جامـــــــــعة وهـــران 2

كلية الحقوق و العلوم السيـــاسية

أطروحـــــــة

للحصول على شهـــادة دكتوراه في العلوم

في القـــانون الجنـــائي

مرونة حق الدفاع بين المشروعية والشرعية

مقدمة ومناقشة علنا من طرف

السيدة: الفحلة مديحة

أمام لجنـــــــة المناقشـــــــة

اللقب والاسم	الرتبـــــة	المؤسسة الأصلـــية	الصـــــفة
مروان محمد	أستـاذ التعليم العالي	جامعة وهـــران 2	رئيـــــسا
أوسوكين عبد الحفيظ	أستـاذ التعليم العالي	جامعة وهـــران 2	مقـــــررا
ضهار محمد	أستاذ محاضر – أ–	جامعة سيدي بلعباس	منـــاقشا
سعداوي محمد الصغير	أستاذ محاضر – أ–	جامعة بشـار	منـــاقشا
بلعرابي عبد الكريم	أستاذ محاضر – أ–	المركز الجامعي للبيض	منـــاقشا
برابح عبد المجيد	أستاذ محاضر – أ–	جامعة وهـــران 2	منـــاقشا

السـنة: 2016/2017

الإهداء

لطالما شغلني هذا العمل عمن أحب، لذا أهدي هذا العمل إليهم: الوالدين الكريمين، أطال الله في عمرهما. زوجي العزيز، رفيق دربي الذي تحمل مشقة وعناء هذا البحث وكان سندا ودعما لي. أولادي: سيرين، سلاف، محمد رضا، حفظهم الله ورعاهم.

وإلى أخي وأخواتي، أهدي هذا العمل مع وافر الحب والامتنان.

الباحثة

شكر وتقدير

لا يسعنى بعد شكر الله عز وجل وحمده والثناء عليه، إلا أن أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أستاذى الفاضل" أوسوكين عبد الحفيظ"، الذى تكرم وقبل الإشراف على رسالتى، وزودنى بالإرشادات والنصائح التى زادت من قيمة الرسالة، وجعلتها تخرج بالوجه التى هى عليه، فبارك الله فيه وجزاه عنى خير، وسدد خطاه فى إنارة الطريق للباحثين، ورفع مكانته بين الصالحين والعلماء، وجعله ذخرا لنا ولكل أمتنا الإسلامية.

كما أتقدم بأصدق الشكر وبوافر الاحترام إلى الأساتذة الأجلاء الذين شرفونى بقبول مناقشة هذه الرسالة، وتزويدى بالملاحظات التى أكملت نواقص هذا البحث وقومت عثراته.

وآخر دعواى أن الحمد لله رب العالمين

الباحثة

مقدمة

إن الحديث عن حق الدفاع يحيلنا إلى الحديث عن حقوق الإنسان، لأنه جزء لا يتجزأ عن هذه الحقوق. لقد سعى المجتمع الإنساني عبر التاريخ إلى تقرير وحماية حقوقه، وهو ما لمسناه من دراسة الحضارات القديمة. ثم تأتي الديانات السماوية و تنظم حقوق الإنسان بما يتفق والمبادئ الإنسانية والأخلاقية، لكي تكون سندا لتطور الفكر البشري الذي عمل على جمع حقوق الإنسان في وثائق وإعلانات، ومن أعرقها وثيقة" العهد الأعظم" التي أعطت بصمتها في الدفاع عن حقوق الإنسان ضد الظلم والطغيان. توالت إنجازات الإنسان في الدفاع عن حقوقه وتنظيمها، ومن أبرز إنجازاته الحديثة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948م. كي تصبح حقوق الإنسان المقياس الذي يميز الدول المتحضرة والديمقراطية، القائمة على أساس احترام الدولة للقانون الذي يحمي بدوره حقوق الإنسان، وهو مناط المشروعية. والذي يعني سيادة القانون و تطبيقه على الحكام والمحكومين على حد سواء، فتكون كل تصرفات الإدارة خاضعة للقواعد القانونية، ما يضمن للمواطنين ممارسة حقوقهم وحرياتهم على ا كمل وجه.

فإذا كان نبل الغاية التي تستهدفها الإدارة والمتعلقة بتحقيق المصلحة العامة، لا يغني عن مشروعية وسائلها، إذن يجب بالمقابل التسليم بملائمة القانون للواقع، فلا يتجمد عن ملاحقته أو يحول دون معالجته. تظهر هنا أهمية مبدأ الشرعية، الذي يضمن أن يكون القانون متلائما مع المستجدات دون أن تقيد حقوق الأفراد إلا بما يتناسب ودفع حالة الضرورة حسب القاعدة الفقهية:" لاضرر ولا ضرار". فإذا كان مبدأ المشروعية يطبق بصورة موسعة تدعم توسيع صلاحيات السلطة التنفيذية لمواجهة خطر الظرف الاستثنائية والدفاع عن سيادة الدولة، فإن مبدأ الشرعية يضمن الحد الأدنى من تقييد حريات الأفراد وخاصة حق الدفاع، بما يجعله مر نا صالحا للتطبيق حتى في الحالات الاستثنائية.

تبرز على وجه الخصوص، أهمية مبدأي المشروعية والشرعية عند تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية. هذه الأخيرة التي تطبق في حالات المخاطر والأزمات، التي لا تزال تفتك بالبشرية وبكل المبادئ الإنسانية. حيث يعيش عالمنا المعاصر فوضى انتشار الحروب الطاحنة، التي اتسع نطاقها مؤخرا ليشمل سوريا وليبيا والعراق واليمن.....هذه الحروب تتخبط فيها حقوق الإنسان بين الانتهاك والتقييد. ما يجعل من موضوع حق الدفاع له من الأهمية ما توجب دراسته بشيء من التفصيل.

فليس من العدل، بل من الظلم البين ان يتم تضييق الخناق على الافراد وحرماهم من حريتهم، التي لها مكانة لايستهان بها، وفي هدا الصدد ندكر القول الماتور للصحابي الجليل عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأرضاه:" متى استعبدتم الناس وقد ولدهم امهاهم احرارا". ما يثبت بأن الحرية الشخصية في الشريعة الإسلامية هي أصل وفطرة فطر الله عليها عباده، وهى عن المساس بها. ناهيك على أن تقريرها كان في صلب القانون الوضعي الذي عملت من خلاله الأنظمة الديمقراطية على تكريس وحماية الحقوق والحريات تنفيذا له وصيانة للنظام العام والآداب العامة. لتبرز أهمية تطبيق القانون الذي يسعى إلى التوفيق بين حماية النظام العام، وتكريس حقوق الإنسان وحرياته الأساسية على أساس مبادئ العدل والإنصاف، سواءا كان القانون العادي أو الاستثنائي. من أجل تجنب تعسف السلطة وتجاوزاها التي قد تبررها حالة الضرورة، يتطلب الأمر تظافر الجهود الدولية والإقليمية لتكريس حقوق الإنسان ومن بينها الحق في محاكمة عادلة، الذي يقوم على مراعاة حق الدفاع وحمايته من التقييد المفرط، والحيلولة دون المغالاة في المساس باهم ضماناها كمبدأ قرينة البراءة ومبدأ الشرعية، في الحالات العادية و الاستثنائية. ليحافظ حق الدفاع على مرونته التي تسمح له بالتكيف مع حالة الأزمة، ولا ينتقص من ضماناته إلا بالحد الضروري لدفع ضرر الحالة الاستثنائية. فلا تكون الحالة الاستثنائية مبررا للتضحية بحرية الشخص وحقه في الدفاع في سبيل حماية النظام العام.

على اعتبار ما سبق، كان لزاما علينا أن نبحث في حق الدفاع الذي يعد الركيزة الجوهرية للحق في محاكمة عادلة، ونبين ضماناته في الظروف التي تنعم فيها الدولة بالاستقرار. ونوضح حدود تطبيقه ومدى تجاوبه مع الحالة الاستثنائية التي تفرض توسعا في صلاحيات السلطة التنفيذية من أجل حماية أمنها من جهة، وتقييدا لحقوق الأفراد والتي منها حق الدفاع من جهة ثانية. لكن الملاحظ عند البحث في موضوع الأطروحة والموسومة ب"مرونة حق الدفاع بين المشروعية والشرعية" أنه لم يحظ باهتمام الباحثين، بالرغم من أهميته في وقتنا الحاضر وما تعيشه الأمة العربية من أهو ال وأزمات، تجعله موضوع الساعة. لذلك أتمنى أن يساهم هذا البحث المتواضع في إثراء مكتبتنا العربية، وتحفيز الباحثين والأساتذة للبذل المزيد من الجهد لسد الفراغ الذي يكتنف هذا الموضوع.

و عليه ولما كان البحث في موضوع "مرونة حق الدفاع بين المشروعية والشرعية" لا يكتمل إلا بدراسة جذوره التاريخية، فقد عمدنا إلى التطرق للحضارات الإنسانية القديمة، ودراسة حق الدفاع وضماناته التي سعت إلى تقريرها في مدوناها القانونية. ثم الحديث عن الديانات السماوية ومدى معالجتها لحق الدفاع، ولا يفوتنا في هذا المقام ذكر من كان له الفضل في إرساء حقوق الإنسان، بأنصع صورة و أكملها، وأعني بذلك الشريعة الإسلامية. ثم الحديث عن مساهمة الإنسان في تنظيم حقوقه وحرياته عبر مجموعة من الإعلانات

الحقوقية، من أجل تسليط الضوء على مساهمتها في تقرير ضمانات حق الدفاع. ثم البحث في ماهية حق الدفاع، بتعريفه وتحليل المبادئ العامة التي تكفل تطبيقه في كل الظروف.

لا جدل في أن دراسة هذا الموضوع ، يحيلنا بداية إلى بحث ضمانات حق الدفاع في الظروف العادية، التي تتجسد في مجموعة من الحقوق الواجب حمايتها خلال المتابعة الجزائية في الظروف العادية. تحقيقا لحق الشخص في محاكمة عادلة قائمة على احترام القانون ومبادئ الإنصاف والعدالة. أي تطبيق مبدأي المشروعية والشرعية كضمانات هامة لحق الدفا ع. لكن هذا الأمر يختلف إذا ما تعرض أمن الدولة إلى خطر الحالة الاستثنائية. ومنه يجب بيان ماهية الظروف الاستثنائية، ونطاق تطبيقها ونتائجها. ثم تحليل ضمانات حق الدفاع عند تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية، ومدى تأثير هذه الظروف على مبدأي المشروعية والشرعية.

الإطار المنهجي للدراسة

1-مشكلة الدراسة

تكمن مشكلة الدراسة في الانزلاقات التي قد تحدث أثناء المتابعة الجزائية، سواءا في مرحلة التحريات الأولية أو التحقيق الابتدائي أو حتى خلال المحاكمة. فكان لابد من توضيح جملة الضمانات التي يجب على السلطات الشبه قضائية والقضائية إتباعها والحلول دون مخالفتها. ومن الضروري معرفة مضمون حق الدفاع وجملة الحقوق التي تنبثق عنه، كضمانة لعدم إضاعة حقوق الأفراد عند الاشتباه أو الا ام.

وتكريس حق الدفاع يعتبر مظهرا من مظاهر العدالة النزيهة التي تطبق مبدأ المساواة وتقوم على أسس **العدل والإنصاف.** ونظرا لأهميته في ترسيخ مفهوم الحق في محاكمة عادلة **ومفهوم دولة القانون، نصت عليه** أغلبية دساتير دول العالم المتحضر منها الدستور الجزائري المعدل في 2016/03/07م **بالقانون رقم 16-01** الذي اعترف صراحة بحق كل شخص في الدفاع في المادة **169 منه.**

ومن جملة التساؤلات التي تطرحها الرسالة:

-**هل راعى قانون الإجراءات** الجزائية الجزائري كل ضمانات حقوق الدفاع التي نصت عليها الشريعة **الإسلامية، وأقرا المواثيق الدولية المصادق عليها من طرف الجزائر؟**

-كيف عالج المشرع الجزائري نظرية الظروف الاستثنائية ؟ وهل كانت هذه المعالجة كافية لمواجهة هذه **الظروف ؟**

-ما هو مصير حق الدفاع في ظل الظروف الاستثنائية، التي تتطلب نظرا لطبيعتها الغير عادية توسع في **الإجراءات المقيدة للحرية الشخصية للأفراد من أجل تحقيق الأمن والاستقرار؟**

-ما هي انعكاسات الظروف الاستثنائية على مبدأي المشروعية والشرعية ؟

2- أهمية الدراسة

تنبع أهمية دراسة حق الدفاع من أهمية حقوق الإنسان، باعتبار أن الإنسان خلقه الله مبرءا من الخطيئة متمتعا بحريته **وحقوقه** كاملة، لذلك لا يمكن أن تنتقص من هذه الحرية أو أن ينتهك حق من حقوقه مهما كان مركز الفرد في المجتمع، وايا كانت الظروف التي تمر بها الدولة. وحماية حقوق الإنسان مطلب كل **شخص، فهي السبيل للعيش بكرامة وتفادي الظلم والطغيان.** وفي ذلك يقول الله عز وجل:**"إن الله لا يظلم الناس شيئا لكن**

الناس أنفسهم يظلمون". ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم:" من جرد ظهر مسلم بغير حق لقي الله وهو عليه غضبان".

كما تظهر أهمية الدراسة في **تحديد ضمانات حق الدفاع، ولفت** انتباه المشرع إلى وضع قوانين تراعي هذه الضمانات وتجعلها متماشية ومتفقة والتطور الذي يعرفه مجال حقوق الإنسان، من جهة، ومن جهة **أخرى** تعمل هذه القوانين على تحديد أبعاد تطبيق هذه الضمانات في حالة الأزمة.

وتأتي أهمية دراسة حق الدفاع باعتباره حجر الزاوية للمحاكمة العادلة، في محاولة تسليط الضوء على مرتكزات هذا الحق في الشريعة الإسلامية، ودعوة المشرع الجزائري لوضع مقاربة بين النظام الجنائي في **الجزائر وبين النظام الجنائي الإسلامي.**

3- منهج الدراسة

اتبعت الدراسة المنهج التاريخي بسرد التطور التاريخي الذي عرفته حقوق الدفاع. **والاعتماد على المنهج الاستقرائي التحليلي، الذي يقوم على استقراء النصوص المنظمة لحقوق الدفاع وضمانات المحاكمة العادلة وتحليل الحقائق النظرية والتطبيقية إن وجدت. كما تمت الاستعانة كذلك بالمنهج المقارن الذي يعتمد على المقارنة بين التشريع الجزائري وما جاءت به الشريعة الإسلامية** من أحكام بخصوص هذا الموضوع، والا**ستناد** أيضا إلى بعض نصوص القوانين المقارنة والا**تفاقيات الدولية. أيضا اعتمدت الدراسة على المنهج الاستنباطي** الذي كان من ثمرته تقرير مبدأ الشرعية كمبدأ مستقل عن مبدأ المشروعية، وإزالة اللثام عن إشكالية المفهوم **الموحد للمشروعية والشرعية.**

4- خطة الدراسة

قسمت الرسالة إلى ثلاثة أبواب، على النحو التالي:

الباب التمهيدي: مضمون حق الدفاع.

الباب الأول:ضمانات حق الدفاع في الظروف العادية.

الباب الثاني:ضمانات حق الدفاع في الظروف الاستثنائية.

الباب التمهيدي
مضمون حق الدفاع

من الحقوق المسلم بها كاصل غير قابل للجدل، هو اعتبار حق الدفاع حقا اصيلا للفرد ليس على القانون إلا تقريره، وعلى الجهات القضائية الإلتزام به. ولفهم حق الدفاع والحقوق المنبثقة عنه ، يجب أولا دراسة جذوره التاريخية لمعرفة الظروف التي ساعدت على تطوره، ثم الحديث عن مفهومه. لذا ستتناول الباحثة هذه العناصر في فصلين، الأول يتضمن التطور التاريخي لحق الدفاع، والثاني يدرس ماهية حق الدفاع.

الفصل الأول
التطور التاريخي لحق الدفاع

تقتضي دراسة الخلفية التاريخية لحق الدفاع، يتطلب الأمر التعرف على بدايات الاهتمام به من خلال عرضنا لموقعه في الحضارات الإنسانية القديمة سواء الشرقية كحضارة بابل ومصر القديمة أو الغربية كحضارة الإغريق والرومان.

و لا يفوتنا في هذا المقام ألا نتحدث عن علاقة موضوعنا بالأديان السماوية (اليهودية، المسيحية، الإسلام) لبيان دورها في بلورة وتطوير حقوق الدفاع، ثم نذكر المواثيق الدولية التي جاءت لتأكد أهمية حق الدفاع و تشمله بالحماية. هذا ما سيعالج في ثلاث مباحث كالآتي:

المبحث الأول: حق الدفاع في الحضارات القديمة

لم يكن حق الدفاع وليدا للتنظيمات القانونية الحديثة وإنما ارتبط وجوده بالوجود البشري، لأنه ينبع من غريزة الإنسان في ضرورة الدفاع عن نفسه ورد أي خطر أو ضرر يحدق به. هذا ما يفسر لنا امتداد جذوره التاريخية إلى الحضارات القديمة.

المطلب الأول: حق الدفاع في الحضارات الشرقية القديمة

الفرع الأول: الحضارة البابلية

أطلق الباحثون على العراق القديم تسميات عدة، منها: بلاد سومر وهو مصطلح كان يستخدم قديما للدلالة على الجزء الجنوبي من السهل الرسوبي، وبلاد أكد وبلاد بابل وبلاد آشور، ومن التسميات الأخرى التي استخدمها الباحثون: بلاد مابين النهرين، أما بصيغتها العربية أو بصيغتها الأجنبية: ميزوبوتاميا[1] (Mésopotamie).

و تعتبر حضارة بلاد الرافدين من أقدم الحضارات التي عرفها التاريخ، إذ هي من اقدم المجتمعات التي عرفت القانون كاداة لتنظيم حياتها،[2] حيث أجمع الباحثون على أن من بين العناصر الحضارية التي وجدت في بلاد ما بين النهرين هي مبادئ النظام والعدالة. وبذلك فإن الامتياز الذي حصلت عليه هذه الحضارة على بقية الحضاراتالأخرى كان بالأمور القضائية.[3] وقد ظهرت عدة مجموعات قانونية كانت تسمى تيمنا بأسماء ملوكهم وأهمها: قانون أورنامو[4] وقانون إشنونة[5] وقانون لبت عشتار[6] وقانون حمورابي.[7]

يعد قانون حمورابي من أشهر القوانين التي عرفها مجتمع وادي الرافدين، إذ تعتبر هذه الشريعة المحور الأساسي لأي دراسة قانونية تاريخية. و الملك حمورابي واضع هذه لشريعة من أشهر ملوك مملكة بابل و من أعظم مشرعي بلاد ما بين النهرين. تم اكتشاف قانون حمورابي عام 1902م بفضل لوحة حجرية مصنوعة من الديوريت في مدينة "سوز"(Suze) الإيرانية بواسطة بعثة أثرية فرنسية يرأسها عالم الآثار "دي مورجان"(De Morgan). وقد نقش على هذه اللوحة صورة الملك حمورابي و هو يتلقى قانونه من آلهة الشمس.[8]

---

[1] صاحب عبيد الفتلاوي، تاريخ القانون، 1998م، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، صفحة 68.

[2] صلاح الدين جبار، المدخل إلى تاريخ القانون، الطبعة الأولى، 2011م، دار بلقيس للنشر، الجزائر، صفحة 17.

[3] حسن حماد حميد الحماد، العلانية في قانون أصول المحاكمات الجزائية "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، 2012م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، صفحة 21.

[4] **قانون أورنامو**: ظهر في عهد الملك السومري أورنامو (Urnamu) سنة 2080 ق.م.، وهذا الملك هو مؤسس سلالة أور الثالثة و شريعته تعتبر في الوقت الحاضر أقدم شريعة معروفة لدى الإنسان وقد سبقت شريعته شريعة حمورابي بثلاثة قرون. (صاحب عبيد الفتلاوي، تاريخ القانون، مرجع سابق، صفحة 76).

[5] **قانون إشنونة**: نسبة لمدينة في العراق (Ichnouna) (تل اسمر حاليا الواقعة على نهر ديالي شرقي نهر دجلة) **صادر سنة 1935 ق.م.** (صلاح الدين جبار، المدخل إلى تاريخ القانون، مرجع سابق، صفحة 18).

[6] **قانون لبث عشتار**: أصدره الملك عشتار (Ishtar Lapit) **عام 1872 ق.م.** أهم ما ميز هذا القانون هو أخذه بمبدأ قرينة البراءة. **(صاحب عبيد الفتلاوي، تاريخ القانون، مرجع سابق، صفحة 78)**

[7] **قانون حمورابي**: أصدره الملك السادس من ملوك الدولة البابلية هو الملك حمورابي الذي حكم البلاد ثلاثين سنة كاملة وأصدر هذا القانون عام 1750 ق.م. **(صلاح الدين** جبار، المدخل إلى تاريخ القانون، مرجع سابق، صفحة 18).

[8] محمد سليمان شبير، تاريخ النظم القانونية، **الجزء 1،الطبعة الثانية، 2010م، صفحة 96.**

تتألف شريعة حمورابي من ثلاثة أبواب: مقدمة ومتن وخلاصة. تتضمن المقدمة عبارات تفخيم لمؤسسة "العدالة والسعادة" لكل رعايا الملك. ضم التشريع 282 مادة، ضاع منها 33 مادة بسبب التلف الذي لحق المسلة البازلتية التي نقشت عليها. فنص على الجرائم والأسرة والملكية والميراث والالتزامات. وفي الخلاصة يزدهي الملك مرة اخرى بالحماية التي يحيط رعاياه بها.[1]

يحُمد لقانون حمورابي اهتمامه بحق المتهم في المحاكمة العادلة، حيث كفل تطبيق مبدأ استقلال القضاء في المادة الخامسة منه : "يجب على القاضي أن يصدر حكمه بلا خوف وأن يصر عليه وإلا تعرض لعقوبة القضية التي ينظرها والطرد إذا غير حكمه أو تلاعب فيه، على أن يتحمل تعويض المتضرر من انحرافه بالحكم". ولا شك في أن هذه القاعدة كان من شأنها ضمان نزاهة القاضي وحياده مما انعكس حتما على عدالة أحكامه.[2] ونص على حق الدفاع كضمانة من الضمانات المقررة لمن يتهم بجرم معين قبل محاكمته من خلال إعطاء الحق للمدعي أن يترافع لنفسه أمام القضاء وأن يثبت حقه عن طريق إتاحة الفرصة له بجمع الأدلة وإقامة الحجج على صدق دعواه،[3] كما أعطى له الحق في توكيل شخص غيره للمطالبة بحقه وإثبات براءته إذا كان متهما. فقد عرفت بابل طبقة من العلماء والحكماء، والتي كرست نفسها للدفاع عن الغير أو المطالبة بحقه، و كان من حق الشخص الموكل إليه الطعن في الحكم والحضور أمام الهيئات القضائية المختلفة والترافع أمامها بما في ذلك الترافع أمام الملك.[4]

ومن الضمانات التي قررها قانون حمورابي مبدأ علانية المحاكمات،[5] مع نقل مهمة إدارة القضاء من أيدي الكهنة إلى هيئة القضاة و كانت هذه الهيئة عندما تنظر في دعوى معينة تعقد جلستها أمام البوابة العظمى وفي سوق المدينة.[6] واتجهت أحكامه نحو تحقيق العدالة بين الناس، فنجد أحكاما صارمة لحماية الضعيف من ظلم القوي، كما أقر مبدأ القصاص.[7] ومع كل ما اتصف به هذا القانون من مميزات إلا أن العقوبات امتازت بالقسوة والشدة، فكثيرا ما كان المتهم يحرق حيا أو يطعن برمح أو بسيف أو بالخازوق وقد

---

[1] دياكوف ف. وكوفاليف س.، ترجمة: نسيم واكيم اليازجي، الحضارات القديمة، الطبعة الأولى، 2000م، دار علاء الدين، الجزء 1، دمشق، سوريا، صفحة 98.

[2] حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، 1997م، منشاة المعارف، الإسكندرية، صفحة 14.

[3] فاضلي إدريس، المدخل إلى تاريخ النظم، ديوان المطبوعات الجامعية، صفحة 88.

[4] سلمان حمد محمد الهدية، ضمانات المتهم أثناء المحاكمة "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، 2005م، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، صفحة 12.

[5] من أمثلة المحاكمات العلنية، محاكمة الزوجة الساكتة عن الإبلاغ عن جريمة قتل زوجها بالرغم من علمها بذلك وبالقتلة أيضا، وقدمت للمحاكمة أمام جمع من المواطنين وقد تولى الاتهام تسعة من أفراد الشعب، أما الدفاع فقد تولاه اثنان منهم، وانتهت المرافعة بتبرئتها. أنظر: حسن حماد حميد الحماد، العلانية في قانون أصول المحاكمات الجزائية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 23-24.

[6] عبد الله بن منصور بن محمد البراك، حق المتهم في الدفاع في نظام الإجراءات الجزائيةالسعودي والمواثيق الدولية، رسالة دكتوراه، 2007م، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، صفحة 37.

[7] صاحب عبيد الفتلاوي، تاريخ القانون، مرجع سابق، صفحة 85.

تقطع يداه أو أصابعه.[1] كما نجد أتفه الجرائم وأبسطها معاقب عليها بالإعدام، وهذا ما نستنبطه من المادة الأولى من قانون حمورابي التي نصت على أنه: "إذا اتهم رجل رجلا اخر بجريمة قتل ولم يستطع إقامة الدليل عليه، يقتل". في حين تنص المادة الثالثة على أنه: "إذا شهد شاهد بشهادة زور في قضية ولم يستطع إثبات قوله، و كانت القضية تتصل بالحياة، يقتل".[2]

من خلال ما ذكر عن الملك حمورابي الذي اعتبر نفسه يد الآلهة المنفذة لمبادئ العدل والمساواة، التي تسعى لنشر الخير وحماية الضعفاء، لا يمكننا إلا أن نعتبره من صفوة وخيرة المشرعين لأنه قام بوضع قانون من بين أهم القوانين المكتشفة لحد الآن. اشتمل تشريع حمورابي على أسمى المبادئ كمبدأ استقلال القضاء وعلانية المحاكمات واحترام حقوق الدفاع كأساس للمحاكمة العادلة، وهذا ما جعله مشبعا بروح العدالة والمشروعية.

الفرع الثاني: الحضارة الفرعونية

قامت الحضارة الفرعونية على ضفاف النيل وهي من أقدم الحضارات وأعرقها في التاريخ. تألقت وازدهرت على امتداد ثلاثة آلاف عام قبل الميلاد في كافة النواحي السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأمنية، حيث تكوّن لديها نظام دقيق وقانون مستقر.[3]

كان البحث عن الحقيقة وحماية البريء، ويقينية العقاب عن الجرائم من المبادئ الأساسية للتشريع الجنائي لدى الفراعنة.[4] وما يدل على ذلك التوجيهات الحكيمة الصادرة من تحتمس الثالث إلى رئيس القضاة "ويكماير" عند تعيينه:" أن أعمل ما يطابق القانون، ولا تتحيز، لأن التحيز يغضب الله، ولا ترفض الإنصات إلى من يشكو، لا ترفع رأسك عندما يتحدث، ولا تعاقب أحدا قبل أن تسمع منه دفاعه عما ستعاقبه عليه. وإن مما يبعث على غضبي أن تضار العدالة".[5]

يذكر لنا المؤرخ الإغريقي "ديدور الصقلي"(Diodorus siculus) أن مصر القديمة عرفت عدة تشريعات كان أولها تقنين تاحوت، إله القانون الذي صدر قبل عهد الأسرات، وآخرها هو التقنين الذي صدر

[1] فاضلي إدريس، المدخل إلى تاريخ النظم، مرجع سابق، صفحة 69.

[2] محمد سليمان شبير، تاريخ النظم القانونية، مرجع سابق، صفحة 103.

[3] محمد إبراهيم الإصبيعي، الشرطة في النظم الإسلامية و القوانين الوضعية "دراسة مقارنة"، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، مصر، صفحة 18.

