلك فالحق هو عين الفعل في خطاب الله تعالى وهو ما تعلق بأمره ونهيه الذي هو عين عبادته، لا ذات أمره ونهيه المتعلق به (1).

الملاحظ على هذا الرأي أنه عرف الحق بالفعل، مع العلم أن هناك فرقاً بينهما يتمثل في أن الفعل هو وسيلة التمتع بالحق ويأخذ الصفة المادية، أو المظهر الخارجي للاستئثار به، في حين أن الحق ينصرف إلى المعنى المعنوي، كما أنه ليس بالضرورة أن جميع الحقوق يجب أن تجسد في أفعال، وبالمقابل فليس جميع الأفعال تتضمن حقوقاً فقد تكون اعتداءً، ويستوي في ذلك أن يكون الاعتداء على حق الله أو حق العبد، وبالتالي فإن الحق هو مضمون ما جاء به، وأن الحق يتحدد من خلال محتواه وما أمر به الله تعالى، أي أن جميع التكاليف الشرعية ترجع إلى أصل واحد وهو حق الله تعالى، وإن تضمنت حقاً للعبد، فإن الأصل فيها أنها لله، وأن كل حكم شرعي ليس بخال من حق الله تعالى، وهو جهة التعبد، فإن ما جاء ظاهره حق للعبد مجرداً فليس كذلك بإطلاق، بل جاء على تغليب حق العبد في الأحكام الدنيوية، فالتكاليف الشرعية منها ما هو حق لله خالصاً، كالصلاة، والزكاة، والصوم، والحج، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فإذا طابق الفعل الأمر صح، بحيث لا يصح فيه القياس، فعدم مطابقة الأمر مبطل للعمل.

غير أنه إذا اجتمع الحقان وكان حق الله هو الغالب أخذ مفهوم حق الله الخالص، على اعتبار أن استغراق حق الله لحق العبد يعطيه حكم حق الله، بحسب الغلبة، أما إذا كان في الاجتماع بين حق الله وحق العبد غلبة حق العبد، فإذا كان تصرف هذا الأخير موافقاً للأمر أو النهي الذي جاء به الحكم الشرعي تحقق المقصد منه، وأن صاحب الحق يحصل على حقه، وتتحقق مصلحته بحسب الظروف المحيطة بالحق، أما إذا لم تتحقق مصلحته من خلال ممارسة حقه يقع التصرف باطلاً، وذلك لتفويت قصد الشارع (2).

يبدو هذا الرأي منطقياً إلى حد بعيد على أساس أن جميع الحقوق وتفرعاتها إنما تقريرها يرجع إلى التكاليف الواردة في الكتاب والسنة، وما استجد بالقياس والإجماع لا يخرج عن هذين المصدرين، ومن ثم فإن الحقوق جميعها لله تعالى وإن اختلفت المصلحة المرجوة من ورائها، فبهذا المعنى يتحقق الهدف الأخلاقي والنفعي للحق لارتباطه بالجزاء الذي رصده الله تعالى في حال مخالفة المكلف لتكليفه.

(1) انظر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ج18، الكويت، طباعة ذات السلاسل، العاصمة، 1993، ص ص 9،

10.

(2) انظر: الشاطبي (أبو إسحاق إبراهيم بن موسى)، الموافقات في أصول الشريعة، ج 02، القاهرة، المكتبة التوفيقية، ط02، 2012، ص

500 وما بعدها.

فبالنظر إلى مختلف التعاريف التي جاء بها فقهاء الشريعة الإسلامية للحق، سواء القدام منهم أو المحدثون، نجد أنها لا تخرج عن " الوجود المحقق أي الثبوت، والاختصاص بالاستحقاق، والسلطة التي تؤمن المصلحة "، وما ورد في القانون الوضعي على أنه: " رابطة بين شخصين، أو مصلحة، أو السلطة التي يقررها القانون "، نجد أن هناك توافقاً إلى حد ما بين النظرتين على أساس أن أي وصف يأخذه الحق يعطي لصاحبه صفة الامتياز، والاستثناء باستعماله، واستغلاله، والتمتع به. إلا أن صفة الثبات التي ركز عليها فقهاء الشريعة الإسلامية تكون أكثر حماية لحقوق الدفاع في الدعوى الجزائية، تمكن صاحبها من الاحتجاج بها في جميع الأوقات وأمام الكافة، على أساس أن الحق هو: « إرادة الله تعالى، فالحقوق في الإسلام منح إلهية تستند إلى المصادر التي تستنبط منها الأحكام الشرعية، فلا يوجد حق شرعي من غير دليل يدل عليه، فمنتشأ الحق هو الله تعالى، إذ لا حاكم غيره، ولا تشريع سوى ما شرعه، وليس الحق في الإسلام طبيعياً مصدره الطبيعة أو العقل البشري » (1).

فالشريعة الإسلامية بما جاءت به من أحكام وقواعد، قد أعطت لفكرة الحق بعداً شاملاً، يمكن من خلاله معرفة نوع الحق المقصود بالحماية والتكليف، لذلك نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية الذين استنبطوا مختلف معاني الحق بالاتفاق على ميزتي " الثبات والوجوب"، قد أقرروا كافة المعاني المتفرعة عنه، والتي يمكن استعمالها في مختلف العلوم للبحث والتحري عن كل المجاهيل الموجودة في هذا العالم، وذلك لاتساعه لمختلف الدلالات العلمية، والعملية، واللغوية، لمعنى الحق الاصطلاحي، ودوره الوظيفي في الوصول إلى الحقائق، وبالتالي فإن الحق في الدعوى الجزائية سواء، شرعاً وقانوناً يتخذ معنى " الحجة أو الدليل"، هذا الأخير الذي لا يمكن أن يكون ثابتاً، إلا إذا حاز الحجية الكاملة المبنية على اليقين الذي لا يزول بالشك، ومن ثم يتحول إلى حق ملزم للكافة سواء للمتهم، أو المدعي المدني، أو النيابة العامة، أو القاضي.

فالشريعة الإسلامية وحرصاً منها على ديمومة الحقوق واستقرارها داخل المجتمع، وفرت لها حماية قبلية بنص التجريم المتمثل في منع الاعتداء عليها، كتحريم الاعتداء على دم المسلم، وماله، وعرضه في قوله صلى الله عليه وسلم: « المسلم أخو المسلم لا يخونه، ولا يكذبه، ولا يخذله، كل مسلم على مسلم حرام : عرضه، وماله، ودمه، التقوى ها هنا، بحسب امرئ من الشر أن يحقر أخاه المسلم » (2)، وحماية بعدية، أي بعد الاعتداء على الحق بتقرير الحدود،

(1) انظر: الزحيلي (وهبة)، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 04، مرجع سابق، ص 09.

(2) انظر: الترمذي (أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة)، سنن الترمذي، أبواب البر والصلة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ما جاء في شفقة المسلم على المسلم، رقم الحديث 2040، تخريج وتعليق: حسن (ياسر)، ضلي (عز الدين)، الطيار

(عماد)، بيروت، مؤسسة الرسالة، 2013، ص 751.

والقصاص، والتعازير عن الجرائم التي تمس مختلف الحقوق المحمية بنص التجريم. وبين هذا وذاك ضمنت للمتهم عند المساس بحق من حقوقه، الحق في الدفاع عن نفسه، كما سيأتي في الفرع التالي:

الفرع الثاني

الدفاع بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية.

مكّن كل من القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، المتهم من الدفاع عن نفسه، على أساس أن القضاء يقوم على العدل والمساواة بين الخصوم في الدعوى الجزائية، ومقتضى ذلك أن يحصل كل واحد منهم على فرص متساوية مع الآخرين لإثبات حقه، وبالتالي يكون للمتهم الحق في تمكينه من اتخاذ أية وسيلة يراها مناسبة للدفاع عن نفسه، حتى لا يكون للتفاوت في القدرات العقلية، والمكتسبات الفكرية دور في التأثير على ظهور الحقيقة، لذلك فإن الدفاع في الوقت الحاضر أصبح عماد الدعوى الجزائية وقوامها.

الفقرة الأولى

المفهوم اللغوي للدفاع

الدفاع: من فعل دفع، ومنه نقول دافع الله عنك السوء دفاعاً، واستدفع الله الأسواء أي طلب منه أن يدفعها عنه، دافع مدافعة، ودفاعاً عنه: حامى عنه وانتصر له، ودفع عنه الأذى، والدُّفَاع: السيل العظيم، لأنه يدفع بعضه بعضاً، ويقال أيضاً رده بحجة وأبطله، ورد عنه الأذى، وحماه منه (1)، كما في قوله تعالى في الآية 38 من سورة الحج: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يُدَافِعُ عَنِ الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ كُلَّ خَوَّانٍ كَفُورٍ ﴾ (2).

(1) انظر: الفيروز آبادي (مجد الدين محمد)، القاموس المحيط، رحف العين، فصل الدال، مادة دفعه، مرجع سابق، ص 920، وانظر كذلك: ابن فارس (أبو الحسين أحمد بن زكاريّا)، مقاييس اللغة، مراجعة وتعليق الشامي (أنس محمد)، كتاب الدال، باب الدال والفاء، القاهرة، دار الحديث، 2008، ص 296.

(2) انظر: الصابوني (محمد علي)، صفوة التفاسير، ج02، مرجع سابق، ص 267.

الفقرة الثانية

المفهوم الإصطلاحي للدفاع.

على الرغم من أن حق الدفاع من الحقوق الأصلية للمتهم، وعلى الرغم من أنه أصبح المقياس الأساسي لشرعية الإجراءات الجزائية ومدى قانونيتها، سواء في القانون الوضعي أو الشريعة الإسلامية، إلا أن معظم القوانين الإجرائية الوضعية لم تقم بتعريفه، ولا الاجتهاد القضائي في أحكامه، إلا القليل منه - كما سيأتي بيانه- ومع ذلك فقد عمل الفقه القانوني على محاولة صياغة تعريف جامع لحق المتهم في الدفاع رغم طبيعته التطورية والمتغيرة، ومجاله غير المحدود، وذلك استنادا إلى استحالة تحديد كل ما يدخل ضمن حقوق الدفاع، الأمر الذي أدى إلى الاكتفاء بوضع إطار شامل لها دون تعريفها، وهذا الإطار هو: « حق المتهم في محاكمة عادلة مؤسسة على إجراءات مشروعة »⁽¹⁾. إلا أن محاولات بعض الفقهاء إعطاء تعريف له، جاءت معظمها متفقة على الأصل العام وهو " الحق الأصل" لكنها اختلفت في الصياغة والتوظيف ضمن الدعوى الجزائية.

فمنهم من أعطاه تعريفا وظيفيا، على أنه: « وظيفة يقوم بها المتهم بمجرد توجيه الاتهام إليه قانونا ويستخدمه بنفسه أو بواسطة محام »⁽²⁾، أي أن المتهم لا يكون في حاجة إلى هذا الحق إلا إذا وجه إليه الاتهام، بمعنى أن هذا التعريف أغفل المرحلة التي تسبق الاتهام وهي مرحلة الاشتباه، وكذلك الحالة التي يكون فيها المتهم بعد الحكم عليه بالبراءة، التي تستوجب الدفاع للحصول على التعويض ورد الاعتبار، على أساس أنها ناتجة عن صفة سابقة أطلقت عليه وهي الاتهام؟

ومنهم من أعطاه صفة الالتزام، بأنه: « تمتع المتهم بمركز قانوني معين في مواجهة عناصر الاتهام يضع على عاتقه بعض الالتزامات إزاء الإجراءات التي تباشرها سلطات التحقيق تجاهه »⁽³⁾. نجد أن هذا التعريف ورغم إعطائه مركزاً معيناً للمتهم في مواجهة الاتهام تركه عاما وبدون تعيين مما جعله يتسم بالعموم الذي لا يؤدي إلى توضيح خصوصية الدفاع بالنسبة للمتهم، والذي هو حق خاص به، وامتياز له في الدعوى الجزائية، كما أن القول بأن حق المتهم في الدفاع يضع على صاحبه " بعض الالتزامات قول يصطدم بأصل البراءة في المتهم ، الذي لا يكلفه بأي التزام، لأن الإثبات يقع على عاتق سلطة الاتهام، والادعاء تطبيقا للقاعدة الشهيرة " البينة على من ادعى " .

(1) انظر: علوب (حسن محمد)، استعانة المتهم بمحام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1972، ص 71.

(2) انظر: القبائلي (سعد حماد)، ضمان حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1998، ص 15.

(3) انظر: الحسيني (سامي)، ضمانات الدفاع، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة الثالثة، ع1، 1978، ص211.

ومنهم من أعطاه صفة الامتياز، بأنه: « مفهوم مجرد عبر عنه القانون الوضعي بأنه عبارة عن مجموعة من الامتيازات الخاصة أعطيت إلى ذلك الذي يكون طرفا في الدعوى الجنائية »⁽¹⁾. فرغم إقرار هذا التعريف بأن حق الدفاع هو " امتياز"، إلا أنه لم يخص به المتهم فقط وإنما هو خاص بكل طرف في الدعوى الجزائية سواء أكان المتهم، أو سلطة الاتهام، أو المضرور من الجريمة لأنه عبر عنه بعبارة " ذلك الذي يكون طرفا في الدعوى الجنائية"، مع أن الفرق واضح بين المتهم وحاجته للدفاع في الدعوى الجزائية وبقية الخصوم الآخرين.

ومنهم من عرفه بأنه: « تلك المكنت المستمدة من طبيعة العلاقات الإنسانية والتي لا يملك المشرع سوى إقرارها بشكل يحقق التوازن بين حقوق الأفراد وحررياتهم، وبين مصالح الدولة، وهذه المكنت تخول للخصم سواء أكان طبيعيا أو معنويا إثبات إدعاءاته القانونية أمام القضاء، والرد على كل دفع مضاد في ظل محاكمة عادلة يكفلها النظام القانوني »⁽²⁾. نجد أن هذا التعريف قد جعل من طبيعة العلاقات الإنسانية أساسا لحق الدفاع، ومن ثم تحوز الامتياز والتأصيل اللازمين أمام القضاء، أي أن هذه الحقوق نشأت قبل نشوء الدولة بالنظر الأصل الذي ردت إليه، ولكن بتحليل جميع جوانبه نجد أنه لا يخص الدعوى الجزائية فقط، وإنما يخص الدعوى أمام القضاء سواء أكانت جنائية، أو مدنية هذا من جهة، ومن جهة ثانية أنه قصر حق الدفاع على مرحلة المحاكمة فقط دون مرحلة التحقيق عندما عبر عنه " بالرد عن كل دفع مضاد"، هذا الرد الذي لا يكون إلا شفهيًا، وفي مرحلة المحاكمة التي تقوم بالأساس على الشفهية، غير أن حقوق الدفاع لها مدلول واسع والذي يتمثل في كافة الصور والوسائل التي لها وظيفة الحماية للمتهم ضد تعسف سلطات الاستدلال، والتحقيق، والمحاكمة، ومدلول ضيق وهو الاستعانة بمحام للدفاع عنه⁽³⁾.

هذا التعريف رغم أنه ركز على الحماية الضرورية للمتهم في الدعوى الجزائية، وحقه في الاستعانة بمحام، إلا أنه لم يهتم بدور المتهم في الدفاع عن نفسه رغم أنه الأصل في الدفاع، بالإضافة إلى ذلك أن مسألة الحماية، وحتى ولو أقرها المشرع بشكل كاف من خلال النصوص، فإن فرضية انتهاكها من قبل سلطات الاستدلال، والتحقيق، والمحاكمة تبقى واردة، مما يجعل دور المتهم في الدفاع عن نفسه له أهميته الكبرى في تحديد شرعية الإجراءات من عدمها، فهو الصورة الملازمة،

(1) انظر: هلاي عبد الإله (أحمد)، المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي، دراسة مقارنة بالفكر الجنائي الإسلامي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1989، ص 138.

(2) انظر: العادلي (محمود صالح)، حق الدفاع أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2005، ص 52.

(3) PRADAL (J): Droit pénal et procédure pénale, Tome II, Paris, 7^{ème} Edition C.U.J.A.S, n°428, 1993, P 471.

والضرورة المقابلة للاتهام، فإذا كان هناك اتهام فلا بد أن يكون في مواجهته دفاع (1)، وهذا ما ذهب إليه المحكمة الدستورية العليا المصرية حين أقرت: « أن دور ضمانات الدفاع في تأمين حقوق الفرد وحرياته يبدو أكثر لزوما في المجال الجنائي، باعتبار أن الإدانة التي يؤول إليها قد تفصل من الناحية الواقعية بينه وبين الجماعة التي ينتمي إليها، منهيبة أحيانا آماله المشروعة في الحياة، ويتعين بالتالي أن يكون حق النيابة العامة في تقديم أدلة الاتهام موازيا لضمانات الدفاع التي يتكافأ بها مركز المتهم معها في إطار النظام الاختصاصي للعدالة الجنائية، كي يتمكن بواسطتها من مقارعة حججها ودحض الأدلة المقدمة منها» (2).

ولعل أقرب تعريف لواقع حقوق الدفاع هو قرار محكمة التمييز اللبنانية التي صرحت بأن: « حقوق الدفاع ليست ميزة أقرها القانون، ولا تدبيرا أوصت به شرعية إنسانية، وإنما حق طبيعي للفرد، وللقانون أن ينظمه، ويحدده ولكن ليس له أن يحوه، إذ أن هذا الحق لم يوجد لمصلحة المتهمين وحسب، بل وجد أيضا لمصلحة العدالة، ولا عدالة حيث لا يكون حق الدفاع كاملا، حيث يتعذر التثبت من الحقيقة» (3).

تتضح من خلال هذا التعريف، القداسة التي أصبح يحوزها حق الدفاع، فإذا كان للعدالة قيمة أخلاقية، وإنسانية سامية تمثل مبعث كل إنسان حر، فإنها تنتفي إذا انتهكت حقوق الدفاع. هذه الأخيرة التي أصبحت تسمو على القانون، الذي يكمن دوره في تنظيمها فقط وليس إنشاءها، لأنها وجدت عند وجود الإنسان، وقبل نشوء الدولة، التي تمثلها سلطة الاتهام في الدعوى الجزائية، والتي يجب عليها أن تسعى من أجل تمكين أي متهم من حقه في الدفاع كاملا ولا تصادر عليه بحجة حق الدولة في العقاب، الذي يتقرر من خلال الشرعية وليس الانتهاك، ولعل هذا ما ذهب إليه الشريعة الإسلامية عند إقرارها لحق الدفاع.

أما الدفاع في الشريعة الإسلامية، فلم يختلف مفهومه عن ما ورد في القانون الوضعي، فقد أخذ معنى التمكين، أو المكنة كما سماها "العادلي محمود صالح"، وهذا ما يتوافق مع ما جاء به القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ * وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ * ﴾ (4)، هذه الآية دليل واضح على قداسة حق

(1) GUASMI (G): Droit de la défense dans les législations Algérienne, Française, Américaine et Soviétique, Revue Algérienne des sciences juridiques et économiques Algérienne, 1993,P 428.

(2) انظر: دستورية عليا في 16/05/1992، القضية رقم 16س 13 قضائية دستورية، انظر: بكار (حاتم)، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1997، ص 241.

(3) انظر: قرار تمييز رقم 267 الصادر في 29/06/1956، انظر: بكار (حاتم)، نفس المرجع، ص 240.

(4) انظر: سورة النور الآية 08، 09.

الدفاع في الشريعة الإسلامية لأنها تعطي للزوجة المتهمة بالزنا من طرف زوجها، الحق في استعمال يمين اللعان كوسيلة فعالة في درء تهمة الزنا عنها، سواء أكانت مقترفة لها أم لا؟ ، في حالة ما لم يكن للزوج شهود على ذلك " ، أي أن يدفع عن الزوجة المقذوفة حد الزنا بأن تحلف أربع مرات إنه من الكاذبين فيما رماها به من الزنى، وأن تحلف للمرة الخامسة بأن غضب الله وسخطه عليها إن كان زوجها صادقاً في اتهامه لها بالزنى (1).

هذا دليل من الأدلة الكثيرة الموجودة في الشريعة الإسلامية التي تدل على دور حقوق الدفاع في الدعوى الجزائية، والتي سنسوقها في حينها عند تفصيل هذه الحقوق، وكيفية تطبيقها سواء دافع الشخص عن نفسه بنفسه أو استعان في ذلك بمحام، التي تتجلى من خلال: " إحاطة المتهم بالتهمة المنسوبة إليه، كما في اللعان، فلا يجوز للقاضي أن يطلب من الزوجة أداء يمين اللعان إلا بعد أن يحيطها بالتهمة المنسوبة إليها وهي قذف زوجها لها بالزنا، وتعذر حصوله على شهود. حق المتهم في إبداء دفاعه، وهو حق الزوجة في دفع التهمة عن طريق الشهادة، هذه الأخيرة التي قد تتضمن إبداء دليل البراءة، أو دفع التهمة، وهو الأصل الذي جاء بلفظ الدرء وهو الدفع. القدرة على الدفاع، على أساس أن الخطاب موجه إلى الزوجة مباشرة، مما ينتفي معه الدفاع بالوكالة، وهذا دليل على أن حق دفاع الشخص عن نفسه مكفول في الشريعة الإسلامية، فلا يقام الحد إلا على القادر، فإذا كان عاجزاً سقط عنه الحد، وهذا ما قال به الحنفية خلافاً للجمهور بأنه يمنع معاقبة الأخرس في جرائم الحدود، والقذف من جرائم الحدود، ولو اكتمل نصاب الشهادة ضده، لأنه ولو كان ناطقاً لربما ادعى شبهة تدرأ عنه الحد، بالإضافة إلى أنه لا يقدر على إظهار كل ما في نفسه بالإشارة وحدها (2).

أما الاستعانة بمحام، فيتجلى ذلك من خلال المقصد الذي بينته قصة سيدنا موسى عندما أمره رب العزة بدعوة فرعون إلى دين الحق، وإظهار الحقيقة وأن الألوهية لا تكون إلا لله تعالى، فطلب سيدنا موسى الاستعانة بسيدنا هارون عليه السلام أثناء المرافعة أمام فرعون لفصاحته وقوة حجته، " فقد كان عليه السلام أوضح بيانا، وأطلق لسانا، لأن سيدنا موسى عليه السلام كان في لسانه حبسة من أثر الجمرة التي تناولها في صغره" (3)، وذلك في قوله تعالى: ﴿قَالَ رَبِّ إِنِّي قَتَلْتُ مِنْهُمْ نَفْسًا فَأَخَافُ أَنْ يَقْتُلُونِ * وَأَخِي هَارُونُ هُوَ أَفْصَحُ مِنِّي لِسَانًا فَأَرْسَلْهُ مَعِيَ رِدْءًا يُصَدِّقُنِي إِنِّي أَخَافُ أَنْ يُكَذِّبُونِ * قَالَ سَنَشُدُّ عَضُدَكَ بِأَخِيكَ وَنَجْعَلُ لَكُمَا سُلْطَانًا فَلَا يَصِلُونَ إِلَيْكُمَا بِآيَاتِنَا أَنْتُمْ وَمَنِ اتَّبَعَكُمَا الْغَالِبُونَ * ﴿4﴾ ، فرغم إقرار الشريعة الإسلامية لحق الدفاع، بنوعيه " بالأصالة والوكالة"، فقد جعلته

(1) انظر: الصابوني (محمد علي)، صفوة التفاسير، ج 02، مرجع سابق، ص 299.

(2) انظر: السرخسي (شمس الدين)، المبسوط، ج 18، بيروت، دار المعرفة، 1986، ص 172.

(3) انظر: الصابوني (محمد علي)، ج 02، صفوة التفاسير، ج 02، المرجع السابق، ص 398.

(4) انظر: سورة القصص الآيات 33، 34، 35.

يخضع إلى ضمير الشخص نفسه، فكما أمرت القاضي في أن يعدل بين الخصوم في الدعوى، أذرت الخصم من اعتماد المراوغة في الدفاع للحصول على حقه، مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم: « إنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي على نحو ما أسمع فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار » (1).

يتضح من خلال ما تقدم أن الشريعة الإسلامية قد كفلت حق الدفاع بصفة كلية ومطلقة، لكل أطراف الدعوى خصوصاً المتهم، كما في اللعان، إلا أنها لم تجعل من دور القاضي في ضمان ذلك مقصور على توفير كافة الضمانات لتحقيق المحاكمة العادلة فحسب، كما في القانون الوضعي، وإنما تعدت ذلك إلى أن أعطت للقاضي دوراً في السعي لتحقيق الصلح بين المتخاصمين، وأن هذا الأخير هو الهدف من التقاضي لإصلاح ما أفسدته الجريمة، بالتقليل من الحكم الذي سيصدر لصالح الشخص الفصيح الذي قد ينجح في إخفاء الحقيقة، هذا الإخفاء الذي سيجعله يحظى بقطعة من النار كما قال الرسول صلى الله عليه وسلم، ومن ثم فإن الشريعة الإسلامية لا تردع الشخص عن ارتكاب الجرائم فقط، وإنما تردعه عن تزييف الحقائق ولو كان ضحية، لارتباط الأفعال الدنيوية بالعقوبة الأشد يوم القيامة، فيتجه المتهم والضحية للتصالح رغبة منهما في نيل ثواب الآخرة، فيزول الحقد وحب الانتقام، وتسود المحبة التي هي عماد الأخلاق في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثالث

حق المتهم في الدفاع بين التطور والتأصيل الشامل.

يتجلى التأصيل الشامل لحقوق الدفاع في الدعوى الجزائية، من خلال الأهمية التي أعطيت لها، سواء في الشريعة الإسلامية التي وفرت لها أقصى درجات الحماية، ولعل ذلك يرجع إلى أنها الشريعة الخاتمة لكل ما ورد في الشرائع السابقة هذا من جهة، ولأنها تفردت بخصوصية رحمتها للعالمين إلى يوم القيامة في قوله تعالى: « وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ » (2) من جهة ثانية (المطلب الأول)، ولكن يبقى للمجهود البشري في هذا المجال دوره الفعال، الذي أخرج حقوق الدفاع

(1) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب موعظة الإمام للخصوم، رقم الحديث 7169، مرجع سابق، ص 875، وانظر كذلك: مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب أن حكم الحاكم لا يغير الباطن، رقم الحديث 4473، مرجع سابق،

ص 759.

(2) انظر: سورة الأنبياء الآية 107.

من مرحلة الجدل والنقاش، إلى مرحلة الإجماع والقداسة، وأعطاه الطابع المعياري لمدى تجسد دولة القانون في الواقع، وفقا للضوابط التي نصت عليها مختلف المواثيق الدولية والدساتير الوطنية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

حق الدفاع في الشريعة الإسلامية.

من المعلوم أن الشريعة الإسلامية أقرت مختلف الحقوق وجعلتها جامعةً وشاملةً بشرع الله تعالى، ومفصلةً بسنة الرسول صلى الله عليه وسلم، والتي تسمى بالحقوق العامة (الفرع الأول)، فهي لم تأت من ضغط أفراد المجتمع واحتجاجاتهم، أو عن طريق إسقاط أنظمة الحكم الملكي، وإنما جاءت بأوامر إلهية تكون واجبة الإلتباع من كل فرد في الدولة الإسلامية ومكوناتها من مؤسسات، وشعوب، وطوائف حرها وعبدها. وضماناً لحسن حماية هذه الحقوق، وترسيخها في المجتمع تشريعاً وتطبيقاً، فقد قسم فقهاء الشريعة الإسلامية هذه الحقوق تبعاً لما ورد في الكتاب والسنة إلى عدة أقسام يمكن الوقوف عندها وتحليلها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الحقوق العامة كأساس لحق الدفاع في الشريعة الإسلامية.

وهي تلك الحقوق التي يتمتع بها أي فرد بغض النظر عن أنه مسلم أم لا، وهي الحقوق الإنسانية المتمثلة في " الحق في الحياة، والحق في الحرية، والحق في العدل"، هذه الحقوق التي تجد مصدرها في مبدأ التكريم الذي فضل الله به الإنسان عن باقي المخلوقات الأخرى، تبعاً للمهمة التي كلف بها وهي خلافته في الأرض، في قوله تعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَنْ يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ

مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴿١﴾، ويظهر هذا التكريم من خلال تسخير كل ما في هذا الوجود لهذا الإنسان عن طريق قرار إلهي جامع مانع لا يدع مجالاً للشك في سمو هذا الإنسان عامة، والمسلم خاصة في قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾ (٢). هذا الوضع الممتاز والتفضيل الاستثنائي لهذا الإنسان من طرف الله تعالى تتفرع عنه لا محالة حقوق أساسية لا يمكن المساس بها عند التعامل معه خصوصاً عند تحريك ومباشرة الدعوى الجزائية، وهذه الحقوق هي:

الفقرة الأولى

الحق في الحياة.

يعتبر الحق في الحياة من المقاصد الأساسية للشريعة الإسلامية التي تدور أحكامها كلها عليه، بل إن الحق في الحياة يعد المقصد الأول الذي ترد إليه سائر المقاصد الأساسية في هذه الشريعة، بعد المحافظة على الدين لتتوقفها جميعاً على الإنسان نفسه، فكان طلب المحافظة على حياته أعلى مراتب التكليف، سواء بالنسبة إلى المكلف نفسه، أم في مواجهة الكافة، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾ (٣) فقد كانت صيانة الشريعة الإسلامية لحق الحياة شاملة، ومحيطه بجميع الأوضاع، والعلاقات التي يكون فيها الاعتداء على الإنسان، فقد حرمت الاعتداء بالقتل على الغير مطلقاً، والذي لا يرد عليه أي استثناء إلا بحق (٤)، بل هو من أكبر الكبائر في قوله صلى الله عليه وسلم: « أكبر الكبائر الإشراف بالله، وقتل النفس، وعقوق الوالدين، وقول الزور » (٥).

كما حرمت الاعتداء على النفس بالقتل في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا

(١) انظر: سورة البقرة الآية 30.

(٢) انظر: سورة الإسراء الآية 70.

(٣) انظر: سورة الإسراء الآية 33.

(٤) انظر: القرطبي (أبو عبد الله محمد بن أحمد)، الجامع لأحكام القرآن الكريم" تفسير القرطبي" لقوله تعالى " ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق" سورة الأنعام الآية 151، ج07، مرجع سابق، ص132.

(٥) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الديات، باب قول الله تعالى" من أحيائها" (المائدة 32)، رقم الحديث 6871، مرجع سابق، ص

﴿⁽¹⁾﴾، والتحرير الشامل للاعتداء على هذا الإنسان رصد له عقوبة مشددة ويتجلى هذا التشديد في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَفْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا﴾ ⁽²⁾، هذا العقوبة في الآخرة، أما العقوبة في الدنيا فتتجلى في التشديد في القصاص والحدود، ويتضح ذلك في حد قاطع الطريق بالنظر إلى جسامة الضرر المترتب على الجريمة فهو: «... قطع يده ورجله من خلاف إن أخذ المال ولم يقتل، والقول إن قتل ولم يأخذ المال، والقتل أو الصلب بعد قطع اليد والرجل أو دون القطع إن أخذ المال وقتل، والنفي إن أخاف دون أن يأخذ مالا أو يقتل نفسا» ⁽³⁾، مصداقا لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ ⁽⁴⁾.

نستنتج من التشديد في العقوبة الذي خصته الشريعة الإسلامية لمن يعتدي على جسم الإنسان عامة، والمسلم خاصة أنها حرصت على السلامة الجسدية له، فيستوي الأمر في أن يكون الاعتداء بالإنقاص من كمال أذائه سواء بالضرب أو البتر، أو إزهاق روحه بالقتل، لذلك لم تخرج العقوبة عن إطار الحدود والقصاص، حفاظا على جسم الإنسان حتى يستطيع القيام بجميع التكاليف التي أمره الله بها مصداقا لقوله تعالى: ﴿رُسُلًا مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا﴾ ⁽⁵⁾، ومن ثم فإن مغزى التكليف في الشريعة الإسلامية بالامتناع عن الاعتداء على الإنسان هو محافظة هذا الأخير على جسمه عن طريق حمايته من الأمراض، وصيانته بالتداوي من جهة، ومنع أفراد المجتمع الآخرين بالاعتداء عليه منعا تاما، يستوجب عند وقوعه الحد، أو القصاص في الدنيا، والعذاب العظيم في الآخرة، فهذه الحماية الشاملة للحق في الحياة التي جاءت بها الشريعة الإسلامية تحث أفراد المجتمع الإسلامي على عدم التفكير في هكذا اعتداء، لأن عدم الخضوع للعقوبة الدنيوية لا يغني عن العقوبة الأخروية التي تعتبر هي الأصل.

الفقرة الثانية

الحق في الحرية.

(1) انظر: سورة النساء الآية 29.

(2) انظر: سورة النساء الآية 93.

(3) انظر: بهنسي (أحمد فتحي)، نظرات في الفقه الجنائي الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، بيروت، دار الشروق، (د.ت)، ص 164.

(4) انظر: سورة المائدة الآية 33.

(5) انظر: سورة النساء الآية 165.

يعتبر الحق في الحرية في الشريعة الإسلامية من مظاهر حق الحياة، فلا معنى لحياة الإنسان إن كان غير حر في تفكيره، وتصرفاته، ومعتقداته، فالخلافة في هذه الأرض مبنية على الحرية، وقد كفلها الله تعالى في قوله: ﴿ لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ فَمَنْ يَكْفُرْ بِالطَّاغُوتِ وَيُؤْمِنْ بِاللَّهِ فَقَدِ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَىٰ لَا انْفِصَامَ لَهَا وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ (1)، وهذا حتى يكون الإنسان مسئولاً لابد وأن يكون حراً، غير أن هذه الحرية قد جعلت لها الشريعة الإسلامية مجموعة من المزايا. فالحرية هي الفطرة التي يولد عليها الإنسان فيجب أن تبقى مستمرة ومصاحبة له ومحظوراً الاعتداء عليها بأي حال من الأحوال، وقد أكد الرسول صلى الله عليه وسلم على ذلك في قوله عن أبي هريرة: « ما من مولود إلا يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه كما تنتج البهيمة بهيمة جمعاء هل تحسون فيها من جدعاء » (2).

كما أن الحرية هي أساس كل النظم والسنن التي سنها الله تعالى في الكون، فهي التي تحكم علاقة الإنسان بالإنسان في اتجاهها الأفقي، عندما حرمت الشريعة الإسلامية الاعتداء على خصوصياته في قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ ﴾ (3)، كما تحكم العلاقة بين الإنسان وربه في اتجاهها العمودي، عندما تركت له حرية طاعة الله سبحانه وتعالى من عدمها في قوله تعالى: ﴿ وَقُلِ الْحَقُّ مِنْ رَبِّكُمْ فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيُكْفُرْ ﴾ (4)، فالحرية الفردية إذن تحفظ بصيانة مصالح المجتمع، فقد كفلت الشريعة الإسلامية حرية التنقل والسعي في الأرض من أجل الحاجة المشروعة سواء أكانت علماً، أو عملاً، أو قضاء حاجة للمسلم، أو للدولة في قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ (5).

هذه الحرية في التنقل التي كفلتها الشريعة الإسلامية لم تتركها عرضة للفوضى، فقد وضعت لها ضوابط أخلاقية تجعل مصلحة المجتمع تعلو على مصلحة الفرد، بحيث تتوقف حرিতে إذا كان تصرفه يشكل عائقاً أمام تحقيق الهدف العام من إقرار الحرية، فيما روي عن النبي صلى الله

(1) انظر: سورة البقرة الآية 256.

(2) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات هل يصلى عليه ؟ وهل يعرض عليه الإسلام ؟ رقم الحديث 1358، المرجع السابق، ص 169 ، وانظر كذلك: مسلم، صحيح مسلم ، كتاب القدر، باب معنى كل مولود يولد على الفطرة ، وحكم موتى أطفال الكفار وأطفال المسلمين ، رقم الحديث 6755، مرجع سابق، ص 1157.

(3) انظر: سورة الحجرات الآية 12.

(4) انظر: سورة الكهف الآية 29.

(5) انظر: سورة الجمعة الآية 10.

عليه وسلم أنه قال: « **إياكم والجلوس بالطرقات**، فقالوا: يا رسول الله ما لنا من مجالسنا بد نتحدث فيها، فقال: **إذا أبيتم إلا المجلس فأعطوا الطريق حقه** قالوا وما حق الطريق يا رسول الله؟ **قال غض البصر، وكف الأذى، ورد السلام، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر** »⁽¹⁾.

إن هذه المزايا التي ذكرناها للحق في الحرية في الشريعة الإسلامية والمتمثلة في " الفطرة، والخصوصية، والحرية الفردية المرتبطة بمصلحة المجتمع " تصبح الأسس التي تنبثق منها الحقوق الأخرى، فإذا كانت الفطرة السليمة هي المحرك الأساسي للإنسان، اهتدى هذا الأخير إلى الحق، فيكون حليماً متأنياً وأميناً في جميع أعماله، فلا يظلم ولا يعتدي مهما كانت الصفة أو الوظيفة التي يشغلها خصوصاً إذا كان محققاً، أو قاضياً في جريمة من الجرائم مصداقاً لقوله تعالى: ﴿ **إِذَا جَاءَ أَحَدَهُمَا بِبُرْهَانٍ كَرِيمٍ فَلْيَفْضِلْ بِهِ الْبُرْهَانَ وَلَا يَلْبَسْ لَهُ الْكِبْرِيَاءَ فَذَلِكَ جِزَاءُ الْمُحْسِنِ وَالْكَافِرِ أَلَّا يَمْلِكِ لَكُمْ شَيْئاً وَلَا يَحْزَنُ** ﴾⁽²⁾، لأنه إذا اجتمعت الكفاية والأمانة في القائم بأمر من الأمور يتم الوصول إلى المقصود⁽³⁾، ومن ثم فلا اعتداء أو مساس بحرية وخصوصية أي فرد من أفراد الدولة الإسلامية إلا بالحق بعد التثبت والتيقن، تطبيقاً لقوله تعالى: ﴿ **وَمَا لَهُمْ بِهِ مِنْ عِلْمٍ إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً** ﴾⁽⁴⁾.

هذه الخصوصية جعلت لها الشريعة الإسلامية مجالات عديدة يمكن للفرد أن يترجم من خلالها حقه في الحرية " كحق التملك، وحرية العمل، وحرية الرأي، وحماية المسكن وتقرير حرمة، فلا يجوز دخوله بدون إذن صاحبه في قوله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ** ﴾⁽⁵⁾، ومن ثم تكون الحرية الفردية مكفولة في أعلى درجات الكفالة التي لا يمكن لأي فرد انتهاكها إلا إذا حضرت مصلحة المجتمع كمصلحة مقابلة لها، فعندئذ تتجه المفاضلة إلى ترجيح مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد - كما سبق وأن تقدم- في حديث آداب الطريق، والفطرة السليمة التي تؤدي إلى التحلي بالأخلاق الحميدة " كالحلم والأمانة " تجعل من الفرد في الدولة الإسلامية يتوحي الصدق مع ربه، ونفسه، ومجتمعه، لأن العلاقات الإنسانية عموماً، والعلاقات الوظيفية خصوصاً لا يمكن أن تحقق الهدف الذي وجدت من أجله، إذا لم تكن مبنية على خلفية أخلاقية أساسها العدل والرحمة .

(1) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الاستئذان، باب بدء السلام، رقم الحديث 7229، المرجع السابق، ص 770، وانظر كذلك: مسلم، باب من حق الجلوس على الطريق رد السلام، رقم الحديث 5648، المرجع السابق، برواية مختلفة، ص 962.

(2) انظر: سورة القصص الآية 26

(3) انظر: الصابوني (محمد علي)، صفوة التفاسير، ج03، مرجع سابق، ص 396.

(4) انظر: سورة النجم الآية 28.

(5) انظر: سورة النور الآية 27.

الفقرة الثالثة

الحق في العدل.

العدل فريضة شرعية جاءت بها الشريعة الإسلامية، لأنه لا يستقيم أمر الدولة، ولا يصلح حال الأفراد إلا بالعدل، وقد جاء ذلك مبينا بنصوص قرآنية كثيرة ذات دلالة قطعية، يمكن ترتيبها وفق التوجيهات الشاملة التي جاءت بها، والتي تبدأ بالأمر الإلهي العام، الذي وجهه إلى عباده حاكمهم ومحكومهم في قوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾ (1)، ثم يأتي التوجيه الخاص لولي الأمر والقاضي في قوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾ (2)، ثم خص القاضي بتوجيه خاص في قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ ﴾ (3).

فالعدل سنة الله في الكون أن جعله من أسباب الخلافة في الأرض في قوله تعالى: ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيُقَومَ النَّاسَ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَن يَنْصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ ﴾ (4)، بمعنى أن الله أنزل الكتب السماوية التي فيها سعادة البشرية، وأنزل القانون الذي يحكم به بين الناس، والميزان هو العدل وهو ما يوزن به ويتعامل (5)، فهذه الأدلة المقدمة على قداسة الحق في الحياة، والحرية، والعدل توحى بأن الشريعة الإسلامية ليست أوامر جافة، بل هي توجيهات ربانية لا يتحقق المراد منها إلا إذا كان سنامها الأخلاق الحميدة، فلا يمكن للفرد أن يبلغ درجة التقوى، وينال ثواب إشاعة القسط بين الناس إلا إذا كان عادلا، فالعدل ليس منحة يمنحها ولي الأمر إلى رعيته، بل هو فريضة فرضها الله عليه عند رعاية شؤونهم، والسعى إلى تحريها في كل الأحوال، ويتجلى ذلك في الخطاب الذي وجهه الله سبحانه وتعالى لسيدنا داود في قوله: ﴿ يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ

(1) انظر: سورة النحل الآية 90.

(2) انظر: سورة النساء الآية 58.

(3) انظر: سورة المائدة الآية 08.

(4) انظر: سورة الحديد الآية 25.

(5) انظر: الصابوني (محمد علي)، صفوة التفاسير، ج03، المرجع السابق، ص 311.

الْحِسَابِ ﴿١﴾، فالصلة بين القواعد القانونية والمبادئ الأخلاقية تعتبر إذن من أهم مميزات الشريعة الإسلامية^(٢)، التي تفرقت بنظام جنائي متميز يمكن الوقوف على أهم ما جاء به في الفرع التالي.

الفرع الثاني

تقسيم الحقوق كضمان لحق المتهم في الدفاع.

تحدد خصوصية القضاء الجزائي في الشريعة الإسلامية من خلال ارتباطها بأحكام القرآن والسنة ارتباط كمال وشمول مصداقا لقوله تعالى: ﴿... الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا...﴾^(٣) من جهة، وبالمفهوم الخاص لحقوق الإنسان من جهة الثانية، على أساس قيامه على فكرة الشمولية من حيث الحقوق المحمية والسمو لأنه من وحي الله تعالى، فيكون بذلك للعقيدة الدور الرئيسي في تمتع الإنسان بهذه الحقوق وبالحماية المكفولة لها، لأنها لا تقبل الحذف، أو التعديل، أو التنازل، فهي من الضرورات الإنسانية للفرد والجماعة، لارتباطها بالمقاصد الخمسة للشريعة الإسلامية، فحماية حق الحياة يعني حفظ النفس، وحماية حق الملكية يعني حفظ المال^(٤)، فالقضاء في الشريعة الإسلامية مقيد في إصدار أحكامه تبعا لأهمية الحق المعتدى عليه، لذلك نجد فقهاء الشريعة الإسلامية واستنادا لما ورد في القرآن والسنة أجمعوا على أن للحقوق تقسيمات، فهي ليست واحدة، وإنما مرتبطة بالمصلحة التي تحميها، كما أن القضاء يقوم على أساس أخلاقي عقائدي يختلف تماما عن ماهو معمول به في القانون الوضعي، حيث أقرت الشريعة الإسلامية مجموعة من الحقوق تحفظ للإنسان مصالحه المادية والمعنوية وهي كمايلي:

الفقرة الأولى

حقوق الله تعالى.

(١) انظر: سورة ص الآية 26.

(٢) انظر: الأشقر (عمر سليمان)، خصائص الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 92.

(٣) انظر: سورة المائدة الآية 03.

(٤) انظر: ولد محمدان (محمد عبد الله)، حقوق الإنسان والعدالة الجنائية، الرياض، مطابع جامعة نايف للعلوم الأمنية، 2010، ص ص

وهي حدود الله، أو حقوق الله التي تتصل مباشرة بمصلحة المجتمع، ولا يملك المخاطب بها، أن يسقطها، أو يعفو عنها، كما أنها لا تتوارث، والحد فيها يمكن أن يتداخل بمعنى أن لا يقام على الجاني إلا حدٌ واحدٌ لو تكررت الجنائية،⁽¹⁾ وفي هذا يقول الشاطبي: «أما حقوق الله فالدلائل أنها غير ساقطة، ولا ترجع لاختيار المكلف كثيرة، أعلاها الاستقراء التام في موارد الشريعة ومصادرها، كالطهارة على أنواعها، والصلاة، والزكاة، والصيام، والحج، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، الذي أعلاه الجهاد»⁽²⁾، فهي تتصل مباشرة بمصلحة المجتمع على أساس أن ميزان المصلحة هو الشريعة الإسلامية نفسها، فما شهدت له بالصلاح والنفع فهو مصلحة قطعاً، وما شهدت له بالفساد فهو المفسدة قطعاً⁽³⁾، وهي من النظام العام أضيفت لله تعالى تعظيماً لهذه الحقوق، وتأكيداً على وجوب رعايتها والمحافظة عليها، أما تنفيذ الحكم الصادر بمخالفتها يكون من اختصاص ولي الأمر وليس الفرد⁽⁴⁾.

اعتبرت الشريعة الإسلامية حقوق الحدود من حقوق الله تعالى، لأن الحدود التي فرضت لحماية الحقوق المنتهكة بجرائم " الزنا، وشرب الخمر، والسرقعة، والحراية، والردة، والبغي، والقذف" تمس مباشرة المقاصد الخمسة للشريعة الإسلامية وهي: " الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال" ⁽⁵⁾، والتي عبر عنها الشاطبي بالضرورات التي لا تستقيم أحوال الفرد والمجتمع إلا بها، فمعناها أنه لا بد منها للقيام بمصالح الدين والدنيا، بحيث: «إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد، وتهاريج، وفوت حياة، وفي الآخرة فوت النجاة والنعيم، والرجوع بالخسران المبين» ⁽⁶⁾.

الفقرة الثانية

حق العبد.

⁽¹⁾ انظر: ولد محمدان (محمد عبد الله)، حقوق الإنسان والعدالة الجنائية، المرجع السابق، ص 11.

⁽²⁾ انظر: الشاطبي (أبو إسحاق إبراهيم بن موسى)، الموافقات في أصول الشريعة، ج 02، مرجع سابق، ص 543.

⁽³⁾ انظر: الأشقر (عمر سليمان)، خصائص الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 86.

⁽⁴⁾ انظر: التركماني (عدنان خالد)، الإجراءات الجنائية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، مطابع أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1999، ص 27.

⁽⁵⁾ انظر: بهنسي (أحمد فتحي)، مدخل إلى الفقه الجنائي العام، مرجع سابق، ص 21، 22.

⁽⁶⁾ انظر: الشاطبي (أبو إسحاق إبراهيم بن موسى)، ج 02، نفس المرجع، ص 272.

وهي الحقوق التي تتصل بالمصلحة الخاصة للعبد، فهي لا تتعلق بمصلحة المجتمع مباشرة، وإنما يكون فيها للعبد الدور الأكبر من حيث الاقتضاء، أو التنازل، وهي كثيرة من الصعوبة حصرها، كحق البيع، وحق الشراء، وحق الانتفاع، وحق التعلم، وحق التملك، وحرمة مال الغير، والحق في الدية لورثة المجني عليه، والحق في أخذ بدل المتلفات، والحق في تملك المشتري للمبيع، وتملك البائع لثمنه، وحق الزوجة في النفقة عليها من قبل زوجها، وحق الدائن في استيفاء حقه من المدين⁽¹⁾.

غير أنه يمكن أن يجتمع حق الله و حق العبد، ويكون حق الله هو الغالب، وذلك عندما تتداخل مصلحة الفرد مع مصلحة المجتمع، خصوصا عند إقامة الحد على من انتهك المصلحة المحمية لهذا النوع من الحقوق وهو حفظ الأسرة، والمتمثل في القذف، الذي اعتبر من حقوق الله التي لا تقبل عفو ولي الأمر، متى بلغه الحد⁽²⁾. فالمصلحة الخاصة للمقذوف تظهر من خلال صيانة عرضه ودفع العار عليه، أما المصلحة العامة فتتجلى في صيانة أعراض الناس وحماية المجتمع من الفساد والتعدي⁽³⁾.

كما يمكن أن يجتمع الحقان أيضا ولكن حق العبد هو الغالب، فيختص هذا النوع من الحقوق بحماية النفس من الاعتداء التي حرصت الشريعة الإسلامية وغيرها من الشرائع على حفظها، ذلك أن الاعتداء عليها هو اعتداء على العبد مباشرة وعلى المجتمع بشكل غير مباشر، لذلك كانت العقوبة مقدرة في الجرائم التي تنتهك هذا الحق كالحدود والقصاص، فعلة تنفيذها من جهة حق العبد هو إطفاء غضب أولياء المقتول، الذين يكون لهم الحق في العفو أو الدية، والتي تمثل تعويضا للخسارة التي لحقت بالمجني عليه أو ورثته⁽⁴⁾، مصداقا لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بِعَدْوٍ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ * وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ *﴾⁽⁵⁾، ففي شريعة القصاص بقاء الحقيين، ولكن حق العبد هو الغالب، ولهذا فوض استيفاؤه إلى الولي وجرى فيه الاعتياض بالمال⁽⁶⁾،

(1) انظر: ولد محمدان (محمد عبد الله)، حقوق الإنسان والعدالة الجنائية، المرجع السابق، ص 11.

(2) انظر: السرخسي(شمس الدين)، المبسوط، ج09، مرجع سابق، ص 109.

(3) انظر: ولد محمدان (محمد عبد الله)، نفس المرجع، ص 12.

(4) انظر: ابن رشد (أبو الوليد محمد بن أحمد بن أحمد القرطبي)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق وتعليق هيثم جمعة بلال، بيروت، دار مكتبة المعارف، 2012، ص 800 وما بعدها.

(5) سورة البقرة الآيتين 178، 179.

(6) انظر: مروك (نصر الدين)، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1998، ص

فالعقوبات النصية المقدرة في الشريعة الإسلامية هي الحدود والقصاص، أما العقوبة التفويضية فهي التعزير.

نستنتج من تقسيم الحقوق الذي جاءت به الشريعة الإسلامية أن الحقوق العامة، وهي حقوق الله تعالى، تتميز بأنها حقوق منزهة وفاصلة، فهي منزهة لا يلحقها العفو أو التوارث، وفاصلة لأن مهمة القاضي فيها تنفيذية أكثر منها اجتهادية، فهي محددة بتوافر نوع معين من أدلة الإثبات، كما في جريمة الزنا التي اشترطت الشريعة الإسلامية أربعة شهاد في قوله تعالى: ﴿ وَاللَّاتِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ﴾ (1).

أما الحقوق الخاصة، أو حقوق العبد، فهي فردية وتعويضية، فهي فردية من حيث أن المجني عليه هو صاحب الحق في اقتضاء العقوبة، يتولى ولي الأمر إن وصلت إلى علمه وجوب تنفيذها، وتعويضية بمعنى أنها تعطي الخيار للمجني عليه، أو أهله في الحصول على الدية، هذه الأخيرة التي من الممكن أن تورث في حال توفي المجني عليه أو صاحب الحق فيها من بعده، كجرائم الاعتداء على النفس ومادونها، فهي اعتداء على المجني عليه مباشرة وعلى الجماعة بشكل غير مباشر، فكانت العقوبة مقدرة ومحددة كالحدود، لكن للمجني عليه فيه حق العفو، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ (2).

فتحريك الدعوى العمومية عند انتهاك حق من حقوق الله يكون للكافة، أما حقوق العبد فإن تحريكها يتوقف عليه فقط، وبالتالي فإن المتهم بارتكاب جريمة من الجرائم وفقا للتقسيم السابق يعرف سلفا نوع العقوبة ومقدارها ومستلزمات تنفيذها، ومن ثم يستطيع تحضير دفاعه بالطريقة المناسبة لنوع الجريمة المتابع بها، لأن القاضي حتى وإن كان المتهم هو الجاني كما في جريمة الزنا فإنه لا يستطيع تطبيق الحد إذا لم يتوافر لديه أربعة شهاد رأوا فعل الزنا، فإذا تراجع أحد الشهود لا يقام عليه الحد، وخير دليل على ذلك حادثة المغيرة بن شعبه الذي اتهمه أربعة رجال بالزنا، فتراجع أحدهم عن ذلك فلم يقم عليه الحد، وإنما طبق عمر بن الخطاب رضي الله عنه حد القذف على الثلاثة الآخرين وهم " أبو بكر، ونافع، وشبل بن معبد "، وبهذا قال جمهور الفقهاء (3).

(1) انظر: سورة النساء الآية 15.

(2) انظر: سورة المائدة الآية 45.

(3) انظر: سابق (السيد)، فقه السنة، ج02، مرجع سابق، ص 418، وانظر كذلك: عودة (عبد القادر)، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج02، مرجع سابق، ص324.

المطلب الثاني

حقوق الدفاع في المواثيق الدولية والإقليمية و دساتير الدول.

أخذت مسألة حقوق الإنسان تتبلور شيئاً فشيئاً منذ فجر الحضارة الإنسانية، فانقلبت من فكرة إلى نموذج سياسي، ثم إلى برنامج كفاح ضد الطغيان سعياً للتحرر، برزت من خلاله الخصوصية الإجرائية لحقوق الدفاع في الدعوى الجزائية قبل مرحلة وضع الإعلانات العالمية، والمواثيق الدولية مع بداية وضع الدساتير في القرن التاسع عشر (الفرع الأول)، إلى أن أصبحت تحوز الإجماع الدولي والداخلي على قداستها، فهي المحك الحقيقي لمدى تطبيق مبدأ الشرعية من جهة، ومدى احترام حقوق الإنسان من جهة ثانية، لذلك نجد جل المواثيق الدولية قد خصتها بمكانة خاصة، من خلال النص عليها في أكثر من وثيقة صادرة عن الأمم المتحدة، كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان (الفرع الثاني)، أو الاتفاقيات الإقليمية التي التزمت بها الدول (الفرع الثالث) وترجمتها في نصوصها القانونية والدستورية (الفرع الرابع)

الفرع الأول

حقوق الدفاع في مرحلة ما قبل الإعلانات والمواثيق الدولية.

من المتفق عليه أن حقوق الدفاع لم تنشأ دفعة واحدة، بل كانت لها إضاءات مختلفة تختلف باختلاف الأسس الحضارية لكل حضارة تعاقبت عليها الإنسانية، بدءاً من الحضارات القديمة، كحضارة ما بين النهرين، والحضارة الفرعونية، واليونانية، والرومانية، أين تجلت بعض مظاهره " كحق الاستعانة بمحام في قانون حمورابي ⁽¹⁾، واستقلالية القضاء في وصية " تحتميمس الثالث" الفرعوني ⁽²⁾، والحق في المساواة والحرية في " قانون داون وقانون صولون" اليونانيين ⁽³⁾، والحرمة الجسدية والمساواة في مدونة الألواح الإثني عشر للإمبراطور "جوستنيان" ⁽⁴⁾، وحرمة الحياة الخاصة والمسكن

⁽¹⁾ انظر: الذهبي (إدوار غالي)، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، بنغازي، المكتبة الوطنية، 1976، ص 116.

⁽²⁾ انظر: بكار (حاتم)، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص 15.

⁽³⁾ انظر: أبو الوفا (أحمد)، تاريخ النظم القانونية وتطورها، بيروت، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1980، ص 34.

⁽⁴⁾ انظر تفصيل ذلك: المرصفاوي (فتحي)، أصول النظم القانونية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1992، ص 140.

في " قانون كورينليا " الروماني (1)، فبالرغم من ثبوت وجود مظاهر لحقوق الدفاع في هذه المراحل الحضارية، إلا أنها ضعفت بشكل كبير وتم انتهاكها في العهد الإمبراطوري الروماني، حيث سمح باستخدام التعذيب ضد المتهم، الذي كان مقصورا في البداية على العبيد إلى أن وصل إلى المواطنين الرومان في بعض الجرائم كجريمة الاعتداء على الإمبراطور التي تعتبر من الجرائم ضد الدولة، وأصبحت القسوة مع المتهم هي السمة الغالبة التي تطبع التحقيق والمحاكمة (2)، والتي تزامنت مع ظهور القضاء الكنسي في العصور الوسطى (3)، وأصبح للكنيسة قانونها الخاص الذي لم يعد قاصرا على المؤسسات الدينية ورجالها التابعين للكنيسة بل تعدى ذلك لأفراد الشعب، ومن هنا ظهر الصراع بين القانون الكنسي والقانون الإمبراطوري، وكلاهما كان يحكم المجتمع الأوربي (4).

وبصورة عامة كان الاعتراف أهم الأدلة في ذلك العصر، فإذا اعترف المتهم أخذ باعترافه، إما إذا أنكر اتبعت ضده وسائل التعذيب، لانتزاعه منه بأية وسيلة، فاستعملت للوصول إليه مختلف وسائل التعذيب والتكيل (5)، وقد كان القانون الكنسي هو أول من تحول من النظام الاتهامي إلى النظام التنقيبي، فكانت المحاكم الكنسية تنهض بالاختصاص على كل المتهمين بالاعتداء على رجال الدين، وكان يتم إجراء الحلف المطهر بأن يحلف المتهم مع عدد من الأشخاص بأنه بريء، فإذا رفض المتهم حلف هذا اليمين، أو لم يستطع تقديم عدد كاف من الأشخاص الذين يحلفون معه بأنه بريء توقع عليه العقوبة، وكان على المحلفين تحديد الشخص المدان، فإذا كان حاضرا واعترف بالتهمة، قام الأسقف بالحكم عليه بالعقوبة الملائمة، أما إذا أنكر التهمة فتتخذ إجراءات معينة قبله وهي إما تحليفه اليمين المطهر، إذا كان من الأحرار، أو تعذيبه إذا كان من العبيد، أو إذا كان من الأحرار وتوافرت ضده قرائن، أو نسبت إليه وقائع جسيمة، وقد استعارت المحاكم الكنسية كل هذه الإجراءات من النظام الجرمانى (6).

(1) انظر: بشيت خوين (حسن)، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، ج01، مرحلة التحقيق القضائي، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص 16.

(2) انظر: الملا (سامي صادق)، اعتراف المتهم، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1968، ص 02، وانظر كذلك: عبيد (رؤوف)، المشكلات العلمية الهامة في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 510. وعلوب (حسن محمد)، الاستعانة بمحام في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 35، 36.

(3) انظر: بكار (حاتم)، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، المرجع السابق، ص 20.

(4) انظر: بسيوني (عادل)، الأصول التاريخية والفلسفية لحقوق الإنسان، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ع 04، السنة الرابعة، أكتوبر 1995، ص 424.

(5) انظر: المرصفاوي (حسن صادق)، المرصفاوي في المحقق الجنائي، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1975، ص 09.

(6) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1994، ص 89، 90.

ففي فرنسا كان المحقق يسأل المتهم ثلاث مرات للحصول على اعترافه مرة قبل تعذيبه، ومرة أثناءه، والثالثة بعده، ومن أمثلة ذلك الشد على العجلة، والصلب على حامل الخشب، واستخدام المحماة لحرق الأطراف، وملء جوف المتهم بالماء وضربه (1)، أما في إنجلترا فإن الأمر لا يختلف كثيراً، فإنه كان يؤخذ بالمتهم إلى كهف مظلم تحت الأرض، وتركه شبه عار على ظهره، ووضع ثقل من الحديد فوق جسده، فضلاً عن تقديم الطعام له من الخبز الفاسد يومياً، والماء الآسن في اليوم التالي حتى يعترف، أو يقضى عليه (2)، أما في إسبانيا فقد كان التعذيب يتم بوضع القدمين واليدين في المقصلة، وكان يتولى استجواب المتهم جلالاً أطلق عليه اصطلاح المستجوب، يستعمل في أداء مهمته آلات التعذيب، ويلجأ إلى كي جسم المتهم، كما استعملت وسائل لتعليقه، وجلده بالسياط، وقلع أظافره، أو تجويعه حتى يعترف، وفي عام 1483 أنشأت محاكم التفتيش التي كانت تستعمل أشنع صور التعذيب، فقد وصلت إلى الحد الذي أصبحت فيه تحيل المتهم إلى التعذيب رغم اعترافه (3).

نشأ في هذه الفترة ما يسمى بالنظام التقييبي الذي يركز على البحث عن الحقيقة بأية وسيلة كانت، ولم تكن للمتهم الفرصة في الدفاع عن نفسه، مما سمح بانتهاك حريته وإهدار حقوق دفاعه، فأصبحت الإجراءات تباشر بغير علانية وبدون حضوره، وأصبح المتهم يشعر بالعجز الإجرائي أمام قاضي التحقيق الذي أصبح يجمع ما بين سلطات الاتهام والتحقيق والحكم (4)، لكن تطور الأحداث في أوروبا في القرن الخامس عشر، والقرن السادس عشر، وأوائل القرن السابع عشر عجلت بتغيير الأوضاع نحو الأفضل، وممارسة المزيد من الحقوق والحريات، فقد انتشرت الأفكار التي تنادي باحترام الحرية الفردية وانتقاد المساس بها ، تحت مقولة " إن تعذيب المتهم شرط أساسي من أجل الحصول على اعترافه" (5).

يمكن أن نحدد بداية الاهتمام بحق المتهم في الدفاع كدعامة أساسية في الإجراءات الجزائية، من خلال إصدار الملك جون تحت ضغط العامة عام 1215، ما يسمى بوثيقة " العهد الأعظم Magna carta" التي فرض فيها قيوداً على سلطة الملك، والتي نصت على العديد من الضمانات كان أهمها " ضرورة مراعاة الملك لحقوق الرعية أفراداً وجماعات، وحمايتهم من الظلم، وضمان محاكمة الناس على أيدي محلفين، وعدم سجن أي شخص، أو القبض عليه بغير سند

(1) انظر: الكبيسي (عبد الستار سالم)، ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2013، ص 47.

(2) انظر: الكبيسي (عبد الستار سالم)، نفس المرجع، ص 55

(3) انظر: السماك (علي): الموسوعة القضائية في التحقيق الجنائي العراقي والمحاكمة، ج01، بغداد، مطبعة الإرشاد، 1963، ص 14.

(4) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 93، 94.

(5) «la torture de l'accuser et une condition indispensable pour valider sa déposition», LAURANT (J.C) – LASIERA (R): La torture et le poursuis, Paris, Edition Balland, 1973, P 54.

قانوني" ⁽¹⁾، ثم ظهرت "عريضة الحقوق" لعام 1629، والتي اشتملت على بعض الحقوق والحريات للمواطنين أهما " أن لا يسجن شخص إلا بتهمة حقيقية ومحددة، واحترام الحرية الشخصية " ⁽²⁾، وقد كان للفيلسوف " جون لوك" (1632-1704) دور محوري في إسقاط فكرة المصدر الإلهي لسلطة الحاكم، ونادى بأن الشعب هو مصدر كل سلطة فقد قال: « إن الحرية والمساواة الطبيعية منظمة بواسطة العقل الفطري، ومتضمنة في قانون الطبيعة نفسه الذي يمنع أي فرد من إلحاق الضرر بالآخرين، وشدد على أن البشر ولدوا أحراراً ومتساوين وأن لهم الحق في رفض الحكومة المطلقة وتجريدها من الشرعية » ⁽³⁾.

إلا أن قانون " Corpus Habeas " ⁽⁴⁾ الصادر عام 1679، قد اشتمل على تنظيم مفصل لكيفية الحد من الحرية عند ممارسة الدعوى الجزائية في أن: « لا يتولى سجن أي شخص إلا بأمر من القاضي أو المحكمة، إحضار السجين فوراً لتحديد مدى قانونية حبسه ومدة إحصاره، تنظيم التوقيف في العطل القضائية، عدم إعادة توقيف المشتبه فيه المفرج عنه إلا بقرار صريح من المحكمة، عدم إبعاد السجين خارج إنجلترا، فرض قانون عقابي على كل من يخالف هذا القانون، حق التعويض للسجين» ⁽⁵⁾، فإذا كان قانون " Corpus Habeas " قد جاء بتفصيل آليات الحد من الحرية الحرية في الدعوى الجزائية، فإن قانون " Bill of rights " لعام 1689، قد أنهى السلطة المطلقة لملوك إنجلترا فيما يخص حق المواطنين في الادعاء أمام القضاء ضد الملك عن تصرفات عملائه وتجاوزاتهم ⁽⁶⁾.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية، وبما أنها كانت مستعمرة بريطانية، فإن إعلان الاستقلال الصادر عام 1776 في ولاية فيلادلفيا إثر حرب الاستقلال، لم يكن يختلف عما جاء في العهد الأعظم الإنكليزي لعام 1215، ووثيقة الحقوق لعام 1629، فقد جاء في مقدمة هذا الإعلان: «... نقرر بهذا أن من الحقائق البديهية، أن جميع الناس خلقوا متساوين وقد وهبهم الله حقوقاً معينة لا تنتزع منهم، ومن هذه الحقوق حقهم في الحياة، والحرية والسعي لبلوغ السعادة...» ⁽⁷⁾، هذا وقد جاءت

⁽¹⁾ انظر: دسوقي أباطة (إبراهيم)، الغنام (عبد العزيز)، تاريخ الفكر السياسي، بيروت، دار النجاح، 1981، ص 120.

⁽²⁾ انظر: شنطاوي (فيصل)، حقوق الانسان والقانون الدولي الإنساني، عمان، دار حامد للنشر، 1999، ص 39.

⁽³⁾ انظر: دسوقي أباطة (إبراهيم)، الغنام (عبد العزيز)، (، تاريخ الفكر السياسي، المرجع السابق، ص 220.

⁽⁴⁾ HABEAS CORPUS : Mots latins signifiant « que tu aies le corps ». Il sagit d'unstitution anglaise qui a pour l'objet de garantie la libeté individuelle en remédiant au danger dés arrestations et détentions arbitraire.(A) BEZIZ (A): Dictionnaire de droit pénal général et procédure pénale, Paris,5^{eme} Edition ellepses, 2011, P144

هي عبارة لاتينية تعني " إليك الجسد" أوما يسمى بقانون الإحضار أو تحرير الإنسان من التوقيف.

⁽⁵⁾ انظر: الغريب (محمد ميشال)، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، بيروت، دار المؤلف، 1989، ص ص 79، 80.

⁽⁶⁾ انظر: الغريب (محمد ميشال)، نفس المرجع، ص 82.

⁽⁷⁾ انظر: الغريب (محمد ميشال)، نفس المرجع، ص 107.

جاءت التعديلات العشرة للدستور الأمريكي حتى سنة 1791 على جملة من الحقوق الخاصة بالفرد عند مباشرة الدعوى الجزائية وهي: « حق المواطن في أن يكون آمناً في شخصه، ومنزله، وأوراقه، وممتلكاته ضد أي تفتيش إلا بالاستناد إلى سبب راهن، لا يسأل الشخص عن جرم، إلا بالاستناد لاتهام أو إقرار من هيئة المحلفين، لا يجوز ملاحقة الشخص عن الجرم مرتين، لا يجبر الشخص عن الشهادة ضد نفسه، يجب أن تكون المحاكمة سريعة وعلانية، لا يجوز حرمان أي شخص من حياته وحرية دون إجراء قانوني» (1).

أما في فرنسا فقد سارت جهود المفكرين والفلاسفة في نفس الاتجاه الذي سار فيه الفقهاء الإنجليز، فقد ألف الفيلسوف " مونتيسكو" عام 1748 كتابه " روح القوانين" الذي يفسر فيه مبدأ الفصل بين السلطات الثلاثة المكونة للدولة وهي: " السلطة التشريعية، القضائية، والتنفيذية" منتقداً تركيزها في جهة واحدة (2)، كما جاء المفكر جون جاك روسو في عام 1762 بنظريته الشهيرة " العقد الاجتماعي" الذي نفى فيه فكرة المصدر الإلهي للسلطة، وأن هذه الأخيرة مصدرها الشعب، فالدولة تنشأ بعقد بين الأفراد يعينون بموجبه رئيساً لهم، يخضعون لقراراته في إطار ما يحق له من حماية لمصالحهم المشتركة، لقاء استردادهم مقابل ذلك حريات مدنية باعتبارهم أفراداً في مجتمع منظم (3)، كما أكد المحامي العام السيد " سيفران" في خطابه أمام برلمان " قرونوبل" : « بأن القوانين والقواعد الجنائية يجب أن تعطي للقاضي لوحة مدققة عن الجرائم والجزاءات بحيث يتعين على القاضي فقط اختيار الجزاء المحدد » (4).

هذه الأفكار كان لها أثر بالغ في حدوث الثورة الفرنسية عام 1789، على إثر الأزمة التي عاشتها فرنسا بسبب الاستبداد والبذخ الذي شهده عصر الملك لويس الخامس عشر، وعصر الملك لويس السادس عشر، فقد انتهى الأمر باقتحام سجن " الباستيل" ووضع الوثيقة التاريخية " إعلان حقوق الإنسان والمواطن"، وضرورة وضع نظام برلماني (5) كأداة هامة للتعبير عن الحرية، وضمانة أساسية ضد انتهاك الحقوق تحت شعار " الأخوة، والحرية، والمساواة " (6)، هذه الحقوق طبيعية

(1) انظر: العوجي (مصطفى)، حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، بيروت، مؤسسة نوفل، 1989، ص 52.

(2) DE LA SECONDAT (C-L) (MONTESQUIEU): De l'esprit des lois, Tome:10, II chapitre, Paris, Edition, Garnier, 1965, P 196 et suivant.

(3) انظر: عمران (محمود سعيد)، سليم (أحمد أمين)، القوزي (محمد علي)، النظم السياسية عبر العصور، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1999، ص 328.

(4) انظر: بارش (سليمان)، مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الجزائي، عين مليلة، دار الهدى، 2006، ص 10.

(5) تعود صياغة هذا الإعلان للماركيز " دي لافايت" وتبنته الجمعية الوطنية وقد وضع كي يشكل أساساً للانتقال من الحكم الملكي المطلق المطلق إلى الحكم الملكي الدستوري، وعملياً تحولت فرنسا إلى جمهورية وأصبح الإعلان من وثائقها الأساسية:

LA ROUSSE DU COLLEGE : Cedex 06, Paris, 2013, P 109.

(6) ROBERT(J) - OBERDORFF (H): Liberté fondamentales et droit de l'homme," textes français et internationaux", Paris, 3^{ème} Edition France Quercy, 1997, P 28.

ومقدسة وهدف المجتمع السياسي هو المحافظة عليها، فقد قرر هذا الإعلان حقوقا عامة لكل إنسان، كما ضمن حقوق الفرد في الدعوى الجزائية المرفوعة ضده، ففي مجال الحقوق العامة نصت المادة الأولى منه على أن: " الناس يولدون ويعيشون أحرارا متساوين، ولا يؤسس التمييز الاجتماعي إلا إذا كان على المصلحة العامة" (1)

كما قرر في المادة الرابعة: " أن حرية الشخص في ممارسة حقوقه الطبيعية لا حدود لها، إلا عند ممارسة أفراد المجتمع الآخرين لهذه الحقوق، وأن هذه الحدود لا يمكن أن يحددها إلا القانون" (2).

أما فيما يتعلق بحقوق الفرد أثناء مباشرة الدعوى الجزائية فقد نص الإعلان في المادة 07 منه على أنه: " لا يصح اتهام، أو توقيف، أو سجن أحد، إلا في الحالات التي ينص عليها القانون ووفقا للأصول التي يقررها، وإن كل من يطلب، أو ينفذ، أو يتسبب بتنفيذ أوامر تعسفية يستحق العقاب، وأن كل مواطن أندر أو أوقف بمقتضى القانون، ملزم بالامتثال تحت طائلة المسؤولية" (3).

وفي إيطاليا نادى "بيكاريا" في كتابه " في الجرائم والعقوبات" لسنة 1864، بأنه لا يجوز وصف الشخص بأنه مذنب قبل صدور حكم القضاء، وأنه لا يجوز للمجتمع أن يسحب حمايته إياه، قبل إتمام محاكمته عن الجريمة المنسوبة إليه، (4) فقد كان للأفكار التي جاء بها، الأثر الإيجابي على الفكر التشريعي فيما بعد.

فمنذ ذلك الوقت دخلت هذه المبادئ في التشريعات الوطنية، والدولية، وأصبحت مقياسا لمدى شرعية الوجود القانوني للدولة، غير أن الملاحظ على حقوق الدفاع في الدعوى الجزائية حسب الحقب التاريخية المتعرض لها، أنها كانت تتأرجح بين المطالبة بها من طرف العامة، والرفض التام لها من طرف السلطة الحاكمة، كما أنها جاءت نتيجة تضحيات جسام، حتى وصلت إلى التطور

(1) « Lés hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits, les distinction sociales ne peuvent étre fondées sur l'utilité commune ». ERGEC (R) : Protection européenne et international dés droits de l'homme, Edition Bruxelles Burylant, 2004, P32.

(2) « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent étre déterminées que par la Loi ». Droit de l'homme et libertés fondamentales, Paris, 2^{eme} Edition Alpha et L.G.D.J, 2010, p 67.

(3) انظر: العوجي (مصطفى)، حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، المرجع السابق، ص51

(4) «Nul homme ne peut étre accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent étre punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance ». BECCARIA(S): Dés délit et peines : L'introduction de ENCEL (M) et STEFANI (G), Paris, Edition C.U.J.A.S, 1966, P 82.

الملاحظ على مستوى النصوص في الوقت الحالي، من خلال الإقرار العالمي لها في المواثيق الدولية، وديساتير الدول.

الفرع الثاني

حقوق الدفاع في المواثيق الدولية.

إن القانون الدولي في مفهومه التقليدي لم يكن يهتم بحقوق الإنسان لأنه أنشئ لتنظيم العلاقات ما بين الدول، كما أن العلاقة بين الفرد ودولته كانت من قبيل المسائل الداخلية التي لا يمكن إثارتها دولياً⁽¹⁾، وكانت الدول تتصرف في مسألة حقوق الإنسان وفق ما تراه مناسباً لها، ولا تبحث عن القواسم المشتركة فيما بينها متدرة في ذلك بمبدأ السيادة، الأمر الذي طبع العلاقات الدولية بالفوضى وعدم التنظيم⁽²⁾، والذي نتج عنه انتهاكات كبيرة لحقوق الإنسان، تعالت معها الأصوات المنادية بعدم تجزئتها، لأن عدم احترامها على المستوى الداخلي لن يؤدي إلى احترامها دولياً⁽³⁾، هذه النظرة الجديدة التي تلت الحرب العالمية الثانية، وضعت حقوق الإنسان ضمن أولويات الاهتمام العالمي، وخصوصاً المظهر الذي تتجلى فيه، وهو حقوق الدفاع في الدعوى الجزائية، فكان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، أول مظهر لها في الوقت الحاضر.

الفقرة الأولى

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁽⁴⁾.

كان للنتائج الوخيمة التي خلفتها الحربان العالميتان الأولى والثانية على العالم الغربي خصوصاً، والأعمال الوحشية والانتهاكات الصارخة لحقوق الإنسان خلالهما، الدور الفعال في اندفاع

(1) انظر: الفار (عبد الواحد محمد)، قانون حقوق الإنسان في الفكر الوضعي والشريعة الإسلامية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1997، ص، 05.

(2) انظر: جراد (عبد العزيز)، العلاقات الدولية، الجزائر، موفم، للنشر، 1992، ص46.

(3) انظر: البرعي (عزت سعد السيد)، حماية حقوق الإنسان في ظل التنظيم الدولي الإقليمي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1985، ص10.

(4) انظر: اعتمد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ونشر في كافة البلدان، دون أي تمييز بسبب المركز السياسي بموجب لائحة الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 "أ" (د-3) المؤرخة في 10/12/1948، والذي اشتمل على ثلاثين مادة انظر: مدخل الأمم المتحدة www.unhchr.ch 11 أوت 2013، والذي صادقت عليه الجزائر بموجب دستور 10/09/1963، ج.ر، ع 64.

الدول الغربية آنذاك من أجل توفير حماية أكثر لحقوق الإنسان لبناء عالم أفضل يسوده السلام والأمن⁽¹⁾ وذلك بترجمة الأفكار والمبادئ التي جاء بها فلاسفة عصر النهضة، التي كانت قائمة على الحرية، والعدالة، والمساواة، فيما يسمى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، فمنذ ظهوره أجمع الفقه على أن هذا الإعلان قد أعطى لحقوق الإنسان رغم تشعبها واتساعها، وحدة في المفهوم تتميز بالشمول والوضوح⁽²⁾، بتحديد مجمل الحقوق الواجب حمايتها، منها حقوق الدفاع في الدعوى الجزائية، فهذا الإعلان كان ثمرة الإعلانات التي سبقتها، فهو يمثل باكورة الفكر الغربي في مجال حقوق الإنسان، والذي عمم فيما بعد على كل دول العالم.

وكما هو معلوم فإن التوقيت الذي جاء فيه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تميز بميزتين اثنتين هما: " أن معظم دول العالم الثالث مازالت تحت نير الاستعمار الممارس من طرف الدول المستعمرة واضعة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وأن العالم خرج للتو من حرب عالمية ثانية طاحنة سحقت الدول المستعمرة أساسا، فرغم ظهور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في سنة 1948"، إلا أن الانتهاكات لهذه الحقوق بقيت مستفحلة في مختلف أنحاء العالم وخصوصا العالم العربي، وما ممارسات المستعمر الفرنسي في الجزائر أثناء الحقبة الاستعمارية إلا دليل على أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ذو صبغة إقليمية مغلقة بين الدول المنشئة له، ولكنه يبعد عالمي من حيث الاحترام والتطبيق من طرف بقية دول العالم الأخرى، فهو يختلف عن الإعلانات السابقة في أنه لم يكن موجها للمدنية التي أنتجته، أو دول معينة بذاتها كفرنسا، وإنجلترا، والولايات المتحدة الأمريكية فحسب، ولكن كان موجها من الدول الغربية لكل شعوب العالم، من خلال ما نص عليه في ديباجته: " أن الاعتراف بالكرامة الإنسانية المتأصلة في جميع أعضاء الأسرة البشرية، وبحقوقهم المتساوية والثابتة، هو أساس الحرية، والعدل، والسلام في العالم⁽³⁾."

فرغم اختلافه مع الإعلانات التي سبقتها، إلا أنه يتطابق معها في اعتماده على نفس الأسس التي اعتمدت عليها تلك الإعلانات وهي " الحرية، والمساواة، والعدل" بالإضافة إلى السلام العالمي، غير أن المتمتعن في المادة الأولى من هذا الإعلان " يولد الناس أحرارا متساوين في الكرامة والحقوق، وقد وهبوا عقلا وضميرا، وعليهم أن يعامل بعضهم بعضا بروح الإخاء"، بحيث يستخلص من هذه المادة أن الإنسان يمتاز بخاصيتين أساسيتين: " العقل والوعي"، وهما دعامة الكرامة الإنسانية التي ينادي بها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وهكذا وجد محررو هذا الإعلان في فكرة

(1) OBERDROFF (H) : Droit de l'homme et libertés fondamentales, op, cit, P 15.

(2) انظر: طاشور (عبد الحفيظ)، حقوق الإنسان كمصدر لحقوق المحكوم عليه، مجلة العلوم الإنسانية، ع 21، جامعة منتوري قسنطينة، 2004، ص 154.

(3) انظر: يوسف (أمير فرج)، الدفاع بالأصالة أو الوكالة وجزاء الإخلال به، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2008، ص 15.

الكرامة قاعدة مشتركة، يقبلها الجميع، والتي تتسم بالطابع العام بحيث أنها تستطيع أن تكون العامل المشترك لمتطلبات كل شعوب العالم، مما أدى إلى وصف الإعلان "بالعالمي" وليس "بالدولي" مما سمح لواضعيه بأن يركزوا مجهوداتهم حول حقوق الإنسان غير القابلة للتجزئة" (1). فرغم أن هذه المادة مستوحاة من المادة الأولى من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789، فقد حذفت منه عبارة " يعيشون أحرارا"، وبالتالي فالمشكلة لا تكمن في أن يولد الإنسان حرا، وإنما في كيفية عيشه بحرية، وكرامة مصانة طيلة حياته وحتى بعد موته (2).

هذه المشكلة المفصلية في الحقيقة هي التي جعلت حقوق الإنسان عامة، وحقوق الدفاع خاصة محل انتهاك وجدل إلى اليوم، ولعل مرد ذلك خلو هذا الإعلان من أية قوة إلزامية لأنه صدر في شكل توصية، إلا أنه يعتبر المرجعية الأساسية للمواثيق الدولية، والعالمية، والإقليمية، وأهمها العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية، والبروتوكول الاختياري الملحق بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

وما يمكن ملاحظته على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أن ثلث مواده تخص حقوق المتهم في الدعوى الجزائية، والتي تمثل مجاله الخاص بالدفاع لدرء التهمة عنه، فقد نص على أن لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان، بعيدا عن أية تفرقة، وذلك في المادة 02 منه، وأن لكل فرد الحق في الحرية وسلامة شخصه في المادة 03، وعلى حظر التعذيب في المادة 05، وحظر التعسف في القبض والحجز على أي إنسان دون وجه حق في المادة 09، وضرورة أن تكون المحاكمة عادلة وأمام محكمة مستقلة ونزيهة ضد أية تهمة جنائية في المادة 10، واحترام أصل البراءة في المادة 11 (3). مما يلاحظ على هذه المواد أنها جاءت مفصلة للمبادئ التي جاءت بها المادة 03 منه، فرغم وضوح الحقوق التي نص عليها هذا الإعلان، ورغم تناوله إلى جانب حقوق المتهم في الدعوى الجزائية جملة من الحقوق والحريات الأخرى ذات الطابع العام، إلا أنها جاءت في ظروف كانت تغلب فيها على العالم سمة التفكك والفوضى، والاتجاه نحو حرب من نوع آخر وهي الحرب الباردة، ولعل هذا ما دفع بالأمم المتحدة إلى صياغة العهدين الدوليين فيما بعد، وسنقتصر في هذا التحليل على تسليط الضوء على العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، لأن له ارتباطاً مباشراً بحق المتهم في الدفاع في الدعوى الجزائية، دون العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية.

(1) انظر: طاشور (عبد الحفيظ)، نفس المرجع، ص 155.

(2) OBERDROFF (H) : Droit de l'homme et libertés fondamentales, op, cit, P44.

(3) انظر: يوسف (أمير فرج)، الدفاع بالأصالة أو الوكالة وجزاء الإخلال به، المرجع السابق، ص 16، 17.

الفقرة الثانية

العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية (1).

كان للصيغة الشاملة، وغير الإلزامية للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، أن اتجهت الجمعية العامة للأمم المتحدة إلى إعداد مشروع اتفاقية دولية تكون مفصلة للحقوق الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، تتمتع بالصيغة الإلزامية للدول الموقعة عليها، إلا أن مشروع الاتفاقية الواحدة كان صعب المنال لسببين اثنين هما:

أ - طبيعة الحقوق الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تفتقد للتصنيف والتحديد.

ب - تفصيل الحقوق من أجل دفع الدول للتصديق عليها والالتزام بها.

لهذه الأسباب تم تقسيم مشروع الاتفاقية إلى قسمين على أن يعرض كلاهما للتوقيع في آن واحد فقد كان الأثر الذي خلفه العهدان الدوليان، وخصوصا العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، أن أصبحت الحقوق التي جاء بها الإعلان العالمي ذات صبغة إلزامية، فقد أنشأت لجنة تعنتي بهذه الحقوق، وذلك عن طريق أعمال جعل الخطاب موجه للدول للمصادقة عليه، ثم ترجمة ذلك في نصوصها، وقوانينها الداخلية طبقا لأحكام المادة 02/ف01 التي تنص: « تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد باحترام الحقوق المعترف بها فيه، وبكفالة هذه الحقوق لجميع الأفراد الموجودين على إقليمها والداخلين تحت ولايتها، دون أي تمييز بسبب العرق، أو اللون، أو اللغة، أو الدين، أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب ».

(1) اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية بقرارها رقم (2200) أ (د - 21) المؤرخ في 16/12/1966، فقد نصت المادة 49 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أنه " ... يبدأ العهد بعد ثلاثة أشهر من تاريخ إيداع صك الانضمام أو التصديق الخامس والثلاثين لدى الأمين العام للأمم المتحدة..."، فقد دخل الأول حيز التنفيذ والبروتوكول الملحق به بتاريخ 23/03/1976، أما العهد الثاني فقد دخل حيز التنفيذ بتاريخ 03/01/1976، انظر المدخل: www.un.org/ar/events/ يوم 13/08/2013، وقد صادقت الجزائر على هذين العهدين والبروتوكول الاختياري الملحق بالحقوق المدنية والسياسية بموجب القانون رقم 08/89 المؤرخ في 25/04/1989، ج.ر، ع 17.

فالبعد الإلزامي العالمي لحقوق الإنسان، والحد بموجبه من السيادة المطلقة للدول الموقعة عليه يلغي قيد عدم التدخل، ويتضح ذلك من خلال المادة 05 منه: « لا يقبل فرض أي قيد، أو أي تضييق على أي حق من حقوق الإنسان الأساسية المعترف بها، أو النافذة في أي بلد تطبيقاً لقوانين، أو اتفاقيات، أو أنظمة، أو أعراف، بذريعة كون هذا العهد لا يعترف بها، أو كون اعترافه بها في أضيق مدى »، ومن ثم نقل هذا العهد حقوق الإنسان من المفهوم الذاتي الداخلي للدول تطبيقاً لمبدأ السيادة، إلى المفهوم العالمي المحدد بالمفهوم المشترك لجميع الدول الموقعة عليه، هذه المرحلة الانتقالية دفعت الأمم المتحدة إلى تكوين لجنة مراقبة حقوق الإنسان، وذلك بموجب المادة 28/01 من هذا العهد " تنشأ لجنة تسمى اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، وتتألف هذه اللجنة من ثمانية عشر عضواً وتتولى الوظائف المنصوص عليها المحددة في المواد اللاحقة (1)، وتتخذ هذه الرقابة ثلاث وسائل هي " التقارير، والشكاوي التي تقدمها الدول، والشكاوي التي يقدمها الأفراد بموجب البروتوكول الاختياري الملحق بالاتفاقية ".

إن هذا الاهتمام العالمي بحقوق الإنسان عامة، وحقوق الدفاع خاصة من خلال المبادئ التي جاء بها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، أو التفصيلات التي صاغها العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والبروتوكول الاختياري الملحق به، غير كافية لضمان حماية فعالة لهذه الحقوق، ومن ثم لا يتحقق السلم والأمن الدوليين إلا باحترام حقوق الإنسان بصفة شاملة خصوصاً في مجالها التطبيقي وهو القانون الجنائي، الأمر الذي كان له الأثر الفعال في استحداث المحكمة الجنائية الدولية، التي سبقتها محاكم دولية مهدت للقضاء الدولي، والتي نصت على حق المتهم في الدفاع استناداً إلى المادة 11/01 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1945 والمادة 14 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 (2).

فقد جاء في لائحة نوربيرج عند النص على إجراءات المحاكمة، وجوب ضمان محاكمة عادلة للمتهمين وذلك في المادة 05/16 منها: « للمتهمين الحق في أن يقدموا شخصياً، أو بواسطة محاميهم أثناء الدعوى كل دليل يدعم دفاعهم عن أنفسهم، وأن يطرحوا الأسئلة على الشهود الذين أحضرهم الادعاء ويناقشونهم فيها» (3)، أما محكمة طوكيو العسكرية، فقد كانت إجراءات المحاكمة فيها متطابقة مع ما جاء في لائحة نوربيرج طبقاً لأحكام المادتين 10،09 منها: « سير المحاكمة،

(1) انظر: انظر: المواد 40، 41، 42، 43، 44، 45 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والمواد 01، 02، 03، 04، 05 من البروتوكول الاختياري الملحق بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

(2) انظر: قادري (عبد العزيز)، حقوق الإنسان في القانون الدولي والعلاقات الدولية (المحتويات والآليات)، بوزريعة، دار هومة، (د.ت)، ص 217.

(3) انظر: قهوجي (علي عبد القادر)، القانون الدولي الجنائي، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2001، ص 242.

وسلطة المحكمة وإدارتها، وإجراءات سماع الشهود، وحقوق الادعاء، والدفاع، والإثبات، وغيرها، وكذلك العقوبات (القسم الرابع من لائحة طوكيو والقسم الخامس من لائحة نوربيرج) «⁽¹⁾، ليسير بعد ذلك وعلى نفس النهج كل من ميثاق يوغسلافيا وروندا، ففي المادة 21 من ميثاق يوغسلافيا جاء التأكيد على حقوق الدفاع بأن: « يكون المتهمون على قدم المساواة أمام المحاكم الدولية، وأن تسمح لهم بالدفاع عن أنفسهم ضد الاتهامات الموجهة إليهم بطريقة عادلة وعلنية»⁽²⁾.

هذه المحاكم وإن كانت قد أسست لقانون جنائي دولي إلا أنها محاكم زالت ولاياتها، غير أن الانطلاقة الحقيقية للقانون الدولي الجنائي قد بدأت منذ إنشاء المحكمة الجنائية الدولية بموجب ميثاق روما والذي جاء فيه، وعند بداية المحاكمة، خصوصا في المادة 65/1 منه: « أنه يجب على الدائرة الابتدائية أن تتلو على المتهم التهم التي سبق وأن اعتمدها الدائرة التمهيدية، ويجب أن تتأكد من أن المتهم يفهم طبيعة التهم. وعليها أن تعطيه الفرصة للاعتراف بالذنب، أو للدفع بأنه غير مذنب وأن تكفل محاكمة عادلة وسريعة، وأن تحترم حقوق المتهم »⁽³⁾.

غير أن الشيء المختلف عن التشريع الداخلي للدول، هو أنه في حال غياب المتهم عن الدائرة تستطيع أن تسمح بتمثيله بمحام رغم غيابه، وللمحامي مناقشة الأدلة والدفع، وطلب التأجيل، وهو بذلك جزء لا يتجزأ من المحاكمة الجنائية⁽⁴⁾.

الفرع الثالث

حقوق الدفاع في المواثيق الإقليمية.

كان للصعوبة التي طرحتها إمكانية وضع أجهزة فعالة لحماية حقوق الإنسان على المستوى العالمي، وصياغة قرار نهائي بشأن الانتهاكات التي ما زلت متجلية في المشهد العالمي، بسبب التباين السياسي والإيديولوجي بين الدول، أن كان للتكتل الإقليمي دوره في رعاية حقوق الإنسان بشكل أفضل، مما يضمن تحقيق المحاكمة العادلة في مدة معقولة نظرا لقصر المسافة بين الدول المتكتلة الذي يوفر الاقتصاد في الجهد والوقت، كما يتجاوز المشاكل التي تطرحها السيادة، لأنه يقوم على التجانس بين أنظمة التكتل الإقليمي لحد ما، المبني على المصالح المشتركة، وهذا ما يتناسب مع

⁽¹⁾ انظر: قهوجي (علي عبد القادر)، نفس المرجع، ص262.

⁽²⁾ انظر: قهوجي (علي عبد القادر)، نفس المرجع، ص285.

⁽³⁾ انظر: قهوجي (علي عبد القادر)، القانون الدولي الجنائي، بيروت، المرجع السابق، ص247.

⁽⁴⁾ انظر: أبو الخير(طه)، حرية الدفاع، ط1، الإسكندرية، منشأة المعارف، (د.ت) ، ص 06.

ميثاق الأمم المتحدة الذي أقر في المادة 52/ف01 على أنه: « ليس في هذا الميثاق ما يحول دون قيام تنظيمات، أو وكالات إقليمية تعالج من الأمور المتعلقة بحفظ السلم والأمن الدوليين ما يكون العمل الإقليمي صالحا فيها، ومناسبا مادامت هذه التنظيمات، أو الوكالات الإقليمية ونشاطها متلائمة مع مقاصد الأمم المتحدة ومبادئها »، وهذا ما أدى إلى ظهور العديد من التنظيمات الإقليمية على المستوى الأوروبي، والأمريكي، والأفريقي، والعربي، والإسلامي.

الفقرة الأولى

الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان⁽¹⁾.

يمثل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المصدر الأساسي لصياغة هذه الاتفاقية، المبنية على ما يسود حكومات الدول الأوروبية من وحدة فكرية وجغرافية، وتراث مشترك وتقاليد سياسية متشابهة، فقد سعت هذه الاتفاقية إلى تحديد الحريات الفردية في القسم الأول منها، خصوصا في المادة 02 عندما نصت على حق الحياة وهو من الحقوق التي تتوقف عليها كل الحقوق الأخرى، ومن ثم حظر كل اعتداء عليه مهما كانت مبرراته⁽²⁾، والمادة 04 عندما نصت على تحريمها للاسترقاق، والمادة 08 عند نصها على احترام الحياة الخاصة، وعلى حرية التفكير في المادة 09، وحرية العقيدة، والدين، وحرية التعبير في المادة 10، ومبدأ المساواة أمام القانون في المادة 14، التي نفت أي تمييز مهما كان نوعه، والحظر المطلق للتعذيب في المادة 03، والتي تعتبر من القواعد الآمرة التي لا يمكن تبريرها تحت أي ظرف كان⁽³⁾.

(1) بتاريخ 1950/11/04 تمت المصادقة على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان من قبل الدول الأعضاء في مجلس أوروبا وهي ألمانيا الشرقية، واليونان، وإسبانيا، وإيرلندا، والنمسا، وبلجيكا، وقبرص، والدنمارك، وفرنسا، وإيطاليا، ولكسمبورغ، ومالطا، وهولندا، والنرويج، وتركيا، والمملكة البريطانية، وأصبحت نافذة المفعول ابتداء من 1953/09/03، والتي ألحقت بأربعة عشر بروتوكولا، إلى غاية 2008، انظر المدخل: <http://hei.unige.ch/humanrts//arab/eurhcom.html> يوم 26 /08/ 2013.

(2) SUDRE (F) : Droit international et européen des droits de l'homme, Paris, 3^{eme} Edition presses, universitaires de Frances, 1997,P187.

(3) BERGER (V) : Jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme, Paris, 7^{eme} Edition Dalloz, 2000,P167.

كما نصت في مجال الدعوى الجزائية، وفي المادة 06/01 ف على ضرورة إقامة محاكمة عادلة للمتهم تدعيما لحقوق دفاعه، أما في الفقرة الثانية منها، فقد نصت على ضرورة احترام أصل البراءة، وتحديد الحد الأدنى من الحقوق التي يتمتع بها المتهم في نطاق هذه الاتفاقية في الفقرة الثالثة، والمتمثلة في " إخطاره على وجه السرعة بالتهمة المنسوبة إليه، وإعطائه الوقت الكافي لإعداد دفاعه، وأبمساعدة محام و مترجم إذا كان المتهم لا يفهم اللغة المستعملة من طرف المحكمة، وإمكانية استفادته من المساعدة القضائية، ومناقشة الشهود"، وأكدت على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وأعطته طابعا دوليا بالإضافة إلى طابعه الوطني" (1).

فرغم كل هذا لم تتوقف الدول الأوروبية في حمايتها لحقوق الإنسان عامة، وحقوق الدفاع في الدعوى الجزائية خاصة عند حد النص المكتوب، والمصادق عليه من طرفها ، بل تعدته إلى أكثر من ذلك عندما أنشئت محكمة حقوق الإنسان الأوروبية، وذلك لعلم الدول الأوروبية بعدم قدرة إعلانات الحقوق على ضمان حماية كافية للحقوق التي جاءت من أجلها، كما حدث في عصر الثورة الفرنسية فيما بين عامي 1789 و 1798 (2)، ف بموجب المادة 38 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، فإن هذه المحكمة تتكون من عدد من القضاة يساوي عدد أعضاء مجلس أوروبا، لكل عضو قاض واحد فقط، لأن الهدف من إنشاء هذه المحكمة هو توفير غطاء الحماية الفعلي للحقوق التي نصت عليها الاتفاقية، كما اعتبرت الحق في الدفاع لا يخص مرحلة المحاكمة فقط، بل يشمل كل مراحل الدعوى الجزائية " لأن عدم احترامه منذ البداية يفقد المحاكمة ميزتها العادلة، كعدم تمثيل المتهم من طرف محام خلال استجواب الشرطة، لأن الهدف من حماية حقوق الدفاع هو توفير ضمانات ملموسة، وفعّالة في المادة الجنائية عن طريق ضمان المساواة بين أطراف الدعوى خصوصا عند إخطار المتهم بالتفصيل، وبلغة يفهمها عن التهمة المنسوبة إليه مع ضمان الوقت الكافي لإعداد دفاعه" (3).

الفقرة الثانية

الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان (4).

(1) انظر: قادري (عبد العزيز)، حقوق الإنسان في القانون الدولي والعلاقات الدولية (المحتويات والآليات)، مرجع سابق، ص 124، 125.

(2) انظر: متولي (عبد الحميد)، الحريات العامة (نظرات في تطورها و ضماناتها ومستقبلها)، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1974، ص 70.

(3) SUDRE (F) : Droit international et européen des droits de l'homme, op, cit, P 209.

(4) بتاريخ 1969/11/22 تمت المصادقة على هذه الاتفاقية من قبل الدول الأمريكية في سان خوسيه عاصمة كوستاريكا، ودخلت حيز التنفيذ في 1978/07/18 ، كما يرجع اهتمام الدول الأمريكية بقضية حقوق الإنسان للمفكر " سيمون بولي فار" عندما دعا عام

تقوم الآليات المعتمدة في حماية حقوق الإنسان عامة، وحقوق الدفاع في القارة الأمريكية خاصة، على ثنائية الأجهزة المرصودة لحمايتها، فهي مرتبطة بميثاق منظمة الدول الأمريكية لعام 1948، والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان من جهة، ووجود لجنة أمريكية لحماية حقوق الإنسان، ومحكمة أمريكية لهذا الغرض من جهة ثانية (1)، فهذه الاتفاقية تشبه لحد بعيد الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، فقد نصت في المادة 18 على حق كل شخص في محاكمة عادلة أمام سلطة قضائية مستقلة ومحيدة، وحتى في حالة الطوارئ، وبذلك تعد هذه المادة أساس الحقوق الإجرائية وهي تتفق مع ما جاء في نص المادة 06 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وخصوصا " الآجال المعقولة للمحاكمة، واستقلالية المحكمة وحيادها بموجب القانون (2).

كما نصت على الحرمة الجسدية، وسرعة تقديم الموقوف للمحاكمة في المادة 07/04، والحق في المعاملة الإنسانية عن طريق حظر التعذيب في المادة 05، والحق في المساواة أمام القانون في المادة 24، والحماية القضائية في المادة 25، وعلى مبدأ الشرعية في المادة 09، وتعتبر المادة 08 أساس حقوق الدفاع في الاتفاقية، لأنها نصت على مظاهر المحاكمة العادلة وهي: « حق المتهم في الاستعانة بمترجم دون مقابل إذا كان لا يفهم، أو لا يتكلم لغة المحكمة، وحق المتهم في إخطاره مسبقا بالتهمة المنسوبة إليه، وحق المتهم في الحصول على وقت كاف لإعداد دفاعه والوسائل التي يراها مناسبة لذلك، وحق المتهم في الدفاع عن نفسه شخصيا، أو بواسطة محام والاتصال به بحرية وبسرية، وحقه في أن تعين له الدولة محاميا بأجر أو بدون أجر حسب ما ينص عليه القانون المحلي، إذا لم يتم بذلك ضمن المهلة القانونية التي يحددها القانون، وحق الدفاع في استجواب الشهود الموجودين بالمحكمة وفي استحضار الخبراء بصفة الشهود، وممن سواهم ممن يلقون ضوءا على الوقائع، حق المتهم في أن لا يجبر على الشهادة ضد نفسه» (3).

الفقرة الثالثة

1826 إلى اتحاد كونفيدرالي لدول أمريكا اللاتينية، انظر: البرعي (عزت سعد السيد)، حماية حقوق الإنسان في ظل التنظيم الدولي الإقليمي، مرجع سابق، ص 404.

(1) انظر: البرعي (عزت سعد السيد)، نفس المرجع، ص 405

(2) TIGROUDJA (H) - LOUANNIS (K): La cour Interaméricaine des droits de l'homme, Bruxelles, librairie Burylant, 2003, P 256.

(3) انظر: القبائلي (سعد حماد)، ضمان حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص 80.

الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب (1).

جاءت المادة 07 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب موضحة للاتجاه الذي حددته الدول الإفريقية فيما يخص حقوق الدفاع، ومتفقة مع ما جاء في الإعلانات الدولية والإقليمية السابقة، خصوصا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين، فهو يحتوي على الحقوق المدنية، والسياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية، فهو موجه للدول في صورة المادة 01 التي تلزم الدول بأن تعترف بالحقوق والواجبات المجسدة في الميثاق، وتتخذ في سبيل ذلك التدابير التشريعية لإعمالها: « يجب على الدول الأطراف أن تعترف بالحقوق والواجبات، والحريات المجسدة في الميثاق، وتتعهد باعتماد التدابير التشريعية، وغيرها من التدابير لإعمالها ».

كما نص الميثاق على ضرورة احترام الدول الموقعة لاستقلال المحاكم والمؤسسات الكفيلة باحترام حقوق الإنسان في المادة 26: « تتحمل الدول الأطراف واجب ضمان استقلال المحاكم، وتتعهد بالسماح بإنشاء وتحسين المؤسسات الوطنية المنوط بها تعزيز وحماية الحقوق والحريات التي يتضمنها الميثاق » ، أما الحق في المساواة فقد حدده في المادة 03: « الحق في المساواة أمام القانون، وفي الحماية التي يوفرها القانون، وعدم الاعتداء على حياة الشخص وسلامته » أما في المادة 04 فقد نصت على: « الحق في احترام حياة الشخص وسلامته البدنية، والحق في الكرامة »، كما نصت في المادة 05 على: « الحق في احترام كرامة الشخص المتأصلة بوصفه مخلوقا بشريا بما في ذلك عدم التعرض للرق، أو تجارة الرقيق، والتعذيب، والعقوبة، أو المعاملة القاسية، أو اللاإنسانية، أو المهينة، والحق في الحرية » وفي المادة 06 نصت على: « الحق في الحرية والأمن الشخصي ، وعدم التعرض للاعتقال، أو الاحتجاز التعسفي ».

أما حق التقاضي فقد نص عليه في المادة 07: « حق الإنسان في أن تنظر قضيته أمام محكمة مختصة، والحق في الاستئناف أمام أجهزة مختصة ضد الأفعال التي تنتهك حقوق الإنسان، والحق في افتراض براءة الشخص إلى أن تثبت إدانته بواسطة محكمة أو هيئة مختصة، والحق في الدفاع، والحق في أن يحاكم في غضون مدة زمنية معقولة من قبل محكمة نزيهة ومحايدة، والحق في أن لا يطبق عليه قانون بأثر رجعي » ، فرغم ما لهذا الميثاق من أثر في صياغة الحقوق والحريات الخاصة بالمواطن الإفريقي، سواء على مستوى الحقوق العامة، أو الخاصة في الدعوى الجزائية، إلا

(1) بتاريخ 18/07/1981 صادق مجلس رؤساء الدول الإفريقية على هذا الميثاق في الدورة العادية لمنظمة الوحدة الإفريقية رقم 18 في نيروبي بكينيا، ودخل حيز التنفيذ في 21/10/1986، انظر: المدخل التالي فيما يخص الميثاق ومواده: www.africa-union.org، يوم 03/09/2013، وانظر كذلك : الفار (عبد الواحد محمد)، قانون حقوق الإنسان في الفكر الوضعي والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص82، أما الجزائر فقد صادقت على هذا الميثاق بموجب المرسوم الرئاسي رقم 37/87 المؤرخ في 03/02/1987، ج.ر، ع 06.

أنه يتميز بميزتين أساسيتين هما: " أنه انعكاس تام لما صدر في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين، بحيث أن التطابق يكاد يكون مطلقاً، كما أنه لم يأت من داخل القارة وإنما جاء في إطار تعميم حقوق الإنسان بالمفهوم الذي ظهر عقب الحرب العالمية الثانية، وذلك عن طريق اللجنة الدولية للحقوقيين والأمم المتحدة، لأن الدول الإفريقية آنذاك تعاني من نقص التجربة في مجال حقوق الإنسان لأنها كانت حديثة العهد بالاستقلال⁽¹⁾.

لم تحد منظمة الوحدة الإفريقية عما جاءت به التنظيمات الإقليمية السابقة، بأن استحدثت اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان لمراقبة مدى احترام حقوق الإنسان في إفريقيا بموجب المادة 30 من الميثاق، وكذلك النظر في الشكاوى الواردة من الدول الأطراف، والدول غير الأطراف وهي الأفراد، والجماعات، والمنظمات غير الحكومية حسب نصوص المواد 47 و 49 و 55 من الميثاق⁽²⁾، كما أنشئت المحكمة الإفريقية للعدل وحقوق الإنسان بعد دمج كل من المحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب، ومحكمة العدل للاتحاد الإفريقي في هذه الهيئة، والتي مهمتها إتمام عمل اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان وحل النزاعات بين الدول بطريقة سلمية⁽³⁾.

إن المتمعن في إعلان الحقوق الذي قامت به الدول الإفريقية في الميثاق الإفريقي، لا يعكس الخصوصية التي تتميز بها شعوب القارة الإفريقية، خصوصاً عند محاولة البحث عن الجذور التاريخية لحقوق الإنسان فيها، فإننا لا نجد فقها قانونياً، أو فلسفياً، أو بعداً فكرياً يكون مرجعية لهذه الشعوب في هذا المجال، لأن الدول الإفريقية وعند صياغة هذا الميثاق كانت عبارة عن دول عاجزة اقتصادياً، ومفككة ثقافياً، وفقيرة، ومريضة اجتماعياً، وبالتالي فمن الصعب عند إنشاء هذا الميثاق أن يكون ترجمة إلى ما وصلت إليه الدول الإفريقية في هذا المجال، وعليه فإنه عبارة عن إعطاء الطابع الإقليمي للحقوق والمبادئ التي جاء بها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان فقط، ومن ثم وبالنظر إلى التعدد العرقي، والاختلاف الثقافي، والاقتصادي، والاجتماعي بين الشعوب الإفريقية، والنمط القبلي الذي مازال يطبع العديد من الدول الإفريقية.

يمكن القول أن ما جاء به هذا الميثاق يمثل الحد الأدنى فقط لحماية حقوق الإنسان عامة، وحقوق الدفاع في الدعوى الجزائية خاصة، بحيث يكون الوضع مرشحاً للانتهاك في أي وقت على أساس أن معظم هذه الدول مازالت تعيش في مرحلة ما قبل الدولة التي تتميز بعدم الاستقرار السياسي

(1) انظر: البرعي (عزت سعد السيد)، حماية حقوق الإنسان في ظل التنظيم الدولي الإقليمي، مرجع سابق، ص 669.

(2) انظر: البرعي (عزت سعد السيد)، نفس المرجع، ص 700.

(3) انظر: البروتوكول محكمة العدل للاتحاد الإفريقي عبر المدخل : www.africa-union.org، يوم 03/09/2013 والذي صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 179/07 المتضمن المصادقة على بروتوكول محكمة العدل للاتحاد الإفريقي المؤرخ في 06/11/2003، ج.ر، ع 39.

والصراعات المسلحة، كما يحدث الآن في كل من مصر، وليبيا، والصومال، فقد أصبحت إفريقيا المعقل الآمن للجماعات الإرهابية المنتشرة في دول الساحل الإفريقي خصوصا في مالي ونيجيريا، وهذا ما يعرض حقوق الإنسان للانتهاك الصارخ، ويجعل حقوق الدفاع مجرد أمنية مبنية على أمل تحققها يوما ما، وهذا ما يجعل الوضع في إفريقيا يختلف عن الوضع في كل من أوروبا وأمريكا رغم تشابه النصوص الداعية لاحترام حقوق الإنسان، ومنها حقوقه أثناء ممارسة الدعوى الجزائية. فبدون السلم والأمن لا يمكن لأي قانون أن يطبق، ولا يمكن ضمان حماية أي حق مهما كان.

الفقرة الرابعة

حقوق الدفاع في الموائيق العربية والإسلامية.

لم يكن للعرب قبل الإسلام نظام واضح في تسيير أمورهم الاجتماعية، والاقتصادية، والسياسية، لأنهم كانوا يعيشون كقبائل، فالقبيلة هي أساس النظام عندهم، فإذا حدث نزاع بين شخصين من قبيلتين مختلفتين، فإن القوة والحرب هي الفيصل بين القبيلتين، وقد سجل التاريخ حوادث كثيرة من هذا النوع سميت فيما بعد بأيام العرب كحرب البسوس وداحس والغبراء، وفي حالات قليلة كانوا يحتكمون إلى العقل، كما حصل لقصي بن كلاب عندما اقتتل مع بني خزاعة وبكر في حرب البسوس فلما اشتد القتال احتكموا إلى يعمر بن عوف الكتاني ففعل ذلك، من دون ضمانات واضحة، ولا حقوق ثابتة، ولا تحديد للمتهم والضحية فكان حكمه مجحفا (1).

لكن بمجئ الإسلام وانتشاره في ربوع كثيرة من العالم عم العدل، والحرية، والمساواة في كل الأقاليم الخاضعة للخلافة الإسلامية، وظهرت لأول مرة في حياة البشرية ضمانات المحاكمة العادلة التي تعرضنا لها سابقا عند الحديث عن حقوق الدفاع في الشريعة الإسلامية، لكن أهم تقنين لها في العصر الحديث ذي الصبغة الإنسانية، فيتمثل في أصول المحاكمات الجزائية العثمانية، وميثاق حقوق الإنسان والشعوب في الوطن العربي، والبيان العالمي لحقوق الإنسان في الإسلام.

يعتبر العهد العثماني العهد الأخير للخلافة الإسلامية قبل حركة الاستعمار المدمرة التي خضع لها العالم العربي والإسلامي خلال القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين (2)، فقد تميز

(1) انظر: ابن كثير (أبو الفداء إسماعيل)، تحقيق مصطفى عبد الواحد، السيرة النبوية، ج 01، بيروت، دار المعرفة، 1983، ص ص 22، 23.

(2) بدأت الخلافة الإسلامية العثمانية في العالم العربي ابتداء من سنة 1516، وأخذت في التوسع والانتشار حتى وصلت إلى الهند وجنوب شرق آسيا، إلى أن سقطت بعد الحرب العالمية الأولى (1914، 1918)، أين سعت الدول الأوروبية إلى اقتسام ممتلكاتها،

العهد العثماني بإصدار تقنيات لمختلف القوانين، وكان منها قانون الجزاء العثماني (1)، وأصول المحاكمات الجزائية العثمانية، اللذين تضمنتا العديد من المبادئ والحقوق، منها حقوق المتهم في الدعوى الجزائية، والتي توحى بمواكبة هذا القانون لما جاء في الشريعة الإسلامية من مبادئ وحقوق، ولما وصلت إليه الإنسانية خصوصا في أوروبا آنذاك، من احترام لحقوق الإنسان ولو على المستوى الفكري والنظري، فقد نص كل من قانون الجزاء وقانون المحاكمات الجزائية العثمانيين على العديد من الحقوق، والعديد من الآليات لحمايتها تظهر مدى اهتمام السلاطين العثمانيين بمسألة حقوق الدفاع في الدعوى الجزائية.

فقد نص قانون الجزاء العثماني على حضر التعذيب من أجل حمل المتهم على الاعتراف، وقد وضع جزاءً ، لمن يرتكب ذلك وفقا لنص المادة 103 منه التي تنص: « إذا قضى أحد أرباب المحاكم، والمجالس، وسائر مأموري الدولة، أو أجرى أذى وعذابا على المتهمين ليقروا بذنوبهم يجازى بالحبس في القلعة مؤقتا، وبالحرمان المؤبد من الرتبة والمأمورية »، كما أعطى للمسكن حرمة خاصة، بحيث لا يتم تفتيشه، إلا بموجب شروط معينة، وقد حدد قانون الجزاء العثماني جزاء لمن يخالف هذه الشروط، وفقا لنص المادة 105 منه التي نصت على أنه: « إذا دخل المأمور مسكن آخر ومشتملاته مسيئا في ذلك استعمال حقوق مأموريته، أو متجاوزا الأصول والشروط المعينة قانونا حُبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنين، وإن جرى التفتيش خلاف الأصول في المحال الخصوصية كمخازن التجارة، وبيوت الإدارة المختصة بأحد الناس حُبس فاعله أيضا من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنين...» .

كما نص على ضرورة حضور المتهم إجراءات التحقيق خصوصا عند القيام بضبط الأشياء بموجب المادة 36 من ق. أص. مح.ج العثماني التي تنص على: « أن المعاملات الواردة في المواد السابقة تجري بحضور المظنون به، فإن أبى الحضور، أو كان متعذرا عليه فيكون الإجراء بمراى من يحق له أن يوكله، ثم لا بد من إطلاع المظنون به، ما قد ضبط له من الأشياء للتصديق عليها...» ، وعلى ضرورة الإسراع في استجوابه، وإحاطته علما بالتهمة المنسوبة إليه حيث أوجب ق. أص. مح.ج العثماني على المحقق أن يستجوب المتهم ويحيطه علما بالتهمة المنسوبة إليه بمذكرة

فقد دام حكم العثمانيين في الخلافة الإسلامية نحو 412 سنة، انظر: الحميضي (عبد الرحمان عبد العزيز)، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1984، ص 296، وانظر كذلك: شلبي (أحمد)، تاريخ التشريع الإسلامي وتاريخ النظم القضائية في الإسلام، القاهرة، مكتبة النهضة العربية، (د.ت)، ص 301.

(1) عرف قانون الجزاء العثماني الصادر عام 1858 ثلاثة أنواع من الجرائم وهي: الجنائية والجنحة والقباحة حيث ورد النص عليها في المادة 02 منه بقولها " الجرائم التي يجازى عليها بموجب هذا القانون هي ثلاثة أنواع أولها الجنائية والثانية الجنحة والثالثة القباحة " انظر: بشيت خوين (حسن)، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، ج02، مرحلة المحاكمة، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص 16 على الهامش.

الإحضرار في المادة 88 منه والتي تنص على أنه: « يجب على المستتطق أن يجري في الحال استنطاق الأشخاص المطلوبين بموجب مذكرة جلب على وجه نهائي في ظرف أربع وعشرين ساعة »⁽¹⁾، كما أوجب ق. أص. مح.ج العثماني العلنية كشرط أساسي لإجراء المحاكمة، واعتبرها كأن لم تكن بدونها، وذلك في نص المادة 143 منه، والخاصة بجريمة القباحة التي نصت على أن: « المحاكمة في عموم الدعاوى تكون علنية، وما لم يجر منها علنا يعد كأن لم يكن... »، والمادة 173 المتعلقة بالمحاكمة عن جريمة الجنحة التي نصت على مبدأ العلنية بقولها: « يجب أن تكون المحاكمات علنية، وإن لم تكن علنية فتصير في حكم العدم... »

أما حق الدفاع فقد جاء النص عليه في أكثر من مادة من ق. أص. مح.ج العثماني، وفي جميع الجرائم، ومن ذلك المادة 143 التي تخص جريمة القباحة: « ... وللشخص المطلوب إلى المحكمة أن يدافع... » والمادة 169 بخصوص جريمة الجنحة: « للمظنون أن يعين وكيلًا للدفاع في دعاوى الجنحات التي لا تستلزم الحبس، إلا أن المحكمة إذا استئنست أن تحضر المظنون به بالذات أيضا »، أما في جريمة الجنحية فقد نصت المادة 249 منه على أنه: « يجب تكليف المتهم أن يختار وكيلًا لمعاونته في المدافعات وإن لم يختره هو، فلا بد من أن تعينه المحكمة في الحال، وإن لم يعين وكيل فالمعاملات التي تقع بعدئذ تعد كأنها لم تكن، وإذا عين المتهم وكيلًا فيكون انتخاب المحكمة كالمعدوم، وأما المعاملات المجراة في حال عدم الانتخاب فتكون معتبرة ».

كما جعل ق. أص. مح.ج العثماني تسبب الأحكام وجوبيا في جميع الأحكام الصادرة في مختلف الجرائم، ويتضح ذلك من خلال المادة 153 الخاصة بجريمة القباحة التي نصت على أن: « إعلام الحكم يحتوي على قسم المحاكمات من المحضر بوجه الخلاصة، وعلى القسم المتضمن الحكم القطعي، وأسبابه الموجبة بوجه التفصيل... » ، وكذلك المادة الخاصة بمحتويات إعلام الحكم الصادر في جريمة الجنحة في المادة 180، وأخيرا المادة 306 التي نصت على تسبب الأحكام الصادرة في الجنحية بقولها: « ... يشتمل الإعلام على قسم المحاكمات من المحاضر بوجه الخلاصة، وعلى قرارات التجريم، وتعيين العقوبة، وأسبابها الموجبة بوجه التفصيل... » .

فرغم وجوبية تسبب الأحكام القضائية، فقد احتفظ ق. أص. مح.ج العثماني للمتهم بحق الطعن في الأحكام، الذي يتمثل أساسا في الاعتراض على الحكم الغيابي، والاستئناف، والتمييز، وإعادة المحاكمة، أما بالنسبة للاعتراض على الحكم الغيابي فقد نص على ذلك في المادة 141: « أن الاعتراض على الإعلام الغيابي يمكن تعليقه جوابا في ذيل ورقة التبليغ، أو أنه يذكر بورقة مخصصة في مدة ثلاثة أيام من تاريخ التبليغ مع إضافة يوم لكل مسافة ميريامتر... »، أما الطعن

(1) بشيت خوين (حسن)، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، ج01، مرحلة التحقيق القضائي، مرجع سابق، ص 24.

بالاستئناف فقد قرره ق. أص. مح. ج العثماني في الأحكام التي تصدر في جريمة القباحة، وخاصة تلك التي تصدر من مجالس النواحي، أما تلك التي تصدر من محاكم الأفضية الابتدائية فلا تقبل الاستئناف، وهذا ما أوضحته المادة 156 بقوله: « الأحكام الصادرة من محاكم الأفضية الابتدائية في دعاوى القباحات غير قابلة للاستئناف، ولكن المادة الرابعة من قانون تشكيلات المحاكم، أن الأحكام التي تصدر من مجالس النواحي الواقعة داخل الافضية بناء على أن تكون قابلة الاستئناف تكون رؤيتها الاستئنافية في محاكم الأفضية » ، أما الطعن بطريق التمييز فقد أجازته المشرع العثماني بالنسبة لجميع الأحكام الصادرة ضد المتهم وفي جميع الجرائم، وقد نصت على ذلك المادة 313 بقولها: « إن الاعلام الصادرة بالدرجة النهائية بخصوص الجنائية، والجنحة، والقباحة مع جميع المعاملات، والتحقيقات المتقدمة في الدعاوى المتعلقة بهذه الاعلام يسوغ نقضها في الأحوال الآتي بيانها بناء على الاستدعاء الواقع، وفقا للمواد من 314 إلى 321 « (1).

الملاحظ على حقوق الدفاع في العهد العثماني أنها مكفولة بشكل جيد يتوافق إلى حد بعيد مع ما جاء في الشريعة الإسلامية، وشاملة لكل مقتضيات الدفاع يضاهاي بها ما وصلت إليه الإنسانية في الوقت الحاضر، ويتجلى هذا في أن المشرع العثماني - ووفقا لما تقدم - جعل ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية تعلق على كل الإجراءات الأخرى، وأن الإدانة أمر خطير قد يعصف بأصل البراءة ومبادئ المحاكمة العادلة، ويجعلها بدون قيمة إذا انتهكت حقوق الشخص أثناء ممارسة الدعوى الجزائية، خصوصا عندما نص على ضمانات المحامي وجعلها من الإجراءات الوجوبية، التي إن تخلفت فإنها تعدم الإجراءات اللاحقة لها وتعتبر المحاكمة كأن لم تكن، أي رتب عليها البطلان المطلق الذي لا يخضع للإجازة، ويكون في حكم العدم مهما كانت المبررات سواء تلك المتعلقة بحق الدولة في العقاب، أو تلك المتعلقة بسير الإجراءات.

أما بالنسبة الميثاق العربي لحقوق الإنسان (2) رغم أن جامعة الدول العربية قد تأسست سنة 1945 - تاريخ تأسيس الأمم المتحدة - فإن هذه الهيئة لم تهتم بحقوق الإنسان، ولم تعطها الأهمية التي تستحقها، حتى سنة 1968 تاريخ تأسيس اللجنة العربية الدائمة لحقوق الإنسان، كما أن الإقرار بهذه الحقوق على شكل معاهدة لم يتم إلا في الفترة الممتدة من 05 إلى 12/12/1986 في مؤتمر علماء العرب المنعقد في مدينة " سيركاوزا " بإيطاليا الذين قاموا بإعداد مشروع ميثاق حقوق

(1) انظر: بشيت خوين (حسن)، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، ج2، مرحلة المحاكمة، المرجع السابق، ص 17، 18.

(2) اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار مجلس جامعة الدول العربية 5427 المؤرخ في 15/09/1997، وتم تحديثه من قبل القمة العربية السادسة عشرة المنعقدة في تونس في 23/05/2004، انظر: المدخل: www.pal-monitor.org، يوم 06/09/2013، وانظر كذلك: المدخل: www.umn.edu/humarts/arab/bo44/html، يوم 08/09/2013، وصادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 62/06 المؤرخ في 14/02/2006، ج.ر، ع 08.

الإنسان والشعب العربي ووجهه إلى الجامعة التي تبنته، فقد نص على مجموعة من الحقوق العامة كالحق في الحياة، والحرية الفردية من المادة 01 إلى المادة 05، وتحديد كيفية تطبيق عقوبة الإعدام في المادة 06،07، وحظر التعذيب في المادة 08، أو إخضاع الشخص للتجارب الطبية أو استغلال أعضائه دون رضاه في المادة 09، وحظر تجارة الرقيق في المادة 10.

غير أن أهم الحقوق التي جاء بها الميثاق العربي للحقوق الإنسان هو حق تقرير المصير، وحق التمتع بالأمن والسلم، والسيادة على الثروات، كما حدد المشروع الأجهزة الدائمة المكلفة بحماية الحقوق والحريات المنصوص عليها في هذا الميثاق وهي : لجنة حقوق الإنسان العربية من المادة 45 إلى المادة 48، أما في مجال الدعوى الجزائية وحقوق الدفاع فقد نصت المادة 11، 12 على أن جميع الناس متساوون أمام القانون، ولهم الحق في التمتع بحمايته دون تمييز، وتضمن الدولة حياد القضاء، واستقلاله، وتكفل التقاضي على درجتين لكل شخص خاضع لولايتها، كما نصت المادة 13 على الحق في محاكمة عادلة أمام محكمة مختصة ونزيهة، على أن تكون علانية إلا في الأحوال الاستثنائية، كما نصت المادة 14 على الضمانات الأساسية عند تقييد الحرية، والتوقيف، والاعتقال. أما مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات فقد حددته المادة 15، وحددت المادة 16 مبدأ البراءة الأصلية وضماداتها.

فرغم ما نص عليه هذا المشروع من مبادئ وحقوق تتطابق مع ما جاء في الإعلانات العالمية، إلا أن حقوق الإنسان عامة وحقوق الدفاع خاصة مازالت تفتقد للتجسيد الفعلي في العالم العربي، وما الانتكاسات التي تحدث في سوريا، ومصر، والعراق، وليبيا في الوقت الراهن إلا دليل على أن كل تلك المبادئ التي صادقت عليها الدول العربية في إطار الجامعة الدول العربية مازالت حبراً على ورق، وليس لها أي صدى في الواقع، فمازال الحجز التعسفي هو سيد الإجراءات، وحياة العربي تنتهك كل يوم بالسيارات المفخخة، والنزاعات الطائفية التي لن تعود على الأمة العربية إلا بالهوان والضعف.

الفرع الرابع

حقوق الدفاع في دساتير الدول.

تتوخى تشريعات الدول توفير الحماية القضائية للأشخاص الخاضعين لسلطتها، لأنها أساس إقامة دولة القانون، بحيث تتجلى هذه الحماية بصورة جلية أثناء تحريك الدعوى الجزائية ضد الشخص

الذي يتحدد مركزه كمتهم، والذي يكون له الحق في الدفاع عن نفسه بكل الطرق الممكنة، هذا الأخير الذي يعتبر من الحقوق الشخصية التي لا يمكن التنازل عنها، فهو لا يمثل مصلحة خاصة بالمتهم فقط، بل يتعدى ذلك ليصبح مصلحة كل شخص يوجه له اتهام بجريمة، فهو من النظام العام، لأن إهداره سيؤدي لا محالة إلى إهدار الحقيقة.

ونظرا للأهمية القانونية والموضوعية لحق الدفاع فقد أصبح الصورة التطبيقية لحقوق الإنسان في صورة الامتيازات التي أعطيت للمتهم، حتى لا يدان بريء، ولا يفلت مجرم من العقاب، هذه القاعدة التي أصبحت الأساس الذي تبني عليه الدول مجمل النصوص التشريعية الدستورية منها والقانونية، التي تسير بها شؤونها خصوصا عند ممارسة الدعوى الجزائية .

وكما هو معلوم أن الدستور هو القانون الأعلى الذي يبين القواعد الأساسية لشكل الدولة ونظام الحكم فيها، وينظم السلطات العامة من حيث التكوين والاختصاص، والعلاقات الترابية في ما بينها، وحدود كل سلطة بتطبيق مبدأ الفصل بين السلطات، كما يحدد الواجبات والحقوق الأساسية للأفراد والجماعات، وينص على الضمانات التي تكفلها، لأن الدستور لا ينشئ الحريات والحقوق بل يقرها، ولعل حق الدفاع من أكثر الحقوق التي سعت الدول إلى اعتمادها دستوريا لارتباطه بحرية الأشخاص وحقوقهم، لذلك لا نجد دستورا في العالم يخلو من اعتماد هذا الحق كانطلاقة لصياغة معظم القوانين، سواء أكان ذلك صراحة، أوألا عند تحديد مختلف الحقوق التي يتمتع بها الشخص بغض النظر عن مركزه عند ممارسة الدعوى الجزائية.

فبالنظر إلى مختلف الدساتير العربية نجد أنها قد أجمعت على أهمية حق الدفاع وضرورته في الدعوى الجزائية، شأنها شأن معظم دساتير دول العالم الأخرى التي أصبحت الإتفاقيات الإقليمية فيها تلعب الدور الرئيس في تحديد أهمية هذه الحقوق - كما سبق وأن تقدم - إلا أنها اختلفت في كيفية تقريره ضمن المبادئ الدستورية، ويمكن الوقوف على ذلك في مايلي:

الفقرة الأولى

أنه جزء من الحقوق الدستورية.

فهو حق ضمنى معترف به ضمن الحقوق الخاصة بالمواطنين وواجباتهم، ومن هذه الدساتير الدستور الأردني، الذي لم يتكلم عن حقوق الدفاع صراحة، وإنما نص على حقوق الشخص المتصلة بالدعوى الجزائية عامة دون تحديد ذلك بالمتهم في الفصل الثاني الخاص بحقوق الأردنيين

وواجباتهم من المادة 06 إلى المادة 10، إلا أنه نص في المادة 101 منه على العلنية كأحد المقومات الأساسية للمحاكمة العادلة، كما سار على هذا النهج الدستور السعودي عندما حدد الحقوق والواجبات في المواد من المادة 37 إلى المادة 40، ونص على ضمانات الشخص في الدعوى الجزائية سواء في التحقيق، أو المحاكمة دون تخصيص حق الدفاع بالمتهم بشكل صريح ، ماعدا مانص عليه في المادة 47 منه التي تنص على أن حق التقاضي مكفول بالتساوي بين المواطنين والمقيمين في المملكة، وأحال تنظيمه إلى القانون .

الفقرة الثانية

أنه حق عام لجميع أطراف الدعوى الجزائية.

فهو مكفول لجميع المواطنين، وليس مقتصرًا على المتهم فقط عند ممارسة الدعوى الجزائية، ومن هذه الدساتير، الدستور الجزائري الذي اعترف صراحة بحق الدفاع، وأنه مضمون في الدعوى الجزائية في نص المادة 151 منه، وذلك في الفصل الثالث الخاص بالسلطة القضائية، الذي يقابله نص المادة 169 من التعديل الدستوري الأخير الصادر في 2015/03/06 بنفس الصياغة⁽¹⁾، أما الدستور الليبي فقد جعله من أسباب الالتجاء إلى القضاء سواء تم بالأصالة أو الوكالة ضمن كافة الضمانات القانونية اللازمة لذلك بموجب المادة 30 منه، أما الدستور اليمني فقد كان أكثر دقة من الدستور الليبي حيث حدده بمراحل الدعوى، سواء تم بالأصالة أو الوكالة، ولكن دون التمييز فيما إذا كان هذا الدفاع يخص الدعوى المدنية، أو الدعوى الجزائية وذلك في المادة 48 التي تنص على أن: « حق الدفاع أصالة أو وكالة مكفول في جميع مراحل التحقيق والدعوى، وأمام جميع المحاكم وفقا للقانون، وتكفل الدولة العون القضائي لغير القادرين وفقا للقانون » ، أما الدستور الصومالي فقد نص عليه في المادة 41 في الفصل الثالث الخاص بالضمانات القضائية وقرنه بمبدأ التقاضي على درجتين، إلا أنه لم يخص به المتهم بل جعله حقا عاما لكل أطراف الدعوى الجزائية .

الفقرة الثالثة

أنه حق خاص بالمتهم.

(1) انظر: نص المادة 169 من القانون رقم: 01/16 المؤرخ في 2016/03/06 المتضمن التعديل الدستوري، ج.ر، ع 14.

يستند على الدعائم الدستورية ومقترنا بها، وهي مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وأصل البراءة، ومبدأ المساواة، ومن هذه الدساتير دستور البحرين في المادة 20 منه، وكذلك الدستور التونسي في الفصل 12/ف 02 ، والدستور السوري الذي نص عليه صراحة في المادة 28 منه، ودستور عمان الذي نص عليه في الباب الثالث الخاص بالحقوق والواجبات العامة بموجب المادة 22 التي تنص على دفاع المتهم عن نفسه بنفسه والمادة 23 التي تنص على دفاع المتهم عن نفسه بالوكالة وعن طريق محام، ودستور الإمارات العربية المتحدة في المادة 28 منه، والدستور القطري في المادة 39 منه، والدستور الكويتي في المادة 34 منه، والدستور السوداني في المادة 34/ف 06 منه، فبالإضافة إلى ذلك فقد نص كل من الدستور المصري في المادة 67 منه، والدستور الفلسطيني في المادة 14 منه على ضرورة تمثيل المتهم بمحام إذا كان متابعاً بتهمة تأخذ وصف جنائية.

غير أن ما يمكن ملاحظته أن الدستور العراقي كان جامعاً لكل ما نصت عليه الدساتير العربية الأخرى، من أن حق الدفاع من الحقوق العامة للمواطنين، أو أنه من حقوق الأطراف في الدعوى الجزائية، كما أنه حق خاص بالمتهم أساساً يتم ضمن استقلالية القضاء، فهو يقوم على الدعائم الدستورية المتمثلة في الشرعية الجنائية، والبراءة الأصلية، والمساواة التامة بين الأشخاص الخاضعين للقانون، وذلك في المادة 19 منه التي تنص على: « القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون، لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، ولا عقوبة على الفعل الذي يعده القانون وقت اقترافه جريمة، ولا يجوز تطبيق عقوبة أشد من العقوبة النافذة وقت ارتكاب الجريمة، والتقاضى حق مصون ومكفول للجميع، وحق الدفاع مقدس ومكفول في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة، والمتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة، ولا يحاكم المتهم على التهمة مرة أخرى بعد الإفراج عنه، إلا إذا ظهرت أدلة جديدة، ولكل فرد الحق في أن يعامل معاملة عادلة في الإجراءات القضائية والإدارية، وجلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية، والعقوبة شخصية، وليس للقوانين أثر رجعي ما لم ينص على خلاف ذلك، ولا يشمل هذا الاستثناء قوانين الضرائب والرسوم، ولا يسري القانون بأثر رجعي إلا إذا كان أصلح للمتهم، وتنتدب المحكمة محامياً للدفاع عن المتهم بجناية، أو جنحة لمن ليس له محام يدافع عنه، وعلى نفقة الدولة، ويحظر الحجز، ولا يجوز الحبس، أو التوقيف في غير الأماكن المخصصة لذلك وفقاً لقوانين السجون المشمولة بالرعاية الصحية، والاجتماعية، الخاضعة لسلطات الدولة، وتعرض أوراق التحقيق الابتدائي على القاضي المختص خلال مدة لا

تتجاوز أربعاً وعشرين ساعة من حين القبض على المتهم، ولا يجوز تمديدتها إلا مرة واحدة وللمدة ذاتها»⁽¹⁾.

ولعل الدساتير التي نصت على حق المتهم في الدفاع بشكل ضمني، أو بصورة عامة دون تخصيص، أو تلك التي لم تنص عليه أصلاً، قد أحالت ذلك إلى قوانين الإجراءات الجزائية، والتي ستكون موضوع تحليل في الباب الثاني عند دراسة ممارسة هذه الحقوق في الدعوى الجزائية.

الفصل الثاني

دعائم حق المتهم في الدفاع.

إن الأهمية القانونية والإجرائية لحق المتهم في الدفاع في الدعوى الجزائية، والآثار المترتبة عنها تستلزم أن يكون لهذا الحق دعائم قوية ومتينة يستند عليها في إطار العدالة الجنائية، منها ما يغلب عليه الطابع الدستوري كمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، ومبدأ البراءة الأصلية، ومبدأ المساواة، (المبحث الأول)، ومنها ما يغلب عليه الطابع التنظيمي كطبيعة النظام الذي يستند عليه

(¹) انظر: من المادة 06 إلى المادة 10(ج.1ص.10) والمادة 101(ج.1ص.32) من الدستور الأردني، ومن المادة 37 إلى المادة 40(ج.1ص.146) والمادة 47 (ج.1ص.147) الدستور السعودي، المادة 151 من الدستور الجزائري (ج.1ص.125)، المادة 30 من الدستور الليبي (ج.1ص.361)، المادة 48 من الدستور اليمني(ج.1ص.469)، المادة 41 من الدستور الصومالي (ج.1ص.188) ، المادة 20 من الدستور البحرين(ج.1ص.46) ، الفصل 12 من دستور تونس(ج.1ص.76) ، المادة 28 من الدستور السوري (ج.1ص.159) ، المادتين 22و23 من الدستور عماني (ج.1ص.217) ، المادة 28 من دستور الإمارات (ج.2ص.13)، المادة 39 من دستور دولة قطر(ج.1ص.261)، المادة 34 من دستور الكويت (ج.1ص.282) ، المادة 34 من دستور السودان (ج.2ص.64)، المادة 67 من الدستور المصري (ج.1ص.373)، المادة 14 من الدستور الفلسطيني (ج.1ص.232) ، المادة 19 من الدستور العراقي (ج.2ص.224)، أما الدستور اللبناني، والدستور المغربي، والدستور الموريتاني، ودستور جيبوتي، جزر القمر، فلم تنص على المبدأ، سعد الله (عمر) وبوكرا (إدريس)، موسوعة الدساتير العربية، كاملة بآخر تعديلاتها وإصداراتها، ج 01 الدساتير الموحدة، ج 02 الدساتير الاتحادية، الجزائر، دار هومة، 2008.

قانون الإجراءات الجزائية عند مباشرة المتابعة، والتحقيق، والمحاكمة، والشروط اللازم توفرها في القاضي حتى يضمن الحماية اللازمة لحق المتهم في الدفاع (المبحث الثاني)، ومنها ما يغلب عليها الطابع الإجرائي، بحيث يكون للمتهم المجال الأوسع للدفاع عن نفسه أمام جهات قضائية مختلفة، مستعملا في سبيل ذلك كل طرق الطعن الممكنة (المبحث الثالث).

المبحث الأول

الدعائم الدستورية.

تستمد هذه الدعائم أهميتها وتميزها عن باقي الدعائم الأخرى التي يرتكز عليها حق المتهم في الدفاع من سمو الدستور ذاته، لأنه لا يمكن أن نتصور دستورا يخلو من تكريس مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، المحدد لمجال التجريم، والعقاب، والإصلاح (المطلب الأول)، ومن مبدأ البراءة الأصلية، الذي يضمن ويحمي حقوق المتهم سواء أكان النص عليه صراحة في الدستور، أو من خلال إظهار مختلف مظاهره عند ممارسة الدعوى العمومية (المطلب الثاني)، أين يتجلى مبدأ المساواة كمبدأ دستوري يغشى كافة التصرفات الصادرة عن سلطات الدولة أو الأفراد، الأمر الذي سينعكس حتما على مراكز الخصوم في الدعوى الجزائية، خصوصا المتهم وسلطة الاتهام (المطلب الثالث).

المطلب الأول

مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

يعتبر مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، الدعامة الأساسية التي ترتبط بها جميع الدعائم الأخرى سواء منها الدستورية، أو الإجرائية، أو التنظيمية، لأنها تخص الوصف المسبق للأفعال التي تشكل جريمة ما، والإجراءات الواجب اتباعها للبحث والتحري عنها، وكذلك كيفية تطبيق العقوبة على مرتكبيها إصلاحا واقتضاءً لحق الدولة في العقاب، لذلك نجد مبدأ الشرعية يتمشى مع العملية الإجرائية كآلية رقابة تعرض التصرفات التي تخالفها للبطلان، وانعدام أثرها خصوصا على المتهم، حيث يعتبر المبدأ حامياً لحقوقه في الدعوى الجزائية، في إطار ضمان معاملته كبريء إلى غاية صدور حكم يقضي بإدانته.

فمن هذا المنطلق كان لهذا المبدأ الصدى المؤثر في القانون الوضعي في مختلف تشريعاته سواء منها العالمية، أو الإقليمية، أو الداخلية (الفرع الأول)، هذه التشريعات التي توصلت عن طريق اجتهادات فقهاء إلى صياغة الأسس الخاصة به، وتحديد أطرها القانونية والإجرائية، عند مباشرة التحقيق والمحاكمة (الفرع الثاني)، مع العلم أن الشريعة الإسلامية كانت السباقة في النص عليه نقلاً، وطبقه قضاتها اجتهاداً وعقلاً بكل أبعاده المختلفة والمتنوعة، كما سنرى في (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في القانون الوضعي.

يعني مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، تحديد الأفعال التي تعد جرائم وبيان أركانها، والعقوبات المقررة لها، سواء من حيث نوعها، أو مقدارها في مجموعة من النصوص القانونية، كاختصاص ينفرد به المشرع، لا ينازعه فيه أحد، حتى ولو كان القاضي الملزم بتطبيق ما جاءت به هذه النصوص على الوقائع التي تعرض عليه (1). فقد قال "بيكاريا": « إن القوانين المنشورة هي وحدها التي تستطيع أن تضع العقوبات، المطبقة على الجرائم » (2)، وينسب هذا المبدأ إلى الصياغة القانونية اللاتينية وهي: «Nullum crimen nulla poena sine lege» (3)، والتي أكد عليها " إعلان حقوق الإنسان والمواطن" الفرنسي عام 1789 في مادته الخامسة التي نصت على أنه: « لا يمنع الفرد من إتيان ما هو غير محظور بنص القانون » ، كما نصت المادة 08 منه أيضاً على أسبقية تقرير العقوبة على ارتكاب الفعل: « لا يجوز معاقبة شخص إلا طبقاً لقانون محدد قبل ارتكاب الفعل » (4)، فمنذ ظهور هذا المبدأ في أواخر القرن الثامن عشر حتى أصبح المقياس الحقيقي والضروري لكل تشريع، ولكل تجريم، سواء أكان وطنياً أو دولياً، والذي سنتعرض له كمايلي:

(1) انظر: حسني (محمود نجيب)، الدستور والقانون الجنائي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1992، ص 12

(2) BECCARIA (S) : Dés Délit et Peines : L'introduction de ENCEL (M) et STEFANI (G), op, cit, P 84.

(3) Nullum crimen nulla poena sine lege : Cet adage signifie « pas de crime, pas de peine, sans loi ». Il exprime le principe fondamental en droit pénal de la légalité des délits et des peines. BEZIZ (A) : Dictionnaire de droit Pénal général et Procédure Pénale , op, cit, p208, et LARGUIER (J) - CONTE (P): Droit pénal général (L'infraction - La peine), Paris, 21^{eme} Edition, Dalloz, 2008, P 14.

هو قول مأثور يعني "لا جريمة لا عقوبة بغير قانون"، والتي تمثل المبدأ الأساسي في القانون الجنائي، وهو التناسب بين الجريمة والعقوبة.

(4) انظر: بارش (سليمان)، مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الجزائري، مرجع سابق ، ص 11.

الفقرة الأولى

الإعلانات والمواثيق الدولية.

نصت المادة 11/ف02 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بقولها: « لا يدان أي شخص من جراء أداء عمل أو الامتناع عن أدائه، إلا إذا كان ذلك يعتبر جرماً وفقاً للقانون الوطني أو الدولي وقت ارتكاب، كذلك لا توقع عليه عقوبة أشد من تلك التي كان يجوز توقيعها وقت ارتكاب الجريمة »، فبعد النص على أصل البراءة في الفقرة الأولى من نفس المادة، أكد واضعو الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، على ضرورة التزام الدول الأعضاء في الأمم المتحدة بضمان مراعاة هذه الحقوق، وجعلها حقوقاً سامية لا يجوز الإخلال بها، خصوصاً أصل البراءة، ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، الذي جعلته المادة 11/ف02 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يقوم على أساسين اثنين هما: التجريم المسبق، وعدم رجعية النص الجزائي، والذي أضاف إليهما العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسة في المادة 15/ف01 منه، ضرورة استفاضة المتهم من القانون اللاحق لارتكاب الفعل إذا كان أصلح له بقولها: « إذا حدث بعد ارتكاب الجريمة أن صدر قانون ينص على عقوبة أخف وجب أن يستفيد المتهم من هذا التخفيف ».

وهو نفس المبدأ الذي جاءت به الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في المادة 07/ف01، والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان والشعوب في المادة 30، والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب في المادة 07/ف02، أما الميثاق العربي لحقوق الإنسان فقد نص عليه في المادة 06، الذي كان مشابهاً لنص المادة 15/ف01 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، فقد كان شاملاً للأسس الثلاثة التي يقوم عليها مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وهي " التجريم المسبق، وعدم رجعية النص الجنائي، والقانون الأصلح للمتهم " .

وكما سبق الإشارة إليه عند الحديث عن تأصيل حقوق الدفاع على المستوى العالمي، أن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، قد جاء مفسراً للحقوق التي جاء بها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من جهة، ودفع الدول الموقعة على الاتفاقية إلى ضرورة الوفاء بالتزاماتها الدولية في مجال حقوق الإنسان، خصوصاً تلك المتعلقة بالدعوى الجزائية من جهة ثانية، وذلك في المادة 02/ف02 من العهد التي نصت على أن: « تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد، إذا كانت تدابيرها التشريعية أوغير التشريعية القائمة لا تكفل فعلاً أعمال الحقوق المعترف بها في هذا العهد، بأن تتخذ، طبقاً لإجراءاتها الدستورية ولأحكام هذا العهد، ما يكون ضرورياً لهذا الأعمال من تدابير تشريعية وغير

تشريعية «، ومن ثم فإن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، يعتبر المبدأ الدستوري الضابط للسياسة التشريعية للدولة في مواجهة المجتمع الدولي من جهة، ومواطنيها من جهة ثانية، عبر دستورها.

الفقرة الثانية

دساتير الدول.

بالنظر إلى الصفة العالمية التي أصبحت تطبع حقوق الإنسان بعد الحرب العالمية الثانية ومنها حقوق الدفاع، فإنه من الطبيعي أن نجد معظم دساتير العالم تتضمن دعائم يركز عليها حق المتهم في الدفاع، وخصوصاً مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، فمن الدساتير التي نصت عليه، الدستور الإيطالي في المادة 25/ف01 منه، والتي جاءت بصيغة المنع، أي يقع باطلاً كل تصرف إجرائي، أو حكم قضائي صدر قبل تجريم الفعل محل المتابعة، والتي تقول: « لا يمكن معاقبة شخص ما إلا استناداً إلى قانون نافذ قبل ارتكاب الفعل»، كما هذا الدستور التركي حذو الدستور الإيطالي في المادة 38/ف01 في الصيغة التي عدل بها في 22 ماي 2004 بقولها: « لا يعاقب أحد على أي فعل لا يشكل جريمة بمقتضى القانون الساري وقت ارتكابه، ولا تفرض على أحد عقوبة أشد من العقوبة التي تكون السارية وقت ارتكاب الجريمة »⁽¹⁾، أما الدستور الكندي فقد جعل مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يشتمل على البعدين الوطني والدولي من خلال المادة 11/ف07 منه التي تقول: « لا يعتبر مذنباً نتيجة أي عمل أو إهمال ما لم يشكل مخالفة في القانون الكندي والدولي، في وقت حدوث العمل أو الإهمال، أو كان إجرامياً طبقاً للمبادئ العامة للقانون التي يعترف بها المجتمع الأممي » .

أما الدساتير العربية فلم تختلف عن نظيرتها الدولية، وأعطت لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، مكانة متميزة بين جميع المبادئ والحقوق، مع اختلاف في الصياغة التي لا تؤثر على روح المبدأ، محددة بذلك الأسس التي يقوم عليها وهي التجريم المسبق الذي يكون من اختصاص التشريع، وعدم رجعية النص الجنائي، وتطبيق القانون الأصلح للمتهم، فعناية الدساتير العربية بهذا المبدأ جاءت مختلفة، إلا أنها تصب جميعاً في اتجاه إعطائه الصياغة الواضحة والشاملة التي تغلق كل باب للتأويل والاجتهاد، معظم الدساتير العربية جعلته في باب الحقوق والواجبات، والحريات

(1) بالنسبة للدستور الإيطالي انظر: المدخل : <http://www.casacultureivrea.it/costituzione/arabo> ، ودستور تركيا: انظر

المدخل: <http://www.arabtimes.com/portal/article> ، والدستور الكندي: انظر المدخل:

، يوم 2014/09/29 ، http://www.constitutionnet.org/files/canada_constitution_1987

العامّة، وذلك حتى تكون للمبدأ القدسيّة اللازمّة التي لا يجوز المساس بها، إلى جانب مبدأ المساواة، وأصل البراءة.

كما ركزت على عنصرَي الإدانة والعقوبة في المبدأ، وذلك لما يسببه الخطأ في تطبيقهما إلى الإخلال بكل المبادئ التي يقوم عليها القانون الجنائي، ومن هذه الدساتير دستور البحرين الذي نص على مبدأ المساواة في المادة 18 منه، وعلى مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في المادة 20/ ف01، وعلى أصل البراءة في الفقرة الثالثة، ونفس الشيء بالنسبة للدستور الجزائري في المادة 46، والدستور السعودي في 38، والدستور السوري في المادة 29، والدستور الفلسطيني في المادة 15، والدستور العماني في المادة 21، والدستور القطري في المادة 40، والدستور الكويتي في المادة 32، والدستور اللبناني في المادة 08، والدستور اليمني في المادة 46، ودستور الإمارات العربية المتحدة في المادة 28، ودستور العراق في المادة 19 (1).

أن هناك من الدساتير العربية من جعلته عنصراً من عناصر سيادة القانون، الذي يقوم على استقلالية القضاء وحصانته، حماية للحقوق والواجبات، هذه الأخيرة التي تقوم أساساً على تحديد مجال التجريم والعقاب، ضمن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، واحترام أصل البراءة عن طريق تحقيق ضمانات الدفاع عند مباشرة الدعوى الجزائية، ومن هذه الدساتير الدستور المصري في المادة 66، والدستور الصومالي الذي جعله ضمانات قضائية في المادة 42، والدستور التونسي الذي جعله من الأحكام العامة والحقوق الأساسية المميزة للجمهورية التونسية في الفصل 13 منه، والدستور السوداني الذي جعله مظهراً من مظاهر البراءة وحق الدفاع في المادة 32 (2)، الدساتير العربية التي نصت على المبدأ حددت بدقة الأسس التي يقوم عليها، وهي عدم الاعتداد بزوال إباحة الفعل قبل النص عليه قانوناً، وعدم رجعية النص الجنائي إلا فيما كان أصلح للمتهم.

(1) انظر: المادة 18 والمادة 20 من دستور البحرين (ج.1ص.46) ، المادة 29 من الدستور السوري (ج.1ص.30)، المادة 15 من الدستور الفلسطيني (ج.1ص.233)، المادة 21 من الدستور العماني (ج.1ص.217)، المادة 40 من الدستور القطري (ج.1ص.261) ، المادة 32 من الدستور الكويتي(ج.1ص.282) ، المادة 08 من الدستور اللبناني (ج.1ص.307) ،المادة 46 من الدستور اليمني (ج.1ص.468) ، المادة 28 من دستور الإمارات (ج.2ص.13) ، المادة 19 من الدستور العراق (ج.2ص.224)، سعد الله (عمر) ويوكرا (إدريس)، موسوعة الدساتير العربية، كاملة بآخر تعديلاتها وإصداراتها، ج 01 الدساتير الموحدة، ج 02 الدساتير الاتحادية، مرجع سابق.

(2) انظر: المادة 66 من دستور جمهورية مصر العربية(ج.1ص.373)، المادة 42 من دستور الصومال (ج.1ص.188)، الفصل 13 من الدستور التونسي (ج.1ص.76)، المادة 32 من دستور السودان(ج.2ص.170) أما الدستور دستور الأردن، دستور ليبيا ودستور المغرب ودستور موريتانيا دستور جزر القمر لم تنص على المبدأ سعد الله (عمر) ويوكرا (إدريس)، نفس المرجع.

الفرع الثاني

الأسس التي يقوم عليها مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

من المتفق عليه أن الأسس التي يقوم عليها مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، سواء في الشريعة الإسلامية أو القانون والوضعي، هي تقريبا واحدة لا تتغير، فقد تكفلت الشريعة الإسلامية بتحديد الإطار العام لتطبيقها، وتكفل القانون الوضعي بتفصيل آليات تنفيذها، عن طريق قواعد فنية يفترضها تطبيق المبادئ الأساسية للسياسة الجنائية التي تبناها المشرع، أو تطبيق الأحكام العامة التي يقوم عليها⁽¹⁾، وأهم هذه القواعد "التجريم المسبق، وعدم رجعية النص الجنائي، وتطبيق القانون الأصلح للمتهم"، لذلك سنقوم في هذا الفرع بتحليل هذه الأسس في القانون الوضعي، لما يتميز به من تفصيلات وتقرينات، ثم محاولة الوقوف على ما جاءت به الشريعة الإسلامية في هذا المجال، قصد تحقيق نتيجة هامة، وهي الوصول إلى التطبيق الملائم لهذه الأسس، التي سنتعرض إليها كما يلي:

الفقرة الأولى

التجريم المسبق.

تقوم صياغة النصوص الجزائية الصادرة عن السلطة التشريعية في مجال تجريم الأفعال الضارة بالمجتمع، على قيمة المصالح المراد حمايتها تجسيدا لسياسة جنائية معينة يريد المشرع إتباعها للمحافظة على الحقوق والحريات العامة للمواطنين، « فالحماية الاجتماعية الإنسانية هي الهدف الذي تتحدد على ضوءه أنواع المصالح الاجتماعية محل التجريم، فكل مجتمع يحتفظ بقواعده، وأفكاره التي تعتبر جزءاً لا يتجزأ من قيمه المختلفة التي تضبط النظام الاجتماعي. فالقواعد الاجتماعية تنظم سلوك الأفراد والجماعات التي تمثلهم، وبعض هذه القواعد تهتم به سياسة التجريم فتنقلها إلى قانون العقوبات لكي تقترن بالعقوبة، فنقع الجريمة عند مخالفتها »⁽²⁾، وبالتالي فإن الشرعية الجزائية تقوم على أساسين اثنين هما : شرعية التجريم والجزاء، وشرعية المتابعة الجزائية.

فشرعية التجريم والجزاء تمكن الفرد من معرفة حدود ممارسته للأفعال المباحة، ومجموعة الأفعال المحظورة التي ترتب جزاءً معيناً في حال اقترافها، أما شرعية المتابعة الجزائية فتحدد الطرق والسبل التي تمكن سلطات الدولة من التحري عن الجرائم المرتكبة، كما تمكن المتهم من معرفة وسائل

(1) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 50.

(2) انظر: سرور (أحمد فتحي)، أصول السياسة الجنائية، مرجع سابق، ص 151، 152.

الدفاع التي كفلها له المشرع من جهة، ومراقبة مدى شرعية الإجراءات المتخذة ضده عند ممارسة الدعوى الجزائية من جهة ثانية. هذه الشرعية الإجرائية تكون قائمة على احترام مبدأ البراءة الأصلية، وما يتفرع عنه من ضمانات كاحترام الحرية الشخصية، والحق في الخصوصية، على أن يكون ذلك تحت إشراف القضاء. فقد أكد الدستور - كما سبق وأن تقدم - على أن القانون وحده هو الأداة التشريعية لتنظيم الحرية الشخصية، وتحديد الإجراءات التي يجب اتخاذها للمساس بهذه الحرية، وأنه لا عقوبة بغير حكم قضائي⁽¹⁾.

فالتجريم المسبق إذن، يضع حدودا واضحة بين الفعل المشروع وغير المشروع، وبالتالي يعطي للعقوبة أساسا قانونيا يجعلها مقبولة باعتبارها توقع في سبيل حماية المصلحة العامة، إذ يجب أن يكون مفرغا في نص مكتوب، ومن ثم استبعاد كافة مصادر القانون الأخرى كالعرف وقواعد العدالة والإنصاف في التجريم، إلا أنها تبقى من مصادر القاعدة الجنائية لأنها في جميع الحالات تعتبر ترسيخا لقيمة اجتماعية معينة⁽²⁾، هذا النص المكتوب لا بد وأن يكون صادرا عن السلطة التشريعية، والمتمثلة في الدستور الجزائري في البرلمان بغرفتيه " المجلس الوطني الشعبي ومجلس الأمة "، الذي له السيادة الكاملة في إعداد القانون والتصويت عليه وفقا لنص المادة 98 من دستور 1996، لكن يحدث وتبعا للمصالح التي يريد المشرع حمايتها في مرحلة معينة من حياة المجتمع، وبسبب طبيعة بعض الجرائم المقترفة ونوعها أن يحيل إلى السلطة التنفيذية، وبصفة استثنائية القيام بالتجريم في بعض المجالات منها، مجال الصحة⁽³⁾، ففي المادة 190 التي تنص على أن: « يحدد عن طريق التنظيم، إنتاج المواد السامة المخدرة وغير المخدرة، ونقلها، واستيرادها، وتصديرها، وحيازتها، وإهداؤها، والتنازل عنها، وشراؤها، واستعمالها، وكذلك زراعة هذه النباتات «، التي حددت العقوبة خارج قانون العقوبات في حالة مخالفة أحكام المادة 190، والنص عليها في المادة 242 من هذا القانون، ولكنه لم يتم بتصنيف المواد المخدرة، حتى صدور قانون 18/04، المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية، وقمع الاستعمال والاتجار الغير المشروعين بها⁽⁴⁾، والذي أعطى تعريفا للمخدرات والمؤثرات العقلية، ولكثير من المصطلحات والمفاهيم التي لها علاقة بها وهي: " السلائف، والمستحضر، والقنب، ونبات القنب، وخشخاش الأفيون، وشجيرة الكوكا، والاستعمال غير المشروع، والإدمان، والعلاج من الإدمان، والزراعة، والإنتاج، والصنع، والتصدير، والنقل، ودولة العبور "، وذلك في نص المادة 02، والتي تحيل بدورها على الاتفاقية والبروتوكول الخاصين بالمخدرات، اللذين قاما

(1) انظر: سرور (أحمد فتحي)، أصول السياسة الجنائية، المرجع السابق، ص 52.

(2) انظر: بارش (سليمان)، مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات الجزائي، مرجع سابق، ص 13.

(3) انظر: القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16/02/1985، والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر، ع 08.

(4) انظر: المادة 02 من القانون رقم 18/04 المؤرخ في 25/12/2004، المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع

الاستعمال والاتجار الغير المشروعين بها، ج.ر، ع 83

بتعريف وبتصنيف المخدرات في الجدولين الأول والثاني، دون أن ننسى الإحالة على المواد من 324 إلى 328 المتعلقة بالجناح الجمركية الخاصة بتهريب البضائع المحظورة⁽¹⁾.

كما نص كذلك في قانون الأسعار⁽²⁾، وفي المواد من 26 إلى 31 عند تحديده المخالفات التي تمس بالقواعد المتعلقة بالممارسة التجارية، والجزاء المترتبة عنها في المواد من 62 إلى 76، حيث حددت المادة 04 من هذا القانون الهيئات لمخول لها بتحديد ومراقبة قواعد تكوين الأسعار، كما أحالت العديد من المواد في قمع الجناح الخاصة بمخالفة القانون المتعلق بالأسعار على التنظيم، ومن أهمها المواد من 64 إلى 67.

ولعل المجال الأكثر بروزا للتجريم الإستثنائي هو قانون تنظيم حركة المرور عبر الطرق وأمنها وسلامتها⁽³⁾ في المواد من 68 إلى 129 عند تحديده للمخالفات التي تؤثر على حركة المرور، سواء تعلق الأمر بمخالفات السائقين العمدية أو غير العمدية، أو مخالفات الركاب، بحيث يخضع التجريم والعقاب إلى السلطة المخولة بذلك، وفقا لنص المادة 04 منه التي تقول: « يتعين على الدولة ترقية سياسة خاصة بالوقاية والأمن في الطرق » ، كما يمكن أن نستنتج أيضا من خلال استقراء العديد من المواد، منها المادة 07 التي تنص على أن تصميم المركبات وصناعتها يخضع للتنظيم، كذلك المادة 13 التي تنص على أن تنظيم حركة مرور جيدة يتم عن طريق التنظيم، والمراقبة التقنية للسيارات المنصوص عليها بموجب المادة 43 تخضع كذلك للتنظيم، ومن ثم فإن عدم الالتزام بالضوابط التي نص عليها هذا القانون تؤدي بالمخالف إلى ارتكاب الجرائم المنصوص والمعاقب عليها في المواد من 68 إلى 129 من هذا القانون.

ومن ثم فإن موضوع التجريم أصبح من اختصاص هيئات تنظيمية تابعة للسلطة التنفيذية في مجالات محددة يغلب عليها الطابع التقني والتنظيمي، الضروري للحياة اليومية للمواطن وسلامته وأمنه، أكثر من ارتباطه بمفهوم حقوق الإنسان، وذلك من أجل إجبار الأفراد على احترام القانون، وتحقيقا للمصلحة العامة، ولكن المهم في كل هذا أن يكون النص ماثلا أمام القاضي قبل وقوع الفعل،

(1) انظر: القانون رقم 07/79 المؤرخ في 21/07/1979 المعدل والمتمم المتضمن قانون الجمارك، ج.ر، ع 30، المعدل والمتمم بالقانون رقم 25/91 المؤرخ في 16/12/1991 المتضمن قانون المالية لسنة 1992، ج.ر، ع 65.

(2) انظر: المواد من 26 إلى 31، والمادة 04، والمواد من 64 إلى 67 من القانون رقم 89/12 المؤرخ 05/07/1989، المتضمن قانون الأسعار، ج.ر، ع 28.

(3) انظر: المواد من 04 والمادة 07 والمادة 13 و المادة 43، والمواد من 68 إلى 129 من القانون رقم 01/14 المؤرخ في 19/08/2001 المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها، الجريدة الرسمية، رقم 46، المعدل والمتمم بالقانون 16/04 المؤرخ في 19/08/2001، ج.ر، ع 72، والمعدل كذلك بالقانون 07/09 المؤرخ في 11/10/2009، ج.ر، ع 59.

وما الإحالة التي يقوم بها المشرع في بعض المجالات للسلطة التنفيذية أساسا، إنما تندرج في إطار العلاقة القانونية القائمة بين مختلف السلطات المشكلة للدولة.

الفقرة الثانية

عدم رجعية النص الجنائي.

إذا كانت قاعدة التجريم المسبق للأفعال الضارة بالمجتمع تقوم على قيمة المصالح المحمية بنص التجريم، فإن قاعدة عدم رجعية النص الجنائي تقوم على المجال الزمني الذي يسري فيه هذا النص، والتي تفترض أنه لا يسري إلا على الأفعال التالية لنفاده، وعدم سريانه على ما وقع قبل نفاذه، ومن ثم فإن النص الواجب التطبيق على الجريمة هو النص الساري المفعول وقت ارتكابها، وليس النص المعمول به وقت المحاكمة⁽¹⁾، وهو ما يعبر عنه بالأثر الفوري والمباشر لقانون العقوبات، الذي يعتبر النتيجة المنطقية لمبدأ الشرعية، فهو إذن قاعدة دستورية نصت عليها معظم دساتير دول العلم - كما سبق وأن تقدم - منها الدستور الجزائري لسنة 1996 في المادة 46 التي تنص، وفي مجال الحقوق والحريات على أنه: « لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم ».

فالمشرع الجزائري جعل من قاعدة التجريم المسبق قاعدة دستورية أساسها انتفاء الإدانة، قبل صدور نص التجريم، ثم أكد في قانون العقوبات على مبدأ الشرعية، وأسس في المادة الأولى منه التي تقول: « لا جريمة، ولا عقوبة، أو تدبير أمن بغير قانون »، بحيث تتحقق حماية المتهم في إطار قانون العقوبات عن طريق تطبيق مبدأ عدم رجعية النص الجنائي إلا إذا كان أقل شدة، وذلك بنص المادة الثانية التي تنص على أنه: « لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة »، غير أن ما يمكن ملاحظته على كيفية تحديد المشرع الجزائري لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات دستوريا وقانونيا هو، أنه جعل من النتيجة المنبثقة عن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وهي الإدانة، مبدأ دستوريا بينما نص على المبدأ في قانون العقوبات مخالفا بذلك الاتجاه الذي سارت فيه مختلف دساتير الدول، فكان من المفروض أن يكون نص المادة الأولى من ق.ع هو نص المادة 46 من الدستور، ونص هذه الأخيرة هو نص المادة الأولى من قانون العقوبات.

لأن الدستور يكون دائما المجال الذي تحدد فيه المبادئ العامة التي تحكم المجتمع والدولة بمختلف سلطاتها، والإطار العام لمختلف القوانين المنظمة للمصالح الوطنية، لذلك لا نجد الدستور عادة يتضمن عقوبات على أفعال معينة، وهذا ما يصدق على نص المادة الأولى من قانون العقوبات،

(1) انظر: الطراونة (حسن عوض سالم)، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة،

كما أن المشرع بمقتضى المادة 46 من الدستور حدد نطاق عمل القاضي الجنائي عند إصدار حكمه بالإدانة، بحيث يجب عليه أن يتقيد بالتجريم المسبق، مغفلا بذلك النص على انفراد المشرع بهذا التجريم، الذي يعتبر مبدأ دستوريا حساسا يتجلى من خلاله مبدأ الفصل بين السلطات، الشيء الذي نصت عليه المادة الأولى من قانون العقوبات.

أن المشرع الجزائري جعل من المبدأ قاعدة في المادة 01 من ق.ع، ومن القاعدة مبدأ في المادة 46 من الدستور، لأن ارتباط تقرير الإدانة بالتجريم المسبق المنصوص عليه في المادة 46 هو من الضوابط التي يجب على القاضي مراعاتها عند إصدار حكم الإدانة، وليست المبدأ ذاته المنصوص عليه في نص المادة الأولى من قانون العقوبات، والذي يقوم على التجريم المسبق، وعدم رجعية النص الجنائي إلا ما كان أقل شدة على المتهم، والمنصوص عليه في المادة 02 من ق.ع، فكان بإمكان المشرع الجزائري أن يحذو حذو المشرع المصري الذي نص في المادة 66/02 من الدستور على المبدأ وجميع القواعد المرتبطة به على النحو التالي: « لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون » ، والذي أكدت عليه المادة 05 من ق.ع المصري بقولها: « يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها » ، لذلك يمتنع على القاضي أن يطبق النصوص الجنائية بأثر رجعي حفاظا على حقوق الأفراد، وعدم المساس بحرياتهم دون إنذار مسبق⁽¹⁾، ومن ثم فإن الفرد لا يتابع إلا بمقتضى القاعدة التي تضمنت هذا الإنذار، ويستثنى من ذلك القانون الأصلح للمتهم⁽²⁾.

الفقرة الثالثة

رجعية النص الجنائي الأصلح للمتهم.

إن القانون الأصلح للمتهم هو القانون الذي ينشئ للمتهم مركزا، أو وضعا قانونيا أفضل له من القانون الجديد، ويقصد المشرع بعبارة القانون الأصلح للمتهم، تلك القوانين التي تلغي بعض العقوبات، أو تخففها، أو تقرر وجها للإعفاء من المسؤولية الجنائية دون أن تلغي الجريمة ذاتها، أي المسائل الموضوعية التي تسيء إلى مركز المتهم⁽³⁾، دون الإجرائية التي تطبق بأثر فوري على جميع الإجراءات التي تتم بعد نفاذ القانون الجديد، ولو كانت بشأن جرائم وقعت في ظل قانون قديم،

(1) انظر: الطراونة (حسن عوض سالم)، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، المرجع السابق، ص 234.

(2) انظر: بارش (سليمان)، مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص 29.

(3) انظر: الطراونة (حسن عوض سالم)، نفس المرجع، ص 235.

ومن ثم فإن الإجراء يظل صحيحا خاضعا لأحكام هذا القانون، ولا يؤثر في صحته صدور قانون جديد يعدل من صحة شروط هذا الإجراء⁽¹⁾.

وقد نص المشرع الجزائري على رجعية النص الجنائي الأصلح للمتهم في نص المادة 02 من ق.ع، التي تفترض أن يكون القانون الجديد قد أنشأ للمتهم وصفا، أو مركزا قانونيا أصلح من القانون القديم، أي أن القاضي عند قيامه بعملية تكييف الوقائع ومدى تطابقها مع النموذج التشريعي، فإنه يجري مقارنة بين الوضعين القانونيين الناشئين عن كل من القانون القديم والقانون الجديد لتحديد الوضع الأفضل للمتهم، بحيث يكون القانون الأصلح للمتهم صادرا قبل صدور حكم بات في الدعوى، أي يكون محل طعن سواء بالطرق العادية أو الغير العادية، بمعنى أن الحكم لم يحز قوة الشيء المقضي فيه بعد، لكن المشرع الجزائري قد خرج عن هذه القاعدة في القانون رقم 08/99 المتعلق بالوثام المدني إذ نصت المادتان 37 و38 منه⁽²⁾ على أن هذا القانون يستفيد منه المحكوم عليهم نهائيا، أما في غير هذا فإنه إذا حاز الحكم قوة الشيء المقضي فيه فإن المحكوم عليه لا يستفيد من القانون الجديد الأصلح له، ولكن عادة ما يستفيد من عفو رئاسي.

فرجعية النصوص الأصلح للمتهم تجد أساسها فيما للمجتمع من سلطة في توقيع العقاب، هذه السلطة التي تكون مرتبطة بالضرورة والفائدة الاجتماعية من توقيعها، فإذا ألغى القانون الجديد العقوبة أو خفف منها، فهذا يعني أن المشرع قد اعترف بعدم جدواها، فلا وجه للإصرار على توقيعها⁽³⁾، لذلك نجد أن القانون قد حدد للقاضي مجموعة من الضوابط لتحديد القانون الأصلح للمتهم، والتي تُستمد من الأحكام الخاصة بالتجريم، والأحكام الخاصة بالتكييف، والأحكام الخاصة بالعقوبة.

فمن أمثلة الأحكام الخاصة بالتجريم أنه، إذا ألغى تجريما معينا فإن الفعل المعاقب عليه في القانون القديم لم يعد محل عقاب في القانون الجديد، مثال ذلك القانون رقم 26/88 المعدل والمتمم لقانون العقوبات الذي ألغى المادة 421 منه التي تنص على تجريم فعل سوء التسيير وتعاقب عليه⁽⁴⁾، أو إذا ألغى ظرفا مشددا، مثل القانون رقم 22/98 المعدل والمتمم لقانون الجمارك الذي ألغى الظروف المشددة في جنح الاستيراد، أو التصدير بدون تصريح، أو تصريح مزور⁽⁵⁾، أو إذا أحدث ظرفا معفيا أو مخففا، مثل قانون الوثام المدني بالنسبة للجرائم الإرهابية والتخريب الذي جاء بأحكام مخففة للعقوبات، وأخرى معفية من المتابعة.

(1) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص69.

(2) انظر: المادتين 37، 38 من القانون رقم 08/99 المؤرخ في 13/06/1999 المتعلق بالوثام المدني، ج.ر، ع 46

(3) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص15.

(4) انظر: المادة 421 من قانون العقوبات قبل تعديله بالقانون رقم 26/88 المؤرخ في 12/07/1988، ج.ر، ع 28.

(5) انظر: القانون رقم 22/98 المؤرخ في 22/08/1998م المعدل والمتمم لقانون الجمارك، ج.ر ع 61.

ومن أمثلة الأحكام الخاصة بالوصف القانوني أنه، إذا حول القانون الجديد الجناية إلى جنحة، مثل الأمر رقم 22/26 (1) المتعلق بقمع جرائم الصرف الذي ألغى المواد من 424 إلا 426 مكرر من قانون العقوبات التي كانت تعد جريمة الصرف جناية عندما تكون قيمة الشيء محل الجريمة تساوي مبلغ 30.000 د.ج، فبموجب القانون الجديد أصبحت جرائم الصرف كلها جناحا مهما بلغت قيمة محل الجريمة، أو إذا حول القانون الجديد الجنحة إلى مخالفة: مثل القانون رقم 10/98 (2) المعدل والمتمم لقانون الجمارك، والخاص بحيازة البضائع الحساسة القابلة للتهريب ونقلها، وهو الفعل الذي كانت تصفه المادة 329 قبل إلغائها بموجب القانون 10/98 بوصف جنحة، فأصبح هذا الفعل مخالفة عندما لا يتعلق الأمر ببضاعة محظورة، أو خاضعة لرسم مرتفع (3).

أما من أمثلة الأحكام الخاصة بالعقوبات أنه، إذا أبقى القانون الجديد على نص التجريم، ولكنه قرر للجريمة عقوبة أخف من تلك التي كان منصوصاً عليها في القانون القديم، فيكون بذلك أصلح للمتهم، وتخضع المقارنة بين القانونين الجديد والقديم في تحديد القانون الأصلح للمتهم بمراعاة عنصري الشدة والتدرج، ونوع العقوبة وفقا لنص المادة 05 من ق.ع، فعقوبة الجنايات هي الأشد، ثم تليها عقوبة الجنحة فالمخالفة، أما تدرج العقوبات في الشدة، فالإعدام يعد أشد العقوبات، ثم السجن المؤبد، ثم السجن المؤقت، ثم الحبس الذي يتجاوز شهرين إلى خمس سنوات، ثم الغرامة التي تتجاوز 20000 د.ج، ثم الحبس لأقل من شهرين، وأخيرا الغرامة التي لا تزيد عن 20000 د.ج، هذا التدرج يعني أن عقوبة الجنحة تعد أشد من عقوبة المخالفة، وذلك لاختلاف الجريمة من حيث الجسامة والآثار.

فإذا اتحدت العقوبة في القانونين القديم والجديد من حيث النوع كالسجن، أو الحبس مثلا فإن القانون الأصلح للمتهم هو القانون الذي يقلص من مدتها، فإذا هبط القانون الجديد بالحد الأدنى، أو الأقصى، أو الحدين معا فهو بلا شك القانون الأصلح للمتهم.

إن رجعية النص الجنائي الأصلح للمتهم يجد مبرره في أنه من حقوق الدفاع التي يمكن للمتهم إثارتها وليس إثباتها، لأن ذلك يقع بحسب الأصل على عاتق النيابة العامة، التي تكون ملزمة بإثبات ارتكاب المتهم للجريمة، ومن ثم انتفاء أي سبب من أسباب الإباحة، أو موانع المسؤولية، أو العقاب، فالمتهم وحتى يدفع عن نفسه المسؤولية يمكنه أن يثير أن القانون يقرر سببا من أسباب

(1) انظر: القانون رقم 09/01 المؤرخ في 26/06/2001 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، ج.ر ع 34.

(2) انظر: القانون رقم 10/98 المؤرخ في 22/06/1998 المعدل والمتمم لقانون الجمارك، ج.ر ع 61.

(3) انظر: بوسقيعة (أحسن)، الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص 79.

الإباحة، أو مانعا من موانع المسؤولية، أو عذرا معفيا من العقاب، أو مخففا له، أو يؤدي إلى عدم متابعتها جنائيا لانقضاء الدعوى العمومية، وبالتالي فإن الحالات التي يكون فيها القانون أصلح للمتهم يمكن تقسيمها إلى حالات لإرادية وحالات إرادية.

إن الحالات الإرادية، هي تلك الحالات التي لا تلعب فيها إرادة المتهم دوراً في تقريرها، " كالتقادم، وعدم الاختصاص، والأعذار القانونية المعفية، أو المخففة للعقوبة، وإلغاء القانون الجنائي "، أما الحالات الإرادية، فهي التي يكون فيها لإرادة المتهم دورٌ في حدوثها سواءً تلك المتعلقة بشخصيته أو بصفة فيه " كأسباب الإباحة، وموانع المسؤولية، والحصانة التي قد يتمتع بها "، لذلك فإن إثارة المتهم للقانون الأصلح له أثناء المحاكمة يلزم القاضي بإعادة قراءة نص التجريم، لأنه تبعاً لأسس مبدأ الشرعية محظور عليه القياس، كما أن تفسيره للنصوص لا بد وأن يكون ضيقاً، وذلك اجتناباً للاعتداء على اختصاص المشرع، سواء من حيث سن جرائم وعقوبات جديدة، أو من حيث أعمال سلطته عند القيام بتفسير النصوص⁽¹⁾.

كل هذا يعتبر من نتائج مبدأ الشرعية، فالمشرع يكفي بتحديد العقوبة التي يعتقد أنها عادلة وملائمة في ذهنه " شخص عادي ذو ظروف عادية "، ولهذا وتحقيقاً للعدالة السليمة يلجأ المشرع إلى القاضي فيعهد إليه بتحديد العقاب الملائم المستند للمبادئ العامة وضمن الحدود التي رسمها القانون وهو ما يسمى بالسلطة التقديرية للقاضي⁽²⁾، تحقيقاً للتقريب العقابي الذي يهدف إلى تطبيق عقوبة عادلة، وصحيحة، وقانونية القائمة على الفحص العلمي لشخصية الجاني، لأنه كلما تناسبت العقوبة المقررة مع شخصية الجاني، كلما زاد ذلك من القيمة الإقناعية للقاعدة الجنائية، بما يكفل معها تحقيق وظيفة الردع المرجوة منها⁽³⁾، وفي هذا يقول جاروفالو: « إننا لا نريد للقاضي أن يطبق عقوبة عقيمة لا جدوى منها، لا تتناسب مع الحكم الافتراضي غير القابل للتحديد لحرية الإرادة، ولكن عليه أن يطبق تدبيراً وقائياً في حدود الضرورة الاجتماعية ليس أكثر وليس أقل »⁽⁴⁾.

فالقاضي وفي حدود سلطته التقديرية يستطيع أن يحكم بالعقوبة مع وقف التنفيذ في عقوبات الحبس والغرامة بقرار مسبب، وذلك ضمن الحدود التي رسمها له المشرع من خلال النص

(1) LARGUIER (J) - CONTE (P): Droit pénal général (L'infraction, La peine), op, cit, P 14.

(2) انظر: سليمان (عبد الله)، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ج02، (الجزء الجنائي)، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2002، ص491.

(3) انظر: سليمان (عبد المنعم)، علم الجزاء الجنائي، جامعة الإسكندرية، مصر، 2002، ص57.

(4) انظر: يس (السيد)، السياسة الجنائية المعاصرة، دراسة تحليلية لنظرية الدفاع الاجتماعي، القاهرة، دار الفكر العربي، 1973، ص

الجنائي، والقيام باختيار العقوبة التي يراها ملائمة، من بين العقوبات السالبة للحرية المرتبطة بخطورة الجاني، أو الاتجاه إلى العقوبات البديلة⁽¹⁾.

الفرع الثالث

مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في الشريعة الإسلامية.

تنطلق الشريعة الإسلامية في تحديد الأفعال التي يجب على المسلم عدم القيام بها، من أحكام واضحة، دالة على خطورة هاته الأفعال على المقاصد الخمسة التي تحميها وهي: " الدين، والنفس، والمال، والعقل، والنسل، وكل اعتداء يقع على هذه المقاصد الشرعية التي تشكل مصالح اجتماعية أساسية يقابل بالزواج، والتي هي العقوبات التي تنزل بالجاني، فهي ضرر له في حقيقتها، ولكن المصلحة منها هي مواجهة المفساد⁽²⁾، لذلك دعت الشريعة الإسلامية الفرد المسلم إلى الابتعاد عن مواطن الشبهات كوقاية له من سلوك طريق الجريمة، حتى لا يطبق عليه الحد في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانَةَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾⁽³⁾.

هذا التحذير والتنبيه للفرد جعلت منه الشريعة الإسلامية قاعدة جامعة ومانعة، لا تتغير ولا تتبدل بتغير العصور وتطور المجتمعات، وهو سبق الإنذار بالتجريم والعقاب قبل توقيعه في قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمَّهَا رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَى إِلَّا وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ﴾⁽⁴⁾، ولقد بين لنا الرسول صلى الله عليه وسلم هذا التحذير من خلال قوله: «إن الحلال بين وإن الحرام بين وبينهما أمور مشتبها لا يعلمهن كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام، كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يرتع فيه، ألا وإن لكل ملك حمى، ألا وإن حمى الله محارمه، ألا وإن في الجسد مضغة، إذا صلحت صلح الجسد كله وإذا فسدت،

(1) PRADAL (J):L'individualisation de sanction : Essai d'un bilan a la veille d'un nouveau code pénal, R.S.C, 1977, p 732.

(2) انظر: البوطي(محمد سعيد رمضان)، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، بيروت، دار المتحدة للطباعة والنشر، ط5، 1990، ص69.

(3) انظر: سورة الإسراء الآية 32.

(4) انظر: سورة القصص الآية 59.

فسد الجسد كله، ألا وهي القلب «⁽¹⁾، وقوله أيضا: « **البر حسن الخلق و الإثم ما حاك في صدرك وكرهت أن يطلع عليه الناس** »⁽²⁾.

يتضح من خلال هذه الأمثلة المقدمة أن الشريعة الإسلامية اعتمدت في تقرير مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات على أسلوب التحذير والتنبيه كمرحلة أولى، ثم تحديد الجريمة مقرونة بعقوبتها التي لا يملك القاضي أمامها إلا التنفيذ بعد إجراء تحقيق متأن وشامل، فإذا توافرت الأدلة الكافية، وتأكدت الإدانة بعد التثبت والمحاكمة نفذت الحدود، ووقع القصاص تطبيقا وامتثالا لأمر الله تعالى كما في حد الزنا: ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴾⁽³⁾ وقوله أيضا في القصاص: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بِعَدْوٍ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾⁽⁴⁾.

فالشريعة الإسلامية وحرصا منها على درء المفساد وحماية المصالح الخمسة-السابقة الذكر - فإن الجريمة هي: « إتيان فعل محرم معاقب على فعله، أو ترك فعل مأمور به معاقب على تركه»⁽⁵⁾، فهذا العقاب إما أن يكون عقابا دينويا خاضعا لسلطة القضاء كما في حد الزنا، وحد السرقة، أو تكليفا دينيا تكفيرا على المخالفة كما في خطيئة الإفطار في رمضان، أو عقابا أخرويا لمن يخالف أوامر الله تعالى بتضييع الأمانة كما في قوله تعالى: ﴿ إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا * لِيُعَذِّبَ اللَّهُ الْمُنَافِقِينَ وَالْمُنَافِقَاتِ وَالْمُشْرِكِينَ وَالْمُشْرِكَاتِ وَيَتُوبَ اللَّهُ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا * ﴾⁽⁶⁾، هذا يعني أن هذه العقوبات تعد مانعا من ارتكاب الجريمة الضارة بمصلحة المجتمع، المجتمع، قبل وقوع الفعل، وعدم تكراره بعد وقوعه.

غير أن جرائم الحدود والقصاص ليست هي الجرائم المعاقب عليها فقط، فهناك جرائم تعاقب عليها الشريعة الإسلامية باعتماد مبدأ ملاءمة العقوبة لشخص الجاني، مما يعني التفريد

(1) انظر: مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة والمزارعة، باب أخذ الحلال وترك الشبهات، رقم الحديث 4093، مرجع سابق، ص 698.

(2) انظر: مسلم، كتاب الأب، باب تفسير البر والإثم، رقم الحديث 6516، نفس المرجع، ص 1120.

(3) انظر: سورة النور الآية 02.

(4) انظر: سورة البقرة الآية 178.

(5) انظر: أبو زهرة (محمد)، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، القاهرة، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، 1998، ص 12.

(6) انظر: سورة الأحزاب الآيتان 72، 73.

العقابي⁽¹⁾، ويظهر ذلك في عقوبة التعزير والتي هي: «تأديب على ذنوب لم تشرع فيها حدود ويختلف حكمها باختلاف حاله وحال فاعله، فيوافق الحدود من وجه أنه تأديب، واستصلاح، وزجر يختلف بحسب اختلاف الذنب»⁽²⁾، فهي: «لا تختص بالسوط، واليد، والحبس، وإنما ذلك موكول إلى اجتهاد الحاكم»⁽³⁾.

فمن هذا المنظور نجد أن الشريعة الإسلامية قد أسست لنظام عقابي متوازن يقوم على المحافظة على كيان الفرد والمجتمع عن طريق الحدود والقصاص، وأعطت الفرصة لإعمال مبادئها بما يتفق وظروف كل مجتمع وكل جاني، فيكون للقاضي فيها الحق في تقدير العقوبات على حسب الأحوال والمناسبات، حتى تكون له الفرصة لتحقيق العدالة في كل قضية، وأحسن مثال على ذلك عقوبة التجريس(التشهير)، التي قد يلجأ إليها القاضي لعقاب التاجر الذي يغش في البضائع، بأن ينادي في الأسواق والأماكن المعروفة فيها أن التاجر الجاني يغش في البضائع، ويلاحظ أن هذه العقوبة هي الأكثر فعالية في ردع التاجر لأنها تضر بتجارته⁽⁴⁾، وكما قال الإمام مالك فقد يزيد الإمام فيه عن الحد إذا رأى المصلحة في ذلك، فقد روي أن "معن بن زائدة" عمل خاتماً على نقش خاتم بيت المال لما جاء به صاحب المال فأخذ منه مالا، فبلغ عمر ذلك فضربه مائة وحبسه، فكلّم فيه فضربه مائة أخرى فكلّم فيه فضربه مائة ونفاه⁽⁵⁾.

على الرغم من أن الأسس التي يقوم عليها مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في القانون الوضعي يتفق إلى حد بعيد مع ما جاء في الشريعة الإسلامية، من حيث أن التجريم والعقاب لا يتقرر قبل النص عليه، إلا أن هناك اختلافات يمكن أن نقف عليها عند بحث هذه الأسس في الشريعة الإسلامية كما يلي:

الفقرة الأولى

(1) التفريد العقابي: تبلورت فكرة التفريد العقابي في القانون الوضعي مع تغير النظرة للعقوبة التي جاءت بها المدرسة التقليدية الجديدة، التي دعت إلى المساواة الحقيقية المبنية على أثر العقاب على الجاني، والمرتبط بالبواعث والظروف الشخصية لكل مجرم مما يحقق العدالة في العقاب، وللتفريد العقابي نوعان التفريد التشريعي المبني على جسامه الفعل طبقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، والتفريد القضائي المبني على شخصية الجاني، وفعالية الجزاء في إصلاحه، انظر: حسني (محمود نجيب)، علم العقاب، القاهرة، دار النهضة العربية، 1966، ص70.

(2) انظر: الماوردي (أبو الحسن علي بن محمد)، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، مرجع سابق، ص344.

(3) انظر: ابن فرحون(برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج2، مرجع سابق، ص 201.

(4) انظر: عودة (عبد القادر)، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج1، ط 11، مرجع سابق، ص 526.

(5) انظر: بهنسي (أحمد فتحي)، السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 193.

التجريم المسبق.

يتميز القانون الوضعي بأنه يصدر التجريم دفعة واحدة في صورة نص تجريمي يحدد الجريمة والعقوبة، بينما تعتمد الشريعة الإسلامية قبل تقرير العقوبة على الجريمة المقترفة، إلى تهيئة المخاطبين بها للإقلاع عنها باتباع أسلوب التدرج، ونوع الجريمة المراد محاربتها، وطبيعة الوسط الذي تريد أن تقتلها منه، ومثال ذلك تجريم شرب الخمر، فلم ترجمه الشريعة الإسلامية دفعة واحدة، بل جاء التجريم تدريجياً، لأن شرب الخمر كان متفشياً في العرب، وكان الخمر إحدى متعهم (1)، فقد جاء بالنهي عن أداء فريضة الصلاة عند شرب الخمر، ومن ثم فإن التقصير في الفريضة يورث الإثم والخسران في قوله تعالى: ﴿قَوْلٌ لِّلْمُصَلِّينَ * الَّذِينَ هُمْ عَنْ صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ *﴾ (2)، ثم جاء المنع دون عقاب كإنداز إلى إهدار مقصد الإدراك والعقل الذي يجب أن يتحلى بهما المسلم عند اتصاله بربه أثناء الصلاة، في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ...﴾ (3).

فعندما أدرك المسلمون خطورة شرب الخمر على علاقتهم بربهم، جاء البيان في آية أخرى يحذر من الآثار الوخيمة لها، في قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا...﴾ (4)، فبعدما تمكن في نفوس المسلمين ضرورة الإقلاع عنها، لإخلالها بمكلة العقل في الآية الأولى، وحصول الإثم بشرها في الآية الثانية، جاءت الآية الثالثة كي تقرر أنها رجس من عمل الشيطان لا يتحقق الفلاح إلا باجتنابه في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ (5)، فهذا النهي بعد هذه الآية الكريمة كان موجبا للحد وهو الجلد في قوله صلى الله عليه وسلم: «من شرب الخمر فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد في الثالثة أو الرابعة فاقتلوه». فأتى برجل قد شرب فجلده، ثم أتى به فجلده، ثم أتى به فجلده، ثم أتى به فجلده، وكانت رخصة (6).

فجرائم الحدود والقصاص التي ورد التجريم فيها قاطعا بنصوص شرعية واضحة الدلالة ينتفي فيها الاجتهاد سواء من الفقيه، أو الحاكم، أو القاضي، لذلك استنبط الفقهاء عند وضوح دلالة

(1) انظر: عودة (عبد القادر)، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، المرجع السابق، ص39.

(2) انظر: سورة الماعون الآيتين 3، 4.

(3) انظر: سورة النساء الآية 43.

(4) انظر: سورة البقرة الآية 219.

(5) انظر: سورة المائدة الآية 90.

(6) انظر: أبو داود، سنن أبي داود، أول كتاب الحدود، باب إذا تتابع في شرب الخمر، رقم الحديث 4485، مرجع سابق، ص 943.

النص القاعدة الفقهية التي تقول: " لا اجتهاد مع النص " (1) أي أن الاجتهاد إنما يعمل به عند عدم النص، فإذا تبين النص فلا اجتهاد إلا في إبطال ما خالفه، ومن ثم فلا اجتهاد في جرائم الحدود والقصاص في كل عصر ومصر، غير أن الاجتهاد يكون في جرائم التعزير التي تتغير بحسب أحوال الأمم والأزمان، وهذا ما لا يتوفر عليه القانون الوضعي الذي لم يحدد المجال الذي يحظر على المشرع عدم الاجتهاد فيه، وأن جميع الجرائم مهما كانت من الممكن أن تكون محلاً لذلك. وذلك راجع إلى أن القانون الوضعي لم يحدد المقاصد الخاصة به كما في الشريعة الإسلامية، وربط مهمة التشريع بقيمة المصالح المراد حمايتها وفقاً للسياسة الجنائية المتبعة بمفهوم عام، مما لا يمكن من تحقيق الاستقرار في التجريم كما في الشريعة الإسلامية.

الفقرة الثانية

عدم رجعية النص الجنائي.

هي قاعدة مشتركة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، على أساس أن عقوبات الحدود والقصاص لم تطبق في الشريعة الإسلامية إلا بعد نزول الوحي بها، ولكن الاختلاف بينها وبين القانون الوضعي أن العقوبات في الشريعة الإسلامية في كل من الحدود والقصاص لا يمكن تعديلها أو تغييرها، ويحظر فيها أي اجتهاد سواء من المشرع أو القاضي، ومن ثم لا يمكن الحديث عن الاستثناء الذي يرد على هذا المبدأ والمتمثل في رجعية النص الجنائي الأصلح للمتهم، الذي من الممكن تطبيقه على جرائم التعزير التي لم يرد فيها نص، فهي المجال الذي يمكن ولي الأمر من أن يجرم فيه ما يشاء من الجرائم المرتبطة بخصوصية المجتمع الذي يتولى أمره، لأن التعزير يكون أصلاً في اعتبار الفعل مباحاً بحسب الأصل غير محرم لذاته، ولكن المصلحة تقتضي منعه لخطورته على النظام العام، خصوصاً إذا انتشر، ومن ثم لا بد من تجريمه والعقاب عليه، كمن يقوم بسلب سكين على وجه المزاح في جماعة فلا بد أن تطبق عليه عقوبة كأن يكون الضرب بعشرة أسواط، لما يشكله هذا الفعل من خطر على أمن الجماعة لو شاع (2)، فتصرف الإمام على هذا النحو يكون على ما أعطاه الشارع له، آخذاً بعين الاعتبار المصالح والعلل المعتمدة في ذلك الزمان، ومحافظاً على مقاصد

(1) انظر: جمعة (عبد المجيد الجزائري)، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين لإبن القيم الجوزية، الرياض، دار بن القيم للنشر والتوزيع، 2010، ص 391.

(2) انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج2، مرجع سابق، ص 210.

الشريعة الإسلامية لا يخالفها باجتهاد، وفي هذا يقول الشاطبي: « لو جاز للعقل تخطي مأخذ النقل لجاز إبطال الشريعة بالعقل »⁽¹⁾.

فالقانون الوضعي عند أخذه بقاعدة عدم رجعية النص الجنائي، إلا ما كان منه أقل شدة جعل منه مبدأ عاما يشمل جميع الجرائم مهما كانت خطورتها، بمعنى أن رجعية القانون الأصلح للمتهم يمس الجرائم التي تعتبر من جرائم الحدود في الشريعة الإسلامية كالسرقة، والزنا، وشرب الخمر، التي لا يمكن البحث فيها عن هذا الاستثناء، بمعنى أن القانون الوضعي قد نزل بهذه الجرائم التي تهدد المصالح العليا للمجتمع إلى الدرجة الثالثة في التجريم في الشريعة الإسلامية وهي التعازير وأخضعها لإرادة المشرع، وهذا ما يفسر اختلاف التجريم من دولة إلى أخرى، ومن مجتمع لآخر رغم وضوح خطورة هذه الجرائم على قيم ومصالح المجتمعات، وحتى تتحقق الحماية اللازمة لجميع المقاصد الواردة في الشريعة الإسلامية لا بد من الاعتماد على النص الشرعي الوارد في الكتاب والسنة فيما يخص جرائم الحدود والقصاص، وعلى النص النظامي فيما يخص التعازير كما هو عليه الحال في الدستور السعودي، الذي يختلف عن الدساتير العربية الأخرى، فبالنظر إلى نص المادة 38 منه التي تقول: « العقوبة شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص شرعي أو نظامي، ولا عقاب إلا على الأعمال اللاحقة للعمل بالنص النظامي».

وهذا يعني أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يخضع في النظام السعودي إلى نصين هما النص الشرعي المتمثل في الكتاب والسنة، والنص النظامي صادر عن ولي الأمر وفقا للمادة 48 على أن لا تتعارض مع الكتاب والسنة⁽²⁾، ومن ثم فإن النص الشرعي يخص جرائم الحدود والقصاص، والنص النظامي يخص جرائم التعازير التي لم يرد فيها نص، بحيث لا يعمل مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في هذه الجرائم إلا بعد صدور النص النظامي، ولكن يجب التنويه أن تطبيق النص الشرعي في النظام السعودي يكتنفه الغموض لاعتبارات واردة في الدستور السعودي نفسه ومنها المادة 70: « التي تنص على أن تصدر الأنظمة، والمعاهدات، والاتفاقيات الدولية، والامتيازات ويتم تعديلها بموجب مراسيم ملكية »، فكيف يتعامل القانون السعودي مع مرتكب لجريمة السرقة إذا كان أجنبيا مع العلم أن الاتفاقيات الدولية لمعاملة المحبوسين لا تطبق حد القطع على الجاني؟.

كما أن عالمية تنفيذ العقوبة وفقا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، لا يأخذ بالحدود والقصاص مما يجعل القانون السعودي يختلف مع القوانين الوضعية الأخرى، مما لا يمكن المملكة

(1) انظر: الشاطبي (أبو إسحاق إبراهيم بن موسى)، الموافقات في أصول الشريعة، ج 02، مرجع سابق، ص 57.

(2) انظر: المادة 48 من الدستور السعودي، سعد الله (عمر) وبوكرا (إدريس)، موسوعة الدساتير العربية، (ج1 ص 146، 147)، مرجع سابق.

