The present paper therefore highlights this principle from the legal perspective, and what it bestows of criminals guarantees, protecting their rights from being snatched.

Key word:

The principle of legitimacy.

مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في المواجهة المستمرة بين السلطة والأفراد على الحريات العامة، ذلك أن الدولة - وبما تملك من سلطان - تستطيع ومن خلال أجهزتها المختلفة - أن تمارس سلطانها ذاك - لتنال من المتهم بدعوى حفظ الأمن والاقتصاص من المجرمين، إلا أن المجتمعات المدنية وخصوصاً في عصرنا هذا - لا ترضى أن يكون ذلك على حساب هدر كرامة الإنسان، وسلبه لحريته، خصوصاً وأن المتهم في هذه المرحلة - ما زال يحكم له بالبراءة التي ولد عليها حتى يثبت العكس.

ولمّا كانت هذه العلاقة الشائكة ما بين السلطة في دعوى حفظ الأمن، والأفراد في دعوى حفظ الحريات العامة، كان لا بد من الاحتكام إلى مبادئ واضحة تنظّم مسألة التجريم والعقاب، وتكفل للمتهمين الضمانات اللازمة لحمايتهم من تغوّل السلطة عليهم باعتبارهم الطرف الأضعف .

ولعل من أهم المبادئ التي تحكم العملية تلك - هو مبدأ الشرعية الجنائية، وتأتي هذه الدراسة لتوضيح مفهوم هذا المبدأ وتأصيله الشرعي والضمانات التي يحققها للمتهم.

أهمية الدراسة:

أولاً: إن وقوع الجريمة يُنشئ حقاً للدولة في العقاب الأمر الذي يتطلب معرفة الوسائل والضوابط الشرعية التي يمكن على أساسها اقتضاء هذا الحق.

ثانياً: إن تنظيم مسألة التجريم والعقاب وبناءها على أسس قانونية مضبوطة يزيل الإشكالية القائمة ما بين السلطة في دعوى حفظ الأمن والأفراد في دعوى حفظ الحريات العامة.

المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية
العدد الثاني – يوليو 2015

الدراسات السابقة:

إن مبدأ الشرعية من أهم المبادئ التي تستند إليها معظم القوانين في دول العالم اليوم، لذلك حظي بكثير من الدراسات القانونية التي سلطت الضوء عليه من حيث تعريفه ونشأته وتطوره وأقسامه، أما الدراسات الشرعية التي عنيت بالموضوع فما زالت قليلة، وفي الغالب تتناول الموضوع بشكل عام للتدليل على أسبقية التشريع الإسلامي في هذا المجال دون محاولة صياغة المادة العلمية في قوالب قانونية حديثة بعيداً عن السرد التاريخي.

ومن أهم تلك الدراسات:

1- "مبدأ الشرعية الجنائية دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي" د. عصام عفيفي عبد البصير، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، سنة 2007م.

وقد تناول الباحث فيه مفهوم المبدأ ونشأته وتطوره وأقسامه من وجهة نظر فقهاء القانون الوضعي، ثم عرض للجانب الشرعي فذكر أسبقية الشريعة الإسلامية في تقريرها لهذا المبدأ، ثم عرض لطريقة الشريعة الإسلامية في تطبيقها لهذا المبدأ.

ورغم أهمية الدراسة وما تضمنته من فوائد إلا أنها لا تغني عن دراستي هذه، ذلك أن دراستي تهدف إلى تقديم خلاصات مفيدة عن مبدأ الشرعية في الفقه الجنائي الإسلامي والضمانات التي يحققها هذا المبدأ للمتهمين- مصاغة بقوالب قانونية حديثة، وبعيداً عن السرد الموسوعي، بحيث تمكّن الدارس من الإفادة منها دون أن يكون بحاجة إلى الغوص في الخلافات الفقهية بين العلماء.

2- "مبدأ الشرعية في الفكر الإسلامي والعالمي" لِـ ميرغني النصري، دار الجيل، بيروت - لبنان، سنة 2005م.

والكتاب يعرض لمبدأ الشرعية في الفكر الإسلامي ويدلل على ذلك من خلال النصوص الشرعية من القرآن والسنة، ويذكر أقسام الشرعية، وطريقة الشريعة في تطبيق هذا المبدأ في الجرائم المختلفة، ويقارن ذلك مع المبدأ في الفكر الوضعي.

والكتاب لا يغني عن دراستي هذه كونها تهدف إلى تقديم خلاصة ما انتهت إليه آراء الفقهاء القدامى والمحدثين في هذا الجانب بقوالب قانونية، وصياغة حديثة، تخاطب

المهتمين بلغة العصر، إضافة إلى بيان الضمانات المترتبة على هذا المبدأ لإحداث نوع من التوعية بضرورة عدم الإخلال بهذه الضمانات أو الانتقاص منها.

3- "الشرعية والإجراءات الجنائية " د. أحمد فتحي سرور، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، سنة 1977م.

والكتاب على أهميته إلا أنه يتناول المبدأ من جوانبه القانونية الوضعية فقط، دون البحث في الجوانب الشرعية.

خطة البحث (هيكلية الدراسة):

التمهيد: أدبيات الدراسة وإطارها النظري ويشمل :

المقدمة.

مشكلة الدراسة .

أهمية الدراسة

الدراسات السابقة.

خطة البحث.

المبحث الأول: شرعية الجرائم والعقوبات (الشرعية الموضوعية).

المطلب الأول: تحديد مفهوم الشرعية في الاصطلاح القانوني.

المطلب الثاني: شرعية الجرائم والعقوبات في الاصطلاح الشرعي.

المطلب الثالث: نشأة مبدأ الشرعية وتطوره.

المطلب الرابع: آليات تنفيذ مبدأ الشرعية في القوانين الوضعية وفي الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: شرعية الإجراءات (الشرعية الإجرائية).

المطلب الأول: أهمية الشرعية الإجرائية.

المطلب الثاني: المقصود بالشرعية الإجرائية:

المطلب الثالث : الشرعية الإجرائية في الفقه الجنائي الإسلامي.

المبحث الثالث : شرعية التنفيذ في الفقه الجنائي الإسلامي.

المطلب الأول: تحديد المقصود بشرعية التنفيذ القضائي.

المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية
العدد الثاني – يوليو 2015

المطلب الثاني: أهم المبادئ التي تحكم شرعية التنفيذ العقابي.

المبحث الرابع: الضمانات التي يحققها مبدأ الشرعية للمتهم:

المطلب الأول: يمنع من تحكم السلطة وتعسفها في حقوق الأفراد وحرياتهم.

المطلب الثاني: يضمن عدالة القضاء واستقلاله .

المطلب الثالث: معرفة المتهم للجهة القضائية المختصة ونوعها.

المطلب الرابع: المعرفة المسبقة للعقوبة المقررة على الجرم.

المطلب الخامس: المساواة بين المتهمين جميعاً.

الخاتمة، وتتضمن: النتائج والتوصيات.

تمهيد:

يُعدّ مبدأ الشرعية من أهم المبادئ والأسس التي تقوم عليها فلسفة التشريعات الجنائية في مختلف دول العالم ، ورغم أن المشتغلين في هذا الفن قديماً - كانوا يعبّرون عن هذا المبدأ من خلال شقه الموضوعي - وهو شرعية الجرائم والعقوبات - إلا أن المشتغلين بالفقه الجنائي اليوم يرون أن مبدأ الشرعية هو أوسع من ذلك بكثير، فهو- إضافة لما سبق- يشمل الشرعية الإجرائية، وكذلك شرعية التنفيذ العقابي.

وسبب تركيز اهتمام الفقهاء على الجانب الموضوعي هو أهمية هذا الجانب وكونه صلب مبدأ الشرعية، وما الشرعية الإجرائية وشرعية التنفيذ العقابي إلا وسائل تهدف أساساً خدمة المبدأ في شقه الموضوعي.

وسنعرض في هذه الدراسة لجوانب هذا المبدأ وأقسامه.

المبحث الأول : شرعية الجرائم والعقوبات (الشرعية الموضوعية).