[4] محمد خميس، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، الطبعة الثانية، 2006م، منشأة المعارف، الإسكندرية، صفحة 46.

[5] رؤوف عبيد، حق الدفاع أمام القضاء الجنائي، الطبعة الأولى، 2012م، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، صفحة 12.

في عهد الملك الفارسي دار الأول،[1] **لكن أشهرها كان المدونة** التي أصدرها الملك **"بوكخوريس"**(Bokhuris) التي تحمل اسمه، **فهو مؤسس الأسرة الرابعة والعشرون**، واسمه المصري هو **"باك آن رنف" أو "بوكنرانيف"**، غير **أنه اشتهر عند الإغريق باسم بوكخوريس الذي دام حكمه من سنة** 720 إلى 715 ق م.[2]

تأثر الملك بوكخوريس عند وضعه لقانونه بالتشريع الذي أصدره الملك حمورابي حيث أكد على الطابع المدني لقانونه متأثرا بما فعله الملك حمورابي،[3] فانتهج نهج البابليين في **إخراج القواعد القانونية من دائرة القواعد الدينية.**[4] غير أن قانون بوكخوريس بالرغم من تأثره بقانون حمورابي إلا أن العقوبات كانت أرحم، فمثلا يلزم السارق برد مثلي الشيء المسروق لصاحبه بينما كان عقوبة هذا الجرم في قانون حمورابي هو القتل.[5]

من الإصلاحات التي اتى بها **بوكخوريس هي إلغائه للرق بسبب الدين، إذ أصبحت أموال المدين هي الضامنة للوفاء بدينه، لا جسمه.** وبالتالي أصبح التنفيذ لاقتضاء الدين ينصب على ذمة المدين المالية فقط **دون المساس بشخصه.**[6] كما نص على حق المتهم في الاستعانة بمحام في الحالات التي تكون الدولة طرفا في **الدعوى، أما عن المحاكمات** فكانت علنية، ولم يكن مسموحا بإجراءات المحاكمة بغير حضور المتهم، ويتعين على القضاة تسبيب أحكامهم كي يتسنى للمحكمة العليا مراقبتها وتصحيحها إذا اقتضى الأمر.[7]

عرفت مصر القديمة مبدأ المساواة كأساس للعدل، وأحد أساسيات السلوك في الحياة **العامة والخاصة،** فكان من المفترض، بدءا من الملك نفسه حتى أصغر موظفيه، **أن يستمعوا للشكاوى والالتماسات دون تمييز** بين قوي وضعيف ولا غني وفقير.[8] **ففي هذا تكريسا لمبدأ المساواة أمام القضاء الذي يضمن حق الدفاع، إذ يتيح لكل الخصوم تقديم حججهم وإثبات حقهم على قدم المساواة.**

---

[1] **صاحب عبيد الفنلاوي، تاريخ القانون، مرجع سابق، صفحة** 92.

[2] فاضلي إدريس، المدخل إلى تاريخ النظم، مرجع سابق، **صفحة** 122.

[3] محمد سليمان شبير، تاريخ النظم القانونية، مرجع سابق، صفحة 115.

[4] **صاحب عبيد الفنلاوي، تاريخ القانون، مرجع سابق، صفحة** 93.

[5] صلاح الدين جبار، المدخل إلى تاريخ القانون، مرجع سابق، صفحة 31.

[6] فاضلي إدريس، المدخل إلى تاريخ النظم، مرجع سابق، صفحة 124.

[7] عبد الله بن منصور بن محمد البراك، حق المتهم في الدفاع في **نظام الإجراءات الجزائية السعودي** والمواثيق الدولية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 39-40.

[8] **جيمس ت. ج.**، ترجمة: أحمد زهير أمين، الحياة أيام الفراعنة، 1997م، الهيئة المصرية العامة للكتاب، صفحة 60.

لم ينظر للعدالة في مصر باعتبارها امتياز يتمتع به **الأغنياء والأقوياء**. لقد فتحت العدالة صدرها حتى لأدنى الناس، فالمساواة كانت مكفولة للجميع.[1] هذا ما أكده قانون بوكخوريس عندما نص على مبدأ المساواة **أمام القانون بدون تفرقة بين الأشخاص رغم تفاوت الطبقات**.[2]

ظهر اهتمام الفراعنة بالقضاء دعما للحق في العدالة من خلال انتشار المحاكم بالقرى والمدن، ووجود محكمة عليا للتعقيب على **أحكامها مع كفالة بساطة الإجراءات** تيسيرا لاستيفاء الحقوق. **و**في سبيل ذلك كان **حق الدفاع مكفولا للخصوم، فقد كانوا يعطون الفرصة الكافية لصياغة " مذكراتهم" وتوضيح أوجه دفاعهم ودفوعهم**.[3]

من خلال ما سبق يتبين لنا رقي النظام القانوني الذي عرفته مصر القديمة القائم على مبدأ المساواة **أمام القانون ومبدأ العدالة ونظام التقاضي على درجات. كما ضمن هذا النظام حقوق الدفاع من خلال علنية المحاكمات ووجوب حضور المتهم، وتسبيب القضاة لأحكامهم للتمكن** من الطعن فيها وإعادة النظر في **مشروعيتها**.

المطلب الثاني: حق الدفاع في الحضارات الغربية القديمة

وصلت شعوب "الغرب" إلى مرحلة تدوين القانون في تاريخ لاحق لشعوب الشرق بعدة قرون. **وأقدم** الشعوب الغربية الإغريق والرومان، التي وصلت إلى هذه المرحلة منذ منتصف الألف السابقة على الميلاد. **أما** بقية شعوب أوروبا فلم تصل إلى هذه المرحلة إلا منذ منتصف الألف التالية على ميلاد المسيح عليه **السلام**.[4]

الفرع الأول: الحضارة اليونانية

يرجع تاريخ الحضارة اليونانية[1] إلى عام **1200 ق.م. تقريبا وهي حضارة تمتاز بالفكر السياسي والفلسفي. فقد كثر فيها الفلاسفة وعلماء** السياسة والقانون، الذين شكلوا بواكير المذاهب والنظريات التي

[1] **جيمس ت. ج.**، ترجمة: أحمد زهير أمين، الحياة أيام الفراعنة، مرجع سابق، صفحة 61.

[2] صلاح الدين جبار، المدخل إلى تاريخ القانون، مرجع سابق، صفحة 31.

[3] **حاتم بكار**، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، **مرجع سابق، صفحة 15-16**.

[4] صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والا**جتماعية، 1984م، دار النهضة العربية، صفحة 137**.

يفتخر الغرب المعاصر. ومن أبرز المفكرين اليونانيين الذين اهتموا بالسياسة وحقوق الإنسان: صولون(solon)، بركليس(Brcellis)، أفلاطون (Plato) وأرسطو(Aristotle).[2]

من أهم الإصلاحات التي قام بها "دراكون"(Drakoun) من خلال مدونته التي صدرت في أثينا ببلاد الإغريق عام 621 ق.م. كانت تعتمد على تطبيق مبدأ المساواة بين الناس أمام القانون سواء من حيث وحدة القضاء أو وحدة القواعد القانونية واجبة التطبيق أو تنفيذ الأحكام القضائية. ومن ميزات هذا القانون إقراره لمبدأ المشروعية الجنائية حيث وضع عقوبات محددة للأفعال المعاقب عليها، وأدخلت في الاعتبار القصد الجنائي للفاعل في جرائم القتل، فاختلفت عقوبة القتل العمد عن غير العمد. لكن بالرغم من ذلك فقد تميّزت أحكامه بالقسوة والشّدة لدرجة أن دراكون صار مضرب الأمثال في قسوته.[3]

وبموجب قانون صولون[4] الذي صدر عام 594 ق.م. تم تحرير المدينين من ديون وأطلق سراح المسترقين منهم، ومنع استرقاق المدين والتنفيذ على جسمه كوسيلة لإكراهه على الوفاء بالدين.[5] فأنشأت تشريعات صولون المحاكم الشعبية (Heliala)، التي تتكون من أعداد كبيرة من المواطنين الجالسين في صورة هيئة قضائية، ينظرون فيما يقدم أمامهم من شكاوى ومظالم وتظلمات. وقد تطورت هذه المحاكم في الفترة اللاحقة ليصبح لها الحق في محاسبة أعضاء الهيئة التنفيذية والنظر في شكاوى الأفراد ضد هذه الهيئة.[6]

وعلى العموم، امتازت إصلاحات صولون بالاعتدال ومراعاة التطور الاجتماعي ومبادئ القانون الطبيعي، ولذا وصفه كتّاب عصره وخاصة الفيلسوف أرسطو بأنه: "أبو الديمقراطية وواضع أصولها".[7] وقد ظل قانون صولون نافذا في أثينا حوالي خمسة قرون.[8]

---

[1] ظهرت الحضارة اليونانية في بلاد اليونان القديمة والمعروفة بإسم هيلاسي" Hellas "، وأطلق سكنها على أنفسهم إسم الهيليين"Hellenes"،أما أصل تسميتهم باليونانيين فمرجعه إلى اللغات السامية القديمة. وأطلق الرومان على اليونانيين تسمية الإغريق" Graeci".أنظر: عاصم أحمد حسين، المدخل إلى تاريخ حضارة الإغريق، 1998م،مكتبة نهضة الشرق، القاهرة، مصر، صفحة 01.

[2] بن نولي زرزور، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الأمم المتحدة، رسالة ماجستير، 2012م جامعة محمد خيضر، بسكرة، صفحة 21.

[3] صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، صفحة 138-139.

[4] صولون: ينتمي صولون إلى أصل نبيل من أسرة عريقة يرجع نسبها إلى الملك الآثيني "كدروس"، وقد كان في شبابه شاعرا وخطيبا. أنظر: عاصم أحمد حسين، المدخل إلى تاريخ وحضارة الإغريق،مرجع سابق، صفحة 160.

[5] فاضلي إدريس، المدخل إلى تاريخ النظم، مرجع سابق، صفحة 159.

[6] لطفي عبد الوهاب يحي، اليونان "مقدمة في التاريخ الحضاري"، 1991م، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، مصر، صفحة 129.

[7] صلاح الدين جبار، المدخل إلى تاريخ القانون، مرجع سابق، صفحة 46.

[8] فاضلي إدريس، المدخل إلى تاريخ النظم، مرجع سابق، صفحة 160.

بالرغم من الإصلاحات التي جاء بها قانون صولون إلا انه لم يميز بين القانون الجنائي والقانون المدني، كما أن مرحلة التحقيق التي تسبق المحاكمة لم تكن معروفة، ولم توجد ضمانات كافية للمتهم خلال هذه الفترة.

عرفت الإمبراطورية اليونانية حق الدفاع، إذ كانت قوانينها تسمح للخصوم بالاستعانة بوكيل يقوم برفع الدعوى لصعوبة إجراءات رفعها، ويتعذر القيام بها من قبل الخصوم بأنفسهم، فيقوم الوكيل الذي لديه إلمام بالقانون بتقديم دفوعه نيابة عن موكله أو يهيئ الدفوع كتابة ويسلمها لموكله ليلقيها بنفسه.[1]

بيد ان مبدا المساواة امام القضاء والقانون لم يكن معروف في المجتمع الاتيني، وما كان سائدا هو تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف الذي كان مقصورا على العبيد ممن يرتكبون الجريمة. أما إذا كان المتهم من مواطني الدولة الاحرار فلا يخضع للتعذيب إلا في حالة اتهامه بجريمة من الجرائم السياسية التي تمس امن المحاكم أو أمن الدولة، وهو الأمر الذي أضفى على المواطن الحر من الوجهة الإجرائية القانونية امتيازا قانونيا.[2] فمبدأ المساواة بين الافراد لم يعرف في المجتمع اليوناني كمبدا إنساني حتى ظهرت المدرسة الرواقية التي سعت إلى إلغاء الفوارق الاجتماعية بين الناس، فاليونانيون والبرابرة، والأشراف والعامة، والأحرار والأرقاء والأغنياء والفقراء كلهم على حد سواء، والتفرقة الوحيدة التي يمكن الاعتداد بها هي الفرق بين العاقل النشط والمعتوه.[3]

لم يعترف في حضارة الإغريق بمبدأ الحرية الشخصية التي كان مفهومها يقتصر على المواطن بصفته عضوا في المجتمع. والحقوق كانت تنبع من مركز الفرد داخل جماعته، فالشخص الذي لا يحوز على صفة المواطنة يعامل بمذلة كما يمكن استرقاقه لديونه. والغريب في ذلك أن الطبقة المثقفة وأعظم فلاسفة هذه الحضارة كأرسطو، حاولوا إعطاء مبررات للاسترقاق. فحسب تفكير أرسطو، أعطت الآلهة للعبيد أجساما قوية لكي يقوموا بالأشغال الشاقة والمتعبة، أما الأشراف فقد منحتهم عقولا نيرة للتأمل و التفلسف، فيجب ألا تُتعب أجسامهم بهذه الأعمال.

---

[1] عبد الله بن منصور بن محمد البراك، حق المتهم في الدفاع في نظام الإجراءات الجزائية السعودي والمواثيق الدولية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 41.

[2] عبد الله بن منصور بن محمد البراك، حق المتهم في الدفاع في نظام الإجراءات الجزائية السعودي والمواثيق الدولية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 41.

[3] شهاب طالب الزوبعي، الحماية الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان في ضوء المتغيرات الدولية، رسالة ماجستير، 2008م، الأكاديمية العربية في الدانمارك، الدانمارك، صفحة 23.

الفرع الثاني: الحضارة الرومانية:

ينقسم تاريخ روما القديم إلى ثلاثة عصور تقليدية تباينت فيها النظم القانونية كالآتي:

1. **العصر الملكي:** تبدأ فترته منذ تأسيس المدينة **عام 753 ق.م.** حتى عام **509 ق.م.** لم تكن معالم النظام القانوني واضحة خلال هذه الفترة.

2. **العصر الجمهوري: بدأ عام 509 ق.م.** نتيجة لثورة وطنية، لتستمر بعدها الجمهورية الرومانية نحو خمسة قرون انتهت بسلسلة من الصراعات الحزبية والحروب الأهلية حتى وضع أوكتافيوس لها **حد عام 27 ق.م.**[1]

3. العصر الإمبراطوري: **بدأ هذا العصر مع تأسيس أغسطس (أوكتافيوس) للنظام الرئاسي الجديد عام 27 ق.م.** واستمر حتى سقوط روما لسنة 410م أمام غزوات القبائل المتبربرة في الغرب.[2] **وقد مر العصر** الإمبراطوري في عهدين:

الأول: عهد الإمبراطورية العليا، وبدأ **عام 27 ق.م. وانتهى عام 284م.**

الثاني: عهد الإمبراطورية السفلى، التي سقطت على يد السلطان العثماني محمد الثاني **عام 1453.**[3]

ساد القانون الروماني كثير من المبادئ الإنسانية التي كانت توجه الدولة في معاملتها للفرد، وأقرّ الرومان بعض الضمانات للمتهم بجريمة معينة قبل محاكمته.**فقد حرّ**موا تقييد حريته، وأوجبوا عدم توقيفه إلا في حالة اعترافه بارتكاب الجريمة، او ضبطه متلبسا بها.[4]

لكن مهما يكن من أمر، فلم تعرف الحضارة الرومانية مبدأ المساواة أمام القانون بين أفراد المجتمع الذي كان مقسما إلى طبقتين، طبقة الأشراف وطبقة العامة.[5] **فقد حُرم الفقراء من الحقوق والحريات الأساسية**

---

[1] مصطفى العبادي، الإمبراطورية الرومانية "النظام الإمبراطوري ومصر الرومانية"، 1999م، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، مصر، صفحة 12.

[2] مصطفى العبادي، الإمبراطورية الرومانية "النظام الإمبراطوري ومصر الرومانية"، مرجع سابق، صفحة 12.

[3] كانت الإمبراطورية الرومانية مقسمة تقسيما إداريا إلى قسمين: 1-الإمبراطورية الرومانية في الغرب و عاصمتها روما ، والتي سقطت في القرن السادس ميلادي بوفاة آخر أباطرة روما الغربية الملك جوستينيان(إمتد عهده من 527-565 م).

2- الإمبراطورية الرومانية الشرقية والمسماة" الإمبراطورية البيزنطية"، وعاصمتها القسطنطينية وكانت تتركز في أقاليم آسيا الصغرى وشمال العراق و فلسطين و مصر وشمال إفريقيا. بقيت على حالها بعد سقوط الإمبراطورية الغربية حتى فتحت من قبل المسلمين. والتي لم تسقط إلا في عام 1453هـ على يد السلطان العثماني محمد الفاتح. أنظر: نورمان بينز، ترجمة: حسين مؤنس ومحمود يوسف زايد، الإمبراطورية البيزنطية، الطبعة الأولى، 1950م، مطبعة لجنة التأليف و الترجمة والنشر، القاهرة، صفحة ك-ي. أنظر: محمود سعيد عمران، الإمبراطورية البيزنطية وحضارتها، الطبعة الأولى، 2002م، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان،صفحة 13. أنظر أيضا: عبد السلام الترمانيني، الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية، الطبعة الثالثة، 1982م، جامعة الكويت، الكويت، صفحة 279-284.

[4] عبد الله بن منصور بن محمد البراك، حق المتهم في الدفاع في نظام الإجراءات الجزائية السعودي والمواثيق الدولية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 43.

[5] مسعود شعنان، حقوق الإنسان بين عالمية القيم وخصوصية الثقافات وعلاقة ذلك بالعولمة، مجلة المفكر، العدد الثامن، صفحة 230.

وأخضعوا إلى الرق والعبودية في حالة عجزهم عن الوفاء بديون، إلى أن صدر قانون الألواح الإثني عشر، إثر ثورة الفقراء وعامة الناس على طبقة الأشراف الذي أقر مبدأ المساواة بين الناس في الحقوق.[1] يعتبر هذا القانون أول تدوين رسمي للقوانين عرفته روما، والذي جاء بناءا على طلب العامة في سبيل نيل حقوقهم وحتى لا تكون حكرا على الكهنة والأشراف. كما أحدث هذا القانون انقلابا قضائيا مزدوجا.[2] تعرضت هذه المدونة بشكل من التفصيل لنظام العقوبات وإجراءات التقاضي ولا غرابة في ذلك، فكل المدونات القديمة كانت تهتم ببيان كيفية حصول الشخص على حقه أمام القضاء وتفصيل أحكام العقوبة واجبة التطبيق حتى يحل القانون وقضاء السلطة العامة محل الانتقام الفردي والقضاء الخاص.[3]

وصلت مفاهيم الإنسانية إلى قيمتها في العهد الجمهوري حيث عرفت الحضارة الرومانية في هذا العهد العديد من الضمانات كحق الشخص في الطعن بالاستئناف والنقض بالرغم من أنه لم يكن في طريقه القويم ومنهجه السليم إلا أنه وجد، فصار للفرد الحق في أن ينقض أو يستأنف حكما صدر من أحد القضاة أمام قاض آخر من نفس الدرجة أو أمام درجة أعلى كمحكام مدينة روما.[4]

كان المتهم يمثل أمام المحكمة طليقا احتراما لقرينة البراءة، ورغبة في الحفاظ على التوازن بينه وبين المجني عليه، وتمكينا له من الدفاع عن نفسه. ومن ثم لم يكن من المسموح به إتمام محاكمته تحت وطأة الحبس الاحتياطي ما لم يكن قد تم ضبطه متلبسا بالجريمة أو كان قد اعترف بارتكابها.[5]

هذا وقد عرفت الحضارة الرومانية أعمال الدفاع الذي كان يتولاه مجموعة من الفقهاء الذين يقدمون إرشادات للأفراد على كيفية تحرير صيغ التصرفات القانونية، للحيلولة دون وقوعهم في الخطأ الذي كان يترتب عليه بطلان التصرفات ويساعدوهم في اختيار صيغ الدعاوى المناسبة لإدعاءاتهم.[6] وتشكلت نقابات للمحامين احتكرت هذه المهنة وكان يسجل أعضاءها أمام كل اختصاص قضائي يمارسون عملهم أمامه،

[1] فرج محمود حسن أبو ليلى، تاريخ حقوق الإنسان في التصور الإسلامي، الطبعة الأولى، 1994م، دار الثقافة، الدوحة، قطر، صفحة 19.

[2] شهرزاد بوسطلة، التطور التاريخي للحق في التقاضي، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد التاسع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، صفحة 146.

[3] صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، صفحة 144.

[4] محمد محدة، ضمانات المشتبه فيه وحقوق الدفاع من العهد البربري حتى الاستقلال، الجزء 1، الطبعة الأولى، 1991م، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، صفحة 48.

[5] حاتم بكار،حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، صفحة 19.

[6] صاحب عبيد الفتلاوي، تاريخ القانون، مرجع سابق، صفحة 138.

حيث كان يتطلب للانضمام لها مؤهلات في دراسة القانون تؤيدها شهادات من المعاهد التي كانت تقوم على تدريسه.[1]

أما في العهد الإمبراطوري فقد اتسع مجال ضمانات حقوق الدفاع، إذ أصبح القانون يقضي بضرورة اطلاع المتهم على التهمة المنسوبة إليه ووجوب إجراء المواجهة بينه وبين المدعين قصد تحري الحقيقة والوصول إليها، ولا ينفّذ الحكم إلا بعد تمكين الشخص من عرض حجته وتفنيد أدلة المشتكين المدعين عليه.[2]

إضافة إلى ذلك، أعطي للمتهم الحق في الدفاع عن نفسه شخصيا أو بواسطة غيره أثناء المحاكمة والتي كانت تجري فيها المرافعة شفاهة وعلنية، وهذا ما أكدته مدونة جوستينيان[3] في مضمون القاعدة 17 التي نصت على: "الدفاع عن المجرم مباح، إذ الجمهور يرغبه والعادات يجري به والإنسانية توجبه"،[4] "وتقضي العدالة بعدم جواز الحكم على إنسان من غير سماع أقواله".[5]

أما عن المحاكمات فلم تكن تجري رأسا كما كان عليه الأمر من قبل، بل أصبح التحقيق أمرا لازما سواء كان في روما ذاها او في باقي ولاياها. ولكن ليس معنى هذا أن هناك جهازا مستقلا للتحقيق بل قد يكون المحقق هو نفسه الحاكم الذي يقضي في النزاع.[6]

لقد ترك الرومان وراءهم تراثا قانونيا ضخما كان مصدرا تشريعيا بامتياز للأجيال المتعاقبة، وهذا ما نلاحظه في تاثر المشرع الفرنسي بهدا القانون نتيجة لثرائه بالمبادئ الإنسانية السّامية التي ظهرت جلية في العهد الجمهوري كان أهمها مبادئ العدالة وحقوق الدفاع. وتطورت بعد ذلك في العهد الإمبراطوري، حيث اتضحت معالم إجراءات الدعوى وظهرت مرحلة التحقيق كمرحلة مستقلة يراعى فيها إجراءات المواجهة بين الخصوم وضرورة إعلام المتهم بالتهمة المنسوبة إليه لكي يتمكن من تقديم دفاعه مع وجوب حضوره للمحاكمة

---

[1] محمد إبراهيم زيد، المحاماة في النظام القضائي في الدول الغربية، 1987م، دار النشر، الرياض، صفحة 28.

[2] محمد محدة، ضمانات المشتبه فيه وحقوق الدفاع من العهد البربري حتى الاستقلال، الجزء 1، مرجع سابق، صفحة 64-65.

[3] **مدونة جوستينيان Codex Justinianus**: تولى الإمبراطور جوستينيان الحكم في الإمبراطورية الرومانية الشرقية سنة 528م حتى وفاته سنة 565م، وتمكن من تجميع التراث القانوني الروماني في مجموعات رسمية وقد بدأ العمل في هده المجموعات سنة 528م وانتهت سنة 534م مخلفا بهده المهمة لجنة من فقهاء مدرستي الحقوق في القسطنطينية وبيروت وبعض المحامين، وقد مثل هذا العمل مفخرة إمبراطورية الشرق والحضارة الرومانية.أنظر:فاضلي إدريس، المدخل إلى تاريخ النظم، مرجع سابق، صفحة 215.أنظر أيضا:أسمت غنيم، إمبراطورية جوستينيان، 1977 م، د ار امع العلمي، جدة، السعودية، صفحة 72.

[4] سلمان حمد محمد الهدية، ضمانات المتهم أثناء المحاكمة "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 17.

[5] عبد الله بن منصور بن محمد البراك، حق المتهم في الدفاع في نظام الإجراءات الجزائية السعودي و المواثيق الدولية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 44.

[6] محمد محدة، ضمانات المشتبه فيه وحقوق الدفاع من العهد البربري حتى الاستقلال، الجزء الأول، مرجع سابق، صفحة 66.

التي روعي فيها مبدأ العلنية والشفهية. أما ما يؤاخذ عليه فهو عدم اعترافه بمبدأ المساواة أمام القانون، والتفرقة الواضحة التي كانت بين طبقات المجتمع من احرار وعبيد.

المبحث الثاني: حق الدفاع في الديانات السماوية

عانت البشرية من اضطهاد وقهر في العصور الغابرة أين كانت السّمة البارزة لهذه الفترة هي العمل بنظام الرق، وبقسوة وصلت إلى حد الاستباحة التامة للإنسان وانتهاك لحقوقه في أبشع الصور. حتى جاءت الأديان السماوية كطوق نجاة تخلص المقهورين والمظلومين من الظلام الدامس إلى نور تعاليمها السمحة.

عرفت الحقوق والحريات نقلتها الكبرى مع ظهور هذه الديانات السماوية، فهي وإن كانت خلت من مصطلح حقوق الإنسان إلا أنا حفلت بمبادئ وقيم وأوامر ونواهي تنظم حياة البشر وتحفظ لهم حقوقهم في كافة النواحي.[1] ولما كانت الشريعة الإسلامية تمثل محطة أساسية باهتمامها بكرامة الإنسان وحقه في ممارسة حرياته وحقوقه كان لابد من الإشارة إليها في هذه الدراسة من أجل بيان دورها في خدمة حقوق الإنسان خاصة أنا أوجدت مفاهيم جديدة لمبادئ الحق والعدالة والمساواة تتلاءم مع كل التطورات الفكرية في كل زمان ومكان.

المطلب الأول: حق الدفاع في الديانة اليهودية

إن أول دين جرد الإله عن الأوثان وظواهر الطبيعة كان الدين اليهودي، الذي ينتمي إليه دين إبراهيم عليه السلام. فاليهودية التي أوحيت إلى أنبياء بني إسرائيل هي ديانة توحيدية غير أن اليهود أنفسهم لم يكونوا في كل عصورهم موحدين، وهذا مثار الالتباس في العقيدة التي يعتنقوها.[2] إذ تختلف هذه الديانة عن الديانتين العالميتين المسيحية و الإسلام كونها دين خاص بشعب معين هم بنو إسرائيل. حيث كانت شريعة اليهود مصدرا تاريخيا لبعض القواعد القانونية التي ظهرت في القانون الكنسي وقانون أوروبا في العصور الوسطى.[3]

قام هذا الدين على مبادئ الرحمة والعدالة والمساواة بين الناس، فجاءت الوصايا العشر التي وردت في سفر التثنية، والتي كلم الله تعالى بها سيدنا موسى عليه السلام متضمنة إشارات صريحة للحقوق والحريات. وهذه الوصايا هي: "لا تضع لك تمثالا، لا تسجد للتماثيل ولا تعبدهن، لا تنطق باسم الرب باطلا، أذكر يوم

[1] علي الشمري، حقوق الإنسان في الإسلام، مجلة النبأ، العدد 63، تشرين الثاني 2001م.

[2] طارق خليل السعدي، مقارنة الأديان، الطبعة الأولى، 2005م، دار العلوم للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، صفحة 29.

[3] صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، صفحة 429-430.