العربية السعودية من الوفاء بالتزاماتها الدولية بالشكل المطلوب وفقا للمادة 02/02 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، لأن الدستور السعودي في نص في المادة 70 منه⁽¹⁾ نص على إمكانية تعديل الأنظمة بمراسيم ملكية، أي أن القانون السعودي في حال التوقيع على اتفاقية خصوصا في المجال الجنائي فإنه يقوم ب تعديل القانون بما يتماشى وروح الاتفاقية، وذلك لسمو هذه الأخيرة على القانون الداخلي، ولاحتوائها على التزام دولي ذي طابع عالمي متعدد الأطراف، كالاتفاقيات الخاصة بحقوق الإنسان خصوصا، ومن ثم يمكن أن يكون تطبيق القانون إخلالا بمبادئ الدستور فيكون بذلك غير دستوري لإخلاله بمبدأ خضوع النص الأدنى للنص الأعلى.

المطلب الثاني

مبدأ البراءة الأصلية.

يعتبر مبدأ البراءة الأصلية دعامة أساسية لأحكام القانون الجنائي، خصوصا الشكلي منه المتمثل في قانون الإجراءات الجزائية، وذلك لارتباطه بالحقوق والحريات المكرسة دستوريا ودوليا، بحيث أصبح يحوز الإجماع الكامل على ضرورة مراعاته من طرف كافة السلطات المشكلة للقضاء الجزائي، وإلا تعرضت أعمالها إلى البطلان في حالة مخالفته، فإمطاة اللثام عن هذه الدعامة الهامة لا بد من الوقوف على كيفية إقرارها من طرف القانون الوضعي (الفرع الأول)، وعلى خصوصية النظرة التي جاءت بها الشريعة الإسلامية (الفرع الثاني)، وعلى إمكانية وجود توافق بين الأسس التي أقرها القانون الوضعي، والتي جاءت بها الشريعة الإسلامية فيما يخص هذه الدعامة من عدمه (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مبدأ افتراض البراءة الأصلية في القانون الوضعي.

بالنظر إلى الترتيب الزمني الذي جاء فيه الإقرار العالمي لأصل البراءة، نجد أن الشريعة الإسلامية كانت السباقة إلى أعمال هذا المبدأ سواء من حيث شمولية الصياغة، أو من حيث فعالية التطبيق، وجعلته أساس كل المعاملات، المدنية منها، أو الجزائية عند التحقيق في الجرائم، أو إقامة

(1) انظر: المادة 70 من الدستور السعودي (ج1 ص 149) سعد الله (عمر) وبوكرا (إدريس)، موسوعة الدساتير العربية، المرجع السابق.

الحدود، ولكن تطبيقه كان خاصا بالدولة الإسلامية فقط، في الوقت الذي كانت فيه شعوب العالم تعاني من الاضطهاد ومصادرة الحقوق ضمن أنظمة ملكية متعفنة، رغم وجود بعض الإشارات إلى هذا المبدأ في الحضارات السابقة عنها، فقد كانت البراءة تنقرر وفقا للوسيلة التي يخضع لها المتهم في الاختبار أو الامتحان، ومن ثم فإن ثباتها يتوقف على نجاحه في ذلك، كاختبار النهر، أو منازلات الأشخاص والحيوانات، فعدم نجاحه يعني أنه مذنب (1).

لم تثبت الدراسات والأبحاث في تاريخ الحضارات القديمة وجود نص صريح يدل على مراعاة أصل البراءة، ولكن قياسا على النظام الإجرائي الذي كان سائدا في ذلك الوقت وهو النظام الاتهامي، يعني أن المتهم غير مكلف بإثبات براءته، ويقع ذلك على عاتق المدعي، الذي إن فشل في ذلك فإنه يتعرض للعقوبات (2)، ومما يدل على عدم وضوح أصل البراءة قبل مجيء الشريعة الإسلامية هو الانتكاسة التي حدثت في العهد الروماني، خصوصا في مرحلة القضاء الشعبي أين كانت كل من النيابة العامة والمتهم يفتسمان عبء الإثبات ولم يكن للمبدأ أي أثر، وأصبح للقاضي سلطة توجيه الإجراءات وطلب التوضيحات التي يراها مناسبة من المتهم، فتوسعت بذلك سلطاته، وأصبحت الإجراءات تقوم على قرينة الإدانة أساسا التي أصبحت الشكلية فيها السمة الغالبة.

لكن في أواخر العهد الجمهوري وبداية العهد الإمبراطوري بدأ الابتعاد عن الشكلية، وأصبح النظام الاتهامي هو السائد (3)، واستمرت تلك الانتكاسة في القرون الوسطى بسيطرة الكنيسة والإقطاع، هذه القرون التي كانت تسمى بقرون الظلمات في أوروبا، التي انعدم معها أصل البراءة تقريبا، إلى أن جاء ما يسمى بعصر التنوير بظهور العديد من المفكرين والفلاسفة خصوصا في القرن التاسع عشر، من أمثال مونتسكيو، وبيكاريا، وجون لوك، وجون جاك روسو، الذين هندسوا بأفكارهم النهضة الأوروبية الحالية، المبنية على مبادئ الحرية، والعدالة، والمساواة، والقائمة أساسا على احترام أصل البراءة، وفي هذا يقول منتسكو: « عندما لا تضمن براءة المواطنين فلن يكون للحرية وجود » (4)، ولعل من الأسباب البارزة التي فجرت الثورة الفرنسية هو الإقرار وبشكل صريح لأصل البراءة في الدعوى الجزائرية عند صياغة " إعلان حقوق الإنسان والمواطن" في عام 1789 وذلك في المادة 09

(1) ESSAID (M-DJ) : La présomption d'innocence, Paris, Edition La Porte Année, 1969, P 26.

وانظر كذلك: مروان (محمد)، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، ج01، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص 49.

(2) انظر: سلامة (إسماعيل)، الحبس المؤقت " دراسة مقارنة" ط 03. القاهرة، عالم الكتب، 1983، ص 26.

(3) انظر: محدة (محمد)، ضمانات المشتبه فيه من العهد البربري حتى الاستقلال، ج 01، عين مليلة، دار الهدى، ط 01، 1992، ص

(4) DE LA SECONDAT (C-L) (MONTESQUIEU) : De l'esprit des lois, Tome:10, II chapitre, op, cit, P 196 et suivant.

منه: « أن كل إنسان بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي »⁽¹⁾، كما نصت المادة 17 من دستور 1791 على أنه: « لا يجوز اتهام شخص أو القبض عليه إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون: « إن الفرد بريء إلى أن تثبت إدانته بحكم يحوز قوة الشيء المقضي فيه »⁽²⁾.

أما في إيطاليا فقد نادى "بيكاريا" في كتابه " في الجرائم والعقوبات" لسنة 1864 بأنه: « لا يجوز وصف الشخص بأنه مذنب قبل صدور حكم القضاء، وأنه لا يجوز للمجتمع أن يسحب حمايته إياه قبل إتمام محاكمته عن الجريمة المنسوبة إليه »⁽³⁾ ثم جاء بعد ذلك عهد الإعلانات، والمواثيق الدولية ذات الصبغة العالمية، التي أثرت في صياغة معظم دساتير دول العالم، مبرزة الأهمية الكبرى لأصل البراءة كدعامة أساسية في الدعوى الجزائية وهي كمايلي:

الفقرة الأولى

الإعلانات والمواثيق الدولية.

إن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي وافقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1948/12/10، أقر بمبدأ البراءة الأصلية في المادة 11 منه التي نصت على أن: « كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع »⁽⁴⁾، هذا المبدأ الذي دعمته الجمعية العامة للأمم المتحدة بالموافقة سنة 1966 على الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية، التي أشارت إلى ضمانات مختلفة للمتهم قبل محاكمته، ومنها اعتباره بريئاً إلى أن تتقرر مسؤوليته قانوناً حسب المادة 14/ف02.

أما الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام 1950، التي تم التوقيع عليها في 1950/03/04 من جانب الدول الأعضاء في مجلس أوروبا وأصبحت نافذة المفعول ابتداءً من 1953/06/03، فقد احتوت على معظم الضمانات والحقوق التي نص عليها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وهو: « اعتبار المتهم بريئاً حتى تثبت إدانته طبقاً للقانون » حسب المادة 06/ف02 منها، كما ضمنت: « لكل متهم بجريمة ما أن يتعرف على سبب اتهامه في أقرب وقت، وأن يمنح وقتاً

(1) انظر: البديري (أحمد حامد)، الضمانات الدستورية في مرحلة المحاكمة الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، 2002.

ص 145.

(2) انظر: المرصفاوي (حسن صادق)، المرصفاوي في المحقق الجنائي، مرجع سابق، ص 13.

(3) BECCARIA(S): Dés délit et peines : L'introduction de ENCEL (M) et STEFANI (G), op, cit, P 82.

(4) انظر: قادري (عبد العزيز)، حقوق الإنسان في القانون الدولي والعلاقات الدولية، المحتويات والآليات، مرجع سابق، ص 217.

كافيا لإعداد دفاعه بذاته أو بواسطة محام يختاره «⁽¹⁾»، وهو نفس المضمون الذي جاءت به المادة 02ف/08 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان الصادرة في عام 1969 التي نصت على أن: « لكل متهم بجريمة الحق في أن يعتبر بريئا طالما لم تثبت إدانته وفقا للقانون »، كما نصت أيضا المادة 01ف/07 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان الصادر عن منظمة الوحدة الإفريقية عام 1981 على أن: « يبقى الإنسان بريئا حتى تثبت إدانته أمام محكمة مختصة » ، والمادة 07 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان الصادر عن مجلس جامعة الدول العربية عام 1994م التي نصت على أن: « المتهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي صادر عن محكمة مختصة »⁽²⁾.

فبالرغم من هذا الإجماع على اعتبار البراءة الأصلية دعامة أساسية في الدعوى الجزائية، أو هي الروح التي تجعل منها دعوى تتسم بالشرعية، إلا أننا يمكن أن نقدم ملاحظتين هامتين بخصوصها ، فالأولى هي أن كل المواثيق الدولية والإقليمية المشار إليها جعلت من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الأساس الذي يبنى عليه أصل البراءة، رغم عدم إلزاميته بالنسبة للدول الأعضاء في المجتمع الدولي، ورغم الاختلاف الواضح بينها سواء من حيث المرجعيات العقائدية، أو الفكرية، أو القانونية كما هو الحال بالنسبة للدول العربية والإسلامية، دون أن ننسى أحادية الصياغة التي بني عليها هذا الإعلان ، المشار إليها في السابق عند الحديث عن حقوق الدفاع من خلال الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

أما الملاحظة الثانية هي تأثر الدول العربية والإسلامية بالمفهوم الذي جاء به الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لأصل البراءة، مع أن الأساس العقائدي والفكري لها يختلف تمام الاختلاف عن دول العالم الأخرى، خصوصا أصل البراءة، الذي جعله الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عاما وشاملا⁽³⁾ لكل المتهمين دون استثناء، في حين أن الشريعة الإسلامية جعلته خاصا فقط بالحدود والقصاص، أما التعازير فيمكن أن تطبق بالشبهة حفاظا على القيم الأخلاقية للمجتمع الإسلامي، هذا الهدف الذي لم تشر إليه المواثيق والإعلانات العالمية رغم أهميته، وركزت فقط على الجانب الإجرائي لأصل البراءة حماية لحق متهم في الدفاع خلال الدعوى الجزائية من الانتهاك الذي قد تتعرض له من طرف السلطات المتصلة بها.

الفقرة الثانية

⁽¹⁾ انظر: البديري (أحمد حامد)، الضمانات الدستورية في مرحلة المحاكمة الجنائية، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص144.

⁽²⁾ انظر: بشيت خوين (حسن)، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، خلال مرحلة التحقيق القضائي، ج1 ، مرجع سابق، ص 27.

⁽³⁾ انظر: سرور (أحمد فتحي)، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 122 وما بعدها.

دساتير الدول.

كان للصدى الذي تركه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مختلف أرجاء العالم بعد الحرب العالمية الثانية، الأثر البالغ في اتجاه معظم الدول إلى النص صراحة على أصل البراءة الأصلية في دساتيرها الداخلية كي تكون الأساس لكل تجريم، أو إجراء من إجراءات الدعوى الجزائية، ومن الدول التي نصت على هذا المبدأ الدستور الإيطالي في المادة 27 التي تنص: « لا يعد المتهم مذنباً قبل الحكم النهائي عليه » ، ودستور كندا في المادة 11 من الميثاق الكندي للحقوق والحريات التي تنص: « أن كل متهم له الحق في أن يفترض بريئاً طالما لم تعلن إدانته طبقاً للقانون بواسطة محكمة مستقلة ومحيدة، وفي محاكمة علنية وعادلة » .

أما الدساتير العربية فقد أكدت جميعها على هذا المبدأ، ومن بينها مختلف الدساتير الجزائرية، فقد جعله دستور 1963⁽¹⁾ للجمهورية الجزائرية الفتية من بين أهدافه الأساسية في المادة 10 /ف07 منه التي نصت على: « استنكار التعذيب وكل مساس حسي أو معنوي بكيان الإنسان » ، كما نص من خلال المبادئ الأساسية والأهداف عند تحديد الحقوق الأساسية: « عدم الاعتداء على حرمة المسكن وسرية المراسلات » في 14 منه، وعدم تقييد حرية الشخص أو إيقافه إلا بمقتضى قانون حسب نص المادة 15، فنجد أن دستور 1963م لم ينص صراحة على أصل البراءة كمبدأ واضح، وإنما على مظاهره وتجلياته فقط، إلى أن جاء دستور 1976⁽²⁾، ونص عليه صراحة في المادة 46 منه بقولها: « كل فرد يعتبر بريئاً حتى يثبت القضاء إدانته، طبقاً للضمانات التي يفرضها القانون » ، وكذلك دستور 1989⁽³⁾ في المادة 42 منه، والتعديل الدستوري الصادر في 28/11/1996⁽⁴⁾ في المادة 45 منه بصياغة موحدة: « كل شخص يعتبر بريئاً حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته، مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون »، والتي تقابلها المادة 56 من التعديل الدستوري الأخير الصادر في 06/03/2016، التي استبدلت العبارة العامة الواردة في الدساتير السابقة بتعديلاتها، وهي: « ... مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون »، بعبارة أخرى أكثر

(1) انظر: بخصوص دستور 1963م المدخل: www.el-mouradia.dz/arabe/symbole/textes/constitution63.htm : يوم

2013/07/26

(2) انظر: الأمر رقم 97/76 المؤرخ في 22 /11/1976 المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج.ر، ع .94

(3) انظر: المرسوم الرئاسي رقم 18/89 المؤرخ في 28/02/1989 المتضمن تعديل الدستور عبر استفتاء 23/02/1989، ج.ر، ع .09

(4) انظر: المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 07/12/1996 المتضمن تعديل الدستور عبر استفتاء 28 /11/1996، ج.ر، ع .76

خصوصية وتدعيما لحقوق الدفاع، وأكثر توافقا مع ماجاءت به المادة 11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وهي: «...في إطار محاكمة عادلة تؤمن له الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه».

فبالنظر إلى مختلف الدساتير الجزائرية نجد المبدأ مكرسا بصفة واضحة، ومعتمدا بطريقة لا تدع مجالا للشك، أو الجدل، أو التأويل، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد كرس ما جاء في الاتفاقيات والإعلانات العالمية بخصوص هذا المبدأ، الذي أعطاه المشرع التونسي كذلك صبغة دستورية، حيث ورد في الفصل 12 من الدستور: « كل متهم بجريمة يعتبر بريئا إلى أن تثبت إدانته في محاكمة عادلة تكفل له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه ».

أما الدستور المصري فقد نص عليه في المادة 67 منه بقولها: « المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه ». غير أن ما يمكن ملاحظته على مختلف الدساتير العربية، أن منها من لم تنص على المبدأ صراحة، وإنما اعتمدت على تكريس مظاهره فقط، كالحرية الفردية التي تعبر عن أصل البراءة، والتي نص عليها الدستور المغربي في المادة 09، والدستور الأردني في المادة 07 كحرية التجول، وحرية الاستقرار في جميع أرجاء المملكة، وحرية الرأي، وحرية التعبير بجميع أشكاله، وحرية الاجتماع، وحرية تأسيس الجمعيات، وحرية الانخراط في أي منظمة نقابية، وسياسية حسب اختيارهم، فهذه الحقوق لا يمكن أن يوضع لها حد إلا بمقتضى القانون، ومنها أيضا ما لم ينص على أصل البراءة صراحة، ولاعلى مظاهره، وإنما نص على العمل بميثاق الأمم المتحدة، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وميثاق جامعة الدول العربية، وقواعد القانون الدولي المعترف بها بصفة عامة، كالدستور اليمني في المادة 06 منه، الأمر الذي يجعله متوافقا إلى حد بعيد مع مضمون أصل البراءة.

فالمادة 34 من دستور الكويت فرغم نصها على المبدأ وضمان حقوق الدفاع، صرحت بالخطر التام للإيذاء الجسدي والمعنوي للمتهم، وبذلك تكون أكثر وضوحا من مواد الدساتير الأخرى، والتي نصت على أن: « المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع، ويحظر إيذاء المتهم جسمانيا أو معنويا » ، أما المادة 69 من دستور السودان فقد خطت خطوة أكبر في إقرار هذا المبدأ حيث جاء في نصها: « على أنه لا يطلب من المتهم تقديم الدليل على براءة نفسه، وأنه بريء إلى أن تثبت إدانته دونما شك معقول » فهذا النص

يكون قد حدد صراحة أن المتهم بريء، وأن براءته كأصل عام تستلزم عدم مطالبته بتقديم أي دليل، وإلا لما كان هناك معنى لافتراض البراءة⁽¹⁾.

غير أن بعض الدول لم تكن بتكريس أصل البراءة في دساتيرها، وإنما اتبعت ذلك بالنص عليه في قوانينها الداخلية تدعيماً لقوة المبدأ الإلزامية نصاً وتطبيقاً، ومن هذه الدول دولة بلغاريا إذ نصت في المادة 08/ف01 من القانون الصادر في 05/02/1952 والمعدل في سنة 1956 و1961: « على أن المتهم بريء إلى غاية إثبات العكس »⁽²⁾، أما المشرع الفرنسي فقد كرسها بمقتضى المادة 09 من القانون المدني بعد تعديل 16/06/2000، كما عزز هذا المبدأ بقانون يسمى قانون تدعيم أصل البراءة صادر تحت رقم 516/2000⁽³⁾.

فمن القوانين العربية التي اعتمدت هذا المبدأ، القانون السوداني الصادر سنة 1974م تحت رقم 69 والتالي تاريخياً للدستور الصادر سنة 1973 والمتضمن هذا المبدأ، ومما جاء في هذا القانون نص المادة 03 القائل: « يراعى تطبيق هذا القانون أن لكل بريء الحق أن ينال محاكمة عادلة وناجزة، وأن كل متهم بريء إلى أن تثبت إدانته دونما شك معقول ».

الفرع الثاني

مبدأ افتراض البراءة في الشريعة الإسلامية.

تعتبر الشريعة الإسلامية متفردة في صياغتها لأصل البراءة، فقد جعلت منه أصلاً وقاعدة أساسية من قواعد الفقه الإسلامي، فالقواعد في اللغة: جمع قاعدة، وهي الأساس، وقواعد البيت، أسسه، وقواعد الهدج، خشبات أربع معترضات في أسفله، والقعدة: الضجعة، وذو القعدة: شهر كانت

(¹) انظر: المادة 20 من دستور البحرين(ج1ص46)، الفصل 12 تونسي(ج1ص76)، المادة 28 من الدستور السوري (ج1ص159)، المادة 14 من الدستور الفلسطيني (ج1ص232)، المادة 34 من الدستور الكويتي(ج1ص282)، المادة 46 من الدستور اليمني(ج1ص468)، المادة 28 من دستور الإمارات(ج2ص13)، المادة 32 من دستور السودان (ج2ص170) = المادة 22 من الدستور عمان (ج1ص217)، المادة 39 من دستور دولة قطر(ج1ص261)، المادة 67 من الدستور المصري (ج1ص373)، المادة 13 من الدستور الموريتاني (ج1ص437) المادة 43 من دستور الصومال (ج1ص189)، المادة 45 من الدستور الجزائري(ج1ص103) أما الدستور التونسي، الدستور الليبي، دستور موريتانيا، دستور جيبوتي، ودستور جزر القمر، والدستور السعودي فلم تنص على المبدأ، سعد الله (عمر) وبوكرا (إدريس)، موسوعة الدساتير العربية، كاملة بأخر تعديلاتها وإصداراتها، ج 01 الدساتير الموحدة، ج 02 الدساتير الاتحادية، مرجع سابق.

(²) ESSAID (M-DJ): La présomption d'innocence, op, cit, P52.

(³) La Loi n° 2000 du 16-06-2000 Renforçant La présomption d'innocence et les droits des Victimes Voir sur le Site Internet: <http://perso.fr/syntesenet.lyon/loi.perso.htm> le 27/07/2013.

العرب تقعد فيه عن الغزو، والمسيرة، وطلب الكلاً لتحج في ذي الحجة، كما تعرف بأنها أمر كلي ينطبق على جميع جزئياته⁽¹⁾.

أما اصطلاحاً فقد عرفها جمهور الفقهاء بأنها: « الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منه »⁽²⁾، أما الأصل في اللغة: فهو أساس الشيء، وأصل الشيء أسفله وهو ما يقابل الفرع ، ويقال: استأصلت هذه الشجرة، أي تبث أصلها، والأصول: القوانين والقواعد التي يبنى عليها العلم كأصول الدين، وأصول العلوم، وأصل تأصيلاً جعله ذا أصل بين أصله أو أصلته⁽³⁾، أما اصطلاحاً: " فيطلق على عدة معان منها الرجحان، أي الراجح من الأمرين كقولهم: " الأصل في الكلام الحقيقة لا المجاز" و" الأصل براءة الذمة"، ومنها القاعدة المستمرة كقولهم " الأصل بقاء ما كان على ما كان" أي استمرار الحكم السابق، وكذلك القاعدة الكلية، كقولهم: " الأصل في الأشياء الإباحة" أصل من أصول الشريعة الإسلامية⁽⁴⁾، فبالنظر إلى تعريف الأصل نجد أنه أعم من القاعدة على أساس أن القاعدة معنى من معانيه.

غير أنه وبالنظر إلى البراءة ودورها في صيانة الصفة التكريمية التي حبا الله بها الإنسان نجدها تشتمل على معنى القاعدة عند مباشرة الدعوى الجزائية، ومعنى الأصل عند صياغة نصوص القانون الجنائي.

فالبراءة في اللغة: من فعل برأ: والباريء من أسماء الله الحسنى، وهي التباعد من الشيء ومزاييلته، ومن ذلك البرء وهو السلام من السقم، ومن العيب، والمكروه، وبرأ، تبرئة جعله بريئاً من التهمة أو الذنب، والبراء أول ليلة، أو يوم من الشهر، أو آخرها، أو آخره، سمي بذلك لتبرؤ القمر من الشهر، وهي الخروج من الشيء والمفارقة له، والأصل البرء بمعنى القطع، فالبراءة قطع العلاقة، وبرئت من الدين انقطع عني ولم يبق بيننا علاقة، فهي الخلوص من الدين أو التهمة⁽⁵⁾.

(1) انظر: الفيروز آبادي(مجد الدين محمد)، لقاموس المحيط، باب الدال، فصل القاف، مادة القعود، مرجع سابق، ص 403، وانظر كذلك: ابن فارس (أبو الحسين أحمد بن زكاري)، مقاييس اللغة، كتاب القاف، باب القاف والعين، مرجع سابق، ص 783، ص 303، والرازي (محمد بن أبي بكر)، مختار الصحاح، باب القاف، مادة قعد، مرجع سابق، ص 176.

(2) انظر: جمعة (عبد المجيد الجزائري)، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين لإبن القيم الجوزية، مرجع سابق، ص 161.

(3) انظر: الفيروز آبادي(مجد الدين محمد)، القاموس المحيط، باب اللام، فصل الهمزة، مادة الأصل، المرجع السابق، ص 1232، وانظر كذلك: ابن فارس (أبو الحسين أحمد بن زكاري)، كتاب الهمزة، باب الهمزة والصاد وما بعدهما في الثلاثي، المرجع السابق، ص 43، والرازي (محمد بن أبي بكر)، مختار الصحاح، باب الألف، مادة أصل، المرجع السابق، ص 10.

(4) انظر: جمعة (عبد المجيد الجزائري)، نفس المرجع، ص 168.

(5) انظر: الفيروز آبادي(مجد الدين محمد)، باب الهمزة، فصل الباء، مادة برأ، نفس المرجع، ص 46، وانظر كذلك: الرازي (محمد بن أبي بكر)، باب الباء، مادة برأ، نفس المرجع، ص 19.

أما اصطلاحاً: فهو لا يخرج عن المعنى اللغوي، فالبراءة تأخذ معنى الطلاق والمفارقة، وفي المعاملات، والديون، والجنايات " التخلص والتتزه"، والأصل براءة الذمة، أي تخليصها وعدم انشغالها، فالأصل في الإنسان براءته من الحقوق، وبراءة جسده من الحدود، والقصاص، والتعزيرات (1). وتعتبر البراءة الأصلية نوعاً من أنواع الاستصحاب والذي عرفه ابن القيم الجوزية: « بأنه استدامة ما كان ثابتاً، أو نفي ما كان منفياً » (2)، ومن ذلك براءة الذمة من التكاليف حتى يقوم الدليل على التكليف بأمر من الأمور، فإذا لم يقم الدليل على ذلك بقي ما كان على ما كان، وهو أصل كل شيء مباح للإنسان، لأن الأصل في الأشياء الإباحة.

وعلى هذا الأساس فمن حق كل مسلم أن تفترض براءته إلى أن يقوم الدليل الذي يصل إلى حد الجرم واليقين بدحض هذه البراءة، ومن ثم فكل شك يفسر لصالحه، لأنه يقوي جانب البراءة فيه، فالإدانة تقوم على اليقين، أما البراءة فيكفي الشك والاحتمال لثبوتها، فبهذا المعنى نجد أن البراءة أصل تتفرع عنه ثلاث قواعد أساسية تشكل جانب الحماية فيه عند ممارسة الدعوى الجزائية وهي: (اليقين لا يزول بالشك، والبيينة على من المدعي واليمين على المدعى عليه، والأصل في الأشياء الإباحة).

الفقرة الأولى

اليقين لا يزول بالشك.

تعتبر هذه القاعدة أساس أصل البراءة وعمودها الفقري، على أساس أنها الدلالة الفقهية والإجرائية على افتراض هذا الأصل في الإنسان منذ ولادته مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم: « ما من مولود إلا يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه كما تنتج البهيمة بهيمة جمعاء هل تحسون فيها من جدعاء » (3)، لذلك نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد جعلوها أصلاً من أصول الشرع، « فهي تدخل في جميع أبواب الفقه، والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه أو أكثر » (4)، وعليه فإن الإنسان يولد على الفطرة بريئاً من كل الذنوب، هذه

(1) انظر: وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص 51

(2) انظر: جمعة (عبد المجيد الجزائري)، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين لابن القيم الجوزية، المرجع السابق، ص 278

(3) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات هل يصلى عليه؟ وهل يعرض عليه الإسلام؟، رقم الحديث 1358، مرجع سابق، ص 170، وانظر كذلك: مسلم، صحيح مسلم، كتاب القدر، باب معنى كل مولود يولد على الفطرة، وحكم موتى أطفال الكفار وأطفال المسلمين، رقم الحديث 6755، مرجع سابق، ص 1157.

(4) انظر: السيوطي (جلال الدين عبد الرحمن)، الأشباه والنظائر في فروع فقه الشافعية، الرياض، مكتبة نزار مصطفى الباز، 1997، ص

الصفة التي تثبت له في جميع مراحل حياته وتطغى على جميع تصرفاته، إلا إذا ارتكب جرماً يسقط هذه الصفة، وعليه فإن مجرد الشك لا يستطيع أن يزيل الأصل الدائم وهو البراءة، ويستمر على حاله تطبيقاً للقاعدة الفقهية التي تقول: "الأصل بقاء ما كان على ما كان"، ذلك لأن الشك في اصطلاح الفقهاء هو التردد بين النقيضين بلا ترجيح أحدهما على الآخر عند الشاك، والوقوف بين الشك وبين الشك لا يميل القلب لأحدهما⁽¹⁾، ومن ثم فإن اليقين ضد الشك، لأن اليقين يحتمل الجزم، والشك يحتمل الوهم مصداقاً لقوله تعالى: ﴿ وَمَا يَتَّبِعْ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا... ﴾⁽²⁾.

ومعنى هذا أن ما ثبت بيقين لا يرتفع بالشك، وما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين مثله⁽³⁾، ونجد أصل هذه القاعدة في قوله صلى الله عليه وسلم: « إذا شك أحدكم في صلاته، فلم يدركم صلى: ثلاثاً، أم أربعاً؟ فليطرح الشك وليبن على ما استيقن، ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم. فإن كان صلى خمسا، شفعن له صلاته، وإن كان صلى إتماماً لأربع، كانتا ترغيماً للشيطان »⁽⁴⁾، ومن ثم فإن اليقين مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية على أساس أنه قاعدة من القواعد المتفرعة عن "الأصل براءة الذمة"، لذلك فإن انتهاكها بدون وجه حق يورث الإثم والبهتان في قوله تعالى: ﴿ وَمَنْ يَكْسِبْ خَطِيئَةً أَوْ إِثْمًا ثُمَّ يَرْمِ بِهِ بَرِيئًا فَقَدِ احْتَمَلَ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴾⁽⁵⁾.

فمجرد التهمة في نطاق الدعوى الجزائية لا يؤدي بالضرورة إلى زوال أصل البراءة على الشخص، فالشبهة لا تنسف البراءة، على أساس " قاعدة العقوبات تدرأ بالشبهات "⁽⁶⁾ في قوله صلى الله عليه وسلم: « ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير له من أن يخطئ في العقوبة »⁽⁷⁾، فالشبهة تبقى وسيلة لتحريك الدعوى العمومية ومباشرتها فقط، ولا تمس حقوق الشخص مهما كان، فبمجرد وجود شبهة أو عذر سواء أكان قولاً، أو فعلاً، أو وجود دليل على عدم قيام أركان حد من الحدود، أو قصاص في حق المتهم عطلت العقوبة⁽⁸⁾، وتكون مهمة القاضي ليس التطبيق التلقائي للحد أو

(1) انظر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ج 45، المرجع السابق، ص 288.

(2) انظر: سورة يونس الآية 36.

(3) انظر: السيوطي (جلال الدين عبد الرحمن)، الأشباه والنظائر في فروع فقه الشافعية، المرجع السابق، ص 86.

(4) انظر: مسلم، صحيح مسلم، كتاب الصلاة، باب السهو في الصلاة والسجود له، رقم الحديث 1265، المرجع السابق، ص 229.

(5) انظر: سورة النساء الآية 112.

(6) انظر: جمعة (عبد المجيد الجزائري)، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين لابن القيم الجوزية، المرجع السابق، ص 452.

(7) انظر: الترمذي، سنن الترمذي، أبواب الحدود عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ما جاء في درء الحدود، رقم الحديث 1485، مرجع سابق، ص 623.

(8) الشبهة: " هي الحال التي يكون عليها المرتكب أو تكون بموضوع الارتكاب، ويكون معها المرتكب معذوراً في ارتكابها أو يعد معذوراً عذراً يسقط الحد، أو يستبدل بعقاب دونه على حسب ما يرى الحاكم " أبو زهرة (محمد)، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (العقوبة)، مرجع سابق، ص 179.

القصاص، وإن كان ذلك مفروضاً عليه في حالة اكتمال كافة عناصر الإثبات في حد الخمر وحد الزنا مثلاً، وإنما الميل نحو إبقاء الأصل العام في المتهم وهو البراءة، وذلك بإجازة الخطأ القضائي لمصلحة المتهم، الذي لا يمكن أن يكون مبرراً إذا كان هذا الأخير بريئاً وتعرض للإدانة.

فقاعدة اليقين لا يزول بالشك، تفرض على من يريد أن يدحض هذه القاعدة، أن يلتزم بقاعدة البينة على من ادعى، التي تفترض الدليل الجازم على وقوع ارتكاب المكلف للجريمة الموجبة للحد أو القصاص فقط، أما التعزير فيمكن أن يقام مع وجود الشبهة عند جمهور الفقهاء « الشبهة لا تسقط التعزير »⁽¹⁾، على أساس أن جرائم الحدود والقصاص محددة بصريح النص تجريماً وعقوبة، أما جرائم التعازير، أو المعاصي، وكما عبر عنها الإمام ابن تيمية فهي متشعبة بقول: «... وأما المعاصي التي ليس فيها حد مقدر ولا كفارة كالذي يقبل الصبي والمرأة الأجنبية، أو يباشر بلا جماع، أو يأكل ما لا يحل كالدم والميتة، أو يقذف الناس بغير الزنا، أو يسرق من غير حرز، أو شيئاً يسيراً، أو يخون أمانته كولاية أموال بيت المال، أو الوقوف، ومال اليتيم ونحو ذلك، إذا خانوا فيها، وكالوكلاء والشركاء إذا خانوا، أو من يغش في معاملته، كالذين يغشون في الأطعمة والثياب ونحو ذلك، أو يطفف الميزان والمكيال، أو يشهد بالزور، أو يلقن شهادة الزور، أو يرتشي في حكمه، أو يحكم بغير ما أنزل الله، أو يعتدي على رعيته، أو يتعزى بعزاء الجاهلية، أو يلبى داعي الجاهلية، إلى غير ذلك من أنواع المحرمات فهؤلاء يعاقبون تعزيراً، وتكليلاً، وتأديباً »⁽²⁾.

والتعزير منه ما يكون بالتوبيخ، وبالزجر، والكلام، ومنه ما يكون بالحبس، ومنه ما يكون بالنفي من الوطن، ومنه ما يكون بالضرب⁽³⁾، فهذه الجرائم لم تحدد لها الشريعة الإسلامية حداً معيناً، وإنما تركت إلى اجتهاد ولي الأمر ضمن المحافظة على مقاصد الشريعة الإسلامية، والتي تجد أساسها في الآية الكريمة في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾⁽⁴⁾، لأنها معاص وإن نص على حرمتها، إلا أنها غير محددة العقوبة نوعاً ومقداراً، فالتحريم يكون صراحة كما في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾⁽⁵⁾، كما يمكن أن يكون

(1) انظر: السيوطي (جلال الدين عبد الرحمن)، الأشباه والنظائر في فروع فقه الشافعية، المرجع السابق، ص 136.

(2) انظر: ابن عثيمين (محمد بن صالح)، شرح السياسة الشرعية لشيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية، القاهرة، دار

الجوزي 2012، ص 189.

(3) انظر: ابن قيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص 225، وانظر كذلك: عبد القادر عودة، التشريع

الجنايي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج1، ص 01، مرجع سابق، ص 128.

(4) انظر: سورة النساء الآيتين 59.

(5) انظر: سورة البقرة الآية 173.

مستتباً كما في تحريم التزوير من خلال الآية الكريمة التي تحدد ضوابط الكتابة الصحيحة في قوله تعالى: ﴿... وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا...﴾ (1).

إن العلة من تحديد اليقين في الشريعة الإسلامية بالحدود والقصاص فقط دون التعزير، هو أن جرائم الحدود والقصاص تنتهك المصالح المعتمدة شرعا المتعلقة بكيان الدولة والمجتمع الإسلاميين، وهي حقوق الله، ومن ثم وجب حمايتها بالعقوبة المقدرّة بوضوح التجريم من جهة، والاقتصاد في إقامتها عند وجود شبهة قائمة على خصوصية الواقعة الإجرامية وظروفها من جهة ثانية، وهذا يعني أن تطبيق عقوبات الحدود والقصاص لا بد وأن يبني على اليقين الكامل في ارتكاب المتهم للفعل المحرم شرعا، الذي يفترض الدليل الجازم، الملغى للأصل العام وهو براءة الذمة، وكأنّ التجريم في إطار الحدود والقصاص له وظيفة الحماية، أما التعزير فمرتبط بتقدير ولي الأمر للمعصية التي لا حد فيها، ولا قصاص المتمثلة في إثبات ما حرّمته الشريعة من محرمات، وترك ما أوجبه من واجبات، بحيث يصح لولي الأمر أن يضعها في مراتب ويقسمها أقساما، ويضع أمام كل قسم عقوبة رادعة، لها حد أدنى وحد أعلى، ويكون للقاضي تقدير حال كل مجرم (2).

فالتعزير بالإضافة إلى وظيفة الحماية لمقاصد الشريعة الإسلامية كما في الحدود والقصاص، فإن له وظيفة تنظيمية نستنتجها من الوصف الذي قدمه ابن تيمية للمعاصي الموجبة للتعزير، هذه الصفة التي تعطي للإمام في إطار نصوص التجريم المحددة صراحة تقدير العقوبة على المخالف في صورة تأديب دون حد، يأخذ صفة الإصلاح والزجر، والذي يختلف باختلاف المعصية وأحوال الناس ومراتبهم (3)، لذلك يمكن للإمام أن يقضي بناءً على الشبهة خصوصا عند وجودها في حق المتهم بالفجور، وفي هذا تحقيق للمصلحة العامة " فلا معنى لتقديره مع حصول المقصود بدونه فيكون مفوضا إلى رأي القاضي، يقيمه بقدر ما يرى المصلحة فيه" (4) وفي ذلك وقاية المجتمع

(1) انظر: سورة البقرة الآية 282.

(2) انظر: أبو زهرة (محمد)، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، مرجع سابق، ص 95.

(3) انظر: ابن الهمام (كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف)، شرح فتح القدير، تحقيق عبد الرزاق غالب المهدي، ج 05، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003، ص 329، وانظر كذلك: والكاساني (علاء الدين أبو بكر بن مسعود)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق وتعليق، وعض (علي محمد)، أحمد عبد الموجود (عادل)، ج 09، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003، ص 271 .

(4) انظر: ابن الهمام (كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف)، ج 05، نفس المرجع، ص 336، وانظر كذلك: وعودة (عبد القادر)،

التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 01، مرجع سابق، ص 65.

الإسلامي من الفساد بدفع أفراده للابتعاد عن مواطن الشبهات في قوله تعالى: « وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَةَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا » (1).

الفقرة الثانية

البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه.

هذه القاعدة تجد أساسها في قوله صلى الله عليه وسلم: « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » (2)، لأنه يدعي خلاف الظاهر والأصل، ومن ثم يقع عليه عبء إثبات ما يخالف ذلك، لأن جانبه ضعيف يقويه بالبينة، وجانب المدعى عليه قوي، لأنه يستند إلى الأصل هو براءة الذمة، وانعدام ما ادعى به عليه بدون حجة (3)، وعلى ذلك فمن حق كل متهم في الشريعة الإسلامية أن تفترض براءته إلى أن يقدم الدليل الذي يصل إلى حد الجزم واليقين، بدحض هذه البراءة بناءً على حكم بذلك، ومن ثم فكل شك يفسر لصالحه، لأنه يقوي جانب البراءة فيه، فالإدانة تقوم على اليقين، أما البراءة فيكفي لثبوتها الشك والاحتمال، ويكون للبينة بالنظر إلى اليقين الثابت بموجب أصل البراءة الدور الأساسي والكاشف على حقيقة نسبة الجريمة للمتهم من عدمه.

فهي تمثل أساس القضاء وآليته الفعالة عند إصدار الحكم، وذلك بموجب قضاء الرسول صلى الله عليه وسلم في قضية الحضرمي والكندي، عندما سأل الرسول صلى الله عليه وسلم الحضرمي الذي ادعى أن الكندي قد سلب منه أرض أبيه فقال النبي للحضرمي: « ألك بينة »

(1) انظر: سورة الإسراء الآية: 32.

(2) انظر: مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعي، رقم الحديث 4470، مرجع سابق، ص 759، وانظر كذلك: البخاري، صحيح البخاري، كتاب تفسير القرآن، باب " إن الذين يشتركون بعهد الله ثمنا قليلا أولئك لا خلاق لهم " سورة آل عمران الآية 77، رقم الحديث 4552، مرجع سابق، ص 563.

(3) انظر: جمعة (عبد المجيد الجزائري)، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين لابن القيم الجوزية، مرجع سابق، ص 611.

قال: لا، قال: « **فأفك يمينه** »⁽¹⁾، كذلك ما رواه الإمام مالك بن أنس، عن أستاذه الإمام ربيعة بن أبي عبد الرحمن المكنى " بريعة الرأي " أن: « عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: أن رجلا خرج بجارية لامرأته معه في سفر، فأصابها فغارت امرأته فنكرت ذلك لعمر بن الخطاب، فسأله عن ذلك فقال: وهبتها لي، فقال عمر: لتأتيني بالبينة، أو لأرمينك بالحجارة. قال: فاعترفت امرأته أنها وهبتها له »⁽²⁾.

فقاعدة البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه لا تتعلق بالإثبات والكشف عن الجريمة فحسب، وإنما الهدف منها هو سلامة الإثبات الذي يكون مبنياً على يقين الإدانة الذي يدحض يقين البراءة، لأنه في الحالة العكسية فإنه يترتب عليه تطبيق على المدعي حد القذف الذي هو عقوبة مقدرة لا اجتهاد للقاضي فيها، كما جاء في حادثة هلال بن أمية عندما قذف زوجته بالزنا مع شريك بن سمحاء فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: « البينة أوحده في ظهرك » فقال هلال: والذي بعثك بالحق إني لصادق فليزلن الله ما يبئري ظهري من الحد فنزل جبريل وأنزل عليه: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ * وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ *﴾⁽³⁾.

فانصرف النبي صلى الله عليه وسلم فأرسل إليها فجاء هلال فشهدا والنبي صلى الله عليه وسلم يقول: « إن الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل منكما تائب » ثم قامت فشهدت فلما كانت عند الخامسة وقفوها وقالوا : إنها موجبة قال بن عباس: فتلكأت ونكصت حتى ظننا أنها ترجع ثم قالت: لا أفضح قومي سائر اليوم فمضت فقال النبي صلى الله عليه وسلم: « أبصروها فأن جاءت به أكحل العينين سابع الألبتين خدلج الساقين فهو لشريك بن سمحاء » ، فجاءت به كذلك فقال النبي صلى الله عليه وسلم: « لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن »⁽⁴⁾، وفي هذا حماية لأعراض الناس وضماناً لتماسك المجتمع الإسلامي من خطورة البينة المؤدية للاتهام مصداقاً لقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا

(1) انظر: مسلم، كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة في النار، رقم الحديث 358، نفس المرجع، ص 72، وانظر كذلك: الترمذي، سنن الترمذي، أبواب الأحكام عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ما جاء أن البينة على المدعي

واليمين على المدعى عليه ، رقم الحديث 1389، مرجع سابق، 598.

(2) انظر: مالك (أبو عبد الله بن أنس)، الموطأ، رواية المصمودي (يحي بن يحي) ، تحقيق وتخريج، زهوة (أحمد إبراهيم) ، كتاب الحدود، باب ما لا حد فيه، رقم الحديث 1097، بيروت، دار الكتاب العربي، 2008، ص356.

(3) انظر: سورة النور الآية 6، 7.

(4) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب تفسير القرآن، باب " ويدروا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين " سورة النور: 08، رقم الحديث 4747، المرجع السابق، ص 598.

لَهُمْ شَهَادَةٌ أَبَدًا وَأَوْلَيْكَ هُمْ الْفَاسِقُونَ ﴿١﴾، كما يتولد بموجب إلزام المدعي بإحضار البينة على وقوع الجريمة من المتهم الحق بالدفاع، فيكون له إنكار التهمة ينفيها باليمين في قوله تعالى: ﴿ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعٌ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴾ (٢).

فمن خلال حادثة هلال بن أمية مع زوجته، والتي جاءت باللعان في الشريعة الإسلامية كطريق لفك الرابطة الزوجية وإنكار النسب، نجد أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد حدد وبدقة كيفية حماية أصل البراءة وذلك بالاشتراط المطلق للبينة على المدعي الذي يقع عليه إثبات الاتهام، والذي يقابله تطبيق الحد عليه في حالة فشله في ذلك، لقوله صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية: « البينة أوحده في ظهرك »، بمعنى أن البينة ركن من أركان الاتهام فإذا انتفى الركن كان الشيء عدماً، لأنه يدخل في ماهيته ووجوده، بالإضافة إلى اعتماد التسلسل المنطقي في الحصول على الدليل الخاص بالتأكد من صدق إدعاءات المدعي من عدمها، وذلك افتراض بقاء ما كان على ما كان بدون بينة، بمعنى ثبات أصل البراءة على حاله عند افتقاد المدعي للبينة، وفي هذا حماية للمتهم من مخاطر الاتهام، بحيث نبه الرسول صلى الله عليه وسلم هلال بن أمية إلى مخاطر اتهامه لزوجته بخضوعه للحد في حالة عدم التثبت من واقعة زناها مع شريك بن سمحاء، دون تكليف الزوجة المتهمة بأي دليل تبرئ به نفسها من التهمة، ومن ثم يقع عبء الإثبات على المدعي بشكل كلي دون الالتفات للمتهم.

الشروع في التحقيق من نسبة الجريمة إلى المتهم من عدمها، بالبحث عن أدلة نفي التهمة عنه قبل أدلة الإدانة، عندما رفض الرسول صلى الله عليه وسلم إدعاء هلال بن أمية من دون بينة ابتداءً، وذلك بالاعتماد على الشهادة كدليل في الدعوى الجزائية عن طريق يمين اللعان في حالة انعدام أي دليل، بغض النظر عن صدق المتهم من عدمه، وفي هذا تدعيم لحقوق الدفاع، فإن المدعي يقدم ادعاءاته كاملة في قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحْدِهِمْ أَرْبَعٌ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ * وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ * ﴾ (٣)، والتي لا يمكن البناء عليها إلا إذا أدلى المتهم بأقواله في التهمة، وقدم شهادته فيها في قوله تعالى: ﴿ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعٌ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ * وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ * ﴾ (٤).

(١) انظر: سورة النور الآية 04.

(٢) انظر: سورة النور الآية 08.

(٣) انظر: سورة النور الآية 6، 7.

(٤) انظر: سورة النور الآية 8، 9.

بمعنى أن الكلمة الأخيرة تكون للمتهم في الدعوى الجزائية وفقا للترتيب الذي جاءت به آيات اللعان، وما حدث في مجلس القضاء بين يدي الرسول صلى الله عليه وسلم، فقد شهد المدعي وهو هلال بن أمية، ثم شهدت زوجته المتهمه بالزنا، وهذا دليل على أن أصل البراءة لا يزول بمجرد الشك والاحتمال، الشيء يحدد الفرق بين أصل البراءة وقرينة التثبيت التي تعتبر وسيلة من وسائل التحقيق في الجرائم، على أساس أن أصل البراءة، وحتى تحل محلها قرينة الإدانة، لا بد وأن تكون هذه الأخيرة تحتوي على دليل قاطع يمثل عنوان الحقيقة، والذي يأخذ المعنى العام للبيئة، التي تتشكل في الشريعة الإسلامية من إحدى الوسائل التالية: " الشهادة التي تعتبر الوسيلة الأكثر استعمالا في الإثبات في الشريعة الإسلامية، واليمين، والإقرار، والقرائن والقسامة عند جمهور الفقهاء، والكتابة، والخبرة المعاينة، وقضاء القاضي بعلمه عند الظاهرية" (1).

فحتى يزول أصل البراءة في الدعوى الجزائية لا بد وأن تكون الوسيلة المحددة للدليل متخذة لإحدى هذه الصور مجتمعة أو متفرقة، ومن ثم فإنه وبالنظر إلى مجريات حادثه هلال بن أمية بين يدي الرسول الله صلى الله عليه وسلم، أنه افترض براءة زوجة هلال بن أمية من دون بينة، ولكن بعدما حدد النص القرآني طريقة الإثبات بأداء اليمين من طرف المدعي، والمتهمة لإثبات التهمة أونفيها، ظهرت بعدها الحاجة إلى قرينة التثبيت التي أصلها الرسول صلى الله عليه وسلم في قوله: « أبصروها فأن جاءت به أكحل العينين سابغ الأليتين خدلج الساقين فهو لشريك بن سمحاء .»

وهذا ما يدل على أن هناك فرقا بين البراءة الأصلية، وقرينة التثبيت المعروفة بمصطلح القرائن، ومن ثم لا يمكن أن نطلق لفظ القرينة على أصل البراءة، وإن كانت هذه الأخيرة موضع تحقيق من بقائها أو زوالها بموجب الاتهام، لأن القرينة هي استنتاج الواقعة المطلوب إثباتها من واقعة أخرى قام عليها دليل إثبات (2)، وهذا ما يجعل أصل البراءة يختلف عن القرينة لأنها معلومة وثابتة بدون حاجة إلى أي دليل يدعمها، فهي قائمة بذاتها طبقا للاعتبارات السابق تقديمها، وبالتالي فإن وصف القرينة يصدق أكثر فأكثر على قرينة الإدانة التي من الممكن إن نستخلصها وقائع الجريمة.

الفقرة الثالثة

الأصل في الأشياء الإباحة.

(1) انظر: الزحيلي (وهبة)، الفقه الإسلامي وأدلته، ج06، مرجع سابق، ص 385، 777.

(2) انظر: حسني (محمود نجيب)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 487.

تعتبر قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة الوجه الآخر المرادف لقاعدة اليقين لا يزول إلا بيقين مثله، المشكلتين للقاعدة الكلية " الأصل براءة الذمة " ، فإذا كانت قاعدة اليقين لا يزول إلا بيقين مثله تعبر عن ثبوت ورسوخ قاعدة " الأصل براءة الذمة " ، فإن قاعدة " الأصل في الأشياء الإباحة " تعبر عن القيمة الحقيقية للحرية كمظهر أساسي من مظاهر تمتع الإنسان بحياته الخاصة، وبكل ما أحل الله له ضمن حدود الشريعة الإسلامية، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ قُلْ هِيَ لِلَّذِينَ آمَنُوا فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا خَالِصَةً يَوْمَ الْقِيَامَةِ كَذَلِكَ نُفَصِّلُ الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ﴾ (1).

هذا الإنكار من الله سبحانه وتعالى على الذين يحرمون زينته في الأرض دليل على أن الأصل في الأشياء الإباحة، ولكن في الإطار والمجال الذي رسمهما مصداقا لما في قوله: ﴿... تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ (2)، فهذه الآية توجه الخطاب إلى كل مكلف سواء كان إنسانا عاديا، أو كان حاكما، أو مسئولا أو محققا، أو قاضيا، بمعنى عموم الخطاب يحدد عموم التكليف، فكما لا يجوز للشخص العادي الاعتداء على حدود الله بارتكاب الجرائم، فإنه لا يجوز للمحقق أو القاضي الاعتداء على حرية الشخص عند التحقيق معه، أو مقاضاته، بمجرد الاتهام، إلا للضرورة التي تزول مع زوال العلة، فما أبيض للضرورة يقدر بقدرها الذي تندفع به الضرورة فحسب (3)، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيرًا لَيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ ﴾ (4). لأن الشريعة الإسلامية ربطت ممارسة الحقوق بمقاصدها في وقوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾ (5)، فالمقصود من هذه الآية مراعاة التوسط والعدل بين طرفي الإفراط والتفريط في كل شيء (6)، ومنها كذلك قوله صلى الله عليه وسلم: « لا ضرر ولا ضرار » (7).

فبناءً على قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة، نجد أن الشريعة الإسلامية وحفاظا على حرية الشخص ودوره في المجتمع، منعت التحريم المبني على العقل دون الاستناد إلى النقل، والذي

(1) انظر: سورة الأعراف الآية 32.

(2) انظر: سورة البقرة الآية 229.

(3) انظر: جمعة (عبد المجيد الجزائري)، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين لإبن القيم الجوزية، مرجع سابق، ص313.

(4) انظر: سورة الأنعام الآية 119.

(5) انظر: سورة النحل الآية 90.

(6) انظر: البوطي(محمد سعيد رمضان)، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 75.

(7) انظر: ابن ماجة، سنن بن ماجة، أبواب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم الحديث 2314، مرجع سابق، ص414.

يتجلى في قوله تعالى: ﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ ﴾ ، لأن أساس التحريم هو النقل فقط، المتمثل في النص الشرعي سواء أكان قرآنا أو سنة، بمعنى أن أي شخص مهما كانت رتبته في المجتمع الإسلامي لا يمكن أن يكون مؤسسا لقاعدة تحريم لم ترد في القرآن والسنة، ومن ثم نجد أن قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة تكفل حماية الحرية الشخصية، والحياة الخاصة التي تكون مشمولة بهذه القاعدة وفقا للصياغة التي جاء بها ابن جزم: « الأشياء على الإباحة حتى يرد الشرع بالمنع».

وعلى هذا الأساس فقد أعطت الشريعة الإسلامية أهمية كبيرة لحياة الشخص، واحترام خصوصياته، فمن حقه الاستمتاع بحياته الخاصة وممتلكاته، ولكن دون إلحاق الضرر بالآخرين، هذه الحرمة كفلت لها الشريعة الإسلامية عدة ضوابط أهمها "عدم التجسس والاستئذان"، هذا الأخير الذي تتجلى أهميته من خلال النهي الذي جاءت به الشريعة الإسلامية عن دخول المساكن دون إذن أصحابها في قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾ (1)، ومن ثم فإن أي دخول إلى مساكن الآخرين دون إذن من أصحابها يعتبر انتهاكا لحرمة ذلك المسكن، ومساسا بمستودع سر صاحبه، واعتداءً على ملكيته، وهذا الإذن لا يقتصر على المساكن العامرة فقط، وإنما يشمل المساكن التي لا يوجد فيها أحد في قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ وَإِنْ قِيلَ لَكُمْ ارْجِعُوا فَارْجِعُوا هُوَ أَزْكَى لَكُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴾ (2)، غير أن هذا الحق لا يمكن أخذه على إطلاقه فقد أجاز الفقهاء الدخول إلى المساكن دون إذن في حالات الضرورة كالحريق، والغرق، والزلازل، والاستغاثة من الداخل، أو إذن ولي الأمر، أو من يقوم مقامه (3).

أما عدم التجسس فقد حرّمته الشريعة الإسلامية منعا للإطلاع على أسرار الناس، لما في ذلك من انتهاك لحرمتهم الخاصة في قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ ﴾ (4)، وقوله صلى الله عليه وسلم: « إياكم و الظن فإن الظن أكذب وأكذب الحديث، ولا تحسسوا، ولا تجسسوا، ولا تحاسدوا، ولا تدابروا ، ولا تباغضوا وكونوا عباد الله إخوانا » (5)، فبناءً على النهي الذي جاءت به الآية الكريمة، الذي أكد عليه

(1) انظر: سورة النور الآية 27.

(2) انظر: سورة النور الآية 28.

(3) انظر: عوض (محمد عوض)، المبادئ العامة قانون الإجراءات الجنائية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1989، ص 08.

(4) انظر: سورة الحجرات الآية 12.

(5) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب ما نهى عنه التحاسد والتدابير، رقم الحديث 6064، مرجع سابق، ص 753.

الرسول صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق، فإن إباحة التجسس أو التصنت، لا يكون له أي استثناء لضرورة أو مصلحة، إذا لم يتم في الأطر الشرعية.

وخير مثال على ذلك الحادثة المشهورة التي حدثت مع سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه، عندما تسلق سور منزل رجل كانت معه امرأة ومعهما زق خمر « فقد روي عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أنه كان يمر ليلا في المدينة فسمع صوتا وصخبا في بيت، فارتاب في أن صاحبه يرتكب جرما، فتسلق سور المنزل، فرأى رجلا وامرأة ومعهما زق من خمر، فقال له عمر: يا عدو الله أظننت أن الله يسترك وأنت على معصية، وأراد أن يقيم عليه الحد، فقال له الرجل لا تعجل يا أمير المؤمنين، إن كنت عصيت الله مرة فقد عصيت ثلاثاً، قال تعالى: ﴿...وَلَا تَجَسَّسُوا...﴾ ، وأنت تجسست، وقال: ﴿...وَأْتُوا الْبُيُوتَ مِنْ أَبْوَابِهَا...﴾ وأنت تسورت، وصعدت الجدار، ونزلت منه، وقال تعالى ﴿... لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا...﴾ ، وأنت لم تسلم، فتأثر أمير المؤمنين وقال للرجل: هل عندك خير إن عفوت عنك، قال: نعم، فقال له: اذهب فقد عفوت عنك « (1).

فمن خلال هذه الحادثة نستنتج أن الحد لا يتعطل بالشبهة فقط في جانب المتهم، لعدم اكتمال الدليل المؤكد للجريمة، وإنما يتعطل كذلك إذا كان عمل المحقق أو القاضي، غير سليم من الناحية الإجرائية أو لم يتبع القواعد التي نص عليها الشرع لاحترام الحرية والحياة الخاصة، خصوصا الاستئذان وعدم التجسس، هذه القواعد التي أكد عليها الرسول صلى الله عليه وسلم في قوله: « لو أن امرأ اطلع عليك بغير إذن فحدفته بحصاة ففقت عينه لم يكن عليك جناح » (2)، فمن هذا المنطلق نجد أن الشريعة الإسلامية تقدم الستر عند ارتكاب المعاصي، على ضرورة التنقيب عليها ما لم تظهر وتتجل في الواقع، محافظة على أعراض الناس وإعطاء فرصة للمذنب حتى يراجع نفسه ويقلع عن تلك المعصية في قوله صلى الله عليه وسلم: « كل أمتي معافي إلا المجاهرين، وإن من المجاهرة أن يعمل الرجل بالليل عملا ثم يصبح وقد ستره الله عليه فيقول: يا فلان عملت البارحة كذا وكذا وقد بات يستره ربه ويصبح يكشف ستر الله عنه » (3).

الفرع الثالث

(1) انظر: الغزالي (أبو حامد محمد بن محمد)، إحياء علوم الدين، ج 09، بيروت، دار بن جزم، 2005، ص 802.

(2) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الديات، باب من اطلع في بيت قوم ففقوا عينه فلا دية له، رقم الحديث 6902، المرجع السابق، ص 842.

(3) انظر: البخاري، كتاب الألب، باب ستر المؤمن على نفسه، رقم الحديث 6069، نفس المرجع، ص 753.

القواعد المنبثقة عن أصل البراءة.

إن القواعد المنبثقة عن أصل البراءة والمتمثلة في " الشك يفسر لصالح المتهم، وعدم تحميل المتهم عبء الإثبات، وحماية الحرية الشخصية " في القانون الوضعي، تتطابق لحد بعيد مع القواعد المنبثقة عن أصل البراءة الذي جاءت به الشريعة الإسلامية، فقاعدة الشك يفسر لصالح المتهم تتطابق مع قاعدة اليقين لا يزول إلا بقين مثله، وقاعدة عدم تحميل المتهم عبء الإثبات تتطابق مع قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، أما قاعدة حماية الحرية الشخصية فتتطابق مع قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة، هذا التطابق يدل دلالة واضحة على أن دعامة أصل البراءة لا تحتاج إلى إثبات، وإنما يحتاج إلى افتراض في جانب المتهم ضمانا لحقوقه، من طرف سلطات البحث والتحري، والتحقيق، والحكم تحت طائلة الإلزام لا الاختيار.

فقاعدة الشك يفسر لصالح المتهم تقتضي في القانون الوضعي كما في الشريعة الإسلامية، أن كل شك في إثبات الجريمة يجب أن يفسر لمصلحة المتهم، فهذا الشك يعني إسقاط أدلة الإدانة والعودة إلى الأصل العام وهو البراءة، وهي نتيجة طبيعية لمعيار الجزم واليقين كأساس للحكم بالإدانة لا مجرد الظن والاحتمال⁽¹⁾، فالشبهات التي تحوم حول شخص معين، والتي تستهدف الدعوى الجزائية إما تبديدها، أو تحويلها إلى يقين هي التي تتحكم في قرار القاضي بالإدانة أو بالبراءة، فإذا عجزت النيابة العامة على إقامة الدليل على نسبة الجريمة للمتهم، فإن القاضي الجزائي ملزم بإصدار حكمه بالبراءة، ذلك أن الشك في ثبوت التهمة ونسبتها للمتهم تعتبر دليلا إيجابيا على براءته، غير أن الشك الذي يلزم القاضي هو الشك في " الوقائع" التي تأسست عليها المسؤولية الجنائية، أما الشك المتعلق بمسألة قانونية فلا أثر له سواء بالنسبة للقاضي، أو المتهم فلا يقبل من أحد الاعتذار بجهل القانون⁽²⁾.

أما قاعدة عدم تحميل المتهم عبء الإثبات فتتحدد من خلال إلقاء البينة على المدعي، الذي أسس ادعائه على خلاف الظاهر، قصد إظهار الخفي المحظور وكشف المستور، المخالف للأصل الذي يكون عليه المتهم، لأن عدم تكليف هذا الأخير بإثبات براءته سواء أمام جهة التحقيق أو الحكم، مؤيد ومدعوم بالأصل الظاهر الذي يكون عليه ولا يزال مادام لم يثبت عكسه بحكم يقيني يكون عنوانا للحقيقة⁽³⁾، فالنيابة العامة وهي تقوم بدورها في الدعوى الجزائية عليها أن تثبت قيام سائر الأركان المكونة للجريمة، وغياب جميع العناصر التي تؤدي إلى انعدام مسؤولية المتهم عنها، أما المتهم فليس

(1) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 231.

(2) انظر: زكي أبو عامر (محمد)، الإثبات في مواد الجنائية، مرجع سابق، ص 171.

(3) انظر: مالكي (محمد الأخضر)، قرينة البراءة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 1991، ص 184 وما بعدها.

فقط معفيا من تقديم دليل براءته، بل أن له انطلاقا من براءته المفترضة " الحق في عدم الإقرار بذنبه
" Le Droit du mensonge الكذب في الحق و " Le droit de ne pas s'accuser ، بل و
و"الحق في الصمت (1). Le Droit au silence .

لأن القاعدتين السابقتين وحتى يتحقق الهدف من إقرارهما، لا بد وأن يكونا قد تمتا تحت
غطاء الحماية المكفولة للحرية الشخصية في ظل مبدأ الشرعية الدستورية، الذي يجب أن يحدث
التوازن بين الهدف الأول للإجراءات الجنائية وهو فاعلية العدالة الجنائية، والهدف الثاني المتمثل في
ضمان الحرية الشخصية، وحقوق الإنسان المتعلقة بها (2)، غير أن الحماية الاجتماعية بشقيها
الشخصي والاجتماعي مع الحالة الواقعية، أو الموضوعية للجريمة المرتكبة تتطلب المساس ولو جزئيا
بحريات الأفراد، ومصالحهم مما يجعل التوفيق بين الأمرين دون إفراط أو تفريط لأي منهما على
حساب الآخر أمرا ضروريا (3)، فتبقى إجراءات الدعوى الجنائية رغم أهميتها في البحث والتحقيق مع
المتهمين ذات طابع استثنائي، لا يمس بالحرية الشخصية إلا بالقدر الضروري واللازم للإجراء.

وحتى يكون أصل البراءة ماثلا في كافة إجراءات الدعوى الجنائية، لا بد أن يتميز بشموليته
لكل المتهمين وكافة الجرائم، فأصل البراءة إذن يعني افتراض براءة كل فرد، مهما كان وزن الأدلة
وقوة الشكوك التي تحوم أو تحيط به، فهو بريء وهكذا ينبغي أن يعامل، وهكذا ينبغي أن يصنف،
طالما أن مسؤوليته لم تثبت بمقتضى حكم صحيح Régulier، ونهائي définitive صادر عن
القضاء المختص (4)، فالحكم القضائي هو الآلية الوحيدة التي تؤدي إلى زوال أصل البراءة بيقين
قرينة الإدانة، بمعنى أنه إذا صدر حكم نهائي بالإدانة حائز لحجية الشيء المقضي فيه، انقلب أصل
البراءة الذي كان يعتصم به المتهم في مختلف مراحل الدعوى الجنائية إلى قرينة ضده، بمعنى أنه
تنشأ في تلك اللحظة قرينة عكسية في مضمونها " هي قرينة الحقيقة بموجب صحة ما جاء في
الحكم من قضاء " (5).

فأمام الإجماع الدولي والداخلي على قداسة أصل البراءة، فقد حاول العديد من الفقهاء
الوقوف على ماهيتها من أجل تحديد فعاليتها خلال ممارسة الدعوى الجنائية، بحيث جاءت تعريفاتهم

(1) انظر: زكي أبو عامر (محمد)، نفس المرجع، ص 50.

(2) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 39.

(3) انظر: محدة (محمد)، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج03، مرجع سابق، ص 239.

(4) MERELE (R) - VITU (A) : Traité de droit criminel (Procédure Pénale), Paris, 3^{ème} Edition
C.U.J.A.S, 1979,P 150.

(5) انظر: فودة (عبد الحكيم)، امتناع المساءلة الجنائية في ضوء وقضاء النقض، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1997 ، ص

جميعا متفقا على ضرورة معاملة المتهم خلال الدعوى الجزائية، معاملة تحفظ كرامته وتحمي حقوقه، ومن أهمها:

« أن مقتضى البراءة أن كل شخص متهم بجريمة مهما بلغت جسامتها، يجب معاملته بوصفه شخصا بريئا حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات»⁽¹⁾.

« أن أصل البراءة يعني أن القاضي وسلطات الدولة كافة يجب عليها أن تعامل المتهم، على أساس أنه لم يرتكب الجريمة محل الاتهام ما لم يثبت عليه ذلك بحكم قضائي غير قابل للطعن بالطرق العادية»⁽²⁾.

« فأصل البراءة يعني معاملة الشخص مشتبه فيها كان أم متهماً، في جميع مراحل الإجراءات، ومهما كانت جسامه الجريمة التي نسبت إليه، على أنه بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات وفقا للضمانات التي قررها القانون للشخص في كل مرحله»⁽³⁾.

غير أن المتمتع في هذه التعاريف يجد أنها ركزت على أهمية مراعاة أصل البراءة أثناء مباشرة الدعوى الجزائية من قبل السلطات المختصة بذلك، وجعلت منها وكأنها منحة تقدمها هذه الأخيرة عند توجيه الاتهام للمتهم رغم وجود عنصر الإلزام في عبارة " يجب" ، الذي يحتم على هذه السلطات عدم انتهاكها، والزامية استمرار احترام أصل البراءة إلى غاية صدور حكم بات في الدعوى الجزائية، ليس على أساس تقدير القاضي، وإنما على أساس أنها قاعدة دستورية سامية تكيف على ضوءها كافة القواعد الأخرى والإجراءات، ومن ثم فهي أصل ملزم ابتداءً وليس اجتهاداً، كما أن اشتراط دحض البراءة الأصلية بصدور حكم بات بالإدانة، سليم من الناحية الإجرائية، قاصر من الناحية الواقعية خصوصا في مادة الجرح والجنایات أين يكون الشخص عرضة للحبس المؤقت المنصوص عليه في المادة 123 من ق.إ.ج.ج⁽⁴⁾ كإجراء من إجراءات التحقيق.

فالمتهم في هذه الحالة يكون قد خضع لعقوبة الحبس، رغم أنه مازال بريئا، ومن ثم فإن اشتراط الحكم البات لا أهمية له من الناحية الواقعية، لأنه في جميع الحالات يكون المتهم قد قضى مدة معينة من العقوبة قبل صدور الحكم وهو بريء، هذا إن حكم عليه بالبراءة، أما إذا حكم عليه بالإدانة وكانت مدة الحبس المؤقت أكبر من الحكم القضائي أخلي سبيل المتهم ويكون قد قضى عقوبة

(1) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 118.

(2) انظر: العوا (محمد سليم)، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، القاهرة، دار المعارف، ط 2، د.ت، ص 243.

(3) انظر: محدة (محمد)، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج 03، المرجع السابق، 225.

(4) انظر: القانون رقم 08/01 المؤرخ في 07/26 / 2001 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، ج.ع، ص 34.

في المدة التي تزيد عن مدة الحكم القضائي بموجب الحبس المؤقت بدون مبرر، كما أن القاضي وحتى لا يقع في تناقض عند إصداره الحكم على المتهم، فإنه يقدر العقوبة ليس على جسامه الجريمة المرتكبة، وإنما وفقا لمدة الحبس المؤقت المؤداة من طرف المتهم حتى يحدث تطابق بين الحكم ومدة الحبس المؤقت، ويخلى سبيل المتهم في الحال باعتبار أن العقوبة منقضية، ومن ثم نجد أن الشخص المتهم المستند إلى أصل البراءة، هو في حقيقة الأمر محكوم عليه وهو في مرحلة البحث والتحري، والتحقيق، لأنه يكون معرضاً إلى سلبات الحبس القصير المدة بغض النظر عن صفته كمتهم أو محكوم عليه⁽¹⁾.

كما أن الفرق الذي من الممكن أن نستنتجه بين العقوبة في القانون الوضعي، والعقوبة في الشريعة الإسلامية أن هذه الأخيرة تعتمد على التنوع تبعاً لخطورة الجريمة، ومدى مساسها بإحدى المقاصد الخمسة، ومن ثم فإن عقوبة الحبس ليست المجال الذي تنفذ فيه العقوبات، وإنما هو عقوبة تعزيرية فقط، عكس القانون الوضعي الذي يجعل من الحبس إجراء من إجراءات التحقيق، بالإضافة إلى أنه المجال الذي تنفذ فيه العقوبات مهما كانت مدتها، مما أفرز وضعا أدى إلى إعادة النظر في هذه الآلية كمجال لتحقيق الفعالية الجنائية عند مباشرة الدعوى الجزائية، والأهداف الجديدة للعقوبة، مما استلزم إمكانية استبدالها بالرقابة القضائية قبل انتهاء التحقيق، وبعقوبات بديلة تحقق الردع والإصلاح بعد صدور حكم الإدانة كعقوبة العمل للنفع العام⁽²⁾.

المطلب الثالث

مبدأ المساواة.

يعتبر مبدأ المساواة من الدعائم الدستورية التي تركز عليها جميع الحقوق والحريات المعترف بها للإنسان في وضعه الطبيعي، أو الاستثنائي عندما يوجه له الاتهام في جريمة معينة،

(1) لقد أفرز مبدأ تناسب العقوبة مع خطورة الجريمة، الجدوى من اعتماد الحبس قصير المدة، على أساس أنه لا يحقق الردع العام والخاص، لقصر المدة العقوبة التي ينفذها المحبوس، والتي لا يعلم بها إلا جيرانه وأهله وأصدقائه، كما لا يمكن من تطبيق أي برنامج إصلاح. كما يمثل العامل الرئيسي لاكتظاظ المؤسسات العقابية، ضف إلى ذلك النفقات التي توضع على كاهل الدولة دون طائل، انظر: درديوس (المكي)، الموجز في علم العقاب، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، قسنطينة، 03، 2010، ص 77.

(2) انظر: القانون 09/01، المؤرخ في 25/02/2009، المعدل والمتمم للأمر رقم 66/156 المتضمن قانون العقوبات بإضافة المادة 05 مكرر 01 وما يليها الخاصة بالعمل للنفع العام، ج.ر، ع 15.

لذلك لا يمكن أن نجزم بشرعية القوانين عموماً وإجراءات الدعوى الجزائية خصوصاً، إذا لم تكن قائمة على لبنات مطبوعة بطابع المساواة في التمتع بالحقوق، والخضوع للالتزامات، فقد كان للعرب قديماً مثل يقول " المساواة في الظلم عدل" أو كما كان معروف عند اليونانيين " المساواة في الظلم والاستبداد حرية"⁽¹⁾، ولكن لاستجلاء أهمية المساواة في إقرار حق المتهم في الدفاع لابد من الوقوف عند حقيقة هذا المبدأ في القانون الوضعي (الفرع الأول)، وحقيقته في الشريعة الإسلامية (الفرع الثاني)، وهل وفق القانون الوضعي عموماً، والعربي منه خصوصاً في ضمان تطبيق فعال لهذا المبدأ، بما يضمن العدل والإنصاف للمتهم عند مباشرة الدعوى الجزائية؟

الفرع الأول

مبدأ المساواة كأساس لحق الدفاع في القانون الوضعي.

إذا كانت المساواة هي الهدف المنشود من كل دعوة للحرية والتغيير، فإن مظاهرها تتجلى أكثر ما تتجلى عند ممارسة الدعوى الجزائية، فتكون مرتبطة أساساً بحق المتهم في الدفاع، ومدى قدرة هذا الأخير في استنفاد كافة وسائله التي تمكنه من درء الاتهام عنه، ومجابهة ادعاء النيابة العامة في وضع يشعر فيه بعدم امتياز هذه الأخيرة، بغض النظر عن كونه المذنب أم لا؟ .

فالمساواة في اللغة: من السواء والوسط، واستوى الرجل أي اعتدل وبلغ أشده، ويقال ساوى الشيء إذا عادله وساويت بين الشيئين إذا عدلت، وهي صفة شيئين متساويين، تقوم على المعادلة بينهما، ويقال ساويت هذا بذلك إذا رفعت حتى بلغ قدره ومبلغه، وسواء الشيء وسطه لاستواء المسافة إليه من الأطراف، فهو مبدأ يمكن جميع المواطنين من المطالبة بالحقوق ذاتها⁽²⁾.

ويعد مبدأ المساواة من أهم المبادئ الدستورية التي تستند إليها الأنظمة الدستورية المعاصرة، وتسعى إلى تجسيده في مبدأ المساواة أمام القانون، والذي معناه أن يكون أفراد المجتمع متساوين في الحقوق والواجبات العامة، وألا يكون هناك تمييز بينهم بسبب الجنس، أو الأصل، أو الأسرة، أو الطبقة، ناصاً وتطبيقاً، في أي مجال تتولى السلطات العامة تنظيمه، ولكن هذا لا يعني انتفاء التمييز مطلقاً،

(1) انظر: متولي (عبد الحميد)، الحريات العامة (نظرات في تطورها وضماناتها ومستقبلها)، مرجع سابق، ص 65.

(2) انظر: انظر: الفيروز آبادي (مجد الدين محمد)، القاموس المحيط، باب الواو والياء، فصل السين، السواء، مرجع سابق، ص 1665، وانظر كذلك: ابن فارس (أبو الحسين أحمد بن زكاريّا)، مقاييس اللغة، كتاب السين، باب السين والواو وما يتلثهما، مادة سوى، مرجع سابق، ص 420، والرازي (محمد بن أبي بكر)، مختار الصحاح، باب السين، مادة سوا، مرجع سابق، ص 107.

لأن التمييز المقصود هو التمييز المقتصر على الحالات التي يكون فيها التفريق راجعا لمعايير تجافي المنطق وبعيدة عن كل أشكال الموضوعية⁽¹⁾، بأن تخلو كل القوانين من كل أشكال التمييز، وتتسم بصفتي العمومية والتجريد، وذلك بأن تمنح معاملة متماثلة للأشخاص الذين تتحقق فيهم نفس الشروط حين تتساوى المراكز⁽²⁾، لكن هذا المبدأ وحتى يطبق في أحسن صورة لا بد وأن يكون مبنيا على الشمولية، والتجريد، والتوحيد بين كافة أفراد المجتمع ومساواتهم في الحقوق والواجبات⁽³⁾، وتمتعهم بضمانات قانونية كاملة، وعدم الانتقاص من حقوقهم خصوصا في الدعوى الجزائية⁽⁴⁾، وذلك بضمان التلازم الإجرائي بين حياد القاضي ومبدأ المساواة، بحيث يمنع على المشرع إخراج منازعات بذاتها أو بعينها من اختصاص القضاء، أو تحصيل تصرف من التصرفات التي تضر بحق من الحقوق، وإذا فعل ذلك يعتبر كاعتداء على السلطة القضائية، وبالتالي على حق التقاضي⁽⁵⁾.

إن مناط المساواة أمام القانون مرتبط بالتماثل في المراكز القانونية ضمن المجموعة القانونية التي ينتمي إليها كل مواطن، ومن ثم فإن التفرقة بين المتماثلين تخل بمبدأ المساواة، وعليه وحتى يحترم مبدأ المساواة من طرف المشرع، فإنه يجب عليه وضع قواعد متميزة لكل فئة من المواطنين، فيدرجون في مراكز قانونية مختلفة، فاختلف هذه المراكز يبيح اختلاف القواعد القانونية التي تحكم كل مركز على حدة⁽⁶⁾.

إن المساواة الحقيقية التي تعزز دولة القانون، وحماية حقوق المتهم في الدعوى الجزائية تنطلق من المبدأ العام القائم على المساواة العامة في الحقوق والواجبات، والمساواة الخاصة بالانتماء إلى فئة معينة ومركز قانوني واحد، وبالتالي فإن المتهم وسلطة الاتهام وبانتمائهم إلى فئة الخصوم في الدعوى الجزائية، يجب على المشرع أن يضمن لهم المساواة التامة في الحقوق والواجبات ووسائل الدفاع، والحماية التي تكفل نزاهة إجراءات التحري، والتحقيق، والمحاكمة، خصوصا المتهم، والذي لن يتحقق إلا بضمان المساواة الفعلية والحقيقية عند ممارسة الدعوى الجزائية أمام مختلف الجهات

(1) انظر: فيسبورت (ديفيد)، دليل المحاكمة العادلة المدخل: <http://www.amnesty-arabic.org/ftm/test/prologue> ، يوم 25 أكتوبر 2013، انظر كذلك: القطان (مناع خليل)، حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية، مقال منشور في مجموعة أعمال ندوة الشرطة وحقوق الانسان، الرياض، مطابع أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، 2001، ص ص 39، 40.

(2) انظر: الراوي (جابر إبراهيم)، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في القانون والشريعة الإسلامية، عمان، دار وائل للطباعة والنشر، 1999، ص 160.

(3) انظر: حسن (علي)، حماية حقوق الإنسان وضمانات الحرية في النظم السياسية المعاصرة، الكويت، وكالة المطبوعات، 1982، ص 61.

(4) انظر: العوجي (مصطفى)، حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، مرجع سابق، ص 701.

(5) انظر: بسيوني (عبد الغني عبد الله)، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1983، ص 26

(6) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 315

القضائية تجسيدا للإرادة التشريعية، دون تمييز وتفرقة، وأن لا تختلف المحاكم باختلاف الأشخاص الذين يتقاضون أمامها، وأن تكون الإجراءات واحدة تطبق على الجميع⁽¹⁾.

فإشكالية المساواة أمام القانون اهتمت بمعالجتها مختلف المواثيق، والاتفاقيات الدولية والإقليمية، وداستير الدول كمايلي:

الفقرة الأولى

الإعلانات والاتفاقيات.

ورد النص على هذا المبدأ في ميثاق الأمم المتحدة الصادر عام 1945، وفي المادة 13/ف02 منه الخاصة بوظائف الجمعية العامة للأمم المتحدة التي تدعو إلى تنمية التعاون الدولي في مجال حقوق الإنسان بقولها: « إنماء التعاون الدولي في مجال الميادين الاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية، والتعليمية، والصحية، والإعانة على تحقيق حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس كافة بلا تمييز بينهم في الجنس، أو اللغة، أو الدين، ولا تفريق بين الرجال والنساء » ، وفي مجال التعاون الاقتصادي والاجتماعي فقد جعلت المادة 55 من الميثاق، أن من شروط تحقيق الاستقرار، والرفاهية، وضمان علاقات ودية بين الشعوب، هو التسوية في الحقوق فيما بينها، وجعلت من مبدأ المساواة الضمان الوحيد لذلك بقولها: « أن يشيع في العالم احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع بلا تمييز بسبب الجنس، أو اللغة، أو الدين، ولا تفريق بين الرجال والنساء، ومراعاة تلك الحقوق والحريات فعلا »⁽²⁾.

كما نجد أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ورغم الانتقادات التي وجهت إليه من حيث إلزامية مبادئه وعموميتها، يعتبر أول وثيقة عالمية وضعية تناولت حقوق الإنسان بصفة شاملة، والتي تقوم أساسا على مبدأ المساواة العامة المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا الإعلان، والمؤكد على مظهرها الحقيقي وهو المساواة أمام القانون في المادة 07 التي تنص: « كل الناس سواسية أمام القانون ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة من دون أية تفرقة، كما لهم جميعا الحق في حماية متساوية ضد أي تمييز يخل بهذا الإعلان، وضد أي تحريض على تمييز كهذا » ، هذا المبدأ جاء تفسيره في المادة 26 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية التي نصت على أن: « الناس جميعا

(1) انظر: بسيوني (عبد الغني عبد الله)، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، المرجع السابق، ص 16.

(2) انظر: ميثاق الأمم المتحدة على المدخل: <http://www.yemenintransition.com/artImge/MethkAlmimAlmt7dh>

سواسية أمام القانون ويتمتعون دون أي تمييز بحق متساوٍ في التمتع بحمايته، وفي هذا الصدد يجب أن يحظر القانون أي تمييز، وأن يكفل لجميع الأشخاص على السواء حماية فعالة من أي تمييز لأي سبب، كالعرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي سياسياً أو غير سياسي، أو الأصل القومي، أو الاجتماعي، أو الثروة، أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب»⁽¹⁾.

ومن الاتفاقيات الإقليمية المعنية بحقوق الإنسان عامة، ومبدأ المساواة أمام القانون خاصة الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي نصت في المادة 14 منها على أنه: « لا تخضع ممارسة الحقوق والحريات التي نصت عليها هذه الاتفاقية لأي تمييز أساسه الجنس، أو العرق، أو اللون، أو اللغة، أو الدين، أو الآراء السياسية، أو أية آراء أخرى، أو الأصل الوطني والاجتماعي، أو الانتماء إلى أقلية وطنية، أو الثروة، أو المنشأ، أو أي وضع آخر » ، كما نصت المادة 24 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان على هذا المبدأ: « الحق في المساواة أمام القانون والحماية المتساوية التي يوفرها القانون » ، أما الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان فقد نص على مبدأ المساواة أمام القانون في مادته 03: « الناس سواسية أمام القانون، ولكل فرد الحق في حماية متساوية أمام القانون » ، فالدول الإفريقية عند نصها على مبدأ المساواة في ميثاقها، تهدف إلى تحقيق مساواة مزدوجة، فبالإضافة إلى مساواة الأشخاص أمام القانون، لا بد من ضمان المساواة بين الشعوب الإفريقية وشعوب العالم الأخرى، وفقاً لنص المادة 19 من الميثاق، وذلك ضمن المحافظة على الاستقلال من جهة، والقضاء على كل أشكال التمييز العنصري من جهة ثانية⁽²⁾.

إن المتمعن في هذه النصوص الإقليمية ونص المادة 07 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة 26 من العهد الدولي للحقوق المدنية السياسية يمكنه أن يدرك الفرق بينها، وبين المادة 14 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي اعتبرت أن تحقيق المساواة بين الأفراد لا يكفي النص عليه ضمن نصوص الاتفاقية، ولكن الاحترام الحقيقي يكون عند ممارسة هذه الحقوق، على اعتبار أن أمن وسلام أوروبا لن يكون مضموناً إذا انتهك حق المساواة، هذا الانتهاك الذي لن يؤدي إلى الارتقاء بالإنسان الأوروبي، في حين أن الاعتراف بالحق في المساواة في الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان في المادة 24 منها، والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان في المادة 03 منه هي عبارة عن مساواة شكلية لا توفر الضمانات الكافية لحمايتها واقعياً، فقد جاءت على شاكلة المادة 07 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

(¹) انظر: يوسف (أمير فرج)، الدفاع بالأصالة أو الوكالة وجزاء الإخلال به، مرجع سابق، ص 17.

(²) OUGERGOUZ (F): La charte Africaine des droits de l'homme et des peuples, historique, portée juridique et contribution à la protection de l'homme en Afrique, Thèse, Genève, Institut Universitaire de vante études international 1991, P 201.

فهذا الإعلان وإن كان من الممكن أن نجد له مبرراً يبرر عموميته وشكليته، في مبدأ السيادة الذي تتمتع به الدول المكونة للمجتمع الدولي، وعدم وجود سلطة عالمية تمارس الضغط على هذه الدول من أجل الانصياع للمبادئ، وإن كان العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية قد قام بتفصيل مظاهر هذا المبدأ في المادة 26 منه، إلا أنه لم يجعل الممارسة الواقعية والتطبيقية كمعيار لمدى احترام الدولة لمبدأ المساواة، ونبذ التمييز، كما فعلت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي لم تتوقف عند هذا الحد، بل وضعت آلية فعالة لحماية مبدأ المساواة في نص المادة 13 منها: « لكل شخص اعتدي على حقوقه وحرياته التي نصت عليها هذه الاتفاقية، حق الانتصاف الفعال أمام محكمة وطنية، حتى ولو ارتكب هذا الاعتداء أشخاص أثناء تأديتهم لوظائفهم الرسمية »، وهذا يعني أن مبدأ المساواة لا يخضع للتجزئة والاستثناءات، ومن ثم فهو روح الاتحاد الأوروبي، كما أنه يصبح دستور كل الدول الأوروبية بإعطائه الاختصاص للمحاكم الوطنية عند وقوع الاعتداء مهما كان نوعه من جهة، وإلغاء امتياز الوظيفة الذي كثيراً ما تُبرر به الاعتداءات على حرية الأشخاص من جهة ثانية.

الفقرة الثانية

دساتير الدول.

تعتبر الدساتير العربية⁽¹⁾ بمختلف تصنيفاتها، شاملة لما جاءت به الاتفاقيات والإعلانات العالمية، فقد جاءت كلها مجمعة على قداسة مبدأ المساواة كضمانة دستورية لتمتع المواطن العربي بالحقوق العامة، إلا أنها تتميز باختلاف الصياغة من دستور لآخر، مع التشابه الموجود بين بعض الدساتير بالمقارنة مع الدساتير الأخرى، فمثلا المادة 29 من الدستور الجزائري الصادر في 1996/11/28، التي تقابلها المادة 32 من التعديل الدستوري الأخير بنفس الصياغة، تنص على أن: « كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتدرج بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط، أو ظرف آخر، شخصي، أو اجتماعي»، والمادة 40 من الدستور المصري الصادر 1971، والمادة 17 من دستور سلطنة عمان الصادر في 1996/11/06، والمادة 14 من الدستور العراقي الصادر في 2005/10/13، والمادة 29 من دستور الكويت الصادر في 1962/11/11، والمادة 35 من دستور دولة قطر الصادر في 2003/10/05، المادة 18 من دستور مملكة البحرين الصادر في 2002/12/12، والمادة 01 من دستور موريتانيا الصادر 07/10/1996، والمادة 60/ف01 من دستور المملكة الأردنية الهاشمية الصادر في 1984 /01/09، والفقرة

(1) انظر: للإطلاع على الدساتير العربية انظر كذلك: المدخل: www.echr.coe.int.

07 من ديباجة دستور إتحاد جزر القمر الصادر في 2003/12/23، والمادة 19 من دستور دولة فلسطين الصادر في 2003/03/ 26، والمادتين 01، 03 من دستور جيبوتي الصادر في 1992/09/04.

فهذه الدساتير جعلت تحقيق مبدأ المساواة مشروطاً بنبذ التمييز مهما كان نوعه، أو مصدره، كما أنها لم ترتب أي جزاء في حالة انتهاك مبدأ المساواة عند حدوث تجاوزات تستند إلى العرق، أو الجنس، أو المركز الاجتماعي، أو أي وضع ذي طابع عنصري، ماعدا الدستور الموريتاني الذي نص في مادته الأولى على أن: « القانون يعاقب على كل دعاية إقليمية ذات طابع عنصري، أو عرقي » .

أما باقي الدساتير فقد نصت عليه كمبدأ عام يسري بين جميع المواطنين يتحدد مظهره من خلال المساواة في الحقوق والواجبات، ومن هذه الدساتير المادة 41 من الدستور اليمني الصادر في 1994 /01/10، والمادة 05 من دستور ليبيا، والمادة 05 من دستور المملكة المغربية، والمادة 25/03 من دستور سوريا.

إن المتمعن في الصياغة الدستورية لمبدأ المساواة في الدساتير العربية يجد أنها جاءت عامة، ومختلفة عن بعضها البعض رغم التشابه الذي لاحظناه عند تحليل المواد الخاصة بهذا المبدأ، ورغم توفر كافة المقومات التي تمكّن الشعوب العربية، ودولها، ومملكتها، من صياغة دستور موحد يكون مكسبا للمواطن العربي خصوصا ذلك الذي يواجه بدعوى جزائية في أي دولة من الدول العربية، فهذا الاختلاف لا مبرر له من عدة نواح أهمها، التلاصق الجغرافي الذي يجعل من الدول العربية كتلة واحدة يمكن أن يكون لها دستور واحد كما هو الحال في أوروبا، بالإضافة إلى وحدة اللغة، والدين، والعادات والتقاليد، التي تجعل التشابه يصل إلى حد التطابق في التجريم والعقاب بين مختلف الدول العربية، لاشتراكها في المصدر الإلهي وهو القرآن الكريم، وسنة المصطفى صلى الله عليه وسلم، هذين المصدرين اللذين يمثلان روح التشريع فيها، دون أن ننسى إنشاء جامعة الدول العربية عام 1945، التي تعتبر من أقدم الهيئات الإقليمية المعاصرة التي أنشئت بعد الحرب العالمية الثانية.

فرغم هذه الامتيازات التي تتوفر عليها الدول العربية يبقى التساؤل مطروحا حول عدم قدرة هذه الأخيرة على صياغة مشروع وحدوي، دستوري وقانوني يجعل المواطن العربي يتمتع بحقوقه كاملة حيثما اتجه في وطنه العربي، لأن هذا الاختلاف الذي نلاحظه على الصياغة الدستورية في مختلف الدساتير العربية، لا يحقق المساواة التي يطمح إليها المواطن العربي، لأنه سيجد نفسه أجنبيا في وطن أخيه الذي يشاركه اللغة، والدين ووحدة المصير، كما أن هذا الاختلاف يجعل حق المواطنة ذا بعد قُطري ضيق يختص به مواطنو القطر فقط دون باقي العرب الموجودين في الأقطار الأخرى، وهذا ما

يحدث الاختلال في الأخذ بمبدأ المساواة عند مباشرة الدعوى الجزائية، إذا كان أحد أطرافها لا يحمل جنسية الدولة التي وقعت فيها الجريمة، أين تثار مسائل عديدة كمسألة الاختصاص بنظر الدعوى، والقانون الواجب التطبيق، بالإضافة إلى عديد المسائل المعقدة التي يتميز بها القانون الدولي.

هذه المسائل التي كان من الممكن للدول العربية أن تستغني عنها بإنشاء دستور موحد، وقوانين موحدة في المجال الجنائي، لأن هذا الأخير قد اكتملت قواعده ومسلماته بمجيء الشريعة الإسلامية، والإجماع العالمي على دعائمه المتمثلة في البراءة الأصلية، ومبدأ المساواة، ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، حتى يتمكن المواطن العربي من التمتع بكامل حقوقه في مختلف ربوع وطنه العربي الكبير، دون قيد، أو شرط لأن الحقوق لا تتجزأ، وخصوصا حقوق الدفاع التي يجب أن يتمتع بها المتهم كاملة في كل عصر ومصر، فإذا كانت كل التكتلات الدولية وخصوصا الأوروبية منها تسعى إلى أن يتمتع كل مواطنها بدون تمييز بكافة الحقوق، فالأولى أن يسعى لهذا العرب قبل كل الأمم لأنهم يمتلكون القرآن والسنة المطهرة التي ستوجههم لا محالة إلى أفضل السبل لتحقيق المساواة الفعالة موضوعيا، وواقعا مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع: «... وقد تركت فيكم ما إن اعتصمتم به فلن تضلوا أبدا، أمرا بينا، كتاب الله وسنة نبيه...»⁽¹⁾.

الفرع الثاني

مبدأ المساواة كأساس لحق الدفاع في الشريعة الإسلامية.

من المتفق عليه أن الشريعة الإسلامية نظام مستقل، لا علاقة له بالنظم القانونية والتشريعية الوضعية، لآحين تلتقي معها، ولآحين تفترق عنها، ولا عبرة بالاتفاق أو الاختلاف في الجزئيات والعرضيات، إنما المعول عليه هو النظرة الأساسية والتصور الخاص⁽²⁾، فمن هذا المنطلق نجد أن الشريعة الإسلامية قد أقرت مجموعة من المبادئ المتميزة حتى تمكن الشخص من الدفاع عن نفسه إذا وجهت له تهمة بالاعتداء على إحدى مقاصدها، بحيث لا يمكن لهذه المبادئ أن تحقق الهدف منها، إلا إذا تمت في إطار المساواة التامة بين المتهم والخصوم الآخريين في الدعوى الجزائية، لأجل ذلك تضمنت الشريعة أحكاما متكاملة، ومتناسقة، ومنسجمة مع بعضها البعض في العقيدة، والعبادة، والمعاملة لتضمن من خلالها حماية شاملة لحقوق الإنسان عامة، وحقوق دفاعه في الدعوى الجزائية خاصة إذا كان متهما، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ

(1) انظر: ابن هشام (أبو محمد عبد الملك بن أيوب)، السيرة النبوية، الجزائر، دار الكتاب الحديث، 2012، ص 672.

(2) انظر: الأشقر (عمر سليمان)، خصائص الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 38.

شَهَادَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ عَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوُّوا أَوْ تُعْرَضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴿١﴾، وبالتالي فإن الأهمية التشريعية والعملية لمبدأ المساواة في الشريعة الإسلامية تتجلى من زاويتين أساسيتين هما:

الفقرة الأولى

أن الخطاب الإلهي الذي أقرها أعلى من كل خطاب.

لأن المخاطب به لا يسعه إلا أن يكون متبعًا لما حُوطب به، فهذا الاتباع من شروط الإيمان بما أنزل الله سبحانه في قوله: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُمِئِنَةٍ إِذَا قَضَىٰ اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُّبِينًا ﴾ (٢)، فقد حدد الله سبحانه وتعالى بأن المساواة بين بني آدم هي أساس الاستمرار على وجه الأرض عن طريق التعارف والتآلف، لا التناحر والتخالف (٣) في قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾ (٤)، فهذا الخلق من أصل واحد، وعموم صفة الناس لكل بني آدم، من دون تفرقة بينهم في الجنس، واللون، والعرق، والدين، تجعل من مبدأ المساواة أساس الأحكام الشرعية كلها ومنبع الحقوق جميعها، لذلك نجد الرسول صلى الله عليه وسلم ينبذ كل تفرقة مهما كانت مبرراتها في قوله صلى الله عليه وسلم: « يا أيها الناس ألا إن ربكم واحد وإن أباكم واحد، ألا لا فضل لعربي على عجمي، ولا لعجمي على عربي، ولا لأحمر على أسود، ولا أسود على أحمر إلا بالتقوى ، أبلغت » (٥).

الفقرة الثانية

عمومية وشمولية مبدأ المساواة.

(١) انظر: سورة النساء الآية 135.

(٢) انظر: سورة الأحزاب الآية 36.

(٣) انظر: الصابوني (محمد علي)، صفوة التفاسير، ج03، مرجع سابق، ص219.

(٤) انظر: سورة الحجرات الآية 13.

(٥) انظر: ابن حنبل (أحمد الشيباني)، المسند، مسند الأنصار، ج 09، رقم الحديث 24132، تحقيق وتخريج، عبد القادر عطا (محمد)،

بيروت، دار الكتب العلمية، 2008، ص 550.

تتجلى خصوصية الوصف المتكامل لمبدأ المساواة، الذي جاءت به الشريعة الإسلامية، في أن أثره يكون مرتبطاً بكل من التزم به حتى ولو لم يكن مسلماً، فمن يراعي هذا مبدأ في معاملاته بغض النظر عن عقيدته، فإنه سيحقق لا محالة ثمرة العدل الذي يصبو إليه، فهو من الخطابات الموجة لبني آدم، وليس خاصاً بالمسلمين أفراد الأمة الإسلامية فقط، الذين حذرهم الله تعالى من مغبة اتباع الهوى في قوله تعالى: ﴿... فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدُوا وَإِنْ تَلُؤُوا أَوْ تُعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾⁽¹⁾، بمعنى يا من آمنتم بالله وصدقتم بكتابه كونوا مجتهدين في إقامة العدل والاستقامة⁽²⁾، مبتعدين عن الظلم والجور المؤدي للهلاك وخراب العمران⁽³⁾ مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَتِلْكَ الْقُرَىٰ أَهْلَكْنَاهُمْ لَمَّا ظَلَمُوا وَجَعَلْنَا لِمَهْلِكِهِمْ مَوْعِدًا﴾⁽⁴⁾، أما الرسول صلى الله عليه فقد أعطاه وصف الظلمات يوم القيامة في قوله: «اتقوا الظلم فإن الظلم من ظلمات يوم القيامة، واتقوا الشح فإن الشح أهلك من كان قبلكم، حملهم على أن سفكوا دماءهم واستحلوا محارمهم»⁽⁵⁾.

هذه الصفة الشاملة لمبدأ المساواة في الشريعة الإسلامية ألزمت خلفاء الأمة الإسلامية، وأمراءها، وقضاتها، بإعطاء هذا المبدأ الأهمية القصوى، وجعله حجر الزاوية في رعاية مصالح الناس، والابتعاد عن كل ما من شأنه أن يزرع الفرقة فيما بينهم. فلم يجعلوا بذلك للتفاوت بين الناس في الأحساب، والأنساب، والاختلاف في الألوان، والأديان، والجنسية، أي أثر في المفاضلة بينهم، سواء في المعاملة أو المحاكمة، قصد تحقيق المساواة أمام القانون والقضاء في الشريعة الإسلامية.

فمن المتعارف عليه أن المساواة أمام القانون هو خضوع جميع الناس دون تمييز ولا تفضيل لأوامر القانون، في إطار تجريد القاعدة القانونية وعموميتها في خطابها الموجه إلى الأفراد، مصداقاً لقوله تعالى: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ إِنَّ زَلْزَلَةَ السَّاعَةِ شَيْءٌ عَظِيمٌ»⁽⁶⁾. وقد أكد الرسول صلى الله عليه وسلم على مبدأ المساواة أمام القانون في حادثة المرأة المخزومية التي سرقت وتوسط لها سيدنا أسامة بن زيد رضي الله عنه حتى لا يقام عليها، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأسامة بن زيد رضي الله عنه: «أنتشفع في حد من حدود الله، ثم قام فاختطب فقال: (أيها

(1) انظر: سورة النساء الآية 135.

(2) انظر: الصابوني (محمد علي)، صفوة التفاسير، ج01، المرجع السابق، ص286.

(3) انظر: ابن خلدون (عبد الرحمن أبو زيد ولي الدين)، ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكثر، المعروف ب"مقدمة ابن خلدون"، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 2007، ص54.

(4) انظر: سورة الكهف الآية 59.

(5) انظر: مسلم، صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظلم، مرجع سابق، ص1129.

(6) انظر: سورة الحج الآية 01.

الناس إنما أهلك الذين قبلكم، أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، و إيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها) « (1).

نستنتج من هذا الحديث الشريف مقاصد عدة تتمثل في أن المساواة في تطبيق الأوامر الإلهية هي عماد العدل بين الناس، والتي لا يمكن الشفاعة فيها، أو إعمال اجتهاد القاضي عند تطبيقها، وأن استمرار الدولة وقوة سلطانها يكون في تطبيق الحدود إذا ثبتت على الضعيف، والقوي، والشريف، والوضيع على حد سواء، فتلك مهمة القاضي عند نظره الدعوى، فإن أخل بها يكون قد فقد أهم مقومات المحاكمة العادلة وهي الحياد والمساواة بين الخصوم، لأن المساواة من حقوق الخصوم وليست من آليات القاضي عند نظره القضية، تتطلب إذن أن لا يأذن بتفضيل أحد المتخاصمين عن الآخر في جلسة المحاكمة، وإلا كان حكم القاضي معيبا كما قال الماوردي: « على القاضي أن لا يقدم مسبقا إلا باختيار السابق، ويجمع بين الخصمين في دخولهما عليه، ولا يستدعي أحدهما قبل صاحبه فتظهر به ممايلة المتقدم، وتضعف فيه نفس المتأخر، بل يستوي في المدخل بين الشريف، والمشروف، والحر، والعبد، والكافر، والمسلم، فإذا دخلا عليه سوى بينهما في لحظه ولفظه، إن أقبل كان إقباله عليهما، وإن أعرض كان إعراضه عنهما، ولا يجوز أن يقبل على أحد ويعرض عن الآخر، إن تكلم كان كلامه لهما، وإن أمسك كان إمساكه عنهما، ولا يجوز أن يكلم أحدهما ويمسك عن الآخر، وإن اختلفا في الدين والحرية لئلا يصير مميلا لأحدهما » (2).

أن انهيار الدولة وضياع معالمها، وتوقف تقدمها ورفيها، يبدأ بالتمييز بين أفرادها، واتباع أسلوب انتقائي في تطبيق العقوبات عن الجرائم التي تقع على إقليمها وتحت سلطتها، وأن رقيها وتقدمها يكون في إقرار المساواة بين جميع المقيمين على أرضها، ولعل هذا المبدأ الرفيع هو الذي مكّن الدولة الإسلامية من التشكل في مدة وجيزة لا تتجاوز الربع قرن، وضمن لها البقاء والاستمرار إلى يوم الدين، وإن كان سلطانها قد تراجع في القرنين الأخيرين، فإن العبرة بالمبادئ والنماذج التي قدمتها ومازالت تقدمها للبشرية لكي تستهدي بها في كل عصر ومصر.

أن المساواة أساس كل إجراء يتخذه القاضي عند تطبيق الإجراءات الجزائية، بغض النظر عن الحالة المدنية للشخص أثناء نظر الدعوى فيما إذا كان مسلما، أو غير مسلم، غنياً، أو فقيراً، نكراً، أو أنثى، وإنما يتوخى البحث عن الحقيقة المجردة من كل تشريف وانتماء، وهذا ما يجعل مبدأ المساواة مبدأ إنسانيا لا يخضع لأي سلطة، ولا تحتويه حدود، وواجب الاتباع من الكافة، لذلك جاءت

(1) انظر: مسلم، كتاب الحدود، باب قطع السارق الشريف وغيره، والنهي عن الشفاعة في الحدود، نفس المرجع، ص 748، وانظر كذلك: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الحدود، باب إقامة الحدود على الشريف والوضيع، مرجع سابق، ص 829.

(2) انظر: الماوردي (أبو الحسن علي بن محمد)، أدب القاضي، ج 02، تحقيق سرحان (محي الدين)، بغداد، مطبعة الإرشاد، 1971،

الآيات التي تأمر بالمساواة مرنة تتسع لمخاطبة الإنسان في أي مكان، وفي أي وقت، وتحت سلطان أي دولة، وخير مثال على ذلك وصية عمر بن الخطاب لقاضيه أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما، عندما ولاه القضاء في اليمن بقوله: « آس بين الناس في مجلسك، وفي وجهك، وقضائك حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا ييأس ضعيف من عدلك ».«

فهذا الحرص على مبدأ المساواة من طرف الرسول صلى الله عليه وسلم والخلفاء من بعده، يجد أثره وانعكاساته عند تطبيقه في ساحة القضاء المليئة بالأمثلة الفريدة من نوعها في تاريخ البشرية، سواء من حيث التطبيق، أو من حيث الاجتهاد. هذا المبدأ السامي الذي بنى عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، وخلفاؤها منهجهم الاجتهادي والحكمي، عند تطبيقهم لمبدأ المساواة في الساحة القضائية، أين جعلوا من ارتباط العدل بالمساواة أثناء قيام القاضي بمهمته ارتباطا لايقبل الانفصام، فلا يتحقق العدل دون مساواة، ولا يمكن الحديث عن مساواة دون تحري العدل، حتى أصبح الترابط بينهما هو القضاء نفسه.

ويمكن أن ندرك ذلك من خلال المواقف والقضايا التي حدثت في زمن الخلافة الإسلامية، وأشهر قضية تبين المساواة بين الخصوم في الشريعة الإسلامية، قضية الخليفة علي بن أبي طالب كرم الله وجهه، عندما ضاعت منه درعه التي أهداها له الخليفة عثمان بن عفان رضي الله عنهما، فوجدها عند رجل نمي في سوق الكوفة، وعندما طالبه الخليفة علي كرم الله وجهه بها رفض تسليمه إياها على أساس أنها له، فرفع عليه دعوى أمام قاضيه شريح، الذي لم يشكك في صدق الخليفة علي كرم الله وجهه، الذي صرح له بأنه لم يبيعها، ولم يهدا لأحد، فطلب منه القاضي شريح شاهدين يؤكدان على صحة ما قال، فاقترح عليه علي بن أبي طالب كرم الله وجهه، ابنه " الحسين " ومولاه " قنبر " ليشهدا على صدق ادعائه، فرفض القاضي شريح شهادتهما لأنها لا تجوز في هكذا دعاوى، ثم سكت علي كرم الله وجهه، وتنازل عن الدرع للذمي لأن ليس له شاهد، فاستغرب الذمي من عدالة الإسلام والمساواة التي حظي بها مع أمير المؤمنين الذي خضع للقضاء كسائر الناس، وهذا ما أدى بالذمي إلى الدخول في الإسلام (1).

فمن خلال هذه القضية يمكن أن نستنتج التطبيق العملي لمبدأ المساواة أمام القضاء في الشريعة الإسلامية، والذي يقوم على إقرار معاملة الخصوم في الدعوى دون تخصيص أو تشريف، فلم ينظر القاضي شريح للمكانة التي يحظى بها الخليفة علي كرم الله وجهه في المجتمع الإسلامي بالنظر إلى الذمي، وإنما نظر إلى الخصومة مستقلة عن أطرافها، من حيث توافر الدليل من عدمه، أي أن شخصية الخصم لا تكون محل اعتبار إلا فيما يخص الأهلية وعدم الأهلية للتقاضي، كما في

(1) انظر: الهاشمي (عبد المنعم)، مشاهير القضاة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1990، ص 35.

حالة عقوبة العبد الذي يعاقب نصف عقوبة الحر إذا زنى أو شرب الخمر، فالفقهاء يعتبرون أن هذا ليس من قبيل التمييز بين المتهمين، وإنما من قبيل الرأفة بالعبيد لأن العقوبة يجب أن تراعى فيها حال الجاني وأهليته (1).

كما أن عرض علي كرم الله وجهه لحججه وشهوده، ومناقشتها أمام القاضي شريح تظهر أن هذا الأخير لم يكن ليميز بين علي كرم الله وجهه والذمي، سواء في الجلوس، أو في النظر، أو الإشارة، أو أن يلقنه حجة تجعله يقضي له دون وجه حق، وهذا ما كان ليرضى به علي كرم الله وجهه، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم وصاه عندما ولاه القضاء في عهده، فقال علي بن أبي طالب كرم الله وجهه: بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن قاضياً، فقلت: يارسول الله، ترسلني وأنا حديث السن، ولا علم لي بالقضاء؟ فقال: « إن الله عز وجل سيهدي قلبك، ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان، فلا تقضين حتى تسمع من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء » قال: فما زلت قاضياً، أو ما شككت في قضاء قط (2).

غير أن النتيجة الأساسية التي من الممكن الوصول إليها من خلال هذه القضية هي، أن اختلاف الدين لا أثر له على القضاء والحكم الذي يصدره القاضي، والذي يكون مرتبطاً أساساً بقوة الدليل المؤدي إلى الحقيقة، ولا علاقة له بما يعتقد الشخص، لأن أعمال ذلك سيؤدي إلى مخالفة قاعدة جوهرية في المعاملة الإسلامية، وهي حرية المعتقد التي شدد الله سبحانه وتعالى عليها في قوله: «... أَفَأَنْتَ تُكْرَهُ النَّاسَ حَتَّى يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ » (3)، مما يعرض حكم القاضي إلى البطلان على أساس التفريق والانحياز.

هذه القيم والمبادئ التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، وحرص على تطبيقها القضاة في كل عهود الدولة الإسلامية فلم يحدوا عنها أبداً، ويتضح ذلك عند أشهر قضائياتها - والأمثلة في ذلك كثيرة - ومنهم أبو يوسف صاحب أبي حنيفة وهو ينصح قضائته: « على القاضي أولاً أن لا يسألها أيكما المدعي وهذا أرفق بالناس لأن الخصوم قد تلحقهم مهابة المجلس فيعجزون عن النطق والدفاع عن أنفسهم » (4)، وكما قال ابن فرحون: « إذا حضر بين يديه الخصمان فليسو بينهما في النظر

(1) انظر: ابن قدامة (موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد)، المغني، ج 09، مرجع سابق، ص 79.

(2) انظر: أبو داوود، سنن أبي داوود، كتاب الأفضية، باب كيف القضاء؟ رقم الحديث 3582، مرجع سابق، ص 764، وانظر كذلك:

ابن حنبل (أحمد الشيباني)، المسند، مسند علي بن أبي طالب رقم الحديث 646، مرجع سابق، ص 252.

(3) انظر: سورة يونس الآية 99.

(4) انظر: عوض (إبراهيم نجيب)، القضاء في الإسلام (تاريخه ونظامه)، القاهرة، مطبوعات مجمع البحوث الإسلامية، 1975، ص

إليهما، والتكلم معهما ما لم يتعد أحدهما، فلا بأس أن يسوي نظره إليه ويرفع صوته عليه لما صدر منه من اللدد ونحو ذلك «⁽¹⁾.

كل هذه الحقوق ترجمها البيان العالمي لحقوق الإنسان في الإسلام⁽²⁾ في إعلانه، تقتصر فقط على ما يتصل بالدعوى الجزائية من حقوق، بحيث اعتبرها مقدسة لا يجوز لأحد أن يعتدي عليها، فالمساس بحق الحياة وهو أول الحقوق يعتبر جريمة ضد الإنسانية مصداقا لقوله تعالى: ﴿ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنْ كَثِيرًا مِنْهُمْ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لُمْسِرُونَ ﴾⁽³⁾. ولا يمكن أن ينتقص من هذه القدسية إلا بسلطان الشريعة وبالإجراءات التي تقرها، فكيان الإنسان المادي والمعنوي محمي، تحميه الشريعة في حياته، وبعد مماته، ومن حقه الترفق والتكريم في التعامل مع جثمانه لقوله صلى الله عليه وسلم: « إِذَا كَفَنَ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ فليحسن كفنهُ »⁽⁴⁾، ويجب ستر سوءاته وعيوبه الشخصية: « لا تسبوا الأموات فإنهم أفضوا إلى ما قدموا »⁽⁵⁾.

فانطلاقاً من كون الحرية هي الصورة الحقيقية لحق الحياة، وهي مستصحية ومستمرة ليس لأحد أن يعتدي عليها مصداقا لقول الخليفة عمر رضي الله عنه: « متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحرارا »⁽⁶⁾ فلا يجوز لشخص أن يعتدي على حرية شخص آخر، وللمعتدى عليه أن يرد العدوان، ويسترد حريته بكل السبل المشروعة مصداقا لقوله تعالى: ﴿ وَلَمَنْ انْتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ ﴾⁽⁷⁾. ويتحمل المسلمون في سبيل ذلك واجبا لا ترخيص فيه لقوله تعالى: ﴿ الَّذِينَ إِنْ مَكَانَهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَلِلَّهِ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ ﴾⁽⁸⁾، فالناس كلهم في القيمة الإنسانية سواء، وإنما يتفاضلون بحسب عملهم لقوله

(1) انظر: ابن فرحون(برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، مرجع سابق، ص 31.

(2) اعتمد من قبل المجلس الإسلامي بباريس بتاريخ 19 /09/ 1981، انظرالمدخل: www1.umn.edu/humanrts/arab/UIDHR يوم 30 /10/ 2013.

(3) انظر: سورة المائدة الآية 32.

(4) انظر: مسلم، صحيح مسلم، كتاب الجنائز، باب في تحسين كفن الميت، مرجع سابق، ص 380 ، وانظر كذلك: أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الجنائز، باب في الكفن، رقم الحديث 3148، المرجع السابق، ص 690، والترمذي، سنن الترمذي، أبواب الجنائز عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب في الكفن رقم الحديث 1016، مرجع سابق، ص 500.

(5) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الجنائز، باب ما ينهى عن سب الميت، مرجع سابق، ص 175.

(6) انظر: خالد (محمد خالد)، خلفاء الرسول، " القصة الكاملة لتأديب بن عمرو بن العاص رضي الله عنه عندما اعتدى على المصري الذي سابقه فسبقه " ، بيروت، المكتبة العصرية، 2004، ص 115.

(7) انظر: سورة الشورى الآية 41.

(8) انظر: سورة الحج الآية 41.

تعالى: ﴿ وَلِكُلِّ دَرَجَاتٍ مِمَّا عَمِلُوا وَلِيُوقِيَهُمْ أَعْمَالَهُمْ وَهُمْ لَا يُظْلَمُونَ ﴾⁽¹⁾، ولا يجوز تعريض شخص لخطر أو ضرر بأكثر مما يتعرض له غيره كما في قوله صلى الله عليه وسلم: «**المؤمنون تكافأ دماؤهم، يسعى بذمتهم أدناهم، وهم يد على من سواهم، لا يقتل مؤمن بكافر، ولا نو عهد في عهده**»⁽²⁾.

فكل فكر، وكل تشريع، وكل وضع يسوغ التفرقة بين الأفراد على أساس الجنس، أو العرق، أو اللون، أو اللغة، أو الدين، هو مصادرة مباشرة لهذا المبدأ الإسلامي، الذي يقوم على أسس العدالة التي تعطي لكل فرد الحق في أن يتحاكم إلى الشريعة، وأن ويحتكم إليها دون سواها مصداقا لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾⁽³⁾، فمن حق الفرد إذن أن يدفع عن نفسه ما يلحقه من ظلم مصداقا لقوله تعالى: «لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ وَكَانَ اللَّهُ سَمِيعًا عَلِيمًا**»⁽⁴⁾،**

وهذا ما يكفل مقومات المحاكمة العادلة التي تقوم على أصل البراءة في قوله صلى الله عليه وسلم: «**كل أمتي معافى إلا المجاهرين، وإن المجاهرة أن يعمل الرجل بالليل عملا ثم يصبح وقد ستره الله عليه فيقول: يا فلان عملت البارحة كذا وكذا وقد بات يستره ربه ويصبح يكشف ستر الله عنه**»⁽⁵⁾، ومن ثم فلا تجريم إلا بنص شرعي في قوله تعالى: «... وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا»⁽⁶⁾، فلا يجوز بأي حال من الأحوال تجاوز العقوبة، مصداقا لقوله تعالى: «... تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ»⁽⁷⁾، فالسلطة المشتغلة بالدعوى الجزائية إذن ملزمة بعدم التعسف مع الفرد، أو مطالبتة بتقديم تفسير لعمل من أعماله، أو وضع من أوضاعه، ما لم يكن له علاقة بفعل مجرم يستوجب توجيه اتهام له المبني على

(1) انظر: سورة الأحقاف الآية 19.

(2) انظر: النسائي، سنن النسائي كتاب القسامة والقود والديات، باب سقوط القود من المسلم للكافر، رقم الحديث 4749، مرجع سابق، ص 902، وانظر كذلك: أبو داود، كتاب الديات، باب أيقاد المسلم بالكافر، رقم الحديث 4530، نفس المرجع، ص

955.

(3) انظر: سورة النساء الآية 59.

(4) انظر: سورة النساء الآية 148.

(5) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الألب، باب ستر المؤمن عل نفسه رقم الحديث 6069، المرجع السابق، ص 753.

(6) انظر: سورة الإسراء الآية 15.

(7) انظر: سورة البقرة الآية 229.

قرائن قوية تدل على تورطه فيه مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بَغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾⁽¹⁾،

فتعذيب المتهم محظور لقوله صلى الله عليه وسلم: « إن الله يعذب الذين يعذبون الناس في الدنيا»⁽²⁾، كما لا يجوز حمل الشخص على الاعتراف بجريمة لم يرتكبها، وكل ما ينتزع بوسائل الإكراه باطل مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: « إن الله قد تجاوز عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه»⁽³⁾، فالبيان العلمي لحقوق الإنسان في الإسلام جاء شاملا لما أقرته الشريعة الإسلامية حتى يجمع المسلمون عربيهم وأعجميهم على كلمة واحدة، وعلى إجراءات واحدة تحمي حقوقا واحدة لا اختلاف فيها لأنها تصدر من مصدر واحد وهو شرع الله.

المبحث الثاني

الدعائم التنظيمية.

هذه الدعائم تتمثل في دعامتين أساسيتين هما الإجراءات الجزائية التي أقرها، ورسمها المشرع لأطراف الدعوى قصد اقتنائها لتحقيق مصالحهم فيها (المطلب الأول)، ودور القاضي عند تطبيقها والسهل على حسن سيرها، وكذلك متطلبات وظيفته خلالها حماية لحق المتهم في الدفاع من جهة، وحق الدولة في توقيع العقاب من جهة ثانية، وحق المجتمع في الوصول إلى الحقيقة من جهة ثالثة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

⁽¹⁾ انظر: سورة الأحزاب الآية 58.

⁽²⁾ انظر: مسلم، صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والأمن، باب الوعيد لمن عذب الناس بغير حق، رقم الحديث 6657، المرجع السابق، ص 1141.

⁽³⁾ انظر: ابن ماجه، سنن بن ماجه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، رقم الحديث 2043، مرجع سابق، ص 367.

قانون الإجراءات الجزائية قانون الحريات.

يعتبر قانون الإجراءات الجزائية الجانب الشكلي في القانون الجنائي، الذي يرتبط أساسا بالسياسة الجنائية للدولة، وكيفية تطبيقها عند القيام بالبحث والتحري، والتحقيق، والمحاكمة عن الجرائم التي تقع على إقليمها، لأنه من غير الممكن تطبيق الجزاءات الواردة في قانون العقوبات على الجاني فاعلا كان أو شريكا، دون مراعاة الإجراءات المحددة لذلك، والذي لا يتحقق في إطار دولة القانون، إلا بالمحافظة على حقوق الفرد عند ممارسة الدعوى الجزائية عامة، وحق المتهم في الدفاع عن نفسه خاصة، الذي يجب أن يكون مصونا ضمن الإجراءات المتبعة (الفرع الأول)، وكذلك النظام المنتهج للبحث عن الحقيقة، لأن حقوق الدفاع تتأثر بالخلفية الفكرية والقانونية للنظام الذي استتبعت منه تلك الإجراءات (الفرع الثاني).

الفرع الأول

قانون الإجراءات الجزائية وعلاقته بحقوق الدفاع.

يتعين لتطبيق قانون العقوبات البدء بكشف الحقيقة من خلال إجراءات معينة⁽¹⁾، فهي إذن مجموعة من القواعد التي تتبع عند وقوع الجريمة للتوصل إلى معرفة مرتكبها، وثبوت نسبتها إليه، والإجراءات التي تطبق عند محاكمة المتهم⁽²⁾، فهي إذن أعمال تمس الحرية الشخصية وغيرها من الحقوق عند مباشرتها في مواجهته. فالإجراءات بكل ما تحمله من معاني الاتهام، وكل ما تستهدفه من جمع للأدلة لكشف الحقيقة تمس حرية المتهم وتعرضها للخطر⁽³⁾، ولهذا فإن قانون الإجراءات الجنائية في أي بلد ما هو إلا الصورة الدقيقة للحريات فيه، فهو يقف بين الدولة " خصما" والدولة " حكما"، ويباعد بين بطشها " كسلطة تنفيذية " وبين ضميرها " كسلطة قضائية "، ويلائم بين " وسائلها" في الاتهام، والتحقيق، والمحاكمة، وبين " غايتها" في إدانة المجرم وفي تنفيذ العقاب⁽⁴⁾، ففي هذا القانون يتعين على المشرع تحقيق التوازن بين مصلحتين متعارضتين هما المصلحة العامة من خلال تحقيق عدالة جنائية فعّالة، والمصلحة الخاصة في حماية الحرية الشخصية وسائر حقوق الإنسان، فالفاعلية التي تضحي بالحرية هي أداة مصطنعة لا تبغي تحقيق حسن سير العدالة في الدولة

(1) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 10.

(2) انظر: الجندي (حسني)، أصول الإجراءات الجزائية في الإسلام، مرجع سابق، ص 08.

(3) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 63.

(4) انظر: ثروت (جلال)، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 09.

القانونية، حيث تتوقف مشروعية أعمال سلطتها على احترام مبادئ الشرعية التي تضمن حقوق الإنسان⁽¹⁾.

لذلك نجد قانون الإجراءات الجزائية يتضمن القواعد التي تسري على الدعويين العمومية والمدنية على حد سواء، والمعتمدة عند خرق أحكام قانون العقوبات ومخالفة نواهيه وأوامره، حيث أنه من المستقر في الفكر القانوني الجنائي عموماً أنه لا عقوبة بغير حكم قضائي⁽²⁾، هذا الأخير الذي لا يمكن أن يتحقق إلا في إطار التطبيق الشامل للقاعدة الإجرائية التي تتوجه بخطابها إلى جميع الأشخاص الذين تضع على كاهلهم عبئاً، أو التزاماً، أو تعطيهم حقاً، أو سلطة، وعلى هذا الأساس لا يعتبر الخصوم الأصليين في الدعوى " النيابة، والمتهم، والقاضي"، ولا الخصوم المنضمون إليهم " المدعي المدني، والمسئول عن الحق المدني، ولا مساعدو القاضي " الخبراء، المترجمون... الخ" وحدهم مخاطبين بالقاعدة الإجرائية، وإنما يكون جمهور الحاضرين في الجلسة جميعاً مخاطبين بهذه القاعدة أيضاً، التي تضع على كاهلهم التزاماً بمراعاة النظام في الجلسة⁽³⁾.

فالموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وتنظيم الدعويين العمومية والمدنية التبعية بقواعد خاصة، والخطاب الإجرائي الشامل لكل من له صلة بالدعوى العمومية، إنما هدفه هو الوصول إلى الحقيقة، التي يستوي فيها أن تكون في صالح الاتهام أو في صالح المتهم، لذلك فإن إجراءات الكشف عن الحقيقة لا ينبغي أن تتوخى إثبات الإدانة، بقدر ما يجب أن تتسم بالموضوعية، فإذا لم تتوفر الحقيقة التي تنتهي بالإدانة أصبحنا حيال الحقيقة التي يولدها الأصل العام المبني على أصل البراءة⁽⁴⁾، هذه القاعدة تقوم على أساسين اثنين يعتبران قوام الإجراءات الجزائية وهما: " إثبات دليل الإدانة، أو الإبقاء على أصل البراءة"، لذلك نجد قانون الإجراءات الجزائية يركز على ثلاث نظريات أساسية وهي " نظرية الاختصاص، ونظرية الإثبات، ونظرية البطلان".

الفقرة الأولى

نظرية الاختصاص.

(1) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 3، 4.

(2) انظر: أوهاببية (عبد الله)، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزائر، مطبعة الكاهنة، 2003، ص 73.

(3) انظر: ثروت (جلال)، نفس المرجع، ص 30، 31.

(4) انظر: سرور (أحمد فتحي)، نفس المرجع، ص 23.

تستمد نظرية الاختصاص في القضاء الجزائي أساسها من المفهوم العام للاختصاص القضائي، فتكون المحكمة مختصة بنظر الدعوى طبقا للقانون، لأن السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص في إنشاء المحاكم، ومن ثم فلا يجوز للسلطة التنفيذية أن تنشئ أية محكمة استثنائية موزاة للمحكمة صاحبة الاختصاص الأصيل إلا في حالة الطوارئ⁽¹⁾، وقد أكدت على أهمية اختصاص المحكمة الجزائي، وضرورته بالنسبة لحق المتهم في الدعوى الجزائية، وسلامة إجراءات هذه الأخيرة، معظم المواثيق والإعلانات الدولية، والاتفاقيات الإقليمية، والداستير الداخلية، ومن ثم فإن الاختصاص الجزائي بهذا الوصف يكون الاختصاص المقابل للقضاء المدني، فإذا كان هذا الأخير يختص بالقضايا المدنية، فإن القضاء الجزائي يختص بالقضايا الجزائية، المتولدة عن الواقعة الإجرامية مهما كانت خطورتها، سواء أكانت " مخالفة، أو جنحة، أو جناية " بحيث يتحدد تقسيم المحاكم تبعا لذلك، الأمر الذي يستتبع اتخاذ الإجراءات المناسبة لها، سواء عند التكيف، أو عند المتابعة والتحقيق، أو عند المحاكمة، استنادا إلى التقسيم الثلاثي للجرائم إلى مخالفات، وجنح، وجنایات⁽²⁾.

فنظرية الاختصاص تحدد نظر القاضي الجزائي لنوع محدد من القضايا، وذلك وفقا لنوع المحكمة التي يتواجد فيها، فهو يستمد وظيفته من الولاية العامة للقضاء الجنائي، ويستمد إختصاصه من نوع المحكمة التي أوكل القانون له مهمة الفصل في قضاياها، فثبوت الولاية لا يعني ثبوت الإختصاص⁽³⁾، فالولاية عامة والإختصاص خاص، الأمر الذي يجعل معنى الاختصاص يختلف عن معنى الولاية التي تعني سلطة الحكم بموجب القانون الممنوحة لكافة المحاكم الموجودة في الدولة، والتي تقابل السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، أما الاختصاص فهو نصيب كل محكمة من هذه الولاية⁽⁴⁾، الذي يكرس الحدود والإختلاف بين المحاكم الجزائية، خصوصا في إجراءات البحث والتحري والتحقيق، والإجراءات الماسة بالحرية، ففي مجال التحقيق نجد أنه وجوبي في الجنایات، اختياري في الجنح، استثنائي في المخالفات بطلب من وكيل الجمهورية وفقا للمادة 66 من ق.إ.ج.ج.

أما فيما يخص الإجراءات الماسة بالحرية، وخصوصا الحبس المؤقت، فإنه يختلف من جريمة إلى أخرى، بحيث إذا كيفت الأفعال المنسوبة إلى المتهم على أنها جنحة فإن قاضي التحقيق يكون ملزما بالضوابط المنصوص عليها في المادتين 124 و125 من ق.إ.ج.ج، أما إذا كيفت الأفعال على أنها جنائية، بما فيها الجنایات الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية فإنه يكون ملزما بالضوابط المحددة في المادتين 125 و125 مكرر من ق.إ.ج.ج ، على أنه وحفاظا على حرية المتهم

(1) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، المرجع السابق ، ص 327.

(2) انظر: المادة 05 من قانون العقوبات.

(3) انظر: ثروت (جلال)، أصول المحاكمات الجزائية، المرجع السابق، ص 377

(4) انظر: خميس (محمد)، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2006، ص 316، على الهامش.

من المساس بها بغير سبب مشروع، أن الحبس المؤقت يبقى الإجراء الأخير الذي يلجأ إليه قاضي التحقيق، والذي قيده المشرع بقيدتين أساسيين، الأول يتعلق بطبيعته حيث جعله إجراءً استثنائياً بموجب المادة 123 من ق.إ.ج.ج، كما أنه مشروط بعدم فعالية أو كفاية التزامات الرقابة القضائية⁽¹⁾ في مواجهة المتهم، وذلك من خلال نص المواد 125 مكرر 01، 125 مكرر 02، 125 مكرر 03، 125 مكرر 04 من ق.إ.ج.ج.

كما أن تحديد إختصاص القاضي الجزائي يكون مبنياً على الجزاء المحدد لنوع الجريمة، فمحكمة المخالفات والجنح وفقاً للمادتين 328 و329 من ق.إ.ج.ج، تختص بالفصل في الجنح والمخالفات المرتبطة بها، أو غير القابلة للتجزئة، والتي تكون عقوبتها تزيد عن شهرين ولا تتجاوز خمس سنوات وغرامة أكثر من 2000 د.ج، أما المخالفات فهي تلك الجرائم التي تكون عقوبتها شهرين أو أقل، وبغرامة لا تزيد عن 2000 د.ج، أما الاختصاص المحلي للمحكمة فيكون مرتبطاً بمحل الجريمة، أو محل إقامة أحد المتهمين، أو شركائهم، أو محل القبض عليهم ولو وقع القبض لسبب آخر، ولا تكون محكمة محل حبس المحكوم عليه مختصة إلا وفق الأوضاع المنصوص عليها في المادتين 552 و553 من ق.إ.ج.ج.

أما محكمة الجنايات فتختص بالفصل في الجنايات، والجنح، والمخالفات المرتبطة بها، والجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية المحالة إليها بقرار نهائي من غرفة الاتهام وفقاً لنص المادة 248 من ق.إ.ج.ج، والتي تكون عقوبتها "الإعدام، أو السجن المؤبد، أو السجن المؤقت لمدة تتراوح ما بين 05 و20 سنة، كما تختص بالحكم على البالغين والقصر المتهمين بالجنايات الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية المحالين إليها بقرار من غرفة الاتهام.

إن تحديد الاختصاص تبعاً للصفة الجزائية للفعل وجسامته، وعلى الجزاء المحدد له يتطلب أساساً آخر وهو خصوصية المتهم المنسوب إليه هذا الفعل، بحيث يختلف المتهم في هذا الاختصاص عن المتهم العادي، كالذي لم يبلغ سن الرشد الجزائي وهو المتهم الحدث الذي لم يبلغ السن التي حددتها في المادة 494 من ق.إ.ج.ج ب 18 سنة، أو لصفة فيه كالمتهم العسكري.

فيختص قسم الأحداث بنظر الجنح التي يرتكبها الأحداث، كما يختص قسم الأحداث الذي يوجد بمقر المجلس القضائي بنظر الجنايات التي يرتكبها الأحداث طبقاً للمادتين 447 و451 من ق.إ.ج.ج، ويكون قسم الأحداث المختص إقليمياً هو المحكمة التي ارتكبت الجريمة بدائرتها، أو التي

(1) انظر: القانون رقم 05/86 المؤرخ في 04/03/1986 المعدل والمتمم للأمر رقم 66/165 المتعلق بقانون الإجراءات الجزائية، هو الذي استحدث المشرع بموجبه نظام الرقابة القضائية إلى جانب الحبس المؤقت، ج.ر، ع 10.

بها محل إقامة الحدث، أو والديه، أو ووصيه، أو محكمة المكان الذي عثر على الحدث فيه، أو المكان الذي أودع به الحدث سواء بصفة مؤقتة أو نهائية، كما تختص المحاكم العسكرية بنظر الجرائم التي يرتكبها العسكريون سواء في زمن الحرب أو في زمن السلم، والتي نظمها المشرع بموجب الأمر رقم 28/71⁽¹⁾.

ولكن ورغم اختلاف موضوع الدعوى الجزائية من حيث الجريمة المرتكبة من جهة، ومن حيث خصوصية كل متهم متابع بوقائعها من جهة ثانية، قد تجعل بعض المسائل المرتبطة بها تشكل عارضا أمام القاضي الجزائي، تقيد سلطته في إصدار حكمه فيها إلا بالفصل في تلك المسائل العارضة، والتي صنفت فقهاً وقضاً إلى صنفين هما: المسائل الأولية والمسائل الفرعية، التي يمكن اعتبارها امتداداً لاختصاصه النوعي.

فالمسائل الأولية وهي تلك المسائل التي يتوقف عليها الحكم في الدعوى الجنائية والتي تختص المحكمة الجنائية بحسب الأصل بالفصل فيها بصفة تبعية، كالمسائل الموضوعية والشكلية المتصلة بالقوانين المدنية، والتجارية، والضريبية، وملكية العقار المبيع في جرائم النصب⁽²⁾، كأن يدفع المتهم بملكته المال المسروق في جريمة السرقة المعاقب عليها بموجب المادة 330 من ق.ع، أو أن يدفع المتهم في خيانة الأمانة بأن العقد المبرم بينه وبين المدعي من العقود التي لم تتناولها المادة 376 من ق.ع، أو يدفع المتهم بجنحة إصدار شيك دون رصيد المعاقب عليها بموجب المادة 374 من ق.ع بأن الورقة سفتجة وليست شيك، فوفقاً لنص المادة 330 من ق.ع.ج.ج: « تختص المحكمة المطروحة أمامها الدعوى العمومية بالفصل في جميع الدفوع التي يبديها المتهم دفاعاً عن نفسه مالم ينص القانون على غير ذلك ».

بمعنى أن هذه المسائل الأولية لا بد من الحسم فيها بصورة معينة يتأسس عليها الحكم في موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو الإدانة، لأنها تمثل ركناً في الجريمة أو عنصراً في أحد أركانها⁽³⁾، وتطبيقاً للقاعدة التي تقول " قاضي الموضوع هو قاضي الدفع"⁽⁴⁾، التي تسمح للقاضي الجنائي بالإلمام بكافة عناصر الدعوى، تحقيقاً لمتطلبات المحاكمة السريعة، والذي يبرره كذلك اختصاصه بنظر الدعوى الجزائية والمدنية التابعة لها⁽⁵⁾، إلا أن إثارة هذه المسائل أمام القاضي الجنائي لا بد وأن تكون قبل أي دفع أو دفاع في الموضوع، وأن تكون مرتبطة بالوقائع محل المتابعة، وأن تكون مؤسسة

(1) انظر: الأمر 28/71 المؤرخ في 22/04/1971 المتضمن قانون القضاء العسكري، ج.ر، ع 38.

(2) انظر: عبید (رؤوف)، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، ج 01، مرجع سابق، ص 443.

(3) انظر: حسني (محمود نجيب)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 390.

(4) DEBOVE (F), FALLETI (F), DUPIC (E) : Précis de droit pénal et de procédure pénale, Paris, 5^{eme} Edition, presses universitaires de France, 2013, P 900.

(5) LARGUIER (J) - CONTE (P) : Procédure pénale, Paris, 23^{eme} Edition, Dalloz, 2014, P 48.

(¹)، وبالتالي فإذا أثبتت مسألة أولية أمام القاضي الجزائري عند نظره الدعوى أن يفصل فيها، حتى ولو قدمت له في مذكرات كتابية وفقا للمادة 352 من ق.إ.ج.ج، كما يمكنه أن يستعمل آلية ضم الدفع للموضوع خصوصا أمام محكمة الجنايات إذا كان الدفع يخص الإجراءات التحضيرية وفقا للمادة 290 من ق.إ.ج.ج. وعلى العكس من ذلك هناك مسائل أخرى تشكل دعوى مستقلة أمام محكمة أخرى يتوقف الفصل في الدعوى الجزائية على الحكم الصادر من تلك المحكمة، بحيث يكون الاختصاص منعقدا لهذه الأخيرة وليس للمحكمة الجزائية، وهذه المسائل هي المسائل الفرعية.

أما المسائل الفرعية فهي تلك المسائل التي تلتزم القاضي الجنائي بإرجاء الفصل في الدعوى المنشورة أمامه دون بحث المسألة الفرعية، إذا كانت هذه المسألة موضوع دعوى أخرى، أمام الجهة المختصة بالنظر فيها (²)، كالطعن بالتزوير في أية ورقة من أوراق الدعوى، أو إذا كانت المسألة الفرعية من مسائل الأحوال الشخصية، أو من تلك التي تقضي بتأويل الأمر الإداري أو إيقاف تنفيذه (³)، مع العلم أنه لا يجب الخلط بين هذه المسائل والاستثناءات المقيدة لحرية النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية، على أساس أن المسائل الفرعية تتميز عنها بأن الدعوى العمومية تكون قد حركت وأن الجهة القضائية المختصة بنظر الدعوى قد حددت، وإنما يربأ الفصل في الدعوى إلى غاية أن تصدر المحكمة المختصة بالمسألة الفرعية حكمها (⁴).

وقد أطلق عليها المشرع الفرنسي في نص المادة 386 من ق.إ.ج.ج مصطلح " Lés exceptions préjudicielles، والتي عبر عنها المشرع الجزائري في المادة 331 من ق.إ.ج.ج " بالدفع الأولية"، التي جاءت متطابقة مع ما جاء به النص الفرنسي سواء من حيث شروط الدفع بها، أو الجهة المختصة بها، أو من حيث أثرها على سير الدعوى، واختصاص القاضي بها، أين يدق الفرق بينها وبين المسائل الأولية، فهذه الأخيرة تعطي للقاضي المختص سلطة الفصل فيها بعد الدفع بها من المتهم أو وكيله، عن طريق ضم الدفع للموضوع، وبالتالي يكون لها وظيفة التأخير في الفصل من أجل حسن تقدير أدلة الدعوى، أما المسائل الفرعية، فإنها توقف الفصل في الدعوى إلى غاية فصل الجهة المختصة فيها (⁵)، كما أن المحكمة تكون ملزمة بتنبيه المتهم إلى ضرورة رفع دعوى أمام الجهة المختصة خلال مهلة تحددها له وذلك وفقا للمادة 02/331 من ق.إ.ج.ج: « إذا كان الدفع جائزا منحت المحكمة مهلة يتعين على المتهم فيها رفع الدعوى إلى الجهة المختصة ».

(¹) RENAULT BRAHINSKY (C) : Procédure pénale, Paris, 12^{ème} Edition, Dualino, 2011, P 44.

(²) انظر: زروال (عبد الحميد)، المسائل الفرعية أمام المحاكم الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر العاصمة، الجزائر، 1994، ص 16.

(³) انظر: عبيد (رؤوف)، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، ج01، المرجع السابق، ص 443.

(⁴) SOYRES (J-C) : Doit pénal et procédure pénale, Paris, 12^{ème} Edition, Delta, L.G.D.J, 1995, P 369.

(⁵) انظر: المرصفاوي (حسن صادق)، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الأسكندرية، مصر، 2007، ص 510.

الملاحظ أن التشريعات الوضعية لا تفرق بين نوعي المسائل العارضة، ومنها المشرع الجزائي والذي أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها أين عبرت عن المسألة الفرعية بالمسألة الأولية: « إن المسألة الأولية المثارة بشأن حالة الأشخاص لا تسمح لقاضي التحقيق، ولا لقاضي الحكم التصريح بعدم الاختصاص، أو بتصرف النيابة العامة كما يبدو لها، أو بإدانة المتهم تلقائياً، أو بإبعاد التهمة عنه، وإنما يتعين على الجهة المعنية أن توجه الطرف المعني وتكلفه برفع دعوى واستصدار حكم من الجهة القضائية المدنية المختصة وحدها في هذا الشأن، وأن تحدد له أجلاً يتم فيه رفع الدعوى، خلال هذه المدة لا يجوز لقاضي التحقيق مواصلة التحقيق»⁽¹⁾، ونظراً لاعتبار المسائل الفرعية استثناءً من قاعدة " قاضي الموضوع هو قاضي الدفع"، فإنها تكون منبثقة من موضوع المتابعة والأساس الذي بنيت عليه، والذي يختلف من جريمة إلى أخرى.

يمكن إثارة هذه المسائل في مختلف المجالات ومنها: " الدعوى التي ترفعها الزوجة على زوجها بتهمة الزنا: وفقاً لنص المادة 339 من ق.ع، أين يمكن للزوج المتهم من أن يدفع بعدم صحة عقد الزواج الذي يعتبر من أركان جريمة الزنا، والذي يكون مقيداً للقاضي في السير في الدعوى، حتى يفصل قاضي شؤون الأسرة في صحة عقد الزواج من عدمه، والدعوى الجزائية التي يكون فيها الفصل متوقفاً على تفسير القرارات الإدارية، فيما إذا كانت فردية، أو تنظيمية، أو القرارات الخاصة بفحص المشروعية، كالدعاوى التي يتابع فيها الموظف بالفساد، لأن هذه القضايا بطبيعتها تخرج عن اختصاص القاضي الجنائي، فهي من اختصاص القاضي الإداري حسب المادتين 800 و 801 من ق.إ.م.إ.⁽²⁾

بالإضافة إلى الدعاوى التي تكون بطبيعتها جزائية، ومن أهمها دعوى التزوير الفرعية التي تمكن للمتهم ممارستها في أية وثيقة من وثائق الدعوى، في صورة دفع يقدم أمام القاضي، والذي يؤدي في حالة قبوله إلى وقف سير الدعوى إلى حين الفصل في صحة السند المطعون فيه بالتزوير، وبالتالي فإن إثبات ذلك يقع على عاتق المتهم، وبأن التزوير سواء وقع في ورقة رسمية أو عرفية، قد وقع عن غش قصد تغيير الحقيقة والإضرار بالمتهم، والذي قد يشكل في حد ذاته جريمة، أو يكون دليلاً على وقوعها⁽³⁾، والذي قد ينصب على ورقة من أوراق الدعوى، مثل تلك التي تحمل اعتراف المتهم، وشهادة الشهود، أو محاضر الجلسات والحكم، لأن الأصل في الإجراءات الصحة، ولأن محاضر مثل محاضر الجلسات والحكم تعتبر حجة لكل ماورد فيها إلى حين الطعن فيها بالتزوير،

(1) انظر: القرار الصادر عن غرفة الجناح والمخالفات للمحكمة العليا، بتاريخ 02/07/1967، نشرة القضاء، ع 07، ص 85، بوسقيعة (أحسن)، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، الجزائر، منشورات بارتني، 2007، ص 332.

(2) انظر: القانون 09/08، المؤرخ في 25/02/2008، المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع 21.

(3) انظر: الشريف (حامد)، بطلان الحكم في المواد الجنائية، القاهرة، دار الكتب القانونية، 2003، ص 789.

وبالتالي فإذا ما قضت المحكمة المختصة بتزوير السند، فإن المحكمة أو المجلس المنشورة أمامهما الدعوى ملزمان بحكم المحكمة المختصة⁽¹⁾، غير أن المشرع الجزائري في نص المادة 536 من ق.إ.ج.ج قد وضع شروطا معينة لقبول هذا الدفع وهي: " عدم انقضاء الدعوى العمومية لسبب من الأسباب، أن لا يكون استعمال المزور قد تم عمدا، وأن لا تكون هناك استحالة مباشرة للدعوى العامة محل التزوير ".

دون أن ننسى الإشكالات التي تحدث بمناسبة تفسير المعاهدات الدولية، التي تبرمها الدولة في إطار علاقاتها الدولية مع الدول الأخرى والمنظمات الدولية العديد من المعاهدات، في مختلف المجالات حماية لمصالحها وتحقيقا لتوازناتها الإستراتيجية، الإقليمية منها والعالمية، ونظرا لانعدام هيئات دولية مختصة بتفسير هذه المعاهدات، وغلبة النزعة الذاتية للدول في تفسيرها بما يتمشى ومعتقداتها ومصالحها، الأمر الذي جعل من تفسيرها في المجال القضائي من المسائل الفرعية التي من الممكن الدفع بها بمناسبة مباشرة الدعوى الجزائرية، بحيث يوقف القاضي الفصل في الدعوى إلى غاية تفسير المعاهدة من طرف الجهة المختصة، حيث نجد أن المشرع الجزائري في مسألة تفسير المعاهدة قد اعتبر الدفع المثار بشأنها مسألة فرعية على أساس المرسوم 403/02 المتضمن تحديد صلاحيات وزير الخارجية في المادة 17 منه: « يختص وزير الخارجية بتفسير المعاهدات، والاتفاقيات، والبروتوكولات، واللوائح الدولية، ويدافع عن تفسير الدولة الجزائرية لدى الحكومات الأجنبية، وعند الاقتضاء لدى المنظمات، أو المحاكم الدولية والوطنية »⁽²⁾، وكذلك المادة 37/ف05 من قانون الجنسية: « عندما يقتضي الأمر تفسير الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالجنسية بمناسبة نزاع، تطلب النيابة العامة هذا التفسير من وزارة الخارجية »⁽³⁾.

نستنتج من كل ماتقدم أهمية نظرية الإختصاص في الدعوى الجزائرية، تتجلى في أنها تحدد الإطار الواضح والمجال الطبيعي للبحث والتحري، والتحقيق، والمحاكمة عن الجريمة المرتكبة، والذي يكون متناسبا مع نوع الجريمة وخطورتها، والجزاء المرصود كعقوبة على ارتكابها من طرف الجاني، فإذا تصدت المحكمة لجريمة لم تكن من اختصاصها، فإن ذلك سيؤدي لامحالة إلى وقوع إخلالين اثنين هما: الإخلال بالتنظيم القضائي الذي وضعت السلطة التشريعية، والذي يستتبع بالضرورة الإخلال بحق المتهم في الدفاع، ويهيء الإمكانية للاعتداء على حريته دون وجه حق، كما لونظرت محكمة الجناح في جنائية من الجنايات، لذلك يجب على المحكمة قبل أن تباشر نظر الدعوى المنشورة أمامها أن تتأكد من اختصاصها، لأن الدفع بعدم الاختصاص من النظام العام يرتبط بمبدأ شرعية

(1) انظر: زروال (عبد الحميد)، المسائل الفرعية أمام المحاكم الجزائرية، مرجع سابق، ص 50.

(2) انظر: المرسوم الرئاسي رقم 403/02 المؤرخ في 1990/11/26، المتعلق بتحديد صلاحيات وزارة الخارجية، ج.ر، ع 79.

(3) انظر: الأمر رقم 86/70 المؤرخ في 1070/12/15 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج.ر، ع 105.

الجرائم والعقوبات، بحيث لا يمكن أن تتعد ولاية القضاء الجزائري، واختصاص محاكمه على اختلاف درجاتها، ما لم يكن الفعل قد تم تجريمه بنص صريح في قانون العقوبات أو النصوص المكملة له.

إن سلامة الاختصاص تؤدي بالضرورة إلى تأهيل المحكمة للتحقيق في الجريمة مع المتهم، وإجراء البحث والتحري اللازمين من أجل إثباتها، وبالتالي فإن جدية الإثبات من سلامة الاختصاص، وأن القاضي الجنائي، يتنوع اختصاصه النوعي في قانون الإجراءات الجزائية، وفقا لعدة اعتبارات جعلها المشرع من صميم سياسته الجنائية التي تهدف إلى ضمان المحاكمة العادلة للمتهم وفقا لخصوصية هذا الأخير فيما إذا كان بالغاً، أو حدثاً، أو ذا صفة مميزة في صورة " المتهم العسكري"، دون أن يُغفل تصنيفها وفقا لجسامة الجريمة ضمن درجات التقاضي المختلفة، والتي تكون حقوق الدفاع الممارسة في إطارها مجسدة بشكل كاف، وذلك بمعالجة العوارض التي تعترض القاضي عند نظره الدعوى إذا دفع بها المتهم، والتي تشكل المدخل الأساسي لعملية إثبات الوقائع أو نفيها عن المتهم، على أساس أن هذه الدفوع يجب أن تقدم قبل أي دفع أو دفاع في الموضوع، ضمن السياق الشامل لنظرية الإثبات.

الفقرة الثانية

نظرية الإثبات.

إذا كانت نظرية الاختصاص ذات طابع تنظيمي وشكلي أساساً، فإن نظرية الإثبات ذات طابع موضوعي واجتهادي يخضع للتقدير القانوني، سواء من طرف النيابة العامة عند تكييف الاتهام، أو بالنسبة لقاضي التحقيق عند إحالة الملف، أو القاضي عند إصدار الحكم سواء بالإدانة أو بالبراءة، وبالتالي فإن نظرية الإثبات تخص الوقائع وليس القانون، لأنها مرتبطة بالدليل الذي غالباً ما يكون مادياً، فالإثبات إذن هو: « إقامة الدليل لدى السلطات المختصة بالإجراءات الجزائية على حقيقة واقعة ذات أهمية قانونية، وذلك بالطرق التي حددها القانون وفق القواعد التي أخضعها لها »⁽¹⁾.

فمن خلال هذا التعريف يمكن أن نحدد خصوصيات الإثبات في المواد الجزائية، وهي وقوع فعل يتخذ وصف جريمة واكتمال عناصره بحيث يصبح من الماضي، الأمر الذي يبيح للسلطات المعنية بالدعوى الجزئية مباشرة تقصي حقيقته، بإقامة الدليل على مرتكبيه، فنكون وظيفة الأدلة هي

(1) انظر: حسني (محمود نجيب)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 406.

نقل وتصوير الواقعة الإجرامية أمام المحكمة⁽¹⁾، ضمن النظام القانوني المحدد من طرف المشرع للوصول إلى الحقيقة، ويستوي في ذلك أن يكون نظام الأدلة القانونية الذي يقوم على دور المشرع في تحديد الأدلة التي يعتمد عليها القاضي في تسبب حكمه، فلا يتعداها إلى سواها، إلا بعد إقرارها من طرف المشرع⁽²⁾، أو نظام الإثبات الحر الذي يقوم على الاقتناع الشخصي للقاضي الجنائي، المبني على سلطة القاضي في تقدير قيمة الأدلة المعروضة أمامه سواء أكانت مجمعة أو منفردة⁽³⁾.

مع العلم أن المشرع الجزائري قد أخذ بهذا النظام الأخير في المادة 212 من ق.إ.ج. التي تنص على أنه: « يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ماعدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك، وللقاضي أن يصدر حكمه تبعا لإقتناعه الخاص » ، كما أخذ بنظام الإثبات المقيد في بعض الجرائم، كما في المادة 341 من ق.ع الخاصة بإثبات جريمة الزنا التي تنص على أن: « الدليل الذي يقبل في ارتكاب الجريمة المعاقب عليها في المادة 339 يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس، وإما بإقرار وارد في رسائل ومستندات صادرة عن المتهم، وإما بإقرار قضائي » .

اتباع المراحل التي حددها القانون لإثبات الجريمة، التي تبدأ بالبحث والتحري عن مرتكب الجريمة من طرف الضبطية القضائية التي تختص بجمع الدليل، ثم بعد تشكيل الاتهام تأتي مرحلة التحقيق لتمحيص الدليل بعد تحديد المتهم، ففي حالة رجحان فرضية الإدانة يحال المتهم أمام المحكمة، لمحاكمته وتقدير الأدلة المقدمة في مواجهته، فهذه المراحل من ضرورة اتباع هذه المراحل للبحث عن الحقيقة هو ضمان عدم الوقوع في خطأ إدانة شخص بريء، وتوفير الوقت الكافي لسلطات القضاء الجزائري لإثبات الاتهام، وضمن حق المتهم في الدفاع عن نفسه ودرء الأدلة المقدمة ضده، لذلك وحتى تتحقق الفعالية الإجرائية لنظرية الإثبات في المادة الجزئية لابد من توفر مجموعة من

(1) انظر: الطراونة (حسن عوض سالم)، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 146.

(2) انظر: مصطفى (محمود)، الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن، ج01، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1977، ص 14.

(3) بعد الانتقادات التي وجهت للأمر 1670 الذي نص على نظام الأدلة القانونية بدأ في فرنسا بعد ثورة 1789، الأخذ بنظام الإثبات الحر بالمرسوم رقم 1908 في أكتوبر 1789 الذي نظم علانية التحقيق والاستعانة بمحام وإعفاء المتهم من حلف اليمين ، وتدوين إجراءات التحقيق، واختيار القضاة عن طريق الانتخاب، وفي سنة 1780 صدر المرسوم رقم 1778 الذي نص على إلغاء السؤال الابتدائي، كما تم في 18 جانفي 1791 موافقة الجمعية التأسيسية الفرنسية على مشروع قانون يقضي بالأخذ بنظام المحلفين، وشفوية المرافعات، وعلنية الجلسات، وحرية الاقتناع، وفي 1808 صدر قانون تحقيق الجنايات الذي نصت المادة 342 منه صراحة على المبدأ، والتي تقابلها المادة 427 من ق.إ.ج. الفرنسي الحالي بقولها " يجوز إثبات الجرائم بأية طريقة من طرق الإثبات، ويحكم القاضي بناء على اقتناعه الشخصي، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"، انظر: هلاي عبد الإله (أحمد)، النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 72، وانظر كذلك: مصطفى (محمود)، نفس المرجع، ج01، ص 11، عبيد (رؤوف)، ضوابط تسبب الأحكام، مرجع سابق، ص ص 390، 422.

الخصائص في الدليل المقدم في مواجهة المتهم وهي: " أن يكون الدليل جديا، بحيث تظهر عملية البحث والتحري التي تقوم بها الضبطية القضائية، مدى أهمية الدليل المتحصل عليه في التوصل إلى الحقيقة، الشيء الذي يمكن النيابة العامة من تكييف الجريمة، وتقديم الطلب الافتتاحي لقاضي التحقيق لإجراء التحقيق، ويستوي في ذلك أن يكون الدليل ماديا كالمخدرات، أو دليلا قوليا كشهادة الشهود، أو عبارة عن قرائن ودلائل تحتاج إلى تساند وتجانس حتى تصبح في مرتبة الدليل القاطع على نسبة الجريمة لشخص معين، والتي توضع بين يدي قاضي الحكم لمناقشتها في الجلسة.

ولعل جدية الدليل في إثبات الجريمة هي التي تؤهله لأن يكون مقبولا لدى القاضي حتى يخضعه للمناقشة مع الخصوم والشهود في الجلسة، ومن بعد ذلك تقديره لتأسيس الحكم عليه، والتي يطلق عليها زكي أبو عامر محمد " قاعدة وضعية الدليل" ⁽¹⁾، التي نصت عليها المادة 212/ف02 من ق.إ.ج.ج بقولها: « لايسوغ للقاضي أن يبني قراره إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات، والتي حصلت المناقشة فيها حضوريا أمامه » ، بحيث يقرب الدليل المتحصل عليه إلى الحقيقة، هذه الأخيرة التي تولد لدى القاضي الليقين القضائي، بالبراءة أو الإدانة، وهو اطمئنان القاضي واقتناعه إلى الأدلة المطروحة عليه، في أن يأخذ بأي دليل يرتاح إليه، بشرط أن يكون مبنيا على الجزم واليقين.

هذا اليقين الذي يجب أن يكون عقليا لاعاطفيا، يخلو من تسرب الشك إلى تقدير القاضي، الذي يمتنع معه الحكم على المتهم بالإدانة، وفي هذا ضمان لعدم وصول حرية القاضي في الاقتناع إلى درجة التحكم ⁽²⁾، مع ضرورة أن يكون تحصيل الدليل قد احترمت فيه القواعد التي وضعها المشرع حفاظا على الحق في الحرية والحق في الخصوصية، هذا الحق الذي يعتبر محور الإجراءات الجزائية، لأنه من الحقوق الدستورية التي لا خلاف عليها ، فقد أصبح يحوز الإجماع في مختلف الإعلانات، والمواثيق، والاتفاقيات الدولية، والإقليمية ⁽³⁾، والتي جاءت جميعها متفقة على أن الحق في الخصوصية لا يمكن المساس به بالنظر إلى الأسس التالية:

أ - حق الإنسان في احترام شرفه وكرامته.

ب - الحظر المطلق للتدخل التعسفي في حياة الإنسان الخاصة أو الاعتداء عليها.

⁽¹⁾ انظر: زكي أبو عامر (محمد)، الإثبات في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص 143.

⁽²⁾ انظر: زكي أبو عامر (محمد)، نفس المرجع، ص 133.

⁽³⁾ انظر: المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المادة 17 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، المادة 08 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، المادة 11 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان والشعوب، المادة 12 من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، المادة 18 من إعلان القاهرة لحقوق الإنسان في الإسلام.

ت - الحماية الخاصة لحرمة الأسرة، والمسكن، والمراسلات من كل تدخل، أو تعسف في الحياة الخاصة للفرد.

كما اهتمت به العديد من المؤتمرات الدولية والإقليمية منها مؤتمر طهران 1968، ومؤتمر هامبورغ 1979، مؤتمر مدريد 1984، ومؤتمر دول الشمال في ستكهولم 1967، ومؤتمر النيجر لحقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية 1978⁽¹⁾، كما جاءت مكرسة بنصوص قطعية في الشريعة الإسلامية - كما سبق وأن تقدم - فهذا الحق يفترض أن تكون الأدلة الجنائية خاضعة لضوابط الشرعية، الذي يعتبر المقابل لحرية القاضي الجنائي في قبول وتقدير جميع الأدلة⁽²⁾، بحيث يأخذ القاضي في هذه الحالة المعنى الواسع الذي يشمل قاضي التحقيق وقاضي الحكم، لأن مشكلة الإثبات تواجه الدعوى الجنائية منذ مرحلة البحث والتحري إلى غاية صدور حكم نهائي فيها، والتي لا تثبت فيها مسؤولية المتهم إلا بدليل⁽³⁾ مبني على معيار النزاهة، الذي تحترم فيه الضمانات التي أتى بها القانون. لأنه لا يمكن في نفس الدعوى أن يكون الإجراء مشروعاً وغير مشروع في آن واحد⁽⁴⁾، فإذا كان غير مشروع سيؤدي حتماً إلى البطلان.

الفقرة الثالثة

نظرية البطلان.

إذا كانت نظرية الاختصاص ذات طابع تنظيمي ينزع نحو تحديد المحكمة المختصة بالنظر إلى نوع الجريمة المرتكبة والجزاء المرصود لها من طرف المشرع، ونظرية الإثبات ذات طابع موضوعي يرتكز أساساً على تحصيل أدلة الإثبات اللازمة للجريمة المقترفة، فإن نظرية البطلان ذات طابع رقابي يقوم على فكرة شرعية أو عدم شرعية الإجراء المتخذ، أو الدليل المحصل، لذلك فإن نظرية البطلان ترتبط بأهداف القاعدة الإجرائية الجنائية المتمثلة في تحقيق الفعالية الجنائية، وفي ضمان الحرية الشخصية⁽⁵⁾، التي تعطي للقضاء سلطة إلغاء الإجراء المخالف للقانون، مهما كانت

(1) انظر: عاقل (فضيلة)، الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الخاصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2012، ص 43 وما بعدها.

(2) انظر: الطراونة (حسن عوض سالم)، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، مرجع سابق، ص 111.

(3) انظر: زكي أبو عامر (محمد)، الإثبات في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص 90.

(4) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 751.

(5) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 364.

المرحلة التي صدر فيها، وبالتالي فإن البطلان يلحق العمل الإجرائي الذي لايتوفر على العناصر الجوهرية التي يتطلبها القانون لصحته، فيكون قابلا للإلغاء رغم وجوده المادي (1).

إن دور نظرية البطلان في الدعوى الجزائية يجعل حرية القاضي في الحصول على الدليل متوقفة على احترام الضمانات التي قررها القانون وعدم إساءة استخدامها، وهذا مأخذ به المشرع الجزائري في المادة 160 من ق.إ.ج.ج عندما منعت القضاة والمحامين من الرجوع إلى أوراق الإجراءات التي أبطلت من أجل استنباط منها اتهامات جديدة ضد الخصوم وإلا تعرضوا للجزاء التأديبية، وبالتالي تكون الإجراءات التي اتخذت للحصول على الأدلة متوافقة مع النظام العام وعدم الإخلال به كليا أو جزئيا، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 332 من ق.إ.ج.ج التي تنص على أنه: « إذا كان البطلان راجعا لعدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بتشكيل المحكمة، أو بولايتها بالحكم في الدعوى، أو باختصاصها من حيث نوع الجريمة المعروضة عليها، أو بغير ذلك مما هو متعلق بالنظام العام، جاز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى وتقضي به المحكمة ولوبغير طلب » ، الأمر الذي يحتم على القاضي أن يلتزم بالمبادئ التي تقوم عليها المحاكمة العادلة جملة واحدة ودون تجزئة، لأن كل مبدأ يحمي جانبا معينا من الحقوق، فإذا كان مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يحقق للمتهم الحماية من خلق جرائم وعقوبات جديدة، فإنه يكون قاصرا على حماية المتهم من الحبس والقبض التعسفي إذا لم يحترم مبدأ البراءة الأصلية.

نستنتج من خلال الصفة التي أصبح يتميز بها قانون الإجراءات الجزائية كحامٍ للحريات، أنه مضبوط بنظريات صارمة لاتسمح لأي طرف في الدعوى المزيدة عليها، أو انتهاكها دون التعرض للجزاء، كما تحدد للسلطات المتصلة بالدعوى الجزائية منذ تحريكها إلى غاية إصدار الحكم فيها، المجال الذي تتحرك فيه حتى تضمن توقيع حق الدولة في العقاب من جهة، وحماية حق المتهم في الدفاع من جهة ثانية، لذلك نجد أن الخصوم في الدعوى الجزائية وخاصة المتهم يطالب بضرورة سلامة إجراءات التحقيق معه ومحاكمته كحق من حقوقه، والقاضي يوفر الرعاية اللازمة لتمتع المتهم بحقوقه، فتتجلى بذلك فكرة الحقوق في جانب المتهم، الذي يملك حق التنازل عنها، وفكرة الضمانات في جانب القاضي، الذي يحتم عليه القانون تكريسها دون هواده أو سهو في كل مراحل الدعوى الجزائية، بغض النظر عن النظام الذي تخضع له، والذي يؤثر بشكل مباشر في جميع إجراءاتها، والحقوق المنبثقة عنها وخصوصا حق المتهم في الدفاع، الأمر الذي سنقف على مختلف جوانبه في الفرع الثاني عند تحليل الأنظمة الإجرائية.

(1) انظر: مصطفى (محمود)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 39.

الفرع الثاني

الأنظمة الإجرائية وأثرها على حقوق الدفاع.

ترتبط الإجراءات الجزائية أساسا بخصوصية النظام الإجرائي الذي تخضع له، والذي يؤثر بدوره في حقوق الدفاع ومدى أهميتها في ظلّه، هذا النظام له صورتان أساسيتان هما النظام الاتهامي والنظام التتقيبي، لذلك يطرح التساؤل التالي:

كيف كرسست حقوق الدفاع في ظل كل نظام، وهل يمكن تحقيق حماية أكبر لهذه الحقوق عند الأخذ بمزايا كل نظام في إطار ما يسمى بالنظام المختلط، وهل هذا الوضع المتطور أكثر ضمانا لحقوق المتهم في الدعوى الجزائية، بالنظر إلى ما جاءت في الشريعة الإسلامية نقلا وعقلا، وما توصل إليه القانون الوضعي في هذا المجال؟ هذه الأنظمة التي سنتولى تحليلها على النحو التالي:

الفقرة الأولى

النظام الاتهامي (1).

يعتبر هذا النظام أقدم الأنظمة الإجرائية، فالدعوى الجنائية في ظلّه تمر بمرحلة واحدة، لأن القاضي لا يستطيع الاتصال بالدعوى ما لم يتم الادعاء أمامه ولو علم بالجريمة، لذلك فإن الدعوى تمر بمرحلة المحاكمة فقط (2)، فهي خصومة عادية مثل سائر الخصومات بين الأفراد، فحق الاتهام ثابت لكل فرد، لأن هناك مساواة بين المدعي والمدعى عليه في الدعوى (3)، ولا يسبق المحاكمة

(1) SYSTEME ACCUSATOIRE: « Système de procédure pénale dans lequel le role assigné au juge, et celui d'un arbitre entre l'accusation et la défense ». GARIER (y): Dictionnaire en cyclopédique, (LAROUSSE), Cannada, Montérial, 2002, P 12 .

"هو نظام من الأنظمة الإجرائية الجزائية، يتحدد دور القاضي من خلاله في الموازنة بين أدلة الإتهام والدفاع، فقد ساد هذا النظام في اليونان القديمة وروما الأولى، فهو من الناحية السياسية يتمشى مع الأنظمة الديمقراطية التي تعطي قدرا أكبر من الضمانات للأفراد ومن الناحية القانونية يتمشى مع العاطفة الشعبية، حيث لم تكن الدولة تتحمل مسؤوليتها في متابعة المجرمين ومحاولة إنزال العقوبة المناسبة لهم، ثروت (جلال)، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 68.

(2) انظر: سلامة (محمد مأمون)، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1976م، ص 13.

(3) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الأجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 83.

تحقيق ابتدائي، ويغلب على الإجراءات كونها شفوية وعلنية تجري في مواجهة الخصوم⁽¹⁾، دون امتياز طرف على الآخر طبقاً للقاعدة المدنية " البينة على من ادعى " .

فكرة هذا النظام لا تفرق بين الإجراءات المدنية والإجراءات الجزائية، فكلاهما وسيلة قانونية للحصول على الحق المدعى به، وهو التعويض في الدعوى المدنية والعقوبة في الدعوى الجزائية⁽²⁾، بحيث يغلب على الإجراءات عموماً الطابع الحضورى لجميع الخصوم حتى يتمكن كل طرف بما فيهم المتهم من الرد على كل ما يوجه إليه من اتهامات، وله الحق في نفيها أو تقديم الدليل المضاد لها، وذلك بالاعتماد أساساً على الشفوية كآلية أساسية للدفاع يقوم بها في إطار العلنية، التي لا تكون مقصورة على الخصوم فقط بل يمكن لكل مواطن الحضور والإدلاء بما لديه من معلومات تتعلق بالجريمة، بمعنى أن الشفوية أساس هذا النظام، وأن الإجراءات لا تدون إلا استثناءً⁽³⁾.

يقوم الإثبات في ظل هذا النظام على قواعد شكلية لا تترك للقاضي الحرية في قبول الدليل أو رفضه، ومن ثم فليس له أي حرية أو سلطة مطلقة في تقدير الدليل، بل إن اقتناعه لا يتم إلا من خلال أدلة معينة⁽⁴⁾، فوجود القاضي إذن مرتبط بشكوى المدعي واختياره، أو رثته من بعده، وأذريته فإذا انعدمت انعدم معها وجوده، لأن اختياره يتم برضا الخصوم، وبالتالي لا يكون ذا إعداد مهني معين، وإنما كان يشترط أن يحوز ثقتهم واشتهاره بسلامة التفكير، وممن يحسنون تقدير ظروف الدعوى، لذلك يحتفظ كل طرف بحق رد القاضي بكل حرية، ولعل نظام المحلفين نشأ انطلاقاً من هذه الفكرة، الذي أخذت به التشريعات الأنجلو أمريكية والمشرع الفرنسي فيما بعد⁽⁵⁾.

نستنتج من هذه الخصائص التي تميز النظام الاتهامي أنها تقوم على تقديس حقوق الدفاع، وفقاً لمبدأ حياد القاضي والمساواة بين الخصوم مما يجعل من إكراه المتهم على الاعتراف، أو المساس بجسده، أو انتهاك حقوقه، أو سلب حريته أمراً مستبعداً، لأن كل ذلك متصل بحقه في حضور جميع إجراءات المحاكمة، والمشاركة في كافة إجراءات الدعوى الجزائية، لكن المساواة التي تطبع هذا النظام بين المتهم والمجني عليه قد لا تكون حقيقية، لأن الدعوى الجزائية بصفة عامة وفي كامل إجراءاتها، أو سيرها في جلسة المحاكمة تصبح مجرد حوار بين طرفي النزاع بصفة علنية يقتصر دور القاضي فيه على سماع إدعاءاتهم وأدلتهم، بحيث يقوم بالفصل في النزاع وفق ما تمخض عليه هذا الحوار، فيقتصر دوره على الاستماع إلى الطرفين، فإذا كان أحد الأطراف فصيحاً أو بليغاً كان بإمكانه أن

(1) انظر: ثروت (جلال)، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 67.

(2) انظر: عليان (محمد شوكت)، التشريع الإسلامي والقانون الوضعي، الرياض، دار الشواف، 1997، ص 218.

(3) انظر: حسني (محمود نجيب)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 40.

(4) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 27.

(5) انظر: حسني (محمود نجيب)، نفس المرجع، ص 41.

يخضع القاضي وبوجهه نحو الحكم وفق ما تقتضيه مصلحته، وهذا ما يؤدي إلى إهدار سلطة القاضي في النزاع، الذي هو بالأساس المسير له وليس الخصوم، فهو يستهدف المصلحة العامة المتمثلة في الوصول إلى الحقيقة وليس تحقيق مصلحة ذاتية، فإذا بقيت الدعوى ملكا للخصوم فإن الاختصاص فيها سيؤول لامحالة إلى القضاء الشعبي الذي قد يستغني عن القاضي، الأمر الذي لايسمح بإجراء رقابة محكمة النقض بخصوص أدلة الإثبات، فتضيع بذلك مبررات وجود الإجراءات الجزائية وحقوق الدفاع⁽¹⁾.

هذا الوضع حتم على الدولة التدخل لحماية النظام عن طريق مباشرة الدعوى بواسطة سلطتها القضائية، وبذلك أصبح الاتهام وظيفة من وظائف الدولة وهو ما يسمى بالنظام التتقبي أوالتحقيقي، الذي يجد مبرراته في أن إبقاء الاتهام في يد المجني عليه فقط، قد يعرضه للابتزاز والتهديد من الطرف المتهم، إن كان هذا الأخير صاحب نفوذ، بالإضافة إلى ذلك فإن عملية جمع الأدلة تعتبر عملية شاقة لا يستحسن تركها للإفراد، وعلى هذا الأساس أنشأ النظام الإنجليزي نظاما شبيها بنظام النيابة العامة، فإلى جانب البوليس التي لا يجوز لها توجيه الاتهام، هناك مدير الادعاء العام الذي يجوز له رفع الدعوى في الجرائم الخطيرة، أو تلك التي يتخلى عنها المجني عليه إذا لم يكن بمقدوره توكيل محام يباشر عنه الإجراءات⁽²⁾، الأمر الذي اقتضى تدخل الدولة لتنظيم القضاء وتولي عملية البحث عن الحقيقة فنشأ مايسمى بالنظام التتقبي، الذي يختلف في أسسه وأساليبه في التحقيق عن النظام الإتهامي.

الفقرة الثانية

النظام التتقبي⁽³⁾.

إن الدعوى الجزائية في هذا النظام لا تمر بمرحلة واحدة فقط وهي المحاكمة، كما في النظام الاتهامي بل هذه الأخيرة تسبقها عادة مراحل تحضيرية، هي مرحلة البحث والتحري، ومرحلة التحقيق،

⁽¹⁾ انظر: الهواري (شعبان محمود محمد)، افتراض البراءة في المتهم كأساس للمحاكمة العادلة في النظامين اللاتيني والأنجلوسكسوني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سرت، 2013، ص 111.

⁽²⁾ انظر: مصطفى (محمود)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص15.

⁽³⁾ SYSTEME ANQUITTOIRE: « Système de procédure pénale ou celle-ci est dirigée par le juge ». GARIER (y) : Dictionnaire en cyclopédique, op, cit, P 814.

"هو نظام من الأنظمة الإجرائية الجزائية يعطي للقاضي سلطة إدارة الدعوى الجزائية، بحيث تعود الأصول التاريخية لهذا النظام إلى الرومان في العهد الجمهوري حين كان يطبق على العبيد، ثم تطور هذا النظام في العصور الوسطى عندما أنشئت محاكم التفتيش التي كانت تحاكم المتهم سرا"، حسني (محمود نجيب)، نفس المرجع، ص 45.

وعلى القاضي أن يبحث عن الحقيقة دون التقييد بطلبات الخصوم، وعليه أن يعثر عليها بأي ثمن ولو كان ذلك على حساب حقوق المتهم وحرياته، وليس لهذا الأخير حق الاستعانة بمحام أثناء التحقيق، وللمحقق أن يصدر أمرا بحبس المتهم عندما تتضح الشبهات قبله⁽¹⁾، فالإتهام الجنائي لا يباشره الأفراد ولا ترفع به الدعوى الجنائية، وهو وظيفة من وظائف الدولة تعهد به لسلطاتها في توقيع العقاب عن طريق هيئة خاصة⁽²⁾، ومن ثم عدم المساواة بين المتهم وسلطة التحقيق التي قد تقلص من حقوق الدفاع⁽³⁾، وأحيانا كان القاضي يتصدى للحكم في الجرائم التي يعلم بها، وهو ما أدى إلى نشوء مبدأ " كل قاضٍ هو نائب عام"⁽⁴⁾.

فقد كان الاعتراف عند نشأة هذا النظام يعتبر سيد الأدلة، ومن ثم كان يهدف إلى انتزاعه من المتهم بأية وسيلة، فاستعملت للوصول إليه مختلف وسائل التعذيب⁽⁵⁾، وأصبح يغلب على هذا النظام طابع التدوين والسرية، والفصل في الدعوى يعود لقاضي معين من طرف السلطة العامة، وليس من قبل الخصوم، مما أدى إلى إنشاء كليات القانون، التي أطلعت بشرح الأحكام وتأصيلها، هذا الشرح الذي كان النواة الأولى للفقهاء القانونيين، كما كان يطبق في ظل هذا النظام، نظام الأدلة القانونية، الذي لا يعترف بمبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي الجنائي⁽⁶⁾، غير أن هذا النظام أقر بحق المتهم في الطعن أو التقاضي على أكثر من درجة، لافتراض وقوع القضاة في الأخطاء رغم حرفيتهم، ولعل هذا ما يمثل الضمانة الوحيدة للمتهم لإصلاح ما قد يشوب الحكم من أخطاء⁽⁷⁾.

نستنتج من خصائص هذا النظام، أنه يتميز بإسرافه في البحث عن الحقيقة بأية طريقة كانت، مما يعطي للقاضي دورا إيجابيا وممتازا، متفوقا على جميع أطراف الدعوى وخصوصا المتهم، فقد يُهدر حقوقهم، وبالتالي يغلب مصلحة الاتهام على مصلحة المتهم، خصوصا عند اعتباره أن الاعتراف سيد الأدلة، وأن الهدف هو الوصول إليه بكافة الطرق الممكنة، فهو بهذا الوصف لا يحقق الحماية للفرد بالنظر إلى حقوقه كإنسان وحقوقه كمتهم، رغم أنه مازال داخل نطاق البراءة لأنه لم يصدر بعد حكم بإدانتته، ففي ظل هذا الوضع تتحرف إجراءات الدعوى الجزائية عن مقصدها في

(1) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الشريعة الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 87.

(2) انظر: ثروت (جلال)، نظم الإجراءات الجنائية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1997، ص 38.

(3) انظر: عليان (محمد شوكت)، التشريع الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 219.

(4) انظر: الشلقاني (أحمد شوقي)، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ج1، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999،

ص10.

(5) انظر: المرصفاوي (حسن صادق)، المرصفاوي في المحقق الجنائي، مرجع سابق، ص 09.

(6) انظر: السعيد (كامل)، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في القوانين الأردنية والمصرية

والسورية، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط02، 2008، ص 41.

(7) انظر: حسني (محمود نجيب)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 44.

الوصول إلى الحقيقة، إلى مقصد آخر هو إعمال الاتهام من أجل تحقيق الإدانة كتصور أحادي عند تحريك الدعوى العمومية، ولكن بحلول القرن الثامن عشر بدأت أفكار الحرية، والمساواة، والعدالة تنتشر في أوروبا مما أدى إلى تراجع هذا النظام، وأخذ المشرع الفرنسي يدخل تعديلات جوهرية عليه، كرسست ضمانات الحرية الشخصية التي كان لها الصدى الواسع في مختلف التشريعات الجنائية آنذاك، ومنها قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم 150 لسنة 1950⁽¹⁾.

فبين اعتبار الخصومة الجزائية كالخصومة المدنية في النظام الاتهامي، وبين السلطة المطلقة للقاضي واللامحدودة في النظام التتقيبي، ظهر نظام ثالث يأخذ بمزايا النظامين السابقين لتحقيق حماية أكبر لحقوق الدفاع من جهة، وصيانة مصالح المجتمع من جهة ثانية⁽²⁾، هذا النظام الذي أخذت به معظم التشريعات، لتحقيقه لمزايا عدة تمكن السلطات القضائية من الوصول إلى الحقيقة دون المساس بحقوق الخصوم وخصوصا المتهم في الدعوى الجزائية، بحيث يمكن استجلاء النواحي التي اقتبس منها النظام المختلط⁽³⁾ إجراءاته من النظامين السابقين بالنظر إلى قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الذي يعتبر من أكثر القوانين أخذاً بهذا النظام، فقد تأثر النظام المختلط بالنظام الاتهامي، واقتبس منه المواجهة بين الخصوم، وشفهية المرافعات، وعلنية المحاكمة.

فالمواجهة بين الخصوم نجدها مكرسة في مرحلة التحقيق ومرحلة المحاكمة، ففي مرحلة التحقيق يتولى قاضي التحقيق القيام بالتحقيقات اللازمة من سماع المتهم والشهود، والإذن لهم بتقديم ما لديهم من أدلة، ولهم كذلك الحق في تقديم مذكرات دفاع سواء بأنفسهم أو بواسطة محام، مع إمكانية الاطلاع على أوراق الملف، فهذا الحق ليس خاصا بالمتهم ومحاميه فقط، فيحق لوكيل الجمهورية الاطلاع على ملف القضية كذلك⁽⁴⁾.

أما في مرحلة المحاكمة فإنها المجال التي تتضح فيه معالم النظام الاتهامي بشكل واضح، لأن نظام الجلسات بالمحاكم يمكن المتهم من الإدلاء بأقواله في الجلسة بحضور ممثل النيابة العمومية والضحية الذين لهما حق تقديم طلباتها، كما يمكن كذلك مواجهة المتهم بالضحية والشهود، وهي من أساسيات المحاكمة، فالقاضي في هذه المرحلة محايد ومهمته إدارة النزاع فقط ثم البث فيه،

(1) انظر: مصطفى (محمود)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص18.

(2) انظر: الهواري (شعبان محمود محمد)، افتراض البراءة في المتهم كأساس للمحاكمة العادلة في النظامين اللاتيني والأنجلوسكسوني، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص120.

(3) هذا النظام إقترحه " Ropes pierre " على الجمعية التأسيسية الفرنسية في إجتماعها المنعقد في 1791/01/04 وكان يتكون من شقين هما: " أن لا يحكم بإدانة المتهم إذا لم تقم عليه الأدلة المحددة في القانون، وأن لا يحكم على المتهم مع قيام الأدلة القانونية إذا لم تتحقق قناعة القاضي"، انظر: الهواري (شعبان محمود محمد)، نفس المرجع، ص 116.

(4) انظر: حزيب (محمد)، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الجزائر، دار هومة، ط08، 2013، ص160.

لأن الهدف من المواجهة هو تحقيق المساواة بين الخصوم في الدعوى الجزائية التي تعتبر المحور الذي تدور حوله أسس النظام الاتهامي، الذي يتجسد في في المرافعات الشفهية، مثل سماع أقوال المتهم، والضحية، والشهود مع العلم أنه ليس هناك ما يمنع من تقديم مذكرات كتابية، إذ تعتبر طلبات النيابة العامة المظهر الأبرز للشفهية لأن مرافعاتها كلها كذلك.

أما بالنسبة للعلنية فإن المحاكمة بحسب الأصل تتم في ظل النظام المختلط علنية، غير أنه لا يوجد ما يمنع من إقامتها في سرية إذا كانت ستؤدي إلى المساس بالنظام العام والآداب العامة، والتي أخذ بها المشرع الجزائري في الفصل السادس الخاص بالأحكام العامة للمرافعات (1)، هذا الاستثناء الذي يتحول عند محاكمة الحدث إلى قاعدة عامة تخضع لها المرافعات الخاصة به، وذلك حفاظا عليه وإدراكا من المشرع إلى أنه في الكثير من الأحيان يستغل الحدث في ارتكاب جرائم لا يدرك آثارها، لذلك خصه بتدابير خاصة كمتابعة والدي الحدث، أو من يتولى حضانتها، ووجوب حضور محام مع الحدث في كل مراحل التحقيق والمحاكمة (2).

أما المقتبسات من النظام التفتيبي فتتمثل في استقلال التحقيق عن سلطتي الاتهام والحكم، كما أن إجراءاته كلها تخضع للتدوين، والكتابة، وتطبيق القواعد الخاصة بالسرية (3)، فمن خلال الأعمال التي يقوم بها قاضي التحقيق، والتي تتم بمكتبه، وبحضور كاتبه، والمتهم ومحاميه، عند استجواب المتهم يتم تدوين ذلك في محضر على أن يمضى من قبل قاضي التحقيق، وكاتبه، والمتهم ومحاميه، إن كان له محام ضمن القواعد محددة في قانون الإجراءات الجزائية (4)، بحيث يمكن لقاضي التحقيق اتخاذ أي إجراء يراه ضروريا لإظهار الحقيقة، لتسهيل المهمة على قاضي الحكم من أجل الوصول إلى الحكم الذي يتفق مع العقل والمنطق (5).

نستنتج من مميزات النظام المختلط، أن مبدأ الاستقلالية بين الهيئات القضائية الممارسة للدعوى العمومية هو أساس تحقيق جميع الضمانات، وخصوصا حق الدفاع الذي يعتبر أساس المحاكمة العادلة، بحيث يتحقق التوازن بين النيابة العامة التي تملك سلطة الاتهام بحسب الأصل،

(1) انظر: المادة 285 من ق.إ.ج الخاصة بعلنية الجلسات أمام محكمة الجنائيات، وانظر كذلك: المادتان 342 و 430 بالنسبة لمحكمة الجنج والغرفة الجزائية لدى المجلس القضائي.

(2) انظر: المادة 461 من ق.إ.ج الخاصة بسرية المرافعات الخاصة بالأحداث، والمادة 454 من قانون ق.إ.ج من الإجراءات الخاصة بالتحقيق والحكم على المجرمين الأحداث، والمادة 461 من ق.إ.ج.

(3) انظر: المادة 11 من قانون الإجراءات الجزائية الخاصة بسرية التحقيق.

(4) انظر: المادة 79 من ق.إ.ج.

(5) انظر: المادة 162 من ق.إ.ج.

والمجني عليه دون غيره من الأقارب استثناءً من جهة، والمتهم من جهة ثانية⁽¹⁾، عن طريق تطبيق آلية الفصل بينها وبين قاضي التحقيق بعد اتصاله بالدعوى عن طريق الطلب الافتتاحي لإجراء التحقيق الصادر عنها، الشيء الذي يمكّن المتهم من ممارسة حقه في الدفاع سواء بالأصالة أو الوكالة، فمن جهة يعطي للمتهم الحرية الكاملة لدرء الاتهام عنه، ومن جهة ثانية يمكّن القاضي من الاقتناع بأي دليل يراه في الدعوى⁽²⁾، ولا يتقيد بأي دليل آخر مهما كانت أهميته وإنما يستند على الدليل الذي يكون لازماً لإظهار الحقيقة⁽³⁾.

الفقرة الثالثة

نظام الشريعة الإسلامية.

إن ما جادت به قريحة القانون الوضعي فيما يخص الأنظمة الواجبة الاتباع لتطبيق الإجراءات الجزائية خصوصاً النظام المختلط، ليس بالأمر الجديد عن الشريعة الإسلامية، وإن كان ما ابتدعه هذا النظام يتوافق إلى حد بعيد مع ما جاءت به، على أساس أنها تأخذ بالنظامين معاً، فالنظام الاتهامي كان سائداً بالنسبة للدعوى التي يختص بها القاضي، حيث أن سلطة التحقيق والمحاكمة كانت بيد القاضي، أو والي المظالم، أو صاحب الشرطة، أما الدعوى التي كان يختص بها الأمير، أو المحتسب فقد كان يغلب عليها نظام التنقيب والتحقيق⁽⁴⁾، كذلك بناءً على تقسيم الحقوق، فتأخذ بنظام الاتهام الفردي في الجرائم الواقعة على حقوق العباد، ونظام الاتهام العام في الجرائم الواقعة على حق من حقوق الله تعالى⁽⁵⁾، وهذا ما يبرر إنشاء هيئة تعيينها الدولة لتحريك الدعوى العمومية ومباشرتها في مثل هذه الجرائم مصداقاً لقوله تعالى: ﴿ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ

(1) انظر: العطفي (جمال)، الحماية الجنائية للخصومة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1994، ص 234، وانظر كذلك المواد: 33، 29، 333، 394، 72 إلى 78 من ق.إ.ج وإجراءات التكاليف بالحضور المباشر في جرائم محددة طبقاً للمادة 337 مكرر من ق.إ.ج.

(2) انظر: المواد: 212، 213 من ق.إ.ج .

(3) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 96.

(4) انظر: رمضان (عبد الحميد حسن)، مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق، دراسة مقارنة، القاهرة، دار أبو المجد للطباعة،

2003، ص 721.

(5) انظر: الجندي (حسني)، أصول الإجراءات الجزائية في الإسلام، مرجع سابق، ص 41.

أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِنْهُمْ بَعَدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ ﴿١﴾.

إلا أن الشيء الذي تختلف فيه الشريعة الإسلامية عن القانون الوضعي، أن الفرد بإمكانه تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها إذا كان متنبها من وقوع الاعتداء على حق من حقوق الله كما في جريمة الزنا، وتقبل شهادته إذا أتى بأربعة شهداء في قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ (٢).

غير أن الإجراءات الجزائية لا يمكن أن تطبق على أسس من الشرعية وحماية حقوق الدفاع، إلا إذا توفرت في القاضي مجموعة من الخصال، والمميزات تجعله يتحرى الموضوعية في اقتفاء أثر الدليل لتحقيق التوازن بين الخصوم في الدعوى الجزائية، لأنه إذا أحسن القاضي تطبيق القانون سيؤدي لا محالة إلى حسن سير العدالة ورعاية حقوق المتهم أساسا، وهذا ما سنتعرض له في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

متطلبات القاضي لحماية حق المتهم في الدفاع.

تتفق كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في أن القاضي هو محور العملية القضائية، على أساس أن مسألة إشاعة العدل والأمن بين الناس، تتوقف على مدى قدرة القاضي في الفصل بين المتخاصمين دون إهدار لحق أي طرف في الدعاوى المنشورة أمامه، خصوصا الجزائية منها. لذلك نجد حرص كل من الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية على استقلالية القاضي في إصدار أحكامه، هذه الاستقلالية التي تكون مرتبطة أساسا بالتشريع الذي ينص علي إطارها التنظيمي (الفرع الأول)، القائم أساسا على انضباط القاضي وأخلاقه وعدم تحيزه في أحكامه، وذلك بالتزامه الحياد والنزاهة سواء أكان محققا أو قاضي حكم (الفرع الثاني).

الفرع الأول

(١) انظر: سورة المائدة الآية 32.

(٢) انظر: سورة النور الآية 04.

استقلالية القاضي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية.

إن القضاء هو الحكم بالعدل، اللفظ فيه كفاية للتعبير عن ذاته دون إضافة كلمة نردف بها كلمة القضاء، والقاضي معناه في اللغة القاطع للأمر المحكم لها، وأصله القطع والفصل، يقال قضي يقضي قضاء فهو قاضي إذا حكم وفصل (1)، ولفظ القضاء لم يذكر في القرآن الكريم، وإنما ذكرت مظاهره وهي الحكم في قوله تعالى: ﴿ وَفَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ... ﴾ (2)، والفراغ في قوله تعالى: ﴿ ... فَضِيَ الْأَمْرَ الَّذِي فِيهِ تَسْتَفْتِيَانِ ﴾ (3)، والأداء في قوله تعالى: ﴿ وَقَضَيْنَا إِلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ فِي الْكِتَابِ لَتُفْسِدُنَّ فِي الْأَرْضِ مَرَّتَيْنِ وَلَتَعْلُنَّ عُلُوًّا كَبِيرًا ﴾ (4)، والصنع والتقدير في قوله تعالى: ﴿ فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ... ﴾ (5)، والعهد في قوله تعالى: ﴿ وَمَا كُنْتَ بِجَانِبِ الْعَرَبِيِّ إِذْ قَضَيْنَا إِلَىٰ مُوسَى الْأَمْرَ وَمَا كُنْتَ مِنَ الشَّاهِدِينَ ﴾ (6)، ويقال استقضى فلان طلب إليه أن يقضه، أي صار قاضيا لأنه يحكم الأحكام وينفذها، ومهما كان الاختلاف في معاني القضاء وتنوعها فإنها كلها تلتقي في إنهاء الأمر وحسمه (7).

فمصطلح القاضي في نظرية العمل القضائي تعني المعنى الفني الذي ينصرف إلى شخص هذا العمل بجوانبه الشخصية والموضوعية، المتضمنة أساسا في المهمة المزدوجة للقاضي والتي تتمثل في الكشف عن الجريمة والمجرم، والحيولة دون إدانة الأبرياء، والسعي نحو تحقيق العدل ورد الظلم وإنصاف المظلوم، وحتى يؤدي القاضي مهمته على أكمل وجه، رعاية لمصالح الدولة والأفراد عن طريق القضاء فقد صنف الفقه القضاة إلى صنفين هما: "قضاء المتابعة، والمختص بالبحث عن الجريمة، وتحريك الدعوى العمومية، والدفاع عن مصالح المجتمع، وقضاء الحكم القائم على إعطاء المتهم الدور الفعال في جلسة المحاكمة، بخصوص شرعية الإجراءات المتخذة ضده بالنظر إلى العقوبة المرصودة للوقائع محل المتابعة، فيكون بذلك هذا القضاء حياديا لايميل لا ممثلا حق المجتمع

(1) انظر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ج33، مرجع سابق، 1983، ص 282.

(2) انظر: سورة الإسراء الآية 23.

(3) انظر: سورة يوسف الآية 41.

(4) انظر: سورة الإسراء الآية 04.

(5) انظر: سورة فصلت الآية 12.

(6) انظر: سورة القصص الآية 44.

(7) انظر: القرطبي (أبو عبد الله محمد بن أحمد)، الجامع لأحكام القرآن، ج 05، مرجع سابق، ص 3853، وانظر كذلك: الفيروز آبادي (مجد الدين محمد)، القاموس المحيط، باب الواو والياء، فصل القاف، مادة القضاء، مرجع سابق، ص 1701، والرازي

(محمد بن أبي بكر)، مختار الصحاح، حرف القاف، مادة قضي، مرجع سابق، ص 175.

، ولا للمتهم⁽¹⁾، ومهما يكن تصنيف القاضي فإن استقلاليته هي مناط نجاح مهمته الجلية في درء الظلم وإحقاق العدل.

فالاستقلالية معناها أن لا يخضع القضاة في ممارستهم لعملهم لسلطات أي جهة أخرى، وأن يكون عملهم خالصا لإقرار الحق والعدل، خاضعا لما يمليه الشرع والضمير دون أي اعتبار آخر⁽²⁾. وعليه يمكن إجمال استقلالية القضاء في ثلاثة أسس تضمن فعاليتها، لها الأثر المباشر في ضمان حق المتهم في الدفاع وهي:

- أ- تحرير القاضي من أية مؤثرات أثناء سعيه لتحقيق العدالة.
- ب- عدم تدخل السلطة التشريعية والتنفيذية في مهام القاضي.
- ت- عدم خضوع القاضي لغير سلطان القانون⁽³⁾.

وتعتبر هذه الأسس الثلاثة معيار بناء قضاء عادل يحفظ المصالح العامة والخاصة لكل من المجتمع والأفراد، لذلك نجد استقلالية القاضي في ممارسة مهامه في الدعوى عامة، والدعوى الجزائية خاصة من المبادئ المجمع عليها، سواء في القانون الوضعي أو الشريعة الإسلامية، كما سنرى:

الفقرة الأولى

استقلالية القاضي في القانون الوضعي.

يستمد مبدأ استقلالية القاضي أساسه في القانون الوضعي من مبدأ الفصل بين السلطات، الذي بلوره المفكر الفرنسي " منتسكيو " الذي يقول: « لقد أثبتت التجارب التاريخية أن كل إنسان يتمتع بسلطة يسيء استعمالها إذ يتمادى في هذا الاستعمال إلى أن يصطدم بحد يوقفه، إن الفضيلة نفسها في حاجة إلى حدود وللوصول إلى عدم إساءة استعمال السلطة يجب أن يكون النظام قائما على

(1) « La fonction de poursuite consiste à faire rechercher l'infraction, déclencher l'action publique, et à soutenir les intérêts de la société, et la fonction de jugement qui consiste à prononcer sur la participation de l'individu aux agissements reprochés et sur la peine qu'appellent ces agissements ». (B) BOULOC (B) - MATSOPOULOU(H) : Droit pénal général et procédure pénale, Paris, 19^{ème} Edition, Sery Dalloz , 2014, P 232.

(2) انظر: حبيب (محمد شلال)، ضمانات استقلال القضاء في التشريع الجزائري والمقارن، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة عنابة، ع 01، 1982، ص42.

(3) انظر: الكبيسي (عبد الستار سالم)، ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة، مرجع سابق، ص 134، وانظر كذلك: بكار (حاتم)، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص74

أساس أن السلطة تحد السلطة «⁽¹⁾. إن مبدأ الفصل بين السلطات يعتبر الحائل الفعال أمام أية ضغوطات قد تمارسها السلطة التشريعية أو التنفيذية على القاضي أثناء قيامه بمهامه⁽²⁾، والتي أكد عليها القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه، واعتبر أن القاضي له السلطة الكاملة في تقرير براءة أو إدانة المتهم في حدود القانون⁽³⁾.

فمبدأ الفصل بين السلطات هو الذي يمكّن السلطة القضائية من الاستقلالية، ويحدد اختصاصها وحدودها، ويكون القاضي بمنأى عن التدخل مهما كان نوعه، ويبعد عنه الإغراءات أو الإملاءات التي تصل إليه من طرف كل ذي مصلحة، سواء أكان مسئولاً أو فرداً عادياً قصد منع صدور الحكم في قضية معينة، أو منع تنفيذه أو البطء في ذلك، فالقاضي الذي يستجيب لذلك يضحى بمهمته في صيانة العدالة، ويتحول من قاضي مجتهد وصاحب اختصاص في إصدار الأحكام وحل النزاعات، إلى مجرد خادم لتوجهات مصلحة أو سياسية خاصة بجهات معينة، مما يدفعه إلى التضحية بحقوق المتهم خدمة لمصالح جهات أو أفراد معينين، لذلك فإن مبدأ استقلالية السلطة القضائية يعد ضماناً للحريات الشخصية، رغم كونه مبدأ قديماً، إلا أنه يظل حديث الساعة فهو ذلك المبدأ القديم المتجدد⁽⁴⁾.