المطلب الأول : تحديد مفهوم الشرعية في الاصطلاح القانوني .

ساد بين فقهاء القانون القاعدة الهامة التي نصها : " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" وبناء على هذه القاعدة التي سادت - بنصها - في أغلب دساتير العالم، درج الفقهاء على تعريف مبدأ الشرعية بأنه: "عدم جواز تجريم أحد من الناس ومعاقبته بدون نص قانوني سابق ".[1]

(1) انظر محمد محدة ، ضمانات المتهم أثناء التحقيق ، دار الهدى ، الجزائر ، ط1 ، 1991م ، ص 9 .

المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية
العدد الثاني – يوليو 2015

ومما يُلحظ على التعريف أنه ينصرف إلى الشرعية الموضوعية، أما إن كان يراد بالتعريف عموم مبدأ الشرعية فيعتبر التعريف قاصراً، وبسبب ذلك انبرى بعض الفقهاء إلى نقد هذا التعريف، ورأوا ضرورة أن يكون التعريف جامعاً مانعاً، فبدأ هؤلاء بتحديد مفهوم مبدأ الشرعية بحيث تتسع مظلته لتشمل الشق الموضوعي والشق الإجرائي إضافة لشرعية التنفيذ القضائي. (1)

يقول الدكتور فتحي سرور: " إن هذا المبدأ يعتمد على عنصرين هما:

أنه مهما كان فحوى القانون فإن كل سلطة في الدولة هي نتاج القانون، وتعمل وفقاً للقانون، افتراض أن القانون نفسه يعتمد على مبدأ سامٍ هو احترام الشخص الإنساني.

ويضيف سرور قائلاً: "وبناء عليه، فمبدأ الشرعية يمكن تعريفه بأنه:" ذلك الذي يعبّر عن القواعد والنظم والإجراءات الأساسية لحماية الفرد في مواجهة السلطة، ولتمكينه من التمتع بكرامته الإنسانية " (2)

وعرّفه آخر فقال: "ومعنى الشرعية بإيجاز: تأسيس الجرائم على اعتبارات من مصلحة المجموع، واحترام الحريات الفردية". (3)

كما عرّفه الدكتور محمد محدة فقال:" إن مبدأ الشرعية الجنائية هو حكم القانون وسيطرته سيطرة كلية ومطلقة على عملية التجريم والعقاب وإجراءاتهما، متابعة وحكماً، وكيفية توقيع العقوبة، وتنفيذ الأحكام بما يضمن حرية الأفراد، ويؤمن المجتمع" . (4)

والناظر في التعريفات السابقة رغم ما يلحظ على بعضها من عموم أو سرد أحياناً - يجدها تلتقي جميعها لتصب في بوتقة سيادة القانون وسيطرته في الدولة وعليها، وهذا ما جعل البعض يفسر الشرعية بقوله: خضوع الحاكم والمحكوم للقانون. (5)

ولمّا كانت سلامة التعريف تقتضي أن يعبّر عن كافة مدلولاته بأقل ما يمكن من المفردات،

(1) انظر رمسيس بهنام : الجريمة والمجرم والجزاء ، منشأة المعارف ، 1973م ، ص 64 . وانظر محمد زكي أبو عامر : الإجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية، ص 37 .

(2) انظر أحمد فتحي سرور : الشرعية الإجرائية ، دار النهضة العربية ، ص 102 .

(3) انظر علي راشد : تخطيط السياسة الجنائية ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد 1 ، 1970 م ، ص 231 .

(4) انظر محمد محدة ضمانات المتهم أثناء التحقيق ، ص 176 .

(5) انظر محمد محدة ضمانات المتهم أثناء التحقيق ، ص 176 .

المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية
العدد الثاني – يوليو 2015

لذلك يمكن تعريف مبدأ الشرعية في الفقه الجنائي بأنه خضوع الحاكم والمحكوم للقانون أثناء عمليتي التجريم والعقاب بما يضمن حرية الأفراد ويؤمّن المجتمع .

المطلب الثاني : شرعية الجرائم والعقوبات في الاصطلاح الشرعي.

لقد ورد الكثير من الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة الدالة على مبدأ الشرعية ومن ذلك:

1- قوله تعالى: ﴿ وَلاَ تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاء إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاء سَبِيلاً ﴾ [النساء آية 22]، وقوله تعالى:﴿ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء آية 23].

وجه الدلالة:

كانت بعض أعراف العرب تبيح للرجل أن يرث زوجة أبيه كما يرث سائر أمواله، ويُعد ذلك حقاً يكتسبه بمجرد موت أبيه ، فجاء الإسلام وشنّع هذا الفعل، وعدّه من الفواحش المقيتة، وكذلك كانت العرب تجمع بين الأختين في النكاح، فجاء الإسلام وحرّم ذلك، إلا أن النصين الكريمين استثنيا ما كان قد وقع في زمن الجاهلية وبذلك يتضح لنا منهج القرآن في التحريم، وأن المؤاخذة على الفعل يُستثنى منها ما كان في زمن الجاهلية، رغم أن الفعل في ذاته قبيح عند العقلاء قبل التحريم وبعده. [1] وفي هذا بيان جلي أنه لا عقاب إلا بنص سابق على الفعل.

2- قوله تعالى: ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً ﴾ [الإسراء، آية 15]، وكذلك قوله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا ﴾ [القصص آية 59] ، وقوله تعالى: ﴿ رُّسُلاً مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلاَّ يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا ﴾ [النساء آية 165].

وجه الدلالة:

تؤكد النصوص الكريمة المنهج القرآني المشار إليه آنفاً - من أنه لا تكليف إلا برسالة وتبليغ، وبذلك يتضح جلياً أن حكمة الله تعالى قد قضت بعدم إيقاع العقوبة على واحد من عباده، إلا بعد أن يُبلّغه رسالته وينذره بسوء العاقبة إن خالف منهجه.

(1) انظر محمد أبو زهرة : الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ، دار الفكر العربي ، ص 173 .

المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية
العدد الثاني – يوليو 2015

كما أن الإسلام لم يقتصر على عدم العقوبة على الأفعال ما لم يكن نص يُحرّم، بل تجاوز ذلك حتى جعل الجرائم التي جاءت بها النصوص لا يعاقب عليها من سيدخل في الإسلام إذا كان قد ارتكبها قبل الإسلام، ولم يكن للمسلمين عليه حكم نافذ [1]، ولذلك قال تعالى: ﴿ قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُواْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ ﴾ [الأنفال آية 38].

3- ما ثبت عن النبي (ﷺ) قوله في خطبة الوداع: " ألا كل شيء من أمر الجاهلية تحت قدمي موضوع ، ودماء الجاهلية موضوعة ، وإن أول دم أضع من دمائنا دم ابن ربيعة بن الحارث كان مسترضعاً في بني سعد فقتلته هذيل، وربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضع ربانا ربا العباس بن عبد المطلب فإنه موضوع كله ... ". [2]

وجه الدلالة:

لقد أكد النبي(ﷺ) على المنهج القرآني سالف الذكر من أنه لا عقاب إلا بنص سابق بدليل وضعه دم الجاهلية وربا الجاهلية، وفي هذا بيان جلي أنه لا عقاب إلا بنص سابق على الفعل.

4- صح في الحديث أنه لمّا أسلم عمرو بن العاص بايع النبي (ﷺ) على نصرته فقال عمرو: " على أن يغفر الله ما تقدم من ذنبي " فقال له النبي (ﷺ): " يا عمرو أما علمت أن الإسلام يهدم ما قبله " [3].

وجه الدلالة:

إن قوله (ﷺ) لعمرو : " أما علمت أن الإسلام يهدم ما كان قبله " قرر قاعدة عامة من قواعد الفقه الإسلامي وهي أن الإسلام يَجُبّ ما قبله ، وعليه فكل من ارتكب جريمة قبل إسلامه فلا يؤخذ بها بعد إسلامه ، ذلك لأنه غير مخاطب بتكاليف الشرع الحنيف قبل إسلامه.