السبت لتقدسه، أكرم أباك وأمك، لا تقتل، لا تزن، لا تسرق، لا تشهد على قريبك شهادة زور، لا تشته بيت قريبك ولا امرأته ولا عبده ولا حماره".[1] كما أكدت على جانب من الحقوق والحريات عند تركيزها على تحرير الفرد والجماعة كهدف ينبغي الوصول إليه لتحقيق التكامل الإنساني.[2]

أما عن حق الدفاع فقد كان لليهود في زمن سيدنا موسى عليه السلام رجال يشتغلون أمام القضاء فيما يشبه المحاماة اليوم، فكانوا يعملون على حل المشكلات التي تظهر بين الأفراد من المسائل القانونية. وهم في عملهم هذا غير ماجورين ممن يعملون لمصلحته لانهم كانوا ياخذون جعلا من بيت المال، وكانوا يعتبرون كأم من رجال القضاء وهم الذين ينتخب من بينهم القضاة.[3]

لكن نظرا للتحريفات التي وقعت في التوراة فإن مفاهيم جديدة شوهت هذه الديانة مثل إظهار اليهود بأم شعب الله المختار، وهذا يعني إقرارهم بعدم المساواة معبني البشر وهي صورة من صور انتهاك حقوق الإنسان، إضافة إلى تحريفات وتأويلات أخرى طالت الكتاب المقدس نفسه. باختصار فإن الممارسة الدينية اليهودية بالمفاهيم المزيفة المبنية على الاعتقاد بأنها لا يمكن اعتبارها من الديانات السماوية لأنها بعيدة عن مبادئ العدل والحرية والمساواة واحترام الحقوق الطبيعية للإنسان.[4] حيث قام أحبار اليهود بجمع الأسفار وتم تداولها بما يسمى بالتلمود الذي هو مستودع شرور اليهود، ومن التلمود استمد روح سفك الدماء بأساليب بربرية فاشية.[5]

فمن المؤسف أن التعاليم الدينية السمحة القائمة على مبادئ الرحمة والعدل والمساواة التي أنزلت في التوراة على سيدنا موسى عليه السلام، قد جرى تحريفها إلى الحد الذي أفرغت فيه هذه الحقوق من مضامينها الأصلية. إذ أصبح التلمود هو دستور اليهود الذي يحثهم على احتقار غيرهم من الشعوب، واستباحة الدم غير اليهودي واعتصاب الانثى غير اليهودية باعتبارها بهيمة. ولعل أصدق مثال يعبر عن تحريف هذا الدين وسيادة المبادئ البربرية الوحشية وغطرسة اليهود، الانتهاكات الصارخة لحقوق الإنسان في فلسطين، وكل أساليب التهجير وسب الأراضي والتعذيب والقتل التي تمارس ضد شعبنا الأعزل في الأراضي المقدسة. بالإضافة إلى الإعدامات الميدانية التي طبقت بحق شبابنا الثائر في انتفاضة الأقصى التي بدأت في أوائل شهر أكتوبر

[1] بن نولي زرزور، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الأمم المتحدة، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 32.

[2] عبد الهادي عبد الرحمن، الشرائع السماوية كمصدر لحقوق الإنسان عبر التاريخ، 1976م، مكتبة دار بيروت القديمة، بيروت، لبنان، صفحة 22.

[3] مشهور حسن محمود سلمان، المحاماة "تاريخها في النظم وموقف الشريعة الإسلامية منها"، الطبعة الأولى، 1987م، دار الفيحاء، عمان، الأردن، صفحة 37.

[4] مسعود شعنان، حقوق الإنسان بين عالمية القيم وخصوصية الثقافات وعلاقة ذلك بالعولمة، مجلة المفكر، بسكرة، مرجع سابق، صفحة 231.

[5] فرج محمود حسن أبو ليلى، تاريخ حقوق الإنسان في التصور الإسلامي، مرجع سابق، صفحة 20.

2015م. ومشروع القانون الذي يتيح لدولة الكيان الصهيوني بمحاكمة وسجن الأطفال دون **سن التمييز أي الأقل من 13 سنة، أيضا** حملة المداهمات والاعتقالات اليومية للأطفال **القصر ذكورا وإناثا؛ ما هو إلا دليل قاطع على تحريف اليهود لتعاليم ديانتهم**، فلم يبق هذا الدين على صفائه ونقائه بل اعترته علل مرضية حالت دون تحقيقه للهدف السامي الذي أنزل من أجله.

المطلب الثاني: الديانة المسيحية

اعترف بعض الفلاسفة وعلماء اللاهوت ومنهم **"شيشرون"**(Cicéron) **أن الديانة المسيحية رفعت من قيمة الإنسان ونادت بالمساواة والمحبة بين البشر. حيث ألغت الامتياز الذي منحه الله لليهود باعتبارهم شعب الله المختار.** كما قامت على الإخاء والتسامح والعفو واحترام الآداب العامة والفصل بين الدين والدولة.[1] **فالمبادئ** الإنسانية التي رسختها المسيحية اعتبرت ثورة متقدمة في **مجتمع ارتكزت علاقاته على القوة** و**التمايز الطبقي.**[2]

ورد في تعاليم المسيحية بعض التفاصيل المتعلقة بحقوق الإنسان وبالعدل، إذ نجد في إنجيل متى (31/5) **من قول السيد المسيح عليه السلام:** "لقد سمعتم من قبل أنه قيل للأولين لا تقتل، فإن كان من قتل **يستوجب الدينونة، أما أنا فأقول لكم إن كل من غضب على أخيه** وإن لم يقتل استحق الدينونة". كما ورد في **إنجيل لوقا (16/19) قول السيد المسيح عليه السلام:** "إن العدل وحده يحجر القلوب إذا لم تصاحبه دفقة **من المحبة".**[3]

كانت الديانة المسيحية دعوى دينية خالصة لم تهتم بنظام الحكم.[4] فلم تتعرض للأمور الدنيوية لذلك **لم تتناول المبادئ القانونية واقتصرت على نشر المبادئ الروحية والخلقية. إذ فصلت بين الدين والدولة "ردوا ما لقيصر لقيصر وما لله لله"**، لكن مع ذلك تركت المسيحية أثرا ملموسا في الشرائع القانونية الغربية كالقانون الروماني، ومن أمثلة ذلك: العقوبات القاسية التي قررها القانون الروماني للأفعال التي تتعارض و **روح المسيحية** التي تقوم على نشر الفضيلة بين الناس، كحالة زواج المحارم تطبق عقوبة الإعدام، **والزنا تطبق عقوبة السجن** المؤبد في الدير.[5]

---

[1] نادية خلفة، آليات حماية حقوق الإنسان في المنظومة القانونية الجزائرية، رسالة دكتوراه، 2010م، **جامعة الحاج لخضر، بسكرة، الجزائر، صفحة 73.**

[2] شهاب طالب الزوبعي، الحماية الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان في ضوء المتغيرات الدولية، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 28.

[3] بن نولي زرزور، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الأمم المتحدة، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 33.

[4] **مسعود شعنان**، حقوق الإنسان بين عالمية القيم وخصوصية الثقافات وعلاقة ذلك بالعولمة، مجلة المفكر، مرجع سابق، صفحة 231.

[5] صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، صفحة 178-179.

من خلال ما ذكر وما تم الاطلاع عليه في مختلف المؤلفات التي كتبت في المجال الجنائي وبالخصوص حق الدفاع، نجد أن الحديث عن حقوق الدفاع في الديانتين اليهودية والمسيحية كان حديثا نوعا ما محتشما. حيث وإن انعدم ذكره في هذه الديانتين فإنه يتم الإشارة إليه دون شرح أو تفصيل يشبع حاجة الباحث. لهذه الأسباب ستتم دراسة هذا الحق باستفاضة في الشريعة الإسلامية لتوضيح مدى غرارا بمبادئ المحاكمة العادلة وحقوق الدفاع ودرجة تميزها عن الديانة اليهودية والمسيحية.

المطلب الثالث: حق الدفاع في الشريعة الإسلامية

جاء الإسلام نظاما كاملا شاملا لكل نواحي الحياة البشرية الدينية منها والدنيوية منفردا بخصائص لم تجتمع في دين سماوي من قبل، إذ أكمل به سبحانه وتعالى شرائع السماء ورسالاته. قال الله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾. (سورة المائدة: 3)

يعتبر حق الدفاع من أهم صور تحقيق العدالة في الشريعة الإسلامية، لذلك كفلت هذا الحق وجعلته واجبا على كل شخص أن يدافع عن نفسه. ولما كان الناس على درجة متفاوتة في القدرة على الدفاع عن أنفسهم، جاز لهم الاستعانة بمن يستطيع تقوية حجتهم، والدفاع عنهم من ذوي الخبرة في هذا المجال والذين لهم دراية بأحكام الشارع الحكيم.

الفرع الأول: حق المتهم في الدفاع عن نفسه

كفلت الشريعة الإسلامية للمتهم حق الدفاع عن نفسه. فبالرغم من عدم نصها صراحة على ذلك كما هو الحال في القانون الوضعي، إلا أن هذا الحق في الشريعة الإسلامية متمثل في مظاهر عدة تشكل في مجموعها ضمانة لحق الدفاع وهي:

البند الأول: حق المتهم في الحضور و سماع أقواله

يرى فريق من العلماء أنه يشترط لصحة الحكم في الدعوى حضور الخصم المدعى عليه.[1] فعلى القاضي أن يستمع إلى الشاكي و يطلب المشكو في حقه أمامه إلى مجلس القضاء.[2] لذلك لا يجب على القاضي أن يحكم على متهم غائب.[1] ودليل ذلك:

[1] محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، 1415هـ/1994م، دار البيان، صفحة 222.

[2] عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، نظام الحكم في الإسلام، 1985م، دار القطري بن الفجاءة، قطر، صفحة 30.

عن أم سلمة رضي الله عنها عن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قال:«إنما أنا بشر مثلكم وإنكم تختصمون إلي فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه...». (رواه البخاري). فقوله (صلى الله عليه وسلم):«على نحو ما أسمع منه» دليل قاطع على وجوب حضور المتهم أمام القاضي، وسماعه قبل الفصل في الدعوى.

وما روي عن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) أنه جاءه رجل فقئت عينه فقال له عمر: "تحضر خصمك"، فقال له: يا أمير المؤمنين أما بك من غضب إلا ما أرى، فقال له عمر: "فلعلك فقأت عيني خصمك معا"، فحضر خصمه قد فقئت عيناه معا، فقال عمر: "إذا سمعت حجة الآخر بان القضاء"، قالوا: ولا يعلم لعمر من ذلك مخالف من الصحابة.[2]

فعلى القاضي ألا يصدر حكمه إلا بعد سماع كل الخصوم،[3] حيث قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) لعلي بن أبي طالب كرم الله وجهه عندما بعثه قاضيا إلى اليمن: «إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضي حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فانه أحرى أن يتبين

---

[1] اختلف العلماء في القضاء على الغائب على رأيين. الرأي الأول: لا يصح القضاء بشيء على الغائب، و هذا ما يراه أبو حنيفة و ابن الماجشون من المالكية، واحمد بن حنبل، و ابن أبي ليلى، و الثوري. أدلتهم في ذلك قوله ﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ﴾ (سورة النور: 48)، فالآية الكريمة ذمتهم لإعراضهم إذا دعوا إلى الله و رسوله ليحكم بينهم، و هذا يدل على له يجب عليهم أن يحضروا للحكم، ولو نفذ الحكم مع الغيبة لم يجب الحضور و لم يستحقوا الذم، فدل هذا على عدم جواز الحكم على الغائب.

بالإضافة الى ما ذكرناه من أدلة وجوب جلوس الخصمان بين يدي القاضي كرواية أم سلمة عن قول النبي (صلى الله عليه وسلم)، وما روي عن عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهما وأرضاهما.

الرأي الثاني: يصح القضاء على الغائب في حقوق الآدميين و لا يقضى به في حدود الله و هذا رأي الشافعية و الظاهرية و جمهور العلماء. أدلتهم في ذلك: عموم الأدلة كقوله تعالى ﴿وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ (سورة المائدة: 49).و لم يفصل النص الكريم بين الحاضر والغائب. و صح عن رسول الله (صلى الله عليه و سلم) أنه حكم على الغائب، حيث قضى النبي (صلى الله عليه وسلم) في قضية هند بنت عتبة دون حضور المدعى عليه وهو زوجها أبا سفيان، وهو ما روته عائشة رضي الله عنها قالت:"دخلت هند بنت عتبة إمرأة أبي سفيان رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، فقالت: يارسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه فهل علي في ذلك من جناح. فقال رسول الله(ص): «خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك و يكفي بنيك».

وما حدث أيضا في حادثة العرنين.ما رواه أنس بن مالك (رضي الله عنه) أنه قال:"أن رهطا من عكل ثمانية، قدموا على رسول الله (صلى الله عليه وسلم) فبايعوه على الإسلام، فاستوخموا الأرض فسقمت أجسامهم، فشكوا ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: «افلا تخرجون مع راعينا في إبله فتصيبون من البانها وابوالها»، فقالوا: بلى، فخرجوا فشربوا من البانها وابوالها فصحوا فقتلوا راعي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأطردوا النعم، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فأرسل في آثارهم فأدركوا فجيء بهم، فامر بهم فقطعت ايديهم وارجلهم وسمر اعينهم ثم نبذهم في الشمس حتى ماتوا . وهنا حكم الرسول (صلى الله عليه وسلم) على العرنين ، والحكم كان على الغائب فدل ذلك على جوازه. أنظر: محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، صفحة 222-226.

ترى الباحثة أن الحكم على الغائب يعود للسلطة التقديرية للقاضي، حسب ظروف كل جريمة. فقد يكون في الحكم على الغائب مصلحة للقضاء إذا ما إختبأ المدعى عليه إضرارا بحقوق المدعي مثلا.أو توفرت حالة الاستعجال كأن يكون المدعي في حاجة ماسة لأن يستفي حقوقه. حيث يمكن للقاضي أن يحكم للمدعي بموجب ما يقدمه المدعي من بينة.و هذا الرأي وسط بين آراء الفقهاء، وفيه من فائدة ما يحقق المصلحة العامة التي تقتضي أداء الحقوق للمظلومين من الظلمة الذين يستغلا بن هرم لكي يمتنعوا عن أداء حقوق الناس. ومن ناحية أخرى لكي لا يؤخذ بغيبة المدعى عليه لكي يتم الإعتداء على حقه ويستولوا عليه.

[2] محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، صفحة 227.

[3] محمود الشريبني، القضاء في الإسلام، الطبعة الثانية، 1999م، الهيئة المصرية العامة للكتاب، صفحة 60.

لك القضاء».[1] وقد أكد النبي (صلى الله عليه وسلم) على سيدنا علي (كرم الله وجهه) ألا يحكم على الشخص حتى يحضر ويسمع منه دفاعه.

وما روي عن عمر بن عبد العزيز (رضي الله عنه) أنه قال:" قال لقمان: إذا جاءك الرجل وقد سقطت عيناه، فلا تقض له حتى يأتي خصمه".[2]

بالإضافة إلى ما ذكره ابن نجيم في البحر الرائق:" وشرط الحكم وهو حضور الخصم، والمراد بالخصم الحاضر من كان وكيلا من جهة المدعى عليه أو مسخرا، وهو من نصبه القاضي وكيلا عن الغائب ليسمع الدعوى عليه..... وإن لم يكن الخصم حاضرا، لا يحكم عليه".[3]

وجاء في روضة الطالبين للنووي:"....و الأصل ألا يسمع القاضي البينة، ولا يحكم إلا بحضرة المدعى عليه...."[4]كما جاء في مواهب الجليل للحطاب:" ... وقال مطرف وابن ماجشون: ولا يسمع من أحد الخصمين إلا بمحضر صاحبه، إلا أن يعرف من المتخلف لددا في تخلفه فيشكوا إليه فيسمع منه...."[5] وورد في الفروع لمحمد بن مفلح:"...ولا ينبغي للحاكم أن يسمع شكية أحد إلا ومعه خصمهن هكذا ورد عن النبي (صلى الله عليه وسلم)".[6]

من خلال ما سبق يتبين لنا وجوب جلوس الخصمان بين يدي القاضي، وألا يصدر القاضي حكمه إلا بعد سماع أقوال الخصمان. فإن حكم دون سماعه لأقوال أحدهما كان حكمه باطلا. لذا وجب على القاضي أن يسمع القضية كاملة و لا يكون كذلك إلا بسماعه لأطراف الدعوى لكي يتبين له الحق ويقضي به. فقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحكم قبل سماع حجة المتهم، لأن حضور المتهم لإبداء دفاعه شرط لازم لصحة القضاء.

---

[1] البغوي، شرح السنة، تحقيق: شعيب الأرنؤوط و محمد زهير الشاويش، الطبعة الثانية، 1403هـ/1989م، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت ، المد 10، صفحة 96.

[2] أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، مصنف عبد الرزاق الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الجزء 8، الطبعة الثانية، 1403، المجلس العلمي، الهند، صفحة 304.

[3] ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء 7، الطبعة الثانية، دار الكتاب الإسلامي، الصفحة 3.

[4] أبو زكريا النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، الجزء11، الطبعة الثالثة، 1991م، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، صفحة 193.

[5] شمس الدين الحطاب الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الجزء 6، الطبعة الثالثة، 1992م، دار الفكر، صفحة 130.

[6] محمد بن مفلح، الفروع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الجزء 11، الطبعة الأولى، 2003م، مؤسسة الرسالة، صفحة 160.

البند الثاني: حق المتهم في المساواة

يجب التسوية بين الخصمين في مجلس القضاء، ودليل ذلك ما روته أم سلمة رضي الله عنها، قالت: سمعت النبي (صلى الله عليه وسلم) يقول: «إذا ابتلي أحدكم بالقضاء بين المسلمين فليسو بينهم في النظر و المس والإشارة»، قالت: وسمعته يقول: «إذا ابتلي بالقضاء بين الناس فلا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الآخر».[1] والأمر للوجوب ولا صارف له عن هذا الأصل. لأنه إذا قدم أحد الخصمين على الآخر في شيء من ذلك انكسر قلب الآخر وقد لا يتمكن من استيفاء حجته، ظنا منه أنه ربما لا فائدة من إقامتها ما دامت هناك مودة بين القاضي وخصمه فلا بد أنه ناصره.[2]

وتوازن القضاء يستدعي ضرورة التسوية بين الخصوم.[3] فعلى القاضي أن يعدل بين الخصمين في كل شيء من المس والخطاب واللحظ واللفظ و الدخول عليه والإنصات والاستماع منهما.[4] لأن العدل أساس الملك، ويقوم العدل على أساس التسوية بين الناس في المعاملة أمام القضاء.[5]

فقد كتب عمر بن الخطاب في وصيته الذائعة لأبي موسى الأشعري: "... فإن القضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة، فافهم إذا أدلي إليك، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، آس بين الاثنين في مجلسك وو جهك، حتى لا يطمع شريف في حيفك و لا ييأس ضعيف من عدلك".[6]

البند الثالث: حق المتهم في الصمت

يعرف سكوت المتهم فقها: امتناع الشخص عن الكلام والتعبير لأسباب ترجع إلى إرادته أو لسبب خارج عن تلك الإرادة.[7]

---

[1] ابن راهويه، مسند إسحاق بن راهويه، تحقيق: عبد الغفور بن عبد الحق البلوشي، الطبعة الأولى، 1412هـ/1991 م، مكتبة الإيمان، المدينة المنورة، المد 4، صفحة 82.

[2] نصر فريد محمد واصل، السلطة القضائية و النظام القضائي في الإسلام، المكتبة التوفيقية، مصر، صفحة 190.

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الرابعة، دار الفكر، دمشق، سوريا ، المد 8، صفحة 5925.

[4] محمود الشريبني، القضاء في الإسلام، مرجع سابق، صفحة 58.

[5] حسن السيد بسيوني، الدولة ونظام الحكم في الإسلام، الطبعة الأولى، 1405هـ/1985م، عالم الكتاب، القاهرة، مصر، صفحة 83-84.

[6] الخطيب البغدادي، الفقيه والمتفقه، تحقيق: ابو عبد الرحمن عادل يوسف الغراري، الطبعة الثانية، 1421هـ، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، المجلد 1، صفحة 492.

[7] مسعود بن عبد الرحمن الرومي، حق المتهم في السكوت في الدعوى الجزائية، رسالة ماجستير، 1428هـ/2007م، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، صفحة 8.

وحق المتهم في لسكوت من حقوق الإنسان وضمانة من ضمانات المحاكمة العادلة، حيث يتخذ المتهم موقفا سلبيا من الكلام بسبب مفاجئة الموقف أو وضعه في موضع المشتبه به أو المتهم، ويعد هذا الحق حقا طبيعيا يتلازم مع حق الإنسان في الكلام.[1]

فمن حق المتهم أن يتخذ موقفا سلبيا في مواجهة الدعوى المقامة ضده، وعلى المدعي تقديم الدليل على ثبوت التهمة المنسوبة إلى المتهم.[2] والأصل في إلقاء عبء الإثبات على غير المتهم هو قول رسول الله (صلى الله عليه وسلم): «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى الناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» (رواه مسلم). ومنه يحق للمتهم الكلام كما يحق له السكوت ما دام ذلك لا يخالف الشرع وقواعده الثابتة.

ويشير ما سلف بيانه إلى مدى حرص الشريعة الإسلامية على توفير اطمئنان الخصوم إلى قاضيهم، وهذا هو الواجب على المحقق مراعاته.[3]

الفرع الثاني: حق المتهم في الاستعانة بمحام

الأصل أن صاحب الحق هو الذي يقوم بالدفاع عن نفسه أمام القضاء، لكن استثناءا يجوز له أن يستعين بغيره في ذلك، ويسمى هذا "الوكيل بالخصومة".

البند الأول: تعريف الوكالة بالخصومة

أولا:الوكالة بالخصومة في اللغة:

الوكالة لغة: الوكالة- بفتح الواو كسرها- اسم مصدر، والفعل منها (وكل) يدل على اعتماد غيرك في أمرك، واتكل على فلان في أمره إذا اعتمده؛ والتوكل: إظهار العجز في الأمر والاعتماد على غيرك، وسمي الوكيل بذا لأنه يوكل إليه الأمر.[4]

---

[1] مسعود بن عبد الرحمن الرومي، حق المتهم في السكوت في الدعوى الجزائية، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 21.

[2] مسعود بن عبد الرحمن الرومي، حق المتهم في السكوت في الدعوى الجزائية، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 23.

[3] عبد الفتاح مراد، التحقيق الجنائي العملي في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، صفحة 178.

[4] أبو الحسين الرازي، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، الجزء 6، 1979م، دار الفكر، صفحة 136. أنظر أيضا: زين الدين الحنفي الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، الطبعة الخامسة، 1999م، المكتبة المصرية، بيروت، صيدا، صفحة 734.

الخصومة لغة: الخصومة كلمة من ثلاثة أحرف (الخاء، الصاد، الميم) وهي تدل على أمرين: الأول المنازعة، والثاني هو جانب الوعاء. والخصومة هي الجدل.[1]

ثانيا: تعريف الوكالة بالخصومة في الاصطلاح:

جاء في المبسوط للسرخسي أن "الخصومة هي اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المنازعة والمشاحنة".[2] أما الوكالة على الخصومة هي إستنابة جائز التصرف مثله في مدافعة غيره عن حقه الذي تدخله النيابة حال الحياة لدى قاض.[3]

التوكيل في الخصومة لإقامة دعوى نيابة عن المدعي أو للمترافع عنه أو عن المدعى عليه أمام القاضي جائز، سواء كانت الوكالة بأجر أو بغير أجر. إلا أنا إن كانت بغير أجر فهي إحسان و معروف من الوكيل تلزمه إذا قبل التوكيل واستمر في الوكالة.[4] أما إن كان بأجر فيكون بعوض مجاعلة أو إجارة، ووجب تسليم الأجرة إليه دون تأخير تطبيقا لقول الرسول(صلى الله عليه وسلم):" المسلمون على شروطهم".[5] وللموكل أن يعزل الوكيل إن ظهر منه في خصومته و ميل مع المخاصم الآخر.[6]

أجمع الفقهاء على جواز الوكالة في الخصومة، وفي ذلك قال الفقيه السمناني: "أن الوكيل إذا صحت وكلته جاز للقاضي أن يسمع دعواه، و الدعوى عليه في ما يصح أن يتولاه لغيره، لأن النبي (صلى الله عليه وسلم) وكل عمر بن أمية الضمري في تزوج أم حبيبة بنت أبي سفيان"،[7] فعقد للنبي (صلى الله عليه وسلم) عليها وهو عمل الناس في جميع الأمصار.[8]

فمن ادعى عليه دعوى باطلة بتلبيس فوكل للخصومة من يكشف ذلك التلبيس، لم يكن متوكلاً عليه ولا واثقاً به ولا مطمئن النفس بتوكيله إلا إذا اعتقد فيه أربعة أمور: منتهى الهداية ومنتهى القوة ومنتهى

---

[1] أبو الحسين الرازي، معجم مقاييس اللغة، الجزء 2، مرجع سابق، صفحة 187.

[2] السرخسي، المبسوط، 1414هـ/1993م، دار المعرفة، بيروت ، الد 19، صفحة 5.

[3] راجح بن بخيت السناني، أدب المحامي في الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، رسالة ماجستير، 1430هـ/2009م، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، صفحة 29.

[4] عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، 1409هـ/1989م، مؤسسة الرسالة، بيروت، صفحة 129.

[5] عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، الوكالة على الخصومة وأحكامها المهنية، مجلة العدل، العدد15، السنة الرابعة 1422هـ، المملكة العربية السعودية، صفحة 83.

[6] محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، صفحة 242.

[7] أبو القاسم السمناني، روضة القضاة وطريق النجاة، تحقيق: صلاح الدين الناهي، الطبعة الثانية، 1984، مؤسسة الرسالة، بيروت، دار الفرقان، عمان، المجلد 1، صفحة 181.

[8] عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، صفحة 129.

الفصاحة ومنتهى الشفقة.[1] إذ على وكيل الخصومة أن يكون مأمونا على الخصومة ودقيق على ما يجري فيها. ولا يخضع فيمن يتوكل له و لا يتوقف عن حجة إذا لاحت له خصمه، فإنه قد أقامه مقام نفسه فلا يغشه أو يواطئ عليه في الباطل.[2]

وهدف الوكالة بالخصومة إلى مساعدة القضاء على أداء وظيفته في فض النزاعات و المحافظة على حقوق المتقاضين. وهي مهنة مباحة شرعا إذا التزمت ضوابط الشريعة. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:«إنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو مما أسمع منه، فمن قطعت له من حق أخيه شيئا، فلا يأخذه، فإنما أقطع له به قطعة من النار» (رواه مسلم).

البند الثاني: حكم التوكيل في الخصومة

اتفق الفقهاء على جواز التوكيل في الخصومة في الجملة وإن اختلفوا في شروط صحتها.[3] وبناءا على قول الفقهاء يمكن تصنيفها إلى خمس حالات:[4]

1. واجبة: إذا رأى القاضي ضرورة للتوكيل، كأن يكون بين الخصوم امرأة شابة ذات جمال وفتنة أو كان المدعى عليه عليلا أو ضعيفا في مقابلة خصمه.
2. مندوبة: تكون الوكالة مندوبا إليها في حق ذوي المروءات، فينبغي أن يوكلوا لأنفسهم في الحقوق و لا يباشروا الخصومة بأنفسهم.
3. مكروهة: إذا كانت فيها إعانة على مكروه كأن يحاول الوكيل الالتواء بالدفاع لتضييع وقت المحاكمة.
4. مباحة: في حالة ما إذا لم تكن حاجة للموكل فيها و لا معونة له من الوكيل كما لو وكل غيره ترفها.
5. محرمة: تكون الوكالة بالخصومة محرمة في حال الدفاع عن الباطل.

---

[1] أما الهداية فليعرف بها مواقع التلبيس حتى لا يخفى عليه من غوامض الحيل شيء أصلاً وأما القدرة والقوة فليستجرئ على التصريح بالحق فلا يداهن ولا يخاف ولا يستحي ولا يجبن فإنه ربما يطلع على وجه تلبيس خصمه فيمنعه الخوف أو الجبن أو الحياء أو صارف آخر من الصوارف المضعفة للقلب عن التصريح به وأما الفصاحة فهي أيضاً من القدرة إلا انها قدرة في اللسان على الإفصاح عن كل ما استجرا القلب عليه واشار إليه فلا كل عالم بمواقع التلبيس قادر بدلاقة لسانه على حل عقدة التلبيس وأما منتهى الشفقة فيكون باعثا له على بدل كل ما يقدر عليه في حقه من المجهود. أنظر: أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت، المجلد 4، صفحة 259-260.

