الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الاسلامية — كلية الشريعة والاقتصاد

قسنطينة — قسم الشريعة والقانون

الرقم التسلسلي: .....

رقم التسجيل: .....

حماية الشرعية الجنائية للحرية الشخصية

دراسةٌ مقارنةٌ بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية

تخصص: الشريعة والقانون

إعداد الطـالب: فـؤاد غجـاتي

إشراف الأستاذ الدكتـور: عبد الحفيظ طـاشور

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د / سمير جـاب الله	أستاذ التعليم العالي	جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة	رئيسا
أ.د/ عبد الحفيظ طاشور	أستاذ التعليم العالي	جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 1	مشرفا ومقررا
أ.د / قاسي سـي يوسف	أستاذ التعليم العالي	جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة	عضوا
د / عبد الرحمان خـلفة	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة	عضوا
د / عبد الحليم بوشكيوة	أستاذ محاضر "أ"	جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل	عضوا
دة / حفيـظة مبـارك	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة	عضوا

نوقشت يوم 2019/03/17م

السنة الدراسية: 1439–1440 هـ الموافق 2019/2018 م

بسم الله الرحمن الرحيم

«متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحرارا»

عمر بن الخطاب رضي الله عنه

« يشفى من كلّ مرض ماعدا من تسليم الذات، فعندما تهدم الفرديات من طرف الدولة لا يعاد بناؤها، لأن الدولة لا ترجع أبدا الحريات التي تبتلعها»

أرنست رينان

- مفكر فرنسي-

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

شكر وعرفان

◇ الحمد لله بعظيم وجهه وجلال سلطانه الذي وفقني لإنجاز هذا البحث، والشكر الجزيل له على تمام منّته عليّ باجتياز صعابه، راجيا أن ينفع به أمتي وأن يحتسبه في ميزان حسناتي يوم الدين.

◇ والتّقدير الكبير لأستاذي المحترم: " الأستاذ الدكتور عبد الحفيظ طاشور"، الذي أفادني بأخلاقه قبل علمه منذ قبوله الإشراف على البحث في الماجستير والدكتوراه، و له موفور الشكر والعرفان على ما أسداه لي من توجيهات قيمة، وعلى تفهمه لظروفي.

◇ وخالص الشكر والامتنان للأساتذة الأفاضل أعضاء اللجنة المناقشة لهذا البحث–كلٌّ باسمه– الذين تكبدوا أعباء قراءة البحث وتقويمه، عسى أن يكون قيمة مضافة في صرح المعرفة..

◇ و أتقدم بجزيل الشكر لفضيلة الدكتور قاري كمال الدين، على نصائحه القيمة التي استفدت منها كثيرا، وعلى بصمته الرائعة في الإخراج الفني لهذا البحث ليكون في حلّة بهيّة..

◇ كما لا أنسى فضل محافظي وأعوان المكتبات الذين أمدّوا لي يد العون في الحصول على المادة العلمية في كل من: جامعة الأمير عبد القادر بقسنطينة، وجامعة البويرة، وكلية القانون والطب في ليل بفرنسا، ومكتبة كلية الحقوق جامعة باريس 2، ومكتبات كل من الجامعة الأردنية واليرموك، ومكتبة عبد الحميد شومان، ومراكز حقوق الإنسان بالأردن، ومكتبة كلية الحقوق بجامعة عين شمس بالقاهرة،...

فلكل هؤلاء خالص التّقدير وأزكى التّحيات والعرفان، والله لا يضيع أجر من أحسن عملا.

...فــؤاد

الإهداء

◇ إلى روح أبي الطاهرة "الحاج محمد "–رحمه الله– الذي تشرفت بحمل اسمه، وتعلمت عنه أولى الحروف، فكان نعم الأب والمعلم، وطالما شجعني لأواصل مسار طلب العلم، وشاءت الأقدار أن يفارق هذا الوجود قبل أن يرى هذا العمل قائما...

◇ وإلى التي ولدتني حرّاً يأبى الاستعباد، أمي "عقيلة" حفظها الله ورعاها..، برّا بها ووفاء لها بما تغمدتني بحنانها وصبرها ودعائها عسى أن تراني في مراتب العلا...

فمن دونهما ما كنت موجودا، وما كان هذا البحث، سائلا ربيّ أن يرحمهما كما ربّياني صغيرا...

◇ إلى زوجتي الفاضلة "أمال"، وأبنائي: ملاك، أحمد أمين، جنة، وخليل، الذين كانوا خير عون لي، فكابدوا معي صعاب هذا البحث، وصبروا على تقصيري بحقهم طيلة إنجازه، طالبا عفوهم ورضاهم عني...

◇ إلى إخوتي وأخواتي وأقاربي كل باسمه، الذين طالما شجّعوني بالكلمة الطيبة...

◇ إلى كلّ من علمني حرفا من أساتذتي في جميع مراحل دراستي ...

◇ إلى رفقاء الدّرب من أصدقاء الطفولة إلى زملائي أساتذة جامعة البويرة، وطلبتي الأعزاء...

◇ إلى كل مدافع عن الحرية وحقوق الإنسان، أو معتقل بريء يقبع وراء قضبان الباطل والاستبداد ظلماً..

إلى هؤلاء جميعا.. أهدي باكورة عملي وثمرة جهدي.

...فـــؤاد

بسم الله الرحمن الرحيم

مُقَدِّمَة

إن الحمد لله نحمده و نستعينه و نستهديه ، عظّم من حرمة الإنسان حتى جعلها أقدس من بيته العتيق ، ونصلي ونسلم على سيد الخلق محمد صلى الله عليه وسلم الذي جاء محررا للإنسانية من العبودية ورحمة للعالمين ، أما بعد:

أولا : التعريف بالموضوع وأهميته

تكتسي موضوعات حقوق الإنسان والحريات العامة أهمية بالغة في الدراسات والبحوث المعاصرة ، وذلك من خلال ما تمرّ به الحريات من أوضاع دولية ووطنية تستدعي ضرورة الاهتمام أكثر بهذا الجانب من الدراسة.

وموضوع حق الحرية الشخصية يدرس ضمن الحقوق الشخصية في الحريات العامة والتي تنص عليها مختلف الشرائع السماوية و مختلف دساتير دول العالم ، واتفاقيات المنظمات الدولية العالمية والإقليمية وناشدت باحترامه الهيئات غير الحكومية لما له من أهمية ، لأنه يتعلق بحقوق الفرد و ما يتمتع به من مركز في الدولة القانونية في ظل ما يسمى بحقوق وحريات الإنسان وضرورة حمايتها وتعزيزها.

وإذا سلّمنا أنّ الحرية الشخصية هي حقٌّ ثابت لجميع الناس دون استثناء ، فينبغي أن تتسع ممارستها على قدر هذا المفهوم ، فلا تبقى حكرا لأحد أو فئة دون أخرى ، أو لمجتمع دون آخر ، ولا أن يعتدى عليها تحت غطاء تنظيمها وحمايتها. مما يجعل مبدأ الشرعية الجنائية أهم المبادئ التي تتأسس كضمانة مهمة ومتينة للحرية الشخصية ، ليحافظ على الممارسة الفعلية لمفهوم الحرية الشخصية دونما انتهاكات. وهو يقتضي وجوب وجود نصوص قانونية صادرة عن سلطة مختصة لضبط سياسة التجريم والجزاء والمتابعة الجزائية لأجل إقرار التوازن بين مصلحة الفرد والمجتمع كليهما في الحماية.

ويعدّ مبدأ الشرعية الدعامة الأولى للحرية الشخصية في الدولة القانونية؛ بحيث يلزم أجهزتها التشريعية و التنفيذية والقضائية على حدّ السواء باحترام القواعد العامة التي حددها القانون لضمان احترام الحريات الشخصية في المجتمع. و وفقا لهذا المبدأ يجب على المشرع الجنائي أن يكفل التوازن الكافي بين حق الدولة والمجتمع في العقاب ، وبين الحرية الشخصية للأفراد.

كما أن مبدأ الشرعية الجنائية يصلح لأن يكون معيارا لقياس الممارسات تجاه حقوق الإنسان عموما والحرية الشخصية خصوصا ، من حيث ما هو مشروع منها وما هو غير مشروع. بحيث يصبح مبدأ الشرعية الذي يرتكز إلى سياسة جنائية واضحة ورشيدة حَكَمًا بين المجتمع الدولي وأيّ دولة من جهة ، وبين ممارسات السلطة تجاه الأفراد في الدولة من جهة أخرى. وهذا كله لا يستدعي فقط ضرورة توضيح المفاهيم التي تُسنّ على إثرها التشريعات؛ وإنما يتعدى الأمر إلى تفعيل دور الإرادة السياسية للسلطة الحاكمة في الدولة الواحدة ، لأجل توفير الحماية اللازمة والممارسة الفعلية للحرية الشخصية ، دونما انتهاكات أو مساس بها تحت مسمى"تنظيم الحرية أو الحفاظ على الأمن والنظام العام للجماعة". الشيء الذي يفرض أمرا مهما ألا وهو وجوب أن تكون العلاقة بين الحاكم والمحكوم في الدولة أساسها المبادئ الدستورية السامية التي توجب خضوع الدولة لسلطان القانون.

وإذ يكمن دور السلطات لأي دولة ، في تصرفها بناء على الثّقة التي وضعت فيها من طرف المحكومين ، كما عليها أن تراعي الشروط الموضوعية التي تؤهلها لتقلد هذه المهام حتى تزرع هذه الثقة في العلاقة بين السلطة والأفراد. ويضاف إلى ذلك استناد السلطات الثلاث إلى الدستور المنبثق عن الإرادة الشعبية ، والعاكس حقيقةً لقيم المجتمع، كما يجسد قيم حقوق الإنسان وحرياته الأساسية التي تعتبر إنسانية وعالمية مشتركة ينتفي عندها اللون والجنسية واللغة والدين...

من هنا كان الأولى أن تتحقق هذه الشروط حتى يوفّر مبدأ الشرعية الحماية الكافية للحرية الشخصية وضمان ذلك من خلال: ضبط المفاهيم و ضبط أدوار السلطات في الدولة وخصوصا التنفيذية منها في تنظيم العلاقة بين الحاكم والمحكوم في مجال الحريات ، لكي تتأسس حماية الشرعية للحرية الشخصية على ركائز رصينة مشكّلة معيارا للتمييز بين مشروعية ممارسة السلطة لمهامها في تنظيم الحرية في الدولة القانونية ، وبين تعسفها في ذلك حين تصبح السلطة مصدر خطر على الحرية. وكذلك الأمر في علاقة الدولة بالمجتمع الدولي ضمن نطاق رقابة مدى احترام الدولة لاتفاقيات حقوق الإنسان والمواثيق الدولية التي صادقت عليها.

لذا فإن أهمية الموضوع تكمن أساسا في أن بناء تشريعات الحماية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية وخصوصا الحرية الشخصية ، على أسس واضحة ومرجعيات محددة تراعي الجانب الإنساني في الإنسان دون غيره ، ودون إدخال المصالح الشخصية ، وبلا تمييز ، بحيث يجعلها مشترك إنساني بالنسبة للاتفاقيات والمواثيق الدولية وللدساتير

الداخلية للدول. ولا يمكن تحقيق ذلك بالنسبة للأفراد-بحكم أن الحرية الشخصية محورها الفرد- إلاّ في ظل وجود أنظمة سياسية تستند إلى الشرعية والمشروعية في تولي السلطة وممارستها لها وفقا للمعايير الدستورية من سيادة للقانون وسلطانه ، وضرورة الفصل بين السلطات.

ولهذا فإن انهيار مفاهيم حقوق الإنسان والحرية الشخصية بين تغييب لمعناها الحقيقي ، أو باستغلالها بشكل غير مشروع في المستوى الدولي–أي تحت مسمى الحماية الدولية- عن طريق تسخيرها كأداة للتحكم والاستبداد ، أو أنّه في المستوى الداخلي لم تُبْنَ علاقة صحيحة بين الحاكم والمحكوم في الدولة وفقا للقواعد الدستورية ، ولا توجد جسور الثقة التي يسهم الأفراد والسلطة في بنائها بما يوفر الحماية لحرية الأفراد ، مثلما هو عليه حال عديد الأنظمة العربية مثلا؛ كل ذلك قد يجرّ إلى انتهاك صارخ للحريات ، وتعطيل لممارستها من خلال أنظمة بوليسية قمعية تفتقد للشرعية الدستورية ، خاصة وأن الظروف الاستثنائية أصبحت الطابع العام للكثير من الدول ، فضلا عن طول أمد قوانين الطوارئ التي تصدرها ، فقد تحوي أحكاما عرفية جائرة بحق الأفراد ، حيث تصبح الحريات ضمنها في خطر ، والنصوص الدستورية التي تقرر حمايتها معطلة ، والاستثناء يصير أصلا والعكس صحيح.

وتتجلّى الخطورة أكبر في تسخير القوانين العقابية والإجراءات الجنائية لقهر الأفراد ، وهي أخطر القوانين على الحرية الشخصية ، وكثرة الاعتقالات والاختفاء القسري للأفراد ، ... ، ولكون الحرية الشخصية مهدٌ لكل الحقوق الأخرى ، فإذا افتقدت لم يعد للبقيّة أي معنى . بل إن هذا النوع من الأنظمة الشمولية الاستبدادية ينظر لممارسة الأفراد لحرياتهم على أنها تشكل خطرا على وجوده ، مما يهزّ طبيعة العلاقة بين الحاكم والمحكوم ، ويؤثر سلبا على المجتمع في كل شيء ، وعلى جميع الأصعدة والمستويات ، فيسود التخلف بدل التنمية ، والقمع بدل الحرية.

كل ما تم طرحه من انشغالات استدعى من الباحث ضرورة النظر في هذه المسائل ، وإحاطتها بالدراسة العلمية الأكاديمية لما تمثله من أهمية بالغة في سبيل بناء الحقوق والحريات على أسس رصينة في الدولة القانونية ، وتفعيل الضمانات الدولية والدستورية للحريات في أرض الواقع ، انطلاقا من ضرورة تصحيح العلاقة القائمة بين السلطات في الدولة ، وبين الأفراد الذين يعيشون في كنفها ، ويحكمها في ذلك مبدأ خضوع السلطة في الدولة للقانون" ، وكذا "مبدأ الفصل بين السلطات" ، وأن القوانين الجنائية لابد أن تخضع لسلطان الدستور ، وفي ضوء التشريعات السماوية والدولية فيما

تقرره من ضمانات للحرية الشخصية وفقا "لمبدأ سمو الدساتير". الشيء الذي يؤدي دورا هاما في الحفاظ على التوازن بين كلّ من المصلحتين العامة والخاصة معا. بحيث تحقق هذه المبادئ مجتمعة ضمانة كافية لحرية الأفراد وممارستهم لها ، طالما أن السلطة تسعى لتجسيد طموحاتهم المنصوص عليها في الدساتير ، التي تمثل بدورها المرجعية الفكرية والثقافية الخاصة بالمجتمع الذي تنظمه هذه الدولة أو تلك.

وبما أننا في مجتمع مرجعيته إسلامية ، ينبغي أن تكون مبادئ وأحكام التشريع الإسلامي في هذا الصدد هي الأساس الذي ينطلق منه المشرع في رسم سياسة التشريع الدستوري في تنظيم الحرية الشخصية و من ورائه القوانين الأخرى وبالأخص الجنائية منها ، لأن القوانين الجنائية أخطر مساسا بالحرية الشخصية ، إذ قد تؤدي إلى تقييدها إن لم نقل سلبها ، وإعدامها إذا لم تستند إلى سياسة جنائية رشيدة قوامها احترام حقوق وحريات الإنسان. كما قد تشكل القوانين الجنائية في الوقت ذاته حماية للحرية الشخصية من الضياع ، عن طريق تجريم ومعاقبة من يعتدي عليها ، إذا ما اتبعت سياسة جنائية مبنية على أساس احترام المبادئ الدستورية التي يعد مبدأ الشرعية أهمها ، ولهذا فالسياسة الجنائية تمثل جوهر الحماية الجنائية للحرية الشخصية ، وتنعكس بشكل إيجابي سواء على الشرعية الجنائية الموضوعية ، التي تتأسس على احترام حرية الأفراد في التجريم والعقاب ، وكذلك على الشرعية الجنائية الإجرائية التي تسعى من خلالها السلطة التنفيذية إلى التطبيق السليم للقوانين الموضوعية مع احترام للحريات أثناء تأديتها لمهامها في حماية المصلحة العامة. أما السلطة القضائية؛ فتقف في الدولة القانونية كحارس للحرية الشخصية تجاه تعسف السلطة التنفيذية ، وخروجها عن الخضوع للقانون وسيادته.

وكضمانة لسد الخطورة التي تحتويها القوانين الجنائية ، نجد مبدأ الشرعية الجنائية يتأسس كأهم حماية للحرية الفردية في مواجهة تعسف السلطات في الدولة ، والتأكيد على مشروعية ممارساتها تجاه الأفراد. بحيث يشكل هذا المبدأ حاجزا أمام تسخير القوانين العقوبات والإجراءات الجزائية في غير موضعها ، ويبقى سلب الحرية معها محط استثناء ، وفي حالات الضرورة فقط. وهذا ما يفتقد في الأنظمة الاستبدادية حينما تضيع الشرعية الجنائية بين استئثار السلطة التنفيذية بالتشريع ، أو التأثير على مسلك القضاء والعدالة ، بعدم تمكين الفرد من المحاكمة العادلة وغيرها...

فمسألة التجريم والعقاب مهمة وخطيرة في الوقت ذاته ، لذا ينبغي أن تحاط بضمانات كافية أهمها مبدأ الشرعية الذي يقرّ "بألاّ جريمة ولاعقوبة ولا تدابير أمن إلا

بنص القانون" مع الضوابط التي تحف هذا المبدأ حتى لا يقع التشريع الجنائي في غير يد السلطة المختصة به. إذ لا يمكن بمقتضى مبدأ الشرعية أن يوضع تشريع النصوص الجنائية ، إلاّ في يد السلطة التشريعية التي تحوز على الأهلية عن طريق شرعية وجودها وتمثيلها للأفراد والشعب في الدولة القانونية ، كما تسهر الهيئة التنفيذية على احترام القانون وتنفيذه تحت رقابة وحراسة السلطة القضائية. إلا أن هذا لا يتحقق في ظل الأنظمة السياسية الشمولية والانقلابية على إرادة الشعوب ، بحيث تصبح المؤسسات التشريعية والتنفيذية والقضائية فيها مجرد هياكل فارغة تعبّر عن مصلحة توجه معين ، والقوانين الجنائية عبارة عن أداة قمعية للأفراد المخالفين لتوجهات تلك الأنظمة.

وبالتالي فالشرعية الجنائية هي أثر من آثار الشرعية الدستورية المتمثلة في مبدأ خضوع السلطات في الدولة للقانون ، وأسمى هذه القوانين إقرارا وتنظيما للحريات هو الدستور ، والذي يفرض على القوانين التي أدنى منه احترامها ، و بالأخص الجنائية منها. كما أنه يحدد كيفية تكوين السلطات الثلاث في الدولة ، وحدود مهمة كل واحدة منها ، موجبا احترام مبدأ الفصل بين السلطات كمؤثر مهم في مسألة الشرعية الجنائية وعلاقتها بحريات الأفراد. إذ لو اضطلعت السلطة التنفيذية أو القضائية بمهمة التشريع في المجال الجنائي ، فإن ذلك يعتبر خطرا محدقا بحرية الأفراد ، وخرقا لمبدأ الفصل بين السلطات ، وكذا ضياعا لقواعد العدالة و المساواة أمام النص الجنائي.

وإضافة إلى نص الدساتير والمواثيق الدولية على كفالة الحرية الفردية ضمن الحقوق والحريات الأساسية ، فإن ذلك لا يكفي ولا يتحقق إلا بوجود المؤسسات الفاعلة التي تطبق ما جاء في الدستور على أرض الواقع متجاوزا التدوين في هذه الوثيقة على أهميته. وإلا أصبح الإقرار الدستوري لاحترام الحرية الشخصية غطاء فقط لممارسات تخالف ما جاء فيه ، ولتبييض صورة هذه الدولة أو تلك ، أمام مساءلات ورقابة المجتمع الدولي حول مدى احترام حقوق الإنسان في النطاق الداخلي للدولة وعلاقتها بالأفراد.

ولهذا سيقدم البحث عدة مقترحات ضرورية لإيجاد آليات فعالة لتنزيل الشرعية الدستورية ومبادئ النظام التشريعي الإسلامي كضمانة للحرية الفردية ، إلى واقع التشريع الجنائي بما يحتويه من شقين موضوعي و إجرائي ، وهذا عن طريق البحث حول السّبل الكفيلة بوجود مؤسسات فاعلة في الدولة تقوم أو تسهر على فرض احترام الحرية الشخصية-سلوك سلبي- ، كما تسعى إلى تفعيل ممارستها ومعاقبة من يعتدي عليها –سلوك إيجابي- ، في مقابل التوازن المفروض بينها وبين الحفاظ على المصلحة

العامة للمجتمع ، بأن تُسلب فقط حرية كل من يعتدي على أمن المجتمع وسلامته.

ثانيا : إشكالية البحث

ونظرا لهذه الأهمية التي يطرحها موضوع الدراسة في الواقع ، وما ينجرّ عنه من تساؤلات ، فإن الإشكالية التي تطرح نفسها بين أيدينا تكمن في ما يلي:

إلى أي مدى يوفّر مبدأ الشرعية الجنائية ضمانة كافية للحرية الشخصية ضمن القوانين الجنائية الموضوعية والإجرائية، وما دور المبادئ التي جاء بها النظام التشريعي الإسلامي والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان والدساتير الحديثة ، في رسم سياسة جنائية تحقّق التوازن المنشود بين الحرية الشخصية للفرد وحق السلطة العامة للدولة في تنظيمها خاصة أثناء الظروف الاستثنائية؟

❖وتندرج تحت هذه الإشكالية عدة تساؤلات جزئية مهمّة:

1- هل الممارسات المخلة بالحرية الشخصية من طرف الدول والسلطات بداخلها تعكس خللا في مفهوم حقوق الإنسان الذي تتأسس عليه تشريعاتها الجنائية ، أم أن ذلك الخلل يظهر فقط في مستوى الممارسة ؟

2- إذا كانت الحرية الشخصية حق مقرر في النظام التشريع الإسلامي و المواثيق الدولية ، فأيّ النظامين يحقق فيه مبدأ الشرعية الجنائية الضمانات الأكبر التي تحمي هذا الحق من الانتهاك على مستوى الأنظمة العقابية والإجرائية؟

3- إذا كان الأفراد يتساوون مطلقا في استحقاق الحقوق والحريات الأساسية ، لكن ما هي حدود ممارستهم لها ضمن نظام الجماعة؟

4- ما هي طبيعة العلاقة بين الحرية الشخصية للأفراد و السلطة العامة في الدولة ، وأساس خضوعهم لنظامها القانوني؟

5- ما مدى التناسب بين القيود التي تفرضها السلطة العامة ، وبين الحرية الشخصية في التشريعات الجنائية؟

6-كيف تؤثر طبيعة النظام السياسي القائم في دولة ما وعلاقة الحاكم بالمحكوم على القوانين الجنائية ، وعلى ما يتمتع به الفرد من حرية؟

7- كيف يمكن للقانون الجنائي بشقيه الموضوعي والإجرائي أن يحقق التوازن بين سلطة التجريم والعقاب و الإجراءات الجزائية من جهة ، وتوفير ضمانات الشرعية جنائية للحرية الشخصية من جهة ثانية؟

8- ماهي ضوابط مبدأ الشرعية الجنائية بشقيه الإجرائي والموضوعي حتى لا ينحرف عن مساره و يصبح خطرا محدقا بالحرية بدلا من كونه حاميا لها من التعسف؟

9- ما دور الشرعية الدستورية للحرية الشخصية وآلية الرقابة الناجمة عنها في ضبط وتقويم الشرعية الجنائية؟

10- ماهي الضوابط التي تحكم حالة الظروف الاستثنائية في الدولة ، لتلافي ما ينجم عن قوانين الطوارئ من انحراف عن المبادئ الدستورية لحماية الحرية الشخصية؟

هذه الإشكالات وغيرها سيتناولها الموضوع بالاستدلال والتحليل، والنقد والبناء.

ثالثا : عنوان البحث

نظرا للأهمية البالغة للموضوع وما يطرحه من إشكالات لها علاقة بحق الحرية المقدس ، خاصة أنه يجمع بين الحقوق و الحريات في القانون الدستوري والمواثيق الدولية وأثرها في قانون العقوبات و الإجراءات الجنائية وتشريعات الطوارئ في الحالة الاستثنائية ، ارتأى الباحث أن يختاره كموضوع للبحث العلمي الأكاديمي المتخصص ضمن الدراسات المقارنة ، وتعزيزا لحقوق الإنسان التي كثيرا ما نفتقدها اليوم ، و تم صياغة العنوان كالآتي:

" حماية الشرعية الجنائية للحرية الشخصية"
دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي

رابعا : أسباب اختيار الموضوع

- إن أسباب اختيار الباحث لموضوع الشرعية الجنائية ودورها في حماية الحرية الشخصية تكمن في عدة نواحي:

1- إعداد الباحث لرسالة الماجستير ضمن الإطار البحثي نفسه بعنوان:"الحماية الجنائية لحق الأمن الشخصي-دراسة مقارنة-" ، بحيث يعتبر موضوع هذه الأطروحة تكملة لما سبق ، وأكثر تعمقا في الموضوع، واستدراكا لكثير من النقاط الحساسة التي لم تتم إثارتها وينبغي الإحاطة بها ، خصوصا بالنسبة لمبدأ الشرعية الذي يعتبر محور مبادئ الحماية لحريات وحقوق الإنسان ، وكذا الوضع المحرج الذي تمر به الحرية الشخصية في الظروف الاستثنائية وقوانين الطوارئ.

2- ما تمت ملاحظته من اهتزاز كبير تعرضت له حريات وحقوق الإنسان من خلال التعدي عليها تحت مظلة حمايتها ، مما فرض تناقضا بين مفاهيم حقوق الإنسان وبين

ممارسات الواقع ، ويقع ذلك للأسف من طرف الدول التي تدعي أنها ديمقراطية وتحمل شعار الحرية ، الشيء الذي جعلنا نشكك في مصداقية مفهوم وحماية هذه الدول للحريات ، ونعيد فيها النظر من وجهة علمية موضوعية.

3- ما تمت ملاحظته من تجاوز للسلطة التنفيذية في الظروف العادية والاستثنائية على المبادئ الدستورية من سيادة للقانون ، وفصل بين السلطات ، واضطلاعها بصلاحيات أوسع كمهمة التشريع بالأوامر وغيرها أمام ضعف السلطة التشريعية في الجزائر وقلة صلاحياتها ، الشيء الذي قد يؤدي بها إلى التشريع في المجال العقابي و الإجراءات الجزائية والقوانين المكملة لهما ، مما يشكل خطرا على حرية الأفراد أمام تعسف السلطة التنفيذية التي تمتلك سلطتي التشريع والتنفيذ في آن واحد...! ، وقد ظهر ذلك بصفة خاصة في الظروف الاستثنائية التي مرّت بها الجزائر ، وهذا ما وقفنا عليه في قانون الطوارئ لسنة 1992م ، والمراسيم التي جاءت بعده تباعا في إطار مكافحة الإرهاب ، وميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

4- ما تم من تعديلات متعاقبة طرأت على الدساتير الجزائرية ، والآليات الرقابية الجديدة لحماية الحقوق والحريات ، وكذا الأمر في تعديل قانون العقوبات والإجراءات الجزائية بما يعكس توجها جديدا للسياسة الجنائية التي تنتهجها التشريعات في الجزائر ، وتستدعي البحث فيها بعمق.

5- محاولة الباحث إجراء الدراسة المقارنة بين ما توصل إليه فقهاء القانون الوضعي من مبادئ وضمانات تحمي حرية الأشخاص، وما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا المجال.

6- الرغبة الجامحة للبحث ضمن حقوق و حريات الإنسان في المجال الجنائي خاصة ما يلاحظ اليوم من تعدٍ صارخ عليها سواء في الداخل أوفي الخارج ، ولما تحتله من مكانة في مواثيق المنظمات العالمية والإقليمية ، ودساتير الدول.

خامسا : أهداف البحث

تصبو هذه الدراسة من خلال تناولها لموضوع البحث وفقا للعنوان المذكور آنفا إلى تحقيق أهداف عدّة هي:

1- وهو أهمها ؛ إبراز دور مبدأ الشرعية الدستورية و الشرعية الجنائية في حماية الحرية الشخصية على أوسع نطاق من خلال تناول هذا المبدأ لها ضمن أخطر القوانين مساسا بالحريات وهو القانون الجنائي بشقيه الإجرائي والموضوعي ، إذ يعتبر سيف ذو حدين ، بحيث قد يحقق حماية رصينة للحرية الشخصية إذا ما أحيط بضوابط تحدد معالم

السياسة الجنائية الرشيدة التي تحقق هذه الحماية في حقل الموازنة بين مصلحة الفرد و الجماعة. وإلا أصبح خطرا على الحقوق والحريات إذا كان مِعْوَلاً في يد السلطات التنفيذية أو القضائية في الدولة التي توسع من دائرة التجريم والعقاب والإجراءات الجزائية بالشكل الذي يجعل من دائرة الاتهام قاب قوسين أو أدنى من الإنسان البريء فتتعسف بحقه في الحرية بتقييدها وبسلبها.

2- محاولة توحيد مرجعية واضحة لمفهوم حقوق الإنسان وأجزائه حتى تتأسس الحرية الشخصية كإحداها على مرجعية واضحة النطاق والحدود ، كي تسلم من المفاهيم الفضفاضة التي من شأنها أن تؤثر سلبا على ممارسة الحرية الشخصية خصوصا في الدول النامية أو تلك التي تدعي احترام وحماية حقوق الإنسان وتكيل بمكيالين في هذا المجال.

3- محاولة إضافة لبنة في صرح الحماية الجنائية لحقوق الإنسان عن طريق دراستها وفقا لمنهج مغاير لما سبق من دراسات* كلاسيكية تكتفي بمجرد تناول أركان بعض الجرائم والعقوبات الماسة بالحرية الشخصية ، وإقرارها لما جاءت به التشريعات دون مناقشة للمعايير والأسس التي اتبعها المشرع ذاته في سياسة التجريم والعقاب والإجراءات الجزائية ، وهل هي ضرورية أم لا بالنسبة لحماية مصلحة الجماعة والفرد. فهذه الدراسة تهدف لاتباع منهج يتمثل في بيان مدى أهمية السياسة الجنائية الرشيدة في تحقيق الحماية الجنائية للحرية الشخصية بحيث تختص فيها السلطة التشريعية وحدها بالتقنين في المجال الجنائي ضمن كلٍّ من النظامين الوضعي والإسلامي ، وبيان دورها في ضمان استقرار الحريات. إذ أنّ الغرض الحقيقي للقوانين الجنائية والسياسة الجنائية من ورائها كموجه هو حماية المجتمع ضد الإجرام في صوره المختلفة والمتطورة ، ويتعين في هذا الصدد الوصول إلى هذا الغرض مع تأكيد احترام حقوق الإنسان ومبادئ الكرامة الإنسانية تجاه سلطة التجريم والعقاب حتى لا يصبح مبدأ الشرعية الجنائية مصدر خطر على الحرية إذا تعسف المشرع في استخدامه من جهة ، ومن جهة أخرى اتخاذ الوسائل الكفيلة بعدم المساس بحرية الأفراد الأبرياء الآمنين على نفوسهم بحيث تتحقق مصلحتين: شرعية التجريم والعقاب وسلامة البريء في الوقت ذاته.

4 - محاولة وضع وصياغة ضوابط لسياسة التشريع الجنائي بحيث ينبغي أن يراعى فيه احترام حقوق الإنسان وحريات الأفراد الأبرياء أثناء سنّ النص الجنائي وأثناء تنفيذه ، وكذا ضرورة صدوره عن سلطة مختصة بذلك ، وإلزامية الحدّ من التوسع في سياسة التجريم والعقاب و التدابير الأمنية؛ والتي من شأنها أن تكون على حساب حرية

* ينظر مثلا أشرف توفيق شمس الدين ، كتاب أصله رسالة دكتوراه بعنوان"الحماية الجنائية للحرية الشخصية من الوجهة الموضوعية-دراسة مقارنة-" وسنشير إليها في الدراسات السابقة.

الأفراد الأبرياء من الاتهام ، فتؤدي إلى تقييد الحرية إن لم تسلبها وتعدمها. بحيث لا يكون التقنين الجنائي إلاّ لحالات الضرورة وبالقدر اللازم الذي يحفظ مصلحة المجتمع في مواجهة من يهدد أمنه واستقراره.

5- إبراز مدى التوافق الكبير بين الشريعة الإسلامية والأنظمة الوضعية في حماية الأفراد من جهة ومكافحة الجريمة من جهة أخرى ، وهذا عن طريق استخدام منهج الدراسة المقارنة على صعوبته خصوصا في مضان كتب الفقه الإسلامي مع بيان التداخل من عدمه خاصة مع التشريع الجزائري والتعديلات الأخيرة التي طرأت عليه ، وبيان نقائصه واقتراح التعديل عليه الشيء الذي يكشفه مسلك المقارنة.

6- كما تهدف هذه الدراسة إلى تبيان الباع الكبير الذي تركه الفقه الجنائي والسياسة الشرعية والقضاء عند المسلمين للإنسانية من خلال الآراء والمناقشات في ضوء التشريع الإسلامي بجمع شتاتها وتأصيلها فيما يتناوله الموضوع بالبحث ، وإبراز مدى القدرة على حفظ كرامة الإنسان في شخصه كونه محور الجماعة ، ومطالبة الحاكم بالسعي في إنشاء الأجهزة وتطوير الآليات التي تحقق أكبر مصلحة للفرد والمجتمع معًا.

7- كما يهدف البحث إلى تمييز نطاق الدراسة ، وتناولها ضمن كل من القانون الدستوري ، والجنائي ، والإجراءات الجنائية ، وذلك بالتركيز على التشريع الجزائري ، مع المقارنة بالتشريع المصري والأردني والفرنسي . وتأخذ الدراسة أيضا نطاقها في الاتفاقيات الدولية العالمية والإقليمية لحقوق الإنسان؛ وبالنسبة للفقه الإسلامي تركز الدراسة على المذاهب الأربعة المشهورة ، حنفي ومالكي وشافعي وحنبلي بالإضافة إلى كتب السياسة الشرعية والفقه المقارن مما يثري المكتبة القانونية والشرعية.

سادسا :الدراسات السابقة

"حماية الشرعية الجنائية للحرية الشخصية-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-" بالرغم من الأهمية التي يعتريها هذا الموضوع إلا أنه لم تتم دراسته بشكل مستقل و بهذا العنوان في حدود علم الباحث وإطلاعه، و وفقا للمنهج الذي أتبعته؛ اللهم إلا ما وجدته متطرقا إليه كجزئيات في الكتب الشرعية أو القانونية الحديثة. ولم أجد ما هو مستقل بالدراسة المقارنة إلا في بعض المقالات العلمية والتي لم تتطرق إلى التشريع الجزائري في تناولها للموضوع أو أنها لم تعالجه في ظل السياسة الجنائية برغم التشابه في العنوان أحيانا ، نذكر منها :

1- كتاب أصله أطروحة دكتوراه ، للدكتور خيري أحمد الكباش بعنوان: "الحماية

الجنائية لحقوق الإنسان-دراسة مقارنة-" ط2 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، سنة 2008م.

2- كتاب أصله اطروحة دكتوراه ، للدكتور طارق صديق رشيد كه ردى: "حماية حماية الحرية الشخصية في القانون الجنائي ، دراسة تحليلية مقارنة" ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط1 ، سنة 2011م.

3- كتاب أصله أطروحة دكتوراه، للدكتور عمار تركي السعدون الحسيني:"الحماية الجنائية للحرية الشخصية في مواجهة السلطة العامة" منشورات الحلبي الحقوقية ط1 ، 2012م.

4- كتاب للدكتور محمد زكي أبو عامر:" الحماية الجنائية للحرية الشخصية" ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2011.

5- كتاب للدكتور أشرف توفيق شمس الدين ، بعنوان " الحماية الجنائية للحرية الشخصية من الوجهة الموضوعية-دراسة مقارنة-" ط2 ، سنة 2007م ، دار النهضة العربية. مصر.

6- بحث في مجلة الحقوق لدكتور نظام توفيق المجالي: "الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحرية الفردية دراسة في التشريع الأردني"مجلة الحقوق ، الكويت ، العددالرابع ، السنة 22 ديسمبر 1998م.

7 - بحث للدكتور: علي خطار شطناوي "حق الأمن الشخصي في التشريع الأردني "مجلة دراسات الأردنية ، مجلد 24 ، علوم الشريعة والقانون ، العدد 1 ، تموز 1997م ربيع الأول 1418هـ.

8- بحث للدكتور: عثمان عبد الملك الصالح "حق الأمن الفردي في الإسلام دراسة مقارنة".مجلة الحقوق ، الكويت ، السنة السابعة ، العدد الثالث ، سبتمبر 1983م- عدد خاص بحقوق الإنسان.

9- GARRIDO ,LUDOVIC : «Le Droit à La Sureté : un droit en danger » collection acte & études sous le titre :Le Droit à La Sureté ; état des lieux ,état du droit. Actes de la journée d'étude organisée le 29avril 2011 ; le cerdaré de l'université Montesquieu-bordoux5. Ed ;CUJAS.Paris .2012

بالإضافة إلى بعض الجزئيات في كتب الإجراءات الجزائية وقانون العقوبات و الحريات العامة و القانون الدستوري باللغتين العربية و الفرنسية.

❖وللباحث ملاحظات على هذه البحوث والدراسات من عدة أوجه:

الوجه الأول هو من حيث نطاق الدراسة ؛ إذ يكتفي بعضها بتناول التشريع

الأردني أو المصري أو الكويتي أو الفرنسي ، أو أنها تعمل على المقارنة فقط بين التشريعات الوضعية مع عدم ذكر التشريع الجزائري ، كما أن بعضها لا يعرض للفقه والتشريع الجنائي الإسلامي ، وإن وجد في بعضها فذكرٌ للعموميات وينقصه التأصيل للمسائل الشرعية وفقا لما يستدعيه مجال البحث فيها من منهج خاص في دراسة المذاهب الفقهية.

أما الوجه الثاني؛ فيكمن في الموضوع في حد ذاته والمتعلق بأمرين ، أولهما: الشرعية الجنائية كمبدأ للحماية الجنائية وهنا نجد بعض الدراسات ركزت فقط على شقها الموضوعي أو العكس بالنسبة للشق الشكلي أو الإجرائي. وأما الأمر الثاني هو الاختلاف حول المفهوم الدقيق للحرية الشخصية ، فنجده بشكل فضفاض لا يصب في معنى موحد ، وهو أمر نفسره باختلاف السياق الذي يتم فيه توظيف مصطلح الحرية الشخصية بين المجال القانوني ، والفكر الفلسفي والثقافي والسياسي والاجتماعي ، وحتى الديني ، حيث أثر في تحديد معنى دقيق لحق الحرية الشخصية ، وما يهمنا في هذا البحث أن المعنى القانوني للحرية الشخصية خضع للتطور المستمر في الدساتير والتشريعات المعاصرة من مفهوم موسع إلى نطاق ضيق ودقيق ، مما يضطرنا إلى محاولة تأصيلها ضمن مفهوم موحد ، وذو بعد قانوني منضبط وقابل للتطبيق ، فلا يمكن للسلطة العامة أن تتملص من حمايتها أو الاعتداء عليها في قوانينها الجنائية.

أما الوجه الثالث ؛ فيتمثل في طريقة تناول الموضوع أو المنهج المتبع في معالجة موضوع حماية الحرية الشخصية في ظل مبدأ الشرعية الجنائية ، إذ تفتقد بعض الدراسات[1] للمنهج الذي يستدعيه البحث في مجال الحماية الجنائية لحقوق الإنسان ، اللهم إلا ما وجدناه في الفقه والقضاء الدستوري الفرنسي ، وعند الدكتور خيري أحمد الكباش ، و الفقيه أحمد فتحي سرور ، واللذان كانا ممن لهم فضل السبق في التأكيد على ضرورة سلوك المنهج التحليلي الذي يرتكز على تقويم التشريعات الجنائية في ظل علم السياسة الجنائية التي تبحث في تقويم التشريعات الجنائية بما ينبغي أن تكون عليه ، ولا تكتفي بما هو كائن ، ولا بمجرد الإقرار والتسليم بما جاءت به النصوص وإسقاطه على سلوك الأفراد لترى مدى مخالفته للقانون من عدمه ، ولا باستنتاج الركن المادي والمعنوي والشرعي للجرائم الماسة بالحرية الشخصية.

كما أن هذا المنهج يركز على صور المساس بالحرية الشخصية من طرف السلطة العامة ضمن علاقة الفرد بالدولة ، ولا يبحث في تلك التي يكون فيها مساس الأفراد بالحرية في

[1] – للتفصيل أكثر حول الدراسات المنتقدة ينظر ص 185 وما بعدها من البحث ، وكذا الهامش رقم 5.

إطار علاقتهم ببعضهم البعض ، إذ أن مجال البحث في السياسة الجنائية لا يقتضي ذلك ، وهو الأمر الذي لم ينتبه له الكثير ممن يبحث في مجال الحماية الجنائية لحقوق الإنسان.

وإضافة إلى ما تم ذكره ؛ فإن جديد هذه الدراسة هو التأسيس لمبدأ الشرعية من منطلق دستوري ضمن العلاقة بين الحاكم أو السلطة العامة وبين المحكوم ، وتأثير ذلك في الحرية الشخصية وحمايتها جنائيا. الأمر الذي ينعكس مباشرة على الحماية الجنائية التي يوفرها مبدأ الشرعية كصمّام أمان لها إذا كانت منطلقاته دستورية ، ونوضح من خلالها ضرورة التزام كل من السلطة التنفيذية و القضائية و السلطة التشريعية بالمبادئ الدستورية ضمن منهج واضح ومعلوم ومعلن ، حتى لا يُستخدم القانون و لا السلطة كأداة لانتهاك حقوق الإنسان. كما لا ينكر استفادة الباحث من هذه البحوث في إيعازها لقائمة المصادر والمراجع والتي ثمّنت هذا البحث.

إلا أن ما يختلف بين هذه الدراسة وسابقاتها هو من جهتين ؛ **الأولى:** هي نطاق دراسته مقارنا بين الفقه الجنائي الإسلامي والتشريع الدستوري والجنائي الوضعي ، وخصوصا منه الجزائري. وهذا بالبحث عن المادة العلمية الشرعية في كتب الفقه الإسلامي والذي أهملته بعض الدراسات ، وكذلك إضفاء الجانب القانوني بالدراسة المعمّقة للقوانين الجنائية و للتّعديلات الجديدة فيها ، وكذا قوانين الحالات الطارئة، والتي من شأنها أن تمس بالحرية الشخصية. وهي مثار نقاش اليوم من طرف رجال القانون ومنظمات حقوق الإنسان. **والثانية** : وهي الأهم وتكمن في طريقة تناول الموضوع أو المنهج المتبع في معالجة موضوع حماية الحرية الشخصية في ظل مبدأ الشرعية الجنائية ، وهو عبارة عن رؤية تستدعي ضرورة إتباع المنهج التحليلي التقويمي النقدي للتشريع الجنائي في ظل توجيه السياسة الجنائية الرشيدة ، وهو ما أشرنا إليه في أهداف البحث ومثلما سنوضحه في منهج الدراسة.

سابعا : مناهج الدراسة في البحث

1-إن طبيعة الموضوع تقتضي من الباحث أن يمتاز بفقه نقديّ ونهج تقديري ، بحيث يتصدى للمسائل المطروحة لديه متبعا في ذلك المنهج التحليلي الذي يتبنى التقويم والنقد، ولا يكتفي بالاستنتاج فقط. فالبحث في مجال حقوق الإنسان وحمايتها جنائيا يتطلب من الباحث ألاّ يتبع الأسلوب الاستقصائي الذي يحدد النصوص المتعلقة بالتجريم والعقاب فيما يمس الحريات ، ويقتصر الاستقصاء أيضا على توصيف أركانها المادية والمعنوية وظروفها المخففة والمشددة...؛ بل إن الأمر يتعدّى ذلك إلى ضرورة البحث في السياسة الجنائية التي على أساسها وضع المشرع النّص الجنائي. وهو ما يستدعي تحليل النصوص

بنظرة نقدية ، والبحث عن مدى توفيق المشرع من عدمه في الموازنة بين الحرية الفردية وبين الحفاظ على الأمن و النظام العام في المجتمع. فالهدف الأساس من ذلك هو بيان الحدّ الفاصل الذي يراعي من خلاله المشرع في النظامين الإسلامي والوضعي – على اختلاف مصادر وخصائص كل منهما– أثناء سنّه للنصوص الجنائية حق التمتع بالحرية الشخصية وممارستها وعدم المساس بها ، بألا يقع البغي عليها والتعسف بشأنها من جهة ، كما لا تبغي هي على غيرها وفقا لما قررته القواعد الفقهية "لا ضرر ولاضرار" ، كما أن "الضرر لا يزال بمثله".

و بناءً على هذا المفهوم للسياسة الجنائية ، قد يكون الحدّ من التجريم والعقاب هو الأَوْلى إذا كانت أفعال الأفراد لا تشكل خطورة على أمن وسلامة المجتمع ، وفي الوقت ذاته قد يكون الحثّ على التجريم والعقاب هو الأَوْلى في سبيل حماية مصلحة الفرد والجماعة ، خصوصا إذا كان هذا السلوك يؤدي إلى انتهاك حق الإنسان بسبب عدوان السلطة العامة عليه ، أو بوجود ثغرات في التشريع بسبب غفلة وتقاعس المشرع الوضعي ، أو تعسفه خاصة في ظل الظروف الاستثنائية وقوانين الطوارئ الصادرة خلالها.

و هذا هو جوهر الحماية الجنائية الذي يلتمسه البحث من خلال منهج تحليلي نقدي يتبع تقويم النصوص وعدم الاكتفاء بسردها ، إذ أن السياسة الجنائية تبحث فيما يجب أن يكون عليه التشريع لا فيما هو كائن. فهي لها أصولها والمنهج المغاير الخاص بها عن طريق البحث في الأسس الفكرية والآراء الفقهية والمصالح الاجتماعية التي وضع المشرع النص الجنائي لأجل الحفاظ عليها ، وكذا مدى التزامه بمعايير حقوق الإنسان وضوابط الضرورة في سياسة التجريم والعقاب والإجراءات الجزائية ، حتى لا يخرج النص الجنائي و يحيد عن الأهداف التي رسمت له من أجل تحقيقها ، وهو الأمر الذي سيثري مجال البحث في الحماية الجنائية لحقوق الإنسان.

2- كما أن كون الموضوع دراسة شرعية قانونية ، فقد يقتضى من الباحث أن يسلك المنهج الاستقرائي للنصوص الشرعية والقانونية بداية بالتعرف على المصطلحات العلمية في مضان الكتب الفقهية لمختلف المذاهب الفقهية في الإسلام ، و عرض المسألة في القانون الوضعي مع ذكر آراء الشراح واجتهادات الفقهاء ، و القيام بتفكيكها وتحليلها وتقويمها وفق المنهج التحليلي التقويمي.

3- وبما أن الدراسة مقارنة ، فإن البحث يكون بعرض المسائل للمقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون ، مما يستدعي استعمال المنهج المقارن بأدواته المتعددة . فما كان من

المبادئ والضوابط متفقا عليه يكتفى الباحث بتبيانه ، وما تم الاختلاف بشأنه يحاول مقاربته أو الموازنة بينه ما أمكن، وقد ينوّه بما انفرد به أحدهما عن الآخر بطريق المفارقة. وإلا فإن الباحث يرجح عن طريق المفاضلة ما يراه صائبا عندما يستعصي ذلك، ومع التبرير طبعا.

4- وفي بعض الأحيان يلجأ الباحث إلى المنهج التحليلي الاستنتاجي إذا كانت المسألة شرعية بحتة أو قانونية صرفة ، بأن يورد النصوص الشرعية من الكتاب والسنة النبوية و الآراء الفقهية التي وردت فيها ، وبعد القيام بتحليلها يستنتج منها بعض الحقائق حول المسألة المدروسة ، وقد يدعم رأيه فيها بآراء الفقهاء المعاصرين ، وكذلك الأمر في المسائل القانونية إذا كان بصدد رصد توجهات السياسة الجنائية لتشريع القوانين الجنائية.

5- كما سيرتكز نطاق الدراسة على التشريع الجزائري ، وتليه التشريعات الأخرى: المصري ، الفرنسي ، الأردني... وغيرها. دون أن ننسى النطاق الموسع للنصوص والاتفاقيات الدولية والإقليمية الصادرة في مجال حقوق الإنسان ، وهذا باعتبارها عالمية بحسب الأصل، فهي تخاطب الإنسان من حيث هو إنسان دون اعتبار للحدود الإقليمية للدول أو غيرها . و كذلك الأمر في التشريع والفقه الإسلامي باعتبار خاصيته العالمية التي جاء بها سبّاقا في تقرير حق الحرية لكل الإنسان دون استثناء أو تمييز.

6- كما قد تتطلب الدراسة استعمال مناهج أخرى أثناء البحث ، كالمنهج التاريخي في دراسة الحريات الشخصية ، ونشأتها الفقهية ، وتقسيماتها... وغيره من المناهج.

7- وتتبلور الدراسة كلها حول محور واحد هو الدور الذي تلعبه الشرعية الجنائية في توفير الحماية للحرية الشخصية بالشكل الذي يحقق كلاّ من الاستقرار القانوني للفرد في المجتمع ، وتحقيق العدالة التي ينشدها الجميع.

ثامنا : صعوبات البحث

ولقد اعترضت الباحث بعض الصعوبات أثناء إنجاز هذا البحث تمّ بحمد الله التغلب على مجملها ، فنجمل منها:

1- إذا كان من اليسير على من يريد وضع دراسة متكاملة عن هذا الموضوع في القانون الوضعي بأن يجمع شتاته من كتب قانونية ، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة لحق الحرية الشخصية في النظام الإسلامي ، حيث واجهت الباحث صعوبة في لمّ شتات الموضوع من كتب الفقه والمذاهب الإسلامية وأصول الفقه ، والحديث وشروحه وكتب التفسير بما تكتنفه من تعقيدات لغويّة . والأصعب من ذلك كله هو ركوب منهج المقارنة لنبين التمايز وأوجه التشابه والاختلاف

بين الفقه الإسلامي والقانون في المسائل التي يتم طرحها على اختلاف طبيعتها ومصادرها ، مما دعا الباحث أن يجتهد أمره عسى أن يبلغ بالدراسة وضعها في إطار مقارن ومتكامل.

2- من الصعوبات التي واجهت الباحث بادئ الأمر ، عدم دقة وضبط المصطلحات والمدلول القانوني للحرية الشخصية بين مختلف الباحثين في مجال الحريات العامة ، ومن جهة أخرى تغاير توظيف مصطلح الحرية الشخصية ومدلوله في مجالات مختلفة بين فلسفي ، واجتماعي ، واقتصادي ، وسياسي ، وقانوني...إلخ. اللهم إلا ما تم الوقوف عليه فيما بعد من دقة لدى التشريعات ورجال القانون والقضاء في فرنسا ، مما ساعد في تحديد وترجيح مدلول واضح ودقيق لمصطلح الحرية الشخصية.

3- قلّة الدراسات -حسب الاطلاع- التي تتناول الموضوع بهذا العنوان وفقا للطريقة التأصيلية التي تم اعتمادها ، اللّهم إلا ما وُجد متفرقا في جنبات بعض الدراسات التي تتناول الموضوع بشكل عام ، و هي تصدر أحكامًا عامّة ، دون تجزئة عناصر الموضوع ، وتحديد آلية معيّنة ، وتناولها بالتحليل والدراسة والتأصيل.

4- افتقاد بعض المصادر المهمة للموضوع برغم البحث الحثيث عنها في المكتبات والمعارض ، الشيء الذي اضطر الباحث إلى طريق الإحالة من المراجع في بعض الأحيان.

5- إنه وبرغم الاجتهاد في الموازنة بين الأبواب والفصول والمباحث والمطالب و الفروع مما تتطلبه المنهجية العلمية للبحوث ، إلا أن طبيعة الدراسة قد تستدعي من الباحث أحيانا للتوسع في عنصر دون آخر ، فقد يكون عنصر أهم من الآخر مما يتطلب الإحاطة به أكثر ، أو أن المسألة تتواجد في الفقه دون القانون أو العكس.

تاسعا : طبيعة المصادر والمراجع المعتمدة ، وكيفية الاستفادة منها

لكي يغوص الباحث في غمار البحث و تذليل صعابه وصولا إلى الأهداف المسطّرة يتم اعتماد مصادر ومراجع عدّة متخصصة ومختلفة ، فمنها ما يتعلّق بالعلوم الشرعية :ككتب التفسير والحديث و الفقه وأصوله و كتب السياسة الشرعية ، ومختلف المراجع الحديثة خصوصا المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون ، ومنها ما يتعلق بالعلوم القانونية ككتب القانون الدولي والدستوري ، وحقوق الإنسان والحريات العامة ، و قانون العقوبات و الإجراءات الجنائية ، وكذا كتب السياسة الجنائية.

أ/ طبيعة المصادر والمراجع المعتمدة :

تقتضي طبيعة البحث أن يشتمل على الكتب والمراجع الآتية:

1- كتب متعلّقة بعلوم الشريعة ، وأهمّها كتب التفسير ، وذلك لما تستدعيه طبيعة البحث

التأصيليّة ، حيث تتطلّب أحيانا الرجوع إلى التفاسير لشرح معاني الآيات المعتمدة في التأصيل الشرعي للمسألة المطروحة. هذا بالإضافة إلى كتب أصول الفقه ومقاصد الشريعة الإسلامية ، و كتب السياسة الشرعيّة وهي ضروريّة لمنهج التأصيل ، وكذا كتب الفقه الجنائي الإسلامي لمختلف المذاهب ، إلى جانب كتب أحكام القضاء الإسلامي ، وكتب الحديث والسيرة النبويّة الشريفة لمراجعة السّوابق التاريخيّة المتعلّقة بالموضوع ، وكيفيّة تناول علماء الإسلام لبعض القضايا المتعلّقة به.

2- كتب القانون الدستوري والأنظمة السياسيّة ، والتي منها المكتوبة باللّغة العربيّة والمكتوبة باللّغة الفرنسيّة ، حيث يقتضي كون الموضوع ضمن دراسات حقوق الإنسان الاعتماد كثيرًا على هذا النوع من الكتب ، لجمع المادة العلميّة المتعلّقة بالجانب السياسي ممثلا في طبيعة الأنظمة وتأثيره على علاقة السلطات بمدى احترام حقوق المواطنين في الدولة ، والقانوني ممثلا في الحقوق والحريات العامة المقررة للأفراد ، وموضوعات حقوق الإنسان وحرياته الأساسية التي يعتبر حق الحرية الشخصية أحدها. إضافة إلى كتب السياسة الجنائية في التجريم والعقاب و أنظمة إصلاح السجون.

3- كتب حديثة تعالج قضايا حقوق الإنسان وحرياته ومقارنتها بين النظام الإسلامي والأنظمة الوضعية ، هذا بالإضافة إلى كتب متفرّقة في الموضوع يصعب أن نجمعها في ضابط واحد ، وهي تعالج مختلف القضايا المتّصلة بالجانب السياسي أو الديني أو التاريخي أو الفكري للموضوع.

4- كما يعتمد الباحث على مجموعة من المقالات المنشورة في المجلات والموسوعات والدوريات والندوات العلمية التي تعالج بعض الجوانب من الموضوع بالمناقشة والتحليل أحيانًا ، وبالمقارنة أحيانًا أخرى ، وقد تعمد إلى تأصيل بعض الأفكار والمبادئ ، وهي من الدراسات العصريّة المهمّة ، التي تعالج بعض القضايا على ضوء المستجدّات العصريّة تبعًا للتطور المستمر في دراسات حقوق الإنسان ، وضرورة اكتشاف آليات معاصرة لحماية الأفراد من الاعتقال التعسفي ومكافحة التعذيب والاختفاء القسري للأشخاص ، وشتى الانتهاكات التي قد يخضع لها الأفراد من طرف السلطة الحاكمة.

5- النصوص القانونية من دساتير وقوانين وأحكام القضاء الدستوري، وذلك حتى نتابع التطور التشريعي في احترام الحرية الشخصية للفرد ، وكذا المطبات والثغرات القانونية التي من خلالها قد يتم الاعتداء على حرمة الأفراد في ذواتهم. كما يتم إيراد مختلف الاتفاقيات وتوصيات المؤتمرات الدولية والإقليمية المتعلقة بمبادئ حقوق

الإنسان وحمايته من التوقيف والاعتقال التعسفي وغيرها .

6- المعاجم والقواميس والموسوعات اللغوية والقانونية للتعريف بالمصطلحات الواردة في البحث ، وتحديد مفاهيمها المختلفة.

7- مواقع الأنترنت للمؤسسات الرسمية الدولية والوطنية ، والهيئات العلمية ، وما كتِب في هذا الفضاء من بحوث ودراسات شرعية وقانونية متخصصة ، وإحصائيات لها صلة بالموضوع.

ب/ كيفية الاستفادة من المصادر والمراجع:

- بخصوص كيفية الإستفادة من هذه المراجع على أكمل وجه ، فيتمّ البحث عن المادة العلمية وعرضها بداية في المصادر والمراجع الشرعية والمقارنة ، ثم دراستها في مرحلة ثانية ضمن كتب القانون مركزين في ذلك على التشريع الجزائري وشروحاته. بعدها يتم عرض المسألة للمقارنة إذا كانت طبيعتها تستدعي ذكر الرأي المقابل.

- وبخصوص أسلوب الإحالة في الهوامش الذي اعتُمد في عزو المصادر والمراجع باللغتين العربية والأجنبية إلى أصحابها ، فقد ارتأى الباحث كتابة كل المعلومات إذا ذُكر المؤلف لأول وهلة على الطريقة الآتية:

أ-تهميش الكتب:

لقب المولف أوإسم الشهرة ، إسم المؤلف:(عنوان الكتاب) إسم المحقق إن وجد. دار النشر ، مكان النشر.رقم الطبعة ، سنة الطبع. المجلد ، الجزء ، الصفحة.

ب- تهميش المجلات وغيرها:

لقب المؤلف أو إسم الشهرة ، إسم المؤلف:(عنوان المقال أوالبحث) إسم المجلة أوالجريدة ، هيئة الإصدار ومكانه.رقم العدد ، الجزء إن وجد ، التاريخ ، الصفحة.المصدر: إن كان موقع أنترنت.

ج-تهميش الرسائل الجامعية:

لقب الباحث ، اسمه: (عنوان البحث) درجة البحث ، التخصص.الهيئة الجامعية ، المكان. سنة المناقشة ، الصفحة.

د- تخريج الأحاديث:

لقب المحدّث أوإسم الشهرة ، إسم راوي الحديث:(عنوان المؤلف) الكتاب، الباب.الرقم ، إسم المحقق. دار النشر ، مكان النشر.رقم الطبعة ، تاريخ الطبع.المجلد والجزء ، الصفحة.

- و يتم عزو الآيات القرآنية إلى سورها وأرقامها بذكرها في المتن ، والاعتماد في

ضبطها بالشكل من المصحف الإلكتروني. وكذلك الأمر بالنسبة للأحاديث الشريفة ، فقد تم تخريجها في الهامش من البخاري و مسلم إن وجد ، أو من كتب الحديث الأخرى .

– أما بالنسبة للنصوص القانونية فيُذكَر نوعها ، ورقمها في الجريدة الرسمية وتاريخ صدورها. و بالنسبة للأحكام القضائية فيتم ذكر: نوع المحكمة و البلد إذا كان أجنبيا ، و رقم الحكم ، وتاريخ صدوره ، ... ، ثم ذكر من أشار إليه إن وجد.

– كما يتم شرح بعض المصطلحات العلمية التي يستعصي فهمها إلا بالرجوع إلى الكتب والموسوعات المتخصصة.

– ويُذَيَّل البحث بفهارس متنوعة للآيات ، والأحاديث ، والآثار ، والقواعد الأصولية والفقهية ، والأعلام ، وفهرسا للمراجع و الموضوعات التي احتواها.

هـ-الرموز العلمية والمنهجية:

– إذا تكرر ذكر المؤلِّف ، فيذكر إسم الشهرة أو لقبه فقط إن كان من المتقدمين ، أما إذا كان من المحدثين تم الاكتفاء بذكر لقبه.مع ذكرنا للمعلومات الرئيسية للعنوان.

– و يتم استخدام عبارة: (مرجع سابق) في حال تكرر ذكر المؤلِّف إذا كان الكتاب لأحد المتأخرين. أما إذا تكرر في الصفحة الموالية مباشرة تُذكَرعبارة: (المرجع السابق نفسه). وإذا تكرر ذكره في الصفحة نفسها دُكر: (المرجع نفسه) . وبالنسبة لكتب المتقدمين و المصادر الرسمية إذا تكررت ذكرت عبارة: (مصدر سابق) ، وإذا تكرر في الصفحة نفسها: (المصدر نفسه) ، أما في الصفحة الموالية: (المصدر السابق نفسه).

– أما إذا كان للمؤلِّف نفسه أكثر من كتاب ، يلتزم الباحث بكتابة العنوان الرئيسي بكلمتان أو ثلاث للتفرقة بين المؤلفات، وهي الطريقة المعتمدة في البحوث العلمية.

– وإذا لم توجد معلومات الكتاب يتم الرمز لها بـ (دن–دم–دط–دت) أوبـ (د م ن)؛أي:دون معلومات النشر.و(د ن):إذا لم يذكر دار النشر ، و(د م):لعدم ذكر المكان.و(دط):لعدم وجود رقم الطبعة ، و(دت):لافتقاد التاريخ.

– ويرمز للاختصارات أحيانا ب:(ق ع ج) لقانون العقوبات الجزائري ، و(ق إ ج ج) لقانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، فإذا كان لبلد آخر ذكرته.

OP.CIT : **O**uvrage **P**récédement **C**ité.

IBID : Ibdem ; même endroit. ; **P** : Page

عاشرا: خطة البحث

لكي تتم الإجابة عن الإشكالية المطروحة آنفا ، ولتحقيق الأهداف المرجوة من هذه الأطروحة ، يتصور الباحث في تناول الموضوع خطة يراها متوازنة ومتكاملة في الإحاطة بجميع مسائله حسبما يقتضيه العنوان ، و سيتم تقسيمه كالآتي:

مقدمة:

وفيها بيانٌ لأهمية الموضوع ، وطرحٌ لإشكاليته ، وذكرٌ لأسبابِ اختياره ، والأهدافِ المرجوَّة منه ، والدراساتِ السابقة له ، والمنهجِ المتَّبع في معالجة مسائله ، وصعوبات البحث ، ووصفٌ عامٌّ لأهمِّ مصادره ومراجعه ، وعَرْضٌ لخطَّته النهائية.

♦ وسيتم تقسيم البحث إلى بابين ، كما تتفرع الأبواب إلى فصول ، والفصول إلى مباحث ، والمباحث إلى مطالب ، والمطالب إلى فروع ، وهذه الأخيرة إلى فقرات. وتكون متوازنة عادة ، كما قد تختلف حسب ما يراه الباحث من أهمية، وتكييف للمادّة العلمية محلّ وقيد الدراسة. ويتتبع الباحث في تناول الموضوع خطة يحاول فيها التوازن المنهجي شكلا ومضمونا ، وهذا عرض موجز لها:

يتناول **الباب الأول ماهية الحق في الحرية الشخصية في ظل النظامين التشريعيين الإسلامي والوضعي** ، كما ينقسم بدوره إلى فصلين:

فالفصل الأول يعالج مفهوم حق الحرية الشخصية في النظامين الإسلامي والوضعي ، في **مبحثه الأول تعريف حق الحرية الشخصية** وفقا لطريقة التعريف بالمركّب الإضافي ، والتي تقتضي تفكيك كل مصطلح على حده ثم تركيبها ، بدءًا بتحديد فكرة الحق والحرية كإباحة عامة عند الفقهاء المسلمين وشراح القانون ، ثم تمييز الحق العام للفرد عن الحق الخاص في الفقهين الوضعي والإسلامي. ثم بيان المقصود بالشخص صاحب الحق في الحرية الشخصية وحمايتها جنائيا. وانتهاء ببيان المدلول الفقهي والقانوني "لحق الحرية الشخصية" .

أما **المبحث الثاني** ، فيتم **إفراده لعرض توظيف مصطلح الحرية الشخصية في الفقه والقانون وتمييزه عن استعمالاتها الفلسفية المتعددة** ، حتى يسهل الأمر للدارسين في هذا المجال أن يجدوا ضالتهم في هذا الموضوع أثناء البحث. كما سيتم توضيح ما يتسم به حق الحرية الشخصية من مميزات وخصائص عدة يشترك فيها بصفة خاصة مع الحريات الأساسية للإنسان ، من قبيل عدم قابلية حق الحرية للتنازل ولا للعدوان عليه. ثم بيان العلاقة التي تربط حق الحرية بالسلطة العامة في الدولة من خلال سعيها لتنظيمه.

ويعالج **الفصل الثاني** من هذا الباب: **أساس حق الحرية الشخصية ومصادره في النظامين**

الإسلامي والوضعي ضمن **مبحثه الأول ماهية الحقوق والحريات العامة** وخصوصا الأساسية منها ، و ذكر منشأ هذه الحقوق ، مع بيان أنواعها وتقسيماتها في الفقه الإسلامي والوضعي ، وكذا علاقة العموم والخصوص التي تحدّد الطبيعة التي تربط الحرية الشخصية بباقي الحريات والحقوق. ويبرز **المبحث الثاني المقومات و الركائز التي تبنى عليها الحقوق والحريات الأساسية** ، والتي يعدّ حق الحرية الشخصية أهمها. أما **المبحث الثالث** ، **فيتناول أساس حق الحرية الشخصية ومصادره في كل من النظام التشريعي الإسلامي** ، والأنظمة الوضعية اللّيبرالية المجسدة واقعيا في المواثيق الدولية ، والتشريعات الإقليمية والداخلية للدول التي تحترم سيادة القانون ، وهذا من خلال بيان الأسس الفكرية والمرجعيات التي ينبني عليها حق الحرية الشخصية ، وأنه لا ينطلق من فراغ.

♦**أما الباب الثاني** للبحث؛ فسيتم رصده **لمظاهر وضمانات تكريس حماية الشرعية الجنائية للحرية الشخصية في ظل النظامين الإسلامي والوضعي** ، وهو مبوّب إلى فصلين:

يتناول **الفصل الأول ماهية مبدأ الشرعية الجنائية ومقومات حمايته للحرية الشخصية** ، من خلال **مبحث أول** قوامه : **أصول حماية حق الحرية الشخصية في المجال الجنائي** ، بداية من مفهوم حماية الحرية الشخصية في النظام القانوني بوجه عام ، وفي المجال الجنائي بوجه خاص. كما سيتم توضيح منهج التوازن الذي يسعى التشريع الجنائي لتحقيقه بين الحرية الشخصية ومختلف المصالح العامة من خلال السياسة الجنائية الرشيدة التي تعبّر عن جوهر الحماية الجنائية ، وبيان أشكال الحماية الجنائية الموضوعية والإجرائية ، مع ذكر مبررات ودواعي توفير ضمانات للحرية الشخصية في مواجهة سلطة الدولة بالعقاب ، خاصة وأن طبيعة الأنظمة السياسية للدول بين قانونية واستبدادية تؤثر بشكل مباشر على تنظيم الحريات والحقوق في القوانين الجنائية.

وفي المبحث الثاني: سيتم التطرق **لمبدأ الشرعية الجنائية كدعامة أصيلة لحماية الحرية الشخصية** ، فمادام أنه يمثل محور هذا البحث سنذكر تعريفه وأهميته في حماية مصلحة الفرد والمجتمع ومقاصد التشريع ، مع بيان مصادر الشرعية الجنائية في النظام الجنائي الإسلامي والتشريعات الوضعية سواء كانت الصكوك الدولية ، أو الدساتير الوطنية ، أو القوانين الجنائية. بعدها سنقوم بالبحث في الجذور الفكرية والأسس القانونية للشرعية الجنائية والأصول التي بنيت عليها من عدالة ومساواة ، وشرعية دستورية قوامها مبدأ سيادة القانون والفصل بين السلطات. و سنخلص إلى العناصر الجوهرية لمبدأ الشرعية الجنائية وعلاقتها بالحرية الشخصية ، ممثلة في قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات ، وشرعية الإجراءات الجنائية ، وأخيرا شرعية التنفيذ العقابي.

أما الفصل الثاني من الباب الأخير ، فسيتم تخصيصه لبيان **ضمانات حماية الشرعية الجنائية للحرية الشخصية في النظام الجنائي الإسلامي والوضعي** ، ممثلة في المبادئ والآليات الجنائية لحماية الحرية الشخصية في المجال الجنائي. ففي **المبحث الأول** ستعرض الدراسة **لضمانات حماية الشرعية الجنائية الموضوعية للحرية الشخصية في مواجهة سلطة التجريم والعقاب** ، والتي تتكرس من خلال ضوابط الشرعية الجنائية الموضوعية في النظام الجنائي الإسلامي ، سواء في الاعتبارات المقاصدية كضمان للحرية الشخصية في التجريم والعقاب ، أو في ضوابط شرعية الجرائم والعقوبات التقديرية والتعزيرية معا. وتترسخ هذه الضمانات أيضا في ظل ظوابط شرعية التجريم والعقاب ضمن القوانين الوضعية ، وكذا قاعدة عدم رجعية القوانين الجنائية ، مع وجوب الرجعية إذا كانت في صالح الحرية الشخصية للمتهم ، ومبدأ شخصية المسؤولية الجنائية والعقوبة .

أما في المبحث الثاني ؛ سيتم التركيز **على ضمانات حماية الشرعية الجنائية الإجرائية للحرية الشخصية في مواجهة سلطة الاتهام والتنفيذ العقابي**. ويتجلى ذلك من خلال المبادئ الراسخة التي ينبغي مراعاتها في الإجراءات الجنائية ، كمبدأ البراءة الأصلية ، ومبدأ قانونيّة الإجراءات الجزائية ، ولا عقوبة بغير دعوى. ويتأكد احترام هذه المبادئ بصفة خاصة في الظروف الاستثنائية والقوانين الطارئة الناجمة عنها ، والتي تسنّ إجراءات وأحكام عرفية بالغة الخطورة على الحرية الشخصية ، تكون سببا في الاعتقال التعسفي ، والاختفاء القسري. الشيء الذي يحمّل الدولة وأعوانها مسؤولية إنصاف الضحايا ، وتبعات التعويض عن تلك الانتهاكات وفقا لما كرسه المجتمع الدولي من مبادئ في هذا الشأن.

وفي الخاتمة؛ يستجمع الباحث ما توصل إليه من نتائج يجيب بعضها عن إشكاليات البحث ، والبعض الآخر يتم إدراجه كمقترحات وآفاق تُفتح لبحوث قادمة في مثل هذا المجال.

وتأتي الخطة العامة للبحث على المنوال الآتي:

مقدمة:

الباب الأول: ماهية الحق في الحرية الشخصية في ظل النظامين الإسلامي والوضعي

الفصل الأول : مفهوم حق الحرية الشخصية في النظامين الإسلامي والوضعي

المبحث الأول: تعريف حق الحرية الشخصية

المبحث الثاني : مميزات وخصائص حق الحرية الشخصية

الفصل الثاني: أساس حق الحرية الشخصية ومصادره في النظامين الإسلامي والوضعي

المبحث الأول: ماهية الحقوق والحريات العامة في التشريعين الإسلامي والوضعي

المبحث الثاني: مقومات وركائز حق الحرية الشخصية والحريات الأساسية للفرد

المبحث الثالث: مصادر الحقوق والحريات العامة في النظام الإسلامي والأنظمة الوضعية الليبيرالية

الباب الثاني:مظاهر وضمانات تكريس حماية الشرعية الجنائية للحرية الشخصية في ظل النظامين الإسلامي والوضعي

الفصل الأول: ماهية مبدأ الشرعية الجنائية ومقومات حمايته للحرية الشخصية

المبحث الأول: أصول حماية حق الحرية الشخصية في المجال الجنائي

المبحث الثاني: الشرعية الجنائية دعامة أصيلة لحماية الحرية الشخصية

الفصل الثاني: ضمانات حماية الشرعية الجنائية للحرية الشخصية في النظام الجنائي الإسلامي والوضعي

المبحث الأول: ضمانات حماية الشرعية الجنائية الموضوعية للحرية الشخصية في مواجهة سلطة التجريم والعقاب

المبحث الثاني: ضمانات حماية الشرعية الجنائية الإجرائية للحرية الشخصية في مواجهة سلطة الاتهام والتنفيذ العقابي

– الخاتمة:

– قائمة المصادر و المراجع

– الفهارس: يذيَّل البحث بفهارس فَنِّيَّة لـ: الآيات ، والأحاديث ، والآثار ، والقواعد الأصولية والفقهية والقانونية ، وفهرس المصادر والمراجع ، وفهرس المحتويات؛ تسهيلا لعملية التعامل مع سائر أجزائه.

وعليه؛ فإن الباحث لا يدعي بعمله هذا الكمال الذي ناشده وإن رجى ذلك ، ولا يزعم الإحاطة بجميع أركان الموضوع و جوانب دراسته ، ولا الإجابة عن كل تساؤلاته ، فهذه شيمة أعمال البشر التي يشوبها النقص مهما اكتملت.

فالله نسأل أن يسدد خطانا وأن يغفر خطايانا إنه بالإجابة جدير وعلى كل شيء قدير.

والقارئ أستنصح بأن يقوّم اعوجاج البحث و يجمّل صورته من الزّلل بنصائحه. كما يرجى أن يكون هذا البحث لَبِنة في استكمال صرح حقوق وحريات الإنسان ، ومفتاحا لكل من يريد أن يسلك درب البحوث المقارنة ، ودراسة حماية الحريات في المجال الجنائي .

وبالله التوفيق.

الباب الأول :
ماهية الحق في الحرية الشخصية
في ظل النظامين الإسلامي والوضعي

وفيه فصلان :

الفصل الأول : مفهوم حق الحرية الشخصية
في النظامين الإسلامي والوضعي

الفصل الثاني : أساس حق الحرية الشخصية
ومصادره في النظامين الإسلامي و الوضعي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

تمهيد

تبدأ دراسة كل موضوع بمعرفة ماهيته وتحديد نطاقه ، وكذا تبيان الأسس والمصادر التي يبنى عليها ويستقي منها أصوله. والأمر ذاته بالنسبة لحق الحرية الشخصية الذي يعدّ محور هذا البحث ، حيث أفردنا لمعرفته بابا كاملا. وقد قسمنا هذا الباب إلى فصلين.

ويعالج الفصل الأول مفهوم الحرية الشخصية من خلال محاولة إيجاد تعريف دقيق لها في التشريع والفقه ضمن النظام الإسلامي و في الشِّرْعَةُ – أي الشّرعية–الدولية لحقوق الإنسان[1] ، وكذا بيان خصائص حق الحرية الشخصية من خلال إبراز العلاقة الوثيقة التي تربط حق الحرية بالسلطة العامة في الدولة ، وتدخلها الذي تسعى من خلاله إلى تنظيم الحقوق والحريات في المجتمع دون إخلال بها.

أما الفصل الثاني فيتناول أساس حق الحرية الشخصية في النظامين الإسلامي والوضعي من خلال بيان النطاق العام الذي تدور في فلكه الحرية الشخصية ممثلا في الحقوق والحريات العامة ضمن التشريعين الإسلامي والوضعي ، لذا عرضنا لبيان هذه الحقوق والحريات بتعريفها وذكر أنواعها ومعايير تقسيمها المختلفة ، وكذا الأمر بتحديد طبيعة العلاقة بين الحرية الشخصية وباقي الحقوق والحريات الأساسية ، وإبراز مقومات وركائز حق الحرية الشخصية والحريات الأساسية للفرد. ثم تمت دراسة وتوضيح المصادر والأسس الفكرية لنظام الحقوق والحريات العامة والأساسية في التشريعين الإسلامي والوضعي. مع بيان حدود الحرية الشخصية كونها نسبية وليست مطلقة من حيث ممارستها ، بحثا عن الشكل الذي يحقق توازنا بينها وبين مصلحة الجماعة سواء في ظل الأنظمة القانونية الوضعية ، أو في ظل المبادئ السامية للنظام التشريعي الإسلامي.

---

1 – يقصد بالشّرعة أو الشرعية الدولية لحقوق الإنسان في هذا الصدد : كافة الاتفاقيات والصكوك الدولية العالمية والإقليمية الصادرة في مجال حقوق الإنسان والتي تشكّل بمجموعها مدونة للسلوك الدولي فيما يتصل بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية والمصدر العام لها ، سواء من حيث تحديدها أو ضماناتها ، وتتكون من عدة صكوك دولية مثل ميثاق الأمم المتحدة لسنة 1945م ، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948م ، والعهد الدولي لحقوق الإنسان الاقتصادية و الثقافية والاجتماعية لسنة 1966م ، والعهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية لسنة1966م ، والبروتوكول الأول الملحق بهذا الأخير ، والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة 1950م ، والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان لسنة 1981...إلخ. ينظر : الحديثي ، خليل : (حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، ملاحظات في نقد الفكر الغربي) أعمال مؤتمر كلية الحقوق الثاني حول "حقوق الإنسان في الشريعة والقانون–تحديات وحلول–"جامعة الزرقاء الأهلية ، الأردن ، 19_20 جمادى الأولى 1422هـ موافق ل08–09 آب (أوت) 2001م ، ص30.

الفصل الأول :

مفهوم حق الحرية الشخصية

في النظامين الإسلامي والوضعي

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : تعريف حق الحرية الشخصية

المبحث الثاني : مميزات وخصائص حق الحرية الشخصية

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

توطئة:

لقد شاع استعمال مصطلح "الحرية" في ميادين شتى ، مما جعل معناها يأخذ أبعادا مختلفة . غير أن مجال البحث في الدراسات القانونية والمقارنة يتطلب تحديد المصطلحات وضبط مفاهيمها؛ بل يفترض منه إعطاء معاني محددة وبشكل دقيق للمفردات في النصوص القانونية والتشريعية المتداولة. إلا أن هذا الأمر لم يظهر جليّا بالنسبة إلى الحريات العامة عموما والحرية الشخصية خصوصا ، إذ أنها بدأت كمفاهيم فضفاضة في إعلانات حقوق الإنسان والدساتير المختلفة ، ثم تبلورت شيئا فشيئا إلى أن بدأت تستقر على معاني منضبطة.

ولهذا كان ولابد من تحديد مفهوم واضح للحرية الشخصية عن طريق تفكيكه وبيان أبعاده المختلفة ، بدءا بمحاولة إيجاد تعريف دقيق لها ، وهذا من خلال تحديد فكرة الحق كإباحة عامة وحق فردي عام تتأسس عليها كافة الحقوق الحريات في مواجهة السلطات العامة في الدولة ، وكذا تحديد المقصود بالفرد صاحب حق الحرية ، وذكر القيمة التي يكتسيها الإنسان الحرّ سواء في النظام التشريعي الإسلامي، أو الشرعية الدولية لحقوق الإنسان، حيث يوجبان حماية الإنسان وحريته من العدوان (**المبحث الأول**). ثم بيان خصائص الحرية الشخصية من خلال تمييز التوظيف المنضبط لمصطلح الحرية الشخصية في الفقه والقانون عن استعمالاتها الفلسفية المتعددة. ومن خصائص حق الحرية الشخصية عدم قابليته للتنازل ولا للعدوان عليه ، كما أن هناك علاقة وثيقة تربط حق الحرية بالسلطة العامة في الدولة والتي تسعى من خلال تدخل سلطاتها المستمر إلى تنظيم الحقوق والحريات في المجتمع (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول :
تعريف حق الحرية الشخصية

إن تعريف حق الحرية الشخصية يستدعي معرفة كل مفردة منه على حده ، وهذا ما يلزم انتهاج التعريف بالمركب الإضافي بداية بتفكيكه إلى معنى مصطلحات : "الحق" و"الحرية" وهذا عند الفقهاء المسلمين و شراح القانون (**المطلب الأول**) ، مع تبيان الفرق بين دراسة الحق في منظور الفقه القانوني التقليدي ، وبين الحق الفردي العام ضمن دراسات القانون العام كونه إباحة عامة وفقا للمنظور الأخير (**المطلب الثاني**) ، ثم بيان معنى"الشخص صاحب الحق في الحرية" هذا الذي يمثّل موضوع الحماية في حق الحرية الشخصية (**المطلب الثالث**) ، ويليه تحديد المدلول الشرعي والقانوني لمعنى "حق الحرية الشخصية" في ظل الحماية الجنائية لحقوق الإنسان(**المطلب الرابع**).

المطلب الأول :

تحديد فكرة الحق والحرية كإباحة عامة عند الفقهاء المسلمين وشراح القانون

لقد خاض الكثير من فقهاء الشريعة ورجال القانون في تحديد معنى الحق ، فلم يصلوا إلى تعريف جامع مانع للحق من جهة ، كما أن معظمهم ذكره في معرض الحديث عن الحق ضمن المعاملات المالية و الشخصية مما يُدخله في نطاق القانون الخاص المدني الذي يخرج بنطاق الحق عن معناه في القانون العام -موضوع دراستنا-. ولهذا فستعرض الدراسة للمعنى اللغوي للحق والحرية (**الفرع الأول**) ، ثم ترصد لبعض التعاريف الاصطلاحية للحق حتى تخلص في الأخير إلى استقراء ما يتعلق منها بالموضوع (**الفرع الثاني**) . لنرى في المطلب الموالي تمييز الحق العام للفرد عن الحق الخاص في الفقهين الوضعي والإسلامي ، وترادف المعنى الاصطلاحي بين " الحق الفردي العام" و "الحرية".

الفرع الأول : المعنى اللغوي للحق والحرية.

الفقرة الأولى- المعنى اللغوي للحق:

وردت لفظة الحق بعدة معاني في اللغة منها :

1- الحق :

هو الثابت الذي لا يسوغ إنكاره ، وبلا شك[1] : ففي القـران الكـريم يقـول الله تعالى : ﴿إِنَّهُ لَحَقٌّ مِّثْلَ مَا أَنَّكُمْ تَنطِقُونَ﴾ [الذاريات: 23].

2- والحق نقيض الباطل[2] ،

وذلك كما في قوله تعالى : ﴿وَلَا تَلْبِسُوا الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ وَتَكْتُمُوا الْحَقَّ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: 42].

3- ويطلق على الصدق :

فيقال : حقّقت قوله؛ أي صدقته. ومنه قوله تعالى : ﴿لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلَى أَكْثَرِهِمْ فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ﴾ [يس: 7].

4- والحقّ اسمٌ من أسماء الله سبحانه وتعالى

أو من صفاته[3] ، إذ يقول تعالى :

﴿ثُمَّ رُدُّوا إِلَى اللَّهِ مَوْلَاهُمُ الْحَقِّ﴾ [الأنعام : 62].

﴿فَتَعَالَى اللَّهُ الْمَلِكُ الْحَقُّ﴾ [طه : 114].

﴿ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ﴾ [الحج :06].

5- والحق :

الحظ والنصيب[4] . قال تعالى : ﴿وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ﴾ [الذاريات : 19].

6- الحق في اللغتين الفرنسية والإنجليزية:

الحق في الفرنسية : DROIT من الكلمة اللاتينية "DIRECTUS" أي : مباشرة ويعـني : الصواب ، العدل ، مستقيم ، قويم.... إلى آخره. وفي اللغة الإنجليزيـة : الحـق"RIGHT" ، ويعني : مستقيم ، مصيب ، قويم...إلى آخره[5].

1-الجرجاني ، الشريف علي بن محمد : (التعريفات) .دار الكتـب العلميـة. بـيروت.ط3 . 1408هـ- 1988م ص89.و أنيس إبراهيم وآخرون : (المعجم الوسيط) دار الفكر ، بيروت. دط-دت.ج1 ، ص188.

2- الجوهري ، إسماعيـل بـن حمـاد : (الصـحاح ، تـاج اللغـة وصـحاح العربيـة) دار العلـم للملايـين ، بيروت.ط3 ، 1404هـ - 1984م. ج4 ، ص1460 ، مادة : "حقق". و ابن فارس ، أبـو الحسـين أحمـد : (معجم مقاييس اللغة) تحقيق : عبد السلام هارون. دار الفكر ، بيروت.دط.1979م. ج2 ، ص15 .

3 - الفيروز أبادي ، مجد الدين محمد بن يعقوب : (القـاموس المحـيط) تحقيـق محمـد نعـيم العرقسوسـي ، مؤسسة الرسالة ، بـيروت ، ط8 ، 2005 ، ص 874 مـادة "حقـق". وينظـر : الجرجـاني : (التعريفـات) المصدر السابق نفسه.ص98. والجوهري : (الصحاح) المصدر السابق نفسه ، ج4 ، ص1461.

4 - ابن منظور : (لسان العرب) مادة "حقق" ، دار المعارف ، القاهرة. دط-دت. ج2 ، ص941.

5 -جروان ، السابق : (معجم اللغات عربي فرنسي إنجليزي) جذر : "RIFL" ، دار سـابق ، بـيروت.ط1 ، 1984م.ص1168 .

الفقرة الثانية- المعنى اللغوي للحرية :

ورد لفظ "الحُرِّيَةُ" في اللّغة العربية بمعنى العتق من العبودية. جاء في لسان العرب[1] : الحُرُّ ، بالضّم : نقيض العبد ، وورد الحرّ بمعنى : الفعل الحسن. والجمع أحرارٌ ، وحِرارٌ. والحُرّة : نقيضُ الأَمَةِ ، والجمع حرائرُ. وحرّره : أعتقه. والمحرَّر : الذي جُعِل من العبيد حُراً فأُعتِق. وتحريرُ الرّقبة : عِتْقُها.

والحرية في الفرنسية Libérté ، وتعني : حقٌّ أساسيٌّ وطبيعيٌّ للإنسان يمكّنه من التصرف وفق إرادته. وتعني كذلك : حق يخول للإنسان التصرف من دون عوائق. والحرية بنفس الوقت تتضمن مركز شخص غير أسير أو موقوف. أخيرا تعني الاستقلالية الشخصية أوالجماعية ، وهي حرية الرفض لأيّ اقتراح [2].

وفي الإنجليزية تسمّى الحرية : Liberty-Freedom ، وتعني : "حالة التحرّر ، وبعبارة أخرى هي : حالة من ليس في السجن أو تحت رقابة أيّ أحد. أو هي : **الحق** في أن تفعل أو تقول ما تريد : أي لديك **الحرية** لتأتي وتذهب كما تشاء ، وحريات التعبير ، والحقوق والحريات المتعلقة بالفرد . وتعني أيضا : أن تذهب أين تريد ، وتفعل ما تشاء ...إلخ... وفقدان أو سلب الحرية معناه الوضع في السجن"[3].

و يلاحظ على التعريف اللغوي أنه قد رادف بين الحرية والحق ، بقوله : "الحرية هي الحق...إلخ". كما ربطها بالانعتاق من قيود السجن والعبودية والاستبداد وتحكم الآخرين. وعدّد أيضا أنواع الحقوق والحريات العامة والأساسية التي يحتاجها الفرد ، والتي تدخل في نطاق الحرية.

---

1 – ابن منظور ، (لسان العرب) المصدر السابق نفسه ، مادة : "حرر" ، ج10 ، ص 829–831.

2– «Liberté : n.f. droit primordiale et naturel de l'homme agissant comme il l'entend. / Povoire d'agir sans entrave ni contrainte./ état d'une personne non captive./ Indipendance personnelle ou collective. La librté de refuser une proposition…» Dictionnaire de Français « AUZOU» plus de 70000 mots sens et exemples. Edution auzou, paris, 2005. P. 279.

3- « Freedom (noun) : - the state of being free; in other words : of not being in prison or under the control of somebody… -the right to do or say what you want : you have the freedom to come and go as you please. freedoms of speech; the rights and the freedoms of the individual.

Libety : (noun) freedom to go where you want; do what you want etc : we must defend our civil liberties at all costs . loss of libety = being put in prison ».

صحافة جامعة أكسفورد : (قاموس أكسفورد الحديث–Oxford wordpower–إنكليزي –إنكليزي–عربي) إصدار صحافة جامعة أكسفورد ، المملكة المتحدة ، تم طبعه بالصين ، ط4 ، سنة 2000 ، ص 304 و436.

الفرع الثاني : المعنى الاصطلاحي للحق كإباحة عامة

يتجلى دراسة المعنى الاصطلاحي لفكرة الحق كإباحة عامة من خلال عرضها لدى الفقهاء المسلمين ، وبعدها عند شراح القانون الوضعي[1].

الفقرة الأولى : الحق في اصطلاح الفقهاء المسلمين :

لقد اختلف الفقهاء القدامى والمعاصرين في الوصول إلى معنى موحّد للحق نتيجة استعمالهم إياه في دلالات مختلفة على الرغم من انتظام هذه المعاني في قالب واحد مفاده : "الثبوت"[2] انطلاقا من المعنى اللغوي للحق. ويذكر الحق كثيرا في معرض الحديث عن العلاقة بين الخالق سبحانه وتعالى والمخلوقين. ولم تسلم معظم تعاريفهم من النقد[3]. و سنبين محاولاتهم عند الفقهاء المتقدمين والمعاصرين :

أوّلا : معنى الحق عند المتقدمين :

عرفه صاحب "البحر الرائق" فقال بأن : "**الحق ما يستحقه الرجل**"[4] وهو تعريف يكتنفه الغموض ، كما يلزم منه الدّور ، واللفظ "ما" عامٌّ يشمل الأعيان والمنافع والحقوق المحددة. هذا فضلا عن إبهامها[5] .

إلا أن هذا التعريف للحق يراد به ما يستحقه الإنسان بإقرار الشارع له وحمايته إياه بالتمكين للحق والدفاع عنه ، مما يجعل هذا المفهوم مُقارب للمعنى الوضعي[6]. وفرّق الإمام الشوكاني بين "الحق" و "الملك" عند شرحه لبابين ، باب : "النهي عن منع فضل الماء" و "باب الناس شركاء في ثلاث". ففي حين أن الـمُلك يلزم منه الاختصاص وعدم الاشتراك بين الناس ، يفهم من هذا بمفهوم المخالفة أن الحق هو : "**ما اشترك بين**

---

1 – سبق للباحث أن تناول فكرة الحق كإباحة عامة بصفة مجملة وغير مفصلة ضمن رسالة الماجستير ، ينظر : غجاتي، فؤاد (الحماية الجنائية لحق الأمن الشخصي-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-) بحث بالدوريات _غير منشور_ ، كلية الشريعة والاقتصاد ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، قسنطينة ، ص4 ومابعدها.

2-الخفيف ، علي : (الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية) دار النهضة العربية ، بيروت.دط ، 1990.ص9.

3- الدريني ، فتحي : (الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده) مؤسسة الرسالة ، بيروت.ط3 ، 1984م.ص184-185.

4 – ابن النجيم ، زين الدين : (البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية للنّسفي) ، دار الكتب العلمية ، بيروت.ط1 ، 1418 هـ ، 1997م.ج6 ، ص227.

5 – الدريني ، المرجع نفسه ، ص184.

6- الخفيف ، المرجع نفسه، ص10.

الناس واختصوا به جميعا سواء كان في حرز أو غيره مما هو مشاع بين الناس"[1]. و يفهم من كلامه هذا أن الـمُلك يراد به : "ما يثبت للشخص كحق خاص من دون الغير؛أي : ملكية على شيء معيّن قِبَلَ النّاس". وأما الحق العام فهو "**الذي لا يختص به أحد ، كحق الحياة والحق في الحرية ، والبعض يطلق عليه الرّخصة**"[2].

والحقيقة أن الملك لا يخرج عن كونه حقا سواء اختص به الواحد أم الجماعة ، كحق التّمليك مثلا. فالحق يتّسع مفهومه ليشمل الكل ، كما يضيق ليستأثر به أحد من الناس.

وجاء في "الموافقات" للشاطبي أن الحق ليس هو الحكم أو الفعل الذي هو متعلق الحكم ، بل يندرج عن أمر آخر معنوي وهو **الامتثال** في الأمر والنهي لله تعالى ، فكل حكم شرعيّ ليس يخلو من حق الله فيه الذي هو جهة التعبد له ، والامتثال المطلق لما أمر به ونهى عنه.كما لا تنعدم حقوق العباد من الحكم الشرعي في المعجّل ولا في المؤجل ، لأن الشريعة تقصد تلبية مصالح العباد[3]. ولهذا فإن الامتثال لأوامر الشرع ونواهيه يحقق العبد به ويحمي مصلحته الخاصة في غضون سعيه لتحقيق المصالح العامة ومراد الشارع الحكيم([4]).

ومن هذه التعريفات للحق ، يتضح أن الفقهاء المسلمين لم يعنوا بذكر حدوده بقدر ما اكتفوا باستعماله في المجالات المختلفة استنادا إلى الوضوح اللغوي الذي يكتنف الحق ، بما يمثّله من **ثبوت** ينعكس على الثبوت الشرعي في الاصطلاح؛ أي : "**بإقرار الشارع للحق وحمايته**"[5].

وإذا كان العلماء لم يلتزموا معناً محددا للحق ، من أجل ذلك أطلقوه على حق التعاقد وحق التصرف وغيره... **مما يجعل** أحد معاني الحقوق كونها رُخَصاً أو مُكنَات وإباحات عامة تدخل في نطاق الحقوق والحريات العامة[6].

---

1 – الشوكاني ، محمد بن علي : (نيل الاوطار في شرح منتقى الأخبار) تحقيق : طه عبد الرءوف سعد ، ومصطفى محمد الهواري. مكتبة الكليات الأزهر ، القاهرة .دط-دت.ج7.ص45 وما بعدها.

2 – ربيع ، محمد منيب : (ضمانات الحرية في النظام الإسلامي وتطبيقاته) .سلسلة البحوث الإسلامية بالأزهر ، المكتبة العصرية بالاشتراك مع المطابع الأميرية.القاهرة. دط ، 1983م ، السنة : 14 ، .الكتاب2 ، ص19-20.

3 – الشاطبي ، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي ت790هـ : (الموافقات في أصول الشريعة) . تحقيق عبد الله دراز ،طبع وزارة الأوقاف السعودية ، دط ، د ت ن ، ج2 ، ص128_132.

4 – **للتفصيل أكثر حول التأصيل التشريعي والعقدي لمسألة امتثال المكلف للأوامر الإلهية ينظر: ص 164 من البحث.**

5 – الخفيف : (الملكية في الشريعة الإسلامية) . المرجع السابق نفسه.ص9.

6 – ربيع ، منيب المرجع نفسه.ص20.

فقد استعمل الفقهاء الحق للدلالة على ما كان **ثبوته بمقتضى الشرع من أجل صالح الإنسان**، ولهذا فهم يطلقون الحق على كل عين أو مصلحة تعطي للإنسان بمقتضى الشرع سلطة المطالبة بها أو منعها من الغير ، أو بذلها أو التنازل عنها ، فيطلق على الأعيان المملوكة ، ويطلق على الملك نفسه ، وعلى المنافع أو المصالح ، وهذا الإطلاق عام. وقد يستعملون الحق في مقابلة الأعيان والمنافع المملوكة فيكون معناه خاصاً ، والمراد به حينئذ "**المصالح الاعتبارية الشرعية التي لا وجود لها إلا باعتبار الشارع وفرضه**"[1].

ويظهر هذا الوجه الأخير جليّا في تحديد الفقهاء لأحد معاني الحق من خلال تقسيمهم للحقوق إلى **مجرّدة** وغير مجردة ، أو بتقسيمها إلى حقوق تقبل الإسقاط وحقوق **لا تقبل الإسقاط**...كما قسموها إلى حقوق متعلقة بالمال وأخرى **متعلقة بغير المال** ، وقسمها الأصوليون إلى **حقوق خالصة لله** ، وحقوق خالصة للعباد ، **وحقوق مشتركة وحق الله غالب** ، وحقوق مشتركة وحق العبد غالب[2].

ويتبين أن معنى الحق يضيق ليختص به الفرد ، كما أنه يتّسع ليشمل جميع الخلق.وعليه؛ فإن معنى الحق كإباحة عامة يتحدد من خلال هذا الوجه الأخير الذي ذكره الفقهاء حيث يجعل الحق من المصالح الاعتبارية التي اعتدّ بها الشرع ، وهو يدخل ضمن المصالح العامة التي جاء الشرع لإقرارها وهي حقوق مجردة وغير متعلقة بالمال ، وخالصة لله أو حق الله فيها غالب فلا تقبل الإسقاط أو التنازل.

ثانيا : تعريف الحق عند الفقهاء المعاصرين :

انقسم أساتذة الفقه الإسلامي إلى ثلاثة اتجاهات في محاولتهم لوضع حدٍّ لمعنى الحق مبيناً وكاشفاً لماهيته. ونوردها فيما يأتي :

الاتجاه الأول : يرى بأن : "**الحق مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما معا يقررها المشرّع الحكيم**"[3].

أو الحق هو : "**مصلحة للشخص على سبيل الاختصاص والاستئثار يقررها المشرع الحكيم**"[4].

تقييم : هذا الاتجاه يعرّف الحق بالغاية المرجوة منه والمتمثلة في المصلحة ، لكنه

1 – شلبي ، محمد مصطفى (المدخل في الفقه الإسلامي) الدار الجامعية ، بيروت. ط10 ، 1985 ، ص331 في الهامش.

2 – المرجع نفسه ، ص332.

3– المرجع نفسه ، ص331.

4–عيسوي ، أحمد عيسوي : (الفقه الإسلامي– المدخل ونظرية العقد–) ص233. نقلا عن : الطعيمات ، هاني سليمان : (حقوق الإنسان وحرياته الأساسية) دار الشروق ، عمّان. ط1 ، الإصدار الثاني.2003م.ص23.

وسيلة إلى تحقيق هذه المصلحة ، وليس هدفا بذاته[1].

الاتجاه الثاني : يرى بأن الحق هو "**ما يثبت في الشرع للإنسان أو لله تعالى على الغير**"[2]. أو "**ما ثبت بإقرار الشارع وأضفى عليه حمايته**"[3].

تقييم : لقد أُخذ على هذا الاتجاه أنه عرّف الحق تعريفا غير مانع حيث جعله يشمل الإباحات العامة. فهي مع أنها تثبت شرعا للإنسان ، إلاّ أنها لا تعدّ حقا بالمعنى الدقيق ، ولكنها رخصة ، وهذا التعريف غير جامع لعناصره أيضا ، لأنه لا يشتمل على الحقوق الغيرية ، وكذلك الحقوق التي تثبت لغير الإنسان كالأشخاص المعنوية أو الاعتبارية ، مثل الوقف ، والشركات ، وبيت المال ، ...فلو استبدل "الإنسان" بـ "الشخص" لكان أولى ، إذ الشخص أعمّ من كونه حقيقيا أو اعتباريا. كما أن إدخال عنصر الحماية للحق عن طريق الدعوى التي تضفى على الحق وليست من كنهه. لذا فهي أثرٌ له أو للاعتداء عليه[4]. مع أن إخراج الإباحات العامة من الحقوق أمر فيه نظر ، كونها تعدّ حقوقا تتمكن الجماعة كلها من التمتّع بها.

الإتجاه الثالث : يرى بأن الحق هو : "**اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقا لمصلحة معينة**"[5] وعرّف بأنه : "**اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا**"[6]. والحق بهذا المعنى يتضمن اختصاصا يخول لصاحبه سلطة شخصية أو ينجم عنه تكليف معين.

تقييم : غير أن هذا التعريف للحق برغم شموله لجميع عناصر الحق وأنواعه ، كحق الله تعالى والحقوق الأدبية ، وكذا تناوله لحقوق الولاية العامة من إقرار للنظام ، وقمع للجرائم المعتدية على الحق. لكن هذا الاتجاه عرّف الحق بما يلازمه من استئثار للحق ، كما أنه ليس واضحا إلا بعد الإطناب في شرحه[7]. كما أن فكرة الحقوق

1- الطعيمات (حقوق الإنسان وحرياته الأساسية) المرجع السابق نفسه.ص23-24. والمصري ، كمال : بحث بعنوان : (الحق بين اللغة والشرع...والقانون) المصدر :
http : //www.onislam.net/arabic/madarik/culture-ideas/100655-2001-07-29%2000-00-00.html 20.07.2014

2 - أبو سنة ، أحمد فهمي : (النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية) ص50.نقلا عن الطعيمات ، المرجع نفسه ، ص23.

3 - الخفيف : (الملكية في الشريعة الإسلامية) المرجع السابق نفسه ، ص9.

4- المصري : المرجع والمصدر نفسه. و كيرة ، حسن : (المدخل إلى القانون) منشأة المعارف ، الإسكندرية.ط5-دت.ص441-442.و الطعيمات : المرجع والصفحة نفسها.

5- فتحي ، الدريني : (الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده) .مرجع سابق.ص193.

6 - مصطفى ، أحمد الزرقاء : (المدخل الفقهي العام) دار الفكر.بيروت.ط6-دت.ج3 ، ص10.

7- الطعيمات : (حقوق الإنسان) المرجع نفسه ، ص25. والمصري (الحق بين اللغة....) المرجع والمصدر السابق نفسه.

العامة والحريات ليست حكرا على أحد يستأثر بها ، مما ينافي ما قاله أصحاب هذا الاتجاه من سلطة الاختصاص والاستئثار بالحق.

الفقرة الثانية : الحق عند فقهاء القانون الوضعي

لقد اختُلف في تعريف الحق بين فقهاء القانون الوضعي واحتدم الجدال بين الاتجاهات الحديثة والقديمة. ولذا سنعرض آراءهم المختلفة باختصار :

أولا) الإتجاهات التقليدية :

1- الإتجاه الشخصي :

يعرّف هذا الإتجاه الحق بأنه أساس الإرادة؛ أي أنه : "**سلطة أو قدرة إرادية** un pouvoir de valonté" ، إلا أن هذه الإرادة تستمد قوتها من القانون ، فالحق "**قدرة إرادية يخولها القانون لشخص معين ، ويرسم نطاق حدودها**"[1]. فهذا الإتجاه يركز على حرية اتخاذ القرار في استعمال الحق أو التصرف فيه ، ويكون بموجبه للفرد حقٌّ طالما استعمله في حدود القانون.وهذا التعريف يتصل بالمذهب الفردي ، وما يتفرع عنه من مبدأ سلطان الإرادة التي تُنشأ الحقوق وتملك تغييرها وإنهائها[2].

تقييم : تعرض هذا الرأي إلى النقد لربطه بين الحق و الإرادة. فالحق ليس سلطة إرادية كما قالوا ، فقد يثبت لشخص دون إرادته[3] ، ومثال ذلك المجنون ، والصبي ، والميراث الذي يثبت حتى للحمل ، أو الغائب ، الشيء الذي جعل أصحاب هذا المذهب يبررون أن الإرادة في الحق ليست لصاحبها ، وإنما منحها له القانون.

كما أن هذا التعريف يقصي الأشخاص الاعتبارية ، إذ أنه ليست لها إرادة حقيقية مع أنه تثبت لها حقوقا. كما أخلط هذا التعريف للحق بين استعماله أو مباشرته وبين الحق نفسه ، فالحق يوجد ولو انعدمت الإرادة النشطة أو المهيمنة ، فالمجنون تثبت له الحقوق ، غير أنه لا يستطيع مباشرتها لانعدام إرادته ، ويباشرها عنه غيره.ولو أخذنا بهذا التعريف فانه لا حق له ، فإذا ما انصبّ التعريف على مباشرة الحق فلا يكون تعريفا له[4].

---

1 - ويتزعم هذا الإتجاه : سافيني Savigny و فيندشايد windsheid.

2-الخفيف ، علي : (الملكية) المرجع السابق نفسه ، ص10.وفرج ، توفيق حسن : (المدخل للعلوم القانونية-النظرية العامة للقانون والحق) الإدارة الجامعية.بيروت ، ط3.سنة 1993.ص444. وكيرة : (المدخل إلى القانون) .المرجع السابق نفسه.ص431. والمصري : (الحق بين اللغة والشرع...والقانون) المرجع والمصدر نفسه.

3- المراجع والصفحات نفسها. وسعد ، نبيل إبراهيم : (المدخل إلى القانون-نظرية الحق-) دار النهضة ، بيروت ، دط ، 1995. ج2 ، ص21-22 وما بعدها.

4- كيرة : (المدخل إلى القانون) .المرجع نفسه.ص432.

2- الاتجاه الموضوعي : -نظرية المصلحة"l'intérêt"[1] :

لقد شدد أصحاب هذا الإتجاه في الرد على النظرية الشخصية للحق ، فلم يعمدوا إلى الإرادة والتي اعتبروها ثانوية لا تكون إلا حين مباشرة و استعمال الحق. ولذا عرف الحق بأنه : "**مصلحة يحميها القانون**". وهو بهذا المعنى يقوم على عنصرين : موضوعي يتصل جوهره بالغاية العملية من الحق وهي المنفعة أو الفائدة المرجوة من الحق لصاحبه. وهذا ما يسمى بالمصلحة سواء كانت مادية أم أدبية ومعنوية. أما الثاني : فشكلي يتعلق بالحماية القانونية لهذه المصلحة ، فكل حق مكفول بهذه الحماية التي تفرض احترامه ، وهي الوسيلة التي تؤمن هذه المنفعة عن طريق "**الدعوى**" ، ومجموع هذين العنصرين -أي المصلحة والحماية- يساوي الحق[2].

تقييم : 1-انتقد هذا الرأي لجعله المصلحة معيارا وأساسا يتواجد الحق بها وينعدم بانعدامها وفي الحقيقة ليس كل مصلحة تعتبر حقا. فقد تتواجد المصلحة وينعدم الحق ، وقد تعتبر المصلحة هدفا للحق ولكن لا تدخل في ماهيته كركن.

2- كما أن جعل الحماية القانونية عن طريق الدعوى لهذه المصلحة ليست من الصحيح ، فغير المنطقي أن تقول بأن المصلحة محميّة قانونا لأنها حق ، والحق يحميه القانون لأنه حق[3] ، فلا يجوز الاعتداء عليه. ونرى أن الحق سابق في وجوده عن الدعوى ، فلا تكون هذه موجودة إلا إذا تم الاعتداء على الحق مما يجعلها خارجة عن كنه الحق و ماهيته.

و خلاصة القول أن هذا الإتجاه غير قادر على إعطاء تعريف للحق من خلال مقوماته الجوهرية والذاتية ، فهو يعرّفه بأشياء خارجة عن مكوناته.

3- الإتجاه المختلط[4] :

يقوم هذا الاتجاه على التّوفيق بين الاتجاهين السابقين ، فينظر إلى الحق من الجانب الموضوعي ، ومن جهة صاحبه فيعرفه بأنه ، "**إرادة ومصلحة في آن واحد**".

---

1 - يتزعم هذه النظرية الفقيه الالماني : إهرنج iherineg.

2- كيرة ، المرجع نفسه ص433 ومابعدها. وفرج ، توفيق حسن : (المدخل للعلوم القانونية) المرجع السابق نفسه ، ص450-451 ومابعدها. وسعد ، نبيل ابراهيم : (المدخل إلى القانون-نظرية الحق-) الرجع السابق نفسه.ص24

3- المراجع و الصفحات نفسها.

4- من رواده : سالي ، ميشو ، فرارا ، بيكر و جولينك jellink. ينظر أكثر شرح هذه النظرية عند : حسن محمد هند ونعيم عطية (الفلسفة الدستورية للحريات الفردية ، دراسة مقارنة مدعمة بأحكام المحكمة الدستورية العليا) دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ط1 ، 2006 ، ص179 ومابعدها.

غير أن البعض غلّب جانب الإرادة في الحق على المصلحة ، فيحدد ماهية الحق على أنها : "**القدرة الإرادية المعطاة لشخص من الأشخاص في سبيل تحقيق مصلحةٍ يحميها القانون**". والبعض الآخر يغلب دور المصلحة على الإرادة ، فيعرف الحق بأنه : "**المصلحة التي يحميها القانون وتقوم على تحقيقها والدفاع عنها قدرة إرادية معينة**"[1].

تقييم : هذا الإتجاه يعاب عليه ما أخذ على سابقيه ، حيث أنه لم يعرف الحق نفسه ، ولم يبين ماهيته. في حين أن الحق ليس مصلحة أو إرادة فقط ، أو هذا وذاك معا.

وبهذا فإن المشكلة ما تزال باقية مما جعل بعض الفقهاء ينكرون وجود الحق أصلا كما سنرى.

4- الإتجاه الرافض لفكرة الحق :

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن المراكز القانونية لا تقوم على الاعتبارات الفردية بل على التنظيم الاجتماعي ، وأن الفرد لا يعتبر إلا بوجوده في مركز قانوني داخل الجماعة يسمح بتوجيه نشاطه لتحقيق مجتمع وفق صورة معينة.ويمثل هذا الإتجاه نظريتين :

أ-**نظرية التضامن الاجتماعي**[2] : تنكر هذه النظرية الحق باعتباره فكرة قائمة بذاتها ، وهاجمت في ذلك النظرية الطبيعية التي ترى بأن الحقوق تجب للفرد باعتباره إنسانا ، و ردّت عليها بأن الإنسان كائن إجتماعي بطبعه ، وهو في هذا المجتمع يخضع للقواعد التي تقتضيها الحياة الإجتماعية أو : القاعدة الإجتماعية القانونية كأصل يمدّ الفرد بالحقوق عن طريق "**التضامن الاجتماعي**" الذي يوجِد "**مركزا قانونيا**" يُستعاض به عن فكرة الحق ، وذلك عن طريق تحريم أو تحتيم بعض التصرفات ، بما يجدر القول أن الأفراد يتواجدون في مراكز قانونية ، وتكون هذه الأخيرة في مجملها النظام القانوني للجماعة[3].

ب-**الإتجاه الشكلي** : (**النظرية القانونية الخالصة**)[4] : يختلف أصحاب هذه النظرية في إنكار الحق ووجوده عن سابقيهم من حيث عدم قيام الحقوق السابقة على القاعدة القانونية الموضوعية ، بحيث لا توجد اعتبارات اجتماعية. فالحق عندهم

1- كيرة ، (المدخل إلى القانون) ، ص435-436. وفرج : (المدخل للعلوم القانونية) ، ص453-455. وسعد : (المدخل إلى القانون-نظرية الحق-) ، ص25-26. المراجع السابقة نفسها.

2- يتزعم هذه النظرية العميد دوجي Léon duguit.

3 - عطية ، نعيم : (في الروابط بين القانون والدولة والفرد) دار الكتاب العربي ، القاهرة.دط-1968.ص123 وما بعدها.

4 - من رواد هذه النظرية : الفقيه الألماني "كيلسن"، والفلاسفة الذين نظّروا لنظام الدول المطلقة ، "النازية ، الفاشية..."

هو عبارة عن إرادة القانون ، وكل أمر أو نهي هو تعبير عنها إلى الأشخاص القانونية التي ليست هي الشخص الطبيعي أو المعنوي. بل "**مجموعة الأحكام القانونية هي التي يعبر عنها خطأً بالحقوق**" ، إلا أنها من الناحية القانونية تعتبر عدة أحكام وضعها المشرع ، وإذا كان الحق سلطة إرادة فتلك هي إرادة القانون وليس للحق مدلول ذاتي ، فهو ليس سوى القانون ذاته معبّر عنه من طرف الأشخاص القانونية من دون أن تتغير ماهية القانون الأصلية بهذا الإسناد.فالحق هو قاعدة قانونية من بين القواعد التي تكوّن النظام العام[1].

تقييم : تعتبر هذه النظرة للحق أساسا لتكوين الأنظمة القانونية الديكتاتورية من النازية ، والفاشية وغيرها ، والتي تلغي الفرد وحقوقه ، بحيث تجعل منه وسيلة لخدمة الدولة. الشيء الذي يؤدي إلى إهدار حقوقه أصلا حين يتمّ التشريع بما تراه السلطة يخدم مصالحها بغض النظر عن كون ذلك يحقق مصلحة الفرد أم لا. وهذا كله نتيجة لعدم اعتبار ذاتية الحق في تكوينه ووجوده لتترتب عليه إلتزامات فيما بعد ، بل جعلوا شعار فرض الإلتزامات على الفرد لا باعتباره فردا وله كيان مستقل ، بل باعتباره عضوا في الجماعة.

ثانيا) الحق عند الإتجاهات الحديثة :

1-تعريف الدكتور حسن كيرة :

لقد سلك الأستاذ حسن كيرة في تعريف الحق مسلكا تحليليا يرتكز في وجوده على فكرتين هما : أن الحق رابطة قانونية أو صلة ، وكذا فكرة اختصاص شخص من الأشخاص على سبيل الاستئثار بمركز قانوني ممتاز ، وبهذا يكون الحق : "**هو تلك الرابطة القانونية التي بمقتضاها يخول القانون شخصا من الأشخاص على الإنفراد والاستئثار والتسلط على شيء ، أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر**". وقد حصر الرابطة القانونية إما في روابط الاقتضاء أو روابط التسلط. كما يقوم الحق على أساس الاستئثار وعدم التساوي بين مراكز الأفراد باختصاص صاحب الحق بمركز ممتاز ينفرد به من دون الناس[2]. وقد أخرج الأستاذ كيرة الحماية القانونية من عناصر الحق باعتباره إياها أثر للحق وليس عنصرا داخلا في ماهيته[3].

2-رأي الفقيه دابان [4] DABIN :

1- عطية ، نعيم : (في الروابط بين القانون والدولة والفرد) المرجع السابق نفسه ، ص126 وما بعدها.
2- كيرة : (المدخل إلى القانون) .المرجع السابق نفسه ، ص436-437.
3 - المرجع نفسه ، ص441-442.
4 - DABIN : (le droit subjectifs) , 1955. p: 81-105 . □
نقلا عن : فرج : (المدخل للعلوم القانونية) . ص455-466 . وسعد : (المدخل إلى القانون-نظرية الحق)

يرى أن الحق يشتمل أساسا على الاستئثار والتسلط ، مع أن الاستئثار أو الاختصاص هو أهمّ ما يميز الحق في نظره ، والاستئثار لا يرتبط بالمنفعة أو المصلحة كما يرى"إهرنج" حتى ولو كان القانون يحميها ، وإنما هو استئثار بمصلحة أو بشيء يمسّ الشخص ويهمه بصورة أدقّ سواء كان مباشرا أم غير مباشر ، ومن شأنه أن يعطي لصاحبه القدرة على التصرف وتكون له الحرية بالنسبة لما يرِد عليه الحق من جهة ، وإلزامية احترام كافة الناس لاستئثار صاحب الحق وتسلطه عليه.

والدعوى هي الطريق الذي رسمه القانون لحماية هذا الحق مع أنها لا تختلط بالحق. وعلى ضوء رأي دابان في الحق عرّف الحق بأنه "**ميزة**- Avantage- **يمنحها القانون لشخص ما ، ويحميها بطرق قانونية وبمقتضاها يتصرف الشخص متسلطا على مال معترف به ، بصفته مالكا له أو مستحقا له**".

3 – تعريف الدكتوران توفيق حسن فرج وإبراهيم نبيل سعد[1] :

وقد اعتمدا على العنصرين الأساسين اللذين عرّف بهما "دابان" الحق. وهما من ناحية : الاستئثار الذي يمنح للشخص سلطات ومزايا معينة. ومن ناحية : حماية هذا الشخص في استئثاره أو الإختصاص بشيء أو بقيمته ورفع كل اعتداء يقع عليه. فالحق بهذا المنظار هو : "استئثارٌ بشيء أو بقيمةٍ استئثارًا يحميه القانون".

* **تقييم هذه التعاريف للحق** : يتضح جليا من خلال دقيق النظر في هذه التعاريف للحق أنها تشترك في مكون أساسي للحق وهو "الاستئثار" كأهم قيمة وعنصر في الحق ، غير أن هذه النظرة تبقى صحيحة في مجالها ضمن الفقه المدني التقليدي ، إلا أنه حينما ننظر للحق في صورة مغايرة ضمن القانون العام -الشيء الذي يرتكز عليه البحث- يكون معنى الحق فيها بمفهوم أوسع وأشمل من حيث العناصر؛ إذ يقتضي **الاتساع** لا الاستئثار كون الحقوق في هذا الإطار هي **إباحات عامة** لجميع الأفراد ولا يستأثر بها أو بواحد منها فرد من المجتمع دون الآخرين ، فهي مشتركة بينهم جميعا مثل الحق في الحياة وحق الحرية الشخصية ، وغيرها من الحقوق العامة والأساسية...

و عليه : فإنّ الدراسة تقتضي منا التمييز بين معنى الحق العام للأفراد عن الحق الخاص. وذلك ليتفرّق مفهوم الحقوق ضمن الحريات العامة للإنسان عنها في الفقه

=

ص27-30 . المراجع السابقة نفسها .

1- فرج : (المدخل للعلوم القانونية) ، ص468 وما بعدها. وسعد : (المدخل إلى القانون-نظرية الحق-) ، ص35. المراجع نفسها .

التقليدي ، كون حماية الحقوق العامة تنبني العلاقة فيها أساسا ضمن القانون العام بين جدلية حقوق الأفراد من جهة و تنظيم السلطة العامة لهذه الحقوق من جهة أخرى ، بعكس حماية الحقوق الخاصة وطبيعة العلاقات التي يفرزها معنى الحق في الفقه التقليدي ، إذ يكون أطراف العلاقة الأفراد فيما بينهم ، ولو كانت السلطة حاضرة في هذه العلاقة فستنتفي عنها صفة السيادة وتكون بنفس منزلة الأفراد ، كما أن الأساس الذي تقوم عليه الحقوق الخاصة استئثار واحد منهم بحق معين دون غيره كحق الملكية مثلا[1].

ولهذا فستبحث الدراسة عن التمييز بين الحق العام للفرد عن الحق الخاص في الفقهين الوضعي والإسلامي.

1 – من فقهاء القانون الذين تناولوا التفرقة بين الحق بمنظوريه الخاص والعام –بخلاف نظرة الفقه التقليدي لفكرة الحق– الدكتور هاني الطعيمات في كتابه (حقوق الإنسان وحرياته الأساسية) مرجع سابق ، ص30–31–32. و حسن محمد هند ونعيم عطية (الفلسفة الدستورية للحريات الفردية ، دراسة مقارنة) مرجع سابق ، ص198 ومابعدها. وكذلك : الأهواني، حسام (حماية الحرية الشخصية في روابط القانون الخاص) ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، تصدر عن كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، مصر عدد33 ، إصدار أول ، سنة 1991 ، ص4.

المطلب الثاني :

تمييز الحق العام للفرد عن الحق الخاص في الفقهين الوضعي والإسلامي

تتجلى هذه الرؤية من خلال تناول التفرقة بين الحق العام والحق الخاص ضمن كل من الفقهين القانوني والإسلامي ، كون الدراسة تنساق فقط على الحق بمفهومه ضمن القانون العام والذي يرادف معنى الحرية ، وهذا على النحو الآتي :

الفرع الأول : تمييز الحق العام للفرد عن الحق الخاص في الفقه القانوني[1]

لقد صيغت عدة نظريات في سبيل تمييز الحقوق العامة عن الحقوق الخاصة ، بل إن هناك من الفقهاء الألمان[2] من أنكر وجود الحقوق العامة للأفراد في مقابل السيادة التي تتمتع بها الدولة.ولكنه رأي مرجوح في الفقه القانوني تعرض للنقد الشديد كونه يؤسس لتسلط الدولة باسم السيادة على حساب حقوق الأفراد. بينما النظريات التي تثبت الحق بمنظوره العام وتفرزه عن الحقوق الخاصة نجدها تختلف في معيار التفرقة بينهما ، وسنعرض لها بإيجاز كون ذكرها يعدّ ضروريا وتأصيلا لمفهوم فكرة الحقوق كإباحات عامة للأفراد ، الشيء الذي تنبني عليه دراستنا لحق الحرية الشخصية كأحد أهم الحقوق والحريات العامة في مواجهة الدولة وسلطانها.

الفقرة الأولى : معيار التفرقة بين الحق الفردي العام والحق الفردي الخاص على أساس خصائص المصلحة التي يحميها القانون في الحق :

لأن القانون العام –وفقا لهذه النظرية–عبارة عن مجموعة من القواعد التي تحكم الروابط التي تتمشى فيها المصالح العامة أما القانون الخاص فيعنى بالروابط المتعلقة بالمصالح الخاصة. وعليه فالدولة وسلطاتها تسعى إلى تحقيق المصالح العامة بموجب حق السيادة الذي تتمتع به ، ومنه فإن الحقوق التي تعدّ عامة هي فقط التي تخدم تلك المصالح العامة. أما سعي الأفراد لتحقيق حقوقهم الخاصة تجاه الدولة ، فهذا يصب في جزء منه في خدمة الحقوق والمصالح العامة ، ولا يخلو منها مثل حق الفرد في الحماية القضائية ، فإنه حق عام تقرر من أجل حماية مصلحة عامة ولو استعمله الأفراد لحماية حقوقهم الخاصة.

---

1 – ينظر تفصيل أكثر للنظريات الفقهية عند حسن محمد هند ونعيم عطية (الفلسفة الدستورية للحريات الفردية ، دراسة مقارنة) مرجع سابق ، ص198 ومابعدها.

2 – أمثال شومنكوفتش في كتابه (رسالته شومنكوفتش) ص78و79 ، وأوتومايز في كتابه (القانون الإداري الألماني) ج1 ، هامش ص132 ، نقلا عن المرجع السابق والصفحات نفسها.

نقد : وقد تعرض هذا المعيار للنقد من عدة أوجه أهمها أنه معيار مائع و الحق العام فيه غير واضح المعالم ، لأن الأفراد دوما يسعون لتحقيق حقوقهم ومصالحهم الخاصة. لكن موضوع حق الفرد تجاه الدولة يقتضي التزام من هذه الأخيرة باتخاذ موقف تجاه تلك الحقوق المقررة للفرد. وقد يتخذ هذا الالتزام شكلا إيجابيا أو سلبيا من طرف الدولة ، وهذا الرأي أخرج تلك الالتزامات من قبيل الحقوق العامة. غير أن الحقوق العامة للأفراد وحمايتها القانونية في الواقع تنشأ عن التزام السلطة العامة صاحبة السيادة قبلها ، مما يجعلها تختلف في طبيعتها عن حقوق الأفراد الخاصة والالتزام بها تجاه بعضهم البعض .

الفقرة الثانية : معيار التفرقة بين الحق الفردي العام والحق الفردي الخاص بناء على اختلاف طبيعة الملتزِم به

و تأسس هذا المعيار على طبيعة أشخاص العلاقة القانونية ، ومنه فالحق العام وفقا لهذا الرأي هو كل حق كانت الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفه السلبي؛ أي الملتزِم به. أما الحق الخاص فهو كل حق قام بين الأفراد أو الأشخاص العاديين.

نقد : تعرض هذا المعيار أيضا للنقد للنتيجة غير السليمة المترتبة عنه ، إذ أن الشخص المعنوي العام يمكن أن يكون في نفس المركز القانوني مع الأشخاص العاديين و يخضعان لنفس الأحكام ، مثل تولي الدولة مرفق النقل أو تصرفها بخصوص أموال دومينها الخاص. وعلى العكس من ذلك فقد يكون الأفراد هم الطرف السلبي للإلتزام ، غير أن ذلك لا يدخل في الحقوق الخاصة ، مثل الحق في الانتخاب ، أو حق الحرية الشخصية أو الأمن الشخصي وغيرها من الحقوق والحريات العامة ، فإنها تندرج ضمن روابط القانون العام والحقوق العامة.

الفقرة الثالثة : معيار التفرقة بين الحق العام والحق الخاص على أساس الجزاء

يرى الفقيه "ثون" بأن أساس التفرقة بين الحقوق العامة والخاصة هو تثبيت القاعدة القانونية عن طريق الجزاء. وذلك بالبحث في وسيلة الحماية القانونية للحقوق والقاعدة القانونية عند الاعتداء عليها ، وهذا بتحديد من له سلطة تحريك الدعوى أمام القضاء. فإذا ما تم الاعتداء على المصالح الفردية فللفرد مطلق السلطة في أن يستعمل أو ألا يستعمل تلك الوسيلة ، ومنه فإن نفاذ أحكام القانون أو عدمه مربوط بهذا الاستعمال للسلطة من عدمه ، وهو جوهر الحق الخاص في نظر الفقيه "ثون".

أما الحقوق العامة للأفراد فهي تلك التي قررتها القواعد القانونية ، ولكن الفرد حال الاعتداء عليها يبقى عاجزا عن استيفائها إلا بتدخل الدولة بموجب القانون لأجل

إيقاع النتائج القانونية المترتبة عن هذا العدوان على المخالفين. وهنا نكون أمام الحق العام للدولة ولسنا إزاء حق الفرد الخاص. ومنه فالحقوق العامة مقصورة فقط على الدولة وسلطاتها العامة ولا شأن للأفراد بها.

نقد : وقد تم نقد هذا الرأي والردّ عليه من عدة أوجه ، من بينها أنه أخلط في تبيان خصائص الروابط القانونية التي تتجسد في الحقوق ، عن طريق الوسيلة القانونية المقررة لحمايتها"الدعوى القضائية" في التفرقة بين الحقوق العامة والخاصة. فالسلطة العامة لا تتدخل دوما لإنفاذ كافة قواعد القانون العام ، خصوصا وأنها قد تكون هي ذاتها الطرف المعتدي على الحقوق والحريات الفردية بتصرفاتها غير المشروعة ، وهنا التظلم أمام القضاء متروك إلى الفرد المعتدى عليه ، فإذا لم يقم بذلك بقي الاعتداء على الحقوق والحريات دونما جزاء.

كما أن الحق في الالتجاء للقضاء كحماية قانونية للأفراد يدخل في دفة الحقوق العامة وليس ضمن الحقوق الخاصة ، كونه يثبت لجميع الأفراد دون استثناء كمكنة عامة وليست خاصة.

وكذلك الأمر بالنسبة لعدم الاعتراف بالحقوق العامة للأفراد في نطاق القانون العام ، واقتصارها فقط على الدولة ، غير أن هذا الرأي يناقض نفسه لمعاكسته الواقع ، وذلك بإقراره لوجود بعض الحقوق الفردية العامة مثل الحق في الحماية القضائية ، وحماية براءات الاختراع وغيرها... ، فإنها توجب التزامات على عاتق السلطة العامة تجاه الأفراد ، وهي ملزمة بتحقيقها.

الفقرة الرابعة : "الرابطة القانونية" أساس وجود الحق العام للفرد في مقابل سلطة الدولة (المعيار الراجح)[1] :

أوّلا– الأساس الفكري لنظرية الرابطة القانونية :

لقد أسس كل من الفقيه **جولينك jellink** وتبعه في ذلك **بارثيملي** لوجود الحق العام في مقابل سلطة الدولة ، بحيث تكونت هذه النظرية في معرض النقد الموجه لمن ينكرون الحقوق العامة للأفراد في مواجهة الدولة ، وهي تنبني على أساس أن رابطة الدولة بالفرد ليست رابطة استعباد بل هي **رابطة قانونية** بينهما ، ولكل منهما شخصيته القانونية ، وعليه فتقع على عاتق الأفراد بموجبها واجبات تجاه الدولة مثلما تثبت لهم

1 – حسن محمد هند ونعيم عطية (الفلسفة الدستورية للحريات الفردية ، دراسة مقارنة) المرجع السابق نفسه ، ص202–203 ، و ص212–213.

حقوق هي الحقوق العامة للأفراد. ووفقا لهذا المنظور" **الحق الفردي العام هو سلطة قانونية للفرد ترِد على ممارسة السلطة العامة**"[1].

وتمييز الحقوق العامة للأفراد وفقا لهذا المعيار يكون من خلال البحث عنه في طبيعة ومضمون الرابطة التي يكفلها القانون ، فهي تعتبر رابطة قانونية عامة متى كانت تمس مباشرة الدولة لسلطتها العامة ، وتنبني عليها تلك السلطة الممنوحة للأفراد كمكنات عامة تجاه نشاط السلطة العامة في الدولة.

وعليه فإنه ينبغي على الدولة أن تلتزم باحترام مصالح الأفراد والعناية بها كون الدولة ليست غاية في الوجود ، وإنما هي وسيلة توصل الأفراد إلى تحقيق غاياتهم ، ونموها مربوط بالحفاظ على ذاتية الفرد ونمائه ، وبالتالي فإن تدخلها يسعى دائما لأجل إيجاد الوسائل القانونية اللازمة للمحافظة على التوازن بين الحريات والحقوق وبين السلطة العامة.

كما أن الفقيه **جولينك** اتخذ من التفرقة بين عنصري **الاعتراف والإنشاء** أساسا للتفرقة بين الحقوق الخاصة للأفراد وحقوقهم العامة من جانب العنصر الشكلي للحق والمتمثل في المكنة الإرادية. وبموجبها قد يسلك التنظيم القانوني للحقوق سبيلين اثنين بشأن إرادة الأفراد- أي عنصر الوسيلة في الحق- فقد يقتصر على **الاعتراف** بقانونيتها ، وهنا لا يكون القانون منشئا للحقوق بل يبنى على التسليم بوجودها الطبيعي ويرخص بها فقط. على أنه في مسلك آخر قد لا يقتصر على الاعتراف بمكنات الإرادة الفردية ، بل يضيف إليها شيئا جديدا ، وهنا يكون القانون **منشئا** للحقوق.

ثانيا- نتائج النظرية الرابطة القانونية :

1- ومن هنا فالحقوق الخاصة تتكون دائما من جانبين هما : الاعتراف بها ، متبوع بالإبقاء عليها وإنشائها من جانب الدولة في إطار تنظيمها القانوني ، هذا الأخير الذي يلازم وجودها دوما إذا انصرفت مشيئة الدولة إلى الإبقاء على الحقوق الخاصة؛ أي الترخيص بها وبحمايتها إذا اعتدي عليها. ومثالها الروابط التجارية بين الأفراد وسائر السلطات الطبيعية التي يتمتع بها الفرد ويعترف بها القانون.

2- أما الحقوق العامة على خلاف ذلك فإن الدولة لا تعترف بقانونيتها فقط كما هو الحال في الحقوق الخاصة ، بل فيها عنصر الإنشاء والتهيأة. وهي تقوم على مكنة تنشؤها الدولة وترخص بها للفرد تجاهها. ومفهوم الحقوق العامة للأفراد عند الفقيه

---

1 - ينظر : أوتومايز في كتابه (القانون الإداري الألماني) ج1 ، ص 140 ، نقلا عن حسن محمد هند ونعيم عطية (الفلسفة الدستورية للحريات الفردية ، دراسة مقارنة) المرجع السابق نفسه ، ص213

جولينك يكمن في "**مجموعة المكنات التي توجدها الدولة وتختص بها للأفراد**"[1]. أو هي : " **مكنة قانونية ترِد على ممارسة السلطة العامة لنشاطها رخص بها للفرد لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة على الأخص وليحمي بها الفرد مصالحه الخاصة**"[2]. كما عرف الفقيه الفرنسي بارثيملي الحق الفردي العام بأنه : "**مكنة أحد الخاضعين للسلطة العامة في حملها على حماية مصالحه الذاتية**"[3].

3- كما أن التفرقة بين الحق العام والخاص وفقا لهذا المفهوم ضمن نظرية الروابط القانونية تتأسس من جانب العنصر الشكلي للحق ، والذي تأخذ الإرادة دورا مهما فيه. أما إذا نظرنا إليه من جانب العنصر المادي أو الموضوعي في الحق متمثلا في المصلحة ، فإنه لا يصلح لأن يكون معيارا للتفرقة بينهما ، وذلك لأن المصلحة موجودة في كليهما. غير أن المصلحة في الحق العام تحميها تلك المكنة الفردية المرخص بها ، والتي **أنشأتها** التنظيمات القانونية في الدولة. أما الحقوق الخاصة فالمصلحة فيها تستند على تلك المكنة التي **يعترف** بها التنظيم القانوني للدولة ويرخص بها[4].

ثالثا– تقييم الالتزامات الموجبة عن وجود الحق الفردي العام :

نلاحظ أن هذه النظرية تأثرت كثيرا بفكرة العقد الاجتماعي وانتقال الأفراد من الحالة الطبيعية إلى الحالة المدنية أو السياسية ضمن ما يسمى بالدولة ، خصوصا بذكرها لوجود الحقوق سواء كانت عامة أو خاصة قبل وجود الدولة. وأن علاقة السلطة العامة في الدولة بالفرد هي التي تحدد وجود الحقوق العامة للأفراد.

وتربط الفرد بالدولة في هذه النظرية علاقة خضوع وتبعية من حيث الالتزام ، ويكون طرفها الإيجابي الفرد باعتباره عضوا في الجماعة التي تمثلها الدولة. أما الطرف السلبي في هذه العلاقة هو السلطة العامة في الدولة ، إذ تلتزم إرادتها بالقيام بعمل ما أو بامتناع عن عمل تتقيد به تجاه الفرد. ومثال الأول التجاء الفرد إلى حماية الدولة؛ أي التزامها بأن توفر للفرد السلطات الممكنة التي يلجأ إليها لحمايته من اعتداء الغير. أما الامتناع عن عمل فيتمثل في التزام السلطات العامة في الدولة بعدم الاعتداء على الحقوق والحريات[5].

---

1 – حسن محمد هند ونعيم عطية: (الفلسفة الدستورية للحريات الفردية) المرجع السابق نفسه ، ص214.
2 – رسالة شومنكوفتش ص 147 ، نقلا المرجع نفسه ، ص218.
3 – حسن محمد هند ونعيم عطية ، المرجع نفسه217.
4 –دوجي ، ليون (المطول في القانون الدستوري) ج1 ، ص910ومابعدها وكذلك ص356 ، نقلا عن المرجع نفسه ، ص216.
5 – حسن محمد هند ونعيم عطية ، المرجع نفسه ، ص216.

كما تتم الإشارة إلى أن صفة "**العام**" في الحق تعتبر تعبيرا قانونيا للدلالة على دور الدولة في مجال الحقوق والحريات الفردية ، أكثر من ورودها للتمييز بين الحقوق الخاصة والعامة ، فمثلا الحريات ذات المظهر "الخاص" كالحق في حماية الحياة **الخاصة** للأفراد ، يقع ضمن فئة الحريات **العامة** ، وكقولنا القانون العام ، والمرفق العام ، والقطاع العام...إلخ ، فكلها تعبر عن السياق ذاته والمتمثل في الدور المنوط بالدولة في هذا المجال أو ذاك[1].

الفرع الثاني : تمييز الحق العام عن الخاص عند علماء الفقه الإسلامي وأصوله

نجد أن الأصوليين قد جعلوا حق الله من قبيل الحق العام الذي يتعلق به النفع من غير اختصاص ، فينسب إلى الله تعالى خطره (أي خطر الاعتداء عليه) وشمول منفعته التي منطلقها **الاتّساع** ، مما يلتقي بها مع أحكام القانون العام. أما حقوق العباد فيمكن اعتبارها حقوقا خاصة **يستأثر** بها الأشخاص فتدخل في أحكام المعاملات المالية والمدنية[2].

فقد فرق الأصوليون -نوعا ما- بين ما يسمى **بالحقوق العامة** أو **الحريات العامة** كمترادفات ، والحق بالمعنى المضيق أي الفقهي البحت. إذن فرؤية كل الفريقين من الفقهاء صائبة ووجيهة في مجالها الخاص.

و يتجلى ذلك خصوصا في معرض تمييزهم بين حقوق الله وحقوق العباد من حيث الإسقاط أو التنازل عنها. وأنّ حقوق العباد تكتنف دوما حقا لله فيها ، غير أن حقوق الله قد توجد ولا يوجد فيها حق للعباد وكل ما للعبد إسقاطه من الحقوق فهو الذي يعنى به حق العبد ، أما ما ليس للعبد إسقاطه أو التنازل عنه فهو حق الله تعالى ، أو أن يختلط فيه حق الله وحق العبد إلا أن حق الله فيه غالب كتحريم عقود الربا و المسكرات صونا لمصلحة عقل العبد ، وتحريم السرقة صونا لماله ، والزنى صونا لنسبه ، والقذف صونا لعرضه ، وحرم القتل والجرح صونا لمهجته وأعضائه ومنافعها عليه ، ولو رضي العبد بإسقاط حقه من ذلك لم يعتبر رضاه ولم ينفّذ إسقاطه لهذه الحقوق وأشباهها ، كونها تشتمل على مصالح العباد العامة كحق لله تعالى ولا تسقط بإسقاطها لما فيها من مصالحهم ودرء مفاسدهم ، وأكثر الشريعة من هذا النوع من الحقوق[3].

---

1 - محمد سعيد مجذوب : (النظرية العامة لحقوق الإنسان-تطور الحقوق والحريات العامة والآليات القانونية لحمايتها-) ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ط1 ، 2014 ، ص 15.

2 - ربيع ، منيب محمد : (ضمانات الحرية في النظام الإسلامي وتطبيقاته) ، المرجع السابق نفسه.ص20.

3- القرافي ، شهاب الدين (الفروق) ينظر : "الفرق22 : بين قاعدة حقوق الله تعالى وقاعدة حقوق الآدميين" ، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، ط1 ، 1344هـ ، ج1 ، ص140-141 .

غير أنه وإن كان في عرف القانون الحق العام يتقدم على الحق الخاص ، فإن في مفهوم الإسلام وفقهه يتقدم الحق الخاص على الحق العام من حيث وجوب استيفائه . حيث يحظى الحق الخاص بحماية أقوى من حماية الحق العام. ويظهر مثال ذلك جليّا كما في التوبة وشروطها ، التي تتحدد بثلاثة شروط لقبول المغفرة بإذن الله ، وأما الشرط الرابع فإن تعلق الأمر بحقوق العباد فإنه لا تتم التوبة إلا بسداد الحقوق المهضومة ، لأن العدوان عليها لا يغفره الله تعالى حتى يغفر العبد أو يسامح أو يردّ الحقوق المغصوبة إلى أهلها. كما لا يملك الحاكم أن يتنازل عن الحقوق الخاصة بالعباد نيابة عنهم -كما هو الحال في القصاص باختصاص أولياء القتيل فقط بالعفو- وليس له أن يكره أحدهم على ذلك طالما أنها حقوقهم المشروعة التي يختصون بها ويستأثرون بها[1].

فالحق الفردي سواء كان عاما أم خاصا ذو طبيعة مزدوجة في تصور النظام الإسلامي ولا يتّسم بالفردانية المطلقة ، فهو يجمع بين الفردية والاجتماعية ، وهو ما قرره علماء أصول الفقه أمثال الشاطبي[2] ، إذ يقرر أنّ كل حق فردي مشوب بحقّ الله فيه ، وحق الله هذا هو المحافظة على حق الغير فردا كان أو جماعة ولو أثناء استعمال الفرد لحقه كسبا وانتفاعا. لأن المحافظة على حقوق الغير لا تكون بالامتناع عن الاعتداء عليها فحسب لأنه أمرٌ مقرّرٌ في كافة الشرائع ، بل وعن التعسف في استعمال هذا الحق الفردي أيضا خصوصا إذا ترتب عليه ضرر بالغير فردا كان أم جماعة. فالحق ليس غاية في حدّ ذاته ، بل وسيلة لتحقيق مصلحةٍ شُرع الحق من أجلها ، وإن الفرد كالجماعة كلاهما يختص بحقه ، فإذا كان لحق الفرد مصلحة خاصة ، فإن حق الجماعة هو ما يتعلق بالمصلحة العامة ضمن ما اصطلح عليه علماء أصول الفقه "حقّ الله"[3].

الفرع الثالث : المفهوم الاصطلاحي للحق والحرية في نطاق القانون العام

الفقرة الأولى: النظرة التقليدية التي تميز بين الحق والحرية.

من خلال تتبعنا لدراسة الحق ، وما تمّ حوله من خلاف تبين لنا أنّ معظم الذين عرّفوا الحق سواء من الفقهاء المسلمين أو شراح القانون كانت نظريتهم فقهية بحتة

---

1 – جريشة، علي : (حرماتٌ لا حقوق ، حقوق الإنسان في ظل الإسلام ، دراسة مقارنة) ط1 ، دار الاعتصام ، القاهرة ، 1987 ، ص29–30.

2 – ينظر في مسألة حق الله وحق العبد والعلاقة بينهما : الشاطبي ، أبو إسحاق (الموافقات) مرجع سابق ، ج3 ، ص184 ومابعدها.

3 – الدريني : (الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده) مرجع سابق ، ص 23 و72 –73.

تدخل في إطار فقه المعاملات المدنية في القانون المدني الخاص بتنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم أو علاقتهم مع الدولة لا بصفتها صاحبة السيادة.

في حين قد فرق بعض فقهاء[1] القانون الدستوري بين النظرة الفقهية للحق والحرية ، وأنهما يختلفان عن بعضهما ، وأنّ الحق يشتمل على جميع الحقوق المالية وغير المالية وما ينشأ عنهما من عقود ، وأنه اختصاص واستئثار بموضوع الحق ومحله يولّد سلطة لصاحبه في التصرف. في حين أن الحرية هي مُكْنَةٌ عامة أولاها عناية الشارع الحكيم أو القانون للأفراد على حدّ السواء لجلب النفع ودفع الضرر عن الغير ، ولا تفترض وجود روابط قانونية مع الغير[2].

فنجد أنهم لم يعرضوا للحق بما يعنينا في دراستنا لمجال الحق بالمنظور الموسع الذي لا يقابله بالضرورة التزام مقابل ، كالحقوق الشخصية والحريات العامة ، والتي يرتبط فيها الحق ارتباطا وثيقا بالحرية كإباحة عامة للجميع دون استثناء تُتوَّج بها حقوق الإنسان وحرياته الشخصية والعامة ، والتي تُدرس في نطاق القانون العام الذي يجعل كلاً من الحرية والحق وجهان لعملة واحدة.

الفقرة الثانية : البعد السياسي الموحد لفكرتي الحق والحرية

نجد من جهة أخرى هناك من نظر إلى فكرة الحق والحرية بوجهة **فكريّة سياسية**[3] ، فتناول الحق في تعريفه كمرادف للحرية ، وأنهما مرتبطان ارتباطا وثيقا. والحق لا يكون كذلك إلا إذا تضمن حرية في التمتع به والحرية هي صِنْوُ الحقّ و رديفه ، فنجد حرية الرأي ، وحق الحرية الشخصية ، وحرية الاعتقاد وغيرها ، هي حقوق لا اختصاص فيها لأحد ، ويتمتع بها الجميع. فعطف الحرية على الحق من باب ردّ الخاص إلى العام[4].

فإذا كانت "الحرية" هي إمكانيةٌ تتيح للفرد اختيار فعل ما ، فإن "الحق" هو ذات هذه

---

1 – من بينهم : ربيع ، منيب محمد : (ضمانات الحرية في النظام الإسلامي وتطبيقاته) ، مرجع سابق ، ص19– 20. والطعيمات : (حقوق الإنسان وحرياته الأساسية) مرجع سابق ، ص30 وما

2 – من أصحاب هذه النظرة الفقهية كذلك : الدريني ، فتحي ، ينظر كتابه : (الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده) .المرجع نفسه ، ص193–195.وكتابه : (خصائص التشريع الاسلامي في السياسة والحكم) مؤسسة الرسالة ، بيروت. ط2 ، 1987م .ص311و404.

وكيرة : (المدخل إلى القانون) مرجع سابق ، ص440–441.

3 – من هؤلاء : أحمد فهمي أبو سنة ، ينظر كتابه : (النظرية العامة للمعاملات) مرجع سابق ، ص50–52. و الدكتور محمد سعيد مجذوب : (النظرية العامة لحقوق الإنسان–تطور الحقوق والحريات العامة والآليات القانونية لحمايتها–) مرجع سابق ، ص 13.

4 – الطعيمات ،المرجع نفسه ، ص31.

الإمكانية ، غير أنها معززة بتمكين الفرد مطالبة الآخرين الالتزام باحترامها ، "**فالحرية هي توفّر الإمكانية ، بينما الحق هو القدرة على إلزام الآخرين باحترام هذه الإمكانية**" ، و لهذا فإن الحق هو بمثابة تجسيد للحرية ونقلها من إطارها النظري إلى الإطار العملي[1].

فالحق والحرية كلاهما يتمتع بالحماية ، وما الحريات العامة إلا حقوقا عامة ترجع في أصلها إلى الإباحة ، مما يجعل الحرية نوعا من أنواع الحقوق تجب كفالتها وعدم الاعتداء عليها بالمقابل ، وحتى يُسمح بممارستها[2].

ولما كانت دراستنا تعنى بحق الحرية الشخصية ، وهو ما يدخل في مجال الحريات العامة وبالضبط كأحد الحقوق الشخصية للإنسان وحرياته الأساسية التي تثبت للجميع دون استثناء ، فإننا نخرج بذلك عن الدراسة الفقهية المحضة لمفهوم الحق من علاقة المديونية والدائنية ، والتصرفات المالية ، والروابط الشخصية....الخ. أي أننا سندرس فكرة الحق ضمن القانون العام ممثلا في المجال الدستوري والجنائي. ونعني بذلك دراسة الحقوق بمفهوم الاتساع والمكنات العامة لا بمعنى الاستئثار والاختصاص ، كما أن طبيعة الحقوق العامة تفترض العلاقة بين الفرد والسلطة العامة في الدولة أكبر من علاقة الأفراد فيما بينهم كما هو عليه الحال بالنسبة للحقوق بمنظورها الخاص .

وبناءً على ما ذكرناه من عدم تفرقة بين الحق والحرية كإباحات عامة ، فإننا لا نميز أثناء الدراسة بين مصطلح "**الحقوق**" ، وبين "**الحريات**" ، سواء الشخصية منها أو العامة.

فكل حرية أصبحت تعني في عرف القانون "**تلك الحقوق التي يتمتع بها الأفراد تجاه بعضهم بعضا ، وتجاه الدولة وسلطانها**" [3].

غير أن التمتع بالحقوق في الإسلام ليست في غنى عن إدراك خير الجماعة ، وتحقيق المقاصد الشرعية في هذه الحقوق[4].

وفي نفس المعنى يكون الحق : "**هو ما يثبت للشخص على غيره ، ويقرر به الشرع سلطة أو تكليفا ، تحقيقا لمصلحة معينة**."[5]

إلا أن الحقوق والحريات العامة ، قد تولد حقوقا خاصة بالمعنى الفقهي الدقيق إذا

---

1 – مجذوب (النظرية العامة لحقوق الإنسان)، المرجع السابق نفسه ، ص 17.

2– ربيع ، منيب محمد : (ضمانات الحرية في النظام الإسلامي وتطبيقاته) ، المرجع السابق نفسه ، ص19.

3– الطعيمات : (حقوق الإنسان وحرياته الأساسية) المرجع السابق نفسه ، ص32.

4 – ربيع ، المرجع نفسه.ص21.

5 – الطعيمات ، المرجع و الصفحة نفسها.

وقع عليها اعتداء من طرف الأفراد ، بحيث تنشأ رابطة قانونية هي رابطة اقتضاء تعطي للمعتدى عليه الحق في التعويض قبل المعتدي[1].

لذا فإن حق الحرية الشخصية لديه وجهان سلبي وإيجابي ، ففي جانبه السّلبي يُصنَّف من الحقوق العامة ، وفي جانبه الإيجابي يعدّ من الحقوق الخاصة؛ أي أنه مكفول لكل شخص في المجتمع قبل الاعتداء عليه ، وهذا بعدم المساس به وحرمته ، فهو عام من هذه الناحية. أما إذا تم الاعتداء على الفرد وهتك ستر حريته صار أمنه وحقه في الطمأنينة على ذاته خاصا ، لأن الاعتداء يتعلق بذات الشخص. فيتوجب التحرك أمام أجهزة القضاء لأجل حماية هذا الحق الذي يبقى قائما حيال أيّ عدوان ، وأثناء وبعد الاعتداء عليه بصفة خاصة.

وعليه ، يترجح لدينا أن الحقوق الشخصية والتي منها حق الحرية وحرية الفرد في التنقل ، وحرمة الحياة الخاصة وغيرها من الحقوق ، يصدق عليها هذا المفهوم للحق في إطار دراستنا. فهي ثابتة للشخص والجماعة ثبوتا يقرره الشرع أو القانون ، وبموجبه يخول السلطة للفرد على محلّ الحق يحقق بها المصالح الفردية والعامة معا ، ويحرّم أو يجرّم كل اعتداء على هذه المصلحة. كما يجب العمل على تزكيتها وتعزيز ممارستها.

وحق الحرية الشخصية باعتباره محور بحثنا ينصب على الشخص الذي هو صاحب هذا الحق. وهذا ما يلزم تحديد المقصود من الشخص الواجب حماية حقه في الحرية وكرامته كإنسان ، ثم نخلص إلى مفهوم "حق الحرية الشخصية" ضمن ما استقرت عليه دراسة مفهوم الحق في ظل القانون العام.

1- كيرة : (المدخل إلى القانون) مرجع سابق ، ص441.

المطلب الثالث :

المقصود بالإنسان صاحب الحق في الحرية الشخصية

إنّ الفرد بغض النظر عن تمتعه بالحقوق وتحمله للواجبات هو الإنسان ، ذلك المخلوق المكرم والمفضل على سائر المخلوقات ، وهو : "**كل فرد من أفراد الجنس البشري على الأرض ، وهذا لا يغني عن كونه ذكرا كان أم أنثى ، غنيا أم فقيرا ، سويا أم معاقا**"[1].

الفرع الأول : قيمة الفرد أساسها التكريم الإلهي للإنسان في النظام التشريعي الإسلامي[2]

لقد عنت الشريعة الإسلامية منذ نزول الوحي بتحقيق المفهوم التكريمي للإنسان ، كما وافقت بين الحفاظ على الجانب الجسدي و الرّوحي له ، فكان لزاما أن تتفق الحقوق المقررة له والواجبات المفروضة عليه مع طبيعته ، وتتناسب مع إنسانيته وتكوينه[3].

ويتجلى هذا التكريم للإنسان ، بوصفه إنسانا بذاته ، في القرآن الكريم والسنة النبوية باعتبارهما المصدران الأساسيان للتشريع الإسلامي ، إذ يقول تعالى : **(وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً)** [الإسراء : 70] ، ويقول كذلك : **(إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ)** [الحجرات : 13] . ويقول الرسول ﷺ في خطبة حجة الوداع التي تقرّر مبادئ هامة لحقوق الإنسان في الإسلام : «... **يَا أَيُّهَا النَّاسُ أَلَا إِنَّ رَبَّكُمْ وَاحِدٌ وَإِنَّ أَبَاكُمْ وَاحِدٌ أَلَا لَا فَضْلَ لِعَرَبِيٍّ عَلَى أَعْجَمِيٍّ وَلَا لِعَجَمِيٍّ عَلَى عَرَبِيٍّ وَلَا لِأَحْمَرَ عَلَى أَسْوَدَ وَلَا أَسْوَدَ عَلَى أَحْمَرَ إِلَّا بِالتَّقْوَى**...» [4].

ووسعت الشريعة الإسلامية من مركز الشخص إلى حدّ إعطائه صبغة عالمية بمقتضاها يجب احترام كرامة المسلم وغير المسلم على حدّ السواء. فالقرآن الكريم باعتباره المصدر الأول للقانون الداخلي والدولي يُمتّع الإنسان بالشخصية الدولية ،

1- الكباش ، محمد خيري : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان-دراسة مقارنة-) -رسالة دكتوره-كلية الحقوق.بجامعة الإسكندرية. دار الجامعيين ، دط ، 2002م.ص36.والرشيدي ، فلاح مدبوس.بحث : (تأصيل استراتجية حديثة لتدريس حقوق الإنسان في جامعة الكويت موقف القانون الدولي ودور الشريعة الإسلامية) مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، عدد : 23 ، السنة : 09 ، أغسطس 1994م.ص257.

2 - سيتم شرح مفهوم مبدأ التكريم الإلهي بشكل وافي في الفصل الثاني من هذا الباب ضمن مقومات وركائز حق الحرية الشخصية والحريات الأساسية للفرد، ص 145 وما بعدها.

3 - الكباش، المرجع نفسه ، ص37.

4 - رواه أحمد ابن حنبل عن سعيد الجزيري عن أبي نضرة : (المسند ، و بهامشه : منتخب كنز العمال) كتاب باقي مسند الأنصار ، باب"حديث رجل من أصحاب النبيّ" دار الفكر ، بيروت. دط-دت. ج4.ص341.

فلا يخاطب الدول فقط ، بل الجماعات والأفراد معا. ويوفر لهم الحماية المتكاملة بموجب الآدمية ، وتطبيقا للعالمية التي جاء بها الإسلام. فمركز الإنسان سام ودائم من قبل ولادته إلى ما بعد وفاته[1].

الفرع الثاني : مركز الفرد في القانون الدولي لحقوق الإنسان

في مقابل النظرة المجرّدة في النظام الإسلامي للإنسان نجد المركز الذي يشغله الفرد والجماعة في نظر الفقه والقانون الغربي يدور بين مذاهب مختلفة. فأصحاب نظرية القانون الطبيعي والقانون الموضوعي يرون بأن الشخص يتمتع بالشخصية الدولية ، وهذا ما جعل الإنسان من الموضوعات المهمة في القانون الدولي ، ويتحمل بذلك المسؤولية الدولية عن أعماله[2].

أما غيرهم من شرّاح القانون الوضعي ، فيبررون توسع حقوق الإنسان والتزاماته بالنظر إلى الإنسان ذاته ، وليس كونه موضوعا من مواضيع القانون الدولي.

و الرأي هو السائد اليوم ، يعتبر أن الإنسان لا يتمتع بشخصية دولية وإنما **بذاتية دولية**[3] ، فتبدأ بالفرد لتشمل جميع الناس. وهناك في المقابل مذاهب تلغي مركز الفرد أصلا في مقابل الدّولة[4].

إن اعتبار الإنسانية بذاتها في الفرد بغض النظر عن موطنه يقتضي أن يعترف له ببعض الحقوق ، لأنه له كيانا وحقيقة ملموسة ومستقلة عن دولته ، وهذا من شأنه أن يجعل له مركزا قانونيا مهمّا داخل دولته وخارجها[5] .

ونتيجة لهذا الاختلاف حول مفهوم الإنسان عانى المجتمع الدولي المعاصر من ويلات الحربين العالميتين أين انتهكت حرمة الإنسان ، حيث كان يُنظر إليه كشيء معدم الكيان لا يهمه إلا خدمة الدولة ، إلى أن جاءت المواثيق الدولية لتحمي وجود الفرد وحريته من الانتهاكات والتعسف الذي أهدر قيمته. وبهذا أقرّت الجمعية العامة للأمم المتحدة معنى الإنسان الحر الذي إذا ما سلبت حقوقه السياسية وحرياته المدنية ، وحقوقه الاجتماعية

---

1 –الرشيدي : (تأصيل استراتيجية حديثة لتدريس حقوق الإنسان) المرجع السابق نفسه ، ص258.والكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان) المرجع السابق نفسه.ص40.

2 – الرشيدي ، المرجع والصفحة نفسها.

3 – الرشيدي ، المرجع نفسه ، ص40.

4 _ من ذلك المدارس الشكلية في فلسفة القانون أمثال : جون آستن ، هيجل ، وكلسن ...