5- ما روي أن عمر (رضي الله عنه) نهى الرجال أن يطوفوا مع النساء، وكان ذلك مباحاً من قبل، فرأى رجلاً يطوف مع النساء فضربه بالدرة، فقال: " والله إن كنتُ أحسنت فقد ظلمتني، وإن كنت أسأت فما علمتني، فقال عمر: " أما شهدت عزمتي ألا يطوف

(1) انظر محمد أبو زهرة : الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ، ص 174 .
(2) رواه مسلم في كتاب (الحج) باب (حجة النبي (ﷺ)) انظر صحيح مسلم ج8/ 182 .
(3) رواه مسلم في كتاب (الإيمان) باب (كون الإسلام يهدم ما قبله) ج128/1 .

المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية
العدد الثاني – يوليو 2015

الرجال مع النساء؟ فقال الرجل: " ما شهدت لك عزمة ، فألقى إليه عمر بالدرة وقال له : اقتص .. " [1]

وجه الدلالة :

إن قول عمر (رضي الله عنه) للرجل: "اقتص" بعد علمه أنه لم يصل إليه نهيه عن طواف الرجال مع النساء يدل على أن استحقاق العقاب متوقف على سبق الإنذار به .

إن النصوص الشرعية السابقة تفيد بمجموعها أن من يرتكب فعلاً أو سلوكاً ما لا يعاقب على هذا الفعل أو السلوك إلا إذا كان قد سبقه نص تشريعي يوجب ذلك العقاب.

ومن مجموع تلك النصوص - منطقاً ومنطوقاً - استخرج الفقهاء قاعدتين أصوليتين مضمون الأولى: "لا تكليف قبل ورود الشرع " [2] ومضمون الثانية:" الأصل في الأشياء الإباحة" [3] ومجموع هاتين القاعدتين يفيد حتماً القاعدة القانونية الحديثة التي يطلق عليها (الشرعية) والتي مفادها أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

ثم إن تطبيق هاتين القاعدتين في مجال الفقه الجنائي يعني حظر العقاب على كل صور السلوك التي لم يرد نص بتجريمها ، وقصر العقاب على صور السلوك المجرّمة عند ارتكابها بعد ورود النص القاضي بالتجريم. [4]

يقول القاضي أبو يعلى الفراء ذاكراً ضوابط حق الحاكم المسلم في توقيع العقاب على أفعال تستوجب التعزير بقوله: " ويقدم الإنكار ، ولا يعجل بالتأديب قبل الإنذار" . [5]

المطلب الثالث : نشأة مبدأ الشرعية وتطوره.

بعد تحوّل الدولة الرومانية إلى الإمبراطورية ببضعة سنوات بدأت الدولة تنزلق مرة أخرى - إلى هوة الاستبداد والظلم والاعتداء على الحريات العامة وحقوق الإنسان، وخصوصاً بعد أن قام الإمبراطور بتركيز السلطات المدنية والعسكرية وحتى الدينية بين

(1) انظر ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، دار المعرفة ، بيروت ، 1970م ، ج3/ 480 .
(2) الآمدي : الأحكام في أصول الأحكام ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1983م ج1 ، ص 79 .
(3) الشوكاني: إرشاد الفحول في تحقيق الحق من علم الأصول، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1994،1م ، ص 12 .
(4) انظر محمد سليم العوا : في أصول النظام الجنائي الإسلامي ، دار المعارف ، ط3 ، 1983 ، ص 59 .
(5) الفراء ، الأحكام السلطانية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ص 66 .

المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية
العدد الثاني – يوليو 2015

يديه، فأصبح ت أوامر الملك تتمتع وحدها بقوة القانون إذ له سلطة تجريم الأفعال بمطلق إرادته، كما كان القضاة يملكون سلطة تحكمية في تجريم الأفعال والعقاب عليها -باسم الملك- ودون نص قانوني. [1] وظل الاعتداء على حقوق الإنسان وكرامته هو السائد منذ ذلك الحين في أغلب القوانين الوضعية القديمة، وإن اعترى الأمر - ما بين الفينة والأخرى - المد والجزر في هذا المجال.

وفي أواخر القرن السابع عشر وأوائل القرن الثامن عشر الميلادي بدأت رياح التغيير تهب على أوروبا من جانبين:

الأول: جانب رجال القانون في فرنسا.

الثاني: جانب فلاسفة ذلك العصر وأدبائه.

فقد أسفر عمل رجال القانون - الدؤوب عن إلغاء نظام الاستجواب الشهير، والذي كان يضفي الشرعية القانونية على التعذيب بكافة صوره، والذي كان يمارس على المتهمين. ثم ظهر الفيلسوف الفرنسي (فولتير) بمؤلفاته الشهيرة - مطالباً برد اعتبار المتهم البريء . [2]

وبعد ذلك ظهر كتاب الجرائم والعقوبات للفيلسوف الإيطالي (بيكاريا) وذلك سنة 1764م، وقد حرص فيه المؤلف على تأكيد أن إدانة المتهم يجب أن تؤسس على الاقتناع اليقيني للقاضي ووجه نقداً مريراً إلى نظام الأدلة القانونية السائد آنذاك، إذ اعتبره مصدراً للخطأ القضائي وسبيلاً للظلم، وانتقد التعذيب وإن كان وسيلة لاستجلاء الحقيقة باعتبار أن هذا التعذيب يعتبر عقوبة في حد ذاته. [3]

ثم جاءت الثورة الفرنسية سنة 1789م في أعقاب هذا الحراك، وكان مما تضمنته مبادئ هذه الثورة تقرير مبدأ الشرعية، والذي يقضي بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وبذلك فقد تم نزع غطاء الشرعية عن أي ظلم أو تعسف يقع على الأفراد وحرياتهم من قبل السلطة . [4]

(1) انظر عمر الفاروق : تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف ، ص 13 وما بعدها .
(2) المرجع السابق ، وانظر رمسيس بهنام : الجريمة والمجرم والجزاء ، ص 189 .
(3) المراجع السابقة ، وانظر محمد العوا : في أصول النظام الجنائي الإسلامي ص 56 .
(4) انظر عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الإسلامي ج1 / ص 119 .

المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية
العدد الثاني – يوليو 2015

وقد اكتسبت القاعدة كذلك إقراراً عالمياً، فنص عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10/ ديسمبر عام 1948م ، وأخذت بها معظم دساتير العالم وقوانين العقوبات في الدول المختلفة.

وقد نص عليه كذلك في الدستور الأردني المادة رقم [8] والتي جاء فيها : " لا يجوز أن يوقف أحد أو يحبس إلا وفق أحكام القانون" . [1]

أما نشأة هذا المبدأ في الشريعة الإسلامية فيعود إلى نشأة الشريعة ذاتها ، إذ دلت النصوص الشرعية - والتي أوردنا بعضاً منها سابقاً - على سبق الشريعة إلى تقرير هذا المبدأ وبآليات تنفيذ محكمة متميزة، تنبئ عن إعجاز تشريعي باهر .

لقد وصل فقهاء القانون إلى تقرير هذا المبدأ بعد صراع طويل خسر العالم أثناءه الكثير الكثير من الأرواح والحقوق والكرامات، رغم أن الشريعة الإسلامية كانت قد قررت هذا المبدأ منذ قرون.

المطلب الرابع: آليات تنفيذ مبدأ الشرعية في القوانين الوضعية وفي الشريعة الإسلامية.