وحتى لا يتعرض المجتمع إلى اختلالات خطيرة تمس حقوق وكرامة الأفراد، فقد اتفقت معظم الدساتير، والمواثيق والإعلانات الدولية على احترام ومراعاة استقلالية السلطة القضائية والقضاة حتى تجرى التحقيقات والمحاكمات في إطار مبادئ المحاكمة العادلة، ومن هذه الدساتير الدستور التونسي لسنة 1959 الذي نص في المادة 65 منه على أن: «القضاة مستقلون ولا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون»، كما نصت المادة 67 على أن: «الضمانات اللازمة للقضاة من حيث التعيين، والترقية، والنقلة، والتأديب يسهر على تحقيقها مجلس أعلى للقضاء يضبط تركيبه واختصاصه».

أما الدستور الكويتي لسنة 1962 فقد عبر عن مظهر الاستقلالية والتمثل في عدم التدخل في مهام القاضي في المادة 163 بقولها: «لا سلطان لأي جهة على القاضي في قضائه، ولا يجوز بحال التدخل في سير العدالة»، وتجسيدا لذلك فقد نص في المادة 168 على أن يكون للقضاء مجلس أعلى ينظمه القانون ويبين صلاحياته، كما سار على هذا المنهج المشرع العراقي في مادته 63 من دستور 1970: «القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون»، كما جعل التعيين في منصب

(1) انظر: مهنا (محمد نصر)، نظرية الدولة والنظم السياسية، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 1999، ص 256.

(2) JACQUES (R): De l'indépendance des juges, R.L.V. Droit Public, 1988, P 23.

(3) Cass. Crim. 11/06/1985. Bull. Crim. N° 226

(4) HEYMAN (A): Droits publics et droit de l'homme, Paris, 3^{ème} Edition, L.G.D.J, 1994, P 195.

القاضي يتم بمرسوم رئاسي حسب نص المادة 37 من قانون التنظيم القضائي لسنة 1979، دون أن ننسى أن المشرع المصري قد جعله ضماناً أساسية إلى جانب الحصانة لحماية الحقوق والحريات في المادة 65 من الدستور الصادر لسنة 1971⁽¹⁾ بقولها: « تخضع الدولة للقانون، واستقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسان لحماية الحقوق والحريات » .

أما في فرنسا فقد جاء ذكر استقلالية القضاء، ودور المجلس الأعلى للقضاء في الدستور الفرنسي الصادر في أكتوبر 1958 والمعدل بآخر تعديل في 23 جويلية 2008، والذي ينص في المادة 64 على أن: « رئيس الجمهورية هو حامي استقلال السلطة القضائية، ويساعده في ذلك مجلس القضاء الأعلى، يحدد القانون الأساسي للقضاة بقانون عضوي لا يقبل عزل قضاة المقر⁽²⁾، أما دستور الولايات المتحدة الأمريكية فلم ينص على مبدأ الاستقلالية مباشرة كباقي الدساتير الأخرى، وإنما نص على سمو مهنة القاضي في المادة 03/ف01 في الفرع القضائي: « أن قضاة المحكمة العليا والمحاكم الأدنى درجة يبقون شاغليين لمناصبهم ماداموا حسني السلوك، ويتقاضون في أوقات محددة لقاء خدماتهم، تعويضات لا يجوز إنقاصها أثناء استمرارهم في مناصبهم⁽³⁾، يبدو من نص هذه المادة أن واضعي الدستور الأمريكي قد اعتبروا أن مسألة استقلالية القضاء هي القضاء نفسه، على أساس أن القاضي الذي لا يرتكب خطأ لا يمس باستقلاليتته يبقى شاغلاً لمنصبه الذي يوفر له امتياز التعويض عن أداء مهمته وفقاً للدستور، وهذا يعتبر قرينة على حسن سلوكه واحترافيته، واستقلال أحكامه التي تنعكس إيجاباً على المفهوم الاتحادي للولايات المتحدة الأمريكية.

أما في الجزائر فإن القضاء انتقل من مفهوم الوظيفة إلى مفهوم السلطة عبر مراحل تاريخية صاحبت نشوء الدولة الجزائرية، وتجسدت الصفة الوظيفية في دستور 1963 في المادة 62 التي نصت على أن: « لا يخضع القضاة في ممارستهم لوظائفهم إلا للقانون ولمصالح الثورة الاشتراكية» في الأمر رقم 27/69 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، والفكرة الراضية للفصل بين السلطات والمؤكد

(1) انظر: كذلك المادة 97 من الدستور الأردني، ص 31، المادة 104 من دستور البحرين، ص 66، المادة 65 دستور تونس، ص 90، المادة 02 دستور جيبوتي، ص 139، المادة 46 دستور السعودية، ص 147، المادة 131 دستور سوريا، ص 173، المادة 93 من دستور الصومال، ص 205 المادة 60 من دستور عمان، ص 224، المادة 97 من دستور فلسطين، ص 251، المادة 130 من دستور قطر ص 275، المادة 163 من دستور الكويت، ص 301، المبدأ التاسع من دستور ليبيا، ص 352، المادة 82 من الدستور المغربي، ص 430، المادة 89 من دستور موريتانيا، ص 455، المادة 147 من دستور اليمن، ص 490، سعد الله (عمر) وبوكرا (إدريس)، موسوعة الدساتير العربية، ج01، مرجع سابق، 2008، المادة 94 من دستور الإمارات العربية المتحدة، ص 28، المادة 123 من دستور السودان، ص 98، المادة 19 من الدستور الدائم للعراق، ص 224 والمادة 43 من الدستور الاتحادي، ص 274، سعد الله (عمر) وبوكرا (إدريس)، ج 02، مرجع سابق.

(2) انظر: ديدان (مولود)، دستوري الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا، الدار البيضاء، دار بلقيس، (د.ت)، ص 69.

(3) انظر: ديدان (مولود)، نفس المرجع، ص 16.

لوظيفة القضاء، وذلك في ديباجته: « التزام العدالة التي تشكل الوظيفة المتخصصة للسلطة الثورية الوحيدة»⁽¹⁾.

كما استمر الرفض لمبدأ الفصل بين السلطات واعتناق مبدأ وحدة السلطة والتوجه الاشتراكي إلى غاية صدور دستور 1976، ويتضح ذلك جليا من خلال عنوان بابه الثاني « السلطة وتنظيمها»⁽²⁾، إذ وردت فيه السلطة بصيغة المفرد لا الجمع مما يلغي تعدد السلطات وجعل القضاء وظيفة كباقي الوظائف الأخرى التي تخضع لسلطة واحدة، ومن ثم يمكن أن نفترض أن التدخل سيكون لا محالة في عمل القاضي رغم نص المادة 172 من هذا الدستور على أن « القاضي لا يخضع إلا للقانون» ، ولكن بعد صدور دستور 1989⁽³⁾ في بابه الثاني تحت عنوان " تنظيم السلطات" ، فالسلطة التنفيذية في المواد من 67 إلى 91، والسلطة التشريعية في المواد من 92 إلى 128، والسلطة القضائية في المواد من 129 إلى 148، نجده قد أقر مبدأ الفصل بين السلطات واستقلال السلطة القضائية في المادة 129، وألغى كل اعتبار لأن يكون القضاء وظيفة تسيير حسب متطلبات التوجه الاشتراكي⁽⁴⁾.

واستمر دستور 1996 في تنظيم السلطات على نهج دستور 1989، فالسلطة التنفيذية في المواد من 70 إلى 97، والسلطة التشريعية في المواد من 98 إلى 137، والسلطة القضائية في المواد من 138 إلى 158، التي تقابلها المواد من 156 إلى 177 من التعديل الدستوري الأخير الصادر في 2016/03/06، فبعدها حددت المادة 138 من دستور 1996 بدقة استقلال السلطة القضائية حيث نصت على أن: « السلطة القضائية مستقلة وتمارس في إطار القانون»، جاءت المادة 156 من التعديل الدستوري الأخير وفي فقرتها الثانية ورفعت من قيمة هذه الإستقلالية بأن جعلت من رئيس الجمهورية- القاضي الأول في البلاد- ضامنا لهذه الإستقلالية بقولها: « رئيس الجمهورية ضامن إستقلالية السلطة القضائية»، حتى يكون القاضي في مأمن من كل المؤثرات السلبية التي تحد من إستقلاليته في إصدار أحكامه.

الفقرة الثانية

(1) انظر: الأمر 27/69 المؤرخ في 13 / 05 / 1969 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج.ر، ع 42.

(2) انظر: الأمر رقم 97/76 المؤرخ في 22 / 11 / 1976 المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج.ر، ع 94.

(3) انظر: المرسوم الرئاسي رقم 18/89 المؤرخ في 28 / 02 / 1989 المتضمن تعديل الدستور عبر استفتاء 23 / 02 / 1989، ج.ر، ع 09.

(4) انظر: لعشب (محفوظ)، التجربة الدستورية في الجزائر، الجزائر، المطبعة الحديثة للفنون المطبعية، 2001، ص 04.

استقلالية القاضي في الشريعة الإسلامية.

إن القضاء كما قال ابن خلدون هو: « من الوظائف الداخلة تحت الخلافة لأنه منصب الفصل بين الناس في الخصومات، حسما للتداعي وقطعا للتنازع، إلا أنه بالأحكام الشرعية المتفاعة من الكتاب والسنة. فكان لذلك من وظائف الخلافة ومندرجا في عمومها »⁽¹⁾، فقد عرفه جمهور الفقهاء بأنه فصل الخصومات، وقطع المنازعات، والإخبار عن الحكم الشرعي وتبيينه، وإلزام من له الإلزام به⁽²⁾، ويأخذ القضاء في الشريعة الإسلامية حكم فرض الكفاية كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وإقامة الحدود، ويسقط عن سائر المكلفين من الأمة إذا قام به الكفاء المستوفي للشروط، ويجب على الإمام تعيين قاضٍ، لأن: « القضاء أمر من أمور الدين، ومصالحة من مصالح المسلمين، تجب العناية به، لأن الناس بالناس إليه حاجة »⁽³⁾، إبي ما يعرف عند الفقهاء بشروط القاضي وهي التي تتوفر فيمن تكون له المؤهلات للجلوس لمجلس القضاء، وهو أن يكون (بالغا، وحرًا، ومسلما، وسميعا، وبصيرا، وعدلا، وذكرًا، ومجتهدًا)، هذه الشروط لم يجمع عليها أئمة المذاهب الأربعة فقد اتفقوا في (البلوغ، والحرية، والإسلام، والسمع، والبصر)، واختلفوا في العدالة، والذكورة، والاجتهاد.

فالعدالة والذكورة مشروطان عند المالكية، والشافعية، والحنابلة، فلا يجوز تولية الفاسق ولا مرفوض الشهادة لعدم الوثوق بقولهما، بحيث يؤثم موليه، وتبطل ولايته، ولا ينفذ له حكم ولو كان موافقا للشرع، ومن ثم فهو شرط صحة، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْحَبُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ ﴾⁽⁴⁾، أما الحنفية فاعتبروه شرط جواز فقط، ومن ثم فإن الحاجة قد تقتضي توليته القضاء، بمعنى إذا ولي الفاسق القضاء أثم موليه، ولكن تصح ولايته وينفذ حكمه إذا كان موافقا للشرع⁽⁵⁾، كما أنه لا يمكن تولية المرأة القضاء لقوله صلى الله عليه وسلم: « لن يفلح قوما ولوا أمرهم امرأة »⁽⁶⁾، ولكن يمكن تعيينها في القضاء المدني الخاص بالأموال فقط ، لأنه تجوز شهادتها في المعاملات.

(1) انظر: ابن خلدون (عبد الرحمن أبو زيد ولي الدين)، ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن

الأكثر، المعروف ب " مقنمة بن خلدون "، مرجع سابق، ص 229.

(2) انظر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ج33، مرجع سابق، ص 283.

(3) انظر: الزحيلي (وهبة)، الفقه الإسلامي وأدلته، ج06، مرجع سابق، ص481.

(4) انظر: سورة الحجرات الآية 06.

(5) انظر: واصل (نصر فريد محمد)، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، القاهرة، المكتبة التوفيقية، ط02، 1983 ، 141.

(6) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب كتاب النبي صلى الله عليه وسلم إلى كسرى وقيصر، رقم الحديث 4425، مرجع

سابق، ص 549، والنسائي، سنن النسائي، كتاب آداب القضاة، النهي عن استعمال النساء في الحكم، رقم الحديث

5390، مرجع سابق، ص 1004.

أما الاجتهاد فهو شرط عند المالكية، والشافعية، والحنابلة، وبعض الحنفية: « فلا يولى الجاهل بالأحكام الشرعية ولا المقلد، الحافظ لمذهب إمامه، لكنه غير عارف بغوامضه، وقاصر عن تقدير أدلته لأنه لا يصلح للفتوى، فلا يصلح للقضاء بالأولى»⁽¹⁾، غير أن اجتماع العدالة والاجتهاد مستعصٍ في عصرنا نظرا لصعوبة معرفة مراتب الناس في العلم والفقه، وذلك لاتساع دائرة المعارف عنها في العصور السابقة، كذلك عدم القدرة على معرفة الأخلاق الحقيقية للناس، ومن ثم يقتضي الأمر أن يكون الشخص الذي يتولى القضاء من الناس الظاهر صلاحهم فقط، وهذا ما يعبر عنه القانون الوضعي في الوقت الحاضر بشروط الترشح لمنصب القضاء، بحيث لا يمكن أن نتأكد من صلاحية أي شخص للقضاء إلا من خلال سوابقه القضائية، ضف إلى ذلك أن القضاء كأصل عام يقوم على العلنية، حيث أصبحت هناك قاعات للمحاكمة تتوفر على الآليات اللازمة التي لا تعيق تولي المرأة للقضاء، ومن ثم فإن رأي الحنفية يكون أقرب إلى الواقع من المذاهب الأخرى.

فالقضاء إذن عند جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية من الولايات العامة التي ينقلها الإمام، وفي حالة فقدته يتولى تقليد القضاء أهل الاختيار ولها أربعة شروط وهي:

- أ - معرفة المولى للمولى بأنه على الصفة التي يجوز أن يولى معها.
- ب - معرفة المولى بما عليه المولى من استحقاق تلك الولاية بصفاته التي يصير بها مستحقا لها
- ت - ذكر ما تضمنه التقليد من ولاية القضاء، أو إمارة البلاد، أو جباية الخراج.
- ث - ذكر تقليد البلاد الذي عقدت الولاية عليه، ليعرف به العمل الذي يستحق النظر فيه»⁽²⁾.

إن التعيين هو الأسلوب المعمول به في الشريعة الإسلامية ويجمع عليه فقهاؤها ويكون بطريقتين هما " المشافهة عند الحضور، والمكاتبة عند الغياب"، كما عبر عنهما الماوردي في قوله: «تتعقد ولاية القضاء بما تتعقد به الولايات، مع الحضور باللفظ والمشافهة، ومع الغيبة مراسلة ومكاتبة، ولكن لا بد مع المكاتبة من أن تقترن بها من شواهد الحال ما يدل عليها عند المولى وأهل عمله»⁽³⁾.

فإن كان التعيين هو الأسلوب الأمثل لتولي القضاء عند فقهاء الشريعة الإسلامية، فإن هذا لا يمنع من أن يكون القاضي في حصانة تمكنه من ممارسة وظيفته بكل استقلالية، ومن ثم ضمان حقوق المتهم في الدعوى الجزائية وخصوصا حقه في الدفاع، لذلك نجد الخلفاء الراشدين وأمراء الدولة الإسلامية من بعدهم قد أحاطوا القضاء بكل مظاهر الإجلال والتكريم، وكفلوا لأحكام القضاء الاحترام

(1) انظر: الزحيلي (وهبة)، الفقه الإسلامي وأدلته، ج6، 06، المرجع السابق، ص ص482، 483، ابن رشد (أبو الوليد محمد بن أحمد بن أحمد القرطبي)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ص 856.

(2) انظر: الماوردي (أبو الحسن علي بن محمد)، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، مرجع سابق، ص 118.

(3) انظر: الماوردي (أبو الحسن علي بن محمد)، نفس المرجع، ص 117.

والنفاذ، وكانوا يقبلون الأحكام الصادرة ضدهم وينفذونها طائعين، ومن أمثلة ذلك قضاء القاضي شريح للنصراني على علي بن أبي طالب كرم الله وجهه، وكان يومها أمير المؤمنين، في قضية الدرغ التي أهدها إياها عثمان بن عفان رضي الله عنه (1)، ومن الأمثلة كذلك التي تؤكد على أهمية الاستقلالية في زمن الدولة الإسلامية قضاء "سوار بن عبد الله" قاضي البصرة عندما رفض إعطاء الأرض المتنازع عليها بين التاجر والقائد إلى هذا الأخير، عندما أمره بذلك أبو جعفر المنصور الخليفة العباسي، لأن البيعة التي بين يديه تقول بأنها للتاجر (2).

لم يكن تقديس الخلفاء والأمراء للعدل، والاستقلالية الوظيفية للقاضي في عمله تتوقف عند حد القضاء وفق للبيعة، والحق والحجة، والدليل ولو كان ذلك عكس ما يريده هؤلاء الخلفاء أو الأمراء فحسب، بل تعدى الأمر إلى إمكانية استدعائهم أمام القضاء إن كانت هناك ضرورة لذلك، سواء كأطراف في الدعوى أو شهودا عليها، كما حدث في قضية الحمالين الذين أراد الخليفة العباسي أبو جعفر المنصور أن يمضي بهم إلى الشام، فلما كرهوا ذلك لمشقتهم رفعوا شكوى إلى القاضي "محمد بن عمران"، الذي استدعى الخليفة أبا جعفر المنصور إلى مجلس القضاء ونبهه على كاتبه بأن لا يناديه بلقب الخليفة، وإنما يناديه باسمه المجرى فقط، كما لم يقف لتحيته، وبعد المحاكمة قضى للحمالين عليه، وعند انتهائه من قضاؤه قام وحياه كخليفة، فاستحسن أبو جعفر المنصور صنيع "محمد بن عمران"، وأمر له بعشرة آلاف دينار، فتمكينا للقضاء واستقلاليته في الدولة الإسلامية، أنشأ العباسيون منصب قاضي القضاة، ووظيفة هذا المنصب تعيين القضاة، وعزلهم، وتفقد أعمالهم، وأحكامهم (3).

يتجلى لنا من خلال الأمثلة المقدمة حول أحوال القضاء واستقلاليته في الدولة الإسلامية أن الأمير أو الخليفة ينظر إلى أهمية القضاء كمؤسسة تضمن حقوق الأفراد بغض النظر عن مرتبتهم الاجتماعية، وإلى خصوصية عمل القاضي الذي لا يتولاه إلا الأكفاء، وبالرغم من أن التعيين يكون من طرف الإمام، وأن القاضي هو امتداد لسلطته، إلا أن هذا كله لا يعطي لأي فرد في الدولة الإسلامية أية حصانة أو امتياز إذا انتهك حق من الحقوق، وأن العبرة بحماية الحقوق لا بالمناصب والمراكز، ومن ثم تتحقق استقلالية القاضي وتصبح كآلية فعالة لضمان حقوق جميع الأفراد داخل المجتمع سواء أكانوا متهمين أو ضحايا، وذلك بالمساواة بينهم عند إقامة الدعوى ومباشرة إجراءاتها، وتحري العدالة عند التنفيذ، لأن ولاية القاضي للناس كافة، تقوم على أساس شهادته الدائمة على أحكام القضاء، مع خضوعه لرقابة الحاكم الذي يجب عليه تفقد أفضية قضااته بين الناس، الأمر

(1) انظر: ابن كثير (عماد الدين إسماعيل بن عمر)، البداية والنهاية، تحقيق بن منان (حسان)، ج01، بيروت، بيت الأفكار الدولية،

2004، ص193.

(2) انظر: السيوطي (جلال الدين عبد الرحمن)، تاريخ الخلفاء، تحقيق أبو جبل (محمد نصر)، القاهرة، مكتبة مصر، 2008، ص 255،

(3) انظر: السيوطي (جلال الدين عبد الرحمن)، نفس المرجع، ص 256.

يفرض عليه أن يسأل الثقة عنهم، فإن كانوا على طريق الاستقامة أبقاهم وإن كانوا خلاف ذلك عزلهم، وبالتالي يكون الحياد والنزاهة نتيجة منطقية لاستقلالية القاضي، الذي يعمل على حماية مصالح الدولة سواء تلك المقررة بموجب الشريعة الإسلامية أو القانون الوضعي.

الفرع الثاني

الحياد والنزاهة.

إذا كانت استقلالية القاضي تمثل اللبنة الأساسية لبناء دولة القانون، وذلك بضمان استقلالية السلطة القضائية عن السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، فإن هذه الاستقلالية لن تتحقق إذا لم يكن القاضي عادلاً في قضاؤه، نزيهاً في أحكامه، وحيادياً عند اتصاله بالقضية، لا يميل لأحد الخصوم مهما كان، سواء شغل منصب قاضي التحقيق أو قاضي الحكم، لذلك يمثل كل من الحياد والنزاهة، جوهر العملية القضائية، سواء في القانون الوضعي أو الشريعة الإسلامية، حسب ما يأتي:

الفقرة الأولى

حياد القاضي ونزاهته في القانون الوضعي.

لقد تجلت أهمية حياد القاضي في الدعوى الجزائية في القانون الوضعي إثر الفكر التحرري الذي ظهر في القرن الثامن عشر، وأصبح حياد القاضي حيال النزاع المعروض عليه يتوقف على أمرين اثنين هما:

- أ- عدم الميل والانحياز لأحد الخصوم مهما كان مركزه ونفوذه الاجتماعي⁽¹⁾.
- ب- أن يتحرى الموضوعية عند اتصاله بموضوع الجريمة سواء أكانت مهمته تحقيقية، أو تحقيقية حكمية.

فإذا تحقق هذان الأمران، يمكن أن نعتبر مبدأ حياد القاضي ضماناً لحق المتهم في الدفاع، لأنه الوسيلة التي يستطيع من خلالها أن يركن إلى عدالة الحكم، وذلك لتجرد القاضي من

(1) TERRE (F) : Introduction général au droit, Paris, 9^{ème} Edition, Dalloz, 2012, P 607

الصفات التي تجعل تحقيق العدالة أمرا مشكوكا فيه ⁽¹⁾. وبما أن حياد القاضي هو توأم استقلاليتته، وعنصرا مكملا لها، فإنه لا يمكن أن نتصور قضاءً مستقلا بقاضي متحيز، أو متحزب، أو معتنقا لفكر متشعب بالأبعاد العرقية، أو التمييز العنصري، الذي يجعل من أحكامه تتمشى وطابع الجهوية والانحيازية، وتغليب مصالح العرق على السعي نحو تحقيق العدالة، لأن الحيادية من المبادئ الدستورية التي يمكن استخلاصها من استقلالية القضاء، الذي يهدف أساسا لحماية الحريات، لذلك نجد كافة الفعاليات الدولية والقانونية قد اهتمت به في العديد من المؤتمرات، والاتفاقيات، والإعلانات الدولية ومنها: المؤتمر السابع للأمم المتحدة حيث جاء في قرارها رقم 146/40 المؤرخ في ديسمبر 1975 والخاص باستقلال السلطة القضائية: « أن تفصل السلطة القضائية في المسائل المعروضة عليها دون تحيز على أساس الوقائع ووفقا للقانون، دون أية تعقيدات، أو تأثيرات غير سليمة، أو أية إجراءات، أو ضغوط، أو تهديدات، أو تدخلات، مباشرة كانت، أو غير مباشرة، من أي جهة، أو لأي سبب » ⁽²⁾.

كما اتفقت معظم التشريعات والاتفاقيات الدولية على ضرورة تحييد القاضي كآلية فعالة لتمكين المتهم من الدفاع عن نفسه، سواء من حيث اختيار الوسيلة المناسبة لذلك، أو من حيث اطمئنانه لدور القاضي في حمايته من التعسف مهما كان نوعه، ومما يؤكد على محورية حياد القاضي في الدعوى الجزائية حتى يكون الحكم مطابقاً للحقيقة، أنه الطرف الذي يقف بين يديه كل أطراف الدعوى من أجل الاحتكام إليه حتى لا تضيق حقوقهم، لأن كل طرف فيها يسعى دوماً إلى الحصول على أكبر فائدة من خلال الحكم الذي سيصدر، بغض النظر عن جسامة الجريمة، وانتهاكها للحقوق والأخلاق، الشيء الذي جسده الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 في المادة 10 منه، العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 في المادة 14/ف01 منه، والاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام 1950 في المادة 06 منها.

وتطبيقاً لهذه المبادئ وتكريسا للاتفاقيات التي صادقت عليها الجزائر في هذا المجال، فقد كرس المشرع الجزائري مبدأ حياد القاضي في المادة 147 من دستور 1996 بأن يصدر القاضي أحكامه في غطاء خاص من الحيادية ولا يخضع إلا للقانون، ومحررا من كل الضغوط والتأثيرات حسب نص المادة 148، كما كرس المشرع الجزائري صورة تطبيقية في قانون الإجراءات الجزائية تحدد الأسباب الخاصة برد القضاة والإجراءات المتبعة طبقاً لأحكام المواد 544 إلى 566 من ق.إ.ج.ج، كما قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها بأنه يجوزز للمتقاضي إذا قام سبب يدعو إلى

⁽¹⁾ انظر: بشيت خوين (حسن)، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، ج02، مرحلة المحاكمة، مرجع سابق، ص 25.

⁽²⁾ انظر: البشري (محمد الأمين)، أحمد (محسن عبد الحميد)، معايير الأمم المتحدة في مجال العدالة الجنائية ومنع الجريمة، الرياض، مطابع أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية 1998، ص39.

الشك في إنصافه من طرف القاضي أن يطلب تعويضه بقاضٍ آخر حسب الشروط المحددة في المادة 544 من ق.إ.ج.ج (1)، كما وضع المشرع للقاضي مجموعة من الموانع، هي في حقيقتها لمصلحة القضاء كمرفق مستقل، ولمصلحة القاضي لحمايته من التأثيرات الاجتماعية كالإغراءات، والضغوطات، والتبعية في إطار حياده الكامل.

وهذه الموانع هي: " منع القاضي من العمل السياسي، حتى يكون بمنأى عن تلقي الأوامر والتعليمات من رؤسائه السياسيين حسب نص المادة 14 من القانون الأساسي للقضاة (2)، ومنعه من مزاوله نشاط ربحي حسب نص المادة 17 من ق.ع، حتى لا يكون خاضعا لرب العمل إذا كان مرؤوسا، ولا يستغل نفوذه لتحقيق مصالحه إذا كان صاحب العمل، وإبعاده عن التأثيرات الشخصية حسب نص المادة 21 من ق.ع، وذلك بعدم تعيينه في دائرة محكمة أو مجلس قضائي سبق وأن شغل فيه وظيفة عمومية قبل انقضاء خمس سنوات، حمايته من تأثير الرأي العام، عند فصله في المنازعة المعروضة عليه " (3).

ويرى الفقيه الفرنسي " Gorge André " أن ضمان حياد القاضي هو أحد مشكلات العدالة، ولا شك أن حل هذه المشكلة الصعبة لا يكون إلا بوضع فيصل حاسم ودقيق بين القاضي من جانب ونفسه من جانب آخر، وهذا الفيصل هو الذي يضمن تجريد القاضي جبرا من صفاته التي تتعارض مع العدالة، بحيث لا يبقى فيه سوى صفته كقاض فقط دون غيرها من الصفات الأخرى ، لأن قاعدة " كل قاض هو نائب عام "، قد اختفت فلا أحد يستطيع أن يكون خصما وحكما في نفس الوقت (4).

(1) انظر: ماروك (نصر الدين)، محاضرات في الإثبات الجنائي، النظرية العامة للإثبات الجنائي، ج01، الجزائر، دار هومة، 2003، ص 618.

(2) انظر: القانون العضوي رقم 11/04 المؤرخ في 2006/09/06 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج.ر، ع 57.

(3) من الأمثلة التي تثبت تأثير الرأي العام على القضاء ما حدث في إنجلترا في قضية التعويض عن الأضرار الناجمة عن استخدام عقار thalidomide ، إذ اهتم الرأي العام بها لما أثارته من شفقة على الأطفال الذين ولدوا مشوهين تشويها كاملا بسبب تناول أمهاتهم لهذا العقار أثناء تأخر الحمل، وقد تأخرت الشركة المسؤولة عن توزيع العقار في دفع التعويضات للأطفال المشوهين الأمر، الذي جعل جريدة the times الانجليزية تهتم بالقضية وتهاجم الشركة المدعى عليها، فدفعت الشركة بأن تدخل الصحافة كفيل بإثارة استياء الرأي العام، ويؤثر على قبول تسوية مجحفة بحقوقها ، وافق مجلس اللوردات على وجهة نظر الشركة واعتبر محاولة الضغط عليها بمقالات التنديد مكونة لجريمة الاستهانة بأحكام القضاء، انظر: عمر (محمد عبد الخالق)، النظام القضائي المدني، ج01، القاهرة، دار النهضة العربية، 1976، ص 28.

(4) « tout juge Procureur généra est ». ANDRE(G): Du principe de la neutralité du juge dans l'instruction des affaires civiles, Thèse, Paris, 1910, P6.

الفقرة الثانية

حياد القاضي ونزاهته في الشريعة الإسلامية.

إن نزاهة القاضي تتحدد من خلال خضوع القاضي لمحكمة الضمير ، التي تحاكمه في كل قضية يجلس فيها إلى القضاء عن طريق الأوامر والنواهي التي تذكره بمسؤوليته الدينية، المبنية على العقوبة الدنيوية التي تعتبر أخف عقوبة بالنظر إلى العقوبة الأخروية، فالقاضي مهما بلغ من الحكمة، والفتنة، والذكاء، فلا يعدو أن يكون مطبقاً لأوامر الله ونواهيه التي تتسم بالقطع والوضوح، فيجد نفسه وكبلاً فقط فيما أمره الله به مصداقاً لقوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾ (1).

لذلك يكون القاضي حريصاً على العدل أكثر من حرص الخصوم على حقوقهم، وصارماً في سعيه لتحقيق المساواة فيما بينهم - كما مر معنا في قضاء القاضي شريح - والقاضيين سوار بن عبد الله ومحمد بن عمران في عهد أبو جعفر المنصور - لأن الله تعالى قد قرر العقاب الأليم للظالمين في قوله تعالى: ﴿ وَأَمَّا الْقَاسِطُونَ فَكَانُوا لِجَهَنَّمَ حَطَبًا ﴾ (2)، والقاسط هو القاضي الظالم باتفاق الشراح، لأن القاضي العادل في الشريعة الإسلامية يعلم جيداً خطورة القضاء، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم قد أخبره بذلك في قوله: « من جعل قاضياً بين الناس فقد ذبح بغير سكين » (3).

كما أن الرسول صلى الله عليه وسلم وضع مجموعة من الضوابط للقاضي حتى يتحرى الحياد والنزاهة، وهي في الحقيقة قيم أخلاقية رفيعة يجب أن يتحلى بها المسلم عموماً، والقاضي خصوصاً عند فصله في الخصومات التي تقع بين الناس، وأهم هذه القيم التي تتصل بنزاهة القاضي وحياده بأن لايسعى لتقلد القضاء من أجل الحصول على الامتيازات والمنافع في وقوله صلى الله عليه وسلم: « من طلب قضاء المسلمين حتى يناله، ثم غلب عدله جوره، فله الجنة، ومن

(1) انظر: سورة النساء، الآية 58.

(2) انظر: سورة الجن، الآية 15.

(3) انظر: ابن ماجه، سنن بن ماجه، أبواب الأحكام، باب ذكر القضاة، رقم الحديث 2308، مرجع سابق، ص409، والترمذي، سنن الترمذي، أبواب الأحكام عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ما جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في القاضي، رقم الحديث 1374، مرجع سابق، ص 595، والبيهقي (أبو بكر أحمد بن الحسين)، السنن الكبرى، تحقيق عبد القادر عطا (محمد) ، كتاب آداب القاضي، باب كراهية الإمارة، ج10، رقم الحديث 20218، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003، ص 164.

غلب جوره عدله فله النار «⁽¹⁾، وأن يتصف بالأمانة عند الحكم بين المتقاضين في قوله صلى الله عليه وسلم: « **ما من وال يولى رعية من المسلمين فيموت وهو غاش لهم إلا حرم الله عليه الجنة**»⁽²⁾، وعدم القضاء في حالة الغضب في قوله صلى الله عليه وسلم: « **لا يقضين حكم بين اثنين وهو غضبان**»⁽³⁾، والسعي للصلح بين المتقاضين في قوله صلى الله عليه وسلم: « **صلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما، والمسلمون على شروطهم، إلا شرطنا حرم حلالا أو أحل حراما**»⁽⁴⁾.

ولكن أعظم عبء يقع على القاضي عند ممارسة القضاء، هو واتقاء الشبهات، وذلك بعدم قبول الهدايا حتى لا يكون القاضي أمام فرضية تضييع مصلحة العدل بين الناس، والانحياز لأحد الخصمين مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم عندما استعمل رجلا من الأسد على صدقات بني سليم، يدعى ابن الأتبية، فلما قدم، قال: هذا لكم، وهذا أهدي إلي، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم: « **فهلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر يهدى له أم لا والذي نفسي بيده لا يأخذ أحد منه شيئا إلا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبتة إن كان بعيرا له رغاء، أو بقرة لها خوار، أو شاة تعير»⁽⁵⁾، كما أن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى أبي موسى الأشعري عندما ولاه القضاء: « **لا تبيعن ولا تبتاعن، ولا تشارن ولا تضارين، ولا ترتش في الحكم، ولا تحكم بين الناس وأنت غضبان**»⁽⁶⁾، فمقصد تحريم قبول الهدية في هذا الموضوع، والذي يتخذ صفة الرشوة، هو أن يأخذ من أحد الخصمين ليحكم له بالباطل، أو يمتنع القاضي عن الحكم لصاحب الحق حتى يعطيه الرشوة، وفي هذا تعطيل للوظيفة القضائية ككل، وتغريب بحقوق العباد، لأنه جاء متصلا بالخصومة القائمة بين يديه وبمناسبتها، وفي هذا يقول ابن فرحون: « **... لأن الهدية تورث إذلال المُهدي وإغضاء****

(¹) انظر: أبو داود، سنن أبي داود، سنن أبي داود، أول كتاب الأفضية، باب طلب القضاء والتسرع إليه، رقم الحديث 3578، مرجع سابق، ص 763، وابن ماجه، أبواب الأحكام، باب التغليظ في الحيف الرشوة، رقم الحديث 2312، نفس المرجع، ص 409.

(²) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب من استرعى رعية فلم ينصح، رقم الحديث 7150، مرجع سابق، ص 873.
(³) انظر: البخاري، كتاب الأحكام، باب هل يقضي القاضي وهو غضبان، رقم الحديث 7157، نفس المرجع، ص 874، ومسلم، صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب كراهة قضاء القاضي وهو غضبان، رقم الحديث 4491، مرجع سابق، ص 762، وابن حنبل (أحمد الشيباني)، المسند، مسند البصريين، ج 12، رقم الحديث 21063، مرجع سابق، ص 293.

(⁴) انظر: الترمذي، سنن الترمذي، أبواب الأحكام عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، رقم الحديث 1402، المرجع السابق، ص 601، وأبو داود، سنن أبي داود، أول كتاب الأفضية، باب في الصلح، رقم الحديث 3594، المرجع السابق، ص 766، وابن حنبل (أحمد الشيباني)، مسند أبي هريرة، ج 04، رقم الحديث 9019، نفس المرجع، ص 412.

(⁵) انظر: البخاري، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب من لم يقبل الهدية لعة، رقم الحديث 2597، نفس المرجع، ص 322، ومسلم، كتاب الإمارة، باب تحريم هدايا العمال، رقم الحديث 4738، نفس المرجع، ص 822.

(⁶) انظر: الحميضي (عبد الرحمان عبد العزيز)، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 75.

المُهدى إليه، وفي ذلك ضرر للقاضي ودخول الفساد عليه، وقيل: إن الهدية تطفئ نور الحكمة «⁽¹⁾.

أما إذا كان حصول القاضي على الهدية منفصلا عن وظيفته القضائية، فتكون جائزة لقوله صلى الله عليه وسلم: « لو أهدي إلي كراع لقبلت، ولو دعيت عليه لأجبت »⁽²⁾، فقد ورد في فقه السنة: « وأما الهدية فإن كان ممن يهاديه قبل الولاية، فلا يحرم استدامتها، وإن كان لا يهدى إليه إلا بعد الولاية، فإن كانت ممن لا خصومة بينه وبين أحد عنده، جازت وكرهت، وإن كانت ممن بينه وبين غريمه خصومة عنده فهي حرام على الحاكم والمهدي»⁽³⁾، وقد اتفق جمهور الفقهاء على كراهية أن يشغل القاضي نفسه بشيء غير القضاء بين المتخاصمين في مجلسه، سواء بالبيع أو الشراء، أو قبول الهدايا لأن ذلك مدعاة لانشغال القاضي بأمور لا تتصل بقضائه فيخلط بينها وبين ما ليس منه فيقع في الحرام وهو المحاباة لأحد الخصوم⁽⁴⁾، فإذا فعل ذلك فسدت كل إجراءات الدعوى وإنهارت دعائمها، التي تعتبر المجال الواقعي لممارسة المتهم لحقوق دفاعه.

المبحث الثالث

الدعائم الإجرائية.

إذا كان الفصل بين السلطات الثلاث المكونة للدولة في الوقت الحاضر من الأفكار المنتشرة في أغلب الدول نصا وتطبيقا، فإن الفصل بين وظائف القضاء الجنائي مازال يثير الكثير من الجدل على أساس ارتباطه بحسن سير القضاء من أجل تحقيق العدالة المنشودة من جهة، وبمدى الفصل بين وظائفه على أساس قضائي في إطار التكامل الإداري من جهة ثانية (المطلب الأول)، هذا الفصل الذي يضمن للمتهم حقه في الدفاع، وحقه في عدم تعسف هذه السلطات بأن يلتجأ إلى سلطة أخرى لتتظفر في التهمة الموجهة إليه تطبيقا لمبدأ التقاضي على درجتين (المطلب الثاني)، على أساس أن الدعائم الإجرائية هي أكثر الدعائم التي تتجلى فيها أهمية حقوق الدفاع ومدى مراعاتها في الدعوى الجزائية.

⁽¹⁾ انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج01، مرجع سابق، ص 37

⁽²⁾ انظر: رواه الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء في قبول الهدية، وإجابة الدعوى، رقم الحديث 1387، المرجع السابق، ص 598، و وانظر كذلك: ابن حنبل (أحمد الشيباني)، المسند، مسند أنس بن مالك، رقم الحديث 13521، المرجع السابق، ص 603.

⁽³⁾ انظر: سابق (السيد)، فقه السنة، ج 03، مرجع سابق، ص 406

⁽⁴⁾ انظر: الحميضي (عبد الرحمن عبد العزيز)، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص 79.

المطلب الأول

الفصل بين وظائف القضاء الجزائي.

إن الهدف المحوري الذي يدور حوله مبدأ الفصل بين سلطة التحقيق وسلطة الاتهام من جهة (الفرع الأول)، ومبدأ الفصل بين سلطة التحقيق وسلطة الحكم من جهة ثانية (الفرع الثاني)، هو الوقوف على مدى استقلالية قاضي التحقيق عن سلطة الاتهام وسلطة الحكم، على أساس أن مرحلة التحقيق هي المرحلة التي تتجلى فيها أكثر الأهمية القانونية والإجرائية لحقوق الدفاع، وذلك لما ينجر عنها من تمحيصٍ للاتهام الذي يكون له فيما بعد الأثر الفعّال في إحالة ملف الدعوى على جهات الحكم، ومن ثم تقدير مدى جدية اتهام النيابة العامة للمتهم، الذي قد يتعرض في هذه المرحلة إلى التدخل في حياته الخاصة، أو تقييد حريته الفردية لضرورات التحقيق، لذلك تبدو وظيفة قاضي التحقيق بالنظر إلى الوظائف الأخرى للقضاء الجنائي أكثرها حساسية في الدعوى الجزائية، لأنها المرآة الحقيقية لشرعية الإجراءات المتخذة، ومدى احترام حقوق الدفاع.

الفرع الأول

الفصل بين التحقيق والاتهام في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية.

إن المبرر الرئيسي لمبدأ الفصل بين التحقيق والاتهام هو حماية الحريات الشخصية من كل تحكّم واستبداد، لأنه في المسألة الجنائية إذا توقف كل شيء على شخص واحد يملك وحده الحق في الاتهام، وجمع الأدلة، وتقديرها، والفصل فيما ينسب للمتهم، فإنه من الواضح أن هذا الشخص يملك الإضرار بالمتهم، أو الحكم لصالحه متى يشاء ذلك، ومن هنا فإن مبدأ الفصل بين وظائف القضاء الجنائي هو ضمان حياد القاضي الجنائي⁽¹⁾، سواء في القانون الوضعي أو الشريعة الإسلامية.

(¹) انظر: سرور (أحمد فتحي)، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة، مصر 2004، ص 382.

الفقرة الأولى

الفصل بين التحقيق والاتهام في القانون الوضعي.

يعتبر القانون الفرنسي أول قانون نص على مبدأ الفصل بين سلطتي التحقيق والاتهام على أساس أنه قد اقتبس جل مبادئه من القانون الروماني، فالقوانين الإجراءات الجنائية قبل 1670، لم تكن تعترف بفكرة حقوق المتهم في الدعوى الجزائية خصوصاً حقه في الدفاع، فلم يكن المتهم يعلم بكيفية إجراء التحقيق، وإلى أية مرحلة وصل إليها، لأن الإجراءات في تلك الفترة كانت غير واضحة تقوم على ممارسات موروثه عن القانون الروماني والكنسي⁽¹⁾، وكانت السرية أساس إجراءات البحث والتحري، الذي ينتهي بإحالة الملف على نائب الملك الذي يقوم في حال ما إذا قرر السير في الدعوى، إلى استدعاء المتهم، أو القبض عليه وإحالته إلى المأمور الجنائي المختص بالموافقة على إجراء التحقيق، أو ما يسمى " بالملازم الجنائي" الذي استحدث بموجب الأمر الملكي لعام 1670، والذي كان له في هذه المرحلة إمكانية اللجوء إلى التعذيب قبل استجواب المتهم، وأثناءه، وبعده.

وقد كان يطلق على هذا التعذيب بالاستجواب التحضيري إذا قامت ضد المتهم دلائل قوية على ارتكابه الجريمة، تميزاً له عن الاستجواب الأولي الذي يطلق على التعذيب الذي يخضع له المحكوم عليه بالإعدام للاعتراف بالأشخاص المشاركين له في الجريمة، والذي كان يسود الأدلة آنذاك، كما كان قاضي التحقيق يسمع الشهود في غيبة المتهم، وتتم مواجهته بهم دون حضور محاميه⁽²⁾، لكن بعد الثورة الفرنسية لعام 1789 سعى رجال القانون الفرنسيون إلى محاولة تطبيق النظام الانجليزي الذي يقوم أساساً على النظام الاتهامي، أين يكون المتهم والنيابة على قدم المساواة أمام محكمة محايدة⁽³⁾، كما أدخل نظام المحلفين في مرحلتي الاتهام والتحقيق الذي أصبح من اختصاص قاضي السلام مستعينا في ذلك برجال البوليس القضائي، وتكرس ما يسمى بتدوين وسائل الإثبات وإن كان القانون الروماني هو السباق في هذا المجال، لذلك تعتبر المبادئ التي جاءت بها الثورة الفرنسية انقلاباً حقيقياً في عالم القانون⁽⁴⁾.

فمبدأ الفصل بين سلطتي التحقيق والاتهام ورغم ما يحققه من ضمانات للمتهم عند ممارسته لحقوق دفاعه، ويحميه من تعسف أية سلطة مشغولة بالدعوى الجزائية، إلا أنه لم تأخذ به

(1) انظر: المرصفاوي (حسن صادق)، المرصفاوي في المحقق الجنائي، مرجع سابق، ص 11.

(2) انظر: أشرف رمضان عبد الحميد (حسن)، سلطات الاتهام والتحقيق في القانون الجنائي، القاهرة، دار الحديث للكتاب، 2008، ص 45، 46.

(3) انظر: أشرف رمضان عبد الحميد (حسن) نفس المرجع، ص 48.

(4) انظر: مروان (محمد)، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، ج 01، مرجع سابق، ص 463.

كافة التشريعات الجزائية لاعتبارات خاصة باختلاف أنظمتها الإجرائية، وقد كان المشرع الفرنسي الرائد في هذا المجال من خلال التعديل الدستوري الصادر في 27 /07/ 1993⁽¹⁾.

ومن التشريعات العربية التي رفضت مبدأ الفصل بين الاتهام والتحقيق التشريع المصري، الذي جعل النيابة العامة صاحبة الاختصاص الأصيل في التحقيق بعد تعديل قانون الإجراءات الجنائية سنة 1952، وإن أجازت المادة 64 من ق.إ.ج.م نذب قاضي التحقيق في جرائم معينة⁽²⁾، حيث أصبح النظام الإجرائي المصري يتميز بخلطه بين نظامي الجمع تارة والفصل تارة أخرى، فأصبح للنيابة العامة من خلال هذا الوضع أن تطلب من رئيس المحكمة الابتدائية تعيين أحد قضاة التحقيق للقيام بالتحقيق في بعض الجنايات والجنائيات⁽³⁾، كما سار على هذا النهج المشرع الأردني في ظل قانون المحاكمات الجزائية الأردني لسنة 1961 بعدما كان يأخذ بفكرة الفصل بين التحقيق والاتهام في قانون أصول المحاكمات الجزائية لسنة 1951، أما المشرع العراقي فقد جمع بين سلطتي التحقيق والاتهام في قانون أصول المحاكمات البغدادي الملغى عام 1918، ثم عاد إلى مبدأ الفصل بين السلطتين في قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971⁽⁴⁾، أما المشرع التونسي فقد كرس مبدأ الفصل بين التحقيق والاتهام في المادة 50 من قانون 1973⁽⁵⁾.

أما في الجزائر فقد تبني المشرع الجزائري نظام قاضي التحقيق الذي ورثه عن المشرع الفرنسي، فلم يجد عنه رغم التعديلات المتكررة لقانون الإجراءات الجزائية، ورغم عدم استقرار وظيفة التحقيق في مواجهة وظيفة الاتهام التي تبدو مهيمنة على كل أطوار الدعوى الجزائية، لأنه باستقراء المواد 12، 38، 58، 67، 68، 69، من ق.إ.ج.م نجد في المادة 12 أن قاضي التحقيق عضو من أعضاء الضبطية القضائية الخاضعين إداريا للنيابة العامة عندما نصت في الفقرة الأولى منها على أنه: «يقوم بمهمة الضبط القضائي رجال القضاء» ونصت الفقرة الثانية على أن: «يتولى وكيل الجمهورية إدارة الضبط القضائي»، كما حددت المادة 38 نطاق عمل قاضي التحقيق بالبحث والتحري عن الجرائم، هذا البحث الذي لا يخول له المشاركة في الحكم الذي سيصدر وإلا كان هذا الأخير باطلا .

(1) انظر: أشرف رمضان عبد الحميد (حسن)، نفس المرجع، ص50.

(2) انظر: مصطفى (محمود)، الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن، ج01، مرجع سابق، ص 62.

(3) انظر: أشرف رمضان عبد الحميد (حسن)، سلطات الاتهام والتحقيق في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص 55.

(4) انظر: بشيت خوين (حسن)، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، ج01، مرحلة التحقيق، مرجع سابق، ص 54، 55.

(5) انظر: أيضا بخصوص الفصل أو الجمع بين التحقيق والاتهام، المادة 52 من ق. مسط المغربية.

إن الذي يبين تدخل النيابة العامة في اختصاصات قاضي التحقيق، أن وكيل الجمهورية ووفقا لنص المادة 58 (1) وفي حالة الجريمة المتلبس بها، إذا لم يكن قاضي التحقيق قد بلغ بالجريمة أن تصدر أمرا بإحضار المشتبه في مساهمته في الجريمة واستجوابه بحضور محاميه، والتي هي من صميم عمل قاضي التحقيق خصوصا الاستجواب، مع العلم أن قاضي التحقيق لا يستطيع أن يتصل بالدعوى، أو يعلم بها دون الطلب الافتتاحي من وكيل الجمهورية وفقا لنص المادة 67 (2)، وهذا يعني أن النيابة العامة هي صاحبة الاختصاص في التحقيق، وأن قاضي التحقيق ماهو إلا وكيل يكون دوره إعطاء الصفة القضائية لأعمال الضبطية القضائية، خصوصا وأن قاضي التحقيق لا يستطيع إجراء التحقيق في وقائع وصلت إلى علمه ولم يشر إليها الطلب الافتتاحي لوكيل الجمهورية وفقا للمادة 67/ف04.

كما أنه بالمقارنة مع السلطات التي أعطيت لقاضي التحقيق عند مباشرته للتحقيق حسب نص المادة 68 (3) وهي اتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة، نجد أن لوكيل الجمهورية سلطات موازية في المادة 69 (4)، بحيث يمكنه أن يطلب من قاضي التحقيق كل إجراء يراه لازما لإظهار الحقيقة، والاطلاع على أوراق التحقيق، فمن خلال هذه الملاحظات يتجلى لنا الوضع القانوني للعلاقة بين الاتهام والتحقيق، أن النيابة العامة في الجزائر هي المسيطرة على الدعوى الجزائية من بدايتها إلى نهايتها، ولو تم تعيين قضاة التحقيق بموجب المادة 50 من القانون الأساسي للقضاء بمقتضى قرار من وزير العدل بعد استشارة المجلس الأعلى للقضاء، لأن المشكلة لا تكمن في التعيين، وإنما في الممارسة وإصدار القرارات بكل استقلالية، وقد لاحظنا ذلك على حال القضاء في الشريعة الإسلامية عند تحليلنا لاستقلالية القاضي وكيف لم يمنع التعيين الخفاء والأمراء للقضاة من قيام هؤلاء بمهامهم بكل استقلالية، وإصدار أحكام مازالت تسيل الكثير من الحبر إلى غاية يومنا هذا.

فمبررات الفصل بين سلطة الاتهام وسلطة التحقيق، تتجلى من خلال ذلك التجاذب الذي يقع بين مقتضيات الدفاع الاجتماعي، وبين حق المتهم في المحافظة على حرية، لأنه وبغض النظر عن السلطة القائمة بالتحقيق يعتبر هذا الأخير من أخطر المراحل وأكثرها دقة في الدعوى الجزائية لتعلقه بتمحيص أدلة الاتهام، التي ستعرض في مرحلة المحاكمة من أجل الحكم على أساسها ببراءة أو إدانة المتهم، لذلك فمن الضروري أن تكون هناك كفالة كاملة لحقوق الدفاع، وأن تحرص هذه

(1) انظر: المادة 58 من القانون رقم 24/90 المؤرخ في 08 /08 /1990، المعدل والمتمم للأمر 156/66 المتعلق بقانون الإجراءات الجزائية، ج.ر، ع 36.

(2) انظر: المادة 67 الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 08 /06 /1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر، ع 48.

(3) انظر: المادة 68 من القانون رقم 01 /08 /2001، المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، ج.ر، ع 34.

(4) انظر: المادة 69 من القانون رقم 06 /22 /2006، المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، ج.ر، ع 84.

السلطات على عدم انتهاكها، حتى تتحقق مقومات المحاكمة العادلة التي تكون لها انعكاسات إيجابية عند تطبيق الحكم على المتهم إذا كان بالإدانة. فإذا كانت مهمة النيابة العامة هي السعي إلى حماية القانون والشريعة، عبر توخي الحيادية في البحث عن أدلة إثبات الجريمة أو نفيها عن المتهم، فإنها لا يمكن أن تحقق ذلك إلا إذا كان قاضي التحقيق مستقلاً، فالآثار الإيجابية لمبدأ الفصل بين التحقيق والادعاء لا تتوقف عند حد الدعوى الجزائية فقط، بل تتعداها إلى تحقيق العدالة بين أفراد المجتمع.

الفقرة الثانية

الفصل بين التحقيق والادعاء في الشريعة الإسلامية.

نظمت الشريعة الإسلامية الجوانب الإجرائية التي تتعلق بقواعد العدل ومبادئ الحقوق، وتركت لولي الأمر الحرية في المجال الذي يتعلق بتنظيم التطبيق⁽¹⁾، لذلك فإن فقهاء الشريعة الإسلامية يرون بأنه لا مانع من جعل سلطة كل قاضٍ محددة بزمان، أو مكان، أو نوع معين من القضايا، وليس لذلك تقدير في الشرع، وإنما يرجع ذلك إلى الاجتهاد والمصلحة التي يراها ولي الأمر لمراعاة الأحوال والأزمان، والذي يعول عليه في ذلك هو العرف⁽²⁾، وكما يقول الماوردي: «يجوز أن يكون القاضي عام النظر خاص العمل، فتكون ولايته مقصورة على حكومة معينة بين خصمين، فلا يجوز النظر بينهما إلى غيرهما من الخصوم»⁽³⁾، وقد كان معاوية بن أبي سفيان أول من أحدث قضاءً خاصاً بالنظر في الجراح وهذا النوع شبيه بقضاء الجرح في عصرنا، كما أنشئ قضاء الأحداث الكبرى في عهد المهدي، وهو يوازي قضاء الجنائيات، وقضاءً خاصاً بالعسكر⁽⁴⁾، فأقرار الفقهاء بتحديد الاختصاص للقاضي بنوع معين من الجرائم مرتبط أساساً بالاجتهاد المعتمد على السياسة الشرعية⁽⁵⁾.

(1) انظر: الترمكاني (عدنان خالد)، الإجراءات الجنائية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص 50.

(2) انظر: ابن فرحون (برهان الدين) تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، مرجع سابق، ص 23.

(3) انظر: الماوردي (أبو الحسن علي بن محمد)، الأحكام السلطانية، مرجع سابق، ص 123، 124.

(4) انظر: العمر (محمد راشد)، أصول التحقيق الجنائي في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة

دمشق، 2005، ص 36.

(5) السياسة الشرعية: " هي ما كان فعلاً يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول صلى الله عليه وسلم، ولا نزل به وحى، بحيث يكون موافقاً للشرع"، انظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، الطرق

إن اتساع رقعة الدولة الإسلامية ابتداءً من عصر الخلفاء الراشدين، ووصولاً إلى العصر العباسي، فتح الباب أمام ظهور ولايات مختلفة منبثقة عن القضاء، مهمتها البحث والتحقيق في الجرائم المختلفة التي تمس بالمصالح الخمسة للشريعة الإسلامية وهي: ولاية الشرطة، وولاية الحسبة، وولاية المظالم، ولكن هذه السلطات هل تأخذ بمفهوم الفصل بين الاتهام والتحقيق، أو الجمع بينهما؟

أو كما يقول ابن خلدون: « إن جميع السلطات في الإسلام، وجميع الوظائف تستمد صلاحياتها من الإمامة الكبرى لأن نظرها عام »⁽¹⁾، لكن الكشف عن الحقيقة يعتبر من أهم أهداف السياسة الشرعية، لذلك نجد أن النبي صلى الله عليه وسلم قد قام بنذب بعض الصحابة للقيام بمهمة التحقيق لما بعث أنيساً، للتحقيق مع المرأة المتهمه بالزنا في قوله صلى الله عليه وسلم: « وأغد يا أنيس الى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها »⁽²⁾، رغم أنه صلى الله عليه وسلم كان يقوم بإجراءات التحقيق بنفسه، فعلى هذا الأساس بنى الفقه الإسلامي أحكامه المؤسسة على أن القاضي لا يحكم في الدعوى المتنازع فيها إلا بعد جمع الأدلة والحكم على ضوئها، ويتخذ معاونين له في ذلك، فجهات الادعاء في الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي حسب مراحلها التاريخية تمثل في الادعاء الفردي والادعاء العام.

فالادعاء الفردي، هو أن يقوم بمباشرة الدعوى العمومية حفاظاً على حق من حقوق الله تعالى دون أمر أو تكليف من ولي الأمر، وإنما بتكليف من الله تعالى في قوله: ﴿ كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ ﴾⁽³⁾، وفي قوله صلى الله عليه وسلم: « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان »⁽⁴⁾، حيث يفهم من ذلك كله أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يختص به عموم المسلمين وليس أصحاب الولاية فقط، وهو ما يحدد عموم الصفة للادعاء الفردي في حق من حقوق الله، ويستوي في ذلك أن يكون شاهداً أم مدعياً.

غير أن الاتهام أو رفع الدعوى الجنائية لكل شخص قد يسبب المشاكل ويريك القضاء، مما قد يدفع إلى التخاصم أو الاقتتال، لذلك لا يجب أن يتصدى لهذا النوع من الادعاء أهل الفساد،

الحكمية في السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص 17، بمعنى هي الأحكام التي يضعها الحاكم أو ولي الأمر سواء في صورة قوانين أو تنظيمات، تكون مؤسسة على حفظ المصالح التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، وتحقيق مقاصدها، عن طريق جلب المنفعة للناس ودرء المفسدة عنهم، ولو لم يرد فيها نص من الكتاب والسنة.

(1) انظر: ابن خلدون (عبد الرحمن أبو زيد ولي الدين)، ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكثر، المعروف بـ " مقامة بن خلدون " مرجع سابق، ص 251.

(2) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوكالة، باب الوكالة في الحدود، رقم الحديث 2314، مرجع سابق، ص 286.

(3) انظر: سورة آل عمران الآية 120.

(4) انظر: مسلم، صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب كون النهي عن المنكر من الإيمان، رقم الحديث 177، مرجع سابق، ص 42.

والكذب، والأغراض الشخصية، والجهال، هذا إذا كان أجنبياً على الجريمة ولم يكن مجنباً عليه فيها، كما أنها تكون من المجني عليه الذي وقعت عليه الجريمة، أو من وليه أو نائبه بغض النظر عن صفاته وصلحه ⁽¹⁾، مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم: « من أصيب بدم أو خبل، و الخبل الجراح، فهو خيار بين إحدى ثلاث، فإن أراد الرابعة، فخذوا على يديه: أن يقتل، أو يعفو، أو يأخذ الدية، فمن فعل شيئاً من ذلك فعاد، فإن له نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً » ⁽²⁾ لذلك فإن صيانة المجتمع في هذا النوع من الادعاء يقوم على التبليغ على الجريمة وتقديم الدليل على وقوعها.

أما الادعاء العام، فهو الوظيفة التي تقوم بها ثلاث جهات محددة في الشريعة الإسلامية وهي: " ولاية الشرطة، وولاية الحسبة، وولاية المظالم".

فولاية الشرطة في اللغة، من الشرط: أي إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، وأشراط وهي العلامة وأول الشيء، وشرطة كل شيء خياره، وأشراط فلانا نفسه لأمر كذا أي أعلمها له وأعدّها، وقال الأصمعي ومنه سمي الشرط، لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها، ويقال أشراط فلان نفسه للهلكة، إذا جعلها علماً للهلاك، ويقال أشراط من إبله وغنمه، إذا أعد منها شيئاً للبيع، وأشراط الساعة أوائلها، والشرط أول كتيبة تشهد الحرب وتتهيأ للموت ⁽³⁾، كما سماها ابن قيم الجوزية بولاية الحرب في البلاد الشامية، والمصرية، وماجاورها ⁽⁴⁾، ويسمى صاحبها بإفريقية الحاكم، وفي دول أهل الأندلس صاحب المدينة، وفي دولة الترك الوالي ⁽⁵⁾.

أما في الاصطلاح فهي: « وظيفة مرؤوسة لصاحب السيف في الدولة، وحكمه نافذ في صاحبها في بعض الأحيان » ⁽⁶⁾، فهي تختص بإقامة الحدود: من القتل، والقطع، والجلد، ويدخل فيها فيها الحكم في دعاوى التهم التي ليس فيها شهود ولا إقرار، كما تختص ولاية القضاء بما فيه كتاب، وشهود، وإقرار، ومن الدعاوى التي تتضمن إثبات الحقوق والحكم بإيصالها إلى أربابها، والنظر في

⁽¹⁾ انظر: التركماني (عدنان خالد)، الإجراءات الجنائية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص 37، 38.

⁽²⁾ انظر: ابن ماجه، سنن بن ماجه، باب طلاق المكره والناسي، باب من قتل له قتيلاً فهو بالخيار بين إحدى ثلاث، مرجع سابق، ص460.

⁽³⁾ انظر: الفيروز آبادي (مجد الدين محمد)، القاموس المحيط، باب الطاء، فصل الشين، مادة الشرط، مرجع سابق، ص 687، ابن فارس (أبو الحسين أحمد بن زكريا)، مقاييس اللغة، كتاب القاف، باب الشين والراء وما يثلتها، مادة شرط، مرجع سابق، ص 475، ص 591، وانظر كذلك: الرازي (محمد بن أبي بكر)، مختار الصحاح، باب الشين، مادة شرط، مرجع سابق، ص 110.

⁽⁴⁾ انظر: ابن قيم الجوزية(شمس الدين محمد أبو بكر)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص202.

⁽⁵⁾ انظر: ابن خلدون، (عبد الرحمن أبو زيد ولي الدين)، ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكثر، المعروف ب " مقدمة بن خلدون " ، مرجع سابق، ص 257.

⁽⁶⁾ انظر: ابن خلدون، (نفس المرجع ، ص 258.

الأبضاع والأموال التي ليس لها ولي معين، والنظر في حال نظار الوقوف، وأوصياء اليتامى، وغير ذلك، وليس لوالي الحرب مع القاضي حكم في شيء، وإنما هو منفذ لما أمر به متولي القضاء (1).

فمشروعية اتخاذ الشرطة يمكن أن نستنتجها من الحديث الذي روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه قال: « إن قيس بن سعد بن عبادة كان يكون بين يدي رسول الله، بمنزلة صاحب الشرطة من الأمير » (2)، وكذلك أمر النبي صلى الله عليه وسلم الزبير بن العوام أن يعذب كنانة بن الربيع وهو عم حيي بن أخطب بعد غزوة خيبر في مال أخفاه (3)، كما أن عليا رضي الله عنه في جريمة وقعت بين رجلين، أنه قام بتعيين رجال من الشرطة لاستجلاء حقيقة تلك الجريمة، فجعل لكل رجل منهما رجلين (4)، وهذا دليل على أن الشرطة كانت على عهده رضي الله عنه.

أما ولاية الحسبة أو دعوى الحسبة، في اللغة: هي حسن التدبير، أو طلب الأجر والثواب من عند الله، والمبادرة إلى طلب الأجر وتحصيله، وإنكار قبيح الأعمال، ويقال فلان حسن الحسبة بالأمر: إذا كان حسن التدبير أو كان عالما بعدد كل شيء في موضعه من الرأي والصواب (5).

أما في الاصطلاح فهي: « أمر بالمعروف إذا ظهر تركه ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله » (6)، هذا التعريف الذي قدمه الماوردي جامع لكل أمر بالمعروف ونه عن المنكر، سواء أكان معينا من طرف ولي الأمر أم كان إدعائه فرديا حرا، ولكن الذي يميز الحسبة عن الادعاء الفردي أن المكلف بها هو المعين من طرف ولي الأمر، لأن المحتسب يقوم بسلطات متصلة بالقضاء، والمظالم، والشرطة، فهو ينظر في المنازعات الظاهرة التي لا تحتاج إلى أدلة إثبات كدعوى الغش، وهو بذلك كالقاضي، ويقوم بتأديب مرتكبي المعاصي التي ترتكب جهرا أو تخل بآداب الإسلام، وهو بذلك كناظر المظالم، ويرعى النظام العام والآداب العامة، والأمن في الشوارع والأسواق مما لا تجدر مخالفتها، فيكون بذلك كالشرطة أو النيابة العامة في عصرنا، باعتبار أن هذه الوظيفة تتبع النظام القضائي (7)،

(1) انظر: ابن قيم الجوزية(شمس الدين محمد أبو بكر)، نفس المرجع، ص 202.

(2) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب الحاكم يحكم بالقتل على من وجب عليه دون الامام الذي فوقه، المرجع السابق، ص873.

(3) انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج 02، مرجع سابق، ص 174، وانظر كذلك: الشوكاني (محمد بن علي بن محمد)، نيل الأوطار من حديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، ج 02، مرجع سابق، ص207.

(4) انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، ج 02، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج 02، المرجع السابق، ص 233

(5) انظر: الفيروز آبادي(مجد الدين محمد)، القاموس المحيط، باب الباء، فصل الحاء، مادة حسبه، المرجع السابق، ص 99، وانظر كذلك: ابن فارس (أبو الحسين أحمد بن زكارياء)، مقاييس اللغة، كتاب الحاء باب الحاء والسين، المرجع السابق، ص 208، والرازي (محمد بن أبي بكر)، مختار الصحاح، باب الحاء، مادة حسب، المرجع السابق، ص47.

(6) انظر: الماوردي (أبو الحسن علي بن محمد)، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، مرجع سابق، ص 349.

(¹)، فمهام الحسبة إذن كما قال ابن قيم الجوزية هي: « الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فيما ليس من خصائص الولاية والقضاة، وأهل الديوان ونحوهم فعلى المتولي الحسبة أن يأمر العامة بالصلوات الخمس في مواقيتها، ويعاقب من لم يصل بالضرب والحبس، وأما القتل فالى غيره » (²).

فإذا كانت ولاية الشرطة تسعى إلى تنفيذ أحكام القضاء، وولاية الحسبة تهتم بمحاربة المنكرات الظاهرة، فإن ولاية المظالم، تختص برفع الظلم و الجور عن الناس، فالمظالم في اللغة، جمع مظلمة من الظلم وهي الجور ومجاورة الحد ووضع الشيء في غير موضعه، ويقال تظلم فلان إلى الحاكم من فلان، فظلمه تظليماً، أي أنصفه من ظالمه، وأعانه عليه، والظلمة، والظليمة والمظلمة: ما تطلبه عند الظالم، وهو ما أخذ منك (³).

أما في الاصطلاح فهو: « قود المتظالمين إلى التناصف بالرهبة، وزجر المتنازعين عن التجاحد بالهيبه، فكان من شروط الناظر فيها أن يكون جليل القدر، نافذ الأمر، عظيم الهيبه، ظاهر العفة، قليل الطمع، كثير الورع، لأنه يحتاج في نظره إلى سطوة الحماة وثبت القضاة، فيحتاج إلى الجمع بين صفات الفريقين » (⁴)، فهي كما يقول ابن خلدون: « ممتزجة من سطوة السلطة، ونصفه القضاء، وتحتاج إلى علو، وعظم رهبة تقمع الظالم من الخصمين، وتزجر المعتدي » (⁵)، وقضاء المظالم نوع من أنواع القضاء الذي يراد منه رفع الظلم عن أحد المتخاصمين، فهو كالقضاء العادي إلا أنه يختلف معه في أن قضاياها تتعلق بمقاضاة رجال السلطة ونوابهم، وتظلم موظفي الدولة ضد تعسف ورؤسائهم، وهو يشبه القضاء الإداري في الوقت الحاضر، وكثيراً ما كان يطلق عليه بديوان المظالم (⁶).

فالشريعة الإسلامية عندما أقرت هذه الولايات المنبثقة عن الولاية العامة، كان هدفها تحقيق العدل، ورفع الظلم، وإخضاع أفراد الدولة الإسلامية لتشريعها الرباني، الذي قوامه الصلاح، والتقوى، والورع، لذلك لا نجد الفصل واضحاً بين السلطات المختصة بالدعوى العمومية، أو أن الضرورة الشرعية لم توجهه لعدة أسباب أهمها:

(¹) انظر: الزحيلي (وهبة)، الفقه الإسلامي وأدلته، ج06، مرجع سابق، ص 765

(²) انظر: ابن قيم الجوزية(شمس الدين محمد أبو بكر)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص 202

(³) انظر: الفيروز آبادي (مجد الدين محمد)، باب الميم، فصل الظاء، مادة الظلم، نفس المرجع، ص 1456، انظر كذلك: الرازي (محمد بن أبي بكر)، باب الظاء، مادة ظلم، نفس المرجع، ص 133.

(⁴) انظر: الماوردي (أبو الحسن علي بن محمد)، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، المرجع السابق، ص 130.

(⁵) انظر: ابن خلدون، (عبد الرحمن أبو زيد ولي الدين)، ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكثر، المعروف ب " مقدمة بن خلدون " مرجع سابق، ص 222.

(⁶) انظر: واصل (نصر فريد محمد)، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، مرجع سابق، ص 88.

أ - لا يتولى القضاء إلا النقي الورع والصالح المجتهد.

ب - ارتباط مقاصد الشريعة الإسلامية بالكتاب والسنة.

ت - وجود قضائين في الشريعة الإسلامية هو القضاء الرباني، الذي لا اجتهاد فيه والخاص بالحدود والقصاص، والقضاء الاستنباطي المتروك لتقدير القاضي واجتهاده هو قضاء التعازير: « فالدعاوى التي يحكم فيها ولاية الأمور سواء أكانوا قضاةً، أو ولايةً، أو ولاية الأحداث، أو ولاية المظالم، أو غير ذلك من الأسماء العرفية الاصطلاحية، فإن حكم الله تبارك وتعالى شامل لجميع الخلائق، وعلى كل من ولى أمراً من أمور الناس، أو حكم بين اثنين أن يحكم بالعدل، فيحكم بكتاب الله وسنة رسوله، وهذا النوع هو الشرع المنزل من عند الله »⁽¹⁾، فالقاضي - كما سبق وأن تقدم - لا بد وأن تكون له مواصفات وشروط تؤهله للجلوس على كرسي القضاء والتي سماها الحنفية: « الاجتهاد، وكمال الخلق، وسلامة الحواس »⁽²⁾.

إن كان ما تأخذ به الأنظمة الوضعية لمتولي القضاء ينفق معها إلى حد بعيد، أو بالأحرى هو مبتغى كل دولة، وكل نظام يريد النهوض بالسلطة القضائية نحو الاستقلال الحقيقي والواقعي، المؤثر في حياة المجتمع والفرد وتكون أوامره محققة للزجر الحقيقي عن الفساد، والدعوة إلى الخير والصالح، ولكن حتى لا تحدث نتائج عكسية عند تعيين القضاة وفقاً لما جاءت به الشريعة الإسلامية، يحد تطبيق نظام الفصل بين الاتهام والتحقيق، وتحديد الصلاحيات بدقة، عن طريق عدم تغليب مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد، لأن طغيان مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد قد يؤدي لا محالة إلى أن تستغل من طرف البعض من أجل أكل حقوق الناس بالباطل، فإمكانية التأكد من ورع أو صدق القاضي مهما كان عالماً، أو مجتهداً صعباً جداً في الوقت الحاضر، إن لم نقل مستحيلة التحقيق.

الفرع الثاني

الفصل بين التحقيق والحكم في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية.

تخضع هذه الدعامة إلى مبدأ أساسي يتمثل في عدم جواز أن يباشر القاضي في دعوى ما وظيفتين مختلفتين وهما " التحقيق والحكم " ، وذلك لاختلاف خصائص وهدف كل مرحلة أو كل سلطة، فالتحقيق يتميز بالسرية، والتدوين أساساً قصد المحافظة على حرمة الحياة الخاصة للمتهم من جهة، وتمحيص الأدلة من جهة ثانية، ثم اتخاذ القرار المناسب بشأن الدعوى إما بالإحالة، أو إصدار

(1) انظر: ابن قيم الجوزية(شمس الدين محمد أبو بكر)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المرجع السابق،ص 82.

(2) انظر: ابن قدامة(موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد)، المغني، ج14، مرجع سابق، ص 12.

أمر بأن لا وجه للمتابعة⁽¹⁾. هذا كله يختلف عن خصائص المحاكمة التي تقوم أساسا على العلانية، والشفهية، والمواجهة، وتهدف أساسا إلى تقدير الأدلة المقدمة في الدعوى، وإصدار حكمٍ حاسمٍ بشأنها يكون عنوانا للحقيقة المنشودة المبنية على اليقين القضائي، الذي يصل إليه القاضي على أن يكون متفقا مع العقل والمنطق⁽²⁾ لذلك لا يمكن للقاضي إنزال عقوبة، أو تنفيذها دون اتباع إجراءات الكشف عن الحقيقة⁽³⁾، فمن خلال هذا الاختلاف في الهدف بين التحقيق والحكم، نجد أن واقع ممارسة إجراءات الدعوى الجزائية تركز هذا الفصل، سواء في القانون الوضعي أو الشريعة الإسلامية.

الفقرة الأولى

الفصل بين التحقيق والحكم في القانون الوضعي.

تكمن أهمية الفصل بين التحقيق والحكم في القانون الوضعي، في إعطاء المتهم فرصا كثيرة للدفاع أمام جهات قضائية مختلفة حماية له من تعسف إحداها من جهة، وضمان جدية ومنطقية الدليل الذي سيبنى عليه الحكم من جهة ثانية، لأن إخضاع الدعوى الجزائية وأطرافها، والأدلة المقدمة لإثباتها أو نفيها، إلى جهات قضائية مختلفة، ومستقلة من حيث الهدف والوسائل، يجعل من الحكم الصادر حكما موضوعيا، يحافظ على البراءة الأصلية للمتهم، وتطبيقا سليما لنص التجريم في حالة الحكم بالإدانة.

كما أن مبررات الفصل بين التحقيق والحكم تتجلى أكثر ما تتجلى، من خلال وظيفة كل مرحلة في الدعوى الجزائية، والتي عبر عنها محمد زكي أبو عامر بالوظيفة التوجيهية الوقتية للأدلة المقدمة في الدعوى فيما يخص مرحلة التحقيق، والتي تكون مبنية على الظن أساسا، الذي يحتاج إلى أسباب يقينية تنشأ في مرحلة المحاكمة تبعد كل فرض للشك أو الاحتمال⁽⁴⁾، كما أن مرحلة التحقيق تخضع لمبدأ كفاية الأدلة⁽⁵⁾، فإذا كانت هذه الأخيرة كافية أحيل المتهم للمحاكمة التي يخضع فيها لإجراءات مغايرة عن تلك المعمول بها في التحقيق، بحيث يكون استعمال أدلة الإثبات في مرحلة المحاكمة مختلفاً عن استعمالها في مرحلة التحقيق، الذي يأخذ مفهوم الوسيلة أو الآلية التي تسمح

(1) انظر: زكي أبو عامر (محمد)، الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، 610.

(2) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 386.

(3) انظر: محدة (محمد)، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، مرجع سابق، ص 06.

(4) انظر: زكي أبو عامر (محمد) الإثبات في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص 164.

(5) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 510.

بإجراء المحاكمة، أما في هذه المرحلة الأخيرة فإنها تستعمل بمفهوم البحث عن اليقين المؤدي إلى عدالة الحكم الصادر في الدعوى سواء بالإدانة أو البراءة.

فمن هذا المنطلق اعتنقت معظم التشريعات مبدأ الفصل بين سلطتي التحقيق والحكم بنصوص صريحة، وإن كانت قد اختلفت في الأخذ بمبدأ الفصل بين التحقيق والادعاء، وتطبيقاً لهذا المبدأ فقد استخلصت المحاكم الفرنسية وجوب الفصل بين التحقيق والحكم رغم عدم النص عليه في المادة 257 من قانون تحقيق الجنايات الفرنسي، والذي أقره القانون الصادر في 1897/12/08 وأكده قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي الجديد، لاسيما تعديلاته الصادرة في قانون 2000/06/05، وقانون 2004/03/09⁽¹⁾.

ومن التشريعات العربية التي نصت عليه، المشرع المصري في نص المادة 247 من ق.إ.ج، التي أكدت على الفصل بين التحقيق والحكم بقولها: «يمتنع على القاضي أن يشترك في نظر الدعوى إذا كانت الجريمة قد وقعت عليه شخصياً، أو كان قد قام في الدعوى بعمل مأمور الضبط القضائي، أو بوظيفة النيابة العامة، أو المدافع عن أحد الخصوم، أو أدى شهادة، أو باشر عملاً من أهل الخبرة، ويمتنع عليه كذلك أن يشترك في الحكم في الطعن إذا كان الحكم المطعون فيه صادراً منه»، غير أن المشرع المصري لم يشترط أن يكون القاضي قد أبدى رأيه فيما سبق أن أجره من تحقيق أو لم يبد رأياً⁽²⁾، وهذا ما قد يجعله يعتمد على رأيه المسبق في الدعوى، أو معلوماته الشخصية حولها، التي قد تحول بينه وبين نظرها بحيادية ونزاهة، لأنه عندئذ يصبح في وضع يتعارض فيه مع ما يشترط في القاضي من خلو الذهن، وتجرده عندما يزن حجج الخصوم ويقدرها⁽³⁾، كما أن قيامه بعملين في الدعوى ينتمي كل منهما إلى مرحلة معينة من مراحلها، يناقض علّة تجزئة الدعوى إلى مراحل، وما يفرضه مبدأ رقابة السلطة اللاحقة على عمل السلطة السابقة.

أما المشرع الأردني فقد نص على الفصل بين التحقيق والحكم في المادة 24 من ق.أ.مح.ج الأردني: «لا يجوز لقاض أن يحكم بالدعوى التي تولى وظيفة النيابة العامة فيها»، مع العلم أن كلا من التشريعين المصري والأردني يجعلان سلطة الاتهام والتحقيق في يد النيابة العامة، ومن ثم يمتنع

(1) RENAULT BRAHINSKY (C) : Procédure pénale, op, cit, P32.

(2) انظر: نفذ 16 / 1933/01 م مجموعة القواعد، ج 02 رقم 74، ص 105، 20 / 1948/12، ج 07 رقم 793، 12 / 1947، ج 07 رقم 746، ص 708 ذكره سرور (أحمد فتحي)، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، على الهامش، ص 300.

(3) انظر: حسني (محمود نجيب)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 791.

على أي عضو من أعضاء النيابة العامة مارس أي سلطة من هاتين السلطتين في دعوى معينة، أن يقوم بالحكم فيها⁽¹⁾.

أما المشرع الجزائري فقد نص على الفصل بين التحقيق والحكم في المادة 38 ق.إ.ج.ج بقوله: « تناط بقاضي التحقيق إجراءات البحث والتحري ولا يجوز له أن يشترك في الحكم في قضايا نظرها بصفته قاضيا للتحقيق، وإلا كان الحكم باطلا »، وهذا المنع يكون مطلقا أمام كل درجات التقاضي سواء محكمة الدرجة الأولى، أو على مستوى الغرفة الجزائية بالمجلس، أو أمام محكمة الجنايات إذا قام سبب من أسباب الرد المنصوص عليها في المادة 554 من ق.إ.ج.ج. ولعل الفرق الموجود بين النص الجزائري، والنصين المصري والأردني، أن النص الجزائري رتب البطلان على اشتراك القاضي في الحكم، أو جمعه بين وظيفتي التحقيق والحكم، غير أن النصين المصري والأردني تحدثا عن المنع فقط، ولم يتحدثا عن الجزاء في حالة مخالفة المبدأ، مع العلم أن وظيفة التحقيق والادعاء تقوم بهما النيابة العامة التي تحرك، وتباشر الدعوى الجزائية وتحقق فيها، فهي لا تقوم بذلك إلا إذا وجد الاقتناع لديها بصحة التهمة، وإسنادها للمتهم فيكون لها رأي في الدعوى مما يحول بينها وبين الاشتراك في الحكم⁽²⁾.

من ثم لا يجوز للمحاكم أن تأخذ اختصاص الادعاء العام، أو النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية، لأن المحكمة الممثلة في القاضي في مرحلة المحاكمة، هي أول ما ظهر في تاريخ الإنسانية أين كانت تعقد المحاكمات في الساحات العمومية - كما سبق وأن تقدم - عند الحديث عن التطور التاريخي لحقوق الدفاع، ولكن الإشكالية طرحت بجدية، عندما توسعت اختصاصات القضاء، وظهر نوع جديد من الإجرام يتميز بتعقيد وصعوبة الإثبات، مما أدى إلى طرح فرضية الفصل بين التحقيق والحكم كضمانة للمتهم حتى يحظى بمحاكمة عادلة، خصوصا عند اكتمال هيئة الاتهام في الشكل وعلاقتها بالدعوى العمومية، وأهمية قضاء التحقيق بالنظر إلى دور النيابة العامة في الدعوى الجزائية.

فلا جدال في أن مرحلة تمحيص الدليل، أي مرحلة التحقيق هي أهم مراحل الدعوى الجزائية على الإطلاق بغض النظر عن القائم بها، لأنها المرحلة الضرورية التي يجب أن تمر بها الدعوى الجزائية حتى تصل إلى مرحلة المحاكمة، ومن ثم فإن مرحلة المحاكمة لا يمكن أن تختلط بالتحقيق سواء نص عليه المشرع أو لم ينص عليه، فهذا الفصل يحمل في طياته الضمان العام

(1) انظر: السعيد (كامل)، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في القوانين الأردنية والمصرية والسورية، مرجع سابق، ص 563.

(2) انظر: أنسو سن أحمد الدسوقي (عبد السلام)، قضائية توقيع العقوبة الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2005، ص 140.

للمحاكمة العادلة، والمتمثل في حياد القاضي فيما سيحكم فيه، وحرية المتهم استنادا لبراءته في مناقشة الأدلة المقدمة في الدعوى مهما كانت الجهة التي قامت بتحصيلها، وتقديم أدلة أخرى تدحض أدلة جهة الاتهام والتحقيق.

فالأصل أن الدعوى الجزائية تمر بمرحلة واحدة فقط وهي المحاكمة، لأن القاضي له الحرية الكاملة في إطار الشرعية في الاقتناع بأي دليل مقدم في الدعوى من أي طرف، وله أن يستبعد أي دليل آخر وفقا لاقتناعه الشخصي، ومن ثم فإن الاتهام والتحقيق كسلطتين منفصلتين عن المحاكمة يجب أن ينظر إلى دورهما، وكأنه دور تحضيرى فقط لعرض الدعوى أمام المحكمة للبحث فيها، وليس المفهوم المكرس دستوريا فيما يخص السلطات المكونة للدولة، وإن كان لسلطة الاتهام والتحقيق الاختصاص وفقا لمبدأ الملاءمة في بعض الحالات، بحفظ الدعوى أو إصدار أمر بأن لا وجه للمتابعة.

الفقرة الثانية

الفصل بين التحقيق والحكم في الشريعة الإسلامية.

ميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين مرحلتين في الدعوى الجزائية أو دعوى الحق العام، أي بين التحقيق الابتدائي والتحقيق النهائي، ويتجلى ذلك من خلال ما نكره الماوردي عند حديثه عن الجرائم وحالها بعد التهمة وقبل ثبوتها وصحتها في قوله: « لا يجوز للأمير أن يسمع قرف (من اقترف ذنبا أي أتاه وفعله) المتهم من أعوان الإمارة من غير تحقيق للدعوى المقررة، ويرجح إلى قولهم في الأخبار عن حال المتهم، وهل هو من أهل الريب؟ وهل هو معروف بمثل ما قرف به أم لا؟ فإن برؤوه من مثل هذا خفت التهمة، ووضعت، وعجل إطلاقه، ولم يغلظ عليه، وإن قرفوه بأمثاله، وعرفوه بأشباهه غلظت التهمة، وقويت، واستعمل فيها من حال الكشف، وليس هذا للقضاء » (1).

إن التحقيق بهذا المعنى هي تهيئة القضية من أجل الحكم فيها من أعوان الأمير، أي أن أعوان الأمارة يخضعون للسلطة الرئاسية للأمير (القاضي)، وهذا يعني أن العملية القضائية في الشريعة الإسلامية تمر بمرحلة واحدة وهي التحقيق من أجل إصدار الحكم، والذي غالبا ما يقوم به القاضي الذي سيصدره، أو أعوانه ممن يخول لهم ذلك، كوالي المظالم وصاحب الشرطة أحيانا، فالأساس في الشريعة الإسلامية عند مباشرة الدعوى الجزائية، هو الوصول إلى التثبت الكامل من اقتراف الجريمة

(1) انظر: الماوردي (أبو الحسن علي بن محمد)، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، مرجع سابق، ص 322.

من عدمه من طرف المتهم، وهذا ما ذكره الفقهاء في وجوب مراقبة أحوال الخصوم والتفطن لحججهم عند الإدلاء بها، للتحقق من صدقهم ومعرفة المحق من المبطل، ثم الفحص والبحث حتى تتبين له حقيقة الأمر في تلك الدعوى أو تنتفي الشبهة (1).

فالقاضي في الشريعة الإسلامية إذن هو الذي يقوم بالتحقيق ويشرف عليه، ويتخذ في سبيل ذلك معاونين له، مع الاحتفاظ بالاختصاص النوعي للقضايا، فلم يوجد قاضٍ للتحقيق وآخر للحكم، وقد أفتى بعض فقهاء الإباضية بعدم جواز أن يُجْعَلَ قاضٍ للدعوى، وآخر لرد الجواب، وآخر لتبليغ الشهادة، وآخر للحكم، فالقاضي الناظر في الأحداث الكبرى (الجنایات)، مثلاً يقوم بجمع الأدلة والتحقيق، يساعده والي المظالم والمحتسب. فالمتنعم إذن في نظام القضاء في الشريعة الإسلامية يجده مرتبطاً بفكرة الخلافة والإمامة التي عرفها المجتمع الإسلامي بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم، وأصبح الذي يعين على رأس السلطة في الدولة الإسلامية إماماً أو خليفة (2)، فالإمامة موضوعة لخلافة النبوة في حراسة الدين وسياسة الدنيا (3).

فسلطة الخليفة أو الإمام، تنصرف إلى كافة مجالات الحياة لتنظيم شؤون المجتمع دينياً وأندنيوياً، ولكن هذا التصرف مقيد بأمرين كما قال ابن خلدون: «لما تبين أن حقيقة الخلافة نيابة عن صاحب الشرع في حفظ الدين وسياسة الدنيا، فصاحب الشرع متصرف في الأمرين، إما في الدين فبمقتضى التكاليف الشرعية التي هو مأمور بتبليغها وحمل الناس عليها، أما سياسة الدنيا فبمقتضى رعايته لمصالحهم في العمران البشري» (4)، فقد قام الرسول صلى الله عليه وسلم - القاضي الأول في الدولة الإسلامية - بإرساء الأسس الأولى التي بني عليها التنظيم القضائي فيما بعد، والذي سار على نهجه الخلفاء الراشدون، وكان الخليفة هو قاضي الأمة، ورأس القضاء لفض المنازعات فيها، فهو: «من الوظائف الداخلة تحت الخلافة، لأنه منصب الفصل بين الناس في الخصومات، وحسماً للتداعي، وقطعاً للتنازع إلا أنه بالأحكام الشرعية المنتقاة من الكتاب والسنة فكان لذلك من وظائف الخلافة مندرجاً في عمومها، وكان الخلفاء في صدر الإسلام يباشرونه بأنفسهم، ولا يجعلون القضاء إلى من

(1) انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الأحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج1، ص 43.

(2) " وسمي إماماً تشبيهاً له بإمام الصلاة في إتباعه والافتداء به، ولهذا يقال الإمامة الكبرى، وأما تسميته خليفة فلكونه يخلف النبي في

أتمته، فيقال خليفة بإطلاق وخليفة رسول الله"، انظر: ابن خلدون، (عبد الرحمن أبو زيد ولي الدين)، ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ

العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكثر، المعروف ب "مقدمة بن خلدون"، مرجع سابق، ص 201.

(3) انظر: الماوردي (أبو الحسن علي بن محمد)، نفس المرجع، ص 15.

(4) انظر: ابن خلدون (عبد الرحمن أبو زيد ولي الدين)، ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن

الأكثر، المعروف ب "مقدمة بن خلدون"، المرجع السابق، ص 218.

سواهم، وأول من دفعه إلى غيره وفوضه فيه عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فولى أبا الدرداء معه في المدينة، وولى شريحا بالبصرة، وولى أبا موسى الأشعري بالكوفة « (1).

إن تقيد الخليفة أو القاضي عند نظر الدعوى بما جاء في الكتاب والسنة يجعل من طرح إشكالية الفصل بين التحقيق والحكم في الشريعة الإسلامية مسألة متروكة لاجتهاد ولي الأمر وفق ظروف الزمان وتغيره، ومدى ما يحققه الفصل بين التحقيق والحكم من منافع للرعية، لذلك لم نجد في القضاء الإسلامي ما يدل على انتهاك حقوق المتهم، حتى يحدث السعي إلى حمايته عن طريق ضمان استقلالية التحقيق عن الحكم كما هو حاصل في القانون الوضعي، فرغم تعدد الموثيق والإعلانات العالمية، والإقليمية الداعية إلى احترام حقوق المتهم في الدفاع، إلا أن احتمال الانتهاك مازال مطروحا في الساحة القضائية الداخلية والدولية.

غير أن ما يميز القاضي في الشريعة الإسلامية عن القاضي في القانون الوضعي، هو أن القاضي في الشريعة الإسلامية يكون حاميا للمصلحة العامة التي يحددها حق الله، فإذا انتهك القاضي هذه المصلحة يكون قد انتهك شرع الله قبل كل شيء، فهو معرض للعقوبة الأخروية حتى وإن لم يقدر على معاقبته أحد في الدنيا، لذلك كان من واجبه البحث عن الحقيقة بكل أمانة حتى لا يخالف شرع الله، ولعل هذا هو السبب الذي جعل فقهاء الشريعة الإسلامية لا يهتمون بالفصل بين التحقيق والحكم مادامت كل السلطات تسعى لتطبيق شرع الله في الأرض، تحقيقا للتوازن بين مطالب الدنيا وجزاء الآخرة .

لكن في الوقت الحاضر فإن مبررات الفصل بين التحقيق والحكم، تتمثل في إعطاء المتهم مجالاً أوسع للدفاع عن نفسه، وفرصاً كثيرة لاستعمال جميع وسائل الدفاع الممكنة، كما يوفر هامش الوقت لتمحيص الأدلة، وتقديرها في جو من الحيادية والهدوء بالنسبة للقاضي في كل مرحلة، كما يسمح الفصل بمراقبة أعمال كل سلطة، خصوصا في ظل الكم الهائل من القضايا المنشورة أمام القضاء، يضمن تقسيم العمل بين الجهات القضائية المختلفة، ويحقق البحث المعمق، والتركيز الجيد للفصل في القضايا، خصوصا أمام الأنماط الجديدة للإجرام، في صورة جرائم الفساد، وجرائم المخدرات، والجرائم الإرهابية.

وكنتيجة يمكن أن نستخلصها من استعراض حقيقة الفصل بين وظائف القضاء الجنائي، أن قاضي التحقيق لا يتمتع بالاستقلالية الحقيقية عن النيابة العامة، وفقا للمبررات السابقة، كما أن النيابة العامة لا يجب أن يفترض فيها دائما التعسف، والاعتداء على حقوق المتهم في الدعوى الجزائية، لأنها

(1) انظر: ابن خلدون عبد الرحمن أبو زيد ولي الدين)، نفس المرجع، ص 220.

سلطة من سلطات الدولة تكون مقيدة بتوحي الشرعية في أعمالها، وأن الحل يكمن في استحداث منصب قاضي التحقيق، الذي يصطدم هو كذلك بفرضية إمكانية إهداره لحقوق المتهم في حال إطالة التحقيق، أو إصدار أوامر قسرية غير ملائمة كما في حالة الأمر بالحبس المؤقت، ومن ثم فإن الجمع بين الاتهام والتحقيق في يد سلطة واحدة يكون الأقرب إلى الواقع، وإلى ما كان عليه الوضع في الشريعة الإسلامية، على أساس أن النيابة العامة تكون أقدر على إجراء التحقيق لأنها تكون على علم بكل تفاصيل الجريمة عن طريق الضبطية القضائية، والأقرب إلى وقوعها زمنيا من قاضي التحقيق الذي ينتظر الطلب الافتتاحي لإجراء التحقيق، هذا الانتظار الذي يكون له أثره على أدلة الإثبات، وعلى الشهود، وعلى الفاعلين الأصليين، والشركاء في الجريمة، كما أنه يعطيهم الوقت الكافي للبحث عن الطرق الكفيلة للتخلص من آثار الجريمة في حال كانوا مجهولين، ومن الاتهام في حال توجيهه لهم.

أن النيابة العامة تكون أكثر احترافية من قاضي التحقيق على أساس أنها تتطلع بالتحقيق بواسطة جهاز يخضع لسلطتها الإدارية وهو الضبطية القضائية، الذي يعرف رجاله جيدا كيفية تتبع المجرمين والوصول إليهم، وهو نفس الجهاز الذي يعتمد عليه قاضي التحقيق إذا ما أسند إليه التحقيق، وإن أعطاه المشرع وفقا للمادة 68 من ق.إ.ج.ج، الحق في اختيار الإجراء الذي يراه لازما لإظهار الحقيقة.

كما أن النيابة العامة عند جمعها بين الاتهام والتحقيق تستفيد من احترافيتها في اقتصاد الجهد والوقت في التحقيق في الجرائم، وتطبيق الأساليب المختلفة في البحث والتحري، كما أن هذا الوضع هو الأقرب إلى ما هو معمول به في الشريعة الإسلامية، بحيث لم يكن الفصل واضحا بين وظائف القضاء الجزائي- كما سبق وان تقدم- وأن التحقيق كان يتم من طرف القاضي باتخاذ معاونين له، ومن ثم فإن الإشكالية المطروحة هي ليست قضية فصل، أو جمع بين الوظائف بقدر ماهي التزام بتطبيق القانون، ولعل هذا ما جعل القضاء في الشريعة الإسلامية يحقق المساواة، ويحفظ الحقوق، وينهي الخصومات، ويقضي على الجريمة، لأن جميع الولايات في الشريعة الإسلامية كانت تسعى نحو حماية مقاصد هذه الأخيرة الواردة في شكل أوامر في الكتاب والسنة، والتي لا يجب على كل فرد سواء أكان حاكما أو محكوما انتهاكها.

وعليه فإن الإشكالية التي تعترض ضمان حقوق المتهم في الدعوى الجزائية في وطننا العربي تقوم أساسا على أن القوانين الجزائية العربية المختلفة، سواء منها تلك التي تطبق مبدأ الفصل بين التحقيق والاتهام كالمشرع الجزائري، وتلك التي تطبق مبدأ الجمع بينهما كالمشرع المصري، في

الاختلاف في الاجراءات، الذي قد يؤدي إلى اضطراب في توفير الضمانات اللازمة للمحاكمة العادلة، في صورة اتهام شخص عربي لا يحمل جنسية الدولة العربية التي وقعت فيها الجريمة.

المطلب الثاني

مبدأ التقاضي على درجتين في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية.

إن الحكم الصادر ضد المتهم بالإدانة لا يمكن أن يكون باتا عند صدوره أول مرة، وإنما يكون قابلا للمراجعة أمام هيئة قضائية تختلف عن الهيئة الأولى التي أصدرته، قصد التدقيق في إمكانية إهمال الهيئة الأولى لبعض العناصر سواء منها المتعلقة بالوقائع، أو تلك المتعلقة بالقانون، التي إن وقفت على جديتها كان من الممكن أن يكون الحكم مغايرا، الأمر الذي يجعل من مبدأ التقاضي على درجتين دعامة أساسية لحق المتهم في الدفاع لا يمكن أن تحوز الإجراءات الجزائية على الشرعية اللازمة بدونه، أو تنفيذ العقاب دون تمكين المتهم منه، فهو رقابة على اقتناع القاضي الجنائي من جهة، وتدعيم لأصل البراءة من جهة ثانية، كما أنه ترجمة حقيقية للتريث في تنفيذ أحكام الإدانة، لذلك كان من الضروري الوقوف على حقيقة المبدأ كدعامة لحق الدفاع في الدعوى الجزائية في القانون الوضعي (الفرع الأول)، ثم الانتقال إلى إمطة اللثام عن خصوصيته في الشريعة الإسلامية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مبدأ التقاضي على درجتين في القانون الوضعي.

هو حق عام لجميع الخصوم في الدعوى يكون في صورة طلب يعبرون من خلاله عن رفضهم الحكم الذي انتهت إليه المحكمة في الدعوى المنشورة أمامها⁽¹⁾، فبالإضافة إلى ذلك فإنه يلعب دور الحامي للمتهم الذي صدر ضده حكم بالإدانة، من الأحكام التعسفية التي من الممكن أن تصدر عن محاكم الدرجة الأولى، وذلك بإعطائه الوقت الكافي في استعمال وسائل دفاعه أمام هيئة أخرى، أين يتجلى مبدأ التقاضي على درجتين كدعامة أساسية لحق الدفاع في صورة إخراج الأحكام القضائية من الصبغة الشمولية التي من الممكن أن تطبعها، في حالة ما إذا كان التقاضي على درجة

(1) DURIEUX (F) :Le double degré de juridiction appliqué a la peine , Théorie et pratique d'une voie de recours a partir de l'étude de six mois d'arrêts de la cour d'appel de Lyon, Thèse, université jean monnet De Saint-Etienne, 1991, P 27.

واحدة فقط، ومن ثم فإن المحكمة التي تقوم بالفحص الثاني للدعوى يجب أن تكون أعلى في السلم القضائي من تلك التي أصدرت الحكم الأول، وهذا هو الانعكاس السليم والترجمة الحقيقية لمبدأ التقاضي على درجتين الذي يمثل كفالة هامة لحق الدفاع وسلامة الحكم الجنائي⁽¹⁾، على أساس أن قضاة محكمة الاستئناف يكونون أكثر خبرة من قضاة محكمة الدرجة الأولى، كما أنهم يكونون مدعاة للثقة لكونهم منتخبين أكثر من مرة، فمرة من طرف المواطنين عند توليهم منصب القضاء، ومرة من طرف زملائهم قضاة الدرجة الأولى من أجل التصدي لمهام القضاء في محكمة الاستئناف، إذا أخذنا بنظام الانتخاب الذي كان معمولاً به في إنجلترا كمثال للتدليل على الفائدة القانونية والعملية لمبدأ التقاضي على درجتين⁽²⁾.

وعليه فإن مبدأ التقاضي على درجتين يتميز بأن له ارتباطاً متنوفاً بمبادئ القانون الجنائي، بحيث يتحقق الارتباط الجزئي بأصل البراءة الذي يظل قائماً رغم صدور حكم الإدانة ضد المتهم من محكمة الدرجة الأولى، كما يتحقق الارتباط الكلي في أنه حق لجميع الخصوم في إبدائه أمام محكمة الاستئناف طبقاً لمبدأ المساواة أمام اللجوء إلى القضاء، الذي من خلاله يمكن معرفة أهمية الحماية المرصودة لمبادئ القانون الجزائي، فالصبغة العملية التي يتميز بها مبدأ التقاضي على درجتين، والتي لا يمكن الاستغناء عنها، جعلت منه مبدأً شاملاً في الدعوى الجزائية، بحيث يتجسد في استئناف أوامر قاضي التحقيق عند مباشرتها⁽³⁾، والظعن في الأحكام بعد صدورها، خصوصاً الاستئناف منها الذي يعتبر أهم طرق الظعن في الأحكام القضائية.

إن المتمتع في خصائص كل طريق من طرق الظعن في الأحكام يجد أنها تأخذ المعنى العام للاستئناف، وهو إعادة نظر الدعوى من جديد أمام هيئة أخرى تعبيراً عن عدم الرضا بالحكم الصادر، مع الأخذ بعين الاعتبار الاختلاف الموجود بينها من حيث الظعن في الوقائع والقانون، لأن استبعاد الحق في الاستئناف يعني تعديل اختصاص محكمة الاستئناف مما لا يجوز إلا في القانون، إعمالاً لقاعدة أن القانون هو مصدر قواعد الإجراءات الجنائية⁽⁴⁾.

(1) انظر: خميس (محمد)، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، ص 399.

(2) DURIEUX (F) : Le double degré de juridiction appliqué a la peine , op, cit, P 80, 81.

(3) استئناف أوامر قاضي التحقيق: هو حق مكفول لجميع الخصوم في الدعوى الجزائية، النيابة العامة والمتهم والمدعي المدني، ومن أجل إعادة التحقيق، بصد أمر من أوامر قاضي التحقيق، على أن يكون في صورة طلب يقدم إلى الجهة الثانية في التحقيق وهي غرفة الاتهام، وفقاً للضوابط والأحكام المنصوص عليها في المواد من 170 إلى المادة 174 من قانون الإجراءات الجزائية (التحري والتحقق). انظر: أوهايبية (عبد الله)، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مرجع سابق، ص 456، وحزيط (محمد) مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مرجع سابق، ص 225.

(4) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 389، 390.

هذه الأهمية الإجرائية لمبدأ التقاضي على درجتين جعلت منه دعامة أساسية لحق المتهم في الدفاع نصت عليه مختلف الإعلانات العالمية، والمواثيق الدولية، والإقليمية، والدساتير، والقوانين الداخلية للدول.

الفقرة الأولى

الإعلانات والمواثيق الدولية.

قبل التطرق للاهتمام العالمي والإقليمي، والتطبيق الداخلي لمبدأ التقاضي على درجتين، كان من الواجب تتبع تطوره التاريخي عبر الحضارات البارزة في تاريخ الإنسانية، فقد كان أول ظهور لمبدأ التقاضي على درجتين في القانون الروماني، وبالتحديد في العهد الإمبراطوري، فقد كان للتقاضي درجات عديدة، بحيث كانت محاكم الأقاليم هي محاكم الدرجة الأولى، ثم ترتقي بعد ذلك في السلم وصولاً إلى محاكم الإمبراطور، وقد كان الاستئناف جائزاً لدرجتين أعلى، إلى أن وصل إلى ثلاث درجات في عهد جوستينيان، في القرنين الثاني عشر والثالث عشر إلى ثلاث درجات، فقد كان هناك قضاء المحاكم، واستئناف أمام مفوض الأمير، واستئناف أمام الإمبراطور⁽¹⁾.

ولعل مبررات ظهور مبدأ التدرج القضائي في العهد الروماني في الحقبة الإمبراطورية، هو أن الإمبراطور كان يجمع بين سلطتين أساسيتين هما " سلطة النيابة على الشعب، وسلطة الرقابة على القضاة " الأمر الذي جعل القضاة يرون فيه انتقاصاً من سلطاتهم، فتعاسوا عن العمل به، بالإضافة إلى خشية المحكوم عليهم من اللجوء إليه خوفاً من تعسف القضاة، لكن في عهد جوستينيان فقد دعا إلى ضرورة العمل به، وأن هدفه العدالة في إصدار الأحكام وليس إهانة القضاة، ولأنه ضرورة لا بد منها بالنسبة للمحكوم عليه⁽²⁾.

أما في العصر الحديث فإن مبدأ التقاضي على درجتين وجد في النظام القضائي الفرنسي، فقد وصل إلى خمس درجات في الفترة التي سبقت الثورة الفرنسية، أين كان التدرج القضائي مبنياً على نوعين من المحاكم وهي:

أ - محاكم الأمراء الإقطاعيين وتتكون من ثلاث درجات.

(1) DURIEUX (F) :Le double degré de juridiction appliqué a la peine, op, cit, P 04.

(2) انظر: هندي (أحمد)، مبدأ التقاضي على درجتين، حدوده وتطبيقه في القانون المصري والفرنسي، القاهرة، دار النهضة العربية، (د.ت)، ص486.

ب - محاكم الكنيسة التي يطعن في أحكامها أمام المحاكم الملكية.
ت - المحاكم البرلمانية التي تتميز بارتفاع نفقات التقاضي، والبطء في الإجراءات.

هذا التدرج القضائي كان هدفه بسط سلطة الملوك على محاكم الأمراء، والكنيسة وإخضاعها للمحاكم الملكية، على أساس أن تلك الفترة تميزت بالصراع ما بين الكنيسة كقوة دينية، والملوك كإرادة مالكة⁽¹⁾.

إلا أن هذا التدرج القضائي اعتبر تكريسا لسيطرة الملك، ومظهرا من مظاهر تحكمه، إذ تستطيع محكمة الملك أن تلغي أي حكم تصدره محاكم المقاطعات تحقيقا لنفوذ الملك ومصالحه، فقد كان متناقضا مع فكرة السيادة الشعبية، بحيث لا يعقل أن تستأنف الأحكام التي تصدر باسم الشعب. بالإضافة إلى أنه لا يحقق المساواة بين المتقاضين من حيث النفقات، ومن ثم يتمتع به الغني دون الفقير⁽²⁾، لذلك ظهر اتجاه في القرن السادس عشر يدعو إلى التخفيف من حدة هذا المبدأ من طرف وزير العدل الفرنسي في سنة 1799 عندما تقدم بمشروع يشتمل على تخفيف درجات التقاضي، فخص محاكم الأمراء الإقطاعيين والمحكمة الملكية، غير أن البرلمان عارض هذا المشروع، كما كان لمبدأ التقاضي على درجتين الطابع الإلزامي خصوصا في الأحكام الصادرة بالإعدام، وأية عقوبة بدنية أخرى⁽³⁾.

ولكن بعد الثورة الفرنسية حافظت الجمعية الوطنية التأسيسية عليه، واعتبرته نوعا من الرقابة الشعبية في مواجهة الإقطاعيين، فاختلفت بذلك المبررات الداعية للحد منه، وظهرت الفائدة العملية له على أساس أنه آلية فعّالة لضمان حسن سير العدالة وحقوق المتقاضين، تطبيقا لمبدأ المساواة الذي قامت من أجله الثورة الفرنسية، ف جاء قانون 1970/08/24، وقام بتنظيم دوائر الاستئناف أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم، بحيث تقوم الدائرة المرفوع أمامها الاستئناف بإعادة النظر في الدعوى من أوجه مختلفة، عن تلك التي نظرت الدعوى أول مرة، ثم ظهر بعد ذلك نظام الاستئناف المبني على رفع الدعوى أمام جهة أعلى مشكلة من قضاة أكثر خبرة وعددا، تنظر في استئناف الأحكام المدنية، والإدارية، والجنائية في مادتي المخالفات والجنح.

أما الجنايات فقد كانت تتم على درجة واحدة، مراعاة لنظام المحلفين الذي ورثه النظام القضائي الفرنسي عن النظام القضائي الإنجليزي⁽⁴⁾، ولكن بصور القانون رقم 155 لسنة 1999،

(1) CADIET (L) – GUINCHARD (S) : Le double degré de juridiction, Édition, Dalloz, 1992. P 02.

(2) انظر: أبو الوفا (أحمد)، أصول المحاكمات المدنية، بيروت، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، 1983، ص 89.

(3) CADIET (L) – GUINCHARD (S) : Op, cit, P 05.

(4) DURIEUX (F) : Le double degré de juridiction appliqué a la peine, op,cit, P 19.

والذي جاء بفكرة التسوية القضائية، التي استقاها من النظام الأمريكي، والقائمة على فكرة التفاوض قبل المحاكمة، صدر قانون آخر رقم 516 لسنة 2000، والخاص بتدعيم قرينة البراءة وحقوق المجني عليه، والذي كرس مبدأ التقاضي على درجتين في الجنايات، وهما " المحكمة الجنائيات، ومحكمة استئناف الجنايات " (1).

هذا المبدأ الذي أصبح من دعائم النظام القضائي في غالبية دول العالم، بغض النظر عن نوع القضاء الذي يعتمد عليه للوصول إلى عدالة الأحكام وإنصافها، سواء أكان مدنيا، أو إداريا، أو جنائيا، إلا أنه يكتسي بالنسبة للقضاء الجنائي أهمية بالغة لخطورة لارتباطه بتصحيح الحكم الذي من الممكن أن يكون قد أخطأ في إدانة المتهم، لذلك نجده متضمنا في جميع الإعلانات العالمية، خصوصا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة 08 منه التي نصت على أنه: « لكل شخص أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه عن أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون ».

فعلى الرغم من عدم نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان صراحة على مبدأ التقاضي على درجتين كدعامة أساسية لحق المتهم في الدفاع، فإننا نجده مكفولا ضمن إحالة ذلك للمحاكم الوطنية من خلال حق الشخص في اللجوء إلى القضاء، الذي يجد مبرره في الصبغة العامة التي طبعت هذا الإعلان من جهة، واختلاف الأخذ بمبدأ التقاضي على درجتين من دولة إلى أخرى من جهة ثانية، كما سيأتي لاحقا.

إلا أنه - كما سبق وأن تقدم - أن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية جاء مفصلا للحقوق التي جاء بها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، فقد نص على مبدأ التقاضي على درجتين في المادة 14/ف 05 منه، التي تقول: « ... لكل شخص أدين بجريمة حق اللجوء وفقا للقانون إلى محكمة أعلى، كيما تعيد النظر في قرار إدانته وفي العقاب الذي حكم به عليه »، أما بالنسبة للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان فقد نصت المادة 19 منها على إنشاء اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان في الفقرة الأولى منها، والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في الفقرة الثانية، حيث أنه بالنظر إلى مهام اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان ووفقا للمادة 24، وعند حدوث مخالفة لأحكام الاتفاقية الأوروبية من أي طرف سام متعاقد، يجوز لأي طرف سام آخر متعاقد أن يبلغ اللجنة عن طريق السكرتير العام لمجلس أوروبا، بمعنى أنها تتلقى البلاغات التي تكون حقا لكل طرف في الاتفاقية الأوروبية، كما تتلقى الشكاوي وفقا للمادة 25 عند تعرض أي شخص، أو منظمة حكومية لانتهاك حقوقهم المحددة في هذه

(1) انظر: مدحت (رمضان)، تدعيم قرينة البراءة في مرحلة الاستدلالات، في ضوء تعديلات الإجراءات الجنائية الفرنسي، القاهرة، دار النهضة العربية، 2002، ص4.

الاتفاقية من جانب أحد الأطراف السامية المتعاقدة، ففي حالة حدوث ذلك تسعى اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان إلى التسوية الودية طبقا للمادة 28 من هذه الاتفاقية، ومن ثم يمكن اعتبارها درجة أولى للتقاضي، لأنها تباشر سلطات من صميم الأعمال القضائية " كقبول الشكوى أو رفضها طبقا للمادة 27 من الاتفاقية، والقيام بعملية تكييف الوقائع الواردة في الشكوى، وإجراء التحقيق طبقا للمادة 28/ف02، رغم أن تشكيلتها متكونة من عدد الأعضاء يساوي عدد الأطراف السامية، إلا أنهم ليسوا قضاة.

كما أن اختصاص المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لا يتحدد، إلا بعد أن تعلن اللجنة فشلها في تحقيق التسوية الودية خلال فترة الأشهر الثلاثة الموضحة في المادة 32، وذلك طبقا للمادة 47 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وتصبح بذلك المحكمة الأوروبية درجة ثانية للتقاضي، لكن الإصلاحات التي أدخلت على الرقابة القضائية لحقوق الإنسان في إطار الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بموجب العديد من البرتوكولات، التي كان أهمها البرتوكول الحادي عشر الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 1998/11/01، قد ألغى اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان، كما ألغى كل قيد على حق الفرد في رفع شكوى أمام المحكمة⁽¹⁾، بحيث أصبحت المحكمة تتكون من مجموعة من اللجان كل واحدة منها مشكلة من ثلاثة قضاة، وهي أول من ينظر في القضايا المعروضة على المحكمة، بالإضافة إلى الأقسام وعددها حاليا أربعة أقسام، وليس هناك ما يمنع رئيس المحكمة من اقتراح تشكيل قسم إضافي بحيث تتكون الأقسام الثلاثة من 10 قضاة، أما القسم الرابع فيتشكل من 11 عشر قاضيا، فهي تنظر في غالبية الشكاوى المقدمة إلى المحكمة، كما أن هناك الغرف المنصوص عليها في المادة 27/ف01 من الاتفاقية، بحيث تتكون كل غرفة من 07 قضاة، أما الغرف الكبرى فتتكون من 17 عشر قاضيا.

ف رغم إلغاء اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان إلا أن مبدأ التقاضي على درجتين يبقى معمولا به ضمن الاتفاقية الأوروبية على أساس أنه لا يمكن اللجوء إلى المحكمة الأوروبية إلا بعد استنفاد طرق الطعن الداخلية وذلك بموجب نص المادة 35 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، فاستنفاد طرق الطعن الداخلية يعتبر قاعدة أساسية في آليات الحماية الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان، تقوم على احترام مبدأ السيادة⁽²⁾، ومن ثم يمكن اعتباره درجة أولى للتقاضي، أما عرض النزاع على المحكمة فهو درجة ثانية، لأن حكمها يكون نهائيا وفقا للمادة 44/ف02 إذا صرح الأطراف بأنهم لن

⁽¹⁾ انظر: وافي (أحمد)، الآليات الدولية لحماية حقوق الإنسان ومبدأ السيادة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2011، ص 161.

⁽²⁾ انظر: وافي (أحمد)، نفس المرجع، ص 169.

يطلبوا إحالة القضية إلى الغرفة الكبرى، التي يكون حكمها بعد ذلك نهائياً وفقاً للمادة 43 من الاتفاقية.

أما النظام الأمريكي فقد نصت المادة 33 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، على أن هناك آليتين للفصل في المسائل المتعلقة بتنفيذ الدول الأطراف لتعهداتها، وهما اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان، والمحكمة الأمريكية الكائن مقرها ب"سان خوسه" عاصمة كوستاريكا، بحيث نجد كلاً من الإعلان الأمريكي والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان وواجباته، وبرتوكول "سان سلفادور" (1)، تعطي للجنة الأمريكية لحقوق الإنسان في النظام الأمريكي، التي أنشئت سنة 1960 ودخلت حيز التنفيذ سنة 1978، الدور الرقابي الأول في مجال حقوق الإنسان، فهي الهيئة الأولى التي تنتظر في الشكاوى الفردية المقدمة من طرف الدول الأعضاء، وفقاً لنصوص المواد من 34 إلى 51 من الاتفاقية، فقد كان دورها قبل دخول الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان المبرمة بتاريخ 1969/11/22، حيز النفاذ بتاريخ 1987/07/18، يقتصر على تعزيز وترقية حقوق الإنسان.

لكن بعد هذا التاريخ أصبحت تمارس اختصاصات موسعة منصوصاً عليها في المادة 41 من الاتفاقية (2)، وعليه يمكن اعتبارها درجة أولى للتقاضي في النظام الأمريكي بعد إنشاء المحكمة الأمريكية التي تتكون من 07 قضاة يمثلون الدول الأعضاء في المنظمة، فهي جهة الاختصاص للنظر في إحالات اللجنة أو لجوء الأطراف إليها وفقاً للمادتين 61 و62 من الاتفاقية، أما الأفراد فلا يحق لهم عرض دعواهم على المحكمة حتى ولو تم عرضها من قبل لجنة حقوق الإنسان (3)، كما أن للمحكمة الأمريكية وعلى غرار المحكمة الأوروبية اختصاص استشاري حول مدى ملاءمة قوانينها الداخلية، أو أي وثيقة أخرى لحقوق الإنسان مع الاتفاقية الأمريكية (4)، ومما يدل على أن المحكمة الأمريكية بعد إنشائها تعتبر درجة ثانية للتقاضي، هو أن حكمها يكون نهائياً غير قابل لأي طعن وفقاً للمادة 63 من الاتفاقية.

أما الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان فقد نص على كفالة حق التقاضي في المادة 07/ف/01 منه، وأن من مشتملاته، حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة بالنظر في عمل يشكل خرقاً

(1) انظر: بخصوص الإعلان الأمريكي لحقوق الإنسان لسنة 1948 والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان و بروتوكول " سان سلفادور"، وانظر كذلك المدخل: <http://hei.unige.ch/humanrts//arab/am15.html> ، يوم 2013/12/07.

(2) انظر: وافي (أحمد)، الآليات الدولية لحماية حقوق الإنسان ومبدأ السيادة، المرجع السابق، ص 162.

(3) انظر: فيما يخص النظام الداخلي للمحكمة: انظر المواد من 29 إلى 42 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان.

(4) انظر: البرعي (عزت سعد السيد)، حماية حقوق الإنسان في ظل التنظيم الدولي الإقليمي، مرجع سابق، ص 651، انظر كذلك: بسيوني (محمد شريف)، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، ج02، الوثائق الإسلامية والإقليمية، القاهرة، دار الشروق، ص 196 وما بعدها.

للحقوق الأساسية المعترف له بها، والتي تتضمنها الاتفاقيات، والقوانين، واللوائح، والعرف السائد، وهذا ما يتطابق مع المادة 08 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ومن ثم فهو مكفول أمام المحاكم الوطنية. إلا أن ما يمكن ملاحظته أن الميثاق الإفريقي يتشابه مع الاتفاقية الأوروبية فيما يخص حالة حدوث مخالفة من طرف أي دولة، يجوز لأي دولة أخرى طرفاً في الميثاق أن تخطر الأمين العام، أو اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب وفقاً للمادة 49 منه.

إلا أن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان استعملت مصطلح البلاغ والشكوى في المادة 24، أما الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب فقد استعمل عبارة: «... أن تلفت كتابة الدولة التي تعتقد أن هناك انتهاكاً لأحكام الميثاق نظر اللجنة لذلك»، في المادة 47 منه، سواء من حيث المدة، أو من حيث اعتماد مبدأ التسوية الودية بين الدوليتين المتنازعتين، وذلك في المادة 48، ونظراً لمحدودية اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب في التعامل مع النزاعات المتكررة في القارة السمراء، فقد تم إنشاء المحكمة الإفريقية، بموجب بروتوكول تأسيسها في مؤتمر رؤساء دول وحكومات منظمة الوحدة الإفريقية في 10/06/1998 بقمة واغادوغو بركينا فاسو، والذي دخل حيز التنفيذ في 25/01/2004 بعد مصادقة 15 عشر دولة عليه⁽¹⁾، فقد نصت المادة 02 منه على أن: «... تتم المحكمة التكاليف الوقائي للجنة الذي كلفها به الميثاق الإفريقي»

إن اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب بهذا الوصف، تعتبر درجة أولى للتقاضي لأن عملها يهدف إلى الوصول إلى التسوية الودية بين المتنازعين في حالة انتهاك حق من الحقوق المنصوص عليها في الميثاق، أين يظهر دور المحكمة الإفريقية في حال فشل اللجنة في عملها، وهذا ما جاءت به المادة 03 من البروتوكول التي أعطت اختصاصاً عاماً للمحكمة بالنظر في كافة القضايا، والمنازعات المقدمة إليها، والمتعلقة بتفسير وتطبيق الميثاق، والبروتوكول، وأي اتفاقية أخرى تتعلق بحقوق الإنسان ومصادق عليها من الدول المعنية، فهي بذلك درجة ثانية للتقاضي لأن الحكم الذي تصدره يكون دائماً نهائياً وفقاً للمادة 01/25 ف/01 من البروتوكول المنشئ للمحكمة، والذي يتخذ بالأغلبية ولا يخضع للطعن.

أما الميثاق العربي لحقوق الإنسان⁽²⁾، الذي استحدث في القمة العربية السادسة عشرة التي استضافتها تونس في 23/05/2004، فقد نص صراحة على مبدأ التقاضي على درجتين في المادة

(1) انظر: بخصوص بروتوكول إنشاء محكمة إفريقية لحقوق الإنسان والشعوب، راجع المدخل:

<http://hei.unige.ch/humanrts/arab/a005.html>، يوم 03/01/2014، الذي صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم

الرناسي رقم 90/03 المؤرخ في 03/03/2003، ج.ر، ع 15.

(2) انظر: بخصوص الميثاق العربي لحقوق الإنسان لسنة 1997 انظر المدخل: <http://hei.unige.ch/humanrts/arab/a00>

html3 ، يوم 03/01/2014.

12 منه التي تقول: « جميع الناس متساوون أمام القانون، وتضمن الدول الأطراف استقلال القضاء، وحماية القضاة من أي تدخل، أو ضغوط، أو تهديدات، كما تضمن حق التقاضي بدرجاته لكل شخص خاضع لولايتها». »

إن المتمعن في الميثاق العربي لحقوق الإنسان يجد أنه مستنسخ من المواثيق، والإعلانات العالمية والإقليمية، خصوصا عند تنظيمه للجنة حقوق الإنسان، فإذا كان الميثاق الإفريقي قد أوجد المحكمة الإفريقية ولو بصورة شكلية لمحاكمة المنتهكين للحقوق والحريات التي نص عليها الميثاق، فإن الميثاق العربي لم ينص إطلاقا على المحكمة العربية لحقوق الإنسان مما يجعل الحقوق المنصوص عليها فيه تفتقد للحماية الجدية، فتكون بذلك مجرد ديكور لنظام قضائي عربي لم يعرف بعد الاستقلالية الحقيقية، وضمان حق التقاضي بشكل ينسجم مع تطلعات الشعوب العربية، رغم توافر العديد من المقومات التي تضمن ذلك.

الملاحظ أن الإعلانات، والمواثيق الدولية تطبق مبدأ التقاضي على درجتين بطريقة مختلفة عن تلك الموجودة في القانون الداخلي، وهو عرض النزاع، أو الانتهاك على جهتين مختلفتين تكون الأولى لها الطابع الودي وهي اللجنة، والثانية لها طابع قضائي وهي المحكمة، وذلك لاعتبارات تخص القانون الدولي، الذي يتعامل مع دول ذات سيادة، لأن اهتمامات المحاكم الإقليمية خصوصا الأوروبية منها، تكون منصبة على تحقيق التسوية الودية بين طرفي الشكوى ضمن سعيها لتنفيذ الاتفاقية، وليس إدانة الدولة التي انتهكت أحكامها، ولكن يجب أن يتم ذلك ضمن احترام مضمون الاتفاقية⁽¹⁾.

الفقرة الثانية

دساتير الدول.

نظرا للأهمية العملية لمبدأ التقاضي على درجتين في التنظيم القضائي من جهة، ودوره في الحفاظ على حق المتهم في الدفاع في الدعوى الجزائية من جهة ثانية، فقد نصت عليه العديد من الدساتير الداخلية نذكر منها الدستور الأمريكي في المادة 03/ف01 الخاصة بالفرع القضائي عندما نصت على أنه: « تناط السلطة القضائية في الولايات المتحدة بمحكمة عليا واحدة، وبمحاكم أدنى درجة كما يرتئي الكونغرس وينشئه من حين لآخر. ويبقى قضاة كل من المحكمة العليا، والمحاكم

(1) انظر: وافي (أحمد)، الآليات الدولية لحماية حقوق الإنسان ومبدأ السيادة، مرجع سابق، ص 170.

الأدنى درجة شاغلين مناصبهم ما داموا حسني السلوك، ويتقاضون في أوقات محددة لقاء خدماتهم، تعويضات لا يجوز إنقاصها أثناء استمرارهم في مناصبهم»

فالدستور الفرنسي لسنة 1958 فقد نص على هذا المبدأ في المادة 65 منه عندما فصل التشكيلة التي يتألف منها المجلس الأعلى للقضاء خصوصاً في الفقرة الرابعة بقولها: « تقدم تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء المختصة أمام قضاة المقر اقتراحات فيما يخص تعيين قضاة المقر لدى محكمة النقض، وتعيين الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف، وتعيين رئيس المحكمة الابتدائية الكبرى، ويعين قضاة المقر الآخرون بناء على رأيها المطابق»⁽¹⁾، فرغم أن هذه المادة خاصة بكيفية تشكيل المجلس الأعلى للقضاء الفرنسي، لأنها نصت على كيفية تعيين قضاة المقر لدى محكمة النقض، ورئيس محكمة الاستئناف، ورئيس المحكمة الابتدائية الكبرى، وقضاة المقر الآخرين، وفقاً لتدرج هيكلية يطبق من خلاله مبدأ التفاضل على درجتين الذي كرسه المشرع الفرنسي في القوانين اللاحقة لهذا الدستور فيما بعد.

أما الدساتير العربية بمختلف أنواعها سواء منها الموحدة أو الاتحادية⁽²⁾، بأنها نصت على مبدأ التفاضل على درجتين، وأحالت تنظيمه على القانون على أساس أنه دعامة ضرورية لا تستقيم الإجراءات الجزائية إلا به، ضمن قاعدة إعطاء الوقت الكافي للمتهم من أجل إبداء دفاعه، وتصحيح خطئه في توجيه وسائله من جهة، وتصحيح خطأ المحكمة في إصدار حكمها على المتهم من جهة ثانية، ويستوي في ذلك أن يكون الخطأ شكلياً أو موضوعياً، يضمن إعادة النظر في الدعوى من الجديد، والذي لا يكون محددًا من حيث الاختصاص، والمواعيد، والإجراءات، إلا ضمن نص قانون الإجراءات الجزائية، ومن هذه الدساتير: الدستور الأردني في المادة 100، ودستور البحرين في المادة 97، 01/105، والدستور السوري في المادة في المادة 135، الدستور الفلسطيني في المادة 97،

(1) انظر: ديدان (مولود)، دستوري الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا، ص 16 بالنسبة للدستور الأمريكي، ص 69 بالنسبة للدستور الفرنسي، مرجع سابق.

(2) انظر: المادة 100 من الدستور الأردني (ج.1.ص.31)، المادة 105 من دستور البحرين (ج.1.ص.67)، المادة 135 من الدستور السوري (ج.1.ص.174)، المادة 97 من الدستور الفلسطيني (ج.1.ص.251)، المادة 64 من الدستور الكويتي (ج.1.ص.301)، المادة 20 من الدستور اللبناني (ج.1.ص.310)، المادة 149 من الدستور اليمني (ج.1.ص.491)، المادة 103 من دستور الإمارات (ج.2.ص.31)، المادة 14 من الدستور المغربي (ج.1.ص.430)، المادة 124 من دستور السودان (ج.2.ص.101)، المادة 60 من الدستور عمان (ج.1.ص.224)، المادة 130 من دستور دولة قطر (ج.1.ص.275)، 8 لبناني (ج.4.ص.9)، المادة 165 من الدستور المصري (ج.1.ص.393)، المادة 84 من الدستور العراقي (ج.2.ص.241)، المادة 41 من دستور الصومال (ج.1.ص.188)، المادة 152 من الدستور الجزائري (ج.1.ص.125) أما الدستور التونسي، الدستور الليبي، دستور موريتانيا، دستور جيبوتي، جزر القمر، فلم تنص هذه الدساتير على المبدأ، سعد الله (عمر) ويوكرا (إدريس)، موسوعة الدساتير العربية، كاملة بأخر تعديلاتها وإصداراتها، ج 01 الدساتير الموحدة، ج 02 الدساتير الاتحادية، مرجع سابق.

والدستور الكويتي المادة 164، الدستور اللبناني في المادة 20، الدستور اليمني في المادة 149، دستور الإمارات العربية المتحدة في المادة 103.

غير أن هناك من الدساتير العربية من عبرت عن مبدأ التقاضي على درجتين عندما نصت في دساتيرها على الجهات القضائية المشكلة لجهاز القضاء، ومن هذه الدساتير: الدستور المغربي في المادة 86 منه عندما نص على تشكيل المجلس الأعلى للقضاء الذي يرأسه الملك، وكذلك دستور السودان في المادة 124 منه ، ومنها من جعلته المجال الذي تتجلى فيه استقلالية القضاء، ومن هذه الدساتير، دستور عمان في المادة 60، ودستور قطر في المادة 130، والدستور المصري في المادة 165، والدستور العراقي في المادة 84، مع العلم أن كل هذه المواد الخاصة بمبدأ التقاضي على درجتين في هذه الدساتير قد جاءت متطابقة وفقاً للصياغة التالية: « السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفق القانون » .

إلا أن ما يمكن ملاحظته، أن الدستور الصومالي هو الدستور الوحيد الذي نص صراحة على أن مبدأ التقاضي على درجتين، والمجال الذي تمارس من خلاله حقوق الدفاع، من خلال المادة 41 بقولها: « حق الدفاع مكفول في كل درجات التقاضي » ، وأن الدستور السعودي هو الدستور الوحيد الذي جعل من كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم بموجب المادة 45 من الدستور المصدر الأول للتشريع، والتي تنص على أن: « مصدر الإفتاء في المملكة العربية السعودية كتاب الله تعالى، وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، ويبين النظام وترتيب هيئة كبار العلماء، وإدارة البحوث العلمية، والإفتاء، واختصاصاتها » ، أما مبدأ التقاضي على درجتين ورغم النص عليه في المادة 51 منه، إلا أنه يمكن تأسيسه على جاء بخصوص هذه الدعامة في الشريعة الإسلامية، والقائمة على ضرورة أن يكون القاضي مجتهداً، مع إمكانية خطئه في الحكم الصادر، وتصحيحه بالرجوع فيه.

كما أن من الدساتير العربية ما لم تنص عليه وتركته للقانون لتنظيمه، وقد يكون ذلك ناتجاً من اعتقاد واضعي هذه الدساتير بأن مبدأ التقاضي على درجتين من المبادئ المسلم بها في الإجراءات الجزائية، ولا تحتاج للنص عليها في الدستور، وأن المبدأ مصان بحكم ضرورة شرعية الإجراءات الجزائية من جهة، وارتفاع الأصوات المنادية بعدم المساس بحقوق الدفاع عند ممارسة الدعوى الجزائية من جهة ثانية، خصوصاً حق الطعن الذي يجسد هذا المبدأ، وهذه الدساتير هي: " الدستور التونسي، والدستور الليبي، ودستور موريتانيا، ودستور جيبوتي، وجزر القمر".

أما الدستور الجزائري فيمكن أن نستنتج مبدأ التقاضي على درجتين من خلال نص المادة 152 / ف 01 من دستور 1996، التي تقابلها المادة 171/ف01 من التعديل الدستوري الأخير،

نصت على طبيعة اختصاص المحكمة العليا عند نظرها في الطعون المقدمة ضد الأحكام الصادرة من المحاكم والمجالس، بقولها: « تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم».

الفرع الثاني

مبدأ التقاضي على درجتين في الشريعة الإسلامية.

يمكن أن نقف على حقيقة هذا المبدأ في الشريعة الإسلامية من خلال عنصرين اثنين هما الشروط التي حددتها للقاضي عند إصداره للأحكام، والمبنية على الاجتهاد كشرط لمراجعة الأحكام القضائية، وخصوصية النظام القضائي الإسلامي:

الفقرة الأولى

الاجتهاد كشرط أساسي لمراجعة الأحكام القضائية.

يقوم القضاء في الشريعة الإسلامية على أساسين اثنين لبلوغ مقاصدها وهما، الحكم بما أنزل الله، أي وفقا للنص المحدد في الكتاب والسنة، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شُرْعَةً وَمَنْهَاجًا وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكِنْ لِيَبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ ﴾ (1)، وباجتهاد القاضي، وما يقتضيه الحال والزمان، وخصوصية القضية، كما جاء في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم عندما بعث معاذًا قاضيا إلى اليمن، فهدف الرسول صلى الله عليه وسلم إن من سؤال سيدنا

(1) انظر: سورة المائدة الآية 48.

معاذ بن جبل رضي الله عنه عن كيفية القضاء، إنما كان القصد منه هو الوقوف على مدى استيعاب قاضيه للمصادر التي يعتمد عليها في إصدار أحكامه، والحدود المرسومة له عند مباشرة القضاء، فكانت إجابة سيدنا معاذ أن القضاء أساسا مبني على كتاب الله وسنة رسوله، وفي حالة انعدام السند الشرعي في هذين المصدرين يفتح باب الاجتهاد.

إن هذا الترتيب الذي جاء به الحديث من حيث المصادر التي يعتمد عليها القاضي في أحكامه، إنما كان الهدف منها تحري العدل، بالنظر إلى قوة المصدر المعتمد عليه في تسبيب الأحكام، دون إهمال حكمة و فطنة القاضي، واجتهاده في ذلك، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾ (1)، فالعدل أساس الأحكام الشرعية، فإذا ضيقت هذه المصلحة فلا أهمية لقضاء القاضي، وهذا ما يفترض إمكانية خطئه في الحكم الذي يستوجب مراجعته سواء من القاضي نفسه، أو من قاضٍ آخر، أو هيئة قضائية أخرى مهما كان القاضي فقيها أو مجتهدا، قصد رفع الظلم الذي من الممكن أن يكون قد قضى به القاضي.

فأساس مبدأ التقاضي على درجتين مبني على مراجعة الحكم الذي لم يكن صائبا، ويمكن أن نستوضح ذلك من القصة الشهيرة لسيدنا داوود وسليمان عليهما السلام عند قضائهما في الغنم التي نفشت في حرث القوم في قوله تعالى: ﴿ وَدَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ ﴾ (2)، فالآية تدل على أن الحادثة وقعت زمن سيدنا داوود وسليمان عليهما السلام، وأن سيدنا داوود قضى في تخاصم رجلين عنده على أساس أن غنم أحدهما أفسدت زرع الآخر، فقضى لصاحب الأرض بأن يأخذ غنم خصمه، فعندما علم سيدنا سليمان عليه السلام من الخصمين بالحكم الصادر من أبيه، أشار سيدنا سليمان عليه السلام بإمكانية مراجعة الحكم الصادر توخيا للعدل بين الخصمين، بحيث يأخذ صاحب الغنم الأرض فيصلحها ويبيذرها حتى يعود زرعها كما كان، ويأخذ صاحب الزرع الغنم، وينتفع بألبانها، وصوفها، ونسلها، فإذا خرج الزرع ردت الغنم لصاحبها والأرض لربها، فاستحسن سيدنا داوود عليه السلام هذا الحكم، وقام بمراجعته والحكم بقضاء سيدنا سليمان (3).

(1) انظر: سورة النحل الآية 90.

(2) انظر: سورة الأنبياء الآية 78.

(3) انظر: الصابوني (محمد علي)، صفوة التفاسير، ج 02، مرجع سابق، 246، انظر كذلك: البيهقي (أبو بكر أحمد بن الحسين)، السنن الكبرى، ج 10، باب اجتهاد الحاكم فيما يسوغ فيه الاجتهاد وهو من أهل الاجتهاد، رقم 20365، مرجع سابق، ص 202.

فمبدأ التقاضي على درجتين في الشريعة الإسلامية يقوم إذن، على تزيث القاضي في إصدار الأحكام خصوصاً إذا تعلق الأمر بالقصاص والحدود، ويتجلى ذلك في قول سيدنا عمر رضي الله عنه للقاضي شريح: « إذا جأك ما ليس في كتاب الله فاقض بما سنّ رسول الله، فإن جأك ما ليس في كتاب الله ولم يسنّه رسول الله صلى الله عليه وسلم، فاقض بما أجمع عليه الناس، فإن جأك ما ليس في كتاب الله، ولم يسنّه رسول الله، ولم يتكلم به أحد فاختر أي الأمرين شئت، فإن شئت فتقدم واجتهد رأيك، وإن شئت فأخره ولا أرى التأخير إلا خيراً لك » (1).

كما يكون لعلم القاضي واجتهاده دور أساسي للرجوع في الأحكام، ففقهاء الشريعة الإسلامية اشترطوا في القاضي أن يكون مجتهداً، حتى يستطيع الرجوع عن الأحكام التي قضى بها، استناداً إلى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: « إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب، فله أجران، وإذا حكم فاجتهد، ثم أخطأ فله أجر » (2)، وهذا حتى يستطيع أن يتبين خطأه عند إصدار الحكم، فيراجعه توخياً للعدل والإنصاف بين المتخاصمين، وحفاظاً على حقوق المتهم خصوصاً إذا كان ممن اشتهر بصلاحه، لأن العدل واجب على كل أحد في كل شيء، ولأهميته فقد كره الحنفية لمن لم يأمن على نفسه الظلم، الدخول في القضاء كراهية تحريم، لأن الغالب الوقوع في المحذور (3)، فالعدالة إذن أن يكون الشخص صادق اللهجة، ظاهر الأمانة، عفيفاً عن المحارم التي حرّمها الله، متوقفاً ما لا يوقعه في الإثم، بعيداً عن الريب وسوء السمعة، مأموناً في الرضا والغضب، مستعملاً لمروءة مثله في دينه ودينياه .

فهذه الصفات تمكّن القاضي من إمكانية الرجوع عن الحكم بدون تعنت ولا تجبر، وفي حدود أهل الاجتهاد في الدين (4)، وعلى هذا الأساس فقد حدد فقهاء الشريعة الإسلامية حالتين اثنتين للرجوع عن الخطأ في الحكم هما: " الرجوع المبني على مخالفة النص الشرعي، التي تجد أصلها في ما جاء في رسالة سيدنا عمر بن الخطاب لأبي موسى الأشعري رضي الله عنهما، والتي جاء

(1) انظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج01، القاهرة، دار الغد الجديد للنشر والتوزيع، 2009، ص، 62.

(2) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، رقم الحديث 7352، مرجع سابق، ص 896 ، ورواه مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب بيان اجر الحاكم إذا اجتهد، فأصاب أو أخطأ، رقم الحديث 4487، مرجع سابق، ص761.

(3) انظر: ابن تيمية (أحمد عبد الحلیم)، مجموع فتاوى بن تيمية، ج 28 مرجع سابق، ص 573.

(4) انظر: الماوردي (أبو الحسن علي بن محمد)، الأحكام السلطانية، مرجع سابق، ص 112.

فيها: « ... لا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم، فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك أن ترجع فيه فإن الحق قديم لا يبطله شيء، ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل... » (1).

وبالتالي فإن مراجعة الأحكام، وإدراك الوقوع في الخطأ من القاضي لا يكون إلا إذا كان القاضي مجتهدا عالما، فيمكنه ذلك من الوقوف على المتناقضات التي وقع فيها، فيكون قضاؤه مخالفا للنص، أو الإجماع، أو القياس، وفي هذه الحالة يجب الرجوع عنه وهو مذهب الجمهور، وقال الأحناف هذا جهل من القاضي، وقال الشافعية إذا خالف أصح المعنيين فيما احتمل من الكتاب والسنة (2). وهذا ما لا يتسنى للجاهل استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم: « القضاة ثلاثة، اثنان في النار، وواحد في الجنة : رجل علم الحق فقضى به فهو في الجنة، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار، ورجل جار في الحكم فهو في النار » (3)، وإن كان بعض الحنفية قالوا بجواز أن يكون القاضي عاميا فيحكم بالتقليد، وذلك بالرجوع إلى فتوى غيره من العلماء لأن الغرض منه فصل الخصومات، فإن أمكنه ذلك بالتقليد جاز (4)، لقوله تعالى: ﴿ وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ ﴾ (5).

يبدو أن هذا الرأي أكثر ملاءمة لواقع القضاء في العصر الحالي، على أساس أن القاضي بإمكانه أن يعتمد على أحكام قضاة آخرين، أو اجتهادات المحكمة العليا المختلفة في إصدار أحكامه، ومهما يكن عليه الأمر فإنه يجب أن تجتمع في القاضي مجموعة من الخصال حتى يمكن لولي الأمر اختياره للقضاء، والتي عبر عنها الخليفة عمر بن عبد العزيز بقوله: « ينبغي للقاضي أن تجتمع فيه سبع خصال وهي: العقل، والفقه، والورع، والنزاهة، والصرامة، والعلم بالسنن، والحلم، فإن فاقته واحدة كانت فيه وصمة » (6)، فأهلية الاجتهاد إذن تشترط معرفة ما يتعلق بالأحكام الواردة في القرآن، والسنة، والإجماع، والقياس، ولسان العرب، دون اشتراط الإحاطة الكاملة بكل القرآن، والسنة،

(1) انظر: البيهقي (أبو بكر أحمد بن الحسين)، السنن الكبرى، ج 10، كتاب آداب القاضي، باب من اجتهد ثم رأى أن اجتهاده خالف نصا أو إجماعا أو ما في معناه رده على نفسه وعلى غيره، رقم 20372، المرجع السابق، ص204.

(2) انظر: ابن قدامة (موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد)، المغني، ج 14 مرجع سابق، ص 14 وما بعدها، وانظر كذلك: السرخسي (شمس الدين)، المبسوط، ج16، مرجع سابق، ص784.

(3) انظر: ابن ماجه، سنن بن ماجه، أبواب الأحكام، باب الحاكم يجتهد، فيصيب الحق، رقم الحديث 2315، مرجع سابق، ص 410.

(4) انظر: الكاساني(علاء الدين أبو بكر بن مسعود)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج09، مرجع سابق، ص91.

(5) انظر: سورة المائدة الآية 49.

(6) انظر: ابن قدامة (موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد المغني، ج 14، المرجع السابق، ص 17، وما بعدها،

أولاجتهاد في كل القضايا، بل يكفي معرفة ما يتعلق بموضوع النزاع المطروح أمام القاضي⁽¹⁾، فإذا استكمل القاضي كل هذه الخصال يستطيع معها القيام بالرجوع المبني على اجتهاده.

هذه الحالة التي يمكن أن نستدل عليها من خلال الحادثة الشهيرة التي وقعت في عهد سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه، الذي قضى في مسألة من مسائل الميراث بوجه، ثم قضى في أخرى مماثلة بوجه آخر، والمسألة هي أنه قضى في امراة توفيت، وتركت زوجها، وأمها، وإخوتها لأمه، وأخوتها لأبيها، وأمها، فأشرك عمر بين الأخوة للأم، والأخوة للأب، والأم في الثلث فقال رجل، إنك لم تشرك بينهم عام كذا وكذا، فقال عمر ما قضينا يومئذ وهذا على ما نقضي⁽²⁾، وأكد سيدنا عمر في إحدى خطبه حيث قال: « إن أناسا كانوا يؤخذون بالوحي في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وإن الوحي قد انقطع، وإنما نأخذكم الآن بما ظهر لنا من أعمالكم فمن أظهر لنا خيرا أمناه وقربناه، وليس إلينا من سريرته، ومن أظهر لنا سوءًا لم نأمنه ولم نصدق، وإن قال إن سريرته حسنة »⁽³⁾، كما أوصى بها قضاته فيما بعد، وفي هذا يقول ابن قيم الجوزية: « فأخذ أمير المؤمنين بكلا الاجتهادين بما ظهر له أنه الحق، ولم يمنعه القضاء الأول من الرجوع إلى القضاء الثاني، ولم ينقض الأول بالثاني، فجرى أئمة الإسلام بعده على هذين الأصلين »⁽⁴⁾، واستنبطوا القاعدة الفقهية " الاجتهاد لا يحرم الاجتهاد، ولا يحكم ببطلان عمل المسلم المجتهد بمخالفته لاجتهاد نظيره " ⁽⁵⁾.

يمكن أن نقف على تأصيل ذلك من خلال رسالته رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري، فمن ضمن ما قال فيها: «... ثم الفهم الفهم فيما يدلى إليك مما ليس فيه قرآن وسنة، ثم قايس الأمور عند ذلك، أعرف الأمثال والأشباه ثم اعمد إلى أحبها إلى الله فيما ترى وأشبهها بالحق... »⁽⁶⁾، وهذا صحيح إذا ظهر للقاضي أنه أخطأ في حكمه، أو ظهر له أن غيره من القضاة قد أخطأ أخطأ في حكمه، فلذلك ضربان: « أحدهما أن يخطئ فيما يسوغ منه الاجتهاد، فحكمه هنا نافذا وحكم غيره من القضاة به نافذ لا يتعقب بفسخ ونقض، أما المسائل التي فيها نص من الكتاب والسنة الصحيحة قطعي الدلالة، أو إجماع، أو قياس جلي فجمهور العلماء يرون بأن القاضي أو المجتهد

⁽¹⁾ انظر: الزحيلي (وهبة)، الفقه الإسلامي وأدلته، ج06، مرجع سابق، ص746، ابن قدامة (موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد)، نفس المرجع، ص 15.

⁽²⁾ انظر: البيهقي (أبو بكر أحمد بن الحسين)، السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب من اجتهد من الحكام ثم تغير اجتهاده أو اجتهاد غيره فيما يسوغ فيه الاجتهاد لم يرد ما قضى به، رقم 20374، ج 07، المرجع السابق، ص 205

⁽³⁾ انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب الشهداء العادل، رقم الحديث 2641، المرجع السابق، ص 238

⁽⁴⁾ انظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج01، مرجع سابق، ص 98.

⁽⁵⁾ انظر: جمعة (عبد المجيد الجزائري)، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم الجوزية، مرجع سابق، ص 388.

⁽⁶⁾ انظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، نفس المرجع، ص79.

إذا خالف النص، أو الإجماع، أو القياس فإنه ينقض حكمه «⁽¹⁾»، تطبيقاً للقاعدة الفقهية " لا اجتهاد مع النص"، لأن الاجتهاد إنما يعمل به عند عدم النص، فإذا تبين النص فلا اجتهاد إلا في إبطال ما خالفه⁽²⁾.

فمن خلال هذه الأدلة يمكن أن نستنتج أن القاضي يعتمد في حكمه على ما جاء في الكتاب والسنة، فإن كان عالماً بها، ولم يجد ما يدل على حل المسألة في هذين المصدرين يكون له الاجتهاد بالقياس على ما رُود في الكتاب والسنة، وهذا ما عبر عنه سيدنا عمر في رسالة أبي موسى الأشعري عندما قال: «... ثم قاييس الأمور عند ذلك...»، فهو في هذه الرسالة افترض علم القاضي كشرط للحكم بالاجتهاد، غير أنه قام بتوسيع دائرة الاجتهاد، في رسالته للقاضي شريح، وأدخل العرف كأساس يمكن الاستناد عليه إذا لم يخالف الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس في قوله: «... فأقضي بما أجمع عليه الناس...» وحتى رأي الأحاد في قوله: «... ولم يتكلم به أحد...»، بمعنى أنه افترض رضي الله عنه إمكانية أن يحكم القاضي بالتقليد، عندما خير القاضي شريح بين الاجتهاد بالرأي، وبين تأخير الحكم إلى غاية ظهور الحل المستعصي للمسألة.

الفقرة الثانية

خصوصية مبدأ التقاضي على درجتين في النظام الإسلامي.

قررت الشريعة الإسلامية منذ مجيئها مبادئ الحرية والعدالة بين الناس، حماية لمقاصدها من جهة، وضماناً لحقوق أفرادها من جهة ثانية، لذلك نجد أنها قامت بتحقيق المساواة بين الناس عن طريق العدل وأنصافهم عند القضاء بينهم، وتسيير كافة شؤون دولتهم⁽³⁾، هذه المهمة التي لا تبدو سهلة عند القيام بها بالنظر إلى خطورة الجزاء في الآخرة لقوله صلى الله عليه وسلم: « ما من حكم

⁽¹⁾ انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج01، مرجع سابق، ص83.

⁽²⁾ انظر: جمعة (عبد المجيد الجزائري)، نفس المرجع، ص391.

⁽³⁾ انظر: عالية (سمير)، نظام الدولة، والقضاء، والعرف في الإسلام، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1997، ص

يحكم بين الناس إلا حبس يوم القيامة، وملك أخذ بقفاه إلى جهنم، ثم يرفع رأسه إلى الله عز وجل: فإن قال ألقه ألقاه في مهوى أربعين خريفاً « (1).

ونظراً لعظم ولاية القضاء في الشريعة الإسلامية، فقد كان مبدأ التقاضي على درجتين الآلية الفعالة لتطبيق أحكامها، والتحقق من مدى مطابقتها لما جاء في مصادرها من أصول وقواعد، ولتوضيح ذلك لابد من تتبع هذا المبدأ عبر مراحل نزول الوحي، وبناء الدولة الإسلامية كمرحلة أولى، والتي تسمى بمرحلة القاضي الفرد المتمثل في شخص رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين، فمن الطبيعي وفي بداية بناء الدولة الإسلامية، وتأسيس معالم المجتمع الإسلامي على يد الرسول صلى الله عليه وسلم، أن يجمع في يده جميع سلطات الدولة، فلم يكن للمسلمين قاضٍ سواه، وكان يحكم في كل شيء مهما كانت نوعية الحق، سواء أكان حقا لله أم حقا للعبد (2)، وذلك لعدة أسباب أهمها:

- أ- أن المجتمع الإسلامي في بداية نشأته في المدينة كان بسيطاً، لا يتجاوز حدودها.
- ب- قوة الوازع الديني، الذي كان له الأثر الفعال في قلة المنازعات بين الناس.
- ت- عدم اكتمال نزول الوحي.

فقد كان الرسول صلى الله عليه وسلم، بالإضافة إلى ممارسته للوظيفة القضائية، والتشريعية، والتنفيذية في بداية نشوء الدولة الإسلامية كان المبلغ للوحي، ومن ثم لم يكن بإمكان أحد من الصحابة ممارسة وظيفة القضاء، لأن هذا الأخير يختص بالوقائع، وأن أغلب حالات نزول القرآن كانت بحسب الوقائع التي تعرض على رسول الله صلى الله عليه وسلم، فيبلغه الوحي بأحكامها، فمنها ما هو في العقائد الإيمانية، ومنها ما هو في أحكام الجوارح (3). ومن ثم كان من الضروري أن يقوم الرسول صلى الله عليه وسلم بإرساء دعائم القضاء الحقيقي، خصوصاً وأن العرب قبل الإسلام لم يكن لديهم قضاء بالمعنى الصحيح، إلا بعض الممارسات المبنية على أعراف قديمة لا تقوم على مبادئ عامة وشاملة، رغم أن العرب كانت لهم مماليك لها احتكاك بإمبراطوريتي الروم والفرس، مرة في صورة تبعية لإحدى الإمبراطوريتين، ومرة في صورة صدام ومقاومة، كالحرب التي دارت بين العرب والفرس

(1) انظر: ابن ماجة، سنن بن ماجة، أبواب الأحكام، باب التغليظ في الحيف والرشوة، رقم الحديث 2311، مرجع سابق، ص 409، وانظر كذلك الترمذي، سنن الترمذي، أبواب الأحكام عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ما جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في القاضي، رقم الحديث 1374، مرجع سابق، ص 595.

(2) انظر: ابن رشد (أبو الوليد محمد بن أحمد بن أحمد بن أحمد القرطبي)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ص 857.

(3) انظر: ابن خلدون، (عبد الرحمن أبو زيد ولي الدين)، ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكثر، المعروف بـ "مقدمة ابن خلدون"، مرجع سابق، ص 446.

في موقعة " ذي قار " الشهيرة، التي انتصر فيها العرب على العجم، ومن هذه الممالك مملكة سبأ في اليمن، ومملكة الحيرة في العراق، ومملكة الشام، والإمارة بالحجاز⁽¹⁾.

فقد روت كتب التاريخ أن " بني سهم " كانوا يمارسون عملية فض الخصومات بين الناس في مكة، غير أن قضاءهم تميز بالطابع التحكيمي الذي يخضع لإرادة الخصوم في قبوله أو رفضه، ومن ثم يفتقر للوسائل الضرورية للتنفيذ لأنه لم يكن مستمدا من تشريع أو قانون، كما أن الاحتكام إلى الكهان والعرافين كانت العملية الأكثر انتشارا⁽²⁾، باستثناء حلف الفضول الذي حضره رسول صلى الله عليه وسلم وباركه حيث قال: « لقد شهدت في دار عبد الله بن جدعان حلفا ما أحب أن لي به حمر النعم ولو أدعى به في الإسلام لأجبت »⁽³⁾، فبالإضافة إلى كون رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عاصما لكل الوظائف عند قيام الدولة الإسلامية في المدينة بعد هجرته إليها⁽⁴⁾، فقد كان معلما لأصحابه في كيفية ممارسة القضاء، وتحري العدالة في الأحكام، والحرص على أن لا يعين للقضاء إلا الأكفأ له، في قوله صلى الله عليه وسلم عندما دخل عليه أبو موسى الأشعري ورجلان من قومه، حيث طلب الرجلان الإمارة، فقال صلى الله عليه وسلم: « إنا لا نولي هذا من سألنا، ولا من حرص عليه »⁽⁵⁾.

يمكن أن نتحقق من إعمال مبدأ التقاضي على درجتين في الشريعة الإسلامية، من خلال الحادثة التي قضى فيها سيدنا علي كرم الله وجهه عندما كان قاضيا في اليمن وهي الحادثة المعروفة بقضية " الزبية "، فقد تدافع الناس على زبية الأسد التي وقع فيها، لينظروه فوق واحد منهم فتمسك بالثاني، ثم الثاني تمسك بالثالث، فالثالث تمسك بالرابع فوقع جمعهم في الحفرة ف قضى عليهم الأسد، فمنهم من مات في الحفرة، ومنهم من مات متأثرا بجراحه عند أخرجه منها، وكادت القبائل أن تقتتل في تحديد المسئول عن الحادث، ومن ثم الدية فاحتكموا إلى علي بن أبي طالب رضي الله عنه، ف قضى للأول بربع الدية، والثاني بثلثها، والثالث بنصفها، والرابع بالدية كاملة، وألزم المزدحمين حول

(1) انظر: المباركفوري (صفي الدين)، الرحيق المختوم، بحث في السيرة النبوية، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر، 2002، ص 16 وما بعدها.

(2) انظر: واصل (نصر فريد محمد)، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، مرجع سابق، ص 37.

(3) انظر: البيهقي (أبو بكر أحمد بن الحسين)، السنن الكبرى، كتاب قسم الفيء والغنيمه، باب إعطاء الفيء على الديون، رقم الحديث 13080، ج 07، مرجع سابق، ص 205، وانظر كذلك: ابن حنبل (أحمد الشيباني)، المسند، مسند عبد الرحمن بن عوف، ج 01، رقم الحديث، 1677، مرجع سابق، ص 519، وابن هشام (أبو محمد عبد الملك بن أيوب)، السيرة النبوية، مرجع سابق، ص 69.

(4) انظر: ابن هشام (أبو محمد عبد الملك بن أيوب) - فيما يخص تفاصيل هجرة الرسول صلى الله عليه وسلم من مكة إلى المدينة - نفس المرجع، ص 229 وما بعدها.

(5) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب ما يكره من الحرص على الإمارة، رقم الحديث 7148، مرجع سابق، ص 873.

الحفرة بدفعها لأهل القتلى، لكنهم لم يقبلوا بقضاء سيدنا علي الذي نبههم إلى إمكانية رفع الحكم إلى الرسول صلى الله عليه وسلم، فأتوه في موسم الحج، وعرضوا عليه قضاء علي فأيد الرسول صلى الله عليه وسلم قضاءه وقال: « هو ما قضى بينكم »⁽¹⁾.

كما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم في حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن قصة المرأتين اللتين كان لهما ولدان في زمن سيدنا داود وسليمان، فأكل الذئب أحدهما فتنازعتا حول الطفل الذي أكله الذئب حيث قال: « كانت امرأتان معهما ابناهما جاء الذئب فذهب بابن إحداهما، فقالت لصاحبتهما إنما ذهب بابنك، وقالت الأخرى إنما ذهب بابنك، فتحاكما إلى داود عليه السلام فحضى به للكبرى ، فخرجتا على سليمان بن داود عليهما السلام فأخبرتهما، فقال اتنوني بالسكين أشقه بينهما . فقالت الصغرى لا تفعل يرحمك الله هو ابنها ، فحضى به للصغرى »⁽²⁾، فهذه الأفضية تدل على أن مبدأ التقاضي على درجتين الذي كان معمولاً به منذ بداية تكوين المجتمع الإسلامي، يدل على أنه من دعائم القضاء الحافظة لحقوق الدفاع خصوصاً إذا تعلق الأمر بالحدود والقصاص.

لم يختلف تنظيم القضاء في عهد سيدنا أبي بكر الصديق عما كان عليه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، إلا أن أبا بكر قام بفصل القضاء عن الولاية العامة وجعلها وظيفة يتفرغ لها رجل معين تتوفر فيه شروط القضاء⁽³⁾، هذا الوضع الذي لم يكن في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم - كما سبق وأن تقدم - فعين عمر على القضاء فمكث سنة لا يأتيه اثنان أولاً يقضي بين اثنين، لما اشتهر عنه من الحزم والشدة⁽⁴⁾، كما استمر في خلافته رضي الله عنه على نهج سيدنا أبي بكر في فصل القضاء عن الولاية العامة، واستمر في تعيين القضاة في أجزاء الدولة الإسلامية، فعين أبا الدرداء قاضياً على المدينة، وأسيد بن عتاب على مكة، وأبا موسى الأشعري على البصرة، وشريحا على الكوفة، وقيس بن أبي العاص على مصر، فكان سيدنا عمر رضي الله عنه أول من وضع أساس السلطة القضائية المتميزة⁽⁵⁾، من خلال رسالته المشهورة لأبي موسى الأشعري⁽¹⁾، وسن

(1) انظر: ابن حنبل(أحمد الشيباني)، المسند، مسند العشرة المبشرين بالجنة، ومسند أهل البيت، ج01، رقم الحديث583، المرجع السابق، ص 234، انظر كذلك: القرطبي (أبو عبد الله محمد بن أحمد)، الجامع لأحكام القرآن الكريم، ج 15، مرجع سابق، ص164.

(2) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب إذا أدعت المرأة ابنا، رقم الحديث 6769، المرجع السابق، ص827.

(3) انظر: واصل (نصر فريد محمد)، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، المرجع السابق، ص 54.

(4) انظر: البيهقي (أبو بكر أحمد بن الحسين)، السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب فضل من أتى بشيء من الأعمال، رقم 20106، ج 07، المرجع السابق، ص 149، انظر كذلك: الطبري (أبو جعفر محمد بن جرير)، تاريخ الطبري، تحقيق

أبو صهيب الكرمي، الرياض، بيت الأفكار الدولية للطبع والترجمة والنشر، (د.ت)، ص 562.

(5) انظر: الزحيلي (وهبة)، الفقه الإسلامي وأدلته، ج06، مرجع سابق، ص 741.

التفويض في ممارسة السلطة القضائية عن طريق تعيين قضاة مستقلين في مختلف أقاليم الخلافة الإسلامية.

غير أن هذه الاستقلالية لم تكن منفصلة عن وظيفة الخليفة، على أساس أن تعيين القاضي من طرف الإمام الأعظم شرط في صحة قضاؤه فهو نائب عنه ⁽²⁾، ومن ثم فإن الوظيفة القضائية كانت على درجة واحدة من حيث الهيكل التنظيمي، أما من حيث المحافظة على الحقوق فقد كانت هناك آلية رجوع القاضي عن حكمه أو اجتهاده إذا تبين له أنه قد أخطأ في حكمه، وهذا ما يمكن أن نستنتج منه وجود مبدأ التقاضي على درجتين، القائم على إعماله من طرف نفس القاضي الذي لا حرج فيه، لأن جمهور الفقهاء يقولون بشرط الاجتهاد كشرط أساسي لتولي القضاء، كما نجد سيدنا عمر رضي الله عنه قد أكد على المعنى الحقيقي لمبدأ التقاضي على درجتين من خلال نهيه رضي الله عنه للولادة عن القتل إلا بإذنه ⁽³⁾، فالهدف الذي قصده سيدنا عمر رضي الله عنه من هذا الإجراء ليس المصادقة على أحكام ولاته فقط كإجراء شكلي، وإنما هو إعادة النظر في القضية خصوصاً إذا تعلق الأمر بالحدود والقصاص، وكذلك تحري مدى توفيق القاضي في قضاؤه، لأن الحدود في الشريعة الإسلامية لا يقيمها إلا الحاكم.

وقد استمر الوضع على هذه الحال في زمن الخلفاء الراشدين، حتى العهد الأموي والعهد العباسي، فقد بقيت جميع المبادئ التي أرساها الرسول صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدون من بعده ماثلة في الممارسة القضائية، ماعدا التغيير الذي طرأ على الجانب التنظيمي أو الهيكلية الذي اقتضته ضرورات اتساع الدولة الإسلامية، وظهرت التفرقة بين القضاء العام الذي يكون فيه القاضي مفوضاً للفصل في جميع القضايا مهما كان نوعها، أو تحديد اختصاصات القاضي النوعية، والزمانية، والمكانية ⁽⁴⁾ تبعاً لما يراه الإمام محققاً للعدالة، ومقاصد الشريعة الإسلامية: « فعموم الولايات وخصوصها وما يستفيده المتولي بالولاية، يتلقى من الألفاظ، والأحوال، والعرف، وليس لذلك حد في الشرع فقد يدخل في ولاية القضاء في بعض الأزمنة ما يدخل في ولاية الحرب في زمان ومكان آخر، وبالعكس » ⁽⁵⁾.

فوفقاً لهذا التطور بدأ تسجيل الأحكام القضائية في العهد الأموي، لأنها في السابق كانت تنفذ فوراً دونما حاجة إلى تسجيل، واستحدثت العباسيون نظام: « قاضي القضاة، وكان يقيم في حاضرة

(1) انظر: المارودي (أبو الحسن علي بن محمد)، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، مرجع سابق، ص 122.

(2) انظر: ابن رشد (أبو الوليد محمد بن أحمد بن أحمد القرطبي)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ص 857.

(3) انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج 01، مرجع سابق، ص 22.

(4) انظر: المارودي (أبو الحسن علي بن محمد)، نفس المرجع، ص 123 وما بعدها.

(5) انظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص 202.

الدولة يولي من قبله قضاة ينوبون عنه في الأقاليم والأمصار، وأول من لقب بهذا اللقب أبو يوسف صاحب أبو حنيفة، فأصبح هو الذي يشرف على أمر القضاة وتعيينهم «⁽¹⁾»، كل هذا يتوافق مع التنظيم المعمول به في القانون الوضعي الذي تبلور فيه مبدأ التقاضي على درجتين كدعامة أساسية لحق المتهم في الدفاع في الدعوى الجزائية.

نستنتج من خلال تحليلنا لحق المتهم في الدفاع، أن القانون الوضعي بمختلف مشاريعه قد أجمع على حتمية الالتزام بهذه الحقوق، كمظهر من مظاهر المحاكمة العادلة. فبعد إجماع الالتزام، جاء إجماع الحماية الواجب توفره عند مباشرة الدعوى الجزائية، أين نجد الشريعة الإسلامية نقلاً وعقلاً، قد كرستها بأصول لا تقبل الاجتهاد أو الانتقاد، الأمر الذي يفسره عدم وجود ولو حالة انتهاك واحدة لهذه الحقوق، بنى عليها قضاتها أحكامهم ونفذوها. لأن القواعد التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، لا يمكن أن تؤخذ مجزأة، بل ككتلة واحدة، حتى توفر الحماية الكاملة، للمتهم خاصة، عند ممارسة الدعوى الجزائية، والتي تكون موضوع تحليل في الباب الثاني من هذه المذكرة.

الباب الثاني

(¹) انظر: ابن قدامة (موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد)، المغني، ج14، مرجع سابق، ص 295.

حماية حق المتهم في الدفاع عند ممارسة الدعوى الجزائية.

تمثل مسألة حماية حق المتهم في الدفاع في الدعوى الجزائية أهمية كبيرة عند مباشرة إجراءاتها، وذلك للوضع الجديد الذي تخلقه الجريمة المرتكبة، التي تجعل هذه الإجراءات مقيدة بهدفين أساسيين وجدت من أجلهما، فالهدف الأول يتمثل في السعي لتحديد الجاني مرتكب الجريمة عن طريق إجراءات البحث والتحري والتحقيق، التي يكون خلالها متهما إلى غاية الانتهاء من محاكمته (الفصل الأول)، أما الهدف الثاني فهو ضمان حماية حقه في الدفاع منذ توجيه الاتهام إليه إلى غاية تقديمه للمحاكمة، بحيث تمتد الحماية إلى ما بعد صدور الحكم بالإدانة أين يستطيع المتهم ممارسة حقه في الدفاع عن طريق طرق الطعن العادية، وغير العادية (الفصل الثاني).

الفصل الأول

حماية حق المتهم في الدفاع في المراحل السابقة عن المحاكمة.

تمثل الإجراءات الجزائية بصفقتها الصورة الشكلية للقانون الجزائي، حلقة الوصل بين الجريمة والعقوبة، فمن خلالها يتجلى التجسيد الواقعي والفعلي، للأسس والمبادئ التي تقوم عليها حقوق الإنسان، وحقوق الدفاع في الدعوى الجزائية، ومدى احترامها، بحيث لا تتحقق لهذه الإجراءات الشرعية اللازمة التي تعكس المفهوم الدستوري والقانوني لدولة القانون، إلا بحماية حق المتهم في الدفاع في مرحلة الاتهام (المبحث الأول)، وكيفية تكريسها في مرحلة التحقيق (المبحث الثاني)، الأمر الذي سنقف على أهم مفاصله في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، على أساس أن ما يتم في هاتين المرحلتين من إجراءات يكون له الأثر الأكبر في صياغة مرحلة المحاكمة الجزائية.

المبحث الأول

حماية حق الدفاع في مرحلة الاتهام.

يعد الاتهام المرحلة الأساسية التي تبنى عليها جميع الإجراءات اللاحقة، لذلك لا بد وأن تكون تلك الإجراءات مبنية على أسس من الشرعية، حتى تحفظ حقوق المتهم في الدعوى الجزائية بشكل كامل دون نقصان، خصوصا وأن النيابة العامة تتميز في هذه المرحلة بخاصية الانفراد بمباشرة

الدعوى العمومية بإسم المجتمع، لضمان حق الدولة في توقيع العقاب على الجناة. المسعى الذي لا يمكن الوثوق بشرعية تحققه، إلا بعد الوقوف على مدى الحماية المكفولة لحق المتهم في الدفاع في هذه المرحلة، سواء في القانون الوضعي أو في الشريعة الإسلامية، وذلك بتسليط الضوء على مواجهة النيابة العامة له بالاتهام (المطلب الأول)، وحماية حقه في الخصوصية عند مباشرة إجراءات البحث والتحري (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

مواجهة النيابة العامة وولاية الحسبة المتهم بالاتهام.

عند حدوث الجريمة يتحدد اختصاص كل من النيابة العامة وولاية الحسبة بتحريك الدعوى العمومية ومباشرتها، حماية للمصلحة العامة، ومن ثم وحتى يقوموا بهذه الوظيفة اتجاه المتهم، لا بد وأن يكون دورهما مرتبط بمجموعة من الضوابط حتى يستطيعا ممارسة وظيفتهما في الاتهام وحماية الحق العام، فالنيابة العامة في القانون الوضعي مرتبطة بالمفهوم الجديد للسياسة الجنائية، أما ولاية الحسبة فإنها مرتبطة بالمقاصد الخمسة للشريعة الإسلامية (الفرع الأول)، وبما أن كل من النيابة العامة وولاية الحسبة يجتمعان حول الأصل العام وهو الدفاع عن المصلحة العامة، فإن هذا يشير إلى وجود نقاط تشابه، ونقاط اختلاف كان لا بد من استجلائها للوقوف على مدى فعالية كل نظام بالنسبة لحق المتهم في الدفاع من جهة، وحماية الحق العام من جهة ثانية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

ضوابط دور النيابة العامة وولاية الحسبة في دعوى الجزائية وأثره على حقوق الدفاع.

لنا أن نتساءل عن دور النيابة العامة في الدعوى الجزائية، هل هو دور مدعم لحق المتهم في الدفاع أم هو دور ينزع أكثر للمحافظة على حق الدولة في توقيع العقاب، وإن أدى ذلك للمساس بحقوق الأفراد؟ انطلاقا من تواجدها في كامل مراحل الدعوى الجزائية، خصوصا وأن دورها في الوقت الحاضر أصبح مضبوطا بضابط تحقيق المصلحة العامة دون تعسف، وعليه وللوقوف على الدور الحقيقي للنيابة العامة في الدعوى الجزائية، وأثره على حقوق الدفاع، كان لا بد من استعراض الأسس التي يبنى عليها هذا الدور في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، على أساس أن الذي يقوم بممارسة الإدعاء العام في الشريعة الإسلامية هو ولاية الحسبة.

الفقرة الأولى

ارتباط دور النيابة العامة في الدعوى الجزائية بالمفهوم الحديث للسياسة الجنائية.

يجمع فقهاء القانون الوضعي على أن النيابة العامة: « هي الهيئة التي أسند إليها القانون وبصورة أصلية سلطة الادعاء، أو الاتهام في الدعوى العمومية، والحضور بصورة ثانوية في القضايا المدنية، فهي تحتكر هذه الوظيفة بما يمدها به القانون من السلطات، والاختصاصات من أجل مباشرة الاتهام، فهي ممثلة الدولة بوصفها شخصا معنويا عاما في اقتضاء حقها في العقاب، فهي القائمة على الدعوى في مرحلة الضبط، والاستقصاء، والتحري بحثا عن الأدلة والجناة، ولذا تتلقى الإخبارات والشكاوى، وهي تقوم بالتحقيق في حالات الجريمة المتلبس بها (المشهود)، أو في حالة صدور أمر إنابة، أو انتداب.

كما تمارس الدعوى وتباشرها أمام القضاء فتقدم الطلبات، وتبدي الدفوع، وتراجع الأحكام، وتبادر إلى تنفيذ الأحكام الصادرة في الدعوى العمومية، أو تطالب بتنفيذها «⁽¹⁾، ومن ثم نجد أن النيابة العامة لا يمكن لها أن تتنازل عن الدعوى بعد رفعها إلى القضاء، أو تعمل على وقفها وتعطيل سيرها بأي صورة كانت إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون، منذ وقوع الجريمة إلى غاية تنفيذ العقوبة⁽²⁾، لذلك نجد دور النيابة العامة في الدعوى الجزائية مرتبط من جهة بحماية النظام العام المتمثل في: « مجموعة الأسس السياسية، والاجتماعية، والاقتصادية، والخلفية التي يقوم عليها كيان المجتمع، وكل ما يتصل بالآداب العامة»⁽³⁾، وبالأفكار التي بنى عليها المشرع سياسته الجنائية "Politique criminelle"⁽⁴⁾، هذه الأخيرة التي تركز في الأساس على فلسفة التفريد العقابي، ودراسة شخصية المجرم كأهم التحولات التي طرأت على مفهوم وهدف هذه السياسة.

على أساس أن العقوبة هي المقابل للواقعة التي جرمها، أو هي الأثر الذي يلحق بالجاني لاقترافه الجريمة، وذلك بالانتقاص من حقوقه دفاعا عن المجتمع، فقد كانت الغاية منها الإيلاء،

(1) انظر: محدة (محمد)، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج03، مرجع سابق، ص 22، انظر كذلك: الشرفاوي (نور الدين الغزواني)، تدخل النيابة العامة في الدعوى المدنية، أطروحة لنيل دبلوم الدراسات العليا، بجامعة محمد الخامس، منشورات تنمية البحوث والدراسات القانونية، الرباط، مطبعة المعارف الجديدة، 1995، ص10.

SOYRES (J.G) : Doit pénal et procédure pénale, op, cit, P 263.

(2) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 99 .

(3) انظر: فرج (توفيق حسن)، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 79.

(4) Politique criminelle: « Ensemble des différents moyens mis en œuvre pour lutter contre le phénomène criminel » BEZIZ (A) : Dictionnaire de droit pénal général et procédure pénale, op, cit, p232.

السياسة الجنائية هي " مجموعة الوسائل المختلفة التي يمكن إتخاذها لمحاربة الظاهرة الإجرامية " .

والتكفير في مرحلتى الانتقام الفردي والجماعي، ثم تحولت إلى الإصلاح والتهديب، مع مجيء الشريعة الإسلامية⁽¹⁾، وتطور الفكر البشري خصوصا في القرن التاسع عشر، بفضل أفكار " مونتسكيو"، و " بيكاريا"، و"جون لوك"، و" جون جاك روسو"، المبنية على مبادئ الحرية، والعدل، والمساواة فأصبحت العقوبة لا تقصد الألم كهدف في حد ذاته، وإنما مصلحة الجاني قصد إصلاحه، ومصلحة المجتمع بهدف منع الجريمة، فيكون بالتالي وسيلة وليس غاية⁽²⁾.

لذلك فإن النظرية الأكثر رواجاً في تحديد دور النيابة العامة في الدعوى الجزائية، ومن ثم اقتضاء حق الدولة في العقاب، مؤسس على هدف أساسي هو الوصول إلى الحقيقة الواقعية، المبنية على إدانة الفاعل وتبرئة المتهم، وهي نظرية العقد الاجتماعي التي تقول: « بوجود المجتمع بادئ الأمر، وأن السلطة الحاكمة ليست إلا ممثلة له تتغير في الوقت الذي يشاء فيه المجتمع، وما تملكه هذه السلطة من حق العقاب يقوم على ما تنازل به أفراد المجتمع لهذه السلطة من حقوقهم في الدفاع عن أنفسهم وأموالهم، تمارسها بالنيابة عنهم تحقيقاً للمصلحة الاجتماعية، وقد قبل كل هؤلاء مقدماً توقيع هذا العقاب عليهم إذا ما خالف أحد شروط العقد الاجتماعي، ومقتضى ذلك أن السلطة لا تملك فرض عقوبات قاسية، أو تحكيمية طالما كان حقها في العقاب مستمداً من حقوق الدفاع المملوكة لأفراد المجتمع»⁽³⁾.

فمن هذا المنطلق لا يمكن للنيابة العامة أن تتجاوز حدود الوكالة التي حصلت عليها من طرف المجتمع، والمرتبطة بالشرعية الإجرائية المبنية على الانسجام بين حق المتهم في الدفاع، وبين دورها الجديد في إطار السياسة الجنائية الحديثة القائمة على الضمان الكامل لكل مقومات المحاكمة العادلة، والسعي إلى إيجاد الحل الممكن للأثار التي خلفتها الجريمة عن طريق تقرير إجراء الوساطة بين المتهم والمشتكى منه، سواء بطلب من أحدهما، أو بقرار من وكيل الجمهورية حسب ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 37 مكرر إلى المادة 37 مكرر 09 من الأمر 02/15 المعدل والمتهم لقانون الإجراءات الجزائية⁽⁴⁾.

(1) استمر تطبيق النظام الجزائري الإسلامي في الولايات العثمانية إلى غاية 1858 تاريخ صدور قانون الجزاء العثماني العام، انظر: حسني (محمود نجيب)، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، بيروت، دار النفري للطباعة، ط2، 1975، ص 36.

(2) GARRAUD (R): Précis de droit criminel, Paris, 14^{ème} Edition Serey, 1976, P293.

(3) انظر: سرور (أحمد فتحي)، أصول السياسة الجنائية، مرجع سابق، ص 40.

(4) انظر: المواد من 37 مكرر إلى 37 مكرر 09، بخصوص إجراء الوساطة في المادة الجزائية، والجرائم التي تشملها، وكيفية حدوث الإتفاق عليها، ومتطلباته الشكلية، في الأمر 02/15 المؤرخ في 2015/06/23، المعدل والمتمم للأمر رقم 155/66 المؤرخ في 1966/06/8، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر، ع 40.

صحيح أن إجراء الوساطة من طرف النيابة العامة يحمل في طياته نوع من التنازل عن الدعوى العمومية، ولكن يهدف كذلك إلى تحقيق مصلحة معالجة الجريمة بدلا من العقاب عليها، فهو الهدف الذي أصبح محور السياسة الجنائية في مختلف دول العالم، ولكن عند إستقرائنا للمواد المنظمة لإجراء الوساطة، نجد أنه وحتى يتم ذلك لابد أن يكون المتهم معترفا بالوقائع المنسوبة إليه، لأنه قبل ذلك لا يمكن للنيابة العامة إجرائها، وإلا اعتبر المتهم محكوما عليه من دون إستعمال حقه في الدفاع عن نفسه، وإخلاقا بمبدأ براءته الأصلي، خصوصا وأن المشرع في المادة 01/37 نص على أن تكون " قبل أية متابعة جزائية "، ومهما يكن من ارتباط دور النيابة العامة بمفهوم السياسة الجنائية الحديثة القائمة على معالجة الجريمة، كصورة من صور الحد منها، فإننا نجد أن مجالها في تطبيق مبدأ الملاءمة قد اتسع، وأصبح يشمل مجالين اثنين هما " مطابقة الأفعال لنص التجريم وتشكيل الاتهام من جهة، وإمكانية معالجة الآثار التي خلفتها الجريمة دون اللجوء إلى المحاكمة من جهة ثانية"، الشيء الذي ندرکه بوضوح عند الحديث عن ارتباط دور الحسبة بمقاصد الشريعة الإسلامية.

الفقرة الثانية

ارتباط دور الحسبة بمقاصد الشريعة الإسلامية.

يمكن أن نستنبط دور الحسبة في الشريعة الإسلامية من خلال سعيها لحماية المقاصد التي بني عليها النظام العام الإسلامي، وهي المقاصد الخمسة المتمثلة في (حرمة الدين، وحماية النفس، وصيانة المال، والمحافظة على الأمن، وضمان طاهرة النسل)، لذلك نجد الشريعة الإسلامية تتفرد بمعاقبة الشخص الذي ينتهك حرمة الدين بارتداده عليه، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴾⁽¹⁾، فالإرتداد عن الدين إذن، هو كفر مسلم تقرر إسلامه بالشاهدين مختارا بعد أن أعلن التزامه بأحكام الإسلام، على أن يكون بصريح القول، كقوله: أشرك بالله، أو قول يقتضي الكفر، كقوله: " إن الله له جسم كالأجسام، أو الاستهانة بالمصحف بإلقائه على الأرض، أو حرقه استخفافا لا صوانا.... إلى غير ذلك من الأقوال، والأفعال التي تبين خروج المسلم عن دينه"، فالشخص الذي حامت حوله الشبهات على الردة يكون بذلك متهم في دينه، يخضع لإثبات رده من شهادة رجلين عدلين، ولا بد من اتحاد المشهود به فإذا شهدا بأنه كفر قال القاضي لهما: بأي شيء؟ فيقول الشاهد:

(1) انظر: سورة البقرة الآية 217.

يقول كذا، أو يفعل كذا (1) ، فإذا ثبت عنه ذلك يستتاب بإجماع الفقهاء (2)، فإن أبى طبق عليه حد القتل لقوله صلى الله عليه وسلم: « من بدل دينه فاقتلوه » (3).

أما حماية النفس فتتجلى من خلال الأساس الذي بنت عليه الشريعة الإسلامية هذه الحماية، وهو حق الحياة الذي يتميز بالشمولية، والاختصاص لكل المخاطبين بأحكامها، والمطلوب منهم عدم التعدي عليه، المبني على الالتزام السلبي المتمثل في عدم التعرض لصاحبه، واحترام الحدود التي رسمها له الشرع . ومن هنا جاء تجريم الشريعة الإسلامية لانتهاكات هذا الحق، والذي اشتمل على نوعين من الاعتداء وهما الجناية على النفس، بالقتل سواء أكان ذلك عن عمد أو خطأ، والجناية مادون النفس وهي الجراح، والتي أسست الشريعة الإسلامية العقوبة فيها على مبدأ المماثلة في قوله تعالى: ﴿ وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ (4)، كما اعتبر الرسول صلى الله عليه وسلم قتل النفس من السبع الموبقات وهي الكبائر المهلكات في قوله: « اجتنبوا السبع الموبقات قيل يا رسول الله وما هن قال الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل مال اليتيم، وأكل الربا ، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات » (5).

أما حماية المال فقد جعلته الشريعة الإسلامية كأحد أسباب استقرار المجتمع وطمأنينته، المؤسس على حماية ممتلكات الفرد والمجتمع، وبالتالي رصدت العقوبة على انتهاك هذا المقصد بحد القطع، المقدر في الشرع والذي لا يقبل التعديل، والقائم على المساواة المطلقة بغض النظر على شخصية الجاني، وحسبه، ونسبه، في قوله تعالى: ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ (6)، وكذلك عملا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم عندما شفعت قريش في المرأة المخزومية حين قال « إنما هلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، وإنني والذي نفسي بيده لو أن

(1) انظر: الجزيري (عبد الرحمان)، الفقه على المذاهب الأربعة، ج05، دار الفجر للتراث، القاهرة، 2004، ص 396.

(2) انظر: عودة (عبد القادر)، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج2، مرجع سابق، ص 553 وما بعدها.

(3) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب استتابة المرتدين والمعاندين وقتالهم، باب حكم المرتد والمردة واستتابتهم، رقم الحديث 6922، مرجع سابق، ص 845.

(4) انظر: سورة المائدة الآية 45.

(5) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما، رقم الحديث 2766، المرجع السابق، ص 350 وانظر كذلك: مسلم، صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب الكبائر وأكبرها، رقم الحديث 262، مرجع سابق، ص 54 ، والنسائي، سنن النسائي، كتاب الوصايا باب اجتناب أكل مال اليتيم، رقم الحديث 3701، مرجع سابق، ص 718.

(6) انظر: سورة المائدة الآية 45.

فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها»⁽¹⁾، وهذا دليل على أن الدعوى العمومية لا تقبل التنازل أو العفو، وتستمر حتى في حالة عفو الضحية كما في عقوبة القتل قصاصا التي يقبل فيها الحاكم الصلح، أو العفو عن أولياء الدم، فرغم أن المسألة فيها خلاف فقهي حول بقاء حق السلطان فيها بعد العفو، إلا أنها جاءت متفقة على وجوب تطبيق عقوبة أخرى ينفذها الحاكم حتى ولو تحقق الصلح والعفو، فالمالكية والحنفية يرون أن للحاكم حقا على القاتل إذا عفا أولياء الدم فله أن يجلد مائة جلدة، أو يحبس سنة كاملة، أما الشافعية والحنابلة فيشترطون لذلك أن يكون القاتل معروفا بالشر والأذى، فيجوز للإمام في هذه الحالة أن يحبس وأن يضربه⁽²⁾.

وحتى تكون حماية الممتلكات مضمونة ضمانا كاملا، فقد جرمت الشريعة الإسلامية أي نوع من أنواع الإخلال بأمن المجتمع مهما كان نوعه، وسببه، وهدفه تجريما مطلقا في قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾⁽³⁾، وأهم جريمة تهدد أمن المجتمع هي جريمة الحرابة، أو قطع الطريق، أو السرقة الكبرى، وهي خروج طائفة مسلحة في دار الإسلام، لإحداث الفوضى، وسفك الدماء، وسلب الأموال، وهتك الأعراس، وإهلاك الحرث والنسل، متحديا بذلك الدين والأخلاق، والنظام والقانون⁽⁴⁾.

ونظرا لقيمة أمن المجتمع، وأهميته في استمرار الحياة ورعاية مصالح أفراد الدولة الإسلامية، فقد جمعت هذه الآية بين حدود متنوعة مرصودة لجرائم الأخرى، فحد القتل مرصود لقتل النفس بغير حق، وحد قطع اليد مرصود للسارق دون شبهة، وحد النفي مرصود للزاني غير المحصن في قوله صلى الله عليه وسلم: « خذوا عني، قد جعل الله لهن سبيلا، الثيب بالثيب والبكر بالبكر، الثيب جلد مائة، ثم رجما بالحجارة، والبكر جلد مائة ثم نفي سنة »⁽⁵⁾، فقد قدر الله سبحانه وتعالى لمن يحارب الله ورسوله بالإضافة إلى الحدود المذكورة في الآية السابقة، عقوبة أخرى أشد وهي العذاب العظيم، فالإمام كما قال بعض العلماء مخير إن شاء قتل، وإن شاء صلب، وإن شاء قطع الأيدي والأرجل، وإنشاء نفي وصلب وهو مذهب مالك، وقال بن عباس لكل رتبة من الحرابة

(1) انظر: البخاري، كتاب الحدود، باب إقامة الحدود على الشريف والوضيع، نفس المرجع، ص 829.

(2) انظر: الجزيري (عبد الرحمان)، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 05، مرجع سابق، ص 247.

(3) انظر: سورة المائدة الآية 33.

(4) انظر: سابق (السيد) فقه السنة، ج 2، مرجع سابق، ص 464، عودة (عبد القادر)، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 02، مرجع سابق، ص 494.

(5) انظر: مسلم، صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب حد الزنا، رقم الحديث 4417، المرجع السابق، ص 749، وانظر كذلك: الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الحدود، باب ما جاء في الرجم على الثيب، رقم الحديث 1499، مرجع سابق، ص 627.

رتبة من العقاب، فمن قتل قتل، ومن قتل وأخذ المال قتل وصلب، ومن اقتصر على أخذ المال قطعت يده ورجله من خلاف، ومن أخذ فقط نفي من الأرض، وهذا قول الجمهور (1).

فإذا كانت الشريعة الإسلامية قد حفظت أمن المجتمع، ووجوده واستمراره عن طريق حفظ الدين، والنفس والمال، والأمن، فإن حفظ وجوده ذاته لا يتحقق إلا بحفظ النسل وطهارته، ضمانا لأن يقوم الإنسان وخصوصا المسلم منه بمهمة الخلافة على الأرض بكل أمانة مستندا على معرفته التامة لأصله، ومصدره مصداقا لقوله تعالى: ﴿ وَهُوَ الَّذِي جَعَلَكُمْ خَلَائِفَ الْأَرْضِ وَرَفَعَ بَعْضَكُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيُلْوَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ إِنَّ رَبَّكَ سَرِيعُ الْعِقَابِ وَإِنَّهُ لَغَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ (2)، هذه المهمة التي لا يمكن القيام بها إلا عن طريق درء المفساد التي تؤدي إلى اختلاط الأنساب وانتشار الفواحش، لذلك جرمت الشريعة الإسلامية العلاقة الجنسية غير الشرعية ورصدت لها حد الجلد في قوله تعالى: ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلِيَشْهَدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴾ (3).

فبالنظر إلى المقاصد الخمسة المحمية في الشريعة الإسلامية نجد أنها تنزع إلى أركان الإسلام الخمسة، فمن أقامها حق إقامتها لا يمكن أن يقع في الجرائم الماسة بهذه المقاصد مصداقا لقوله تعالى: ﴿ ائْتِ مَا أُوحِيَ إِلَيْكَ مِنَ الْكِتَابِ وَأَقِمِ الصَّلَاةَ إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَلَذِكْرُ اللَّهِ أَكْبَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَصْنَعُونَ ﴾ (4)، فمن خلال هذه الآية نجد أن النظام العام في الشريعة الإسلامية: يقوم على مجموعة من الضوابط هي: "عدم التعدي على حدود الله وحقوقه مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم « إن الحلال بين والحرام بين، وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمهن كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات فقد وقع في الحرام، كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يرتع فيه، ألا وإن لكل ملك حمى، ألا وإن حمى الله محارمه، إلا وإن في الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله، وإذا فسدت فسد الجسد كله، ألا وهي القلب » (5)، والسعي نحو مقاومة المنكر بشتى الوسائل المشروعة في قوله تعالى على لسان لقمان وهو يعظ ابنه: ﴿ يَا بُنَيَّ أَقِمِ الصَّلَاةَ وَأْمُرْ بِالْمَعْرُوفِ وَانْهَ عَنِ الْمُنْكَرِ

(1) انظر: الصابوني (محمد علي)، صفوة التفاسير، ج01، مرجع سابق، ص 314.

(2) انظر: سورة الأنعام الآية 165.

(3) انظر: سورة النور الآية 02.

(4) انظر: سورة العنكبوت الآية 45.

(5) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب فضل من استبرأ لدينه، رقم الحديث 52، مرجع سابق، ص 17، وانظر كذلك: مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقات، باب اخذ الحلال وترك الشبهات، رقم الحديث 4093، المرجع السابق، ص 698، والنسائي، سنن النسائي، كتاب البيوع، باب اجتناب الشبهات في الكسب، رقم الحديث 4457، مرجع سابق، ص 851، وأبو داود، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب اجتناب الشبهات، رقم الحديث 3329، مرجع سابق، ص 721.

وَاصْبِرْ عَلَىٰ مَا أَصَابَكَ إِنَّ ذَٰلِكَ مِنْ عَزْمِ الْأُمُورِ ﴿١﴾، ومحاربة الظلم والظالمين بالاقتصاص من الظالم، ونصرة المظلوم إحقاقاً للحق، وتحقيقاً للمساواة والعدل في قوله صلى الله عليه وسلم فيما يرويه عن ربه في الحديث القدسي أن الله عز وجل قال: « يا عبادي، أني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرماً، فلا تظالموا... » (٢).

ولتطبيق هذه الضوابط فقد سن الرسول صلى الله عليه وسلم مصلحة النيابة العامة، التي تتولى الاتهام والمتابعة في الجرائم التي تمس بحقوق الفرد والمجتمع عند كتابة " الصحيفة"، حيث حدد فيها معالم النظام العام الواجب المحافظة عليه من طرف الأنصار، والمهاجرين، واليهود، واعتبرها مهمة عامة يقوم بها كل شخص يعيش في المدينة، ضماناً لاستقرار الدولة وتحقيق الأمن بين جميع المقيمين فيها، وقد كان للصحيفة هدفان رئيسيان هما: " تثبيت قواعد وأسس الدولة الجديدة في المدينة، وتحديد النظام العام في آخر بنود الصحيفة وأنه: « لا يحول هذا الكتاب دون ظالم أو آثم، وأنه من خرج آمن ومن قعد آمن بالمدينة، إلا من ظلم وأثم، وإن الله جار لمن بر وأتقى، ومحمد رسول الله صلى الله عليه وسلم » (٣) ، فبعدما كان الاتهام الفردي، والقصاص في البدايات الأولى للدولة الإسلامية يقوم به المجني عليه أو أهله بحسب الأصل، والذي يكون محددًا بحددين اثنين هما " عدم الإسراف في القتل مصداقاً قوله تعالى: «... وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا » (٤)، وتخصيص العقوبة بالجاني دون غيره في قوله تعالى: ﴿... وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى... ﴾ (٥)، ظهر الاتهام العام، أو الدعوى العمومية دفاعاً عن مقاصد الشريعة الإسلامية.

أدرك المسلمون بعدها الأثر المتراكم للجريمة إذا وقعت، على أنها لا تمس المجني عليه فقط، وإنما تهدد المجتمع في كيانه وبنائه، لذلك جاءت الآيات القرآنية التي تأمر بحماية مقاصد الشريعة الإسلامية، مبينة لضرورة وجود مصلحة النيابة العامة، ففي الآية التي تحرم القتل تدل على أن الجاني الذي يرتكب جريمة القتل، بعد أن تثبت في حقه لابد وأن يتعرض للقصاص وفقاً لما جاء في الكتاب والسنة، ولكن لا يمكن أن نتصور أن جميع الناس ملزمون بمتابعته أو القصاص منه لفعلة، وذلك لعدم قدرتهم جميعاً على القيام بذلك في آن واحد، ومن ثم لابد من تكليف هيئة خاصة تتولى الاتهام والمتابعة نيابة عنهم، وتقدم المتهم للمحاكمة، ونفس الشيء يصدق على السارق، فلو

(١) انظر: سورة لقمان الآية 17.

(٢) انظر: مسلم، كتاب البر والصلة والأدب، باب تحريم الظلم، رقم الحديث 6572، نفس المرجع، ص 1128.

(٣) انظر: ابن هشام (عبد الملك)، السيرة النبوية، مرجع سابق، ص 242.

(٤) انظر: سورة الإسراء الآية 33.

(٥) انظر: سورة الإسراء الآية 14.

يترك الأمر في المتابعة والعقاب للمسروق، وأهله لحدثت الفوضى في المتابعة، واعتدي على حقوق الناس، ولا تجاوزت العقوبة الحد المقدر لها شرعا، لذلك يكلف نائب عن صاحب المال المسروق للقيام بهذه المهمة حفاظا على استقرار المجتمع، وحفاظا على مصالح الناس واستمرارها.

ومن باب أولى تظهر الضرورة القصوى للنيابة العامة في مواجهة محترفي الحراية، الأمر الذي لجأ إليه ولاة الأمور مع توسع رقعة الدولة الإسلامية، وكثرة مهامها ابتداءً من عصر الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم، فقد قاموا بإستحداث المصالح الخاصة برعاية شؤون المسلمين من جهة، والمحافظة على مقاصد الشريعة الإسلامية من جهة ثانية، وأهم هذه المصالح هي " الشرطة، والحسبة، وولاية المظالم"، إلا أن المصلحة التي تقوم بوظيفة الإدعاء العام هي " الحسبة"، وما يدخل في ولاية المحتسب القضائية تأسيسا على مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، أو ما يقابل النيابة العامة في الوقت الحالي، فكلتا السلطتين تقوم بمتابعة الجريمة منذ وقوعها إلى غاية تنفيذ العقوبة على مقترفها، على أساس أنه الهدف المنشود لهذه المتابعة، هو إقتضاء حق الدولة في توقيع العقاب على الجناة وهي كما يلي:

الفقرة الثالثة

أسس تنفيذ حق الدولة في توقيع العقاب.

بالنظر إلى دور النيابة العامة في الدعوى الجزائية، منذ تحريكها إلى غاية تنفيذ العقوبة المحكوم بها، وبالنظر إلى إشراف المحتسب على توقيع العقوبة في مجال اختصاصه وهي المنكرات الظاهرة، فإن النيابة العامة والمحتسب يعتمدان على أسس موضوعية ناتجة عن تغير مفهوم العقوبة من الإيلاء والتكفير، إلى الإصلاح والتهديب، وفي هذا حماية للمتهم وتمكنه من الدفاع عن نفسه، فالنيابة العامة في القانون الوضعي تعتمد على فكرة التفريد العقابي الذي جاءت به المدرسة التقليدية الجديدة، والتي دعت إلى المساواة الحقيقية المبنية على أثر العقاب على الجاني، المرتبط أساسا بالبواعث والظروف الشخصية لكل مجرم مما يحقق العدالة في العقاب، والتي كان يعبر عنها بالعبارة التالية: " لا عقوبة إذا لم تكن عادلة ومفيدة" (1).

وتحقيقا للعدالة السلمية يلجأ المشرع إلى القاضي فيعهد إليه بتحديد العقاب المستند إلى المبادئ العامة، وضمن الحدود التي رسمها القانون، وهو ما يسمى بالسلطة التقديرية للقاضي في

(1) « pas plus qu'il n'est juste, pas plus qu'il n'est utile ». LARGUIER(J) - CONTE(PH) - CHAMBON (P-M): Droit pénal général, Paris, 21^{ème} Edition, Dalloz, 2008, P04.

تحديد العقوبة الملائمة للجريمة، وفق الخصوصية الشخصية لكل مجرم تحقيقا للعدالة⁽¹⁾، والتي تظهر فعاليتها أثناء تنفيذها وفق ما جاءت به أبحاث علم الإجرام، من حيث اتباع أسلوب معين في تنفيذ العقوبة على كل مجرم تبعا لحالته الخاصة ووجه الضعف في تكوينه، سواء أكان هذا الأسلوب يتعلق بعلاج المجرم طبيا ونفسيا، أو بتوجهه إلى الحرفة التي تؤهله إلى ميله الطبيعي، والذي يحقق أهداف الدفاع الاجتماعي الجديد القائمة على الموازنة بين حقوق المجتمع في الحد من الجريمة من جهة، وحماية الحقوق الفردية من جهة ثانية، التي عبر عنها " مارك أنسل" « prévention et réinsertion⁽²⁾»، كما أن تفريد معاملة الصغير المجرم (الحدث) سواء تشريعا، أو قضائيا، أو تنفيذيا، تعد من أدق المهمات، لأن تشخيص سبب الجريمة في الصغير، وعلاجه أخطر شأنًا بالنسبة للمجتمع، لأن الهدف منه القضاء على مصدر الجريمة في الشخص مبكرا⁽³⁾.