5 – عبد الله ، عز الدّين : (القانون الدّولي الخاص المصري) دار النهضة العربية ، القاهرة : ط10 ، سنة 1977م.ج1.ص609.

والثقافية ، فإنه لا يمثّل"الرجل الحر الأمثل"والمتحرّر من الخوف والعوز[1].

وهذا ما جعل بمركز الفرد وحقوقه يرقى شيئا فشيئا في التشريعات والإعلانات الدولية وقوانين الدول القانونية التي تحتل كرامة الإنسان فيها مكانة مرموقة ، وتخاطب الإنسان لذاته دون الرؤية إلى زمانه ومكانه أو جنسه. لذا أصبحت هذه الحقوق معيارا يعبّر عن ديمقراطية الدول واحترامها لشخص الإنسان من عدمه.

الفرع الثالث : مركز الفرد في القوانين الدستورية والجنائية للدول القانونية

سنلحظ وهذه الدراسة التي من خلالها قيمة ومركز الإنسان في تتبعنا للقوانين الداخلية ، وبالخصوص الدستورية والجنائية منها ، لنحقق في واحد من حقوق الإنسان اللصيقة بشخصه والتي تعبّر في آن واحد عن وجوده كصاحب حق ألا وهو حق الحرية الشخصية ، لنرى فيما بعد كيف وفّرت هذه التشريعات الحماية لهذا الحق. والمسؤوليات التي تقع على عاتق الدول لتكريس هذه الحماية للإنسان

الفقرة الأولى- قيمة الفرد في المجال الدستوري :

نجد أن المشرع الدستوري بالجزائر جعل مفهوم الشخص مجرّدا ، وبيّن قيمة الفرد في المجتمع من خلال ربطها بفكرتين هما المساواة أمام القانون والمواطنة. جاء في نص المادة 32 من تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016 مايلي : "كل المواطنين سواسية أمام القانون. ولا يمكن أن يُتذرّع بأيّ تمييز يعود سببه إلى المولد ، أو العِرق ، أو الجنس ، أو أيّ شرط أو ظرف آخر ، شخصي أو اجتماعي".

ومنه؛ فإنّ جميع الأفراد المواطنين في الدولة الجزائرية لهم نفس القيمة في نظر القانون ، ومفهومهم واحد ولا يتجزأ طالما يتمتعون برابط الجنسية في علاقتهم مع الدولة ، ويقفون على قدم المساواة أمام القانون ولا يمكن التمييز بينهم لأية اعتبارات أخرى.

الفقرة الثانية : قيمة الفرد في المجال الجنائي

يتجلى مركز الفرد في القوانين الجنائية من خلال القيمة التي يحتلها ضمن هذه القوانين -على خطورتها- وما توفره له من حماية تجاه الاعتداء على حقوقه.

ولقد تتعدد حالات وصور الشّخص في المجال الجنائي سواء في شقه الموضوعي أو حين يكون الفرد محل المتابعة طبقا لقانون الإجراءات الجزائية حينما يصبح معنى الشخص الذي تجب حماية حقه إما بوصفه : "مشتبها فيه" أو "متهما" والذي يعدّ أحد

1 - ينظر : الفقرة 03 من ديباجة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، والفقرة03 في كلّ من ديباجة العهد الدّولي للحقوق السياسية و المدنية ، و العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

أطراف الدعوى الجزائية[1] ، وإما بصفته "مداناً" بعد البتّ في المحاكمة بحكم نهائي ، وإبان المرحلة العقابية ، وتوقيع الجزاء على المدان ، أين يصبح الفرد في أمس الحاجة إلى الحصانة تحت مسمى "سجين" أو"نزيل" المؤسسة العقابية ، أين يجب توفير الضمانات الكافية لحماية قوامه الشخصي وحفظ كرامته كانسان له وجود مستقل.

فالجريمة لا تسلب الناس المدانين من حقوقهم في المعاملة اللائقة كآدميين ، لأن القاعدة الفقهية تقرر أنّ "**الضرر لا يزال بمثله**"[2].

لذا يتوجب العمل على إصلاح ذات الشخص[3] ، واتخاذ سياسة جنائية تردّ الحقوق إلى أصحابها ، وتربي المجرم من جهة أخرى ولا تنتقم من آدميته.

وبهذا يتضح لنا أن الإنسان كصاحب حق في الحرية الشخصية ، لا يكتمل ولا يتمّ إلا إذا قصد به تحقيق التكريم الجسدي والمعنوي للفرد بوقايته من الاعتقال والحبس التعسفي ، وحمايته من التعذيب الذي يخلّ بإنسانيته التي أرادها له الخالق ليكون خليفة له في الأرض ، فكل ما يمس بحرية الفرد في نفسه وعرضه وماله لا يمتّ إلى سمو التشريع الإسلامي ومبادئ الدولة القانونية بأيّة صلة.

فحق الحرية الشخصية يندرج ضمن دائرة الحقوق التي منحها الله للإنسان ، وتعتبر أساسية له ولصيقة بشخصه ، ويحظى بالاحترام في كل مجتمع سياسي منظم ، وتُقدّر عصمة الأفراد فيه بما يمنحهم مركزا قِيميّاً وقانونيا مرموقا في مجتمعهم ، ولا تقوم الدولة على أسس صحيحة إلا بالحفاظ على هذا الفرد وتعزيز حقوقه المصحوبة له.

ولعل ما يقال من تقرير لمبادئ الاحترام في الروابط بين الدولة والفرد كسيادة القانون وخضوع السلطة له ، وتعزيز حق الحرية و غيره...هي أمور مشتركة بين التشريع الإسلامي ونظرية الحقوق المحمية دوليا في الوقت الراهن[4].

---

1 – الطراونة ، محمد : (ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية– دراسة مقارنة–) دار وائل ، عمان ، ط1 ، 2003م.ص38–39

2 – ينظر شرح قاعدة "الضرر لا يزال بالضرر" عند : ابن النجيم ، زين الدين –الحنفي– : (الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان) تحقيق : زكريا عميرات ، دارالكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 1419هـ– 1999م. ص 74. والسيوطي ، جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر (الأشباه والنظائر) دار الكتب العلمية ، بيروت ط1 ، 1411هـ – 1990م ، ص 86. وتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (الأشباه و النظائر) دار الكتب العلمية ، بيروت ط1 ، 1991م ، ج1 ص41.

3 – الفاسي ، علال : (مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها) دار الغرب الإسلامي ، بيروت.ط5 ، 1993م.ص 235. وكذلك : الشحات ، إبراهيم محمد منصور : (ضمانات المحكوم عليه في مرحلة التنفيذ العقابي –بحث فقهي مقارن–) دار النهضة العربية ، القاهرة. دط ، 1996م.ص3.

4 – ينظر أكثر : الكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص43.

المطلب الرابع :

المدلول الفقهي و القانوني لحق الحرية الشخصية

بعد معرفتنا للحق ولصاحبه ستعرض الدراسة لمدلول "حق الحرية الشخصية" ضمن كل من النظامين الإسلامي والوضعي ، وذلك انطلاقا من نظرة كل منهما في التأسيس للحريات والحقوق العامة. وكذا تحديد المفهوم الفقهي لمعنى الحرية وحدود نطاقها في ظل اختلاف المرجعيات الفكرية والعقدية لكل نظام ، لنضبط هذا المعنى وفقا لمعيار واضح المعالم يمكن أن يتأسس عليه التنظيم القانوني للحرية الشخصية ، هذا الأخير الذي ستنبني عليه باقي الدراسة.

الفرع الأول : معنى حق الحرية الشخصية في الفكر القانوني الوضعي

لقد اتفق فقهاء القانون[1] على أن الحرية الشخصية تعتبر من أهم الحقوق الطبيعية للإنسان ومركز الدائرة بالنسبة لباقي حقوق الإنسان ، وأنها من الأهداف الأولية والنهائية لكل من تمتع بالوجود الإنسانيّ ، وأكّدوا أيضا على أنه لا يمكن في مجتمع منظم أن يتمتع أيّ شخص بالحرية المطلقة كون ذلك يؤدي إلى الفوضى ، ومن الضروري تنظيم حرية الأفراد في المجتمع بقوانين ، بحيث لا ينفي وجود هذه الأخيرة قدرة الإنسان على الاختيار.

كما حاول شراح القانون إيجاد مفهوم دقيق للحرية الشخصية ، غير أن هذه المحاولات اعتراها اختلاف من حيث التأثر بالعقيدة السياسية أو الإيديولوجيا من جهة، أو من حيث تحديد معنى الحرية الشخصية من خلال تصنيفات الحقوق والحريات بين من يحصرها في صورة دقيقة تتجلى في حق الفرد في الأمن الشخصي على حريته ، ومن يوسع في صورها ليجعلها تشتمل على عدة حقوق.

وسيتم إيراد بعض هذه التعريفات للحرية الشخصية كما يلي :

1- فقد عرفها الدكتور نعيم عطية انطلاقا من القيمة الاجتماعية التي تؤسس للالتزام السياسي تجاه الحرية الفردية من طرف السلطة العامة ، وعليه فإن الحرية

---

1 – ينظر مثلا : د. نعيم عطية : (في النظرية العامة للحريات الفردية) –أصله أطروحة دكتوراه–الدار القومية ، القاهرة ، ط1 ، سنة 1965 ، ص15و22 و135. وينظر : طارق صديق رشيد كه ردى : (حماية حماية الحرية الشخصية في القانون الجنائي ، دراسة تحليلية مقارنة) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ط1سنة 2011 ، ص29 ، وينظر كذلك : د.فايز محمد حسين : (السلطة والحرية وفلسفة حقوق الإنسان ، دراسة تاريخية وفلسفية) دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ط1 ، سنة 2010 ، ص33.

الفردية هي : **"قواعد ذات قدرة على إلزام السلطة العامة باتباع مواقف معينة من الفرد"**[1].

وعرفت في السياق ذاته بأنها : **"ممارسة شخص لحياته الطبيعية داخل الهيئة الاجتماعية ، دون تدخل أو عائق في حجب حريته ، وذلك في حدود القانون"**[2].

2- كما ركز البعض في تعريف الحرية الشخصية على جانبين أحدهما **شكليّ** ذو مفهوم **موسّع** ، ويرتكز على ما تكتسيه مكوّنات أو دعامات الحرية الشخصية من أهمية بالنسبة لباقي الحقوق انطلاقا من التصنيفات المختلفة للحقوق والحريات الفردية والعامة ، فيتحدّد معناها من خلال بيان المظاهر المختلفة التي تحدد الحرية الشخصية من خلال صورها المتنوعة ، وهي تعني في هذا النطاق :

- **مجموعة** الحقوق المتصلة بحكم طبيعتها بكيان الانسان وحياته وما يتفرع عنها ، وهذه الحقوق هي : **"الحق في الأمن الشخصي ، والحق في سلامة البدنية والذهنية ، والحق في حرمة المسكن والحق في الحياة الخاصة"**[3].

- أو هي : **"أن يكون الشخص قادرا على التصرف في كافة شؤون نفسه ، وفي كل مايتعلق بذاته ، آمنا من الاعتداء عليه في نفسه أو عرضه أو ماله أو أيّ حق من حقوقه ، على أن لا يكون في تصرفه عدوان على غيره "**[4].

أما **الجانب الثاني** فيرتكز على تعريف الحرية الشخصية من **الناحية الموضوعية** ، وقد روعي فيه جدلية العلاقة بين السلطة العامة و ووضع القيود على عدوانها على حرية الفرد ، فتعرّف الحرية الشخصية في هذا النطاق بأنها : "**مركز قانوني يتمتع به الفرد ، ويمنحه مكنة اقتضاء منع السلطة من التعرض لبعض نواحي نشاطاته الأساسية التي تتوقف حياته اليومية على تأمينها**"؛ أي أنّها تعتبر **"التزاما يرد على السلطة العامة ، بِغَلِّ يدها عن التعرض للفرد في بعض نواحي نشاطاته المادية أو المعنوية"**[5]. فإذا كان وجود الحرية الشخصية لا يتصور الاستغناء عنه ، فإنه في الوقت ذاته نجدها ليست سوى مركزا للفرد في مواجهة السلطة العامة وحدها[6].

---

1 - عطية، نعيم: (في النظرية العامة للحريات الفردية) ، المرجع السابق نفسه ، ص13-14.

2 - كه ردى ، طارق صديق رشيد: (حماية حماية الحرية الشخصية في القانون الجنائي) ، المرجع السابق نفسه ، ص 29.

3- أبو عامر ،محمد زكي:(الحماية الجنائية للحرية الشخصية)دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية2011، ص11.

4 - وهاب، حمزة : (الحماية الدستورية للحرية الشخصية خلال مرحلة الاستدلال والتحقيق في التشريع الجزائري) ، دار الخلدونية ، الجزائر ، ط سنة 2011 ، ص12-13.

5 - أبو عامر، المرجع نفسه ، ص 9_10.

6 - المرجع والصفحات نفسها.

ووفقا لهذا المعنى فإن محل الحديث عن الحرية الشخصية لا يمكن بحثه حال عدوان الأشخاص الطبيعيين على حقوق بعضهم البعض ، الأمر الذي يشكل جرائم النظام العام التي قد يتنوع تكييفها القانوني والموضوعي بحسب طبيعة الحقوق المعتدى عليها ، والمنصوص عنها في القانون الجنائي وأركان كل واحدة على حده.

كما لا يمكن بحث موضوع الحرية الشخصية في نطاق "**الحريات المدنية" أو"حقوق الشخصية**" ، والتي يكفلها القانون المدني لمصلحة فرد في مواجهة غيره من الأفراد وليس في مواجهة الدولة صاحبة السلطة والسيادة ، بحيث تستهدف حماية الجوانب المختلفة للشخصية كالحق في الإسم والنسب أو القرابة وأهلية التصرف وغيرها في ظل القانون المدني. فبالرغم أن كلاهما يعتبر هدفا لحماية القانون حيال الاعتداء ، إلا أن العدوان على الحريات المدنية غالبا ما يتمثل في وجود شرط في التصرف القانوني ينطوي على مساس بتلك الحرية ، والجزاء المترتب يكون حينئذ بطلان التصرف ، ويترتب عليه التعويض[1].

وهو الأمر ذاته الذي نصت عليه المادتين 46 و47 من القانون المدني الجزائري[2] على التوالي : "ليس لأحد التنازل عن حريته الشخصية" ، و "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر".

فالحرية بهذا المعنى الوارد في القانون المدني تدخل ضمن "حقوق الشخصية" ، والذي ينصبّ على مقومات الشخصية وعناصرها في العلاقات للخاصة للأفراد فيما بينهم ، بحيث تتصدى الحماية القانونية للعدوان على الشخصية ومقوماتها حينما يكون من الأفراد الآخرين لا من اعتداء الدولة ، وهو ما يبرر عدم وجود تطابق بين الحقوق الدخلة تحت طائفة حقوق الإنسان-وهي موضوع هذه دراسة- وبين تلك التي تدخل تحت طائفة "حقوق الشخصية" في القانون المدني ، فبالرغم من تصدي كليهما لحماية الشخصية من العدوان وكلٌّ من زاويته ، إلا أنه يتم التفرقة بينهما بالنظر إلى اختلاف من يراد حماية الشخصية من اعتدائه؛ هل هي الدولة وسلطاتها أم الأشخاص العاديون[3]؟

وإنما تتجلى صورة الحرية الشخصية ضمن دراسات حقوق الإنسان في مجال القانون العام إذا كانت السلطة العامة في الدولة طرفا في تلك العلاقة العدوانية كونها المختصة قانونا بتنظيم الحريات ، بحيث تتجلى الحرية الشخصية من الناحية الواقعية في

1 – الأهواني، حسام (حماية الحرية الشخصية في روابط القانون الخاص) مرجع سابق ، ص4-6.

2 – صدر بموجب أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة1975 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم.

3 – الكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص16.

صورة القيود الواردة على السلطة والداخلة في النظام القانوني للدولة عن طريق القوانين المقيدة لسلطاتها. وهذه القيود بدورها قد تختلف من حيث المدى وصراحة النصوص المعبرة عنها بين دولة وأخرى ، وهو الأمر الذي ينعكس مباشرة على تباين نطاق الحرية الشخصية والتمتع بها تبعا لاختلاف التشريعات المنظمة للحرية بين الدول أو المبادئ التي يضعها الفقهاء للكشف عن مضمونها [1].

ولأن تحديد مفهوم الحرية يتأثر بالعقيدة السياسية السائدة ، ويأخذ بعدا وأثرا نسبيا انطلاقا من الزاوية التي يُنظر منها إليها ، وسعة الحرية تتغير تبعا لما يطرأ على تصور الصالح المشترك من تغيير بين الأنظمة القانونية المختلفة ، غير أنها تبقى محددة المعالم والمبادئ من حيث كونها **انعدام للعوائق من جهة ، وإنماء للكرامة الإنسانية من جهة أخرى**[2].

غير أنه وبخلاف الفقهاء ورجال القانون[3] الذين يوسعون في مفهوم الحرية الشخصية من خلال تعميم تشخيص مظاهرها على نحو ما ذكرنا من هذه التعريفات -خصوصا الشكلية منها- بحيث يخلطون بين معنى الحرية الشخصية الدقيق المتجسد في حق الأمن الشخصي ممثلا في حظر التوقيف والاحتجاز التعسفي ، مع غيرها من الحقوق الأساسية كحرية التنقل أو الذهاب والمجيء وحرية الزواج و حرمة الحياة الخاصة وحرمة المسكن ، بالرغم ما لهذه الحقوق من علاقة وثيقة فيما بينها.

إلا أنّ من شراح القانون من يحصر معنى الحرية الشخصية بشكل دقيق في صورة واضحة هي **حق الأمن الفردي** ، كونه يمثل حماية حرية الأفراد من عدوان السلطة العامة في الدولة وإجراءاتها الماسة بحريتهم[4]. وهو المعنى ذاته الذي حددته المادة 66 من

---

1 – الحسيني، عمار تركي السعدون : (الحماية الجنائية للحرية الشخصية في مواجهة السلطة العامة)- أصله رسالة دكتوراه- منشورات الحلبي الحقوقية ط1 ، 2012 ، ص34.

2 – فايز، محمد حسين : (السلطة والحرية وفلسفة حقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص 33. و د. نعيم عطية : (في النظرية العامة للحريات الفردية) مرجع سابق ، ص 23 و 34.

3 – وهو المفهوم الذي اعتمده عمار تركي السعدون الحسيني في رسالته للدكتوراه الموسومة ب : (الحماية الجنائية للحرية الشخصية في مواجهة السلطة العامة) ، المرجع نفسه ، ص47. حيث قام بتحديد مفهوم الحرية الشخصية من خلال مرتكزاتها ومعالمها ممثلة في : الحق في سلامة الجسم ، والحق في الأمن الشخصي والحق في حرمة المسكن الحق في حرمة الحياة الخاصة.وكذا الدسوقي ، أحمد عبد الحميد : (الحماية الموضوعية والإجرائية لحقوق الإنسان في مرحلة ما قبل المحاكمة-دراسة مقارنة-) دار النهضة العربية ، القاهرة ط1 ، 2007 ص 161- 162.

4 – GARRIDO ,LUDOVIC : (Le Droit à La Sureté : un droit en danger)collction acte & études sous titre : Le Droit à La Sureté ; état des lieux ,état du droit. Actes de la journée d'étude organisée le 29avril 2011 ; le cerdaré de l'université Montesquieu-bordoux5. Ed ;CUJAS ; Paris.2012. P5

الدستور الفرنسي الذي يعتبر مهد الدساتير الحديثة كما سنرى.

كما أن الفقه الفرنسي عطف حق الحرية الشخصية على حق الأمن الشخصي وجعله من مرتبطا بالذاكرة الجماعية الفذّة لمبادئ الثورة الفرنسية -الأخوة ، المساواة ، والحرية- والتي ألهمت رجل الثورة[1].

ومما تجدر ملاحظته أن الفقيه الفرنسي "منتيسكيو" حينما تكلم عن الحرية فإنما يقصد بصفة خاصة حق الأمن "la Sureté" كأهم مظهر من مظاهرها[2].

ويعرف حق الأمن ضمن هذا السياق الدقيق بأنه : "**حق الفرد في أن يعيش في أمان دون خوف من أن يقبض عليه أو يحبس كنتيجة لإجراءات تعسفية أو اطمئنانه ، إلا أن يحدث ذلك بناء على قرار من الهيئات القضائية**"[3] ، كما يعني : "**عدم جواز القبض على أحد الأشخاص أو اعتقاله أو حبسه إلا في الحالات المنصوص عليها في القانون ، وبعد اتخاذ جميع الضمانات والإجراءات التي حددها القانون**"[4]؛ أي أن مبدأ الشرعية القانونية يعتبر معيارا أساسيا في الحد الفاصل بين جواز تقييد الحرية من عدمه ، وأن أمن الإنسان يكمن في حماية هذه الحرية أساسا من الاعتداء من قبل القانون.

وبالمعنى الفنّي الدقيق يكون جوهر حق الحرية والأمن الشخصي يتمثل في : "**الضمانات القانونية المقررة ضد التوقيف والحبس التعسفي وضد العقوبات التحكمية ، وعليه فلا يعد حق الأمن مجرد إفلات من عقاب أو قصاص ، بل هو حماية قانونية**"[5].

---

1 – « Le droit à la sureté personnelle est associé dans la memoire collective au formidable élan de fraternité d'égalité et de liberté qui animait l'homme de la révolution» Dominique Chagnollaud & Guilliame Drago : (Dictionnaire des droits fondamentaux) ed 2. Dlloz, paris, 2010, p 685.

2 – عبد الحميد متولي : (نظرات في أنظمة الحكم في الدول النامية) منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ط2 ، 1992م ، ص 221.

3 – عبدالغني، عبد الله بسيوني : (النظم السياسية و القانون الدستوري) الدار الجامعية ، بيروت ، دط. 1993م. ص 404. و عبد الحميد متولي : (مبادئ نظام الحكم في الإسلام مع المقارنة بالمبادئ الدستورية الحديثة) . منشأة دار المعارف ، الإسكندرية ، ط4 ، 1978م. ص 280. و ينظر كتابه : (القانون الدستوري والأنظمة السياسية مع المقارنة بالمبادئ الدستورية في الشريعة الإسلامية) منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط5 ، سنة 1974م ، ج1 ، ص421.

4 – ثروت بدوي : (النظم السياسية) دار النهضة العربية ، القاهرة. دط. 1972م. ص 421. و ينظر : حكم محكمة القضاء الإداري المصري (مجموعة القضاء الإداري السنة الخامسة) الصادر في : 17 أفريل 1951م. ص 878. أشار إليه بدوي ، المرجع نفسه.

5 – يميل إلى هذا التعريف المضيّق لحق الأمن الدكتور الأستاذ : شنطاوي ، علي خطار. بحث : (حق الأمن الشخصي في التشريع الأردني) مجلة دراسات -علوم الشريعة والقانون- تصدر عن عمادة البحث العلمي ، الجامعة الأردنية ، عمّان. العدد 1 ، المجلد : 24 ، تموز 1997م. ص 53-54.

ويترجح في تقدير الباحث أن حق الأمن الشخصي يعتبر أبرز وأدقّ صورة ووصف يمكن أن نعرّف بها الحرية الشخصية؛ بل إن معنى الحرية الشخصية يقتصر عليه أساسا ، لأن حماية أمن الفرد على نفسه تجاه الإجراءات التعسفية للسلطة العامة من توقيف أو احتجاز غير قانوني بما يشكل اعتداءً على حريته سواء بسلبها أو الانتقاص منها ، يعتبر أبرز عنوان للحرية الشخصية[1].

وإذْ لا يمكن بأي حال من الأحوال للدولة أن تتحجج أمام المجتمع الدولي أو الأفراد بعدم احترام الحقوق المعنوية اللصيقة بشخصية الإنسان كحق الحرية والأمن أو الحق في الحياة وعدم التعرض للتعذيب أو الأعمال القاسية أو الأعمال المسيئة للكرامة الإنسانية والتعرض للرّق والسخرة في أي مكان وبأية حال ، كونه من الحقوق المجانية(يرتب التزاما سلبيا على السلطة العامة في الدولة بعدم الاعتداء عليه) التي يكفي فيها عدم المساس بالحرية الشخصية للإنسان تحت أي طائل أو مسوغ غير قانوني ، بخلاف الحقوق المالية كالاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي يمكن للدولة أن تتذرع في شأنها بنقص الإمكانات المادية ، هذا بالرغم من عدم تجزئة حقوق الإنسان حسب الأصل[2].

كما أن الجميع يتفقون على أنّ "**حق الأمن الشخصي ... يعدّ رأس الحربة بالنسبة للحرية**" وهو الدّرع الواقي لباقي الحريات[3]. ولعله قد أصبح أكثر من أي وقت مضى اعتبار حق الأمن أهم الحريات الفردية "**فحيث لا يوجد لا يصحّ الادعاء أنه يوجد من الحرية حتى مظهرها**"[4].

وقد أكّد هذا الترجيح الذي تتبناه هذه الدراسة؛ ما سجله **المجلس الدستوري الفرنسي** صراحة في عام 1999م من تحوّلٍ حول **فكرة الحرية الشخصية** ، وهذا من مفهومها الموسع إلى معناها الضيق والدقيق المُراد به **حق الأمان الشخصي** ، بحيث قام بعزل الخلط بين معنى بعض الحقوق بهذا الأخير. فقد كان هذا المجلس يقرر حماية دستورية ضمن مفهوم موسع لبعض الحريات مثل حرية التنقل والحق في احترام الحياة

1- غجاتي، فؤاد: (الحماية الجنائية لحق الأمن الشخصي-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-) مرجع سابق ، ص18 ومابعدها. و ينظر كذلك: سعادي ، محمد : (حقوق الإنسان) دار ريحانة ، الجزائر ، ط1 ، 2000م.ص59 .

2 - سعادي ، المرجع نفسه ، ص 60 .

3 - «le droit à la Sureté personnelle…voilà le fer de lance de la libérté » Dominique Chagnollaud & Guilliame Drago : (Dictionnaire des droits fondamentaux) op.cit. p 685; & GARRIDO, LUDOVIC : (Le Droit à La Sureté : un droit en danger)op.cit. p4.

4-متولي ، عبد الحميد : (القانون الدستوري والأنظمة السياسية مع المقارنة بالمبادئ الدستورية في الشريعة الإسلامية)، ج1 ، ص239 .

الخاصة ، وحرية الزواج ، بوصفها من صور الحرية الشخصية المدنية. غير أنه عدل عن ذلك و قرر أن هذه الحقوق تشملها الحماية الدستورية تحت مواد أخرى ، وليس بعنوان المادة 66 من الدستور الفرنسي التي تقتصر فقط على حماية الحرية الشخصية بمفهومها الدقيق[1]. فمثلا نجد حرمة الحياة الخاصة تتأسس حمايتها الدستورية ضمن نطاق المادة 02 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لسنة 1789م[2].

كما أكّد المجلس الدستوري الفرنسي أن حرية التنقل وإن تميزت عن الحرية الشخصية ، إلا أنها تتمتع بالحماية الدستورية بذاتها مستقلة عن معنى الحرية الشخصية الوارد في نص المادة 66 من الدستور الفرنسي[3].

وهو ما جعل بعض شراح القانون يعلقون على هذا القضاء بأن المجلس الدستوري الفرنسي يتجه تدريجيا إلى تقليص فكرة الحرية الشخصية لصالح فكرة الأمن الشخصي دون غيرها[4].

حيث يرون أنه : " **بات اليوم أكثر من أي وقت مضى أن الحق في الأمن الشخصي يمكن أن يُفهم على أنه مرادف للحرية الفردية – بمعناه الدقيق– الوارد في المادة 66 من الدستور (الفرنسي)**"[5].

ولهذا نجد أنّ حق الحرية الشخصية بهذا المعنى الدقيق قد تتعدد مفرداته ومترادفاته بين الاصطلاحات مختلفة : "حرية الذات"[6] ، أو"الحرية الفردية" ، أو"الحرية الشخصية" ، أو"حق

1 – أحمد فتحي سرور : (القانون الجنائي الدستوري–الشرعية الدستورية في قانون العقوبات ، الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية–) ط2 ، دار الشروق ، القاهرة ، 2002م ، ص448–449.

2 – Conseil Constitutionnel française : (Couverture Maladie universelle) Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999 ; & «Loi relative au pacte civil de solidarité » Déc . n°99-419 DC du 09 novembre1999; & «Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000 » Déc . n° 99-422 DC du 21 décembre 1999; & « Loi relative à la maîtrise de l'immigration» Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003.

http : //www.conseilconstitutionnel.fr

3 - Conseil Constitutionnel : (Déli de grande vittesse) Décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, Rec. p.75 :

http : //www.conseil-constitutionnel.fr

4 – annuaire international de justice constitutionnelle ; 1999. P. 6128. □

نقلا عن سرور ، المرجع نفسه ، ص449 .

5 – « de telle sorte qu'aujourd'hui plus que jamais , le droit à la sureté personnelle peut étre compris comme synonyme de la liberté individuelle (au sens strict) de l'article 66 de la constitution » Dominique Chagnollaud& Guilliame Drago : (Dictionnaire des droits fondamentaux). ibid, p. 687 .

6 – ينظر عبد العزيز عزت الخياط في كتابه : (النظام السياسي في الإسلام –النظرية السياسية ، نظام الحكم) دار السلام ، القاهرة ط1 ، 1999م ، ص44.

الأمن الشخصي"، إلا أنها تصب في المعنى الدقيق الواحد ، فالقاعدة الفقهية تقضي بأن "**العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني**"[1] ، ولا مشاحة في المصطلح كما يقال.

وعليه؛ فإن هذه الدراسة ستنبني وتركز البحث على المعنى الدقيق و الضيّق المترادف للحرية الشخصية ممثلا في حق الأمن الشخصي ، لأنه يعتبر المجال الخصب للبحث في مبدأ الشرعية الجنائية ودوره في حماية هذا الحق ضمن المجال الدستوري والجنائي وفقا لمفاهيم منظبطة. ولكون تنظيم الحرية الشخصية في ظل القوانين الجنائية سواء الموضوعية منها أم الإجرائية قد يشكل مساسا بأمن الفرد وخطرا حقيقيا يحدق بحريته حال التعسف بشأنها ، مما يستدعي أن تتأسس الحرية الشخصية على تعريف دقيق ومنضبط لها ، وهو المعنى الذي يجسده حق الأمن الشخصي بوجه مباشر ، وحتى يمكن كذلك تبيان التعسف تجاه الحرية الشخصية بصورة مماثلة أيضا.

الفرع الثاني : المدلول القانوني لحق الحرية الشخصية

الفقرة الأولى- إقرار حق الحرية الشخصية في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان :

جاء في المادة 06 إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لسنة 1789م[2] على أن : "**الحرية هي السلطة التي يملكها الانسان في أن يفعل كل مالا يضرّ بحقوق الغير**" ، وهو الأمر ذاته الذي أقره الدستور الفرنسي لسنة 1791م في المادة 05 منه والتي تنص على أنّ الحرية هي : "**كل ما لا يحرمه القانون لا يمكن منعه ولا يمكن إكراه أحد على ما لا يأمره به**".

كما أشارت المادة 03 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[3] لحق الحرية بنصها : "**لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه**". وقد أوضحته بصورة أدقّ المادة التاسعة 09 منه بنصها على منع الاعتداء على هذا الحق وسلبه : "**لا يجوز القبض على أيّ إنسان أوحجزه أونفيه تعسفا**".

---

1 – ذكر هذه القاعدة السيوطي بلفظ "هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها؟" (الأشباه والنظائر) ، مرجع سابق ، ص166. و الشاطبي بلفظ "لا تترتب الأحكام الشرعية في العبادات والمعاملات إلا على النيّات و المقاصد" (الموافقات) مرجع سابق ، ج 2 ، ص246 ، و ابن النجيم بلفظ "الاعتبار للمعنى لا للألفاظ" : (الأشباه والنظائر) مرجع سابق ، ص 274.

2–Declaration des droits de l'homme et du citoyen : décrétés par l'Assemblée nationale, dans les séances, des 20, 21, 25 et 26 aout 1789 ; Source : gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France.

3 –اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة وأصدرته في 10 كانون الأول / ديسمبر 1948 . المصدر : نسخة المركز الوطني لحقوق الإنسان ، عمان ، الأردن.

وجاء كذلك إقرارها في نص المادة التاسعة 09 / 01 من العهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية[1] تحت مسمى "حق الحرية والأمان الشخصي" بنصها : **"لكل فرد حقٌّ في الحرية وفي الأمان على شخصه. ولا يجوز توقيف أحد أو اعتقاله تعسّفا. ولا يجوز حرمان أحد من حريته إلاّ لأسباب ينص عليها القانون وطبقا للإجراء المقرر فيه"**.

كما أكدت المادة 05 في فقرتها الأولى من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على المعنى والمسمى ذاته للحق في الحرية والأمن الشخصي ، بحيث يترادف مصطلحا حق الأمن وحق الحرية ، مع حصر الحالات المشروعة استثناء التي تجيز للسلطة المساس بحق الحرية والأمان الشخصي[2].

الفقرة الثانية : إقرار حق الحرية الشخصية في أهم دساتير الدول

كما أكد على ذلك الدستور الفرنسي الصادر في 04 أكتوبر 1958 في مادته السادسة بنصها : "لا يجوز حبس أي شخص بطريقة تعسفية. تكفل السلطة القضائية باعتبارها حامية الحرية الفردية احترام هذا المبدأ وفق الشروط المنصوص عليها في القانون".

---

1 – اعتمد وعرض هذا العهد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم : 2200 ألف (د–21) المؤرخ في 16 ديسمبر 1966. وفي التاريخ نفسه صدر العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وقد دخل هذا العهد الدولي حيز النفاذ في : 23 مارس 1976 حين اكتمل النصاب لدول المصادقة عليه.المصدر : نسخة من إصدار المركز الوطني لحقوق الإنسان ، عمان ، الأردن.

2 – صدرت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان عن المجلس الأوروبي بروما ، في 4 نوفمبر/ تشرين الثاني 1950 معدلة بالبروتوكولين رقم 11 و 14 ، ومتممة بالبروتوكول الإضافي والبروتوكولات رقم 4 و 6 و 7 و 12 . ونص المادة 05 / 01 كما يلي : (لكل شخص الحق في الحرية والأمن.لا يجوز حرمان أي إنسان من حريته ، إلا في الحالات التالية التي ينص عليها القانون :

أ) إذا كان الشخص محتجزاً قانونياً على أثر إدانته من محكمة ذات اختصاص؛

ب) إذا كان الشخص مخضعاً لاعتقال أو احتجاز قانونيين لتمرده على قرار صادر بحقه وفقاً للقانون عن محكمة ، أو لضمان تنفيذ التزام منصوص عليه في القانون؛

ج) إذا كان الشخص معتقلاً أو محتجزاً بغية مثوله أمام الهيئة القضائية ذات الاختصاص ، عندما توجد أسباب مقبولة للاشتباه في ارتكابه جريمة أو دواع معقولة للاعتقاد بضرورة منعه من ارتكاب جريمة او من الفرار بعد ارتكابها؛

د) في حالة الاحتجاز القانوني لقاصر في السن ، بقرار متخذ في إطار تربيته المراقَبة ، أو احتجازه القانوني لتقديمه للسلطة المختصة؛

هـ) في حالة الاحتجاز القانوني لشخص مرجَّح نشره مرضاً معدياً ، أو لأخبل ، أو لسكير ، أو لمدمن ، أو لمتشرد ؛

و) في حالة الاعتقال أو الاحتجاز القانونيين لشخص لمنعه من دخول الأراضي بشكل غير قانوني ، أو لشخص ما اتّخِذ بحقه إجراء طرد أو تسليم).

المصدر : الموقع الإلكتروني للمجلس الأوروبي ، www.conventions.coe.int

أما بالنسبة للمشرع الدستوري الجزائري فإنه لم ينص على تعريف محدد لحق الحرية الشخصية تاركا المهمة لشراح القانون ، غير أنه اقتصر على ذكر صورها ومظاهرها ، وكرّسها بحصر هذه الصور في صلب دستور سنة 1996م من خلال التنويه إلى الحقوق التي يؤدي المساس بها أو عدم احترامها إلى المساس بالحرية الشخصية ذاتها ، وهذا في الفصل الرابع منه خصوصا المواد من 45 إلى 48 ، والتي أكد عليها تعديل الدستور لسنة 2016 ضمن المواد 56 ، 58 ، 59 ، 60 مع بعض الإضافات[1]. فقد حدّد وضبط أحد أهم الإجراءات الماسة بالحرية الشخصية ، والمتمثل في تحديد التوقيف للنظر بمدة 48 ساعة كحد أقصى والحق في محاكمة عادلة ، ومنع الحجز أو الحبس في أماكن غير مقررة قانونا وأن يكون الحجز ضمن شروط ، وإلزامية إبلاغ الشخص الموقوف للنظر بحقه في الاتصال بعائلته وبمحاميه ، وإلزامية إخضاع القاصر الموقوف للنظر للفحص الطبي. فهذه تعتبر الملامح الخارجية لحق الحرية الشخصية من الناحية الواقعية.

وقد عرف المشرع الدستوري المصري لدستور سنة 1971م الحرية الشخصية صراحة في المادة41 بنصها : "الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تُمسّ ، وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه ، أوتقييد حريته بأيّ قيد أو منعه من التنقل إلاّ بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ، ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو من النيابة العامة ، وذلك وفقا لأحكام القانون ، شريطة

---

1 – الدستور الجزائري صادر في الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996معدل ومتمم بالقانون رقم 16–01 مؤرخ في 26 جمادى الاولى عام 1437هـ الموافق لـ 6 مارس سنة 2016، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 14 صادرة بتاريخ 7 مارس سنة 2016. ونص المواد من 45 إلى 48 تم تعديلها كمايلي :

– المادة45 أصبحت 56 : (كل شخص يُعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته ، في إطار محاكمة عادلة تؤمّن له الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه).

–المادة 46 أصبحت 58 _لم تعدل_ : (لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم).

–المادة 47أصبحت 59 : (لا يُتابع أحد ، ولا يُوقف أو يُحتجز ، إلا ضمن الشروط المحددة بالقانون ، وطبقا للأشكال التي نص عليها. الحبس المؤقت إجراء استثنائي يحدد القانون اسبابه ومدته وشروط تمديده. يعاقب القانون على أعمال وافعال الاعتقال التعسفي).

–المادة48 أصبحت 60 : (يخضع التوقيف للنظر في مجال التحريات الجزائية للرقابة القضائية ، ولا يمكن أن يتجاوز مدة ثمان وأربعين (48) ساعة. يملك الشخص الذي يوقف للنظر حق الاتصال فورا بأسرته.يجب إعلام الشخص الذي يوقف للنظر بحقه أيضا في الاتصال بمحاميه ، ويمكن القاضي أن يحدّ من ممارسة هذا الحق في إطار ظروف استثنائية ينص عليها القانون. ولا يمكن تمديد مدة التوقيف للنظر إلا استثناء ، ووفقا للشروط المحددة بالقانون. ولدى انتهاء مدة التوقيف للنظر ، يجب أن يُجرى فحص طبي على الشخص الموقوف ، إن طلب ذلك ، على أن يُعلم بهذه الإمكانية ، في كل الحالات. الفحص الطبي إجباري بالنسبة للقصّر . يحدد القانون تطبيق هذه المادة).

أن يكون هذا الأمر مسبّبا[1].

الفرع الثالث : مدلول حق الحرية الشخصية في النظام التشريعي الإسلامي

عند النظر والتمحيص في بطون الكتب الفقهية والأصولية لا نجد تعريفا مستقلا بذاته لهذا المصطلح ، ولكن نجد محتواه حاضرا وبقوة ، ومجسدا في أصول الفقه ومقاصد الشريعة الإسلامية كمبادئ تتجلى آثارها في القواعد الأصولية ، وترتيب المصالح والمفاسد وغيرها مما نجده ضمن الكلام عن العلاقة بين الخالق والمخلوق في تقسيم الحقوق بين حقوق العباد تارة؛ أي : الحقوق الخاصة ، وحقوق الله-الحق العام- تارة أخرى. وقد استقر لدى الفقهاء المسلمين قاعدة فقهية مفادها أنّ "**الشرع متشوّفٌ للحرّية**"[2] ، وهذا في معرض ترجيحهم للحرية على الرّق والعبودية إذا تم الخلاف حولهما.

وتظهر قيمة حق الحرية الشخصية جليّة في المقاصد الكلية والتي تعتبر ضرورية ضمن ترتيب المقاصد والمصالح الشرعية التي تبنى عليها الأحكام في الفقه الإسلامي. وهذه الأخيرة تتجلى لتكوّن النظريات والقواعد الفقهية ، معتمدة في تأصيلها على مصادر التشريع الإسلامي ، فنجد حق الحرية الشخصية محميّا في القرآن الكريم من خلال تحريمه للاعتداء على النفس و إتلافها كلها أو جزئها ، كما قررت السنّة النبوية ذلك ، وما يتبعها من مصادر التشريع الإسلامي التي تعطي للإسلام روحا أبدية تحمي الأرواح والأبدان إلى يوم القيامة.

وقد ألزم النظام السياسي الإسلامي على الحاكم أن يحفظ حرية وأمن الأفراد من الاعتداء والأذى ، ويقوم بتنفيذ العقوبات الزاجرة على كل من يبدر منه عدوان أو تجاوز على الآخرين بغير حق. ولم يقصر الإسلام هذه الحماية للفرد من طرف الدولة على الأمور المادية من أموال وأبدان ودماء فقط ، بل تعداها إلى صيانة الإنسان في كرامته وشرفه ، وحرمة بيته وعرضه كذلك[3].

---

1 – يقابلها المادة 34 من دستور مصر لسنة 2012 ، والمادة 54 من دستورها لسنة 2013 مع بعض الإضافات.

2 – هذه القاعدة ذكرها : الدسوقي ، شمس الدين محمد عرفة : (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير-مالكي-) دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، دط ، دت ، ج4 ، ص 359-360 ، وكذلك : الزرقاني ، محمد بن عبد الباقي بن يوسف (شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك-كتاب المدبّر ، باب بيع المدبّر-) تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد ، مكتبة الثقافة الدينية ، القاهرة ، ط1 ، 2003 ، ج4 ، ص212. وكذا العبادي ، ابن القاسم (حاشية العبادي والشرواني على تحفة المحتاج في شرح المنهاج لابن حجر الهيتمي-شافعي-) المكتبة التجارية الكبرى ، القاهرة ، دط ، 1983 ، ج7 ، ص 320.

3 – كشاكش ، كريم يوسف : (الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة) منشأة المعارف ، الإسكندرية.دط ، 1987م.ص254. وعبدالغني ، عبد الله بسيوني: (النظم السياسية و القانون الدستوري) مرجع سابق.ص306.

ومقتضى حق الحرية الشخصية مرتبط بما يقيم حق الحياة والكرامة لكل إنسان ذكرا كان أو أنثى ، سواء كان بَرًّا أو فاجراً ، تقيًّا أو عصيًّا ، لأن الجزاء يرتبط بالأعمال بحسب صفاتها الشرعية ، ولأن الإنسانية صفة شخصية لصيقة بالفرد دائما ، فلا يجوز بذلك النّيل من حرمته حتى ولو كان مجرما ، لأن عقابه محددٌ شرعا ، فلا يُتَجاوز عن الحدّ الشرعي أو التعازير المقدّرة من طرف الإمام أو القاضي[1]. وبهذا لا يقع أيّ تعدٍّ وظلمٍ يضاف إلى تعدي الجاني على الغير ، فضلا عن احتمال ثبوت براءته الأصلية. لذا فإن "الضرر لا يزال بمثله"[2] كما تقول القاعدة الفقهية. و في التطبيقات التاريخية للقضاء الإسلامي تعبيرٌ حيٌّ عن مضمون الحماية الجنائية لحرية الأشخاص في ظلّ هذا النظام العادل.

وعليه سنعرض لمدلول حق الحرية الشخصية ضمن النظام التشريعي الإسلامي وتطبيقاته العملية في الخلافة الراشدة :

الفقرة الأولى: حق الحرية الشخصية في القرآن الكريم

لقد نحى القرآن الكريم منحا فريدا في كفالة حق الحرية والأمان للفرد بكونه أسمى مصدر للتشريع في النظام الإسلامي. وهذا لأن سلب الحرية أو تقييدها بالقبض على شخص أو اعتقاله أو حبسه دون مبرر مشروع أو الاعتداء على أمنه في حياته و جسده؛ كل ذلك من أنواع الظلم الذي حرمه الإسلام حرمة قاطعة وأتبعها بعقوبات رادعة دنيوية وأخروية.

وإذا تأملنا تشريع القرآن الكريم لمسألة تحرير الرقيق ككفارة عن القتل الخطأ ، فإننا ندرك تماما كيف جعل الله سبحانه وتعالى **مساواة الحق في الحرية في هذا التشريع بالحق في الحياة** ، إذ يقول سبحانه وتعالى : **(وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ)** [النساء : 92]. ففي مقابل "إعدام حياة" إنسان بالقتل يكون "إحياءُ ذات" رقيقٍ **بالحرية** ، وذلك لأن رقّ الإنسان يساوي موته ، بينما تحريره هو الحياة[3].

جاء تعليل الإمام النّسفي في تفسير لهذه الآية : "**إنّه–أي القاتل– لمّا أخرج نفسا مؤمنة من جملة الأحياء ، لزمه أن يُدخِل نفسا مثلها في جملة الأحرار ، لأن إطلاقها من قيد الرّق كإحيائه ، من قِبَلِ أنّ الرّقيق ملحقٌ بالأموات ، إذ الرّق أثرٌ من آثار الكفر ، والكفر موتٌ**

1- علال الفاسي : (مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها) مرجع سابق ، ص235 وما بعدها.

2 – قاعدة "الضرر لايزال بالضرر أو بمثله" سبق تخريجها.

3 – عمارة ، محمد : (الإسلام وحقوق الإنسان ، ضرورات لا حقوق) عالم المعرفة ، سلسلة كتب ثقافية شهرية يصدرها المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب– الكويت. مايو (أيار) 1985. ص 21–22.

حُكمًا (أَوَمَن كَانَ مَيْتًا فَأَحْيَيْنَاهُ) [الأنعام : 22]"[1].

فالإسلام حينما يهدي الإنسان إنما يحرّره من العبودية ، وعندما يحرّر فإنما يحقق للإنسان بالحرية الضرورة المحقّقة لمعنى الحياة ، وحينما يتحدث القرآن الكريم عن مجمل غايات الرسالة النبوية في شؤون الحياة الدنيا فإن تحرير الإنسان من الأغلال والقيود يمثل أحدها[2] ، إذ يقول تعالى عن هذه الغاية (...وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ) [الأعراف : 157].

ويسوّي الله سبحانه وتعالى أيضا بين قتل النّفس الواحدة وقتل جميع الخلق ، فالاعتداء على الفرد هو اعتداء على مجتمع بأكمله[3]. يقول الله تعالى : (...مَن قَتَلَ نَفْساً بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعاً وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعاً) [المائدة : 32]. ويقول عزّ وجل : (...فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ...) [البقرة : 194]. ويقول : (..فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ..) [البقرة : 193]. ويقول كذلك : (وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ) [النحل : 126]. وقال : (وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلَّا خَطَئاً... وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُّتَعَمِّداً فَجَزَآؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِداً فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَاباً عَظِيماً) [النساء : 92-93]. فالإسلام دين حياة ، ويتجلى ذلك في تقريره للقصاص : (وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ) [البقرة : 179].

ففي النظام الإسلامي يأمن كل فرد على شخصه وحريته ويطمئن إلى عدالة القصاص ، فينطلق آمنا يعمل وينتج. وبهذا تكون الأمة كلها في حياة[4]. وكرس القرآن الكريم حماية النفس من الظلم والعدوان ، وأنه من اعتدى على غيره ، فلا يعتبر استيفاء الحق منه إفسادا في الأرض و لا اعتداءً عليه ، وأن المؤمن لا يجوز له الاعتداء على الغير بالقتل أو بغيره إلا ما كان خطأً ، فهذا كله كفالة لحق الحرية من قريب أو بعيد[5].

فالشعور بالحرية و الأمن هو طمأنينة النفس وزوال الخوف ، وقد أشار القرآن إلى أمن الجماعة في قوله تعالى : (وَإِذْ قَالَ إِبْرَاهِيمُ رَبِّ اجْعَلْ هَذَا بَلَداً آمِناً وَارْزُقْ أَهْلَهُ مِنَ الثَّمَرَاتِ)

1 - النسفيّ، أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود-ت710هـ- : (مدارك التنزيل وحقائق التأويل) تح:يوسف علي بدوي،و محي الدين ديب متو، دار الكلم الطيب، بيروت، ط1، 1998. ج1،ص384.

2 - عمارة، (الإسلام وحقوق الإنسان ، ضرورات لا حقوق) المرجع السابق نفسه ، ص 22- 23.

3- البياتي ، منير حميد : (النظام السياسي الاسلامي مقارنا بالدولة القانونية-دراسة دستورية وشرعية مقارنة-) دار وائل ، عمان.ط1. 2003م.ص123.

4 - قطب ، سيد : (في ظلال القرآن) دار الشروق ، القاهرة ، ط12 ، 1986م. المجلد4 ، جزء15 ، ص : 2225.

5 - عبد الغني ، عبد الله بسيوني: (النظم السياسية و القانون الدستوري) مرجع سابق .ص306-307 ، و ينظر كتابه : (نظرية الدولة في الإسلام) الدار الجامعية ، بيروت.دط ، 1986م.ص301.

[البقرة : 126]. ويقول تعالى في سورة قريش : **(فَلْيَعْبُدُوا رَبَّ هَذَا الْبَيْتِ الَّذِي أَطْعَمَهُم مِّن جُوعٍ وَآمَنَهُم مِّنْ خَوْفٍ)** [قريش : 3-4]. فالحرية لا يمكن أن تكون في ظل وجود الخوف والقمع ، بل هي رديف للأمن ، وإذا حُفظ أمن الأشخاص فقد أمنت الجماعة على حريتها ، وإذا حفظ أمن الجماعة ، انعكست ثماره على حرية الشخص من دون أن يحدث بينهما تعارض. وهذا لأن النظام الإسلامي ينظر إلى استقلالية الفرد عن بني جنسه في شخصيته التي في آن واحد يُبنى بها المجتمع[1].

كما أن الأمن جُعل قواما للدولة ومعيارا للاستقرار والنعمة ، وهو علامة انتعاش حقوق الأقوام ، إذ يمتزج بين عنصرين أحدهما : توفير الأمن النفسي الفردي والجماعي ، الشيء الذي نستشفّه من سورة قريش. وثانيهما : الأمن الغذائي الذي يؤمن العيش لجميع الناس ليمكنهم من أداء وظائفهم المنوطة بهم بنشاط وسلامة بدنية[2].

ولعل كل ما أوردناه يعطينا مدلولا عاما لحق الحرية والأمان في القرآن الكريم ، وكيف أنه تقرر منذ البداية في أسمى دستور للمسلمين الذي يخضع له الحكام والمحكومين معا.

الفقرة الثانية : مدلول حق الحرية في السنة النبوية

من الأكيد أن السنة المطهرة قد عنيت بالحثّ على حرمة الإنسان وقداسة حريته في كثير من المواطن ، فجعلت صون كرامة العباد وحقهم في الحرية والطمأنينة النّفسية من واجبات الحاكم ، وهو ملتزم بها ، ليتمكنوا من أداء واجباتهم المنوطة بهم وحقوقهم الممنوحة لهم من الشرع بلا مشقة ولا حرج. كما يلزم بتوفير الوسائل التي تحفظ ذلك. ويظهر ما قلناه جليا في قول النبي ﷺ: «**كُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ ، الْإِمَامُ رَاعٍ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ ...**»[3].

فالحاكم في الإسلام يخضع كغيره للأحكام الشرعية وللمبادئ التي رسمتها ، ولا

---

1 - غزوي ، محمد سليم محمد : (الحريات العامة في الإسلام) مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، دط-دت.ص25.

2 - العيادي ، أحمد صبحي أحمد مصطفى : (الأمن الغذائي في الإسلام-رسالة دكتوراه-) دار النفائس ، بيروت.ط1 ، 1999.ص24.

3 - رواه البخاري ، محمد بن اسماعيل-256هـ-عن نافع عن ابن عمر.ينظر : ابن حجر أحمد بن علي العسقلاني-ت852هـ- (فتح الباري شرح صحيح البخاري) .كتاب النكاح ، باب : (المرأة راعية في بيت زوجها) رقم90/ 5200. تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ومحبّ الدين الخطيب.دار المعرفة ، بيروت.دط-دت.ج9 ، ص299.ورواه عنه مسلم ، بن الحجاج النيسابوري ت261هـ- : (صحيح مسلم بشرح النووي-ت676هـ-) تحقيق عصام الصبابطي وآخرون.كتاب الإمارة.باب : (فضيلة الإمام العادل وعقوبة الجائر) رقم1829.دار الحديث ، القاهرة.ط1 ، 1994م.ج6 ، ص452.

يجوز له التعسف في استعمال سلطته بتوقيف الأشخاص ، وحجزهم أو تعذيبهم من غير مبرر شرعي لذلك. فالجميع متساوون أمام الشرع ، والاعتداء على الأمن العام أو الخاص معاقب عليه سواء للسلطة أو الأفراد بلا تمييز لأحد عن الآخر. وهذا هو موجب المسؤولية المكلف بها الجميع ، ولا يمكن الافتئات عنها بأيّة حال من الأحوال.

ومقتضى التكليف الذي ينظم سلوك الحاكم والمحكوم ، فيه كفالةٌ لعصمة الإنسان وحريته المصونة. يقول ﷺ : «**كُلُّ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ حَرَامٌ دَمُهُ وَمَالُهُ وَعِرْضُهُ**»[1]. ويقول كذلك في حرمة المسلم وأن ظهر المؤمن حمى إلا في حدّ أو حقّ : «**فَإِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَدْ حَرَّمَ عَلَيْكُمْ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ إِلَّا بِحَقِّهَا**»[2]. كما ضُبطت سلطة الحاكم حقيقة تجاه ذمم الأفراد بالنهي عن إذايتهم إلا إذا اعتدوا : «**لَا تُؤْذُوا الْمُسْلِمِينَ وَلَا تُعَيِّرُوهُمْ وَلَا تَتَّبِعُوا عَوْرَاتِهِمْ فَإِنَّهُ مَنْ تَتَبَّعَ عَوْرَةَ أَخِيهِ الْمُسْلِمِ تَتَبَّعَ اللَّهُ عَوْرَتَهُ وَمَنْ تَتَبَّعَ اللَّهُ عَوْرَتَهُ يَفْضَحْهُ وَلَوْ فِي جَوْفِ رَحْلِهِ**»[3].

فكلٌّ من الكتاب والسنة النبوية ينهى عن الظلم والإيذاء لحرمة الفرد ، وهذا يعد تكريساً لمضمون حق الحرية وضمانة له من أذى الغير[4]. ويبرز معنى حق الحرية في تقرير العقوبات من حدود وتعازير ، حيث تعبر مبادئ التجريم والعقاب في القرآن والسنة عن سمو وعدالة التشريع الإسلامي في حماية الفرد والمجتمع من العدوان بتأمين الحرية[5] ، وإثباتها للفرد في حالات البراءة والإدانة معا.

وبذلك تكون التكاليف الإلهية والالتزامات التشريعية تكريماً للإنسان ذاته ، فكلما كان الإنسان مسؤولا ، كان عزيزا كريما وحرّا ، وكلما أُهمِل الإنسان ، وتُرك من دون

---

1 – رواه مسلم ، عن أبي هريرة : (مسلم بشرح النووي) ، كتاب : البر والصلة و الآداب ، باب"تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره". رقم : 2564. ج8 ، ص : 363. ورواه الترمذي ، أبو عيسى ـ ت:279هـ ـ (سنن الترمذي وهو الجامع الصحيح) أبواب البر والصلة.باب : (ما جاء في شفقة المسلم على المسلم) رقم : 1992 ، تحقيق : عبد الرحمن محمد عثمان.دار الفكر ، بيروت ، ط2. 1403هـ – 1983م. ج3 ، ص218.

2 – رواه البخاري ، عن أبي واقد ، ينظر : ابن حجر : (فتح الباري) كتاب الحدود ، باب : (ظهر المؤمن حمى الا في حد أو حق). رقم : 9/ 6785 . ج12.ص85 .

3 – رواه الترمذي عن ابن عمر (سنن الترمذي) أبواب البر والصلة ، باب "ما جاء في تعظيم المؤمن" رقم 84/ 2101 . ج3، ص255 .

4 – خلاف ، عبد الوهاب : (السياسة الشرعية) دار الأنصار ، القاهرة . دط ، 1977 .ص31.

5 – المرجع والصفحة نفسها .و الفكهاني ، حسن– المحامي– : (الموسوعة القضائية والفقه للدول العربية) سنوية تصدر عن الدار العربية للموسوعات. القاهرة. عدد سنة 1983 ، الجزء200 ، ص 90.

أيّ عمل أو تكليف فذلك امتهان له وإلغاء لوجوده وإهدار لكرامته[1]. وهو ما عبر عنه القرآن الكريم في قوله تعالى : **(إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا)** [الأحزاب : 72].

فالحرية إذن مرتبطة بالكرامة الإنسانية ، وهذه الأخيرة لا يمكن أن تتحقق دون مسؤولية تربط جماح الحرية حتى لا تصبح عدوانا على حرمة الإنسان وحرية الآخرين.

ففي تعظيم حرمة المسلم على المسلم بعصمة الدم ، والعرض والمال ، نجد النص على كفالة الحريات جميعا ، وهو شمولٌ يُظهر مدى اتساع الحرية حتى أصبحت أصلا عاما لا يخرج عن نطاقه أيُّ حقّ أو حرية. ولا يمكن إلا أن يتصل بالحرمات الثلاث ، فالاعتداء على أمن الفرد من شأنه أن يهدد الإنسان في مقومات وجوده من دم ومال وعرض[2]. ولهذا نجد النبي ﷺ يوصي أمته بما يحفظ كرامتها ويشدد على وجوب كفالة حرمة الإنسان في خطبة الوداع حيث يقول : «**فَإِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا**»[3].

لذا فإن حق الحرية للفرد على حياته وجسده وبشرته من أيّ اعتداء مرتبط بأغلظ الحرمات وأعظمها ، ولا يمكن فصل أحدها على الآخر. من أجل ذلك حرصت السنة النبوية على تقرير عدة مبادئ في القضاء وأحكام الشريعة لتكون كفيلة بأن تحقق هذا المقصد[4].

الفقرة الثالثة : مدلول حق الحرية عند السلف

لقد ضرب عهد الخلافة الراشدة مثلا رائعا للبشرية في تمجيد الإنسان وأمنه ، ومما يروى في ذلك أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب جاءه مال كثير من الجزية فقال لعماله : "إني لأظنّكم قد أهلكتم الناس. قالوا : "والله ما أخذنا إلا عفوا صفوا" ، قال : "بلا سوط ولا نوط -أي التعليق والتعذيب- ؟ قالوا : "نعم" ، قال : "الحمد لله الذي لم يجعل ذلك على يدي ولا في سلطاني"[5]. وفي هذا دلالة كافية على شمول

1 - الزحيلي ، وهبة (حق الحرية في العالم) دار الفكر ، دمشق. ط1. 2000م ، ص 17.

2 - فهمي ، مصطفى أبو زيد : (فن الحكم في الإسلام) دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط2 ، 1993م.ص482 -484.

3 -رواه مسلم عن جابربن عبد الله : (مسلم بشرح النووي) كتاب الحج ، باب "حجّة النبي ﷺ" رقم19/ 1218.مج4 ، ص431

4 -البياتي ، منير حميد : (النظام السياسي الإسلامي) مرجع سابق ، ص 123.

5-ابن سلام ، أبو عبيد القاسم ، الشافعي-ت224هـ- : (كتاب الأموال) دار الفكر ، بيروت ، بالاشتراك مع مكتبة الكليات الأزهرية ، القاهرة . ط 3 ، 1981م. ص 46.

معنى أمن الأشخاص حتى على الذميين في الدولة الإسلامية.

وكتب عديّ بن أرطأة إلى عمر بن عبد العزيز ، وكان أحد عماله : "أما بعد : فإن أُناسا قِبَلَنا لا يؤدون ما عليهم من الخراج حتى يمسّهم من العذاب". فكتب إليه عمر : "أما بعد : فالعجب كلّ العجب من استئذانك إيايّ في عذاب البشر ، كأني جنّة لك من عذاب الله ، وكأن رضاي ينجيك من سخط الله. إذا أتاك كتابي هذا ، فمن أعطاك ما قِبَلَه عفوا ، وإلا فاخلفه. فوالله لإن يلقوا الله بجناياتهم أحبّ إليّ من أن ألقاه بعذابهم ، والسلام"[1].

فهذا غيض من فيض العدالة التي سادت في تاريخ القضاء والحكم الإسلامي ، وكيف كانت قداسة الفرد في حريته تميز أحكام القضاء تسيير العلاقة بين الحاكم والمحكوم ، وترسيخ المبادئ المستمدة من الفقه الإسلامي بالفهم السليم للشريعة وحكمتها في حفظ الأنفس ، والذي انعكس على التطبيق الفعلي للشرع الحنيف بما يصون كرامة الإنسان ويكفل طمأنينته على نفسه وحريته بغض النظر عن دينه أو لونه ، أو عرقه ، وجعلها أصلا في الإسلام لا يمكن الحياد عنه. والحرية في شمولها واتساعها تتأكد في لحظة الميلاد مع الفرد دون حاجة إلى الاعتراف بها من الغير.

فالأسير من المشركين لا بد أن يُطعَم ويُحسَن إليه في المعاملة حتى يصدر بشأنه حكماً ، فما بالك بالرجل المسلم الذي بدر منه ذنب أو خطأ ، فمن اللازم أن لا يمنع عليه الطعام حتى يموت جوعا في سجنه ، لأن ما حمله على ذلك إلا حجزه انتظارا لإصدار حكم القاضي بشأنه ، أو جهالته. و أوّل من جعل للمساجين ما يقوّتهم من الطعام واللباس في الشتاء والصيف الإمام علي بن أبي طالب-رضي الله عنه- بالعراق ، ثم معاوية بن أبي سفيان بالشام والخلفاء من بعده[2]. وفي هذا مدلول عميق على احترام حرمة وكرامة الإنسان في الإسلام.

الفقرة الرابعة : تعريف حق الحرية عند الفقهاء المسلمين المعاصرين

لقد ظهر مصطلح حق الحرية الشخصية كمدلول واضح ومستقل بظهور الحريات والحقوق الشخصية والعامة وتطورها في العصر الحديث ، مما أدى بالفقهاء المحدثين أن يُسْهِموا في بناء صرح الحريات من خلال استقراء ما ذكرناه من قبل في الكتاب والسنة ، وللحفاظ على التراث الفقهي والفكري السياسي الإسلامي ، الذي طالما كفل حرية الإنسان من الاعتداء بصورة أبدية إذا ما استغلته البشرية وبحثت في موارده الثرية ، لما له

1- أبو يوسف ، يعقوب بن إبراهيم الحنفي- ت 182 هـ- : (موسوعة الخراج : كتاب الخراج لأبي يوسف) دار المعرفة ، بيروت ، د ط 1302 هـ.ص 119.

2 -المرجع نفسه ، ص 149 – 150.

من أسبقية تاريخية وحضارية في تقرير مفهوم الحقوق والحريات ، والموازنة السليمة بين حق الفرد والمجتمع معا. لذا سنورد اجتهادات بعض العلماء والفقهاء المعاصرين ورجال القانون من العرب والمسلمين الذين حاولوا ضبط "حق الأمن الشخصي" كمدلول دقيق يعبر عن الحرية الشخصية في تعاريف متقاربة في المعنى مختلفة الصياغة ، وهي تنطلق في أساسها من مبادئ الحماية الجنائية للفرد في الشريعة الإسلامية ، ونورد منها ما يأتي :

1-حق الأمن هو : "**ما يكفله الإسلام للإنسان من سلامة شخصية ، وعرضه وماله ، فلا يجوز الاعتداء على الفرد سواء من قبل الأفراد أو الدولة**"[1] ، ويقتضي هذا التعريف وجوب المحافظة على النفس ، ويتضمن ذلك الحفاظ على الأطراف من التلف ، وصيانة كرامة الإنسان من الإهانة ، والاحتقار ، والتقليل من الشأن أو التعذيب. ويحفظ العرض بمنع الاعتداء على الأعراض بالفاحشة أو بالقذف ، كما يحافظ على المال الذي هو من أسباب تنمية المجتمع بتحريم السرقة والنصب وكل اعتداء على المال وإيجاب العقوبات على المعتدي سواء بالحد أو بالتعزيز إذا مس الأذى حقا مشروعا[2].

2- وأضيف إلى هذا التعريف أن حق الأمن يتمثل في : "**حماية الإنسان في نفسه ، وماله ، وعرضه ، وكفالة سلامته ، ومنع الاعتداء عليه ، أو التحقير من شأنه ، أو تعذيبه ، واضطهاده ، سواء أكان ذلك من الدولة أم من أفراد المجتمع ، وحق الأمن وحماية النفس من الاعتداء هو أحد مقاصد الشريعة الإسلامية**"[3]. وهذا التعريف أدقّ نوعا ما من الأول لربطه كُنه وماهية حق الأمن بمقاصد الشريعة الإسلامية التي جعلت له علاقة وثيقة بالضروريات الخمس ، وخاصة بحفظ النفس ، لما للحرية من أهمية قصوى في الحفاظ عليها من جهة والتمكين لقيامها سواء للفرد أو المجتمع معا ، ولا تقيد هذه الحرية إلا في حالة الظلم والاعتداء بما يحفظ مصالح الآخرين. كما يمكن تنظيم الحجز وفقا للإجراءات الشرعية والوسائل التي تحقق مصلحة الجميع.

1- رسلان ، أنور أحمد : (الحقوق والحريات العامة في عالم متغير) دار النهضة العربية ، القاهرة. د ط . 1997م. ص 55.

2- رسلان ، المرجع نفسه ، ص55.

3- عجريني ، محمد- المحامي- : (حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون) دار الشهاب و دار الفرقان ، عمان ط 1 ، 2002 ص27 و47. و الفكهاني : (موسوعة القضاء والفقه) المرجع السابق نفسه ، ج200 ، ص 90. و بدوي إسماعيل : (دعائم الحكم في الشريعة الإسلامية والنظم الدستورية المعاصرة - الحريات العامة-) دار الفكر العربي ، القاهرة. ط1 ، 1980- 1981. ص 91 – 93 . نقلا عن : كشاكش : (الحريات العامة) مرجع سابق ، ص 254.

3- كما عرّف حق الأمن بأنه : "**ضمان قدر من الطمأنينة يستطيع بفضلها الفرد وعلى أساس من النظام القائم في الدولة ، أن ينظم شؤون حياته ويهيئ لمستقبله**". وبالأحرى فإنه يعني في المقام الأول : "**أن تتوافر للفرد الضمانات التي تولّد عنده قدرا من الإحساس والشعور المطمئن ، بأنه في منجى من الأعمال التعسفية المادية كالقبض والحبس دون وجه حق ، وإنزال العقاب الظالم المستبد به ، ومن ثمّ يستطيع أن ينظم نشاطه دونما خشية من مفاجآت التعسف والتحكم**"[1].

4- غير أن هناك من عرّف الحق في الأمن والسلامة الشخصية للإنسان بأنه يتسع مفهومها ليشمل : "**كل مستلزمات الحياة ، وملحقاتها ، ذلك أن الإنسان كائن حي أراد الله تعالى له الحياة الكاملة الآمنة المطمئنة ، وهي لا تتحقق إلا بتمتع هذا الإنسان بجملة من الحقوق ترجع إلى سلامته الجسدية وإلى حفظ كيانه البشري**"[2].

إلا أن هذه النظرة واسعة وفضفاضة تُدخِل في التعريف حقوقا أخرى غير حق الأمن ، كحق الحياة ، وغيره. لذا فإن هذه الدراسة تختار أن تدرج التعريف الأدقّ الذي يعنى بوضع مفهوم واضح لحق الحرية بحيث يقصرها على حق الأمن وعلى حرمة الفرد في المجال الجنائي؛ أي في حالة الاتهام والتعسف الإداري للسلطة تجاه حرية الأفراد سواء أثناء تنظيمها أو تقييدها أو سلبها في أسوء الحالات.

ويعتبر خير الدين التونسي أول من حاول توصيف الحرية الشخصية بشكل دقيق يراد به أمن الإنسان على نفسه تحت مظلة القانون وسيادته ، وهذا عندما لاحظ أن الحرية هي منشأ العرفان والتمدن في أوروبا ، وأن **الحرية** في عرف الأوروبيين بعد الثورة الفرنسية تطلق بإزاء معنيين؛ أحدهما يسمى **الحرية الشخصية وثانيهما يسمى الحرية السياسية، أما معنى الحرية الشخصية :" هو إطلاق تصرف الإنسان في ذاته وكسبه مع أمنه على نفسه وعرضه وماله، ومساواته لأبناء جنسه لدى الحُكم؛ بحيث إن الإنسان لا يخشى هضيمة في ذاته ولا سائر حقوقه ، ولا يحكم عليه بشيء لا تقتضيه قوانين البلاد لدى المجالس، وبالجملة فالقوانين تقيد الرعاة كما تقيّد الرعية..."** (3)

---

1 – الصالح ، عثمان عبد الملك ، بحث : (حق الأمن الفردي في الإسلام- دراسة مقارنة بالقانون الوضعي-) مجلة الحقوق ، كلية الحقوق ، الكويت. العدد : 3 ، السنة : 7. سبتمبر 1983م . ص :33.

2 – الطعيمات : (حقوق الإنسان وحرياته الأساسية) . مرجع سابق ص 120.

3 – التونسي، خير الدين:(أقوم المسالك في معرفة أحوال الممالك) مطبعة الدولة، تونس، ط1 ، 1284هـ-1867م ، ص 74.

المبحث الثاني :

مميزات وخصائص حق الحرية الشخصية

بعد بيان معنى الحرية الشخصية كإباحة عامة ومدلولها في النظام التشريعي الإسلامي والقانون ، فإن الأمر يتطلب تحديد خصائصها بدءا بتمييز توظيف مصطلح الحرية الشخصية في الفقه والقانون عن استعمالاتها الفلسفية المتعددة ، والتي تأثرت كثيرا بالمذاهب والأفكار السائدة في أوروبا إبان الثورات على الأنظمة الاستبدادية ، فنجد أن مصطلح الحرية الشخصية يأخذ معنا منضبطا وقابلا للتطبيق في ظل الدراسات القانونية ، وهذا ضمن سياق مختلف ، وبشكل دقيق بالرغم من تأثره بالطروحات الفلسفية سواء في الكتابات السياسية أو الصحفية أو غيرها ، والتي توظف مصطلح الحرية بأبعاد إيديولوجية سواء كانت سياسية ، أو اجتماعية ، أو اقتصادية... **(مطلب أول)**.

ويتسم حق الحرية الشخصية أيضا بمميزات وخصائص عدة يشترك فيها بصفة خاصة مع الحريات الأساسية للإنسان ، من قبيل عدم قابلية حق الحرية للتنازل ولا للعدوان عليه **(المطلب الثاني)** ، وكذا بيان العلاقة التي تربط حق الحرية بالسلطة العامة في الدولة والتي تسعى إلى تنظيمه **(المطلب الثالث)**.

المطلب الأول :

تمييز التوظيف المنضبط للحرية الشخصية في الفقه والقانون عن التوظيف الفلسفي

لقد تم تداول مصطلح "الحرية" في ميادين شتى ، وهو ما أثر في المعنى المراد بها حسب البعد والسياق الفلسفي الذي طرحت فيه سواء كان ذو بعد سياسي أو اقتصادي أو اجتماعي ، وكذلك الشأن ضمن الفقه التشريعي والقانون الوضعي ، هذا الأخير الذي يسعى لتحديد معالم أكثر دقة للحرية الشخصية حتى يصبح بالإمكان تنظيمها وضبطها تشريعيا وقضائيا.

الفرع الأول : التوظيف الفلسفي وأثره على الحرية الشخصية[1]

أخذت الحرية توصيفات عدة ومعاني مختلفة خصوصا مع الثورات المعاصرة وما ألهمه رجالاتها من أفكار تحررية للشعوب. وتزامن هذا خصوصا مع ظهور المذاهب

1 - يرجع للإفادة أكثر إلى كتاب من إعداد وترجمة الهلالي محمد، و لزرق عزيز : (الحرية- دفاتر فلسفية رقم 16 ، نصوص مختارة-) دار توبقال ، ط1 ، 2009 ، الدار البيضاء ، المغرب. وفيه مجموعة من المقالات الفلسفية حول الحرية لكبار المفكرين الغربيين أمثال جون جاك روسو ، ومونتيسكيو ، إمانويل كانط ، كارل ماركس وغيرهم.

الفردية والاجتماعية في المجتمعات الغربية. فالحرية من بين الشعارات الأكثر تداولا في ثورات الغربية خصوصا تلك التي مهدت للديمقراطيات الحديثة في الدول الغربية. وقد تناولها أمثال جون جاك روسو ومونتيسكيو في المجال السياسي ، وكارل ماركس و سارتر في المجال الفلسفي والاجتماعي ، وآدم سميث في مجال الحرية الاقتصادية ، وغيرهم كثير..إلخ.

فقد تطور فهم الحرية وفقا لتصورات فلسفية مختلفة ، ومنه اعتبر البعض الحرية سهولة عزل من تم تمكينه من سلطة استبدادية ، وفسرها آخرون بأنها الحق في التسلح والقدرة على ممارسة العنف ، كما اعتُبرت لدى البعض الحظوة المتمثلة في الخضوع لحكم حاكم من الأمة أو لقوانينهم الخصة ، أما الذين تبنوا الحكومة الجمهورية فقد أطلقوا اسم الحرية عليها بعيدا عن الملكيّات كون الشعب يفعل ما يريد[1].

ففي حين يرى **كارل ماركس** أن الحرية الإنسانية تتحقق ضمن القوى الاجتماعية ويتم تنظيمها ودمجها تحت غطاء سلطة سياسية بعيدا عن الإنسان الأناني الذي يقصر الحرية على نفسه كفرد منعزل عن دوره ككائن ممثل للبشر جميعا ، وكمواطن ضمن المجتمع ككل وليس ضمن المجتمع البورجوازي[2].

غير أن **مونتيسكيو** انتهى إلى توضيح ما تعنيه كل من الاستقلالية والحرية ، وتكمن **الحرية الفلسفية** في ممارسة الإنسان لإرادته أو على الأقل أنه يعتقد ممارستها[3].

إلا أنه أعطى مفهوما ذو بعد سياسي وأكثر واقعية للحرية ، وربط علاقتها بكل من **الدستور و المواطنة** في الدولة التي تحكمها القوانين على أنها "**الحق في فعل كل ما تسمح به القوانين ، وإذا كان بإمكان مواطن أن يفعل ما تمنعه القوانين فسيحرم من الحرية ، لأن الآخرين سيملكون أيضا هذه القدرة على خرق القوانين**"[4].

فالحرية بالمفهوم السياسي عند مونتيسكيو – وهي الأهم في نظر الباحث– تكمن في الأمن أو الاعتقاد بأن هناك أمن. هذا الأخير الذي لا يهاجَم أو يُنتقص منه إلا في

---

1 _ مونتيسكيو، شارل : (الحرية والمواطنة ، 2) –مقال مترجم– ينظر : الهلالي محمد ولزرق عزيز : (الحرية) المرجع السابق نفسه ، ص 77_78.

2 – كارل ماركس : (الحرية والمواطنة ، 1) – مقال مترجم– ينظر : الهلالي محمد ولزرق عزيز : (الحرية) المرجع نفسه ص 76–77

3 – مونتيسكيو، شارل: (حرية الشعب وسلطة الشعب) –مقال مترجم– ينظر الهلالي محمد ولزرق عزيز، المرجع نفسه ، ص 78_79.

4– مونتيسكيو : (حرية الشعب وسلطة الشعب) المرجع نفسه ، ص79.

الاتهامات العمومية أو الخاصة. ومنه فحرية المواطن تتوقف على صلاح القوانين المكافحة للإجرام ، فحينما لا تُضمن براءة المواطنين لا تُضمن الحرية أيضا. حيث تنتصر الحرية حينما تستخرج القوانين المكافحة للإجرام كل عقوبة من الطبيعة الخاصة بكل جريمة ، فيتم بذلك وضع حد للتعسف في استعمال الحرية. فالعقوبة لا تنبع أبدا من نزوة المشرع ، ولكن من طبيعة الجريمة نفسها كونها خروجا عن حدود ممارسة الحرية ، وبهذا يكف الإنسان عن الاعتداء والعنف ضد أخيه الإنسان[1].

الفرع الثاني : الحاجة إلى ضبط توظيف "الحرية الشخصية" في الفقه والتشريع

ستنصب دراستنا على السياق الفقهي والقانوني الذي يبحث في ضبط مصطلح الحرية الشخصية ، ويسعى المشرع من خلاله إلى تنظيم الحرية الشخصية وغيرها من الحريات العامة في المجتمع.

الفقرة الأولى: ضرورة تحديد وضبط معنى الحرية الشخصية في التشريع

إن التوظيف القانوني لمصطلح الحرية الشخصية عادة ما يسعى في جانبه التشريعي إلى ضبط ووضع حدود لممارسة حق الحرية وحمايتها أيضا ، فنجده لا يركز كثيرا على توصيف الحرية الشخصية بقدر ما يهدف إلى إقرارها في الدستور بصفته أسمى قانون في الدولة. وكذا وضع السلطة التشريعية ممثلة في البرلمانات الحديثة لأطر وضوابط تحمي ممارسة الحرية الشخصية في إطار مشروع ضمن القوانين الداخلية. كما تسنّ هذه السلطة القوانين التي تحدّ من التعسف في استعمالها ، والتي يعدّ القانون الجنائي أهمها وأخطرها. وهو أمر يختلف حسب إرادة كل مشرع في التوسع أو التضييق من التمتع بهذا الحق ، الذي وإن تم الاعتراف به دستوريا في الدول التي تحترم حقوق الإنسان إلا أن قوانينها العضوية والعادية قد تختلف حول حدود ممارسة حق الحرية الشخصية ، ومتى تبدأ وأين تنتهي خصوصا حيال السعي لإيجاد التوازن بينها وبين المصلحة العامة للدولة وباقي الأفراد ممثلة في الأمن والسكينة العامة.

حيث أننا نجد إقرار الحرية الشخصية وغيرها من الحقوق الأساسية أمر لازم في دساتير الديمقراطيات الحديثة ، فلها انعكاس مباشر مع مفهوم المواطنة ، و هناك قيود على الحرية تحد من سلطانها في القوانين الداخلية للدولة خصوصا الجنائية منها. وبعكس ذلك في الدول التي لا تحترم حقوق وحريات الإنسان ، حينما يكون ذكر "الحرية الشخصية" وغيرها من الحقوق صوريا فقط ضمن الدستور ، ويؤكد ذلك ترسانة القوانين الداخلية المقيدة للحرية ، والتي تعتبر وسيلة لقمع الناس من ممارسة هذا

1 – مونتيسكيو : (حرية الشعب وسلطة الشعب) المرجع السابق نفسه ، ص79.

الحق وتعطي السلطة العامة صلاحيات واسعة في هذا الشأن ، وهو ما يظهر جليّا في تسخير القوانين الجنائية للتضييق على حرية الأفراد كما سنرى في الباب الثاني من هذا البحث.

الفقرة الثانية : ضرورة تحديد وضبط معنى الحرية الشخصية في الفقه القانوني

أما التوظيف الفقهي لمصطلح "الحرية الشخصية" فهو كما رأينا يبحث في تعريفها وتوصيفها الدقيق حتى تفرز عن غيرها من الحقوق ، وكذلك حتى لا يتم الاعتداء عليها بوضع معالم لها وصور تبين مدى التمتع بها و أطر ممارستها في الدولة والمجتمع ، حتى لا يتعدى الأفراد حدود ممارستهم لحرياتهم الفردية بالعدوان على الحريات العامة للأفراد الآخرين ، وعلى الدولة التي تدافع أجهزتها التنفيذية عن الأمن العام. حيث تعتبر حلقة الهيئة القضائية الضامن الوحيد لإحداث توازن بين تداخل المصالح العامة للمجتمع وبين الحرية الفردية. وهو ما أقرته المادة157 من الدستور الجزائري المعدل في سنة 2016 بنصها : "**تحمي السّلطة القضائيّة المجتمع والحرّيّات ، وتضمن للجميع ولكلّ واحد المحافظة على حقوقهم الأساسيّة**"[1].

إلا أن سعي الفقه القانوني إلى ضبط الحقوق والحريات تأثر بالتجاذب الذي وقع بين المذهبين الفردي والاجتماعي في تقسيم الحقوق والحريات وبيان أنواعها ، وذلك راجع إلى اختلاف فلسفة كل منها في تصنيفها ، أو تغليب بعضها على بعض بين من يراعي جانب حقوق الفرد أكثر ، ومن يراعي جانب حقوق الجماعة أكثر. حيث نرى المذهب الفردي يعلي من شأن الحقوق الفردية و خصوصا الأساسية منها وهو ما تبنته الدول الليبيرالية.

في حين نجد المذاهب الاجتماعية تركز على الوظيفة الاجتماعية للفرد ، وهذه النظرة قد قلّصت من دور ومكانة الحقوق الفردية ومنها عدم احترام الحرية الشخصية للفرد في ظل الدول التي تبنت هذا الطرح كالدول الاشتراكية سابقا.

وفي المقابل نجد أن تقسيم النظام التشريعي الإسلامي للحقوق يراعي المصالح العامة والخاصة ولا يهمل واحد منها.

كما أن الكثير من الدراسات التي تناولت مسألة تعريف الحرية الشخصية يعتريها عدم الدقة والضبط كونها غير جامعة ولا مانعة ، وهو ما تم بيانه سابقا ضمن هذا البحث[2].

---

1 – الدستور الجزائري المعدل سنة 2016، سبقت الإشارة إليه في ص 64 بالهامش.

2 – تمت الإشارة إلى بعض هذه التعاريف الموسعة لمعنى حق الحرية الشخصية في الفكر القانوني الوضعي في المبحث الأول، الصفحة 56 ومابعدها.

المطلب الثاني :

حق الحرية الشخصية لا يجوز التنازل عنه ولا الاعتداء عليه.

تتجلى قيمة حق الحرية في كونه يرتكز على كرامة الإنسان التي هي أساس وجوده ، ومنه فلا يمكن البتة الانتقاص من هذه الحرية دون وجه حق ولا ذنب اقترفه الإنسان ، لأن في ذلك انتقاص من كرامة الإنسان ووجوده ، ومهانة لذاته أصلاً. فالحرية تعتبر حجر الزاوية بالنسبة لباقي حقوق وحريات الفرد (**فرع أول**). كما أنها مستحقة للإنسان لكونه إنسانا (**فرع ثاني**) ، وتمثّل في بعدها الفلسفي حقّاً طبيعيّاً انتقل إلى حق مدني عن طريق وضعه قيد الممارسة في الأطر القانونية ضمن التصور الوضعي (**فرع ثالث**). و الحرية الشخصية منحةٌ إلهيةٌ في تصور النظام التشريعي الإسلامي (**فرع رابع**).

الفرع الأول : حق الحرية الشخصية حجر الزاوية بالنسبة لباقي الحقوق والحريات

تعبّر الحرية الشخصية عن حق الإنسان في عدم القبض عليه أو حبسه إلا في الأحوال المنصوص عليها قانونا[1]. وهي تعتبر نموذجا خاصا من بين الحقوق الأساسية للإنسان المتمثلة في : حرية التنقل ، سرية المراسلات ، وحرمة الحياة الخاصة للإنسان ومسكنه. فحق الحرية الشخصية أو الأمان الشخصي يعتبر **حجر الزاوية** بالنسبة لباقي الحقوق والحريات الأساسية والعامة إذا ما استثنينا الحق في الحياة الذي يعد أقدس الحقوق على الإطلاق ، "فلا يمكن لأيّ مجتمع أن يدعي ضمان الحرية للناس قبل أن يضمن لهم الوجود قبل ذلك"[2]. غير أن حق الحياة لامعنى له إذا لم يكن الإنسان حرًّا في تصرفاته ، أو أنه لا يسمح له بممارسة حقه في الحياة بحرية ، فهما حقان متلازمان ومترابطان بشكل وثيق.

وحق الحرية الشخصية يتجسد في صورة الأمن الشخصي للفرد ، والذي يعتبر من أهم الحريات الفردية للإنسان ، "**فحيث لا يوجد لا يصحّ الادعاء أنه يوجد من الحرية حتى مظهرها**"[3].

1- الشهاوي ، قدري عبد الفتاح: (الموسوعة الشرطية القانونية)، عالم الكتب ، القاهرة ، دط ، 1977 ، ص109.

2 - مقولة للفيلسوف بلوم. المصدر : الهلالي، محمد و لزرق عزيز : (الحرية- دفاتر فلسفية رقم 16 ، نصوص مختارة-) مرجع سابق.ص 83

3-متولي ، عبد الحميد : القانون الدستوري والأنظمة السياسية مع المقارنة بالمبادئ الدستورية في الشريعة الإسلامية،مرجع سابق ، ج1 ، ص239 .

ولهذا فقد تقرّر أن "من بين شروط الحرية ، حق الأمن الذي يعدّ أبرزها ، فإن افتُقِدَ تزول حتى مظاهر الحرية. وتتجسد الحرية – أو حق الحرية– من بين هذه الشروط التي تظهر أوّلا على شكل نظام منصف وعادل في الإجراءات الجنائية"[1].

الفرع الثاني : حق الحرية ثابتٌ للفرد بموجب إنسانيته

يمتلك الفرد حريته الشخصية بموجب إنسانيته ، بصرف النظر عن الزمان والمكان الذي ولد فيه ، وبغض النظر عن الاعتبارات والفوارق الأخرى من شكل و لون و عرق و نسب ودين وجنس ، ولا لمعتقدات الفرد أو مركزه الاجتماعي ، بما أنها من الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان والتي لا يمكن لأي سلطة انتهاكها أو انتزاعها منه[2].

كما لا يمكن للفرد أن يتنازل عن حريته بمحض إرادته بصفتها هبة إلهية وحق فطري للإنسان جُبِلَ عليه. ولا يتصور أن يكون الإنسان مسؤولا دون أن يكون حرا في أفعاله.

فالإنسان حرٌّ مادام لا يخضع إلا لنفسه. والحرية تعتبر مسلّمة أوّلية لوضع الإنسان ، لأنها ترتبط بشكلٍ وثيق بطبيعته : " **ووجودها هو الأصل وغيابها هو الاستثناء**"[3].

ويعتبر تخلي المرء عن حريته تخليا عن طبيعته كإنسان وعن حقوق الإنسانية كلية ، بل وعن واجباته أيضا ، وهذا غير متلائم مع طبيعة الإنسان ، ويعني نزع كل صفة أخلاقية عن أفعاله وكل حرية عن إرادته. "**فقيمة الإنسان تكمن أبدا في كونه ذاتٌ حرّةٌ**" ، وليس للعبد حق أمام سيده المستبد إذا كان مسلوب الحرية ، ولا يملك السيد أي التزام تجاه من استعبدهم بالرغم من الطمأنينة المدنية التي يضمنها لهم[4].

الفرع الثالث : الحرية حقٌّ طبيعيٌّ أخذ بُعدًا مدنيّا في الفكر القانوني الوضعي

الحرية الشخصية في بعدها الفلسفي من بين الحقوق الطبيعية التي تعتبر سابقة في وجودها على جميع الحقوق التي يتمتع بها البشر ، في جميع الدول وكل المجتمعات وعلى

1 – «De toute les condition de la liberté , la sûreté est une des plus évidentes , puisque , si elle manque , c'est l'apparence même de la liberté qui disparaît. Aussi compte-t-elle parmi celles qui furent comprises les premières sous forme d'une organisation impertiale de la procédure pénale ». Burdeau.G : (Les libertés publiques) L.G.D.J. Paris . 1948 . p. 117.

2– محمد سعيد مجذوب (النظرية العامة لحقوق الإنسان–تطور الحقوق والحريات العامة والآليات القانونية لحمايتها–) مرجع سابق ، ص11 .

3 – مجذوب ، المرجع نفسه ، ص 13.

4 – جون جاك روسو : (قيمة الإنسان كذاتٍ حرّة) – مقال مترجم– ينظر : محمد الهلالي وعزيز لزرق : (الحرية) ، مرجع سابق ، ص74.

مرّ الأزمنة ، كونها لازمة وضرورية لأيّ فرد حفاظا على وجوده ، وتنمية لشخصيته في المجتمع ، فلا يمكن البتة لانتقاص منها أو حرمان الشخص منها بسلبها إياه[1].

وكون حق الحرية الشخصية وغيره من الحقوق الأساسية حق طبيعي يجد أساسه عند أصحاب المذهب الحر أو المذهب الفردي ، والذي تبنى نظرية العقد الاجتماعي التي مهدت للديمقراطيات الغربية الحديثة للحدّ من السلطان المطلق للملوك ، فكانت المعين الفكري للحركات السياسية والتعديلات الدستورية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر. حيث تردّ هذه النظرية أساس الحقوق إلى القانون الطبيعي المتمثل في وجود حياة فطرية تسبق قيام الجماعة ، وأن الانتقال من حياة الفطرة إلى حياة الجماعة قد تم بناء على عقد اجتماعي بقصد إقامة السلطة الحاكمة[2].

فالنظر إلى الحرية على أنها من الحقوق الطبيعية ، يعني أنها لصيقة بالإنسان ، وأنها من صنع الطبيعة ولا علاقة للمجتمع والدولة بها ، وتلتزم الدولة التزاما سلبيّا بعدم التعرض للأفراد والاعتداء على نشاطهم المادي أو المعنوي ، كون الحرية أعلى من النظام السياسي والنظام القانوني؛ بل إنها تمثل قيدا عليهم[3].

غير أن روسو يرى في عملية الانتقال من الحرية الطبيعية إلى الحرية المدنية كان بتنازل الأفراد عن حقوقهم الطبيعية بالدخول في الجماعة مقابل الحصول على امتيازات الحياة المدنية والحقوق المدنية ، كون هذه الأخيرة تمتاز عن الوضع الطبيعي بكون حرية الفرد في ظلها ستتمع بالحماية القانونية للسلطة العامة الممثلة للمجتمع في الدولة. فالفرد حينما يضع قواه وحقوقه في يد المجموع يستردّ بوصفه عضوا في الجماعة جزءا لا يتجزأ من حقوقها ، ومن ثمّ تكون له المساواة والحرية[4].

ويجب التمييز عند روسو ما بين الحرية الطبيعية التي لا تحدّها إلا قوى الفرد ، وما

1 – علي محمد صالح الدباس ، علي عليان محمد أبو زيد : (حقوق الإنسان وحرياته ودور الإجراءات الشرطية في تعزيزها) –دراسة تحليلية لتحقيق التوازن بين حقوق الإنسان وحرياته وأمن المجتمع تشريعا وفقها– دار الثقافة ، عمان ، 2005 ، ص28.

2 – للتفصيل أكثر حول نظرية العقد الاجتماعي وكذا الانتقادات الموجهة لها وتطورها على يد كل من : توماس هوبز ، جون لوك ، وجون جاك روسو ، ينظر ثروت بدوي : (النظم السياسية) مرجع سابق ، ص 128 وما بعدها. ومحمد الهلايلي وعزيز رزق (الحرية) المرجع السابق نفسه ، ص 71_82.

3 –فايز محمد حسين : (السلطة والحرية وفلسفة حقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص37. و نعيم عطية : (في النظرية العامة للحريات الفردية) مرجع سابق ، ص 113.

4 – ثروت بدوي : (النظم السياسية) ، المرجع نفسه ، ص 140. ومجذوب (النظرية العامة لحقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص14.وسيتم التوضيح أكثر في المطلب الثالث من هذا المبحث مسألة التنظيم القانوني، و دوره في توجيه وضبط الحرية الشخصية لتصبح ذات طابع مدني منظم.

بين مكسب الحرية المدنية التي تحدّها الإرادة العامة. ويمكن أن تضاف إلى الحالة المدنية للفرد الحرية الأخلاقية التي تجعل لوحدها من الإنسان سيّد نفسه حقيقة ، كونه قد تحرر من العبودية لدافع شهواته في الحالة الطبيعية مرتقيا إلى الحالة المدنية بالامتثال إلى القانون الذي تسنّه الجماعة لنفسها والذي يعدّ عين الحرية[1].

وعلى الرغم من الانتقادات الموجهة لفكرة الحقوق الطبيعية ، وعدم إمكانية إثبات العقد الذي بموجبه انتقل الإنسان من الحالة الطبيعية إلى الحالة المدنية ، إلا أنها أسهمت في الترويج للمبادئ الديمقراطية وتقرير حقوق الأفراد وحرياتهم ومنها الحرية الشخصية للإنسان.

الفرع الرابع : حق الحرية الشخصية "منحة إلاهية" في النظام الإسلامي

تكمن خصائص الحرية الشخصية في النظام الإسلامي بُعدين اثنين أحدهما بعدٌ اعتقادي ، وثانيهما تشريعيٌّ ، وكلاهما أعطى استقرارا للحقوق والحريات عموما وللحرية الفردية خصوصا في ظل هذا النظام على النحو الآتي :

الفقرة الأولى: البعد العقدي ودوره في استقرار الحرية الشخصية ضمن النظام الإسلامي

إن احترام حق الحرية وغيره من الحقوق الفردية والحريات العامة في النظام الإسلامي لهو أمرٌ نابع من صميم العقيدة الإسلامية التي تعتبرها منحة إلهية قبل كل شيء. فهي ناشئة عن الاعتقاد بوجود تكاليف ومسؤوليات شرعية صارت بموجبها منطلقًا روحيًّا وإيمانيًا للممارسة العملية للحقوق والحريات في المجتمع ، وهو ما فرض تلازمًا بين الإقرار الإلهي للحق والحرية في ممارسته من جهة ، وبين التكليف أو المسؤولية كعنصر إلزام باحترام حرية الأفراد وحمايتها من الاعتداء عليها من جهة أخرى.

فالعقيدة الإسلامية تعتبر ضمانا للحريات في التشريع الإسلامي ، ومن هنا كانت ممارسة الحرية العامة أو الحق الفردي في الواقع العملي ناشئة عن الاعتقاد بثبوتها بطريق التكليف والمسؤولية شرعا ، وهذا لكون هذا الاعتقاد هو منطلق ممارستها عملا في المجتمع ، وليس دوافع الغريزة والهوى ، والأثرة والأنانية ، ولا التبعية والتقليد[2].

فالحرية تولد مع الإنسان ولا يمكن انتزاعها منه ، والناس يولدون أحرارا كما قال

---

1 – جون جاك روسو (من الحرية الطبيعية إلى الحرية المدنية) – مقال مترجم–ينظر : الهلالي، محمد ولزرق عزيز : (الحرية) مرجع سابق . ص 75.

2 –فتحي الدريني : (خصائص التشريع الاسلامي) مرجع سابق ، ص 392 .

عمر بن الخطاب رضي الله عنه : "متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحرارا"[1].

فهذا البعد التعبدي هو الذي يكوّن جوهر الفرق بين التصوّر الإسلامي للحقوق ، وبين ما تجسده المواثيق الدّولية والداخلية المعاصرة التي يُفتقد فيها إلى جانب القانون ، ذلك الشعور الدّاخلي للإنسان بوجوب احترام حقوق البشر ، حيث لا تغدو أن تكون أحيانًا شعارات فقط ، فقد تبقى عديمة الأثر على المستوى العالمي سواء عند تعلّقها بالمصالح الذاتية للدول ، أو الفوارق المختلفة التي تكون الدافع المحرك لها ، مثل أن يكون هناك تمييز بين المواطنين وغيرهم ، وبين الأغنياء وغيرهم ، وفئة اجتماعية وما دونها ، وليس مبنيًّا القناعة والاعتقاد السامي بمبادئ وحقوق الإنسان.

كما أن من خصائص الحرية في النظام الإسلامي ببعديه العقدي والتشريعي بعيدة عن محل الصراع والجدل بين أنانية الأفراد من جهة ، وبين طغيان الجماعة والسلطة العامة في ظل المجتمعات التي يخضع فيها تقنين الحرية وتنظيمها إلى اجتهاد البشر وما ينتزعهم من نزوات وأهواء. وهو الأمر الذي يفسّر التطور الدموي للاعتراف بالحرية وإقرارها في المجتمعات الغربية ، حيث كان مكسب الحرية نتيجة ثورات عدّة قامت بها الشعوب لمكافحة الظلم والقهر الذي كرسته أنظمة الحكم الملكية المطلقة ، وانعتاق المجتمع الغربي عن ربقة الهيئات المستبدّة التي كان أبرزها طغيان سلطة الكنيسة الذي أثر على حياة الفرد وحريته في المجتمع الغربي طيلة عشرة قرون كاملة.

غير أنه وفي المقابل نجد أن أساس الحرية في النظام الإسلامي يظهر في الحق الإلهي الممنوح للإنسان بسبب خلق الله المستقل لعبده ، ووجوده المستقل أيضا ، وإيجابه الحفاظ على حق الحياة المقدس ، من غير تمييز لأي سبب بين الناس جميعا ، حكاما ومحكومين ، قادةً وأتباعاً ، أثرياء وفقراء.. ، فحق الحرية وغيره من حقوق الإنسان حقٌّ لكل إنسان على السواء ، وهبة إلهية دائمة ، لا تنال منه أيّ قوة أو سلطة أو قانون أو عرف[2].

---

1 – ذكره ابن الجوزي ، جمال الدين أبو الفرج عن أنس ابن مالك : (تاريخ عمر بن الخطاب) دارالزهراء ، الجزائر. ط1 ، 1990م. ص93–94.

2 – الزحيلي وهبة: (حق الحرية في العالم) مرجع سابق ، ص 17.

الفقرة الثانية : البعد التشريعي ودوره في استقرار الحرية الشخصية في النظام الإسلامي[1].

إن من بين خصائص الحرية الشخصية أنّ ضمانها في التشريع الإسلامي منشؤه التشريع الإسلامي نفسه ، ويستفاد هذا من واقع أحكامه نصّاً ودلالةً ، وإجماعاً. وهذا يعني أن مصادر التشريع ذاتها هي أساس ومنبع الحقوق والحريات ومنها حق الحرية الفردية وليس ذات الإنسان -بعكس الأمر في الأنظمة الوضعية- ، ويكمن ذلك في أن حق الحرية مقرّر بحكم شرعيّ ، والحكم الشرعي مناطه التكليف عند علماء أصول الفقه الإسلامي كونه : "**خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين**"[2].

ولهذا فالإنسان في شرع الله تعالى هو إنسان التكليف والمسؤولية قبل أن يكون صاحب حقٍّ وحريةٍ. والتشريع الإسلامي أولى عناية بأداء الواجبات قبل تقريره لمنح الحقوق والحريات ، وذلك لأن النهوض بالواجبات على وجهها الأكمل ، ضماناً كافياً لصيانة الحقوق والحريات نفسها من البغي عليها أو هدرها أو إساءة استعمالها.

وعليه؛ فإن الحرية الشخصية تنبع من الإرادة التي جعلها الله تعالى أساسا لتكليف الإنسان ، حيث كرّمه وفضّله ، وبناء على ذلك منحه حقوقا وحريات ثابتة في شريعته ، وجعله مريدا لأفعاله وتصرفاته ، فخلق فيه الإرادة وجعله مسؤولا عنها ، بحيث يفعل بها الأوامر ويكفّ عن النواهي الإلهية. وجعل مناط ذلك العقل أيضا ، فإذا أعدمت الحرية والعقل كحال المجنون والمكره ونحوه ، فإن مسؤولية الفرد ستتقلص أو ستنتفي أصلا في التصور والمفهوم الإسلامي.

ومنه فإن حرية الفرد مقيدة بالقانون الإسلامي وليست منعتقة من كل قيد ، و قد قرر الشرع مسؤولية كل فرد عن أعماله وتصرفاته طالما أنه حرّ في أدائها ، بحيث لا تكون هناك مسؤولية ولا تكليف شرعيّ إلا إذا كانت هناك حرية. هاته الحرية التي تعطي الحق للفرد بالتصرف دون مخالفة لما جاء به الشرع من أحكام ، وإلا يعتبر

1- ينظر للتفصيل أكثر : فتحي الدريني : (خصائص التشريع الاسلامي) مرجع سابق ، ص 389 و ما بعدها ، و ينظر كتابه : (الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده) مرجع سابق ، ص22. وكذلك البياتي : (النظام السياسي الاسلامي مقارنا بالدولة القانونية) مرجع سابق ، ص 109- 112 .

2 - الآمدي ، علي بن محمد (الإحكام في أصول الأحكام) تحقيق : عبد الرزاق عفيفي ، طبعة دار المكتب الإسلامي ، بيروت ، سنة 1402هـ ، ج1 ، ص95 . والشاطبي (الموافقات) مرجع سابق ، ج1 ، ص76. و أبو حامد الغزالي : (المستصفى من علم الأصول) ج1 ، ص156-157.وبحاشيته : عبد العلي محمد بن نظام الأنصاري : (فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت في أصول الفقه لمحب الله بن عبد الشكور) تحقيق : ابراهيم محمد رمضان ، طبعة دار الأرقم ، بيروت ، ج1 ، ص 78.

صاحبها متعسفا ومعتديا ، وهنا تقوم مشروعية العقاب لمن تجاوز حدود حريته التي أقرها التشريع الإسلامي ووضع لها قيودا حتى لا تخرج عن طائلة المسؤولية.

الفقرة الثالثة : ثمرة كون الحرية الشخصية منحة إلهية

وينبني عن كون الحرية الشخصية وغيرها من الحقوق والحريات منحة إلهية النتائج الآتية[1] :

1- أنها تتمتع بقدر كاف من الهيبة والاحترام والقدسية التي تشكّل ضمانة لعدم السطو عليها من قِبَل الحكام أو الأفراد ، إلا إذا أتاح لنفسه الخروج على شرع الله. وبذلك يفقد الحاكم الأساس الشرعي لاستمراره في السلطة. ذلك أن فهم الأصول الفكرية لنظام الحقوق والحريات في الإسلام ، يجعل الفرد يتمتع بتلك الحقوق والحريات على أنها منحٌ إلهيّةٌ وفقا لشريعة الله سبحانه وتعالى ، ويجعل الدولة في النظام الإسلامي تحرص على تمكين الأفراد من التمتع بها كحرصهم عليها أو أكثر. لأنها ما قامت إلا لتمكينهم من أن يحيوا الحياة الكريمة التي من مظاهرها التمتع بتلك الحقوق والحريات؛ بل تدفعهم إلى مباشرتها.

2- تكتسب الحرية الشخصية وغيرها من الحريات صبغة دينية ، وتجعل من احترامها اختياريا لا قسريّا ، بحيث يندفع من داخل النفس ويقوم على الإيمان بالله الذي شرع هذه الحقوق والحريات. و هو ما يحقق ضمانا لحسن الالتزام بها وعدم الخروج عليها مع القدرة على ذلك.

3 - أنها غير قابلة باعتبارها منحة إلهية للإلغاء أو النسخ ، لأن ذلك يحتاج إلى وحي ينزل بشأنها ، وهو أمر غير محقق بوفاة الرسول ﷺ وانقطاع الوحي.

4 - أن الحرية وغيرها من الحقوق خالية من الإفراط و التفريط ، سواء الإفراط في الحرية الفردية على حساب الجماعة ، أم التفريط في حقوقهم لحساب ومصلحة السلطة الحاكمة التي تمثل الجماعة. إذ أن مانح هذه الحقوق هو الله سبحانه وتعالى بتشريع منه ، ولم يتركها للأفراد حتى يغالوا فيها ، ولا الدولة حتى تزيد في سلطانها لتطغى على حساب هؤلاء الأفراد ، وهو ما سنوضحه أكثر في المطلب التالي.

---

1 - البياتي : (النظام السياسي الاسلامي مقارنا بالدولة القانونية) المرجع السابق ، ص109 و 112.
وكذلك : المجذوب : (النظرية العامة للحقوق والحريات) مرجع سابق ، ص 60-61.

المطلب الثالث :

العلاقة بين حق الحرية وتدخل السلطة العامة في الدولة لتنظيمه

بغض النظر عن اختلاف الرؤى الفلسفية والفكرية لمفهوم الحرية ، فإن قضية الضبط والتنظيم القانوني للحرية هو الذي يكتسي أهمية بالغة بالدراسة والبحث لإيجاد الحدود الفاصلة بين ممارسة حق الحرية الشخصية و بين تنظيمها من طرف السلطة القائمة في أي دولة قانونية ، بحيث يتحقق التوازن المنشود في هذا الشأن. وتبرز العلاقة بين الحرية الفردية وبين سلطة المجتمع في صورة تكافلية ضمن النظام التشريعي الإسلامي الثابت والمستقر أصالةً ، إلا أنها تتجلى في صورة جدلية ضمن الفكر الوضعي الغربي ، ومردّ ذلك إلى الظروف التاريخية التي جعلت التمتع بالحريات في المجتمعات الغربية نتاج التطور الحاصل عن الثورات التحرّرية ، والنضال الذي قامت به الشعوب الغربية لافتكاك حقوق الإنسان من سطوة السلطات الحاكمة. كما أنه تم اختلاف الفكر الوضعي من جهة أخرى حول نشأة الحقوق باختلاف النظريات الغربية طالما أنها جهود فكرية[1].

الفرع الأول : حق الحرية الشخصية ذو صبغة تكافليّة بين الفرد والمجتمع في النظام الإسلامي.

يمكن القول بأن الحقوق الشخصية ككل -ومنها حق الحرية - لا يمكن ممارستها في إطار مستقل عن نطاق الجماعة. لذا فإنها شخصية وفردية بالنظر إلى مصدرها ، واجتماعية بالنظر إلى المحيط الذي تمارس فيه[2].

فالصالح العام لا ينفصل على الصالح الخاص في التشريع الإسلامي ، فهما متعاونان متكافلان ، وهذه **الغاية** المزدوجة هي المحور والهدف الذي حققه التشريع الإسلامي ، وهو لا يوجب تناقضهما -بخلاف التصورات الغربية المختلفة التي لم تصل إلى هذا التوازن المنشود- ؛ بل يوجب رفع هذا الخلاف بين المصلحين العامة والخاصة بقواعد مُحكَمةٍ ، إذ أن سلامة الصالح العام شرطٌ أساسيٌ لتمكين الفرد من الانتفاع بحقوقه وحرياته ، "**ولهذا كان مفهوم الحق والحرية مشتقّا من الغاية المزدوجة التي هي محور التشريع كله ، حتى لا تتناقض الجزئيات مع الأصول العامة ، أو مع الأساس العام للتشريع كلّه**"[3].

وإذا أسقطنا هذا المعنى بصورة أدقّ على حق الحرية الشخصية ، فإنه كذلك فرديٌّ

1- الرشيدي : (تأصيل دراسة استراتيجية حديثة لدراسة حقوق الإنسان) مرجع سابق ، 253.
2- عبد الغني ، عبد الله بسيوني: (النظم السياسية) مرجع سابق ، ص 102.
3 - فتحي الدريني : (خصائص التشريع الاسلامي) مرجع سابق ، ص 395-396

بالنسبة إلى مصدره ، وذلك لأنه يقصد به الحفاظ على كرامة الفرد ماديا ومعنويا. واجتماعيٌّ بالنظر إلى تطبيقاته وممارسته في المجتمع ، بحيث لا يمكن التصور أن يأمن الفرد على نفسه وحريتها إذا كان أمن الجماعة وحرياتها مهدّد بالعدوان والحروب وحالات الطوارئ.

وقد قرر الدين الإسلامي مبدأ التبعية الفردية في مقابل الحرية الفردية ضمن مفهوم **الحرية التكافليّة** بين الفرد والمجتمع ، كما قرر إلى جانبها التبعية الجماعية حيث الكلّ مكلّف أن يرعى مصالح المجتمع ، وكأنه حارس موكل بها مثل السفينة التي يعتبر الجميع مسؤولا عن حمايتها كما ورد في حديث النبي الأكرم ﷺ في حديث السفينة : (مَثَلُ الْقَائِمِ عَلَى حُدُودِ اللَّهِ وَالْوَاقِعِ فِيهَا كَمَثَلِ قَوْمٍ اسْتَهَمُوا عَلَى سَفِينَةٍ فَأَصَابَ بَعْضُهُمْ أَعْلَاهَا وَبَعْضُهُمْ أَسْفَلَهَا فَكَانَ الَّذِينَ فِي أَسْفَلِهَا إِذَا اسْتَقَوْا مِنْ الْمَاءِ مَرُّوا عَلَى مَنْ فَوْقَهُمْ فَقَالُوا لَوْ أَنَّا خَرَقْنَا فِي نَصِيبِنَا خَرْقًا وَلَمْ نُؤْذِ مَنْ فَوْقَنَا فَإِنْ يَتْرُكُوهُمْ وَمَا أَرَادُوا هَلَكُوا جَمِيعًا وَإِنْ أَخَذُوا عَلَى أَيْدِيهِمْ نَجَوْا وَنَجَوْا جَمِيعًا)[1].

فالنظام الإسلامي متكامل في رؤية البشرية تسير إلى الأمان دون ظلم أو إجحاف بحقوق الفرد أو المجتمع ، ولهذا فإن الحرية في خضمه تمارس وفق مصلحة جميع المعنيين بهذه الحرية[2].

الفرع الثاني : حق الحرية الشخصية بين الإطلاق والتقييد وبين الجدلية وتكاملية علاقة الفرد بالسلطة ضمن النظام القانوني الوضعي

طالما أن الإنسان كائن اجتماعي بطبعه ، فإن ذلك يفترض أن يعيش في كنف الجماعة ، وقد تطور هذا النمط إلى غاية تكوين مجتمع سياسي منظم ممثلا في الدولة ، هذا الأخير الذي يقتضي ضرورة ولزومية وجود سلطة تحفظ النظام الاجتماعي ، وتحمي روابط العلاقة بين سلوك الأفراد والصالح المشترك للمجتمع. ويتم ذلك عن طريق وضع السلطة العامة في الدولة القانونية – بغض النظر عن شكلها– لإجراءات قانونية تحقق بها النظام العام والصالح العام للجماعة.

الفقرة الأولى: تطور حق الحرية من الإطلاق إلى التقييد باعتبار الفرد عضوا في الجماعة

لقد تعددت وتطورت الرؤى من النظرة مثالية للحرية باعتبارها حق طبيعي مطلق

1 –رواه البخاري عن النعمان بن البشير. ينظر : (فتح الباري) كتاب الشركة. باب "هل يقرع في القسمة والإستهام فيه" 6/ 24493.ج5 ، ص132.ورواه الترميذي ، أبواب الفتن ، باب "ما جاء في تغيير المنكر باليد" وقال : حديث حسن صحيح.11/ 2264.ج3 ، ص318. ورواه الإمام أحمد بن حنبل : (المسند) طبعة المكتب الإسلامي ، بيروت ، ج4 ص 269.

2 – عبد الرزاق رحيم الموحي : (حقوق الإنسان في الاديان السماوية) دار المنهج ، عمان ، الاردن ، ط1 ، 2002 ، ص172و183

للفرد وفي كل الحالات ، وهو الأمر الذي تجلى في أفكار المذهب الفردي التقليدي أعقاب الثورة الفرنسية. حيث كان التصور أن تتخذ الدولة موقفا سلبيا تجاه الحريات الفردية بأن تكفّ يدها تماما عن التدخل بشأنها. غير أن ذلك أفرز حتما تعارضا جدليا في الواقع بين الحرية و المجتمع طالما أن السلطة التي تنوبه تمثل القوة التي تواجه الحرية وتحدد اتجاهاتها ، حتى لا يقع العدوان على حريات الجماعة أثناء ممارسة الحرية الفردية.

إلا أن هذه النظرة المطلقة للحرية تلاشت من خلال التطور نحو تصوّرٍ أكثر واقعية يرى اعتبارها ذات صبغتين أو طابعين : مطلق ونسبيّ ، وأن معناها يتحدّد في ضوء وجود السلطة العامة في الدولة التي هي ضرورية لحماية الحرية ذاتها ، إلا أنه وقع اختلاف حول طبيعة علاقة الحرية بالسلطة بين رأي متفائل يرى أنها تتجلى في صورة تكاملية وتوافقية ، وأنه لا محل للاعتقاد بأن مدلول التنظيم القانوني يتنافى مع الحرية[1]. بينما هناك من يرى أن طبيعة العلاقة بين الحرية والسلطة تبقى ذات صبغة جدلية يكتنفها الصراع والمواجهة بينهما[2].

ولقد استقر للحرية وجهان ، مطلقٌ لا دخل للسلطة فيه ، ونسبيٌ يخضع لتنظيم السلطة ، كما أن هذا الأخير يدور بين العلاقة التكاملية بين الحرية والسلطة في نظرة مثالية ، وبين جدلية تتجسد في الحالة الواقعية.

أولا– الوجه المطلق للحرية الشخصية :

جاء في نص المادة الخامسة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام 1789م "لا يستطيع القانون سوى حظر الأعمال الضارة بالمجتمع. وكل ما لا يمنعه القانون مباح ولا يجبر أحد على إتيان ما لم يأمر به القانون"[3].

تجدر الإشارة إلى أن هذا الإعلان قد نص على الالتزامات السلبية للسلطة العامة تجاه الحقوق والحريات ، حيث يقف القانون عند عتبة الحياة الفردية للإنسان والحقوق اللصيقة بشخصيته بصفته كائنا مستقلا عن الجماعة التي ينشط في نطاقها سواء تعلق الأمر بالأفكار أو المعتقدات أو ممارسته لسيادته على نفسه بالشكل الذي لا يمس المجتمع في شيء سواء في الحال أو المستقبل. ومعنى ذلك أن النظام القانوني لا يمس أيّا من هذه الحقوق ، وتكتفي السلطة حيالها بعدم الاعتداء عليها.

---

1 – هذا الموقف للدكتور نعيم عطية : (في النظرية العامة للحرية الشخصية) مرجع سابق ، ص 135.

2 – يذكر هذه النظرة الدكتور فايز محمد حسين إلا أنه يرجح ضرورة أن يكون هناك تكامل وترابط بين الحرية والسلطة ، ينظر كتابه : (السلطة والحرية وفلسفة حقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص 44و52.

3 – Source : www.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France.

وذلك لأن الحقوق والحريات ضمن تصور المذهب الفردي وفي إطار علاقتها بالدولة ، لا تجد مصدرها في سلطة الدولة ، ولا هي مرتبطة بها في وجودها وإنشائها. إذ أصبح من الثابت أن حقوق وحريات الإنسان لصيقة الصلة بالإنسان ذاته ، ومستقلة تماما عن الدولة ، بل إنها موجودة قبل وجود الدولة ، وهي ليست وليدة تنظيم سياسي معين ، ولا أي نظام قانوني محدد[1] ، **"فهي تتميز بوحدتها وتشابهها باعتبارها ذات الحقوق التي يجب الاعتراف بها واحترامها وحمايتها لأنها جوهر ولب كرامة الإنسان"**[2].

و إذ تتطلب الحرية الفردية وغيرها من الحقوق الفردية في تصور الديمقراطيات الحديثة ، أن يكون المواطنون مستقلين عن الحكومة بقدر المستطاع ، حيث يكون هناك ميادين تتركها الحكومة للفرد دون أن تستطيع الأغلبية الحاكمة المساس بها ، وهي تنطوي على وضع حدّ على سلطة الحكام ، وعلى تقرير ضمانات تقي الأفراد من تعسف الأغلبية التي تتبوأ الحكم ، كما أن الفرد هو غاية الجماعة؛ أي أن حماية حقوق الأفراد هي علّة سلطان الدولة[3].

ذلك لأن النظام الاجتماعي الذي ينسج القانون حوله خيوطه ، لا يستبعد كلّيةً فسح المجال لقسط من الحرية الفردية ، حيث أنه لا يواجه حياة الفرد بأسرها ، بل يُعنى القانون فقط بتنظيم ما يخص الجماعة ضمن صالحها المشترك الذي قوامه ثلاث ركائز : السكينة والعدالة و التقدّم الاجتماعي ، ويترك للأفراد من جهة أخرى أن يمارسوا حريتهم على ألا تمس تلك الممارسة الجماعة من ناحية أو أخرى ، فللحرية بهذا الصدد وجهان : مطلقٌ يخص الفرد ولا يمتد إليه القانون ، ووجه نسبيٌّ يخص الفرد كعضو في الجماعة وعلاقته بها[4].

ثانيا– الوجه النسبي للحرية الشخصية :

لقد تعرضت النظرية القديمة التي كانت تضفي على حقوق وحريات الإنسان قيمةً مطلقةً للنقد الشديد ، حيث أنها تحرم على الدولة أي تدخل في مصالح الأفراد الخاصة ، أو في الحياة الاقتصادية و الاجتماعية. وحلت مكانها نظرية جديدة تدعو إلى التعاون بين الفرد والدولة ، وتطالب بمساعدة الفرد في جميع الميادين التي يعجز فيها عن

1 – فايز محمد حسين : (السلطة والحرية وفلسفة حقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص 90.

2 – أحمد أبو الوفا : (الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الأمم المتحدة والوكالات الدولية المتخصصة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 2000 ، ص 16. نقلا عن فايز محمد حسين ، المرجع نفسه ، ص 90.

3 – عبد الحميد متولي (القانون الدستوري والأنظمة السياسية) مرجع سابق ، ص 138–139 و 142.

4 – عطية، نعيم : (في النظرية العامة للحريات الفردية) مرجع سابق ، ص 35وما بعدها وص 88–89.

تأمين حاجاته[1]".

ومن هذا المنطلق ، مما لاشك فيه أنه ما من فرد يمكن أن يعيش لوحده وبمعزل عن أقرانه ، بل هو يحيا مع الآخرين وبينهم. ولذلك لا تكون حريته مطلقة بأية حال ، طالما أن المصالح والحريات الفردية يلحّ تعارضها على ضرورة وجود تنظيم قانونيٍ يحدّ منها ، وهذا عن طريق فرض طرق معينة للسلوك على الجميع أن يسلكها ، حتى لا يفضي الأمر بالحرية نهاية المطاف إلى الفوضى أو الجور وتدمير السكينة الاجتماعية[2].

كما أن اعتبار الحرية قيمة مطلقة لا يمكن أن يجد لها مكانا في المجتمع ، وفي المقابل فإن اعتبارها قيمة نسبيّة يتحقق به الانسجام بينها وبين المجتمع ، بل إن الحرية اليوم تتحقق قيمتها الاجتماعية إذا رافق نموّها نموّ وتطور الجماعة وازدهارها ، أكثر مما كانت عليه في الصورة المطلقة الطبيعية المفترضة. فالحرية لا تفصل الفرد عن الجماعة بل تمكنه من العيش فيها ، وهي توجد لتمارس في هذا الإطار. كما أن نسبيتها تنحدر من تحقيقها للغاية الاجتماعية أيضا ، وهو التضامن الذي يجعل حدا فاصلا بين الحرية والفوضى ، والذي يكتسي تنظيم الحرية مشروعيته منه أيضا[3].

الفقرة الثانية : ضرورة خضوع الحرية إلى تقييد السلطة العامة وللتنظيم القانوني

لقد أصبح من المقرر أن الحرية الفردية ذات طبيعة نسبية طالما أنها تمارس في المجتمع ، ولما تتطلبه من وجود سلطة عامة في المجتمع تسهر على حمايتها وعلى توجيهها نحو ما يسمح به التنظيم القانوني الذي تضعه ، حيث يمثل ميزان التوافق بين المصالح والحريات في المجتمع ضمانا لتساوي جميع الأفراد في التمتع بالحرية وعدم وقوع الاعتداء عليها أو طغيانها على غيرها.

إلا أن مشكلة الحرية و علاقتها بالسلطة تثير أساس خضوع الأفراد للسلطة العامة من جهة ، وللقانون الذي تسنّه لتنظيمها من جهة أخرى.

كما أن تقييد سلطة الدولة وضبطها قانونيا ، واعترافها للأفراد بالمجال الخاص ، وتنظيم هذا المجال وحمايته بأدوات قانونية هو صلب موضوع "الحريات العامة"[4].

---

1 – فايز محمد حسين : (السلطة والحرية وفلسفة حقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص 90.

2 – عطية، نعيم : (في النظرية العامة للحريات الفردية) المرجع السابق نفسه ، ص 135–136.

3 – المرجع نفسه ، ص138–139.

4 – مجذوب (النظرية العامة لحقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص 14.

أولا– أساس خضوع الأفراد للسلطة العامة[1] :

إن أصل الخضوع للسلطة يرجع إلى فكرة **الرضاء** ضمن الأنظمة السياسية الديمقراطية التي تبنت المذهب الفردي ، وهي تجعل من الرعية خاضعة للسلطة العامة عن طواعية ضمن توافق وتكامل بينهما ، وذلك لاعتقاد الأفراد بصلاحية القائمين بالحكم لخدمة الصالح المشترك ، حيث تتطابق بموجبها تلقائيا إرادة الفرد مع النظام الاجتماعي الذي يحقق الصالح المشترك ، إذ من صميم مهام السلطة استجلاء جوانب التنظيم القانوني الذي يعبر عما استخلصته هذه السلطة من تفسير للصالح المشترك ، ثم تقوم بكفالة احترام هذا النظام الذي وضعته وتعتبر أمينة عليه[2].

حيث أن للحكومة على الشعب سلطة سيطرة وأمر متصلة بحاجاته ، وبالعكس فإن للشعب على حكومته سلطة مردها إضفاء الشرعية على وجودها. ومردّ ذلك اعتبارات موضوعية تقيَّد بموجبها السلطة من جهة مكنة الرعية على إعطاء رضائها الاختياري أو رفضه عن السلطة ، والتي هي بحاجة إلى رضاء أغلبية الرعية الاختياري بحكمها ، فالاعتقاد بشرعية النظام والقانون الذي تسنّه السلطة العامة مردّه الاعتقاد في شرعية حرية اختيار الرعية لهذه السلطة. وهو ما يفرض احتراما من الأفراد تجاه السلطة في انتظار تنظيمها لحرياتهم. وقد يقتضي الإخلال بهذا الاحترام سحب الرعية لرضائها الممنوح للسلطة القائمة بالحكم ، مما يجعل هذه الأخيرة تسعى دوما لأن تحدّ من سلطانها بطوق من النظم التي تتحرج من تقويضه بعد إنشائها له. الأمر الذي يكون في الختام لصالح الحرية طالما أن الاعتقاد بأن السلطة مردّها الحق الذاتي ممثلا في سلطة الأمر والنهي ، هذا الحق إذا تمادى فسيؤدّي حتما إلى الاستبداد ، حيث يتراجع هذا الاستبداد أمام التوازن المزدوج بين السلطة وحريات أفراد الرعية ، ومن ناحية أخرى التوازن بين السلطة والأنظمة التي تضعها لتقيد بها نفسها والأفراد أيضا[3].

---

1 – يتأثر مركز الفرد ومن خلاله جملة الحقوق والحريات في علاقته بالسلطة الحاكمة حسب اختلاف طبيعة الأنظمة السياسية الوضعية ، والتي تتنوع إلى ثلاثة اتجاهات : نظم المذهب الفردي ، أن يكون الفرد غاية النظام ويتمتع فيه بامتيازات وحقوق تجعل من السلطة مجرد حارس لهذه الامتيازات ومؤكد لتلك الحقوق ، وإما النظم الاشتراكية أن يكون الفرد في خدمة الجماعة ، فتتحدد حقوقه وحرياته بما يكفل تحقيق أكبر قدر من المنفعة للجماعة ، وبحيث يصبح الفرد مجرد أداة في يد السلطة تحقق بها أغراضها في خدمة الجماعة. وأخيرا قد يكون الفرد أداة لا في خدمة الجماعة ، ولكن في خدمة الحاكم الذي يستحوذ على السلطة (النظم الديكتاتورية) . ينظر : بدوي ، ثروت : (النظم السياسية) مرجع سابق ص401.

2 – عطية : (في النظرية العامة للحريات الفردية) المرجع السابق نفسه ، ص 318.

3 – المرجع نفسه ، ص69– 73.

ثانيا– أساس العلاقة بين الحرية والتنظيم القانوني :

يعتبر التنظيم القانوني صورة متقدمة ومتطورة جدا عن ارتقاء المجتمعات الإنسانية نحو مرحلة **الدولة القانونية** ، والتي اعترفت في المحصلة للفرد بمجال خاص "Domaine réservé" ، تمتنع بموجبه الدولة عن التدخل فيه ، وتسمح للفرد في إطاره بالتحرك بشكل حرٍّ[1].

ويقصد **بالدولة القانونية** في هذا الصدد : **"تلك التي تلتزم سلطاتها وأجهزتها المختلفة باتباع قواعد عامة مجردة هي القانون. ويسمى الالتزام بالخضوع للقانون بمبدأ سيادة القانون أو مبدأ الشرعية ، وهذا المبدأ هو الذي يميز الدولة القانونية عن الدولة البوليسية التي لا تلتزم باحترام القانون"**[2].

والتنظيم القانوني يسعى إلى تنزيل الحرية من مفهومها التجريدي والفلسفي إلى أن تكون "الحرية معاشةٌ" اجتماعيا وسياسيا ، والتي يتم تنظيمها ضمن أطر وضوابط قانونية في مجتمع معين ، فالحرية الفردية من نوع الحريات التي لا تظهر للوجود إلا بالشكل القانوني[3].

كما أن النظام القانوني لا يمس كل الجوانب التنظيمية لحرية الفرد ، بل يعنى فقط بتوجيه حرية الفرد باعتباره عضوا في المجتمع ، و خصوصا أثناء النشاط الاجتماعي للفرد بغرض التمتع بحريته. حيث يتوجب على الفرد أن يسعى دوما إلى إفراغ نشاطه وفقا للقوالب والقواعد التي وضعها القانون سلفا ، والتي تلبّي رغبة و مصالح المجموع ، وإلا فإن الفرد يتحمل مسؤولية الجزاءات التي يعيّنها النظام القانوني للجماعة نتيجة مخالفته لقواعد تلك التنظيمات[4].

وتبرز العلاقة بين التنظيم القانوني وبين الحرية الفردية من خلال محاولة التنظيم القانوني إيجاد وتجسيد التوازن بين ممارسة الفرد لحريته وبين الصالح المشترك للجماعة. ولأن فرض قواعد معينة للسلوك على الجميع أمر جوهري بالنسبة للحرية طالما أنه لازم للسكينة العامة ، والتي هي شرط لابد منه لممارسة الفرد لحريته في المجتمع. كما أن التنظيم القانوني وإن كان منصبّا على تنظيم شؤون الجماعة أصالةً ، إلا أنه يجب أن يراعي حرية الفرد أيضا حتى يضمن قدر المستطاع طاعة الفرد وامتثاله لقواعد القانون ، وإلا فإنه يرتب جزاءات على المخالفين لتلك الأحكام[5].

فالتنظيم الديمقراطي للحرية ، يستغل الحرية الفردية ليدرجها في نطاق الحياة

1 – مجذوب : (النظرية العامة لحقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص 14.

2 – سرور ، أحمد فتحي : (الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية) دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 ، ص40

3 – مجذوب المرجع نفسه ص 14–15.

4 – عطية : (في النظرية العامة للحريات الفردية) المرجع السابق نفسه ، ص 89.

5 – عطية ، المرجع نفسه ، ص 136–137

الاجتماعية بحيث يجعلها ممكنة الممارسة ولا يسيء إليها البتة ، وذلك من خلال إبراز معالمها الواقعية ، لأن الحرية لا تقوم لها قائمة اجتماعيا بلا تنظيم ، وذلك لأنها تمارس في الجماعة. كما أن مسعى التنظيم القانوني بالأساس هو خدمة الفرد ومصلحته وتنمية قدراته ، وهذا لا يتم إدراكه دون اعتبار لحرية الفرد[1].

وخطوة التقنين هذه هي الأمر الجديد في مجال الحريات ، حيث أنها تنقل الحرية من طور المبادئ العامة ذات الخلفية الدينية والأخلاقية والإنسانية إلى طور القواعد القانونية الملزمة ، والتي يترتب على مخالفتها عقوبة. الشيء الذي قام بتأمين نوع من الحماية القانونية العمودية ضد طغيان السلطة تجاه الحرية ، والأفقية ضد تطاول الأفراد على حريات وحقوق بعضهم البعض[2].

فهذه النظرة التوفيقية بين التنظيم القانوني وبين الحرية تحاول أن تجد انسجاما بينهما ليغطي ذلك الشعور السائد بأن العلاقة يكتنفها الصراع والجدل وعدم التجانس والتنازع الدائم بين سلطان الفرد وادعاءات الجماعة ممثلة السلطة العامة و القوانين التي تسنّها لتقييد الحرية الفردية. أو الادعاء أنه كل منهما يحاول أن يلغي الآخر ، فيصبح القانون عبارة عن تخلٍّ من جانب الفرد أو السلطة عن حقوقه تماما للآخر. وتكون الغلبة إذن للسلطة صاحبة القوة دوما ، والانهزام للحرية ابتداء. فكل ذلك لا أساس له إذا ما اعتبرنا أن كلا من الحرية والسلطة نسبيًّا وليس ذو طابع مطلق ، و أن كلاهما مرتبط بالهدف الاجتماعي الذي يربط بينهما[3]. وتتحقق فعلا مقولة مونتيسكيو حول الحريات بأنها : **"إمكانيات للتحرّك ضمن القانون ، بموجب القانون ، وتحت سقفه"**[4].

الفقرة الثالثة : وجود سلطة عامة تحترم القانون وتدخلها ضروري لتحقيق التوازن بين حرية الفرد وبين الصالح المشترك للجماعة.

لا يأمن الإنسان على نفسه وعلى حريته الفردية إلا ضمن الجماعة التي توفر له الحماية ممثلة في القوانين التي وضعتها لتحكمها ، والتي يجسدها الكيان الذي ارتضته هذه الجماعة لينوب عنها في تنظيم الحريات ألا وهو السلطة العامة في الدولة.

كما أصبح من الثابت أن الحفاظ على الحرية وتأكيد استمراريتها هو أحد الأسباب وراء وجود السلطة السياسية في الدولة الديمقراطية الحديثة ، لأن الارتباط بين السلطة

1 – عطية : (في النظرية العامة للحريات الفردية) المرجع السابق ، ص 139–140.
2 – مجذوب : (النظرية العامة لحقوق الإنسان) المرجع السابق ، ص 15.
3 – عطية ، المرجع نفسه ، ص 137_138.
4 - «La liberté est le pouvoir de faire tout ce que les lois permettent »montesquieu ; نقلا عن مجذوب ، المرجع والصفحة نفسها.

والحرية أصبح جدّ وثيق. وخير مثال على هذا الارتباط أن الحرية من دون سلطة ولا نظام اجتماعي تنزلق إلى الفوضى والتخبط وتحطيم الكيان الإنساني والاجتماعي ، كما أن إنكار الحرية يعني الاستبداد والتحكم لذى فوجود السلطة هو ضمانٌ للحرية ، والحرية قيد على السلطة ، وهي لا تتناقض والقانون [1].

كما أن هناك تقابلا بين الضمانات الأساسية للحرية الفردية وبين الأمن العام الذي تحميه السلطة ، حيث أن الدولة لا يمكنها الاستغناء على الفرد ، وهو لا يمكنه أن يعيش دون مجتمع ، ولذلك فيتعين عليه أن يتقيد بالحدود القانونية ، وبالشكل الذي لا يضر بحقوق غيره[2].

غير أن هذا الارتباط بين الحرية والسلطة لا يعني دوما التوافق والتكامل ، بل قد يتطور إلى التصادم في أحيان كثيرة ، ويرى البعض أن هذا الصدام الجدلي أمرٌ حتمي حتى ولو كانت السلطة ديمقراطية[3].

كما أنه من غير المتصور أن تكون هناك حرية فردية في ظل نظام سياسي لا يحترم الحريات ، ومبنيّ على القهر والاستبداد في حق الرعية ، وهي غير متصورة أيضا في ظل نظام يجعل منها امتيازا تمنحه السلطة للأفراد ، أو تلك التي لا تخضع لقيود قانونية تفرضها ظروف موضوعية خارجة عن دائرتها ، حيث أن التقييد الموضوعي للسلطة يتّسم بثبات النظام القانوني واستقراره ، وليس على مجرد قيود ذاتية تمرق أو تتحلّل منها السلطة متى شاءت وتكون عرضة للتبديل المستمر[4].

ويجد هذا التقييد أساسه في مبدأ الفصل بين السلطات[5] من خلال إضفاء الرعيّة

---

1 – الرواشدة ، محمد سلامة : (أثر قوانين مكافحة الإرهاب على الحرية الشخصية-دراسة مقارنة-) أصله أطروحة دكتوراه ، دار الثقافة ، عمان ، ط1 ، 2010م ، ص58. و فايز، محمد حسين : (السلطة والحرية وفلسفة حقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص 45.

2 – الرواشدة ، المرجع نفسه ، ص 58.

3 – فايز ، محمد حسين ، المرجع نفسه ، ص47.

4 _ نعيم عطية : (في النظرية العامة للحريات الفردية) مرجع سابق ، ص 70– 71 .

5 – مبدأ الفصل بين السلطات الذي دعا له الفقيه مونتيسكيو يعتبر من المبادئ الدستورية الأساسية التي تقوم عليها الأنظمة الديمقراطية الغربية ، ومفاده أنه رغبة في حسن سير مصالح الدولة ، وضمانا لحريات الأفراد ومنعا للتعسف والاستبداد يجب ألا تجتمع مختلف السلطات بصورة أو بأخرى في يد شخصية واحدة ، ولو كانت هذه الهيئة هي الشعب ذاته في الديمقراطية المباشرة ، أو من ينوب عنه كما هو الحال في نظام الحكم النيابي. بل يجب أن توزع السلطات وتقسم بين الهيئات الثلاثة في وظائف الدولة : التشريعية والتنفيذية والقضائية. للتفصيل أكثر ينظر : عبد الحميد متولي : (القانون الدستوري والأنظمة السياسية) مرجع سابق ، ص176 وما بعدها.

للشرعيّة على من يتقلد السلطة وعلى أعمالها مقابل الخضوع لها ، فتكون السلطة مضطرة لاحترام هذه الشرعية الممنوحة وهي تحت رقابة الرعية ، وإلا سحبت منها الرعية الثقة إذا أساءت استعمال سلطتها. وهو ما يسميه مونتيسكيو : "السلطة تحدّها السلطة – Le Pouvoir arrète le pouvoir " ، وبهذا التوازن تكفل الحماية لحقوق الأفراد وحرياتهم ، وتكون في مأمن من الطغيان والاستبداد[1].

و عليه : إذا كان وجود الدولة القانونية شرطا لازما لوجود الحريات العامة ، فإنه غير كاف في جميع الأحوال لضمان هذه الحريات ، إذ قد توجد الدولة القانونية ولكن أجهزتها المختلفة تلتزم باتباع قوانين تنكر الحريات العامة لمصلحة الدولة ، وذلك في نظام قانوني يتجاهل الفرد مثلما هو حال الأنظمة الدكتاتورية والمستبدة. ولهذا؛ فإنه يفترض في الدولة القانونية أن يعمل القانون فيها على حماية الحريات العامة ، والحد من تعسف السلطة العامة فيها بالمساس بهذه الحريات. فلا يمكن البتة لمبدأ الشرعية أن يؤدي وظيفته ، ولا يكتمل للحرية معنىً دونما فصل بين سلطات الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية[2].

خلاصة الفصل الأول

نخلص من دراسة الفصل الأول إلى أن الحرية الشخصية أخذت مفهوما واسعا بادئ الرأي في المستويين الفكري أو التشريعي ، ثم بدأت تتبلور لتأخذ بعدا أكثر دقة من ذي قبل ، حيث تحررت من المفاهيم الفلسفية المختلفة إلى أن استقرت على المفهوم القانوني المنضبط ، والذي يتجسد أصالة في صورة حق الأمن الفردي وحماية الأفراد من الاعتقال أو الحجز التعسفي خارج دائرة القانون وتوفير الضمانات التشريعية اللازمة لذلك.

كما أن الحرية الشخصية تأخذ شكلها الخارجي ضمن الحق الفردي "العام" ، والذي يقتضي وجود الدولة وضرورة تدخل سلطاتها لما لها من دور في تنظيم ووضع الأطر القانونية لهذا الحق وغيره من الحقوق والحريات الفردية الأساسية والعامة؛ كي لا تصبح الحرية عبارة عن فوضى.

وتتميز الحرية الشخصية عن غيرها من الحقوق والحريات الأساسية والعامة بكونها تمثل حجر الزاوية بالنسبة لها ، حيث أن باقي الحريات الأساسية والعامة لا

---

1 – عطية : (في النظرية العامة للحريات الفردية) مرجع سابق ، ص 70– 71

2 – سرور ، أحمد فتحي : (الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية) دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 ، ص40

يمكن التمتع بها دون وجود الحرية الشخصية. كما أن الحرية الشخصية تمثل " أكثر الحريات العامة تأثرا بالأوضاع السياسية والاجتماعية داخل المجتمع ، بالإضافة لتأثرها بالثقافة والمعتقدات الفلسفية والدينية وما قد يتعرّض له المجتمع من ظروف استثنائية"[1].

ولهذا فالحرية الشخصية بحاجة إلى ضبطها وتنظيمها القانوني الذي يجسد مفهومها الفلسفي في المجتمع ، بحيث يجعلها قابلة للتطبيق في أرض الواقع. كما يوفر لها حماية من التجاوز في ممارستها ، أو من الاستبداد بحقها واعتداء السلطة العامة عليها.

ويتميز حق الحرية الشخصية بخصائص عدّة تشترك فيها مع باقي الحقوق والحريات الفردية الأساسية ، إذ لا يجوز التنازل عنه ولا الاعتداء عليه كونه حقّ طبيعيّ بالمنظور الوضعي ، ومنحة إلهيّة وحقٌّ فطريٌّ في النظام الإسلامي ببعديه العقدي والتشريعي.

كما أن لحق الحرية وجهان؛ أحدهما أنه **مطلقٌ** حيث ثبوته لجميع الأفراد وكل إنسان بموجب إنسانيته ودون استثناء أو فوارق ، وهو شامل للمسلمين وغيرهم ، وتحكمه موازين العدالة بين الناس. كما أن التمييز في هذا الشأن هو انتهاك صارخ واعتداء على العدالة الإلهية بين الناس.

أما الوجه الثاني يكمن في كون الحرية حقٌّ نسبيٌّ من حيث ممارستها في المجتمع. إذ أن ممارسة الفرد للحرية ليس مطلقا ولا يستقل به عن الجماعة ، فهو مقيّد في ظلها وملزم بنظامها. وهذا ما تسعى إليه السلطة في الدولة عادة لغرض تحقيق التوازن بين مصلحة الفرد في التمتع بحقوقه ومصلحة الجماعة ، وبذلك تتحقق العدالة المنشودة.

ويأخذ حق الحرية الشخصية صبغة تكافليّة بين الفرد والمجتمع في النظام التشريعي الإسلامي بحيث تتحقق مصالحهما معا ودون تناقض بينها ، إلا أنه ضمن تصور المذهب الفردي في القانون الوضعي تطورت حرية الفرد من الإطلاق إلى التقييد والنسبيّة تبعا لضرورة وجود الفرد ضمن الجماعة.

كما أن حق الحرية وعلاقة الفرد بسلطة الدولة تتسم بتكاملية الصلة بين الحاكم والمحكوم في النظام التشريعي الإسلامي ، غير أنها ذات صبغة الجدلية في ظل الأنظمة الوضعية. حيث أصبح من الضروري خضوع الحرية الفردية إلى تقييد السلطة العامة وللتنظيم القانوني في إطار مبدأ الشرعية. ويعتبر وجود السلطة العامة وتدخلها أمرا ضروريّا لتحقيق التوازن بين حرية الفرد كعضو في الجماعة و بين الصالح المشترك للمجتمع.

---

1 -الرواشدة ، محمد سلامة : (أثر قوانين مكافحة الإرهاب على الحرية الشخصية-دراسة مقارنة-) مرجع سابق ، ص59-60.

الفصل الثاني :

أساس حق الحرية الشخصية

ومصادره في النظامين الإسلامي والوضعي

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : ماهية الحقوق والحريات العامة في التشريعين الإسلامي والوضعي

المبحث الثاني : مقومات وركائز حق الحرية الشخصية والحريات الأساسية للفرد

المبحث الثالث : مصادر الحقوق والحريات العامة في النظام الإسلامي والأنظمة الوضعية الليبيرالية

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

توطئة:

يكتسي حق الحرية الشخصية مكانة هامة ضمن حزمة الحقوق والحريات العامة التي دعت إليها المذاهب التي تؤسس لحقوق وحريات الإنسان في المنظومة الغربية الوضعية ، وقبل ذلك ضمن المبادئ السامية التي كرّسها النظام التشريعي الإسلامي للحقوق والحريات ، والتي تجعل من هذا الحق أهمّها بل وأبرزها مثلما تم بيانه في الفصل الأول من هذه الدراسة.

لذا سيتم تناول ماهية الحقوق والحريات العامة وخصوصا الأساسية منها ، و ذكر منشأ هذه الحقوق ، مع بيان أنواعها وتقسيماتها في الفقه الإسلامي والوضعي ، وكذا تحديد طبيعة العلاقة التي تربط الحرية الشخصية بباقي الحريات والحقوق ، حيث تظهر في شكل علاقة الخصوص والعموم تلك التي تجمعها مع باقي الحقوق والحريات العامة والأساسية للإنسان (**المبحث الأول**).

بالإضافة إلى إبراز المقومات والمبادئ التي تبنى عليها الحقوق والحريات الأساسية ، والتي يعدّ حق الحرية الشخصية أهمها (**المبحث الثاني**).

كما سيتم بيان المصادر والأساس الفكري لنظام الحقوق والحريات في التشريعين الإسلامي والوضعي (**المبحث الثالث**).

المبحث الأول :

ماهية الحقوق والحريات العامة في التشريعين الإسلامي والوضعي

ترقى الحقوق والحريات في النظامين التشريعيين الإسلامي والوضعي إلى درجة من التقديس بحيث تفرض **نفسها** على النظام التشريعي القائم ، والذي يكرس للاعتراف والإقرار بها ، كما يوفر لها الضمانات والمرتكزات الكافية لممارستها ، والمناخ الطبيعي الذي تنبت فيه ، كون الحقوق والحريات وخصوصا الأساسية منها ضرورية لوجود الإنسان وحياته حياةً كريمةً. وهذا ما يتطلب بيان مفهوم الحقوق والحريات العامة للإنسان في كلٍّ من النظامين التشريعيين الإسلامي والوضعي ، وإبراز أنواعها ومعايير تقسيماتها المختلفة شكلا ، المتحدة مضمونا (**مطلب أول**). وإذا افترضنا أن طبيعة العلاقة بين الحرية الشخصية وباقي الحقوق والحريات تتداخل في شكل علاقة الخصوص والعموم من جهة ، فإن فقه الأولويات من جهة أخرى ، يفرض حاجة الحقوق والحريات العامة والأساسية البالغة إلى ضرورة تمكين الإنسان من حقه في التمتع بالحرية الشخصية حتى يتسنى له التمتع بباقي الحقوق والحريات (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول :

مفهوم الحقوق والحريات العامة

نتناول في هذه المرحلة تحديد معاني الحقوق والحريات العامة ، وما يندرج تحتها من حقوق شخصية في النظام الإسلامي (**الفرع الأول**) ، وكذلك الأمر في الفكر والقانون الوضعي (**الفرع الثاني**) ، ثم بيان المعايير المختلفة حول أنواع وتقسيمات الحقوق والحريات (**الفرع الثالث**).

الفرع الأول : معنى الحقوق والحريات في النظام الإسلامي

لقد أسست الشريعة الإسلامية منذ نزولها لحقوق الإنسان وحريته العامة والأساسية في وقت لم يكن فيه للإنسان حقٌّ ولا حريةٌ. كما حددت مفهومها من خلال المبادئ السامية في احترام شخص الإنسان ووضعت الضمانات الكفيلة بحمايتها قبل إعلان "الماجناكرتا" في إنجلترا[1] ، وقبل أيٍّ من إعلانات حقوق الإنسان الصادرة عن

1 – العهد الأعظم Magna Carta صدر في بريطانيا بتاريخ 15 جوان 1215م ، وكان بعد تمرد البارونات على عهد الملك جون (أخ لريتشارد قلب الأسد) بسبب فرضه للضرائب الباهضة ومحاولته إجبار البارونات على تزويج بناتهم للشعب. ومضمون هذا العهد : أن يلتزم الملك بعدم الاعتداء على الممتلكات أو الحرية الشخصية لأحد رعاياه. ينظر : جريشة علي : (حرماتٌ لا حقوق ، حقوق الإنسان في ظل الإسلام –دراسة مقارنة–) مرجع سابق ، ص21.

الثورتين الأمريكية والفرنسية باثنتي عشر قرنا[1].

الفقرة الأولى: تعريف الحريات العامة في الإسلام

الحرية أو الحريات بمفهومها العام هي : " **المُكْنَة العامة التي قررّها الشارع للأفراد على السواء ، تمكينا لهم من التصرف على خيرة من أمرهم دون الإضرار بالغير من الفرد أو المجتمع**"[2]. كما أنها تعني : " **أن ينعتق الإنسان من عبودية أخيه الإنسان ، وانعتاق الشعوب من عبودية الشعوب الأخرى**"[3]. ووضع العلماء عدة مفاهيم للحرية العامة يتركز معناها أساسا بما يعرّف من ضدّها ، وهي العبودية[4].

ويقصد بالحريات العامة كذلك : "**الحقوق الأساسية التي يخولها دستور دولة ما لمواطنيها ، ويصونها ضد التجاوزات ومختلف ضروب التعسف التي قد يتعرضون لها ، سواء من قبيل الأفراد أو السلطة وهي الحقوق المعروفة باسم الحريات العامة ، والتي تشير إلى مجموع الحقوق الأساسية والفردية والجماعية للإنسان والمواطن في الدولة**"[5].

فهذا المعنى للحريات العامة يجسد كل ما يقال من تقعيدٍ لها في ظل النظام الإسلامي ، وهو ما يبرز من خلال هذه العناصر :

أولا: أداء التكليف والواجب الشرعي يكرس الحقوق والحريات العامة وحمايتها

إذا نظرنا بتبصّر نجد أن فقهاء الإسلام أقروا لمعنى وفكرة **التكليف الشرعي أو "الواجب"** كحماية للحقوق والحريات ، وتحدثوا عن الحكم التكليفي والحكم الوضعي والرخصة والعزيمة ، وما يلحق بها من أحكام بالشكل الذي تبلور إلى نظرية شاملة حول الحق. فما من حق إلا ويقابله واجب ، وأداء الواجب مقدم على المطالبة بالحق ، بحيث يستمد الحق حماية أخرى وبعدا آخر ، فحق المظلوم يحميه واجب دفع الظلم ورد العدوان على كل من شهده ، قال تعالى:" وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَصَابَهُمُ ٱلۡبَغۡيُ هُمۡ يَنتَصِرُونَ ﴿٣٩﴾" الشورى39. وحقوق الجار يحميها واجب على الجهة الأخرى ،

1 – غزوي ، محمد سليم محمد : (الحريات العامة في الإسلام) مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، دط-دت. ص21. وعبد الغني ، بسيوني عبد الله : (النظم السياسية والقانون الدستوري) ، مرجع سابق ، ص287.

2 – الدريني ، فتحي : (خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم) مرجع سابق.ص404.

3 – الخياط ، عبد العزيز عزت : (النظام السياسي في الإسلام- النظرية السياسة ، نظام الحكم-) دار السلام : القاهرة ، ط1 ، 1420هـ – 1999م . ص 43.

4 – الموحي ، عبد الرزاق رحيم : (حقوق الإنسان في الأديان السماوية) دار المنهاج ، دم.د1 ، 2004م ص 176 – 178.

5 – الموحي المرجع نفسه ، ص 177 . و الغنوشي ، راشد : (الحريات العامة في الدولة الإسلامية) مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت.ط1 ، آب/ أغسطس1993م ، ص 23.

وحق الفقير في الزكاة يحميه واجب الغني في أدائها ، حتى أنه يُقتل أو يقاتل إذا امتنع عن أداء واجب الزكاة[1].

ولقد جعل النظام التشريعي الإسلامي الحرية العامة أمانة ومسؤولية وانعتاقاً بالحق والتزاماً به. فهي إباحة وفطرة في تكوينها تتمثل في اختصاص الخلق بالقدرة على تحمل الخير والشر ، مما يجعلها مسؤولية وتكليف. أما بالمعنى الأخلاقي والتشريعي فالحرية بمعناها الشامل هي"**تكاليف**" عند الأصوليين ، حيث أنها تعني : "**أن نمارس مسؤوليتنا ممارسة إيجابية ، وأن نفعل الواجب طوعا بإتيان الأمر واجتناب النهي ، فنستحق درجة الخلفاء وأولياء الله الصالحين**"[2].

والتّكليف في العرف الإسلامي له معنى "المواطنة" في المفهوم الغربي ، ويدل ذلك على أنّ الحقوق تعني الواجبات ، والواجبات تعني الحقوق. لأن هذه الأخيرة هي وسيلةٌ لتحقيق الواجبات ، وهذه بدورها مطيّة لحقوق أخرى دنيوية وأخروية ، فالناس جميعهم يؤدون الواجبات ويدافعون عن الحقوق[3].

والقيام بهذا كله هو سعي نحو العبادة لله تعالى ، وبالتالي البلوغ الأكمل نحو الحرية ، والتحرّر من سوى الله تعالى. **فالشارع الحكيم متشوف إلى تكميل الحرية دون تشقيصها والإنقاص منها**[4].

وكذلك أداء الواجب الشرعي كفيل بأن يضمن الحقوق والحريات وينهض بها على الوجه الأكمل ويصونها من الإهدار والإهانة[5].

ثانيا: الحقوق والحريات العامة مصالح وضرورات شرعية يجب أن تحفظ

يعدّ التصنيف الذي وضعه الإمام الشاطبي في الموافقات[6] للمصالح الكبرى من ضروريات وحاجيات وتحسينيات الإطار العام للحقوق والحريات في الإسلام بالمعنى العلميّ الدقيق الذي يندرج في أصول الفقه. بحيث ينظم القواعد التي على أساسها

---

1 – جريشة، علي : (حرماتٌ لا حقوق ، حقوق الإنسان في ظل الإسلام –دراسة مقارنة–) مرجع سابق ، ص 30–31 .

2 –الغنوشي ، راشد : (الحريات العامة في الدولة الإسلامية) المرجع السابق نفسه.ص38

3 – الفاسي ، علال : (مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها) مرجع سابق ، ص 225.

4 – ابن قيم ، الجوزية محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي–ت751– : (الطرق الحكمية في السياسة الشرعية) تحقيق د–محمد جميل غازي.مطبعة المدني.القاهرة.ص 425.

5 – الدريني : (خصائص التشريع الإسلامي) المرجع السابق نفسه ، ص 391.

6 – الشاطبي : (الموافقات في أصول الشريعة) مرجع سابق ، ج 1 ، ص 30.

تنتظم حقوق الفرد والجماعة معا[1] ، بما يحقق مقصد الشارع منها ، ويضم جميع هذه الحقوق وفقا لقواعد كلية تنطوي تحتها جزئيات ، كما يتحدد بها معيار الموازنة بين الحقوق ، وفقه الأولويات بين المصالح الكلية والجزئية ، وبين المصالح العامة والخاصة.

فقد شدد الإسلام على أن تأخذ حقوق الإنسان حكم الفروض والواجبات الشرعية ، ووضعها البعض ضمن الضرورات التي هي أعلى المصالح ، و الضرورات تبيح المحظورات في سبيل الحفاظ عليها وحمايتها من الزوال ، كما تسمو على الحاجيات والتحسينيات ، إذ أن الحفاظ على هذه الضرورات حمايةٌ لمقاصد الإسلام ، و التي أجمع العلماء على أنها خمسة مصالح يجب حمايتها وحفظها من الاعتداء عليها وهي : الدين ، النفس ، العرض ، العقل ، المال. كما تتجسد حماية أهم هذه الحقوق حدودٌ شرعيةٌ ، وهي أعلى درجات العقوبة في الإسلام[2].

وجاء الإسلام باحترام الشخصية الإنسانية التي لا تقوم لها قائمة إلا مع الحرية ، سواء كانت حرية الانتقال أو التدين ، وحرية الفكر والرأي ، ولهذا كان الإسلام والتحكّم أو الاستبداد نقيضين لا يجتمعان ، فليس من حق أيّ كان أفرادا وحكاما أن يتحكم في الناس ، غير أنه للدولة أن تحكم عليهم إذا تجاوزوا حدودهم ، وحتى العقوبات في الإسلام تتسم بعدم اتجاهها إلى تقييد الحرية ، لكونه تقييدٌ للحركة ، وهذه الحركة هي الحياة ، والإسلام دين الحياة[3].

يقول المفكر الإسلامي محمد عمارة : "فالحرية الإنسانية -بالمعنى الفردي والجماعي والاجتماعي في عرف الإسلام- واحدة من أهمّ **الضرورات** ، وليست فقط **الحقوق** اللازمة لتحقيق إنسانية الإنسان...بل إننا لا نغالي إذا قلنا : إن الإسلام يرى في **الحرية** الشيء الذي يحقق معنى الحياة للإنسان...فيها حياته الحقيقية ، وبفقدها يموت ، حتى لو عاش يأكل ويشرب في الأرض كما هو حال الدواب والأنعام!!"[4].

فمكانة الحرية في الإسلام بمثابة "ضرورة إنسانية واجبة" وفريضة إلهية ، ومعنى كونها **ضرورة** لا يعني الجبرية والحتمية بقدر ما هو مرتبط بأن الفريضة والتكليف الإلهي يستلزم من الإنسان أن يكون حرا ومختارا للقيام بواجباته في الحياة. وهذا المضمون

1 – الغنوشي : (الحريات العامة) المرجع السابق نفسه ، ص 39.

2 – جريشة، علي : (حرماتٌ لا حقوق) مرجع سابق ، ص32– 33.

3 – أبو زهرة ، محمد : (المجتمع الإنساني في ظل الإسلام) الدار السعودية ، الرياض.ط2 ، 1401هـ – 1981م ، ص257

4 – عمارة، محمد : (الإسلام وحقوق الإنسان ، ضرورات لا حقوق) مرجع سابق. ص 18

الإسلامي للحرية يزيد من تألق إنسانية الإنسان الحرّ المختار والمريد لأفعاله زيادة عظيمة إذا هو مارس حريته ، ونهض بأداء التكليف الإلهي له بأن يكون حرا عن طريق هذه الممارسة ، فيحولها من مجال الفكر النظري إلى عالم الممارسة والتطبيق. وبدونها لن تتحقق حياة الإنسان كإنسان ، ولهذا الحرية واجبة لتحقيق وصيانة الحياة التي هي واجبة ومقدسة أيضا ، فما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجبٌ كذلك.[1].