[2] أبو القاسم السمناني، روضة القضاة و طريق النجاة، مرجع سابق، المجلد 1، صفحة 122.

[3] الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الأولى، 1419هـ/1999م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، المجلد 6، صفحة 496. أنظر أيضا: ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، 1968م، مكتبة القاهرة، المجلد 5، صفحة 65. أنظر كذلك: لسان الدين الثقفي الحلبي، لسان الحكام في معرفة الأحكام، الطبعة الثانية، 1393هـ/1973م، البابي الحلبي، القاهرة، صفحة 250. للمزيد أنظر: لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، الطبعة الثانية، 1310هـ، دار الفكر، المجلد 3، صفحة 615.

[4] محمد بن إبراهيم بن علي الغامدي، التوكيل في الخصومة في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة و اللغة و الدراسات الإسلامية، المجلد 14، العدد 24.

البند الثالث: دليل مشروعيتها

حق المتهم في الاستعانة بمن يدافع عنه مشروع في الشريعة الإسلامية، فهو حق أصيل ثابت في القرآن الكريم والسنة النبوية، وهذا كالآتي:

أولا: في القرآن الكريم

وَقَالَ تعالى: ﴿وَقَالَ فِرْعَوْنُ ذَرُونِي أَقْتُلْ مُوسَى وَلْيَدْعُ رَبَّهُ إِنِّي أَخَافُ أَنْ يُبَدِّلَ دِينَكُمْ أَوْ أَنْ يُظْهِرَ فِي الْأَرْضِ الْفَسَادَ، وَقَالَ مُوسَى إِنِّي عُذْتُ بِرَبِّي وَرَبِّكُمْ مِنْ كُلِّ مُتَكَبِّرٍ لَا يُؤْمِنُ بِيَوْمِ الْحِسَابِ ، وَقَالَ رَجُلٌ مُؤْمِنٌ مِنْ آلِ فِرْعَوْنَ يَكْتُمُ إِيمَانَهُ أَتَقْتُلُونَ رَجُلًا أَنْ يَقُولَ رَبِّيَ اللَّهُ وَقَدْ جَاءَكُمْ بِالْبَيِّنَاتِ مِنْ رَبِّكُمْ وَإِنْ يَكُ كَاذِبًا فَعَلَيْهِ كَذِبُهُ وَإِنْ يَكُ صَادِقًا يُصِبْكُمْ بَعْضُ الَّذِي يَعِدُكُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي مَنْ هُوَ مُسْرِفٌ كَذَّابٌ ...﴾ (سورة غافر: 26-44)، دلت هذه الآية الكريمة على مشروعية حق الدفاع فيجوز أن يدافع عن المتهم شخص غيره، مثل ما ورد في الآية **فالمتهم** هو نبي الله موسى عليه السلام و **المدافع هو رجل مؤمن من آل فرعون.**

وقوله تعالى: ﴿إِنِّي قَتَلْتُ مِنْهُمْ نَفْسًا فَأَخَافُ أَنْ يَقْتُلُونِ ، وَأَخِي هَارُونُ هُوَ أَفْصَحُ مِنِّي لِسَانًا فَأَرْسِلْهُ مَعِيَ رِدْءًا يُصَدِّقُنِي إِنِّي أَخَافُ أَنْ يُكَذِّبُونِ ، قَالَ سَنَشُدُّ عَضُدَكَ بِأَخِيكَ وَنَجْعَلُ لَكُمَا سُلْطَانًا فَلَا يَصِلُونَ إِلَيْكُمَا بِآيَاتِنَا أَنْتُمَا وَمَنِ اتَّبَعَكُمَا الْغَالِبُونَ﴾ (سورة القصص: 33-35). لأن سيدنا موسى عليه السلام كان في لسانه لثغة، فطلب من الله أن يؤنسه أخوه هارون فيما أمره به من هذا المقام العظيم. **ويكون له وزيرا** ومعينا ومقويا لأمره، ويصدقه فيما يقوله ويخبر به عن الله عز وجل و**يقوي حجته.**[1] فهو لا يريد الاستعانة بأخيه للدفاع عنه في شجار، بل ليدافع عنه بقوة حجته ولسانه، عن جرم القتل الذي ارتكبه سيدنا موسى.[2] والآية تبين تقرير القرآن على إمكانية استعانة الشخص الذي يرى أنه عاجز عن بسط حجته بآخر قادر على ذلك. **وهو ما يقوم به الوكيل بالخصومة.**

وقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يُدَافِعُ عَنِ الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ كُلَّ خَوَّانٍ كَفُورٍ﴾ (سورة الحج: 38). إذا كان الله عز وجل يدافع على الدين امنوا، فالاحرى ان يقوم عبده الذي استخلفه في الارض بهذه المهمة الجليلة ما دامت تهدف إلى إظهار الحق وإزهاق الباطل.

---

[1] ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد سلامة، الطبعة الثانية، 1999م، دار طيبة للنشر والتوزيع، المد 6، صفحة 236.

[2] إحسان الكيلاني، السلامة الشخصية وحقوق الدفاع ودور المحاماة في الإسلام، مجلة الحقوق، العدد 3، السنة السابعة، سبتمبر1983م، جامعة الكويت، صفحة 204.

ثانيا: في السنة النبوية الشريفة

1. عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود، عن أبي هريرة، وزيد بن خالد الجهني **(رضي الله عنهما)** ، أما قالا: **إن رجلا من الأعراب أتى رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، فقال: يا رسول الله، أنشدك** الله إلا قضيت لي بكتاب الله، فقال الخصم الآخر: **وهو أفقه منه، نعم فاقض** بيننا بكتاب الله، وأذن لي، **فقال رسول الله (صلى الله عليه وسلم)**: «قل»، **قال**: إن ابني كان عسيفا على هذا، فزنى بامرأته، وإني أخبرت أن على ابني الرجم، فافتديت منه بمائة شاة، ووليدة، فسألت أهل العلم، فأخبروني أنما على ابني جلد مائة **وتغريب عام، وأن على امرأة هذا الرجم، فقال رسول الله (صلى الله عليه وسلم)**: «والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله، الوليدة والغنم رد، وعلى ابنك جلد مائة، وتغريب عام، اغد يا أنيس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها»، **قال**: فغدا عليها، فاعترفت، فامر بها رسول الله **(صلى الله عليه وسلم)، فرجمت.** (رواه **البخاري)**

2. **عن أم سلمة رضي الله عنها: أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قال**: «إنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، فمن قضيت له بحق أخيه شيئا، بقوله: فإنما أقطع له قطعة من النار فلا **يأخذها**» (رواه البخاري). **يدل الحديث على استعانة الشخص بمن يستطيع عرض حجته وأدلته أمر مشروع. فقد يغلب أحد الخصمين بتفوقه بالحجة و**البيان فيأخذ حق الخصم الآخر، فيحق لهذا الأخير **-لعدم ضياع حقه- بالاستعانة بمن يدافع عنه.**

البند الرابع: مهنة الوكالة على الخصومة في القضاء الإسلامي

ظهرت الوكالة على الخصومة مهنة في تاريخنا القضائي، وما ذكره أهل العلم عن هذه المهنة من أحكام واداب يؤكد بان ذلك كان ظاهرا معروفا عندهم، فقد اشتهرت لدى المسلمين برجالها المختصين بها. **قال** السمناني:" باب وكلاء القاضي، وهذا باب يذكر فيه وكلاء القاضي وما يجب عليهم". **وقد كان القاضي يتخذ** لهذه المهنة من كان أهلا لها، يقول السمناني:" **...للقاضي أن يتخذ من الوكلاء: الشيوخ، والكهول، من** أهل الستر، والعدل، والعفاف، ومن يكون مأمونا على الخصومة..."**.كما يوصي القاضي الو كلاء بالرفق بالخصوم وقلة الطمع فيهم، لكي لا يضر بالناس، وتتم مراقبتهم من قبل العريف الذي يعينه المحتسب، لتنظيم** حالهم، ومن ظهر منه خيانة أو مخالفة يجري تعزيره بما يليق بحاله.[1]

[1] **عبد الله بن** محمد بن **سعد** آل خنين، الوكالة على الخصومة وأحكامها المهنية في الفقه الإسلامي ونظام المحاماة السعودي، مجلة العدل، مرجع سابق، صفحة 51-53.

المبحث الثالث: حق الدفاع في المواثيق الدولية

ارتبط تحرير المواثيق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان وحرياته بالثورات وسلسلة الكفاحات البشرية التي سعت إلى إرساء القيم والثوابت الأخلاقية والإنسانية. في ظل ظروف سادها الفساد وسطوة الكنيسة، ومع دخول الإنسان إلى مجال البحث العلمي وظهور العديد من الاكتشافات والاختراعات الخاصة بالنهضة الفكرية في أوروبا. لذلك بدأت حركة واسعة تستهدف تحرير الشعوب من طغيان الحكام، وقد ترجمت بسلسلة من الانتفاضات الشعبية التي شهدا دول أوروبا وتمخضت عنها الوثائق الحقوقية الكبرى.

فكانت الإعلانات العالمية لحقوق الإنسان بمثابة البادرة التي صحبت معها آمالا عريضة للحد من الانتهاكات المستمرة للحقوق والحريات والتي من ضمنها حق الدفاع، و دافعا للاهتمام العالمي بذا الحق للتقليص من مظاهر الإخلال به، باعتباره من الحقوق الأساسية للإنسان خاصة عندما يكون في موضع شبهة أو اتهام. لذا توالت الجهود الدولية تباعا مقررة عدد من الضمانات تأكيدا منها على وجوب حماية حقوق الإنسان وحرياته.

وهنا تبرز الأهمية المعطاة لوثيقة الماكناكارتا التي اثرت على شعوب الدول المجاورة وجعلتها تنتفض لتتحرر من قيود الحكم الاستبدادي. ومن هذه الدول فرنسا التي عكست تاثرها بهذه الوثيقة في المبادئ التي نص عليها الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن، حيث أعطى مفهوما آخر للحقوق والحريات مما جعل أغلب دول العالم تعتبره مصدرا لقوانينها. ليأتي فيما بعد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والذي تبنته دول العالم العربي من خلال وضعها البيان العالمي لحقوق الإنسان في الإسلام.

المطلب الأول: الماكناكارتا 1215م وإعلان حقوق الإنسان والمواطن 1789م

الفرع الأول: الماكناكارتا 1215م

في القرن الثالث عشر ميلادي وتحديدا في 15 يونيو 1215م كان الميلاد لأول وثيقة بشرية لحقوق الإنسان.[1] وكانت نتيجة الصراع الطبقي مع الحاكم جون في انجلترا وثمرة من ثمرات ثورة النبلاء على الملك الذي هدد مصالحهم. احتوت الوثيقة أحكاما أساسية أهمها: التزام العدالة في الإدارة والقضاء وضمان الحرية الشخصية لكل فرد من أفراد الرعية مهما اختلفت طبقته وتباينت درجته في المجتمع.[2] لذا فقد اعتبرت نقطة

[1] عبد اللطيف بن سعيد الغامدي، حقوق الإنسان في الإسلام، الطبعة الأولى، 2000م، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، صفحة 33.

[2] شهاب طالب الزوبعي، الحماية الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان في ضوء المتغيرات الدولية، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 38.

تحول كبيرة في تاريخ إنجلترا وفي نظامها القانوني و القضائي، لما تضمنته من مبادئ وأسس وما كفلته من حقوق وحريات، مما يعد تقدما كبيرا في ذلك الوقت.[1]

تضمن هذا الميثاق لأول مرة في التاريخ اعتراف الحاكم بحق كل مواطن في البراءة حتى تثبت إدانته من طرف القضاء. كما ظهر في هذا العهد حق كل مواطن في التظلم أمام القضاء ضد أي حبس غير قانوني.[2] و كان لحق الدفاع الحظ في كفالته من خلال هذه الوثيقة التي جاء فيها عدم جواز أخذ شخص أو حبسه إلا وفقا لقانون البلاد، اي لا يجوز حرمان شخص من حريته إلا بناءا على قرار إتهام يصدر من رجال عدول. وعلى هذا الأساس فإنه يجب أن يكون لدى من يقوم بالقبض على الشخص سلطة قانونية لذلك. كما يجب أن يكون أمر القبض صحيحا ومكتوبا بخط اليد و موقعا عليه.[3] وهو ما تم استنباطه من نص القسمين 39[4] و40[5] من الميثاق الأعظم.

بيد أن الاهتمام بحق الدفاع في بريطانيا لم يتوقف عند الميثاق الأعظم، الذي كان نقطة انطلاق المسيرة التشريعية التي أخذت على عاتقها حماية هذا الحق. ومن أهم القوانين نذكر: عريضة الحقوق(Petition of Rights)) لسنة 1628م وقانون الإحضار (Act of Habeas Corpus) لسنة 1679م وقانون الحقوق (Bill of Rights) لسنة 1689م. كل هذه القوانين احتوت أهم المبادئ التي تكفل حق الدفاع وأهمها مبدأ حماية الحرية الشخصية وحق المواطن في الدفاع عن نفسه أمام القضاء وتقديم عرائضهم وحرية التنقل وعدم جواز اعتقال الأفراد واحتجازهم بدون محاكمة قائمة على أسس قانونية، مع جواز الطعن في قرار الاعتقال لدى القاضي للنظر في شرعية هذا الأمر.[6]

اعتبرت وثيقة الماكناكارتا آنذاك انجازا عظيما، لقدرا على إرساء قواعد سامية للعلاقات الإنسانية وكبحها لجماح وعظمة الملك. لكن إذا قارناها بمقاييس حقوق الإنسان وفقا للمعايير العالمية في وقتنا الراهن

---

[1] بسيوني عبد الغني عبد الله، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، الطبعة الثانية،2001م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، صفحة125.

[2] تباني الطاهر، الشريعة الإسلامية وحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، 2007م، جامعة منتوري، قسنطينة، صفحة 9-10.

[3] بسيوني عبد الغني عبد الله، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، مرجع سابق، صفحة 125-126.

[4] 39: "No freeman shall be taken or imprisoned or disseised or any way destroyed. Nor will we go upon him nor send upon him. Except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land". (The Magna Carta. Prepared by: Nancy Troutman, The Cleveland Free-Net aa345, Distributed by The Cybercasting Services Division of National Public Telecomputing Network (NPTN)).

[5] 40: "To no one will we sell. To no one will we refuse or delay. Right or justice". (The Magna Carta. *Op. Cit.*).

[6] شهاب طالب الزوبعي، الحماية الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان في ضوء المتغيرات الدولية، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 39-40.

نجدها وثيقة منقوصة، لأا جاءت لتدافع عن طبقة النبلاء دون باقي المواطنين. وفي ذلك تمييز طبقي واضح لأا أقرت حقوقا كانت قاصرة على طبقة اجتماعية معينة، ما حرم باقي مواطني المملكة من حقوقهم والتي من بينها حق الدفاع الذي لا يمكن أن يمارس في غياب مبدأ المساواة.

الفرع الثاني: إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي 1789م

لم يكن إعلان حقوق الإنسان والمواطن إلا تسجيلا لآلام الشعب الفرنسي وآمال يسعى إلى تحقيقها ثورته على الطغيان والاستبداد. وفي هذا المقام تأتي أهمية الثورة الفرنسية عام 1789م التي لم تقف آثارها عند فرنسا فقط بل امتدت لتشمل العالم أجمع.

كانت هذه الثورة[1] نتيجة لإيمان الشعب الفرنسي بضرورة إعادة النظر في أوضاعه الداخلية. حيث كانت هذه الأوضاع مهزوزة بشكل كبير، وهذا لا يليق بشعب فرنسا العظيم. وما ساعد في ذلك الفكر التقدمي في فرنسا الذي كان سباقا للتأثير في شعب أصبح مقتنعا تماما بإعادة النظر في أسلوب حياته، وعلاقة الأفراد بعضهم ببعض، وعلاقة الشعب بالحكومة. ومن ثم كانت النظم القائمة المهزوزة في طريقها إلى الزوال على يد شعب اصبح غير مؤمن بها ولا يرى فيها النموذج الذي يتطلع إليه كفرنسي.[2]

اعتبر إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في أغسطس 1789م انتصارا لهذه الثورة ومحطة هامة في تاريخ حقوق الإنسان. احتوى على مقدمة و17 مادة وهو بإيجاز ينم عن غزارة فكرية لا قرار لها.[3] وقد نصت مادته الأولى على مبدأ المساواة بين كل الناس. كما تضمن حق الملكية والحرية والأمن وحق المقاومة ضد الاستبداد والطغيان. وسادت مبادئ هذا الإعلان الدساتير الفرنسية التالية والكثير من الدساتير أوربا الغربية الصادرة خلال القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين.[4]

---

[1] قبل الثورة الفرنسية لم تكن حقوق الدفاع معروفة في النظام الإجرائي الفرنسي، الذي كان يتسم بغياب مرحلة التحقيق التي كانت من حق المجرم الذي ضبط متلبسا بجريمة، وكانت إدارة القضاء في يد البوليس الذي طبق أشكالا متنوعة لانتهاكات الحرية الفردية ومنها انتهاك حرمة المساكن؛ إلى أن جاء ميثاق 1155م في مقاطعة أورليان والذي حظر اقتحام المساكن دون إذن من القضاء. أما عن المراسلات فأبيح انتهاكها إذ أنشأ لويس الخامس عشر المكتب الأسود لمراقبتها، كما استعملت الوسائل القهرية لحمل المتهم على الاعتراف كملء جوف المتهم بالماء ضربه. أما عن قانون 1670م فقد أعطى للمتهم بعض الحقوق كحقه في الاستجواب بعد تحليفه اليمين وفي حضوره عملية التفتيش، ومع ذلك بقي محروما من حقه في الدفاع حيث كان التحقيق يتم دون حضور المحامي مع جواز تعذيب المتهم خلال الاستجواب. انظر: أحمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجنائية، 1977م، دار النهضة العربية، القاهرة، صفحة 75-76.

[2] عبد العزيز سليمان نوار، التاريخ الأوربي الحديث "من عصر النهضة حتى نهاية الحرب العالمية الاولى"، 1999م، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، صفحة 278.

[3] محمد سعيد مجذوب، الحريات العامة وحقوق الإنسان، الطبعة الأولى، 1986م، جروس برس، بيروت، صفحة 48.

[4] عبد اللطيف بن سعيد الغامدي، حقوق الإنسان في الإسلام، مرجع سابق، صفحة 34.

وأهم خصائص هذا الإعلان تتمثل في:

أولا: أنه امتاز على ما سبقه من المواثيق، و لم يعلن حقوق مواطن دولة معينة أو حقوق الإنسان في **بلد معين.** بل اعلن حقوق جميع الناس على اختلاف جنسياهم ومجتمعاهم معتبرا جميع الناس سواسية في تلك **الحقوق الفردية الأصلية:** "يولد الناس أحرارا ومتساوين في الحقوق".[1]

ثانيا: أنه أصبح مرجعا لكل الثورات الليبرالية التي اجتاحت معظم بلدان أوربا الغربية إبتداءا من سنة 1830م والتي استوحت **مضامينه وأدخلتها** في دساتيرها.[2]

ترى الباحثة أن لهذا الإعلان هدفان: الهدف الأول هو تحقيقه للنزعة **الشمولية لكي يكون عالميا وذلك** في ذكر لفظ **"الإنسان".** وهدفه الثاني يتحقق في لفظ **"المواطن" الذي يتجاوب مع التخصيص الذي** يعطي للإعلان طابعا وطنيا يخص **الفرد الفرنسي. وعلينا الإقرار بلورته لحقوق** الإنسان في العصر الحديث وأثر إيجابا على كل الوثائق التي تلت صدوره.

كان حق الدفاع محور اهتمام **إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي، الذي سرد أهم ضمانات هذا** الحق من خلال مجموعة من المواد. **أكدت المادة الثانية** على أن حقوق الإنسان هي حقوق طبيعية غير قابلة للتقادم وهذه الحقوق هي الحرية والملكية والأمن ومقاومة الظلم.[3]

بينما احتوت المادة السابعة من هذا الإعلان، النص على عدم جواز القبض على أي شخص أو معاقبته تعسفا وبدون مبرر قانوني.[4] **أما المادة الثامنة منه فقد نصت على مبدأ المشروعية، إذ لا يمكن معاقبة**

---

[1] تباني الطاهر، الشريعة الإسلامية وحقوق الإنسان **"حرية العقيدة-المساواة-مبدأ سيادة الشعب"**، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 10.

[2] تباني الطاهر، الشريعة الإسلامية وحقوق الإنسان **"حرية العقيدة-المساواة-مبدأ سيادة الشعب"**، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 11.

[3] Article 2: Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sureté et la résistance à l'oppression. (Voir: www.legifrances.gouv.fr/Droit-Français/Constitution/Declaration-des-Droits-de-L-Homme-et-du-Citoyen-de-1789).

[4] Article 7: nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis: mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant: il se rend coupable par la résistance. (Voir: www.legifrances.gouv.fr/Droit-Français/Constitution/Declaration-des-Droits-de-L-Homme-et-du-Citoyen-de-1789.)

شخص على فعل ارتكبه، إلا إذا نص القانون على تجريمه وكان سابقا لوقوع الفعل مع وجوب تطبيق النص بطريقة قانونية.[1]

ثم نص على مبدأ قرينة البراءة في المادة التاسعة منه، التي جاء في فحواها وجوب معاملة كل متهم بجريمة مهما بلغت جسامتها بوصفه بريئا حتى تثبت إدانته، و على أن هذا المبدأ هو الأصل لضمان الحرية الشخصية للمتهم.[2]

لكن الملفت للانتباه ما جاء في مضمون المادة الثانية عشر من الإعلان والتي أكدت على وجوب احترام ضمانات حقوق الإنسان تحقيقا للمصلحة العامة.[3] فلم يكتف الإعلان بالنص على ضمانات حقوق الدفاع كحقه في الحر ية الشخصية وحقه في الأمن، والنص على مبدأ سيادة القانون ومبدأ قرينة البراءة. بل أكد على ضرورة الالتزام بتطبيق هذه الضمانات حماية لحقوق الإنسان وحرياته وتحقيقا للمصلحة العامة.

المطلب الثاني: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948م

منذ نشأت منظمة الأمم المتحدة وهي تنشط في مجال حقوق الإنسان. فقد أصدرت العديد من الإعلانات الدولية والاتفاقيات المتعلقة بهذه الحقوق. وقد تولد عن اجتماع لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة إصدار قائمة دولية للحقوق والحريات الأساسية للإنسان سميت بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان.[4] الذي صدر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة تحت رقم 218 بتاريخ 1948/12/10م، وتم الإعلان عنه في جو احتفالي في قصر "شايو" بباريس، ويعتبر الوثيقة الأساسية أو المرجعية لتحديد مفهوم

---

[1] Article 8: La loi ne doit établir que des peines strictement et évidement nécessaires, et nul ne peut être punis qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. (Voir: www.legifrances.gouv.fr/Droit-Français/Constitution/Declaration-des-Droits-de-L-Homme-et-du-Citoyen-de-1789.)

[2] Article 9: Toute homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimé par la loi. (Voir: www.legifrances.gouv.fr/Droit-Français/Constitution/Declaration-des-Droits-de-L-Homme-et-du-Citoyen-de-1789.)

[3] Article 12: La garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique: cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux aux quels elle est confiée. (Voir: www.legifrances.gouv.fr/Droit-Français/Constitution/Declaration-des-Droits-de-L-Homme-et-du-Citoyen-de-1789.)

[4] محمد أنس جعفر، أحمد محمد رفعت، حقوق الإنسان، 1999م، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، مصر، صفحة 61.

حقوق الإنسان. وما يعكس لنا الاهتمام العالمي بالحق محور الدراسة في هذا الإعلان، وهو حق الدفاع ما ورد في المواد التالية:

المادة 05: لا يعرض أي إنسان للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة.

المادة 07: كل الناس سواسية أمام القانون ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة عنه دون أية تفرقة، كما ان لهم جميعا الحق في حماية متساوية ضد اي تمييز يخل بهدا الإعلان وضد اي تحريض على تمييز كهدا.

المادة 08: لكل شخص الحق في ان يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه عن أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون.

المادة 09: لا يجوز القبض على أي إنسان أو حجزه أو نفيه تعسفا.

المادة 10: لكل إنسان، على قدم المساواة التامة مع الآخرين، الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحايدة، نظرا منصفا وعلنيا، للفصل في حقوقه والتزاماته وفي اية تهمة جزائية توجه إليه.

المادة 11:أ. كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا إلى أن تثبت إدانته قانونا بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه.

ب.لا يدان أي شخص بجريمة بسبب أي عمل أو امتناع عن عمل لم يكن حينه يشكل جرما بمقتضى القانون الوطني أو الدولي، كما لا توقع عليه أية عقوبة أشد من تلك التي كانت سارية في الوقت الذي ارتكب فيه الفعل الإجرامي.[1]

من خلال دراسة النصوص السابقة يتجلى لنا مدى الاهتمام الذي أولاه هذا الإعلان لضمانات حقوق المتهم في الدفاع عن نفسه أمام القضاء الجنائي أصالة أو وكالة. فقد كفل للمتهم حق التقاضي أمام محكمة قانونية تؤمن فيها كافة الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه.[2] وعليه يستطيع المشرع الوطني على هديها أن يسن تشريعاته التي يكون لها الفعالية للوقوف في وجه الإجراءات القسرية تجاه الفرد منذ لحظة اتهامه حتى صدور الحكم بإدانته أو براءته.

[1] أنظر وثيقة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948م في موقع الأمم المتحدة: www.un.org/ar/docuemnts/udhr/

[2] عبد الله سعيد فهد الدوه، المحاكم الخاصة والاستثنائية وأثرها على حقوق المتهم، الطبعة الأولى، 2012م، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، المملكة العربية السعودية، صفحة 225.

لكن وعلى الرغم من أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان جاء بمبادئ إنسانية رفيعة تقبلها العرب والمسلمون طالما انها لا تخالف مبادئ ديانتهم. إلا أن ذلك يلقي على عاتق المسلمين مسؤولية خاصة في وجوب أخذ الحيطة والحذر من هذه المبادئ. والتي تستخدمها القوى الدولية العظمى لتحقيق مصالحها، بسبب ما رأيناه مؤخرا بأخذ هذه الدول قضية الدفاع عن حقوق الإنسان والقضاء على الإرهاب والتطرف في الدول العربية ذريعة للتدخل العسكري وخرق سيادتها واستقلالها كالعراق وليبيا وسوريا واليمن. هذا ما يجعلنا نفكر في مدى جدية وفعالية هذا الإعلان لحماية حقوق الإنسان بصفة عامة. ومع أنه تضمن أهدافا مثالية لتلبية حاجات الإنسان في السلم والحرب. فعلى الدول العربية واجب إحاطته بضمانات تساعد على تلبية أهدافه النبيلة ولكي لا نكون ضحية لازدواجية المعايير.

المطلب الثالث: البيان العالمي لحقوق الإنسان في الإسلام 1981م

بعد ذكرنا مساهمة الدول الغربية في تعزيز وترقية حقوق الدفاع، ومن خلال استعراضنا للمواثيق الدولية القديمة منها:الماكناكارتا والإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن، والحديثة كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان. كان لابد من التطرق إلى دور الدول الإسلامية في حماية هذا الحق وتعميم ضماناته من خلال نشاطاتها ومؤتمراتها، والتي كان من أبرز نتائجها إصدار البيان العالمي لحقوق الإنسان في الإسلام بباريس 1981/09/19م.