وفي الشريعة الإسلامية نجد ما يدل على اعتماد مبدأ ملاءمة العقوبة لشخص المجرم، مما يعني التفريد العقابي، هو عقوبة التعزير التي « لا تختص بالسوط، واليد، والحبس، وإنما ذلك موكول إلى اجتهاد الحاكم⁽⁴⁾»، وقد أسست الشريعة الإسلامية لنظام عقابي متوازن يقوم على المحافظة على كيان الفرد، والمجتمع عن طريق الحدود والقصاص، وأعطت الفرصة لإعمال مبادئها بما يتفق وظروف كل مجتمع، وكل جاني عن طريق التعازير، وأحسن مثال على ذلك عقوبة التجريس (التشهير) التي قد يلجأ إليها القاضي لعقاب التاجر الذي يغش في البضائع، بأن ينادي في الأسواق والأماكن المعروف فيها أن التاجر الجاني يغش في البضائع، ويلاحظ أن هذه العقوبة هي الأكثر فعالية في ردع التاجر لأنها تضر بتجارته⁽⁵⁾.

غير أن دراسة شخصية الجاني في فلسفة العقاب الجديدة، تمثل الصورة التطبيقية للتفريد العقابي، بحيث لا يمكن تحقيق ذلك دون دراسة علمية للأسباب والدوافع التي دفعت بالجاني إلى ارتكاب الجريمة، التي تشتمل على الدوافع النفسية والاجتماعية المحيطة به، وهذا ما توصلت إليه المدرسة الوضعية التي دعت إلى نوعين من التدابير: « تدابير وقائية سابقة لارتكاب الجريمة، والخاصة بدراسة الخطورة الإجرامية وتدابير أمن، وهي كثيرة مرتبطة بدراسة شخصية المجرم، والتي

(1) انظر: سليمان (عبد الله)، شرح قانون العقوبات الجزائري، ج 2 " الجزء الجنائي"، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2002، ص 491.

(2) LARGUIER (J) – CONTE (PH) - CHAMBON (P-M): Op, cit, P 05.

(3) انظر: بهنام (رمسيس)، المجرم تكوينا وتقويما، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1983، ص ص 69، 70.

(4) انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج2، مرجع سابق، ص 201.

(5) انظر: عودة (عبد القادر)، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، مرجع سابق، ص 704.

يجب أن تكون متوافقة معها، فهي تختلف عن العقوبة في بنائها القانوني من حيث أنها تنظر إلى المستقبل بعلاج وإصلاح المجرم، وليس لماضيه لمحاسبته «⁽¹⁾.

فقد أقرت هذا التوجه العديد من المؤتمرات الدولية كالمؤتمر الدولي الثاني للدفاع الاجتماعي المنعقد في "ليبج" سنة 1949، والمؤتمر الدولي الثاني عشر في للدفاع الاجتماعي المنعقد في "لاهاي" سنة 1950، والمؤتمر الدولي الثاني لعلم الإجرام في "باريس" سنة 1950، وفي الحلقة الدراسية للأمم المتحدة "بروكسيل" سنة 1951، وغيرها من المؤتمرات الدولية التي نصت على وضع تقارير سابقة عند النطق بالعقوبة بحيث تتعلق بصفة خاصة بالعوامل الخاصة بتكوين المجرم، وشخصيته، وتاريخه الاجتماعي، والبيئي لكي يكون أساسا للحكم بالعقوبة، وإجراءات المعاملة العقابية، والإفراج عن المجرم، وقد أكدت نتائج هذه المؤتمرات على أهمية الفحص العلمي لشخصية المجرم، أن تبدأ المتابعة والدراسة لشخصية المجرم من مرحلة الاتهام والتحقيق لتساعد على إصدار الحكم الملائم، الذي يكون أساس التنفيذ العقابي، والمعالجة في السجن⁽²⁾.

ولعل هذا ماقصده المشرع الجزائري من تعديل قانون الإجراءات الجزائية عندما أضاف اختصاصا آخر للنيابة العامة بموجب المادة 35 مكرر⁽³⁾، الذي يخول لها تعيين "مساعدين متخصصين" يمارسون مهامهم تحت مسؤوليتها في المسائل الفنية، والتي من ضمنها وأهمها دراسة شخصية المجرم، لأن مصطلح المساعدين المتخصصين ورد عاما، وبالتالي يشمل كل من له مواصفات الخبير في ميدانه، ومنهم الأطباء النفسانيين، والعقليين، والمساعدين الاجتماعيين، المعنيين أكثر بشخصية المتهم.

أما في الشريعة الإسلامية فمن العقوبات التي تعتمد أساسا على دراسة شخصية المجرم عقوبة الحبس التي تعتبر من العقوبات التعزيرية الأشد: «أن السجن من العقوبات البليغة لأنه سبحانه وتعالى قرنه بالعذاب الأليم، وقد عد يوسف عليه السلام الخروج من السجن إحسانا إليه، في قوله تعالى: «وَقَدْ أَحْسَنَ بِي إِذْ أَخْرَجَنِي مِنَ السِّجْنِ»⁽⁴⁾، ولاشك أن السجن الطويل عذاب⁽⁵⁾، فالقاضي عند اختياره لعقوبة التعزير، يعتمد على مدى ملاءمة العقوبة لشخص الجاني بالإضافة إلى

(1) انظر: حسني (محمود نجيب)، علم العقاب، مرجع سابق، ص78.

(2) انظر: سرور (أحمد فتحي)، أصول السياسة الجنائية، مرجع سابق، ص216 وما بعدها.

(3) انظر: المادة 35 مكرمن الأمر 02/15 المؤرخ في 2015/06/23، والمتضمن تعديل الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 1966/06/8، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر، ع40.

(4) انظر: سورة يوسف الآية 100.

(5) انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج2، المرجع السابق، ص201.

تحقيق التناسب بين العقوبة، والجريمة في نوعها، ومقدار خطورتها، فعقاب شاهد الزور مثلا لا تكفي عقوبة ضربه فقط، بل لابد من أن يشهر به على الملأ لخطورة جريمته في تعديها على حقوق الآخرين، كما أنه لا تقبل شهادته بعد ذلك عقابا له (1)، ومن ثم فإن التعزير يكون على قدر الجاني والجنائية.

الفرع الثاني

حق المتهم في الدفاع بين ولاية الحسبة وسلطات النيابة العامة.

إن الهدف من الوقوف على خصائص ومميزات كل من الحسبة والنيابة العامة، هو لمعرفة الحماية الحقيقية والشاملة لحقوق الدفاع في الدعوى الجزائية، على أساس أن كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي يتفقان في التحريك التلقائي للدعوى العمومية، من قبل هاتين الهيئتين إذا ما تعلق الأمر بجريمة تمس مباشرة بمصالح المجتمع، والتي حددتها الشريعة الإسلامية في المقاصد الخمسة، أو تلك التي عبر عنها القانون الوضعي بالنظام العام والآداب العامة، ومن ثم فإن هذا الاتفاق يفرز لا محالة نقاط تلاقي ونقاط اختلاف ترجح الوضع الغالب والمفيد، لحق المتهم في الدفاع، التي سنتعرض لها فيما يلي:

الفقرة الأولى

الاختصاصات المشتركة من حيث مباشرة الدعوى العمومية

يتحدد اختصاص كل من النيابة العامة وولاية الحسبة على أساس أن كل منهما يقوم بالدفاع عن المصلحة العامة، وإن اختلف المصطلح بين الهيئتين، فيسمى في القانون الوضعي بالنظام العام والآداب العامة، الذي تحرس على حمايته النيابة العامة، عن طريق توجيه الاتهام لكل شخص يهدد توازن هذا النظام بإحداث الاختلال فيه عن طريق ارتكاب الجريمة، والذي يولد وضعا يستوجب معه تحريك الدعوى العمومية التي تكون النتيجة الحتمية لتلك لجريمة، بمعنى أن كل شخص يرتكب جريمة تجب محاكمته وعقابه، « وهي لا تتوقف على الصفة الضارة للفعل، ولا على الدعوى المدنية المترتبة على هذه الصفة، بل هي دعوى عامة تقام باسم الهيئة الاجتماعية ولمصلحتها» (2). وهو نفس الشيء الذي تسعى إليه ولاية الحسبة عن طريق الدفاع عن حقوق الله، المتمثلة في المقاصد الخمسة للشريعة الإسلامية المنبثقة عن الولاية العامة مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ

(1) انظر: ابن فرحون(برهان الدين)، ج2، نفس المرجع، ص213.

(2) انظر: جندي (عبد الملك)، الموسوعة الجنائية، ج3، بيروت، دار العلم للجميع، (د.ت)، ص 430.

بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ
وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿١﴾، أو مايسمى في الفقه المصالح المعتمدة شرعا
وهي: « المصالح المجتلبة شرعا والمفاسد المستدفة، إنما تعتبر من حيث تقام الحياة الدنيا للحياة
الآخرة، لا من حيث أهواء النفوس في جلب مصالحها العادية، أو درء مفسدها العادية » (٢).

فرغم تطلع كل من النيابة العامة وولاية الحسبة بمهمة الدفاع عن المصلحة العامة إلا
أنهما لا يتخذان صفة الخصم الأصيل في الدعوى، لأنهما يقومان بإحالة المتهم على المحكمة بعد
اكتمال عناصر الاتهام، ورجحان فرضية محاكمته، فالنيابة العامة إذا كانت تجمع بين التحقيق
والاتهام، فإن هدفها يتحدد بإدانة المجرم دون أن يعنيتها من يكون، بعد التثبت بأنه المتهم بارتكاب
الجريمة، أما قبل هذا فتقوم بفحص الأدلة التي يجمعها مأمور الضبط القضائي، وتستعرضها،
وتنفدها، وتستجوب المتهم، وتفسح صدرها لسماع الشهود، واتخاذ باقي إجراءات التحقيق، وبعد
الانتهاء من ذلك فإنها إما أن تقدمه للمحاكمة، أو تصدر أمر بأن لا وجه للمتابعة (٣)، أما إذا كانت
وظيفتها مفصولة عن التحقيق، فأنها تقوم بتوجيه الاتهام، ثم تحيل الملف إلى جهة التحقيق من أجل
التحقيق، وفي هذا ضمانة لحق المتهم في الدفاع، وكفالة حريته الشخصية، على أساس أن الفصل
بين سلطتي الاتهام والتحقيق لا يتعارض مع تبسيط الإجراءات، ولا يؤدي إلى تشتيت الدليل، بل على
العكس من ذلك يؤدي إلى بلورة الأدلة وتوثيقها، وإلى حسن سير العدالة بالتزام كل سلطة منها بإتقان
عملها بدقة متناهية (٤)، وعلى هذا الأساس نجد أن النيابة العامة، وعند حلولها محل الأفراد في توجيه
الاتهام، تتخذ صفة المدافع عن مصالحهم في الدعوى الجزائية، هذه الأخيرة تصبح عبارة عن نشاط
إجرائي يمر عبر مراحل ثلاثة، وهي: " مرحلة التحريك، ومرحلة الرفع، ومرحلة المباشرة " (٥).

أما ولاية الحسبة، وبما أنها سلطة متوسطة مابين سلطة القضاء وسلطة المظالم (٦)، فإن
وظيفتها تكون في حالة وقوع اعتداء على مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية، باتخاذ المحتسب

(١) انظر: سورة التوبة الآية 71.

(٢) انظر: الشاطبي (أبو إسحاق إبراهيم بن موسى)، الموافقات في أصول الشريعة، ج 02، مرجع سابق، ص 393.

(٣) انظر: المرصفاوي (حسن صادق)، المرصفاوي في المحقق الجنائي، مرجع سابق، ص 396.

(٤) انظر: الحبلي (محمد علي سالم عياد)، الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ج 02، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع،

1996 ، ص 20.

(٥) انظر: سلامة (مأمون محمد)، قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض طبقا لأحدث التعديلات والأحكام، ج 01،

القااهرة، دار سلامة للنشر والتوزيع، ط 04، 2015، ص 49.

(٦) انظر: الماوردى (أبو الحسن علي بن محمد)، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، مرجع سابق، ص 352، الزحيلي (وهبة)، الفقه

الإسلامي وأدلته، ج 06، مرجع سابق، ص 765.

للإجراءات اللازمة من أجل التثبت من ارتكاب الفاعل للجريمة، ومن ثم معاقبته مراعيًا في ذلك قيمة الحق المعتدى عليه تبعًا لما جاء في القرآن الكريم والسنة المطهرة، على أساس أن هذه الولاية مرتبطة بالوظيفة الأساسية لكل مسلم في المحافظة على قيم المجتمع الإسلامي، بغض النظر عن كونه يمارس مهنة المحتسب أم لا (1)، ومن ثم فكل من يرتكب منكراً، أو يسعى نحو تهديم معروف يقابل بمقاومة شديدة من طرف جميع المسلمين مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾ (2)، فمن خلال هذه الآية نجد أن الاحتساب نوعان، احتساب إرادي فردي يختص به جميع المسلمين مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم: «مثل القائم على حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا على سفينة، فأصاب بعضهم أعلاها وأصاب بعضهم أسفلها، فكان الذين في أسفلها إذا سقوا من الماء مروا على من فوقهم، فقالوا: لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقاً ولا نؤذ من فوقنا، فإن تركوهم وما أرادوا هلكوا جميعاً، وإن أخذوا على أيديهم نجوا جميعاً» (3)، كما أنها وظيفة من وظائف الدولة يعين القائم على أمور المسلمين من يقوم بها، ويكون أهلاً لذلك وهو ما يمكن تسميته بالاحتساب العام، فقد كانت حتى سنة 300 هـ لها موظفاً معيناً يختار من بين القضاة (4)، فهو يستعين فيما يعجز عنه بوالي الحرب والقاضي (5)، ومن ثم فإن من خاصم شرع الله بالاعتداء على مقاصده وجد المحتسب له بالمرصاد، يطبق عليه العقوبة دون هوادة فإن عجز عن ذلك أحال الأمر إلى القاضي.

إن النيابة العامة وولاية الحسبة، وحتى يتمكنان من القيام بمهامهما في الدفاع عن المصلحة العامة فإنهما يقومان بتحريك الدعوى العمومية تلقائياً، أو ما يسمى بالاتهام الرسمي، بمعنى أن الدعوى العمومية تقوم بها هيئة خاصة منبثقة عن الدولة، وتتمتع بضمانات قضائية هامة في أداء عملها، وبسلطة رفع الدعوى الجنائية، وتمثيل المجتمع في المطالبة بحقه في العقاب. هذه الهيئة هي النيابة العامة، التي تحنكر حق تحريك دعاوى الجنائية، وهي التي تملك توجيه الاتهام بإسم الجماعة، وكل شخص آخر يمنحه القانون هذا الحق فإنما يتقرر له على سبيل الاستثناء، فمباشرة الاتهام يخضع لسُلطان النيابة العامة دون أن يتوقف على أية إرادة أخرى، وهو ما يعرف بحرية النيابة العامة في رفع الدعوى العمومية (6)، وهو نفس الشيء الذي تلتقي فيه الحسبة مع النيابة العامة، ولتأكيد كل

(1) انظر: الصيفي (عبد الفتاح مصطفى)، الحسبة في الإسلام " نظاماً وفقها وتطبيقاً"، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2010، ص 65

(2) انظر: سورة آل عمران الآية 104.

(3) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشركة، باب هل يقرع في القسمة والاستهتام فيه؟، رقم الحديث 2493، مرجع سابق، ص 309.

(4) انظر: محددة (محمد)، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج 03، مرجع سابق، ص 78.

(5) انظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص 202.

(6) انظر: ثروت (جلال)، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص ص 84، 85.

ذلك هو تحريك الرسول صلى الله عليه وسلم للدعوى العمومية تلقائياً، كما حدث في حادثة كومة الطعام المشهورة التي رواها أبي هريرة رضي الله عنه عندما أدخل صلى الله عليه وسلم يده الشريفة فيها فأصابه بلل منها فقال: « ما هذا يا صاحب الطعام؟ قال: أصابته السماء يارسول الله ! قال: فلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس؟ من غش فليس مني»⁽¹⁾، بل إن الرسول صلى الله عليه وسلم قد أزال المنكر بيده الشريفة، عندما: « مر وهو يطوف بالكعبة أن رجلاً ربط يده برجل بسير، أو بخيط، أو بشيء غير ذلك، فقطع النبي صلى الله عليه وسلم الخيط بيده ثم قال: قد به بيده »⁽²⁾.

فهذا التحريك التلقائي للدعوى الجزائية الذي جاءت به الشريعة الإسلامية، جعلت له ضابط عدم التنازل عنها إذا وصلت إلى المحتسب، فتنحول من شأن شخصي ذاتي، إلى مصلحة عامة تستوجب الحماية والرعاية عن طريق معاقبة المنتهك لها، كما حدث في قصة صفوان بن أمية عندما أراد أن يعفو عن سارق رداءه، بعدما قدمه إلى الرسول صلى الله عليه وسلم أين اعترف السارق بذلك، فأمر الرسول صلى الله عليه وسلم بقطع يده، فقال له صفوان بن أمية: لم أرد ذلك يا رسول الله وهو عليه صدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « فهلا قبل أن تأتيني به »⁽³⁾.

الفقرة الثانية

الاختصاصات المشتركة من حيث الفصل الاستثنائي في بعض القضايا

إن لكل من النيابة العامة وولاية الحسبة سلطة الفصل في بعض القضايا، ويتجلى ذلك بالنسبة النيابة العامة عند إصدارها للأمر الجنائي، في الجرائم البسيطة التي لا يؤدي فيها عدم إعمال مبادئ الخصومة الجزائية المتمثلة في الشفعية والمرافعة إلى الإخلال بحق المتهم في الدفاع، على أن يكون ذلك في حدود معينة، ومن ثم تقرير العقوبة دون أن تسبقها مرافعة شفعية أمام المحكمة، من أجل سرعة الفصل في بعض القضايا قليلة الأهمية⁴، واختصار الإجراءات الشكلية غير المؤثرة في

(1) انظر: مسلم، صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم من غشنا فليس منا، رقم الحديث 283، مرجع سابق، ص 58.

(2) انظر: البخاري، صحيح البخاري كتاب الحج، باب إذا رأى سيرا أو شينا يكره في الطواف قطعه، رقم الحديث 66، المرجع السابق، ص 203 .

(3) انظر: مالك (أبو عبد الله بن أنس)، الموطأ، كتاب الحدود، باب ترك الشفاعة للسارق إذا بلغ السلطان، مرجع سابق، ص 357.

(4) انظر: المواد من 380 مكرر إلى 380 مكرر 07 المبينة لكيفية اتخاذ الأمر الجنائي، وإجراءاته وموضوعه وآثاره، والمضافة لقانون الإجراءات الجزائية بموجب الأمر 02/15 المؤرخ في 2015/06/23 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، ج.ر، ع

تلك الجرائم، وتخفيف العبء على المحاكم، وتوفير الوقت والجهد، والمحافظة في نفس الوقت على الصفة الرادعة للعقوبة، ومن هذه القضايا الجرائم الاقتصادية " كالمخالفات الجمركية (1)، والضريبية (2)، وجرائم الصرف وحركة رؤوس الأموال (3)، التي نص المشرع الجزائري فيها على الصلح بموجب المواد 381 من إلى 389 من ق.إ.ج.ج، بحيث يقوم عضو النيابة العامة بإخطار المخالف بأن الدعوى العمومية من الممكن أن تنقضي في حقه إذا دفع غرامة صلح مساوية للحد الأدنى من العقوبة المخالفة المرتكبة على أن يكون الدفع دفعة واحدة (4).

هذه الآلية التي تقوم النيابة العامة بإعمالها في هذا النوع من الجرائم، تحمل في طياتها تكريس الاتجاه نحو تفعيل عقوبة الغرامة، كتوجه جديد لمفهوم العقوبة المعاصر المبني على الردع والتنوع، بأن توقف تحريك الدعوى العمومية مقابل أن يدفع المتهم مبلغ المقدر للحكم بالصلح.

أما المحتسب فيإمكانه أن يخرج عن القاعدة العامة:» في الثاني في البحث عن الأدلة، والتحقيق، والوقوف حتى رفع الدعوى، هي بساطة الأفعال المرتكبة مع ضآلة العقوبة عليها، حيث مما كان يعاقب عليه المحتسبون إتلاف البضائع الفاسدة، أو إراقة الخمر عند الحصول عليها، أو إعلان اسم التاجر الغشاش قصد تجنبه، أو التشهير ببعض الصناع الذين يسيئون الائتمان، أو يغشون الصناعة، وغير ذلك من العقوبات، كما أن مما دعى إلى ذلك الخروج عن القواعد العامة هو ما تطلبه الحسبة من سرعة في الحكم، حتى لا تضيع الفائدة من ورائها» (5)، فقد حدد بن خلدون إختصاصات المحتسب بدقة حين صرح:» فللمحتسب النظر والحكم فيما يصل إلى علمه من ذلك، ويرفع إليه، وليس له إمضاء الحكم في الدعاوى مطلقا، بل فيما يتعلق بالغش، والتدليس في المعاش وغيرها، وفي المكابيل، والموازن، وله أيضا حمل المماطلين على الأنصاف، وأمثال ذلك ما ليس فيه سماع بينة، ولا إنفاذ حكم، وكأنها أحكام ينزه عنها القاضي لعمومها، وسهولة أغراضها، فتدفع إلى صاحب هذه

(1) انظر: المادة 265 القانون رقم 25/91 المؤرخ في 18/12/1991 المتضمن قانون المالية لسنة 1992 والمعدل والمتمم الأمر 07/79 المؤرخ في 21/07/1979 والمتضمن قانون الجمارك، ج.ر، ع 65.

(2) انظر: المادة 305 من الأمر رقم 101/76 المؤرخ في 09/12/1976، المتضمن قانون الضرائب المباشرة والرسوم الممثلة، ج.ر، ع 102.

(3) انظر: المادة، 09 الأمر رقم 22/96 المؤرخ في 09/07/1996، يتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج المعدل والمتمم، ج.ر، ع 43.

(4) انظر: قرار الغرفة الجزائية الصادر بتاريخ 21/11/1982، بغادي (جيلا لي)، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، ج02، مرجع سابق، ص 29.

(5) انظر: محدة (محمد)، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج03، مرجع سابق، ص 80

الوظيفة ليقوم بها، فوضعها على ذلك أن تكون خادمة لمنصب القضاء «⁽¹⁾، بمعنى أن عمل المحتسب يختص بالحالات الاستعجالية التي لا تحتمل التأخير والمنكرات الظاهرة أو هو ما يشبه قضاء المخالفات في الوقت الحاضر.

لذلك فإن كل من النيابة العامة وولاية الحسبة يتخذان أعوانا من أجل تنفيذ أعمالهم، فالنيابة العامة تتخذ الضبطية القضائية للقيام بالبحث والتحري عن الجرائم، وهو نفس الشيء بالنسبة للمحتسب فله أن يتخذ أعوانا على إنكاره، على أساس أنها من الولايات الدينية - كما سبق وأن تقدم- فإذا كان القاضي لا بد له من أعوان في مجلس القضاء، فأولى أن يكون ذلك للمحتسب الذي يمارس مهمته على أرض الواقع عند الوقوف على المنكرات الظاهرة، وهم مجموعة من أهل الاختصاص والخبرة، يمارسون عملهم وفقا لاختصاصهم في الأمور التي تتصل بالدعاوى القضائية عموما، والجزائية خصوصا، وذلك لمساعدة المحتسب على القيام بمهامه، ومساندته لتحقيق الرهبة والصرامة اللازمتين لعمله، المرتكز أساسا على محاربة الفساد الظاهر⁽²⁾، وقد وضح الماوردي الصفة التي يكون عليها المحتسب عندما فرق بينه وبين القاضي، في أن: « المحتسب يجب أن تكون له سلطة السلطة، وقوة الصرامة، لأن وظيفته وضعت أساسا لبعث الرهبة، فلا يكون خروج المحتسب إليها بالسلطة والغلظة تجوزا فيها ولا خرقا، والقضاء موضوع للمناصفة، فهو بالأناة والوقار أحق «⁽³⁾، ولتحقيق ذلك لا بد له من أعوان يساعده على ذلك، ومن أجل إشاعة الطمأنينة والمحافظة على المجتمع الإسلامي آمنا ونقيا.

الفقرة الثالثة

المميزات الخاصة بكل من النيابة العامة و ولاية الحسبة

اختلف الفقة في تحديد الطبيعة القانونية للنيابة العامة، فمنهم من اعتبرها شعبة من شعب السلطة التنفيذية على أساس أن دورها يقتصر على توجيه التهمة طالبة إدانة المتهم، لأن الحكم عليه عمل قضائي من اختصاص القضاء، الذي يختلف عن اختصاص النيابة العامة، وبذلك فهي شعبة من شعب السلطة التنفيذية لأنها تمثل مصلحة الدولة في مواجهة المتهم، ولا تقوم بأي عمل قضائي⁽⁴⁾. في حين هناك فريق آخر قد أعطى للنيابة العامة الصفة القضائية، لأنها تقيم الدعوى العمومية

⁽¹⁾ انظر: ابن خلدون، (عبد الرحمن أبو زيد ولي الدين)، ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكثر، المعروف ب " مقدمة بن خلدون "، مرجع سابق، ص 234، الغزالي (أبو حامد محمد بن محمد)، إحياء علوم الدين، ج09، مرجع سابق، ص 801.

⁽²⁾ انظر: الصيفي (عبد الفتاح مصطفى)، الحسبة في الإسلام " نظاما وفقها وتطبيقا " مرجع سابق، ص 234.

⁽³⁾ انظر: الماوردي(أبو الحسن علي بن محمد)، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، مرجع سابق، ص 353.

⁽⁴⁾ انظر: بارش (سليمان)، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، باتنة، دار الشهاب للطباعة والنشر، 1986، ص 70.

باسم المجتمع، ولصالحه بواسطة ممثليه وهم في الأصل قضاة، فهي تهدف إلى إنزال العقاب بالجاني، واتخاذ تدابير الأمن إذا توفرت الشروط، كما أنهم يخضعون لنفس القانون الخاص بالتنظيم القضائي، سواء من حيث التعيين، أو الترقية، أو الضمانات (1).

والواقع أن النيابة العامة في القوانين الوضعية (2) كما في التشريع الجزائري تجمع ما بين الصفتين معا، ومن هذه القوانين ق.إ.ج. الفرنسي في المادة 28 من قانون 1958/12/22 بحيث نجد أن أعضاء النيابة العامة يعينون بمرسوم رئاسي بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للقضاء (3)، كما أنه وبالنظر إلى المواد 01/30 (4)، و01/35 (5)، و01/39 (6)، و01/40 (7) من ق.إ.ج. الفرنسي الحالي (7)، فهي سلطة تنفيذية لأنها تكون تحت إدارة ومراقبة رؤسائها السلميين، وتكون في ق.إ.ج. تحت سلطة وزير العدل حامل الأختام بموجب المادة 06 من القانون الأساسي للقضاة، كما تتلقى التعليمات من وزير العدل الذي يعتبر ممثلا للسلطة التنفيذية وفقا لنص المادة 30 من ق.إ.ج.ج، التي تنص على أنه: « يسوغ لوزير العدل أن يخطر النائب العام بالجرائم المتعلقة بقانون العقوبات، كما يسوغ له فضلا عن ذلك أن يكلفه كتابة بأن يباشر، أو بعد مباشرة متابعات أن يخطر الجهة القضائية المختصة بما يراه ملائما من طلبات كتابية »، كما خولت المادة 84 من القانون الأساسي للقضاة لوزير العدل أن يمارس المتابعة التأديبية ضد القضاة أمام المجلس الأعلى للقضاء المنعقد كمجلس تأديبي، وأن يوجه لعضو النيابة العامة إنذارا وفقا للمادة 01/71 من نفس القانون التي تنص على أنه: « يمكن لوزير العدل أن يوجه إنذارا للقاضي دون أن يمارس دعوى تأديبية ضده ».

كما أعتبرها هيئة قضائية في المادة 02/02 من القانون الأساسي للقضاة بأن: « قضاة الحكم، والنيابة العامة للمحكمة العليا، والمجالس القضائية، والمحاكم التابعة للنظام القضائي العادي»،

(1) انظر: جندي (عبد الملك)، الموسوعة الجنائية، ج 03، مرجع سابق، ص 430.

(2) انظر: المادة: 01 و02 ق.إ.ج. المصري، المادة: 11 و12 و13 و14 من ق.أص. مح.ج. الأردني، والمادة: 03 ق. مسط. المغربية، والفصل 20: و21 من مج. إ. ج. التونسية.

(4) L'art 30, al. 1^{er} «Le ministre de la justice conduit la politique pénale déterminée par le Gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République. »

(5) L'art 35, al. 1^{er} «Le procureur général veille à l'application de la loi pénale dans toute l'étendue du ressort de la cour d'appel et au bon fonctionnement des parquets de son ressort.. »

(6) L'art 39, al. 1^{er} «Dans le cadre de ses attributions en matière d'alternative aux poursuites, de mise en mouvement et d'exercice de l'action publique, de direction de la police judiciaire, de contrôle d'identité et d'exécution des peines, le procureur de la République veille à la prévention des infractions à la loi pénale. »

(7) L'art 40, al. 1^{er} «Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément. »

ومما يؤكد الصفة القضائية التي أعطاها المشرع الجزائري للنيابة العامة، أنها الهيئة الأساسية المختصة بتحريك ومباشرة الدعوى العمومية، وذلك بموجب المادة 36 من ق.إ.ج.ج، بحيث نجد المشرع قد حدد لها اختصاصات دقيقة ترتبط أساسا بتطبيق حقها في الدفاع عن المجتمع ضد الجرائم المرتكبة، والتي تتميز بالطبيعة القضائية أكثر منها تنفيذية وأهمها: " الحق المطلق للنيابة العامة في تحريك ومباشرة الدعوى العمومية، والمطالبة بتطبيق القانون، وإعتبرها جزء من تشكيلة المحكمة دفاعا عن المصلحة العامة للمجتمع سواء في جلسات المرافعات، أو عند النطق بالحكم، كما تعمل على اتخاذ كافة السبل المشروعة من أجل تنفيذ الأحكام القضائية بتطبيق القانون وفقا لما نصت عليه المادة 01، والمادة 29 من ق.إ.ج.ج، والإشراف على الجهاز المختص في البحث والتحري، وهو الضبطية القضائية وفقا للمادة 12 من ق.إ.ج.ج، وممارسة الطعن لصالح القانون للمادة 07/36 من ق.إ.ج.ج، والمادة 530 من ق.إ.ج.ج ."

أما الحسبة:» فهي وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، الذي هو فرض على القائم بأمر المسلمين «⁽¹⁾، مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾⁽²⁾، أي أن تقوم منكم طائفة، أوفرقه بالأمر بالمعروف، وهو ما أمر به الشرع واستحسنه العقل السليم، والنهي عن المنكر، وهو ما نهى عنه الشرع واستنبحه العقل السليم⁽³⁾، إلا أن هذه الوظيفة واجبة على كل مسلم سواء أكان شخصا عاديا أم كان معينا من طرف الحاكم، فتكون فرض كفاية على العامة، وفرض عين على الشخص المعين لذلك، وفي هذا يقول الماوردي: « أن فرضه متعين على المحتسب بحكم الولاية، وفرضه على غيره داخل في فروض الكفاية »⁽⁴⁾.

فبالنظر إلى التعيين الذي يتخذ بموجبه الشخص صفة المحتسب، فإن يكون سلطة تقريرية، وتنفيذية في مجال اختصاصه، وقراراته غير قابلة لأي طعن أو مراجعة، فالضابط في أمور الحسبة:» هو الشرع المطهر، فكل ما نهت الشريعة عنه يكون محظورا، ووجب على المحتسب إزالته، والمنع من فعله، وما أباحت الشريعة أقره على ما هو عليه «⁽⁵⁾، لذلك نجد أن نظام الحسبة هدفه منع منع تفشي المنكرات وخروجها إلى العلن، على خلاف النيابة العامة التي تعتبر مالكة الاتهام تمارسه

⁽¹⁾ انظر: ابن خلدون (عبد الرحمن أبو زيد ولي الدين)، ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكثر، المعروف ب "مقدمة بن خلدون"، مقدمة بن خلدون، مرجع سابق، ص 233.

⁽²⁾ انظر: سورة آل عمران الآية 104.

⁽³⁾ انظر: الصابوني (محمد علي)، مختصر تفسير بن كثير، مرجع سابق، ص 244، وصفوة التفسير، ج 01، مرجع سابق، ص 201.

⁽⁴⁾ انظر: الماوردي(أبو الحسن علي بن محمد)، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، مرجع سابق، ص 349.

⁽⁵⁾ انظر: الربابعة (أسامة علي مصطفى الفقير)، أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية، عمان، دار النفايس للنشر والتوزيع، 2005،

نيابة عن المجتمع، كما تختص بتحريك الدعوى العمومية ومباشرتها في جميع الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات، أو القوانين الخاصة باتفاق جميع القوانين المقارنة، سواء الجرائم التي تصل إلى علمها مباشرة بموجب نشاط الضبطية القضائية، وسواء أكانت الجريمة عادية، أو متلبس بها، أو تلك المتوقعة على شكوى من المضرور، عن طريق الإدعاء المدني، أو الطلب، أو الإذن، والتي لا تؤثر على مبدأ استنثار النيابة العامة بالدعوى العمومية، بمعنى أن تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها، غير معلق على شرط، أو قيد، أو وجود إرادة أخرى تشاركها فيها.

أما ولاية الحسبة فتختص بما يظهر من المنكرات وهو ثلاثة أنواع من الدعاوى كما يقول الماوردي وهي: « أن يكون فيما يتعلق ببخس، وتطيف في كيل، أو وزن، وما يتعلق بغش، أو تدليس في مبيع، أو ثمن، وفيما يتعلق بمطل، وتأخير لدين مستحق مع مكنة »⁽¹⁾، ومن ثم فإن مهمة المحتسب لا تتوقف على دعوى المدعي فقط، بل تتجاوزها إلى المنكرات الظاهرة التي قد لا تكون محلا لدعوى المدعي، وإنما ناتجة عن ملاحظة من طرف المدعي عليه رغم يساره، وفي هذا منكر ظاهر يجب إزالته وهو من اختصاص المحتسب⁽²⁾، فولاية الحسبة تختص إذن بالجريمة المتلبس بها، أو الجريمة المشهودة كما تسميها بعض التشريعات، على خلاف النيابة العامة التي بإمكانها أن تصدر أمرا بالتحقيق، أو التفتيش للأماكن والأشخاص استنادا إلى لسلطتها الواسعة في الدعوى العمومية⁽³⁾، وهذا ما لا يجوز للمحتسب، فليس له أن يتجسس، أو أن يقتحم دارا بظن، إلا إذا كان الأمر واقعا في انتهاك حرمة يصعب تداركها، ومن ثم فهو مختص بالجرائم ذات الطابع الاستعجالي الداخلة في اختصاصه، وفي حدود ما يشاهده، أما ما هو خارج عن ذلك فيعود إلى ولاية الشرطة⁽⁴⁾.

في حين نجد أن النيابة العامة تبقى مدعيا ذو طبيعة خاصة تختلف عن المدعي في الدعوى المدنية، وفي جميع مراحل الدعوى العمومية، لأنها لا تتدخل بوصفها خصما خاصا للمتهم، وإنما تباشر وظيفتها بوصفها هيئة من هيئات الدولة يقع على عاتقها واجبين اثنين هما: التأكد من مسئولية المتهم من عدمه، وحماية مصالحه في الدعوى عن طريق الاستئناف، والطعن بالنقض إذا تهاوت أدلة الاتهام⁽⁵⁾، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 01/36 التي تنص على: « يقوم وكيل الجمهورية بتلقي المحاضر، والشكاوي، والبلاغات، ويقرر ما يتخذ بشأنها »، فالسلطة التقديرية للنيابة العامة بخصوص ما يرد إليها من محاضر خاصة بالجرائم المرتكبة، واسعة تنفرد بها عن باقي

(1) انظر: الماوردي (أبو الحسن علي بن محمد)، نفس المرجع، ص 352.

(2) انظر: الربابعة (أسامة علي مصطفى الفقير)، نفس المرجع، ص 131.

(3) انظر: أوهابيه (عبد الله)، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري (التحرير والتحقيق)، مرجع سابق، ص 54.

(4) انظر: الربابعة (أسامة علي مصطفى الفقير)، أصول المحاكمات الشرعية الجزائية، المرجع السابق، ص 132.

(5) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 104.

السلطات القضائية الأخرى، فيمكنها وفقا لهذه المادة أن توجه الاتهام للمتهم، كما يمكنها أن تأمر بحفظ الدعوى حماية له، فهي مرتبطة بالبحث عن الحقيقة، وليس بمخاصمة المتهم، فتباشر الدعوى العمومية بإسم المجتمع تطبيقا لنص المادة 29 من ق.إ.ج.ج التي تنص على أن: « النيابة العامة تباشر الدعوى بإسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون ».

أما المحتسب فإنه عندما يكون معينا للقيام بوظيفة الاحتساب يكون مدعي وشاهد في نفس الوقت، بمعنى أن عمل المحتسب يكون ميدانيا، أي التنقل بين مختلف الأماكن التي تتواجد فيها مصالح الدولة الإسلامية، فهو يمارس رقابة عامة ومستمرة على نشاط الأفراد داخل المجتمع، والتي تتمثل في: « مراقبة أداء العبادات، والقيام على نظافة الجوامع، والحفاظ على هيبتها، ومراقبة الأخلاق والآداب العامة، والأسعار، والموازين والمكاييل، وأصحاب المهن الحرة، والأموال العامة التي تنفق في غير محلها الشرعي، والمرافق العامة للدولة، وتحصيل إيرادات الدولة »⁽¹⁾، ومن ثم إذا وجد أن هناك منكرا واقعا يقوم بإنكاره. ومن أمثلة ذلك، ينكر على من امتنع عن إخراج الزكاة، ومن تعرض للمسألة وهو ذو جلد وقوة، وينكر على من تصدى لعلم الشرع وليس من أهله من فقيه أو واعظ⁽²⁾. هذا إذا كانت الجريمة داخلية في مجال اختصاصه وهو المنكر الظاهر، أما القضايا التي لا تتم الحسبة فيها إلا بإصدار حكم من القاضي، فقد أجاز الفقهاء للمحتسب التقدم إلى القاضي بدعوى الحسبة باعتباره شاهدا ومدعيا، لأنه يدعي بما شهد به، ولا تتم دعواه بدون شهادته، فقد تشتمل على دعاوى الحدود، دون القذف والسرقة⁽³⁾.

الفقرة الرابعة

الوسائل الخاصة بكل من النيابة العامة و ولاية الحسبة

تستعمل النيابة العامة أساليب قضائية، وأخرى إدارية عند مباشرتها الدعوى العمومية، فهي تستعمل الطلبات كالطلب الافتتاحي للدعوى، والطلبات المقدمة في جلسة المحاكمة، كما تستعمل طرق الطعن كاستئناف أوامر قاضي التحقيق، والطعن لصالح القانون، أما الإدارية كالإشراف على الضبطية القضائية في البحث والتحري، وتنفيذ الأحكام القضائية.

(1) انظر: محدة (محمد)، ضمانات المشتبه فيه وحقوق الدفاع من العهد البربري حتى الاستقلال، ج01، مرجع سابق، ص 152 وما بعدها.

(2) انظر: الماوردي (أبو الحسن علي بن محمد)، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، المرجع السابق، ص 360.

(3) انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الأحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج2، مرجع سابق، ص ص 84، 85.

أما المحتسب فإنه يستعمل أساليب مختلفة ترتبط أساساً بمحاربة المنكرات الظاهرة، فهي تختلف بحسب شخصية المتهم، وجسامة المنكر المرتكب، فهو ينتقل في ذلك من الأسلوب الأخف إلى الأسلوب الأشد، قصد تحقيق التطبيق الفعلي والدقيق للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، استناداً لقوله تعالى: ﴿بِالْبَيِّنَاتِ وَالزُّبُرِ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ﴾ (1)، ولعل التقسيم الذي جاء به الإمام الكاساني أفضل تعبير عن هذه الأساليب، التي تتفق مع مراتب الناس وأحوالهم، وأهم هذه الأساليب المتبعة من طرف المحتسب هي: «الإعلام المجرد، والخاصة بالعلماء والفقهاء، والإعلام والجر إلى مجلس القضاء، والخطاب بالواجهة الذي يكون بالنسبة للأشراف، والدهاقون كرئيس القرية، أو التاجر صاحب المال الكثير، والشخص القوي على التصرف والإعلام، والجر إلى مجلس القضاء، والحبس بالنسبة للأوساط، والإعلام، والجر، والحبس، والضرب للأخساء والسوقة من الناس» (2).

نستنتج من كل ما تقدم، وبالنظر إلى الأساس الذي يعتمد عليه المحتسب في وظيفته وهو "الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر"، أن أسلوب الإعلام والتذكير، المجسد في الوعظ والإرشاد، أسلوب مشترك بين جميع الناس مصداقاً لقوله تعالى: ﴿ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنْ ضَلَّ عَنْ سَبِيلِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ﴾ (3)، على أساس أن جميع الناس لهم الحد الأدنى من الأخلاق والالتزام بحدود الله، الذي يكون بصفة خاصة بالنسبة لأهل العلم والأشراف، أين يكون مجرد الإعلام كافٍ لمنع المنكر الصادر منهم، الذي يكون في غالب الأحيان بدون قصد، ومن الأمثلة على ذلك أن معاوية بن أبي سفيان حبس العطاء على الناس، فقام إليه أبو مسلم الخرساني فقال له: يا معاوية، أنه (أي العطاء) ليس من كدك، ولا من كد أبيك، ولا أمك، فما كان من معاوية إلا أن خرج من مجلسه، واغتسل ليزيل الغضب ثم عاد فقال لأبي مسلم: صدق أبو مسلم، إنه ليس من كدي، ولا من كد أبي، فاهلوا إلى عطائكم (4).

ثم ينتقل بعد ذلك بالإضافة إلى الإعلام والجر إلى مجلس القضاء، والخطاب بالواجهة، الذي قد يتضمن التعنيف والتهديد بالقول عند استفاد طرق الوعظ والإرشاد، خصوصاً إذا ظهر هناك إصرار على المنكر والجرأة على حدود الله، مما يتطلب الردع، ولكن يجب في هذه الحالة التفرقة بين الناس، فليس أصحاب الحرف الخسيسة كأهل الصناعات النفيسة، ولا الجريئ المتساهل كالغبي الجاهل

(1) انظر: سورة ص الآية 08.

(2) انظر: الكاساني(علاء الدين أبو بكر بن مسعود)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج09، مرجع سابق، ص 271، وانظر كذلك: الغزالي (أبو حامد محمد بن محمد)، إحياء علوم الدين، ج09، مرجع سابق، ص 791.

(3) انظر: سورة النحل الآية 125.

(4) انظر: الصيفي (عبد الفتاح مصطفى)، الحسبة في الإسلام " نظاماً وفقهاً وتطبيقاً"، مرجع سابق، ص 128.

(¹)، كما قد يلجأ المحتسب إلى التشهير لعقاب التاجر الذي يغش في البضائع، بأن ينادي في الأسواق والأماكن المعروف فيها أن التاجر الجاني يغش في البضائع، ويلاحظ أن هذه العقوبة هي الأكثر فعالية في ردع التاجر لأنها تضر بتجارته (²).

إضافة إلى الأساليب السابقة، فبإمكان المحتسب أن يقوم بحبس الشخص، لثبوت قيام الرسول صلى الله عليه وسلم، والخلفاء الراشدون بذلك: « فقد حبس الرسول صلى الله عليه وسلم رجلا في تهمة ثم خلا سبيله » (³)، هذا الأسلوب الأخير الذي يلتقي فيه المحتسب مع النيابة العامة، التي لها حق حبس المتهم مؤقتا قبل إخطار قاضي التحقيق في الجنحة المتلبس بها (⁴)، أو تأمر بذلك إذا كانت تمارس التحقيق كما في التشريع المصري (⁵)، فهي لا تمارس رقابة أخلاقية على أفراد المجتمع بل رقابة عقابية، كما أنها لا تترك فرصة للمتهم من أجل إصلاح نفسه قبل دخول السجن، الأمر الذي يسعى إليه المحتسب في معظم أعماله، وهذا ما يفسر عدم قدرة السلطات القضائية الوضعية في القضاء على الجريمة، كما يدق الفرق أيضا بين النيابة العامة والمحتسب، أن الحبس بالنسبة للمحتسب يعتبر عقوبة تعزيرية أشد، لا يلجأ إليه إلا عند استنفاد كافة الطرق الأخرى، أما النيابة العامة فبإمكانها أن تلجأ إليه ابتداءً بغض النظر على شخصية المتهم (⁶).

الفقرة الخامسة

المسؤولية والجزاء لكل من النيابة العامة وولاية الحسبة

تحتكر النيابة العامة في القانون الوضعي مباشرة الدعوى العمومية، ولا يجوز للفرد في أي حال من الأحوال، ومهما كانت صفته مباشرتها دون تدخل من النيابة العامة، والأكثر من ذلك أن النيابة العامة تمنع على الفرد المضروب من مباشرتها لمصلحته، أما مباشرتها للمصالح العام فهي

(¹) انظر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص 266.

(²) انظر: عودة (عبد القادر)، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، مرجع سابق، ص 704.

(³) انظر: الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الديات، باب ما جاء في الحبس في التهمة وحسنه، رقم الحديث 1476، مرجع سابق، ص 621، انظر كذلك: النسائي، سنن النسائي، كتاب قطع السارق، باب امتحان السارق بالضرب والحبس، رقم الحديث 4880، مرجع سابق، ص 926.

(⁴) انظر: المواد 59، من ق.إ.ج.ج.

(⁵) انظر: المادة 137 من ق.إ.ج.ج. المصري.

(⁶) انظر المادة 338، من ق.إ.ج.ج.

مسألة تتعارض مع وظيفة النيابة العامة في حد ذاتها⁽¹⁾، مع العلم أن النيابة العامة مستقلة استقلالاً تاماً في علاقاتها مع المحكمة من جهة، ومستقلة عن المتهم والمدعي المدني من جهة ثانية، فأما استقلالها عن المحكمة فليس لهذه الأخيرة حق توجيه الأوامر لها، أو أن تطلب منها الانتهاء إلى نتيجة معينة في تحقيقاتها في الحالة التي تجمع بين الاتهام والتحقيق⁽²⁾، أما من حيث علاقاتها بالأفراد فلها الحرية الكاملة في توجيه الاتهام من عدمه في حالة ما إذا صدرت شكوى، أو بلاغ من قبل الأفراد.

فهي غير مسئولة عن الإجراء الذي يتطلب الملاحقة من عدمه، بحيث تتحدد تلك المسؤولية في حالة ما إذا صدر من أعضائها غش، أو تدليس، أو غدر، أو خطأ جسيم فإنهم يسألون جنائياً ومدنياً⁽³⁾، ولكن إثبات الخطأ في التكليف المحددة للجزاء من الصعب تقريره، هذا الأخير الذي لا يتميز بالثبات، فإذا كانت مسألة تعديله وفقاً لحاجات المجتمع، وتغير المصالح الجديرة بالحماية لا يثير أي إشكال على أساس إبقاء قانون العقوبات في اتساق مع الواقع مطلب أساسي لإبعاده عن الركود والجمود⁽⁴⁾، فإن عدم ثبوته المؤثر على التكليف يتجلى في كيفية تجريم الأفعال الماسة بمصالح المجتمع، المرتبطة بفكرة النظام العام التي تختلف من مجتمع إلى آخر، ومن دولة إلى أخرى، فما يعتبر مخلاً بالنظام العام والآداب العامة في المجتمعات العربية والمسلمة، قد لا يعتبر كذلك في دول ومجتمعات أخرى .

أما الحسبة فإنها تقوم على المسؤولية المزدوجة المبنية على الرقابة الفردية لكل مسلم لتنفيذ أحكام الشريعة الإسلامية وهو من الفروض الكفائية، الذي تحول فيما بعد إلى فرض عين على الحاكم يعين له من يجد فيه القدرة على ذلك ضمن وظيفة المحتسب⁽⁵⁾، وبذلك تكون المسؤولية مزدوجة تشمل أفراد المجتمع والسلطة الحاكمة، الهدف منها السهر على تطبيق أحكام الله الواردة في الشريعة الإسلامية خصوصاً الخاصة بحق الله مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾⁽⁶⁾، وفي هذا دعوة موجهة إلى كل فرد يجد في أخيه انحرافاً أن يدعوه إلى ضرورة التقيد بأحكام الدين الإسلامي، بل هي من صميم دور الفرد في المجتمع الإسلامي

(1) انظر: عبيد (رؤوف)، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، الإسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، 2005، ص 44.

(2) انظر: حسني (محمود نجيب)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط2، مرجع سابق، ص86.

(3) انظر: مصطفى (محمود)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص13.

(4) تجلّى في التشريع الجزائري بإصدار تعديلات عدة على قانون العقوبات، منها إصدار العفو الشامل سنة 2000، وقانون مكافحة الفساد والحد منه سنة 2006.

(5) انظر: الصيفي (عبد الفتاح مصطفى)، الحسبة في الإسلام (نظاماً وفقهاً وتطبيقاً)، المرجع السابق، ص67.

(6) انظر: سورة التوبة الآية 71.

، ويتجلى هذا في العبارة المشهورة التي قالها سيدنا أبو بكر رضي الله عنه عندما تولى الخلافة: «إني وليت عليكم ولست بخيركم، فإن أحسنت فأعينوني، وإن أساءت فقوموني» (1).

يكون الفرد وفق هذه المسؤولية شريك إلى جانب الحاكم والقاضي في إقامة أوامر الشريعة الإسلامية، سواء تلك الخاصة بالتكليف، أو تلك الخاصة بالمنع، وعلى هذا الأساس تقررت الحسبة في الإسلام لتحقيق الإحاطة التامة بكل بؤر الفساد وتحجيمها، والذي يجد أساسه وتبريره في أن المحتسب المعين من طرف الحاكم وأعوانه لا يستطيعون الوصول إلى كل بؤر الفساد، والانحرافات التي تمس المجتمع مهما عمل إذا لم يلقى المساعدة من طرف كل أفراد المجتمع، لأن الله سبحانه وتعالى قال: ﴿وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾ (2)، وذلك بأن ينهى عن المنكر كل من يصادفه، أو يقف عليه(3)، فالهدف من تقرير هذه الازدواجية في التكليف إذن هو الرقابة الذاتية، والرقابة الجماعية على كل ما يجري في الواقع من منكرات، بحيث تكون الرقابة ذاتية أكثر فعالية في الابتعاد عن الفساد مصداقا لقوله تعالى:

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ * كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴾ * (4).

وعليه فإن الذي ينكر المنكر سواء بيديه، أو بلسانه، أو بقلبه فإنه لن يقترفه، فيتصرف بذلك بصفة الإيمان مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: «من رأى منكم منكرا فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان» (5)، لأن النظام العام في الشريعة الإسلامية مبني على رعاية القيم الأخلاقية، وحماية الحقوق كاملة متكاملة غير قابلة للتجزئة، التي هي قوام المقاصد الخمسة التي جاءت بها، هذه الرعاية المقررة لمسؤولية كل مسلم على سلامة المجتمع الإسلامي من المنكرات، أكد عليها الرسول صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع عندما قال: «ألا كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته، فالأمير الذي على الناس راع وهو مسئول عن رعيته، والرجل راع على أهل بيته وهو مسئول عنهم، والمرأة راعية على بيت بعلها وولده وهي مسئولة عنهم، والعبد راع على مال سيده وهو مسئول عنه، ألا فكلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته» (6).

(1) انظر: خالد (محمد خالد)، خلفاء الرسول صلى الله عليه وسلم، مرجع سابق، ص 61.

(2) انظر: سورة آل عمران الآية 104.

(3) انظر: الصيفي (عبد الفتاح مصطفى)، الحسبة في الإسلام (نظاما وفقها وتطبيقا)، المرجع السابق، ص 68.

(4) انظر: سورة الصف الآيتين 02، 03.

(5) انظر: سبق تخرجه.

(6) انظر: مسلم، صحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب فضيلة الإمام العادل، وعقوبة الجائر، والحث على الرفق بالرعية، والنهي عن إدخال

المشقة عليهم، رقم الحديث 4722، مرجع سابق، ص 819.

هذه المسؤولية المزدوجة لكل مسلم في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر تقابلها ازدواجية في الجزاء، فبالإضافة إلى العقوبات المقدرة لجرائم القصاص والحدود، التي لاجتهاد فيها، والعقوبات التعزيرية التي فتح فيها فقهاء الشريعة الإسلامية الباب للمحتسب يقدرها بحسب كل حالة وفق متطلبات كل عصر، أو هي الأفعال والمعاصي التي لم تشرع فيها الحدود والقصاص⁽¹⁾، والتي يسعى المحتسب لتوقيعها، إنما تتسم بالطابع التنظيمي الردعي حفاظا على تماسك المجتمع الإسلامي وخلوه من المنكرات، وهي عقوبات دنيوية بالأساس ذات طابع مخفف، لأن العقوبة الحقيقية هي العقوبة الأخروية، فالمجرم مهما أفلت من العقوبة الدنيوية فإنه لن يفلت من العقوبة الأخروية، والتي تكون أشد بكثير من العقوبة الدنيوية، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ حِزْبٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾⁽²⁾.

هذه الخاصية المزدوجة في المسؤولية والجزاء التي تتميز بها الشريعة الإسلامية تجعل كل فرد في المجتمع سواء كان حاكما أو من محكوما، في جو من الرقابة الذاتية التي تمنعه من ارتكاب صغائر الأمور فما بالك بالكبائر، كما أن هذه الازدواجية تجعل الفرد يقبل بالعقاب عن الجرم الذي ارتكبه بصدور ربح قصد التطهير من الذنب لأن التكليف صادر من الله تعالى، ويتولى تطبيقه المحتسب تنفيذا لشرع الله، ومن ثم فإن ثنائية المسؤولية تحدد ثنائية الجزاء، عكس القانون الوضعي الذي يمتاز بالجزاء الواحد عن كل جريمة، كما أن مصدره اجتهادات بشرية، التي تبقى دائما في حاجة إلى إثراء، لأنها تتميز بخاصيتي التغيير والمحدودية مما يفقدها التأثير الفعال في سلوك الأفراد، الشيء الذي يفسر ارتفاع نسبة الإجرام في الوقت الحاضر⁽³⁾، رغم تطور جهاز الضبطية القضائية، الذي يعتبر يد النيابة العامة في البحث عن الجرائم وإثباتها، والذي يكون ملزما بجميع الحدود الدستورية والقانونية السارية على جميع أجهزة السلطة القضائية.

(1) انظر: الكاساني،(علاء الدين أبو بكر بن مسعود)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 07، مرجع سابق، ص 63.

(2) انظر: سورة المائدة الآية 33 .

(3) نشر في جريدة " الجزائر نيوز " في العدد الصادر في 2012/02/08 أن الشرطة القضائية لوحدات الدرك الوطني عالجت أكثر من 72 ألف قضية منها أكثر من 4 آلاف جنائية، وأكثر من 56 ألف جنحة وألف مخالفة و9584 أمرا قضائيا أدى إلى إيقاف أكثر من 74 ألف شخص، مسجلة ارتفاعا مقارنة بسنة 2010 ب 18,98 بالمائة في مجال القضايا المسجلة. وفيما يخص توزيع القضايا المعالجة من طرف الشرطة القضائية خلال السنة الماضية، فلفقت سجلت ذات المصالح ارتفاعا في جرائم القانون العام ب65,70%، راجع المدخل: www.djazairnews.com/djazairnews ، يوم 2015/07/25، وهذا كما هو معلوم بعد تطبيق كل من قانون إعادة الإلمام الاجتماعي للمحبوسين وقانون المصالحة الوطنية.

المطلب الثاني

دور الضبطية القضائية في تجسيد الاتهام وحماية حق المتهم في الدفاع.

على الرغم من أن الشخص الذي تكشف عنه الضبطية في هذه المرحلة لا يتخذ صفة المتهم، وإنما يكون مشتبه فيه، وهي الصفة التي تتولد عنها صفة المتهم في الشخص محل البحث فيما بعد، وعلى الرغم من صبغتها الإدارية البحثية، وطبيعة أعمالها التي لا تقطع التقادم، ولا تحرك الدعوى العمومية⁽¹⁾، إلا أن الإجراءات التي تتخذها من الممكن أن تؤثر على حق المتهم في الدفاع، إذا ما كانت مخالفة لحقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، ومن ثم يكون اعتماد النيابة العامة عليها في تشكيل الاتهام بهذا الوصف قاصرا عن إدراك الحقيقة، فتختل بذلك كافة الإجراءات التالية لهذه المرحلة. فهذه الأهمية إذن تطرح ضرورة استجلاء الدور الحساس والمحوري لهذه الهيئة، في الإلتزام بمبادئ حقوق الإنسان، وبالتالي حماية حق المتهم في الدفاع في الدعوى الجزائية في القانون الوضعي (الفرع الأول)، وكيف أسست الشريعة الإسلامية لهذا النظام ضمانا لنفس الحقوق عندما يوجه للشخص الاتهام (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التزام الضبطية القضائية بمبادئ حقوق الإنسان في القانون الوضعي.

لا جدال في أن الضبطية القضائية هي أول سلطة تتصل بالجريمة عند وقوعها سواء عن طريق التبليغ عنها من طرف أحد الأشخاص، أو عن طريق الشكوى التي يتقدم بها المضرور من الجريمة، فتكون مهمتها إذن استقصائية لواقع الجريمة المرتكبة، سواء من حيث أشخاصها، أو من حيث مسرحها، يكون هدفها تبليغ سلطة الاتهام بها على الوجه المستعجل الذي لا يحتمل التأخير، كي تتخذ ما تراه مناسبا بشأنها على أساس أنها جهة الإشراف والإدارة على عمل الضبطية القضائية⁽²⁾، وبذلك فإن عمل الضبطية القضائية يقوم على الاستدلال⁽³⁾ الذي هو: « مجموعة من الإجراءات

(1) انظر: محدة (محمد)، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، ج02، مرجع سابق، ص 14.

(2) LARGUIER (J) - CONTE (P): Procédure pénale, op, cit, P78.

(3) اتخذت هذه المرحلة عدة تسميات مختلفة، إلا أنها متفقة كلها على طبيعتها السابقة عن تحريك الدعوى العمومية، فمنهم من سماها " التحري والتحقيق الأولي، ومنهم من سماها الاستدلال، غير أن المشرع الجزائري عبر عنها ب" البحث والتحري" و" الضبط القضائي"، وهما مصطلحان يعبران عن جوهر هذه المرحلة، كم استعمل أيضا مصطلح" التحقيق الابتدائي" للتعبير عن نفس المرحلة في المادة

التمهيدية السابقة عن تحريك الدعوى الجزائية، تهدف إلى جمع المعلومات في شأن جريمة ارتكبت، كي تتخذ سلطات التحقيق بناءً عليها القرار فيما إذا كان من الملائم تحريك الدعوى الجنائية بشأنها «⁽¹⁾»، بمعنى تجميع العناصر اللازمة للشروع في التحقيق الابتدائي، أو الإحالة مباشرة على المحكمة، بحيث تكون للضبطية عامة مهمتين أساسيتين، مهمة قبلية تتمثل في تلك الإجراءات الوقائية التي تتخذها من أجل منع وقوع الجريمة حفاظاً على الأمن العام، ومهمة بعدية تكون بعد وقوع الجريمة من أجل الكشف عن فاعلها ⁽²⁾.

الفقرة الأولى

الأهمية الإجرائية والواقعية لعمل الضبطية القضائية.

يتمتع رجال الضبطية القضائية بفعالية ودينامكية أكثر من سلطات التحقيق، لارتباط عملهم بواقع المجتمع وظروفه، ومشاكله، واحتكاكهم بجميع شرائحه، فإنهم يكونون بذلك يد العون للنيابة العامة وقاضي التحقيق في التحري عن الجرائم، الأمر الذي يجعلهم ملزمون أكثر من غيرهم بمبادئ حقوق الإنسان ومراعاتها عند القيام بصلاحياتهم المتصلة بالواقعة الإجرامية، وعلى رأسها مبدأ الشرعية، الذي يمنع على الضبطية القضائية القيام بالبحث والتحري عن حقيقة الفعل المقترف ما لم يكن هناك نص قانوني يجرمه، وآخر يبين كيفية التحري عنه، حتى ولو اتضح لها أنه منافي لما تعارف عليه الناس ⁽³⁾.

كما أن عملية البحث والتحري تستلزم أن الذي يقوم بها لا بد وأن يكون مختصاً أو المخولة له قانوناً، فلا يجوز لعون من أعوان الضبطية القضائية القيام بها ومباشرتها، وإنما ينحصر دوره فقط في مساعدة ضابط الشرطة القضائية وفقاً للمادة 20 من ق.إ.ج.ج، وفي هذا حفاظاً على حقوق المتهم في الدعوى الجزائية. فالقاعدة الإجرائية الموجودة في قانون الإجراءات الجزائية، وتلك المنصوص عليها في القوانين الخاصة، سند ضابط الشرطة القضائية الأساسي في البحث والتحري، عليه أن يلتزم بها ويعمل على تطبيقها ⁽⁴⁾.

63 من ق.إ.ج، انظر: أوهابيه (عبد الله)، ضمانات الحرية الشخصية أثناء البحث التمهيدي (الاستدلال)، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2004، ص 88.

⁽¹⁾ انظر: حسني (محمود نجيب)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط2، مرجع سابق، ص 51

⁽²⁾ انظر: جندي (عبد الملك)، الموسوعة الجنائية، ج 04، مرجع سابق، ص 509 وما بعدها، ومعدة (محمد)، ضمانات المشتبه فيه

أثناء التحريات الأولية، ج02، المرجع السابق، ص 11

⁽³⁾ انظر: أبو شامة عبد المحمود (عباس)، الشرطة وحقوق الإنسان في مرحلة التحري، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض المملكة

العربية السعودية، 2001، ص 123

⁽⁴⁾ انظر: سلامة (أمون)، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، مرجع سابق، ص 28

وتأكيدا على جميع الحقوق والضمانات التي نصت عليها الإعلانات والمواثيق الدولية، والاتفاقيات الإقليمية، وكرستها الدول في دساتيرها الداخلية فيما يخص احترام الحرية الشخصية للفرد، وعدم المساس بها إلا في الحدود الضرورية التي يجيزها القانون، لاسيما المادة 11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة 14 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والمادة 06 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والمادة 07 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، والمادة 06 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، فإن الضبطية القضائية تكون ملتزمة بهذه الحدود عند قيامها بمهامها، وأن لا تتعسف عند تقييدها لحرية المشتبه فيه، لأن إجراءاتها قد تطول بسبب البحث والتحري عند قيامها بالتوقيف للنظر⁽¹⁾، الذي مهما تكن الحقوق والضمانات التي أصبح يتضمنها قانون الإجراءات الجزائية بخصوصه فإنه " الحالة التي لايسمح فيها للشخص الذي أخذت أقواله بالمغادرة " ⁽²⁾.

أو كما عرفه عبد الله أوهايبية على أنه: « إجراء بوليسي سالب للحرية الفردية يأمر به ضابط الشرطة القضائية بوضع المشتبه فيه في مركز الشرطة أو الدرك لمدة زمنية محدودة » ⁽³⁾، هذه المدة التي حددتها المادة 65 من ق.إ.ج.ب 48 ساعة، التي تهدف الضبطية القضائية من خلالها إلى تحقيق ثلاثة أهداف أساسية يكون الأول منها " مادي"، هو المحافظة على معالم الجريمة، ومخلفاتها، ووسائها حتى تقدم لوكيل الجمهورية محررة في محضر كاملة غير منقوصة، أما الثاني فهو " أمني" يتمثل في حماية المشتبه فيه من انتقام ذوي المجني عليه خصوصا في جرائم القتل، والثالث " وقائي" وهو وضع حد للمشتبه فيه، إن كان هو الجاني ومنعه من ارتكاب جرائم أخرى ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ انظر: القانون 08/01 المؤرخ في 2001/07/26 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية، الذي استحدثت المشرع الجزائري بموجبه مصطلح " التوقيف للنظر" بعدما كان يطلق عليه في السابق مصطلح " الحجز تحت المراقبة"، كما أخذت التشريعات العربية بخصوصه تسميات مختلفة، منها المشرع المصري الذي عبر عنه ب" القبض" في المادة 34، وجعل مدته 24 عشرون ساعة، وعبر عنه المشرع التونسي في الفصل 13 مكرر من مجلة الإجراءات الجزائية، وجعل مدته 03 أيام، كما عبر عنه المشرع المغربي في نص المادة 66 من قانون المسطرة الجزائية ب" الاحتفاظ والقبض، والحراسة النظرية"، وجعل مدته 48 ساعة، وعبر عنها ب" القبض" المشرع الأردني في نص المادة 99 من قانون أصول المحاكمات الجزائية، وجعل مدته 24 ساعة، وعبر عنها المشرع الفرنسي ب" la garde à vue" في المادة 63 من ق.إ.ج.ف، وجعل مدته 24 ساعة، ولعل هذا الاختلاف بين التشريعات العربية خصوصا في مدة التوقيف للنظر، يجعل هذا الإجراء، إجراء تعسفيا، في حق المتهم العربي الذي يبقى حبسا لعدم التجانس القانوني بين القوانين العربية خصوصا الجزائية منها، التي تفترض تطبيق مبدأ العلم المسبق بالقانون، والذي يجعل هذا الأخير غير نافذ في حق المخاطب به قبل العلم به، وبالتالي يكون الأعتداء على الشرعية ثابت لافتراض عدم علم المتهم العربي في غير بلده الأصلي، بمدة توقيفه للنظر.

⁽²⁾ « en état de garde à vue toute personne qui n'est pas laissée libre de se retirer notamment à la fin de son audition ». LEROY(J) : La garde à vue après la réforme, Paris, Edition lexis nexes, 2011, P 17.

⁽³⁾ انظر: أوهايبية (عبد الله)، ضمانات الحرية الشخصية أثناء البحث التمهيدي (الاستدلال)، المرجع السابق، ص 165، وانظر كذلك:

ومعدة (محمد)، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الولية، ج02، المرجع السابق، ص 20.

⁽⁴⁾ RENAULT BRAHINSKY (C) : Procédure pénale, op, cit P 131.

وتتجلى حماية حقوق المتهم في الدعوى الجزائية في مرحلة البحث والتحري، من خلال كفالة المشرع للحماية المزدوجة لحرية المشتبه فيه، الذي يكون في كثير من الأحيان المتهم الحقيقي في الجريمة محل البحث والمتمثلة فيمايلي:

الفقرة الثانية

الحماية الدستورية والإجرائية

من خلال المادتين 47⁽¹⁾، 48⁽²⁾ من دستور 1996، وهي استثنائية الإجراء الذي يكون محدد المدة، ولا تتجاوز المدة 48 ساعة إلا استثناءً، وضمان الاتصال الفوري للمتهم بعائلته، والمحافظة على سلامته الجسدية بالفحص الطبي البعدي عند انتهاء مدة التوقيف للنظر، والعقوبات المنو عليها في الدستور لكل شخص ينتهك هذه الحقوق والحريات، ويمس بالسلامة البدنية والمعنوية للمشتبه فيه في المادة 34 منه⁽³⁾، فقد قررت محكمة النقض الفرنسية أن الشخص الموقوف تحت النظر لابد وأن يذكر بحقوقه منذ البداية، وهي حقه في الإمتناع عن التصريح، والاتصال بمحاميه، وعائلته، والفحص الطبي، تمشياً مع المادة 03/06 من الإتفاقية الأوروبية للحقوق الإنسان، كضمانة لحماية حقوقه كاملة في الدعوى الجزائية، إذا أسندت إليه التهمة فيما بعد⁽⁴⁾.

أما الحماية الإجرائية فإنها مجسدة من خلال المواد من 50 إلى 54 من ق.إ.ج.ج التي جاءت مفصلة لكيفية تنفيذ التوقيف للنظر، خصوصاً في الجناية والجنحة المتلبس بها، وكيفية تنفيذه بالنظر إلى مقتضيات التحقيق الابتدائي في المادة 65/01 من ق.إ.ج.ج، والمادة 141 عند تنفيذ الإنابة القضائية، بحيث بينت هذه المواد كيفية تمديدها في بعض الجرائم كذلك الخاصة " بالمعالجة الآلية

(1) حسب صياغة المادة 47 من دستور 1996 أن الحبس المؤقت هو حالة من حالات الحجز المحددة وفقاً للأشكال القانونية، إلى أن جاءت المادة 59 من التعديل الدستوري الأخير الصادر بموجب القانون 01/16، وأضافت للمادة 47 من دستور 1996 فقرة ثانية فرقت بموجبها بين الحجر، والتوقيف من جهة، وبين الحبس المؤقت من جهة ثانية بقولها: "الحبس المؤقت إجراء إستثنائي يحدد القانون أسبابه ومدته وشروط تمديده"، كما صرحت بالزامية العقوبة على الإعتقال التعسفي في الفقرة الثالثة منها بقولها: "يعاقب القانون على أعمال وأفعال الإعتقال التعسفي"، وفي هذا تشديد على حماية كرامة الإنسان بالتصريح بأن الحبس المؤقت إجراء إستثنائي يكون كمبدأ دستوري، يضعه قاضي التحقيق في الإعتبار عند إستعماله في التحقيق.

(2) انظر: جاء نص المادة 60 من التعديل الدستوري الأخير، الذي يقابل نص المادة 48 من دستور 1996 بضمانة جديدة خاصة بالزامية الفحص الطبي للقصر، وذلك في الفقرة 06 التي تنص على: "إجبارية الفحص الطبي بالنسبة للقصر"، وهذا حتى تكون الحماية كاملة وشاملة لجميع مراحل الدعوى الجزائية، وجميع أصنافها.

(3) انظر: أضافت المادة 40 من التعديل الدستوري الأخير، فقرة ثالثة لنص المادة 34 من دستور 1996 تؤكد فيه، على نبيذ المعاملة القاسية والإنسانية بقولها: "المعاملة القاسية أوالإنسانية أوالمهينة يقمعها القانون"، الذي يعتبرزيادة في ضمانات حماية حقوق الإنسان، بتدعيم الحظر المصرح به في الفقرة الثانية من المادة 34 من دستور 1996، بالجزاء المناسب لإساءة معاملة أي شخص، وهو قمعها من طرف القانون، وعدم التدرع بأي سبب لذلك.

(4) Cass. Crim, 31/05/2010, Bull. Crim N° 10.

للمعطيات، والاعتداء على أمن الدولة، وجرائم المخدرات، والجريمة المنظمة، وجرائم تبييض الأموال، والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف، والجرائم الموصوفة بأعمال إرهابية أو تخريبية".

مع العلم أن هذا التمديد خاص بهذه الجرائم فقط ولا يمتد إلى الجرائم الأخرى، حفاظا على استثنائية الإجراء، كما حدد المشرع الجزائري ذلك " في الجناية المتلبس بها، والتحقيق الابتدائي، والإنبابة القضائية"، وعليه فحتى تكون إجراءات الضبطية القضائية سليمة من الناحية الشرعية والإجرائية، لا بد وأن تتوفر فيها مجموعة من الشروط نستنتجها من المواد المشار إليها سابقا، لأن التوقيف للنظر وإن كان ليس من إبتداع المشرع، بل إقتضته ضرورات البحث والتحري⁽¹⁾، فإن القانون ألزم الضبطية القضائية بمراعاة مجموعة من الإجراءات حماية للمشتبه فيه وهي:
أ- تقييد سلطة الضبطية القضائية في المساس بحق الشخص في الحرية، عند وقوع جريمة بمبدأ الشرعية.

ب- عدم اللجوء للتوقيف للنظر إلا في حالة الجناية أو الجنحة المتلبس بها⁽²⁾.

ت- حصر تمديد مدة التوقيف للنظر في جرائم معينة تتسم بالخطورة الشديدة.

ولتحقيق هذه الأهداف وضمانا لحق المتهم في الدفاع، فقد أضاف المشرع الجزائري في تعديله لقانون الإجراءات الجزائية بموجب الأمر 02/15 في المادة 51/ف01⁽³⁾، مهمة جديدة للضبطية القضائية، وهي " ضرورة إبلاغ الشخص المشتبه فيه الذي تقوم ضده دلائل بإرتكاب جناية، أو جنحة عقوبتها سالبة للحرية، بقرار توقيفه للنظر"، هذه الإضافة التي إقتبسها المشرع الجزائري من النظام الأنجلوسكسوني، يمكن إعتبارها تدعيما حقيقيا لحقوق الدفاع من جهة، وإقرارا من المشرع أن صحة الإجراءات تكون من بدايتها، وأن ضمانات حقوق الدفاع لا يمكن أن تتجزأ، خصوصا أنه ضمن له المحافظة على حرمة حياته الخاصة، وسرية التحري عندما عطى للمتهم الحرية في اختيار الشخص الذي يريد الاتصال به، ومنهم المحامي الذي يمكنه زيارته في حالة تمديد مدة التوقيف للنظر، والاتصال به في غرفة خاصة في مدة لا تتجاوز 30 دقيقة، حسب نص المادة 51 مكرر/ف01، 03، 04، 05⁽⁴⁾.

فالإلى جانب هذه الشروط المحددة لنطاق الضبطية القضائية عند تعاملها مع المشتبه فيه، فقد وضع المشرع نظام صارم لمراقبة أعمال الضبطية القضائية عند قيامها بالبحث والتحري، هذه

(1) LEROY(J) : La garde avue après la réforme, op, cit, P01.

(2) Cass. Crim, 09/09/1999. J.CL.P .N° 330.

(3) انظر: المادة 51 المعدلة بموجب المادة 09 من الأمر 02/15 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية.

(4) انظر: المادة 51 مكرر المعدلة بموجب المادة 09 من الأمر 02/15 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية.

الرقابة التي تتحدد في آليتين اثنتين هما: " آلية الأشراف المزدوج، التي يخضع فيها رجال الضبطية القضائية لإشراف رؤسائهم في السلك الذي ينتمون إليه، بحيث يحتفظ هؤلاء الرؤساء بحقهم في معاقبتهم عند الإخلال بواجباتهم، وفقا لنظام العقوبات المعمول به في سلكهم كالإنذار، والتوبيخ، والتوقيف المؤقت، وإلى وكيل الجمهورية، والنائب العام في الجهاز القضائي، وغرفة الاتهام بوصفها جهة رقابة (1) وفقا للمواد 12، 36، 18، 209 من ق.إ.ج.ج، وآلية العقوبة، وهي ضرورة معاقبة ضابط الشرطة القضائية الذي يقوم بممارسة الأساليب الغير المشروعة ضد المشتبه فيه لحمله على الاعتراف كالتهديد، والإكراه، والتنويم المغناطيسي، وجهاز كشف الكذب، ومصل الحقيقة، والتي يمكن أن نستنتجها من المادة 51/ف10 من ق.إ.ج.ج الذي ينص على أن: « انتهاك الأحكام المتعلقة بآجال التوقيف للنظر كما هو مبين في الفقرات السابقة، يعرض ضابط الشرطة القضائية للعقوبات التي يتعرض لها من حبس شخصا تعسفا».

فنظرا للأهمية التي أعطاها المشرع للحرمة الجسدية للشخص المشتبه فيه في الدعوى الجزائية، والتي تستمر معه فيما بعد إذا أصبح متهما، هو أن المشرع خصها بعقوبة من عقوبات الجناية وهي السجن من 05 إلى 10 سنوات في نص المادة 109 من ق.إ.ج.ج: « الموظفون، ورجال القوة العمومية، ومندوبو السلطة العمومية، والمكلفون بالشرطة الإدارية، أو الضبط القضائي الذين يرفضون، أو يهملون الاستجابة إلى طلب يرمي إلى ضبط واقعة حجز غير قانوني وتحكمي، إما في المؤسسات، أو في الأماكن المخصصة لحجز المقبوض عليهم، أو في أي مكان آخر، ولا يثبتون أنهم أطلعوا السلطة الرئاسية عن ذلك، يعاقبون بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات » .

نستنتج من كل ما تقدم، أن مهمة ضابط الشرطة القضائية هو نقل ما تحصل عليه من خلال البحث والتحري، عن كل ما من شأنه أن يساعد النيابة العامة في تكوين قناعتها بالاتهام من عدمه بخصوص الجريمة المرتكبة، وهذا يعني أنه لا يمكنه توجيه الاتهام إلى الشخص المشتبه فيه، لأن مهمته وصفية تحليلية لكل عنصر من عناصر الجريمة، بطريقة تجعلها تمثل أمام وكيل الجمهورية بكل وضوح في المحاضر المدونة بشأنها، لذلك يجب أن يكون رجال الضبطية القضائية على درجة كبيرة من معرفة حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، لأن عملهم هو الذي ستنبنى عليه شرعية الإجراءات الجزائية اللاحقة، على أساس أن " مشكلة الإثبات تهيمن على جميع الدعوى الجزائية" (2).

(1) انظر: أوهايبية (عبد الله)، شرح قانون الإجراءات الجزائية (البحث والتحري)، مرجع سابق، ص 298.

(2) « Tout le procès pénal est dominé par le problème de la preuve ». BOULOC (B) – MATSOPOULOU (H) : Droit pénal général et procédure pénale, op, cit, P 265.

الفرع الثاني

التزام الضبطية القضائية بمبادئ حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية.

إن الشرطة (الضبطية القضائية) في الشريعة الإسلامية جزء من الولاية العامة، وكما يقول ابن خلدون: « هي وظيفة مرؤوسة لصاحب السيف في الدولة، وحكمه نافذ في بعض الأحيان، وكان أصل وضعها في الدولة العباسية لمن يقيم أحكام الجرائم في حال استبدائها أولاً، ثم الحدود بعد استيفائها »⁽¹⁾ فمهمتها إذن تشترك مع مهمة المحتسب، كما يقول الماوردي: « القيام بالأمر بالمعروف إذا ظهر تكره، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله »، كما يمكن تحديد مهمتها في قوله صلى الله عليه وسلم: « ما من قوم يعمل فيهم بالمعاصي، ثم يقدرن على أن يغيروا، ثم لا يغيروا، إلا يوشك أن يعمهم الله منه عذاب »⁽²⁾.

فقد كانت الحاجة إلى الضبطية القضائية ملحة منذ نشأة الدولة الإسلامية، ويتجلى ذلك من خلال الحادثة الشهيرة للصحابي الجليل " حاطب بن أبي بلتعة"، الذي كان رجلاً من المهاجرين، وكان من أهل بدر، ولم يكن من قريش، عندما أراد أن يخبرها بتجهيز الرسول صلى الله عليه وسلم لحملة الفتح الأكبر - فتح مكة - بعدما نقض أهلها العهد، لأنه كانت لديه أموال وأولاد بمكة يريد الحفاظ عليها، فأمر الرسول صلى الله عليه وسلم علي بن أبي طالب، والزبير بن العوام، والمقداد بن الأسود رضي الله عنهم، للحاق بالجارية التي كانت تحمل رسالة حاطب إلى قريش، وقد كان ذلك بناءً على تحريات، ومعلومات وصلت إلى الرسول صلى الله عليه وسلم، حول إفشاء حاطب لسر المسلمين بتجهيز حملة الفتح الأكبر⁽³⁾.

ومما يدل دلالة قاطعة على وجود نظام الضبطية القضائية في العهد النبوي، هو حديث أنس بن مالك رضي الله عنه أنه قال: « إن قيس بن سعد كان بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم بمنزلة صاحب الشرطة من الأمير »⁽⁴⁾، فقد عينه الرسول صلى الله عليه وسلم كأول صاحب

(1) انظر: ابن خلدون، (عبد الرحمن أبو زيد ولي الدين)، ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر، المعروف ب " مقممة بن خلدون "، مرجع سابق، ص 257.

(2) انظر: أبو داوود، سنن أبي داوود، كتاب الملاحم، باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، رقم الحديث 4338، مرجع سابق، ص 909، وابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الفتن، باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، رقم الحديث 4005، مرجع سابق، ص 909، والترمذي، سنن الترمذي، كتاب الفتن، باب ماجاء في نزول العذاب إذا لم يغيروا المنكر، رقم الحديث 2307، مرجع سابق، ص 813.

(3) انظر: الصابوني (محمد علي)، مختصر تفسير بن كثير، ج 03، مرجع سابق، ص 390.

(4) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب الحاكم يحكم بالقتل على من وجب عليه دون الإمام الذي فوقه، رقم الحديث 7155، مرجع سابق، ص 873.

شرطة، وكلفه بالطواف ليلا لتفقد أحوال المسلمين، وقد كان في مساعدته علي بن أبي طالب، وسعد بن أبي وقاص، وبدير بن زرقاء، وأوس بن مالك رضي الله عنهم⁽¹⁾، غير أن هناك العديد من الأحاديث النبوية، والروايات التي رواها أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تدل على وجود نظام الضبطية القضائية في عهده صلى الله عليه وسلم، وسنركز على أهمها فقط وهي: نظام العسس، والبحث والتحري، وتنفيذ أوامر الرؤساء ، كما يلي:

الفقرة الأولى

نظام العسس⁽²⁾ (الحراسة) لحفظ الأمن.

لقد كان أبو بكر رضي الله عنه أول من قام بمهمة الشرطة في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، عن طريق حمايته، وتأمين تحركاته، وحماية أصحابه في بداية الدعوة من كيد الكفار⁽³⁾، غير أن البداية الحقيقية لهذا النظام في الدولة الإسلامية كانت من الحادثة التي روتها عائشة أم المؤمنين، أن النبي صلى الله عليه وسلم أرق ذات ليلة: « فقال: ليت رجلا صالحا من أصحابي يحرصني الليلة، إذ سمعنا صوت السلاح، قال: من هذا قال : سعد : يا رسول الله جئت أحرسك، فقام النبي صلى الله عليه وسلم فنام حتى سمعنا غطيته »⁽⁴⁾، وعن عائشة رضي الله عنها أيضا قالت: كان النبي صلى الله عليه وسلم يحرص حتى نزلت هذه الآية: «... وَاللَّهُ يَعَصِمُكَ مِنَ النَّاسِ... »⁽⁵⁾، فأخرج رسول صلى الله عليه وسلم رأسه من القبة فقال لهم: « يا أيها الناس انصرفوا فقد عصمني الله »⁽⁶⁾.

(1) انظر: البشري (محمد الأمين)، العدالة ومنع الجريمة (دراسة مقارنة)، عمان، دار حامد للنشر والتوزيع، 2014، ص42.

(2) انظر: عسس : عس، يعس، عسسا، أي طاف بالليل، والعسس يكون جمعا للعاس وهو الحارس: وهم الذين يطوفون للسلطان ليلا، ويطلبون أهل الريبة واللصوص، أو هو نفض الليل عن أهل الريبة، وعسس الليل أقليل ظلامه، أو أدبر، ويقال ذنب عسساس كثير طواف والحركة بالليل، الفيروز آبادي(مجد الدين محمد)، انظر كذلك : القاموس المحيط، باب السين، فصل العين، مرجع سابق، ص 721، الرازي (محمد بن أبي بكر)، مختار الصحاح، باب العين، مادة عسس، مرجع سابق، ص 141.

(3) انظر: البشري (محمد الأمين)، نفس المرجع، ص 41.

(4) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب التمني، باب قوله صلى الله عليه وسلم: ليت كذا وكذا، رقم الحديث 7231، المرجع السابق، ص 883.

(5) انظر: سورة المائدة الآية 67.

(6) انظر: الترمذي، سنن الترمذي، أبواب تفسير القرآن، باب من سورة المائدة، رقم الحديث 3295، مرجع سابق، ص 1039.

فقد كان لمهمة الشرطة منذ نشوء الدولة الإسلامية مهمة البحث والتحري، ويمكن استجلاء ذلك من حديث أنس بن مالك: « أن نفرا من عكل، ثمانية، قدموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فبايعوه على الإسلام، فاستوخوا الأرض، وسقمت أجسامهم، فشكوا ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال : ألا تخرجون مع راعينا في إبله فتصيّبون من أبوالها وألبانها؟، فقالوا : بلى، فخرجوا فشربوا من أبوالها وألبانها؟ فصحو، فقتلوا الراعي، وطرّدوا الإبل، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم، فبعث في آثارهم، فأدركوا، فجيء بهم، فأمر بهم فقطعت أيديهم، وأرجلهم، وسمل أعينهم، ثم نبذوا في الشمس حتى ماتوا»، وفي رواية أخرى أن رسول الله كان لديه شباب من الأنصار قريب من عشرين، فأرسلهم وبعث معهم قائفا يقتص أثرهم⁽¹⁾.

ومع أن عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، لم يعرف نظام الضبطية القضائية بالصورة التي نظمت بها في العصور اللاحقة لعهد، إلا أن أعماله في ذلك الوقت قد وضعت اللبنة الأساسية، ليس لنظام الضبطية فقط، وإنما للتنظيم العام لجميع مؤسسات الدولة، الأمر الذي سمح للخلفاء الراشدين فيما بعد بالاجتهاد في تطوير مؤسساتها، ومنها الضبطية (الشرطة)، التي ازدادت أهميتها في عهد أبا بكر الصديق - الخليفة الأول - عند حدوث فتنة الردة⁽²⁾، الأمر الذي دفعه للاهتمام بالأمن الداخلي، وتقوية نظام "العسس"، والمناوبة الليلية في المدينة للمحافظة على الأمن والاستقرار، فجعل على كل مدخل من مداخل المدينة واحدا من الصحابة، وهم علي بن أبي طالب، والزبير بن العوام، وطلحة بن عبيد الله، وكلف عبد الله بن مسعود بالعسس ليلا⁽³⁾.

لم تخرج مهمة الضبطية في عهد أبي بكر عما كان معمول به في عهد النبي صلى الله عليه وسلم، غير أنه وفي عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه اتسعت الدولة الإسلامية، وكثر الوافدين إليها فبدأت مؤسسات الدولة تتجسد أكثر فأكثر، ومنها الضبطية (الشرطة)، لاستيعاب جميع مستجدات الحياة، مما استلزم وضع نظام إداري خاص بالضبطية (الشرطة) أكثر تطورا وتنظيما، حتى أن سيدنا عمر رضي الله عنه كان يتفقد الحالة الأمنية للمدينة ليلا رفقة مولاة "أسلم" و"عبد الرحمن بن عوف"، كما كان يضبط بعض الجرائم إلا أنه يعطل إقامة الحدود فيها إذا كان ضبط الجريمة بطريق غير شرعي، وما يؤكد ذلك الحادثة التي رواها "عبد الله بن عوف" عندما كان رفقة عمر بن الخطاب رضي الله عنهما، وهما يتفقدان أحوال المدينة، فإقتربوا من باب منزل ربيعة بن أمية بن

(1) انظر: مسلم، صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب حكم المحاربين والمرتبين، رقم الحديث 4354، مرجع سابق، ص 738.

(2) انظر: بخصوص حرب الردة السيوطي (جلال الدين عبد الرحمن)، تاريخ الخلفاء، مرجع سابق، ص 76، خالد (محمد خالد)، خلفاء الرسول، مرجع سابق، ص 48 وما بعدها.

(3) انظر: الدغدي (مصطفى محمد)، التحريات والإثبات الجنائي، المحلى الكبرى، دار الكتب القانونية، 2006، ص 15، وانظر كذلك: الحميداني (نمر بن محمد)، ولاية الشرطة في الإسلام (دراسة فقهية تطبيقية)، الرياض، دار عالم الكتب للنشر والتوزيع،

خلف فسمعا أصواتا مرتفعة منه، ورأوا شبابا يحتسون الخمر، فانصرفا عنهم لأن في ذلك تجسس عليهم، والتجسس محرم بنص الآية: ﴿... وَلَا تَجَسَّسُوا...﴾ (1).

أما في عهد علي بن أبي طالب كرم الله وجهه، فقد أصبح للضبطية (الشرطة) نظاما خاصا، يقوم على رأسه صاحب الشرطة، يتم اختياره من خيرة القوم قوة وعصبية، حتى يستطيع مساعدة الوالي في حفظ النظام وتطبيق القانون، وقد استمر تطور جهاز الشرطة في الخلافة الأموية، وكان له طابع عسكري يطلق عليه " رجل الأحداث"، أما في الدولة العباسية فقد ظهر ما يسمى بـ " نظام المباحث"، و" نظام المرشدين والمخبرين"، وفي الدولة العثمانية كانت مهمة الشرطة يقوم بها " أغا المستحفيطات"، حتى أصبح لكل ولاية في الدولة الإسلامية شرطتها الخاصة بها (2).

نستنتج من خلال وظيفة الضبطية (الشرطة) في الشريعة الإسلامية، أن مهمتها في الوقت الحالي تتمثل، في الضبط الإداري الخاص بحفظ الأمن والنظام، والضبط القضائي الخاص بالبحث والتحري عن الجرائم، لم يكن محددًا، وبالتالي فإن التقسيم الموجود في الوقت الحالي يعتبر من الآليات الأكثر فعالية في المحافظة على النظام العام، التي تدخل في الأمور التنظيمية التي تركتها الشريعة الإسلامية لولاة الأمر، وتتعلق بتطبيق القانون بالنظر إلى خصوصية المكان والزمان، المرتبط أساسا بالمصالح العامة للناس، وهي " المصالح المرسلّة"، كما سماها علماء الأصول، التي لم يرد في الشرع بخصوصها اعتباراً أو إلغاءً، على أن تكون معقولة، ومحققة، وعامة، ولا تفوت مصالح أخرى أهم منها (3).

كما أن مهمة الضبطية في الشريعة الإسلامية مرتبط بالوظيفة العامة لكل مسلم وهي " الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر"، والالتزام بأصل البراءة عند البحث والتحري، والمرتبط أساسا بمبدأ الشرعية، الذي يقوم على ثلاثة أسس رئيسية هي: "عدم التجسس تطبيقا لقوله تعالى: ﴿... وَلَا تَجَسَّسُوا...﴾ (4)، واستظهار الإذن عند طلب الدخول إلى المساكن تطبيقا لقوله تعالى: ﴿... يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ إِلَّا أَنْ يُؤْذَنَ لَكُمْ...﴾ (5)، والمحافظة على السكينة العامة للأفراد

(1) انظر: البيهقي (أبو بكر أحمد بن الحسين)، سنن الكبرى للبيهقي، كتاب الأثرية، باب الإمام يعفو عن ذوي الهيئات زلاتهم، ج08، رقم الحديث 17624، مرجع سابق، ص 579.

(2) انظر: الدغدي (مصطفى محمد)، التحريات والإثبات الجنائي، المرجع السابق، ص 16 وما بعدها، والحيداني (نمر بن محمد)، ولاية الشرطة في الإسلام (دراسة فقهية تطبيقية)، المرجع السابق، ص 115 وما بعدها.

(3) انظر: الكبيسي (حمد عبيد)، أصول الأحكام وطرق الاستنباط في التشريع الإسلامي، دمشق، دار السلام للنشر والتوزيع، 2009، ص 154 وما بعدها.

(4) انظر: سورة الحجرات الآية 12.

(5) انظر: سورة الأحزاب الآية 53.

عند القيام بمهامهم تطبيقاً لقوله تعالى: ﴿ وَلَيْسَ الْبِرُّ بِأَنْ تَأْتُوا الْبُيُوتَ مِنْ ظُهُورِهَا وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنِ اتَّقَى وَأْتُوا الْبُيُوتَ مِنْ أَبْوَابِهَا وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ (1).

فمن خلال تحليلنا لنظام الضبطية القضائية في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، نجد أن هناك العديد من النقاط المشتركة، والتي تتمحور أساساً حول حماية النظام العام، وإحلال السكينة العامة، والبحث والتحري عن الجرائم، وملاحقة المجرمين، وتبليغ السلطات القضائية بكل ما من شأنه أن يمس المصالح العليا للمجتمع، فرغم أن هناك اختلافات في التطبيق بين اختصاصات الضبطية القضائية في القانون الوضعي عنها في الشريعة الإسلامية، إلا أن هذا الاختلاف لا يمس بجوهر المهمة الموكلة إليها بالنسبة للتنظيمين، فمثلاً كان رجل الشرطة في الخلافة الإسلامية يجمع في سلطاته العديد من الاختصاصات الموزعة في الوقت الحاضر على أنواع مختلفة من الضبطية كالضبطية الإدارية، والضبطية القضائية، والضبطية العقابية الخاصة بتنظيم السجون، والإشراف على تنفيذ العقوبة، فلكل نظام منها له أسسه الخاصة به، مع أنها كلها تتحد في الهدف، هو حماية المجتمع من المجرمين، والمحافظة على الأمن والسكينة العامة، فهو ينوب الوالي في الحكم إذا مرض أو خرج من الولاية، كما كان يؤم المسلمين في الصلاة إذا غاب الوالي، وتنفيذ الحدود بعد توقيعها من طرف الحاكم، والقيام بالتعزير، والإشراف على السجون، وقيادة الجيوش، وتسلم الأسرى، إلى غير ذلك من المهام (2)، كما لم تكن الضرورة تستدعي في ذلك الوقت اتخاذ أساليب خاصة في التحري عن بعض الجرائم، وذلك لقوة الوازع الديني آنذاك، وقلة ارتكاب الجرائم.

أما في الوقت الحاضر فإن القانون أصبح يبيح استعمال بعض الأساليب الخاصة في التحري عن بعض الجرائم، وهي التي تضمنتها التعديلات التي جاء بها قانون 22/06 (3) المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، والتي أعطت مجالاً أوسع لسلطة البحث والتحري، والتحقيق للكشف عن بعض الجرائم، التي تعتبر نوع جديد يتميز بالخطورة والطبيعة الخاصة وهي " جرائم المخدرات، والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، والجريمة المنظمة، وجرائم تبييض الأموال، والإرهاب، والجرائم المتعلقة بالصرف، وجرائم الفساد " ، وقد وردت هذه الصلاحيات في المواد من 65 مكرر 5 إلى 65 مكرر 18 من القانون 22/06، وهي اعتراض المراسلات، وتسجيل الأصوات، والتقاط الصور، والتسليم المراقب " ، بالإضافة إلى " التردد الإلكتروني ، والاختراق، والتعاون الدولي

(1) انظر: سورة البقرة الآية 189.

(2) انظر: البشري (محمد الأمين)، العدالة الجنائية ومنع الجريمة (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 43، وانظر كذلك: تفصيل مهام الشرطة في الخلافة الإسلامية، ابن خلدون، (عبد الرحمن أبو زيد ولي الدين)، ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكثر، المعروف بـ "مقدمة ابن خلدون" ، مرجع سابق، ص 257، 258.

(3) انظر: القانون رقم 22/06 المؤرخ في 2006/12/20 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، ج.ر، ع 84.

لاسترداد العائدات الناتجة عن الفساد". وتعد هذه الأساليب في التحري والتحقيق التي نص عليها القانون 22/06، عبارة عن توسيع سلطة التحري في مجال الوسائل اللازمة للكشف عن الجرائم السابقة.

غير أن هذا التوسع جعل منه المشرع استثناءً فقط ، لأنه حسب المادة 56 من قانون 22/06 أن هذه الوسائل خاصة بهذه الجرائم فقط ، كما أن الوسائل المذكورة في هذه المادة هي على سبيل المثال فقط، أي يمكن اللجوء إلى وسائل أخرى لم تذكر في هذا القانون ، فتحديد الوسيلة يكون من طرف قاضي التحقيق الذي يطبق مبدأ ملاءمة الوسيلة مع خصوصيات كل جريمة ، أي بإمكانه أن يتخذ وسائل أخرى إذا رأى أنها أجدي من الوسائل المذكورة، على اعتبار أن هذه الصلاحية قد مكنته منها المادة 68 من ق.إ.ج.ج، وأن الضبطية القضائية تقوم بتطبيق الوسيلة المختارة من طرف قاضي التحقيق وفقاً للشروط المحددة في المواد 65 مكرر 07، 65 مكرر 08، 65 مكرر 15، لا تتجاوزها حفاظاً على الحق في الخصوصية، والحرية الشخصية التي تعتبر الضابط الأساسي والرئيسي لأعمالها.

فمن المقرر فقها وقانوناً أن عمل الضبطية القضائية ليس إجراء من إجراءات التحقيق، بل هو وسيلة للتمهيد للتحقيق الذي تقوم به النيابة العامة أو قاضي التحقيق⁽¹⁾، فهو إذن مفتاح التصرف في الدعوى من طرف النيابة العامة عند تطبيقها لمبدأ الملاءمة، سواء بحفظها أو بتحريكها على ضوء ما هو مدون في محضر جمع المعلومات المحرر من طرف الضبطية القضائية⁽²⁾، خصوصاً وأن المشرع قد جعل النيابة العامة في وضع المتلقي للشكاوي والبلاغات في المادة 36/ف05 من ق.إ.ج.ج، أما قاضي التحقيق وبناءً على سلطته التقديرية في إصدار أمر بأن لا وجه للمتابعة، أو الأمر بإحالة المتهم على جهات الحكم فإنه لا يستغني عن محضر البحث والتحري الذي تعده الضبطية القضائية، لأنه لا يستطيع القيام بمهامه إلا بموجب الطلب الافتتاحي لوكيل الجمهورية لفتح التحقيق، الذي يكون قد بني على ما أسفرت عليه نتائج البحث والتحري، الذي قامت به الضبطية القضائية، فهي بذلك تسرع في الإجراءات، بما تمتلكه من وسائل متنوعة ومختلفة تمكنها من الوصول إلى الحقيقة في كثير من الأحيان من جهة، وتضع الدعوى الجزائية في الطريق الذي يمكن السلطات القضائية من التصرف فيها من جهة ثانية.

(1) انظر: المرصفاوي (حسن صادق)، المرصفاوي في المحقق الجنائي، مرجع سابق، ص 27.

(2) انظر: التيجاني (أحمد إبراهيم)، نظرية البطلان وأثرها على الحقوق الشرعية (في القوانين الإجرائية والسودانية)، عمان، دار حامد

للنشر والتوزيع، 2014، ص 356.

فبالنظر إلى التزام النيابة العامة بالشرعية الإجرائية، واحترام حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، فإن الضبطية القضائية التي تعمل تحت إشرافها لا يمكنها أن تتجاوز حدودها، لأن مهامها منظمة بشكل دقيق في قانون الإجراءات الجزائية، كما أنه من غير المنطقي نعتها بالمرحلة البوليسية التي تنزع نحو الحقب الدكثاورية التي مرت بها الإنسانية سابقا، مع أنها العمود الفقري الذي يقوم عليه عمل القضاء سواء في الشريعة الإسلامية أو القانون الوضعي - كما سبق وأن تقدم - والذي سنقف عليه أكثر فأكثر عن تحليل حقوق الدفاع في مرحلة التحقيق الابتدائي.

المبحث الثاني

حق المتهم في الدفاع في مرحلة التحقيق.

إن المتمعن في مختلف التشريعات المقارنة يجد أن التحقيق تقوم به هيئتين أساسيتين في النظام اللاتيني، وهما النيابة العامة في القوانين التي تجمع فيها هذه الأخيرة بين الاتهام والتحقيق، أو يقوم به قاضي التحقيق كهيئة مستقلة في التشريعات التي تأخذ بنظام الفصل بين الاتهام والتحقيق، على أن يتطلع بمهامه جهاز الشرطة في النظام الأنجلو أمريكي⁽¹⁾، بحيث نجد أن لكل نظام مبرراته التي يستند إليها، ولكن الذي يهم المتهم في الدعوى الجزائية ليس الجهة التي يسند إليها التحقيق، وإنما كيفية حمايته، وحماية حقه في الدفاع، وتمكينه من ممارسته بكل حرية بالنظر إلى خصوصية مرحلة التحقيق (المطلب الأول)، وبالنظر إلى الحدود التي رسمها المشرع لقاضي التحقيق عند إستجواب المتهم، التي تمثل حماية لهذا الأخير، أين تتجلى كوسائل دفاع يمارسها عند تعرضه لتعسف قاضي التحقيق في استعمال سلطاته (المطلب الثاني).

المطلب الأول

خصوصية مرحلة التحقيق وأثرها على حقوق الدفاع.

تنصب مهمة التحقيق أساسا على تمحيص الأدلة المتحصل عليها في مرحلة البحث والتحري، والتدقيق فيها، فهي بذلك تتميز بتنوع أساليبها، وطول مدتها، وقوة ضماناتها، التي تتجلى في تمكين المتهم من أكبر قدر من استعمال حقه في الدفاع، أين ينشأ له بموجبها الحوار المباشر مع أدلة

(1) انظر: شعيب (كمال الدين محمد)، ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة،

الاتهام، ومحاولة دحضها⁽¹⁾، ومن ثم فإن التحقيق الناجح هو الذي يقوم على تكامل مجموعة من الشروط، منها ما هو خاص بمبادئ التحقيق (الفرع الأول)، ومنها ما يمثل الحدود القانونية التي يجب على قاضي التحقيق مراعاتها أثناء قيامه بالتحقيق، نقاديا لعرقلة السير السليم للدعوى الجزائية في إطار سرعة المحاكمة « فالمحقق أيا كان الاصطلاح الذي يطلقه عليه القانون، هو مدار التحقيق الجنائي ومحوره »⁽²⁾ (الفرع الثاني)، الذي يكون مبنيا على أهداف دقيقة تكفل صيانة مسرح الجريمة، وحماية المتهم، وبالنتيجة الوصول إلى الحقيقة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

المبادئ الأساسية للتحقيق المشروع.

لاختلاف بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في أن التحقيق هو قلب الدعوى الجزائية، لذلك نجد أن الحقوق والضمانات المتعلقة بأطرافها تظهر جليا في هذه المرحلة، التي يتضح فيها مركز كل طرف، ومنهم المتهم. وحتى تحمي جميع حقوقه فيها، فقد قيد القانون قاضي التحقيق، الذي يستهدف البحث عن الحقيقة بمجموعة من الأسس، حتى يحتفظ بخاصية التأثير السليم في إجراءاتها، والمحافظة على حقوق المتهم فيها، انطلاقا من برائته الأصلية وحرية الشخصية، لذلك يجب على قاضي التحقيق أن يبرز هذه الأسس في عمله، وإلا اعتبر كأن لم يكن، فيكون بذلك أكثر الأشخاص المعنيين بها عند ممارسة الدعوى الجزائية، وأهمها (مبدأ العلنية للمتهم والخصوم، والسرية بالنسبة للغير، ومبدأ التدوين، ومبدأ الإسراع في التحقيق).

الفقرة الأولى

مبدأ العلنية للمتهم والخصوم والسرية بالنسبة للغير.

يعتبر هذا المبدأ إحدى الصور التطبيقية لمبدأ " المتهم بريء حتى تثبت إدانته"، لأن الجريمة مهما بلغت جسامتها، والأفعال مهما قويت دلائلها، وقرائنهما في نسبتها للمتهم، تبقى في دائرة التهمة التي يغلب عليها الظن، والشك، لا اليقين والجزم، الذي يسعى التحقيق للوصول إليهما عن طريق جمع الأدلة، وبالتالي وحفاظا على حقوق المتهم كاملة، وسماعته من التلويث قبل الحكم عليه⁽³⁾، اقتضى التحقيق هذا المبدأ الذي يكون في صورة الحق بالنسبة للمتهم، وذلك بضرورة إعلامه

(1) DEBOVE (F) - FaLLETI (F) -DUPIC (E) : Précis de droit pénal et de procédure pénale, op, cit, PP 801,802.

(2) انظر: المرصفاوي (حسن صادق)، المرصفاوي في المحقق الجنائي، المرجع السابق، ص 05.

(3) انظر: حرقوص (علي وحيد)، قاضي التحقيق في قانون أصول المحاكمات الجزائية الجديد(دراسة مقارنة)، بيروت، منشورات زين الحقوقية، 2005، ص 151.

بجميع الإجراءات التي تتخذ في مواجهته ومركز الخصوم منها⁽¹⁾، وفي صورة ضمانات لحماية سمعته وكرامته أثناء التحقيق، عن طريق اعتماد السرية بالنسبة للغير الذي يتمثل أساسا في الرأي العام، هذا الأخير الذي إن تأثر به القاضي فإنه سيضطر لا محالة بحقوق المتهم، بأن تتكون قناعته من دليل لا أصل له في أوراق الدعوى⁽²⁾، لأن المجتمع عادة لا يفرق بين الاتهام والإدانة⁽³⁾.

فقد اتفقت أغلب التشريعات الوضعية الداخلية منها⁽⁴⁾ والدولية⁽⁵⁾، على ضرورة علنية التحقيق بالنسبة للمتهم والخصوم، وسريته بالنسبة للجمهور، وإن كان الفقه قد انقسم فيما يخص هذا المبدأ إلى فريقين: فريق قال بضرورة أن تكون العلنية مطلقة، على أساس أن أعمال التحقيق تستمد قوتها من ثقة الجمهور بها، كما تسمح للخصوم في متابعة إجراءات التحقيق في كل مراحله، ومراقبة ذلك، لما له من أثر في التزام أحكام القانون، وخصوصا حرية الدفاع⁽⁶⁾، غير أن الفريق الآخر قال بأن العلنية المطلقة تفسد التحقيق، وتعرضه للانحراف عن طريقه الصحيح، لأن مهمة التحقيق هو التنقيب عن الأدلة التي قد يحاول المتهم إخفاؤها، أو من تكون له مصلحة في ذلك، لذلك لا بد من إجراء هذه العملية في سرية تفاديا لمحاولات الإفساد والتشويش⁽⁷⁾.

يبدو أن هذا الرأي الثاني هو الأقرب إلى الصواب، لأن المتهم والخصوم في الدعوى لا تنتهك حقوقهم من خلال سرية إجراءات التحقيق، لأن لهم حق العلم بها، فبإشراكهم بذلك حق للمتهم والخصوم بحضور جميع إجراءات التحقيق، وعلى قاضي التحقيق أن يخطرهم باليوم الذي يباشر فيه إجراءات التحقيق ومكانها، وحق الاطلاع على الإجراءات التي تتم في غيبتهم، كما في حالة الاستعجال، والضرورة التي يراها قاضي التحقيق مناسبة لجدية التحقيق⁽⁸⁾، مثل الحالة التي يقرر فيها قاضي التحقيق تفتيش المسكن في غياب صاحبه، أو من ينيوه وفقا للمادة 47/06 من

(1) انظر: الكبيسي (عبد الستار سالم)، ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة، مرجع سابق، ص 383.

(2) يتفق غالبية علماء الاجتماع على أن الرأي العام هو ظاهرة نفسية تتميز بها الجماهير ويتشكل بها سلوك الجماعة، وهي ظاهرة تلقائية أطلق عليها ضمير الجماعة conscience sociale، انظر: نصر (محمود)، السلطة التقديرية وضمانات المتهم في الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية)، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2010، ص 397.

(3) انظر: العمر (محمد راشد)، أصول التحقيق الجنائي في الشريعة الإسلامية، (دراسة فقهية مقارنة)، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 64.

(4) انظر: المواد: 96، 102، 103، 104، 106، 107 من ق.إ.ج.ج، انظر كذلك: المادة: 77 و 78 من ق.إ.ج.ج المصري، المادة: 64 ق. أص. مج.ج الأردني، والمادة: 135 و 139 من ق. مسط المغربية، والفصل: 72 من مج. إ. ج التونسية، والمادة: 224 من ق.إ.ج.ج الفرنسي.

(5) انظر: المادة 54 ف 03 هـ من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والقاعدة 77 و 78 و 81 ف 02 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات للمحكمة الجنائية الدولية.

(6) انظر: مصطفى (محمود)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 265.

(7) انظر: حسني (محمود نجيب)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 631.

(8) انظر: المواد 99، 100، 101 من ق.إ.ج.ج.

ق.إ.ج.ج، و أن السرية في مرحلة التحقيق تكون محددة بضرورة التحقيق فقط، لأن جميع إجراءات التحقيق ستخرج للعلانية المطلقة في مرحلة المحاكمة، أن تعقد الجرائم التي تحدث في الوقت الحاضر، وخصوصا الجريمة المنظمة، وجرائم الفساد، والجريمة الإلكترونية مثلا، تعطي المبرر الأساسي لسرية التحقيق، خصوصا عند اعتماد الأساليب الحديثة في التحقيق كالترصد الإلكتروني، والتسليم المراقب مثلا.

ورغم الطابع التحفظي على سرية نتائج التحقيق، فإن مختلف القوانين الوضعية تضمن حق المتهم في حضور جميع إجراءاته، سواء بمفرده أو صحبة محاميه، فرغم ورود العبارة عامة في المادة 11 من ق.إ.ج.ج « ... دون الإضرار بحقوق الدفاع... » ، فإنه يفهم منها، الدفاع بالأصالة والوكالة معا، مع العلم أن العبارة التي وردت في المادة 77 من ق.إ.ج.ج. المصري أكثر وضوحا «... وللخصوم الحق دائما في استصحاب وكلائهم في التحقيق».

فوفقا لهذا التوجه فإن التطبيق السليم لهذا المبدأ من طرف قاضي التحقيق، وفي إطار المحافظة على حق المتهم في الدفاع، يصبح من الواجبات الوظيفية التي تقع على عاتق قاضي التحقيق، إلى غاية إحالة الدعوى أمام قاضي الحكم، وهذا ما حدده المشرع الجزائري في المادة 11 من ق.إ.ج.ج التي تنص على أن: « تكون إجراءات التحري والتحقيق، سرية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ودون الإضرار بحقوق الدفاع »، بمعنى آخر أن هذا المبدأ حق من حقوق المتهم، وضمانة يكفل حسن تطبيقها قاضي التحقيق، كما تشمل كل من مرحلة الاتهام والتحقيق حسب ما نص على ذلك المشرع الفرنسي في نص المادة 11 من ق.إ.ج.ج⁽¹⁾.

غير أن المشرع في تعديله لقانون الإجراءات الجزائية بموجب الأمر 02/15، وذلك بإضافة فقرة ثالثة ورابعة للمادة 11 من ق.إ.ج.ج⁽²⁾، قد خفف من حدة سرية التحقيق، وحفاظا على النظام العام من إنتشار الإشاعات، التي عبر عنها " بالمعلومات غير الكاملة أو غير الصحيحة"، عن موضوع الدعوى أن جوز لممثل النيابة العامة أو لضابط الشرطة القضائية بعد الحصول على إذن مكتوب من من وكيل الجمهورية، أن يطلع الرأي العام عن عناصر موضوعية مستخلصة من الإجراءات، بشرط أن لا تؤثر على مركز المتهم في الدعوى الجزائية دون الإخلال بقرينة البراءة وحرمة

(1) LARGUIER (J) - CONTE (P) : Procédure pénale, op, cit, P 197

(2) انظر: تنص المادة 11/03 ف04 المعدلة بموجب المادة 04 من الأمر 02/15 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية: " غير أنه وتفاديا لانتشار معلومات غير كاملة، أوغير صحيحة، أولوضع حد للإخلال بالنظام العام، يجوز لممثل النيابة العامة، أو لضابط الشرطة القضائية بعد الحصول على إذن مكتوب من وكيل الجمهورية أن يطلع الرأي العام بعناصر موضوعية مستخلصة من الإجراءات على أن لا تتضمن أي تقديم للإعباء المتمسك بها ضد الأشخاص المتورطين، تراعى في كل الأحوال قرينة البراءة وحرمة الحياة الخاصة".

الحياة الخاصة، ولعل المشرع قصد من خلال هذا التعديل حماية الشخصيات العامة من تأثير الصحافة، خصوصا على حياتهم الخاصة، قبل صدور حكم في الدعوى الجزائية محل التحقيق، كما حدث مع الوزير السابق للطاقة والمناجم " شكيب خليل".

إن تطبيق هذا المبدأ يجعل العلنية التي تتم في إطار التحقيق نسبية، لا تخص إلا المتهم والخصوم، كضمان لمنع تليفق الاتهام وتشويه الحقائق، لما له من خطر على الحالة النفسية للمتهم خصوصا عندما تقوم الصحافة بنشر حيثيات القضية، والذي يكون له تأثيره حتى على محامي المتهم عند أدائه لمهمته الدفاعية، بأن يسعى إلى القيام بمهمتين صعبتين هما: الدفاع عن المتهم من جهة، ودحض صورة عدم الرضا لدى الرأي العام الناتج عن نشر الحيثيات القضية من جهة ثانية⁽¹⁾، على خلاف العلنية في مرحلة المحاكمة التي تكون مطلقة، فالأولى من سمات النظام التتقيبي، أما الثانية من سمات النظام الإتهامي أساسا⁽²⁾.

إلا أن الإخلال بتطبيق هذا المبدأ من طرف المكلف به، أو من له صلة بالتحقيق حسب المادة 11/ف 02 من ق.إ.ج.ج التي تنص على أن: « كل شخص يساهم في هذه الإجراءات ملزم بكتمان السر المهني بالشروط المبينة في قانون العقوبات، وتحت طائلة العقوبات المنصوص عليها فيه » وفقا للمادة 303 من ق.ع، يتعرض للعقوبات المنصوص عليها في هذه المواد.

أما فيما يخص الشريعة الإسلامية، فإن إدراك هذا المبدأ يتم من خلال التقسيم الذي أعطاه فقهاؤها للمتهم، بحيث أنه إذا كان المتهم من النوع البريء، والمشهور بالتقوى كالعلماء، والسلطة كالأمرء، فإن العلنية بالنسبة لإجراءات التحقيق التي تتخذ في مواجهته، يجب أن لا تكون في متناول الرأي العام، وذلك حماية لهؤلاء الناس من الدعاوى الكيدية التي قد تطاولهم، فبالنسبة للمتهم مجهول الحال، فإنه يصدق عليه في هذه الحالة ما يصدق على المتهم البريء، استنادا إلى القاعدة الفقهية " الأصل براءة الذمة"، وبالتالي فإن العلنية تكون بالنسبة للمتهم، والخصوم، والسرية تكون بالنسبة لجمهور الناس.

أما بالنسبة للمتهم بالفجور، فإن التحقيق معه يتم في علانية دون أن يكون القاضي مراعيًا لضمانة السرية، ويمكن الاستئناس في ذلك بحادثة إجلاء يهود بني النضير عندما حقق الرسول صلى الله عليه وسلم مع عم حبي بن أخطب عن مال أخفاه حبي في خربة، وقد كان ذلك، - أي التحقيق - في علانية مطلقة، " فعن بن عمر رضي الله عنهما، أن الرسول صلى الله عليه وسلم قاتل أهل خيبر

(1) انظر: نصر (محمود)، السلطة التقديرية وضمانات المتهم في الإجراءات الجنائية، (دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية)، مرجع سابق، ص 399.

(2) انظر: الكبيسي (عبد الستار سالم)، ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة، مرجع سابق، ص 384.

حتى ألجأهم إلى قصرهم، فغلب على الأرض، والزرع، والنخل فصالحوه على أن يجلوا منها، ولهم ما حملت ركابهم، ولرسول الله صلى الله عليه وسلم الصفراء، والبيضاء ويخرجون منها، فاشتراط عليهم أن لا يكتموا، ولا يغيبوا شيئاً، فإن فعلوا فلا نمة لهم ولا عصمة، فغيبوا مسكا فيه مال، وحلي لحبي بن أخطب كان قد احتمله معه إلى خيبر حين أجليت بني النظير، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعم حبي: « ما فعل مسك حبي الذي جاء به من بني النضير؟ » فقال: أذهبته النفقات والحروب، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم: « العهد قريب والمال أكثر من ذلك»، فدفعه الرسول صلى الله عليه وسلم إلى الزبير بن العوام، فمسه بعذاب، وقد كان حبي قبل ذلك قد دخل خربة، فقال: قد رأيت حيبا يطوف في خربة ها هنا، فذهبوا فطافوا فوجدوا المسك في الخربة، فقتل الرسول صلى الله عليه وسلم ابن أبي الحقيق...⁽¹⁾.

إن الغرض من إيراد هذه الحادثة في إمكانية القيام بالتحقيق علانية مع المتهم المعروف بالفجور، لتوضيح أن أحكام الشريعة الإسلامية تمزج بين السرية، والعلنية في التحقيق، خصوصا في النهائي منه، لأن مراحل الدعوى الجزائية لم تكن مفصلة كما هو عليه الوضع الآن، وما يدل على أن الشريعة الإسلامية تميل إلى السرية في التحقيق أكثر منه إلى العلنية، هو منعها إشاعة التحقيق في الجرائم الخاصة بالأخلاق والآداب العامة تحت أي ظرف كان مصداقا لقوله تعالى: ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾⁽²⁾، وبالتالي فإن سرية التحقيق هي أساس التحقيق الابتدائي، وأن العلنية تكون خاصة بالمتهم والخصوم، لارتباطها أساسا بمبدأ أخلاقي هام في الشريعة الإسلامية هو " الستر"، وأن يتجه المسلم إلى ستر أخيه عند وقوع معصية منه، وفي ذلك إصلاح له لأن المعصية مفترضة في أي إنسان، مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: « لا يستر عبدا في الدنيا، إلا ستره الله يوم القيامة »⁽³⁾.

إن الستر أو السرية يكونان من وظيفة المسلم عندما يمارس الاتهام الفردي، بحيث يكون له الاختيار في التبليغ عن الجريمة من عدمه، لأن مقترفاها لن يفلت من العقاب الحقيقي وهو العقاب الأخروي، والسرية بالنسبة للشخص المعين من طرف الحاكم للقيام بوظيفة التحقيق أو القضاء، حفاظا على كرامة الأشخاص وسمعتهم، وبالتالي فإن كل من القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، قد مكنا

(1) انظر: البيهقي، (أبو بكر أحمد بن الحسين)، السنن الكبرى للبيهقي، كتاب السير، باب من رأى قسمة الأراضي المغنومة ومن لم يرها، ج 09، رقم الحديث 18387، مرجع سابق، ص 232.

(2) انظر: سورة النور الآية 19.

(3) انظر: مسلم، صحيح مسلم، كتاب البر والصلة، باب بشارة من ستر الله تعالى عليه في الدنيا، بأن يستر عليه في الآخرة، رقم الحديث 2590، مرجع سابق، ص 1132.

المتهم من حقه في المحافظة على كرامته أثناء التحقيق على أساس من البراءة لا الإدانة، إلى غاية صدور حكم حائز لحجية الشيء المقضي فيه يقضي بالإدانة، فتصبح العلنية الوسيلة الفعالة لتحقيق الغرض من العقوبة، سواء في القانون الوضعي عن طريق نشر الحكم، وتسجيله في صحيفة السوابق القضائية، أو تنفيذه على مرأى من الناس كما في الشريعة الإسلامية مصداقا لقوله تعالى: ﴿...وَلِيَشْهَدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾⁽¹⁾.

الفقرة الثانية

مبدأ التدوين.

التدوين أو الكتابة عامة، إجراء يشمل كل إجراءات التحقيق سواء أكانت أثناءه، أو عند الانتهاء منه، أو حتى قبل بدايته⁽²⁾، لأنه يقوم على فكرة حجية الإجراء على كل من صدر منه، أو كل من صدر في مواجهته، كما أنه الأساس الذي تبنى عليه نتائج التحقيق⁽³⁾، لأن المحضر الذي يحرره كاتب التحقيق يكون الوسيلة الوحيدة التي تثبت الإجراء المتخذ والظروف التي تم فيها، وبالتالي استبعاد طرق الإثبات الأخرى للإجراء الذي يقوم به قاضي التحقيق، والتي تتم بغير الكتابة⁽⁴⁾.

فبعد استقراءنا لمختلف التشريعات الوضعية، الداخلية منها⁽⁵⁾ والمحاكم الدولية⁽⁶⁾، نجدها تنص على ضرورة تدوين كل إجراءات التحقيق، الذي يجب أن يكون بمعرفة كاتب التحقيق، الذي يكون له إلى جانب تحرير محضر التحقيق، تصويب قاضي التحقيق إذا وقع في خطأ ما، أو حثه

(1) انظر: سورة النور الآية 02.

(2) انظر: أوهابيه (عبد الله)، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري (التحري والتحقيق)، مرجع سابق، ص 339.

(3) انظر: مصطفى (محمود)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 270.

(4) انظر: حسني (محمود نجيب)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 636.

(5) انظر مثلا: المادة : 73 من ق.إ.ج، ج المصري، والمادة : 38 ق. أص. مح.ج الأردني، والمادة: 85 و99 من ق. مسط المغربية، والفصل 53: من مج. إ. ج التونسية، والمادة: 81 من ق.إ.ج، ج الفرنسي.

(6) انظر: القاعدة 111 من وثيقة القواعد الإجرائية في الإثبات للمحكمة الجنائية الدولية التي نصت على " يفتح محضر للأقوال الرسمية التي يدلي بها أي شخص يجرى استجوابه في إطار تحقيق أو إجراءات قضائية. ويوقع المحضر مسجل الاستجواب، وموجه الاستجواب، والشخص المستجوب ومحاميه إذا كان حاضرا، والمدعي العام أو القاضي الحاضر، حيثما ينطبق ذلك. ويدون في المحضر تاريخ الاستجواب ووقته ومكانه، وأسماء جميع الحاضرين أثناء إجرائه، ويدون المحضر أيضا امتناع أي شخص عن التوقيع والأسباب التي دعت إلى ذلك - عند قيام المدعي العام أو السلطات الوطنية باستجواب شخص ما، يتعين إيلاء المراعاة الواجبة للمادة 55. ويدون في المحضر أن الشخص أبلغ بحقوقه بموجب المادة 02/55، بعد إبلاغه بهذه المعلومات "

على تدوين أقوال، أو شهادات بغير المعنى الذي قصدته صاحبها، كل هذا حتى يتفرغ قاضي التحقيق للتحقيق، ومناقشة المتهم وأطراف الدعوى، مما يسهل عليه تكوين عقيدة سليمة حول القضية، التي يبنى عليها الحكم القضائي الذي سيتخذه فيما بعد (1)، على أن يكون التدوين معاصرا للإجراء المتخذ، فإذا لم يكن كذلك فإنه يعد شفها حتى في حالة تحريره في محضر فيما بعد (2)، لذلك نجد أغلب التشريعات اشترطت ضرورة اصطحاب قاضي التحقيق للكاتب عند إجراء التحقيق، تحت طائلة بطلانه عند غيابه، كما يجب يكون المحضر مستوفيا لكافة الشروط الشكلية اللازمة، وخصوصا توقيع الكاتب، وقاضي التحقيق، والشاهد عليه، وعلى كل شطب أو تخريج، وإلا اعتبرت لاغية وفقا لنص المادة 95 من ق.إ.ج.ج.

كل هذا يمكن استخلاصه من المادة 68 / ف 02 و 03 من ق.إ.ج.ج. ، ويستوي في ذلك أن يكون الإجراء محرر في محضر واحد، أو عدة محاضر، سواء من كاتب التحقيق المختص، أو كاتب آخر استدعت الضرورة انتدابه من طرف قاضي التحقيق، والذي غالبا ما يكون أحد ضباط الشرطة القضائية بعد تحليفه اليمين على أن يثبت ذلك في المحضر (3)، على أن يحزر هذا المحضر باللغة العربية، حتى وإن أدلى الخصوم بأقوالهم بالعامية، أو بلغة أخرى وإذا كان أحدهم لا يفهم اللغة العربية استعان قاضي التحقيق بمترجم للقيام بذلك بعد تحليفه اليمين وفقا للمادة 94 من ق.إ.ج.ج.

ورغم ما للتدوين من أهمية في إثبات إجراءات التحقيق، فإن قاضي التحقيق ملزم بتحرير محاضر بالإجراءات التي يقوم بها في الحالات التي تستلزم ذلك كسماع الشهود، واستجواب المتهم، وإجراء المعاينة، أما الإجراءات الأخرى كالأوامر الخاصة بالحبس المؤقت، والقبض، والتفتيش، فلا تتطلب لذلك محاضر (4). فالعلة من التدوين عند اتصال قاضي التحقيق بأشخاص الدعوى سواء أكانوا متهمين، أو ضحايا، أو شهود، أو بمسرحها عند إجراء المعاينات اللازمة هو إثبات ما يدلون به من أقوال، وما يقدمونه من طلبات، أو ما يضبط بمسرح الجريمة، حسب نصوص المواد 79، 90، 106 من ق.إ.ج.ج. (5) حتى يستطيع تكوين عقيدة صحيحة عن التهمة، الشيء الذي يكون له بالغ الأثر على وضعية الملف بعد انتهاء التحقيق.

(1) انظر: أوهابيه (عبد الله)، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري (التحري والتحقيق)، المرجع السابق، ص 340

(2) انظر: سلامة (أمون محمد)، قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض طبقا لأحدث التعديلات والأحكام، ج 01،

مرجع سابق، ص 410.

(3) انظر: المرصفاوي (حسن صادق)، المرصفاوي في المحقق الجنائي، مرجع سابق، ص 95.

(4) انظر: مصطفى (محمود)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 271.

(5) انظر مثلا: المادة: 90 و 111 من ق.إ.ج.ج. المصري، 30 و 32 ق. أص. مج.ج. الأردني، والمادة 99 و 100 من ق. مسط

المغربية، والفصل 81 و 96 من مج. إ. ج. التونسية، والمادة: 92 و 113 من ق.إ.ج.ج. الفرنسي.

إن هذه الإجراءات لا تتم إلا بوجود أطراف الدعوى، وخصوصا المتهم، كما لا تتم إلا بتحصيل وسائل ارتكاب الجريمة، وكيفية تنفيذها عند إجراء المعاينة، لذلك وتفايدا لحدوث اضطراب في التحقيق في هذه الحالات إستلزم المشرع " التدوين" كشرط أساسي يترتب عليه بطلان الإجراء الذي يفترق له، غير أن الإجراءات التي يتخذها قاضي التحقيق وفقا لقناعته الشخصية، ووفقا لضرورات التحقيق، فإنها لا تستلزم تحرير محضر بشأنها، ومن ثم فإن حق المتهم في الدفاع فيما يخص التدوين محمي بالأقوال المدونة على المحاضر بالنسبة للإجراءات التي تتطلب ذلك، وبالطعن بالاستئناف في الأوامر التي لا تتطلب ذلك " كالأمر بالحبس المؤقت".

كما يعتبر التدوين الحالة التي يتجلى فيها حياد قاضي التحقيق ومصادقية عمله، من خلال الرجوع إلى المحاضر المحررة سواء من طرف المتهم أو من طرف محاميه، الشيء الذي يمكنه من إعداد دفاعه بالطريقة التي تمكنه من درء التهمة عن نفسه، كما يعطي التدوين لإجراءات التحقيق صفة الثبات والوضوح، الذين يغلقان الباب أمام التلاعب في التصريحات من طرف أطراف الدعوى الجزائية، ويمكن قاضي التحقيق من المضي في التحقيق وفقا لسلطته التقديرية.

أما في الشريعة الإسلامية فيمكن إدراك أهمية التدوين كأداة لحفظ الحقوق من خلال آية المداينة - أطول آية في القرآن الكريم - (1) التي تحت على ضرورة الكتابة والتوثيق في المعاملات المؤجلة، ليكون ذلك أحفظ لمقارها وميقاتها في قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ... ﴾، وتحقيقا للعدالة في المعاملة، وإثباتا التصرف، ودفاعا للشك في قوله تعالى: ﴿... ذَلِكَمْ أَفْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا... ﴾، كما حددت هذه الآية الشروط اللازمة التي يجب أن تتوفر في الكاتب وهي نفس الشروط التي يجب أن تتوفر في القاضي، وأهمها جميعا العدالة في قوله تعالى: ﴿... وَيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ... ﴾، بأن يكون أمينا (محايدا) عند الكتابة لا يخس من يملل عليه من حقه شيئا في قوله تعالى: ﴿... وَيُؤْمِلُ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَيُؤْتِقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا... ﴾، وأن يكون معينا للذي لا يستطيع أن يوثق حقه كالمحجور عليه والقاصر، على أن يقوم بذلك بحضور وليه بالعدل: ﴿... فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُؤْمِلَ هُوَ فَلْيُؤْمِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ... ﴾ (2)، ونظرا لما للكاتب من أهمية في تحقيق مصادقية الإجراء أن الله سبحانه وتعالى وصف الملائكة الذين يكتبون أعمال الناس في الدنيا بالكرام الكاتبين في قوله: ﴿ كِرَامًا كَاتِبِينَ * يَعْلَمُونَ مَا تَفْعَلُونَ * ﴾ (3).

(1) انظر: سورة البقرة الآية 282.

(2) انظر: الصابوني (محمد علي)، صفة التفسير، ج 01، مرجع سابق، ص ص 161، 162.

(3) انظر: سورة الانفطار الآيتين 11، 12.

كما أن هناك العديد من الوقائع في السيرة النبوية تظهر ما للتدوين من أهمية في إثبات الوقائع دون تحريف، ولعل أهمها واقعة صلح الحديبية، والحوار الذي دار بين الرسول صلى الله عليه وسلم، وبين سهيل بن عمرو مبعوث قريش، حول شروط الصلح بين الرسول صلى الله عليه وسلم وقريش⁽¹⁾، وكذلك مكاتبه صلى الله عليه وسلم، لملوك وأمراء العالم كالنجاشي ملك الحبشة، والمقوقس ملك مصر، وكسرى ملك فارس، وقيصر ملك الروم، والمنذر بن ساوي حاكم البحرين، وهوذة بن علي صاحب اليمامة، والحارث بن أبي شمر الغساني صاحب اليمن، وجيفر ملك عمان، يدعوهم إلى الإسلام⁽²⁾، وقد كانت الشرائع السابقة عن الشريعة الإسلامية تأخذ بالكتابة والتدوين كوسيلة أساسية للتعامل وإثبات الحقوق، ويمكن أن نستنتج ذلك من خلال رسالة سيدنا سليمان عليه السلام للملكة بلقيس وقومها، في قوله للهدهد عندما أرسله لها رسولا يدعوها إلى الإسلام في قوله تعالى: ﴿ اذْهَبْ بِكِتَابِي هَذَا فَأَلِّقْهُ إِلَيْهِمْ ثُمَّ تَوَلَّ عَنْهُمْ فَانظُرْ مَاذَا يَرْجِعُونَ ﴾⁽³⁾.

وقد عدد ابن خلدون فوائد التدوين والكتابة في قوله: « إذ الكتابة من خواص الإنسان التي يتميز بها عن الحيوان، وأيضا فهي تطلعه على ما في الضمائر، وتؤدي بها الأغراض في البلاد البعيدة، فتتقضى بها الحاجات »⁽⁴⁾، وفي هذا يقول بن قيم الجوزية: « ولم تنزل الأمة تعمل بالكتب قديما وحديثا، وأجمع الصحابة على العمل بالكتب، وكذلك الخلفاء بعدهم، وليس اعتماد الناس في العلم إلا على الكتب، فإن لم يعمل بما فيها تعطلت الشريعة، وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم، يكتب كتبه إلى الآفاق والنواحي فيعمل بها من وصلت إليه، ولا يقول: هذا كتاب، وكذلك خلفاؤه بعده، والناس إلى اليوم »⁽⁵⁾، ولعل تعبير بن القيم الجوزية قد لخص إلى أهمية الكتابة والتدوين في ضمان ثبات سائر التصرفات المالية والعقود الشرعية، التي تنصرف أساسا لحقوق الأفراد ومصالحهم، مما يعني أن أهميتها تكون أكبر عندما يتعلق الأمر بتطبيق حدا من الحدود، أو قصاصا، أو تعزيرا، وذلك عند اتهام شخص ما بالاعتداء على مصلحة من المصالح المعتمدة شرعا، الذي لا يكون إلا بإتباع أسلوب التثبت، المؤسس على تدوين جميع إجراءات التحقيق، التي لا يمكن مراجعتها من طرف قاضي التحقيق، أو الإطلاع عليها من طرف المتهم، إلا إذا كانت مدونة، كما يمكن من خلال التدوين الوقوف على تناقض الشاهد وإدراك زور شهادته.

(1) انظر: في هذا الخصوص: بن هشام (أبو محمد عبد الملك بن أيوب)، السيرة النبوية، مرجع سابق، ص 523.

(2) انظر: المباركفوري (صفي الرحمن)، الرحيق المختوم (بحث في سيرة النبوية)، مرجع سابق، ص 320 وما بعدها.

(3) انظر: سورة النمل الآية 538.

(4) انظر: ابن خلدون (عبد الرحمن أبو زيد ولي الدين)، ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن

الأكثر، المعروف ب "مقدمة ابن خلدون"، مرجع سابق، ص 422.

(5) انظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج 02، مرجع سابق، ص 97.

ويمكن تلخيص فوائد التدوين، في أن المحاضر المدونة في التحقيق تصبح حجة على جميع أطراف الدعوى سواء أكانوا متهمين، أو قضاة، أو شهود، كما تصبح وسيلة استرشادية لكل طرف من أطراف الدعوى، لأنه يتم من خلالها تحديد الأشياء المضبوطة، سواء تلك التي رفعت من مسرح الجريمة، أو تلك التي حصلت من خلال التفتيش، كما تساعد المتهم ومحاميه في الوصول إلى التحديد الدقيق للطلبات والدفع، وبالتالي مراقبة مدى شرعية الإجراءات، وحتى تكون المحاضر محررة بطريقة سليمة، وتضمن احتوائها على إجراءات شرعية، لا بد وأن يلتزم قاضي التحقيق بمبادئ خاصة بتهيئة التحقيق، يكون لها الأثر الفعال في ضمان فعالية وسرعة المحاكمة، الأمر الذي سنقوم بتحليله في الفرع التالي.

الفرع الثاني

المبادئ الخاصة بتهيئة التحقيق.

تمثل هذه المبادئ قلب التحقيق الابتدائي، فمن خلالها يمكن معرفة فيما إذا كانت التحقيق فعّالا، في الوصول إلى الحقيقة أم لا؟ فهي التي تتكرس من خلالها مقومات المحاكمة السريعة المبنية على التدخل الضروري والمناسب، من أجل الوصول إلى الحقيقة في أقصر وقت وبأقل جهد، وهذه المبادئ هي:

الفقرة الأولى

مبدأ الإسراع في التحقيق.

يرتبط مبدأ الإسراع في التحقيق بمبدأ محاكمة المتهم في مدة معقولة، وبمدى قدرة قاضي التحقيق على إنهاء التحقيق في المدة اللازمة من دون إسراف في الإجراءات، فمبدأ الإسراع في التحقيق إذن هو المجال الذي تتجلى فيه مختلف الصفات التي يجب أن يتحلّى بها قاضي التحقيق، والمرتبطة أساسا بالطبيعة التي تتميز بها الإجراءات الجزائية، وهي السرعة في التنفيذ، واختيار القرار المناسب في الوقت المناسب، عندما يصل إليه الطلب الافتتاحي لإجراء التحقيق في جريمة وقعت.

هذا الإسراع الذي يمكن أن الوقوف عليه من خلال السلطات التي حولها القانون لقاضي التحقيق عند البحث على الحقيقة، والتي تتمثل في تحديد الاختصاص وتفويضه، فالتحقيق القضائي

المتوازن هو ذلك التحقيق الذي يشمل كل جوانب الواقعة محل التحقيق، من أشخاص، وأماكن، وأشياء⁽¹⁾، لذلك نجد المشرع قد حدد اختصاص قاضي التحقيق تبعاً لهذه العناصر، فيرتبط بالأشخاص المتهمين كافة، لأن البحث عن الحقيقة لا يتجزأ من حيث المبدأ، بالرغم من وجود بعض الفئات مستثناة من اختصاص قاضي التحقيق، إما بسبب السن أو الوظيفة، وهذا يعني أن اختصاص قاضي التحقيق محدد بالأشخاص العاديين الذين يكونون متهمين بارتكاب جرائم منصوص عليها في قانون العقوبات⁽²⁾.

أما بالنسبة للاختصاص المحلي، فإن قاضي التحقيق يتحدد اختصاصه بدائرة المحكمة التي يباشر فيها وظائفه، مع العلم أنه يجوز تمديد اختصاصه استثناءً إلى محاكم أخرى بموجب قرار وزاري حسب ضرورات التحقيق، أو إذا كان متعلقاً بجريمة من الجرائم الخاصة وهي: « جرائم المخدرات، والجريمة المنظمة عبر الحدود، والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، وجرائم تبييض الأموال، والإرهاب، والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف»، وفقاً لنص المادة 40 من ق.إ.ج.ج، كما يمكن أن يكون اختصاصه وطنياً كالانتقال للتفتيش والمعاينة، بعد إخطار وكيل الجمهورية للمحكمة التي سينتقل إليها وفقاً للمادة 80 من ق.إ.ج.ج، كما يعقد له الاختصاص كذلك بمكان المقر الاجتماعي للشخص المعنوي إذا كان متهماً وفقاً لنص المادة 65 مكرر من ق.إ.ج.ج.

أما بالنسبة للاختصاص النوعي فإنه مختص في كل جريمة منصوص عليها في قانون العقوبات والقوانين المكملة له، على أن هذا الاختصاص يكون قائماً أساساً على جسامه الجريمة فيكون إجباري في الجنايات، واختياري في الجنح، واستثنائي في المخالفات، المرتبط أساساً بملاءمة النيابة العامة للاتهام.

فتحديد الاختصاص يعمل على مساعدة قاضي التحقيق في عدم تضييع الوقت في البحث في اختصاصه من عدمه، فيتجه مباشرة إلى ممارسته، وذلك بالتركيز على تحضير الدعوى لإمكانية

(1) انظر: عبد الفتاح (مراد)، شرح التحقيق الجنائي التطبيقي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، (د.ت)، ص 49.

(2) انظر: في هذا الخصوص بالنسبة للأحداث المواد: (442، 452، 494 من ق.إ.ج.ج)، والعسكريون: المادة (25 من ق. قض.عس)، وضباط الشرطة القضائية: المادة (577 من ق.إ.ج.ج)، وقضاة المحاكم: المادة (576 من ق.إ.ج.ج)، وقضاة المجالس ورؤساء المحاكم ووكلاء الجمهورية: (575)، وأعضاء الحكومة والولاة وقضاة المحكمة العليا ورؤساء المجالس القضائية والنواب العامون: المادة (573 من ق.إ.ج.ج)، ونواب الهيئة: ترفع عنهم الحصانة طبقاً للمواد (109، 110، 111) من دستور 1996، والتي تقاها - بنفس الصياغة - المواد (126، 127، 128) من التعديل الدستوري الصادر 2016، ورئيس الدولة ورئيس الحكومة: تختص المحكمة العليا للدولة بمساعدة رئيس الجمهورية في حالة الخيانة العظمى، وبمسألة رئيس الحكومة عن الجنايات والجنح التي ارتكبها بمناسبة تأديته وظيفته، وموظفو السفارات الأجنبية فيتمتعون بالحصانة الدبلوماسية استناداً لاتفاقيات فيينا الصادرة بتاريخ: 1961/04/18 و 1963/04/24، اللتان صادقت عليهما الجزائر بموجب المرسوم رقم 84/64 المؤرخ في 04/03/1994، ج.ر، 1964، ع 29.

عرضها على جهة الحكم دون تغليب مصلحة على مصلحة أخرى، والقيام في سبيل ذلك بالإنبات القضائية في الإجراءات التي لا يستطيع أن يقوم بها بنفسه وفقا للمادة 68 من ق.إ.ج.ج، ضمن الشروط المحددة في المواد من 138 إلى 142 من ق.إ.ج.ج، على أن تكون هذه الإنابة صادرة منه، وأن تكون خاصة بإجراء معين، وأن لا تكون في الاستجواب والمواجهة إذا كان الشخص المناب ضابط شرطة قضائية، وأن ترسل جميع المحاضر المتعلقة بموضوع الإنابة إلى قاضي التحقيق الذي يقوم بمراجعتها⁽¹⁾.

فمن خلال ما تقدم، يمكن اعتبار تحديد الاختصاص وتفويضه من الصور التطبيقية للتعامل مع التهمة على أنها وضع طارئ يدخل على حالة الشخص، وليس وضعه الطبيعي قبل التهمة، على أساس أن الوضع الأصيل وهو البراءة، هذا الوضع الذي من الممكن أن يفتتح به قاضي التحقيق أثناء التحقيق فيصدر أمرا بأن لا وجه للمتابعة.

الفقرة الثانية

عدم إطالة الاستجواب.

يرتبط الاستجواب ككل إجراء يقوم به قاضي التحقيق بحنكة وتجربة هذا الأخير في إجراء التحقيق، الذي يقوم على الترتيب المنطقي لوقائع الحادث ترتيبا فعليا وواقعا، بحيث تكون الأسئلة التي سيطرحها قاضي التحقيق على المتهم مرتبة وفقا لتلك الوقائع⁽²⁾. فاستنادا على السرعة التي تتميز بها الإجراءات الجزائية، وحفاظا على الحريات العامة وأصل البراءة، فإن الأسئلة التي يطرحها قاضي التحقيق على المتهم يجب أن تكون مختصرة، وواضحة، وبلغة يفهما المتهم، بمعنى أن قاضي التحقيق وتقاديا لإطالة الاستجواب يجب أن يتأكد قبل البدء فيه من اللغة التي يتكلم بها المتهم، فإذا كان لا يجيد لغة التحقيق عين له مترجم، ثم يبدأ في المناقشة التفصيلية للمتهم، التي تعتبر العنصر الجوهري الذي ينفرد به الاستجواب عن باقي إجراءات جمع الأدلة الأخرى⁽³⁾.

مع العلم أن قوانين الإجراءات الجزائية، ومنها القانون الجزائري لم تحدد المعيار الواجب اتباعه في تحديد المدة الضرورية لإجراء الاستجواب دون إطالة فيه، من ثم فهي مسألة متروكة

(1) انظر: أوهابيه (عبد الله)، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري (البحث والتحري)، مرجع سابق ص 390 وما بعدها.

(2) انظر: عبد الفتاح (مراد)، التحقيق الجنائي التطبيقي، المرجع السابق، ص 419.

(3) انظر: عبد الفتاح (مراد)، التحقيق الجنائي التطبيقي، المرجع السابق، ص 420.

للسلطة التقديرية لقاضي التحقيق يخضع فيها لتقدير محكمة الموضوع⁽¹⁾، وبالتالي فإن معيار تقدير إطالة الاستجواب من عدمه أثناء التحقيق مرتبط أساساً بالتأثير على إرادة المتهم ودفعه للإدلاء بأقوال قد تضر بمصلحته في الدعوى، لذلك لا بد وأن يتمتع بحرية الاختيار، وأن لا يطلب منه القيام بأي عمل إجرائي إلا إذا كان واعياً، وليس المعيار في ذلك زمنياً، وإنما ذاتياً خاص بقدرة كل شخص على التحمل، فهو إذن مجرد شعور الشخص بالإرهاق من الاستجواب يجعل هذا الأخير مطولاً، لذلك أوصت اللجنة الدولية للمسائل الجنائية، بتحريم إخضاع المتهم لاستجواب مطول دون السماح له بالراحة والتغذية الطبيعية⁽²⁾.

فبعدما تغيرت وظيفة التحقيق من الحصول على اعترافات المتهمين بأية طريقة كانت، كما كان في عهد النظام التنقيبي، إلى البحث عن " الحقيقة الحقة " بغض النظر عن نسبة الجريمة للمتهم من عدمها، بحيث أصبح قاضي التحقيق مرتبط في الاستجواب بضرورة تحقق مصلحتين هامتين وهما: " ضمان المصلحة العامة بإتخاذ إجراءات سريعة ومتأنية، وإعطاء الفرصة للمتهم من أجل تنظيم دفاعه " ⁽³⁾، فيقتضي الإسراع في التحقيق في هذه الحالة من طرف قاضي التحقيق إذن، التقدير الملاءم لوقت إجراء الاستجواب، لأن المتفق عليه في جميع القوانين الإجرائية أن قاضي التحقيق غير ملزم بترتيب معين لإجراءات التحقيق⁽⁴⁾، والذي يمكن استنتاجه من المادة 68 من ق.إ.ج.ج التي تنص على أن: « يقوم قاضي التحقيق وفقاً للقانون، باتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة، بالتحري عن أدلة الاتهام وأدلة النفي »

ومهما كان الترتيب الذي سيكون فيه الاستجواب فقد اتفقت معظم القوانين الوضعية⁽⁵⁾ على ضرورة الإسراع في استجواب المتهم، ومنه المشرع الجزائري الذي قرر إلزامية استجواب المتهم الصادر في حقه أمر الاحضار، أو الايداع، أو القبض، قبل أن يودع في المؤسسة العقابية، وأستثناءً دون استجواب على أن لا تتجاوز المدة 48 ساعة وإلا أعتبر حبسه تعسفياً⁽⁶⁾.

(1) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق ص 521.

(2) انظر: الملا (سامي صادق)، اعتراف المتهم، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 148.

(3) « L'intérêt social voudrait une procédure rapide, mais une certaine prudence est nécessaire car il faut laisser à la personne poursuivie la possibilité d'organiser sa défense ». BOULOC (B) – MATSOPOULOU (H) : Droit pénal général et procédure pénale, op, cit, P 201.

(4) انظر: سلامة (مأمون محمد)، قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض طبقاً لأحدث التعديلات والأحكام، ج01، مرجع سابق، ص 486.

(5) انظر مثلاً: المادة: 131 من ق.إ.ج.ج المصري، 63 من ق.أص.ج.ج الأردني، والمادة: 148 من ق. مسط المغربية، والفصل 79: من مج. إ. ج التونسية، والمادة: 64 من ق.إ.ج.ج الفرنسي.

(6) انظر المواد: 112، 118، 121 من ق.إ.ج.ج.

أما في الشريعة الإسلامية فيمكن أن نستدل على الإسراع في الاستجواب، وعدم إطالته من حديث الذي رواه علقمة بن وائل عن أبيه، الذي كان قاعدا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إذ جاءه رجل يقود آخر **بنسغة** ⁽¹⁾، فقال يا رسول الله إن هذا قتل أخي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: **« أقتلته؟ »** فقال: إن لم يعترف أقمت عليه البينة، قال: نعم قتلتته، قال: **« كيف قتلتته؟ »** قال: كنت أنا وهو نحتطب من شجرة، فسبني فأغضبني، فضربتته بالفأس على قرنه فقتلته، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: **« هل لك من شئ تؤديه عن نفسك؟ »** قال: مالي مال إلا كسائي وفأسي، قال: **« فترى قومك يشترونك؟ »** قال: أنا أهون على قومي من ذلك، فرمى إليه بنسعته، وقال: **« دونك صاحبك »**، فانطلق به الرجل، فلما ولى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: **« إن قتله فهو مثله »** فرجع، فقال يارسول الله بلغني أنك قلت: **« إن قتله فهو مثله »** وأخذته بأمرك، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: **« أما تريد أن ييؤ بإثمك وإثم صاحبك؟ »** قال: يا نبي الله لعله قال بلى، قال: **« فإن ذاك كذاك »**، قال: فرمى بنسعته وخلي سبيله ⁽²⁾.

صحيح أن هذا الحديث يستفاد منه الطريقة المثلى التي كان الرسول صلى الله عليه وسلم يستعملها عند استجواب المتهمين، والتي سنتعرض لها بشيء من التفصيل في الفرع الموالي عند الحديث عن حدود قاضي التحقيق عند استجواب المتهم، ولكن الشيء الملفت للانتباه، والذي يعبر عن السرعة في الاستجواب هو دخول الرسول صلى الله عليه وسلم مباشرة في التهمة، وبأقل العبارات الممكنة في التعبير عن حقيقة الواقعة، حتى لا يطيل الاستجواب في قوله صلى الله عليه وسلم: **« أقتلته »**، وبعد إجابة المتهم مباشرة، وجه له الرسول صلى الله عليه وسلم سؤال يحمل نفس مواصفات السؤال الأول عن سبب القتل: **« لماذا قتلتته »**، وبعد المتهم مرة أخرى، واصل الرسول صلى الله عليه وسلم استجوابه عن كيفية قتله بسؤال الثالث لا يختلف عن الأسئلة الأخرى وهو: **« كيف قتلتته »**.

ف نجد أن هذا الحديث جامع لكل موجبات التحقيق مهما كانت جسامة الجريمة، فأى تحقيق لا يخرج عن السؤال عن " التهمة الموجهة للمتهم، وسبب ارتكابها، وكيفية تنفيذها "، فإذا التزم محقق بهذه الأطر الثلاث فإنه لن يطيل الاستجواب مها كانت الجريمة معقدة، ويصل بالتحقيق إلى الهدف المنشود، لذلك لا يجب على المحقق أن يقف على ظاهر دعوى المدعي المدني أو اتهام النيابة العامة، فيجاري الأول في شكواه، والثانية في تكييفها، فلا بد عليه إذن أن يتسم بالواقعية، ويجعل

(1) النسغة وهي: وهي غرز الشيء بالشيء، أو غرز اليد بالإبرة، ونسغت الواشمة بالإبرة نسغا، ويقولون إنتسغت الإبل أي تفرقت في مراعيها، ونسغت اللبن بالماء أي مذقته، ونسغاه بالسوط أي نخسه، والنسغ ماء يخرج من الشجرة إذا قطعت، انظر: الفيروز آبادي، القاموس المحيط باب العين، فصل النون، مادة نسغه، مرجع سابق، ص 1013، انظر كذلك: أحمد بن فارس، مقاييس اللغة، كتاب النون، مادة نسغ، مرجع سابق، ص 895.

(2) انظر: مسلم، صحيح مسلم، كتاب القسامة والمحاربين، باب صحة الإقرار بالقتل وتمكين ولي القتل من القصاص، واستحباب طلب العفو منه، رقم الحديث 4378، مرجع سابق، ص 744.

الوقوف على آثار الجريمة عن كثب أساس القناعة التي سينتهي إليها، كلما رأي ضرورة لذلك خصوصا في الجرائم الخطيرة.

الفرع الثالث

الانتقال إلى مسرح الجريمة.

تقتضي ظروف التحقيق في بعض الأحيان ضرورة إنتقال قاضي التحقيق إلى مسرح الجريمة للقيام بالمعاينات اللازمة لمخلفاتها، والأشخاص المتصلين بها متهمين كانوا أو شهودا. هذا الانتقال الذي يجب أن يكون سريعا، ومحدد الأهداف، ومرتبيا أساسا بخصوصية الوقائع المرتكبة، وكيفية تنفيذها، في ظل تطور الظاهرة الاجرامية، وتنوع أساليبها، التي قد يندفع بها قاضي التحقيق فيوجه تحقيقه نحو شخص لا علاقة بالجريمة إلا صدفة، الأمر الذي يجعل من إنتقاله كافشا للكثير من الأمور التي قد تنحجب عنه في حالة ما إذا ركز في تحقيقه على الملف المحول إليه بعد وقوع الوقائع.

الفقرة الأولى

الإسراع في الانتقال إلى مسرح الجريمة.

يمثل انتقال قاضي التحقيق إلى مكان وقوع الجريمة، الشق الثاني من أعماله، التي تكون بالضرورة خارج مكتبه ليشاهد بنفسه ويجمع الآثار المتعلقة بها، وكيفية وقوعها، وطريقة تنفيذها، وكذلك جمع الأشياء التي تفيد في الكشف عن الحقيقة التي تخبئها⁽¹⁾، هذا الانتقال الذي يكون أسرع من طرف الضبطية القضائية، لاحترافيتها في هذا المجال، ولامتلاكها كل الوسائل التي تمكنها من المحافظة آثار الجريمة، وحالة الأماكن التي كانت عليها عند ارتكابها⁽²⁾، لذلك نجد المشرع قد أجاز لقاضي التحقيق إنابته عنه في هذا الإجراء بالذات، خصوصا وأنه محظور عليها " استجواب المتهم، أو مواجهته بغيره من المتهمين، أو الضحية، أو سماع أقوال المدعي المدني حسب المادة 139 من ق.إ.ج.ج "، لأنها تمتلك الخبرة اللازمة لذلك بموجب مهمتها الاستثنائية في حالة التلبس⁽³⁾، التي

(1) انظر: سلامة (مأمون محمد)، قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض طبقا لأحدث التعديلات والأحكام، ج01، مرجع سابق، ص 434.

(2) انظر: بهنام (رمسيس)، الإجراءات الجنائية تحليلا وتأصيلا، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1984، ص564.

(3) انظر: حدد المشرع الجزائري حالات التلبس في نص المادة 41 من ق.إ.ج.ج، والتي تتطابق إلى حد بعيد مع ما جاء به المشرع الفرنسي في نص المادة 53 من ق.إ.ج.ف والذي أضاف حالات أخرى اعتبرها تدخل حكما في حالة التلبس وهي " وجود جثة

نصت عليها المادة 41 من ق.إ.ج.ج. هذه الحالة التي جعلها المشرع الجزائري ظرف يتعلق بالجريمة لا المجرم، بالنظر إلى عبارة " توصف الجناية أو الجنحة بأنها متلبس بها "، وهو اتجاه منطقي على أساس أن الجريمة قد تكون متلبسا بها دون معرفة مقترفها (1).

إن الإجراءات التي تقوم بها الضبطية القضائية في هذه الحالة من الإجراءات الوجوبية التي ألزمها المشرع بها، بحيث يجب على ضابط الشرطة القضائية بموجب المادة 42 من ق.إ.ج.ج، المبلغ بجناية أو جنحة متلبس بها أن يخطر وكيل الجمهورية، ثم ينتقل على الفور لمكان وقوع الجريمة لمعاينتها، والمحافظة على معالمها، لأن التعدي على هذه الأخيرة، يدخل في دائرة الأفعال الهادفة لطمس آثار الجريمة وفقا لنص 43 من ق.إ.ج.ج، لذلك فإن معرفة ضباط الضبطية القضائية للأشخاص المؤهلين لإجراء المعاينات اللازمة، هي معرفة تجريبية، وليست قانونية فحسب، تمكنهم من إجراء المعاينة المفيدة في الكشف عن الحقيقة في إطار نص المادة 49 من ق.إ.ج.ج بعد أدائهم لليمين القانونية، من أجل ضبط الأشياء المتحصل عليها من الجريمة على طبيعتها الحقيقية، وكيفية القيام بذلك عن طريق وضعها في أكياس وأحراز، لعرضها على المشتبه فيه ويسجلون كل الملاحظات عليها (2)، وذلك لتمتعهم بالقدرة الفائقة على سماع الأشخاص الذين ترى في سماعهم ما يفيد في كشف الحقيقة وقت ارتكاب الجريمة لأنهم أول من يصل إلى مكان الحادث، ولكن دون تحلفيهم اليمين، أو اجبارهم على الكلام، على أن ترفع يد الضبطية القضائية بوصول وكيل الجمهورية لمكان الحادث، الذي يكون له سلطة استكمال الإجراءات، أو تكليف ضابط الشرطة القضائية بمواصلتها وفقا للمادة 56 من ق.إ.ج.ج (3).

الفقرة الثانية

القتيل، والإصابة الخطيرة للمجني عليه في نص المادة 74، وحالة الاختطاف أو الاختفاء، وفرار الجناة في المواد من 56 إلى 62.

وانظر كذلك: RENAULT BRAHINSKY (C) : Procédure pénale, op, cit P112

(1) انظر: محدة (محمد)، ضمانات المشتبه أثناء التحريات الأولية، ج2، مرجع سابق، ص 158.

(2) انظر مثلا: المادة: 56 من ق.إ.ج.ج. المصري، والمادة: 32 من ق. أص. مج.ج. الأردني، والمادة: 104 من ق. مسط المغربية، والفصل: 97 من مج. إ. ج. التونسية، والمادة: 56 من ق.إ.ج.ج. الفرنسي.

(3) إن القول بأن قاضي التحقيق ينيب ضابط الشرطة القضائية في هذا الإجراء بالذات له ما يبرره على أساس أن الضبطية القضائية وفي إطار ملاحقة المجرمين اليومية، تكتسب الخبرة اللازمة في إجراء المعاينات المختلفة، وذلك لتكرار العملية بالنسبة إليها، خصوصا في الوقت الحاضر أين أصبحت الجريمة الحالة العادية المصاحبة لحياة المجتمع، بكثرة أنواعها وشدة تعقيداتها.

أهداف الإسراع في الانتقال إلى مسرح الجريمة.

رغم ما للضبطية القضائية من حنكة في التعامل مع مسرح الجريمة، إلا أن ذلك لا يمنع قاضي التحقيق من ممارسة سلطته في الانتقال إليه، من أجل إعادة المعاينات أو إجراء أخرى، لأنه وبعد اتصاله بالدعوى موضوع الجريمة عن طريق الطلب الافتتاحي لوكيل الجمهورية بإجراء التحقيق، تكون سلطاته واسعة في ذلك، وفقا لنص المادة 68 من ق.إ.ج.ج، كما أن مرحلة التحقيق تختلف في هدفها عن مرحلة البحث والتحري، فإذا كان هدف الأخيرة هو جمع الأدلة، فإن هدف الأولى هو تمحيصها، لذلك اتفقت معظم التشريعات الوضعية منها⁽¹⁾، والدولية⁽²⁾ على أن انتقال القائم بالتحقيق إلى مكان وقوع الجريمة يلعب دورا فعّالا في الكشف عن الحقيقة، لأنه وفقا لنص المادة 79 من ق.إ.ج.ج، فإن الانتقال يشمل تحقيق ثلاثة أهداف رئيسية من أجل ضمان فعالية التحقيق وهي: المعاينة (المادية والشخصية)، وإجراء الخبرة، وسرعة سماع الشهود.

فالمعاينة، تعني إثبات حالة الأشخاص، والأشياء، والأمكنة ذات الصلة بالجريمة⁽³⁾، فقد تكون شخصية أو عينية حسب كل جريمة، فالمعاينة الشخصية كفحص جثة القتيل وما بها من آثار ناتجة عن الضربات، والطعنات، ومدى مقاومته للاعتداء، والمعاينة العينية تتعلق بالأشياء، والأدوات الموجودة بمكان الحادث⁽⁴⁾. تهدف كلها إلى تمكين قاضي التحقيق من الإحاطة الكاملة بوقائع الجريمة المنسوبة إلى المتهم، وبالتالي نفيها أو إثباتها في حقه، لذلك وحتى تكون هذه المعاينة محققة لغرض إنتقال قاضي التحقيق إلى مسرح الجريمة، فلا بد أن تشتمل على نوعي المعاينة وهما: " المادية والشخصية".

فالمعاينة المادية أو هي المعاينة العينية، والتي تتمثل في سعي قاضي التحقيق لتكوين صورة واقعية عن الجريمة من خلال الولوج في مسرحها، بهدف المحافظة على أدلتها المتوفرة، من

(1) انظر مثلا: المادة:90 من ق.إ.ج.ج المصري، والمادة 32 من ق.أص. مح.ج الأردني، والمادة 100 من ق. مسط المغربية، والفصل: 53 من مج. إ. ج التونسية، والمادة: 92 من ق.إ.ج.ج الفرنسي.

(2) نصت الفقرة (ج) من المادة 54 من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فيما يخص واجبات وسلطات المدعي العام الخاصة بالتحقيقات على أنه " ... يجوز للمدعي العام إجراء التحقيقات على إقليم الدولة..."، والذي يكون في الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة بموجب المادة 05 وهي " جريمة الإبادة الجماعية المادة (06)، الجرائم ضد الإنسانية المادة (07)، جرائم الحرب المادة (08)، جريمة العدوان، قهوجي (علي عبد القادر)، القانون الدولي الجنائي(أهم الجرائم الدولية والمحاکم الجنائية الدولية)، مرجع سابق ص 406، وص 360، في الملحق.

(3) انظر: المرصفاوي (حسن صادق)، المرصفاوي في المحقق الحناني، مرجع سابق، ص 102

(4) انظر: سلامة (مأمون محمد)، قانون الإجراءات الجنائية مغلقة عليه بالفقه وأحكام النقض طبقا لأحدث التعديلات والأحكام، ج01، مرجع سابق، ص 436.

العبث والتشويه ممن له مصلحة في ذلك، الشيء الذي يسمح له باتخاذ إجراءات فورية لفائدة كشف الحقيقة، ولعل أهمها:

- أ - المحافظة على جدية الدليل المتحصل من المعاينة، والحرص على عدم تسرب الشك إليه.
- ب - تسهيل الوصول إلى الفاعل الحقيقي في أقرب وقت ممكن.
- ت - سهولة إعادة تمثيل الجريمة، مما يمكنه من تكوين فكرة عنها تكون أقرب إلى الحقيقة.

وبالتالي قطع الطريق على الفاعل الحقيقي في ترتيب سيناريو آخر للجريمة يبعده عن دائرة الاشتباه والاتهام، الأمر الذي يُستفاد من نص المادة 96 من ق.إ.ج.ج التي تنص على أنه:»
يجوز لقاضي التحقيق مناقشة الشاهد، ومواجهته بشهود آخرين، أو بالمتهم، وأن يجري بمشاركتهم كل الإجراءات والتجارب الخاصة بإعادة تمثيل الجريمة مما يراه لازماً لإظهار الحقيقة.»

فانتقال قاضي التحقيق لإجراء معاينة مادية مرتبط كباقي إجراءات التحقيق الأخرى بخاصية " ضرورة التحقيق"، لذلك نجد المشرع في نص المادتين 79 و 96 من ق.إ.ج.ج جعله من الإجراءات الجزائية، التي تخضع للسلطة التقديرية لقاضي التحقيق حسب خصوصية كل جريمة، لأن هناك من الجرائم ما لا تستلزم الانتقال لإجراء معاينة كجريمة التهديد، والقتل، والسب العلني، والجرائم الخاصة بالممارسات التجارية⁽¹⁾، وضمنا للإسراع في الانتقال، وإجراء المعاينات اللازمة المفيدة في إظهار الحقيقة، على قاضي التحقيق أن لا يغفل شرط التدوين، والسرية، وإخطار وكيل الجمهورية عند رغبته في الانتقال الذي يكون له الحق في اصطحابه حسب المادة 80 من ق.إ.ج.ج.

أما المعاينة الشخصية، والتي تتمثل في معاينة المجني عليه، ومعاينة شخصية المتهم، وذلك قصد الوصول إلى الأسباب الحقيقية التي دفعت بالمتهم إلى ارتكاب الجريمة إن تبثت في حقه، وعلى الطريقة التي نفذت بها على المجني عليه عند فحص جسده، من خلال الأشياء المضبوطة في مسرح الجريمة، وفي كلتا الحالتين يكون قاضي التحقيق في حاجة إلى ذوي الاختصاص الفني لتوضيح ذلك، فإذا كان المتهم له الحق في الاستعانة بمحام كخبير في القانون، فإن قاضي التحقيق له الحق أيضا في الاستعانة بخبير في المواد التي تتجاوز اختصاصه، مع العلم أن المتهم بإمكانه ذلك

(1) انظر: المادة 284 من ق.ع الخاصة بالتهديد، والمادة 296 من ق.ع الخاصة بالقتل، المادة 297 من ق.ع الخاصة بالسب العلني، والقانون 02/04 المؤرخ في 23 /06/ 2004 والمتعلق بالقواعد المطبقة على المماريات التجارية في المادة 31 منه الخاصة بجريمة عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات، ج.ر، ع 41، والمادة 429 من ق.ع، والقانون 03/09 المؤرخ في 25/02/2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في المادة 78 الخاصة بجريمة عدم احترام إلزامية وسم المنتج، ج.ر، ع 15.

كذلك تدعيما لحقه في الدفاع، في أن يطلب الاستعانة بخبير من أجل الوقوف على انقطاع العلاقة بينه وبين الجريمة المرتكبة، كما سيأتي عند تحليل سلطة قاضي التحقيق في الإستعانة بالخبرة:

تتمثل الخبرة في المرحلة التحقيق الابتدائي أساسا، في فحص الأشياء المضبوطة في مسرح الجريمة، والمخلفات التي خلفها الجاني هناك، أو تشريح جثة المجني عليه، كما تشمل الحالة النفسية والعقلية للمتهم، وكل ما يستعمل في ارتكاب الجريمة⁽¹⁾، هذه العملية تتطلب نوعين من التحليل، أحدهما خاص بقاضي التحقيق في الفحص العادي الذي يقوم به في إطار اختصاصه، والآخر الفحص الفني الذي يتجاوز قدراته العلمية والمهنية⁽²⁾، فيكون بذلك في حاجة للاستعانة بأهل الخبرة من أجل تمحيص أدلة الاتهام⁽³⁾، خصوصا في الوقت الحاضر، المتميز بتطور الإجرام وتنوع أساليبه وتعقدها⁽⁴⁾. ولتأكيد أو نفي علاقة المتهم بالجريمة، أصبح من الضروري الاستعانة بأهل الاختصاص الفني في مختلف المجالات لتسهيل عملية الوصول إلى الحقيقة، لذلك نجد المشرع، قد منح لقاضي التحقيق سلطة الاستعانة بالخبراء إذا عرضت عليه مسألة ذات طابع فني⁽⁵⁾، لأنها مبنية على الرأي العلمي والتقني لأهل العلم والتكنولوجيا، لا على مجرد المشاهدة، أو السماع كما في المعاينة، والتفتيش، والشهادة.

هذه الميزة جعلت الخبرة تنفرد بخاصية الإعادة والاستبدال أثناء التحقيق، من أجل التأكد من جدية الرأي الفني للخبير في إثبات نسبة الجريمة للمتهم من عدمه، الأمر الذي لا يمكن تصوره بالنسبة للشاهد⁽⁶⁾، وفي الحقيقة أن الاستعانة بالخبرة في الدعوى الجزائية، فضلا على أنه من إجراءات التحقيق، فهو حق مخول كذلك لكافة أطراف الدعوى الجزائية، الذي يكون متوقفا على موافقة قاضي التحقيق بعد أن يقدم أحدهم طلبا بذلك، وفقا للمادة 143/ف01 من ق.إ.ج.ج، وقد أحسن المشرع الجزائري عندما توسع في تقرير هذا الإجراء في مرحلة التحقيق الابتدائي، أين نظمها من المادة 143 إلى 156 من ق.إ.ج.ج⁽⁷⁾، إلا أنه وعند استقراءنا لهذه النصوص نجد أن المشرع

(1) لتفصيل ذلك انظر: الدغدي (مصطفى محمد)، التحريات والإثبات الجنائي، مرجع سابق، ص 143 وما بعدها.

(2) انظر: بوسقيعة (أحسن)، التحقيق القضائي، الجزائر، دار هومة، ط05، 2006، ص 114.

(3) انظر: المادة 4 و5 من المرسوم التنفيذي رقم 310/95 المؤرخ في 10/25/1995، المتعلق بشروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين وكيفية، ج.ر، ع 60.

(4) انظر: بهنام (رمسيس)، الإجراءات الجنائية (تأصيلا وتحليلا)، مرجع سابق، ص 609 .

(5) انظر: عبد الفتاح (مراد)، شرح التحقيق الجنائي التطبيقي، مرجع سابق، ص 313.

(6) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 588.

(7) انظر مثلا: المادة: 85 إلى 89 من ق.إ.ج.ج المصري، والمادة: 39 إلى 41 من ق.أص.ج.ج الأردني، والمادة: 194 إلى 209 من ق. مسط المغربية، والفصل 101 إلى 103 من مج.إ.ج.التونسية، والمادة: 156 إلى 169 من ق.إ.ج.الفرنسي.

الجزائري في المادة 143/ف01 من ق.إ.ج.ج ، اعتبر أن المسألة الفنية التي تستدعي تدخل الخبير عبارة عن عارض موقف يوقف السير في التحقيق إلى غاية إعطاء الخبير رأيه.

فمن كل ما تقدم نستنتج أن، عمل الخبير عند الأمر به من طرف قاضي التحقيق، له طابع الإسراع في التحقيق عند تحليل كل المخلفات الموجودة على جسم المتهم، أو الضحية وجثته، والمضبوطات المتحصل عليها من مسرح الجريمة، والوسائل المستعملة في تنفيذها وهي على حالتها الأولى، عندما تكون محتفظة بكافة مكوناتها قبل أن يتسلل إليها التلف سواء بعمل المتهم، أو بالعوامل الطبيعية الأخرى، كما يكتسي كذلك عمل الإسراع في إنجاز الخبرة طابعا أخلاقيا يقوم على احترام جثة المجني عليه بتسريحها وإكرام دفنها، لأن المشرع الجزائري قد جرم كل الأفعال الماسة بالموتى دون ضرورة أو مصلحة (1)، فتحقيقا لهذه الحماية نجد أن المشرع الجزائري وغيره من التشريعات الوضعية الأخرى، قد وضع مجموعة من الضوابط، يجب أن يلتزم بها قاضي التحقيق من أجل أن يتم عمل الخبير في إطار الشرعية الإجرائية، وتؤدي الخبرة وظيفتها في إنارة الطريق أمامه في الوصول إلى الحقيقة، دون المساس بحقوق المتهم في الدعوى الجزائية، خصوصا حقه في الدفاع.

إن جدية نتائج الخبرة ترتبط أساسا بالكفاءة المهنية للخبير، لذلك نجد أن المشرع قد منح لقاضي التحقيق بحسب الأصل صلاحية تعيين خبير من الخبراء المقيدين في الجداول التي تعدها المجالس القضائية وفقا لنص المادة 144 من ق.إ.ج.ج، واستثنائيا تعيين خبير غير مقيد في تلك الجداول وفقا لنص المادة 145 من ق.إ.ج.ج، بمعنى أن معيار تعيين الخبير هو الكفاءة بالدرجة الأولى، إلا أنه يتحول إلى حق من حقوق الدفاع يفرض على قاضي التحقيق التسبب في حالة رفضه تعيين خبير إذا طلب ذلك أحد الخصوم، حتى يتمكنوا من الطعن فيه بالاستئناف أمام غرفة الاتهام وفقا لنص المادة 172 ق.إ.ج.ج بالنسبة للمتهم، والمادة 170 ق.إ.ج.ج من طرف وكيل الجمهورية دون المدعي المدني.

تكون مهمة الخبير محددة بدقة، لا يتجاوزها في أي حال من الأحوال وفقا لنص المادة 146 من ق.إ.ج.ج، على أن يكون عمله تحت رقابة قاضي التحقيق وفقا للمادة 148 من ق.إ.ج.ج، رغم ارتباط هذا العمل بمبدأ أخلاقي يتمثل في العمل على أن تكون النتائج التي توصل إليها من خلال دراسته وتحليلاته مبنية على الصدق دون زيادة أو نقصان سعيا نحو الحقيقة المرجوة، وإلا عوقب وفقا

(1) تنص المادة 151 من ق.ع.ع على أن " كل من ارتكب فعلا يمس بالحرمة الواجبة للموتى في المقابر أوفي غيرها من أماكن الدفن يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20.000 إلى 100.000د.ج"، كما تنص المادة 152 كذلك " كل من انتهك حرمة مدفن أو قام بدفن جثة أوإخراجها خفية يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر على سنة وبغرامة من 20.000 إلى 100.000د.ج".

للمادة 238 من ق.ع، بالعقوبات المقررة في المواد من 232 إلى 235 من ق.ع إذا أبدى رأيا كاذبا أو وقائع غير صحيحة⁽¹⁾، وتطبيقا لذلك فإن عمله لا يكون له جدوى إذا لم يؤدي اليمين القانونية المحددة في المادة 145 من ق.إ.ج.ج، وأن يقوم بمهمته في مدة محددة ويودع تقرير خبرته في الميعاد المحدد، وإلا أستبدل بغيره من الخبراء، على أن يسلم على الفور كل الوثائق والأشياء، والنتائج التي توصل إليها عند القيام بمهمته، وفقا للمادة 148 من ق.إ.ج.ج، حتي يتسنى للخصوم ومحاميهم، وخصوصا محامي المتهم الإطلاع على تقرير الخبرة بعد ايداعها، لأنها تصبح جزءا من ملف الدعوى، وذلك من أجل إبداء ملاحظاتهم وتقديم طلباتهم بشأنها وفقا لنص المادة 154 من ق.إ.ج.ج.

هذه الضوابط التي كرسها المشرع في قانون الإجراءات الجزائية تجعل من الخبرة أداة حيادية في تقرير الإدانة أو البراءة رغم خضوعها للسلطة التقديرية لقاضي التحقيق، وذلك للنتائج الحاسمة التي تتوصل إليها في أقصر وقت ممكن، فتعتبر بذلك محافظة على حقوق المتهم البريء ومنهية للتحقيق، أو إحالة الملف على جهة الحكم بالنسبة للجاني الحقيقي، وهذا كله له دوره في تحقيق مبدأ مهم في الدعوى الجزائية هو الإسراع في محاكمة المتهم محاكمة عادلة .

أما سرعة سماع الشهود فيكتسي عند انتقال قاضي التحقيق لمكان الجريمة طابعا خاصا، على أساس أن الشخص المسموع في تلك الظروف قد يكون مشتبه فيه، كما قد يكون شاهدا حقيقيا، فهو يتعرض إلى إجراء " عدم المغادرة " حسب المادة 50 من ق.إ.ج.ج، الذي قد يأمر به ضابط الشرطة القضائية عند التحاقه بمسرح الجريمة، أو قاضي التحقيق بعد إبلاغه بها حفاظا على معالمها، ومنعا من هروب المشتبه فيه، لذلك فكلما كان الإسراع في الانتقال كبيرا، كلما مكن قاضي التحقيق من الوقوف على أكبر قدر ممكن من الحقائق التي تمكنه من الوصول إلى الفاعل الحقيقي، ومناقشة الشاهد الذي كان في عين المكان، أو بالقرب منه، وشاهد الجريمة وكيفية تنفيذها، وبالتالي يستطيع أن يتبين صدقه، ويتأكد من إمكانية وقوع الجريمة وفقا للتصور الذي قدمه هذا الشاهد أم لا؟ بالمقارنة مع المعاينة الواقعية التي قام بها على مسرح الجريمة⁽²⁾، الأمر الذي يتطابق مع أهم صفات قاضي التحقيق عند مباشرته للتحقيق وهي قوة الملاحظة.

(1) اعتبر المشرع الجزائري إخلال الخبير بمهامه الخاصة بالصدق والأمانة في القيام بمهامه، بمثابة شهادة الزور التي يدلي بها الشاهد، وذلك بإحالة العقوبة المقررة له على القسم السابع الخاص بشهادة الزور واليمين الكاذبة، من الفصل السابع الخاص بالتزوير من الباب الأول من الجنايات والجنح الشيء العمومي، من الكتاب الثالث الخاص بالجنايات والجنح وعقوبتها، من الجزء الثاني الخاص بالتجريم من قانون العقوبات وبالتالي فإن المشرع اعتبر الخبير كالشاهد، فهو بهذا المعنى قد أعطى للشهادة بعدين أساسيين يعد عادي، والذي يتمثل في الشهادة كما وردت في ق.إ.ج.ج، وبعد فني والذي يتمثل في تقرير الخبير.

(2) انظر: عبد الفتاح (مراد)، التحقيق الجنائي التطبيقي، مرجع سابق، ص 283.

كما أن سرعة سماع الشهود عند الانتقال تمكّن قاضي التحقيق من تحديد مركز هذا الأخير في الدعوى، فيما إذا كان الشخص المسموع يستمر بصفته كشاهد، أو يتحول إلى متهم عندما يتبين لقاضي التحقيق بأن هناك دلائل قوية تقوم ضده، وبأنه مقترف الجريمة وفقا للمادة 89/ف02 من ق.إ.ج.ج: « ولا يجوز لقاضي التحقيق المناط به إجراء تحقيق ما، ولا لرجال القضاء وضباط الشرطة القضائية المعهود إليهم القيام بإجراء بمقتضى إنابة قضائية، بغية احباط حقوق الدفاع الاستماع إلى شهادة أشخاص تقوم ضدهم دلائل قوية ومتوافقة على قيام اتهام في حقهم »، كما يتجلى الإسراع في التحقيق في حالة انتقال قاضي التحقيق لسماع شاهد تعذر عليه الحضور أمام قاضي التحقيق بعد استدعائه لسماعه، أو يتخذ لهذا الغرض إنابة قضائية وفقا للمادة 99 من ق.إ.ج.ج (1).

وتدعيما لدور الشاهد في مساعدة قاضي التحقيق في الإسراع في التحقيق، ومعالجة تفرده في الإدلاء بشهادته، فقد نص المشرع الجزائري في المواد من 65 مكرر 19 إلى المادة 65 مكرر 28 من الأمر 02/15 (2) على ضرورة حماية الشاهد، وسلامته الجسدية، وحياته، وحياته أفراد عائلته، بتدابير يستوي فيها أن تكون إجرائية أو غير إجرائية عن طريق إخفاء هويته، على أن تكون شهادته ضرورية في اظهار الحقيقة في الجريمة المنظمة، والإرهاب، والفساد مثلا، بحيث يتخذ قاضي التحقيق التدابير الضرورية لحماية الشاهد، ويمنعه من الإجابة على الأسئلة التي قد تؤدي إلى الكشف عن هويته، كما رصد لمن يقوم بالكشف عنها عقوبة حدتها المادة 65 مكرر 28، هذه الإجراءات يمكن اتخاذها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، سواء في مرحلة الاتهام، أو التحقيق، أو الحكم، كما أنها تسري على الخبير كذلك، إلا أنها تتجلى أكثر فأكثر في مرحلة التحقيق كآلية فعّالة لضمان سرعة المحاكمة، بحيث نجد أن آلية حماية الشهود قد عمل بها قضاة الشريعة الإسلامية، وأجازها أشهرهم وهو القاضي " شريح"، وكانت تعرف بآلية " الشاهد المختبيء" (3).

الفقرة الثالثة

الاسراع في الانتقال إلى مسرح الجريمة في الشريعة الإسلامية.

(1) انظر مثلا: المادة: 121 من ق.إ.ج.ج المصري، والمادة: 78 من ق. أص. مج.ج الأردني، والمادة: 131 من ق. مسط المغربية، والفصل: 62 من مج. إ. ج التونسية، والمادة: 112 من ق.إ.ج.ج الفرنسي.

(2) انظر: بخصوص حماية الشاهد والخبير: المواد من 65 مكرر 19 إلى 65 مكرر 28 الصادرة بموجب المادة 10 من الأمر 02/15 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية.

(3) انظر: وكيع (محمد بن خلف بن حيان)، أخبار القضاة، عالم الكتب، بيروت، لبنان، (د- ت)، ص 386.

يمكن الاستدلال على الاسراع إلا مسرح الجريمة في الشريعة الإسلامية، من حديث أنس بن مالك عن أولئك نفر من عكل، الذين قدموا إلى المدينة وبايعوا الرسول صلى الله عليه وسلم على الإسلام، وحدث أن سقطت أجسادهم ، فشكوا ذلك للرسول صلى الله عليه وسلم، فحثهم على الخروج مع راعي الغنم فيشربوا من ألبانها، حتى إذا فعلوا ذلك صحت أجسامهم فقاموا بقتل الراعين وطرودوا الإبل، فلم يتأخر الرسول صلى الله عليه وسلم في أن بعث في أثرهم جماعة من أصحابه، ويساعدهم في ذلك مقتفي الأثر لاقتفاء أثرهم، فلو تأخر لما أدركهم (1).

وكذلك حديث أنس بن مالك أيضا: « أن جارية كان عليها أوضاع (2) لها، فرضخ رأسها يهودي بحجر، فدخل عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم وبها رمق، فقال لها: « من قتلك؟ فلان قتلك؟»، فقالت: لا برأسها فقال لها: « من قتلك؟ فلان قتلك؟»، فقالت: لا برأسها، قال: « فلان قتلك؟»، قالت: نعم برأسها، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقتل بين حجرين (3)، وفي رواية لمسلم عن أنس بن مالك أيضا: « أن جارية وجد رأسها قد رض بين حجرين، فسألوها: من صنع هذا بك؟ فلان؟ فلان؟ حتى ذكروا اليهودي، فاومت برأسها، فأخذ اليهودي فأقر، فأمر الرسول صلى الله عليه وسلم أن يرض رأسه بالحجارة (4) ».

إن هذين الدليلين يدلان على أن الرسول صلى الله عليه وسلم، انتقل بسرعة إلى مكان الجريمة بمجرد علمه بها دون تأخير فأدرك الجارية في الرمق الأخير، فتعرف من خلال أقوالها على القاتل الحقيقي، فطبق عليه العقوبة من جنس العمل الذي قام به، وبالتالي نجد في هذا الحديث " سرعة الانتقال إلى مسرح الجريمة، وهو إدراك الرسول صلى الله عليه وسلم الرمق الأخير للجارية، وإجراء المعاينة المادية لوسيلة ارتكاب الجريمة، وكيفية تنفيذها بالحجر عن طريق الرضخ (5)، وسرعة

(1) سبق تخريجه.

(2) الأوضاح : جمع وضح - بفتحيتين - : وهي نوع من الحلي من الفضة، والخلال وصغار الكلا سميت بها لبياضها، والوضاح : الرجل الأبيض اللون الحسن، والموضحة الشجة التي تبدي وضح العظم فهي موضحة، ولا قصاص في شيء من الشجاج إلا في الموضحة وفي غيرها الدية، وأمر الرسول صلى الله عليه وسلم بصيام " الأوضاح " أي أيام البيض، انظر: الفيروز آبادي(مجد الدين محمد)، القاموس المحيط، باب الحاء، فصل الواو، مادة الوضح، مرجع سابق، ص 320، وانظر كذلك:الرازي (محمد بن أبي بكر)، مختار الصحاح، باب الواو، مادة وضأ، مرجع سابق، ص 233، وابن فارس (أبو الحسين أحمد بن زكاريا)، مقاييس اللغة، كتاب الواو، باب الواو والضاد ومثليهما، مرجع سابق، ص 958.

(3) انظر: أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الديات، باب: يقاد من القاتل، أو يقتل بحجر بمثل ما قتل، رقم الحديث 4529، مرجع سابق، ص 955، وانظر كذلك: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الديات، باب إذا قتل بحجر أو عصا، رقم الحديث 6877، مرجع سابق، ص 839.

(4) انظر: مسلم، صحيح مسلم، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره، من المحددات والمثقلات، وقتل الرجل بالمرأة، رقم الحديث 4365، مرجع سابق، ص 740.

(5) الرضخ : هو الكسر، ويقال رضخ له أي أعطاه عطاء غير كثير، كأنه كسر له من ماله كسرة وهو كاره، وتراضخ القوم أي تراموا، والمرضاح حجر يسكر به النوى، والرضخ خبر تسمعه ولا تستيقته، انظر: الفيروز آبادي (مجد الدين محمد)، باب الحاء،

سماع الشاهد الذي كان في هذه الحالة الضحية نفسها، وبالنتيجة حصل اليقين بإقرار اليهودي بفعلته فوجبت في حقه العقوبة، لذلك نجد في رواية مسلم أن اليهودي قد قتل بإقراره، لابشهادة الضحية.

فمن خلال هذين الدليلين من السنة المطهرة، نجد أن الإسراع في الانتقال إلى مسرح الجريمة يمكن أن يقوم به قاضي التحقيق بنفسه، الذي نستخلصه من انتقال الرسول صلى الله عليه وسلم، وإدراكه للجارية في الرمق الأخير، كما يمكنه أن ينوب عنه آخرين كما فعل الرسول صلى الله عليه وسلم عندما أمر مجموعة من أصحابه ان تتعقب أثر قتلة الرعاة، فاستنادا على هذين الدليلين فإن ما هو مقرر في القانون الوضعي بشأن الإسراع في إجراء المعاينة يتوافق مع ما جاء في الشريعة الإسلامية، ولكن بشرط أن يتم في إطار احترام الشرعية وحقوق الإنسان، والتي تتجلى أكثر فأكثر عند استجواب المتهم.

المطلب الثاني

حدود قاضي التحقيق عند استجواب المتهم.

تتنوع حدود قاضي التحقيق عند استجواب المتهم في إطار سلطاته القانونية بين الإعلام والحماية، فأما الإعلام فهو إحاطته بالتهمة المنسوبة إليه، وإلى حقه في الامتناع عن التصريح عند الاستجواب الأول (الفرع الأول)، وإلى حقه في الاستعانة بمحام عند الاستجواب في الموضوع، وعند إجراء المواجهة (الفرع الثاني)، أما الحماية، فهي عدم التأثير على إرادته، قصد دفعه للشهادة ضد نفسه، أو الإدلاء بأقوال ليست في صالحه (الفرع الثالث)، أو استعمال أية وسيلة مهما كانت من أجل الإطلاع على مكنونات نفسه، لاستخلاص نتائج يكون لها تأثيرها في توجيه التحقيق عند الانتهاء منه (الفرع الرابع).

الفرع الأول

حدود قاضي التحقيق عن الاستجواب الأول.

قبل تحليل حقوق المتهم عند هذا الاستجواب، لابد من الوقوف أمام مسألة غاية في الأهمية، تميز الاستجواب بجميع أنواعه عن باقي إجراءات التحقيق الأخرى، وهي إنفراد قاضي

فصل الرء، مادة تروخ، نفس المرجع، ص 326، وانظر كذلك: الرازي (محمد بن أبي بكر)، باب الرء، مادة رضع، نفس المرجع، ص 82، وابن فارس (أبو الحسين أحمد بن زكاريا)، كتاب الرء، باب الرء والضاد ومثليهما، نفس المرجع، ص 338.

التحقيق بالقيام به دون سواه، وفقا للمادتين 100 و101 من ق.إ.ج.ج (1)، فإذا كان هذا الأخير قد خوله القانون سلطة إجراء إنابة قضائية في بعض الإجراءات، فإنه يحضر عليه ذلك في استجواب المتهم، ومن ثم فإن ضرورة إجراء الاستجواب من طرف السلطة المختصة بالتحقيق يعتبر إجراءً جوهرياً للقول بشرعيته، وبالتالي فإن ممارسته من طرف سلطة غير مختصة يعتبر مخالفاً للقانون، ويترتب عليه عدم الاعتراف بالإجراء الذي قامت به هذه السلطة، فيعتبر بذلك اعتداءً على حقوق الدفاع (2)، وبالتالي فإن تنبيه المتهم إلى حقوقه الإجرائية عند البدء في الإستجواب، يشكل نقطة انطلاق السجال بين المتهم والاتهام، وهذه الحقوق عند الاستجواب الأول هي:

الفقرة الأولى

حق المتهم في الإحاطة بالتهمة.

ترتبط الحدود التي وضعها القانون الوضعي بجميع أبعاده الوطنية والدولية، وكذا الشريعة الإسلامية، بالنسبة لقاضي التحقيق خاصة عند استجواب المتهم، بالزامية إعلام هذا الأخير بالتهمة المنسوبة إليه، وحقوق دفاعه التي أقرها له القانون لدرء التهمة عن نفسه. هذا الإعلام الذي لا بد أن يكون قبل بداية أي استجواب في الموضوع، لأنه الأساس الذي سيبنى عليه المتهم الدفاع المناسب الذي سيخذه كسلاح لدرء الاتهام عن نفسه، تطبيقاً للقاعدة التي تقول " لا دفاع بدون علم" (3)، التي يترتب على إغفالها بطلان الاستجواب مهما كان نوعه سواء أكان أولياً، أو موضوعياً، أو اجمالياً.

إن حق المتهم في إحاطته بالتهمة المنسوبة إليه ينبثق من اللحظة التي يتبلور فيها لدى النيابة العامة التكليف اللازم للواقعة الإجرامية، لذلك نجد أن التهمة هي موضوع جميع الإجراءات في كل مراحل الدعوى الجزائية، والتي يجب أن تكون محل علم من طرف أي شخص له صلة بهذه الدعوى مهما كانت صفته. ولعل الضرورة القصوى تكون بالنسبة للمتهم، الذي قد يكون جاهلاً لها بالنظر إلى افتراض أصل البراءة فيه، مما يفرض تنبيهه إلى الجسامة الحقيقية للجرم المنسوب إليه، استناداً إلى نص التجريم المحدد لمرتبة الفعل ضمن قانون العقوبات، وكذا العقوبة المرصودة له، لذلك يشترط في إحاطة المتهم بالتهمة المنسوبة إليه، ما يشترط في مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، كدعامة

(1) انظر مثلاً: المادة: 70 من ق.إ.ج.ج المصري، والمادة: 92 من ق. أص. مح.ج. الأردني، والمادة: 86 من ق. مسط المغربية،

والفصل: 57 من مج. إ. ج التونسية، والمادة: 152 من ق.إ.ج.ج الفرنسي.

(2) انظر: حسني (محمود نجيب)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 684.

(3) انظر: خميس (محمد)، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، ص 197.

أساسية لحق المتهم في الدفاع وهي " أن يكون نص التجريم صادراً قبل وقوع الفعل، وسارياً وقت وقوعه، وخالياً من أي سبب من أسباب الإباحة".

فإحاطة المتهم بالتهمة المنسوبة إليه يحدث عند علم المتهم بها أمام قاضي التحقيق، أين تكون قد اكتملت أركانها، وأصبحت واضحة من خلال الطلب الافتتاحي الصادر من وكيل الجمهورية لقاضي التحقيق، بإجراء التحقيق في جريمة من جرائم قانون العقوبات، الأمر الذي يجعلها تختلف عن سؤاله عنها أمام الضبطية القضائية، أين كان في وضع الشاهد أو المشتبه فيه وفقاً للمادة 51/ف03 من ق.إ.ج.ج.

وعلى هذا الأساس فحتى تكون الإحاطة سليمة من الناحية الإجرائية، ومفيدة للمتهم لتحضير دفاعه فلا بد أن تتوفر في التهمة مجموعة من الشروط وهي ⁽¹⁾: " أن تكون موجهة ممن له الحق في توجيهها وهم: النيابة العامة، والمدعي المدني والمسؤول المدني، وقضاة الحكم في حالات استثنائية، أن تكون في شكل طلب مكتوب باللغة التي يفهمها المتهم، وشاملة لكافة أركان الجريمة ونص التجريم، حتى لا يحتج بجهله لها، وأن تكون محددة من حيث أطراف الخصومة وصفاتهم، حتى يستطيع المتهم التعرف بشكل جيد عن طبيعة الخصم الذي سيواجهه أمام المحكمة، فيما إذا كان شخص طبيعي أو معنوي، وطني أو أجنبي، وبالغ أو حدث، وكل هذا يكون في صالح المتهم، لاختيار الدفاع المناسب.

الفقرة الثانية

إحاطة المتهم بالتهمة عند الحضور الأول.

يعتبر هذا الاستجواب الخطوة الأولى التي يسعى من خلالها قاضي التحقيق، إلى الوصول إلى الحقيقة من خلال شخصية المتهم عن طريق تلقي أقواله، فقبل البدء في ذلك لابد عليه أن يتأكد من شخصيته بأنه الشخص المقصود بإجراء الاستجواب، والمدون اسمه في طلب الافتتاحي لإجراء التحقيق، حسب المادة 100 من ق.إ.ج.ج، ولكن قد يعترض قاضي التحقيق عند إجراء استجواب المتهم عند الحضور الأول إلى أن يخفي المتهم شخصيته، ويمتنع عن الإدلاء باسمه الحقيقي، أو يتخذ لنفسه اسماً وهمياً، فإن على المحقق أن يمضي في التحقيق ⁽²⁾، الأمر الذي من الممكن أن نستنتج من خلال المادة من 101 من ق.إ.ج.ج، التي تنص على أنه « يجوز لقاضي التحقيق على الرغم من مقتضيات المادة 100 من ق.إ.ج.ج ، أن يقوم بإجراء استجوابات أو مواجهات تقتضيها حالة

⁽¹⁾ انظر: هذه الشروط يمكن استنتاجها من نصوص المواد 31، 72، 100 من ق.إ.ج.ج

⁽²⁾ انظر: المرصفاوي (حسن صادق)، المرصفاوي في المحقق الجنائي، مرجع سابق، ص 137.

استعجال ناجمة عن وجود شاهد في خطر الموت، أو وجود أمارات على وشك الاختفاء، ويجب أن تذكر في محضر دواعي الاستعجال» .

فقد اتفقت معظم التشريعات الدولية⁽¹⁾ والداخلية⁽²⁾، وعلى غرار التشريع الجزائري على أن الاستجواب عند الحضور الأول يجب أن يشمل على « التحقق من شخصية المتهم، وإحاطته علما بالتهمة المنسوبة إليه، وحقوق دفاعه، مع إثبات ذلك في محضر، ومن دون مناقشته تفصيليًا في وقائعها، التي يكون مجالها استجوابه في الموضوع».

وما تجدر الإشارة إليه أن قاضي التحقيق غير ملزم بذكر التكييف القانوني للوقائع المنسوبة للمتهم، وذلك لعدم دقة التهمة في بداية التحقيق من جهة، وارتباطها بما يكشف عنه التحقيق من وقائع، وأدلة قد تؤدي إلى تغيير التكييف الذي يجرى به التحقيق من جهة ثانية، لذلك نجد المشرع وتدعيما لاستقلالية قاضي التحقيق، أن جعله غير ملزم بالتكييف الذي تقدره النيابة العامة في الطلب الافتتاحي لإجراء التحقيق، ومثال ذلك أمره بإعادة تكييف الوقائع، والإحالة على قسم الجرح المنصوص عليه في المادة 164 من ق.إ.ج.ج، وبالمقابل لا يستطيع قاضي التحقيق القيام بالتحقيق في وقائع لم ترد في الطلب الافتتاحي إلا بعد إخطار وكيل الجمهورية بها وفقا للمادة 67/04 من ق.إ.ج.ج، وتقاديا لإعادة الملف في هذه الحالة إلى وكيل الجمهورية فإنه جرى العمل على أن يتضمن الطلب الافتتاحي لإجراء التحقيق عبارة " وكل شخص يظهره التحقيق"⁽³⁾، وفي هذا ضمنا لحق المتهم في الدفاع، وعدم إطالة التحقيق في الفترة مابين إخطار وكيل الجمهورية بالوقائع الجديدة، وعودة رأيه فيها.