جاء في البيان العالمي عن حقوق الإنسان في الإسلام : "**أن حقوق الإنسان في الإسلام ليست منحة من ملك أو حاكم ، أو قرار صادرا عن سلطة أو منظمة دولية ، وإنما هي حقوق ملزمة بحكم مصدرها الإلهي ، لا تقبل الحذف ولا النسخ ولا التعطيل ، ولا يسمح بالاعتداء عليها ، ولا يجوز التنازل عنها... وهي – بهذا الوضع – حقوق أبدية ، لا تقبل حذفا ولا تعديلا ... ولا نسخا ولا تعطيلا... إنها حقوق شرعها الخالق – سبحانه – فليس من حق بشر – كائنا من كان – أن يعطلها ، أو يعتدي عليها ، ولا تسقط حصانتها الذاتية ، لا بإرادة الفرد تنازلا عنها ، ولا بإرادة المجتمع ممثلا فيما يقيمه من مؤسسات أيا كانت طبيعتها ، وكيفما كانت السلطات التي تخولها** "[2].

ويقرّ الإسلام التعريف القانوني للحريات إذا كان متضمنا لمعنى المسؤولية ، والعقاب المترتب على المخالفة والاعتداء. وإذا كانت الحريات العامة تعني : "**مجموعة الكفاءات المعترف بها قانونيا للأشخاص والجماعات ، وهذه الحريات أساسها طبيعة الإنسان ومتطلبات الحياة الاجتماعية**"[3] ، فقد وجدت هذه الحقوق العامة بهذا المعنى أساسها في القرآن الكريم والسنة النبوية ، وتم شرحها وتبيانها بوضوح في الفقه الإسلامي وأصوله التي بنيت عليها أحكامه كما ذكرنا سالفا.

ثالثا : الحريات العامة مضبوطة بقواعد وليست مطلقة

إن النظام الإسلامي قد بيّن كيفية ممارسة الحقوق والحريات العامة ، فلا تكون مطلقة؛ بل هي محددة بقيود تتمثل في عدم المساس بحقوق الغير من جهة ، وعدم التعسف في استعمالها من جهة أخرى. بحيث تطور الفقه الإسلامي إلى أن تبلورت قواعده ونظرياته

1 – عمارة ،محمد: (الإسلام وحقوق الإنسان ، ضرورات لا حقوق) المرجع السابق نفسه، ص30 .

2 – من البيان العالمي عن حقوق الإنسان في الإسلام اعتمد من قبل المجلس الإسلامي بتاريخ باريس 21 من ذي القعدة 1401هـ ، الموافق لـ 19 أيلول/ سبتمبر 1981م. منشور في مكتبة حقوق الإنسان ، جامعة مينسوتا ، الو.م.الأمريكية ، بتاريخ 23 أيلول (سبتمبر) 2016 ، المصدر : موقع مكتبة جامعة مينسوتا http : //hrlibrary.umn.edu/arab/UIDHR.html

3– صابريني ، حسين غازي : (الوجيز في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية) مكتبة دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، دط ، 1997م.ص 21.

في هذا المجال منها : "**نظرية التعسف في استعمال الحق**"[1] ، وقاعدة : "**الضرر يزال**"[2] ، و"**الضرر لا يزال بمثله**"[3] ، وقاعدة "**البراءة الأصلية**"[4] ، و"**مبدأ الشرعية الجنائية**"[5] ، وغيرها من القواعد التي تكرست في حماية الإنسان وحقوقه العامة والخاصة.

رابعا : حقوق وحريات الإنسان ترتقي إلى درجة الحُرمات المقدّسة

إن حقوق الإنسان وحرياته يتداخل فيها حق العبد وحق الله ، حيث أن الله تعالى هو الذي تفضّل بها على عباده ، وجعل النفس الإنسانية أعزّ عليه من بيوته ، ومن ثم فإن حمايتها وصونها والذود عنها قربى إلى الله. وإن الامتناع عن الحرمات مقدّمٌ على فعل الواجبات والفروض ، ودفع المفاسد مقدّمٌ على جلب المصالح. ومن هنا تتأتى لحقوق الإنسان الحماية والقدسية التي لا تتوفر في غيرها من النظريات الغربية[6].

وهذا الأمر يؤكد عليه الرسول ﷺ يوم حجة الوداع حيث جعلها أعلى المراتب التي لا يجوز الاقتراب منها : «**ألا لكل ملكٍ حِمَى ، ألا وإن حمى الله محارمه**»[7] ، وقوله : «**كل المسلم على المسلم حرامٌ ، دمه ، وماله عرضه ، وألاّ يظن به إلا خيرا**»[8] ، وقوله ﷺ : «**فإن دماءكم ، وأموالكم ، وأعراضكم ، حرام عليكم...**»[9] ، وعن عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال : رأيت رسول الله ﷺ يطوف بالكعبة ويقول : «**ما أطيبك وأطيب ريحك ما أعظمك وأعظم حرمتك ، والذي نفس محمد بيده لحرمة المؤمن أعظم عند الله حرمةً منك. ماله ودمه ، وأن نظن به إلا خيرا**»[10].

---

1 -عبد الغني ، عبد الله ، بسيوني : (النظم السياسية والقانون الدستوري) مرجع سابق ص 302.

2 - السيوطي : (الأشباه والنظائر) مرجع سابق ، ص 83.و ابن النجيم : (الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان) ، مرجع سابق ، ص72.و السبكي (الأشباه و النظائر) مرجع سابق ، ج1 ص 41

3 - قاعدة : "الضرر لا يزال بمثله" ، سبق تخريجها من المراجع نفسها.

4 - الندوي، علي أحمد : (القواعد الفقهية) دار القلم ، دمشق ، ط3 منقحة ومزيدة ، 1994 ، ص 120.وقد ذكرها بصيغة"الأصل براءة الذمة".

5 -ينظر حول هذا المبدأ : شحادة ، عمر محمد : (حقوق الإنسان في الدستور والمواثيق الدولية) المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، ط1 ، 2016 ص130. والكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان-دراسة مقارنة-) مرجع سابق ، ص399وما بعدها.

6 - جريشة علي : (حرماتٌ لا حقوق) مرجع سابق ، ص30-31-34.

7 - حديث متفق عليه. رواه مسلم بن الحجاج النيسابوري عن النعمان بن بشير رضي الله عنه (صحيح مسلم) تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، كتاب المساقاة ، باب أخذ الحلال وترك الشبهات،حديث رقم : 1599 ، مصدر سابق ، ج3 ، ص1219- 1220. ورواه البخاري عنه ، (فتح الباري) ت.محمد فؤاد عبد الباقي ، ط،دار المعرفة ، كتاب الإيمان ، باب : فضل من استبرأ لدينه ، رقم 52 ، ج1 ، ص 126.

8 - سبق تخريجه

9 - سبق تخريجه

10 - رواه ابن ماجه ، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (سنن ابن ماجه) ت.محمد فؤاد عبد الباقي ، كتاب الفتن ، باب حرمة دم المؤمن و ماله.حديث رقم 3932 ، طبعة دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة ، 1954م ، ج2 ، ص1297.

الفقرة الثانية- تعريف الحقوق الشخصية في الإسلام :

إنّ هذه الحقوق هي أهم الحقوق والحريات العامة ، لذا يعبر عنها كثيرا بـ "**الحقوق الأساسية**" ، ولقد أولى الإسلام للحقوق الشخصية اهتماما بالغا ، غير أنه لم يتم الاتفاق حول تعريف موحّد للحريات الشخصية بين علماء الإسلام[1]. إلا أنها جميعا تصب في تلك الحقوق اللازمة للإنسان والمتعلقة بشخصه.

و قد وضعت للحقوق الشخصية تعاريف عدّة تختلف في اللفظ وتتّحد في المعنى ، نورد منها : "**أن يكون الشخص قادرا على التصرف في شؤون نفسه وفي كل ما يتعلق بذاته ، آمنا من الاعتداء عليه في نفس ، أو عرض أو مال ، أو مأوى ، أو أي من حقوقه على أن لا يكون في تصرفه عدوان على غيره**"[2].

فالحقوق الشخصية تشمل التحرر من الاستعباد وحماية النفس والمال والبدن من الاعتداء. مما جعل الفقهاء المسلمين يقررونها في القواعد الكلية للفقه ، والتي تندرج تحتها قواعد جزئية. كما جعلها الأصوليون في قسم الضروريات في مقاصد الشريعة الإسلامية التي كانت السباقة في تقرير هذه الحقوق قبل لوائح حقوق الإنسان الغربية ، وتعتبر حصونا منيعة تجاه سلطات الحاكم[3]. وواجب الجميع يكمن في احترامها ، وحمايتها ، وتزكيتها لأنها ليست مجرد حقوق[4]. ولم يقف الإسلام عند تقريرها فقط ، بل فرض تعزيزها وتوفير الوسائل المؤدية إلى تحقيقها في الواقع والممارسة الفعليّة والفعّالة لها.

وإذا كنا نعني بالحقوق والحريات الشخصية "المقاصد الفردية" يكون المراد منها : "**هي التي لابد منها لقيام مصالح الدين والدنيا والفرد والمجتمع ، بحيث توفر له الأمن والشخصية ، والحياة والفكر. والمساس بها يورث الفساد ، ويفقد الأمور استقامتها. لأن هدفها الأول تعزيز الأمن والاستقرار للشخص في المال والنفس وسلامة العقل والفكر ، ويجب العمل على تحقيقها وممارستها مع توقيع العقاب على من يخلّ بذلك**"[5].

---

1 –متولي ، عبد الحميد : (مبادئ نظام الحكم في الإسلام مع المقارنة بالمبادئ الدستورية الحديثة) منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط3 ، سنة 1977. ص 278.

2 –خلاف ، عبد الوهاب : (السياسة الشرعية) مرجع سابق ، ص 31.

3–عجريني ، محمد : (حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون) مرجع سابق ، ص27. وبدوي ، ثروت : (النظم السياسية) مرجع سابق ، ص 154.

4 –الفاسي ، علال : (مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها) مرجع سابق ، ص 225.

5–ربيع ، محمد منيب : (ضمانات الحرية في النظام الإسلامي وتطبيقاته) مرجع سابق ، ص 17.

الفرع الثاني : معنى الحقوق والحريات في الفكر الوضعي :

الفقرة الأولى- تعريف الحقوق والحريات العامة في الفكر الوضعي :

إن مفهوم الحقوق والحريات ظهر لصيقا بالثورة الفرنسية والأمريكية ورديفا للمذهب الفردي ودعاة القانون الطبيعي بما يتضمنه من حقوق وحريات فردية منشؤها الطبيعة البشرية[1].

وتعد الحريات من المراكز القانونية التقليدية التي عرفها القانون العام الحديث[2] ، وتظهر في الفقه الدستوري على وجه الخصوص. لكن الحقوق والحريات استقلّت فيما بعد كفرع عن الدراسات الدستورية وأصبحت مجالا منفردا وخصبا للبحث ، وإن كانت لها علاقة وثيقة بالفقه الدستوري ، الأمر الذي يتجلى عن طريق تكريسها في الوثيقة الدستورية كأسمى نص قانوني ينظم العلاقة بين الحاكم والمحكوم في الدولة.

كما تم تناول موضوع الحقوق والحريات العامة في مجالات أخرى عديدة وتمثل مجالا مشتركا لأكثر من فرع من فروع القانون والعلوم الاجتماعية ، أهمها البحث في علاقتها بالمجال الجنائي ممثلا في قانون العقوبات حين يتم التأكيد على جملة من المبادئ الحاكمة ذات الصلة الوثيقة والمباشرة بهذه الحقوق وما ينبثق عنها من حريات ، وأبرزها مبدأ الشرعية الجنائية والقانون الأصلح للمتهم ، ومبدأ التفسير الضيق للنصوص الجنائية. أما بالنسبة لقانون الإجراءات الجزائية خاصة ، فتناول موضوع الحقوق والحريات بالتوكيد على ضرورة احترام حقوق الإنسان ، وهذا من منطلق الاهتمام بتقرير العديد من الضمانات؛ كالشرعية الإجرائية ، والحق في الدفاع ، واعتبار أنّ الأصل في الإنسان هو البراءة. وكذلك تدخل الحقوق والحريات في اهتمامات قانون العمل والتشريعات الاجتماعية للعمال التي تحرص على الحق في العمل ، والحق في أجر متساو ، والحق في إنشاء التنظيمات النقابية... ، وتتجلى دراسة الحقوق والحريات أيضا ضمن مجالً القانون الدولي والعلاقات الدولية تحت مسمى"حقوق الإنسان" ، وفي مجال الدراسات الإسلامية الشرعية وغيرها من المجالات[3].

ويمكن تعريف الحريات بأنها : "**مُكنات للفرد في اقتضاء امتناع السلطة عن الإتيان بعمل في بعض مجالات النشاط الفردي ، وتلتزم السلطة إزاء هذه المكنات بأن تغلَّ يدها عن**

---

1 – بدوي ، ثروت : (النظم السياسية) مرجع سابق ، ص 402 ، 403.

2– عطية ، نعيم : (في الروابط بين القانون والدولة والفرد) دار الكتاب العربي ، القاهرة ، دط ، 1968.ص154.والرشيدي ، (تأصيل استراتيجية حديثة لدراسة حقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص 244.

3 – حسين ، عدنان السيد ، والرشيدي ، أحمد محمد حسن : (حقوق الإنسان في الوطن العربي) دار الفكر ، دمشق.ط1 ، تموز– يوليو 2002.ص22–23.

التعرض للفرد في نواحي نشاطه المادية والمعنوية تلك ، مع كفالة الدول لممارسة الأفراد للقدر الأعظم من الحقوق والحريات والتعبير عن ذاتيتهم"[1]. ويعنى أيضا باصطلاح حقوق الإنسان والحريات الأساسية : "**مجموعة الاحتياجات أو المطالب التي يلزم توافرها بالنسبة لعموم الأشخاص ، دون تمييز بينهم– في هذا الخصوص– سواء لاعتبارات الجنس ، أو النوع ، أو اللون ، أو العقيدة السياسية ، أو الأصل الوطني ، أو لأيّ اعتبار آخر**"[2].

ويرى البعض أنّ الحريات العامة بالمعنى الفني الدقيق لا تضم الحريات السياسية ، فالحريات العامة تتلخص في : "**مجموع الوسائل القانونية التي تمكّن وتسمح للفرد بأن يسيّر حياته الخاصة ، وبذلك يتمكن من المساهمة في الحياة الاجتماعية العامة للبلاد ، وهذا بدوره يؤدي إلى انظباط النظام والحياة العامة في المجتمع التي تعتبره ضرورة ملحة**" ، بينما الحريات السياسية هي : "**الوسيلة إلى المساهمة في السلطة العامة**". فالأولى هدفٌ ، بينما الثانية هي الآليات والوسائل الواجب توفرها لتحقيق هذا الهدف[3].

كما عُرّفت الحريات والحقوق العامة بأنها : "**إمكانيات يتمتع بها الفرد بسبب طبيعته البشرية أو نظرا لعضويته في المجتمع**"[4].

وهذه الحريات سواء سميت بحقوق أو مُكنات ، أو قيودات –للسلطة– أو رخص ، أو إباحات أو امتيازات أو سلطات ... ، فهي حقوق ضرورية وطبيعية كما أنها أساسية للفرد. ولقد استخدم الفقهاء وشراح القانون مصطلحات مترادفة لأجل إبراز الجانب الشخصي في هذه الحريات ، أو الجانب العام منها. فتارة تسمى "بالحقوق والحريات الفردية" وأخرى تدعى بـ"الحقوق العامة والحريات العامة" ، فكلها تسميات تدل على مضامين واحدة هي أسمى من كل جدال[5].

1– عطية : (في الروابط بين القانون والدولة والفرد) المرجع السابق نفسه ، ص154 . والرشيدي : (تأصيل استراتيجية حديثة لدراسة حقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص 255.

2 – حسين و الرشيدي : (حقوق الإنسان في الوطن العربي) المرجع السابق نفسه ، ص 22.

3 – الشهاوي ، عبد الفتاح : (الموسوعة الشرطية القانونية) مرجع سابق، ص 102–103.

4 – الحلو ، ماجد راغب : (القانون الدستوري) دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية. دط ، 1995.ص 328.

5 –ينظر كل من : العطار ، فؤاد : (حقوق الإنسان في الفكر القانوني المقارن) مقال بمجلة مجلس الدولة المصري ، مطابع مؤسسة أخبار اليوم ، مصر.العدد : من السنة 20 إلى 25 ، سنة 1975.ص 172.والفكهاني ، حسن : (موسوعة القضاء والفقه للدول العربية) ، مرجع سابق.الجزء : 200 ، ص41–42 . وينظر عبد الله ، عز الدين : (القانون الدولي الخاص المصري) دار النهضة ، القاهرة ، ط10 ، سنة1977.ج1 ، ص 620 . وكذلك طبلية ، القطب : (الإسلام وحقوق الإنسان) ، مرجع سابق ، ص 51–52–وص 115.

فوصف هذه الحقوق والحريات بأنها "عامة" أو "عمومية" يعني من جهةٍ أنها شاملة لجميع الأفراد سواء كانوا وطنيين أم أجانب ، ذكورا أم إناثا ودون تمييز بين المركز الاجتماعي أو الاقتصادي أو الأدبي[1] ، وتجب للفرد باعتباره إنسانا بغض النظر عن الدولة التي يقطنها ، لأنه حقيقة ملموسة له وجوده واستقلاليته. مما يستدعي أن تلازمه شخصيته القانونية أينما حلّ داخل بلده وخارجه[2]. ومن جهة أخرى ، فإن طابع العمومية في الحقوق والحريات العامة يعني تدخّل الدولة أو السلطة العامة لأجل تنظيم هذه الحقوق الأساسية تنظيما قوامه كفالة ممارستها إزاء السلطات العامة والأفراد على حد السواء[3].

ومن هذا كله يمكن القول أن الحقوق العامة أو الرخص والإباحات العامة هي حقوق طبيعية وأصلية في الوقت ذاته. ووجود الدولة ما هو إلا لصيانتها للفرد وحمايتها له. وأيُّ قيدٍ أو ظرفٍ تضعه السلطة على الحقوق لصالح الفرد أو المجتمع جميعا يجب أن يكون : "**في أضيق نطاق وللضرورة القصوى ، وفي حدود هذه الضرورة ، وبشرط عدم وجود البديل. وإنّ هذا يعني أنّ الحقوق العامة تنزل المنزلة الأسمى والأعلى بالقياس إلى غيرها من الحقوق**"[4].

إلا أنه يمكن التمييز بين مصطلح "حقوق الإنسان" و"الحقوق والحريات العامة" ، حيث أن الأولى تقع خارج الإطار القانوني وتحكم السلطة العامة ، لأنها توجد بوجود الإنسان ولصيقة بشخصيته ، ولا يمكن أن نفصلها عنه ، ولو لم ينص عليها بالقانون[5]. بينما الحقوق العامة ، فمضمونها يتعلق بوجود السلطات المختصة في الدولة التي تقوم بتحديد الحقوق وحصر عددها بواسطة الدستور[6].

وثمرة ذلك أن حقوق الإنسان تأخذ بعدا فلسفيا وتتجاوز كل تنظيم دستوري إلى أن تمتزج بالطبيعة البشرية ، الشيء الذي يجعلها تنتظم تحت إطار "القانون الدولي العام".

1- بدوي ، ثروت : (النظم السياسية) ، مرجع سابق ، ج1 ، ص 412.

2- عبد الله ، عز الدين ، المرجع نفسه ، ص 609-610.

3 -العطار ، (حقوق الإنسان في الفكر القانوني المقارن) المرجع نفسه ، ص172.والرشيدي : (تأصيل استراتيجية حديثة لدراسة حقوق الإنسان) المرجع السابق نفسه ، ص245.

4 -طبلية : (الإسلام وحقوق الإنسان) المرجع السابق نفسه ، ص 52.

5 -المجذوب ، محمد السعيد : (النظرية العامة لحقوق الإنسان) مرجع سابق. ص 16

6 -العطار : (حقوق الإنسان في الفكر القانوني المقارن) المرجع السابق نفسه ، ص 171. و الرشيدي ، المرجع والصفحة نفسها.

غير أن الحقوق والحريات العامة تنتظم في إطار"القانون الداخلي للدولة"[1]؛ أي أن حقوق الإنسان تتعدى الأفراد لتصل إلى الدول ، فهي أشمل من الحريات العامة ، كما أنها تجب لكلّ من المواطنين والأجانب. وكلّ تعدٍّ وانتهاك لحقوق الإنسان يخوّل الهيئات الدولية التدخل لحمايته مما قد يبدر من الدولة بحقه في سلامة كيانه.

الفقرة الثانية- معنى الحقوق الشخصية في فقه و التشريع الوضعي :

أولا : معنى الحريات الأساسية في الفقه القانوني

من بين الحريات العامة لا يوجد أكثر أهمية ولا ضرورة من الحريات المسماة : "فردية" أو "شخصية". فالحريات الشخصية تتحلل بكل بساطة إلى : "**حالة الشخص غير الموقوف ولا المعتقل ، والذي يتمتع بحرية الذهاب والإياب (التنقل)**"[2]. كما أنه من بين الحريات الأساسية التي يتمتع بها الفرد نستطيع أن نضع أساسا : حق الأمن ، وحرية التنقل أو الذهاب والإياب ، وأخيرا احترام الخصوصية المتمثلة في حرمة المسكن و المراسلة[3].

كما تعني أيضا : "**حرية الفرد في الرواح والمجيء ، وحماية شخصه من أيّ اعتداء ، وعدم جواز القبض عليه أو معاقبته إلا بمقتضى القانون ، وحريته في التنقل والخروج من الدولة والدخول إليها ، وله الحق في اللجوء إلى القضاء ، وحصانة مسكنه**"[4]. أو هي : "**تلك الحقوق اللّصيقة بشخص الإنسان كذات بشرية لا يمكنه العيش بدونها. كالحق في الحياة مثلا**"[5].

وتدعى الحريات الشخصية كذلك بـ" **الحريات أو الحقوق الأساسية**"[6]. كما قصر البعض[7] الحقوق الشخصية على حق واحد هو "**حق الأمن**" ، لما له من علاقة وثيقة بكل من هذه الحقوق.

وقد اصطُلِح على الحريات الشخصية كذلك بـ"الحريات الفيزيولوجية" أو"الحرية الطبيعية للفرد". ومناطها : "**الاختيار الذي يملكه كل شخص وبه يعتبر سيدا في التنقل بحرية**

---

1 – الرشيدي : (تأصيل استراتيجية حديثة لدراسة حقوق الإنسان) المرجع السابق نفسه ، ص245.

2– Colliard Claude – Albert : (Libertés publiques) . Dalloz . ed1950 Paris.P 160

وبدوي : (النظم السياسية) مرجع سابق ، ص 419

3– Colliard ; ibid.P 159

4 – عبد الله ، عز الدين : (القانون الدولي الخاص) مرجع سابق ، ج1 ، ص : 626–627.

5 – سعادي ، محمد : (حقوق الإنسان) دار ريحانة ، الجزائر ، ط1 ، 2002ص 15.

6– Colliard ; ibid. P 158.

7 –غزوي : (الحريات العامة) مرجع سابق ص 24 .

عبر التراب الوطني". فتتعارض هذه الحريات مع المعوّقات التي تضعها السلطات ، وتتعدى بموجبها على خصوصية الفرد وكيانه المادي والمعنوي ، أيّا كان مبرر السلطة بفرض النظام العام أو الإجراءات[1].

وإذا كانت الحريات العامة هي حريات للأفراد تعترف بها الدولة وتنظمها وتحميها ، "**فإن الحريات الأساسية هي هذه الحريات ذاتها –أو قسم منها– التي يقوم النظام القانوني في دولةٍ ما برفع مستوى حمايتها عن طريق نصوص دستورية ، وليس مجرد نصوص قانونية عادية** (تشريعية أو تنظيمية) وهذا ما يعطي قيمة دستورية للحقوق والحريات الموصوفة بـــ : "الأساسية"[2] : .« les droits et libertés « fondamentaux

فالحريات الشخصية تعدّ أساسا للحريات العامة الأخرى ، وللحقوق السياسية أيضا. فحرية الفكر والحريات الذهنية وحق الانتخاب ، لا يكون لها أيّ معنى إذا انتهك حق الفرد في الحرية والأمن على الذات ، وفي التنقل ، أو كان مسكنه مهددا ، أو يمنع عليه الاتصال بالغير عن طريق الحبس أو الاعتقال أو القبض التعسفي الذي لا يستند إلى مسوغ قانوني يبرر ذلك[3].

فحق الحرية و الأمن للشخص بألا يحتجز أو يوقف إلا في الحالات المحددة قانونا ، **وحق الرواح والمجيء** ، وحق الإقامة ومغادرتها تحت الكفالات القانونية والضمانات الموضوعة لحفظ النظام العام ، **وحرية الحياة الخاصة** : والتي تتجسد في **حرمة المسكن و سرية المراسلة**. هذه كلها مجتمعة تكوّن "**الحقوق الأساسية للفرد**" ، فإذا لم تكن مضمونة "فلا توجد أيّ صورة لنظام الحريات العامة"[4].

إذن : فالحريات أو الحقوق "**الشخصية**" أو "**الفردية**" بمعنى الكلمة تمثل مركز الدائرة بالنسبة إلى جميع الحريات الأخرى[5]. وهي لا تعتبر مرادفا خالصا لمصطلح "الحريات **العامة**" ، فالحقوق والحريات الفردية أضيق منه مدى ، ولا تغطي إلا الجزء المتعلق مباشرة بتوفير الأمان الشخصي ، والاستقلالية الجسدية للإنسان–الفرد– وكذلك حماية حياته الخاصة[6].

1– Burdeau.G : (Les libertés publiques) L.G.D.J. Paris.1948. P 106.

2 – المجذوب : (النظرية العامة لحقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص 22.

3 –أبو زيد ، مصطفى فهمي : (الدستور المصري فقها وقضاء) دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ط9 ، 1996.ص 172.

4 –Colliard Colliard (les libertés publiques) op. cit .p 160. et : Burdeau.G. Ibid. P 106

5–بدوي : (النظم السياسية) المرجع السابق نفسه ، ص 420.

6 – المجذوب ، المرجع نفسه ، ص 23.

والحقوق الشخصية تجد ضماناتها ضدّ التعسف في القانون العام الذي يحدّد مداها سواء بفكرة تجاوز وإساءة استعمال السلطة من جهة ، أو بالتشريع الجزائي الذي يعاقب أعمال الاعتداء على الحرية الشخصية من جهة أخرى. و يستوي في ذلك موظفوا السلطة والأفراد العاديون[1].

ويميز البعض بين "الحقوق الشخصية اللصيقة بالإنسان" و "الحقوق المدنية" من أن الأولى : تستمد وجودها من القانون الطبيعي وقواعده ، وتثبت للشخص في جميع الأمكنة والأزمنة بمجرد كونه إنساناً. أما الثانية ، فهي نتيجة "للقانون المدني الوضعي" الذي يقرّرها. وبالتالي فإنها تثبت للفرد بوصفه عضوا داخل ذلك المجتمع ، ووفقا لذلك القانون الخاص بهذه الدولة أو تلك[2].

كما فرق البعض[3] بين الحرية الشخصية والحرية الفردية بأن :

1- الحرية الفردية : liberté individuelle : تغطي بعض الحقوق التي تتعلق بالشخصية كحرية المجيء والذهاب ، وحرمة المنزل ، وسرية المراسلة واحترام الحياة الخاصة ، وحرية الزواج. و تكون السلطة القضائية العادية هي التي تحمي الحرية الفردية.

2- أما الحرية الشخصية : Liberté personnelle : فهي تهدف لتأمين حماية الشخص تجاه المجتمع ، أو هي الحق في عدم تحمل الإكراهات الشديدة مثل الإكراه في نطاق العمل ، والحقوق في التمتع بالطمأنينة والاحترام.

تعقيب : غير أنه لا يمكن الفصل بين الحقوق والحريات الشخصية كحق طبيعي ، وبين ممارستها داخل المجتمع وتمكين الفرد من ذلك عبر السلطة والقانون. كما لا يمكن تصوّر ذلك من الناحية الواقعية ، لأن الإنسان لابد أن يعيش في كنف الجماعة بأن يكتسب الحقوق ويتحمل الواجبات.

والتفرقة بين الحرية الفردية ، والحرية الشخصية تعتبر فصلا لشيء واحد إلى جزئين لا الفصل بينهما. لأن ثبوت الحقوق للفرد من حرية التنقل ، والمسكن ، والحياة الخاصة وغيرها... ، لابدّ لها من حماية تؤمّنها. كما أنها تُعنى بشخصٍ واحدٍ هو الإنسان

---

1 -نخلة ، موريس : (الحريات) مرجع سابق ، ص 59.

2 -أبو اليزيد ، علي المتيت : (النظم السياسية والحريات العامة) مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، ط4 ، 1989.ص 184

3 - نخلة : (الحريات) المرجع نفسه ، ص 60.

الذي يمارس حقه الشخصي داخل إطار المجتمع والدولة. إذن؛ فالفصل بينهما يعتبر صوريا فقط ، والحق بلا حماية تحفظه وتعززه لا قيمة له أصلا ، والحماية وحدها هي من يُنزل تطبيق الحقوق إلى أرض الواقع.

ثانيا : الحريات الأساسية في الجزائر بين التكريس الدستوري وتحديات الممارسة

لقد نصت معظم دساتير العالم ، والمواثيق الدولية على الحريات الأساسية وضرورة احترامها. وقد تجسد ذلك جليا في الدستور الجزائري[1] لسنة 1989م ، والذي كرّس الحريات الأساسية للمواطنين في الفصل الرابع منه. فنصت المادة 31 - تقابلها م38 في تعديل 2016- على أن "**الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطنين مضمونة ، وتكون تراثا مشتركا بين جميع الجزائريين والجزائريات ، واجبهم أن ينقلوه من جيل إلى جيل كي يحافظوا على سلامته ، وعدم انتهاك حرمته**". كما نصت المادتين 32 و33 من هذا الدستور على مشروعية الدفاع الفردي والجماعي عن الحقوق الأساسية ، وكفالة الدولة لعدم انتهاك حرمة الإنسان ، وتبعتها المواد الأخرى حتى المادة : 56. وكلها تفصّل في حماية الحقوق الفردية والعامة.

وتكرست هذه الحقوق والحريات أيضا في التعديل الدستوري[2] بتاريخ 16 أكتوبر 1996م في مواد الفصل الرابع من المادة 32 إلى المادة 69 من الدستور.

وقد أكّد كذلك التعديل الدستوري[3] لسنة 2016 على مسألة الحقوق والحريات في الفصل الرابع الخاص بالحقوق والحريات من المادة 32 إلى المادة 73 منه؛ بل تعززت مواده بإضافات مهمة سواء بإقرار حزمة من الحقوق والحريات الجديدة كترقية الحقوق السياسية للمرأة في المجالس المنتخبة(م35) ، والمساواة بين المرأة والرجل في الشغل وتولي المناصب والمسؤوليات(م36) ، و نص على حق ممارسة الأحزاب للعمل السياسي مع أنه وضع لها شروطا لذلك (م52-53) ، وتم إقرار حقوق بعض الفئات

---

1 -مرسوم رئاسي رقم 89-18 مؤرخ في 22رجب عام 1409هـ الموافق لـ 28 فبراير سنة 1989م ، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23فبراير 1989م في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 09 ، السنة 26 ، المؤرخة في 01-03-1989 ، ص 234.

2 -مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 26رجب 1417الموافق لـ 07 ديسمبر 1996 ، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد76 ، سنة 36 ، المؤرخة في 08-12-1996 ، ص6.

3 - قانون رقم16-01 مؤرخ في جمادى الأولى عام 1437 الموافق لـ 6 مارس سنة2016 ، يتضمن التعديل الدستوري بالجزائر. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، عدد 14 ، سنة 53 ، المؤرخة في 27 جمادى الأولى الموافق لـ 7 مارس سنة 2016 .

الاجتماعية كتنمية قدرات الشباب وتفعيل طاقاته(م37) ، وحماية الأسرة من العنف وحقوق الطفل والفئات الهشة في المجتمع من معوزين وذوي الاحتياجات الخاصة والأشخاص المسنين وتعزيز الرعاية الصحية والاجتماعية للمواطن(م72-73). وكذا الاعتراف ضِمنياً بالتعليم الخاص للأفراد مع ضمان مجانية التعليم العمومي(م65) ، وأقرّ التعديل الدستوري أيضا الحريات الأكاديمية واستقلالية البحث العلمي(م44) ، وبحق المواطن في الاستثمار (م43) ، وفي حصوله على المعلومة والوثائق والإحصائيات مع احترام الحياة الخاصة للآخرين(م51) ، وحقه في الثقافة(م45) و حقه في بيئة سليمة(م68).

كما وضع التعديل الدستوري لسنة 2016 عدّة ضمانات دستورية تشكّل حماية للحقوق المعترف بها سابقا ، ونظم حقوقا أخرى مثل حماية حرية التعبير(م48) والتظاهر السلمي (م49)وحرية الإعلام والصحافة(50) ، وحرية التنقل(م55) ، وعدم تعريض الفرد للمعاملة القاسية(م40) أو المهينة ، مع إقرار المعاقبة على المخالفات المرتكبة على الحقوق والحريات(م41) ، وضمان المحاكمة العادلة مع تأمين حق الدفاع(م56) ، وتعزيز حماية حرمة الحياة الخاصة للأشخاص(م46).

وقد تم تعزيز حماية حق الحرية الشخصية عن طريق تقييد ووضع شروط صارمة للحبس المؤقت ووصفه بكونه "إجراءٌ استثنائيٌّ" ، مع معاقبة القانون على أعمال الاعتقال التعسفي(م59). وحدّد التعديل الدستوري التوقيف للنظر الذي لا يمكن إلا أن يكون ضمن شروط و أن لا يتجاوز مدة 48 ساعة ، وأضاف جديدا بهذا الصدد يتمثل في وجوب إعلام الشخص الموقوف للنظر بحقه في الاتصال بمحاميه ، وإعطاء القاضي سلطة تقديرية في الحدّ من هذا الإجراء الاستثنائي. ونص على ضرورة إجراء الفحص الطبي للبالغين والقصّر(م60) ، مع ضمان حقوق الأفراد أثناء فترة الاحتجاز القانوني وتعويض الدولة عن الأخطاء التي يمكن أن تقع في هذه الحالة (م60 من الدستور).

وإذا كانت هذه انطلاقة سباقة للجزائر على مستوى الوطن العربي في مجال التشريع الداخلي للحقوق والحريات الشخصية والعامة ، إلا أنّ ما عاشته الجزائر في سنوات التسعينات من عشرية دامية انتهكت من جراءها حقوق الإنسان الشخصية والعامة انتهاكا فاضحا ، وخاصة بعد ورود وإصدار القوانين والأحكام العرفية التي تنقض ما جاء به دستور1989 من مكاسب للحرية الشخصية وتجسيده للدولة القانونية ومعالمها ، عندما تمّ إعلان حالة الطوارئ في 12 فبراير 1992[1].

1 - صدر إعلان حالة الطوارئ في الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم92-44 المؤرخ في 5شعبان 1412هـ الموافق لـ 09 فبراير سنة1992. الجريدة الرسمية الجزائرية ، العدد10 ، سنة29 ، ص285.

فقد أُخِلّ كثيرا بمبدأ الشرعية الذي منحه الدستور كأسمى قانون في الدولة للحريات والحقوق باتخاذ التدابير والإجراءات التنظيمية التي من شأنها أن تعطي سلطانا أوسع للسلطة التنفيذية [1] ، مما انجرّ عنها الآلاف من المعتقلين والقتلى والمفقودين ، وتمت بموجبها الاعتداءات على الحريات الشخصية والتضييق من نطاق حرية التنقل وانتشار اللاأمن في البلاد - كما في المادة 6/ 1 من مرسوم حالة الطوارئ- . و قد حدثت هذه التجاوزات بمبرر حماية كيان الدولة و استتباب النظام العام فيها[2] ، وأيّ كيانٍ أو نظامٍ هذا إذا كان لا يُولي اعتبارا لمكانة الفرد وحرمته ، و يعطل العمل بالدستور ، ولا يُعطِ الدولة القانونية هيبتها في الداخل والخارج!؟.

وكذلك الأمر بالنسبة لإصدار القانون المتعلق بمكافحة أعمال التخريب والإرهاب[3]. والذي فتح مجالا أكبر للسلطات التنفيذية ، وخولها بالتوسّع في إجراءات التفتيش والتحقيق ، ووصل إلى حدّ تكبير دائرة الاتهام والعقاب للأشخاص بمجرد الاشتباه بانتمائهم إلى تيار سياسي معيّن. كما تمّ بموجبه خرق مبدأ الفصل بين السلطات الذي يحدد مهام كلّ من السلطة التنفيذية والتشريعية والقضائية ، ويمنع تدخل إحداها في اختصاص الأخرى.

الفرع الثالث : أنواع الحقوق والحريات وتقسيماتها

بعد أن تم توضيحنا لمعنى الحقوق والحريات في النظامين الإسلامي والوضعي فإننا سنتناول تقسيمات الحقوق العامة وأنواعها في الفقه الإسلامي(الفقرة الأولى) ، وفي الفقه القانوني الوضعي(الفقرة الثاني).

الفقرة الأولى: تقسيمات الحقوق في الفقه الإسلامي:

عند استقرائنا لما كُتب في الفقه الإسلامي وأصوله حول الحقوق نجد أن علماء المسلمين قسموها إلى ثلاثة أقسام هي : حق الله تعالى ، وحق العبد (الإنسان) ، وما اجتمع

---

1 - تنص المادة 03 من إعلان حالة الطوارئ : "تتخذ الحكومة كل الإجراءات التنظيمية التي هي من صلاحياتها قصد الاستجابة للهدف الذي أعلنت من أجله حالة الطوارئ".

2 - تنص المادة 02 من إعلان حالة الطوارئ : "تهدف حالة الطوارئ إلى استتباب النظام العام وضمان أفضل لأمن الأشخاص والممتلكات ، وتأمين السّير الحسن للمصالح العمومية".

3 - قانون مكافحة أعمال التخريب والإرهاب صدر بموجب المرسوم التشريعي رقم : 92-03 المؤرخ في 03ربيع الثاني1413هـ الموافق لـ 30سبتمبر1992 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، عدد70 ، سنة29.ص1817. وسنتناول كلاّ من هذا المرسوم وإعلان حالة الطوارئ في الجزائر بالدراسة والتحليل والنقد في الباب الثاني من البحث إن شاء الله.

فيه حق الله وحق العبد. وأثناء نظرنا إلى الحقوق في الإسلام نجد أن مصدرها ليس الطبيعة ، ولا للعقل الإنساني فيها دخل كما أسلفنا بيانه في خصائص حق الحرية الشخصية. وإنما تتميز الحقوق الحريات بأنها منحة إلهية للإنسان ، مما جعل الشرع هو أساس الحق وليس الحق هو أساس الشرع. ويبرز أن هذا التقسيم للحقوق بين حق الفرد وحق الله هو صوري فقط[1]. فالحق حقٌّ لأن الله تعالى أقرّه وليس لأنه حق في ذاته. لذا كان متضمنا فيه.

أوّلا : التقسيم الأول للحقوق :

1- حق العبد : ويشمل جميع الحقوق التي تتعلق بها مصالح الأفراد[2] ، أو هو : "كل حق يصح لعبد إسقاطه مثل : دين الإنسان على الآخر". وقسّمه الفقهاء بدوره إلى قسمين : الحقوق العامة ، والحقوق الخاصة. فالأولى : مثالها حق المساواة في التمتع بالمرافق العامة ، والثانية : مثلها حق الملكية الخاصة[3]. وثمرة ذلك أن الأولى لا يجوز إسقاطها من طرف العبد. كما لا يجوز في الثانية الإسقاط ، لأن حق العبد لا محالة فيه حق الله تعالى[4] ، مع أنه يمكن إسقاط حق العبد فيها.

ومن الناحية الإجرائية ففي الحقوق العامة تتحرك الدعوى تلقائيا ، لأنها تتعلق بالمصلحة العامة. فالإضرار بالمصلحة العامة يوجب تدخل الحاكم ، أو القاضي. أما في الحقوق الخاصة فيجوز تنازل العبد عن حقه الخاص ، إلا إذا كان يتعلق بالحق العام. وتبقى الدعوى رهينة كون الحق الغالب فيه جانب العبد أم الحق العام؟ ففي الحالة الأولى يرجع الأمر للفرد ، وفي الثانية يرجع الأمر إلى القاضي ولا يجوز إسقاطه.

2- حق الله : وهو ما يُفهم من الشرع أنه لا يمكن فيه الخيار للمكلف ، سواء كان له معنى معقول أو غير معقول[5]. فحقوق الله لا يجوز للعباد إسقاطها ، كالإيمان بالله والعبادات المختلفة[6]. وكذلك العقوبات والحدود التي تترتب على تلك الحقوق ،

---

1 - الطعيمات : (حقوق الإنسان وحرياته الأساسية) مرجع سابق، ص 102-103.

2 -الشاطبي : (الموافقات) مصدر سابق ، ج2 ، ص 318 .والطعيمات : (حقوق الإنسان وحرياته الأساسية) المرجع نفسه ، ص 102-103

3 - الموحي ، عبد الرزاق رحيم : (حقوق الإنسان في الأديان السماوية) ، مرجع سابق ، ص 163 . والرشيدي : (استراتيجية حديثة لتدريس حقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص 258-259.

4 - القرافي ، شهاب الدين : (الفروق) مصدر سابق ، طبعة دار الإحياء ، ج1 ، ص 141.

5 - الشاطبي : (الموافقات) المصدر نفسه ، ج2 ، ص 318.

6 - المصدر و الجزء والصفحة نفسها . و القرافي ، المصدر نفسه ج1 ، ص 140-141 .و عبد الغني ، عبد الله بسيوني : (النظم السياسية والقانون الدستوري) مرجع سابق ، ص 303.

وهي ما شرعه الله وأوجبه على المخالفين[1].

وأضاف **التفتازاني** إلى ذلك كل حق يتعلق به النفع العام من غير اختصاص ، وهذا لما يعظم من خطره ، ولشموله لسائر الأفراد في المجتمع[2] ، كحد السرقة والزنا والحرابة ... ، وهو ما يمكننا أن نسميه بحق المجتمع ، والذي تتحرك فيه الدعوى العمومية تلقائيا ومباشرة بوقوع المساس به ، ولا يجوز كقاعدة عامة لأيٍّ كان أن يسقطه.

3- ما اجتمع فيه حق الله وحق الإنسان : وقد ميّز العلماء فيه -مع اختلافهم- بين تغليب حق الله ، وبين تغليب حق العباد.

فمثال الأول : قتل النّفس ، فحق الله فيه مغلب إذ ليس للإنسان الاختيار ولو في قتل نفسه لغير ضرورة شرعية كالفتن ونحوها[3]. لذا فالانتحار محرم ، ومن باب أولى قتل الغير. وكنتيجة لذلك تحريم الاعتداء على أمن النفس الإنسانية سواء بتعذيبها أو التنكيل بها أو تقييد حريتها ، لأن فيه اعتداء على حق الله ، بالإضافة إلى الاعتداء على حق الفرد في حرمة نفسه ، و الذي يعطي لأولياء القتيل الحق في القصاص أو العفو.

ومثال الثاني : هو ما تحصل به منفعة للعبد إن عاجلا أم آجلا كحد القذف ، فإذا ما اعتدي على الفرد في عرضه كأن يرمى بالزنا ، فإنه يحكم بمعاقبة المعتدي وذلك حفاظا على تحصيل مصلحة العباد بالعقاب ثمانين جلدة[4].

وقال **القرافي** بتغليب حق الله في حدّ القذف إذا بلغ إلى الإمام ، لأنه نائب عن الله في أرضه[5] ، مع ترجيح كونه حقا للعبد لتوقفه على مطالبته به. وهذا ما رجحه **ابن رشد**[6].

أما **التفتازاني** من الشافعية فقال : بأن حد القذف مما يغلب فيه حق الله تعالى[7]. فإعمال الحد من عدمه وقيام الدعوى فيه يختلف باختلاف تغليب الفقهاء لحق الله على

1 - الموحي : (حقوق الإنسان في الأديان السماوية) المرجع السابق نفسه ، ص 161.

2 - التفتازاني ، سعد الدين-الشافعي- : (شرح التلويح على التوضيح) دار العهد الجديد ، دم.دط-دت.ج2 ، ص 315. وذلك بخلاف القوانين الوضعية التي تجعل مثلا جريمة الزنا أمرا من حقوق الفرد ، والتي يجوز التنازل عن المطالبة بعقوبتها من طرف أحد الزوجين المتضرر.

3 - الشاطبي : (الموافقات) المصدرالسابق نفسه ، ج2 ، ص 319.

4 - المصدر نفسه ، ج2 ، ص 320. و الموحي : (حقوق الإنسان في الأديان السماوية) المرجع السابق نفسه ، ص 163.

5 - القرافي ، شهاب الدين : (الذخيرة) دار الغرب الإسلامي ، دم.ط1 ، 1994م. ج2 ، ص 110-111.

6 - ابن رشد ، أبو الوليد : (بداية المجتهد ونهاية المقتصد) تحقيق : الشيخ محمد شاكر .مكتبة الخانجي ، القاهرة ، ط3 ، 1994 ج2 ، ص 370.

7 - التفتازاني، المرجع نفسه ، ج2 ، ص 323.

العبد أو العكس ، فلا يجوز الإسقاط في الأول ويجوز في الثاني.

وفي الحقيقة إن هذا التقسيم للحقوق يعدّ كما سبق وأن قلنا صوريا فقط؛ وإلا فإن حق الله يدخل ضمن جميع الحقوق العامة والخاصة ، لأن مصدر إقرار هذه الحقوق هو الله تعالى بأوامره ونواهيه. مما جعل فعل الأوامر وترك النواهي فيه مجلبة لمصالح العباد عاجلا و آجلا.

و يمكننا القول بأن حق الأمن والحقوق الشخصية الأخرى تدخل ضمن "حق العبد" من باب التغليب فقط ، وإلا فإن حق الله يتضمن الجميع. فالدعوى المرفوعة لحماية هذا الحق لا تستدعي أن بها الفرد المعتدى عليه؛ بل يقوم بها الإمام بمجرد علمه بوقوع الاعتداء على حرية العباد والمساس بكرامتهم صيانة منه لهم ، وللمصلحة العامة كذلك.

ثانيا – التقسيم الثاني للحقوق :

لقد قسم الطاهر بن عاشور الحقوق إلى حقوق عامة ، وحقوق خاصة[1] :

1– الحقوق الخاصة : هي التي يكون فيها حظٌّ ظاهر للناس في الجِبِلَّة والفطرة ، يقتضي ميل نفوسهم إلى تحصيله كتناول الأطعمة لإقامة حق الحياة ، ولبس الثياب ، وكذلك حق الزواج ، ويضاف إليها الحق في الأمان على الذات من الاعتداء.

2– الحقوق العامة : وهي التي ليس فيها حظا ظاهرا للعباد ، ومثالها : توسيع الطرقات ، وإقامة الحرس بالليل (الأمن العام والحفاظ عليه).

فالشريعة الغراء تكفل الحقوق الخاصة بعدم اعتراضها ومنع الاعتداء عليها. أما الحقوق العامة فقد أكدتها الشريعة بترتيب العقوبات على تركها والاعتداء عليها ، وقد أوجبت بعض هذه الحقوق على الأعيان ، وبعضها على الكفايات بحسب تحقيق المصلحة.

ثالثا– التقسيم الثالث للحقوق والحريات[2] :

هناك من قسم الحقوق في الشريعة الإسلامية إلى :

1– الحق بالنظر إلى صاحبه : كالحقوق العامة ، والحقوق الخاصة.

2– الحق بالنظر إلى محله : كالحقوق المجردة ، وغير المجردة ، كالحقوق السياسية ، وحق التعبير وغيرها.

---

1 – ابن عاشور ، محمد الطاهر : (مقاصد الشريعة الإسلامية) الشركة التونسية للتوزيع ، تونس ، ط1 ، جانفي1978 ، ص 73.

2 –الرشيدي : (استراتيجية حديثة لدراسة حقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص 258.

رابعا– التقسيم المقاصدي للحقوق[1] :

لقد قسم الشاطبي من علماء المقاصد الحقوق أو المصالح التي تصبو إليها الحقوق إلى ثلاثة فئات مراعيا في ذلك فقه الأولويات في الشريعة الإسلامية :

1– الحقوق الضرورية : وهي التي يجب حفظها لأنه تقوم بها الحياة ، وهي الكليات الخمس : (حفظ الدين ، والنفس ، العقل ، النسل ، المال).

2– الحقوق الحاجية : والتي إذا انعدمت وقع الناس في مشقة وحرج شديد.

3–الحقوق التحسينية : وتتمثل في كماليات الحياة ، أوالحق في المنفعة العامةوالرفاهية ومكارم الأخلاق

فقد تنقسم الحقوق إلى قطعية وظنية ، أو إلى الحقوق والمصالح الكلية والجزئية[2].

الفقرة الثانية : تقسيمات الحقوق في الفكر القانوني الوضعي بين توسع المضمون وتعدد التصنيفات

لقد تمّ تقسيم الحقوق والحريات في الفكر القانوني الوضعي والدستوري خصوصا إلى العديد من التصنيفات. "فإذا كان مضمون الحريات والحقوق في البداية محدودا ، إلاّ أن تطور الإنسان وتطور احتياجاته أديا إلى توسع هذا المضمون؛ بل إلى تضخمه"[3].

ويرى الفقيه الفرنسي **كوليار** أن تنظيم الحرية ونماذج ممارستها وانخراطها في الحياة الاجتماعية ، هو ما يجب أن يكون محل البحث والدراسة ، كما يرى أن وصف الحرية وصفا دقيقا أجدى من عمليات التقسيم والتصنيف ، وأنّ الاهتمام بتنظيم الحريات والحقوق أولى من الاهتمام من تقسيماتها[4].

ولهذا سنعرض أهم تقسيمات الحقوق والحريات ، سواء في الفقه التقليدي منها أو الحديث ، ثم نذكر المعايير المتنوعة حول تصنيف الحقوق والحريات بالشكل الذي يسهم في ترسيخ تعريفها :

أولا : تقسيمات الفقه التقليدي للحقوق والحريات :

1/تقسيم العميد ديجي : L. Dugit [5] : لقد ميّز العميد ليون ديجي بين قسمين من

1 –الشاطبي ، أبو إسحاق : (الموافقات) مصدر سابق ، ج1 ، ص30– 38.

2– ابن عاشور : (مقاصد الشريعة الإسلامية) المرجع السابق نفسه، طبعة الشركة التونسية، ص 78 وما بعدها.

3 – المجذوب : (النظرية العامة لحقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص18.

4 – Colliard : (Les libertés publique) op. Cit .P156

5–دوجي ، ليون : (القانون الدستوري) دم.دن.ط2 ، ج5 ، ص1.نقلا عن : Colliard : ibid.P155

الحريات :

أ- الحريات السلبية : وهي التي تعني تلك القيود على السلطة في الدولة.

ب- الحريات الإيجابية : وهي التي تتضمن خدمات إيجابية تقدمها الدولة للأفراد.

2/ تقسيم إسمان : E-ESMEIN [1] : قسم إسمان الحريات والحقوق إلى فرعين رئيسيين :

القسم الأول : المساواة المدنية : L'égalité civile والتي تتفرع عنها أربعة حقوق :

1- المساواة أمام القانون.
2- المساواة أمام القضاء.
3- المساواة في تولي الوظائف العامة.
4- المساواة أمام الضرائب.

القسم الثاني : الحرية الفردية : La liberté individuelle وتنقسم إلى :

أ- الحقوق المادية : وهي التي تتفرع إلى :

1- الحرية الشخصية بمعناها الضيق؛ أي : حق الأمن وحرية التنقل.
2- حق الملكية الفردية أو حرية التملك.
3- حرية المسكن وحرمته.
4- حرية العمل والتجارة والصناعة.

ب- الحقوق المعنوية : وهي التي تتصل بمصالح الأفراد المعنوية والمتعلقة بالفكر الإنساني :

1- حرية العقيدة وحرية الديانة.
2- حق الاجتماع.
3- حرية الصحافة.
4- حرية تكوين جمعيات وحرية التعليم ، وحق تقديم الشكاوى والعرائض.

تقييم :

1- يؤخذ على تقسيم إسمان أنه لا تنعكس عنه نتائج قانونية أو عملية من خلال تمييزه بين الحقوق المادية والحقوق المعنوية.

1-إسمان: (القانون الدستوري) ، ج1 ، ص : 582-584 نقلا عن بدوي : (النظم السياسية) مرجع سابق ، ص413-414. وينظر كذلك : نجم ، أحمد حافظ : (حقوق الإنسان بين القرآن والإعلان) ، مرجع سابق ، ص 31.

2- كما أن بعض هذه الحريات تتضمن جوانب مادية ومعنوية في نفس الوقت ، فحق الحرية والأمان الشخصي مثلا له مضمون مادي هو : عدم إمكان اعتقال أو القبض على الفرد أو تقييد حريته في التنقل إلا وفقا للقانون ، وعدم اتخاذ إجراءات مادية تتضمن تقييدا ماديا لهذا الحق. وفي المقابل له مضمون معنوي لا يمكن إنكاره[1] ، ويتمثل ذلك في الكرامة الإنسانية وتقديس حرية الإنسان.

3- كما أن هذا التقسيم تجاهل الحقوق الاجتماعية مثل حق العمل وحق التأمين الصحي والضمان الاجتماعي ، وحق تكوين النقابات المهنية ، وكذا حق الإضراب عن العمل ، فقد أخرج هذه الحقوق من الحقوق والحريات العامة[2].

ثانيا : تقسيمات الفقه الحديث للحقوق والحريات :

1/ تقسيم الأستاذ كولیار[3]، C.A.Colliard :

قسم الأستاذ كلود ألبير كوليار الحريات العامة إلى ثلاثة أصناف رئيسية : الحريات الأساسية أو الحريات الشخصية وحريات الفكر ، والحريات الاقتصادية.

أ- الحريات الشخصية : وتتضمن حق الأمن ، حرية الغدو والرواح ، واحترام حرمة المسكن والمراسلات ، وحرية الحياة الخاصة للفرد.

ب- الحريات الفكرية : وتحتوي على : حرية الرأي ، حرية الدين والتعليم والصحافة ، والمسرح والسينما والإذاعة والتلفزيون ، وحرية الاجتماع ، وحرية الإشتراك في الجمعيات.

ج- الحريات الاقتصادية والاجتماعية : و تشمل الحق في العمل ، والحرية النقابية ، حق الملكية ، وحرية التجارة والصناعة.

2/ تقسيم الفقيه بيردو[4]George Burdeau : لقد وزع الحريات العامة على أربع مجموعات أساسية :

أ- الحريات الشخصية البدنية : تتضمن : حرية الذهاب والإياب ، وحق الأمن : la sûreté ، وحرية الحياة الخاصة والتي تمثل حرمة المسكن والمراسلات.

---

1 - Colliard. C.A. (Les libertés publiques) op. cit. P156 et 212

2 - بدوي ، ثروت : (النظم السياسية) ، المرجع السابق نفسه. ص 414.-415.

3- Colliard ; ibid .P : 158 et 217

4 -Burdeau. George : (Les libertés publiques) op.cit . P 106 et S.

ب- الحريات الاجتماعية : وتشمل حق الاشتراك في الجمعيات ، وحرية الاجتماع ، وحرية المظاهرات.

ج- الحريات الفكرية : وتتفرع إلى : حرية الرأي ، وحرية الصحافة وحرية المسرح والسينما والإذاعة والتلفزيون ، وحرية التعليم ، والحرية الدينية والعقائدية.

د- الحقوق الاقتصادية والاجتماعية : وتشمل : الحق في العمل ، وحرية العمل ، حق الملكية ، حرية التجارة والصناعة.

3/ تقسيم الفقيه أندريه هوريو[1] : قسم الفقيه اندريه هوريو الحريات إلى قسمين :

القسم الأول : حريات الحياة المدنية : Vie civile ، ويتضمن : حرية التنقل ، حق الأمن ، الحريات العائلية ، حق الملكية ، حرية التعاقد ، وحرية التجارة والصناعة.

القسم الثاني : حريات الحياة العامة : La Vie publique ، وتتضمن : الحق في تولي الوظائف العامة ، القبول لأداء الشهادة ، وأداء الخدمة العسكرية. وكذلك : الحقوق السياسية مثل حق التصويت في الانتخابات والاستفتاءات العامة ، وحق الترشح لعضوية المجلس النيابية.

4/ تقسيم الأستاذ ثروت بدوي[2] :

بعد انتقاده لتقسيمي الأستاذين "بيردو" و"كوليار" للحقوق والحريات ، وبخاصة دمجهما للاقتصادية والاجتماعية منها ، فرق الأستاذ ثروت بدوي بين الحقوق الاقتصادية والحقوق الاجتماعية ، ذلك أنه لكل واحدة منها هدفه وطابعه الخاص. فالحقوق الاقتصادية تتعلق بحق الملكية وبمصالح ونشاط الملاك الأقوياء اقتصاديا ، بينما الحقوق الاجتماعية تستهدف حماية الأجراء والضعفاء ، ويطغى عليها الطابع الجماعي الاشتراكي. أما الحقوق الاقتصادية فذات طابع فردي ، والذي يقوم المذهب الفردي فيه على أساس هذه الحريات التي تجسدها الأنظمة السياسية والاقتصادية الليبيرالية ، مما يجعل بعض التعارض بين الحقوق الاقتصادية والاجتماعية.

لذا فقد قسم بدوي الحقوق والحريات إلى ثلاثة أقسام رئيسية :

أ- الحريات الشخصية : وتشمل حرية التنقل ، وحق الأمن ، وحرمة المسكن ، وسرية المراسلات ، واحترام السلامة الذهنية للإنسان.

---

1 - (القانون الدستوري والنظم السياسية) مرجع سابق.ج1 ، ص 174 وما بعدها.

2 - (النظم السياسية) مرجع سابق ، ص 418-419.

ب- الحريات الفكرية : وتشمل حرية الرأي ، والحرية الدينية ، وحق التعليم ، وحرية الصحافة ، وحق الإجتماع وتكوين الجمعيات.

ج- الحريات الاقتصادية : وتشمل حق التملك ، وحرية التجارة.

5/ تقسيم جان ريفيرو[1] : وقد صنف الحريات العامة إلى خمس مجموعات رئيسية وهي :

أ-حق الأمن أو الحرية الفردية : وتشمل ضمانات الحماية من السجن والقبض والاعتقال وما إليها.

ب- حرية الحياة الخاصة للإنسان : وتشمل حرية السكن والمراسلات والاتصالات التليفونية والرسائل وحفظ الأسرار العائلية وغيرها.

ج- حرية الجسد : وتشمل ضمانات الحماية من التعذيب والاغتصاب والقتل والسّخرة والعبودية.

د- الحريات الثقافية والمعنوية : وتشمل حريات الفكرة والرأي والدين والعقيدة والتعليم وما يليها.

هـ- الحريات الاجتماعية والاقتصادية : وتشمل الضمانات لاجتماعية وحرية اختيار المهنة أو النشاط وحق التطور الإقتصادي وما إلى ذلك.

6/ تقسيم الأستاذ مصطفى أبو زيد فهمي[2] : وقسمها إلى ثلاث فروع :

أ- الحقوق والحريات الشخصية : وتشتمل على : حرية التنقل ، حق الأمن ، وحرمة المسكن ، وحرية المراسلات ، واحترام السلامة الذهنية للإنسان.

ب- حريات الفكر أو الحريات الذهنية.

ج- الحريات الاقتصادية.

7/تقسيم الدكتور عبد الله بسيوني عبد الغني[3] : قسم الحقوق والحريات إلى 3مجموعات :

1- Jean Riviro : (Les libertés publiques) Paris. 1980. P 30. نقلا عن : نجم ، أحمد حافظ : (حقوق الإنسان بين القرآن والإعلان) مرجع سابق ، ص 33-34.

2 -فهمي ، مصطفى أبو زيد : (الدستور المصري فقها وقضاء) مرجع سابق ، ص171 وما بعدها.

3 - عبدالغني، عبد الله بسيوني : (النظم السياسية و القانون الدستوري) الدار الجامعية ، بيروت ، دط. 1993م، ص 358.

المجموعة الأولى : الحقوق والحريات المتعلقة بشخصية الإنسان : (حق الحياة ، حق الأمن ، حرية الإنتقال ، حرمة المسكن ، سرية المراسلات).

المجموعة الثانية : الحقوق والحريات الخاصة بفكر الإنسان : (حرية العقيدة والعبادة ، حرية الرأي ، حرية التعليم ، حرية الاجتماع ، حرية تكوين الجمعيات ، والانضمام إليها).

المجموعة الثالثة : الحقوق والحريات المتعلقة بنشاط الإنسان : (حق العمل ، حرية التجارة والصناعة ، حق الملكية).

8/تقسيم راشد الغنوشي[1] : وقسم الحريات إلى :

أ- حرية المعتقد.

ب- حرية الذات وحق التكريم الإلهي للذات البشرية.

ج- حرية الفكر والتعبير.

د- الحقوق الاقتصادية.

ه- الحقوق الاجتماعية.

و- الحقوق والحريات السياسية.

9/ تقسيم الدكتور أحمد حافظ نجم[2] : وقد اعتمد على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان باعتباره الوثيقة الدولية الأساسية لحقوق والحريات وقسمها إلى خمس مجموعات :

أ- الحرية الشخصية وحرية الجسد : وتشمل حقوق الأمان من العبودية والقهر والسّخرة والقتل والإغتصاب والتعذيب ، وسرية الحياة الخاصة والعائلية للفرد ومراسلاته واتصالاته التليفونية والبرقية ، وحرمة مسكنه ، وحرية الإنتقال ، وحق الزواج وتكوين الأسرة ، وحقوق الأمومة والطفولة ، وحق السلامة البدنية والصحة للإنسان.

ب- الحقوق القضائية والقانونية : وتضم الضمانات في الدفاع ، والحماية القانونية والقضائية في مواجهة كافة الجهات الإدارية والقضائية على اختلافها ، وحق المساواة بين الجميع أمام القانون وأمام القضاء ، وحق التقاضي أمام جميع درجات المحاكم

1 -الغنوشي : (الحريات العامة) مرجع سابق ، ص 39و74.

2 - نجم : (حقوق الإنسان بين القرآن و الإعلان) المرجع السابق نفسه ، ص 34-35.

بالدولة ، وحق الإعتراف للفرد بشخصيته القانونية في كل مكان ، وعدم التعرض تعسفيا للقبض أو الإعتقال أو النفي أو الحبس أو المحاكمة على غير سند من القانون ، وحق تقديم العرائض والشكاوى.

ج – الحرية الفكرية والسياسية.

د – الحقوق الاقتصادية والاجتماعية.

ه – الحقوق التعليمية والثقافية

الفقرة الثالثة : المعايير المتعددة في تصنيف الحقوق والحريات وآثارها القانونية على التزامات الدولة[1]

إن اختلاف شراح القانون حول تقسيم الحقوق والحريات ، يرجع إلى المعايير التي اعتمدها كل منهم في تصنيف مضمون الحريات العامة. وسنتناول أهم هذه المعايير المعتمدة التي تجمل الأسس التي بنيت عليها التقسيمات المذكورة سالفا.

أولا– التصنيف باعتبار موضوع الحق أو الحرية :

يعتبر هذا التصنيف الأبسط والأكثر شيوعا ، ويعتمد **موضوع** الحق و الحرية أساسا له. وتدخل ضمن هذه اللائحة :

– الحريات الجسدية : كالحق في الحياة ، الحقوق البدنية ، الحق في الحياة الخاصة ، الحق في التنقل الحق في الأمان .

– الحريات الفكرية : حرية الرأي والتعبير ، الحرية الدينية ، حرية التعليم ، حرية الصحافة والإعلام.

– الحريات الاجتماعية : حرية الاجتماع ، حرية إنشاء الجمعيات والأحزاب.

ثانيا – التصنيف باعتبار صفة الشخص المستفيد من الحق:

ويعتمد صفة أو **موقع الشخص** الذي يستفيد من الحق أو الحرية كمعيار له ضمن

---

1 – لقد استقرء الدكتور محمد سعيد مجذوب التقسيمات المتعددة للحقوق والحريات ، ومنها قام باستنتاج المعايير التي تصنف وتلخص الاعتبارات التي بنى عليها فقهاء القانون الدستوري تقسيماتهم ، حيث يجملها بعد دراسته لها في أربعة معايير يتأسس ويبنى عليها تقسيم الحقوق والحريات بشكل يغني عن الغوص في تفاصيل التقسيمات المختلفة حولها. ينظر : مجذوب : (النظرية العامة لحقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص18 وما بعدها . كما صنفها الدكتور خيري أحمد الكباش إلى صنفين : "حقوق الإنسان بوصفه إنسانا أو بسبب إنسانيته" و "حقوق الإنسان بوصفه عضوا في المجتمع" ينظر ، الكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان–دراسة مقارنة–) _أصله رسالة دكتوراه_مرجع سابق ، ص 57 وما بعدها.

لائحة :

- حقوق الفرد (المجرد) : حق الحياة ، حق الكرامة ، الحقوق البدنية ، حماية الحياة الخاصة.

- حقوق الفرد كمواطن : حق الجنسية ، الحقوق السياسية ، حرية التعبير والاجتماع.

- حقوق الفرد كمتقاض : الحق باللجوء للقضاء ، الحق بقرينة البراءة.

- حقوق الفرد ككائن اقتصادي : حق الملكية ، الحق في العمل ، الحق في الضمان.

ثالثا- التصنيف باعتبار طبيعة الحقوق والحريات :

يعتمد هذا التصنيف على طبيعة الحقوق والحريات ، ونوعية الإمكانات التي تتيحها كمعيار يقدم اللائحة الآتية :

- الحريات أو الحقوق التي تضمن الاستقلال الذاتي للإنسان Libertés-autonomies : الحرية الفردية ، حرية التجمع ، حرية التعليم ، حرية الرأي...

- حقوق المساهمة أو الحقوق التي تؤمن مشاركة الفرد في الشأن العام ; Libertés Droit-participation : وتتمثل في الحقوق السياسية ، حقوق المواطنة.

- حقوق المديونية Droit-créances : وهي التي تشكل التزاما إيجابيا (دَيْنًا) على عاتق السلطة لتمكين الفرد من الاستفادة منها : الحق بالرعاية الصحية ، والاجتماعية ، الحق بالعمل ، الحق بالمسكن...

- الحقوق-الضمانات Doits-garanties : وهي مجموعة من المبادئ ذات الطابع الإجرائي التي تؤمن للفرد إمكانية ضمان حماية حقوقه : الحق باللجوء إلى القضاء ، مبدأ عدم رجعية القوانين ، مبدأ قرينة البراءة.

رابعا- التصنيف باعتبار المعيار الزمني Chronologique :

ويقوم على أساس إعداد لائحة تستند إلى الظهور التاريخي لأجيال الحريات والحقوق في المجتمعات الغربية ، وتوسع مداها وتطورها نوعا وكمًّا مع تقدّم الأزمنة. كما تكمن أهمية هذا التصنيف إلى أجيال في أنه يعكس أولويّة ظهور كل واحدة من الحريات زمنيا ، وبالتالي أهمية بعضها بالنسبة للبعض الآخر.

فقد اعتبرت حقوق الجيل الأوّل بمثابة النواة الصلبة التي تمحورت حولها باقي الحقوق والحريات ، لكونها مقررة للإنسان بوصفه إنسانا ، بينما تكتسي حقوق الجيل الثاني الطابع المجتمعي أكبر من الطابع الفردي ، وأخيرا تأتي حقوق الجيل الثالث

لتعكس طموحات الإنسانية نحو أبعاد كونية أفضل[1] :

1 – الجيل الأول لحقوق وحريات الإنسان :

أ- معنى حقوق الإنسان بوصفه إنسانا :

لقد تكرّس هذا الجيل مع قيام الثورة الفرنسية عام 1789م ، حيث بدأت تتشكل فكرة الصياغة القانونية لحقوق وحريات الإنسان ممثلة في **الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن** ، والذي يتأسس عن مدرسة القانون الطبيعي والنظرية الفردية الليبيرالية. حيث كان من أبرز أهدافها إقرار حقوق الإنسان بوصفه إنسانا دون اعتبار للجنس أو اللون أو الدين أو غيرها من الفوارق ، فهي تدعو إلى ترسيخ **مبدأ الحرية** ، والحق في الحياة ، الكرامة ، المساواة ، الأمان ، حق التملّك ، حق الإنسان بالتصرف في جسده ، الحق بالخصوصية ، والحق بالمساهمة في الشأن العام.

ولقد تكرّست هذه الحقوق تباعا ضمن كل من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بتاريخ 10 ديسمبر 1948م[2] ، ويشكل هذا الإعلان "المعيار المشترك الذي تقيس به الشعوب والأمم كافة منجزاتها"[3]. وتجسدت حقوق الجيل الأول أيضا في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966م[4].

ب- مسؤولية السلطة العامة في الدولة تجاه حقوق الجيل الأول :

إن دور السلطة العامة في الدولة تجاه الحقوق الجيل الأول ممثلا في الحقوق والحريات الفردية التقليدية ، والتي تجب للإنسان بوصفه إنسانا يكتمن ثلاثة مستويات أساسية : **واجب الاحترام** ، **واجب الحماية** ، **وواجب تنفيذ حقوق الإنسان**[5].

– فالمستوى الأول يتطلب التزاما **سلبيا** ، ويتمثل في الحرص على عدم الاعتداء على

---

1 – مجذوب : (النظرية العامة لحقوق الإنسان)مرجع سابق ، ص 21–22.

2 – الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 217 ألف (د–3) المؤرخ بتاريخ 10 كانون الأول/ ديسمبر 1948م. المصدر : نسخة المركز الوطني لحقوق الإنسان ، عمان الأردن.

3 – الحديثي ، خليل : (حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، ملاحظات في نقد الفكر الغربي) مرجع سابق ، ص30.

4 – العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2200 ألف (د–21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ ديسمبر 1966. تاريخ بدء النفاذ : 22آذار/ مارس1976 ، وفقا لأحكام المادة 49. المصدر : نسخة المركز الوطني لحقوق الإنسان ، عمان الأردن.

5 – الكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان–دراسة مقارنة–) مرجع سابق ، ص 73–74.

الحقوق وتأمين عدم انتهاكها أثناء تنظيمها بين الأفراد "الدولة الدركيّة Etat-gendarme". كون طبيعتها أنها حقوق مجانية ولا تكلف السلطة أية أعباء تذكر عدا عدم المساس بهذا النوع من الحقوق ، والامتناع عن فعل أي شيء ينتهك سلامة الفرد أو يمس حريته[1].

- أما المستوى الثاني والمتجسد في **واجب الحماية** ، فيتطلب تعزيز وترقية الدولة لممارسة الحقوق بالشكل الذي شرعت لأجله أساسا ، وذلك من خلال الحماية بالنصوص القانونية وسنّ القواعد القانونية التي تحمي الحقوق الفردية وتوفّر الآليات ، وكذا اتخاذ الدولة الإجراءات والوسائل اللازمة لمنع الأفراد الآخرين أو المجموعات الأخرى من انتهاك سلامة الفرد وحرية تصرفه؛ بل وكافة ما له من حقوق [2].

- وأخيرا المستوى الثالث؛ **واجب التنفيذ** الذي يتطلب من الدولة أن تتخذ الإجراءات الضرورية لكي تضمن لكل إنسان تحت ولايتها ، فرص إشباع الاحتياجات التي تعترف بها الشرعة الدولية لحقوق الإنسان وكافة المواثيق الدولية الأخرى ، والتي يمكن تأمينها بالجهود الشخصية للدول[3].

ولا يجوز أن تقف الدولة عند مستوى واحد من هذه المستويات الثلاثة ، كما لا ينبغي لها إنكار أحدها أو انتهاكه ، لأن هذه الحقوق تتصل بإنسانية الإنسان اتصال وجود وعدم ، ويربطها مبدأ وحدة هذه الحقوق ، فمن باب الأولى ألاّ يكفي تذرع الدولة بواجب احترامها وحمايتها فقط ، بل يلزم علاوة على ذلك أن تعمل ما يؤدي إلى تحقيقها للإنسان جزماً ، حتى يتمكن من التمتع بها فعلاً.

ولهذا فطبيعة مسؤولية الدولة بصدد هذه الحقوق هي : "**التزام بتحقيق غاية أو نتيجة Obligation de resultat**" ، ويكون بوجوب تحقيق الدولة للخاضع إلى رعايتها كافة حقوقه التي تجب له بسبب إنسانيته بشكل فوريٍ وحاسمٍ ، وليس مجرد التزام ببذل عناية[4].

2 – الجيل الثاني لحقوق وحريات الإنسان

أ- معنى حقوق الإنسان بوصفه عضوا في المجتمع :

ظهر هذا المفهوم في بيئة مختلفة عن بيئة الجيل الأول من الحقوق والحريات التي

1 – الكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان-دراسة مقارنة-) المرجع السابق نفسه ، ص73. وكذا : مجذوب (النظرية العامة لحقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص 21.

2 – مجذوب ، المرجع نفسه ، ص21 . وكذا : الكباش ، المرجع نفسه ، ص 73- 74.

3 – الكباش ، المرجع نفسه ، ص 74.

4 – الكباش ، المرجع والصفحة نفسها.

طالب بها الإنسان ، فبعد أن تحولت المجتمعات في بريطانيا وفرنسا وألمانيا إلى مجتمعات صناعية وما رافق ذلك من خلق تجمعات سكانية مكتظة والمطالبة بظروف معيشة أفضل ، وبقيام الثورة البولشفية في روسيا عام 1917م ، هو ما أدى إلى ظهور مضامين جديدة للحقوق والحريات ارتبطت بترسيخ مبدأ المساواة السياسية ، فطالب المواطنون بالعدالة الاجتماعية من خلال توفير فرص العمل والتعليم والرعاية الاجتماعية ، فالمطالبات المقدمة ارتبطت بالمجموع ولم تعد تؤكد على الفرد[1].

وهذا يعني أن المضمون الحديث قد تحول إلى المطالبة بالحصول على عطاء ، أو امتياز من الدولة ليشمل المجتمع بالرعاية والاهتمام وليس الفرد بهذا الوصف. فقد سميت هذه الحقوق بـ"**حقوق المديونية**" Droit-Créances ، وذلك لأنها ترتب التزامات إيجابية على عاتق السلطة حتى يتاح الاستفادة منها. وظهر مفهوم "**الدولة الرعائيّة**" أو "**دولة العناية**". إذن؛ فالجيل الثاني من الحقوق والحريات يراد بها الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية كالحق في العمل والأجر ، والحق في المسكن والملبس ، والحق في الغذاء ، والرعاية الصحية ، والتعليم. وهي حقوق لا تتعلق بالإنسان كفرد ، ولكن بالإنسان كعضو في المجتمع[2].

ب- مسؤولية الدولة تجاه حقوق الإنسان بوصفه عضوا في المجتمع :

أما دور الدولة إزاءها هو أن تضطلع بدور **إيجابي** أساسا أكثر من مجرد النصوص. فهي مطالبة بتحقيق هذه الحقوق وذلك باتخاذ المبادرات المادية التي تؤمن نقل حقوق وحريات الجيل الثاني من المجال النظري إلى المجال العملي ممثلا في إنجاز خدمات ، مستشفيات ، مؤسسات تعليمية... ، ولا تكتفي السلطة بدور سلبيٍّ كما هو الحال في حقوق وحريات الجيل الأول التي تكون الدولة مطالبة فقط بعدم الاعتداء عليها[3].

وهذه الالتزامات منقسمة بين أمرين[4] :

أ- الحقوق التي تتوافر مقومتها وإمكانياتها لدى الدولة بالفعل ، فهذه تكون مسؤولية الدولة تجاهها "**مسؤولية بتحقيق غاية أو نتيجة**" "Obligation de Résultat" فهي تلتزم بتحقيقها للأفراد دون تمييز بينهم بين المتساوين منهم.

---

1 - فائق ، محمد : (حقوق الإنسان والتنمية) ، مجلة المستقبل العربي ، العدد 251 ، كانون الثاني سنة 2000م ، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت ، ص101.

2 - مجذوب : (النظرية العامة لحقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص 20

3 - مجذوب ، المرجع والصفحة نفسها.

4 - الكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان-دراسة مقارنة-) مرجع سابق ، ص 82.

ب- أما الحقوق التي لا تتوافر مقوماتها وإمكانيتها لدى الدولة بالفعل ، فهذه تكون مسؤولية الدولة تجاهها مسؤولية **"مسؤولية بذل عناية"** " Obligation de Moyen ".

وقد تكرّست حقوق الجيل الثاني ضمن العهد الدولي لحقوق لإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966م ، حيث أكّد على أنه يتعين على الجماعة الدولية أن تعمل على تنفيذ مبدأ التعاون الدولي في هذا المجال لتساعد الدولة التي تحول إمكانياتها دون تحقيق هذه الحماية لحقوق أفرادها (م 2/ ف1 العهد الدولي لحقوق لإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية)[1].

3- الجيل الثالث لحقوق وحريات الإنسان.

إن ظهور هذا الجيل لم يكن إلا استجابة لمتطلبات جديدة برزت في إطار المجتمع الدولي ، ممثلة في مطالبات تناشد بتعزيز مفهوم "التضامن الدولي Droit de solidarité" ، وتمت بموجبه الدعوة إلى عدة حقوق : الحق بالسلام والأمن ، حق الشعوب في تقرير المصير ، الحق بالتنمية المستدامة ، الحق بالبيئة المحمية ، حقوق الأجيال القادمة...[2]

و إذا كانت الحقوق الاقتصادية والاجتماعية ضرورية لإسباغ الفعالية على الحقوق المدنية والسياسية ، فإن حقوق التضامن تعتبر شرطا ليس لفعالية حقوق الجيلين الأول والثاني فقط؛ بل وجود كلاهما. إذ يصبح من العبث الحديث عن الحقوق والحريات حينما يكون الناس في مواجهة الحروب والدمار والكوارث الطبيعية[3].

---

1 - العهد الدولي لحقوق لإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ ديسمبر 1966. تاريخ بدء النفاذ : 3 كانون الثاني/ يناير 1976 ، وفقا لأحكام المادة 27. المصدر : نسخة المركز الوطني لحقوق الإنسان ، عمان الأردن.

2 - مجذوب : (النظرية العامة لحقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص 21.

3 - المرجع و الصفحة نفسها.

المطلب الثاني :

طبيعة العلاقة بين الحرية الشخصية وباقي الحقوق والحريات

لقد أدى شيوع الاستعمال العشوائي لمصطلح "الحريات العامة" و"الحرية الشخصية" و"الحريات الأساسية" وخصوصا في الكتابات السياسية والصحافية[1] ، أدى إلى الالتباس والإبهام الحاصل حول تحديد المعنى القانوني الدقيق لكل منها ، وبيان علاقة أحدها بالآخر. وهو ما يتطلب منا ضرورة توضيح العلاقة بين الحرية الشخصية وباقي الحقوق الأساسية والعامة ، وإماطة اللثام عن الغموض الذي يكتنف هذه العلاقة في الكتابات المختلفة (الفرع الأول). بالإضافة إلى أن الحريات العامة و الأساسية لا يمكن التمتع بها دون وجود الحرية الشخصية (الفرع الثاني) وأخيرا نرى كيف وازن التشريع الإسلامي بين الحريات العامة والشخصية (الفرع الثالث). سيبين كما يلي :

الفرع الأول : علاقة الخصوص والعموم بين الحرية الشخصية والحريات الأساسية والعامة

لقد سعت الدراسات القانونية المختلفة لبيان حق الحرية الشخصية ضمن الحقوق والحريات الأساسية للإنسان وذكره ضمن مجال أوسع هو الحريات العامة ، غير أنه لا يزال الجانب المفاهيمي يحتاج إلى تدقيق أكبر ، خصوصا وأن الحريات الأساسية تتشابك فيما بينها من حيث الممارسة والتمتع بها من جهة ، ومن حيث ضبط حدودها القانونية من جهة أخرى. إلا أن حق الحرية الشخصية يأخذ معنا خاصا من بينها ، وتعريفا دقيقا يميزه ويفرزه عن غيره من الحقوق والحريات الأساسية الأخرى والعامة كما ذكرنا في بداية هذا البحث.

وإن الرابطة التي تجمع الحرية الشخصية بالحقوق والحريات الشخصية أو الأساسية هي بمثابة علاقة عموم وخصوص ، فإذا ما نظرنا إلى الحرية الشخصية نراها تأخذ صورة خاصة عن الحريات الشخصية ، غير أن البعض لا يميز بينهما ، إذ يطلق معنى أحدها للدلالة على الآخر ، إلا أن حق الحرية الشخصية-مفرد- يمثل أحد صور الحريات الشخصية -جمع- أو ما يسمى "الحقوق الأساسية للإنسان" أو "الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان" ، فهما ليسا مترادفين؛ بل الثانية أوسع مفهوما ودلالة من الأولى ، والحرية الشخصية أخص من الحريات الأساسية ، فهي تدخل ضمنها وكلاهما يدخل ضمن الحريات العامة للأفراد.

---

1 - مجذوب: (النظرية العامة لحقوق الإنسان) المرجع السابق نفسه ، ص12- 13.

ويظهر هذا الخلط في عدم التمييز بين الحرية الشخصية وغيرها من الحقوق الأساسية في تقسيم شراح القانون للحقوق والحريات وبيان أنواعها ، حيث نلحظ عدم التفرقة بين المعنى الواسع للحرية الشخصية ومعناها الدقيق الممثل في حق الأمن الشخصي وحماية الإنسان من الاعتقال التعسفي وسلب الحرية دون وجه حق. وهو ما أعطى لمعنى الحرية الشخصية مفهوما فضفاضا يصعّب من تنظيمها القانوني بالرغم من إدراجها ضمن الحقوق الأساسية للفرد. وذلك بإدخال حقوق أخرى ضمن معنى الحرية الشخصية كحرية التنقل ، وحرمة الحياة الخاصة وسرية المراسلات.

كما يبرز تمييز الحريات الأساسية عن الحريات العامة من خلال الأمور الآتية[1] :

1- أن أعمال السلطة التنفيذية بإمكانها أن تشكل خطرا على"الحريات العامة" ، بينما إذا مس الخطر الحريات الأساسية فإنه يمكن أن يبدر كذلك عن أعمال السلطة التشريعية أو السلطة القضائية.

2- تستند حماية "الحريات العامة" إلى القانون التشريعي في الدولة ، بينما تستند حماية "الحريات الأساسية" إلى النصوص الدستورية أو الدولية(المعاهدات).

3- يعتبر القضاء الإداري أو العادي الجهة الصالحة المنوط بها تطبيق قواعد "الحريات العامة" ، بينما يكلَّف القضاء الدستوري بتطبيق قواعد حماية "الحريات الأساسية".

تعقيب :

غير أن هذه التفرقة و التمييز الفقهي بين المفاهيم المتداخلة للحقوق والحريات لا ينفِ حقيقة أن حقوق الإنسان تتكامل فيما بينها ، لأن الأساس في هذه الحقوق هو ترابطها وعدم قابليتها للتجزئة بحسب الأصل. وهذا الأمر لا ينفي حقيقة كون الحقوق والحريات تتفاوت فيما بينها من حيث إعطاء أولوية في أيّ دولة قانونية لطائفة من هذه الحقوق وخصوصا الأساسية منها قبل الحقوق الأخرى[2]. وهو ما يطرح إشكالية تعاطي الدول حول الاهتمام والرعاية بحقوق الإنسان المدنية والسياسية أولا ، أم بالتنمية والحقوق الجماعية أولا؟ وهو ما تتباين مواقف الدول حوله بين تلك التي تحترم حقوق الإنسان وتعزز من مكانة الفرد بين الجماعة ، وبين تلك التي تتذرع بتغليب جانب الاهتمام بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية على حساب حقوق وحريات الأفراد.

---

1 - L .FAVOUREU ,Droit constitutionnel .Dalloz ,2000,p 815.

نقلا عن : مجذوب : (النظرية العامة لحقوق الإنسان) المرجع سابق ، ص 22

2 - ينظر أيضا : حسين ، و الرشيدي (حقوق الإنسان في الوطن العربي) مرجع سابق ، ص31.

الفرع الثاني : الحريات العامة و الأساسية لا يمكن التمتع بها دون وجود الحرية الشخصية

إن تمتع الأفراد بممارسة حق الحرية الشخصية يبقي على جميع حقوقهم الأخرى ، سواء الحريات الأساسية منها أو العامة.

كما نجد أن كل فقهاء القانون الدستوري ، وقبلهم الفقهاء المسلمين قد صنفوا حق حرية الشخصية ضمن الحريات الأساسية أو الحقوق الشخصية للإنسان؛ أي أنها تحظى باهتمام بالغ ورعاية خاصة في ظل منظومة الحريات العامة في النظام الإسلامي والوضعي.

والحرية الشخصية تأتي في مقدمة الحريات الأساسية والعامة باعتبارها لازمة لإمكان التمتع بسائر الحريات الأخرى ، بل أبعد من ذلك فهي **تعد شرط وجود لغيرها من الحريات الفردية المدنية والسياسية على حدّ السواء ، حيث إن جميع الحريات تدور مع الحريات الشخصية وجودا وعدما** ، فلا قيمة لحق الانتخاب أو حرية التعبير مثلا ، إذا لم يتقرر بجانبه حق الفرد في حرية التنقل وحرمة الحياة الخاصة وحق الحرية والأمن وعدم جواز القبض عليه أو حبسه أو إبعاده بغير مسوغ قانوني يقتضي ذلك.

"وبواسطة الحريات الفردية بالمعنى الدقيق ، أو حريات الشخص ، فإن الفرد يتمتع بالظروف ذاتها لباقي الحريات. فإذا كانت حريات الفرد غير موجودة ، فلا وجود لباقي الحريات العامة. وهكذا فإن حريات الفرد ذات طابع ضروري ، وجانب أساسي..."[1].

الفرع الثالث : نظرة مقارنة حول موازنة النظام الإسلامي والوضعي بين الحقوق العامة والشخصية

لقد وازن النظام التشريعي الإسلامي بين الحقوق أو المصالح العامة والمصالح الخاصة الفردية انطلاقا من العقيدة وتقسيم الحقوق بالنظر إلى العلاقة بين العبد وربّه إلى حقوق العباد وحقوق الله. حيث يتضمن كل حق للفرد حقا لله؛ أي الحق العام الذي هو مصلحة الجماعة. وإذا تعارضت مصلحة الجماعة مع المصلحة أو الحق الفردي قُدّمت الحقوق والمصالح العامة. فمهما تكن الحقوق الشخصية خاصة بالعبد ، فلا يمكن أن تكون منفصلة تماما عن حقوق الناس[2].

ونظرية الحرية في الإسلام تكون مطلقة مالم تتصادم بالحقوق والمصالح العامة

---

1 - « par les libertés individuelles au sens strict, ou libertés de la personne, l'individu a les conditions memes des autres libertés. Si les libertés de la personne n'existent pas, il n'y a pas d'autres libertés publiques. ainsi les libertés de la personne ont-elle un caractère nécessaire, un aspect fondamental … » . Colliard. C.A. (Les libertés publiques) op. cit. P157.

2 – أبو زهرة ، محمد : (المجتمع الإنساني في ظل الإسلام) مرجع سابق ، ص257 وما بعدها ، وكذلك ص 280 .

للناس. فإذا تجاوزت حدودها صارت اعتداءً ، ووجب صدّه وتقييده ، ويكون ذلك عن طريق العقوبات الشرعية الزاجرة ، لأنه إذا كانت حرية الأفراد مكفولة ، فإنّ حرية الجماعات أشدّ ضمانا ، وإذا كان الأفراد يقررون مصيرهم في ظل الدولة الإسلامية ، فإن الدول تقرر مصيرها في ظل الله تعالى والعدل والأمن والسلم ، ولذلك كان الإسلام والتحكّم أو الاستبداد نقيضين لا يجتمعا ، فليس للإنسان أن يتحكم في غيره ، كما أنه ليس للدولة أن تتحكم في الناس ، ولكن لها أن تحكم عليهم إذا تجاوزوا حدودهم ، وحتى طبيعة العقوبات في الإسلام كانت لا تتجه إلى تقييد الحرية ، لأن فيه منع للحركة التي تسري بها حياة الإنسان ، والإسلام جاء ديناً للحياة[1].

فهذا التكافل الإجتماعي بين الحق العام والخاص هو "غاية مزدوجة" للتشريع الإسلامي ، وكلاهما يمثل "القيمة المحورية" له. بحيث يدور عليها مدار التشريع في الأحكام والقواعد والمبادئ والمقاصد الأساسية دون إلغاء لأيٍّ منها[2]. ولقد صور النبي ﷺ هذا التّوازن والتلازم حقيقة ووضوحا في حديث السفينة ، والذي يبين فقه الموازنات ودوره في تحقيق المصلحة الشرعية. حيث يقول النبي ﷺ: «**مَثَلُ الْقَائِمِ عَلَى حُدُودِ اللَّهِ وَالْوَاقِعِ فِيهَا كَمَثَلِ قَوْمٍ اسْتَهَمُوا عَلَى سَفِينَةٍ فَأَصَابَ بَعْضُهُمْ أَعْلَاهَا وَبَعْضُهُمْ أَسْفَلَهَا فَكَانَ الَّذِينَ فِي أَسْفَلِهَا إِذَا اسْتَقَوْا مِنْ الْمَاءِ مَرُّوا عَلَى مَنْ فَوْقَهُمْ فَقَالُوا لَوْ أَنَّا خَرَقْنَا فِي نَصِيبِنَا خَرْقًا وَلَمْ نُؤْذِ مَنْ فَوْقَنَا فَإِنْ يَتْرُكُوهُمْ وَمَا أَرَادُوا هَلَكُوا جَمِيعًا وَإِنْ أَخَذُوا عَلَى أَيْدِيهِمْ نَجَوْا وَنَجَوْا جَمِيعًا**»[3].

ولقد خلص العلماء من مبدأ التكافل الاجتماعي الذي ترمز إليه الحقوق والحريات في الإسلام إلى قاعدة مفادها أن : " **حقُّ الغير محافظٌ عليه شرعاً**"[4] ، وهو حق الله تعالى في كل حق فردي للعبد ، بما يحقق معنى العدل الاجتماعي الذي يعدّ ضمانة لمنع الاستبداد في الحكم ، لأن كلا من الحقوق العامة والخاصة مصدرها واحد وهو الشرع ، كذا فإنه يقيها من الظلم والتعسف[5].

وفي المقابل نجد الفلسفات الغربية تبرّر أن التمتع بالحقوق والحريات وكذا

1- أبو زهرة : (المجتمع الإنساني في ظل الإسلام) المرجع السابق نفسه ، ص257 وما بعدها ، وكذلك : ص 280. وينظر : الدريني : (الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده) مرجع سابق ، ص22-23.

2-الدريني ، فتحي : (دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر) دار قتيبة ، بيروت ، ط1 ، سنة 1988.ج1 ، ص 66. وينظر كتابه : (خصائص التشريع الإسلامي) مرجع سابق ، ص 395-396 .

3- حديث السفينة سبق تخريجه عن النعمان بن بشير رضي الله عنه. ينظر : ص 86 ، الهامش رقم 1.

4 - الشاطبي : (الموافقات) مرجع سابق ، ج 2 ، ص 284 وما بعدها.

5 - الدريني ، فتحي: (دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر) المرجع نفسه ، ج1 ، ص 47-48.

مصدرها نتاج التطور الحاصل عن الثورات والنضال الذي قامت به الشعوب لافتكاك حقوق الإنسان من سطوة السلطات الحاكمة. كما أن نشأة الحقوق تختلف باختلاف النظريات الغربية من جهة أخرى[1] ، وهذا ما تناولناه بوضوح من خلال نظرة الفكر القانوني للحريات.

فقد وَفَّق النظام الإسلامي تماماً بين النزعة الفردية والنزعة الجماعية توفيقا انفرد به عن سائر الأنظمة التشريعية الوضعية ، ويكمن هذا عن طريق توحيد الغاية للفرد والدولة ، فجعل غاية الفرد هي ذاتها غاية الجماعة ، وهدف الجماعة هو نفسه هدف الفرد ، ويتجلى الأمر في تنفيذ الشريعة التي هي القانون الإسلامي؛ بما في ذلك الحقوق والحريات والالتزام بها ابتغاء مرضاة الله ، وطمعا في السعادة الأخروية. وبهذا ابتعد النظام الإسلامي عن الإفراط في حقوق الأفرد على حساب الجماعة ، أو العكس بالتفريط في حقوقهم على حسابها[2].

فحقوق الأفراد إذا طغت على حساب سلطة الدولة والجماعة حصلت الفوضى ، وسلطة الدولة إذا طغت على الأفراد فذلك هو عين الاستبداد. وهو الأمر الذي يحتّم وجود ضمانة لعدم الطغيان من الجانبين ، ولابد من حَكَمٍ عَدْلٍ وميزانٍ ضابطٍ ، وتلك هي الشريعة التي تقرر ما يكون للأفراد ، وما حدود مصلحة الجماعةً ، وتجعل هذا الحكم الذي تقرره لا مجرد قانون ، بل عقيدةً وديناً واجب الاتّباع. ومن ثَمّ ؛ فإن شخصية الفرد لا يمكن أن تفنى وتذوب في الدولة ضمن النظام الإسلامي ، وإنما تقوم بإزائها وتقف معها بتساند من الجانبين. فإذا كان على الفرد أن يعمل على إعانة الدولة ويحرص على بقائها وصلاحها والخضوع لها والتضحية من أجلها و تقديم الولاء والنصرة والطاعة لها كما يصطلح عليه الفقهاء ، فإنّ على الدولة أن تحقق شخصية الفرد بأن تمكنه من التمتع بكامل حقوقه وحرياته[3].

غير أن ما ورد عبر التاريخ الإسلامي من تعسفات في سياسة الحكم ، وما تقوم عليه أغلب الدول الإسلامية اليوم من ظلم واعتداءات وإخلال بهذه الحقوق هو خروج عن التطبيق السليم لما جاء به الشرع الحنيف. فنرى مثلا أن كل الأئمة الأربعة قد تعرضوا إلى اعتداء السلطة الحاكمة لصدعهم بالحق تجاهها ، وأنهم لم يسكتوا عنه. فمهمة السلطة الحاكمة في النظام السياسي الإسلامي أساسا هي تطبيق ما جاء به

1- الرشيدي : (تأصيل دراسة استراتيجية حديثة لدراسة حقوق الإنسان) مرجع سابق ، 253.
2 - البياتي : (النظام السياسي الاسلامي مقارنا بالدولة القانونية) مرجع سابق ، ص 110.
3 - المرجع والصفحة نفسها.

الشرع ، واحترام حرمات الناس وظهورهم ، والسير في طريق واحد مع الشرع ، وليس النيل من حرمة الشرع و حرمات الأفراد.

وفي مجمل القول إن مشكلة انتهاك حقوق الفرد وحرياته ضمن علاقته بالجماعة لم تظهر في النظام التشريعي الإسلامي ، وما نتج عبر التاريخ الإسلامي من تعسفات في سياسة الحكم واعتداءات على هذه الحقوق هو إخلال بمبدأ الشرعية وما جاء به الشرع الحنيف من أحكام سمحة. فنرى مثلا أن كل الأئمة الأربعة قد تعرضوا إلى اعتداء السلطة الحاكمة لصدعهم بالحق ، وأنهم لم يسكتوا عنه. فمهمة السلطة أساسا هي تطبيق ما جاء به الشرع ، واحترام حرمات الناس وظهورهم ، والسير في طريق واحد مع الشرع ، وليس النيل منه[1].

1 – غجاتي، فؤاد: (الحماية الجنائية لحق الأمن الشخصي ، دراسة مقارنة) مرجع سابق ، ص 62.

المبحث الثاني :
مقومات وركائز حق الحرية الشخصية والحريات الأساسية للفرد

تتجذر الحقوق والحريات في كلا النظامين التشريعيين الإسلامي والوضعي من خلال مقومات وركائز تشكل المناخ الطبيعي الذي تنشأ فيه أهم الحقوق والحريات الأساسية ممثلة في حق الحرية الشخصية والحريات الأساسية للفرد ، ومن ثَمّ باقي الحقوق والحريات العامة.

وتعتبر المقومات التي ترتكز عليها الحرية الشخصية وغيرها من الحريات الشخصية للإنسان بمثابة المناخ الذي تعيش فيه هذه الحقوق ، فمن دونها لا يمكن الحديث عن وجود الحرية الشخصية وغيرها من الحقوق الفردية تباعا ، خصوصا في ظل الأنظمة السياسية الشمولية المستبدة التي لا تعبؤ بمكانة الحريات الفردية في ظلها ، أو أنها قد تعترف بهذه الحقوق والحريات في شكل ظاهري وصوري ضمن منظومتها التشريعية الدستورية دون القوانين واللوائح العادية ، وكذا عدم توفير الظروف المناسبة لممارسة الأفراد لحرياتهم في الواقع.

ولهذا فإن الحرية الشخصية وغيرها من الحقوق والحريات الفردية والعامة هي حقوق تنبت في مناخ الدولة القانونية التي تحكمها سيادة القانون ويعدّ أسماها الدستور ، ولابد لها أيضا من ركائز ومقومات تستند إليها حتى يتحقق التمتع بها حقيقة في واقع الحياة العامة للمجتمع والفرد ، وهي تتمثل أساسا في احترام مبدأ المساواة بين الأفراد في التمتع بالحقوق والحريات عند المذهب الفردي الذي يدعم فكرة الحرية وارتباطها الوثيق بالمساواة (**المطلب الأول**) ، كما كرس النظام التشريعي الإسلامي عدة مبادئ تخدم الحقوق والحريات أهمها على الإطلاق مبدأ التكريم الإلهي للإنسان ، وتنبثق منه عدة مبادئ كمبدأ الشرعية ، ومبدأ المساواة والعدالة بين بني آدم ، ومبدئي الشورى والمسؤولية (**المطلب الثاني**). وتجدر الإشارة إلى عقد مقارنة بين النظامين وتصورهما للمبادئ التي تقوم عليها الحرية الفردية والحقوق الأساسية أو اللصيقة بشخصية الإنسان(**المطلب الثالث**).

المطلب الأول :

المبادئ التي تؤسس للحقوق والحريات الأساسية في الأنظمة الوضعية

يستند حق الحرية الشخصية وباقي الحريات الأساسية إلى عدة مبادئ تحكمه ، بحيث تشكل المنطلقات التي يجب فهمها لكي تتم معرفة الأسس الفكرية و المناخ الذي تنمو فيه الحقوق الأساسية للإنسان ، والتي لا تقوم للحرية الشخصية ولا غيرها قائمة دون الاستناد إلى هذه المبادئ :

الفرع الأول : مبدأ الأصل إطلاق وعمومية حقوق وحريات الأفراد وتقييدها استثنائي

هناك مبدأ حاكم مؤداه أنّ "**الأصل في حقوق الإنسان عامة أو مطلقة**" ، بحيث يتعين الاعتراف بها لكل إنسان على وجه الإطلاق وفي جميع الأحوال ، وأن تقييدها لا يكون جائزا إلا على سبيل الاستثناء الذي لا ينبغي التوسع فيه ، وإنما يكون تقديره في إطار حالة الضرورة التي تسوغه ، وبشرط ألا يؤدي-هذا الاستثناء- إلى إهدار طائفة بذاتها من الحقوق[1].

ومن الثابت أيضا أن فكرة التقييد الاستثنائي لبعض حقوق والحريات الأساسية ، تجد أساسها وسندها في عموم التشريعات الوطنية والدولية ، والأبعد من ذلك نجد جذور تقييد الحقوق والحريات في المبادئ القانونية العامة ، التي تقضي بأن ثمة واجبات معينة تقع على عاتق كل فرد تجاه السلطة العامة في المجتمع الذي يعيش فيه وكذا باقي أفراد المجتمع. ويأتي هذا التقييد للحريات انطلاقا من حرص المشرع الوطني والدولي على إتاحة الفرصة أمام السلطة العامة للمجتمع للوقوف ومجابهة الحالات الطارئة التي قد تطرأ عليها. ومن جانب آخر قد يكون تأصيل تقييد الحريات والحقوق مردّه الرغبة في تقويم سلوك الأفراد الذين لا ينصاعون للقانون ولا للأنظمة التي تحكم المجتمع[2].

فلابد إذن من إيراد قيود واستثناءات بقصد تنظيم الحرية نفسها ، وهذا التنظيم قد يتخذ صبغة وقائية ، كاستئذان الدولة في استعمال الحرية ، وقد يأخذ صورة علاجية أو جزائية ، بفرض عقوبات وجزاءات مدنية أو جنائية على الإسراف في ممارسة الحريات الشخصية أو الفردية إسرافاً يترتب عليه إضرار بالآخرين[3].

---

1 - حسين ، عدنان السيد ، والرشيدي ، أحمد محمد حسن : (حقوق الإنسان في الوطن العربي) مرجع سابق. ص30. وينظر كذلك : الصبّاح ، سعاد : (حقوق الإنسان في العالم المعاصر) دار سعاد الصبّاح للنشر ، الكويت ، ط1 ، 1996 ، ص47-48.

2 - حسين والرشيدي ، المرجع نفسه ، ص 30-31.

3 - عثمان خليل وسليمان الطماوي (موجز القانون الدستوري) ، دار الكتب الجامعية ، القاهرة ، ص366.

الفرع الثاني : مبدأ سيادة القانون يوجب اختصاص السلطة التشريعية بتنظيم الحرية و السلطة القضائية بحمايتها

يأخذ هذا المبدأ عدة مسميات في الفقه القانوني منها مبدأ "سيادة القانون" أو "سيطرة أحكام القانون" أو "مبدأ المشروعية" ، حيث تتميز به الحكومة المستبدة أو ذات النظام البوليسي عن الحكومة غير المستبدة أو الحكومة الديمقراطية. فهذه الأخيرة تصبح مستبدة إذا لم يراع فيها احترام هذا المبدأ ، كما تختلف مستويات احترام مبدأ سيادة القانون باختلاف الدول[1].

ويعنى بمبدأ سيادة القانون : " أن أية سلطة أو هيئة لا تستطيع أن تصدر قرارا فرديا إلا في الحدود التي بيّنها قرارٌ عامٌّ؛ أي في حدود تشريع صادر من البرلمان أو لائحة صادرة من الحكومة"[2].

كما يقصد بهذا المبدأ كذلك : " أن كل قرار عام (أي كل قانون من الناحية الموضوعية سواء كان تشريعا صادرا من البرلمان أو لائحة حكومية) يجب أن يكون موضع احترام من السلطة التي أصدرته ، فالسيطرة إذًا تكون لأحكام القانون لا لإرادة الفرد ، فالجميع يخضعون لأحكام القانون طالما كان القانون قائما"[3].

ومما جاءت به الثورة الفرنسية حول هذا المبدأ أن القيود التي تفرضها الدولة على حريات الأفراد ونشاطهم لا يمكن تقريرها إلا بواسطة قانون يوافق عليه ممثلو الأمة (البرلمان)[4].

وفي إقرار مبدأ سيادة القانون تكريس لمبدئين سامين في الدولة القانونية ممثلين في **مبدأ الشرعية** و **مبدأ الفصل بين السلطات** ، حيث تؤكد كل من المادة 66 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 ، والمادة 5 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان[5] على جانبين ضروريين لحق الحرية والأمن الشخصي ، والمتمثلان في كون "المشرع هو المخوّل الوحيد باتخاذ التدابير التحفظية على الحرية ، وكذلك التدخل القضائي الذي لا غنى عنه لحمايتها"[6].

ففي انعدام هذين الأمرين لا يمكن الحديث عن الحرية الشخصية ، ولا على أمن

---

1 – متولي : (القانون الدستوري والأنظمة السياسية) مرجع سابق ، ص187.

2 – هذا تعريف الفقيه الفرنسي ليون ديجي ، ينظر : متولي ، المرجع والصفحة نفسها.

3 – هذا تعريف الفقيه بارتلمي ، ينظر : متولي ، المرجع نفسه ، ص187–188.

4 – متولي، المرجع نفسه ، ص 188.

5 – تم إبرام هذه الاتفاقية في إطار حماية حقوق الإنسان في نطاق مجلس أوروبا بروما في 4 نوفمبر 1950.

6–« la seule compétence du législateur pour instituer des mesures privatives de liberté et l'indipensable intervention du juge pour la protéger » GARRIDO, Ludovic : (Le Droit à La Sureté : un droit en danger) op-cit.p7

الفرد في ظل تدخل السلطة التنفيذية وانحرافها بسلطة تشريع التدابير التحفظية تجاه حقوق وحريات الأفراد بما يهتك مبدأ الشرعية من أساسه ، أو إذا كنا حيال عجز السلطة القضائية عن توفير ضمانة حقيقية لعدم انتهاك الحقوق والحريات ، مما يشكل خرقا لمبدأ الفصل بين السلطات كدعامة دستورية لكافة الحقوق والحريات الفردية.

كما أنه ليس بكافٍ أن يتقرر مبدأ سيادة القانون دون أن تترتب جزاءات على مخالفة أحكام ذلك المبدأ ، أو تكريس لضمانات توفر حمايته ، وهنا يعتبر وجود السلطة القضائية التي تتمتع بالاستقلالية والنزاهة والكفاءة في الدولة القانونية الحماية الأكيدة لمبدأ سيادة القانون بصفتها الضامن والحارس الوحيد للحقوق والحريات فيها ، بحيث تتصدى مهمتها لإلغاء القرارات الإدارية المخالفة للقانون[1].

ومن جهة ثانية ، لا يسوغ للفرد أن يخلّ بأحكام القانون و الدستور بصفته أسمى القوانين ، وذلك بأن ينزل الفرد عند حكم القواعد التي يضعها المشرع الدستوري والعادي لتنظيم ممارسة الحريات العامة بعد أن يكفل للأفراد حمايتها بالشكل اللائق ، فإذا ما أدى المشرع واجبه في توفير الحقوق والحريات للأفراد وتوفير حمايتها ، يأتي الدور أيضا على الأفراد في احترام القواعد الدستورية والتشريعية[2].

الفرع الثالث : مبدأ الأصل في حقوق الإنسان أنها مسألة وطنية داخلية

إنه وبالرغم من المظاهر المختلفة للاهتمام بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في المستوى الدولي ، خصوصا مع بداية تكريس الشِّرْعَةُ الدّولية لحقوق الإنسان[3] في النصف الثاني من القرن العشرين ، وما تبذله الهيئات والمؤسسات الدولية التي أنشأت تباعا من جهود لحماية وتعزيز ممارسة حقوق الإنسان-أحدثها المجلس الأممي لحقوق الإنسان[4]- ؛ إلا أن

---

1 – متولي : (القانون الدستوري) المرجع السابق نفسه ، ص 188.

2 – نجم ، أحمد حافظ : (حقوق الإنسان بين القرآن والإعلان) دار الفكر العربي ، القاهرة ، دط- دت ، ص 43.

3- معنى الشّرعة أو الشرعية الدولية لحقوق الإنسان تم شرحه سابقا في بداية البحث، ص 27.

4- مجلس حقوق الإنسان : هيئة حكومية دولية داخل منظومة الأمم المتحدة ، مسؤولة عن تدعيم تعزيز جميع حقوق الإنسان وحمايتها في جميع أرجاء العالم ، وعن تناول حالات انتهاكات حقوق الإنسان وتقديم توصيات بشأنها. أنشأت المجلس الجمعية العامة للأمم المتحدة في 15 آذار/ مارس 2006 بموجب القرار 60/ 251. وعُقدت دورته الأولى في الفترة من 19 إلى 30 حزيران/ جوان 2006. وبعد عام ، اعتمد المجلس "حزمة بناء المؤسسات" الخاصة به لتوجيه عمله و إنشاء إجراءاته وآلياته. والمجلس لديه القدرة على مناقشة جميع القضايا والحالات المواضيعية لحقوق الإنسان التي تتطلب اهتمامه طوال العام. ويعقد المجلس اجتماعاته في مكتب الأمم المتحدة في جنيف. والمجلس مؤلف من 47 دولة عضواً في الأمم المتحدة تنتخبها الجمعية العامة للأمم المتحدة. وقد حَلَّ مجلس حقوق الإنسان محل لجنة الأمم المتحدة السابقة لحقوق الإنسان. المصدر : الموقع الإلكتروني للأمم المتحدة ، http : //www.ohchr.org/AR/HRBodies/HRC/Pages/AboutCouncil.aspx

ذلك كله لا يخلع عن **حقوق الإنسان منشأها الوطني أو الداخلي**[1].

ومردّ ذلك إلى عدة اعتبارات منها :

1-كون القوانين والتشريعات الداخلية قد اضطلعت في مختلف مستوياتها بالجهد الأكبر لتقنين حقوق الإنسان والحريات الأساسية ، ووضع الضوابط الكفيلة بتعزيزها وحمايتها. إذ تشكل التشريعات في جوهرها غالبا هذا الهدف الأسمى نحو حماية الحقوق والحريات أبرزها القانون الدستوري والإداري ، اللذان يسعيان إلى إقرار حقوق وحريات الأفراد في مواجهة السلطة العامة والأفراد. وكذا الأمر في قوانين العقوبات التي تشكل خط التماس مع الحقوق والحريات في ظل مكافحتها للجرائم وتقرير العقوبات المناسبة لها ، حيث تسعى إلى إسباغ حماية شاملة لحقوق الأفراد وحرياتهم كالحق في الحياة ، وحق الحرية والسلامة البدنية ، والحق في الاعتبار و الشرف...إلخ[2]. وتبحث القوانين العقابية عن التوازن بين إنفاذ القانون على المخالفين ، وبين حماية حريات الأفراد كما هو الحال في موضوع هذا البحث.

2- إسهامات أفكار التحرر لدى الفلاسفة والمفكرين عموما[3] ، والتي كان من نتائجها الثورات الوطنية التي أعقبتها داخل الدول أبرزها الثورة الفرنسية والأمريكية ، حيث كان فلاسفة العقد الاجتماعي في أوروبا أمثال هوبز ، لوك ، وجون جاك روسو ، و المفكر منتيسكيو وغيرهم أبرز ملهمي هذه الثورات . وفي العالم العربي والإسلامي نجد دعاة الإصلاح الاجتماعي أمثال محمد عبده ، وجمال الدين الأفغاني ، وعبد الرحمن الكواكبي ، وقاسم أمين ، وسلامة موسى ، ومحمد الغزالي ، ، وعلي عبد الواحد ، وعبد الحميد بن باديس ملهم الثورة الجزائرية...إلخ.

ويترتب على كون حقوق الإنسان ذات اعتبار وطني وداخلي أصالة ، النتائج الآتية[4] :

1- أن الحراك الاجتماعي الداخلي لدى الغرب في القرنين الماضيين هو السبب الرئيس وراء الاهتمام المتزايد بحقوق الإنسان لدى الدول الغربية ، وليست الأفكار التحررية لوحدها.

---

1 - حسين ، عدنان السيد ، والرشيدي ، أحمد محمد حسن : (حقوق الإنسان في الوطن العربي) مرجع سابق. ص24.

2 - حسين و الرشيدي ، المرجع السابق نفسه ص24 -25.

3 - المرجع والصفحات نفسها.

4 - المرجع نفسه ، ص 26-27.

2- أن عمل نشطاء حقوق الإنسان من أجل تعزيز الحقوق والحريات لابد أن يأخذ بعده الوطني أصالة و أساسا ، منطلقه النقاش المجتمعي الداخلي في أيّ مجتمع. وذلك لتلافي التدخل الأجنبي واستعداء الآخر الأجنبي على العنصر الوطني الذي يتذرع غالبا بحماية حقوق الإنسان ، خصوصا في ظل الاختلال واللاتوازن الذي تعيشه المؤسسات الرسمية الدولية الراهنة وتنامي استغلالها من طرف بعض الدول القوية للتدخل في شؤون الدول الضعيفة. فالحرص على الأمن الجماعي للوطن يأخذ اعتبارا أولويًا تجاه الأخطار الخارجية.

3- أن حقوق الإنسان وحرياته الأساسية أصبحت تأخذ طابعا وبعدا عالميا ، حيث تتقاسم مفاهيمها **القيم الإنسانية المشتركة** بين جميع أعضاء المجموعة الدولية والثقافات القانونية والسياسية المختلفة؛ إلا أن القبول بذلك –حسب الرأي الذي نتبناه- لا يعني بالضرورة وليس من المصلحة أن تُنفى الخصوصيات الحضارية والثقافية لبعض الشعوب أو التغاضي عنها. مثل أحكام الشريعة الإسلامية في بعض المسائل ، كالقصاص ، أو رفض فكرة المساواة المطلقة بين المرأة والرجل...

كما أن الاعتراف بالخصوصيات الثقافية والحضارية فيما يتعلق بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية لا ينبغي النظر إليه على أنه مناقض في جوهره أو مضمونه لمبدأ عالمية حقوق الإنسان ، هذا الأخير الذي يمثّل ذلك القدر المشترك من وجود مصالح إنسانية للجميع في الارتقاء بالحقوق والحريات. وفي الوقت ذاته لا ينفي الإضافة المهمة التي يعنيها احترام خصوصيات الشعوب والمجتمعات الإنسانية. وهو الأمر الذي يفسر لنا ظهور اتفاقيات وإعلانات عالمية وإقليمية لحقوق الإنسان إلى جانب الصكوك الدولية تبرز هذا الجانب من الخصوصية ، مثل الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة 1950م ، وما تمثله أيضا الشريعة الإسلامية من خصوصيات ونظام متكامل لحماية حقوق الإنسان ، فقد تجسد ذلك حديثا من خلال محاولة صياغة حقوق الإنسان وفقا لمرجعية إسلامية ، مثل البيان العالمي لحقوق الإنسان في الإسلام لسنة 1981م[1].

الفرع الرابع : مبدأ تكامل حقوق الإنسان فيما بينها

إن الأصل في حقوق الإنسان تكاملها وترابطها ، وعدم قابليتها للانقسام والتجزئة. وينبع من ذلك –نظريًا- عدم استساغة إعطاء أولوية خاصة لطائفة من

1- في12 ذي القعدة1401هـ الموافق لـ 19سبتمبر 1981م ، عقد علماء المسلمين مؤتمراً في مدينة لندن لبحث وصياغة حقوق الإنسان في الإسلام صياغة عصرية. للاطلاع على محتوى البيان ينظر المصدر : موقع مكتبة جامعة منيسوتا الأمريكية ، سبق ذكره.

الحقوق دون غيرها كالحق في الغذاء أو العمل على حساب طائفة أو حقوق أخرى كالحقوق المدنية و السياسية.

غير أن واقع الأمر قد يخرج عن هذا التصور المتكامل لحقوق الإنسان ، حيث تؤثر الظروف الموضوعية التي يعيشها الأفراد على احتياجاتهم وحقوقهم. فلا نجد اختلالا في مبدأ المساواة بين طوائف حقوق واحتياجات الأفراد في المجتمعات المتطورة ، بخلاف المجتمعات التي لا زالت تحتاج إلى تنمية حقوق الإنسان بشكل أفضل ، وهو الواقع الذي يطرح فكرة أولوية تحقيق وتلبية طائفة الحقوق الأساسية على غيرها في ظل هذه المجتمعات[1].

الفرع الخامس : مبدأ أن الحقوق والحريات الأساسية لا يجوز التنازل عنها

تعتبر طائفة الحقوق والحريات الأساسية بمثابة **"النواة الصلبة لحقوق الإنسان"** ، وذلك لكونها ملازمة للشخصية ، وهذا بالنظر إلى مقوماتها الأساسية للذّات الإنسانية ماديّا و معنويا ، ويستحيل وجوده بدونها ، كونها حجر الزاوية بالنسبة لباقي الحقوق والحريات كما تم سلف ذكره.

والقول بعدم جواز التصرف في طائفة بذاتها من حقوق وحريات الإنسان يجد أساسه وسنده في ما نصت عليه عدة مصادر لحقوق الإنسان أبرزها ما جاءت به الشريعة الإسلامية والتشريعات الوطنية و الاتفاقات والمواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان[2].

فقد أكدت الشريعة الإسلامية في تناولها لمسألة حقوق الإنسان أن هذه الأخيرة ليست مجرد حقوق تتيح لصاحبها مكنة الانتفاع أو التمتع بها وفقا لأهوائه الشخصية أو لسلطته التقديرية فحسب ، بل إنها تتجاوز ذلك في بعض الأحوال إلى مرتبة الواجبات التي يتعين الالتزام بها والامتثال لمقتضياتها ، حتى من جانب صاحب الحق ذاته. وهو ما ترتب عنه النهي للفرد المسلم مثلا : التنازل صراحة أو ضمنا عن حقه في الحياة سواء بإقدامه هو على قتل نفسه بالانتحار ، أو بالسماح لغيره بقتله ولو تخليصا له من آلامه المزمنة. فقد ورد هذا النهي في آيات عديدة مثل قوله تعالى : **(وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا)** [النساء : 29] ، وما ورد عن النبي محمد ﷺ قوله : «**الَّذِي يَخْنُقُ نَفْسَهُ**

1- حسين ، عدنان السيد ، والرشيدي ، أحمد محمد حسن : (حقوق الإنسان في الوطن العربي) مرجع سابق. ص31-32.

2 - المرجع نفسه ، ص33.

يَخْنُقُهَا فِي النَّارِ وَالَّذِي يَطْعُنُهَا يَطْعُنُهَا فِي النَّارِ»[1].

وعلى صعيد التشريعات الوطنية وخصوصا للدول العربية والإسلامية منها ، نجدها تضمنت العديد من الأحكام المتعلقة بعدم إجازتها للفرد التنازل عن بعض حقوقه وحرياته الأساسية. فنجد في التشريع الجزائري مثلا ما كرسه الدستور الجزائري المعدل سنة 2016 في الفصل الرابع المتعلق بالحقوق والحريات ، وهذا ضمن المادة 38 منه بنصها : "**الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة. وتكوّن تراثا مشتركا بين جميع الجزائريين والجزائريات ، واجبهم أن ينقلوه من جيل إلى جيل كي يحافظوا على سلامته ، وعدم انتهاك حُرمته**". ففيها دلالة على مكسب الحريات الأساسية خصوصا وباقي حقوق الإنسان عموما ، والتي لايجوز التنازل عنها أو النيل منها بانتهاك حرمتها ، طالما أنها تمثل التراث المشترك للمجتمع الجزائري برمته عبر الأجيال المختلفة السابقة واللاحقة على حد السواء.

وكذلك الأمر ضمن ما نصت عليه المادة 46 من القانون المدني الجزائري (يقابلها المادة 49 قانون مدني مصري) والتي نصت صراحة على عدم التنازل عن الحرية الشخصية : "**ليس لأحد التنازل عن حريته الشخصية**" ، كذلك المادة 47 ق. مدني(يقابلها المادة 48 قانون مدني مصري) التي تتعلق بالحقوق المدنية للشخص من الحق في الإسم والنسب والقرابة وأهلية التصرف وغيرها من الحقوق المدنية اللصيقة بشخصية الفرد : "**لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر**".

الفرع السادس : مبدأ عدم جواز الاحتجاج بتقادم الجرائم التي تشكلها انتهاكات حقوق الإنسان

تسعى كل من التشريعات الوطنية للدول التي تحترم سيادة القانون وحقوق الإنسان ، وكذا الصكوك الدولية على حد السواء إلى القضاء على سياسة اللاعقاب ومكافحة ظاهرة الإفلات من العقوبة ، وهذا عن طريق استثناء سقوط الحق في رفع الدعاوى من القاعدة العامة بخصوص الجرائم التي تشكل اعتداءات على حقوق الإنسان وحرياته الأساسية[2].

---

1 –رواه البخاري ، محمد بن إسماعيل عن أبي هريرة رضي الله عنه (صحيح البخاري) كتاب الجنائز ، باب ما جاء في قاتل النفس ، طبعة دار ابن كثير ، القاهرة ، 1993 ، ج1 ، ص 459.

2 – حسين عدنان ، والرشيدي : (حقوق الإنسان في الوطن العربي) المرجع السابق نفسه ، ص35.

فسيادة الدولة تتجلى من خلال تحقيق العدالة واستقرار المركز القانوني للأفراد في سنّها لقوانين التجريم والعقاب وتطبيقها بإحكام ، الأمر الضروري لحماية المصلحة العامة والخاصة للمجتمع بردع من ينزحون للسلوك الإجرامي خصوصا إذا كان فيه اعتداء على حق من حقوق الإنسان[1].

كما أن أيّ سياسة أمنية أو جنائية تقوم بها الدولة يجب أن يكون هدفها الأساس هو تحقيق أمن الفرد بجانب أمن الدولة ، الأمر الذي تؤكده القاعدة الفقهية التي تنص على أن "**استعمال الحق مقيد بشرط السلامة**"[2] ، إذ قد يتحقق أمن الدولة في حين يكون أمن أفرادها وحريتهم مهددا ، والأدهى من ذلك فقد تكون السلطات في الدولة البوليسية مصدر تخويف وإرهاب للفرد. كما قد تتسبب من جهة أخرى ثغرات التشريعات الجنائية في عدم حماية حقوق الإنسان حماية كافية وإفلات المجرمين المعتدين على حقوق الإنسان وحرياته من العقوبة ، وذلك بوجود تقصير في تجريم وعقاب كلّ ما يهدد المصالح العليا في المجتمع[3].

وتزداد خطورة الأمر في الظروف الاستثنائية وحالات الطوارئ التي قد تمر بها أيّ دولة ، فيتم تعطيل العمل بالدستور وسيادة القانون في ظل الصلاحيات اللامحدودة التي تمنح للسلطة التنفيذية خصوصا ، وترتكب من جرائها انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان وحرياته مثلما حدث في الجزائر في فيفري سنة1992م بإعلان حالة الطوارئ[4].

ولذا يكون عادة من دواعي العفو عن العقوبة سعي السلطات التنفيذية في الدولة إلى تسوية وتدارك التبعات الوخيمة عقب هذه المرحلة الحرجة ، وهذا باتخاذ قرارات

---

1 – غجاتي، فؤاد : (القضاء على سياسة اللاعقاب وتأثيره في زيادة هيبة الدولة) مجلة المعيار ، دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات الإسلامية والإنسانية ، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، قسنطينة ، ع21 ، ج2 ، ربيع الثاني1431هـ ، أفريل 2010م ، عدد خاص بأعمال ملتقى هيبة الدولة لدى المواطن الجزائري ماضيا وحاضرا ، ص 136.

2 –ينظر في تخريج القاعدة : محمد بن إدريس الشافعي (الأم) دار المعرفة ، بيروت ، ط2 ، 1393هـ ، ج6 ، ص 173. وينظر : محمد أبو إسحاق بن إبراهيم الشيرازي ، (المهذب في فقه الإمام الشافعي) دار الفكر ، بيروت ، دط – دت. ج2 ، ص288–289.

3 – غجاتي : (القضاء على سياسة اللاعقاب) المرجع نفسه ، ص 136.

4 – صدر إعلان حالة الطوارئ بالجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم92–44 مؤرخ في 5 شعبان عام 1412هـ الموافق لـ 9 فبراير سنة 1992م ، منشور في الجريدة الرسمية ع10 السنة29 ، بتاريخ 9 فبراير سنة1992م ، ص 285. و قد تم إلغاؤه بالأمر الرئاسي رقم 11–01 مؤرخ في 23 فبراير سنة 2011 م يتضمن رفع حالة الطوارئ ، منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 12 ، بتاريخ 23 فبراير سنة 2011م.

سياسية وإجراء المصالحات السياسية و تدابير العفو الشامل ، والتي قد تنطوي سكوتا عن الجرائم التي ارتكبت في ظل تغييب سيادة القانون ، ما يتنافى مع ضرورة السعي إلى إقامة عدالة انتقالية تكشف من خلالها الحقائق و تتم المتابعة القضائية للجناة ، مع تحميلهم المسؤولية عن الجرائم الواقعة على الحريات وحقوق الإنسان ، والتي تبقي المسؤولية الجنائية قائمة في حقهم ولا تسقط عنهم بالتقادم ، وهو عادة ما يطالب به الضحايا أو ذويهم والمنظمات الدولية المدافعة عن حقوق الإنسان.

وعليه؛ فإنّ الموازين السّليمة في الحالات الاستثنائية تضيع في سنّ القوانين وخصوصا الجنائية منها. وبهذا تشكّل خطورة على حريات وحقوق الإنسان تحت دواعي حفظ النظام والأمن العام. والتي تكون عادةً مبررا للاعتداء على الحريات الشخصية وقمعها[1].

1 – غجاتي، فؤاد : (القضاء على سياسة اللاعقاب وتأثيره في زيادة هيبة الدولة) المرجع السابق نفسه ، ص 131.

المطلب الثاني :

المبادئ التي تؤسس للحقوق والحريات في النظام التشريعي الإسلامي

تجد الحرية الشخصية وغيرها من الحقوق والحريات أساسها ضمن النظام التشريعي الإسلامي في عدة مبادئ سامية تتحصن بها ، وترتكز عليها. تلك المبادئ التي تظهر عادة في النصوص الشرعية للقرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة ، كما تراعى في استنباط الأحكام الشرعية العملية ضمن اجتهادات الفقه الإسلامي ، وتبلورت صياغة هذه المبادئ في شكل قواعد فقهية مع تطور قواعد الفقه الإسلامي.

الفرع الأول - مبدأ التكريم الإلهي للإنسان كأساس للحقوق والحريات :

الفقرة الأولى- أهمية المبدأ ومفهومه :

يعتبر التكريم الإلهي للإنسان من أقدس **المبادئ** التي تؤسس لحقوق الإنسان في النظام التشريعي الإسلامي ، وهناك من يعتبره **حقّا** ومركز الدائرة بالنسبة للحريات الشخصية وباقي الحقوق الأخرى تحت مسمى "**حق التكريم الشخصي**"[1] ، حيث يعدّ لصيقا بكلّ شخص وسابقا لكل الحقوق وترتكز عليه جميع الحقوق والحريات. إذ ليس للفرد أيّ حقٍّ في حريته الشخصية ولا في تنقله أو سرية مراسلاته أو حرمة مسكنه ، إذا لم يكن يحيا حياة كريمة يشعر فيها باحترامه وإعزازه وحرمة إذلال شخصه. وهو يصلح أيضا كأساس للحقوق الاجتماعية ، فمن غير المسموح فقدان الإنسان للحاجات الأساسية التي تمكنه من أدنى درجة للعيش الكريم في المجتمع الإسلامي ، كما تجعل المجتمع ممثلا في الدولة يتحمل المسؤولية عن القيام بسداد تلك الحاجات للفرد[2].

ويتجلى المفهوم الحقيقي للكرامة الإنسانية حينما يؤمن الإنسان بأنه مكلف ، وأنه يشعر بمعنى المواطنة وبوجوده الكامل الذي لا تشوبه أوهام أو ادعاءات ، وكذا بعدم التعرّض له من أولي الأمر والحكام بفسح مجال العمل للفرد ، حيث لما يقوم الفرد بواجباته تجاه ربّه ونفسه وأمّته فإنه يشعر بالكرامة ، ويكون فعلا قد كرّم نفسه ، وكذلك لما يمتّع الحاكمون كل فرد بحقوقه ويفسحون له المجال للقيام بواجباته ، يكونون قد كرّموه واعترفوا له بالحُرُمات التي منحه الله إياها[3].

---

1 – البياتي ، منير حميد : (النظام السياسي الاسلامي مقارنا بالدولة القانونية) مرجع سابق ، ص121– 122.

2 – البياتي ، المرجع نفسه. ص121– 122

3 – الفاسي ، علال:(مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها) دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ط5 ، 1993. ص 237–238.

فتحقيق الغايتان كلاهما يستدعي أن يقوم الفرد والمجتمع بكفاح متواصل في سبيل الكرامة الإنسانية وتحقيق أسبابها ، فيكون الجهاد للحرية جهادٌ للكرامة ، والعمل على تحقيق الحُرُمات البشرية بتوفير الطعام والشراب والكساء جهادٌ للكرامة أيضا[1].

وقضية تكريم الإنسان تحمل بعدا روحيا ربانيا ، وتشريعا إلهيا ، كون العقيدة والتشريع الإسلامي يعتبران الإنسان أسمى مخلوق لله سبحانه وتعالى ، وروحه هي نسمة من الذات الإلهية ، فالكرامة هي فطرة الله التي فطر الناس عليها ، ولا تبديل لخلق الله ، إذ يقول الله تعالى عن خَلْق سيدنا آدم عليه السلام : ﴿فَإِذَا سَوَّيْتُهُ وَنَفَخْتُ فِيهِ مِن رُّوحِي فَقَعُوا لَهُ سَاجِدِينَ﴾ [الحجر :29 وص: 72]. فالروح البشرية تأخذ قداستها وكرامتها من ذات الله سبحانه وتعالى مادام أن الأولى خلقت من الثانية وهي روح الله سبحانه وتعالى.

والكرامة الإنسانية إذن ليست مجرد فكرة فلسفية بشرية يُردّ أساسها ومصدرها إلى الطبيعة وقوانينها ، كما هو الحال لدى المذهب الفردي في الفكر الوضعي الغربي ، هذا التصور الذي بنيت عليه فكرة الحقوق والحريات في الديمقراطيات الغربية الحديثة. بل هي اعتقادٌ ربانيٌّ وتشريع إلهيٌّ للفرد وجماعة المسلمين تنبني عليه كافة الحقوق والحريات وتحوم حوله ، فبوجود مبدأ التكريم الإلهي للإنسان يكون حصنا منيعا تجاه كل اعتداء عليه سواء من الأفراد أو من الجماعة ممثلة في الدولة وسلطاتها. بما أن الكل ملزم بالامتثال لأمر الله تعالى في هذا الشأن و احترام ما قدّسه الله عزّ وجلّ.

ولقد جاء التشريع الإلهي لرعاية حقوق الإنسان وحماية كرامته ممّا قد يهدد سيادته التي متّعه وحباه الله بها. وليست العبرة في الجهة التي تشرّع لحياة الإنسان ، بقدر ما تكون العبرة في أن يكون الشرع الذي يأخذ الإنسان به نفسه محققا لمصالحه ، أمينا على كرامته عادلا في العلاقات التي يقيمها بين الفرد وبين بني جنسه[2].

إن مفهوم مبدأ الكرامة الإنسانية في نظر الإسلام مجرّدٌ وكلٌّ لا يتجزأ ، وواضحٌ من دون غموض ، ومصدره واحدٌ هو الوحي الإلهي ، فلا يختلف ولا يتناقض ، ولا تحكمه الأهواء بين بني البشر. كما يتساوى في الكرامة جميع بني آدم ودون استثناء ، وبلا تمييز في اللون ولا في الدين ولا في الجنس أو اللغة أوغيرها من الفوارق التي اصطنعها بني آدم لأنفسهم.

---

1 – الفاسي : (مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها) المرجع السابق نفسه ص 237–238.

2 – البوطي ، محمد سعيد رمضان : (الله أم الإنسان ، أيّهما أقدر على رعاية حقوق الإنسان؟) دار الفكر ، دمشق– دار الفكر المعاصر ، لبنان ، ط2 ، سنة 2001 ، ص 18–20.

ولهذا وجب في الإسلام حفظ الكرامة بعدم التعيير باللون والنّسب ، وكذلك باختلاف اللسان ، لأن كل ذلك ليس للإنسان فيه يدٌ ، قال الله تعالى : (وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦ خَلْقُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ وَٱخْتِلَٰفُ أَلْسِنَتِكُمْ وَأَلْوَٰنِكُمْ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّلْعَٰلِمِينَ) [الروم : 22].

وأما من أذنب من بني الإنسان فقد شرع الشارع الحكيم له حدودا وتعازير بحسب ما يرتكبه ، ولم يجعل من بين العقوبات السب ، ولا يجوز لأحد أن يشتم محدودا و لا معزّرا ولا تعييره بذلك. فمن اقترف شيئا ممّا يوجب العقوبة تتم مؤاخذته طبقاً لأحكام الفقه الإسلامي المعروفة ، و دون الحطّ من كرامة الفرد[1].

ذلك لأن الزواجر والعقوبات في التشريع الإسلامي ماهي إلاّ إصلاحٌ لحال الناس ، و مقاصد الشريعة في ذلك ثلاثة أمور : تأديب الجاني ، وإرضاء المجني عليه ، وزجر المقتدي بالجناة[2].

وإذا كان الشرع الإسلامي قد منع الشتم و التعيير والسخرية والتنابز بالألقاب ، فمن باب الأولى أن يكون قد حرّم الضرب الذي لا يجوز لغير أجهزة القضاء المختصة ، وكان سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه يضرب الولاة الذين يفعلون ذلك. والأدهى من ذلك التمثيل بالبشر وبجثثهم ، وهو ما حرمته الشريعة مطلقا إلا في حالات الجزاء التي كتب فيها أنّ العين بالعين ، والأنف بالأنف ، والأذن بالأذن؛ على أن يكون ذلك كلّه عن طريق جهاز القضاء ، ولا يجوز في غير ماورد النص على المعاملة فيه بالمثل[3].

الفقرة الثانية- مشروعية مبدأ التكريم الإلهي للإنسان ومظاهره :

تستند مشروعية مبدأ الكرامة الإنسانية في الإسلام إلى الوحي الرباني الذي جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية. يقول علاّل الفاسي -رحمه الله- : **"إن الإسلام قرّر وجوب الاحتفاظ للإنسان بكرامته ، وفرض عليه وعلى أولي الأمر أن يضمنوا حرماته البشرية كلها ، ولن نستوفي مهما أطلنا تبيان المظاهر والمعالم التي أكّد بها الكتاب والسنّة وجوب حفظ الكرامة الإنسانية وكلّ ما نذكره من حقوق الإنسان يمكن أن يدخل في إطار الكرامة ، لأنه في الواقع وسيلة من وسائل رعاية الحرمات البشرية"**[4].

---

1 - الفاسي ، علال (مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها) ، مرجع سابق ، ص239-240.

2 _ ابن عاشور : (مقاصد الشريعة الإسلامية) ، مرجع سابق ، طبعة الشركة التونسية ، ص205.

3 - الفاسي ، المرجع نفسه ، ص240-241.

4 - المرجع نفسه ، ص245.

أولا– مشروعية مبدأ التكريم الإلهي للإنسان من القرآن الكريم :

يجد مقتضى الكرامة الإنسانية أساسه الشرعي في القرآن الكريم بقوله تعالى : **(وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا)** [الإسراء : 70]. ويقول تعالى كذلك : **(إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ)** [الحجرات : 13].

ويظهر هذا التكريم الإلهي للإنسان أيضا في أرقى مراتبه بأن جعله الله عزّ وجلّ خليفته في الأرض ، يقول الله تعالى : **(وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً...)** [البقرة : 30].

كما يظهر التكريم الإلهي للإنسان بأن منحه العقل الذي هو مناط التكليف ، وفضله به عن سائر المخلوقات وكرّمه بالعلم الذي هو وسيلة التعبد به لله تعالى[1] ، إذ يقول الله تعالى : **(وَعَلَّمَ آدَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا...)** [البقرة : 31].

وكرّم الله الإنسان بأن جعله محور الرسالات السماوية ، ومن أعظم ما اشتمل عليه خلق الإنسان أنه جُبِل على قبوله للتمدّن الذي أعظم ما فيه وضع الشرائع لإقامة نظام البشر ، فالإنسان هو المقصود غاية وهدفا في ابتعاث الرسل واختيار الأنبياء وإنزال الكتب والشرائع ، هذه الأخيرة التي تعتبر شريعة الإسلام أعظمها وأقومها وخاتمتها أيضا[2]. قال الله تعالى : **(أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَاكُمْ عَبَثًا وَأَنَّكُمْ إِلَيْنَا لَا تُرْجَعُونَ)** [المؤمنون: 115]. وقال أيضا : **(لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ...)** [الحديد : 25].

ثانيا– مشروعية مبدأ التكريم الإلهي للإنسان من السنة النبوية :

جاءت السنة النبوية الشريفة بكثير من الأحاديث عن النبي محمد ﷺ ، والتي تؤسس لمبدأ التكريم الإلهي للإنسان. نجمل منها ما قد أوصى النبي ﷺ أمته في خطبة حجة الوداع بما يحفظ كرامتها وشدّد على وجوب كفالة حرمة الإنسان حيث يقول : «**... يَا أَيُّهَا النَّاسُ أَلَا إِنَّ رَبَّكُمْ وَاحِدٌ وَإِنَّ أَبَاكُمْ وَاحِدٌ أَلَا لَا فَضْلَ لِعَرَبِيٍّ عَلَى أَعْجَمِيٍّ وَلَا لِعَجَمِيٍّ عَلَى عَرَبِيٍّ وَلَا لِأَحْمَرَ عَلَى أَسْوَدَ وَلَا أَسْوَدَ عَلَى أَحْمَرَ إِلَّا بِالتَّقْوَى...**»[3]. وقال أيضا : «**فَإِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي**

---

1 – الشاطبي : (الموافقات في أصول الشريعة) مرجع سابق ، ج 1 ، ص41 وما بعدها.

2 – ابن عاشور : (مقاصد الشريعة الإسلامية) مرجع سابق ، طبعة الشركة التونسية، ص 13.

3 – رواه أحمد ابن حنبل عن سعيد الجزيري عن أبي نضرة : (المسند ، و بهامشه : منتخب كنز العمال) كتاب باقي مسند الأنصار ، باب" حديث رجل من أصحاب النبيّ " دار الفكر ، بيروت. دط–دت. ج4.ص341.

شَهْرِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا»[1].

ومبدأ كرامة الإنسان وحرمته أمر دائم وأبديّ ولا يمكن التنازل عنه في أيّ وقت من الأوقات سواء في حياته ، وحتى بعد موته ، فعن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال : «**كَسْرُ عَظْمِ الْمَيِّتِ كَكَسْرِهِ حَيّاً**» ، قال مالك : تعني الإثم[2]. ففي الحديث دليل على حرمة التعدي على النفس البشَرية وتقديس لكرامتها سواء في الحياة أو بالممات.

وأخرج ابن أبي شيبة عن ابن مسعود رضي الله عنه قال : " أذى المؤمن في موته كأذاه في حياته"[3]. ويقول الإمام الطيبي : "فيه دلالة على أن إكرام الميت مندوب إليه في جميع مايجب كإكرامه حيّاً ، وإهانته منهي عنها كما في حياته"[4]. ويقول الإمام الباجي : "يريد أن له من الحرمة في حال موته مثل ما له منها في حياته ، وأنّ كسر عظامه في حال موته يُحرَم كما يحرَم كسرها حال حياته"[5].

الفقرة الثالثة- موجبات مبدأ التكريم الإلهي للإنسان :

إنّ قاعدة "التكريم الإلهي للإنسان" هذه تؤهل الإنسان لاكتساب الحق ، مما يكسبها قوة ملزمة في الدولة المسلمة وتطبيقا صارما ، كما أن الحاكم ملزم برعايتها وتجسيدها في سياسته للأمة. وقد ظهر ذلك بصفة خاصة أثناء الصدر الأول إبان الخلافة الراشدة ، التي أبرزت حقيقة التكريس والممارسة الفعلية لإعلاء قيمة ومركز الإنسان في الإسلام وإعطائه قداسة "فريدة".

---

1 – الحديث سبق تخريجه.

2 – رواه الإمام مالك بن أنس مرفوعا عن عمرة بنت عبد الرحمان عن عائشة في"الموطأ" تح : محمود بن الجميل ، كتاب الجنائز ، باب ماجاء في الاختفاء رقم : 44/ 563 ، دار الإمام مالك ، البليدة ، الجزائر ، ص147. وأبوداود ، سليمان بن الأشعث في "السنن"تح : شعيب الأرناؤوط ، محمد كامل قرّه بللي ، كتاب الجنائز ، باب في الحفّار يجد العظم هل يتنكب ذلك المكان؟ رقم64/ 3207 ، دار الرسالة العالمية ، دمشق ، طبعة خاصة ، 2009 ، ج5 ، ص116. وذكره عبد الرزاق الصنعاني مرفوعا في : (المصنف) تح : حبيب الرحمان الأعظمي كتاب الجنائز ، باب كسر عظم الميت ، رقم 6256 ، دار المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط2 ، 1403هـ ، ج3 ، ص 444.

3 – أخرجه ابن أبي شيبة ، أبو بكر موقوفا عن ابن مسعود : (الكتاب المصنف في الأحاديث والأذكار) تح : كمال يوسف الحوت ، كتاب الجنائز ، باب ما قالوا في سب الموتى وماكرّه في ذلك ، رقم 11990 ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ط1 ، 1409هـ ، ج 3 ، ص46.

4 –الطيبي ، شرف الدين الحسين بن عبد الله : (شرح الطيبي على مشكاة المصابيح المسمى : الكاشف عن حقائق السنن) تح : عبد الحميد هنداوي ، مكتبة نزار مصطفى الباز ، مكة المكرمة– الرياض ، ط1 ، 1997م.الحديث رقم 1714ج4 ، ص1412

5 –الباجي ، أبو الوليد سليمان : (المنتقى شرح الموطأ) ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، ط1 ، 1332هـ ، ج2 ، ص30.

وفي هذا الشأن يقول أبو بكر الصديق رضي الله عنه : "والضعيف فيكم قويّ عندي حتى أريح عليه حقه إن شاء الله ، والقوي فيكم ضعيف عندي حتى أريح عليه حقه منه"[1]. وبرز هذا المفهوم أكثر في عهد الفاروق عمر بن الخطاب رضي الله عنه بتقديسه لحرية الإنسان وكرامته في مقولة خالدة : "**متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحرارا**" [2]. وقال عمر رضي الله عنه : "إني لم أستعمل عليكم عمالي ليضربوا أبشاركم أو يشتموا أعراضكم ، ويأخذوا أموالكم ، ولكن استعملتهم ليعلّموكم كتاب ربكم وسنة نبيكم"[3].

الفرع الثاني : مبدأ الشرعية كأساس للحقوق والحريات في النظام التشريعي الإسلامي

يعتبر مبدأ الشرعية من بين أهم مرتكزات الحقوق والحريات في النظام التشريعي الإسلامي ، ذلك لكونه مبدءًا دستوريّاً مهمًّا بصفته أكبر الدعامات لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية المتجسد في مبدأ خضوع الدولة للقانون أو مبدأ الشرعية. وهناك من اصطلح عليه بمبدأ المشروعية وسيادة القانون[4].

والمقصود بخضوع الدولة للقانون هو أن تكون كافة السلطات في الدولة خاضعة للقانون ، سواء التشريعية منها أو القضائية أو التنفيذية ، وأنّ كافة إجراءاتها وتصرفاتها وقراراتها النهائية على أيّ مستوى كانت من التدرج ، لا تكون صحيحة ولا منتجة لآثارها القانونية المقررة في مواجهة المخاطبين بها إلا بمقدار مطابقتها للقانون أو **سيادة الحكم التي يتولاها القانون**. وبذلك تكون السلطة التنفيذية خاضعة لما تصدره السلطة التشريعية من تشريعات عقابية وغيرها[5].

1-ابن هشام : (سيرة النبي صلى الله عليه وسلم) تحقيق : محي الدين عبد الحميد.دار الفكر ، بيروت دط-دت.ج4 ، ص341.

وابن الأثير الجزيري الملقب بعز الدّين (الكامل في التاريخ) دارالكتاب العربي ، بيروت.ط5 ، 1405هـ1985.ج2 ، ص224-225.

2 - الأثر سبق تخريجه ، ينظر ص 82 من البحث ، في الهامش رقم:1.

3-ابن سعد ، محمد بن منيع الهاشمي البصري : (الطبقات الكبرى) تحقيق : محمد عبد القادر.دار الكتاب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 1990م.ج3 ، ص213.

4- الصالح ، عثمان عبد الملك : (حق الأمن الفردي في الإسلام) مرجع سابق ، ص : 94. وينظر : كشاكش : (الحريات العامة) ، مرجع سابق ، ص : 378.

5- قرعوش ، كايد يوسف محمود : (طرق انتهاء ولاية الحكام في الشريعة الإسلامية و النظم الدستورية) مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط1 ، سنة1407هـ1987م.ص : 56 ومابعدها. وينظر : كشاكش ، (الحريات العامة) ، المرجع نفسه ، ص : 378. وينظر : الصالح ، عثمان عبد الملك : (حق الأمن الفردي في الإسلام) المرجع نفسه ، ص : 94.

ومبدأ سيادة القانون أو المشروعية لا يجد معناه إشكالا في الإسلام ، لأن كلاً من الحاكم والمحكوم يخضعان لشرع الله تعالى. وإنما الدولة تتعلق سيادتها بسيادة التشريع الإسلامي على الجميع ، لأن مصدره ليس بشريا أو ما يسمى السيادة التشريعية للشعب ، كما هو الحال في الأنظمة الوضعية. فالشرع هو الذي قرّر حقوقا لكل من الحاكم في الدولة بتقرير حق الطاعة له ، كما أعطى للرعية حقها في مطالبة الدولة بتنفيذ شرع الله وعدم الحياد عنه[1]. يقول الله عز وجلّ : **(اتَّبِعُواْ مَا أُنزِلَ إِلَيكُم مِّن رَّبِّكُم وَلَا تَتَّبِعُواْ مِن دُونِهِ أَولِيَاءَ قَلِيلاً مَّا تَذَكَّرُونَ)** [الأعراف : 3]. وهناك الكثير من مسائل سياسة الدولة تركها الشرع للاجتهاد وفقا للمبادئ التي جاء بها الشرع في باب السياسة الشرعية.

ولقد جعل الشيخ الطاهر بن عاشور فن القوانين التي يرعى بها ولاة الأمور الأمة من الأصول يبنى عليها نظامها السياسي، وذلك موكول إلى تدابير ساسة الأمة بإجرائهم الناس على صراط الاستقامة في مقاصد الشريعة بالرغبة والرهبة وتحقيق مصالحهم، مثل أكثر الزواجر والعقوبات، على أن يرتكز القانون على عدة أعمدة أهمها مراعاة الحرية ، والمساواة، وتعيين الحق، والعدل، و مال الأمة ، وتوفير الأموال، وحماية البيضة(الجهاد والتجارة إلى أرض العدو ، والصلح والجزية) والتسامح ونشر الدين [2].

كما أن مبدأ الشرعية أو سيادة القانون أكثر ثباتا واستقرارا في التشريع الإسلامي منه في التشريعات الوضعية طالما أن مصدر القانون والتشريع هو واحد من الله سبحانه وتعالى. وبالتالي فإن الحقوق والحريات الأساسية في ظله تكتنفها ضمانة أكيدة بإقرارها من العناية الإلهية أصالةً ، ودون أن تتركها للبشر في اجتهاداتهم وأهوائهم المتنازعة حول تحديد أولويات التشريع من مصالح الأفراد والمجتمعات. فكل من الحاكم والمحكوم ملزمون بالشرع وأحكامه وما حدده لهم من مصالح وأولويات.

فمبدأ الشرعية بالرغم من أنه يختلف في مصدره وأساسه ضمن النظام التشريعي الإسلامي عنه في الأنظمة الوضعية الغربية خصوصا ، إلا أن كلاهما يؤسس لسيادة وسمو القانون ، هذا الأخير الذي يشكل حماية قانونية للحقوق والحريات من خلال التشريع لها في أسمى القوانين وهو الدستور. ويقع على عاتق الحكام حراسة وحماية هذه الحقوق.

1- الطعيمات ، هاني سليمان : (حقوق الإنسان وحرياته الأساسية) مرجع سابق ، ص : 333-334.

2- ابن عاشور، محمد الطاهر: (أصول النظام الاجتماعي في الإسلام) الشركة التونسية للتوزيع و المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ، ط**2** ، **1985**، ص 122-123.

الفرع الثالث : مبدأ الشورى كأساس للحقوق والحريات في الإسلام

يرى بعض المفكرين أنّ الحرية تقوم على أساسين هما : المشورة والمساواة. فبالمشورة يمكننا أن نميز الحقوق عن طريق الحرية في التعبير عنها والتصرف فيها. وبالثانية؛ أي بالمساواة يمكن تنظيم أجزاء هذه الحقوق ، وتبيان معالمها ، فيضطرد نفاذها بشكل متوازن ومستقر. ولم يجعل الإسلام المساواة مطلقة العنان وعرضة للفوضى وغير محددة أو خاصة بالبعض فقط؛ بل وضع حسابا للمجتمع ، فقيدها وضبطها وفقا للأهداف العليا للدين[1].

إنّ اصطلاح "الشورى" يؤدي إلى نفس المعنى الذي يؤدي إليه اصطلاح "الحرية" ، إذ أن كلاهما يعنيان المشاركة بشؤون الحكم عن طريق الوسائل القانونية المتاحة ، وكلاهما يعتبران قيدا على نشاط السلطة العامة ، والأصل العام الذي تنسب إليه كافة الحقوق[2].

و يأخذ مبدأ الشورى مشروعيته من كونه أمرًا إلهيّاً واجب التنفيذ[3] ، والأدلة على ذلك أكثر من أن تحصى في القرآن الكريم والسنة النبوية ، أهمها أنه توجد سورة في القرآن الكريم تحمل اسم "الشورى". وقد جاء ذلك في آيات متعددة نذكر منها قول الله تعالى : **(وَٱلَّذِينَ ٱسْتَجَابُوا۟ لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَٰهُمْ يُنفِقُونَ)** [الشورى : 38]، وقال تعالى : **(...وَشَاوِرْهُمْ فِى ٱلْأَمْرِ ۖ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى ٱللَّهِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُتَوَكِّلِينَ)** [آل عمران : 159].

وقد استشار النبي ﷺ أصحابه في مواطن كثيرة بالرغم من أنه مدعوم بالوحي الإلهي ، وفي هذا دلالة على إلزامية الشورى للحكام من بعده. كما سار على نهجه الخلفاء الراشدون من بعده في استشارة من هم أهلٌ للشورى.

والشورى تكون من الإمام إلى ذوي الرأي من أهل الحل والعقد الذين لهم القدرة على إبداء الرأي السليم له. لأن الشريعة لم تأت بكل الأمور التفصيلية ، وقد تطرأ مسائل تحتاج إلى النظر فيها بالرأي ، فيلجأ هنا الحاكم الشرعي إلى من هم أهل للمشورة ، حتى لا يحيد عن جادة الصواب.

فأصل المشورة هو السعي التعاونيّ بين الإمام وأهل المشورة لمعرفة ما هو ثابت من

---

1 – حسين، محمد الخضر : (الحرية في الإسلام) دار الاعتصام ، القاهرة. دط-دت ، ص 18.

2 – الرشيدي ، (تأصيل استراتيجية حديثة لدراسة حقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص 255.

3 – المرجع والصفحة نفسها.

حكم الله تعالى ، وليس اجتماعا على عمل تشريعي يبدعه المتشاورون من عندهم[1].

فالحاكم في الإسلام له سلطة مقيدة وليست مطلقة ، كما أن تصرفاته قد يعتريها الخطأ. ولهذا فعليه أن يستشير غيره في أمور الرعية لكي يقارب الصواب ويجانب الخطأ ، وحتى لا تهدر حقوق الناس وحرياتهم تحت سلطانه. لأن تصرف الإمام منوط بالمصلحة دوما ، وهو تقرّه القاعدة الفقهية التي أوردها الإمام الزيلعي : "**فعل الإمام مقيّد بشرط السلامة ولا يجوز له الإتلاف**"[2]. وجاءت أيضا بصيغة : "**استعمال الحق مقيد بشرط السلامة**"[3].

وإذا كانت الحرية في القانون الوضعي تعني "ضرورة تدخل الدولة من أجل كفالة ممارسة الأفراد للقدر الأعظم من الحقوق والحريات" ، فإن الشورى في النظام التشريعي الإسلامي تعني " ليس فقط ضرورة تدخل السلطة من أجل ممارسة الافراد للحقوق والحريات العامة؛ بل إن ذلك التدخل واجب بنصّ القرآن الكريم الذي لا يعلوه نصٌّ عند كافة المسلمين "[4].

إذن؛ فعلاقة الشورى بالحرية أمر واضح ووثيق وهي متلازمة ، لكون الشورى لا تحقق إلا في مناخ من الحرية لممارسة إبداء الرأي والتشاور ، ولا يمكن للشورى أن تتحقق في ظل الطغيان والاستبداد السياسي الذي قد يقوّض الدولة و أركانها.

ومن جهة أخرى ، ففي غياب مبدأ الشورى أو في ظل وجوده الصوري دلالة على الظلم والجور وعلى انتفاء الحرية أيضا ، وهذا أمر مخالف للشرع وما جاءت به النصوص لتحث على حرية التشاور وإبداء الرأي ، لأن في ذلك تغييب للعدالة والحرية التي هي من مقاصد الشرع الإسلامي الحنيف.

كما أن الشورى هي تعبير عن كلمة الحق ، وهي تحمي الحرية بأن تقف في وجه التعسف والظلم ، إذ جعلها الشرع الحنيف من أسمى أنواع الجهاد في سبيل الله. حيث قال رسول الله ﷺ : «**إنّ من أعظم الجهاد كلمة عدل عند سلطان جائر**»[5] ، وفي

---

1 – البوطي : (الله أم الإنسان ، أيّهما أقدر على رعاية حقوق الإنسان؟) مرجع سابق ، ص47.

2 – الزيلعي ، فخر الدين _الحنفي_ : (تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق) ، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة.ط2 ، دت.ج3 ، ص 211.

3– ذكرها الشافعي ، محمد بن إدريس أبو عبد الله : (الأم) دار المعرفة ، بيروت.ط2 ، 1393هـ.ج6 ، ص173. وكذا الشيرازي ، أبو إسحاق بن إبراهيم : (المهذب في فقه الإمام الشافعي) دار الفكر ، بيروت.دط–دت.ج2 ، ص288–289.

4 –الرشيدي ، (تأصيل استراتيجية حديثة لدراسة حقوق الإنسان) المرجع السابق نفسه ، ص255–256.

5 – رواه الترمذي ، أبو عيسى عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه ، وقال فيه : حسن غريب : (الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي) تح : إبراهيم عطوة عوض ، كتاب الفتن ، باب ماجاء أفضل الجهاد كلمة =

رواية: «**كلمة حق عند ذي سلطان جائر**»[1].

الفرع الرابع : مبدأ المساواة والعدل كأساس للحريات في الإسلام :

إذا كان الأصل في الإسلام أن الحقوق والحريات الأساسية للإنسان يتساوى الأفراد مطلقا في استحقاقها ، لكن من جهة أخرى تطرح إشكالية ممارستهم لها وتمتعهم بها ، إذْ يبقى أمرا محدودا ضمن نظام الجماعة. وذلك لأن مصالح الأفراد قد تتعارض مع مصلحة المجتمع ، مما يجعل من الضروري تنظيم حرية الفرد والحدّ منها بالشكل الذي يحدث توازنا بين المصلحتين معا وتحقيق الحدّ الأدنى من المساواة بينهم.

وتعتبر المساواة أصلا أصيلا في التشريع الإسلامي بين الأفراد المخاطبين به ، ولا تتخلف إلا إذا وُجد مانع ، لأن الإسلام دين الفطرة ، وكل ما شهدت به الفطرة بالتساوي فيه بين المسلمين فالتشريع يفرض فيه التساوي بينهم ، كما أن كل ما شهدت به الفطرة بتفاوت البشرية فيه فالتشريع بمعزل عن فرض أحكام متساوية فيه. كما أن المساواة في التشريع للأمة تراعي تساوي الناس في الخلقة وفروعها مما لا يؤثر التمايز فيه على المصلحة العامة[2].