لقد أفرط القانون الفرنسي في الاستمساك بمبدأ الشرعية حتى أنه أحصى الجرائم وعدها عداً ووضع لكل جريمة عقوبتها مقترنة بها، ولم يكن للعقوبة حد أعلى وحد أدنى، بل كانت أمراً واحداً لا هوادة فيه، وكانت مهمة القاضي منحصرة في أن يحكم بالعقوبة إذا أظهرت الأدلة أن المتهم مُدان، وأن يحكم بالبراءة إذا لم تثبت التهمة، دون أن يكون لظروف المتهم أو الجريمة أي أثر على العقوبة، ولم يكن للسلطة التنفيذية حق العفو أو تخفيض العقوبة، بل كانت مهمتها تنحصر في تنفيذ الحكم أياً كان، كما يتعين على القاضي الجنائي - إذا عرض عليه أمر - أن يحكم بالبراءة مهما كان الأمر المعروض عليه معيباً أو مستهجناً ما دام لا يوجد نص خاص يجرّم هذا الأمر. [2]

ولكن هذا التشدد والحرفية في تطبيق المبدأ أفقدته الكثير من المحاسن والثمرات التي كانت مرجوّة من تطبيقه، خصوصاً إذا ما علمنا أن الكثير من القوانين الأوروبية تأخذ

(1) انظر محمد الحلبي : شرح قانون العقوبات الأردني ، القسم العام ، مكتبة بغدادي ،عمان ، ط1 ، 1993م ص 437 .
(2) انظر أبو زهرة : الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ، ص 171 ، وانظر عبد القادر عودة : التشريع الجنائي ج1 / ص 157 .

المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية
العدد الثاني – يوليو 2015

بنظام المُحَلّفين، وهم أناس ينقادون لعواطفهم، ولمّا كان القاضي لا يملك التصرف في العقوبة لا تطبيقاً ولا تخفيفاً - كان هؤلاء المحلفين يقررون - وفي كثير من الحالات - عدم إدانة المتهم، لا لأنهم برآء، وإنما تحرّجاً من معاقبتهم بالعقوبة الشديدة المنصوص عليها في القانون والتي لا يملك أحد تغييرها أو التساهل في تطبيقها .[1]

وقد اضطر المشرع الفرنسي إلى تعديل النظام فجعل لكل عقوبة حدّين، حد أدنى وحد أعلى وترك للقاضي حرية تقدير العقوبة فيما بين هذين الحدّين ، كما أنه جعل لكثير من الجرائم عقوبتين، وترك للقاضي أن يحكم بهما معاً أو أن يختار إحداهما فقط.[2]

انتقل المبدأ من القانون الفرنسي إلى القوانين الوضعية الأخرى، وقد تطورت التشريعات في هذا الجانب - تطوراً كبيراً بفعل التجربة والاختبار وحاجات الجماعة المتجددة ، فأعطي القضاة حق إيقاف تنفيذ العقوبة، وأعطيت السلطة التنفيذية الحق في العفو عن العقوبة أو تخفيضها وحق الإفراج تحت الشرط، ونحو ذلك مما لم يكن مسموحاً به سابقاً.[3]

ورغم كل ذلك التطور للمبدأ في القوانين الوضعية - إلا أن المبدأ لم يحقق بعد - ما ينشده فقهاء القانون منه، ويبدو أن سبب ذلك يعود إلى آليات تطبيق المبدأ، إذ تطبق القوانين الوضعية المبدأ بطريقة واحدة وعلى كل الجرائم بصرف النظر عن درجة خطورتها، كما أن سلطة القاضي في القوانين الوضعية هي سلطة ضيقة لا يملك معها القدرة الكافية التي تساعده على معالجة المجرم والإجرام علاجاً يتفق مع المصلحة العامة.

أما فقه الشريعة فقد نحا في تطبيقه لمبدأ الشرعية منحىً مختلفاً، فرغم سريان القاعدة على جميع الوقائع الجرمية سواء تلك التي تستوجب عقوبة حدية أم تستوجب القصاص أو الدية أو التعزير، إلا أن الشريعة طبقتها تطبيقاً دقيقاً في جرائم الحدود والقصاص والدية، حيث يأتي النص محدداً الفعل المجرّم والعقوبة المقررة له، وطبقتها

(1) انظر عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الإسلامي ج1 / ص 157 .
(2) أنظر علي بدوي : القانون الجنائي ، ص 102 .
(3) انظر كامل مرسي والسعيد مصطفى : شرح قانون العقوبات ، ص 102 .

المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية
العدد الثاني – يوليو 2015

كذلك في جرائم التعازير، إلا أنها جعلت من إطارها إطاراً مرناً [1] حيث تبين النصوص الأفعال التي تعتبر- أو يمكن أن تعتبر- جرائم تعزيرية، ويترك تحديد العقاب عليها للسلطة المختصة بذلك في الدولة الإسلامية، تراعى في تقديره وتوقيعه ظروف الزمان والمكان وشخص الجاني، وبما يحقق مصالح المسلمين بعيداً عن الهوى والتشهي. [2]

ولهذه الغاية وضع الفقهاء قاعدة تضبط عمل كل من يتولى ولاية من الولايات العامة - والقضاء منها بلا شك - ونص القاعدة هو : "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة " [3]

المبحث الثاني : شرعية الإجراءات (الشرعية الإجرائية).

لمّا كان النص القانوني لمبدأ الشرعية يحصره في شقه الموضوعي، بدأ فقهاء القانون في العصر الحديث بالاهتمام بالشرعية الإجرائية وبشكل متزايد، وخصوصاً بعدما لجأت الكثير من الحكومات إلى التعسف في استخدام الحق في الاستجواب والتوقيف وانتزاع الاعترافات من المتهمين.

المطلب الأول: أهمية الشرعية الإجرائية.

إن مبدأ الشرعية في شقه الموضوعي لا ينتج أثره في حفظ حقوق الإنسان وحرياته من تسلط السلطة - إلا إذا تبع ذلك تقرير لشرعية الإجراءات، إذ الشرعية الإجرائية ما هي إلا امتداد للشرعية الجنائية وحلقة من حلقاتها العامة، فإذا ما تُرك هذا الجانب للسلطة دونما قيد أو شرط، فكأننا نهدم ما بنيناه بالشرعية الموضوعية . [4]

ولعل هذا ما دفع بعض علماء القانون لوصف اتصال هذين الشقين (بالضروري والحتمي) . [5] ويبدو لي أن هذا القول ما هو إلا تطبيق عملي للقاعدة الشهيرة في الفقه

(1) وهنا تجدر الإشارة إلى أن القوانين الوضعية رجعت لتقرير هذا الإطار المرن للعقوبة حيث جعلت للقاضي هامشاً من الحرية في اختيار العقوبة المناسبة للفعل الجرمي ، وعليه فلا يعد - في القانون - إخلالاً بمبدأ الشرعية وجود حدين للعقوبة يتراوح القاضي بينهما في إيقاع العقوبة طالما ورد النص عليهما في القانون ، وهذا ما يطلق عليه في القانون (تفريد العقاب) انظر محمد الحلبي : شرح قانون العقوبات الأردني ص 437 .

(2) انظر محمد العوا : في أصول النظام الجنائي الإسلامي ص 60.

(3) انظر الزرقا : المدخل الفقهي ج2 / 784 ، وانظر عبد القادر الدمشقي : المدخل إلى مذهب أحمد بن حنبل ، مؤسسة الرسالة ، بيروت، ط3 ، 1985م ، ص 150 .

(4) انظر عمر الفاروق : تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف ، ص 5 .

(5) انظر رمسيس بهنام : الجريمة والمجرم والجزاء ، منشأة المعارف ، ص65 .

المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية
العدد الثاني – يوليو 2015

الإسلامي والتي تنص على أن " ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب " [1]

ومن أساسيات الفقه الجنائي الحديث أن العقوبة، وإن كانت مقررة في القانون إلا أنها لا تفرض بشكل آلي، بل لا بد من أن تفرض بحكم قضائي، يصدر بعد تحقيق ومحاكمة، وفقاً لقواعد أصول المحاكمات الجنائية، فلا عقوبة إلا بحكم قضائي، ذلك لأن قضائية العقوبة تتمة لشرعيتها، وهذا ما يميزها عن الجزاءات الاتفاقية، كالتعويض المدني، أو التي توقع بقرار إداري كالجزاءات التأديبية . [2]

المطلب الثاني: المقصود بالشرعية الإجرائية:

إن الناظر إلى تعريفات فقهاء القانون للشرعية الإجرائية يجدهم متفقون على أن المقصود بها:" عدم اتخاذ أي إجراء جنائي ضد المشتبه به أو المتهم أو المحكوم عليه إلا بناء على قانون صادر قبل اتخاذ ذلك الإجراء وتحت إشراف القضاء، وفي حدود الضمانات المقررة بناء على قرينة البراءة " [3]

فالمحكمة وفقاً للشرعية الإجرائية لا تستطيع أن تحكم بعقوبة إلا على أساس ما جاء به القانون من تكييف لهذه الجريمة، كما أنها لا تستطيع أن تعلن العقوبات المقررة لهذه الجرائم إلا بما جاء به القانون ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن أي جهاز قضائي ومن بينها جهاز التحقيق - لا يستطيع أن يتصرف أو يقرر في الموضوعات إلا إذا كان قد نُصّب أو عُيّن لهذه المهمة من قبل القانون ، كما إن أي مجرم أو متهم لا يمكن أن يُحاكم أو أن يُحكم عليه إلا بعد محضر افتتاحي حسب القواعد والأشكال التي حددها القانون وهنا تظهر الصلة القانونية بين قواعد الشكل التي هي في الحقيقة - مكملة ومتممة لقواعد الموضوع التي لا تستطيع أن تؤدي مفعولها ولا أن تفي بالغرض الذي وضعت من أجله - دون الشق الشكلي، كما أنه لا فائدة من الشق الشكلي دون قواعد موضوعية يراد تطبيقها ، ذلك لأن القواعد الشكلية ليست مقصودة لذاتها، وإنما هي وسيلة لقصد

(1) انظر الزرقا : المدخل الفقهي ج2 / 784 ، وانظر عبد القادر الدمشقي : المدخل إلى مذهب أحمد بن حنبل ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط3 ، 1985م ، ص 150 .

(2) انظر محمد الفاضل : المبادئ العامة للتشريع الجزائي ، مطبعة الداودي ، دمشق ، ط1 ، 1976م ، ص 376.

(3) انظر أحمد فتحي سرور : الشرعية الإجرائية ، دار النهضة العربية ، ص 116 .

المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية
العدد الثاني – يوليو 2015

بها التطبيق الحسن والأمثل للشق الموضوعي. (1)

إذن وبسبب هذا الاتصال الضروري والحتمي ما بين شقي مبدأ الشرعية ، فقد وصل بعض فقهاء القانون إلى الاستنتاجات الآتية :

- ليس من الممكن اتخاذ أي إجراء قانوني أو تدبير أمني بحق أحد دون أن يكون هناك نص قانوني يجيز ذلك .
- ليس من الممكن اتخاذ أي إجراء أو تدبير أمني بحق أحد دون جريمة سابقة.
- يتخذ التدبير - كما العقوبة - نتيجة لخطورة قائمة يراد درؤها، وهذه الخطورة يجب أن تكون معينة ومحددة بقواعد عقابية ملزمة للقاضي بحيث يتم ضمان الحماية الطبيعية لأفراد المجتمع وتحقيق الطمأنينة الشاملة لهم.
- إن الإجراءات والتدابير الأمنية شأنها شأن العقوبة لا توقع إلا من قبل القضاء باعتباره هو الجهة المخوّلة بتوقيع هذه الإجراءات .

إن الإجراءات والتدابير الأمنية يشتركان مع العقوبة في الغاية التشريعية المبتغاة من ورائهما حيث أن القصد من النص عليهما هو ضمان أعلى حد ممكن من الحرية الفردية والكرامة، وعدم المس بذلك إلا بالقدر الذي يفرضه تحقيق العدالة . (2)

المطلب الثالث : الشرعية الإجرائية في الفقه الجنائي الإسلامي.

لقد ظهر مصطلح (الشرعية الإجرائية) أول ما ظهر في أدبيات ودراسات فقهاء القانون الوضعي فهو من المصطلحات القانونية الحديثة، ورغم خلو كتب فقهاء الشريعة القدامى من النص على هذا المصطلح بالذات إلا أن كتاباتهم - المتعلقة بالإجراءات الجنائية بشكل خاص والإجراءات القضائية بشكل عام والتي تتخذ من حين وقوع الجريمة إلى حين تنفيذ الحكم - تدل على أنهم كانوا محيطين به علماً، وقد فرّع العلماء كثيراً من الأحكام على أساسه كما سيظهر لاحقاً.

(1) انظر محمد محدة ضمانات المتهم أثناء التحقيق ، ص189 ، وانظر محمد زكي أبو عامر : الإجراءات الجنائية ، ص 39 .
(2) المراجع السابقة .

المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية
العدد الثاني – يوليو 2015

وتأكيداً لما أسلفت؛ يقول ابن فرحون المالكي في كتابه تبصرة الحكام ما نصه: " ...ولا غرابة في امتياز علم القضاء عن فقه فروع المذهب، 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 ذكراً، وإن أحاط بها الفقيه خبرا، وعليها مدار الأحكام والجاهل بها يخبط خبط عشواء في الظلام " (1)

وبمرور الأيام وتعقّد القضاء وكثرة القضايا ، بدأت الحاجة تظهر للكشف عن تلك الإجراءات المشار إليها - واستنباط غيرها مما يحتاجه الناس وفق ضوابط الشريعة، فكتب ابن القيم رحمه الله - كتابه العظيم المسمّى (الطرق الحكمية) وقد سبقه الماوردي في كتابه (الأحكام السلطانية)، كما ظهر بعد ذلك ابن فرحون المالكي في كتابه القيم (تبصرة الحكام في تحقيق الأقضية ومناهج الأحكام)، كما ظهرت في العصر الحديث بعض الكتابات التي استندت إلى الفقه الإسلامي فاستنبطت من ذلك الفقه وقواعده نظرية متكاملة في الدعوى وفي الإجراءات القضائية الواجب إتباعها.

- أدلة الشريعة على تقرير هذا المبدأ في شقه الإجرائي:

يمكن الاستدلال على مبدأ الشرعية في شقه الإجرائي بالأدلة الآتية:

قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلا تَجَسَّسُوا وَلا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَن يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ﴾ [الحجرات 12].

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

يشير النص صراحة إلى عدم بناء الأحكام وفق الظنون وبدون علم يقيني قاطع ، كما يشير النص إلى اجتناب تجسّس المسلم على أخيه، وبناء عليه يمكننا القول بعدم جواز استخدام مثل هذه الوسائل غير الشرعية بهدف الوصول إلى أدلة تجرّم المتهم.

قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْنِسُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ * فَإِن لَّمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ

(1) انظر ابن فرحون : تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، دار الكتب العلمية ، بيروت ج1 / ص 2-3 .

المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية
العدد الثاني – يوليو 2015

وَإِن قِيلَ لَكُمُ ارْجِعُوا فَارْجِعُوا هُوَ أَزْكَى لَكُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴾ [النور آية 27-28].

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

يحدد النص الطرق الشرعية لدخول البيوت، وضرورة الاستئذان من أصحابها - حتى بين الأقارب والمعارف والأصدقاء - وذلك لحفظ الحرمات وستر العورات حتى لا يطلع أحد على أشياء لا يرغب أصحابها في إطلاع أحد عليها، فإذا كان الأمر كذلك مع الأقارب والأصدقاء فمن باب أولى عدم جوازه للسلطات، وبناء عليه يمكننا القول بأنه لا يجوز للسلطات أن تدخل البيوت عُنوة ، ولا يحق لها تفتيشها أو مصادرة شيء منها إلا وفق الإجراءات الشرعية المنصوص عليها.

3- قوله تعالى: ﴿ وَلَيْسَ الْبِرُّ بِأَنْ تَأْتُوْا الْبُيُوتَ مِن ظُهُورِهَا وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنِ اتَّقَى وَأْتُواْ الْبُيُوتَ مِنْ أَبْوَابِهَا وَاتَّقُواْ اللَّهَ لَعَلَّكُمْ ﴾[البقرة آية 189].

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

يبين النص الكريم ضرورة سلوك الطرق الشرعية لدخول البيوت ، فليس من البر إتيان البيوت عن طريق التسلل على الأسطح والنوافذ وتسلق الأسوار، بل الطريق الشرعي لدخول هذه البيوت هو من خلال طرق أبوابها المخصصة للدخول، فإن سلك غير الطريق الشرعي فقد ارتكب باطلاً وما يترتب عليه فهو باطل مثله.