الفقرة الثالثة

حق المتهم في الامتناع عن التصريح.

يعتبر حق المتهم في الامتناع عن التصريح من مظاهر أصل البراءة، بحيث يكون المتهم غير ملزم بإثباته، وبالتالي فمن حقه رفض الكلام والإجابة على الأسئلة الموجهة إليه من طرف القائم

(1) انظر: نصت الفقرة 02/أ من المادة 55 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على ضرورة إبلاغ الشخص بالتهمة المنسوبة إليه قبل استجوابه بقولها " أن يجري إبلاغه، قبل الشروع في استجوابه، بأن هناك أسبابا تدعو للاعتقاد بأنه ارتكب جريمة تدخل في اختصاص المحكمة" قهوجي (علي عبد القادر)، القانون الدولي الجنائي (أهم الجرائم الدولية والمحاكم الجنائية الدولية)، مرجع سابق ص 408 في الملحق.

(2) انظر مثلا: المادة: 123 من ق.إ.ج.ج المصري، والمادة: 63 من ق. أص. مج.ج الأردني، والمادة: 134 من ق. مسط المغربية، والفصل: 69 من مج. إ. ج التونسية، والمادة: 114 من ق.إ.ج.ج الفرنسي.

(3) انظر: حزيط (محمد)، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مرجع سابق، ص 128.

بالتحقيق، إستنادا لبرائته الأصلية، وبالمقابل فإن الإتهام هو الاستثناء، ومن كان ينسب الاستثناء للمتهم عليه أن يقيم الدليل على ذلك⁽¹⁾، لأن حق المتهم في الامتناع عن التصريح يتجلى أكثر فأكثر عند استجواب المتهم من طرف قاضي التحقيق، الملزم بإعطائه الحرية الكاملة والوقت اللازم لإعداد دفاعه لمواجهة التهم المنسوبة إليه، فالإنسان بطبيعته يتجه نحو الدفاع عن نفسه، ولا يبقى صامتا إلى غاية صدور حكم ضده، وعليه فإن الكلام هو الأصل، والصمت هو الاستثناء⁽²⁾.

وقد ثار خلاف فقهي حول أحقية المتهم في الامتناع عن التصريح فظهرت نظريتان، إحداهما تعارض إعطاء المتهم هذا الحق، والأخرى تأييده، فأما التي تعارضه فإنها تبني حججها على تعبئة كل أفراد المجتمع لإفادة أجهزة التحقيق بكل المعلومات التي تساعد في إظهار الحقيقة، وتحقيق العدالة، ومعاينة المجرمين⁽³⁾، لذلك يجب على المتهم أن يتكلم عندما توجه إليه الأسئلة لأنه المعني الأول بالوقائع⁽⁴⁾، غير أن هذه النظرية منتقدة من عدة أوجه أهمها: " أنها أخطأت في تقدير القيمة الحقيقية لحق المتهم في الامتناع عن التصريح، كحق من حقوق الدفاع ضد الاتهام خصوصا بالنسبة للمتهم البريء، لذلك لا يجوز إكراهه على الكلام⁽⁵⁾، كما أن القول بضرورة تكلم المتهم وسلبه حقه في الإمتناع عن التصريح، تكون بذلك قد أخلطت بين المتهم والشاهد، مع أن الفرق بينهما كبير⁽⁶⁾، على أساس أن الأول طرف من أطراف الدعوى الجزائية، ويجب أن يحصل على كل الضمانات التي تحصل عليها الأطراف الأخرى، أما الثاني فهو من إجراءات التحقيق التي يلجأ إليها قاضي التحقيق عندما يري ضرورة لذلك، كما أن اختيار المتهم الامتناع عن التصريح يعتبر كوسيلة دفاع، في حين أن امتناع الشاهد عن الإجابة يعرضه للعقوبة المنصوص عليها في القانون⁽⁷⁾.

وأمام هذه الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية، اعتبرت النظرية المؤيدة لحق المتهم في الامتناع عن التصريح، بأنه لا يوجد هناك تعارض بين حق المجتمع في الوصول إلى الحقيقة، وحق المتهم في التمتع بجميع حقوقه كاملة، والمنبثقة عن حقه في محاكمة عادلة، لأن الدولة لا تملك فرض عقوبات قاسية طالما حقاها في العقاب مستمد من حقوق الدفاع المملوكة للأفراد بعد أن تنازلوا لها عن

(1) انظر: خميس (محمد)، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، ص 211.

(2) انظر: عبد الفتاح (مراد)، التحقيق الجنائي التطبيقي، مرجع سابق، ص 415.

(3) MELLOR (A) : Les grands problèmes de l'instruction criminelle, op, cit , P 64.

(4) انظر: من الفقهاء الذين أنكروا على المتهم هذا الحق " سيزار دي بيكاريا " (1738، 1793)، فرغم انه من الفقهاء الذين نادوا بإلغاء كل صور التعذيب، إلا أنه اعتبر امتناع المتهم عن التصريح جريمة يجب معاقبته عليها، انظر : عبيد (رؤوف)، أصول علمي= الإجرام والعقاب، القاهرة، دار الفكر العربي، 1977، ص 06، كذلك " جريمي بينتام" على أساس أن كلما كان المتهم ينشد امتياز السكوت أو الصمت، فإن المجتمع ينشد دائما حق التكلم، انظر: عبيد (رؤوف)، نفس المرجع، ص 62.

(5) انظر: الملا (سامي صادق)، اعتراف المتهم، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 190.

(6) انظر: النبراوي (محمد سامي)، استجواب المتهم، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1968، ص 149.

(7) انظر: النبراوي (محمد سامي)، نفس المرجع، ص 191.

بعض حقوقهم الطبيعية بموجب العقد الاجتماعي⁽¹⁾، وقد سادت هذه النظرية فقها وقانونا في مختلف التشريعات الوضعية، وتبلورت في القانون الأساسي لمحكمة الجناية الدولية، التي أقرت بهذا الحق للمتهم⁽²⁾.

لكن هذا الاختلاف بين النظريتين لحق المتهم في الامتناع عن التصريح، يرجع أساسا للتطور التاريخي لحقوق الدفاع، الذي أثر في بلورة هذا الحق، ففي التشريعات الأنجلو أمريكية كان المتهم يعتبر مذنباً إذا التزم بعدم الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه، إلى أن صدرت العديد من التشريعات تقر بهذا الحق، ومنها تشريع القانون العام، " The common law"، الذي سحب الاختصاص من هيئة الدفاع بموجب قانون 1898، بأن تفسر امتناع المتهم عن التصريح في غير صالحه⁽³⁾، كما وضع قضاة المحكمة العليا بإنجلترا سنة 1912 قواعد لإرشاد الشرطة أثناء البحث والتحقيق مع المتهم سميت بقواعد العدالة، ومنها القاعدة الخامسة التي تبين صيغة التحذير الذي يجب أن تقوم به الشرطة إذا أرادت أن توجه الاتهام لشخص ما بقوله: «هل تريد أن تجيب عن الأسئلة الخاصة بالتهمة الموجهة إليك؟ مع أنك لست مجبرا على ذلك، غير أن كل ما تدلي به سيدون، ويستعمل في الإثبات»⁽⁴⁾.

أما التشريع الأمريكي، وبعد التعديل الخامس لدستور الولايات المتحدة الأمريكية، الذي تمخضت عنه وثيقة الحقوق الملزمة للولايات والحكومة الفيدرالية في مشروع قانون الحق " Bill of right"، والذي جاء فيه: «يجب ألا يُجبر الشخص في أية دعوى جنائية على أن يكون شاهداً ضد نفسه»⁽⁵⁾، كما كان لقرار المحكمة الأمريكية العليا في قضية " ميراندا" ⁽⁶⁾ الأثر الواضح في تحديد

(1) انظر: سرور (أحمد فتحي)، أصول السياسة الجنائية، مرجع سابق، ص 40.

(2) نصت الفقرة "ز" من المادة 67 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على حق الصمت بقولها "ألا يجبر أحد على الشهادة ضد نفسه أو على الاعتراف بالذنب وأن يلتزم الصمت، دون أن يدخل هذا الصمت في الاعتبار لدى تقرير الذنب أو البراءة" انظر: قهوجي (علي عبد القادر)، القانون الدولي الجنائي (أهم الجرائم الدولية والمحاکم الجنائية الدولية)، مرجع سابق ص 424 في الملحق، كما أوصت لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة سنة 1962 بأنه "لا يجبر أحد على الشهادة ضد نفسه، ويجب قبل سؤال، أو استجواب كل شخص مقبوض عليه، أو محبوس، أو يحاط علما بحقه في التزام الصمت" انظر: الملا (سامي صادق)، نفس المرجع، ص 192.

(3) انظر: النبراوي (محمد سامي)، نفس المرجع، ص 151.

(4) انظر: القطاوية (مأمون عبد الله)، حق المشتكى عليه في الصمت أثناء التحقيق الابتدائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مؤتة، 2007، ص 58.

(5) انظر: عوض (رمزي رياض)، الإجراءات الجنائية في القانون الأنجلو أمريكي، القاهرة، دار النهضة العربية، 2009، ص 237

« No person shall be compelled in any criminal case to be wethess against himself»

(6) قضية ميراندا: تعود وقائع هذه الدعوى إلى سنة 1966 أين اتهم المدعو "أرنستو أرتورو ميراندا" بتهمة الاغتصاب والخطف، وعند توقيفه من طرف البوليس، لم تقم هذه الأخيرة بتذكيره بحقوقه المنبثقة عن التعديلين الخامس والسادس للدستور الأمريكي، والمؤسسة على "عدم اجبار شخص للشهادة ضد نفسه، والزامية إبلاغه بالتهمة المنسوبة إليه، وحقه في

حق المتهم في الدفاع بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة " الدكتور: بن مشيرح محمد

هذا الحق بكل ابعاده، بحيث اعترفت بحق المتهم في الامتناع عن التصريح، وكذلك حقه في الاستعانة بمحام، بحيث يعتبر قرار " ميرندا " تطبيقاً للتعديل الخامس للدستور الأمريكي⁽¹⁾.

أما في التشريعات اللاتينية وعلى رأسها " التشريع الفرنسي " فإن الوضع لم يختلف عن ما كان عليه الوضع في التشريعات الأنجلو أمريكية قبل الثورة، فلم يكن يعترف بحق المتهم في الامتناع عن التصريح. فوفقاً للأمر الجنائي الصادر سنة 1870 فإنه كان يلزم المتهم بالتكلم وقول الحقيقة، وإذا لم يفعل ذلك فإنه سيعاقب، ويعامل كالأخرس، وتستمر الإجراءات ضده، ويتحمل نتائج امتناعه عن الكلام، ومنها عدم قدرته على إعداد دفاعه⁽²⁾، ولكن بعد الثورة، و صدور الإعلان الخاص بها أصبح الاعتراف بهذا الحق واضحاً في التشريع الفرنسي من خلال الاعتراف بأصل البراءة.

إن إقرار القانون الوضعي بجميع شعبه لحق المتهم في الامتناع عن التصريح عند الحضور الأول أمام قاضي التحقيق، والقول بعدم استخلاص الدليل في الدعوى الجزائية بغير طريق شرعي، وأن استعمال هذا الحق ليس له أي تأثير على مركز المتهم في الدعوى الجزائية. اتجاه كرسه المشرع الفرنسي في المادة 03 القانون المؤرخ في 8 / 12 / 1897 بأنه لا وجود لقرينة إدانة يمكن استنتاجها، واستخلاصها من السكوت الذي اعتم به المتهم⁽³⁾، كما أيدت محكمة النقض المصرية حق المتهم في الامتناع عن التصريح أثناء التحقيقات الابتدائية بقولها: « من المقرر قانوناً أن المتهم، إذا شاء أن يمتنع عن الإجابة أو عن الاستمرار فيها، لا يعد هذا الامتناع قرينة ضده، وإذا تكلم فإنما ليبيدي دفاعه، ومن حقه دون غيره أن يختار الوقت والطريقة التي يبدي بها هذا الدفاع، فلا يصح أن

الاستعانة بمحام "، بحيث أنه وعند محاكمته قدم دفعه مؤسسة على هذه الأسس، وإن حقوقه الدستورية قد انتهكت مما ستوجب معها بطلان إجراءات التوقيف والمحاكمة، الأمر الذي جعل المحكمة بناء على ذلك بأن تقبل تلك الدفع وتعيد محاكمته من جديد، فرغم أنه بعد تصحيح الإجراءات أدين بالعقوبة المرصودة للوقائع المنسوبة إليه، إلا أن دفعه تلك أصبحت تعرف فيما بعد باسمه وهي " حقوق أو قواعد ميرندا"، وأصبحت المحاكم الأمريكية بدأ من سنة 1967 ملزمة من قبل اللجنة الرئاسية بهذه الحقوق، كما وضع معهد القانون الأمريكي نموذجاً لقانون إجراءات القبض ضمنه التزام ضابط البوليس، بهذه الحقوق، والتي أصبحت مصطلحاً من المصطلحات المعبرة عن حقوق المتهم في الدعوى الجزائية في قاموس الأمريكي (Mirandize)، انظر: شعيب (كمال الدين محمد)، ضمانات حقوق الإنسان في مرحلة التحقيق الابتدائي، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، 196.

(¹) NASRALLAH (F) : Le droit de l'inculpe au silence « Etat comparée »

مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد 01، جانفي 1998، ص 19، انظر كذلك: الملا (سامي صادق)، اعتراف المتهم، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، 199 وما بعدها.

(²) انظر: النبراوي (محمد سامي)، استجواب المتهم، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 151.

(³) ESSAID (M-DJ): La Présomption d'Innocence, op, cit, P 239.

يتخذ الحكم من امتناع المتهم عن الإجابة في التحقيق الذي باشرته النيابة العامة قرينة على ثبوت التهمة ضده «⁽¹⁾.

هذا الاتجاه سار فيه المشرع الجزائري في المادة 100 من ق.إ.ج.ج التي تنص على أن: « يتحقق قاضي التحقيق حين مثول المتهم لديه لأول مرة من هويته ويحيطه علما وصراحة بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه، وينبهه بأنه حر في عدم الإدلاء بأي إقرار وينوه على ذلك التنبيه في المحضر، فإذا أراد المتهم أن يدلي بأقوال تلقاها قاضي التحقيق منه على الفور، كما ينبغي للقاضي أن يوجه المتهم بأن له الحق في اختيار محام عنه، فإن لم يختَر محاميا عين له القاضي محاميا من تلقاء نفسه، إذا طلب منه ذلك وينوه على ذلك بالمحضر، كما ينبغي للقاضي علاوة على ذلك أن ينبه المتهم إلى وجوب إخطاره بكل تغيير يطرأ على عنوانه، ويجوز للمتهم اختيار موطن له في دائرة اختصاص المحكمة».

الملاحظ على الصياغة التي جاءت بها هذه المادة انها شملت حق المتهم في الدفاع عن نفسه، ولو عن طريق الكذب، وحقه في الدفاع عن نفسه بالاستعانة بمحام، بمعنى أن المتهم يجب عليه أن يتكلم ويدافع عن نفسه ضد التهم المنسوبة إليه، ولا يبقى صامتا طوال مدة التحقيق، وفي هذا ضمانا للمتهم حتى لا يكون الامتناع عن التصريح كوسيلة وحيدة من وسائل الدفاع، التي قد تودي لقاضي التحقيق بأن المتهم غير قادر على نفي الاتهام، الشيء الذي يدفع للمزيد من البحث والتحري عن الأدلة التي تقوي الاتهام، وليس الأدلة التي تثبت براءة المتهم، كما قد يؤثر اعتصام المتهم بالامتناع عن التصريح في فناعة قاضي الحكم فيما بعد، فيحكم بالإدانة لا البراءة، مع العلم أن أصل البراءة لا يطالب المتهم بتقديم أي دليل في الدعوى الجزائية، ولكن في نفس الوقت يوجب عليه ادخال الشك في اتهامات النيابة العامة، الشيء الذي لا يكون في الغالب إلا عن طريق التكلم، لذلك فإن إقرار حق المتهم في الامتناع عن التصريح هو حالة ظرفية فقط، للاتجاه نحو البحث عن الطريقة المثلى للدفاع عن نفسه وإبعاد عنصر مفاجئته بالاتهام، الذي قد لا يمكنه من اختيار الطريق الصحيح لذلك من جهة، وعدم دفعه للشهادة ضد نفسه من جهة ثانية.

أما الشريعة الإسلامية فقد اعتبرت امتناع المتهم عن التصريح مرتبة بين الإنكار والإقرار، الذي أوجبت فيه البينة على المدعي قبل الاستماع لدفع المتهم، الذي يملك حق الإنكار، وحرية الإقرار والرجوع عليه، فقاعدة " البينة على المدعي " يمكن استخلاصها من حادثة اللعان التي اتهم

(1) نقض جنائي مصري 1960/05/17، مجموعة الأحكام س11 رقم 90، ص 467، انظر: سعد حماد القبائلي، ضمان حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص 395، وانظر كذلك: كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 488.

فيها هلال بن أمية زوجته بالزنى وليس له شهود، فقد طالبه الرسول صلى الله عليه وسلم بالبينة أو يقيم عليه حد القذف بقوله صلى الله عليه وسلم: « **بينة أوحد في ظهرك** » ، دون أن يلتفت عليه الصلاة والسلام للمتهمة زوجة هلال بن أمية سواء تكلمت أو لم تتكلم.

فواجب إحضار البينة متضمن في أصل البراءة، لأن القاضي في الشريعة الإسلامية لا يقيم حكمه إلا بعد الاستماع إلى جميع الأطراف، بمعنى أن الشريعة الإسلامية تميل إلى الكلام أكثر منه إلى الامتناع عنه في حالة التهمة، وأحسن مثال على ذلك حديث الرسول صلى الله عليه وسلم، عندما ولي علياً كرم الله وجهه القضاء في اليمن، وأوصاه أن لا يقضي بين اثنين حتى يسمع من الآخر في قوله صلى الله عليه وسلم: «إن الله عز وجل سيهدي قلبك، ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان، فلا تقضين حتى تسمع من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء»⁽¹⁾، فنجد أن التكلم الذي تدعو إليه أسس النفاذي في الشريعة الإسلامية محاط بالعديد من الضمانات ولعل أهمها، الشروط الواجبة في من يتولى القضاء، وكذلك تحري مقاصد الشريعة الإسلامية من طرف القاضي عند الحكم، الذي يكون بالضرورة مبني على المساواة، والعدالة، واليقين عن طريق التأكد من صحة الإقرار في حال أدلى به المتهم، الذي يكون على الأقل أربع مرات، الأمر الذي يبعد شبهة الإكراه فيه كما حدث في حادثة الزنا التي أقر بها معاذ بن مالك بين يدي الرسول صلى الله عليه وسلم، فمأعز أتى النبي صلى الله عليه وسلم، فأقر عنده أربع مرات، فأمر برجمه، وقال لهزال: « **لو سترته بثوبك كان خيراً لك** »⁽²⁾.

يستفاد من هذا الحديث أن المقر هو الذي يتجه إلى الإمام من أجل المطالبة بإقامة الحد عليه، وبالتالي لا يمكن أن نتصور ضرورة إبلاغه بحقه في الامتناع عن الكلام، لأن المتهم في هذه الحالة هو الذي يريد الإفصاح عن الجرم الذي أرتكبه حتى يتطهر منه، كما أن القاضي مهما كانت وظيفته، قاضي تحقيق أو قاضي حكم أن ينبه المتهم إلى ضرورة تحديد الجريمة التي يريد أن يقر بها بدقة، الأمر الذي يمكن استنتاجه من قوله صلى الله عليه وسلم لمعز بن مالك لعلك: « **قبلت، أو غمزت، أو نظرت »، ولكن إصرار معز بن مالك على فعل الزنى كما ورد في الحديث هو الذي أوجب عليه الحد، وعلى هذا الأساس فقد ذهب الأحناف والحنابلة على أن إثبات جريمة الزنا يقوم**

(1) سبق تخريجه.

(2) انظر: ابو داوود، سنن أبي داوود، كتاب الحدود، باب في الستر على أهل الحدود، رقم الحديث 4377، مرجع سابق، ص 918 ، كما أن الحديث موجود بصفة مطولة، في باب رجم معز بن مالك ، رقم 4419، نفس المرجع، ص 927، وانظر كذلك: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الحدود، باب : هل يقول الإمام للمقر لعلك لمست أو غمزت، رقم الحديث 6824، مرجع سابق، ص 832.

على تكرار الإقرار والشهادة أربع مرات⁽¹⁾، كما أن تكرار الإقرار يفتح المجال للمتهم للرجوع عن إقراره، حتى يبقى باب التوبة مفتوحاً أمامه، وهو أفضل من تنفيذ العقوبة، الذي تجلى عند تنفيذ حد الرجم على ماعز، الذي جزع عندما أشد به تطبيق الحد، فكأنه رجع عن إقراره، فقال فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم: « **فهلا تركتموه، لعله أن يتوب فيتوب الله عز وجل عليه**».

فمن خلال هذه الحادثة في تطبيق الحد بعد تكرار الإقرار نجد أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان كارهاً لإقرار ماعز رغم أنه قد قام به حراً مختاراً، محافظاً بذلك على الكرامة الإنسانية فتارة نجده يأخذ بيده، ويشجعه على التوبة، والعودة إلى الله، وتارة يدعو الناس للستر عليه، عكس ما يحدث في القانون الوضعي الذي لم يكن ليقر بحق المتهم في الامتناع عن التصريح، إلا بعد أن أصبح الاعتراف محل شبهة في الإثبات الجنائي، وبعد أن كان التعذيب الوسيلة الطبيعية للحصول عليه لمدة طويلة من الزمن، لم تتوقف إلا بعد الثورات الشعبية المختلفة في أوروبا في القرن الثامن عشر⁽²⁾.

فرغم أن الشريعة الإسلامية تحت أطراف الدعوى على الكلام والدفاع كل عن نفسه، إلا أنها جعلت من الرجوع عن الإقرار في المسائل الجنائية دون المدنية وسيلة لإسقاط الحد، الذي من الممكن للمتهم اللجوء إليه بغض النظر عن اقتراه للفعل في أي مرحلة كانت عليها الدعوى⁽³⁾، لذلك يستحب للإمام تلقين المقر الرجوع كما لقن الرسول صلى الله عليه وسلم ذلك لماعز بقوله: « **قبلت، أو غمزت، أو نظرت**»، وكما لقن الرسول صلى الله عليه وسلم السارق بقوله: « **ما أخاله سرق**» أو « **أسرقت قولي لا**»، فإذا ظهر من المقر بحق خالص لله تعالى مما يدرء الشبهات بعلامات واضحة كالإشارة، واللفظ، أو الكتابة صح منه الرجوع⁽⁴⁾، أما في حقوق العباد المالية وغيرها، أو في القصاص في القذف فإنه لا يصح الرجوع، وذلك لعدم صحة الإنكار بعد الإقرار، لأن الفرق يبين حقوق العباد وبين حق الله الخالص، هو أن حقوق العباد مبنية على المخاصمة فلا تسقط بالشبهة، أما حقوق الله فمبنية على المسامحة، وعلى الدرء والستر ما أمكن ولذلك تسقط بالشبهة⁽⁵⁾.

(1) انظر: الكاساني، (علاء الدين أبو بكر بن مسعود)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 09، مرجع سابق، ص 265، ابن قدامة (موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد)، المغني، ج12، مرجع سابق، ص 379.

(2) انظر: الخليفة (أحمد عبد الله)، الاعتراف والإقرار غير الإرادي، المتهم " حقوقه في الشريعة الإسلامية"، الرياض، أبحاث الندوة الأمنية الوقائية العلمية العربية الأولى، 1989، ص 89.

(3) انظر: الغامدي (محمد بن صالح)، رجوع المتهم عن الإقرار الصادر منه، المتهم " حقوقه في الشريعة الإسلامية"، أبحاث الندوة الأمنية الوقائية العلمية العربية الأولى، نفس المرجع، ص 180، انظر كذلك: عودة (عبد القادر)، التشريع الجنائي الإسلامي، مقارنة بالقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 339.

(4) انظر: الكاساني (علاء الدين أبو بكر بن مسعود)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 09، المرجع السابق، ص 265، انظر كذلك: ابن قدامة (موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد)، المغني، ج12، المرجع السابق، ص 379.

(5) انظر: علي (يوسف)، رجوع المتهم عن الإقرار الصادر منه، المتهم " حقوقه في الشريعة الإسلامية"، أبحاث الندوة الأمنية الوقائية العلمية الأولى، المرجع السابق، ص 228.

نستنتج من كل ما تقدم، أن الشريعة الإسلامية وإن كانت تحت على التكلم أثناء وجود التهمة، إلا أنها أعطت للعدول الاختياري عن الإقرار أهمية كبيرة في الدعوى الجزائية، بحيث يستمر وجوده كحق من حقوق المتهم فيها، يمكن اللجوء إليه في أي مرحلة منها، وهذا ما يعطي التوازن بين المتهم وجهة التحقيق، ويجعل هذه الأخيرة لا تفكر في التعسف على الإطلاق لعلها سلفاً أن الرجوع عن الإقرار سيوقف جميع الإجراءات التي قامت بها، ويعيد الدعوى إلى بدايتها الأولى، وكأن المتهم لم يتكلم ولم يدلي بأي تصريح، وبالتالي وفي حالة إصرار المقر على إقراره، فإن المحقق يفترض تلقائياً أن المقر حر في إقراره، فلا يكون في حاجة لإثبات ذلك، أو استعمال أية وسيلة من الوسائل المشروعة، أو غير المشروعة لانتزاع أقوال المتهم، خصوصاً وأن للمتهم الحق في الاستعانة بمحام لضمان حقوقه كاملة أثناء التحقيق القضائي، وبالتحديد عند الاستجواب في الموضوع.

الفرع الثاني

حق المتهم في الاستعانة بمحام عند الاستجواب والمواجهة⁽¹⁾.

من الإجراءات الجزائية، التي تمكن المتهم من درء التهمة عن نفسه⁽²⁾. وبما أنه صاحب المصلحة في ذلك، فإنه يستطيع أن يدافع عن نفسه دون الاستعانة بأحد، ولكن نظراً لتطور الإجرام من جهة، وتشعب الإجراءات الجزائية من جهة ثانية، بدأت تظهر أهمية الاستعانة بمحام⁽³⁾، الذي أصبح مطلباً تدعو إليه معظم التشريعات الوطنية والدولية، كأحد الأسس الكبرى للمحاكمة العادلة، والذي أصبح يتغلغل في كل مراحل الدعوى الجزائية، وحتى تلك السابقة عنها، غير أن صورته كوسيلة من وسائل الدفاع تتجلى أكثر فأكثر في مرحلة التحقيق، وبالخصوص عند استجواب المتهم ومواجهته بالأدلة، أو بغيره من المتهمين والشهود⁽⁴⁾.

الشيء الذي من الممكن استنتاجه عند استقراء المادة 100 من ق.إ.ج.ج، حيث أنه يأتي مباشرة بعد التأكد من هوية المتهم عن الحضور الأول، كالتزام يقع على عاتق قاضي التحقيق قبل

(1) انظر: المشرع الجزائري لم يفرق بين الاستجواب عند الحضور الأول والاستجواب في الموضوع، والمواجهة المنصوص عليها في القسم الخامس من الباب الثالث من الفصل الأول تحت عنوان (الاستجواب أو المواجهة).

(2) BOULOC (B) – MATSOPOULOU (H) : Droit pénal général et procédure pénale, op, cit, P 277.

(3) انظر: يرجع أصل كلمة محام إلى المصطلح اليوناني المتكون من مقطعين وهما "AD" بمعنى المرافق، و "VOCATUS" بمعنى من يستند به الناس، فيصبح معنى كلمة "محام" مرافق الناس أمام المحاكم، وهذه الكلمة أخذ منها كلمة "AVOCAT"، بهنام (رمسيس)، الإجراءات الجنائية تحليلاً وتأصيلاً، مرجع سابق، ص 215.

(4) انظر: المادة 105/01 من ق.إ.ج.ج.

البدء في الاستجواب في الموضوع، والذي من الممكن أن يشكل حالة من حالات البطلان في حالة غيابه، أو عدم تنبيه المتهم لضرورة اختيار محام⁽¹⁾، وهذا تماشياً مع ما جاء به الدستور في المادة 33 منه كضمانة أساسية لحق الدفاع⁽²⁾، وذلك لما يحمله الاستجواب من طابع المناقشة التفصيلية للمتهم ومحاصرته بالأسئلة الدقيقة حول موضوع التهمة، قصد الحصول منه على إجابات، أو إيضاحات تمكن قاضي التحقيق من الوصول إلى الحقيقة⁽³⁾، لأن حقيقة الاستجواب هو وسيلة لتمحيص التهمة، وليس وسيلة لإثبات التهمة، وبالتالي فهو مصدر للإثبات وليس وسيلة له⁽⁴⁾، لذلك فهو شرط أساسي لا بد منه قبل الأمر بحبس المتهم حبساً مؤقتاً إذا قرر قاضي التحقيق ذلك وفقاً للمادة 123 من ق.إ.ج.ج وما بعدها.

لأنه لا يعقل أن يحرم المتهم من حريته الشخصية دون الاقتناع من أن هذا الحرمان جاء عن طريق تضيق الخناق عليه بالأسئلة التي ترجح إجاباته عنها صلته بالواقعة الإجرامية⁽⁵⁾. وحتى يكون المتهم في منأى عن الأسئلة المرحجة والمطبوعة بطابع الإكراه والاستفزاز على الاعتراف، لدقتها وتعددتها مما قد يدفع به لقول ما ليس في صالحه⁽⁶⁾، كان لازماً على المشرع وضماناً لحق الدفاع، إقرار حق المتهم في الاستعانة بمحام، لأن الاستجواب والمواجهة يحملان في طياتهما الثقل الأكبر في التحقيق القضائي، لإشتمالهما على ثلاثة أوجه أساسية لا يمكن تغليب إحداها على الأخرى، أو التفریط في واحدة منها وهي " المناقشة التفصيلية للمتهم، ومواجهته بأدلة الإثبات، ومواجهته بالمتهمين والشهود" وقد نصت المادة 170 من ق.إ.ج.ج الفرنسي⁽⁷⁾، على أن أحكام الاستجواب والمواجهة المنصوص عليها في المواد من 114 إلى 118 هي أحكام جوهرية مقررة لمصلحة الخصوم، فيترتب البطلان على عدم مراعاتها، سواء بالنسبة للعمل ذاته، أو الإجراءات اللاحقة له، ولصاحب المصلحة أن ينتازل عن الدفع بالبطلان فيصح العمل، على أن يكون التنازل صريحاً وبحضور المدافع أو بعد دعوته.

(1) انظر: أوهابيه (عبد الله)، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري (التحري والمتابعة)، مرجع سابق، ص 377.

(2) انظر: محدة (محمد)، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ج30، مرجع سابق، ص330.

(3) انظر: النبروي (محمد سامي)، استجواب المتهم، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 66 وما بعدها.

(4) انظر: عبد الفتاح (مراد)، شرح التحقيق الجنائي التطبيقي، مرجع سابق، ص423.

(5) انظر: بهنام (رمسيس)، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، المرجع السابق، ص 602.

(6) انظر: مصطفى (محمود)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 300.

(7) L' art 170 « En toute matière, la chambre de l'instruction peut, au cours de l'information, être saisie aux fins d'annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure par le juge d'instruction, par le procureur de la République, par les parties ou par le témoin assisté » .

وحتى يكون الاستجواب والمواجهة وسيلتا دفاع لهما فعاليتهما في تنفيذ الأدلة المقدمة ضد المتهم، لا بد له من الاستعانة بمحام، لأن المتهم مهما كان وضعه سواء أكان بريئاً أو مقترفاً للواقعة الإجرامية فإنه يكون فريسة لظاهرتين اثنتين هما " التوتر الشعوري، والحرص على حبك خطة الدفاع"، الظاهرتين اللتين تجعلان من المتهم يدلي بإجابات يظن أنها في صالحه، ولكنها في الحقيقة ليست كذلك⁽¹⁾، وحرصاً من المشرع على أن يقوم المحامي بمهمة الدفاع على أكمل وجه، ويحقق المساعدة الحقيقية للمتهم، فقد نظم إجراءات دفاعه على النحو التالي:

الفقرة الأولى

حضور استجواب المتهم.

يحدد دور المحامي في حضور استجواب المتهم في العمل على مساعدته، بالوقوف على جميع النقاط ذات الأهمية القانونية والواقعية، التي تساعده في الوصول إلى أكبر قدر ممكن من تحقيق مصالحه في الدعوى الجزائية، أين تكون لكفاءة المحامي الدور الفعال في الوصول إلى تحقيق العدالة، أو نوع من التوازن بين المتهم والنيابة العامة، فبعد أن نصت المادة 104 من ق.إ.ج.ج على حق المتهم في اختيار محام أو عدة محامين، وإخطار قاضي التحقيق بالمحامي الذي اختاره، عزز المشرع ذلك في المادة 105 من ق.إ.ج.ج بأن جعل ذلك شاملاً لكل أنواع الجرائم، سواء أكانت مخالفات، أو جنح، أو جنايات، أو سواء كانت جرائم القانون العام، أو جرائم القانون الخاص، أو كانت جرائم عادية، أو جرائم مادية.

كما منعت كل استجواب أو مواجهة دون حضور محامي المتهم، الذي يتم برسالة موصى عليها بالعلم الوصول ترسل إليه قبل يومين على الأقل من الاستجواب، لأن هذه الدعوة تعتبر ضرورية لصحة الإجراء وليس لصحة الاستجواب، لأن قاضي التحقيق بإمكانه أن يمضي فيه حتى ولو طلب المتهم تأجيل الاستجواب إلى حين حضور محاميه مادام تبليغه قد كان قانونياً، ولكن هذا لا يعني أن دعوة المحامي مرة واحدة لحضور الاستجواب كافية، في حالة تكراره، بل يجب على قاضي التحقيق أن يبلغ محامي المتهم في كل مرة يريد فيها استجواب المتهم، وإلا اعتبر باطلاً⁽²⁾.

(1) انظر: عبد الفتاح (مراد)، شرح التحقيق الجنائي التطبيقي، المرجع السابق، ص424.

(2) انظر: أوهايبية (عبد الله)، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري (التحري والمتابعة)، مرجع سابق، ص 384.

ورغم ما للمحامي من دور فعّال في ممارسة المتهم لحقه في الدفاع، إلا أن المشرع نجده من خلال المادة 107/ف01 من ق.إ.ج.ج التي تنص على أنه: « لا يجوز لمحامي المتهم، ولا لمحامي المدعي المدني أن يتناول الكلام فيما عدا توجيه الأسئلة بعد أن يصرح قاضي التحقيق لهما بذلك، فإذا رفض قاضي التحقيق تضمن نص الأسئلة بالمحضر أو يرفق به »، فبالمقارنة مع المادة 106 من ق.إ.ج.ج التي تنص على أنه: « يجوز لوكيل الجمهورية حضور استجواب المتهمين، ومواجهتهم، وسماع أقوال المدعي المدني يجوز له أن يوجه مباشرة ما يراه لازماً من الأسئلة، ويتعين على كاتب التحقيق في كل مرة يبدي فيها وكيل الجمهورية لقاضي التحقيق رغبته في حضور الاستجواب، أن يخطره بمذكرة بسيطة قبل الاستجواب بيومين على الأقل » نجده قد أدخل بأكبر مبدأ يمكن أن يحقق الحماية الشاملة للمتهم أثناء الاستجواب، وهو مبدأ التوازن بين حقوق الخصوم (1)، والذي يتجلى عند استقراء هاتين المادتين كما يلي:

أن التحقيق لا يسعى نحو البحث عن الحقيقة، وإنما إلى إمكانية إثبات التهمة والسير في الاتجاه الذي رسمته النيابة العامة لها، وذلك بتقييد حرية المحامي في الدفاع عن موكله، واستجلاء الحقيقة عن طريق الأسئلة التي يطرحها، بحيث يصبح المحامي مجرد رقيب عن كيفية إجراء الاستجواب، دون أن يكون له الحق في الاعتراض على الأسئلة المطروحة على موكله، سواء من طرف وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق، الحالة التي يمكن أن نفهمها من خلال عبارة « لا يجوز لمحامي المتهم، ولا لمحامي المدعي المدني الكلام فيما عدا توجيه الأسئلة... »، الأمر الذي يخضع لموافقة قاضي التحقيق بالنسبة للمتهم والمدعي المدني، عكس النيابة العامة التي تتمتع بحرية كبيرة في ذلك دون المرور على قاضي التحقيق، وكأنها سلطة مدعمة لقاضي التحقيق، الأمر الذي من الممكن أن نفترضه بحكم الانتماء الوظيفي للسلطة القضائية لكل من وكيل الجمهورية وقاضي التحقيق.

خضوع المتهم لجهتين أو شخصين يوجهان له الأسئلة، الأمر الذي قد يفقده تركيزه لدرء الاتهام الموجه إليه، لأنه سيشعره بالخوف والرهبة، مما قد يؤدي به إلى التصريح بأقوال قد تفسر على عكس ما كان يقصده، لأن لوكيل الجمهورية أسئلته الخاصة ولقاضي التحقيق كذلك، فقد يتحول وكيل الجمهورية في هذه الحالة إلى قاضي تحقيق دون أن يشعر، من خلال طرحه للأسئلة مباشرة دون المرور على هذا الأخير، وفي هذا إخلال بمبدأ الفصل بين جهتي التحقيق والاتهام، عكس المشرع

(1) مبدأ التوازن بين حقوق الخصوم: هو تمتع الخصوم في الدعوى الجزائية بذات الحقوق والحريات، طبقاً للمبدأ المساواة المكرس دستورياً، وتمكين كل خصم من هذا الحق بالقدر الضروري الذي يضمن له تحقق مقتضيات المحاكمة العادلة وهو نفس المبدأ الذي أقره المؤتمر الدولي الثاني عشر لقانون العقوبات في " هامبورغ" 1969 وسماه بمبدأ المساواة في الأسلحة « L' égalités des armes » ، انظر: سرور (أحمد فتحي)، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، ص 427.

الفرنسي الذي كان واضحا في هذه المسألة من خلال المادة 120 منه ⁽¹⁾، وعدم احتواء قانون الإجراءات الجزائية على نص يحدد الكيفية التي تكون عليها الأسئلة التي من الممكن أن يطرحها وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق، مراعاة لأسس الاستجواب الصحيح " كالدقة والاختصار، وعدم الخروج عن موضوع التهمة تطبيقا لمبدأ عدم إطالة الاستجواب".

أن ما يثير التناقض في توجه المشرع في تكريس التوازن بين الخصوم في الدعوى أنه سوى بين محامي المتهم ومحامي المدعي المدني في المدة اللازمة للإطلاع على الملف، وهي أربع وعشرين ساعة قبل إجراء الاستجواب في المادة 105/ف03 من ق.إ.ج.ج، بينما خص النيابة العامة بمعاملة خاصة، إذا أبدت رغبتها في حضور الاستجواب بأن تخطر بمذكرة بسيطة من طرف كاتب التحقيق فجعل لها مهلة يومين على الأقل من خلال المادة 106/ف03 من ق.إ.ج.ج، وكأن المشرع أقر ضمنا الامتياز الخاص للنيابة العامة في الاستجواب، الذي يتضح من خلال المدة اللازمة للإخطار بالاستجواب، مراعيًا في ذلك كثرة التزامات النيابة العامة في المجال القضائي، بحيث أضيفت لها مهمة أخرى وهي أن تكون طرفا في قضايا شؤون الأسرة ⁽²⁾، وبالمقابل مقللا من الضمانات الخاصة بالمتهم، فكما تعترض النيابة العامة بعض العراقيل التي تجد لها الحلول من خلال التشريع، يطرح نفس الأمر عندما يتعلق الأمر بالدفاع، الذي قد تعترضه ظروف عدم وصول رسالة الإخطار، أو التزام بين حضور الاستجواب من جهة، والمرافعة في قضية مهمة خصوصا في الجنايات التي تتطلب من المحامي تركيزا كبيرا من جهة ثانية، لذلك لا بد من حماية الحقوق والحريات المكرسة دستوريا، وعدم المساس بها، لأن الإجراءات الجزائية وجدت من أجل تكريسها، وليس من أجل تكييفها مع الأوضاع الراهنة للجهاز القضائي.

هذا الوضع الذي تثيره المادة 106 من ق.إ.ج.ج يتطلب من المشرع إعادة النظر، والتأسي بما جاء به المشرع الفرنسي في هذه النقطة بالذات، لأنه إذا كان التحقيق هو العمود الفقري للدعوى الجزائية، والمرحلة التي تبنى عليها جميع المراحل الأخرى سواء السابقة أو اللاحقة لها، فإن الاستجواب هو العمود الفقري للتحقيق القضائي، الذي تبنى عليه جميع إجراءات التحقيق الأخرى، وبالتالي فإن الصياغة التي جاءت بها المادة 106 من ق.إ.ج.ج تعتبر غير دستورية لأنها تخل بمبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة 29 من الدستور.

الفقرة الثانية

(1) L'art 120 : «Le procureur de la république et les avocats dés parties ne peuvent prendre la parole que pour poser dés questions après y avoir été autorisé par le juge d'instruction»

(2) انظر: الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم للقانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع 15.

الإطلاع على الملف.

يعتبر حق الإطلاع على ملف الدعوى من طرف محامي المتهم من ركائز حقوق الدفاع، التي يسعى المشرع الجزائري لتكريسها، حفاظا على حقوق المتهم في الدعوى الجزائية، خصوصا في الجنايات، حتى يتمكن من الإلمام بكل حيثيات القضية من أسس قانونية، ووقائع مادية منسوبة للمتهم، وكل ما من شأنه أن يساعد في الوصول إلى الحقيقة من أدلة وقرائن، فحق الإطلاع على الملف يجد أساسه في حق النيابة العامة في توجيه الاتهام للمتهم دفاعا عن المجتمع. فلكلي يتحقق نوع من التوازن في دفاع كل طرف عن مصلحته في الدعوى الجزائية، أقر المشرع هذا الحق بالنسبة لكل أطراف الدعوى الجزائية خصوصا المتهم، والذي أكدت عليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها منها: « من المقرر قانونا أنه يبلغ النائب العام بكتاب موصى عليه كلا من الخصوم ومحاميه تاريخ نظر القضية، وتراعى مهلة 48 ساعة في حالات الحبس المؤقت، وخمسة أيام في الأحوال الأخرى بين تاريخ إرسال الكتاب الموصى عليه وتاريخ الجلسة، ويكون الملف تحت تصرف محامي المتهمين والمدعين المدنيين وفقا للمادة 182 من ق.إ.ج.ج، ولما كان ثابتا من قضية الحال أن النائب العام لم يبلغ الخصوم ومحاميه بتاريخ الجلسة، فإن عدم احترام هذه الإجراءات الجوهرية المتعلقة بحقوق الدفاع يترتب عنها البطلان»⁽¹⁾.

كما أن محكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى أكثر من ذلك حين اعتبرت أن عدم إخطار قاضي التحقيق لمحامي المتهم بأمر الإطلاع الصادر منه للنيابة العامة لإبداء طلباتها محبطا لحقوق الدفاع⁽²⁾، غير أنه منذ صدور قانون 24/90 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية جاءت المادة 68 مكرر بإجراء تنظيمي في مصلحة دفاع الخصوم ومنهم المتهم، أين تفرض على قاضي التحقيق أن يحرر الإجراءات التي يقوم بها في نسختين، بحيث توضع النسخة الثانية تحت تصرف محامي الأطراف، الذي يكون بإمكانهم استخراج نسخا منها، وهذا لا يتعارض مع سرية التحقيق، لأن مهمة المحامي في هذه الحالة وهو شخص محلف ومن مساعدي القضاء⁽³⁾، لا تتعدى مجالين اثنين هما " المهمة الرقابية للإجراءات، والمهمة الإعدادية للدفاع ".

فكما أعطى القانون لقاضي التحقيق وفقا للمادة 68 من ق.إ.ج.ج، اتخاذ ما يراه لازما لإظهار الحقيقة، فإن المحامي من حقه وحق موكله، أن يستنتج من ملف التحقيق ما يراه لازما للدفاع عنه، في إطار التوازن المنشود الذي يسعى إليه المشرع الجزائري من خلال الزيادة في ضمانات

(1) انظر: القرار الجنائي الصادر بتاريخ 1998/03/24، ملف رقم 179585، المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع 01، 1999، ص

(2) Cass. Crim, 11/10/1960. Bull. Crim. N° 40.

(3) انظر: المادة 13 من قانون 07/13، المؤرخ في 2013/10/29 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، ج.ر، ع 55.

المحاكمة العادلة، لأن كل إخلال بحق إطلاع محامي المتهم على ملف الدعوى يترتب عنه بطلان الإجراءات الناتجة عنه، لذلك نجد أن المشرع الجزائري في وتعديله لنص المادة 68 مكرر بإضافة الفقرة الثانية لها بموجب الأمر 02/15 (1)، حددت بدقة نسخ الإجراءات التي تكون من حق الدفاع الحصول عليها، وهي النسخ التي تحمل الإجراءات الجاهزة، أما تلك التي يرى فيها قاضي التحقيق عدم جاهزيتها فإنها لا تكون محلاً للإطلاع، وهذا كله من أجل حماية سرية التحقيق، وضمان حقوق المتهم في عدم إستغلال خصمه للإجراءات التي لم تكتمل بعد، والتي قد تتغير قناعة قاضي التحقيق فيها في نهاية التحقيق.

الفقرة الثالثة

حق المتهم في الاتصال بمحاميه إذا كان محبوساً.

من المعلوم أن المتهم لا يمكن حبسه إلا بعد استجوابه لأول مرة، بحيث يكتسي هذا الحق الطابع الدفاعي، الذي يلجأ إليه المتهم في حالة شعوره بعجزه عن الدفاع عن نفسه بمفرده، ويكون ذلك بعد تنبيه من طرف قاضي التحقيق بضرورة تعيين محامي، أو يعين له هو محامي، فإذا اختار طريق تعيين محامي كان له الحق في دعوته للاتصال به. فإذا كان الإطلاع على ملف التحقيق من طرف محامي المتهم يتميز بطابع القانوني والفني من أجل إعداد المرافعة الخاصة بالدفاع يوم المحاكمة، وذلك بالوقوف على جدية الأدلة المقدمة في الدعوى، وكذلك النصوص القانونية المؤسس عليها الاتهام، فإن اتصاله بالمتهم في الحبس يحمل في طياته طابع المؤازرة، والمساندة، والطابع التحقيقي كذلك، الهدف الذي من الممكن استنتاجه من تأكيد جميع القوانين الوضعية على ضرورته، بحيث يمكن المتهم من أن يدلي ببعض الحقائق تكون في صالحه لم يستطع الإدلاء بها أمام قاضي التحقيق، سواء لخوفه منه، أو لاختياره فعل ذلك لمحاميه. وذلك حتى يستطيع هذا الأخير مساعدته في مواجهة الإجراءات الموجهة إليه قصد المحافظة على برائته (2).

كما تتجلى الفائدة العملية لاتصال المحامي بالمتهم، في رغبة هذا الأخير التعرف على كيفية حصول الاستجواب، والمواجهة مع الخصوم الآخرين في الدعوى قبل حدوث ذلك، حتى يتمكن من تقديم الإجابات التي تمكنه من درء الاتهام عن نفسه بكل راحة، وتحقيقاً لكل هذه المصالح فإن المادة 102 من ق.إ.ج.ج لم تمنع المتهم المحبوس من الاتصال مباشرة بمحاميه، في حالة إذا ما

(1) انظر: المادة 68 مكرر المعدلة بموجب المادة 11 من الأمر 02/15 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية.

(2) انظر: ابن حماد (محمد يوسف)، حقوق وضمانات المتهم في مراحل الدعوى الجنائية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة،

قرر قاضي التحقيق ذلك بالنسبة للأشخاص الآخرين لمدة عشرة أيام ومهما كان السبب (1)، واتصال المحامي بالمتهم يكون بزيارته في الحبس، على أن لا يكون هناك فاصل بينهما، الشيء الذي نجده متوفرا في كل المؤسسات إعادة الإدماج في الجزائر(2).

أما في الشريعة الإسلامية فيمكن أن نستنتج حق المتهم في الاستعانة بمحام من عديد الآيات القرآنية والأحاديث النبوية، فمن القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿ أَوْ مِنْ يَنْشَأُ فِي الْحِلْيَةِ وَهُوَ فِي الْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ ﴾ (3)، أي هو من في الجدل غير مظهر لحجته لضعف رأيه (4)، وبذلك يكون في حاجة إلى من يدافع عنه، كما يمكن أن نستنتج كذلك حق المتهم في الاستعانة بمحام من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم، عندما قال: « إنما أنا بشر مثلكم وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، فأقضي بنحو ما أسمع فمن قضيت له من أخيه شيئا فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار »، بحيث قد لا يستطيع الشخص أن يدافع عن نفسه، أو يتفوق على خصمه بالفصاحة واصطناع الحجة، الأمر الذي عبر عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله: « وهو ألحن بحجته »، وبما أن القاضي بشر فإن صاحب الدليل الأقوى بغض النظر، عن صحته بإمكانه أن يستميل القاضي في الحكم له، وهذا ما يتعارض مع الشريعة الإسلامية التي تقوم على إحقاق الحق والعدل.

وحتى يقوم التوازن بين الخصمين في عرض حججهما على القاضي، فبإمكان من عجز عن الدفاع عن نفسه أن يستعين بشخص يملك من القدرة العلمية والفقهية ما يمكنه من الدفاع عنه، وهذا ما يوافق الشريعة الإسلامية والسياسة الشرعية التي تقوم على كل فعل يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول صلى الله عليه وسلم، ولا نزل به وحي (5)، والمحاماة من هذا القبيل، فالمحامي ضروري بالنسبة للمتهم في الشريعة الإسلامية لأنه من الحقوق التي تمنع من إصاق التهمة به ظلما وعدوانا، ويمكن أن نستنتج ذلك من حادثة الإفك (6) التي تعرضت لها أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، التي عجزت عن إثبات براءتها قبل أن ينزل القرآن

(1) انظر: أوهابيه (عبد الله)، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري (التحري والمتابعة)، مرجع سابق، ص 385.

(2) انظر: المواد 51، 52، 53، 54 من الأمر رقم 02/72 المؤرخ في 10/02/1972 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة تربية المساجين، ج.ر، ع 15، والمواد 67، 69، 70، 71، 72، من القانون رقم 04/05 المؤرخ في 06/02/2005 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، ج.ر، ع 12.

(3) انظر: سورة الزخرف الآية 18.

(4) انظر: الصابوني (محمد علي)، صفوة التفاسير، ج03، مرجع سابق، ص 142، ومختصر تفسير بن كثير، ج03، مرجع سابق، ص 232.

(5) انظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص 17.

(6) للتفصيل في حادثة الإفك انظر: الصابوني (محمد علي)، صفوة التفاسير، ج02، نفس المرجع، ص 297، ومختصر تفسير بن كثير، ج02، نفس المرجع، ص 470.

الذي يبرئها ويدافع عنها رضي الله عنها في قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ جَاءُوا بِالْإِفْكِ عُصْبَةٌ مِنْكُمْ لَا تَحْسَبُوهُ شَرًّا لَكُمْ بَلْ هُوَ خَيْرٌ لَكُمْ لِكُلِّ امْرِئٍ مِنْهُمْ مَا اكْتَسَبَ مِنَ الْإِثْمِ وَالَّذِي تَوَلَّى كِبْرَهُ مِنْهُمْ لَهُ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾⁽¹⁾، الأمر الذي من الممكن أن نستنتج منه أهمية الاستعانة بمحام في الشريعة الإسلامية.

إن المعنى الذي ترمي إليه المحاماة في الوقت الحاضر، يأخذ مفهوم الوكالة في الخصومة في الشريعة الإسلامية، فبالمقارنة مع الحقوق التي قررتها القوانين الوضعية للمتهم في الاستجواب من حضور محام، والإطلاع على الملف، والاتصال بالمتهم المحبوس، نجد لها أساسا في الشريعة الإسلامية أيضا، فبخصوص حضور محام المتهم في الاستجواب يمكن استنتاجها من قصة سيدنا موسى مع فرعون عندما طلب من الله سبحانه وتعالى أن يرسل معه أخاه هارون، عند النقائه مع فرعون من أجل المآزة، والمساندة، والنصرة في قوله تعالى: ﴿وَإِذْ نَادَى رَبُّكَ مُوسَى أَنْ ائْتِ الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ * قَوْمَ فِرْعَوْنَ أَلَا يَتَّقُونَ * قَالَ رَبِّ إِنِّي أَخَافُ أَنْ يُكَذِّبُونِ * وَيَضِيقُ صَدْرِي وَلَا يَنْطَلِقُ لِسَانِي فَأَرْسِلْ إِلَى هَارُونَ * وَلَهُمْ عَلَيَّ ذَنْبٌ فَأَخَافُ أَنْ يَقْتُلُونِ * قَالَ كَلَّا فَادْهَبَا بِآيَاتِنَا إِنَّا مَعَكُمْ مُسْتَمِعُونَ *﴾⁽²⁾.

أما فيما يخص حق المحامي في الإطلاع على الملف، فإنه يأخذ في الشريعة الإسلامية مفهوم الإعلام بالتهمة للموكل، كما يمكن تلقينها للوكيل في الخصومة، وبما أن الشريعة الإسلامية تقر التدوين - كما سبق وان تقدم - كإجراء لحفظ الحقوق، وكوسيلة هامة لإثبات الإجراءات، فإن الإطلاع على الملف من الإجراءات التي تحقق مصلحة المتهم، ولا تخل بسرية التحقيق، وحتى وإن حدث ذلك في بعض الأحيان، فضمن حقوق المتهم أولى، تطبيقا للقاعدة الفقهية التي تقول "تحصيل أعلى المحصلتين وإن فاتت أدناهما"، بمعنى إذا تزاممت المصالح ولم يكن تحصيل بعضها إلا بتقويت البعض، قدم أكملها وأشدّها طلبا من الشارع⁽³⁾، والمصلحة العليا هنا هي حماية الأشخاص الأبرياء من الوقعة بهم، وصدور أحكام ضدهم دون وجه حق.

ولكن ما يمكن ملاحظته في الوكالة في الخصومة في الشريعة الإسلامية، أنها لا تجوز إلا إذا كان الوكيل يعلم أن المتهم على حق مصداقا لقوله تعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا * وَاسْتَغْفِرِ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا * وَلَا

(1) انظر: سورة النور الآية 11.

(2) انظر: سورة الشعراء من الآية 10، 11، 12، 13، 14، 15.

(3) انظر: جمعة (عبد المجيد الجزائري)، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب أعلام الموقعين لابن القيم الجوزية، مرجع سابق، ص

تُجَادِلُ عَنِ الَّذِينَ يَخْتَانُونَ أَنْفُسَهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ مَنْ كَانَ خَوَّانًا أَثِيمًا * ﴿١﴾، وقد نزلت هذه الآيات في قوم يقال لهم: بنو أبيرق في تهمة سرقة، حيث سرقوا لبعض الأنصار طعاما وذرعين، فجاء صاحب المال يشتكي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فجاء قوم يزكون المتهمين بالباطل، فكأن النبي صلى الله عليه وسلم صدق المزكين، فلام صاحب المال في قوله صلى الله عليه وسلم: «عمدت إلى أهل بيت ذكر منهم إسلام وصلاح، ترميهم بالسرقة على غير تثبت ولا بينة»، فأنزل الله الآيات السابقة (٢).

تتجلى الحاجة الشرعية والمصلحة الملحة للاستعانة بمحام عند الاتهام بجريمة في حد أو قصاص، أين قد يعجز الشخص عن إثبات براءته، فيؤدي ذلك إلى إزهاق روح أو قطع عضو، لذلك نجد الأحناف لا يأخذون بشهادة الأخرس مطلقا، وبالتالي يمنعون عقابه، ولو اكتمل نصاب الشهادة ضده، لأنه لو نطق لربما درء التهمة عن نفسه، ولاستطاع الاحتجاج بشبهة ما، لأنه لا يكتفي في الأحكام، وخصوصا الحدود والقصاص بإيحاء الناطق، ولا يحصل اليقين بالإشارة (٣)، فمن الضروري إذن توكيل شخص يقوم مقامه في تتبع الحصول على الحجة التي تبرئ ساحته من التهمة.

كما يمكن أن يكون حق المتهم في الاستعانة بمحام كصورة تطبيقية لأهم صفة من صفات قاضي التحقيق وهي " التأنى والتثبت قبل إصدار أي أمر " ، صحيح أنه في العهود الأولى للدولة الإسلامية لم يكن حق الاستعانة بمحام واضح المعالم كما هو عليه الآن، لأن القاضي كان يعمل كل ما في وسعه من أجل أن يتمسك المتهم ببراءته رغم ارتكابه الجريمة، ويمكن أن نستنتجها من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم عندما جاؤوه بلص اعترف اعترافا، ولم يوجد معه متاع، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم «ما أخالك سرت؟» قال: بلى، قال: «فأذهبوا به فاقطعوه ثم جيئوا به» فقطعوه ثم جاؤا به فقال له: «قل استغفر الله وأتوب إليه» فقال: أستغفر الله وأتوب إليه، قال: «اللهم تب عليه» (٤)، وفي هذا محاولة ومساعدة للمتهم في درء التهمة عنه، والتي تعتبر من أهم مهام الدفاع التي يقوم بها المحامي في الوقت الحالي.

كما أن القاضي وحتى لا يخطأ في توقيع الحكم، كان يستشير العلماء والفقهاء في القضايا التي لا نص فيها ولاجتهاد، استجابة لأمر الله تعالى في قوله: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾، الذي أخذ به

(١) انظر: سورة النساء من الآية 105، 106، 107.

(٢) انظر: تفصيل ذلك فيما رواه الترمذي، سنن الترمذي، في تفسير القرآن، باب من سورة النساء، رقم الحديث 3285، مرجع سابق، ص 1035.

(٣) انظر: السرخسي(شمس الدين)، المبسوط، ج 16، مرجع سابق، ص 130، الكاساني(علاء الدين أبو بكر بن مسعود)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 09، مرجع سابق، ص 15.

(٤) انظر: النسائي، سنن النسائي، كتاب قطع السارق، باب تلقين السارق، رقم الحديث 4881، مرجع سابق، ص 926.

الرسول صلى الله عليه وسلم وأصحابه من بعده في كثير من المواضع، فقد روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما عين رجلاً يقال له " حابس بن سعد الطائي " على قضاء حمص، سأله عن كيفية ممارسته للقضاء، في حالة عدم وجود حكم القضية المعروضة عليه في كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، رد عليه قائلاً " أجتهد برأيي وأستشر أصحابي"، فإستحسن عمر رد هذا القاضي المبني على الاجتهاد والشورى (1). لذلك فإن ما جاءت به القوانين الوضعية من ضمانات خاصة، بالنسبة لحق المتهم في الاستعانة بمحام يصب في هذا المعنى، قصد الوصول إلى التوازن المطلوب بين الخصوم في الدعوى الجزائية، فكما لا يمكن أن نتصور أن يؤثر قاضي التحقيق على النيابة العامة في تشكيل الاتهام، وعلى المدعى المدني في تحريك الدعوى العمومية ضد شخص معين ، من باب أولى أن لا يحدث أي تأثير على المتهم، أو أي اعتداء عليه سواء أكان جسدياً أو معنوياً.

المطلب الثالث

حق المتهم في الحماية الجسدية عند الاستجواب.

تظهر الضرورة الإجرائية لهذه الحماية عند البحث عن إحداه التوازن بين حق المتهم في عدم المساس بجسده بأي وسيلة كانت، وبين التزام قاضي التحقيق في ضمان ذلك، عند مباشرته البحث عن الحقيقة من خلال المتهم. هذه الحماية التي ترتبط وجوداً وعدماً بمدى احترام قاضي التحقيق لها، سواء عن طريق الوسائل التقليدية المبنية على الإكراه بنوعيه المادي المتمثل في " التعذيب واستعمال الكلاب البوليسية"، والإكراه المعنوي المتمثل في " الوعد، والتهديد، وتحليف المتهم اليمين" (الفرع الأول)، أو الوسائل المستحدثة " كالتنويم المغناطيسي، ومصل الحقيقة، وجهاز كشف الكذب" (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حماية المتهم في مواجهة الوسائل التقليدية الماسة بجسده.

(1) للتفصيل انظر ذلك: الشافعي (أبو عبد الله محمد بن إدريس)، الأم، ج 08، مرجع سابق، ص 212، وابن أحمد بن محمود (أبو البركات عبد الله)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (في فروع الحنفية)، وابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم) شرح البحر الرائق، ج06، مرجع سابق، ص 463.

تتمثل هذه الوسائل في التعذيب واستعمال الكلاب البوليسية في صورة الإكراه المادي، وفي الوعد، والتهديد، وتحليف المتهم اليمين في صورة الإكراه المعنوي. هذه الوسائل التي أصبحت تحوز الإجماع الدولي والوطني على تحريم اللجوء إليها في أي مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية، ولكن إدراجها ضمن مرحلة التحقيق أساسا يقوم على سببين إثنين هما: " أن قاضي التحقيق وبعد تحييصه للإجراءات التي قامت بها الضبطية القضائية قبل اتصاله بالدعوى، قد تجعله يعيد القيام بالإجراء الذي يفتر للشرعية اللازمة، وبالتالي سيتخذ كل ما يراه لازما لذلك، أن مرحلة التحقيق تتميز بوضوح صفة الشخص الخاضع لها وهي " الاتهام"، التي تكفل له أكبر قدر ممكن من الضمانات لأنه بعد الانتهاء منها، يكون التصور الشامل في نسبة الجريمة للمتهم قد اكتمل، وبالتالي فإن المساس بجسده سواء أكان ماديا أو معنويا يخرج التحقيق عن محتواه، ويصبح البحث عن الحقيقة مشوب بالبطلان، والتعسف بموجب هذا الإكراه.

الفقرة الأولى

الإكراه المادي.

تعتبر وسائل الإكراه المادي، التي من الممكن أن يلجأ إليها المحقق، دفعا للمتهم للاعتراف بارتكابه الأفعال المنسوبة إليه، من مبطلات التحقيق عامة والاستجواب خاصة، فإن كان استعمال هذه الوسائل موعلا في القدم، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من لجوء المحقق إليها، بصورة أكثر ضراوة من ذي قبل، خصوصا أمام التطور التكنولوجي الذي أصبح يصاحب وسائل تنفيذ هذا النوع من الإكراه، في صورة التعذيب واستعمال الكلاب البوليسية.

يمثل التعذيب الصورة الأبرز للتأثير على إرادة المتهم عند إجراء التحقيق، وذلك بالتدخل المادي على جسده، فالتعذيب إذن هو عبارة عن فعل مادي يقع على شخص المتهم فيه مساس بجسده، كاستعمال الكهرباء، أو انتهاك العرض، أو الحرمان من الطعام، إلى غير ذلك من الصور المهينة للكرامة الإنسانية، ويعد من بين الوسائل التي استخدمت منذ زمن بعيد في إجراءات التحقيق لاسيما عند استجواب المتهم لحمله على الاعتراف بالتهمة المنسوبة إليه⁽¹⁾، فاستعمال التعذيب إذن، يدخل الشك في سلامة التصريحات التي سيؤدي بها المتهم، لذلك نجد الإجماع الدولي⁽²⁾ والوطني⁽¹⁾،

(1) انظر: أوهابيه (عبد الله)، شرح قانون الإجراءات الجزائية، (التحري والتحقيق)، مرجع سابق، ص32.

(2) انظر: جاءت المادة 05 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان مانعة لاستعمال التعذيب كوسيلة للوصول إلى الحقيقة، تحت أي ظرف كان بقولها " لا يعرض احد للتعذيب ولا للعقوبات، أو المعاملات القاسية، أو الوحشية، أو الحاطة بالكرامة الإنسانية" والتي مهدت فيما بعد لإعلان الجمعية العامة للأمم المتحدة في الدورة الثلاثون، والخاص بحماية جميع الأشخاص من التعرض للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة، أو العقوبة القاسية، أو المهينة المؤرخ في 09 /12/ 1975، الذي يعتبر أول وثيقة خاصة بالتعذيب فقط، بحيث يعتبر هذا الإعلان خطوة هامة في إعداد اتفاقية الأمم المتحدة المناهضة للتعذيب، وغيره من ضروب المعاملة القاسية، أو

على حضره في عند إستجواب المتهم، كما جسده المادة 1/55 ب من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أنه: « لا يجوز إخضاع أي شخص لأي شكل من أشكال القسر، أو الإكراه، أو التهديد، ولا يجوز إخضاعه للتعذيب، أو لأي شكل من أشكال المعاملة، أو العقوبة القاسية، أو اللإنسانية، أو المهينة»⁽²⁾ كما نبذته الشريعة الإسلامية من قبل كالوسيلة في التحقيق لأنها تعدم إرادة المتهم وتجعله تحت تأثير المعاملة القاسية⁽³⁾، فقد اتفق كل من الفقه والقضاء الأنجلو أمريكي، والقانون اللاتيني، على ذلك رغم تشدد القضاء الأنجلو أمريكي في الأخذ بالاعتراف الإرادي الناتج عن حرية الاختيار الثابت من خلو تصرف المحقق من أي اعتداء على حرية المتهم⁽⁴⁾.

وقد أعطت المادة الأولى من إعلان الأمم المتحدة المناهض للتعذيب تعريفا يمكن اعتباره جامعا لهذه الوسيلة الوحشية، حيث نصت على أنه: « لغرض هذا الإعلان - يقصد بالتعذيب - أي عمل ينتج عنه ألم وعناء شديد، جسديا كان أو عقليا، يلحق عمدا بشخص ما بفعل أحد الموظفين العموميين، أو بتحريض منه، وذلك لأغراض مثل الحصول من هذا الشخص، أو من شخص آخر على معلومات، أو اعتراف، أو معاقبته على عمل ارتكبه، أو يشتبه في أنه ارتكبه، أو تخويفه، أو تخويف أشخاص آخرين. ولا يشمل التعذيب اللوم أو العناء الذي يكون ناشئا عن مجرد جزاءات مشروعة، أو ملازما لها، أو مترتبا عليها، بقدر تمشي ذلك مع القواعد الدنيا لمعاملة السجناء»⁽⁵⁾، هذا المفهوم الذي أظهره المشرع الجزائري في المادة 263 مكرر من القانون رقم 15/04 المؤرخ في 10/11/2004، والمادة 263 مكرر 01 تشديدا منه على رفض إستعمال هذه الوسيلة ليس في التحقيق فقط وإنما في كل التصوفات التي يقوم بها الشخص سواء أكان عاديا أو موظفا.

أما في الشريعة الإسلامية فيمكن أن نستنتج نبذها للتعذيب كوسيلة للوصول على الحقيقة، من العديد من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية، وكذلك كيفية تقريرها لحد القصاص، فمن القرآن

للإنسانية، أو المهينة الصادرة في 10 /12/ 1984، والبروتوكول الإضافي الملحق بها عام 2002، والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 67/89 المؤرخ في 05/06/1989 الجريدة الرسمية، عدد 20، كما تضمنه العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية في المادة 07 منه، واتفاقيات وجنيف الأربعة لسنة 1949، والبروتوكولين الإضافيين الملحقين باتفاقيات وجنيف الأربعة عام 1977 والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في المادة 03 منها، والميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب في مادة 05 منه،

(¹) انظر مثلا: المادة 126 من ق.ع المصري، والمادة: 308 من ق.ع الأردني، والمادة: 231 من ق.ج المغربي، والفصل: 101 مكرر من مج.ج التونسية، والمادة: 114 الفرنسي المدخل: codes.droit.org/cod/penal، يوم 20/11/2014.

(²) انظر: المادة 1/55 ب من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، عبد القادر قهوجي، القانون الجنائي الدولي، (أهم الجرائم الدولية، المحاكم الدولية)، في الملحق، مرجع سابق، ص 407.

(³) انظر: الشواربي (عبد الحميد)، الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقه (النظرية والتطبيق)، الإسكندرية، منشأة المعارف (د.ت)، ص

(⁴) للتفصيل أكثر انظر: الملا (سامي صادق)، اعتراف المتهم، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 71 وما بعدها.

(⁵) انظر: يوسف (أمير فرج)، الدفاع عن المتهم بالأصالة أو بالوكالة وجزاء الإخلال به، مرجع سابق، ص 72.

الكريم قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بَغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴾⁽¹⁾، أي الذين يؤذون المؤمنين بغير استحقاق للأذى الجلي على سبيل العيب والتنقيص، فقد حملوا أنفسهم البهتان، والكذب، والزور⁽²⁾، ومن السنة الشريفة قوله صلى الله عليه وسلم: « إن الله يعذب يوم القيامة الذين يعذبون الناس في الدنيا »⁽³⁾، كما جعلت الشريعة الإسلامية المساس بسلامة الجسدية للفرد المسلم عامة، وللمتهم خاصة من جرائم القصاص التي تقابل الجنايات في القانون الوضعي في قوله تعالى: ﴿ وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾⁽⁴⁾، وكذلك في قوله صلى الله عليه وسلم: « من قتل عبده قتلناه، ومن جدد عبده جددناه، ومن أخصاه أخصيناه »⁽⁵⁾.

فمن خلال هذه الأدلة، فإن المساس بسلامة الجسدية للمتهم محرم شرعا على قاضي التحقيق، لأن المعنى المستفاد من هذه الأدلة، أن القصاص شرع حتى في الشرائع التي كانت قبلنا⁽⁶⁾، والذي يعتبر شرع لنا إذا أقرته الشريعة الإسلامية كما في حد القصاص، وبالتالي فإن التعذيب كصورة من صور المساس بجسم المتهم أثناء التحقيق محرم مطلقا، غير أنه يثار في فقه الشريعة الإسلامية قضية ضرب المتهم المشهور بالفجور، والتي اختلف فيها الفقهاء وفيها رأيين: أحدهما يبيح ضرب المتهم المعروف بالفجور كالسارق وقاطع الطريق، استنادا إلى أمر النبي صلى الله عليه وسلم للزبير بن العوام بتعذيب المتهم الذي غيب المال حتى أقر بمكان وجوده في قصة بن أبي الحقيق⁽⁷⁾،⁽⁷⁾، والرأي الثاني لا يجيز ذلك استنادا إلى الحديث الذي رواه الأزهر بن عبد الله الحرازي من أن: « قوما من الكلاعيين سرق لهم متاع فاتهموا ناسا من الحاكمة، فاتوا بهم النعمان بن بشير صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم، فحبسهم أياما ثم خلى سبيلهم، بغير ضرب ولا امتحان، فقال لهم النعمان: ما شئتم؟ أن أضربهم فإن خرج متاعكم فذاك. وإلا أخذت لهم من ظهوركم مثلما أخذت من

(1) انظر: سورة الأحزاب الآية 58.

(2) انظر: الصابوني (محمد علي)، صفوة التفاسير، ج02، مرجع سابق، ص 493، ومختصر تفسير بن كثير، ج 03، مرجع سابق، ص 91.

(3) انظر: سبق تخريجه.

(4) انظر: سورة المائدة الآية 45.

(5) انظر: النسائي، سنن النسائي، كتاب القسامة، باب القود من السيد للمولى، رقم الحديث 4741، مرجع سابق، ص 901، وانظر كذلك: ابن ماجه، سنن ماجه، كتاب الديات، باب هل يقتل الحر بالعبد؟، رقم الحديث 2663، مرجع سابق، ص 467، وأبو داود، سنن أبي داود، كتاب الديات، باب من قتل عبده، أو مثل به، أيقاد منه؟، رقم الحديث 4515، مرجع سابق، ص 951.

(6) انظر: الجزيري (عبد الرحمن)، الفقه على المذاهب الأربعة، ج05، مرجع سابق، ص 231

(7) انظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص 92.

ظهورهم، فقالوا: هذا حكمك، قال: هذا حكم الله ورسوله، وقال أبو داود: إنما أُرهبهم بهذا القول، أي: لا يجب الضرب إلا بعد الاعتراف»⁽¹⁾.

الظاهر من الحادثة الأولى أن الأمر لا يتعلق بتعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، وإنما يتعلق بتنفيذ شروط الصلح الذي عقده الرسول صلى الله عليه وسلم مع اليهود عندما أُجليت بنو النضير، بأن " لا يكتموا ولا يغيبوا شيئاً، فإن فعلوا فلا نمة لهم ولا عهد"، وبالتالي فإن عم بن أبي الحقيق نكث العهد فاستحق الضرب، الذي كان في هذه الحالة ضرب حد لا ضرب تحقيق، أما الحادثة الثانية فإن الدليل فيها واضح على عدم جواز ضرب المتهم لأن القائل صحابي جليل، مع العلم أن قول الصحابي من المصادر الاستدلالية في التشريع الإسلامي، وكما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم في المرأة التي لاعنها زوجها قوله: «لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمتها»⁽²⁾، وبالتالي فلو كان عقاب الشخص عن التهمة ثابتاً لعوقبت هذه المرأة، وبهذا أخذ جمهور الفقهاء بعدم جواز ضرب المتهم أو تعذيبه لأي سبب كان⁽³⁾، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم قد حصر المساس بجسم المتهم في ثلاث حالات على سبيل الحصر في قوله: «لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة»⁽⁴⁾.

نستنتج من تجريم التعذيب سواء في القانون الوضعي أو الشريعة الإسلامية ثلاثة نتائج هامة وهي: " بطلان إجراءات التحقيق الناتجة عنه، تحول مرتكب هذا الفعل إلى متهم، عدم السقوط الدعوى الناشئة عن التعذيب بالتقادم".

كما أن النظامين لم يكتفيا بتحريم التعذيب كتصرف منافي للقواعد القانونية والقيم والمبادئ الأخلاقية، بل حرماً ذلك حتى ولو تم بإستعمال وسائل أو حيوانات في صورة الكلاب البوليسية، التي من الممكن للضابط الشرطة القضائية أو قاضي التحقيق الاستعانة بها للكشف عن الجاني الحقيقي، سواء أكان المتهم، أو أي شخص آخر مازال لم يكشف عنه التحقيق، لأن استعمال الكلاب البوليسية يرتبط أساساً بوجود آثار ووسائل خلفها الجاني في مسرح الجريمة، سواء نقلت الكلاب إلى هناك،

(1) انظر: أبو داود، كتاب الحدود، باب في الامتحان بالضرب، رقم الحديث 4382، نفس المرجع، ص 919، وانظر كذلك: النسائي، كتاب قطع السارق، باب امتحان السارق بالضرب والحبس، رقم الحديث 4878، نفس المرجع، ص 925.

(2) انظر: سبق تخريجه.

(3) انظر: في تفصيل ذلك: الماوردي(أبو الحسن علي بن محمد)، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، مرجع سابق، ص 330، ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج02، مرجع سابق، ص169.

(4) انظر: أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الحدود، باب الحكم فيمن أرتد، رقم الحديث 4352، المرجع السابق، ص 912، وانظر كذلك: النسائي، سنن النسائي، كتاب المحاربة (تحريم الدم)، باب الصلب، رقم الحديث 4053، المرجع السابق، ص

أوجيء بتلك الأشياء إلى مكان تواجدها لعرضها عليها، مع العلم أن قاضي التحقيق يجوز له القيام بعملية الإستعراق بنفسه (1)، وهي تدخل أساسا في عملية تتبع أثر الجاني، ومخلفات جريمته. المهمة التي تستطيع أن تقوم بها الكلاب البوليسية بكل سهولة، لأنها تمتاز بحاسة شم قوية، تمكنها من التعرف على الحاني الحقيقي، وذلك عن طريق عرض الأشياء المضبوطة في مسرح الجريمة عليها لتمييز صاحبها، لأنه من المعروف أن لكل إنسان رائحة مميزة، وأن الجاني كثيرا ما يترك وراءه أثرا ماديا يكتسي برائحته (2).

ورغم ما لهذه الوسيلة من أهمية في الكشف عن الجاني الحقيقي، إلا أنها تطرح مسألة مشروعية الدليل المستمد منها، وهل له تأثير على إرادة المتهم أم لا؟.

إن الكلاب البوليسية ووفقا للمميزات المشار إليها سابقا، لها دور كبير في الكشف عن الجاني الحقيقي، الأمر الذي دفع بجانب كبير من الفقه الجنائي إلى قبول الدليل المتحصل بواسطتها ولكن بتحفظ كبير، إلا أنه هناك جانب آخر من الفقه يرفض هذا الدليل، فالأول يرى أن الأخذ بالدليل المتوصل إليه عن طريق الكلب البوليسي، يحوز شرعيته إذا كان وصوله إلى ملابس الجاني والوسائل التي استعملها في الجريمة بعيدة عن التأثير على إرادته، أما الجانب الآخر فإنه يرى أن استعمال هذه الوسيلة لا يخلو من المساس بالسلامة الجسدية للمتهم، خصوصا الناحية النفسية كتخويفه وإرهابه (3)، كما وقع في اعتراف المتهم بالجريمة المنسوبة إليه في الجناية رقم 1615 التي وقعت في بني سويف في مصر سنة 1969 تحت تأثير استعراق الكلب " فخر " (4).

فقد ذهبت محكمة النقض المصرية بالنسبة لهذه الوسيلة، إلى ما ذهب إليه القضاء الأنجلو أمريكي عندما استقر على قبول الدليل المتحصل من إستعراق الكلاب البوليسية، على أن يكون معززا بأدلة أخرى، مع تنبيه المحلفين للأخذ به بحذر (5)، فقضت بمشروعية استخدام الكلاب البوليسية في التحقيق بقولها « لا مانع من أن يستعان في التحقيق بالكلاب الشرطة كوسيلة من وسائل الاستدلال والكشف عن المجرمين »، وقضت أيضا « إن استعراق الكلاب الشرطة لا يعدو أن يكون قرينة

(1) انظر: الملا (سامي صادق)، حجة استعراق الكلاب البوليسية أمام القضاء، المجلة الجنائية القومية، ج 17، ع 01، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، القاهرة، مصر، 1974، ص 53.

(2) انظر: ابن حماد (محمد يوسف)، حقوق وضمانات المتهم في مراحل الدعوى الجنائية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 344.

(3) انظر: ابن حماد (محمد يوسف)، حقوق وضمانات المتهم في مراحل الدعوى الجنائية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص 345.

(4) انظر: الملا (سامي صادق)، اعتراف المتهم، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 56.

(5) انظر: الملا (سامي صادق)، نفس المرجع، ص 155.

يصح الاستناد إليها في تعزيز الأدلة القائمة في الدعوى، دون أن يؤخذ كدليل أساسي على ثبوت التهمة على المتهم»⁽¹⁾.

غير أن استعمال الكلاب البوليسية في التحقيق لا يمكن الأخذ به على إطلاقه، ويبقى متروك لتصريحات المتهم أمام المحكمة التي يمكن له التراجع عنها حيث قضت محكمة النقض المصرية بذلك عندما قررت أنه « إذا كان المتهم قد تمسك أمام المحكمة بأن العبارات التي جاء بها أثناء التعرف عليه بمعرفة الكلب، إنما صدرت منه وهو مكره لوثوب الكلب عليه أو خشية أذاه، ومع ذلك فإن المحكمة عدت ذلك إقراراً منه بارتكاب الجريمة، وعولت عليه في إدانته دون أن ترد عليه وعلى ما دفع به وتفقده، فإن حكمها يكون مشوباً بالقصور»⁽²⁾.

نستنتج من خلال استعمال هذه الوسيلة في التحقيق أنها لا تخلو من المخاطر، خصوصاً إذا كان المتهم من المشهور بارتكاب الجرائم، كما أن الذي يقوم بتنفيذ الأمر بها هم رجال الضبطية القضائية، الذين لا يترددون في إكراه المتهم للحصول منه على اعترافات حول الوقائع محل البحث، ضف إلى ذلك أن التطور العلمي باستعمال أسلوب البصمات، مثلاً في الكشف عن الجرائم يغني عن هذه الوسيلة.

أما في الشريعة الإسلامية فيمكن أن نستدل على الإطار الذي من الممكن أن تستعمل فيه هذه الوسيلة، وهو المصلحة المعتبرة شرعاً وهي تقصي أثر المجرمين، التي تتحدد من خلال استعمال الكلاب البوليسية بعيداً عن المساس بشخص المتهم، وذلك بعرض الوسائل المضبوطة في مسرح الجريمة على الكلب البوليسي، لتأكد من أن هذه الوسائل تعود إلى المتهم أم لا؟ وقد استعملت وسيلة ناجعة في التحقيق في الشريعة الإسلامية لا تطرح بتاتا إشكالية المساس بجسم المتهم وهي القيافة وتتبع الأثر⁽³⁾، فقد استعملتها قريش في تتبع أثر الرسول صلى الله عليه وسلم وأبا بكر رضي الله عنه عندما هاجرا إلى المدينة⁽¹⁾.

(1) انظر: ابن حماد (محمد يوسف)، نفس المرجع، ص 345.

(2) انظر: خراشي (عادل عبد العال)، ضوابط التحري والاستدلال عن الجرائم في الفقه الإسلامي والوضعي، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 394.

(3) القيافة: مصدر قائف، بمعنى تتبع أثره ليعرفه، ويقال فلان يقوف الأثر ويقفاهه قيافة، ويتتبع الآثار ويعرفها ويعرف شبه الرجل بأبيه وأخيه، ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي المتعلق بتتبع الأثر ومعرفة الشبه، والقيافة نوعان: النوع الأول وهو قيافة الأثر أو ما أصطلح عليه بالقيافة : وهو تتبع آثار الأقدام والأخفاف والحوافر في الطرق القابلة للأثر، أما النوع الثاني: هو قيافة البشر بالاستدلال على هيئات الأعضاء الشخصيين على المشاركة والاتحاد في النسب والولادة وسائر أحوالهما، والقفا: مؤخر الرأس والعنق، وفي الحديث " يقعد الشيطان على قافية رأس أحدهم "، الموسوعة الفقهية، دار الأوقاف والشؤون الإسلامية، ج 34، مرجع سابق، ص 94، انظر: الفيروز آبادي (مجد الدين محمد)، القاموس المحيط، باب الفاء، فصل القاف، مادة قوف،

كما استعملها الرسول صلى الله عليه وسلم في تتبع أثر أولئك النفر من " عكل " ، الذين سرقوا الإبل وقتلوا الراعي وهربوا، فبعث ورائهم شبابا من الأنصار وقائف يقتفي أثرهم حتى جاؤوا بهم. فالأمر الذي يجعل القيافة تختلف عن استعمال الكلاب البوليسية، هو أن القائف يمتاز بالذكاء الحاد والفتنة الاستثنائية التي تمكنه من تنفيذ أوامر قاضي التحقيق بكل سهولة واحترافية، وبالتالي فإن الاعتداء على جسم المتهم يكون نادرا جدا، أما استعمال الكلاب البوليسية يبقى دائما محفورا بالمخاطر لأنها تتصرف بغريزتها، ماقد يسبب للمتهم أذا كبيرا، ولا يتحقق الهدف من اللجوء إليها، كما أن الأمر يتطلب تدريباً شاقاً، وعلى درجة كبيرة من الدقة لايتوفر إلا في القليل من دول العالم، لذلك لا يمكن الاعتماد عليها كوسيلة شائعة في التحقيق، حتى وإن أدت إلى كشف العديد من الجرائم، هذه الأخيرة التي من الممكن لقاضي التحقيق أن يصل إليها بوسائل أخرى تضمن الاحترام الكامل لجسم وكرامة المتهم.

الفقرة الثانية

الإكراه المعنوي.

يتخذ الإكراه المعنوي الصورة الثانية للتأثير على إرادة المتهم أثناء التحقيق، التي يجب على قاضي التحقيق تجنبها، فهي عبارة عن ممارسات لا تهدف بالضرورة إلى المساس بجسم المتهم كما في الإكراه المادي، وإنما للتأثير على قدراته الذهنية والعقلية، والخضوع لإرادة المحقق بغض النظر عن ارتكابه الجريمة أم لا؟ مع العلم أنه لا يعتبر من قبيل الإكراه مجرد خشية المتهم من ضابط الشرطة الذي حضر التحقيق، ولا خشيته من سلطان الوظيفة، ولا الإيحاء من الضابط للمتهم بالاعتراف ما دام سلطان الضابط لم يمتد إلى المتهم بالأذى مادياً أو معنوياً⁽²⁾. هذا التأثير يتخذ صوراً مختلفة أهمها " التهديد، والوعد، وتحليف المتهم اليمين، واستعمال وسائل الحيلة والخداع " .

فالتهديد هو ضغط المحقق على إرادة المتهم لتوجيهها إلى سلوك معين، والتهديد هو أهم صورة من صور الإكراه المعنوي، إذ يصدر من المحقق بقصد حمل المتهم على إتيان فعل ما أو الإمتناع عنه ، وهو ينذر بشر إن لم يوجه الخاضع له إرادته على السلوك المطلوب منه⁽³⁾، أما

مرجع سابق، ص 1088، وانظر كذلك: ابن فارس (أبو الحسين أحمد بن زكاريّا)، مقاييس اللغة ، كتاب القاف، باب القاف والفاء ومثليهما، مرجع سابق، ص 784.

(1) انظر: المباركفوري (صفي الدين)، الرحيق المختوم، مرجع سابق، ص 150.

(2) انظر: أبو الروس (أحمد)، المتهم، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2003، ص 268.

(3) انظر: حسني (محمود نجيب) ، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 465.

الوعد فهو تعمد بعث الأمل لدى المتهم في شيء يتحسن به مركزه، ويكون له أثره على حريته في الاختيار بين الإنكار والاعتراف⁽¹⁾، وليس كل وعد أو إغراء مبطلاً للاستجواب، فالوعد أو الإغراء المبطل للاستجواب هو الذي يكون من الصعب على الشخص العادي مقاومته، بحيث يكون من شأنه أن يدفعه إلى الإجابة على الأسئلة التي توجه إليه أو يدفعه إلى الاعتراف⁽²⁾، أما إذا كان الوعد أو الإغراء ليس من شأنه أن يدفع الشخص العادي إلى الاعتراف، فإن هذا الوعد أو الإغراء لا يبطل الاستجواب، وبالتالي الاعتراف الناتج عنه، ومثاله الوعد بمكافأة مالية، أو عينية، أو بتلطيف معاملته، كما أن التوهم بالوعد لا يبطل الاستجواب، فإذا اعترف المتهم نتيجة لأمل راوده في احتمال العفو، أو الإفراج عنه دون أن يكون ذلك بناء على وعد من المحقق يعتبر الاستجواب صحيحاً⁽³⁾.

أما تحليف المتهم اليمين ، فهو من قبيل دفع الشخص للشهادة ضد نفسه، فهو محظور في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، بحيث يحضر على قاضي التحقيق أن يطلب من المتهم أداء يمين معينة بأن يقول الحق حول الوقائع المنسوبة إليه، لأن ذلك يتعارض مع أصل براءته من جهة، كما يجعله يدلي بأقوال تتوافق مع رغبة المحقق من جهة ثانية، فينقص ذلك من حريته في الدفاع عن نفسه، واختيار الوسيلة التي تناسبه لدحض إدعاءات النيابة العامة⁽⁴⁾، كما يؤدي ذلك إلى عدم وضوح الإجراءات الجزائية، بحيث لا يمكن في هذه الحالة التفرقة بين الشاهد والمتهم، أما اليمين التي يؤديها هذا الأخير من تلقاء نفسه فإنها تعتبر من قبيل الدفاع الذي يقصد به بعث الثقة في صدق أقواله⁽⁵⁾، لذلك نجد المشرع الجزائري وفي نص المادة 89 من ق.إ.ج.ج. قد منع الاستمرار في سماع شهود تقوم ضدهم دلائل قوية على نسبة الوقائع المرتكبة إليهم. فقد اعتبر النظام الأنجلو أمريكي تحليف المتهم اليمين من قبيل الإكراه المعنوي على قول الحقيقة، الذي يترتب عليه بطلان الاعتراف لكونه كان غير إرادي، لكن في القانون الإنجليزي يجوز للمتهم أن يتحول إلى شاهد بناء على طلبه، وذلك طبقاً لقانون الإثبات الصادر سنة 1898، إلا أنه ألغي ولم يوافق عليه أغلب أعضاء الجمعية الدولية للقانون الجنائي الذي انعقد في باليرمو الإيطالية عام 1931، لأن فيه اعتداء على حقوق الإنسان⁽⁶⁾.

(1) انظر: ماروك (نصر الدين)، محاضرات في الإثبات الجنائي، ج01، الاعتراف والمحرمات، مرجع سابق، ص 124، انظر كذلك:

مصطفى (محمود)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 304.

(2) نقض مصري 1967/05/15، مجموعة أحكام النقض س18، رقم 127، 11/12/1967م، 18، انظر: مأمون محمد سلامة، قانون

الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض طبقاً لأحدث التعديلات والأحكام، ج 02 ، مرجع سابق، ص 1031.

(3) انظر: أبو الروس (أحمد)، نفس المرجع، ص 267.

(4) انظر: خميس (محمد)، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، ص 224.

(5) انظر: ماروك (نصر الدين)، ج01، محاضرات في الإثبات الجنائي، ج01، الاعتراف والمحرمات، المرجع السابق، ص 130.

(6) انظر: الملا (سامي صادق)، إقرار المتهم، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص ص42، 43.

غير أنه يمكن أن يلجأ قاضي التحقيق لأساليب الحيلة و الخداع، التي تتنافى مع نزاهته وحياده أثناء قيامه بمهامه، لأنه بذلك سيهدر حق المجتمع في الوصول إلى الحقيقة قبل انتهاك حق المتهم في الدفاع، التي ينتج عنها بطلان إجراءات التحقيق دون ما حاجة للنص عليها، لأنها تعتبر مخالفة جوهرية مقررة لمصلحة الدفاع⁽¹⁾، لذلك لا يجب على المحقق أن يلجأ إلى الأسئلة الإيحائية، التي تنطوي على التدليس الذي يوقع المتهم في الغلط، مما يجعل اعترافه معيبا، وبالتالي لا يمكن الاعتداد به⁽²⁾، فقد أوصى المؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات سنة 1953 على أنه لا يجوز التحايل للحصول على اعتراف من المتهم⁽³⁾.

وحتى يكون التحايل مبطلا للاستجواب لا بد أن توجد علاقة سببية بين الحيلة وبين الأدلة المستمدة منها، كقيام المحقق بالتصنت على المكالمات الهاتفية للمتهم، أو أن شخصا معيناً قد شاهده وهو يرتكب الجريمة، أو القيام باصطناع أدلة معينة تبين إدانة المتهم⁽⁴⁾، وبالتالي فإن معيار الرجل العادي هو مقياس لتحديد تأثير الحيلة و الخداع على المتهم، حتى يؤثر الاعتراف بالأفعال المنسوبة إليه على الإنكار، وأكثر من ذلك، فقد لا يكتفي المحقق بهذه الوسائل في التأثير على إرادة المتهم، فيلجأ إلى محاولة الاستفادة من التقدم التكنولوجي في المجال الطبي من أجل تحقيق ذلك. هذه الوسائل التي سنعمل على تقدير قيمتها في التحقيق، ومدى تأثيرها على حرية المتهم عند الاستجواب، فقد أثارت اختلافا كبيرا بين فقهاء القانون الوضعي عند إدخالها على أجساد المتهمين، وأثارت التساؤل التالي: هل هذه الوسائل تمثل اعتداءً على الحرية الفردية أم لا؟ فإذا لم تكن كذلك فما موقعها من السلطة التقديرية للقاضي عند الحكم في الدعوى الجزائية؟

الفرع الثاني

حماية المتهم في حالة استعمال الوسائل العلمية في التحقيق.

نظرا لخصوصية الواقع المعاش، وتميزه بكثرة الجرائم، وتعدد هذه الأخيرة، سواء من حيث الحكنة في التنفيذ، أو من حيث الوسائل المستعملة فيها، التي أصبحت مطبوعة بالتقدم التكنولوجي، بحيث يكون الجاني في مأمن من الملاحقة، فقد يلجأ المحقق بناء على ذلك، واستنادا لحرية في تقدير

(1) انظر: الشواربي (عبد الحميد)، الإثبات في ضوء القضاء والفقهاء، مرجع سابق، ص 410.

(2) انظر: ابن حماد (محمد يوسف)، حقوق وضمانات المتهم في مراحل الدعوى الجنائية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 349.

(3) انظر: الملا (سامي صادق)، نفس المرجع، ص 111.

(4) انظر: أبو الروس (أحمد)، المتهم، المرجع السابق، ص 274.

الوسيلة الملائمة للوصول إلى الحقيقة، أن يستعمل الوسائل العلمية الحديثة الممكنة، ذات النتائج المحددة والدقيقة (1) عند استجواب المتهم وأهمها " التنويم المغناطيسي، والحبوب المخدرة، وجهاز كشف الكذب".

الفقرة الأولى

التنويم المغناطيسي.

التنويم المغناطيسي هو نوع من النوم لبعض ملكات العقل الظاهري، يمكن أحداثه صناعيا عن طريق الإيحاء بفكرة النوم، وهو يستخدم منذ زمن بعيد في علاج الأمراض النفسية، لحمل المريض بعد تنويمه على تذكر أسباب مرضه النفسي، ومردّه إلى وعيه وشعوره، والتأثير المباشر في عقله الباطني، وبالتالي فإن فائدة التنويم تنحصر في تسهيل وتقوية عملية الإيحاء، فهو من العلاج بمثابة التخدير في العملية الجراحية (2).

فالتنويم المغناطيسي إذن، والذي ويعبر عنه باللغة الفرنسية بـ " l'hypnotisme "، هو نوع من الاختراق المباشر لنفسية المتهم والدخول إلى عالمه الداخلي، الذي يكون عن طريق زيادة تقنيات الإيحاء، بهدف إضعاف اتصاله بالعالم الخارجي، وبالتالي شل الوظيفة الأساسية لعقله (3)، فهو نوم غير طبيعي يصاحبه تأثير نفسي وجسمي على النائم، الذي يؤدي إلى تغيير ملكات العقل، ويصبح الشخص سهل الانقياد (4)، غير أن هذه الوسيلة العلمية لا يمكن إنكار دورها في معالجة المرضى النفسانيين الذين غالبا ما يشعرون بوجود حواجز نفسية تمنعهم من التواصل مع الآخرين، فهي بذلك تسهل عملية إزالة هذه الحواجز، التي يتحرر منها النائم بوقوعه تحت تأثير المنوم، الذي يكون دوره تحرير المريض من بواعث القلق، وتضييق نطاق اتصاله بالعالم الخارجي، وذلك بحجب الذات الشعورية للنائم، والتحكم في ذاته اللاشعورية (5).

(1) انظر: الدغدي (مصطفى محمد)، التحريات والإثبات الجنائي، مرجع سابق، ص 245.

(2) انظر: الملا (سامي صادق)، إقرار المتهم، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص 157.

(3) GRAVEN (J): Le problème des nouvelles techniques d'investigation au procès pénal, Paris, R.C.S, 1958, P 334.

(4) انظر: بحر (مدوح خليل)، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1996، ص514.

(5) للتفصيل انظر: الدغدي (مصطفى محمد)، التحريات والإثبات الجنائي، المرجع السابق، ص 277 وما بعدها.

ولعل للمزايا الطبية للتنويم المغناطيسي في علاج المرضى النفسانيين، بالغ الأثر في اختلاف الفقهاء حول استعمال هذه الوسيلة في التحقيق رغم إجماعهم على خطورتها على حرية المتهم، وكذا التصريحات الصادرة منه، بحيث مال الرأي الأول إلى ضرورة منعها بصورة مطلقة، ولو بموافقة المتهم، لما فيها من اعتداء عليه وانتهاك لأسراره الخاصة، فقد يؤدي به الإيحاء إلى سرد أحداث بعيدة عن الواقع يكون لها الأثر البالغ في الحكم الصادر ضده، أما الرأي الثاني فيجيز استعمال التنويم المغناطيسي إذا وافق عليه المتهم، لأنها تساعد في الدفاع عن نفسه بكشف حقائق، قد تكون في مصلحته، كما تمكن من تحقيق مصلحة المجتمع في الوصول إلى الحقيقة، وذلك بضمان سلامة الطريق المؤدي إليها، لأن نتائجه حاسمة، خصوصا في الجرائم ضد أمن الدولة، أو المجرمين الخطرين⁽¹⁾.

إن الغموض الذي يكتنف مختلف التشريعات حول مشروعية استعمال هذه الوسيلة، لاسيما المادة 68 من ق.إ.ج.ج التي تعطي لقاضي التحقيق سلطة واسعة في اتخاذ ما يراه لازما لإظهار الحقيقة، والذي من الممكن أن يكون التنويم المغناطيسي. استقر الرأي الغالب على ضرورة استبعاد هذه الوسيلة من التحقيق، ففي قضية " الخطابات المجهولة " في فرنسا، أقصى قاضي التحقيق الذي قام باستعمال التنويم المغناطيسي بالمرسوم الصادر في 1922/01/26، على أساس أن الوسيلة التي لجأ إليها فيها اعتداء على حقوق الإنسان⁽²⁾، مع أنه صدرت أحكاما للقضاء الفرنسي فيما بعد تبيح استعمال هذه الوسيلة برضا المتهم⁽³⁾.

كما أوصى المؤتمر الدولي الخامس للقانون المقارن في بروكسل سنة 1958، ولجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة عام 1962 بعدم جواز إخضاع أي شخص للإكراه المادي أو المعنوي، أو التنويم المغناطيسي، الذي يمثل اعتداء على أهم خصوصية للإنسان وهي الإرادة والعقل، وتعتبر مصادرة لحق الإنسان في الصمت وعدم الإجابة⁽⁴⁾.

نستنتج من كل ما تقدم، أن القاعدة المعيارية في تحديد مشروعية أو عدم مشروعية هذه الوسائل هو نص مختلف الإعلانات، والمواثيق الدولية والإقليمية، والداستير الداخلية للدول، على ضرورة احترام الإرادة الحرة، والحق في الخصوصية بالنسبة للشخص عامة، والمتهم خاصة- كما سبق وأن تقدم عند تأصيل حقوق الدفاع- فكل ما يتعارض مع حق المتهم في الدفاع وإن لم ينص عليه

(1) GRAVEN (J): Op, cit, P 354 et suivant.

(2) انظر: الخليفة (أحمد عبد الله)، المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية، الاعتراف والإقرار غير الإرادي، أبحاث الندوة العلمية الأمنية العربية الأولى، مرجع سابق، ص 107.

(3) Cass .Crim. 18/02/1958. Bull. Crim, N° 163.

(4) انظر: ابن حماد (محمد يوسف)، حقوق وضمانات المتهم في مراحل الدعوى الجنائية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 358

القانون، وفيه مساس بجسم المتهم، وحرية، وخصوصيته، يبطل ولا أثر له على مركز المتهم في الدعوى الجزائية، لأنه لو أستعمل في التحقيق يعتبر كالتعذيب الكلاسيكي في ثوب جديد (1).

الفقرة الثانية

مصل الحقيقة

وتسمى أيضا بعقاقير الحقيقة، يتناولها الشخص فتؤدي به إلى نوم عميق، واسترخاء لمدة قد تصل إلى عشرين أو أربعين دقيقة، يفقد الفرد خلالها قدرته وسيطرته ولا يتحكم في أقواله (2)، فيكون أكثر قابلية للإيحاء، والمصارحة، والتعبير عن مشاعره، وبذلك يمكن اكتشاف الدوافع التي يخفيها وهو في حالة الشعور (3).

ومن أهم العقاقير المخدرة المستخدمة في هذا المجال هي " الناركوفين " Narcoven"، و" البوتوتال الصوديوم " Penthotal soduim"، و" الأوديوم Odium"، و" الأميثال بنتونال Anetal pentonel"، و"الأوناركون Eunarcon"، ويعد أشهرها استخداما هو بنتونال الصوديوم، وهو ما يطلق عليه بمصل الحقيقة، وتتميز هذه المادة بأنها تصيب الشخص في غالب الأحيان بهستيريا كلامية، حيث يتدفق فيها الكلام دون تحكم في الإرادة، بالإضافة إلى تحرر كامل من عوائق الخجل والخوف فتزداد القدرة على الكلام (4).

وبما أن هذه العقاقير المشكلة لمصل الحقيقة لها دورها في دراسة المرضى النفسانيين، عن طريق معرفة الاضطرابات التي يعانون منها، بحيث تساعدهم على تخطي الحواجز النفسية التي تعترض اتصالهم بالواقع، كما في التنويم المغناطيسي، فإنها تساعد على تحديد الوقت المناسب للتدخل في حياة المريض، وإحداث العلاج المناسب (5).

الواضح أن هذه العقاقير لها دورها العلاجي الإيجابي في الكشف عن خبايا المريض النفسية، في وقت قصير عند استعمالها في التحليل النفسي، بدلا من الطريقة المطولة وهي تداعي المعاني، التي تتميز بعدم قطعية نتائجها في حصول الشفاء التام من الحالة النفسية المضطربة

(1) GRAVEN (J) : Le problème des nouvelles techniques d'investigation au procès pénal, op, cit, p.314.

(2) انظر: ابن حماد (محمد يوسف)، نفس المرجع، ص 352.

(3) انظر: المرصفاوي (حسن صادق)، المرصفاوي في المحقق الجنائي، مرجع سابق، ص 18.

(4) انظر: الداغدي (مصطفى محمود)، التحريات والإثبات الجنائي، المرجع السابق، ص 263.

(5) انظر: القاضي (فريد)، الاستجواب اللاشعوري، المجلة الجنائية القومية، مرجع سابق، عدد 11/03 /1965، ص 08.

للمريض⁽¹⁾، لكن غالبية الفقه يرى أن استعمال هذه الوسيلة ضد المتهم لانتزاع تصريحاته فيه اعتداء على حريته، لأنها تؤثر في تحكمه في إرادته، فقد هاجم مجلس نقابة المحامين بباريس سنة 1948 استعمال هذه الوسيلة للحصول على اعترافات في القضايا الجنائية، كما أقرت أكاديمية الطب الشرعي سنة 1949 حظر استعمال هذه العقاقير في التحقيق، الأمر الذي أجمع عليه الفقه الفرنسي والدول التي تأخذ بالنظام اللاتيني، لأنها تمثل اعتداءً على حق المتهم في السرية الذي يعتبر جزءاً من حقه في الخصوصية⁽²⁾.

كما أكدت على ذلك العديد من المؤتمرات الدولية، كالمؤتمر الدولي للطب الشرعي في لوزان سنة 1945، والمؤتمر الدولي الثاني للدفاع الاجتماعي في لبيج سنة 1949، ومؤتمر تولوز سنة 1950، كما أوصت الحلقة الدراسية للأمم المتحدة في فيينا سنة 1960 بالإجماع على الاعتراض على هذه الوسيلة في التحقيق⁽³⁾، بينما هناك رأي آخر يرى بجواز استخدام هذه الوسيلة، من طرف المتهم الذي يكون بريئاً لأنه لا يوجد أي نص في القانون يمنع المتهم من إثبات برائته بأية طريقة حتى ولو كانت هذه الوسيلة، كما أنها مجدية في الجرائم الخطيرة، بشرط أن تستعمل من طرف خبير في ذلك⁽⁴⁾، على أن يكون الاتهام واضحاً والشبهة قوية، وفي ظل رقابة قضائية صارمة⁽⁵⁾.

بيدو أن الرأي الأول الذي يقول بالحظر التام هو الأكثر وجاهة، لأن قاضي التحقيق يتميز بالتكوين العام الذي لا يمكنه من استعمال هذه الوسيلة، التي اشترط فيها الرأي المؤيد لها الخبرة الكافية، وبالتالي فإذا استعملها قاضي التحقيق بنفسه قد يسيء استعمالها، كما ينحرف عن مهمته الأساسية وهي التحقيق ويتحول إلى خبير، مع العلم أن الخبرة من الأعمال التي يأمر في القيام بها، لا أن يقوم بها بنفسه.

كما أن القول باستعماله في الجرائم الخطيرة، يتنافى ومبدأ المساواة الذي يعتبر أحد الدائم الأساسية للمحاكمة العادلة، لأن المتهم مهما كانت خطورته، والوقائع مهما كانت جسامتها لا يمكن أن تجزأ الأصل الذي يستند إليه المتهم عند مواجهته بالاتهام، وهو أصل البراءة، ولكن يمكن استعماله أثناء إجراء البحث الطبي للمتهم بهدف معرفة أسباب ارتكابه الجريمة، والظروف التي أدت به إلى ذلك

(1) انظر: خليفة (أحمد محمد)، مصل الحقيقة وجهاز كشف الكذب، المجلة الجنائية القومية، ع 01، مارس 2008، مرجع سابق، ص18.

(2) انظر: الملا (سامي صادق)، اعتراف المتهم، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 165، انظر كذلك: الدغدي (مصطفى محمود)، التحريات والإثبات الجنائي، المرجع السابق، ص 272 وما بعدها.

(3) انظر: الخليفة (أحمد عبد الله)، المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية، الاعتراف والإقرار غير الإرادي، أبحاث الندوة العلمية الأمنية العربية الأولى، مرجع سابق، ص 109

(4) انظر: الدغدي (مصطفى محمود)، نفس المرجع، ص270.

(5) انظر: الخليفة (أحمد عبد الله)، نفس المرجع، ص 110.

بشرط أن يكون معترفاً اعترافاً إرادياً بنسبة الجريمة إليه، كما يكون مجدياً أكثر فأكثر بالنسبة للأحداث وذلك لسهولة التعامل معهم لعفويتهم من جهة، واتخاذهم كتدبير علاجي وليس عقابي من جهة ثانية، على أساس أن هذه التدابير تقوم على فكرة الحماية، وليس القمع، الهدف منها هو منع الشخص المتصف بالخطورة الإجرامية من ارتكاب الجريمة، أو إصلاحه وإعادة إدماجه بعد وقوع الجريمة⁽¹⁾، على أن يكون تحت رقابة قضائية صارمة، والتي تكون شكلية بعد استعمال هذه الوسيلة، لأن قاضي التحقيق يكون تحت رقابة غرفة الاتهام بعد الانتهاء من الإجراء وليس قبل ذلك، أما أثناء القيام به فإنه يتمتع بسلطة واسعة في تقدير أعماله من عدمه استناداً للنص المادة 68 من ق.إ.ج.ج، وبالتالي فإن الحظر الوقائي التام لاستعمال مصل الحقيقة أثناء التحقيق يكون أكثر منطقية من استعماله بمخاطر، التي قد تعصف بحقوق الدفاع كاملة، وليس أقوال المتهم فقط.

الفقرة الثالثة

جهاز كشف الكذب

الذي يسمى بالإنجليزية " Lie- Derector " ، وبالفرنسية " Poly graphe " ⁽²⁾ هو جهاز مختص في قياس المتغيرات، والإشارات الجسمية والعضوية مثل: سرعة النبض، وضغط الدم والتنفس، وسرعة إفراز العرق، ورد الفعل النفسي، ودرجة حساسية الجلد للكهرباء التي تعتري الفرد خلال التحقيق معه، فعن طريق تحديد هذه المتغيرات، وتحليل الرسوم البيانية التي يوردها الجهاز يمكن الحصول على حكم تقديري بأن الشخص موضوع التجربة يكذب أو يقول الحقيقة⁽³⁾، والجهاز عبارة عن كرسي بسيط يجلس عليه المستجوب، وعلى كلا المسندين رقائق من المعدن يضع عليها كفيه لقياس درجة تصبب العرق، وجهاز حول إبطه لقياس ضغط الدم، أو أنبوبة تلتف حول صدره لقياس التنفس. يؤتى بالمستجوب وتعرض عليه مجموعة من الأسئلة، ويطلب منه أن يجيب عليها (بلا) أو (نعم)⁽⁴⁾، ونظراً لاقتناع بعض الفقهاء بالجدوى العلمية لهذه الوسيلة في الوصول إلى نتائج سريعة، وأكدية أثناء استجواب المتهم، فقد انقسموا إلى اتجاهين متعارضين في الاعتماد على نتائج هذا الجهاز في التحقيق.

⁽¹⁾ LARGUIER (J): Criminologie et science pénitentiaire, Paris, 10^{ème} Edition, Dalloz, 2005, P120.

⁽²⁾ انظر: خليفة (أحمد محمد)، مصل الحقيقة وجهاز كشف الكذب، المجلة الجنائية القومية، عدد 01، مارس 2008، المرجع السابق، ص 23.

⁽³⁾ انظر: الداغدي (مصطفى محمود)، التحريات والإثبات الجنائي، المرجع السابق، ص 250.

⁽⁴⁾ انظر: محمود (حسين إبراهيم الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1981، ص 126.

فيري الاتجاه المؤيد لهذه الوسيلة أن لها فائدة لا يمكن تجاهلها في الكشف عن الجريمة، والسير بالتحقيق في الاتجاه السليم والسريع، وبالتالي لا يوجد ما يمنع من استعمال هذا الجهاز على المتهم لأنه لا يؤثر على إرادته، ويبقى في كامل وعيه، الشيء الذي يمكنه من ممارسة حقه في الامتناع عن التصريح، أو الاعتراض على مواصلة خضوعه للجهاز، وبالتالي مباشرة كل الضمانات التي كفلها له القانون⁽¹⁾، كما أن تأثير الجهاز تأثيرا نفسيا على المتهم أثناء استجوابه، لا يعدو أن يكون نفس التأثير الذي يصيب المتهم عند استجوابه في الحالات العادية⁽²⁾، ثم إن استعماله يكون فقط لتعزيز الأدلة القائمة في الدعوى، فلا يمكن أخذه كدليل قائم بذاته إلا إذا تساند مع أدلة أخرى، على أن يكون بطلب من المتهم أو محاميه، أو بقرار مسبب من طرف قاضي التحقيق، أو المحكمة، وأن يقتصر استعماله في مرحلة التحقيق دون الاستدلال منعا للتعسف⁽³⁾.

أما الاتجاه المعارض ومنه الفقه الفرنسي، فإنه يعتبره من الوسائل الماسة بحرية المتهم، لأنه يفقده شعوره بأنه شخص مستقل بتبعيته للجهاز، فيصبح المحقق من خلال هذا الجهاز يحاول الوصول إلى أسرار المتهم التي قد لاتهمه كثيرا، أو لا تكون لها علاقة بالوقائع محل التحقيق، كالكشف عن اتجاهاته الفكرية، ومشاعره، وميوله، ورغباته عن طريق طرح الأسئلة، وفي هذا خروجا عن الضمانات القانونية والدستورية، كما أن النتائج المتوصل إليها من خلال هذا الجهاز ليست ثابتة وأكيدة⁽⁴⁾، غير أن هناك من الدول من أباحت استعمال هذا الجهاز بموافقة المتهم منها الولايات المتحدة الأمريكية، مع أن بعض أحكام القضاء فيها لم تعترف بذلك، فقد قضت المحكمة العليا لولاية نيومكسيكو، بعدم صحة النتائج المترتبة على استعمال هذا الجهاز حتى ولو كان ذلك بإرادة المتهم، لأن هذه النتائج لا يمكن الوثوق بها، وبذلك يجب إبعاد الاعترافات الناتجة عنها⁽⁵⁾.

فالرأي الغالب في الفقه إذن يميل إلى رفض استخدام هذا الجهاز في التحقيق الجنائي، لارتباطه بحقوق الدفاع والحياة الخاصة للمتهم، إلا أنه لا يمانع من استخدامه في البحث العلمي الجنائي، لأن دوره يقتصر على قياس الآثار الفسيولوجية للانفعالات التي يمر بها المتهم أثناء الاختبار، فهو لا يؤثر إذن في وعي المتهم واختياره، إلا أن المتمتعن في مختلف التشريعات الجنائية الوضعية، ومنها التشريع الجزائري، يجد أنها لم تنص صراحة على تحريم استعمال هذه الوسيلة، لكنها تجمع على بطلان التصريحات التي تصدر عن المتهم، وهو في وضع غير سليم، سواء من حيث

(1) انظر: الملا (سامي صادق)، اعتراف المتهم، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 133.

(2) انظر: النبراوي (محمد سامي)، استجواب المتهم، مرجع سابق، ص 497.

(3) انظر: للتفصيل أكثر، انظر: الدغدي (مصطفى محمود)، التحريات والإثبات الجنائي، المرجع السابق، ص 256، وما بعدها.

(4) انظر: ابن حماد (محمد يوسف)، حقوق وضمانات المتهم في مراحل الدعوى الجنائية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 359.

(5) انظر: الملا (سامي صادق)، نفس المرجع، ص 137.

الحرية أو من حيث الإرادة، وهو نفس المسار الذي سلكه القضاء المصري عندما اعتبر كل الأقوال صادرة تحت تأثير مخدر أو عقار يسلب المتهم إرادته باطلة بطلانا مطلقا⁽¹⁾، أما القضاء الجزائري الجزائري فإنه يخلو من أحكام قضائية بشأن هاته الوسيلة أو الوسائل الأخرى، وذلك ربما يعود لحدثة الاجتهاد القضائي الجزائري الجزائري في هذا الشأن، الذي بدأ يتبلور بعد حسم الجدل الفقهي والقانوني حول هذه الوسائل، أين اتجه المشرع الجزائري مباشرة إلى توفير أكبر قدر من الضمانات للمتهم عند مباشرة التحقيق، المجمع عليها فقها وقانونا كأساس للمحاكمة العادلة، ومن أهمها تنبيهه لحقه في الامتناع عن التصريح، وحقه في اختيار محامي للدفاع عنه.

أما الشريعة الإسلامية فقد اعتبرت الإكراه بجميع أنواعه مطبل للتصرف مهما كان القائم به، ومهما كانت جسامة الجريمة وخطورة فاعلها، فقد انتفى الكفر على المؤمن الذي كان قلبه مطمئن بالإيمان، إذا كان تصريحه بذلك تحت ضغط أو إكراه في قوله تعالى: ﴿...إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ...﴾⁽²⁾، وقوله صلى الله عليه وسلم: «إن الله تجاوز عن أمي ما وسوست به صدورها ما لم تعمل به أو تكلم»⁽³⁾، فلفظ " ما" يفيد العموم فيكون كل تصرف أقدم عليه الشخص باطلا، والاعتراف من بين هذه التصرفات، وكما روي أيضا عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «ليس الرجل أمينا على نفسه إذا أو جعته، أو ضربته، أو وثقته»⁽⁴⁾، وفي هذا يقول السرخسي: «ولو أن قاضيا أكره رجلا بتهديد، أو ضرب، أو حبس، أو قيد حتى يقر على نفسه بحد أو قصاص، كان الإقرار باطلا، لأن الإقرار متمثل بين الصدق، والكذب، والتهديد، والضرب، والحبس يمنع الرجل من الصدق»⁽⁵⁾.

فقد جاء في المغني لابن قدامة: «أنه إذا أكره الكافر على الإسلام من لا يجوز إكراهه، كالذمي والمستأمن، فأسلم، لم يثبت له حكم الإسلام، حتى يوجد ما يدل على إسلامه طوعا، مثل أن

(1) انظر: نقض 1997/07/21، ط 65/9367 ق، المستحدث في المبادئ التي قررتها الدوائر الجنائية لمحكمة النقض، 1997،

ص07، مذكور في ابن حماد (محمد يوسف)، حقوق وضمانات المتهم في مراحل الدعوى الجنائية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص355، على الهامش.

(2) انظر: سورة النحل الآية 106.

(3) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب العتق، باب الخطأ والنسيان في العتاقة والطلاق ونحوه، رقم الحديث 2528، مرجع سابق، ص 313، و انظر كذلك: بن ماجه، سنن بن ماجه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، رقم الحديث 2043، مرجع سابق، ص 367، والبيهقي، السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في طلاق المكره، رقم الحديث 15094، ج07، مرجع سابق، ص 584.

(4) انظر: البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب ما يكون إكراهها، رقم الحديث 15107، ج07، نفس المرجع، ص 588، والقرطبي (أبو عبد الله محمد بن أحمد)، الجامع لأحكام القرآن، ج10، مرجع سابق، ص 190.

(5) انظر: السرخسي (شمس الدين)، المبسوط، ج24، مرجع سابق، ص70.

يثبت على الإسلام بعد زوال الإكراه عنه، فإن مات قبل ذلك، فحكمه حكم الكافر، وكذلك من أكره على الكفر، فأتى كلمة الكفر، لم يصر كافرا وبهذا قال مالك، وأبو حنيفة، والشافعي»⁽¹⁾.

فلا خلاف بين جمهور الفقهاء إذن في أن الإكراه يشمل الضرب، والتعذيب، والحبس، والقيد، والتهديد، والوعيد، ولكن بعض الحنابلة ذهبوا إلى أنه لا بد من دليل يدل على الإكراه كالضرب والحبس، والوعيد، والتهديد بالضرب أو القتل ليس إكراها تنبى عليه الأحكام السابقة، وقد اشترطوا مجموعة من الشروط للقول بتوفير حالة الإكراه وهي:

أ - أن يكون الإكراه صادر من شخص قادر على المكره كالسلطان أو نائبه.

ب - أن يغلب على ظن المكره وقوع ما هدد به إذا لم يقر بما طلبه منه.

ت - أن يكون الأمر المهدد به ضارا كالقتل، والضرب الشديد، والقيد، والحبس الطويلين، بحيث يعدم الرضا أو يفسده⁽²⁾.

ولا يشترط لتحقيق الإكراه أن يكون الوعيد بعذاب مادي فلو كان بالمنع كالتجويع، أو المنع من استعمال الحق كمنع الزوج زوجته من زيارة أهلها إلا إذا اعترفت بجريمة أو حق مثلا⁽³⁾، وبالتالي وحسب آراء الفقهاء أنه لا يمكن إقامة الحدود وسائر العقوبات الأخرى على الوجه المطلق إذا وجد الإكراه كعنصر من عناصر التحقيق مع المتهم، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: «تعافوا الحدود فيما بينكم، فما بلغني من حد فقد وجب»⁽⁴⁾، وهذا دليل على أن الحد إنما يكون باختيار المحدود بالإقرار به، وطلبه تطهيره من الذنب، فإذا رجع عن إقراره سقطت العقوبة.

نستنتج من كل ما تقدم، سواء في القانون الوضعي أو الشريعة الإسلامية أن أي مساس بجسم المتهم، سواء أكان ماديا أو معنويا يترتب عنه البطلان المطلق، وسواء أكانت الوسيلة تقليدية أو حديثة.

كما أن التعذيب، والتتويم المغناطيسي، ومصل الحقيق، وجهاز كشف الكذب، إضافة إلى أنها وسائل إكراه مادية، فإنها تنطوي عند استعمالها على إكراه معنوي أيضا، لأنه لا يمكن أن نتصور

(1) انظر: ابن قدامة (موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد)، المعني، ج12، مرجع سابق، 291 وما بعدها.

(2) انظر: العوا (محمد سليم)، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 366.

(3) انظر: السرطاوي (محمود علي)، المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية، الاعتراف والإقرار غير الإرادي، أبحاث الندوة العلمية الأمنية العربية الأولى، ج02، مرجع سابق، ص 86.

(4) انظر: النسائي، سنن النسائي، كتاب قطع السارق، باب ما يكون حرزا وما لا يكون، رقم الحديث 4890، مرجع سابق، ص 928، وابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب الحدود، باب العفو عن الحدود ما لم يبلغ السلطان، رقم الحديث 4379، المرجع السابق،

أن يفتتخ المتهم، حسب الرأي الذي يقول بجوازية استعمال هذه الأجهزة في التحقيق، بأنها ستحقق له مزايا معينة في الدعوى، دون أن انطوائها على أسلوب من أساليب الحيل والمخادعة، التي قد ليحاً إليها المحقق من أجل إقناع المتهم بأن استعمال هذه الأجهزة لا يقوم على الإضرار بحقوقه في الدعوى الجزائية، مع أن مجرد عرضها عليه يعتبر إضراراً بحقوقه، الشيء الذي يتعارض أساساً مع القاعدة الإسلامية الفقهية التي تقول: " الضرر لا يزال بالضرر " (1)، ومن ثم فإن التصرفات التي يأتي بها المتهم وهو في حال التنويم المغناطيسي، أو تحت تأثير مصل الحقيقة، أو استجابة لجهاز كشف الكذب، تكون إلى حد كبير مشابهة لحالة النائم والمجنون التي رفع عنهما الرسول صلى الله عليه وسلم التكليف، وبالتالي فإن الضرر الحاصل من الجريمة المرتكبة لا يمكن إزالته بالإضرار بحقوق المتهم في الدعوى الجزائية، الذي قد يتبن فيما بعد بأنه بريء منه.

المطلب الرابع

حماية حق المتهم في الخصوصية عند مباشرة التحقيق.

إذا كانت الحماية الجسدية للمتهم أثناء الاستجواب تمثل الأساس الأول للحماية الكاملة لحقوقه في الدعوى الجزائية، فإن حقه في الخصوصية يمثل الأساس الثاني، والقائم على رافدين اثنين، رافد مادي هو الكيان الجسدي ومحل سكنه (الفرع الأول)، ورافد معنوي هو الحياة الخاصة بكل معانيها، خصوصاً المتعلقة منها باتصالاته وتواصلاته مع الآخرين، كالمراسلات والمكالمات الهاتفية (الفرع الثاني). فبالإضافة إلى هذين الرافدين لا بد وأن يكون المساس بحرية المتهم عند مباشرة إجراءات القبض عليه أو وضعه في الحبس المؤقت، مقدرة بضرورة التحقيق دون إفراط أو تفريط (الفرع الثالث)، الأمر الذي يفرض على قاضي التحقيق وهو في خضم البحث عن الأدلة وتمحيصها، أن يحرص على حماية هذه الحقوق، أكثر من حرصه على الوصول إلى الحقيقة.

الفرع الأول

حماية حق المتهم في الخصوصية عند إجراء التفتيش.

(1) انظر: جمعة (عبد المجيد الجزائري)، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين لابن القيم الجوزية، مرجع سابق، ص

نظرا لنسبية الحق في الخصوصية، وتغيره من زمان إلى آخر، ومن مكان إلى آخر تبعا لتغير عادات الأفراد وأخلاقهم، فإن هذا التغير انعكس على مفهوم هذا الحق وجعله يختلف من شخص إلى آخر، فمنهم من اعتبره الحياة المنعزلة والمقفلة، ومنهم من اعتبره الحياة الروحية الداخلية، ومنهم من عرفه بأنه دائرة الحياة السرية التي يمتلك فيها الإنسان القدرة على الابتعاد عن الآخرين والعيش في هدوء وراء باب مقفل⁽¹⁾، الأمر الذي يجعل من الصعوبة بمكان وضع تعريف جامع له، الذي يتجلى أكثر فأكثر حول صفة الشخص صاحب الحق، فيما إذا كان شخص عادي أم شخص عام، فإذا كان شخص عادي فإن حياته الخاصة لا يعيرها أحد أي اهتمام، أما الشخصية العامة فهي التي تكون محط أنظار الآخرين، واهتمام الصحافة مما يتسبب في التدخل المباشر فيها من طرف الغير⁽²⁾.

وبالتالي فقد أصبح للفرد وفق ما وصل إليه هذا الحق من أهمية، أن صار كيانه يتكون من رافدين رافد مادي هو الكيان الجسدي، ورافد معنوي هو الحياة الخاصة بكل معانيها، بحيث تتجلى الحماية القانونية والقضائية لحق الشخص في احترام حياته الخاصة عندما يوجه إليه الاتهام، في أن يصبح التزام يقع على عاتق قاضي التحقيق عند إجرائه للتفتيش، الذي يعتبر عمل من أعمال التحقيق، التي يهدف المحقق من ورائها إلى البحث عن الحقيقة، من خلال التنقيب عن دليل الجريمة، الذي قد يكون أوراقا، أو أشياء تدل بذاتها، أو بالاشتراك مع غيرها من الأدلة على وقوع الجريمة المنسوبة للمتهم⁽³⁾، فهو يخضع لجميع الخصائص التي يخضع لها التحقيق من وجوب التدوين، والسرية عن الجمهور وحضور الخصوم ووكلائهم كلما أمكن ذلك⁽⁴⁾، الذي يكون عن طريق الإطلاع على محل منح له القانون حرمة خاصة باعتباره مستودع سر صاحبه، على أن يكون بإذن هذا الأخير⁽⁵⁾. هذا المحل الذي قد يكون شخص المتهم أو مسكنه، وبما أن التفتيش يعتبر من أخطر إجراءات التحقيق التي تمس مباشرة بحرمة الحياة الخاصة للمتهم، فإنه يستلزم أن تكون هناك جريمة وقعت، وتمت نسبتها للمتهم، وبالتالي فإن مجرد التبليغ عنها لا يشكل سببا كافيا لإجراء التفتيش، أو الإذن به استثناء للضبطية القضائية، فهو إجراء تحقيق لا تحري⁽⁶⁾.

كما يجب أن يكون التفتيش متعلق بالجريمة محل التحقيق، وبالتالي لا يمكن القيام به، أو التعرض لأشياء أخرى لا علاقة لها بالجريمة، لأن ذلك سيؤدي إلى زيادة الآثار الناجمة عن

(1) انظر: سعيان (أحمد سليم)، الحريات العامة وحقوق الإنسان، ج2، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص50.

(2) انظر: عاقلي (فضيلة)، الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الخاصة رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 82.

(3) انظر: حرقوص (علي وحيد)، قاضي التحقيق في أصول المحاكمات الجزائية الجديد، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص46.

(4) انظر: عبيد (رؤوف)، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، مرجع سابق، ص 418.

(5) انظر: المرصفاوي (حسن صادق)، المرصفاوي في المحقق الجنائي، مرجع سابق، ص114.

(6) انظر: مصطفى (محمود)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص257.

التفتيش، هذا الأخير يعتبر في حد ذاته انتهاكا لحق الخصوصية، حتى ولو تم في إطاره القانوني⁽¹⁾، لأنه تعرض لحرية الشخص، وحرمة مسكنه، والمساس بحقه في عدم كشف أسراره، الذي يكون في الغالب بدون رضاه⁽²⁾، الأمر الذي يستدعي أن يكون القائم بالتفتيش مصحوبا بالإذن بالتفتيش محددًا وواضحًا، سواء من حيث المسكن وعنوانه، أو المتهم المراد تفتيشه، كما يجب أن يكون مسببا تسببيا كافيا، كما قد يكون مرتبطا بالقبض، بحيث أنه من المنطقي أن يخضع للتفتيش كل شخص مقبوض عليه⁽³⁾.

إن التلازم الحاصل بين إجراء قاض التحقيق للتفتيش، والبحث عن الحقيقة بخصوص جريمة وقعت، ينفي عن بعض أنواع التفتيش الصفة الجزائية، كالتفتيش الوقائي الذي يستهدف البحث عن أشياء خطيرة قد يستعملها الشخص في الاعتداء على الآخرين، أو على نفسه قبل تجريده منها، أو قبل ارتكابه الفعل الإجرامي⁽⁴⁾، والتفتيش الإداري الذي يقوم به موظف عام، لكي يتحرى فيما إذا كان الشخص الخاضع له قد ارتكب الجريمة، كالتفتيش الذي يقوم به موظفو السجون عند دخول المحبوس، أو تفتيش رجال الجمارك لملابس وحقائب المسافرين⁽⁵⁾، وبالتالي فإن التفتيش الذي يكون محلا للضوابط القانونية هو التفتيش الجزائي، الذي يشتمل على تفتيش الأشخاص، وتفتيش المساكن بمناسبة جريمة وقعت.

الفقرة الأولى

تفتيش الأشخاص.

ينصرف هذا التفتيش إلى المساس بحرمة المتهم الجسدية وملابسه، أو أخذ شعرة من شعره، أو جزء من أظفاره، أو رفع بصماته، من أجل الحصول على دليل قد يؤدي إلى الحقيقة، على أساس أن جسم الشخص أول مستودع لسر صاحبه، فرغم احتواء هذا التفتيش على عنصر الإكراه والمساس المباشر بالحرمة الجسدية للمتهم، إلا أن القانون الإجراءات الجزائية لم ينظم هذا النوع من التفتيش، ولم يتطرق له أساسا، وبالتالي فإن هذا الإغفال يحيل إلى القواعد العامة التي يخضع لها التفتيش،

(1) انظر: المرصفاوي (حسن صادق)، المرصفاوي في المحقق الجنائي، المرجع السابق، ص 117

(2) انظر: أحمد أبو الروس، المتهم، مرجع سابق، ص ص 82، 83.

(3) انظر: حسني (محمد نجيب)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 568.

(4) انظر: حسني (محمد نجيب)، نفس المرجع، ص 574.

(5) انظر: حسني (محمد نجيب)، نفس المرجع، ص 571.

والقائمة على وجوب احترام الحرية الخاصة للأفراد⁽¹⁾، التي نص عليها دستور 1996 في المادة 39: « لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، ويحميها القانون » .

ونظرا للقيمة التي تحظى بها الحرية الخاصة للأفراد في الدستور الجزائري، فقد أضافت المادة 46 من التعديل الدستور الأخير الصادر في 2016، والتي تقابل المادة السابقة الذكر، آليتين جديدتين لتفعيل هذه الحماية وهي: " أن يكون المساس بالحرية الخاصة للأفراد بأمر معلل من السلطة القضائية، وحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات، بتقرير العقوبة القانونية على إنتهاكها"⁽²⁾، غير أن هناك من التشريعات الإجرائية الجنائية التي نصت عليه في صلب نصوصها، حماية لكرامة المتهم، وتدقيقا في سلطات القائم به⁽³⁾، وعليه فإن الكيفية التي يتم بها التفتيش تكون متمشية مع قيمة الحريات التي تقرها الدولة في تشريعاتها⁽⁴⁾، فلكي يكون التفتيش مراعيًا لحقوق المتهم في عدم المساس بكرامته، فلا بد أن يأمر به قاضي التحقيق، أو من ينوب عنه من ضباط الشرطة القضائية، الذي يطلب من المتهم تقديم الشيء محل التفتيش، فإذا لم يمثل ذلك قام بتفتيشه في حدود المحافظة على كرامته⁽⁵⁾، تأسيسا على أصل البراءة الذي يستند إليه المتهم في عدم تكليفه بتقديم أي دليل في الدعوى الجزائية، فإنه بالمقابل يجعل منه محلا للتفتيش، والذي يجب عليه أن يمثل إليه، ولا يعترض عليه إلا في حال المساس بكرامته، أو التعسف في تنفيذه من طرف القائم به، أين يتحول إلى حق من حقوق الدفاع.

مع العلم أنه غالبا يقترن التفتيش بالقبض، ويتجلى الاقتران بين تفتيش المتهم والقبض عليه في أن التفتيش أقل خطورة على حرية المتهم من القبض، كما يحمل في طياته عنصر الحماية للقائم بالقبض، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية عندما قررت: « إن التفتيش في هذه الحالة لازم لا باعتباره إجراء من إجراءات التحقيق، بل باعتباره من مستلزمات القبض، والمقصود منه حماية شخص من يتولى القبض »⁽⁶⁾، الأمر الذي من الممكن إستنتاجه من المادة 51/ف 04 من ق.إ.ج.ج عند توقيف الشخص للنظر، أو بناء على أمر بالقبض صادر من قاضي التحقيق طبقا للمادة 120 من ق.إ.ج.ج، بحيث يجوز لضباط الشرطة القضائية أن يقوم بتفتيش الشخص المقبوض عليه تفتيشاً قانونياً، إذا اتضح له أنه يخفي أشياء تفيد في الكشف عن الحقيقة، والذي يشمل جسمه،

(1) انظر: أوهابيه (عبد الله)، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري (التحري والتحقيق)، مرجع سابق، ص 365.

(2) انظر: المادة 46 من التعديل الدستوري الصادر بموجب القانون 01/16 الصادر بتاريخ 2016/03/06.

(3) انظر مثلا: المادة: 94 من ق.إ.ج.ج المصري، والمادة: 86 من ق.أص.ج.ج الأردني، والمادة: 81 من ق.مسط المغربية، والمادة: 114 من ق.إ.ج.ج الفرنسي.

(4) انظر: محدة (محمد)، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ج03، مرجع سابق، ص360

(5) انظر: خوين (حسن بشيت)، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية(دراسة مقارنة)، التحقيق القضائي، ج01، مرجع سابق، ص 130.

(6) انظر: المرصفاوي (حسن صادق)، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص305.

وملابسه الخارجية والداخلية، وكل حاجياته⁽¹⁾، فإذا كان القبض يستلزم التفتيش فإن التفتيش يستلزم الإيداع، لذلك نجد أن المادة 119/ف 03 من ق.إ.ج.ج تشترط شرطين للقبض، بالإضافة إلى شرط ثالث يبين بدقة حدود إجراء التفتيش، بالنظر إلى ضرورة احترام جنس المتهم، وهي كمايلي:

أ- إذا كان المتهم هاربا أو مقيما خارج إقليم الجمهورية.

ب- إذا كانت الجريمة المنسوبة للمتهم جنائية أو جنحة معاقبا عليها بالحبس.

ت- لا بد أن يكون القائم بتفتيش المتهم من نفس جنسه، فلا يفتش الذكر إلا الذكر، ولا تفتش الأنثى إلا الأنثى.

فعلى الرغم من أن قانون الإجراءات الجزائية لم ينص على هذه الحالة، إلا أنه يمكن التذليل عليها من خلال المادة 09 من القرار المتعلق بالنظام الداخلي للمؤسسات العقابية التي نصت على أن: « يفتش المحبوس بدقة من طرف عون من جنسه في مكان معد لهذا الغرض، ويسمح له بالإحتفاظ بملابسه الداخلية »، وكذلك المادة 72/ف 03 من المرسوم المتعلق بأمن المؤسسات العقابية التي تنص: « لا يمكن أن يتم تفتيش المساجين إلا من أشخاص من نفس جنسهم »⁽²⁾.

أما الشريعة الإسلامية فقد قررت من خلال أحكامها أن حرمة الأشخاص، مظهر ملازم للحرية الشخصية، فكما حددت عقوبات قطعية على مجموعة معينة من الجرائم، حثت بالمقابل الفرد المسلم على ضرورة ستر أخيه المسلم، وجعلته من جملة الأخلاق التي يجب عليه الاتصاف بها، إذا وجد نفسه وجها لوجه مع خصوصيات أخيه المسلم، بحيث يحرم عليه إفشاؤها إذا لم يكن في ذلك مصلحة، في قوله صلى الله عليه وسلم: « من نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا، نفس الله عليه كربة من كرب الآخرة، من ستر مسلما ستره الله في الدنيا والآخرة، والله في عون العبد مادام العبد في عون أخيه »⁽³⁾، فقد تشددت الشريعة الإسلامية في احترام الحياة الخاصة، وأن لا يكون المساس بها إلا بالقدر الضروري فقط للتحقيق في حالة وقوع جريمة من الجرائم، الذي يتجلى عند إجراء التفتيش أساسا، تطبيقا للقاعدة الفقهية التي تقول: " ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها "⁽⁴⁾.

(1) انظر: حسني (محمود نجيب)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 665.

(2) انظر: القرار رقم 25 المؤرخ في 12/31/1989م، المتضمن القانون الداخلي للمؤسسات العقابية، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2000، ص 03، والقرار المؤرخ في 1972/02/23، المتعلق بأمن المؤسسات العقابية، ج.ر، ع 18.

(3) انظر: الترمذي، سنن الترمذي، أبواب الحدود، باب ما جاء في ستر المسلم، رقم الحديث 1487، مرجع سابق، ص 623، مسلم (مطولا)، صحيح مسلم، كتاب الذكر والدعاء، باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن والذكر، رقم الحديث 6853، مرجع سابق، ص 1173.

(4) انظر: جمعة (عبد المجيد الجزائري)، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين لابن القيم الجوزية، مرجع سابق، ص 315

يمكن التدايل على ذلك من حادثة الصحابي " حاطب بن أبي بلتعة "، الذي أراد إخبار قريش بإستعداد الرسول صلى الله عليه وسلم لفتح مكة بكتاب أرسله مع امرأة، أين بعث الرسول صلى الله عليه وسلم في إثرها كل من علي بن أبي طالب، والمقداد بن الأسود، والزيبر بن العوام رضي الله عنهم، وعندما أدركوا المرأة التي كان معها كتاب " حاطب " إلى قريش، سألوها أولاً هل معها كتاب؟، فعندما أنكرت، قاموا بتفتيش رحلها ثانيا فلم يجدوا الكتاب، ثم أخبروها بأن الأمر فيه وحي من الله سبحانه وتعالى، وأن الكتاب معها يجب عليها إخراجها، وإلا انتقلوا إلى التفتيش الجسدي كحل أخير، الأمر الذي دفعها إلى إخراج الكتاب فأخذه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، الذي احتفظ للمتهم وهو الصحابي " حاطب بن أبي بلتعة" بحقه في الرد عن كل الاتهامات الموجودة في الكتاب رغم وجود الدليل القاطع على أنه يعود إليه (1).

لنا أن نستنتج من هذا الحديث أسس القيام بالتفتيش، الذي لا يكون إلا بإذن القاضي، أووالي الشرطة، أو المحتسب، في قوله صلى الله عليه وسلم لعلي بن أبي طالب، والزيبر بن العوام، والمقداد بن الأسود رضي الله عنهم « انطلقوا حتى تأتوا روضة خاخ (2)، فإن بها ضغينة (3) » ومعها كتاب فخذوه منها «، وأن تقوم دلائل قوية على حيازة المتهم لوسائل ارتكاب الجريمة، ويستوي في الأمر أن تكون الجريمة قد تمت، أو مازالت في مرحلة الشروع والتنفيذ، كما في هذه الحادثة، في قول علي بن أبي طالب، والزيبر بن العوام والمقداد بن عمر رضي الله عنهم " ما كذب رسول الله"، بالإضافة إلى إتباع التدرج في المساس بحرمة الشخص، وذلك بالبداية بتفتيش أمتعة المرأة، وفي حالة عدم وجود شيء، لا بد من حث المتهم على إخراجها برضاه، فإن أصر على الرفض انتقل القائم بالتفتيش إلى التفتيش الجسدي، بالاعتماد على القدر الضروري للوصول إلى الشيء محل البحث دون تجاوزه.

يمكن استعمال أسلوب التهديد والوعيد مع اليقين الحاصل بحيازة المتهم لذلك الشيء، فإن تعذر ذلك كانت الزيادة بقدر التأثير على المتهم حتى يخرج الشيء الموجود في حيازته، الأمر الذي

(1) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الجهاد والسير، باب الجاسوس، رقم الحديث 3007، مرجع سابق، ص 388، انظر كذلك: مسلم، صحيح مسلم، كتاب فضائل الصحابة، باب من فضائل حاطب بن أبي بلتعة وأهل بدر رضي الله عنهم، رقم الحديث 6401، المرجع السابق، ص 1098، والترمذي، سنن الترمذي، كتاب تفسير القرآن، باب من سورة الممتحنة، رقم الحديث 3591، المرجع السابق، ص 1113.

(2) روضة خاخ: هي قرية من حمراء الأسد بين مكة والمدينة، وخاخ العشب إخاخة: خفي، وقل، انظر: الفيروز آبادي، القاموس المحيط (مجد الدين محمد)، باب الخاء، فصل الخاء، مرجع سابق، ص 325.

(3) ضغينة: من الضغن : هو الحقد، العوج، جمع أضغان والضغنة: العوجاء، وتضاعن القوم أنطوا على الأحقاد، وفسر، كما تدل على تغطية شيء في ميل واعوجاج، انظر: الفيروز آبادي (مجد الدين محمد)، باب النون، فصل الضاد، مادة ضينطن، نفس المرجع، ص 1556، وانظر كذلك: الرازي (محمد بن أبي بكر)، مختار الصحاح، باب الضاد، مادة ضغن، مرجع سابق، ص 125، وابن فارس (أبو الحسين أحمد بن زكاريا)، مقاييس اللغة ، كتاب الضاد، مادة ضغن، مرجع سابق، ص 514.

يمكن استنتاجه من الحوار الذي دار بين المرأة وعلى بن أبي طالب، والزبير بن العوام، والمقداد بن عمر رضي الله عنهم عندما لم يجدوا الكاتب في أمتعة المرأة، فطلبوا منها إخراجها بقولهم " لتخرجن الكتاب أو لنجردنك" ، فاستجابت لذلك وأخرجت الكتاب، كما لا يتوقف الأمر عند التفتيش، فلا بد من المحافظة على الشيء المضبوط بعد عملية التفتيش، والمستفاد من عودة علي بن أبي طالب، الزبير بن العوام، والمقداد بن عمر رضي الله عنهم بالكتاب كما هو إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، الذي أقام الدليل على مكاتبة حاطب بن أبي بلتعة رضي الله عنه لمشركي قريش عن إعداد الرسول صلى الله عليه وسلم لفتح مكة.

تؤكد هذه الحادثة على حرمة الأنثى بحيث لم يلجأ على بن أبي طالب، والزبير بن العوام، والمقداد بن عمر رضي الله عنهم، إلى التفتيش الجسدي مباشرة، وإنما بدؤا بأمتعة المرأة أولاً قبل إخطارها بأنها إن لم تظهر الكتاب فسوف ينتقلون مباشرة للتفتيش الجسدي، لأن الأمر فيه وحي من الله تعالى ولا مجال للإنكار، وبالتالي فإن جميع ضمانات احترامها ستوقف إلى حين إيجاد الكتاب، وفي هذه الحالة فإن المصلحة العامة في البحث والتحري تعلوا على المصلحة الخاصة للمتهم إذا تعلق الأمر بمصالح العليا للدولة، لأن هذه الحادثة تعبر عن جريمة التجسس لمصلحة العدو، لا مجرد الحمل على الإقرار بارتكاب جريمة ما (1).

وعلى هذا الأساس اتفق الفقهاء بأن الأنثى لا تفتشها إلا الأنثى، وذلك استناداً إلى الأمور التي لا يستطيع الرجال الإطلاع عليها: « كالولادة، والبكارة، والثيوبة، والحيض، والحمل، والسقط، والاستهلال، والرضا، وإرخاء السنتور، وعيوب الحرائر، والإماء وفي كل ما تحت ثيابهن » . ووجه ذلك أنه لما كانت هذه الأمور مما لا يحضرها الرجال ولا يطلعون عليها أقيم فيها النساء مقام الرجال للضرورة « (2).

الفقرة الثانية

تفتيش المسكن (3).

(1) انظر: خليفة (أحمد عبد الله)، المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية، الاعتراف والإقرار غير الإرادي، ج02، أبحاث الندوة العلمية العربية المنية الأولى، مرجع سابق، ص 121.

(2) انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج01، مرجع سابق، ص 347، وانظر كذلك: الشافعي (أبو عبد الله محمد بن إدريس)، الأم، ج08، مرجع سابق، ص 117.

(3) انظر: يمكن تمييز ثلاثة أنواع من المساكن وهي: مسكن المجني عليه الذي يمكن أن ينتقل إليه قاضي التحقيق بهدف إجراء معاينة مادية، عند حدوث نداءات من الداخل وفقاً لنص المادة 41 من ق.إ.ج.ج، والذي يمكن اعتباره مسرحاً للجريمة، ومسكن الغير وفقاً لنص المادة 83 من ق.إ.ج.ج، ومسكن المتهم الذي قامت ضده دلائل قوية على ارتكابه الجريمة سواء أكان فاعلاً أصلياً أو شريكاً.

يمثل تفتيش المسكن الوجه الآخر للتفتيش الذي يقوم به قاضي التحقيق، للكشف عن أدلة مادية تفيد في إظهار الحقيقة، فالمسكن هو مستودع سر الشخص، وهو كل مكان يتخذه سكنا لنفسه على وجه الدوام أو التأقيت بحيث يكون حرما آمنا لا يباح لغيره دخوله إلا بإذن منه (1)، أو هو إطلاع المحقق أو من ينوبه على محل جعل له القانون حرمة خاصة لكونه مستودع سر صاحبه، وهذا لضبط ما يحتمل وجوده به، متى كان مفيدا للحقيقة فيما يمكن أن يكون محل تحقيق من جرائم (2)، فقد عرفته المادة 355 من ق.ع بنصها: « يعد منزلا مسكونا كل مبنى، أو دار، أو غرفة، أو خيمة، أو كشك، ولو متنقل متى كان معدا للسكن وإن لم يكن مسكونا وقتذاك، وكافة توابعه مثل الأحواش، وحظائر الدواجن، ومخازن الغلال، والإسطبلات، والمباني التي توجد بداخلها مهما كان استعمالها، حتى ولو كانت محاطة بسياح خاص داخل سياج أو السور العمومي » .

كما عرفه الأستاذ: " Jean larguier " : " فالمسكن من الناحية الفقهية لايعني محل إقامة الشخص فحسب، بل هو كل مكان يقيم فيه بغض النظر عن ديمومة أو تقطع ذلك، بحيث يمكن إعتبره المكان الخاص به، الذي يحتوي على أغراضه اللازمة لإقامته فيه بصفة عادية " (3).

فبالنظر إلى المادة 355 من ق.ع، والتعاريف المقدمة التي لا تختلف معها حول معنى المسكن، نجد أن المشرع قد توسع في مفهومه، وذلك لإعطاء الأسرار المرتبطة به حماية خاصة، لا يمكن المساس بها إلا للضرورة التي يبيحها التحقيق، هذه الحماية التي تركز أساسا على الحماية الدستورية المقررة في المادة 40 من الدستور التي تنص على أن: « تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن » ، هذه الضرورة التي حدد لها المشرع مجموعة من الضوابط حتى تكون قانونية وهي: أن تكون هناك جريمة وقعت سواء أكانت جنائية متلبس بها أو جنحة، عقوبتها الحبس لمدة تتجاوز الشهرين، لأنه لا يمكن إجراء التفتيش الجنائي إلا بعد وقوع الجريمة ونسبتها للمتهم وفقا للمادتين 41 و55 من ق.إ.ج.ج، وأن يكون التفتيش في مسكن المتهم وبحضوره وفقا لنصوص المواد 45 و47 و82 من ق.إ.ج.ج. (4)، على أنه لا يجوز البدء في تفتيش المساكن، أو معاينتها قبل الساعة الخامسة صباحا ولا بعد الثامنة مساء، إلا إذا طلب صاحب المسكن ذلك.

(1) انظر: المرصفاوي (حسن صادق)، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص381.

(2) انظر: بوسقيعة (أحسن)، التحقيق القضائي، مرجع سابق، ص90.

(3) «Le domicile ne s'entend pas seulement, pour la jurisprudence du principal établissement d'une personne, mais de tout lieu, que l'on habite ou non, ou l'on peut se dire chez soi, en vertu d'un quelconque titre juridique et pourvu des équipement nécessaires à l'habitation effective».LARGUIER (J) - CONTE (P): Procédure pénale, op, cit, P101.

(4) انظر مثلا: المادة: 51 من ق.إ.ج.ج. المصري، والمادة: 83 من ق.أص. مح.ج. الأردني، والمادة: 60 من ق. مسط المغربية، والفصل: 96 من مج. إ. ج. التونسية، والمادة: 95 من ق.إ.ج.ج. الفرنسي.

ولكن يمكن لقاضي التحقيق وفقا للمادة 47/ف03 من ق.إ.ج.ج إجراء التفتيش في كل ساعات النهار في الفنادق، والمسكن المفروشة، والمحلات، والأماكن المفتوحة للعامه في جرائم تحريض القصر على الدعارة المنصوص، والمعاقب عليها في المواد من 342 إلى 348 من ق.ع، أو عند إجراء التفتيش في جرائم المخدرات، أو الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية، أو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، وجرائم تبييض الأموال، والإرهاب، والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف، ومهما يكن يجب أن يكون التفتيش خاصا لاعاما، أي يخص مسكنا معيننا تعيينا نافيا للجهالة، سواء أكان ذلك المسكن خاص بالمتهم أو شخص آخر غير المتهم، خصوصا في حالة الإنابة القضائية من قاضي التحقيق لضابط الشرطة القضائية لإجراء التفتيش (1) وفقا للمواد 138 و139 من ق.إ.ج.ج، بحيث يتقيد ضابط الشرطة القضائية بالغرض الذي فوض فيه بإجراء التفتيش عن طريق الإذن المحدد في المادة 44 من ق.إ.ج.ج، الذي يجب إظهاره حتى يكون التفتيش قانونيا (2).

أن يكون هناك مبرر للتفتيش، والقائم على الكشف عن أشياء من الممكن أن تؤدي إلى الحقيقة، فإذا لم يكن للتفتيش هذا الهدف كان التفتيش باطلا (3)، لأنه يمس مباشرة بمستودع سر المتهم، الذي يختلف عن دخول الأماكن المنصوص عليه في المادة 81 من ق.إ.ج.ج بنصها: « يباشر التفتيش في جميع الأماكن التي يمكن العثور فيها على أشياء يكون كشفها مفيدا لإظهار الحقيقة »، مع الزامية تحرير محضر بالتفتيش من طرف ضابط الشرطة القضائية وفقا للمادة 54 من ق.إ.ج.ج، وكما تطبق المواد من 42 إلى 53 من ق.إ.ج.ج في حالة الجنحة المتلبس بها التي ينص القانون فيها على عقوبة الحبس.

فهذه الضوابط والحدود التي رسمها القانون الوضعي للقائم بالتفتيش، نجد لها تفسيراً في الحماية الكاملة التي كفلتها الشريعة الإسلامية لحرمة الحياة الخاصة، ليس عند وقوع الجريمة فحسب، وإنما في جميع الأوضاع والحالات التي يكون عليها الفرد، لأن حرمة المسكن إلى جانب الحرمة الجسدية للشخص مرتبطة وجودا وعدما بحرمة أسراره، مصداقا قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ * فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ وَإِنْ قِيلَ لَكُمْ ارْجِعُوا فَارْجِعُوا هُوَ أَزْكى لَكُمْ وَاللَّهُ بِمَا

(1) انظر: محدة (محمد)، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ج 03، مرجع سابق، ص 365.

(2) انظر: محدة (محمد)، نفس المرجع، ص 362.

(3) انظر: أبو الروس (أحمد)، المتهم، مرجع سابق، ص 83.

تَعْمَلُونَ عَلَيْهِمْ * لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَاعٌ لَكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ مَا تُبْدُونَ وَمَا تَكْتُمُونَ * ﴿١﴾.

يتبين من هذه الآيات أنها وضعت مجموعة من الضوابط لتقرير حرمة المسكن بأن إعتبرت الدخول إلى مسكن الغير بدون إذن انتهاك لسر صاحبه، حتى ولو كان الداخل لا يقصد ذلك، وهو المستفاد من النهي المطلق الوارد في قوله تعالى: ﴿... لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا...﴾، الذي لا يكون مبررا إلا بإذن على أساس أن صاحب المسكن يمكنه رفض دخول الشخص الأجنبي إلى مسكنه دون أن يشكل ذلك إثما أو معصية، وهو المستفاد من قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ﴾، الأمر الذي قرره الرسول صلى الله عليه في قوله لرجل إطلع في حجر من حجر النبي بدون إذنه، في الحديث الذي رواه البخاري عن سهل بن سعد الساعدي قال: اطلع رجل من جُحر في حُجر النبي صلى الله عليه بها شعر وقيل هو شبه المشط) يحك بها رأسه، فقال: «لو أعلم أنك تنظر لطعنت به في عينك إنما جعل الاستئذان من أجل البصر» (٢).

فاعتبار رفض صاحب المسكن دخول الأجنبي إلى مسكنه، كأمر لهذا الأخير لا يمكن له مخالفته، فيه تقرير من الله عز وجل على أن المسكن مستودع سر صاحبه لا يمكن للغير الإطلاع عليه، وأفضل شيء بالنسبة للشخص الأجنبي الرجوع، وعدم التفكير في الإطلاع في مسكن الشخص، لأن ذلك يعتبر جريمة مسقطه للدية والقصاص، وهو المستفاد من قوله تعالى: ﴿وَإِنْ قِيلَ لَكُمْ ارجعوا فارجعوا هُوَ أَرْكَى لَكُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾، والذي قرره الرسول صلى الله عليه وسلم في قوله: «من اطلع في دار قوم بغير إذنه ففقتوا عينه، فلا دية له ولا قصاص» (٣)، وفي هذا نهى عن التجسس والتجسس، الأمر الذي لا يكون مقصورا فقط على الأفراد بل يتعداه إلى القاضي، ووالي الشرطة، والمحتسب، وكل من يقتضي عمله الإطلاع على أسرار الناس في قوله صلى الله عليه وسلم لمعاوية بن أبي سفيان: «إنك إن اتبعت عورات الناس أفسدتهم أو كدت تفسدهم» (٤).

(١) انظر: سورة النور الآيات 27، 28، 29.

(٢) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الإستئذان، باب الإستئذان من أجل البصر، رقم الحديث 6241، مرجع سابق، ص 771.

(٣) انظر: النسائي، سنن النسائي، كتاب القسامة، باب من أتص وأخذ حقه دون سلطان، رقم الحديث، 4876، مرجع سابق، ص 923، وانظر كذلك: مسلم، صحيح مسلم، كتاب الآداب، باب تحريم النظر في بيت غيره، رقم الحديث 5642، مرجع سابق، ص 921، وابن حنبل (أحمد)، المسند، مسند أبي هريرة، ج 04، رقم الحديث 7830، مرجع سابق، ص 126.

(٤) انظر: أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الألب، باب في النهي عن التجسس، رقم الحديث 4888، مرجع سابق، ص 1031،

والبيهقي، سنن الكبرى، ج 08، باب ما جاء في النهي عن التجسس، رقم الحديث 17623، مرجع سابق، ص 578.

عدم اشتراط الإذن في الأماكن الغير مسكونة التي لا صاحب لها، فتصبح بذلك بدون سر يمكن الدخول إليها في كل وقت، وكلما دعت ضرورة لذلك في قوله تعالى: ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَاعٌ لَكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ مَا تُبْدُونَ وَمَا تَكْتُمُونَ ﴾ (1)، والذي يستفاد أيضا من حادثة عم بن أبي الحقيق عندما دخل الصحابة رضي الله عنهم إلى الخربة، وفتشوها فوجدوا مسك حبي بن أحطب، فالأمر حينها لم يستدعي وجود إذن للدخول.

يجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على سقوط حقوق المتعدي على أسرار الناس بدون مبرر لضرورة أو مصلحة معتبرة شرعا، والذي أعطاه بن قيم الجوزية تفسيرا بقوله: « إن المتعدي بالنظر المحرم لا يمكن الاحتراز منه، لأنه في هذه الحالة، عندما يكون على وجه الاختفاء، فلو لم يكن هناك بصر، لم يضر حذف الحصة، وإن كان هناك بصر عاد لا يلومن إلا نفسه، فقد عرضه صاحبه للتلغف فأدناه إلى الهلاك، والقاذف ليس بظالم، والناظر خائن ظالم، والشريعة أكمل من أن تضيع هذا الذي هنتك حرمة، وتجعله في الاقتصار على التعزير بعد إقامة البينة » (2).

إن المتمتع في النصوص القرآنية والأحاديث النبوية المؤصلة للتفتيش يجد أن الشريعة الإسلامية، لم تقتصر على المسكن فقط كمستودع سر صاحبه، بل تعدته إلى متاعه لأن المقصود منه المتاع لا الجدران، ويمكن التدليل على ذلك من قصة سيدنا يوسف عليه سلام مع إخوته في قوله تعالى: ﴿ فَلَمَّا جَهَّزَهُمْ بِجَهَّازِهِمْ جَعَلَ السَّفَايَةَ فِي رَحْلِ أَخِيهِ ثُمَّ أَذِنَ مُؤَدِّنٌ أَيَّتُهَا الْعِيرُ إِنَّكُمْ لَسَارِقُونَ ﴾ (3)، ثم قوله تعالى بعد ذلك ﴿ فَبَدَأَ بِأَوْعِيَّتِهِمْ قَبْلَ وِعَاءِ أَخِيهِ ثُمَّ اسْتَخْرَجَهَا مِنْ وِعَاءِ أَخِيهِ كَذَلِكَ كِدْنَا لِيُوسُفَ مَا كَانَ لِيَأْخُذَ أَخَاهُ فِي دِينِ الْمَلِكِ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ نَرْفَعُ دَرَجَاتٍ مَنْ نَشَاءُ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ ﴾ (4).

ومن السنة النبوية الحديث الذي رواه أبي داود والنسائي عن زيد بن جابر الجهمي أن أحد أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم توفي يوم خيبر، فنذكروا ذلك لرسول صلى الله عليه وسلم فقال: « صلوا على صاحبكم »، فتغيرت وجوه الناس لذلك، فقال: « إن صاحبكم غل في سبيل الله » ، ففتشنا متاعه فوجدنا خرزا من خرز اليهود لا يساوي درهمين (5)، أي أنه قام بسرقة شيء من

(1) انظر: سورة النور الآية 29.

(2) انظر: ابن قيم الجوزية(شمس الدين محمد أبو بكر)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص 56.

(3) انظر: سورة يوسف الآية 70.

(4) انظر: سورة يوسف الآية 76.

(5) انظر: أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الجهاد، باب في تعظيم الغلول، رقم الحديث 2710، المرجع السابق، ص594، وانظر كذلك:

النسائي، سنن النسائي، كتاب الجنائز، باب الصلاة على من غل، رقم الحديث 1961، المرجع السابق، ص390.

الغنيمة، وهي جريمة خطيرة رغم ضآلة قيمة المسروق، الذي توصل إليها الصحابة بعد القيام بالتفتيش.

هذه الأدلة تعزز التأصيل الشرعي للتفتيش كإجراء من إجراءات الكشف عن الجريمة المرتكبة، سواء في الوصول إلى صواع الملك في قصة سيدنا يوسف عليه السلام، الذي يعتبر من شرع ما قبلنا، والذي هو شرع لنا ما لم يخالف الكتاب والسنة، أو الخرز المسروق من طرف أحد أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، فلو لم يكن التفتيش جائزا لنهاهم الرسول صلى الله عليه وسلم عند القيام به.

الفرع الثاني

حرمة وسائل الاتصال الخاصة.

إن قدرة الشخص على التواصل لم تعد تتوقف على تبادل الخطاب بينه وبين غيره من الأشخاص، بل تعدته نتيجة التقدم العلمي والتكنولوجي، الذي أصبح يطبع حياة الأفراد والمجتمعات من مختلف جوانبها، إلى أن أصبح هذا التواصل يتم بوسائل مختلفة، ومتعددة كالمراسلات المكتوبة، أو الرقمية عبر البريد الإلكتروني ك(E-mail)، أو الرسائل القصيرة عبر الأقمار الاصطناعية (SMS)، أو رسائل الوسائط عبر الأقمار الصناعية (MMS)، والمحادثات التلفونية والتقاط الصور.

الفقرة الأولى

المرسلات.

هي كل الرسائل المكتوبة بغض النظر عن كونها تقليدية مرسلة عبر البريد أو بواسطة رسول، أو رقمية مرسلة عبر البريد الإلكتروني والأقمار الصناعية، تحمل في طياتها أخبارا تكتسي طابع السرية بحيث لا يرغب صاحبها في إطلاع الغير عليها⁽¹⁾. هذه السرية أحاطها المشرع بحماية خاصة لأنها تمثل جزء من خصوصية الشخص، فهي محمية من النشر سواء من المرسل، أو المرسل

(1) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 578.

إليه، أو من الغير بشأن الحياة الخاصة لكل واحد منهم إلا بموافقتهم⁽¹⁾، ووفقا لهذا التوجه فقد كفل الدستور الجزائري حرمة المراسلات بكافة أشكالها من الاعتداء في المادة 39/ف 02 التي تنص على أن: « سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة»، والمادة 46/ف 02 من التعديل الدستوري الأخير الصادر في 2016⁽²⁾.

هذه السرية تفرض على قاضي التحقيق عدم انتهاكها أو الإطلاع عليها، إلا في الأحوال التي نص عليها القانون، وهو ما ورد النص عليه كاستثناء في المادة 65 مكرر 05 من ق.إ.ج.ج. بخصوص جرائم معينة، على غرار معظم التشريعات الوضعية⁽³⁾، وهو ما يطلق عليه اعتراض المراسلات، هذه المراسلات التي يمكن حصرها في تلك التي تتم بين المتهم، والسلطات القضائية سواء أكانت النيابة العامة، أو قاضي التحقيق، أو قاضي تطبيق العقوبات، وبالأخص التي تتم بينه وبين محاميه، والتي تكون مرتبطة أساسا بحقوق دفاعه، فإذا لم تكن كذلك جاز لقاضي التحقيق إعتراضها، وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه⁽⁴⁾.

فالملاحظ أن المشرع عندما نص على إعتراض المراسلات كاستثناء يرد على حرمة الحياة الخاصة، في الجرائم المحددة في المادة 65 مكرر 05/ف 01 ، يكون بذلك قد قصد حماية المصلحة العليا للمجتمع والدولة من هذا النوع من الجرائم، الذي يتميز بالحنكة والتعقيد، وليس دعوة إلى انتهاك المبادئ الدستورية والمشروعية، بالنظر إلى عدة الاعتبارات أهمها:

أنه اعتمد على ضرورة التحري كأساس لاستعمال تلك الوسائل، في قوله " إذا اقتضت ضرورات التحقيق" بمعنى أنه لا يمكن لقاضي التحقيق، أو ضابط الشرطة المناب القيام باستعمال هذه الأساليب في الجرائم الأخرى، وبالتالي فهي مرتبطة بتكليف النيابة العامة أولا، وما يكشف عنه

(1) انظر: سرور (أحمد فتحي)، نفس المرجع، ص 579.

(2) انظر: مثلا المادة: 45 من الدستور المصري(ج 01، ص 371) ، والمادة: 18 من الدستور الأردني(ج 01، ص 11) ، والمادة: 11 من الدستور المغربي(ج 01، ص 413) ، والفصل 09 من الدستور التونسي(ج 01، ص 76) ، والمادة: 52 من الدستور اليمني(ج 01، ص 470) ، والمادة: 26 من الدستور البحريني(ج 01، ص 47) ، والمادة: 37 من الدستور القطري(ج 01، ص 260) ، والمادة: 39 من الدستور الكويتي(ج 01، ص 283)، والمادة: 31 من الدستور الإماراتي(ج 02، ص 13) ، والمادة: 40 من النظام الأساسي السعودي(ج 01، ص 146) ، والمادة: 32 من الدستور السوري(ج 01، ص 159) ، والمادة: 30 من الدستور العماني(ج 01، ص 218) ، والمادة: 38 من الدستور العراقي(ج 02، ص 229) ، والمادة: 29 من الدستور السوداني(ج 02، ص 170) ، والمادة: 13 من الدستور الموريتاني(ج 01، ص 438) ، والمادة: 22 من الدستور الصومالي(ج 01، ص 184)، سعد الله (عمر) وبوكرا (إديس)، موسوعة الدساتير العربية بأخر تعديلاتها وإصدارها، ج 01، ص 02، مرجع سابق.

(3) انظر: مثلا: المادة: 95 من ق.إ.ج.ج. المصري، والمادة: 88 من ق.أص.ج.ج. الأردني، والمادة: 108 ق. مسط المغربية، والفصل: 99 من مج. إ. ج التونسية، والمادة: 100 من ق.إ.ج.ج. الفرنسي.

(4) Cass.Crim. 07 /03/ 1994, Bull. Crim. N° 87.

التحقيق ثانياً، لذلك نجد أن هذه الصلاحية ممنوحة لوكيل الجمهورية وقاضي التحقيق على حد سواء، وأن استعمالها يكون في حالة التلبس بأمر من وكيل الجمهورية، أو قاضي التحقيق في جرائم المخدرات، أو الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية، أو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة آلية للمعطيات، أو جرائم تبييض الأموال، أو الإرهاب، أو الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف، وكذا جرائم الفساد.

أن التلبس قد يكون في أية جريمة من الجرائم المذكورة في نص المادة 65 مكرر 05 من ق.إ.ج.ج ، وبالتالي فإن حصر حالاته في المادة 41 من ق.إ.ج.ج، لا يمنع المحقق من إمكانية استعمال الطرق الاحتياطية من أجل الكشف عن حالة التلبس طالما لم يستعمل أساليب الغش، والخداع، أو التحريض على مقارفتها، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية عندما قضت بأن: « تظاهر مأمور الضبط القضائي برغبته في شراء مخدر من متهم وتقديم المتهم المخدر له، ليس فيه خلق للجريمة أو تحريض عليها»⁽¹⁾، فالهدف من وراء كل هذا هو حماية المصلحة العامة ورعاية المصالح الفردية المشروعة، بحيث نجد أن هذا النوع من الجرائم لا يؤدي إلى الإخلال بالتوازن داخل المجتمع، فحسب بل يؤدي إلى تهديده في وجوده وزلزلة كيانه، ويمكن أن نلمس ذلك من خلال الآثار التي تخلفها هذه الجرائم على الفرد والمجتمع.

أما جرائم المخدرات فإنها تمس بالصحة العامة للأفراد، مما قد يؤدي استفحالها إلى المساس بالتكامل الجسدي لهم، الذي تعود انعكاساته على الحياة العامة في المجتمع في جميع المجالات، أما الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية، فإنها تهدف إلى بناء جمعيات أشرار تحترف الإجرام، وتهدد الدولة في وجودها، أما الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة آلية للمعطيات، فإنها تهدف إلى تحطيم النظام الرقمي للدولة، والولوج إلى الأسرار الخاصة بها مما يجعلها عرضة للتدخلات الأجنبية، ونسف جميع خططها الإستراتيجية، أما جرائم تبييض الأموال، فإنها تهدف إلى جعل عائدات الدولة، أو الأفراد تتم من مصادر غير مشروعة قد تكون مخدرات، أو جريمة منظمة، أو عمليات إرهابية وتخريبية، أما الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف، فإنها تهدف إلى استنزاف الذمة المالية للدولة، أما جرائم الفساد، فإنها تؤدي إلى أن تصبح المحاباة والمزية غير المبررة من الأعمال العادية للموظف العمومي، الذي يُفترض فيه أن يستمد نزاهته من نزاهة الوظيفة العامة.

فمن خلال هذه المبررات المقدمة فإن استحداث مثل تلك أساليب له وجاهته، لأن هذه الجرائم تهدد بشكل مباشر وجود الدولة، والفرد، والمجتمع في حالة استفحالها، وعدم اتباع الأسلوب

(1) نقص مصري بتاريخ 15/04/1968م مجموعة أحكام النقض، س 19، رقم 83، انظر: سلامة (مأمون محمد)، الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض طبقاً لأحدث التعديلات والأحكام، ج01، مرجع سابق، ص 361.

الأمثل في التحقيق بشأنها، ومهما يكن فإن البريء يبقى بريئاً مهما كانت الجريمة المنسوبة إليه، بل بالعكس أن استعمال هذه الأساليب المتطورة في التحقيق، ستؤدي حتماً إلى إثبات وجود علاقة بين المتهم والجريمة من عدمه، لأنه يكون في وضعه العادي البعيد عن التحفظ، الذي قد يضل قاضي التحقيق عند استعمال الأساليب العادية في التحقيق.

الفقرة الثانية

المحادثات الهاتفية والتقاط الصور.

وهي حق الفرد في سرية حديثه مع غيره من الأشخاص، بأن لا يتسلل إليه أحد بأي شكل من الأشكال لارتباطه بكيانه الشخصي، فالمساس بالأحاديث الهاتفية عن طريق التصنت والتسجيل يعتبر اعتداءً على الحياة الخاصة، لذلك فهو محدود بضرورة التحقيق كباقي الإجراءات الأخرى، وباحترام الحرية الشخصية⁽¹⁾، كما أن التصوير لوقائع خاصة بالمتهم تأخذ نفس الحكم، وقد أورد القانون الوضعي، ومنه قانون الإجراءات الجزائية الجزائري في المادة 65 مكرر 05 من ق.إ.ج.ج مجموعة من الضوابط يجب على قاضي التحقيق مراعاتها للقيام بمراقبة المحادثات التليفونية والتقاط الصور وهي:

أن تكون الجريمة التي يريد قاضي التحقيق مراقبة المحادثات الهاتفية والتقاط الصور بشأنها خاصة بإحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة 65 مكرر 05 من ق.إ.ج.ج، وهو الأمر المستفاد من الفقرة 07 من ق.إ.ج.ج من نفس المادة التي نصت على أنه: « يجب أن يتضمن الإذن المذكور في المادة 65 مكرر 05 من ق.إ.ج.ج أعلاه، كل العناصر التي تسمح بالتعرف على الاتصالات المطلوب التقاطها، والأماكن المقصودة سكنية، أو غيرها والجريمة التي تبرر اللجوء إلى هذه التدابير ومدتها»، بحيث يجب أن يكون الإذن بمراقبة المحادثات الهاتفية والتقاط الصور مكتوباً ومسبباً، وصادراً من سلطة قضائية مختصة طبقاً لنص المادة 38 من ق.إ.ج.ج، ومحدد المدة، التي جعلتها المادة 65 مكرر 05/ف07 من ق.إ.ج.ج بأربعة أشهر كحد أقصى قابلة للتجديد حسب مقتضيات التحقيق ضمن نفس الشروط الشكلية والزمنية.

نستنتج من خلال المادة 65 مكرر 05 من ق.إ.ج.ج أن هذه الإجراءات لا يمكن اللجوء إليها إلا في مرحلة التحقيق من طرف قاضي التحقيق، أو في الجريمة المتلبس بها من طرف وكيل

(1) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 585.

الجمهورية، بمعنى أن ضابط الشرطة القضائية لا يمكنه استعمال هذه الأساليب في مرحلة البحث والتحري، بدون إذن من السلطة القضائية المختصة فإن فعل ذلك فإن عمله يقع تحت طائلة البطلان المطلق، كما أن المتمتعن في نص المادة 65 مكرر 05 من ق.إ.ج.ج يجد أن استعمال هذه الأساليب لا يشمل الأماكن الخاصة بالمتهمين إذا كانت الجريمة ليست من النوع المذكور في هذه المادة، أما إذا كانت جريمة من هذه الجرائم فيمكن استعمالها بموجب الفقرة الثالثة من هذه المادة التي نصت على: « وضع الترتيبات التقنية دون موافقة المعنيين، من أجل التقاط، وتثبيت، وبحث، وتسجيل الكلام المتفوه به بصفة خاصة، أو سرية من طرف شخص، أو عدة أشخاص في أماكن خاصة، أو عمومية، أو التقاط صور لشخص، أو عدة أشخاص يتواجدون في مكان خاص » ، الأمر الذي يعد استثناءً من منع التصوير في مكان خاص، المنصوص عليه في المادة 303 مكرر/ف03 من ق.ع، عكس المشرع المصري الذي سمح للنيابة العامة بإجراء المراقبة في مكان خاص إذا كانت الجريمة جنائية أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد عن ثلاثة أشهر⁽¹⁾.

أما الشريعة الإسلامية، فإن مبدأ حظر التصنت على المكالمات التليفونية والتقاط الصور، نجده مجسد من خلال النهي عن التجسس والتحسس عن الناس، وعوراتهم دون علمهم، مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم: « يا معشر من آمن بلسانه ولم يدخل الإيمان قلبه، لا تغتابوا المسلمين، ولا تتبعوا عوراتهم، فإنه من اتبع عوراتهم يتبع الله عورته، ومن يتبع الله عورته يفضحه في بيته »⁽²⁾، فمن خلال هذا الحديث نجد أن نداء رسول الله صلى الله عليه وسلم، يشمل كل مسلم مهما كان مركزه، وبالتالي فهو لا يقتصر على الأفراد فقط بل يشمل الدولة أيضاً، الشيء الذي جعله بن خلدون في حالة وقوعه أحد الأسباب القوية التي تعجل بخراب الدول « ويعود حسن الملكة إلى الرفق، فإن الملك إذا كان قاهراً، باطشاً بالعقوبات، منقبا عن عورات الناس وتعيد ذنوبهم، شملهم الخوف والذل، ولا نوا منه بالكذب والمكر، والخديعة فتخلقوا بها، وفسدت بصائرهم وأخلاقهم، وربما خذلوه في مواطن الحروب والمدافعات، ففسدت الحماية بفساد النيات، وربما أجمعوا على قتله، لذلك فتفسد الدولة ويخرب السياج »⁽³⁾.

(1) انظر: تنص المادة 206/ف02 من ق.أ.ج.ج المصري. على أنه " يجوز لها (النيابة العامة) أن تضبط لدى مكاتب البريد جميع الخطابات والرسائل، والخطابات، والجرائد، والمطبوعات، والطرود لدى مكاتب البرق، جميع البرقيات، والمحادثات السلكية واللاسلكية، وأن تقوم بسجيل المحادثات جرت في مكان خاص متى كان ذلك فائدة في ظهور الحقيقة في جنح معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد عن ثلاث أشهر".

(2) انظر: أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الأب، باب في الغيبة، رقم الحديث 4880، مرجع سابق، ص 1029.

(3) انظر: ابن خلدون، (عبد الرحمن أبو زيد ولي الدين)، ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن

الأكثر، المعروف بـ "مقدمة بن خلدون"، مرجع سابق، ص 199.

لأن في هذا انتهاك لحق الفرد في الخصوصية، الذي يتجلى أكثر فأكثر عندما نكون بصدد جريمة من جرائم الحدود، أو القصاص، أو التعزير، فالشيء الذي يميز الشريعة الإسلامية في تقريرها ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، أنها تقرر أحكاما ذات طابع تربوي أخلاقي تجعل الفرد ينتهي عن ارتكاب الأفعال المنهي عنها بمجرد علمه بالنهاي أو الأمر، في قوله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مِؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا ﴾ (1)، كما تحدد الطريقة الوقائية السليمة التي يجب على الفرد المسلم إتباعها مع غيره من الأفراد حتى لا ينتهك حقهم في الخصوصية، بل أكثر من ذلك هو إقرار سلوكيات خاصة يتربى عليها كل فرد من أفراد المجتمع المسلم بغض النظر عن سنه، أو مركزه، أو جنسه، الشيء الذي يمكن استخلاصه من آيات قرآنية وأحاديث نبوية كثيرة، ومنها قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَيْسَتْ ذُنُوبُكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهْرِ وَمَنْ بَعْدَ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ لَكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَافُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ الْآيَاتِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾ (2)، وتعتبر هذه الآية التطبيق الفعلي لتربية الفرد المسلم على خلق الحياء، الذي يحتم عليه عدم استراق السمع في قوله صلى الله عليه وسلم: «... من استمع إلى حديث قوم وهم له كارهون صب في أذنيه الآنك (3) يوم القيامة...» (4).

كما وضع الرسول صلى الله عليه وسلم، قاعدة الاستئذان ثلاث مرات قبل الدخول إلى منزل الغير في قوله صلى الله عليه وسلم: « الاستئذان ثلاث، فإن أذن لك، فادخل وإلا فارجع » (5)، فهذه الأدلة وغيرها تعبر عن قداسة الحياة الخاصة في الشريعة الإسلامية، التي لا يمكن المساس بها بغير وجه حق، فهذه الحرمة تعبر عن الصلاحية الدائمة للشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان، الذي من الممكن أن نستنتج من التقدم العلمي في هذا المجال الذي أظهر أن التركيب سواء للصوت، أو الصورة قد يؤدي إلى الاعتقاد أن الشخص الموجود فيها، أو في الفيلم المركب هو فعلا المتهم بالجريمة، مع العلم أنه من الممكن أن يكون بعيدا كل البعد عن مسرح الجريمة المصور في

(1) انظر: سورة الأحزاب الآية 36.

(2) انظر: سورة النور الآية 58.

(3) الأُنْكُ: هو الأسرب: وهو الرصاص أبيضه أو أسوده أو خالصه، وهو القزدير، وأنك: عظم وغظ، انظر: الفيروز آبادي (مجد الدين محمد)، القاموس المحيط، باب الكاف، فصل الهمزة، مادة الأُنْكُ، مرجع سابق، ص 1195، وانظر كذلك: ابن فارس (أبو الحسين أحمد بن زكريا)، مقاييس اللغة، كتاب الهمزة، باب الهمزة والنون وما بعدهما من الثلاثي، مادة أنك، مرجع سابق، ص 57، والرازي (محمد بن أبي بكر)، مختار الصحاح، باب الهمزة، مادة أنك، مرجع سابق، ص 13 .

(4) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب التعبير، باب من كذب في حلمه، رقم الحديث 7042، مرجع سابق، ص 862.

(5) انظر: مالك (أبو عبد الله بن أنس)، الموطأ، كتاب الاستئذان، باب الاستئذان، رقم الحديث 1848، مرجع سابق، ص 411.

الفيلم، كذلك أن الرسول حرم التدخل في حياة الشخص المسلم عامة إلا في حالات محددة فقط في قوله: «... كل المسلم على المسلم حرام دمه، وماله، وعرضه»⁽¹⁾، وعليه فإن الحرية تضمن بسرية الحياة الخاصة، التي تعتبر كقيد دائم يرد على أي إجراء يقوم به قاضي التحقيق، والتي تعتبر أحد أسس عرض الفرد المسلم في الشريعة الإسلامية، ومن ثم فإن انتهاكها دون وجه حق هو انتهاك لعرض المسلم.

نستنتج من كل ما تقدم، أن الحق في الخصوصية من الحقوق اللصيقة بشخصية الفرد بغض النظر عن جنسه، ولونه، ودينه، والذي اتجه فيه العقل بناءً على ما جاء في النقل، إلى الإقرار بقداسته كأهم مقومات حقوق الإنسان عامة، وحقوق المتهم في الدعوى الجزائية خاصة، كما يمكن أن نلاحظ أن الحماية لهذا الحق تزداد شدة عندما يكون الشخص محلاً لاتهام معين، وبالتالي فإن الالتزام باحترام حق الشخص في الخصوصية كان شاملاً لكل فرد من أفراد المجتمع، بغض النظر عن وظيفته أو مركزه الاجتماعي، وهو بهذا يشكل حقاً والتزاماً في نفس الوقت، فهو حق لكل فرد في حياته الخاصة في أن لا يطلع عليها أحد دون إذن منه، وهو التزام منه تجاه باقي أفراد المجتمع في عدم انتهاك خصوصية الآخرين دون وجه حق.

الفرع الثالث

حماية حق المتهم في الحرية الفردية.

يمكن اعتبار حماية حق المتهم في الحرية عند مباشرة الدعوى الجزائية الصورة التطبيقية، لسعي قاضي التحقيق عند إجراء التحقيق لإحداث الموازنة بين حق الدولة في توقيع العقاب، وبالتالي إجراء التحقيقات اللازمة لذلك، وبين حماية حق المتهم في عدم المساس بحريته لأنه لم يحاكم بعد، ولم يصدر ضده حكم قضائي بالإدانة، غير أنه ولضرورات التحقيق، وعدم وضوح معالم الحقيقة عند ممارسته من طرف قاضي التحقيق، فإن هذا الأخير قد يلجأ حسب سلطته التقديرية إلى تقييد هذه الحرية عن طريق القبض والحبس المؤقت، حيث أنه وبمجرد لجوء قاضي التحقيق إلى هذين الإجرائين، فإن ذلك سينشر الهلع في نفس المتهم، ويجعله في وضع مضطرب، يكون فيه غير قادر على تنظيم دفاعه، لأنهما الأمران اللذان يعبران عن التقاء قانون الإجراءات الجزائية مع الحرية الفردية للمتهم، لذلك نجد أن هذين الأمرين من أكثر أوامر قاضي التحقيق خطورة على حقوق المتهم في

(1) انظر: مسلم، صحيح مسلم، كتاب البر والصلة الأدب، باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله، رقم الحديث 6541، مرجع سابق، ص 1124.

الدعوى الجزائية. الضرورة التي تستوجب تحليلهما، وكيفية تأثيرهما على حق المتهم في الدفاع كما يلي:

الفقرة الأولى

القبض.

إذا كان التوقيف للنظر في مرحلة البحث والتحري، الصورة الأولى التي تتعرض فيها حرية الشخص للتقييد بمناسبة جريمة وقعت، فإن القبض هو الصورة الثانية لذلك، الذي يعتبر من الإجراءات الأصلية الخاصة بقاضي التحقيق، وفقا لسلطته التقديرية إذا كان يرى أن هذا التقييد له أهميته في إظهار الحقيقة⁽¹⁾، هذه الأخيرة التي تبيح استثنائية المساس بالحرية الشخصية المكفولة دستوريا المنصوص عليها في المادة 32/01 من دستور 1996، المادة 38/01 - بنفس الصياغة- من التعديل الدستوري الصادر 2016 على أن: « الحريات الأساسية، وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة»، وعدم التعارض مع مقتضياتها المنصوص عليها في المادة 44 من دستور 1996 على أنه: « يحق لكل مواطن أن يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية، وأن يختار بحرية موطن أو محل إقامته، وأن يتنقل عبر التراب الوطني، وحق الدخول إلى التراب الوطني، والخروج منه مضمون له».

الحق الذي عززته المادة 55/03 من التعديل الدستوري الصادر 2016 حماية، بأن قيدت المساس بها بمدة محددة، وبقرار معلل من السلطة القضائية بقولها: « لا يمكن الأمر بأي تقييد لهذه الحقوق إلا لمدة محددة، وبموجب قرار مبرر من السلطة القضائية»، ضمن مقتضيات المادة 47/01 من دستور 1996، والمادة 59/01 من التعديل الدستوري الصادر في 2016 على أنه: « لا يتابع أحد، ولا يوقف، أو يحتجز إلا في الحالات المحددة بالقانون، وطبقا للأشكال التي ينص عليها القانون»، على أن يكون كل ذلك تحت رقابة السلطة القضائية، التي يعتبر قاضي التحقيق جزء مهم فيها بموجب المادة 139 من دستور 1996، والمادة 157 من التعديل الدستوري الصادر 2016 - بنفس الصياغة- التي نصت على أن: « تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات، وتضمن للجميع

(1) انظر: يمكن لضابط الشرطة القضائية وفقا للمادة 42/03 من ق.إ.ج.ج ، وفي الجرائم المتلبس بها القبض على المتهم " أن يضبط كل ما يمكن أن يؤدي إلى إظهار الحقيقة " ومفهوم الضبط في هذه المادة جاء عاما يشمل الأشخاص ويشمل الأشياء، كما يمكن استخلائه من نص المادة 61 من ق.إ.ج.ج التي تنص على أنه " يحق لكل شخص في حالات الجنايات أو الجنح المتلبس بها والمعاقب عليها بعقوبة الحبس، ضبط الفاعل واقتياده إلى أقرب ضابط شرطة قضائية "، فإذا كان هذا الاختصاص بموجب هذه المادة مخول للشخص العادي في الجريمة المتلبس بها، فإنه يكون باب أولى لضابط الشرطة القضائية الذي تتوازن اختصاصاته مع اختصاصات قاضي التحقيق إذا كانت الجريمة متلبس بها.

ولكل واحد المحافظة على حقوقهم»، وبالتالي فأمر يتعارض مع هذا التوجه يحمل في طياته عنصر الإكراه المقبول قانونا لضرورات التحقيق.

فالقَبْضُ إذن هو: « تكليف المتهم بالحضور أمام المحقق تكليفا ينطوي على القهر والإجبار، لا يكون بأي حال من الأحوال متروك لمشيئته، وإنما يرغم عليه »⁽¹⁾، أو هو: « إمساك الشخص من جسمه، وتقييد حريته، وحركته، وحرمانه من التجول دون أن يتعلق الأمر على قضاء فترة زمنية معينة »⁽²⁾، أو هو: «أمر قضائي يصدره قاضي التحقيق بتكليف القوة العمومية بالبحث عن المتهم، وسوقه إلى المؤسسة العقابية المنوه عليها في الأمر»⁽³⁾.

إن الملاحظ على هذه التعاريف الخاصة بالقبض، أنها تفترض جميعا مجموعة من الشروط حتى يمكن لقاضي التحقيق الأمر به، والتي من الممكن استنتاجها من المواد المنظمة لهذا الأمر الخطير الماس بحرية المتهم، وهذه الشروط محددة في المادة 119⁽⁴⁾ من ق.إ.ج.ج، بحيث نجد أن المشرع الجزائري في هذه المادة قد عرف الأمر بالقبض ولم يعرف القبض، التي تنص على أن: « الأمر بالقبض هو ذلك الأمر الذي يصدر إلى القوة العمومية بالبحث عن المتهم وسوقه إلى المؤسسة العقابية المنوه عنها في الأمر، حيث يجري تسليمه وحبسه » .

أما إذا كان المتهم هاربا، أو مقيما خارج إقليم الجمهورية، فيجوز لقاضي التحقيق بعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية أن يصدر أمرا بالقبض عليه، إذا كان الفعل الإجرامي معاقبا عليه بعقوبة جنحة بالحبس، أو بعقوبة أشد جسامة، يبلغ أمر القبض، وينفذ بالأوضاع المنصوص عليها في المواد"110، 111، 116" من ق.إ.ج.ج، فباستقراء هذه المواد نجد أن الأمر بالقبض لا يلجأ إليه قاضي التحقيق إلا بعد القيام بإصدار أمر إحضار المتهم أمامه⁽⁵⁾ الذي يحتوي على عنصر الاختيار بالنسبة للمتهم في الحضور، أو عدم الحضور أمام قاضي التحقيق، وذلك من أجل استجوابه، إلا أنه إذا أبدى المتهم معارضة لذلك الأمر بأن أصبحت تتوفر فيه حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 116 والمادة 119 من ق.إ.ج.ج، فإن قاضي التحقيق يصدر ضده أمر بالقبض عليه، وإيداعه في المؤسسة العقابية، وبالتالي فإن قاضي التحقيق يعتمد على مبدأ التدرج من الإجراء الأخف إلى الإجراء الأشد عند تقديره المساس بحرية المتهم، حتى يكون عمله متوافقا مع الشرعية

(1) انظر: حسني (محمود نجيب)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 696.

(2) انظر: المرصفاوي (حسن صادق)، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 289.

(3) انظر: أوهابيه (عبد الله)، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري (التحري والتحقيق)، مرجع سابق، ص 399.

(4) انظر: كذلك المادة: 127 المصري من ق.إ.ج.ج، والمادة: 100 من ق.أص.ج.أ.أ.ج.ج، والمادة: 154 من ق. مسط المغربية،

والفصل: 78 من مج. إ. ج. التونسية، والمادة: من ق.إ.ج.ج. 122 الفرنسي.

(5) انظر المادة 110 من ق.إ.ج.ج.

الجنائية، والحرص على حماية الحرية الشخصية للمتهم استنادا إلى الدستور، بشرط أن تكون هناك دلائل قوية على ارتكابه الجريمة، وبالتالي فإن سوء تقدير من طرف قاضي التحقيق في تحديد دواعي الأمر بالقبض، فإن عواقبه تكون وخيمة على الحرية الفردية للمتهم⁽¹⁾، لأن الأمر بالقبض يعتبر تمهيدا لإيداع المتهم الحبس المؤقت بعد استجوابه وفقا لنص المادة 119 من ق.إ.ج.ج.

الفقرة الثانية

الحبس المؤقت وأثره على حقوق الدفاع.

يعتبر الحبس المؤقت من أكثر إجراءات التحقيق التي يتجلى فيها الصراع بين حق الدولة في توقيع العقاب، وبين حق المتهم في التمتع بحريته استنادا لبراءته الأصلية⁽²⁾، إلا أنه إجراء استثنائي وأساسي يمكن أن يلجأ إليه قاضي التحقيق بحثا عن الحقيقة، ولكن ضمن قيود صارمة لا تخضع لها باقي إجراءات التحقيق الأخرى⁽³⁾، فالحبس المؤقت ذو طبيعة خاصة، فهو يشترك مع الأمر بالقبض والحبس المحكوم به في تقييد وسلب حرية المتهم، ويختلف مع القبض في المدة من جهة، ومع الحبس المحكوم به في أن هذا الأخير، يكون تنفيذا للحكم بالإدانة، أما الحبس المؤقت فيصدر وحال البراءة قائمة لم تنسف بالإدانة بعد من جهة ثانية⁽⁴⁾، وبالتالي يجب إحاطته بأكبر قدر من الضمانات تكون موازية لخطورته على حرية المتهم، فقد أعطاه Jean – Claude Soyer ، تعريفا شاملا يقوم على مفهوم متميز وهو: " خاص بكل شخص يحمل صفة المتهم، وأنه غير محدد، بحيث يمكن تمديده لمدة أطول وفقا لمقتضيات التحقيق، على أساس أن التهمة لم يفصل بعد فيها بحكم"⁽⁵⁾.

ونظرا لخطورته في المساس بحرية الشخص، فقد أوجبت المادة 09 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة 09 أيضا من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، التي جاءت مفسرة لما جاء في المادة 09 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، على أن الأمن حق لكل شخص لا يجوز انتهاكه بالاعتقال التعسفي، وأن حرمان أي شخص من حريته إنما يكون وفقا لأسباب قررها القانون،

(1) انظر: عبد الفتاح (مراد)، شرح التحقيق الجنائي التطبيقي، مرجع سابق، ص 438.

(2) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 595.

(3) انظر: مصطفى (محمود)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 309.

(4) انظر: بشيت خوين (حسن)، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية خلال مرحلة التحقيق الابتدائي، ج 01، مرجع سابق، ص 131.

(5) « La détention provisoire : consiste dans l'incarcération de la personne mise en examen, pendant une période susceptible de se prolonger, par fois aussi longtemps que l'instruction n'est pas close. Ou même que la juridiction de jugement ne s'est pas prononcée ». SOYRES (J-C): Doit pénal et procédure pénale, op, cit, P 334.

مع ضرورة إبلاغ الشخص الموقوف بأسباب توقيفه، والتهمة الموجبة لذلك، مع تقديمه على وجه السرعة أمام أحد القضاة المختصين لاستجوابه ومحاكمته، على أن لا يكون احتجاز الأشخاص قصد محاكمتهم القاعدة العامة في الإجراءات، والاحتفاظ للشخص الذي حرم من حريته بحق الرجوع إلى المحكمة للفصل في قانونية اعتقاله.

وتعتبر المادة 05 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أكثر المواد وضوحاً في تفصيل حق الفرد في الحرية والأمن، وكيفية التعامل معه في حال حلت ضرورة معينة تستدعي حبسه، سواء أكان ذلك بمناسبة اتهامه، أو إخضاعه لتدبير تربوي أو علاج صحي، وفي جميع الأحوال لا بد من إبلاغه بسبب اعتقاله وبلغه يفهما مع تقديمه للمحاكمة في أقرب وقت ممكن، مع احتفاظه بحقه في الطعن في شرعية حبسه، كما أن له الحق في التعويض عن الحبس التعسفي⁽¹⁾، ويبقى الحبس المؤقت من الموضوعات التي ناقشها مؤتمر قانون العقوبات المنعقد في روما ما بين 27 سبتمبر و1953/10/04، والذي خلص إلى أن: « الحبس الاحتياطي قد يكون ضرورياً ولكن يجب أن ينظر إليه على أنه استثناء من مقتضاه وجوب عدم تأخير محاكمة المتهم، وأن يتم بأمر مسبب من القاضي، وفي الأحوال التي يحددها القانون، مع تمكين المتهم من الطعن فيه في مختلف مراحل الدعوى الجزائية، ومعاملته معاملة خاصة تخلو من القسوة، وفي حالة الخطأ الظاهر تتحمل الدولة تعويض من حبس احتياطياً »⁽²⁾.

فالمغزى إذن من كل هذه الاحترازمات اتجاه الحبس المؤقت كإجراء من إجراءات التحقيق هو مخالفته لحق الشخص في التنقل بحرية، وتعارضه مع أصل البراءة المكفولين دستورياً، لذلك نجد أن المشرع الجزائري قد وصفه في المادة 123/ف01 من ق.إ.ج.ج على أنه " إجراء استثنائي"⁽³⁾ قبل تعديله بالأمر 02/15، وأنه إجراء له صفة إستثنائية بعد التعديل، موضحاً بدقة مظاهر إستثنائيته وهي: " أن يبقى المتهم حراً أثناء التحقيق كأصل عام، فإذا رأى قاضي التحقيق ضرورة المساس بحرية المتهم أن يتخذ أولاً إجراءات الرقابة القضائية، وفي حالة عدم كفايتها يلجأ للحبس المؤقت، الذي يتوقف إذا انتفت أسبابه، ويعود قاضي التحقيق إما إلى الإفراج عن المتهم، أو إخضاعه لتدابير الرقابة القضائية، كما بين الحالات التي تبيح لقاضي التحقيق اللجوء إليه، والتي تعبر على وجوب استفادته لجميع الإجراءات التي تحافظ على الحرية الفردية للمتهم قبل الأمر به، وأهم هذه الحالات هي:

(1) انظر: المادة 09 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة 09 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والمادة 05 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والمادة 07 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، والمادة 06 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب.

(2) انظر: مصطفى (محمود)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، على الهامش، ص310.

(3) انظر: من التشريعات التي أعطته نفس الوصف، الفصل 84 من مج. إ.ج. التونسية، والمادة 159 من ق. مسط مغربي، والمادة: 137 من ق.إ.ج. فرنسي.

لا يمكن أن يؤمر بالحبس المؤقت، أو يبقي عليه إلا إذا كانت التزامات الرقابة القضائية غير كافية، وفقا للحالات المنصوص عليها في المادة 123 من ق.إ.ج.ج⁽¹⁾، والمادة 125 مكرر 04، وما تجدر الإشارة إليه هو أن المشرع قد استبدل مصطلح " الحبس الاحتياطي" الذي كان معمول به في الأمر 155/66 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، بمصطلح " الحبس المؤقت" بموجب تعديل قانون الإجراءات الجزائية بالقانون 08/01، متأثرا في ذلك بالمادتين 137 و144 من ق.إ.ج.ج الفرنسي، والتي أوردت نفس العبارة سنة 1957⁽²⁾، من دون أن ينص على أي تغير بين الحبس الاحتياطي والحبس المؤقت.