صدرت الوثيقة الأولى "البيان الإسلامي العالمي" عن المجلس الإسلامي الدولي في 12 أبريل سنة 1980م و تتضمن الإطار العام للنظام الإسلامي. كما صدر عن المس الإسلامي الدولي الوثيقة الثانية سنة 1981م متضمنة حقوق الإنسان في الإسلام.[1]

حاول البيان العالمي لحقوق الإنسان في الإسلام بلورة الحقوق في عناصر وبنود مختصرة. احتوى هذا البيان ثلاثا وعشرين مادة، أتت في صدارة الحقوق التي نص عليها: "الحياة، الحرية، المساواة، العدالة، حرية الاعتقاد والتفكير والتعبير، حرية الدعوة والبلاغ، حرية التعلم وحماية الأعراض والخصوصيات، بناء الأسرة، المشاركة في الحياة العامة، الحقوق الاقتصادية، حماية الملكية، العمل، حرية الارتحال والإقامة، حقوق الزوجة، الحماية من تعسف السلطة والتعذيب، حق اللجوء، حقوق الأقليات". كانت هذه الحقوق مصحوبة بسوق

[1] عبد اللطيف بن سعيد الغامدي، حقوق الإنسان في الإسلام، مرجع سابق، صفحة 36.

أدلتها الشرعية.[1] لكننا سنحاول ذكر الأقسام المتعلقة بحقوق الدفاع والمحاكمة العادلة وضمانات حمايتها كما قررها الشرع الحكيم، وجاء تفصيلها في هذا البيان:

*** حق العدالة:**

أ.من حق كل فرد أن يتحاكم إلى الشريعة وأن يحاكم إليها دون سواها. قال تعالى: "فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ" (النساء: 59).

ب. من حق الفرد أن يدافع عن نفسه ما لم يلحقه من ظلم. قال تعالى: "لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظُلِمَ" (النساء: 148). ومن واجبه أن يدفع الظلم عن غيره بما يملك. ومن حق الفرد أن يلجأ إلى سلطة شرعية تحميه وتنصفه وتدفع عنه ما لحقه من ضرر أو ظلم. وعلى الحاكم المسلم أن يقيم هذه السلطة، ويوفر لها الضمانات الكفيلة بحيادها واستقلالها.

ج. من حق الفرد ومن واجبه أن يدافع عن حق أي فرد آخر وعن حق الجماعة.

د. لا تجوز مصادرة حق الفرد في الدفاع عن نفسه تحت أي مسوغ.

*** حق الفرد في محاكمة عادلة:**

أ. البراءة هي الأصل: قال صلى الله عليه وسلم: "كل امتي معافى إلا المجاهرين". (رواه البخاري) وهو مستصحب ومستمر حتى مع اتهام الشخص ما لم تثبت إدانته امام محكمة عادلة إدانة نهائية.

ب. لا تجريم إلا بنص شرعي. قال تعالى: "وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا " (الإسراء: 15).

ج. لا يحكم بتجريم شخص ولا يعاقب على جرم إلا بعد ثبوت إرتكابه له بأدلة لا تقبل المراجعة أمام المحكمة ذات طبيعة قضائية كاملة. قال تعالى: "إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا " (الحجرات: 6).

د. لا يجوز تجاوز العقوبة التي قررها الشريعة للجريمة. من مبادئ الشريعة مراعاة الظروف والملابسات التي ارتكبت فيها الجريمة درءا للحدود. قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): «إدرأوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله».[2]

هـ. لا يؤخذ الإنسان بجريرة غيره. قال تعالى: "وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى " (الإسراء: 15). وكل إنسان مستقل بمسؤوليته عن أفعاله.

---

[1] حمدي عبد الله الشرقاوي، حقوق الإنسان في الأديان "دراسة مقارنة بين الإسلام والهندوسية والماجوسية"، 2007م، مجلة الشريعة والقانون، العدد 29، محرم 1428هـ، صفحة 27.

[2] علي بن سلطان محمد، أبو الحسن القاري، شرح مسند أبي حنيفة، تحقيق: الشيخ خليل محي الدين الميس، الطبعة الأولى، 1405هـ/1985م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، صفحة 186.

*** حق الحماية من تعسف السلطة:**

لكل فرد الحق في حمايته من تعسف السلطات معه، ولا يجوز مطالبته بتقديم تفسير لعمل من أعماله أو وضع من أوضاعه ولا توجيه اللوم له إلا بناءا على قرائن قوية تدل على تورطه فيما يوجه إليه. قال تعالى: " وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بِغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا " (الأحزاب: 58).

*** حق الحماية من التعذيب:**

أ. لا يجوز تعديب المجرم فضلا عن المتهم. قال صلى الله عليه وسلم: "إن الله يعذب الذين يعذبون الناس في الدنيا" (رواه الخمسة)، كما لا يجوز حمل الشخص على الاعتراف بجريمة لم يرتكبها، وكل ما ينتزع بوسائل الإكراه باطل.

ب. مهما كانت جريمة الفرد، وكيفما كانت عقوبتها المقدرة شرعا. فإن إنسانيته وكرامته الآدمية تضل مصونة.

*** حق الفرد في حماية عرضه وسمعته:**

عرض الفرد وسمعته حرمة لا يجوز انتهاكها، ويحرم تتبع عوراته، ومحاولة النيل من شخصيته وكيانه الأدبي. قال وتعالى: "وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبْ بَعْضُكُمْ بَعْضًا " (الحجرات: 12).

*** حق حرية الارتحال و الإقامة:**

أ. من حق كل فرد أن تكون له حرية الحركة، التنقل من مكان إقامته وإليه، وله حق الرحلة والهجرة من موطنه والعودة إليه دون ما تضييق عليه أو تعويق.

ب. لا يجوز إجبار شخص على ترك موطنه، ولا إبعاده عنه تعسفا دون سبب شرعي.[1]

هذه أهم البنود المتعلقة بحق الدفاع والتي أشار إليها البيان العالمي لحقوق الإنسان في الإسلام. كما أشرنا أنها كانت مصحوبة بأدلتها الشرعية سواء كان مصدرها القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة وهو ما يجعلها ملزمة. فهي ليست فقط حقوق مكتوبة بحبر على ورق باعتبارها وصايا أخلاقية، وإنما هي واجبة التطبيق والاحترام وعلى من يخالفها العقاب. لذا على كل مسلم واجب تنفيذها تحقيقا لمقاصد الشرع.

[1] أنظر وثيقة البيان العالمي لحقوق الإنسان في الإسلام 1981م: www1.umn.edu/humanrts/arab/UIDHR.html

الفصل الثاني
مـاهية حـق الدفـاع

يعد حق الدفاع الركيزة الجوهرية للمحاكمة المنصفة،[1] إذ يرتبط بالعديد من الحقوق الدستورية فهو شديد الصلة بقرينة البراءة الأصلية،[2] والحق في التقاضي والحق في المساواة في الأسلحة[3] بين الامام والدفاع. كما يضمن الموازنة بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة.[4] فحق الدفاع أمام القضاءالجنائي أجمعت عليه كافة الشرائع، ويستمد أصله من حق الإنسان الطبيعي في الدفاع عن نفسه ضد كل أذى يهدد حياته، أو صحته أو ماله أو حريته.[5] كما لا يمكن الاستغناء عن هذا الحق باعتباره أساسا لإقامة عدالة حقيقية متوازنة تكفل للأفراد ممارسة حقهم في الدفاع مع توفير كل الضمانات.[6]

يعتبر حق الدفاع مهماً لأطراف الدعوى، فهو يحقق مصلحة المتهم في عدم إدانته و إثبات براءته من ناحية. ومن ناحية أخرى يحقق مصلحة الجماعة في عدم إنزال العقاب على غير الجاني. ولما لهذا الحق من أهمية فقد أحيط بالعديد من الضمانات التي تكفل احترامه و عدم الإخلال به.

المبحث الأول: مفهوم حق الدفاع

بعد أن بحثنا في الفصل الأول عن الأصول التاريخية لحق الدفاع أصبح من المفيد البحث عن مفهومه، الذي يوجب علينا بيان تعريفه وأهميته قبل التطرق إلى طبيعته وقيمته الدستورية.

---

[1] أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الثانية، 2002م، دار الشروق، القاهرة، مصر، صفحة 476.

[2] حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، صفحة 248.

[3] مبدأ المساواة في الأسلحة يعني" تمتع أطراف الخصومة بذات الحقوق والحريات وأهمها حق الدفاع، ولا يعني التوازن بين الحقوق أن يرسم النص حق الدفاع في ممارسة حقوقه، بل يجب أن يشتمل على تمكينه من هذا الحق بالقدر الضروري الذي يتفق مع المقتضيات العامة للمحاكمة المنصفة". انظر: أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 431.

[4] أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 476.

[5] كريم بن عيادة بن غطاي العنزي، الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي بين الشريعة والقانون "مع التطبيق في المملكة العربية السعودية"، رسالة ماجستير، 2003م، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، صفحة 196-197.

[6] موفق علي عبيد سرية التحقيقات الجزائية وحقوق الدفاع، الطبعة الأولى، 2015م، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، صفحة 64.

المطلب الأول:تعريف حق الدفاع

الفرع الأول: حق الدفاع لغة

الحق لغة: ضد الباطل، وحق الأمر يحق وقال قوم: يحق حقا إذا وضح فلم يكن فيه شك، وأحققته إحقاقا وحققت الشيء تحقيقا إذا صدقت قائله.[1]

الدفاع لغة: من دفع، يقال دافع الله عنك السوء دفاعا وإستدفع الله الأسواء أي طلب منه أن يدفعها عنه.[2]

الفرع الثاني: في الشريعة الإسلامية

إن الهدف العام لكل وسيلة أو إجراء قضائي نصت عليه الشريعة الإسلامية أو كفله الاجتهاد ا لشرعي لم تضع ا، إنما هو ضمان المحاكمة العادلة. ويعتبر حق الدفاع من أهم هذه الوسائل بحيث يمارس الخصوم كافة حقوقهم في الدفاع من اجل الوصول إلى حكم عادل سليم فاصل بالحق في النزاع.[3] والحق في الدفاع في الشريعة الإسلامية هو:" مجموعة من الإجراءات أو التصرفات التي تهدف إلى تبصير العدالة والانتصار للحق والتماس الأسباب التي تؤدي إلى رفع الظلم أو منع وقوعه".[4]

الفرع الثالث: في القانون

وردت مجموعة من التعاريف الخاصة بحق الدفاع نذكر منها:

" حق ا لدفاع هو تمكين لمتهم من درء الاام عن نفسه إما بإثبات فساد دليله أو بإقامة الدليل على نقيضه وهو البراءة".[5] وعرفه البعض على أنه "مجموعة من الأنشطة يباشرها المتهم بنفسه أو بواسطة محاميه لتأكيد وجهة نظره بشأن الادعاء المقام عليه".[6]

ترى الباحثة أن التعريفين السابقين خصوا حق الدفاع في الشخص الموصوف بالمتهم[1]، على النقيض من ذلك، فحق الدفاع لا يقتصر على المتهم فقط بل هو مقرر للمشتبه فيه ومن حق الخصم أيضا. كما تجدر

---

[1] أبو بكر محمد الأزدي، جمهرة اللغة، تحقيق: رمزي منير بعلبكي، الجزء 1، الطبعة الأولى،1987م، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، صفحة 100.

[2] زين الدين الحنفي الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، الطبعة الخامسة، 1999م، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، صيدا، صفحة 105. أنظر أيضا: أحمد القزويني، مجمل اللغة، تحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، الجزء 1، الطبعة الثانية، 1986م، مؤسسة الرسالة، بيروت، صفحة 330.

[3] إبراهيم بودوخة، الأسس العامة للمحاكمة العادلة وصلتها بحقوق الدفاع كما كانت تجريها المحاكم في ظل الحضارة الإسلامية، مجلة العلوم الإنسانية، العدد28/27، 2012م، جامعة محمد خيضر، بسكرة، صفحة 312.

[4] عبد الله سعيد فهد الدوه، المحاكم الخاصة و الاستثنائية وأثرها على حقوق المتهم ، مرجع سابق، صفحة 219.

[5] محمد خميس، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، صفحة 6.

[6] درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، الطبعة الأولى، 2003م، منشورات عشاش، الجزائر، صفحة 97.

الإشارة إلى عدم دقة صياغة التعريف الأول عندما جعل البراءة دليل يقيمه المتهم ، لأنا النتيجة التي يصبو الدفاع إلى تحقيقها.

ومن التعاريف أيضا انه:" تلك المكنات المستمدة من طبيعة العلاقات الإنسانية، والتي لا يملك المشرع سوى إقرارها بشكل يحقق التوازن بين حقوق الأفراد وحريتهم وبين مصالح الدولة، وهذه المكنات تخول للخصم إثبات ادعاءاته القانونية أمام القضاء والرد على كل دفاع مضاد في ظل محاكمة عادلة يكفلها النظام القانوني".[2]

وقد ذهب البعض أن المراد بحق الدفاع: "هو تمكين المتهم من أن يعرض على قاضيه حقيقة ما يراه في الواقعة المسندة إليه، ويستوي في هذا الصدد أن يكون منكرا اقترافه للجريمة المسندة إليه أو معترفا بها. فهو وإن توخى من وراء إنكاره الوصول إلى تأكيد براءته فقد يكون اعترافه مبررا ما أحاط به من ظروف وملابسات قد يكون من بينها ما يدل على انه في حالة دفاع شرعي، أو ما يبين بعض الظروف المعفية من العقاب أو المخففة له".[3]

وهناك من عرفه بأنه: " ذلك الحق الذي يكفل لكل شخص طبيعي أو معنوي حرية إثبات دعوى أو دفاع موجه إليه أمام كل الجهات القضائية عادية أم استثنائية التي ينشئها القانون، والتي يخضع لها الأطراف بالإدام والذي يضمن وينظم ممارسة هذه الحرية".[4] لكن هذا التعريف يشمله الغموض وعدم الوضوح، فما هي دلالة عبارتي "عادية واستثنائية"؟ هل يقصد ما حالتي السلم والحرب ؟ ومن المفروض أن يكون الهدف من التعريف هو إزالة الغموض لا طرح التساؤلات حول المقصود منه.

يعرف حق الدفاع أيضا: "هو حق أصيل من حقوق المتهم يتمتع به بمجرد توجيه الاتهام إليه في مرحلة المحاكمة، يمارسه بنفسه أو عن طريق محاميه أمام القضاء من اجل كفالة حقوقه ومصالحه ودرء التهمة الموجهة إليه".[5]

---

[1] المتهم هو" الشخص الذي حركت ضده دعوى جزائية قصد معاقبته عن الجريمة المرتكبة المنسوبة إليه ، وذلك بوصفه إما فاعلا أو شريكا أو محرضا في أي مرحلة من مراحل الدعوى وذلك مادام لم يصبح الحكم نهائيا". أنظر: محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، الجزء 3، الطبعة الأولى، 1991م/1992م، دار الهدى، عين مليلة، صفحة 18.

[2] عبد الله سعيد فهد الدوه، المحاكم الخاصة والاستثنائية وأثرها على حقوق المتهم ، مرجع سابق، صفحة 217.

[3] موفق علي عبيد، سرية التحقيقات الجزائية وحقوق الدفاع، مرجع سابق، صفحة 60.

[4] عبد الحميد الشواربي، الإخلال بحق الدفاع، 1997م، منشأة المعارف، الإسكندرية، صفحة 22.

[5] عبد الله سعيد فهد الدوه، المحاكم الخاصة والاستثنائية وأثرها على حقوق المتهم ، مرجع سابق، صفحة 217.

يتضح لنا من خلال هذا التعريف أهمية حق الدفاع و أنه من الحقوق الأصيلة للمتهم، والتي لا يمكن إسقاطها أو الإنقاص منها لأنه يؤدي إلى الإخلال بركن جوهري للمحاكمة المنصفة. ولضمان حسن سير العدالة يتوجب تمكين المتهم من حقه في الدفاع وتفنيد أدلته ودحض أدلة الخصم في كل مراحل الدعوى. لكن التعريف جعله يقتصر على مرحلة المحاكمة فقط دون مرحلتي التحري و التحقيق الابتدائي.

ويمكن تعريف حق الدفاع -من وجهة نظر الباحثة- بأنه" مجموعة من الحقوق التي يجب احترامها وتطبيقها أثناء المتابعة الجزائية في الظروف العادية وفي الأزمات، والتي تشمل كل مراحل المتابعة من استدلال وتحقيق ومحاكمة، لكي يظفر الشخص بمحاكمة عادلة يكفلها القانون في إطار احترام قواعد الإنصاف والعدالة ". فلضمان حسن سير العدالة يتوجب تمكين المتابع جزائيا من حقه في الدفاع وتفنيد أدلته ودحض أدلة الخصم في كل مراحل الدعوى، ولعدم تقييد استعمال هذه الضمانة الجوهرية للمحاكمة العادلة على مرحلة دون أخرى، فقد تعمدنا عدم ذكر صفة المتابع جزائيا إن كان مشتبها فيه أو متهما. كما شملنا هذا الحق بالحماية في كل الظروف العادية و الاستثنائية، تكريسا لمبدأي" المشروعية والشرعية" ولضمان التزام الدولة بالقيم التي تحقق الحد الأدنى من الحماية للأشخاص، بما يحفظ إنسانيتهم في كل الأوقات السلمية منها والعصيبة.

المطلب الثاني:أهمية حق الدفاع

تبدو أهمية حق الدفاع في أنه تأسس على فكرة "تكافؤ الفرص" أو التوازن بين السلطة الممثلة للدولة وبين الشخص الموجهة ضده إجراءات المتابعة.ولا تقتصر أهمية حق الدفاع على تحقيق مصلحة المتابع قضائيا فحسب وإنما تمتد كذلك إلى المساهمةالفعالة في تنفيذ مهمة القضاء و تحقيق العدالة.[1]

كما تتجلى أهمية الدفاع بأن المصلحة العامة تقتضي أن يستعمل الفرد حقوقه ورخصه على النحو السليم. ولما كان الغالب جهل الأفراد كيفية استيفاء حقوقهم، فان دور الدفاع أن يعرفهم ا ويساعدهم في استعمال تلك الحقوق.[2] فهو يتسم بالعمومية لأنه يحقق مصلحة المجتمع في كشف الحقيقة،واستيفاء حقه في العقاب ممن تعدى على المصالح التي يحميها القانون حفاظا على كيانه ودعما لاستقراره. ومن هنا تظهر صلة هذا الحق بالنظام العام مما يترتب على مخالفته البطلان.[3] ومصداقا لذلك ما قاله الصحابي الجليل أبو هريرة

[1] محمد خميس، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، صفحة 7-8.

[2] محمد الطراونة، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، 2003م، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، صفحة 199.

[3] حاتم بكار حسن، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 53.

(رضي الله عنه) عندما سمع رجلا يقول: إن الظالم لا يضر إلا نفسه فقال له (رضي الله عنه): "بلى والله حتى الحبارى لتموت في وكرها هزلا لظلم الظالم". (رواه البيهقي)[1]

المطلب الثالث: طبيعة حق الدفاع وقيمته الدستورية

الفرع الأول: طبيعته

يعد حق الدفاع من الحقوق الطبيعية لكل إنسان، فهي حقيقة مسلم بها كاصل غير قابل للجدل، ثبت عليها الضمير العالمي و استقر عليها وجدان الإنسانية في مختلف العصور. وعلى جميع الجهات القضائية الالتزام بتطبيقه سواء نص عليه القانون أم لم ينص عليه، لأ نه مستمد من مبا ئ العدالة ذ ا ا. فإذا نص عليه القانون فإنما هو ليؤكده و يكفله وإذا لم ينص عليه فلا يجوز إنكاره، لأن القانون لا يخلقه من العدم بل هو موجود باعتباره من الحقوق الثابتة للإنسان منذ الأزل، وهو لصيق بشخص الإنسان كسائر حقوقه الشخصية مثله مثل حقه في الحرية الفردية وسلامة جسمه وحقه في الأمن.[2]

لذا فحق المتهم في الدفاع هو حق شخصي قوامه مصلحة المتهم أثناء التحقيق، وحقه في محاكمة عادلة أمام قاضيه الطبيعي، مع تمكينه من الدفاع عن نفسه و د حض كل ما يسند إليه من م، وان تتاح له مكنة الطعن فيما يصدر ضده من أحكام. ولا يقتصر دوره على مجرد حماية مصلحة المتهم فحسب بل يحقق مصلحة اعم واشمل هي مصلحة المجتمع.[3]

وفي هذا الصدد قالت محكمة التمييز اللبنانية: "إن حق الدفاع ليس ميزة اقرها القانون و لا تدبيرا أوصت به شرعة إنسانية، وإنما هو حق طبيعي للفرد، للقانون أن يحدده و ينظمه ولكن ليس له أن يمحوه إذ أن هذا الحق لم يوجد لمصلحة المتهمين وحسب بل وجد أيضا لمصلحة العدالة. ولا عدالة حيث لا يكون حق الدفاع كاملا ويتعذر التثبت من الحقيقة".[4]

---

[1] مشهور حسن محمود سلمان، المحاماة تاريخها في النظم و موقف الشريعة الإسلامية منها، مرجع سابق، صفحة 32.

[2] عبد الحميد الشواربي، الإخلال بحق الدفاع، مرجع سابق، صفحة 72-73.

[3] حاتم بكار حسن، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 53.

[4] قرار تمييز لبناني رقم 267 في 1956/6/29م. أنظر: موفق علي عبيد، سرية التحقيقات الجزائية و حقوق الدفاع، مرجع سابق، صفحة 65.

الفرع الثاني: قيمته الدستورية

لحق الدفاع صلة بأكثر من حق من الحقوق الدستورية، فهو لصيق الصلة بالأصل في المتهم البراءة وهو لا ينفصل عن الحق في المساواة والحرية الشخصية ومبدأ المشروعية.[1] **ونظرا** للأهمية **البالغة لحق الدفاع فقد** عنت بتقريره جل دساتير الدول، لكنها تباينت في كيفية **معالجتها لموضوع حق الدفاع. فمنها من نص صراحة على ضرورة** احترام **هذا الحق لأنه ركن جوهري للمحاكمة المنصفة،** والتي من بينها **الدستور الجزائري لسنة** 1996م[2] في المادة 169 والتي **جاء فيها:** "الحق في الدفاع معترف به، الحق في الدفا ع مضمون في القضايا **الجزائية".** ولم يكتف عند هذا القدر وإنما تضمنت مواده ضمانات حق الدفاع **كمبدأ المساواة أمام القانون** (المادة 32) **ومبدأ المشروعية** (المادة 58)، مبدأ قرينة البراءة (المادة 56).

وهو نفس النهج الذي اتبعه الدستور المصري،[3] فقد جاء في المادة 67 **منه:** "**المتهم بريء** حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها جميع ضمانات الدفاع عن نفسه، وكل متهم في جناية يجب **أن يكون له** محام يدافع عنه". **وليؤكد ضرورة** حماية حق الدفاع وكفالته **نصت** المادة 01/69 **منه على:** "**حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول".**

ومنها ما لم تنص صراحة على حق الدفاع بل **اكتفت بالتطرق** إلى ضماناته كدستور المملكة الأردنية الهاشمية.[4] حيث جاء في نص المادة 7: "**الحرية الشخصية مصونة"، كما نصت** المادة 8: "لا يجوز **أن يوقف احد** أو يحجز إلا وفق **أحكام القانون". ونصت** المادة 10**على:** "**للمساكن حرمة فلا** يجوز دخولها **إلا** في **الأحوال** المبينة في القانون، و **بالكيفية المنصوص عليها فيه".**

تأكيدا لهذه القيمة التي **أقرها** الدساتير تقول المحكمة الدستورية العليا المصرية: "إن حق الدفاع يعتبر ركنا جوهريا في المحاكمة المنصفة التي تطلبها الدستور في المادة (67) كإطار للفصل في كل **ام جنائي، تقديرا** بان صون النظام الاجتماعي ينافيه ان تكون القواعد التي تقررها الدولة في مجال الفصل في هذا الاتهام مصادمة **للمفهوم الصحيح لإدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة. وإن إنكار ضمانة الدفاع** أو فرض قيود تحد منها يخل **بالقواعد المبدئية** التي تقوم عليها المحاكمة المنصفة، التي تعكس نظاما متكامل الملامح يتوخى صون كرامة

---

[1] احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 476.

[2] الدستور الجزائري لسنة 1996م عدل بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437ه الموافق 06مارس سنة 2016م. أنظر: الجريدة الرسمية، العدد 14، السنة 53، الصادرة في 27 جمادى الأولى عام 1437ه الموافق 07 مارس سنة 2016م.

[3] دستور جمهورية مصر العربية الصادر في 11 سبتمبر 1971.

[4] دستور المملكة الأردنية الهاشمية الصادر في 1952/1/1 م الموافق ل 1371/4/4ه.

الإنسان وحماية حقوقه الأساسية، ويحول بضماناته من دون إساءة لمتخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها كما ينال الإخلال بضمانة الدفاع من أصل البراءة".[1]

وقد عنى المجلس الدستوري الفرنسي بتأكيد القيمة الدستورية لحق الدفاع في عدة مناسبات نذكر منها القرار الذي أصدره في 18 و19 يناير 1981م والذي نص على أهمية حقوق الدفاع وأ ا مؤسسة على مجموعة المبادئ الأساسية التي احتواها الدستور الفرنسي.[2]

المبحث الثاني: المبادئ الأساسية التي تكفل حق الدفاع

يستند حق الدفاع إلى مجموعة من المبادئ الأساسية التي تشكل ضمانة له. وهذا ما أكده المس الدستوري الفرنسي عندما اقر أن: "حقوق الدفاع تستخلص من المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية"، وقرر بأنه لا يجوز تطبيق القانون ما لم يضمن هذا القانون حقوق الدفاع.[3] من هذه المبادئ "مبدأ الحرية الشخصية" و"مبدأ المشروعية" و"مبدأ قرينة البراءة"، التي تعتبر دعامة لحقوق الدفاع في النظام الإجرائي. كما سعت الشريعة إلى تأسيس هذه المبادئ الجنائية بأصول شرعية. ومن خلال هذا المبحث سنحاول معرفة مدى فاعلية هذه المبادئ في حماية وضمانة حقوق الدفاع، و هل تؤخذ على إطلاقها أم توجد ا استثناءات يجب الاعتداد بها، سواء كان ذلك في الشريعة الإسلامية او في القانون الوضعي؟

المطلب الأول: مبدأ الحرية الشخصية

إن حرية الإنسان الشخصية هي أعز ما يملكه وينبغي المحافظة عليها، فهي قوام حياته و أس اتمع السليم وكلما كانت هذه الحرية مصونة ومكفولة كلما ازدهر اتمع وتقدم. لذا كان الصراع على تثبيتها وترسيخها من أكبر الصراعات، فمن استقرأ التاريخ يجد أن الشعوب قد قامت بثورات عدة قصدت من ذلك مقاومة الظلم والطغيان والعبودية باحثة عن الحرية. وأحسن الأحوال رعاية للحرية وتوفيقا بينها وبين الأخذ بالأنظمة الضرورية، هي تلك التي يتم الاحتكام فيها إلى الأنظمة الديمقراطية التي تأخذ بمبدأ سيادة القانون، أي أن الكل يخضع للقاعدة القانونية سواء كانوا حكاما أم محكومين.

[1] قرار المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم16س13 في 1992/5/16. أنظر: موفق علي عبيد، سرية التحقيقات الجزائية وحقوق الدفاع، مرجع سابق، صفحة 65.

[2] احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 477.

[3] قرار مجلس الدولة الصادر في 02/ ديسمبر/1976. أنظر:أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 422.

ويعتبر قانون الإجراءات الجزائية دستورا للحريات والحقوق الفردية، لأنه يضمن عدم التعرض للحرية الفردية بالتقييد والسلب إلا في الحدود التي يقررها صراحة. فيقوم بوضع حدود ذلك للسلطة المخولة التعرض لها، ويقرر القيود والشروط الواجب احترامها من طرف السلطات العامة. والتي من خلالها تحمى تلك الحقوق والحريات من تجاوزات السلطة انطلاقا من موازنته بين المصلحتين: مصلحة الجماعة في الوصول لتطبيق القانون واقتضاء حق الجماعة في معاقبة المجرم وبين مصلحة الفرد وهو بريء أصلا من كل تهمة. هذا ما سعت الشريعة الإسلامية إلى تحقيقه عن طريق الموازنة بين الحق الفردي الهادف للسلامة والحرية الشخصية، و الحق الجماعي المتمثل في حق الدولة في محاربة الفساد و القضاء على الجريمة.