4- قوله (ﷺ): "من استمع إلى حديث قوم وهم له كارهون صب في أذنيه الآنك[1] يوم القيامة " [2].

وجه الدلالة من الحديث الشريف:

يبّين النص الشريف عظم وشناعة من يقوم بالتنصت على أحاديث الناس ويكشف الستر عن خصوصياتهم، وبناء عليه فلا يجوز للسلطة أن تفعل ذلك بحجة حفظ الأمن، وحماية المجتمع من الجريمة - لما يترتب عليه من مفاسد عظيمة أشار إليها قوله (ﷺ)

(1) الآنك هو الرصاص المذاب .

(2) مصنف ابن أبي شيبة ، دار الفكر ، 1994م ، كتاب الأدب ، ج6/ ص103 .

عندما قال: " إن الأمير إذا ابتغى الريبة في الناس أفسدهم" [1]، وهذا الفهم يؤيده أيضاً قوله (ﷺ) : " من أصاب منكم من هذه القاذورات شيئاً ، فليستتر بستر الله ، فإن من يبد لنا صفحته نقم عليه كتاب الله عز وجل " [2]

ومما يدل على ما أسلفناه، ما ورد عن الصحابة الكرام من أقوال وأفعال تؤكد على هذا الفهم وتعمل بمقتضاه، ومن ذلك :

قيل لابن مسعود (رضي الله عنه) هذا الوليد بن عقبة تقطر لحيته خمراً فقال: " إنا قد نهينا عن التجسس، ولكن إن يظهر لنا شيء نأخذه به " [3]

وجه الدلالة :

قول إن مسعود (رضي الله عنه) يدل بوضوح على حرمة سلوك طريق التجسس لإثبات الجريمة.

ب- وروي أن عمر (رضي الله عنه) حدّث أن أبا محجن الثقفي يشرب الخمر مع أصحاب له في بيته، فانطلق عمر حتى دخل عليه، فإذا ليس عنده إلا رجل، فقال أبو محجن : " إن هذا لا يحل لك قد نهاك الله عن التجسس ، فخرج عمر وتركه " [4]

وجه الدلالة:

واضح من النص أن أبا محجن حجّ عمر بحجة قوية وشرعية بعدما بيّن له أن فعله هذا من قبيل التجسس الذي لا يحل مما جعل عمر يخرج ويترك الرجل.

ج- قال عبدالله بن مسعود (رضي الله عنه): " حرست ليلة مع عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) بالمدينة إذ تبين لنا سراج في بيت بابه مجاف على قوم لهم أصوات مرتفعة ولغط ، فقال عمر: " هذا بيت ربيعة بن أمية بن خلف ، وهم الآن - شرب فما ترى ؟ " قلت: " أرى أنا قد أتينا ما نهى الله عنه !! قال تعالى " ولا تجسسوا " وقد تجسسنا، فانصرف عمر وتركهم" . [5]

(1) رواه أبو داود كتاب الأدب باب النهي عن التجسس تحت رقم 4889، ج4/ 272 ، وقد صححه الألباني في صحيح وضعيف سنن أبي داود تحت نفس الرقم الوارد .

(2) رواه مالك في الموطأ كتاب (الحدود) باب (ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنا) رقم الحديث 1562 .

(3) رواه الحاكم في المستدرك ، كتاب الحدود ، رقم 8135 ، وقال : حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

(4) مصنف عبد الرزاق الصنعاني ، ج10/ 232 .

(5) انظر الحاكم ، المستدرك على الصحيحين ،كتاب (الحدود) رقم الحديث 8136 ، وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

وجه الدلالة:

قول ابن مسعود لعمر بأن ما يفعلونه هو تجسس مخالف للنص الكريم وموافقة عمر لابن مسعود دليل على عدم جواز سلوك الطرق غير الشرعية بهدف التحقق من الجرائم أو إثباتها.

د- قول ابن مسعود (ﷺ) : " ليس في ديننا مد ولا قيد ولا تجريد " [1]

وجه الدلالة:

يشير الأثر إلى بعض مظاهر التعذيب التي قد تسلكها السلطة للحصول على اعترافات من قبل بعض المتهمين، مما يدل على عدم جواز مثل هذه الوسائل كونها غير شرعية ولا يجوز استخدامها مع المتهمين بحجة الحصول على المعلومات .

هـ- وروي عن الزهري أنه أتي برجل في الشام متهم بالسرقة ، وقد أقر بعد ضربه ، فقال عمر لا يقطع ، لأنه أقر بعد ضربه " [2]

وجه الدلالة:

لقد أوقف عمر عن السارق حد السرقة بسب أن إقراره وقع تحت التعذيب أي بطريق غير شرعي.

و- ومما يؤيد هذا ما روي عنه (ﷺ) قوله : " ليس الرجل على نفسه بأمين إن جوعته أو خوفته أو أوثقته " [3]

وجه الدلالة:

يشير عمر (ﷺ) إلى خطورة إتباع الوسائل غير الشرعية مع المتهمين والموقوفين إذ قد تؤدي هذه الوسائل بالرجل إلى حد الاعتراف على نفسه ولو كذباً للخلاص مما يتعرض له من تعذيب بسب الجوع أو الخوف أو القيد والحبس.

ز- وروي عن عبد الله بن أبي عامر قال : انطلقت في ركب حتى إذا جئنا ذا المروة سرقت عيبة [4] لي، ومعنا رجل يتهم، فقال أصحابي: يا فلان أدِ إليه عيبته، فقال: ما أخذتها،

(1) مصنف عبد الرزاق الصنعاني ، ج10 / 194 .
(2) انظر الطبري: تاريخ الأمم والملوك ج4 / 409 .
(3) انظر مصنف عبد الرزاق الصنعاني10/ 193 .
(4) العيبة ما يجعل في الثياب، انظر الجوهري ، الصحاح 1/ 190 .

المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية
العدد الثاني – يوليو 2015

فرجعت إلى عمر بن الخطاب فأخبرته، فقال: كم أنتم ؟ فعددتهم، فقال: أظنه صاحبها الذي اتهم قلت: لقد أردت يا أمير المؤمنين أن آتي به مصفوداً . فقال عمر : أتأتي به مصفوداً بغير بينة ؟ لا أكتب لك فيها، ولا أسأل لك عنها، قال: فغضب ، فما كتب لي فيها ولا سأل عنها " .[1]

المبحث الثالث: شرعية التنفيذ في الفقه الجنائي الإسلامي.

المطلب الأول: تحديد المقصود بشرعية التنفيذ القضائي.

تقتضي هذه الشرعية أن يجري تنفيذ العقوبة وفقاً للكيفية التي يحددها المشرع مستهدفاً تقويم المحكوم عليه، وذلك تحت رقابة وإشراف القضاء باعتباره حارساً للحريات العامة .

وعليه إذا صدر حكم بإدانة المحكوم عليه، وأصبح المساس بحريته أمراً مشروعاً، فإن التنفيذ يجب أن يكون مقيداً بتحقيق أهداف الجزاء الجنائي.[2]

وبناء عليه يجب استبعاد كافة الأساليب الوحشية أو غير الإنسانية في تنفيذ العقوبات يقول شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - : "العقوبات الشرعية إنما شرعت رحمة من الله تعالى بعباده، فهي صادرة عن رحمة الخلق وإرادة الإحسان إليهم ، ولهذا ينبغي لمن عاقب الناس على ذنوبهم أن يقصد بذلك الإحسان إليهم ، والرحمة بهم ، كما يقصد الوالد تأديب ولده، وكما يقصد الطبيب علاج مرضاه " .[3]

المطلب الثاني : أهم المبادئ التي تحكم شرعية التنفيذ العقابي .