بل أكثر من ذلك أنه كرس من خلال هذا التعديل المظاهر الاحتياطية للحبس، التي نستنتجها عند استقرائنا لحالات عدم كفاية التزامات الرقابة القضائية التي لم تتغير رغم تعديل قانون الإجراءات الجزائية بموجب الأمر 02/15، والتي توجي جميعها بأن الأمر الذي يصدره قاضي التحقيق بحبس المتهم مؤقتا، إنما هو إجراء احتياطي، وليس مؤقت، كالاختياط من فراره، أو تشويهه لأدلة الاتهام، أو لمنع وقوع جرائم جديدة، أو حماية المتهم من ذوي المجني عليه، وبالتالي فإن تغيير وصف الحبس من احتياطي إلى مؤقت هو شكلي فقط، ضف إلى ذلك أنه يأخذ نفس موصفات الحبس محدد المدة، كعقوبة منصوص عليها في قانون العقوبات، مع الاختلاف في صفة الخاضع له الذي يكون في الحبس المؤقت " متهم"، وفي الحبس بعد الإدانة " محكوم عليه".

لا يمكن الأمر به في مادة الجرح وفقا للمادة 124 من ق.إ.ج.ج، إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة المرتكبة تساوي أو أقل من سنتين قبل تعديلها بالأمر 02/15، غير أن المشرع وتدعيما منه للاستثنائية الإجراء جاء بتقدير جديد للوقائع التي تخرج من دائرة الحبس المؤقت بحيث وسع منها، وأصبحت تشمل الوقائع التي تساوي أو تقل عن ثلاث سنوات بموجب هذا التعديل، بمعنى أنه لا يجوز كذلك في المخالفات، أو الجرح المعاقب عليها بالغرامة، كما أن الوقائع التي أدت إلى الوفاة لا تكون مرتبطة بشرط مدة العقوبة، على أن لا تتعدى مدة الحبس شهر واحد.

لا يمكن أن تتجاوز مدة الحبس المؤقت في جميع الأحوال 04 أشهر وهو ما يطلق عليه " مبدأ تقييد مدة الحبس المؤقت"، على أن يكون تجديدها لضرورة التحقيق، وبالنظر إلى جسامة الجريمة، مع الأخذ في الاعتبار تصنيف الجريمة فيما إذا كانت من الجرائم العادية أو الخاصة⁽³⁾، فقد

(1) انظر: هذه الحالات المنصوص عليها في المادة 123 من ق.إ.ج.ج قبل تعديله بالأمر 02/15، أصبح محلها المادة 123 مكرر بصيغة جديدة، والمعدلة بموجب المادة 12 من الأمر 02/15 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية.

(2) LARGUIER (J) - CONTE (P): Procédure pénale, op, cit, P278.

(3) انظر: المواد 125، 125 مكرر من ق.إ.ج.ج.

أخذت معظم التشريعات الوضعية بضرورة تحديد مدة الحبس المؤقت، مع الاختلاف فيها⁽¹⁾ وذلك لضمان حماية حرية المتهم، ومنع التعسف في استعمال هذا الإجراء الاستثنائي، لضمان سرعة التحقيق، ومن ثم سرعة المحاكمة.

لا يمكن أن يكون الحدث محلاً للحبس المؤقت، حتى ولو كانت الأفعال المتابع من أجلها جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس وفقاً للمادة 456 من ق.إ.ج.ج.

وتدعيماً لحقوق الدفاع، وحفاظاً على الحرية الفردية للمتهم فقد قيد المشرع قاضي التحقيق بمجموعة من الشروط الشكلية، التي يجب عليه مراعاتها عند إصدار هذا الأمر وهي: " أن يصدر من طرف قاضي التحقيق، كاختصاص منفرد لا يشاركه فيه أي قاضي آخر سواء أكان ملحقاً بالتحقيق، أو معيناً بموجب إنابة قضائية وفقاً للمادة 70/ف03 من ق.إ.ج.ج، على أن يكون تنفيذه عن طريق إصدار مذكرة إيداع بعد استجواب المتهم وفقاً لنص المادة 118 من ق.إ.ج.ج، ثم يقوم بتبليغه بوضعه في الحبس المؤقت وينوه على ذلك في محضر الاستجواب، وفقاً للمادة 117/ف02 من ق.إ.ج.ج، وفي ذلك تمكين للمتهم من حقه في الطعن في أمر قاضي التحقيق في المواعيد المحددة قانوناً، وتدعيماً لحقه في الدفاع.

الملاحظ أن المشرع الجزائري قد أعطى للمتهم الحق في استئناف أمر الوضع في الحبس المؤقت الصادر من قاضي التحقيق، وألزم هذا الأخير بضرورة تنبيه المتهم لذلك وفقاً للمادة 123 مكرر/ف05 من الأمر 02/15، الشيء الذي يفهم منه، أن المشرع قد افترض إجبارية وجود محامي إلى جانب المتهم عند كل استجواب، وهذا ما يتناقض مع روح المادة 100 من ق.إ.ج.ج، التي جعلته اختيارياً للمتهم، كما أن استئنافه من الإجراءات الدقيقة التي لا ينتبه إليها المتهم في أغلب الأحيان خصوصاً بعد استجوابه، الشيء الذي يتطلب معه حضور المحامي للقيام بذلك، صف إلى ذلك قصر مدة الاستئناف وهي 03 أيام، وهي مدة لسقوط الحق وفقاً لنص المادة 172 من ق.إ.ج.ج، مع طول الفترة الزمنية المحددة كمعيار لمدة الحبس المؤقت وهي 04 أشهر، وعند استقراء الفقرة الثانية من هذه المادة نجد أن الاستئناف يتم بعريضة تودع لدى قلم كتاب المحكمة، وهذه العريضة لا يقوم بها إلا المحامي، نظراً للحالة النفسية الصعبة التي يكون عليها المتهم بعد إيداعه الحبس، وكأن المشرع يتحدث بصفة ضمنية عن الأفعال التي تتخذ وصف الجنائية، وتفترض إجبارية حضور المحامي إلى جانب المتهم، دون الجرائم الأخرى.

(1) انظر مثلاً: المادة: 142 من ق.إ.ج.ج المصري، والمادة: 114 من ق.أ.ص. مح.ج الأردني، والمادة: 177 من ق. مسط المغربية، والفصل: 85 من مج. إ. ج التونسية، والمادة: 145 من ق.إ.ج.ج الفرنسي.

أن يكون الأمر بالحبس المؤقت سواء عند الإصدار أو عند التمديد مسببا⁽¹⁾، ويمتاز بالوضوح والتخصيص الشامل للمتهم من حيث لقبه، واسمه، ولقب واسم ولديه، ومهنته، وعنوانه، والتهمة المتابع بها، والنصوص الخاصة بها وصفة القاضي الأمر، وختمه، وتاريخ إصداره، والسلطة المكلفة بتنفيذه⁽²⁾، مع إبراز العلاقة بين المتهم ومدى خطورة الوقائع المتابع من أجلها، والدلائل التي بني عليها، وصفته سواء أكان فاعلا أصليا أو شريكا، وعدم الاكتفاء بالعبارات العامة الواردة في نص المادة 123 مكرر من ق.إ.ج.ج بعد تعديلها بالأمر 02/15، والتي تطرح نفس الإشكال الذي تطرحه عبارة " ضرورات التحقيق"، " وحماية النظام العام"، حتى لا يصبح الأمر بالحبس المؤقت أمرا تعسفيا⁽³⁾، وقد أحسن المشرع حينما ربط شرعية الأمر بالحبس المؤقت بضرورة تسببيه، لأنه يمكن قاضي التحقيق من التأكد من جدية القرائن التي سيستند إليها لحبس المتهم مؤقتا، كما يمكن غرفة الاتهام من ممارسة رقابتها القضائية على أوامر قاضي التحقيق منعا للتعسف.

فمن خلال هذه الشروط التي وضعها المشرع للحبس المؤقت، فإنه يمكن القول بأنه ذلك الإجراء الاستثنائي والقانوني، الذي يبيح لقاضي التحقيق المساس المباشر بحرية المتهم، الذي تقوم ضده دلائل قوية على ارتكابه الأفعال المنسوبة إليه، والتي تتخذ وصف جنائية أو جنحة معاقب عليها بالحبس، بإصدار أمر مسبب بموجب مذكرة إيداع المتهم في المؤسسة العقابية لمدة محددة اقتضتها ضرورة التحقيق، والتي تكون قابلة للتجديد، بالنظر إلى نوعية الأفعال المتابع من أجلها، كما ذهبت إلى ذلك محكمة النقض الفرنسية وفقا للمادة 144 من ق.إ.ج.ج. الفرنسي في أحد قراراتها⁽⁴⁾.

وبالتالي فإن الحبس المؤقت بالوصف الذي قدمه المشرع الجزائري فإنه يحقق توازن الكبير بين المصلحة العامة للمجتمع في معرفة الحقيقة ومعاقبة المجرمين، وبين الحرية الشخصية للمتهم في

(1) لم يكن قاضي التحقيق قبل تعديل قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون رقم 08/01 المؤرخ في 26/07/2001، ملزما بتسبب أمر الوضع في الحبس المؤقت، إلا أن المادة 07 من هذا القانون، والتي استحدثت المادة 123 مكرر/ف 01، ألزمت قاضي التحقيق وبصيغة الإيجاب المؤدي إلى بطلان الإجراء في حالة إغفاله، بضرورة تسبب أمر الوضع في الحبس المؤقت بقولها: " يجب أن يؤسس أمر الوضع في الحبس المؤقت على الأسباب المنصوص عليها في المادة 123 من ق.إ.ج.ج"، غير أن المشرع في تعديله لقانون الإجراءات الجزائية بموجب الأمر 02/15 المؤرخ في 23/06/2015 وفي المادة 12 منه إستبدل وصفه للحبس المؤقت عندما يلجأ إليه قاضي التحقيق " بالوسيلة الوحيدة" بعبارة " الإجراء الوحيد"، وإستبدل تأسيس الحبس المؤقت على الأسباب المنصوص عليها في المادة 123 من هذا القانون، بتأسسه " على معطيات مستخرجة ملف القضية ضمن الحالات المنصوص عليها في المادة 123 مكرر، الشيء الذي يوحي بخاصية التكامل التي تطبع مختلف مراحل الدعوى الجزائية لا الانفصال، لأن الملف يبدأ في التشكل في مرحلة البحث والتحري ثم ينتقل إلى قاضي التحقيق، الشيء الذي يستلزم معه أن تكون جميع الإجراءات السابقة سليمة وشرعية، فهو بذلك إنتقل من عمومية النص القانوني إلى خصوصية ملف التحقيق، فأصبح بذلك أمر الوضع في الحبس المؤقت قائما على الوقائع لا القانون، آخذا في ذلك بخصوصية ظروف ووقائع وشخصية المتهم في كل قضية.في إطار السياسة الجنائية الحديثة القائمة على مبدأ التفريد.

(2) GUERY(C) : Détention provisoire, Paris, Editions Dalloz, 2001, P74.

(3) انظر: عمارة (فوزي)، قاضي التحقيق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2010، ص 294.

(4) Cass. Crim, 22/07/1997. Bull. Crim. N° 277.

الدعوى الجزائية، إلا أنه وبالنظر إلى مدته وهي 04 أشهر قابلة للتجديد، فهي مدة طويلة نسبياً، بحيث تصطدم بمفهوم العقوبة القصيرة المدة، التي أثبتت دراسات علم العقاب عدم جدواها في إصلاح المجرم عند محاولة تطبيق برامج إعادة الإدماج الاجتماعي، صحيح أن المتهم لا يكون ملزماً بالخضوع لهذه البرامج في فترة حبسه مؤقتاً لأنه ما يزال بريئاً، إلا أنه يتأثر بالوضع داخل المؤسسة العقابية، فيكون في وضع المنفذ لعقوبة قصيرة المدة تتراوح ما بين 20 يوماً إلى 08 أشهر في حال التمديد في الجرح، وإلى 12 عشر شهر في الجنايات، خصوصاً مع انعدام التصنيف في المؤسسات العقابية الجزائرية، وللاكتظاظ الذي تتميز به هذه المؤسسات⁽¹⁾.

ومهما يكن فإن المشرع قد اعتمد معايير عدة في تحديد مدة الحبس المؤقت، ففي مادة الجرح أخذ بمعيار الحد الأقصى للعقوبة في المواد 124 و125 من ق.إ.ج.ج، أما في الجنايات فاعتمد على معيارين هما " معيار نوع الجريمة عند تحديد الحبس المؤقت، وعلى معيار الحد الأقصى لعقوبة الجناية، والوصف القانوني المقرر لها عند تمديده" في المادة 125 مكرر/01، أما بالنسبة للجرائم الإرهابية، والجرائم العابرة للحدود فإنه اعتمد فقط على معيار طبيعة الجريمة، والوصف القانوني المقرر لها في المادة 125 مكرر⁽²⁾.

فبالإضافة إلى كل هذه القيود التي وضعها المشرع، لضمان عدم الاعتداء على حرية المتهم الخاضع للحبس المؤقت، فقد مكنه من مجموعة من الحقوق يتمتع بها داخل المؤسسة العقابية والمحددة في القانون 04/05 المتعلق بتنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين وهي: « حقه في الاتصال بمحاميه وفقاً للمادة 70 من هذا القانون، وحقه في مراسلة عائلته أو أي شخص آخر، بشرط أن لا تضر الرسالة بمقتضيات النظام العام وفقاً للمادة 73 من هذا القانون، وحقه في سرية مراسلاته التي ترسل إلى السلطات القضائية وفقاً للمادة 72 من هذا القانون، وحقه في معاملة خاصة تختلف عن معاملة المحكوم عليهم لأن حبسه استثنائي فقط لإجراء التحقيق، بحيث يمكن وضعه في الحبس الانفرادي حتى لا يختلط مع المحبوسين الخطرين بناء على طلبه، أو بأمر من قاضي التحقيق وفقاً للمادة 47 من هذا القانون، وحقه في المحافظة على كرامته وإنسانيته المنصوص عليها في المادة 79 من هذا القانون، فالمحبوس مؤقتاً غير مجبر على ارتداء اللباس العقابي، ولا بالعمل باستثناء العمل الضروري لنظافة الاحتباس وفقاً للمادة 48 من هذا القانون، وحقه في تتبع البرامج التلفزيونية، والإذاعية، ومطالعة الجرائد، والصحف اليومية التي يريدونها وفقاً للمادة 92

(1) انظر: للقضاء على هذه السلبات والارتقاء بالقضاء عامة والمؤسسات العقابية في الجزائر خاصة فقد اعتمدت الدولة منذ 1999 برنامج واسع لإصلاح العدالة، بموجب المرسوم الرئاسي 234/99 المؤرخ في 19/10/1999 المتضمن إحداث اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة، ج.ر، ع74.

(2) انظر: بوسقيعة (أحسن)، التحقيق القضائي، مرجع سابق، ص 142.

من هذا القانون، وحقه في الرعاية الصحية، كما يمكن نقله إلى المستشفى وفقا للمواد من 57 إلى 65 من هذا القانون، وحقه في القيام بواجباته الدينية مهما كانت ديانتته وفقا لنص المادة 66 من هذا القانون، وحقه في التعويض عن الخطأ القضائي في حال ظهرت براءته من التهمة التي حبس من أجلها مؤقتا، وفقا المادة 49 من الدستور التي تنص على أنه: « يترتب على الخطأ القضائي تعويض الدولة، ويحدد القانون شروط التعويض وكيفيةاته »، والمنظم بالمرسوم التنفيذي 117/10 الذي يحدد كيفيةات دفع التعويض الناتج عن الخطأ القضائي والحبس المؤقت (1).

أما في الشريعة الإسلامية فإن حبس المتهم هو من العقوبات التعزيرية، وهو كما في القانون الوضعي حبس عقوبة، التي لا تكون إلا في الواجب، وحبس التهمة، أو حبس استظهار، أو حبس استكشاف، ليستظهر به ويكشف ما وراءه، وهذا النوع الأخير هو الذي يتقاطع مع الحبس المؤقت، وهو حبس مخفف لاحتمال ظهور براءة المحبوس استنادا للقاعدة الفقهية "الأصل براءة الذمة" (2)، وبالتالي فإن الأصل هو منع الحبس، والاستثناء هو الحبس لأجل جمع أكبر قدر ممكن من الأدلة عن الجريمة التي وقعت، وفي هذا المعنى يقول ابن قيم الجوزية: « وقولكم الشاهدان لا يحبسان ليس المراد هنا السجن الذي يعاقب به أهل الجرائم، وإنما المراد به إمساكهما لليمين بعد الصلاة، كما يقال: فلان يصبر لليمين، أي يمسك بها » (3).

فرغم اتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية على عدم جواز حبس المتهم المعروف بالصلاح، بل إن بعضهم ذهب أكثر من ذلك عندما قرر أن من يفعل ذلك يجب أن يعاقب، حتى لا يتسلط أهل الشر على أعراض الأبرياء من الناس (4)، فإنهم اختلفوا بالنسبة للمتهم المجهول الحال والمشهور بالفساد، وانقسموا إلى اتجاهين، فالأول بنى أحكامه على القاعدة الفقهية "الأصل براءة الذمة"، وبالتالي فلا يجوز الحبس في التهمة مطلقا لأنها مظنة، والمظنة لا تصلح للحبس، وفي هذا يقول ابن حزم: « لا يحل الامتحان في شيء من الأشياء بضرب، ولا بسجن، ولا بتهديد لأنه لم يوجب ذلك قرآن، ولا سنة، ولا إجماع، ولا يحل أخذ شيء من الدين على من هذه النصوص، كما أن الله تعالى افترض حضور الجمعة والجماعات، والحبس ينافيهما، وبالتالي فهو يؤدي إلى الممنوع » (5).

(1) انظر: المرسوم التنفيذي رقم 117/10 المؤرخ في 10/04/2010 المتعلق بكيفيةات دفع التعويض المقرر من طرف لجنة التعويض عن الحبس المؤقت الغير مبرر والخطأ القضائي، ج. ر. ع، ع 27.

(2) انظر: الشوكاني (محمد بن علي)، نيل الإوطار من أسرار منتقى الأخبار، ج 13، مرجع سابق، ص 397.

(3) انظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص 160.

(4) انظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، نفس المرجع، ص 89، ابن فرجون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج 02، مرجع سابق، ص 206.

(5) انظر: ابن حزم (أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي)، المحلى، ج 11، القاهرة، إدارة الطباعة المنيرية، 1934، ص 141.

كما استدلووا على ذلك أيضا أن الرسول صلى الله عليه وسلم، ولا خليفته أبو بكر الصديق رضي الله عنه قد كان لهما حبسا يوضع فيه المتهم، بناء على الحديث الذي رواه أبو داود عن هرماس بن حبيب عن أبيه قال: أتيت النبي صلى الله عليه وسلم بغريم لي. فقال: «ألزمه» ثم قال لي: «يا أبا بني تميم، ما تريد أن تفعل بأسيرك؟»⁽¹⁾، وهذا ما يحمل معنى الإعاقة فقط في مكان معين وليس الحبس، أو يقيم عليه حافظ⁽²⁾، أو يأمر غريمه بملازمته كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم⁽³⁾، وحديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما قال: «ليس الرجل أمين على نفسه إذا أوجعته، أو ضربته، أو وثقته»⁽⁴⁾.

أما الاتجاه الثاني فهو رأي الجمهور، حيث أجازوا حبس للمتهم مجهول الحال والمشهور بالفساد، "كالسارق، وقاطع الطريق، والقاتل، والزاني"، وهذا القسم لا بد وأن يكشفوا، ويستقصى عليهم بقدر تهمهم وشهرتهم، وربما بالضرب والحبس، وبالحبس دون الضرب⁽⁵⁾ وفي هذا أدلة كثيرة ومتنوعة منها قوله تعالى: ﴿... تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ...﴾⁽⁶⁾، كما أن النبي صلى الله عليه وسلم: «حبس رجلا في تهمة ثم خلى عنه»⁽⁷⁾.

كما استدلووا بالحديث الذي رواه محمد بن قدامة ومؤمل بن هشام، أن رجلا قام إلى النبي صلى الله عليه وسلم وهو يخطب، فقال: جيرانني بما اخذوا(أي: بأي وجه أخذ أصحابك جيرانني وقومي فحبسوهم)، فأعرض عنه مرتين ثم نكر شيئا فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «خلوا له عن جيرانه»⁽⁸⁾، وهذا يدل على أنهم كانوا محبوسين، وأن الحبس كان في التهمة، ومن الأدلة كذلك من

(1) انظر: أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الأفضية، باب في الحبس في الدين وغيره، رقم الحديث 3628، مرجع سابق، ص 772، وانظر كذلك: بن ماجه، سنن بن ماجه، كتاب الصدقات، باب الحبس في الدين والملازمة، رقم الحديث 2428، مرجع سابق، ص 428.

(2) معنى الحافظ: الحافظ في أسماء الله الحسنى في قوله تعالى "وما كان له عليهم من سلطان إلا لانعلم من يومن بالآخرة ممن هو منها في شك وربك على كل شيء حفيظ" سورة سبأ الآية 21، وحفظه: حرسه، والقرآن أستظهره، ورجل حافظ العين: لا يغلبه النوم، والتحفظ: اليقظة وقلة الغفلة، والحفيظ: الموكل على الشيء، والحافظ الطريق البين المستقيم، والمحافظة: المراقبة والمواظبة، كما أن الحفيظة هي تعبير عن الغضب ومراعاة حالة الشيء، انظر: الفيروز آبادي(مجد الدين محمد)، القاموس المحيط، باب الظاء، فصل الحاء، مادة حفظه، مرجع سابق، ص 895، وانظر كذلك: الرازي (محمد بن أبي بكر)، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 51، وابن فارس (أبو الحسين أحمد بن زكارياء)، مقاييس اللغة، كتاب الحاء، مادة حفظ، مرجع سابق، ص 219،

(3) انظر: ابن قيم الجوزية(شمس الدين محمد أبو بكر)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المرجع السابق،، ص 91.

(4) سبق تخريجه.

(5) انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، ج 02 تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، المرجع السابق، ص 207.

(6) انظر: سورة المائدة الآية 106.

(7) سبق تخريجه.

(8) انظر: أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الأفضية، باب في الحبس في الدين وغيره، رقم الحديث 3628، المرجع السابق، ص 773.

من حديث عراك بن مالك قال: أقبلوا رجلا من بني غفار حتى نزلا منزلا من طنجان من مياه المدينة، وعندها ناس من غطفان عندهم ظهر لهم فأصبح الغطفانيون قد أضلوا قرينتين من إبلهم فاتهموا الغفاريين، فأقبلوا بهما إلى النبي صلى الله عليه وسلم وذكروا لهم أمرهم فحبس أحد الغفاريين، وقال للأخر «أذهب وألتمس» فلم يكن إلا يسيرا حتى جاء بهما، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لأحد الغفاريين: «إستغفر لي»، قال غفر الله لك يارسول الله، فقال: «ولك وقتله في سبيله»، قال: فقتل يوم اليمامة (1)،

يتبين من خلال هذه الأحاديث أن رأي الجمهور هو الأقرب إلى الصواب، وأن الحبس في التهمة جائز في الشريعة الإسلامية، لأن المتهم قد غلب عليه الظن في التهمة فوجب حبسه حقا للأمة، من أجل إثبات الحق، وفي هذا يقول ابن قيم الجوزية: «وما علمت أحدا من أئمة المسلمين يقول: إن المدعى عليه في جميع دعاوى السرقة، وقطع الطريق، والقتل يحلف ويرسل، ويرسل ولا يحبس، ولا غيره، فليس هذا مذهبنا لأحد الأئمة الأربعة ولا غيرهم من الأئمة، ومن وهم هذا، فقد غلط غلطا فاحشا مخالفا لنصوص رسول الله صلى الله عليه وسلم» (2)، وتأكيذا على كل ما تقدم، أن الرسول صلى الله عليه وسلم وخليفته أبو بكر الصديق رضي الله عنهما لم يتخذا مكانا مخصصا كحبس، ولكن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد فعل ذلك، عندما اشترى من صفوان بن أمية دارا بأربعة آلاف وجعلها حبسا، وكذلك الخليفتين عثمان وعلي رضي الله عنهما (3).

فرغم هذه الضوابط الخاصة بالحبس المؤقت سواء في القانون الوضعي أو الشريعة الإسلامية، وحفاظا على الحريات العامة، فإنه يبقى متوقفا على كيفية استعماله، أو الأمر به من طرف قاضي التحقيق، الذي يجب عليه أن يتأنى في ذلك، وأن لا ينظر إليه على أنه الحل الأمثل لمواصلة التحقيق في حالة عدم التوصل لأدلة الجريمة بسرعة، لأن سعه في ذلك هو بدل العناية اللازمة في البحث على الحقيقة، وليس تحقيق نتيجة، والمهم هو شرعية إجراءات التحقيق، وليس نتيجة التحقيق، التي يتحدد من خلالها مصير المتهم، الأمر الذي حددته المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها: «قضاء التحقيق لا يبحث فيما إذا كان المتهم مدانا بالجرم المنسوب إليه من باب أن ترجيح الإدانة هو مقياس الاتهام، والجزم واليقين هو مقياس الحكم».

(1) انظر: ابن حزم (أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي)، المحلى، ج11، المرجع السابق، ص132.

(2) انظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص91.

(3) انظر: ابن فرحون (رهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج02، المرجع السابق، ص215.

يتعين على غرفة الاتهام، استعمال صيغة الإمكان والترجي، وليس ما يفيد اليقين والفصل في الموضوع، قبل المحاكمة «⁽¹⁾، لذلك نجد أن القانون الوضعي⁽²⁾ قد أجمع على تمكين قاضي التحقيق من ثلاثة أوامر أساسية ينهي بها سلطته على الدعوى الجزائية، عندما يصل إلى قناعة بأن الوقائع قد إستنفذت كل إجراءات التحقيق، ولم يعد هناك أي إجراء يمكن أن إتخاذه بشأنها، قد يساهم في تغيير النتيجة التي انتهى إليها⁽³⁾، وهذه الأوامر، هي الأمر بأن لا وجه للمتابعة عند الوصول إلى نتيجة سلبية في التحقيق، واتصاف الأدلة المحصلة خلاله بعدم الوضوح والشك في إمكانية ارتباطها بالمتهم، وهي الشروط التي حددها المشرع الجزائري في المادة 163 من ق.إ.ج.ج، التي كانت قبل تعديل هذه المادة بالأمر 02/15 تجعل منه أمرا شكليا فقط لايحقق للمتهم أية فائدة إجرائية عند إستئنافه من طرف وكيل الجمهورية.

ولكن بعد هذا التعديل أصبح له أثرا ملموسا في حماية الحرية الفردية للمتهم، بأن لايعيق إستئناف وكيل الجمهورية إخلاء المتهم مالم يكن محبوسا لسبب آخر، الشيء الذي أعاد لهذه المادة التوازن سواء من حيث الصياغة، أو من حيث ضمان حقوق المتهم، والأمر بالإحالة على المحكمة إذا كان التكييف الذي توصل إليه قاضي التحقيق يصنف الجريمة ضمن الجرح أو المخالفات وفقا لنص المادتين 164 و165 من ق.إ.ج.ج، والأمر بإرسال المستندات إلى النائب العام قصد رفع الدعوى إلى غرفة الاتهام في حال اتخذت الأفعال بعد التحقيق وصف جنائية، بحيث تنتظر في الدعوى من جديد ثم تحيل الدعوى إلى محكمة الجنايات بمعرفة وكيل الجمهورية إذا كان قرارها متناسبا مع أمر قاضي التحقيق وفقا للمادة 166 من ق.إ.ج.ج.

فرغم ما لقاضي التحقيق من سلطات في توجيه التحقيق الوجهة التي تترسخ في قناعته، إلا أن أوامره مضبوطة بحق الخصوم ومنهم المتهم باستئنافها أمام غرفة الاتهام، فإذا كان القانون قد منح للنيابة العامة الحق في استئناف جميع أوامر قاضي التحقيق⁽⁴⁾، فإنه قد حصرها بالنسبة للمتهم في مجموعة من الأوامر فقط وفقا للمادة 172 من ق.إ.ج.ج⁽⁵⁾، التي لها اتصال وثيق بصفته كمتهم،

(1) انظر: القرار الصادر عن الغرفة الجزائرية للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 2011/11/17، ملف 764099، المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع 01، 2012، ص 407.

(2) انظر مثلا: المواد: 154 و155 و158 المصري، والمواد: 130 و131 و132 و133 من ق. أص. مح. ج. الأردني، والمواد: 216، 217، 218 من ق. مسط المغربية، والمواد: 106، 107 من مج. إ. ج. التونسية، والمواد: 177، 178، 179، 181 الفرنسي.

(3) BOULOC (B) – MATSOPOULOU (H) : Droit pénal général et procédure pénale, op, cit, P 443.

(4) انظر: المادتين 170، 171 من ق.إ.ج.ج.

(5) حدد المشرع الجزائري للمتهم أو محاميه الحق في استئناف مجموعة من أوامر قاضي التحقيق خلال 03 أيام من التبليغ، تودع بالمجلس القضائي وهذه الأوامر هي " الأوامر التي صدرها قاضي التحقيق والمتعلقة بالاختصاص، سواء من تلقاء نفسه أو يطلب أحد الخصوم، الأمر بقبول الإدعاء المدني طبقا للمادة 74 من ق.إ.ج.ج، الأمر بالحبس المؤقت طبقا للمادة 123 مكرر من ق.إ.ج.ج،

والإجراءات الاحتياطية المتخذة ضده، والتي تعتبر بالنسبة له كوسائل الدفاع ، وكآلية رقابة على أعمال قاضي التحقيق من طرف غرفة الاتهام، طبقا للمادتين 186 و 187 من ق.إ.ج.ج ، حتى تحال الدعوى على المحكمة بجميع المواصفات الشرعية التي تمكن القاضي الجنائي من حسم النزاع في مرحلة المحاكمة.

الفصل الثاني

حماية حق المتهم في الدفاع في مرحلة المحاكمة.

إن مرحلة المحاكمة سواء في القانون الوضعي أو الشريعة الإسلامية، تتميز بخصوصية إجرائية، تقوم على مجموعة من الأسس، يجب التقيد بها ومراعاتها في جلسة المحاكمة مهما كانت درجة المحكمة التي يحاكم فيها المتهم ونوعها. حتى تكون مناقشة أدلة الاتهام والتحقيق، لها أهميتها وتأثيرها في الوصول إلى الحقيقة، بالنظر إلى كيفية اقتناع القاضي الجزائي بها (المبحث الأول)، وحتى يستطيع هذا الأخير بناء حكم سليم عن نسبة الجريمة للمتهم، الذي يجب أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط تجعله عنوانا للحقيقة، بحيث يحتفظ المتهم بغض النظر عن ذلك بحقه في الطعن فيه بكافة الطرق الطعن التي حددها له القانون كآخر حق من حقوق الدفاع، التي من الممكن أن تؤدي إلى نسف الحكم الصادر، وإعادة المتهم إلى حالته الطبيعية قبل تحريك الدعوى العمومية وهي البراءة، ومن ثم المطالبة بمعالجة الآثار الماسة بحقوقه الدستورية عن طريق التعويض، نتيجة ممارسة الدعوى الجزائية قبله (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الخصوصية الإجرائية لمرحلة المحاكمة الجزائية.

الأمر بتجديد الحبس المؤقت طبقا للمادة 125 و 125 مكرر من ق.إ.ج.ج، الأمر برفض طلب الإفراج المؤقت طبقا للمادة 127 من ق.إ.ج.ج، الأمر بالوضع تحت الرقابة القضائية طبقا للمادة 125 مكرر 01، الأمر برفض رفع الرقابة القضائية طبقا للمادة 125 مكرر 02 ق.إ.ج.ج، الأمر برفض طلب سماع شاهد طبقا للمادة 69 مكرر منق.إ.ج.ج، الأمر برفض طلب إجراء خبرة طبقا للمادة 143 من ق.إ.ج.ج، الأمر برفض طلب إجراء خبرة تكميلية أو خبرة مضادة طبقا للمادة 154 من ق.إ.ج.ج، الأمر برفض طلب إجراء معاينة أو تلقي تصريحات طبقا للمادة 69 مكرر من ق.إ.ج.ج.

تتجلى الخصوصية الإجرائية لمرحلة المحاكمة في الدعوى الجزائية كحق من حقوق الدفاع، في أنها تخرجها من السرية إلى العلانية، بحيث تتم مناقشة المتهم بطريقة شفوية مثبتة بتدوين جميع إجراءات المحاكمة، والقائمة على مواجهته بغيره من الخصوم في الدعوى الجزائية، والشهود على الواقعة المتابع بها، ويستوي في ذلك أن يكونوا شهود إثبات أو شهود نفي (المطلب الأول)، هذه الأسس إلزامية أمام أية جهة قضائية، حتى يتمكن المتهم من ممارسة حقه في الدفاع من خلال الأدلة المقدمة في الدعوى الجزائية (المطلب الثاني)، أين يتجلى بعدها دور القاضي في تشكيل الحكم الملائم للوقائع المعروضة أمامه في جلسة المحاكمة من خلال ممارسته وظيفته في الاقتناع (المطلب الثالث).

المطلب الأول

أسس المحاكمة العادلة.

تهدف مرحلة المحاكمة بأسسها ومميزاتها، إلى تحقيق العدالة والمساواة بين جميع أطراف الخصومة الجزائية، قصد الوصول إلى التقدير الحقيقي للأدلة المقدمة في جلسة المحاكمة، أين يجد المتهم ضالته في استنفاد كافة وسائل الدفاعية الممكنة، على أساس أن المراحل السابقة عنها تتميز بالسرية أساسا، عكس مرحلة المحاكمة التي تقوم معظم إجراءاتها على العلنية (الفرع الأول)، وتتجلى في ذلك الحوار الشفوي الدقيق مع المتهم حول التهمة المنسوبة إليه، للتأكد من صحة الاتهام، وجدية التحقيق، ومعرفة رأي المتهم فيهما (الفرع الثاني)، ومحاولة إدراك التناقض بين أقواله وأقوال الخصوم الآخرين في الدعوى سواء النيابة العامة، أو المتهمين الآخرين، أو الشهود، أو الضحية ضمن مبدأ الحضورية والمواجهة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

العننية.

تشكل علانية المحاكمة أهم ضمانات لشرعية الإجراءات الجزائية، سواء في القانون الوضعي أو الشريعة الإسلامية، فهي المجال الذي تتجلى فيه القيمة القانونية لتلك الإجراءات، بحيث تمكن المتهم من الكلام والدفاع عن نفسه بكل حرية، والعلم بجميع الإجراءات المتخذة في مواجهته، كما تحقق في إطار دولة القانون فائدتين هامتين تلعبان دورًا كبيرًا في تحقيق الشرعية، عن طريق الرقابة التي يفرضها المجتمع انطلاقًا من حقه في معرفة الحقيقة عند حضور الجمهور لجلسات المحاكمة من جهة⁽¹⁾، وتمكين المتهم من الإفصاح عن التجاوزات التي قد يتعرض لها أثناء مرحلتي البحث والتحري، والتحقيق الابتدائي من جهة ثانية، لذلك فإنه لا يبقى للسرية مجالًا يدعو للاستمرار فيها، بعد أن يكون التحقيق قد استكمل كافة عناصر تحقيقه⁽²⁾، ولم يبقى إلا إحالة نتائجه على الجهة المختصة لتقديرها وإصدار حكم بشأنها.

الفقرة الأولى

الأهمية الإجرائية للمحاكمة العلنية.

ونظرًا للبعد التاريخي، والفائدة الإجرائية لعننية المحاكمة الجزائية، فقد أقرت ذلك كأساس للمحاكمة العادلة لجميع الإعلانات، والمواثيق الدولية، والإقليمية، والقوانين الوضعية⁽³⁾، ومنها القانون الجزائري الذي نص في المادة 285 من ق.إ.ج.ج على علنية الجلسات أمام محكمة الجنايات: « المرافعات علنية ما لم يكن في علانيتها خطر على النظام العام والآداب، وفي هذه الحالة تصدر المحكمة حكمها القاضي بعقد جلسة سرية في جلسة علنية، غير أن للرئيس أن يحظر على القصر دخول الجلسة، وإذا تقرر سرية الجلسة تعين الحكم في الموضوع في جلسة علنية»، أما بالنسبة للجنح فإن المادة 342 من ق.إ.ج.ج. تحيل على المادتين 285 و 286 من ق.إ.ج.ج، وكذلك بالنسبة للمخالفات ووفقا لنص المادة 398 من ق.إ.ج.ج، والمادة 430 من ق.إ.ج.ج بالنسبة للغرفة الجزائرية للمجلس القضائي.

(1) انظر: بهنام (رئيس)، الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا، مرجع سابق، ص 653.

(2) انظر: مصطفى (محمود)، شرح قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 389.

(3) انظر مثلا: المادة: 268 من ق.إ.ج.ج المصري، والمادة: 213 من ق.أص.ج.ج الأردني، والمادة: 300 من ق. مسط المغربية،

والفصل: 143 من مج.إ.ج.ج التونسية، والمادة: 306 من ق.إ.ج.ج الفرنسي.

كما نجد العلنية مجسدة أمام المحكمة العليا في المادة 552 من ق.إ.ج.ج، وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي من المادة 400 إلى المادة 405 من ق.إ.ج.ج. الفرنسي. وتطبيقا لشمولية العلنية لكل إجراءات المحاكمة، فقد نصت المادة 144 من ق.إ.ج.ج على أن يكون النطق بالحكم في جلسة علنية، وأن يكون معللا أي مسببا بقولها: « تعلق الأحكام القضائية، وينطق بها في جلسات علنية » .

فكما سبق وأن تقدم، عند تحليل حقوق الدفاع في مرحلة التحقيق الابتدائي، أن المشرع الجزائري حدد إجراءات الدعوى الجزائية وفقا لجسامة الجريمة، ويتخذ من الجنايات معيارا لتحديد ضمانات المحاكمة العادلة التي تتمثل في فتح أبواب المحاكم والقاعات المخصصة للجلسات للجمهور لحضور المحاكمات دون تمييز، أو اقتصار ذلك على الخصوم والمحامين، ومن يرى القاضي ضرورة سماعهم في الجلسة كالشهود والخبراء في بعض الأحيان⁽¹⁾، فالمقصود بالجمهور هو الأشخاص الأدميين، أو المعنويين كالصحف، والإذاعات، والتلفزيونات الذين يمكنهم تغطية وقائع الجلسة، سواء بنشرها، أو نقلها عبر الإذاعة والتلفزيون، ولكن في حدود القانون⁽²⁾، الأمر الذي دعا بالمشرع الفرنسي في نص المادة 39 من قانون 1981/02/02 إلى منع التسجيل والتصوير أثناء المرافعات، إلا أنه سمح بتصوير الحالة العامة للجلسة قبل بداية المرافعات بعد موافقة كل من الخصوم والنيابة العامة، بموجب المادة 29 من قانون 1981 /07/29، كما أن قانون 1985/07/11 لم يعتبر التصوير التلفزيوني من مكونات الأرشيف الخاص بالمحاكمات القضائية⁽³⁾.

أن تتم في جلسة المحاكمة مناقشة كافة الأدلة المقدمة في الدعوى بما فيها القرارات والأحكام الصادرة في موضوع الدعوى، واتخاذ جميع إجراءات التحقيق النهائي بصورة علنية، والتي أكدها المشرع الجزائري عندما قام بإلغاء المحاكم الخاصة - التي تقوم على السرية أساسا- والمنشأة بموجب المرسوم التشريعي رقم 03/92 المؤرخ في 1992/02/30 المتعلق بمكافحة التخريب والإرهاب⁽⁴⁾، وذلك بموجب الأمر رقم 10/95 المؤرخ في 1995/02/25، المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، بإضافة الفقرة التالية إلى نص المادة 248 من ق.إ.ج.ج: « تعتبر محكمة الجنايات الجهة القضائية المختصة بالفصل في الأفعال الموصوفة بجنايات، وكذا الجناح والمخالفات المرتبطة بها، والجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية المحالة إليها بقرار نهائي من غرفة الاتهام

(1) انظر: عمارة (عبد الحميد)، ضمانات الخصوم أثناء مرحلة المحاكمة الجزائية في التشريع الوضعي والإسلامي، الجزائر، دار الخلدونية للنشر، 2010، 390.

(2) انظر: الكبيسي (عبد الستار سالم)، ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة، مرجع سابق، ص 625.
(3) BOULOC (B) – MATSOPOULOU (H: Droit pénal général et procédure pénale, op, cit, P 474.

(4) انظر: المرسوم التشريعي رقم 03/92 المتعلق بمكافحة التخريب والإرهاب المؤرخ في 1992/02/30، ج.ر، ع 70.

«⁽¹⁾، وأن تثبت جميع الإجراءات المتخذة في الجلسة في محاضر، وذلك دفعا للشك الذي قد يكتنف الحكم الصادر في الدعوى، على أساس أن العلنية مقررة لتدعيم ثقة الجمهور في جهاز العدالة، والمحافظة على نزاهة القاضي وحياده، خصوصا في هذه المرحلة الأخيرة للدعوى الجزائية⁽²⁾».

أن يكون إقرار سرية جلسة المحاكمة كاستثناء من العلنية بحكم مسبب، على أساس إمكانية إخلال هذه الأخيرة بالنظام العام والآداب العامة، وإلا تعرض الحكم الفاصل في الدعوى للبطلان، لأن فيه حرمان المتهم من المثل أمام قاضيه الطبيعي، وهو ما يعتبر تأثيرا على استقلالية القضاء⁽³⁾، فيكون من السلطة التقديرية للمحكمة وفقا للمادة 285/ف01 من ق.إ.ج.ج تقرير سرية الجلسة، على أن يتضمن الحكم ذلك رغم النطق به في جلسة علنية، وهو نفس الاتجاه الذي سار فيه المشرع المصري في المادة 268 منه بقولها: «يجوز للمحكمة مع مراعاة النظام العام والمحافظة على الآداب، أن تأمر بسماع الدعوى كلها، أو بعضها في جلسة سرية، أو تمنع فئات معينة من الحضور فيه» ، ونفس الشيء الذي سار فيه المشرع الفرنسي مثل قضايا الاغتصاب، والعنف المصحوب باعتداء جنسي⁽⁴⁾.

نستنتج من تقرير سرية المحاكمة في بعض القضايا استنادا لمساسها بالنظام العام والآداب العامة، كاستثناء من مبدأ علانيتها، هو أن الحق في الخصوصية، والحرية الفردية من الحقوق التي لا يمكن التنازل عنها، أو انتهاكها بأي إجراء مهما كانت قيمته، وتأثيره في الوصول إلى الحقيقة. فإنطلاقا من الحفاظ على شخصية المتهم من التأثير بعلانية المحاكمة، خصوصا المتهم الحدث، فقد اعتبرت معظم التشريعات، سرية محاكمته الصورة الأبرز في هذا الاستثناء، التي أقرها المشرع الجزائري في نص المادة 468 من ق.إ.ج.ج، شأنه في ذلك شأن مختلف التشريعات الوضعية، فقد أقرها المشرع الفرنسي بموجب المادة 306 من ق.إ.ج.الفرنسي، والذي أكدته المادة 14 من الأمر

(1) انظر: الأمر رقم 10/95 المؤرخ في 1995/02/25، المعدل والمتمم للأمر رقم 66/155 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر.، ع 11.

(2) انظر: المرصفاوي (حسن صادق)، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 547.

(3) أقر الدستور الفرنسي الصادر سنة 1790 وفي المادة 17 منه حق المتهم في المثل أمام قاضيه الطبيعي، والقائم على التحديد المسبق لاختصاص المحكمة بنظر الدعوى، إلا انه يمكن نقلها إلى اختصاص محكمة أخرى إذا كان هناك قانون جديد يفر حماية أكثر للمتهم بموجب القانون الصادر في 1899/03/01، إلا أن هذا لم يمنع المشرع الفرنسي من إنشاء محاكم خاصة غير عادية، كالمحاكم التي أنشئت في عهد حكومة فيشي سنة 1944م، وأوتلك التي أنشئت إبان الحرب التحريرية للشعب الجزائري ضد الاستعمار الفرنسي، وأهم المحاكم الاستثنائية الدائمة في فرنسا " محاكم أمن الدولة " التي أنشئت بموجب القانون رقم 63/ الصادر في 1963/07/05، التي تختص بنظر الجنايات والجنح التي تمس أمن الدولة، وكذلك الجنايات والجنح المنصوص عليها في المادة 689 من ق.إ.ج.ج. ف، راجع : محمد صغير (كمال)، الحرية الشخصية للمتهم في إطار الشرعية الإجرائية، دراسة تحليلية وتأصيلية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 158 .

(4) انظر المواد: 306، 400، 512، 535، 601 من ق.إ.ج.ج، ولتفصيل ذلك راجع كذلك :

الصادر في 1945/02/02، حيث يمكن إبعاد الحدث من كل المرافعات أو بعضها، وذلك ضمانا لعدم تأثير المحاكمة على شخصيته لأنه لم يبلغ سن الرشد بعد، والعبرة في ذلك هو سنة يوم الوقائع وليس يوم المحاكمة⁽¹⁾، وهذه الإجراءات هي:

محاكمة المتهم على إنفراد دون حضور باقي المتهمين، بمعنى أن محاكمة الحدث لا يجب أن تتم في إطار المواجهة بين الخصوم في الدعوى الجزائية، للتأكد من جدية الدليل المقدم حول الوقائع محل المحاكمة، وإنما الهدف منها هو إعادة تصحيح مسار الحدث المتهم في حالة ثبوت إدانته، عن طريق تدابير الأمن، أو المحافظة على شخصيته دون تأثر بأي إجراء، في حالة ما إذا حكم عليه بالبراءة، وإن كان لقيمة الدليل المتوصل إليه من خلال هذه المحاكمة السرية أهميته في إظهار الحقيقة، خصوصا إذا كان مع المتهم الحدث أشخاص بالغين.

تحديد الأشخاص المسموح لهم بحضور المرافعات في المادة 468/ف02 من ق.إ.ج.ج، والمذكورين على سبيل الحصر، والواضح من الاستثناء " بإلا "، بحيث تتعد مهامهم تبعا لمصلحة الحدث، فحضور الشهود يكون لإثبات أو نفي التهمة عن الحدث، أما حضور الأقارب المقربين، ووصيه، أو نائبه القانوني فيكون بموجب السلطة الأبوية، أو الوصية، أو القانونية الممارسة عليه حتى لا يشعر بأنه وحيد، وضعيف في مواجهة سلطة الاتهام والقاضي، أما حضور نقابة المحامين فمن أجل الدفاع عن المتهم، أما حضور الجمعيات، أو الرابطات، أو المصالح والأنظمة المهتمة بشؤون الأحداث، فمن أجل المساعدة الاجتماعية للحدث، أما حضور المندوبين المكلفين بالرقابة على الأحداث، والمراقبين، ورجال القضاء، وذلك للوقوف عن كثب عن كيفية محاكمة الحدث والظروف التي تجرى فيها المحاكمة، بغية السيطرة على خطورته الإجرامية.

يمكن للقاضي وفقا لسلطته التقديرية بموجب المادة 468/ف03 من ق.إ.ج.ج أن يقوم بتوقيف المحاكمة، وذلك بأمر الحدث بالانسحاب من الجلسة أثناء سيرها، على أن يكون النطق بالحكم في جلسة علنية، بحضور الحدث، وهذه العلنية تكون في حدود المادة 468 من ق.إ.ج.ج، أي بحضور الأشخاص المذكورين فيها فقط، وبالتالي فهي امتداد للسرية لأن مفهوم العلنية مرتبط بالجمهور وليس بالحضور⁽²⁾.

الملاحظ أن المشرع الجزائري قد جعل السرية أصل المحاكمة الجزائية أمام جميع الجهات القضائية التي يحاكم فيها الحدث، إذا كانت الجريمة من جرائم القانون العام، سواء أكانت محكمة

(1) BOULOC (B) – MATSOPOULOU (H): Droit pénal général et procédure pénale, op, cit, P 474.

(2) عمارة (عبد الحميد)، ضمانات الخصوم أثناء مرحلة المحاكمة الجزائية في التشريع الوضعي والإسلامي، مرجع سابق، ص 396.

مخالفات، أو جنح، أو جنایات⁽¹⁾، إلا أنه استثنى الأحداث الذين بلغوا سن 16 عشر سنة، والمرتكبين للجرائم الإرهابية والتخريبية من هذه السرية بموجب المادة 249 من ق.إ.ج.ج، بأن حدد الاختصاص فيها لمحكمة الجنایات.

الفقرة الثانية

العلنية أساس المحاكمة في الشريعة الإسلامية

من الطبيعي أن تكون العلنية أساس المحاكمة في الشريعة الإسلامية، وذلك تحقيقاً للعدل، الذي هو صفة من صفات الله سبحانه وتعالى، كيف لا وأنه من أركان إيمان المسلم، والإيمان باليوم الآخر، ويوم الحساب، والعقاب، والثواب، الذي لا يتم إلا في صورة علنية في قوله تعالى: ﴿يَوْمَئِذٍ تُعْرَضُونَ لَا تَخْفَى مِنْكُمْ خَافِيَةٌ﴾⁽²⁾، فمن خصوصيات الدعوى الجزائية في الشريعة الإسلامية، أنها كانت تتم خلال مرحلة واحدة في الغالب، وبالتالي تكون مبنية على أساس من العلنية، وفي هذا يقول ابن فرحون عند حديثه عن سيرة القاضي مع الخصوم، الذي يؤكد فيه على أن العلنية من أسس المحاكمة العادلة في الشريعة الإسلامية: « أن الحكم لا يكون إلا بالإعلان »⁽³⁾، لأن الله سبحانه وتعالى كما قال الشافعي: « تولى السرائر وعاقب عليها، ولم يجعل لأحد من خلقه الحكم إلا على العلنية »⁽⁴⁾، أما السرية فلا تكون إلا في بعض الحالات، كما سيأتي:

فالشريعة الإسلامية أسست لعلنية المحاكمة من علانية المكان الذي تنعقد فيه وهو المسجد، على أساس أنه أول مكان كان يجتمع فيه المسلمون في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، وعهد الخلفاء الراشدين، دون أن يكون هناك حاجب على بابه، وقد كان المسجد في ذلك الوقت أشهر الأماكن التي يجتمع فيها الناس، سواء للصلاة أو لحضور المحاكمات⁽⁵⁾، وأشهر المحاكمات سواء محاكمة ماعز بن مالك، أو المحاكمة الخاصة بقضية اللعان، تمت في المسجد لأنه أفضل مكان يشعر فيه الناس بالراحة والطمأنينة، وحقيقة التطهر من الذنوب والمعاصي مصداقاً لقوله تعالى: ﴿لَا تَقُمْ فِيهِ أَبَدًا لِمَسْجِدٍ أُسِّسَ عَلَى التَّقْوَى مِنْ أَوَّلِ يَوْمٍ أَحَقُّ أَنْ تَقُومَ فِيهِ فِيهِ رِجَالٌ يُحِبُّونَ أَنْ يَتَطَهَّرُوا

(1) انظر: المواد 446، 461، 463، 468 من ق.إ.ج.ج.

(2) انظر: سورة الحاقة الآية 18.

(3) انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج1، ص50.

(4) انظر: الشافعي (أبو عبد الله محمد بن إدريس)، الأم، ج7، كتاب الأفضية، مرجع سابق، ص 478.

(5) انظر: ابن قدامة (موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد)، المغني، ج14، مرجع سابق، ص 20، وانظر كذلك: ابن فرحون (برهان

الدين)، نفس المرجع، ج01، ص42.

وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُطَهَّرِينَ ﴿١﴾، ومما يدل على أن المسجد كان مكان القضاء في الشرائع السابقة قوله تعالى: ﴿ وَهَلْ أَتَاكَ نَبَأُ الْخَصْمِ إِذْ تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ * إِذْ دَخَلُوا عَلَى دَاوُودَ فَفَزِعَ مِنْهُمْ قَالُوا لَا تَخَفْ خَصْمَانِ بَغَى بَعْضُنَا عَلَى بَعْضٍ فَاحْكُم بَيْنَنَا بِالْحَقِّ وَلَا تُشِطُّ وَاهِدْنَا إِلَى سَوَاءِ الصِّرَاطِ * ﴾^(٢)، قال القرطبي في تفسيره لهذه الآيات: « ليس في القرآن ما يدل على القضاء في المسجد إلا هذه الآيات، وبها استدل من قال بجواز القضاء في المسجد، ولو كان ذلك لا يجوز كما قال الشافعي لما أقرهم داود عليه السلام على ذلك، ولقال لهم: انصرفا إلى موضع القضاء »^(٣).

كما يمكن أن نورد هذه الحادثة التي تؤكد على قضاء الرسول صلى الله عليه وسلم في المسجد، أن كعب بن مالك رضي الله عنه تقاضى " بن أبي حرد" دينار كان له عليه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله صلى الله عليه وسلم، فخرج إليهما حتى كشف ستر حجرته، نادى كعب بن مالك فقال: « يا كعب»، فقال لبيك يا رسول الله فأشار عليه بيده أن ضع الشطر من دينك، قال كعب: قد فعلت يا رسول الله قال: «قم فاقضه»^(٤).

فمن خلال هذه الأمثلة نستنتج أن المحاكمة في الشريعة الإسلامية كانت تتم في علانية بالنظر إلى خصائص المكان الذي بدأت تعقد فيه، وهو المسجد الذي يجتمع في الناس للصلاة دون حاجب أو مانع، وبالتالي فإن جميع المحاكمات كانت تتم بحضور جمع من الناس، مع العلم أن السمة الغالبة لكل مؤسسات الدولة في عصر النبوة ما زالت لم تتفصل بعد، لكن مع تقدم الزمان واتساع رقعة الخلافة الإسلامية، ظهرت الحاجة لتخصيص القضاء بمكان خاص تجرى فيه المحاكمات، وقد بدأ ذلك في عهد الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما منع القاسم بن عبد الرحمان من القضاء في المسجد لأنه يأتيه الجنب، والحائض، والذمي، ممن لا يجوز لهم الدخول إليه وهم على تلك الحال، كما يعتبر ذلك استعمال للمسجد في غرض غير الذي خصص له، وهذا قال به الشافعي^(٥).

(١) انظر: سورة التوبة الآية 108.

(٢) انظر: سورة ص الآية 21، 22.

(٣) انظر: القرطبي(أبو عبد الله محمد بن أحمد)، الجامع لأحكام القرآن، ج15، مرجع سابق، ص 180.

(٤) انظر: النسائي، سنن النسائي، كتاب آداب القضاء، باب حكم الحاكم في داره، رقم الحديث 5410، مرجع سابق، ص 1010، وانظر كذلك: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الصلاة، باب التقاضي والملازمة في المسجد، رقم الحديث 457، مرجع سابق، ص 67، ومسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة والمزارعة، باب استحباب الوضع من الدين، رقم الحديث 3984، مرجع سابق، ص 681.

(٥) انظر: ابن قدامة(موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد)، المغني، ج14، المرجع السابق، ص 20، انظر كذلك: الشافعي (أبو عبد الله محمد بن إدريس)، الأم، ج07، المرجع السابق، ص 490.

ومهما يكن فقد حرص غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية وقضااتها جميعا، على أن يكون مجلس القضاء معلوما لدى جميع الناس، وفي الأماكن المشهورة تدعيما لعلائية المحاكمة، لذلك نجدهم قد نهوا عن اتخاذ المنازل مكانا للقضاء، لأنها تحقق شبهة الاحتجاب عن الناس، التي نهى الرسول صلى الله عليه وسلم كل من ولي أمر من أمور المسلمين من الاتصاف بها في قوله عليه الصلاة والسلام: « من ولاه الله شيئا من أمر المسلمين، فاحتجب دون حاجتهم، وخليتهم، وفقرهم، احتجب الله عنه دون حاجته، وخليته، وفقره»⁽¹⁾، وتأسيسا على كل هذا، أنكر عمر بن الخطاب احتجاج أبو موسى الأشعري رضي الله عنهما في داره، وامتناعه عن الخروج للحكم بين الناس في مجلس قضاؤه حيث جماعة الناس، بأن أمر بإضرام النار في بيته⁽²⁾، كما أحرق قصر سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه لما أحتجب عن الرعية في قصره⁽³⁾.

فمن خلال هذه الأمثلة على تكريس مبدأ العلنية في الشريعة الإسلامية، نجد الفقهاء قد حددوا المصلحة من وراء التشديد عليها، والتي تتمثل في ضمان جدية مجريات المحاكمة وعلانيتها، وفي هذا يقول ابن قدامة: « ينبغي للقاضي أن يحضر شهوده مجلسه ليستوفي بهم الحقوق، فإن كان القاضي ممن يحكم بعلمه، فإن شاء أدناهم إليه، وإن شاء باعدهم عنه، بحيث إذا احتاج إلى شهادتهم على حكمه استدعاهم ليشهدوا بذلك، وإن كان ممن لا يحكم بعلمه، أجلسهم بالقرب منه حتى يسمعوا كلام المتخاصمين لئلا يقر منهم مقر ثم ينكر ويجحد، فيحفظوا عليه إقراره ويشهدوا عليه بذلك»⁽⁴⁾، وفي هذا دفعا لشبهة الحكم الانفرادي، الذي يمكن اعتباره مرادفا للسرية ولو كان في مكان عام، فقد روي أن رجلا جاء إلى قصر الخليفة المأمون مخاصما، وكان القاضي يحيى بن أكرم جالسا، فطلب منه الخليفة المأمون أن ينظر في إدعاء الرجل، فقال يحيى: لا أنظر القضايا في قصر الخليفة إلا إذا أعلنه الخليفة مكانا للتقاضي، قال الخليفة: قد فعلت، قال القاضي: إذن نفتح الباب وندعو الناس للحضور هنا، وأبدأ بالعامّة، قال الخليفة: افعّل. وأذن يحيى للعامّة في الدخول، ونادى المنادي. ودعا العامّة، وقضي بين الخليفة وخصمه⁽⁵⁾.

ضمان تحقيق حكم القاضي للعدل، فالعدل في الأحكام في الشريعة الإسلامية يكون مبنيا على اجتهاد القاضي في الوصول إليه، بغض النظر عن كونه مجتهدا أو مقلدا، فهو ملزم بإتباع مبدأ

(1) انظر: أبو داوود، سنن أبي داوود، كتاب الخراج والفيء والإمارة، باب فيما يلزم الإمام من أمر رعيته، رقم الحديث 2948، مرجع سابق، ص 648، وانظر كذلك: النسائي، سنن النسائي كتاب الأحكام، باب ما جاء في إمام الرعية، رقم الحديث

1381، المرجع السابق، ص 596.

(2) انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج1، ص42، مرجع سابق، ص42.

(3) انظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص 21.

(4) انظر: ابن قدامة (موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد)، المغني، ج14، المرجع السابق، ص 29.

(5) انظر: شلبي (أحمد)، تاريخ التشريع الإسلامي وتاريخ النظم القضائية في الإسلام، مرجع سابق، ص 248.

الشورى قبل صدور الأحكام، تطبيقاً لقوله تعالى: ﴿...وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ...﴾⁽¹⁾، حيث كان الرسول صلى الله عليه وسلم أكثر الناس مشاوراً لأصحابه وهو غني عنهم بالوحي الحكيم، وأشهر حادثة تبرز أهمية الشورى في الشريعة الإسلامية، مشاوررة الرسول صلى الله عليه وسلم أصحابه في محاربة المشركين في غزوة بدر الكبرى، كما أخذ بها الخلفاء من بعده، فقد كان أبوبكر إذا جاءه الخصم نظر في كتاب الله فإن وجد فيه قضي، وإن لم يجد أخذ بما علم من الرسول صلى الله عليه وسلم، وإن لم يجد اتجه إلى المسلمين وقال: أتاني كذا وكذا فهل علمتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضي في ذلك بقضاء، فإن وجد عند جموع المسلمين قضاء من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « الحمد لله الذي جعل فينا من يحفظ عن نبينا، فإن لم يجد من سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، جمع رؤوس الناس وأخيارهم، واستشارهم فإن أجمع رأيهم على أمر قضي به »⁽²⁾.

كما شاور عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو الذي قال فيه الرسول صلى الله عليه وسلم: « بينما أنا نائم أتيت بقدح لبن فشربت حتى أرى الري يخرج من أظفري، ثم أعطيت فضلي عمر بن الخطاب، قالوا : فما أوليته يا رسول الله؟ قال: العلم»⁽³⁾، في قضايا كثيرة منها أنه شاور في حد الخمر، فقال له علي بن أبي طالب كرم الله وجهه: نرى أن تجلده ثمانين جلدة، فإنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افتري، فجلد عمر في الخمر ثمانين⁽⁴⁾، وتتجلى أهمية الشورى بالنسبة للحكم العادل أنها تساعد القاضي في اجتهاده، وتعينه على تذكر ما نسيه من أحكام، سواء أكانت نساء أو اجتهاداً، والذي تؤكد حادثة المرأة التي جهدها العطش، فمرت برع فاستسقت، فأبي أن يسقيها إلا أن تمكّنه من نفسها فشاور الناس في رجمها، فقال علي: هذه مضطرة، أرى أن تخلي سبيلها ففعل⁽⁵⁾.

غير أنه عند استقراء كيفية المشاورة التي قام بها عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أو تلك التي قام بها الصحابة رضوان الله عليهم، أنها تخص الوقائع لا الأحكام، فاستشارة عمر بن الخطاب

(1) انظر: سورة آل عمران الآية 159.

(2) انظر: السيوطي(جلال الدين عبد الرحمان)، تاريخ الخلفاء، مرجع سابق، ص42.

(3) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب العلم، باب فضل العلم، رقم الحديث 82، مرجع سابق، ص 22.

(4) انظر: مالك (أبو عبد الله بن أنس)، الموطأ، كتاب الأشربة، باب الحد في الخمر، رقم الحديث 1615، مرجع سابق، ص 361، وانظر كذلك: أبو داوود، سنن أبي داوود، كتاب الحدود، باب الحد في الخمر، رقم الحديث 4479، مرجع سابق، ص 941، والبخاري، كتاب الحدود، باب ما جاء في ضرب شارب الخمر، رقم الحديث 6773، نفس المرجع، ص 828، ومسلم، صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب حد الخمر، رقم الحديث 4457، مرجع سابق، ص757.

(5) انظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص 51.

رضي الله عنه في حد الخمر الهدف منها، هو الوصول إلى الحكم المناسب المحقق للعدل في القضية محل الحكم فقط، ولضمان التناسب بين الحكم وخصوصية الوقائع المعروضة عليه⁽¹⁾.

ولكن هذا التشديد على علنية المحاكمة لا يجب أن يقودنا إلى القول بأنها قاعدة شاملة لكل المحاكمات في الشريعة الإسلامية من دون استثناء، لأن ذلك يتعارض مع أهم ميزة من مميزات الشريعة الإسلامية، وهي الأساس الأخلاقي، الذي يحدد طبيعة المصالح المعتبرة شرعا، خصوصا إذا تعلق الأمر بدعوى من الدعاوى التي من الممكن أن تكون العلنية فيها هتكا لخلق الحياء في المجتمع الإسلامي، فقد حثت الشريعة الإسلامية الفرد المسلم قبل مباشرة الدعوى الجزائية، على العمل بخلق الستر قبل تحريك الدعوى الجزائية في قوله صلى الله عليه وسلم: «... من ستر مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة...»⁽²⁾.

وبالتالي فإن الحاكم أو القاضي في الشريعة الإسلامية ملزم بإعمال السرية استنادا على خلق الستر، وذلك حفاظا على سمعة المتهم وحقه في الخصوصية، إذا لم يكن المتهم من أهل التهمة، ويمكن أن نستج ذلك من قصة العسيف⁽³⁾، في الحديث الذي رواه أبا هريرة وزيد بن خالد قالوا: كنا عند النبي صلى الله عليه وسلم، فقام رجل فقال: أنشدك الله إلا قضيت بيننا بكتاب الله، فقام خصمه وكان أفعه منه فقال: اقض بيننا بكتاب الله فقام خصمه وكان أفعه منه فقال: اقض بيننا وإذن لي قال: « قل » قال: إن ابني كان عسيفا على هذا فزنى بامرأته، فافتديت منه بمائة شاه وخادم ثم سألت رجالا من أهل العلم فأخبروني أن على أبني جلد مائة، وتغريب عام، وعلى امرأته الرجم فقال النبي صلى الله عليه وسلم: « والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله جل ذكره المائة شاة والخادم رد عليك، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام، واغديا أنيس على إمرة هذا فإن اعترفت فارجمها » فغدا عليها فاعترفت فرجمها⁽⁴⁾.

(1) انظر: الرباعية (أسامة علي مصطفى الفقير)، أصول المحاكمات الشرعية الجزائرية، مرجع سابق، ص 375.

(2) سبق تخريجه.

(3) العسيف: الأجير، والعبد المستعان به، أو المستهان به الذي إعتسف ليخدم، والعسف: الأخذ على غير الطريق، والعسوف الظلوم، وعسف في الأمر فعله من غير روية، ورجل عسوف إذا لم يقصد قصد الحق، انظر: الفيروز آبادي (مجد الدين محمد)، القاموس المحيط، باب الفاء، فصل العين، مادة عسف، مرجع سابق، ص 1075، انظر كذلك: ابن فارس (أبو الحسين أحمد بن زكاري)، مقاييس اللغة، كتاب العين، باب العين والسين ومايتلثهما، مادة: عسف، مرجع سابق، ص 670، والرازي (محمد بن أبي بكر)، مختار الصحاح، باب العين مادة عسف، مرجع سابق، ص 141.

(4) انظر: النسائي، سنن النسائي، كتاب آداب القضاة، باب صون النساء عن مجلس الحكم، رقم الحديث 5412، مرجع سابق، ص 1010، وانظر كذلك: بن ماجه، سنن بن ماجه، كتاب الحدود، باب حد الزنى، رقم الحديث 2549، مرجع سابق، ص 447، ومالك (أبو عبد الله بن أنس)، الموطأ، كتاب الحدود، رقم الحديث 1581، المرجع السابق، ص 352.

المستفاد من هذا الحديث أن المحاكمة التي أجراها الرسول صلى الله عليه وسلم، بحضور ولي المتهم وزوج المتهمه قد تمت في علنية تامة ولم تكن بعيدة عن الجمهور، بدليل قول رواة الحديث رضي الله عنهم " كنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم"، وكذلك الحكم الذي أصدره الرسول صلى الله عليه وسلم على " العسيف"، أما محاكمة المرأة المتهمه بالزنى، فقد كانت في سرية بدليل أن الرسول صلى الله عليه وسلم، قد كلف الصحابي أنيس الأسلمي رضي الله عنه، بالذهاب إليها ومحاكمتها في سرية بعيدا عن المكان العام وهو المسجد، حفاظا على سمعتها وخصوصيتها، وأن لا يطبق عليها الحد إلا بعد أن تعترف بالجريمة التي ارتكبتها.

فمراعاة السرية حفاظا على حق المتهم في الخصوصية استنادا على المقومات الأخلاقية للفرد والمجتمع المسلم، لم يحيد عنها القضاة في الشريعة الإسلامية بأي حال من الأحوال، لذلك يمكن أن نورد هذه القصة كمثال على ذلك، أن امرأة جاءت إلى القاضي شريح فقالت: أيها القاضي إني جننتك مخاصمة، فقال لها: وأين خصمك؟ فقالت: أنت خصمي، فأخلى المجلس وقال لها: تكلمي، فأخبرته بأنها كانت خنثى وتزوجت (1).

فعلى الرغم من أن العلنية هي السمة المميزة للمحاكمة العادلة، إلا أنها لا تتجلى إلا من خلال ذلك الحوار الشفهي الذي يدور بين المتهم ووكيله من جهة، والقاضي، والشهود، والمدعي المدني، والنيابة العامة من جهة ثانية.

الفرع الثاني

مبدأ الشفهيّة (2).

يمثل مبدأ الشفهيّة الأساس الثاني للمحاكمة العادلة، فإذا كان من أهداف مبدأ علنية الجلسة كسب ثقة الجمهور في الأحكام الصادرة عن السلطة القضائية، فإن مبدأ الشفهيّة يمكنه من مراقبة تفاصيل المحاكمة، منذ توجيه أول سؤال إلى غاية إقفال باب المرافعات، لذلك نجد أن شفهيّة المحاكمة هي المحتوى أو المضمون الذي يشغل حيز العلنية، لأن تشكيل القاضي لقناعته من خلال ما هو مدون في محاضر التحقيق لا يكفي لذلك، كما أن هذه المحاضر لا تسلم من إمكانية احتوائها على النقض الذي يحتاج إلى فحص وتصحيح، الذي لا يكون إلا إذا قام القاضي بمناقشة ما جاء في

(1) انظر: وكيع (محمد بن خلف بن حيان)، أخبار القضاة، ج2، مرجع سابق، ص 197.

(2) انظر: لا يفرق المشرع الفرنسي بين الشفهيّة والوجاهية ويعبر عنهما بمصطلح واحد وهو "débat contradictoire"، لأنه في حقيقة الأمر لا يمكن التفريق بينهما لأنه لا يمكن أن تكون هناك شفهيّة دون المواجهة بين جميع أطراف الدعوى الجزائية ولا تتجلى كمظهر من مظاهر العلنية إلا إذا حدثت مواجهة بين جميع الأطراف.

كل محضر على حدى، وسماع كل شخص كانت له علاقة بقاضي التحقيق أثناء إجراء التحقيق⁽¹⁾، خصوصا الشهود والمتهم، لاستجلاء كل ما يبدو له غامضا قصد الوصول إلى تقدير القيمة الحقيقية لأقوالهم وتصريحاتهم.

الفقرة الأولى

مناقشة الأدلة في الجلسة.

يرتكز مبدأ شفوية المحاكمة على دور الإيجابي للقاضي في الدعوى الجزائية، الذي يحتم عليه بذل كل ما في وسعه من أجل التوصل إلى الحقيقة، والتحقق في أي دليل يقدمه الخصوم في الجلسة⁽²⁾، لذلك نجد معظم التشريعات الوضعية⁽³⁾، قد قيدت سلطة المحكمة في بناء حكمها على الأدلة المطروحة في الجلسة، والتي تمت مناقشتها، الشيء الذي أقرته المحاكم الدولية سواء تلك التي زالت ولاتها⁽⁴⁾، أو المحكمة الجنائية الدولية التي نصت في المادة 67/ف(هـ) التي تنص: «أن يستجوب(المتهم) شهود الإثبات بنفسه، أو بواسطة آخرين، وأن يؤمن له حضور واستجواب شهود النفي بنفس الشروط المتعلقة بشهود الإثبات. يكون للمتهم أيضا الحق في إبداء أوجه الدفاع، وتقديم أدلة أخرى مقبولة بموجب النظام الأساسي للمحكمة»⁽⁵⁾.

الشيء الذي سار عليه المشرع الجزائري في من المادة 212/ف 02 من ق.إ.ج. التي تنص: « لا يسوغ للقاضي أن يبني قراره إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات، والتي حصلت المناقشة فيها حضوريا أمامه » ، وأكدت عليه المحكمة العليا، في أحد قراراتها بقولها: « لا يمكن لقضاة الموضوع أن يؤسسوا قرارهم إلا على الأدلة المقدمة لهم أثناء المرافعات، والتي تتم مناقشتها حضوريا»⁽⁶⁾، كما أكدت عليه محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها عندما قررت أنه: «

(1) انظر: بهنام (رمسيس)، الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا، مرجع سابق، ص 655

(2) انظر: الكبيسي (عبد الستار سالم)، ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة، مرجع سابق، ص 772

(3) انظر مثلا: المادة: 302 من ق.إ.ج. المصري، والمادة: 148 من ق. أص. مح.ج. الأردني، والمادة: 287 من ق. مسط المغربية، والفصل: 151 من مج. إ. ج. التونسية، والمادة: 310 من ق.إ.ج. الفرنسي.

(4) انظر: القهوجي (علي عبد القادر)، القانون الدولي الجنائي (أهم الجرائم الدولية، المحاكم الجنائية الدولية)، مرجع سابق، انظر من خلاله المادة 17 من لائحة نوربيج، التي نصت على ضرورة دعوة الشهود، واستجوابهم، واستجواب المتهمين (ص 242)، وذلك القسم الرابع من لائحة طوكيو التي جاءت متطابقة مع القسم الخامس من لائحة نوربيج، ص (263)، والمادة 21 من النظام الخاص لمحكمة يوغسلافيا التي نصت على معظم حقوق المتهم الدولي ومنها شفوية المرافعة، ص (285) ، والمادة 20 النظام الخاص بمحكمة روندا التي جاءت متطابقة مع ما ورد في محكمة يوغسلافيا، مرجع سابق، ص 304 .

(5) انظر: القهوجي (علي عبد القادر)، القانون الدولي الجنائي نفس المرجع، ص 424،

(6) انظر: القرار الجنائي الصادر بتاريخ 21 /01/ 1982، الاجتهاد القضائي ص66، بوسقيعة (أحسن)، قانون الإجراءات الجزائية على ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 93.

إذا كانت المحكمة قد تذرعت برفض طلب سماع أقوال شهود الإثبات ومحرر المحضر بأنها ترى في أقوالهم بمحضر ضبط الواقعة ما يقنعها بثبوت التهمة، فإنها تكون قد أخلت بحق الطاعن في الدفع وهو ما يبق منها للحكم على أقوال الشهود قبل أن تسمعهم مما يعيب الحكم ويوجب نقضه»⁽¹⁾.

فمبدأ الشفوية إذن يستلزم مناقشة كل دليل يقدم في جلسة المحاكمة، الذي يرتبط أساسا بمبدأ علانيتها، الذي يحتم على كل من القاضي والخصوم توضيح آرائهم فيها بصوت مسموع للجمهور الحاضر، أين تتجلى أهمية المترجم في حالة ما إذا كان المتهم لا يعرف اللغة التي تتم بها المحاكمة، أو لا يعرف القاضي اللغة التي ينكلم بها المتهم، وهو الحق الذي لم ينص عليه المشرع في المادة 212 من ق.إ.ج.ج، كما أن الترتيب المحدد في المادة 224 من ق.إ.ج.ج التي تنص على أن: «يقوم الرئيس باستجواب المتهم قبل سماع الشهود، ويتلقى أقواله، ويجوز للنيابة العامة توجيه أسئلة إلى المتهم كما يجوز ذلك للمدعي المدني، وللدفاع عن طريق الرئيس»، هو ترتيب إلزامي على القاضي إتباعه عند محاكمة المتهم، بمعنى أن حريته في سماع أي طرف من أطراف الدعوى في جلسة المحاكمة مقيد به، وبالتالي فلا يجوز سماع أقوال الشهود، والذي يجب أن يكونوا متفرقين حسب المادة 225 ق.إ.ج.ج، أو الخبراء، أو مرافعة الطرف المدني، أو مرافعة النيابة، أو مرافعات دفاع المتهم، قبل مناقشة المتهم مناقشة تفصيلية عن التهمة المنسوبة إليه، والتي تتطابق تماما مع المناقشة التي أجراها قاضي التحقيق في التحقيق الابتدائي.

الوضع الذي لا يمكن للقاضي من أن يتخلص من تأثير ملف الدعوى، والنتيجة التي انتهى إليها التحقيق مهما كانت سلطته في الاقتناع واسعة، كما أن الاقتناع العام على نسبة الجريمة للمتهم يبدأ من مرحلة الاتهام، مروراً بمرحلة التحقيق، فأحالة الدعوى في الجنايات على غرفة الاتهام. وبالتالي لا يبقى لقاضي الحكم بعد ذلك إلا التصريح بالحكم المناسب وفقاً لما سبق التحقيق فيه، الأمر الذي يدخل على مبدأ شفوية المرافعات بعض الاستثناءات التي قد تطرأ قبل إحالة الدعوى على المحكمة، في صورة انتقال قاضي التحقيق لسماع شاهد على وشك الموت، فشهادته المدونة في المحاضر، قد تكون الدليل الوحيد أمام المحكمة عند إجراء المحاكمة شفهيًا، وبالتالي تكون الأساس الذي يبني عليه قاضي حكمه، وإن تمت مناقشتها في الجلسة.

فإذا كانت السرية هي الاستثناء من مبدأ علنية المحاكمة لدواعي النظام العام والآداب العامة، فإن الاستناد إلى المحاضر المكتوبة المدونة في مرحلة التحقيق دون إعادة سماع ما ورد فيها في جلسة المحاكمة، يعد استثناء اضطرارياً تلجأ إليه المحكمة من مبدأ الشفوية، إذا تعذر سماع

(1) نقض 18 نوفمبر 1986، ص 19 رقم 198، انظر: سلامة (مأمون محمد)، قانون الإجراءات الجنائية، معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض طبقاً لأحدث التعديلات والأحكام، ج02، مرجع سابق، ص967، على الهامش.

الشاهد لوفاته، أو مغادرته أرض الوطن قبل جلسة المحاكمة، أو إذا حضر الشاهد وذكر أنه لم يعد يذكر واقعة من الوقائع، أو أصيب بمرض عقلي بعد سماعه أمام الضبطية القضائية أو قاضي التحقيق، أو إذا قبل المتهم ومحاميه بتلاوة أقوال الشاهد السابقة المدونة في محضر السماع في المراحل السابقة⁽¹⁾.

نستنتج من كل ما تقدم، أن جميع الأدلة المقدمة في الدعوى يجب أن تناقش على مرأى ومسمع من القاضي والخصوم الآخرين، ولا يمكن الاعتماد على المذكرات المكتوبة إلا بعد تلاوتها في الجلسة، وإعطاء فرصة الرد على ما جاء فيها لكل خصم من الخصوم خصوصاً المتهم، الذي تكون له الفرصة لتقديم ملاحظاته بشأنها بعد الإلمام بها، وتنفيذ ما جاء فيها⁽²⁾، كما أن المناقشة الشفهية تؤدي إلى توضيح الغموض الذي قد يعترى محاضر التحقيق، فتبدو وكأنها وسيلة فعالة تمكن القاضي من ممارسة نوع من الرقابة على أعمال قاضي التحقيق⁽³⁾، بحيث يترتب على إغفالها بطلان إجراءات المحاكمة، حسب الصياغة التي جاءت بها المادة 224 من ق.إ.ج.ج، فهو إذن من الإجراءات الجوهرية التي تهدف إلى إعانة القاضي على حسن تقدير قيمة الأدلة المقدمة في الدعوى، حتى يكون الحكم مطابقاً للحقيقة ومحققاً للعدل، " فحسن التسبيب من حسن التقدير"، أين يتجلى دور المحامي بكل وضوح في إعطاء حق المتهم في الدفاع بعداً إجرائياً سليماً، يمكنه من الإحاطة بجميع جوانب التهمة، التي قد يغفل عنها المتهم أثناء الجلسة. هذه المهمة التي تستلزم أن توفر لدى المحامي أساسين اثنين حتى يتمكن من أداء مهمته الدفاعية بكل حرية، بحيث لا يمكن أن يتحقق أحدهما دون تحقق الآخر، وهما " الحصانة والاستقلالية"، فتتجلى الحصانة كمظهر من مظاهر الاستقلالية التي كفلها المشرع للمحامي، خصوصاً عند أداء المرافعة الجزائية كصورة مثلى لمبدأ شفهيّة المحاكمة.

الفقرة الثانية

صلة المرافعة الشفهية بموضوع الدعوى.

إن مقتضى الحصانة المؤهلة للمحامي للممارسة حقوق الدفاع نيابة عن موكله، تتجلى في أنه الوحيد المؤهل قانوناً لعرض أوجه الدفاع ومناقشتها أمام كل جهات القضائية، حسب المادة

(1) انظر: سلامة (مأمون محمد)، قانون الإجراءات الجنائية، معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض طبقاً لأحدث التعديلات والأحكام، ج2، المرجع السابق، ص968.

(2) انظر: عبّيد (رؤوف)، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، مرجع سابق، ص640.

(3) انظر: نصر (محمود)، السلطة التقديرية وضمانات المتهم في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص526.

03/ف/03 من القرار المؤرخ في 1995/09/04 المتضمن الموافقة على النظام الداخلي لمهنة المحاماة⁽¹⁾، لذلك يرتدي الجبة الرسمية ويضع ختمه على العرائض، والمذكرات، والمستندات، بحيث يفقد هذه الصفة إذا كان مغفلا وفقا لنص المادة 21 من نفس القرار، هذه الميزة التي ينفرد بها المحامي يرد عليها استثناء حددته المادة 271 من ق.إ.ج.ج، التي تسمح لأحد أقارب المتهم من الدفاع عليه أمام محكمة الجنايات.

إلا أن ما يمكن ملاحظته هو أن المحامي لا يتمتع بالحصانة فيما يخص ما يدلي به في المرافعات، ويقدمه في المذكرات الكتابية، إلا إذا كان أمام الجهات القضائية، وبمناسبة الدعوى المنشورة أماها أما خارجها، فلا يمكن الحديث عن هذه الحصانة، بمعنى أن الحصانة التي يتمتع بها المحامي ضمانا لاستقلاله تمناز بالطابع الوظيفي لممارسة المرافعة الشفهية أو الكتابية فقط⁽²⁾.

فالمرافعة شفهية كانت أو مكتوبة، تقوم أساسا على التعبير الذي يضيف على واقعة النزاع ما ينير للقاضي طريق العدالة، ويمكنه من إصدار حكمه على أساس سليم، وكما قال الفقيه " كانثيليتس: « يجب أن تكون المرافعة صحيحة، وواضحة، وممتعة، وأخص صفاتها الوضوح والإيجاز »⁽³⁾، وهو نفس الشيء بالنسبة للمذكرات الكتابية التي تستوجب الأسلوب المشوق والتأسيس السليم، والاتجاه مباشرة نحو الهدف عن طريق وضوح الطلبات وفعالية الدفع، الشيء الذي لا يتحقق إذا لم يكن المحامي يتميز باللياقة، واحترام القضاة، والانضباط، وأن يسعى إلى المحافظة على سير العادي للجلسات في عملية تكاملية مع القاضي، وزملائه مادام الهدف واحد وهو تحقيق العدالة والوصول إلى الحقيقة، وفقا لما نصت عليه المادة 76/ف/02 من القانون 04/91⁽⁴⁾، هذه الحصانة تكون لها انعكاسات إيجابية على الدعوى القضائية، وتسهيل عملية الوصول إلى الحقيقة، بحيث يمكن إجمالها في الفوائد التالية:

تأكيد سيادة القانون وكفالة حق الدفاع خصوصا في مادة الجنايات، أين استلزم المشرع حضور المحامي إلى جانب المتهم في جميع الإجراءات من بدايتها إلى نهايتها، حتى يستطيع تقديم المساعدة الإيجابية للمتهم عن طريق تقديم ما يراه لازما من طلبات ودفع، وذلك وفقا لنص المادة

(1) انظر: القرار المؤرخ في 1995/09/04 المتضمن الموافقة على النظام الداخلي لمهنة المحاماة، ج.ر، ع 48.

(2) انظر: زروال (عبد الحميد)، دروس وتطبيقات في الكفاءة المهنية للمحاماة، تيزي وزو، دار الأمل للطباعة والنشر، ط3، 03، 2008، ص88.

(3) انظر: الجدوي (حسن)، كنوز المرافعة، القاهرة، الدار العربية للنشر، 1949، ص 36، وما بعدها.

(4) انظر: القانون 04/91 المؤرخ في 09 / 12 / 1991 المتضمن قانون مهنة المحاماة، ج.ر، ع 02.

271 من ق.إ.ج.ج (1)، وبالتالي تقع إجراءات المحاكمة باطلا في غيابه، وفقا لما قرره المحكمة العليا في أحد قراراتها: « متى تضمنت أحكام المادة 140 من قانون القضاء العسكري، النص على أن يكون المتهم مساعدا بمحامي يحضر بجانبه يوم جلسة محاكمته، وفي حالة غيابه يقوم رئيس المحكمة بتعيين مدافع له تلقائيا، فإن هذا الإجراء المقرر حماية لحقوق الدفاع، يعد إجراء جوهريا، ويترتب على مخالفته نقض وإبطال الحكم» (2).

بث الطمأنينة في نفس المتهم، وذلك لشعوره بأنه يستند على خبير بالقانون يمكنه من معالجة اتهامه، وتحقيق الحصول على حقه ضمن الأطر القانونية (3)، التي تضمن له الفعالية اللازمة للقيام بمهمته الدفاعية، التي تشترط أن يكون الدفاع حقيقيا سواء أكان المحامي موكلا أو منتدبا من طرف المحكمة، بحيث يكون حرا في إعداد مرافعته، هذه الحرية التي تقيد سلطة المحكمة من جهة في منع المحامي من الاسترسال، والإفاضة في المرافعة، إلا إذا خرج عن الموضوع أو وقع في تكرار حقيقي لها (4)، ومن جهة ثانية لا تسمح للمتهم بأن يفرض على محاميه أن يلتزم ب " كيف محدد" أو " كم " معين أثناء المرافعة، والذي أجابت عليه محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها عندما قررت: « أنه وإن كان القانون قد أوجب أن يكون بجانب المتهم بجناية محام يتولى الدفاع عنه أمام محكمة الجنايات، إلا أنه لم يرسم للدفاع خطا معينة، لأنه لم يشأ أن يوجب على المحامي أن يسلك في ظرف خطة مرسومة، بل ترك له اعتمادا على شرف مهنته، واطمئنانا إلى نبل أغراضها، أمر الدفاع يتصرف فيه بما يرضي ضميره، وعلى حسب ما تهديه خبرته في القانون » (5).

يؤدي المحامي دوره في إطار الحصانة بكل الاستقلالية، التي تقوده إلى تغيير وجه الرأي في الدعوى، ومن ثم ينشأ الحكم سليما، حتى ولو اقتصر دوره على طلب إفادة المتهم بظروف التخفيف، إن كان هذا الأخير معترفا بالوقائع محل الدعوى الجزائية، لأن المحامي غير مكلف بخلق أوجه الدفاع من العدم (6)، وإنما تقديم الدفوع التي يرها مناسبة وملائمة في حق موكله، فإذا كان القاضي على اختلاف مهامه في الدعوى القضائية، سواء أكان وكيل جمهورية، أو قاضي تحقيق،

(1) انظر مثلا: المادة: 375 من ق.إ.ج.ج المصري، والمادة: 208 من ق.أص. مح.ج الأردني، والمادة: 427 من ق. مسط المغربية، والفصل: 141 من مج. إ. ج التونسية، والمادة: 417 من ق.إ.ج.ج الفرنسي.

(2) انظر: قرار الغرفة الجزائرية الأولى للمجلس الأعلى، الصادر بتاريخ 1983/11/29، المجلة القضائية، 1989، ع 04، ص 278، سايس(جمال)، الاجتهاد الجزائري في القضاء الجنائي، ج01، ط 01، المحمدية، منشورات كليك، 2013، ص 267.

(3) انظر: خميس (محمد)، الإخلال بحقوق الدفاع، مرجع سابق، ص147.

(4) انظر: نصر (محمود)، السلطة التقديرية وضمانات المتهم في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 521، وانظر كذلك: عبد الستار سالم الكبيسي، ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة، مرجع سابق، ص 666.

(5) نقض 1940/04/22، مجموعة القواعد، ج 05، رقم 103، ص 180، انظر: حامد الشريف، بطلان الحكم في المواد الجنائية مرجع سابق، ص 562.

(6) انظر: العادلي (محمود صالح)، النظرية العامة في حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص 414.

أوقاضي حكم، أو قاضي في القضاء المدني يطبق مبدأ الملائمة، كل بحسب دوره في الدعوى القضائية، فإن المحامي يطبق ذلك من خلال مدى ملاءمة الدفع الذي سيقدمه في الدعوى للحصول على حق موكله، وهذا ما قصدته المادة 04 من القانون 04/91 بقولها: «يقدم المحامي النصائح، والاستشارات القانونية، ومساعدة الخصوم، وضمان الدفاع عنهم، ويجوز له في نفس الإطار ماعدا الاستثناء الذي ينص عليه التشريع المعمول به أن يتدخل في كل إجراء وكل تدبير قضائي، له أن يقوم بكل طعن، وأن يدفع، أو يقبض كل مبلغ مع الإبراء، وأن يعطي الموافقة، أو إقراره برفع الحجز، وبصفة عامة أن يقوم بسائر الأعمال بما في ذلك التنازل والاعتراف بحق من الحقوق، يسعى لتعجيل تنفيذ قرارات العدالة، ولهذا يجوز له إبرام كل العقود ويقوم بالشيكات الضرورية لهذه الغاية. يعفى من تقديم أي سند تنفيذ» (1).

تمكّن الحصانة المحامي من إدراك الارتباط الموجود بين الوقائع في الدعوى والكشف عن عناصرها، وفي هذا يقول الأستاذ " غوست " عند دفاعه على الأستاذ " إيزروني"، الذي كان محل متابعة بتهمة القذف من طرف " جيسكار ديستان " وزير المالية في حكومة ديغول، الذي قال: «الأفعال التي بحكم تجاوزها وتشابهها بالوقائع التي فصل فيها، تستدعي بالضرورة مقارنات، وتستلزم بقوة تفسيرات ومبررات بشكل تفرض فيه هذه المقارنات والتفسيرات نفسها على الدفاع أداء لرسالته، وعلى القاضي بحثا عن اقتناعه، وهذا على الصعيدين القانوني والأخلاقي على حد سواء» (2).

نستنتج من خلال الحصانة التي يتمتع بها المحامي، أنه لا يمكن الحديث عن الحصانة ما لم تكن هناك استقلالية، ولا استقلالية بدون حصانة، لذلك يشترط لصحة دفاع المحامي على المتهم، وصياغة مرافعة فعّالة مجموعة من الضوابط وهي:

أن يتوفر المحامي على الحد الأدنى من الخبرة، الذي لا يكون إلا للمحامي المقبول للمرافعة أمام المحاكم، فلا تقبل مرافعة محامي تحت التدريب خصوصا في الجنايات، كما أن المحكمة مقيدة باختيار محامي مقبول للمرافعة أمام المحاكم الابتدائية، وإلا كانت الإجراءات باطلة، والحكم المترتب عنها، وهذا ما ذهب إليه محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها(3)، أما المشرع الجزائري وعند استقراء نص المادة 297 من ق.إ.ج. نجد أنه مازال يقبل بالمدافع عن المتهم غير المقيد بجدول التنظيم الوطني للمحامين، الإجراء الذي يتناقض مع نص المادة 292 من ق.إ.ج.ج، التي تنص على

(1) انظر: المادة 05 و المادة 06 من القانون 07/13 المؤرخ في 10/29/2013، المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة، ج.ر، ع 55.

(2) انظر: زروال (عبد الحميد)، المحاكمات الشهيرة في التاريخ، الأستاذ إيزروني، تيزي وزو، دار الأمل، 2000، ص 62.

(3) نقض 11/04/1929، مجموعة القواعد القانونية، ج 01 رقم 228، ص 268، انظر: العادلي (محمود صالح)، النظرية العامة في

حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، المرجع السابق، ص 411.

أن حضور محام في الجلسة لمعاونة المتهم وجوبي، بمعنى أن المدافع الذي لا يحمل صفة المحامي لا يمكنه أن يترافع في الجلسة، اللهم إن كان يقصد أقارب وأصدقاء المتهم، وبالتالي فإن هذا الغموض يجب أن يكون له توضيح، خصوصا وأنه أنهى العمل بنظام المدافعين القضائيين بموجب الأمر رقم 49 /75 المؤرخ في 17 جوان 1975 (1).

تمكين محامي المتهم من متابعة كافة الإجراءات من بدايتها إلى نهايتها، وبالتالي تكون المحاكمة باطلة التي لم تمكن المتهم من هذا الشرط، فإذا اختار المتهم محام له فيجب على المحكمة أن تجيبه لطلب التأجيل، حتى ولو كانت المحكمة قد عينت له محامي، لأن حق المتهم في اختيار محامي مقدم على حق المحكمة في نذب محامي للدفاع عنه، وذلك حتى يكون له الوقت الكافي للإطلاع على الملف، وسماع الشهود، والحضور التحقيقات، وحتى يكون قادرا على تكوين عناصر دفاعه بما يكفل الدفاع الفعال عن المتهم(2)، لأن إمكانية خرق حقوق الدفاع في الدعوى الجزائية تتجلى أكثر فأكثر عند ممارستها، وتكون الحاجة ملحة لإعطاء المحامي الاستقلالية اللازمة، التي تمكنه من الوقوف على حيثيات القضية بكل هدوء، لأن مهمته في الدفاع عن موكله، تتأسس على ما يستقيه من معلومات تكون من المتهم بذاته، وهذا يستتبع بالضرورة أن يكون للمحامي الحق في الاتصال بموكله الذي يعد من الدائم الأساسية في حق الدفاع (3)، والحضور مع المتهم أمام جميع المحاكم وهيئات التحكيم، ولا يجوز تعطيل هذا الحق بأي حال من الأحوال، الشيء الذي أكد عليه المشرع في المادة 100 من ق.ج.ج.ج (4).

ومن أهم حقوق الدفاع التي يجب أن يقف عليها المحامي بكل استقلالية وإثارته دون الاستناد إلى أية جهة " الحضور مع المتهم أمام وكيل الجمهورية وقاضي التحقيق، والحضور مع المتهم في محكمة الجنايات، والحق في رد المحلفين في محكمة الجنايات، والحضور مع الحدث أمام المحكمة وفي التحقيق، والتبليغ بميعاد التحقيق مع المتهم قبل التحقيق بثلاثة أيام، والتبليغ بميعاد عقد

(1) قبل تنظيم مهنة المحاماة في الجزائر عرف ما يسمى بنظام المدافعين القضائيين بموجب الأمر رقم 203/67 ، بحيث يكون لهؤلاء الحق في الدفاع إلى جانب المحامين أمام المحاكم الموجود فيها مكتبهم، لكنهم لا يترافعون أمام المجالس في حدود معينة ولا يحق لهم الدفاع أمام المحكمة العليا ومحكمة الجنايات، وقد تم إنهاء العمل بنظام المدافعين القضائيين بالأمر رقم 49 /75 المؤرخ في 17 جوان 1975/06، ج.ر، ع 50.

(2) انظر: عبيد (رؤوف)، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، مرجع سابق، ص680.

(3) انظر: الحديشي (عمر فخري عبد الرزاق)، حق المتهم في محاكمة عادلة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2004، ص 159.

(4) انظر: المادة 100 من الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 1966/06/08 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم، ج.ر، ع

غرفة الاتهام، والحق في وضع مذكرات الدفاع مع إلزامية الرد عليها، والحق في الإطلاع على ملف القضية، والحق في الاتصال بموكله دون حاجز، والحق في تقديم دفع النفي".

ضمان عدم التعارض بين مصالح المتهمين عند وحدة الدفاع عنهم من طرف محامي واحد، مادامت ظروف الواقعة لا تظهر التعارض الحقيقي بين مصالحهم، فإذا وقع ذلك كان لكل متهم محامي⁽¹⁾، وهو الشيء الذي أجابت عليه محكمة النقض المصرية بقولها: « ليس من الإخلال بحق الدفاع أن يقصر المحامي مرافعته على موكله المتهم بالجناية، دون موكله المتهم بالجنحة مادامت المحكمة من جانبها لم يقع منها ما منعه من القيام بواجب المرافعة عن موكله كليهما، بل كان ذلك راجعا إلى تصرفه هو ولأن المتهم بالجنحة لا يجب أن يحضر معه محامي»⁽²⁾.

الفقرة الثالثة

الشفهية أساس الدفاع في الشريعة الإسلامية

أما في الشريعة الإسلامية فإن مبدأ الشفهية كان مجسدا بصورة كلية، أو هو أساس المحاكمة في الدعوى الجزائية، التي كانت تتم في مرحلة واحدة - كما سبق وان تقدم - سواء تلك التي تعلق بالحدود، أو القصاص، أو التعزير، ويمكن أن نستنتج ذلك من خلال الوقائع المقدمة سابقا كقصة العسيف، التي قام الرسول صلى الله عليه وسلم في الجلسة شفاهة، ثم يشرع الخصوم في عرض دعواهم شفاهة بعد إذن الرسول صلى الله عليه وسلم، الذي تجلى من قول ولي العسيف لرسول الله صلى الله عليه وسلم " إذن لي"⁽³⁾، مع العلم أن المرافعة الشفهية هي الصورة الوحيدة التي كانت تتم بها المحاكمات.

فعلى الرغم من أن الخلافة الإسلامية لم تعرف المحاماة بالشكل المنظم الموجود عليه حاليا، إلا في عهد الدولة العثمانية المتأثر بالنظام المعمول به في الدول الغربية⁽⁴⁾، إلا أنها كانت تطبق نظام الوكالة بالخصومة الذي يجيز للشخص أن يوكل شخصا آخر للمطالبة بحقه أمام القضاء،

(1) انظر: نصر (محمود)، السلطة التقديرية وضمانات المتهم في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 513، سرور (أحمد فتحي)، الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، 740.

(2) نقض 24 / 02 / 1941 مجموعة القواعد، ج 02، بند 650، رقم 09، انظر: سلامة (مأمون محمد)، قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام القضاء طبقا لأحدث التعديلات والأحكام، ج 02، مرجع سابق، ص 1513.

(3) سبق تخريجه.

(4) انظر: الزحيلي (وهبة)، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 05، مرجع سابق، ص 90.

وأن القضاء عليه بمنزلة القضاء على الموكل⁽¹⁾، بحيث يجمع العلماء على وجود تشابه بينه وبين نظام مهنة المحاماة المعمول به حالياً ، ويمكن الاستدلال على ذلك مما رواه عبد الله بن جعفر، أن علي بن أبي طالب رضي الله عنهما كان يكره الخصومة، فكان إذا كانت له خصومة وكل فيها "عقيل"، فلما كبر عُقيل وكني⁽²⁾. وبالتالي فإذا كان الاجتهاد كشرط ضروري لتولي القاضي منصب القضاء في الشريعة الإسلامية تحقيقاً لاستقلاله في إصدار الأحكام، الذي يقوم على أساسين اثنين لبلوغ مقاصدها وهما:

الحكم بما أنزل الله، أي وفقاً للنص المحدد في الكتاب والسنة، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمَنْهَاجًا وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكِنْ لِيَبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ﴾⁽³⁾، واجتهاد القاضي وما يقتضيه الحال والزمان وخصوصية كل القضية، كما جاء في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم عند بعث معاذاً قاضياً إلى اليمن، فإن هذه الاستقلالية تنسحب كذلك على المحامي بحيث لا يمكن الحديث عن استقلالية القضاء دون تجليها في ممارسة المحامي لمهمته في الدفاع، فإذا كان القاضي يجتهد فيما لا نص فيه، ولا اجتهاد، ولا قياس من أجل إصدار حكم معين على المتهم، فإن اجتهاد المحامي يهدف إلى أن يكون الحكم عادلاً، وأن لا يتعرض الشخص محل الإدعاء للظلم، " فالمحاماة دعامة العدل بإعتبار أن العدل أساس الملك، ولا عدل بغير قضاء ولا قضاء بغير محاماة"⁽⁴⁾.

الفرع الثالث

مبدأ الحضورية والمواجهة

إذا كان مبدأ العلانية هو الإطار العام الذي تتجسد فيه أسس المحاكمة العادلة، فإن مبدأ الحضورية والمواجهة، يمثل الأساس الأول الذي يجعلها تتنقذ بصورة قانونية، أو هو الروح التي

(1) انظر: ابن قدامة (موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد)، المغني، ج05، مرجع سابق، ص 205.

(2) انظر: البيهقي، السنن الكبرى، باب التوكيل في الخصومات مع الحضور والغيبة، ج 06، رقم الحديث 11436، مرجع سابق، ص 134.

(3) انظر: سورة المائدة الآية 48.

(4) انظر: زكي (محموظ)، إقامة نظام للعدالة يكفل استقلال القضاة والمحامين، بحث منشور في مجلة الحق، اتحاد المحامين العرب، ع

1 و2 سنة 19، 1988 ص 231 وما بعدها.

تسري في جلسة المحاكمة، على أساس أنه إتاحة الفرصة لكل خصم في الدعوى لمعرفة ما للخصم الآخر من طلبات ودفعه، من خلال مناقشتها في جلسة المحاكمة⁽¹⁾، لذلك نجد أن الحضورية في المحاكمة الجزائية، يختلف تأثيرها باختلاف مركز كل خصم فيها، فإذا كان حضور النيابة العامة في جلسة المحاكمة لا يثير أي إشكال، على أساس أنها شرط لصحة تشكيل المحكمة مهما كانت درجتها⁽²⁾، فإن الخصوم الآخرين يقع على عاتق القضاء تمكينهم من الحضور، ليس في جلسات المحاكمة فقط، وإنما في كل إجراء تتخذه المحكمة، وبالتالي يقع باطلا كل إجراء تتخذه في غياب الخصوم، لأن ذلك سيلغي أهم حق لهم هو مناقشة الأدلة المطروحة في الدعوى. ونظرا لخطورة النتائج المترتبة على عدم حضور الخصوم في الدعوى الجزائية خصوصا المتهم، وما يشكله من إحباط لحقوق الدفاع.

الفقرة الأولى

إلزامية الحضورية لتحقيق المواجهة أثناء المحاكمة الجزائية.

شددت مختلف التشريعات الوضعية على مبدأ الحضورية في المحاكمة الجزائية⁽³⁾، ومنها المشرع الجزائري⁽⁴⁾، الذي اعتبر أن مبدأ الحضورية مكرس لتحقيق المواجهة، الذي يعني المتهم أكثر من أي طرف آخر في الدعوى الجزائية، وبالتالي فإن أي خطأ يقع في إعلام المتهم للحضور إلى جلسة المحاكمة فإنه ينجر عنه لا محالة بطلانها، واعتبارها كأن لم تكن، الأمر الذي يعطي للمتهم الحق في الطعن في الحكم الصادر بشأنها⁽⁵⁾.

لذلك قضت محكمة النقض المصرية ببطلان معاينة أجزتها المحكمة بحضور النيابة العامة، وبغير حضور المتهم، ودون أن يطلع عليها⁽⁶⁾، كما نجد مبدأ الحضورية متأصل كذلك في القانون الأنجلو أمريكي، ففي إنجلترا أكدت المحكمة العليا سنة 1829 في أحد قراراتها بأن لا يخرج من قاعة

(1) SOYRES (J.G) : Droit pénal et procédure pénale, op, cit, P 376.

(2) انظر: مصطفى (محمود)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 394.

(3) انظر مثلا: المادة: 271 من ق.إ.ج.ج المصري، والمادة: 216 من ق.أص. مح.ج.الأردني، والمادة: 305 من ق. مسط المغربية، والفصل: 143 من مج. إ. ج.التونسية، والمادة: 327 من ق.إ.ج.ج الفرنسي.

(4) انظر المواد: 292، 338، 351، 461 من ق.إ.ج.ج.

(5) انظر: المرصفاوي (حسن صادق)، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 549

(6) نقض مصري، 03 ماي سنة 1903م المجموعة الرسمية، س 04 رقم 35، انظر: عبید (رؤوف)، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، مرجع سابق، ص 637.

المحكمة من طلب الحضور ما لم يكن هناك سببا لذلك، لأن الحضورية من مقتضيات الرئيسية للمحاكمة العادلة⁽¹⁾.

وتأكيدا على شرعية إجراءات المحاكمة فقد حرص المشرع الجزائري على ضرورة تكليف المتهم بالحضور إلى الجلسة، وذلك لمواجهة الإجراءات التي تمت في مرحلة التحقيق الابتدائي من جهة، والخصوم والشهود في الدعوى الجزائية، حماية لحقه في الدفاع من جهة ثانية، لذلك نجد المشرع في قانون الإجراءات الجزائية، وحتى لا يقع المتهم ضحية عدم علمه بجلسة المحاكمة، وصدور حكم قضائي ضده، لم يقدم بشأنه دفوعه التي من شأنها أن تجعل الحكم عادلا، فقد نظم حالات الغياب، والحضور، التي قد يكون المتهم على واحدة منها، سواء أمام محكمة الجنح والمخالفات، أو محكمة الجنايات.

فأمام محكمة الجنح والمخالفات، هناك حالتين إثنين هما: حالة الحكم الصادر ضد المتهم حضوريا، والذي يستلزم تبليغه شخصيا بالتكليف بالحضور إلى جلسة المحاكمة، ولم يقدم أي عذر عن تأخره عنها، وفقا لنص المادة 345 من ق.إ.ج.ج، والذي أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها: « يحاكم المتهم المبلغ بالتكليف بالحضور شخصيا، والذي لم يقدم عذر مقبول لتبرير غيابه»⁽²⁾، هذا بالنسبة للمتهم الحر، أما بالنسبة للمتهم المحبوس حبسا مؤقتا فإنه يقتاد إلى جلسة المحاكمة في اليوم المحدد لها وفقا لنص المادة 344 من ق.إ.ج.ج، وحالة الحكم الصادر ضد المتهم غايبيا، وهي الحالة التي لم يبلغ شخصيا بالتكليف بالحضور إلى جلسة المحاكمة، وفقا لنص المادة 346 من ق.إ.ج.ج، والذي أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها، وقررت وجوبية حضوره حتى يمارس حقه في الدفاع: « يجب حضور المتهم أمام قاضي التحقيق وأمام جهة الحكم، لتمكين محامية من الدفاع عنه، وممارسة طرق الطعن العادية، وغير العادية في الأحكام، والقرارات الغيابية »⁽³⁾.

أما أمام محكمة الجنايات، فإن المشرع وتدعيما لحق المتهم في الدفاع فقد اعتبر بأن الحكم الصادر غايبيا في حقه، لا يحوز الحجية اللازمة للحكم القضائي، إذا سلم المتهم نفسه للسلطات القضائية، أو ألقى عليه القبض قبل انقضاء العقوبة المقضي بها بالتقادم، وذلك وفقا لنص المادة

(1) انظر: محمد صغير (كمال)، الحرية الشخصية للمتهم في إطار الشريعة الإجرائية، دراسة تحليلية وتأصيلية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 300.

(2) انظر: قرار غرفة الجنح والمخالفات بالمحكمة العليا، المؤرخ في 23/04/1991 ملف 195529، المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع 01، 1993، ص 211.

(3) القرار الصادر عن الغرفة الجزائرية للمحكمة العليا، المؤرخ في 19/09/2007، ملف 426141، المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع 02، ص 329، انظر: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الجنائي، ج04، مرجع سابق، ص 1528.

326 من ق.إ.ج.ج، وأكدت عليها المحكمة في أحد قراراتها (1). غير أن محكمة الجنايات وقبل أن تصدر حكمها الغيابي في حق المتهم الطليق، فإنها تقوم بإنذاره بواسطة القوة العمومية بالحضور أمامها مرة أخرى، بعد تكليفه بالحضور بصفة قانونية، فإن لم يستجيب لذلك أمرت بإحضاره جبرا بالقوة العمومية، وإن تعذر عليها ذلك فإن المحاكمة تتم في غيبته، والحكم الذي سيصدر فيكون حضوريا (2)، أما بالنسبة للمتهم المحبوس فيمكن إحضاره في أي وقت تحدد فيه الجلسة، ويتم التبليغ عن طريق الرئيس المشرف على السجن وفقا للمادة 268/01 من ق.إ.ج.ج، بحيث ينقل المتهم المحبوس إلى مقر المحكمة على أن يقدم للمحاكمة في أقرب دورة جنائية، وذلك وفقا للمادة 269/02 من ق.إ.ج.ج .

ولكي يكون التكليف بالحضور إلى الجلسة له أثره في تقرير طبيعة المحاكمة لابد وأن يكون بواسطة المحضرين القضائيين كأصل عام (3)، وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 439/01 من ق.إ.ج.ج على أنه: « تطبق أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مواد التكليف بالحضور، والتبليغات ما لم توجد نصوص مخالفة لذلك في القوانين أو اللوائح » (4)، كما يجب أن يتضمن تحت طائلة عدم صحته الواقعة التي قامت عليها الدعوى، والنص القانوني الذي كلفت على أساسه، والمحكمة التي رفع أمامها، أو أحيل إليها الملف، وتحديد زمان ومكان الجلسة، وصفة كل طرف في الدعوى وفقا للمادة 440 من ق.إ.ج.ج، على أن يسلم في المواعيد والأوضاع المنصوص عليها في المادة 439 وما يليها، وبالتالي فإن المواعيد المقررة للتكليف بالحضور تكون وفقا للمادة 19 من ق.إ.م.إ التي تحيل في فقرتها الأولى على المواد 406 إلى 416 من ق.إ.م.إ (5)، مع ضرورة مراعاة الإجراء الشكلي المحدد في كيفية التكليف المباشر أمام المحكمة، والمتمثل في ضرورة الحصول على ترخيص من النيابة العامة للقيام بهذا التكليف، في غير الحالات المذكورة في المادة 337 مكرر/ ف01 من ق.إ.ج.ج، وهذه الحالات هي: « ترك الأسرة، وعدم تسليم الطفل، وانتهاك حرمة منزل، والقدف، وإصدار شيك دون رصيد» .

(1) انظر: قرار الغرفة الجنائية الأولى بالمحكمة العليا، القرار المؤرخ في 1988/11/22، ملف 50040، المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع 01، 1992، ص183.

(2) انظر: المادة 294 من ق.إ.ج.ج.

(3) انظر: المادتين 18، 19 من ق.إ.م.إ.

(4) يمكن الاستغناء عن التكليف بالحضور في مواد المخالفات بحضور أطراف الدعوى باختيارهم من خلال نص المادة 394 من ق.إ.ج.ج التي نصت على أن « ترفع الدعوى إلى المحكمة في مواد المخالفات، إما بالإحالة من جهة التحقيق، وإما بحضور أطراف الدعوى باختيارهم، وإما بتكليف بالحضور مسلم إلى المتهم والمسئول عن الحقوق المدنية » ، أو عن طريق الإخطار المسبق من طرف النيابة العامة في مواد الجنح في نص الفقرة الأولى من المادة 334 من ق.إ.ج.ج التي نصت على أن « الإخطار المسلم بمعرفة النيابة العامة بغني عن التكليف بالحضور إذا تبعه حضور الشخص الموجه إليه الإخطار بإرادته».

(5) انظر: المواد من 406 إلى 416 من ق.إ.م.إ.

تتجلى أهمية التكليف بالحضور أمام المحكمة كالتزام يقع على عاتقها، في أنه لا يجوز لها إجراء المحاكمة إلا بعد أن تتأكد من صحة التبليغ، هذا الأخير الذي ينقلب إلى واجب يقع على عاتق الخصوم يحتم عليهم الحضور إلى جلسة المحاكمة خصوصا المتهم، وإلا حكم عليه غيابيا إذا اختار الامتناع عن الحضور أو الفرار، فإذا اختار الحضور فإنه يتمتع بضمانة هامة وهي عدم تكبيله أثناء المحاكمة (1)، الأمر الذي أجمعت عليه أغلب التشريعات الوضعية (2)، ومنها المشرع الجزائري في المادة 293 من ق.إ.ج.ج، والخاصة بحضوره أمام محكمة الجنايات التي تنص: « يحضر المتهم بالجلسة مطلقا من كل قيد، ومصحوبا بحارس فقط » .

هذا الحضر من طرف المشرع لاستخدام الأغلال والقيود أثناء المحاكمة على المتهم، لا يبيح لهذا الأخير أن يتصرف كما يشاء أثناءها، فهو ملزم باحترام نظام الجلسة الذي يسهر على إدارته القاضي، الذي له حق إبعاد المتهم عنها إذا ما أخل بنظامها، وتستمر الإجراءات في غيبته على أن يبلغ بها بعد عودته إلى الجلسة وفقا لنص المادة 296 من ق.إ.ج.ج التي تنص على أنه: « إذا شوش المتهم أثناء الجلسة يطلعه الرئيس بالخطر الذي ينجر عن طرده ومحاكمته غيابيا، وفي حالة العود تطبق عليه أحكام المادة 295 من ق.إ.ج.ج، وعندما يبعد عن قاعة الجلسة يوضع تحت حراسة القوة العمومية، وتحت تصرف المحكمة إلى نهاية المرافعات، وفي هذه الحالة تعتبر جميع الأحكام الصادرة في غيبته حضورية، ويحاط علما بها »، الشيء الذي أخذت به معظم التشريعات الجنائية الوضعية (3).

غير أن ما يمكن ملاحظته هو أن هذه المادة لم تشر إلى وضعية محام المتهم بعد إبعاد هذا الأخير من الجلسة، ولعل مرد ذلك أن المحامي في القضايا الجزائية يأخذ صفة معاون للمتهم فقط، أي يكون تابعا له في المرافعة، فإذا أبعد المتهم فإن المحامي سينسحب تلقائيا لأن هناك من الإجراءات التي لا يستطيع القيام بها نيابة عن المتهم كالمواجهة، أو قول الكلمة الأخيرة بعد انتهاء المرافعات، الشيء الذي أكدت عليه المادة 292 من ق.إ.ج.ج، التي نصت على أن: « حضور محام في الجلسة لمعاونة المتهم وجوبي، وعند الاقتضاء يندب الرئيس من تلقاء نفسه محاميا للمتهم ».

(1) " يجب الحرص بشدة على ألا يحاط المتهم بسمات تشير إلى أنه مذنب أثناء المحاكمة، مما قد يؤثر على افتراض براءته، ومن بين هذه الأوضاع وضعه في قفص أثناء المحاكمة، وتكبيل يديه أو قدميه بالأصفاد أو الأغلال، أو إرغامه على ارتداء ثياب السجن في قاعة المحكمة، أو حلاقة شعر رأسه قبل إرساله إلى المحكمة في البلدان التي تقتضي فيها الإجراءات بحلاقة شعر السجناء بعد إدانتهم"، دليل المحاكمة العادلة، مرجع سابق، ص 87، 88.

(2) انظر مثلا: المادة: 270 من ق.إ.ج.ج المصري، والمادة: 212 من ق.أص. مح.ج الأردني، والمادة: 423 من ق. مسط المغربية، والفصل: 141 التونسية، والمادة: 318 من ق.إ.ج.ج الفرنسي.

(3) انظر مثلا: المادة: 270 من ق.إ.ج.ج المصري، والمادة: 212 من ق.أص. مح.ج الأردني، والمادة: 423 من ق. مسط المغربية، والفصل: 147 من مج. إ. ج التونسية، والمادة: 322 من ق.إ.ج.ج الفرنسي.

ولأن مرحلة المحاكمة هي المرحلة الحاسمة التي يتقرر فيها نسبة الجريمة للمتهم من عدمه، فإن حضور المتهم فيها يكرس حقه في الكلام بكل حرية، أين يتجلى عدم خضوعه لأي نوع من أنواع الإكراه، ويدافع عن نفسه بأسلوب ايجابي، في إطار مقتضيات النزاهة التي يجب على القاضي أن يتحلى بها عند طرح الأسئلة عليه، التي يجب أن تكون متجردة من الإشارة إلى المتهم بصفات الإدانة، وأن تكون صريحة وواضحة، بالابتعاد عن الأسئلة الإيحائية، أو ما يسمى بالإستنتاج الإيحائي⁽¹⁾، غير أنه يمكن للمتهم أن يتخلف عن الحضور، أو يستبعد من الجلسة المحاكمة في بعض الجرائم التي حددها المشرع الجزائري ضمنا لحقه في الدفاع⁽²⁾، والتي تكون تبعا لجسامة الجريمة في حالة ما إذا اتخذت وصف مخالفة فقط، فيكون الحكم فيها بالغرامة دون الحبس، حسب المادة 407/ف 02 من ق.إ.ج.ج، أو كان ذلك بهدف المحافظة على شخصية المتهم الحدث وحالته النفسية كما في نص المادة 467/ف 02 من ق.إ.ج.ج، أو حضرت ضرورات الحالة الصحية للمتهم التي لا تمكنه من الحضور إلى جلسة المحاكمة، كما في نص المادة 350 من ق.إ.ج.ج.

غير أن هذه الرخص التي نص عليها المشرع في هذه الحالات لتخلف المتهم عن الحضور، لا تعني أن تتعقد الجلسة دون حضور المتهم كليا بل لا بد من حضور من يمثله، كأحد أفراد عائلته في الحالة الأولى بموجب توكيل خاص، وحضور محام أو مدافع عن الحدث في الحالة الثانية، أما الحالة الثالثة فإنها مرتبطة بشرط السلطة التقديرية للمحكمة في أن ترى أن هناك أسباب خطيرة تمنع من تأجيل القضية، فتنقل بقرار خاص إلى مسكن المتهم عند الاقتضاء، وبحضور وكيله، أو بمؤسسة إعادة التربية التي يكون محبوسا فيها، وتقوم باستجوابه على محضر يحرر بمعرفة الكاتب، وفي جميع هذه الأحوال يصدر الحكم حضوريا، كتأكيد على مبدأ الحضورية الذي نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 309 من ق.إ.ج.ج على أنه: «... وينطبق بالحكم سواء بالإدانة أو بالبراءة في جلسة علنية، وبحضور المتهم» .

وأكثر من ذلك فإن التشريعات الوضعية عامة⁽³⁾، وإن كانت قد شددت على مبدأ حضور المتهم إلى جلسة المحاكمة، وجعلت لذلك رخصا في مادة الجرح والمخالفات، فإن مبدأ الحضورية في مادة الجنايات لا يجب أن يرد عليه أي استثناء، ولا تتم المحاكمة إلا بعد اتخاذ إجراءات تخلف المتهم عن الحضور⁽⁴⁾، نفس الشيء نجده مجسدا في القانون الفيدرالي للولايات المتحدة الأمريكية⁽¹⁾،

(1) انظر: الكسواني (جهاد)، قرينة البراءة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2013، ص 167.

(2) انظر: المواد 350، 407، 467 من ق.إ.ج.ج.

(3) انظر مثلا: المادة: 238 من ق.إ.ج.ج المصري، والمادة: 169 من ق.أص. مح.ج الأردني، والمادة: 423 من ق. مسط المغربية،

والفصل: 148 من مج. إ. ج التونسية، والمادة: 272 من ق.إ.ج.ج الفرنسي.

(4) انظر: المواد 307، 308، 309 من ق.إ.ج.ج.

الذي يجعل من حضور المتهم في الجنايات وجوبي، أما في الجرائم الأخرى فله الحق في التخلي عن الحضور متى كان له ممثل قانوني، شريطة أن لا يكون قانون الولاية ينص على خلاف ذلك، كما يجوز له أن يتخلى عن الحضور إذا كانت الجريمة معاقبا عليها بالغرامة، أو الحبس، أو بالعقوبتين معا، فإذا حضر المتهم إلى الجلسة فلا يجوز إبعاده منها إلا إذا بدر منه ما يخل بنظامها (2).

نستنتج من كل ما تقدم، أن مبدأ الحضورية في جلسة المحاكمة بالنسبة للمتهم يمثل له الوسيلة الفعّالة لمواجهة الخصوم الآخرين في الدعوى الجزائية بما فيهم الشهود، سواء أكان حاضرا، أو في الحالات التي رخص له فيها المشرع بالغياب، الشيء الذي من الممكن إدراكه عند استقراء المادة 01/288 من ق.إ.ج. التي تنص على أنه: «يجوز للمتهم أو لمحاميّه توجيه أسئلة بواسطة الرئيس إلى المتهمين معه والشهود» ، وهو نفس الحق مخول للمدعي المدني أو محاميّه في الفقرة الثانية من نفس المادة، غير أن النيابة العامة تستطيع أن تقوم بذلك مباشرة دون المرور على الرئيس، وكأن مبدأ المساواة بين المراكز في الدعوى الجزائية لا يعني إلا المتهم والمدعي المدني والشهود، وكأن المشرع قد قرر بصفة ضمنية أن أطراف الدعوى الجزائية هما المتهم والمدعي المدني، والدليل على العلاقة السببية بين الوقائع المنسوبة للمتهم، والضرر الحاصل للمدعي المدني، واستبعاد ذلك النيابة العامة، المكلفة بإثبات كافة أركان الجريمة، وانتفاء كافة أسباب الإباحة وموانع العقاب.

الفقرة الثانية

الحضورية أساس المحاكمة الجزائية في الشريعة الإسلامية

كرست الشريعة الإسلامية مبدأ الحضورية من أجل مواجهة الخصوم بعضهم ببعض لاستجلاء حقيقة الخصومة، فلم تقم محاكمة عبر العصور التي سادت فيها الشريعة الإسلامية، على المحاكمة الغيابية للمتهم، لأن في ذلك مدعاة لعدم تحقيق التوازن في الدفاع بين المتهم والمدعي، ويستوي في ذلك أن يكون النيابة العامة أو المضرور من الجريمة، ويمكن أن نستخلص مبدأ الحضورية والمواجهة في العديد من القصص الوارد في القرآن الكريم، لأن في ذلك ظهوراً لحجة صاحب الحق ودحضا لإدعاءات المدعي، ومن القصص الذي تتجلى فيها الحضورية والمواجهة

(1) تعاني الولايات المتحدة الأمريكية خلافا لإنجلترا قطبي القانون الأنجلو أمريكي من تعقيدات السيادة المزدوجة، حيث لكل ولاية دستورها وقوانينها وهيئاتها، بالإضافة إلى التزامات هذه الأخيرة بصورة عامة بالدستور والقوانين الفيدرالية، انظر: شعيب (كمال الدين محمد)، ضمانات حقوق الإنسان في مرحلة التحقيق الابتدائي، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 171.

(2) انظر: الكبيسي (عبد الستار سالم)، ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة، مرجع سابق، ص 848.

قصة سيدنا موسى عليه السلام مع فرعون عندما طلب منه أن يجعل له موعداً يواجه فيه سحرته بعدما أظهر له الآيات التي بعثه الله تعالى بها في قوله تعالى على لسان سيدنا موسى عليه السلام: ﴿ قَالَ مَوْعِدُكُمْ يَوْمَ الزَّيْنَةِ ⁽¹⁾ وَأَنْ يُحْشَرَ النَّاسُ ضُحًى ⁽²⁾ 》.

أما في السنة النبوية فيمكن أن ندرك مبدأ الحضورية والمواجهة، أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يقبل من الصحابي الجليل هلال بن أمية إدعائه ورميه لزوجه بالزنا حتى تكون حاضرة، عندما رد عليه بعبارة: « **بينة أوجد في ظهرك** »، وفي وصيته صلى الله عليه وسلم لعلي بن أبي طالب عندما بعثه قاضياً لليمن فقال له صلى الله عليه وسلم: « إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء » ⁽³⁾، كما يمكن أن نستخلص مبدأ الحضورية والمواجهة من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: « إنما أنا بشر مثلكم وإنكم تختصمون إلي.. » ⁽⁴⁾، وفي عبارة: « فأقضي بنحو ما أسمع »، أي أن القضاء لا يستقيم حتى يسمع القاضي من جميع الخصوم على قدم المساواة، فيسمع من المدعى أولاً، ثم من المدعى عليه فإن أقر طلب منه القاضي تنفيذ الحكم، وإن أنكر طلب القاضي من المدعي البينة، فإن أحضرها وكانت كافية حكم له القاضي على أساسها، وإن لم يحضر البينة، طلب من المدعى عليه اليمين، فإن أداها سقطت الدعوى ⁽⁵⁾.

إن تاريخ القضاء في الشريعة الإسلامية يحتوي على قضايا كثيرة أظهر فيها القضاة حنكتهم وقدرتهم على تحقيق أسس المحاكمة العادلة، والتي نورد منها هذه القضية المعبرة عن ضمان مبدأ الحضورية والمواجهة أثناء المحاكمة، حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن: رجلاً أودع بعض شهوده كيساً مختوماً، وذكر أن فيه ألف دينار فلما طالت غيبته فتق الشاهد الكيس من أسفله وأخذ الدنانير، وجعل مكانها دراهم، وأعاد الخياطة كما كانت، وجاء صاحبه فطلب منه وديعته فدفعت إليه الكيس بختمه لم يتغير، فلما فتحه وشاهد الحال رجع إليه، وقال: إني أودعتك دنانير، والذي دفعت إلي دراهم، فقال: هو كيسك بخاتمك، فاستعدى عليه القاضي، فأمر بإحضار المودع، فلما صار بين يديه قال له القاضي: منذ كم أودعك هذا الكيس؟ فقال: منذ خمس عشرة سنة، فأخذ القاضي تلك الدراهم وقرأ سكتها، فإذا فيها ما قد ضرب من سنتين وثلاثة، فأمره بدفع الدنانير إليه،

⁽¹⁾ يوم الزينة: هو يوم عيد آل فرعون، ويوم تفرغهم من أعمالهم، يتزينون فيه، ويجتمعون كل سنة في ضحوة النهار، وهو يوم عاشوراء، حتى يشاهد الناس معجزات الله، المبجلة للسحر، ويكون ذلك في ضحوة النهار أجلى وأبين وأوضح، انظر:

الصابوني (محمد علي)، مختصر تفسير بن كثير، ج01، مرجع سابق، ص 385.

⁽²⁾ انظر: سورة طه الآية 59.

⁽³⁾ انظر: سبق تخريجه.

⁽⁴⁾ انظر: سبق تخريجه.

⁽⁵⁾ انظر: شلبي (أحمد)، تاريخ التشريع الإسلامي وتاريخ النظم القضائية في الإسلام، مرجع سابق، ص 253.

وأسقطه ونادى عليه»⁽¹⁾، ومما يدل على عناية الشريعة الإسلامية بحق المتهم في الدفاع خصوصا عند الحضور والمواجهة، هو أن يسمح له بأخذ نسخ عن شهادة الشهود وإن سأل المشهود عليه أن تنسخ له شهادات الشهود فذلك له، ليكون قادرا على أن يسألهم ويذكرهم⁽²⁾.

لنا أن نلاحظ إذن أن مرحلة المحاكمة وإن كانت المرحلة الأخيرة للدعوى الجزائية، بعد أن يمر المتهم على مرحلتين أساسيتين فيها، وهما الاتهام والتحقيق أنها أصل هاته الأخيرة جميعا، وذلك بالنظر إلى عدة أوجه أهمها: أما الوجه الأول فإنه عند استقراء مختلف الأنظمة الإجرائية التي مرت بها الدعوى الجزائية نجد أن النظام الاتهامي، الذي يتميز بخضوع الدعوى الجزائية لمرحلة واحدة فقط وهي المحاكمة، أسبق في وجوده - كما سبق وأن تقدم - من النظام التتقبي الذي يمثل التحقيق الابتدائي أهم مراحل قبل إجراء المحاكمة، أما الوجه الثاني، فإن المراحل السابقة عنها تتصف بالصفة التمهيدية، مهما كانت الإجراءات التي تتم خلالها، عكس مرحلة المحاكمة التي تتصف بالصفة الحاسمة في موضوع الدعوى الجزائية، التي يتقرر من خلالها حالة الشخص سواء بالثبات على البراءة الأصلية، أو بالانتقال إلى مرحلة الإدانة، الأمر الذي يجعل من تحقيق هذه الغاية أمرا غاية في الأهمية، تتحدد من خلاله الضرورة الإجرائية لتقدير أدلة الإثبات الجنائي، ودورها في حماية حق المتهم في الدفاع، الأمر الذي سنتناوله بالتفصيل في المطلب الثاني:

المطلب الثاني

حق المتهم في الدفاع من خلال أدلة الإثبات.

يمكن تقسيم أدلة الإثبات التي تعرض أثناء المحاكمة، سواء تلك التي يقدمها المتهم، أو تلك التي يواجهه بها الخصوم الآخرين إلى ثلاثة أنواع من الأدلة، فمنها ما هو قولي يمكن الاعتماد عليه للوصول إلى الحقيقة، ويستوي في أن يكون صادرا من المتهم، أو من شخص آخر يكون قد عاصر الجريمة، أو شهادها، أو سمع أصواتا تدل على كيفية تنفيذها كالاعتراف والشهادة (الفرع الأول)، وأدلة مادية مثبتة للجرائم، تحصل عليها قاضي التحقيق عند معاينته لمسرح الجريمة كالمحررات، وإجراء خبرة (الفرع الثاني)، أو عند قيامه باستخلاص الارتباط المنطقي بين الوقائع المعلومة للوصول إلى الواقعة المجهولة محل التحقيق عن طريق القرائن (الفرع الثالث).

(1) انظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص 29.

(2) انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مرجع سابق، ج 01، ص 54.

الفرع الأول

حق المتهم في الدفاع من خلال أدلة الإثبات القولية.

تشمل أدلة الإثبات القولية التي لها الأثر المباشر في الدعوى الجزائية، في نوعين من الأدلة، فالنوع الأول يحمل في طياته عند الإدلاء به معنى التوبة والندم عن الجريمة المرتكبة، والذي يكون صادرا من المتهم، وهو " الاعتراف " ، أما النوع الثاني فينطلق من واجب قانوني يقع على عاتق كل فرد من أفراد المجتمع في التبليغ والشهادة عن كل جريمة تمس بمصالحه المختلفة، خصوصا الأمنية منها والأخلاقية، والقائم على الأساس الأخلاقي، وهي " الشهادة" فيكون النوع الأول مصدره طرف من أطراف الدعوى الجزائية وهو المتهم، أما النوع الثاني فيكون مصدره شخص قرر التحقيق القضائي إلزامية سماع شهادته كإجراء من إجراءات التحقيق.

الفقرة الأولى

الاعتراف.

هو إقرار المتهم على نفسه في مجلس القضاء، إقرارا صادرا عن إرادة حرة بصحة التهمة المنسوبة إليه ⁽¹⁾، وبالتالي فحتى يكون الدليل المستمد من الاعتراف سليما، يجب أن يصدر عن إدراك وحرية كاملين، فبدونهما لا يمكن التعويل عليه في إثبات وقائع الدعوى الجزائية ونسبتها للمتهم ⁽²⁾، الذي يأخذ معنى الإقرار، فالإقرار في اللغة إذن: هو الإثبات من مصدر أقر إقرارا يقال أقر الرجل بالحق إذا أذعن به، وأصله مأخوذ من قر الشيء إذا استقر بالمكان، وقرر عنده الخبر: استقر عنده، وأهل القرار أي أهل الحضر المستقرين في منازلهم، وأقر يعني اعترف به ⁽³⁾.

أما في الاصطلاح، فقد عرف الإقرار بعدة تعريفات، كانت كلها تدور حول إقرار المتهم على نفسه بما نسب إليه ومنها: " إقرار المتهم على نفسه بارتكاب الوقائع المكونة للجريمة كلها أو بعضها"

⁽¹⁾ انظر: زكي أبو عامر (محمد)، الإثبات في مواد الجنائية، مرجع سابق، ص 193.

⁽²⁾ انظر: حسني (محمود نجيب)، الدستور والقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 118.

⁽³⁾ انظر: الفيروز آبادي(مجد الدين محمد)، القاموس المحيط، باب الرءاء، فصل القاف، مادة القر، مرجع سابق، ص 596، انظر كذلك:

الرازي (محمد بن أبي بكر)، مختار الصحاح، باب القاف، مادة قرر، مرجع سابق، ص 171.

(¹)، أو هو: "شهادة المرء على نفسه" (²)، أو هو: "إقرار المتهم على نفسه بصحة إرتكابه للتهمة المسندة إليه، وهو سيد الأدلة، وأقواها تأثيرا في نفس القاضي، وأدعاها إلى اتجاهاه نحو الإدانة" (³)، أو هو: "الإخبار عن أمر يتعلق به حق للغير، وحكمه اللزوم وهو أبلغ من الشهادة"، أو هو: "قول كل أحد على نفسه أوجب من دعواه على غيره، ومن لم يجز إقراره على نفسه من صغير، وشبهه لم تجز شهادته على غيره" (⁴).

إلا أن المتمعن في هذه التعريفات يجد أنها تركز على الاعتراف الشفهي الذي يدلي به المتهم سواء أمام قاضي التحقيق أو أمام قاضي الحكم، في حين أن الاعتراف يشمل الطابع الشفهي والمكتوب معا، وهذا الطرح تؤيده وسائل الاعتراف في بعض الجرائم كجريمة الزنا، التي حصر فيها المشرع الجزائري الإثبات في " التلبس، والاعتراف، والأوراق المكتوبة" وفقا لنص المادة 339 من ق.ع، وبالتالي فإن التعريف الأنسب للاعتراف هو: " ذلك الإخبار الذي يقوم به المتهم دون ضغط، أو إكراه على نسبة الجريمة إليه، ويشمل كل وسيلة معتبرة قانونا وشرعا استعملها للإدلاء به، سواء أكانت لفظا، أو كتابة، أو إشارة، تتميز بالثبات والانسجام في فحواها منذ بدء التحقيق إلى غاية المناقشة التي تحدث في جلسة المحاكمة" .

كما أن حقيقة الاعتراف الذي يصلح كدليل في الدعوى الجزائية، والذي يمكن القاضي من أن يبني عليه تسببيه للحكم، هو الاعتراف صادر في جلسة المحاكمة، وبالتالي لا بد من التمييز بين التصريحات التي تقع أمام قاضي التحقيق من طرف المتهم، والتي لا يمكن اعتبارها اعترافا لأنها مازالت لم تخضع لرقابة قاضي الحكم وفحص مشروعيتها، من حيث كيفية الإدلاء بها، أو الحالة التي كان عليها المتهم أثناءها، وبالتالي تكون مجرد تصريحات تحتمل الصدق أو الكذب، لذلك عبر عليها المشرع الجزائري في المادة 100 بمصطلح " التصريحات"، وهو مصطلح عام يشمل الاعتراف بالتهمة أو إنكارها، وبين التصريحات التي تصدر أمام قاضي الحكم، أين تكتمل كافة أركانه من حيث حجته كدليل في الدعوى الجزائية. أين نجد المشرع الجزائري قد نص عليه في الفصل الأول الخاص بطرق الإثبات، من الباب الأول الخاص بالأحكام المشتركة، من الكتاب الثاني الخاص بجهات الحكم، في المادة 213 من ق.إ.ج.ج التي تنص على: « الاعتراف شأنه كشأن جميع عناصر الإثبات يترك لحرية تقدير القاضي »

(¹) انظر: الملا (سامي صادق)، اعتراف المتهم، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 07.

(²) انظر: جندي (عبد الملك)، الموسوعة الجنائية، ج01، مرجع سابق، ص 113.

(³) انظر: عبدي (رؤوف)، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، مرجع سابق، ص 696.

(⁴) انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج02، مرجع سابق، ص114.

فهذه الطبيعة القانونية للاعتراف التي نص عليها المشرع الجزائري في هذه المادة، نجد لها مرادفا في التشريعات الوضعية الأخرى⁽¹⁾، لذلك نجد للاعتراف مجموعة من الضوابط هي في حقيقتها ضمانات للمتهم في عدم إكراهه عليه. يحق له بموجبها الطعن في الأقوال التي أدلى بها أمام الضبطية القضائية وقاضي التحقيق، وهي: أن يتأكد القاضي من أن المتهم قد أدلى باعترافه بكل حرية ووعي، وأنه لم يتعرض لأي عارض كان يفقده وعيه وإرادته من الجنون ونحوها، وبالتالي فإنه يقع باطلا الدليل الجنائي المتحصل من طريق غير مشروع، والنتيجة عن إكراه مادي، أو معنوي، أو صدر تحت التعذيب، أو تحت تأثير التتويم المغناطيسي، أو الحبوب المخدرة، ذلك لأن الاعتراف كسلوك إنساني يجب أن يجد له مصدرا في سلامة إرادة من أدلى به⁽²⁾.

أن يكون الاعتراف صادرا بصيغة صريحة، وواضحة، ومفصلة لا لبس فيها، ويستوي في ذلك أن يكون باللفظ، أو الكتابة، أو الإشارة، لأنه لا يمكن اعتبار المتهم معترفا بالجريمة المرتكبة إذا كان غائبا، أو هاربا، أو التزم الصمت وعدم الرد على الأسئلة، لكن يمكن للمحكمة أن تستنبط الحقيقة من اعتراف المتهم دون الالتزام بنصه وظاهره، لتعزيز أدلة الإثبات الأخرى⁽³⁾، بشرط أن يكون الاعتراف ذا طابع قضائي تم أمام هيئة قضائية جزائية، سواء أكان أمام النيابة العامة، أو قاضي التحقيق، أو قاضي الحكم، وسواء أكان أمام محكمة أو مجلس، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في أحد قراراتها: « حيث أن اعتراف الزوجة كان واردا في التحقيق الأولي والمحتفظ به، لكنه لا يشكل الاعتراف القضائي الوارد في نص المادة 341 من ق.ع.ج «⁽⁴⁾.

بمعنى أن المحكمة العليا استبعدت فقط الاعتراف الواقع أمام الضبطية القضائية، فهو مجرد سماع أقوال، لأن المتهم في تلك المرحلة مازال لم يتصف بصفة المتهم بعد، التي تنقرر - كما سبق وأن تقدم - بعد أن تصدر النيابة العامة الطلب الافتتاحي لإجراء التحقيق، أو التكليف بالحضور أمام المحكمة، فإذا حدث ذلك فكل اعتراف يصدر من المتهم أمام أية جهة قضائية يمكن الاعتداد به، وذلك بالنظر إلى المادة 59 من ق.إ.ج.ج التي تنص: « إذا لم يقدم مرتكب الجحة المتلبس بها ضمانات كافية للحضور، وكان الفعل معاقبا عليه بعقوبة الحبس، ولم يكن قاضي التحقيق قد

(1) انظر مثلا: المادة: 302 من ق.إ.ج.ج المصري، والمادة: 216 من ق.أص.ج.ج الأردني، والمادة: 293 من ق.مسط المغربية، والفصل: 152 من مج.إ.ج.ج التونسية، والمادة: 428 من ق.إ.ج.ج الفرنسي.

(2) انظر: سلامة (مأمون محمد)، قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض طبقا لأحدث التعديلات والأحكام، ج 02، مرجع سابق، ص 1030.

(3) نقض مصري صادر في 19/01/21، 1946، 1955/12/19، مجموعة القواعد، ج 01، ص 42، رقم 147، 148، انظر: سلامة (مأمون محمد)، ج 02، نفس المرجع، ص 1033، على الهامش.

(4) انظر: القرار الصادر عن الغرفة الجزائرية للمحكمة العليا بتاريخ 1989/07/02، المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع 03، 1991، ص 244.

أخطربها، يصدر وكيل الجمهورية أمرا بحبس المتهم بعد استجوابه عن هويته، وعن الأفعال المنسوبة إليه» ، الشيء الذي أكدته كذلك المحكمة العليا في أحد قراراتها بأنه: «ولما كان من ثابت في قضية الحال أن قضاة الاستئناف أدانوا الطاعن تأسيسا على اعترافه بالمشاركة في الزنى أثناء تحقيق الشرطة وأمام وكيل الجمهورية، يكونوا قد طبقوا صحيح القانون» (1).

عكس ما ذهب إليه محكمة النقض المصرية التي اشترطت في الاعتراف أن يتم أمام قاضي الحكم، واستبعدت غيره من الاعترافات التي تتم أمام الضبطية القضائية، والنيابة العامة وهي سلطة قضائية (2)، ولعل رأي محكمة النقض المصرية هو الأكثر صحة في الحفاظ على حقوق المتهم، لأنه سيمكن المتهم من التراجع عن اعترافه إذا كان مشوبا بعيب من العيوب، كما يحقق التطبيق الفعلي لمبدأ حرية القاضي في الاقتناع، ومبدأ الفصل بين التحقيق والحكم، ويغلق الباب أمام جهات التحقيق في إمكانية التعسف لأن الأقوال التي سيدلي بها المتهم أمامها لا ترقى لمرتبة الدليل الموجب الإدانة، فتلتزم بذلك بمبدأ المشروعية.

أن يكون الاعتراف مقتصرًا على المتهم نفسه، بأنه هو من قام بالأفعال المنسوبة إليه، أما اعترافه على غيره من المتهمين فلا يمكن اعتباره اعترافًا، لأنه لا يبيح للمتهم دحضه بوسائل الدفاع المتاحة، وبالتالي يكون من قبيل الاستدلال الذي يعتمد عليه القاضي في إدانة المتهم الموجه ضده (3)، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها: «يجوز للقضاة الاعتماد على تصريحات متهمين لتكوين اقتناعهم» (4).

فالاعتراف حسب المادة 213 من ق.إ.ج.ج يخضع لتقدير القاضي سواء أكان كاملاً، أي اعترف المتهم من خلاله بارتكاب الجريمة بجميع أركانها، أو كان اعترافاً جزئياً فقط يخص الركن المادي دون القصد الجنائي، أو كان الدليل الوحيد في الدعوى الجزائية، فالمهم أن تكون تلك القناعة متفقة مع العقل والمنطق، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها: «أما في المواد الجزائية فلقضاة الموضوع الحرية المطلقة في تقدير قيمة الاعتراف، بحيث يجوز لهم أن يأخذوا بجزء منه،

(1) انظر: القرار الصادر عن الغرفة الجزائية لمحكمة العليا بتاريخ 12/06/1984، المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع 01، 1990، ص 275.

(2) نقض مصري صادر في 04/06/1934، 1955/12/19، مجموعة المبادئ، ج01، ص 41، رقم 122، 125، نقض 1968/04/16، انظر: سلامة (مأمون محمد)، قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض طبقاً لأحدث التعديلات والأحكام ج02، المرجع السابق، ص1032، على الهامش.

(3) انظر: عبید (رؤوف)، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، مرجع سابق، ص 697

(4) القرار جنائي صادر في 28/02/1968، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، 1986، عدد 02، ص 554، انظر: بوسفيعة (أحسن)، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 94.

شريطة أن يكون الجزء الذي اطمأنوا إليه يؤدي منطقياً لإدانة المتهم «⁽¹⁾، أي أن يتحقق القاضي من التطابق الموضوعي للاعتراف مع وقائع الدعوى، واتجاه إرادة المعترف إلى إتيان السلوك الإجرامي وليس مجرد تحمله للمسؤولية، وللمحكمة أن تستبعده كلية، أو تأخذ بجزء منه⁽²⁾.

إن جميع الشروط التي جاء بها القانون الوضعي، والصيغة التي ورد بها الاعتراف تتطابق مع ما جاءت به الشريعة الإسلامية إلى حد بعيد، فأما بالنسبة لإقرار الشخص على نفسه دون غيره، فإن مشروعيته متأصلة من خلال قوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُمْ مِنْ كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُصَدِّقٌ لِمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَتَنْصُرُنَّهُ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ﴾⁽³⁾.

أما من السنة النبوية فيمكن الاستدلال على مشروعيتها وحجته في تسبیب الأحكام الجزائية، من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم عندما أتى له بلص اعتراف اعترافاً ولم يوجد معه الشيء المسروق، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم: « **ما أخالك سرقت؟**» قال بلى فأعاد عليه مرتين أو ثلاثاً فأمر به فقطع وجيء به فقال: استغفر الله وتب إليه، فقال استغفر الله وأتوب إليه فقال: اللهم تب عليه ثلاثاً⁽⁴⁾، أما بالنسبة للصيغة فيجب أن تكون صريحة لا لبس فيها، ويستوي في ذلك أن تكون باللفظ، أو الكتابة، أو الإشارة، غير أن أبي حنيفة يرى أن العبرة في الإقرار تكون بالخطاب والعبارة، لا الكتاب والإشارة، أما الأئمة الثلاثة الآخرون فيقبلون شهادة الأخرس إذا فهمت إشارته.

كما لا يشترط الأئمة الأربعة البصر في المقر، وبالتالي فإن إقرار الأعمى بالزنى صحيح. ويشترط في الإقرار أن يكون صادراً من عاقلاً، وراشداً، وحرراً، ويتصور أن يقع الفعل منه، فلا يعتد بإقرار الصغير، والمجنون، والنائم⁽⁵⁾ استناداً لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قال: « **رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ، وعن المبتلى حتى يبرأ، وعن الصبي حتى يكبر**»

⁽¹⁾ القرار الصادر عن الغرفة الجزائرية للمحكمة العليا بتاريخ 1975/07/24م، طعن رقم 10338، انظر: بغدادي (جلالي)، الإجتهد القضائي في المواد الجزائية، ج2، الجزائر، الديوان الوطني للإشغال التربوية، 1996، ص 35.

⁽²⁾ نقض مصري صادر في 14 / 06 / 1968م مجموعة أحكام النقض س19، رقم 152، انظر: سلامة (مأمون محمد)، ج2، نفس المرجع، ص1037، على الهامش.

⁽³⁾ انظر: سورة آل عمران الآية 81.

⁽⁴⁾ انظر: أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الحدود، باب في التلقين في الحد، رقم الحديث 4380، مرجع سابق، ص 918، وانظر كذلك: ابن ماجة، سنن ابن ماجة، الحدود، باب تلقين السارق، رقم الحديث 2597، مرجع سابق، ص 455، وابن حنبل (أحمد الشيباني)، المسند، مسند الأنصار، ج 09، رقم الحديث 23148، مرجع سابق، ص 270.

⁽⁵⁾ انظر: عودة (عبد القادر)، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج2، مرجع سابق، ص 338.

(¹)، لأنه في هذه الحالة لا يكون من أهل العقوبة لغياب عقله عند النوم والجنون، وانعدام أهلية أدائه إن كان صببياً، لأن إقراره وإن كان صادقاً لا يمكن من تطبيق العقوبة عليه، لأن فعله لا يوصف بالجريمة، وبالتالي فبانتفاء الجريمة تنتفي لعقوبة، وفي هذا يقول بن قدامة: «البلوغ والعقل لا خلاف في اعتبارهما في وجوب الحد وصحة الإقرار، لأن الصبي والمجنون قد رفع عنهما القلم ولا حكم لكلاهما».

وفي حديث ما عر سأل الرسول صلى الله عليه وسلم قومه " أمجنون هو " قالوا ليس به بأس» (²)، أما بالنسبة للسكران فيفرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين المسكر الحلال والمسكر الحرام، ففي الأول اعتبره الفقهاء كالمجنون، ولا يقام عليه الحد، أما بالنسبة للثاني فإنه لا يقام عليه الحد وهو في حالة السكر حتى يصحو منه، كي يتألم من الضرب، فإذا أقر بإتيانه حدا من الحدود الخالصة الله كحد الزنا، والسرقه وهو سكران بالحلال لا يقام عليه الحد، إلا أنه في السرقه يضمن قيمة المسروق الذي أقر به لأنه حق للعبد فيثبت عليه، ويكون مقيداً بالإقرار، أما إذا قامت عليه البينة في إتيان حد من الحدود فيطبق عليه الحد بعد الإفاقة (³)، كما يجب أن يكون المقر حراً طائعاً غير مكره، بحيث مكنته الشريعة الإسلامية من الرجوع عن الإقرار متى شعر بأنه كان تحت تأثير الإكراه، لأن التثبت منه كشرط أساسي لتطبيق الحدود، والقصاص، والتعزير (⁴).

وقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الإقرار بهذا الوصف يحوز الحجية الكاملة في الإثبات، استناداً إلى مختلف النصوص الموجودة في الكتاب والسنة، باعتبار الإقرار حجة في حق المقر في باب الجنايات على نفسه لا على الغير، لأنه ينتفي معه الشك والتهمة على المقر، لأن العاقل لا يكذب على نفسه كذباً يضر بها، لذلك كان الإقرار أكثر تأكيداً من الشهادة، وكان حجة على المقر يوجب عليه الحد، والقصاص، والتعزير كما يوجب عليه في الحقوق المالية (⁵).

الفقرة الثانية

(¹) انظر: النسائي، سنن النسائي، كتاب الطلاق، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج، رقم الحديث، 3462، مرجع سابق، ص 669، انظر كذلك: وابن ماجه، كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه، والصغير، والنائم، رقم الحديث 2041، نفس المرجع، ص 367،

وابن حنبل (أحمد الشيباني)، مسند عائشة رضي الله عنها، ج 10، رقم الحديث 25431، نفس المرجع، ص 192.

(²) انظر: ابن قدامة (موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد)، المغني، ج 12، مرجع سابق، ص 316، وانظر كذلك: الكاساني (علاء الدين أبو بكر بن مسعود)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 09، مرجع سابق، ص 183.

(³) انظر: الصابوني (محمد علي)، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 05، مرجع سابق، ص 27.

(⁴) لتفصيل ذلك انظر: السرخسي (شمس الدين)، المبسوط، ج 09، مرجع سابق، ص 182 وما بعدها.

(⁵) انظر: عودة (عبد القادر)، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج 02، المرجع السابق، ص 340

الشهادة.

تعتبر الشهادة من أكثر وسائل إثبات الجرائم سواء القانون الوضعي أو الشريعة الإسلامية، لأن الشاهد يدلي بشهادته عن الحادث وفق ما شاهده أو سمعه، والوقائع المادية على حالها لم تتبدل، ولم يطول عليها الزمن⁽¹⁾، وهذا ما يفسر ضرورة إسراع قاضي التحقيق لسماع الشهود، لأن هذه الشهادة كثيرا ما يكون لها الأثر الواضح في تقرير الإدانة أو البراءة من طرف المحكمة، لأنها تأخذ معنى المعاينة⁽²⁾.

فالشهادة في اللغة: هي خبر قاطع، وشهد لزيد بكذا شهادة: أدى ما عنده من الشاهدة، وأشهد بكذا أي: أحلف، وشاهدت الشيء اطلعت عليه، وشهدت المجلس حضرته، والمشهد، والمشهدة: محضر المجمع من الناس، والأرض تسمى شاهدة، والشهيد من أسماء الله الأمين في شهادته، الذي لا يغيب عن علمه شيء⁽³⁾.

أما في الإصطلاح فإن الشهادة لا تخرج عن ذلك الإدلاء الشفهي، الذي يؤديه الشخص بشأن واقعة ذات أهمية قانونية عاينها بإحدى حواسه، يكون لها الأثر الواضح في إثبات نسبة الجريمة للمتهم⁽⁴⁾، أو هي الإخبار عن كون ما في يد غيره لغيره، فمن أخبر بذلك كان شاهدا يختلف عن المقر، والمدعي، والمدعى عليه⁽⁵⁾، أو هي إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء، فتخرج شهادة الزور فليست بشهادة⁽⁶⁾، فهي إذن قول صادر عن علم حصل بالمشاهدة، وسمي الشاهد شاهدا لأنه يبين الحق من الباطل أمام القاضي، فتخرج بذلك شهادة الزور فهي ليست شهادة، وإنما أطلق عليها مجازا فقط⁽⁷⁾.

وقد استلزم القانون الوضعي والشريعة الإسلامية مجموعة من الشروط يجب أن تتوفر في الشاهد حتى يمكن التأسيس على شهادته في تقرير الإدانة أو البراءة، وهي في الحقيقة ضمانات للمتهم تمكنه من بناء دفاعه على أساسه إذا لم تتوفر في الشاهد، وهذه الشروط حددتها المواد 227، و228،

(1) انظر: المرصفاوي (حسن صادق)، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 363.

(2) BOULOC (B) – MATSOPOULOU (H) : Droit pénal général et procédure pénale, op, cit, P274.

(3) انظر: الفيروز آبادي(مجد الدين محمد)، القاموس المحيط، باب الدال، فصل السين، مادة الشقذة، مرجع سابق، ص 378، وانظر كذلك:ابن فارس (أبو الحسين أحمد بن زكاريا)، مقاييس اللغة ، كتاب السين، باب السين والهاء وما يثلثهما، مرجع

سابق، ص 460، والرازي (محمد بن أبي بكر)، مختار الصحاح، باب الشين، مادة شهد، مرجع سابق، ص 115 .

(4) انظر: حسني (محمود نجيب)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 646.

(5) انظر: الكاساني(علاء الدين أبو بكر بن مسعود)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 09، مرجع سابق، ص 03.

(6) انظر: ابن الهمام(كمال الدين محمد بن عبد الواحد)، شرح فتح القدير، ج07، مرجع سابق، ص339.

(7) انظر: بهنسي (أحمد فتحي)، نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 17.

و229 من ق.إ.ج.ج، وهي في الحقيقة شروط عامة تشترك فيها أغلب التشريعات الوضعية⁽¹⁾، وهي: أن يكون الشاهد كامل الأهلية بحسب الأصل، ومميزا استثناء، وذلك لارتباط أداء الشاهد لشهادته باليمين القانونية، التي يجب عليه أن يؤديها وفقا للصيغة القانونية المنصوص عليها في المادة 93/ف02 من ق.إ.ج.ج، المبنية على قول الحقيقة ولاشيء غير الحقيقة، الشيء الذي أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها: « ليس من الضروري ذكر صيغة اليمين بأكملها، بل يكفي أن يثبت المحضر أن الشهود حلفوا اليمين على أن يقولوا الحق، وذلك أن قول الحق هو الأمر الجوهري في حلف اليمين »⁽²⁾.

غير أن إغفال أداء اليمين من طرف الشاهد، أو عدم تنبيه القاضي له، إعتبره القضاء الفرنسي محبطا لحقوق الدفاع⁽³⁾، وكذلك بالعقوبة المرصودة له في حالة إدعائه عدم قدرته على الحضور، والمنصوص عليها في نص المادة 97 من ق.إ.ج.ج، على أساس أن هذه الأخيرة لا توقع إلا على الشخص كامل الأهلية، لأن الشخص المميز لم يصبح بعد أهلا للتصرفات القانونية، ولعل هذه الحالة الوحيدة في القانون التي تجيز لناقض الأهلية المميز أن يقوم بتصرف قانوني دون شروط مسبقة، أجازة المشرع استثناء خدمة للحقيقة، والذي يكون على سبيل الاستدلال فقط، ودون حلف اليمين حسب نص المادة 228 من ق.إ.ج.ج، وبالتالي فإن عدم حلف اليمين يؤثر على صحة الشهادة كدليل، ولكن لا يعدم القيمة القانونية لها من حيث إمكان استناد عليها⁽⁴⁾.

كما أنه ولصحة شهادة الشاهد لابد وأن إرادته حرة سليمة من أي عيب من عيوب الإرادة، التي قد يؤثر على شهادته، كالتهديد، والإغراء، والإكراه على تزوير الحقيقة، وهي في الغالب نفس العيوب التي يتعرض لها المتهم من أجل إجباره على الاعتراف بالجريمة، لذلك يجب على الشاهد أن يتحرى الصدق ما أمكن عند إدلائه بشهادته أمام القاضي، وإلا تعرض للمتابعة الجزائية بسبب شهادة الزور وفقا لنص المادة 237 من ق.إ.ج.ج، وللقاضي في سبيل التأكد من سلامة إرادة الشاهد أن يتعرف على حالته المدنية، وهويته قبل أداء شهادته، وفيما إذا كانت هناك عداوة، أو مصلحة بينه وبين المتهم، أو بينه وبين الضحية وفقا للمادة 93/ف02، والمادة 226/ف01 من ق.إ.ج.ج، أو كان

(1) انظر مثلا: المادة: 283 من ق.إ.ج.ج المصري، والمادة: 219 من ق.أص. مج.ج الأردني، والمادة: 330 من ق. مسط المغربية، والفصل: 64 من مج.إ. ج التونسية، والمادة: 331 من ق.إ.ج.ج الفرنسي.

(2) قرار الغرفة الجزائرية، الصادر بتاريخ 1985/11/26 ملف 39440، المجلة القضائية، 1990م، عد 01، ص 242، انظر: بوسقيعة (أحسن)، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 49.

(3) Cass. Crim. 02/10/1990. Bull. Crim, N° 237.

(4) نقض 26 أفريل 1937 رقم 248، 17 ماي 1948، رقم 249، مجموعة القواعد، ج01، ص 52، انظر: سلامة (مأمون محمد)، ج02، قانون الإجراءات الجنائية، معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض طبقا لأحدث التعديلات والأحكام، ج02، مرجع سابق، ص

محكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية في جناية أو جنحة، والتي تتمثل في الحرمان من الحقوق الوطنية المنصوص عليها في المادة 09 مكرر، بمعنى أن لا يكون قد تم إدانته في جناية أو جنحة، بحيث تسمع شهادته على سبيل الاستدلال في فترة 10 سنوات التالية لتنفيذ العقوبة الأصلية للجناية، حسب الفقرة الأخيرة من نفس المادة، و 05 سنوات التالية لتنفيذ العقوبة الأصلية في الجنحة، حسب نص المادة 14 من ق.إ.ج.ج، وذلك حفاظاً من المشرع على أن تكون شهادة الشاهد كاملة، وحتى ينسجم دوره مع الإجراءات الأخرى التي يقوم بها القاضي للوصول إلى الحقيقة، والمبني على البعد الأخلاقي، والقانوني اتجاه الدولة والمجتمع.

أما الشريعة الإسلامية فقد اعتبرت الشهادة من أخطر وسائل الإثبات التي يلجأ إليها القاضي، فأغلب الجرائم تثبت بالشهادة عن طريق شاهدين عدلين في جرائم الحدود " السرقة، والحرابة، والقذف"، ماعدا الزنا فإنه يثبت بأربعة شهداء، وفي جرائم القصاص في النفس " القتل"، ومادون النفس " الضرب والجرح"، وفي جرائم التعزير الخطيرة⁽¹⁾، لذلك حرصت الشريعة الإسلامية على أن تكون الشروط التي تتوفر في الشاهد تضاوي الشروط التي تتوفر في القاضي حرصاً منها على صحتها، وعدم اتخاذها ذريعة لإثبات الجرائم.

وأهم هذه الشروط البلوغ والعقل، فقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الشاهد المؤهل لأداء الشهادة، الذي يثبت فيه البلوغ والعقل⁽²⁾، ولكنهم اختلفوا في قبول شهادة الصبيان، فرأى كل من الحنفية والشافعية عدم جواز الأخذ بشهادة الصبيان في الجراح مطلقاً على أساس أن الصبي ليس بالرجل استناداً لقوله تعالى: ﴿...وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ...﴾⁽³⁾، وبالتالي فإن الشاهد البالغ فقط هو من يتحمل تبعات شهادته إذا لم تكن سليمة سواء من حيث الكتمان، أو من حيث التغيير، والافتراء - شهادة الزور - وهذا ما لا يتوفر في الصبي الذي لا يأثم على كذبه، ولا يؤخذ بإقراره⁽⁴⁾، وبالتالي لا تقبل شهادته لقوله تعالى: ﴿... وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾⁽⁵⁾.

أما الإمام مالك رضي الله عنه فقد رأى بجواز الأخذ بشهادة الصبيان على الجراح التي تقع بينهم قبل أن يفتروا عملاً بالمصلحة المرسله، وهي في الحقيقة قرينة حال وليست شهادة، لأن في تلك

(1) انظر: العوا (محمد سليم)، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 356، انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة

الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج1، مرجع سابق، ص 213، 214.

(2) انظر: السرخسي (شمس الدين)، المبسوط، ج16، مرجع سابق، 113.

(3) انظر: سورة البقرة، الآية رقم 282.

(4) انظر: ابن قدامة (موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد)، المغني، ج14، مرجع سابق، ص 147.

(5) انظر: سورة البقرة، الآية 283.

الحالة يمكن أن يفترض صدقهم، أما إذا تفرقوا فمن الممكن أن يلقنوا الشهادة من الكبير⁽¹⁾، أما المجنون فإن شهادته لا تقبل باتفاق الفقهاء حتى يفيق بشرط أن يكون عاقلاً للشهادة⁽²⁾ التي يدلي بها، استناداً لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: « رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق »⁽³⁾.

يبدو أن الرأي الذي أخذ به الإمام مالك في إمكانية الأخذ بشهادة الصبيان على نطاق ضيق، توسع من سلطة القاضي الجنائي في الأخذ بشهادتهم على سبيل الاستدلال، بحيث يمكن أن تؤدي إلى الحقيقة إذا تساندت مع أدلة أخرى في الدعوى الجزائية، وبالتالي يمكن أن نستنتج أن هذه الشهادة تكون في الحقوق الخاصة بالعباد فقط، دون الحقوق الخالصة لله، التي لا يقبل فيها إلا الشاهد البالغ والعاقل.

أما الإسلام، والعدالة، والرؤية فهي الشروط التي أخذت بها الشريعة الإسلامية وأكدت عليها، مختلفة في ذلك عن القانون الوضعي، حيث يشترط الفقهاء في الشاهد أن يكن مسلماً، فلا تقبل شهادة غير المسلم على مسلم لقوله تعالى: ﴿... وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ...﴾⁽⁴⁾، وقوله أيضاً: ﴿...مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ...﴾⁽⁵⁾، والكافر ليس بالعدل، وليس ممن يرضى الاحتكام إليه، لأنه يعتقد عداوة المسلمين، استناداً لقوله تعالى: ﴿... وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ...﴾ وبهذا قال الشافعي ومالك، لأن الظلم فسق، والفسق يمنع من الشهادة، إلا إذا أسلم، وتاب، وشهد عليه أربعة شهداء⁽⁶⁾.

فالعدالة باتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية يجب أن تتوفر في الشاهد لقوله تعالى: ﴿... وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ...﴾، فالشاهد الذي تتوفر فيه العدالة، وهو ذلك الشاهد الملتزم بما أمر الله ورسوله، ومجتنب لما نهى عنه، فهو عند الأحناف الذي لم يطعن عليه في بطن ولا فرج، وغلبت حسناته سيئاته⁽⁷⁾، وعند المالكية هو اجتناب الكبائر، وتوقي الصغائر، والتحاشي عن الرذائل المباحة⁽⁸⁾، وعند الشافعية هو من غلبت طاعته معاصيه، ولم يقم عليه حد من الحدود⁽¹⁾، وعند

(1) انظر: ابن رشد (أبو الوليد محمد بن أحمد بن أحمد القرطبي)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ص 859.

(2) انظر: ابن الهمام (كمال الدين محمد بن عبد الواحد)، شرح فتح القدير، ج 07، مرجع سابق، ص 372، انظر كذلك: القادري (محمد بن حسين بن علي)، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 07، بيروت، دار الكتب العلمية، 1998، ص 132.

(3) سبق تخريجه.

(4) انظر: سورة الطلاق، الآية 02.

(5) انظر: سورة البقرة، الآية 282.

(6) انظر: السرخسي (شمس الدين)، الميسوط، ج 16، المرجع السابق، ص 113، انظر كذلك: ابن الهمام (كمال الدين محمد بن عبد الواحد)، شرح فتح القدير، ج 07، المرجع السابق، ص 375.

(7) انظر: الكاساني (علاء الدين أبو بكر بن مسعود)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 09، مرجع سابق، ص 14.

(8) انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج 01، المرجع السابق، ص 255.

الحنابلة هو من استعمل المروءة⁽²⁾ بفعل ما يجمله، وترك ما يدنسه، خصوصا اجتناب الصغائر وما يخل بالمروءة⁽³⁾، غير أن ابن جزم الظاهري قد ذهب مذهبا آخر، بحيث لم يأخذ بالمروءة كأساس لتبيان عدالة الشاهد، وقال بالطاعة والمعصية فقط دون المروءة، فإذا كانت هذه الأخيرة: « من الطاعة فالطاعة تعني عنها، وإن كانت ليست من أمر الطاعة فلا يجوز اشتراطها في أمور الديانة إذ لم يأت بذلك نص قرآن ولا سنة »⁽⁴⁾.

ومهما تكن الأسانيد التي اعتمد عليها الفقهاء في تحديد عدالة الشاهد، فإنها متفقة جميعا على أن يكون هذا الأخير ممن يمكن الثقة فيه وفي شهادته، وبالتالي فلا يجوز سماع شهادة الشاهد الفاسق عند جمهور الفقهاء، ماعدا الحنفية الذين يعتبرونه شرط وجوب للعمل بالشهادة، وليس شرط أهلية لها، حيث يرى أبو يوسف صاحب أبي حنيفة: « أن الفاسق إذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته، لأنه لا يستأجر لوجهته، ويمتنع عن الكذب لمروءته، لأن الفاسق أهل للقضاء والشهادة »⁽⁵⁾، ويستند في ذلك لما ورد في كتاب عمر بن الخطاب لأبي موسى الأشعري رضي الله عنهما: « ... المسلمون عدول بعضهم على بعض، إلا مجريا عليه شهادة زور، أو مجلودا في حد، أو ظنينا في ولاء أو قرابة... »⁽⁶⁾، ومهما يكن فإنه يجب على القاضي أن يتحرى عدالة الشهود، لأنها من أهم شروط الشهادة، فإذا غم عليه الأمر لصعوبة معرفة ذلك كما في زمننا ، فإنه يأخذ بشهادة الأمتل فالأمتل، حتى لا تضيع الحقوق، ويؤسس اعتماده الشهادة على العدالة الظاهرة، كما يقول أبو حنيفة: « لأنها الحالة الصالحة للدفع من الطرف المشهود ضده، لا للإثبات لثبوتها باستصحاب الحال دون دليل »⁽⁷⁾، وقد كان القاضي شريح تحقيقا لعدالة الشهود إذا أبهما أو طعن فيهما الخصم قال: « ما أنا دعوتكما، وما أنا بمانعكما أن تشهدا ولئن رجعتكما لم أركما، وما يقضي بهذا غيركما، فإني متق بكما فاتقيا »⁽⁸⁾.

⁽¹⁾ انظر: السيوطي (جلال الدين عبد الرحمان)، الأشباه والنظائر في فروع فقه الشافعية، ج02، مرجع سابق، ص 256.

⁽²⁾ المروءة: الإنسانية، مرأت الأرض مروءة، فهي مريئة، حسن هواؤها، والمروءة: حجارة بيض براقعة تقدح منها النار الواحدة، وبها سميت المروءة بمكة المكرمة، والمروءة، كمال الرجولة، والوقوف عند محاسن الأخلاق وجميل العادات، انظر: الفيروز آبادي(مجد الدين محمد)، القاموس المحيط، باب الهمة، فصل الميم، مادة متاء، مرجع سابق، ص 70، وانظر كذلك: ابن فارس (أبو الحسين أحمد بن زكاري)، مقاييس اللغة، كتاب الميم، باب الميم والراء وما يثلثهما، مادة مرأ، مرجع سابق، ص 858.

⁽³⁾ انظر: القادري (محمد بن حسين بن علي)، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج07، المرجع السابق، ص 111.

⁽⁴⁾ انظر: ابن جزم (أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي)، المحلى، ج09، مرجع سابق، ص 395.

⁽⁵⁾ انظر: الكاساني(علاء الدين أبو بكر بن مسعود)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 09، المرجع السابق، ص 16.

⁽⁶⁾ انظر: عودة (عبد القادر)، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج02، مرجع سابق، ص 314.

⁽⁷⁾ انظر: الكاساني(علاء الدين أبو بكر بن مسعود)، ج 09، نفس المرجع ، ص26.

⁽⁸⁾ انظر: وكيع (محمد بن خلف بن حيان)، أخبار القضاة، ج02، مرجع سابق، ص 396.

أما الرؤية، فهي أقوى أنواع الشهادة، فقد أعطتها الشريعة الإسلامية مكانة خاصة في الإثبات تختلف بها على القانون الوضعي، الذي يجعل من كل أنواع الشهادة، سواء السمعية أو الحسية مرتبة في الإثبات. فمصطلح الشهادة مشتق من المشاهدة، هذه الأخيرة التي لا تتم إلا عن طريق الرؤية، والرؤية تثبت بالمعاينة، لذلك نجد أن الشريعة الإسلامية لا تثبت جريمة الزنا إلا بأربعة شهود شاهدوا ارتكاب الفعل من الفاعل، زمانا، ومكانا، وأشخاصا، وعلى حدوث الوطء المحرم شرعا، على أن يكون ذلك في مجلس القضاء، وإن اختلفوا في الأيام والمواطن (1)، وبالتالي فإن الشهادة تستلزم أن يكون الشاهد بصيرا غير أعمى بحسب الأصل، وقد اختلف الفقهاء في الأخذ بشهادة الأعمى، فالحنفيون لا يقبلون شهادة الأعمى مطلقا، لأنه يفترق للسبب الموجب للعلم وهو المعاينة (2)، غير أن جمهور الفقهاء ومعهم أبو يوسف صاحب أبي حنيفة يقبلون ذلك إذا كانت الشهادة تقوم على السمع فقط، لأن العمى لا يسقط عن صاحبه شرط العدالة، أما الظاهرية فيقبلون شهادة الأعمى مطلقا على أساس أن الصور تتشابه كالأصوات، فالمهم في الشهادة أن يكون الشاهد متيقنا من شهادته غير شاك فيها، سواء بالنسبة للمشهود له أو المشهود عليه (3).

فعلی الرغم من أن فقهاء الشريعة الإسلامية مختلفون في الأخذ بشهادة الأعمى، إلا أنهم متفقون عدا الظاهرية، على أن الأخذ بها لا يجوز في الحدود مطلقا، لأن هذه الأخيرة تندرج بالشبهات، والصوت، والنغمة، دون الرؤية خصوصا في جريمة الزنا يورث الشبهة المسقطة للحد، وإنما تجوز في الأموال وفي نطاق ضيق فقط (4)، ولكن بغض النظر عن بصر أو عمى الشاهد وحتى تكتمل شهادته، لا بد وأن يكون قادرا على التعبير عنها بكل وضوح عما رآه وسمعه، حتى تتصف شهادته بوصف الدليل أمام القاضي، ولكن قد يحدث وأن يكون الشاهد عليها أخرس، وبالتالي تحل الإشارة والكتابة محل العبارة في الإدلاء بالشهادة، فهل تكون شهادته مقبولة لدى القاضي؟.

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في الأخذ بشهادة الأخرس فجمهور الفقهاء يرفضون شهادة الأخرس، لأنها تورث شبهة عدم وضوح شهادته كالعمى خصوصا في الحدود، التي تدرأ بالشبهات، لأن إشارته لا يمكن أن تكون أقوى من عبارة الناطق (5)، أما المالكية فيجيزون شهادة الأخرس إذا

(1) انظر: الكاساني(علاء الدين أبو بكر بن مسعود)، ج 09، نفس المرجع، ص 04، وانظر كذلك: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة

الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج 02، المرجع السابق، ص16.

(2) انظر: السرخسي (شمس الدين)، المبسوط، ج16، المرجع السابق، ص 112، وانظر كذلك: القادري (محمد بن حسين بن علي)،

تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج07، المرجع السابق، ص 130.

(3) لتفصيل ذلك انظر: عودة (عبد القادر)، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 02، المرجع السابق، ص 310،

(4) انظر: بهنسي (أحمد فتحي)، نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص78

(5) انظر: الكاساني(علاء الدين أبو بكر بن مسعود)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج09، المرجع السابق، ص14.

عرفت إشارته، ويشترط الحنابلة إضافة إلى ذلك معرفته الكتابة، أو يؤديها بإشارة مفهومة¹، والغالب أن فقهاء الشريعة الإسلامية لا يأخذون بشهادة الأخرس، لأنه قد يعجز عن التعبير عن شهادته بالكتابة سواء لأميته، أو لعدم قدرته على ذلك رغم معرفته بالكتابة، إلا أنهم يجيزون ذلك في التصرفات المالية والعقود الشرعية من كفالة، أو وكالة، أو حوالة⁽²⁾.

فحتى تكون شهادة الشاهد مقبولة لدى القاضي، لابد وأن يكون حافظا لمحتوى الشهادة، بحيث أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن يكون الشاهد فاهما ويقظا لما يشهد عليه، وملما بالحادثة التي يشهد عليها، لذلك نجدهم قد ردوا شهادة المغفل، والمعروف بكثرة النسيان، لأنه تنتفي عليه الثقة المطلوبة في أقواله، ولأنه لو أداها ستكون عبارة عن تخيل للجزم، وليس الجزم ذاته المطلوب في الشهادة حتى يتنكر⁽³⁾.

أما انتفاء المنفعة الذاتية والقرباة العائلية، فيقابل هذا الشرط في جانب الشاهد، مبدأ حياد القاضي عند نظره الدعوى الجزائية، بحيث أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن شهادة الشاهد ترد إذا كانت تربطه منفعة ذاتية مع المشهود له، التي تكون في القرباة، وعلاقة الخدمة، أو أدرك القاضي أن الشاهد يحابي المشهود له⁽⁴⁾، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا﴾⁽⁵⁾ وقوله صلى الله عليه وسلم: « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة، ولا مجلود في حد ولا مجلودة، ولا ذي غمز على أخيه، ولا مجرب شهادة، ولا القانع أهل البيت لهم، ولا ظنين في ولاء ولا قرابة »⁽⁶⁾، فكل شهادة جرت نفعاً لا تقبل، بإتفاق الفقهاء كما لو شهد شخص لمورثه بجرح قبل الإنمالة لم تقبل شهادته للتهمة، لأنه لو مات مورثه كان الإرش⁽⁷⁾ له، فكأنما شهد لنفسه، وهي شهادة غير مقبولة

(1) انظر: عودة (عبد القادر)، عودة (عبد القادر)، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 01، المرجع السابق، ص 309.

(2) انظر: الجزيري (عبد الرحمان)، الفقه على المذاهب الأربعة، ج05، مرجع سابق، ص 305، انظر كذلك: بن الهمام (كمال الدين محمد بن عبد الواحد)، شرح فتح القدير، ج07، المرجع السابق، ص 363.

(3) انظر: ابن الهمام (كمال الدين محمد بن عبد الواحد)، نفس المرجع، ص 360.

(4) انظر: الزحيلي (وهبة)، الفقه الإسلامي وأدلته، ج06، مرجع سابق، ص 568.

(5) انظر: سورة البقرة الآية 282.

(6) انظر: الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الشهادات، باب ما من لا تجوز شهادته، رقم الحديث 2451، مرجع سابق، ص 848، وانظر كذلك: ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب الأحكام، باب من لا تجوز شهادته، رقم الحديث 2366، مرجع سابق، ص

(7) الإرش : والجمع أروش، الدية والخدش، والعيب، والإرش في الجراحات: ما ليس له قدر معلوم، أرش الجنابة ديتها، والتأريش ينعي التحريش كما يطلق كذلك على الرشوة، ويقال بينهما أرش: أي اختلاف وخصومة، وهو ما يدفع بين السلامة والعيب في السلعة، انظر: الفيروز آبادي(مجد الدين محمد)، القاموس المحيط، باب السين، فصل الهمزة، مرجع سابق، ص 754، وانظر كذلك: بن فارس (أبو الحسين أحمد بن زكاريا)، مقاييس اللغة، كتاب الهمزة، باب الهمزة والراء وما معها في الثلاثي، مرجع سابق، ص 33، والرازي (محمد بن أبي بكر)، مختار الصحاح، باب الهمزة، مادة أرش، مرجع سابق، ص 09.

شرعا⁽¹⁾، كما لا تقبل شهادة أهل الأهواء كالقدرية، والجبرية، والخوارج، والمعطلة، والمشبهة، وكل صفة تخل بعدالة الشاهد ونزاهته في أداء شهادته⁽²⁾.

فمن خلال ما تقدم، نجد أن الشريعة الإسلامية قد قررت شروط صارمة على الشاهد الذي يتقدم للشهادة أمام القضاء بنصوص قطعية صريحة سواء أكانت قرآنا أو سنة، الشيء الذي بنا عليه فقهاؤها اجتهاداتهم المتفقة والمختلفة اعتبارا للمصالح المستجدة في زمان كل واحد منهم، وما ورد في القانون الوضعي من الشروط يستجيب لهذا الطلب الذي يمكن اعتباره صورة تطبيقية لما ورد في الشريعة الإسلامية، وذلك لتوجيه نفس الهدف الذي قصدته الشريعة الإسلامية من وضع هذه الشروط، وهي ضمان حياد وكمال شهادة الشاهد التي قد تكون الأساس الذي يبني عليه القاضي يقينه في الدعوى المنشورة أمامه، وبالتالي يكون حق المتهم في الدفاع محفوظا بتوافر هذه الشروط في الشاهد سواء أكان ضده أو منظم إليه.

بحيث تمثل هذه الشروط دفوعا جوهرية يقدمها المتهم عند تجريحه في الشاهد تضاهي طلب رد القاضي لاعتبارات مشاركته في التحقيق، أو القرابة، أو التبعية لأحد الخصوم في الدعوى الجزائية. فعلى الرغم ما للأدلة القولية من اعتراف وشهادة من تأثير على قناعة القاضي، إلا أن هناك أدلة أخرى لا تقل أهمية عنها، بحيث أصبحت في الوقت الحالي تلعب دورا كبيرا في الإثبات الجنائي، وتمتاز بنتائج قاطعة وهي الأدلة الفنية المتمثلة في المحررات والخبرة، التي سنتعرض لها في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

حق المتهم في الدفاع من خلال أدلة الإثبات المادية.

من الممكن تصنيف هذه الأدلة إلى صنفين أساسيين، إحداها أدلة تنظيمية، والتي يعتمد محررها على قدراته الاحترافية في ضبط وتحليل، وقائع الجرائم ونسبتها إلى مرتكبيها في المحررات، يكون البعض منها له حجيته خاصة في الإثبات، الأمر الذي يجعل القاضي يأخذ بما ورد فيها دونما حاجة لإعادة التحقيق بشأنها، والآخر تقني يجعل من الخبير بمعناه الواسع كشريك للقاضي في عملية الإثبات الجنائي، الذي يمكن اعتباره كانعكاس لتطور الإجرام وتشعب مجالاته، وهو الخبرة وهذه الأدلة كمايلي:

(1) انظر: الجزيري (عبد الرحمان)، الفقه على المذاهب الأربعة، ج05، المرجع السابق، ص 309.

(2) لتفصيل ذلك انظر: بهنسي (أحمد فتحي)، نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، المرجع السابق، ص98 وما بعدها.

الفقرة الأولى

المحررات.

إذا كان الاعتراف والشهادة يمثلان الوجه الشفهي في الإثبات الجنائي، فإن المحررات تمثل الوجه الكتابي، الذي أصبح له دوره في تقرير الإدانة والبراءة، فالمحرر إذن هو: « ورقة تحمل بيانات في شأن الواقعة ذات أهمية في إثبات ارتكاب الجريمة ونسبتها إلى المتهم»⁽¹⁾، فهو إما أن يكون عرفيا أو رسميا، فالمحرر الذي يصلح لأن يكون دليل إثبات، إما أن ينطوي على الجريمة ذاتها، كالمحرر الذي يتضمن التهديد، أو القذف، أو التزوير، أو يكون دليل عليها، كاعتراف المتهم بارتكابها، كما يمكن أن يشمل النوعين معا، فيكون الجريمة ذاتها والدليل عليها كإصدار شيك دون رصيد⁽²⁾، ومهما يكن الوضع الذي تكون عليه الورقة فإنها تخضع كباقي أدلة الإثبات الأخرى للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي، بمعنى الأخذ بها، أو طرحها دون أن يكون ملزما بتسبب ذلك⁽³⁾، وهو نفس الشيء الذي يسري على المحاضر التي تحررها الضبطية القضائية، أو قاضي التحقيق إثباتا ونفيا، وللخصوم عامة والمتهم خاصة تنفيذ ما ورد فيها، دون أن يكونوا ملزمين بسلوك طريق الطعن بالتزوير⁽⁴⁾، الذي نص عليه المشرع الجزائري⁽⁵⁾ في المادة 215 من ق.إ.ج.ج: « لا تعتبر المحاضر والتقارير المثبتة للجنايات أو الجنح، إلا مجرد استدلالات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك»، فعند استقرائنا لهذه المادة نجد أن المشرع قد استثنى المخالفات المثبتة في محاضر من خضوعها للسلطة التقديرية للقاضي، لأنه اقتصر فقط عن الجنايات والجنح دون المخالفات.

كما أعطى الاستثناء للخروج عن القواعد العامة في الإثبات بخصوص بعض الجرائم، التي يكون فيها بمحاضر تحوز حجية خاصة، تمكّن القاضي من الحكم بموجب ما ورد فيها، فهي ذات طابع استثنائي خاص ببعض الجرائم فقط وليس قاعدة عامة، وذلك لسببين أحدهما مبني على توجهات المشرع في السياسة التشريعية للدولة القائمة على حماية المصلحة العامة للمجتمع من نوع معين من الجرائم، والثاني إجرائي هو تمكين المحكمة من الاعتماد عليها دون ما حاجة لإجراء تحقيق

(1) انظر: حسني (محمود نجيب)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 483.

(2) انظر: مصطفى (محمود)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 447.

(3) نقض مصري 08 جوان 1963، مجموعة القواعد، ج01، رقم 51، ص542، انظر: سلامة (مأمون محمد)، قانون الإجراءات الجنائية، معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض طبقا لأحدث التعديلات والأحكام، ج02، مرجع سابق، ص1046، على الهامش.

(4) انظر: عبيد (رؤوف)، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، مرجع سابق، ص 405

(5) نظم المشرع الجزائري حجية الإثبات بالمحاضر سواء من حيث قوتها الثبوتية أو القائم بتحريرها أو شكلها في المواد في المواد 18،

20، 21، 23، وفي المواد من 214 إلى 218 من ق.إ.ج.ج.

نهائي بشأنها لقلّة أهميتها، وضمانا لسرعة المحاكمة بشأنها⁽¹⁾، هذه المحاضر هي: المحاضر التي لها حجية إلى حين إثبات عكسها، التي تعتبر من الصور التطبيقية للاستثناءات الواردة على مبدأ افتراض براءة المتهم، وبالتالي عدم مطالبته بتقديم أي دليل، حيث تكون لهذه المحاضر حجية خاصة، إلى أن يثبت المتهم عكسها بالدليل الكتابي أو الشهادة وفقا لنص المادة 216 من ق.إ.ج.ج⁽²⁾.

ومن أمثلة تلك المحاضر: المحاضر المثبتة للمخالفات حسب نص المادة 400 ق.إ.ج.ج، ومحاضر الجمارك المحررة من طرف عون واحد طبقا للمادة 254/ف2 ق.ج.ج، ومحاضر الشرطة المثبتة لمخالفات المرور⁽³⁾، ولعل الصفة الثبوتية الخاصة التي أعطاها المشرع لهذا النوع من الحاضر نابع من أن هذه المخالفات من طبيعتها أنها لا تترك أثرا يسهل المحافظة عليه كدليل لإثباتها، كما أن محرر المحاضر قد يكون الشاهد الوحيد عليه، وبالتالي لا يمكن دحضه إلا بالكتابة أو شهادة الشهود⁽⁴⁾، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة في أحد قراراتها على أن: « إنكار المتهم للوقائع المبينة في المحاضر، أو تقديمه أدلة وقرائن، لا تكفي لدحض مضمون المحاضر فينبغي على المتهم، إن شاء أن يثبت العكس بالدليل الكتابي أو عن طريق الشهود، كما أن الشك لا يفسر لصالح المتهم »⁽⁵⁾.

تتجلى القوة الثبوتية لهذه المحاضر في الوقائع المادية التي عاينها وشاهدها محرر المحاضر بنفسه، وفي حدود اختصاصه طبقا للقانون، وأثناء قيامه بمهامه، الشيء الذي قرره محكمة النقض الفرنسية في إحدى قراراتها أن: « المحاضر المحرر من قبل الموظف المختص في مخالفة زراعية، والمتضمن لواقعة إهانة لا يصلح إلا لتقرير المخالفة، أما ما ورد به من الإهانة فمجرد معلومات »⁽⁶⁾، فميزة هذه المحاضر ورغم أنها قلبت عبء الإثبات وجعلته على عاتق المتهم، إلا أن هذا الأخير له الحرية الكاملة في إثبات عكس ما ورد في هذه المحاضر بأي طريق من طرق الإثبات، عن طريق الدفع بعدم وقوع الإجراء المحرر على المحاضر من قبل الضبطية القضائية، فيكون للمحكمة وفقا لسلطتها التقديرية في قبول هذا الدفع أو رفضه.

(1) انظر: عبيد (رؤوف)، نفس المرجع، ص 721.

(2) انظر مثلا: المادة: 301 من ق.إ.ج.ج المصري، والمادة: 151 من ق.أ.ص.ج.ج الأردني، والمادة: 290 من ق. مسط المغربية، والفصل: 154 من مج.إ.ج.ج التونسية، والمادة: 537 من ق.إ.ج.ج الفرنسي.

(3) انظر: المادة 136 من القانون رقم 01/ 14 المؤرخ في 19/08/2001، المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها، ج.ر.ع 46.

(4) أوهابية (عبد الله)، ضمانات الحرية الشخصية أثناء مرحلة البحث والتحري، (الاستدلال)، مرجع سابق، ص 319.

(5) انظر: القرار الصادر عن الغرفة الجزائية للمحكمة العليا، بتاريخ 10/06/1969، نشرة القضاء، ع 04، 1969، ص 86.

(6) انظر: الطراونة (حسن عوض سالم)، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، مرجع سابق، ص 198.

أما المحاضر التي لها حجية إلى حين الطعن فيها بالتزوير، فتمتيز عن المحاضر السابقة، بأنه لا يمكن تنفيذ ما ورد فيها إلا بإتباع طريق الطعن بالتزوير، أي أن يرفع دعوى تزوير فرعية في المحاضر المثبتة للأدلة المقدمة في الدعوى، فبدون هذا الطريق لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة ما ورد فيها. كما أن للقاضي يأخذ بها دون أن يكون ملزما بالتحقيق في صحة ما ورد فيها⁽¹⁾، الشيء الذي أكد عليه المشرع صراحة في المادة 218 من ق.إ.ج.ج التي تنص: « إن المواد التي تحرر عنها محاضر لها حجتها إلى أن يطعن فيها بالتزوير تنظمها قوانين خاصة، وعند عدم وجود نصوص صريحة تتخذ إجراءات الطعن بالتزوير وفق ما هو منصوص عليه في الفصل الأول من الكتاب الخامس ».

وبالتالي ووفقا لهذه المادة، والإجراءات المنصوص عليها في الفصل الأول من الكتاب الخامس من ق.إ.ج.ج، لا يمكن الحديث عن أصل البراءة، والضمانات المنبثقة عنها، وإنما حول إجراءات التحقيق التي تتبعها كل من السلطات القضائية للمحافظة على السند، والطعن بالتزوير من طرف المتهم، قصد إبطال ما ورد في تلك المحاضر، هذه العملية التي تكون صعبة التحقيق بالنظر إلى الوضعية الخاصة التي يكون فيها المتهم، فقد يكون محبوسا حبسا مؤقتا، وحتى لو استعان بمحامي فإن إجراءات رفع هذه الدعوى تتطلب وقتا، مع العلم أن المشرع لم يجعل من شروط الإفراج عن المتهم قبول دعوى التزوير الفرعية، إذا رفعها وفقا للشروط والأوضاع المنصوص عليها في المواد من 532 إلى 537 من ق.إ.ج.ج.

وأهم هذه المحاضر الاعتراف الوارد في محاضر مفتشي العمل، التي تعين الجرائم الخاصة بتشريع العمل لها حجية إلا أن يطعن في هذه المحاضر بالتزوير⁽²⁾، والمحاضر المحررة في المواد الجمركية المنصوص عليها في المادة 254 من قانون الجمارك، التي يشترط فيها أن تكون من طرف عونين محلفين من بين الأعوان المذكورين في المادة 241 من ق.ج.ج، والمادة 32 من الأمر رقم 06/05⁽³⁾ المتعلق بمكافحة التهريب، بحيث يقومون بإجراء المعاينات المادية للجرائم المنصوص عليها في التشريع الجمركي، والتي عرفت المحكمة العليا في أحد قراراتها: « المعاينات المادية التي يقصدها المشرع ، هي تلك الناتجة عن الملاحظات المباشرة التي يسجلها أعوان الجمارك، اعتمادا على حواسهم، والتي لا تتطلب مهارة خاصة لإجرائها »⁽⁴⁾.

(1) انظر: قرار الغرفة الجزائرية للمحكمة العليا الصادر في 1988/04/05، نشرة القضاء، ع 4، 1993، ص 283.

(2) انظر: قرار الغرفة الجزائرية للمحكمة العليا الصادر في 1969/06/08، نشرة القضاء، ع 4، 1996، ص 86.

(3) انظر: الأمر رقم 06/05 المؤرخ في 2005/08/23، المتعلق بمكافحة التهريب، ج.ر، ع 59.

(4) قرار الغرفة الجزائرية للمحكمة العليا، الصادر بتاريخ 17/ 03/ 1997، ملف 141038، انظر: بوسقيعة (أحسن)، المنازعات الجمركية في ضوء الفقه اجتهاد القضاء والجديد في قانون الجمارك، دار الحكمة للنشر والتوزيع، سوق أهراس، الجزائر، 1992،

الملاحظ على هذه المحاضر أن المعايينات الواردة فيها تحوز الحجية الكاملة إلى حين الطعن فيها بالتزوير من ناحيتين، الأولى أنه لا يجوز لوكيل الجمهورية تفويض الضبطية القضائية للقيام بالفحوصات، والتحقيقات اللازمة إذا وصل إلى عملها وفقا للمادة 532/ف01 من ق.إ.ج.ج، وجود السند المدع بتزويره في مستودع في حال قرر عدم الانتقال، ولا يكون ذلك إلا لسلطة قضائية، والثانية أن المحكمة العليا استبعدت إثبات صحة ما ورد في هذه المحاضر بالخبرة عندما صرحت بأن: « الملاحظات التي يسجلها أعوان الجمارك وفقا لحواسهم، لا تتطلب مهارة خاصة لإجرائها»، ونفس الشيء بالنسبة للمحاضر المحررة من قبل أعوان الضرائب⁽¹⁾، والمحاضر المحررة بموجب قانون الأسعار⁽²⁾، والمحاضر التي يحررها مفتشي العمل⁽³⁾، والعقود المحررة من طرف الموثقين⁽⁴⁾، والمحاضر المحررة من طرف المحاكم، أوراقا رسمية لا يمكن إثبات عكسها إلا عن طريق عن بالتزوير⁽⁵⁾.

الأمر الذي يتطلب توافر مجموعة من المميزات في هذه المحاضر حتى تحوز كل هاته الحجية، وهي أن تكون محررة ضمن اختصاص الموظف وأثناء قيامه بمهامه، وأن يكون قد شاهد الواقعة بنفسه، وأن يكون المحاضر صحيحا من حيث الشكل، وأن يكون متضمنا لوقائع من شأنها أن تؤثر على قناعة القاضي⁽⁶⁾، وميزة التفوق التي طبع بها المشرع هاته المحاضر، هو أن المحكمة تكون مقيدة بما ورد فيها كدليل إثبات وحيد، ولا تتعداه إلى ما يمكن أن يقدمه المتهم من شهود أو أدلة أخرى، عكس المحاضر التي يقبل إثبات عكسها بالكتابة أو شهادة الشهود، كما أن المتهم وفي حالة ممارسة حقه في الدفاع عن طريق الطعن بالتزوير لا يجعل المحكمة ملزمة بالتحقيق فيه، وأحالته للنيابة العامة لاتخاذ ما تراه لازما بشأنها إذا رأت وفق سلطتها التقديرية بأن الطعن غير جدي⁽⁷⁾.

أما في الشريعة الإسلامية فإن اعتمادها على المحررات كدليل من الأدلة، التي من الممكن أن تؤسس عليها الإدانة أو البراءة، فيمكن أن نستدل على ذلك من خلال أهمية التدوين في الشريعة الإسلامية، التي تعرضنا لها في مرحلة التحقيق القضائي، وكذلك ماورد عن الرسول صلى الله عليه،

(1) انظر: المادة 319 من قانون الضرائب المباشرة، والمادة 505 من الأمر 104/76 المتعلق بالضرائب الغير مباشرة.

(2) انظر: المادة 34 من القانون رقم 89 / 12 المؤرخ 05 / 07 / 1989 المتضمن قانون الأسعار، ج.ر، ع 28.

(3) انظر: المادة 14 من القانون، 03/90 المتعلق بمفتشية العمل، المؤرخ في 06/02/1990، ج.ر، ع 06، المعدل والمتمم بالقانون 11/96، المؤرخ في 10/06/1996، ج.ر، ع 36.

(4) انظر: المادة 03 من قانون 02/06 المؤرخ في 20/02/2006، المتعلق بمهنة الموثق، ح.ر، ع 14.

(5) قرار المحكمة العليا، الغرفة الجزائية، الصادر بتاريخ 12/04/1972، الملف رقم 15170، انظر: بغادي (جبلالي)، الاجتهاد القضائي في المادة الجزائية، ج 01، مرجع سابق، ص 18.

(6) الطراونة (حسن عوض سالم)، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، مرجع سابق، ص 196.

(7) نقض مصري 1968/02/27، مجموعة القواعد أحكام النقض، س 19، رقم 53، انظر: سلامة (مأمون محمد)، قانون الإجراءات الجنائية، معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض طبقا لأحدث التعديلات والأحكام، ج02، مرجع سابق، ص 1050، على الهامش.

غير أن الثابت في الشريعة الإسلامية هو اختلاف فقائها في الأخذ بالمحررات كأدلة إثبات، فقد قال الإمام مالك، والشافعي، وأحمد في رواية، بعدم الاعتماد على الخط كدليل إثبات، لأنه مما يدخل عليه التزوير والتغيير، فيدخل في خانة الاحتمال فيسقط به الاستدلال⁽¹⁾، وعلى العكس من الفريق الأول فإن من المالكية، وكذلك أحمد بن حنبل في رواية قد قال بإمكانية الاعتماد على الكتابة كدليل إثبات استنادا لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم، والذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: لما فتحت مكة قام الرسول صلى الله عليه وسلم: « فقال: من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودي، وإما أن يقاد، فقام رجل من أهل اليمن يقال له أبو شاه فقال: يا رسول الله أكتب لي فقال الرسول صلى الله عليه وسلم: أكتبوا لأبي شاه »⁽²⁾، ووجه الاستدلال على جواز الإثبات بالمحررات أنه لا يطرأ عليها التغيير، كما أن الشهادة تتعطل في حال وجود صحيفة مطوية، لأن القاضي في هذه الحالة يأخذ بما وجد في الصحيفة لا شهادة الشهود التي قد تتناقض مع ما جاء فيها⁽³⁾.