و النظرة المقاصدية تُظهر أنّ المساواة في التشريع الإسلامي بين الناس في كافة المصالح الضرورية ، فلا توجدَ أية فروق بينهم في وجوب حفظ دينهم وأنفسهم ، وحفظ عقولهم وأنسابهم وأموالهم. وقلما توجد الفروق والتمايز في الحاجيات ، وإنما توجد الفروق بين الناس عند وجود موانع معتبرة تمنع اعتبار المساواة لظهور مصلحة راجحة في ذلك الإلغاء أو لظهور مفسدة عند إجراء المساواة[3]. وهو ما يتم بيانه كالآتي :

الفقرة الأولى- الاعتراف بالمساواة كأصل عام بين جميع الأفراد في التمتع بالحقوق والحريات الأساسية :

تعتبر مسألة المساواة من بديهيات المبادئ الإسلامية ، بل إن من الضروريات التي يقود بها الإسلام المجتمع هو النظر إلى الناس بالتساوي ، بحكم أنهم ينحدرون جميعا من نسل واحد ، ولا ينبغي إطلاقا أن ينتقص من سلطان هذه المساواة فارقٌ من لغة أو

=

عدل عند سلطان جائر ، حديث رقم 2174 ، مطبعة الحلبي ، القاهرة ، ط1 ، 1962.ج4 ، ص471.

1 – رواه ابن ماجه عن أبي أمامة (سنن ابن ماجه) تح : محمد فؤادعبد الباقي ، كتاب : الفتن ، باب : الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، حديث رقم 4012 ، ج 1 ، ص 1330.

2 – ابن عاشور : (مقاصد الشريعة الإسلامية) ، مرجع سابق ، طبعة الشركة التونسية ، ص 95.

3 – ابن عاشور ، المرجع نفسه ، ص96

عرق أو أية اعتبارات اجتماعية كالغنى أو الفقر أو التمتع بسلطة ما[1].

ومن خصائص حق الحرية والحقوق الأخرى اللصيقة بالشخصية أن التمتع بها يعتبر حقًّا مطلقا لأيّ فرد كأصل عام ، و يمكن الاحتجاج به في مواجهة الناس كافة ، وعلى الجميع احترامه ، كما أن جميع الأفراد يتمتعون به على قدم المساواة[2].

فالإسلام قد جعل المساواة في حرية الأفراد أمرا فطريا ، ولذلك قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : "**متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم احرارا**" [3].

كما أن المساواة بين الأفراد في تصرفهم في أنفسهم مقصد أصلي من مقاصد الشريعة الإسلامية ، وذلك هو المراد بالحريّة ، حيث استقرّت القاعدة الفقهية على أن "**الشّرع متشوّف للحرية**"[4].

وإنه من مميزات الحرية تلازمها مع المساواة ، فكلاهما تمثلان مركزي الثقل في حقوق الإنسان ، وجناحيها التي لا تقوم لها قائمة دونهما ، ولا يعيش أحدهما دون الآخر ، بل لا يظهر أيّ معنى للحرية من غير مظلة المساواة. وقد أقرت القوانين تلازم حق المساواة مع حق الحرية لهدفٍ واضحٍ ، وهو تحقيق التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع ، ولكن ذلك اقتضى تقييد الحرية لتوفير حدٍّ أدنى للمساواة بين جميع الأفراد في التمتع بالحرية. ولا يعني هذا انتقاصًا من قيمة الحرية ، كونها الأصل والأهم في التخلص من مظاهر الاستعباد وتحرر الشعوب من رقّ الاستعمار في كل زمان ومكان[5].

الفقرة الثانية- العدالة تقتضي تقييد ممارسة الأفراد للحقوق والحريات في ظل نظام الجماعة.

إذا كان من المقرر أن حق الحرية يتساوى الناس جميعا في التمتع به ، إلا أنه من جهة أخرى ليس مطلقا ، بل هو مقيد أثناء ممارسته في المجتمع حتى يضمن شيوع الحرية بين جميع الناس ودونما تضارب في مصالحهم ، وهذا عن طريق تنظيم الحرية حتى لا

1 – البوطي : (الله أم الإنسان ، أيّهما أقدر على رعاية حقوق الإنسان؟)المرجع السابق نفسه،ص21 وما بعدها.

2– الشامسي، حبيبة سيف سالم راشد (النظام القانوني لحماية جسم الإنسان) مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة ، 2006 ، ص70. نقلا عن : وهاب، حمزة (الحماية الدستورية للحرية الشخصية) ، مرجع سابق ، ص 13.

3 – الأثر سبق تخريجه ، ينظر ص 82 من البحث ، في الهامش رقم:1.

4 – ابن عاشور : (مقاصد الشريعة الإسلامية) المرجع السابق نفسه، طبعة الشركة التونسية، ص130–331

5 – الزحيلي، وهبة: (حق الحرية في العالم) مرجع سابق ، ص 18–19.

تصبح ممارسة الأفراد لها عبارة عن فوضى في علاقتهم مع بعضهم البعض ، فالأمر هنا موكول إلى الدولة وأجهزتها لتجسيد هذا النظام. سواء في المستوى التشريعي أو التنفيذي أو القضائي.

فالعدالة تقتضي أن يتم تنظيم الدولة لممارسة الأفراد لحرياتهم حتى لا يعتدي الأفراد على بعضهم باسم ممارسة الحقوق والحريات ، أو تحت تأثير هوى النفس ، كما أن هذا التنظيم لممارسة الإنسان لحريته يحتاج إلى ضمانات حتى لا يخرج عن نطاقه ، وأبرز هذه الضمانات التزام السلطات التنفيذية للدولة بمبدأ الشرعية ممثلا في أحكام التشريع الإسلامي التي يخضع لها كل من الحاكم والمحكوم ، وضرورة مراقبة السلطة القضائية لحماية الحقوق والحريات بصفتها صمام الأمان ، فتقف حاجزا أمام التعسف وتتلافى التجاوز بحق الحريات والحقوق من جهة ، أو ربما وقوع هذه الأخيرة محل الفوضى من جهة ثانية.

إن موقف الإسلام من علاقة حرية الإنسان بالعدالة -بغض النظر عن تفاصيل وجزئيات هذه المسألة- يطوف حول مبدأ استخدام الحرية لمقتضيات العدالة ، إذ يجب أن تكون الحرية لخدمة العدالة ، وذلك من خلال ضرورة إقامة الحرية في خدمة النظام والعدالة[1].

وقد ذكر الإمام السخاوي قيود الحرية بقوله : "الإسلام أعطى الإنسان الحرية ، وقيدها بالفضيلة حتى لا ينحرف ، وبالعدل حتى لا يجور ، وبالحق حتى لا ينزلق مع الهوى ، وبالخير والإيثار حتى لا تستبدّ به الأنانية ، وبالبعد عن الضّرر حتى لا تستشري فيه غرائز البشر"[2].

فالعدالة تقتضي أن تكون الحرية نسبية ولها قيدان؛ أحدهما داخلي يقوم على السيطرة على النفس والخضوع لحكم العقل والضمير وعدم اتباع الإنسان للأهواء والشهوات ، أما القيد الثاني فخارجيٌّ عن النفس ينظمه القانون ، والباعث عليه هو ضعف القيود النفسية الداخلية. كما أنه في واقع الأمر حماية للحرية لا تقييد لها ، بحكم أنّ إطلاق الحرية يقضي على حقوق وحريات الآخرين ، بل وعلى المجتمع كله[3].

---

1 - البوطي : (الله أم الإنسان ، أيّهما أقدر على رعاية حقوق الإنسان؟) مرجع سابق ، ص45.

2 -الساداتي ، سيد محمد : (الإمام السخاوي) ص22. نقلا عن : الزحيلي، وهبة : (حق الحرية في العالم) مرجع سابق ، ص41 .

3 - الزحيلي: المرجع نفسه، ص40-41.

وهذا الأمر يؤكده حديث السفينة الذي يدل على عدالة نسبية الحرية وعدم إطلاقها[1].

الفرع الخامس : الارتباط الوثيق للحريات والحقوق بمبدأ المسؤولية في الإسلام :

من أهم ما منحه الإسلام للإنسان حرّية التصرف في الأقوال والأفعال بإرادة واختيار ، من غير قسر ولا إجبار أو إكراه ، وفي هذا دليل أكيد على حرية الإنسان الرّشيدة. ومن أكبر ما يدل على هذه الحرية أن جعل الله الإنسان مسؤولا عن أقواله وأفعاله وسائر تصرفاته المدنية والجنائية ، ورتب الجزاء المدني والجنائي عن انحراف سلوك الإنسان بحريته ، فيكون بذلك الجزاء لتقويمه وردعا له ولغيره. ولهذا فالمسؤولية أقوى دليل عن كرامة الإنسان وحريته[2]. يقول الله تعالى : **(مَنِ ٱهۡتَدَىٰ فَإِنَّمَا يَهۡتَدِي لِنَفۡسِهِۦۖ وَمَن ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيۡهَاۚ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٞ وِزۡرَ أُخۡرَىٰۗ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبۡعَثَ رَسُولٗا)** [الإسراء : 15]. ويقول عز و جلّ : **(...كُلُّ ٱمۡرِئِۭ بِمَا كَسَبَ رَهِينٞ)** [الطور : 21]. وقوله تعالى أيضا : **(كُلُّ نَفۡسِۭ بِمَا كَسَبَتۡ رَهِينَةٌ)** [المدثر : 38].

وعليه؛ فإن أساس الجزاء المدني والجنائي في الإسلام مبني على كون الإنسان مسؤولا عن حريته ، مادامت الحرية أصل في الإنسان ، وهي واجبة له وليست مجرد رخصة ، تولد بولادته ، ويجب عليه أن يحافظ على حريته ، وهو مسؤول عن ذلك أيضا.

كما أن للحرية ارتباطٌ وثيقٌ بالتكليف الشرعي للإنسان من عبادات ومعاملات ، فهي تعتبر أساسا للتكاليف الشرعية ، وإذا انعدمت الحرية انعدم التكليف الشرعي ، ومنه تنتفي مسؤولية الفرد المكره والأسير المستعبد ، فالفرد يتحمل من المسؤولية بقدر ما يتمتع به من الحرية.

ولهذا فإن من معاني الحرية أنها تمكن الشخص من التصرف في نفسه وشؤونه كما يشاء دون معارض ، ويقابلها الضرب على اليد و اعتقال التصرف بحيث يجعل الشخص ناقص المسؤولية ، حيث يسوء تصرفه في نفسه وماله بسبب العجز أو لاحتجازه وعبوديته فتسلب إرادته تحت إرادة غيره[3].

ومنه فالإنسان يتحمل المسؤولية المدنية والجزائية بقدر ما يتمتع به من حريات وحقوق ، وعكس ذلك صحيحٌ فإن مسؤولية المرء تتناقص بقدر ما يفقده من الحريات و الحقوق.

---

1 – حديث السفينة سبق تخريجه عن النعمان بن بشير رضي الله عنه. ينظر : ص 86 ، الهامش رقم 1.

2 – الزحيلي، المرجع نفسه ، ص87.

3 – ابن عاشور : (مقاصد الشريعة الإسلامية) مرجع سابق ، طبعة الشركة التونسية، ص 130.

ومن مفاخر الإسلام في هذا أن جعل مسؤولية فردية وشخصية ، فلا يسأل الإنسان عن أعمال غيره ، قريبا كان أم بعيدا ، وهذا يدل على التحرر التام للإنسان ، وتمكينه من إثبات ذاتيته ، وإصدار تصرفاته عن حكمة وعقل واختيار[1]. قال الله تعالى : ﴿أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ وَأَنَّ سَعْيَهُ سَوْفَ يُرَىٰ ثُمَّ يُجْزَاهُ الْجَزَاءَ الْأَوْفَىٰ﴾ [النجم : 41].

1 – الزحيلي : (حق الحرية في العالم) مرجع سابق ، صفحة 88.

المطلب الثالث :

مقارنة مبادئ الحقوق والحريات بين النظامين الإسلامي والوضعي

من خلال ما تم دراسته يمكن مقارنة تكريس مبادئ الحقوق والحريات بين النظامين الإسلامي والوضعي من خلال عدة جوانب :

الفرع الأول : مبدأ الكرامة الإنسانية مسألة مشتركة وجوهرية في كل من النظام التشريعي الإسلامي و الأنظمة الوضعية

يعدّ مبدأ الكرامة الإنسانية مسألة مشتركة وجوهرية في كل من النظامين الإسلامي والوضعي ، ولهذا فلابد أن يظهر مبدأ التكريم الإلهي للإنسان في تشريعات الدولة و ينعكس بشكل فعال وملزم ضمن سياستها تجاه الرعية. وكمثال على ذلك كرّس المشرع الدستوري الجزائري هذا المبدأ ضمن مواد عدّة ، فقد نص في المادّة 38 على عدم انتهاك حرمة الحقوق والحريات الأساسية للمواطن. وجاء في المادة 40 الإقرار بالالتزام الذي يقع على عاتق الدولة بضمان عدم انتهاك حرمة الإنسان ، وأنّه يحضر أي عنف بدني أو معنوي أو أيّ مساس بالكرامة ، وأنّ القانون يعاقب على كل معاملة قاسية أو اللاإنسانية أو المهينة للإنسان. وحثت المادة 41 على أن القانون يعاقب على كل مساس بالحقوق والحريات ، وهي التي تنبني أصالة على الكرامة الإنسانية ، فإذا انتهك الأصل انتهك الفرع تباعا له. كما أن انتهاك الفرع ممثلا في أيّ حق من الحقوق والحريات الأساسية للإنسان فيه مساس بأصل كرامة الإنسانية.

الفرع الثاني : تكريس مبدأ الشرعية وسيادة القانون كحماية للحقوق و الحريات

إن ما تم تقريره من مبادئ الاحترام في الروابط بين الدولة والفرد كمبدأ الشرعية- على اختلاف مصدرها في كل نظام- وسيادة القانون وخضوع السلطة له ، وتعزيز حق الحرية و غيره من الحقوق...عن طريق حمايته شرعا وقانونا ، هي أمور مشتركة بين النظام التشريعي الإسلام ونظرية الحقوق المحمية دوليّا في الوقت الراهن[1].

الفرع الثالث : حماية الحقوق والحريات من خلال مبدأ الشورى و آليات الديمقراطية

إن حماية الحريات والحقوق تجد أساسها المتين ضمن مبدأ الشورى في الإسلام ، و كذا الآليات الديمقراطية في الأنظمة الوضعية ، والتي تضع قيودا ورقابة على أعمال السلطة حتى لا يقع التعسف بشأن الحريات ، ولا الحياد عنها.

---

1 - ينظر أكثر : الكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص43.

الفرع الرابع : الاتفاق المبدئي بين النظامين الإسلامي والوضعي حول المساواة واختلافهما حول تكييفها

تعتبر المساواة بين كافة الناس في استحقاق والتمتع بالحقوق والحريات الأساسية أصل ثابت بين جميع البشر في كل من النظام التشريعي الإسلامي الذي اعتبرها من المصالح الضرورية ، وكذا الأنظمة التشريعية الوضعية ، غير أن حكمة النظام الإسلامي تراعي بصفة أكبر جانب العدالة التي تقتضي عدم المساواة في كافة الأمور الأخرى ، وضرورة مراعاة التميز بين البشر لبعض الدواعي الموضوعية. في حين نرى الأنظمة الوضعية قد تختلف بين من يدعو للمساواة المطلقة التي قد تضر حتى بمصالح الأفراد كالمساواة المطلقة بين المرأة والرجل في كل الحقوق والالتزامات ، أو بين تلك الأنظمة التي تضع فوارق غير موضوعية إما لاعتبارات عرقية اجتماعية أو اقتصادية كالغنى والفقر أو العبودية أو غيرها... ، وهو الأمر الذي تسعى المواثيق الدولية لحقوق الإنسان حاليا لإزالته ، على ما يكتنفها من ملاحظات حول تأثرها بالتيار الغربي الذي يدعو للمساواة المطلقة في الحقوق كما هو الحال مثلا في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة[1].

الفرع الخامس : الارتباط الوثيق للحرية بالمسؤولية في كلا النظامين الإسلامي والوضعي

إن للحرية ارتباط وثيق بالمسؤولية في كلا النظامين الإسلامي والوضعي ، ذلك لأن الحرية من دون مسؤولية تؤول إلى الفوضى ، وتقييد الحرية أمر لازم ، وهو ما يبرر وجود الجزاء المدني والجنائي كأثر لمسؤولية الإنسان الحرّ من الاعتقال والعبودية ، ولكنه في ذات الوقت مسؤول عن أفعاله وأقواله مسؤوليةً شخصيةً ، وهو الأمر الذي أكدته الشريعة الإسلامية بداءة ، وقد استقرت عليه الشرعية الدولية لحقوق الإنسان نهاية بعد نظال طويل في مكافحة العبودية وتحميل الأبرياء مسؤولية الجرائم التي ارتكبها غيرهم.

---

1 – اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ، تسمى اختصارا اتفاقية "سيداو CEDAW" ، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 34/ 180 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979م. وكانت بعض موادها محل تحفظ من الدول الآسيوية كالهند والإسلامية كالجزائر والسعودية وغيرها. حيث صادقت عليها الجزائر سنة 1996 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96/ 51 المؤرخ في 22 يناير 1996، منشور في الجريدة الرسمية في 4 رمضان1416هـ، الموافق 24 يناير سنة1996، العدد:6، السنة 33. مع تحفظها على المواد الآتية : المادة 02 ، المادة 09 فقرة 02 ، المادة 15 فقرة 4 ، المادة 16 ، المادة 29. لتعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية في دعوتها إلى المساواة التامة بخصوص الحقوق الزوجية بين المرأة والرجل.

المبحث الثالث :

مصادر الحقوق والحريات العامة

في النظام الإسلامي والأنظمة الوضعية الليبيرالية

إن نطاق دراستنا للحقوق والحريات العامة ينطلق من أساس مرجعي عقائدي أو فكري تتوجب معرفته. فهي ترتكز في منشئها على مصادر ومرجعيات فكرية تستند على المذاهب الليبرالية في المجتمعات الغربية الحديثة ، كما تتجسد واقعيا في المواثيق الدولية ، والتشريعات الإقليمية والداخلية للدول الديمقراطية التي تحترم سيادة القانون ، أما في النظام الإسلامي مستندها ما كرّسته العقيدة والشريعة الإسلامية بأحكامها السّامية المقررة لحماية حقوق الإنسان ، وما نتج عنها من فقه إسلامي بمذاهبه المختلفة. وهذا ما يتم بيانه من خلال دراسة المنشأ والأساس المرجعي للحقوق والحريات في كل من النظام التشريعي الإسلامي(**المطلب الأول**) والوضعي (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول :

أساس الحقوق والحريات في النظام الإسلامي

ينبغي البحث في مجال الحقوق والحريات التّطرق إلى منشئها في النظامين الإسلامي والوضعي ، لأنه الأساس الذي تبنى عليه المنظومة القانونية والسياسة التشريعية في الدول. كما يمكّننا ذلك من تبيان الأسس المرجعية التي تقوم عليها الحقوق ، علمًا أن كلا من النظامين قد يختلف عن الآخر في مصدره وتصوره لها ، وإن اتفقا حول المسميات والمصطلحات أحيانا.

ولقد أولى النظام الإسلامي للحقوق والحريات عناية بالغة ، ذلك أنه أقرّها بداءةً منذ نزول الوحي ، فهي تستقي وجودها وقوتها من رافدين أساسيين هما : **التشريع الإسلامي** بما أقره من أحكام سامية لحقوق الإنسان(**الفرع الأول**) ، ولم يكتف بذلك فقط بأن جعل تقديسها من صميم **العقيدة الإسلامية** التي تبعث الإنسان على الامتثال للأوامر الإلهية باحترام وتقديس حقوق الإنسان وحرياته عن طواعية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول : الأصل التشريعي للحقوق والحريات في الإسلام

إن منشأ الحقوق والحريات العامة والفردية هو واحد وغير مختلف ولا متعدد ، طالما أن مصدر التشريع الإسلامي هو الوحي من الله سبحانه وتعالى ، وليست منحة من الطبيعة ولا العقل الإنساني كما يتصور الفكر الليبيرالي الغربي.

كما أن كل من الحكام والمحكومين مطالب بأحكام الشرع الإسلامي التي هي مستقلة عنهما ، وهم ملزمون بها ، ففي استقلال مصدر التشريع عن الحكام والمحكومين ضمانة أكيدة لاحترام هذه الحقوق ، وعدم وقوعها عرضة لا للتنازع بين مصالح الفرد والجماعة من جهة ، ولا لأهواء البشر من جهة ثانية. بل رعتها الحكمة الإلهية بتوحيد غاية الفرد والجماعة نحو تحقيق مقاصد الشرع الحنيف التي تحفظ حقوق الأفراد والجماعات أو الدول معا وبصورة مثالية غاية في التوازن.

إن فهم هذا الأساس المرجعي لنظام الحقوق والحريات في الإسلام يجعل الفرد يتمتع بتلك الحقوق على أنها مِنَحٌ إلهية وفقا لشريعة الله تعالى ، كما أن وظيفة الدولة في النظام الإسلامي تكمن في حرصها على تمكين الأفراد من التمتع بها حرصهم عليها أو يزيد ، لأنها لم تقم إلا لتمكينهم من أن يحيوا الحياة الكريمة والتمتع بها في ظل الإسلام ، بل وتدفعهم دفعا إلى ممارستها ومباشرتها[1].

وبالتالي؛ فإن الإجماع منعقد على أن منبع هذه الحقوق والحريات يتمثل في التشريع الإسلامي نفسه ، بما يحمله هذا التشريع من أحكام صريحة ودلالات تنص على ذلك إجمالا ، بحيث تكون مصادر التشريع هي نفسها أساس ومنبع هذه الحقوق[2].

فالحقوق والحريات وجدت أساسها في القرآن الكريم والسنة النبوية وأصول الشريعة الإسلامية ، وتم تبيان معالمها ومفاهيمها وحدود ممارستها في الفقه الإسلامي ، بحيث لا يكون هناك اعتداء ولا تعسف[3].

كما أن الحق لا يعتبر كذلك إلا إذا أقره الشارع الحكيم بحكم مصدره الشرع ، وهذا الأخير يعدّ بالتالي مصدرا لكل الحقوق. فلا حق إذن إلا ما جعله الشارع

---

1 – البياتي ، منير حميد : (النظام السياسي الإسلامي مقارنا بالدولة القانونية_دراسة دستورية وشرعية مقارنة_) مرجع سابق ، ص 109

2 –الدريني ، فتحي : (دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر) ، مرجع سابق ج1 ، ص 41. وينظر كتابه : (خصائص التشريع الإسلامي) ، مرجع سابق ص : 389.

3 – عبد الغني ، عبد الله ، بسيوني: (نظرية الدولة في الإسلام) الدار الجامعية ، بيروت ، دط ، 1986م. ص 285.

حقا[1]. ويقول الشاطبي مؤكدا هذا المعنى : "**فإن ما هو لله من الحقوق فهو لله ، وما كان للعبد فراجع لله من جهة حق الله فيه ، ومن جهة كون حق العبد من حقوق الله ، إِذْ كان لله ألاّ يجعل للعبد حقّاً أصلاً**"[2].

وكانت حجّة الوداع دستورا وضعه النبي صلى الله عليه وسلم قبل خمسة عشر قرنا بيّن فيه معالم هذه الحقوق ، إذ يقول : «**فَإِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا**»[3].

كما أقر النظام الإسلامي مبدءًا أساسيا يركن إليه في تبيان الحقوق والحريات مفاده قاعدة : "**لا ضرر ولا ضرار**"[4]. فالتشريع الإسلامي قام على مُطلَقِيَّة الحرية للفرد في ظل مبدأ الشرعية ، طالما لم يتعارض مع حق الله أو حقوق الآخرين سواء عن طريق الأذى وتحققه ، أو منع المصالح العامة لهم. ومنه : فالحقوق يحدُّها حفظ الدين والعبادات ومكارم الأخلاق من الاعتداء الذي يجب إيقافه[5].

و قد وجدت تلك الأصول والمبادئ تطبيقها الواقعي السليم في صدر الإسلام[6] ، حين كان الخلفاء الراشدون على مقربة من منبع الوحي. وكرّس ذلك عمر بن الخطاب حينما قال قولته المشهورة انتصار للحرية : "**متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحرارا**"[7].

---

1 – الطعيمات ، (خصائص التشريع الإسلامي) مرجع سابق ، ص 23–25–102.

2 –الشاطبي : (الموفقات) مصدر سابق ، ج2 ، ص 377.وينظر القرافي : (الفروق) مصدرسابق ، ط دار الإحياء ، ج1 ، ص 141.

3 – سبق تخريجه ، وينظر كذلك نص خطبة حجة الوداع في : إبن هشام (سيرة النبي ﷺ) تحقيق : محمد محي الدين عبد الحميد ، دار الفكر ، بيروت.دط–دت.ج4 ، ص275.

4 – رواه مالك بن أنس عن عمرو بن يحي المازني عن أبيه : (الموطأ برواية يحي بن يحي الليثي) كتاب الأقضية ، باب"القضاء في المرفق"رقم1426.دار النفائس ، بيروت.ط11 ، 1990.ص529.وقد ورد مرسلا.وجاء من رواية عبادة بن الصامت ، وابن عباس ، وأبي سعيد الخدري ، وأبي هريرة ، وجابر ، وعائشة ، وعمرو بن عوف ، وثعلبة بن أبي مالك القرضي ، وأبي لبابة.قال ابن رجب : "وقد ذكر الشيخ رحمه الله–أي النووي– أن بعض طرقه تقوي بعضا ، وهو كما قال ابن الصلاح : هذا الحديث أسنده الدارقطني من وجوه ومجموعها يقوي الحديث و يحسنه ، وقد تقبله جماهير أهل العلم واحتجوا به.وقول أبو داود أنه من الأحاديث التي يدور الفقه عليها يشعر بكونه غير ضعيف–والله أعلم– اهـ." ينظر : إبن رجب ، الحنبلي : (جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم) تحقيق : شعيب الأرناؤوط ، وإبراهيم باجس.دار الهدى ، عين مليلة.الجزائر.ط1 ، 1991م.ج2 ، ص210–211.

5 – ربيع ، منيب محمد : (ضمانات الحرية في النظام الإسلامي وتطبيقاته) ، مرجع سابق ، ص 18.

6 –كشاكش ، كريم يوسف : (الحريات العامة) ، مرجع سابق ، ص 245. و الغنوشي ، راشد : (الحريات العامة في الدولة الإسلامية) ، مرجع سابق ص 39.

7 – الأثر سبق تخريجه ، ينظر ص 82 من البحث ، في الهامش رقم :1 .

الفرع الثاني : الأصل العقائدي للحقوق والحريات في الإسلام

إن نظام الحقوق الفردية والحريات العامة نابع من صميم العقيدة الإسلامية ، ولهذا كانت العقيدة الإسلامية ضمانة أكيدة للحقوق والحريات من باب أن ممارسة الحق الفردي أو الحرية العامة أمر ناشئ عن "الاعتقاد" بوجود تكاليف ومسؤوليات شرعية صارت بموجبها منطلقا روحيا وإيمانيا للممارسة العملية للحقوق والحريات في المجتمع ، وليس من باب دوافع الغريزة والهوى والأثرة ، ولا التبعية والتقليد[1] .

فالإنسان بموجب التفضيل الإلهي له عن سائر المخلوقات منح له الخالق سبحانه وتعالى حقوقا معيّنة ثابتة يتحقق بها التفضيل لبني آدم بشكل فعليّ على غيرهم ، ويمكّنهم بها من عبادته التي هي أصل وغاية الخلق ، يقول الله تعالى : **(وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ)** [الذاريات : 56]. وتقتضي العقيدة الإسلامية أن يصوغ الإنسان فردا كان أو جماعة ، حاكما أو محكوما؛ نفسه وسلوكه ونشاطه بما في ذلك استعماله لحقوقه وحرياته وفقا لما شرعه الله سبحانه وتعالى وفصّله في شريعته القائمة على تلك العقيدة الربانية[2].

حيث أنّه وبهذا الامتثال لأوامر الله ، وباحترام وتقديس ما حرّمه الله تعالى تتجلى العدالة الإلهية في أبهى صورها ، وستكون الخيار الأفضل للبشرية طالما أن الإنسان ضامن ومعتقد بأن الشريعة الإلهية المنزّهة ستحفظ له كرامته وتحمي حقوقه من خلالها ، ولا يتدخل بني البشر بأهوائهم في التشريع والتأسيس للحقوق والحريات ، وما يتبعها من ظلم وقهر واضطهاد وتمييز بين بني آدم وانحطاط للكرامة الإنسانية.

فالعناية بالواجبات وأدائها على الوجه الأكمل ، تمثل ضمانا كافيا لتحقيق وحماية الحريات ومباشرة الحقوق وصونها من الاعتداء تبعا لتلك العناية. وهذا ما فرض تلازما بين الحق و الحرية في ممارسته من جهة ، والتكليف كعنصر إلزام من جهة أخرى. مما جعله يكوّن الفارق الأساسي بين التصوّر الإسلامي للحقوق ، وبين ما تجسد في المواثيق الدولية والداخلية المعاصرة ، والتي يفتقد فيها إلى جانب القانون عادةً ذلك الشعور الداخلي للإنسان بوجوب احترام حقوق البشر. حيث لا تعدو أن تكون أحيانا شعارات فقط ، قد تغدو عديمة الأثر على المستوى الدولي[3].

---

1 – الدريني : (خصائص التشريع الإسلامي) مرجع سابق ، ص 392 ، وكتابه : (دراسات وبحوث) مرجع سابق، ص 43–44. وينظر الغنوشي:(الحريات العامة في الدولة الإسلامية) مرجع سابق،ص39

2 – البياتي : (النظام السياسي الإسلامي مقارنا بالدولة القانونية) مرجع سابق ، ص 109

3 – الدريني : (خصائص التشريع) المرجع نفسه ، ص 404–406. وينظر : متولي ، عبد الحميد : (الحريات العامة ، نظرية تطورها وضماناتها ومستقبلها) ، دار المعارف الإسكندرية ، سنة1975 ، ص10وما بعدها.

المطلب الثاني :

الأساس الفكري للحقوق والحريات في الفكر الوضعي الليبرالي

إذا كانت قضية الحقوق والحريات في النظام الإسلامي مستقرة منذ البداية كونها منحة إلهية من الله تعالى للبشرية ، فإنها كانت محل محطات عصيبة في الفكر والواقع الغربي خصوصا ، حيث أن الشعوب الغربية عانت الويلات قبل أن تحقق التحرر من العبودية والأفكار المتعلقة بها ، وقد أسهم في هذا التحرر ظهور أفكار تنويرية في القرن 17 م لفلاسفة ومفكرين غربيين يدعون إلى الثورة على واقع المأساة التي كانت تعيشها المجتمعات الغربية في أوروبا. ولهذا يعتبر النظام الوضعي الليبرالي أبرز مثال تستند إليه فكرة الحقوق والحريات العامة في المجتمعات الغربية.

الفرع الأول : أثر العوامل التاريخية على نشأة الحقوق والحريات

لقد أسهمت عدة عوامل في نشأة مبدأ الحقوق الفردية والحريات العامة قبيل الثورة الفرنسية وبعدها أثناء القرنين الثامن عشر والتاسع عشر. حين نُزعت الصبغة الدينية عن التصور للعلاقة بين السلطة والأفراد أو ما يدعى بالحكم التيوقراطي[1]. وخاصة بعد ظهور النزعة الجديدة في المسيحية "المذهب البروتستانتي" والتي دعت إلى الفصل بين السلطة السياسية والسلطة الدينية مما أنقذ الفرد من ويلات الخضوع للسلطان المطلق للدولة بتكريس مبدأ : "دع ما لله لله ، وما لقيصر لقيصر".

وهكذا تمّ تقييد سلطان الدولة ، وبرزت للإنسان قيمته الذاتية المستقلة عن الدولة. وبهذا كان المصدر الديني من جذور نشأة "المذهب الفردي"[2] ، أو الفردانية .

---

1 -"الحكم التيوقراطي : أوما يسمى بنظرية التفويض الإلهي"Théorie du droit divin". أوالنظريات الدينية التي استُخدمت لتبرير استبداد وطغيان الحكام . وسلطانها يتركز على أساس سماوي يرجع إلى الإرادة الإلهية التي اصطفت من بين الناس ملوكا عليهم يختصون دونهم بالسيادة والسلطان مؤيدون بروح من عند الله .ومقتضى ذلك الرأي إستبداد الملوك بالأمر وكونهم غير محاسبون عن أعمالهم إلا أمام الله.ولكن هذه النظرية تلاشت بعد مجابهة الأفكار التحررية الحديثة ويقضة الشعوب". ينظر : الطماوي ، سليمان محمد : (النظم السياسية والقانون الدستوري-دراسة مقارنة-) دار الفكر العربي ، القاهرة. دط-1988م.ص25-26. و عبد الغني ، عبد الله، بسيوني (النظم السياسية والقانون الدستوري) مرجع سابق ، ص45وما بعدها.و متولي ، عبد الحميد : (القانون الدستوري) مرجع سابق ، ج1 ، ص38وما بعدها.

2 -متولي : (القانون الدستوري) المرجع نفسه ، ج1 ، ص221-222 . ونجم : (حقوق الإنسان بين القرآن والإعلان) مرجع سابق ، ص25-26.

ولكن كان من بين آثار الفصل العلماني للسلطة أن ظهرت آثار فكرية تقوم على أساس العقل لا الدين في اعتبار الحقوق والحريات للأفراد ، فتواجدت عدة مدارس أهمها : مدرسة القانون الطبيعي ، ونظرية العقد الاجتماعي[1]

الفرع الثاني - دور مدرسة القانون الطبيعي في التأسيس لفكرة الحقوق والحريات[2] :

ظهرت هذه النزعة الفكرية أكثر في القرن 18م ومن زعمائها "جروتياس" وقبله : "شيشرون" الذي يرى بأن القانون الطبيعي والأخلاق هما : حكم العقل السّليم الذي يفرق بين ما هو أخلاقي وما هو غير أخلاقي ، ويتضمن وجود قانون ثابت لا يتغير بتغير الأزمة والأمكنة ، ولا يخضع للتقاليد ، وإنما للطبيعة البشرية التي بإمكان العقل أن يكشفها. وبالتالي يميز بين ما هو مباح وغير مباح عند الله ، ومنه فإن الجميع ملزم به حكاما وشعوبا على حد السواء.

وقد أرسى بذلك المذهب الفردي قواعد فعلية من نظرية القانون الطبيعي لمبدأ الحرية من جهة ، وعدم تدخل الدولة من جهة أخرى ، وهذا ما يحقق العدل والمساواة[3].

الفرع الثالث : دور نظرية العقد الاجتماعي في بلورة الفكر الغربي حول الحقوق والحريات :

من الدواعي السياسية لنشأة الحقوق والحريات في المذهب الفردي ظهور نظرية العقد الاجتماعي كامتداد للقانون الطبيعي بزعامة جون جاك روسو ، وهوبز ، وجون لوك. ومضمونها أن يتنازل الأفراد عن حريتهم للحاكم لتفادي الفوضى ، وعليه فإن الحكم يستمد سلطته من إرادة الجماعة ، وأن المجتمع ما وجد إلا للحفاظ على حقوق الفرد. والقانون ما هو إلا تعبير عن إرادة الجميع مكونين بذلك مجتمعا سياسيا منظما يصون حياتهم المستقرة[4].

وهذه النظرية تمجد الفرد وتقدس حرياته وحقوقه بحيث تكون هذه الحقوق سابقة على نشأة الدولة ذاتها ، ووجود هذه الأخيرة ما هو إلا لحماية هذه الحقوق والحريات. وأما الفرد فهو غاية الدولة القانونية ، ونشاطها مقصور على تلبية مصالحه. فهذه

1 - متولي : (القانون الدستوري) المرجع السابق نفسه، ج1 ، ص221-222.

2 - الطعيمات : (حقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص 82. و نجم: (حقوق الإنسان بين القرآن والإعلان) المرجع السابق نفسه، ص 24-25.و27.

3 -نخلة : (الحريات) مرجع سابق ، ص 12 .و غزوي : (الحريات العامة في الإسلام) مرجع سابق ، ص 182.

4 - نخلة المرجع نفسه ، ص 12.و نجم المرجع نفسه ، ص 29.

النظرية تعدّ أهم مصدر يتوكأ عليه المذهب الفردي[1].

وجاء بعد روسو كل من : منتسكيو ، وفولتير ، وديدو ، حيث قال منتسكيو صاحب النظرية الوضعية بأن الحرية هي : "**الحق في فعل كل ما تبيحه القوانين**". وقد وضع مبدأ الفصل بين السلطات الثلاث في الدولة[2]. وهذا المبدأ يعدّ من أهم ما يدعم مبدأ الشرعية الذي تتميز به الدولة القانونية عن غيرها ، بحيث تحفظ الحقوق والحريات فيها على المستوى التشريعي والتنفيذي والقضائي.

كما يعد الجانب الإقتصادي مصدرا مهما من مصادر الحقوق والحريات في المذهب الحرّ في القرن 19م بزعامة آدم سميث ، حيث أسّس للجانب السياسي المتمثل في قيام الثورة الفرنسية. وتقوم نظريته على أساس الإعتقاد بسموّ النشاط الفردي. وتدخّل الدولة في الميدان الإقتصادي يعدّ شرا لا بد منه ، ولا يسمح به إلا استثناء وفي الإطار التنظيمي فقط. فحق الملكية للأفراد مقدس[3] ، ولا يمكن المساس به بأيّة حال من الأحوال. كما أنّ الأفراد أعرف بمصالحهم من الدولة. وشعار هذا الإتجاه : "دعه يعمل ، دعه يمر".

ولقد ساهمت هذه الآراء الفكرية في قيام عدة ثورات أهمها الثورة الفرنسية سنة 1789م ، وتقرر إثرها إعلان حقوق الإنسان والمواطن ، والإعلان الأمريكي في 4 يوليو لسنة 1776م ، وقبل هذين الإعلانين صدر "العهد الأعظم" أو "المجناكارتا" في بريطانيا سنة 1215م. وبهذه الثورات تبلورت تعاليم المذهب الفردي ، وانطبعت بالصبغة الرسمية التي تُوِّجت بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان في 10 ديسمبر سنة 1948م ، وتبعته عدة مواثيق وإعلانات دولية وإقليمية. وانعكس كل ذلك على الدساتير والتشريعات الداخلية للدول الديمقراطية المعاصرة.

الفرع الرابع : تقويم النظرة الليبرالية لنشأة الحقوق والحريات :

بعد التطرق للمنشأ الفكري والمرجعي للحقوق و الحريات في الأنظمة الليبيرالية يمكن استنتاج الملاحظات الآتية :

1- لم تعرض الدراسة إلى النظرة الماركسية بالشرح لما أثبته الواقع من فشلها. حيث جعلت من الدولة هدفا ، وما الفرد إلا وسيلة تخدم وتحقق مصالحها بما يقضي

1 -كشاكش : (الحريات العامة) ، مرجع سابق ، ص 47.

2 - نخلة : (الحريات) المرجع السابق نفسه، ص12.

3 - متولي : (القانون الدستوري) المرجع السابق نفسه، ج1، ص 223-224.

على كيان وشخصية الفرد في المجتمع. وصاحبت هذه النظرة عدّت عوامل سياسية هي وغيرها من الرؤى الفكرية ، كما هو الحال في ألمانيا ، واليابان ، والإتحاد السوفياتي ، حين تأسست الأنظمة الديكتاتورية السابقة. فكانت عالة على تقدم الحقوق والحريات التي فقدت جانبا كبير في ظل هذه الأنظمة المطلقة. الشيء الذي أدى إلى اندثار مثل هذا الحكم المتعسف بحرية الأفراد. وآخرها كان بانهيار مؤسسة النظام الشيوعي الروسي ، واستقلال الجمهوريات السوفيتية عن روسيا الأم[1] ، وتم ردّ الاعتبار لحقوق الإنسان في هذه الدول.

2- إن الحقوق والحريات في المذهب الفردي مؤسسة على الالتزام السلبي للدولة. والحقيقة أن الدولة لا يمكن إهمال دورها الإيجابي ومسؤوليتها عن التقنين للحقوق والحريات في التشريعات الوضعية ، فضلا عن العمل على حمايتها وصيانتها ، وضمان ممارستها ومعاقبة المعتدين عليها[2].

كما لا يمكن أن نهمل الدور الاجتماعي للدولة تجاه الأفراد. وهذا ما جاء به الفكر الماركسي بتقريره للحقوق الاجتماعية والإقتصادية لنظام الجماعة ، أو ما يسمى بـ : "الجيل الجديد من الحقوق". فلا يمكن نفي الحقوق "العامة" كما يدّعي أنصار النزعة الفردية ، أو كما يشاع عن نظرية العقد الاجتماعي أنها أكبر أكذوبة ناجحة ، لأنها انطلقت من أصل فلسفي بحت ، وليس واقعي. وإنما كان ذلك سعيا منها في التقعيد للحكم الديمقراطي والليبيرالي البورجوازي.

3- إننا نرى التجربة الغربية ماثلة أمامنا من خلال مرجعيتها التي بنيت على الفكر اليوناني والروماني ، بعد إعلان القطيعة مع النظام الكنسي المستبد أيضا ، حيث ولّد اضطرابا في مصادر القاعدة القانونية ومرجعيتها ، حيث أصبح الإنسان مصدرا لها ، وبذلك تضيع الحقوق وتهدر الحريات في ظل اختلاف المصادر ، وتعدد الرؤى والأفكار الإنسانية التي تؤسس لمفهوم الإنسان ذاته وما يحفظ كرامته ضمن النظام الفكري الغربي المفعم بالتناقضات في النظر إلى مسألة حقوق الإنسان ، على ما يكتنفه هذا الأخير من تمييز عنصري بين كرامة الإنسان الأوروبي الأبيض والغربي عموما ، والتي يجب أن تحفظ وتصان في نظرهم، وبين وغيره من الأجناس البشرية التي كانت مستعمرة ، حيث تم

---

1 -الطعيمات : (حقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص 96.ونجم (حقوق الإنسان بين القرآن والإعلان) المرجع السابق نفسه ، ص22 .

2 -نجم ، المرجع نفسه ، ص 20. و غزوي : (الحريات العامة في الإسلام) مرجع سابق، ص 208-209. وعطية ، نعيم : (في الروابط بين القانون والدولة والفرد) مرجع سابق ، ص : 172.

الدوس على كرامتها طيلة قرون من الزمن ولايزال إلى وقتنا هذا. خصوصا وأن الفكر الغربي لم يتخلص بعد من النظرة الاستعمارية و الاستعلائية على الشعوب الأخرى[1].

ولم يتأسس الفكر اليوناني والروماني اللذان يعتبران مرجعية للغرب على المساواة بين الناس ، حيث أن هناك صفوة قليلة تستأثر بالحقوق والحريات ، أما الأكثرية الساحقة لا تملك من الحقوق الإنسانية شيئا. ولهذا فقد بُني الفكر الغربي على البراغماتية التي تحولت إلى منهج حياة ، وأداة تبرير لاستغلال الغير واستثماره والهيمنة عليه ، فانتهكت حقوق هذا الغير وصادرت حرياته[2].

4- يكاد الإجماع ينعقد على أن حقوق الإنسان وحرياته الأساسية بوصفها حقوقا قانونية ينظمها ويحميها المجتمع الدولي وتخضع للنظام الدولي قد وجدت مصدرها أخيرا في الشرعية الدولية لحقوق الإنسان ، والتي استقر عليها المجتمع الدولي في النصف الثاني من القرن العشرين ، بعد مسار طويل نحو التحرر من العبودية والاستبداد السياسي[3].

5- وفي الأخير نرى بأن النظام الإسلامي يعدّ أحسن من أولى اهتماما بالحقوق والحريات ، ونشأتها ، إذ أنه أسبق من الناحية التاريخية عن غيره من الأنظمة الوضعية في تقرير هذه الحقوق. كما أنه يفرض توازنا بين الفرد والجماعة في تقرير الحقوق الفردية والعامة ، لأنه نتاج الشريعة الغراء التي مصدرها الوحي ، والقائمة على العقيدة الإسلامية بتقديس الحقوق والحريات. فالله هو مصدر الحقوق وهو الذي قسمها بين عباده بما لهم وما عليهم.

ولقد ضربت الحضارة الإسلامية في صدر الإسلام مثلا للإنسانية في سموّ تطبيق الحقوق والحريات وتعزيز ممارستها. وهذا برغم ما تعانيه الدول الإسلامية والعربية اليوم من تغييب للحقوق ، ومن تجاوزات بحق الحريات من خلال ممارسات الأنظمة السياسية لهذه الدول بشكل لا يمتّ للتشريع الإسلامي وسموه بأيّة صلة. كما أنه يتوجب على أنظمة الحكم في العالم الإسلامي الحالي أن تعود إلى الأصل المَعين الذي أعطى منزلة سامية لتكريم الأفراد و حماية حقوق الإنسان.

□

1 - ينظر أيضا حول الفكرة ذاتها لدى: الحديثي ، خليل : (حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، ملاحظات في نقد الفكر الغربي) مرجع سابق ، ص36_39.

2 - الحديثي ، المرجع نفسه ، ص51-52.

3 - الحديثي ، مرجع نفسه ، ص29.

ملخص الفصل الثاني

يتجلى حق الحرية الشخصية بصورة أدق من خلال إبراز الأسس والمصادر التي يبنى عليها ضمن كل من النظام الإسلامي والوضعي على حده. وهذا لكون حق الحرية جزءٌ من كلٍ ، إذ يستمد أساسه ومنشؤه من زمرة الحقوق والحريات العامة ، والأساسية منها خصوصا. الأمر الذي يقتضي بيان معنى هذه الحقوق ، و تحديد أنواعها وتقسيماتها في الفقه الإسلامي والوضعي ، وكذا المعايير المختلفة التي تبنى عليها هذه التقسيمات وتصنيف الحقوق والحريات.

كما تتحدد طبيعة العلاقة التي تربط الحرية الشخصية بباقي الحريات والحقوق في شكل علاقة الخصوص والعموم تلك التي تجمعها مع باقي الحقوق والحريات العامة والأساسية للإنسان ، وبأن وجود الحرية الشخصية ضروري لقيام باقي الحقوق والحريات الأساسية والعامة.

وتعتبر المقومات التي ترتكز عليها الحرية الشخصية وغيرها من الحريات الشخصية للإنسان بمثابة المناخ الذي تعيش فيه هذه الحقوق ، ويظهر هذا في المبادئ السامية التي تبنى عليها ركائز الحرية الشخصية ، وأهمها على الإطلاق مبدأ الكرامة الإنسانية والذي يعدّ مسألة مشتركة وجوهرية في كل من النظام التشريعي الإسلامي والأنظمة الوضعية الليبرالية خصوصا. كما تتكرس عدة مبادئ مشتركة كمبدأ الشرعية وسيادة القانون بصفته أكبر الدعامات لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية المتجسد في خضوع الدولة للقانون على اختلاف مصدره في كل نظام تشريعي ، وتختص بموجبه السلطة التشريعية-على اختلاف مصدرها في كل نظام- بتنظيم الحرية والسلطة القضائية كحارس لهذه الحريات والحقوق من الاعتداء. وكذا مبدأ الشورى في النظام الإسلامي و آليات الديمقراطية في الأنظمة الوضعية الليبرالية. وبالنسبة لمبدأ المساواة والعدل؛ فإن الاتفاق المبدئي ينعقد بين النظامين الإسلامي والوضعي حول المساواة ، غير أنهما مختلفان حول تكييفها. وهناك ارتباط وثيق للحرية بمبدأ المسؤولية في كلا النظامين الإسلامي والوضعي.

ومن المبادئ المستقرة في الفكر القانوني الوضعي كدعامة للحرية الشخصية أن الأصل إطلاق وعمومية حقوق وحريات الأفراد وتقييدها استثنائي ، و كذا الأصل في حقوق الإنسان أنها مسألة وطنية داخلية ، ومبدأ تكامل حقوق الإنسان فيما بينها ، وأنه لا يجوز التنازل عنها ، بالإضافة إلى عدم جواز الاحتجاج بتقادم الجرائم التي تشكلها انتهاكات حقوق الإنسان.

وإذا أتينا إلى الأساس المرجعي الذي تنطلق منه الحقوق والحريات العامة. نراها ترتكز في منشئها على مصادر ومرجعيات فكرية تستند على المذاهب الليبرالية في المجتمعات الغربية الحديثة ، والتي أثرت عدة عوامل تاريخية على تطورها إلى أن تجسدت واقعيا في المواثيق الدولية ، والتشريعات الإقليمية والداخلية للدول الديمقراطية التي تحترم سيادة القانون. أما في النظام الإسلامي فنرى مصادر الحقوق والحريات مستقرة ومستندها ما كرّسته أصالة العقيدة والشريعة الإسلامية بأحكامها السّامية المقررة لحقوق الإنسان وحمايتها.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الباب الثاني :

مظاهر وضمانات تكريس حماية الشرعية الجنائية للحرية الشخصية في ظل النظامين الإسلامي والوضعي

وفيه فصلان :

الفصل الأول : ماهية مبدأ الشرعية الجنائية ومقومات حمايته للحرية الشخصية

الفصل الثاني : ضمانات حماية الشرعية الجنائية للحرية الشخصية في النظام الجنائي الإسلامي والوضعي

□

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

توطئة:

يعتبر ما تم تقريره في الباب الأول من دراسة لحق الحرية الشخصية وماهيته ، بوصفه أحد أهم الحقوق الأساسية ضمن الحريات العامة ، وما جاء ينص عليه من أسس ومصادر في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية والإقليمية ، وانعكاس كل ذلك على دساتير الدول وقوانينها الداخلية ، يعدّ مكسبا عظيما لحقوق الإنسان ، وثمرة جهود مضنية للبشرية في سبيل حريتها وكرامتها.

إلاّ أنّ هذا الرصيد التشريعي لا يمكن بتاتا أن يحقق مقاصده طالما لم يكن هناك تنزيل لها على أرض الواقع ، وتجسيدها في القوانين وتشريعات الدول ؛ وخصوصا الجنائية منها ، بوصفها أخطر القوانين على الحرية الشخصية ، وذلك من خلال السياسة الجنائية الرشيدة التي تنتهجها الدولة في تطبيق المبادئ الدستورية الكفيلة بحماية هذا الحق سواء بالنسبة للسلطة التشريعية عن طريق الرقابة الدستورية ، أو بالنسبة للسلطة القضائية بإعلاء شأن القضاء ، وتقديس الأحكام الصادرة عنه ، وإعطائه مركزا قانونيا يثبت مدى استقلاليته وحيدته. فسلطة القضاء النزيه تعتبر ضمانة مهمة أمام تعسف السلطة التنفيذية بحريات الأشخاص ، كما أنه الحارس الحقيقي للحريات ، و الرقيب المعبر عن مدى احترام الدولة لأمن أفرادها من عدمه ، ومظهر من مظاهر الدولة القانونية.

إن حق الحرية الشخصية وإن نصت على حمايته المبادئ الدستورية كأسمى القوانين في الدولة ، إلا أنّ ذلك يتجلى أكثر في قانوني الإجراءات الجزائية والعقوبات بصفتهما يمثلان رادعا وزاجرا وحاميا لها من اعتداء الأفراد والجماعة عليها ، ومختصا في وقف تجنّي السلطة العامة على قداستها خصوصا إذا وقع الفرد في دائرة الاتهام ، حينها تكون حريته قاب قوسين أو أدنى من أن تسلب منه.

لذا يتوجب وضع ضمانات كفيلة بحماية أمن الفرد على حريته و كرامته الإنسانية حتى ولو كان مدانا بجريمة ، لأن حماية المصلحة العامة للمجتمع لا تبرر العبث بحرية الأفراد وسلبها منهم على أية حال...؛ بل يجب أن يتم ذلك وفقا لضوابط ينبغي أن تحقّق التوازن بين المصالح الاجتماعية وحرية الأفراد.

وهذا ما سنتناوله بالدراسة والتحليل والنقد ، أين نبين الحماية الجنائية لحق الحرية الشخصية ودورها في تحقيق هذا التوازن المنشود من خلال أسمى المبادئ الدستورية ممثلا في مبدأ الشرعية ، وتطبيقات هذا المبدأ في المجال الجنائي ضمن الشرعية الجنائية في شقيها الموضوعي والإجرائي (**الفصل الأول**).

وإذا كان قانون العقوبات يحدد بدوره الأفعال المجرّمة التي تشكل اعتداءً على المصالح العامة ، ويوجب لها إيقاع العقوبة وفقاً لقواعدَ تُراعى بها في الوقت ذاته الكرامة الإنسانية للشخص الجاني ، حتى لا يحدث تجاوز وتعسف السلطة في التناسب بين التجريم العقاب ، فإن الإجراءات الجزائية هي السبيل الوحيد لجهاز القضاء للكشف عن حقيقة الجريمة دونما مساس بحرية الأفراد الأبرياء.

وهنا تكمن أهمية حماية الشرعية الجنائية للأشخاص من الوقوع في دائرة الاتهام أو الإدانة عن طريق التماس الوسائل الناجعة لذلك ، كتعيين وحصر الأجهزة المختصة بالتحقيق ، وتوفير ضمانات أكبر لأمن المتهم عبر كافة مراحل الخصومة الجزائية والتنفيذ العقابي. ففي أثناء ذلك كله يتعين على الدولة أن تنتهج سياسة جنائية سليمة على المستوى التشريعي والقضائي والتنفيذي ، وأن تتبع ضوابط صارمة تراعي فيها المعايير والمبادئ النبيلة التي رسمتها الشريعة الإسلامية ، وتلك المقررة دوليا في إعلانات ومواثيق حقوق الإنسان ، مما توفر ضمانات أكيدة لحرية الأفراد ، وتحقّق بها الحماية في مواجهة سلطتي الاتهام والعقاب(**الفصل الثاني**).

الفصل الأول :

ماهية مبدأ الشرعية الجنائية
ومقومات حمايته للحرية الشخصية

وفيه مبحثان:

المبحث الأول : أصول حماية حق الحرية الشخصية في المجال الجنائي

المبحث الثاني : الشرعية الجنائية دعامة أصيلة لحماية الحرية الشخصية

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

تزداد قيمة الحرية الشخصية للفرد حينما يكون في مواجهة الأنظمة العقابية في الدولة ، والتي من مهامها حماية المصالح والقيم الاجتماعية تجاه الأفعال التي تمثل خطرا عليها ، وفي الوقت ذاته ضمان ممارسة الأفراد لنشاطهم الاجتماعي وفقا للقوانين والأنظمة المعمول بها. وهنا يكون الأمن الشخصي للفرد وحريته على مرمى حجر من المساس به تحت طائلة القوانين العقابية. وهو ما يحتم على السلطات العامة أن تضع ضوابط صارمة في مستوى التشريع أو القضاء أو التنفيذ ، وذلك لتلافي المساس بالحرية الشخصية للفرد دون وجه حقٍ ، ولا بمسوّغ قانونيّ سواء بالاعتقال خارج نطاق القانون ، أو إهانة الكرامة الإنسانية للفرد إضافة لسلب حريته ، سواء بالتعذيب أو غيرها من الإجراءات التعسفية التي قد تصدر عن السلطة التنفيذية خاصة.

وسنعرض في هذا الفصل لدراسة أصول حماية حق الحرية الشخصية في المجال الجنائي ، وهذا من خلال بيان **الحماية الجنائية** وتوضيح ماهيتها وعلاقتها الوثيقة بحقوق وحريات الإنسان ، وعلاقتها أيضا بالسياسة الجنائية بوصفها جوهر الحماية الجنائية ، مع البحث في دواعي ومبررات التدخل لحماية الحرية الشخصية في المجال الجنائي(**المبحث الأول**).

فالقانون الجنائي هو موضوع الحماية الجنائية لحق الحرية الشخصية ، سواء بشقه الموضوعي متمثلا في قانون العقوبات ، أم بشقه الإجرائي سواء المتعلق منه بقانون الإجراءات الجزائية ، أو بالقوانين المنظمة لإجراءات تنفيذ العقوبة ، وهذا باعتبارها أخطر القوانين مساسا بحرية وأمن الإنسان. ولهذا يقف مبدأ الشرعية الجنائية كأهم دعامة توفر ضمانات ذات سند دستوري لحماية للحرية الشخصية في المجال الجنائي(**المبحث الثاني**).

وعليه؛ سيتم بيان أصول حماية حق الحرية الشخصية في المجال جنائي ، للوصول إلى مبدأ الشرعية الجنائية ، وتوضيح دوره في توفير الحماية اللازمة للحرية الشخصية للأفراد الأبرياء تجاه سلطة الدولة في المتابعة الجزائية وتوقيع العقاب.

المبحث الأول :

أصول حماية حق الحرية الشخصية في المجال الجنائي

إذا كانت القوانين والأنظمة التشريعية تهتم أساسا بحماية المصالح الاجتماعية على نحو يحقق الاستقرار والطمأنينة للأفراد والمجتمع ، فإن الحرية الشخصية وغيرها من الحقوق والحريات الأساسية للإنسان تعبّر عن أسمى المصالح التي يجب أن تحظى بالحماية في النظام القانوني لأي دولة.

وفي هذا المجال تهدف القوانين الجنائية خاصة للتعبير عن جوهر القيم الاجتماعية التي يؤمن بها المجتمع فيما يتعلق بالحقوق والواجبات ، بحيث ترصد لها حماية من نوع خاص تتمثل في ضمان ممارسة المواطنين لحقوقهم وحرياتهم بصورة آمنة ، وهذا عن طريق أسلوب التجريم والعقاب لما يشكل مساسا بتلك القيم ، وتقرير حماية للحقوق والحريات بصفتها قيما جوهرية تستدعي الحماية الجنائية ، هذا فضلا عن صيانة القوانين الجنائية للمصالح العامة للمجتمع ، وسعيها لإحداث التوازن في قدر هذه الحماية بينها وبين حريات الأفراد[1].

و تعبّر الحرية الشخصية عن أهم القيم الجوهرية للمجتمع ، فإن الأمر يقتضي أن تأخذ الحماية اللائقة بها في النظام القانوني ، وبخاصة ضمن القوانين الجنائية ممثلة في قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية. كما تتحقق حماية الحرية الشخصية من خلال سعي التشريعات الجنائية لإيجاد التوازن بينها وبين المصالح العامة ممثلة في الأمن واستقرار النظام العام للمجتمع.

ولهذا سيتم تناول مفهوم حماية الحرية الشخصية في المجال الجنائي من خلال بيان معناها ، وأساس حمايتها في النظام القانوني بوجه عام ، وكذا معنى حماية الحرية الشخصية في المجال الجنائي بوجه خاص ، وذلك لحاجتها الملحّة لتلك الحماية في ظل خطورة القوانين الجنائية ، وكذا طرق الموازنة بينها وبين المصلحة العامة(**المطلب الأول**). ويستدعي الأمر أيضا توضيح منهج التوازن الذي يسعى التشريع الجنائي لتحقيقه بين الحرية الشخصية ومختلف المصالح العامة من خلال السياسة الجنائية الرشيدة التي تعبّر عن جوهر الحماية الجنائية(**المطلب الثاني**). كما تتخذ الحماية الجنائية للحرية الشخصية عدة أشكال وأنواع الموضوعية منها والإجرائية(**المطلب الثالث**).

---

1 – سرور ، أحمد فتحي : (القانون الجنائي الدستوري–الشرعية الدستورية في قانون العقوبات ، الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية–) دار الشروق ، القاهرة ، ط2 ، 2002 ، ص23.

ولما كانت القوانين الجنائية بطبيعتها تشكل مساسا بالحرية الشخصية للفرد ، فإن ذلك من دواعي ومبررات ضمان الحرية الشخصية في مواجهة سلطة الدولة في العقاب ، خصوصا وأن طبيعة واختلاف الأنظمة السياسية للدول تؤثر بشكل مباشر على القوانين الجنائية ، وعلى تنظيم الحقوق والحريات في ظلّها(**المطلب الرابع**).

المطلب الأول :

مفهوم الحماية الجنائية للحرية الشخصية

تتحدد قيمة الحرية الشخصية بصفة أكبر لما يكون أمن الفرد مهددا في مواجهة سلطة الدولة بالعقاب ومكافحة الجريمة في المجتمع ، إذ أن هناك حدا دقيقا يفصل بين الحرية الشخصية و بين سلبها في المجال الجنائي. وهنا تكون حرية الفرد في أمس الحاجة لإحاطتها بضمانات ينبغي أن تتوفر في التشريعات الجنائية حتى لا يكون هناك تعسف بشأنها مادام أن الحرية أصل في الإنسان ، وأن تدخل الدولة بالتجريم والعقاب هو مجرد استثناء وضرورة اجتماعية ينبغي ألا يتجاوز الحد اللائق ، وإلا شكل انتهاكا بحق حرية الإنسان المكفولة في الشريعة الإسلامية وكافة الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان ، والمصونة أيضا في دساتير الدول القانونية.

فمفهوم الحماية الجنائية للحرية الشخصية يتجلى من خلال بيان المعنى العام لحماية الحرية الشخصية وحاجتها لذلك في النظام القانوني ، خاصة وأنها تطورت في الفكر الوضعي الغربي من فكرة مثالية إلى تجسيدها كفكرة قانونية تستدعي التنظيم القانوني (**الفرع الأول**). ومن ثمّ إبراز معنى حماية الحرية الشخصية بصفة خاصة في المجال الجنائي ، حيث تشكل القوانين الجنائية خطورة على حرية الفرد(**الفرع الثاني**) ، وكذا بيان تعدد طرق وأساليب تلك الحماية للموازنة بين الحرية الشخصية للفرد والمصلحة العامة للمجتمع(**فرع ثالث**).

الفرع الأول : معنى حماية الحرية الشخصية في النظام القانوني بوجه عام

حتى يتمكن الفرد من التمتع بحقه في الحرية الشخصية وغيرها من الحقوق والحريات ، يتطلب الأمر أن يحظى بحماية في ظل النظام القانوني للدولة ، ووفقا لقواعد قانونية وضمانات ملزمة تجسد تلك الحرية. ولهذا فإن البحث في التنظيم القانوني للحرية هو الذي ينبغي أن يأخذ الحيز الأكبر من العناية.

وتجدر الإشارة إلى أن الحرية الشخصية تحتاج بصفة أكثر للحماية في ظل القوانين

الجنائية ، كون هذه القوانين بحسب طبيعتها تمثل تهديدا لسلب الحرية الشخصية حينما يكون الفرد عرضة للمتابعة الجزائية أو العقوبة. وهو ما يقتضي أهمية وجود ضمانات تحيط بالنصوص الجنائية حتى لا تحيد سياسة التجريم والعقاب ، ولا الإجراءات الجزائية عما تم تقريره من مبادئ حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية والشرعية الدولية لحقوق الإنسان.

فالنظام القانوني يسعى دوما إلى حماية المصلحة الاجتماعية ، سواء كانت مصلحة فردية أو مصلحة عامة ، بما أن هذه المصلحة تشبع حاجة اجتماعية جديرة بالحماية ، وليحقق النظام القانوني هدفه لابد أن يراعي عدة اعتبارات هي : الاستقرار أو الأمن القانوني من جهة ، والعدالة بغضّ النظر عن مدلولاتها المختلفة في الفكر القانوني من جهة ثانية[1].

وإذا جئنا للاستقرار القانوني فإنه يتعلق بالمنهج الذي يختاره المشرع في تنظيم الحماية التي يضفيها على المصلحة الاجتماعية ، إذ يتوافر هذا الاستقرار كلما تمت الحماية القانونية لهذه المصلحة بأسلوب يضمن الثبات والاستقرار ويؤمّن الأفراد من تعرض مراكزهم القانونية للخطر[2].

أما السعي لتحقيق العدالة فمن أوجهه أن يسعى المشرع لترجيح المصالح الأكثر أهمية وخطورة ويعمل على حمايتها حماية قانونية ، بشرط أن يتخذ معيارا عادلا ومتوازنا حتى يحقق التنظيم القانوني فاعلية ويكسب رضا وطمأنينة الأفراد ، حيث تتفاوت قوة هذه الحماية بحسب خطورة المصالح المراد حمايتها ، فالمصالح الجوهرية في المجتمع قد يحميها المشرع بأسمى القوانين وهو الدستور ، كما يوفر لها حصانة ضمن أخطر القوانين وهو القانون الجنائي[3].

وتعبّر الحقوق والحريات العامة للإنسان في كافة أنظمة الدول القانونية عن

---

1 – سرور ، أحمد فتحي : (الشرعية الإجرائية الجنائية) بحث بالمجلة الجنائية القومية ، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية ، القاهرة ، ع3 ، مج19 ، نوفمبر 1976 ، ص 334. وينظر كتابه : (الشرعية الدستورية و حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة1993 ، ص9–10

2 –سرور : المراجع والصفحات نفسها.

3 – الكباش ، خيري أحمد : (أصول الحماية القانونية لحقوق الإنسان–دراسة مقارنة–) دار الفتح ، الاسكندرية ، ط1 ، 2006 ، ص48.

وينظر سرور : (الشرعية الإجرائية الجنائية) المرجع نفسه ، ص 335 ، وسرور : (الشرعية الدستورية و حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية) المرجع نفسه ، ص 11.

المصالح الجوهرية للمجتمع والدولة ، حيث يأخذ الاعتراف بها وحمايتها القانونية المكانة اللائقة ضمن المنظومة التشريعية سواء في الدستور ، أوفي القوانين الجنائية خصوصا ، على ما تشكله القوانين الجنائية بطبيعتها من خطورة على الحقوق والحريات ، حيث تقتضي ضرورة التدخل لحماية مصالح الجماعة بواسطة مكافحة الجرائم والأفعال المضرة بها ، وتوقيع العقاب على مقترفي الجرائم ، وفي الوقت ذاته لابد أن تراعي حماية حرية الأفراد في مواجهة سلطان القانون الجنائي ، وهذا بأن توضع قيود قانونية في مواجهة السلطة العامة حتى لا تتعسف في التجريم والعقاب أو إجراءات المتابعة الجزائية ، فتخرج بها من دائرة الضرورة إلى الإفراط والتعسف.

و في إطار حماية حقوق الإنسان في مواجهة السلطة العامة في الدولة، فإن حماية الحرية الشخصية لا تخرج عن المفهوم العام للحماية الأولى ، ويقصد بها: "**تقييد نشاط تلك السلطة وتحديد مجالات تدخلها ، على اعتبار أن ممارسة الحرية وفق حدودها المقررة تلقي على السلطة واجب احترامها**"[1].

فلا يمكن للسلطة العامة في الدولة أن تعتدي على حقوق وحريات الأفراد المحمية دستوريا تحت غطاء التدخل لحماية المصالح العامة وأمن الجماعة ، لأن أمن و استقرار الأفراد من أمن المجتمع ، ولا يمكن البتة الفصل بينهما ، هذا فضلا عن كون الحرية الشخصية من بين أهم المصالح الاجتماعية المعنية بالحماية في ظل القوانين الجنائية ، فلا يمكن المساس بها إلا للضرورة ، وبالقدر الذي يحقق التوازن بين الأمن الخاص والعام.

وقد تكون الحرية الشخصية وباقي الحقوق والحريات باعتبارها مصالح اجتماعية ضمن زمرة حقوق الإنسان عرضة للانتهاك من طرف السلطة العامة ، ولهذا فإنها تحتاج لمثل هذا الاستقرار القانوني والعدالة في تنظيمها ، وذلك بعدم الاكتفاء فقط بإقرارها والاعتراف بها في المستوى الدستوري؛ بل هي بحاجة لتكريس حماية من نوع خاص حيال أهم القوانين وأخطرها على الإطلاق وهو القانون الجنائي في شقيه الموضوعي والشكلي.

الفرع الثاني : معنى حماية الحرية الشخصية في المجال الجنائي بوجه خاص

يسعى المشرع غير الجنائي عادة لحماية الحقوق والمصالح التي يراها جديرة بالحماية القانونية ، ثم يأتي المشرع الجنائي فيصطفي من الحقوق والمصالح تلك التي تتسم بأهمية

1- حسن ، علي : (حماية حقوق الإنسان و ضمانات الحرية في النظم السياسية المعاصرة) وكالة المطبوعات ، الكويت.دط ، سنة1982.ص17. وينظر : A .FATHY MORSY : (the Rrole of judge in the application of punishment) نقلاعن : الطراونة (ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية) ، مرجع سابق ، ص : 47. .London.e.l.b.c.1988.p : 164-165

خاصة ، بوصفها من المصالح الأساسية التي لا ينبغي التفريط فيها ، وإلا وقع اختلال جسيم بشرط جوهري تقوم على أساسه الحقوق ، ويتهدد بقاء النظام الاجتماعي بأسره ، ولهذا فإن المشرع يخصها بنوع آخر من الحماية القانونية ألا وهو الحماية الجنائية[1].

ويقصد بالحماية الجنائية للحرية الشخصية في هذا الصدد كغيرها من حقوق الإنسان: "**ما يكفله القانون الجنائي بشقيه (قانون العقوبات ، وقانون الإجراءات الجزائية) من قواعد وإجراءات لحماية مختلف حقوق الإنسان عن طريق ما يقرره من عقوبات في حالة وقوع ثمة اعتداء أو انتهاك لها**"[2].

إن الحماية الجنائية تعدّ إحدى أنواع الحماية القانونية المهمة والخطيرة ، لأن آثارها تنعكس على كيان الإنسان وحريته ، واليد التي تستعمل لتحقيق وضمان هذه الحماية هي قواعد القانون الجزائي الموضوعية والإجرائية[3].

ومهما كان القانون الجنائي يهدف إلى حماية المصلحة في نصوصه الردعية ، سواء العامة منها أم الخاصة ، ويوفر لها الحماية القانونية اللازمة الشيء الذي يميزه عن باقي فروع القانون الأخرى. غير أن النصوص الجنائية الموضوعية الكامنة وراء التجريم و العقاب ، وتلك النصوص الجنائية الإجرائية التي تسعى للكشف عن الجريمة ، تطال بالضرورة أمرا خطيرا ومقدسا هو حرية الفرد وأمنه على شخصه ، فقد يعرضها للسلب أو التقييد والتضييق من نطاقها. وهذا ما يفرض على القانون الجنائي أن يوازن بين مصلحتين في سعيه الحثيث للحفاظ على مصلحة الجماعة بإيقاع العقاب على الجناة ، وسرعة الإجراءات لردعهم حماية منه لقيمها الجوهرية. وفي المقابل حماية الفرد وحريته إما بمعاقبة الاعتداء عليها ، أو بتقرير الضمانات الوافية لحماية حرية الفرد ضد أيّ إجراء جنائي تعسفي تتخذه السلطة العامة في الدولة. وهذا هو أساس الدولة القانونية وقوامها[4].

ولما كان المعيار المفضل في مشروعية ممارسة الحقوق والحريات هو ما يتحقق به منع وقوع البغي منها أو بغي عليها ، فإن القيود التي تعتبر استثناء على أصل الحرية ، والتي تحدّ من نطاق هذه الحماية تهدف أساسا إلى تحقيق هذا التوازن ، إذا لم يحِد بها المشرع الجنائي الوضعي وينحرف عن طبيعتها الاستثنائية ، ويجعل منها أصلاً على غير

---

1 – الدسوقي ، أحمد عبد الحميد : (الحماية الموضوعية والإجرائية لحقوق الإنسان في مرحلة ما قبل المحاكمة–دراسة مقارنة–) دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 2007 ، ص96.

2 – المرجع والصفحة نفسها .

3– الكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان–دراسة مقارنة–) مرجع سابق ، ص : 7

4– سرور : (الشرعية الدستورية و حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية) المرجع نفسه ، ص : 12– 13

العادة ، فيمنع باسمها التمتع بالحق فيهدره[1].

فإذا كانت المصلحة العامة تقتضي السرعة في الإجراءات الجنائية وتوقيع العقاب على المجرم ، لكي تأخذ العقوبة قيمتها ومعناها عقب ارتكاب الجريمة مباشرة ، وحتى يدرك الرأي العام المغزى من العقوبة بعدم مرور وقت طويل على ارتكاب الجريمة. إلا أنه ينبغي ألا تكون سرعة الإنجاز على حساب التضحية بالمبادئ الأساسية في الإجراءات الجنائية ، فلابد من ضابط وضمانات الحرية الفردية للمتهم وتأمين كامل حقوقه وفقا للقواعد والإجراءات التي يقرّها القانون[2].

وهكذا؛ فإن الحماية الجنائية للحرية الشخصية ضرورية جدا للإنسان ، وبها تقوم الدولة القانونية ويستقر نظامها الاجتماعي تبعا لاستقرار وعدالة منظومتها القانونية. الشيء الذي يحقق التوازن بين مصلحة المجتمع و الفرد معاً ، بحيث يكون منهج الحماية سليما. كما أن الحماية ذاتها تحيط بحق الحرية الشخصية جميع الضمانات دونما تقصير من المشرع في سنّ النصوص ، أو تقاعس من السلطة التنفيذية في تجسيدها ، أو من السلطة القضائية في مراقبتها على أرض الواقع.

الفرع الثالث : طرق موازنة الحماية الجنائية بين الحرية الشخصية والمصلحة العامة

من خلال التوازن الذي يسعى القانون الجنائي لإقامته بين المصلحة العامة والخاصة لا يتوانى المشرع الجنائي عن حماية حرية الفرد بأحد الأساليب الآتية[3] :

الطريقة الأولى؛ تتمثل في الحماية الجنائية للحقوق من خلال تجريم أفعال المساس بها ومعاقبة الاعتداء على حق الفرد في الحرية ، خصوصا إذا كان الاعتداء بواسطة أحد رجال السلطة العامة. وتنطوي هذه الحماية الجنائية في ذات الوقت على حماية النظام العام الذي يتأذى من المساس به ، ومن المساس بالحقوق والحريات.

أما **الطريقة الثانية**؛ فتكون الحماية الجنائية للحرية الشخصية وباقي الحقوق والحريات من خلال محاولة إيجاد التوازن فيما بينها من ناحية ، وفيما بينها وبين المصلحة العامة من ناحية أخرى. فلا يجوز البتة أن تكون حماية المصلحة العامة ، أو

1 – الكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان–دراسة مقارنة–) المرجع السابق نفسه ، ص31.

2 – محمود ، مصطفى : (اتجاهات جديدة في قانون الإجراءات الجنائية) مجلة القانون والاقتصاد ، يوليو 1951 ، ص 208. نقلا عن : كشاكش : (الحريات العامة) ، مرجع سابق ، ص 472.

3 – سرور : (القانون الجنائي الدستوري) مرجع سابق ، ص 10ومابعدها. وينظر سرور : (الشرعية الدستورية و حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية) المرجع السابق نفسه ، ص13.

حماية حقوق الغير وسيلة للعصف بالحرية الشخصية وغيرها من الحقوق والحريات.

فالتوازن بين الحقوق والحريات المحمية يحدد سلطة المشرع الجنائي في التجريم والعقاب ، وكذلك الشأن في التوازن بين العقوبة وجسامة الجريمة. كما تكون هذه الحماية من جهة ثانية في إطار التوازن مع المصلحة العامة المتمثلة في النظام العام بجميع جوانبه ، حين تتطلب ممارسة هذه الحقوق والحريات داخل حدود معينة مراعاة للصالح العام ، وتجريم الخروج عن هذه الحدود. وهو ما يمثل الضرورة الاجتماعية التي تتطلب التجريم والعقاب ، وبالقدر المناسب مع الفعل الصادر الذي يتطلبه.

أما الطريقة الثالثة؛ وتكون بتقرير الضمانات التي تكفل حرية الفرد تجاه أي إجراء جنائي تتخذه السلطة العامة في الدولة لاقتضاء حقها في العقاب تحقيقا للمصلحة العامة. فإذا تطلب الأمر مثلا من سلطة التحقيق القبض على المتهم أو تفتيشه ، فلا يجوز أن يتم ذلك بالتضحية على نحو مطلق بحقه في الحرية ، أو حقه في سلامة المسكن ، كما أن محاكمة المتهم لا يجوز أن تحرمه من حقوق الدفاع ومن باقي الحقوق المتوازنة مع سلطة الاتهام. وهو ما يفسر الجدل والصراع الدائم بين مقتضيات الضبط الاجتماعي حماية للمصلحة العامة ، وبين متطلبات حق الفرد في الحرية.

المطلب الثاني :

السياسة الجنائية جوهر الحماية الجنائية للحرية الشخصية

لقد تقرر في الفقه القانوني أن حقوق الإنسان لا يمكن الحفاظ عليها مالم تكن هناك ضمانات قانونية حقيقية تحميها ، وتنزل بها من الاعتراف الدولي والدستوري إلى أرض الواقع ، متجسدة في شكل مظاهر وممارسات في مستوى التشريعات الداخلية للدولة ، وفي أجهزة القضاء والتنفيذ.

وتزداد الحاجة الماسة لحماية الحرية الشخصية وباقي الحقوق والحريات إذا كان الفرد في مواجهة القوانين الجنائية ، هذه الأخيرة التي تتسم طبيعتها بالشدة والخطورة على الفرد ، إذ قد تؤدي إلى سلب حريته ، أو انتهاك حرمته وأمنه الشخصي. **وهو ما يطرح التساؤل حول كيفية البحث عن حماية الحرية في ظل القوانين الجنائية التي تشكل خطورة عليها؟** وبصيغة أكثر وضوح : **كيف يمكن للقانون الجنائي أن يمتلك سلطة التجريم والعقاب والمتابعة الجزائية ، وفي الوقت ذاته عليه أن يوفر ضمانات التوازن بينها وبين حماية الأفراد من انتهاك حرياتهم؟**

الإجابة عن هذه التساؤلات تتم من خلال بيان عدّة مسائل ، تتعلق أولها بتحديد معنى السياسة الجنائية(**الفرع الأول**) ، وكذلك توضيح منهج السياسة الجنائية في توفير الحماية اللازمة للحرية الشخصية ضمن كل من النظام التشريعي الإسلامي(**الفرع ثاني**) ، والنظام التشريعي الوضعي(**الفرع الثالث**).

الفرع الأول : معنى السياسة الجنائية

يبرز الدور المهمّ للحماية الجنائية من خلال الأساس الذي يتمّ في ضوئه تشريع الأفعال المجرمة والعقوبات المقررة بشأنها ، وكذا طرق الوصول إلى الحقيقة حول لُبس الجريمة ومرتكبها ، وبماذا يُتَصرّف حيال المذنبين أثناء تنفيذ العقوبة ، والطرق الأنجع لإصلاحهم ، والضوابط المنوطة بذلك ممثلة في ضرورة احترام إنسانية الإنسان و اطمئنانه على حرمة شخصه برغم كونه مذنبا.

وهذا ما يسمى **بعلم السياسة الجنائية** La Politique Criminelle ، والذي يعتبر صلب الحماية الجنائية لحقوق الإنسان ، حيث تحقّق السياسة الجنائية الرشيدة ضمانة أكيدة لحقوق والحريات ، إذ تبحث عن التوازن بين عدم المساس بالحريات بغير وجه

مشروع من جهة ، وعدم بغي هذه الأخيرة على غيرها من جهة أخرى[1].

وتعرّف السياسة الجنائية بأنها : "**علم التشريع الجنائي**"[2] ، لبحثها في هذا التشريع وتحليله قصد معرفة مدى نضج المشرع الوضعي ومطابقته لأغراض الجماعة في الحدّ من الجريمة بفرض التوازن المنشود بين العقوبة والجريمة. كما تعرف السياسة الجنائية بأنها : "**العلم الذي يتضمن دراسة وتقدير المصالح الاجتماعية التي تبدو جديرة بالحماية الجنائية ، فتحدد السياسة الجنائية تلك المصالح مع بيان العقوبات التي تعد أكثر فاعلية في تحقيق الغرض الذي تهدف إليه**"[3].

الفرع الثاني : منهج السياسة الجنائية الوضعية في حماية الحرية الشخصية

إن أي منهج دراسة لأحد موضوعات حماية حقوق وحريات الإنسان في المجال الجنائي يجب أن يكون في إطار علم السياسة الجنائية باعتبارها جوهر الحماية الجنائية لحقوق الإنسان[4].

ومنه ينبغي أن تكون دراسة موضوع حماية الحرية الشخصية في المجال الجنائي بمنأى عن إدراج نصوص التجريم والعقاب والإجراءات مجردة كذكر أركانها المادية والشرعية وظروفها المشددة المخففة و غيرها...[5]؛ بل من الأجدر أن تغوص في الأصول

---

1 – الكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان) المرجع السابق نفسه ، ص 10و23.

2– هذا تعريف الأستاذ عبد الفتاح الصيفي ، ينظر : الكباش ، المرجع نفسه ، ص 23 و386.

3 – هذا تعريف الأستاذ خيري أحمد الكباش ، ينظر : المرجع نفسه ص 386.

4 – الكباش، المرجع نفسه ، ص 10.

5 – هناك بعض الدراسات الأكاديمية التي تعنى بتناول موضوع الحماية الجنائية لحقوق الإنسان ، لكنها لم تسلك هذا المنهج في دراسة مثل هذه الموضوعات باقتصارها على الدراسة الاستقصائية والوصفية فقط للتشريعات الجنائية القائمة من خلال اقتصارها على بيان أركان وعناصر الجرائم الماسة بأحد حقوق الإنسان وحرياته وإيراد بعض الأمثلة التطبيقية من القضاء عليها ، في حين يختلف عنها منهج الحماية الجنائية لحقوق الإنسان ، والذي يقتضي أكثر من ذلك بأن يشتمل البحث في هذا المجال الدراسة التحليلية والتقويمية لما ينبغي أن تكون عليه التشريعات الجنائية ، ومدى التزام هذه الأخيرة بالمبادئ المقررة في الشرعية الدولية لحقوق الإنسان وما جاءت به الشريعة الإسلامية من مبادئ سامية تحمي حقوق الإنسان من الاعتداء عليها سواء عند التجريم والعقاب ، أو أثناء إجراءات المتابعة والتنفيذ الجزائي. ولا تكون دراسة الحماية الجنائية إلا من خلال السياسة الجنائية التي ترسم الطريق والمنهج الذي ينبغي على التشريع الجنائي الوضعي اتباعه ، وضرورة مراعاة التشريعات الجنائية لحقوق الإنسان أثناء سنّ القوانين الجنائية. وأن يظهر ذلك التوازن جليا في صياغة ومحتوى القاعدة القانونية الجنائية. ينظر أكثر لتوضيح هذا المنهج لدى خيري أحمد الكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان) المرجع نفسه ، ص19 وما بعدها. وينظر أحمد فتحي سرور : (القانون الجنائي الدستوري) ، مرجع سابق ، ص9 وما بعدها. ونذكر من هذه الدراسات التقليدية المنتقدة من طرف الباحث :

=

والمبادئ التي توخّاها التشريع الجنائي في وضع هذه النصوص ، والمنهج الذي اتبعه المشرع الوضعي في مكافحة الجريمة ومدى توفيقه في وضع سياسة جنائية ناجحة ، توفر ضمانا لأمن الأشخاص على حريتهم وسلامتهم الشخصية. مع قياس ذلك إلى ما جاء به الفقه الإسلامي بناء على الشريعة الغراء من حلول لهذه المشكلة. وكذا ما قررته النصوص الدولية لحقوق الإنسان التي تدعو إلى ضرورة احترام هذه المبادئ ، أين يعتبر مُوَفَّقًا كل تشريع عقابي يحقق التوازن بحيث لا يُبْغَى على الحرية والأمن الشخصي ، كما يتحقق أمن ومصلحة الجماعة في آن واحد.

ولهذا تعتبر السياسة الجنائية دراسة استشرافية في مجال القانون الجنائي ، ويمكن القول عنها بأنها التقييم الإيجابي للقواعد الجنائية الوضعية ، حيث تدرس التشريع القائم دراسة نقدية لبيان مدى التطابق بينه وبين وظيفته الاجتماعية ممثلة في حماية المصالح الأساسية ، واقتراح أوجه الإصلاح التي يراها كفيلة بتحقيق ذلك[1].

ووفقا لذلك قد يكون الحدّ من سلطة التجريم و العقاب الوسيلة أو الأساس القانوني المناسب لحماية الحرية الشخصية ، كما قد يكون الحض على التجريم والعقاب هو الوسيلة الموفقة و اللازمة لحماية أمن وحرية الأشخاص إذا وقف حيال اعتداء السلطة عليهم بالاعتقال غير المبرر والتعذيب لانتزاع الاعتراف والحبس التعسفي وغيرها... ، وهذا عن طريق تجريم هذه الأفعال وتوقيع العقوبات على من يقوم بذلك. فالعقاب إذن يقع بمطلق الاعتداء سواء من الأشخاص أو من السلطة ، وبه تتحقق الحماية الجنائية.

والحَكم في كل هذا هو السياسة الجنائية الرشيدة التي تساير روح التشريع بتقويم وتقدير العقاب ، وتحديد طرق المتابعة الجنائية الأنسب بحسب المصلحة والضرورة على قدر المساس بالقيم واضعة نصب عينيها المصالح الضرورية للجماعة و الفرد على حد السواء. وفي هذا تختلف السياسة الجنائية من دولة إلى أخرى ، كما يختلف النظام الجنائي الإسلامي عن الأنظمة الجنائية الوضعية المختلفة عنه.

فإذا كانت السياسة الجنائية في ظل الأنظمة الجنائية الوضعية متفقة حول ضرورة

=

- أطروحة دكتوراه للباحث طارق صديق رشيد كه ردى حول : (حماية الحرية الشخصية في القانون الجنائي) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط1 ، 2011.
- أطروحة دكتوراه للباحث عمار تركي السعدون الحسيني (الحماية الجنائية للحرية الشخصية في مواجهة السلطة العامة) منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط1 ، 2012.
-أبوعامر ، محمد زكي : (الحماية الجنائية للحرية الشخصية) مرجع سبق ذكره.

1 - الكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان) المرجع السابق نفسه ، ص 23.

تدخل التشريعات الجنائية لحماية القيم الخلقية والاجتماعية من الجرائم المختلفة بصفتها أعمال منافية للأخلاق ، وفرض عقوبات تنتقص من الحقوق القانونية لمن توقع عليه ، إلا أنها مختلفة ومتناقضة في بعض الأحيان حول مدى تدخل القانون الجنائي بتحريم الأفعال الماسة بتلك القيم الأخلاقية والاجتماعية ، غير أن الرأي الغالب يرى بأن ينحصر التدخل الجنائي في أضيق نطاق ممكن ، بأن يمثل القانون الجنائي الحد الأدنى للقيم الخلقية-مع تسليمهم بمصدرها الديني- ممثلا في عدم الإضرار بالآخرين[1].

ومنه؛ فالسياسة الجنائية تمثل جوهر الحماية الجنائية ، إن صَلُحَتْ تحققت الحماية المنشودة لحقوق الإنسان كقيم أخلاقية في المجتمع ، وإن فسدت انقلب الأمر رأسا على عقب ، حين يصبح كل من التجريم والعقاب والإجراءات الجنائية وسيلة بغي وطغيان من السلطة تجاه الأفراد[2].

الفرع الثالث : منهج سياسة التشريع الجنائي الإسلامي في حماية الحرية الشخصية :

إذا كانت السياسة الجنائية للأنظمة الجنائية الوضعية مختلفة الاتجاهات من حيث الأسس ، وكذا في مستوى النظر إلى القيم الأخلاقية للمجتمع والجرائم الماسة بها ، كما تباينت نظريات ومناهج معالجة الظاهرة الإجرامية بين مذاهب مختلفة. فإن السياسة الجنائية للنظام التشريعي الإسلامي والفقه الجنائي الناتج عنه تعتبر أكثر استقرارا ووضوحا بالنسبة للأنظمة الوضعية ، وذلك لعدّة اعتبارات هي :

الفقرة الأولى: أسس استقرار ووضوح سياسة النظام الجنائي الإسلامي

ترجع أسباب الاستقرار والوضوح الذي تعرفه سياسة النظام الجنائي الإسلامي إلى الأسس التي تقوم عليها أحكامه ، والتي لا يمكن تصور أداء هذا النظام لوظيفته إلا بوجودها وأدائها لوظيفتها :

أولا : المصدر الإلهي للتشريع الجنائي الإسلامي أساس استقرار ووضوح سياسته الجنائية

إنّ من أهمّ الأسس التي تقوم عليها سياسة النظام الجنائي الإسلامي ما يتعلق بمصدر القانون وأثره في أحكامه ، من حيث كون هذا التشريع الجنائي مصدره الأول هو الوحي الإلهي متمثل في القرآن الكريم والسنة النبوية. فالصبغة الدينية لهذا التشريع الإسلامي تعتبر أحد أوجه الاختلاف الأساسية بين هذا التشريع وغيره من التشريعات

1 – العوا ، محمد سليم : (في أصول النظام الجنائي الإسلامي-دراسة مقارنة-) نهضة مصر ، القاهرة ، ط6 ، 2009 ، ص 79-81.

2 – الكباش: (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان) المرجع السابق نفسه ، ص10-11.

المعاصرة. وهو ما يؤثر في اختلاف تلك الحماية التي يسبغها كل من التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية المعاصرة على القيم الخلقية. فليس غريبا أن نجد قواعد الشريعة الإسلامية تحتفل بأبعد حدٍّ بحماية القيم الخلقية التي يجب أن تسود في المجتمع الإسلامي، فكثيرا ما تعلّل الأحكام بأنها أزكى للنفوس وأطهر للقلوب ، وما ذلك إلا سبيل للتمسك بالخلق القويم والسلوك السوي[1].

ولهذا نجد أن حماية القيم الخلقية والاجتماعية في ظل سياسة التشريع الجنائي الإسلامي تتم بإقرارها للتجريم والعقاب ، كما هو الحال في جرائم الحدود والقصاص المقررة والمقدّرة سلفا في التشريع الجنائي الإسلامي. كما أن حماية القيم في المجتمع تكون بشكل أوسع عن طريق تحريم بعض الأفعال لآثارها الخلقية ، والتي يمكن أن يتقرر بشأنها نظام التعزير المقرر في الفقه الجنائي الإسلامي باعتباره نظاما للتجريم خارج دائرتي الحدود والقصاص. ولكل نوع من هذه العقوبات نطاق تطبيقه وشروطه والضمانات المحيطة به[2].

وإضافة لذلك؛ فإن نظام الجزاء في المفهوم الإسلامي ليس دنيويا فحسب؛ بل هو دنيوي وأخروي. فالمسلم الذي يرتكب محظورا ولم تتم عقوبته في الدنيا لسبب أو الآخر ، فإنه لا ينجو من العقاب الأخروي إلا بالتوبة ، وهو ما يعزز الصلة بين قواعد العقوبات الدنيوية المقررة في التشريع الإسلامي وبين القواعد الأخلاقية ، والتي لا تنفصل عن بعضها البعض ، كما أن القاعدة الجنائية يمكنها أن تستخدم دوما بشكل وقائي للإجبار على احترام القواعد الخلقية ، وهي السمة التي تميز التشريع الجنائي الإسلامي بأنه ذو صبغة دينية ، وذلك باعتبار ارتباطه بمصدره الإلهي[3].

ثانيا : القواعد الموضوعية للنظام الجنائي الإسلامي أساس سياسته الجنائية

من الأسس التي ترتكز عليها سياسة النظام الجنائي الإسلامي ما يتصل بالقواعد الموضوعية ، كمبدأ الشرعية وقاعدة عدم رجعية النص الجنائي على الماضي ، ومبدأ المساواة أمام النصوص الجنائية ، وغيرها من المبادئ المقررة في هذا المجال[4].

وقد أسهمت هذه القواعد في إرساء منظومة جنائية متكاملة الأطراف ، وفي رسم سياسة جنائية واضحة المعالم للفقه الجنائي الإسلامي. وهو ما شكّل فعليا حماية حقيقة لحرية الأفراد وباقي حقوق الإنسان في مواجهة التجريم والعقاب.

1 – العوا : (في أصول النظام الجنائي الإسلامي–دراسة مقارنة–) مرجع سابق ص 69 و ما بعدها.
2 – المرجع نفسه ، ص82 و 365.
3 – المرجع نفسه ، ص 82.
4 – المرجع نفسه ، ص 69.

ثالثا : القواعد الإجرائية للنظام الجنائي الإسلامي أساس استقرار سياسته الجنائية

إن مما تقرر في النظام الجنائي الإسلامي ما يتصل بقواعده الإجرائية ، والتي تنقسم بحسب الحق المعتدى عليه إلى حق الله وحق العبد وأثر ذلك في سلطة تحريك الدعوى الجنائية ، وقاعدة "درء الحدود بالشبهات"، وقاعدة البراءة الأصلية ، لما لهذه القواعد من أثر في إثبات جرائم الحدود وجرائم التعزير[1].

الفقرة الثانية : أثر استقرار السياسة الجنائية للنظام الجنائي الإسلامي على حماية الحرية الشخصية

لقد انعكست سياسة النظام الجنائي الإسلامي بشكل واضح على حماية حقوق الإنسان في المجال الجنائي ، وذلك من خلال إحاطة نظام الجرائم والعقوبات بضمانات أكبر لحماية حرية الفرد من الاعتداء ، وأهمها اختصاص الوحي الإلهي بتشريع الجرائم العقوبات المقدرة ، وكذا تقريره لتلك السلوكات المحرّمة التي تهدد كيان المجتمع.

كما أنه إذا كنا بصدد أحد عقوبات الحدود أو القصاص ، فهي مقدرة سلفا ومحصورة أيضا من الشارع الحكيم بنص القرآن الكريم والسنة النبوية ، وهذا قبل وقوع الفعل المعاقب عليه ، فلا مجال لتعديلها بالزيادة فيها أو النقص منها[2]. وهو ما يكرس مبدأ الشرعية الجنائية الذي يحمي الحقوق والحريات من الاعتداء خارج النصوص المقررة.

كما أن طبيعة العقوبات التقديرية في النظام الجنائي الإسلامي لا تمس الحرية وسلبها بقدر ما تتعلق بالعقاب الجسدي لمقترفي الجرائم الحدّية.

أما نظام التعازير في الفقه الجنائي الإسلامي فقد استقر بصورة واضحة بناء على الاجتهاد في فهم الأصول والقواعد العامة التي رسمها القرآن الكريم أو السنة النبوية ، وكذا تطبيقات الخلفاء الراشدين للنصوص في هذا المجال ، وبناء على ذلك فإن العقوبات التعزيرية ترمي إلى تحقيق هدف ذو شقين : الشق الوقائيّ هو منع ارتكاب الجرائم أو التقليل ما أمكن من وقوعها. أما الشق الثاني؛ فيحققه توجيه السياسة الجنائية إلى العناية بنفس الجاني وإصلاح شأنها بطريق العقاب على الأفعال الإجرامية التي تقع منه ، وبطريق تنويع العقوبات تبعا لظروف كل جان واختلاف العقاب مراعاة لها[3].

ولهذا فالأمر يقتضي ضرورة الاجتهاد لإيجاد عقوبات تعزيرية بديلة عن سلب

1 – العوا : (في أصول النظام الجنائي الإسلامي–دراسة مقارنة–) المرجع السابق نفسه ، ص69.

2 – المرجع نفسه ، ص 365.

3 – المرجع نفسه ، ص 375– 378.

الحرية بعقوبة الحبس كأسلوب للتعزير طالما أن العقوبات تتنوع في ظل نظام التعزير في الفقه الجنائي الإسلامي.

وتبرز هذه السياسة الجنائية أيضا من خلال الحث على الالتزام الأخلاقي باحترام القيم الاجتماعية والتي تعد الحقوق والحريات أهمها ، حيث يتخذ أسلوبا وقائيا قبل أن يتم اللجوء إلى تطبيق العقوبات الجنائية.

كما أن تقرير الوعيد بالعقاب الأخروي من شأنه أن يشكل في الغالب رادعا نفسيا وأخلاقيا سابقا على ارتكاب المحرمات واللجوء إلى العقوبات الدنيوية. وبالتالي يحدث انكفافٌ نفسيٌّ من إرادة الفرد عن ارتكاب الجرائم حتى لا يتعرض للعقوبات الدنيوية والأخروية.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الثالث :

أنواع الحماية الجنائية للحرية الشخصية

تتخذ الحماية التي توفرها القوانين الجنائية للحرية الشخصية صورتان هما : الحماية الجنائية الموضوعية(**الفرع الأول**) ، والحماية الجنائية الإجرائية(**الفرع الثاني**) :

الفرع الأول : الحماية الجنائية الموضوعية للحرية الشخصية

تتجسد الحماية الجنائية الموضوعية لحق الحرية الشخصية من خلال سلطتي التجريم والعقاب ، ويظهر ذلك في السياسة الجنائية التي يتخذها المشرع في المجال الجنائي بتوخي ضمانات الحفاظ على الحرية سواء بمراعاة التوازن بين الحرية الشخصية كمصلحة اجتماعية وبين المصالح المختلفة أثناء سنّ النصوص العقابية ، أو بتجريم ومعاقبة الاعتداء على الحرية دون وجه حق ، وغيرها...

فالنظام العقابي يقتضي تقييد حرية الفرد من زاويتي التجريم والعقاب ، إذ أن التجريم يشكل مساسا بحرية الفرد في مباشرة أنواع معينة من السلوك الاجتماعي ويخضعه لضوابط اجتماعية محددة ، أما العقاب فإنه يمس الحرية الشخصية للفرد[1].

ويقصد بالتجريم والعقاب "**عدم جواز إتيان فعل ما من قبل المخاطبين بالقاعدة القانونية التي حرّمت الفعل على الناس من ناحية ، ووقوع الإنسان الذي يأتي هذا الفعل بعد تجريمه تحت طائلة الجزاء الجنائي من ناحية ثانية ، ومن ثم كان التجريم بطبيعته انتقاص من حرية الإنسان وتضييق ما يتمتع به من حقوق**"[2].

والحماية التي يوفرها قانون العقوبات من خلال التجريم والعقاب لكل من المجني عليه والمصلحة العامة بحكم الضرورة الاجتماعية ، والتي تستدعي تلك الحماية وفرض الجزاء الجنائي المناسب المتسم بالمعقولية ، وغير المنافي للحدود المنطقية التي ينبغي أن تكون إطاراً له ، وكذا للمعايير التي ينص عليها الدستور ، والمتمثلة في الضمانات التي يتعين على المشرع الجنائي الالتزام بها[3].

و قد تظهر الحماية الجنائية الموضوعية ضمن سياسة التجريم والعقاب بعدة مبادئ

---

1 – سرور : (الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان) مرجع سابق ص 41.

2 – الكباش (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص 392.

3 – سرور : (القانون الجنائي الدستوري) مرجع سابق ، ص5.

وضمانات تشكّل أدوات وضوابط لتحقيق العدالة. وأهم هذه الضوابط والدعامات مبدأ الشرعية الجنائية الذي يعتبر صمام الأمن والاستقرار القانوني ، حيث يلزم وجوب مراعاته من قبل المشرع الجنائي عند حماية الحرية الشخصية للفرد ، لأنه يؤمّنه ضد عدة مخاطر كرجعية القوانين الجنائية ، أو القياس في مجال التجريم والعقاب. فضلا عمّا يتطلبه هذا المبدأ وجود نصوص قانونية صادرة عن سلطة مختصة لضبط سياسة التجريم والجزاء والمتابعة الجزائية لأجل إقرار التوازن بين الفرد و المجتمع. فهو يكوّن مبدءًا دستوريا متينا يكفل حماية الحقوق والحريات بألاّ يدان بريء ، ولا يفر الجاني من العقاب[1].

ويعتبر مبدأ الشرعية مركز ثقل لعدة مبادئ دستورية ، وعلى علاقة وثيقة بها كمبدأ المساواة والفصل بين السلطات ، ومبدئي عدم رجعية القوانين و الرقابة على دستورية القوانين ، ومبدأ احترام الكرامة الإنسانية المكرسة في الشريعة و الفقه الإسلامي والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان. فهذه المبادئ كلها ترسم طريقا للتشريع الجنائي للدولة وتحدد هدفه.

وستتركز الدراسة فيما بعد على قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات ونتائجها ، وهذا بصفتها العنصر الجوهري المكوّن للحماية الجنائية الموضوعية للحرية الشخصية.

الفرع الثاني : الحماية الجنائية الإجرائية للحرية الشخصية

إذا كان قانون الإجراءات الجزائية يهدف إلى تحقيق غايتين هما فاعلية العدالة الجنائية وضمان الحرية الشخصية وما يتعلق بها من حقوق الإنسان ، فإنه ينبغي أن تتحدد طبيعة هذا القانون في ضوء هاتين الغايتين ، وخصوصا إذا تعين أن يكون هذا القانون من القوانين المنظمة للحرية الشخصية وغيرها من حقوق الإنسان ، فلابد أن يوفر حماية وضمانا للحرية الشخصية في ظله[2].

وتعني الحماية الجنائية الإجرائية لحق الحرية الشخصية وكافة حقوق الإنسان عبر مراحل الخصومة والإجراءات الجزائية : **"كفالة ممارستها والانتقال بها من النصوص النظرية كقواعد مثالية إلى واقع فعليّ؛ كون الحماية لا تتجلى إلاّ من خلال التطبيق العملي بما يضفي على الضمانات أهمية بالغة من الناحية العملية"**[3].

1- سرور :(القانون الجنائي الدستوري) المرجع السابق نفسه، ص 10 . وينظر أيضا : بارش ، سليمان : (شرح قانون العقوبات الجزائري-شرعية التجريم-) مطبعة عمار قرفي ، باتنة ، الجزائر.دط ، 1992.ج1 ، ص12

2- سرور : (الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الاجراءات الجنائية) مرجع سابق ، ص 53.

3- الطراونة ، محمد : (ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية) ، مرجع سابق ، ص : 47

وتتركز أهمية الحماية الجنائية الإجرائية على ضرورة إيجاد الوسائل الفنية والإجرائية التي تكفل التزام السلطة بعدم الاعتداء على حقوق الإنسان بحجة حماية أمن المجتمع[1].

وتعمد الحماية الجنائية الإجرائية في ظل السياسة الجنائية الرشيدة إلى وضع ضوابط وحدود فاصلة بين حق الحرية الشخصية ، وبين تنظيم الحرية والقيود المفروضة من طرف السلطة على ممارستها بتدابيرها الأمنية في الحالات العادية أو الاستثنائية. وخصوصا بعد صدور الحكم بالإدانة على الشخص ضمن إجراءات التنفيذ العقابي ، وقبل ذلك أثناء التحقيق والكشف عن الجريمة المتهم بها.

وإذا كانت قواعد قانون الإجراءات الجزائية تهدف أساسا إلى تحديد الإجراءات التي يتم بواسطتها استعمال حق الدولة في العقاب ، وتحمي حقوق كل من المتهم والمجني عليه وتكفل المصلحة العامة ، إلا أنه يتعين إحاطتها بعدة معايير دستورية تمثل ضمانات ينص عليها الدستور ، ويتعين على المشرع الإجرائي الجنائي أن يلتزم بها ، فمن قبيل هذه الضمانات : الشرعية الجنائية الإجرائية ، وأن الأصل في المتهم البراءة ، كما أن القاضي هو الحارس الطبيعي للحريات ، والمحاكمة المنصفة[2]...إلخ. وهو ما سيتم تناوله لاحقا من خلال قاعدة الشرعية الجنائية الإجرائية وضوابطها في حماية الحرية الشخصية.

1- متولي ، عبد الحميد : (الحريات العامة ، نظرية تطورها و ضماناتها ومستقبلها) ، دار المعارف الإسكندرية ، سنة1975 ، ص 27.

2 - سرور ، أحمد فتحي : (القانون الجنائي الدستوري) مرجع سابق ، ص5-6.

المطلب الرابع :

دواعي ومبررات ضمان الحرية الشخصية في مواجهة سلطة الدولة في العقاب

إذا كانت قيمة الحرية الشخصية تكتسي أهمية بالغة في أنظمة الدول القانونية ، فإن ذلك يكون مداعاة لحمايتها خصوصا في المجال الجنائي ، سواء حيال سلطتي التجريم والعقاب ، أو تجاه الإجراءات الجزائية التي تشكل خطرا على حرية الفرد بطبيعتها(**الفرع الأول**).

كما تؤثر طبيعة الأنظمة والكيانات السياسية في الدول على علاقتها بالفرد وحريته ، بين تلك الأنظمة التي تحترم الحرية الشخصية وتعزز مكانتها في دساتيرها ، كما تضع ضمانات حمايتها تجاه القوانين الجنائية. أما الأنظمة التسلطية والديكتاتورية فتنتهك الحريات؛ بل وتتخذ من القوانين الجنائية الموضوعية منها والإجرائية خاصة ، وسيلة للنيل من الأفراد وحرياتهم تحت داعي حماية النظام العام للجماعة والدولة. فكل هذا من دواعي ضرورة حماية الحرية الشخصية ووضع ضمانات تصونها من مخاطر القوانين الجنائية واستغلالها في غير محلها(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول : ضرورة حماية الحرية الشخصية في مواجهة مخاطر القانون الجنائي

يعتبر التشريع الجنائي من أهم المجالات التي تكتنف صراعا وتناقضا بين مختلف الحقوق والحريات وبين المصلحة العامة. وهو ما يجعل هذا التشريع يتحمل مسؤولية تحقيق التوازن الذي يوقف الصراع ويكفل حماية الحقوق والحريات والمصلحة العامة بشكل متناسب ، حيث يلتزم بموجبه المشرع الجنائي كفالة هذه الحماية باحترام الضمانات التي ينص عليها الدستور عادة[1].

و تظهر أهمية حماية الحرية الشخصية وكافة حقوق الإنسان في مواجهة القوانين الجنائية من خلال تركّزها على ضرورة إيجاد الوسائل الفنية والإجرائية التي تكفل التزام السلطة بعدم الاعتداء على حقوق الإنسان بحجة حماية أمن المجتمع[2].

فالنصوص التشريعية الجنائية تبقى نظرية ، وعديمة الأثر والفعالية طالما لم تقترن بوسائل فعالة تكفل حماية الحرية الشخصية بشكل جدي. كما أن الممارسة المطلقة لأوجه النشاط الإنساني قد تؤدي إلى الإخلال بأمن المجتمع وشيوع الفوضى فيه ، وهو

---

1 – سرور : (القانون الجنائي الدستوري) مرجع سابق ، ص 5.

2 – متولي ، عبد الحميد : (الحريات العامة) مرجع سابق ، ص27.

ما يبرر تدخل السلطة لكن صالح الحماية وليس ضدها[1].

ولقد راعت الأنظمة التشريعية الجنائية للدول بشكل جدّي ضرورة وضع قيود وضوابط لممارسة الحقوق والحريات الفردية. فإذا كانت هذه الحرية وغيرها من الحقوق والحريات ليست مطلقة من حيث ممارستها ، وأنها نسبية -كما رأينا سابقا-وبالتالي لابد من رسم حدود لممارسة الحرية الشخصية وباقي الحقوق والحريات الفردية ، الأمر الذي يجعل من التنظيم القانوني والتشريعي وخصوصا في المجال الجنائي ضمن دائرة التجريم والعقاب وكذا مباشرة إجراءات المتابعة الجزائية والتنفيذ العقابي ، يشكل الحد الفاصل في بيان معالم التمتع بالحرية الشخصية وممارستها من خلال القيود التي ترسم لها ، وبيان ما يجوز ومالا يجوز فعله من السلوك الاجتماعي.

فإذا كانت طبيعة النظام الجنائي بأسره (العقابي والإجرائي) تعرض الحريات للخطر ، سواء عند مباشرة الدولة لسلطتها في التجريم والعقاب ، أو عند إجراءات الخصومة الجزائية والتنفيذ العقابي ، فإنه يتعين أن تتوفر للفرد ضمانات لحماية حريته من الخطر المحدق بها من جراء التحكم ، وتجاوز القدر الضروري لسلطة الدفاع عن المجتمع في سنّ التجريم والعقاب ، أوفي مباشرة الخصومة الجنائية والتنفيذ العقابي[2].

ويسعى القانون الجنائي في الدولة القانونية دوما لأن يحقق توازنا بين الحرية الشخصية وبين مصلحة الجماعة من خلال فاعلية العقوبة في ظل الأنظمة القانونية الوضعية التي تسنّها السلطة التشريعية ، وتنفدها السلطة التنفيذية ، وتسهر على حراستها السلطة القضائية.

كما أن هذا التوازن يتحقق في ظل احترام المبادئ السامية والثابتة للنظام التشريعي الإسلامي في المجال الجنائي ، والتي يجب أن تراعى حينما يتصرف الحاكم بسلطته في توقيع العقوبات التعزيرية ، طالما أنه ليس له حق في التصرف حيال الجرائم الحدّية والقصاص المحددة سلفا في التشريع الجنائي الإسلامي.

ففي تحقيق التوازن بين حق المجتمع في توقيع العقاب على من يعبث بأمنه وبين تأمين حقوق الإنسان دلالة قوية على تقدم الدولة واحترامها لسيادة القانون ، ومن شأنه أن يؤدي إلى إعادة اندماج ذلك الفرد في المجتمع مجددا في حال صدور حكم

---

1 – حسن ، علي : (حماية حقوق الإنسان وضمانات الحرية في النظم السياسية المعاصرة) مرجع سابق ، ص 17.

2 – سرور : (الشرعية الدستورية و حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية) مرجع سابق ، ص 41. وكذلك سرور : (الشرعية الإجرائية الجنائية) مرجع سابق ، ص 337.

بالإدانة ، وهو الشيء الذي تسهر على تحقيقه جميع المواثيق والتشريعات الدولية والإقليمية المعنية بحقوق الإنسان ، لكون هذه الحماية ضرورية كذلك للمجتمع الذي يعيش فيه الفرد المدعى عليه من أجل تحقيق الردع بشقيه العام والخاص ، بشرط أن يتم ذلك بصورة متوازنة ، فحق المجتمع في عقوبة من يعبث بأمنه لا ينبغي أن يكون على حساب حقوق الفرد الإنسانية[1].

الفرع الثاني : تأثير طبيعة النظام السياسي للدولة على القوانين الجنائية يقتضي حماية الحرية الشخصية

لقد استقر ضمن كلٍّ من الجانب الفكري وواقع الأنظمة السياسية المختلفة ذلك الواجب القانوني الذي يقع على عاتق الدولة في حماية المجتمع وضمان الأمن في حياة الجماعة. وهي تمارس هذا الواجب من خلال التجريم والعقاب والخصومة الجنائية والتنفيذ العقابي. وفي المقابل نجد هذه السلطات الممنوحة لأجهزة الدولة التشريعية ، التنفيذية والقضائية تمثل قيدا على حرية الفرد داخل المجتمع[2].

غير أن الإشكال يطرح حول **مدى التناسب بين القيود وبين الحرية الشخصية في التشريعات الجنائية للدول ، وكيف تؤثر طبيعة النظام السياسي القائم في دولة ما على القوانين الجنائية ، وعلى ما يتمتع به الفرد من حرية؟**

الفقرة الأولى : الأثر السلبي للقوانين الجنائية في الأنظمة السياسية الدكتاتورية على الحرية الشخصية :

طالما أن من مهام الدولة السعي لفرض النظام داخل المجتمع عن طريق أجهزتها التشريعية والتنفيذية والقضائية ، فإن ذلك يشكل قيدا على الحرية الشخصية للأفراد. كما تؤثر طبيعة وشكل النظام السياسي السائد إلى حدّ كبير على شكل وعلاقة الدولة تجاه الأفراد ومصالحهم ، وهذا بموجب صلاحياتها المختلفة في الدفاع عن المصلحة العامة.

فالفكر التسلطي يخول للدولة جميع الحقوق والسلطات ويتجاهل قيمة الفرد في المجتمع ، إذ لا مجال للحديث فيه عن حرية الفرد أمام مصلحة الدولة التي أعطت الأولوية لتحقيق مصلحة نظام ثابت ومستقر ، ولو على حساب حقوق الأفراد

1 – الطراونة (ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية) ، مرجع سابق ، ص 48.

2 – سرور : (الشرعية الدستورية و حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية) المرجع السابق نفسه ، ص 42.

وحرياتهم ، الشيء الذي لا يمكن إقراره سوى باستعمال العنف أو القوة. هذا بخلاف الفكر الحر الذي يعطي للفرد مكانة في المجتمع ويوجب احترام جوهر حريته[1].

ولهذا اهتمت مثل هذه الأنظمة الديكتاتورية بإعادة ترتيب نظامها الجنائي العقابي والإجرائي من أجل تقوية سلطة الدولة وسطوتها في المحاكمات الجنائية وتجريد الفرد من ضمانات حريته ، حيث تبلغ سلطة الدولة ذروتها حينما تستهدف القوانين الجنائية وخصوصا الإجرائية منها لتحقيق مصلحة الدولة في الكشف عن الحقيقة لإقرار سلطتها في العقاب مضحية بالحرية الشخصية للفرد المتهم. فأصبح قانون الإجراءات الجزائية في هذه النظم أداة للسلطة وليس أداة لتحقيق محاكمة منصفة يتم فيها ضمان الحقوق والحريات ، فانحرفت الدولة به عن طبيعته الأصلية كمنظم للحرية الشخصية[2].

ولهذا فإن قانون الإجراءات الجزائية بما يحمله من أعمال تمس الحرية الشخصية وتعرضها للخطر وغيرها من الحقوق عند مباشرتها في مواجهة المتهم ، يمثل الصورة الدقيقة للحقوق والحريات في أي دولة. كما أنه يتأثر في جميع الأحوال بالنظم السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تحكم شكل الدولة وعلاقتها بالفرد. لذلك فإن مثل هذا القانون من القوانين المنظمة للحريات ، ويتعرض لأزمة شديدة كلما تعرضت الحريات في الدولة للأزمات[3].

الفقرة الثانية : ضمان حماية الحرية الشخصية في القوانين الجنائية للأنظمة السياسية للدول القانونية

يفترض في شكل وعلاقة الدولة بالفرد في الأنظمة الديمقراطية الحرة أن تتسم بكونها علاقة ينظمها ويحكمها سيادة القانون ، ففي إطار الدولة القانونية يعمل القانون على أن يحمي الحريات العامة ويحدّ من تعسف السلطة العامة في المساس بهذه الحريات ، وذلك عن طريق الفصل بين السلطات ، إذْ لا حرية إذا اجتمعت سلطات الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية معا في يد واحدة ، لأنها ستكون يداً باطشة متحكمة[4].

ومن جهة ثانية؛ فإنه لا يكفِ لاحترام الحرية العامة وجود القانون واحترام

1 – سرور : (القانون الجنائي الدستوري) مرجع سابق ، ص13– 14.

2 – سرور:(القانون الجنائي الدستوري) المرجع نفسه ، ص 14 وما بعدها. وينظر كذلك كتابه : (الشرعية الدستورية و حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية) مرجع سابق، ص65وما بعدها.

3– المراجع والصفحات نفسها.

4 – سرور : (الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان) المرجع نفسه ، ص41.

أحكامه طالما لم يكن مطابقا للدستور ، وهو ما يحتم وجود رقابة دستورية على القانون لضمان أن الحريات العامة التي كفلها الدستور قد نالت احترام القانون. فإذا كانت سيادة القانون ضمان أساسي للحريات العامة في مواجهة السلطتين التنفيذية والقضائية ، فإن الرقابة على دستورية القوانين ضمان جوهري لاحترام الحريات العامة في مواجهة السلطة التشريعية[1].

فالدولة القانونية بحكم وظيفتها عليها أن توفر حماية لجميع المصالح القانونية ، وهي ليست قاصرة على الدولة وحدها؛ بل إنها تشمل أيضا حقوق الفرد وحرياته ، تلك التي يجب أن يحميها القانون ، ولا يجوز إهدارها بدعوى المحافظة على مصلحة المجتمع ، بقدر ما يتطلب الأمر التوفيق بين المصلحتين في إطار العلاقات الاجتماعية التي تحكم المجتمع[2].

وإذا جئنا للقوانين الجنائية الموضوعية والإجرائية في الدولة القانونية ، فإنها الأجدر بأن توفر الحماية للحرية الشخصية وباقي الحقوق والحريات العامة في ظلها. ذلك لأن الإجراءات الجزائية مثلا ليست مجرد تنظيم قضائي لاستعمال سلطة الدولة في العقاب ، ولا عبارة عن وسائل فنية بحتة ، بقدر ما هي أعمال تمس الحرية الشخصية وغيرها من الحقوق ، وتعرضها للخطر عند مباشرتها في مواجهة المتهم بكل ما تحمله من معاني الشبهة والاتهام وما تستهدفه من جمع للأدلة لكشف الحقيقة[3].

---

1 – سرور :(الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان) المرجع السابق نفسه ، ص41. و ينظر بحث للمؤلف ذاته : (الشرعية الإجرائية الجنائية) مرجع سابق ، ص 336.

2 – سرور : (الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان) المرجع نفسه ، ص42. وكذلك سرور : (القانون الجنائي الدستوري) المرجع نفسه ، ص 14

3 – سرور : (الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان) المرجع نفسه ، ص 65.

المبحث الثاني :

الشرعية الجنائية دعامة أصيلة لحماية الحرية الشخصية

تناولت الدراسة في المبحث الأول من هذا الفصل لمعنى الحماية الجنائية للحرية الشخصية ، والحاجة الملحّة والضرورية لتلك الحماية في النظام القانوني بوجه عام ، والجنائي منه بوجه خاص ، مع توضيح المنهج السليم الذي ينبغي أن تسلكه السياسة الجنائية بوجوب مراعاتها لحريات وحقوق الإنسان في القوانين الجنائية.

وإذا كان من اللازم اعتبار القوانين الجنائية سواء في شكلها الموضوعي أو الإجرائي والتنفيذي وسيلة لتنظيم الحريات ، فإن مبدأ الشرعية الجنائية يعدُّ أصلا أساسيا في النظام الجنائي لا يجوز الخروج عنه لتحقيق هذا الغرض ، لكونه يضع الخط الذي يجب أن ينتهجه التشريع الجنائي في وضع قواعده وصياغة مواده ، ويحدّد كذلك الإطار العام الذي يجب أن يلتزم به المخاطبون بالقواعد الجنائية بأشكالها المختلفة[1].

وهذا ما يتطلب أولا بيان مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية بدءا بتعريفه ، ومعرفة أهمية هذا المبدأ ودوره في حماية مصلحة الفرد والمجتمع ومقاصد التشريع (**المطلب الأول**).

وقد تعددت مصادر مبدأ الشرعية الجنائية بين النظام التشريعي الإسلامي الذي يعدّ أول مصدر كرّس لمبدأ الشرعية ، وبين التشريعات الوضعية سواء الاتفاقيات والإعلانات الدولية ، أو الدساتير الوطنية ، أو القوانين الجنائية (**المطلب الثاني**).

وللتعمق أكثر في ماهية مبدأ الشرعية الجنائية ينبغي فهم جذوره الفلسفية ، التي بنيت على أساس كل من المسؤولية الأخلاقية ، وقواعد العدالة والمساواة. كما أن فهم الأساس القانوني الشكلي والموضوعي للشرعية الجنائية يبنى ويرتكز على مبادئ ودعامات دستورية تجسدها الشرعية الدستورية من خلال مبدأ سيادة القانون وخضوع السلطات العامة في الدولة لأحكامه ، ومبدأ الفصل بين السلطات. وهنا تقوم الرقابة على دستورية القوانين الجنائية كآلية هامة وضرورية لتقويم الشرعية الجنائية وفقا لتلك المبادئ الدستورية (**المطلب الثالث**).

أما العناصر الجوهرية للشرعية الجنائية فتتكون من حلقات ثلاث تربطها علاقة

---

1 – ينظر في ذات المعنى ، سرور : (الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية) ، المرجع السابق نفسه ، ص 138.

وثيقة بالحرية الشخصية وهي : قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات التي تدخل ضمن الحماية الجنائية الموضوعية للحرية الشخصية. وكذا قاعدتي شرعية الإجراءات الجنائية والتنفيذ العقابي ، والتي تدخل ضمن النوع الثاني وهي الحماية الجنائية الإجرائية للحرية الشخصية. والحلقات جميعها تشترك في أمر واحد هو اشتراط أن يكون القانون هو المصدر لكل قاعدة تسمح بالمساس بالحرية (**المطلب الرابع**).

المطلب الأول :

مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية

يمثّل مبدأ الشرعية الجنائية أحد المبادئ الرئيسية التي تحكم التشريع الجنائي في القانون المعاصر ، ومن الوسائل التي يمكنها أن تحقق التوازن المطلوب في إطار تدخّل الدولة بمؤسساتها الدستورية لحماية الصالح الاجتماعي على نحو لا يؤدي إلى المساس بالحرية الفردية أو الافتئات عليها.

ولهذا فتعريف مبدأ الشرعية الجنائية يرتكز أساسا على إبراز مدلوله الجوهري المبني على أساس موضوعي هو احترام حقوق الإنسان (**الفرع الأول**). كما يكتسي هذا المبدأ أهمية بالغة سواء بالنسبة لحماية مصالح الفرد أو مصالح المجتمع ويخدم المقاصد والقيم التي سُنّ التشريع لأجل حمايتها(**الفرع الثاني**). أما من حيث مصادر المبدأ ، فإن التشريع الإسلامي يعدّ باكورة من كرّس واعترف بالمبدأ ونتائجه ، وهو الأمر الذي تجسد أخيرا في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان ، والدساتير الوطنية ، والتشريعات الجنائية للدول(**الفرع الثالث**).

الفرع الأول : تعريف مبدأ الشرعية الجنائية

مدلول مبدأ الشرعية الجنائية يتحدد من خلال جانبه الشكلي ، والأهم من ذلك الجانب الموضوعي والجوهري الذي يحدد معناه الدقيق.

الفقرة الأولى: نحو مدلول جوهري للشرعية الجنائية

لقد ساد في الفقه القانوني التقليدي مدلول شكليّ للشرعية الجنائية ، حيث يعرّفها بمعنى "الشرعية النصية" ، وذلك يوحي بحصر مصدر التجريم والعقاب في تشريع مدوّن يبيّن أركان الجرائم وعقوباتها. ولكن الشرعية الجنائية في حقيقة الأمر لا تقتصر دلالتها على "العنصر الشكلي"فقط ، بقدر ما يدخل عنصر آخر مهم وجوهري في تحديد هويتها وأركانها ، وهو ضرورة أن تتوافق النصوص الجنائية من تجريم وعقاب وإجراءات

وتدابير جنائية مع الحقوق والحريات العامة ، وأن تكفل الممارسة الطبيعية لها[1].

إن استعمال المدلول اللفظي الشائع لهذا المبدأ والدعوة إليه في صورته الشكلية والفنية فقط ، يبقى مفهوما قاصرا ، والتي مفادها يقتضي وجود النص القانوني المتعلق بالجريمة وتحديد عقوبتها ، حيث أطلق عليه البعض ضمن هذا السياق اسم "مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات". وفي حين نجد كثيرا ما يلتزم التشريع الجنائي في ظاهره بالمدلول الشكلي للشرعية ، وينحرف في جوهره عن الغاية والمعنى الحقيقي والموضوعي الذي شرع المبدأ من أجله ، ألا وهي كفالة الممارسة الطبيعية للحقوق والحريات. ولهذا تراه يصادر هذه الحقوق لصالح أنظمة شمولية حاكمة تستخدم القانون لتحقيق غاياتها في التسلط وإرهاب الأفراد[2].

ولهذا ينبغي التركيز أكثر على المعنى الدلالي الجوهري لمبدأ الشرعية الجنائية ، والذي يعنى باحترام الحقوق والحريات في النصوص الجنائية ، بغض النظر عن مدلوله الشكلي – على أهميته أيضا– حتى يتحقق التوازن المنشود بين المصالح الاجتماعية في التجريم والعقاب ، وبين احترام الحرية الشخصية للأفراد تجاه ذلك.

ووفقا للمؤتمر الدولي لرجال القانون المنعقد في نيودلهي سنة 1959م فإن مصطلح "**الشرعية**" بشكل عام يرمز إلى المُثل والخبرة القانونية العلمية المتعارف عليها بين جميع رجال القانون في معظم العالم. كما أنه يعتمد على عنصرين : **أوّلهما**؛ أنه مهما كان فحوى القانون ، فإن كل سلطة في الدولة هي نتاج القانون وتعمل وفقا للقانون. **وثانيهما**؛ افتراض أن القانون نفسه يعتمد على مبدأ سام هو احترام حقوق الإنسان. وتم تعريف مبدأ الشرعية في هذا الإطار بأنه : "**ذلك الذي يعبّر عن القواعد والنظم والإجراءات الأساسية لحماية الفرد في مواجهة السلطة ، ولتمكينه من التمتع بكرامته الإنسانية**"[3].

ومن خلال هذا المعنى ، فإن مبدأ الشرعية يهدف بناء على القانون إلى حماية الفرد ضد تحكم السلطة ، ولضمان التمتع بالكرامة الإنسانية. غير أن مضمون هذا المبدأ

---

1 – المجالي ، نظام توفيق : (الشرعية الجنائية كضمان للحرية الفردية–دراسة في التشريع الأردني) مجلة الحقوق ، فصلية ، تصدر عن كلية الحقوق.الكويت.العدد : 4 ، السنة : 22 ، سبتمبر 1998.ص 168.

2 – المرجع نفسه ، ص152.

3 – عبد البصير ، عصام عفيفي حسيني: (مبدأ الشرعية الجنائية–دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي–) دار النهضة العربية ، القاهرة ، دط ، دت ، ص 10– 11.

و تطبيقه يختلف من دولة إلى أخرى حسب اختلاف نظامها السياسي والاقتصادي ، كما يختلف مدى احترامه بقدر سلامة التطبيق واحترام الدولة للقانون[1].

ويعنى بـ"**الشرعية الجنائية**" بوجه خاص : "**حصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص قانونية محددة تتوافق مع الحقوق والحريات ، وتكفل الممارسة الطبيعية لها**"[2].

كما يعني مبدأ الشرعية الجنائية أيضا : "**تبيان النصوص الجنائية التي تتم بموجبها المتابعات الجنائية ، سواء ما تعلق منها بتجريم الأفعال والتصرفات والسلوكات ، أو ما كان لازماً لاتخاذ الإجراءات اللازمة والضرورية قصد محاربة الجريمة ومعاقبة الخيانة[أي معاقبة خيانة الفرد لقيم المجتمع]**"[3].

ومؤدى هذا المبدأ أنّ على التشريع الجنائي التّعيين سلفا للأفعال المجرمة الصادرة عن الإنسان وتحديد عقوبتها. و وسيلته في ذلك **القاعدة الجنائية** ، فإذا سكت المشرع عن اعتبار الفعل جريمة وجب

على القاضي أن يعلن مشروعية الفعل جنائيا ويبرئ المتهم[4]. ويكون ذلك بطريق انتفاء وجه الدعوى.

ونظرا لأهمية مبدأ الشرعية الجنائية ، فإن أي مخالفة له في الميدان الجنائي إنما يترتب عليها البطلان ، كتجريم سلوك غير مجرّم بنص ، ومثل النطق بعقوبة لا اساس لها ، أو عدم مراعاة قواعد التفتيش وغيرها من الإجراءات والأصول ، مما يترتب عليه أيضا بطلان ذات الإجراء وما تلاه من الإجراءات ، وفقا للقاعدة الشهيرة "ما بني على باطل فهو باطل" ، ولا يستند إليه في معرض الدعوى الجنائية ، ويأخذ بذلك حكم العدم[5].

ويبرز معنى الشرعية الجنائية من خلال إزاحة الغموض عن الأفعال الشنيعة التي يرفضها المجتمع ، ويطالب بتحديد العقوبات المناسبة لها حسب حدّة جسامتها ، وشدّة خطورتها ، بحيث لا يترك مجالا لأيّة ملابسات حتى لا يجد القاضي علّةً لتجريم ما هو

---

1 – عبد البصير ، عصام عفيفي : (مبدأ الشرعية الجنائية) المرجع السابق نفسه ، ص 11.

2– المجالي ، (الشرعية الجنائية كضمان للحرية الفردية) المرجع السابق نفسه ، ص169.

3 – مالكي ، محمد الأخضر : (مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة) بحث بمجلة الشريعة ، نادي أبو إسحاق الشاطبي ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، قسنطينة ، نشر مؤسسة الأمل ، عدد 4 ، سنة 1995 ، ص 47.

4–الصيفي ، عبد الفتاح مصطفى : (الأحكام العامة للنظام الجزائي) مطابع جامعة الملك سعود ، الرياض ، ط1 ، 1996.ص70

5 – مالكي ، المرجع نفسه ، ص 47.

مباح ، حيث يكرّس مبدأ الشرعية الجنائية حق الأفراد في البيان الشامل الوافي للأفعال التي تضعهم رهن المتابعات الجزائية أمام القضاء إذا ما أقدموا على اقتراف هذه الأفعال أو الشروع فيها ، مع بيان حجم المسؤولية الجزائية إزاءها ، وكذا نوع العقوبات الملازمة لها ، مع وضع كل ذلك في قالب مكتوب ومدون صادر عن السلطة التشريعية قبل ارتكابها[1].

فمبدأ الشرعية الجنائية يقتضي لتحقيق التوازن بين المصلحة الاجتماعية والفردية إلزامية تواجد نصوص قانونية تصدرها سلطة مختصة لضبط سياسة التجريم والجزاء والخصومة الجزائية[2].

كما أن الشرعية الجنائية مبدأ كفيل بتنظيم التقاضي الجنائي سواء على مستوى التجريم والعقاب أو الإجراءات المتخذة لمتابعة الجناة ومحاكمتهم ، ومن ثم محاربة الجريمة بكيفية تحقق التوازن بين مصلحة المجتمع في الوقت الذي تحفظ حقوق وحريات المتهمين بارتكاب الجرائم إذا ما أحسن الالتزام بمقتضيات المبدأ وفقا لضوابط تكفل تطبيقه[3].

ويمثل مبدأ الشرعية الجنائية من جهة ثانية صمام الأمان لأقدس حق من حقوق الإنسان وهو حق الحرية الشخصية ، حيث أن من أولويات المشرع أن يحدّد سياسته العقابية في ظل الأطر المفترضة لاحترام الحرية الشخصية ، ووسيلته في ذلك هو أن تكون الأداة التشريعية المعبّرة عن إرادة الشعب ممثلة في القانون وسيادته هي المصدر الوحيد للتجريم والعقاب[4].

وهذا المعنى أكدته المحكمة الدستورية العليا في مصر ، والتي جاء في حكمها بأن قاعدة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون" تفرضه المادة 41 من الدستور المصري(1971م) ، والتي تقرر أن الحرية الشخصية حقٌ طبيعيٌ وأنها مصونة لا تُمس. وأن مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة وما اتصل به من عدم جواز تقرير رجعية النصوص العقابية ، غايته حماية الحرية الفردية وصونها من العدوان عليها في إطار من الموازنة بين

1- أغليس بوزيد وعليوي حكيم : (دور الدستور في تحديد نطاق الشرعية الجنائية-دراسة تحليلية مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المصري-) دار الأمل ، تيزي وزو ، الجزائر ، طبعة 1 ، 2012 ، ص 15.

2- بارش ، سليمان : (شرح قانون العقوبات الجزائري- شرعية التجريم-) ، مرجع سابق ، ج 1 ، ص12.

3 - مالكي، محمد الأخضر : (مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة)المرجع السابق نفسه ، ص 47.

4 - المجالي : (الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحرية الفردية) مرجع سابق ، ص 162.

موجباتها من ناحية ، وما يعتبر لازما لحماية مصلحة الجماعة والتحوّط لنظامها العام من ناحية أخرى[1].

ولهذا فمبدأ الشرعية الجنائية تلتزم به الدولة القانونية ، حيث يضمن بموجبه القانون احترام الحقوق والحريات للأفراد في مواجهة الدولة ، وهو الالتزام الذي لا نجده في الدولة البوليسية[2].

الفقرة الثانية : العلاقة بين الشرعية الجنائية والمشروعية

إذا كان كل من الشرعية والمشروعية مصطلحان يستخدمان أحيانا للدلالة على ذات المعنى ، غير أن هناك في الفقه القانوني من يفرّق بينهما ، فيجعل المعنى الدقيق للشرعية في المجال الجنائي يعرف ب "القانونية" ، وهذا يعني "حصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص قانونية محددة" ، وهي تتعلق بالنص الجنائي والعناصر الشكلية والموضوعية التي تحقق صحته ، وتكفل توازنا بينه وبين الحقوق والحريات العامة[3].

أما بخصوص المشروعية الجنائية فإنها تعرف بمعنى : "انتفاء التعارض بين الواقعة المادية وبين نصوص التجريم والعقاب" ، وبعبارة أدقّ : "انتفاء التعارض بين الواقعة المادية وبين المصالح والأموال المشمولة بحماية هذه النصوص"[4]. فالمشروعية في المجال الجنائي ينصرف معناها إلى أسباب التبرير والإباحة التي بيّنها القانون ، وحدد شروطها ، وهي كما يلاحظ تختلف عن الشرعية الجنائية [5].

أما في الاصطلاح الدستوري ، فقد ترجح أن ينصرف مبدأ الشرعية إلى ذات المعنى والمدلول مع مبدأ المشروعية ، وكلاهما يدل على معنى واحد هو مبدأ سيادة القانون ، أو مبدأ خضوع الدولة للقانون واحترامها لأحكامه ، أو كما يسميه الفقيه الدستوري عبد الحميد متولي "مبدأ سيطرة أحكام القانون" ، إلا أنه يبيّن الفرق

---

1 – قرار المحكمة الدستورية العليا في مصر ، بتاريخ 7/ 11/ 1992 ، القضية رقم 11 ، لسنة 13 قضائية (دستورية) .

المصدر : موقع المحكمة الدستورية العليا ، جمهورية مصر العربية : http : //sccourt.gov.eg

2 – LZERGES-C : (Le Principe de Légalité des Délits et des Peines : Délits et libertés fondamentaux) ; Dalloz ; 1996.P 328 .□

نقلا عن : عبد البصير، عصام عفيفي : (مبدأ الشرعية الجنائية) مرجع سابق ص 24

3 – المجالي : (الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحرية الفردية) مرجع سابق ، ص168.

4 – عبد الستار ، فوزية (عدم المشروعية في القانون الجنائي) ، مجلة القانون والاقتصاد ، جامعة القاهرة ، مصر ، عدد3–4 ، سنة 41 ، سنة 1971 ، ص 356.نقلا عن المجالي : المرجع نفسه ، ص169.

5 – المجالي : المرجع نفسه ، ص169.

الاصطلاحي بين : "مبدأ علوّ وسيطرة أحكام القانون" ، و"مبدأ المشروعية". فالأول هو المصطلح الأصح في نظره[1].

كما لا يخفى علينا أن الترابط وثيق بين الشرعية الدستورية كمبدأ دستوري عام وبين الشرعية الجنائية ، فما يترتب على "مبدأ الشرعية الدستورية" بالنسبة للمجال الجنائي هو التزام الدولة بنصوص التجريم والعقاب ، بحيث تكون قد خرجت على مبدأ الشرعية الجنائية ، وخرقت في الوقت ذاته مبدأ الشرعية الدستورية إذا ما عاقبت على أفعال مباحة[2].

فمبدأ الشرعية الجنائية يعتبر صورة من صور الشرعية بوجه عام ، والتي تطبّق بالنسبة لكافة أنشطة الدولة ، إذ أن كل الأجهزة في الدولة دستورية كانت أو قضائية أو إدارية ، يجب أن تلتزم في تصرفاتها بمبدأ الشرعية الذي يعبّر عنه بصورة شاملة "مبدأ احترام القانون" أو"مبدأ سيادة القانون". وتكمن أهميته في كونه معيار التفرقة وتمييز دولة القانون والمؤسسات ، عن الدولة البوليسية أو الديكتاتورية ، والتي لا تلتزم مؤسساتها المختلفة باحترام سيادة القانون وحريات المواطن[3].

وعلى هذا الأساس ، فإن اعتبار الشرعية والمشروعية مترادفين أمر يقتضيه مبدأ تدرج القواعد القانونية بغض النظر عن مصدرها إن كان مكتوبا أو مردّه العرف ، من خلال احترام القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى ، وهو ما يفرض على جميع القواعد القانونية أن تحترم مبدأ سمو الدستور وقواعده ، ومبادئه العامة وأهدافه ، وهو ما يعدّ تطبيقا طبيعيا سليما وأمينا للفلسفة العامة للدستور ومبادئه السامية[4].

---

1 – متولي ، عبد الحميد : (نظرات في أنظمة الحكم في الدول النامية) ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط2 ، 1992ص224. وينظر كذلك كتابه : (القانون الدستوري) ، مرجع سابق.ص185في الهامش ، وص186–187.

2 – العوا ، محمد سليم : (مبدأ الشرعية في القانون الجنائي المقارن) مجلة إدارة قضايا الحكومة ، تصدرها إدارة قضايا الحكومة ، مصر ، ع4 ، س21 ، ديسمبر 1977 ، ص5 ومابعدها. نقلا عن : الدليمي : فاضل عواد محيميد : (ذاتية القانون الجنائي) رسالة ماجستير ، جامعة بابل ، العراق ، سنة 2006.ص85–87.منشور بموقع المرجع ، تاريخ 18–04–2017 ، المصدر : http : //almerja.com/reading.php?idm=77002

3 – جمال الدين ، عبد الأحد : (في الشرعية الجنائية) مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، مطبعة جامعة عين شمس ، القاهرة ، عدد 2 سنة 16 ، يوليو 1974م ، ص 417.

4 – المتولي ، مجدي : (العنف والشرعية في مصر–دراسة قانونية–) الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، ط1 ، 1995 ، ص10في الهامش

الفرع الثاني : أهمية وفوائد مبدأ الشرعية الجنائية

تكمن أهمية مبدأ الشرعية الجنائية وفوائده من خلال المسعى الذي يتخذه التشريع الجنائي لإيجاد التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع بشكل لا يتم فيه هدر مصلحة أحدهما على الآخر[1] :

الفقرة الأولى : أهمية حماية مبدأ الشرعية الجنائية لمصلحة الفرد :

أولا : ضمان الشرعية الجنائية لحقوق وحريات الأفراد :

ويتم ذلك من خلال منع تحكم السلطة في حريات الأفراد وانتهاك حقوقهم. إذ يقتضي هذا المبدأ ألاّ يعاقب الفرد على سلوك أتاه ما لم يكن مجرّما وقت إتيانه. لأن حصر التجريم والعقاب في نصوص سارية هو بمثابة إنذار مسبق للأفراد ، وإخطارٌ بتوقيع العقاب حيال مقترفي الجرائم المنصوص عليها سلفا.

ثانيا : تفرقة الأفراد بين المباح والمحظور جنائيا :

فمبدأ الشرعية الجنائية يضع الحدود الفاصلة بين التجريم والعقاب والإباحة ، وهذا من خلال تمكين الأفراد من معرفة الوجهة الاجتماعية المقبولة لممارسة نشاطهم في مأمن من المسؤولية الجنائية[2]. و يتم ذلك عن طريق التزامهم بالنصوص التشريعية القاضية بالحضر من تلقاء أنفسهم ، وإلا تعرضوا لعقوبة المخالفة الواردة بالنص التشريعي ، وما عدا تلك المناطق المحضورة يعدّ مباحا لا جناح على الأفراد إتيانه بالنسبة للنصوص الجنائية[3]. وهو المدلول الذي أكّد عليه الحديث النبوي في قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : "**الحلال بيّن والحرام بيّن...**"[4].

---

1 – ينظر أكثر لدى : مالكي ، محمد الأخضر : (مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة) مرجع سابق، ص 48–50. وكذلك بارش : (شرح قانون العقوبات الجزائري–شرعية التجريم والعقاب–) مرجع سابق ، ص 13–14

2 – بارش ، المرجع نفسه ، ص 14.

3 – مالكي ، المرجع نفسه ص 49.

4 – حديث : « **الْحَلَالُ بَيِّنٌ وَالْحَرَامُ بَيِّنٌ وَبَيْنَهُمَا أُمُورٌ مُشْتَبِهَةٌ ، فَمَنْ تَرَكَ مَا شُبِّهَ عَلَيْهِ مِنْ الْإِثْمِ كَانَ لِمَا اسْتَبَانَ أَتْرَكَ ، وَمَنْ اجْتَرَأَ عَلَى مَا يَشُكُّ فِيهِ مِنْ الْإِثْمِ أَوْشَكَ أَنْ يُوَاقِعَ مَا اسْتَبَانَ ، وَالْمَعَاصِي حِمَى اللَّهِ ، مَنْ يَرْتَعْ حَوْلَ الْحِمَى يُوشِكْ أَنْ يُوَاقِعَهُ..**» أخرجه البخاري عن النعمان بن بشير رضي الله عنه ، ابن حجر العسقلاني : (فتح الباري بشرح صحيح البخاري) تح : محمد فؤاد عبد الباقي– طبعة المكتبة السلفية – كتاب البيوع ، باب الحلال بيّن والحرام بيّن وبينهما مشبهات ، حديث رقم 2051 ، ج 4 ، ص290 .

الفقرة الثانية : أهمية حماية مبدأ الشرعية الجنائية لمصلحة المجتمع ومقاصد التشريع

تكمن أهمية حماية مبدأ الشرعية الجنائية في تحقيقه للحماية الكافية للمجتمع من خلال الجوانب الآتية :

أولا– مبدأ الشرعية الجنائية يضفي الأساس القانوني على العقوبة :

بحيث يجعلها مقبولة باعتبارها توقع في سبيل المصلحة العامة. فمن المؤكد أن الحقوق والحريات لا تنشأ إلاّ في إطار مشروع ، وأن مبدأ الشرعية الجنائية يحمي الحرية وفقا لمقتضياته ، فلا يقام وزن للحرية إلا إذا كانت منسجمة مع المبادئ التشريعية. كما لا يعتد بالحرية المخالفة للمبادئ الأخلاقية والنصوص القانونية والشرعية ، فلا قداسة لحق الحرية إلا في الإطار المشروع الذي يحدده القانون ، ولا يعتدّ بالحقوق الخارجة عن حدود المشروعية[1].

ثانيا– تحقيق حماية المصلحة العامة بعدم تجاوز العقاب المشروع :

وهذا من خلال إسناد وظيفة التجريم والجزاء وتحديد إجراءات المتابعة الجزائية إلى المشرع وحده دون سواه ، ودون زيادة أو نقصان ، وهو ما من شأنه أن يضفي على الجزاء الجنائي صفة التأكيد والفعالية ، وعدم التعسف في العقاب[2].

ثالثا– المحافظة على مقاصد التشريع الجنائي :

فهذا الأخير يسعى لتحقيق غايات وأهداف يعبّر عنها في التشريع الإسلامي بالمقاصد ، وهي من المصالح الضرورية التي تستمر بها الحياة في شكلها السليم والمنطقي والآمن. كما أن إهدار تلك المقاصد ينتج عنه كوارث لا تحمد عقباها ، بحيث يختل النظام العام وتختفي الطمأنينة والسكينة العامة ، ولهذا فإعمال مبدأ الشرعية والالتزام بالنصوص التشريعية الإسلامية يعود بالفائدة على الفرد والمجتمع كلاهما في الدنيا والآخرة[3].

رابعا– مبدأ الشرعية الجنائية يورث قبولا للعقوبة من طرف المجتمع والأفراد :

فإذا كانت وسيلة المشرع في الحفاظ على المقاصد العليا للتشريع عن طريق العقاب الرادع ، بحيث تتنوع تلك العقوبات حسب جسامة الجريمة المقترفة ، وهي في النظام الجنائي الإسلامي مثلا بين العقوبة الأشد كالقتل والإعدام ، وبين التعزير بالقول

---

1 – حسني، محمود نجيب : (شرح قانون العقوبات –القسم العام–) دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1977 ، ص 80. وكذلك مالكي: (مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة) المرجع السابق نفسه ، ص 49

2 – مالكي ، المرجع نفسه ، ص 49–50. وبارش :(شرح قانون العقوبات الجزائري) المرجع السابق نفسه ، ص14.

3 – مالكي ، المرجع نفسه ، ص 49.

كأخف عقوبة. فبالنسبة للأفراد ، المجرمين ، فإنهم يفاضلون بين ارتكاب الجريمة والعقوبة التي تنزل بهم ، فيقررون الإقدام على المحظورات متوقعين العقاب المقرر للجريمة ، فلا يفاجؤون بإنزاله بهم. أما المجتمع فإنه يقبل عقوبة الأفراد المجرمين لذات الأسباب ، وهو ما يجعل من العقوبة مقبولة من الجميع بغض النظر عن مدى جسامتها وإيلامها. كما يسارعون إلى تنفيذ العقوبة[1] ، وهذا مصداقا لقول الله تعالى : ﴿وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور : 2] .

1 – مالكي، محمد الأخضر: (مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة) المرجع السابق نفسه ، ص 50.

المطلب الثاني :

مصادر مبدأ الشرعية الجنائية في النظام التشريعي الإسلامي والوضعي

يرجع مبدأ الشرعية في جذوره إلى ما تم تقريره في النظام التشريعي الإسلامي قبل 15 قرنا ، حيث كانت الشريعة الإسلامية الغراء أوّل من وضع أساسا صريحا لمبدأ الشرعية نظرا لأهميته في بيان أحكام الشريعة(**الفرع الأول**). كما أخذ مبدأ الشرعية اهتماما خاصا في التشريعات الوضعية بتبنيه من قبل الثورة الفرنسية لعام 1789م كواحد من أهم المبادئ التي تضمنها إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي ، وبدأ إقراره تباعا في الإعلانات والصكوك الدولية المعاصرة لحقوق الإنسان ، وكذا في الدساتير والقوانين الجنائية للدول الديمقراطية الحديثة (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول : النظام التشريعي الإسلامي أول مصدر يكرّس مبدأ الشرعية الجنائية

لقد كان للتشريع الإسلامي فضل السبق في إقرار مبدأ الشرعية في عصر كانت الأنظمة الوضعية في أوروبا تنام في ظل استبداد القرون الوسطى. فقد تأسّست بفضله أول دولة قانونية يخضع فيها الحاكم للقانون ويمارس سلطاته وفقا لقواعد عليا تقيده وتقع حاجزا أمام تعسفه ، وليس بمقدرته السطو عليها وعلى إرادة الأمة التي يحكمها. وقد اعترف بالحقوق و الحريات الفردية وبحمايتها وفقا للضمانات المحتواة في كيانها ، والتي من شأنها أن تزكي مبدأ الشرعية إضافة إلى الأحكام الشرعية والقضائية ، وخضوع الإدارة للقانون ، ووجود الدستور كسلطة عليا تسمو على الجميع[1].

ويجد مبدأ الشرعية الجنائية أساسه في الشريعة الإسلامية سواء في نصوصها الأصلية من كتاب وسنة ، أو قواعدها العامة المستنبطة منها[2]. يقول الله تعالى : **(وَمَاكُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً)**[الإسراء : 15]. ويقول عز وجل : **(اتَّبِعُواْ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُمْ وَلاَ تَتَّبِعُواْ مِن دُونِهِ أَوْلِيَاء قَلِيلاً مَّا تَذَكَّرُونَ)** [الأعراف : 3]. كما حُرّم الخروج على الشرع الإسلامي بقوله تعالى : **(وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ)** [الطلاق : 1].

كما تقررت عدّة قواعد في الفقه والقضاء الإسلامي ، حيث تعتبر دعامات لمبدأ

1- جمال الدين ، عبد الأحد : (في الشرعية الجنائية) مرجع سابق ، ص 419و 442 ومابعدها. ويراجع كذلك بدوي ، ثروت : (النظم السياسية) ، مرجع سابق ، ص : 153-154. وكذا : البياتي ، منير حميد : (النظام السياسي الإسلامي) مرجع سابق ، ص33 وما بعدها.

2- سليمان ، عبد الله : (شرح قانون العقوبات الجزائري-القسم العام : الجريمة-) ، مرجع سابق.ج1 ، ص 64 .

الشرعية الجنائية منها : "**الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم**"[1] ، وقاعدة "**لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع**"[2]. و"**الجهل بالتحريم يسقط العقاب حدّا أو تعزيرا**"[3]. إضافة إلى هذا ما بينته النصوص من العقوبات المقدرة شرعا.

وتؤول هذه القواعد الفقهية إلى معنى واحد ، هو أنّه لا يمكن اعتبار فعل أو ترك جريمة إلا بنص صريح يحرم الفعل أو الترك. وإذا انتفى النص الذي يحرّم ذلك انتفت بموجبه المسؤولية الجنائية ، ويقتضي الأمر انتفاء العقاب على الفاعل أو التارك لشيء ما. لأن اعتبار الأفعال مجرمة في الشريعة الإسلامية يستدعي تقرير عقوبة لها ، وبالتالي فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص شرعي[4].

و مبدأ الشرعية وسيادة القانون لا يجد معناه إشكالا في النظام التشريعي الإسلامي ، لأن كلاً من الحاكم والمحكوم يخضعان لشرع الله تعالى. و إنما الدولة تتعلق سيادتها بسيادة التشريع الإسلامي على الجميع ، لأن مصدره ليس بشريا أو ما يسمى السيادة التشريعية للشعب ، كما هو الحال في الأنظمة الوضعية. فالشرع هو الذي قرر حقوقا لكل من الحاكم في الدولة بتقرير حق الطاعة له ، كما أعطى للرعية حقها في مطالبة الدولة بتنفيذ شرع الله وعدم الحياد عنه[5]. فهو يختلف في مصدره وأساسه عنه في الأنظمة الوضعية.

الفرع الثاني : إقرار مبدأ الشرعية الجنائية في المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية لحقوق الإنسان

أسهمت الأفكار البناءة للمفكرين وفلاسفة القرن الثامن عشر في التقعيد لمبدأ الشرعية الجنائية بوصفه أهم مبدأ يترجم الثورة على الطغيان والظلم ، بدء بأصحاب المدرسة التقليدية في القانون الجنائي بزعامة شيزاري بيكاريا ، والذي دعى إلى تخليص القانون الجنائي من التحكم والتسلط والوحشية التي كانت سائدة في ذلك الزمان ،

1- الجويني ، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله الشافعي-ت478- : (الغياثي ، غياث الأمم في التياث الظلم) تحقيق : د/ عبد العظيم الديب. مطبعة نهضة مصر ، دم.ط2 ، 1401هـ.ص : 490. والسيوطي ، جلال الدين عبد الرحمان الشافعي : (الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية) دار الكتب العلمية ، بيروت.ط1 ، 1990ص60.

2-الآمدي ، علي بن محمد : (الإحكام في أصول الأحكام) دار الكتب العلمية ، بيروت.دط ، 1403هـ - 1983م. ج1 ، ص 176. والجويني أبو المعالي عبد الملك : (البرهان في أصول الفقه) تحقيق : عبد العظيم محمود الديب.دار الوفاء ، المنصورة ، مصر. ط4 ، 1418هـ ، ج1 ، ص : 86 .

3- هي قاعدة متفرعة عن قاعدة : "المشقة تجلب التيسير" ذكرها : السيوطي ، المصدر نفسه ، ص : 200.

4- حوى ، السعيد : (الإسلام) ، شركة الشهاب ، الجزائر.ط2. 1408هـ.1988م.ص : 558.

5- الطعيمات ، هاني سليمان : (حقوق الإنسان وحرياته الأساسية) مرجع سابق ، ص : 333-334.

ووصولا إلى مونتيسكيو ، وروسو ، وفولتير ، وديدرو ، بحيث تم تهيئة المناخ للثورة الفرنسية بمبادئها الإنسانية التي حررت فرنسا وأوروبا من ظلمات القرون الوسطى إلى عصر الإخاء والمساواة والعدالة. وانعكست تلك المبادئ على القانون الجنائي فحررته من التحكم والتسلط والتعسف ، ووضعته في إطار الشرعية والقانون ، حتى أصبح مبدأ الشرعية الجنائية دستورا للتشريع الجنائي ، بعد أن كانت العقوبات تتم بالوحشية ، وبعدم المساواة [1].

وهذا الأمر تكرس لاحقا من طرف المجتمع الإنساني المعاصر في عدة مصادر ضمن الإعلانات والمواثيق الدولية العالمية والإقليمية لحقوق الإنسان ، وفي كافة الدساتير الوطنية والتشريعات الجنائية للدول القانونية التي تحترم سيادة القانون والحقوق والحريات الفردية.

الفقرة الأولى : تكريس مبدأ الشرعية الجنائية في المواثيق الدولية العالمية والإقليمية لحقوق الإنسان :

لقد كان التأسيس لمبدأ الشرعية الجنائية في التشريعات الوضعية مرافقا للانتصار للحقوق والحريات العامة للإنسان في الإعلانات المعاصرة لحقوق الإنسان ، ويتجلى ذلك مثلا من خلال ما جاء في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لسنة 1889م[2] ، حيث نص في مادته الخامسة 05 على أنه : **"لا يحقّ للقانون أن يمنع إلاّ الأفعال التي من شأنها إيذاء المجتمع ، وعدا ذلك فلا يحقُّ لأحد حظر أيّ فعل ، كما أنّه لا يمكن إجبار أيّ شخص على القيام بما لا يأمر به القانون"**. كما نصت المادة 7/ 1 من الإعلان على شرعية الإجراءات الجزائية حيث أنه : **"لا يمكن اتّهام فردٍ أو اعتقاله أو احتجازه إلاّ فيما نص عليه القانون"**. وأكدت المادة 8 من الإعلان على شرعية الجرائم والعقوبات ، حيث أنه : **"لا يُقِرّ القانون إلا العقوبات اللازمة والضرورية ، ولا يمكن معاقبة أيّ فرد على جريمة إلاّ حين ينصّ القانون على عقوبةٍ ما ، ويذيعها قبل وقت ارتكاب الجريمة"**.

وتكرس مبدأ الشرعية الجنائية في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948م ، وذلك بإقرار هذا الإعلان بمبدأ الشرعية ونتائجه في عدّة مواد؛ إذ تنص المادة 09 : **"لا يجوز القبض على أي إنسان أو حجزه أو نفيه تعسفيا"**. ويراد بالتعسف هنا

---

1 – جمال الدين ، عبد الأحد : (في الشرعية الجنائية) مرجع سابق ، ص 419–420.

2 – إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي تمت الموافقة عليه من قبل الجمعية التأسيسية الوطنية في 26 أغسطي 1789م ، منشور في مدونة الإحيائية الجديدة ، ترجمة : حسين إسماعيل ، المصدر : www.NeoRevivalism.com

الاعتقال وسلب الحرية خارج سيادة القانون. أما المادة 11 فتنص : "**كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً حتى تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية تؤمّن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه ، وأنه لا يدان شخص من جراء عمل أو امتناع إلا إذا كان هذا العمل أو الامتناع جريمة وفقا للقانون الوطني أو الدولي وقت ارتكاب الجريمة ، ولا توقع عليه عقوبة أشد من تلك التي كان يجوز توقيعها وقت ارتكاب الجريمة**".

وما يلاحظ في هذا الصدد أن مبدأ الشرعية قد ارتبط ذكره أساسا في هذا الإعلان بحق الحرية الشخصية بشكل وثيق ، وهذا لكون هذا الحق يتم انتهاكه بشكل صارخ في ظل غياب مبدأ الشرعية في المجال الجنائي.