لقد وضع الإمام أبو يوسف صاحب أبي حنيفة وقاضي قضاة الخليفة العباسي هارون الرشيد - نظاماً للسجون بناء على طلب الخليفة، ذكر فيه بعض المبادئ العامة التي يجب على الإدارة العقابية التزامها عند تنفيذ العقوبة التي نطق بها القضاء، فلا

(1) انظر مصنف عبد الرزاق الصنعاني ج10/ 193 يقول المصنف : وهو غاية في الصحة مسلسل بالأئمة الثقات الإثبات بصريح التحديث عن عمر .

(2) انظر أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 137، وانظر عصام عفيفي : مبدأ الشرعية الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2007م، ص150 .

(3) انظر ابن تيمية : الاختيارات العلمية ، دار الكتاب العربي ، ص 171 .

المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية
العدد الثاني – يوليو 2015

تعسف ولا ظلم للمحبوسين، فقد جاء في اللائحة ما نصه: "ولا تعدوا في العقوبة" أي لا تتجاوز عند تنفيذها الحدود المقررة لها في الحكم، كما تدعو اللائحة القائمين على المؤسسة العقابية" ألا يسرفوا في الأدب ولا يتجاوزوا بذلك إلى ما لا يحل ولا يسع" كما نهت عن ضرب المحبوسين بغير مقتضى شرعي، وأوجبت الفصل داخل السجن بين المجرمين الأشرار وبين من حبس في دين" وإذا حبست قوماً في دين فلا تجمع بينهم وبين أهل الدعارات في بيت واحد ولا حبس واحد"، كما دعت اللائحة إلى ضرورة معاملة المحبوسين معاملة إنسانية كريمة تهدف إلى إصلاحهم وضمان تأهيلهم "فاستوصي بمن في سجونك وأرضك خيراً حتى لا تصبهم ضيعة .. وانظر من في السجون ممن قام عليه الحق فلا تحبسه حتى تقيمه عليه "[1]

ومما يصب في هذا الاتجاه أن الشارع الحكيم يشترط في آلة القصاص أن تكون حادة صالحة لا كالة ولا مسمّمة، وذلك كيلا يعذب المقتص منه، بل تزهق نفسه بأيسر ما يمكن، عملاً بقوله (ﷺ) : " إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته "[2]

كما يشترط في التنفيذ بالجلد أن لا يكون السوط يابساً لئلا يجرح أو يبرّح، كما يشترط خلوه من العقد ، وألا يكون له أكثر من ذنب واحد، فإن كان للسوط أكثر من ذنب احتسبت الضربة بعدد الأذناب .[3]

وقد روى البخاري عن أبي هريرة (رضي الله عنه) أن رسول الله (ﷺ) أتي برجل قد شرب الخمر ، فقال : اضربوه ، قال أبو هريرة : " فمنا الضارب بيده ، والضارب بنعله ، والضارب بثوبه فلما انصرف قال بعض القوم "أخزاك الله "، فقال رسول الله (ﷺ) : " لا تقولوا هكذا ، لا تعينوا عليه الشيطان" .[4]

فالرسول (ﷺ) ينهى هنا عن لوم شارب الخمر بعد توقيع العقوبة عليه ، وعن الدعاء عليه بالخزي ، وذلك لئلا يشعر باحتقار المجتمع المسلم له فيتمادى من ثم - بإغواء الشيطان - في عصيان الله ورسوله.

(1) انظر ابن الهمام : شرح فتح القدير ، ج4 / 126 .
(2) رواه مسلم في كتاب (الصيد والذبائح) باب (الأمر بإحسان الذبح والقتل) ، رقم الحديث 3615 .
(3) انظر عبد القادر عوده : التشريع الجنائي الإسلامي ج2/ 444 .
(4) رواه البخاري في كتاب (الحدود) باب (الضرب بالجريد والنعال) ج8/ 14 .

المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية
العدد الثاني – يوليو 2015

المبحث الرابع : الضمانات التي يحققها مبدأ الشرعية للمتهم:

لمّا كان أحد أهم أهداف العقوبة في الإسلام هو حماية المجتمع أفراداً وجماعات من الخطر الواقع أو المتوقع- من ارتكاب الواقعة الجرمية - كان على السلطة المخولّة أن تسعى لتحقيق هذا الهدف عبر أشرف الوسائل ، فإن تنكبتْ السبيل، وغضّتْ الطرف عن مبدأ الشرعية بشقيه الموضوعي والإجرائي- كانت تصرفاتها عُرضة للنقض والإبطال، فكأنها تهدم بسلوكها السبل غير الشرعية ما كانت تسعى لبنائه ، إذ لا يُعقل أن تتحقق حماية المجتمع عبر اضطهاد أفراده والنيل من حرماتهم بلا مسوّغ شرعي.

لهذا كان مبدأ الشرعية ضرورياً يحقق للمتهم ضمانات عديدة نذكر منها:

المطلب الأول: يمنع من تحكم السلطة وتعسفها في حقوق الأفراد وحرياتهم:

إن من حق الإنسان في المجتمع المسلم ألا يُجرّم بغير جريمة نص عليها الشرع ، ومعنى ذلك صيانة الإنسان في المجتمع المسلم من الأهواء حين يُنسب إلى إنسان ما لم يعتبره الشرع جرماً.[1]

ولقد حكى لنا القرآن الكريم أن الأهواء والشهوات وصلت ببعض الأقوام إلى أن يصير الطهر جرماً، يعاقب عليه بأشد ما يكون العقاب، فها هو الإيمان بالله العزيز الحميد جريمة يستحق مقترفها أن يقذف في النار، يقول تعالى في حكايته عن أصحاب الأخدود: ﴿ وَمَا نَقَمُوا مِنْهُمْ إِلَّا أَن يُؤْمِنُوا بِاللَّهِ الْعَزِيزِ الْحَمِيدِ ﴾ [سورة البروج آية 8]، ويقول تعالى أيضاً في سورة الأعراف: ﴿ وَلُوطاً إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُم بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِّن الْعَالَمِينَ * إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الرِّجَالَ شَهْوَةً مِّن دُونِ النِّسَاء بَلْ أَنتُمْ قَوْمٌ مُّسْرِفُونَ * وَمَا كَانَ جَوَابَ قَوْمِهِ إِلاَّ أَن قَالُواْ أَخْرِجُوهُم مِّن قَرْيَتِكُمْ إِنَّهُمْ أُنَاسٌ يَتَطَهَّرُونَ ﴾ [سورة الأعراف آية 80 - 82] ،قال قتادة : " عابوهم (واللهِ) بغير عيب "[2]

إن خضوع السلطة واحتكامها للقانون، كفيل بكبح جماحها وتطاولها على حرمات الناس، وكرامتهم، وسائر حرياتهم.

(1) انظر التهامي النقرة : وسائل تحقيق العدالة للمتهم في الشريعة الإسلامية، بحث مطبوع ضمن سلسلة أبحاث الندوة العلمية الأولى للمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب / الرياض ، 1406هـ ، ص 101 ، وانظر البكري البيلي : وسائل الشريعة الإسلامية لتحقيق العدالة للمتهم، بحث مطبوع ضمن أبحاث الندوة المشار إليها في المرجع السابق . ص 56 .

(2) انظر للقرطبي: الجامع لأحكام القرآن 7/ 246.

المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية
العدد الثاني – يوليو 2015

فالقانون يقف بين السلطة خصماً، وبين السلطة حكماً، ويباعد بين بطشها كسلطة تنفيذية وبين ضميرها كسلطة قضائية، ويلائم بين وسائلها في الاتهام والتحقيق والمحاكمة، وبين غايتها في إدانة المجرم، وفي تنفيذ العقاب .(1)

المطلب الثاني : يضمن عدالة القضاء واستقلاله :

إن عدالة القضاء واستقلاله تعد من أكبر الضمانات للمتهمين، وإذا ما وجد جهاز قضائي مستقل غير خاضع لتدخلات السلطة التنفيذية وضغوطاتها كان في ذلك ضمانة كبيرة لتحقيق النزاهة في الحكم ، مما ينعكس إيجاباً على المتهم .(2)

كما أن في مبدأ الشرعية حماية للأفراد من تحكم القضاة وتعسفهم، إذ يقيدهم - أي القضاة - هذا المبدأ بنصوص قانونية تحكم الجرائم وعقوباتها كما تحكم الإجراءات، مما يمّكن المتهم من الطعن في أحكامهم حالة تجاوزهم للقانون أو خروجهم عليه .(3)

المطلب الثالث : معرفة المتهم للجهة القضائية المختصة ونوعها .