كما يمكن أن نستدل على أهمية المحررات كدليل إثبات في آية كتاب القاضي إلى قاضي، التي كان معمول بها في الخلافة الإسلامية، وهو الكتاب الذي يرسله القاضي إلى قاضي آخر، يتضمن حكما على شخص معين يجب تنفيذه عنده، أو شهادة شهود على واقعة يستحيل حضورهما بين يدي القاضي المرسل إليه الخطاب، ولكن فيما دون الحدود والقصاص، ولا يجوز فيه القياس لأن كتابته لا تكون أقوى من عبارته، فهو يثبت به في الحقوق التي لا تدرأ بالشبهات⁽⁴⁾، بشرط أن يكون ذلك الكتاب مختوما بختم، والثابت بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم، الذي رواه أنس بن مالك رضي الله عنه قال: « لما أراد النبي صلى الله عليه وسلم أن يكتب إلى الروم قالوا: إنهم لا يقرؤون كتابا إلا مختوما، فاتخذ النبي صلى الله عليه وسلم خامتا من فضة وكأني أنظر إلى وبيصه⁽⁵⁾ ونقشه محمد رسول الله »⁽⁶⁾.

(1) لتفصيل ذلك انظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص 173.

(2) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الديات، باب من قتل له قتيل فهو بخير النظرين، رقم الحديث 6880، مرجع سابق، ص 839.

(3) انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج01، مرجع سابق، ص 272.

(4) انظر: ابن الهمام (كمال الدين محمد بن عبد الواحد)، شرح فتح القدير، ج07، مرجع سابق، ص 268، وانظر كذلك: القادري (محمد

بن حسين بن علي)، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج07، مرجع سابق، ص 03.

(5) الوبيص: البراق اللون، والبرق يبص وبصا ووبيصا: لمع، وبرق، وأوبصت الأرض: كثرت نباتها، وأوبصت النار: ظهر لها لهيبها، ورجل

وباص: رجل براق، انظر: الفيروز آبادي (مجد الدين محمد)، القاموس المحيط، باب الصاد فصل الواو، مادة وبص، مرجع

سابق، ص 817، وانظر كذلك: أحمد بن فارس (أبو الحسين أحمد بن زكاريّا)، مقاييس اللغة، كتاب الواو، باب الواو والباء

وما يثنتهما، مرجع سابق، ص 945.

(6) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب الشهادة على الخط المختوم وما يجوز من ذلك وما يضيّق عليه، وكتاب الحاكم

إلى عامله والقاضي إلى القاضي، رقم الحديث 15، المرجع السابق، ص 874.

حيث استنبط الفقهاء من ذلك القاعدة الفقهية التي تقول: " الكتاب كالخطاب " (1)، وفي هذا يقول ابن قيم الجوزية: « يجوز له العمل بخط المفتي، وإن لم يسمع الفتوى من لفظه إذا عرف أنه خطه، أو أعلمه به من يسكن إلى قوله، ويجوز له قبول قول الرسول: إن هذا خطه وإن كان عبداً، أو امرأة، أو صبياً، أو فاسقاً » (2)، وبالتالي فدور المحررات كدليل إثبات يتمحور أساسياً حول صدوره في صورة إقرار على ارتكاب جريمة مهما كان نوعها، لأن الحدود والقصاص أدلتها واضحة ومحددة، فالحدود مثلاً يمكن درئها بشبهة تشابه الخط، ولو أكد الخبير نسبة الخط للمتهم.

أما التعازير فإن التجريم فيها يقوم على ضبط المخالفة الظاهرة، التي قد تكون تزييف، أو تزوير، أو تهديد، أو إفشاء أسرار محرر على سند وكلها جرائم تعازير، التي من الممكن إثباتها بشبهة (3)، الشيء الذي يتوافق إلى حد بعيد مع الجرائم المثبتة بالمحاضر إلى حين إثبات عكسها، وأتلك التي تحوز الحجية إلى حين الطعن فيها بالتزوير في القانون الوضعي، بحيث لا يمكن المضي في الدعوى الجزائية قبل أن يتأكد القاضي من سلامة السند الدال على الواقعة محل المحاكمة من أي تزوير أو فساد (4)، لذلك نجد بأن ممارسة المتهم لحقه في الدفع بالتزوير يعتبر من الدفع الجوهرية التي يجب على المحكمة الإجابة عليه، وتسبب حكمها بشأنه.

الفقرة الثانية

الخبرة.

يمكن للمحكمة وفقاً لسلطتها التقديرية أن تأمر بتعيين خبير، إذا لم يقم بذلك قاضي التحقيق، أو رأت بأن الخبرة المقدمة في ملف الدعوى لا ترقى لإزالة الغموض الذي يكتنف بعض جوانبها، وذلك وفقاً للمادة 419 من ق.إ.ج.ج التي تنص على أنه: « إذا رأت الجهة القضائية لزوم إجراء خبرة فعليها إتباع ما هو منصوص عليه في المواد من 143 إلى 156 من ق.إ.ج.ج. »، وبالتالي فإن مهمة المحكمة عند تقديرها للخبرة تنصب أساساً على شرعية التقرير الذي يقدمه الخبير، سواء الوارد إليها من قاضي التحقيق، أو ذلك الناتج عن الخبرة التي أمرت بها، والذي يجب أن يكون متميزاً بالدقة والوضوح، والذي يشتمل على الهوية الدقيقة للخبير، وكذلك مجال اختصاصه، وقطعا

(1) انظر: جمعة (عبد المجيد الجزائري)، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم الجوزية، مرجع سابق، ص 472.

(2) انظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج 04، مرجع سابق، ص 202.

(3) انظر: بهسي (أحمد فتحي)، نظرية الإثبات في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 214.

(4) انظر: سابق (السيد)، فقه السنة، ج 03، مرجع سابق، ص 356.

للشك باليقين يقوم الخبير بإرفاق الحكم الذي عين بموجبه مع تقرير الخبرة، هذا الأخير الذي يجب أن يتضمن تحت طائلة عدم قبوله، التقيد الصارم بجميع الإجراءات التي نص عليها أمر تعيينه من استدعاء الخصوم، وحضورهم أو غيابهم، وإرفاق تقريره بجميع الوثائق التي قدمها الخصوم والتصريحات التي أدلوا بها، وتحليل مهمته بعدها خطوة خطوة، دون الخروج عن المهمة المحددة له في أمر التعيين، وكذلك النتيجة التي توصل إليها.

مع العلم إن مهمة الخبير لا تنتهي بإيداعه تقرير الخبرة المأمور بإنجازها لدى أمانة ضبط المحكمة التي أمرت بها، بل قد تتعدى ذلك إلى مناقشتها شفاهة أمام المحكمة إذا رأت ضرورة من ذلك، حيث أنه بالنظر إلى نص المادة 155 من ق.إ.ج.ج، فإن طلب المحكمة من الخبير توضيح الأمور الغامضة في تقرير الخبرة في جلسة المحاكمة، يشمل الخبرة التي وردت إليها من قاضي التحقيق، أو تلك التي أمرت بها، وبالتالي فإن المناقشة الشفهية للخبرة يجب أن تتركز على النقاط التالية وفقا لنص المادة 155 من ق.إ.ج.ج.

أن يؤدي الخبراء مهمة عرضهم لنتائج خبرتهم بعد أداء اليمين القانونية، وأن يقوموا بذلك بكل أمانة وشرف طبقا للمادة 155/ف01 من ق.إ.ج.ج، إلا أنه يمكن للقاضي أن يستغني عن ذلك طالما أن مهمة الخبير لم تنتهي بإيداع تقرير الخبرة، واستدعائه للمناقشة الشفهية في جلسة المحاكمة، غير أن المشرع الفرنسي أوجب كأصل عام أن يتلو الخبراء تقاريرهم شفاهة في الجلسة وفقا للمواد 165، 164، 167، 169 من ق.إ.ج.الفرنسي، على أن تكون الإجابة على الأسئلة التي يطرحها الرئيس، أو النيابة العامة، أو الخصوم، أو محاميهم في نطاق المهمة الموكولة إليهم⁽¹⁾، مع الإلتزام بالبقاء في الجلسة إلى غاية أن يأذن له الرئيس بمغادرتها، وذلك للإجابة عن الملاحظات التي من الممكن أن تقدمها النيابة العامة، أو المتهم ودفاعه، أو المدعي المدني ودفاعه، في حال ما إذا كان هناك تناقض بين نتائج الخبرة وشهادة شاهد، ولو على سبيل الاستدلال، وفقا لنص المادة 156 من ق.إ.ج.ج، كما يكون ذلك البقاء أيضا في حالة تعدد الخبراء، لإبداء تحفظاتهم في جميع النقاط التي اختلفوا فيها وتعليلها بكل دقة ووضوح.

الملاحظ أن أغلب التشريعات الوضعية⁽²⁾ قد أعطت أهمية كبيرة للخبرة فقد جاءت متفقة على أن التقرير الأساسي لها، والذي يكون أكثر فائدة هو التقرير المنجز في مرحلة التحقيق، وليس في مرحلة المحاكمة، وإن كان من السلطات التقديرية للمحكمة، لأنها كثيرا ما تعتمد على الخبرة التي

(1) LARGUIER (J) - CONTE (P) : Procédure pénale, op, cit, P244.

(2) انظر مثلا: المادة: 85 من ق.إ.ج.المصري، والمادة: 161 من ق.أص.م.ج.الأردني، والمادة: 194 من ق. مسط المغربية، والفصل: 102 من م.ج.إ.ج.التونسية، والمادة: 161 من ق.إ.ج.الفرنسي.

أنجزها قاضي التحقيق، التي تكون أكثر فائدة من الخبرة التي قد تأمر بها المحكمة بعد إحالة الملف عليها، وذلك للبعد الزمني بين وقوع الجريمة ومحاكمة المتهم⁽¹⁾، فإذا كانت الخبرة ضرورية في مرحلة التحقيق الابتدائي للاستناد عليها في تمحيص الأدلة من أجل إحالة الملف على المحكمة، أو إصدار أمر بأن لا وجه للمتابعة - كما سبق وأن تقدم - فإنها لن تكون كذلك في مرحلة المحاكمة، فتتحول من الإجراء الضروري إلى الإجراء الاختياري، الذي يبقى كحق ثابت للخصوم، وخصوصا المتهم من أجل نفي التهمة المنسوبة إليه، والذي يمكن أن يقدمه كطلب أمام المحكمة، التي تكون لها السلطة التقديرية في قبوله، أو رفضه بشرط أن يكون قرارها مسببا، الأمر الذي أجابت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها أن: « للمتهم الحق في أن يكلف كاتب الضبط باستدعاء الخبير الذي قام بفحص جثة المجني عليه إلى جلسة المحاكمة إن رأى أن سماعه في مصلحته »⁽²⁾.

ورغم ما للخبرة من أهمية في تحديد نسبة الوقائع للمتهم، إلا أنها تعتبر دليل كباقي الأدلة الأخرى في الدعوى لا يمكنها أن تحوز الامتياز عنها رغم نتائجها الدقيقة، وبالتالي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي وتحت رقابته، الشيء الذي ذهب إلي القضاء الفرنسي في أحد أحكامه⁽³⁾، لأنه إذا كانت الخبرة تفصل في الجوانب التي قد يجهلها القاضي بحكم تكوينه العام في المجال الذي رصدت له، فإنها لا تستطيع أن تفصل في مسؤولية أو عدم مسؤولية المتهم عن تلك الوقائع، بمعنى تحديد القصد الجنائي في ارتكاب الأفعال المجرمة، الذي يبقى من اختصاص القاضي الجنائي يؤسسه وفقا لقناعته الشخصية، ولعل هذا هو الأساس الذي جعل المشرع الوضعي يجيز للقاضي الجنائي الأخذ بالخبرة، أو بجزء منها، أو استبعاد خبرة، والأخذ بخبرة أخرى، الشيء الذي سيساعده على تسبيب حكمه على أن يكون متوافقا مع العقل، والمنطق، ومتحريرا للحقيقة.

أما في الشريعة الإسلامية فإن الخبرة لها مكانتها في الإثبات ويتجلى ذلك في قوله تعالى: ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَا قَبْلَكَ إِلَّا رِجَالًا نُوْحِي إِلَيْهِمْ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾⁽⁴⁾، وأهل الذكر في هذه الآية هم الأمم السابقة عن الأمة الإسلامية في الوحي والرسالة، وهم أهل الكتاب، وسائر الطوائف الأخرى، الذين يعلمون أن الرسل بشرًا وليسوا ملائكة⁽⁵⁾، ولكن وجه الاستدلال في هذه الآية هو الاستعانة بأهل العلم والاختصاص في الأمور التي لا نعلمها، فقد جاءت عبارة أهل الذكر في هذه الآية عامة بمعنى أهل العلم بكافة تخصصاتهم، بحيث يستوجب على القاضي الرجوع إليهم في

(1) انظر: زكي أبو عامر (محمد)، الإثبات في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص 185.

(2) القرار رقم 30791 الصادر عن الغرفة الجزائرية للمحكمة العليا بتاريخ 18/01/1983، نشرة القضاء، 1983 ع 02، ص 93،

انظر: سايس (جمال)، الاجتهاد الجزائري في القضاء الجنائي، ج 01، مرجع سابق، ص 115.

(3) Cass. Crim. 17/01/2006. Bull. Crim. N° 19.

(4) انظر: سورة الأنبياء الآية 07.

(5) انظر: الصابوني (محمد علي)، مختصر تفسير بن كثير، ج 01، مرجع سابق، ص 400.

القضايا التي تتطلب ذلك، كشفا للمستور وإحقاقا للحق، لأن النتيجة القاطعة لا يمكن أن يتوصل إليها إلا الخبير في قوله تعالى: ﴿...وَلَا يُنَبِّئُكَ مِثْلُ خَبِيرٍ﴾⁽¹⁾، أي لا يخبرك بعواقب الأمور ومآلها مثل خبير بها، صحيح أن هذه الآية تدل على قدرة الله سبحانه وتعالى عن الإخبار عن مصير الكفار يوم القيامة⁽²⁾، ولكن فيها دعوة صريحة للاستعانة بأهل الخبرة، والمعرفة، والعلم للإدلاء بأرائهم الفنية في القضايا التي تستوجب من القاضي إستجلاء جانبها الفني.

ومن السنة النبوية عن جابر قال: خرجنا في سفر، فأصاب رجلا معنا حجر فشجه في رأسه، ثم احتلم، فسأل أصحابه فقال: هل تجدون لي رخصة في التيمم؟ فقالوا: ما نجد لك رخصة وأنت تقدر على الماء، فاغتسل فمات، فلما قدمنا على النبي صلى الله عليه وسلم، أخبر بذلك، فقال: « قتلوه قتلهم الله، ألا سألوا إذ لم يعلموا، وإنما شفاء العي⁽³⁾ (السؤال، إنما كان يكفيه أن يتيمم ويعصر، أو يعصب على جرحه خرقة، ثم يمسح عليها ويغسل سائر جسده «⁽⁴⁾).

فمن خلال هذه الأدلة فإن الخبرة تتأكد أكثر ما تتأكد الحاجة إليها في المجال الجنائي، خصوصا عند تطبيق الحدود والقصاص، ويمكن أن ندرك أهمية رأي الخبير في تسبيب القاضي لحكمه في النصاب الذي يوجب قطع يد سارق، الذي يعتبر شرطا أساسيا لتطبيق حد القطع، بحيث إذا لم يستطع القاضي بإجتهاده تحديد قيمة المسروق، واختلف أهل العلم في ذلك بأن قال بعضهم قيمتها عشرة دراهم، وقال بعضهم أدنى لم يقطع لأن كمال النصاب شرط يراعى وجوده حقيقة، وذلك ينعدم عند اختلاف المقومين فيه⁽⁵⁾، وقد حدث في عهد أبي بكر الصديق رضي الله عنه حادثة بليغة بليغة رواها أبي ماجدة السهمي قال: قطعت من أذن غلام أو قطع من أذني أذن، فقدم إلينا أبا بكر حاجا فاجتمعنا إليه، فرفعنا إلى عمر بن الخطاب، فقال: « إن هذا قد بلغ القصاص، أدعوا لي حجاما ليقتص منه «⁽⁶⁾.

(1) انظر: سورة فاطر الآية 14.

(2) انظر: الصابوني (محمد علي)، ج02، نفس المرجع، ص114.

(3) العي: وهو الجهل، أو عدم البيان، وعيي الأمر: جهله، ولم يطق أحكامه، ولم يهتد فيه لأمر مراده، أو عجز عنه، انظر: الفيروز آبادي(مجد الدين محمد)، القاموس المحيط، باب الواو والياء، فصل العين، مادة عي، مرجع سابق، ص 1690، وانظر كذلك: الرازي (محمد بن أبي بكر)، مختار الصحاح، باب العين، مادة عيا، مرجع سابق، ص 152.

(4) انظر: ابن ماجة، سنن بن ماجة، كتاب التيمم، باب في المجروح تصيبه الجنابة، فيخاف على نفسه إن اغتسل، رقم الحديث 572، مرجع سابق، ص146، وانظر كذلك: ابن حنبل (أحمد الشيباني)، المسند، مسند بني هاشم، ج 02، رقم الحديث 3112، مرجع سابق، ص 343.

(5) انظر: السرخسي (شمس الدين)، المبسوط، ج 09، مرجع سابق، ص 138.

(6) انظر: أبو داود، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب الصانع، رقم الحديث 3430، مرجع سابق، ص 739 .

المستفاد هذه الحادثة أن أبا بكر قد استشار خبير جروح ليستطيع تحديد نوع الجريمة فيما إذا كانت تستوجب القصاص أو التعويض فقط، وبالتالي فإن الجراح الموجبة للقصاص يجب أن يحددها الأطباء الخبراء من حيث جسامه الجرح والعاهة التي يسببها لصاحبه، وفي هذا يقول ابن قيم الجوزية: « ما يختص بمعرفة أهل الخبرة والطب كالموضحة (1) وشبهها، وداء الحيوان الذي لا يعرفه إلا البيطار، فتقبل في ذلك شهادة طبيب واحد وبيطار واحد إذا لم يوجد غيره، وإن أمكن شهادة اثنين » (2)، وبالتالي فإن الفقهاء قد فرقوا بين العدد اللازم للأخذ بشهادة الخبير تبعاً لنوع الجرائم، وهذا ما يثبت بأن رأي خبير يمكن أن يكون موقفاً لتطبيق الحد، لأن القاضي لا يمكن له تطبيقه في حالة ما إذا آثار الخبير برأيه شبهة عدم اكتمال شروط الحد أو القصاص.

الشيء الذي يتضح من اختلاف الفقهاء فيما بعد حول النصاب الواجب توافره في حد السرقة، فقد ذهب الحنفية إلى أن النصاب الموجب للقطع في السرقة وهو دينار أو " عشرة دراهم" مضروبة غير مغشوشة، وذلك لإجماع العلماء على ذلك، واختلافهم في ما دونه (3) استناداً لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قال: « لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم » وهو حديث مرسل (4)، أما المالكية، والشافعية، والحنابلة فقد حددوا ذلك بربع دينار أو ثلاثة دراهم على اعتبار أن الدينار يساوي اثنا عشر درهماً (5)، وذلك مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم: « لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار » (6)، حيث يقول الإمام مالك بن أنس في الموطأ: « أحب ما يجب فيه القطع إلى ثلاثة دراهم، وإن ارتفع الصرف، أو اتضع، وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع

(1) الموضحة: الشجة التي تبدي وضغ العظم، والواضحة: الأسنان تبدو عند الضحك، ووضح الشيء: برز وظهر، انظر: الفيروز آبادي (مجد الدين محمد)، القاموس المحيط، باب الحاء، فصل الواو، مادة الوضح، المرجع السابق، ص 321، وانظر كذلك: ابن فارس (أبو الحسين أحمد بن زكريا)، مقاييس اللغة، كتب الواو، باب الواو والضاد ومايتلثهما، مادة وضح، مرجع سابق، ص 958، والرازي (محمد بن أبي بكر)، مختار الصحاح، باب الواو، مادة وضح، المرجع السابق، ص 233.

(2) انظر: ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص 111.

(3) انظر: الكاساني (علاء الدين أبو بكر بن مسعود)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج09، مرجع سابق، ص 275، انظر كذلك: ابن الهمام (كمال الدين محمد بن عبد الواحد)، شرح فتح القدير، ج05، مرجع سابق، ص350، وابن قدامة (موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد)، المغني، ج 12، مرجع سابق، ص 415.

(4) انظر: الترمذي، سنن الترمذي، باب ما جاء: في كم يقطع السارق؟ مذكور في سياق رواية حديث " أن الرسول صلى الله عليه وسلم قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم "، رقم الحديث 1512، مرجع سابق، ص 631.

(5) انظر: الجزيري (عبد الرحمن)، الفقه على المذاهب الأربعة، ج05، مرجع سابق، ص 147.

(6) انظر: مسلم، صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب حد السارق ونصابها، رقم الحديث 4400، مرجع سابق، ص 746، وانظر كذلك: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الحدود، باب قوله تعالى: ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا... ﴾ سورة المائدة الآية 38، وفي كم يقطع؟، رقم الحديث 6789، مرجع سابق، ص829، وابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الحدود، باب حد السرقة، رقم الحديث 2585، المرجع السابق، ص 453.

في مِجَنٍّ (1) قيمته ثلاثة دراهم، وأن عثمان قطع في أترجه (2) قومت بثلاثة دراهم، وهذا أحب ما سمعت إلي في ذلك « (3)، أما الظاهرية فيحددون النصاب على أساس الذهب وهو ربع دينار، وماعدا ذلك لا يجب القطع إلا إذا بلغ المال المسروق قيمة المِجَنِّ ، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم قطع في المِجَنِّ (4).

وبالتالي فإن جمهور الفقهاء متفقون على أن القطع يجب في ربع دينار لصحة الحديث المستند إليه، وهو الذي يكفي الرجل وأهله قوت يومه، أي مما لا يمكن التسامح فيه (5)، وبالتالي وحيث يجب القطع فإن الأمر يحتاج إلى أهل الخبرة لتقدير قيمته تبعا للحالة الاقتصادية للمجتمع وتغير الزمان والمكان، أين يلعب العرف والعادة دورا كبيرا في تحديد ذلك.

الفرع الثالث

حق المتهم في الدفاع من خلال الأدلة الإستخلاصية (القرائن)

تعتبر القرائن المجال الأقوى الذي تتجلى فيه حرية القاضي الجنائي في الإثبات، على أساس أن الدليل الذي يؤسسه انطلاقا منها، يكون مبنيا على قدرته على الاستنباط والاستقراء، وإحداث رابطة حقيقية بين واقعتين الأولى تحوز اليقين، والثانية تتميز بالغموض المفضي إلى الشك، ولإزالته لابد من استنباط الرابطة التي تجمعهما من خلال التلازم الذي يجمع الواقعتين، ذلك لأن القرينة سواء في تعريفها اللغوي أو الفقهي جاءت تدل على هذا المعنى.

(1) المِجَنِّ: الترس، والترسة، والميم زائدة لأنه من الجُنَّة وهي السترة، والمِجَنِّ: الكثير الكافي الواسع، ويقال رجل مِجَان: الذي يعطي شيئا بلائمن، انظر: الفيروز آبادي(مجد الدين محمد)، القاموس المحيط، باب النون، فصل الميم، مادة مِجَن، المرجع السابق، ص 1583، انظر كذلك: ابن فارس (أبو الحسين أحمد بن زكارياء)، مقاييس اللغة، كتاب الميم، باب الميم والجيم وما يثقلهما، مادة مِجَن، المرجع السابق، ص 853، والرازي (محمد بن أبي بكر)، مختار الصحاح، باب الميم، مادة مِجَن، المرجع السابق، ص 198.

(2) الأترجة: ومفردها الأترجُ وهي نوع من الفاكهة، حامضها يسكن غلظة النساء، ويجلو اللون والكلف، وقشره في الشباب يمنع السوس، وريح تريجة: شديدة، انظر: الفيروز آبادي (مجد الدين محمد) ، باب الجيم، فصل التاء، مادة ترج، نفس المرجع، ص 236، انظر كذلك: الرازي (محمد بن أبي بكر) ، باب التاء، مادة ترج، نفس المرجع، ص 29.

(3) انظر: مالك (أبو عبد الله بن أنس)، الموطأ، باب ما يبيع فيه القطع، رقم الحديث 1602، مرجع سابق، ص 356، وانظر كذلك: الشافعي (أبو عبد الله محمد بن إدريس)، الأم، ج 07، مرجع سابق، ص 319.

(4) انظر: ابن جزم (أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي)، المحلى، ج 11، مرجع سابق، ص 353، وانظر كذلك: الرصاع(عبد الله محمد)، شرح حدود بن عرفة، مرجع سابق، ص 663.

(5) انظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج 02، مرجع سابق، ص 51.

فالقرينة في اللغة : هي نفس الإنسان، بمعنى المقاربة، والمصاحبة، والملازمة، الذي يطلق عادة على الزوجة لمصاحبتها زوجها، ودلالة الكلام قرينه، وقرن الشيء بالشيء أي اتصل به، وقرن بين الحج والعمرة أي جمع بينهما ⁽¹⁾، وقد وردت القرينة في القرآن الكريم بمعنى الملازمة السنية في قوله تعالى: ﴿ حَتَّىٰ إِذَا جَاءَنَا قَالَ يَا لَيْتَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ بُعْدَ الْمَشْرِقَيْنِ فَبِئْسَ الْقَرِينُ ﴾ ⁽²⁾، كما وردت بمعنى الملازمة الطيبة في قوله تعالى: ﴿ قَالَ قَائِلٌ مِنْهُمْ إِنِّي كَانَ لِي قَرِينٌ * يَقُولُ أَتِنَّكَ لَمِنَ الْمُصَدِّقِينَ * ﴾ ⁽³⁾.

أما في الاصطلاح: فإن تعاريف الفقهاء جاءت كلها متفقة على أنها " كل ما يستخلصه القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول" ⁽⁴⁾، أو هي كل أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه ⁽⁵⁾، وبالتالي فهي نتيجة يتحتم على القاضي أن يستنتجها من واقعة معينة، أو كما عرفت المادة 1349 من القانون المدني الفرنسي " بأنها النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة" ⁽⁶⁾ وعرفت محكمة النقض المصرية أيضاً بأنها: « استنباط أمر مجهول من واقعة ثابتة ومعلومة » ⁽⁷⁾، إلا أنه ورغم هذه التعاريف المقدمة للقرينة، التي يمكن أن نسقطها على كل عملية استنباط يقوم بها القاضي في تقدير كل دليل، إلا أن المشرع الجزائري وعلى غرار الكثير من التشريعات الوضعية، لم يقم بتعريف القرينة بل نص على حرية القاضي في ذلك في نص المادة 339 من ق.م: « يترك للقاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة»

نستنتج من خلال هذه التعاريف بأن القرينة هي نتيجة لعمل ذهني يقوم به المشرع في القرينة القانونية، والقاضي في قرائن القضائية، لاستنباط واقعة مجهولة من أخرى معلومة، بشرط أن تكون هناك رابطة بالواقعتين.

(1) انظر: الفيروز آبادي (مجد الدين محمد)، القاموس المحيط، باب النون، فصل القاف، مادة القرن، المرجع السابق، ص 1571، انظر كذلك: ابن فارس (أبو الحسين أحمد بن زكاريّا)، مقاييس اللغة، كتاب القاف، باب القاف والراء وما يثقلهما، مادة قرن، المرجع السابق، ص 770، والرازي (محمد بن أبي بكر)، مختار الصحاح، باب القاف، مادة قرن، المرجع السابق، ص 172.

(2) انظر: سورة الزخرف الآية 38.

(3) انظر: سورة الصافات الآية 51، 52.

(4) انظر: الشواربي (عبد الحميد)، القرائن القانونية والقضائية في المواد المدنية، والجناحية، والأحوال الشخصية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2003، ص 17.

(5) انظر: الزرقا (مصطفى)، المدخل الفقهي العام، ج 02، مرجع سابق، ص 918.

(6) «Ce sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu ».

LARGUIER (J) - CONTE (P) : Procédure pénale, op, cit, P444.

(7) نقض مصري 1961/01/28، مجموعة القواعد، ج 11، 17، رقم 05، انظر: سلامة (مأمون محمد)، قانون الإجراءات الجنائية

معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض طبقا لأحدث التعديلات والأحكام، ج 02، مرجع سابق، ص 1068.

ومهما تكن التسمية التي عبر عنها الفقهاء سواء أكانت " أمراً، أو نتيجة، أو أمانة، أو دلالة...."، فإن الأخذ بالقرينة في حقل الإثبات الجنائي يكون تبعاً لقوة القرينة، أي قاطعة؟ كدلالة الدخان على النار، أو ضعيفة يدخل عليها الاحتمال بوجود قرينة أقوى منها تعارضها، كما يمكن أن تكون عقلية أو عرفية (1)، وفيما إذا كانت قانونية ينشأها القانون، كافتراض العلم به نتيجة نشره في الجريدة الرسمية، أو قضائية، أو ما تسمى بالدلائل (2) الناتجة عن الاجتهاد القضائي المبني على الاستنتاج الذي يقوم به القاضي وفقاً لسلطته التقديرية من خلال الواقعة المعروضة أمامه (3)، ويترتب عليه هذا التقسيم أن القرائن القانونية لا بد وأن تكون قد رُودت على سبيل الحصر، أما القضائية فإنها تكون غير محددة (4).

يتفق فقهاء القانون الوضعي وفقهاء الشريعة الإسلامية على أن القرائن الشرعية والقانونية، هي من نوع القرائن العقلية التي يعتمدها المشرع لتسبب بعض الأحكام كقرينة تقادم الجريمة، بحيث تكون تلك الأحكام ثابتة الدلالة، أما القرائن القضائية هي تلك التي يتخذها القاضي لتمحيص الوقائع وتقديرها لإثباتها، فقد تكون عقلية، أو عرفية، ولا يشترط فيها الثبات فقد تكون وقتية (5)، ومهما يكن عليه الأمر فإن القرائن تعتبر من وسائل الإثبات غير المباشرة، لأنها تؤدي إلى تغيير محل الإثبات، الذي ينتقل إلى واقعة أخرى مختلفة عن الواقعة محل المتابعة، وذلك لوجود علاقة سببية بين الواقعتين (6).

الشيء الذي يجعلها تختلف عن الشهادة التي تنصب مباشرة على الواقعة المطلوب إثباتها، كما تختلف عن الدلائل من ناحيتين، الأولى أنها يمكن أن تكون دليلاً قائماً بذاته ولو في القتل العمد، أما الدلائل فلا يكون الاستنتاج فيها لازماً، بل قد يفسر على أكثر من وجه، ومن ثم لا تكفي للإدانة وتحتاج إلى تساندها مع أدلة أخرى، وإن كانت تكفي لاتخاذ إجراءات التحقيق الابتدائي بشأنها كالقبض، والتفتيش، والحبس المؤقت (7)، فالقرائن كوسيلة إثبات قد يلجأ إليها القاضي سواء في

(1) انظر: الزرقا (مصطفى)، المدخل الفقهي العام، ج 02، المرجع السابق ص 919.

(2) الدلائل وقائع مادية، أو أمارات خارجية، أو سيكولوجية يستدل منها على قبول شبهة لقيام الاتهام عند واقعة مخالفة للقانون، وكافة الدلائل تصلح لأن يستنبط منها القرائن طالما كانت الدلائل قوية فيما تضمنته، ثابتة فيما تقطع فيه، انظر: الشورابي (عبد الحميد)، القرائن القانونية والقضائية في المواد المدنية، والجنائية، والأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 131.

(3) انظر: زكي أبو عامر (محمد)، الإثبات وفي المواد الجنائية، مرجع سابق، ص 181.

(4) انظر: سلامة (مأمون محمد)، قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض طبقاً لأحدث التعديلات والأحكام، ج 02، المرجع السابق، ص 1067.

(5) انظر: الزرقا (مصطفى)، ج 02، نفس المرجع، ص 923.

(6) انظر: زبدة (مسعود)، القرنين القضائية، الجزائر، موفم للنشر والتوزيع، 2001، ص 200.

(7) انظر: عبيد (رؤوف)، ضوابط تسبب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق، مرجع سابق، ص 411.

القانون الوضعي أو الشريعة الإسلامية، تثير مجموعة من الإشكالات بالنسبة لحق المتهم في الدفاع، سواء تعلق الأمر بالقرائن القانونية أو القرائن القضائية.

الفقرة الأولى

القرائن القانونية.

منها ما هو قاطع وصريح يقيد القاضي والخصوم - أي لا يقبل إثبات العكس - ومن أهمها " قرينة العلم بالتجريم، وقرينة انعدام المتابعة بعد التنازل عن الشكوى، وغياب المدعي المدني عن الجلسة دون عذر مقبول يعد قرينة على ترك الدعوى المدنية، ومباشرة الإجراء من طرف المتهم أو محاميه يعتبر قرينة على رضائهما به " (1). وقرينة بسيطة يكمن دورها في نقل عبء الإثبات، وجعله على عاتق المتهم، على أساس أنه يمكن إثبات عكسها، ومن أمثلتها " قرينة مشاهدة الجاني في أحوال التلبس وهو يحمل الأسلحة، والأدوات، أو آثار معينة خلفتها الضحية على جسده تدل على ارتكابه الجريمة، وقرينة تخلف الشاهد عن الحضور بعد تكليفه بالحضور، فهو يعتبر قرينة على خطئه يمكن إثبات عكسها إذا حضر بعد ذلك وقدم العذر المقبول " (2).

ووجه إعطاء المشرع هذه القوة التدليلية للقرائن القانونية الهدف منه هو حماية المصلحة العامة، عن طريق إعفاء القاضي من إثبات الصلة بين الواقعة الثابتة والأخرى المراد إثباتها، عن طريق استباق وقوع الواقعة بإجراء ردعي يلقي عبء إثبات عكسه على عاتق المتهم كإثبات حالة القوة القاهرة مثلا (3)، بمعنى أن المشرع يقوم بعملية الاستنباط الوقائي، تحقيقا للردع العام والخاص في بعض الجرائم، على خلاف القاضي الذي يقوم بعمله بعد وقوع الجريمة، التي تكون في غالب الأحيان عسيرة الإثبات، الأمر الذي دعا بالمشرع إلى النص على العلاقة التلقائية بين المتهم والجريمة بمجرد ضبطها، دون ما حاجة إلى البحث عن صحة نسبتها إليه من عدمه، وهذا لا يمكن اعتباره تدخلا من المشرع في سلطة القاضي التقديرية، كما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها (4)،

(1) انظر: عبيد (رؤوف)، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، مرجع سابق، ص 726.

(2) انظر: سلامة (مأمون محمد)، قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض طبقا لأحدث التعديلات والأحكام، ج02، المرجع السابق، ص1067.

(3) انظر: قرار الغرفة الجزائية للمحكمة العليا، ملف رقم 30726، المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع 03، 1989، ص 1982

(4) نقض مصري 1968/02/25، مجموعة الأحكام، ج01، سنة 09، طعن رقم 28، ص156، انظر: سلامة (مأمون محمد)، ج02، نفس المرجع، ص1070.

وإنما هو نوع من التكامل بينه وبين القاضي، لا يترتب عليه إدانة المتهم لجواز دحضها من قبله بتقديم دليل براءته، الذي يتحول دوره فيها من الوضع الاختياري في الإثبات إلى الوضع الإلزامي.

الوضع الذي أكد عليه مؤتمر الجمعية الدولية لرجال القانون المنعقد في نيودلهي سنة 1959، كما قررت اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان سنة 1972 أن المادة 06/ ف 02 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان المتعلقة بأصل البراءة لا تضع حاجزا أمام القرائن القانونية المتعلقة بافتراض البراءة في المادة الجنائية، نظرا لطابعها العقلاني، وغير القابل للدحض⁽¹⁾، فهو من الناحية القانونية يمكن اعتباره خروجاً عن مبدأ البراءة الأصلية، وسقوطاً لحق المتهم في الامتناع عن التصريح بتكلفه بإثبات براءته، وتقديم الدليل عليها⁽²⁾، ولكن من الناحية الواقعية يجد مبرره في مواجهة التطور المفرط في الجريمة وتنوعها، وخصوصاً الاقتصادية منها.

الشيء الذي كرسه المشرع الجزائري في قانون الجمارك في نص المادة 303: « يعتبر مسئولاً عن الغش كل شخص يحوز بضائع محل الغش »، وكذلك المادة 11 من قانون مكافحة التهريب التي تنص «...كل شخص يحوز داخل النطاق الجمركي مخزناً معداً يستعمل للتهريب، أو وسيلة نقل مهيأة خصيصاً لغرض التهريب»، بحيث جعل وسيلة الإثبات فيها تتضمن نوعين من المحاضر، وهي المحاضر التي تحوز الحجية إلى حين إثبات عسكها، والمحاضر التي تحوز الحجية إلى حين الطعن فيها بالتزوير وفقاً لنص المادة 32 من قانون التهريب.

الفقرة الثانية

القرائن القضائية.

وهي التي يستخلصها القاضي من ظروف الدعوى، ويستنتج منها الواقعة المراد إثباتها، من وقائع أخرى ثابتة في ملف الدعوى، وبالتالي فإنها تقوم على عنصرين، عنصر مادي وهو الوقائع، وعنصر المعنوي "عقلي" وهو كيفية استنباط الواقعة المراد إثباتها من الواقعة الثابتة⁽³⁾، ومن أمثلة هذه القرائن "تعدد السوابق في نوع معين من الجرائم كدليل ارتكاب المتهم للجريمة الجديدة، وجود ورقة تنبعت منها رائحة مخدر، كدليل حيازة المتهم له، عدم تنفيذ المتهم للالتزامه برد المال موضوع عقد

(1) انظر: الهواري (شعبان محمود محمد)، افتراض البراءة في المتهم كأساس للمحاكمة العادلة في النظامين اللاتيني والأنجلوسكسوني، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 207.

(2) انظر: الطراونة (حسن عوض سالم)، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 114.

(3) انظر: عبيد (رؤوف)، ضوابط تسبب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق، مرجع سابق، ص 410.

الأمانة في الوقت المحدد، قرينة على خيانة الأمانة " (1)، وللايّنات بالقرائن القضائية لابد من توافر مجموعة من الشروط:

- أ- أن تكون الواقعة المباشرة المكونة للقرينة ثابتة الوقوع فعلا ولا تحتل الجدل، وبالتالي لا يمكن استخلاص الواقعة المراد إثباتها من واقعة أدلى بها أحد الشهود لأن شهادته في حد ذاتها محل تقدير.
- ب- أن يكون الاستنتاج المبين في الحكم يتفق مع العقل والمنطق (2).
- ت- أن يكون استنتاج الواقعة المجهولة من الواقعة المعلومة منسجما مع الأدلة الأخرى (3).

أما في الشريعة الإسلامية فإن الأخذ بالقرائن كوسيلة إثبات، ثابت بما ورد في القرآن الكريم والسنة الشريفة، فمن القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿تَعْرِفُهُمْ بِسِيمَاهُمْ﴾ (4)، أي بما ظهر لذوي الألباب من صفاتهم (5) كقوله تعالى أيضا: ﴿وَلَوْ نَشَاءُ لَأَرَيْنَاكُهُمْ فَلَعَرَفْتَهُمْ بِسِيمَاهُمْ وَتَعْرِفَنَّهُمْ فِي لَحْنِ الْقَوْلِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ أَعْمَالَكُمْ﴾ (6)، وقوله أيضا في قصة يوسف عليه السلام: ﴿وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْرًا فَصَبْرٌ جَمِيلٌ وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَى مَا تَصِفُونَ﴾ (7)، تعتبر هذه الآية الأصل الذي اعتمد عليه الفقهاء في الأخذ بالقرائن لأن القميص الذي أحضره إخوة يوسف كدليل مادي على صدق روايتهم بأن الذئب أكل أخوهم يوسف، جعلت سيدنا يعقوب عليه السلام يستنتج الواقعة المراد إثباتها وهي كذبهم عليه، من حالة القميص المحتج به من قبلهم بأنه لم يكن به خرق، ولا تمزيق فكيف استطاع الذئب أن يأكل سيدنا يوسف عليه السلام ؟ (8).

يقول القرطبي في تفسير هذه الآية كدليل في الاعتماد على الأمارات: «قال علماؤنا: لما أرادوا أن يجعلوا الدم علامة صدقهم، قرن الله تعالى بهذه العلامة علامة تعارضها، وهي سلامة القميص من التمزيق، إذ لا يمكن افتراس الذئب ليوسف، وهو لابس القميص، ويسلم القميص، وأجمعوا على أن يعقوب استدل على كذبهم بصحة القميص، فاستدل الفقهاء بهذه الآية في إعمال الأمارات في

(1) انظر: عبيد (رؤوف)، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، مرجع سابق، ص 728.

(2) انظر: قرار المحكمة العليا، الغرفة الجزائية، ملف رقم 24940، مجموعة قرارات الغرفة الجزائية المؤرخ في 1982/05/14، مرجع سابق، ص 106.107.

(3) نقض مصري، 1968/06/12، مجموعة أحكام النقض، سنة 18، رقم 162، انظر: سلامة (مأمون محمد)، قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض طبقا لأحدث التعديلات والأحكام، ج02، المرجع السابق، ص1069.

(4) انظر: سورة البقرة الآية 272.

(5) انظر: الصابوني (محمد علي)، مختصر تفسير بن كثير، ج01، مرجع سابق، ص 196.

(6) انظر: سورة محمد الآية 30.

(7) انظر: سورة يوسف الآية 18.

(8) انظر: الصابوني (محمد علي)، ج02، نفس المرجع، ص 193.

مسائل كثيرة من الفقه»⁽¹⁾، كما أستدل جمهور الفقهاء على الأخذ بالأمارات والعلامات فيما لم يكن فيه إقرار، أو شهادة، أو يمين من قصة سيدنا يوسف نفسها مع امرأة عزيز مصر في قوله تعالى: ﴿...وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِّن قَبْلِ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ﴾⁽²⁾، وفي هذه الآية دلالة أكيدة على إمكانية الاستناد على القرينة الواضحة في الحكم القضائي، وإن كان قد اختلف العلماء في صفة هذا الشاهد، فمنهم من قال أنه كان من خاصة الملك، ومنهم من قال بأنه كان صبياً في المهدي استناداً إلى حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «تكلم أربعة وهم صغار: بن ماشطة بنت فرعون، وشاهد يوسف، وصاحب جريج، وعيسى بن مريم»⁽³⁾.

أما من السنة النبوية فإن الأخذ بالقرينة ثابت في الكثير من الأحداث التي استند فيها الرسول صلى الله عليه وسلم على القرينة، ومنها قصة قتل ابن أبي الحقيق، أن الصحابة رضي الله عنهم الذين قتلوه اختلفوا في ذلك لشدة سواد ليلة التنفيذ، فلما جاؤا الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «هاتوا أسيافكم»، فنظر إليها فقال لسيف عبد الله بن أنيس: «هذا قتله، أرى فيه أثر الطعام»⁽⁴⁾، فالرسول في هذه الحادثة لما أسند قتل ابن أبي الحقيق لسيف عبد الله بن أنيس كان بناءً على آثار الطعام الباقية على سيفه، التي تعتبر كقرينة على نفاذ سيفه إلى بطن المقتول، وكذلك ما جاء في حديث قذف هلال بن أمية لزوجته بالزنا، حين قال الرسول صلى الله عليه وسلم: «أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين، سابغ الإليتين، خدلج الساقين، فإنه لشريك بن سمحاء»، فجاءت به كذلك فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن»⁽⁵⁾.

بمعنى أن النبي صلى الله عليه وسلم قد جعل الشبه بين الولد والمثبه به قرينة على صدق الرمي بالزنى، وبالتالي فكل هذه الأدلة وغيرها، تؤكد أهمية الأخذ بالقرائن والأمارات في بناء الأحكام، كما أن نكول المرأة عن يمين اللعان من أقوى الأمارات على صدق الزوج، فقام لعانه ونكولها مقام الشهود⁽⁶⁾، وقد اعتبر الصحابة رضي الله عنهم أن قرينة الزنا تثبت من حمل المرأة غير المتزوجة، والثابت من قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه: «يا أيها الناس إن الزنا زنيان: زنا سر، وزنا

(1) انظر: القرطبي(أبو عبد الله محمد بن أحمد)، الجامع لأحكام القرآن، ج09، مرجع سابق، ص 174.

(2) انظر: سورة يوسف الآيات 26،27.

(3) انظر: ابن حنبل(أحمد الشيباني)، مسند الإمام أحمد، مسند بني هاشم، ج02، رقم الحديث 2875، مرجع سابق، ص 286، وانظر

كذلك:القرطبي (أبو عبد الله محمد بن أحمد)، الجامع لأحكام القرآن، ج09، مرجع سابق، ص 172.

(4) لتفصيل ذلك انظر: ابن هشام (أبو محمد عبد الملك بن أيوب)، السيرة النبوية، مرجع سابق، ص 500.

(5) سبق تخريجه.

(6) انظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص 16.

علانية، فزنا السر: يشهد الشهود، فيكون الشهود أول من يرمى ثم الإمام ثم الناس، وزنا العلانية: أن يظهر الحبل، والاعتراف فيكون الإمام أول من يرمى « (1).

كما اعتمد الصحابة رضي الله عنهم على وجوب إقامة الحد على من ظهرت عليه رائحة الخمر، أو القيء اعتماداً على القرينة الظاهرة التي تعتبر أقوى من البينة والاعتراف، لأنهما خبران قد يتطرق إليهما الصدق أو الكذب، ولا يزال الأئمة والخلفاء يحكمون بالقطع إذا وجد المال المسروق مع المتهم (2)، وهذا يتوافق إلى حد كبير مع ما جاء به القانون الوضعي فيما بعد في المسؤولية المفترضة القائمة على الركن الشرعي، والمادي دون القصد الجنائي الذي يفترض في مرتكب الجريمة كما في قانون التهريب السالف الذكر.

فرغم اتفاق الفقهاء على أهمية الإثبات بالقرائن إلا أنهم اختلفوا حول كيفية إعمالها في الحدود، والقصاص، والتعزير.

ففي الحدود، اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في إقامة الحد على المرأة التي يظهر حملها وهي غير متزوجة، فنجد أن الحنفية، والشافعية، والحنابلة لا يجيزون إقامة الحد على هذه المرأة على أساس حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: « إدروا الحدود بالشبهات... »، وقرينة الحمل الظاهر شبهة يمكن إثبات عكسها، كما أن الزنا لا يثبت إلا بالإقرار والشهادة، أما المالكية وبعض الحنابلة ومنهم بن القيم الجوزية، فلا يرون مانعاً من إثبات الحدود بالقرائن مستدلين في ذلك بالعديد من القضايا التي قضى فيها الخلفاء الراشدين، كقضية المرأة التي تعلقت بشاب من الأنصار، ولما لم يستجيب لها، فقامت بصب بياض البيض على ثوبها وبين فخديها، ثم شكته إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فهم بمعاقبة الشاب بناء على ذلك، الذي نبه سيدنا عمر رضي الله عنه إلى ضرورة التثبت لأنه بريء، فاستشار في ذلك علي بن أبي طالب كرم الله وجهه، الذي قام بصب الماء المغلي على ثوب تلك المرأة فتجمد ذلك البياض، فعرف أنه ببيض وليس مني، فزجر المرأة فاعترفت (3).

أما في القصاص، فإن مجال تطبيق القرائن، وحسب اتفاق جمهور الفقهاء يكون في الجرائم والواقعة عن النفس، سواء أكان القتل عمداً أو خطأ، ولا تكون في الجروح، لعدم إمكانية

(1) انظر: عودة (عبد القادر)، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج 02، مرجع سابق، ص 341.

(2) انظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص 12. وانظر كذلك:

بن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج 02، مرجع سابق، ص 152.

(3) لتفصيل ذلك انظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، نفس المرجع، ص 46 وما بعدها.

المماثلة بين النفس والأطراف، وصورتها المثلى في الشريعة الإسلامية هي القسامة⁽¹⁾ استنادا إلى قوله تعالى: ﴿...وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾⁽²⁾، ومن السنة حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم عند مقتل عبد الله بن سهيل في خيبر عندما قال لأهله: «أتحلفون خمسينا يمينا وتستحقون دم صاحبكم؟»، أو قاتلوكم، فقالوا: كيف نحلف ولم نشهد؟، قال: «فتبرئكم يهود بخمسين يمينا؟» قالوا: وكيف نقبل أيمان قوم كفار؟، فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من قبله⁽³⁾، والقسامة كما عرفها الفقهاء هي اليمين التي يؤديها أهل القتل على أن المتهم هو من قام بقتله⁽⁴⁾، وذلك لوجود شبهة معينة كوجود القتل في محلة قوم لا يخالطوهم فيه أحد، أو وجود عداوة بين أولئك القوم وبين قوم المقتول، كما العداوة التي كانت بين الأنصار واليهود، وكانت خيبر خاصة بهم ووجد فيها القتل المذكور في الحديث السابق⁽⁵⁾، ويضيف الحنفية شرطا آخر هو أن يكون القاتل مجهولا، فإذا كان معلوما وجب القصاص أو الدية⁽⁶⁾.

غير أن الفقهاء اختلفوا في قيمة التدليلية للقسامة فقد اعتبرها جمهور الفقهاء، دليل إثبات في حالة انعدام الأدلة، وتكون كافية بنفسها لإدانة المتهم⁽⁷⁾، وذلك بسبب وجود اللوث⁽⁸⁾، أما الحنيفية فيعتبرونها دليل لنفي التهمة عن المتهم مع بقاء الدية، وذلك لوجود القتل بينهم، الوضع الذي

(1) انظر: ابن رشد (أبو الوليد محمد بن أحمد بن أحمد القرطبي)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ص 825.

(2) انظر: سورة الإسراء الآية 33.

(3) انظر: مسلم، صحيح مسلم، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب القسامة، رقم الحديث 4342، مرجع سابق، ص 736، وفي رواية أخرى " بعث إليهم الرسول صلى الله عليه وسلم مائة ناقة حتى أدخلت عليهم الدار" رقم الحديث 4349، نفس المرجع، ص 738.

(4) لتفصيل ذلك انظر: ابن قدامة (موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد)، المغني، ج12، مرجع سابق، ص 189، وانظر كذلك: القادري (محمد بن حسين بن علي)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 09، مرجع سابق، ص 188. والشافعي، الأم، ج 07، مرجع سابق، ص 237.

(5) انظر: القرطبي (أبو عبد الله محمد بن أحمد)، الجامع لأحكام القرآن، ج09، مرجع سابق، ص 828.

(6) انظر: ابن الهمام (كمال الدين محمد بن عبد الواحد)، فتح القدير، ج10، مرجع سابق، ص 383.

(7) لتفصيل ذلك انظر: الجزيري (عبد الرحمان)، الفقه على المذاهب الأربعة، ج05، مرجع سابق، ص 361 وما بعدها.

(8) اللوث في اللغة: هو القوة، وعصب العمامة، والشر، والجراحات، والمطالبات بالأحقاد، واللوثة، بالضم: الإسترخاء، والبطء، والحمق، ومس الجنون، واللوث بالفتح البيئنة الضعيفة، انظر: الفيروز آبادي (مجد الدين محمد)، القاموس المحيط، باب الناء، فصل اللام، مادة اللوث، مرجع سابق، ص 229، وانظر كذلك: ابن فارس (أبو الحسين أحمد بن زكارياء)، مقاييس اللغة، كتاب الميم، باب اللام والواو وما يثلثهما، مادة لوث، مرجع سابق، ص 823، أما اصطلاحا: هو الأمر الذي ليس بالقوي، ويطلق على القرائن الظاهرة الدالة على القتل، أو هو البيئنة الضعيفة غير الكاملة، أو هو إمارة غير قاطعة على القتل مع اختلاف بين الفقهاء في حالاته، وانظر كذلك: الرصاع (عبد الله محمد)، شرح حدود بن عرفة، مرجع سابق، ص 637، والزحيلي (وهبة)، الفقه الإسلامي وأدلته، ج06، مرجع سابق، ص 398، 399، وبهنسي (أحمد فتحي)، نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 228.

يظهر تقصيرهم في نصرته و حمايته، لأن القسامة شرعت تأديتها لإظهار جريمة القتل، أو البراءة منها مع بقاء الدية وتأدية اليمين، أو النكول عنها لحفظ دم القتل (1).

كما اختلف الفقهاء أيضا فيمن يؤدي القسامة، فقد كان رأي جمهور الفقهاء أن يؤديها المدعي استنادا إلى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قال: «أتحلفون خمسينا يمينا وتستحقون دم صاحبكم؟» ، فتكون القسامة بهذا المعنى استثناءً من قاعدة "البينة على المدعى واليمين على من أنكر" ، وسبب ذلك لتحصين الدماء من جهة، وحرمان القاتل من إخفاء القتل باليمين من جهة ثانية، لأنه كثيرا ما يتحرى الأماكن الخالية لتنفيذ جريمته، أين تقل الشهادة عليها (2)، أما الحنفية فالذي يؤدي القسامة هو المدعى عليه (3) استنادا إلى الحديث الذي رواه بن العباس حين قال: «وجد رجل من الأنصار قتيلا في دالية ناس من اليهود، فبعث الرسول صلى الله عليه وسلم إليهم فأخذ منهم خمسين رجلا من خيارهم، فاستحلفهم بالله ما قتلنا، ولا علمنا له قتل، وجعل عليهم الدية، فقالوا لقد قضى بما قضى فينا نبينا موسى عليه السلام» (4).

الواضح من خلال هذين الرأيين فيمن تجب القسامة، أن رأي الجمهور أكثر استجابة لضمان حقوق المتهم في الدعوى الجزائية استنادا إلى القاعدة الفقهية "الأصل براءة الذمة" ، وعدم مطالبته بتقديم أي دليل، واليمين دليل من أدلة الإثبات في الشريعة الإسلامية، كما أنه ولو استندنا على رأي الإمام أبي حنيفة لأصبحت القسامة مدعاة للإكراه على الاعتراف، في زمن قل فيه الوازع الديني، وإن كانت شهادتهم على شيء لم يروه.

أما التعازير فإنفاق فقهاء الشريعة الإسلامية، تقسم عادة تبعا للحق المعتدى عليه، فقد يكون الاعتداء على حق من حقوق الله، ولكن من غير أن يكون الاعتداء موجبا للحد، كالشخص الذي يضبط بحوزته مادة مسكرة فإنه لا يجب عليه الحد، حتى ولو أعترف بأنه أحضرها ليشربها، لأن حد الخمر يثبت بالشرب، لكنه يعزر، لأن الحد لا يجب إلا بتمام الفعل، شهادة أو إقرارا (5)، وكذلك بالنسبة لمن وجد معه المال المسروق، لأنه لا يوجب الحد إلا بالإقرار، إلا أن العقوبة التعزيرية التي تتخذ في شأنه تكون تبعا لحاله فيما إذا كان متهما معروفا بالصلاح، أو مجهول الحال، أو مشهور

(1) انظر: الجزيري (عبد الرحمان)، ج05، نفس المرجع، ص 358، وانظر كذلك: عودة (عبد القادر)، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج02، مرجع سابق، ص 255.

(2) انظر: عودة (عبد القادر)، ج02، نفس المرجع، ص 254.

(3) انظر: الكاساني(علاء الدين أبو بكر بن مسعود)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج10، مرجع سابق، ص 377.

(4) انظر: البيهقي، السنن الكبرى، كتاب القسامة، باب القسامة والبداية فيها مع اللوث بإيمان المدعي، رقم الحديث16447، مرجع سابق، ص 213.

(5) انظر: السرخسي (شمس الدين)، المبسوط، ج 24، مرجع سابق، ص 37.

بالفجور، وفي هذا يقرر ابن فرحون: « إذا وجد عند المتهم بعض المتاع المسروق، وأدعى المتهم أنه اشتراه، ولا بينة له فهو متهم بالسرقة، ولا سبيل للمدعي إلا فيما بين يديه، وإن كان غير معروف بذلك فعلى السلطان حبسه، والكشف عنه، وإن كان معروفا بالسرقة حبس أبدا حتى يموت بالسجن » (1).

أما إذا كان الاعتداء على حق من حقوق العباد كالسب والشتم، فإن ولي الأمر ملزم بتقرير العقوبة التعزيرية الزاجرة والعادلة، حتى لا يعم الظلم والفساد في الأرض فتضيع كل المقاصد، الشيء الذي أصله سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله بمقولته الشهيرة: « القوي منكم ضعيف عندي حتى آخذ الحق منه، والضعيف منكم قوي عندي حتى آخذ الحق له » (2).

الملاحظ من خلال ما تقدم، أن الحدود والقصاص تقوم على تحديد دليل الإثبات مقدارا وصنفا، أما التعازير فإن تحديد ذلك يعود لولي الأمر، يستخلصه من ظروف المجتمع، ومن حال المتهم، ولكن لا يجب أن يخرج في ذلك عن نصوص الشريعة الإسلامية، وبالتالي فإن مقدار تحديد التعزير يكون تبعا لمقدار الشبهة، فإن كانت الشبهة قوية كان التعزير خفيفا، وإن كانت ضعيفة كان التعزير شديدا (3)، فالقاضي تبعا لرأي جمهور الفقهاء مقيد في الحدود بمقدار معين، وأدلة معينة لا يخرج عنها عند البحث فيها وتقديرها، ومن ثم وجوب تنفيذها بانتفاء الشبهة عنها، أما التعازير فتمكّن القاضي من الاجتهاد في تقدير العقوبة المناسبة، وتأسيسها على الشبهة، وذلك بعدم اكتمال أركانها كانتفاء ركن الأخذ خفية في السرقة مثلا (4)، فيستطيع القاضي في هذا المجال أعمال القياس، والحكم بعقوبة قد تصل إلى سقف المقدار المقدر شرعا.

وبالتالي فإن المجال الخصب لأعمال القرائن في الشريعة الإسلامية هو التعازير، التي تظهر شبهة ارتكاب جرائم الحدود أو القصاص، فتحاربها حفاظا على المقاصد الشرعية الإسلامية (5)، (6)، وبالتالي فإن المتهم المرتكب لجرائم التعزير، عليه أن يثبت أنه لا يقصد ارتكاب أية جريمة من جرائم الحدود أو القصاص بأفعاله تلك، ولكن في جميع الأحوال يجب أن يردع بعقوبة تعزيرية، لأن الشبهة تبقى قائمة، بقرينة الحالة الظاهرة التي يكون عليها المتهم، ولكن هذا الوضع يسمح للمتهم بأن يدافع عن نفسه بكل وسيلة ممكنة، فكما تتجلى السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الجرائم والعقوبات في التعزير، تتجلى معها حقوق المتهم في الدفاع، بأن يطلب من القاضي مثلا تحليل المادة التي بحوزته، أو الأثر الموجود على الملابس، كما في حادثة المرأة التي تعلقت بشاب من الأنصار، كما

(1) انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج02، مرجع سابق، ص 208.

(2) انظر: أبو زهرة (محمد)، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، مرجع سابق، ص 230.

(3) انظر: الجزيري (عبد الرحمان)، الفقه على المذاهب الأربعة، ج05، مرجع سابق، ص 376.

(4) انظر: بهنسي (محمد فتحي)، الفقه الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 185.

(5) انظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص 93، 94.

أن للقاضي في حالة وجود قرينة معينة أن يستند عليها حتى في حال اكتمال الدليل الموجب لحد الزنى مثلا وهو أربعة شهود، فله أن يطلب إخضاع المرأة المتهمة بالزنى للخبرة الطبية التي قد تظهر عذريتها، وبالتالي ينتفي عنها الحد⁽¹⁾.

فمن هذا المنطلق نجد أن الخبرة تتقاطع مع القرينة عند التحقيق والمحاكمة، وبالتالي تكون من وسائل الدفاع المهيمنة على كل مراحل الدعوى الجزائية، وما يؤيد هذا الطرح هو أن فقهاء الشريعة الإسلامية متفقون على أن وجوب الإثبات بالشاهدين، والرجل، والمرأتين ينصرف إلى التصرفات القانونية التي يحتاط فيها الإنسان لضمان حقوقه بالكتابة كالديون، وليس الوقائع المادية كالجرائم التي عادة ما يحتاط فاعلها لئلا يترك ورائه دليل إدانته، وبالتالي فإن هذا الفرق يستوجب التفرقة في دليل الإثبات، أين يكون للقرائن دور مهم في تحديد البراءة أو الإدانة⁽²⁾.

فالشريعة الإسلامية وحسب ما تقدم قد جاءت بنوعين من القرائن وهما: القرائن النقلية الواردة في النص الشرعي سواء أكان كتابا أو سنة مثل قرينة شق الثوب كدليل على محاولة ارتكاب الزنا، وقرينة الشبه بين الولد وأبيه كدليل على وقوع جريمة الزنا، وقرينة اللوث في القسامة، فهذه القرائن إن وجدت ألزمت القاضي في الأخذ بها، والقرائن القضائية التي أنشئها القضاة بحكم ممارستهم لمهنة القضاء عن طريق التفرس، والتفتن، والذكاء ومعرفة الأعراف، والعادات مما يساعد في الوصول إلى الحقيقة.

نستنتج من كل ما يتقدم، أن الإثبات بالقرائن في الشريعة الإسلامية يجعل منها وسيلة غير مباشرة يلجأ إليها في حالة انعدام الأدلة الأخرى الأقوى منها، كالشهادة والإقرار لأنها تستلزم وجود أمر ظاهر يستند عليه لاستنتاج الحكم المراد تطبيقه، وبالتالي فهي ذات صفة غير مباشرة تستدعي عدم التوسع في الأخذ بها وفي هذا يقول ابن قيم الجوزية: « هي مسألة كبيرة، عظيمة النفع، جلية القدر، إن أهملها الحاكم أو الوالي أضاع حقا كثيرا، وأقام باطلا كثيرا. وإن توسع فيها، وجعل معوله عليها، دون الأوضاع الشرعية، وقع في أنواع من الظلم والفساد »⁽³⁾.

فالشريعة الإسلامية بهذا الوصف تتفق مع القانون الوضعي في الأخذ بالقرائن كدليل إثبات، لكن تختلف معه في الأخذ بالقسامة واللعان، وربما ذلك راجع إلى أن الاتهام الفردي الذي تأخذ به الشريعة الإسلامية " الحسبة التطوعية " هو الذي كرس هذا الاختلاف، الذي يجعل التوازن في الحقوق حاضرا في النظرة التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، لأن أهل القتل إذا حلفوا واستحقوا دم صاحبهم

(1) انظر: العوا (محمد سليم)، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 370.

(2) انظر: عودة (عبد القادر)، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مرجع سابق، ج02، ص 324 وما بعدها.

(3) انظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص 12.

كما قال الرسول صلى الله عليه وسلم، مع علمهم ببراءته وإنما قاموا بذلك بناء على عداوة قائمة بينهم، وبين الذين وجد عندهم فإنهم يكونون قد أقاموا الحد على شخص بريء، يحاسبون على قتله يوم القيامة، أين تكون هناك العقوبة الأشد، كما أن هذه الآلية " القسامة "، تمكن القاضي من الحد من الجريمة ومحاربتها، بمنع المتهم من أداء هذه اليمين للتملص منها، وفقا لسلطته التقديرية التي تلعب دورها في تقدير الإدانة والبراءة، هذه السلطة التي سنسلط عليها الضوء في المطلب التالي.

المطلب الثالث

تقييد سلطة القاضي في الاقتناع حماية لحق المتهم في الدفاع.

إذا كان المتهم مرتبط بالقاضي في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، بضرورة امتثاله للأوامر التي تصدرها جهات التحقيق والحكم بحثا عن الحقيقة، وتوخيا للعدل عند إصدار الأحكام، فإن القيود الواردة على حرية القاضي في الاقتناع تمثل الآليات الإجرائية، التي تمكن المتهم من ضمان حقه في الدفاع بكل حرية، وعدم مصادرته من طرف القاضي بناء على سلطته في توجيه الدعوى، لأن من خلالها تنتضح الكيفية التي بنى عليها القاضي قناعته بالإدانة أو بالبراءة، فلم تعد تلك السلطة مطلقة من كل قيد، بل أصبحت في القانون الوضعي منظمة بحدود وقيود لا يجوز للقاضي تجاوزها، الأمر الذي قرره الشريعة الإسلامية من قبل كما سيأتي، فهذه السلطة مرتبطة بقيود موضوعية (الفرع الأول)، وأخرى إجرائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

القيود الموضوعية.

تتمثل هذه القيود الموضوعية أساسا في قيمة الدليل الجنائي، من حيث مدى احترام المبادئ والإجراءات القانونية في تحصيله، أو ما يعرف بمشروعية الدليل الجنائي، أو العنصر الموضوعي له، أو من حيث تأثيره، واستحواذه على وجدان القاضي حتى يدفعه إلى تسبب حكمه وفق ذلك التأثير، الذي يرى من خلاله توافقه مع العقل والمنطق، أو ما يعرف بالعنصر الشخصي لحرية القاضي الجنائي في الاقتناع.

الفقرة الأولى

العنصر الموضوعي لحرية القاضي الجنائي في الاقتناع.

الذي يتمثل في تقييد المحكمة بفحص وتقدير مشروعية الدليل الجنائي، وفقا للسلطة المعطاة لها بعد دخول الدعوى في حوزتها، والتي تتمحور أساسا حول فحص مدى مشروعية الدليل الذي أحيل إليها من جهة التحقيق، وكيفية الاعتماد عليه في بناء قناعتها، الذي يجب أن يتميز بخاصيتين اثنتين هما: خاصية مشروعية الدليل التي ترتبط بسلطة القاضي الجنائي في قبوله، ووضعية الدليل التي ترتبط بمدى عرضه، ومناقشته في الجلسة من طرف القاضي والخصوم⁽¹⁾، ففي خضم سيطرة مبدأ حرية القاضي الجنائي في الإثبات، فإن الوضع يستلزم أن يكون الدليل الذي يستند عليه القاضي في حكمه قد حُصّل بطريق مشروعة، أي في ظل احترام سائر القواعد والشكليات التي نص عليها القانون، والمبنية على احترام حقوق الدفاع، وقيم العدالة، ومقتضيات الكرامة الإنسانية⁽²⁾، التي تفترض صحة الدليل الذي يبني عليه الحكم، خصوصا من حيث أسلوب تحصيله، فيما إذا كان نص عليه قانون الإجراءات الجزائية، والقوانين المكملة له أم لا؟.

وبالتالي فإن أي إجراء يقع مخالفا لمقتضيات التفتيش، والاستجواب، وإجراءات سماع الشهود، أو كان ذلك الدليل مخالفا للنظام العام والآداب العامة، أو استعمال أساليب التحري الخاصة في غير محلها، فإنه يجب على القاضي استبعاده من ملف الدعوى، وفقا لنص المادة 160 من ق.إ.ج.ج التي تنص على أنه: « تسحب من ملف التحقيق أوراق الإجراءات التي أبطلت، وتودع لدى قلم كتاب المجلس القضائي، ويحظر الرجوع إليها لاستتباط عناصر، أو اتهامات ضد الخصوم في المرافعات، وإلا تعرضوا لجزاء تأديبي بالنسبة للقضاة، ومحاكمة تأديبية للمحاكمين المدافعين أمام

(1) انظر: زكي أبو عامر (محمد)، الإثبات في مواد الجنائية، مرجع سابق، ص 142.

(2) انظر: زكي أبو عامر (محمد)، نفس المرجع، ص 116.

مجلسهم التأديبي»، كاحتوائها على اللجوء إلى التنويم المغناطيسي، أو جهاز كشف الكذب، أو مصل الحقيقة، أو الاعتماد على شهادة شاهد لم يؤدي اليمين، في غير الأحوال المنصوص عليها قانوناً⁽¹⁾.

فتكون بذلك سلطة القاضي التقديرية في جلسة المحاكمة مضبوطة بالتزام القاضي بتصنيف الأدلة المحالة إليه من جهة التحقيق من كل الشوائب التي تتعارض مع الشرعية الإجرائية، على أساس أن مشروعية الدليل هي حلقة الوصل بين شرعية الجرائم والعقوبات، وبين شرعية تنفيذ الجزاء الجنائي⁽²⁾، ففي التلبس بالجنحة أو الجنابة مثلاً نجد أن المشرع قد حصره في حالات محددة على سبيل الحصر في نص المادة 41 من ق.إ.ج.ج، وبأن يكون اكتشافه مبني على وسائل مشروع، وأن لا يمس بالحريات الفردية للأشخاص، وأن لا ينطوي على التعسف في استعمال السلطة، فإذا كان اكتشافه تم بطريق غير شرعي، فإنه لا يكون له أي أثر قانوني حتى ولو كانت الجريمة من حيث الواقع متلبس بها⁽³⁾.

الشيء الذي يحضر على القاضي اعتماده في صياغة حكمه، أو بناء قناعته على دليل لم يطرح في الجلسة، أي الذي لم تراخ فيه أسس المحاكمة العادلة من علنية الجلسة، وحضورية الخصوم، وشفهية المرافعة، خصوصاً بالنسبة للمتهم ودفاعه، لأن في ذلك انتهاكاً لحق المتهم في الدفاع، إذا اعتمد على ما رآه، أو سمعه خارج الجلسة، وبدون حضور الخصوم⁽⁴⁾، مع العلم أن هناك اتجاهًا فقهيًا يقبل الحكم ببراءة المتهم استناداً إلى أدلة متحصل عليها بطريق غير مشروع، على أساس أن الأصل في الإنسان البراءة لا يحتاج إلى إثبات ذلك بعكس الحكم الصادر بالإدانة، لأن المشروعية ليست شرطاً واجباً في دليل البراءة⁽⁵⁾، وبالتالي فإن الحكم الذي يصدره القاضي بالإدانة هو الذي يثير بشكل مباشر مبدأ يقينية الدليل القضائي المستوجب لتسبيب الحكم الجنائي، أو ما يعرف بالعنصر الشخصي لحرية القاضي في الاقتناع.

الفقرة الثانية

العنصر الشخصي لحرية القاضي الجنائي في الاقتناع.

(1) انظر: الطراونة (حسن عوض سالم)، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 112.

(2) انظر: التيجاني (أحمد إبراهيم)، نظرية البطلان وأثرها على الحقوق الشرعية (في القوانين الإجرائية والجنائية السودانية)، مرجع سابق، ص 280.

(3) RENAULT BRAHINSKY (C): Procédure pénale, op, cit , P96.

(4) انظر: عبید (رؤوف)، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، مرجع سابق، ص 651.

(5) انظر: ابن حماد (محمد يوسف)، حقوق و ضمانات المتهم في الدعوى الجنائية، مرجع سابق، ص 395.

الذي يتمثل في اليقين القضائي كأساس لتسبيب الحكم الجزائي، فاليقين من الناحية اللغوية هو العلم، وإزاحة الشك، وتحقيق الأمر، واليقين نقيض الشك، أو هو العلم الحاصل عن نظر واستدلال، مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُ لَحَقُّ الْيَقِينِ﴾⁽¹⁾، هو اليقين في أعلى درجاته بدليل إضافة الحق إلى اليقين رغم أن الحق غير اليقين، وإنما جرى مجرى إضافة البعض إلى الكل⁽²⁾، ويقال: تيقنت الأمر أي أيقنت، واستيقنت وتيقنت أي أنا على يقين منه، وقد تم التعبير عن اليقين بالظن في قوله تعالى: ﴿وَرَأَى الْمُجْرِمُونَ النَّارَ فَظَنُّوا أَنَّهُمْ مُوَاقِعُوهَا وَلَمْ يَجِدُوا عَنْهَا مَصْرِفًا﴾⁽³⁾، أي تيقنوا من وقوعها.

أما من الناحية الإصطلاحية فإن اليقين القضائي، هو الاقتناع الذي يترسخ في وجدان القاضي من خلال الوقائع والأدلة المقدمة في الدعوى الجزائية، التي تؤدي بحسب اعتبارات العقل والمنطق إلى اقتناع الكافة بقوة الأدلة في الإثبات⁽⁴⁾، وبالتالي فإن اليقين المطلوب لجدية التسبب هو اليقين المتجرد من الأهواء، المبتعد عن الميولات الذاتية، وإن كان يخضع لمجموعة من الإعتبارات ذات الطبيعة الشخصية، كما ذهب إلى ذلك القضاء الفرنسي في بعض أحكامه، التي تجعل من القاضي يدقق في أدلة الإدانة ولو كانت بسيطة، ويستبعد أدلة البراءة ولو كانت قوية⁽⁵⁾.

لأن العوامل الذاتية للقاضي، التي تؤثر في تكيف تصرفات الإنسان وسلوكاته وتوجيهها وجهة معينة مقصودة لذاتها، تبدو في مجال العدالة شديدة الخطر، إن لم تكن صافية نقية⁽⁶⁾، فتلقي في النهاية ببريء في السجن، وبالتالي يتحقق معه الخطأ القضائي، الذي يحمل في طياته جملة من معاني الظلم التي تسيء في الواقع إلى قدسية العدالة⁽⁷⁾، بحيث يتجلى اليقين القضائي للقاضي الجنائي من خلال التسبب الذي وصل إليه في الحكم كأحد أهم مقومات المحاكمة العادلة، الذي

(1) انظر: سورة الحاقة الآية 51.

(2) انظر: الفيروز آبادي(مجد الدين محمد)، القاموس المحيط، باب النون، فصل الباء، مادة يقن، مرجع سابق، ص 1593، وانظر كذلك: أحمد بن فارس(أبو الحسين أحمد بن زكاريا)، مقاييس اللغة، كتاب الباء، باب الباء وما بعدها مما جاء على ثلاثة أحرف، مادة يقن، مرجع سابق، ص 972، والرازي (محمد بن أبي بكر)، مختار الصحاح، باب الباء، مادة يقن، مرجع سابق، ص 238.

(3) انظر: سورة الكهف الآية 53.

(4) انظر: ابن حماد (محمد يوسف)، نفس المرجع، ص 390.

(5) Cass. Crim. 22/06/1988.Bull. Crim N° 285.

(6) انظر: بكار (حاتم)، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص 117.

(7) انظر: عبيد (رؤوف)، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، ج1، مرجع سابق، ص 90.

يخص أساسا الحكم بالإدانة، فإذا لم يتوصل القاضي إلى الجرم واليقين بإدانة المتهم حكم بالبراءة، وهذا ما يفسر الارتباط الوثيق بين اليقين القضائي للحكم بالإدانة، وإعمال أصل البراءة⁽¹⁾.

إن اليقين بطبيعته يكون نسبيا على أساس أنه حالة تتوسط حقيقة الواقعة الإجرامية، وكيفية حدوثها على مسرح الجريمة، والأدلة المتوصل إليها التي تكون مهمتها تصوير واقع الجريمة أمام المحكمة⁽²⁾، وبالتالي فإن اليقين القضائي يولد لدى القاضي الإنطباع عن كيفية حدوث الواقعة الإجرامية، ونسبيتها للمتهم وفقا للعلاقة التي تتولد في ذهنه بين الأدلة المنشورة أمامه، والمتهم المنسوبة إليه الوقائع⁽³⁾، أو ما يسمى مبدأ تساند الأدلة، والذي يعني: « أن أدلة الدعوى الجزائية تشكل وحدة متكاملة يركز بعضها على بعض، فيبين أولاها ما انتهت إليه المحكمة في حكمها عند استناده على آخرها، ومن ذلك كله يأخذ القاضي الجنائي الحقيقة التي ينشدها، عن طريق الاستنتاج، الذي يطمئن إليه وجدانه »⁽⁴⁾.

فيكون اليقين بهذا الوصف هو اليقين المعقول القائم على ضمير القاضي العادل الذي يبني اقتناعه على أدلة وضعية تتعارض بطبيعتها مع الشك، الذي يمنع من ترجيح إحدى الفرضيين، إما الإدانة أو البراءة⁽⁵⁾، على أسس من الاستقراء والاستنباط السليمين البعيدين عن الأهواء، والتأثرات الذاتية⁽⁶⁾، للذين يتحقق معهما الارتياح الداخلي، الذي يرتبط أساسا بخبراته السابقة، وقدراته وقدراته العقلية والذهنية على استيعاب وتحليل الأدلة، التي من شأنها أن تخلق حالة اليقين المطلوبة لإصدار الحكم⁽⁷⁾.

إن المشرع الجزائري عند استقراء المادة 212 من ق.إ.ج.ج التي نصت على اليقين القضائي للقاضي الجزائري لم يفرق بين مراحل الدعوى الجزائية، ولا بين مختلف الجهات القضائية، وجعله كأساس للحكم الجزائي الصادر عنها، والذي أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها: « استقر القضاء في شأن وسائل الإثبات أن للمحكمة الجزائية حرية تقدير وسائل الإثبات، التي اقتنعت بها

⁽¹⁾ انظر: هلاي عبد الإله (أحمد)، النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية (دراسة مقارنة)، القاهرة، دار النهضة العربية، 1987، ص406.

⁽²⁾ انظر: نصر (محمود)، السلطة التقديرية وضمانات المتهم في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص310.

⁽³⁾ انظر: الطراونة (حسن عوض سالم)، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 146.

⁽⁴⁾ انظر: الهواري (شعبان محمود محمد)، افتراض البراءة في المتهم كأساس للمحاكمة العادلة، دراسة مقارنة بين النظامين اللاتيني، والأنجلو أمريكي، مرجع سابق، ص334.

⁽⁵⁾ انظر: زكي أبو عامر (محمد)، الإثبات في مواد الجنائية، مرجع سابق، ص 14.

⁽⁶⁾ انظر: الطراونة (حسن عوض سالم)، نفس المرجع، ص 147.

⁽⁷⁾ انظر: الطراونة (حسن عوض سالم)، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص 148.

واطمأنت إليها في نطاق اجتهادها المطلق، ولها أن تستند إلى أية حجة لم يستبعدها القانون، ولا شيء يمنع قانونا القاضي الجزائري من الاستناد لأقوال متهم واتخاذها حجة على متهم آخر « (1).

إن العنصر الشخصي لليقين القضائي يرجع أساسه إلى ظهور نظام المحلفين (2)، الذين يحكمون وفق ما تمليه عليهم ضمانتهم دون إبداء أسباب، لأن اختيار هؤلاء يكون من بين الطبقة الاجتماعية المتوسطة الغير محترفة للقضاء، وبالتالي من غير المعقول مطالبتهم بتسبيب قناعتهم (3)، ولكن هذا الوضع قد انبثقت عنه مجموعة من العيوب جعلت العديد من الدول تعيد النظر فيه كأحد الأسس الضرورية للمحاكمة العادلة، ومن هذه العيوب أن الفصل في الدعوى الجزائية في الوقت الحاضر أصبحت تتطلب علما واسعا بالقانون والعلوم المتصلة به، وهذا ما لا يتوفر في المحلفين، الذين يتميزون طبقا لتكوينهم العام، بسهولة تأثرهم بوسائل الإعلام، والمرافعات العاطفية لبعض المحامين، التي قد تكون محدودة من حيث التأصيل القانوني.

كما أن طبيعة اختيارهم لا يتحرى فيها الكفاءات العلمية والمهنية الخبيرة، وإنما يخضع في الكثير من الأحيان للاعتبارات السياسية غير نابعة من المصلحة العامة، فيكونون بذلك متحيزين (4)، فضلا عن عدم جديتهم في حضور جلسات المحاكمة، مما يؤدي إلى عرقلة السير الحسن لها، الشيء الذي دفع بالمشرع الفرنسي بالنص على معاقبة المحلفين المتخلفين عن الحضور بموجب المادة 04/288 من ق.إ.ج.ج.الفرنسي (5)، وهو نفس الشيء الذي أخذ به المشرع الجزائري عندما نص في المادة 280 من ق.إ.ج.ج. على معاقبة المحلف الذي لم يحضر الجلسة، أو أنه حضر ولم يكمل مهمته (6) بغرامة من 6000 إلى 12000 د.ج، وأمام كل هاته النقائص فقد ألغي هذا النظام في

(1) قرار جنائي رقم 999 الصادر بتاريخ 1987/11/10، غير منشور، انظر: بوسقيعة (أحسن)، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 93.

(2) يعود ظهور نظام المحلفين إلى القانون الإنجليزي الذي أخذه عن النورمانديون عندما عزوا إنجلترا، ثم انتقل إلى أمريكا، بعد احتلالها من طرف الإنجليز، ثم انتقل إلى فرنسا بموجب قانون 1791، فقد فكان النظام يضم في بداية الأمر هيئتين هيئة محلفين خاصة بالتحقيق وأخرى خاصة بالحكم، ثم ألغيت الهيئة الخاصة بالتحقيق وبقيت الهيئة الخاصة بالحكم والتي تتكون من 09 محلفين في مقابل ثلاثة قضاة، غير أن ما يجب الإشارة إليه هو أن نظام المحلفين في إنجلترا أنشأه الملك من أجل مقاومة نزاهة القاضي بأن يعين له أفرادا من الشعب يقومون بذلك، أما في فرنسا والبلاد التي انتقل إليها، فقد كان هدفه الوقوف في وجه تعسف القضاة، في هذا الخصوص انظر: بهنام (رسميس)، المحاكمة والظعن في الأحكام، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1993، ص 119.

(3) انظر: الطراونة (حسن عوض سالم)، نفس المرجع، ص 148.

(4) انظر: حسني (محمود نجيب)، الدستور والقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 129

(5) L'art 288, al. 04 « Tout juré qui, sans motif légitime, n'a pas déféré à la convocation qu'il a reçue peut être condamné par la cour à une amende de 3 750 euros. ».

(6) انظر: المواد التي تنظم نظام المحلفين أمام محكمة الجنايات من 261 إلى المادة 267، والمادة 275، والمواد من 280 إلى 284 من ق.إ.ج.ج.

العديد من دول العالم منها هولندا سنة 1913، البرتغال سنة 1928، يوغسلافيا سنة 1929، وإسبانيا سنة 1936⁽¹⁾.

ورغم هذه النقائص الموجودة في نظام المحلفين إلا أنه يعتبر في القانون الأجلو سكسوني من مظاهر الديمقراطية، وأسس المحاكمة العادلة⁽²⁾، بحيث تستطيع هيئة المحلفين في نظام الانجليزي إصدار القرار البديل الاختياري وفقا للمادة 06/ف03 من القانون الجنائي لسنة 1967، وهذا القرار قد يكون مخالفا لللائحة الاتهام، كأن تقرر عدم إدانة المتهم بالتهمة المدرجة في اللائحة، وإدانته بجريمة أقل خطورة منها بعد قفل باب المرافعات، والذي يعد إضرارا بحق المتهم في الدفاع، وإخلالا بمبادئ وأصول المحاكمة العادلة⁽³⁾، كما لا يتقيد المحلفون بأي رأي في مسائل الواقع، إلا أن عدم احترافيتهم للقانون تجعلهم يتأثرون بأراء وأسلوب القاضي عند عرضه لهذه مسائل⁽⁴⁾.

فعلى الرغم من اعتقاد جانبا من الفقه وخصوصا الأنجلو سكسوني منه، على أن نظام المحلفين يبقي على المشاركة الشعبية في النظام القضائي للدولة، الأمر الذي يحقق الحد الأدنى من العدالة، ويقف حائلا ضد تعسف القضاة في أحكامهم، هو اعتقاد كان صادقا في حقب تاريخية سابقة أين كانت الانتهاكات الصارخة للحقوق الدفاع ، والسمة الغالبة للمحاكمة الجزائية، أما في الوقت الحالي، وبعد أن أصبحت مبادئ حقوق الإنسان عامة، وحقوق الدفاع خاصة الضابط الأساسي لصحة المحاكمة الجزائية سواء دوليا أو وطنيا، وأصبحت مبادئ القانون الجنائي كمبدأ المساواة أمام القضاء، وأصل البراءة، ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات متأصلة في معظم القوانين، وحجم الضمانات المكرسة للمتهم من خلال نصوصها، فإنه لا مجال للقول بضرورة وجود هيئة مقابلة للقاضي لمنعه من التعسف والتحكم، فما يفترض فيه قد يفترض بالمقابل في هيئة المحلفين.

لذلك نجد أن المشرع الجزائري قد أحسن عندما قلص من عدد أعضاء هيئة المحلفين إلى اثنين بموجب الأمر 10/95⁽⁵⁾، لإدراكه للعيوب التي عانا منها المشرع الفرنسي بالأساس⁽¹⁾، كما

⁽¹⁾ انظر: بهنام (مسييس)، المحاكمة والظعن في الأحكام، المرجع السابق، ص 122.

⁽²⁾ نظرا لأهمية نظام المحلفين في النظام الأنجلوسكسوني، فقد اوجبه الدستور الأمريكي في كل الجنابات، والذي أكد عليه التعديل الدستوري السادس بقوله " في جميع الإدعاءات الجنائية يتمتع المتهم بمحاكمة علنية وسريعة بمحلفين غير متحيزين من الولاية، أوالجهات التي ارتكبت فيها الجريمة"، ديدان (مولود)، دستوري الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا، مرجع سابق، ص 23.

⁽³⁾ انظر: الكبيسي (عبد الستار سالم)، ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة، مرجع سابق، ص 795.

⁽⁴⁾ انظر: الكبيسي (عبد الستار سالم)، نفس المرجع، ص 798.

⁽⁵⁾ لقد حدد المشرع الجزائري هيئة المحلفين أمام محكمة الجنابات بستة بموجب المرسوم 146/63 المؤرخ في 1963/04/25 محلفين، ثم قلصه إلى أربعة بموجب الأمر 155/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ثم قلصه مرة أخرى بموجب الأمر 10/95 المؤرخ في 1995/02/25 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، ج.ر، ع 11.

وضع مجموعة من الشروط في الشخص الذي يتول مهمة المحلف بموجب المادة 261 من ق.إ.ج.ج، على أن يكون جزائري الجنسية، وبالغ من العمر 30 سنة كاملة، وملم بالقراءة، والكتابة، ومتمتع بالأهلية، وبال حقوق المدنية، والسياسية، الشيء الذي أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها: « كما يجب على المحلف أن يكون قادرا على التصرف بتميز سواء تعلق الأمر بالعقاب، أو بالعتف، أو بإصدار حكم البراءة، ويفترض لذلك أن يكون المحلفون على دارية تامة بالقضية وهم يشاركون في المرافعات، ومن ثم يتعرض للنقض حكم محكمة الجنايات الذي قبل محلفا أميا ضمن المحلفين مخالفا بذلك نص المادة 261 من ق.إ.ج.ج » (2).

فلنا أن نستنتج إذن، من خلال هذا الوضع أن المشرع الجزائري يميل إلى فكرة إلغاء نظام المحلفين من محكمة الجنايات، لأنهم وفق التقليل الأخير لعددهم أصبحوا لا يشكلون الأغلبية المطلوبة لإصدار الحكم وفقا للمادة 309/ف02 من ق.إ.ج.ج، التي تنص على أنه يجب أن يصدر الحكم بالأغلبية، وبالتالي فإن المشرع الجزائري جعل من وجود المحلفين في تشكيلة محكمة الجنايات وجودا شكليا فقط، وكأنه يأخذ بما ذهب إليه المشرع المصري في عدم الأخذ بنظام المحلفين (3) عندما حدد عددهم ب02 فقط أقل عدد من قضاة محكمة الجنايات، وبما ذهب إليه المشرع الفرنسي في الأخذ بهذا النظام.

وبالتالي فإن المشرع الجزائري يميل بالنسبة للعنصر الشخصي في اليقين القضائي إلى التعويل على اليقين القضائي للقاضي الجنائي المحترف، وليس على القضاء الشعبي القائم على نظام المحلفين، رغم النص عليه دستوريا في نص المادة 146 من دستور 1996، والمادة 164 من التعديل الدستوري الصادر 2016- بنفس الصياغة- (4)، والذي عبر عنه ب " المساعدين الشعبيين"،

(1) عمل المشرع الفرنسي على تفادي عيوب نظام المحلفين ففصل بين جانب الوقائع خص به المحلفين، وأما جانب القانون فقد خص به القضاة، ولكن هذه الطريقة سرعان ما ظهرت عيوبها، لصعوبة الفصل بين الوقائع والقانون، فقد كان المحلفون يخشون أن يحكموا بإدانة المتهم فيقرر القضاة له عقوبة أشد، فكانوا يقررون براءته رغم أنهم مقتنعون انه من ارتكب الجريمة، ولتفادي ذلك صدر قانون 1832/04/28 أعطى للمحلفين صلاحية تقرير الظروف المخففة للمتهم، ومع ذلك استمرت عيوب هذا النظام، فصدر قانون 1932/03/05 الذي نص على جلوس كل من القضاة والمحلفين معا للتداول بشأن القضية، لكن هذا القانون أعطى للمحلفين الأفضلية على القضاة إذا ما قرروا إدانة المتهم، ثم صدر قانون 1941/11/25 الذي قرر على أن يجلس كل من القضاة ولمحلفين معا في كل مراحل الدعوى الجزائية سواء لتقرير البراءة أو الإدانة، أو لتطبيق القانون، فقد كان هدف هاذ القانون هو سيطرة القضاة على المحلفين، ونظرا لعيوب هذا النظام ود كثير من الفقهاء لو ألغي تماما، انظر: حسني (محمود نجيب)، الدستور والقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 129 على الهامش.

(2) القرار الجنائي صادر في 1968/02/20، مجموعة الأحكام، ص 308، انظر: بوسقيعة أحسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 104.

(3) انظر: المادة 302 من ق.إ.ج.ج.

(4) تنص المادة 146 من دستور 1996 والمادة 164 من التعديل الدستوري الصادر 2016 على أن " يختص القضاء بإصدار الأحكام،

ويمكن أن يساعدهم في ذلك مساعدون شعبيون حسب الشروط التي يحددها القانون " .

والذي يشير إلى الأساس الذي بنا عليه الراضون لنظام المحلفين، وهو قلة ثقافة هؤلاء التي تؤثر على صحة الأحكام، وتتأثر بسلطة القاضي، لأن هذا المصطلح عام لاخاص يمكن أن تنطوي تحته كل فئات المجتمع، أو لعل مرد ذلك إلى المستوى الثقافي للمجتمع الجزائري الذي لا يهتم كثيرا بالثقافة القانونية، وكذلك للثقة الكبيرة في القضاة المتكونين بعدما وفرت الدولة الجزائرية الإمكانيات اللازمة لتكوين القضاة على مستوى المدرسة العليا للقضاء، ضف إلى ذلك أننا نجد أن القاضي الجنائي مقيد قانونا بقيود إجرائية تلزمه بترتيب إجراءات المحاكمة السريعة، التي تنعكس من خلالها أهداف المحاكمة العادلة.

الفرع الثاني

القيود الإجرائية.

تتمثل هذه القيود أساسا في تقييد المحكمة بحدود الدعوى التي أحليت إليها، سواء من قاضي التحقيق مباشرة، أو عن طريق غرفة الاتهام، وذلك ضمانا لمعرفة المتهم لحدود الوقائع المنسوبة إليه، وبالتالي حتى يستطيع تحقيق الممارسة الكاملة لحقه في الدفاع في جلسة المحاكمة، غير أن هذا القيد لا يكون مطلقا بل يمكن للمحكمة أن تعدّل من الوصف الحقيقي للتهمة بعد تقديرها من جديد، حتى تصل عند إصدارها للحكم إلى التسبب السليم.

الفقرة الأولى

تقييد المحكمة بحدود الدعوى المحالة إليها وسلطتها في تغيير التهمة.

يتلخص هذا القيد في كون المحكمة مقيدة بطلبات الخصوم في الدعوى المحالة إليها، فلا يجوز لها أن تقضي لخصم بطلبات لم يقدمها، أو تحكم على شخص لم يكن خصما فيها، وبالنتيجة إعلام كل خصم بطلبات خصمه، وتمكين كل واحد منهم من إبداء دفاعه، سواء أكان المتهم أو النيابة العامة⁽¹⁾، وهو ما أصطلح على تسميته الحدود الشخصية والعينية للدعوى الجزائية، التي يجب على المحكمة أن تلتزم بها عند إجراء المحاكمة.

(1) انظر: سلامة (مأمون محمد)، قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام النقص طبقا لأحدث التعديلات والأحكام، ج02،

مرجع سابق، ص1274.

يرجع تاريخ هذا المبدأ إلى القانون الروماني، الذي كان يحدد صيغ شكلية معينة يجب على المدعي إتباعها، وإلا رفضت دعواه مع العلم أنه في ذلك الوقت لم يكن يفرق بين الدعوى المدنية والدعوى الجزائية، وكانت الصيغة الأساسية المحددة قانوناً ما يسمى " بتبصير الخصم " ، التي كانت تبنى على أساسها علاقة الخصومة بين المدعي والمدعى عليه، اللذين يجب عليهما الالتزام بها إلى غاية نهاية المحاكمة (1).

ونظراً لأهمية المبدأ في ضمان حق المتهم في الدفاع، فقد نصت عليه مختلف التشريعات الوضعية (2)، وقرره المشرع الجزائري صراحة في المادة 198 من ق.إ.ج.ج على أنه: « يتضمن قرار الإحالة بيان الوقائع موضوع الاتهام، ووصفها القانوني، وإلا كان باطلاً»، كما أكد عليه في المادة 306 من ق.إ.ج.ج الخاصة بمحكمة الجنايات بقولها: « لا يجوز لمحكمة الجنايات أن تستخلص ظرفاً مشدداً غير مذكور في حكم الإحالة، إلا بعد سماع طلبات النيابة والدفاع، فإذا خلص من المرافعات أن واقعة تحتل وصفاً قانونياً مخالفاً لما تضمنه حكم الإحالة، تعين على الرئيس وضع أسئلة احتياطية » (3).

وبالتالي، وحتى يكون هذا المبدأ ضامناً لحق المتهم في الدفاع، لا بد وأن تكون الأسئلة الاحتياطية التي يطرحها الرئيس قد تمت مناقشتها في الجلسة انسجاماً مع المادة 212/ف 02 من ق.إ.ج.ج، لذلك حكمت المحكمة العليا على أنه: « بعد إجابة المحكمة على السؤال المتعلق بمشاركة المتهمين في الاختلاس بالنفي، طرحت سؤالاً احتياطياً بقاعة المداولات يتعلق بإخفاء أشياء مسروقة، مع أن محضر المرافعات لا يشير إلى أن الدفاع قد أعطيت له الكلمة في ذلك، ولم يتمكن من الكلمة لتدارك التهمة الجديدة الموجهة إليه، مما أدى إلى المساس بحقوق الدفاع وهو ما لا يجوز قانوناً، ومتى كان الأمر كذلك فإن النعي بهذا الوجه يكون سديداً وفي محله وموجباً للنقض » (4)، فوجه الحكمة من التشديد على ضرورة تقييد المحكمة بالوقائع والأشخاص الموجودين بملف الدعوى، هو تفادي المفاجآت، وتكريس مبدأ المساواة بين النيابة العامة والمتهم، ووقوف هذا الأخير على حدود الاتهام الموجه إليه، حتى يستطيع أن يحضر الدفاع المناسب لدرئه (5).

(1) انظر: بهنام (رئيس)، الإجراءات الجنائية، تأصيلاً وتحليلاً، مرجع سابق، ص 646.

(2) انظر مثلاً: المادة: 307 من ق.إ.ج.ج المصري، والمادة: 206 من ق.أ.ص. مح.ج الأردني، والمادة: 432 من ق. مسط المغربية،

والفصل: 119 من مج. إ. ج التونسية، والمادة: 184 من ق.إ.ج.ج الفرنسي.

(3) انظر كذلك المواد: 169، 306، 333، 334، 337 مكرر، 338، 394 من ق.إ.ج.ج.

(4) انظر: القرار الصادر عن الغرفة الجزائرية للمحكمة العليا، بتاريخ 03/ 04/ 1984م الملف رقم 33186، المجلة القضائية، ع01،

1989، ص 278.

(5) انظر: بهنام (رئيس)، الإجراءات الجنائية، تأصيلاً وتحليلاً، المرجع السابق، ص 647

إن الهدف من هذا التقييد لسلطة المحكمة بما ورد في قرار الإحالة، أو التكليف بالحضور هو ضمان الفصل الحقيقي بين وظائف القضاء الجنائي، فإذا حكمت المحكمة في وقائع لم ترد في أمر الإحالة، أو التكليف بالحضور، فإنها تكون قد نصبت نفسها كسلطة اتهام، وبالتالي فصلت فيما لم تطلبه النيابة العامة، الذي أجابت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها: « مادام المتهم أحيل أمام المحكمة العسكرية على أساس تهمة القتل الخطأ، طبقا للمادة 288 من ق.ع، إلا أن المحكمة طرحت سؤالا خاصا بمخالفة التعليمات العسكرية المعاقب عليها بالمادة 25 من ق.العسكري، هو ما لم يرد في قرار الإحالة، فإن هذا السؤال يكون مخالفا للقواعد الجوهرية، ويعرض القرار للنقض»⁽¹⁾، وتكون بذلك قد أخلت بأهم القواعد المتعلقة بتنظيم القضاء الجنائي، وهي الفصل بين جهة الاتهام والحكم، التي هي قواعد متعلقة بالنظام العام لا يصح البطلان⁽²⁾ فيها بقبول المتهم أو محاميه المرافعة بناء على الوقائع الجديدة⁽³⁾.

فتقيد المحكمة بالوقائع التي أحيلت بها الدعوى إليها تلزمها بالتقيد بأشخاص هذه الدعوى، فإذا ثبت عند تنفيذ الحكم، أن المتهم الذي حُكِمَ أمام المحكمة ليس هو من تمت مواجهته بالاتهام وإجراءات التحقيق، أبطل الحكم، وأعيدت المحاكمة⁽⁴⁾.

غير أن الأخذ بهذا المبدأ لا يكون مطلقا، لأن القانون خول للمحكمة سلطة تغيير الوصف القانوني للتهمة في حدود معينة، على أساس أن سلطة التحقيق الابتدائي ليس لها القدرة على أن تصدر حكما نهائيا على المتهم، وبالتالي لا يتصور أن تستأثر بالوصف النهائي للتهمة، كما أن قرار الإحالة الذي يحتوي على الوصف القانوني للتهمة لا يحوز الحجية والذي يكون في حقيقته أوليا فقط. فمراجعة الوصف الذي يتضمنه، يعتبر من أسس المحاكمة العادلة، والواجب ذكره في أمر الإحالة مدعوما بالنصوص القانونية المجرمة له، والمقدم للمحكمة سواء من قاضي التحقيق أو من غرفة الاتهام، يبيح لها من أن تعيد النظر فيه، وأن تقوم بتغييره بما يتناسب وقيمة الأدلة المطروحة في ملف

(1) القرار الصادر عن الغرفة الجزائرية للمحكمة العليا بتاريخ 15/03/1988، ملف 55832، المجلة القضائية، 1993، ع04، ص

226، انظر: بوسقيعة أحسن، قانون الإجراءات الجزئية على ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 118.

(2) ترتبط قيمة الإجراء الباطل بالمصلحة التي يهدف الإجراء لإقرارها، فإذا كانت متعلقة بالمصلحة العامة كان البطلان مطلقا، وبالتالي لا يمكن تصحيح الإجراء، لأن أثره يمتد للإجراءات التالية له، أما إذا كانت المصلحة خاصة بالخصوم كان البطلان نسبيا، والذي يمكن تصحيحه بتنازل الخصم عنه صراحة أو ضمنا، وعلى كل حال يجب أن يقرر البطلان بحكم القضاء، انظر: شافعي (أحمد)، البطلان في قانون الإجراءات الجزئية، الجزائر، دار هومة، 2005، ص 54 .

(3) انظر: سلامة (مأمون محمد)، قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض طبقا لأحدث التعديلات والأحكام، ج02، المرجع السابق، ص1276.

(4) انظر: عبيد (رؤوف)، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، مرجع سابق، ص632.

الدعوى، وإعادة فحصها وتمحيصها للوصول إلى الحكم القضائي العادل، وهو في الحقيقة واجب عليها ولو كان الوصف الجديد الذي تقدمه هو الأشد، فالمهم أن تمكّن المتهم من تحضير دفاعه (1).

الواقع أن سلطة المحكمة في تغيير الوصف القانوني للتهمة لا يعني إلغاء الوصف المقدم من طرف جهة التحقيق أو غرفة الإتهام، وإنما دورها يكون مكملاً لدور هذه الأخيرة، القائم على تحديد النطاق القانوني للدعوى الداخلة في حوزتها، وبالتالي تحديد اختصاصها كجهة فصل يحال إليها المتهم، يكون في حدود عدم المساس بحقوقه (2)، والذي أجابت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها: « متى كان من المقرر قانوناً أنه يجوز للمحكمة تغيير الوصف القانوني للوقائع المطروحة أمامها، بشرط أن تلتزم بحدود المادة 306 من ق.إ.ج.ج، وأن تراعى ما يستوجبه حق الدفاع » (3).

أما في الشريعة الإسلامية فإن تقييد المحكمة بالحدود الدعوى الجزائية عند إحالتها على القاضي سواء من حيث الوقائع أو الأشخاص، أو ما أصطلح على تسميته عند الفقهاء " عدم قضاء القاضي بعلمه "، فإنه يتجلى في مواضع عديدة من القرآن الكريم والسنة الشريفة، فأما من القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ (4)، بمعنى أن القاضي يتقيد بتوافر أربعة شهداء للحكم بحد الزنى على المتهم، فإذا لم يتوفر هذا النصاب حكم على القاذف بالجلد، وترد شهادته، وأن يكون فاسقاً ليس بعدل (5)، حتى وإن كان القاذف ليس من أهل التهم وفي هذا تطبيقاً للقاعدة الفقهية " **درء الحدود بالشبهات**" وبالتالي التشديد في توقيع الحدود، التي هي حق من حقوق الله.

أما من السنة الشريفة فيمكن أن نستنتج تقييد القاضي بحدود الدعوى من خلال حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: « **إنما بشر مثلكم...** » حين قال: « **...على نحو ما أسمع...** »، وكذلك قضائه صلى الله عليه وسلم في الرجل الذي اعترف بالسرقة، ولم يكن معه الشيء المسروق، وتقديره صلى الله عليه وسلم في قصة ملاعنة هلال بن أمية مع زوجته عندما جاء الولد يشبه شريك بن سمحاء حين قال: « **لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمتها** »، لذلك نجد أن القاضي في الشريعة الإسلامية مقيد بحدود الدعوى المعروضة عليه، سواء من حيث أدلة إثباتها كضرورة توفر النصاب المحدد في الشهادة، كأربعة شهود في الزنى، حتى تنعقد المحاكمة، بشرط عدم تجرحهم، أو

(1) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 784.

(2) انظر: عبيد (رؤوف)، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، المرجع السابق، ص 621.

(3) القرار الصادر عن الغرفة الجزائية للمحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1986/12/16م، رقم الملف 49361، المجلة القضائية، 1993.

ع 03، ص 243، انظر: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الجنائي، ج 02، مرجع سابق، ص 589.

(4) انظر: سورة النور الآية 04.

(5) انظر: الصابوني (محمد علي)، مختصر تفسير بن كثير، ج 02، مرجع سابق، ص 467.

بموضوع الدعوى، وفي هذا يقول ابن فرحون: « أما مبتديات ما يحكم فيه ويقضي به في مجلسه، فذلك مما جعل إليه أن يحكم فيه بما سمعه فليس مقعده ذلك، ولا يدعو فيه ببينة، ولا ما يثبت فيه وثيقة قبل أن يحكم، ولا يردده عن ذلك جرده إن قال شيئاً »⁽¹⁾.

فجمهور الفقهاء يرون بعدم جواز قضاء القاضي بعلمه، وضرورة تقيده بحدود الدعوى سواء كان الحق لله أو العبد، ولا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها⁽²⁾، أما أبوحنيفة ففرق في قضاء القاضي بعلمه، فمنع ذلك إذا كان الحق من حقوق الله- أي في الحدود الخالصة- إلا في السرقة فإنه يقضي بالمال لا بالقطع، لأن هذا النوع من الحقوق مبني على المساهلة والمسامحة، أما إذا كان الحق من حقوق الأدميين فما علمه قبل ولايته لم يحكم به ويكون فيه بمنزلة الشاهد، أو البينة القائمة فيه، وما علمه في ولايته يكون بمنزلة ما سمعه من الشهود في ولايته، وهو مكلف بالقضاء⁽³⁾، فالظاهر أن رأي الجمهور هو الراجح، على أساس أن القضاء مبني على المساواة المطلقة في كل شيء، التي نلمسها من حديث عبد الله بن مسعود عندما قال سمعت عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول: « أن أناسا كانوا يأخذون بالوحي على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأن الوحي قد إنقطع، وإنما نأخذكم الآن بما ظهر من أعمالكم فمن أظهر لنا خيرا أمناه وقريناه، وليس لنا من سريرته شيء الله يحاسبه في سريرته، ومن أظهر لنا سوء لم نأمنه، ولم نصدقه وإن قال أن سريرته حسنة »⁽⁴⁾، إلا أن رأي الإمام أبي حنيفة له وجاهته كذلك، خصوصا في علم القاضي قبل تكليفه بالقضاء، لأنه لا يوجد ما يمنع القاضي من أداء شهادته في قضية يعلم حقيقتها وأدلتها، فيأخذ في هذه الحالة صفة الشاهد لا القاضي.

أما سلطة القاضي في تغيير التهمة، فيتجلى في حالة ما إذا جاء المدعي بتهمة ويظن أنها تستحق حدا من الحدود، ففي هذه الحالة ينظر القاضي في شروط الجريمة المقدره شرعا، فإن استوفت شروطها، وأدلة إثباتها قضى بها وإن وجد عدم توفرها، أو عدم اكتمالها كتناقض الشهود في الشهادة، أو تراجع أحدهم عنها، فيعيد تكييف الجريمة من جريمة حد إلى جريمة تعزير، كالذي يسرق ما لا يجب فيه القطع، أي لا يصل إلى ربع دينار عند الشافعية، وعشرة دراهم عند أبو حنيفة، وثلاثة دنانير عند مالك⁽⁵⁾، أو سرق نصابا من غير حرز، فإنه يجلد ولا يقطع، وهو أعلى درجات التعزير، وهي خمسة وخمسة وسبعون سوطا⁽⁶⁾.

(1) انظر: ابن فرحون(برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج02، مرجع سابق، ص 103.

(2) انظر: ابن قدامة(موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد)، المغني، ج14، مرجع سابق، ص 31.

(3) انظر: الكاساني(علاء الدين أبو بكر بن مسعود)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 09، مرجع سابق، ص 113.

(4) انظر: ابن جزم (أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي)، المحلى، ج09، مرجع سابق، ص 394.

(5) انظر: الماوردي (أبو الحسن علي بن محمد)، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، مرجع سابق، ص 331.

(6) انظر: الماوردي (أبو الحسن علي بن محمد)، نفس المرجع، ص 345.

فهذه السلطة للقاضي الجنائي في الدعوى الجزائية، سواء في القانون الوضعي أو الشريعة الإسلامية لتقدير وقبول التهمة، والأدلة المعروضة عليه في الجلسة، إنما الهدف منها هو الوصول إلى التسبيب السليم للحكم القضائي الذي يكون مبنيا على اليقين القضائي المؤدي للحقيقة الواقعية.

الفقرة الثانية

تسبيب الأحكام القضائية الجزائية.

إذا كان من أسس المحاكمة العادلة، أن للقاضي الجنائي الحرية الكاملة في الاقتناع بأي دليل يرتاح إليه، لبناء قناعته في الدعوى المطروحة أمامه سواء بالاتهام أو بالنفي، فإنه يكون ملزما تبعا لذلك بإعطاء حياده ونزاهته مظهرا خارجيا يتجلى في البرهنة على صحة الدليل الذي استند عليه في حكمه، وأنه موجود بملف الدعوى، وخضع للمناقشة التفصيلية في جلسة المحاكمة، وبحضور الخصوم. فإذا كان الاتهام يحتاج إلى دليل يؤيده أو ينفيه، فإن الحكم يحتاج إلى بيان يوضح الدور الذي قام به القاضي حتى انتهى إلى النتيجة التي تضمنها، أي بيان الأسباب، والأدلة، وأوجه الدفاع التي قدمها الخصوم في الدعوى خصوصا المتهم، التي تكون من حيث المنطق والعقل متجانسة مع النتيجة التي أعلن عنها القاضي في منطوق حكمه، الأمر الذي انتهت إليه المحكمة العليا بخصوص تسبيب الحكم المدني أثناء فصل محكمة الجنايات في الحقوق المدنية وفقا للمادة 316 من ق.إ.ج.ج بقولها: « متى كان من المقرر قانونا أنه إذا وجد تناقضا بين السؤال المطروح حول الإدانة مع جوابه بالإيجاب، وبين منطوق الحكم القضائي بالبراءة، فإن هذا الحكم يعد مخالفا للقانون ويستوجب نقضه وإبطاله لما تضمنه من تناقض في منطوقه »⁽¹⁾.

فالتسبيب في اللغة: من فعل سبب، والسبب هو الحبل، وما يتوصل به إلى غيره، أو كل

شيء يتوصل به إلى شيء غيره، فيقال هذا سبب هذا، وهذا مسبب هذا، وأسباب السماء: مراقبيها، أونواحيها، أو أبوابها، والسبب يكون أيضا بمعنى الطريق⁽²⁾، لقوله تعالى: ﴿...وَأَتَيْنَاهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ سَبِيًّا﴾⁽³⁾.

(1) قرار المحكمة العليا رقم 41090 الصادر بتاريخ 1984/10/09، المجلة القضائية، ع01، 1989، ص 305، انظر: سايس

(جمال)، الاجتهاد الجزائري في القضاء الجنائي، ج01، رقم 64، مرجع سابق، ص 169.

(2) انظر: الفيروز آبادي(مجد الدين محمد)، القاموس المحيط، باب الياب، فصل السين، مادة سبه، مرجع سابق، ص 127، انظر كذلك:

الرازي (محمد بن أبي بكر)، مختار الصحاح، باب السين، مادة سبب، مرجع سابق، ص 94.

(3) انظر: سورة الكهف الآية 84.

أما اصطلاحاً: فإن القانون نص تحت طائلة بطلان الحكم الجزائي على التسبب، وجعله من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق القاضي الجنائي عند إصداره له، بحيث لا يجب أن يخلو أي حكم من تحديد الشخص الذي صدر الحكم في مواجهته وصفته، وكذا وضعيته أثناء إجراء المحاكمة فيما إذا كان حاضراً أم غائباً، على أن تكون الأسباب الواقعية والقانونية التي استند إليها القاضي، أساس الحكم، والتي تتمثل في مطابقة نص التجريم مع الوقائع المتابع بها المتهم في حالة إدانته وتحديد مسؤوليته⁽¹⁾، فتسبب الأحكام الجزائية بهذا الوصف، يكون الضمانة التي تلخص كافة الضمانات والحقوق الأخرى المقررة للمتهم في الدعوى الجزائية، والذي عبرت عنه محكمة النقض المصرية بقولها: « أن تسبب الأحكام من أعظم الضمانات التي فرضها القانون على القضاة. إذ هو مظهر قيامهم بما عليهم من واجب تدقيق البحث، وإمعان النظر للتعرف على الحقيقة التي يعلنونها فيما يفصلون فيه من الأفضية »⁽²⁾.

هذه المبادئ نجدها مشتركة بين جميع التشريعات الوضعية كأسس ثابتة لصحة الحكم القضائي⁽³⁾، خصوصاً المشرع الجزائري الذي أكد عليها كأحد أهم أسس المحاكمة العادلة دستورياً وفقاً للمادة 114 من دستور 1996، والمادة 162/ف01 من التعديل الدستوري الصادر 2016، التي تنص على أنه: « يجب أن تعلل الأحكام، وينطق بها في جلسة علنية»، وقانونياً بموجب المادة 379 من ق.إ.ج.ج، وفي مواضع عديدة أخرى⁽⁴⁾، جاعلاً من الأحكام التي لا تحتوي على التسبب السليم قاصرة على الوفاء بحق الدولة في العقاب، أو تحقيق مقومات المحاكمة العادلة، أو استيفاء المواجهة الحقيقية للمتهم بثبوت التهمة ضده، فيكون الحكم بذلك تعسفياً، مهذراً لحقه في الدفاع، وخصوصاً حقه في الطعن.

لذلك لا بد أن يحتوي تسبب الحكم على الوضوح اللازم المبين للنص القانوني المطبق، وكذلك الرد على الطلبات والدفع التي يقدمها الخصوم، ففائدة هذا الوضوح السماح بمراقبة الأحكام القضائية، الذي أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها: « من المقرر قانوناً أنه تكون الأسباب أساس الحكم، ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما أسسوا براءة المتهمين على مجرد وجود اختلاف في تصريحات الضحايا حول زمن اقرار الجرائم موضوع المتابعة دون تمحيص، ومناقشة الوقائع كلها، والموازنة بينهما، وتحديد مدلولها هو تأسيس قاصر، ويعد قصوراً فادحاً في

(1) انظر: مصطفى (محمود)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 511.

(2) انظر: عبيد (رؤوف)، ضوابط تسبب الأحكام، مرجع سابق، ص 07.

(3) انظر: انظر مثلاً: المادة: 310 من ق.إ.ج.ج المصري، والمادة: 237 من ق.أص. مح.ج.الأردني، والمادة: 264 من ق. مسط المغربية، والفصل: 168 من مج.إ. ج التونسية، والمادة: 485 من ق.إ.ج.ج الفرنسي.

(4) انظر: انظر المواد 358، 367، 370 من ق.إ.ج.ج.

التعليل، ومتى كان الأمر كذلك استوجب نقض القرار «⁽¹⁾، كما اعتبره القضاء الفرنسي من من الحقوق المتفرعة عن الحق في محاكمة منصفة⁽²⁾.

نستنتج من خلال الأهمية التي أعطاها المشرع الجزائري لتسبيب الأحكام القضائية، أن التسبيب يكون ملازما لكل حكم صادر عن الجهات القضائية الجنائية بمختلف تصنيفاتها، سواء أكانت محكمة الجنح والمخالفات، أو محكمة الجنايات مع الاختلاف الموجود بين طبيعة كل محكمة، فبالنسبة لمحكمة الجنح والمخالفات، فإن التسبيب يجب أن يكون مبني على الأدلة التي يحتوي عليها الملف، والتي نوقشت في جلسة المحاكمة وفقا للمادة 212 من ق.إ.ج.ج، لذلك يطلق على محكمة الجنح والمخالفات بمحكمة الدليل، أي أن الدليل الموجود في الملف هو أساس الحكم، سواء فنده المتهم وبالتالي الحكم ببرائته، أو لم يستطع ذلك وعليه تكون النتيجة الحتمية لقناعة القاضي بالإدانة، الذي يفرض عليه القانون ذكر المواد التي أسسها عليها حكمه، وفقا لما نصت عليه المادة 379 من ق.إ.ج.ج، التي تخص التسبيب الدقيق والتحليل العميق، لكل ما أدى بالقاضي إلى الاقتناع بنسبة الجريمة للمتهم، والنصوص القانونية التي أسس عليها قناعته، ولا تخص اقتناعه ببراءته، لذلك فإن حق المتهم في الدفاع في هذه الحالة يكون بالطعن في حكم الإدانة دون البراءة.

أما محكمة الجنايات⁽³⁾، التي عرفتها المادة 248 من ق.إ.ج.ج بقولها: «تعتبر محكمة الجنايات الجهة القضائية المختصة بالفصل في الأفعال الموصوفة بجنايات، وكذا الجنح والمخالفات المرتبطة بها، والجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية المحالة إليها بقرار نهائي من غرفة الاتهام»، فإنها لا تسبب أحكامها بل تجيب عن الأسئلة المطروحة سواء تلك الخاصة بالوقائع المنسوبة للمتهم، أو الظروف المصاحبة لها، ويستوي في ذلك أن تكون ظروف تخفيف أو شديد وفقا لنص المادة 305 من ق.إ.ج.ج، والذي أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها بقولها: «من المبادئ العامة أن الأسئلة توضع وتطرح عن كل واقعة معينة في منطوق الإحالة، وكل ظرف مشدد يكون محل سؤال مستقل، وأن دمج الوقائع والظروف المشددة لها في الأسئلة المطروحة من محكمة الجنايات يعرض حكمها للنقض»⁽⁴⁾.

(1) القرار الصادر عن الغرفة الجزائرية للمحكمة العليا بتاريخ 1996/06/03، المجلة القضائية، ع01، 1997، ص136، انظر: سايس (جمال)، الاجتهاد القضائي في القضاء الجنائي، ج02، مرجع سابق، ص 735.

(2) Cass. Crim, 08/11/2000. Bull. Crim. N° 339.

(3) انظر: نظم المشرع الجزائري أحكام محكمة الجنايات من المادة 248 إلى المادة 237 من ق.إ.ج.ج تبعا لما جاء به المشرع الفرنسي من المادة 231 إلى المادة 380 من ق.إ.ج.ج. الفرنسي.

(4) القرار الجنائي الصادر في 20 / 11 / 1984 ملف 41088، المجلة القضائية، ع 01، 1989، ص 124، انظر: بو سفيعة (أحسن)، قانون الإجراءات الجزائرية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 118.

كما أكدت على طبيعة التسبب الوارد في حكم محكمة الجنايات بقولها: « إن الأجوبة على الأسئلة المطروحة، تعد بمثابة التسبب في حكم محكمة الجنايات، الناطقة بالإدانة أو بالبراءة، والمؤسس على الاقتناع الشخصي للقضاة، ولا تعد المناقشات الدائرة في الجلسة تسببياً»⁽¹⁾، فهذا المسلك استنبطه المشرع الجزائري عن المشرع الفرنسي، الذي يأخذ بضرورة تسبب الأحكام الصادرة عن محكمة الجنايات والمخالفات، وأن قضاتها يفصلون في الناحية الموضوعية والقانونية بأحكام مسببة، أما محكمة الجنايات فإن تشكيلاتها تتكون بالإضافة إلى القضاة من المحلفين، الذين يجيبون على الأسئلة بنعم أو لا، على الناحية الموضوعية للدعوى فقط، أي من ناحية ثبوت الإدانة من عدمها، وبدون إبداء أسباب⁽²⁾.

كما أن المشرع الجزائري لم يقف عند هذا الحد فقط، فقد كفل المراقبة التلقائية للتسبب حتى في الحالة التي لم يتم فيها المتهم بذلك، الشيء الذي أكده المجلس الأعلى - سابقاً - بقوله: « يجوز للمجلس الأعلى إثارة التسبب تلقائياً »⁽³⁾.

أما في الشريعة الإسلامية، وكما يقول بن قيم الجوزية: « لارتد حقا، ولا تكذب دليلا، ولا تبطل أمانة صحيحة »⁽⁴⁾، فإن القاضي ملزم بتسبب أحكامه وتحديد الوجه الذي ثبت به الحق من مختلف البيانات المتوفرة، خصوصا في الحدود والقصاص، التي يجب على القاضي أن يظهر في حكمه أدلة الإثبات وأدلة النفي التي بنا عليها حكمه، ففي حد الزنى مثلا لا بد من أن يظهر توافر حالة التعدد في الشهود شاهدوا الفعل كاملا من دون عدول من أحد منهم حتى ينفذ الحد⁽⁵⁾، كما يجب أن يظهر أنهم كانوا عدولا، أي ليس بينهم صبيا، ولا عبدا، ولا امرأة، ولا كافرا⁽⁶⁾.

كما يكون التسبب كذلك ضروريا لإظهار الكيفية التي تثبت بها الجريمة، لأن ذلك له أثره على تنفيذ الحد، بحيث أجمع الفقهاء على أنه إذا تبثت الجريمة عن طريق الإقرار في الزنى مثلا، فإن المحكوم عليه لا يقيد، ولا تحفر له حفرة، أما إذا كان عن طريق البينة لا الإقرار فإنه يقيد ثم يرجع⁽⁷⁾، وأن يذكر بأن المقر لم يرجع عن إقراره، وأن يبين في الحكم نوع العقوبة ومقدارها هل هي جلد

(1) القرار الصادر عن الغرفة الجزائرية للمحكمة العليا، بتاريخ 2006/05/24، انظر: المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع.01، 2007، ص 555.

(2) انظر: عبيد (رؤوف)، ضوابط تسبب الأحكام، مرجع سابق، ص 421.

(3) القرار الصادر عن الغرفة الجزائرية الثانية، القسم الثاني، للمحكمة العليا، بتاريخ 1981/01/04، غير منشور، مشار إليه في زبدة (مسعود)، القران القضائية، مرجع سابق، ص 159.

(4) انظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص 27.

(5) انظر: عودة (عبد القادر)، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 318.

(6) انظر: الماوردي (أبو الحسن علي بن محمد)، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، مرجع سابق، ص 328.

(7) انظر: ابن رشد (أبو الوليد محمد بن أحمد بن أحمد القرطبي)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ص 834.

أورجم؟ وهل المحكوم عليه بكر أم محصن، وهل هو حر أم عبد، فإذا كان حراً وبكر يجب أن يتضمن الحكم عقوبة مائة جلدة للحر، ونصفها للعبد، والتعريب عام، وللتيب الرجم⁽¹⁾، وأن يبين في الحكم إذا كانت الجريمة سرقة، النصاب الموجب للحد وهو " ربع دينار عند الشافعية، وعشرة دراهم عند أبو حنيفة، وثلاثة دنائير عند مالك"، على أن يبين في الحكم المذهب الذي استند عليه في حكمه، خصوصاً وأن هناك اختلاف بين الفقهاء في ما يوجب القطع.

وبالتالي فإن تقويم ذلك يرجع لأهل المعرفة والنظر⁽²⁾، أما إذا كان الحكم في الجروح والقصاص، فإن القاضي ملزم بأن يكون قد دعا المتخاصمين إلى الصلح، لأنه مأمور بذلك⁽³⁾، كما يجب عليه أن يظهر الدليل عند نقضه لحكم غيره من القضاة على أنه مخالف للكتاب، والسنة، والإجماع⁽⁴⁾، وفيما إذا كان الحكم قد صدر ضد حاضر أم غائب، فإذا كان صادراً ضد غائب فينبغي إرجاء الحجة له، لأن القاضي لا يقيم لصبي، ولا لغائب، وكيلاً يقوم بحجتها⁽⁵⁾، على أن يكون كل ذلك مدون في سجلات خاصة منعا لتناكر الخصوم لما قضي به القاضي، وحتى يكون حجة عليهم⁽⁶⁾.

نستنتج من إلزامية تسبب الأحكام القضائية في الدعوى الجزائية، سواء في الشريعة الإسلامية أو القانون الوضعي، أنها تمكّن القاضي من إبراز جهده في القضية، والمسلك الذي سلكه فيها للوصول إلى النتيجة التي نطق بها في منطوق حكمه، وكأنه يخاطب الشعب بحكمه بكل وضوح، ومستلزمات العدالة وفقاً لاجتهاده في إطار القانون المطبق، بما توفر في الدعوى من أدلة، لأنه بعد أن ينطق القاضي بالحكم يكون هذا الأخير خاضعاً لنوعين من الرقابة، رقابة الخصوم لما قضي به بالنسبة لحقوقهم عن طريق طرق الطعن المخولة لهم قانوناً سواء تلك الخاصة بالقانون، أو تلك الخاصة بالوقائع والقانون، ورقابة المحكمة العليا من حيث تقديرها لجملة الأسباب الواردة فيه

(1) انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج 02، مرجع سابق، ص 294.

(2) انظر: الرصاع (عبد الله محمد)، شرح حدود بن عرفة، مرجع سابق، ص 664.

(3) انظر: السرخسي (شمس الدين)، المبسوط، ج 16، مرجع سابق، ص 63.

(4) انظر: الرصاع (عبد الله محمد)، نفس المرجع، ص 579.

(5) انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج 02، المرجع السابق، ص 104.

(6) لم تظهر الحاجة إلى تسجيل الأحكام في الخلافة الإسلامية في بداية عهدها، فقد كانت تنفذ مباشرة، ولكن بعدما بدأ يظهر بين الناس التلاعب بالأحكام ومحاولة إنكارها، ظهرت أهمية تسجيلها وكان أول ظهور لها في العهد الأموي في جماعة اختصموا في الميراث لدى القاضي سليم بن عتر قاضي معاوية على مصر، فقضى بينهم، ولما تناكروا بينهم عادوا إليه، قضى بينهم وسجل قضائه في كتاب، مع وجود شهود الجند على ذلك، انظر: أحمد شلبي، تاريخ التشريع الإسلامي وتاريخ النظم القضائية في الإسلام، مرجع سابق، ص 255، وانظر كذلك: الحميصي (عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز)، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، مرجع سابق، ص

التي تعبر عن مدى صحته، وقوة تأثيره في الحقيقة المرجوة من خلاله، وذلك حفاظا على حق المتهم في الدفاع من خلال الطعن في الأحكام القضائية.

المبحث الثاني

حق المتهم في الدفاع من خلال طرق الطعن في الأحكام الجزائية.

تتجلى مبررات حق المتهم في الطعن في الأحكام الصادرة من مختلف الجهات القضائية الجزائية، في أنها مجموعة الوسائل الإجرائية التي تجيز فحصا جديدا للدعوى الجزائية المحكوم فيها، بغية التعديل الجزئي، أو الكلي للحكم المطعون فيه، أو إلغائه⁽¹⁾، قصد حماية المتهم من آثار الخطأ القضائي الذي من الممكن أن يقع فيه القاضي عند إدانته⁽²⁾. نجد أن طرق الطعن سواء منها العادية (المطلب الأول)، أو غير العادية (المطلب الثاني) كُرست أساسا لإعطاء المتهم وسائل أخرى للدفاع عن نفسه، وتعتبر بمختلف تصنيفاتها من وسائل الدفاع المتعمدة في التشريعات الوضعية، كما نجدها مكرسة في الشريعة الإسلامية بأحكامها وليس بمسمياتها، وهي واردة على سبيل الحصر لا يمكن الخروج عنها، وبالتالي لا يجوز الطعن في الأحكام الجنائية برفع دعوى مستقلة تقضي ببطلانه⁽³⁾.

المطلب الأول

طرق الطعن العادية.

يمكن إدراك الأهمية الإجرائية لطرق الطعن العادية، في أنها تمثل وسائل إجرائية أوجدها المشرع حتى يتمكن المتهم من ممارسة حقه في الدفاع عن نفسه، ضد الحكم الغيابي الصادر ضده بالإدانة عن طريق المعارضة، أو تمحيصه عن طريق الاستئناف في الحكم الحضورى، وذلك بعرضه

(1) انظر: بوشيت خوين(حسن)، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية خلال مرحلة المحاكمة، مرجع سابق، ص 183.

(2) انظر: عبید (رؤوف)، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، مرجع سابق، ص 861.

(3) انظر: مصطفى (محمود)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 534.

على جهة قضائية أخرى تكون أفضل من الجهة الفاصلة في الدعوى خبرة وتشكيلا⁽¹⁾، وبالتالي توقيف تنفيذ الحكم الذي يكون مشوبا بالشك رغم حجيته (الفرع الأول) ، والذي يقوم في المعارضة على عدم تمكّن المتهم من الدفاع عن نفسه لدرء الاتهام عنه، وفي الاستئناف على إمكانية احتوائه على الخطأ القضائي، الذي قد يقع فيه القاضي سواء من حيث فهمه للوقائع، أو من حيث تطبيقه للقانون، أو تفسيره وتأويله⁽²⁾ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المعارضة.

هي طريق عادي من طرق الطعن العادية، المخولة للمتهم الذي صدر في حقه، وفي غيابه حكم بالإدانة يسلكه أمام نفس الجهة مصدرة الحكم أو القرار، والمبنية على مبدأ أنه " لا يمكن إدانة شخص قبل سماعه " ⁽³⁾، الذي قد لا يتصل بالتكليف بالحضور لجلسة المحاكمة شخصيا، لوجود سبب ما، كما أن المساواة لا تتحقق في الحكم الصادر إذا أنبنى فقط على إدعاءات خصمه، دون أن يمكّن المتهم من إبداء دفاعه بكل حرية⁽⁴⁾، فيكون الهدف من المعارضة إذن هو إعادة المحاكمة أمام نفس الجهة القضائية لعدم احتوائها على أهم مبادئ المحاكمة العادلة وهي " مبدأ الشفوية، ومبدأ الحضورية" «⁽⁵⁾»، وهذا ما نصت عليه المادة 409 من ق.إ.ج.ج بقولها: « يصبح الحكم الصادر غيابيا كأن لم يكن بالنسبة لجميع ما قضى به، إذا قدم المتهم معارضة في تنفيذه. ويجوز أن تنحصر هذه المعارضة فيما قضى به الحكم من الحقوق المدنية»⁽⁶⁾، فمن خلال هذه المادة ندرك أن المعارضة وحتى تتحقق للمتهم فرصة مناقشة التهمة من جديد أمام نفس الجهة التي أصدرت الحكم، لا بد من توافر مجموعة من الشروط ، حتى تنتج المعارضة أثارها في تحقيق مصلحة المتهم في استعمالها كوسيلة من وسائل الدفاع وهي:

الفقرة الأولى

(1) انظر: خميس (محمد)، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، ص 386.

(2) انظر: الكبيسي (عبد الستار سالم)، ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة، مرجع سابق، ص 869.

(3) « nul ne peut etre condamné sans avoir été entendu ». RENAULT BRAHINSKY (C): Procédure pénale, op, cit P228.

(4) انظر: المرصفاوي (حسن صادق)، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 745.

(5) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 895.

(6) انظر مثلا: المادة: 398 من ق.إ. ج المصري، والمادة: 259 من ق.أص.ج.ج الأردني، والمادة: 394 من ق. مسط المغربية،

والفصل: 180 من مج.إ. ج التونسية، والمادة: 489 من ق.إ.ج.ج الفرنسي.

شروط الطعن بالمعارضة.

لا تتحقق المعارضة إلا إذا توفرت مجموعة من الشروط هي: أن يكون الطاعن بالمعارضة متهماً، بمعنى أن يكون قد وجه إليه الاتهام، وخضع لإجراءات التحقيق، وأحيل أمام المحكمة بتلك الصفة، لأنه الطرف الوحيد وفقاً للمادة 409 من ق.إ.ج.ج، الذي له الحق في الطعن فيما قضى به الحكم في الدعوى الجزائية والمدنية معاً، أو الدعوى المدنية فقط طبقاً للمادة 413/ف01 من ق.إ.ج.ج، أما المدعى المدني أو المسئول عن الحقوق المدنية فإن معارضتهما تكون منصبية فقط على الحقوق المدنية، وذلك طبقاً للفقرة الثانية من نفس المادة، غير أن المدعي المدني ملزم بتقديم عذرا مقبولاً، حال دون تمكنه من الحضور، وإلا اعتبر تاركاً لإدعائه المدني طبقاً للمادة 246 من ق.إ.ج.ج⁽¹⁾، ولا يتصور من النيابة العامة أن تطعن بالمعارضة لأن حضورها دائم في جلسة المحاكمة على أساس أنها جزء من تشكيلتها، كما لا يجوز للمتهم الطعن بالمعارضة في الأحكام الصادرة ببراءته، لأنه لا طعن بدون مصلحة⁽²⁾

غير أن المشرع الفرنسي ووفقاً لنص المادة 493⁽³⁾ من ق.إ.ج.ج. الفرنسي قد أعطى هذا الحق لجميع الخصوم الآخرين عدا النيابة العامة، والذي يكون شاملاً للدعويين معاً الجزائية والمدنية، بمعنى أن المشرع الفرنسي قد سوى من خلال هذه المادة بين أطراف الواقعة الإجرامية وهم المتهم من جهة، والمدعي المدني والمسئول عن الحقوق المدنية من جهة ثانية، لكن المشرع المصري في المادة 399 من ق.إ.ج.ج.ج المصري قد حرم المدعي المدني من هذا الحق، وأبقى عليه بالنسبة للمسئول عن الحقوق المدنية في المادة 253 من ق.إ.ج.ج.ج، وذلك رغبة منه في عدم تعطيل إجراءات الدعوى بالنسبة لمعارضة المدعي المدني⁽⁴⁾، والتدخل إلى جانب المتهم في الثانية حماية لحقوقه في الدعوى الجزائية، ولكن هذا يعتبر استعمالاً لحق المتهم في المعارضة الذي لم يسوغ القانون الإنابة فيه⁽⁵⁾.

أن يكون الحكم الصادر بالإدانة غيابياً، أي أن تمضي المحكمة في إصدار حكمها على المتهم غيابياً، الذي لم يكن قد سلم له التكليف بالحضور شخصياً، وفقاً للمادة 346 من ق.إ.ج.ج.ج: « إذا لم يكن التكليف بالحضور قد سلم لشخص المتهم يصدر الحكم في حالة تخلفه عن الحضور

(1) المشرع المصري يختلف مع نظيره الجزائري في أنه لا يجيز معارضة المدعي المدني في نص المادة 399 " لا تقبل المعارضة من المدعي بالحقوق المدنية".

(2) انظر: بهنام (مسييس)، الإجراءات الجنائية " تأصيلاً وتحليلاً"، مرجع سابق، ص 725.

(3) L'art 493 : « La personne civilement responsable et la partie civile peuvent former opposition à tout jugement par défaut à leur encontre, dans les délais fixés à l'article 491, lesquels courent à compter de la signification du jugement, quel qu'en soit le mode ».

(4) انظر: عبید (رؤوف)، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، مرجع سابق، ص 886.

(5) لتفصيل ذلك انظر: المرصفاوي (حسن صادق)، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 749، 750.

غيابيا» ، أو لم يرسل من ينوب عنه في الأحوال التي يجيز القانون فيها ذلك وفقا للمادة 407/ف02 من ق.إ.ج.ج، الذي جاء عاما مركزا على حقيقة صلة المتهم بالدعوى الجزائية، الذي يتضح للمحكمة من خلال خلو ملف الدعوى من التبليغ المباشر والشخصي له، كشرط أساسي لصدور حكمها غيابيا عليه، وبالتالي فإن وصف الحكم بأنه غيابيا يكون قائما على واقع المحاكمة فيما إذا كان المتهم حضر جلستها، وقدم طلباته ودفعه أم لا ؟ لا الوصف المقدم من المحكمة، أو المجلس للحكم، أو القرار المطعون في بالمعارضة (1).

أن يكون الحكم صادرا في الجرح والمخالفات عدا الجنايات، أي الأفعال المكيفة كمخالفة أوجحة بحسب الأصل، أو تلك التي يصدر بموجبها حكم غيابي من محكمة الجنايات في جنحة (2)، وكان لها ارتباط بسيط بها قضى فيه بعقوبة عن كل جريمة على حدى، فتجوز بذلك المعارضة في الجنحة دون الجناية (3)، فيكون الطعن بالمعارضة إذن في الأحكام الصادرة في الجرح والمخالفات بغض النظر عن الجهة التي أصدرتها، سواء أكانت محكمة ابتدائية كمحكمة الجرح والمخالفات، أو استئنافية كالغرفة الجزائية للمجلس القضائي، أو خاصة كقسم الأحداث بالمحكمة، أو غرفة الأحداث بالمجلس القضائي.

أما أمام محكمة الجنايات فتتخذ ضده إجراءات التخلف عن الحضور المنصوص عليها في المواد من 317 إلى 319 من ق.إ.ج.ج (4)، التي تجعل من الأحكام الصادرة عن محكمة الجنايات حسب المادة 294 من ق.إ.ج.ج حضورية بحسب الأصل، فالمتهم وحتى يستطيع إيقاف محاكمته أمام محكمة الجنايات، فإنه يقع عليه عبء إثبات السبب المشروع الذي منعه من الحضور، وفقا للمادة 318/ف01 من ق.إ.ج.ج، فبمجرد حضوره، أو إلقاء القبض عليه يسقط الحكم بالإدانة أيا كانت العقوبة المحكوم بها ويستمر ساريا فيما قضى فيه بالبراءة (5)، وليس للمحكمة أن تستخلصه من من ملف الدعوى، وإنما على المتهم أن يثبت جدية السبب الذي أعاقه عن الحضور، ولم يستطيع تقديمه إلا بعد صدور الحكم عليه (6).

(1) انظر: بهنام (رمسيس)، نفس المرجع ، ص 746.

(2) تنص المادة 397 من ق.إ.ج.ج المصري " إذا غاب المتهم بجنحة مقدمة أمام محكمة الجنايات تتبع بشأنه الإجراءات المعمول بها أمام محكمة الجرح، ويكون الحكم فيها قابلا للمعارضة".

(3) انظر: عبيد (رؤوف)، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، المرجع السابق ، ص 868 ، 869.

(4) انظر: المواد من 317 إلى 319 من ق.إ.ج.ج.

(5) انظر: عبيد (رؤوف)، نفس المرجع ، ص 868.

(6) انظر: سلامة (مأمون محمد)، قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض طبقا لأحدث التعديلات والأحكام، ج03، مرجع سابق، ص 1529.

فكل الشروط السابقة ورغم توافرها لاتجعل المعارضة قانونية، إلا إذا احترم فيها ميعاد الطعن، فهي تقدم من المتهم بتقرير كتابي أو شفهي لدى قلم كتاب الجهة القضائية التي أصدرت الحكم، على أن يكون ذلك خلال 10 أيام من التبليغ الصحيح للحكم الغيابي إذا كان مقيما في الجرائر، وشهرين إذا كان مقيما في الخارج وفقا للمادة 411 من ق.إ.ج.ج، وإلا فإن الحق في المعارضة يبقى قائما بالنسبة للمتهم إلى غاية سقوط العقوبة بالنقادم وفقا للمادة 412 من ق.إ.ج.ج، على أن تقوم النيابة العامة وفقا للمادة 410 من ق.إ.ج.ج بعد تبليغها بالمعارضة بإشعار المدعي المدني بها بكتاب موسى عليه بعلم الوصول، إذا كانت المعارضة منصبة على كل ما قضى به الحكم الغيابي، أما إذا كانت منصبة فقط على ما قضى به في الحقوق المدنية فإن على المتهم تبليغ المدعي المدني بهذه المعارضة، وبالتالي وفي حال تمت المعارضة وفقا للأوضاع والأشكال القانونية المطلوبة، فإنه يترتب عليها مجموعة من الآثار تتجلى من خلالها ممارسة المتهم لحقه في الدفاع وهي:

الفقرة الثانية

آثار المعارضة.

آثار المعارضة بالنسبة للمتهم كحق من حقوق الدفاع، من خلال المصلحة التي يهدف إليها من وراء استعمالها كطريق طعن، وهي إعادة المحاكمة، وإلغاء الحكم الصادر في غيابه، وبالمقابل تعتبر كأن لم تكن إذا تقاعس عن الحضور للجلسة المقررة لنظر المعارضة، وبالتالي فإن للمعارضة كإجراء من الإجراءات الجزائية يكون له أثرين أحدهما خاص بالمتهم، والآخر خاص بالمحكمة هما:

أما آثار المعارضة الخاصة بالمتهم، فتشمل أساسا في إعادة المحاكمة، وفي وقف تنفيذ الحكم الغيابي المعارض فيه، وهي المصالح التي يستهدفها المتهم من خلال الطعن بالمعارضة، أين ستتاح له فرصة مناقشة الوقائع المنسوبة إليه من جديد، من أجل تفنيد الاتهام، أو احتمال تخفيف العقوبة، أو وقف تنفيذها⁽¹⁾، وهو المفهوم الذي جاءت به المادة 413/ف01 من ق.إ.ج.ج بقولها: « تلغي المعارضة الصادرة من المتهم الحكم الصادر غيابيا حتى بالنسبة لما قضى به في شأن طلب المدعي المدني » ، والذي أكدته المادة 414 من ق.إ.ج.ج بقولها: « يجري التحقيق في الحكم في كل قضية، طبقا للأحكام المتعلقة بالحكم في الجرح أو المخالفات تبعا لنوع القضية » .

(1) انظر: عبيد (رؤوف)، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 58.

وهو نفس الاتجاه الذي سارت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها: « يتعرض للنقض القرار القاضي بقبول المعارضة شكلا، وفي الموضوع بتأييد القرار المعارض فيه لمخالفته قاعدة جوهرية في الإجراءات، إذ كان على قضاة المجلس أن يلغوا القرار المعارض فيه، الذي أصبح بفعل المعارضة كأن لم يكن ثم يتصدوا من جديد للقضية، وإصدار الحكم الذي يروونه مناسبا»⁽¹⁾، فعند استقراء المادة 409 فإن الحكم الغيابي الصادر في حق المتهم إذا قدم معارضة بشأنه فإنه لا يعتبر مجرد إعادة نظر في الدعوى، وهو الاتجاه الذي سار فيه المشرع المصري في المادة 401 من ق.إ.ج.ج⁽²⁾، وبالتالي لا يجوز تشديد العقوبة، أو زيادة مبلغ التعويض المحكوم به، أو حتى الحكم بعدم الاختصاص ولو كانت الواقعة جنائية⁽³⁾، وإنما هو إعادة محاكمة بكل أسسها ومقوماتها.

وهو نفس الاتجاه الذي سار عليه المشرع الفرنسي في المادة 489 من ق.إ.ج.ج⁽⁴⁾، وأكدته المادة 413/ف01 من ق.إ.ج.ج، لأن قبول المعارضة يؤدي بالجهة مصدرة الحكم أو القرار، إلى التراجع عن جميع ما قضت به، ومن ثم لا يمكن الحديث إطلاقا عن وقف تنفيذه، أو إمكانية حيازته لحجية معينة بموجب ذلك التراجع⁽⁵⁾، وهذا الوضع وإن كان يحقق للمتهم ضمان حقه في الدفاع كاملا، إلا أنه لا يمنع من صدور حكم مخالف لما قضت به المحكمة في الحكم الغيابي سواء بالتخفيف، أو بالتشديد، أو بالبراءة، ولكن بالنظر إلى أن الحق في المعارضة من الحقوق المقررة قانونا للمتهم للاعتراض على الحكم الغيابي، فإن استعمال الحق في أطره القانونية لا يترتب عليه أي جزاء، وعليه فإن الاتجاه الذي جاء به المشرع المصري هو الأسلم في حقيقة الطعن بالمعارضة الذي سنقف عليه عند تحليل آثارها بالنسبة للمحكمة.

أما آثار المعارضة بالنسبة للمحكمة، تتمثل في التصدي للمعارضة من حيث الشكل، وذلك بالنظر في صفة المعارض فيما إذا كان متهم، أو مدعي مدني، والمجال الذي عارض فيه، فيما إذا كان الدعوى الجزائية والمدنية معا أو إحداهما فقط، وحصول التبليغ للمعارض بجلسة المحاكمة طبقا للمادة 439 من ق.إ.ج.ج، بحيث تكون مقيدة في ذلك بالتأكد من صحة التبليغ، وبحدود المعارضة كي تتصدى للموضوع بحضور المعارض للجلسة الأولى للنظر في معارضته، والذي أكدت عليه

(1) القرار الصادر عن غرفة الجناح والمخالفات للمحكمة العليا، بتاريخ 1989/06/20، المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع 02، 1991، ص 224، انظر: بو سفيعة (أحسن)، قانون الإجراءات الجزائية على ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 160.

(2) انظر: تنص المادة 401/ف01 من ق.إ.ج.ج.المصري بقولها " يترتب على إعادة نظر الدعوى بالنسبة إلى المعارض أمام المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي ولا يحوز بأية حال أن يضار المعارض بناء على المعارضة المرفوعة منه "

(3) انظر: عبيد (رؤوف)، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، المرجع السابق، ص 889.

(4) L'art 489 : « : Le jugement par défaut est non avenu dans toutes ses dispositions, si le prévenu forme opposition à son exécution Il peut toutefois limiter cette opposition aux dispositions civiles du jugement. »

(5) SOYRES (J-C): Droit pénal et procédure pénale, op, cit, P396.

المحكمة في أحد قراراتها بقولها: « يعرض للنقض قرار المجلس الذي قضى برفض المعارضة دون التأكد من تبليغ الطاعن بتاريخ الجلسة، أو تكليفه بالحضور » (1) فإذا تغيب العارض عن جلسة المحاكمة، اعتبرت المعارضة كأن لم تكن ويسترجع الحكم المعارض فيه حجيته.

بمعنى أن المعارضة لا تلغي حجية الحكم الغيابي الصادر في حق المتهم، فتكون بالتالي مجرد إعادة نظر كما جاء بها المشرع المصري، وكما أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها: « بصور القرار المطعون فيه القاضي باعتبار المعارضة كأن لم تكن، يسترجع القرار المعارض فيه صلاحيته ليشكل مع القرار المطعون فيه كلا لا يتجزأ، ومن ثم يجوز تأسيس الطعن على ما شاب القرار المعارض فيه من عيب » (2).

الملاحظ من خلال الطعن بالمعارضة، أن موقف المشرع الجزائري من طبيعة المعارضة فيما إذا كانت إعادة للمحاكمة، أو مجرد نظر للدعوى بموجب المعارضة كان متذبذبا بين الفكرتين سواء في النصوص القانونية، أو في اجتهادات المحكمة العليا المشار إليها سابقا، مما يفتح الباب أمام إمكانية تأويل النصوص القانونية السابقة بما يضر بحقوق المتهم، خصوصا وأن الحكم الصادر بعد المعارضة يكون حكما حضوريا، الذي لا تجوز فيه معارضة أخرى، لأنه يفقد أحد شروط تقديمها وهو الحكم الغيابي، فيكون بذلك محلا للطعن بالاستئناف.

أما في الشريعة الإسلامية فإن المعارضة لم تكن معروفة بهذا التفصيل الموجود في القانون الوضعي، لأن القضاء فيها يقوم على مبدأ المواجهة أساسا، والثابت من حديث رسول صلى الله عليه وسلم إلى بن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه عندما ولاه القضاء في اليمن (3)، ومن رسالة عمر بن الخطاب رضي الله عنه الشهيرة إلى أبي موسى الأشعري عندما ولاه القضاء (4)، ولكن علة المعارضة في الشريعة الإسلامية تظهر في الحكم على الغائب، الذي ينقسم فيه الفقهاء إلى ثلاثة آراء أساسية.

فأما الرأي الأول يمنع الحكم على الغائب مطلقا استنادا لقوله تعالى: ﴿ يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ

(1) القرار الصادر عن غرفة الجناح والمخالفات للمحكمة العليا، بتاريخ 1999/04/28، المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد 01

خاص، 2002، ص 111، انظر: بوسقيعة (أحسن)، قانون الإجراءات الجزائية على ضوء الممارسة القضائية، المرجع

السابق، ص 161.

(2) القرار الصادر عن غرفة الجناح والمخالفات بالمحكمة العليا، ملف 145743 قرار صادر بتاريخ 1997/05/12، غير منشور، انظر:

بوسقيعة (أحسن)، قانون الإجراءات الجزائية على ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص 162.

(3) سبق تخريجه.

(4) سبق تخريجه.

سَبِيلَ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ ﴿١﴾، وكذلك حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إليّ...» (٢)، وهو رأي الحنفية، الذين يمنعون القاضي من القضاء بالبينة والشهود في غياب المدعى عليه حيث قالوا: «لا تسمع الدعوى، أو البينة إلا على خصم حاضر، إلا إذا التمس المدعي بذلك كتاباً حكماً للقضاء به، فيجيبه القاضي إليه، فيكتب القاضي للغائب في بلده بما سمعه من الدعوى والشهادة ليقضي عليه» (٣)، خصوصاً إذا كان الأمر يتعلق بالحدود والقصاص، اللذان لا يثبتان إلا بالإقرار والشهادة في مجلس القضاء، ومن ثم لا تجوز الشهادة على الغائب فيهما.

أما الرأي الثاني وهو رأي الجمهور فيرون إمكانية الحكم على الغائب فيما هو حق آدمي، لأن ذلك يحمل في طياته دعوته للقضاء من جديد بوجود الحضور المؤكد بالآيات التالية في قوله تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ * وَإِنْ يَكُنْ لَهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ * أَفِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ أَمْ ارْتَابُوا أَمْ يَخَافُونَ أَنْ يَحِيفَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ وَرَسُولُهُ بَلْ أُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ * إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ *﴾ (٤)، وكذلك حديث عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها، في الشكوى التي تقدمت بها هند بنت عتبة بن ربيعة مع زوجها أبو سفيان بن حرب حين قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم؟ فقال: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» (٥)، فالظاهر أن الرسول صلى الله عليه وسلم قضى لها دون حضور زوجها.

أما الرأي الثالث هو رأي الشافعي، وابن حزم الظاهري أن الحكم على الغائب جائز سواء أكان الحق لله تعالى أو للعبد، وأستدل في ذلك من عموم الآية التي لم يخص الله سبحانه وتعالى أمره بحاضر أو بغائب (٦) في قوله تعالى: ﴿... كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ...﴾ (٧)، وكذلك بحكم

(١) انظر: سورة ص الآية 26.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) انظر: الكاساني (علاء الدين أبو بكر بن مسعود)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج08، مرجع سابق، ص 412، وانظر كذلك: ابن الهمام (كمال الدين محمد بن عبد الواحد)، شرح فتح القدير، ج08، مرجع سابق، ص 250.

(٤) انظر: سورة النور الآية 48، 49، 50، 51.

(٥) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، رقم الحديث 5364، مرجع سابق، ص 682، وانظر كذلك: مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب قضية هند، رقم الحديث 4477، مرجع سابق، ص 760.

(٦) انظر: ابن حزم (أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي)، المحلى، ج09، مرجع سابق، ص 366، وانظر كذلك: الشافعي (أبو عبد أبو عبد الله محمد بن إدريس)، الأم، ج07، مرجع سابق، ص 533.

(٧) انظر: سورة النساء الآية 135

بحكم الرسول صلى الله عليه وسلم في حادثة العرنبيين الذين قتلوا الرعاء، وسرقوا الإبل وكانوا غائبين⁽¹⁾، فكل هذه الأدلة وغيرها ترجح الحكم على الغائب، مما يدل دلالة واضحة على إمكانية اعتراضه على الحكم الصادر عنه، ولكن من هو الغائب في الشريعة الإسلامية حتى يتمكن من معارضة الحكم الصادر في غيبته؟.

وضع وفقهاء الشريعة الإسلامية مجموعة من الضوابط لا تختلف عن تلك الموجودة في القانون الوضعي كثيرا وهي:

أن الغائب عن جلسة المحاكمة يقع تحديده لتقدير الحاكم، وفق ما جرى عليه العمل بالنظر إلى خصوصية كل زمان ومكان، فما يعتبر سببا للغياب في زمن ما قد ينتفي في زمن آخر، ويكون مختلفا من مجتمع لآخر، كما هو حاصل في هذا الزمان من تطور وسائل التنقل والاتصال، بحيث يكون الضابط فيه تقدير المصلحة المرجوحة شرعا⁽²⁾.

أن الغائب هو المدعى عليه الذي لم يدعى لحضور جلسة المحاكمة، فالأصل أن تتم تلك الدعوة عن طريق المدعى، وتكون حاملة لختم القاضي على شمع أو طين يسلمها له كعلامة على استدعاء القاضي، أو أن يرسل القاضي أحد الأعوان رفقة المدعى حاملا دعوته لمجلس القضاء، وأن يجمع بين الأمرين، فإذا ثبت في حق المدعى عليه إحدى هذه الطرق في التبليغ وجب عليه الحضور بنفسه، أو أن يرسل وكيلًا عنه، كالمرأة التي تلازم خدرها ولا تفارقه إلا في حالات خاصة، فقد يمنعها حياتها من الإلقاء بحجتها⁽³⁾، وإلا أحضره القاضي بواسطة أحد أعوانه، على أن يعزر إذا لم يقدم عذرا مقبولا لذلك، لأن في امتناعه عن إجابة دعوة القاضي الذي يكون في مرتبة الحاكم في مجلس القضاء، هو امتناع عن تطبيق أحكام الله تعالى فيستحق تعزيرا بذلك.

والأعذار في ذلك كثيرة منها الجنون، والغيبة البعيدة عند المالكية، وذلك قصد إجراء المحاكمة حضوريا، لأن القاضي ملزم بالاحتياط للغائب، لأنه لم يكن قد استوفى ما قامت به البيئة⁽⁴⁾، على أنه يمكن للقاضي أن يؤجل الدعوى بالرغم من تأخر المدعى عليه في الحضور، وذلك وفقا وفقا لتقديره واجتهاده حول المصلحة من ذلك⁽⁵⁾، الأمر الظاهر من الحديث الذي رواه علي بن أبي

(1) انظر: سبق تخريجه.

(2) انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج01، مرجع سابق، ص157.

(3) انظر: الكاساني (علاء الدين أبو بكر بن مسعود)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج08، مرجع سابق، ص414، وانظر كذلك: ابن الهمام (كمال الدين محمد بن عبد الواحد)، فتح القدير، ج08، مرجع سابق، ص251.

(4) انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج01، المرجع السابق، ص158، وانظر كذلك: ابن قدامة (موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد)، المغني، ج14، مرجع سابق، ص95.

(5) انظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج01، مرجع سابق، ص97.

طالب كرم الله وجهه، عندما ولاه الرسول صلى الله عليه وسلم قضاء اليمن عندما نهاه عن القضاء حتى يسمع من الخصم الآخر⁽¹⁾، والتي ترجمها عمر بن الخطاب في رسالته إلى أبو موسى الأشعري في القضاء: « واجعل لمن أَدعى حقا غائبا، أو بينة أمدأ ينتهي إليه، فإن أحضر بينة أخذت له بحقه، وإلا استحللت عليه القضية فإنه أنفى للشك، وأجلى للعمى »، ومنها استنبط الفقهاء القاعدة الفقهية التي تقول: " فكل مطلوب بحق يؤخر قدر ما يرى حين ينزل ذلك " ⁽²⁾.

ومن كل ما تقدم، يمكن القول أن الحكم على الغائب جائز في الشريعة الإسلامية، ولكن يمكن المعارضة في الحكم الصادر ضمانا للعدل، وتحقيقا لفرصة الدفاع عن النفس، وإحضارا للبينه، والدليل على ذلك أن حقوق المدعى عليه (المتهم) تبقى محفوظة في الحكم الغيابي، فقد ورد في تبصرة الحكام لابن فرحون، أنه يجب على القاضي أن يصرح بأسماء الشهود الذين شهدوا في الحكم على الغائب، حتى يتمكن هذا الأخير من تعقبهم وتجريحهم، وإلا لا ينفذ: « لأنه إن قَدِمَ فقال: من الشاهد علي؟ فإن عندي تجريحه فالقضية مردودة، والخصومة مؤتلفة، والبينه معادة » ⁽³⁾، تطبقا للقاعدة الفقهية التي تقول: " كل ما فيه حق لغائب، الإشهاد فيه واجب " ⁽⁴⁾.

كل هذه الأدلة توضح أخذ القاضي في الشريعة الإسلامية بالمعارضة في الأحكام القضائية، الذي يحمل في طياته ضرورة إحضار البينة، وتحضير الدفاع قصد إعادة المحاكمة، وهو نفس المعنى الذي تأخذه المعارضة في القانون الوضعي، إلا أن الاختلاف الموجود بين النظامين هو في مدة اللزامة للمعارضة التي تكون في القانون الوضعي خلال عشرة أيام من تبليغ الحكم، أما في الشريعة الإسلامية والظاهر أنها تكون من يوم العلم بالحكم أو تنفيذه، بحيث لم نجد في كتب الفقه ما يدل على تحديد ذلك، وإنما يكون حسب الحاجة التي تمكن المدعى عليه من تحضير دفاعه.

الفرع الثاني

الاستئناف.

⁽¹⁾ سبق تخريجه.

⁽²⁾ انظر: لروى (عائشة)، الكليات الفقهية من كتاب تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، بيروت، دار بن حزم، 2010، ص217.

⁽³⁾ انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج01، المرجع السابق، ص102.

⁽⁴⁾ انظر: لروى (عائشة)، الكليات الفقهية من كتاب تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، المرجع السابق، ص292.

إذا كان الطعن بالمعارضة يخص الأحكام الغيابية الصادرة ضد المتهم، فإن الاستئناف يخص الأحكام الحضورية، التي مارس فيها حقه في الدفاع، أو المعتبرة حضورية التي امتنع فيها عن ذلك رغم حضوره لجلسة المحاكمة بعد التبليغ الصحيح له، وبالتالي فإن الحكم الصادر من المحكمة أول درجة يكون عنواناً لصحة ما قضى به، مع احتمال احتوائه على الخطأ القضائي سواء في التطبيق الصحيح للقانون، أو الفهم السليم للوقائع من محكمة الدرجة الأولى⁽¹⁾، لذلك نجد أن الاستئناف يحمل معنى الإصلاح " réformation "، عكس المعارضة التي تحمل معنى المراجعة " rétractation " ⁽²⁾، الأمر الذي يبرر حق المتهم في تجديد النزاع، أمام محكمة أعلى منها درجة قصد إلغاء الحكم المطعون فيه أو تعديله⁽³⁾، فهو إذن التطبيق العملي لمبدأ التقاضي على درجتين⁽⁴⁾، وطريق عادي في الأحكام الجزائية الصادرة عن محكمتي الجناح والمخالفات، ويشمل الدعويين الجزائية والمدنية، وقسم الأحداث مهما كانت الجريمة.

أما بالنسبة للبالغين فإن المشرع الجزائري لم يأخذ بمبدأ إستئناف أحكام محكمة الجنايات، كما فعل المشرع الفرنسي في 380 من ق.إ.ج.الفرنسي⁽⁵⁾ في القانون رقم 516/2000 الصادر في 2000/06/15 والمتعلق بتدعيم قرينة البراءة، والقانون رقم 307/2002 الصادر في 2002/03/04، بحيث يكون هذا الاستئناف أمام محكمة أخرى تشكل من طرف غرفة الإتهام بمحكمة النقض، والتي تتصدى لنظر الدعوى من جديد⁽⁶⁾.

ولعل مرد ذلك إلى اعتبار غرفة الإتهام كدرجة ثانية للتحقيق، تكون تشكيلتها مشابهة لتشكيلة محكمة الجنايات، على أساس أن الأولى تتشكل وفقاً للمادة 184 من ق.إ.ج. من رئيس و 02 من المستشارين، والثانية من رئيس وقاضيين يكونان برتبة مستشار على الأقل بالمجلس القضائي ومحلفين، وفقاً للمادة 258 من ق.إ.ج.ج، بحيث نجد أن تشكيلته غرفة الاتهام تتوافق من حيث الخبرة مع تشكيلته محكمة الجنايات، مما يجعل قرارات غرفة الاتهام عند إحالة الملف على

⁽¹⁾ انظر: المرصفاوي (حسن صادق)، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 765.

⁽²⁾ DEBOVE (F) - FaLLETI (F) - DUPIC (E) : Précis de droit pénal et de procédure pénale, op, cit, P913.

⁽³⁾ انظر: مصطفى (محمود)، شرح قانون الإجراءات الجنائية مرجع سابق، ص 555.

⁽⁴⁾ انظر: حسني (محمود نجيب)، شرح قانون الإجراءات الجنائية ط 02، مرجع سابق، ص 1043.

⁽⁵⁾ L'art 380: « Les arrêts de condamnation rendus par la cour d'assises en premier ressort peuvent faire l'objet d'un appel dans les conditions prévues par le présent chapitre.

Cet appel est porté devant une autre cour d'assises désignée par la chambre criminelle de la Cour de cassation et qui procède au réexamen de l'affaire selon les modalités et dans les conditions prévues par les chapitres II à VII du présent titre ».

⁽⁶⁾ DEBOVE (F) - FaLLETI (F) - DUPIC (E) : Précis de droit pénal et de procédure pénale, op, cit, P 920.

محكمة الجنايات، وكأنها قرارات صدرت عن محكمة جنايات أول درجة، لاحتياج إلى إعادة عرض من جديد أمام محكمة استئنافية بعد حكم محكمة الجنايات، وإنما تحتاج فقط للطعن بالنقض.

أما بعد إصدار المشرع للتعديل الأخير لقانون الإجراءات الجزائية بالأمر 02/15، والذي عدل في المادة 258/ف01⁽¹⁾ الخاصة بتشكيل محكمة الجنايات، أين جعلها تتشكل من قاضيين فقط دون تحديد لرتبتهما، أي أن أي قاضي بإمكانه أن يكون عضوا في تشكيلة محكمة الجنايات حتى ولو كان موظفا حديثا، لا يمتلك أية خبرة قضائية تؤهله للتصدي للجنايات، التي أصبحت في الوقت الحاضر أكثر تعقيدا وأكثر تنوعا، عند إنتفاء أسباب الرد عنه، بمعنى أن إحتمال وقوع الخطأ القضائي الموجب للاستئناف يصبح كبيرا، وهذا ما يعد إحباطا لحقوق الدفاع، ذلك لأن الإجراءات التي تقوم بها غرفة الإتهام بعد إحالة الدعوى عليها، لاتعني عن ضرورة إيجاد محكمة استئنافية يمارس أمامها المتهم طعنه ضد أحكام محكمة الجنايات، إذا اعتبرناها محكمة أول درجة في الجنايات، لأنها تخضع لنفس مبادئ التحقيق الابتدائي، خصوصا منها مبدأ علنية الإجراءات بالنسبة للخصوم، وسريتها بالنسبة للجمهور، والمكرس في المادة 184/ف01 من ق.إ.ج.ج: « أنه يفصل المجلس في القضية في غرفة المشورة بعد تلاوة تقرير المستشار المنتدب، والنظر في الطلبات الكتابية المودعة من النائب العام، والمذكرات المقدمة من الخصوم».

وبالتالي فإن الإجراءات أمامها تفتقد للمبادئ الخاصة بالمحاكمة العادلة وهي " العلنية، والشفهية، والحضورية، والمواجهة"، والأكثر من ذلك أن النطق بقراراتها يكون بدون حضور الخصوم في غرفة المشورة، وكأن المشرع بموجب هذه الإجراءات الخاصة أمام غرفة الاتهام، يقرر أن محكمة الجنايات هي محكمة درجة أولى تحتاج إلى محكمة استئنافية، خصوصا بموجب التعديل الأخير في تشكيلة المحكمة، الذي أبقى عدد المحلفين كما هو، وهو إثنان، والذي يميل في فحواه إلى آلية التسبب لا إلى آلية الإقتناع، وبالتالي كان على المشرع أن يأخذ بعد التعديل الأخير لقانون الإجراءات الجزائية بنظام الاستئناف الدائري الذي يأخذ به المشرع الفرنسي، الذي تتساوى فيه المحكمة الاستئنافية مع محكمة أول درجة من حيث التدرج القضائي، وتختلف من حيث عضويتها، بحيث جعل هيئة المحلفين أمام المحكمة الاستئنافية تتكون من 12 عضوا، وأمام محكمة الدرجة الأولى من 09 محلفين ابتداءً من القانون الصادر في 2012/01/01⁽²⁾ وفقا للمادة 296 من ق.إ.ج.ج، الفرنسي⁽³⁾.

(1) انظر: المادة 258 المعدلة بموجب المادة 14 من الأمر 02/15 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية.

(2) RENAULT BRAHINSKY (C) : Procédure pénale, op, cit, p227.

(3) L'art 296, al. 01 : « Le jury de jugement est composé de neuf jurés lorsque la cour d'assises statue en premier ressort et de douze jurés lorsqu'elle statue en appel ».

ومهما يكن عليه الأمر فإن الأحكام التي تكون محلا للاستئناف قد حددتها المادة 416 من ق.إ.ج.ج بعد تعديلها بالأمر 02/15⁽¹⁾، والذي فرق في الغرامة الموجبة له بين الشخص الطبيعي على أن تتجاوز 20000 د.ج، وبين الشخص المعنوي على أن تتجاوز 100000 د.ج، كما جعل مجاله الأحكام الصادرة في الجرح والمخالفات، والقاضية بعقوبة الحبس، والحبس مع وقف التنفيذ⁽²⁾، فمن خلال هذه المادة ولكي يتمكن المتهم من الطعن عن طريق الاستئناف أمام جهة قضائية أعلى من تلك مصدره الحكم، لابد من توافر مجموعة من الشروط، حتى ينتج أثره في تحقيق مصلحة المتهم عند استعماله كوسيلة من وسائل الدفاع وهي:

الفقرة الأولى

شروط الاستئناف.

حتى يكون الإستئناف سليما من الناحية الإجرائية لابد وأن يكون المتهم طرفا حاضرا في جلسة المحاكمة، بمعنى أن يكون المتهم قد مارس حقه في الدفاع أمام المحكمة الدرجة الأولى وهي محكمة الجرح والمخالفات، سواء بنفسه، أو عن طرق الاستعانة بمحام، كما أوجب المشرع ذلك تحت طائلة بطلان الإجراءات المحاكمة، المتخذة في مواجهة الحدث إذا لم يكن حاضرا ومعه وليه، ومحاميه على أن يشار إلى ذلك في الحكم الصادر ضده وفقا لنص المادة 461 من ق.إ.ج.ج، وفي مواجهة الخصوم الآخرين، وهو ما يبرر صدور الحكم حضوريا، أو حضر وامتنع عن ذلك، سواء عن الإجابة أو الحضور في الجلسات المحاكمة اللاحقة وفقا لنص المادة 347 من ق.إ.ج.ج.

(¹) انظر مثلا: المادة: 402 من ق.إ.ج.ج المصري، والمادة: 252 من ق.أص. مح.ج الأردني، والمادة: 396 من ق. مسط المغربية، والفصل: 207 من مج.إ.ج.ج التونسية، والمادة: 547 من ق.إ.ج.ج الفرنسي.

(²) كانت المادة 416 ق.إ.ج.ج قبل تعديلها بالمادة 19 من الأمر 02/15 تنص " تكون قابلة للاستئناف الأحكام الصادرة في مواد الجرح، الأحكام الصادرة في مواد المخالفات إذا قضت بعقوبة الحبس أو عقوبة غرامة تتجاوز المائة دينار أو إذا كانت العقوبة المستحقة تتجاوز الحبس خمسة أيام"، مما يجعل من مجال الاستئناف واسعا، وتصبح معظم الأحكام الصادرة عن المحكمة الدرجة الأولى محلا للاستئناف أمام المجلس، الشيء الذي يتقل كاهله بقضايا بسيطة تستدعي للفصل فيها تشكلية تتكون من رئيس ومستشارين، لانتساب وقيمة الجنحة أو المخالفة المعروضة عليها، كما أنها تجعل من المحكمة متشددة في الحكم بالإدانة، لأن المحكوم عليه سيستأنف بطريقة آلية، لكن بعد تعديل هذه المادة، فإن المحكمة يصبح لها المجال أوسع لإصدار أحكام نهائية في هذا النوع من القضايا، ولتأثر على حق المتهم في الدفاع، لأنه سيستنفذ لامحالة كامل وسائل دفاعه أمامها لبساطة ووضوح الوقائع وقدرته للإحاطة بها بكل سهولة، الأمر الذي يجعل من إستئنافها أمام المجلس مجرد إعادة لما تم المرافعة فيه أمام المحكمة .

وبالتالي فإن الاستئناف كطريق من طرق الطعن يكون لجميع الخصوم على قدم المساواة، ليس خاصا بالمتهم فقط، الشيء الذي يبرر إضفاء عليه صفة الطرف في الخصومة الجزائية إلى جانب صفته كالمتهم⁽¹⁾، وبالتالي فإن النيابة العامة يكون لها الحق في الطعن بالاستئناف عكس المعارضة، ولكن الاختلاف الموجود بين طعن المتهم وطعن النيابة العامة، أن الأول يكون استئنافه خاص بالأحكام القاضية بإدانته فقط، أما الأحكام التي تصرح ببراءته فلا يجوز له الطعن فيها بالاستئناف، تطبيقا لقاعدة لا طعن بدون مصلحة كما في المعارضة، أما النيابة العامة فتستطيع أن تطعن في الشق الجزائي لجميع الأحكام سواء تلك التي صدرت بالبراءة أو الإدانة.

أن يكون الاستئناف منصبا على الحكم الابتدائي الفاصل في الموضوع، من طرف المحكمة الدرجة الأولى، سواء أكان حكما حضوريا، أو معتبر حضوريا، أو حكما غيابيا بعد انتهاء مهلة المعارضة، وقد فصل في موضوع الدعوى بالإدانة. وعليه فإن مجال الاستئناف يكون في الأحكام الصادرة في الجرح إذا قضت بعقوبة الحبس أو غرامة تتجاوز 20000 د.ج للشخص الطبيعي و100000 د.ج للشخص المعنوي، وفي المخالفات إذا قضى الحكم بعقوبة الحبس، والعقوبة المشمولة بوقف التنفيذ، طبقا للمادة 416/ف02 من ق.إ.ج.ج⁽²⁾، وكذلك المخالفة المرتبطة بجنحة طبقا للمادة 360/ف02 من ق.إ.ج.ج، والأحكام الصادرة في مواجهة الحدث سواء في مادة المخالفات طبقا للمادة 466/ف03 من ق.إ.ج.ج، أو في مواد الجرح طبقا للمادة 451/ف01 من ق.إ.ج.ج، وأحكام قسم الأحداث لمقر المجلس القضائي في مواد الجرح والجنايات طبقا للمادة 451/ف02 من ق.إ.ج.ج، ولعل تبني المشرع لهذا الاتجاه في استئناف هذا النوع من الأحكام، حتى لا يتخذ كوسيلة لتعطيل تنفيذ الأحكام القضائية من جهة، وإبقاء الدعوى الجزائية في المسار الصحيح لسرعة المحاكمة من جهة ثانية⁽³⁾، ضمانا لحق المتهم في الدفاع عن طريق تمكينه من الإحاطة بكامل أوجه استئنافه لتقديمه دفعة واحدة.

مع العلم أن الحظر يشمل كافة أطراف الخصومة الجزائية، والذي أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها: « يعرضون قرارهم للنقض قضاة المجلس الذين قضوا بقبول استئنافي النيابة

(1) انظر: سلامة (مأمون محمد)، قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض طبقا لأحدث التعديلات والأحكام، ج 03، مرجع سابق، ص 1621.

(2) لقد أحسن المشرع عندما لم يضع حدا أدنى للغرامة في المخالفة الموجبة للاستئناف عند تعديله للمادة 416 بالأمر 02/15، ذلك لأن هذه المادة وقبل هذا التعديل، كانت تثير إشكالية الحد الأدنى المحدد للغرامة الموجب للاستئناف في المخالفة وهو 100 د.ج، والذي كان يتناقض مع الحد الأدنى للمخالفة الوارد في نص المادة 05 من ق.ع بعد تعديلها بموجب القانون رقم 06/23 المؤرخ في 2006/12/23، والذي جعله 2000 د.ج.

(3) انظر: سلامة (مأمون محمد)، قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض طبقا لأحدث التعديلات والأحكام، ج 03، المرجع السابق، ص 1634.

العامّة، والمدعي المدني في الحكم التحضيري الصادر عن محكمة أول درجة رغم عدم جوازه على حاله قبل الفصل في الموضوع «⁽¹⁾»، وكذلك الأحكام الصادرة عن محكمة الجنح والمخالفات القاضية بعدم الاختصاص النوعي، الذي ينهي الخصومة دون أن يفصل في الموضوع، التي يمكن استئنافها رغم عدم وضوح ذلك عند استقراء المادة 437 من ق.إ.ج.ج.

لأن المجلس القضائي من خلال هذه المادة له الاختصاص في التصدي للموضوع، والفصل في الاختصاص سواء بوصفه الإيجابي، أي بتقريره أن الجريمة تشكل جنحة أو مخالفة، وبالتالي بإمكانه أن يتصدى للدعوى، وإلغاء الحكم المستأنف القاضي بعدم الاختصاص، أو إذا رأى وفق سلطته التقديرية أن الواقعة تشكل جنائية قضى بعدم الاختصاص، وإحالة الدعوى على النيابة العامة لتتخذ ما تراه مناسباً وفقاً للمادة 363 من ق.إ.ج.ج التي تنص على أنه: «إذا صدر حكم بعدم الاختصاص بعد التحقيق تحيل النيابة العامة الدعوى وجوباً على غرفة الاتهام».

فوجه الاستئناف في الاختصاص وفقاً لنص هذه المادة، هو إمكانية رفعه أمام الغرفة الجزائية للمجلس القضائي، كحق من حقوق الدفاع تكمن المتهم من الحصول على إلغاء الحكم القاضي بعدم اختصاص محكمة الجنح والمخالفات، حتى لا يواجه بالتكليف الأشد وهو الجنائية، فبين الطعن بالاستئناف، وإعادة التكليف وفقاً لمفهوم المادة 363 مدة طويلة قد تعصف بأهم مبادئ المحاكمة العادلة وهي السرعة، خصوصاً وأن المجلس بعد سماع قوال النيابة العامة يجوز له أن يصدر أمراً بإيداع المتهم مؤسسة إعادة التربية أو القبض عليه، غير أن المشرع المصري تقادياً لإشكالية القياس التي تتعارض مع ضرورة التقيد بالتفسير الضيق لنص الجنائي، فقد نص على إمكانية استئناف الأحكام القاضية بعدم الاختصاص في المادة 405/ف03 من ق.إ.ج.ج. المصري التي تنص على أنه: «ومع ذلك فجميع الأحكام الصادرة بعدم الاختصاص يجوز استئنافها. كما يجوز استئناف الأحكام الصادرة بالاختصاص إذا لم يكن للمحكمة ولاية الحكم في الدعوى».

مع العلم أن توفر هذه الشروط متوقفاً على وروده ضمن المعيار القانوني، فالقاعدة العامة في استئناف الأحكام الابتدائية الحضورية الصادرة عن محكمة الجنح والمخالفات هي عشرة أيام حسب المادة 418/ف01 من ق.إ.ج.ج، والذي يتمشى وفقاً لكيفية صدور الحكم الابتدائي، وأثره على استئناف الخصوم الآخرين في الاستئناف الفرعي، فإذا كان الحكم حضورياً، أي يكون المتهم قد حضر جميع أطوار المحاكمة وتمكن من خلالها من الدفاع عن نفسه، وبالتالي فإن تغيبه عن جلسة النطق بالحكم لا يمنع هذا الأخير من أن يتصف بهذا الوصف، فإذا كان وجاهياً أي حضور المتهم لجلسة

(1) القرار الصادر عن غرفة الجنح والمخالفات 03 بتاريخ 1999/02/22م، ملف رقم 187081، غير منشور، انظر: بوسقيعة (أحسن)، الإجراءات الجزائية على ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 168.

النطق بالحكم، فإن سريان الميعاد يبدأ من اليوم الموالي للنطق بالحكم حسب المادة 726/ف01 من ق.إ.ج.ج التي تنص: « جميع المواعيد المنصوص عليها في هذا القانون مواعيد كاملة، ولا يحسب فيها يوم بدايتها، ولا يوم انقضائها ».

أما إذا كان غير وجاهي، أي أن المتهم لم يحضر جلسة النطق بالحكم رغم حضوره كامل أطوار المحاكمة، أو اعتباري حضوري، الذي عرفته المادة 347/ف01 من ق.إ.ج.ج: « بأنه ذلك المتهم الطليق الذي يجيب على نداء اسمه ويغادر الجلسة باختياره، أو يحضر إحدى الجلسات الأولى ويمتنع عن حضور الجلسات الأخرى بما فيها جلسة الحكم »، أو في الأحوال المنصوص عليها في المواد 345 و350 من ق.إ.ج.ج، فإن سريان الميعاد يكون بعد التبليغ الصحيح له، والذي أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها: « مادام الحكم المستأنف صدر حضوريا اعتباريا، فإن أجل الاستئناف لا يبدأ سريانه من تاريخ التصريح بالحكم بل من يوم التبليغ » (1).

أما إذا كان الحكم غيابيا، فإن مهلة استئنافه تسري من يوم صدور الحكم المعتبر للمعارضة كان لم تكن، فتكون مهلة الاستئناف من تاريخ تبليغ الحكم وفقا للمادة 418/ف02 من ق.إ.ج.ج التي تنص: « غير أن مهلة الاستئناف لا تسري إلا اعتبارا من التبليغ للشخص، أو للموطن، وإلا فلمقر المجلس الشعبي البلدي، أو للنيابة العامة بالحكم إذا كان قد صدر غيابيا، أو بتكرار الغياب »، هذا فيما يخص الاستئناف الأصلي.

أما الاستئناف الفرعي، وهو ذلك الاستئناف المقرر لباقي الخصوم في الدعوى الجزائية إذا قام أحدهم باستئناف الحكم الصادر أصليا، وبالتالي فهو يتميز بخاصيتين حسب المادة 418/ف03 من ق.إ.ج.ج، في أنه يكون تاليا للاستئناف الأصلي في مهلة 05 أيام التالية لمهلته، كما أنه يتبع هذا الأخير وجودا وعدما، والذي أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها: « إن الاستئناف الفرعي لا يعتبر صحيحا من الناحية القانونية، إلا على شرط أن يكون الاستئناف الأصلي غير مشوب بالبطلان، ذلك أن مصير الاستئناف الفرعي مرهون كلياً بصحة وقبول الاستئناف الأصلي » (2).

مع العلم أن النائب العام يستقل في سبيل ممارسة حقه في الاستئناف بمهلة شهرين، تسري ابتداءً من النطق بالحكم وفقا للمادة 419 من ق.إ.ج.ج، بشرط أن يقوم بتبليغ ذلك للمتهم والمسئول عن الحقوق المدنية، وعند الاقتضاء إذا كانت هناك دعوى مرفوعة بالتبعية للدعوى الجزائية، وفقا

(1) قرار الغرفة الجزائية للمحكمة العليا، بتاريخ 1980/12/16، ملف 21597، مجموعة القرارات، ص 37، انظر: بوسقيعة (أحسن)، الإجراءات الجزائية على ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص 165.

(2) قرار الغرفة الجزائية للمحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1981/06/25، مجموعة القرارات، ص 144، انظر: بوسقيعة (أحسن)، الإجراءات الجزائية على ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص 165.

للمادة 424 من ق.إ.ج.ج، فمن خلال هاتين المادتين يمكن أن نلمس الخصوصية التي يتميز بها استئناف النائب العام في مواجهة استئناف الخصوم الآخرين وخصوصا المتهم، بحيث يمكنه الإنابة في القيام بذلك الاستئناف من طرف وكيل الجمهورية على أساس أن النيابة العامة كل لا يتجزأ، والذي أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها: « إن استئناف وكيل الجمهورية نيابة عن النائب العام، وبناءً على تعليمات هذا الأخير المكتوبة، خلال الأجل القانوني المحدد للنائب العام بشهرين هو استئناف مقبول وجائز، ولا يغير في الأمر شيئاً كون وكيل الجمهورية هو الذي وقع على شهادة الاستئناف باعتبار أن النيابة العامة كل لا يتجزأ »⁽¹⁾، كما يحتفظ النائب العام بحقه في الاستئناف إذا قدمت الدعوى أمام المجلس بناءً على استئناف المتهم، أو أي خصم في الدعوى ضمن أجل الشهرين الممنوح له للقيام بذلك، ويستوي في ذلك أن يكون الحكم حضورياً أو غيابياً يسري من يوم النطق بالحكم.

ومما تجدر الإشارة إليه هو أن استئناف النائب العام قائم على شرط جوهري وهو ضرورة تبليغ الخصوم به، خصوصاً المتهم، وإن كان ذلك في جلسة المحاكمة وفقاً للمادة 424 من ق.إ.ج.ج، وبالتالي فإن عدم القيام بذلك الإجراء يؤدي إلى عدم قبول استئناف النائب العام، لأنه من الإجراءات الجوهرية التي يترتب عليها بطلان الإجراء المتخذ والإجراءات التالية له، لأنه يجرى المتهم من العلم به، وبالتالي من حقه في الدفاع، ويكون بذلك منطوياً على عنصر المفاجئة المخلة بضرورة أن يأخذ المتهم الوقت الكافي لتحضير دفاعه، وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها: « يتعرض للنقض لخرقه قاعدة جوهرية في الإجراءات، القرار الذي قضى بقبول استئناف النائب العام شكلاً، دون أن يتضمن ما يفيد بأن هذا الاستئناف قد بلغ إلى المتهم وفقاً لمقتضيات القانون »⁽²⁾.

ومن كل ما تقدم، ندرك أن الاستئناف إذا تم وفقاً للشروط القانونية المطلوبة فإنه يحدث آثاره بالنسبة للمتهم كحق من حقوق الدفاع، الذي يتمثل أساساً في الأثر الموقف لتنفيذ الحكم الصادر من محكمة درجة الأولى، والأثر ناقل الملف أمام المجلس القضائي.

الفقرة الثانية

(1) قرار الصادر عن الغرفة الجزائرية للمحكمة العليا، بتاريخ 2005/02/8 ملف 299638، المجلة القضائية، ع 01، 2005، ص 421، انظر: بوسقيعة (أحسن)، نفس المرجع، ص 166.

(2) قرار الغرفة الجزائرية للمحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1984/11/17، المجلة القضائية، عدد 04، 1989م، ص 294، انظر: بوسقيعة (أحسن)، نفس المرجع، ص 168.

الآثار الاستثنائية

بعد أن يقوم المتهم بإعلان رغبته في استئناف الحكم الصادر في مواجهته، عن طريق تقرير كتابي أو شفهي لدى كتابة ضبط المحكمة، التي أصدرت الحكم المطعون فيه وفقاً للأوضاع المقررة في المواد 420 و 421 و 422 من ق.إ.ج.ج⁽¹⁾، فإن الاستئناف يكون له بالنسبة للمتهم أثرين هامين هما: الأثر الموقوف للحكم المستأنف على فكرة الخطأ المحتمل الذي يشمل الوقائع والقانون معاً، الذي يكون كضمانة لعدم الإضرار بالمتهم المحكوم عليه، خصوصاً إذا كان الحكم الصادر عن المحكمة الاستئنافية قد قضى ببراءته، وحتى يكون للاستئناف هذا الأثر لا بد من توافر مجموعة من الشروط وهي:

- أ - أن يكون الحكم متضمناً عقوبة الحبس النافذ، أو الغرامة، أو العقوبتين معاً.
- ب - أن يكون الاستئناف قد وقع ضمن الأجل القانونية، وقام المتهم بنفسه أو عن طريق محام، أو من له توكيل خاص مفوض عنه بالتوقيع وفقاً للمادة 421/ف01 من ق.إ.ج.ج.
- ت - ضرورة أن تقوم النيابة العامة بتبليغ الخصوم الآخرين بمقرر صادر عنها، وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في المادة 439 من ق.إ.ج.ج.

ولكن وقف التنفيذ له مجموعة من الاستثناءات وهي: صدور حكم على المتهم ببراءته، أو بإعفائه من العقاب، أو بالحبس موقوف التنفيذ، أو بالغرامة فإنه يخلى سبيله رغم الاستئناف وفقاً لنص المادة 365 من ق.إ.ج.ج، لأن الأثر الموقوف للاستئناف يتعارض مع مصلحة المتهم⁽²⁾، والتي تفترض وجود نتيجة عملية من وراء الطعن تتلخص في دفع الضرر الذي لحق به من جراء الحكم بإدانته⁽³⁾، وتنفيذ الحكم في شقه الخاص بالتعويضات رغم المعارضة والاستئناف، كاستثناء من وقف تنفيذ الحكم الابتدائي الحضورى القاضي بعقوبة الجنحة وفقاً للمادة 357 من ق.إ.ج.ج.

غير أن استئناف النائب العام وفقاً للمادة 419/ف02 من ق.إ.ج.ج لا يوقف تنفيذ الحكم، الشيء الذي يوحي بأن النائب العام يستأنف الأحكام القاضية ببراءة المتهم ابتداءً، والأحكام القاضية بإدانته استثناءً، خصوصاً الحالات التي تعفي المتهم من الاستئناف حسب المادة 365 من ق.إ.ج.ج، كما أن الأحكام التحضيرية والتمهيدية، أو تلك التي فصلت في مسائلة عارضة، أو دفع من الدفوع فلا

(1) انظر: المواد: 420، 422، 421 من ق.إ.ج.ج.

(2) انظر: المرصفاوي (حسن صادق)، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 787.

(3) انظر: خميس (محمد)، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، ص 400.

يمكن استئنافها إلا مع الحكم الصادر في الموضوع حسب المادة 427 من ق.إ.ج.ج⁽¹⁾، وكذا العقوبات المشمولة بالنفذ المعجل المنصوص عليها في المواد 16 مكرر، 16 مكرر 1، 16 مكرر 2، 16 مكرر 3، 16 مكرر 4، 16 مكرر 5، من ق.ع⁽²⁾.

أما بالنسبة للأثر الناقل، فدوره الوظيفي هو نقل ملف الدعوى الجزائية هو عرضه على الجهة القضائية للدرجة الثانية، في كل ما قضى به من نقاط موضوعية، وأخرى قانونية التي فصلت فيها المحكمة الابتدائية⁽³⁾، على أساس أن الحكم المطعون فيه لم يقضي للطاعن بكل طلباته، فهو يهدف من وراء الطعن تعديل الحكم، والقضاء له بكل طلباته⁽⁴⁾، فإذا كانت المعارضة تهدف على إلغاء الحكم المعارض فيه بإعادة التحقيق من جديد، فإن الاستئناف يقوم على تصحيح أخطاء محكمة الدرجة الأولى دون أن تلتزم بالقيام بذلك⁽⁵⁾، الذي يقوم على مجموعة من الضوابط وهي: مراعاة صفة الخصم المستأنف، بمعنى أن يكون الاستئناف نسبيا يخص الدفاع عن مصلحة القائم به فقط، ولا يمتد ليخدم مصلحة الخصوم الآخرين في الحكم الصادر، حتى في حالة وحدة الواقعة، أو كانت أسباب الاستئناف تتصل بهم⁽⁶⁾.

فيكون طعن المتهم منصبا على الدعويين الجزائية والمدنية معا، أما طعن النيابة العامة فيتحدد بالدعوى الجزائية فقط، والذي أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها: « مادامت الدعوى العمومية قد فصل فيها بموجب حكم أصبح نهائيا فلم يبق حينئذ إلا الجانب المدني للدعوى، وقد تم الفصل فيه لاحقا بموجب حكم يجوز للمتهم، والطرف المدني، وكذلك المسئول المدني استئنافه دون النيابة العامة، ومن ثم يعرض قراره للنقض المجلس الذي قبل استئناف النيابة »⁽⁷⁾.

كذلك طعن المدعى المدني، فيكون استئنافه فيما يتصل بحقوقه المدنية فقط⁽⁸⁾، والذي أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها: « لا يجوز للطرف المدني مناقشة العقوبة، ويجب

(1) انظر مثلا: المادة: 405 من ق.إ.ج.ج المصري، والمادة: 257 من ق.أص.ج.ج الأردني، والمادة: 401 من ق. مسط المغربية، والفصل: 209 من مج.إ.ج.ج التونسية، أما المشرع الفرنسي لم يستثنها بنص خاص.

(2) انظر: القانون 23/06، المؤرخ في 2006/12/20، المعدل والمتمم لقانون العقوبات، ج.ر، ع 84.

(3) انظر: خميس (محمد)، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، المرجع السابق، ص 404.

(4) انظر: عبيد (رؤوف)، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 66.

(5) انظر: سرور (أحمد فتحي)، الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 952.

(6) انظر: عبيد (رؤوف)، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية في القانون المصري، مرجع سابق، ص 929.

(7) القرار جنائي صادر بتاريخ 21/01/1986 ملف رقم 35680، المجلة القضائية، ع 02، 1989، ص 281، انظر: بوسقيعة

(أحسن)، قانون الإجراءات الجزائية على ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 164.

(8) انظر: المادة 417 من ق.إ.ج.ج.

أن تنحصر مناقشته في الحقوق المدنية «⁽¹⁾»، وقد ذهبت المحكمة العليا في أحد قراراتها أكثر من ذلك، فلم تقف عند حد صفة الطاعن، وإنما تعدته إلى شخص الطاعن، بحيث لا ينصرف أثر الاستئناف إلا لشخص المتهم القائم به، ولو كان في القضية متهمين آخرين: «مادام ثابتنا من ملف الإجراءات أن المحكمة أدانت متهمين إثنين، وأن أحدهما رفع استئنافا في الحكم، وأن النيابة العامة رفعت استئنافا فرعيا ضد المتهم المستأنف فقط، مما يدل على أن استئنافا كان فرعيا وليس عاما، كان على المجلس القضائي أن يبيت في قضية المتهم المستأنف فقط بإعتبار أن الحكم المعاد أصبح نهائيا بالنسبة للمتهم غير المستأنف»⁽²⁾.

مراعاة حدود ما قضت به المحكمة الابتدائية، على أساس أن الاستئناف كصورة تطبيقية للمبدأ الدستوري، التقاضي على درجتين، فقد منع قانون الإجراءات الجزائية في المادة 433/ف02⁽³⁾ من أن يسيء المجلس لمركز المتهم في الاستئناف إذا كان مرفوعا من المتهم وحده، أو من المسئول عن الحقوق المدنية، لأن مصلحة المتهم من وراء استئنافه هو أن إلغاء الحكم المستأنف، أو تعديله على الأقل، وليس الإضرار بنفسه، وهو ما يطلق عليه " حظر التعديل إلى أسوأ "
reformitino in pejus⁽⁴⁾، الذي كرسه القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه⁽⁵⁾، فلا يجوز للمجلس تبعا لذلك تشديد العقوبة، أو القضاء بعدم الاختصاص، لأن الواقعة في حقيقتها تشكل جنائية، بعد أن حكمت فيها المحكمة الابتدائية بوصفها جنحة، مادامت النيابة العامة لم تستأنف الحكم لتصحيح الخطأ الذي وقعت فيه المحكمة⁽⁶⁾، فإنها لا تملك حق توجيه تهمة جديدة لم ترفع بها الدعوى الجزائية.

(1) القرار الجنائي صادر بتاريخ 02 /02 /1988، رقم 60 غير منشور، انظر: بوسقيعة (أحسن)، قانون الإجراءات الجزائية على ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص 164.

(2) القرار الصادر عن الغرفة الجزائية الثانية، بتاريخ 1990/01/23، ملف 59470، المجلة القضائية، ع 03، 1991، ص 214، انظر: بوسقيعة (أحسن)، نفس المرجع، ص 173.

(3) انظر مثلا: المادة 417 من ق.إ.ج.ج المصري، والمادة: 261 من ق.أص. مح.ج. الأردني، والمادة: 409 من ق. مسط المغربية، والفصل: 216 من مج. إ. ج. التونسية، والمادة: 515 من ق.إ.ج.ج الفرنسي.

(4) REFORMITINO IN PEJUS: «une regle qui interdit d'aggraver la sutation de l'individu concerne par une précédente désition. Ansi la cour d'appel ne peut aggraver le sort de l'appelant, sur le seul appel du prevenu». BEZIZ (A): Dictionnaire de droit pénal général et procédure pénale, op, cit, P 267. et SOYRES (J-C): Droit pénal et procédure pénale, op, cit, P402.

هي قاعدة تمنع المجلس القضائي من تشديد العقوبة على المتهم في حالة ما إذا كان المستأنف الوحيد لحكم المحكمة الدرجة الأولى، القاضي بالإدانة.

(5) Cass. Crim. 26 /06/ 1963. Bull.Crim, N°. 43.

(6) عبيد (رؤوف)، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، المرجع السابق، ص 930.

وبالتالي فإن استئناف النيابة العامة للحكم الصادر في المعارضة دون الحكم الغيابي، يمنع المحكمة الاستئنافية من تشديد العقوبة المقضي بها غيابيا (1)، وهو نفس الاتجاه الذي سارت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها: « من المقرر قانونا أنه يجوز للمجلس القضائي بناء على استئناف النيابة العامة أن تقضي بتأييد الحكم، أو إلغائه كلياً، أو جزئياً لصالح المتهم، أو لغير صالحه، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بتشديدهم العقوبة ضد المتهم بناء على استئناف النيابة العامة يكونوا قد طبقوا صحيح القانون » (2).

حرية المجلس في نظر الدفوع وطرق الدفاع، صحيح أن الاستئناف ينقل الدعوى بالحالة التي كانت عليها أمام المحكمة الابتدائية، بحيث لا يجوز للمجلس القضائي توجيه تهم جديدة للمتهم غير تلك التي طرحت أمام المحكمة الابتدائية، أو إدانته على وقائع لم ترفع بها الدعوى الجزائية، فإن فعل ذلك يكون قد أدخل بحق من حقوق المتهم في الدفاع، وهو حرمانه من درجة من درجات التقاضي (3)، وحكم فيما لم تبدي فيه المحكمة الدرجة الأولى رأياً، الذي يستوجب معه معرفة رأياً أولاً، قبل القول بصحة ما قضت به من عدمه (4)، ولكن المجلس يبقى له مطلق الحرية في بحث أدلة جديدة، وطرق دفاع أخرى في حدود وقائع الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الابتدائية، الأمر الذي يمكنه من تغيير الوصف القانوني للواقعة أو تعديله، شأنه في ذلك شأن المحكمة الابتدائية عند تقديرها لقرار الإحالة.

فيكون له بموجب ذلك أن يقضي بإبطال الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية، متى تبث له أن هذه الأخيرة قد خالفت قاعدة جوهرية في الإجراءات، وليس له أن يعيد الدعوى إليها للفصل فيها من جديد، لأنها استنفذت ولايتها عليها بالحكم الذي أصدرته (5)، وذلك وفقاً لنص المادة 438 من ق.إ.ج.ج التي تنص: « إذا كان الحكم باطلاً بسبب مخالفة، أو إغفال لا يمكن تداركه للأوضاع المقررة قانوناً، والمرتتبة على مخالفتها، أو إغفالها البطلان فإن المجلس يتصدى، ويحكم في الموضوع » ، فإذا كان المشرع قد حمى المتهم من عدم الإضرار بحقوقه في الاستئناف، فإنه بالمقابل قد منعه من التعسف في استعمال هذا الحق، بأن أعطى للمجلس الحق في عدم مناقشة الدفوع التي لم تقدم أمام المحكمة الدرجة الأولى، ورفضها شكلاً قبل البدء في المرافعات، وذلك ضمن حدود المادة

(1) نقض مصري صادر في 24 / 04 / 1972 س 23، رقم 135، انظر: سلامة (مأمون محمد)، قانون الإجراءات الجنائية، معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض طبقاً لأحدث التعديلات والأحكام، ج 03، مرجع سابق، ص 1608.