كما أن هذا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان جاء بمثابة إنهاء للفوضى التي كانت تسود حياة البشرية إبان تلك الفترة في مجال سياسة التجريم والعقاب ، والتي سببها تم تغييب الشرعية الجنائية وسيادة القانون الجنائي ، حيث يمثل صيحة لأجل تنظيم العلاقة بين الحاكم والمحكوم ، على نحو يكفل حماية الإنسان في وجوده وكرامته ، وهو الأمر الذي نادت به الثورة الفرنسية وما بعدها[1]. وبالتالي أصبح مبدأ الشرعية مطلبا أساسيا في كل مجتمع من الإنسانية بوصفه الضمان الوحيد لكفالة الحقوق والحريات الفردية[2].

وجاء هذا التأكيد تباعا على مبدأ الشرعية الجنائية وسيادة القانون الجنائي ، من خلال ارتباطه الوثيق بحق الحرية الشخصية في الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان ، وهو ما يظهر في العهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية لسنة 1966م[3] ، حيث تنص المادة 09/ 1 : " **لكل فرد الحق في الحرية وفي الأمان على شخصه. ولا يجوز توقيف أحد أو اعتقاله تعسفا. ولا يجوز حرمان أحد من حريته إلا لأسباب ينص عليها القانون وطبقا للإجراء المقرر فيه...**".

كما أكدت الفقرة الرابعة من المادة التاسعة 09/ 4 من العهد الدولي على عدم شرعية الاعتقال توقيف الأشخاص خارج الأطر القانونية ، وبضرورة اللجوء للمحكمة للفصل في مدى قانونية وشرعية مثل هذه الإجراءات الخطيرة الماسة بالحرية

1 – المجالي ، نظام توفيق : (الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحرية الفردية–دراسة في التشريع الأردني–) مرجع سابق، ص 156.

2 – المرجع نفسه ، ص 159.

3 – العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د–21) المؤرخ في 16 كانون/ ديسمبر 1966م ، وبدأ تاريخ نفاذه في 23 آذار/ مارس 1976وفقاً للمادة49 منه. نسخة منشورة لدى المركز الوطني لحقوق الإنسان ، عمان ، الأردن.

الشخصية ، حيث جاء في نصها : "**لكل شخص حرم من حريته بالتوقيف أو الاعتقال حق الرجوع إلى محكمة لكي تفصل هذه المحكمة دون إبطاء في قانونية اعتقاله ، وتأمر بالإفراج عنه إذا كان الاعتقال غير قانوني**".

وقد أقرّت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان مبدأ الشرعية الجنائية ، وهو ما تضمنته المادة السابعة منها بنصها : "**لا عقاب إلا بموجب قانون. لا يجوز أن يدان أيّ إنسان بسبب عمل أو إغفال لم يكن يشكل حينما ارتُكِب جريمة وفقًا للقانون الوطني أو للقانون الدولي. كذلك لا عقوبة تُنزل أشد من تلك التي كانت منطبقة حينما ارتُكِبت الجريمة...**[1]".

ويمكن الاستنتاج أن كافة الصكوك الدولية والإقليمية المتعلقة بحقوق الإنسان وأبرزها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، تؤكّد على أنّ مبدأ الشرعية الجنائية هو السدّ المنيع والضمانة الأكيدة للحرية الشخصية في مواجهة الاعتقال والتوقيف التعسفي. الأمر الذي يفرض على الدول المنظمّة إلى هذه الاتفاقيات الملزمة أن تحرص على الالتزام باحترام مبدأ الشرعية وسيادة القانون في تشريعاتها الجنائية خصوصا ، والقضاء على كل ما من شأنه المساس بحريات الأفراد خارج الأطر القانونية ، وبضرورة أن يمرّ احتجاز الأفراد عبر الهيئات القضائية للنظر في مدى شرعيته من عدمها.

ومنه؛ فإن مبدأ الشرعية الجنائية يعدّ معيارا يفصل بين قانونية تقييد الحرية الشخصية من عدمها ، إذ يقتضي أن تكون إجراءات تقييد الحرية تحت مظلة القانون وسيادته فقط ، ومراقبة السلطة القضائية لذلك بصفتها الحارس للحريات الفردية تجاه الإجراءات التعسفية التي قد تباشرها السلطة التنفيذية ضد الفرد دون أساس قانوني ولا وجه حق.

الفقرة الثانية : الإقرار الدستوري كمصدر لمبدأ الشرعية الجنائية :

إذا كانت حقوق الإنسان كما أوردتها المواثيق الدولية تمثّل معيارا للشرعية ، حيث يهتدي به المشرع الدستوري في تحديد المراد بالحرية الشخصية والحقوق الأساسية للفرد في مقام تحديد مضمون الشرعية ، وبالتالي فالشرعية الدولية لحقوق الإنسان ، ومبادئ الشريعة الإسلامية في بلداننا العربية والإسلامية تعد بمثابة الضوء الذي ينير النصوص

1- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان : تم اعتمادها في روما بإيطاليا بتاريخ 04 نوفمبر/ تشرين الثاني1950 ، معدّلة بالبروتوكولين رقم 11 و14 ، ومتممة بالبروتوكول الإضافي والبروتوكولات رقم ، 4 و6 و7 و12 و13. نسخة مترجمة باللغة العربية ، إصدار المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان والمجلس الأوروبي. المصدر : www.conventions.coe.int

الدستورية فيما يتعلق بالشرعية فيحدد نطاقها ومقاصدها في الدولة[1].

وعادة ما يتبع المشرع الدستوري في صياغته للحقوق والحريات العامة و للمبادئ الحامية لها ضمن النصوص الدستورية ، أحد الأسلوبين الآتيين أو كليهما[2] :

فالأسلوب الأول؛ يتمثل في كفالة الحقوق والحريات العامة بصورة محددة مطلقة دون الإحالة على القانون لتحديد مضمونها أو شروط ممارستها.

أما الأسلوب الثاني؛ يكمن في كفالة الحقوق والحريات العامة من حيث المبدأ ، وترك مهمة تحديد مضمونه وكيفية ممارسته للقانون. وطبقا لهذا الأسلوب يتولى القانون العادي مهمة هذا التحديد تحت رقابة المحكمة الدستورية العليا ، أو المجلس الدستوري حسب طبيعة كل دولة.

ولقد اختلفت التشريعات الوضعية في الأخذ بالشرعية الجنائية كأهم مبدأ لحماية الحقوق والحريات العامة ، بين من ينص عليه في صلب النصوص الدستورية ، فضلا عن النص عليه في التشريعات العادية ، في حين أن طائفة أخرى تكتفي بالنص عليه في التشريعات العادية.

وسيتم بيان موقع مبدأ الشرعية الجنائية ضمن دساتير كل من فرنسا ومصر والجزائر كنماذج ، ثم نبين لاحقا موقعه في التشريعات العادية الجنائية لبعض الدول العربية :

أولا – تأكيد الشرعية الجنائية بين إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي و الدساتير الفرنسية :

يرجع الفضل في إقرار مبدأ الشرعية الجنائية ضمن المواثيق الدولية لحقوق الإنسان ، والتشريعات الوطنية المعاصرة من دساتير وقوانين جنائية إلى الثورة الفرنسية التي قضت على الظلم والاستبداد والتعسف ، وجعلت من قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات أحد مبادئها الرئيسية التي أعلنتها للعالم في وثيقة حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام 1789م.

ورغم أن الدساتير الفرنسية قد حرصت بعد الثورة على الأخذ بهذا المبدأ في دستور 1791م (المادتين 8 و 10) ، وكذا في دستور 1793م(المادة 14) ، إلا أنها منذ نهاية القرن التاسع عشر أغفلت ذكره ، حيث لم ينص على هذا المبدأ في دستور

1 – سرور : (الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص 150.

2 – المرجع نفسه، ص 152.

الجمهورية الثالثة عام 1875م ولا في دستور عام 1946م ، وكذا في الدستور الحالي لعام 1958م[1].

وعلى الرغم من عدم النص على مبدأ الشرعية الجنائية في الدستور الفرنسي ، إلا أن الفقه الجنائي قد أكد على القيمة الدستورية التي يكتسبها مبدأ الشرعية من القانون العام العرفي في فرنسا ، والذي أساسه إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي ، حيث يعتبر هذا الإعلان أسمى من التشريع ذاته ، فقد تم التأكيد على مبدأ الشرعية وجميع المبادئ الدستورية في ظل هذا الإعلان-كما ذكرنا سالفا- ، وبما أنه تم اعتماد الإعلان في ديباجة الدساتير الفرنسية المتعاقبة بصفة رسمية ، فإنه يحتل مكانا رفيعا في قمّة البناء القانوني الفرنسي ، ويأخذ موقع القلب من الكتلة الدستورية التي تحتوي على الحقوق والحريات التي تتمتع بالقيم الدستورية. وهذا المعنى أكّده المجلس الدستوري الفرنسي منذ حكمه الصادر في 16 جويلية1971م ، وهذا بممارسته للرقابة الدستورية السابقة للتحقق من مطابقة التشريع العادي لمبدأ الشرعية الدستوري[2].

ويرى جانب كبير من الفقهاء أن المبادئ التي تتضمنها إعلانات حقوق الإنسان لها قيمة قانونية تفوق قيمة النصوص الدستورية ذاتها ، لأنها تتضمن المبادئ الأساسية المستقرة في الضمير الإنساني العالمي التي يتوجب احترامها[3].

وبالتالي فطالما أن مبدأ الشرعية يعدّ من المبادئ التي تعرف "بمبادئ القانون الأعلى" مثلما عبر عنها الفقيه الفرنسي ديجي ، فكل تشريع في نظره -وبحق- يجب أن يكون متفقا مع هذه المبادئ رغم عدم تدوينها في النصوص الدستورية ، لكنها تسمو في ترتيبها على كل قانون مكتوب ، طالما أن "شعور الناس بأن مبدأ الشرعية قد أصبح قيامه ضروريا للاحتفاظ بالتضامن الاجتماعي ، ثم شعور الناس بأن هذا المبدأ حقٌّ وعدلٌ"[4].

1- Rassat .M-Laure : (Droit Pénal) Presses Universitaire de France ; 1987 . p118

نقلا عن : المجالي ، نظام توفيق : (الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحرية الفردية-دراسة في التشريع الأردني-) مرجع سابق ، ص160.

2 - جمال الدين ، عبد الأحد : (في الشرعية الجنائية) مرجع سابق ، ص434-435. وكذلك : عبد البصير، عصام عفيفي : (مبدأ الشرعية الجنائية) مرجع سابق ، ص26.

3 - الكيلاني ، فاروق (محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني المقارن) دار الفارابي ، بيروت ، ط2 ، سنة1985 ، ج1 ، ص131-131.

4 - ينظر : جمال الدين ، عبد الأحد : (في الشرعية الجنائية) المرجع نفسه ، ص435-436. وكذا : المجالي ، المرجع نفسه ، ص162.

إن مبدأ الشرعية الجنائية استقرّ كقاعدة تمليها العدالة بعد أن استقرت في الضمير الإنساني ، بحيث لم يعد في الإمكان المساس بها ولو لم ينص عليها الدستور ، إذ لا يعقل أن تتم عقوبة الفرد عن فعل لا يؤاخذ عليه وقت ارتكابه بنص تجريم لاحق ، كونه يتنافى مع قواعد العدالة والضمير الإنساني. ولهذا فسواء ورد النص على مبدأ الشرعية في الدستور أم لا ، فإنه يبقى من المبادئ السامية التي لها قيمة أعلى من الدستور نفسه ، لصلته بالقيم الإنسانية والحضارية الدائمة التي لا تقبل الانتهاك والاعتداء ، الأمر الذي يفرض على المشرع العادي الالتزام بهذا المبدأ باعتباره من القواعد العليا المستقرة في الضمير الإنساني[1].

ثانيا – إقرار الشرعية الجنائية في الدساتير المصرية :

يرى الفقيه عبد الرزاق السنهوري أن هناك مبادئ عليا تسود الدستور المصري ، وتهيمن على جميع أحكامه ، وهذه المبادئ العليا التي هي روح الدستور تستخلص بشكل موضوعيّ من نصوصه المدوّنة ، فيجب أن يستعمل المشرع سلطته لتحقيق المصلحة العامة وإلا كان التشريع باطلا. فهذه المبادئ أساسية للعدالة حتى ولو لم يرد الدستور بشأنها. وتعتبر قاعدة الشرعية الجنائية قاعدة تمليها العدالة ، وقد استقرت في الضمير الإنساني بحيث لم يعد في الإمكان المساس بها ، ولو لم يتضمنها الدستور[2].

ولقد قنّن التشريع المصري مبدأ الشرعية الجنائية في عدة دساتير ، حيث أقرّه لأول مرّة دستور عام 1923م ، وجاء في المادة السادسة منه : "**لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون...**" و"...**لا عقاب على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذي ينص عليه**". إلا أنه تم إغفال هذا المبدأ في دستور ثورة 1952م. غير أنه استقرّ تقنينه في دستور 1971 (المادة 66/ 2)[3].

وقد تم تكريس مبدأ الشرعية كمبدأ دستوري ، وعماد ضمانات الحقوق والحريات في الدستور المصري ضمن الفصل الرابع من دستور مصر لسنة 2012م ، وهذا في المادة 74 بنصها : "**سيادة القانون أساس الحكم في الدولة...**"[4]. وهو ما أكدته أيضا المادة 94

---

1 – المجالي: (الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحرية الفردية) المرجع السابق نفسه، ص163.

2 – السنهوري، عبد الرزاق : (مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية) مجلة مجلس الدولة ، مصر ، السنة3 ، عدد يناير 1952 ، ص47–79 ، و102. نقلا عن جمال الدين ، عبد الأحد : (في الشرعية الجنائية) المرجع نفسه ، ص 334.

3 – المجالي ، المرجع نفسه ، ص163. وجمال الدين ، المرجع نفسه ، ص434.

4 – دستور مصر لسنة 2012 ، موقع المحكمة الدستورية العليا (قسم الوثائق) ، المصدر : http : //sccourt.gov.eg

من الدستوري المصري لسنة 2014م ، مع إضافة عبارة "...**وتخضع الدولة للقانون...**" [1].

كما تم إقرار مبدأ الشرعية الجنائية صراحة في المادة 76 من دستور مصر لسنة 2012 : "**العقوبة شخصية ، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بنص دستوري أو قانوني ، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون**". وهو الأمر الذي أقره دستور 2014 مع بعض الاختلاف في الصياغة ، حيث أورد عبارة "...**بناء على القانون...**" بدلاً من : "...**إلاّ بنص دستوري أو قانوني...**" الواردة في الدستور الذي قبله.

ثالثا – إقرار الشرعية الجنائية في الدساتير الجزائرية :

لقد تقرر مبدأ الشرعية في الدستور **الجزائري** لسنة 1989 في المادة 28 التي تنص على سيادة القانون : "**كل المواطنين سواسية أمام القانون**". ونص على هذا المبدأ في تعديل 28 نوفمبر 1996في المادة 1/29 . وقررت المادة 42 من دستور 1989 أن : "**كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته مع كافة الضمانات التي يتطلبها القانون**" ، ونص على هذا الدستور المعدل سنة 1996 في المادة 45 منه. كما نصت المادة 133 من دستور 1989 ، وكذلك المادة 140 من تعديل1996 صراحة على مبدأ الشرعية الجزائية : "**أساس القضاء مبادئ الشرعية و المساواة**". وفي المادة 142 : "**تخضع العقوبات الجزائية إلى مبدئي الشرعية والشخصية**".

ومن جهة أخرى حدّد دستور 1996 السلطة المختصة بالتشريع ممثلة في البرلمان بغرفتيه ، وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة في المادة 98. وحدّد في المادة 7/122 من بين اختصاصات الهيئة التشريعية : "**قواعد قانون العقوبات والإجراءات الجزائية ، لاسيما تحديد الجنايات ، والجنح والعقوبات المختلفة المطابقة لها ، والعفو الشامل وتسليم المجرمين ، ونظام السجون**".

غير أن نص التعديل الدستوري لسنة 2016 جاء أكثر وضوحا وتفصيلا من سابقيه ، حيث كرس مبدأ الشرعية الجنائية في نص المادة 58 التي تقرر أنه : "**لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرّم**". كما نصت المادة 1/59 على أنه : "**لا يُتابع أحدٌ ، ولا يوقف أو يحتجز ، إلا ضمن الشروط المحدّدة بالقانون ، وطبقا للأشكال التي نص عليها**". كما نصت المادة 158على أن : "**أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة**". وأكدت المادة 160 في فقرتها الأولى على مبدأ الشرعية الجنائية بنصها : "**تخضع العقوبات الجزائية**

---

1 – دستور مصر لسنة 2014 ، موقع المحكمة الدستورية العليا (قسم الوثائق) .
المصدر : http : //sccourt.gov.eg

إلى مبدأي الشرعية والشخصية. كما نصت المادة 165 على أن القاضي لا يخضع إلا للقانون. ونصت المادة 168 على حماية القانون للمتقاضي من أيّ تعسف أو أيّ انحراف يصدر من القاضي.

وما يمكن ملاحظته أن ما ورد في التعديلات الدستورية المتعاقبة يمثل إقرارا دستوريا لمبدأ الشرعية الجنائية ، كما أن هذا الأخير يتأسس على الشرعية الدستورية وسموها على باقي القوانين ، طالما أنها تمثل المعيار الذي ينبغي أن تتبعه التشريعات الجنائية أثناء سن القوانين المتعلقة بالتجريم والعقاب ، أو تلك المتعلقة بالمتابعة الجزائية ، أو غيرها من التدابير واللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية. فالشرعية الدستورية تمثل القيم الاجتماعية التي يجب مراعاتها ، وتتجسد هنا من خلال وجوب احترام حقوق وحريات الأفراد المنصوص عليها دستوريا- وهي تسمو على باقي القوانين الجنائية ، بحيث لا ينبغي للسياسة الجنائية الانحراف عما رسمه الدستور سلفا من مبادئ حماية الحقوق والحريات الأساسية للفرد في مواجهة السلطة العامة للدولة.

كما أن الشرعية الدستورية تفرض ضرورة وجود آليات رقابة لتقويم مدى احترام حقوق الإنسان المحمية دستوريا ، وهذا حتى يتماشى مبدأ الشرعية الجنائية وفقا لمقتضيات المبادئ الدستورية المحددة سلفا.

الفقرة الثالثة- تقنين مبدأ الشرعية في القوانين الجنائية المعاصرة:

لقد أصبح مبدأ الشرعية الجنائية عماد القوانين الجنائية المعاصرة ، طالما أنه أصبح لزاما أن تنعكس الإعلانات والصكوك الخاصة بحقوق الإنسان على هاته القوانين ، من حيث وجوب مراعاة حقوق وحريات الأفراد في بنودها.

فبالنسبة لقانون العقوبات الجزائري ، يلاحظ أنّ مبدأ الشرعية الجنائية قد تصدّر مادته الأولى بنصها : "**لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون**"[1].

كما ورد مدلول الشرعية الجنائية كذلك متصدرا المادة الخامسة من قانون العقوبات المصري : "**يعاقَب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها**..."[2].

أما المشرع الأردني ، فقد اكتفى بالنص على مبدأ الشرعية في صلب قانون

---

1 – المادة الأولى من الأمر رقم 66–156 ، مؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 ، يتضمن قانون العقوبات الجزائري ، المعدل والمتمم.

2– المادة 5/ 1 من قانون العقوبات المصري المعدل والمتمم ، الصادر بموجب القانون رقم 58 لسنة 1937.منشور في الوقائع المصرية ، العدد رقم 71 في 5 أغسطس ، سنة 1973.

العقوبات[1] في المادة الثالثة منه بنصها : "**لا جريمة إلاّ بنص ولا يقضى بأيّ عقوبة أو تدبير لم ينص القانون عليهما حين اقتراف الجريمة...**". وأكّد المشرع الأردني على الأخذ بمبدأ الشرعية الجنائية في المادة السادسة من قانون العقوبات : "**كل قانون يفرض عقوبة أشد لا يطبّق على الجرائم المقترفة قبل نفاذه**". وتجدر الملاحظة إلى أن مبدأ الشرعية الجنائية لم يذكر ضمن الوثيقة الدستورية لسنة 1952م ، ولا في الدساتير السابقة عليه كدستور سنة 1946م ، ودستور 1928م. ومهما يكن فإن الشرعية الجنائية تعتبر جزءا لا يتجزأ من النظام القانوني في مجمله ، ومبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون يتقدّم الحقوق الأساسية المقررة دستوريّا على نحو يكفل الممارسة الطبيعية لها[2].

وقد ورد مبدأ الشرعية الجنائية صراحة في المادة الأولى من قانون العقوبات اللبناني[3] ، والتي جاء فيها : "**لا تُفرض عقوبة أو تدبير احترازي أو إصلاحي من أجل جُرم لم يكن القانون قد نص عليه حين اقترافه**". كما نصت المادة السادسة منه على أنه : "**لا يُقضى بأيّة عقوبة لم ينص عليها القانون حين اقتراف الجُرم**". أما المادة التاسعة فقد أكدت على نتائج مبدأ الشرعية الجنائية بنصها : "**كل قانون جديد يقضي بعقوبات أشد لا يطبّق على الجرائم المقترفة قبل نفاذه**".

وورد مبدأ الشرعية الجنائية صراحة أيضا في قانون العقوبات السوري ضمن المادتين الأولى والسادسة منه[4].

---

1 – قانون العقوبات الأردني رقم 16/ 1960 وجميع تعديلاته ، والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 1487 بتاريخ 1/ 1/ 1960 والمعدّل بآخر قانون رقم 8/ 2011 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 5090 بتاريخ 02/ 5/ 2011.

2 – المجالي : (الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحرية الفردية–دراسة في التشريع الأردني–) مرجع سابق ، ص 161.

3 – قانون العقوبات اللبناني الصادر بموجب المرسوم الاشتراعي رقم 340 ، بتاريخ 1/ 3/ 1943 معدل ومتمم.

4– قانون العقوبات السوري صدر بالمرسوم التشريعي رقم 148 لعام 1949م معدل ومتمم ، المصدر : موقع مجلس الشعب ، الجمهورية العربية السورية ، قسم مجموعة التشريعات السورية : http : //www.parliament.gov.sy

المطلب الثالث :

الأساس الفلسفي والقانوني للشرعية الجنائية

يسهم البحث في الجذور الفكرية والأسس القانونية للشرعية الجنائية في بيان معالمها ، والأصول التي بنيت عليها ، وهو ما تجسده المبادئ والقيم السامية التي يرتكز عليها هذا المبدأ ، وبالتالي فالشرعية الجنائية لا تتأسس على اعتبارات قانونية شكلية فقط ، بقدر ما تبنى على قيم سامية قوامها الجانب الأخلاقي ، والعدالة والمساواة (**الفرع الأول**).

كما ترجع في بنائها القانوني إلى اعتبارات وأسس شكلية ، كونها تبقى محكومة بما ينص عليه الدستور وما يحمله من سموّ في المنظومة القانونية للدولة ، وأسس موضوعية قوامها احترام حقوق الإنسان ، وكل هذا تجسده الشرعية الدستورية والمبادئ التي تمثلها في حماية حقوق الإنسان والحريات العامة ، من مبدأ سيادة القانون والفصل بين السلطات ، بحيث تعتبر تلك المبادئ الموجه العام للشرعية الجنائية الذي تمشي في ضوئه ، كما أنها تقوّمها إذا انحرفت عن تلك القيم الفكرية والمبادئ القانونية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول : الأساس الفلسفي لمبدأ الشرعية الجنائية

تتركز الشرعية الجنائية إلى حدٍّ بعيد على الأساس الأخلاقي للمسؤولية الجنائية في بناء مبدأ الشرعية الجنائية و أصوله الفكرية ، خاصة وأنه يرتبط بشكل وثيق بتبرير أساس الجريمة والعقوبة ، والتي يجب أن تستند إلى الإنذار المسبق للأفراد من خلال القوانين الجنائية التي تحدد الجرائم والعقوبات. كما أن الشرعية الجنائية ترتبط بشكل وثيق بفكرة المساواة بين جميع الأفراد أمام القواعد الجنائية ، وترتبط كذلك بفكرة العدالة التي تقتضي أن الأصل في قواعد التجريم والعقاب سريانها على المستقبل فقط دون الماضي.

الفقرة الأولى: الأساس الأخلاقي للمسؤولية الجنائية يقتضي وجود الشرعية الجنائية

لا تزال المسؤولية الجنائية في التشريعات الحديثة تعتمد على الأساس الأخلاقي ، بالرغم من النظريات التي قيلت حولها من قبل المدرسة الوضعية الإيطالية ، وكذا مفهوم الدفاع الاجتماعي ، والمحاولات التوفيقية التي أثرت في هذا المفهوم. فالإنسان وفقا لهذا السياق يجب أن تتوفر فيه ملكتا التمييز والإدراك ، ثم الإرادة والاختيار حتى يتوافر

الإذناب في حقه. وهو يعتبر مسؤولا جنائيا متى اختار طريق الجريمة ، فكان مدركا لعدم مشروعية الخطأ الذي اقترفه ، ثم قام بتنفيذه عن إرادة وحرية اختيار[1].

وطالما أن الاختيار يكون بين الفعل المباح والمحظور ، فهو لا يتحقق إلا إذا أنذر المشرع الفرد مسبقا بحصر الأفعال المحظورة ، وتحديد عقوباتها بنصوص قانونية واضحة توفّر للفرد العلم بها ، بحيث تجعله يوازن بين مخاطر الإقدام عليها وفضائل الامتناع عليها. فإن انعقد عزمه على اقتراف تلك الأفعال وأقدم على ارتكابها صار أهلا لاستحقاق العقاب المقرّر لها. ومنه؛ فلا يسأل الإنسان جنائيا عن فعل أو امتناع عن فعل إلا إذا كان المشرع قد أنذره بأن ذلك يعدّ جريمةً معاقَب عليها[2].

الفقرة الثانية : الشرعية الجنائية تبنى على قواعد العدالة والمساواة

من المبررات التي تؤسس لمبدأ الشرعية الجنائية أنها تضمن تحقيق المساواة بين جميع الناس أمام القانون سواء بسواء. وذلك لأن حصر مصادر التجريم والعقاب في القانون ، والذي يفصل بشكل مسبق بين ما هو مشروع وغير مشروع ، كما ينص على الجريمة وتحديد العقوبة الخاصة بها سلفا ، وبطريقة عامة ومجرّدة لكل من يرتكب الجريمة مستقبلا بغض النظر عن وضعه الاجتماعي وصفته[3].

كل هذا يجعل أفراد المجتمع آمنين على أنفسهم من العقاب ، وفي مأمن من المسؤولية الجزائية ، بحيث يمكنهم المساهمة في نشاطهم الاجتماعي بكل حرية طالما أن الجميع سواسية أمام هذا النص ، فضلا عن أن تحديد الجريمة والعقوبة بنصوص قانونية واضحة يجعلها مقبولة من طرف أفراد المجتمع ، بما أن ذلك يعتبر مؤدى المصلحة العامة. فالعقوبة تكون بغيضة وظالمة إن كانت وفق أهواء الحاكم ، أما إذا وقعت باسم القانون وطبقا لنصوصه المحددة سلفا ، فهنا تحقق عدالة العقوبة ومشروعيتها. كما يمثل القانون دورا وقائيا بحماية غير المجرمين الذين اختاروا المسالك المشروعة ، وفي الوقت ذاته يعتبر مبدأ الشرعية الجنائية ضمانا للمجرمين ، لأنها تدرأ عنهم احتمال توقيع عقوبة أشدّ من تلك المقررة وقت ارتكاب الجريمة[4].

---

1 – جمال الدين ، عبد الأحد : (في الشرعية الجنائية) مرجع سابق ، ص 418–419. وكذا : المجالي : (الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحرية الفردية–دراسة في التشريع الأردني–) مرجع سابق ، ص 165–166.

2 – المراجع والصفحات نفسها.

3 – المراجع والصفحات نفسها

4 – المجالي ، المرجع نفسه ، ص 166– 167.

وهو المعنى الذي ذكرته المادة 2 قانون العقوبات الجزائري بنصها : **"لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ماكان منه أقلّ شدة"**.

ولهذا فإن قاعدة عدم رجعية القوانين الجنائية ترتبط بشكل وثيق بمبدأ الشرعية ، وتحقق معنى العدالة حينما لا يكون للقانون الجنائي أثر إلا بالنسبة للمستقبل ، ولا ينسحب أثره على ما وقع قبل إصداره. والقول بغير ذلك يعنى توقيع العقاب عن فعل بغير نص قانوني ، وفي ذلك إهدار لمبدأ شرعية التجريم والعقاب ، وخرق للضمانات الخاصة بالحرية الشخصية ، وإضرار بالحقوق المكتسبة للأفراد المقررة دستوريا[1].

الفرع الثاني : الشرعية الدستورية كأساس قانوني لمبدأ الشرعية الجنائية

لقد انعكست القيم الفكرية السامية التي ترتكز عليها الشرعية الجنائية ، من عدالة ومساواة وتصور أخلاقي للتجريم والعقاب ، على مركزها القانوني الذي تستند إليه ، حيث تستمد قوتها أيضا من الشرعية الدستورية والمبادئ المنصوص عليها في أعلى هرم للنظام القانوني.

ويعتبر مبدأ سيادة القانون و الفصل بين السلطات أهم الأسس القانونية والدستورية التي تصون الحقوق والحريات ، ويلقيان بظلّهما على جميع الأنشطة التي تقوم بها الهيئات العامة في الدولة سواء كانت تشريعية أو تنفيذية أو قضائية ، والتي يجب عليها أن تتقيد بهذه المبادئ الدستورية في نشاطها.

و تبدو ملامح ذلك أيضا في السند الذي تعطيه هذه المبادئ بما تمثله من قيمة دستورية من الناحية الموضوعية للشرعية الجنائية تعتبر عمادا لها ترتكز عليه. أما من حيث الشكل فترتبط الشرعية الجنائية بصورة هرمية مع الشرعية الدستورية التي تمثل أداة تقويم لها ، وهذا حتى لا ينحرف التشريع الجنائي عن القواعد الدستورية العليا. إذ تسعى القوانين الجنائية الموضوعية والإجرائية دوما للتوافق مع الشرعية الدستورية وفقا لآلية الرقابة على دستورية القوانين الجنائية.

الفقرة الأولى: مبدأ سيادة القانون يضفي قيمة دستورية على الشرعية الجنائية

أصل الشرعية الجنائية مبني على مبدأ دستوريّ مهم يعتبر أكبر الدعامات لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية المتجسد في مبدأ خضوع الدولة للقانون أو مبدأ الشرعية

---

1 – جمال الدين ، عبد الأحد : (في الشرعية الجنائية) المرجع السابق ، ص419.

الدستورية. وهناك من اصطلح عليه ب : "مبدأ المشروعية وسيادة القانون"[1].

والمقصود بخضوع الدولة للقانون هو أن تكون كافة السلطات في الدولة خاضعة للقانون ، سواء التشريعية منها أو القضائية أو التنفيذية ، وأنّ كافة إجراءاتها وتصرفاتها وقراراتها النهائية على أيّ مستوى كانت من التدرج ، لا تكون صحيحة ولا منتجة لآثارها القانونية المقررة في مواجهة المخاطبين بها ، إلا بمقدار مطابقتها للقانون ، أو **سيادة الحكم التي يتولاها القانون**. وبذلك تكون السلطة التنفيذية خاضعة لما تصدره السلطة التشريعية من تشريعات عقابية وغيرها[2].

و يجمع الفقه والقضاء على أن إقرار مبدأ الشرعية بما يعنيه من خضوع الدولة للقانون يعتبر ضمانة كبيرة وأكيدة للأفراد في مواجهة السلطات العامة ، ووقوفا في وجهها للحِيال دون مخالفتها للقانون[3].

كما أن مبدأ الشرعية يمثّل الفيصل في التّفرقة بين الدولة القانونية والدولة الاستبدادية البوليسية. بحيث لا تكون الدولة قانونية إلا إذا خضعت فيها جميع الهيئات الحاكمة لقواعد تقيّدها وتسمو عليها ، كما تسمو على الحكام والمحكومين ، وضرورة تأكيد مبدأ سيطرة أحكام القانون للافتئات دون الاعتداء على الحرية الشخصية ، نظرا للصبغة العامة المجرّدة التي تتميز بها قواعده[4].

وذلك لأن القانون شرط ضروري لتنظيم الحرية ، من حيث أن حرية الشخص تتوقف على القيود المفروضة على الأشخاص الآخرين. والقيمة الحقيقية لمبدأ سيادة القانون لا تكمن في إخضاع المواطنين فقط؛ بل تتأكد بإخضاع السلطات في الدولة لاحترامه[5].

1- الصالح ، عثمان عبد الملك : (حق الأمن الفردي في الإسلام) مرجع سابق ، ص : 94. وينظر : كشاكش : (الحريات العامة) ، مرجع سابق ، ص378.

2- قرعوش ، كايد يوسف محمود : (طرق انتهاء ولاية الحكام في الشريعة الإسلامية و النظم الدستورية) ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط1 ، سنة1987م.ص56 ومابعدها. وينظر : كشاكش ، المرجع نفسه ، ص378. وكذا : الصالح ، المرجع والصفحة نفسها.

3- الصالح : المرجع نفسه.ص : 95.

4- الصالح ، المرجع نفسه.ص94. وينظر : بدوي ، ثروت : (النظم السياسية) ، مرجع سابق. ص149. وكذا : متولي ، عبد الحميد : (نظرات في أنظمة الحكم في الدول النامية) ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط2 ، 1992ص224. وينظر كذلك كتابه : (القانون الدستوري) ، مرجع سابق.ص185في الهامش ، وص186-187. حيث يبيّن الفرق بين "مبدأ علوّ وسيطرة أحكام القانون" ، و"مبدأ المشروعية". فالأول هو المصطلح الأصح في نظره.

5- كشاكش : (الحريات العامة) المرجع السابق نفسه ، ص : 382.

كما تقف الشرعية كمبدأ دستوري سدًّا منيعا تجاه انحراف التشريع الجنائي عن احترام وحماية الحقوق والحريات المقررة دستوريّا في نصوص التجريم والعقاب ، وكذا الإجراءات الجنائية. وهو ما يجعل من هذا المبدأ حارسا للحريات في إطار علاقة السلطات الثلاث في الدولة مع بعضها. ويفرض احترامها له في كافة ما يصدر عنها من تشريعات أو تدابير وإجراءات تنفيذية.

ففي قانون العقوبات ، يتكرس مبدأ الشرعية ويترسخ أكثر بصفته مبدءاً دستورياً ، عندما يتجسد عن طريق قواعده الجزائية التي تمثلها شرعية التجريم و العقاب ، مما يوفر حماية أوفر وصيانة أوسع للحقوق والحريات في ظله. ومن هنا يأتي معنى الشرعية الجنائية التي تحمي الحريات بصفة فعلية عن طريق حراستها وتعزيزها بالنص على تجريم كل ما يهز أمن الأشخاص ، وعقاب كل اعتداء على سلامتهم ، بحصره للتجريم والعقاب فقط في ما ورد فيه من نصوص تشريعية ، حتى يصدّ باب التعسف في وجه السلطة التنفيذية ، والتي بدورها طالما تنتهك حرمة الأشخاص ، مالم تكن هناك وقاية كافية يوفرها لهم مبدأ الشرعية الجنائية ، أو حال تواجد شغورٍ تشريعيٍّ تستغله الأجهزة التنفيذية لانتهاك مبدأ الفصل بين السلطات بإصدار اللوائح التي تمثل تجنّيا على الأفراد ، أو استغلال فرصة الشغور بسَنّ تدابير وإجراءات تهدد أمنهم "فالدولة لا تـرُدّ أبدا الحريات التي تبتلعها"[1] ، كما يقال.

وبالنسبة **للإجراءات الجزائية** ، فإن اعتبار الدستور أساسا للشرعية الإجرائية من الناحية الشكلية ، مؤداه التزام القواعد التشريعية (القوانين واللوائح) بالتعبير عن هذه الشرعية ، الأمر الذي يوجب على المشرع أن يعالج الموضوعات التي تمس الحرية بكل دقة وانتباه ، وهو ما يقتضي في المشرع الجنائي حِرَفيّة وتكوينا قانونيا ، فضلا عن التكوين السياسي ، وذلك حتى يتمكن من تفسير النصوص الدستورية بكل حكمة وإدراك للمبادئ التي وردت فيها ، و هو ما يجنب السلطة التشريعية إصدار أي تشريع يتجاوز الحدود التي وضعها الدستور[2].

ولهذا فإن من نتائج كفالة الدستور لمبدأ الشرعية الجنائية الإجرائية وقواعده ، أن القوانين والأنظمة الإجرائية يجب أن الالتزام بها من طرف السلطات العامة في الدولة ،

---

1 – أصل هذه المقولة للمفكر الفرنسي آرنست رينان : « يُشفى من كلّ مرض ماعدا مِن تسليم الذات ، فعندما تُهدم الفرديّات من طرف الدولة لا يُعاد بناؤها ، لأن الدولة لا تُرجع أبدًا الحرّيات التي تبتلعها».

2 – سرور : (الشرعية الدستورية و حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية) المرجع نفسه ، ص 153.

ولا يجوز تجاوزها بالتقييد أو الإلغاء. ولا يجوز أيضا للتشريع الذي تصدره السلطات المختصة للدولة في الظروف الاستثنائية أن يقيّد هذه القواعد الإجرائية أو ينتقص منها ، لكونها صيغت من مبادئ دستورية أعلى قدرًا ، وأسمى مرتبةً ، وأكثر تجريدًا من غيرها من النصوص حتى تلك النصوص التي تصدر في الظروف الاستثنائية[1].

وإذا كان نظام الأحكام العرفية استثنائيّا بطبيعته ، إلا أنه ليس مطلقا ، بل هو خاضع للدستور الذي يبيّن أصوله وأحكامه ، فلا يجوز لتشريع الأحكام العرفية سواء كان قانونا أو لوائح وتعليمات ، أن يقيّد قواعد الشرعية الجنائية الإجرائية التي رسم الدستور مبادئها ، وحدودها ، وإلا كان مخالفا للدستور[2].

والخلاصة أن قاعدة الشرعية الجنائية وما يترتب عنها منطقيا من عدم إجازة رجعية القوانين الجنائية ترتبط أساسا بكفالة حقوق المواطنين وضمان حرياتهم ، وهو الأمر الذي حرصت كافة الدساتير على النص عليه ، وهي نابعة من القواعد العليا التي يلتزم بها المشرع في زمننا المعاصر. وبالتالي نخلص إلى أن للشرعية الجنائية قيمة أعلى من الدستور نفسه ، وترتبط بالقيم الإنسانية والحضارية الدائمة ، والتي لا تقبل الانتهاك أو الانتكاس[3].

الفقرة الثانية : الفصل بين السلطات كأساس دستوري للشرعية الجنائية

تعتبر الشرعية الجنائية أهم ثمرة لأسمى المبادئ الدستورية ، وهو الفصل بين السلطات ، حيث يعدّ الفقيه القانوني مونتيسكيو أول من نبّه إلى هذا التبرير ، ومؤدى مبدأ الفصل بين السلطات أن السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص التشريعي في إصدار القوانين ، وما وظيفة القاضي سوى أن يطبق القوانين. كما أن القول بغير ذلك معناه الاعتداء على حق السلطة التشريعية ، لأن القانون هو المصدر الوحيد للتجريم والعقاب[4].

ولهذا فإن مبدأ الشرعية الجنائية بجوانبه المتعدّدة يتمتع بقيمة دستورية ، يخاطب كلا من السلطة التشريعية والتنفيذية ، فضلا عن السلطة القضائية. ووفقا لهذا الأساس لا

1- الكيلاني ، فاروق (محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني المقارن) مرجع سابق ، ج1 ، ص134.

2 - المرجع نفسه ، ص 134-135.

3 - جمال الدين ، عبد الأحد : (في الشرعية الجنائية) مرجع سابق ، ص 436- 437.

4 - المرجع نفسه ، ص 418. وكذا المجالي : (الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحرية الفردية) مرجع سابق ، ص 165.

يجوز للسلطة التشريعية أن تصدر قوانين مخالفة لها ، كما لا يجوز للسلطة التنفيذية إصدار اللوائح أو القيام بأعمال متعارضة معها. وعلى السلطة القضائية احترام القواعد الإجرائية في إطار هذه الشرعية[1].

الفقرة الثالثة : الرقابة على دستورية القوانين الجنائية آلية لتقويم الشرعية الجنائية وفقا للمبادئ الدستورية

يرى الفقيه الفرنسي العميد ديجي أنه ليس ثمة أية ضمانات أكثر كفالة لاحترام مبدأ سيطرة أحكام القانون ، من وجود هيئة قضائية تتوافر فيها كل ضمانات الاستقلال والنزاهة والكفاءة ، ويكون مهمّتها إلغاء القرارات الإدارية المخالفة للقانون ، وأن يكون لمن أصابه بسببها ضرر مادي أو معنوي الحق في أن يرفع الدعوى للمطالبة بإلغائه ، والحكم على الدولة بالتعويض لما أصابه من ضرر[2].

ومما يتصل بهذه الرقابة أن يكون للهيئة القضائية –سواء كانت عادية أو دستورية– حق النظر فيما إذا كان القانون مخالفا للدستور ، فتقضي بعدم دستوريته ، وأن تمنع تطبيقه في الدعوى المعروضة حال مخالفته ، وتحكم بإلغاء القانون[3].

فحتى تترسخ الحماية القانونية التي توفرها المبادئ الدستورية السامية للحرية الشخصية ممثلة في سيادة القانون وخضوع السلطات العامة في الدولة لأحكامه ، وكذا مبدأ الفصل بين السلطات ، لابد من آليات وقيود رقابية تحدد مدى التزام القوانين ، والجنائية منها خاصة بما تمليه هذه المبادئ ، فتبيّن النطاق الذي يتحرك فيه القانون الجنائي ومضمونه ممثلا في الشرعية الجنائية على ضوء تلك المبادئ ، حتى لا تخالف ما نص عليه الدستور من ضمانات تحمي الحرية الشخصية من الانتهاك :

أولا– أساس تدخل آلية الرقابة على دستورية القوانين الجنائية لحماية الحرية الشخصية :

1– وظيفة آلية الرقابة في حراسة الشرعية الدستورية للحريات ضمن الأنظمة الديمقراطية :

أصبحت الحاجة ملحة إلى الرقابة على دستورية القوانين في مواجهة الأنظمة الديكتاتورية التي اندحر بعضها ولا يزال البعض الآخر منها جاثما على أنفاس الحرية

1 – سرور : (شرعية الإجراءات الجنائية) مرجع سابق ، ص342.

2 - Duguit ;Lion : (Manuel de droit constitutionel) ed .paris. 1907. P 204-205 ☐

نقلا عن : متولي ، عبد الحميد : (نظرات في أنظمة الحكم في الدول النامية) مرجع سابق ، ص 226.

3 – متولي ، المرجع والصفحة نفسها.

إلى يومنا هذا.

فالقانون في النظام الديمقراطي وعلى رأسه الدستور بما يحمله من مبادئ ، يعتبر عملا فيه شيء من "القداسة" التي تستمد قيمتها من المشروعية التي لا يجوز المساس بها. غير أن التعسف الذي قد يطرأ من بعض الأنظمة الاستبدادية باستغلالها للقانون في غير ما نصت عليه المبادئ السامية في الدساتير أدى إلى البحث عن وسيلة لحماية القانون لا من بطش السلطة التنفيذية فحسب ، وإنما من تحكّم السلطة التشريعية أيضا. وفي هذا الإطار أصبحت الرقابة على دستورية القوانين أحد وظائف النظام السياسي في الدولة ، بحيث يقوم القضاء الدستوري بمراقبة دستورية القوانين الصادرة عن الأغلبية البرلمانية حتى يكبح جماح تغوّل السلطة التنفيذية وانحراف السلطة التشريعية عن مهامها في حماية الحقوق والحريات[1].

ويستنتج أن الرقابة على دستورية القوانين دور في تحقيق الاستقرار على مستويين : **أولهما** سياسي؛ وذلك بحسمها للنزاع بين الاتجاهات السياسية حول مضمون بعض القوانين الجنائية مثلا ، فتنهي بذلك الاضطراب التشريعي طالما أن القوانين تعرض على القضاء الدستوري للنظر في مدى مطابقتها للدستور الذي تعبّر مبادؤه عن القيم المشتركة لكافة فئات المجتمع. وهذا الاستقرار تفرضه المعارضة البرلمانية القوية والمنظمة ، التي تقوم بمراقبة حيف الحكومة واستبدادها على حساب مبدأ الشرعية وسيطرة أحكام القانون ، وكذلك الرأي العام القوي الذي يؤثر بضغطه على أعضاء الهيئة النيابية ، مما يشكل انتصارا للحريات العامة تخشاه السلطات الحاكمة في الدولة. أما **ثانيهما**؛ فالاستقرار القانوني الذي يحسم النزاع حول المراكز القانونية والحقوق التي تنشأ عن تطبيق القانون[2].

2- خطورة انحراف التشريع الجنائي عن الشرعية الدستورية تستوجب تدخل الرقابة لحماية للحرية الشخصية :

قد تنحرف السلطة العامة بمبدأ الشرعية الجنائية ، فيصبح عبارة عن ضمانة شكلية لا تخدم سوى مصالحها وأهدافها على حساب حرية الأفراد ، ولذلك فإن الشرعية الجنائية في حدّ ذاتها تحتاج إلى ضمانات من أجل حماية النظام الاجتماعي ، والتي يعدّ

1 – سرور : (الشرعية الدستورية و حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية) مرجع سابق ، ص 157. ومتولي : (نظرات في أنظمة الحكم في الدول النامية) ، المرجع السابق نفسه ، ص 226–227.

2 – سرور ، المرجع نفسه ، ص 159–160. ومتولي ، المرجع نفسه ، ص 227–228.

أهمها الرقابة على دستورية القوانين الجنائية[1].

إنّ عدم احترام جهاز القضاء من طرف السلطة هو إعلان صريح منها على امتهان تلك الحريات ، وتأكيد قوي على عدم قانونية و دستورية هذا النظام السياسي[2]. زيادة إلى أنه تعبير صارخ على أن مبدأ الشرعية المعترف به دستوريا ليس له أيّ معنى ، أو ربما قل أن النظام الساري في الدولة المستبدة ينحرف بمبدأ الشرعية ، فيجرم ما لا يهدد المصلحة العامة حقيقة ، ويعاقب على مالم يصدر بشأنه نص عقابي أو أن يوقع العقاب بشكل عشوائي دون مبرر لذلك إلا حماية المصلحة والأمن العام ، مع أن الواقع يثبت عكس ذلك.

و هنا تصبح النصوص العقابية ذاتها لا تحقق التوازن المفترض ، ويمثل مبدأ الشرعية الجنائية مصدر تهديد للحرية الشخصية حينما يحيف المشرع بالنصوص ويلويها لجهة دون أخرى. وبه يضيع معنى الشرعية الجنائية إذا انحرفت السياسة الجنائية أو تطبيق النصوص الجنائية عن الشرعية الدستورية التي تصون الحقوق والحريات ، فتصبح بذلك الشرعية الجنائية مصدر خطر لا مصدر حماية.

و إذا كان الدور الحقيقي للتشريع العقابي وحتى الإجرائي ، يتمثل في حق الدولة في العقاب ، والذي يتضمن بالضرورة المساس بحرية الأشخاص بشكل مباشر وجسيم ، فإن ذلك لابد أن يجعل نصوصهما مرتكزة على أساس متين قوامه الدستور وما كرسه من مبادئ لحماية كرامة الأشخاص ، لا أن تكون نصوص التجريم و العقاب أداة قهر و تحكم في الأفراد ، بل وحتى مدخلا لحرمان المواطنين من أمنهم على أنفسهم مما يعصف بالحرية ذاتها[3].

وواقع الأمر يتعلق أساسا بمدى حرية السلطة التشريعية؟ فالأساس أن السلطة التشريعية لها حرية واسعة ولكنها ليست مطلقة ، إذ أنها ملزمة أساسا بأحكام الدستور ، وتتقيد بالمبادئ الطبيعية العليا التي تستمدّ وجودها من وجود الإنسان وآدميته[4].

---

1 – بارش : (شرح قانون العقوبات الجزائري) مرجع سابق ، ص 12.

2– بيومي، عمرو رضا. وسلام، إيهاب:(أحكام قضائية رهن الاعتقال –أحكام القضاء المصري بين التعطيل والإهدار–) مركز حقوق الإنسان لمساعدة السجناء. القاهرة، ط1، مايو2001. صفحة المقدمة.

3– بيومي ، وسلام إيهاب : المرجع نفسه ، ص : 6. و بارش ، المرجع نفسه ، ج1 ، ص : 9.

4 – جمال الدين ، عبد الأحد : (في الشرعية الجنائية) مرجع سابق ، ص 435.

ولقد ثار نقاش فقهي بين من يرى بأن سلطة المشرع هي سلطة تقديرية ، فله أن يضع القيود التي تنطوي على الانتقاص من هذه الحرية أو تقييدها ، شرط عدم إهدار الحق أو الحرية أو إلغائها كلّيا[1]. وهناك رأي آخر يجعل من السلطة التقديرية للمشرع هدفها تنظيم الحقوق والحريات ، شرط عدم الانحراف عن الغرض الذي قصده الدستور ممثلا في كفالتها في حدودها الموضوعية ، فإن نقضها القانون أو انتقص منها صار مشوبًا بالانحراف ، مما يستوجب بطلانه لمخالفته للدستور وحدود سلطته التقديرية[2]. أما الرأي الثالث فيذهب إلى اعتبار سلطة المشرع مقيّدة عند تنظيمه للحقوق والحريات ، كون السلطة التقديرية هي الأساس لهدم فكرة الحقوق والحريات التي أرستها الدساتير ، والمشرع متى تجاوز نطاق سلطته كان تشريعه محكوما بعدم دستوريته[3].

و مهما يكن الأمر؛ فإذا كانت للمشرع الجنائي سلطة تقدير مدى اعتبار الأفعال التي تكوّن جرائم يتم المعاقبة عليها ، وكذا مدى تحديده للإجراءات المناسبة لمتابعة مقترفيها ، إلا أن ذلك لا يبيح له انتهاك جوهر تلك الحقوق والحريات تحت هذا المسمّى ، والتي يعدّ حق الحرية الشخصية أهمّها. فعلى التشريع الجنائي أن يراعي الحدود والضوابط التي وضعها الدستور سلفا ، حيث أكسبها شرعية دستورية تصون الحرية الشخصية للأفراد.

وهذا المعنى قد أكدته المحكمة الدستورية العليا في مصر بقولها : " **مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، وإن اتخذ من ضمان الحرية الشخصية بنيانا لإقراره وتوكيده ، إلاّ أن هذه الحرية ذاتها هي التي تقيّد محتواه ، فلا يكون إنفاذ هذا المبدأ لازما إلا بالقدر ، وفي الحدود التي تكفل صونها**"[4].

---

1 – هذا الرأي للدكتور عبد الحميد متولي : (الوسيط في القانون الدستوري) دار الطالب لنشر الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، 1956 ، ص667. نقلا عن : وائل منذر البياتي : (الإطار القانوني للإجراءات السابقة على انتخابات المجالس النيابية–دراسة مقارنة–) المركز القومي للإصدارات القانونية ط1 ، 2015 ، ، القاهرة ، ص83.

2 – هذا رأي الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، ينظر بحثه حول : (مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية) مرجع سابق ، ص 52.نقلا عن البياتي ، المرجع والصفحة نفسها.

3 – هذا الرأي للدكتور محمد عصفور : (الحرية بين الفكرين الديمقراطي والاشتراكي) المطبعة العالمية ، ط1 ، 1961 ، القاهرة.ص 81. نقلا عن : وائل منذر البياتي : (الإطار القانوني للإجراءات السابقة على انتخابات المجالس النيابية) المرجع السابق نفسه ، ص83.

4 – قرار المحكمة الدستورية العليا–مصر– صادر بتاريخ 22/ 02/ 1997م ، في القضية رقم : 48لسنة 17 قضائية (دستورية) ، المصدر : موقع المحكمة الدستورية العليا ، جمهورية مصر العربية : : http //sccourt.gov.eg

ثانيا– دور الرقابة على دستورية القوانين في تقويم انحراف التشريع الجنائي عن الشرعية الدستورية

إن الهدف من الرقابة الدستورية هو خدمة حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، خصوصا من خلال بُعدها الوظيفي ، والمتمثل في تحصين حقوق وحريات الأفراد من كل خرق قد يكون مصدره تشريعٌ معيبٌ دستوريا[1].

ويقتضي مبدأ الشرعية الجنائية أساسا أن يكون خضوع الدولة لسيادة القانون مرفقا بالرقابة القضائية ، والتي تفرض احترام الحرية الشخصية ، وعدم الاعتداء على كرامة الإنسان عن طريق ما يباشره القضاء المستقل والمحايد من موازنة بين مصالح الجماعة والتي تمثلها السلطة ، ومصلحة الفرد في حماية شخصه.

كما يتجلى المعنى الحقيقي لمبدأ الشرعية الجنائية من خلال ما يتحقق من حماية القانونية والقضائية للمصلحة العامة والخاصة معا في ظل نصوصه وتطبيقاتها ، وفي ضوء المبادئ الدستورية التي تقدّس احترام الحريات الفردية وحقوق الإنسان بألاّ يدان بريء كما لا يفرّ الجاني من العقاب.

ولهذا عملت بعض الدول على إنشاء المحاكم الدستورية كهيئات تمارس الرقابة القضائية على القوانين مثلما هو الحال في مصر. في حين عمدت دول أخرى إلى اعتماد مؤسسات شبه قضائية ممثلة في المجلس الدستوري للرقابة على دستورية القوانين كما هو الحال في فرنسا والجزائر مثلا. وقد جعل المؤسس الدستوري في الجزائر تعيين تشكيلة أعضاء هذه الهيئة مختلطا بين السلطات الثلاث : التنفيذية ، التشريعية ، والقضائية كما هو مبين في المادة 183 من الدستور الجزائري[2].

وإذا جئنا للرقابة القضائية على دستورية القوانين الجنائية في الجزائر ، فإن المؤسس الدستوري الجزائري قد فعّلها مؤخرا باعتماد نظام الدفع بعدم الدستورية من خلال الإصلاحات الدستورية لسنة 2016 ، وتوسيع آلية الإخطار وإمكانية اللجوء للمجلس الدستوري عن طريق اعطاء إمكانية للأفراد اللجوء غير المباشر عن طريق الطعن لدى الهيئات القضائية للنظر في التشريعات واللوائح التي تنتهك الحقوق والحريات ، فتقوم

1 – أونيسي ليندة : (التعديل الدستوري 2016 وأثره في تطوير الرقابة الدستورية في الجزائر) مجلة الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة خنشلة ، العدد 06 ، جوان 2016 ، ص 101.

2 – تنص المادة 183 فقرة أولى من الدستور المعدل في 2016 : "يتكون المجلس الدستوري من اثني عشر (12) عضوا : أربعة (4) أعضاء من بينهم رئيس المجلس ونائب رئيس المجلس يعيّنهم رئيس الجمهورية ، واثنان (2) ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني ، واثنان (2) ينتخبهما مجلس الأمة ، واثنان (2) تنتخبهما المحكمة العليا ، واثنان (2) ينتخبهما مجلس الدولة".

الجهات القضائية العليا بدورها بالإحالة على المجلس الدستوري. وهذا ما أوردته المادة 188 من التعديل الدستوري لسنة 2016 ، والتي تنص : " **يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا ، أو مجلس الدولة ، عندما يدّعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور**". كما عقبت المادة 191 بأنه إذا ارتأى المجلس الدستوري باعتبار عدم دستورية نص تشريعي ما ، فإن ذلك النص يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدّده قرار المجلس الدستوري.

ويعدّ تطوير آلية الإخطار لحماية الحقوق والحريات تطورا ملحوظا للرقابة على دستورية القوانين وللشرعية الدستورية في التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016 ، فمن خلال توسيع صلاحيات الجهات الدستورية المختصة بالإخطار يتدخل المجلس الدستوري للبت في دستورية بعض القوانين خاصة الجنائية منها ، والتي قد تشكل تهديدا للحرية الشخصية.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن موقف المؤسس الدستوري الجزائري في تبني نظام الرقابة عن طريق الدفع جاء متأثرا بنظيره الفرنسي في تعديله للدستور الفرنسي المؤرخ في 23 يوليو 2008 ، والذي أسهم بشكل كبير في تطوير الرقابة على دستورية القوانين بفرنسا ، وهذا بإضافته للمادة 61/ 1 ، والتي منحت للمواطنين حق الطعن في دستورية الأحكام التشريعية أمام القضاء مباشرة بنصها : "**إذا ثبت أثناء النظر في دعوى أمام جهة قضائية أن نصّا تشريعيا يمثل اعتداء على الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور جاز إشعار المجلس الدستوري– بناء على إحالة من مجلس الدولة أو من محكمة النقض– بهذه المسألة التي يفصل فيها في أجل محدّد. ويحدد قانون أساسي شروط تطبيق هذه المادة**"[1].

ثالثا– تقييم دور الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر كآلية لتقويم الشرعية الجنائية

إن واقع اختصاص المجلس الدستوري بالجزائر بالرقابة على دستورية القوانين لا ينعقد

1– الدستور الفرنسي باللغة العربية–ترجمة : إيهاب مختار محمد فرحات– القاهرة 19 أفريل 2011. المصدر :
http : //www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/arabe/ constitution_arabe.pdf
وأصل النص بالفرنسية :

L'article 61-1 « Lorsque ,à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et liberté que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

Une loi organique déterminé les conditions d'application du présent article »

source : http : //www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/constitution/constitution.pdf
(telecharge le : 22-02-2018)

تلقائيا ، وإنما يستوجب إخطار رئيسه بموجب رسالة من قبل الجهات المخولة دستوريا لممارسة هذا الحق ، والتي كانت محصورة في ظل التعديل الدستوري لسنة 1996 في ثلاث جهات هي : رئيس الجمهورية ، ورئيس مجلس الأمة ، ورئيس المجلس الشعبي الوطني. وهو الأمر الذي كان يؤدي إلى إفلات الكثير من النصوص القانونية والتنظيمية من مجال الرقابة الدستورية السابقة في حالة ما إذا لم تحرك هذه الجهات الإخطار الدستوري. وهذا ما تداركه المؤسس الدستوري جزئيا في التعديل الدستوري لسنة 2016[1].

فالنقد الموجه في هذا الصدد للرقابة على دستورية القوانين في الجزائر كونها تجعل من رقابة المجلس الدستوري قاصرة وبعدية ، كما أنها مقيّدة بآلية الإخطار البعدي من طرف الهيئات المحددة في المواد 187 و188 من الدستور الجزائري[2].

وهناك عدة طرق للرقابة على دستورية القوانين الجنائية ، منها ما اعتمده المؤسس الدستوري بالجزائر ، ومنها ما ينبغي له أن يسلكها في إطار إصلاح المؤسسات الدستورية :

أولا : ينبغي على المؤسس الدستوري أن يوفر بعض الشروط الشكلية التي يحمي ويحصن بها هيئة المجلس الدستوري من تدخل السلطة التنفيذية ، عن طريق تجاوز تعيين رئيس المجلس الدستوري ونائبه من طرف رئيس الجمهورية كما هو محدد في المادة 183 من الدستور المعدل ، فينبغي أن يتم انتخاب رئيس المجلس ونائبه من طرف أعضاء الهيئة ، وهذا لكي يكون المجلس أكثر شرعية وحصانة من تدخل السلطة التنفيذية التي تعينهما في الظرف الحالي ، ويعدّ تطبيقا فعّالا لمبدأ الفصل بين السلطات بمراقبة المجلس الدستوري لأعمال السلطة التنفيذية.

ثانيا : كما ينبغي توسيع تمثيل الجهات القضائية في المجلس الدستوري ، بوصفها الحارس الوفي للحقوق والحريات.

فالرقابة القضائية وما تخوله لها الرقابة الدستورية ، من شأنها أن تصون الحرية إذا

---

1 – يعيش تمام شوقي ، ودنش رياض : (توسيع إخطار المجلس الدستوري ودوره في تطوير نظام الرقابة الدستورية–مقاربة تحليلية في ضوء التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016–) بحث بمجلة الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة حمة لخضر ، الوادي ، الجزائر ، عدد 14 ، أكتوبر 2016 ، ص 156–157.

2 – ينص التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016 في المادة 187 على مايلي : يُخطر المجلس الدستوري رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو الوزير الأول. كما يمكن إخطاره من خمسين (50) نائبا ، أوثلاثين (30) عضوا في مجلس الأمة. لا تمتد ممارسة الإخطار المبيّن في الفقرتين السابقتين إلى الإخطار بالدفع بعدم الدستورية المبين في المادة 188 أدناه". حيث تضمن التعديل توسيعا للهيئات المخولة بالإخطار بإضافة الوزير الأول ، ونواب البرلمان بغرفتيه. بالإضافة إلى ما منحته المادة 188 من اختصاص جديدة للمجلس الدستوري.

توافرت في الهيئة القضائية كل ضمانات الاستقلال و النزاهة والكفاءة بإلغاء القرارات الإدارية المخالفة للقانون[1].

ثالثا : أن يجيز تدخل المجلس الدستوري التدخل السابق وبقوة القانون؛ بحيث يتدخل المجلس الدستوري بشكل سابق وتلقائي لحماية الحقوق والحريات من النصوص واللوائح التي تشكل خطرا عليها.

ولهذا ينبغي للمؤسس الدستوري الجزائري أن يحمي الحريات بشكل أمثل حين يتيح صلاحيات أكبر للمجلس الدستوري بالرقابة السابقة ، وبصفة آلية على دستورية القوانين الماسة بالحقوق والحريات.

رابعا : لقد أجاز الدستور الجزائري في تعديلات 2016 تدخل المجلس الدستوري البعدي وفقا لآلية نظام الإخطار ، الأمر الذي نادى به كثيرا شراح القانون من قبل[2]. وهنا قد وسع المؤسس الدستوري ضمن نهج الإصلاحات الدستورية من دائرة الهيئات المخولة دستوريا ، وصلاحياتها في التدخل للإخطار بعدم دستورية بعض القوانين والتشريعات الماسة بالحقوق والحريات ، حيث أصبح بإمكان الأفراد الطعن عن طريق القضاء في دستورية القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية ، وكذا اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية.

خامسا : كما أنّ من بين الضمانات الدستورية أنْ يتشكل البرلمان من غرفتين ، كما هو الحال في فرنسا والجزائر مثلا ، إذ ينظر مجلس الأمة بالجزائر بوصفه غرفة ثانية فيما تصدره الهيئة التشريعية بالمجلس الشعبي الوطني من قوانين ، وخصوصا التكميلية منها. وهذا قد تكون فيه ضمانة قانونية أوفر للحريات ، بواسطة غربلة التشريعات الجنائية لدى أكثر من هيئة تشريعية لتفادي الثغرات الممكنة ، وقبل اللجوء للرقابة الدستورية.

فإذا ثبت أن القانون ذاته يكتنفه الغموض بوجود فجوة تنخر من خلالها السلطة التنفيذية أعمدة الحرية الشخصية ، أو كان القانون يخالف صراحة الحريات المقررة في الدستور يجب أن تكون هناك معارضة برلمانية قوية ومنظمة لتحريك الرأي العام تجاه هذا الحيف عن الدستور ، والضغط لتستقيم المؤسسة التشريعية بما يشكل حماية للحريات العامة و بأسا يخشاه الحكام[3].

---

1 – متولي ، عبد الحميد : (نظرات في أنظمة الحكم في الدول النامية) ، مرجع سابق.ص : 226–227.

2 – مثاله الدكتور سليمان بارش الذي دعا إلى اعتماد الرقابة على دستورية القوانين الجنائية ، سواء بإحالتها على محكمة دستورية عليا ، أو بمنح صلاحية النظر في الدفع بعدم الدستورية من طرف القاضي الجزائي بمناسبة نظره في الدعاوى الجزائية وفقا لاختصاصه بالفصل فيما يتفق مع مبدأ الشرعية الدستورية. ينظر كتابه : (شرح قانون العقوبات الجزائري) المرجع السابق نفسه ، ج1 ، ص13.

3 – متولي ، عبد الحميد : (نظرات في أنظمة الحكم في الدول النامية) المرجع السابق نفسه.ص : 226–227.

المطلب الرابع :

العناصر الجوهرية لمبدأ الشرعية الجنائية وعلاقتها بالحرية الشخصية

يرتكز القانون الجنائي بمختلف فروعه أساسا على مبدأ الشرعية ، خاصة وأن نصوصه تنظم كافة المراحل التي تمرّ بها الواقعة الإجرامية بدءا من تجريمها والمعاقبة على اقترافها ، ثم إلى ملاحقة المتهم بالإجراءات اللازمة لتقدير مدى سلطة الدولة في عقابه ، ووصولا عند تنفيذ العقوبة المحكوم بها عليه. فهذه النصوص الجنائية بطبيعتها تشكل مساسا بحرية الإنسان ، وهنا يظهر مبدأ الشرعية الجنائية لتحديد النطاق المسموح به عند معالجة حرية الإنسان في مثل هذه الحالات[1].

وفي كل مرحلة من هذه المراحل يتشكل جانب جوهري من جوانب مبدأ الشرعية الجنائية ، والتي تنوعت إلى عدة قواعد ، تجسد الحلقة الأولى منها مبدأ الشرعية الجنائية الموضوعية ممثلة في قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات(**فرع أول**) ، أما الحلقة الثانية فمبدأ الشرعية الجنائية الإجرائية الذي يتجسد في قاعدة شرعية الإجراءات الجنائية(**فرع ثاني**) ، وكذلك شرعية التنفيذ العقابي(**فرع ثالث**).

الفرع الأول : قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات وضرورتها لحماية الحرية الشخصية

تعتبر شرعية الجرائم والعقوبات الحلقة الأولى التي ظهرت في التشريعات الجنائية الوضعية ، وهي تتجسد في قاعدة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون". وتقررت هذه القاعدة أساسا لكي تحمي الإنسان من خطر التجريم والعقاب بغير الأداة التشريعية التي تعبر عن إرادة الشعب ألا وهي القانون ، وحتى يكون الإنسان في مأمن من رجعية القانون ، وبعيدا عن خطر القياس في التجريم والعقاب[2].

الفقرة الأولى: مدلول قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات :

ويقصد بالشرعية الجنائية الموضوعية : "**النصوص الجزائية المتعلقة بالتجريم والعقاب**". فتقتضي شرعية التجريم والعقاب أن يكون هناك نص تجريمي سابق على ارتكاب الفعل ، وله سلطان بحيث يشكل انتهاكه سلبا أو إيجابا جريمة يعاقب عليها ، كما يعتبر حماية للقيم الاجتماعية[3].

---

1 – سرور : (الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الاجراءات الجنائية) المرجع السابق نفسه ، ص134.

2 – المرجع و الصفحة نفسها.

3– بارش ، سليمان : (شرح قانون العقوبات الجزائري– شرعية التجريم–) مرجع سابق ، ج1 ، ص19.

ومفاد قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات : "**ألاّ جريمة ولا عقوبة إلاّ بقانون. وأن بيان الأفعال المجرّمة والعقوبات المحددة لها موكول فقط للسلطة التشريعية وحدها**"[1].

ومؤدى هذه القاعدة كذلك أنه لا يجوز تجريم فعل لم ينص القانون الساري وقت وقوعه صراحة على تجريمه ، كما لا يجوز توقيع عقوبة على مرتكب الجريمة بخلاف تلك المقررة لها قانونا. ولهذا فهو يعتبر ضماناً للأفراد بعدم تجريم أفعال لم ترِد صراحة بالقاعدة التجريمية ، وأماناً للمذنب بألاّ يوقع عليه عقاب على فعل غير منصوص على جزائه[2].

وعليه ، فإن قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات يوجب على الدولة أن تلتزم عند مباشرة سلطة التجريم والعقاب أن يكونا محددان بالقانون ، وألاّ تسمح بالأثر الرجعي لهذا القانون على ما سبقه من أفعال مباحة[3].

وقد أكد قانون العقوبات الجزائري في مادته الأولى على التزام السلطات العامة في الدولة بقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات بنصها : "**لاجريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون**". أما المادة الثانية فقد جسدت نتائج هذا المبدأ بعدم سريان قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقلّ شدّة.

الفقرة الثانية : أثر قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات على الحرية الشخصية :

لقد ارتبطت شرعية الجرائم والعقوبات بشكل وثيق بالحرية الشخصية ، ذلك أن الغاية التي تكرس هذا المبدأ لحمايتها هي حماية الحرية الفردية وصونها من العدوان عليها في إطار من الموازنة بين موجباتها من ناحية ، وما يعتبر لازما لحماية مصلحة الجماعة والتحوّط لنظامها من جهة أخرى[4].

وقد ترتب عن ربط شرعية الجرائم والعقوبات بحماية الحرية الشخصية عدة نتائج :

1- سليمان ، عبد الله : (شرح قانون العقوبات الجزائري-القسم العام : الجريمة-) ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، دط ، دت.ج1 ، ص62 . و كذلك : الصالح : (حق الأمن الفردي في الإسلام) مرجع سابق ، ص42.

2-سلامة ، مأمون محمد : (قانون العقوبات –القسم العام-) دار الفكر العربي.القاهرة.ط3.سنة 1990.ص24-25.

3 - سرور : (الشرعية الإجرائية الجنائية) مرجع سابق ، ص 338.

4 - جاءت ضمن حيثيات قرار المحكمة الدستورية العليا المصرية ، الصادر في 7 نوفمبر سنة 1992م ، في القضية رقم 12 ، لسنة 13 ، قضائية "دستورية" . المصدر : موقع المحكمة الدستورية العليا ، جمهورية مصر العربية : http : //sccourt.gov.eg

أولا : الشرعية الموضوعية تؤكد أن الأصل في الأشياء الإباحة ، وتقرر أن الاستثناء هو التجريم الذي يفترض فيه عدم المساس بالحقوق والحريات العامة التي كفلها الدستور[1].

ثانيا : ألا تكون العقوبة الجنائية التي توقعها الدولة بتشريعاتها مهينة في ذاتها أو ممعنة في قسوتها[2].

ثالثا : أن رجعية القوانين الأصلح للمتهم ، تعدّ ضرورة حتمية يقتضيها صون الحرية الفردية بما يردّ عنها كل قيد يفتقر إلى المصلحة الاجتماعية ، خاصة إذا انتقل الفعل من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة الكلية للفعل[3].

رابعا : أن تكون الأفعال التي يؤثمها قانون العقوبات مذكورة حصرا ، وبصورة قاطعة وفي حدودها الضيقة بما يحول دون التباسها بغيرها ، لأن الغاية التي يتوخاها الدستور هي أن يوفر للفرد الفرص الكاملة لمباشرة حرياته في إطار من الضوابط التي قيّده بها ، وأن خاصية الوضوح واليقين في القوانين الجنائية تهدف أساسا لضمان الحرية الفردية في مواجهة التحكم بشأنها[4].

خامسا : أن يكون لكل جريمة ركنا ماديّا لا تقوم إلا به ، ويتمثل في فعل أو امتناع وقع بالمخالفة لنص عقابي ، وهو ما يخرج النوايا التي يضمرها الإنسان من دائرة التجريم[5].

الفرع الثاني : قاعدة شرعية الإجراءات الجنائية وركائزها في حماية الحرية الشخصية

الفقرة الأولى: أهمية شرعية الإجراءات الجنائية

يتجلى النطاق الذي تتحدّد به سيادة القانون في مبدأ الشرعية ، حيث يمثل هذا المبدأ قيدًا على سلطة المشرع ، كما يحدد السياق الذي لا يجوز له الخروج عنه لأجل تحقيق الغايات التي رسمت له. وتعتبر الشرعية الجزائية الإجرائية إحدى صور الشرعية المشكّلة للقيود التي يلتزم بها المشرع الجزائي الإجرائي لكفالة احترام الحرية الشخصية في مواجهة السلطة ، خاصة وأنها من الحقوق والحريات التي نصت على صيانتها كافة إعلانات حقوق الإنسان والدساتير ، وعلى المحافظة عليها بالتوازن مع حماية أمن المجتمع[6].

1 – كشاكش : (الحريات العامة) مرجع سابق ، ص473.
2 – سرور : (الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص135.
3 – المرجع والصفحة نفسها.
4 – المرجع نفسه ، ص 136.
5 – المرجع والصفحة نفسها.
6 –الكيلاني ، فاروق (محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني المقارن) مرجع سابق ، ج1ص 129.

وتعتبر الشرعية الجنائية الإجرائية امتدادا طبيعيا لشرعية الجرائم والعقوبات؛ بل هي تشكل في واقع الأمر خطورة أكثر منها ، لكونها تمثل الإطار الخارجي الذي لا يمكن تطبيق القاعدة الجنائية الموضوعية تطبيقا صحيحا إلا عن طريقه[1].

إنه ومن دون شكٍّ أن اعتبار الشرعية الإجرائية امتدادا طبيعيا للشرعية الجنائية ، وأحد حلقاتها التي يخضع لها القانون الجنائي؛ يجعل من التشريع الإجرائي الجنائي أكثر دقّة وخطورة من التشريع العقابي الموضوعي[2] ، لأن فيه تتجلى صورة سيادة القانون ومدى احترام مبدأ الشرعية على مستوى الواقع ، وتمكين الأفراد من الاستقرار في ظل حياة كريمة آمنة. وبالشرعية الإجرائية تتحقق العدالة الجنائية في أكمل صورها ، وتضفي على النظام القضائي مصداقية بأن يرجع إليه كلّ مظلوم[3].

وإذا كانت الشرعية الجنائية الموضوعية من خلال مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني تقتضي حماية الحرية الفردية من شطط الإدارة أو تعسف القاضي ، وتقف درعا حاميا للفرد تجاه سلطة التجريم و العقاب بتبيان حدود المساس بالحرية ، والطرق المستخدمة في ذلك[4].فإن كل ذلك لا يكفي لحماية حرية الإنسان واستقرار أمنه طالما أمكن القبض عليه ، أو حبسه أو اتخاذ الإجراءات اللازمة لمحاكمته مع افتراض إدانته. فهذا يؤدي إلى قصور في الحماية التي يكفلها مبدأ الشرعية في قانون العقوبات إذا كان من السهل وقوع الفرد في قفص الاتهام خارج القانون وأُطرِه ، وإذا تمّ تحميله عبء الإثبات لبراءته من الجرائم الواقعة و المنسوبة إليه مما يحمّله مسؤوليةً هو بمنأى عن تحمل تبعاتها[5]. وفي الأخير يطبَّق قانون العقوبات على البرآء من الناس ، فيُفتقَد المغزى من السياسة الجنائية للتشريع العقابي بضياع أمن الأشخاص و إقامة العدل بين الناس ، بأن يفرَّ الجاني ويعاقب البريء....

لذا كان من اللازم استكمال هذا القصور في الجانب الموضوعي للشرعية الجنائية في ضمان الأمن للأفراد وحريتهم الشخصية ، وإيجاد حلّ لهذا الإشكال المطروح. ويكمن هذا الحل في ضرورة إيجاد ضمان قانونيّ إجرائيّ يمثّل حلقةً ثانيةً للشرعية

---

1 – الصغير ، جميل عبد الباقي : (الشرعية الجنائية –دراسة تاريخية وفلسفية–) دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1994،ص 7، نقلا عن: عبد البصير، عصام : (مبدأ الشرعية الجنائية) مرجع سابق ، ص16.

2– سرور : (الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية) مرجع سابق ، ص : 48.

و الحسيني، عمر الفاروق:(تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف)،دن،دم.ط2، 1994.ص : 25.

3– الشهاوي ، (الموسوعة الشرطية القانونية) مرجع سابق ، ص : 119.

4–الحسيني ، المرجع نفسه ، ص : 25.

5 – سرور : (الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية) ، المرجع نفسه ، ص : 48–49.

الجنائية تنظّم الإجراءات المتّخذة تجاه المتهم على نحو يحقق الحماية من التعسف أو الاعتداء ، وهذا ما يعبّر عنه **بالشرعية الجنائية الإجرائية**. وهي تمثّل الإطار الخارجي الذي لا يكون الوصول إلى تطبيق النصوص والقواعد الجنائية الموضوعية سليما إلا وِفقها ، وتبعا لما شرعه القانون من إجراءات جزائية تحت إشراف جهاز القضاء[1].

الفقرة الثانية- مدلول قاعدة شرعية الإجراءات الجنائية :

عرّف الدكتور أحمد فتحي سرور الشرعية الجنائية الإجرائية بأنها : "**أن القانون هو مصدر التنظيم الإجرائي ، وأن يفترض هذا التنظيم براءة المتهم في كل إجراء من الإجراءات التي تُتّخَذ قِبَلَه ، وأن تخضع الإجراءات لضمان القضاء بناءً على قرينة البراءة**"[2].

كما يمكن صياغة قاعدة شرعية الإجراءات الجنائية بأنها : "**لا تحديد للإجراءات الجنائية إلا بقانون يكفل الضمانات للحرية الشخصية تحت إشراف القضاء**"[3].

إلا أن ما تم ذكره من تعريف للشرعية الإجرائية يؤخذ عليه أنه لا يحقق الضمانة الكافية للحرية الشخصية في كافة مراحلها. فقد تهمل هذه النظرة الضمانات التي توفر الحماية من جانب المتهم ، وضرورة تحركه إيجابيا لنفي التهمة عنه ، كحقه في اتخاذ محامي والدفاع عن نفسه ، وفي إسقاط موانع التقاضي ، وحقه في المحاكمة العادلة وغيرها.

لهذا فإن المفهوم الأوفق للشرعية الجنائية الإجرائية يكمن في أنها : " **تلك القيود التي تقيد المشرع الإجرائي الجزائي لكفالة احترام الحرية الشخصية في مواجهة السلطة**"[4].

وبذلك يدخل في هذا المعنى كل ما من شأنه أن يوفر حماية للفرد من الضمانات سواء من جانب السياسة الجنائية للتشريع الإجرائي ، أم من خلال الحقوق الممنوحة للفرد في الدفاع عن نفسه والتي تشكل كفالة من الجانبين لاستقراره وأمنه تجاه سلطة الاتهام.

وبرغم أن الشرعية الجنائية الموضوعية والإجرائية حلقتان تكمل إحداهما

---

1 – سرور : (الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية) المرجع السابق نفسه ، ص : 49. والحسيني : (تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف) ، المرجع السابق نفسه ، ص : 35.

2 –سرور ، المرجع والصفحة نفسها.

3 – سرور : (الشرعية الإجرائية الجنائية) مرجع سابق ، ص 340.

4– مقابلة ، حسين يوسف مصطفى : (الشرعية في الإجراءات الجزائية) الدار العلمية الدولية ، عمان.ط1 ، الإصدار الأول2003 ، ص48. وكذا الكيلاني ، فاروق : (محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمقارن) مرجع سابق ، ج1 ، ص129

الأخرى في سلسلة الحماية الجنائية ، فإن الأولى تؤكد أن الأصل في الأشياء الإباحة ، وتقرر أنّ الاستثناء هو التجريم بالحدّ الذي لا يمسّ الحقوق والحريات المكفولة دستوريا. أما الشرعية الإجرائية فتؤكد أن الأصل في المتهم البراءة ، وتقرر أن الاستثناء الوارد عليها هو المساس بالحرية. وعدم توفر هذه الضمانات يشوب القانون بعدم الدستورية[1].

فقاعدة الشرعية الجنائية الإجرائية تتجسد في القواعد الشكلية التي تصاغ في قالب تشريعي هو قانون الإجراءات الجزائية ، وهذه القواعد تملي قيودا ترد على سلوك رجال السلطة العامة وجهاز القضاء بخصوص أساليب الكشف عن الجريمة التي أُهدرت بوقوعها قاعدة الشرعية الجنائية الموضوعية ، وتحدد القنوات القانونية لتعقّب الجاني ، والتحقيق في صلته بالجريمة باستجماع الأدلة عليها ، والمطالبة بمثوله أمام المحاكمة العادلة وإصدار حكم الإدانة وتنفيذ العقاب إذا ثبتت علاقة الشخص بالجريمة[2] .

فالإجراءات الجنائية لم تشرّع لصالح سلطة الاتهام ، ولا من أجل الإدانة. وإنما هي تنظيم قانوني يهدف أصلا إلى الكشف عن الحقيقة ، مما يقتضي فعالية ودورا إيجابيا من طرف دفاع المتهم حتى نصل إلى وجه الحق في الدعوى الجنائية القائمة ضده ، وعلى غرارها يتمّ إقرار سلطة الدولة في العقاب[3]. أما إذا انتفى وجه الدعوى فالأصل براءة المتهم.

الفقرة الثالثة : عناصر الشرعية الإجرائية الجنائية

تتحدد عناصر وأركان الشرعية الجنائية الإجرائية فيما مايلي[4] :

1- قرينة الأصل في المتهم البراءة. بحيث لا يجوز تقييد حريته إلا في إطار من الضمانات الدستورية اللازمة لحمايتها ، وبناء على نص في قانون الإجراءات الجنائية.

2- القانون هو مصدر الإجراءات الجنائية. إذ من الثابت أنه لا إجراء إلا بنص قانوني.

---

1 - كشاكش ، يوسف كريم : (الحريات العامة) ، مرجع سابق ، ص : 473.

2 -بنهام رمسيس : (الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا) ، منشأة المعارف ، الإسكندرية.دط ، 1984.ص5.

3 - الحسيني ، سامي حسني : (ضمانات الدفاع-دراسة مقارنة-) مجلة الحقوق والشريعة ، تصدر عن جامعة الكويت ، العدد : 1و2 السنة الثانية ، يناير 1978.ص : 211-212.

4 - سرور : (الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية) المرجع سابق ، ص137 وكذا : ص166 وما بعدها.

3- الضمان القضائي في الإجراءات الجنائية. وهذا لضرورة إشراف القضاء على جميع الإجراءات باعتباره الحارس الطبيعي للحقوق والحريات.

إذن؛ يتحدد جوهر الشرعية الإجرائية الجنائية في ثلاثة عناصر ، يتمثل الأول في افتراض البراءة في المتهم وذلك ضمانا لحريته الشخصية ، فلا يجوز تقييدها إلا في إطار من الضمانات الدستورية اللازمة لحمايتها وبناء على نص في قانون الإجراءات الجزائية. فإذا ثبت في قانون العقوبات أنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" فإن المؤكد في قانون الإجراءات الجنائية أنه لا إجراء إلا بنص ، وهو العنصر الثاني. أما العنصر الأخير فيتبلور في ضرورة إشراف القضاء على جميع الإجراءات باعتباره الحارس الطبيعي للحقوق والحريات[1].

غير أن حصر الشرعية الجنائية الإجرائية لا يكمن في هذه العناصر فقط؛ بل يضاف إليها بعض العناصر المهمة كمبدأ محاكمة الإنسان أمام المحاكم العادية في الدولة ، وإسقاط موانع التقاضي ، ومبدأ لا عقوبة بغير دعوى ، حيث أن هذه العناصر تشكل قيودا حقيقية في كافة دساتير العالم المتحضر ، وتفرض على المشرع الجزائي احترام الحريات في مواجهة السلطة[2].

الفقرة الرابعة : أثر شرعية الإجراءات الجنائية على تعزيز مكانة الحرية الشخصية :

من أهم النتائج التي تؤكدها قاعدة شرعية الإجراءات الجنائية ، أن الأصل في المتهم البراءة ، وتقرّر أن الاستثناء هو المساس بالحرية ، فإذا لم تتوفر هذه الضمانات كان القانون مشوبا بعدم الدستورية[3].

فالحلقة الأولى للشرعية الجنائية ممثلة في قانونية التجريم والعقاب ، لا تكفي وحدها لحماية حرية الإنسان إذا أمكن القبض عليه ، أو حبسه ، أو اتخاذ الإجراءات اللازمة لمحاكمته مع افتراض إدانته. لأن ذلك كله سيكلف الفرد تحمل عبء إثبات براءته ، وإذا كان عاجزا عن ذلك اعتبر مسؤولا عن جريمة لم تصدر منه. وهو ما يؤدي إلى قصور الحماية التي تكفلها قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، طالما كان بالإمكان المساس بحرية المتهم من غير طريق القانون ، أو بإمكانية إسناد الجرائم للناس

1 -سرور ،(الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية) المرجع السابق نفسه ، ص 82. و ينظر كذلك بحثه : (الشرعية الإجرائية الجنائية) مرجع سابق ، ص340.

2 - الكيلاني : (محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمقارن) المرجع السابق نفسه ، ج1 ، ص 129.

3 - كشاكش : (الحريات العامة) مرجع سابق ، ص473.

برغم عدم ثبوت ارتكابهم لها عن طريق افتراض إدانتهم[1].

ولهذا كان ولابد من استكمال الحلقة الأولى للشرعية الجنائية بحلقة ثانية هي الشرعية الإجرائية ، والتي تحكم تنظيم الإجراءات المتخذة في مواجهة المتهم على نحو يضمن احترام جوهر الحرية الشخصية كما كفلها الدستور ، بحيث يكون القانون هو المصدر للتنظيم الإجرائي ، وأن تفترض براءة المتهم في كل إجراء يتخذ قبله ، وأن يتوافر الضمان القضائي في الإجراءات فيكون حارسا لهذه الحرية[2].

وحتى تكون القواعد الإجرائية وسيلة فعالة لضبط تصرفات رجال القضاء والسلطة التنفيذية ، لابد أن تنظبط هي الأخرى بمعايير يتتبعها المشرع الإجرائي أثناء وضعه لها. وتجد هذه المعايير والضوابط أساسها في الشريعة الإسلامية التي كرّمت نصوصها الإنسان ، وجعلت من حريته وسلامة شخصه أمرا مقدسا لا يمكن الاستهانة به.

وقد رأينا ذلك الأساس في صدارة بحثنا لمبدأ الشرعية و الشرعية الجنائية الموضوعية ضمن هذا الفصل. وكذلك الأمر بالنسبة للدساتير العالمية والداخلية للدول ، وحينما عرضنا لأساس حق الحرية الشخصية ومصادرها التشريعية انطلاقا من فكرة الحقوق والحريات في الفصل الثاني من الباب الأول ، أين تشكل هذه النصوص منطلقات ومبادئ للسياسة الجنائية يتوخاها التشريع الموضوعي والإجرائي في صياغة النصوص الجنائية. وهي تتخذ صفة القوة الإلزامية الواجب تطبيقها.

وكنتيجة لكفالة الدساتير لمبادئ الشرعية الإجرائية ، لا يجوز للأنظمة والقوانين أن تتجاوزها بالتقييد أو الإلغاء سواء في الأحوال العادية أم الاستثنائية. فنظام الأحكام العرفية وإن كان استثنائيا فعليه أن يخضع للمبادئ الدستورية الأعلى قدرا ، والأسمى مرتبة والأكثر تجريدا من غيرها من النصوص ، فلا ينبغي تقييدها أو الانتقاص منها[3].

ونجد أن الفقه الجنائي الإسلامي وإن اختلف في أساسه التشريعي مع الفقه الجنائي القانوني الوضعي من الناحية الموضوعية ، إلا أنهما يشتركان في صياغة القوانين الإجرائية. لأن هذه الأخيرة مناطها كيفيّة تنظيم سبل البحث عن المجرمين والطرق

---

1 – سرور : (الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص136–137 ، وينظر للمؤلف : (الشرعية الإجرائية الجنائية) مرجع سابق ، ص338.

2 – سرور : المراجع والصفحات نفسها.

3 – الطراونة ، محمد : (ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية–دراسة مقارنة–) دار وائل ، عمان ، ط1 ، 2003ص : 40–41 ومابعدها. و كذا الكيلاني : (محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمقارن) المرجع السابق نفسه ، ج1 ، ص : 134.

النافعة لذلك ، والتي تتحقق من خلالها مقاصد السياسة الجنائية في الحفاظ على المصلحة العامة وحماية الحرية الشخصية سوياً. وهذا التنظيم يرجع إلى أسس ومبادئ مشتركة بين النظامين ، بصفته خاضعا للجهود البشرية في ذلك.

ويهدف هذا التنظيم إلى تنزيل النصوص الموضوعية للتجريم والعقاب على الواقع وفقا لمسالك وطرق يلتزمها الحائزون على السلطة ، أو ولاية القضاء لكفالة حسن أدائهم لهذه المهمة ، ووقاية للناس من أضرار محقّقة لولا هذه الطرق المرسومة لئلا يدان بريء ويُعتدَى عليه ، أو يُعتدى على الأبرياء بمناسبة تعقّب الجناة[1].

الفرع الثالث : قاعدة شرعية التنفيذ العقابي وعلاقتها بالحرية الشخصية

تعتبر قاعدة شرعية التنفيذ العقابي تكملة لقاعدة شرعية الإجراءات الجنائية ، وثالث حلقة للشرعية الجنائية ، وتكتسي أهمية بالغة في المجتمع الدولي الذي طالما نادى بضرورة احترام الدول لحقوق الإنسان خلال مرحلة التنفيذ العقابي ، وألا يخرج ذلك التنفيذ عن نطاق القانون وإشراف الهيئات القضائية. ولسياسة الإصلاح الجنائي التي دعا لها تيار الدفاع الاجتماعي دور في بلورة قاعدة شرعية التنفيذ العقابي باعتبارها أحد أعمدة حماية حقوق الإنسان المحكوم عليه بسلب الحرية.

الفقرة الأولى: تعريف شرعية التنفيذ العقابي

تقتضي شرعية التنفيذ العقابي : " **أن يجري التنفيذ العقابي وفقا للكيفية التي يحدّدها القانون ، وغايته في ذلك تقويم المحكوم عليه من جهة ، وضمان حقوقه من جهة ثانية ، وكل ذلك تحت رقابة وإشراف القضاء**"[2].

فالمقصود إذن بشرعية التنفيذ العقابي؛ أن تطبق هذه القاعدة امتدادا لمبدأ الشرعية الجنائية أثناء تنفيذ العقوبة على المحكوم عليه ، وتستمر عن طريق تسليط الرقابة القضائية أثناء تطبيق الجزاءات الجنائية ، بحيث لا يتم التنفيذ بأسلوب مخالف لما ينص عليه القانون. فالسلطة القائمة على التنفيذ العقابي ليست حرّة في ذلك كيفما شاءت؛ بل هي مقيّدة بالنصوص التشريعية التي تستند إليها الحقوق المقرّرة قانونا للمحكوم عليه ، وليس للسلطة القائمة بالتنفيذ توقيع عقوبة أخرى غير تلك المنصوص عليها قانونا ،

---

1 – بنهام رمسيس : (الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا) ، مرجع سابق ، ص : 6-7.

2 – وزير ، عبد العظيم مرسي : (دور القضاء في تنفيذ الإجراءات الجنائية ، دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1978م ، ص220. نقلا عن : عبد البصير : (مبدأ الشرعية الجنائية) مرجع سابق ، ص17.

وتضمّنها الحكم القضائي كمًّا و كيفاً ، وليس لها أيضا أن تجري التنفيذ العقابي بأسلوب غير الذي نص عليه المشرع ، أو أن تقوم به في غير الأماكن المخصصة لذلك ، أو أن تنفذ العقوبة على غير المحكوم عليه ، وإلا اعتُبر ذلك انتهاكاً لمبدأ الشرعية[1].

وإذا كانت قاعدة شرعية الإجراءات الجنائية تقتضي افتراض البراءة الأصلية في المتهم إلى غاية صدور حكم يبقي على هذا الأصل ، أو يسقط عنه قرينة البراءة بإدانته ، فيصبح المساس بحريته أمرا مشروعا بحكم القانون. إلا أن ذلك المساس بالحرية ليس مطلقا ، ويجب أن يتحدّد بنطاقه الطبيعي وفقا للهدف من الجزاء الجنائي ، للحيلولة دون التحكم والمغالاة في العقوبة ، إذ لا يعتبر حرمانا شاملا مطلقا من الحرية ، بقدر ما هو مساس محدود بالهدف من العقاب[2].

الفقرة الثانية : ارتباط شرعية التنفيذ العقابي بسياسة الإصلاح الجنائي

لقد تعددت مناهج السياسة الجنائية الوضعية المختلفة في تحديد نطاق التنفيآذ العقابي. إذ لم يكن هناك اهتمام بحقوق الإنسان في مرحلة التنفيذ بصورة علمية إلا على ضوء الأفكار الحديثة للسياسة الجنائية ، والتي تبلورت بصورة جدّية الاستجابة لتيار الدفاع الاجتماعي ، والذي يرتبط بهدف اجتماعي هو إصلاح المجرم وإعادة تجاوبه مع المجتمع ، إذ أن مهمة الإصلاح والتكيّف الاجتماعي لا يتحققان إلا بتعاون المجرم مع الإدارة العقابية ، وبإرادته في ذلك ، وهو أمر لا يتم إلا إذا تمت معاملته العقابية بطريقة إنسانية ذات نهج إصلاحي ، وبشكلٍ يجعل من المرحلة العقابية ليست مساسا بالحرية الشخصية للمحكوم عليه ، بقدر ماهي إنماء لشخصيته الإنسانية ، وتمكينها من ممارسة حرياتها في إطارٍ سليمٍ[3].

وطالما أن إصلاح المحكوم عليه –وفقا لهذا المنظور– يعتبر حقّا له تجاه الدولة الملزمة أساسا بضمان حسن ممارسة الفرد لحرياته داخل المجتمع ، وبتوفير الوسائل اللازمة لذلك ، والتي يعدّ أهمها أن يتولّى القانون ذاته تحديد أشكال وطرق التنفيذ العقابي ، فإن ذلك يجب أن يتم في إطار احترام حقوق الإنسان وإصلاح المجرمين ، وأن يشرف

---

1 – طاشور ، عبد الحفيظ : (الأحكام القضائية الجزائية في سياسة إعادة التأهيل الاجتماعي في التشريع الجزائري) ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط1 ، سنة2001م ، ص 39.

2 – سرور : (الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان) المرجع سابق ، ص 137 ، وينظر للمؤلف : (الشرعية الإجرائية الجنائية) مرجع سابق ، ص338–339.

3 – سرور : (الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان)المرجع نفسه ، ص137 ، وينظر للمؤلف : (الشرعية الإجرائية الجنائية) المرجع ، نفسه ، ص338–339.

القضاء على إجراءات التنفيذ بوصفه حارس الحريات بحيث يضمن احترام حقوق الإنسان وفي الوقت ذاته يمتدّ لتمكين الفرد من مباشرة حقه في الإصلاح الاجتماعي تجاه الدولة[1].

وتماشيا مع هذا التيار سعت منظمة الأمم المتحدة للعناية بإصدار "القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء" ، والتي أقرّها المجلس الاقتصادي والاجتماعي بقراريه سنة 1957م ، و1977م[2]. وقد أوصت الجمعية العامة للأمم المتحدة الدول بتطبيق هذه القواعد في العديد من قراراتها[3] ، حيث تناولت هذه القواعد شرعية التنفيذ العقابي ، وبيّنت المبادئ التي يجب تطبيقها في هذه المرحلة لاحترام الحد الأدنى من حرية المحكوم عليه داخل السجن ، إذ يتعيّن إدراج هذه المبادئ في القانون وحده باعتباره الأداة الصالحة لتنظيم الحريات ، وبها تجسد الحلقة الثالثة من الشرعية الجنائية ممثلة في شرعية التنفيذ العقابي ، وهو الأمر الذي تؤكده المحكمة الدستورية العليا في مصر التي اعتبرت إمكان تنفيذ الحكم حلقة نهائية في حلقات التقاضي[4].

ويظهر ارتباط قاعدة شرعية التنفيذ العقابي بسياسة الإصلاح الجنائي في التشريع الجزائري أيضا ، ويتمثل فيما نصت عليه المادة الأولى من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين التي تنص : **"يهدف هذا القانون إلى تكريس مبادئ وقواعد لإرساء سياسة عقابية على فكرة الدفاع الاجتماعي التي تجعل من تطبيق العقوبة وسيلة لحماية**

---

1 –سرور : (الشرعية الإجرائية الجنائية) المرجع السابق نفسه ، ص339.

2 – "القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء" ، أوصى باعتمادها مؤتمر الأمم المتحدة الأول لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في جنيف عام 1955 وأقرها المجلس الاقتصادي والاجتماعي بقراريه 663 جيم (د–24) المؤرخ في 31 تموز/ يوليو1957 ، والقرار2076 (د–62) المؤرخ في 13 أيار/ مايو1977.
المصدر : الأمم المتحدة : (حقوق الإنسان–مجموعة صكوك دولية-) نيويورك ، 1993 ، ص337.
ومنشور أيضا بموقع جامعة منيسوتا ، الولايات المتحدة الامريكية ، قسم : مكتبة حقوق الإنسان.

http : //hrlibrary.umn.edu/arab/b034.html

3 –يراجع : القرار الأممي رقم 2858 الصادر في 20 ديسمبر سنة 1971 المتعلق ب : "حقوق الإنسان أثناء إقامة العدالة".

وكذا القرار رقم 3218 الصادر في 6 نوفمبر سنة1974 المتعلق ب : "التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية. المعاملة أو العقوبة اللاإنسانية أو المهينة فيما يتعلق بالاحتجاز والسجن". المصدر : الموقع الإلكتروني لمنظمة الأمم المتحدة ، قسم : قرارات الجمعية العامة :

http : //www.un.org/ar/sections/documents/general-assembly-resolutions/index.html

4 – سرور : (الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان) المرجع السابق نفسه ص339.

المجتمع بواسطة إعادة التربية والإدماج الاجتماعي للمحبوسين"[1].

الفقرة الثالثة : أثر شرعية التنفيذ العقابي على الحرية الشخصية

تترتب على قاعدة شرعية التنفيذ العقابي عدّة آثار إيجابية على الحرية الشخصية هي :

أولا– ضرورة تحديد أساليب التنفيذ وضماناته وأهدافه بمصدر واحد هو القانون :

تشترك الحلقات الثلاثة المكوّنة لمبدأ الشرعية الجنائية سواء في باب التجريم والعقاب ، أو الإجراءات الجنائية ، أو التنفيذ العقابي في اشتراط مصدر واحد معيّن للقواعد المنظمة لسلطات الدولة في النظام الجنائي ، وهو القانون. وذلك لأن القانون باعتباره المعبر عن الإرادة العامة للشعب يسمح بالمساس بالحرية ، كما يفترض فيه أيضا ألا يتعدى الحدود التي كفلها الدستور ، ولا يترتب عليه المساس بجوهر الحرية الشخصية ، بصورة تتجاوز الهدف من التجريم والعقاب ، أو الإجراءات الجزائية أوالتنفيذ العقابي حسب الأحوال[2].

ولقد نصت المادة 8 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري على أن : "تنفّذ الأحكام الجزائية يكون وفقا لأحكام هذا القانون". ومفادها أن هذا الأخير–أي القانون– هو فقط المصدر الذي يُرجع إليه في تنفيذ الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية.

ثانيا– خضوع التنفيذ العقابي لإشراف القضاء :

لما كانت الإجراءات المنظمة للخصومة الجزائية ، وللتنفيذ العقابي تمس الحرية الشخصية ، وباعتبار القضاء هو الحارس الطبيعي للحريات ، فإنه من اللازم لتوافر شرعية قواعد الخصومة الجزائية ، وشرعية التنفيذ العقابي أن يخضعا سوية لإشراف جهاز القضاء. ويكمن دور الإشراف القضائي في التحقّق من أن المساس بالحرية في هذين النوعين من الإجراءات لم يتجاوز الهدف الذي استهدفه القانون من تنظيمها على

---

1 – قانون رقم 05–04 مؤرخ في 27 ذي الحجة 1425هـ الموافق لـ 6 فبراير سنة 2005 ، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين. المصدر : وزارة العدل الجزائرية : (قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين) ط1 ، سنة 2005 ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، ص4.

2–سرور : (الشرعية الإجرائية الجنائية) مرجع سابق ، ص339–340.كذلك : عبد البصير، عصام عفيفي : (مبدأ الشرعية الجنائية) مرجع سابق ، ص18.

نحو معيّن[1].

إذن؛ فلابد أن يخضع تنفيذ العقوبة لإشراف قاضي تنفيذ العقوبات ، كما أن شرعية التنفيذ تتسم بذات أهمية شرعية الجرائم والعقوبات والشرعية الإجرائية ، وتقوم على مبرّراتها ، لكونها تعبّر عن التوازن بين حقوق المحكوم عليه وحقوق المجتمع في مكافحة الجريمة وتحقيق الأمن والاستقرار العام[2].

ولقد وجد هذا الرأي المنادي بفكرة منح الاختصاص لجهاز القضاء في الإشراف على تنفيذ العقوبة استنادا إلى مبدأ الشرعية صدىً في المحافل الدولية ، مثل المؤتمر الدولي الرابع لقانون العقوبات الذي انعقد بباريس سنة 1937م ، وكان من بين قراراته التوصية الآتية : "**أن مبدأ الشرعية وضمانات الحرية الفردية تتطلب تدخل السلطات القضائية في تنفيذ العقوبات والتدابير الاحترازية**"[3] .

خلاصة الفصل الأول للباب الثاني

ما يمكن استخلاصه من خلال ما تم عرضه في هذا الفصل يتجلى في الارتباط الوثيق بين الحرية الشخصية وحمايتها جنائيا ، وبصفة خاصة في ظل ما يمثله مبدأ الشرعية الجنائي من دعامة هامة للحقوق والحريات في القوانين الجنائية.

فالحرية الشخصية بحاجة ملحّة للحماية في ظل النظام القانوني ، وهي تعني حماية حرية الفرد في مواجهة السلطة العامة في الدولة عن طريق تقييد نشاط تلك السلطة وتحديد مجالات تدخلها ، على اعتبار أن ممارسة الحرية وفق حدودها المقررة لها ، تلقي على السلطة واجب احترامها.

وتتأكد بشدّة حماية الحرية الشخصية للفرد في مواجهة القوانين الجنائية ، وذلك بواسطة ما يكفله القانون الجنائي بشقيه قانون العقوبات ، وقانون الإجراءات الجزائية من قواعد وإجراءات لحماية مختلف حقوق الإنسان، وعن طريق ما يقرره من عقوبات في حالة وقوع ثمة اعتداء عليها، أو انتهاك لها.

وإذا كانت الحماية الجنائية تسعى للموازنة بين الحرية الشخصية والمصالح العامة للمجتمع المحمية جنائيّا ، فإن طرق حماية الحرية الشخصية تتعدد بين تجريم الأفعال

---

1 – سرور : (الشرعية الإجرائية الجنائية) المرجع السابق نفسه ، ص340.

2 – عبد البصير، عصام عفيفي حسيني : (مبدأ الشرعية الجنائية) المرجع السابق نفسه ، ص18.

3 –مرقس ، سعد : (الرقابة القضائية على التنفيذ العقابي) رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1972 ، ص113. نقلا عن : كشاكش : (الحريات العامة) مرجع سابق ، ص473.

الماسة بالحرية ذاتها ، والتي لا تستند لأي أساس قانوني ، خاصة تلك التي تصدر من السلطة التنفيذية دون مسوغ قانوني ، ولا مرور على الهيئات القضائية. وتتحقق الحماية الجنائية أيضا بمحاولة إيجاد توازن بين ممارسة الحرية الشخصية وبين المصلحة العامة في التشريع الجنائي. وتكون الحماية كذلك بتقرير الضمانات التي تكفل حرية الفرد تجاه أي إجراء جنائي تتخذه السلطة العامة في الدولة لاقتضاء حقها في العقاب تحقيقا للمصلحة العامة.

وتمثل السياسة الجنائية جوهر الحماية الجنائية ، والتقييم الإيجابي للقواعد الجنائية الوضعية ، حيث تدرس التشريع القائم دراسة نقدية لبيان مدى التطابق بينه وبين وظيفته الاجتماعية ممثلة في حماية المصالح الأساسية ، واقتراح أوجه الإصلاح التي يراها كفيلة بتحقيق ذلك.

وتعتبر سياسة التشريع الجنائي الإسلامي أكثر وضوحا واستقرارا بالمقارنة مع سياسة التشريعات الجنائية الوضعية التي تختلف من دولة لأخرى. وهي أول من أسهم في توفير الحماية للحرية الشخصية ، وهذا لما تتسم به من مصدرها الإلهي في إقرار الجرائم والعقوبات المحددة والمحصورة سلفا كالحدود والقصاص ، وفي قواعدها الموضوعية والإجرائية الثابتة والمتكاملة تجاه التجريم والعقاب دون وجه مشروع بالنسبة للتعازير ، مما يوفر حماية للحرية الشخصية في النظام الجنائي الإسلامي.

وقد تنوعت الحماية الجنائية للحرية الشخصية بين موضوعية وإجرائية؛ فالأولى تسعى لتوفير تلك الحماية في مواجهة سلطة التجريم والعقاب باتخاذ التشريع الجنائي لسياسة جنائية تراعي الضمانات والمبادئ الدستورية لحقوق الإنسان ، والحفاظ على الحرية بإيجاد التوافق والتوازن بينها وبين المصلحة العامة من جهة ، وتجريم ومعاقبة الاعتداء على الحرية دون سند قانوني من جهة ثانية.

أما الحماية الجنائية الإجرائية فتضع ضوابط وحدود فاصلة بين حق الحرية الشخصية ، وبين تنظيم الحرية والقيود المفروضة من طرف السلطة العامة على ممارستها ، وهي تظهر أثناء التحقيق والكشف عن الجريمة المتهم بها بتدابيرها الأمنية في الحالات العادية أو الاستثنائية ، وكذلك بعد صدور الحكم بالإدانة على الشخص ضمن إجراءات التنفيذ العقابي. ولهذا يتعين إحاطة الحرية والأمن الشخصي بعدة معايير دستورية تمثل ضمانات ينص عليها الدستور ، ويتعين على المشرع الجنائي أن يلتزم بها في سنّه للقوانين الإجرائية ، وأن تحترمها السلطة التنفيذية ، وتقوم السلطة القضائية بحراستها وحمايتها.

فمن دواعي حماية الحرية الحرية الشخصية وكافة حقوق الإنسان في مواجهة القوانين الجنائية ، خطورة هذه القوانين على الحرية بحكم طبيعتها ، وهو ما يقتضي أن تركّز هذه القوانين على ضرورة إيجاد الوسائل الفنية والإجرائية التي تكفل التزام السلطة بعدم الاعتداء على حقوق الإنسان بحجة حماية أمن المجتمع ، وأن تسعى لتحقيق التوازن بين ممارسة الحرية و بين تنظيمها. الأمر الذي يجعل من التنظيم القانوني والتشريعي وخصوصا في المجال الجنائي ضمن دائرة التجريم والعقاب وكذا مباشرة إجراءات المتابعة الجزائية والتنفيذ العقابي ، يشكل الحد الفاصل في بيان معالم التمتع بالحرية الشخصية وممارستها من خلال القيود التي ترسم لها ، وبيان ما يجوز ومالا يجوز فعله من السلوك الاجتماعي.

كما تتأثر الحرية الشخصية بطبيعة الأنظمة السياسية القائمة في الدول؛ ففي حين تؤثر الأنظمة البوليسية بشكل سلبي على حقوق الأفراد وحرياتهم ، وذلك من خلال قمعها لهم مسخرة بذلك القوانين الجنائية العقابية منها والإجرائية لتصبح أداة لتحكم السلطة ، وليس أداة ضمان للأمن والمصلحة العامة ، ولا لتحقيق محاكمة منصفة يتم فيها ضمان الحقوق والحريات ، فتنحرف السلطة بتلك القوانين عن طبيعتها الأصلية كمنظم للحرية الشخصية. ويختلف وضع الحرية الشخصية في الدولة القانونية ، إذ تحكمه سيادة القانون الذي يعمل دوما على حماية الحريات العامة ويحدّ من تعسف السلطات العامة في المساس بهذه الحريات ، عن طريق فرض آليات احترام المشرع الجنائي للمبادئ الدستورية التي تشكل ضمانات للحرية.

ويعد مبدأ الشرعية أهم دعامة دستورية لحماية الحرية الشخصية وغيره من الحقوق الأساسية للإنسان، ويتجلى ذلك أكثر في مدلوله الجوهري الذي يرتكز على أن كل سلطة في الدولة هي نتاج القانون وتعمل وفقا للقانون. كما يفترض أن القانون نفسه يعتمد على مبدأ سام هو احترام حقوق الإنسان. ويعبّر مبدأ الشرعية عن القواعد والنظم والإجراءات الأساسية لحماية الفرد في مواجهة السلطة ، ولتمكينه من التمتع بكرامته الإنسانية. وتجسد الشرعية الجنائية مبدأ الشرعية الدستوري في المجال الجنائي ، وهي تعني : "**حصر مصادر التجريم والعقاب وإجراءات المتابعة الجزائية والتنفيذ العقابي في نصوص قانونية محددة تتوافق مع الحقوق والحريات ، وتكفل الممارسة الطبيعية لها**". وأبرز ما يميّز مبدأ الشرعية الجنائية في كونه معيار التفرقة وتمييز دولة القانون والمؤسسات ، عن الدولة البوليسية أو الديكتاتورية.

إن النظام التشريعي الإسلامي أول مصدر قام بتكريس مبدأ الشرعية الجنائية ،

وذلك في عصر كانت الأنظمة الوضعية في أوروبا تنام في ظل استبداد القرون الوسطى وما تحمله قوانينها الجنائية من قسوة ووحشية وعدم مساواة. ويجد مبدأ الشرعية الجنائية أساسه في الشريعة الإسلامية سواء في نصوصها الأصلية من كتاب وسنة ، أو قواعدها العامة المستنبطة منها التي يخضع لها كل من الحاكم والمحكوم على حدّ السواء.

ويرجع الفضل في إقرار مبدأ الشرعية الجنائية في المواثيق الدولية المعاصرة لحقوق الإنسان والتشريعات الوطنية من دساتير وقوانين جنائية إلى الثورة الفرنسية التي قضت على الظلم والاستبداد والتعسف ، وجعلت من قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات أحد مبادئها الرئيسية التي أعلنتها للعالم في وثيقة حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي.

ونظرا لأهمية المبدأ لم يقصر النص عليه في القوانين الجنائية؛ وإنما أخذ يتوّج المبادئ الأساسية التي يتضمنها الدستور في كل دولة. كما تم تكريس مبدأ الشرعية الجنائية في كل من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948م ، والعهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية لسنة 1966م ، حين تم ربطه بشكل وثيق مع الحرية الشخصية ، لما يتعرض له هذا الحق من انتهاك في ظل غياب الشرعية الجنائية ، وأنّ مبدأ الشرعية يعدّ السدّ المنيع والضمانة الأكيدة للحرية الشخصية في مواجهة الاعتقال والتوقيف التعسفي. الأمر الذي يرتب المسؤولية على الدول المنظمّة إلى هذه الاتفاقيات ، بأن تحرص على الالتزام باحترام مبدأ الشرعية وسيادة القانون في تشريعاتها الجنائية خصوصا ، والقضاء على كل ما من شأنه المساس بحريات الأفراد خارج الأطر القانونية ، وبضرورة أن يمرّ احتجاز الأفراد عبر الهيئات القضائية للنظر في مدى شرعيته من عدمها.

ويجد مبدأ الشرعية الجنائية مصدره أيضا في دساتير الدول العربية وتشريعاتها الجنائية. كما تم إقراره والتأكيد عليه الدساتير الجزائرية وتعديلاتها المتعاقبة.

ويبنى مبدأ الشرعية الجنائية على أساس فلسفي قوامه الجانب الأخلاقي الذي يقتضي وجوده كمبرر لتحميل المسؤولية وتوقيع الجزاء ، وعلى قواعد العدالة والمساواة أيضا. فحتى تترتب المسؤولية الجنائية للأفراد لابد من الوجود المسبق للقاعدة القانونية التي تمنع الفعل وتعاقب عليه ، إذ يعلم بها ويتساوى أمامها جميع الأفراد في المجتمع. كما يتحقق معنى العدالة حينما لا يكون للقانون الجنائي أثر إلا بالنسبة للمستقبل.

كما تجد الشرعية الجنائية أساسها القانوني في الشرعية الدستورية بما تحمله في جانبها الموضوعي من مبادئ دستورية سامية التي تحمي حقوق الإنسان وحرياته ، كمبدأ سيادة القانون ، والفصل بين السلطات ، واللذان يضفيان على الشرعية الجنائية

قيمة دستورية. ويجمع الفقه والقضاء على أن إقرار مبدأ الشرعية بما يعنيه من خضوع الدولة للقانون يعتبر ضمانة كبيرة وأكيدة للأفراد في مواجهة السلطات العامة ، ووقوفا في وجهها للحِيال دون مخالفتها للقانون. ولهذا فإن للشرعية الجنائية قيمة أعلى من الدستور نفسه ، ما دامت نابعة من القواعد العليا التي يلتزم بها المشرع في زمننا المعاصر.

وتعتبر الشرعية الدستورية في جانبها الشكلي والهرمي سدًّا منيعا تجاه انحراف التشريع الجنائي عن احترام وحماية الحقوق والحريات المقررة دستوريّا في نصوص التجريم والعقاب ، وكذا الإجراءات الجنائية. وهنا تقف الرقابة على دستورية القوانين الجنائية كآلية هامة لتقويم الشرعية الجنائية وفقا للأسس والمبادئ القانونية الدستورية التي تعترف بالحرية الشخصية وتوفر لها الحماية ، خاصة وأن التشريع الجنائي قد ينحرف عنها. وهو الشأن الذي يتصدى له المجلس الدستوري كجهاز رقابي في الجزائر ، والذي تطور مؤخرا باعتماده لنظام الدفع بعدم الدستورية في الإصلاحات الدستورية لسنة 2016م. غير أنها مازالت تحتاج للتطوير أكثر بتوسيع صلاحيات هذه الهيئة في الرقابة الآلية والسابقة على دستورية القوانين الجنائية واللوائح التنظيمية التي قد تشكل مساسا بحق الحرية الشخصية.

أما العناصر الجوهرية المكوّنة لمبدأ الشرعية الجنائية ، فهي تتكامل ضمن ثلاث حلقات هي : شرعية الجرائم والعقوبات ، وقوامها قاعدة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون". وهي تجسد الحماية الجنائية الموضوعية للحرية الشخصية. أما حلقة شرعية الإجراءات الجنائية ، هي إحدى صور الشرعية الجنائية الإجرائية التي تشكّل القيود التي يلتزم بها المشرع الجزائي الإجرائي لكفالة احترام الحرية الشخصية في مواجهة السلطة ، وهذا عن طريق تحديد الإجراءات الجنائية بالقانون ، وتحت إشراف جهاز القضاء الذي يكفل الضمانات للحرية الشخصية ، وافتراض البراءة الأصلية في المتهم. وأخيرا حلقة شرعية التنفيذ العقابي ، وهي تعني أن يجري التنفيذ العقابي وفقا للكيفية التي يحدّدها القانون ، وغايته في ذلك تقويم المحكوم عليه من جهة ، وضمان حقوقه من جهة ثانية ، وكل ذلك تحت رقابة وإشراف القضاء.

الفصل الثاني :

ضمانات حماية الشرعية الجنائية للحرية الشخصية

في النظام الجنائي الإسلامي والوضعي

وفيه مبحثان:

المبحث الأول : ضمانات حماية الشرعية الجنائية الموضوعية للحرية الشخصية في مواجهة سلطة التجريم والعقاب

المبحث الثاني : ضمانات حماية الشرعية الجنائية الإجرائية للحرية الشخصية في مواجهة سلطة الاتهام والتنفيذ العقابي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

توطئة :

لدراسة أهم مظاهر حماية الحرية الشخصية من خلال مبدأ الشرعية الجنائية. أصبح لزاما علينا أن نعرض للضمانات والآليات الجنائية لحماية الحرية الشخصية في المجال الجنائي. والتي تعتبر مظاهر لهذه الحماية وضمانات لحق الحرية الشخصية.

ويقصد **بالضمانات** في هذا الصدد تلك الوسائل و الأساليب المختلفة التي يمكن بها حماية الحرية الشخصية من أن يعتدى عليها. و تختلف هذه الوسائل و الآليات باختلاف الأسس الفكرية لأنظمة الحكم[1]. وهذا هو الميزان الذي تترجح فيه كفة الدولة القانونية عن غيرها من الأنظمة الاستبدادية التي لا تمثل فيها الحريات إلا شعارات لحقوق هي في حقيقة الأمر منتهكة و مهانة!.

ولهذا قيل - وبحق- أنّ جوهر حق الحرية والأمن الشخصي يتمثل في الضمانات القانونية المقررة ضدّ التوقيف والحبس التعسفي ، ولا يعدُّ ذلك إفلاتا من العقوبة بقدر ما هو حماية قانونية للأفراد تجاه التعسف[2].

و يبدو تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين؛ يتناول (**المبحث الأول**) منها ضوابط الشرعية الجنائية الموضوعية في تكريس وحماية الحرية الشخصية في حالتي التجريم والعقاب ، مع تبيان الكيفية التي تنعكس بها المبادئ الدستورية كمبدأ الشرعية ومبدأ الفصل بين السلطات على الشرعية النصوص الجنائية ، بتكريس الشرعية الجنائية وما ينتج عنها من قواعد جنائية كعدم رجعية القوانين ، و مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية والعقوبة. والتي تعدّ ضوابطًا للنص الجنائي في هذا المجال.

أما (**المبحث الثاني**) فيعالج ضمانات حماية الشرعية الجنائية الإجرائية للحرية الشخصية ، كقاعدة البراءة الأصلية للمتهم وأن الشّك يفسر لصالحه... ، فإذا كانت هذه المبادئ الإجرائية تراعى عادة من طرف المشرع الإجرائي في الظروف العادية سواء حالة الاتهام ، وأثناء قيام الدعوى العمومية للكشف عن الجريمة ، وكذا عبر كافة مراحل الخصومة الجزائية الأخرى ، بدءا بمرحلة الاستدلال والتحقيق ثم المحاكمة ، وصولا إلى التنفيذ العقابي ، وهو الأمر الذي تركز عليه معظم الدراسات في هذا المجال. إلا أن هذه الدراسة ستتركّز أكثر على أمر هام جدا يتمثل في بيان آليات تحقيق حماية

1- الطعيمات ، هاني سليمان : (حقوق الإنسان وحرياته الأساسية) مرجع سابق ، ص : 331

2- شنطاوي ، علي خطار. بحث : (حق الأمن الشخصي في التشريع الأردني) مجلة دراسات – علوم الشريعة والقانون – تصدر عن عمادة البحث العلمي ، الجامعة الأردنية ، عمّان. العدد 1 ، المجلد : 24 ، تموز 1997. ص54.

الشرعية الجنائية الإجرائية للحرية الشخصية في مواجهة قوانين الحالات الطارئة في الظروف الاستثنائية ، حين يصبح الشخص أكثر عرضة لإجراءات خطيرة كالاعتقال وانتهاك حقوقه الأساسية تحت داعي الحفاظ على الأمن والسكينة العامة ومواجهة أسباب الظروف الاستثنائية التي قد تمرّ بها الدولة سواء كانت أسبابا خارجية أو داخلية سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية.

وهنا تظهر أهمية حماية الكرامة الإنسانية للفرد وأمنه وحاجته لضمانات قوية. فعندها تكون حرية الشخص في خطر ، وتستلزم تواجد ضمانات كافية وكفيلة بتحقيق التوازن بين مصلحة المجتمع في الحفاظ على الأمن العام من جهة ، وبين حماية حرمة الشخص وإنسانيته تجاه سلطان القوانين العرفية الطارئة ، التي توسع من صلاحيات السلطة التنفيذية في الدولة على حساب تقييد الحرية الشخصية للأفراد من جهة أخرى ، الشيء الذي يلزم وجود سياسة جنائية مُحكَمة في قوانين الطوارئ توافق بين هذا و ذاك إبان تلك الظروف الاستثنائية ، وإلا أصبحت مصدرا لانتهاك جوهر الحرية الشخصية للفرد.

المبحث الأول :

ضمانات حماية الشرعية الجنائية الموضوعية للحرية الشخصية في مواجهة سلطة التجريم والعقاب

إذا كان الاعتراف بحماية الحرية الشخصية وكافة الحقوق والحريات العامة في النظامين الجنائي الإسلامي والوضعي يعد إنجازا للإنسانية ، غير أن ذلك لا يعتبر كافيا إذا لم تتم إحاطة هذه الحماية الشرعية والقانونية بضوابط صارمة ودقيقة في ظل القوانين الجنائية.

وتجسد القواعد التي تحكم سياسة التجريم والعقاب ضمن الشرعية الجنائية الموضوعية أحد الضمانات الأكيدة لحماية الحرية الشخصية في المجال الجنائي ، وهذا بالنسبة لضوابط شرعية الجرائم والعقوبات المقدّرة أو التعزيرية في النظام الجنائي الإسلامي (**المطلب الأول**) ، وكذلك الأمر بالنسبة للضوابط المقررة لمواجهة سلطتي التجريم والعقاب في الأنظمة التشريعية الوضعية، وهذا ما ستعقد بشأنه المقارنة بين النظامين لبيان أوجه التشابه والاختلاف بينهما(**المطلب الثاني**).

كما أن من أهم القواعد التي تستفاد من شرعية الجرائم والعقوبات ، وتعتبر نتيجة منطقية لها ، وهي قاعدة عدم رجعية القوانين الجنائية إلى الماضي ، ولها أيضا معاييرها في ضمان وحماية الحرية الشخصية(**المطلب الثالث**). وكذلك قاعدة شخصية المسؤولية الجنائية والعقوبة وتطبيقاتها(**المطلب الرابع**).

المطلب الأول :

ضوابط الشرعية الجنائية الموضوعية كضمان للحرية الشخصية في النظام الجنائي الإسلامي

لقد راعى التشريع الإسلامي في ترتيبه للحقوق والمصالح الفردية والاجتماعية بين مصالح وكليات ضرورية هي الأجدر بالحماية في نظامه الجنائي ، كونها عماد الوجود الإنساني ، ولا يمكن دونها أن تقوم للفرد والمجتمع قائمة. وبين مصالح أخرى أقل درجة منها قد تحتاج أيضا لذلك النوع من الحماية. وإذا جئنا لحرية الفرد وأمنه ، فإنه يمكن اعتبارها من ضمن المصالح الضرورية والهامة التي جاءت مقاصد التشريع تحث عليها وتحميها وتنص على مراعاتها ، بأن وضعت ضوابط صارمة في تشريع الجرائم والعقوبات (**الفرع الأوّل**).

ولقد انعكس اعتبار حرية الفرد وحرمته في شرعية التجريم والعقاب على القواعد الواضحة والمتميزة للنظام الجنائي الإسلامي ، حيث نجد آثارها في التقسيم الفريد الذي نحت به الشريعة الإسلامية في تحديد الجرائم والعقوبات ، وضبطها بما يجسد مبدأ الشرعية ويطبّقه بفعالية. فقد أوردت عدة جرائم ، وفرضت لها عقوبات محدّدة تتنوع بتنوع الجرائم وخطورتها إلى جرائم الحدود وجرائم القصاص والديّة(**الفرع الثاني**). وهناك جرائم التعازير ، والتي تركت لولي الأمر ليجتهد في وضعها وفقا للضوابط التي تحفّها ، والّتي تعدّ ضمانات وقائية من سوء استعمالها(**الفرع الثالث**).

الفرع الأول : الاعتبار المقاصدي للحرية الشخصية كضابط لشرعية التجريم والعقاب في النظام الجنائي الإسلامي

لما كان أساس العقوبة هو مخالفة الأوامر الشرعية الثابتة ، فلا يُتصوّر أن تكون هناك مخالفةٌ إلا بوجود نصوص آمرة أو مانعة بما يسميه الفقهاء المسلمون وجود الأمر والنهي الذي بصدده يعتبر الفرد مجرما ، أو ورد في النص ما يدل على ذلك[1].

فالشريعة الإسلامية توجب لاعتبار الفعل جريمة كونه منصوص على تحريمه ، ومعاقب على إتيانه؛ أي أنه يتوافر فيه الركن الشرعي للجريمة وقت اقتراف الفعل المعاقب عليه والنص الذي حرّمه نافذ المفعول ، وساريا على المكان وعلى الشخص الذي اقترفه. وإلا فإن العقاب ينتفي[2].

إلا أن الشريعة الإسلامية لم تجعل من التجريم والعقاب مطلقا ، بل قيدته بضوابط وجعلت منه يتوافق مع مصالح الناس ويحقق أمنهم الخاص و العام. ولقد حرص التشريع الإسلامي على حفظ عدة أمور يعتبر الاعتداء عليها أساسا للتجريم و العقاب. وهذه الأمور هي الكليات الخمسة : حفظ الدين ، وحفظ النفس ، وحفظ العقل ، وحفظ العرض ، وحفظ المال.

يقول حجة الإسلام أبو حامد الغزالي في الاعتبارات المؤسّسة للتجريم والعقاب في الإسلام : " **إن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق ، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم. لكنّا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع من الخلق خمسة ، وهو أن يحفظ عليهم دينهم ، وأنفسهم ، وعقلهم ، ونسلهم ، ومالهم. فكل ما يتضمن حفظ هذه**

1- أبو زهرة ، محمد : (الجريمة في الفقه الإسلامي) ، دار الفكر العربي ، القاهرة.دط.دت.ص : 171.

2- عودة ، عبد القادر : (التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي) ، مؤسسة الرسالة ، بيروت.ط 5 ، 1984م.ج 1 ، ص 112.

الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكلّما يفوّت هذه الأصول الخمسة فهو مفسدة ودفعها مصلحة...وهذه الأصول الخمسة حفظها واقع في رتبة الضرورات فهي أقوى المراتب في المصالح...وتحريم تفويت هذه الأمور الخمسة والزجر عنها يستحيل ألاّ تشمل عليه ملّة من الملل ، وشريعة من الشرائع التي أريد منها إصلاح الخلق..."[1]. فهذه الأمور هي ضرورات إنسانية والمحافظة عليها تعد من البديهيات العقلية التي لا تختلف فيها الأديان ، وهي أمر مقرر وثابت قطعا[2].

لذا فهذه المصالح المعتبرة شرعا تجب حمايتها خاصة وأنّ الحرية والأمان الشخصي لهما علاقة وثيقة بها. فتجريم الاعتداء على حق الحرية الشخصية يدخل في نطاق الحفاظ على هذه الكليات الخمسة. لذا يتوجب على الحاكم أن يحرص في علاقته بالأفراد على عدم المساس بكرامة الناس؛ لأن في ذلك مساس بهذه الضروريات. وعليه أيضا أن يوقّع العقاب على كل اعتداء يمس بأمن الأفراد وحريتهم دون وجه حقٍّ.

ولقد أكّد هذا المعنى الشيخ الطاهر بن عاشور في كتابه مقاصد الشريعة الإسلامية بقوله:" **واعلم أن الاعتداء على الحرية نوع من أكبر أنواع الظلم ، ولذلك لزم أن يكون تمحيصُ مِقدار ما يُخوَّلُ للمرء من الحرية في نظر الشارع موكولاً إلى ولاة الأمور المنصوبين لفصل القضاء بين الناس. فلذلك كان انتصافُ المعتدَى عليه لنفسه بنفسه ظلمًا يستحقُّ التعزير ...، ومن أجل ذلك كان السجن موكولاً للحكام، وليس لغيرهم السجن لما فيه من التسلط على الحرية ، وكذلك التغريب[أي: عقوبة النفي]...وقد حاطت الشريعةُ في كثيرٍ من تصاريفها حرّية العمل بحائطِ سدِّ ذرائعِ خَرْمِ تلك الحرية...**" [3].

و مصدر تجريم الاعتداء على الضروريات في الشريعة الإسلامية هو الشرع بنصوصه ، التي تعتبر أساسا في تحقيق الحرية والأمن للفرد حتى ولو تسبب في جريمة. فوضعت ضوابط تقيّد مبدئي التجريم والعقاب ، وهي تعدّ من مميزات السياسة الجنائية في التشريع الجنائي الإسلامي التي يرتسم بها التوازن المطلوب بين المصالح العامة والخاصة. وقد وضع التشريع الإسلامي حاجزا لسلطان القاضي فقيدّه بالنصوص حيث لا تكون هناك فرصة لإيقاع عقوبة على فعل لم ينصّ على تجريمه[4].

1-ينظر : الغزالي ، أبوحامد (المستصفى من علم الأصول) ، مطبعة بولاق الأميرية ، القاهرة.ط1. 1366هـ.ج1 ، ص286-288 .

2- أبو زهرة : (الجريمة في الفقه الإسلامي) ، المرجع السابق نفسه ، ج 1 ، ص : 37-38.

3- ابن عاشور ، محمد الطاهر : (مقاصد الشريعة الإسلامية)طبعة : دار النفائس، الأردن، ط2، 2001. 399-400

4- الصالح : (حق الأمن الفردي في الإسلام) المرجع السابق نفسه ، ص : 43.

وكذا الأمر حال التعدي أكثر من اللازم بتقييد الحريات على أفعال لا تشكل خطرا حقيقيا على المصلحة العامة. فإطلاق العنان للسلطة التقديرية للقاضي في اعتبار الفعل مجرما من عدمه ، يمكن أن يؤدي إلى المساس بالمتهم بصفة أكثر مما هو محدد في النصوص الشرعية .وتفاديا للزلل والخطأ في التنفيذ لزم أن تكون هناك قواعد واضحة المعالم ، وحتى يكون كل فرد في المجتمع عالما بحدوده التي لا يحق له تجاوزها ، وصفة الأفعال المحرمة الواجب البعد عن اقترافها ، الشيء الذي جعل النظام الجنائي الإسلامي ذو معالم وقواعد واضحة ومتميزة[1].

ونجد آثار تلك المعالم في التقسيم الفريد الذي نحت به الشريعة الإسلامية في تحديد الجرائم والعقوبات ، وضبطها بما يجسد مبدأ الشرعية ويطبّقه بفعالية.

إلا أن ما كان يصدر من انتهاك لمبدأ الشرعية وما يحكمه من ضوابط توفر حماية لحرمة الأفراد ، من طرف حكّام ما بعد الخلافة الراشدة ، وما تلاها من عهود الاستبداد إلى يوم الناس هذا ، ليس له أيّة علاقة بالنظام التشريعي الإسلامي ، ولا بمقاصده من تشريع الجرائم والعقوبات ، حين أصبحت حياة الفرد تافهة بقدر كلمة يصدرها وال أو حاكم تُسعِد الإنسان أو تشقيه[2]. فلا يتصل أي شيء من ذلك بالشريعة الغرّاء والتكريم الإلهي للإنسان وحرمة شخصه. إذْ لم يسلم البطش والاعتقال التعسفي حتى أعلام الأمة و علمائها.

الفرع الثاني : ضمانات حماية الشرعية الجنائية للحرية الشخصية في العقوبات والجرائم المقدّرة شرعا.

الفقرة الأولى: مدلول شرعية التجريم والعقاب في الحدود.

لقد طبقت الشريعة الإسلامية قاعدة ألا جريمة ولا عقوبة بلا نص تطبيقا صارما ودقيقا في جرائم الحدود. والحدود : **هي الجرائم المعاقب عليها بحدٍّ ، والحد هو العقوبة المقدّرة حقا لله تعالى**[3]. والعقوبة تعتبر حقا لله تعالى متى استوجب الأمر حماية المصلحة العامة ، وذلك إما بدفع مضرّة وفساد أو بجلب مصلحة وتحقيق السلامة والأمن لهم.

---

1 – حوى ، السعيد : (الإسلام) ، مرجع سابق.ص : 554.

2– بهنسي : (الجريمة في الفقه الاسلامي) ، المرجع السابق نفسه ، ص 37.

3 – ابن النجيم : (البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية للنسفي) ، مصدر سابق.ج 5 ، ص3. و الماوردي ، أبو الحسن : (الأحكام السلطانية والولايات الدينية) تعليق : خالد عبد اللطيف السّبع العلمي.دار الكتاب العربي ، بيروت. ط1 ، 1990م. ص 192– 195.

كما يؤدي ذلك إلى عدم إسقاط العقوبة بإسقاط الأفراد أو الجماعة لها. وهذا ما يلاحظ في جرائم الحدود[1].

فالحدود عبارة عن موانع قبل الفعل و زواجر بعده. فالعلم بتشريعها يمنع الإقدام على الفعل المحرم ، وإيقاع عقوبة الحد بعد اقترافه يمنع من العودة إليه ، فهي من حقوق الله تعالى لأنها شرعت لأجل تلبية المصالح العائدة إلى كافة الناس. ولهذا كان حكمها مبني أساسا على الانزجار عمّا يضرّ بالعباد وصيانة دار الإسلام عن الفساد[2].

ولقد أحصى القرآن الكريم والسنة النبوية العقوبات في جرائم الحدود و القصاص والدّيات إحصاءً حصريًّا ، فباستقراء النصوص الشّرعية يتضح اتفاقهما في النّهي على هذا النوع من الجرائم. ولا يسع القاضي أن يخالف النص في تنفيذها. وتقتصر مهمته فقط في أن يوقع العقوبة المقررة إذا ثبت لديه إدانة المتهم ، فلا يمكنه أن يزيد أو يُنقِص في العقوبة[3]. كما لا يحقّ للسلطة التنفيذية أن تعفو عن عقوبات الحدود والقصاص إذا وجبت. وفي هذا إشارة إلى كونها محدّدة النوع والمقدار شرعا ، ولأنها بلغت خطورة تهزّ الأمن العام للمجتمع واستقرار كيانه.

وجرائم الحدود سبعة عند الرأي السائد في الفقه الإسلامي هي : الزنا ، القذف ، السرقة ، الحرابة أو قطع الطريق ، شرب الخمر ، الردة ، والبغي. ففي تجريم الزنا مثلا يقول الله تعالى : ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ [الإسراء : 32]. و في عقابه يقول تعالى : ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور : 2]. وفي حدّ الحرابة يقول الله تعالى : ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَافٍ أَوْ يُنفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَٰلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [المائدة : 33].

غير أن هناك رأي يخرج جرائم البغي وشرب الخمر والردّة من كونها حدودا ، ويدخلها ضمن الجرائم التعزيرية ، وهو الرأي الذي اعتمدته بعض القوانين الجنائية في الدول الإسلامية[4].

---

1 – عودة : (التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي) ، مرجع سابق ج1 ، ص 79.

2– ابن النجيم ، (البحر الرائق) ، المصدر السابق نفسه ، ج5 ، ص : 4.

3– عودة ، المرجع نفسه ، ج1 ، ص : 118ومابعدها. وينظر : أبو زهرة ، (الجريمة في الفقه الإسلامي) ، مرجع سابق ، ص : 178وما بعدها. وينظر كتابه : (العقوبة في الفقه الإسلامي) ، دار الفكر العربي ، القاهرة.دط.دت.ص : 95. وكذلك النبراوي ، نبيل عبد الصبور : (سقوط الحق في العقاب بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي) –رسالة دكتوراه–.دار الفكر العربي.القاهرة.دط.1996.ص601

4 – هذا الرأي رجحه كل من الدكتور العوا ، محمد سليم : (في أصول النظام الجنائي الإسلامي) مرجع سابق ، ص175– 182. والدكتور عامر ، عبد العزيز : (التعزير في الشريعة الإسلامية) دار الفكر

وعليه فإن جرائم الحدود قد وردت مقدَّرة مسبقا في النصوص الشرعية ، وعقوباتها هي أقصى حدّ في العقاب ضمن التشريع الجنائي الإسلامي[1]. وليس فيها جريمة إلا بتشريع يحرمها ، ولا عقوبة إلا بنص يحددها لأنها عقوبات مقدرة كمًّا ونوعًا حقا لله تعالى أو الحق العام ، ولا يجوز المساس بها على أيّة حال[2].

وفي الحقيقة جاءت السياسة العقابية في جرائم الحدود والقصاص محدَّدة العدد ، ولا تحتاج إلى ضوابط أو قواعد مساعدة لتقرير العقاب. ومبرر ذلك ما ذكرناه في طبيعة مصدرها ومقررها وصاحب الحق فيها بأنّه الله عز وجل ، فهي مقررة بنصٍّ من الشارع الحكيم ، سواء أكان النص عليها في القرآن الكريم أم في السنة النبوية ، وكذلك الأمر بالنسبة لعقوباتها. لذا فإذا ثبت وقوع إحدى جرائم الحدود فلا اعتبار فيه للسلطة التقديرية للقاضي ، وليس من حقه أن يزيد أو ينقص فيها شيئا ، إلا أن ينطق بعقوبتها المحددة و المعلومة من دون أي اختيار و تمحيص نظر. ومن ثمّ فأنه ليس هناك مجال لتعديل العقوبات المقررة لها زيادة أو نقصانا أو عفوا أو تخفيفا ، ويستثنى من ذلك جواز عفو المجني عليه أو أوليائه -بحسب الأحوال- عن العقوبة في جرائم القصاص ، سواء ديّة كانت أو تنفيذ القصاص[3].

وهناك ثلاثة عناصر تميّز عقوبات جرائم الحدود[4] :

1- وجوبها تحقيقا للمصلحة العامة

2- عدم جواز الزيادة فيها أو النقص منها.

3- عدم جواز العفو عنها لا من قِبَل القاضي أو السلطة السياسية ، ولا من قبل المجني عليه فيها.

=

العربي ، القاهرة ، ط4 ، دت ، ج1 ، ص 79_ و ج2 ، 671. وقد أخذ بهذا الرأي قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي.

1- أبو زهرة ، (الجريمة في الفقه الإسلامي) المرجع السابق نفسه ، ص177.

2- هبة ، أحمد : (موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم و العقاب) ، عالم الكتب ، القاهرة.ط1 ، 1985.ص : 29.

3- العوا : (في أصول النظام الجنائي الإسلامي) ، مرجع سابق ، ص 171.وينظر كذلك : قاضي ، أحمد محمد عثمان بحث : (مشكلات السياسة العقابية في السودان) ، الموسوعة السودانية للأحكام والسوابق القضائية. الهيئة القضائية السودانية.عدد سنة1990.المصدر : الموقع الإلكتروني للموسوعة السودانية للأحكام www.sjprecedents.org/showres php?id=14

4 - العوا ، المرجع نفسه ، ص 174.

وعلى هذا الأساس ، فكل عقوبة مقدّرة يعود في توقيعها النفع إلى مصلحة الجماعة المسلمة هي من عقوبات الحدود ، وكل جريمة تخلّف في عقوبتها أحد هذين العنصرين أو كلاهما ، فهي ليست من جرائم الحدود ، وقد تدخل ضمن جرائم القصاص التي يدخلها العفو ، أو جرائم التعزير التي عقوباتها غير مقدّرة ، وهو ما يخرجهما من أن يكونا من جرائم الحدود.

الفقرة الثانية- مدلول شرعية التجريم و العقاب في القصاص والديات.

يظهر مبدأ الشرعية الجنائية جليا في جرائم القصاص والدّية كأحد أنواع العقوبات المقدرة شرعا من خلال النصوص الشرعية التي أوردتها إما في القرآن الكريم أو السنة النبوية أو عمل الصحابة الذي يعتبر في مثل هذه الأمور سنّة متبعة على رأي جمهور الفقهاء[1].

والجرائم التي يعاقب عليها بالقصاص هي : القتل العمد ، إتلاف الأطراف عمدا ، والجرح العمد. وأما الجرائم المعاقب عليها بالدية فهي : جرائم القصاص إذا عُفِيَ عن القصاص أو امتنع القصاص لسبب شرعي ، ثم القتل شبه العمد و القتل الخطأ و إتلاف الأطراف خطأ ، والجرح الخطأ.

فالنظام الجنائي الإسلامي قرر القصاص على القتل العمد العدوان في سبيل ضمان حق كل فرد أن يأمن على نفسه ، وهذا بدوره يحقق أمن الإنسان على حياته ، وكذلك الأمر بالنسبة للاعتداء على ما دون النفس صيانة منه لحق الفرد في أمنه على جسده وبشرته و أعضائه[2]. ونرى ذلك جليا في قوله تعالى : **(وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ)** [البقرة : 179].

فإذا كان القصاص يدخل ضمن الجرائم و العقوبات المقدرة ، فهذا يعني أنه يحمي المصلحة العامة من الضياع ، وحماية هذه الأخيرة يعود نفعها بالضرورة على الفرد. وهو ما يزيل الإبهام الحاصل لدى البعض بتأكيد المثل العربي القائل أن : "**القتلُ أنْفى للقتلِ**". ففي المقابل نجد القوانين العقابية الوضعية تعدل عن عقوبة القصاص في القتل العمد العدوان والاعتداء على ما دون النفس إلى الحبس والغرامة المالية[3]. وهذا في الحقيقة لا يوفر ضمانا أوفر لحرمة الإنسان تجاه اعتداء الأفراد أو السلطة الحاكمة.

1- هبة، أحمد : (موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم و العقاب) المرجع السابق نفسه. ص : 29.
2- البيّاتي ، منير حميد : (النظام السياسي الإسلامي) ، مرجع سابق ، ص : 124.
3- المرجع والصفحة نفسها.

فالسياسة الجنائية الإسلامية تضمن العدالة في القصاص ، لأن القتل أكبر اعتداء على أمن الإنسان وحرمته. وهو جناية على المجتمع كله وتهديد لسلامة الآمنين. يقول تعالى في ذلك : **(مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْساً بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعاً وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعاً)** [المائدة : 32] وقد جعلت الشريعة كضمانة للمجني عليه حقًّا لأوليائه في المطالبة بدمه. وفي هذا يقول تعالى : **(وَمَن قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً فَلَا يُسْرِف فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُوراً)**[الإسراء : 33].

فالعقوبات الشرعية أساسها المساواة بين الجرم والعقاب بما يضمن العدالة الاجتماعية في إقامة القصاص. غير أن الشريعة رغّبت في العفو عن جرائم القصاص من قبل المجني عليه أو أوليائه ، وفي هذا تخفيف من الله لعباده بأن شرع الديات تسهيلاً على القاتل ونفعا لأولياء المقتول بالديّة ، وتجنبا للسّبي والثأر [1]. فهذا النّوع من العقوبة وإن اشترك مع الحدود في كونه محدد النوع والمقدار إلا أنه مقدّر حقا للمجني عليه أو أولياءه ، وليس لولي الأمر أو القاضي أن يعفو عنها بمفرده ولا أن يسقط حقوق الله ولا حقوق العباد[2].

كما أن القصاص حكم عامٌّ ومطلق للجميع ، ولا ينجو منه أحدٌ ، ولو كان أعلى مسؤول في الدولة أو من معه في جهاز السلطة. فالمسؤولية تقع على عاتقهم إذا اقترفوا اعتداء على حق الأفراد في الأمن[3]. وبهذا يتحقق العدل في القصاص والمساواة في تطبيقه.

ويلاحظ أن سلطة القاضي في جرائم القصاص تقتصر فقط على تطبيق الأحكام وضبط شروط إقامتها وتحديد مقدار الديات و التعويضات بما يتناسب و العصر الذي طبقت فيه؛ أي أن سلطته تتماثل هنا مع سلطته في الحدود ، بيد أن مهمته في القصاص والدية تتفرق عنها في الحدود بإلزام القاضي بألا ينفّذ العقوبة إذا عفا عنها المجني عليه أو أولياؤه ، ويقتصر دور القاضي فقط على تطبيق ما توجبه الشريعة في حالة العفو عن القصاص أو الدية[4].

ويجب على القاضي أن يعنى ببحث حالة الجاني أكثر مما يهتم بتقدير جسامة

1- هبة ، أحمد : (موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم و العقاب) ، المرجع السابق نفسه.ص : 167 وما بعدها.

2-عودة ، (التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي) ، مرجع سابق ج1 ، ص : 125.وينظر : حوى ، السعيد : (الإسلام) ، مرجع سابق.ص : 554.

3- البياتي ، منير حميد : (النظام السياسي الإسلامي) ، المرجع السابق نفسه ، ص : 124.

4- عودة ، المرجع نفسه ، ج1 ، ص : 124-125.

الجريمة. وذلك بتحديد العقوبة بالنظر إلى الوقائع المطروحة لديه[1] ، بما يسمى بتفريد العقوبة. لأن المشرّع هو الذي يستأثر بقياس جسامة الجريمة بالخطر الذي يهدد المجتمع ، ويسلّط عليها العقوبة التي يفوق ألمها الفائدة التي يبتغيها الجاني من وراء فعلته تلك[2].

الفقرة الثالثة - ضمانات وضوابط الشرعية في الجرائم والعقوبات المقدرة :

إنّ غاية مبدأ الشرعية الجنائية تكمن في حماية أمن الأفراد من تعسف السلطات المختلفة. فإذا كانت العقوبة تشكل أذىً خطيرًا يطال الفرد في بدنه أو ماله أو شرفه ، فلا يكون ذلك الأذى مشروعا إلا بنصٍّ[3].

ولقد أحاط الشارع الحكيم جرائم الحدود و القصاص بسياج متين من الحماية ، وجعل من الشبهات سببا كافيا لتوقّي إيقاع العقوبة. كما وضع نصابا للشهادة حرصا منه على ألاّ يُؤخذ الناس غلابة. ونظرا لخطورة العقوبات الحدّية وعِظَمِها خصوصا في عقوبة القطع و الرجم وغيرها[4].

فهذه الشّدة في العقوبات على جرائم الحدود تقابلها الشريعة الإسلامية بوضع شروط لكل جريمة منها تهدف إلى التّضييق من نطاقها ، والتشديد في إثبات هذا النوع من الجرائم بحصره في وسائل وكيفيات معينة. كما كفل الشارع على عاتقه تبيين الأساليب المنوطة بتنفيذ العقوبة ووسائل الكشف عن الجريمة[5].

ويعدّ كل ذلك من أهم الضمانات لأمن الفرد على حريته و حرمة جسده ، والذي تكرس كمظاهر لمبدأ الشرعية الجنائية نرى أثرها في القواعد الفقهية وأحكام القضاء عبر التاريخ الإسلامي ، وتحسب في الوقت ذاته ضوابطا لمبدأ الشرعية لا يمكن الحيدة عنها ، نبيّنها فيما يأتي :

1- بهنسي ، أحمد فتحي : (العقوبة في الفقه الإسلامي ، دراسة فقهية مقارنة) دارالشروق ، القاهرة-بيروت.ط6 ، 1989.ص31

2- المرجع نفسه.ص31.

3- المرجع نفسه ، ص : 32.

4- علي ، محمد صالح : (مسؤولية القاضي التقصيرية عن أخطائه المبدئية) بحث بالموسوعة السودانية للأحكام و السوابق القضائية ، الهيئة القضائية السودانية . عدد سنة 1999.المصدر : www.sjprecedents.org/showresphp?id=32

5- عامر ، عبد العزيز : (التعزير في الشريعة الإسلامية) ، مرجع سابق ، ص : 44. وينظر : الشحات ، إبراهيم محمد منصور : (ضمانات المحكوم عليه في مرحلة التنفيذ العقابي-بحث فقهي مقارن-) دار النهضة العربية. القاهرة.دط.1996.ص : 8-9. وكذلك: بهنسي ، المرجع و الصفحة نفسها .

أولا– قاعدة درء الحدود بالشبهات :

أساس القاعدة حديث الرسول ﷺ : «**ادْرَءُوا الْحُدُودَ عَنْ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ فَإِنْ كَانَ لَهُ مَخْرَجٌ فَخَلُّوا سَبِيلَهُ ، فَإِنَّ الْإِمَامَ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعُقُوبَةِ** »[1].

فلقد صنّف الشرع الإسلامي الشبهة في مجال الجنايات ، وخصوصا في الحدود والقصاص. كونها تقوم مقام الحقيقة ، مما يستدعي درء العقوبة المقدّرة عن المتهم بالشبهة. إلا أنه و إن برئت ساحة

المتهم من الحدود و القصاص ، فلا ينفي ذلك إمكانية وقوع التّعزير بدلاً من العقوبات المقدرة أو تبرئة ساحة المتهم[2].

وتعرّف الشبهة بأنها : "**ما يشبه الثابت وليس بثابت**"[3]. أو هي : "**وجود المبيح صورة مع انعدام حكمه أو حقيقته**"[4]. ومن أمثلة الشبهة التي يدرء بها الحد : شبهة عدم الثبوت ، وذلك لمن أقرّ بارتكابه جريمة من جرائم الحدود ، ولم يكن له من دليل إلا إقراره وجب عليه الحد بالإقرار ، فإذا عدل عن إقراره أصبح العدول شبهة في عدم ثبوت الجريمة ، و يدرء به الحدّ[5].

ومبدأ درء الحدود بالشبهات يعبّر صراحة عن مدى مرونة مبدأ الشرعية الجنائية في الإسلام ، ذلك لأن النصوص العقابية الشرعية جاءت مُصلِحة للعباد الذين اقترفوا جرائما ، وليست للانتقام منهم. فبقدر الشدّة التي تميز العقاب ، بقدر الحيطة و الاحتراز من إيقاعه. وهذا ما يظهر في التماس الأعذار للمتهم بجرم ما بالتثبت و التحقق من مطابقة الفعل المقترف للنصوص التي يشتبه في دخوله حيز تحريمها له وتوقيعها للعقاب عليه.

---

1 – رواه الترمذي عن عائشة : (السنن) أبواب الحدود ، باب : "ما جاء في درء الحدود"رقم 2/ 1447.ج2 ، ص438 – 439.

2– عودة ، (التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي) ، مرجع سابق ج1 ، ص : 45 .وينظر : عامر ، (التعزير في الشريعة الإسلامية) المرجع السابق نفسه.ص : 47.

3–ابن الهمام ، كمال الدين الحنفي : (شرح فتح القدير على الهداية : شرح بداية المبتدئ للمرغيناني) ، دار الفكر ، بيروت. ط2. دت. ج5 ، ص : 249. وينظر : ابن النجيم ، (البحر الرائق) ، مصدر سابق ، ج5 ، ص : 19.

4– ابن قدامى ، موفق الدين المقدسي الحنبلي : (المغني) دار الكتاب العربي ، بيروت.دط ، 1403هـ – 1983م ، ج10 ، ص : 152–153.

5– عودة ، المرجع نفسه ، ج1.ص : 209.

وهو ما يجعل السياسة الجنائية في النظام الإسلامي تتمدد وتتوسع من خلال النصوص العقابية في الكتاب و السنة لتطبيق روح النص ومقاصده من توقيع العقوبة ، و لتحقيق ما يريده الشارع الحكيم من الأوامر والنواهي ، بالقدر نفسه الذي تنحصر فيه النصوص وتتقلص إلى نطاق ضيّق ، فلا يُطبَّق أكثر من العقوبات المقدّرة شرعا ، كما لا يُتحايل عليها. وبالشكل الذي يرسم مجالا ممتازا لضمانات حقوق الإنسان تجاه التعدي على كرامته وأمنه ، كما يسعى في جانب آخر للحفاظ على الأمن العام للناس من الإجرام.

ثانيا– مبدأ الخطأ في العفو لا في العقاب :

هذا المبدأ في حقيقته متفرّع عن قاعدة درء الحدود بالشبهات. ولا يخفى علينا ما رغّب فيه الشارع الحكيم من الأخذ بالعفو ، وأن الخطأ فيه خير من الخطأ في العقوبة. بحيث لا يصحّ الحكم بالعقوبة إلا بعد التثبت من أن الجاني قد ارتكب الجريمة فعلا ، وأن النص المحرِّم ينطبق عليها. وأن ورود أيَّ شكٍّ في ارتكابه للفعل المجرَّم ، أو في انطباق النص على الفعل المنسوب للجاني يدرء عنه العقاب ، و يوجب العفو عنه أو الحكم ببراءته. لأن في ذلك مصلحة للجماعة تتمثل في تحقيق العدالة بتوقي إيقاع العقاب في ظل مراودة الشك[1] .

وتتجلى في هذا المبدأ حمايةٌ عظيمةٌ للحرية الشخصية ، وزرع للطمأنينة في النفوس على حرمتها ، وفيه حدٌّ لتعسف السلطان باسم تطبيق عقوبة الجنايات الواردة في النصوص الشرعية. ولا يتوقف العفو عند العقوبات المقدّرة فقط ، بل يتعداها إلى العفو عن التعازير في حال الشكّ[2] ، كما سنرى فيما بعد.

إن الحاكم قد يكون سنده شرعي في وجوب إقامة العقاب اللازم على الجناة ، وتنفيذ ما أمرت به النصوص. إلا أن تصرفه قد يتعدى هذا الإطار ، فيكون استعمال حق العقاب غير مشروع برغم استناده إلى مبدأ الشرعية. إذ يوجب الشرع على الحاكم أن يراعي الشرعية والمشروعية في آن واحد ، وهنا بالضبط يكمن التّمايز بين الشرعية و المشروعية أثناء تنفيذ الحاكم لأوامر الله تعالى في التجريم و العقاب. وسلوكه في ذلك كله الأخذ بالعفو على الأقل فيما يوجب براءة المتهم ودرء الحدود عنه. يقول الله ﷻ في العفو : ﴿فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاصْفَحْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾ [المائدة : 13].

فمن آثار مبدأ درء الحدود بالشبهات أن تظهر براءة المتهم مما أسند إليه من جهة ،

1– عودة ، (التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي) ، المرجع السابق نفسه ج1 ، ص : 217

2– المرجع نفسه ، ص : 216

وهذا يعني انتفاء توقيع العقوبات التعزيرية عليه خاصة إذا كانت الشبهة قائمة في أحد أركان الجريمة أو الشك في انطباق النص الجنائي على الفعل المنسوب للمتهم ، أو الشبهة في إثبات دلائل الجريمة على المتهم. ومن جهة أخرى؛ فإنه يمكن للقاضي العدول عن العقوبة المقدرة إلى العقوبات التعزيرية ، إذا لم تكن الشبهة القائمة قوية بقدر ما تزيل وصف الجريمة عن الفعل المقترف[1].

إلا أن قيام قاعدة درء الحدود بالشبهات في الشريعة الإسلامية يقتضي دائما أن يفسر الشك لصالح المتهم على أيّة حال ، وهذا ما أخذت به التشريعات الجنائية الحديثة . ويعتبر الفقه والقضاء الجنائي الإسلامي سبّاقًا إلى الوقوف لصالح أمن الإنسان وحرمته من العقاب الجزافي ، وأن الأصل فيه البراءة. ولا يُزال هذا الأصل بالشك أو الشبهة القائمة في التّهمة. لذا كان من العدالة أن يخطأ القاضي في العفو و الصفح خير له من أن يخطأ في إيقاعه للعقوبة دون يقين.

فمسائل العقوبات وإن كانت تدخل ضمن فروع الشريعة الأخرى ، إلا أن هذه الفروع لا تقف على قدم المساواة في الأهمية بالنسبة لها ، لاختصاصها بصفة أكبر دون غيرها بقاعدة درء الشبهات ، إذ يشترط فيها اليقين لا الظن سواء في المصدر المثبت لها ، أو في وسائل الكشف والإثبات عنها بحسب الأصل في الجرائم المقدرة. فالمصدر الذي هو الكتاب والسنة يُلزم القاضي بفحواه ، كما أن أدلة الإثبات تخضع لتقديره. إلا أن الشرع قد أحاط أدلة الإثبات بمجموعة من الشروط تجعل منها ضمانات تسمو بالدليل إلى درجة اليقين[2] ، وهذا إما بالإدانة أو البراءة.