فمبدأ الشرعية يستلزم تحديد الاختصاص بصفة قانونية، كي لا يحصل تلاعب أو تعطيل في الإجراءات، أو في الفصل بتعدد الإحالات، أو الرفض بعدم الاختصاص، مما يطيل أمد التحقيق، وقد يؤدي ذلك إلى إحباط أوجه دفاع المتهم .(4)

المطلب الرابع : المعرفة المسبقة للعقوبة المقررة على الجرم .

وهذه الضمانة تعد من الضمانات الوقائية، إذ العلم بالعقوبة يعد من وسائل الردع والزجر لكل أولئك الذين تسوّل لهم أنفسهم الإقدام على ارتكاب الجريمة، وبالتالي يعتبر مبدأ الشرعية من المبادئ التي تساهم في الوقاية من الجريمة .(5)

المطلب الخامس : المساواة بين المتهمين جميعاً(6)

إن مبدأ الشرعية يقتضي النص مسبقاً على الجريمة والعقوبة والإجراءات اللازمة فيها

(1) انظر جلال ثروت : أصول المحاكمات الجزائية ، الدار الجامعية ، 1982م ، ج1/ 9 .

(2) انظر نايف السلطان : حقوق المتهم ص 128 ، التهامي النقرة : وسائل تحقيق العدالة للمتهم ص 103 ، وانظر البكري البيلي : وسائل الشريعة الإسلامية لتحقيق العدالة للمتهم ، ص 58 .

(3) انظر هشام قبلان : وسائل تحقيق العدالة للمتهم في الشريعة الإسلامية ، ص 140 .

(4) انظر محمد محده : ضمانات المتهم أثناء التحقيق ص213 .

(5) المرجع السابق .

(6) انظر رشيد التليلي : المساواة والحرية في الإسلام ودورهما في تحقيق العدالة للمتهمين ، ص 145 ،

المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية
العدد الثاني – يوليو 2015

وهذا النص المسبق يضفي عليها صفتي التجرد والعموم، لأجل ذلك فقد تلوّن وجه النبي - صلى الله عليه وسلم - لشفاعة أسامة بن زيد - رضي الله عنهما - في شأن المرأة المخزومية التي سرقت - وأنكر عليه ذلك إنكاراً شديداً، وقال حينها قولته الشهيرة، والتي تعد من المبادئ الخالدة في تحقيق المساواة بين الناس، وخضوعهم لأحكام الشريعة - : " إن مما أهلك الذين من قبلكم، أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عيه الحد وأيمُ الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها " .[1]

الخاتمة: أهم نتائج البحث وأبرز التوصيات:

أهم نتائج البحث:

إن مبدأ الشرعية وإن ظهر في الكتابات القانونية الحديثة إلا أن مفهوم المصطلح ومعناه مقرر في الشريعة الإسلامية منذ قرون .

إن مبدأ الشرعية مما يتفق ومقاصد الشريعة الإسلامية وفلسفتها تجاه الأهداف المأمول تحقيقها من توقيع العقوبة .

رغم أن صلب المبدأ هو شقه الموضوعي، والذي يعبر عنه بشرعية الجرائم والعقوبات، إلا أن الشق الإجرائي والتنفيذي لا يقل أهمية ، ذلك أن أي انتهاك للشرعية الإجرائية أو شرعية التنفيذ العقابي - يعود بالنقض على الشرعية الموضوعية .

إن آليات تطبيق المبدأ في الشريعة الإسلامية متقدمة على كل الاجتهادات القانونية الوضعية القديمة والحديثة على حد سواء.

إن نشأة مبدأ الشرعية في الشريعة الإسلامية ومقارنة ذلك مع نشأته في القانون يدل دلالة مؤكدة على ربانية هذه الشريعة وتميزها منذ اليوم الأول لنزول تشريعاتها.

(1) رواه البخاري في كتاب (الحدود) ج8/ 16 ، ورواه مسلم في كتاب (الحدود) باب (النهي عن الشفاعة في الحدود) انظر صحيح مسلم ج186/11.

المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية
العدد الثاني – يوليو 2015

أما أبرز التوصيات:

دعوة السلطة التشريعية لتعزيز المواد القانونية التي تكفل الحفاظ على كرامة الإنسان وتمنع الاعتداء على حريته وكرامته بغير وجه حق .

دعوة رجال الضابطة العدلية بصفتهم المكلفون بمباشرة القضايا الجنائية منذ بداياتها - إلى الالتزام بمبدأ الشرعية التزاماً تاماً .

دعوة السلطة التشريعية - في كافة البلاد الإسلامية - إلى النظر في أحكام الشريعة الإسلامية من أجل تطوير الأحكام القضائية، وصبغ تلك الأحكام بالصبغة الشرعية، خصوصاً وأن الأبحاث والدراسات تثبت تفوّق الشريعة وتميّزها في هذا الجانب .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية
العدد الثاني – يوليو 2015

قائمة المراجع التي تم الرجوع إليها.

1. القرآن الكريم.
2. كتب الحديث الشريف.
3. محمد محدة: ضمانات المتهم أثناء التحقيق، دار الهدى ، الجزائر ، ط1 ، 1991م.
4. رمسيس بهنام: الجريمة والمجرم والجزاء، منشأة المعارف ، 1973م.
5. - محمد زكي أبو عامر: الإجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية.
6. أحمد فتحي سرور: الشرعية الإجرائية، دار النهضة العربية.
7. علي راشد: تخطيط السياسة الجنائية ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 1 ، 1970 م.
8. محمد أبو زهرة : الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي.
9. الآمدي: الأحكام في أصول الأحكام ، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983م .
10. الشوكاني: إرشاد الفحول في تحقيق الحق من علم الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت ، ط1994،1م.
11. محمد سليم العوا: في أصول النظام الجنائي الإسلامي، دار المعارف ، ط3 ، 1983.
12. الفراء، الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية، بيروت .
13. عمر الفاروق: تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف ، القاهرة ، 1986.
14. عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط6، 1985.
15. محمد الحلبي: شرح قانون العقوبات الأردني ، القسم العام ، مكتبة بغدادي ،عمان ، ط1، 1993م
16. انظر كامل مرسي والسعيد مصطفى: شرح قانون العقوبات.
17. الزرقا: المدخل الفقهي، دار الفكر، بيروت، ط10، 1968م.
18. عبد القادر الدمشقي: المدخل إلى مذهب أحمد بن حنبل، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1985م.

19. ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت.
20. الطبري: تاريخ الأمم والملوك، دار الفكر، بيروت .
21. عصام عفيفي: مبدأ الشرعية الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007م .
22. ابن تيمية: الاختيارات العلمية، دار الكتاب العربي.
23. ابن الهمام: شرح فتح القدير دار الفكر، بيروت ، ط2.
24. التهامي النقرة: وسائل تحقيق العدالة للمتهم في الشريعة الإسلامية ، بحث مطبوع ضمن سلسلة أبحاث الندوة العلمية الأولى للمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب/ الرياض ، 1406هـ .
25. البكري البيلي: وسائل الشريعة الإسلامية لتحقيق العدالة للمتهم ، بحث مطبوع ضمن أبحاث الندوة المشار إليها في المرجع السابق.
26. للقرطبي: الجامع لأحكام القرآن، دار الحديث، القاهرة ، 1996م .
27. جلال ثروت: أصول المحاكمات الجزائية، الدار الجامعية ، 1982م .
28. نايف السلطان: حقوق المتهم في نظام الإجراءات الجزائية السعودي، دار الثقافة، عمان، 2006م .
29. هشام قبلان: وسائل تحقيق العدالة للمتهم في الشريعة الإسلامية، بحث مطبوع ضمن سلسلة أبحاث الندوة العلمية الأولى للمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب/ الرياض، 1406هـ .