الفرع الأول: ماهية الحرية الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

إن مفهوم الحرية مفهوم نسبي يختلف في العموميات ويتحد في خصوص المعنى. لهذا السبب يختلف تعريف الحرية من حضارة لأخرى، ومن دين لآخر، ومن معتقد وفكر لمعتقد وفكر آخر. وعليه لم يحصل اتفاق على حدود معناها و لم يوضع تعريف جامع مانع متفق عليه، لذلك قال الرئيس الأمريكي لنكولن: "إن العالم لم يصل أبدا إلى تعريف طيب للفظ الحرية، وإن كنا نستعمل الكلمة ذاتها إلا اننا لا نقصد المغزى ذاته".

قد انتهى تحديد الحرية[1] في العصر الحديث بتصنيفها إلى نوعين اثنين: حريات عامة وهي التي تتعلق بالحياة الجماعية العامة مثل حرية التعبير و نشر الأفكار وحرية التنظيم الحزبي و حرية اختيار أنظمة الحكم والقيمين عليه. والحريات الفردية أو الشخصية هي التي تتعلق بالفرد في ذات نفسه، والتي يكون البعد الجماعي فيها ضعيفا كالحرية في اختيار الأفكار و الملبس والمأكل والمسكن و حرية التنقل. وهي محل بحثنا هذا الذي سنحاول من خلاله تعريف الحرية من الناحية اللغوية ثم تعريف الحرية الشخصية في الفقه الإسلامي و في القانون الوضعي.

البند الأول: تعريف مصطلحي "المبدأ" و" الحرية" لغة واصطلاحا

1. تحديد مصطلح المبدأ لغة واصطلاحا:

[1] قسمها الأستاذ بيردو إلى أربع مجموعات: حريات جماعية، حريات فكرية، حقوق اقتصادية واجتماعية، والحرية الشخصية التي تتضمن حرية الذهاب والإياب وحق الأمن وحرية الحياة الخاصة التي تشمل حرمة المسكن و المراسلات. أنظر: فيصل شطناوي، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، الطبعة الأولى، 1998م، دار حامد، عمان، الأردن، صفحة 228.

المبدأ في اللغة كلمة تعني أول كل شيء،[1] ومادته التي يكون منها، **كالنواة مبدأ النخل، وكالحروف مبدأ الكلام.**

والمبدأ اصطلاحا هو مجموعة القواعد **والمسائل الموجهة والمميزة للشيء** والتي تخضع لها جميع تفاصيله.[2]

2. تحديد مصطلح الحرية لغة واصطلاحا:

الحرية في اللغة:

قال ابن فارس: "**الحاء** والراء في المضاعف له أصلان: **فالأول ما خالف العبودية وبريء من العيب والنقص. يقال هو حر بين الحرورية والحرية. ويقال طين حر: لا رمل فيه.** والثاني خلاف البرد".[3]

الحر، بالضم: نقيض العبد، والجمع أحرار وحرار، والحر من الناس أخيارهم وأفاضلهم، وحرية العرب أشرافهم.[4] **والحرية هي الخلوص من الشوائب أو الرق أو اللؤم.**[5]

جاء لفظ الحرية في كلام العرب مطلقا على معنيين أحدهما ناشئ عن الآخر:

المعنى الأول: **ضد العبودية أي الرق وهي** أن يكون تصرف الشخص العاقل في شؤونه بالأصالة تصرفا غير متوقف على رضا أحد آخر، وقولي **"بالأصالة" لإخراج** نحو تصرف السفيه سفها ماليا في ماله و**تصرف الزوجين فيما تتعلق به حقوق الزوجية. وتصرف** المتعاقدين بحسب ما تعاقدا عليه، لأن ذلك كله يتوقف **على** رضا غير المتصرف بتصرفه، و**لكن ذلك التوقف ليس أصليا بل جعليا أوجبه المرء على نفسه بمقتضى التعاقد** فهو في التحقيق تصرف منه في نفسه بحريته فهو بحريته وضع لنفسه قيودا لمصلحته.

المعنى الثاني: **وهو** ناشئ عن الأول مجازا تمكن الشخص من التصرف في نفسه و**شؤونه كما يشاء دون معارض.**[6]

الحرية في الاصطلاح:

---

[1] الفيروزآبادي، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، **بإشراف**: محمد نعيم العرقسوسي،الطبعة الثامنة، 2005م، **مؤسسة الرسالة للطبع والنشر** والتوزيع،بيروت، لبنان، صفحة 34.

[2] خالد خليل الظاهر، الرقابة القضائية لضمان مبدأ الشرعية في المملكة العربية **السعودية" دراسة مقارنة"**، مجلة الحقوق، العدد 2، 2010م، **الإسكندرية، صفحة** 539.

[3] **أبو الحسن الرازي، معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، صفحة** 6-7.

[4] **ابن منظور، لسان العرب، الطبعة الثالثة، 1414هـ، دار صادر للنشر، بيروت، لبنان، المجلد 4، صفحة** 181-182.

[5] إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار (مجمع اللغة العربية بالقاهرة)، **المعجم الوسيط، دار الدعوة، صفحة** 165.

[6] **الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق:** محمد الطاهر ميساوي، الطبعة الثانية، 2001م، **دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، صفحة** 390-391.

عرفها الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي بأنها: "حق كل إنسان في ممارسة أعماله المادية والمعنوية كما يشاء، دون مصادمة مع حريات الآخرين، إلا أنها تخضع عند الانحراف عن هدي القيم الدينية والأخلاقية للمساءلة والعقاب".[1]

البند الثاني: الحرية الشخصية في الشريعة الإسلامية

الحرية الشخصية هي: "حرية الفرد على جسده وحريته في التنقل داخل الدولة والعودة إليها، وحريته في أن يعتقد ما يراه حقا، وأن يقول ما يراه حقا، وأن يتصرف في دائرة شخصه بما يعود إليه بالخير في نظره ودون تدخل من أحد".[2]

ويقصد بها أيضا: "أن يكون الشخص قادراً على التصرف في شئون نفسه وفي كل ما يتعلق بذاته، آمنًا من الاعتداء عليه في نفس أو عرض أو مال أو مأوى أو أي حق من حقوقه، على أن لا يكون في تصرفه عدوان على غيره". ومن هذا التعريف يتبين أن الحرية الشخصية تتحقق بتحقيق أمور، وأنها معنى مكون من حريات عدة وهي: حرية الذات، وحرية المأوى، وحرية الملك، وحرية الاعتقاد، وحرية الرأي، وحرية التعليم. ففي تأمين الفرد على هذه الحريات كفالة لحريته الشخصية، وهذا ما قرره الإسلام في شأن هذه الحريات.[3]

تأتي الحرية الشخصية في مقدمة الحريات التي اهتمت بها الشريعة الإسلامية. ويترتب على وجودها إمكان التمتع بغيرها من الحريات، بل أن وجودها شرط أساسي للتمتع بغيرها من الحريات الأخرى.[4]

البند الثالث: الحرية الشخصية عند فقهاء القانون

لقد كان تحديد مدلول الحرية الشخصية بدقة، مبعث خلاف بين الفقهاء تبعا للنظرة المرجوة منها،[5] وتبعا للأيديولوجية المعتمدة في نظام الدولة والتي تؤثر بنظرها وفلسفتها على مفهوم الحرية.[6]

---

[1] وهبة الزحيلي، القانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، 2012م، دار الفكر، دمشق، صفحة 19.

[2] حسن السيد بسيوني، الدولة ونظام الحكم في الإسلام، مرجع سابق، صفحة 126.

[3] عبد الوهاب خلاف، السياسة الشرعية في الشؤون الدستورية والخارجية والمالية، 1988م، دار القلم، صفحة 38.

[4] جابر إبراهيم الراوي، حقوق الإنسان وحريته الأساسية في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، 1999م دار وائل للطباعة والنشر، الأردن، صفحة 314.

[5] يعرفها أوليفيه دوهاميل بأنها: "حق أساسي للفرد في أن يعيش الحياة التي يراها مناسبة". أنظر: أوليفيه دوهاميل وأيف ميني، المعجم الدستوري، ترجمة: منصور القاضي، مراجعة: زهير شكر، 1996م المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان، صفحة 468.

[6] محمد حسن دخيل، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، الطبعة الأولى، 2009م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، صفحة 15.

وقد ورد تعريف للحرية الشخصية في المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر في 26 أوت 1789م بقولها: "الحرية تعني القدرة على فعل كل ما لا يضرّ الآخرين. فممارسة الفرد لحقوقه الطبيعية ليس لها حدود سوى تلك التي تؤمن لبقية افراد المجتمع التمتع بنفس الحقوق. والقانون هو الذي ينظم الحدود".[1] وهذا التعريف يطابق المثل الأوروبي الشهير:" أنت حر ما دمت لا تضر".

ومن التعريفات الفقهية نجد تعريف الفقيه (Gérard Cornu) الحرية الشخصية بأنها: "حق أساسي في عمل ما ليس من حق المجتمع منعه، هي ممارسة الإرادات المشروعة لكل شخص في حدود حتميات النظام الاجتماعي. وبأكثر دقة، هي الأمن الذي يضمن للأشخاص من أن لا يوقف أحد أو يحتجز إلا في الحالات المحددة بالقانون وتبعا للأشكال المحددة مسبقا، والحق لكل شخص من أن لا يتم تقديمه أو محاكمته أمام قضاة غير قضاته الطبيعيين المعينين من قبل القانون، وهي مصطلح يستعمل كذلك للدلالة على الحق في حرية التنقل دون حجز أو قبض تحكمي".[2]

وهناك من اعتبر تعريف الحرية الشخصية مرتبط بناحيتين هما:

الناحية الشكلية: تعرف الحرية الشخصية بكونها مجموعة الحقوق المتصلة بحكم طبيعتها بكيان الإنسان وحياته وما يتفرع عنها، وهذه الحقوق هي: الحق في سلامة الجسم و الحق في الأمن الشخصي والحق في حرمة المسكن والحق في الحياة الخاصة.

أما الناحية الموضوعية: تعرف الحرية الشخصية باها مركز قانوني للفرد يمنحه مكنة اقتضاء منع السلطة من التعرض لبعض نواحي نشاطاته الأساسية التي تتوقف حياته اليومية على تأمينها أو هي- بمعنى آخر- التزام يرد على السلطة العامة بغل يدها عن التعرض للفرد في بعض نواحي نشاطاته المادية أو المعنوية.[3]

ومن التعريفات أيضا: "حرية الفرد الجسمانية وحريته في التنقل داخل الدولة والخروج منها والعودة إليها وفقا لإرادته الذاتية، وحقه في الأمن بمعنى عدم جواز القبض عليه أو حبسه أو معاقبته نفسيا أو بدنيا بغير مبرر قانوني".[4]

---

[1] www.legifrances.gouv.fr/Droit-Français/Constitution/Declaration-des-Droits-de-L-Homme-et-du-Citoyen-de-1789.)

[2] Gérard Cornu, Vocabulaire Juridique, 11ème édition, Janvier 2016, Presse Universitaire de France, page 613.

[3] عمار تركي السعدون الحسيني، الحماية الجنائية للحرية الشخصية، الطبعة الأولى، 2012م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، صفحة 33.

[4] محفوظ لعشب، التجربة الدستورية في الجزائر، 2001م، المطبعة الحديثة للفنون المطبعية، الجزائر، صفحة 35.

من خلال ما سبق من المفاهيم يمكن أن نضع تعريفا للحرية الشخصية - من وجهة نظر الباحثة – هي :" تمتع الشخص بكل حق من حقوقه، وقدرته على إتيان تصرفاته بإرادته الحرة والكاملة، على أن تكون تصرفاته في حدود الشرع والقانون، ولا تضر بالآخرين".

إذن الحرية الشخصية هي قدرة الشخص على كل أموره المادية منها والمعنوية، شرط أن لا تكون هذه الحرية مطلقة دون قيود أو حدود محافظة على النظام العام. بل يجب أن تمارس الحرية في إطار احترام الدين والقيم الأخلاقية مع وجوب احترام القانون هذا من جهة، ومن جهة أخرى ألا تشكل ممارسة هذه الحرية اعتداءا على حقوق وحريات الآخرين. ويكون الإنسان حرا إذا سيطر عن نفسه، وتقيد بضوابط العقل والضمير والدين.

الفرع الثاني: مصادر الحرية الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

للحرية حقيقة كونية و هي أنا ملازمة لشخصية الإنسان منذ الولادة فهي فطرة وأصل، لذلك نجد الطباع تأبى الظلم وتعشق الحرية التي هي مطلب لكل إنسان. وإذا كان العطاء والابتكار عماد التطوير والتنمية، فإن ذلك لا يكون مع العبودية. فالإبداع والابتكار قرينا الحرية، والأحرى بنا معرفة مصادر هذه الحرية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

أولا: مصادر الحرية الشخصية في الشريعة الإسلامية

لقد أرسى الإسلام قواعد الحرية وأبان معالمها وأسسها، وبلغ بذلك ما لم تبلغه البشرية من الكمال على مر عصورها.[1] والنظام الإسلامي في مجال الحرية نظام متوازن، فهو قائم على التوحيد والعمل كما أنه نظامي بلا جماعية، وحر بلا فردية، فهو نظام إيماني. والإيمان أعز الحريات وأقدسها وأعلاها وأغلاها. لذا كان النظام الإسلامي نظام حرية بالدرجة الأولى، وأساس اتصافه بالحرية أنه خطاب للفرد وليس من خلال الدولة.[2] ولا نبالغ إذا قلنا أنه دين حرية، لأنه جاء لينهي عبودية الإنسان لأخيه الإنسان فأطلق الحريات من عقالها.[3]

[1] أحمد رشاد طاحون، حرية العقيدة في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، 1998م إيتراك للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، صفحة 4.

[2] أحمد رشاد طاحون، حرية العقيدة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، صفحة 54.

[3] فيصل شطناوي، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، مرجع سابق، صفحة 84.

وجاء القرآن والسنة وأثبتا ذلك، فقد ورد في النص القرآني مرة واحدة ما يشير إلى مصطلح الحرية باللفظ والاشتقاق في سورة آل عمران[1] ﴿إِذْ قَالَتِ امْرَأَتُ عِمْرَانَ رَبِّ إِنِّي نَذَرْتُ لَكَ مَا فِي بَطْنِي مُحَرَّرًا فَتَقَبَّلْ مِنِّي إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾ (سورة آل عمران: 35).

وورد قبل ذلك ترتيبا ولمرة واحدة كلمة "الحر" في إطار القصاص،[2] في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ (سورة البقرة: 178).

حيث فسر القرطبي في كتابه "الجامع لأحكام القرآن" كلمة "محررا" الواردة في سورة آل عمران الآية 35 السابقة الذكر أنها مأخوذ من الحرية التي هي ضد العبودية، ومن هذا تحرير الكتاب وتخليصه من الاضطراب والفساد".[3] وقد جاءت الأحاديث النبوية ودلت على تحريم الاستعباد، قال (صلى الله عليه وسلم): «أيما رجل أعتق امرأ مسلما، استنقذ الله بكل عضو منه عضوا منه من النار». (رواه البخاري).

المتأمل لنصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة يجد أن الحرية الشخصية في الشريعة الإسلامية متعددة فمنها الحق في الحياة الخاصة، حرية التنقل، الحق في السلامة الجسدية، حرية الفكر، حرية الرأي وحرية العقيدة. فقد أقر الإسلام حرمة الحياة الخاصة للإنسان، فحرم التجسس والإطلاع عليه ومنع استراق السمع ومنع تصويره بغير إذنه.[4] يقول تعالى: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبْ بَعْضُكُمْ بَعْضًا﴾ (سورة الحجرات: 12). كما نص الإسلام على حرية المسكن وحرمته، فمأوى الإنسان يحرم على غيره اقتحامه أو تفتيشه إلا في الحالات وبالكيفيات التي يحددها القانون.[5] قال تعالى: ﴿وَلَيْسَ الْبِرُّ بِأَنْ تَأْتُوا الْبُيُوتَ مِنْ ظُهُورِهَا وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنِ اتَّقَى وَأْتُوا الْبُيُوتَ مِنْ أَبْوَابِهَا﴾ (سورة البقرة: 189).

---

[1] سعد السحمراني، الحرية الدينية في الشريعة الإسلامية "أبعادها وضوابطها"، بحث مقدم للدورة التاسعة عشر لمنظمة المؤتمر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي، إمارة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، صفحة 1.

[2] سعد السحمراني، الحرية الدينية في الشريعة الإسلامية "أبعادها وضوابطها"، بحث مقدم للدورة التسعة عشر لمنظمة المؤتمر الإسلامي، مرجع سابق، صفحة 1.

[3] شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني و إبراهيم أطفيش، الطبعة الثانية، 1964 م، دار الكتب المصرية، القاهرة، المد 4، صفحة 66.

[4] عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، نظام الحكم في الإسلام، مرجع سابق، صفحة 82.

[5] حسن السيد بسيوني، الدولة و نظام الحكم في الإسلام، مرجع سابق، صفحة 129.

لم يقف الإسلام بالحرية الشخصية عند حد حمايتها وعدم الاعتداء عليها، وإنما امتد بأن كفل للإنسان حرية التنقل من مكان لآخر. إذ الإنسان خلق ليسعى في عمارة الأرض وهذا السعي يقتضي الحرية والتنقل.[1] يقول سبحانه وتعالى: ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذَلُولاً فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا﴾ (سورة الملك: 15). كما حمت الشريعة الحق في السلامة الجسدية الذي يندرج ضمن المقاصد الشرعية، وبالتحديد مقصد حفظ النفس لأنها تتعلق بالنفس البشرية.[2] لأن الإنسان كل لا يتجزأ، فكان إهلاك الجزء كإهلاك الكل موصل إليه لأن الجسد هو مهبط الروح.[3] قال (صلى الله عليه وسلم): «كل المسلم على المسلم حرام، دمه، وماله، وعرضه». (رواه مسلم)

ومن النصوص التي تحدثت عن حرية الفكر و الرأي، قوله تعالى: ﴿وَفِي الْأَرْضِ آيَاتٌ لِلْمُوقِنِينَ، وَفِي أَنْفُسِكُمْ أَفَلَا تُبْصِرُونَ﴾ (سورة الذاريات: 20-21)، وقوله تعالى: ﴿أَفَلَا يَنْظُرُونَ إِلَى الْإِبِلِ كَيْفَ خُلِقَتْ، وَإِلَى السَّمَاءِ كَيْفَ رُفِعَتْ، وَإِلَى الْجِبَالِ كَيْفَ نُصِبَتْ، وَإِلَى الْأَرْضِ كَيْفَ سُطِحَتْ﴾ (سورة الغاشية: 17-20)، وقوله: ﴿أَفَلَمْ يَسِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَتَكُونَ لَهُمْ قُلُوبٌ يَعْقِلُونَ بِهَا أَوْ آذَانٌ يَسْمَعُونَ بِهَا فَإِنَّهَا لَا تَعْمَى الْأَبْصَارُ وَلَكِنْ تَعْمَى الْقُلُوبُ الَّتِي فِي الصُّدُورِ﴾ (سورة الحج: 46)، أيضا قوله تعالى: ﴿ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحِكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ﴾ (سورة النحل: 125). من السنة قوله (صلى الله عليه وسلم): «ما أنت بمحدث قوما حديث لا تبلغه عقولهم، إلا كان لبعضهم فتنة». (رواه مسلم). ومن الأقوال المأثورة قول الحسن البصري (رحمه الله): "تفكر ساعة خير من قيام ليلة".[4]

ومن النصوص التي كفلت حرية العقيدة، قوله تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾ (سورة البقرة: 256)، وقوله: ﴿فَإِنْ أَعْرَضُوا فَمَا أَرْسَلْنَاكَ عَلَيْهِمْ حَفِيظًا إِنْ عَلَيْكَ إِلَّا الْبَلَاغُ﴾ (سورة الشورى: 48)، وقوله أيضا: ﴿أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّى يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ﴾ (سورة يونس: 99). فكل فرد حر في أن تكون عقيدته بناءا على ما يصل إليه عقله ونظره الصحيح. وقد جعل الإسلام أساس التوحيد والإيمان البحث والنظر لا القهر والإلجاء ولا المحاكاة والتقليد.[5]

---

[1] حسن السيد بسيوني، الدولة ونظام الحكم في الإسلام، مرجع سابق، صفحة 127.

[2] لخذاري عبد الحق، ضمانات حماية الحق في سلامة الجسم "دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009م.

[3] حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية "مقارنا بالشريعة الإسلامية"، الطبعة الثانية، 2004م، دار النهضة العربية، القاهرة، صفحة 83.

[4] أبو بكر بن أبي شية، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت، الطبعة الأولى، 1409ه، مكتبة الرشد، الرياض، كتاب الزهد، كلام الحسن البصري، المجلد 7، صفحة 190.

[5] عبد الوهاب خلاف، السياسة الشرعية في الشؤون الدستورية والخارجية والمالية، مرجع سابق، صفحة 40-41.

كما أن الإسلام يحافظ على الحرية الشخصية للإنسان فيحترم آدميته. نذكر ما ورد في كتاب الخراج لأبي يوسف: عن الشيباني عن علي بن حنظلة عن أبيه قال: قال عمر (رضي الله عنه): "ليس الرجل بمأمون على نفسه إن أجعته أو أخفته أو حبسته أن يقر على نفسه".[1] واحترام الكرامة الإنسانية لا يتحقق بغير الحرية.[2] قال تعالى: وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً ﴿سورة الإسراء: 70﴾. والاصل في احكام الشريعة الإسلامية انها جاءت لحماية مصالح الناس الضرورية ودرءا للمفاسد. والضرورات الخمس هي: حفظ الدين، حفظ النفس، حفظ العقل، والعرض والمال، ويدعو الإسلام إلى حرية الإنسان فهو حر منذ ولادته.[3] ومن أشهر المقولات التي دلت على الحرية منذ أكثر من 14 قرنا هي تلك المقولة التي واجه بها الخليفة عمر ابن الخطاب (رضي الله عنه) واليه على مصر عمرو بن العاص والتي جاء فيها: "متى استعبدتم الناس و قد ولدم أمهاتم أحرارا".[4]

نستخلص من ذلك أن الإسلام جاء يدافع عن كرامة الإنسان ويحافظ على حرياته و حقوقه لذلك بدأ بالتخلص من نظام الرق في قوله تعالى: فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴿سورة النساء: 92، سورة المادلة: 3﴾. وأبطل استعباد الإنسان لأخيه الإنسان. فلا عبودية إلا لله عز وجل، و كانت هذه الخطوة هي أساس الحريات. وجاءت الأحكام الشرعية التي مصدرها الكتاب و السنة بما يحقق مصالح الناس، الذي اعتبره الإسلام أصلا لتقرير الحريات الفردية وتحديد مداها ونطاقها.

ثانيا: مصادر الحرية الشخصية في القانون الوضعي

أ. في الدستور الجزائري والدساتير المقارنة:

ينطوي الدستور الجزائري على مجموعة أحكام شأنه في ذلك شأن جل دساتير العالم، التي تعبر عن وجهة نظر مجتمع و أساس فلسفي وفكري يتأسس عليه نظام الحكم في الدولة. ويعنى الدستور بتحديد وتقنين سلطات الدولة وحدودها، وعلاقتها ببعضها وعلاقتها بالمواطن. كما يبين الدستور الحقوق الأساسية للفرد في مواجهة سلطات الدولة.

---

[1] أبو يوسف الأنصاري، الخراج، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد وسعد حسن محمد، المكتبة الأزهرية للتراث، صفحة 191.

[2] أحمد رشاد طاحون، حرية العقيدة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، صفحة 52.

[3] جابرإبراهيم الراوي، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في القانون الدولي و الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، صفحة 311.

[4] غازي حسن صباريني، الوجيز في حقوق الإنسان وحرياته، الطبعة الثانية، 1997م مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، صفحة 22.

يقوم الدستور بتحديده الجهات السياسية و الاجتماعية التي يجب أن تعمل في وجود النشاط المختلف للدولة. ما تعلق منها بالسلطة العامة والفرد على حد سواء. نتيجة لذلك وجب أن يتضمن الدستور زيادة على تلك القواعد المنظمة للسلطة السياسية، الضمانات التي تكفل الحرية الشخصية للفرد وتصون حقوقه الأساسية، بوضعه قيودا تحد من تجاوز السلطة العامة بغية ضمانها.[1] ومنه فالغاية من الدستور تقييد السلطة لحساب الحرية الشخصية ليصب في صالح المواطن، أي أن السلطة تعتبر هي الضرورة والحرية هي غاية.

جاء دستور 1996م مكرسا للحقوق والحريات مع إبراز الأمور التفصيلية ذات الطابع الإجرائي لحماية الحرية الشخصية.[2] وقد انعكس هذا في مقدمته (الديباجة) وفي الكثير من مواده التي حدت بها الصياغة القانونية إلى تمسك الجزائر بالمبادئ الإنسانية (حقوق الإنسان وحرياته) وبالانتماء الحضاري.[3] والتي نصت عليها الإعلانات والمواثيق الدولية، وأحاطها بسياج من الإجراءات المعقدة يصعب تغييرها أو تعديلها مهما عدل أو غير الدستور وهو ما نصت عليه المادة 212 في البند الخامس من دستور 1996م المعدل بالقانون رقم 16-01 الصادر في 2016/03/07م بقولها: "لا يمكن لأي تعديل دستوري أن يمس الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن... ".كما حدد وبصفة دقيقة من جهة أخرى، أهم المبادئ والضمانات القانونية لحماية الحرية الشخصية. وأن حدود حماية الحرية الشخصية إنما يكمن في تطابق ممارسات السلطة العامة والنظام القانوني، وإقامة الموازنة ما بين الحرية الشخصية وحق الدولة في توقيع العقاب على كل من يعبث بها أو يمسها، بحيث يكون تدخل الدولة وفق الحدود المرسومة لها إن لم نقل لصالح الحرية الشخصية.[4]

إلا أن الدستور الجزائري لم يأت بتعريف للحرية الشخصية ولا بذكرها حتى كمصطلح، بل قام بتحديد الحقوق الأساسية المتعلقة بها. وعلى ذلك فإن المؤسس الدستوري إنما كرس الحرية الشخصية وحصرها في صلب الدستور الجزائري لسنة 1996م من خلال الحقوق التي يشكل المساس بها او عدم احترامها انتهاكا للحرية الشخصية. وأهمها: الحق في السلامة الجسدية والتي نصت عليها المادتين 40 و41 من الدستور، وحرية التنقل التي كفلها الدستور في نص المادة 55 منه، وحرمة الحياة الخاصة والتي نص عليها الدستور في المادتين 46 و47 منه.[5]

---

[1] بسيوني عبد الغني عبد الله، المبادئ العامة للقانون الدستوري، 1985م، الدار الجامعية، بيروت، صفحة 177- 178.

[2] يحياوي نورة بن علي، حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي والقانون الداخلي، 2004م، دار هومة، الجزائر، صفحة 39-40 .

[3] فوزي أوصديق، دراسات دستورية والعولمة "الجزائر نموذجا"، الطبعة الثانية، 2001م، دار الفرقان، الجزائر، صفحة 42– 46 .

[4] فوزي أوصديق، دراسات دستورية والعولمة "الجزائر نموذجا"، مرجع سابق، صفحة 31 - 39.

[5] المادة 40: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة، المعاملة القاسية واللاإنسانية أو المهينة يقمعها القانون".
المادة 41: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق و الحريات، وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية".