ونرى ذلك جليا في الأثر الوارد عمر بن الخطاب رضي الله عنه : " **ليس الرجل بأمين على نفسه إن جوعته أو أخفته أو حبسته**"[3]. فلا يكون الإقرار صحيحا إذا كان بالتخويف و الإفزاع. وعليه فإن الحدّ يدرء بموجب العدول عنه لبطلان الإقرار تحت وطأة

1- عودة ، (التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي) ، المرجع السابق نفسه ج1 ، ص : 215. وكذلك : عامر ، عبد العزيز : (التعزير في الشريعة الإسلامية) ، مرجع سابق. ص 97.

2- النبراوي ، نبيل عبد الصبور : (سقوط الحق في العقاب بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي) مرجع سابق.ص : 605-606.

3-رواه علي بن حنظلة عن أبيه عن عمر.أخرجه : ابن أبي شيبة ، أبو بكر عبد الله بن محمد الكوفي (مصنف ابن أبي شيبة) تحقيق : كمال يوسف الحوت.مكتبة الرشد ، الرياض.ط1 ، 1409هـ . الأثر رقم : 28303.ج5 ، ص : 493. وينظر : عبد الرزاق ، أبو بكر بن الهمام الصنعاني : (مصنف عبد الرزاق) تحقيق : حبيب الرحمان الأعظمي.دار المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط2 ، 1403هـ. الأثر رقم : 11424 ، ج6 ، ص : 411.وج10 ، ص : 193.

التعذيب ، فلا ينبني عليه أيّ حدّ. وهذا لا ينفي إيقاع عقوبة تعزيرية إذا رأى القاضي العادل أن ذلك الإقرار صحيح ، وإلا حكم بالبراءة للمتهم[1].

غير أن الأصل أنه ليس لولي الأمر ولا لغيره حق العفو العام أو الخاص في جرائم الحدود[2]. فمبدأ الخطأ في العفو أحسن من الخطأ في العقاب يكون عند ورود الشبهة ، أما إذا ثبتت الأدلة على جرائم الحدود ، فإنه لا يحقّ لأحد أن يعفو عن إقامتها بحكم كونها حقا لله تعالى. وقد اعتمد فقهاء المالكية الرأي القائل بالعفو عنها قبل وصولها إلى الحاكم بالتوبة عنها ، وتجوز الشفاعة والتستر على الجاني بقصد تمكينه من إصلاح نفسه لا لإقرار الجريمة[3]. أما إذا أدركت جرائم الحدود القاضي ، فيتوجب عليه إقامتها إتباعا للعدل الواجب تنفيذه في المجتمع ، وتحقيقا للأمن العام. ولأنها حقٌّ لله تعالى يجب الإتيان به.

فجرائم الحدود لا يؤثر العفو على الحق في اقتضاء العقوبة المقررة لها ، وكلما ثبت ارتكاب شخص لجريمة من جرائم الحدود وجب على القاضي المضي في إجراءات اقتضاء الحق في العقاب حتى تنتهي إلى غايتها وهي توقيع العقاب على الجاني[4] ، وهذا مصداقا لقول الله ﷻ : (تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ) [البقرة : 229].

كما أن الشريعة الإسلامية فتحت باب العفو الخاص في جرائم القصاص والدّية؛ أي أنه يحق للمجني عليه أو أولياء الدّم فقط أن يعفو عن حقه في القصاص والدية ، ولا يجوز ذلك للقاضي أو ولي الأمر. ففي العفو و الصفح أو الصلح شفاء للنفس إذا اكتفى به أولياء الدم ، ففيه أمان لحياة القاتل كذلك. و بهذا تتجلى الحكمة الإلهية في تشريع العفو عن القصاص[5] ، فمن باب عدم إزالة مفسدة بمفسدة أخرى ، كما أن القاعدة الفقهية تقرر أن الضرر يزال شرعا ، وهو من رحمة التشريع بالعباد وحياتهم وترغيبه في العفو. يقول الله ﷻ : (فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ

1- عودة ، (التشريع الجنائي الإسلامي) ، المرجع السابق نفسه.ج1 ، ص : 216.

2 - حوى ، السعيد : (الإسلام) ، مرجع سابق.ص : 568.

3-الباجي ، سليمان بن خلف المالكي : (المنتقى شرح الموطأ) ، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة ، دط- دت ، ج7 ، ص : 163 . ونقله أيضا :

الزحيلي ، وهبة (الفقه المالكي الميسر) ، دار الكلم الطيب ، دمشق-بيروت.ط1 ، 1420هـ2000م.المجلد2 ، ج4 ، ص : 387.

4 - العوا : (في أصول النظام الجنائي الإسلامي) ، مرجع سابق ، ص163

5- حوى ، المرجع نفسه ، ص : 569.

ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ) [البقرة : 178] و يقول ﷻ : (وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنفَ بِالْأَنفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ) [المائدة : 45]. فمن يعفو عن حقه في القصاص يكون قد كفّر عن ذنوبه في الآخرة ، كما يكون قد برّأ ذمة الجاني من دمه ، وكفّر له عن ذنبه ، وأمّن على حياته. والآية الأخيرة وإن نزلت في بني إسرائيل ، فإن الأصوليين والفقهاء قد استدلوا إلى أن شرع من قبلنا شُرِّعَ لنا إذا حكى مقررا ولم يُنسخ[1]. ففيها إقرار بمبدأ شرعية العفو عن القصاص ، وتنبيه إلى عدم جواز الحكم بغير ما جاء به النص الشرعي في هذه المسائل .

ثالثا– قاعدة تحديد سلطة القضاء في تفسير النصوص الجنائية المقدرة :

إن مقتضى مبدأ الشرعية الجنائية يستدعي ألا يكون هناك تشريع أساسيٌّ غير الكتاب والسنة المتواترة. وعليه فلا يجوز للقاضي أن يتوسع في تفسير النصوص العقابية والتجريمية المقدرة ، لأن مهمته تقتصر فقط على مطابقة شروط النّص الوارد بشأنها على الفعل المقترف. ولا يعدو في اجتهاده إلى غير هذه المهمة ضمن هذا النوع من الجرائم. وتوسّعه في التفسير يؤدي في النهاية إلى التجاوز بالتشريع بما يضيف أو يخالف النصوص ، وبالتالي يتعدى اختصاصه ، ويعدّ تصرفه هنا باطل[2]. فحكمة الشرع أدرى بما يحقق مصالح الناس منهم.

كما أن أصول الفقه الإسلامي قد وضع قواعد للتفسير يراعى تطبيقها أثناء استنباط الأحكام الشرعية من النصوص ، وبعض هذه القواعد لغوي يعنى بدراسة دلالات العبارات والألفاظ أو مفهومها ، ثم وضوح هذه الدلالات واشتراكها ومنه اشتراك العبارات والألفاظ وعمومها. وكل ذلك وُجِد أصلا كقواعد للتفسير تُطبّق في فهم النصوص الشرعية التي نزلت بلسان عربي ، كما هو الحال في النصوص غير الشرعية إذا وردت صياغتها بالعربية[3]. وهذا ما يدرسه علم أصول الفقه ، فعلى

1- ينظر في تفسير الآيتين عند كل من : الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير (جامع البيان في تفسير القرآن)، دار المعرفة ، بيروت.ط2 ، 1972م.المجلد2 ، ص : 60ومابعدها ، والمجلد4 ، ج6 ، ص : 168–170. وكذلك : ابن كثير ، أبو الفداء إسماعيل : (تفسير القرآن العظيم) ، دار المعرفة ، بيروت.دط.1400هـ1980م.المجلد2 ، ص : 61–62. والقرطبي ، أبو عبد الله الأنصاري ، (الجامع لأحكام القرآن) ، دار الكتاب العربي ، بيروت.دط ، دت.ج6 ، ص : 191وما بعدها.

2–بهنسي (العقوبة في الفقه الإسلامي) ، مرجع سابق.ص247. وينظر : عودة (تشريع الجنائي الإسلامي) ج1 ، ص223وما بعدها.

3- عودة ، المرجع نفسه ، ج 1 ، ص : 185 ومابعدها.

القاضي أن يستعين بها في فهم النصوص ، ومعرفة مفادها وما تدلّ عليه من وجوب وعدمه وتحديد مدى سلطته في تفسير النّص أو إعماله أو إبطاله[1]. ويضاف إلى القواعد اللغوية بعض القواعد التشريعية متمثلة فيما استقرأه علماء الأصول والفقه ، ومبادئ عامة للتشريع و مقاصد شرعية لأجل حماية حقوق الأفراد و الجماعات ، يتعين على القاضي الاجتهاد في فهمها و معرفتها خاصة فيما لم يرِد فيه نص صريح[2].

إلا أن القضاء الجنائي على عكس القضاء المدني الذي تتوسع سلطته ودائرة اجتهاده ، عليه أن يحصر اجتهاده فقط في تنزيل النص وتطبيقه على ما يعرض له من وقائع ، وبخاصة إذا كان النص الجنائي صريحا قطعي الثبوت والدلالة. ولذا لا يحق للقاضي الجنائي أن يجتهد مع وجود مثل هذا النص بأن يشرّع جريمة أو عقوبة مغايرة من طريق القياس أو العرف أو الاستحسان ، ولا أن يخالف النص الصريح مهما كانت الظروف و الاعتبارات[3].

فلا مجال إذن للإجتهاد في الحدود و القصاص ، بل لا تعرف هذه الأخيرة إلا بالتوقيف. وللاجتهاد مجال في التعازير[4] ، لأن العقوبات المقدرة مما ثبت قطعيا وهو توقيفي ، وما على القاضي من سلطة سوى الاجتهاد في فهم النص و تطبيقه مع مراعاة مبدأ درء الحدود بالشبهات أثناء التحقق و التثبت و الموازنة بين الأدلة ، ومبدأ الأخذ بالعفو عن العقاب عند ورود الشبهة أثناء قيامه بمهامه. الشيء الذي يجعل من مبدأ الشرعية الجنائية في النظام الإسلامي ذو أبعاد مقاصدية وغائيّة يحقق القاضي من خلالها توازنا مرنا بين مصلحة الجماعة في إيقاع العقوبة والمحافظة على الأمن العام ، وبين مصلحة الفرد البريء في عدم المساس بكيانه الشخصي قبل أن يكون مذنبا ، وفي إصلاح الجاني بعد الخطأ. وفي كلٍّ تتحقق الحماية للأمن العام و الخاص .

كما أن حصر مبدأ الشرعية للجرائم و العقوبات المقدرة في النصوص ، والتقليل من سلطة القاضي يعدّ حماية لمبدأ الشرعية ذاته من الاختراق و الانتهاك. مما يجعله مصدرا حقيقيا بدوره لضمان الحماية الجنائية لحق الحرية و الأمن الشخصي تجاه أخطر أنواع الجرائم والعقوبات في التشريع الجنائي الإسلامي.

1- عودة (تشريع الجنائي الإسلامي) المرجع السابق نفسه، ج1: 207.

2- المرجع نفسه ، ج1 ، ص : 202

3 – الدريني ، فتحي : (المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي) ، مؤسسة الرسالة ، بيروت.ط3 ، 1418هـ – 1997م.ص215. وينظر : عودة ، المرجع نفسه ، ج1 ، ص : 207.

4- الكاساني ، علاء الدين الحنفي-ت587هـ- : (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) ، مطبعة الجمالية ، القاهرة.ط1 ، 1328هـ – 1910م.ج7 ، ص34.

وإذا نظرنا إلى النصوص الشرعية ذاتها ، فإن المقرر عند البعض من علماء أصول الفقه إنكارهم لصحة الاستدلال بأحاديث الآحاد على مشروعية العقوبات المقدرة[1]. وكان من شأن هذا الاختلاف وعدم القطع والجزم بطبيعة خبر الآحاد في الأحكام الجنائية بين دخوله ضمن التشريع العام من السنّة النبوية ، حين يكون تصرف النبي ﷺ في هذا النوع من الأحكام بصفته مخاطبا لنا بالتشريع ، وكون الأحكام الصادرة عنه حدودا و مقدّرات شرعية لا يجوز المساس بها ، وبين حمل ما صدر عنه بوصفه إماما و حاكما للمسلمين. وهنا تكون أحكامه الجنائية داخلة ضمن التعازير[2] ، كما في قتل شارب الخمر في المرّة الرابعة ، وقتل من يريد تفريق جماعة المسلمين ، ونفي المخنّثين من المدينة وغيرها[3]. وبالتالي يجوز فيها للقاضي التصرف بالقياس والاجتهاد بالرأي.

ومنه؛ فإن هذا الاختلاف في طبيعة الأحكام الجنائية الثابتة في السنة بطريق الآحاد ثمرتها أنها تورث في النزر اليسير منها شبهة تتعلق بالنص. ولا يقال هذا من باب إنكار العمل بالسنة الآحاد ، وإلا فإنها تعدّ الجانب الأكبر من السنة النبوية. ولكن من باب الاحتراز في مثل هذا النوع الخطير من الأحكام العملية ممثلا في العقوبات المقدرة. فيبرز ذلك ضرورة قيامها على العلم اليقين لا على الظن و لو كان غالبا[4]. إضافة إلى أن قيام الشبهة في ثبوت النص ودلالته ، يجعلها مبررا كافيا لكي يندرأ بها الحدّ على خلاف النصوص المتواترة ، والتي تتحدد طبيعتها من خلال الحالات المحصورة التي وردت فيها ، وكذا العمل بها على عهد الرسول ﷺ في القضاء[5].

فالسلطة التقديرية للقاضي محدودة جدًّا في الجرائم و العقوبات المقدرة كما رأينا. ولا وجود لها إلا في حال موازنة الأدلة المطروحة حول مدى انطباق النصوص التجريمية على الفعل المقترف مراعيا في ذلك لمبدئي درء الحدود بالشبهات ، وإحلال العفو محلّ العقاب إذا كانت هناك شبهة. مما يشكل ضابطا مهمًّا يعزز الشرعية الجنائية ، ويوفر حماية أكبر لكرامة الإنسان وأمنه تجاه تعسف سلطة القضاء.

1-قال به الإمام الكرخي و أتباعه خلافا لأبي يوسف والجصاص وأكثر الحنفية. ينظر : الأنصاري ، عبد العلي محمد بن نظام الدين الشافعي : (فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت في أصول الفقه-بذيل كتاب المستصفى للغزالي-) ، دار صادر ، مطبعة الأميرية ، القاهرة.ط1. 1364هـ.ج2 ، ص : 136-137 .

2- النبراوي : (سقوط الحق في العقاب بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي) ، مرجع سابق. ص : 604 وما بعدها.

3 - ابن قيم ، الجوزية : (الطرق الحكمية في السياسة الشرعية) مصدر سابق. 384ومابعدها.

4 - السّباعي ، مصطفى : (السنة ومكانتها في التشريع الإسلامي) المكتب الإسلامي ، دمشق. ط2 ، 1978. ص 35.

5- النبراوي ، المرجع نفسه ، ص : 609-610.

رابعا– مبدأ ألاّ قياس في العقوبات المقدرة :

لقد اختلف الأصوليون في اعتبار القياس في الحدود و الكفارات. فقال **جمهور العلماء**[1] : بأن القياس يجري في الحدود والكفارات ، كما هو شأنه في باقي الأحكام الشرعية العملية. ومنه فجُوِّزَ للقاضي أن ينتهج مسلك القياس في إثبات كل حكم من الحدود إذا توافرت شرائط القياس فيها. ودليلهم في ذلك :

1- أن النبي ﷺ لما بعث معاذ بن جبل وأبا موسى الأشعري رضي الله عنهما إلى اليمن قاضيين سأل كل واحد منهما ، فقال لمعاذ : بم تقضي؟ قال أقضي بكتاب الله ، فإن لم أجد فبسنة رسول الله ، فإن لم أجد أجتهد رأيي. فأقرّه الرسول على قوله[2].مما يدل على إقرار النبي ﷺ له على جواز القياس في الجرائم والعقوبات المقدرة ، لأنه أطلق التعبير على العموم ، ولم يستثن من الأحكام الشرعية لا الحدود ولا الكفارات ولا غيرها. فقَصرُ الأدلّة على بعض الأحكام الشرعية تخصيص بلا مخصص[3].

2- ويوافق ذلك إجماع الصحابة ، فإنهم تشاوروا في حد شارب الخمر ، حينما قال علي بن أبي طالب رضي الله عنه : "**إنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى وإذا هذى افترى ، فحدوه حدّ المفتري**"[4] ، وحدّ المفتري ثمانون جلدة ، فإنه قاس السكران على القاذف. وبهذا يكون قد استعمل القياس في المقدّرات ، ولم ينكر عليه أيٌّ من الصحابة الكرام.

3-كما احتج الشافعية بقاعدة : "**كل حكم شرعي أمكن تعليله فالقياس جائز فيه**"[5]. وهذا لا يعني أن الحدود و الكفارات لا يمكن تعليلها ، فيجوز القياس فيها.

وقالت الحنفية[6] : أن العقوبات المقدرة و منها الحدود لا تثبت بالقياس. فلا

1- الغزالي ، (المستصفى) مصدر سابق .ج2 ، ص : 334-335. والآمدي : (الإحكام) مصدر سابق ، طبعة دار الكتب العلمية،ج4 ، ص : 82

2 -رواه الترمذي ، محمد بن عيسى السلمي (السنن) تحقيق محمد شاكروآخرون.دارإحياء التراث العربي ، بيروت. دط.دت.باب : ماجاء في القاضي كيف يقضي.رقم1327.ج3.ص : 616.وابن أبي شيبة (المصنف) مصدرسابق ، ج4 ، ص 543

3 -الزحيلي ، وهبة : (أصول الفقه الإسلامي) ، دار الفكر ، دمشق.ط1 ، 1986 ، إصدار : 1996.ج1 ، ص : 707.

4-ابن فرحون ، برهان الدين أبو الوفاء المالكي : (تبصرة الحكام في أصول الأقضية و مناهج الأحكام) ، دار الكتب العلمية ، بيروت.ط1 ، 1416هـ1995م.ج2 ، ص : 222.

5- الزنجاني ، محمود بن أحمد أبو المناقب الشافعي-ت656هـ- (تخريج الفروع على الأصول) تحقيق د/ محمدأديب الصالح.مؤسسة الرسالة ، بيروت.ط2 ، 1398هـ.ص : 132.

6-ابن النجيم : (البحر الرائق) ، مصدر سابق.ج5 ، ص : 71.والأنصاري : (فواتح الرحموت) ، مصدرسابق.ج2 ، ص : 317-318

والزيلعي ، فخر الدين الحنفي-ت743هـ- : (تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق) ، دار الكتاب الإسلامي،

تقاس جريمة من الجرائم على جرائم الحدود ، ولا مدخل للقياس فيها ، لأن الحدود و القصاص وكفارته لا يمكن ثبوتها إلا بنص ، والقياس ليس بحجة فيها ، فيوجب التعزير وليس الحد. قال السرخسي[1] : " **واشتغل بعضهم بالقياس فقال : النفي مما يقع به التعزير فكان من جنسه حدًّا كالجلد. ولكن هذا كلام الجهال ، فإن إثبات الحدود وتكميلها بالقياس لا يكون...**". وقال البخاري[2] : " **إثبات الحدود و الكفارات بالقياس لا يجوز عندنا ، وعند الشافعي–رحمه الله تعالى– يجوز لأن القياس من دلائل الشرع ، فيجب أن تثبت به الحدود و الكفارات كما تثبت بالنصوص ، لأن الأدلة التي تثبت القياس لا تفرق بين موضع وموضع ، فصحّ استعماله في كل موضع إلى أن يمنع مانع**".

وأدلة الحنفية في عدم جواز القياس في العقوبات التقديرية هي[3] :

1- أن الحدود إنما شرعت العقوبات فيها على أنها حق لله تعالى و يتحقق بها الزجر العام ، وكونها مُقدَّرات شرعية جعل الفقهاء يقررون عدم دخول القياس فيها ، لأن التقدير لا يعرف إلا من الشارع ، وهو الذي يختص بحصرها كماً و نوعًا. والقياس مبني على تعقّل علّة حكم الأصل ، و المقدّرات الشرعية لا يمكن تعقل المعنى الواجب لتقديرها ، فما لا تعقل له علة فالقياس فيه متعذر.فإذا كان الشارع قد قدر في الجلد ثمانين جلدة في عقوبة القذف ، فليس لأحد أن يقيس على هذه الجريمة و يعطيها ذلك القدر الذي حدده الشارع ، وكذلك عدد المئة في الزنا ، كما لا يمكن قياس جريمة الاغتصاب على جريمة السرقة وغيرها... . و الكفارات في ذلك مثل الحدود ، فلا يدخل فيها القياس. فكفارة القتل العمد لا يقاس عليها القتل شبه العمد ، وهكذا...

2- أن الحدود و الكفارات قد تدخلها شائبة العقوبة ، ولا يخفى بأن القياس يفيد الظن ولو كان غالبا مما يدخله احتمال الخطأ ، فهو شبهة تدرء الحد لحديث : «**ادرؤوا الحدود بالشبهات**». وعليه؛ فإذا كانت الشبهة في المعنى الموجب للعقاب فهي شبهة

=

القاهرة.ط2 ، دت. ج3 ، ص : 108. وكذلك : ابن الهمام ، كمال الدين الحنفي–ت681هـ– (شرح فتح القدير على الهداية) دار الفكر ، بيروت.ط2 ، دت. ج5 ، ص : 347 .

1- السرخسي ، شمس الدين–ت490– : (المبسوط) ، دار المعرفة ، بيروت.دط ، 1406هـ1986م. المجلد5 ، ج9 ، ص : 44.

2-البخاري ، عبد العزيز الحنفي–ت730هـ– : (كشف الأسرار عن أصول فخرالإسلام البزدوي) دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة.دط–دت.ج3 ، ص272–273.

3 -الأنصاري :(فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت) مصدر سابق ، ج2 ، ص : 319.وينظر : أبوزهرة (العقوبة) ، مرجع سابق ، ص : 188وما بعدها.الزحيلي : (أصول الفقه الإسلامي) مرجع سابق ، ج1 ، ص : 708–709.عودة ، (التشريع الجنائي الإسلامي) ج1 ، ص : 184.

في أصل استحقاقه ، ولا حدّ مع الشبهة في استحقاق العقاب[1]

3-إذا كان القياس عبارة عن اجتهاد بالرأي ، و الاستنباط بالرأي هو جهد بشري يخرج من نطاقه حقوق الله تعالى ، فالشارع الحكيم وحده مختص بحصر حدوده ومحارمه ، وبتوقيع الجزاء بالمعتدين عليها ، وتبيين مداها وما تنطبق عليه. وهذه العقوبات تنطوي على شدة لا يصح المعنى الموجب لها بالاجتهاد البشر ، وإلا كانت مطية وسبيلا للظالمين من الحكام و الولاة بأن يستبدوا باسم مقايسة أعمالهم على حدود الله تعالى واجتهادهم بالرأي فيها ، و الله تعالى بريء منهم ومن أحكامهم الجائرة. ولذلك ، فسَدًّا لذريعة فتح باب القياس على أحكام الحدود قد خصّها الله بنفسه ، وأغلق مجال الاجتهاد بالرأي في الحدود لأنه ينافي المعاني السامية التي من أجل حمايتها شُرعت أحكام الحدود والقصاص[2].

والقول الراجح : في مسألة القياس في باب الحدود و الكفارات من خلال ما تم عرضه من أدلة كل فريق و بغض النظر عن النقاش القائم حولها ، فإن العقوبات المقدرة لا تكون إلا بنص[3] ، "**وما ادُّعِيَ من أن بعض الفقهاء قد قرر بعض الحدود بالقياس ، فهو ادعاء غير سليم من كل الوجوه ، لأن ما يثبتونه في هذه المواضع المختلفة من عقوبة كالحدّ ، مداره أخبار مروية عن النبي ﷺ**[4]؛ أي أنهم يرجعون في إثباتها إلى النص ، لا إلى الرأي.

إلا أنه يمكن الأخذ بالقياس في الجرائم و العقوبات -على مذهب من يجيزه- إذا اعتمدناه كمصدر تفسيري وليس تشريعي. فقد يساعد على تعيين الأفعال المحرمة التي تدخل تحت النص الشرعي ، وتوسيع دائرة ونطاق تطبيق النصوص الشرعية لمحاربة ظاهرة الإجرام المتطورة. فإذا حرّم النص صورةً معينة ، وعُرفت علة التحريم ألحقت بها جميع الأوصاف المماثلة قياسا عليها ، والتي تتوفر فيها نفس علة التحريم. وهو الرأي الذي أخذت به المحاكم ، ونادى بالتوسع في تطبيقه الكثير من شراح القانون[5].

غير أنه يجب الاحتراز عند الأخذ بالقياس على الحدود و القصاص. و رأي الباحث أنه يقتصر على باب التعازير فقط ووفقا لضوابط تحكمه. كما ترى هذه

1- أبوزهرة (العقوبة) ، المرجع سابق نفسه ، ص : 188

2- المرجع نفسه ، ص : 189.

3 -الزحيلي : (أصول الفقه الإسلامي) المرجع السابق ، ج1 ، ص : 709.وعودة : (التشريع الجنائي الإسلامي) ج1 ، ص : 184

4 - أبو زهرة (العقوبة) ، المرجع نفسه ، ص : 191 .

5-عودة ، المرجع نفسه ، ج1 ، ص : 184-185. وأبو زهرة ، (الجريمة في الفقه الإسلامي) ، مرجع سابق ، ص : 179.

الدراسة أن يقتصر القياس على مجريات التحقيق في الإجراءات الجنائية فقط ، وهذا صدًّا لسلطة التجريم والعقاب التي من شأنها أن تمسّ بالحرية الشخصية إذا كانت في أيدٍ وسياسة جنائية غير رشيدة ولا منصفة. لذا يجب التضييق منها بقدر الإمكان.

وإذا استوقفنا الأحكام في النصوص الشرعية العمليّة ، وجدنا أن العقوبات المقدّرة هي أقسى ما يطبَّق إذا استوفت شروطها. كما أنها الحدّ الأعلى لما دونها من جنسها. فيتعيّن على القاضي ألا يتجاوزها بالأحكام الصادرة عنه. وإذا حلّت شبهة تخلُّ بشروط استيفائها ، أو كان من جنسها مالم يثبت فيه عقوبة مقدرة ، فإنه يجوز للقاضي أن ينفذ العقاب بما دونها من التعازير[1].

فالعقوبات المقدرة تقع حاجزا أمام تعدي السلطة التقديرية للقاضي ، كما ترسم منهجا تشريعيا لأحكام التعازير فيما سنرى. إلا أن السلطة التقديرية للقاضي يمكن أن تكون في الحدود والقصاص بين التشديد والتخفيف. ولكن ليس باعتبار أنّ له السلطة في إقامة الحد أو القصاص من عدمه ، بل يُعتدّ بسلطته الاجتهادية في مدى استحقاق مقترف الجريمة الحدّية لإقامة العقوبة عليه ، أو رفع الحدّ عنه وعدم استحقاقه له[2]، وذلك إما بحكم دخول الشبهة فيه عند مقايسة الأدلة الواردة في الجريمة المنسوبة إلى المتهم ، أو عند صدور العفو عن المجرم من طرف أولياء القتيل في حالة ثبوت حكم القصاص على الجاني ، أو بظهور براءة المتهم مما نسب إليه بعد تحليل الأدلة الواردة ضدّه.

الفرع الثالث : ضمانات شرعية التجريم والعقاب للحرية الشخصية في التعازير

إن من خصائص التشريع الإسلامي ، تلك المرونة والواقعية التي يتّسم بها هذا التشريع حتى يتم الامتثال له ، و يصلح تطبيق أحكامه في كل زمان ومكان ، وعلى أية حال. ويصدق الأمر كذلك على التشريع الجنائي الإسلامي الذي ترك لولي الأمر النظر في ماعدا تلك الأفعال التي ورد تجريمها وعقوبتها في الحدود أو القصاص ، فترك شأنها لأولياء الأمر والسلطة التقديرية للقضاة ، يفرضون من العقوبات بما يناسبها ويحقق العدالة ، ووفقا لضوابط وضمانات حتى لا تخرج عن المقاصد الشرعية المعتبرة. وتسمى عقوبات الأفعال غير المذكورة حصرا في التشريع الإسلامي بالتعازير ، والتي يحكمها أيضا مبدأ الشرعية الذي يتأسس على ما رسمته الشريعة الإسلامية من محرّمات ومعاصي لم تحدد النصوص في القرآن الكريم ولا السنة النبوية بشأنها عقوبات معينة.

---

1 – أبو زهرة (العقوبة) ، المرجع السابق نفسه ، ص : 191. وكذلك هِبة ، أحمد : (موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم و العقاب) مرجع سابق.ص32.

2– الخليفي ، ناصر علي ناصر : (الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير في الفقه الإسلامي) مرجع سابق ، ص225 .

الفقرة الأولى- مدلول شرعية التجريم والعقاب في التعازير.

أولا– تعريف التعزير :

يعرّف الفقهاء التعزير بأنه : " **عقوبة غير مقدرة تجب حقا لله تعالى أو لآدمي في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة ، وهو كالحدود في كونه تأديب و إصلاح وزجر**"[1]. ولهذا فالتعازير كفيلة–حسب المصلحة –بإصلاح حال الجاني[2].

ثانيا– طبيعة نظام التعزير في الإسلام :

للتعزير أهمية بالغة في الفقه الجنائي الإسلامي ، فإذا كانت جرائم الحدود معدودة لا تجاوز سبعا في أوسع الأقوال ، وأربعاً في أضيقها ، كما أن جرائم القصاص تمثل الاعتداء على النفس بالقتل أو الجرح أو الضرب ، فإن ما وراء تلك الجرائم يدخل عقابه ضمن التعزير الذي يعدّ أوسع أنواع العقوبات نطاقا في الفقه الجنائي الإسلامي وأكثرها مرونة ، كما أنّ فيه دلالة صادقة على صلاحية الجانب الجنائي في الشريعة الإسلامية للتطبيق في عصرنا هذا وغيره من العصور[3].

ويختلف منهج الشريعة الإسلامية في تطبيق مبدأ الشرعية الجنائية وقاعدة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" في التعازير عنه في الجرائم والعقوبات المقدرة. ففي حين نجد النظام الجنائي الإسلامي يتقيد بالحدود الضيقة التي رسمها التشريع لهذه الأخيرة ، نراه يتوسع في تطبيق هذه القاعدة على جرائم التعازير إلى حدٍّ ما ، لما تقتضيه المصلحة العامة ، وطبيعة التعزير من هذا التوسع الذي يقوم على حساب العقوبة في غالب الأحوال ، وعلى حساب الجريمة في القليل النادر منها[4].

فإذا كان التعزير عبارة عن تأديب على ذنوبٍ لم تجعل الشريعة لها حدودا ، ولم

1– أبويعلى ، محمدبن الفراء الحنبلي –ت458هـ– (الأحكام السلطانية) تعليق : محمدحامد الفقي.دار الكتب العلمية ، بيروت.دط ، 1403هـ – 1983م .ص279. والسرخسي ، (المبسوط) مرجع سابق ، ج9 ، ص36. وابن الهمام ، (شرح فتح القدير) ، مرجع سابق ، ج ، 5 ص344–345. والماوردي ، (الأحكام السلطانية) مرجع سابق ، ص386.

2–عامر ، عبد العزيز : (التعزير في الشريعة الإسلامية) ، دار الفكر العربي.القاهرة.ط 4، دت.ص : 11. وينظر : بهنسي ، أحمد فتحي : (الجريمة في الفقه الاسلامي – دراسة فقهية مقارنة –) ، دار الشروق ، القاهرة– بيروت.ط5 ، 1403هـ – 1983م. ص : 245 . وينظر : الخليفي ، ناصر علي ناصر : (الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير في الفقه الاسلامي) مطبعة المدني ، القاهرة . ط 1 ، 1412 هـ 1992 م . ص 17 .

3 – العوا : (في أصول النظام الجنائي الإسلامي) مرجع سابق ، ص 366.

4 – عودة :(التشريع الجنائي الإسلامي) المرجع السابق نفسه ، ج1 ، ص : 126. وحوى ، (الإسلام) ، مرجع سابق ، ص : 559.

تنص إلا على جرائم تضرّ بالأمن العام للجماعة ومصالحها دوما ، و بشكل جسيم. إلا أنها تركت لولي الأمر تجريم ما يراه ضارا بالأمن والمصلحة الفردية والجماعية ، بشرط ألا يخرج على المبادئ العامة التي رسمتها النصوص المقدّرة وروح التشريع الإسلامي في التجريم والعقاب[1]. فهو ليس حرًّا في أن يحرِّم أو يعاقب إلا في حدود وإطار السياسة الجنائية لمبدأ الشرعية. وما يصدر عنه مخالفا لذلك يكون باطلا بطلانا مطلقا ، وهو مرهون باحترام هذا المبدأ فيدور معه وجودا وعدما[2].

كما أن هناك حقيقتان يمكن تقريرهما بشأن التعزير في الإسلام ، الأولى تكمن في أن التعزير كنظام متكامل من أنظمة العقوبات في الفقه الجنائي الإسلامي ، لم يظهر بصورة واضحة إلا في مرحلة متأخرة نسبيّا من مراحل تطور هذا الفقه ، وبفضل جهود العلماء والفقهاء في مختلف المذاهب الفقهية الإسلامية. وهذا لا يعني أنهم أوجدوا التعازير من العدم؛ بل إن أصولها ممتدة في الغالب إلى القرآن الكريم والسنة النبوية أو تقررت في أحدهما ، و فضل الفقهاء يتجلى في انهم عكفوا على تقعيد قواعدها ، ورسم تفصيلاتها وشرحها ، وتيسير سبل الاستفادة منها[3].

وعليه؛ فلا يمكن الادعاء أن مبدأ الشرعية قد انتُهك و أُهدر في التعازير ضمن النظام الجنائي الإسلامي بتوسيع سلطة الحاكم في سنّ التجريم و العقاب. ولا القول بأن القدر الأوسع الذي يحظى به القاضي في سلطته التقديرية يتنافى مع مبدأ الشرعية بتطبيقه ما يشاء من العقوبات على ما يشاء من الجرائم التي توجب التعزير. وهذا إذا تبينت لنا الضوابط و الضمانات التي وضعها التشريع الجنائي الإسلامي؛ وفي ظلّه الفقه الجنائي الإسلامي ، حتى لا يزيغ أحدٌ عن الشرعية و السياسة العامة التي رسمتها ، بما يشكّل حماية حقيقية لحق الحرية الشخصية والأمن من التجريم و العقاب التّعسفي كما سيتم بيانه في ما يأتي :

الفقرة الثانية- ضوابط شرعية التعازير كضمان للحرية الشخصية :

أولا– ضمانات الشرعية بين التوسيع والتّضييق في التعازير :

إذا كانت الشريعة الإسلامية قد ضيّقت من نطاق كل من التجريم و العقاب في الحدود والقصاص والكفارات ، فإنها قد توسعت في تطبيق مبدأ الشرعية في الجرائم

1- عودة :(التشريع الجنائي الإسلامي) المرجع السابق نفسه ،ج1 ، ص : 127-128.و هبة ، أحمد (موجز أحكام الشريعة) المرجع السابق نفسه ، ص : 31

2- هبة ، المرجع نفسه ، ص : 37-38.

3 - العوا : (في أصول النظام الجنائي الإسلامي) مرجع سابق ، ص 374-375.

والعقوبات التعزيرية :

1- ضمانات شرعية التعزير في مجال التجريم : إذا عرفنا أن جرائم التعازير واردة على نوعين[1] :

فالنوع الأول منها ورد النص عليه في القرآن و السنة بأنّه معصية ومحرم ، إلا أنه لم ينص على عقوبة محددة له كالرشوة وقول الزور ، والسرقة فيما دون الحدّ ، وترك الجهاد ، وغيرها...

أما النوع الثاني : فقد أجيز فيه استثناءً على القاعدة العامة أن يكون فيما لم ينص على تحريمه الكتاب ولا السنة لذاته ، وإنما اقتضت ذلك المصلحة العامة. ويختص بسنّ مثل هذه الجرائم السلطة المختصة في الدولة بالتشريع الفرعي ، وبموجب السياسة الشرعية المخول للحاكم التصرف فيها بما يراه محققا لمصلحة الأمة ، كالجرائم المخالفة للأمن والسلامة الشخصية للأفراد. وهو ما تختص به في زمننا هذا السلطة التشريعية.

فكل الجرائم التي لم يرد فيها عقوبات مقدرة تكون عقوباتها من باب السياسة الشرعية ويفوَّض للإمام أن يحكم فيها بين التّشديد و التّخفيف[2].

وإذا استقرئنا النصوص الشرعية في تحريم المعاصي وجدنا مبدأ الشرعية مطبق فيها من خلال الأحكام الشرعية المترتبة عنها بحيث يكون هناك نصٌّ صريحٌ يحرّمها في الكتاب أو السنة[3]. والعبرة في مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" ليست بجمع هذه الجرائم في كتاب واحد خاص بها ، بقدر ما تكمن في النص على أفعال معينة أنها معاصي ، أو "جرائم" بمصطلح الفقه القانوني [4].

إلا أن المعاصي التي ينص الشارع على تحريمها لا يعيّنها تعيينا دقيقا ، بل يحدد لها الوصف العام حتى يدخل ضمن نطاقها كل وصف تتحقق فيه علّة التحريم بما يحفظ

1-الشحات : (ضمانات المحكوم عليه في مرحلة التنفيذ العقابي-بحث فقهي مقارن-) ، مرجع سابق ، ص : 110. و ينظر : الصالح : (حق الأمن الفردي في الإسلام) مرجع سابق ، ص : 45. وبتفصيل أكثر أيضا لدى العوا : المرجع نفسه ، ص 366ومابعدها.

2- الخليفي : (الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير في الفقه الإسلامي) المرجع السابق نفسه ، ص 218 .

3-أجمع الفقهاء على أن ترك الواجب وفعل المحرم معصية فيها تعزير إذا لم تكن هناك عقوبة مقدرة. ينظر : ابن فرحون ، (تبصرة الحكام) مرجع سابق ، ج2 ، ص : 218. وابن تيمية ، تقي الدين الحراني الحنبلي (السياسة الشرعيةفي إصلاح الراعي والرعية) دار المعرفة ، بيروت.دط ، دت.ص : 94-95.

4-بهنسي : (العقوبة في الفقه الإسلامي) مرجع سابق ، ص : 43.وعودة (التشريع الجنائي الإسلامي) ، مرجع سابق ج1 ، ص : 126.

للتشريع الإسلامي ديمومته. وقد لا ينص الشارع الحكيم على العقوبة المنوطة بالمحرمات التي ينص عليها. وهذا يكون سندا لولي الأمر كي يُصدر تعازيراً تعاقب على مثل هذه الجرائم ، ويلزم القاضي باتباعها. أما فيما ليس فيه نص على تحريمه من المعاصي وما يتعلق منه بالمصلحة العامة وضرورة الحفاظ عليها ، فإن باب الاجتهاد مفتوح فيه ، كما أنه بشكل محدود أيضا[1]. وهنا تكون قاعدة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" مطبقة بشيء من التوسع و المرونة إلى حدّ ما إذا ما تمت مقارنتها بالجرائم المقدّرة شرعا بعقوبات محدّدة. وذلك وفقا لضوابط وضمانات تتقيد بمراعاتها هيئة تشريع التعازير ، والسلطة التقديرية للقضاة المجتهدين كما سنرى.

2- ضمانات شرعية التعزير في مجال العقاب : إن العقوبات التعزيرية في الشريعة الإسلامية تتّسم بنظام مرن في تطبيق قاعدة "لا عقوبة إلا بنص" ، وذلك بترك المجال في تحديد العقوبة المناسبة كمًّا ونوعًّا إلى القاضي سواء كانت جرائم التعازير تمس بالمصلحة العامة أم الخاصة ، بحيث يحكم القاضي في كل حالة تعرض عليه بالعقوبة المناسبة لها ، ويراعي بذلك حالة المجرم الاجتماعية ونفسيته ، ودرجة ميله إلى الإجرام ، وغيرها من الظروف الشخصية للمجرم. فالتشريع الإسلامي وقف موقفا وسطا في السياسة العقابية ، ووفق بين الاعتبار الشخصي للمجرم – كما ذكرنا – ، وبين الجريمة ودرجة مساسها بالمصلحة العامة للمجتمع ، وضرورة درء الفساد المترتب عنها [2] ، وذلك ما تجسده القاعدة الفقهية "**لا ضرر ولا ضرار**"

وبرغم النقاش القائم بين الفقهاء حول العقوبات التعزيرية ، فالخلاف بينهم يكمن كلّه في مقدارها بين أعلى عقوبة وأدناها وبين أشدها وأيسرها ، إلا أن الجميع متفق على نوع العقوبات ، فالشرع قد بيّن الأفعال المعاقب عليها بالتعزير إجمالا ، وهي المعاصي التي ليست لها عقوبات مقدرة ، وبيّن صفة تطبيقها وما على القاضي سوى أن يفرد العقاب لكل حالة. ولا يمكنه البتّة أن يستحدث عقوبة أقصى مما ينص عليها القرآن ، أو ما تدل عليه السنة النبوية واجتمع الفقهاء[3].

وفي اختلاف الفقهاء حول تقدير التعازير رحمة بالناس ، إذ لو انعقدت على عقوبات محددة لصارت مقدّرة مثل الحدود ولأن مصالح الناس تختلف من زمان لآخر

1- حوى : (الإسلام) مرجع سابق ، ص : 559-560.

2- عامر ، عبد العزيز : (التعزير في الفقه الإسلامي) مرجع سابق، ص 69و 530.و أبو زهرة : (العقوبة) مرجع سابق ص 29

3- عامر ، المرجع نفسه ، ص531. و بهنسي : (العقوبة في الفقه الإسلامي) المرجع السابق نفسه ، ص44

ومن مكان وشخص لآخر ، فإن المساس بهذه المصالح لا يمكن تقديره وتنزيله على كل الحالات بنفس الضرر ، و لَاسْتُحدِثت جرائم لا يمكن العقاب عليها برغم مساسها بالمصالح العامة والخاصة ، وفي هذا تفويت للحقوق؛ بل واعتداء عليها أيضا. ولهذا اقتضت حكمة التشريع أن يترك أمر التعزير للسياسة الشرعية للحاكم ، وفي كل حالة على حده. فالعقوبة التي تناسب هذه الحالة لا تناسب تلك ، وهو ما يسمى بالتفريد العقابي في الفقه الإسلامي[1].كما تبنّته تبعا لذلك الأنظمة العقابية المعاصرة.

فالشريعة الإسلامية جعلت للعقوبات حدًّا أقصى ولم تجعل لها حدًّا أدنى ، وحرية القاضي تكمن في التقدير بين هذا الحد الواسع. فله أن يصدر قرار البراءة ، ولكن ليس له أن يزيد على ما قدّره الشرع من عقوبات[2]. فخطؤه في العفو خير وأولى من خطئه في العقاب ، وفي هذا ضمان وصيانة للأفراد.

ويعزّز ما نقوله الحديث الذي يبين عدم التجاوز في التعزير : «**مَنْ بَلَغَ -في رواية مَنْ ضَرَبَ- حَدًّا فِي غَيْرِ حَدٍّ فَهُوَ مِنَ الْمُعْتَدِينَ**»[3]. وفي هذا دلالة على وضع التشريع لحدود العقوبة القصوى وعدم وضع الحد الأدنى لها. وقد تنوعت العقوبات التعزيرية بين الوعظ والتهديد وعقوبة الجلد والضرب والحبس أو الغرامة ، وحتى القتل عند استنفاذ كل وسائل العلاج. وهذا بحسب المصلحة المتوخاة من تقرير الحاكم لعقوباتٍ على جرائمَ وأفعال لا يمكن حصرها ، هي في حقيقتها تمثل اعتداء على هذه المصالح ، وهي فسادٌ يجب علَى الحاكم درؤه[4].

كما يمكن لولي الأمر القياس في التعازير على العقوبات المقدرة شرعا ، والتي تعتبر أساسا يتبين من خلاله المنهج العام للسياسة العقابية في التشريع الإسلامي ، بأن تكون العقوبة مانعة للإجرام زاجرة لارتكابه ، وباعثة للاعتبار .كما لولي الأمر الحق في أن يسنّ العقوبات التي يتحقق فيها معنى القصاص والمساواة التي تعبّر عن العدالة في الحكم بمراعاتها للتناسب بين الجريمة والعقاب التعزيري ، كما هو الحال في القصاص الذي يبيّن نص الله تعالى في القتل ، وما يوجب الاقتصاص للمظلومين بحيث يكون

1- بهنسي : (العقوبة في الفقه الإسلامي) المرجع السابق نفسه ، ص44

2- أبو زهرة : (الجريمة في الفقه الإسلامي) مرجع سابق ، ص : 180.

3 - رواه البيهقي ، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي -ت458هـ- : (السنن الكبرى مع الجوهر النقي) كتاب الأشربة والحد فيها.باب "ماجاء في التعزير وأنه لا يبلغ به أربعين".دار الفكر ، بيروت. ج8 ، ص327. والهندي ، علي المتقي -975هـ- : (كنز العمال في سنن الأقوال و الأفعال) رقم13374 ، مؤسسة الرسالة ، بيروت.دط ، 1413هـ-1993م.ج5 ، ص391.

4- أبو زهرة : (العقوبة) المرجع السابق نفسه ص29.

منهجا للحاكم يتعرف به على ما يقترب من القصاص مما لا نص فيه[1].

غير أن النص يحتوي على منهج عامٍّ ينبغي على المجتهد أن يتلمسه في تقنينه للعقوبات التعزيرية ، حتى يحقق مقاصد الشارع من العقاب ويحمي المصلحة من دون إفراط ولا تفريط ، بأن يصلح حال الجاني ، في الوقت الذي يصان فيه الأمن العام للناس ومصالحهم؛ أي أن يقيس وليُّ الأمر أو مَن يوكّله بتجريم الأفعال والمعاصي التي تشكل ضررا حقيقيا ولا يوجد نص فيها ، على منهج التشريع في التجريم والعقاب في ما يوجب الحدود أو الكفارات.

ثانيا– ضوابط السلطة التقديرية للقاضي والسياسة الجنائية في تشريع التعازير.

إن النظام الجنائي الإسلامي وإن قرر بشيء من التوسع والمرونة مع قاعدة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص شرعي" السلطة التقديرية للقاضي في العقوبات و الجرائم التعزيرية ، ومن قبلها فسح المجال للحاكم أو من يخوله بسلطة الاجتهاد بأن يقنّن للتعازير بحسب تعدد المصالح و الأشخاص ، إلا أنه قد وضع ضوابط يجب أن تنتهج وفقا لسياسة جنائية تحقق الحماية جنائية للمصلحة المرجوة. ولم يدع هذه السلطة مطلقة ، بل وردت عليها قيود تتمثل في الآتي[2] :

1- تقيده بقواعد العدالة والتناسب بين الجريمة و العقوبة ، والأخذ بأقلّ قدر يكفي للزجر من غير أن يتجاوز ، ولا أن يحيف بسلطة العقاب إلى الظلم.كما لا يحكّم هواه في تقدير العقاب ، حيث يشق على الأمة بذلك فيخاف البريء من بطشه ، ولا ينشر التجسّس على أمور الناس لأن ترويع الآمنين وتخويف البريئين فيه من الضرر والمفسدة أكثر من مصلحة التقصي لعقاب الجناة الفعليين. فالمناسبة بين الفعل المعتبر جريمة ومعصية ، وبين العقوبة المقررة له من ولي الأمر يجعل المجرم يحس بعدالتها ، وخضوعه للعقاب بموجب التحسّب له قبل وقوعه ، والارتداع من فعل المعاصي كأثر لهذا التناسب العادل بين الجريمة والعقوبة المقررة لها[3].

2- وإذا كان أساس التعزير هو ردع الجاني وزجره بغرض إصلاحه وتهذيبه ، فقد حرّمت الشريعة الإسلامية من جانب آخر كل ما فيه خروج على الغرض المنوط

---

1 – أبو زهرة : (الجريمة) المرجع السابق نفسه ، ص : 114ومابعدها.

2- المرجع والصفحة نفسها. وينظر : الصالح : (حق الأمن الفردي) مرجع سابق ، ص47. و الشحات : (ضمانات المحكوم عليه في مرحلة التنفيذ العقابي) مرجع سابق ، ص : 111وما بعدها.

3- أبو زهرة : (العقوبة في الفقه الإسلامي) مرجع سابق ، ص : 77.

بالتعزير ، وبذلك فلا يجوز تعذيب الجاني أو المتهم و هدر آدميته ، أو الوصول إلى ما يتلف الإنسان وجسده مما لا ضرورة فيه ولا واجب في تطبيقه ، لأنّ "**فعل الإمام مقيّد بشرط السلامة ولا يجوز له الإتلاف**"[1]. فلا يصلح بأيّة حال من الأحوال أن يترتب على العقوبة المقررة من وليّ الأمر ضرر مؤكّد أو فساد يفتك بالجماعات ، ويهين الكرامة الإنسانية ويضيع معاني الآدمية. لأن في العقوبات تهذيب للمجتمع ، ولا تقوم لهذا الأخير قائمة إذا انتهكت حرمة الإنسان فيه وكرامته بالتجاوز في العقوبة. كما هو الحال في عقوبة السجن التي ربما تزرع روح الإجرام في نفسية الجاني[2]. وبذلك تضيع مقاصد تشريع العقوبة و أغراضها في ظل هذا التعسف بسلطة التجريم والعقاب في التعازير.

3- على ولي الأمر أو من يوكّله بسلطة سنّ التعازير أن يكون الباعث لديه حماية المصالح الشرعية المقررة في النصوص لا أن يتبع هواه و شهواته ، وهذه المصالح ترجع إلى خمسة أمور هي : حفظ الدين ، و النفس ، والعقل ، و النسل و المال. لأنها قوام وجود حياة الناس من عدمها ، و الحفاظ عليها مردّه التكريم الإلهي للإنسان[3]. كما أن المصالح الحاجية من المقرّر أنها تنزل بمنزلة المصالح الضرورية[4] ، والتي تجب حمايتها ولا تحصر المصالح في الضروري فقط منها. وكذلك الأمر بالنسبة للتحسينيات إذا رأى الحاكم في تحقيقها مصلحة عامة للرعية[5]. بيد أنه يجب الاحتراز حتى لا تتوسع دائرة التجريم والعقاب ، فيُتّهم الناس ويعاقبون على أمور لا تهدّد بالضرورة المصالح الضرورية ، لأن **الأصل في الأشياء هو الجواز و الإباحة وليس التحريم** .

وإذا كانت المصالح الضرورية قد وردت عقوباتها مقدرة شرعا ، فإن المقياس الأساسي الذي يعدّ ضابطا لسلطة الحاكم في التعزير والذي بموجبه يفرّق بين الهوى والجور ، وبين ماهو مصلحة حقيقية يتمثل في **مقدار النفع و الضرر**. فما يدفع أكبر ضرر ويجلب أكبر نفع للناس يلزم الحاكم باتباعه ، وأما ما سواه فهو هوى يتوجب اتقاؤه[6]. فيترك تقدير ما يعدّ ضررا حقيقيا وماساّ بالأمن والنظام العام لولي الأمر أو لقضاته

1-الزيلعي : (تبيين الحقائق ، شرح كنز الدقائق) مرجع سابق .ج3 ، ص 211.

2- أبو زهرة : (العقوبة في الفقه الإسلامي) المرجع السابق نفسه ، ص : 77.

3- الغزالي : (المستصفى) مصدرسابق.ج1 ، ص : 286-288.وأبو زهرة : (الجريمة في الفقه الإسلامي) المرجع السابق نفسه ، ص35

4-ابن النجيم ، زين الدين (الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان) دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 1993م ، ص : 91.

5 -النبراوي : (سقوط الحق في العقاب) ، مرجع سابق ، ص : 576.

6 - أبو زهرة : (العقوبة في الفقه الإسلامي) المرجع والصفحة نفسها.

المجتهدين و الخبراء ، على ألاّ يوقّع العقاب على فعل لا يشكّل ضررا حقيقيا ، أو أن يصف أمرا لا ضرر فيه بأنه جريمة. وإلا فإنه يخلّ بالعدل ويعتبر ظالما لمخالفته لمقاصد التشريع وغاياته[1].

ومنه فإن المصلحة لا يحصل تحقيقها بالاعتداء على أمن الأشخاص والنيل من كرامتهم و حريتهم الشخصية والعامة المكفولة شرعا للناس. ولأن توقيّ الضرر المحتمل من سنّ التعازير واجب شرعا ، على اعتبار أن وقوعه مآلاً يعدّ نتيجة لتشريع غير منصفٍ فلا تتحقق المصلحة المرتجاة منه ، "**والنظر في مآلات الأفعال معتبرٌ مقصودٌ شرعًا**"[2].

فالأساس الذي تبنى عليه الأحكام في الشريعة الإسلامية كلها هو مصالح العباد من جلب مصلحة ودرء مفسدة. والأعمال تعتبر مقدمات وأسباب لمسببات ونتائج هي في حقيقتها مقاصد ومراد للشارع الحكيم ، ومآلات للأحكام الشرعية. لذا فلابد من اعتبار جريان المصلحة الشرعية كمآل أثناء سنّ الأحكام و تقنين الأسباب[3]. أما في حالة التعارض بين مفسدتين ، فإنه **يراعى أكبرهما ضررا بارتكاب أخفّهما ، فيُتحمّل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام**[4].

4- على ولي الأمر أو من يوم مقامه أن يساوي بين رعاياه ، لأن المساواة هي رمز وشعار كل قانون يصدر عن السلطة المختصة من غير تمييز بين أحد من الناس[5].

5- إن لولي الأمر قيدٌ هامٌ يتمثل في عدم انفراده بتقرير العقوبات التعزيرية ، وعليه أن يستعين بأهل الشورى في العقوبات التي يقررها[6].

6- على القاضي ألا يتجاوز ما رسمته السلطة المختصة بسن العقوبات التعزيرية ، فلا يحكم في جريمة بأقل من الأدنى ولا أكثر من الأعلى. وفي ذلك توفيق بين نظريتين تعمل إحداها على ترك مجال الاجتهاد للقاضي من الكتاب والسنة والأثر ، وهذا في حكمه على القضايا بما يناسبها. وتذهب الأخرى إلى أن التعزير يكون لولي

1-الشاطبي ، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي-ت790هـ- : (الاعتصام) دار شريفة ، الجزائر.دط ، دت.ج2 ، ص : 352.

2- الشاطبي ، (الموافقات في أصول الشريعة) مصدر سابق.ج4 ، ص : 194.

3 - المصدر نفسه ، ج4 ، ص : 195.

4 - ابن النجيم ، (الأشباه والنظائر) المصدر السابق نفسه ، ص : 87و89. والسيوطي : (الأشباه والنظائر) مصدر سابق ، ص : 87.

5- أبو زهرة : (العقوبة في الفقه الإسلامي) المرجع نفسه ، ص : 78.

6- عامر : (التعزير في الشريعة الإسلامية) ، مرجع سابق ، ص : 531.

الأمر ، أما القاضي فيستمد سلطته منه ، لذا فهو متّبع له في تطبيق التعزيرات[1].

وتشريع العقوبات التعزيرية يشابه ما يصدر عن التقنينات الوضعية الحديثة من نصوص تجرّم وتعاقب كلّ ما يضرّ من الأفعال والتصرفات بالمصلحة العامة و النظام العام ، فتحكمها نفس القيود والضمانات التي في التعزير. وتختص بهذا التقنين السلطة التشريعية ممثلة في البرلمان. وما على القاضي سوى أن يتقيد بالقانون الذي تصدره هذه السلطة ، مراعيا في ذلك الحد الأدنى والأعلى للعقاب مستخدما سلطته التقديرية حتى يوفق في تحقيق الموازنة بين المصالح العامة والخاصة ، وحتى لا يكون مبدأ الشرعية في النصوص جامدا. فقد يحدث وأن يشكل التطبيق الصارم لنصوص التجريم والعقاب وتلاشي السلطة التقديرية للقاضي ، المساس بالحرية الشخصية للأفراد.

وعليه فلابد من المرونة في تطبيق النصوص التعزيرية بتفريد العقاب لكل حالة على حده ، لئلا يقع الظلم و الحيف عن العدالة المرجوة من القضاء. كما أنه ومن جانب آخر قد تختلف عملية تحديد العقاب من قاض لآخر بين التشديد و التخفيف ، وهذا من شأنه أن يؤثر على الأحكام الصادرة عن القضاء. ومنه فيتوجب أن تتقيد السلطة التقديرية للقاضي بالمصلحة وتحقيقها ، و بالمفسدة ودرئها ، ويكون-غالباً- التشديد في العقوبة على قدر جسامة المفسدة ، و التخفيف منها على قدر صغرها[2].

ثالثا-ضمانات التفريد العقابي بين السلطة التقديرية وشرعية التعزير:

إن سلطة تقدير عقوبة التعزير مفوضة إلى رأي القاضي ، وهو يختار في كل حالة تعرض عليه العقوبة التي يراها كافية لزجر وردع الجاني ، ووفقا لهذه السلطة يتعين عليه أن يراعي الظروف المخففة و الظروف التي تستدعي التشديد في العقاب بشرط ألا يتجاوز حد العقوبة التي من جنس المعصية المعزَّر عليها[3]. وألا يحيد عن معيار مراعاة جلب المصالح و درء المفاسد و إقامة العدل الواجب إتباعه ، حتى لا تخالف أحكامه مقاصد تشريع العقوبة. وكذلك الأمر بالنسبة لمن يختص بسلطة التشريع في التعازير سواء كان حاكما أو هيئة مخولة بالإجتهاد في مثل هذه الأمور. يقول الرسول ﷺ في

1- أبو زهرة : (الجريمة في الفقه الإسلامي) ، مرجع سابق ، ص : 132-133.

2- عز الدين ، أبو محمد بن عبد السلام السلمي الشافعي : (قواعد الأحكام في مصالح الأنام) ، دار الكتب العلمية ، بيروت. دط-دت.ج1 ، ص : 34.

3- قاضي ، أحمد محمد عثمان : بحث : (مشكلات السياسة العقابية في السودان) ، مرجع سابق ، المصدر : سبق ذكره.

أصل التعزيرات : «**لَا تَجْلِدُوا فَوْقَ عَشْرَةِ أَسْوَاطٍ إِلَّا فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ**»[1].

وحتى يحقق التقنين الأهداف المرجوة من العقوبات التعزيرية بصورة عادلة ، لابد أن يراعي القاضي الضوابط و المعايير المقررة في التجريم والعقاب ، وفقا للظروف المصاحبة لارتكاب الفعل المجرم[2]. ولهذا فقد قسم الفقهاء المسلمون مراتب التعزير إلى عدة فئات ، يختلف فيها حكم القاضي في الجرم الواحد حيث يربط بين إقامة التعزير وبين شخص الجاني. إذ يختلف هذا الأخير بحسب حالته الإجتماعية ودرجة ثقافته و قابليته للإصلاح من عدمها[3].

وتنقسم مراتب التعزير إلى ما يأتي[4] :

1- **تعزير الأشراف و القواد** : ويكون بالإعلام والجرّ إلى باب القاضي ، والخطاب بالمواجهة.

2- **تعزير أشراف الأشراف** : وهم العلوية والفقهاء ، ويكون بالإعلام المحدّد بأن يبعث القاضي أمينه فيقول له : بلغني أنّك تفعل كذا وكذا.

3-**تعزير الأواسط** : وهم السّوقة؛ أي العامة من الناس. ويكون بالإعلام و الجرّ و التجسس.

4-**تعزير الأخساء** : وهم السفلة ، ويكون بالإعلام والجر والضرب والحبس.

كما ربط الإمام مالك -رحمه الله- بين التعزير وشخص الجاني ، فإذا كان من أهل المروءة والعفاف تجاوز عنه ، أما إذا عرف بالفسق والفساد قام بتعزيره ، إلا أن الشفاعة جائزة في التعازير فقط دون الحدود[5]. وقال الماوردي بأن : "**تأديب ذي الهيئة- من أهل الصيانة-أخفّ من تأديب أهل البذاءة و السفاهة**"[6].فإذا كان القصد من التعزير

1-أخرجه البخاري عن أبي بردة الأنصاري (فتح الباري) كتاب الحدود ، باب"كم التعزير والأدب؟42/ 6850.ج12 ، ص176 ورواه مسلم (مسلم بشرح النووي) كتاب الحدود ، باب "قدر أسواط التعزير"40-1708.ج6 ، ص237.واللفظ للبخاري .

2 - الخليفي : (الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير في الفقه الإسلامي) ، مرجع سابق ، ص : 103 .

3- بهنسي (العقوبة في الفقه الإسلامي) ، مرجع سابق.ص : 43.

4-أبويعلى : (الأحكام السلطانية) ، مصدر سابق ص279.وابن فرحون : (تبصرة الحكام) مصدر سابق ، ج2 ، ص : 156وما بعدها.

5 - ابن أنس ، مالك (المدونة) ، دار صادر ، بيروت.دط-دت.ج16 ، ص : 216.وينظر : الحطاب ، أبو عبد الله ، محمد بن عبدالرحمان المغربي المالكي-ت954هـ- : (مواهب الجليل ، شرح مختصر خليل) ، دار الفكر ، بيروت.ط2 ، 1398هـ ، ج6 ، ص320

6-الماوردي ، (الأحكام السلطانية) مصدر سابق ، ص : 293.

الردع و الزجر ، فإن غالب الظن ألاّ يعود للجرم من وقع فلتة منه ، أو من كان رفيعا ذو مروءة عن الجرائم ومعروفا بالصلاح والدين[1]. وقد استند الفقهاء في ذلك إلى حديث عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ : قَالَ رَسُولُ اللَّه ﷺ : «**أَقِيلُوا ذَوِي الْهَيْئَاتِ عَثَرَاتِهِمْ إِلَّا الْحُدُودَ**»[2].

وقد يقال بأن هذا التقسيم قد خالف به الفقهاء مبدأ العدل و المساواة أمام القضاء ، و أُهدِر به مبدأ الشرعية في العقاب، إلا أن حكمة التشريع تقتضي غير ذلك. فالمراد هو تحقيق المصلحة الشرعية في كل الأحوال.

فإذا كان من العدل أن يتساوى أصحاب المراكز القانونية في الحكم ، بأن يعاقب على كل فعل وواقعة ورد تحريمها في النصوص الشرعية. غير أن الظروف والملابسات التي اقترف فيها كل شخص ذات الجرم تختلف من شخص لآخر ، بل وتتنوع من واقعة لأخرى بحسب طبيعة الجاني و شخصيته وسوابقه الإجرامية ، وبمدى الأضرار المترتبة على المصلحة العامة وعلى المجني عليه ، ودور هذا الأخير في ارتكاب الجاني للجريمة[3].

وعليه فيكون من العدالة أن يقدّر القاضي عقوبات مختلفة على الجرم الواحد بموجب سلطته التقديرية من خلال الظروف المشددة و المخففة للعقاب ، وكذا الخيار بين الحدين الأعلى والأدنى للتعزير وأنواعه بحسب ما يحمي المصلحة العامة ويصلح الجاني ، من وعظ ، أو توبيخ ، أو تهديد ، أو حبس أو غرامة أو إبراء من العقاب أو إمضائه. وألا يتجاوز التعزير إلى درجة الحدود ، بوصفها أشدّ أنواع العقوبة في النظام العقابي الإسلامي. فعليه أن يراعي كل ذلك أثناء تقديره للعقوبة التعزيرية حتى يحقّق العدالة المنشودة ، برغم اختلاف العقاب من شخص لآخر على الجرم الواحد[4].

---

1 – ابن فرحون ، (تبصرة الحكام) مصدرسابق ، ج2 ، ص : 208.وينظر : ابن عابدين ، محمد الأمين الحنفي : (حاشيةرد المحتارعلى الدر المختار) ، دار الفكر بيروت.ط2 ، 1399هـ – 1979م. ج4 ، ص : 75.

2 –رواه أبوداود ، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي في سننه عن عائشة : (صحيح سنن أبي داود لمحمد ناصر الدين الألباني) ، كتاب الحدود ، باب : "الحد يشفع فيه" ، 4/ 4375.مكتبة المعارف ، الرياض.ط1 ، 1998م.ج3 ، ص48. وابن حنبل ، أحمد (المسند) ، كتاب وباب : "باقي مسند الأنصار".دار الفكر ، بيروت.دط–دت.ج6 ، ص181.

3– الكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان–دراسة مقارنة–) ، مرجع سابق ، ص : 535.

4 –المرجع والصفحة نفسها. وأبو زهرة : (الجريمة في الفقه الإسلامي) ، مرجع سابق ، ص : 196ومابعدها.وعودة : (التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي) ، مرجع سابق ج1 ، ص : 148.

ومنه : فإن القاضي الجنائي ليس له سلطة تحكّمية ، بل ليتمكن من علاج المجرم و الجريمة. وتكمن هذه السلطة في أنها للتخيير والتقدير ، و ليس للتحكم و الاستعلاء. فيها يحدّد مدى خطورة المجرم والجريمة و يختار العلاج المناسب لهما[1].

وبهذا يتبين لنا أن الفقه الجنائي الإسلامي قد انفرد في التعازير بتقرير نظام دقيق يفوّض لولي الأمر وقضاته المجتهدين دورا هامًّا في تحديد العقوبة من حيث الكمّ و الكيف ، ليتحقق الأمن العام والخاص بذلك. على أن تكون هناك رقابة على سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة وفقا للظوابط و الضمانات المذكورة سلفا.

ولقد نادى الكثير من شراح القانون الوضعي[2] إلى العمل بمبدأ التفريد العقابي الذي قررته الشريعة الإسلامية منذ 15 قرنا في التعازير ، وأكدوا على ضرورة المرونة في مبدأ"لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" ، حتى لا تبقى النصوص جامدة وحتى يتواكب العلاج مع الجرائم المستحدثة والمعقدة. وحتى لا يُضيّع الهدف من العقوبة في ظل التطبيق الحرفي للنصوص الجنائية. بل من اللازم أن يتعامل القاضي مع روح النص ابتغاء تحقيق المصلحة و العدالة التي تمثل أهداف السياسة الجنائية في التجريم و العقاب. ويشكل هذا أكبر ضمان وحماية لأمن الأشخاص سواء تجاه تعسف النصوص الجنائية التعزيرية أو الاجتهاد القضائي ممثلا في السلطة التقديرية للقاضي.

رابعا– جواز العفو عن العقوبات التعزيرية:

إنّ من بين الضمانات المهمّة التي تحمي الأفراد تجاه العقاب ما تقرره الشريعة الإسلامية لولي الأمر من حق في العفو عن جرائم التعزير ، وهو ما يفرقها عن غيرها من حدود و قصاص.إلا أن هذا العفو لا يكون سابقا لوقوع الجرائم و الحكم بالعقوبات ، لئلا يعتبر إباحة لأفعال محرمة.كما لا يكون ذلك ماسًّا بحقوق المجني عليه الشخصية ، وألا يؤثر على مصلحة الجماعة في إقامة العقاب لحماية أمنها ، لأن حق ولي الأمر في العفو مشروط بعدم مخالفته للنصوص الشرعية ومبادئها العامة وروحها التشريعية. وهو مقيد في سياسته بمقصد تحقيق المصلحة الشرعية ودرء المفسدة[3].

1–عودة ، (التشريع الجنائي الإسلامي) المرجع نفسه ، ص : 148–149.الخليفي : (الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير) المرجع السابق نفسه ، ص : 385

2 –ROGER MERLE et ANDRE VITER : (Traité de Droit Criminel) .ed.cugas.paris .1974.p113 et s. □

نقلا عن الصالح : (حق الأمن الفردي في الإسلام) مرجع سابق ، ص 48.

3 –الإمام ابن أنس ، مالك (المدونة) ج16 ، ص216. والحطاب : (مواهب الجليل) ج6 ، ص320. وعودة : (التشريع الجنائي الإسلامي) المرجع السابق نفسه ج1 ، ص256 وما بعدها. والخليفي:

وأنواع العفو الذي يختص به الحاكم يكمن في أمرين :

1- **العقوبة التعزيرية الواجبة حقا لله تعالى** : كترك الصلاة ، أو الإعتداء على محارم الله تعالى ، أوما تجب به العقوبة التعزيرية حقا للجماعة. وفي هذه يكون الحاكم مخيّر بين استيفاء العقاب أو العفو عنه بحسب المصلحة التي يناط للإمام التصرف بها ، بل قد يؤمر شرعا بالعفو عن بعض الحالات كعثرات ذوي الهيئات من الناس ومن عرفوا بالعفاف والصلاح ، إذا رأى أن إصدار العفو لا يخلّ بالنظام العام للمجتمع. أما إذا كان في إقامة التعزير هو الأصلح و الأكفل وجب عليه تنفيذه ، وليس له أن يخلصه من طائلة العقاب[1]. وبهذا الرأي قال المالكية[2] والحنفية[3] والحنابلة[4] ، أما الشافعيّ فقال بعدم جوازه[5].

2- **أما إذا كانت العقوبة حقًّا لآدمي** نصّت عليه الشريعة ولم يبلغ درجة الحدّ ، فلا يخلو حقّ الجماعة منه. فإذا عفى الفرد عن حقه يبقى حق الجماعة. و للإمام في هذه الحالة النظر في استيفاء الحق من عدمه. ويجوز له أن يعفو أو يوقع العقاب إذا طالب به صاحب الحق[6].

وأما مجال العفو في الجرائم المنصوص على تحريمها في الشرع ، فالجمهور على أنه يجوز للإمام العفو فيها متى توافرت المصلحة الشرعية ، ولكن ليس له أن ينفي عن الفعل صفة الجرم[7]. فقد تركت الشريعة الإسلامية لولي الأمر الخيار في العفو عن العقوبة كلها أو بعضها بعد وقوع الجريمة أو الحكم بالعقوبة ، وكانت المصلحة الشرعية

=

(الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير) المرجع السابق نفسه ، ص : 88ومابعدها. والنبراوي : (سقوط الحق في العقاب) ، مرجع سابق ، ص : 126 .وحوى : (الإسلام) ، مرجع سابق ، ص569.

1-النبراوي : المرجع نفسه ، ص : 126-127.

2-ابن فرحون : (تبصرة الحكام) ج2 ، ص : 207.والقرافي ، شهاب الدين (الفروق) عالم الكتب ، بيروت.دط-دت.ج4 ، ص : 179

3-ابن الهمام ، (شرح فتح القدير) مرجع سابق.ج4 ، ص : 212-213.

4- ابن قدامى : (المغني) مصدر سابق، ج10 ، ص : 349.

5-الشربيني ، محمد الخطيب الشافعي : (الإقناع) تحقيق : مركز البحوث والدراسات دارالفكر ، بيروت.دط ، 1415هـ.ج2 ، ص526 . والغزالي ، أبو حامد محمد _الشافعي_ (الوسيط) تحقيق : أحمد محمود إبراهيم. ومحمد محمد تامر. دار= =السلام ، القاهرة. ط1 ، 1417هـ.ج6 ، ص : 514.

6- أبويعلى : (الأحكام السلطانية) مصدر سابق ، ص : 282.الغزالي : (الوسيط) ، مصدر سابق ، ج6 ، ص : 515.وابن الهمام : (شرح فتح القدير) مصدر سابق ، ج4 ، ص213. والقرافي : (الفروق) مصدر سابق.ج4 ، ص : 179.

7 -النبراوي ، المرجع نفسه ، ص : 127.

تبرره ، فيكون تصرفه صحيح. وإلا فلا يجوز لـه العفـو قبـل وقـوع الجريمـة أو الحكـم بالعقوبة ، لأن في ذلك إباحة لما حرمه الله تعالى ، ويكون بذلك مخالفا للشريعة وتصرفه باطل[1]؛ أي أنه يجب أن يترك الأمر للقاضي ينظـر فيـه بسـلطته التقديريـة بعـد وقـوع الجريمة أو إصدار الحكم بالإدانة وتنفيذ العقاب وليس قبل ذلـك ، لأن فيـه هـدر لمبـدأ الشرعية الجنائية بتحليل ما حرمه الله ، كما أنه يُفقد سلطة العقاب هيبتها فيتجرأ الناس بالاعتداء على حقوق بعضهم ، أو على حقوق الله عزّ وجـلّ الـتي أوصـى بحرمتهـا في الكتاب و السنة.

أما إذا كانت عقوبة التعزير مما نص عليه الحاكم فيما يسنّه بمقتضى سياسته للأمـة فله الخيار في أن يعفو عن عقاب مرتكب الجريمة ، أو أن ينفي صفة الإجرام عن الفعـل إذا زال ضرره. وله أن يتصرف بما هو منوط بمصلحة الرعية.

ومجمل الخلاف الحاصل بين قول الجمهور بوجوب إقامة التعازير علـى الحـاكم ، وقول الشافعي بالجواز لكون عقوبة التعزير حقٌّ له يجوز له إيقاعها أو العفو عنها. فإنمـا أراد الشافعي بقوله تقرير مسؤولية الولاة عن ضمان ما يترتب على تنفيذ تعزير الأفراد إذا أدى إلى إتلاف عضو أو موتٍ ، فهو مسؤول عمل يحدث من ضرر ومفسدة بإيقاعه العقاب. فكان له الخيار بالقـدر الكـافي لانزجـار المجـرم ولـيس لـه أن يتجـاوزه ، وإلا تقررت مسؤوليته عن التعسف باستعمال الحق[2]. ولأن القاعدة في الشريعة الإسـلامية تقول أنّ : " **استعمال الحق مقيد بشرط السلامة**"[3].

وعليه ، فإن تقرير العفو يعدّ أحد الضمانات الـتي تحقـق الأمـن للإنسـان بتوقّيـه للعقاب ، وتجنبه للصرامة التي تضفى على مبدأ الشرعية الجنائية ، لأن تطبيق هذا المبـدأ منوط بالمصلحة المعتـبرة شـرعا. فمتـى كانـت المصـلحة الشـرعية محقّقـة بعـدم توقيـع العقوبة ، يكون ذلك مقصدا للشارع الحكيم سـواء بجلـب المصـالح أو بـدرء المفاسـد. وهذا لا يعني استباحة وتعطيل ما حرمته النصـوص الشـرعية ، وإنمـا يشـترك الشـافعي و الجمهـور في نفـس النتـائج مـن حيـث تحقيـق المصـلحة الشـرعية في توقيـع العقوبـة التعزيرية ، وإن اختلفوا في مدى مسؤولية ولي الأمر في سـريان العقوبـة[4]. فالشـافعي

1- عودة : (التشريع الجنائي الإسلامي) المرجع السابق نفسه ج1 ، ص : 257.

2 - الزيلعي : (تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق) ، مصدرسابق .ج3 ، ص : 108.

3- الشافعي ، محمد بن إدريس أبو عبد الله : (الأم) دار المعرفة ، بيروت.ط2 ، 1393هـ.ج6 ، ص173.
و الشيرازي ، أبو إسـحاق بـن إبـراهيم : (المهـذب في فقـه الإمـام الشـافعي) دار الفكـر ، بـيروت.دط-دت.ج2 ، ص288-289.

4 - عودة ، المرجع نفسه ج1 ، ص : 260-261.

يوجب مسؤولية وضمان ولي الأمر ، ويجعلها الجمهور على بيت المال لأن السلطان يتصرف لجماعة المسلمين فيما فيه صلاحهم[1].

ويجوز العفو خاصة إذا لم تستوف الجريمة كل أوصافها و أركانها ، أو إذا كانت هناك شبهة ، فإنه يدرء بها التعزير. ففي هذا ضمانة أساسية تمكن الحاكم أو القاضي من العلاج الحقيقي للمجرم ، بحيث يستطيع أن يتبين من درجة انزجاره وردعه عن العودة للإجرام. فإذا رأى أنه من المصلحة العفو عنه ، يكون ذلك أولى بالتنفيذ من إيقاع العقوبة. وبهذا تتحقق العدالة المرجوة وحماية أمن الأفراد من الوقوع في دائرة العقاب ، بالتضييق من نطاق هذا الأخير قدر الإمكان ، إذا تحققت المصلحة العامة والخاصة في عدمه.

1 -الشافعي ، (الأم) المصدر السابق نفسه.ج6 ، ص : 175-176. والشيرازي ،(المهذب في فقه الإمام الشافعي) المصدر السابق نفسه ، ج2 ، ص289.

المطلب الثاني :

ضوابط شرعية التجريم والعقاب كضمان للحرية الشخصية في القانون الوضعي.

حتى تحظى الحرية الشخصية بالحماية الكافية في التشريعات الجنائية الوضعية ، يجب أن تصاغ لها ضمانات كفيلة باحترامها ، وهو ما تحققه تلك الضوابط التي ينبغي أن تتوافر في شرعية التجريم والعقاب من عدو جوانب ، كوجوب مراعاة التوازن بين النصوص الجنائية والحرية الشخصية (**الفرع الأول**) ، ووضوح النصوص الجنائية وتحديد السلطة المنوطة بسنّها (**الفرع الثاني**) ، والتزام المشرع بالضرورة الاجتماعية في التجريم والعقاب (**الفرع الثالث**) ، وألا يكون هناك أي تجريم ولا عقاب دون نصٍّ قانونيّ(**الفرع الرابع**) ، وأخيرا ضابط تقييد السلطة التقديرية للقاضي في تطبيق وتفسير النصوص الجنائية (**الفرع الخامس**).

الفرع الأول : وجوب تحقيق التوافق بين النصوص الجنائية والحرية الشخصية.

يستند العنصر الموضوعي للشرعية الجنائية إلى افتراض وجوب توافق النصوص التشريعية المثبتة للجرائم و العقوبات مع الحقوق و الحريات العامة والأساسية ، وبالضبط الحرية والأمان الشخصي. على صورة تكفل الممارسة الطبيعية لها بانتفاء التعارض و التناقض بين هذه النصوص ، وبين الحرية الشخصية وحرمة الإنسان كأبرز تلك الحقوق و الحريات[1].

ولقد عنى بها الدستور الجزائري ونصّ على حمايتها وعدم الاعتداء عليها ، فمن الطبيعي إذن أن يلتزم المشرع الجنائي في سياسة التجريم والعقاب بكفالة الممارسة العادية للحرية الشخصية كأبرز صور ومظاهر الأمن الشخصي.

وإذا كان مبدأ الشرعية الجنائية يشكّل أهم دعامة لأمن وحرية الإنسان ، فإن المشرع قد نص عليه في المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري ، وهي دلالة على الشعار الذي انتهجه المشرع في سياسة التجريم والعقاب بالتماسه التوازن بين الأمن العام والخاص في سنّه للقواعد القانونية ، وعدم حيفه عن هدف احترام حرية الإنسان وحقوقه الشخصية.

فالحماية الجنائية بواسطة التجريم يمكن اعتبارها سلاح ذو حدين ، فإذا استخدم

1 – المجالي ، نظام توفيق : (الشرعية الجنائية كضمان للحرية الفردية–دراسة في التشريع الأردني) مرجع سابق.ص : 181.

في موضعه الصحيح كان بالفعل حمايةً. أما إذا أُسرِف في استعماله كان مطية للاعتداء على أمن الإنسان وحريته[1]. وكذلك الأمر بالنسبة للعقاب والجزاء ، فله ضوابطه الخاصة أيضا ، والتي ما إن صدر القانون الجنائي ملتزما بها ، انتفت عنه صفة اللامشروعية و اللادستورية ، وصار ضمانة قوية للحرية والأمن الشخصي[2].

إذا كان الهدف الأساسي لقانون العقوبات يكمن في ثلاثة غايات هي : حماية المصالح المشتركة ، وتوفير الطمأنينة للأفراد ، وتحقيق العدالة[3].فإنها الأمور التي يجب أن تنتهجها السياسة الجنائية للتشريع العقابي ، بأن يوفّر لها الحماية و يجرّم ويعاقب كل ما يشكّل ضررا بها ، أويقف دون تحقيقها.

الفرع الثاني : ضابط التزام المشرع بالوضوح وبالتحديد لسلطة التجريم والعقاب.

الفقرة الأولى: أهمية ومدلول الالتزام بالوضوح وبتحديد سلطة التجريم والعقاب

إن مبدأ الشرعية الجنائية تكمن أهميته البالغة من حيث أنه ضمانة لحقوق الأفراد ، وفي الوقت ذاته هو حماية للمجتمع. فمن جهة يأمن الفرد جانب السلطات العامة التي لا تستطيع أن تحاسبه إلا بموجب نص قانوني ، وبعد عرفانه لما هو محظور عليه فعله. وهذا التّحديد يكون صيانة لحقوق الفرد ، وسياجا حاميا له من تعسف السلطة الحاكمة. ومن جهة أخرى تبدو حماية المجتمع من خلال الدور الوقائي الذي تكتنفه القاعدة الجنائية لأجل تحقيق تلك الحماية ، بأن يكفّ الأفراد عن اقتراف الجرائم إذا علموا بالعقاب المحدد و الواضح سلفا عمّا يهدّد القيم المقنّن حمايتها في المجتمع ، ويكونون بمأمن من المسؤولية الجنائية[4].

فمقتضى شرعية النص التجريمي والعقابي أن يكون نصا تشريعيا ومكتوبا-أي مدوّناً- ، حتى يتمكن الفرد من معرفة حدود المباح و المجرّم ، ويتوفر هناك نوع من الاستقرار للنظام الجزائي[5].

1- الكباش ، محمد خيري : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان-دراسة مقارنة-) ، مرجع سابق ، ص : 389.

2 - المرجع نفسه، ص 476.

3 -سرور ، أحمد فتحي : (الشرعية الإجرائية الجنائية) مرجع سابق ، ص 334-335.

4- سليمان ، عبد الله : (شرح قانون العقوبات الجزائري-القسم العام : الجريمة-) مرجع سابق.ج1 ، ص : 67 . وبارش ، سليمان : (شرح قانون العقوبات الجزائري- شرعية التجريم-) ، مرجع سابق ، ج 1 ، ص : 13-14.

5- بارش، المرجع نفسه ، ج1 ، ص : 22.

كما أن السلطة التشريعية هي الوحيدة صاحبة الحق في إصدار القانون ، و لا يمكنها التنازل بهذا الاختصاص لسلطة التنفيذية أو القضائية ، لأن المشرع هو المؤتمن على حظ حقوق الأفراد والموازنة بينها وبين حقوق الجماعة أثناء وضعه للقاعدة الجنائية. وهذا يستدعي أن يكون التشريع واضحا بقدر الإمكان بتوافر هذه القاعدة على شقي الجزاء و التجريم. ولا يكفِ حصره للأفعال المجرمة فقط ، بل يتعداها إلى الوصف الدقيق لعناصر التكليف الجنائي ، بأن يحدد أركان الجريمة والظروف المكونة لها ، والظروف التي تعدل جسامتها ، وتخفف أو تشدد من العقاب عليها ، وتحدد نوعه و مقداره وكيفيته. كل ذلك على نحوٍ ينتفي معه الغموض ، وبالتالي يسهّل المهمة للقاضي في عملية التطبيق للنصوص على الوقائع المطروحة أمامه[1]. وهو ما يجعل الأشخاص بمأمن من التجريم أو العقاب الجزافي الذي ينتهك حُرماتهم دون وجه حق.

الفقرة الثانية : مخاطر عدم وضوح وتحديد السلطة المختصة بالتجريم والعقاب على الحرية الشخصية

يكمن الخطر المحدق بضابط الوضوح في النصوص الجنائية وتحديد السلطة المنوطة بذلك في مايلي :

1- إيعاز وإحالة الدستور أو القانون الجزائي -استثناءً على الأصل- صلاحيات للسلطة التنفيذية والإدارية بأن تشرّع بعض اللوائح ، وتسنّ بعض العقوبات والجرائم. مما يعتبر اعتداءً على مبدئي الشرعية والفصل بين السلطات. فقد تتصرف الإدارة بما يتعارض مع ما ورد في الدستور من كفالة لممارسة الحرية الشخصية بفرضها لقيود مجحفة تحت شعار الحفاظ على الأمن و النظام العام ، وخصوصا إذا لم يكن النص الجنائي واضح المعالم والدلالات على معانيه ، ويكتمن ثغرات من شأنها أن تقفز بسلطة التشريع الجنائي إلى غير محلّها ، أو أن يحيف التشريع الجنائي عن الأهداف التي رسمت له.

2- والخطر الدّاهم الآخر الذي يتهدد الفرد ويشكل انتهاكا لمبدأ الشرعية ، حينما تكون النصوص الجنائية غير كاملة ، كأن تتضمن عقوبة من غير تحديدٍ لمقدارها ولا لمدتها ، أو أن يترك المشرع النص الجنائي على بياض بتحديده للعقوبة ، وإحالة أمر

1- بارش ، سليمان : (شرح قانون العقوبات الجزائري- شرعية التجريم-) المرجع السابق نفسه ، ج1 ، ص : 25. وكذلك : سليمان ، عبد الله : (شرح قانون العقوبات الجزائري-القسم العام : الجريمة-) المرجع السابق نفسه.ج1 ، ص : 67-68.

إصدار النص التجريمي للسلطة التنفيذية[1]. ومثال ذلك ما ورد في المادة : 187عقوبات جزائري* ، إذ يحدّد المشرع العقوبة ويدع للسلطة التنفيذية صلاحية إصدار النص التجريمي لها ، وتركه المجال مفتوحا لتنفيذ العقوبة على أيّ نظام تصدره السلطة العمومية. وهذا ما يجعل النص الجنائي فضفاضا يتيح للسلطة التنفيذية فسحةً من أمرها ، إذ يسعُها تحديد ما تعتبره جريمة حتى ولو كان يشكل مساسا بأمن الأشخاص وحرياتهم ، أو ربما لا يشكل خطورة حقيقية.

3- كما تبدو أهمية ضابط الوضوح والتحديد في الأحوال التي يتصدى فيها المشرّع لتعديل النص الجنائي الخاص بالتجريم و العقاب ، حيث يصبح الالتزام بهذا الضابط مهمًّا ، ولاسيما إذا كان في معرض تعديل بعض الأحكام الواردة في النص المعدَّل. ويكون ذلك بالنظر في جميع الأحكام المرتبطة بالمسألة المعدّلَة في جميع أطوار التشريع العقابي[2].

الفقرة الثالثة: ضرورة تقييد صلاحيات السلطة التنفيذية في تحديد المخالفات والعقوبات المقررة لها

من المقرر أن السلطة التنفيذية لا تملك أن تجري أيّ تعديل بواسطة اللوائح على التنظيم التشريعي للحريات ، وأن كل تنظيم لائحيّ يصدر دون ذلك يجب أن يكون في نطاق القواعد التشريعية للحريات ، دون المساس بها أو الانتقاص منها. فإذا سكت المشرع في مسألة معيّنة ، فإن اللائحة التنفيذية تلتزم باحترام المبادئ العامة للقانون فضلا عن الدستور ، وهو ما يجعل من دور واختصاص اللوائح التنفيذية تبعيّاً في حدود القانون والدستور ، وليس أصيلاً في هذا الشأن[3].

و عليه؛ فأيّ قرار تنظيمي للسلطة التنفيذية يعالج أمرا يتعلق ببعض قواعد التجريم والعقاب ، يجب أن يكون بناء على قانون مثل بعض لوائح المخالفات ، وهي

---

1 - بارش:(شرح قانون العقوبات الجزائري- شرعية التجريم-) المرجع السابق نفسه ،ج 1، ص 25-26.

* المادة 187من قانون العقوبات الجزائري معدل ومتمم تنص : "كل من يعترض بطريق الاعتداء على تنفيذ أعمال أمرت أو رخصت بها السلطة العمومية يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة و بغرامة لا تتجاوز ربع التعويضات المدنية ولاتقل عن1000دج.وكل من يعترض بطريق التجمهر أو التهديد أو العنف على تنفيذ هذه الأعمال يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين و بالغرامة المنصوص عليها في الفقرة السابقة أعلاه".

2 - المجالي : (الشرعية الجنائية كضمان للحرية الفردية-دراسة في التشريع الأردني-) مرجع سابق. ص : 186.

3 - سرور ، أحمد فتحي : (الشرعية الإجرائية الجنائية) مرجع سابق ، 348.

تصدر في حدود سلطة استثنائية تملكها الإدارة خلافا للقواعد العامة ، ومن ثمّ فإن نطاقها يبقى محصورا بهذا الاستثناء دون توسّع فيه أو قياس عليه. والأخطر من ذلك أن تتدخل السلطة التنفيذية بتنظيم ما يتعلق بالخصومة الجنائية -كما سنرى لاحقا- ، إذ لا يجوز لها بتاتا أن تمتد يدها لذلك ، وأيّ قرار يُتّخَذ من هذا القبيل يكون مشوبا بعدم الدستورية[1].

و في هذا المقام هناك رأي يقول بأن تخويل السلطة التنفيذية بالتّدخل بدلا من القضاء في بعض الجرائم أمرٌ لا ينتهك ولا يناقض مبدئي الشرعية والفصل بين السلطات ، وأنه ليس فيه إمكانية اعتداء أو تضييق على حرية الأشخاص وأمنهم ، تحت مبرر أن المشرع هو الذي أعطاها هذا الحق في حدود معينة[2].

غير أنّ كل ذلك يجب أن يتم في نطاق ضيّق ومحصور ، وإلا فقد يكون مطيّة للسطو على حق الإنسان الدستوري بألا تنتهك حرُماته ، إذ كيف ستوصف تصرفات السلطة التنفيذية اللادستورية واللاشرعية دونما ضوابط؟! وبالتالي فهي منقوصة وباطلة طالما احتوت اعتداءً على الحرية والأمان الشخصي للأفراد وغيرها من الحقوق والحريات المكفولة دستوريّا.

ومن هنا يلاحظ أنّ للعمل الرّقابي دوراً فعّالاً في تتبع مدى دستورية اللوائح التنظيمية الصادرة عن السلطة التنفيذية بموجب القانون الذي يخولها ذلك ، وهو الدور المنوط بالمحاكم الدستورية ، ويجسده في الجزائر المجلس الدستوري. حيث ينبغي أن تفرض الرقابة الدستورية على النصوص الجنائية بشكل إلزامي قبليّ ، وليست استشاري بعدي فقط –كما هو الحال في حاضرنا- ، وسواء تلك الصادرة عن السلطة التشريعية أصالة ، أو اللوائح التنظيمية التي تصدرها السلطة التنفيذية بخصوص إقرار الجزاء لبعض المخالفات. كما يمنح القاضي سلطة النظر في الدفع بعدم الدستورية أثناء نظره في الدعاوى العمومية[3].

وقد تكرّس نظام الدفع بعدم الدستورية عن طريق الهيئات القضائية في الجزائر ضمن التعديل الدستوري لسنة 2016 ، وذلك بموجب اختصاص المجلس الدستوري بالفصل فيما يتفق مع الدستور كأسمى تشريع يحقق مبدأ الشرعية للحقوق والحريات.

---

1 – سرور : (الشرعية الإجرائية الجنائية) المرجع السابق نفسه ، 348.

2 – هذا الرأي قال به عبد الله سليمان ، في كتابه : (شرح قانون العقوبات الجزائري) المرجع السابق نفسه ، ج1 ، ص : 63-68.

3- ينظر كذلك : بارش ، (شرح قانون العقوبات الجزائري) المرجع السابق نفسه ، ج1 ، ص : 13.

فتتحقق بموجبه الرعاية التامة للأمن على ممارسة الحرية الشخصية ، وينضبط بها المشرع الجنائي في نصوصه إذا كان فيها لُبسٌ ، أو زاغت نصوصه عمّا رسمته السلطة العليا للدستور من معالم ، وحتى لا تتخذ السلطة التنفيذية من ثغرات التشريع لتمرير ما تودّ فعله من تضييق على الحقوق الحريات ، وهو ما شرحناه سابقا في الفصل الأول من الباب الثاني.

الفرع الثالث : التزام المشرع بالضرورة الاجتماعية في التجريم و العقاب.

حتى تكون حرية الأشخاص في مأمن ، لابد من توافر ضابط التزام التشريع الجنائي عن طريق سياسة التجريم والعقاب بحماية تلك القيم الجوهرية فقط من الأفعال والسلوكات التي تتهدد المصالح المجتمع ، ووفقا لشروط موضوعية يلتزم بها ، وهذا تلافيا للتجريم والعقاب التعسفي ، والذي لا يخدم مصلحة الفرد في الحرية والأمان الشخصي ، ولا مصلحة المجتمع في الاستقرار والأمن العام كلاهما :

الفقرة الأولى: التزام المشرع الجنائي بالضرورة الاجتماعية ضمان للحرية الشخصية من التجريم والعقاب التعسفي

إذا كانت الحماية الجنائية هي أحد وسائل الحماية القانونية للحقوق والحريات؛ بل وأهمها لما تعبر فيه عن مدى جسامة خطر الفعل المقترف باستحالة أنواع الحماية المدنية أو الإدارية أو الدستورية ، لتتعداها إلى وضع يجعل المشرع يضع الحماية الجنائية بالتجريم و العقاب على فعل معين ، لما يهدده من مصالح للفرد والمجتمع ، وعدم جواز إتيانه بعد تجريمه ، والجزاء الجنائي عليه بعد اقترافه.

إلا أن المشرع الجزائي لا يقتطع من بين الأفعال الإنسانية سوى تلك التي يترتب على إتيانها إصابة المجتمع بالضرر أو تعريضه للخطر ، ليجعل من إتيانها جريمة تاركا ما عداها كله تحت طائلة الأصل العام وهو الإباحة[1]؛ أي أنه يجب أن يكون التجريم و الجزاء محدودا بالضرورة الاجتماعية المتمثلة في عدم تجاوز الحد الضروري لتحقيق المصلحة الاجتماعية العادلة للمجتمع[2].

ولذلك يجب على المشرع ألا يجرم سلوكا أو يؤثم تصرفا إلا إذا كانت هناك

---

1 -أبو عامر ، محمد زكي : (دراسة في علم الإجرام والعقاب) دار الجامعة الجديدة ، دم.دط ، 1995.ص : 291.

2-سرور ، أحمدفتحي : (الوسيط في قانون العقوبات-المصري-) ، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة.دط ، 1981.ص : 132. نقلا عن : بارش ، (شرح قانون العقوبات الجزائري) المرجع السابق نفسه ، ج1 ، ص : 13.

ضرورة تقتضيه ، وهي تعدّ ضابطا للشرعية الجنائية في حماية الحرية الشخصية وحقوق الإنسان ، وألا تمتد يد المشرع لتأثيم سلوك معين إلا إذا كان يشكل حقيقة خطرا على مصالح جديرة بالحماية تتوازن في أهميتها الاجتماعية مع خطورة سلب الحرية أو الانتقاص منها بموجب الجزاء الجنائي المترتب على التجريم اللازم لهذا الفعل أو ذاك[1]. فلا يتجاوز المشرع للحد الفاصل بين الفعل وتجريمه أو العقاب عليه بألا تكون سلطته هذه أداة قمع واستبداد تعصف بحرية الأشخاص وطمأنينتهم واستقرارهم.

وفي سبيل تعزيز هذا الضابط لسلطة المشرع في التجريم و العقاب أكدت الدساتير المعاصرة على ذلك تعبيرا عن إيمانها بضرورة احترام حقوق الإنسان وحرياته.

الفقرة الثانية : شروط اعتبار الضرورة الاجتماعية أساسا للتجريم والعقاب

يتعين وفقا لضابط الضرورة في شرعية الحماية الجنائية الموضوعية لحق الحرية الشخصية أن يكون هناك عدة شروط[2] :

الشرط الأوّل– توافر المصلحة الجديرة بالحماية الاجتماعية :

وذلك للتضييق من نطاق الحماية عن طريق التجريم والعقاب الجنائي ، إذا كان الأمر يستلزم غطاء قانونيا آخر للحماية غير ما ذكرنا. أو إذا لم ترتق هذه المصلحة الجديرة بالحماية إلى حدّ من الأهمية البالغة ، وأن هذا الاعتداء عليها لا يشكل تهديدا للمصالح الأساسية للمجتمع أو الشروط الجوهرية لكيانه ، لأن حرية الإنسان وأمنه لا يجوز التضحية بهما إلا في ظل وجود الضرورة الملحّة ، و التي تمليها مصلحة اجتماعية معتبرة.

الشرط الثاني– ضرورة تمثيل السلوك المؤثم لبغيٍ حقيقيٍّ وجسيم على المصلحة المحمية جنائيا :

لا يكفي فقط أن تكون هناك مصلحة جديرة بالحماية ما لم يكن السلوك المجرّم يشكل خطورة معينة تستأهل التجريم والعقاب الجزائي دون غيره من إداري أو مدني. فكل من المصلحة والخطورة يشكل الضرورة الملحة التي يلتزمها المشرع الجنائي في سياسة التجريم و العقاب. كما أن جسامة العقاب تختلف بحسب الإعتداء على الإلتزام القانوني ، واختلاف درجته في الأولوية لكيان المجتمع. فإذا كان أعلى درجة كانت العقوبة أشدّ في النوع و المقدار.

1- الكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان-دراسة مقارنة-) ، مرجع سابق ، ص : 392-393.

2-المرجع نفسه ، ص : 393وما بعدها. وبنهام ، رمسيس : (نظرية التجريم في القانون الجنائي) ، منشاة المعارف ، الإسكندرية.ط2 ، دت ، ص : 12-13.

الفرع الرابع : ضابط ألا تجريم ولا عقاب إلا بنص القانون.

نصت على هذا المبدأ المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري. **ومدلوله العام** يتلخص في أن القيود المفروضة من طرف الدولة على حريات الأفراد ونشاطهم لا يمكن تقريرها إلا بواسطة قانون صادر عن هيئة منتخبة ممثلة للأمة ، وليس بتشريع استثنائي صادر عن السلطة التنفيذية في ظروف خاصة[1]. أما في معناه **الخاص**؛ فيعني مبدأ قانونية الجرائم و العقوبات حصر هذه الأخيرة في القانون ، ويكون مصدرها نصا تشريعيا هو "**نص القانون**" . وذلك بتحديد الأفعال التي تعد جرائم وبيان أركانها والعقوبات المقررة لها من جهة ، ثم تبيين نوعها ومدّتها من جهة أخرى[2].

فالسلطة التشريعية هي المصدر الطبيعي للتشريع بصفة عامة ، ومن باب أولى المصدر التشريعي للقانون الجزائي المختص بالتجريم والعقاب كأخطر أنواع الحماية للحقوق والحريات. ويجب أن يكون لها ذلك حفاظا على مبدأ آخر هو الفصل بين السلطات ، لأجل التوازن بينها وبين السلطتين القضائية والتنفيذية داخل الدولة القانونية التي تحترم كرامة الإنسان وحقوقه. وإلا لكانت الدولة رمزا للتعسف بالحريات إذا ما استجمعت كل السلطات في يدٍ واحدةٍ وكانت مستبدة[3].

فبيان الجرائم و العقوبات يكون من اختصاص المشرع وحده ، ولا يملك القاضي إلا تطبيق النصوص والتقيد بالشروط التي جاءت لتحديد الجريمة وتوقيع العقوبة[4].

وإذا كان التجريم والعقاب في ذاته يشكل مساسا بحرية الأفراد وأمنهم على أنفسهم لما يكتنفه من خطورة ، فيجب إذن ألا تتوسع السلطة القائمة باستخدامه ، وألاّ ينصرف كذلك إلى غير السلطة التشريعية.

كما أن حصر وضبط دائرة التجريم و العقاب في نص القانون فقط ، فيه ضمانة كافية للأفراد وحريتهم الشخصية ، وذلك بانتفاء المسؤولية الجنائية عمّن ارتكب فعلا لم يجرمه القانون ، ويأمن صاحبه من لوم السلطات العامة وعقابها. فمبدأ قانونية الجرائم

1-رامز ، عمار : مقال (أهم ضمانات الحريات-شخصية رجال الحكم-) مجلة الزميل ، شهرية تصدر عن جامعة بيروت العربية ، العدد : 36 ، نوفمبر1994.ص : 8.

2 - سليمان ، عبد الله : (شرح قانون العقوبات الجزائري) مرجع سابق ، ج1 ، ص : 62. والكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان) المرجع السابق نفسه ، ص : 403-404.

3- الكباش ، المرجع نفسه ، ص : 399-400.

4 - سليمان ، عبد الله.المرجع والصفحة نفسها.

و العقوبات يضع حدودًا فاصلةً بين المشروع وغير المشروع من الأفعال ، وكذلك الحدّ الفاصل بين اختصاص المشرع واختصاص القاضي[1].

ووفقا لهذا الضابط لا يجوز للقاضي الجزائي تكملة النصوص الجنائية الناقصة ، حيث تنحصر مهمته في تطبيق ما هو قائم من هذه النصوص ، وإلا كان ذلك إهدار لمبدأ الشرعية الجنائية ، وافتئاتاً عن حق السلطة التشريعية. فإذا فرض وأن وجد القاضي نصا تنقصه مقومات وجوده كأحد الأركان الأساسية ، أو غفل المشرع عن تحديد العقوبة ، وجب عليه أن يمتنع عن تطبيقه ، وحكم بالبراءة[2].

وإذا كانت العقوبة عملا خطيرا يوقع لأجل المصلحة العامة ، فهذا المبدأ يعطيها أساسا قانونيا لتحظى بقبول الرأي العام لتحقيقها للعدالة و المشروعية. لذا فإن العقوبة تكون بغيضة إذا كانت وسيلة استبداد في يد من يستغلها للتضييق من نطاق الحريات و التعسف بالحقوق[3].

فمن بين القواعد التي تمثل الضمانات الواجبة للفرد المتهم المتابع من طرف القوانين العقابية لابد

من الإشارة إلى احترام مبدأ الشرعية واحترام كرامة الإنسان وضرورة التدخل القضائي لأجل ذلك[4].

وهذه الضوابط للنص الجنائي تحدّ أيضا من السلطة التنفيذية بألا تتعدى تصرفاتها وممارساتها ، من إيقاع للعقوبات الإدارية والتعويضات المدنية ، إلى تسليط العقوبات الجنائية تحت ستار التنظيم الإداري لما تراه مخالفا للنظام العام. وبذلك تكون قد استولت على حق المشرع بالتجريم والعقاب ، مما يهدد حقوق الأفراد ويعتدي على مبدأ الفصل بين السلطات ومبادئ حماية حقوق الإنسان.

فالنصوص الجنائية يجب أن تُضبَط من ناحية الهيئة المخوَّلة بإصدارها ، ومن ناحية أخرى حصر دائرة التجريم والجزاء في هذه النصوص فقط ، حتى لا يُتّخذ القانون

---

1 –حسني ، نجيب محمود : (الدستور والقانون الجنائي) دار النهضة العربية ، القاهرة.دط ، 1992.ص : 11وما بعدها. وينظر بارش : (شرح قانون العقوبات الجزائري) المرجع السابق نفسه ، ج1 ، ص : 13–14.

2 – جمال الدين : (في الشرعية الجنائية) مرجع سابق ، ص 489.

3 –حسيني ، المرجع و الصفحة نفسها.

4–STEFANI.GASTONet BOULOC.BERNARD : (Droit Pénal Général) Dalloz-Delta .Paris.ed°16.1997-P : 382.

العقابي ذريعةً في يد من لا يحسن التصرف به ، فينال باسمه من الحرمات ، وينتقص من حقوق المواطنين ، أو أن يُسيء القاضي فهْم النصوص ، فيتصرف فيها بالتأويل والتفسير حال الغموض. مما قد يوسع من دائرة السلطة التقديرية للقاضي لتطال الأبرياء من الناس ، فيغيب معنى العدالة وحقوق الإنسان والحكمة التي من أجلها وضع النص الجنائي.

الفرع الخامس : ضابط تقييد السلطة التقديرية للقاضي في تطبيق وتفسير النصوص الجنائية.

إن السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي الجزائي ينبغي أن تحقق الإنصاف والعدالة ، وتحمي حرية الأفراد من خلال عمله على التفريد العقابي ، وحتى يتحقق ذلك فإن سلطة القاضي مربوطة بقيود ورقابة قانونية ترد عليها ، حتى لا يتعسف في استعمال سلطته ، ويخرج عن مقتضى النص الجنائي وأهدافه من التجريم والعقاب.

الفقرة الأولى: سلطة القاضي في تفريد العقوبة تحقق العدالة وتضمن الحرية الشخصية

كما هو الحال في النظام الجنائي الإسلامي ، فإن التشريع الوضعي وضمانا منه لمبدأ الشرعية حتى لا يحيف عن مصرفه ويتحقق العدل ، فقد ألزم السلطة القضائية بالتبعية للمشرع ، وبعدم تدخل القاضي ولو بطريقة غير مباشرة في سياسة التجريم والعقاب بحسب الأصل[1].

إلا أنه ومن الناحية العمليّة ، إذا كان القاضي بمحض المطابقة بين الوقائع المعروضة أمامه والنصوص الجنائية التي ترشده ، أين يستدعي الأمر امتلاكه لسلطة تفريد عقوبات مختلفة على الجرم الواحد من خلال الحدين الأدنى والأقصى للعقوبة بحسب اختلاف ظروف وملابسات الواقعة. فيكون القاضي في مركز تقييمٍ لإرادة المشرع ، الشيء الذي يجعل من العدالة والإنصاف أن يُعاقَب كلٌّ بما يستحق رغم ارتكاب نفس الجرم من طرف عدة أشخاص ، فإن العقوبة المنصوص عليها تختلف من هذا إلى ذاك بين الحد الأدنى و الأعلى لها[2].

فمن العدالة أن تكون هناك مرونة في مبدأ شرعية التجريم والعقاب ، وهذا لا

---

1 – بارش : (شرح قانون العقوبات الجزائري) المرجع السابق نفسه ، ج1 ، ص : 28.

2–المرجع والصفحة نفسها.والكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان) ، المرجع سابق نفسه ، ص : 535.

يعتبر خروجا ولا استثناء عن الأصل في تبعية القاضي للمشرع ، طالما أن النص الجنائي يحدد عادة الحدّ الأقصى والأدنى للعقوبة ، ويترك للقاضي السلطة التقديرية في تفريدها حسب الحالة.

وحتى تتحقق العدالة ينبغي ألا تفقد النصوص الجنائية هيبتها ومعانيها ، والأغراض التي رسمتها لها السياسة الجنائية للمشرع. فإذا كانت المصلحة في عدم تطبيق العقوبة المنصوص عليها ، أو في تغيير تكييفها ، حيث يجنح القاضي عنها ، أو يلجأ إلى الموازنة بين تشديد العقوبة وتخفيفها بحسب المصلحة وفقا لما يسمى **بالتفريد العقابي**.

الفقرة الثانية : دور القيود الواردة على السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في ضمان الحرية والعدالة

لا يمكن للسلطة التقديرية للقاضي أن تبقى طليقة العنان ودون تقييد لها ، فعساها أن تتمادى كذلك بتعسف القاضي في استعمالها عند تكييفه للوقائع وتفسير النصوص الجنائية أو القياس عليها ، وتصبح سلطته بذلك تحكّمية.

لذا كان من اللازم وجود قيود على سلطة القاضي في تحديد الجرائم و العقوبات حتى تتحقق العدالة ، والمساواة في المحاكمة المنصفة ، وأن يسترشد القاضي بعدّة توجيهات قانونية حتى لا يزيغ عن المسعى الذي رسمه المشرع ، ولكن بشرط ألا تعيق هذه القيود والضوابط القاضي في أداء مهامه. وتكون في الوقت نفسه مدخلا للرقابة على استعماله لسلطة تقدير الجرائم و العقوبات[1].

وتكمن معالم الرقابة القانونية على سلطة القاضي في الآتي :

أولا–النّص على جسامة الجريمة :

وذلك ليسترشد بها القاضي أثناء تحديده للعقوبة بين الحد الأدنى والأعلى ، وكذا الخطورة الإجرامية التي يشكلها الفعل المقترف ، وأخيرا في تحقيق الردع العام[2]. والذي هو مراد السياسة الجنائية في التشريع العقابي من توقيع العقوبة.

ثانيا– تسبيب القاضي الجزائي للأحكام الصادرة عنه :

لا يقف الأمر عند ضبط المشرع لحدود النص الجنائي العليا والدنيا فقط؛ بل يتعداه إلى مطالبة قاضي الموضوع بتسبيب الأحكام الجنائية الصادرة عنه[3].وذلك

1– الكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان) ، المرجع سابق نفسه ، ص : 540وما بعدها.

2 –سرور ، أحمد فتحي : (أصول السياسة الجنائية) ، دارالنهضة العربية ، القاهرة.دط ، دت.ص : 238–239.نقلا الكباش : المرجع نفسه ، ص : 545.

3 – الكباش ، المرجع نفسه ، ص546 ومابعدها.

للتحقق من المعيار الذي تبناه في تقدير العقوبة الجنائية ، ليتسنى فيما بعد إمكانية الدفع بالخطأ في تطبيق القانون ، إذا كان هناك عدم تجانس وتناسب بين ما سبق ذكره من جسامة وخطورة الجريمة ، وبين العقوبة المقدرة لها. ولا يخفى علينا ما لهذا الأمر من كفالة أكيدة لأمن الأشخاص على حريتهم ، بألا يعاقب المجرم بأكثر مما يستحق ، وألا تسلب حريتهم إلا بالقدر المعلوم.

ثالثا– التزام القاضي بالتّفسير الضيق للنصوص الجنائية ، وعدم القياس عليها في غير مصلحة المتهم :

1- ضابط التفسير الكاشف للنصوص الجنائية :

يلزم أن تقتصر مهمة القاضي من جهة أخرى فقط في الكشف عن إرادة المشرع بالتفسير الكاشف للنصوص الجنائية وألا يصل إلى حدّ يشرع فيه القاضي عقوبات أو جرائم[1]. فالنصوص الجنائية في ظل مبدأ الشرعية تقتضي أن تفسَّر بما يحقق المحافظة على التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع[2].

فيتعين على القاضي الجنائي ألا يتوسع في التفسير عند قيامه بتطبيق النصوص الجنائية ، وإلا فإنه يقوم بإنشاء قواعد جنائية جديدة ، وهو ما يسمى بالتفسير المنشئ ، وهو ما يأباه مبدأ الشرعية الجنائية من أن طبيعة عمل القاضي تقتصر في تطبيق النصوص التشريعية الجنائية وليس الخروج عن نطاقها[3]. كما يعتبر ذلك خروجا عن مبدأ الفصل بين السلطات باختراق السلطة القضائية لمهام وصلاحيات السلطة التشريعية.

2- حظر القياس إلا إذا كان في مصلحة الفرد المتهم :

بخصوص منهج القياس في الجنايات باعتماد نص وتطبيقه على واقعة مشابهة لم يرد فيها نص من المشرع ، والتي يمكن استخلاصها من روح التشريع ، فإنه–بحسب الأصل–يحظر على القاضي أن يسلك منهج القياس ، لأن مهمته مقصورة فقط في تطبيق النصوص الجنائية لا في إنشائها عن طريق استقراء مضامين النظام الجزائي لإيجاد أحكام لوقائع مستحدثة. ولما يشكله هذا النوع من تفسير النصوص من مخاطر على حريات الأفراد ، وقد يكون سلاحا في يد النظام السياسي لقمعها. كما أنه اعتداء

1 – سليمان ، عبد الله : (شرح قانون العقوبات الجزائري) مرجع سابق ، ج1 ، ص : 71.
2 – بارش : (شرح قانون العقوبات الجزائري) المرجع السابق نفسه ، ج1 ، ص : 29.
3 – جمال الدين ، عبد الأحد : (في الشرعية الجنائية) مرجع سابق ، ص 496.

صريح على مبدأ الشرعية بتولي القاضي لمهمة التشريع وتوسيع دائرة التجريم والعقاب[1].

وقد فرق غالبية الفقهاء بين القياس والتفسير ، على أساس أن التفسير يبدأ من وجود نصٍّ وإن كان معيبا أو يشوبه غموض ، ويراد به استخلاص قصد المشرع من نصٍّ قانوني محدّدٍ. أما القياس فإنه يبدأ من فراغ ، حيث لا يوجد نصٌّ جنائيٌّ يحكم الواقعة محل النظر حتى ولو استعمل القاضي التفسير الموسع للنص الجنائي[2].

وإذا كان القياس محظورا في النصوص الجنائية التي تتعلق بالتجريم ، إلا أنه – استثناء على الأصل– قد أجمع الفقه على الأخذ بالقياس إذا كان فيه خدمة لصالح المتهم ، سواء تعلق الأمر بالنصوص الإجرائية التي تجعل المتهم في وضع سيء ، أم بالنسبة للنصوص الموضوعية التي هي في صالح المتهم ، حينما تحمل في ثناياها تقرير سبب من أسباب الإباحة كالدفاع الشرعي ، أو مانعا من موانع المسؤولية الجنائية أو العقاب ، طالما كان في الأمر حماية للحرية الفردية وأمن الإنسان من العقاب[3].

ولا يعد ذلك انتهاكا لمبدأ الشرعية مادامت الحريات منصوصا على حمايتها في الدستور بصفته أسمى القوانين ، وكذلك إذا اقتضى الأمر عدم الاعتداء على كرامة الإنسان وحريته الشخصية.

فإذا كان مؤدى مبدأ الشرعية ألاّ يلحق التفسير إلى تجريمٍ جديد لم يرِد فيه نص ، وأن علّة هذا المبدأ هي حماية الحريات الفردية ، فلا وجه للاعتراض إذنَ عن إعمال القياس في القواعد المعفية من العقاب إذا لم يكن فيه إنشاء لجريمةٍ أو إهدار وتعدي على الحرية الشخصية[4].

فبتأمل القاضي للحكمة من إباحة جريمة أو الإعفاء عن عقوبتها من خلال ما وراء النص التجريمي من مكامن ، يستجلي بذلك الحكمة من الإباحة أو الإعفاء –إن وُجدت– أنها مساوية لحكمة التجريم والعقاب ، إذا كانت المصلحة تتحقق بعدم إيقاع

1 – جمال الدين: (في الشرعية الجنائية) المرجع السابق نفسه ، ص498. وبارش، (شرح قانون العقوبات الجزائري) المرجع السابق نفسه ، ص : 32– 33 . سليمان ، عبد الله : (شرح قانون العقوبات الجزائري) المرجع السابق نفسه ، ج1 ، ص : 71.

2 – جمال الدين ، المرجع والصفحة نفسها.

3– جمال الدين ، المرجع نفسه ، ص 501. وكذا : سليمان ، عبد الله ، المرجع والصفحة نفسها . وأيضا : بارش ، المرجع والصفحة نفسها.

4–قورة ، عادل : (محاضرات في قانون العقوبات–القسم العام : الجريمة–) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر.ط2 ، 1988.ص47.

العقاب أو انتفاء وجه المسؤولية ، أو كانت تتحقق بالامتناع عن المساس بحياة الإنسان أو سلامة بدنه أو ماله ، وتدرؤ بها مفسدة التعسف وخطر الإضرار بالإنسان إذا كان الأمر يستدعي عدم توقيع العقوبة ، كما هو الأمر في حالة الدفاع الشرعي. ويقدم الإعفاء هنا عن العقاب من باب إيجاد توازن بين مصلحة الجماعة ، و بين مصلحة الفرد إذا كانت تتحقق به تلك المصلحة[1].

وعليه : فإن السلطة التقديرية للقاضي يجب أن تنضبط بهذه التوجيهات القانونية في التعامل مع النصوص الجنائية حتى لا تفقد العدالة معناها وهيبتها في ظل نظام قضائي متسلط وتحكميّ ، فيكون القضاء مصدر أمان للأفراد ، و وجهًا للحقيقة لا مصدر تخويف وحيْف بالقانون عن مغزاه الحقيقي.

المطلب الثالث:

مقارنة بين ضمانات شرعية التجريم والعقاب للحرية الشخصية في النظامين الإسلامي و الوضعي.

لمعرفة مدى تحقّق الضمانات الكافية والأمثل للحرية الشخصية من خلال قاعدة شرعية التجريم والعقاب ، يوفر أسلوب الموازنة بين الأنظمة الجنائية المختلفة السبيل الأقوم ، وهذا ببيان أوجه التشابه والاختلاف بينها.وذلك بغرض الاستفادة من الميزات الإيجابية لكل نظام جنائي في هذا الشأن في توفير الحماية اللائقة بالحرية الشخصية ، وكذلك بالتأكيد على ما اتفقا عليه من ضمانات وضوابط.

الفرع الأول : أوجه التشابه بين ضمانات شرعية التجريم والعقاب في النظامين الإسلامي والوضعي

تظهر أوجه التشابه بين كل نظام جنائي من خلال النقاط الآتية :

1-إن كلا من النظامين الإسلامي و الوضعي يهدف إلى تحقيق وإقامة التوازن بين مصلحة المجتمع وضمان حقوق الأفراد ، وهذا من خلال مبدأ الشرعية الجنائية وانتهاج سياسة جنائية رشيدة تتحقق بها المصلحة العامة والفردية بألا يوقع العقاب ولا تجرم الأفعال إلا بنص ، ووفقا لضوابط محكمة حرصا على كفالة الأمن العام و الخاص ، وتحقيق العدالة في المجتمع.

1- بنهام ، رمسيس : (نظرية التجريم في القانون الجنائي) ، مرجع سابق.ص : 94وما بعدها. وكذا جمال الدين: (في الشرعية الجنائية) المرجع السابق نفسه ، ص502.

2- إن كلاً من الفقه الجنائي الإسلامي والوضعي يحض على أن تجتمع سلطة التجريم والعقاب في يد المشرع فقط[على اختلاف مصادرهما] ، وبوجوب إبعاد السلطة التنفيذية أو القضائية عن هذه المهمة ، وتضييق سلطة تشريع الجرائم والعقوبات لما في ذلك من خطر على حرية الأفراد ، وإضرارٍ بحقوق وحريات الإنسان.

3- من بين الضوابط المهمة المقررة في الفقه والقانون مبدأ درء الحدود بالشبهات ، وأن العفو عن العقوبة خير من إيقاعها إذا كانت المصلحة تقتضيها ، وانتصارا لحماية الإنسان من العقاب. وفي هذا تعبير عن مرونة مبدأ الشرعية الجنائية ، فقد تتحقق المصلحة في تطبيق النص الجزائي. وقد تتحقق في المقابل بعدم تنفيذه إذا كان فيه مصلحة ، وموافقة للسياسة الجنائية العامة للتشريع مما لا يعتبر خرقا للقانون ، بل فهما لروح التشريع.

4- يجب على القاضي أن يقف حيال النصوص الجنائية موقف الكاشف فقط عن إرادة التشريع في النصوص الجنائية ، ولا يجوز له أن يتوسع في تفسيرها حين يتعدى من سلطته التقديرية إلى التشريع.

5- كما لا يُعتدُّ بالقياس في الجنايات إلا بمحض الكشف عن علّة التجريم والعقاب ، والتي تُعِين على معرفة الأفعال المجرّمة الداخلة في نطاق النّص. أو أن يكون الاعتداد بالقياس إذا كان فيه خدمة ومصلحة للمتهم أو الجاني ، أو استعمال القياس في مجال الإجراءات الجنائية أثناء تمحيص الأدلة الجنائية -كما سنرى لاحقا- لأن فيه حماية لسلامة وطمأنينة الإنسان ، وهي أولى من توقيع العقاب. كما أنه تطبيقٌ سليمٌ للمبادئ العامة للتشريع ، والتي تنص على ضرورة احترام أمن وكرامة الإنسانية.

6- إن ضوابط وضمانات الشرعية الجنائية في سياسة التجريم والعقاب ضمن القانون الوضعي تتحقق وتتشابه مع الجرائم والعقوبات التعزيرية في النظام الجنائي الإسلامي. كما أنهما يشتركان في مصدر التشريع ذاته كونه بشريا ممثّلا في الهيئة المختصة بالاجتهاد وإصدار القانون ، وبالتالي تحكمهما نفس الضوابط والضمانات في سياسة التجريم والعقاب.

7- إنّ التفريد العقابي في كلٍّ من النظام الإسلامي والوضعي ، يعبّر عن مدى المرونة في تطبيق الشرعية الجنائية الموضوعية ، بمراعاة القاضي لكل حالة تعرض له على حده في سلطته التقديرية ، وحتى لا ينحرف عن العدالة القضائية ولا يضيع معناها في ظل التطبيق الحرفي للنصوص الجنائية.

الفرع الثاني : أوجه الاختلاف بين ضمانات شرعية التجريم والعقاب في النظامين الإسلامي والوضعي

1- إن طبيعة التجريم والعقاب في الحدود والكفارات تختلف عن التعازير ضمن النظام الجنائي الإسلامي ، كما تختلف عن طبيعة التجريم و العقاب في النظام الوضعي. فمصدر التشريع الإسلامي للحدود والقصاص واحدٌ وإلهيٌّ ، تتجلى حكمته بمنأى عن بعض الضوابط التي يجب توافرها في التعازير أو في النصوص الجنائية الوضعية ذات الطبيعة البشرية ، فلا ضرورة للالتزام بوضوح النص الجنائي ، ولا تحديد للسلطة المختصة بالتجريم و العقاب ، ولا موازنة بين مصلحة الفرد والجماعة. كما لا يوجد هناك نزاع بين السلطات في التشريع الإسلامي مادام مصدر التشريع واحد هو الوحي من الله تعالى. ومهمة الحاكم أو القاضي تكمن فقط في تنفيذ ما جاءت به النصوص المقدّرة شرعا ، والتي تكرس مبدأ الشرعية الجنائية ، فلا يمكن للحاكم ولا للمحكومين الخروج عنها[1]. لأن الحدود والكفارات تستقي أحكامها من الشريعة الغراء ، وهي مصدرٌ ملزم للحكام والمحكومين على السواء ، وموقفهم منها موقف التنفيذ ليس إلاّ. كما أن الله يبتغي لعباده المصلحة ويدرء عنهم المفسدة في العقوبات المقدرة ، وقد نزلت مُحكمة وواضحة الدلالة ، يسهل على العباد فهمها وتطبيقها.

وفي تضييق نطاق الاختصاص بسلطة التشريع في النصوص الشرعية فقط كفالة لكرامة الإنسان من العدوان ، خصوصا وأن العقوبات المقدرة تعدّ أشد وأخطر أنواع العقاب في الإسلام. من أجل ذلك خصّها الشارع الحكيم بنفسه ليخلصها من انحراف البشر بها.

فالتشريعات الوضعية في المقابل يمكن أن تنزعها نوازع الهوى ، و ينحرف واضع التشريع(كونه بشرا) عن جادة الصواب بسياسته الجنائية ، فيخلّ بالتوازن بين المصالح العامة والخاصة. ويمكن أن يتّخذ المشرع الوضعي من القانون سطوة في يده يتعدى بها على الحريات وأمن الأفراد ، أو أن يتعسف بحقوق الناس. فتصبح الشرعية الجنائية مصدر تهديد لا حماية لسلامة الأفراد. والتشريع الإلهي يسمو عن كل ما يمكن أن ينال من كرامة الإنسان. لذا كان النظام الجنائي الإسلامي تبعا لذلك أشدّ حماية ، وأكثر كفالة للتوازن بين حق الأمن العام والخاص من السياسة الجنائية الوضعية.

1-ينظر كذلك لدى : ياسين ، محمد نعيم : (الوجيز في الفقه الجنائي الإسلامي) مؤسسة الإسراء ، قسنطينة. ط2 ، 1991ص32.

2-إن حماية حق الحرية والأمن للناس واجب شرعي ، فيعاقب المعتدي عليه في الدنيا قضاءً بما ورد في النصوص الشرعية من عقوبات ، و البوء بالإثم والعذاب في الآخرة إن لم يتحقق في الدنيا ، مما يورث ثمرة مفادها احترام الناس للنصوص الجنائية في الإسلام. ونتيجة لذلك يَدَرُ احتراما لآدمية الإنسان وحرمة شخصه ، و هيبة في نفوس من خولت لهم أهواؤهم الاعتداء عليها. ولا نجد ذلك في الطبيعة الجافة والجامدة للنصوص الجنائية الوضعية ، لما لها من صبغة بشرية تنزعها نوازع وأهواء لا تدع نفس الوقع النفسي لدى المخاطبين بها باحترام الكرامة الإنسان بمنظار تعبديّ كما هو الحال في التشريع الإسلامي. فقد تجرّم النصوص الوضعية ما لا يشكل خطرا حقيقيا لأمن المجتمع والأفراد ، و قد تبيح ما يهدد أمن الأفراد وحريتهم فيه ، لأن الخطأ من سمة البشر.

3-إن سياسة التجريم والعقاب في التعازير ضمن النظام الجنائي الإسلامي لم تترك مطلقة العنان ، بل تخضع للروح العامة للتشريع الإسلامي. وقد رتب الفقهاء المسلمون –كما ذكرنا سابقا- نظاما دقيقا في تحديد الجرائم والعقوبات بما يناسب حالة كل جاني وظروفه عن طريق التفريد العقابي. ولقد كان الفقه الإسلامي سبّاقا إلى ذلك. وهذا ما دعا إليه حديثا كثيرٌ من شراح القانون الوضعي ، لضرورة أن تسير السياسة العقابية نحو ما يحقق المصلحة والعدالة ، وتوفير الأمن لكل من الجماعة والفرد تجاه العدوان.

4- إن جرائم الحدود والقصاص في الشريعة الإسلامية لا يجوز للحاكم أو القاضي أن يعفو عنها إذا وجبت ، لأن فيها مساس خطير بالأمن والنظام العام للجماعة وجرمها جسيم ، مما يجعل التسامح فيها مطية لانتهاك حرمة الإنسان وكرامته. فأمن الجماعة هو أمن للفرد في آن واحد. ومبدأ الشرعية الجنائية مطبق فيها بصرامة لعظم المصلحة التي أراد الشرع أن يحميها . كما لم يقف التشريع الإسلامي صامتا تجاه ما يستحدث من الأعمال المهددة لأمن الناس ، فتقررت التعازير بموجب السياسة الشرعية كونها حقا للحاكم يتصرف فيها بما يصلح حال الأمة ، وما يقتضيه الدفاع عن كيانها وحرمات أفرادها. فيجوز للحاكم أن يوقع التعازير أو يعفو عنها بحسب ما يراه من مصلحة ، ولكنه محكوم بضوابط بألا يخالف المقاصد العامة من التشريع الجنائي ، ولا يتخذ هذا الحق ذريعة للسطو والتألي على المحكومين .

أما في التشريع الجنائي الوضعي؛ فإن نظام العفو فيه عامّ لكل أنواع الجرائم والعقوبات إذا توفرت أسباب الإباحة ، وهو يشابه العفو عن التعزير في هذه الناحية ،

إلا أنه يختلف عن العفو في السياسة الجنائية للعقوبات المقدرة شرعا ، للاختلاف في طبيعة مصدر كل منهما و مقاصده في ترتيب المصالح الأَوْلى بالحماية الجنائية ، وما يجوز التسامح فيه مما لا يجوز من جهة ، وكذا الاختلاف في ترتيب المصالح والمفاسد التي تنبني عليها السياسة الجنائية من جهة أخرى.

**وبناءً عليه : فيمكن القول بان كلاّ من النظامين الإسلامي والوضعي قد التمسا الحفاظ على الحرية الشخصية والكرامة الإنسانية في سياستهما الجنائية للتجريم والعقاب. كما وضعا ضوابطا لتطبيق النصوص الجنائية ، حتى لا يُحاد عن العدالة واحترام كيان الإنسان بتحقيق الموازنة بين مصلحة الجماعة والأفراد. إلا أن طبيعة كل نظام تختلف في مصدر تشريع النصوص الجنائية ، وبالتالي فإن السياسة الجنائية ذاتها تتباين في مدى الحفاظ على الأمن العام والفردي بطريق الحماية الجنائية ، والتي قد تكون ضمانة إذا أُحكِمت بضوابط ، وقد تصبح مصدر تهديد للحرية والكرامة الإنسانية إذا أصبح قانون العقوبات -وهو بحسب الأصل حامي الحريات والحد الفاصل بين المصالح العامة والخاصة- متّسم بالإسراف في انتهاك حقوق الإنسان واطمئنان الآمنين ، خاصة إذا تعددت السلطات المختصة بالتشريع ، مما يوسع دائرة التجريم والعقاب ، بأن يتصرف فيه من ليس أهلا له.

كما أننا نلمس استقرارا في أصول سياسة التجريم والعقاب ضمن النظام العقابي الإسلامي ، إذ نجدها مبوّبة بشكل منتظم ودقيق وواضح يراعي ترتيب المصالح ، وعلى إثرها يقرر تجريم الاعتداء عليها ودرجة العقوبة. وفي المقابل نرى أن سياسة التجريم والعقاب في النظام القانوني الوضعي لا تزال في تطور مستمر وغير محدد المعالم. فهو مختلف من دولة لأخرى ، إلا ما استقرت عليه المواثيق الدولية مؤخرا من ضرورة احترام الدول لحقوق الإنسان في القوانين الداخلية ، وحتى تلك التي تزعم أنها ديمقراطية ، وأن سياستها التشريعية رائدة في هذا المجال ، غير أنها لا تزال تحتاج إلى ترشيد لما ثبت من انتهاكات لحقوق الإنسان لديها.

المطلب الرابع :

قاعدة عدم رجعية القوانين الجنائية كضمان للحرية الشخصية

يعدّ مبدأ عدم رجعية القوانين من القواعد الفرعية المنبثقة عن مبدأ الشرعية الجنائية ، ونتيجة منطقية ولازمة لها. ذلك لأنه يتعين على القاضي الجنائي أن يتقيد بهذه القاعدة عندما يحدث تنازع في تطبيق القوانين من حيث الزمان. لذا سنعرض لماهية عدم الرجعية (الفرع الأوّل) وأساسها الشرعي والقانوني(الفرع الثاني والثالث) ، ثمّ معايير عدم الرجعية في تحقيق الحماية الجنائية للحرية الشخصية (الفرع الرابع). أخيرا وجوب العمل بمبدأ الرجعية إذا كان التشريع القديم الأصلح للمتهم (الفرع الخامس).

الفرع الأول : ماهية قاعدة عدم الرجعية الجنائية

يعني هذا المبدأ أن تطبيق النص الجنائي الشرعي إنما يكون على القضايا الواقعة بعد صدوره ، فلا يكون له أثر على الجرائم المتقدمة عليه[1]. فلا يجوز أن تنسحب نصوص التجريم و العقاب على صور السلوك السابقة لصدورها. فإذا كان مبدأ الشرعية يصبو إلى صيانة حقوق الأفراد ، فلن تكتمل هذه الحماية إلا بالإنذار المسبق بما هو محظور من السلوكات على الأفراد قبل أن يحمّلوا تبعات وعواقب الإتيان بها ومعاقبتهم عليها[2].

وعليه؛ فإن كل عقاب على فعل لم يسبق تجريمه أو بعد صدور قانون لا يجرمه ، هو انتهاك لمبدأ الشرعية ذاته. وبذلك فإن عدم رجعية القوانين هو ترسيخ لهذا المبدأ ومظهر من مظاهر توفير الأمن للأفراد على تصرفاتهم ، ودلالة على استقرار النظام التشريعي في الدولة القانونية ، والمراكز القانونية للفرد داخل المجتمع. وفي ذلك حماية للحرية الفردية من العدوان عليها.

وبمقتضى عدم الرجعية لا يجوز للقاضي أن يطبق قانونا جزائيا على فعل ارتكب

1- العوا ، محمد سليم : (في أصول النظام الجنائي الإسلامي) مرجع سابق ، ص : 91.

2- بارش : (شرح قانون العقوبات الجزائري) مرجع سابق ، ج1 ، ص44.والنبراوي : (سقوط الحق في العقاب) مرجع سابق ، ص599

في زمن لم تكن أحكام هذا القانون نافذة فيه ، وليس لهذا القانون أيّ أثر رجعي على الماضي[1]. فالقواعد الجنائية في التجريم والعقاب تتخذ أثرا فوريا ومباشرا على الأفعال الواقعة بعد العمل بها ، وليست الواقعة قبل دخول القانون حيز التنفيذ[2]. وعلى القاضي أن يوقع العقاب فقط على الأفعال الواقعة أثناء سريان التشريع القديم بحسب الأصل ، فإذا انتفى وجه التجريم والعقاب وجب إصدار الحكم بالبراءة للمتهم.

واستثناء على ذلك تقرر مبدأ رجعية القوانين إذا كان التشريع القديم الأصلح للمتهم ، سواء بإباحة الفعل أو بالتخفيف من العقوبة المشددة في التشريع الجديد كما سنبين فيما بعد.

الفرع الثاني : الأساس الشرعي لعدم الرجعية الجنائية

إنّ النظر المتمعن في أحكام الفقه الإسلامي والنصوص الشرعية ، يجد أن مبدأ عدم الرجعية النصوص الجنائية قد نصت عليه صراحة في آيات القرآن الكريم وأحاديث نبوية تدل على أن الأصل عدم تطبيق النصوص على وقائع سابقة عن نزول الأحكام الواردة بشأنها ، كقول الله تعالى : **(وَمَاكُنَّامُعَذِّبِينَحَتَّىنَبْعَثَرَسُولاً)**[الإسراء : 15]. وقوله ﷻ : **(فَمَنجَاءهُمَوْعِظَةٌمِّنرَّبِّهِفَانتَهَىَ فَلَهُمَاسَلَفَوَأَمْرُهُإِلَىاللّهِ وَمَنْعَادَفَأُوْلَئِكَ أَصْحَابُالنَّارِهُمْفِيهَاخَالِدُونَ)** [البقرة : 275]. وقوله ﷻ : **(إِنيَنتَهُواْيُغْفَرْلَهُممَّاقَدْ سَلَفَ)** [الأنفال : 38].

كما يظهر هذا المبدأ في السنة النبوية بتقريره في خطبة الوداع صراحة. يقول الرسول ﷺ: « **أَلَا كُلُّ شَيْءٍ مِنْ أَمْرِ الْجَاهِلِيَّةِ تَحْتَ قَدَمَيَّ مَوْضُوعٌ ، وَدِمَاءُ الْجَاهِلِيَّةِ مَوْضُوعَةٌ.وَإِنَّ أَوَّلَ دَمٍ أَضَعُ مِنْ دِمَائِنَا دَمُ ابْنِ رَبِيعَةَ بْنِ الْحَارِثِ كَانَ مُسْتَرْضِعًا فِي بَنِي سَعْدٍ ، قَتَلَتْهُ هُذَيْلٌ.وَرِبَا الْجَاهِلِيَّةِ مَوْضُوعٌ ، وَأَوَّلُ رِبًا أَضَعُ رِبَانَا رِبَا عَبَّاسِ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ ، فَإِنَّهُ مَوْضُوعٌ كُلُّهُ**»[3].

أما من القواعد الفقهية المقررة بشأن هذا المبدأ قاعدة : "**لا حكم لأفعال العقلاء قبل**

1-الشباسي ، إبراهيم : (الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري-القسم العام-) دار الكتاب اللبناني ، بيروت.دط ، 1981.ص31

2- الكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان-دراسة مقارنة-) ، مرجع سابق ، ص : 447-451.

3-خطبةالوداع أخرجها مسلم عن جابر بن عبدالله (صحيح مسلم بشرح النووي) كتاب الحج ، باب : حجة النبي ﷺ مج4 ، ص431

ورود الشرع"[1]. وقاعـدة : "**لا تكليف شرعا إلا بفعل ممكن مقدور للمكلف معلوم له علما يحمله على امتثاله**"[2]. أي أنه لا يكون هناك تكليف بأحكام الشرع قبل وروده ، لأنه من باب التكليف بما لا يطاق. فمـن خـلال هـذه النصـوص والقواعـد يتـبين أن التشـريع الجنائي مبني على فورية أحكامه ، ولا تسري إلا على المستقبل كقاعدة عامة[3].

الفرع الثالث : الأساس القانوني لقاعدة عدم الرجعية الجنائية.

ينبني أساس قاعدة عدم رجعية الأحكام الجنائية على ما قررتـه الشـرعية الدوليـة لحقوق الإنسان ، بدءا بإعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي في المادة الثامنـة منـه ، وتكرست تباعا في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان ، فقد تقررت عدم الرجعية في المـادة 15 من العهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية في فقرتها الأولى بنصها : "**لا يدان أيّ فرد بأية جريمة بسبب فعل أو امتناع عن فعل لم يكن وقت ارتكابه يشكّل جريمة بمقتضى القانون الوطني أو الدولي. كما لا يجوز فرض أية عقوبة تكون أشد من تلك التي كانت سارية المفعول في الوقت الذي ارتكبت فيه الجريمة**".

وتتأكد قاعدة عدم الرجعية في التشريعات الداخليـة للـدول ، فقـد تقـرر مـثلا في الدستور الجزائري لسنة 1996م كغيره من الدساتير ضمن المادة 46 بنصها : "**لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرّم**". وقـد تم التأكيـد عليـه أيضـا في التعـديل الدستوري لسنة 2016م ضمن المادة 58. وتقرر الأمر كذلك في المـادة 66 و187 مـن الدستور المصري لسنة 1971م والدساتير المصرية المتعاقبة ، فقد وردت عـدم الرجعيـة في المادة 76 من دستور م2012 ، والمادة 95 من دستور مصر لسنة 2014م.

وهذا ما يجعل من قاعدة عدم الرجعية ليست ملزما للسلطتين التنفيذية والقضـائية فقط؛ بل وحتى التشريعية لما اكتسبته من طبيعة دولية بالنص عليهـا في أسمـى القـوانين

---

1 –الآمدي ، علي بن محمد : (الإحكام في أصول الأحكام) مصدر سابق، طبعة دار الكتب العلمية، ج1 ، ص : 176. والجويني ، أبو المعالي عبد الملك : (البرهان في أصول الفقـه) مصـدر سـابق ، ج1 ، ص : 86.

2 –الجويني ، المصدر نفسه ، ج1 ، ص : 90. والشوكاني ، محمد بن علي : (إرشاد الفحول) تحقيق : محمد سعيد البدري أبـو مصـعب. دار الفكـر ، بـيروت.ط1 ، 1992م.ص25–26. وابـن قدامـة ، عبـد الله المقدسيّ : (روضة الناظر وجنة المناظر) تحقيق : د.عبد العزيز بن عبد الرحمان السـعيد. جامعـة الإمـام محمد بن سعود ، الرياض ، ط2 ، 1399ه.ص157.

3–الصالح : (حق الأمن الفردي) مرجع سابق ، ص51ومابعدها.وعودة : (التشريع الجنائي الإسلامي) مرجع سابق ، ج1 ، ص266

درجة ، ولما تكتسيه من قداسة في حماية الحرية الشخصية[1].

ولقد تجسد ما نص عليه الدستور الجزائري في المادة 2 من قانون العقوبات بنصها : "**لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة**".

ومن هنا يتضح أن قاعدة عدم رجعية القوانين الجنائية الموضوعية على الماضي إذا كانت الأسوء للمتهم لها أساس فقهي وقانوني رصين ومتين ، يجعل منها ضابطا وثيق الصّلة بمبدأ الشرعية الجنائية ، وتكوّن ضمانة تحمي حق الحرية الشخصية وأمن الإنسان تجاه سلطتي التجريم والعقاب.

ولكن لا يمكن أن يكون لها أثر في الواقع إلا وفقا لآليات خاصة تتحقق بتطبيقها هذه الحماية ، والتي تتوخاها السياسة الجنائية من عملية التجريم و العقاب في النصوص الجنائية.

الفرع الرابع : معايير قاعدة عدم الرجعية كضمانة للحرية الشخصية

إن السلطان الزماني للنص الجنائي ينشأ سريانه بدءًا من صدوره ، وانتهاءً بانقضائه. إلا أن الإشكال الوارد يكون أثناء وقوع الجريمة في ظل قانون ، ثمّ يصدر قانون جديد يعدّل أو يلغي القانون القديم ، وهو ما يستدعي التساؤل حول وجوب وضع معايير يتحدد بها وقت نفاذ القانون ، وكذا وقت ارتكاب الجريمة؟

فالقاعدة أن القانون الساري وقت ارتكاب الواقعة الإجرامية هو القانون الواجب التطبيق عملا بقاعدة عدم الرجعية. فلا يجوز الحكم على شخص بعقوبة أشد من التي كانت محددة لها وقت ارتكابها ، كما لا يجوز أن يُحكم على شخص بعقوبة لفعل كان مباحا وقت ارتكابه تبعا لمبدأ عدم الرجعية الجنائية[2]. ومبرر ذلك أن تطبيق القانون الجديد بأثر فوري أساسه أن هذا القانون أكثر سموا من القانون القديم[3]. إضافة إلى أنّه أقوى نفاذا منه كذلك.

ومن جهة أخرى فإن المركز القانوني للمتهم لا يتحدد بصدور الحكم النهائي بالإدانة أو البراءة؛ بل بوقت وقوع الجريمة ، لأن مجموع الآثار القانونية المهمّة يبدأ من

1- الكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان-دراسة مقارنة-) المرجع السابق نفسه ، ص : 449.

2-قورة ، عادل : (محاضرات في قانون العقوبات-القسم العام : الجريمة-) ، مرجع سابق.ص : 48-49.وبارش : (شرح قانون العقوبات الجزائري) مرجع سابق ، ج1 ، ص : 44.وسليمان ، عبد الله : (شرح قانون العقوبات الجزائري) ، ج1 ، ص : 75.

3-بارش ، المرجع نفسه ، ص : 45.

تلك اللحظة ، كسريان التقادم في الدعوى العمومية ، ونبوع أساس الاتهام وسببه ، ومدى المسؤولية الجنائية التي يتحملها المتهم وغير ذلك[1].

ولقد عنى الفقه والقضاء بتجاوز ما يطرأ من صعوبات في تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين العقابية الأسوء للمتهم على أنواع الجرائم وطبيعتها ، والمعايير المتبعة في ذلك باختلاف هذه الجرائم بين المستمرة والاعتيادية والوقتية لأجل ضبط وتحديد تاريخ الواقعة على نوعها ، وتحديد مدى تبعيتها للقانون القديم أو الجديد[2]. وهذا ليتسنى ضبط مجال التجريم والجزاء الذي يشكل إنذارا للأفراد على تصرفاتهم التي تعتبر مخالفة للقانون ، وتهدد الأمن والاستقرار في المجتمع. ويعدّ كذلك بُعدا للاستقرار والأمن على حرية الأفراد في ممارسة حياتهم دونما خوف. وهذا لا يتأتى إلا بتوافر الاستقرار التشريعي عن طريق ضابط عدم الأثر الرجعي للقوانين الجنائية ، ووجوب النفاذ الفوري لها ، وهو ذاته أحد أهداف الشرعية الجنائية.

فلا يطبق قانون جديد أسوء للمتهم بأثر رجعي ، لأن فيه مساءلة للمتهم عن فعل لم يكن مجرما من لحظة ارتكاب الفعل كما أنه مخالفة لمبدأ الشرعية[3].

وأهم شيء في ذلك كله ، أنّ المعيار الحاسم الذي يتوجب الأخذ به في تحديد القانون الجنائي الموضوعي اللازم تطبيقه في حالة التعارض الزماني للتجريم والعقاب بين القانون القديم والجديد هو :

"أن يضع القاضي في حسبانه أصول السياسة الجنائية المتعلقة بحماية حقوق الإنسان و ضوابط الشرعية الموضوعية في ذات الوقت ، ويكون ذلك بإعمال قاعدة عدم رجعية القوانين الجنائية الموضوعية على الماضي"[4]. والتي تعدّ ضابطا يضمن حماية الحرية الشخصية وتتحدد به مراكز الأفراد تجاه التشريع العقابي بشكل يحقق استقرارا يؤمّن الفرد من الاتهام المسبق.

فالمحافظة على الأمن الشخصي للمواطنين من سلطة العقاب تقتضي تطبيق

1- بارش : (شرح قانون العقوبات الجزائري) المرجع السابق نفسه، ج1، ص45. والكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان-دراسة مقارنة-) المرجع السابق نفسه ، ص : 454.

2- ينظر أكثر في تحليل ذلك : بارش ، المرجع نفسه ، ص46-47وما بعدها. والشباسي : (الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري-القسم العام-) مرجع سابق.ص : 33-34. و قورة: (محاضرات في قانون العقوبات-القسم العام : الجريمة-) المرجع السابق نفسه ، ص : 49.

3 -بارش : المرجع نفسه ، ج1 ، ص : 45.

4 - الكباش ، المرجع نفسه ، ص : 455.

التشريع الجديد في المستقبل على الوقائع والروابط القانونية التي تحدث بعد صدوره[1].

وقد جاء في تأكيد للمحكمة الدستورية العليا بمصر أن مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة ، وما اتصل به من عدم جواز تقرير رجعية النصوص العقابية غايته حماية الحرية الفردية وصونها من العدوان عليها ، في إطار الموازنة بين موجباتها من ناحية ، وما يعتبر لازما لحماية مصلحة الجماعة والتحوط لنظامها العام من ناحية أخرى[2].

وفي هذا المسعى نفسه تقرر استثناء على إثر قاعدة عدم الرجعية ، قاعدة أخرى اعتبرها بعض شراح القانون[3] مستقلة عنها وليس استثناء لها ، وهي قاعدة **رجعية القوانين الجنائية إذا كان الأصلح للمتهم**. فماهي حقيقة هذه القاعدة؟ وكيف تكون من بين الضوابط المهمة التي تحقق بها السياسة الجنائية الهدف من التجريم والعقاب ، والحماية الكافية للحرية والأمن الشخصي؟

الفرع الخامس : قاعدة وجوب الرجعية إلى الماضي إذا كان التشريع الجديد الأصلح للمتهم

إذا كانت قاعدة عدم الرجعية تقتضي حماية الحرية الفردية في مواجهة سلطتي التجريم والعقاب ، من خلال سريان قانون العقوبات بأثر فوري على الوقائع التي تحدث بعد صدوره. ومادامت تلك الحماية بمثابة هدف للقانون الجنائي في إطار الموازنة بين حق الحرية من جهة وحماية النظام العام من جهة أخرى ، إلا أن الأمر يقتضي أيضا رجعية القانون الجنائي على الماضي ، إذا كان ذلك هو الأصلح لتطبيق أحكامه على الفرد طالما كان فيه تحقيق للمصلحتين الخاصة والعامة معا.

الفقرة الأولى: مدلول قاعدة رجعية القانون الأصلح للمتهم

أولا– معنى القاعدة :

إن القانون الأصلح للمتهم يعد ضابطاً من ضوابط الشرعية القانونية ، وضمانة مستقلة من ضمانات الحماية الجنائية لحقوق المتهم ، إذ يعدّ قاعدة قانونية كفلتها المواثيق الدولية والدساتير بالحماية القانونية ، ونص عليها المشرع بنصوص صريحة و واضحة

1– عطية ، نعيم : (في الظرية العامة للحريات الفردية) ، مرجع سابق ، ص : 181.

2– قرار المحكمة الدستورية العليا في مصر ، بتاريخ 7/ 11/ 1992 ، القضية رقم 11 ، لسنة 13 قضائية (دستورية) .

المصدر : موقع المحكمة الدستورية العليا ، جمهورية مصر العربية : http : //sccourt.gov.eg

3–تبنىّ هذه الرؤية الكباش ، المرجع السابق نفسه ، ص : 457وما بعدها.وص : 469ومابعدها. كما ذكر هذا الرأي : بارش : المرجع السابق نفسه ، ج1 ، ص50–51. والزغبي ، فريد–القاضي– : (الموسوعة الجزائية) دار صادر ، بيروت. ط3 ، 1995 المجلد2 ، ص99.

مبيناً شروطها وأحكامها ، وبذلك فان القانون الأصلح للمتهم ليس استثناءً من قاعدة عدم رجعة القانون العقابي للماضي ، وإنما هو قاعدة قانونية لها ما يميزها عن غيرها من القواعد القانونية ، سواء من الأساس القانوني الذي تستمد منه مصدرها ، ونطاق تطبيقها المغاير تماماً لنطاق تطبيق قاعدة عدم الرجعية للماضي ، فهما قاعدتان داخل فكرة قانونية جنائية جامعة لهما تهدف إلى حماية حقوق الإنسان[1].

وتختص قاعدة القانون الأصلح للمتهم بالنصوص العقابية الموضوعية التي ترتبط بمبدأ قانونية الجرائم والعقوبات ، ولا علاقة له بالنصوص الإجرائية. كما أن القانون الأصلح للمتهم لا يمس الحقوق الشخصية بل يتحدد نطاقه بالآثار الجنائية ، أمّا الآثار المادية فهي أمور تتعلق بالحقوق الشخصية وللمدعي المدني مراجعة المحكمة المدنية للمطالبة بالتعويض بالرغم من إن القانون الجديد قد أباح الفعل[2].

ويمكن تعريف القانون الأصلح للمتهم بأنه : " **القانون الذي يصدر بعد ارتكاب الجريمة وقبل الحكم النهائي فيها ويجعل المتهم في وضع قانوني أفضل مما كان عليه في ظل القانون السائد وقت ارتكاب الجريمة**"[3].

ثانيا : مصدر رجعية القانون الأصلح في النظام الجنائي الإسلامي :

تبقى القاعدة المقررة في التشريع الجنائي الإسلامي أنه لا جريمة ولا عقوبة بغير نص ، وأنه لا يجوز أن يكون للنصوص الجنائية أثر رجعي إلا إذا كان في ذلك تحقيق لمصلحة من تطبق عليه مثل هذه النصوص. وخير مثال على ذلك نزول حكم الملاعنة بين الزوجين ، والذي نُسخ به حكم قذف المحصنات بالجلد ثمانين جلدة في حق الزوج الذي رمى زوجته بالزنى ، بأن شُرّع للزوجين أيمان اللعان[4]. ولهذا فتطبيق حكم اللعان على

---

1 – العميدي ، حوراء أحمد شاكر : (القانون الأصلح للمتهم-دراسة مقارنة-) بحث بمجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون ، جامعة بابل ، العراق ، عدد 3 ، السنة 6 ، ص 316. المصدر : الموقع الإلكتروني للمجلة (تحميل 22/ 06/ 2018)

http : //www.uobabylon.edu.iq/publications/law_edition10/article_ed10_4.doc

2 – المرجع والصفحة نفسها.

3 – المرجع نفسه ، ص 322.

4 – نزلت آيات اللعان من سورة النور ، إذ اتهم الصحابي هلال بن أميّة زوجته بالزنى ، فطالبه الرسول ﷺ بالبينة -وهي أربعة شهود- أو يقيم عليه حد القذف ، فنزلت الآيات : (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ٦ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ٧ وَيَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ٨ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ٩ وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ وَأَنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٌ ١٠). وفي هذا الحكم تخفيف من الله تعالى على الزوج بتطبيق حكم الملاعنة بدل القذف الذي عقوبته أشدّ.

واقعة حدثت قبل نزول الآيات المقررة له ، يكون من باب تطبيق الحكم الأخف ، ولو كان تشريعه لاحقاً للواقعة التي يطبق في شأنها ، وهذا من باب رجعية القانون الأصلح للمتهم بالشكل الذي تعرفه القوانين الجنائية الحديثة. وهذا الأمر يصح للاستدلال بتطبيقه على تلك الواقعة بأخذ عمومها على جواز رجعية القانون الأصلح. و يكاد يجمع الفقهاء والمفسرون على أن حكم اللعان المتأخر في نزوله عن حكم القذف ، إنما جاء تخفيفاً عن الأزواج الذين يرمون زوجاتهم بالزنى. إذ أن الحكم الأصلي أن يجلد الزوج ثمانين جلدة شأنه شأن أي قاذفٍ ، ثم خُفف ذلك في حق الزوج[1].

ومنه؛ فإن موقف الشريعة الإسلامية يؤسس لحماية الفرد من خلال رجعية الأحكام الجنائية إذا كانت الأصلح له. وما يؤيد ذلك أنها لا تتعارض مطلقا مع نصّ أو قاعدة توفر الحماية لبني الإنسان ، وفي القانون الأصلح للمتهم خيرٌ للفرد و المجتمع معاً ، بتعبيره عمّا ترتضيه مصلحة الجماعة باستبدال الأصلح بالأدنى[2]. فتطبيق القانون الأصلح للمتهم هو الأهدى في خدمة مبدأ الشرعية الجنائية الموضوعية للإنسان المتهم ، والأدنى من ذلك هو النيل من الكرامة الإنسانية إذا لم يكن هناك داعٍ له.

ثالثا : مصدر رجعية القانون الأصلح للمتهم في الأنظمة الجنائية الوضعية

جاء إقرار هذه القاعدة في نهاية الفقرة الأولى للمادة 15 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بنصها : "...**وإذا حدث بعد ارتكاب الجريمة أن صدر قانونٌ ينص على عقوبة أخف ، وجب أن يستفيد مرتكب الجريمة من هذا التخفيف**".

ولقد أردف المشرع الوطني الجزائري في المادة الثانية من قانون العقوبات لقاعدة عدم الرجعية استثناء عليها بنصه : "**لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقلّ شدة**". ومفاد عبارة "إلا ما كان منه أقل شدة " أنه إذا صدر قانون جديد وكان الأصلح للمتهم ، فيتعين على القاضي إعمال هذا القانون الذي يخفف من العقوبة ، أو يلغي ما نص عليه القانون القديم من تجريم وعقاب. وبالتالي يقع القانون الجديد على الأفعال الصادرة قبل نفاذه إذا كان الأصلح للمتهم ، بينما لا يطبّق القانون الأسوء إلا على ما بعده ، ويقضى فيه بعدم الرجعية.

ويشترط لتطبيق النص الأصلح أو الأرحم للجاني ، ألا يكون قد صدر بحقه حكمٌ نهائيٌ طبقا للقانون القديم. فلا تعاد محاكمة الجاني وفقا للقانون الجديد إذا أصدر

---

1 -العوا : (في أصول النظام الجنائي الإسلامي) ، مرجع سابق ، ص94-95 و 98.

2 - الكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان-دراسة مقارنة-) المرجع السابق نفسه ، ص : 464-465.

بحقه قانون جديد ، وكان قد حكم عليه نهائيا بالإدانة[1]. وإلا فكيف تستقر الأحكام القضائية الموجبة للبراءة ، أو الإدانة بمقتضى حجية الشيء المحكوم فيه. اللهم إلا إذا صدر قرار العفو عن الجاني خارج إطار النصوص الجنائية.

الفقرة الثانية : مبررات وأسس قاعدة رجعية القانون الأصلح للمتهم

يمكن تعليل وتبرير تطبيق النص الأصلح للمتهم بالرجوع إلى السياسة الجنائية المتبعة من طرف المشرع من خلال مبدأ الشرعية الجنائية ، حيث تهدف النصوص الجنائية من عقوبات وجرائم إلى الحفاظ على الأمن العام للمجتمع ومصالحه ، وهذا الأمر متضمن لحماية الأمن الخاص للأفراد بكفّ الأذى عنهم ، و بمنع الجريمة وحماية الجماعة بمقتضى هذه المصلحة. فإذا كان أمن المجتمع يتحقق بتخفيف العقوبة أو بإلغاء الجريمة ، وكان النص الجنائي الجديد أكثر ملائمة لحماية حقوق الإنسان وحريته المنصوص عليها في الدستور ونصوص الشريعة الإسلامية ، وطالما كان في تطبيقه لا ينطوي على إهدار لكرامة الإنسان. فكل هذا لا يعتبر اعتداءً على مبدأ الشرعية ، بما أنه لا يخالف مصلحة الجماعة في تخفيف العقاب[2].

فليس من العدل أن يوقَّع العقاب على المتهم إذا لم تكن الضرورة والمصلحة الاجتماعية تقتضي ذلك ، ولم يستفد من الوضع الأفضل في ظل هذا القانون الجديد ، مادام لم يحكم عليه بقرار الإدانة.