(2) القرار الصادر عن غرفة الجناح والمخالفات، بتاريخ 02/01/1990 ملف رقم 59393، المجلة القضائية، ع 03، 1990، ص 295، انظر: بوسقيعة (أحسن)، قانون الإجراءات الجزائية على ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص 173.

(3) انظر: خميس (محمد)، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، ص 410.

(4) انظر: المرصفاوي (حسن صادق)، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 794.

(5) انظر: عبيد (رؤوف)، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، المرجع السابق، ص 941.

352 من ق.إ.ج.ج، التي أكدت عليها المحكمة العليا في أحد قراراتها: « يتعين على المجلس الفصل في الدفوع، التي تم إيدؤها أمامه قبل البث في الموضوع، ومن ثم يعرض قراره للنقض المجلس الذي راح يناقش الموضوع قبل الرد على الدفوع المثارة » (1) لأن في ذلك إخلال بمبدأ مناقشة الأدلة، والدفوع في جلسة المحاكمة المنصوص عليها في نص المادة 212 من ق.إ.ج.ج.

أما في الشريعة الإسلامية - كما سبق وأن تقم - عند تحليل مبدأ التقاضي على درجتين أن السلطة القضائية من اختصاص ولي الأمر أساسا، ينبى فيها غيره كليا أو جزئيا، وبالتالي يمكن للمستأنف أن يطعن في الحكم الصادر من نائب الخليفة أمام الخليفة عند عدم ارتضائه للحكم الصادر ضده، كما فعل المزدحمون حول " زبية الأسد"، الذين اشتكوا إلى الرسول صلى الله عليه وسلم من حكم الإمام علي بن أبي طالب كرم الله وجهه عندما حكم عليهم بدفع الدية للأهل القتلى والجرحى الساقطون في الحفرة من جراء التدافع، وكذلك حكم عبد الله بن مسعود رضي الله في رجل من قريش الذي وجد مع امرأة في ملحفتها، ولم تقم عليه إلا تلك البينة، فقام بجلده أربعين جلدة تعزيرا، وشهر به بين الناس، فغضب أهله ورفعوا الأمر إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه في موسم الحج الموالي، أين أقر عبد الله بن مسعود في حكمه (2).

فكل هذا يدل دلالة واضحة على أن مبدأ استئناف الأحكام كان أحد صور العدالة في الشريعة الإسلامية، وذلك لافتراضها مبدأ الخطأ القضائي، الواضح من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: « إنما أنا بشر مثلكم... » ، بحيث تتجلى مداخل الخطأ على الحكم القضائي في كيفية تقدير الوقائع، التي يدعيها الخصوم في الدعوى وفقا لأدلة الإثبات المحضرة، على أساس أن الحكم القضائي هو محصلة تطبيق النص الشرعي، ودلالته في ذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم حدد صفته كإنسان عند ممارسته للقضاء وليس كرسول أو نبي في قوله صلى الله عليه وسلم: « إنما أنا بشر مثلكم... » (3).

ولكن ما يلاحظ على الأحكام في الشريعة الإسلامية، أنها تحوز الحجية الكاملة بمجرد صدورها، لأن الأصل عند الفقهاء أن تتوفر أهلية الاجتهاد فيمن يتولى القضاء: « في أن يكون قد حوى علم الكتاب ووجوه معانيه، وعلم السنة بطرقها، ومتونها، ووجوه معانيها، وأن يكون مصيبا في

(1) القرار الصادر عن غرفة الجنج والمخالفات 03 ، بتاريخ 1999/01/25م، ملف رقم 172863، غير منشور، انظر: بوسقيعة

(أحسن)، قانون الإجراءات الجزائية على ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق ، ص 140 .

(2) انظر: واصل (نصر فريد محمد)، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، مرجع سابق، ص 265.

(3) انظر: بركات (محمد محمود ناصر)، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، عمان، دار النفائس للنشر والتوزيع، 2007، ص

القياس عالما بعرف الناس «⁽¹⁾، وما تأييد عمر بن الخطاب لحكم عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما إلا لعمله بموجبات صحة الحكم القضائي وهو أن هذا الأخير كان مجتهدا، مما يجعل العمل بحكمه واجبا، وأن القضاء أقوى من الفتوى، وإن كان المفتي أعلم عند العامة من القاضي، وأن المقدار المحدد شرعا لم يتم تجاوزه، لأن تقدير الشرع فوق تقدير القاضي⁽²⁾.

ولكن في غياب شرط الاجتهاد، وظهور خاصية التقليد، وجب ضمانا لحقوق الأفراد، وحفاظا على مصالحهم أن يرفع الحكم الصادر في حق المدعى عليه (المتهم)، إلى جهة أخرى أعلى من القاضي مصدر الحكم مع وقف تنفيذه كما في القانون الوضعي، ولأن الظاهر في خصوصية الاستئناف في الشريعة الإسلامية أنه لا يوقف تنفيذ الحكم الصادر، إذا كان من قاضي مجتهد على أساس أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قام بتنفيذ حكمه على ذلك الرجل من قريش دون أن ينتظر طعنه أمام عمر بن الخطاب رضي الله عنه، كما أنه لا يكون مرتبط بأجل معين، والظاهر من انتظار أهل الرجل حتى موسم الحج كي يقدموا طعنهم أمام عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وبالتالي فإن إجراءات رفع الاستئناف، تخضع كما في المعارضة لتقدير ولي الأمر حسب المصلحة الراجحة، التي تتغير من زمان إلى آخر ومن مكان لآخر، فيكون الحكم مرتبط بعلمته وجودا وعدما تطبيقا للقاعدة الفقهية " **الحكم يدور مع علته وسببه وجودا وعدما** " يثبت بثبوتها وينتفي بانتفائها⁽³⁾.

وبالتالي فإن تنفيذ الحكم بمجرد صدوره على القاضي المجتهد في الشريعة الإسلامية يتوافق مع تنفيذ الحكم بعد صدوره حائزا لقوة الشيء المقضي فيه بعد الطعن فيه أمام المحكمة العليا، التي تعتبر محكمة قانون وليست محكمة وقائع، وبالتالي فإن التنظيم الموجود عليه الاستئناف في الوقت الحاضر يعتبر من اجتهادات ولي الأمر ضمانا لحقوق الأفراد الذي يجد له أساسه في حكم القاضي المجتهد في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني

طرق الطعن غير العادية.

⁽¹⁾ انظر: السرخسي (شمس الدين)، المبسوط، ج 16، مرجع سابق، ص 62.

⁽²⁾ انظر: بركات (محمد محمود ناصر)، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 447.

⁽³⁾ انظر: جمعة (عبد المجيد الجزائري)، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين لإبن القيم الجوزية، مرجع سابق، ص

زاوية الملائمة، الذي هو من صميم اختصاص قاضي الموضوع، وإنما من زاوية المشروعية وحسن تطبيق القانون وفقا لروحه وفحوى نصوصه (1).

فهمتها إذن مهمة تصويبية أكثر منها إثباتية، الهدف منها إرساء المبادئ القانونية الموحدة التي تطبقها المحاكم: « فلا نقض لما أبرمه قضاء النقض، ولا إبرام لما نقضه »(2)، فالطعن بالنقض بهذا الوصف يكون اختياريا كحق من حقوق الدفاع لكل الخصوم في الدعوى الجزائية، تسري عليه جميع مواصفات الحق من تمسك وتنازل، وإجباريا يقع على عاتق النيابة العامة القيام به لصالح القانون، حتى ولو لم يثره الخصوم، خصوصا المتهم، وحتى ولو استفاذ منه وفقا لنص المادة 530 من ق.إ.ج.ج، والذي أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها: « متى كان الطعن بالنقض لصالح القانون وفقا للمادة 530/3 من ق.إ.ج.ج فإنه يؤدي إلى البطلان لا إلى النقض، كما أن المحكوم عليه يستفيد من هذا البطلان » (3)، لذلك نجد المشرع حدد مجموعة من الشروط لا بد من توافرها حتى يقبل الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من المحاكم والمجالس، التي نجدها مرتبة على ثلاث مستويات، وهي: مدى جواز الطعن بالنقض، وصحة شكل الطعن بالنقض، وجدية موضوع الطعن بالنقض.

الفقرة الأولى

مدى جواز الطعن بالنقض:

وهو أول إجراء تقوم به المحكمة العليا عند ورود الطعن بالنقض إليها، الذي يتمثل أساسا في وجوب حصوله ضمن الحالات المحددة على سبيل الحصر في نص المادة 495 من ق.إ.ج.ج، كما ينتقي في حال وجود حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 496 (4).

(1) انظر: عبيد (رؤوف)، نفس المرجع، ص 581.

(2) انظر: خميس (محمد)، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، ص 413

(3) القرار الصادر عن الغرفة الجزائية للمحكمة العليا بتاريخ 17/11/1984 ملف 23007، المجة القضائية، ع 01، 1989، ص 285، انظر: بوسقيعة (أحسن)، قانون الإجراءات الجزائية على ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 214.

(4) أعطى المشرع الجزائري صياغة جديدة للمادة 495 المعدلة بموجب المادة 20 الأمر 02/15 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، حيث أضاف لها عبارة " الفاصلة في الموضوع " التي لم تكن موجودة قبل التعديل، بمعنى أن القرارات التي تصدرها غرفة الاتهام، ولم تكن فاصلة في الموضوع لا تكون مجالا للطعن بالنقض، فالطعن بالنقض بهذه الصفة إذن أصبح يخص جميع قرارات غرفة الاتهام، وأحكام المحاكم في آخر درجة في مواد المخالفات القاضية بعقوبة الحبس، وقرارات المجالس القضائية الفاصلة في الموضوع في آخر درجة في مواد الجنايات والجنح، وبالتالي فإن موضوع الطعن بالنقض وفق هذا التعديل يجب أن يكون فاصلا في الموضوع، وأن تكون هناك عقوبة الحبس بما فيها المشمولة بوقف التنفيذ، أما المادة 496 فقد أتخذت الوضعية التالية بعد التعديل، حيث سوت بين جميع الخصوم في الدعوى الجزائية في عدم جواز الطعن بالنقض في الحالات المنصوص عليها في الفقرات " 01، 02، 03 منها، وخصت النيابة العامة باستئناف الأحكام الصادرة في الجنايات فقط، دون الجنح والمخالفات، (الوضع الذي كان معمولا به في هذه المادة قبل التعديل، بالنظر لعمومية الفقرة الأولى منها)، وقرارات المجالس القضائية المؤيدة لأحكام البراءة في المخالفات والجنح

فتكون إمكانية إعماله ضد قرارات غرفة الاتهام ما عدا ما تعلق منها بالحبس المؤقت والرقابة القضائية، وبالتالي فإن مجال الطعن بالنقض في القرارات الصادرة عن هذه الهيئة هي قرارات الإحالة على محكمة الجنايات، إذا رأت أن الوقائع المنسوبة للمتهم تشكل جنائية وفقا للمادة 197 من ق.إ.ج.ج، وأحكام المحاكم وقرارات المجالس القضائية الصادرة في آخر درجة، أو المقضي فيها بقرار مستقل في الاختصاص، أما إذا رأى المجلس بأن الواقعة تشكل جنائية قضى بعدم اختصاصه، وذلك بإحالة الدعوى على النيابة العامة لتتخذ بشأنه ما تراه مناسبا وفقا لنص المادة 363 من ق.إ.ج.ج، بمعنى أن الحكم مازال لم يعد نهائيا بعد.

أحكام البراءة الصادرة في حق المتهم، يجوز للنيابة العامة الطعن فيها بالنقض، كما يحوز للمدعي المدني أو المسئول عن الحقوق المدنية الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بالتعويضات للمتهم المحكوم ببراءته، وبالرد الأشياء المضبوطة، أو الوجهين معا وفقا للمادة 496/ف 03 من ق.إ.ج.ج، وكذلك إذا قررت غرفة الاتهام عدم قبول إدعائه المدني، إذا قبل الحكم دفعا يضع حدا لإدعائه المدني وفقا لنص المادة 497 من ق.إ.ج.ج، أو إذا وقع سهو في الفصل في وجه من أوجه الاتهام، أو كان القرار من حيث الشكل غير مكتمل للشروط الجوهرية المقررة لصحته، وفقا للفقرة الرابعة من نفس المادة، وكذلك في الجرائم المرتبطة ارتباطا لا يقبل التجزئة، بحيث يكون الطعن بالنقض شاملا لجميع الجرائم حتى ولو كانت إحداها لا تقبل الطعن كالمخالفة المرتبطة بجنحة، أو بجنائية ارتباطا لا يقبل التجزئة⁽¹⁾.

وبالمقابل لا يجوز الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بالبراءة من جانب المتهم والمدعي المدني، فالأول لا نعدام المصلحة، والثاني لا نعدام الصفة، وأحكام الإحالة الصادرة من غرفة الاتهام في قضايا الجرح والمخالفات، إلا إذا حكم بعدم الاختصاص، أو تضمن مقتضيات نهائية ليس في استطاعة القاضي أن يعدلها، أو مباشرة الطعن بالنقض بطريق عرضي.

الفقرة الثانية

المعاقب عليها بالحبس لمدة تساوي 03 سنوات أو تقل عنها، بمعنى أن الأحكام التي تصدر بعقوبة أكثر من هذا الحد تكون مجالا للطعن بالنقض من طرف النيابة العامة، بالإضافة إلى الأحكام والقرارات الفاصلة في الموضوع في آخر درجة في مواد الجرح والقاضية بغرامة تساوي أو تقل عن 50000 د.ج بالنسبة للشخص الطبيعي، و200000 د.ج بالنسبة للشخص المعنوي، بمعنى أن الأحكام التي تصدر وفقا لهذه العقوبة تكون نهائية قابلة للتنفيذ بمجرد صدورها، ولعل المشرع قصد من كل ذلك تفعيل عقوبة الغرامة كعقوبة أصلية رادعة، والإلتفات شيئا فشيئا عن اعتماد العقوبة السالبة للحرية خصوصا القصيرة منها، التي أثبتت الدراسات والواقع عدم جدواها في تحقيق الردع، الحد من الجريمة، كما ألغى هذا التعديل عبارة "مباشرة الطعن بالنقض بطريق عرضي".

(1) انظر: عبيد (رؤوف)، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، مرجع سابق، ص 955.

صحة شكل الطعن.

حتى تستطيع المحكمة العليا أن تنظر في موضوع الطعن بالنقض لابد أن تتوفر في الحكم محل الطعن مجموعة من الشروط، ضمن المجال الذي يجوز في الطعن، بحيث يجب أن يكون الحكم نهائياً، الذي لم يعد ممكناً طرحه على محكمة الموضوع لأنه أستنفذ كافة طرق الطعن العادية، كاستئناف الحكم الابتدائي الغيابي بعد انقضاء مهلة المعارضة، أو فصل فيها بحكم، أو استئناف الحكم الابتدائي الحضورى والمعتبر حضورياً، بمعنى أن يكون قد أستنفذ مبدأ التقاضي على درجتين، والحكم الصادر في الدعوى يكون صادراً من آخر درجة (1)، ويستوي في ذلك أن يكن الحكم قابلاً للاستئناف لأسباب موضوعية، أو لخطأ في تطبيق القانون، بحيث لا يجوز النقض حيث يجوز الاستئناف (2)، الذي أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها « متى ثبت أن الطعن بالنقض قد رفع في قرار غيابي غير نهائي، تعين حينئذ التصريح بعدم قبوله شكلاً لعدم احترامه مقتضيات القانون» (3).

أن يكون الحكم قطعياً، وهو المبدأ الذي أخذ به المشرع في عدم جواز استئناف الأحكام التحضيرية، إلا مع الحكم الابتدائي الفاصل في الموضوع، بحيث يكون أكثر أهمية عند الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا وذلك لارتباطه، بشرط أن يكون الحكم نهائياً - أي منهيًا للخصومة في شقها الجزائي والمدني - وبالتالي فإن تلك الأحكام لا تستقل بهاته الصفة، فتكون تابعة لحكم الموضوع وجوداً وعدماً، فإذا شاب منها شيئاً من أسباب البطلان كانت محل الطعن في الموضوع (4)، الذي أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها: « إن القرار الذي يعين خبيراً لإجراء فحص طبي، على شخص الضحية في قضية جرح وضرب عمد من القرارات التي لا تخضع للطعن بالنقض باعتباره قراراً تمهيدياً، وليس من ضمن القرارات المنصوص عليها في المادة 495 من ق.إ.ج.ج « (5).

أن يكون في جنابة أو جنحة، هي الأحكام التي أصبحت نهائية في الدعوى التي حكم فيها المتهم حول الوقائع التي تتخذ وصف جنابة أو جنحة، بمعنى الجرائم المعاقب عليها بالإعدام، والعقوبات السابقة للحرية، والغرامة التي تتجاوز 20000 د.ج بالنسبة للشخص الطبيعي، وبالنسبة

(1) انظر: بهنام (مسيس)، الإجراءات الجنائية تحليلاً وتأصيلاً، مرجع سابق، 765.

(2) انظر: عبيد (رؤوف)، المشكلات العملية الهامة في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 549.

(3) القرار الصادر عن الغرفة الجزائية للمحكمة العليا، بتاريخ 1989/03/14م، ملف رقم 51841 المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع 03، 1991، ص 239، انظر: بوسقيعة (أحسن)، قانون الإجراءات الجزائية على ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 194.

(4) انظر: عبيد (رؤوف)، مبادئ الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، المرجع السابق، ص 957.

(5) انظر: القرار الصادر عن غرفة الجزائية للمحكمة العليا، بتاريخ 1983/07/04م، المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع 01، 1989، ص 366،

للشخص المعنوي 100000 د.ج، والمخالفة والقاضية بعقوبة الحبس بما في ذلك المشمولة بوقف التنفيذ، وفقا للمادة 416 من ق.إ.ج.ج بعد تعديلها بالأمر 02/15، وعليه فإن الحكم الذي يكون أقل من هذا المقدار لا يجوز الطعن فيه بالنقض لعدم أهميته.

إلزامية التمثيل بمحام معتمد لدى المحكمة العليا، الذي اعتبره المشرع الجزائري في المادة 505 من ق.إ.ج.ج شرطا شكليا وجوهريا، وبالتالي لا يمكن التمسك بمذكرة الطعن بالنقض مالم تكن موقعة من طرف محامي معتمد لدى المحكمة العليا، كما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية⁽¹⁾، فهو شرط لا يجب إغفاله في هذا النوع من طعن، وإلا ترتب عنه عدم قبوله شكلا، الذي أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها: « لا يقبل الطعن بالنقض شكلا إذا لم يودع الطاعن مذكرة، تتضمن أوجه الطعن موقع عليها من طرف محامي مقبول لدى المجلس الأعلى »⁽²⁾، بالتالي فمن غير المعقول، وبالنظر إلى خصوصية حالات الطعن بالنقض التي يجهلها المتهم في كثير من الأحيان، والمشروطة بعدم إمكانية إثارة أوجه البطلان في الشكل أو الإجراءات لأول مرة أمام المحكمة العليا، ماعدا تلك التي لم تكن لتعرف قبل النطق بالحكم طبقا لمقتضيات المادة 501 ق.إ.ج.ج، ولدقة الإجراءات المتبعة أمام المحكمة العليا، فإنه لا يتصور أن يقوم المتهم بتحرير مذكرة الطعن بالنقض، ويقتصر دور المحامي على التوقيع عليها فقط.

وبالتالي فإن جميع الإجراءات الخاصة بالطعن بالنقض يباشرها المحامي، خصوصا وأن المرافعات أمام المحكمة العليا تتم عن طريق إيداع مذكرات كتابية، من طرف كل الخصوم في الدعوى الجزائية ضمن الشروط المحددة في المادة 511 من ق.إ.ج.ج، ماعدا النيابة العامة لدى المجالس القضائية التي تعفى من هذه المذكرة، بالطلبات الكتابية التي يقدمها النائب العام لدى المحكمة العليا أثناء تحقيق في الطعن وفقا للمادة 410/ف03 ق.إ.ج.ج، على أن يكون ذلك خلال 60 يوما طبقا لنص المادة 505 ق.إ.ج.ج بعد تعديلها بالأمر 02/15⁽³⁾، لإيداع مذكرة الطعن ابتداءً من يوم تبليغ الإنذار الموجه إليه من قبل العضو المقرر، وإلا كان الطعن غير مقبول شكلا، وتعد هذه المواعيد من النظام العام، ويترتب على عدم مراعاتها التصريح بعدم قبول الطعن شكلا.

(1) Cass. Crim, 08/07/1967.J.CL.P.N° 133.

(2) القرار الجنائي صادر بتاريخ 1980/11/06م، رقم 867، غير منشور، انظر: بوسقيعة (أحسن)، قانون الإجراءات الجزائية على ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص204 .

(3) كانت مهلة إيداع مذكرة الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا هي شهر ابتداءً من تاريخ تبليغ الإنذار من العضو المقرر، هذه المهلة التي كانت تخضع لسلطة التقديرية للمستشار في حالة تمديدها بأمر منه وفقا لنص المادة 505 ق.إ.ج.ج قبل تعديلها، ولكن تعديل هذا الأخير بموجب الأمر 02/15، وفي المادة 20 منه، جعلها حقا من حقوق الدفاع، بأن جعلها مضاعفة للمدة السابقة فأصبحت 60 يوما كمدة ثابتة لتقديم أوجه طعنه، لا ينتظر فيها الطاعن رأي المستشار.

يمكن إيداع المذكرة لدى قلم كتاب الجهة التي سجل فيها إيداع تقرير الطعن بالنقض طبقا للمادة 505 ق.إ.ج.ج ، على أن يتم تبليغ الخصوم الآخرين بالتصريح بالطعن الذي قدمه أحد أطراف الحكم الجزائي، ضمن الحدود المنصوص عليها في المواد من 507 إلى 510 من ق.إ.ج.ج⁽¹⁾، والذي في حالة إغفاله يؤدي إلى عدم قبول الطعن شكلا، لإخلاله بحقوق الدفاع الأمر الذي أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها: « ينجر عن مخالفة أحكام المادة 507 من ق.إ.ج.ج عدم قبول الطعن شكلا، لأن هذه المادة تأمر بالبليغ بصفة إلزامية، فعدم تبليغ الطعن للأطراف يؤدي إلى بقائهم في جهل تام من وجود الطعن ضددهم لغاية تبليغهم بمذكرة الطعن، الأمر الذي يشكل خرقا لحقوق الدفاع »⁽²⁾، وبعد أن يتهياً الطعن وفقا لهذه الشروط الشكلية، تنتظر المحكمة العليا في مدى جديته من الناحية القانونية كمايلي:

الفقرة الثالثة

جدية موضوع الطعن بالنقض.

وهو المستوى الثالث الذي تبلغه المحكمة العليا عند نظرها الطعن بالنقض، الذي يكون محددًا بحالات مذكورة على سبيل الحصر في المادة 500 من ق.إ.ج.ج⁽³⁾، وبالتالي فإن رفع الطعن إليها من محامي المتهم يجب أن يكون في إحدى هذه الحالات، تحت طائلة عدم قبول الطعن بالنقض لعدم صحة التأسيس القانوني، الذي أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها: « إن خرق أحكام الدستور والمعاهدات الدولية غير وارد ضمن الأوجه التي يجب أن يبني عليه الطعن بالنقض، ومن ثم يتعين رفض الوجه المثار المأخوذ من مخالفة المادة 47 من الدستور، ومخالفة المادة 9/ف01 من

⁽¹⁾ انظر: المواد من 507 إلى 510 من ق.إ.ج.ج، قبل تعديل قانون الإجراءات الجزائية بالأمر 02/15، الذي جعل مجال تبليغ مذكرة الطعن بالنقض نص المادة 505 مكرر التي لم تقتصر على وسيلة واحدة في التبليغ وهي " الكتاب الموصى عليه بعلم الوصول" بل جعلته يتم " بكل وسيلة قانونية"، ولعل المشرع قصد من ذلك التيسير في الإجراءات ضمنا لسرعة المحاكمة، ولكن إثبات التبليغ يصبح في هذه الحالة على عاتق الطاعن، كما أن عمومية الإثبات بأي وسيلة قانونية يفتح المجال أمام التفسير الواسع لها مما يدخل هذا النوع من طعن مجال الدفوع الشكلية التي قد تعصف بحق المتهم في نقض الحكم المطعون فيه.

⁽²⁾ القرار الجنائي صادر بتاريخ 1984/05/29م، رقم 364، غير منشور، انظر: بوسقيعة (أحسن)، قانون الإجراءات الجزائية على ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص205 .

⁽³⁾ انظر: المواد 249 و250 من ق.إ.ج.ج الخاصة باختصاص محكمة الجنايات، والمواد 328 و329 و330 من ق.إ.ج.ج، الخاصة باختصاص محكمة الجنح والمخالفات، و المادة 451 من ق.إ.ج.ج الخاصة بمحكمة الأحداث، والمادة 25 من الأمر 28/71 المؤرخ في 28 /04/ 1971 المتضمن قانون القضاء العسكري، ج.ر، ع 38 المعدل والمتمم بالأمر رقم 04/73 المؤرخ في 10/01/ 1073، ج.ر، ع 55.

العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية «⁽¹⁾، وهذه الحالات هي " عدم الاختصاص، وتجاوز السلطة، ومخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات، وانعدام أو قصور الأسباب، إغفال الفصل في وجه الطلب، أو في أحد طلبات النيابة العامة، وتناقض القرارات الصادرة من جهات قضائية مختلفة في آخر درجة، أو التناقض فيما قضى به الحكم نفسه أو القرار، ومخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، وانعدام الأساس القانوني"، والظاهر أن المشرع الجزائري قد حدد هذه الحالات بناء على الاجتهاد الفقهي في القانون المقارن، بحيث نجد أن المشرع المصري قد حدد هذه الحالات بثلاث حالات⁽²⁾ كما فعل المشرع الفرنسي، إلا أن الفقه الفرنسي جعلها تسع حالات⁽³⁾، بحيث نجد أن الحالات التي تستقل بالتأثير على الحكم المطعون في بالنقض هي " عدم الاختصاص، وتجاوز السلطة، ومخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات"، على النحو الذي سنبينه فيمايلي:

فبخصوص عدم الاختصاص، وإنطلاقاً من اختلاف الاختصاص في القضاء الجزائري، عن أنواع القضاء الأخرى في الدولة في أن جميع قواعده من النظام العام، لذلك نجد أن المشرع نظمها تنظيمًا دقيقًا، وفصل فيها بنصوص صريحة، سواء فيما يخص تنازع الاختصاص، أو الإحالة على المحكمة⁽⁴⁾، وبالتالي فإن مخالفة قواعد الاختصاص تمكن صاحبه من إثارتها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، لأنها تتعلق بتنظيم مرفق القضاء، والذي أجابت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها « إن مسألة الاختصاص المحلي من النظام العام، يمكن إثارتها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا»⁽⁵⁾، وبالتالي يمكن لأي محكمة أن تحكم بعدم اختصاصها بنظر الدعوى، ولو من تلقاء نفسها، إلا محكمة الجنايات التي تعتبر صاحبة الاختصاص العام في نظر الوقائع المحالة إليها بوصف جنائية، وبالتالي يؤول إليها الاختصاص في نظر جميع الجنح والمخالفات المرتبطة بها، لذلك لا يجوز لها وفقاً لنص المادة 251 من ق.إ.ج.ج أن تقرر عدم

(1) القرار الصادر عن غرفة الجنح والمخالفات 03، ملف رقم 190606، قرار 1999/07/26، غير منشور، انظر: بوسفيعة (أحسن)، نفس المرجع، ص 140 .

(2) انظر: المادة 30 من قانون الطعن بالنقض المصري رقم 57 لسنة 1959 ، والتي حددها بثلاث حالات في الأحكام النهائية الصادرة في الجنايات والجنح وهي " مخالفة القانون، أو خطأ في تطبيقه أو تأويله - وقوع بطلان في الحكم - وقوع بطلان في الإجراءات أثرت في الحكم "، مصطفى (محمود)، شرح قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 623.

(3) *Lés causes d'ouverture le pourvoi en cassation sont : « Irrégularité de la composition de la juridiction, Incompétence, Exés de pouvoir, Inobservation des formes prescrites à la peine de nullité, Omission de statuer ou décision ultra petita, contrariété de jugements, Défaut, violation de droits de la défense, application inexacte de la loi », LARGUIER (J) - CONTE (P): Procédure pénale, op , cit, P 405 .*

(4) انظر المواد: من 546 إلى 553 من ق.إ.ج.ج.

(5) القرار الصادر عن غرفة الجنح و المخالفات 03 للمحكمة العليا، بتاريخ 2000/01/24، ملف 191889، غير منشور، انظر: بوسفيعة (أحسن)، قانون الإجراءات الجزائية على ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص 133.

اختصاصها، تطبيقا للقاعدة الفقهية التي تقول: " من يملك الكل يملك الجزء "، كما يمكن للمتهم والنيابة العامة ذلك في أي مرحلة كانت عليها الدعوى وفقا المادة 500/ف01 من ق.إ.ج.ج.

الملاحظ من خصوصية الطعن بالنقض لعدم الإختصاص في ق.إ.ج.ج، أنه يمكن أن ينطوي تحت هذا العنصر " تناقض القرارات الصادرة من جهات قضائية مختلفة في آخر درجة، أوالتناقض فيما قضى به الحكم نفسه أو القرار"، لأن الطعن في النقض في هذه الحالة يمكن القيام به على أساس عدم الاختصاص، لأن هذا الأخير يستغرق كل أجزاء الاختصاص سواء منه السلبي أوالإيجابي.

أما فيما يخص تجاوز السلطة، والذي يمكن اعتباره الصورة التطبيقية لعدم الاختصاص، وهو أن تتجه المحكمة إلى انتهاك حدود اختصاصها بنظر الدعوى فتحكم بأكثر مما طلب منها، أو بما لم يطلبه الخصوم، والذي نص عليه المشرع في المادة 500/ف02 من ق.إ.ج.ج، فإن من أهم مظاهره الحكم في الدعوى العمومية بناء على استئناف المدعي المدني فقط، والذي أجابت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها: « من المقرر قانونا أن الجهة الاستئنافية مقيدة بتقرير الاستئناف، وليس لها أن تخرج عنه ومن ثم غرفة الأحداث بالمجلس القضائي التي عرضت عليها القضية، بناء على استئناف الطرف المدني وحده دون غيره، وهما " النيابة العامة والمتهم"، والتي تصدت للقضية بأكملها، وفصلت في الدعوى العمومية والدعوى المدنية، بينما كان عليها أن تلتزم بحدود مضمون الاستئناف فإنها، بهذا القضاء صار قرارها منعدم الأساس القانوني »⁽¹⁾.

أو تشديد العقوبة بناء على استئناف المتهم فقط، والذي أجابت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها: « إذا كان أحد المتهمين فقط استأنف وحده الحكم، وأيد المجلس القضائي عقوبة الحبس مع إضافة ألف د.ج غرامة، فإنه أخطأ بدوره في تطبيق القانون بتجاوز الحد الأقصى المقرر قانونا لهذه العقوبة، يكون النعي المؤسس على هذا الوجه سديدا وفي محله »⁽²⁾، أو الحكم بالتعويضات بناءً على استئناف النيابة فقط، والذي أجابت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها: « يعرض قراره للنقض، المجلس الذي قضى على المتهم بناء على استئناف وكيل الجمهورية وحده، بأداءه تعويضا للطرف المدني غير المستأنف »⁽³⁾.

(1) القرار الصادر المجلس الأعلى بتاريخ 1989/03/01، المجلة القضائية، 1989، ع 02، ص257، انظر: سايس (جمال)، الاجتهاد

الجزائري في القضاء الجنائي، ج 01، مرجع سابق، ص 262.

(2) القرار الصادر المجلس الأعلى بتاريخ 1986/04/15، المجلة القضائية، 1989، ع 02، ص257، انظر: سايس (جمال)، الاجتهاد ج01، نفس المرجع ، ص 212.

(3) القرار الصادر عن غرفة الجنتح والمخالفات 03 بتاريخ 1998/12/14، ملف 180610، غير منشور، انظر: بوسقيعة (أحسن)، قانون الإجراءات الجزائنية على ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص173.

وبالتالي فإن تجاوز السلطة يمكن أن ينطوي تحته حالة انعدام أو قصور التسبب، وإنعدام الأساس القانوني، وإغفال الفصل في وجه الطلب أو في أحد طلبات النيابة، لأن المحكمة العليا بإمكانها أن تثير أوجه الطعن المحددة في المادة 500 من ق.إ.ج.ج سواء منفردة أو مجتمعة، والذي أجابت عليه في أحد قراراتها: « من المقرر قانونا أن القرار الذي لا تكون حيوياته واضحة، ولا يكون مسببا بما فيه الكفاية يكون مشوبا بالقصور في التسبب وإنعدام الأساس القانوني »⁽¹⁾، فمفهوم تجاوز السلطة إذن يحمل في طياته العمل الذي تقوم به الجهة القضائية بوجه مخالف للقانون سواء بتوسع اختصاصاتها على غير مقتضى القانون، أو الامتناع عن القيام به لفهم خاطئ، أو سهو عن النصوص القانونية.

أما مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات، التي نصت عليها المادة 500/ف03 من ق.إ.ج.ج، والمادة 802 من ق.إ.ج.ج. الفرنسي⁽²⁾، ترتبط أساسا بالسير العام للإجراءات الجزائية، وبمراكز الخصوم في الدعوى الجزائية، خصوصا المتهم، وبالتالي فإن معيار تحديد جوهرية الإجراء من عدمه، هو مدى تأثيره في هذين المجالين، فالمتعمن في المجال الأول، والمتعلق بالإجراءات الجزائية يجد أنها مصنفة إلى صنفين، منها إجراءات تنظيمية ذات طابع إداري أكثر منه قضائي لا يمكن للخصوم في الدعوى الجزائية، وخصوصا المتهم الطعن فيها بالنقض قبل الفصل في الموضوع، مثل تعيين خبير من طرف المحكمة، الذي أجابت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها: « يعرضون قرارهم للنقض قضاة المجلس، الذين قضوا بقبول استئنافي النيابة العامة والطرف المدني في الحكم التحضيري بتعيين خبير الصادر عن محكمة أول درجة، رغم عدم جوازه على حاله قبل الفصل في الموضوع »⁽³⁾، وإجراءات متعلقة بالنظام العام، وهي إجراءات جوهرية يمكن أن تكون محلا للطعن بالنقض من طرف جميع الخصوم في الدعوى الجزائية.

ولكن يقع عبء إثارتها على عاتق المحكمة العليا في حالة خرق هذا الإجراء الجوهرية حتى ولو لم يثر الخصوم، كالقواعد المتعلقة بالاختصاص، والمواعيد القانونية، وضرورة تمثيل الطاعن بمحامي معتمد لديها، والذي أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها: « إن الجهة القضائية التي

(1) القرار الصادر الغرفة الجزائية للمحكمة العليا بتاريخ 1997/02/25، المجلة القضائية، 1998، ع 01، ص 215، انظر: سايس (جمال)، ج 02، نفس المرجع، ص 262.

(2) L'art 802 : « En cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la nullité que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne »

(3) القرار الصادر عن غرفة الجنتح و المخالفات 03 للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/02/22، ملف 187081، غير منشور، انظر: بوسقيعة (أحسن)، قانون الإجراءات الجزائية على ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص 168.

تحال إليها القضية بعد النقض، عليها أن تتبع ما قضى به المجلس الأعلى في المسألة القانونية فصل فيها، وبالتالي يتعين معه نقض حكم الجهة القضائية التي تفصل بعد الإحالة في مجموع القضية، مجاوزة بذلك ولايتها ومخالفة بذلك أحكام من المادة 524⁽¹⁾ من ق.إ.ج.ج «⁽²⁾».

أما المجال الثاني فهو المرتبط أساسا بقيمة الإجراء، ومدى تأثيره على مركز المتهم في الدعوى الجزائية، فإذا كان إغفال الإجراء يؤثر على حقوق المتهم فيها، ويسيء إلى مركزه القانوني، وبالتالي ينحرف بالقاضي من الحياد والنزاهة إلى التحكم والتحيز، فإن الإجراء في هذه الحالة يكون جوهريا يترتب على إغفاله البطلان، مثل إغفال إعطاء الكلمة الأخيرة للمتهم، والذي قرره المحكمة العليا في أحد قراراتها: «لما كان ثابتا أن القرار المطعون فيه لم يشر إلى أن الكلمة الأخيرة كانت للمتهم، فإن قضاة المجلس بإغفالهم هذا يكونوا قد خرقوا قواعد جوهرية في الإجراءات، وأخلوا بحقوق الدفاع، معرضين بذلك قرارهم للنقض»⁽³⁾، وبالتالي فإن الإجراء الجوهرية هو ذلك الإجراء الذي يترتب عليه أثرا قانونيا لصالح المتهم سواء بنفي التهمة، أو امتناع المسؤولية أو تخفيف العقوبة، الذي يكون متعلقا أساسا بموضوع الدعوى⁽⁴⁾، والذي يمكن أن يتداخل معه ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 500/ف07 من ق.إ.ج.ج الخاصة بحالة مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه.

ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري عندما قام بتحديد حالات الطعن بالنقض، وتفصيلها يكون بذلك مخالفا لما جاءت به التشريعات المقارنة، خصوصا التشريع الفرنسي والمصري، وبالنتيجة يكون قد وقع في تناقص كبير على أساس أنه بهذه العملية، يكون قد ألزم المحكمة العليا في القيام بمهمتها الأساسية وهي الاجتهاد القضائي وتوحيده، بحدود خاصة لا تخرج عليها في تقرير جديرة موضوع الطعن من عدمه، ولم يترك لها المجال للاجتهاد وتقرير ذلك، ثم بنى هذا التحديد على اجتهاد الفقه والقضاء الفرنسي، الذي نلمسه من خلال الحالات التي جاءت بها المادة 500 من ق.إ.ج.ج، والحالات التي نص عليها الفقه الفرنسي عدداً ومعنى.

هذا التناقض أدى إلى أن يصبح الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا مجرد حق شكلي فقط، دون مضمون واقعي يحقق للمتهم المصلحة المرجوة منه، خصوصا وأن أحكام المحكمة العليا كلها

(1) تنص المادة 524/ف01 من ق.إ.ج.ج على أنه " يتعين على الجهة القضائية التي تحال القضية أن تخضع لحكم الإحالة فيما يتعلق بالنقطة القانونية التي قطعت فيها المحكمة العليا".

(2) قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1969/01/28، نشرة القضاء، ع 01، 1970، ص 100، انظر: سايس (جمال)، الاجتهاد الجزائري في القضاء الجنائي، ج01، المرجع السابق، ص59.

(3) القرار الصادر عن غرفة الجناح والمخالفات للمحكمة العليا، بتاريخ 1990/04/03، ملف 63270، المجلة القضائية 1993، ع01، ص 200، انظر: أبوسقيعة (أحسن)، نفس المرجع، ص 171.

(4) انظر: الشريف (حامد)، بطلان الحكم في المواد الجنائية، القاهرة، دار الكتب القانونية، 2003، ص 351.

تصدر حضورية طبقا للمادة من 528 من ق.إ.ج.ج التي تنص: « تكون أحكام المحكمة العليا دائما حضورية في مواجهة جميع أطراف الدعوى » ، وبالتالي لا تجوز فيها المعارضة، مما يطرح إشكالية عدم توصل المتهم بالتبليغ بمذكرة الطعن بالنقض والرد عليها، مما يشكل إحباطا لحقوق الدفاع.

وإن كانت المحكمة العليا قد أصبحت تقبل إيداع مذكرة استرداكية متعلقة بتصحيح الأخطاء الشكلية والمادية فقط، لم تخص حالة عدم علم المتهم بالطعن بالنقض⁽¹⁾، وبالتالي كان على المشرع أن لا يستثني أحكام المحكمة العليا من الطعن بالمعارضة، خصوصا وأن أحكامها في الطعن بالنقض تجعل الحكم يحوز على قوة الشيء المقضي فيه، الموجب لاستيفاء المتهم لحقه في الطعن، فينتقل بذلك من مجال المرافعات إلى مجال التنفيذ، مع العلم أن المادة 346 من ق.إ.ج.ج جاءت عامة ولم تستثني المتهم الطاعن بالنقض أمام المحكمة العليا حيث نصت: « إذا لم يكن التكليف بالحضور قد سلم لشخص المتهم يصدر الحكم في حالة تخلفه عن الحضور غيابيا ».

الفقرة الرابعة

آثار الطعن.

تتقيد المحكمة العليا عند نظرها الطعن بالنقض بشخص الطاعن، وبموضوع الطعن بحيث لا ينسحب أثره إلا على الشخص الذي قام به، إلا إذا وجد في الحكم متهمون غير طاعنون بالنقض في وقائع مرتبطة ارتباطا لا يقبل التجزئة⁽²⁾، وبالتالي لا يمكن للمحكمة أن تنظر في الوجه المتعلق بالدعوى العمومية إذا كان الطاعن هو المدعي المدني أو المسئول عن الحقوق المدنية فقط، كما لا يمكنها أن تنظر في الدعوى المدنية إذا كانت النيابة العامه هي وحدها من قام بالطعن بالنقض، الأمر الذي أكد عليه لإجتهد القضاة الفرنسي في العديد من أحكامه⁽³⁾.

(1) انظر:القرار الصادر عن غرفة الجنج و المخالفات بتاريخ 2009/01/28، ملف رقم 559015 ، مجلة المحكمة العليا، ع 02، 2010، ص 363.

(2) « Lèse un intérêt personnel de celui qui agit ». BOULOC (B) – MATSOPOULOU (H) : Droit pénal général et procédure pénale, op, cit, P502.

(3) Cass. Crim. 12/03/1958. Bull.Crim, N° 277.

أما بالنسبة للمتهم فإن المحكمة العليا بمجرد طعنه بالنقض في الحكم النهائي الصادر في مواجهته بالإدانة، أن تنظر في دعويين معا، لأن طعنه سيكون منصبا أساسا على الدعوى الجزائية، مما يبيح للمحكمة العليا في حالة نقض الحكم أن يشمل كل من الدعويين الجزائية والمدنية، على أن يكون الطعن محددًا في إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة 500 من ق.إ.ج.ج، وإذا أثر نسبي لا يسري إلا في حق شخص الطاعن ضمن حدود المادة 499 من ق.إ.ج.ج⁽¹⁾، الذي يقتضي عدم الشروع في تنفيذ العقوبة المحكوم بها إلى غاية إصدار المحكمة رأيها بالسلب أو بالإيجاب.

أما بالنسبة للأطراف الآخرين، وبعد إعلامهم بمذكرة الطعن بالنقض تكون المدد المحددة لهم للقيام بالطعن قد انقضت، ويصبح الحكم في مواجهتهم حائز لقوة الشيء المقضي فيه، ومستنفدا لكافة طرق الطعن القانونية، ومعبرا بذلك عن الحقيقة المنشودة⁽²⁾، أما بالنسبة للمتهم فإن الأصل في الحكم النهائي أن يكون قابلا للتنفيذ. لكن تدعيما لحقه في الدفاع، وتقاديا لوقوع خطأ لا يمكن تداركه عند تطبيق الحكم المطعون فيه بالنقض، خصوصا الحكم بالإعدام، فإن وقف تنفيذ هذا الحكم يجعل الحقيقة الواردة فيه قد خضعت لمراحل عدة من التصفية تتصف بعدها باليقين الذي لا يتطرق إليه الشك⁽³⁾، وتحكم المحكمة العليا في الطعن على هذه الحال، ويكون أمامها طريقين للفصل فيه وهما:

أن تحكم بالإحالة أمام نفس الجهة مصدرة الحكم أو القرار على أن تكون مشكلة تشكيلا جديدا، متقيدة في ذلك بما حصل فيه الطعن بالنقض وفقا للمادة 524/ف01 من ق.إ.ج.ج، الذي أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها: « كان على مجلس الإحالة أن يتصدى للدعوى من جديد، وينظر في الحكم المستأنف، ويصدر قراره إما بتأييد هذا الحكم أو بإلغائه، إذ ليس من اختصاص الجهة القضائية المحالة إليها الدعوى بعد النقض، النظر في القرار المطعون فيه الذي تم نقضه، وإنما تنحصر مهمتها في النظر من جديد في الحكم الصادر من محكمة أول درجة، على ضوء توجيهات المحكمة العليا فيما يتعلق بالنقطة التي قطعت فيها »⁽⁴⁾.

(1) أضاف المشرع الجزائري في تعديله لنص المادة 499 من ق.إ.ج.ج عقوبة العمل للنفع العام للحالات التي يفرج فيها عن المتهم رغم الطعن بالنقض وهي " الحقوق المدنية، البراءة، الإعفاء من العقاب، الحبس مع وقف التنفيذ، واستنفاد الحبس المؤقت لمدة العقوبة المحكوم بها"، الشيء الذي يثير التساؤل التالي: كيف يفرج عن المتهم في عقوبة العمل للنفع العام؟ هل يكون ذلك بتوقف عن إتمام مدة العمل بها؟ وبالتالي فإن إضافتها إلى حالات الإفراج يكون غير سليم على أساس أنها عقوبة بديلة فقط، يكون تنفيذها عوضا للعقوبة الأصلية، لايسري عليها مفهوم الإفراج، الذي جاءت به هذه المادة.

(2) BOULOC (B) – MATSOPOULOU (H) :Op, cit, P517.

(3) انظر: خميس (محمد)، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، ص 413.

(4) القرار الصادر عن الغرفة الجزائية للمحكمة العليا بتاريخ 1994/05/29، غير منشور، انظر: بوسقيعة (أحسن)، قانون الإجراءات

الجزائية على ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 212 .

أن تحكم في الطعن بالنقض دون إحالة إذا تبين لها أن الجريمة غير مستوفية الأركان، أولاً تدخل تحت أي وصف جنائي، أو أنها منقضية لأي سبب من أسباب الانقضاء وفقاً لنص المادة 06 الخاصة بحالات الانقضاء، أو المادة 09 الخاصة بتقادم الدعوى الجزائية، بحيث تحسب مدة التقادم اللازمة لانقضاء الدعوى العمومية من تاريخ اتخاذ آخر إجراء وفقاً للمادة 07 من ق.إ.ج.ج، والذي أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها على أنه: «من المقرر قانوناً أن الدعوى العمومية تنتقض بالعفو الشامل، ومن ثم فإن قضاة الموضوع الذين أدانوا الطاعن بجنحة تحطيم ملك الغير، والتجمهر، والسرقة بسبب وقائع جرت بين 8 و9 أكتوبر 1998، والتي صدر بشأنها القانون رقم 19/90 الذي يقرر العفو الشامل للأحداث التي وقعت خلال شهر أكتوبر، يكونوا قد خرّقوا القانون»⁽¹⁾.

أما في الشريعة الإسلامية فإن الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من القاضي، يسري عليه ما يسري على طرق الطعن الأخرى من الحجية الكاملة لأحكام القضاء، وذلك لأنها تكون مشتملة على عنصرين أساسيين هما "صدورها من شخص ثقة وهو القاضي المجتهد، وموافقها لأصول الاستنباط الشرعية"، لذلك يجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن: «يحمل القضاء على الصحة ما لم يثبت الجور»⁽²⁾، ورغم أن الحكم محل الطعن بالنقض في الشريعة الإسلامية، يسري عليه ما يسري على بقية الأحكام الأخرى التي تكون محلاً لطرق الطعن الأخرى، من إمكانية وقوع القاضي مصدر الحكم في الخطأ، وبالتالي انحرف حكمه من العدل إلى الجور، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية يجمعون على أنه ليست جميع الأحكام القضائية تكون قابلة للطعن بالنقض، وذلك بالنظر إلى النص، والأصل الشرعي الذي تأسس عليه الحكم.

فإذا كان الحكم مبنياً على نص قطعي الثبوت والدلالة من القرآن والسنة، أو صادراً بناءً على إجماع، فلا يجوز لأحد الطعن فيه أو مخالفته، وبالمقابل يمكن نقضه إذا كان مخالفاً لهذه الأصول، ولا يشترط فيه أن يكون القاضي الذي قام بنقضه مجتهداً، وإنما النقض يكون متعلقاً بصفة في الحكم ذاته، وليس في تأويل الأساس الذي بني عليه، وهو مخالفته الأصول الشرعية للاستنباط وفي هذا يقول ابن قدامة: «إن الحاكم إذا رفعت إليه قضية قد قضى بها حاكم سواه فبان له خطؤه، أو بان له خطأ نفسه نظرت، فإن كان الخطأ لمخالفة نص كتاب، أو سنة، أو إجماع نقض حكمه»⁽³⁾.

(1) القرار الصادر عن غرفة الجنح والمخالفات بالمحكمة العليا، بتاريخ 1991/04/23، ملف رقم 71913، انظر: المجلة القضائية، ع 02، 1991، ص 252، انظر: بوسقيعة (أحسن)، نفس المرجع، ص 07.

(2) انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج 01، مرجع سابق، ص 88.

(3) انظر: ابن قدامة (موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد)، المغني، ج 14، مرجع سابق، ص 34.

أما إذا كان الحكم مبنياً على نص غير قطعي الدلالة، وإن كان قطعي الثبوت، فإن نقض الحكم فيه يكون محددًا بضوابط معينة وهي: أن لا يكون الحكم قد صدر عن قاضي مجتهد لأنه لا يجوز نقضه، فإذا نقضه قاضي آخر بحكم مخالف رفع الحكم المنقوض إلى قاضي ثالث، الذي يجب عليه في حالة ما إذا وجد بأن هذا الحكم صدر بما مال إليه اجتهاد القاضي الذي أصدره، حكم به وألغى الحكم الذي نقضه، لأن الحكم المنقوض قد صدر بما هو مجمع عليه وهو شرط الاجتهاد، أما الحكم الذي نقضه يكون مبنياً على الاختلاف، وبالتالي لا يصح نقض ما هو متفق عليه بما هو مختلف فيه (1)، مع العلم أن القاضي المجتهد يمكن أن يقوم بنقضه بنفسه متى كانت له ولاية القضاء مستمرة، ووجه الدلالة في ذلك ما ورد في رسالة عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما: « لا يمنعك قضاء قضيت به بالأمس ثم راجعت فيه نفسك، فهديت إلى رشك أن تراجع فيه الحق فإن الرجوع إلى الحق خير من التماذي في الباطل».

وقد بين فقهاء الشريعة الإسلامية الإجراءات التي يقوم بها القاضي المجتهد في نقض الحكم الذي أصدره في حالة ما إذا أدرك مخالفة قضائه لنص في الكتاب، والسنة، والإجماع، أو أصح المعيين فيما أحتمل من الكتاب والسنة، فيقوم بنقضه على نفسه وعلى غيره، وأحسن مثال على ذلك رجوع سيدنا عثمان رضي الله عنه عن رجم المرأة التي زنت ثم وضعت مولودها بعد ستة أشهر، عندما أمر بذلك فقال له علي بن أبي طالب كرم الله وجهه: ليس ذلك عليها، لأن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه العزيز: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ (2)، وقال أيضاً: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمْ الرِّضَاعَةَ﴾ (3)، فالحمل يكون ستة أشهر فلا رجم عليها، فبعث عثمان بن عفان رضي الله عنه في أثرها فوجدها قدر رجمت» (4)، أو أن يجد القاضي المجتهد قياساً محتملاً أحسن عنده مما قضى به من قبل، فيحكم بما استحسن من القياس الأخير، ولكن دون نقض الحكم السابق إذا كان صحيحاً مستوفياً لشروط صحته، وما لم ينقضه على نفسه لا ينقضه على الآخرين، لأن كل مجتهد مصيب ابتداءً، وقد يخطيء انتهاءً كما ثبت عن أبي حنيفة (5).

ومهما يكن فإن اختصاص القاضي بجواز نقض الحكم الصادر من قاضي آخر، يثور عند الطعن فيه من طرف المحكوم عليه، والذي يكون محكوماً بما تظلم فيه هذا الأخير، لأن المتفق

(1) انظر: الكاساني(علاء الدين أبو بكر بن مسعود)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج09، مرجع سابق، ص 133، وانظر كذلك: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج01، المرجع السابق، ص 86.

(2) انظر: سورة الأحقاف، الآية 15.

(3) انظر: سورة البقرة، الآية 233.

(4) انظر: مالك (أبو عبد الله بن أنس)، الموطأ، كتاب الحدود، باب ماجاء في الرجم، رقم الحديث 1586، مرجع سابق، ص 353.

(5) انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج01، المرجع السابق، ص 85، وانظر كذلك:

السرخسي (شمس الدين)، المبسوط، ج16، مرجع سابق، ص 69.

عليه أن القاضي لا يتعقب قضاء غيره من القضاة من تلقاء نفسه، فإن استلزم الأمر ذلك يجب أن يكون ذلك بمناسبة دعوى صحيحة، وفي هذا يقول الإمام الشافعي: « وليس للقاضي أن يتعقب حكم من قبله، وإن تظلم محكوم عليه ممن قبله نظر فيه فرده أو أنفذه »⁽¹⁾.

يتقرر إذن اختصاص القاضي في الشريعة الإسلامية بنقض الحكم، بتغيير الاجتهاد المبني على تغيير تقدير الوقائع، كما فعل سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه في قضية من قضايا الميراث، كما أن نقض الأحكام يستلزم شرط الاجتهاد في شخص القاضي، وهو أعلى مرتبة في الفقه والعلم في الشريعة الإسلامية، فهو مرتبط إذن بهذه الصفة، وليس بدرجة من درجات التقاضي، وبالتالي فإن حكمه في الدعوى يكون ملزما لجميع القضاة ما لم يخالف مصادر التشريع المتفق عليها، وهذا ما يدعم استقرار الأحكام القضائية في أحسن صورها، ولا يؤدي إلى الاضطراب فيها، كما هو حاصل في تناقض الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة العليا في بعض القضايا⁽²⁾.

بالإضافة إلى ذلك تتحقق مسؤولية القاضي المجتهد، واستقلالته لأنه صاحب الاختصاص الوحيد في الرجوع عن اجتهاده السابق باجتهاد لاحق، يراعي فيه تغيير الزمان، والمكان، والعادات، ضمن حدود مرتبته في الاجتهاد، فيما إذا كان مجتهدا مستقلا بقواعده وأحكامه ليس تابعا لأحد⁽³⁾، الذي وصفه ابن قيم الجوزية: « العالم بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم وأقوال الصحابة، فهو المجتهد في أحكام النوازل، ويقصد به موافقة الأدلة الشرعية حيث كانت، ولا ينافي اجتهاده تقليد غيره أحيانا »⁽⁴⁾، وبالتالي فإن نقضه لاجتهاده يكون منوط به وحده.

أما إذا كان مجتهدا ضمن أصول مذهبه فإنه لا ينقض الحكم الصادر في القضية إلا وفقا للمرتبة التي يوجد فيها، بحيث نجد أن الذي يستطيع القيام بذلك بالإضافة إلى المجتهد المستقل هو

(1) انظر: الشافعي (أبو عبد الله محمد بن إدريس)، الأم، ج07، مرجع سابق، ص 505.

(2) ومن قرارات المحكمة العليا المتناقضة التي تؤثر على حقوق المتهم نورد هذين القرارين، في حال ما أستند إليها القاضي في تسبيب حكمه كماليلي: حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ 11/10/1987 رقم 999، غير منشور أنه " استقر القضاء في شأن وسائل الإثبات أن للمحكمة الجزائية حرية تقدير وسائل الإثبات التي اقتنعت بها وإطمأنت إليها في نطاق اجتهادها المطلق ولها ان تستند إلى أية حجة لم يستبدها القانون ولا شيء يمنع قانونا القاضي الجزائي من لاستناد لأقوال متهم واتخاذها حجة على متهم آخر " هذا القرار الذي يتناقض مع القرار الصادر عن غرفة الجنج والمخالفات 03 للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/06/21 ملف 198032، غير منشور، حيث جاء فيه " لا يمكن الاستناد إلى تصريحات متهم ضد متهم آخر شريك له في نفس الوقائع لإدانته مالمو توجد في الملف عناصر إضافية أخرى تؤكد هذه التصريحات "، انظر: بوسقيعة (أحسن)، قانون الإجراءات الجزائية على ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 93.

(3) ومن هؤلاء المجتهدين " فقهاء الصحابة والتابعين، وأئمة المذاهب الأربعة وهم (الإمام أبو حنيفة، والإمام مالك، والإمام الشافعي، والإمام أحمد بن حنبل)، والفقهاء الذين اشتهروا بالاجتهاد المطلق ك " محمد الباقر، والأوزاعي، والليث بن سعد، وسفيان الثوري، وبن جرير الطبري وغيرهم، انظر: الكبيسي (حمد عبدي)، أصول الأحكام وطرق الاستنباط في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص 460

(4) انظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج04، مرجع سابق، ص 161.

المجتهد في إطار المذهب، أو ما يسمى بالمجتهد المطلق غير المستقل، وهو الذي وجدت فيه شروط الاجتهاد المتوفرة في المجتهد المستقل إلى أنه لم يبتدع لنفسه قواعد خاصة، بل يعتمد على قواعد إمامه في المذهب إلا أن له طريقته في الاجتهاد⁽¹⁾.

أما المراتب الأخرى⁽²⁾ فإنها لا تنقض الحكم إلا بالنظر إلى ما قضى به مذهب الإمام، لأنه إذا ورد حكم صادر من قاضي حنفي إلى قاضي من قضاة هاته المراتب، وكان مالكيًا، فإنه لا يجوز له نقض ذلك الحكم لأنه لا يمتلك أدوات الاجتهاد في المذهب الحنفي، وبالتالي يسري عليه حكم القاضي المقلد في المذهب الحنفي، رغم أنه مجتهد في المذهب المالكي، فيكون الحكم الصادر في هذه الحالة بعدم الاختصاص، وفي هذا إظهار لرجوعه عن الحكم، الذي يفترض فيه الزلل، لأن زلة العالم سبب لفتنة الناس، إلا إذا كان ذلك الحكم يحمل في ظاهره مخالفته للمصادر التشريعية المتفق عليها، فيكون معرضا للنقض لصفة فيه على نحو ما تقدم، وليس لما قضى به⁽³⁾.

فتركيس القانون الوضعي للمحكمة العليا كمحكمة اجتهاد وقانون، وحالات الطعن بالنقض
ما هو إلا تطوير لدور القاضي المجتهد الذي جاءت به الشريعة الإسلامية الذي لم يكن محددًا بحالة معينة، الشيء الذي نلمسه من التشكيلة التي تنتظر في قضايا الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، ومرتبته، وكيفية تعيينهم، ومهامهم⁽⁴⁾، فنجد أن الهدف من وراء نقض الأحكام القضائية سواء في القانون الوضعي أو الشريعة الإسلامية، هو ضمان حيابة الأحكام لقوة الشيء المقضي فيه المبني على رعاية حق الطعن كحق من الحقوق الدفاع، ولكن قد يكون الحكم الصادر بعد الطعن بالنقض مؤيدا للحكم المطعون فيه في جوانبه القانونية، فتعود للحكم قوته التنفيذية بعد توقيف تنفيذه، استجابة لحق المتهم في الدفاع من خلال الطعن بالنقض، مع أن هذا الحكم قد يكون مبينا على وقائع لا تتوافق مع الحقيقة التي قررها الحكم المطعون فيه، أو بالأحرى عدم وجود علاقة بينها وبين المتهم،

(1) انظر: ومن هؤلاء أبي يوسف صاحب أبي حنيفة، وابن القاسم وأشهب من المالكية، والبيوطي والزعفراني والمزني من الشافعية، انظر: الشرنباصي (رمضان علي السيد)، أصول الفقه الإسلامي، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2013، ص 369.

(2) وهذه المراتب هي: " المجتهدون في المسائل التي لانص فيها عن إمامهم وهم الذين لا يقدرون على شيء من المخالفة لا في الأصول ولا في الفروع، لكنهم يستنبطون الأحكام في المسائل، التي لا نص فيها على حسب الأصول والقواعد"، الفقهاء المرجحون: وهم لا يستنبطون أحكام فروع لم يجتهد فيها السابقون، ولكنهم يرجحون بين الآراء المروية بوسائل الترجيح، الفقهاء الحافظون: وهم القادرون على التمييز بين القوي، والضعيف والضعيف، وظاهر المذهب، والرواية النادرة، المقلدون: وهم الذين يستطيعون فهم الكتب وعبارات القوم، ولا يستطيعون الترجيح بين الأقوال والروايات، انظر: تفصيل ذلك الكبسي (حمد عبيد)، أصول الأحكام وطرق الاستنباط في التشريع الإسلامي، المرجع السابق، ص 462 وما بعدها، الشرنباصي (رمضان علي السيد)، نفس المرجع، ص 370.

(3) انظر: ابن أحمد بن محمود (أبو البركات عبد الله)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (في فروع الحنفية)، ج 06، مرجع سابق، ص 428، وانظر كذلك: ابن قدامة (موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد)، المغني، ج 14، مرجع سابق، ص 34، ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام، ج 01، المرجع السابق، ص 83، ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، ج 04، نفس المرجع، ص 65.

(4) انظر: القانون 22/89 المؤرخ في 12/12/1989، المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها، ج.ر، ع 53.

هذا الأخير الذي يقع عليه عبء إثبات انعدام تلك العلاقة، من خلال الطعن بالتماس إعادة النظر، المكرس أساسا كحق للمتهم لإعادة فحص الإدانة الخاطئة، وإعادة المحاكمة⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الطعن بالتماس إعادة النظر.

يتقاطع الطعن بالتماس إعادة النظر مع الطعن بالنقض، في أنه طريق غير عادي للطعن في الأحكام والقرارات النهائية الصادرة عن المحاكم والمجالس القضائية، ويفترق معه في أنه يكون خاصا بحالات الخطأ في الوقائع وليس في القانون، بالنسبة للأحكام الحائزة لحجية الشيء المقضي فيه في جنائية أو جنحة. فرغم استيفائها للتحقيق القضائي، واحترامها مبدأ التقاضي على درجتين، فقد حدد المشرع الجزائري أحكام إعادة النظر فيها في المواد من 531 إلى 531 مكرر 01 من ق.إ.ج.ج⁽²⁾، سواء من حيث شروطه وحالاته، أو كيفية تقديمه، أو الحكم فيه وآثاره.

الفقرة الأولى

شروط الطعن بالتماس إعادة النظر.

تتجلى أهمية الطعن بالتماس إعادة النظر، كحق من حقوق الدفاع المخولة للمتهم، في أن الدعوى الجزائية المقامة ضده قد سارت على نسق سليم قائم على احترام حقوق الدفاع، وسلامة الإجراءات المتبعة للوصول إلى الحكم البات القاضي بإدانته، وفقا للوقائع المحددة في ملف الدعوى الجزائية، ولكن بعد ذلك تظهر وقائع جديدة، أو أدلة إثبات أخرى تستدعي تقديم طلب إعادة المحاكمة، في صورة التماس إعادة النظر، التي قد تقطع العلاقة السببية بين المتهم والوقائع التي أسس عليها الحكم بإدانته، دون إجراء تحقيق جديد بشأنها⁽³⁾.

⁽¹⁾ انظر: خميس (محمد)، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، ص 426.

⁽²⁾ انظر كذلك: المادة 441 من ق.إ.ج.ج المصري، 292 من ق.أص.م.ج الأردني، والمادة: 563 من ق. مسط المغربية، والفصل:

277 من م.ج.إ. ج التونسية، والمادة: 622 من ق.إ.ج.ج الفرنسي.

⁽³⁾ انظر: بهنام (رمسيس)، الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا، مرجع سابق، ص 803.

هذه الشروط التي حددتها المادة من 531 من ق.إ.ج.ج في شرطين أساسيين هما: الأول يخص طبيعة الحكم المطعون فيه، والثاني يخص الحالات التي تستوجب هذا الطعن، والمحددة على سبيل الحصر، وهي: أن يكون الحكم أو القرار المطعون في بالتماس إعادة النظر حائز لقوة الشيء المقضي فيه، وقضى بالإدانة في جناية أو جنحة، أن يكون موضوع التماس إعادة النظر مؤسس على حالة من الحالات الأربعة المنصوص عليها في 531 من ق.إ.ج.ج، والتي نص عليها المشرع الفرنسي في المادة 622 من ق.إ.ج. الفرنسي، وهي أربع حالات أيضا، ثلاثة منها محددة، أما الرابعة فغير محددة⁽¹⁾، والمتمثلة في " ظهور عنصر جديد، أو غير معروف للمحكمة في يوم المحاكمة، يولد لها الشك في نسبة الجريمة للمتهم"⁽²⁾.

أما المشرع المصري فقد جعلها خمس حالات في نص المادة 441 من ق.إ.ج. المصري. الظاهر عند التمعن في حالات إعادة النظر بين مختلف هاته التشريعات، نجد أن المشرع المصري قد وفق إلى حد بيع في تحديدها، خصوصا الحالة التي نص عليها وأغفلها المشرع الجزائري، والخاصة بصدور حكم من محكمة مدنية، أو من إحدى محاكم الأحوال الشخصية وألغي الحكم، مع العلم أنه يمكن إدراجها في الحالة الرابعة للطعن بالتماس إعادة النظر، غير أن هذا يصطدم بالمفهوم الحصري لحالته.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فيما يخص الحالة الرابعة، فإن الالتماس فيها يكون غير جائز أصلا على أساس أن الدعوى لم يصدر فيها حكم نهائي بعد، هذا الأخير الذي يعتبر من مقومات طلب التماس إعادة النظر، ومهما يكن عليه الأمر فإن الحالات التي نص عليها المشرع الجزائري هي:

أ- تقديم مستندات بعد الحكم بالإدانة في جناية قتل، يترتب عليها قيام أدلة كافية على وجود المجني عليه المزعوم قتله علي قيد الحياة.

⁽¹⁾ RENAULT BRAHINSKY (C) : Procédure pénale, op, cit, P237

⁽²⁾ L'art: 662 «La révision d'une décision pénale définitive peut être demandée au bénéfice de toute personne reconnue coupable d'un crime ou d'un délit lorsque :

1° Après une condamnation pour homicide, sont représentées des pièces propres à faire suffisants indices sur l'existence de la prétendue victime de l'homicide ; naître de
2° Après une condamnation pour crime ou délit, un nouvel arrêt ou jugement a condamné pour le même fait un autre accusé ou prévenu et que, les deux condamnations ne pouvant se concilier, leur contradiction est la preuve de l'innocence de l'un ou de l'autre condamné ;
3° Un des témoins entendus a été, postérieurement à la condamnation, poursuivi et condamné pour faux témoignage contre l'accusé ou le prévenu ; le témoin ainsi condamné ne peut pas être entendu dans les nouveaux débats ;
4° Après une condamnation, vient à se produire ou à se révéler un fait nouveau ou un élément inconnu de la juridiction au jour du procès, de nature à faire naître un doute sur la culpabilité du condamné ».

ب- إذا أُدين بشهادة الزور ضد المحكوم عليه شاهد سبق وأن ساهم بشهادته في إثبات إدانة المحكوم عليه.

ت- إدانة متهم آخر من أجل ارتكاب الجناية أو الجنحة نفسها بحيث لا يمكن التوفيق بين الحكيمين.
ث- كشف واقعة جديدة، أو تقديم مستندات كانت مجهولة من القضاة الذين حكموا بالإدانة، مع أنه يبدو منها أن من شأنها التذليل على براءة المحكوم عليه.

الملاحظ على هذه الحالات التي حددها المشرع الجزائري لقبول التماس إعادة النظر، أنها تنقل عبء الإثبات وتجعله على عاتق المتهم المحكوم عليه، لأن مبررات الاستناد على أصل البراءة في إعفاء المتهم من الإثبات تزول بصدور الحكم البات بالإدانة، فإذا كان بإمكان المتهم أن يثبت وجود المجني عليه في الجناية حيا، أو إدانة متهم آخر بالوقائع نفسها دون أن تكون له علاقة بها كفاعل أصلي أو شريك، أو كشف واقعة جديدة، وتقديم مستندات كانت مجهولة لدى القضاة الذين أصدروا الحكم، فإنه بالنسبة للحكم الصادر على الشاهد بشهادة الزور، والذي سبق وأن ساهم بشهادته في إدانة المتهم، فإنه من المتعذر على المتهم معرفة ذلك لأنه يعتبر بالنسبة لمحاكمة الشاهد بتهمة شهادة الزور من الغير، وبالتالي لا يوجب قانون الإجراءات الجزائية تبليغه بذلك الحكم، زيادة على ذلك تكون الوقائع التي يحاكم بها الشاهد في شهادة الزور، مستقلة عن الوقائع التي أُدين بها المتهم، وبالتالي لا يمكن اعتبارها من حالات الارتباط بين الجرائم.

الفقرة الثانية

إجراءات تقديم التماس إعادة النظر.

ميز المشرع الجزائري في إجراءات تقديم التماس إعادة النظر، بين ثلاثة أوجه رئيسية وهي حسب المادة 531 من ق.إ.ج.ج : الأشخاص الذين يحق لهم رفع التماس إعادة النظر، وهم وزير العدل تحقيقا للمصلحة العامة، ومن المحكوم عليه باعتبار أن له مصلحة شخصية في ذلك، ومن النائب القانوني مثل الولي أو قيم، أو من طرف أهل المحكوم عليه، وهم زوجته، وأصوله، وفروعه في حالة الوفاة، أو ثبوت غيابه، وذلك بغرض رد اعتباره.

تقديم طلب الالتماس للمحكمة العليا مباشرة، الذي يكون وفقا لنص المادة 531 من ق.إ.ج.ج في الحالات الثلاثة الأولى وهي: " وجود المجني عليه المزعوم قتله حيا، وإدانة الشخص

الشاهد ضد المتهم بعد الحكم على هذا الأخير بناءً على شهادة الزور، وإدانة متهم آخر بنفس الوقائع حيث لا يمكن التوفيق بين الحكمين"،

فالملاحظ على هذه الحالات الثلاثة أنها تنفي صلة المتهم بالوقائع المدان بها بموجب الحكم محل الالتماس، واتصالها مباشرة بالخطأ في الوقائع، وبالتالي وحفاظا على حقوق المتهم الدستورية، فإن الطعن يرفع مباشرة إلى المحكمة العليا ضمانا للسرعة في اتخاذ إجراءات نفي التهمة عن المتهم، وعودته إلى حالته الطبيعية وهي البراءة، على أساس أن الوقائع المنسوبة إليه قد تم التحقيق فيها، أي استوفى الشروط اللازمة للمحاكمة العادلة، ولكن الخطأ المبرر للالتماس هو الشخص الفاعل فقط، لذلك يكون في هذه الحالات أمام المحكمة العليا مباشرة، الأمر الذي أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها: « يمكن قبول التماس إعادة النظر في القرار الصادر بإدانة الشريك بعامين حبس، والقرار القاضي ببراءة الفاعل الأصلي، والذي حاز حجية الشيء المقضي فيه عندما يكون القرار، قد أحدث بمناسبة جريمة واحدة وضعية متناقضة »⁽¹⁾.

تقديم طلب الالتماس بالمرور على النائب العام لدى المحكمة العليا، والذي يكون في الحالة الرابعة، والخاصة " بالكشف على عناصر أو مستندات جديدة كانت مجهولة من قبل القضاة الذين حكموا بالإدانة "، وهذا الإجراء الشكلي في التماس إعادة النظر له ما يبرره، على أساس أن هذه العناصر بعد صدور حكم حائز لقوة الشيء المحكوم به، تكون عناصر دخيلة لم تخضع للملاءمة من طرف النيابة العامة، ولا للتحقيق من طرق قاضي التحقيق، ولا للتقدير من طرف قاضي الحكم، لذلك لا بد وأن تمر على النائب العام لدى المحكمة العليا، بناءً على طلب من وزير العدل حتى يقوم بتقدير أهمتها في تغيير محتوى الحكم، ويعتبر هذا الإجراء شكليا يترتب على عدم احترامه عدم قبول التماس إعادة النظر.

الفقرة الثالثة

حكم المحكمة العليا في الالتماس إعادة النظر وآثاره.

يخضع حكم المحكمة العليا في إلتماس إعادة النظر لوحدة النظر المعمول بها في النظام القضائي ككل، فتبدأ بالنظر في الشكل أولاً، وفي مدى توافر حالة من الحالات المذكورة على سبيل الحصر في نص المادة 531 من ق.إ.ج.ج، ومدى إحترام شرط عرض الأمر على النائب العام لدى المحكمة العليا في الحالة الرابعة، فإذا وجدت المحكمة العليا أن جميع هذه الشروط متوفرة، وكانت

(1) القرار الجنائي الصادر بتاريخ 23 /05/ 1967، نشرة القضاء، ع 08، 1967م، ص78، انظر: بوسقيعة (أحسن)، قانون الإجراءات الجزائية على ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 215.

عريضة الالتماس مدعومة بجميع المستندات، وأدلة الإثبات حكمت بقبول الطعن شكلا، ثم بعد ذلك تتصدى للموضوع بحيث يقوم القاضي المقرر بجميع إجراءات التحقيق، وعند الضرورة يتخذ لذلك طريق الإنابة القضائية، ومهما يكن فإن حكم المحكمة العليا في طلب التماس إعادة النظر لا يخرج عن إحدى الحالتين هما:

الحكم برفض إلتماس إعادة النظر، إذا كان رافعه ليس له صفة، أي ليس من الأشخاص المحددين في المادة 531/ف02 من ق.إ.ج.ج، أو كان موضوع الطعن لا يندرج ضمن الحالات الأربعة المذكورة في الفقرة الثانية من هذه المادة، وبالتالي يكون الحكم برفض الطلب شكلا، مع العلم أن التماس إعادة النظر لم يحدد له المشرع ميعاد معين، ويعتبر ذلك منطقيا بالنظر إلى طبيعة الحالات الموجبة للطعن، والتي ترتبط أساسا بالواقع أكثر من القانون، بمعنى قد يتوصل إليها المتهم المحكوم عليه بطريق الصدفة، أو الظروف المحيطة به، وبالتالي فإن مدة التقادم تكون تلك المقررة للعقوبة المحكوم بها.

الحكم بقبول التماس إعادة النظر موضوعا، والقضاء بغير إحالة ببطلان حكم الإدانة، الذي تبث عدم صحته وفقا للأدلة التي قدمها المتهم المحكوم عليه، بحيث يترتب على ذلك مجموعة من الآثار وهي:

أ- زوال الآثار الجزائية والمدنية، ورد الغرامات المحكوم بها بمجرد التصريح ببراءة المتهم .
ب- حق المحكوم عليه المصريح ببراءته وفقا للمادة 531 مكرر من ق.إ.ج.ج، أو لذوي حقوقه في حالة وفاته تعويضا عن الضربين المادي والمعنوي، الذي تسبب فيه حكم الإدانة متى لم يتسبب المحكوم عليه سواء كلياً أو جزئياً في عدم الكشف عن الواقعة الجديدة، أو المستند الجديد في الوقت المناسب، والذي يبرز من خلاله التعويض عن الحبس التعسفي، الذي أقره العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في المادة 09 منه: « لكل شخص كان ضحية توقيف، أو اعتقال غير قانوني له الحق في الحصول على تعويض»، والذي أقره المشرع الجزائري في مختلف دساتيره⁽¹⁾، وترجمه بإنشاء لجنة على مستوى المحكمة العليا تتطلع بهذا التعويض.

(1) انظر: المادة 47 من دستور 1976 والمادة 46 من دستور 1989 والمادة 49 من دستور 1996م " التي تنص على أنه" يترتب

على الخطأ القضائي تعويض من الدولة، ويحدد القانون شروط التعويض وكيفياته "

الفقرة الرابعة

اللجنة الخاصة بالتعويض عن الحبس غير المبرر.

وهي لجنة منشأة على مستوى المحكمة العليا تتكفل بتعويض المتهم المحكوم ببراءته وفقا للمواد من 137 مكرر إلى 137 مكرر 14 من ق.إ.ج.ج، كما نص عليها المشرع الفرنسي في المادة 626 من ق.إ.ج.ج. الفرنسي ضمن الإجراءات المنصوص عليها في المادة 149⁽¹⁾، وما يمكن وملاحظته على هذه اللجنة أنها تعتبر مكسبا هاما لضمان تعويض المتهم المحكوم ببراءته عن الخطأ القضائي الذي قد يتعرض له، وأهم هذه الأخطاء هو الحبس الغير المبرر، كما عبرت عنه المادة 137 مكرر من ق.إ.ج.ج ، بحيث نجد أن هذه اللجنة، وحسب ما جاءت به المادة 137 مكرر 02 من ق.إ.ج.ج، تكون مكونة من: « الرئيس الأول للمحكمة العليا رئيسا، وقاضي حكم لدى المحكمة العليا بدرجة رئيس غرفة، أو رئيس قسم، أو مستشار، وثلاثة أعضاء احتياطيين لاستخلاف الأعضاء الأصليين عند حدوث مانع».

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد كانت تشكيلتها مشابهة لنظيرتها الجزائرية، إلا أنها تتكون من 07 قضاة بموجب قانون 15 / 06 / 2000 إذا تعلق الأمر بانتهاكات تمس الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان⁽²⁾، فإنها تشكيلة متميزة على أساس أن أعضائها كلهم ذوو خبرة كبيرة في المجال القضائي، وذلك بممارستهم لمهامهم ضمن أعلى هيئة قضائية في الدولة وهي المحكمة العليا، مع العلم أن هذه التشكيلة ليست ثابتة، بحيث يمكن للمكتب حسب المادة 137 مكرر 02/05 من

(¹) L'art 149 : « Sans préjudice de l'application des dispositions des articles L. 141-2 et L. 141-3 du code de l'organisation judiciaire, la personne qui a fait l'objet d'une détention provisoire au cours d'une procédure terminée à son égard par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement devenue définitive a droit, à sa demande, à réparation intégrale du préjudice moral et matériel que lui a causé cette détention. Toutefois, aucune réparation n'est due lorsque cette décision a pour seul fondement la reconnaissance de son irresponsabilité au sens de l'article 122-1 du code pénal, une amnistie postérieure à la mise en détention provisoire, ou la prescription de l'action publique intervenue après la libération de la personne, lorsque la personne était dans le même temps détenue pour une autre cause, ou lorsque la personne a fait l'objet d'une détention provisoire pour s'être libéré et volontairement accusée ou laissé accuser à tort en vue de faire échapper l'auteur des faits aux poursuites. A la demande de l'intéressé, le préjudice est évalué par expertise contradictoire réalisée dans les conditions des articles 156 et suivants. Lorsque la décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement lui est notifiée, la personne est avisée de son droit de demander réparation, ainsi que des dispositions des articles 149-1 à 149-3.

(²) RENAULT BRAHINSKY (C) : Procédure pénale, op, cit, p239.

ق.إ.ج.ج أن يقرر ضمن نفس الشروط، أن تضم اللجنة عدة تشكيلات، ولعل مرد ذلك هو إخراج هذه اللجنة من تعقيدات الطعن في الشكل، التي من الممكن أن يلجأ إليها طالب التعويض في حالة ما إذا كانت مشكلة تشكيلا مغايرا لذلك الذي نصت عليه المادة 137 مكرر 02 من ق.إ.ج.ج، لأن مهام

هذه اللجنة ليس الفصل في وجود الضرر من عدمه، وإنما في تقديره، الذي يكون ثابتا بالحكم النهائي ببراءة المتهم، كما أن تغير التشكيل يكون في فائدة المتهم بحيث يأخذ بعين الاعتبار خصوصية الوقائع التي تُبع بها، ومدة الحبس التي خضع إليها، ويعد ذلك تطبيقا سليما لمبدأ التفريد التشريعي.

حددت المادة 137 مكرر 03/ف/01 صراحة الطبيعة القانونية للجنة المناحة للتعويض عن الحبس المؤقت، وهي الطبيعة المدنية: « أن اللجنة تكتسي طابع الجهة القضائية المدنية »، على أن يكون التعويض الممنوح وفقا المادة 137 مكرر/ف/01 على عاتق الدولة، مع احتفاظ هذه الأخيرة بموجب الفقرة الثانية من نفس المادة بحقها في الرجوع على الشخص المبلغ سيء النية، أو شاهد الزور الذي تسبب في الحبس المؤقت، بمعنى أن الدولة في هذه الحالة تصبح طرفا في النزاع المعروف على اللجنة، وهذا ما يتناقض مع نص المادة 801 من ق.إ.م.إ الذي يجعل النزاع الذي تكون فيه الدولة طرفا نزاعا إداريا، كما أن المشرع لم يذكر هذه اللجنة ضمن الاستثناءات الواردة في نص المادة 802 من ق.إ.م.إ.

وهذا يعني أن المشرع الجزائري قد فرق بين تنظيم القضاء كمرفق من مرافق الدولة، وطبق عليه المعيار العضوي المحدد في نص المادة 801 ق.إ.م.إ، وبالتالي يؤول الاختصاص إلى القاضي الإداري، وبين تسييره وكل ما يتعلق بأعماله، الذي يؤول فيه الاختصاص إلى القضاء العادي متأثرا في ذلك بالاجتهاد القضائي الفرنسي⁽¹⁾، وبالنتيجة فإن الطبيعة القانونية للجنة المختصة بتقدير التعويض عن الحبس المؤقت هي ذات طبيعة خاصة، تجمع بين مسؤولية الدولة كجهاز إداري على منح التعويض للمتضرر من الخطأ القضائي، وبين اختصاصها بمنح التعويض الذي لا يمكن إلا أن يكون مدنيا، سواء أكان تعويضا ماديا أو معنويا.

لذلك جاءت المادة 137 مكرر 03/ف/01 بصياغة: « تكتسي اللجنة طابع جهة قضائية مدنية » وليس " تعتبر اللجنة جهة قضائية مدنية "، ومن ثم كان على المشرع أن يحدد الطبيعة القانونية لهذه اللجنة على أساس قواعد الاختصاص النوعي للقضاء المدني، مادامت تتطلع بالتعويض فقط، والثابت بحكم البراءة الحائز لقوة الشيء المقضي فيه، فتسري على المتضرر قواعد الإجراءات

(1) انظر: شيهوب (مسعود)، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية (الأنظمة القضائية المقارنة والمنازعات الإدارية)، ج01، الجزائر، ديوان

المدنية والإدارية سواء في مواعيد الإجراءات، أو في مواعيد الطعون، الأمر الذي لا يعترف به المشرع الجزائري عندما تصدر اللجنة قرارها الخاص بالتعويض، والذي يكون نهائيا وله القوة التنفيذية وفقا للمادة 137 مكرر 03/ف 04.

مع العلم أن هذه اللجنة بإمكانها كذلك أن تقع في الخطأ القضائي، وهي تحاول جبره عن طريق تقدير التعويض، فحرمان المتهم من الطعن في قرارات اللجنة يعتبر إخلالا بأهم مبادئ القانون الجزائري، وهي الحق في الطعن المكرس دستوريا، أو تصحيح الإجراء المعيب شكلا، الذي يعرض طلب المتهم إلى الرفض دون النظر في الموضوع، والظاهر من بعض قرارات هذه اللجنة التي جاء في أحد قراراتها: « أن المدعي لم يقدم أمام اللجنة ما يثبت مزاعمه بخلو العريضة من البيانات الضرورية »⁽¹⁾.

كما أن المشرع الجزائري لم يلزمها بتسبب أحكامها إقتداءً بالمشرع الفرنسي بموجب قانون 1970/07/18، وذلك حتى لا يكون حكم البراءة أو قرار بأن لاوجه للمتابعة محل نظر من طرفها، وبالتالي الخروج عن اختصاصها⁽²⁾، مما يجعل النص عليه مجرد ديكور تشريعي مبني على الاقتباس من التشريع الفرنسي، كما نجد أنه قد جعل أحقية التعويض يخضع للسلطة التقديرية للجنة مع أن مهمتها تقنية بالأساس، لأن الضرر ثابت بالحبس المؤقت، والتعويض عنه ثابت بصور حكم البراءة الحائز لقوة الشيء المقضي فيه، وبالتالي يكون قرارها بالتعويض منصبا على فحص الشروط الشكلية الخاصة به فقط وليس الموضوعية، ضمن حدود اختصاصها.

فتختص هذه اللجنة بالتعويض عن الحبس المؤقت الغير مبرر، والحاصل خلال المتابعة الجزائية، إذا صدر في حق المتهم قرارا نهائيا بأن لا وجه للمتابعة، أو حكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه يقضي ببراءته، فمن خلال المادة 137 مكرر/ف 01 من ق.إ.ج.ج يمكن أن نميز المقصود بالحبس الغير مبرر، وهو ذلك الحبس الذي يلجأ إليه قاضي التحقيق ضمن سلطات الممنوحة له قانونا وفقا لنص المادة 68 من ق.إ.ج.ج، بتقدير وضع المتهم في الحبس المؤقت كإجراء ضروري لحسن سير التحقيق، بحيث يخضع لتقدير قضاة الحكم عند الفصل في الدعوى، مما يترتب عليه أن يكون شرعيا، وبالتالي الحكم بإدانة المتهم.

⁽¹⁾ قرار لجنة التعويض عن الحبس المؤقت والخطأ القضائي، رقم 87، الصادر بتاريخ 2003/10/12، انظر: مجلة المحكمة العليا، عد

خاص بالاجتهاد القضائي، قسم الوثائق، 2010، ص 138.

⁽²⁾ CHAMBON (P) : Le juge d'instruction, Théorie et pratique du procès, Paris, Edition Dalloz, 1997, P 268.

فالمبرر الأساسي لالتماس إعادة النظر يكون مبنيا على إثبات المتهم انقطاع العلاقة بينه وبين الوقائع المدان بها، ضمن الحالات المحدد في المادة 531 من ق.إ.ج.ج، فيتحول بذلك الحبس المؤقت الذي خضع له في حال ما إذا تمكّن من الحصول على حكم البراءة، إلى حبس غير مبرر، وبالتالي فإن هذا المصطلح يبدو أكثر وجاهة من الحبس التعسفي أو التحكمي، لأن قاضي التحقيق قد أخذ به في حدود اختصاصاته، ولم يتقرر عدم جدواه إلا بعد انقطاع الصلة بينه وبين المتهم الخاضع له بموجب الحكم بالبراءة الصادر بعد الالتماس.

مع العلم أن هذا الحبس المؤقت لا يكون موضوعا لاختصاص هذه اللجنة، إلا إذا كان الضرر ثابتا و متميزا، فبالنسبة للضرر الثابت فإنه مصطلح في غير محله، على أساس أنه لا يحتاج إلى إثبات مادام المتهم رهن الحبس المؤقت، ويستوي في ذلك أن يكون في جناية أو جنحة، يقدم بتلك الصفة للمحاكمة، أما متميز فإن المشرع الجزائري لم يأخذ بهذا المصطلح إلا في هذا النوع من التعويض، مما يجعل الحصول على التعويض أمرا عسيرا، ويجعل النصوص الخاصة به عسيرة التطبيق، الأمر الذي جعل المشرع الفرنسي يعدل عنه ويستوجب بموجب المادة 149 من ق.إ.ج.ف، حصول الضرر فقط للحصول على التعويض، أما المشرع المصري فقد اكتفى بالنص على التعويض الأدبي فقط، للمتهم الذي تحصل على البراءة بناءً على إعادة النظر في المادة 450 من ق.إ.ج.ج: « كل حكم صادر بالبراءة بناء على إعادة النظر يجب نشره على نفقة الحكومة في الجريدة الرسمية بناء على طلب النيابة العامة، وفي جريدتين يعينهما صاحب الشأن » .

ومهما يكن المنحى الذي سلكته مختلف التشريعات الوضعية في تقرير التعويض عن الخطأ القضائي، فإنه يمكن القول أن المتهم المحكوم عليه في جناية أو جنحة، يمكن أن يحصل على جبر الضرر الذي لحقه من جراء الخطأ القضائي، الذي يتجلى في أسوأ صورته عندما يخضع الشخص للحبس المؤقت.

أما في الشريعة الإسلامية فإن التماس إعادة النظر يرد للأصل العام في الرجوع عن الأحكام القضائية، الذي قرره عمر بن الخطاب في رسالته الشهيرة في القضاء لأبي موسى الأشعري رضي الله عنهما، في عبارة «...مراجعة الحق خير من التماذي في الباطل... »، بمعنى أن الملتمس يمكنه أن يقدم التماسه بإعادة النظر، إذا أثبت أن الأدلة التي بُني عليه الحكم تفتقد للشروط التي تطلبها الشريعة الإسلامية لاعتباره دليلا حقيقيا، وأهم هذه الأدلة هي الشهادة، كأن يكون أحد الشهود ممن لا تقبل شهادتهم كالعبد والكافر، والنصراني، والفاسق عند جمهور الفقهاء⁽¹⁾، إلا الحنفية فيجزون قبول شهادته.

(1) انظر: ابن فرحون (برهان الدين) ، تبصرة الحكام في أصول القضية ومناهج الأحكام، ج01، مرجع سابق، ص 83

فإنها كانت أساس الحكم في الحدود خصوصاً، جاز للقاضي إعادة النظر في الدعوى، وإلغاء الحكم الصادر على أساس أنه بني على دليل غير موجود كان يظن القاضي وجوده (1)، وبالتالي فإن الشهادة الموجبة لإعادة النظر لها صورتان هما (2): فالصورة الأولى أن تكون الشهادة مرفوضة، مما يستتبع بالنتيجة عدم وقوع الفعل أصلاً وإدانة الشاهد بشهادة الزور، المثبتة بقدم المشهود بقتله حياً، أو أن تكون الشهادة صادقة، ولكن تكون أساساً إلى طلب إعادة النظر إذا صدرت من غير أهل للشهادة كالكافر، والعبد، والصبي باتفاق الفقهاء، وبالتالي فساد إجراءات قبولها.

أما الصورة الثانية لالتماس إعادة النظر، إذا أثبت المتهم أن قضاء القاضي يفترق للعدالة ويحتوي على الجور، كأن يحكم القاضي لنفسه، أو يشهد لنفسه، أو لوالديه، أو ولده، والمدعى في النكاح، أو اللعان، أو القذف، أو القصاص، أو يأمر الشاهد بأن يدع شهادته ويشهد بما لقنه القاضي، فيكون بذلك حكم القاضي مؤسس على الهوى والجور، لا على العدل والمساواة (3).

ومن كل ما تقدم ندرك بأن الخطأ القضائي يمكن أن يقع من القاضي في الشريعة الإسلامية، مما يستوجب التعويض كما في القانون الوضعي، ولكن نجد أن الوضع في الشريعة الإسلامية يختلف عنه في القانون الوضعي، فإذا كان القانون الوضعي، يسند تقدير التعويض للجنة خاصة متواجدة على مستوى المحكمة العليا، ولم يقرر مسؤولية القاضي سواء أكانت عمدية، أو عن طريق الخطأ، فإن الشريعة الإسلامية تقرر مجموعة من الضوابط لا بد أن تتوفر في القاضي حتى تنتفي عنه المسؤولية، وهذه الضوابط هي:

أن يكون مجتهداً مصداقاً لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من اجتهد وأصاب فله أجران، ومن اجتهد وأخطأ فله أجر واحد» (4)، وبالتالي ففي حالة أخطأ في الاجتهاد فلا يبطل القضاء ولا ضمان، لأنه نائب ورسول عن ولي الأمر المولى من عامة الأمة (5)، أما إذا قصر في ذلك كأن يحكم بحد، أو قصاص بناء على شهادة شهود ليسوا أهلاً لذلك، ولم يتم بتحقيقات اللازمة عن سيرتهم، وحالهم، وشروط صحة شهادتهم، ففي هذه الحالة وجبت الدية من ماله، حسب ما ذهب إليه الحنفية وبعض المالكية، ولا يقتصر منه لأن القضاء شبيهة مانعة من القصاص، كما لو أقام الحد على المجبوب - الذي ليس له ذكر - بناء على شهادة أربعة شهود عليه بالزنى (6).

(1) انظر: القادري (محمد بن حسين بن علي)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 07، مرجع سابق، ص 106.

(2) انظر: الرباعية (أسامة علي مصطفى الفقير)، أصول المحاكمة الشرعية الجزائية، مرجع سابق، ص 549.

(3) انظر: ابن قدامة (موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد)، المغني، ج 14، مرجع سابق، ص 91.

(4) سبق تخريجه.

(5) انظر: مدكور (محمد سلام)، المدخل للفقهاء الإسلاميين، مرجع سابق، ص 372.

(6) انظر: مدكور (محمد سلام)، نفس المرجع، ص 357.

أن يكون الخطأ غير متعمد، كأن يكون في حق من حقوق الله كحد الزنا والشرب ، ففي هذه الحالة يبطل القضاء ويجب الضمان من بيت مال المسلمين، إذا كان الحكم قد نفذ، أما إذا كان الخطأ في حق من حقوق العباد، ونفذ الحكم، وكان الخطأ بسبب تدليس من طرف المدعي، كان الضمان في مال المقضي له، أما تعمد القاضي الجور كما ذهب إليه المالكية أن القصاص يكون منه، وهو علمه بعد تثبته من كذب الشهود، فيسقط بذلك القصاص على الشهود وإن تعمدوا، لأن المحكوم عليه يكون قد مات بحكم القاضي لا بشهادتهم، ولا ممن باشر القتل لأنه مأمور بالشرع⁽¹⁾، كما أنه إذا ثبت أن القاضي سواء بإقراره، أو بالبينة أنه كان جائراً في حكم فإنه يعاقب عقوبة مشددة ويعزل، ويشهر به، ولا تجوز ولايته، ولا شهادته، ويكتب أمره في كتاب وهو " ما يشبه صحيفة السوابق القضائية الموجودة حالياً" حتى تتقادم فعلته مع الزمن إن تاب ورجع، لأن حال القاضي في هذه الحال أقبح من الشاهد⁽²⁾.

فمن خلال هذه الأدلة على إمكانية وقوع الضرر المستوجب للتعويض، نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية جعلوا من أهم القواعد الفقهية التي تحكم تصرفات المسلمين هي قاعدة " الضرر يزال " ⁽³⁾، وبالتالي فإن القاضي في الشريعة الإسلامية ملزم بدفع الضرر عن الناس ما أمكنه ذلك، خصوصاً أولئك المتضررين من الأحكام القضائية، سواء منها الجائرة أو المبنية على خطأ في التقدير، وبالمقابل إقامة الحدود حفاظاً على حق الدولة في العقاب، دون توقيع ضرر آخر تطبيقاً للقاعدة الفقهية التي تقول " الضرر لا يزال بالضرر " ⁽⁴⁾، لأن " ظاهر المسلمين محمول على الصحة " ، تطبيقاً للقاعدة الفقهية " الأصل براءة الذمة " .

⁽¹⁾ انظر: بركات (محمد محمود ناصر)، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 505.

⁽²⁾ انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول القضية ومناهج الأحكام، ج01، مرجع سابق، ص 93.

⁽³⁾ انظر: جمعة (عبد المجيد الجزائري)، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين لابن القيم الجوزية، مرجع سابق، ص

⁽⁴⁾ انظر: جمعة (عبد المجيد الجزائري)، نفس المرجع، ص 327.

الخاتمة

بعد أن انهينا من دراسة حق المتهم في الدفاع بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، نجد أن لهذا الحق نظرية متكاملة تحوز جميع المقومات الأساسية، التي تمكن المتهم من ممارسته بكل أبعادة الدستورية والقانونية، إلا أنه إذا أخذنا في الاعتبار الترتيب الزمني لاكتمال النظريتين، نجد أن حقوق الدفاع في الشريعة الإسلامية قد اكتملت مقومات نظريتها في مرحلة سابقة عن القانون الوضعي، المرتبط وجودا وعدما بظهور المفهوم المعاصر للدولة الحديثة، ومن أهم هذه الحقوق: «الوكالة في الخصومة، والمحاكمة العلنية وسريتها، وبساطة الإجراءات للتسهيل على المتقاضين، والمساواة بين الخصوم، وانتفاء الحصانة تلقائيا بوجود التهمة، والشروط الصارمة الخاصة بالقاضي والشاهد، وطعن في الأحكام القضائية، وعدالة تنفيذها»، وإن كانت هناك بوادر لهذه الحقوق في قوانين الحضارات السابقة عن الحضارة الإسلامية، إلا أنها لم تكن نظرية قائمة بذاتها، وإنما كانت عبارة عن محاولات فردية في هذا السياق الذي لم يكتمل إلا بمجيء الشريعة الإسلامية.

فمن خلال الدراسة المقدمة نجد أن القانون الوضعي أكثر تفصيلا في الإجراءات المتبعة مع المتهم في الدعوى الجزائية والحقوق المتضمنة فيها، ولكن ذلك يخص التنظيم فقط الذي يقتضيه تغير الزمان وتطور المصالح الخاصة بالفرد والمجتمع، لا المبادئ التي لم يتمكن القانون الوضعي من ابتداع ولو واحدة منها لم تأت بها الشريعة الإسلامية، الظاهر من اتجاه كل مجهودات فقهاء القانون الوضعي للاستقرار عليها كحل آمن لحقوق المتهم في الدعوى الجزائية، خصوصا عند انتباههم إلى ضرورة اتخاذ الصلح كأهم الإجراءات الناجعة عند الفصل في الدعوى الجزائية، الذي بنت عليه الشريعة الإسلامية معظم أحكامها خصوصا في القصاص، وألزمت القاضي بضرورة السعي به بين المتهم والضحية، وبالتالي وعلى ضوء ماتقدم يمكن استنتاج النتائج التالية:

أن الشريعة الإجرائية هي مناط الدعوى الجزائية في القانون الوضعي، بحيث يستبعد الدليل، أو الإجراء المتحصل بطريق غير شرعي عند إثبات الجريمة، وهو نفس الشيء الذي جاءت به الشريعة الإسلامية، وذلك بتعطيل الحدود والقصاص عند وجود شبهة.

إن المتمعن في الأسس التي بنيت عليها حقوق الدفاع في الدعوى الجزائية، سواءً في القانون الوضعي أو الشريعة الإسلامية، نجد أنها تختلف من حيث الطبيعة. فالقانون الوضعي يستمد أسسه من نظريات فلسفية متضادة، ومختلف فيها، وإن حازت الإجماع، وفعالية التفسير للعلاقات الإنسانية، كنظرية العقد الاجتماعي، بحيث يبقى القانون الوضعي بدون أصل ثابت يخضع للتعديل والبحث عن الاستقرار، عكس الشريعة الإسلامية، التي تقوم على ما قرره الله سبحانه وتعالى من حقوق للفرد عامة، وللمتهم خاصة في القرآن الكريم، وما فسّره الرسول صلى الله عليه وسلم في سنته الشريفة، واجتهادات فقهاء من خلال مذاهبهم المختلفة، والمشروطة بعدم مخالفتها لما جاء في القرآن والسنة، وبالتالي تكون متسمة بالاستقرار في المصدر، الشيء الذي يكسب أحكامها المرونة، والثبات، والثقة، والعدل، والاعتدال.

أن القانون الوضعي يعتمد في سن قواعده على مجموعة من المصادر التي تشكل العلاقات الإنسانية محورا لها كالعرف والعادة، وكذلك اجتهادات الفقهاء، والأحكام القضائية، ومبادئ الإنصاف وقواعد العدالة، أين نجد الشريعة الإسلامية قد أكدت عليها، ونصت على أهميتها تأكيدا على مرونتها لاحتواء وقائع كل زمان ومكان، وفق قواعد فقهية سنّها الفقهاء كقاعدة: « العادة محكمة، ولا اجتهاد مع النص، والاجتهاد لا ينقض الاجتهاد »، وبالنتيجة نجد أن الشريعة الإسلامية تستغرق القانون الوضعي سواءً من حيث المبادئ، أو من حيث المصادر.

أن الإجراءات التي جاء بها القانون الوضعي، والتي تستهدف احترام حقوق الإنسان وحقوق المتهم في الدعوى الجزائية، نجد أن الشريعة الإسلامية قد نصت عليها، وقننتها، وطبقها قضائيا، وأثراها فقهاؤها من قبل، وفق مبادئ نصت عليها آيات قرآنية، وأحاديث نبوية، وتصرفات الصحابة رضوان الله عنهم، منها: « سرية التحقيق، والرجوع عن الإقرار، وتجريح الشاهد، والأخذ بالخبرة، وحرمة الإنسان في جسده، وحياته الخاصة عن طريق تحريم التجسس، وضمان حق الطعن في الأحكام، والاستعانة بمحام »، هذه الإجراءات تجعل من الآليات التي استحدثها القانون الوضعي في هذا المجال من المصالح المرسلّة، التي تبيح للحاكم الاجتهاد على ضوءها وفق مستجدات العصر ومقتضيات المصلحة.

أن الادعاء والتحقيق والمحاكمة في الشريعة الإسلامية يشكلون مرحلة واحدة في الدعوى الجزائية، إلا أن هذا لم يمنع من إجراء التحقيق مع المتهم قبل الحكم عليه، الأمر الذي سعى القانون الوضعي إلى تكريسه من خلال تقسيم الدعوى الجزائية إلى مراحل، وإن كان الهدف منها ليس انتفاء تنازع الاختصاص فيما بينها، وإنما لزيادة ضمانات المحاكمة العادلة، الذي يؤدي في بعض الأحيان إلى تعقيدات إجرائية تمس بحقوق المتهم خصوصا الحبس المؤقت، والحق في الخصوصية.

أن التصنيف الذي جاءت به الشريعة الإسلامية فيما يخص المتهم إلى: « متهم بريء، ومتهم فاجر، ومتهم مجهول الحال »، يعد تطبيقا فعّالا لمبدأ البراءة الأصلية، لأنه خص المتهم البريء بحماية خاصة من دعاوى الكيدية التي من الممكن أن تثار ضده، خصوصا إذا كان محل اعتبار، بحيث لا يجوز حبسه باتفاق الفقهاء، وأن الإجراءات الجزائية تتحرك ضد المتهم الفاجر، ومجهول الحال، الذي يبقى حاله مرتبطاً بما سيسفر عنه التحقيق، فإذا ظهر أنه من أهل التهم استمر حبسه، وإلا أطلق سراحه دون تقييد بمدة معينة.

أما القانون الوضعي فإنه لا يحوز هذا التقسيم، وإن كان يحمي الأشخاص المتمتعين بالحصانة خصوصا البرلمانية منها، التي يمكن اعتبارها تطبيقا لما جاءت به الشريعة الإسلامية على أساس أن المتمتع بالحصانة قد افتُرِضَتْ فيه البراءة، كما في المتهم البريء في الشريعة الإسلامية، وذلك بموجب التزكية التي حصل عليها من الشعب في التوكيل على مصالحه، والدفاع عنها عن طريق الانتخاب، أما النوعان الآخران المحددان في الشريعة الإسلامية وهما " المتهم مجهول الحال، والمتهم الفاجر"، فإن القانون الوضعي قد سوى بينهما، والإجراءات تباشر ضدّهما دون تمييز، مع كل الضمانات، إلا إذا اعتبرنا المتهم المتلبس بالجريمة كالمعروف بالفجور في الشريعة الإسلامية.

أن مرحلة التحقيق القضائي هي أطول مرحلة في الدعوى الجزائية، التي تتجلى فيها معظم الضمانات الخاصة بحقوق الدفاع، المكرسة دستوريا وقانونيا في القانون الوضعي، ونقلها وعقلها (الاجتهاد) في الشريعة الإسلامية، تفرض فيمن يمارس مهمة التحقيق الابتدائي، وبالإضافة إلى الشروط العامة التي يجب أن تتوفر في كل من يمارس وظيفة القضاء، أن تتوفر فيه شروط خاصة حتى يستطيع القيام بالتحقيق، ومن ثم الوصول إلى الحقيقة بأقل جهد وفي أسرع وقت.

إن استحداث قضاء التحقيق في الإجراءات الجزائية في القانون الوضعي، نجده يصطدم بهيمنة النيابة العامة على الدعوى الجزائية من جهة، حيث يتجلى قاضي التحقيق، خصوصا في الأنظمة التي تجمع فيها النيابة العامة بين الاتهام والتحقيق، وكأنه وكيل عنها في الإجراءات فقط، الأمر الذي يحتم عليه الرجوع إليها في حال ظهور مستجدات لم يشر إليها الطلب الإفتتاحي،

وإخطارها بكل إجراء من إجراءات التحقيق، ومن جهة ثانية يصطدم بالسلطة التقديرية لقضاة الحكم، على أساس عدم التزامهم بحسب الأصل بالنتيجة التي انتهى إليها التحقيق، وإن كان هذا الالتزام يفرضه عليهم الواقع لا القانون، وبالتالي فإن الأصل في جميع الإجراءات هو مرحلة المحاكمة، الشيء الذي أخذت به الشريعة الإسلامية كسمة غالبية لمعظم المحاكمات التي تمت في عهد خلافتها، بمعنى أن أصل المحاكمات الجزائية هو النظام الاتهامي، وليس التحقيقي أو المختلط، لذلك لم تعرف الشريعة الإسلامية نظام قاضي التحقيق، الذي كان يقوم به في الغالب قاضي الحكم، أو والي الشرطة، أو والي المظالم، وبالتالي فإن النظام الأقرب للشريعة الإسلامية في القانون الوضعي هو النظام الأنجلو سكسوني، الذي يجعل التحقيق من اختصاص الشرطة، وحتى عند التمتع في النظام اللاتيني الذي ابتدع نظام قاضي التحقيق، نجد أنه يجعل من الشرطة القضائية محور البحث والتحري، والتحقيق بموجب الإنابة القضائية، أو في حالة التلبس.

إن تكريس القانون الوضعي لحق المتهم في الاستعانة بمحام، يتوافق إلى حد بعيد مع ما جاءت به الشريعة الإسلامية، التي أوجبت له لدرء مفسدتين وجلب مصلحتين، فأما المفسدتين فهما: «تحايل الخصم اعتماداً على قدرته في الإقناع للوصول إلى الحكم الذي يرتضيه، والثابت من قوله صلى الله عليه وسلم: «... ولعل بعضكم أحن من بعض...» ، وأما الثانية وهي تأسيس المحاكمة على عدم المساواة بين الخصوم» ، أما المصلحتين فهما: «تحقيق المساواة أثناء المرافعة بإمكانية استعانة الخصوم بمحام، أما الثانية فهي تربية الفرد المسلم على المطالبة بحقه دون زيادة أو نقصان، وذلك برط مطالبته القضائية في حال التحايل وتغيير الحقيقة، بالعقوبة الأشد يوم القيامة وهي «قطعة من النار»، وفي هذا ليس دعوة لتحلي القاضي بالنزاهة فقط، وإنما الخصوم أيضاً، الشيء الذي أدركه القانون الوضعي فيما بعد، مما جعل حق المتهم في الاستعانة بمحام يتبلور بشكل جيد، قصد تحقيق التوازن في الدعوى الجزائية بوجود شخص متمرس في القانون يكون محل ثقة من طرف القاضي والخصوم.

أن القانون الوضعي والشريعة الإسلامية يتفقان على ضرورة أن تكون تصريحات المتهم مبنية على الحرية وعدم الإكراه على الكلام، أو استعمال أية وسيلة سواء كانت تقليدية، أو علمية لانتزاع أقوال المتهم، لكن الاختلاف يدق عند تقدير الاعتراف، فالقانون الوضعي وفي اعتباره له دليلاً كباقي الأدلة الأخرى في الدعوى الجزائية، لم يأخذ بتراجع المتهم عنه، أين يبقى له تأثيره على قناعة القاضي، ومن ثم فإن إثبات عدم شرعيته تقع على عاتق المتهم، وفي هذا قلب لعبء الإثبات في الدعوى الجزائية، الشيء الذي تحاشته الشريعة الإسلامية وجعلت من رجوع المتهم عن الإقرار، وسيلة

لتوقيف تطبيق الحد عنه، وبالنتيجة انتفاء الاتهام، والثابت من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «فهلأ تكتموه»، عند رجم معز بن مالك عندما هرب عند تطبيق الحد عليه.

أن القانون الوضعي شدد على عدم تحليف المتهم اليمين كحماية له من تعسف سلطة التحقيق عند استجوابه، ونفياً لعنصر إكراهه على الكلام، وضماناً لحريته في التصريح إذا أراد ذلك، والذي كان في زمن ما من وسائل إثبات التهمة في حق المتهم، إلا أن الشريعة الإسلامية لم تلغ تحليف المتهم اليمين، وجعلته وسيلة لتبرئته في حال وجهت إليه اليمين، كما في القسامة.

أن القانون الوضعي فيما يخص الشهادة سوى بين الرجل والمرأة، وفرض شروطاً مرتبطة أكثر فأكثر بالمتهم والضحية، كما أن الشاهد له الحرية في أداء شهادته، لأن شهادته غير مقيدة بنوع الجريمة، وبالتالي بإمكانه أن يشهد شهادة الزور دون أن يدرك القاضي ذلك، ويحكم وفقاً لها، أما الشريعة الإسلامية ففرقت في الشهادة بين الرجل والمرأة، بحيث لا تكون شهادة هذه الأخيرة إلا في الأموال، أو ما لا يطلع عليه الرجال، أما في الحدود والقصاص فإن شهادتها تكون ملازمة لشهادة الرجل، وفرضت التعدد كشرط للأخذ بالشهادة، كما في حد الزنى وهو أربعة شهود، تقوم شهادتهم على الرؤية فقط دون باقي الحواس الأخرى، فإذا انتفى شرط من هذه الشروط سقط الحد ولم يأخذ بالشهادة، وإن اكتمل نصاب الأربعة شهود كما في حادثة اتهام المغيرة بن شعبة.

أن القانون الوضعي ورغم ما للقرينة، خصوصاً تلك الناتجة عن الخبرة، من نتائج حاسمة في تقرير الإدانة أو البراءة، إلا أنه اعتبرها كباقي أدلة الإثبات تخضع لتقدير القاضي رغم عدم قدرة هذا الأخير التأكيد من صحة نتائجها لتكوينه العام، وهذا ما يجعل سلطة القاضي التقديرية بدون حدود سواء في اللجوء إليها، أو تأسيس الحكم الصادر على ضوئها، وفي هذا تأثير على حقوق المتهم خصوصاً إذا كانت تثبت براءته، أما الشريعة الإسلامية فقد جعلت منها وسيلة مقيدة لسلطة القاضي التقديرية في حال ثبوتها، والثابت من قوله صلى الله عليه وسلم في حادثة اللعان الشهيرة للصحابي الجليل هلال بن أمية رضي الله عنه مع زوجته بعدما وضعت مولودها: «لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي معها شأن آخر».

غير أن أهم نتيجة يمكن أن نستخلصها في هذا البحث أن حقوق الإنسان، التي يعتبر حق المتهم في الدفاع في الدعوى الجزائية عمودها الفقري، أن القانون الوضعي ورغم إعطائه لهذا الحق الصبغة العالمية عن طريق العهود، والمواثيق الدولية، والاتفاقيات الإقليمية، إلا أنه لم يجرّد الدول التي اعتمدتها كمرجعية قانونية لصياغة دساتيرها وقوانينها، من انتهاكها في مختلف بلدان العالم، كما فعلت فرنسا في الجزائر، والولايات المتحدة الأمريكية في العراق... إلخ، بمعنى أن إقرار هذه الحقوق يستثني

الشعوب الأخرى غير الغربية، على العكس من الشريعة الإسلامية، التي لم يُثبِتْ عبر التاريخ أن وقع انتهاك لحق من حقوق الإنسان مهما كان الحق وصاحبه، وهذا هو مظهر العالمية بكل تجالياتها، لاجمرد إعلانات تنتهك في أول فرصة تتعارض معها مع مصالح الدول الغربية.

هذه أهم النتائج التي من الممكن التوصل إليها بعد هذه الدراسة، والتي تقودنا إلى النتيجة العامة والشاملة، وهي أن القيم الأخلاقية هي أساس تنظيم العلاقات الاجتماعية، وبالتالي فكما سيطرت هذه القيم على حياة الأفراد وتصرفاتهم، كلما قل احتياجهم للضوابط والإجراءات التي تضبط تصرفاتهم، وكلما تراجعت هذه القيم في المجتمع، كلما كانت الحاجة لوضع المزيد من الضوابط لاحتواء انحرافاتهم، الشيء الذي يتجلى في الإجراءات التي أخذت بها الشريعة الإسلامية وهي " سرعة الفصل في الخصومات، وسعي أفراد المجتمع لحل النزاعات فيما بينهم دون اللجوء إلى القضاء إلا للضرورة "، عكس ما هو عليه الحال في عصر القانون الوضعي أين انتشرت الجريمة بكل أشكالها التقليدية والمنظمة، وأصبح الالتزام بالقيم الأخلاقية من قبيل التصرفات الفردية لا التنظيم الاجتماعي، وخير دليل على ذلك تجريم الفساد الذي استشرى في المجتمع الجزائري.

وعليه ومن خلال هذه النتائج يمكن تقديم التوصيات التالية:

إعتماد آليات تشريعية في الدول العربية والإسلامية، وخاصة في الجزائر، قصد ضبط مختلف الاجتهادات القانونية المقتبسة من القوانين اللاتينية والأنجلو سكسونية، حتى لا تتعارض مع خلفيتها الفكرية والعقائدية النابعة من الشريعة الإسلامية، وذلك بإستحداث هيئة من العلماء والفقهاء في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، قصد إثراء التشريعات المعمول بها خصوصا في القانون الجزائري، وتشجيع الدراسات المقارنة في هذا المجال، وضرورة التعامل مع الشريعة الإسلامية كمصدر ممتاز عند سن القوانين الجزائرية، وضبط قواعد هذه الأخيرة وفق ما جاءت به من مبادئ، ومنها مبدأ الاجتهاد الذي يُبقي الباب مفتوحا أمام المشرع الوضعي في الاقتباس من مبادئها.

تفعيل دور المحامي في الدعوى الجزائرية منذ مرحلة البحث والتحري إلى غاية المحاكمة، على أساس أن دور المحامي مرتبط بعدم قدرة الشخص على الدفاع عن نفسه، ومعرفة حقوقه، وليس قضائية أو عدم قضائية المرحلة التي يتواجد فيها المتهم، للقول بضرورة تواجده إلى جانبه، وإعطاء الشخص محل الإجراءات الجزائرية وصف المتهم مهما كانت المرحلة التي يتواجد فيها، قصد استفادته من كامل حقوقه منذ توجيه الاتهام إليه، والعمل على عدم استعمال المتهم في أي إجراء من إجراءات التحقيق الخاصة بإعادة تمثيل الجريمة، لأن في ذلك اعتداء صريحا على أصل براءته، الذي يحمل في طياته معنى الإكراه والحكم المسبق على المتهم، وتوسيع تمكينه من التعويض في حال الحكم

ببراءته، ليشمل جميع الإجراءات التي مست حريته وخصوصياته، وعدم اقتصارها على الحبس المؤقت فقط، بالإضافة إلى استحداث شرطة نسائية خاصة بالنساء فقط، وأن لا يتم التحري والتحقيق مع المرأة إلا بحضور المرأة.

تفعيل لجوء قاضي التحقيق للرقابة القضائية، التي لا تتعارض مع أصل البراءة، وذلك بالتطبيق السليم لمبدأ استثنائية الحبس المؤقت بالنسبة للمتهم المبتدئ في الجرائم الغير المتلبس بها، حتى لا تتعطل مصالح المتهم الذي قد يكون في نهاية الدعوى الجزائية بريئاً من التهمة المنسوبة إليه إليه، والتي لا يمكن للتعويض الذي سيحكم به فيما بعد أن يجبر الضرر الذي أحدثه هذا الحبس، والذي من المفروض أن يكون تلقائياً، وبمجرد النطق بالبراءة وليس وفقاً لتلك الإجراءات المعقدة التي تميز المطالبة به في إطار لجنة التعويض عن الحبس المؤقت.

ضرورة أن يقوم المشرع الجزائري بتكريس مبدأ التقاضي على درجتين في الجنايات بصورة واضحة، والذي جاء به في التعديل الأخير لقانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون 02/17 وفي المادة 285 منه، أين استحدث محكمة الابتدائية ومحكمة الاستئنافية، وجعل عدد المحلفين يتفوق على عدد القضاة، وهو أربعة في كل محكمة، إلا أنه يمكن اعتباره نظراً للدعوى أمام تشكيلتين مختلفتين فقط، على أساس أن الاختلاف بين هاتين التشكيلتين لا يمس إلا رئيس كل محكمة، فهو مستشار بالنسبة للمحكمة الابتدائية، ورئيس غرفة بالنسبة للمحكمة الاستئنافية، ضف إلى ذلك أن عمل المحكمتين يتم أمام درجة قضائية واحدة وهي المجلس.

أن يكون تعيين المحلفين يخضع لشروط خاصة، كالتخصص العلمي في بعض المجالات التي تكثر فيها الجريمة، والشخصيات التي لها اهتمامات في مجال حقوق الإنسان، كالأستاذة والدكاترة الجامعيين، بحيث يكون نوعاً من أنواع ربط الجامعة بالمحيط الاجتماعي الذي توجد فيه، على أن يتم تعيين المحلفين في التشكيلية الخاصة بمحكمة الجنايات وفق خصوصيات كل جريمة، ومن الأفضل أن يكونوا خبراء في مجال الوقائع محل المتابعة، خصوصاً مع انتشار الجريمة المنظمة، وتطور وسائل تنفيذها.

معالجة التناقض الموجود بين الدستور الذي يجعل من حق الخصوصية، والحرية الفردية، والسلامة الجسدية مبادئ دستورية، وبين قانون الإجراءات الجزائية الذي فرق بينها من حيث الأهمية، مع أنها تحوز نفس القيمة الدستورية، وذلك بأن أعطى لقاضي التحقيق سلطة إجراء إنابة قضائية في التفتيش وفي مراقبة المكالمات الهاتفية والنقاط الصور، وبالتالي ضرورة أن يقوم بها بنفسه أو بحضوره، لأن حقوق الدفاع كل لا تتجزأ.

وبهذه التوصيات البسيطة أكون قد انتهيت من معالجة هذا الموضوع، وأسأل من الله عز وجل أن أكون قد وفقت في كل ما وصلت إليه، فإن أحسنت فمن الله عز وجل، ثم رعاية أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور " عبد الحفيظ طاشور"، وإن قصرت فإنني أحسب نفسي قد بذلت كل ما أستطيع، والأکید أنني لم أدخر أي جهد في محاولة الاحاطة بهذا الموضوع من جميع جوانبه.

وفي الأخير لا يسعني أن أقول إلا كما قال الإمام جلال الدين السيوطي:

لسنا وإن كنا ذوي حسب يوما على الأحساب نتكل
نبنی كما كانت أوائلنا تبني ونفعل مثلما فعلوا

والله المستعان

قائمة المراجع

أولاً: الكتب باللغة العربية

(أ) القرآن الكريم

(ب) القواميس

ابن فارس (أبو الحسين أحمد بن زكاريّا)، مقاييس اللغة، مراجعة وتعليق أنس محمد الشامي، القاهرة، دار الحديث، 2008.

الرازي (محمد بن أبي بكر)، مختار الصحاح، حمص، دار الإرشاد للنشر، ط1، 2008.

الفيروز آبادي (مجد الدين محمد)، القاموس المحيط، عين مليلة، دار الهدى، 2011.

ج (الكتب

أ) كتب القانون الوضعي

أبو الخير (طه)، حرية الدفاع، الإسكندرية، منشأة المعارف، ط1، (د.ت).

أبو الروس (أحمد)، المتهم، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2003.

أبو الوفا (أحمد)، أصول المحاكمات المدنية، بيروت، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، 1983.

أبو شامة عبد الحمود (عباس)، الشرطة وحقوق الإنسان في مرحلة التحري، الرياض، جامعة نايف للعلوم الأمنية، 2001.

أحمد (إبراهيم التيجاني)، نظرية البطلان وأثرها على الحقوق الشرعية (في القوانين الإجرائية والجنائية السودانية)، عمان، الأكاديميون للنشر والتوزيع، 2014.

أحمد (محمد عصام)، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، دراسة جنائية مقارنة، ج01، القاهرة، دار الفكر والقانون، 2008.

أشرف رمضان عبد الحميد (حسن)، سلطات الاتهام والتحقيق في القانون الجنائي، القاهرة، دار الحديث للكتاب، 2008.

أنسوسن أحمد الدسوقي (عبد السلام)، قضائية توقيع العقوبة الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2005.

أوهايبيبة (عبد الله)، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزائر، مطبعة الكاهنة، 2003.

أوهايبيبة (عبد الله)، ضمانات الحرية الشخصية أثناء البحث التمهيدي (الاستدلال)، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2004.

البرعي (عزت سعد السيد)، حماية حقوق الإنسان في ظل التنظيم الدولي الإقليمي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1985.

البشري (محمد الأمين)، أحمد (محسن عبد الحميد)، معايير الأمم المتحدة في مجال العدالة الجنائية ومنع الجريمة، الرياض، مطابع أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، 1998.

البشري (محمد الأمين)، العدالة ومنع الجريمة (دراسة مقارنة)، عمان، دار حامد للنشر والتوزيع، 2014.

التيجاني (أحمد إبراهيم)، نظرية البطلان وأثرها على الحقوق الشرعية (في القوانين الإجرائية والسودانية)، عمان، دار حامد للنشر والتوزيع، 2014.

حق المتهم في الدفاع بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة " الدكتور: بن مشيرح محمد

التركماني (عدنان خالد)، الإجراءات الجنائية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، الرياض، مطابع أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية 1999.

الجداوي (حسن)، كنوز المرافعة، القاهرة، الدار العربية للنشر، 1949.

الجبلي (محمد علي سالم عياد)، الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ج02، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1996.

الحديثي (عمر فخري عبد الرزاق)، حق المتهم في محاكمة عادلة، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004.

الحسيني (عمر الفاروق)، تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف (الجريمة والمسؤولية)، دراسة تحليلية على ضوء أحكام القانونين المصري والفرنسي وآراء الفقهاء وأحكام القضاء، القاهرة، المطبعة العربية، 1986.

الدغدي (مصطفى محمد)، التحريات والإثبات الجنائي، دار الكتب القانونية، مصر، المحلى الكبرى، 2006.

الراوي (جابر إبراهيم)، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في القانون والشريعة الإسلامية، عمان، دار وائل للطباعة والنشر 1999.

السعيد (كامل)، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في القوانين الأردنية والمصرية والسورية، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط02، 2008.

السمالك (علي)، الموسوعة القضائية في التحقيق الجنائي العراقي والمحاكمة، ج01، بغداد، مطبعة الإرشاد، 1963.

الشريف (حامد)، بطلان الحكم في المواد الجنائية، القاهرة، دار الكتب القانونية، 2003.

الشلقاني (أحمد شوقي)، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ج01، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.

الشواربي (عبد الحميد)، القرائن القانونية والقضائية في المواد المدنية والجنائية والأحوال الشخصية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2003.

الشواربي (عبد الحميد)، الإثبات في ضوء القضاء والفقهاء (النظرية والتطبيق)، الإسكندرية، منشأة المعارف، (د.ت).

العادلي (محمود صالح)، حق الدفاع أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2005.

العيكلي (عبد الأمير)، أصول الإجراءات الجنائية في أصول المحاكمات الجزائية، ج02، مطبعة جامعة بغداد، 1969.

- العوجي (مصطفى)، حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، بيروت، مؤسسة نوفل، 1989.
- الغريب (محمد ميشال)، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، بيروت، دار المؤلف، 1989.
- الفار (عبد الواحد محمد)، قانون حقوق الإنسان في الفكر الوضعي والشريعة الإسلامية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1997.
- القبائلي (سعد حماد)، ضمان حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1998.
- الكبيسي (عبد الستار سالم)، ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2013.
- المرصفاوي (حسن صادق)، التحقيق الجنائي، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1990.
- المرصفاوي (حسن صادق)،، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2007.
- المرصفاوي (حسن صادق)،، المرصفاوي في المحقق الجنائي، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1975.
- المعاينة (منصور عمر)، الطب الشرعي في خدمة الأمن والقضاء، الرياض، مطابع جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2007.
- بارش (سليمان)، مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الجزائي، عين مليلة، دار الهدى، 2006.
- بارش (سليمان)، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائي، باتنة، دار الشهاب للطباعة والنشر، 1986.
- بحر (ممدوح خليل)، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1996.
- بسيوني (عبد الغني عبد الله)، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق النقاضي، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1983.
- بسيوني (محمد شريف)، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، ج02، الوثائق الإسلامية والإقليمية، القاهرة، دار الشروق، 2003.
- بشيت خوين (حسن)، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، ج01، مرحلة التحقيق القضائي، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.
- بشيت خوين (حسن)، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، ج02، مرحلة المحاكمة، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.
- بغدادى (جلالي)، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، ج02، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1996.

- بكار (حاتم)، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1997.
- بهنام (رمسيس)، المجرم تكويناً وتقويماً، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1983.
- بهنام (رمسيس)، الإجراءات الجنائية تحليلاً وتأصيلاً، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1984.
- بهنام (رمسيس)، المحاكمة والطعن في الأحكام، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1993.
- بوسقيعة (أحسن)، الوجيز في القانون الجزائي العام، الجزائر، دار هومة الجزائر العاصمة، ط03، 2006.
- بوسقيعة (أحسن)، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، الجزائر، منشورات بارتي، 2007.
- بوسقيعة (أحسن)، التحقيق القضائي، الجزائر، دار هومة، ط05، 2006.
- ثروت (جلال)، أصول المحاكمات الجزائية، بيروت، الدار الجامعية، 1991.
- ثروت (جلال)، نظم الإجراءات الجنائية، الإسكندرية، الدار الجامعية الجديدة للنشر، 1997.
- جراد (عبد العزيز)، العلاقات الدولية، الجزائر، موفم للنشر، 1992.
- جندي (عبد الملك)، الموسوعة الجنائية، ج03، بيروت، دار العلم للجميع، (د.ت).
- حسني (محمود نجيب)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1988.
- حسني (محمود نجيب)، علم العقاب، القاهرة، دار النهضة العربية، 1966.
- حسني (محمود نجيب)، الدستور والقانون الجنائي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1992.
- حسني (محمود نجيب)، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، بيروت، دار النقري للطباعة، ط2، 1975.
- حسن (علي)، حماية حقوق الإنسان وضمانات الحرية في النظم السياسية المعاصرة، الكويت، وكالة المطبوعات، 1982.
- حرقوص (علي وحيد)، قاضي التحقيق في قانون أصول المحاكمات الجزائية الجديد (دراسة مقارنة)، بيروت، منشورات زين الحقوقية، 2005.
- حزيب (محمد)، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الجزائر، دار هومة، ط08، 2013.
- خراشي (عادل عبد العال)، ضوابط التحري والاستدلال عن الجرائم في الفقه الإسلامي والوضعي، الإسكندرية، الدار الجامعية للنشر، 2006.
- خميس (محمد)، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2006.
- دردوس (المكي)، الموجز في علم العقاب، قسنطينة، ديوان المطبوعات الجامعية، ط03، 2010.
- دسوقي أباطة (إبراهيم)، الغنام (عبد العزيز)، تاريخ الفكر السياسي، بيروت، دار النجاج، 1981.
- ديدان (مولود)، دستوري الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا، الدار البيضاء، دار بلقيس، (د.ت)

حق المتهم في الدفاع بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة " الدكتور: بن مشيرح محمد

رمضان (عبد الحميد حسن)، مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق، دراسة مقارنة، القاهرة، دار أبو المجد للطباعة، 2003.

زبدة (مسعود)، القرائن القضائية، الجزائر، موفم للنشر والتوزيع، 2001.

زروال (عبد الحميد)، دروس وتطبيقات في الكفاءة المهنية للمحاماة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، ط03، 2008.

زروال (عبد الحميد)، المسائل الفرعية أمام المحاكم الجزائية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.

زروال (عبد الحميد)، المحاكمات الشهيرة في التاريخ، الأستاذ إيزروني، دار الأمل، تيزي وزو، 2000.

زكي أبو عامر (محمد)، الإثبات في المواد الجنائية، الإسكندرية، دار الفنية للطباعة والنشر، 1985.

زكي أبو عامر (محمد)، الإجراءات الجنائية، الإسكندرية، منشأة المعارف، (د.ت)

سرور (أحمد فتحي)، الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، ط07، 1993.

سرور (أحمد فتحي)، أصول السياسة الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1972.

سرور (أحمد فتحي)، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1994.

سرور (أحمد فتحي)، القانون الجنائي الدستوري، القاهرة، دار الشروق، 2004.

سعد الله (عمر) وبوكر (إدريس)، موسوعة الدساتير العربية، كاملة بآخر تعديلاتها وإصداراتها، ج 01 الدساتير الموحدة، ج 02 الدساتير الاتحادية، الجزائر، دار هومة، 2008.

سعد (عبد العزيز)، مذكرات في قانون الإجراءات الجنائية، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1991.

سعد (محمد صبري)، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات)، عين مليلة، دار الهدى، ط 04، 2009.

سلامة (إسماعيل)، الحبس المؤقت " دراسة مقارنة" ط 03، القاهرة، عالم الكتب، 1983.

سليمان (عبد الله)، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ج 01، الجريمة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1998.

سليمان (عبد الله)، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ج 02، الجزء الجنائي، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2002.

سليمان (عبد المنعم)، علم الجزء الجنائي، مصر، جامعة الإسكندرية، 2002.

- سليمان (عبد المنعم)، القانون الدولي الجنائي، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2001.
- سايس (جمال)، الاجتهاد الجزائري في القضاء الجنائي، ج01، الجزائر، منشورات كليك، المحمدية، ط 01، 2013.
- سعيان (أحمد سليم)، الحريات العامة وحقوق الإنسان، ج02، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010.
- سلامة (مأمون محمد)، قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض طبقا لأحدث التعديلات والأحكام، ج 01، القاهرة، دار سلامة للنشر والتوزيع، مصر، ط4، 2015.
- سلامة (مأمون محمد)، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، القاهرة، دار الفكر العربي، 1976.
- سليمان (عبد الله)، شرح قانون العقوبات الجزائري، ج2 " الجزء الجنائي"، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2002.
- شافعي (أحمد)، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، الجزائر، دار هومة، 2005.
- شنطاوي (فيصل)، حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، عمان، دار حامد للنشر، 1999.
- شيهوب (مسعود)، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية (الأنظمة القضائية المقارنة والمنازعات الإدارية)، ج01، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.
- عبد الفتاح (مراد)، شرح التحقيق الجنائي التطبيقي، القاهرة، دار النهضة العربية، (د.ت).
- عبيد (رؤوف)، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار الفكر العربي، ط3، 1980.
- عبيد (رؤوف)، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، الإسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، 2005.
- عبيد (رؤوف)، أصول علمي الإجرام والعقاب، القاهرة، دار الفكر العربي، 1977.
- عدلي (خليل)، استجواب المتهم فقها وقضاء، القاهرة، المكتبة القانونية، 1986.
- عليان (محمد شوكت)، التشريع الإسلامي والقانون الوضعي، الرياض، دار الشواف، 1997.
- عمارة (عبد الحميد)، ضمانات الخصوم أثناء مرحلة المحاكمة الجزائية في التشريع الوضعي والإسلامي، الجزائر، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2010.
- عمر (محمد عبد الخالق)، النظام القضائي المدني، ج01، القاهرة، دار النهضة العربية، 1976.
- عوابدي (عمار)، القانون الإداري، النظام الإداري ج01، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000.
- عوض (رمزي رياض)، الإجراءات الجنائية في القانون الأنجلو أمريكي، القاهرة، دار النهضة العربية، 2009.

حق المتهم في الدفاع بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة " الدكتور: بن مشيرح محمد

عوض (محمد عوض)، المبادئ العامة لقانون الإجراءات الجنائية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1989.

غوث (طلحة بن محمد بن عبد الرحمن)، الادعاء العام وأحكامه في الفقه والنظام، الرياض، كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، (د.ت).

فرج (توفيق حسن)، المدخل للعلوم القانونية، بيروت، الدار الجامعية، ط01، 1988.

فودة (عبد الحكيم)، امتناع المساءلة الجنائية في ضوء وقضاء النقض، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1997.

قادري (عبد العزيز)، حقوق الإنسان في القانون الدولي والعلاقات الدولية (المحتويات والآليات)، بوزريعة، دار هومة، (د.ت).

فهوجي (علي عبد القادر)، فتوح عبد الله الشاذلي، مبادئ قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبنانية، الإسكندرية، الدار الجامعية الجديدة للنشر، 1993.

لعشب (محفوظ)، التجربة الدستورية في الجزائر، الجزائر، المطبعة الحديثة للفنون المطبعية، 2001.

ماروك (نصر الدين)، محاضرات في الإثبات الجنائي، النظرية العامة للإثبات الجنائي، ج01، الجزائر، دار هومة، 2003.

متولي (عبد الحميد)، الحريات العامة (نظرات في تطورها وضماناتها ومستقبلها)، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1974.

معدة (محمد)، ضمانات المشتبه فيه من العهد البربري حتى الاستقلال، ط01، ج01، عين مليلة، دار الهدى، 1992.

محمود (حسين إبراهيم)، الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1981.

مدحت (رمضان)، تدعيم قرينة البراءة في مرحلة الاستدلالات، في ضوء تعديلات الإجراءات الجنائية الفرنسي، القاهرة، دار النهضة العربية، 2002.

مروان (محمد)، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، ج01، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.

مصطفى (محمود)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، ط12، 1988.

مصطفى (محمود)، الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن، ج01، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1977.

مهنا (محمد نصر)، نظرية الدولة والنظم السياسية، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 1999.

حق المتهم في الدفاع بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة " الدكتور: بن مشيرح محمد

نجم (محمد صبحي)، أصول علم الإجرام والعقاب (دراسة تحليلية وصفية موجزة)، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008.

نصر (محمود)، السلطة التقديرية وضمانات المتهم في الإجراءات الجنائية، (دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية)، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2010.

هلاي عبد الإله (أحمد)، المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي، دراسة مقارنة بالفكر الجنائي الإسلامي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1989.

هلاي عبد الإله (أحمد)، النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية (دراسة مقارنة)، القاهرة، دار النهضة العربية، 1987.

هندي (أحمد)، مبدأ النفاذ على درجتين، حدوده وتطبيقه في القانون المصري والفرنسي، القاهرة، دار النهضة العربية، (د.ت).

ولد محمدان (محمد عبد الله)، حقوق الإنسان والعدالة الجنائية، الرياض، مطابع جامعة نايف للعلوم الأمنية، 2010.

يس (السيد)، السياسة الجنائية المعاصرة، دراسة تحليلية لنظرية الدفاع الاجتماعي، القاهرة، دار الفكر العربي، 1973.

يوسف (أمير فرج)، الدفاع بالأصالة أو الوكالة وجزاء الإخلال به، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2008.

ب) كتب الشريعة الإسلامية

1 - كتب الفقه الإسلامي

ابن أحمد بن محمود (أبو البركات عبد الله)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (في فروع الحنفية)، وابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم)، شرح البحر الرائق، ج06، بيروت، دار الكتب العلمية 1998.

ابن الهمام (كمال الدين محمد بن عبد الواحد)، شرح فتح القدير، تحقيق عبد الرزاق غالب المهدي، ج 05، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003.

ابن تيمية (أحمد عبد الحلیم)، الفتاوى الكبرى، ج 35، جمع وترتيب بن محمد بن قاسم (عبد الرحمان) وابنه محمد، المدينة المنورة، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 2004.

ابن حزم (أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي)، المحلى، ج11، القاهرة، إدارة الطباعة المنبرية، 1934.

حق المتهم في الدفاع بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة " الدكتور: بن مشيرح محمد

- ابن رشد (أبو الوليد محمد بن أحمد بن أحمد القرطبي)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق وتعليق هيثم جمعة بلال، بيروت، دار مكتبة المعارف، 2012.
- ابن عثيمين (محمد بن صالح) ، شرح السياسة الشرعية لشيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية، القاهرة، دار الجوزي، 2012.
- ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج2، القاهرة، دار القدس للنشر والتوزيع، 2009.
- ابن قدامة (موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد)، المغني، ج14، تحقيق التركي (عبد الله بن عبد المحسن) والحو (محمد عبد الفتاح)، الرياض، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، 1997.
- ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، تحقيق، عمران (سيد)، القاهرة، دار الحديث، 2002.
- ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد أبو بكر)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج01، القاهرة، دار الغد الجديد للنشر والتوزيع، 2009.
- ابن كثير (عماد الدين إسماعيل بن عمر)، البداية والنهاية، تحقيق بن منان (حسان)، ج01، بيروت، بيت الأفكار الدولية، 2004.
- أبو زهرة (محمد)، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، القاهرة، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، 1998.
- الأشقر (عمر سليمان)، خصائص الشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، الرغاية، 1990.
- البوطي (محمد سعيد رمضان)، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، بيروت، الدار المتحدة للطباعة والنشر، ط5، 1990.
- الجزيري (عبد الرحمان)، الفقه على المذاهب الأربعة، ج05، القاهرة، دار الفجر للتراث، 2004.
- الجندي (حسني)، أصول الإجراءات الجزائية في الإسلام، القاهرة، دار النهضة العربية، 1990.
- الحميداني (نمر بن محمد)، ولاية الشرطة في الإسلام (دراسة فقهية تطبيقية)، الرياض، دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، 1994.
- الربابعة (أسامة علي مصطفى الفقير)، أصول المحاكمات الشرعية الجزائية، عمان، دار النفائس للنشر والتوزيع، 2005.
- الرصاص (عبد الله محمد)، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام بن عرفة الوافية (شرح حدود بن عرفة)، القاهرة، القدس للنشر والتوزيع، 2009.

- الزحيلي (وهبة)، الفقه الإسلامي وأدلته، ج06، دمشق، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، 1985.
- الزرقا (مصطفى أحمد)، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (المدخل الفقهي العام)، ج03، دمشق، مطابع ألف باء الأديب، ط06، 1968.
- السرخسي (شمس الدين)، المبسوط، ج 18، بيروت، دار المعرفة، 1986.
- السيوطي (جلال الدين عبد الرحمن)، الأشباه والنظائر في فروع فقه الشافعية، الرياض، مكتبة نزار مصطفى الباز، 1997.
- الشاطبي (أبو إسحاق إبراهيم بن موسى)، الموافقات في أصول الشريعة، ج 02، القاهرة، المكتبة التوفيقية، ط02، 2012م.
- الشافعي (أبو عبد الله محمد بن إدريس)، الأم، ج07، تحقيق وتخريج: عبد المطلب (رفعت فوزي)، القاهرة، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، 2001.
- الشوكاني (محمد بن علي بن محمد)، نيل الأوطار من حديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، ج 15، تحقيق وضبط بن حسن حلاق (محمد)، الرياض، دار الجوزي للنشر والتوزيع، 2006.
- الصفري (عبد الفتاح مصطفى)، الحسبة في الإسلام " نظاما وفقها وتطبيقا "، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2010.
- العمر (محمد راشد)، أصول التحقيق الجنائي في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، 2005.
- العوا (محمد سليم)، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، القاهرة، دار المعارف، ط2، (د.ت).
- الغزالي (أبو حامد محمد بن محمد)، إحياء علوم الدين، ج 09، بيروت، دار بن جزم، 2005.
- القادري (محمد بن حسين بن علي)، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج07، بيروت، دار الكتب العلمية، 1997.
- الكاساني (علاء الدين أبو بكر بن مسعود)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق وتعليق، عوض (علي محمد)، أحمد عبد الموجود (عادل)، ج 09، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003.
- الكبيسي (حمد عبيد)، أصول الأحكام وطرق الاستنباط في التشريع الإسلامي، دمشق، دار السلام للنشر والتوزيع، 2009.
- الماوردي (أبو الحسن علي بن محمد)، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تحقيق: جاد (أحمد)، القاهرة، دار الحديث، 2006.
- الماوردي (أبو الحسن علي بن محمد)، أدب القاضي، ج 02، تحقيق سرحان (محي الدين)، بغداد، مطبعة الإرشاد، 1971.

حق المتهم في الدفاع بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة " الدكتور: بن مشيرح محمد

بركات (محمد محمود ناصر)، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، عمان، دار النفائس للنشر والتوزيع، 2007.

بهنسي (أحمد فتحي)، السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية، القاهرة، مكتبة دار العروبة، 1965.
بهنسي (أحمد فتحي)، نظرات في الفقه الجنائي الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، بيروت، دار الشروق، (د.ت).

جمعة (عبد المجيد الجزائري)، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين لابن القيم الجوزية، الرياض، دار بن القيم للنشر والتوزيع، 2010.

الشرباصي (رمضان علي السيد) ، أصول الفقه الإسلامي، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2013.

سابق (السيد)، فقه السنة، ج 3، بيروت، دار الكتاب العربي، 1985.

عودة (عبد القادر)، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج2، القاهرة، دار الحديث، 2009.

لروى (عائشة)، الكليات الفقهية من كتاب تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، بيروت، دار بن حزم، 2010.

واصل (نصر فريد محمد)، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، القاهرة، المكتبة التوفيقية، ط2، 1983.

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ج18، الكويت، طباعة ذات السلاسل، 1993.

2- كتب التاريخ

ابن خلدون (عبد الرحمن أبو زيد ولي الدين)، ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكثر، المعروف ب " مقدمة ابن خلدون "، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 2007.

ابن كثير (أبو الفداء إسماعيل)، تحقيق مصطفى عبد الواحد، السيرة النبوية، ج 01، بيروت، دار المعرفة، 1983.

ابن هشام (أبو محمد عبد الملك بن أيوب)، السيرة النبوية، الجزائر، دار الكتاب الحديث، 2012.
أبو الوفا (أحمد)، تاريخ النظم القانونية وتطورها، بيروت، دار الجامعة للطباعة والنشر، 1980.
السيوطي (جلال الدين عبد الرحمن)، تاريخ الخلفاء، تحقيق أبو جبل (محمد نصر)، القاهرة، مكتبة مصر، 2008.

الذهبي (إدوار غالي)، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، بنغازي، المكتبة الوطنية، 1976.

- المرصفاوي (فتحي)، أصول النظم القانونية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1992.
- الطبري (أبو جعفر محمد بن جرير)، تاريخ الطبري، تحقيق أبو صهيب الكرمي، الرياض، بيت الأفكار الدولية للطبع والترجمة والنشر، (د.ت).
- المباركفوري (صفي الدين)، الرحيق المختوم، بحث حول السيرة النبوية، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 2002.
- الهاشمي (عبد المنعم)، مشاهير القضاة، عين مليلة، دار الهدى، 1990.
- خالد (محمد خالد)، خلفاء الرسول، بيروت، المكتبة العصرية، 2004.
- شلبي (أحمد)، تاريخ التشريع الإسلامي وتاريخ النظم القضائية في الإسلام، القاهرة، مكتبة النهضة العربية، (د.ت).
- عالية (سمير)، نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1997.
- عمران (محمود سعيد)، سليم (أحمد أمين)، القوزي (محمد علي)، النظم السياسية عبر العصور، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1999.
- عوض (إبراهيم نجيب)، القضاء في الإسلام (تاريخه ونظامه)، القاهرة، مطبوعات مجمع البحوث الإسلامية، 1975.
- وكيع (محمد بن خلف بن حيان)، أخبار القضاة، بيروت، عالم الكتب، (د، ت).

3 - كتب الحديث

- ابن حنبل (أحمد الشيباني)، مسند الأمام أحمد، مسند المدنين، رقم الحديث 17153، ج 07، تحقيق وتخريج، عبد القادر عطا (محمد)، بيروت، دار الكتب العملية، 2008.
- ابن ماجة (أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني)، سنن بن ماجة، تحقيق حسن (ياسر)، ضلي (عز الدين)، الطيار (عماد)، دمشق، مؤسسة الرسالة، 2013.
- أبو داود، (سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني)، سنن أبو داود، تحقيق حسن (ياسر)، ضلي (عز الدين)، الطيار (عماد)، رقم الحديث 2065، بيروت، الرسالة، 2013.
- البخاري (أبو عبد الله محمد بن إسماعيل)، صحيح البخاري، ترقيم وترتيب عبد الباقي (محمد فؤاد)، تقديم شاکر (أحمد محمد)، القاهرة، دار التقوى للطباعة والنشر، 2012.
- البيهقي (أبو بكر أحمد بن الحسين)، السنن الكبرى، ج 10، تحقيق عبد القادر عطا (محمد)، ج 06، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003.

حق المتهم في الدفاع بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة " الدكتور: بن مشيرح محمد

- الترمذي (أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة)، سنن الترمذي، تخريج وتعليق: حسن (ياسر)، ضلي (عز الدين)، الطيار (عماد)، بيروت، مؤسسة الرسالة، 2013.
- النسائي (أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي بن سنان)، تحقيق: زئي علي (أبو طاهر زبير)، الرياض، دار السلام للنشر والتوزيع، 2009.
- مالك (أبو عبد الله بن أنس)، الموطأ، رواية المصمودي (يحي بن يحي) ، تحقيق وتخريج، زهوة (أحمد إبراهيم)، بيروت، دار الكتاب العربي، 2008.
- مسلم (أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري)، ترقيم وترتيب عبد الباقي (محمد فؤاد)، دمشق، دار الفيحاء، 2000.

4- كتب التفسير

- الصابوني (محمد علي)، صفوة التفاسير، ج3، بيروت، دار الفكر للطباعة، والنشر، والتوزيع، 2001.
- الصابوني (محمد علي)، مختصر تفسير بن كثير (عماد الدين بن عمر)، ج 03، بيروت، المكتبة العصرية، 2007.
- القرطبي (أبو عبد الله محمد بن أحمد)، الجامع لأحكام القرآن، ج16، القاهرة، دار الكتب المصرية، 1995.

ثانيا: الرسائل الجامعية

- البدري (أحمد حامد)، الضمانات الدستورية في مرحلة المحاكمة الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، 2002.
- الحميضي (عبد الرحمان عبد العزيز)، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1984.
- الرعد (نبيل شديد فاضل)، الدفوع الشكلية في أصول المحاكمات الجزائية، دراسة مقارنة، ج01، ط01، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة باننوتن أساس، باريس، 2005.

حق المتهم في الدفاع بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة " الدكتور: بن مشيرح محمد

الشرقاوي (نور الدين الغزواني) ، تدخل النيابة العامة في الدعاوى المدنية، أطروحة لنيل دبلوم الدراسات العليا، بجامعة محمد الخامس، منشورات تنمية البحوث والدراسات القانونية، الرباط، مطبعة المعارف الجديدة، 1995.

الطراونة (حسن عوض سالم)، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005.

العطيفي (جمال)، الحماية الجنائية للخصومة، رسالة دكتوراه، كلية، جامعة القاهرة، 1994.
العمر (محمد راشد)، أصول التحقيق الجنائي في الشريعة الإسلامية، (دراسة فقهية مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة دمشق، 2005.

القطاوية (مأمون عبد الله)، حق المشتكى عليه في الصمت أثناء التحقيق الابتدائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مؤتة، 2007.

الملا (سامي صادق)، اعتراف المتهم، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1968.

النبراوي (محمد سامي)، استجواب المتهم، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1968.
الهوري (شعبان محمود محمد)، افتراض البراءة في المتهم كأساس للمحاكمة العادلة في النظامين اللاتيني والأنجلوسكسوني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سرت، 2013.

ابن حماد (محمد يوسف)، حقوق وضمانات المتهم في مراحل الدعوى الجنائية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2011.

شعيب (كمال الدين محمد)، ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2011.

عاقلي (فضيلة)، الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الخاصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2012.

علوب (حسن محمد)، استعانة المتهم بمحام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1972.
عمارة (فوزي)، قاضي التحقيق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2010.
مالكي (محمد الأخضر)، قرينة البراءة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، الجزائر، 1991.

محمد صغير (كمال)، الحرية الشخصية للمتهم في إطار الشرعية الإجرائية، دراسة تحليلية وتأصيلية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2003.

مروك (نصر الدين)، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1998.

حق المتهم في الدفاع بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة " الدكتور: بن مشيرح محمد

وافي (أحمد)، الآليات الدولية لحماية حقوق الإنسان ومبدأ السيادة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر رقم 01، 2011.

ثالثا: المقالات العلمية

الحسيني (سامي)، ضمانات الدفاع، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة الثالثة، ع 01، 1978.

الخليفة (أحمد عبد الله)، الاعتراف والإقرار غير الإرادي، المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية، الرياض، أبحاث الندوة الأمنية الوقائية العلمية العربية الثانية، 1989.

السرطاوي (محمود علي)، المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية، الاعتراف والإقرار غير الإرادي، الرياض، أبحاث الندوة العلمية الأمنية العربية الثانية، 1989.

الغامدي (محمد بن صالح)، رجوع المتهم عن الإقرار الصادر منه، " حقوقه في الشريعة الإسلامية، الرياض، أبحاث الندوة الأمنية الوقائية العلمية العربية الثانية، 1989.

القاضي(فريد)، الاستجواب اللاشعوري، المجلة الجنائية القومية، مرجع سابق، ع 11/03/1965.

القطان (مناع خليل)، حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية، مقال منشور في مجموعة أعمال ندوة الشرطة وحقوق الانسان، الرياض، مطابع أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، 2001.

المرصفاوي (حسن صادق)، الجوانب العلمية في التحقيق الجنائي، المجلة الجنائية القومية، ج 11، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، مصر، ع 03، شهر نوفمبر، 1968.

الملا (سامي صادق)، حجية استعراض الكلاب البوليسية أمام القضاء، المجلة الجنائية القومية، ج 17، العدد 01، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، القاهرة، 1974،

بسيوني (عادل)، الأصول التاريخية والفلسفية لحقوق الإنسان، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ع 04، السنة الرابعة، أكتوبر 1995.

حبيب (محمد شلال)، ضمانات استقلال القضاء في التشريع الجزائري والمقارن، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة عنابة، ع 01، 1982.

خليفة (أحمد محمد)، مصل الحقيقة وجهاز كشف الكذب، المجلة الجنائية القومية، ع 01، مارس 2008.

زكي (محمود)، إقامة نظام للعدالة يكفل استقلال القضاة والمحامين، بحث منشور في مجلة الحق، اتحاد المحامين العرب، ع 1 و 2 سنة 19، 1988.

طاشور (عبد الحفيظ)، حقوق الإنسان كمصدر لحقوق المحكوم عليه، مجلة العلوم الإنسانية، ع 21، جامعة منتوري قسنطينة، 2004.

علي (يوسف)، رجوع المتهم عن الإقرار الصادر منه، المتهم " حقوقه في الشريعة الإسلامية"، الرياض، أبحاث الندوة الأمنية الوقائية، 1989.

مجلة **NASRALLAH (F): Le droit de l'inculpe au silence « Etat comparée »** العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ع 01، جانفي 1998.

رابعاً: النصوص القانونية

الأمر 278/65 المؤرخ في 17 / 11 / 1965 المتعلق بنظام وحدة القضاء، ج.ر، ع 96.
الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 08 / 06 / 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر، ع 48
المعدل والمتمم بالقانون رقم 08/01 المؤرخ في 26 / 07 / 2001، ج.ر، ع 34 ،
والقانون رقم 22/06 المؤرخ في 20 / 12 / 2006 ، ج.ر، ع 84،
الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 / 06 / 1966 والمتضمن قانون العقوبات، ج.ر، ع 49 المعدل
والمتمم بالقانون 01/09 المؤرخ في 26 / 06 / 2001 ج.ر، ع 34، القانون رقم
15/04 المؤرخ في 10 / 11 / 2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، ج.ر، ع
71، والقانون 01/06 مؤرخ في 20 / 02 / 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد
ومكافحته، ج.ر، ع 14.

الأمر 27/69 المؤرخ في 13 / 05 / 1969 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج.ر، ع 42.
الأمر 28/71 المؤرخ في 22 أبريل 1971 المتضمن قانون القضاء العسكري، ج.ر، ع 38.
الأمر رقم 49 / 75 المؤرخ في 17 / 06 / 1975، والمتعلق بإنهاء العمل بالمدافعين القضائيين ج.ر،
ع 50.

الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 / 09 / 1975 المعدل والمتمم المتضمن القانون المدني، ج.ر، ع
78.

الأمر 59/75 المؤرخ في 26 / 09 / 1975 المتضمن القانون التجاري، ج.ر، ع 101.
الأمر رقم 97/76 المؤرخ في 22 / 11 / 1976 المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية
الديمقراطية الشعبية، ج.ر، ع 94.

القانون رقم 07/79 المؤرخ في 21 / 07 / 1979 المعدل والمتمم المتضمن قانون الجمارك، الجريدة
الرسمية، عدد 30، المعدل والمتمم بالقانون رقم 25/91 المؤرخ في 16 / 12 / 1991
المتضمن قانون المالية لسنة 1992، ج.ر، ع 65.

- القانون 11/84 المؤرخ في 07/09/1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، ص 910، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 02/27/2005، ج.ر، ع 15.
- القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16/02/1985، والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر، ع 08. المرسوم الرئاسي رقم 18/89 المؤرخ في 28/02/1989 المتضمن تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 23/02/1989، ج.ر، ع 09.
- القانون رقم 08/89 المؤرخ 25/04/1989، المتضمن الموافقة على العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، ج.ر، ع 17.
- القانون رقم 12/89 المؤرخ 05/07/1989، المتضمن قانون الأسعار، ج.ر، ع 28.
- القانون 22/89 المؤرخ في 12/12/1989، المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها، ج.ر، ع 53.
- القانون رقم 24/90 المؤرخ في 18/08/1990، المعدل والمتمم للأمر 156/66 المتعلق بقانون الإجراءات الجزائية، ج.ر، ع 36.
- القانون، 03/90 المتعلق بمفتشية العمل، المؤرخ في 06/02/1990، ج.ر، ع 06، المعدل والمتمم بالقانون 11/96، المؤرخ في 10/06/1996، ج.ر، ع 36.
- القرار المتضمن النظام الداخلي لمهنة المحاماة المؤرخ في 04/09/1995، ج.ر، ع 48.
- القانون 04/91 المؤرخ في 09/12/1991 المتضمن قانون مهنة المحاماة، ج.ر، ع 02.
- المرسوم التشريعي رقم 03/92 المتعلق بمكافحة التخريب والإرهاب المؤرخ في 30/02/1992، ج.ر، ع 70.
- الأمر رقم 10/95 المؤرخ في 25/02/1995، المعدل والمتمم للأمر رقم 155/66 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر، ع 11.
- المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 07/12/1996 المتضمن تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28/11/1996، ج.ر، ع 76.
- الأمر رقم 07/97 المؤرخ في 06/03/1997 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالانتخابات، ج.ر، ع 12، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 01/04 المؤرخ في 07/02/1997 المتعلق بالانتخابات، ج.ر، ع 09.
- القانون رقم 08/99 المؤرخ في 13/06/1999 المتعلق بالوثام المدني، ج.ر، ع 46.

المرسوم الرئاسي 234/99 المؤرخ في 19/10/1999 المتضمن إحداث اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة، ج.ر، ع 74.

القانون رقم 08/01 المؤرخ في 26/07/2001 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، ج.ر، ع 34.

القانون رقم 01/14 المؤرخ في 19/08/2001 المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها، ج.ر، ع 46، المعدل والمتمم بالقانون 16/04 المؤرخ في 19/08/2001، الجريدة الرسمية رقم 72، والمعدل كذلك بالقانون 07/09 المؤرخ في 11/10/2009، ج.ر، ع 59.

المرسوم الرئاسي رقم 90/03 المؤرخ في 03/03/2003، والمتعلق بمصادقة الجزائر على بروتوكول إنشاء المحكمة الإفريقية ج.ر، ع 15.

المرسوم الرئاسي رقم 179/07 المؤرخ في 11/06/2003، المتضمن المصادقة على بروتوكول محكمة العدل للاتحاد الإفريقي ، ج.ر، ع 39.

القانون 15/04 المؤرخ في 10/11/2004 المعدل و المتمم لقانون العقوبات، ج.ر، ع 71.
القانون رقم 18/04 المؤرخ في 25/12/2004 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وفتح الاستعمال والاتجار الغير المشروعين بها ، ج.ر، ع 83.

الأمر 02/05 المؤرخ في 27/02/2005 المعدل والمتمم للقانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع 15.

القانون رقم 11/05 المؤرخ في 17/07/2005، المتعلق بالتنظيم القضائي، ج.ر، ع 51.
المرسوم الرئاسي رقم 62/06 المؤرخ في 11/02/2006، المتضمن التصديق على الميثاق العربي لحقوق الإنسان المعتمد في تونس في ماي 2004، ج.ر، ع 08.

قانون 02/06 المؤرخ في 20/02/2006، المتعلق بمهنة الموثق، ج.ر، ع 14.
القانون العضوي رقم 11/04 المؤرخ في 06/09/2006 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج.ر، ع 57.

القانون رقم 22/06 المؤرخ في 20/12/2006 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، ج.ر، ع 84.

القانون رقم 19/08 المؤرخ في 19/11/2008، المتعلق بالتعديل الدستوري، ج.ر، ع 63.
القانون 09/01، المؤرخ في 25/02/2009، المعدل والمتمم للأمر رقم 66/156 المتضمن قانون العقوبات بإضافة المادة 05 مكرر 01 وما يليها الخاصة بالعمل للنفع العام، ج.ر، ع 15.

المرسوم التنفيذي رقم 117/10 المؤرخ في 10/04/2010 المتعلق بكيفيات دفع التعويض المقرر من طرف لجنة التعويض عن الحبس المؤقت الغير مبرر والخطأ القضائي ، ج.ر، ع 27.

القانون 07/13، المؤرخ في 29/10/2013 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، ج.ر، ع 55.
الأمر 02/15 المؤرخ في 23/06/2015، والمتضمن تعديل الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 1966/06/8، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر، ع 40.

القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06/03/2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج.ر، ع 14.

خامسا: الاجتهادات القضائية.

1-المجلات

القرار الصادر عن الغرفة الجزائرية للمحكمة العليا، بتاريخ 03 /04/1984، المجلة القضائية، ع01، 1989.

قرار الغرفة الجزائرية للمحكمة العليا، (د.ت)، المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع 03، 1989.
القرار الصادر عن الغرفة الجزائرية للمحكمة العليا بتاريخ 12/06/1984، المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع 01، 1990.

القرار الصادر عن الغرفة الجزائرية للمحكمة العليا بتاريخ 02/07/1989، المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع 03، 1991.

قرار الغرفة الجنائية الأولى بالمحكمة العليا، القرار المؤرخ في 22/11/1988، المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع 01، 1992.

قرار غرفة الجناح والمخالفات بالمحكمة العليا، المؤرخ في 23 /04/1991، المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع 01، 1993.

القرار الجنائي الصادر بتاريخ 24/03/1998، المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع 01، 1999.

القرار الصادر عن الغرفة الجزائرية للمحكمة العليا، بتاريخ 24/05/2006، المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع.01، 2007.

قرار لجنة التعويض عن الحبس المؤقت والخطأ القضائي، رقم 87، الصادر بتاريخ 12/10/2003، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص بالاجتهاد القضائي، قسم الوثائق، 2010.

القرار الصادر عن غرفة الجناح و المخالفات بتاريخ 28/01/2009، مجلة المحكمة العليا، ع 02، 2010.

القرار الصادر عن الغرفة الجزائية للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 2011/11/17، المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع 01، 2012.

2- المنشرات

القرار الصادر عن الغرفة الجزائية للمحكمة العليا، بتاريخ 1969/06/10، نشرة القضاء، ع 04، 1969.

قرار الغرفة الجزائية للمحكمة العليا الصادر في 1988/04/05، نشرة القضاء، ع 4، 1993.

قرار الغرفة الجزائية للمحكمة العليا الصادر في 1969/06/08، نشرة القضاء، ع 4، 1996.

سادسا: مواقع الإنترنت

(أ) - القوانين

قانون العقوبات الأردني: http://www.mowa.pna.ps/Local_laws/LL11

قانون أصول المحاكمات الأردني:

www.pogar.org/.../jordan/criminalization.../crimproce

قانون العقوبات الفرنسي: codes.droit.org/cod/penal

قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي: codes.droit.org/cod/procedure_penal

قانون المسطرة المغربية والقانون الجنائي المغربي: www.press-maroc.com/t3313

قانون العقوبات المصري: <http://ar.slideshare.net/sharkorlando>

قانون الإجراءات الجنائية المصري: lawyerassistance.com/.../Egypt/ProceduralLaw

المجلة الجزائية ومجلة الإجراءات الجزائية التونسية: <http://www.e-justice.tn>

(ب) الإعلانات والمواثيق

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: www.unhchr.ch

الإعلان الأمريكي لحقوق الإنسان: <http://hei.unige.ch/humanrts//arab/am15.html>

الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان: <http://hei.unige.ch/humanrts//arab/eurhcom.html>

برتوكول إنشاء محكمة الإفريقية لحقوق الإنسان :

<http://hei.unige.ch/humanrts/arab/a005.html>

www.un.org/ar/events/ : العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية :
www.africa-union.org : الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب :
www.un.org/ar/events : الميثاق العربي للحقوق للإنسان :
ميثاق الأمم المتحدة:
http://www.yemenintransition.com/artImge/MethkAlmimAlmt7dh
www.umn.edu/humarts/arab/bo44/html

(ت) دساتير الدول
http://www.casacultureivrea.it/costituzione/arabo : الدستور الإيطالي:
http://www.arabtimes.com/portal/article : الدستور التركي:
http://www.constitutionnet.org/files/canada_constitution_1987 : الدستور الكندي:
www.el-mouradia.dz/arabe/symbole/textes/constitution63.htm : دستور 1963
www.echr.coe.int : موقع الدساتير العربية:

(ث) مواقع أخرى
http://www.amnesty-arabic.org/ftm/test/prologue : دليل المحاكمة العادلة:
www1.umn.edu/humanrts/arab/UIDHR : المجلس الإسلامي الأعلى:

La Loi n° 2000 du 16-06-2000 Renforçant LA Présomption d'Innocence et les droits des Victimes Voir sur Le Site Internet:
http://perso.fr/syntesenet.lyon/loi.perso.htm le 27/07/2013.

سابعا: المراجع باللغة الأجنبية
(أ) -

DICTIONNAIRES

BEZIZ (A) : Dictionnaire de droit Pénal général et Procédure Pénale, Paris
5^{eme} Edition ellepses, 2011 .
GARIER (y) : Dictionnaire en cyclopédie, (LA ROUSSE), Canada,
Montérial, 2002
LA ROUSSE DU COLLEGE : Cedex 06, Paris, 2013.

OUVRAGES

- (ب)

- BECCARIA(S):** Dés Délit et Peines : L' introduction de ENCEL (M) et STEFANI (G), Paris, Edition C.U.J.A.S, 1966.
- BERGER (V) :** Jurisprudence De la cour européenne dés droits de l' homme, Paris, 7^{eme} Edition Dalloz, 2000.
- BOULOC (B) – MATSOPOULOU (H) :** Droit pénal général et procédure pénale, Paris 19^{eme} Edition, Sery, Dalloz , 2014.
- CADIET (L) – GUINCHARD (S) :** Le double degré de juridiction, Paris, Edition Dalloz, 1992.
- DEBOVE (F), FALLETI (F), DUPIC (E) :** Précis de droit pénal et de procédure pénale, Paris, 5^{eme} Edition, presses universitaires de France, 2013.
- DE LA SECONDAT (C-L) (MONTESQIEU) :** De l' esprit des lois, Tome:10, II chapitre, Paris, Edition Garnier, 1965.
- ERGEC (R) :** Protection européenne et international dés droits de l' hommes, Bruxelles, librairie Burylant, 2004.
- ESSAID (M-DJ):** La Présomption d' Innocence, Paris, Edition La Porte Année, 1969.
- GARRAUD(R):** Précis de Droit Criminel, Paris, 14^{eme} Edition, Serey, 1976.
- GIHOD (D.B) :** La responsabilité pénale dés personnes morales présentation théorique et pratique, Paris, Edition Alexander Lacassagne et Edition, Eska, (s.d).
- GUERY(C) :** Détention provisoire, Paris, Editions Dalloz, 2001.
- HEYMAN (A):** Droits Publiques et droit de l' homme, Paris, 3^{eme} Edition, L.G.D.J, 1994 .
- LARGUIER (J) - CONTE (P):** Droit pénal général (L' infraction, La peine) Paris, 21 Edition, Dalloz, 2008.
- LARGUIER (J) - CONTE (P):** Procédure pénale, Paris, 23^{eme} Edition, Dalloz, 2014.
- LARGUIER (J) - CONTE (P) - CHAMBON (P-M):** Droit pénal général, Paris, 21^{eme} Edition, Dalloz, 2008.
- LARGUIER (J) :** Criminologie et science pénitentiaire, Paris, 10^{eme} Edition, Dalloz, 2005.
- LAURANT (J.C) - (R) LASIERA:** La torture et le poursuis, Paris, Edition, Balland, 1973.
- LEROY(J) :** La garde avue après la réforme, Paris, Edition lexis nexes, 2011.
- MELLOR (A) :** Les grands problèmes de l' instruction criminelle, Paris, Edition domat Montchrestien, 1952.

- MERELE (R) - VITU (A) :** Traité de droit criminel (Procédure Pénale) , Paris, 3^{eme} Edition, C.U.J.A.S, 1979.
- OBERDROFF(H) :**Droit de l'homme et libertés fondamentales, Paris, 2^{eme} Edition Alpha et L.G.D.J, 2010.
- PRADAL (J):** Droit Pénal et Procédure Pénale, Paris, Tome II, 7^{eme} Edition, C.U.J.A.S, Paris, 1993.
- PRADAL (J):**L'individualisation de sanction : Essai d'un bilan a la veille d'un nouveau code pénal, R.S.C, 1977.
- RENAULT BRAHINSKY (C) :** Procédure Pénale, Paris, 12^{eme} Edition, Dualino, 2011.
- ROBERT(J) - OBERDORFF (H):** Liberté fondamentales et droit de l'homme," textes français et internationaux" 3^{eme} Edition, France Quercy, 1997.
- SOYRES (J.G) :** Droit Pénal et Procédure Pénale, Paris, 12^{eme} Edition L.G.D.J, 1995.
- SUDRE (F) :** Droit International et européen des droits de l'homme, Paris, 3^{eme} Edition, presses universitaires de France, France, 1997.
- TERRE (F) :** Introduction général au droit, Paris, 9^{eme} Edition, Dalloz
- TIGROUDJA (H) - LOUANNIS (K):** La cour Interaméricaine des droits de l'homme, Bruxelles, librairie Burylant, 2003.

THESE ET MEMOIRES

- (ت)

- ANDRE(G) :** Du principe de la neutralité du juge dans l'instruction des affaires civiles, Thèse, Paris, 1910.
- DURIEUX (F) :**Le double degré de juridiction appliqué a la peine ; Théorie et pratique d'une voie de recours a partir de l'étude de six mois d'arrêts de la cour d'appel de Lyon, Thèse, université jean monnet De Saint-Etienne, , 1991.
- OUGERGOUZ (F) :** La charte Africaine des droits de l'homme et des peuples, historique, portée juridique et contribution à la protection de l'homme en Afrique, Thèse, Genève, Institut Universitaire de vante études international 1991.

COLLOGES

- (ث)

- GRAVEN (J):** Le problème des nouvelles techniques d'investigation au procès pénal, Paris, R. S.C, 1958 .
- GUASMI (G):** Droit de la défense dans les législations Algérienne, Française, Américaine et Soviétique, Revue Algérienne des sciences juridiques et économiques Algérienne, 1993.
- JACQUES (R):** De l'indépendance des juges, RIV. Droit Public, 1988.

PRADAL (J) :L'individualisation de sanction : Essai d'un bilan a la veille

d'un nouveau code pénal, R.S.C, 1977.

IV- NOTES ET OBVERVATIONS DE JURISPRUDENCES - (ج)

- Cass. Crim. 12 /03/ 1958. Bull.Crim. N°. 277.
- Cass Crim. 26 /06/ 1963. Bull.Crim. N°. 43.
- Cass. Crim. 08/11/2000. Bull. Crim. N° 339.
- Cass. Crim. 17/01/2006. Bull. Crim. N° 19.
- Cass. Crim. 22/06/1988. Bull. Crim. N° 285.
- Cass. Crim. 02/10/ 1990, Bull. Crim.N n° 237.
- Cass. Crim. 22/07/1997. Bull. Crim. N° 277.
- Cass. Crim. 07/03/ 1994, Bull. Crim. N° 87.
- Cass. Crim. 18/02/1958. Bull. Crim. No 163.
- Cass. Crim, 09/09/1999. J.CL.P .N° 330.
- Cass. Crim. 11/10/1960. Bull. Crim. N° 40.
- Cass. Crim. 31 /05/2010, Bull. Crim. N° 10.
- Cass. Crim, 08/07/1967.J.CL.P .N° 133.
- Cass. Crim. 11/06/1985. Bull. Crim. N° 226.

فهرست

أج	مقدمة.....
01	الباب الأول: تأصيل حق المتهم في الدفاع.....
01	الفصل الأول: ماهية حق المتهم في الدفاع.....
01	المبحث الأول: المتهم بين الماهية والشروط.....
02	المطلب الأول: المتهم في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية.....
02	الفرع الأول: المتهم في القانون الوضعي.....
02	الفقرة الأولى: المفهوم اللغوي للمتهم.....
03	الفقرة الثانية : المفهوم الإصطلاحي للمتهم.....
08	الفرع الثاني: المتهم في الشريعة الإسلامية.....
08	الفقرة الأولى: مفهوم المتهم(المدعى عليه) عند فقهاء الشريعة الإسلامية.....
09	الفقرة الثانية: التصنيفات الخاصة بالمدعى عليه (المتهم) في الشريعة الإسلامية.....
14	المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها في المتهم في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية.....
14	الفرع الأول: الشروط الموضوعية.....
14	الفقرة الأولى: الوجود القانوني.....
18	الفقرة الثانية: التعيين.....
19	الفقرة الثالثة: الوعي والاختيار.....
21	الفرع الثاني: الشروط الإجرائية.....
21	الفقرة الأولى: وقوع الجريمة.....
23	الفقرة الثانية: تحريك الدعوى الجزائية.....
25	الفقرة الثالثة: الأهلية الإجرائية.....
28	المبحث الثاني: ماهية حق الدفاع ومصادره.....
28	المطلب الأول: حق الدفاع بين الشريعة والقانون.....
28	الفرع الأول: الحق بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية.....
29	الفقرة الأولى: المفهوم اللغوي للحق.....
29	الفقرة الثانية: المفهوم الإصطلاحي للحق.....

- 34.....الفرع الثاني: الدفاع بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامي
- 35.....الفقرة الأولى: المفهوم اللغوي للدفاع
- 35.....الفقرة الثانية: المفهوم الإصطلاحي للدفاع
- 40.....المبحث الثالث: حق المتهم في الدفاع بين التطور والتأصيل الشامل
- 40.....المطلب الأول: حقوق الدفاع في الشريعة الإسلامية
- 41.....الفرع الأول : الحقوق العامة كأساس لحق الدفاع في الشريعة الإسلامية
- 41.....الفقرة الأولى: الحق في الحياة
- 43.....الفقرة الثانية: الحق في الحرية
- 45.....الفقرة الثالثة: الحق في العدل
- 46.....الفرع الثاني : تقسيم الحقوق كضمان لحق المتهم في الدفاع
- 47.....الفقرة الأولى: حقوق الله تعالى
- 48.....الفقرة الثانية: حق العبد
- 50.....المطلب الثاني: حقوق الدفاع في المواثيق الدولية والإقليمية و دساتير الدول
- 50.....الفرع الأول: حقوق الدفاع في مرحلة ما قبل الإعلانات والمواثيق الدولية
- 56.....الفرع الثاني: حقوق الدفاع في المواثيق الدولية
- 56.....الفقرة الأولى: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان
- 59.....الفقرة الثانية: العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية
- 61.....الفرع الثالث: حقوق الدفاع في المواثيق الإقليمية
- 62.....الفقرة الأولى: الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان
- 63.....الفقرة الثانية: الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان
- 64.....الفقرة الثالثة: الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب
- 66.....الفقرة الرابعة: حقوق الدفاع في المواثيق العربية والإسلامية
- 71.....الفرع الرابع : حقوق الدفاع في دساتير الدول
- 72.....الفقرة الأولى: أنه جزء من الحقوق الدستورية
- 72.....الفقرة الثانية: أنه حق عام لجميع أطراف الدعوى الجزائية
- 73.....الفقرة الثالثة: أنه حق خاص بالمتهم
- 75.....الفصل الثاني : دعائم حق المتهم في الدفاع
- 75.....المبحث الأول: الدعائم الدستورية
- 75.....المطلب الأول : مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

- 76..... الفرع الأول: مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في القانون الوضعي
- 77..... الفقرة الأولى: الإعلانات والمواثيق الدولية
- 78..... الفقرة الثانية: دساتير الدول
- 80..... الفرع الثاني: الأسس التي يقوم عليها مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات
- 80..... الفقرة الأولى: التجريم المسبق
- 83..... الفقرة الثانية: عدم رجعية النص الجنائي
- 84..... الفقرة الثالثة: رجعية النص الجنائي الأصلح للمتهم
- 87..... الفرع الثالث: مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في الشريعة الإسلامية
- 90..... الفقرة الأولى: التجريم المسبق
- 91..... الفقرة الثانية: عدم رجعية النص الجنائي
- 93..... المطلب الثاني: مبدأ البراءة الأصلية
- 94..... الفرع الأول: مبدأ افتراض البراءة في القانون الوضعي
- 95..... الفقرة الأولى: الإعلانات والمواثيق الدولية
- 97..... الفقرة الثانية: دساتير الدول
- 99..... الفرع الثاني: مبدأ افتراض البراءة في الشريعة الإسلامية
- 101..... الفقرة الأولى: اليقين لا يزول بالشك
- 105..... الفقرة الثانية: البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه
- 108..... الفقرة الثالثة: الأصل في الأشياء الإباحة
- 111..... الفرع الثالث: القواعد المنبثقة عن أصل البراءة
- 115..... المطلب الثالث: مبدأ المساواة
- 115..... الفرع الأول: مبدأ المساواة كأساس لحق الدفاع في القانون الوضعي
- 117..... الفقرة الأولى: الإعلانات والمواثيق الدولية
- 119..... الفقرة الثانية: دساتير الدول
- 121..... الفرع الثاني: مبدأ المساواة كأساس لحق الدفاع في الشريعة الإسلامية
- 122..... الفقرة الأولى: الخطاب الإلهي الذي أقرها أعلى من كل خطاب
- 122..... الفقرة الثانية: عمومية وشمولية مبدأ المساواة
- 129..... المبحث الثاني: الدعائم التنظيمية
- 129..... المطلب الأول: قانون الإجراءات الجزائية قانون الحريات
- 129..... الفرع الأول: قانون الإجراءات الجزائية وعلاقته بحقوق الدفاع

- 131.....الفقرة الأولى: نظرية الاختصاص
- 137.....الفقرة الثانية: نظرية الإثبات
- 140.....الفقرة الثالثة: نظرية البطلان
- 141.....الفرع الثاني: الأنظمة الإجرائية وأثرها على حقوق الدفاع
- 142.....الفقرة الأولى: النظام الاتهامي
- 144.....الفقرة الثانية: النظام التنقيبي
- 148.....الفقرة الثالثة: نظام الشريعة الإسلامية
- 149.....المطلب الثاني: متطلبات القاضي في حماية حق المتهم في الدفاع
- 149.....الفرع الأول: استقلالية القاضي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية
- 151.....الفقرة الأولى: استقلالية القاضي في القانون الوضعي
- 154.....الفقرة الثانية: استقلالية القاضي في الشريعة الإسلامية
- 157.....الفرع الثاني: الحياد والنزاهة
- 157.....الفقرة الأولى: حياد القاضي ونزاهته في القانون الوضعي
- 160.....الفقرة الأولى: حياد القاضي ونزاهته في الشريعة الإسلامية
- 162.....المبحث الثالث : الدعائم الإجرائية
- 163.....المطلب الأول : الفصل بين وظائف القضاء الجزائي
- 163.....الفرع الأول: الفصل بين التحقيق والاثام في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية
- 163.....الفقرة الأولى: الفصل بين التحقيق والإتهام في القانون الوضعي
- 167.....الفقرة الثانية: الفصل بين التحقيق والإتهام في الشريعة الإسلامية
- 172.....الفرع الثاني: الفصل بين التحقيق والحكم في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية
- 172.....الفقرة الأولى: الفصل بين التحقيق والحكم في القانون الوضعي
- 175.....الفقرة الثانية: الفصل بين التحقيق والحكم في الشريعة الإسلامية
- 179.....المطلب الثاني: مبدأ التقاضي على درجتين في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية
- 179.....الفرع الأول: مبدأ التقاضي على درجتين في القانون الوضعي
- 181.....الفقرة الأولى: الإعلانات والمواثيق الدولية
- 187.....الفقرة الثانية: دساتير الدول
- 190.....الفرع الثاني: مبدأ التقاضي على درجتين في الشريعة الإسلامية
- 190.....الفقرة الأولى: الاجتهاد كشرط أساسي لمراجعة الأحكام القضائية
- 195.....الفقرة الثانية: خصوصية مبدأ التقاضي على درجتين في النظام الإسلامي

- الباب الثاني: حماية حق المتهم في الدفاع عند ممارسة الدعوى الجزائية.....200
- الفصل الأول: حماية حق المتهم في الدفاع في مراحل السابقة عن المحاكمة.....200
- المبحث الأول: حماية حق الدفاع في مرحلة الاتهام.....200
- المطلب الأول: مواجهة النيابة العامة وولاية الحسبة المتهم بالاتهام.....201
- الفرع الأول: الضوابط المحددة لدور النيابة العامة في دعوى الجزائية وأثره على حقوق الدفاع...201
- الفقرة الأولى: ارتباط دور النيابة العامة في الدعوى الجزائية بالمفهوم الحديث للسياسة الجنائية.....202
- الفقرة الثانية: ارتباط دور الحسبة بمقاصد الشريعة الإسلامية.....204
- الفقرة الثالثة: أسس تنفيذ حق الدولة في توقيع العقاب.....209
- الفرع الثاني: حق المتهم في الدفاع بين ولاية الحسبة وسلطات النيابة العامة.....211
- الفقرة الأولى: الاختصاصات المشتركة الاختصاصات المشتركة من حيث مباشرة الدعوى العمومية.....212
- الفقرة الثانية: الاختصاصات المشتركة من حيث الفصل الاستثنائي في بعض القضايا...215
- الفقرة الثالثة: المميزات الخاصة بكل من النيابة العامة و ولاية الحسبة.....217
- الفقرة الرابعة: الوسائل الخاصة بكل من النيابة العامة و ولاية الحسبة.....221
- الفقرة الخامسة: المسؤولية و الجزاء لكل من النيابة العامة و ولاية الحسبة.....223
- المطلب الثاني: دور الضبطية القضائية في تجسيد الاتهام وحماية حق المتهم في الدفاع.....226
- الفرع الأول: التزام الضبطية القضائية بمبادئ حقوق الإنسان في القانون الوضعي.....226
- الفقرة الأولى : الأهمية الإجرائية والواقعية لعمل الضبطية القضائية.....227
- الفقرة الثانية : الحماية الدستورية والإجرائية.....229
- الفرع الثاني: التزام الضبطية القضائية بمبادئ حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية.....232
- الفقرة الأولى: نظام العسس(الحراسة) لحفظ الأمن.....233
- الفقرة الثانية: خصوصية الضبطية القضائية في الشريعة الإسلامية.....235
- المبحث الثاني: حق المتهم في الدفاع في مرحلة التحقيق.....238
- المطلب الأول: خصوصية مرحلة التحقيق وأثرها على حقوق الدفاع.....238
- الفرع الأول: المبادئ الأساسية للتحقيق المشروع.....239
- الفقرة الأولى: مبدأ العلنية للمتهم والخصوم والسرية بالنسبة للغير.....239
- الفقرة الثانية: مبدأ التدوين.....243
- الفرع الثاني: المبادئ الخاصة بتهيئة التحقيق.....247

- 248.....الفقرة الأولى: مبدأ الإسراع في التحقيق
- 249.....الفقرة الثانية: عدم إطالة الاستجواب
- 252.....الفرع الثالث: الانتقال إلى مسرح الجريمة
- 252.....الفقرة الأولى: الإسراع في الانتقال إلى مسرح الجريمة
- 254.....الفقرة الثانية: أهداف الإسراع في الانتقال إلى مسرح الجريمة
- 259.....الفقرة الثالثة: الإسراع في الانتقال إلى مسرح الجريمة في الشريعة الإسلامية
- 261.....المطلب الثاني: حدود قاضي التحقيق عند استجواب المتهم
- 261.....الفرع الأول : حدود قاضي التحقيق عن الاستجواب الأول
- 262.....الفقرة الأولى: حق المتهم في الإحاطة بالتهمة
- 263.....الفقرة الثانية: أن تتم الإحاطة بالتهمة عند إجراء الاستجواب عند الحضور الأول
- 264.....الفقرة الثالثة: حقه في الامتناع عن التصريح
- 270.....الفرع الثاني: حق المتهم في الاستعانة بمحام عند الاستجواب والمواجهة
- 272.....الفقرة الأولى: حضور استجواب المتهم
- 275.....الفقرة الثانية:الإطلاع على الملف
- 276.....الفقرة الثالثة: حق المتهم في الاتصال بمحاميه إذا كان محبوسا
- 280.....المطلب الثالث : حق المتهم في الحماية الجسدية عند الاستجواب
- 280.....الفرع الأول: حماية المتهم في مواجهة الوسائل التقليدية الماسة بجسده
- 281.....الفقرة الأولى: الإكراه المادي
- 287.....الفقرة الثانية: الإكراه المعنوي
- 289.....الفرع الثاني: حماية المتهم في حالة استعمال الوسائل العلمية في التحقيق
- 289.....الفقرة الأولى: التنويم المغناطيسي
- 291.....الفقرة الثانية: مصل الحقيقة
- 293.....الفقرة الثالثة:جهاز كشف الكذب
- 297.....المطلب الرابع: حماية حق المتهم في الخصوصية عند مباشرة التحقيق
- 298.....الفرع الأول: الفرع الأول: حماية حق المتهم في الخصوصية عند إجراء التفتيش
- 299.....الفقرة الأولى: تفتيش الأشخاص
- 303.....الفقرة الثانية: تفتيش المسكن
- 308.....الفرع الثاني: حرمة وسائل الاتصال الخاصة
- 308.....الفقرة الأولى: المراسلات

- 310.....الفقرة الثانية: المحادثات الهاتفية والنقاط الصور
- 314.....الفرع الثالث: حماية حق المتهم في الحرية الفردية.
- 314.....الفقرة الأولى: القبض
- 316.....الفقرة الثانية: الحبس المؤقت وأثره على حقوق الدفاع.
- 326.....الفصل الثاني: حماية حق المتهم في الدفاع في مرحلة المحاكمة.
- 327.....المبحث الأول: الخصوصية الإجرائية لمرحلة المحاكمة الجزائية.
- 327.....المطلب الأول: أسس المحاكمة العادلة.
- 328.....الفرع الأول: مبدأ العلنية.
- 328.....الفقرة الأولى: الأهمية الإجرائية للمحاكمة العلنية.
- 332.....الفقرة الثانية: العلنية أساس المحاكمة في الشريعة الإسلامية.
- 337.....الفرع الثاني: مبدأ الشفعية.
- 337.....الفقرة الأولى : مناقشة الأدلة في الجلسة.
- 340.....الفقرة الثانية: صلة المرافعة الشفهية بموضوع الدعوى.
- 344.....الفقرة الثالثة: الشفعية أساس الدفاع في الشريعة الإسلامية.
- 346.....الفرع الثالث: مبدأ الحضورية والمواجهة.
- 346.....الفقرة الأولى: إلزامية الحضورية لتحقيق المواجهة أثناء المحاكمة الجزائية.
- 351.....الفقرة الثانية: الحضورية أساس المحاكمة الجزائية في الشريعة الإسلامية.
- 353.....المطلب الثاني: حق المتهم في الدفاع من خلال أدلة الإثبات.
- 354.....الفرع الأول: حق المتهم في الدفاع من خلال أدلة الإثبات القولية.
- 354.....الفقرة الأولى: الاعتراف.
- 359.....الفقرة الثانية: الشهادة.
- 367.....الفرع الثاني: حق المتهم في الدفاع من خلال أدلة الإثبات المادية.
- 367.....الفقرة الأولى: المحررات.
- 373.....الفقرة الثانية: الخبرة.
- 377.....الفرع الثالث: حق المتهم في الدفاع من خلال الأدلة الإستخلاصية (القرائن).
- 380.....الفقرة الأولى: القرائن القانونية.
- 381.....الفقرة الثانية: القرائن القضائية.
- 389.....المطلب الثالث: تقييد سلطة القاضي في الإقتناع حماية لحق المتهم في الدفاع.
- 389.....الفرع الأول: القيود الموضوعية.

389.....	الفقرة الأولى: العنصر الموضوعي لحرية القاضي الجنائي في الاقتناع.
391.....	الفقرة الثانية: العنصر الشخصي لحرية القاضي الجنائي في الاقتناع.
396.....	الفرع الثاني: القيود الإجرائية.
396.....	الفقرة الأولى: تقييد المحكمة بحدود الدعوى المحالة إليها وسلطتها في تغيير التهمة.
401.....	الفقرة الثانية: تسبيب الأحكام القضائية الجزائية.
406.....	المبحث الثاني: حق المتهم في الدفاع من خلال طرق الطعن في الأحكام الجزائية وآثار قبولها..
406.....	المطلب الأول: طرق الطعن العادية.
407.....	الفرع الأول: المعارضة
407.....	الفقرة الأولى: شروط الطعن بالمعارضة.
410.....	الفقرة الثانية: آثار المعارضة.
415.....	الفرع الثاني: الاستئناف.
418.....	الفقرة الأولى: شروط الاستئناف.
422.....	الفقرة الثانية: الآثار الاستئناف.
427.....	المطلب الثاني: طرق الطعن غير العادية.
428.....	الفرع الأول: الطعن بالنقض.
429.....	الفقرة الأولى: مدى جواز الطعن بالنقض.
430.....	الفقرة الثانية: صحة شكل الطعن.
433.....	الفقرة الثالثة: جدية موضوع الطعن بالنقض.
438.....	الفقرة الرابعة: آثار الطعن.
443.....	الفرع الثاني: الطعن بالتماس إعادة النظر.
443.....	الفقرة الأولى: شروط الطعن بالتماس إعادة النظر.
445.....	الفقرة الثانية: إجراءات تقديم التماس إعادة النظر.
446.....	الفقرة الثالثة: حكم المحكمة العليا في الالتماس إعادة النظر وآثاره.
448.....	الفقرة الرابعة: اللجنة الخاصة بالتعويض عن الحبس غير المبرر.
454.....	خاتمة.
461.....	المراجع.
484.....	فهرست.

الملخص

الجريمة، والمتهم، والتحقيق، والمحاكمة، والحكم الجزائي، العناصر التي تتشكل من خلالها الدعوى الجزائية بكل مراحلها وإجراءاتها، والتي ترتبط ببعضها البعض في كل متكامل لايقبل التجزئة، بواسطة رابط وحيد ومنفرد وهو حق المتهم في الدفاع.

فرغم هيمنة هذا الحق على كامل مراحل الدعوى الجزائية، ضمانا للشرعية الإجرائية، وتثبيتا لأسس المحاكمة العادلة، إلا أن القانون الوضعي بمختلف مشاريعه الدولية والوطنية، لم يصل بعد إلى صياغة نظرية شاملة ومتجانسة تتكيف مع كل الظروف، وكل المستجدات.

هذه الشمولية التي تعتبر مطلبا إنسانيا عالميا، تحقق في ظل الشريعة الإسلامية، سواء من حيث تكريس هذا الحق، أو من حيث حمايته وتطبيقه من طرف قضائتها، أو من حيث صياغته من طرف فقهاءها في قواعد فقهية جامعة " كقاعدة رجوع القاضي عن حكمه، والزامه بضرورة إجراء الصلح بين المتهم والضحية، ورجوع المتهم عن إقراره "، لأنها جاءت مقومة للفساد الذي استشرى قبل ظهورها، وملهمة لكل من يبحث عن حقيقة حقوق الدفاع بكل معانيها، الأمر الذي يتجلى بمناداة جميع الدوائر القانونية التي تمثل القانون الوضعي بعد الحرب العالمية الثانية، بضرورة احترام حقوق الدفاع، خصوصا تلك الخاصة بالمتهم.

فمن خلال الحوار الدائر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، تبلورت لحقوق الدفاع دعائم، لايمكن أن يثبت صرحها في حالة انهيار إحداها، التي تنوعت ما بين دعائم دستورية، ودعائم تنظيمية، ودعائم إجرائية. هذه الدعائم لا تتجلى صلابتها وقدرتها على أن تنوء بحمل حق المتهم في الدفاع إلا عند ممارسة الدعوى الجزائية بمختلف مراحلها، فهي الضابط الرئيسي لشرعية الإجراءات. هذا المبدأ دفع بمعظم القوانين الوضعية بعد أن التزمت بضرورة توفيرها للمتهم عند التحقيق معه ومحاكمته إلى وجوب حمايتها. فأصبح البحث عن الحقيقة مرهوناً بحماية حقوق الدفاع، وبالتالي فأي تعديل يهدف إليه فقهاء القانون الوضعي سيكون لا محالة نحو تدعيم حقوق الدفاع لا الانتقاص منها، لأنها أصبحت روح الإجراءات الجزائية.

الكلمات المفتاحية: الشريعة الإسلامية، القانون الوضعي، المتهم، حقوق الدفاع، المحاكمة العادلة، أصل البراءة، الشرعية الإجرائية.

Résumé

Le crime, l'accusé, l'enquête et La poursuite pénale, sont les éléments à travers lesquels est formée l'action pénale sous toutes ses étapes et procédures, et qui sont reliées les unes aux autres dans un ensemble intégré indivisible et c'est le droit de l'accusé à la défense.

Malgré la prédominance de ce droit tout au long de l'ensemble des procédures pénales, afin d'assurer la légitimité de la procédure, et la confirmation des fondements d'un procès équitable, mais que le droit positif de toutes ses dispositions internationales et nationales, n'a pas encore atteint la formulation de la théorie complète et homogène qui s'adapte à toutes les conditions et tous les développements .

Cette intégration, qui est une exigence humaine et mondiale , réalise en vertu de la loi islamique, tant en termes de consacrer ce droit, de sa protection et application par les juges ou en termes de sa formulation par des juristes dans les règles jurisprudentielles universelles telles que les choses avec ses fins, la origine, la constance du préjudice , la justice de l'habitude , la 'clairance de l base du recours du juge , l'obligation de donner la nécessité de tenir la conciliation entre l'accusé et la victime et le recours de l'accusé sur son aveu » parce qu'elle est venue pour lutter contre la corruption qui s'est propagée avant son apparition , tout en inspirant pour tous ceux qui cherchent la vérité du droit de défense, qui se traduit par appel à toutes les circonscriptions juridiques qui représentent le droit positif après la deuxième guerre mondiale pour la nécessité de respecter les droits de la défense, en particulier ceux de l'accusé.

A travers le dialogue qui s'est déroulé entre le droit islamique et le droit positif, des appuis de droit de la défense ont été concrétisés qui ne peuvent pas être prouvés dans le cas de l'effondrement de l'un d'eux, et qui se varient entre appuis constitutionnels, réglementaires et appuis procéduraux. la dureté et la capacité de ces appuis nese manifestent à être submergés de porter le droit de la défense de l'accusé, qu'à l'exercice de l'action publique à travers les différentes étapes, ils sont considérés comme l'agent principal de la légitimité de la procédure, chose qui a incité certains droits positifs à la nécessité de les protéger après leur engagement à être disponible à l'accusé lors de son procès et de l'enquête effectuée avec lui. la recherche de la vérité dépendra de la protection des droits de la défense, et par conséquent, toute modification que les juristes du droit positif visent, va inévitablement vers le renforcement des droits de la défense, car ils sont devenus l'esprit de la procédure pénale.

Mots clés : la loi islamique, le droit positif, l'accusé, les droits de la défense, le légalité procédurale. jugement équitable, la présomption d'innocence,

Abstract

The crime, the accused, the investigation and the penal prosecution are the elements through which criminal action is formed in all its stages and procedures and which are linked together in an indivisible integrated whole, Is the right of the accused to the defense.

Despite the predominance of this right throughout all criminal proceedings, in order to ensure the legitimacy of the proceedings and to confirm the basis for a fair trial, the positive law of all its international and national provisions, has not yet reached the formulation of the complete and homogeneous theory which adapts to all conditions and all developments.

This integration, which is a human and global requirement, is carried out under Islamic law, both in terms of enshrining this right, its protection and application by judges or in terms of its formulation by jurists in the universal jurisprudential rules as That with its ends, the clearance of origin, the constancy of prejudice, the justice of habit, the basis of the judge's appeal, the obligation to give conciliation between the accused and the Victim and the accused's recourse to his confession "because he came to fight the corruption that spread before his appearance, while inspiring for all those who seek the truth of the right of defense, which translates By appeal to all the legal districts that represent the positive law after the Second World War for the need to respect the rights of the defense, especially those of the accused.

Through the dialogue that took place between Islamic law and positive law, defense law support has been put into practice which can not be proved in the case of the collapse of one of them, and Which vary between constitutional, regulatory and procedural supports. The harshness and the capacity of these supports do not appear to be overwhelmed by the right to defend the accused, but by the exercise of criminal proceedings at various stages, they are regarded as the chief agent of The legitimacy of the proceedings, which prompted some positive rights to the need to protect them after their pledge to be available to the accused during his trial and the investigation carried out with him. The pursuit of the truth will depend on the protection of the rights of the defense and, consequently, any modification which the lawyers of positive law aim at, will inevitably lead to the strengthening of the rights of the defense because they have become the spirit criminal procedure . of the

Keywords: the Islamic law, the positive law, the accused, the rights of the law. defense, fair trial, the presumption of innocence, procedural