حذى المشرع الدستوري العراقي حذو المشرع الجزائري، حيث لم يعرف الحرية الشخصية وإنما اكتفى بـ تحديد و تكر ا وإحاطتها بالحماية. ذكرت المادة 15 من الدستور العراقي الحق في الحياة والأمن والحرية،كما نصت المادة 17 على الحق في الخصوصية وحرمة المساكن، أما المادة 19 فقرة 12 فقد نصت على حرية التنقل.[1]

أما الدستور المصري فقد عرفها في المادة 41 بقوله: "الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس، وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه، أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة ا تحقيق وصيانة أمن اتمع، ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو من النيابة العامة، وذلك وفقا لأحكام القانون، شريطة أن يكون هذا الأمر مسببا".[2] ولم يكتف بذلك بل خص بالذكر صور الحرية الشخصية فجاء في المادة 44 النص على حرمة المسكن، ثم نصت المادة 45 على حرمة الحياة الخاصة وحرمة المراسلات والمحادثات الهاتفية، أما المادتين 50 و51 تحدثا عن حرية التنقل.[3]

وعلى غرار ذلك نجد أن الدستور الأردني احتوى في صلبه مبدأ الحرية الشخصية من خلال المادة 07 "الحرية الشخصية مصونة". مع ضرورة احترامكل صورها، وهذا ما نستشفه من نص المادة 08 التي جاء فيها "حماية حق التنقل"، أما المادة 10 نصت على "حرمة المساكن والتي لا يجوز دخولها إلا وفقا للقانون"، واحتوت المادة 18 على "حرمة المراسلات وسريتها وعدم جواز الاطلاع عليها إلا وفقا للقانون".[4] ولعل أكبر دليل على قدسية الحرية الشخصية هو النص عليها في صلب دساتير الدول، لتسموا نصوصها الدستورية على غيرها من التشريعات العادية.[5]

المادة 46: "لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، ويحميها القانون. سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة. لا يجوز بأي شكل المساس بهذه الحقوق دون امر معلل من السلطة القضائية ، ويعاقب القانون على انتهاك هذا الحكم".

المادة 47:" تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن. فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون، وفي إطار احترامه. ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة".

المادة 55: "يحق لكل مواطن يتمتع بحقوقه السياسية و المدنية أن يختار بحرية موطن إقامته، و أن ينتقل عبر التراب الوطني.حق الدخول إلى التراب الوطني و الخروج منه مضمون. لا يمكن الأمر باي تقييد لهذه الحقوق إلا لمدة محددة وبموجب قرار مبر ر من السلطة القضائية".

[1] دستور العراق الجديد الصادر في 2005/10/15م.

[2] محمد علي السالم عياد الحلبي، ضمانات الحرية الشخصية أثناء التحري والاستدلال في القانون المقارن، الطبعة الثانية، ذات السلاسل، الكويت، صفحة 13.

[3] دستور جمهورية مصر العربية لسنة 1971م.

[4] الدستور الأردني الصادر في 1952/01/01م الموافق ل 1371/04/04ه.

[5] محمد الطراونة، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 10.

ب. في قانون الإجراءات الجزائية:

يعتبر قانون الإجراءات الجزائية دستورا **للحريات والحقوق الفردية. فهو القانون الذي يضمن عدم** التعرض للحرية الفردية بالتقييد أو بالسلب إلا في الحدود التي يقررها صراحة. **إذ يضع حدود ذلك للسلطة** المخولة التعرض لها، ويقرر القيود و الشروط الواجب احترامها من طرف السلطات العامة التي من خلالها تحمى **تلك الحقوق و الحريات من تجاوزات السلطة.**[1]

كذلك فإن قانون الإجراءات الجنائية أوثق القوانين صلة بحسن سير العدالة و **تحقيق مبدأ سيادة القانون، لأنه يتضمن المبادئ الأساسية و** القواعد الرئيسية التي تشكل الضمانات المحيطة **بالحقوق و الحريات الفردية. و**التي **تكملها و**تحميها من تدخل السلطة، **وتحكمها و**تحول دون تحقيق أهدافها **على حساب حقوق الشعب و حرياته.**[2] **وهو القانون الذي يؤكد** الديمقراطية واحترام القانون و **النظام لأنه** يحكم القاضي و **المسؤول** قبل أن يحكم المجرم، لذا سماه الايطالي فيري (Ferri) **قانون الشرفاء من الناس.**[3]

إضافة إلى ما **سبق فإن قانون الإجراءات الجزائية لا يستهدف** مجرد تطبيق قانون العقوبات، **وإنما يهدف إلى** حماية الحرية الشخصية للفرد و حماية شرفاء الناس الذين قد تحيط بهم شبهات الاتهام.[4] **كما يهدف** إلى حماية المصلحة الاجتماعية من خلال ما **ينظمه من إجراءات لكشف الحقيقة، و**إقرار حق الدولة في **العقاب من خلال الضمانات** التي يقررها حماية لحقوق و حريات المتهم التي تتعرض للخطر من جراء هذه **الإجراءات.**[5]

و لا ينهض قانون الإجراءات الجنائية بمجرد وضع التنظيم القضائي لاستعمال سلطة الدولة في **العقاب.** لأن الإجراءات التي ينظمها ليست مجرد وسائل فنية بحتة، **بل هي أعمال تمس الحرية الشخصية** وغيرها من الحقوق عند مباشرها في مواجهة المتهم.[6]

---

[1] عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري "التحري والتحقيق"، الطبعة الثانية، 2011م، دار هومة، الجزائر، صفحة 23.

[2] محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، الجزء 3، مرجع سابق، صفحة 206-207.

[3] محمد صبحي نجم، حق المتهم أو الظنين في محاكمة عادلة في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، مجلة دراسات "علوم الشريعة والقانون" ، المد 32، العدد 1، 2005م، صفحة 123.

[4] جلول شيتور، ضمانات عدم المساس بالحرية الفردية، 2006م، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، صفحة 8.

[5] أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 9-10. أنظر أيضا:

Jacques Fortin, Louise Viau,Traité De Droit Pénal Général,1982,Les éditions Thémis Inc ,Canada, Page 7.

[6] أحمدفتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، طبعة معدلة، 1995م، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، صفحة 63.

نستخلص مما سبق أن الإجراءات الجزائية الرامية إلى الكشف عن ملابسات الجريمة تستلزم حد أدنى من المساس بحقوق و حرية الأفراد، لكن بالقدر الضروري واللازم للكشف عن ظروف ارتكاب تلك الجريمة والتعرف على مقترفها. وهذا القدر تضبطه قواعد قانون الإجراءات مع احترام مبدأ "الأصل في الإنسان البراءة" و"مبدأ الشروعية" و"عدم رجعية النصوص الجنائية".[1]

المطلب الثاني: مبدأ المشروعية

لا شك أن حماية الحرية الشخصية مطلب مهم لتحقيق مبدأ سيادة القانون أو ما يعبر عنه "بمبدأ المشروعية" الذي تقوم عليه الدولة القانونية. بل أن الدولة لا تقوم إلا لتأكيد وجود الحقوق والحريات في مواجهة السلطة العامة.[2] ولا يمكن أن تتحقق حرية الإنسان وحقوقه إذا كان عرضة لجرائم وعقوبات تظهر بين الحين والآخر دون سند قانوني أو ركيزة شرعية. لذا كان مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات درعا واقيا للحريات الشخصية. فلا يجوز معاقبة الأفراد على أفعال وجرائم لم ينص عليها القانون. وهذا المبدأ مؤسس على قاعدة: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص". ومنه فجميع أفعال الأفراد لا تعتبر جرائم إلا بوجود نص قانوني يقر ذلك صادر عن السلطة التشريعية في الدولة. فإذا كانت القوانين الجنائية الوضعية قد أعطت حق التجريم والعقاب للسلطة التشريعية، فمن الثابت في الشريعة الإسلامية أن التحليل والتحريم من حق الخالق سبحانه وتعالى وحده. وسنذكر ذلك بالتفصيل من خلال العناصر الآتية:

الفرع الأول: مضمون مبدأ الشروعية وأهميته

البند الأول: مضمونه في الشريعة الإسلامية

لم يتعمم الأخذ بمبدأ المشروعية في التشريعات الوضعية إلا في أعقاب القرن الثامن عشر، لكن الشريعة الإسلامية طبقته منذ أكثر من أربعة عشر قرنا.[3] فقد تقرر أول مرة في المادة الثامنة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لسنة 1789م.[4] ويتأسس هذا المبدأ في الشريعة الإسلامية على القول: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بدليل شرعي". حيث توجب الشريعة اعتبار الفعل جريمة أن يكون هناك نص يحرم هذا الفعل ويعاقب على إتيانه، وهذا ما نسميه اليوم: الركن الشرعي للجريمة.[5]

---

[1] أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية "دراسة مقارنة"، 2003م، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، صفحة 72.

[2] نظام توفيق المجالي، الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحرية الفردية" دراسة في التشريع الأردني"، مجلة الحقوق، العدد 4، السنة 22، 1998م، جامعة الكويت، صفحة 151.

[3] عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، الجزء الأول "الجريمة"، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، صفحة 75.

[4] إرجع إلى نصوص إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لسنة 1789 في المطلب الثاني من المبحث الثالث.

[5] عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، المد 1، دار الكتاب العربي، بيروت، صفحة 112.

والدليل الشرعي يشمل الأدلة المتفق عليها على ما في بعضها من خلاف ضعيف جدا و هي: الكتاب والسنة والإجماع والقياس، ويشمل الأدلة التي اشتهر فيها الخلاف وهي: الاستصحاب وشرع من قبلنا والمصالح المرسلة وقول الصحابي والاستحسان و العرف.[1]

البند الثاني: مضمونه في القانون الوضعي

تعني المشروعية أن تلتزم كل من الدولة والأفراد بعدم مخالفة القواعد القانونية، مع وجود الجزاء على الإخلال بالالتزام. إذ لا ضمانة بغير جزاء على المخالفة، حيث تتوقف قيمة الالتزام بمدى فاعلية هذا الجزاء. وتطبيقا لهذا المبدا يتعين على الإدارة ان تصدر قراراتها طبقا للقانون.[2] وسيادة القانون في مجال التجريم و العقاب تعني وجوب حصر الجرائم والعقوبات في القانون المكتوب، عن طريق تحديد الأفعال التي تعد جرائم و بيان اركانها من جهة، ثم العقوبات المقررة لها ونوعها و مدا من جهة أخرى. وقد صيغ هذا المبدأ بعبارة موجزة "لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص".[3] وهذا ما جاء في نص المادة 1 من قانون عقوبات: "لا جريمة و لا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون". كما يستند هذا المبدأ للقول: "لا يمكن معاقبة أحد إلا بموجب قانون". وبالتالي لا يمكن ملاحقة أحد ومعاقبته إلا بتنفيذ القانون،[4] لحماية الإنسان من خطر التجريم والعقاب بغير الأداة التشريعية المعبرة عن إرادة الشعب و هو القانون.[5]

وقد إنتهى التطور القانوني إلى تجميع أحكام مبدأ المشروعية في قاعدة المشروعية الموضوعية التي تعترف بالحقوق والحريات الأساسية للفرد، وقاعدة المشروعية الشكلية التي تخضع الدولة للقانون.[6] وبذلك تأكد مبدأ المشروعية في شكل نظام قانوني راسخ ووطيد ينضوي تحت لوائه كل حكم ديمقراطي سليم.

---

[1] تركي بن يحي الثبيتي، موقف الشريعة الإسلامية من القاعدة القانونية "لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص"، رسالة ماجستير، 1408ه، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، صفحة 137.

[2] علي محمد صالح الدباس و علي علي محمد أبو زيد، حقوق الإنسان و حرياته، 2005م دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، صفحة 124.

[3] عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، الجزء الأول "الجريمة"، مرجع سابق، صفحة 73-74.أنظر أيضا:

Jacques Fortin, Louise Viau, Traité De Droit Pénal Général, *Op. Cit.*, Page 23.

[4] موريس نخلة، الحريات، 1999م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، صفحة 115.

[5] أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية و حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، صفحة 124.

[6] تتمثل قاعدة المشروعية الشكلية في عدم إطلاق الدولة من القيود وخضوعها بكامل سلطاتها للقانون. أما قاعدة المشروعية الموضوعية فتتمثل في الاعتراف بالحقوق الأساسية للإنسان. فكما أن مبدأ المشروعية من الناحية الدولية يرمي إلى التعاون السلمي في علاقات الدول باحترام القانون الدولي، فإنه من الناحية الداخلية يرمي إلى ضمان الحقوق الفردية وهي اساس المجتمع الحر الذي يلقى فيه مبدا المشروعية إزدهاره. أنظر: زكريا محمد عبد الحميد محفوظ، حالة الطوارئ" في القانون المقارن وفي تشريع الجمهورية العربية المتحدة" رسالة دكتوراه، 1966م، جامعة الإسكندرية، مصر،صفحة 50.

وقد أشار لمبدأ المشروعية المؤتمر الدولي لرجال القانون المنعقد بنيودلهي سنة 1959م على أنه: "اصطلاح يرمز إلى المثل والخبرة القانونية العملية التي يجمع عليها جميع رجال القانون في جزء كبير من العالم، وأن هذا المبدأ يعتمد على عنصرين: الأول: هو أنه مهما كان فحوى القانون فإن كل سلطة في الدولة هي نتاج القانون، وتعمل وفقا له. الثاني: افتراض أن القانون نفسه يعتمد على مبدأ سامي هو احترام الحرية الشخصية و حقوق الإنسان".[1]

كما تطرق العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية إلى هذا المبدأ من خلال المادة 15 منه والتي جاء فيها: "لا يدان أي فرد بأية جريمة بسبب فعل أو امتناع عن فعل لم يكن وقت ارتكابه يشكل جريمة بمقتضى القانون الوطني أو الدولي. كما لا يجوز فرض أية عقوبة تكون اشد من تلك التي كانت سارية المفعول في الوقت الذي ارتكبت فيه الجريمة. وإذا حدث بعد ارتكاب الجريمة أن صدر قانون ينص على عقوبة أخف، وجب أن يستفيد مرتكب الجريمة من هذا التخفيف".[2]

و نص الدستور المصري على المبدأ في نص المادة 66: "العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون".[3] إذن مبدأ المشروعية يعني خضوع الدولة للقانون حتى يصدق عليها وصف الدولة القانونية وينتفي عنها وصف الدولة البوليسية. و بهذا تتميز النظم الديمقراطية بالاعتراف بمبدا الخضوع للقانون، لأنه لا توجد حريات حقيقة إلا في الدولة القانونية.[4] وقد سمي المبدأ في إنجلترا (Principal of law rule) أي مبدأ حكم القانون، أما في الولايات المتحدة الأمريكية فيطلق عليه اسم مبدأ الحكومة المقيد (The principal of limited government) (Government of law not of men) أي حكومة قانون لا حكومة أشخاص.[5]
أشخاص.[5]

ترى الباحثة أن مبدأ المشروعية هو: "نظام قانوني قائم على خضوع كل سلطات الدولة إلى القانون، في ظل رقابة القضاء على حسن تطبيق القانون حماية لحقوق الافراد وحرياتهم".

---

[1] أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، صفحة 123.

[2] أنظر وثيقة العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في مركز جنيف الدولي للعدالة لعام 1966م.
www.gicj.org/index.php?option=com-content&task=view&id=157&Itemid=162.

[3] دستور جمهورية مصر العربية الصادر سنة 1971م.

[4] حسني قمر، حقوق الإنسان في مجال نشأة الحقوق السياسية وتطورها و ضمانها "دراسة مقارنة"، 2006م، دار الكتب القانونية، مصر، صفحة 117-118.

[5] محمد صبحي نجم، حق المتهم أو الظنين في محاكمة عادلة في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، مرجع سابق، صفحة 124.

البند الثالث: أهمية مبدأ المشروعية

يضمن مبدأ المشروعية حقوق الأفراد و حرياتهم من تحكم السلطة العامة التي تصبح محكومة بالقانون وحده و بعيدة عن كل اهواء هده السلطة ورغباتها او تحكمها.[1] إذ يعد هذا المبدأ تتويجا للحرية الفردية و انتصارا لها على استبداد الحكام و تحكم القضاة.[2]

يقوم المبدأ على دعامتين هما: حماية الحرية الشخصية وحماية المصلحة العامة. أما عن حماية الحرية الشخصية فجاء ليضع حدا لمختلف أصناف التحكم التي عانت منها العدالة الجنائية، ويوضح للأفراد الحدود لتجريم الأفعال قبل ارتكابها، فيبصرهم من خلال نصوص جلية لكل ما هو مشروع أو غير مشروع قبل الإقدام على مباشرته. أما حماية المصلحة العامة فتتحقق من خلال إسناد وظيفة التجريم والعقاب والإجراءات الجنائية إلى الشرع وحده.[3]

وفوق ذلك فان المبدأ يرتبط بمبدأين أساسيين من مبادئ الدولة الحديثة هما: مبدأ "سيادة القانون" ومبدأ "الفصل بين السلطات".[4] ففكرة سيادة القانون تقوم على تقييد الحكام والمحكومين على حد سواء بالنظام القانوني القائم والذي يستند بدوره إلى القيم والمثل العليا كاحترام كرامة الإنسان وحريته. حيث تشكل سلطة الحاكم غير المقيدة خطرا على كيان الفرد وحريته وسيادة القانون ضمانة لها،[5] ولا بد من وجود ضابط لتحقيق سيادة القانون لهذه الأهداف و هذا الضابط هو مبدأ الشرعية.

إذا كان مبدا الفصل بين السلطات قد جاء لحفظ التوازن بين السلطات التي تمثل قوام المجتمع الداخلي للدولة، حتى لا تنفرد إحدى السلطات بزمام الأمور فيه وتطغى وتستبد. فان الأصل في احترام هذا المبدأ وإعماله إنما يتمثل في الحفاظ على انفراد السلطة التشريعية بسن القوانين التي تنظم كافة مصالح المجتمع وتعمل على استقراره وأمنه، و بصفة خاصة تلك التي تمس حقوق الإنسان و حرياته.[6] كما يعتبر المبدأ من بين

---

[1] محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، الجزء 3، مرجع سابق، صفحة 209.

[2] علي عبد القادر القهوجي، قانون الاشتباه "دراسة تحليلية انتقاديه"، 1986م، الدار الجامعية، بيروت، صفحة 108.

[3] جلول شيتور، ضمانات عدم المساس بالحرية الفردية، مرجع سابق، صفحة 49.

[4] عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، الجزء 1 "الجريمة"، مرجع سابق، صفحة 79.

[5] حسني بوديار، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر والتوزيع، صفحة 76-77.

[6] خيري أحمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان "دراسة مقارنة"، 2002م، دار الجامعيين، صفحة 400.

أهم وسائل تحقيق المساواة بين الأفراد في مواجهة السلطات العامة بما تمتلكه من ترسانة عقابية سواء على صعيد التشريع أو القضاء، فالأفراد سواسية أمام نصوص التجريم.[1]

إضافة إلى ذلك فإن المبدأ يقضي بأن القانون هو الحد الفاصل بين ما هو مباح وجائز، وبين ما هو ممنوع ومحظور. فلا يفاجأ شخص بعقوبة استبدادية عن فعل لم يكن قد سبقه قانون ينص على تجريمه ويعاقب عليه.[2] فهي حماية للأفراد من تحكم المشرع إذا ما أراد أن يقرر عقابا على أفعال سابقة على صدور النص القانوني لانها تستتبع بالضرورة انعدام الاثر الرجعي للنصوص الجنائية.[3]

الفرع الثاني: أصل مبدأ الشروعية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

البند الأول: أصل المبدأ في الشريعة الإسلامية

وردت آيات كثيرة في القرآن الكريم تتضمن بيان عدل الله في خلقه، وأنه لا يعذب أحدا إلا بعد أن يبعث إليه رسولا ينذره ويحذره. كما جاءت أحاديث نبوية وأكدت ذلك، إضافة إلى إقرار القواعد الأصولية[4] لمبدأ الشروعية.

أولا: القرآن الكريم والسنة النبوية

إن مشروعية الجريمة والعقوبة لا تستند إلى كلام البشر، أو إلى قول إنسان، وإنما تستند إلى كلام الله عز وجل وإلى آيات قرآنية صريحة دالة على تجريم الفعل قبل تقرير عقوبته، ومن الآيات الدالة على ذلك: قوله تعالى﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً ﴾ (سورة الإسراء: 15)، أي أن الله لم يترك الخلق سدى، بل أرسل الرسل. وفي هذا دليل على أن الأحكام لا تثبت إلا بالشرع.[5] وقوله تعالى﴿لِئَلاَّ يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ﴾ (سورة النساء: 165)، أي: أنه تعالى أنزل كتبه وأرسل رسله بالبشارة والنذارة، وبين ما يحبه ويرضاه مما يكرهه ويأباه، لئلا يبقى لمعتذر عذر.[6] كذلك قوله تعالى﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولاً يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَى إِلاَّ وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ﴾ (سورة القصص:

[1] سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، 2000م، دار الجامعة الجديدة للنشر، صفحة 327-328.

[2] محمد الطراونة، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 185.

[3] تركي بن يحي الشبيتي، موقف الشريعة الإسلامية من القاعدة القانونية "لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص"، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 71.

[4] القواعد الأصولية: هي قواعد لغوية متعلقة بالفاظ الكتاب والسنة ودلالاتها، مستفادة من اساليب لغة العرب لتساعد المجتهد على التوصل إلى الاحكام الشرعية . أنظر: عبد الله بن يوسف العنزي، تيسير علم أصول الفقه، الطبعة الأولى، 1997م مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، صفحة 229.

[5] شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، المد 10، صفحة 231.

[6] ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، مرجع سابق، صفحة 475.

59)، أي: ما كانت عادة ربك أن يهلك القرى في كل وقت حتى يبعث في القرية التي هي أمها، أي: أصلها وقصبتها التي هي أعمالها وتوابعها رسولا لإلزام الحجة و قطع المعذرة، مع علمه أم لا يؤمنون.[1]

ومن السنة: عن المغيرة بن شعبة، قال: قال سعد بن عبادة: لو رأيت رجلا مع امرأتي لضربته بالسيف غير مصفح عنه، فبلغ ذلك رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، فقال: «أتعجبون من غيرة سعد، فو الله لأنا أغير منه، و الله أغير مني، من أجل غيرة الله، حرم الفواحش ما ظهر منها وما بطن، ولا شخص أغير من الله، ولا شخص أحب إليه العذر من الله، من أجل ذلك بعث الله المرسلين، مبشرين ومنذرين، ولا شخص أحب إليه المدحة من الله، من أجل ذلك وعد الله الجنة». (رواه مسلم)

دلت الآيات والحديث السابق، على سبيل المثال لمبدأ الشروعية وليس الحصر، على قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بدليل شرعي. فالله سبحانه وتعالى لا يكتفي بعلمه دليل على عقاب الظالمين بل يبعث رسله أولا لبيان ما هو مباح أو محظور، ثم يلزمهم بالعقاب بعد الإعلام.

ثانيا: القواعد الأصولية

أرست الشريعة الإسلامية الغراء قواعد أصولية لتطبيق مبدأ الشروعية، لما له من أهمية في الحفاظ على الحرية الشخصية للفرد وحقه في الدفاع. ومن هذه القواعد قاعدة: "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع".[2] وأساس القاعدة أن الأفراد لا يحاسبوا عن ما قاموا به من أفعال سابقة عن ورود نص يجرم هذه الأفعال.

والقاعدة الأصولية التي تقضي بأن: "الأصل في الأفعال كلها إنما هو الإباحة ورفع الحرج عن الفعل والترك إلا ما دل الدليل على تغييره، و الأصل عدم المغير".[3] و"الأصل في الأشياء الإباحة، حتى يدل الدليل على التحريم".[4] فكل أفعال الإنسان مباحة ولا تنشأ مسؤوليته الجنائية إلا إذا جاء دليل التحريم.

[1] أبو القاسم الزمخشري، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، الطبعة الثالثة، 1407ه، دار الكتاب العربي، بير وت، المد 3، صفحة 424.

[2] أبو الحسن الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت، المجلد 1، صفحة 91.

[3] أبو الحسن الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، مرجع سابق، المد 1، صفحة 178.

[4] السيوطي، الأشباه و النظائر، الطبعة الأولى، 1990م، دار الكتب العلمية، صفحة 60.

ومن القواعد الأصولية أيضا: "يشترط في المكلف لصحة تكليفه شرعا شرطان: أن يكون قادرا على فهم دليل التكليف، أن يكون أهلا لما كلف به"، أي أن يكون قادرا على فهم دليل التكليف، حيث يكون في استطاعته ان يفهم النصوص التي يكلف بها من القران والسنة بنفسه او بالواسطة، اما الاهلية فهي اهلية[1] وجوب وأهلية أداء.[2]

البند الثاني: أصل المبدأ في القانون الجزائري

أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الشروعية والعمل بمقتضاه من خلال نصوص الدستور ونصوص قانون العقوبات والإجراءات الجزائية.

أولا: مبدأ الشروعية في الدستور الجزائري

أقر الدستور الجزائري الصادر في 28 نوفمبر 1996م المعدل بموجب القانون رقم 16-01 الصادر في 2016/03/07م في الكثير من نصوصه على ضرورة احترام مبدأ الشروعية وذلك من خلال المواد الآتية:

- المادة 32: "كل المواطنين سواسية أمام القانون".
- المادة 56: "كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته، في إطار محاكمة عادلة تؤمن له الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه ".
- المادة 58: " لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم".
- المادة 59: "لا يتابع أحد ولا يوقف أو يحتجز، إلا ضمن الشروط المحددة بالقانون، وطبقا للأشكال التي نص عليها".
- المادة 158: "أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة، الكل سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع ويجسده احترام القانون".

---

[1] الأهلية معناها في اللغة: الصلاحية، يقال فلان أهل للنظر على الوقف أي صالح له.

وأما في اصطلاح الأصوليين فالأهلية تنقسم إلى قسمين: أهلية وجوب، وأهلية أداء.

فأهلية الوجوب: هي صلاحية الإنسان لأن تثبت له حقوق وتجب عليه واجبات، واساسها الخاصة التي خلق الله عليها الإنسان واختصه بها من بين انواع الحيوان، وبها صلح لأن تثبت له حقوق وتجب عليه واجبات، وهذه الخاصة هي التي سماها الفقهاء الذمة، فالذمة هي الصفة الفطرية الإنسانية التي به ثبتت للإنسان حقوق قبل غيره، ووجبت عليه واجبات لغيره.

وأما أهلية الأداء: فهي صلاحية المكلف لأن تعتبر شرعا أقواله وأفعاله، بحيث إذا صدر منه عقد أو تصرف كان معتبرا شرعا وترتبت عليه أحكامه، وإذا صلى أو صام أو حج أو فعل أي واجب كان معتبرا شرعا ومسقطا عنه الواجب، وإذا جنى على غيره في نفس أو مال أو عرض أخذ بجنايته وعوقب عليها بدنيا وماليا فأهلية الأداء هي المسئولية وأساسها في الإنسان التمييز بالعقل. أنظر: عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، الطبعة الثامنة، مكتبة الدعوة، صفحة 135- 136.

[2] عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مرجع سابق، صفحة 135- 136.

- المادة 160: "تخضع العقوبات الجزائية إلى مبدئي الشرعية والشخصية. يضمن القانون التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية ويحدد كيفيات تطبيقها".

ثانيا: مبدأ الشروعية في القانون الجنائي الجزائري

تنقسم الشرعية الجنائية إلى قسمين: مشروعية موضوعية، ومشروعية إجرائية. الشروعية الموضوعية تعد الدعامة الأساسية التي ترتكز عليها السياسة الجنائية المعاصرة. ويقصد بـ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بمقتضى نص قانوني"، بمعنى لا يمكن توجيه اي اتهام من السلطة القضائية ضد شخص لارتكابه فعلا معينا، ما لم يكن منصوصا على تجريم هذا الفعل في القانون.[1] وهو ذات المبدأ المنصوص عليه في المادة 43 من دستور 1989م الجزائري والمادة 46 من دستور 1996 الجزائري والمادة 58 من التعديل الدستوري لسنة 2016م. فمبدأ الشروعية من جانبه الموضوعي يعتبر حماية للحرية الشخصية، من حيث عدم إمكان توقيع أي جزاء على فعل ما، إلا إذا كان هذا الفعل مجرما بنص قانوني.[2]

أما الشروعية الإجرائية فيراد بها: "لا تحديد للإجراءات الجزائية إلا بقانون يكفل ضمانات الحرية الشخصية تحت إشراف القضاء".[3]

وقد أكد قانون العقوبات الجزائري بدوره احترام مبدأ الشروعية وذلك من خلال المواد التالية:

- المادة 1: "لا جريمة ولا عقوبة و/أو تدبير أمن بغير قانون".
- المادة 2: "لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة".
- المادة 3: "يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية، كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائية الجزائرية طبقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية".