ومن الناحية الإجرائية لا وجه لإقامة الدعوى العمومية ضد المتهم إذا انقضى حق الدولة في العقاب ، وليس من حق سلطة الاتهام المطالبة بمحاكمته لافتقادها لسند الاتهام. وعلى القاضي المحقق في هذه الحالة إصدار أمر بألا وجه لإقامة الدعوى العمومية ضد المتهم ووجوب الإفراج عنه إذا حُبس مؤقتا[3].

أما من الناحية النفعية ، فإن السياسة الجنائية للمشرع في إصدار قانون جديد يبيح ما قد مُنع من قبل أو يخفف من العقاب ، هو إفصاح على حماية الحرية والأمن الشخصي. ولا يكون هناك من فائدة الإلحاح على تجريم فعل أو تشديد عقوبته مادام المشرع قد عدل عنه إلى غيره ، مما يرى فيه مصلحة للفرد والجماعة. فتكون العقوبة

1- عودة ، (التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي) ، مرجع سابق ج1 ، ص : 271.

2 - المرجع نفسه ، ج1 ، ص : 271. وكذا بارش : (شرح قانون العقوبات الجزائري) المرجع السابق نفسه ، ج1 ، ص : 51. وكذا سليمان ، عبد الله : (شرح قانون العقوبات الجزائري) ، ج1 ، ص76. والزغبي ، فريد : (الموسوعة الجزائية) المرجع السابق نفسه ، ج2 ، ص : 105-106

3 -الصيفي ، عبد الفتاح مصطفى : (الأحكام العامة للنظام الجزائي) ، مرجع سابق ، ص : 123.

زائدة عن حاجة الجماعة مادامت شرعت لحمايتها في القانون القديم[1].ثم انتفى معنى هذه الحماية في القانون الجديد بإباحة المشرع للفعل المجرّم.

فالأساس إذن : هو المصلحة المراد من التشريع الجنائي حمايتها سواء بعدم رجعية القانون ، أم برجعيته ، مادام كلاهما يهدف إلى تحقيق حماية جنائية لحقوق الإنسان من خلال سياسة جنائية واضحة المعالم. مما يجعل من القاعدتين وجهان لعملة واحدة يكمل بعضهما الآخر في إطار تنظيم قانوني موحّد ، ولا يعدّ أحدهما استثناء على الآخر[2]. كما لا يحسب خروجا عن مبدأ الشرعية لأن حق التشديد أو التخفيف في العقاب لا يزال في يد المشرع وحده ، وليس فيه أي تصرّف فردي أو قضائي. ولأن ضمان الحرية والأمن للإنسان أمرٌ منصوص عليه دستوريا ، وباتباع مصلحة المتهم في القانون القديم أو الجديد لا يعتبر خرقًا للشرعية الجنائية بما أنها تستند إلى أسمى القوانين في ذلك.

الفقرة الثالثة : شروط تطبيق قاعدة رجعية القانون الأصلح للمتهم

إن الأخذ برجعية التشريع الأصلح للمتهم قد يأخذ منحى آخر ، ويكون مطيّة لتهرّب الجناة من العقاب ، والعفو عمّن لا يستحق ذلك ، وذريعة يهدد بها الأمن العام للجماعة ، أو أن التشريع الجديد لا يكون في صالح المتهم ، ولا يخدم مصلحته. مما يستوجب وجود شروط ومعايير ينظبط بها القانون الأصلح للمتهم بما يحقق أهداف السياسة الجنائية[3] ، ويبين دورها في الحفاظ على كرامة كلٍ من الفرد والمجتمع ، وحتى لا تفتقد النصوص الجنائية مصداقيتها.

الشرط الأول : التحقق من أن النص الجنائي الجديد هو الأصلح للمتهم.

يكون النص أو القانون الجديد أصلح للمتهم سواء في مجال التجريم أم العقاب ، بإنشائه لمركز قانوني أفضل مما هو عليه الحال بتحسين وضعه. وعليه فينبغي على القاضي بموجب سلطته التقديرية أن يقارن بين وضعية المتهم في القانونين الجديد والقديم ، ليقدّر ماهو الأصلح لحالته و المركز الأحسن له في ظل هذين القانونين ، على أساسٍ من القواعد الموضوعية والواقعة المطروحة لديه ، وظروف كل متهم وفقا لعدة

1- ينظر لدى كل من عودة : المرجع والصفحة نفسها. و كذا الشباسي : (الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري) مرجع سابق.ص : 34. والكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص : 459-460. وقورة ، عادل : (محاضرات في قانون العقوبات-) ، مرجع سابق.ص : 49-50. و كذا الزغبي : (الموسوعة الجزائية) المرجع السابق نفسه ، ج2 ، ص : 105.

2 -الكباش ، المرجع نفسه ، ص : 458.و الزغبي ، المرجع نفسه.ج2 ، ص : 104.

3 - بارش : (شرح قانون العقوبات الجزائري) مرجع سابق ، ج1 ، ص : 51.

مبرراتٍ هي[1] :

1- فإذا تبين له أن القانون الجديد يخفف العقاب أو يلغيه ، كأن تبرر ظروف الجاني تطبيق العقوبة بالحد الأدنى ، فإنه القانون الأوفق الواجب تطبيقه ، لأنه يخفض الحد الأعلى منها .كما أنه إذا كانت ظروف الجاني تستوجب تطبيق الحد الأقصى للعقوبة ، كان القانون الجديد هو الأمثل لأنه يخفض من الحد الأقصى للعقوبة[2]. والعكس صحيح إذا كان القانون القديم هو الأصلح للمتهم.

2- ومن جهة التجريم يكون القانون الأرحم إذا كان من شأنه تغيير الوصف القانوني للجرم من الحد الأقصى إلى الحد الأدنى بإباحته للفعل ، أو تقريره لسبب من أسباب الإباحة ، أو مانعا من موانع المسؤولية الجنائية بحيث يستفيد منه المتهم ، أو إضافة عنصر جديد يشترط لتحقق جرم معين ، كالعود إلى الفعل المجرّم[3].

ومنه؛ فإن مهمة القاضي هنا تكمن في المقارنة بين الجرائم و العقوبات في النص الجنائي القديم والجديد ، بغية تحديد الأصلح منهما لحال المتهم وفقا لعدة ضوابط واعتبارات تدخل ضمن سلطة القاضي التقديرية ، التي يراعي من خلالها أهداف السياسة الجنائية المتبعة في التشريع الجنائي.

الشرط الثاني : صدور القانون بعد ارتكاب الجريمة

لكي يطبق القانون على وقائع حدثت قبل صدوره ، فلا يكفي إن يكون القانون أصلح للمتهم ، وإنما يشترط بالإضافة إلى ذلك إن يكون قد صدر بعد ارتكاب الجريمة ، وهذا أمر طبيعي لأنه لا يمكن تطبيق القانون إلا بعد ارتكاب الجريمة[4].

الشرط الثالث : سريان النص الجنائي الجديد قبل صدور حكم نهائي باتٍّ.

لقد تقرر في المبادئ الأساسية للقانون ضرورة احترام قوة الشيء المحكوم فيه ، حيث يصبح الحكم النهائي البات عنوانا للحقيقة ، وتبيانا للمركز القانوني النهائي

---

1 -قورة : (محاضرات في قانون العقوبات) المرجع السابق نفسه.ص : 50. والكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان) المرجع السابق نفسه ، ص : 465.

2 - عودة : (التشريع الجنائي الإسلامي) المرجع السابق نفسه ، ج1 ، ص : 272. والزغبي : (الموسوعة الجزائية) المرجع السابق نفسه ، ج2 ، ص107-108. وبارش : (شرح قانون العقوبات الجزائري) المرجع السابق نفسه ، ج1 ، ص : 55.

3 - قورة ، المرجع نفسه ، ص : 55.والزغبي : (الموسوعة الجزائية) المرجع السابق نفسه ، ص : 107. والشباسي : (الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري) المرجع السابق نفسه.ص : 36.

4 - العميدي ، حوراء أحمد شاكر : (القانون الأصلح للمتهم-دراسة مقارنة-) مرجع سابق ، ص 335-336

للمتهم ، فلا يجوز الطعن فيه بأيّة صورة من الطعون ، لا بالمعارضة ولا بالنقض[1].

وتطبيقا لهذه القاعدة ، فإذا صدر قانون جديد ، وكان الأصلح للمتهم بعد وقوع الفعل المجرم وقبل صدور حكم نهائي باتٍّ بكونه غيابيا قابل للمعارضة فيه ، أو ابتدائي قابل للطعن بالاستئناف ، أو قابل للنقض ، فعلى الجهة الناظرة في الطعن أن تطبق القانون الأصلح للمتهم[2].

ومن منظور عكسي ، فإذا صدر القانون الجديد في صالح المتهم بعد البتات في الدعوى العمومية بحكم نهائي حائز لقوة الشيء المحكوم فيه ، فإن الأصل يستدعي ألا تنعكس آثار هذا القانون الجديد على الحكم القضائي احتراما لحسن سير العدالة. فلو حدث خلاف ذلك لفقدت العدالة معناها[3] ، ولصارت القوانين مدعاة يتخذها المشرع في تبرير السلوكات المنحرفة للمجرمين ، والتي تهدد أمن المجتمع والأفراد معا ، ولا يصبح مبدأ الشرعية مصدر حماية للحقوق والحريات على إثر ذلك.

غير أنه و من جانب تطبيقي ، قد يؤول العمل بعدم الرجعية إذا صدر حكم نهائي باتّ حتى ولو كان القانون الجديد في صالح المتهم أو الجاني إلى خرق مبدأ المساواة أمام القضاء[4]. فقد يُحكم على أحدهم بالقانون الأسوء إذا أُسرعت محاكمته ، ويحكم على الآخر بالقانون الأصلح بعد صدوره مع أنهما اقترفا الجرم نفسه وفي الوقت ذاته. فذلك مخالف لقواعد العدالة ، واختراق لحق الفرد في الأمن الجنائي بعدم تطبيق القانون الأصلح تجنبا لدائرة الاتهام أو الإدانة بالعقاب.

وعليه؛ فيتوجب جبرا لهذا النزاع إقرار العفو الخاص إذا استدعت ظروف الجاني ذلك ، ومراعاةً لمضمون القانون الجديد بإيجاد توازن بين قوة الشيء المحكوم فيه ، وبين ضرورة العمل بالقانون الأصلح للمتهم[5]. وهذا الأمر غير منصوص عليه في قانون العقوبات الجزائري ، كما لم تحدد المادة 531 ق.إ.ج هذه الحالة ضمن حالات التماس إعادة النظر في طرق الطعن غير العادية. وكان من الأجدر بالمشرع أن ينصّ على ذلك.

---

1 – قورة : (محاضرات في قانون العقوبات) ، المرجع السابق نفسه. ، ص : 53. و الشباسي : (الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري) المرجع السابق نفسه ، ص : 35.

2– قورة ، المرجع نفسه ، ص : 53. و الشباسي، المرجع والصفحة نفسها.

3 – الزغبي : (الموسوعة الجزائية) المرجع السابق نفسه ، ج2 ، ص : 108.

4 –الكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان) المرجع السابق نفسه ، ص : 466–467. وبارش : (شرح قانون العقوبات الجزائري) المرجع السابق نفسه ، ج1 ، ص : 57.

5 – بارش : المرجع والصفحة نفسها. والزغبي : (الموسوعة الجزائية) المرجع نفسه ، ص109.

وقد نصت بعض التشريعات* على وجوب الرجوع بالحكم إذا صدر قانون جديد أصلح للمتهم ، حتى ولو صدر حكم مُبرَم وبات. ولم يرِد هذا في قانون العقوبات الجزائري.

ففي هذه الحالة فإن القانون الجديد لا يخفف من شدة العقوبة والجريمة فقط ، بل يتعداها إلى إباحة الفعل المعتبر جُرما ، أو يمنع العقاب ويسقطه نهائيا من المدونة الجنائية. ومنه فيجب إيقاف تنفيذ الحكم وتنتهي بذلك جميع آثاره الجنائية[1]. وقد تجاوز بعض التشريعات إلى اعتبار أن الحكم وكأن لم يكن[2]. وهذا يعني توقيف تنفيذ الحكم النهائي ، وهو أمر ليس فيه مساس بقوة الشيء المحكوم فيه ، كما أن القانون الجديد يسري فقط على آثار الحكم بتوقيف تنفيذه ولا يتعدى إلى القوة القانونية التي يحترزها. فتوقيف العقوبة لا يعني انتفاء وصف الجريمة.

وبناء على ذلك فعلى المشرع الجزائري أن يسلك نفس المسعى الذي انتهجه المشرع المصري و اللبناني و الكويتي ، بأن ينص على حالة رجعية القانون إذا كان الأصلح للمتهم ولو بعد صدور حكم باتّ يقضي بغير ذلك. لأن نص القانون الجديد ينعكس على الآثار القضائية للحكم وليس على منطوقه. و هذا انتصارا للسياسة التي ينتهجها إذا انتفت الخطورة الإجرامية في الفعل ، واستدعت الحماية الجنائية لحقوق الإنسان العمل بهذا المسلك. إضافة إلى أن إصدار العفو في مثل هذه الحالة يعزز من الحماية.

فعلى المشرع الجزائري أن يحثّ على الرجعية ضمن حالات التماس إعادة النظر في الطعن غير العادي ، وبتقرير التعويض عن الضرر المادي والمعنوي الحاصل من جراء حكم الإدانة ضمن ما أوردته المادة 531 مكررق إ ج. وإن كان المشرع الجزائري قد نحى في هذه المادة منحا سليما بتقريره للتعويض عن الخطأ القضائي بموجب تعديل سنة 2001[3] ، لأن في ذلك جبر على الأقل لما انتهك لمبدأ المساواة بين الأشخاص من قداسة ، وما أُهدِر لأمن الإنسان وحريته من قيمة ، وتعويضٌ عمّا أصبحت السياسة الجنائية لا ترى فيه خطرا على سلامة المجتمع وأمنه من تصرفات مدانة بأحكام نهائية عدَل المشرّع عن تجريمها أو عقابها.

* المادة 3 و8من قانون العقوبات اللبناني .والمادة 5 قانون العقوبات المصري.

1 – الكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان) المرجع السابق نفسه ، ص : 466–468.والشباسي : (الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري) المرجع السابق نفسه ، ص : 35.

2 –جاء هذا في المادة15/ 2 من قانون الجزاء الكويتي.

3–نص على التعويض القانون المعدل رقم01–08المؤرخ في 26يونيو2001 في المادتين : 531مكرر ومكرر1ق إ ج جزائري.

الفقرة الرابعة : لزوم رجعية القانون الأصلح للمتهم

بعد القوانين الاستثنائية وحالات الطوارئ

لقد أجازت بعض التشريعات ومنها التشريع الجزائري لرئيس الجمهورية حق إعلان حالة الطوارئ ، وفقا لما نص عليه الدستور الجزائري لسنة 2016م في المادة 105 : "**يقرّر رئيس الجمهورية ، إذا دعت حالة الضّرورة الملحّة ، حالة الطوارئ أو الحصار لمدّة معيّنة**...". كما أتيح له في المادة 107 من الدستور تقرير الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم. ولهذا فيحقّ لرئيس الجمهورية إصدار أوامر تتضمن إقرار بعض الجرائم والعقوبات في تلك الظروف.

والالتزام المشترط في مثل هذه الحالات الاستثنائية ألاّ تتنافى الصلاحيات الممنوحة لرئيس الجمهورية كرأس للسلطة التنفيذية مع مبدأ الشرعية ، مثلما هو الحال في التقدير الجزافي العام والمسبق للجريمة والعقوبة ، ويجب أن يراعي حيال إصداره للأوامر المتضمنة نصوصا تجريمية أن تكون متكاملة الأركان ، وواضحة في بيانها للجريمة وتحديدها للعقوبة ، وإلا كانت غير دستورية مادام هذا الالتزام تتعهد به أصالة السلطة التشريعية ، ومن باب الاولى أن يكون أكثر إلزاما للسلطة التنفيذية وهي تمارس اختصاصا تشريعيا في مجال التجريم والعقاب بشكل استثنائي[1].

ولا وجاهة للرأي القائل بعدم الرجعية لصالح المتهم في حالة صدور القوانين المؤقتة و الأحكام العرفية[2] ، كحالات الطوارئ التي تصدر فيها قوانين عقابية استثنائية لظروف عابرة والحالة الأمنية غير المستقرة. والتي تكون عادةً مبررا للاعتداء على الحريات الشخصية وقمعها. فإذا صدر قانون جديد في أعقاب القوانين الاستثنائية ، فيجب إعمال مبدأ الرجعية لجبر ما قد أهدرته السلطات التنفيذية أثناء تلك الفترة من كرامة للإنسان تحت غطاء القوانين الطارئة والحفاظ على الأمن والنظام العام في الدولة.

وفي الأخير : من خلال قاعدة الأثر الرجعي للقوانين الأصلح للمتهم ، فإنها وإن كانت تكمّل قاعدة عدم الرجعية ، فهي ليست استثناء عليها ، لأن كلاهما يعتبر لبنةً في صرح الحماية الجنائية لحقوق الإنسان وحق الحرية الشخصية خصوصا ، و يمثلان

1- جمال الدين ، عبد الأحد : (في الشرعية الجنائية) مرجع سابق ، ص 478-479.

2- نقل هذا الرأي الشباسي : (الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري) المرجع السابق نفسه ، ص : 36.وقورة : (محاضرات في قانون العقوبات) المرجع السابق نفسه ، ص : 54.وبارش : (شرح قانون العقوبات) المرجع السابق نفسه ، ج1 ، ص : 59-60.

ضمانا يعزز هذه الحماية من خلال السياسة الجنائية المتوازنة التي يسلكها التشريع من خلال هذه القواعد التي تضبط نصوص التجريم والعقاب حتى لا يتعسّف أحد ويعتدي على حرية الإنسان وكرامته الشخصية ، وتحصيناً له قبل الوقوع في دائرة الاتهام ، أو بعده بتوقيع العقاب على البريء.

ويرجع فضل السبق في تقرير مثل هذه الضوابط والضمانات إلى الشريعة الإسلامية الغراء. فما نراه في الأنظمة الوضعية يستقي أسسه في صورٍ تطبيقيّةٍ لما جاءت به الشريعة من تقرير مبدأ رجعية وعدم رجعية التشريع العقابي[1].

1 – الصالح ، عثمان عبد الملك : (حق الأمن الفردي في الإسلام) مرجع سابق ، ص56.

المطلب الخامس :

مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية و العقوبة كضمان للحرية الشخصية.

يعتبر هذا المبدأ أحد الدّعامات الجنائية التي تحمي الحرية الشخصية من الانتهاك. وإذا كان من المؤكد غياب شعور الفرد بالأمن والاطمئنان إذا تقررت مساءلته جنائيا عن جرائم لم يباشرها ماديا[1] ، فإن الأصل في الإنسان البراءة من التهمة بما اقترفه الغير. وفي هذا تحقيق لسلامة شخصه وطمأنينة قلبه على حريته من أن يعتدى عليها(الفرع الأوّل)كما أن تطبيقات هذه القاعدة تستند إلى أساسٍ شرعيّ وقانونيّ متين (الفرع الثاني).

الفرع الأول : مدلول مبدأ شخصية المسؤولية وعلاقتها بشخصية العقوبة.

ويعني هذا المبدأ : أن **الإنسان غير مسؤول شخصيا عن عمل الغير ، و هو بريء مما فعله الآخرين من سلوكات مخالفة للنظام العام للجماعة ، فلا يسأل عن عمل إلا فاعله**[2].

وبمفهوم المخالفة تعني شخصية المسؤولية الجنائية : أن كل مجرم يعتبر مسؤولا جزائيا عن الفعل الجرميّ الذي اقترفه وهو فقط الذي يتحمله ، ولا أحد يحلّ محلّ الآخر ليأخذ عنه الصفة الجرميّة التي ليست له أصلا. ولا يمكن للقاضي الجزائي أن ينقل المسؤولية الجزائية عن الفعل من المجرّم إلى غيره ولو بموافقة الغير ، لأن **شخصية العقوبة والقصاص** أساسها ينبني كنتيجة عن المسؤولية الجنائية المترتبة على تحمل التّبعات[3].

ومنه فإن التطبيق السليم لهذا المبدأ يستوجب على التشريع أن يراعي عدة أمور :

1- ألاّ يحمّل العقوبة شخص آخر غير المحكوم عليه.

2- أن ينأى النظام الجنائي عن العقوبات التي تُلحِق أشخاصا آخرين إضافة للمحكوم عليه[4].

---

1 - الصالح ، عثمان عبد الملك : (حق الأمن الفردي في الإسلام) المرجع السابق نفسه ، ص 38 .

2 - المرجع نفسه ، ص : 38.في الهامش 4.

3 - المرجع والصفحة نفسها في الهامش4. ومنصور ، إبراهيم إسحاق : (موجز في علم الإجرام و علم العقاب) ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر.ط2 ، سنة1991.ص : 130. والزغبي : (الموسوعة الجزائية) مرجع سابق ، ج1 ، ص319- 320.

4- GARRAUD.R : (Traité théorique et pratique du droit pénal francais) L.S.R.Tome 1 et 2 . 2ed. paris 1898 .P : 611 □

نقلا عن : النبراوي : (سقوط الحق في العقاب) ، مرجع سابق ، ص : 619-620.

3- ألا يُحَمّل بريء بجرائم اقترفها الغير.لأن المساس بأمن الفرد وعقابه على مالم يفعله بإلباسه وصف الإجرام وسلب حريته ، يعتبر اعتداء خطيرا على كرامة الإنسان ، وحيف عن العدالة التي هي مناط السياسة الجنائية للتشريع الجنائي.

ومن الجدير بالذكر أن نميز بين **شخصية المسؤولية الجنائية** و**شخصية العقوبة**. فإذا كانت الأولى تعني أن الإنسان بريء مما ينسب إلى الغير من جرائم-كما ذكرنا- ، فإن مبدأ شخصية العقوبة يعني : **براءة الغير مما اقترفه الشخص من جرائم ولا تقع تبعاتها إلا عليه**[1].

ونرى أثر هذا التمييز على موضوع بحثنا في ما يأتي :

أولا : يتحقق الأمن الخاص في مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية ، بحيث يأمن الفرد على نفسه من المساءلة الجزائية عن أفعال الغير. وإذا ثبت أن وقع العكس فإنه يُلزَم القاضي الجزائي بإثبات نسبة التهمة إلى الشخص ، حتى لا يؤخذ أحدٌ بجريرة غيره. لأن الأصل فيه البراءة من التهمة. فإن مساءلة الفرد عمّا فعله غيره يعتبر انزلاق خطير يهدد أمنه وحريته الشخصية نحو الوقوع في دائرة التجريم والذي ينجرّ عنه العقاب التعسفي.

ثانيا: أما في مبدأ شخصية العقوبة ، فإذا كان الجاني وحده هو الذي يتحمل مسؤولية جرمه وعلى غرارها يتحمل العقوبة ، فإنه ينبغي أن يحرص التشريع الجنائي على ألا يُلحِق العقاب ضررا بغير شخص الجاني الذي يودّ إصلاحه سواء بقصد أو بغير قصد من المشرع ، كأن تمتد دائرة العقاب إلى المساس بأسرة الجاني و مصالحها في حال سلب حريته و غيابه عنها. فتغيب بذلك العدالة في تطبيق العقوبة بتضرر غير الجاني من العقوبة الموقعة عليه.لذا فإنه يتوجب تحقيق الحرية والأمن الشخصي من خلال مبدأ شخصية العقوبة بتضييق نطاق دائرتها ، حتى لا تتعدى إلى غير شخص الجاني ممن لم يشاركوا في الجريمة لا من قريب و لا من بعيد.

إلا أن المساس بمبدأ شخصية المسؤولية الجنائية عن طريق مساءلة الفرد جنائيا عن أفعال الغير ومثوله أمام القاضي على ذلك يعتبر أخطر فتكا بالأمن و الحرية من المساس بمبدأ شخصية العقوبة ، لأن الإعتداء على الأول مباشر ، أما على الثاني فغير مباشر.

كما أن المساس ببراءة الإنسان بسبب أفعال ارتكبها الغير تسوّد به صحيفة السوابق العدلية ، وعلى عكس ذلك فإن المساس بشخصية العقوبة يتعدى به ضرر العقوبة إلى غير شخص الجاني. لأن هذا الغير لا يَمثُل أمام القضاء بالمحاكمة كزوجة

1 - الصالح : (حق الأمن الفردي في الإسلام) المرجع السابق نفسه ، ص : 38.

الجاني أو أبنائه المتضررين من غياب ربّ الأسرة عنهم[1].

ويمكن القول بأن مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية يحتوي مبدأ شخصية العقوبة ، وبينهما علاقة عموم وخصوص. فإذا كان الأصل العام البراءة من العقاب ، وهو مضمون للجميع بلا استثناء ، فإن الخصوص والاستثناء يكمن في الاتهام بالجريمة ، وتوقيع العقوبة على فاعلها فقط دون غيره.

الفرع الثاني : أساس شخصية المسؤولية والعقوبة الجنائية

الفقرة الأولى: الأساس الشرعي لشخصية المسؤولية والعقوبة الجنائية

لقد تقرّر في القواعد الأولية للفقه والتشريع الإسلامي أن المسؤولية الجنائية شخصية ، كما هو الحال في الفقه الجنائي الوضعي ، فلا يسأل عن الجريمة إلا فاعلها. ولا ينبغي أن يؤخذ شخص بجريرة غيره ، فلا تفرض عقوبة على غير الجاني.

ويجدر بنا أن نشير إلى أن هذا المبدأ يستقي أساسه الشرعي من نصوص قطعية الثبوت والدلالة وردت في غير آية من القرآن الكريم ، كقوله تعالى : **(وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى)***.

وقوله ﷻ : **(وَمَن يَكْسِبْ إِثْمًا فَإِنَّمَا يَكْسِبُهُ عَلَى نَفْسِهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا)** [النساء : 111]. وكقوله ﷻ : **(مَن يَعْمَلْ سُوءًا يُجْزَ بِهِ)** [النساء : 123]. وقوله ﷻ : **(لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ)** [البقرة : 286]. وقوله ﷻ أيضا : **(مَنْ عَمِلَ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّامٍ لِّلْعَبِيدِ)** [فصلت : 46].

فليست هناك خطيئة موروثة في الإسلام كما تتصورها المسيحية ، كما أنه لا توجد كفّارة غير الكفارة التي تؤديها النفس عن نفسها. وحينئذ تكون كل نفس حذرة مما تكسب ومطمئنة إلى عدم محاسبتها إلا على ما تكسب ، وبذلك يتحقق التوازن بين العدل الإلهي وطمأنينة النفس البشرية[2].

1- الصالح ، عثمان عبد الملك : (حق الأمن الفردي في الإسلام) المرجع السابق نفسه.ص38 ، الهامش4. و الكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص : 528.

* وردت هذه الآية في خمسة مواضع من القرآن الكريم : الأنعام164 ، الإسراء15 ، فاطر18 ، الزمر7 ، النجم38.

2- قطب ، سيد : (في ظلال القرآن الكريم) تفسير الآية111 من النساء.دار إحياء التراث العربي ، بيروت.ط3 ، 1961م.ج5 ، ص222.

وآية : **(وَلَاتَزِرُوَازِرَةٌوِزْرَأُخْرَى)** تعتبر نصّا في أساس مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية باعتباره ضمانا وضابطا واجب التطبيق من الحاكم و القضاء. وفسّرها العلماء بألا تؤخذ نفس بذنب غيرها؛ بل كل نفس مأخوذةٌ بجُرمها ، ومعاقَبَةٌ بإثمها[1]. ولقد ورد معنى ربط الجزاء والعقوبة بما كسبه الإنسان في أكثر من خمسين آية من القرآن الكريم ، كلّها تدل على نسبة الفعل إلى فاعله أو براءته مما اقترفه الغير من أفعال[2].

ولقد أكدت السنة النبوية هذا المبدأ ، فلم يثبت أن النبي ﷺ أخذ أحدا بما فعله الآخر ، حيث يقول : «**لَا يُؤْخَذُ الرَّجُلُ بِجَرِيرَةِ أَبِيهِ وَلَا بِجَرِيرَةِ أَخِيهِ** »[3].وقال ﷺ لرجل وابنه : «**أَمَا إِنَّهُ لَا يَجْنِي عَلَيْكَ وَلَا تَجْنِي عَلَيْهِ ، وَقَرَأَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : (وَلَاتَزِرُ وَازِرَةٌوِزْرَأُخْرَى)**»[4].ومعنى ذلك ألاّ يؤخذ زيد بما فعل عمرو ، وأن كل مباشر لجريمة فعليه مغبّتها[5]. فالإنسان لا يُكلَّف إلا بما يصدر عنه هو من أفعال ، وفي هذا أمان لنفسه من العقاب.

وللشريعة الإسلامية فضل السبق على جميع الأنظمة الوضعية في تأسيس لمبدأ شخصية المسؤولية الجنائية والعقوبة ، بعد أن كانت البشرية تعاني في ظل الأنظمة الجنائية السابقة التي اشتهرت بالظلم والقسوة ، كما لم يُعرَف فيها هذا المبدأ إلا بعد الانتصار له في أعقاب الثورة الفرنسية[6].

الفقرة الثانية : الأساس القانوني لشخصية المسؤولية والعقوبة الجنائية

لقد كانت الجماعة تؤخذ بجرم الواحد في الشرائع الأوروبية في القرون الوسطى ، وتنحو إلى النظرة المادية للجريمة دونما نظر إلى مرتكبها وكونه أهلاً لتحمل المسؤولية

1- القرطبي : (الجامع لأحكام القرآن) مصدر سابق ، ج7 ، ص : 157. و ابن كثير ، أبو الفداء إسماعيل : (تفسير القرآن العظيم) ، دار الأندلس ، بيروت.دط ، دت.ج3 ، ص141.

2 -ينظر : عبد الباقي ، محمد فؤاد : (المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم) دار إحياء التراث العربي ، بيروت – ودار الكتب المصرية ، القاهرة.ط1 ، 1945.ص : 604-605.

3 - أخرجه النسائي ، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن-ت303ه-عن مسروق مرسلا (سنن النسائي بشرح جلال الدين السيوطي) كتاب تحريم القتل ، باب "تحريم الدم". دار الكتاب العربي ، بيروت. دط-دت. م4 ، ج7.ص127.

4 - رواه أبو داود عن أبي رمثة.ينظر الألباني : (صحيح سنن أبي داود) كتاب : الديات ، باب : "لا يؤخذ أحد بجريرة أخيه أو أبيه". 2/ 4495 ، ج3 ، ص75-76.

5 - القرطبي : (الجامع لأحكام القرآن) المصدر نفسه ، ج7 ، ص : 157.

6 - لم يُعترف بمبدأ شخصية المسؤولية الجنائية إلا بتشريعات الثورة الفرنسية بقانون21 يناير1790م ودستور1791م.

الجنائية ، أو على علاقة بالجريمة من عدمها[1]. وعلى إثر الإنتصار لصالح حقوق الإنسان بعد الثورة الفرنسية تقرر مبدئين حديثين في المنظومة الجنائية الغربية هما : شخصية المسؤولية الجنائية و شخصية العقوبة.

وقد جاءت المادة 45 من الدستور الجزائري لسنة 1996 تنص على أن : "**كل شخص يعتبر بريئا حتى تُثبت جهة قضائية نظامية إدانته مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون**". وقد أقرّها أيضا التعديل الدستوري لسنة 2016 ضمن المادة 56 منه ، مع تعديل هامّ في صياغتها بإضافة المحاكمة العادلة بنصها : **[...إدانته ، في إطار محاكمة عادلة تؤمّن له الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه]** ، ومضمون هذه المادة مفاده في شطر : أنه لا يمكن نسبة أيّة تهمة بجريمة لشخص لم يثبت اقترافه لها من طرف جهاز القضاء ، الذي يضمن المحاكمة العادلة مع تمكينه من ضمانات الدفاع عن النفس. فلا يكون مسؤولا عن جريمة إلا إذا نسبت إليه فعلا ، وبهذا يتحقق مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية المتضمن براءة الشخص مما ارتكبه الغير.

أما في شطره الثاني : فيتضمن أن الشخص وحده يتحمل قرار الإدانة ، وبموجبها تنفيذ العقوبة عليه إذا ثبتت نسبة الجرم إليه ، ولا يمكن بتاتا أن يتحمل العقوبة غير الجاني من برآء الناس. و بهذا يتحقق مبدأ شخصية العقوبة.

وفي كل هذا تتحصّن الحرية الشخصية للفرد من الاعتقال والحبس التعسفي دون وجه حق ، وتتحقق مصلحة الأمن العام و الخاص بإشاعة السلامة من العقاب المجاني- إن صح التعبير- وإذا ثبت أن وقع العقاب... ، فلا يعدو أن يمسّ إلاّ بمن هو أهله.

الفرع الثالث : تطبيقات قاعدة شخصية المسؤولية والعقوبة الجنائية

إذا تتبعنا وبصورة تطبيقية طبيعة العقوبات المفروضة في النظام الإسلامي والأنظمة الوضعية ، وجدنا أن العقوبة قائمة أساسا في الإسلام على فكرة العقوبة البدنية أكثر من العقوبات السالبة للحرية والإرادة ، كعقوبة السرقة ، وقطع الطريق ، والقذف ، والزنا ، وشرب الخمر... ، ومناط ذلك أن العقوبة تقع فقط على ذات الجاني ، ولا تتعدى إلى غيره كما هو الحال في سلب الحرية الذي يقع عبؤه على أسرته كنفقة الأولاد وحق الزوجة في المعاشرة الزوجية. إضافة إلى أن سرعة تنفيذ العقوبة في الإسلام يكون أجدر من حبس الجاني بغرض محاربة الإعتداء على أمن المجتمع بالجريمة والانحراف[2].

---

1 - أبو زهرة : (الجريمة في الفقه الإسلامي) مرجع سابق ، ص : 432وما بعدها.

2 - ياسين ، محمد نعيم : (الوجيز في الفقه الجنائي الإسلامي) ، مرجع سابق .ص : 146وما بعدها. والكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص : 528ومابعدها.

فجسامة الضرر المترتب عن العقوبات السالبة للحرية التي هي أساس الأنظمة الوضعية ليست أقل إيلاما للمجرم وأحفظ لكرامته ، لكونها تقع على حرية الإنسان وإرادته واختياره ، وتقتل فيه هذه المعاني ، كما أنها تعاني من فشل في الإصلاح الجنائي ، خصوصا إذا وضع الجاني المُخطأ مع كبار الجناة وأخطرهم على أمن المجتمع ، فيصبح أكثر خطرا على أمن المجتمع والأفراد بعد خروجه متمرّسا بفنون الإجرام.[1]

وعليه ، فإن حماية الأمن العام والخاص من خلال مبدئي شخصية المسؤولية الجنائية والعقوبة ، تتحقق في النظام العقابي الإسلامي أفضل مما هي عليه في النظام القانوني الوضعي ، ويتجسد تطبيقهما بصفة أوسع في الفقه الجنائي الإسلامي منه في النظام الوضعي. مما دعا بعض التشريعات الوضعية المعاصرة تنادي بتطبيق العقوبات البدنية بدل السالبة للحرية[2].

إلا أن هذه التشريعات الوضعية لا تزال تورد استثناءات على المبدأ من شأنها أن تعطله ، وتؤدي إلى النيل منه والخروج عنه. من ذلك مثلا ما جاء في المادة 196ق.ع جزائري بنصها : "**يعدّ متشردا ويعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر ، كل من ليس له محلّ إقامة ثابت ولا وسائل تعيّش ، ولا يمارس عادةً حرفةً أو مهنةً رغم قدرته على العمل ، ويكون قد عجز عن إثبات أنه قدّم طلبا للعمل أو يكون قد رفض عملا بأجر عُرض عليه**".

فلا يمكن عقاب من وقع في ظاهرة التشرد واعتباره مجرما. وذلك لأنه فيه محاسبة للمرء بمالم يكن سببا في وقوعه. وهو أخذ له بجريرة غيره الذين تسببوا أساسا في هذه الظاهرة. وكذلك الأمر في المادة : 195ق.ع التي تعاقب على اعتياد ممارسة التّسوّل. فكيف يوقع العقاب على الضحية و يترك الجاني الفعلي؟! وهو ما يمثل اعتداء مباشر على مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية والعقوبة.

لذا نجد المشرع قد استدرك هذا الأمر في المادة 196مكرر - الملغاة لاحقا-[3] ، باستثناء تخفيف عقوبة الأحداث الذين لم يبلغوا الثامنة عشرة ، ومراعاة ظروفهم عن طريق اتخاذ تدابير الحماية والتهذيب فقط دون إقامة العقاب. إلا أنه ألغاها عقب ذلك بغرض حماية الأطفال ورفع عنهم المسؤولية الجنائية مطلقا تجاه هذا الفعل؛ بل لقد ألقى

1- ياسين ، (الوجيز في الفقه الجنائي الإسلامي) المرجع السابق نفسه.ص : 146وما بعدها. والكباش، المرجع السابق نفسه ، ص : 528ومابعدها.

2 -ياسين ، المرجع نفسه ، ص : 147. و عودة : (التشريع الجنائي الإسلامي) مرجع سابق ، ج1 ، ص : 396-397.

3 - صدرت المادة 196 مكرر بموجب القانون رقم : 82-04.المادة : 2. (ملغاة) .

كامل المسؤولية على عاتق من يستغل الأطفال بغرض التسول ، حيث نص في المادة 195مكرر على تشديد عقوبة من يتسوّل بقاصر لم يكمل 18 سنة ، أو يعرّضه للتسوّل من ستة أشهر إلى سنتين ، وتضاعف العقوبة عندما يكون الفاعل أحد أصول القاصر أو أيّ شخص له سلطة عليه.

ففي غالب الأحيان يكون المتهم بالتشرد واعتياد سلوك التسول مضطرا إلى هذا السلوك نتيجة للظروف الاجتماعية الصعبة. ومنه فعلى الدولة أن تساعده في تخطي هذه الظاهرة بتوفير مناصب الشغل وتساعده ، لا أن تزج به في السجن لذنب قد يكون بريء منه مما يزيد الطين بلة ، ولا يقضي على مثل هذه الظاهرة من أساسها. فسلطة العقاب ينبغي أن تكون آخر سبيل يسلكه المشرع لتوفير الحماية بعد استنفاذ السبل الأخرى. بل قد يحترف المتّهم بالتشرد أو التسول الإجرام بوضعه مع المجرمين فيشكل خطرا فيما بعد على مصالح المجتمع وأمن أفراده.

وعليه فيمكن القول أن شخصية المسؤولية الجنائية و العقوبة تعتبر من المبادئ التي توفر حماية جنائية للحرية الشخصية إذا انظبط بها التشريع العقابي في سياسته الجنائية واحترمتها الأجهزة القضائية ، وحتى تتحقق العدالة فلا يدان بريء ، كما لا يتجاوز أثر العقاب شخص المتهم.

المبحث الثاني :

ضمانات حماية الشرعية الجنائية الإجرائية للحرية الشخصية في مواجهة سلطة الاتهام والتنفيذ العقابي

إذا كان من السائد أن قانون العقوبات يتضمن قواعد موضوعية بخلاف قانون الإجراءات الجزائية ، فإنه يتضمن قواعد شكلية تهتم بفن تنظيم إجراءات الخصومة الجنائية ، غير أن ذلك لا يعبّر عن صحيح القانون ، بحكم أن كلّ من القانونين يهدف إلى حماية الحقوق والحريات التي هي أساس القواعد الموضوعية ، و هذا انطلاقا من حقيقتين؛ مفاد أولاهما أن الشرعية الدستورية لكلا القانونين تقوم على الحماية التي يوفرها كل منهما للحقوق والحريات التي كفلها الدستور. أما ثانيتهما؛ أنه بدون قانون الإجراءات الجنائية لن يطبّق قانون العقوبات حيث يعتبر الطريق الذي يجب اتباعه للانتقال من التجريم إلى العقاب[1].

فالصحيح إذن؛ أن قانون الإجراءات الجنائية يحتوي على تنظيم للحماية الدستورية للحقوق والحريات و يكفل حمايتها ، وما تلك الإجراءات الجنائية إلا أعمال قانونية تهدف إلى حماية هذه الحقوق والحريات في إطار الشرعية الدستورية القائمة على كل من أصل البراءة في المتهم ، والضمان القضائي في مباشرة الإجراءات الجنائية ، والمحاكمة المنصفة بجميع عناصرها[2].

ولهذا فإن أهمية قانون الإجراءات الجزائية لا تكمن فقط في مجرّد القواعد الشكلية التي تنظم إجراءات الدعوى العمومية والتنظيم القضائي ، بغرض استعمال حق الدولة في العقاب ، والكشف عن حقيقة الجريمة بعيدا عن احترام حرية المتهم؛ بل تكتمن قواعد تجب معاملته باحترام كرامته وحريته وتأكيد ضماناتها في جميع مراحل الإجراءات الجنائية. لأن هذه الأخيرة من شأنها أن تمسّ بطبيعتها الحرية الشخصية في سبيل البحث عن الحقيقة التي يثبت من جرائها براءة المتهم أو إدانته[3].

وإذا كان البحث عن حقيقة الجريمة يشكّل هدفًا لحماية الفرد والمجتمع معاً ، فلا

---

1 – سرور : (القانون الجنائي الدستوري) مرجع سابق ، ص 258.

2 – المرجع والصفحة نفسها.

3– سرور ، أحمد فتحي : (الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية) ، دار النهضة العربية ، القاهرة.ط7 ، 1993 ، ص : 49. والحسيني ، عمر الفاروق : (تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف) ، دن ، دم.ط2 ، 1994.ص : 5.

قيمة أبدًا للحقيقة التي يتم الوصول إليها على مذبح الحرية. فالعدالة لا يُضيرها إفلات المذنب من العقاب بقدر ما يؤذيها الافتئات على الحريات والقبض على الناس دون وجه حق[1].

وإذا تفقدنا قانون الإجراءات الجزائية ، وجدناه يتضمن أعمالا تتخذ وسائل تشكل خطورة على حرية الأشخاص لضرورة صيانة مصلحة المجتمع من الجرائم بالكشف عن مرتكبيها ليتولى القانون الجنائي توقيع العقاب عليهم ، ومن هذه الأعمال : التوقيف للنظر ، و الحبس المؤقت ، وأعمال التفتيش ، والاستجواب...

لذا يستدعي الأمر أن تراعى عدّة اعتبارات في سبيل إيجاد توازن بين حماية مصلحة الفرد خصوصا إذا كان محلّ اتهام في عدم المساس بحريته وتمكينه من الدفاع عن نفسه ، وبين حماية مصلحة المجتمع ، وإقامة العدالة التي تقتضي معاقبة المجرمين من جهة أخرى.

ونجد أن أخطر الإجراءات مساسا بالحرية والأمن الفردي تلك السابقة عن وقوف المتهم أمام المحاكمة ، لأنها قد تطال البريء من الناس قبل بيان حقيقة الجريمة ، مما يخدش الشعور الإنساني ويفقد للعدالة معناها.

وعليه؛ فسيتم عرض عدة مبادئ تعدّ أساسا تنضبط به الإجراءات الجنائية حتى لا تزيغ عن السياسة الجنائية للتشريع الجنائي ، والتي يراد في خضمّها تحقيق التوازن المنشود بين الأمن العام وبين الحرية الشخصية والأمن الخاص. وجلّ هذه المبادئ تخدم مبدأ الشرعية الجنائية الإجرائية الذي في تحقيق حماية الحرية الشخصية للإنسان ، كما أن هذه المبادئ بمثابة دعامات ومظاهر مهمّة للحماية الجنائية تتركز عليها الشرعية الإجرائية ، ويتقيد بها المشرع أثناء سنّه لقوانين الإجراءات الجنائية ، مثل مبدأ البراءة الأصلية(**المطلب الأول**) ، ومبدأ قانونيّة الإجراءات الجزائية(**المطلب الثاني**) ، ولا عقوبة بغير دعوى (**المطلب الثالث**).

وإذا كانت السلطتين التنفيذية والقضائية تلتزم بهذه الضوابط والدعامات للشرعية الإجرائية في الحالة العادية للدولة ، وذلك ضمن أحكام قانون الإجراءات الجزائية. إلا أن الخطورة تزداد أكثر على الشرعية الجنائية الإجرائية ومبادئها في صون الحرية الشخصية ، إبان الظروف الطارئة والحالات الاستثنائية التي قد تمرّ بها الدولة ، مما يوسع من صلاحيات السلطة التنفيذية في مواجهة تلك الظروف ، وهو ما قد يعصف

1 – الحسيني ، (تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف) المرجع السابق نفسه، ص5. و بوكحيل ، لخضر : (الحبس الاحتياطي والمراقبة القضائية في التشريع الجزائري المقارن) ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر.دط ، سنة1992.الصفحة –ج-.

باحترام ضوابط الشرعية الإجرائية ، وينعكس سلبا على حق الفرد في الحرية الشخصية وباقي الحقوق والحريات الأساسية والعامة للإنسان. وهو الأمر الذي يجعل أهمية الدراسة تنصب بصفة خاصة على ضرورة احترام مبادئ الشرعية الإجرائية من طرف السلطة العامة في الدولة في قوانين الحالات الطارئة ، لما تخلفه الأحكام العرفية الصادرة عنها عادة من آثار سلبية الحرية الشخصية للأفراد جرّاء تسرّع السلطة التنفيذية في مواجهة تلك الظروف(**المطلب الرابع**).

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الأول :

حماية الحرية الشخصية للمتهم من خلال مبدأ البراءة الأصلية[1]

إن هذا المبدأ من المقومات الأساسية التي تنبني عليها المراكز القانونية المستقرة للإنسان ، ولا يمكن فصلها عن إنسانيته في أيّ مرحلة من الخصومة الجزائية[2] ، وهو بمثابة دليل قاطع يعكس صورة أمن الإنسان على شخصه وحريته في مواجهة سلطة الاتهام والتحقيق في أيّ إجراء جزائي كان ، أو تدابير أمن تُتّخَذ لأجل الحفاظ على النظام العام.

لذا سنتناول مفهوم مبدأ البراءة الأصلية من خلال بيان معناه وأساسه الشرعي والقانوني (**الفرع الأوّل**) مع ذكر النتائج والآثار الإجرائية المنبثقة عنه فيما يخص حماية الحرية الشخصية للإنسان من مخاطر الإجراءات الجنائية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول : مفهوم مبدأ البراءة الأصلية

الفقرة الأولى: تعريف مبدأ البراءة الأصلية

يقصد بمبدأ البراءة الأصلية : " **أنّ القضاء وسلطات الدولة كافّة يجب عليها معاملة المتهم على أنه لم يرتكب الجريمة محلّ الاتهام ، إلا إذا ثبت عليه حكم نهائي**"[3].

كما أن هذا المبدأ يعدّ عنصرا أساسيا في الشرعية الإجرائية. وتطبيق مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني -في الشق الموضوعي- يحتّم وجود افتراض براءة الإنسان حتى تثبت إدانته وفقا لما نص القانون على تجريمه -في الشق الشكلي الإجرائي-. وإذا

1- صدر في تقرير عن ندوة الدفاع الاجتماعي والسياسة الجنائية من خلال التشريع الإسلامي المنعقدة بالرباط في الفترة من : 11 إلى 14 مايو1981م ووفقا للمناقشات المقدمة تقرر التصريح بهذا المبدأ والدعوة إلى ضرورة احترام القاعدة القائلة بأن : "الأصل في الإنسان البراءة" ، وجاء في التوصيات الالتزام باعتبار الأصل العام في الإنسان البراءة من أيّة تهمة.المصدر : ينظر (قسم التقارير) مجلة الحقوق والشريعة ، تصدر عن كلية الحقوق ، الكويت.عدد4 ، السنة الخامسة ، ديسمبر1981. ص301.

2- الكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان) ، مرجع سابق ، ص908.

3- الزرقاء ، مصطفى أحمد : (المدخل الفقهي العام) ، دارالفكر ، دمشق.ط10 ، 1968م.ج2 ، ص : 970. وفي ذات المعنى لدى : العوا ، محمد سليم : (في أصول النظام الجنائي الإسلامي) مرجع سابق ، ص : 138.

كان التشريع الجنائي يؤكد من خلال شرعية الجرائم و العقوبات أن "**الأصل في الأشياء الإباحة**"وأن الاستثناء هو التجريم والعقاب ، وكنتيجة لإباحة الأشياء يجب النظر أساسا إلى الإنسان بوصفه "**بريئا من الاتهام**" ، فإنهما على علاقة متينة ببعضهما ، وكلاهما وجهان لعملة واحدة[1]. فهما ينطلقان من أساس واحد مفاده مبدأ الشرعية.

الفقرة الثانية : الأساس الشرعي والقانوني لمبدأ البراءة الأصلية

أولا : أصول مبدأ البراءة الأصلية في النظام التشريعي الإسلامي

يجد مبدأ البراءة الأصلية أساسه في النظم القانونية المعاصرة ، وقبل ذلك فيما قرره الفقهاء المسلمون من أن : "**الأصل براءة الذمة**"[2] تبعا لما جاء في نصوص الشريعة من إيحاءات لهذا المبدأ.

ويجد هذا المعنى أساسه في الحديث الشريف : « **أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى أَنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ**»[3]. وقال ﷺ في خطبته : «**الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ**»[4]. كما ثبت قوله : «**لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ**»[5].

كما نصت على قاعدة البراءة الأصلية للمتهم المادة : 8 من المقالة الثانية من مجلة الأحكام العدلية[6]. وقد نصت المادة 76 من المجلة على أن : "**البينة على المدعي و اليمين على من أنكر**". أما المادة 77 فتنص على أن : "**البينة لإثبات خلاف الظاهر ، واليمين لبقاء**

---

1 – سرور : (الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية) ، مرجع السابق ، ص : 54.

2– السيوطي : (الأشباه والنظائر) مصدر سابق ، ص : 53. وابن النجيم : (الأشباه والنظائر) مصدر سابق ، ص : 59.

3 – رواه الترمذي ، أبو عيسى عن ابن عباس : (سنن الترمذي) أبواب : الأحكام عن رسول الله.باب : "ماجاء أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه"قَالَ أَبُو عِيسَى : "هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ.وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ وَغَيْرِهِمْ أَنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ". رقم12/ 1357. ج2 ، ص399.

4 –رواه الترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بإسناد فيه مقال. الأبواب و الباب نفسه ، رقم 12/ 1356.

5–رواه مسلم عن ابن عباس (صحيح مسلم بشرح النووي) كتاب الأقضية ، باب : "اليمين على المدعى عليه".رقم 1/ 1711 ، ج6 ، ص 243.

6 – ينظر : باز سليم ، رستم اللبناني : (شرح مجلة الأحكام العدلية) دار الكتب العلمية ، بيروت.ط3 ، دت.ج1 ، ص : 22.

الأصل الذي هو البراءة[1].

ثانيا : أساس مبدأ البراءة الأصلية في النظم القانونية المعاصرة

من المواثيق الدولية المعاصرة التي كرست لمبدأ افتراض البراءة الأصلية للمتهم إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر غداة الثورة الفرنسية سنة 1789م ، والذي قرر في نص مادته التاسعة 09 على أن الأصل في الإنسان البراءة حتى تتقرر إدانته. وكذلك الأمر في المادة 11من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948م ، والتي جاء فيها : "**كل متهم بجريمة يعتبر بريئا حتى تثبت إدانته قانونا بمحاكمة علنية تؤمّن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه**". وجاء في نص المادة 14/ 2 من العهد الدولي الخاص بحقوق الإنسان المدنية والسياسية : "**من حق كل متهم بارتكاب جريمة أن يعتبر بريئا إلى أن يثبت عليه الجرم قانونا**"[2].

وبما أن هذا العهد يعتبر ذا قيمة قانونية ، فإنه يفرض التزاما قانونيّا على الدول المنظمّة إليه باحترام الحقوق المقررة فيه ، أكثر من تلك القيمة الأخلاقية التي يمثلها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، إذ يرتب التزاما أدبيا باحترام ما ورد فيه من حقوق[3]. ويعتبر احترام مبدأ البراءة الأصلية من بين تلك الحقوق؛ إذ يجب أن ينعكس إقرار هذا المبدأ واحترامه على كافة التشريعات الوطنية للدول المنظمة لهذا العهد الدولي.

ولقد عنى المشرع الدستوري الجزائري في الدساتير المتعاقبة بتقرير هذا المبدأ كضمان أساسي لحرية الإنسان على شخصه من الاتهام. فتنص المادة 45 من دستور 1996 على أنّ : "**كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته ، مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون**". ولقد ذكرها الدستور المعدّل سنة 2016 ضمن المادة 56 مع إضافة بعض التعديلات ، مثل التأكيد على المحاكمة العادلة ، والضمانات اللازمة

1 -ينظر حيدر ، علي : (درر الحكام بشرح مجلة الأحكام) تعريب : فهمي الحسيني .دار الجيل ، بيروت.ط1 ، 1411هـ - 1991م. ج1 ، شرح المادة 76و77.

2 - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية ، سبق الإشارة إليهما في هذا البحث. كما تم إقرار مبدأ "افتراض براءة المتهم" ضمن عدة مواثيق دولية مثل : المادة 20 (ب-1) من اتفاقية حقوق الطفل ، والمادة 18 (2) من اتفاقية العمال المهاجرين ، والمادة 7 (1-ب) من الميثاق الإفريقي ، والمادة 8/ 2 من الاتفاقية الأمريكية ، والمادة 16 من الميثاق العربي ، والمادة 6 (2) من الاتفاقية الأوروبية ، والمبدأ 36 (1) من مجموعة المبادئ ، والمبدأ 26 من الإعلان الأمريكي ، والمادة 66 من نظام روما الأساسي ، والمادة 20 (3) من النظام الأساسي لمحكمة رواندا ، والمادة 21 (3) من النظام الأساسي لمحكمة يوغوسلافيا.

3 - العوا : (في أصول النظام الجنائي الإسلامي) ، المرجع السابق نفسه ، ص : 139- 140

للدفاع عن النفس بنصها : "كل شخص يُعتبر بريئا حتّى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته ، في إطار **محاكمة عادلة** تؤمّن له الضمانات اللاّزمة **للدفاع عن نفسه**". حيث وضّح المشرع الدستوري المراد بالضمانات القانونية بالتأكيد على تمكين الفرد من حقوق الدفاع كاتخاذ محامي وغيرها... ، وعلى أن تتم المحاكمة في إطار من العدالة والإنصاف ، حتى لا تزيغ الجهات القضائية وتتعسف بحقوق الأفراد وحرياتهم. وكل ذلك يعدّ خدمة لمبدأ البراءة الأصلية.

كما انعكس ذات التوجه في هذا الباب على تعديل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري لسنة 2017 ضمن مادته الأولى بنصها : " **يقوم هذا القانون على مبادئ الشرعية والمحاكمة العادلة واحترام كرامة وحقوق الإنسان ، ويأخذ بعين الاعتبار على الخصوص : – أنّ كل شخص يعتبر بريئا ما لم تثبت إدانته بحكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه...**"[1].

ومنه؛ فقد حق القول بأن المتهم بريء حتى تثبت إدانته ، والحكم القضائي وحده هو الكفيل بدحض قرينة البراءة ، لأن القضاء هو الحارس الطبيعي للحرية ، وهو فقط الذي يملك تحديد الوضع القانوني للمتهم[2].

ثالثا : مقارنة اعتبار مبدأ البراءة الأصلية في النظامين الإسلامي والوضعي

إذا كان المجال الذي ينحصر فيه افتراض البراءة الأصلية هو الجنائي فقط بالنسبة لهذه النظم الوضعية ، نجد المبدأ مطبقا في الشريعة الإسلامية بشكل أوسع من النطاق الجنائي ، إذ نجد الفقه الإسلامي يعمل هذه القاعدة في كافه فروعه ، وحتى التكليفات التعبدية والدينية البحتة ، وسواء في الأمور المدنية أو الجنائية[3].

فلا تعارض إذن بين ما تقرره النظم القانونية المعاصرة من أنّ الأصل في الإنسان البراءة ، فكلٌّ من النظام الجنائي الإسلامي والوضعي يتآزران في تبني إدانة المتهم بناء على أدلة جازمة تثبت التهمة ، وحين تفتقد الدعوى الجنائية إلى مثل هذا الدّليل ، فإنه يتعين الحكم ببراءة المتهم[4].

---

1 – المادة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، عدّلت وتممت بموجب قانون رقم 17/ 07 مؤرخ في28 جمادى الثانية عام 1438هـ الموافق لـ 27 مارس سنة 2017.

2 – سرور : (الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية) مرجع سابق ، ص 54.

3– العوا : (في أصول النظام الجنائي الإسلامي) ، المرجع السابق نفسه ، ص 140.

4 – المرجع نفسه ، ص : 141.

الفرع الثاني : الآثار الإجرائية لمبدأ البراءة الأصلية على الحرية الشخصية للمتهم.

الفقرة الأولى: إعفاء المتهم من إثبات براءته.

يجب على الأجهزة التنفيذية والقضائية انطلاقا من مبدأ البراءة استصحاب قرينة البراءة الأصلية[1] ، وهذا طوال فترة التحقيق القضائي ، وبدون ذلك يكون المتهم مطالبا بإثبات موقف سلبي هو أنه لم يقترف جرما. وهذا أمر متعذّر؛ بل قد يكون مستحيلا[2]. وكنتيجة لذلك يجب اعتبار المتهم بريئا إلى أن تثبت إدانته في سياق محاكمةٍ تتوفر له فيها جميع ضمانات المحاكمة العادلة ، وهذا يعتبر ضابطا بالغ الأثر على نزاهة العدالة الجنائية ، ومعنى ذلك أن عبء الإثبات يقع على الادعاء ، وألا يدان بريء بمجرد الشك ولو كان لأسباب معقولة[3]. وفي هذا ضمان للحرية الشخصية للمتهم والذي تتحد ضمنه مبادئ حماية الكرامة الإنسانية[4].

فعبء الإثبات يقع على من ادعى سواء كان شخصا أم سلطة عامة ، و الشك يُؤوّل لمصلحة المتهم أو المشتبه فيه ، إلى أن تتمكن هيئة الاتهام من إثبات حصول الجريمة ونسبتها إلى المتهم. وبالنسبة للقاضي الجزائي سواء كان قاضي التحقيق أو الحكم فلا يقف موقفا سلبيا. فهو يحقق لجهة الاتهام أو الإدانة ، ولجهة الدفاع عن المتهم بحثًا عن الحقيقة ويجمع الأدلة على التهمة وعلى نفيها موازنا بينهما للوصول إلى قناعة حتى لا يدان بريء ولا يفرّ مجرم[5].

ثم إنه يفترض في السبل القانونية المشروعة أن تكون وحدها كفيلة بإثبات براءة البريء في أيّ تشريع إجرائي قويم. وإلا فإن هذا الخير يكون تعسفيا وظالما بشكل يتألى

---

1 -ذهب أكثر أصحاب مالك والشافعي وأحمد وغيرهم إلى إبقاء الأمر على ما كان عليه ، لأنه إذا غلب على الظن انتفاء الناقل غلب على الظن بقاء الأمر على ما كان عليه. ينظر : ابن قيم ، الجوزية : (إعلام الموقعين عن رب العالمين) تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد. مكتبة كليات الأزهر ، القاهرة.دط-دت.ج1 ، ص339.

2 -الصالح : (حق الأمن الفردي في الإسلام) مرجع سابق ، ص : 59. وسرور : (الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية) ، المرجع السابق نفسه ، ص : 55. و الكيلاني : (محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمقارن) مرجع سابق ، ج1 ، ص : 138.

3- ينظر : منظمة العفو الدولية : (دليل المحاكمة العادلة) مطبوعات منظمة العفو الدولية ، المملكة المتحدة ، ط2 ، 2014. ينظر حول المبدأ ضمن الفصل15 : افتراض براءة المتهم ، 15/ 2عبء الإثبات. ص 125 ومابعدها.

4 - سرور ، المرجع والصفحة نفسها.

5 -النقيب ، عاطف : (أصول المحاكمات الجزائية) ، منشورات عويدات ، بيروت-باريس.ط1 ، 1986م.ص : 297-298.

على البريء فيسمح بإدانته ، وتصبح الشرعية الإجرائية بذلك مصدر تهديد لأمن الشخص وحريته إذا كان البريء ملزما بإثبات براءته بموجب التشريع الإجرائي. وإذا أصبحت سلامة الفرد تكمن في الإفلات من قيد شرعية الدّليل الذي هو-في الأصل- سبيلٌ للوصول إلى الحقيقة في الشرعية الإجرائية الرشيدة[1].

الفقرة الثانية : معاملة المتهم باعتباره بريئا واحترام حريته الشخصية.

إذا برئت ساحة شخص ما من تهمة جنائية وفقا لحكم مبرم من محكمة ، فإن هذا الأخير يصبح ملزما لجميع السلطات الرسمية ، وبالخصوص النيابة العامة والشرطة التي يمتنع عليها الإيحاء بأية إشارة إلى أنّ هذا الشخص يحتمل أن يكون مذنبا ، وذلك لتجنب الإخلال بقرينة البراءة الناتجة عن مبدأ افتراض البراءة الأصلية واحتراما لحكم المحكمة وسيادة القانون في ظل مبدأ الشرعية الإجرائية[2].

ويجدر التنويه إلى أنه ينبغي التفرقة بين قرار التبرئة وبين قرار إبطال التعقبات وانتفاء المسؤولية ، على اعتبار أن حكم التبرئة يكون إذا كانت الأدلة غير كافية لإقامة الحجة على المتهم. أما إبطال التعقبات أو التبعات ، فيقرّر أن الفعل لا يشكّل ولا يؤلف جرما جزائيا أصلا لسبب من أسباب الإباحة ، وبذلك ينتفي وجه الدعوى العمومية[3].

إلا أنه يمكن التعقيب بأن حكم التبرئة يعدّ تأكيدا للأصل الذي جُبِل عليه الإنسان الذي هو البراءة الأصلية ، ولا يُبنى فقط على صدور الحكم بعدم كفاية الأدلة لإدانة المتهم. وعليه فالبراءة مقرّرة للإنسان أصلا بمعزل عن وقوع الجريمة ومحاولة نسبتها للمتهم.

وفي حالة واحدة فقط يمكن رفع درع البراءة عن المتهم إذا ثبتت الإدانة بصدور قرار من المحكمة. أما قبل ذلك فالبراءة لا تنتزع من الشخص في مواجهة سلطة التحقيق والاتهام[4].

كما أن الإجراءات التي تمس الحرية الشخصية للفرد المتهم في مواجهة سلطتي

---

1 – عبيد ، رؤوف : (مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري) دار الجيل ، بيروت ، ط17 ، 1979.ص : 741.

2 – منظمة العفو الدولية : (دليل المحاكمة العادلة) ، الفصل15 : افتراض براءة المتهم ، 15-4 : بعد البراءة.ص128.

3– النقيب ، (أصول المحاكمات الجزائية) المرجع السابق نفسه.ص : 570.

4 – الكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان) ، مرجع سابق ، ص : 915.

الاتهام والتحقيق كالتوقيف ، والتفتيش تضبطها الضمانات المقررة قانونا حتى لا يتألّى أحدٌ على حقوق المواطنين دون مبرر. فلا يمكن البتة أن تؤثر جسامة الجريمة وخطورتها في سير مراحل الدعوى الجزائية طبقا لاستصحاب قرينة البراءة الأصلية للمتهم ، ولا يمكن أن تنهار هذه الأخيرة إلا بصدور حكم قضائي باتٍّ و غير قابل للطعن[1]. وهذا ما يظهر من خلال الضمانات المشروطة لاتخاذ أيّ إجراء تجاه شخص المتهم لحماية حقه في الحرية الشخصية تجاه الإجراءات الجزائية.

الفقرة الثالثة : مبدأ الشك يفسر لصالح المتهم.

إن كلا من النظامين الإسلامي والوضعي يؤسّس في مواد الجنايات لأحكامه على الجزم واليقين لا على الشك والاحتمال. لأجل ذلك فإن أيّ شك يفسّر لصالح المتهم[2].

وينبني هذا المبدأ على القاعدة الفقهية : "**اليقين لا يزول بالشك**"[3]. وهي على علاقة وثيقة بمبدأ البراءة الأصلية ، وذلك بأن اليقين في الإنسان هو براءته من الشك الذي هو الاتهام.

هذا والمعبر عنه بالأصل أو اليقين ، لا يرتفع حُكمه بالشك والاحتمالات التي لا يعززها دليل؛ بل يبقى حكم اليقين ساريا إلى أن يقوم الدليل المعتدُّ به في تغيير ذلك الحكم[4].

كما تكرس هذا المبدأ من بين المبادئ التي حث عليها قانون الإجراءات الجزائية في مادّته الأولى المعدلة سنة 2017 بالقانون رقم 17/ 7 بنصها ضمن الفقرة السادسة : "**أن الشكّ يفسّر في كل الأحوال لصالح المتهم**". فقد اعتبر هذا المبدأ من الأمور التي تتأسس عليها مبادئ الشرعية و المحاكمة العادلة واحترام كرامة وحقوق الإنسان.

وعليه : فإن الشك يجب أن يفسّر لصالح المتهم ، ويتعين على القاضي أن يقضي

---

1 – الكيلاني : (محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمقارن) مرجع سابق ، ج1 ، ص : 139.

2 – الصالح : (حق الأمن الفردي في الإسلام) مرجع سابق ، ص : 60. و الكيلاني ، المرجع نفسه ، ج1 ، ص : 138.

3 – السيوطي : (الأشباه والنظائر) مصدر سابق ، ص : 50. وابن النجيم : (الأشباه والنظائر) مصدر سابق ، ص : 56.

4– الباحسين ، يعقوب عبد الوهاب : (قاعدة اليقين لا يزول بالشك–دراسة نظرية تأصيلية وتطبيقية–) مكتبة الرشد ، الرياض. دط.1417هـ – 1996م. ص : 46.

بالبراءة كلما ثار الشك لديه في الإدانة. فإذا شك القاضي في صحة إسناد التهمة ، وكانت الأدلة موضع شك لدى المحكمة ، فإنها لا تصلح لأن تكون سندا لقرار الإدانة[1]. فترجح بذلك كفة دفاع المتهم على كفة الادعاء العام لأن الإدانة لا يمكن أن تبنى إلا على اليقين.

وبمفهوم المخالفة ، لو أن حكما صدر بالإدانة بناء على شك ورد لدى قاضي التحقيق أو الحكم في نسبة الجريمة للمتهم ، فإن هذا الحكم مشوب بعدم التأسيس ، وهو يقع باطلا لأنه مخالف لمبدأ الشك يفسر لصالح المتهم ، وعليه أن يصدر الحكم بالبراءة.

ومما توجبه المبادئ التي تقوم عليها الشرعية الإجرائية ، أن تعود المحكمة الجنائية دوما إلى التحقيق في الأدلة المطروحة لديها بنفسها ، وتمحصها جيدا حتى يتكون الاقتناع الذاتي لقاضي التحقيق و الموضوع من خلال الأدلة التي تكشف عنها إجراءات التحقيق الابتدائي و النهائي. فإما يكون الاقتناع بثبوت التهمة يقيناً ، وليس احتمالا وتخمينا. وإما يتم الاقتناع ببراءة المتهم إذا وجد شك في أدلة اتهامه ، مما يوجب إطلاق سراحه. فالأَولى على أيّة حال أن يبرئ المسيء من أن يدان البريء خطأً وتسرعاً[2]. ففي المحاكمة الجنائية يكفي أن يتشكك القاضي في صحة إسناد التّهمة إلى المتهم لكي يقضي له بالبراءة بعد إحاطته بالدعوى عن بصر وبصيرة[3].

والقناعة المطلوب حصولها لا تكمن في اليقين الشخصي للقاضي ، وإنما اليقين القضائي المبني على العقل والمنطق نتيجة النظر في أدلة الاتهام ، وعلى غراره يصدر الحكم بالإدانة. أما حكم إثبات البراءة ، فيكفي فيه مجرد إبداء الرأي حول بيان قيمة أدلة الإثبات دون التزام من المحكمة ببيان الأدلة القاطعة على البراءة ، لأنه يكفي فيه أن يؤسس على الشّك في هذه الأدلة. وبالتالي الحكم بالبراءة ترجيحا للأصل على استثناء

---

1 – الكيلاني : (محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمقارن) المرجع السابق نفسه ، ج1 ، ص : 139. و الكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان) المرجع السابق نفسه ، ص : 921-922.

2 – عبيد ، رؤوف : (مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري) مرجع سابق ، ص : 694. وسرور : (الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية) ، المرجع السابق نفسه ، ص : 768.

3 –أحكام النقض–المصري– في قرينة البراءة : الطعن رقم : 6097لسنة53ق.جلسة10–02–1984م.نقلا عن : هرجة مصطفى مجدي : (الإثبات في المواد الجنائية–في ضوء أحكام محكمة النقض–) ديوان المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية.ط2 ، 1992 ، ص : 27.

الاتهام. وهذا الأصل لا يزول بالشك ، وإنما يرتفع باليقين وحده[1].

وهذا ما تقتضيه مبادئ العدالة الجنائية ، إذ ما المصلحة من إيقاع العقوبة بناء على أمر مشكوك فيه. وهذا ما يتنافى مع التوازن الذي يطمح المشرع الإجرائي أن يحققه من خلال الكشف عن حقيقة الجرائم ، ومتابعتها من دون تجاوزٍ مساسٍ بأمن الأفراد وحريتهم إذا كان ذلك لازما طبقا لما تستدعيه إجراءات التحقيق ، وضرورة تعقب الجرائم لحماية أمن المجتمع.

وهكذا يتبين أن مبدأ أصل البراءة يعتبر من الركائز الأساسية للشرعية الجنائية الإجرائية ، ودعامة تضمن للإنسان كرامته واستقراره تجاه سلطتي الاتهام والحكم. وهو ملزِم للمشرع الإجرائي في سياسته الإجرائية لتوفير الحماية الجنائية لحرية الأشخاص المتهمين. كما يكون النظام الجنائي في الإسلام قد عرف هذا المبدأ في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في النظام القضائي ، قبل إقراره في النظريات والقوانين الإجرائية الحديثة. وكلٌّ يصب في نطاق واحد مفاده أن مبدأ البراءة الأصلية ضروري لفاعلية حماية حقوق الإنسان التي لا يجوز الإخلال به ولا الخروج عنه.

1 -عوض ، محمد : (قانون الإجراءات الجنائية) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية.دط ، 1995م.ج1 ، ص : 10-11.

وسرور : (الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية) ، المرجع السابق نفسه ، ص : 768-769.

المطلب الثاني :

مبدأ قانونية الإجراءات الجزائية كضمانة للحرية الشخصية.

تقتضي ممارسة الدولة للإجراءات اللازمة لكشف الحقيقة ، وتقرير حقها في العقاب أن يتدخل المشرع لكي يقدّر الحدود التي تتطلبها المصلحة الاجتماعية للمساس بالحرية الشخصية من خلال الإجراءات الجزائية. وهو الأمر الذي يمليه مبدأ قانونية الإجراءات الجزائية ، وكذا إجراءات التنفيذ العقابي كضمانة للحرية الشخصية ، حيث يفرض اختصاص السلطة التشريعية وحدها تقدير تلك القيم الاجتماعية المعنية بالحماية ، وفي الوقت ذاته لا يجيز المساس بجوهر الحرية الشخصية على الإطلاق[1].

إن الكشف عن أهمّية هذا المبدأ يستدعي معرفة ماهيته ومقوّماته **(الفرع الأول)** ، مما يوصل لإبراز نتائجه المتعلقة بضمانات حقوق الإنسان في مجال الإجراءات الجنائية**(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول : مفهوم مبدأ قانونية الإجراءات الجزائية ومقوماته.

الفقرة الأولى: تحديد الخصومة الجزائية من واجب المشرع الإجرائي

إن من بين أهم دعامات الشرعية الإجرائية ودورها في حماية الحرية الشخصية للفرد ، أن تختص السلطة التشريعية بتحديد قواعد الإجراءات الجزائية. وأنّ **"القانون هو المصدر الوحيد الذي ينظم وسائل التحقق من وقوع الجريمة ومحاكمة مرتكبها ، وتوقيع العقوبة أو التدابير الوقائية عليه ، وتحديد الجهات المختصة التي تقوم بذلك"**[2]. كما أن : **"القانون وحده هو الذي يحدد إجراءات الخصومة الجنائية منذ تحريك الدعوى الجنائية حتى صدور حكم بات فيها ، وهو الذي ينظم أيضا إجراءات التنفيذ العقابي بوصفها المجال الطبيعي للمساس بالحرية تنفيذا للحكم القضائي"**[3].

وإذا كانت طبيعة هذا القانون توجب الحدّ من حريات الأفراد بمقتضى المصلحة الاجتماعية ، فإن المشرع فقط هو الذي يقدّر حدود هذه المصلحة بوصفه السلطة الممثلة لإرادة المجتمع وسيادته ، نظرا لخطر المساس بالحرية الشخصية من جراء مباشرة

1- سرور : (شرعية الإجراءات الجنائية) مرجع سابق ، ص 345.

2 - عوض ، محمد : (قانون الإجراءات الجنائية) ، مرجع سابق ، ج1 ، ص : 4. وفي ذات المعنى ينظر : سرور ، المرجع نفسه ، ص 346.

3 - سرور ،المرجع والصفحة نفسها.

إجراءات الكشف عن الجريمة[1].

الفقرة الثانية : أساس قانونية الإجراءات الجزائية في النظام القانوني الوضعي

يستند منطلق اشتراط قانونية الإجراءات الجزائية إلى الثقة القائمة في القانون لتنظيم الحريات العامة ، من خلال التجريد والعموم الذي تنطبع به قواعد القانون ، فتفرض ضمانا أساسيا لحرية الأفراد بتعيين القيود الواردة على حرية الأفراد بطرق موضوعية ، ودونما اعتبارات شخصية. فبناء على المبدأ العام أن القانون هو وحده المنظم للحريات العامة ، ينبثق المبدأ المقرر لتنظيم القانون للخصومة الجنائية ، وبوصف هذه الأخيرة تنطوي على قواعد تمس بالحرية الشخصية فإن تحديد تلك الإجراءات يعتبر من قبيل تنظيم الحريات العامة[2].

وكذلك الأمر في الاستقرار القانوني الذي تتمتع به الطرق المحددة في الكشف عن الجرائم حتى لا يعتدى على حرمة الأشخاص ، ولا يُضيَّق على ممارستهم لحريتهم بشكل لائق ، هذا من جهة. ومن جهة أخرى ، فإن قانونية الإجراءات الجزائية تجد سندها في الدستور الذي يضمن حرمة الحرية الشخصية. وطبقا لذلك ، فعلى المشرع الإجرائي أن يضع ضوابط قانونية لتنظيم قواعد الإجراءات الجزائية ، باعتبارها تنطوي على المساس بالحرية و الأمن الشخصي المكفول دستوريا[3].

ولقد نص الدستور الجزائري لسنة 1996 على مبدأ قانونية الإجراءات الجزائية في المادة 47 بنصها على أنه : " **لا يُتابَع أحدٌ ، ولا يوقف أو يحتجز إلا في الحالات المحددة بالقانون ، وطبقا للأشكال التي نص عليها**". وأكد على هذا المبدأ المشرع الدستوري في التعديل الدستوري لسنة 2016م ، ضمن المادة 59 منه.

فالحقوق و الحريات العامة لا يمكن أن يتدخل فيها المشرع الإجرائي لإبرازها ، بل يقتصر تدخّله لبيان مدى القيود الواردة عليها. فحق الفرد يكمن في أن يأمن على حريته وكرامته بعدم جواز القبض على شخصه أو حجزه إلا بالأوضاع والحدود التي

---

1 – سرور : (الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية) مرجع سابق ، ص : 57.و الطراونة : (ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية–دراسة مقارنة–) مرجع سابق ، ص : 44.

2 –سرور : (الوسيط) المرجع نفسه ، ص : 57–58. وكذا سرور : (شرعية الإجراءات الجنائية) مرجع سابق ، ص 345– 346.

3 –الهلسا ، أديب : (أسس التشريع و النظام القضائي في الأردن) مطبعة الجبلاوي ، القاهرة.دط ، 1984.ص : 57.نقلا عن : الطراونة : (ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية) مرجع سابق ، ص : 44.

رسمها القانون ، وبناء على أمر موظفين معينين تتوفر فيهم الشروط والضمانات اللازمة الكفيلة باستقلالهم. وهذا يعني أن التدخل في تنظيم الحرية وتقنين ممارستها لا يقتضي أن يعطّل مسارها ، لأنه مفروض على المشرع الإجرائي احترامها. فهو لا يملك إلا تنظيم القيود الواردة عليها ، لما يفرضه التحقيق في الجرائم لحماية أمن الجماعة من مصلحة ، ولكن بالكيفيّات التي لا تخلّ بأمن الأفراد على حرياتهم[1].

كما لا يجوز أن يعهد بتنظيم وسنّ هذه الإجراءات إلى السلطة التنفيذية ولا القضائية ، لأن فيه خرقٌ لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يوجب أن تصدر القوانين الإجرائية وفقا لما تسطّره الهيئة التشريعية ، حتى لا يتعدى أمر التشريع في مواد الإجراءات الجنائية إلى أكثر من جهة ، لما تتضمنه هذه الأخيرة من خطورة على الحرية الشخصية. وهذا يشكل ضمانات للفرد قبل و بعد الاتهام بمقتضى قانونية الإجراءات الجزائية.

إن أعضاء الضبطية القضائية بصفتهم ممثلين للسلطة التنفيذية ، هم ذاتهم مقيدون بحدود اختصاصهم ، وفي نطاق الصلاحيات التي يخوّلها لهم قانون الإجراءات الجزائية. وإلا فأعمالهم تكون مَعيبَةً ، وأمكن بطلانها إذا تمت خارج الأطر القانونية المرسومة لهم في ظل مبدأ قانونية الإجراءات الجزائية[2].

الفقرة الثالثة : أساس مبدأ قانونية الإجراءات الجزائية في النظام التشريعي الإسلامي

لقد عنى النظام الإجرائي الجنائي الإسلامي بضرورة تقنين الإجراءات الجزائية ، حيث أكد على حماية حرية الأشخاص بحثّ النصوص الجنائية على إقامة الدليل لإثبات الاتهام ، وكذا حصر التشريع الإسلامي لهذه الأدلة في وسائل معينة ومحدّدة –كالشهادة واليمين–وببيان الطرق الشكلية للإثبات الجنائي قبل التوصل لتطبيق الجانب الموضوعي المتمثل في إقامة العقاب وتقييد حرية المتهم[3].

ونرى تطبيق ذلك جليا في صدر الإسلام على عهد الرسول ﷺ والخلفاء الراشدين من بعده. فمن ذلك رسالة عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري

---

1 – الشهاوي : (الموسوعة الشرطية القانونية) ، مرجع سابق ، ص127–128.

2 –محدة ، محمد : (ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية) دار الهدى ، عين مليلة.ط1 ، 1991–1992. ج2 ، ص : 109.

3 –عمارة ، عبد الحميد : (ضمانات المتهم أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي في الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري–دراسة مقارنة) –أصلهارسالة ماجستير في الشريعة والقانون ، كلية العلوم الإسلامية ، باتنة– ، طبعة دار المحمدية العامة ، الجزائر.ط1 ، 1418هـ – 1998م ، ص : 147.

ﷺ يبين له فيها الأسس والقواعد الإجرائية التي يبنى عليها القضاء[1]. وتعدّ ضمانات حصينة للأشخاص تجاه سلطة القضاء ، حيث يوضح فيها سُبل التحقق من الجرائم ، وبيان وأصول الحكم والشهادة من إقرار لمبدأ المساواة بين الخصوم لتحقيق العدالة. وكذا وجوب تمحيص القاضي للأدلة الجنائية بالقرائن والأمارات ، والوصول إلى الحقيقة عن طريق البيّنة حتى لا يحيف ظالم ولا يجور أحد على الناس[2].

كما قد بين كذلك مبدأ المراجعة لأحكام القضاء ، والآليات التي يستخدمها القاضي في كشف الحقيقة. فكل ذلك يعدّ تقنينا للإجراءات الجنائية ، والتي تتجسد بها الشرعية الإجرائية على أرض الواقع. فقد بين عمر بن الخطاب أن الحق الذي يصل إليه القاضي هو مقصد للشارع الحكيم ، والحكم الصادر عن البيّنة في القضاء هو حكم الله تعالى في القضية. لأن الشرع في جميع المواضع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البيّنات التي هي الأدلة والشواهد[3].

فاجتهاد الحاكم بوضع تشريع إجرائي ينظم القضاء ، وسبل الكشف عن الجرائم لإيقاع العقوبات ، لا يتعارض إذن مع مقاصد الشارع الحكيم من إبراز الحقيقة ، بل يخدم هذا المقصد ويصب في مصبّه السليم. و لئن كان الشارع الحكيم يبتغي احترام كرامة الإنسان وتبجيل إنسانيته على غيرها ، فإن قانون الإجراءات الجزائية يجب أن يلتزم هذا المسار الذي حدِّد له ، ولو كان الشخص محلَّ إدانةٍ وتوفرت البينة على ذلك. وبهذا تتحقق السياسة الجنائية التي هي مراد الشرع بتحقق الطرق الأنجع للتوصل إلى حقيقة الجرائم وتعقب مرتكبيها دونما مساس بالبريء من الناس.

وقد عملت الشريعة الإسلامية على الملائمة بين المصلحة المحمية بالتجريم وما تقتضيه من عقاب في كل من الحدود و القصاص والتعازير من خلال سنّ إجراءات جنائية تتلائم مع الجريمة من حيث ظروف الإثبات ، والضمانات المتوفرة للمتهم أمام الجهات القضائية المختصة. ويظهر ذلك في البيّنة وشروط قبول الشهادة ، وانتفاء العقاب بالشبهة القائمة في أدلة الاتهام ، وكذا مبدأ المساواة في إقامة القصاص ، واشتراط الحكم بقواعد العدالة في الأحكام ، يقول الله تعالى في ذلك : **(وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً)** [النساء : 58] . فالشرع

---

1 -ينظر نص الرسالة وشرحها عند : ابن قيم : (إعلام الموقعين) ، مصدر سابق ، ج1 ، ص : 85-86وما بعدها.

2- المصدر نفسه ، ج1 ، ص : 89وما بعدها.

3 -ابن القيم : (إعلام الموقعين) المصدر نفسه ، ج1 ، ص : 90

قد وضع شروطا للشهادة و الشهود في البينة ، وهي كلها تساعد على تبيان الحقيقة ودفع كل شبهة[1].كما أنها تقف حاجزا أمام الاعتداء على البراءة الأصلية للإنسان مما نسب إليه من اتهام قد يكون افتراء عليه.

الفرع الثاني : أثر مبدأ قانونية الإجراءات الجزائية على الحرية الشخصية.

يترتب على هذا المبدأ عدة نتائج إيجابية ينعكس أثرها على الحرية الشخصية ، وهي :

الفقرة الأولى: الإجراءات الجزائية لا يمكن سنها إلا بقانون تصدره السلطة التشريعية في الظروف العادية والاستثنائية

إن الإجراءات الجنائية موكولة حصرا للقانون الذي تصدره السلطة التشريعية بما لها من صلاحيات دستورية في هذا الشأن ، فلا يجوز للسلطة التنفيذية ، ولا القضائية أن تقوم بهذا العمل عن طريق اللوائح والقرارات الواردة على حساب التنظيم الذي رسمه التشريع الإجرائي. وكل عمل تنظيمي لائحي يجب أن يكون نابعا أصالة من داخل إطار التشريع الإجرائي لا خارج نطاقه. فالقضاء وأجهزة التنفيذ تابعة لما نص عليه القانون والدستور. وكل ما يصدر عن السلطة التنفيذية منظّما لمراحل الخصومة الجنائية أو محددا للجهات المختصة بها ، أو كيفية التحقيق ومجريات المحاكمة يكون مخالفا لقواعد الشرعية الإجرائية[2].

فالشرعية الإجرائية يجب الأخذ بها دوما ، وعلى الجانب العملي والتطبيقي أن يتقيد بالنصوص الإجرائية ولا يمكن تعطيل هذه النصوص إلا بالتعديل أو الإلغاء[3]. ففي قانونية الإجراءات الجزائية ضمان لأمن الأفراد تجاه أي تصرف تعسفيّ صادر من السلطة التنفيذية خارج عن طريق الشرعية الإجرائية.

إلا أن هذا المبدأ قد يُخترق بإصدار القوانين الاستثنائية التي تفوض للسلطة التنفيذية حقا استثنائيا في التشريع الإجرائي والذي من شأنه أن يشكل مساسا خطيرا

1 – عمارة ، عبد الحميد : (ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي) المرجع السابق نفسه ، ص : 148–149ومابعدها.

2– سرور : (الشرعية الإجرائية الجنائية) مرجع سابق ، ص 347. وكذا سرور : (الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية) ، مرجع سابق ، ص : 60. والكيلاني : (محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمقارن) مرجع سابق ، ج1 ، ص : 153. وعطية ، نعيم : (في النظرية العامة للحريات الفردية) مرجع سابق.ص : 192.

3 – محدة : (ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية) ، مرجع سابق ، ج2 ، ص : 130.

بأمن الأفراد عن طريق القيود المفروضة من طرفها على حرياتهم في حالات الطوارئ التي تسمح بكثير من إجراءات التحقيق والمحاكمة خارج إطار مبدأ الشرعية مما يهدد سلامة الأشخاص من اعتقالات وحبس تعسفي وغيرها.

وعليه فيجب أن تعطى للسلطة التشريعية هيبتها بالاستئثار دون غيرها بتنظيم الإجراءات الجنائية. ولا يمكن تخطي ذلك أبدا ، وأن يلتزم في ذلك التشريع الإجرائي بما تحظى به حقوق الإنسان وحرياته من مكانة شرعية ودستورية. وألا تباشر السلطة التنفيذية و القضائية أعمالها إلا في ظل ما حدده لها القانون من معالم تسترشد بها.

فإذا ما توصلنا إلى ضوابط تشريعية يكون من خلالها الإجراء الجنائي وسيلة لحماية حقوق الإنسان وليس وسيلة لقهرها وخضوعها للسلطة العامة ، وإذا كان المشرع ملتزما بذلك نصبح عندئذ بصدد حماية الشرعية الجنائية الحقيقية لحرية الإنسان وأمنه ضمن الشق الإجرائي بعد أن تحققت الحصانة في الجانب الموضوعي ممثلا في نصوص التجريم والعقاب[1].

الفقرة الثانية : الإفراد الحصري للمشرع الإجرائي بتحديد الجهات القضائية المباشرة للإجراءات الجزائية

إن المشرع الإجرائي هو وحده المختص بتحديد الجهات القضائية التي تقوم بمباشرة الإجراءات الجزائية ، ويتولى تحديد اختصاصاتها وكيفية مباشرتها ، لما لهذه الإجراءات من تعريض لحرية الأفراد للخطر. فضمانا لفعاليتها وللمحافظة على أمن الأفراد كان القانون هو الكفيل بتحديد من وكيف يقوم بها ، ولا يجوز أن يخول المشرع هذه المهمة إلى السلطة التنفيذية أو القضائية[2].

الفقرة الثالثة : التزام السلطة التنفيذية بعدم إصدار قرارات في شأن الإجراءات الجنائية

إذا كان من المقرر أن السلطة التنفيذية لا تملك أية صلاحيات لإجراء تعديل على التنظيم التشريعي للحريات ، فإن اللوائح التنظيمية التي تصدر عنها يجب أن تكون في نطاق القواعد التشريعية للحريات دون المساس بها أو الإنقاص منها ، ووفقا لاحترام المبادئ العامة للقانون فضلا عن الدستور[3].

---

1 – الكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان) ، مرجع سابق ، ص551.

2 – الكيلاني : (محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمقارن) مرجع سابق ، ج1 ، ص155–156.

3 – Robert ;Jacques (Libertés publiques) edition Montchrestien. Paris. 3 eme Ed. P 130.

ولذلك لا يجوز بأية حال من الأحوال للسلطة التنفيذية تنظيم الخصومة الجنائية ، سواء من حيث سير إجراءاتها ، أو من حيث الإحالة إلى المحاكم أو الاختصاص القضائي بنظرها ، وكل إجراء تنظيمي يصدر عن السلطة التنفيذية بلائحة لأي وجه من الوجوه ، أو لأي مرحلة من مراحل الخصومة الجزائية يعتبر مخالفا لمبدأ الشرعية الإجرائية ، ومشوباً بعدم الدستورية[1].

الفقرة الرابعة : عدم الاعتبار بالقياس إلا لمصلحة المتهم في الإجراءات الجزائية

إذا كان من المقرر أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يتعارض مع القياس الذي يؤدي إلى إنشاء جريمة أو عقوبة جديدة أو ظرف مشدد ، لأنه مصدر تهديد لمبدأ الشرعية ذاته. نجد أن مبدأ القياس لا يتعارض مطلقا بالنسبة للشرعية الإجرائية في تطبيق النصوص الإجرائية إذا تقررت لصالح المتهم ، أو التي تقرر أسباب الإباحة وموانع المسؤولية أو موانع العقاب أو الأعذار القانونية المخففة[2]. لأن القياس في هذه الحالة يعمل على استصحاب الأصل العام وهو إباحة الأفعال ، والقياس في هذا الموضع هو تأكيد للأصل في الأفعال الإباحة[3] ، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإن القياس يجوز في القواعد التي تحكم وتكفل الحرية الفردية في قانون الإجراءات الجزائية استصحابا للأصل في الإنسان ، متمثلا في تمتعه بالحرية تبعا لأصل البراءة في المتهم وهو ما يقتضي تأكيد كافة الضمانات للحرية الفردية بخلاف القواعد الإجرائية التي تمس بالحرية[4].

ولقد تقرر العمل بالقياس في القواعد الإجرائية خصوصا أثناء عمل القاضي على مقارنة الأدلة ببعضها وتمحيصها للكشف عن حقيقة الجريمة. وهذا ما نص عليه عمر بن الخطاب في مقالته إلى أبي موسى الأشعري ﷺ حين قال : " **ثمّ الفهم الفهم فيما أُدلِيَ إليك مما ورد عليك مما ليس في القرآن ولا السنة. ثم قَايِسِ الأمور عند ذلك واعرف الأمثال ، ثم اعمد فيما ترى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق**" [5].

فإذا كان القياس سبيلا للوصول إلى الحقيقة ، فإنه يجب على القاضي أن يتيقن فيما يصدره من أحكام إما بالبراءة أو بالإدانة عن طريق المُقايسة بين القرائن والاجتهاد

1 – سرور : (الشرعية الاجرائية الجنائية) مرجع سابق ، ص 348.

2 – سرور : (الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية) ، مرجع سابق ، ص : 67.

3 – المرجع والصفحة نفسها.

4 – المرجع والصفحة نفسها.

5 –ينظر لدى ابن قيم : (إعلام الموقعين) ، مصدر سابق ، ج1 ، ص : 120وما بعدها.

في معرفة الحق.

وإذا توقفنا عند ثبوت البراءة أو التهمة عن طريق واحد ، فسيتألى الظَّلَمة على الناس ويتمكنون من إخفاء جرائمهم[1]. فحفاظا على المصلحة العامة والخاصة معا ، كان لِزَامًا إعمال القياس والاجتهاد لدى القاضي في التحقيق ، حتى ينتهج الطريق الأنجع و الفعّال في كشف الحقيقة ، وهو أمر اجتهادي يخضع لمدى فِطنته في الملاحظة. وبذلك يصيب عيْن الحقيقة فيَسْلَم البريء من التهمة ، وتتحقق العدالة التي تعدّ أسمى مقاصد السياسة الجنائية بمراقبة جهاز القضاء لتطبيق أبعاد الشرعية الإجرائية في النظام القضائي.

إلا أن طبيعة الإجراءات الجنائية أنها تبحث لإثبات أصل البراءة أو استثناء الاتهام ، وأن مبدأ البراءة يفرض أن يكون القياس في المجال الإجرائي ينحو منحى الأصل واليقين إلى أن تثبت أدلة الاتهام عكس ذلك. فلا يمكن بتاتا أن نُعمِل القياس إذا كان الأسوء للمتهم ، لأنه عملٌ بخلاف الأصل. وكضمانة للمتّهم يستدعي الأمر انتهاج القياس في الحالات الكفيلة بمصلحته فقط.

ولا يُعدّ هذا خروجا على الشرعية الإجرائية طالما أن هذه الأخيرة تتماشى مع القياس في الوتيرة نفسها ويدوران حول المحور ذاته ، وهو الكشف عن الحقيقة مع الحفاظ على قداسة الحرية الشخصية للأفراد في آن واحد ، خاصة إذا كانوا محل اتّهام. وهذا هو مبتغى السياسة الجنائية من وراء تشريع الإجراءات الجنائية في قالب نصوص قانونية تتحقق بها مظاهر حماية الشرعية الجنائية للحرية الشخصية في شقها الشكلي ، والتي لا تخلو في جوهرها عن مراعاة الحريات العامة للأفراد خلال سنّ وتشريع الإجراءات الجزائية.

الفقرة الخامسة: العلاقة الوثيقة بين قانونية الإجراءات الجزائية وشرعية التجريم والعقاب

إن قانونية الإجراءات الجزائية ، ومن خلالها مبدأ الشرعية الإجرائية على علاقة وثيقة بمبدأ الشرعية الجنائية الموضوعية ، لكونها تصبو إلى حماية الحرية والكرامة الشخصية و إحاطتها بالضمانات الكافية ، بحيث لا يدان ولا يُعاقَب إلا من يثبت عليه اقتراف الجريمة بواسطة الإجراءات المتبعة من طرف القضاء العادل الذي يحترم حرية الإنسان وآدميته[2] ، سواء أثناء مراحل تعقب الجرائم أو بعد قرار الإدانة وتنفيذ

1 – ابن قيم : (إعلام الموقعين) المصدر السابق نفسه ، ص : 90–91.

2 – عمارة ، عبد الحميد : (ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي) المرجع السابق نفسه ، ص181.

العقوبة على الجاني.

فإذا كان الحدّ من حريات الأفراد من خلال قانون العقوبات اعتبارا للمصالح الاجتماعية التي يضبطها مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون ، فإن ممارسة الدولة للإجراءات الجزائية اللازمة لكشف الحقيقة وتقرير حقها في العقاب بما يمثله من خطر على الحرية ، أمرٌ يوجب تدخل المشرع في هذه الحالة لكي يقدّر الحدود التي تتطلبها المصلحة الاجتماعية للمساس بالحرية من خلال الإجراءات الجزائية[1].

فالشرعيّتان الإجرائية والموضوعية تجسدان الحماية الجنائية للحرية الشخصية من خلال نصوص القانون ، وكلاهما وجهان لعملة واحدة.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

1 – سرور : (الشرعية الإجرائية الجنائية) مرجع سابق ، ص345.

المطلب الثالث :

مبدأ لا عقوبة بغير دعوى كضمانة للحرية الشخصية.

لا يمكن أبدا أن يعاقب أحدٌ دونما دعوى تُرفع ضدّه لتثبت صفة الاتهام فيه ، ولا أن تُتخطّى الإجراءات الضرورية للكشف عن الجريمة إلى إقامة العقاب مباشرة. وهو ما تجسّده فحوى مبدأ لا عقوبة بغير دعوى(الفرع الأول) ، وما ينبني عنه من نتائج تحمي الفرد من العقاب الجزافي(الفرع الثاني).

الفرع الأول : ماهية المبدأ ومقوماته.

تتمركز الدعوى الجزائية في مكانة جيدة ضمن المبادئ التي تقوم عليها الشرعية الإجرائية تحت شعار"لا عقوبة بغير دعوى". وإذا كانت الدعوى الجزائية – أو العمومية- تتمثل في : " **الطلب الموجه من الدولة بواسطة جهازها المختص بالاتهام-النيابة العامة- إلى القاضي تجاه المتهم بارتكاب الجريمة لإقرار ما مدى للدولة من سلطة في معاقبته وفقا لإجراءات معينة تكشف بها الحقيقة**" [1]. فإن مقتضى هذا المبدأ يهدف إلى منع معاقبة أيّ فرد مهما ارتكب من جرائم ، إلا بموجب دعوى يتمّ رفعها من طرف الدولة كحق إجرائي لها أمام مرجع قضائي مختص ومستقل ، يُقرّ مسؤولية المتهم عن الجريمة ، وكنتيجة لذلك إقرار سلطة الدولة في العقاب بعد محاكمةٍ عادلةٍ له[2].

فهذا المبدأ يجنب توقيع العقوبة على أيّ فرد بشكل مزاجي ، لأن العقوبة الجزائية عمل خطير يمس بشخص الإنسان ، ولا يجوز ذلك إلا بموجب دعوى يتم رفعها أمام الجهاز القضائي العادل والمستقل الذي يحدد مدى ما للدولة من سلطة في العقاب[3].

ولما كان الأصل في المتهم البراءة ، فإن فرض العقوبة عن طريق الدعوى يستهدف تمحيص أدلة الاتهام ، وتهيئة جميع العناصر اللازمة لاستكشاف الحقيقة وحماية المصلحة العامة ، بإسناد الجريمة إلى الفاعل الحقيقي عن طريق الدعوى العمومية ، وتوقيع العقاب على غرارها. وهذا الأمر لا يتحقق بالإدانة المسبقة للأبرياء وتوقيع العقاب

1- سرور : (الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية) ، مرجع سابق ، ص : 96. والكيلاني : (محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمقارن) مرجع سابق ، ج1 ، ص : 148.

2-الطراونة (ضمانات حقوق الإنسان..) مرجع سابق ، ص43.وسرور ، المرجع والصفحة نفسها.والكيلاني ، المرجع نفسه.ص147

3-الطراونة ، المرجع والصفحة نفسها. وسرور ، المرجع نفسه.ص96. والكيلاني ، المرجع نفسه.ص147.

دون دعوى ولا محاكمةٍ منصفة.

وهناك أمر مهمّ جدا يتمثل في تمكين المتهم من سبل الدفاع عن نفسه من خلال الخصومة الجزائية في مواجهة الدعوى المقامة ضده. لأجل هذا كان لزاما أن تقوم الدعوى العمومية بالسعي الحثيث لمعرفة الجاني الحقيقي وإقرار سلطة الدولة في معاقبته ، إضافة إلى إعطاء المتهم فرصة الدفاع عن نفسه. وفي ذلك ضمانة كافية لحماية الأفراد من العقاب الجزافي وتحقيق لأمن الأبرياء على حريتهم ، ومنع وقوع الجور والظلم الحاصل بسلب الحرية دون وجه حق. فإذا لم تستوف أدلة وشروط الاتهام أثناء سير إجراءات الدعوى ، يكون هذا ملزما للدولة عن طريق هيئة الاتهام أن تطالب بإبراء ساحة المتهم ، أو على الأقل تفويض الرأي للمحكمة[1].

ومنه فإن مبدأ لا عقوبة بغير دعوى يشكّل ضامنا أساسيا لأمن الفرد تجاه سلطة العقاب ، بالتحقّق المسبق من نسبة الفعل إلى الفاعل عن طريق السند الشرعي الذي تفرزه إجراءات البحث والتحري للدّعوى الجزائية ، وحتى لا تتجرأ السلطة العامة على المساس بالأفراد ، أو التعدّي على هذا المبدأ-الذي يعدُّ من مقومات الشرعية الإجرائية في المجال الجنائي-دونما مبررات وأسباب موضوعية يحددها التشريع ، ويلتزم جهاز القضاء بالسهر على مراقبة احترامها ، والسلطة التنفيذية بتنفيذها.

الفرع الثاني : نتائج مبدأ لا عقوبة بغير دعوى.

يترتب على هذا المبدأ عدة نتائج إجرائية مهمة أهمها :

الفقرة الأولى: لا عقوبة بغير حكم قضائي عادل ومستقل.

بمقتضى مبدأ لا عقوبة بغير دعوى يكون من الطبيعي أن العقوبة لا ينبغي أن تصدر وتنفّذ إلا بحكم عن محكمة مختصة يقضي بإدانة الفرد ومجازاته ، وهذا عمل إجرائي خطير يمسّ بحرية الإنسان وأمن شخصه. لذا كان من غير اللائق أن يُناط للسلطة التنفيذية القيام به ، بل وكّلت مهمة ذلك إلى جهاز قضاء التنفيذ بعد محاكمة عادلة منصفة ومستقلة[2].

وليس قيام القضاء -وخاصة الجنائي- كسلطة مستقلة يعتبر الضمان الأساسي

---

1 - سرور : (الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية) المرجع السابق نفسه ، ص : 96-97. و الكيلاني ، (محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمقارن) المرجع السابق نفسه.ج1 ، ص148.

2 - الكيلاني ،المرجع و الجزء والصفحة نفسها.

لدولة القانون وسيادته فحسب ، بل تعدّ الرقابة القضائية أنجع وسائل الحماية للحرية الشخصية وأبرز مظاهرها. ويجمع فقهاء القانون على أن الاستقلالية الحقيقية لهذا الجهاز -بموجب الفصل بين السلطات-هي الدعامة الأساسية للحكومة الديمقراطية الحقيقية ، وبدونها يكون المجتمع محروما من ضوابط القانون التي تحمي الحريات من الغصب و الافتئات عليها[1].

وعليه ، فالقضاء هو المرآة العاكسة لقيام العدالة الإجتماعية من عدمها. وهو المعيار الذي نقيس عليه مدى احترام الدولة لكرامة مواطنيها والحفاظ على أمنهم من خلال الاستقرار والاطمئنان الذي يحظون به في كنفها من عدمه.كما أن القضاء يُظهر مدى احترام تطبيق مبدأ الشرعية الجنائية ، وهو النافذة التي نطلّ منها على حقيقة النظام السياسي في الدولة ، كونه شرعيا أو مستبدا. وهو الملاذ الأخير لحقوق الأفراد ضدّ تعدي الإدارة في الدولة القانونية ، مما يوجب على القاضي أن يراقب جيّدا مقتضيات الضرورة في إقامة العقاب ، وتجنّب الضغوط عن طريق القرارات السياسية التي تؤثر سلبا على رعاية الحقوق والحريات وضمان نزاهة جهاز العدالة ، خصوصا في ظل الظروف الاستثنائية وحالات الطوارئ التي تمرّ بها دولة ما[2].

الفقرة الثانية : عدم جواز التنفيذ المباشر للعقوبة قبل الإدانة.

ومفاد ذلك أنه لا يجوز اللجوء إلى أسلوب التنفيذ المباشر للعقاب على الفاعل قبل صدورحكم قضائي باتّ من محكمة مختصة يقضي بفرض عقوبة معينة عليه ، حتى ولو كان معترفا بما اتُهم به لأن في ذلك امتهان للقانون والقضاء معا ، لأن هذا الأخير هو السلطة الكفيلة بمعاقبة المجرمين ، ولا يتأتى ذلك إلا بعد صدور الحكم المبرم الباتّ وبالطريق الذي رسمه القانون[3].

---

1 - الكيلاني ، (محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمقارن) المرجع السابق نفسه.ج1 ، ص148.

2 - جمال الدين ، سامي : (لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية) ، منشأة المعارف ، الإسكندرية.دط-دت.ص : 393.

3 - الكيلاني، المرجع نفسه ، ج1 ، ص : 150.

المطلب الرابع :

ضمان الشرعية الإجرائية للحرية الشخصية في مواجهة الظروف الاستثنائية

إنه وبالرغم من الضمانات التي توفرها مبادئ الشرعية الإجرائية للحرية الشخصية في الحالة العادية ، والتي يظهر أثرها قانون الإجراءات الجزائية ، إلا أن الشرعية الجنائية عامة ، وبصفة خاصة الإجرائية منها ، قد تتعرض للخطر في ظل تشريعات الظروف الاستثنائية ، و إعلان حالة الطوارئ بسبب الحروب أو الكوارث الطبيعية أو الاضطرابات السياسية أو الأعمال الإرهابية ، فحينها قد تغيب المؤسسة التشريعية أو يتعذر اجتماعها ، فيتم اتخاذ إجراءات سريعة لمواجهة تلك الظروف(**الفرع الأول**).

فالحرية الشخصية تحتاج إلى ضمانات أكبر في مواجهة إجراءات الظروف الاستثنائية من احترام للمبادئ الدستورية ، ورقابة الأجهزة القضائية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول : الطبيعة القانونية لاجراءات الظروف الاستثنائية

قد تمر الدولة أحيانا باضطرابات لعدة أسباب خارجية أو داخلية ، منها سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية. ولمواجهة تلك الاضطرابات التي تهدد وجود النظام في الدولة ، قد يتعذر تطبيق القوانين الجنائية العقابية والإجرائية التي سُنّت لتحكم الحالات العادية ، وهو ما يولّد فكرة إجراءات الظروف الاستثنائية.

الفقرة الأولى: معنى الظروف الاستثنائية ومبرراتها

تربط نظرية الظروف الاستثنائية علاقة ثابتة ويقينية بمبدأ الشرعية ، بحيث تقتضي أن يكون هذا المبدأ متغيرا ومرنا عندما تكون هناك ظروف تهدّد النظام العام والمصالح الجوهرية للمجتمع ، ما يتطلب من قواعد الشرعية أن تستجيب لمتطلبات وحاجات المجتمع في الحفاظ على النظام العام وتأمين مصالحه العليا[1].

ويرى الفقه أن الظروف الاستثنائية هي التي تجعل التصرفات غير المشروعة للسلطة العامة في الظروف العادية مشروعة ، وهو ما يوسّع من مجال الشرعية العادية

---

1 – المتولي ، مجدي : (العنف والشرعية في مصر–دراسة قانونية–) الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، ط1 ، 1995 ، ص 65.

لتنشئ ما يسمى بـ"الشرعية الاستثنائية" مع بقاء الرقابة القضائية[1].

فالظرف الاستثنائي بما يحمله من ذاتية تدلّ عليه يعني : **"واقعا يمثل خطرا على مصالح المجتمع الجوهرية ونظامه العام ومرافقه العامة ، بحيث تحدث تعديلا في مضمون الشرعية بدرجة تجعل تصرفات السلطة الإدارية المتخذة لمواجهة ذلك الخطر تصرفات مشروعة ، وبحيث تظل الإدارة في جميع ممارساتها خاضعة للرقابة القضائية"**[2].

وقد نص المؤسس الدستوري الجزائري على معنى الحالة الاستثنائية ضمن صلاحيات رئيس الجمهورية في المادة 107 فقرة 01 من الدستور المعدل سنة 2016 ، بنصها : **"يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهدّدة بخطرٍ داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها "**.

وهذه الظروف الاستثنائية تحتّم سنّ أحكام عرفية وقوانين طارئة يتم من خلالها توسيع صلاحيات السلطة التنفيذية الممثلة في رئيس الجمهورية ، والتي من شأنها أن تقيّد حقوق وحريات الأفراد في التنقل ، أو القبض على الأشخاص المشتبه فيهم باعتقالهم وتفتيشهم ، والذين تتذرع السلطة العامة عادة بكونهم يشكلون خطرا على الأمن والسكينة العامة ، ويتم كل ذلك دون التقيّد بقانون الإجراءات الجزائية السارية أحكامه في الحالات العادية[3].

وقد جاء في هذا الصدد ضمن المادة 107 فقرة 03 من دستور 2016 :" تخوّل الحالة الاستثنائية رئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات الاستثنائية التي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية".

وقانون الطوارئ يعتبر : **"نظام قانوني استثنائي في صالح السلطة التنفيذية ، وتفرضه السلطة القائمة لحماية الصالح العام ، فيظل للقانون فيه نفوذه ، وإنما يتغير الأعضاء الذين يقومون بتنفيذه ، حيث يقصد بإعلانها توسيع أو تقوية سلطات الإدارة أو السلطة التنفيذية واختصاصاتها بين السلطتين المدنية والعسكرية ، وتزويدها بسلطات بوليسية يتم حصرها في قانون الطوارئ والأحكام العرفية**[4].

ولقد أجاز القانون الدولي أن تتحلل الدول من بعض التزاماتها بتطبيق حقوق

1 – المتولي ، مجدي : (العنف والشرعية في مصر–دراسة قانونية–) المرجع السابق نفسه ، ص 55.

2 – المرجع نفسه ، ص66.

3 – المرجع نفسه ، ص 135.

4 – قصري ، محمد : (شرح قانون الطوارئ–مصري–) مطبعة المعارف ، القاهرة ، ط1 ، 1988 ، ص 23.

الإنسان في أوقات الطوارئ العامة التي تتهدد حياة الأمة ، فقد نصت المادة الرابعة م04 من العهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية على أنه : "**يجوز للدول الأطراف في العهد الحالي ، في أوقات الطوارئ العامة التي تهدد حياة الأمة ، والتي يعلن عن وجودها بصفة رسمية ، أن تتخذ من الإجراءات ما يحلّها من التزاماتها طبقاً للعهد الحالي إلى المدى الذي تقتضيه بدقّة متطلبات الوضع ، على أن لا تتنافى هذه الإجراءات مع التزاماتها الأخرى بموجب القانون الدولي**"[1].

و من بين الأسباب المختلفة التي تتذرع بها الدول لإعلان حالة الطوارئ بموجب العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية النشاط الإرهابي ، والأزمات الاقتصادية ، والكوارث الطبيعية ، والعدوان الخارجي ، والتخريب وغيرها من حالات الطوارئ[2].

غير أنه في ظل الدولة القانونية لابدّ أن يتم سنّ قوانين الطوارئ بموجب الدستور ووفقا لسيادة أحكامه وقواعده ، و احترام الحد الأدنى من الحقوق والحريات الأساسية للفرد ، وتحت رقابة الأجهزة القضائية العادية.

أما في الدول البوليسية ، فتتم الإجراءات والأحكام العرفية خارج الأطر والمبادئ الدستورية التي يتم تعطيلها ، وبإنشاء أجهزة قضائية خاصة ، الأمر الذي يترك أثارا وخيمة على الحرية الشخصية وباقي الحقوق والحريات الأساسية لأفراد المجتمع ، حيث تسعى أغلب الدول فيما بعد لتلافي آثارها والتعويض عنها.

الفقرة الثانية : الطبيعة المشددة لسياسة الجنائية لمواجهة الظروف الاستثنائية

إن أساس السياسة التشريعية الجنائية لمواجهة الظروف الاستثنائية من قبيل مكافحة الإرهاب ، يعتمد على التوسع والتشدد في الصلاحيات والسلطات في مواجهة المتهمين بارتكاب الجرائم الإرهابية في مثل تلكم الظروف ، والتي تؤثر على القواعد الجزائية الموضوعية من خلال التوسيع في نطاق التجريم ، وتشديد العقوبات المقررة للجرائم الإرهابية ، فضلا عن الخروج على كثير من القواعد المستقرة في النظرية العامة للتجريم والعقاب. أما تأثير تلك السياسة على الجانب الإجرائي فيظهر من جانب الأحكام والقواعد الإجرائية ، حيث يعطي المشرع الجزائي لسلطات الضبط والتحقيق القضائي في الدولة القدرة على مواجهة تلك الجرائم ، بمنحها صلاحيات وسلطات واسعة تغاير القواعد العامة في الجرائم الأخرى ، مرجّحا في ذلك الحفاظ على الأمن

1 – العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1966 ، المصدر : سبق ذكره.

2 – الرواشدة ، محمد سلامة : (أثر قوانين مكافحة الإرهاب على الحرية الشخصية–دراسة مقارنة) دار الثقافة ، عمان ، ط1 ، 2010 ، ص94 .

والسكينة العامة على حساب حقوق الأفراد وحرياتهم[1].

وينشأ عن حالة الطوارئ كظرف استثنائي وجود نظام استثنائي يؤدي إلى تقوية السلطة على حساب الحرية ، ويبيح مالا يباح في الأوقات العادية ، بحيث يقيم نوعا من المشروعية الاستثنائية في إطار أوسع بكثير من إطار المشروعية في الظروف العادية[2].

وإذا رجعنا إلى المرسوم الرئاسي المتضمن إعلان حالة الطوارئ بالجزائر لسنة 1992[3] ، نجد أن المادة 3 منه تخول سلطات أكبر للحكومة كهيئة تنفيذية ، ولها اتخاذ الإجراءات التنظيمية في سبيل استتباب النظام العام وضمان أفضل لأمن الأشخاص والممتلكات-المادة2-. ولكن المادة 6/ 4 تخالف هذا المسعى بنصها على تخويل وزير الداخلية والوالي بـ : "المنع من الإقامة أو ووضع تحت الإقامة الجبرية كل شخص راشد يتضح أن نشاطه **مضر بالنظام العام أو بسير المصالح العمومية**". حيث نجد الشطر الأخير يعدّ خطر الإضرار بالنظام العام والمصلحة العامة (بهذا التوسّع) سببا في حجز الأشخاص؟! وهذا أمر يشوبه العموم إذ يكفي أن تضع السلطة التنفيذية مبررات واهية تحت غطاء الحفاظ على الأمن العام لحجز أيّ شخص يعبّر عن حقه في ممارسته لحقوقه بطريقة عادية ، ودون مبررات كافية لهذا التوقيف مما يخالف الشروط المذكورة سالفا.

وتزداد الخطورة أكثر على الحرية الشخصية وباقي حقوق الإنسان حينما تنشأ قوانين الطوارئ محاكم -خاصة -للنظر في القضايا المطروحة في ظل الظروف الاستثنائية ، إذ يفتقد هذا النوع من الأجهزة القضائية للنزاهة ، ولا يحترم قواعد المحاكمة العادلة ، وقد يكون يدا تبطش بها السلطة الحاكمة على الحريات مادام أنها هي التي أنشأته.

كما تكمن الخطورة على الحرية الشخصية حينما تطول فترة العمل بالقانون الطوارئ ، ويمكن أن تمتد أحكام تلك القوانين الصادرة إبان الظروف الاستثنائية على القوانين الجنائية العادية ، وخصوصا الإجرائية منها بعد إنهاء ورفع حالة الطوارئ ، حتى أنها تصبح أصلا في علاقة السلطة بالفرد بدلا من كونها استثناء على الأصل ،

---

1 - الرواشدة:(أثر قوانين مكافحة الإرهاب على الحرية الشخصية) المرجع السابق نفسه،ص138-139.

2 - الجمل ، يحي : (نظرية الظروف في القانون الدستوري) دار النهضة العربية ، مصر ، ص91. نقلا عن : قصري ، محمد : (شرح قانون الطوارئ) مرجع سابق ، ص 27.

3 -صدر بموجب مرسوم رئاسي رقم92-44 المؤرخ في 5شعبان عام1412هـ الموافق لـ 09 فبراير سنة1992يتضمن إعلان حالة الطوارئ ، وألغي بموجب أمر رقم 11-01 مؤرخ في 20 ربيع الأول عام 1432هـ ، الموافق لـ 23 فبراير سنة 2011 ، يتضمن رفع حالة الطوارئ.

وفي ذلك كله افتئات على الحرية الشخصية.

فمما لا شك فيه أن قانون الإجراءات الجزائية يمس جوهر الحرية الشخصية ، ولهذا فإن السلطة البوليسية تستخدم القانون كأداة لتحقيق أهدافها ، أو التنكيل بخصومها ، على حساب حريتهم الشخصية ، وبخلاف الأمر حينما يسمو مبدأ سيادة القانون ، فإن نصوص الإجراءات الجزائية تكفل الضمانات لهذه الحرية في مواجهة السلطة وأدواتها ، وتحول دون تحكمها وتسلطها على الأفراد وحرياتهم[1].

وقد بدى هذا أمرا واقعا في الجزائر بإنشاء المحاكم الخاصة بموجب "مرسوم تشريعي" رقم92-03 لسنة 1992 المتعلق بمكافحة التخريب والإرهاب[2] ، حيث نصت المادة 11 منه على إحداث ثلاث جهات قضائية تدعى"مجالس قضائية خاصة" ، كما تم إقرار إجراءات خاصة للمتابعة الجزائية من توسيع لاختصاص وصلاحيات ضباط الشرطة القضائية(المواد 19و20) ، وتمديد آجال احتجاز الأفراد للنظر إلى غاية 12 يوما(المادة 22) وإنشاء جهات خاصة للتحقيق والحكم.

وبرغم إلغاء المحاكم الخاصة المقررة في قانون مكافحة التخريب والإرهاب في ظل العودة للعمل بقانون الإجراءات الجزائية وتعديله بالأمر رقم 95- 10 لسنة 1995م[3] ، إلا أنه استمرت ذات السياسة الجنائية للمشرع الإجرائي ، وذلك بالإبقاء على بقية الأحكام كاستثناءات واردة في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، من تشديد لإجراءات المتابعة الجزائية إذا تعلق الأمر بجنايات أو جنح ضد أمن الدولة (مثلا المادة 65ق إج) ، وتوسيع صلاحيات الضبطية القضائية وغيرها من الإجراءات الماسة بالحرية الشخصية للأفراد أمام جهات التحقيق والحكم إذا تعلق الأمر بالاتهام بجرائم موصوفة بأنها إرهابية.

و فضلا عن ذلك ، فإن المفهوم الغامض والموسع للإرهاب يشكل خطرا على الحرية الشخصية ، وهذا ما جاء في الملاحظات الختامية للجنة مناهضة التعذيب التابعة للأمم المتحدة في سنة 2008 حول التقرير المقدم من الجزائر مايلي : "تعرب اللجنة عن

---

1 - سرور : (الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية) مرجع سابق ، ص 65.

2 - القانون المتعلق بمكافحة جرائم التخريب والإرهاب ، صدر بموجب مرسوم تشريعي رقم : 92-03المؤرخ في03ربيع الآخر1413هـ الموافق لـ 30سبتمبر1992.وألغي بالأمر رقم 95-10المؤرخ في 25فبراير1995 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

3 - تقرر ذلك في تعديل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري بموجب أمر رقم 95-10المؤرخ في 25فبراير1995.

قلقها إزاء التعريف غير المحدد للإرهاب الوارد في المادة 87 مكررا من قانون العقوبات ، مع إدراك أن الدولة الطرف سعت إلى حماية أمنها وأمن مواطنيها من التهديدات التي تشكّلها الأعمال الإرهابية. وتشعر اللجنة بالقلق لأن هذا التعريف قد يمتد إلى أفعال لا تتعلق بالضرورة بالإرهاب ويعرّض أولئك الموقوفين إلى أفعال محتملة قد تشكل انتهاكاً للاتفاقية[أي اتفاقية مناهضة التعَذيب][1].

ويبرّر المشرع الإجرائي ضمنيا تشديد ومضاعفة هذه الآجال ، لما تشكله الجرائم الإرهابية من خطورة على الأمن العام والاستقرار في الدولة.

غير أن التطبيق الفعلي والواقعي أثبت تجاوزات خطيرة بشأن الأشخاص ، وانتهاكات لحقوق الإنسان بالقفز على القانون بموجب حالة الطوارئ ، إذ بلغ احتجاز بعض الأفراد الشهور بل السنوات من دون مبررات قانونية تثبت تورطهم في جرائم إرهابية ولا تخريبية مثلما يؤكده تقرير اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية وحماية حقوق الإنسان[2].

فمن المضاعفات الخطيرة لوضع حالة الطوارئ أن تخلو أوامر الاعتقال والتوقيف من التسبيب الكافي والموضوعي ، مما يستوجب توخّي الحذر بتسليط الرقابة القضائية العادلة-وليس المحاكم الخاصة المجحفة- على مثل هذه الإجراءات ، وإبطالها إذا كانت مخالفة للقانون والشرعية الإجرائية حفاظا على حريات وحقوق الإنسان من الإهدار. وكذا ضرورة التضييق من صلاحيات السلطة التنفيذية المفتقدة لسندها القانوني ، ولو مع وجود الظروف الاستثنائية في الدولة.

ولأن التهاون في ذلك يؤدي إلى ظاهرة الاختفاء القسري للأشخاص ، ويضيع حياة المحتجزين وكرامتهم ومستقبلهم ، كما يشرّد أسرهم ، مما ينقلب وبالاً على أمن واستقرار المجتمع[3].

---

1 – ينظر تقرير لجنة مناهضة التعذيب ، الأمم المتحدة : (الملاحظات الختامية للجنة مناهضة التعذيب ، الجزائر) الدورة الأربعون بتاريخ 28 أبريل – 16 مايو 2008 ، المصدر : موقع الأمم المتحدة ، حقوق الإنسان ، مكتب المفوض السامي ، رمز الوثيقة : CAT / C / DZA / CO / 3 : https : //www.ohchr.org/AR/countries/MENARegion/Pages/DZIndex.aspx

2 – تم تقدير عدد المعتقلين خلال الأزمة السياسية حوالي 18000 شخص معتقل ، أما الأشخاص المفقودين 7200 شخص. من طرف اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية وحماية حقوق الإنسان في الجزائر – هيئة حكومية حل محلها المجلس الوطني لحقوق الإنسان بموجب المواد 198 و199 من الدستور الجزائري المعدّل سنة 2016-

3 – الكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان) ، مرجع سابق، ص : 566.

الفرع الثاني : ضمانات الحرية الشخصية في مواجهة إجراءات الظروف الاستثنائية

يجب إحاطة الإجراءات الاستثنائية بضمانات حتى لا يتم التعسف بشأن الحريات تحت ذريعة الظروف الاستثنائية ، وأهمها أن تخضع تلك الإجراءات للرقابة القضائية لما لها من ارتباط وثيق بمبدأ الشرعية ، حيث أن حدود الرقابة القضائية تنصرف إلى مدى التلازم والتناسب بين الإجراء والظرف الاستثنائي. أما طبيعتها فتكمن في رقابة مدى مشروعية أعمال السلطة التنفيذية والتزامها بالقانون ، وكل ذلك تحت طائلة إلغاء الإجراءات الاستثنائية التعسفية والتعويض عنها [1].

الفقرة الأولى: ضرورة احترام قوانين الطوارئ للقواعد الدولية والمبادئ الدستورية لحقوق الإنسان

إذا كانت الظروف الاستثنائية مدعاة لإعلان الدولة حالة الطوارئ ، والتحلل من بعض التزاماتها تجاه حقوق الإنسان لمواجهة تلك الظروف ، غير أن المواثيق الدولية لحقوق الإنسان قد نصت على أن هناك حقوقا لا يجوز المساس بها حتى في ظل حالة الطوارئ ، والتي من بينها حق الحرية الشخصية ، وهو ما جاء في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في الفقرة الثانية من المادة الرابعة منه(م4/ ف2) ، وكذا الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة 1950م (م5/ ف1) ، وكذا الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لسنة 1968م في المادة 27/ 1.

ولما كانت التدابير التي تتخذها معظم الدول لمواجهة الظروف الطارئة من قبيل مكافحة الجريمة الإرهابية ، فهي تتيح للسلطات بعض الوسائل التي تمس حقوق الإنسان ، فإن ذلك لا يعني إهدار ضمانات الحرية الشخصية أو سلبها تحت مبرر مكافحة الإرهاب ، وهو ما أكّده قراري مجلس الأمن الدولي رقم 1535 ، ورقم 1566 لسنة 2004 ، حيث يذكران الدول الأعضاء في الأمم المتحدة بوجوب التأكد من أن التدابير المتخذة لمحاربة الإرهاب ينبغي أن تتفق من التزاماتها بموجب القانون الدولي لحقوق الإنسان[2].

ولقد وضعت الهيئات الدولية المعنية بحقوق الإنسان والتي من أهمها لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان سابقا ، ومجلس حقوق الإنسان الذي أنشئ سنة 2006م خلفا لتلك اللجنة ، عدّة ضوابط يجب أن تميّز حالة الطوارئ منها[3] :

1- المتولي ، مجدي : (العنف والشرعية في مصر-دراسة قانونية) مرجع سابق ،ص 143و 153وما بعدها.

2 - الرواشدة : (أثر قوانين مكافحة الإرهاب على الحرية الشخصية) مرجع سابق ، ص 158.

3 - يونس ، محمد مصطفى : (حقوق الإنسان في حالات الطوارئ-دراسة فقهية وتطبيقية معاصرة في ضوء قواعد ومبادئ القانون الدولي العام-) دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، سنة2000 ، ص28-46. نقلا عن الرواشدة ، المرجع نفسه ، ص : 94-95.

أولا : أن تكون حالة الطوارئ لمواجهة أخطار فعلية أو وشيكة على الأقل ، ولذلك لا يجوز قانونا أن تكون الطوارئ ذات طبيعة وقائية.

ثانيا : أن يكون الخطر أو التهديد من الجسامة بحيث يؤثر في الأمة بأسرها ، كالنشاط الإرهابي مثلا.

ثالثا : أن يؤثر التهديد في كيان الأمة ومصيرها ، بحيث يشمل تماسك ووحدة الشعب والأراضي ، ويؤثر في أداء مؤسسات الدولة لوظائفها.

رابعا : أن يكون إعلان حالة الطوارئ بمثابة الملجأ الأخير ، وبعد استنفاذ كافة الوسائل العادية لمواجهة اضطرابات النظام العام.

خامسا : أن يكون إعلان حالة الطوارئ كإجراء مؤقت ، ولا يمكن أن يستمر لفترة تتجاوز فترة الطوارئ ذاتها ، وهو ما يجعل من إبقاء حالات الطوارئ بصورة دائمة ليس مشروعا.

سادسا : يجب أن تقوم الدولة المعنية بالإعلان عن حالة الطوارئ بإبلاغ كافة الأشخاص الذين يخضعون لسلطتها وقوانينها عن طريق أجهزتها الرسمية بالقيود الواردة على حقوقهم.

سابعا : يلزم الدولة المعنية أيضا إخطار الدول الأخرى الأطراف في العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية بالإجراءات الاستثنائية التي اتخذتها ، وأسبابها ، وتاريخ انتهائها ، نظرا لكونها استثناء من تطبيق قواعد الحماية الدولية لحقوق الإنسان ، الأمر الذي يجعل الحق للدول الأعضاء في العلم المسبق بالإجراءات الاستثنائية في الدولة المعنية بحالة الطوارئ.

ثامنا : يجب أن تكون التدابير الاستثنائية الممنوحة في الظروف الطارئة مبيّنة في التشريع بطريقة واضحة ومحددة لتجنب أي تعسف في تطبيقها ، ولتحاشي أي غموض حول حقوق الأفراد وواجباتهم[1].

الفقرة الثانية : الرقابة القضائية على قوانين الطوارئ ودورها في ضمان الحرية الشخصية

إذا كانت الظروف الاستثنائية تقتضي وضع قيود على الحقوق والحريات ، وعلى الضمانات المتعلقة بقرينة البراءة تحت تأثير الأسباب التي أدت إلى إعلان إجراءات الظروف الاستثنائية ، إلا أن تقدير متطلبات الضرورة في هذا الشأن ينبغي أن يتولاه

1 – سرور : (الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية) مرجع سابق ، ص 410.وكذا قصري محمد : (شرح قانون الطوارئ) مرجع سابق ، ص 41.

القضاء بوصفه الحارس الطبيعي للحريات. فهو يوازن بين التناقض الحاصل بين الحرية الشخصية من جهة ، وبين متطلبات المحافظة على الأمن الداخلي الذي أعلنت من أجله الطوارئ من جهة ثانية[1].

ولكن الإشكال يطرح حول الرقابة على دستورية أعمال السلطة التنفيذية خلال الظروف الاستثنائية ، وكذا مدى مراعاة ضمانات المحاكمة العادلة من طرف الأجهزة القضائية الخاصة التي يتم إنشاؤها في الظروف الاستثنائية ؟

يرى البعض بأن أعمال السلطة التنفيذية خلال الفترة الاستثنائية من قبيل أعمال السيادة الخارجة عن رقابة أية سلطة قضائية ، ولا يجوز الطعن فيها سواء أمام أية جهة قضائية عادية أو إدارية ، لما يحيط بها من اعتبارات سياسية تبرر تخويل السلطة التنفيذية سلطة تقديرية أوسع مدًى ، وأبعد نطاقاً تحقيقا لصالح الوطن وسلامته دون تخويل القضاء سلطة التعقيب في هذا الصدد ، لأن ذلك يقتضي توافر معلومات وعناصر وموازين تقدير لا تتاح للقضاء ، فضلا عن عدم ملائمة طرح هذه المسائل علنا في ساحات القضاء. كما أن هذه الأعمال لا تحتاج -حسبه- إلى نص يقضي بذلك بما أنها استقرت في النظم القضائية[2].

في حين يعتبر البعض الآخر المحاكم الخاصة قضاء طبيعيا في ظل تلك الظروف الاستثنائية ، مثلما هو الحال في محاكم أمن الدولة التي تم إنشاؤها في مصر بموجب القانون 162 لعام 1958م[3].

إلا أنه في واقع الأمر أن مثل هذه الأعمال تعتبر انتهاكا للشرعية الدستورية وخروجا عنها ، كما أن فيها تسويغ للسلطة التحكّمية حتى تغلّ الحقوق والحريات وتقيدها دون حسيب ولا رقيب من القضاء ، أو أنها تنشأ محاكم صورية تفتقد لضمانات المحاكمة العادلة ، حيث تكون مختلطة بين القضاة المدنيين والعسكريين. لأن ذلك كله يعد ذلك خرقا للمبادئ الدستورية لمقررة لحقوق الإنسان ، من قبيل المبدأ الذي يقضي بمثول الشخص أمام قاضيه الطبيعي ، وبعدم تعريض أشخاص مدنيين للمحاكمة أمام القضاء العسكري أو شبه العسكري.

وحدث انتهاك هذا المبدأ الدستوري أيضا إعلان حالة الطوارئ بالجزائر

1- سرور ، (الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية) المرجع السابق نفسه ، ص 411.

2 - المحكمة العليا (المحكمة الدستورية العليا حاليا) -مصر- قرار بتاريخ 25-02-1977 ، الجزء الثاني ، ص 32. نقلا عن : قصري ، محمد : (شرح قانون الطوارئ) مرجع سابق ، ص 25-26.

3 - سرور : المرجع نفسه ، ص 410.

لسنة1992 ، حيث جاءت المادة العاشرة منه تنص : **"يمكن تبليغ المحاكم العسكرية بالجرائم ، والجنح الجسيمة ، المرتكبة ضد أمن الدولة مهما كانت صفة المحرضين على ارتكابها ، أو فاعليها أو الشركاء فيها"**. وقد تم عقبه إنشاء محاكم خاصة للنظر في مثل تلك الجرائم بموجب المرسوم التشريعي المتعلق بمكافحة التخريب والإرهاب رقم92-03 لسنة 1992.

وإذا كان هذا النوع من المحاكم يطبق بصفة أساسية أحكام القانون العام بالنسبة للجرائم التي تنظرها ، ولكنها مع ذلك تتميز ببعض القواعد الإجرائية وطرق الطعن في الأحكام. وهو ما ورد في نص المادة 18 من قانون مكافحة التخريب والإرهاب بالجزائر لسنة 1992 ، والتي نصت على أن تطبق قواعد قانون الإجراءات الجزائية المتعلقة بالتحقيق الابتدائي ، وممارسة الدعوى العمومية والتحقيق والنطق بالحكم ، على الجنايات والجنح التي تعود إلى اختصاص المجلس القضائي الخاص. ولكنها أحالت على أحكام استثنائية وأخرى انتقالية في المواد التي تليها ، سواء بالنسبة مرحلة التحقيق الابتدائي أو التحقيق أو الحكم.

إن الأحكام العرفية الصادرة عن الأجهزة القضائية الخاصة إبان الظروف الاستثنائية ، قد تشكل خروجا عن إطار الشرعية الجنائية ، وخطرا على الحقوق والحريات ما لم تتم إحاطتها بقواعد موضوعية مسبقة من قبيل اختيار قضاة هذه المحاكم ، واستقلاليتهم عن السلطة التنفيذية ، وتحديد لاختصاصاتهم القضائية وعدم قابليتهم للعزل أو التنحية. و القول بغير ذلك يجعل من القضاة عرضة لترهيب السلطة التنفيذية وآلة في يدها ، ويحرم بذلك المتهم من حقه في المثول أمام قاضيه الطبيعي الذي ينظم القانون وليس السلطة التنفيذية طريقة اختياره ، والضمانات الكفيلة بألا يصدر من الأحكام إلا ما ارتاح إليه ضميره [1].

ولما كان من الواجب أن تخضع شرعية الإجراءات التي تتم مباشرتها في الظروف الاستثنائية لضمان القضاء ، فذلك لأن هذا الجهاز بما يحمله من سلطة حصن الحريات وحاميها وحارسها ، وإلا تحولت السلطة الاستثنائية إلى سلطة تحكّمية. ولهذا فإن ما تصدره السلطة التنفيذية من قرارات إدارية في إطار حالة الطوارئ لا تكون بمنأى عن رقابة القضاء والمنازعة أمامه حولها[2].

فدور القاضي يكمن أساسا في تحققه من شرعية الأعمال والإجراءات التي تتم

1- جمال الدين ، عبد الأحد : (في الشرعية الجنائية) مرجع سابق ، ص 585-486.

2- سرور : (الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية) المرجع السابق نفسه ، ص 415.

مباشرتها تحت مظلة الظروف الاستثنائية ، والتي ينبغي ألا تعطل العمل بالدستور وما نص عليه من أن سيادة القانون أساس الحكم في الدولة ، بحيث تصبح شعارا بلا روح إذا لم يوجد قضاء يراقب المشروعية ويضع حدودها[1].

وفي مثل هذه الحالة نجد قرينة البراءة والضمانات المترتبة عنها كأحد أركان الشرعية الإجرائية معرضة للخطر ، الأمر الذي يستدعي حمايتها سواء من خلال ضمانات المحاكمة القانونية العادلة والمنصفة ، أو بإثبات الإدانة ، فمما يجب التأكيد عليه أن قرينة البراءة تمثل الحد الأدنى للشرعية الإجرائية بصفتها شرعية دستورية لا يجوز للقانون أن يفرّط فيها ، أو يوقفها أو يحدّ من قيمتها[2].

ولهذا فإن الظروف الاستثنائية لا تؤثر في ضمانات إثبات الإدانة ، من قبيل عدم إلزام المتهم بإثبات براءته ، ووجوب أن تقضي المحكمة باليقين القضائي ، وتفسير الشك لصالح المتهم... ، لأنها تمسّ جوهر الحرية الشخصية ، وتقييدها لا يصلح لأن يكون وسيلة لدرء الخطر. أما ضمانات المحاكمة القانونية المنصفة فهي تشمل كافة إجراءات الخصومة الجزائية ، وتبقى الأصل العام الواجب تطبيقه في حالة الطوارئ عدا ما ينص عليه قانون الطوارئ من بعض القيود الضرورية لمواجهة الخطر الجسيم الذي كان سببا في إعلان حالة الطوارئ[3].

وفي الأخير؛ يستنتج أنه ينبغي في جميع الأحوال ألا تفلت التدابير الاستثنائية من الرقابة القضائية الدقيقة والمنظمة ، وذلك باعتبار القضاء الحارس الطبيعي للحريات ، فالسلطة القضائية هي التي تملك سلطة مراقبة التدابير المسموح بها في ظل الظروف الاستثنائية[4].

كما أنه ينبغي على الدولة تلافي الأسباب السياسية والاقتصادية والاجتماعية المؤدية لدخول سلطات الدولة في وضع استثنائي ، وإعلان حالة الطوارئ التي تشكل عادة تهديدا لحرية الأفراد تحت مسمى الحفاظ على الأمن والسكينة العامة. أما إذا اقتضى الأمر إعلان حالة الطوارئ بسبب الظروف الاستثنائية ، فينبغي ألاّ يطول العمل بالقوانين الطارئة بحيث تصبح أصلا بدلا من كونها استثناء عليه.

ولهذا نجد أن الدستور الجزائري المعدل سنة 2016 قد أحاط إقرار الحالة

1 – سرور : (الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية) المرجع السابق نفسه ، ص 415–416.

2 – المرجع نفسه ، ص 410.

3 – المرجع نفسه، ص 412–413.

4 – المرجع نفسه ، ص 410.

الاستثنائية من طرف رئيس الجمهورية بإجراءات خاصة يجب أن تتخذ ، وهو ما نصت عليه المادة 107 في الفقرة 2 و4 منها :"... ولا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس مجلس الأمة ، ورئيس المجلس الشعبي الوطني ، ورئيس المجلس الدستوري ، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء... ويجتمع البرلمان وجوباً".

كما أن إنهاء الحالة الاستثنائية يتم وفقا للإجراءات الخاصة ذاتها التي تطلبت إعلانها ؛ وفقا للفقرة الأخيرة من المادة 107 من الدستور بنصها : "تنتهي الحالة الاستثنائية حسب الأشكال والإجراءات سالفة الذكر التي أوجبت إعلانها" .

الفقرة الثالثة: العدالة الانتقالية ضرورة لتجاوز آثار الظروف الاستثنائية والتعويض عن انتهاك الحرية الشخصية

تسعى الدول جاهدة إلى تلافي آثار الانتهاكات الوخيمة للحقوق والحريات الفردية من جراء الخروج عن ضمانات الشرعية الجنائية التي يجب إحاطتها بالظروف الطارئة ، من قبيل قوانين المصالحة الوطنية ، وتطبيق العدالة الانتقالية ، وتعويض الأفراد عن تلك الانتهاكات الحاصلة تجاه حقوقهم وحرياتهم. وهو الأمر ذاته الذي سعى لأجل تحقيقه ميثاق المصالحة الوطنية في الجزائر لسنة 2005م[1] ، محاولا بذلك تصحيح الأخطاء القضائية والتنفيذية المفتقدة للشرعية الدستورية خلال فترة الظروف الاستثنائية التي مرت بها الجزائر بعد إعلان حالة الطوارئ في 09 فيفري 1992م.

ولَإنْ كان انتهاك الحقوق والحريات لا يمكن أن يعوّض بثمن ، إلا أن استمرار المجتمعات أمر لازم يتحقق بموجبه الأمن العام والخاص معا ، وهو المسعى الذي جاء لأجل تحقيقه ميثاق المصالحة الوطنية بالجزائر سنة 2005م بالرغم من النقد الموجه له ، و النقائص التي أحاطت به من عدم استيفاء كافة مستلزمات العدالة الانتقالية كمفهوم موحّد ومتطور لدى المجتمع الدولي للخروج من الأزمات والظروف الاستثنائية التي قد تمرّ بها الدول.

أولا : تطبيق العدالة الانتقالية ضروريّ لرد الاعتبار إلى الحرية الشخصية

إن تلافي الآثار الناجمة عن الظروف الاستثنائية وما تخلّفه عادة من مأساة وطنية يتطلب إرادة سياسية أكبر عن طريق تطبيق العدالة الانتقالية وفقا لمقتضياتها الشاملة ، والتي يدخل ضمنها **معرفة الحقيقة** خاصة بالنسبة للأشخاص الذين تعرضوا للاختفاء القسري ، وكذا

1- ميثاق السلم والمصالحة الوطنية بالجزائر ، عُرِض كمشروع قانون على الاستفتاء الشعبي في 29 سبتمبر2005 ، وحاز على الموافقة بنسبة (97.38%). وصدر ضمن الأمر 06-01 المؤرخ في 27 فبراير 2006 والمتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، المصدر : الجريدة الرسمية الجزائرية الصادرة بتاريخ 9 رجب 1426هـ الموافق لـ 14 أوت 2005. العدد : 55. وكذا: الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ29 محرم 1427ه الموافق 28 فبراير 2006م، العدد: 11.

تعويض الأشخاص الذين تم اعتقالهم ، وإعادة الاعتبار لمراكزهم القانونية في المجتمع.

ولقد عرّف الأمين العام للأمم المتحدة مفهوم "العدالة الانتقالية "بأنه يشمل : "**كامل نطاق العمليات والآليات المرتبطة بالمحاولات التي يبذلها المجتمع لتفهّم تركة من تجاوزات الماضي واسعة النطاق بغية كفالة المساءلة ، وإقامة العدالة ، وتحقيق المصالحة. وقد تشمل هذه الآليات القضائية وغير القضائية على السواء ، مع تفاوت مستويات المشاركة الدولية (أو عدم وجودها مطلقا) ومحاكمات الأفراد ، والتعويض ، وتقصي الحقائق ، والإصلاح الدستوري ، وفحص السجل الشخصي للكشف عن التجاوزات ، والفصل أو اقترانهما معا**"[1].

إن سعي الأمم المتحدة لوضع مفهوم موحد للعدالة الانتقالية الغرض منه صياغة نموذج للدول المضطربة للخروج من الأزمات والصراع العنيف الذي يترك آثار وخيمة على حقوق الإنسان ، وردّ الاعتبار للحريات وكرامة الأفراد التي غالبا ما تنتهك خلال الظروف الاستثنائية ، في ظل غيابٍ لضمانات الحرية من شرعية دستورية وخاصة منها الجنائية.

وتعتبر العدالة الانتقالية مرحلة وسطى بين الظروف الاستثنائية أو الوضع غير الطبيعي للحريات إلى مرحلة الاستقرار وسيادة القانون.

ثانيا : الحق في الانتصاف والتعويض لضحايا انتهاك الحرية الشخصية في الظروف الاستثنائية

1- في المستوى الدولي :

كرّس المجتمع الدولي الحق في الانتصاف والجبر لضحايا انتهاك حقوق الإنسان ، والتي يعدّ حق الحرية الشخصية من بينها ، وهذا في ظل قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر سنة2006 ، والمتضمن "المبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي"[2].

وقد تحدد مفهوم "**الانصاف**" من خلال التعليق العام رقم 03/ 2012[3] ، الصادر

---

1 – تقرير الأمين العام للأمم المتحدة لدى مجلس الأمن بتاريخ 23 أوت2004 : (سيادة القانون والعدالة الانتقالية في مجتمعات الصراع ومجتمعات مابعد الصراع) ، المصدر : موقع الأمم المتحدة ، مجلس الأمن ، قسم الوثائق ، رمز الوثيقة : S /2004 /616

http : //www.un.org/ar/sc/documents/sgreports/2004.shtml

2 – قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 60/ 147 صادر بتاريخ 21مارس 2006 ، المتضمن"المبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي" ، رمز الوثيقة : A/RES/60/147 ، المصدر نفسه.

3 – الأمم المتحدة ، لجنة مناهضة التعذيب : (التعليق العام رقم 03/ 2012 حول تنفيذ الدول الأطراف =

عن لجنة مناهضة التعذيب الأممية حول سبل تنفيذ الدول للمادة 14 من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة[1]. حيث ترى اللجنة أن كلمة "إنصاف" في المادة 14 تشمل مفهومي : **"الانتصاف الفعال"** و**"الجبر"**. وبالتالي؛ فإن مفهوم الجبر الشامل ينطوي على : **رد الحقوق** ، **والتعويض** ، **وإعادة التأهيل** ، **والترضية** ، **وضمانات بعدم تكرار الانتهاكات** ، ويشير إلى النطاق الكامل للتدابير اللازمة لإتاحة الإنصاف من الانتهاكات بموجب الاتفاقية.

ولقد كان المبدأ السابع من القرار الأممي 60/ 147 أن تلتزم الدول الأطراف بـ : "حق الضحية في سبل الإنصاف"[2]. وتتضمن سبل الانتصاف المتعلقة بالانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي حق الضحية فيما يرد أدناه ، وفقا لما ينص عليه القانون الدولي :

(أ) **الوصول إلى العدالة على نحو متساوٍ وفعّال؛** وذلك عن طريق التزام الدول بمايلي :

(أ-1) نشر معلومات عن جميع سبل الانتصاف المتاحة ، عن طريق آليات عامة وخاصة ، بشأن الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي.

(أ-2) اتخاذ تدابير ترمي إلى التقليل من مضايقة الضحايا وممثليهم إلى أدنى حد وحمايتهم ، حسب الاقتضاء ، من التدخل غير المشروع في خصوصياتهم وضمان سلامتهم من الترهيب والانتقام ، فضلا عن ضمان سلامة أسرهم ومن يشهد

=

للمادة 14 من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة) ، رمز الوثيقة : CAT/C/GC/3 ، المصدر نفسه.

1 - هذه الاتفاقية اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة39/ 46 المؤرخ في 10 كانون الأول/ دسيمبر : 1984 ، وبدأ تاريخ نفاذها : 26 جوان 1987. انظمت إليها الجزائر بتاريخ12 سبتمبر 1989م.

2 - لقد وضح المبدأ الخامس من هذا القرار معنى **الضحايا** : هم الأشخاص الذين لحق بهم ضرر ، أفرادا كانوا أو جماعات ، بما في ذلك الضرر البدني أو العقلي أو المعاناة النفسية أو الخسارة الاقتصادية أو الحرمان بدرجة كبيرة من التمتع بحقوقهم الأساسية ، وذلك من خلال عمل أو امتناع عن عمل يشكل انتهاكا جسيما للقانون الدولي لحقوق الإنسان ، أو انتهاكا خطيرا للقانون الإنساني الدولي. وعند الاقتضاء ، ووفقا للقانون المحلي ، يشمل مصطلح **"ضحية"** أيضا أفراد الأسرة المباشرة أو من تعيلهم الضحية المباشرة ، والأشخاص الذين لحق بهم ضرر أثناء تدخلهم لمساعدة الضحايا المعرضين للخطر أو لمنع تعرضهم للخطر. ويعتبر الشخص ضحية بصرف النظر عما إذا كان قد تم التعرف على مرتكب الانتهاك أو اعتقاله أو مقاضاته أو إدانته أم لا ، وبصرف النظر عن العلاقة الأسرية بين مرتكب الانتهاك والضحية.

لصالحهم قبل وأثناء وبعد الإجراءات القضائية أو الإدارية أو غيرها من الإجراءات التي تؤثر في مصلحة الضحايا؛

(أ-3) تقديم المساعدة الملائمة للضحايا الذين يسعون إلى الوصول إلى العدالة؛

(أ-4) إتاحة جميع الوسائل القانونية والدبلوماسية والقنصلية المناسبة لضمان تمكين الضحايا من ممارسة حقوقهم في الحصول على سبل انتصاف بشأن الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان أو الانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي.

(ب) جبر ما لحق بالضحية من ضرر على نحو مناسب وفعال وفوري؛

(ج) الوصول إلى المعلومات ذات الصلة المتعلقة بالانتهاكات وآليات جبر الضرر.

2- في المستوى الوطني :

إن ما يجدر ذكره في هذا الصدد حول متطلبات العدالة الانتقالية وفقا للمعايير الدولية من خلال المقاربة التي يمكن إجراؤها على ميثاق السلم و المصالحة الوطنية بالجزائر الذي تمت المصادقة عليه في استفتاء شعبي بتاريخ 29 سبتمبر 2005 ، وتم صدوره بموجب أمر رقم 06-01 بتاريخ 27 فيفري2006م ، والذي جاء بخصوص جبر وتعويض ما حدث من "مأساة وطنية" جراء انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان والحريات الأساسية عقب إعلان حالة الطوارئ في الجزائر لسنة 1992[1].

وإذا كان من إيجابيات ميثاق المصالحة الوطنية استعادة الأمن واستتبابه لدى الأفراد والجماعات في البلاد ، وباعتباره تطبيقا فعليّا وإعمالا لمبدأ الرجعية إذا كان الأصلح للمتهم أو المدان ، كما أنّ فيه مراجعة للأخطاء القضائية الواقعة سالفا بغرض استعادة الأمن والسكينة العامة.

غير أنّ ما يُعاب من طرف فقهاء القانون وملاحظي حقوق الإنسان على هذا الميثاق أن فيه تكريس لسياسة اللاّعقاب عن جرائم ارتكبت في حق الإنسانية بالاختفاء القسري للأشخاص. لذا تمّ شجبه من طرف الهيئات الدولية لمراقبة حقوق الإنسان من قبيل منظمة العفو الدولية ولجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة.

فطبيعة العفو في ميثاق المصالحة الوطنيّة كانت بقرارات سياسية ، ولم تكن وفقا لمبررات قانونية ، ولم تراعى فيه ضوابط العفو عن العقوبة كمحاسبته لطرف على حساب طرف آخر ، إذ يجب أن يتساوى جميع من هتك حقا من حقوق الإنسان أمام

1 - إعلان حالة الطوارئ في الجزائر سبقت الإشارة إليه.

العقاب ولو كانوا رجال سلطة تعسفوا في استخدامها.

وفي الفصل الرابع من الميثاق ينص على إجراءات دعم سياسة معالجة ملف المفقودين المأساوي ، والملفت للانتباه في هذه المعالجة للملف أنه يفرق بين أفعال أو مسؤولية الدولة وأفعال أو مسؤولية أعوانها ، الذين ساهموا في محاربة الإرهاب؛ أي مختلف قوات الأمن. فقد اعتبر الدولة مسؤولة عن التعويض المدني ، دون المسؤولية الجزائية عن أفعال أعوانها[1].

فقد تم إعفاء أعوان الدولة من تحمل المسؤولية الجنائية عن أعمال الاعتقال ، أو الاختفاء القسري للأشخاص ، وهذا ما تؤكده المادة 45 بنصها على عدم جوزا الشروع في أي متابعة ، بصورة فردية أو جماعية ، في حق أفراد قوى الدفاع والأمن للجمهورية ، بجميع أسلاكها ، بسبب أعمال نفّذت من أجل حماية الأشخاص والممتلكات ، وبعدم قبول الجهات القضائية أيّ بلاغ أو شكوى من هذا القبيل. كما جعلت المادة 46 من ميثاق المصالحة حصانة قانونية لشخصيات الدولة المعنوية و الأشخاص الطبيعيين ، وعلى معاقبة كل من يضر بكرامتهم في الداخل والخارج بالحبس من 03 سنوات إلى 05 سنوات ، وبغرامة مالية من 250.000دج إلى 500.000دج.

وقد تقرر من جهة أخرى في هذا الميثاق إبطال المتابعات القضائية في حق الأفراد المحكوم عليهم غيابيا إبان تلك الفترة ، وإفصاح العفو عن الأفراد المحكوم عليهم والموجودين رهن الحبس على اقترافهم نشاطات داعمة للإرهاب ، أو اقترافهم أعمال عنف. وتقرر أيضا إبدال العقوبات أو الإعفاء من جزء منها لصالح جميع الأفراد الذين صدرت في حقهم أحكام نهائية ، أو المطلوبين الذين لا تشملهم إجراءات إبطال المتابعات أو إجراءات العفو".

وفي ذات السياق؛ اتجهت الدولة في ميثاق المصالحة الوطنية بالجزائر نحو تحمّل تبعات المسؤولية المدنية عن ضحايا المأساة الوطنية دون المسؤولية الجنائية. وإذا كان ذلك يدخل في باب حق الانتصاف والجبر لضحايا التسريح من العمل نتيجة الاعتقال التعسفي في الظروف الاستثنائية. وهذا نصت عليه المادة 25 من الميثاق ، حيث أشارت بهذا الصدد إلى نص تنظيمي يحدد كيفيات تطبيقها ، وهو المرسوم الرئاسي رقم 06- 124 لسنة 2006م[2] ، والذي يحدّد كيفيات

1 – أوصديق ، فوزي : (قراءة في مشروع السلم والمصالحة الجزائري) مقال منشور بموقع الجزيرة نت ، بتاريخ : 27/ 09/ 2005م ، المصدر : http : //www.aljazeera.net/knowledgegate/opinions/2005/9/27

2 – مرسوم رئاسي رقم 06- 124 مؤرّخ في 27 صفر عام 1427 الموافق لـ 27 مارس سنة 2006 ،

إعـــادة إدمـــاج أو تعويض الأشخاص الذين كانوا موضـوع إجـراءات إداريـة للتسـريح من العمل بسبب الأفعال المتصلـة بالمأساة الوطنية في الجزائر.

والملاحظة التي يمكن ذكرها أن هذا الميثاق قدم أنصاف حلول بل سكت عن أمور قد تخـدم سياسـة اللاّعقـاب؛ أي بالاقتصـار علـى التعـويض المـادي ، لـذوي حقـوق المفقودين دون معرفة الحقيقة عن أسباب ومرتكبي هذا الجرم ، وبالتـالي الإفـلات مـن عدالة القضاء وعدم معرفة الحقيقة[1].

فالأمر لا ينحصر فقط حيـال قيـام المسـؤولية المدنيـة للدولـة مـن خـلال جبرهـا لأخطاء أجهزة القضاء الخاصة المستحدثة إبان حالـة الطـوارئ ، وكـذا تعسـف رجـال السلطة التنفيذية ، ولا القوانين الصادرة في الظروف الطارئة والاستثنائية ، بل ينبغي أن يتعداها إلى قيام المسؤولية الجنائية عن الجرائم المرتكبة ، والتي ترتقـي أحيانـا في مفهـوم القانون الدولي لجرائم الإبادة ، وضد الإنسانية.

والأكثر من ذلك؛ فإن المقتضيات الشـاملة لمبـادئ العدالـة الانتقاليـة في المسـتوى الدولي توجب النص على قيام المسـؤولية الجنائيـة عـن انتهـاك الحقـوق والحريـات في القوانين الجنائية ، بأن يتحمّـل كـلّ معتـدي علـى حقـوق الإنسـان المسـؤولية الجنائيـة الشخصية عن جرائمه التي ينبغي ألاّ تتقادم الدعوى العمومية القائمة ضدها ، حتى تقع النصوص الجنائية حاجزا دون تجرؤ أيّ كان على حرمات الأفراد وأمن الجماعـة مهمـا كانت صفته أو ظروفه.

ولابد أن يكون هناك ضمانات كافية للحرية الشخصية بالتصدي للظروف الطارئة على مستوى القوانين والنصوص الجنائية ، ولا يقتصر فقـط علـى القـرارات والحلـول السياسية الظرفية ، وخارج الأطـر القانونيـة العاديـة. لأن صـبّ مثـل هـذه مبـادئ في القانون الجنائي يعطيها طابع الديمومة والصرامة في التطبيق.

□

=

يحدّد كيفيات إعادة إدماج أو تعويض الأشخاص الذين كـانوا موضـوع إجـراءات إداريـة للتسـريح مـن العمل بسبب الأفعال المتصلـة بالمأساة الوطنية.

1 – أوصديق : (قراءة في مشروع السلم والمصالحة الجزائري) ، المصدر سبق ذكره.

خلاصة الفصل الثاني

من الباب الثاني

إن ما يجدر استخلاصه مما تمت معالجته في هذا الفصل، يكمن في بيان الضمانات الكفيلة بحماية الحرية الشخصية في المجال الجنائي، سواء في النظام الجنائي الإسلامي أو الوضعي. وهذا يتجسد من خلال تلك المبادئ والقواعد التي تعتبر ضوابط للشرعية الجنائية الموضوعية والإجرائية حتى تحقق الحماية الكافية للحرية الشخصية المحمية دستوريا.

وتكمن **ضمانات حماية الشرعية الجنائية الموضوعية للحرية الشخصية** في الضوابط والقواعد التي تحكم سياسة التجريم والعقاب، وهي تظهر في النظام الجنائي الإسلامي من خلال مبادئ شرعية التجريم والعقاب المقررة للعقوبات المقدّرة أو التعزيرية، بدءًا من ضرورة مراعاة الاعتبارات المقاصدية التي تحكم التجريم والعقاب وحمايتهما للمصالح الشرعية وفقا لأولويات، ووصولا عند ضوابط الشرعية في الجرائم والعقوبات المقدّرة من قبيل درء الحدود بالشبهات، و أن الخطأ في العفو لا في العقاب، وتحديد سلطة القضاء في تفسير النص الجنائي، وأنه لا اعتبار للقياس في العقوبات المقدرة. وانتهاء عند ضوابط شرعية التجريم والعقاب في التعازير، كأن يتم تفريد العقوبة التعزيرية من طرف القاضي وبالشكل الذي يصلح الجاني وعدم التوسع فيها دون مصلحة شرعية معتبرة، كما أن السلطة التقديرية للقاضي مقيدة في هذا الباب بعدة ضوابط، و ينبغي أن تكون بيده سلطة العفو خاصة إذا اقضت المصلحة الشرعية العامة والخاصة العفو عن الجاني وعدم جدوى تنفيذ العقوبة.

كما تتجسد ضوابط شرعية التجريم والعقاب كضمانة للحرية الشخصية في الأنظمة الجنائية الوضعية من خلال وجوب مراعاة التوازن بين النصوص الجنائية والحرية الشخصية، ووضوح النصوص الجنائية وتحديد السلطة المنوطة بسنّها، والتزام المشرع بالضرورة الاجتماعية في التجريم والعقاب، وألا يكون هناك أي تجريم ولا عقاب دون نصٍّ قانونيّ، وضابط تقييد السلطة التقديرية للقاضي في تطبيق وتفسير النصوص الجنائية بأن يسعى لتحقيق العدالة في تفريد العقوبة وتسبيب أحكامه، والتفسير الضيق للنصوص الجنائية، وعدم القياس عليها في غير مصلحة المتهم.

والمقاربة توحي بعدّة أوجه تشابهٍ بين ضمانات شرعية التجريم والعقاب في النظام الجنائي الإسلامي و الأنظمة الجنائية الوضعية، على اختلاف مصادر كل منهما، حيث التمسا الحفاظ على الحرية الشخصية والكرامة الإنسانية في سياستهما الجنائية للتجريم

والعقاب. كما وضعا ضوابطا لتطبيق النصوص الجنائية، حتى لا يُحاد عن العدالة واحترام كيان الإنسان بتحقيق الموازنة بين مصلحة الجماعة والأفراد. إلا أن المفارقة تكمن في أن طبيعة كل نظام تختلف في مصدر تشريع النصوص الجنائية، وبالتالي فإن السياسة الجنائية ذاتها تتباين في مدى الحفاظ على الأمن العام والفردي بطريق الحماية الجنائية، فإذا كان هناك استقرارا في أصول سياسة التجريم والعقاب ضمن النظام العقابي الإسلامي، حيث يراعي ترتيب المصالح المحمية جنائيا وعلى إثرها يقرر تجريم الاعتداء عليها ودرجة العقوبة. في حين نجد في المقابل أن سياسة التجريم والعقاب في الأنظمة القانونية الوضعية لا تزال في تطور مستمر وغير محدد المعالم. فهو مختلف من دولة لأخرى، إلا ما استقرت عليه المواثيق الدولية مؤخرا من ضرورة احترام الدول لحقوق الإنسان في القوانين الداخلية، وحتى تلك التي تتخذ نهجا ديمقراطيا، وسياستها التشريعية رائدة في هذا المجال، غير أنها لا تزال تحتاج إلى ترشيد لما ثبت من انتهاكات لحقوق الإنسان لديها بسبب التغير المستمر في السياسة الجنائية.

وتعدّ كلّ من قاعدة عدم رجعية القوانين الجنائية، وشخصية المسؤولية الجنائية والعقوبة، من القواعد الفرعية المنبثقة عن مبدأ الشرعية الجنائية، ونتيجة منطقية ولازمة لها. كما أنّ موقف الشريعة الإسلامية يؤسس لحماية الفرد من خلال رجعية الأحكام الجنائية إذا كانت الأصلح له، في الوقت الذي تحث عليه حديثاً الأنظمة الجنائية والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان، وبصفة خاصة لزوم رجعية القانون الأصلح للمتهم بعد القوانين الاستثنائية وحالات الطوارئ لتلافي آثارها الوخيمة على الحرية الشخصية وحقوق الإنسان.

أما **ضمانات حماية الشرعية الجنائية الإجرائية للحرية الشخصية** في مواجهة سلطة الاتهام والتنفيذ العقابي، فتكمن في عدة مبادئ تعدّ أساسا تنضبط به الإجراءات الجنائية حتى لا تزيغ عن السياسة الجنائية للتشريع الجنائي، والتي يراد في خضمّها تحقيق التوازن المنشود بين الأمن العام وبين الحرية الشخصية والأمن الخاص للفرد. وجلّ هذه المبادئ تخدم مبدأ الشرعية الجنائية الإجرائية في تحقيق حماية الحرية الشخصية للإنسان، مثل مبدأ البراءة الأصلية، ومبدأ قانونيّة الإجراءات الجزائية، ولا عقوبة بغير دعوى.

وترتكز هذه الدراسة أساسا و بصفة خاصة على ضرورة احترام مبادئ الشرعية الإجرائية من طرف السلطة العامة في الدولة في قوانين الحالات الطارئة، لما تخلفه الأحكام العرفية الصادرة عنها عادة من آثار سلبية على الحرية الشخصية للأفراد،

جرّاء تسرّع السلطة التنفيذية في مواجهة تلك الظروف.

فإذا كانت السلطتين التنفيذية والقضائية في الدولة القانونية تلتزم عادة بضوابط ودعامات الشرعية الإجرائية في الحالة العادية للدولة وعلاقتها بالفرد، و نجد ذلك ضمن أحكام قانون الإجراءات الجزائية. إلا أن الخطورة تزداد أكثر على الشرعية الجنائية الإجرائية ومبادئها في صون الحرية الشخصية، إبان الظروف الطارئة والحالات الاستثنائية التي قد تمرّ بها الدولة، مما يوسع من صلاحيات السلطة التنفيذية في مواجهة تلك الظروف، وهو ما قد يعصف باحترام ضوابط الشرعية الإجرائية ، وينعكس سلبا على حق الفرد في الحرية الشخصية وباقي الحقوق والحريات الأساسية والعامة للإنسان.

وهذا ما يستدعي حماية أكبر للحرية الشخصية في مواجهة إجراءات الظروف الاستثنائية وقوانين الطوارئ التي تصدر خلالها، لما تتركه هذه الأخيرة من أثر واضح على الحرية الشخصية بتقييدها وحتى النيل منها، خاصة في ظل الدول البوليسية التي لا تحترم سيادة القانون، عن طريق الإجراءات والأحكام العرفية خارج الأطر والمبادئ الدستورية التي يتم تعطيلها، وبإنشاء أجهزة قضائية خاصة تخلو أوامرها بالاعتقال والتوقيف من التسبيب الكافي والموضوعي.

ومن ضمانات الحرية الشخصية في مواجهة إجراءات الظروف الاستثنائية ضرورة احترام قوانين الطوارئ للقواعد الدولية والمبادئ الدستورية لحقوق الإنسان، كما أن تقدير متطلبات الضرورة في هذا الشأن ينبغي أن يتولاه القضاء بوصفه الحارس الطبيعي للحريات. فهو يوازن بين التناقض الحاصل بين الحرية الشخصية من جهة، وبين متطلبات المحافظة على الأمن الداخلي الذي أعلنت من أجله الطوارئ من جهة ثانية.

كما أنه ينبغي على الدولة تلافي الأسباب السياسية والاقتصادية والاجتماعية المؤدية لدخول سلطات الدولة في وضع استثنائي، وإعلان حالة الطوارئ التي تشكل عادة تهديدا لحرية الأفراد تحت مسمى الحفاظ على الأمن والسكينة العامة. أما إذا اقتضى الأمر إعلان حالة الطوارئ بسبب الظروف الاستثنائية، فينبغي ألاّ يطول العمل بالقوانين الطارئة بحيث تصبح أصلا بدلا من كونها استثناء عليه.

وتسعى الدول التي تم فيها انتهاك الحقوق والحريات العامة والأساسية للافراد جاهدة إلى تلافي آثار الانتهاكات الوخيمة للحقوق والحريات الفردية من جراء الخروج عن ضمانات الشرعية الجنائية التي كان يجب إحاطتها بالظروف الطارئة، وذلك من قبيل قوانين المصالحة الوطنية، وتطبيق العدالة الانتقالية، وتعويض الأفراد عن تلك

الانتهاكات الحاصلة تجاه حقوقهم وحرياتهم من اعتقال تعسفي أو اختفاء قسري. وهو المسعى الذي جاء بغرض تحقيقه ميثاق المصالحة الوطنية في الجزائر لسنة 2005م.

ويعتبر احترام مبادئ العدالة الانتقالية ضرورة لتجاوز آثار الظروف الاستثنائية والتعويض عن انتهاك الحرية الشخصية، فالعدالة الانتقالية لا تتحقق إلا وفقا لمقتضياتها الشاملة، والتي يدخل ضمنها معرفة الحقيقة خاصة بالنسبة للأشخاص الذين تعرضوا للاختفاء القسري، و كذا الحق في الانتصاف والجبر عن طريق التمكين من الوصول إلى العدالة على نحو متساوٍ وفعّال عن انتهاك الحرية الشخصية للأفراد إبان تلكم الظروف. وكذا جبر ما لحق بالضحية من ضرر على نحو مناسب وفعال وفوري؛ والوصول إلى المعلومات ذات الصلة المتعلقة بالانتهاكات وآليات جبر الضرر.

ويرجع الأساس الذي يتجسد ردّ الاعتبار للحرية الشخصية، من خلال **الحق في الانتصاف والتعويض لضحايا انتهاك الحرية الشخصية في الظروف الاستثنائية، ففي المستوى الدولي يستند إلى ما جاء منصوصا عليه ضمن المبادئ الأساسية** للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي، ويتم ذلك بتعويض الأشخاص الذين تم اعتقالهم، وإعادة الاعتبار لمراكزهم القانونية في المجتمع. كما يرتكز حق الانتصاف في المستوى الوطني على قوانين المصالحة الوطنية، مثلما مرتّ به التجربة الجزائرية في هذا الشأن، بالرغم من الانتقادات الموجهة إلى ميثاق السلم والمصالحة الوطنية لسنة 2005م والمراسيم التي جاءت لتنفيذه، من حيث كونها منقوصة من مراعاة شاملة لمقتضيات مبادئ العدالة الانتقالية في المستوى الدولي، والتي توجب إضافة للمسؤولية المدنية والتعويض عنها، قيام المسؤولية الجنائية عن كل انتهاك للحقوق والحريات وعدم تقادم الدعوى بشأنها، تلافيا لسياسة اللاعقاب.

الخـــاتمـــة

□

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

بعد تناول هذه الدراسة لموضوع حماية الشرعية الجنائية للحرية الشخصية وفقا لمنهج مقارن بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي، تظهر تلك الأهمية البالغة للحرية الشخصية وواجب حمايتها جنائيا، خاصة في الدول التي لاتزال تعاني من انتهاكات حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في سياستها الجنائية.

كما لا يخفى بأن البحث يبقى ساريا حول الآليات الكفيلة بتحقيق الضمانات الكافية للحرية الشخصية طالما أن العلاقة الجدلية تبقى قائمة بين حرية الفرد و سلطان الدولة، وبصفة خاصة في قوانينها وسياستها الجنائية التي تشكل خطورة على تلك الحرية إذا ما استغلت بشكل تعسفي. مما يستوجب المزيد من الأبحاث والدراسات التي تكشف عن آليات وضمانات معاصرة لحماية الإنسان من تجريم وعقاب وإجراءات جنائية تهدد الكيان الفردي بما يحويه من حرية وكرامة إنسانية، وتقف حاجزا في وجه العقاب والاحتجاز التعسفي متجاوزة الإقرار التشريعي - على ما فيه من أهميّة لحق الحرية الشخصية - إلى الحماية الفعلية والواقعية.

ويمكن في ختام هذا البحث أن نعرض أهم النتائج والمقترحات التي توصلت إليها الدراسة:

أولاً- نتائج البحث:

1- أن الحرية الشخصية أخذت مفهوما واسعا بادئ الأمر في المستويين الفكري والتشريعي، ثم بدأت تتبلور لتأخذ بعدا أكثر دقة من ذي قبل، حيث تحررت من المفاهيم الفلسفية المختلفة إلى أن استقرت على المفهوم القانوني المنضبط، والذي يتجسد أصالة في صورة حق الفرد في الأمن والحماية من الاعتقال أو الحجز التعسفي خارج دائرة القانون، مع توفير الضمانات التشريعية اللازمة لذلك.

2- أن الحرية الشخصية تأخذ شكلها الخارجي ضمن الحق الفردي "العام"، والذي يقتضي وجود الدولة وضرورة تدخل سلطاتها لما لها من دور في تنظيم ووضع الأطر القانونية لضبط هذا الحق وغيره من الحقوق والحريات الفردية الأساسية والعامة؛ كي لا تصبح الحرية عبارة عن فوضى.

3- تتميز الحرية الشخصية عن غيرها من الحقوق والحريات الأساسية والعامة بكونها تمثل حجر الزاوية بالنسبة لها، حيث أن باقي الحريات الأساسية والعامة لا يمكن التمتع بها دون وجود الحرية الشخصية. كما يتميز حق الحرية الشخصية بخصائص عدّة يشترك فيها مع باقي الحقوق والحريات الفردية الأساسية، حيث تجمعه معها

علاقة عموم وخصوص، كما لا يجوز التنازل عنه ولا الاعتداء عليه كونه حقّ طبيعيّ بالمنظور الوضعي، ومنحة إلهيّة وحقٌّ فطريٌّ في النظام الإسلامي ببعديه العقدي والتشريعي. و لحق الحرية وجهان؛ أحدهما أنه **مطلقٌ** حيث ثبوته لجميع الأفراد وكل إنسان بموجب إنسانيته ودون استثناء أو فوارق. أما ثانيهما فيكمن في أن الحرية حقٌّ **نسبيٌّ** من حيث ممارسته في المجتمع، فهو مقيّد في ظل الجماعة التي تمثلها الدولة، وملزم بنظامها الذي تسعى سلطاتها من خلاله إلى تحقيق التوازن بين حرية الفرد و الأمن العام للمجتمع.

4- أن حق الحرية وعلاقة الفرد بسلطة الدولة تتسم بتكاملية الصلة بين الحاكم والمحكوم في النظام التشريعي الإسلامي، غير أنها ذات صبغة جدلية في ظل الأنظمة القانونية الوضعية. حيث أصبح من الضروري خضوع الحرية الفردية إلى تقييد السلطة العامة وللتنظيم القانوني في إطار مبدأ الشرعية الذي يبحث عن التوازن المنشود بين حرية الفرد والسلطة العامة.

5- تعتبر المقومات التي ترتكز عليها الحرية الشخصية وغيرها من الحريات الشخصية للإنسان بمثابة المناخ الذي تعيش فيه هذه الحقوق، ويظهر هذا في المبادئ السامية التي تبنى عليها ركائز الحرية الشخصية، وأهمها على الإطلاق مبدأ الكرامة الإنسانية والذي يعدّ مسألة مشتركة وجوهرية في كل من النظام التشريعي الإسلامي والأنظمة الوضعية الليبرالية خصوصا. كما تتكرس عدة مبادئ مشتركة كمبدأ الشرعية وسيادة القانون بصفته أكبر الدعامات لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية المتجسد في خضوع الدولة للقانون على اختلاف مصدره في كل نظام تشريعي، وتختص بموجبه السلطة التشريعية-على اختلاف مصدرها في كل نظام- بتنظيم الحرية، والسلطة القضائية كحارس لهذه الحريات والحقوق من الاعتداء. وكذا مبدأ الشورى في النظام الإسلامي و آليات الديمقراطية في الأنظمة الوضعية الليبرالية. وبالنسبة لمبدأ المساواة والعدل؛ فإن الاتفاق المبدئي ينعقد بين النظامين الإسلامي والوضعي حول المساواة، غير أنهما مختلفان حول تكييفها. وهناك ارتباط وثيق للحرية بمبدأ المسؤولية في كلا النظامين الإسلامي والوضعي.

6- من المبادئ المستقرة في الفكر القانوني الوضعي كدعامة للحرية الشخصية أن الأصل إطلاق وعمومية حقوق وحريات الأفراد وتقييدها استثنائي، و كذا الأصل في حقوق الإنسان أنها مسألة وطنية داخلية، ومبدأ تكامل حقوق الإنسان فيما بينها، وأنه لا يجوز التنازل عنها، بالإضافة إلى عدم جواز الاحتجاج بتقادم الجرائم

التي تشكلها انتهاكات حقوق الإنسان.

7- إن الأساس المرجعي الذي تنطلق منه الحقوق والحريات العامة يرتكز في منشئه على مصادر ومرجعيات فكرية تستند على المذاهب الليبرالية في المجتمعات الغربية الحديثة، وتجسدت واقعيا في المواثيق الدولية، والتشريعات الإقليمية والداخلية للدول الديمقراطية التي تحترم سيادة القانون. أما في النظام الإسلامي فنرى مصادر الحقوق والحريات مستقرة ومستندها ما كرّسته أصالة العقيدة والشريعة الإسلامية بأحكامها السّامية المقررة لحقوق الإنسان وحمايتها.

8- إن حماية الحرية الشخصية للفرد تتأكد بشدّة في مواجهة القوانين الجنائية، وذلك بواسطة ما يكفله القانون الجنائي بشقيه قانون العقوبات، وقانون الإجراءات الجزائية من قواعد وإجراءات لحماية مختلف حقوق الإنسان، وعن طريق ما يقرره من عقوبات في حالة وقوع ثمة اعتداء عليها أو انتهاك لها.

9- تسعى الحماية الجنائية للموازنة بين الحرية الشخصية والمصالح العامة للمجتمع المحمية جنائيّا، فطرق حماية الحرية الشخصية تتعدد بين تجريم الأفعال الماسة بالحرية ذاتها، والتي لا تستند لأي أساس قانوني، خاصة تلك التي تصدر من السلطة التنفيذية دون مسوغ قانوني، ولا مرور على الهيئات القضائية، وكذا إيجاد توازن بين ممارسة الحرية الشخصية وبين المصلحة العامة في التشريع الجنائي. وتكون أيضا بتقرير الضمانات التي تكفل حرية الفرد تجاه أي إجراء جنائي تتخذه السلطة العامة في الدولة لاقتضاء حقها في العقاب تحقيقا للمصلحة العامة.

10- تمثل السياسة الجنائية جوهر الحماية الجنائية، وهي في التشريع الجنائي الإسلامي أكثر وضوحا واستقرارا بالمقارنة مع سياسة التشريعات الجنائية الوضعية التي تختلف من دولة لأخرى. كما أن نجاح أي سياسة جنائية وضعية يكمن في إيجاد ذلك التوازن بين الحرية الشخصية وحق الدولة كممثل للمجتمع في التجريم والعقاب، وهو ما لا يتحقق إلا باتباع تلك المبادئ السامية التي وضعها التشريع الجنائي الإسلامي، واستقرّت على أغلبها حديثا المواثيق الدولية لحقوق الإنسان.

11- تنوعت الحماية الجنائية للحرية الشخصية بين موضوعية وإجرائية؛ فالأولى تسعى لتوفير تلك الحماية في مواجهة سلطة التجريم والعقاب. أما الحماية الجنائية الإجرائية فتضع ضوابط وحدود فاصلة بين حق الحرية الشخصية، وبين تنظيم الحرية والقيود المفروضة من طرف السلطة العامة على ممارستها، وهي تظهر أثناء التحقيق والكشف عن الجريمة المتهم بها بتدابيرها الأمنية في الحالات العادية أو

الاستثنائية، وكذلك بعد صدور الحكم بالإدانة على الشخص ضمن إجراءات التنفيذ العقابي.

12- إن من دواعي حماية الحرية الحرية الشخصية وكافة حقوق الإنسان في مواجهة القوانين الجنائية، خطورة هذه القوانين على الحرية بحكم طبيعتها، وهو ما يقتضي أن تركّز هذه القوانين على ضرورة إيجاد الوسائل الفنية والإجرائية التي تكفل التزام السلطة بعدم الاعتداء على حقوق الإنسان بحجة حماية أمن المجتمع، وأن تسعى لتحقيق التوازن بين ممارسة الحرية و بين تنظيمها.

13- أن الحرية الشخصية تتأثر بطبيعة الأنظمة السياسية القائمة في الدول؛ ففي حين تؤثر الأنظمة البوليسية بشكل سلبي على حقوق الأفراد وحرياتهم، مستغلة القوانين الجنائية كأداة للتحكم، نجد أن وضع الحرية الشخصية مختلف في أنظمة الدول القانونية، إذ تحكمه سيادة القانون الذي يعمل دوما على حماية الحريات العامة، ويحدّ من تعسف السلطات العامة في المساس بهذه الحريات، وذلك عن طريق فرض آليات احترام المشرع الجنائي للمبادئ الدستورية التي تشكل ضمانات للحرية.

14- يعدّ مبدأ الشرعية أهم دعامة دستورية لحماية الحرية الشخصية، بما يحمله من قيم دستورية سامية التي تحمي حقوق الإنسان وحرياته، كمبدأ سيادة القانون، والفصل بين السلطات، واللذان يضفيان على الشرعية الجنائية قيمة دستورية.

15- تعتبر الشرعية الدستورية في جانبها الشكلي والهرمي سدًّا منيعا تجاه انحراف التشريع الجنائي عن احترام وحماية الحقوق والحريات المقررة دستوريّا في نصوص التجريم والعقاب، وكذا الإجراءات الجنائية. وذلك من خلال الرقابة على دستورية القوانين الجنائية كآلية هامة لتقويم الشرعية الجنائية وفقا للأسس والمبادئ الدستورية التي تعترف بالحرية الشخصية وتوفر لها الحماية، خاصة وأن التشريع الجنائي قد ينحرف عنها.

16- تجسد الشرعية الجنائية مبدأ الشرعية الدستوري في المجال الجنائي بما تعنيه من حصر لمصادر التجريم والعقاب وإجراءات المتابعة الجزائية والتنفيذ العقابي في نصوص قانونية محددة تتوافق مع الحقوق والحريات، وتكفل الممارسة الطبيعية لها. وأن العناصر الجوهرية المكوّنة لمبدأ الشرعية الجنائية تتكامل ضمن ثلاث حلقات هي: شرعية الجرائم والعقوبات، وشرعية الإجراءات الجنائية، وشرعية التنفيذ العقابي.

17- ضمانات حماية الشرعية الجنائية الموضوعية للحرية الشخصية تكمن في الضوابط والقواعد التي تحكم سياسة التجريم والعقاب. وتظهر في النظام الجنائي الإسلامي من خلال ضرورة مراعاة الاعتبارات المقاصدية التي تحكم التجريم والعقاب، وكذلك ضمن ضوابط الشرعية في الجرائم والعقوبات المقدّرة والتعزيرية من قبيل: درء الحدود بالشبهات، و أن الخطأ في العفو لا في العقاب، وتحديد سلطة القضاء في تفسير النص الجنائي، وأنه لا اعتبار للقياس في العقوبات المقدرة.

18- تتجسد ضوابط شرعية التجريم والعقاب كضمانة للحرية الشخصية في الأنظمة الجنائية الوضعية من خلال وجوب مراعاة التوازن بين النصوص الجنائية والحرية الشخصية، ووضوح النصوص الجنائية وتحديد السلطة المنوطة بسنّها، والتزام المشرع بالضرورة الاجتماعية في التجريم والعقاب، وألا يكون هناك أي تجريم ولا عقاب دون نصٍّ قانونيّ، وضابط تقييد السلطة التقديرية للقاضي في تطبيق وتفسير النصوص الجنائية بأن يسعى لتحقيق العدالة في تفريد العقوبة وتسبيب أحكامه، والتفسير الضيق للنصوص الجنائية، وعدم القياس عليها في غير مصلحة المتهم.

19- هناك أوجه تشابهٍ بين ضمانات شرعية التجريم والعقاب في النظام الجنائي الإسلامي و الأنظمة الجنائية الوضعية، حيث التمسا الحفاظ على الحرية الشخصية والكرامة الإنسانية في سياستهما الجنائية للتجريم والعقاب، كما وضعا ضوابطا لتطبيق النصوص الجنائية، حتى لا يُحاد عن العدالة واحترام كيان الإنسان بتحقيق الموازنة بين مصلحة الجماعة والأفراد.

20- تعدّ كلّ من قاعدة عدم رجعية القوانين الجنائية، وشخصية المسؤولية الجنائية والعقوبة، من القواعد الفرعية المنبثقة عن مبدأ الشرعية الجنائية، ونتيجة منطقية ولازمة لها. كما أنّ موقف الشريعة الإسلامية يؤسس لحماية الفرد من خلال رجعية الأحكام الجنائية إذا كانت الأصلح له، في الوقت الذي تحث عليه حديثاً الأنظمة الجنائية والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان، وبصفة خاصة لزوم رجعية القانون الأصلح للمتهم بعد القوانين الاستثنائية وحالات الطوارئ لتلافي آثارها الوخيمة على الحرية الشخصية وحقوق الإنسان.

21- إن ضمانات حماية الشرعية الجنائية الإجرائية للحرية الشخصية في مواجهة سلطة الاتهام والتنفيذ العقابي، تكمن في عدة مبادئ تعدّ أساسا تنضبط به الإجراءات الجنائية حتى لا تزيغ عن السياسة الجنائية للتشريع الجنائي، من قبيل مبدأ البراءة الأصلية، ومبدأ قانونيّة الإجراءات الجزائية، ولا عقوبة بغير دعوى.

22- تزداد ضرورة احترام مبادئ الشرعية الإجرائية من طرف السلطة العامة في الدولة في الظروف الاستثنائية و ضمن القوانين الطارئة الصادرة خلالها، لما تخلفه تلك الأحكام العرفية عادة من آثار سلبية على الحرية الشخصية للأفراد جرّاء تسرّع السلطة التنفيذية في مواجهة تلك الظروف، وخروجها على مقتضيات مبدأ الشرعية الدستوري.

23- يعتبر احترام مبادئ العدالة الانتقالية ضرورة لتجاوز آثار الظروف الاستثنائية والتعويض عن انتهاك الحرية الشخصية، فالعدالة الانتقالية تردّ الاعتبار للحرية الشخصية، وهي لا تتحقق إلا وفقا لمقتضياتها الشاملة من معرفة للحقيقة، و الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الاختفاء القسري والاعتقال خارج نطاق الشرعية والقانون.

24- إن المسعى الذي جاء لأجل تحقيقه قانون السلم والمصالحة الوطنية بالجزائر سنة 2005 على ما فيه من إيجابيات ، إلا أنه لم يحقق أهدافه كاملة بخصوص قيام المسؤولية الجنائية، وإنصاف ضحايا المأساة الوطنية ممن فقدوا حريتهم الشخصية بالاعتقال، وحتى حياتهم بالاختفاء القسري. وهو ما يوجب عدم تقادم الدعوى تجاه الاعتداء على الحقوق الأساسية للإنسان، وحتى لا يكون الإفلات من العقاب ذريعة لأي انتهاك لحقوق الإنسان وحرياته تحت أي طائل، وفي أي ظرف كان.

ثانيا- مقترحات وآفاق البحث:

أوّلا: ينبغي على أي دولة قانونية أن تتلافى أسباب دخولها في ظروف استثنائية من دواعي أمنية و سياسية واقتصادية واجتماعية، لما تتركه قوانين الطوارئ وأحكامها العرفية الصادرة في فترة الظروف الاستثنائية من آثار سلبية على حق الحرية الشخصية وغيره من الحقوق الاساسية والعامة. وتحسبا لتلك الظروف؛ ينبغي أن تسنّ قوانين الطوارئ في الحالة العادية للدولة من طرف المؤسسة التشريعية، و تراقب من طرف المؤسسات الدستورية للدولة، وذلك احتراما لمبدأ الشرعية، ولتلافي صدورها عن طريق السلطة التنفيذية إبان الظروف الاستثنائية، حيث تتسرع عادة في إصدارها، كما ينجم عن أحكامها العرفية اللاتوازن والاختلال في قانون الطوارئ، من تضييق على الحرية دون ضرورة ملحة، و إعطاء صلاحيات موسعة للسلطة التنفيذية في الاعتقال والنيل من حرية الأفراد خارج إطار الشرعية.

ثانيا: إضافة عدم تقادم الجرائم الماسّة بالحرية الشخصية، و كلّ ما يمسّ أمن الفرد

كالاعتقال التعسفي والتعذيب إلى مواد الدستور الجزائري لتحصين الأفراد تجاه مثل هذه الأفعال بعقاب كلّ من تطوّع له نفسه ارتكابها. ولا يكتفي الأمر عند الشرعية الدستورية، بل يتعدّاه إلى تجسيده في نصوص قانون العقوبات والإجراءات الجزائية، مع اختصاص قاضي التحقيق دون النيابة العامة بشأنها، لما لهذه الأخيرة من علاقة بالسلطة التنفيذية التي غالبا ما تكون مصدر الاعتقال التعسفي.

ثالثا: على المشرع الجزائري أن ينصّ في تعديلات قانون العقوبات على إمكانية رجعية القانون إذا كان الأصلح للمتهم بعد صدور الحكم البات لتوفير ضمان وحماية أكبر للمتهم بأن يبرئ ساحته، وهذا بإدراجه ضمن طرق الطعن غير العادية في حالات التماس إعادة النظر، على غرار التشريعات العربية الأخرى كالمصري والكويتي واللبناني.

رابعا: ينبغي للمؤسس الدستوري الجزائري أن يحمي الحريات بشكل أمثل، حين يتيح صلاحيات أكبر للمجلس الدستوري ، وهذا عن طريق الرقابة السابقة بقوة القانون وبصفة تلقائية على دستورية اللوائح والتشريعات التنظيمية الماسة بالحقوق والحريات ، إضافة لآلية الإخطار المباشر من طرف الأفراد لهذه الهيئة.

وفي الأخير؛ من خلال حوصلة لأهم نتائج هذا البحث، فإن الباحث لا يدعي استفاء الموضوع حقه برغم بذل الجهد و السعي لاستكمال ذلك القصور والنقص الذي يكتنفه، ويذكر بهذا الصدد قول عماد الدين الأصفهاني : « إنّي رأيت أنّه لا يكتب أحد كتابًا في يومه، إلاّ قال في غده: لو غُيّر هذا لكان أحسن، ولو زيد هذا لكان أحسن، ولو قُدّم هذا لكان أفضل، ولو تُرك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر ».

و أسأل الله أن يبارك لي هذا العمل ويدخره في ميزان حسناتي، وأن يفتح لي بمزيد نوره وينفع به أمّتي ، ويرحم كل من أعانني في إنجازه. وصلّي اللّهم وبارك على محمد وعلى آله وأصحابه الأطهار الميامين، آمين.

و آخر دعوانا أن الحمد للّه ربّ العالمين .

البويرة، الجزائر في : 30 سبتمبر 2018م.

الفهارس العامة

وفيها:

أ: فهرس الآيات القرآنية .

ب: فهرس الأحاديث .

ج: فهرس الآثار .

د: فهرس القواعد الأصولية والفقهية.

هـ: فهرس المصادر والمراجع .

و : فهرس المحتويات.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

أ : فهرس الآيات القرآنية

نص الآية	السورة ورقمها	صفحة
- (وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً...)	البقرة : 30	148
- (وَعَلَّمَ آدَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا...)	البقرة : 31	148
- (وَلَا تَلْبِسُوا الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ وَتَكْتُمُوا الْحَقَّ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ)	البقرة : 42	29
- (وَإِذْ قَالَ إِبْرَاهِيمُ رَبِّ اجْعَلْ هَذَا بَلَدًا آمِنًا وَارْزُقْ أَهْلَهُ مِنَ الثَّمَرَاتِ)	البقرة : 126	67
- (فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ)	البقرة : 178	266
- (وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ)	البقرة : 179	67، 260
- (فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ..)	البقرة : 193	67
- (فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ...)	البقرة : 194	67
- (تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ)	البقرة : 229	266
- (فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ)	البقرة : 275	308
- (لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ)	البقرة : 286	324
- (وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ)	آل عمران : 159	152
- (وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا)	النساء : 29	142
- (وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا)	النساء : 58	344
- (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ)	النساء : 92	66
- (وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً... وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا)	النساء : 92-93	67
- (وَمَنْ يَكْسِبْ إِثْمًا فَإِنَّمَا يَكْسِبُهُ عَلَى نَفْسِهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا)	النساء : 111	324
- (مَنْ يَعْمَلْ سُوءًا يُجْزَ بِهِ)	النساء : 123	324
- (فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاصْفَحْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ)	المائدة : 13	264
- (مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا)	المائدة : 32	67، 260
- (إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا...)	المائدة : 33	258
- (أَوَمَنْ كَانَ مَيْتًا فَأَحْيَيْنَاهُ)	الأنعام : 22	66

نص الآية	السورة ورقمها	صفحة
- (وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ)	المائدة : 45	266
- (ثُمَّ رُدُّوا إِلَى اللَّهِ مَوْلَاهُمُ الْحَقِّ)	الأنعام : 62	29
- (وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى)	الأنعام: 164	324، 325
- (اتَّبِعُوا مَا أُنْزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ وَلَا تَتَّبِعُوا مِنْ دُونِهِ أَوْلِيَاءَ قَلِيلًا مَا تَذَكَّرُونَ)	الأعراف : 3	151، 209
- (وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ)	الأعراف : 157	67
- (إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ)	الأنفال : 38	308
- (فَإِذَا سَوَّيْتُهُ وَنَفَخْتُ فِيهِ مِنْ رُوحِي فَقَعُوا لَهُ سَاجِدِينَ)	الحجر : 29 وص: 72	146
- (وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ)	النحل : 126	67
- (وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا)	الإسراء : 15	157، 209، 308
- (وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا)	الإسراء : 32	258
- (وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفْ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا)	الإسراء : 33	260
- (وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ...)	الإسراء : 70	51، 148
- (فَتَعَالَى اللَّهُ الْمَلِكُ الْحَقُّ)	طه : 114	29
- (ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ)	الحج : 06	29
- (أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَاكُمْ عَبَثًا وَأَنَّكُمْ إِلَيْنَا لَا تُرْجَعُونَ)	المؤمنون: 115	148
- (الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ)	النور : 2	208، 258
- (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ...)	النور: 7-10	313
- (وَمِنْ آيَاتِهِ خَلْقُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافُ أَلْسِنَتِكُمْ وَأَلْوَانِكُمْ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِلْعَالِمِينَ)	الروم : 22	147
- (إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا)	الأحزاب : 72	69
- (لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلَى أَكْثَرِهِمْ فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ)	يس: 7	29
- (مَنْ عَمِلَ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّامٍ لِلْعَبِيدِ)	فصلت : 46	324
- (وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ)	الشورى : 38	152
- (إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ)	الحجرات : 13	51، 148
- (وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ)	الذاريات : 19	29

نص الآية	السورة ورقمها	صفحة
- (إِنَّهُ لَحَقٌّ مِّثْلَ مَا أَنَّكُمْ تَنطِقُونَ)	الذاريات: 23	29
- (وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ)	الذاريات : 56	164
- (كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ)	الطور : 21	157
- (أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ وَأَنَّ سَعْيَهُ سَوْفَ يُرَىٰ ثُمَّ يُجْزَاهُ الْجَزَاءَ الْأَوْفَىٰ)	النجم : 41	158
- (لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ...)	الحديد : 25	148
- (وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ)	الطلاق : 1	209
- (كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ)	المدثر : 38	157
- (فَلْيَعْبُدُوا رَبَّ هَٰذَا الْبَيْتِ الَّذِي أَطْعَمَهُم مِّن جُوعٍ وَآمَنَهُم مِّنْ خَوْفٍ)	قريش : 3-4	67

عبد القادر للعلوم الإسلامية

ب: فهرس الأحاديث النبوية

نص الحديث ..... صفحة

- ادْرَءُوا الْحُدُودَ عَنْ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ فَإِنْ كَانَ لَهُ مَخْرَجٌ فَخَلُّوا سَبِيلَهُ ، فَإِنَّ الْإِمَامَ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعُقُوبَةِ 262
- ادرؤوا الحدود بالشبهات 271
- أَقِيلُوا ذَوِي الْهَيْئَاتِ عَثَرَاتِهِمْ إِلَّا الْحُدُودَ 284
- ألا لكل ملكٍ حِمَى ، ألا وإن حمى الله محارمه 103
- أَلَا كلُّ شَيْءٍ مِنْ أَمْرِ الْجَاهِلِيَّةِ تَحْتَ قَدَمَيَّ مَوْضُوعٌ، وَدِمَاءُ الْجَاهِلِيَّةِ مَوْضُوعَةٌ.... 308
- أَمَا إِنَّهُ لَا يَجْنِي عَلَيْكَ وَلَا تَجْنِي عَلَيْهِ ، وَقَرَأَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : (وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى) 325
- أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى أَنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ 333
- إنّ من أعظم الجهاد كلمة عدل عند سلطان جائر 154
- بم تقضي؟ قال أقضي بكتاب الله ، فإن لم أجد فبسنة رسول الله ، فإن لم أجد أجتهد رأيي. ...حديث معاذ 270
- الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ 333
- الَّذِي يَخْنُقُ نَفْسَهُ يَخْنُقُهَا فِي النَّارِ وَالَّذِي يَطْعُنُهَا يَطْعُنُهَا فِي النَّارِ 142
- فَإِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَدْ حَرَّمَ عَلَيْكُمْ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ إِلَّا بِحَقِّهَا 69
- فَإِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا ..... 70، 149، 163
- فإن دماءكم ، وأموالكم ، وأعراضكم ، حرام عليكم... 103
- كَسْرُ عَظْمِ الميِّتِ كَكَسْرِهِ حَيّاً 149
- كُلُّ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ حَرَامٌ دَمُهُ وَمَالُهُ وَعِرْضُهُ 69
- كل المسلم على المسلم حرامٌ ، دمه ، وماله عرضه ، وألاّ يظن به إلا خيرا 103
- كُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ ، الْإِمَامُ رَاعٍ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ 68
- كلمة حق عند ذي سلطان جائر 154
- لَا تَجْلِدُوا فَوْقَ عَشْرَةِ أَسْوَاطٍ إِلَّا فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ 283
- لَا تُؤْذُوا الْمُسْلِمِينَ وَلَا تُعَيِّرُوهُمْ وَلَا تَتَّبِعُوا عَوْرَاتِهِمْ فَإِنَّهُ مَنْ تَتَبَّعَ عَوْرَةَ أَخِيهِ الْمُسْلِمِ تَتَبَّعَ اللَّهُ عَوْرَتَهُ وَمَنْ تَتَبَّعَ اللَّهُ عَوْرَتَهُ يَفْضَحْهُ وَلَوْ فِي جَوْفِ رَحْلِهِ 69
- لَا يُؤْخَذُ الرَّجُلُ بِجَرِيرَةِ أَبِيهِ وَلَا بِجَرِيرَةِ أَخِيهِ 325
- لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ 333
- ما أطيبك وأطيب ريحك ما أعظمك وأعظم حرمتك ، والذي نفس محمد بيده لحرمة المؤمن أعظم عند الله حرمةً منك. ماله ودمه ، وأن نظن به إلا خيرا 103

نص الحديث..... صفحة

- مَثَلُ الْقَائِمِ عَلَى حُدُودِ اللَّهِ وَالْوَاقِعِ فِيهَا كَمَثَلِ قَوْمٍ اسْتَهَمُوا عَلَى سَفِينَةٍ فَأَصَابَ بَعْضُهُمْ أَعْلَاهَا وَبَعْضُهُمْ أَسْفَلَهَا... حديث السفينة ..... 86، 132، 157
- مَنْ بَلَغَ -في رواية مَنْ ضَرَبَ- حَدًّا فِي غَيْرِ حَدٍّ فَهُوَ مِنَ الْمُعْتَدِينَ 278
- ... يَا أَيُّهَا النَّاسُ أَلَا إِنَّ رَبَّكُمْ وَاحِدٌ وَإِنَّ أَبَاكُمْ وَاحِدٌ أَلَا لَا فَضْلَ لِعَرَبِيٍّ عَلَى أَعْجَمِيٍّ وَلَا لِعَجَمِيٍّ عَلَى عَرَبِيٍّ وَلَا لِأَحْمَرَ عَلَى أَسْوَدَ وَلَا أَسْوَدَ عَلَى أَحْمَرَ إِلَّا بِالتَّقْوَى... ..... 51، 148

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

ج: فهرس الآثار

نص الأثر ..... صاحبه ..... صفحة

- أما بعد: فإن أُناسا قِبَلَنَا لا يؤدون ما عليهم من الخراج حتى يمسّهم من العذاب". فكتب إليه عمر.." ..... عديّ بن أرطأة رضي الله عنه 71
- أما بعد : فالعجب كلّ العجب من استئذانك إيـاّيَ في عذاب البشر"... ..... عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه 71
- إنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى وإذا هذى افترى ، فحدوه حدّ المفتري"... ..... علي بن أبي طالب رضي الله عنه 270
- ثمّ الفهم الفهم فيما أُدلِيَ إليك مما ورد عليك مما ليس في القرآن ولا السنة. ثم قايـس الأمور عند ذلك ..." .. عمر بن الخطاب رضي الله عنه 347
- متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحرارا ..... عمر بن الخطاب رضي الله عنه ..... 82، 150، 155، 163
- والضعيف فيكم قويّ عندي حتى أريح عليه حقه... ... أبو بكر الصديق رضي الله عنه 150

د: فهرس القواعد الأصولية والفقهية

نص القاعدة ..... صفحة

- "أذى المؤمن في موته كأذاه في حياته" 149
- "استعمال الحق مقيد بشرط السلامة" ..... 143، 153، 287
- "الأصل براءة الذمة" ..... 103، 333
- "الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم" ..... 210، 333، 280
- "الاعتبار للمعنى لا للألفاظ" 62
- "البراءة الأصلية" 189
- "الجهل بالتحريم يسقط العقاب حدّا أو تعزيراً" 210
- "الحلال بيّن والحرام بيّن..." 206
- "الخطأ في العفو لا في العقاب" 264
- "الشرع متشوّفٌ للحرّية" ..... 65، 155
- "الضرر لا يزال بمثله" ..... 54، 66، 103
- "الضرر لايزال بالضرر " 66
- "الضرر يزال" ..... 103، 266
- "العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني" 62
- "العقل مناط التكليف" 148
- "النظر في مآلات الأفعال معتبرٌ مقصودٌ شرعًا" 281
- "اليقين لا يزول بالشك" 338
- "ترك الواجب وفعل المحرم معصية فيها تعزير إذا لم تكن هناك عقوبة مقدرة" 276
- "جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق" 255
- "حق العبد لا محالة فيه حق الله تعالى" 114
- "حقُّ الغير محافظٌ عليه شرعاً" 132
- "حقوق الله لا يجوز للعباد إسقاطها" 114
- "خطاب الله تعالى متعلق بأفعال المكلفين" 83
- "درء الحدود بالشبهات" ..... 189، 262، 263، 264، 265، 268، 269، 303، 370، 379
- "فعل الإمام مقيّد بشرط السلامة ولا يجوز له الإتلاف" ..... 153، 280
- "كل حكم شرعي أمكن تعليله فالقياس جائز فيه" 270
- "لا تترتب الأحكام الشرعية في العبادات والمعاملات إلا على النيّات و المقاصد" 62
- "لا تكليف شرعا إلا بفعل ممكن مقدور للمكلف معلوم له علما يحمله على امتثاله" 309
- "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع" ..... 210، 309
- "لا ضرر ولا ضرار" ..... 163، 277

نص القاعدة ..... صفحة

- "لا قياس في العقوبات المقدرة" 269
- "ما بني على باطل فهو باطل" 202
- "ما هو لله من الحقوق فهو لله" 163
- "هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها؟" 62
- يُتحمّل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام" 28

□

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

هـ: فهرس المصادر والمراجع

أولا: المصادر والمراجع باللغة العربية:

I) قائمة الكتب:

القرآن الكريم من المصحف الإلكتروني.

أ – كتب التفسير:

1. الطبري ، أبو جعفر محمد بن جرير (جامع البيان في تفسير القرآن) ، دار المعرفة ، بيروت.ط2 ، 1972م.
2. القرطبي ، أبو عبد الله الأنصاري : (الجامع لأحكام القرآن) ، دار الكتاب العربي ، بيروت.دط ، دت.
3. قطب ، سيد : (في ظلال القرآن) دار الشروق ، القاهرة ، ط12 ، 1986م- وطبعة دار إحياء التراث العربي ، بيروت.ط3 ، 1961م.
4. ابن كثير ، أبو الفداء إسماعيل : (تفسير القرآن العظيم) ، دار المعرفة ، بيروت.دط.1400هـ1980م.- وطبعة، دار الأندلس ، بيروت.دط ، دت.
5. النسائي ، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن-ت303ه- (سنن النسائي بشرح جلال الدين السيوطي) دار الكتاب العربي ، بيروت. دط-دت.
6. النسفيّ، أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود-ت710هـ- : (مدارك التنزيل وحقائق التأويل) تح: يوسف علي بدوي، و محي الدين ديب متو، دار الكلم الطيب، بيروت، ط1، 1998.

ب-كتب الحديث، والأثر والتراجم:

1. ابن أبي شيبة ، أبو بكر عبد الله بن محمد الكوفي: (الكتاب المصنف في الأحاديث والأذكار) تح : كمال يوسف الحوت ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ط1 ، 1409هـ
2. ابن الأثير، الجزري الملقب بعز الدّين-ت630ه- (الكامل في التاريخ) دارالكتاب العربي ، بيروت.ط5 ، 1405هـ1985.
3. ابن أنس، مالك: (الموطأ) تح : محمود بن الجميل، دار الإمام مالك ، البليدة ، الجزائر.
4. ابن أنس، مالك-ت179ه-:(الموطأ برواية يحي بن يحي الليثي) دار النفائس ، بيروت.ط11 ، 1990.
5. الباجي ، أبو الوليد سليمان : (المنتقى شرح الموطأ) ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، ط1 ، 1332هـ.
6. البخاري ، محمد بن إسماعيل-ت256ه- (صحيح البخاري) طبعة دار ابن كثير، القاهرة ، 1993.
7. البيهقي ، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي -ت458هـ- : (السنن الكبرى مع الجوهر النقي) دار الفكر ، بيروت.
8. الترمذي ، محمد بن عيسى السلمي -ت : 279هـ- (الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي) تح : إبراهيم عطوة عوض، مطبعة الحلبي ، القاهرة ، ط1 ، 1962.

وكذا طبعة دار الفكر ، بيروت، تحقيق : عبد الرحمن محمد عثمان. ط2. 1403هـ -1983م.

و كذا طبعة دار إحياء التراث العربي، تحقيق: محمد شاكر وآخرون. ، بيروت. دط. دت.

9. ابن الجوزي ، جمال الدين أبو الفرج-ت597هـ-: (تاريخ عمر بن الخطاب) دارالزهراء ، الجزائر.ط1 ، 1990م.
10. ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني-ت852هـ- (فتح الباري شرح صحيح البخاري) تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ومحبّ الدين الخطيب. طبعة دار المعرفة ، بيروت.دط-دت. و طبعة المكتبة السلفية، ط1، دت.
11. ابن حنبل ، أحمد (المسند) دار الفكر ، بيروت.دط-دت.
12. ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد-ت241ه-: (المسند ، و بهامشه : منتخب كنز العمال) طبعة دار الفكر ، بيروت. دط-دت. و طبعة المكتب الإسلامي، بيروت.
13. ابن أبي داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي -ت275ه-:(السنن) تح : شعيب الأرناؤوط ، محمد كامل قرّه بللي، دار الرسالة العالمية ، دمشق ، طبعة خاصة ، 2009.وكذا:تحقيق:محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، الرياض.ط1، 1998م.
14. ابن رجب، الحنبلي-795ه- : (جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم) تحقيق : شعيب الأرناؤوط ، وإبراهيم باجس.دار الهدى ، عين مليلة.الجزائر.ط1 ، 1991م.
15. ابن سعد ، محمد بن منيع الهاشمي البصري-ت230ه- : (الطبقات الكبرى) تحقيق : محمد عبد القادر.دار الكتاب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 1990م.
16. الشوكاني ، محمد بن علي -ت1250هـ-: (نيل الاوطار في شرح منتقى الأخبار) تحقيق : طه عبد الرءوف سعد ، ومصطفى محمد الهواري. مكتبة الكليات الأزهر ، القاهرة .دط-دت.
17. الصنعاني، عبد الرزاق أبو بكر بن الهمام:(المصنف)تح :حبيب الرحمان الأعظمي،دار المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1403هـ.
18. الطيبي ، شرف الدين الحسين بن عبد الله : (شرح الطيبي على مشكاة المصابيح المسمى : الكاشف عن حقائق السنن) تح : عبد الحميد هنداوي ، مكتبة نزار مصطفى الباز ، مكة المكرمة- الرياض ، ط1 ، 1997م.
19. ابن ماجه ، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني-ت273ه-: (سنن ابن ماجه) تح. محمد فؤاد عبد الباقي ، طبعة دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة ، 1954م.
20. مسلم ، بن الحجاج النيسابوري ت261هـ- : (صحيح مسلم بشرح النووي-ت676هـ-) تحقيق عصام الصبابطي وآخرون، دار الحديث ، القاهرة.ط1 ، 1994م.
21. ابن هشام، عبد الملك-ت218ه-: (سيرة النبي صلى الله عليه وسلم)تحقيق : محمد محي الدين عبد الحميد ، دار الفكر ، بيروت. دط-دت.
22. الهندي ، علي المتقي -975ه- : (كنز العمال في سنن الأقوال و الأفعال) رقم13374 ، مؤسسة الرسالة ، بيروت.دط ، 1413ه-1993م.

ج-كتب المعاجم والقواميس والموسوعات:

1. أنيس إبراهيم وآخرون : (المعجم الوسيط) دار الفكر ، بيروت. دط-دت.
2. الجرجاني ، الشريف علي بن محمد : (التعريفات) .دار الكتب العلمية. بيروت.ط3 . 1408هـ- 1988م.

3. جروان، السابق:(معجم اللغات عربي فرنسي إنجليزي) دار سابق ، بيروت.ط1، 1984م.
4. الجوهري ، إسماعيل بن حماد : (الصحاح ، تاج اللغة وصحاح العربية) دار العلم للملايين ، بيروت.ط3 ، 1404هـ - 1984م.
5. الزغبي، فريد: (الموسوعة الجزائية) دار صادر ، بيروت. ط3 ، 1995.
6. الشهاوي، قدري عبد الفتاح: (الموسوعة الشرطية القانونية)،عالم الكتب، القاهرة، دط ، 1977.
7. صحافة جامعة أكسفورد : (قاموس أكسفورد الحديث-Oxford wordpower-إنكليزي -إنكليزي-عربي) إصدار صحافة جامعة أكسفورد ، المملكة المتحدة ، تم طبعه بالصين ، ط4 ، سنة 2000 .
8. عبد الباقي ، محمد فؤاد : (المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم) دار إحياء التراث العربي ، بيروت – ودار الكتب المصرية ، القاهرة.ط1 ، 1945.
9. ابن فارس، أبو الحسين أحمد : (معجم مقاييس اللغة) تحقيق : عبد السلام هارون. دار الفكر ، بيروت. دط. 1979م.
10. الفكهاني، حسن: (الموسوعة القضائية والفقه للدول العربية) سنوية تصدر عن الدار العربية للموسوعات. القاهرة. عدد سنة 1983.
11. الفيروز أبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب : (القاموس المحيط) تحقيق محمد نعيم العرقسوسي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط8 ، 2005 .
12. ابن منظور، جمال الدين : (لسان العرب) ،دار المعارف ، القاهرة. دط- دت.

د-كتب مذاهب الفقه الإسلامي وأصوله:

01-كتب الحنفية:

1. البخاري ، عبد العزيز الحنفي-ت730هـ- : (كشف الأسرار عن أصول فخرالإسلام البزدوي) دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة. دط-دت.
2. الزيلعي ، فخر الدين الحنفي-ت743هـ- : (تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق) ، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة.ط2 ، دت.
3. السرخسي ، شمس الدين-ت490- : (المبسوط) ، دار المعرفة ، بيروت.دط ، 1406هـ1986م. المجلد5 .
4. ابن عابدين ، محمد الأمين الحنفي : (حاشية رد المحتارعلى الدر المختار) ، دار الفكر بيروت.ط2 ، 1399هـ - 1979م.
5. الكاساني ، علاء الدين الحنفي-ت587هـ- : (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) ، مطبعة الجمالية ، القاهرة.ط1 ، 1328هـ - 1910م
6. ابن النجيم ، زين الدين: (الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان) تحقيق : زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 1419هـ- 1999م.
7. ابن النجيم ، زين الدين : (البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية للنّسفي) ، دار الكتب العلمية ، بيروت.ط1 ، 1418هـ ، 1997م.

8. ابن الهمام ، كمال الدين الحنفي –ت681هـ–: (شرح فتح القدير على الهداية : شرح بداية المبتدئ للمرغيناني) ، دار الفكر ، بيروت. ط2. دت.
9. أبو يوسف ، يعقوب بن إبراهيم الحنفي– ت 182 هـ– : (موسوعة الخراج : كتاب الخراج لأبي يوسف) دار المعرفة ، بيروت ، د ط، 1302 هـ.

02–كتب المالكية:

1. الباجي ، سليمان بن خلف المالكي : (المنتقى شرح الموطأ) ، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة ، دط–دت .
2. الحطاب ، أبو عبد الله ، محمد بن عبد الرحمان المغربي المالكي–ت954هـ– : (مواهب الجليل ، شرح مختصر خليل) ، دار الفكر ، بيروت.ط2 ، 1398هـ .
3. الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة:(حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير–مالكي–)دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط،دت.
4. ابن رشد ، أبو الوليد : (بداية المجتهد ونهاية المقتصد) تحقيق : الشيخ محمد شاكر .مكتبة الخانجي ، القاهرة ، ط3 ، 1994.
5. الزرقاني ، محمد بن عبد الباقي بن يوسف (شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك) تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد ، مكتبة الثقافة الدينية ، القاهرة ، ط1 ، 2003 .
6. الشاطبي ، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي –ت790هـ– : (الاعتصام) دار شريفة ، الجزائر.دط ، دت.
7. الشاطبي ، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي : (الموافقات في أصول الشريعة) . تحقيق عبد الله دراز ،طبع وزارة الأوقاف السعودية ، دط ، د ت ن .
8. ابن فرحون ، برهان الدين أبو الوفاء المالكي : (تبصرة الحكام في أصول الأقضية و مناهج الأحكام) ، دار الكتب العلمية ، بيروت.ط1 ، 1416هـ1995م.
9. القرافي ، شهاب الدين (الفروق) دار إحياء الكتب العربية ، بيروت، ط1 ، 1344هـ وطبعة عالم الكتب ، بيروت. دط، دت.
10. القرافي ، شهاب الدين : (الذخيرة) دار الغرب الإسلامي ، دم.ط1 ، 1994م.

03–كتب الشافعية:

1. الآمدي ، علي بن محمد (الإحكام في أصول الأحكام) تحقيق : عبد الرزاق عفيفي ، طبعة دار المكتب الإسلامي ، بيروت ، سنة 1402هـ . وطبعة دار الكتب العلمية ، بيروت. دط ، 1403هـ – 1983م.
2. التفتازاني ، سعد الدين–الشافعي– : (شرح التلويح على التوضيح) دار العهد الجديد ، دم.دط–دت.
3. الجويني ، أبو المعالي عبد الملك : (البرهان في أصول الفقه) تحقيق : عبد العظيم محمود الديب.دار الوفاء ، المنصورة ، مصر. ط4 ، 1418هـ .
4. الجويني ، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله الشافعي–ت478– : (الغياثي ، غياث الأمم في تيّاث الظّلم) تحقيق : د. عبد العظيم الديب. مطبعة نهضة مصر ، دم. ط2 ، 1401هـ.
5. الزنجاني ، محمود بن أحمد أبو المناقب الشافعي–ت656هـ– (تخريج الفروع على الأصول) تحقيق د.

محمدأديب الصالح. مؤسسة الرسالة ، بيروت.ط2 ، 1398هـ .
6. السبكي ، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين: (الأشباه و النظائر) دار الكتب العلمية ، بيروت ط1 ، 1991م .
7. ابن سلام ، أبو عبيد القاسم ، الشافعي-ت224هـ- : (كتاب الأموال) دار الفكر ، بيروت ، بالاشتراك مع مكتبة الكليات الأزهرية ، القاهرة . ط 3 ، 1981م.
8. السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمان أبي بكر: (الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية) دار الكتب العلمية ، بيروت.ط1 ،1411ه، ـ 1990.
9. الشافعي، محمد بن إدريس (الأم) دار المعرفة ، بيروت ، ط2 ، 1393هـ.
10. الشربيني ، محمد الخطيب الشافعي : (الإقناع) تحقيق : مركز البحوث والدراسات دارالفكر ، بيروت.دط ، 1415هـ.
11. الشيرازي، محمد أبو إسحاق بن إبراهيم ، (المهذب في فقه الإمام الشافعي) دار الفكر ، بيروت ، دط – دت.
12. العبادي ، ابن القاسم:(حاشية العبادي والشرواني على تحفة المحتاج في شرح المنهاج لابن حجر الهيتمي – شافعي-) المكتبة التجارية الكبرى ، القاهرة ، دط ، 1983.
13. عز الدين ، أبو محمد بن عبد السلام السلمي الشافعي : (قواعد الأحكام في مصالح الأنام) ، دار الكتب العلمية ، بيروت. دط-دت.
14. الغزالي ، أبو حامد محمد –الشافعي- (الوسيط) تحقيق : أحمد محمود إبراهيم. ومحمد محمد تامر. دار السلام ، القاهرة. ط1 ، 1417هـ.
15. الغزالي، أبو حامد : (المستصفى من علم الأصول). وبحاشيته : الأنصاري، عبد العلي محمد بن نظام الدين-الشافعي- : (فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت في أصول الفقه لمحب الله بن عبد الشكور) تحقيق : ابراهيم محمد رمضان ، طبعة دار الأرقم ، بيروت.ط1، دت.
16. وطبعة بولاق، المطبعة الأميرية ، القاهرة.ط1. 1324هـ.
17. الماوردي ، أبو الحسن : (الأحكام السلطانية والولايات الدينية) تعليق : خالد عبد اللطيف السّبع العلمي.دار الكتاب العربي ، بيروت. ط1 ، 1990م.

04- كتب الحنابلة:

1. ابن تيمية ، تقي الدين الحراني الحنبلي (السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية) دار المعرفة ، بيروت. دط ، دت .
2. الفراء ، أبو يعلى محمد الحنبلي -ت458هـ- (الأحكام السلطانية) تعليق : محمد حامد الفقي. دار الكتب العلمية ، بيروت. دط ، 1403هـ – 1983م .
3. ابن قدامة ، عبد الله المقدسيّ : (روضة الناظر وجنة المناظر) تحقيق : د.عبد العزيز بن عبد الرحمان السعيد. جامعة الإمام محمد بن سعود ، الرياض ، ط2 ، 1399ه.
4. ابن قدامة ، موفق الدين المقدسي الحنبلي : (المغني) دار الكتاب العربي ، بيروت.دط ، 1403هـ – 1983م .
5. ابن قيم ، الجوزية محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي-ت751- : (الطرق الحكمية في السياسة الشرعية) تحقيق د-محمد جميل غازي. مطبعة المدني. القاهرة .

6. ابن قيم ، الجوزية : (إعلام الموقعين عن رب العالمين) تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد. مكتبة كليات الأزهر ، القاهرة. دط-دت.

05- كتب الزيدية:

1. الشوكاني ، محمد بن علي : (إرشاد الفحول) تحقيق : محمد سعيد البدري أبو مصعب. دار الفكر ، بيروت. ط1 ، 1992م.

ه- كتب الفقه العام والمقارن:

1. أبو زهرة ، محمد: (العقوبة في الفقه الإسلامي) ، دار الفكر العربي ، القاهرة. دط. دت.
2. أبو زهرة ، محمد : (الجريمة في الفقه الإسلامي) ، دار الفكر العربي ، القاهرة. دط. دت.
3. أبو زهرة ، محمد : (المجتمع الإنساني في ظل الإسلام) الدار السعودية ، الرياض.ط2 ، 1401هـ -1981م.
4. أبو سنة، أحمد فهمي: (النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية) أشار إليه: الطعيمات (حقوق الإنسان وحرياته الأساسية).
5. باز سليم ، رستم اللبناني : (شرح مجلة الأحكام العدلية) دار الكتب العلمية ، بيروت.ط3 ، دت.
6. بدوي إسماعيل : (دعائم الحكم في الشريعة الإسلامية والنظم الدستورية المعاصرة - الحريات العامة-) دار الفكر العربي ، القاهرة. ط1 ، 1980- 1981. أشار إليه : كشاكش : (الحريات العامة) .
7. بهنسي ، أجمد فتحي : (الجريمة في الفقه الاسلامي – دراسة فقهية مقارنة -) ، دار الشروق ، القاهرة-بيروت.ط5 ، 1403هـ - 1983م .
8. بهنسي ، أحمد فتحي : (العقوبة في الفقه الإسلامي ، دراسة فقهية مقارنة) دارالشروق ، القاهرة-بيروت.ط6 ، 1989.
9. البوطي ، محمد سعيد رمضان : (الله أم الإنسان ، أيّهما أقدر على رعاية حقوق الإنسان؟) دار الفكر ، دمشق-دار الفكر المعاصر، لبنان ، ط2 ، سنة 2001 .
10. البياتي ، منير حميد : (النظام السياسي الاسلامي مقارنا بالدولة القانونية-دراسة دستورية وشرعية مقارنة) دار وائل ، عمان.ط1. 2003م.
11. التونسي، خير الدين:(أقوم المسالك في معرفة أحوال الممالك) مطبعة الدولة، تونس، ط1 ، 1284هـ-1867م.
12. جريشة ، علي: (حرماتٌ لا حقوق ، حقوق الإنسان في ظل الإسلام ، دراسة مقارنة) ط1 ، دار الاعتصام ، القاهرة ، 1987.
13. حسين ، محمد الخضر : (الحرية في الإسلام) دار الاعتصام ، القاهرة. دط-دت .
14. حوى ، السعيد : (الإسلام) ، شركة الشهاب ، الجزائر.ط2. 1408هـ.1988م.
15. حيدر ، علي : (درر الحكام بشرح مجلة الأحكام) تعريب : فهمي الحسيني .دار الجيل ، بيروت.ط1 ، 1411هـ - 1991م.

16. الخفيف ، علي : (الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية) دار النهضة العربية ، بيروت.دط ، 1990.
17. خلاف ، عبد الوهاب : (السياسة الشرعية) دار الأنصار ، القاهرة.دط ، 1977 .
18. الخليفي ، ناصر علي ناصر : (الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير في الفقه الاسلامي) مطبعة المدني ، القاهرة . ط 1 ، 1412 هـ 1992 م .
19. الخياط ، عبد العزيز عزت : (النظام السياسي في الإسلام- النظرية السياسة ، نظام الحكم-) دار السلام : القاهرة ، ط1 ، 1420هـ - 1999م .
20. الدريني ، فتحي : (الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده) مؤسسة الرسالة ، بيروت.ط3 ، 1984م.
21. الدريني ، فتحي : (المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي) ، مؤسسة الرسالة ، بيروت.ط3 ، 1418هـ - 1997م.
22. الدريني ، فتحي : (خصائص التشريع الاسلامي في السياسة والحكم) مؤسسة الرسالة ، بيروت. ط2 ، 1987م.
23. الدريني ، فتحي : (دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر) دار قتيبة ، بيروت ، ط1 ، سنة 1988.
24. ربيع ، محمد منيب : (ضمانات الحرية في النظام الإسلامي وتطبيقاته) .سلسلة البحوث الإسلامية بالأزهر ، المكتبة العصرية بالاشتراك مع المطابع الأميرية.القاهرة. دط ، 1983م ، السنة : 14 ، .الكتاب2 .
25. الزحيلي ، وهبة (حق الحرية في العالم) دار الفكر ، دمشق. ط1. 2000م .
26. الزحيلي ، وهبة : (أصول الفقه الإسلامي) ، دار الفكر ، دمشق.ط1 ، 1986 ، إصدار : 1996.
27. الزرقاء ، مصطفى أحمد : (المدخل الفقهي العام) ، دارالفكر ، دمشق. .ط6-دت. و كذا: ط10 ، 1968م.
28. الساداتي ، سيد محمد : (الإمام السخاوي) أشار إليه : وهبة الزحيلي : (حق الحرية في العالم).
29. السّباعي ، مصطفى : (السنة ومكانتها في التشريع الإسلامي) المكتب الإسلامي ، دمشق. ط2 ، 1978.
30. الشحات ، إبراهيم محمد منصور : (ضمانات المحكوم عليه في مرحلة التنفيذ العقابي -بحث فقهي مقارن) دار النهضة العربية ، القاهرة. دط ، 1996م.
31. شلبي ، محمد مصطفى (المدخل في الفقه الإسلامي) الدار الجامعية ، بيروت. ط10 ، 1985 .
32. ابن عاشور ، محمد الطاهر : (مقاصد الشريعة الإسلامية) طبعة: الشركة التونسية للتوزيع ، تونس ، ط1 ، جانفي1978. و طبعة : دار النفائس، الأردن، ط2، 2001.
33. ابن عاشور، محمد الطاهر: (أصول النظام الاجتماعي في الإسلام) الشركة التونسية للتوزيع و المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ، ط2، 1985.
34. عامر ، عبد العزيز : (التعزير في الشريعة الإسلامية) دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط4 ، دت.
35. عبد الغني ، عبد الله بسيوني:(نظرية الدولة في الإسلام) الدار الجامعية ، بيروت.دط ، 1986م.
36. عجريني ، محمد : (حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون) دار الشهاب و دار الفرقان ، عمان ط 1 ، 2002.
37. عمارة ، محمد : (الإسلام وحقوق الإنسان ، ضرورات لا حقوق) عالم المعرفة ، سلسلة كتب ثقافية شهرية يصدرها المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب- الكويت. مايو (أيار) 1985.

38. العوا ، محمد سليم : (في أصول النظام الجنائي الإسلامي–دراسة مقارنة–) نهضة مصر، القاهرة، ط6 ، 2009.
39. عودة ، عبد القادر : (التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي) ، مؤسسة الرسالة ، بيروت. ط5 ، 1984م.
40. عيسوي ، أحمد عيسوي : (الفقه الإسلامي- المدخل ونظرية العقد-). أشار إليه:الطعيمات(حقوق الإنسان وحرياته الأساسية).
41. غزوي ، محمد سليم محمد : (الحريات العامة في الإسلام) مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، دط–دت .
42. الغنوشي ، راشد : (الحريات العامة في الدولة الإسلامية) مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت.ط1 ، آب/ أغسطس1993م.
43. الفاسي ، علال : (مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها) دار الغرب الإسلامي ، بيروت.ط5 ، 1993م.
44. فهمي، مصطفى أبو زيد : (فن الحكم في الإسلام) دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط2 ، 1993م.
45. قرعوش ، كايد يوسف محمود : (طرق انتهاء ولاية الحكام في الشريعة الإسلامية و النظم الدستورية) ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط1 ، سنة1407هـ1987م.
46. متولي، عبد الحميد : (مبادئ نظام الحكم في الإسلام مع المقارنة بالمبادئ الدستورية الحديثة) دار منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط3، سنة 1977. و ط4 ، 1978.
47. الموحي ، عبد الرزاق رحيم : (حقوق الإنسان في الاديان السماوية) دار المنهج ، عمان ، الاردن ، ط1 ، 2002.
48. نجم ، أحمد حافظ : (حقوق الإنسان بين القرآن والإعلان) دار الفكر العربي ، القاهرة ، دط- دت .
49. الندوي، علي أحمد : (القواعد الفقهية) دار القلم ، دمشق ، ط3 منقحة ومزيدة ، 1994.
50. هبة ، أحمد : (موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم و العقاب) ، عالم الكتب ، القاهرة.ط1 ، 1985.
51. ياسين ، محمد نعيم : (الوجيز في الفقه الجنائي الإسلامي) مؤسسة الإسراء ، قسنطينة. ط2 ، 1991.

و- كتب القانون:

1. إبراهيم إسحاق : (موجز في علم الإجرام و علم العقاب) ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر.ط2 ، سنة1991.
2. أبو الوفا ، أحمد: (الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الأمم المتحدة والوكالات الدولية المتخصصة)، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 2000 . أشار إليه: فايز محمد حسين (السلطة والحرية وفلسفة حقوق الإنسان).
3. أبو اليزيد ، علي المتيت : (النظم السياسية والحريات العامة) مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، ط4 ، 1989.
4. أبو زيد ، مصطفى فهمي : (الدستور المصري فقها وقضاء) دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ط9 ، 1996.
5. أبو عامر ، محمد زكي : (دراسة في علم الإجرام والعقاب) دار الجامعة الجديدة ، دم.دط ، 1995.
6. إسمان: (القانون الدستوري)، أشار إليه بدوي : (النظم السياسية)
7. أغليس بوزيد وعليوي حكيم : (دور الدستور في تحديد نطاق الشرعية الجنائية–دراسة تحليلية مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المصري–) دار الأمل ، تيزي وزو ، الجزائر ، طبعة 1 ، 2012 .

8. الباحسين ، يعقوب عبد الوهاب : (قاعدة اليقين لا يزول بالشك-دراسة نظرية تأصيلية وتطبيقية-) مكتبة الرشد ، الرياض. دط.1417هـ - 1996م .
9. بارش ، سليمان : (شرح قانون العقوبات الجزائري-شرعية التجريم-) مطبعة عمار قرفي ، باتنة ، الجزائر. دط ، 1992.
10. بدوي، ثروت : (النظم السياسية) دار النهضة العربية ، القاهرة.دط.1972م..
11. بنهام ، رمسيس : (الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا) ، منشأة المعارف ، الإسكندرية. دط ، 1984.
12. بنهام ، رمسيس : (نظرية التجريم في القانون الجنائي) ، منشاة المعارف ، الإسكندرية. ط2 ، دت.
13. بوكحيل ، لخضر : (الحبس الاحتياطي والمراقبة القضائية في التشريع الجزائري المقارن) ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر. دط ، سنة1992.
14. البياتي، وائل منذر : (الإطار القانوني للإجراءات السابقة على انتخابات المجالس النيابية-دراسة مقارنة-) المركز القومي للإصدارات القانونية ط1 ، 2015 ، القاهرة .
15. بيومي، عمرو رضا. وسلام، إيهاب:(أحكام قضائية رهن الاعتقال -أحكام القضاء المصري بين التعطيل والإهدار-) مركز حقوق الإنسان لمساعدة السجناء. القاهرة، ط1، مايو2001.
16. جمال الدين ، سامي : (لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية) ، منشأة المعارف ، الإسكندرية. دط-دت.
17. الجمل ، يحي : (نظرية الظروف في القانون الدستوري) دار النهضة العربية ، مصر. أشار إليه : قصري ، محمد : (شرح قانون الطوارئ).
18. حسن محمد هند ونعيم عطية (الفلسفة الدستورية للحريات الفردية ، دراسة مقارنة مدعمة بأحكام المحكمة الدستورية العليا) دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ط1 ، 2006 .
19. حسن ، علي : (حماية حقوق الإنسان و ضمانات الحرية في النظم السياسية المعاصرة) وكالة المطبوعات ، الكويت.دط ، سنة1982.
20. حسني ، محمود نجيب : (شرح قانون العقوبات -القسم العام-) دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1977 .
21. حسني ، محمود نجيب: (الدستور والقانون الجنائي) دار النهضة العربية ، القاهرة. دط ، 1992.
22. حسين ، عدنان السيد ، والرشيدي ، أحمد محمد حسن : (حقوق الإنسان في الوطن العربي) دار الفكر ، دمشق. ط1 ، تموز- يوليو 2002.
23. الحسيني، عمر الفاروق: (تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف)، دن، دم. ط2، 1994.
24. الحلو ، ماجد راغب : (القانون الدستوري) دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية. دط ، 1995.
25. حمزة وهاب : (الحماية الدستورية للحرية الشخصية خلال مرحلة الاستدلال والتحقيق في التشريع الجزائري) ، دار الخلدونية ، الجزائر ، ط سنة 2011 .
26. الدباس ، علي محمد صالح ، أبو زيد ، علي عليان محمد: (حقوق الإنسان وحرياته ودور الإجراءات الشرطية في تعزيزها) دراسة تحليلية لتحقيق التوازن بين حقوق الإنسان وحرياته وأمن المجتمع تشريعا وفقها ، دار الثقافة ، عمان ، 2005 .

27. الدسوقي ، أحمد عبد الحميد : (الحماية الموضوعية والإجرائية لحقوق الإنسان في مرحلة ما قبل المحاكمة-دراسة مقارنة-) دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 2007 .
28. دوجي ، ليون (المطول في القانون الدستوري) أشار إليه: حسن محمد هند ونعيم عطية (الفلسفة الدستورية للحريات الفردية).
29. دوجي ، ليون : (القانون الدستوري) دم.دن.ط2 ، أشار إليه: Colliard :(Libertés publiques)
30. رسلان ، أنور أحمد : (الحقوق والحريات العامة في عالم متغير) دار النهضة العربية ، القاهرة. د ط .1997.
31. سرور ، أحمد فتحي : (أصول السياسة الجنائية) ، دارالنهضة العربية ، القاهرة.دط ، دت. أشار إليه: الكباش : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان-دراسة مقارنة-).
32. سرور ، أحمد فتحي : (الشرعية الدستورية و حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة1993.
33. سرور ، أحمد فتحي : (القانون الجنائي الدستوري-الشرعية الدستورية في قانون العقوبات ، الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية-) دار الشروق ، القاهرة ، ط2 ، 2002 .
34. سرور ، أحمد فتحي : (الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية-المصري-) ، دار النهضة العربية ، القاهرة.ط7 ، 1993.
35. سرور ، أحمد فتحي : (الوسيط في قانون العقوبات-المصري-) ، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة. دط ، 1981. أشار إليه : بارش ، (شرح قانون العقوبات الجزائري).
36. سعادي ، محمد : (حقوق الإنسان) دار ريحانة ، الجزائر ، ط1 ، 2002.
37. سعد ، نبيل إبراهيم : (المدخل إلى القانون-نظرية الحق-) دار النهضة ، بيروت ، دط ، 1995.
38. سلامة ، مأمون محمد : (قانون العقوبات –القسم العام-) دار الفكر العربي.القاهرة.ط3.سنة 1990.
39. سليمان ، عبد الله : (شرح قانون العقوبات الجزائري-القسم العام : الجريمة-) ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، دط ، دت.
40. الشامسي، حبيبة سيف سالم راشد:(النظام القانوني لحماية جسم الإنسان) مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة ، 2006 . أشار إليه : وهاب حمزة (الحماية الدستورية للحرية الشخصية) .
41. الشباسي ، إبراهيم : (الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري-القسم العام-) دار الكتاب اللبناني ، بيروت. دط ، 1981.
42. الشحات ، إبراهيم محمد منصور : (ضمانات المحكوم عليه في مرحلة التنفيذ العقابي-بحث فقهي مقارن-) دار النهضة العربية. القاهرة.دط.1996.
43. شحادة ، عمر محمد: (حقوق الإنسان في الدستور والمواثيق الدولية) المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ط1 ، 2016
44. صابريني ، حسين غازي : (الوجيز في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية) مكتبة دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، دط ، 1997م .

45. الصبّاح ، سعاد : (حقوق الإنسان في العالم المعاصر) دار سعاد الصبّاح للنشر ، الكويت ، ط1 ، 1996.
46. الصغير ، جميل عبد الباقي : (الشرعية الجنائية –دراسة تاريخية وفلسفية–) دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1994 . أشار إليه : عصام عفيفي : (مبدأ الشرعية الجنائية).
47. الصيفي ، عبد الفتاح مصطفى : (الأحكام العامة للنظام الجزائي) مطابع جامعة الملك سعود ، الرياض ، ط1 ، 1996.
48. طاشور ، عبد الحفيظ : (الأحكام القضائية الجزائية في سياسة إعادة التأهيل الاجتماعي في التشريع الجزائري) ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط1 ، سنة2001م.
49. الطراونة ، محمد : (ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية– دراسة مقارنة–) دار وائل ، عمان ، ط1 ، 2003م.
50. الطعيمات، هاني سليمان: (حقوق الإنسان وحرياته الأساسية) دار الشروق ، عمّان. ط1 ، الإصدار الثاني. 2003م.
51. الطماوي ، سليمان محمد : (النظم السياسية والقانون الدستوري–دراسة مقارنة–) دار الفكر العربي ، القاهرة. دط–1988م.
52. أبو عامر ، محمد زكي: (الحماية الجنائية للحرية الشخصية) ، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011 .
53. عبد البصير ، عصام عفيفي حسيني: (مبدأ الشرعية الجنائية–دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي–) دار النهضة العربية ، القاهرة ، دط ، دت .
54. عبد الله ، عز الدّين : (القانون الدّولي الخاص المصري) دار النهضة العربية ، القاهرة : ط10 ، سنة 1977م.
55. عبدالغني، عبد الله بسيوني: (النظم السياسية و القانون الدستوري) الدار الجامعية ، بيروت ، دط.1993م .
56. عبيد ، رؤوف : (مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري) دار الجيل، بيروت ، ط17 ، 1979.
57. عثمان خليل وسليمان الطماوي (موجز القانون الدستوري)، دار الكتب الجامعية، القاهرة، دط،1951.
58. عصفور، محمد : (الحرية بين الفكرين الديمقراطي والاشتراكي) المطبعة العالمية ، ط1 ، 1961 ، القاهرة. أشار إليه: البياتي : (الإطار القانوني للإجراءات السابقة على انتخابات المجالس النيابية).
59. عطية ، نعيم : (في الروابط بين القانون والدولة والفرد) دار الكتاب العربي ، القاهرة.دط–1968.
60. عوض ، محمد : (قانون الإجراءات الجنائية) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية.دط ، 1995م.
61. فايز محمد حسين : (السلطة والحرية وفلسفة حقوق الإنسان ، دراسة تاريخية وفلسفية) دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ط1 ، سنة 2010 .
62. فرج ، توفيق حسن : (المدخل للعلوم القانونية–النظرية العامة للقانون والحق) الإدارة الجامعية.بيروت ، ط3.سنة 1993.
63. قصري ، محمد : (شرح قانون الطوارئ–مصري–) مطبعة المعارف ، القاهرة ، ط1 ، 1988 .
64. قورة ، عادل : (محاضرات في قانون العقوبات–القسم العام : الجريمة–) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر.ط2 ، 1988.

65. الكباش ، خيري أحمد : (أصول الحماية القانونية لحقوق الإنسان-دراسة مقارنة-) دار الفتح ، الاسكندرية ، ط1 ، 2006 .
66. كشاكش ، كريم يوسف : (الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة) منشأة المعارف ، الإسكندرية.دط ، 1987م.
67. كيرة ، حسن : (المدخل إلى القانون) منشأة المعارف ، الإسكندرية.ط5-دت.
68. الكيلاني ، فاروق (محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني المقارن) دار الفارابي ، بيروت ، ط2 ، سنة1985.
69. متولي عبد الحميد : (نظرات في أنظمة الحكم في الدول النامية) منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ط2 ، 1992
70. متولي ، عبد الحميد : (الحريات العامة ، نظرية تطورها وضماناتها ومستقبلها) ، دار المعارف الإسكندرية ، سنة1975.
71. متولي ، عبد الحميد: (القانون الدستوري والأنظمة السياسية مع المقارنة بالمبادئ الدستورية في الشريعة الإسلامية) منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط5 ، سنة1974م.
72. المتولي ، مجدي : (العنف والشرعية في مصر-دراسة قانونية-) الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، ط1 ، 1995.
73. متولي، عبد الحميد : (الوسيط في القانون الدستوري) دار الطالب لنشر الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، 1956. أشار إليه: البياتي: (الإطار القانوني للإجراءات السابقة على انتخابات المجالس النيابية-دراسة مقارنة-)
74. مجذوب ، محمد سعيد : (النظرية العامة لحقوق الإنسان-تطور الحقوق والحريات العامة والآليات القانونية لحمايتها-) ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ط1 ، 2014 .
75. محدة ، محمد : (ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية) دار الهدى ، عين مليلة.ط1 ، 1991-1992.
76. مقابلة ، حسين يوسف مصطفى : (الشرعية في الإجراءات الجزائية) الدار العلمية الدولية ، عمان.ط1 ، الإصدار الأول2003.
77. النقيب ، عاطف : (أصول المحاكمات الجزائية) ، منشورات عويدات ، بيروت-باريس.ط1 ، 1986م.
78. هرجة ، مصطفى مجدي : (الإثبات في المواد الجنائية-في ضوء أحكام محكمة النقض-) ديوان المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية.ط2 ، 1992.
79. الهلسا ، أديب : (أسس التشريع و النظام القضائي في الأردن) مطبعة الجبلاوي ، القاهرة.دط ، 1984. أشار إليه : الطراونة : (ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية).
80. يونس ، محمد مصطفى : (حقوق الإنسان في حالات الطوارئ-دراسة فقهية وتطبيقية معاصرة في ضوء قواعد ومبادئ القانون الدولي العام-) دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، سنة2000 ، أشار إليه الرواشدة: (أثر قوانين مكافحة الإرهاب على الحرية الشخصية).

II) قائمة الرسائل الجامعية:

1_ أطروحات الدكتوراه:

1. الحسيني، عمار تركي السعدون : (الحماية الجنائية للحرية الشخصية في مواجهة السلطة العامة)- أصله أطروحة دكتوراه- منشورات الحلبي الحقوقية ط1 ، 2012 .
2. الرواشدة ، محمد سلامة : (أثر قوانين مكافحة الإرهاب على الحرية الشخصية-دراسة مقارنة-) أصله أطروحة دكتوراه - دار الثقافة ، عمان ، ط1 ، 2010م .
3. طارق صديق رشيد كه ردى : (حماية حماية الحرية الشخصية في القانون الجنائي ، دراسة تحليلية مقارنة) - أصله أطروحة دكتوراه- منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ط1سنة 2011 .
4. العيادي ، أحمد صبحي أحمد مصطفى : (الأمن الغذائي في الإسلام-رسالة دكتوراه-) دار النفائس ، بيروت.ط1 ، 1999.
5. الكباش ، محمد خيري : (الحماية الجنائية لحقوق الإنسان-دراسة مقارنة-) -رسالة دكتوره-كلية الحقوق.بجامعة الإسكندرية. دار الجامعيين ، دط ، 2002م.
6. مرقس ، سعد : (الرقابة القضائية على التنفيذ العقابي) رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1972 . أشار إليه : كشاكش : (الحريات العامة) .
7. النبراوي ، نبيل عبد الصبور : (سقوط الحق في العقاب بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي) -رسالة دكتوراه-.دار الفكر العربي.القاهرة.دط.1996.
8. نعيم عطية : (في النظرية العامة للحريات الفردية) -أصله أطروحة دكتوراه-الدار القومية ، القاهرة ، ط1 ، سنة 1965.
9. وزير، عبد العظيم مرسي : (دور القضاء في تنفيذ الإجراءات الجنائية ، دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1978م . أشار إليه : عبد البصير، عصام عفيفي : (مبدأ الشرعية الجنائية).

2- رسائل الماجستير:

1. الدليمي : فاضل عواد محيميد : (ذاتية القانون الجنائي) رسالة ماجستير ، جامعة بابل ، العراق ، سنة 2006. منشورة بموقع المرجع ، تاريخ 18-04-2017 ، المصدر :
http : //almerja.com/reading.php?idm=77002
2. عمارة ، عبد الحميد : (ضمانات المتهم أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي في الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري-دراسة مقارنة) -أصلها رسالة ماجستير في الشريعة والقانون ، كلية العلوم الإسلامية ، باتنة- ، طبعة دار المحمدية العامة ، الجزائر.ط1 ، 1418هـ - 1998م.
3. غجاتي، فؤاد (الحماية الجنائية لحق الأمن الشخصي-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-) رسالة الماجستير، نوقشت في السنة الجامعية 2005-2006، بحث بالدوريات _غير منشور_، كلية الشريعة والاقتصاد ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، قسنطينة.

III) قائمة المقالات العلمية و المنشورات و المؤتمرات:

1. الأمم المتحدة: (منع الجريمة ومعاملة المجرمين) مؤتمر الأمم المتحدة الأول المنعقد في جنيف عام **1955**. منشورات الأمم المتحدة : (حقوق الإنسان-مجموعة صكوك دولية_) نيويورك، **1993**. ومنشور أيضا بموقع جامعة منيسوتا ، الولايات المتحدة الامريكية ، قسم : مكتبة حقوق الإنسان:

http : //hrlibrary.umn.edu/arab/b034.html

2. الأهواني، حسام (حماية الحرية الشخصية في روابط القانون الخاص) ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، تصدر عن كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، مصر عدد**33** ، إصدار أول ، سنة **1991**.

3. أوصديق ، فوزي : (قراءة في مشروع السلم والمصالحة الجزائري) مقال منشور بموقع الجزيرة نت ، منشور بتاريخ : **27/ 09/ 2005**م ، المصدر :

http : //www.aljazeera.net/knowledgegate/opinions/2005/9/27

4. أونيسي ليندة : (التعديل الدستوري **2016** وأثره في تطوير الرقابة الدستورية في الجزائر) مجلة الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة خنشلة ، العدد **06** ، جوان **2016**.

5. جمال الدين ، عبد الأحد : (في الشرعية الجنائية) مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، مطبعة جامعة عين شمس ، القاهرة ، عدد **2** سنة **16** ، يوليو **1974**م .

6. الحديثي ، خليل : (حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، ملاحظات في نقد الفكر الغربي) أعمال مؤتمر كلية الحقوق الثاني حول "حقوق الإنسان في الشريعة والقانون-تحديات وحلول-"جامعة الزرقاء الأهلية ، الأردن ، **19_20** جمادى الأولى **1422**هـ موافق ل**08-09** آب (أوت) **2001**م.

7. الحسيني ، سامي حسني : (ضمانات الدفاع-دراسة مقارنة-) مجلة الحقوق والشريعة ، تصدر عن جامعة الكويت ، العدد : **1**و**2** السنة الثانية ، يناير **1978**.

8. رامز ، عمار : مقال (أهم ضمانات الحريات-شخصية رجال الحكم-) مجلة الزميل ، شهرية تصدر عن جامعة بيروت العربية ، العدد : **36** ، نوفمبر**1994**.

9. الرشيدي ، فلاح مدبوس. بحث : (تأصيل استراتجية حديثة لتدريس حقوق الإنسان في جامعة الكويت موقف القانون الدولي ودور الشريعة الإسلامية) مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، عدد : **23** ، السنة : **09** ، أغسطس **1994**م .

10. روسو ، جون جاك: (من الحرية الطبيعية إلى الحرية المدنية) مقال مترجم عن: الهلالي محمد و لزرق عزيز : (الحرية)

11. روسو، جون جاك : (قيمة الإنسان كذاتٍ حرّة) مقال مترجم عن: الهلالي محمد و لزرق عزيز: (الحرية)

12. السنهوري، عبد الرزاق : (مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية) مجلة مجلس الدولة ، مصر ، السنة**3** ، عدد يناير **1952** . أشار إليه جمال الدين ، عبد الأحد : (في الشرعية الجنائية).

13. سرور ، أحمد فتحي : (الشرعية الإجرائية الجنائية) بحث بالمجلة الجنائية القومية ، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية ، القاهرة ، ع**3** ، مج**19** ، نوفمبر **1976**.

14. شطناوي ، علي خطار. بحث : (حق الأمن الشخصي في التشريع الأردني) مجلة دراسات – علوم الشريعة والقانون – تصدر عن عمادة البحث العلمي ، الجامعة الأردنية ، عمّان. العدد 1 ، المجلد : 24 ، تموز 1997.

15. الصالح ، عثمان عبد الملك ، بحث : (حق الأمن الفردي في الإسلام- دراسة مقارنة بالقانون الوضعي-) مجلة الحقوق ، كلية الحقوق ، الكويت. العدد : 3 ، السنة : 7. سبتمبر 1983م .

16. عبد الستار ، فوزية (عدم المشروعية في القانون الجنائي) ، مجلة القانون والاقتصاد ، جامعة القاهرة ، مصر ، عدد3-4 ، سنة 41 ، سنة 1971 .أشار إليه : المجالي(الشرعية الجنائية كضمان للحرية الفردية) .

17. عثمان، محمد: (مشكلات السياسة العقابية في السودان) ، بحث منشور في الموسوعة السودانية للأحكام والسوابق القضائية. الهيئة القضائية السودانية. عدد سنة1990. المصدر :

الموقع الإلكتروني للموسوعة السودانية للأحكام www.sjprecedents.org/showres php?id=14

18. العطار ، فؤاد : (حقوق الإنسان في الفكر القانوني المقارن) مقال بمجلة مجلس الدولة المصري ، مطابع مؤسسة أخبار اليوم ، مصر. العدد : من السنة 20 إلى 25 ، سنة 1975.

19. علي ، محمد صالح : (مسؤولية القاضي التقصيرية عن أخطائه المبدئية) بحث منشور بالموسوعة السودانية للأحكام و السوابق القضائية ، الهيئة القضائية السودانية . عدد سنة 1999.

المصدر : www.sjprecedents.org/showresphp?id=32

20. العميدي ، حوراء أحمد شاكر : (القانون الأصلح للمتهم-دراسة مقارنة-) بحث بمجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون ، جامعة بابل ، العراق ، عدد 3 ، السنة 6. المصدر : الموقع الإلكتروني للمجلة (تحميل 22/ 06/ 2018)

http : //www.uobabylon.edu.iq/publications/law_edition10/article_ed10_4.doc

21. العوا ، محمد سليم : (مبدأ الشرعية في القانون الجنائي المقارن) مجلة إدارة قضايا الحكومة ، تصدرها إدارة قضايا الحكومة ، مصر ، ع4 ، س21 ، ديسمبر 1977. أشار إليه : الدليمي : فاضل عواد محيميد : (ذاتية القانون الجنائي)

22. غجاتي، فؤاد: (القضاء على سياسة اللاعقاب وتأثيره في زيادة هيبة الدولة) مجلة المعيار ، دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات الإسلامية والإنسانية ، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، قسنطينة ، ع21 ، ج2 ، ربيع الثاني1431هـ ، أفريل 2010م ، عدد خاص بأعمال ملتقى هيبة الدولة لدى المواطن الجزائري ماضيا وحاضرا.

23. فائق ، محمد : (حقوق الإنسان والتنمية)، مجلة المستقبل العربي ، العدد 251 ، كانون الثاني سنة 2000م ، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت.

24. ماركس، كارل : (الحرية والمواطنة، 1) مقال مترجم، عن: الهلالي محمد ولزرق عزيز: (الحرية)

25. مالكي ، محمد الأخضر : (مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة) بحث بمجلة الشريعة ، نادي أبو إسحاق الشاطبي ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، قسنطينة ، نشر مؤسسة الأمل ، عدد 4 ، سنة 1995.

26. المجالي ، نظام توفيق : (الشرعية الجنائية كضمان للحرية الفردية-دراسة في التشريع الأردني) مجلة الحقوق ، فصلية ، تصدر عن كلية الحقوق.الكويت.العدد : 4 ، السنة : 22 ، سبتمبر 1998.

27. محمود ، مصطفى : (اتجاهات جديدة في قانون الإجراءات الجنائية) مجلة القانون والاقتصاد ، يوليو 1951. أشار إليه : كشاكش : (الحريات العامة) .

28. المصري ، كمال : بحث بعنوان : (الحق بين اللغة والشرع...والقانون) المصدر: منشور في موقع إسلام أون لاين:20.07.2014

http : //www.onislam.net/arabic/madarik/culture-ideas/100655-2001-07-29%2000-00-00.html

29. منظمة الأمم المتحدة : (حقوق الإنسان-مجموعة صكوك دولية-) نيويورك، الو م أ ، 1993.

30. منظمة العفو الدولية : (دليل المحاكمة العادلة) مطبوعات منظمة العفو الدولية ، المملكة المتحدة ، ط2 ، 2014.

31. مونتيسكيو، شارل: (الحرية والمواطنة، 2) مقال مترجم، عن: الهلالي محمد ولزرق عزيز: (الحرية)

32. مونتيسكيو، شارل: (حرية الشعب وسلطة الشعب) مقال مترجم، عن: الهلالي محمد ولزرق عزيز: (الحرية)

33. الهلالي، محمد، و لزرق، عزيز: (الحرية- دفاتر فلسفية رقم 16 ، نصوص مختارة ومترجمة-) دار توبقال ، الدار البيضاء ، المغرب، ط1، 2009.

34. وزارة العدل الجزائرية : (قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين) ط1 ، سنة 2005 ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر.

35. يعيش، تمام شوقي ، ودنش رياض : (توسيع إخطار المجلس الدستوري ودوره في تطوير نظام الرقابة الدستورية-مقاربة تحليلية في ضوء التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016-) بحث بمجلة الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة حمة لخضر ، الوادي ، الجزائر ، عدد 14 ، أكتوبر 2016 .

ثانيا: النصوص القانونية والقرارات القضائية:

أ-النصوص والقرارات والتقارير الدولية العالمية والإقليمية:

أ-1. الاتفاقيات والإعلانات الدولية والإقليمية:

1. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الصادر في 16 ديسمبر 1966. نسخة صادرة عن المركز الوطني لحقوق الإنسان، عمان ، الأردن.

2. العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الصادر في 16 ديسمبر 1966. نسخة صادرة عن المركز الوطني لحقوق الإنسان ، عمان ، الأردن.

3. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ، " سيداو CEDAW " صادرة في 18 ديسمبر 1979م، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 34/ 180 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979م. المصدر: نسخة صادرة عن المركز الوطني لحقوق الإنسان ، عمان ، الأردن.

4. الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989م. اعتمدت بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 44/ 25 المؤرخ في 20 تشرين الثاني/ نوفمبر 1989. المصدر: موقع الأمم المتحدة، قسم الوثائق. www.un.org

5. اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة الصادرة بتاريخ 10 كانون الأول/ دسيمبر : 1984. نسخة صادرة عن المركز الوطني لحقوق الإنسان، عمان ، الأردن.

6. الاتفاقية الدولية لحماية حقوق العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، معتمدة بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 45/ 158، المؤرخ في 18 كانون الأول / ديسمبر 1990. المصدر: موقع الأمم المتحدة، قسم الوثائق. www.un.org

7. الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، اعتمدت في سان خوسيه، بتاريخ22/ 11/ 1969. المصدر: موقع مكتبة حقوق الإنسان، جامعة مينسوتا، الولايات المتحدة الأمريكية،

http://hrlibrary.umn.edu/arab/am2.html

8. الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة 1950، المصدر : الموقع الإلكتروني للمجلس الأوروبي ، www.conventions.coe.int

9. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948، نسخة صادرة عن المركز الوطني لحقوق الإنسان،عمان ، الأردن.

10. البيان العالمي عن حقوق الإنسان في الإسلام، اعتمد من قبل المجلس الإسلامي بتاريخ باريس 21 من ذي القعدة 1401هـ ، الموافق 19 أيلول/ سبتمبر 1981م. منشور في مكتبة حقوق الإنسان ، جامعة مينسوتا ، الو.م.الأمريكية ، بتاريخ 23 أيلول (سبتمبر) 2016 ، المصدر : موقع مكتبة جامعة مينسوتا، الولايات المتحدة الأمريكية:

http : //hrlibrary.umn.edu/arab/UIDHR.html

11. الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب،المعتمد من قبل مجلس الرؤساء الأفارقة بدورته العادية رقم 18 في نيروبي، كينيا ، يونيو/ جوان 1981. المصدر:موقع مكتبة حقوق الإنسان، جامعة مينسوتا، الولايات المتحدة الأمريكية:

http://hrlibrary.umn.edu/arab/a005.html

12. الميثاق العربي لحقوق الإنسان، اعتمد من قبل القمة العربية السادسة عشرة التي استضافتها تونس، 23 مايو/ أيار 2004. المصدر: موقع مكتبة حقوق الإنسان، جامعة مينسوتا، الولايات المتحدة الأمريكية:

http://hrlibrary.umn.edu/arab/a003-2.html

13. الإعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الإنسان، اعتمد من طرف منظمة الدول الأمريكية، في المؤتمر الدولي التاسع للدول الأمريكية، القرار رقم: 30 ، سنة1948. المصدر:موقع مكتبة حقوق الإنسان، جامعة مينسوتا، الولايات المتحدة الأمريكية:

http://hrlibrary.umn.edu/arab/am15.html

14. نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، اعتمد في مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين المعني بإنشاء محكمة جنائية دولية، روما، إيطاليا، بتاريخ 17 تموز/ يوليه 1998. المصدر: موقع الأمم المتحدة، رمز الوثيقة: A/CONF.183/9 ،

www.un.org

15. النظام الأساسي لمحكمة رواندا، اعتمد من طرف مجلس الأمن، الأمم المتحدة، بتاريخ 8 تشرين الثاني/ نوفمبر 1994، القرار رقم:955/ 1994،المصدر: موقع الأمم المتحدة، رمز الوثيقة:

www.un.org S/RES/955(1994)

16. النظام الأساسي لمحكمة يوغوسلافيا، اعتمد من طرف مجلس الأمن، الأمم المتحدة، بتاريخ 25 مايو/ أيار 1993، القرار رقم:827/ 1993،المصدر: موقع الأمم المتحدة،، قسم الوثائق، رمز الوثيقة:

www.un.org S/RES/827(1993)

أ-2 . القرارات الدولية:

1. قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 60/ 147 صادر بتاريخ 21مارس 2006 ، المتضمن"المبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي" ، المصدر : موقع الأمم المتحدة ، مجلس الأمن ، قسم الوثائق، رمز الوثيقة : A/RES/60/147 .

http : //www.un.org/ar/sc/documents/sgreports/2004.shtml

2. قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3218 الصادر في 6 نوفمبر سنة1974 المتعلق ب : "التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية. المعاملة أو العقوبة اللاإنسانية أو المهينة فيما يتعلق بالاحتجاز والسجن".المصدر:الموقع الإلكتروني لمنظمة الأمم المتحدة ، قسم: قرارات الجمعية العامة:

http ://www.un.org/ar/sections/documents/general-assembly-resolutions/index.html

3. قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2858 الصادر في 20 ديسمبر سنة 1971 المتعلق ب : "حقوق الإنسان أثناء إقامة العدالة". المصدر : الموقع الإلكتروني لمنظمة الأمم المتحدة ، قسم : قرارات الجمعية العامة :

http ://www.un.org/ar/sections/documents/general-assembly-resolutions/ index.html

4. قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة رقم: 663 جيم (د-24) المؤرخ في 31 تموز/ يوليو1957. الخاصين بالقواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء. المصدر : الأمم المتحدة : (حقوق الإنسان-مجموعة صكوك دولية-) نيويورك ، 1993- ومنشور أيضا بموقع جامعة منيسوتا ، الولايات المتحدة الامريكية ، قسم : مكتبة حقوق الإنسان. http : //hrlibrary.umn.edu/arab/b034.html

5. قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة رقم: 2076 (د-62) المؤرخ في 13 أيار/ مايو1977الخاصين بالقواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء.المصدر : الأمم المتحدة : (حقوق الإنسان-مجموعة صكوك دولية-) نيويورك ، 1993- ومنشور أيضا بموقع جامعة منيسوتا ، الولايات المتحدة الامريكية ، قسم : مكتبة حقوق الإنسان. http : //hrlibrary.umn.edu/arab/b034.html

أ-3. التقارير والتوصيات الدولية:

6. تقرير الأمين العام للأمم المتحدة لدى مجلس الأمن: (سيادة القانون والعدالة الانتقالية في مجتمعات الصراع ومجتمعات مابعد الصراع) بتاريخ 23 أوت2004 ، المصدر : موقع الأمم المتحدة ، مجلس الأمن ، قسم الوثائق ، رمز الوثيقة : S /2004 /616

http : //www.un.org/ar/sc/documents/sgreports/2004.shtml

7. تقرير لجنة مناهضة التعذيب ، الأمم المتحدة : (الملاحظات الختامية للجنة مناهضة التعذيب ، الجزائر) الدورة الأربعون بتاريخ 28 أبريل – 16 مايو 2008 ، المصدر : موقع الأمم المتحدة ، حقوق الإنسان ، مكتب المفوض السامي ، رمز الوثيقة : CAT / C / DZA / CO / 3

https : //www.ohchr.org/AR/countries/MENARegion/Pages/DZIndex.aspx

8. تقرير لجنة مناهضة التعذيب، الأمم المتحدة : (التعليق العام رقم 03/ 2012 حول تنفيذ الدول الأطراف للمادة 14 من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة) المصدر : موقع الأمم المتحدة ، مجلس الأمن ، قسم الوثائق، رمز الوثيقة : CAT/C/GC/3:

http : //www.un.org/ar/sc/documents/sgreports/2004.shtml

9. تقرير: (توصيات ندوة الدفاع الاجتماعي والسياسة الجنائية من خلال التشريع الإسلامي) انعقدت بالرباط، المغرب، في الفترة من: 11 إلى 14 مايو1981م. المصدر : (قسم التقارير) مجلة الحقوق والشريعة ، تصدر عن كلية الحقوق ، الكويت.عدد4 ، السنة الخامسة ، ديسمبر1981. ص301.

ب-النصوص القانونية الوطنية:

ب-1. الدساتير:

1. الدستور الجزائري لسنة 1989م، منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 09 ، السنة 26 ، المؤرخة في 01 مارس1989.
2. الدستور الجزائري لسنة 1996، منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996.
3. الدستور الجزائري المعدل سنة 2016، منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية،العدد 14المؤرخة في07مارس سنة 2016.
4. دستور مصر لسنة 2012 ، المصدر : موقع المحكمة الدستورية العليا (قسم الوثائق)

http : //sccourt.gov.eg

5. دستور مصر لسنة 2014 ، المصدر : موقع المحكمة الدستورية العليا (قسم الوثائق)

http : //sccourt.gov.eg

6. إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر في في 26 أغسطس 1789م ،ترجمة : حسين إسماعيل ، المصدر: منشور في مدونة الإحيائية الجديدة: www.NeoRevivalism.com

7. الدستور الفرنسي باللغة العربية–ترجمة : إيهاب مختار محمد فرحات– القاهرة 19 أفريل 2011. المصدر :
http ://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/arabe/constitution_arabe.pdf
8. – الدستور الفرنسي باللغة الفرنسية

Source: http ://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/ constitution/ constitution.pdf (telecharge le : 22-02-2018)

ب–2. القوانين والأوامر التشريعية:

1. قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين بالجزائر، الصادر بموجب قانون رقم 05–04 مؤرخ في 27 ذي الحجة 1425هـ الموافق ـ 6 فبراير سنة 2005. منشور بالجريدة الرسمية،السنة42، العدد12، بتاريخ 4محرم عام 1426ه الموافق 13 فبراير2005.
2. قانون العقوبات المصري المعدل والمتمم ، الصادر بموجب القانون رقم 58 لسنة 1937. منشور في الوقائع المصرية ، العدد رقم 71 في 5 أغسطس ، سنة 1973.
3. قانون العقوبات الأردني رقم 16/ 1960 وجميع تعديلاته ، والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 1487 بتاريخ 1/ 1/ 1960 والمعدّل بآخر قانون رقم 8/ 2011 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 5090 بتاريخ 02/ 5/ 2011.
4. قانون العقوبات اللبناني الصادر بموجب المرسوم الاشتراعي رقم 340 ، بتاريخ 1/ 3/ 1943 معدل ومتمم.
5. قانون العقوبات السوري صدر بالمرسوم التشريعي رقم 148 لعام 1949م معدل ومتمم ، المصدر : موقع مجلس الشعب ، الجمهورية العربية السورية ، قسم مجموعة التشريعات السورية :
http : //www.parliament.gov.sy
6. قانون العقوبات الكويتي رقم 16/ 1960 منشور في الجريدة الرسمية الكويتية رقم 1487 تاريخ 1/ 1/ 1960م. والمعدل بآخر قانون رقم 8/ 2011. منشور بالجريدة الرسمية الكويتية رقم 5090 تاريخ 2/ 5/ 2011م.
7. قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، صادر بموجب أمر رقم 66–155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386ه الموافق 8 يونيو سنة 1966، المعدل والمتمم.
8. قانون العقوبات الجزائري أمر رقم 66–156 ، مؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ الموافق ـ 8 يونيو سنة 1966، المعدل والمتمم.
9. القانون المدني الجزائري الصادر بموجب أمر رقم 75–58مؤرخ في 26 سبتمبر سنة1975 المعدل والمتمم.
10. ميثاق السلم والمصالحة الوطنية بالجزائر ، الصادر بموجب أمر 06–01 مؤرخ في 27 فبراير 2006، والمنشور في الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ29 محرم 1427ه الموافق 28 فبراير 2006م، العدد: 11.
11. رفع حالة الطوارئ بالجزائر، الصادر بموجب أمر رئاسي رقم 11–01 مؤرخ في 23 فبراير سنة 2011 م. منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 12 ، بتاريخ 23 فبراير سنة 2011م.
12. مرسوم مكافحة أعمال التخريب والإرهاب بالجزائر، الصادر بموجب مرسوم تشريعي رقم : 92–03 المؤرخ في 03 ربيع الثاني1413هـ الموافق 30سبتمبر1992، منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، عدد70 ، سنة29. ألغي بالأمر رقم 95–10المؤرخ في 25فبراير1995 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

ب-3. المراسيم التنظيمية:

1. مرسوم إعلان حالة الطوارئ في الجزائر، الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم92-44 المؤرخ في 5شعبان 1412هـ الموافق ـ 09 فبراير سنة1992،منشور في الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد10 ،سنة29، مؤرخة في 5شعبان 1412هـ الموافق 09 فبراير سنة 1992.
2. مرسوم مشروع المصالحة الوطنية بالجزائر المعروض للاستفتاء الشعبي، الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 05-278، والمنشور في الجريدة الرسمية الجزائرية بتاريخ 9 رجب 1426هـ الموافق لـ 14 أوت 2005. العدد : 55.
3. المرسوم المحدّد لكيفيات إعادة إدماج أو تعويض الأشخاص الذين كانوا موضوع إجراءات إدارية للتسريح من العمل بسبب الأفعال المتصلة بالمأساة الوطنية، الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم: 06-124 مؤرّخ في 27 صفر عام 1427 الموافق 27 مارس سنة 2006.
4. مرسوم مصادقة الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96/ 51 المؤرخ في 22 يناير 1996. منشور في الجريدة الرسمية في 4 رمضان1416هـ، الموافق 24 يناير سنة1996، العدد:6، السنة 33.

□

ج- القرارات و الأحكام القضائية :

1. قرار المحكمة العليا -مصر- (المحكمة الدستورية العليا حاليا) بتاريخ 25-02-1977 ، الجزء الثاني. أشار إليه : قصري ، محمد : (شرح قانون الطوارئ).
2. قرار المحكمة الدستورية العليا في مصر ، بتاريخ 7 نوفمبر سنة 1992 ، القضية رقم 11 ، لسنة 13 قضائية (دستورية) . المصدر : موقع المحكمة الدستورية العليا ، جمهورية مصر العربية :

http : //sccourt.gov.eg

3. قرار المحكمة الدستورية العليا المصرية ، الصادر في 7 نوفمبر سنة 1992م ، القضية رقم 12 ، لسنة 13 ، قضائية (دستورية). المصدر : موقع المحكمة الدستورية العليا ، جمهورية مصر العربية :

http : //sccourt.gov.eg

4. قرار المحكمة الدستورية العليا-مصر- صادر بتاريخ 22/ 02/ 1997م ، في القضية رقم : 48لسنة 17 قضائية (دستورية) ، المصدر : موقع المحكمة الدستورية العليا ، جمهورية مصر العربية : http : //sccourt.gov.eg
5. حكم محكمة القضاء الإداري المصري (مجموعة القضاء الإداري السنة الخامسة) الصادر في : 17 أفريل 1951 . أشار إليه بدوي : (النظم السياسية).
6. أحكام النقض-المصري- في قرينة البراءة : الطعن رقم : 6097 لسنة 53ق. جلسة10-02-1984م.أشار إليه : هرجة مصطفى مجدي : (الإثبات في المواد الجنائية-في ضوء أحكام محكمة النقض-).

7. Conseil Constitutionnel française : (Déli de grande vittesse) Décision n° 99-411 DC du16juin1999; Source : http : //www.conseilconstitutionnel.fr

8. Conseil Constitutionnel française : (Couverture Maladie universelle) Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999 ; Source : http : //www.conseilconstitutionnel.fr

9. Conseil Constitutionnel française : « Loi relative à la maîtrise de l'immigration »Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003 . Source : http : //www.conseilconstitutionnel.fr

10. Conseil Constitutionnel française : «Loi relative au pacte civil de solidarité » Déc . n°99-419 DC du 09 novembre1999; Source : http : //www.conseilconstitutionnel.fr

11. Conseil Constitutionnel française : «Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000 » Déc . n° 99-422 DC du 21 décembre 1999; Source :http : //www.conseilconstitutionnel.fr

ثالثا: المصادر والمراجع باللغة الأجنبية:

1. A .FATHY MORSY : (the Rrole of judge in the application of punishment) London .e.l.b.c.1988
أشار إليه : الطراونة (ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية).
2. annuaire international de justice constitutionnelle ; 1999. أشار إليه سرور ، (القانون الجنائي الدستوري)
3. Burdeau.G : (Les libertés publiques) L.G.D.J. Paris . 1948.
4. Colliard Claude – Albert : (Libertés publiques) . Dalloz . ed1950 Paris.
5. Daban : (le droit subjectifs)1955.(أشار إليه : فرج : (المدخل للعلوم القانونية)
6. Declaration des droits de l'homme et du citoyen : décrétés par l'Assemblée nationale, dans les séances, des 20, 21, 25 et 26 aout 1789 ; Source : Bibliothèque nationale de France ; www.bnf.fr.
7. Dictionnaire de Français « AUZOU» plus de 70000 mots sens et exemples. Edution auzou ; paris ;2005 .
8. Dominique Chagnollaud& Guilliame Drago : (Dictionnaire des droits fondamentaux)ed 2.Dlloz,paris,2010.
9. Duguit ;Lion : (Manuel de droit constitutionel) ed .paris. 1907.
أشار إليه : متولي ، عبد الحميد : (نظرات في أنظمة الحكم في الدول النامية)
10. GARRAUD.R : (Traité théorique et pratique du droit pénal francais) L.S.R.Tome 1 et 2 . 2ed. paris 1898 .
أشار إليه : النبراوي : (سقوط الحق في العقاب)
11. GARRIDO ,LUDOVIC : (Le Droit à La Sureté : un droit en danger)collction acte & études sous titre : Le Droit à La Sureté ; état des lieux ,état du droit. Actes de la journée d'étude organisée le 29avril 2011 ; le cerdaré de l'université Montesquieu-bordoux5. Ed ;CUJAS .Paris.2012
12. Jean Riviro : (Les libertés publiques) Paris. 1980(حقوق الإنسان بين القرآن والإعلان) أشار إليه : نجم ، أحمد حافظ :
13. L. .FAVOUREU (,Droit constitutionnel) .Dalloz Paris,2000 (النظرية العامة لحقوق الإنسان) أشار إليه : المجذوب :
14. LZERGES-C : (Le Principe de Légalité des Délits et des Peines : Délits et libertés fondamentaux) ; Dalloz ; 1996.

أشار إليه : عبد البصير، عصام عفيفي : (مبدأ الشرعية الجنائية)

15. Rassat .M-Laure : (Droit Pénal) Presses Universitaire de France ; 1987 : نظام توفيق ، المجالي : أشار إليه.

(الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحرية الفردية).

16. Robert ;Jacques (Libertés publiques) edition Montchrestien. Paris. 3 eme Ed.

17. ROGER MERLE et ANDRE VITER : (Traité de Droit Criminel) . ed. cugas. paris .1974.

أشار إليه الصالح : (حق الأمن الفردي في الإسلام).

18. STEFANI.GASTONet BOULOC.BERNARD : (Droit Pénal Général) Dalloz-Delta .Paris.ed°16.1997.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

رابعا: مواقع الأنترنت:

1. الموقع الإلكتروني للأمم المتحدة: ---------- https://www.un.org
2. الموقع الإلكتروني لمجلس حقوق الإنسان، الأمم المتحدة : ---------- http : //www.ohchr.org/AR
3. موقع مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان، الأمم المتحدة: --------- : http : //www.ohchr.org/AR
4. الموقع الإلكتروني للمجلس الأوروبي:---------- https:// www.conventions.coe.int
5. موقع مكتبة حقوق الإنسان، جامعة مينسوتا، الولايات المتحدة الأمريكية:

http : //hrlibrary.umn.edu/arab/UIDHR.html ----------

6. موقع الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية : ---------- https://www.joradp.dz
7. موقع المجلس الدستوري الفرنسي:---------- http : //www.conseilconstitutionnel.fr
8. موقع المكتبة الوطنية الفرنسية:---------- http : //www.bnf.fr
9. موقع المحكمة الدستورية العليا ، جمهورية مصر العربية : ---------- http : //sccourt.gov.eg
10. موقع مجلس الشعب ، الجمهورية العربية السورية ، قسم مجموعة التشريعات السورية :

http : //www.parliament.gov.sy ----------

11. موقع مدونة الإحيائية الجديدة:---------- http : //www.NeoRevivalism.com
12. موقع الجزيرة نت : ---------- http : //www.aljazeera.net
13. الموقع الإلكتروني لمجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون ، جامعة بابل :

http : //www.uobabylon.edu.iq----------

14. موقع الموسوعة السودانية للأحكام و السوابق القضائية ، الهيئة القضائية السودانية:

http : // www.sjprecedents.org ----------

15. موقع إسلام أون لاين:---------- http : //www.onislam.net
16. موقع المرجع: ---------- http : //almerja.com

و : فهرس المحتويات

شكر وعرفان ..... أ

الإهداء ..... ب

مُقَدِّمَة 1

أولا : التعريف بالموضوع وأهميته 1

ثانيا : إشكالية البحث 6

ثالثا : عنوان البحث 7

رابعا : أسباب اختيار الموضوع 7

خامسا : أهداف البحث 8

سادسا :الدراسات السابقة 10

سابعا : منهج الدراسة في البحث 13

ثامنا : صعوبات البحث 15

تاسعا : طبيعة المصادر والمراجع المعتمدة ، وكيفية الاستفادة منها 16

عاشرا : خطة البحث 20

الباب الأول : ماهية الحق في الحرية الشخصية في ظل النظامين الإسلامي والوضعي 24

الفصل الأول : مفهوم حق الحرية الشخصية في النظامين الإسلامي والوضعي 26

المبحث الأول : تعريف حق الحرية الشخصية 28

المطلب الأول : تحديد فكرة الحق والحرية كإباحة عامة عند الفقهاء المسلمين وشراح القانون 28

الفرع الأول : المعنى اللغوي للحق والحرية 28

الفقرة الأولى- الحق لغة : 28

الفقرة الثانية- المعنى اللغوي للحرية : 30

الفرع الثاني : المعنى الاصطلاحي للحق كإباحة عامة 31

الفقرة الأولى : الحق في اصطلاح الفقهاء المسلمين 31

أوّلا : معنى الحق عند المتقدمين : 31

ثانيا : تعريف الحق عند الفقهاء المعاصرين : 33

الفقرة الثانية : الحق عند فقهاء القانون الوضعي 35

أوّلا) الإتجاهات التقليدية : 35

ثانيا) الحق عند الإتجاهات الحديثة : 38

المطلب الثاني : تمييز الحق العام للفرد عن الحق الخاص في الفقهين الوضعي والإسلامي 41

الفرع الأول : تمييز الحق العام للفرد عن الحق الخاص في الفقه القانوني 41

الفقرة الأولى : معيار التفرقة بين الحق الفردي العام والحق الفردي الخاص على أساس خصائص المصلحة التي يحميها القانون في الحق : 41

الفقرة الثانية : معيار التفرقة بين الحق الفردي العام والحق الفردي الخاص بناء على اختلاف طبيعة الملتزِم به 42

الفقرة الثالثة : معيار التفرقة بين الحق العام والحق الخاص على أساس الجزاء 42

الفقرة الرابعة : "الرابطة القانونية" أساس وجود الحق العام للفرد في مقابل سلطة الدولة (المعيار الراجح) : 43

أوّلا– الأساس الفكري لنظرية الرابطة القانونية : 43

ثانيا– نتائج النظرية الرابطة القانونية : 44

ثالثا– تقييم الالتزامات الموجبة عن وجود الحق الفردي العام : 45

الفرع الثاني : تمييز الحق العام عن الخاص عند علماء الفقه الإسلامي وأصوله 46

الفرع الثالث : المفهوم الاصطلاحي للحق والحرية في نطاق القانون العام 47

الفقرة الأولى : النظرة التقليدية التي تميز بين الحق والحرية 47

الفقرة الثانية : البعد السياسي الموحَّد لفكرتي الحق والحرية 48
المطلب الثالث : المقصود بالإنسان صاحب الحق في الحرية الشخصية 51
الفرع الأول : قيمة الفرد أساسها التكريم الإلهي للإنسان في النظام التشريعي الإسلامي 51
الفرع الثاني : مركز الفرد في القانون الدولي لحقوق الإنسان 52
الفرع الثالث : مركز الفرد في القوانين الدستورية والجنائية للدول القانونية 53
الفقرة الأولى- قيمة الفرد في المجال الدستوري : 53
الفقرة الثانية : قيمة الفرد في المجال الجنائي 53
المطلب الرابع : مدلول الفقهي و القانوني لحق الحرية الشخصية 55
الفرع الأول : معنى حق الحرية الشخصية في الفكر القانوني الوضعي 55
الفرع الثاني : المدلول القانوني لحق الحرية الشخصية 62
الفقرة الأولى : إقرار حق الحرية الشخصية في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان : 62
الفقرة الثانية : إقرار حق الحرية الشخصية في أهم دساتير الدول 63
الفرع الثالث : مدلول حق الحرية الشخصية في النظام التشريعي الإسلامي 65
الفقرة الأولى : حق الحرية الشخصية في القرآن الكريم 66
الفقرة الثانية : مدلول حق الحرية في السنة النبوية 68
الفقرة الثالثة : مدلول حق الحرية عند السلف 70
الفقرة الرابعة : تعريف حق الحرية عند الفقهاء المسلمين المعاصرين 71
المبحث الثاني : مميزات وخصائص حق الحرية الشخصية 74
المطلب الأول : تمييز التوظيف المنضبط للحرية الشخصية في الفقه والقانون عن التوظيف الفلسفي 74
الفرع الأول : التوظيف الفلسفي وأثره على الحرية الشخصية 74
الفرع الثاني : الحاجة إلى ضبط توظيف "الحرية الشخصية" في الفقه والتشريع 76
الفقرة الأولى : ضرورة تحديد وضبط معنى الحرية الشخصية في التشريع 76
الفقرة الثانية : ضرورة تحديد وضبط معنى الحرية الشخصية في الفقه القانوني 77
المطلب الثاني : حق الحرية الشخصية لا يجوز التنازل عنه ولا الاعتداء عليه. 78
الفرع الأول : حق الحرية الشخصية حجر الزاوية بالنسبة لباقي الحقوق والحريات 78
الفرع الثاني : حق الحرية ثابتٌ للفرد بموجب إنسانيته 79
الفرع الثالث : الحرية حقٌّ طبيعيٌّ أخذ بُعدًا مدنيًا في الفكر القانوني الوضعي 79
الفرع الرابع : حق الحرية الشخصية "منحة إلاهية" في النظام الإسلامي 81
الفقرة الأولى : البعد العقدي ودوره في استقرار الحرية الشخصية ضمن النظام الإسلامي 81
الفقرة الثانية : البعد التشريعي ودوره في استقرار الحرية الشخصية في النظام الإسلامي. 83
الفقرة الثالثة : ثمرة كون الحرية الشخصية منحة إلهية 84
المطلب الثالث : العلاقة بين حق الحرية وتدخل السلطة العامة في الدولة لتنظيمه 85
الفرع الأول : حق الحرية الشخصية ذو صبغة تكافليّة بين الفرد والمجتمع في النظام الإسلامي. 85
الفرع الثاني : حق الحرية الشخصية بين الإطلاق والتقييد وبين الجدلية وتكاملية علاقة الفرد بالسلطة ضمن النظام القانوني الوضعي 86
الفقرة الأولى : تطور حق الحرية من الإطلاق إلى التقييد باعتبار الفرد عضوا في الجماعة 86
أولا– الوجه المطلق للحرية الشخصية : **87**
ثانيا– الوجه النسبي للحرية الشخصية : **88**
الفقرة الثانية : ضرورة خضوع الحرية إلى تقييد السلطة العامة وللتنظيم القانوني 89
أولا– أساس خضوع الأفراد للسلطة العامة: **90**
ثانيا– أساس العلاقة بين الحرية والتنظيم القانوني : **91**
الفقرة الثالثة : وجود سلطة عامة تحترم القانون وتدخلها ضروري لتحقيق التوازن بين حرية الفرد وبين الصالح المشترك للجماعة. 92
خلاصة الفصل الأول 94
الفصل الثاني : أساس حق الحرية الشخصية ومصادره في النظامين الإسلامي والوضعي 96
المبحث الأول : ماهية الحقوق والحريات العامة في التشريعين الإسلامي والوضعي 98
المطلب الأول : مفهوم الحقوق والحريات العامة 98
الفرع الأول : معنى الحقوق والحريات في النظام الإسلامي 98

الفقرة الأولى : تعريف الحريات العامة في الإسلام 99
أولا : أداء التكليف والواجب الشرعي يكرس الحقوق والحريات العامة وحمايتها 99
ثانيا : الحقوق والحريات العامة مصالح وضرورات شرعية يجب أن تحفظ 100
ثالثا : الحريات العامة مضبوطة بقواعد وليست مطلقة 102
رابعا : حقوق وحريات الإنسان ترتقي إلى درجة الحُرمات المقدّسة 103
الفقرة الثانية : تعريف الحقوق الشخصية في الإسلام : 104
الفرع الثاني : معنى الحقوق والحريات في الفكر الوضعي: 105
الفقرة الأولى- تعريف الحقوق والحريات العامة في الفكر الوضعي : 105
الفقرة الثانية- معنى الحقوق الشخصية في فقه و التشريع الوضعي :..... 108
أولا : معنى الحريات الأساسية في الفقه القانوني 108
ثانيا : الحريات الأساسية في الجزائر بين التكريس الدستوري وتحديات الممارسة 111
الفرع الثالث : أنواع الحقوق والحريات وتقسيماتها 113
الفقرة الأولى : تقسيمات الحقوق في الفقه الإسلامي : 113
أوّلا : التقسيم الأول للحقوق : 114
ثانيا – التقسيم الثاني للحقوق : 116
ثالثا– التقسيم الثالث للحقوق والحريات: 116
رابعا– التقسيم المقاصدي للحقوق: 117
الفقرة الثانية : تقسيمات الحقوق في الفكر القانوني الوضعي بين توسع المضمون وتعدد التصنيفات 117
الفقرة الثالثة : المعايير المتعددة في تصنيف الحقوق والحريات وآثارها القانونية على التزامات الدولة..... 123
أوّلا – التصنيف باعتبار موضوع الحق أو الحرية :..... 123
ثانيا – التصنيف باعتبار صفة الشخص المستفيد من الحق. 123
ثالثا – التصنيف باعتبار طبيعة الحقوق والحريات : 124
رابعا – التصنيف باعتبار المعيار الزمني Chronologique : 124
1 – الجيل الأول لحقوق وحريات الإنسان : 125
أ- معنى حقوق الإنسان بوصفه إنسانا : 125
ب- مسؤولية السلطة العامة في الدولة تجاه حقوق الجيل الأول : 125
2 – الجيل الثاني لحقوق وحريات الإنسان 126
أ- معنى حقوق الإنسان بوصفه عضوا في المجتمع : 126
ب- مسؤولية الدولة تجاه حقوق الإنسان بوصفه عضوا في المجتمع : 127
3– الجيل الثالث لحقوق وحريات الإنسان. 128
المطلب الثاني : طبيعة العلاقة بين الحرية الشخصية وباقي الحقوق والحريات 129
الفرع الأول : علاقة الخصوص والعموم بين الحرية الشخصية والحريات الأساسية والعامة..... 129
الفرع الثاني : الحريات العامة و الأساسية لا يمكن التمتع بها دون وجود الحرية الشخصية..... 131
الفرع الثالث : نظرة مقارنة حول موازنة النظام الإسلامي والوضعي بين الحقوق العامة والشخصية 131
المبحث الثاني : مقومات وركائز حق الحرية الشخصية والحريات الأساسية للفرد..... 135
المطلب الأول : المبادئ التي تؤسس للحقوق والحريات الأساسية في الأنظمة الوضعية 136
الفرع الأول : مبدأ الأصل إطلاق وعمومية حقوق وحريات الأفراد وتقييدها استثنائي..... 136
الفرع الثاني : مبدأ سيادة القانون يوجب اختصاص السلطة التشريعية بتنظيم الحرية و السلطة القضائية بحمايتها..... 137
الفرع الثالث : مبدأ الأصل في حقوق الإنسان أنها مسألة وطنية داخلية..... 138
الفرع الرابع : مبدأ تكامل حقوق الإنسان فيما بينها..... 140
الفرع الخامس : مبدأ أن الحقوق والحريات الأساسية لا يجوز التنازل عنها 141
الفرع السادس : مبدأ عدم جواز الاحتجاج بتقادم الجرائم التي تشكلها انتهاكات حقوق الإنسان..... 142
المطلب الثاني : المبادئ التي تؤسس للحقوق والحريات في النظام التشريعي الإسلامي 145
الفرع الأول - مبدأ التكريم الإلهي للإنسان كأساس للحقوق والحريات :..... 145
الفقرة الأولى- أهمية المبدأ ومفهومه : 145
الفقرة الثانية- مشروعية مبدأ التكريم الإلهي للإنسان ومظاهره : 147

أولا– مشروعية مبدأ التكريم الإلهي للإنسان من القرآن الكريم : **148**
ثانيا– مشروعية مبدأ التكريم الإلهي للإنسان من السنة النبوية : **148**
الفقرة الثالثة- موجبات مبدأ التكريم الإلهي للإنسان : 149
الفرع الثاني : مبدأ الشرعية كأساس للحقوق والحريات في النظام التشريعي الإسلامي 150
الفرع الثالث : مبدأ الشورى كأساس للحقوق والحريات في الإسلام 152
الفرع الرابع : مبدأ المساواة والعدل كأساس للحريات في الإسلام : 154
الفقرة الأولى- الاعتراف بالمساواة كأصل عام بين جميع الأفراد في التمتع بالحقوق والحريات الأساسية : .154
الفقرة الثانية- العدالة تقتضي تقييد ممارسة الأفراد للحقوق والحريات في ظل نظام الجماعة. 155
الفرع الخامس : الارتباط الوثيق للحريات والحقوق بمبدأ المسؤولية في الإسلام : 157
المطلب الثالث : مقارنة مبادئ الحقوق والحريات بين النظامين الإسلامي والوضعي 159
الفرع الأول : مبدأ الكرامة الإنسانية مسألة مشتركة وجوهرية في كل من النظام التشريعي الإسلامي و الأنظمة الوضعية 159
الفرع الثاني : تكريس مبدأ الشرعية وسيادة القانون كحماية للحقوق والحريات 159
الفرع الثالث : حماية الحقوق والحريات من خلال مبدأ الشورى و آليات الديمقراطية 159
الفرع الرابع : الاتفاق المبدئي بين النظامين الإسلامي والوضعي حول المساواة واختلافهما حول تكييفها 160
الفرع الخامس : الارتباط الوثيق للحرية بالمسؤولية في كلا النظامين الإسلامي والوضعي 160
المبحث الثالث : مصادر الحقوق والحريات العامة في النظام الإسلامي والأنظمة الوضعية الليبيرالية .. 161
المطلب الأول : أساس الحقوق والحريات في النظام الإسلامي 161
الفرع الأول : الأصل التشريعي للحقوق والحريات في الإسلام 162
الفرع الثاني : الأصل العقائدي للحقوق والحريات في الإسلام 164
المطلب الثاني : الأساس الفكري للحقوق والحريات في الفكر الوضعي الليبرالي 165
الفرع الأول : أثر العوامل التاريخية على نشأة الحقوق والحريات 165
الفرع الثاني: دور مدرسة القانون الطبيعي في التأسيس لفكرة الحقوق والحريات: 166
الفرع الثالث : دور نظرية العقد الاجتماعي في بلورة الفكر الغربي حول الحقوق والحريات 166
الفرع الرابع : تقويم النظرة الليبرالية لنشأة الحقوق والحريات : 167
ملخص الفصل الثاني 170
الباب الثاني : مظاهر وضمانات تكريس حماية الشرعية الجنائية للحرية الشخصية في ظل النظامين الإسلامي والوضعي 172
الفصل الأول : ماهية مبدأ الشرعية الجنائية ومقومات حمايته للحرية الشخصية 175
المبحث الأول : أصول حماية حق الحرية الشخصية في المجال الجنائي 177
المطلب الأول : مفهوم الحماية الجنائية للحرية الشخصية 178
الفرع الأول : معنى حماية الحرية الشخصية في النظام القانوني بوجه عام 178
الفرع الثاني : معنى حماية الحرية الشخصية في المجال الجنائي بوجه خاص 180
الفرع الثالث : طرق موازنة الحماية الجنائية بين الحرية الشخصية والمصلحة العامة 182
المطلب الثاني : السياسة الجنائية جوهر الحماية الجنائية للحرية الشخصية 184
الفرع الأول : معنى السياسة الجنائية 184
الفرع الثاني : منهج السياسة الجنائية الوضعية في حماية الحرية الشخصية 185
الفرع الثالث : منهج سياسة التشريع الجنائي الإسلامي في حماية الحرية الشخصية : 187
الفقرة الأولى : أسس استقرار ووضوح سياسة النظام الجنائي الإسلامي 187
أولا : المصدر الإلهي للتشريع الجنائي الإسلامي أساس استقرار ووضوح سياسته الجنائية **187**
ثانيا : القواعد الموضوعية للنظام الجنائي الإسلامي أساس سياسته الجنائية 188
ثالثا : القواعد الإجرائية للنظام الجنائي الإسلامي أساس استقرار سياسته الجنائية 189
الفقرة الثانية : أثر استقرار السياسة الجنائية للنظام الجنائي الإسلامي على حماية الحرية الشخصية 189
المطلب الثالث : أنواع الحماية الجنائية للحرية الشخصية 191
الفرع الأول : الحماية الجنائية الموضوعية للحرية الشخصية 191

الفرع الثاني : الحماية الجنائية الإجرائية للحرية الشخصية 192
المطلب الرابع : دواعي ومبررات ضمان الحرية الشخصية في مواجهة سلطة الدولة في العقاب ... 194
الفرع الأول : ضرورة حماية الحرية الشخصية في مواجهة مخاطر القانون الجنائي 194
الفرع الثاني : تأثير طبيعة النظام السياسي للدولة على القوانين الجنائية يقتضي حماية الحرية الشخصية 196
الفقرة الأولى : الأثر السلبي للقوانين الجنائية في الأنظمة السياسية الدكتاتورية على الحرية الشخصية : 196
الفقرة الثانية : ضمان حماية الحرية الشخصية في القوانين الجنائية للأنظمة السياسية للدول القانونية 197
المبحث الثاني : الشرعية الجنائية دعامة أصيلة لحماية الحرية الشخصية 199
المطلب الأول : مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية 200
الفرع الأول : تعريف مبدأ الشرعية الجنائية 200
الفقرة الأولى : نحو مدلول جوهري للشرعية الجنائية 200
الفقرة الثانية : العلاقة بين الشرعية الجنائية والمشروعية 204
الفرع الثاني : أهمية وفوائد مبدأ الشرعية الجنائية 206
الفقرة الأولى : أهمية حماية مبدأ الشرعية الجنائية لمصلحة الفرد : 206
أولا : ضمان الشرعية الجنائية لحقوق وحريات الأفراد : 206
ثانيا : تفرقة الأفراد بين المباح والمحظور جنائيا : 206
الفقرة الثانية : أهمية حماية مبدأ الشرعية الجنائية لمصلحة المجتمع ومقاصد التشريع 207
أولا– مبدأ الشرعية الجنائية يضفي الأساس القانوني على العقوبة : 207
ثانيا– تحقيق حماية المصلحة العامة بعدم تجاوز العقاب المشروع : 207
ثالثا– المحافظة على مقاصد التشريع الجنائي : 207
رابعا– مبدأ الشرعية الجنائية يورث قبولا للعقوبة من طرف المجتمع والأفراد : 207
المطلب الثاني : مصادر مبدأ الشرعية الجنائية في النظام التشريعي الإسلامي والوضعي 209
الفرع الأول : النظام التشريعي الإسلامي أول مصدر يكرّس مبدأ الشرعية الجنائية 209
الفرع الثاني : إقرار مبدأ الشرعية الجنائية في المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية لحقوق الإنسان 210
الفقرة الأولى : تكريس مبدأ الشرعية الجنائية في المواثيق الدولية العالمية والإقليمية لحقوق الإنسان : 211
الفقرة الثانية : الإقرار الدستوري كمصدر لمبدأ الشرعية الجنائية : 213
أولا– تأكيد الشرعية الجنائية بين إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي و الدساتير الفرنسية 214
ثانيا– إقرار الشرعية الجنائية في الدساتير المصرية : 216
ثالثا– إقرار الشرعية الجنائية في الدساتير الجزائرية : 217
الفقرة الثالثة- تقنين مبدأ الشرعية في القوانين الجنائية المعاصرة : 218
المطلب الثالث : الأساس الفلسفي والقانوني للشرعية الجنائية 220
الفرع الأول : الأساس الفلسفي لمبدأ الشرعية الجنائية 220
الفقرة الأولى : الأساس الأخلاقي للمسؤولية الجنائية يقتضي وجود الشرعية الجنائية 220
الفقرة الثانية : الشرعية الجنائية تبنى على قواعد العدالة والمساواة 221
الفرع الثاني : الشرعية الدستورية كأساس قانوني لمبدأ الشرعية الجنائية 222
الفقرة الأولى : مبدأ سيادة القانون يضفي قيمة دستورية على الشرعية الجنائية 222
الفقرة الثانية : الفصل بين السلطات كأساس دستوري للشرعية الجنائية 225
الفقرة الثالثة : الرقابة على دستورية القوانين الجنائية آلية لتقويم الشرعية الجنائية وفقا للمبادئ الدستورية 226
أولا– أساس تدخل آلية الرقابة على دستورية القوانين الجنائية لحماية الحرية الشخصية : 226
ثانيا– دور الرقابة على دستورية القوانين في تقويم انحراف التشريع الجنائي عن الشرعية الدستورية 230
ثالثا– تقييم دور الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر كآلية لتقويم الشرعية الجنائية 231
المطلب الرابع : العناصر الجوهرية لمبدأ الشرعية الجنائية وعلاقتها بالحرية الشخصية 234
الفرع الأول : قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات وضرورتها لحماية الحرية الشخصية 234
الفقرة الأولى : مدلول قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات : 234
الفقرة الثانية : أثر قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات على الحرية الشخصية : 235
الفرع الثاني : قاعدة شرعية الإجراءات الجنائية وركائزها في حماية الحرية الشخصية 236
الفقرة الأولى : أهمية شرعية الإجراءات الجنائية 236
الفقرة الثانية- مدلول قاعدة شرعية الإجراءات الجنائية : 238
الفقرة الثالثة : عناصر الشرعية الإجرائية الجنائية 239

الفقرة الرابعة : أثر شرعية الإجراءات الجنائية على تعزيز مكانة الحرية الشخصية 240
الفرع الثالث : قاعدة شرعية التنفيذ العقابي وعلاقتها بالحرية الشخصية 242
الفقرة الأولى : تعريف شرعية التنفيذ العقابي.....242
الفقرة الثانية : ارتباط شرعية التنفيذ العقابي بسياسة الإصلاح الجنائي.....243
الفقرة الثالثة : أثر شرعية التنفيذ العقابي على الحرية الشخصية 245
أولا– ضرورة تحديد أساليب التنفيذ وضماناته وأهدافه بمصدر واحد هو القانون : 245
ثانيا– خضوع التنفيذ العقابي لإشراف القضاء : 245
خلاصة الفصل الأول للباب الثاني.....246
الفصل الثاني : ضمانات حماية الشرعية الجنائية للحرية الشخصية في النظام الجنائي الإسلامي والوضعي..... 251
المبحث الأول : ضمانات حماية الشرعية الجنائية الموضوعية للحرية الشخصية في مواجهة سلطة التجريم والعقاب
..... 254
المطلب الأول : ضوابط الشرعية الجنائية الموضوعية كضمان للحرية الشخصية في النظام الجنائي الإسلامي. 254
الفرع الأول : الاعتبار المقاصدي للحرية الشخصية كضابط لشرعية التجريم والعقاب في النظام الجنائي الإسلامي.....255
الفرع الثاني : ضمانات حماية الشرعية الجنائية للحرية الشخصية في العقوبات والجرائم المقدّرة شرعا. 257
الفقرة الأولى : مدلول شرعية التجريم والعقاب في الحدود. 257
الفقرة الثانية- مدلول شرعية التجريم و العقاب في القصاص والديات. 260
الفقرة الثالثة - ضمانات وضوابط الشرعية في الجرائم والعقوبات المقدرة :.....262
أولا– قاعدة درء الحدود بالشبهات : 263
ثانيا– مبدأ الخطأ في العفو لا في العقاب : 264
ثالثا– قاعدة تحديد سلطة القضاء في تفسير النصوص الجنائية المقدرة : 267
رابعا– مبدأ ألاّ قياس في العقوبات المقدرة :..... 270
الفرع الثالث : ضمانات شرعية التجريم والعقاب للحرية الشخصية في التعازير 273
الفقرة الأولى- مدلول شرعية التجريم والعقاب في التعازير. 274
أولا– تعريف التعزير : 274
ثانيا– طبيعة نظام التعزير في الإسلام : 274
الفقرة الثانية- ضوابط شرعية التعازير كضمان للحرية الشخصية : 275
أولا– ضمانات الشرعية بين التوسيع والتّضييق في التعازير : 275
ثانيا– ضوابط السلطة التقديرية للقاضي والسياسة الجنائية في تشريع التعازير. 279
ثالثا–ضمانات التفريد العقابي بين السلطة التقديرية وشرعية التعزير:..... 282
رابعا– جواز العفو عن العقوبات التعزيرية: 285
المطلب الثاني : ضوابط شرعية التجريم والعقاب كضمان للحرية الشخصية في القانون الوضعي. 289
الفرع الأول : وجوب تحقيق التوافق بين النصوص الجنائية والحرية الشخصية.....289
الفرع الثاني : ضابط التزام المشرع بالوضوح وبالتحديد لسلطة التجريم والعقاب. 290
الفقرة الأولى : أهمية ومدلول الالتزام بالوضوح وبتحديد سلطة التجريم والعقاب 290
الفقرة الثانية : مخاطر عدم وضوح وتحديد السلطة المختصة بالتجريم والعقاب على الحرية الشخصية.....291
الفقرة الثالثة : ضرورة تقييد صلاحيات السلطة التنفيذية في تحديد المخالفات والعقوبات المقررة لها 292
الفرع الثالث : التزام المشرع بالضرورة الاجتماعية في التجريم و العقاب. 294
الفقرة الأولى : التزام المشرع الجنائي بالضرورة الاجتماعية ضمان للحرية الشخصية من التجريم والعقاب التعسفي 294
الفقرة الثانية : شروط اعتبار الضرورة الاجتماعية أساسا للتجريم والعقاب.....295
الشرط الأوّل– توافر المصلحة الجديرة بالحماية الاجتماعية : 295
الشرط الثاني– ضرورة تمثيل السلوك المؤثم لبغي حقيقيٍّ وجسيم على المصلحة المحمية جنائيا 295
الفرع الرابع : ضابط ألا تجريم ولا عقاب إلا بنص القانونٍ. 296
الفرع الخامس : ضابط تقييد السلطة التقديرية للقاضي في تطبيق وتفسير النصوص الجنائية. 298

الفقرة الأولى : سلطة القاضي في تفريد العقوبة تحقق العدالة وتضمن الحرية الشخصية.....298
الفقرة الثانية : دور القيود الواردة على السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في ضمان الحرية والعدالة.....299
أولا–النّص على جسامة الجريمة :.....299
ثانيا– تسبيب القاضي الجزائي للأحكام الصادرة عنه : 299
ثالثا– التزام القاضي بالتّفسير الضيق للنصوص الجنائية ، وعدم القياس عليها في غير مصلحة المتهم : 300
المطلب الثالث : مقارنة بين ضمانات شرعية التجريم والعقاب للحرية الشخصية في النظامين الإسلامي و الوضعي.....302
الفرع الأول : أوجه التشابه بين ضمانات شرعية التجريم والعقاب في النظامين الإسلامي والوضعي 302
الفرع الثاني : أوجه الاختلاف بين ضمانات شرعية التجريم والعقاب في النظامين الإسلامي والوضعي....304
المطلب الرابع: قاعدة عدم رجعية القوانين الجنائية كضمان للحرية الشخصية 307
الفرع الأول : ماهية قاعدة عدم الرجعية الجنائية.....307
الفرع الثاني : الأساس الشرعي لعدم الرجعية الجنائية.....308
الفرع الثالث : الأساس القانوني لقاعدة عدم الرجعية الجنائية.....309
الفرع الرابع : معايير قاعدة عدم الرجعية كضمانة للحرية الشخصية 310
الفرع الخامس : قاعدة وجوب الرجعية إلى الماضي إذا كان التشريع الجديد الأصلح للمتهم 312
الفقرة الأولى : مدلول قاعدة رجعية القانون الأصلح للمتهم.....312
أولا– معنى القاعدة :.....312
ثانيا : مصدر رجعية القانون الأصلح في النظام الجنائي الإسلامي :.....313
ثالثا : مصدر رجعية القانون الأصلح للمتهم في الأنظمة الجنائية الوضعية.....314
الفقرة الثانية : مبررات وأسس قاعدة رجعية القانون الأصلح للمتهم 315
الفقرة الثالثة : شروط تطبيق قاعدة رجعية القانون الأصلح للمتهم.....316
الشرط الأول : التحقق من أن النص الجنائي الجديد هو الأصلح للمتهم.....316
الشرط الثاني : صدور القانون بعد ارتكاب الجريمة 317
الشرط الثالث : سريان النص الجنائي الجديد قبل صدور حكم نهائي باتٍّ.....317
الفقرة الرابعة : لزوم رجعية القانون الأصلح للمتهم بعد القوانين الاستثنائية وحالات الطوارئ 320
المطلب الخامس: مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية و العقوبة كضمان للحرية الشخصية.....322
الفرع الأول : مدلول مبدأ شخصية المسؤولية وعلاقتها بشخصية العقوبة.....322
الفرع الثاني : أساس شخصية المسؤولية والعقوبة الجنائية.....324
الفقرة الأولى : الأساس الشرعي لشخصية المسؤولية والعقوبة الجنائية.....324
الفقرة الثانية : الأساس القانوني لشخصية المسؤولية والعقوبة الجنائية 325
الفرع الثالث : تطبيقات قاعدة شخصية المسؤولية والعقوبة الجنائية.....326
المبحث الثاني : ضمانات حماية الشرعية الجنائية الإجرائية للحرية الشخصية في مواجهة سلطة الاتهام والتنفيذ العقابي.....329
المطلب الأول : حماية الحرية الشخصية للمتهم من خلال مبدأ البراءة الأصلية 332
الفرع الأول : مفهوم مبدأ البراءة الأصلية 332
الفقرة الأولى : تعريف مبدأ البراءة الأصلية.....332
الفقرة الثانية : الأساس الشرعي والقانوني لمبدأ البراءة الأصلية 333
أولا : أصول مبدأ البراءة الأصلية في النظام التشريعي الإسلامي.....333
ثانيا : أساس مبدأ البراءة الأصلية في النظم القانونية المعاصرة.....334
ثالثا : مقارنة اعتبار مبدأ البراءة الأصلية في النظامين الإسلامي والوضعي 335
الفرع الثاني : الآثار الإجرائية لمبدأ البراءة الأصلية على الحرية الشخصية للمتهم. 336
الفقرة الأولى : إعفاء المتهم من إثبات براءته.....336
الفقرة الثانية : معاملة المتهم باعتباره بريئا واحترام حريته الشخصية.....337
الفقرة الثالثة : مبدأ الشك يفسر لصالح المتهم. 338
المطلب الثاني : مبدأ قانونية الإجراءات الجزائية كضمانة للحرية الشخصية. 341
الفرع الأول : مفهوم مبدأ قانونية الإجراءات الجزائية ومقوماته. 341
الفقرة الأولى : تحديد الخصومة الجزائية من واجب المشرع الإجرائي 341
الفقرة الثانية : أساس قانونية الإجراءات الجزائية في النظام القانوني الوضعي 342
الفقرة الثالثة : أساس مبدأ قانونية الإجراءات الجزائية في النظام التشريعي الإسلامي 343

الفرع الثاني : أثر مبدأ قانونية الإجراءات الجزائية على الحرية الشخصية. 345
الفقرة الأولى : الإجراءات الجزائية لا يمكن سنّها إلا بقانون تصدره السلطة التشريعية في الظروف العادية والاستثنائية 345
الفقرة الثانية : الإفراد الحصري للمشرع الإجرائي بتحديد الجهات القضائية المباشرة للإجراءات الجزائية 346
الفقرة الثالثة : التزام السلطة التنفيذية بعدم إصدار قرارات في شأن الإجراءات الجنائية 346
الفقرة الرابعة : عدم الاعتبار بالقياس إلا لمصلحة المتهم في الإجراءات الجزائية 347
الفقرة الخامسة : العلاقة الوثيقة بين قانونية الإجراءات الجزائية وشرعية التجريم والعقاب 348
المطلب الثالث : مبدأ لا عقوبة بغير دعوى كضمانة للحرية الشخصية. 350
الفرع الأول : ماهية المبدأ ومقوماته. 350
الفرع الثاني : نتائج مبدأ لا عقوبة بغير دعوى. 351
الفقرة الأولى : لا عقوبة بغير حكم قضائي عادل ومستقل. 351
الفقرة الثانية : عدم جواز التنفيذ المباشر للعقوبة قبل الإدانة. 352
المطلب الرابع : ضمان الشرعية الإجرائية للحرية الشخصية في مواجهة الظروف الاستثنائية 353
الفرع الأول : الطبيعة القانونية لاجراءات الظروف الاستثنائية 353
الفقرة الأولى : معنى الظروف الاستثنائية ومبرّراتها 353
الفقرة الثانية : الطبيعة المشددة لسياسة الجنائية لمواجهة الظروف الاستثنائية 355
الفرع الثاني : ضمانات الحرية الشخصية في مواجهة إجراءات الظروف الاستثنائية 359
الفقرة الأولى : ضرورة احترام قوانين الطوارئ للقواعد الدولية والمبادئ الدستورية لحقوق الإنسان 359
الفقرة الثانية : الرقابة القضائية على قوانين الطوارئ ودورها في ضمان الحرية الشخصية 360
الفقرة الثالثة : العدالة الانتقالية ضرورة لتجاوز آثار الظروف الاستثنائية والتعويض عن انتهاك الحرية الشخصية 364
أولا : تطبيق العدالة الانتقالية ضروريّ لرد الاعتبار إلى الحرية الشخصية 364
ثانيا : الحق في الانتصاف والتعويض لضحايا انتهاك الحرية الشخصية في الظروف الاستثنائية ... 365
1– في المستوى الدولي : 365
2– في المستوى الوطني : 367
خلاصة الفصل الثاني من الباب الثاني 370
الخـــاتمـــة **374**
أولاً- نتائج البحث: 375
ثانيا- مقترحات وآفاق البحث: 380
الفهارس العامة **382**
أ : فهرس الآيات القرآنية 383
ب : فهرس الأحاديث النبوية 386
ج : فهرس الآثار 388
د : فهرس القواعد الأصولية والفقهية. 389
هـ : فهرس المصادر والمراجع 391
و : فهرس المحتويات 415

تمت بحمد الله

ملخص الأطروحة

حماية الشرعية الجنائية للحرية الشخصية

دراسةٌ مقارنةٌ بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

يحاول البحث أن يجيب عن إشكاليةٍ حول مبدأ الشرعية الجنائية ، ومدى كونه ضمانةً كافيةً للحرية الشخصية من خلال القوانين الجنائية الموضوعية والإجرائية، وكذا بيان دور المبادئ التي جاء بها النظام التشريعي الإسلامي والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان والدساتير الحديثة ، في رسم سياسة جنائية واضحة المعالم تحقّق التوازن المنشود بين الحرية الشخصية للفرد وحق السلطة العامة للدولة في تنظيمها ، خاصة أثناء حالة الطوارئ كظرف استثنائي .

ويعالج **الباب الأول** ماهية حق الحرية الشخصية في ظل النظامين الإسلامي والوضعي من خلال بيان مفهوم حق الحرية الشخصية في فصله الأول بدءا بتعريف هذا الحق ، وذكر مميزاته وخصائصه ، خاصة وأنه يشكّل حجر الزاوية بالنسبة لباقي الحقوق والحريات الأساسية . أما الفصل الثاني ؛ يؤسس لحق الحرية الشخصية ومصادره في النظامين الإسلامي والوضعي ، وهذا بذكر ماهية الحقوق والحريات العامة في كلا النظامين، و إبراز مقومات وركائز حق الحرية الشخصية والحريات الأساسية للفرد ، ثم البحث في مصادر الحقوق والحريات العامة في النظام الإسلامي والأنظمة الوضعية الليبيرالية.

أما **الباب الثاني** من البحث ؛ فيتناول مظاهر وضمانات تكريس حماية الشرعية الجنائية للحرية الشخصية، انطلاقا في فصله الأول من التأصيل لمبدأ الشرعية الجنائية، ومقومات حمايته للحرية الشخصية، وهذا من خلال عرض أصول حماية حق الحرية الشخصية في المجال الجنائي ، ثم عرض الشرعية الجنائية كدعامة أصيلة لحماية الحرية الشخصية من خلال شقيها الموضوعي والإجرائي.

ويبين الفصل الأخير الضمانات الكفيلة بحماية الحرية الشخصية في المجال الجنائي، سواء في النظام الجنائي الإسلامي أو الوضعي، من خلال ما تجسده تلك المبادئ والقواعد من ضوابط للشرعية الجنائية الموضوعية في مواجهة سلطة التجريم والعقاب، كما تعدّ ضوابطا للشرعية الجنائية الإجرائية في مواجهة سلطة الاتهام والتنفيذ العقابي، وهذا حتى تحقق الشرعية الجنائية الحماية الكافية للحرية الشخصية المكفولة دستوريا، وبصفة خاصة في ظل حالة الطوارئ والظروف الاستثنائية لما تمثله من خطورة على الشرعية الجنائية و الحرية الشخصية.

أما **الخاتمة** ؛ فتجمل أهم النتائج والمقترحات المتوصّل إليها في الدراسة.

Protection of the Criminal Legality of Personal Freedom
Comparative Study between the Islamic Jurisprudence and the Positive Law

The research attempts to answer the question of the principle of criminal legality, the extent to which it is a sufficient guarantee of personal freedom through objective or procedural penal laws. As well as illustrating the role of the principles brought by the Islamic legislative system, international human rights conventions and modern constitutions in formulating a clear criminal policy that achieves the desired balance between the personal freedom of the individual and the right of the public authority of the State to organize it, especially during the state of emergency as an exceptional circumstance.

The first part deals with the right of personal freedom under the Islamic and positive systems through the definition of the concept of the right to personal freedom in its first chapter, beginning with the definition of this right, and mentioning its characteristics and specific features, especially as it is the cornerstone for other basic rights and freedoms. While the second chapter establishes the right of personal freedom and its sources in the Islamic and positive systems, by mentioning the nature of public rights and freedoms in both systems and highlighting the foundations and bases of right to personal freedom and fundamental freedoms of the individual.

The second part of the research deals with the aspects and guarantees of the consolidation of the protecting of the criminal legality of personal freedom. Starting in the first chapter with entrenching the principle of criminal legality and the foundations for protecting personal freedom by presenting the rules for protecting the right of personal freedom in the criminal field then presenting the criminal legality as a genuine support for the protection personal freedom through its objective and procedural aspects.

The final chapter sets forth the guarantees prone to protect personal freedom in the criminal sphere, be in the Islamic or positive penal system. Through what these principles and rules embody as regulations of the objective criminal legality likely to face the authority of criminalization and punishment. They are also considered as controls of the procedural criminal legality to face the authority of accusation and the execution of penalties, so that the criminal legality achieves the personal freedom guaranteed by the Constitution, especially in light of the state of emergency and exceptional circumstances. For the danger it represents for the criminal legality and personal freedom.
The conclusion summarizes the main findings and proposals reached in the study.

Protection de la Légalité Pénale de la Liberté Individuelle
Etude Comparative entre la Jurisprudence Islamique et le Droit Positif

La recherche tente de répondre à la problématique du principe de légalité pénale et dans quelle mesure elle constitue une garantie suffisante de la liberté individuelle par le biais de lois pénales objectives ou procédurales. En plus d'illustrer le rôle des principes émanant du système législatif islamique, les conventions internationales des droits de l'homme et les constitutions modernes dans la formulation d'une politique pénale claire, qui permette de réaliser l'équilibre souhaité entre la liberté individuelle des individus et le droit des autorités publiques de l'Etat de l'organiser. Notamment lors de l'état d'urgence comme circonstance exceptionnelle.

La première partie traite du droit à la liberté individuelle dans les systèmes islamique et positif à travers la définition du concept de droit à la liberté individuelle dans son premier chapitre, en commençant par la définition de ce droit et en mentionnant ses caractéristiques et particularités. Notamment que ledit droit constitue la pierre angulaire d'autres droits et libertés fondamentaux. Tandis que le deuxième chapitre établit le droit à la liberté individuelle et ses sources dans les systèmes islamique et positif, en mentionnant la nature des droits et libertés publics dans les deux systèmes et en soulignant les fondements et les bases du droit à la liberté individuelle et aux libertés fondamentales de l'individu. Et ensuite, rechercher les sources des droits et libertés publics dans le système islamique et les systèmes positifs libéraux.

La deuxième partie de la recherche porte sur les aspects et les garanties de la consécration de la protection de la légalité pénale de la liberté individuelle. Commençant dans le premier chapitre par l'ancrage du principe de la légalité pénale et des fondements de la protection de la liberté individuelle à travers une exposition des règles de protection du droit à la liberté individuelle dans le domaine pénal, puis en présentant la légalité pénale comme un véritable soutien à la protection de la liberté individuelle à travers ses deux aspects objectifs et procéduraux.

Le dernier chapitre expose les garanties permettant de protéger la liberté individuelle dans le domaine pénal, que ce soit dans le système pénal islamique ou positif. À travers ce que ces principes et règles incarnent comme règles de la légalité pénale objective susceptible de faire face à l'autorité de la criminalisation et de la peine. Ils sont également considérés comme des contrôles de la légalité pénale procédurale pour faire face à l'autorité d'accusation et à l'exécution des peines, de sorte que la légalité criminelle réalise la liberté individuelle garantie par la Constitution, notamment à la lumière de l'état d'urgence et des circonstances exceptionnelles. Pour le danger que cela représente pour la légalité criminelle et la liberté individuelle.

Quant à la conclusion, elle résume les principaux résultats et propositions obtenus dans l'étude.