[1] محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، الطبعة الخامسة، 1982م، دار النهضة العربية، صفحة 78.

[2] بوداود لطفي، الحماية الدستورية لحقوق الدفاع أثناء الدعوى الجزائية، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 63.

[3] أحمد فتحي سرور، الشرعية الإجرائية الجنائية، المة القانونية، المد 9، العدد 3، نوفمبر، 1978م، صفحة 340. .

أما عن قانون الإجراءات الجزائية فنجد مبدأ المشروعية في فحوى المواد التالية:

- المادة 1: "الدعوى العمومية لتطبيق العقوبات يحركها و يباشرها رجال القضاء أو الموظفون المعهود إليهم بمقتضى القانون...".
- المادة 66: "التحقيق الابتدائي وجوبي في مواد الجنايات أما في مواد الجنح، فيكون اختياريا ما لم يكون هناك نصوص خاصة...".

يتضح من خلال المادتين السابقتين واللتان ذكرناهما كمثال لمبدأ الشروعية، أن قانون الإجراءات الجزائري مع أنه لم ينص صراحة على مبدأ الشروعية إلا أنه اعتمدها ضمنيا. فقد اعتمد هذا المبدأ في كل مواده التي تمنع المساس بحقوق وحريات الأفراد، وتوضح كيفية إتباع الإجراءات اللازمة لحماية هذه الحريات وإلا كانت باطلة. كما أعطت الحق لأطراف الدعوة في الاستئناف والنقض و التمتع بحق الدفاع. كل هذا حرصا على حماية الحقوق و الحريات من قبل قانون الإجراءات الجزائية وتطبيقا لمبدأ الشرعية.

الفرع الثالث: الانتقادات الموجهة لمبدأ الشروعية والرد عليها

يشير الباحثون في قاعدة الشروعية الجنائية أنه وبالرغم من أهميتها في حماية الحريات الشخصية وحقوق الإنسان، واعتبارها احد اهم الضمانات التي تحول دون اهدار الأفراد بلا مسوغ أو نص قانوني، و إقرار غالبية النظم الجنائية المعاصرة لهذا المبدأ و اعتباره مبدأ دستوريا في الكثير من الدول. إلا أنه لم يسلم من النقد، ومن أهم الانتقادات الموجهة إليه:

1. إن المبدأ يصيب التشريع بالجمود ويجرده من المرونة اللازمة في مواجهة الظواهر الإجرامية المستحدثة، التي قد لا تندرج بالنظر لحداثتها و أساليب ارتكابها تحت نص التجريم.[1]
2. أنه يتنافى مع مبادئ الأخلاق إذ لا تتيح للقاضي أن يوقع عقابا على الأفعال المنافية للأخلاق، والتي لا تجرمها النصوص القائمة وقت وقوعها.[2]
3. إن مبدأ شروعية الجرائم والعقوبات يقف عقبة أمام القاضي، حيث يحول بينه وبين اختيار الجزاء الذي يتلاءم و شخصية المجرم.[3]

[1] محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، 2002م، دار الجامعة الجديدة للنشر، صفحة 146.

[2] تركي بن يحي الشبيتي، موقف الشريعة الإسلامية من القاعدة القانونية "لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص"، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 113.

[3] علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات القسم العام "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، صفحة 68.

4. إن التطبيق الصارم للمبدا يؤدي حتما إلى تغليب مصلحة الفرد المجرم على مصلحة الجماعة، بحيث يستفيد من الفجوات التي تعترض التشريع القائم. في حين يجب تغليب مصلحة ا لجماعة ع لى مصلحة الفرد المجرم وذلك باللجوء إلى القياس في ما لا نص فيه كي يمكن محاربة الإجرام بصورة فعالة.[1]

ويمكن الرد على هذه الانتقادات بمايلي:

1. بخصوص جمود التشريع و عدم مرونته يمكن الرد عليه بأن المشرع بوسعه دوما أن يتدخل لتجريم الظواهر المستحدثة الضارة بالمجتمع او بافراده وله أن يعدل نصوص التجريم القائمة.[2]

2. أما ما ذهب إليه بعضهم من أن المبدأ يجافي قواعد الأخلاق، فيرد عليه بأن المشرع يصوغ عادة نصوص القانون بحيث تحتوي على تجريم جل الأفعال الضارة اجتماعيا وتلك المنافية للأخلاق.[3]

3. القول بأن المبدأ يقيد القاضي غير مسلم به، لأن المشرع في قانون العقوبات يخول القاضي سلطة تقديرية مؤكدة في مجال النطق بالعقوبة.[4]

4. اما الحديث عن إهمال الشخص المجرم في تحديد العقوبة الملائمة له، وقد انتبه اليه الفقه الحديث. فأقر تفريد الجزاء الجنائي تبعا لشخصية المجرم ودرجة خطورته الإجرامية. وتطبيقا لذلك نصت التشريعات الجنائية الحديثة على حد أدنى و حد أقصى للعقوبة.[5]

كل الانتقادات التي وجهت لهذا المبدا إنما تعبر في ذاتها عن الفكر المعادي للحرية الشخصية وحقوق الإنسان. وبالرغم من حدة الانتقادات إلا انها لم تؤثر في اهمية المبدا ونتائجه، وتبقى التشريعات الحديثة تولي مبدأ الشروعية اهتماما كبيرا في الحاضر والمستقبل و سيبقى هذا المبدأ أحد أهم الضمانات الأساسية لحماية حقوق الإنسان و حرياته.

الفرع الرابع: نتائج مبدأ الشروعية

يترتب على الأخذ بقاعدة "لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص" نتائج منها ما يتعلق بتحديد مصادر التجريم والعقاب وذلك بحصرها في النصوص التشريعية. هذه النتيجة تخص المشرع الجنائي باعتباره السلطة المعهود إليها

---

[1] عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، الجزء 1 "الجريمة"، مرجع سابق، صفحة 82.

[2] محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، مرجع سابق، صفحة 146.

[3] عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات القسم العام "الجريمة"، الطبعة الرابعة، 1994م، ديوان المطبوعات الجامعية، صفحة 41.

[4] سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات "القسم العام"، مرجع سابق، صفحة 329.

[5] علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات القسم العام "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 69.

سن القوانين. ونتيجة تخص القاضي الجنائي، باعتباره السلطة المعهود إليها تطبيق القوانين. فيحضر عليه القياس ويتم إلزامه بقواعد معينة يتبعها عند تفسيره للنصوص الجنائية.

البند الأول: حصر مصادر التجريم والعقاب في النصوص التشريعية

يقضي مبدأ "**لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص القانون**" باعتبار القانون وحده مصدر الجرائم والعقوبات. ويقصد بنص القانون النص التشريعي[1] المكتوب الذي يقرر قواعد عامة مجردة و**يستبعد كل ما عدى ذلك من مصادر القانون الأخرى.**[2] فلا مجال للعرف و**لا لمبادئ القانون الطبيعي أو** قواعد العدالة في مجال التجريم **والعقاب.** كما لا يمكن العقاب على فعل مهما بدا مخالفا **لقواعد الأخلاق أوالعادات والقيم لدى الجماعة.**[3]

وبحسب الأصل فإن **السلطة التشريعية هي وحدها المختصة بعملية التجريم والعقاب. ويلزم ذلك حرمان السلطة التنفيذية والسلطة القضائية من القيام بوظيفة التجريم.فلا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون صادر** عن السلطة التشريعية.[4] **وضمان الحرية الفردية الذي هو غاية مبدأ** المشروعية يفترض حصر التجريم والعقاب في **الظروف العادية بالسلطة التشريعية الأصلية.**[5] **لكن استثناءا قد يفوض الدستور أو القانون السلطة التنفيذية** الحق بإصدار بعض اللوائح و التي تعد بمثابة تشريع، **يصلح لأن يكون مصدرا للتجريم والعقاب بشرط أن تتقيد** بحدود التفويض الممنوح لها.[6]

والتشريع قد يكون تشريعا دستوريا أو عاديا أو فرعيا:

1. **أساسي أو دستوري،** ويتمثل في الدستور الصادر عن سلطة تأسيسية.
2. **تشريع عادي، صادر عن السلطة التشريعية كقاعدة عامة بوصفها سلطة التشريع الأصلية، أو صادر عن السلطة التنفيذية أحيانا.**
3. **تشريع فرعي أو لائحي صادر عن السلطة التنفيذية** ويتمثل في لوائح التنفيذ والتنظيم و **الضبط.**[7]

---

[1] يعد نصا تشريعا كل قاعدة قانونية عامة ومجردة صادرة عن سلطة مختصة بالتشريع . أنظر:**عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري "القسم العام"، الجزء 1 "الجريمة"، مرجع سابق، صفحة 74.**

[2] **سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، صفحة 348.**

[3] محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، **مرجع سابق، صفحة 166.**

[4] تركي بن يحي الثبيتي، موقف الشريعة الإسلامية من القاعدة القانونية **"لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص"**، رسالة ماجستير، **مرجع سابق، صفحة 82.**

[5] **نظام توفيق المجالي، الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحرية الفردية**"دراسة في التشريع الاردني"، مجلة الحقوق، **مرجع سابق، صفحة 174.**

[6] **عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري "القسم العام"، الجزء 1 "الجريمة"، مرجع سابق، صفحة 74.**

[7] حسني بوديار، الوجيز في القانون الدستوري، **مرجع سابق، صفحة 24-25.**

البند الثاني: التزام القاضي الجنائي بقواعد معينة في تفسير النصوص

ينتج عن الأخذ بمبدأ الشروعية إلزام القاضي عند تطبيقه للنصوص الجنائية على ما هو معروض عليه من وقائع بقواعد معينة عند تفسيره للنص، بهدف تطبيقه على هذه الوقائع و لمنعه من تقرير جرائم جديدة لم **ينص عليها القانون.**

والتفسير هو تحديد المعنى الذي يقصده المشرع من ألفاظه لجعله صالحا للتطبيق على وقائع الحياة،[1] فالتفسير **يهدف** إلى البحث **عن قصد المشرع حالة غموض النص، سواء تمثل هذا** القصد في إرادة المشرع المفترضة أو في إرادة القانون ذاته.[2]

البند الثالث: حظر القياس

القياس[3] هو وسيلة عملية تهدف إلى استكمال ما يشوب القانون من نقص عن طريق إيجاد الحل **لمسألة لم ينظمها القانون عن طريق استعارة الحل** الذي قرره القانون لمسألة مماثلة لها.[4] **إذ تنحصر مهمة** القاضي في تطبيق القانون لا خلق الجرائم، لهذا السبب لا يجوز للقاضي أن يجرم فعلا لم يرد نص بتجريمه قياسا على فعل ورد نص بتجريمه بحجة تشابه الفعلين، أو يكون العقاب في الحالتين يحقق نفس المصلحة الاجتماعية **مما** يقتضي تقرير عقوبة الثاني على الأول.[5]

والتفسير بطريق القياس في مجال التجريم و العقاب **محظور،** حماية **لحقوق الأفراد وحرياتهم. تطبيقا لذلك** يحظر على القاضي أن يقيس مثلا فعل أخذ المال غير المنقول دون رضاه و **المكون لجريمة السرقة على فعل الاستيلاء على منفعة، وأن** يعتبر من يحصل على منفعة شيء مملوك لغيره دون وجه حق، سارقا.[6]

---

[1] محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات "القسم العام"، مرجع سابق، صفحة 87.

[2] محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 175.

[3] يقصد بالقياس في النصوص الجنائية إلحاق واقعة لم ينص المشرع على تجريمها بواقعة أخرى منصوص على تجريمها لتشابه الواقعتين أو اتحادهما في العلة، فيتمكن القاضي عن طريق القياس من مد الحكم الخاص بواقعة نص المشرع على تجريمها لكي يطبق على واقعة لم يرد بشأنها نص على اساس التشابه القائم بين الواقعتين أو على اعتبار أنه يمكن استخلاصها من روح التشريع. أنظر: تركي بن يحيى الثبيتي، موقف الشريعة الإسلامية من لقاعدة القانونية "لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 109.

[4] أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية و حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، صفحة 252.

[5] عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري "القسم العام"، الجزء 1 "الجريمة"، مرجع سابق، صفحة 85.

[6] علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 96.

أما القياس غير المحظور يكون في نطاق الأعمال التي تقرر سببا للإباحة أو مانعا من موانع المسؤولية أو العقاب، طالما أن الأمر لا يحمل معنى الاعتداء على الحريات الفردية، وبالتالي لا يتعارض مع مبدأ المشروعية.[1]

البند الرابع: عدم رجعية القوانين الجنائية

لمعاقبة شخص ما يجب ان تكون الجريمة قد حددت اركانها بموجب قانون طبق وقت ارتكابها، وهذا ما يعرف بمبدأ عدم رجعية النص الجنائي. ويعتبر هذا الأخير نتيجة من نتائج مبدأ المشروعية، الذي بموجبه يأمن الأفراد على حرياتهم فيباشروا اعمالهم وهم امنون انهم لم يخالفوا القانون.

أولا: مفهومه في الشريعة الإسلامية

يعني مبدأ عدم رجعية النص الجنائي أن "الأصل في الشرع الإسلامي أن أحكامه لا تسري إلا بعد إصدارها وعلم الناس بها، فهي مباحة حتى يصدر الامر والنهي بتحريمها وقبل صدوره لا عقوبة عليها".[2] وأخذ النظام الإسلامي قبل غيره من النظم بمبدأ عدم رجعية التشريعات الجنائية، فحرم معاقبة الفرد عن أفعال كانت مباحة وقت إتيانها.[3]

وقد دلت الآيات الكريمة والأحاديث النبوية على الأخذ بمبدأ عدم رجعية القوانين في الشريعة. حيث تضمن القرآن الكريم آيات صريحة على عدم رجعية الجزاء الجنائي، أي عدم تطبيقه على وقائع سابقة على نزول الحكم الوارد عليه في القرآن الذي نزلت آياته متفرقة.[4] ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلاً﴾ (سورة النساء: 22)، وقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لاَ يَقُومُونَ إِلاَّ كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ (سورة البقرة: 275).

[1] عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، الجزء 1 "الجريمة"، مرجع سابق، صفحة 85-86.

[2] أحمد هبة،موجز أحكام الشريعة في التجريم والعقاب، الطبعة الأولى، 1985م، عالم الكتاب، القاهرة، صفحة 60.

[3] الطاهر بن خرف الله، مدخل إلى الحريات وحقوق الإنسان "التعبير الدستوري للحريات والحقوق"، الجزء 2، طاكسيج كوم، الجزائر، صفحة 59.

[4] محمد خيري الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 59.

أساس المبدأ في السنة النبوية قول النبي صلى الله عليه وسلم: «إن الإسلام يجب ما كان قبله، وإن الهجرة تجب ما كان قبلها».[1] وفي خطبة الوداع أوضح الرسول صلى الله عليه وسلم معنى عدم رجعية الأحكام الجزائية وطبقها صراحة (صلى الله عليه وسلم)،[2] فقال: «..ودماء الجاهلية موضوعة، وأول دم أضعه دم إياد بن ربيعة بن الحارث، وربا الجاهلية موضوع، وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب». (رواه النسائي)

ومن القواعد الأصولية نجد: "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود نص" والقاعدة التي تقرر أنه "لا تكليف شرعا إلا بفعل ممكن مقدور للمكلف معلوم له علما يحمله على امتثاله".[3]

ثانيا: مفهومه في القانون الجزائري

يعني المبدأ أن القوانين الجزائية لا تسري إلا على الأفعال التي تقع بعد نفاذها، و لا يترتب عليها اثر فيما وقع قبلها، أي أن القوانين الجزائية ليس لها أثر رجعي.[4] فلا يجوز تسويء مركز الفرد بتوسيع دائرة التجريم أو تغليظ العقوبة بالقوانين الجديدة وسحبها على الماضي.[5] ويعتبر مبدأ عدم رجعية القوانين مبدأ مهما يقوم على أساس من العدالة والمنطق القانوني و المصلحة العامة.[6] فالعدالة لا تتحقق إذا طبقنا تشريع جديد يقر عقوبة على أفعال كانت مباحة قبل صدوره. ومن حيث المنطق القانوني نجد أن القاضي يرجع عند بحثه في العلاقات القانونية وما يترتب عليها من آثار إلى القانون الذي يسري عند نشوئها، فلا يعقل أن يطبق عليها قانون آخر. كما أن القول بسريان التشريع الجديد على الماضي سيؤدي إلى اضطراب المعاملات.[7] وهذا لا يخدم المصلحة العامة.

ومبدأ عدم رجعية القوانين العقابية يقيد السلطة التشريعية إكمالا لمبدأ مشروعية الجريمة والعقوبة، ويصون الحرية الشخصية بما يرد كل عدوان عليها.[8] ونظرا لأهمية هذا المبدأ فقد نص عليه الدستور الجزائري لسنة 1996م الذي عدل بالقانون رقم 16-01 الصادر في 2016/03/07م في المادة 58: "لا إدانة إلا

---

[1] أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، الطبعة الأولى، 2001م ، مؤسسة الرسالة، المد 29، صفحة 349.

[2] محمد خيري الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 448.

[3] احمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، الطبعة الخامسة، 1983م، دار الشروق، القاهرة، صفحة 45.

[4] محمد الطراونة، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 192.

[5] عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري "القسم العام"، الجزء 1 "الجريمة"، مرجع سابق، صفحة 90.

[6] محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية "شرح لقانون أصول المحاكمات الجزائية"، الطبعة الأولى، 2005م دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، صفحة 32.

[7] عبد الله مبروك النجار، أصول القواعد القانونية "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، 2008م، صفحة 356-357.

[8] أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 107.

بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم". كما نصت المادة الثانية من قانون العقوبات الجزائري على هذه القاعدة : "لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة".

ثالثا: الاستثناءات الواردة على عدم رجعية النصوص الجنائية

أ. **الاستثناءات** الواردة على المبدأ في الشريعة **الإسلامية**:

لا يجوز أن يكون للتشريع الجنائي أثر رجعي كقاعدة عامة إلا في حالتين على الاستثناء، هما حالة الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن و النظام الإسلامي العام أو حالة تحقق مصلحة للجاني من هذه الرجعية.[1]

الحالة الأولى: رجعية النص في حالة الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن و **النظام العام**

يقول بعض الفقهاء أن هذه القاعدة مطلقة في الفقه الإسلامي، و لا يرد عليها استثناء إلا في الجرائم الخطيرة التي تمس بالأمن أو النظام العام. وضربوا لذلك ثلاثة أمثال: جرائم القذف، جرائم الحرابة، الظهار.[2]

جرائم القذف: تقررت العقوبات على جريمة القذف بقوله تعالى: **﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلاَ تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ، إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾** (سورة النور: 4-5).

أنزل الله براءة السيدة عائشة رضي الله عنها مما رماها به البعض من الإفك في قوله تعالى: **﴿إِنَّ الَّذِينَ جَاءُوا بِالإِفْكِ عُصْبَةٌ مِنكُمْ لا تحسَبُوه شرًا لكم بَلْ هوَ خيرٌ لكم لِكلِّ امرِئٍ مِنهم مَا اكتسَبَ مِنَ الإِثمِ وَالَّذِي تَوَلَّى كِبْرَهُ مِنْهُمْ لَهُ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾** (سورة النور: 11). في النص خلاف فالبعض يرى أنه نزل قبل حادثة الإفك، فلما كان هذا الحادث وبرأ الله عائشة منه طبق النص على القذفة وعوقبوا بالعقوبة التي قررها.[3] قررها.[3] فإذا صح هذا الرأي لم يكن لنص القذف أثر رجعي.[4] والبعض يرى أن النص نزل بعد حادث الإفك. الإفك. فقد أخرج أبو داود عن عائشة (رضي الله عنها) قالت: "لما نزل عذري، قام النبي صلى الله عليه وسلم على المنبر، فذكر ذاك، و تلا –تعني القرآن- فلما نزل من المنبر، أمر بالرجلين و المرأة فضربوا حدهم". (رواه أبو داود). ويقول بعض الشراح أن هذا النص يفهم منه أن عقوبة القذف كان لها أثر رجعي إذ طبقها النبي صلى

[1] الطاهر بن خرف الله، مدخل إلى الحريات و حقوق الإنسان "التعبير الدستوري للحريات و الحقوق"، الجزء 2، مرجع سابق، صفحة 59.

[2] احمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، صفحة 45.

[3] احمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، صفحة 46.

[4] عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، المد 1، مرجع سابق، صفحة 266.

الله عليه وسلم على مرتكب حادثة الافك بالرغم من أن هذا النص ورد بعد الحادثة.[1] يؤيد هذا الرأي الدكتور عبد القادر عودة واستند إلى ما روي عن الرسول (صلى الله عليه وسلم) أنه صعد إلى المنبر بعد أن خاض الناس في هذا الأمر وقال: «يا معشر المسلمين من يعذرني من رجل قد بلغني عنه أذاه أهل بيتي؟ فو الله ما علمت على أهلي إلا خيرا ولقد ذكروا رجلا ما علمت عليه إلا خيرا، وما يدخل على أهلي إلا معي»، فقام سعد بن معاذ الأنصاري أخو بني عبد الأشهل، فقال أنا يا رسول الله أعذرك، فان كان من الأوس ضربت عنقه، وإن كان من إخواننا من الخزرج أمرتنا ففعلنا أمرك، فقام سعد بن عبادة هو سيد الخزرج و كان قبل ذلك رجلا صالحا ولكن احتملته الحمية فقال لسعد: كذبت لعمر الله لا تقتله ولا تقدر على قتله، فقال أسيد بن خضير وهو ابن عمر سعد ابن معاذ، وقال لسعد بن عبادة: كذبت لعمر الله لنقتلنه فانك منافق تجادل على المنافقين، فتساور الحيان الأوس والخزرج حتى هموا أن يقتتلوا و رسول الله يخفضهم حتى سكتوا. (رواه البخاري). وذهب الدكتور عبد القادر عودة إلى أن هذا الحادث الذي أهم المسلمين وكاد يوقع لفتنة بينهم والذي أنزل الله فيه قرآنا، هو حادث هام يمس أمن الجماعة ونظامها وهو أحق ما يجعل للنصوص فيه أثر رجعي لأن العقوبة في مثل هذا الحادث تدعو إلى تهدئة النفوس الثائرة، ومحو ما خلفته الجريمة من آثار.[2]

جريمة الحرابة: قال تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ (سورة المائدة: 33). اختلف فيها الفقهاء والحقيقة أن لا رجعية فيها على الماضي. فقد استقر الأمر على أن هذه الآية توضح جزاء المحاربين الذين يسعون في الأرض فسادا و أن ما فعله الرسول (عليه الصلاة والسلام) بالعرنين كان من قبيل القصاص.[3] وهو راي الدكتور احمد فتحي بهنسي،[4] وخالفه في الرأي الدكتور عبد القادر عودة الذي اعتبر أن الآية لها أثر رجعي، و لا شك أن المصلحة العامة التي اقتضت أن يكون للنص أثر رجعي. فقد كان حادث العرنين فضيعا، يوشك لو لم يؤخذ أصحابه بعقوبة رادعة أن يجرئ الناس على المسلمين وعلى النظام الجديد، وأن يشجع على قطع الطريق وزعزعة الأمن والنظام. فكان لا بد من عقاب رادع على هذه الجريمة، ولكن العقاب الرادع يقتضي أن يجعل للنص أثر رجعي.[5]

---

[1] احمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، صفحة 46.

[2] عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، المجلد 1، مرجع سابق، صفحة 267.

[3] راجع حديث رسول الله (صلى الله عليه وسلم) بخصوص حادثة العرنين الذي ذكرناه خلال طرحنا لنقاش الفقهاء حول جواز الحكم على الغائب في الشريعة الإسلامية في الصفحة 16.

[4] أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، صفحة 47.

[5] عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، المجلد 1، مرجع سابق، صفحة 268.

جريمة الظهار: قال تعالى: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ﴾ (سورة المجادلة: 1). وفي سبب نزول الآية قالت عائشة رضي الله عنها: تبارك الذي وسع سمعه كل شيء إني لا أسمع كلام خولة بنت ثعلبة ويخفى علي بعضه، وهي تشتكي زوجها (أوس بن الصامت) إلى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) وهي تقول: يا رسول الله أكل شبابي ونثرت له بطني حتى إذا كبر سني وانقطع ولدي ظاهر مني، اللهم إني أشكوا إليك؟ فما برحت حتى نزل جبريل (عليه السلام) بهاته الآيات البينات.[1] وإذا كانت عقوبة الظهار قد طبقت على أوس بن الصامت حدثت قبل نزول النص فمعنى ذلك أن آية الظهار لها أثر رجعي.[2]

الحالة الثانية: وجوب الرجعية إذا كان التشريع أصلح للجاني

فإذا صدر نص جنائي أصلح للجاني، وجب تطبيق هذا النص دون غيره عليه، ولو أن الجاني ارتكب جريمته تحت حكم نص أشد عقوبة ويشترط لتطبيق النص الأصلح للجاني أن لا يكون الحكم الصادر على الجاني تبعا للنص القديم قد أصبح نهائيا.[3]

مثال ذلك جريمة القتل، فالعرب قبل الإسلام كانت تتباين في الديات. حيث كانت دية الشريف أضعاف دية الرجل دونه، ودية النضيري ضعف دية القرضي، وكان الشريف من العرب إذا قتل، لم يقتل قاتله فقط بل قتل من أشراف قبيلة القاتل من يرونه كفء القتيل.[4]

وعند مجيء الإسلام كان من العرب من يطلب بعضا بدماء وجراح. فأبى التفاضل وسوى بين دم الشريف والوضيع، وبين دماء الأحرار ودماء العبيد.[5] وذلك في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ (سورة البقرة: 178). وبعد نزول الحكم في الآية انتهى التفاضل في الدماء والجراح والديات، وطبق الحكم على ما سبقه من دماء وجراح لم يحكم فيها بعد وإذا كان للنص أثر رجعي.[6]

---

[1] شمس الدين القرطبي، الجامع لاحكام القران، مرجع سابق، المجلد 17، صفحة 270.

[2] عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء 1، مرجع سابق، صفحة 270.

[3] عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء 1، مرجع سابق، صفحة 270-271.

[4] يونس عبدالقوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي، صفحة 66.

[5] أحمد هبة، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب، مرجع سابق، صفحة 64.

[6] يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة و العقاب في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، صفحة 67.

ومن نتائج تطبيق التشريع الأصلح للجاني هي:

- إذا صدر التشريع الجديد قبل الحكم في الجريمة و كان أصلح للجاني، حوكم الجاني بمقتضاه حتى لو ارتكب الجريمة في ظل التشريع القديم.[1]
- إذاكان التشريع الجديد بعد الحكم وكان يبيح الفعل و لا يعاقب عليه فيجب أن لا ينفذ الحكم الذي صدر طبقا للتشريع القديم، كما يجب أن لا يوقف تنفيذه إذا كان قد بدأ في تنفيذه.[2]
- إذا كان التشريع الجديد يشدد العقوبة فلا يطبق على الجاني لأنه ليس الأصلح له، ولأن الأصل أن الجرائم يعاقب عليها طبقا للنصوص السارية وقت ارتكابها.[3]
- إذاصدر التشريع الجديد بعد الحكم و كان فيه مصلحة للمحكوم عليه، نفذ من العقوبة المحكوم بها ما يتفق مع العقوبة التي يقررها التشريع الجديد.[4]

ب. الاستثناءات الواردة على المبدأ في القانون الجزائري:

إذا كان الأصل أن النصوص الجنائية ليس لها أثر رجعي. لكن هذا الأصل ليس مطلقا فبعض هذه النصوص له أثر رجعي، وهي النصوص الأصلح للمدعى عليه.[5] واستثناء من القاعدة يطبق النص التجريمي الجديد على وقائع سابقة على نفاذه، إذا كان النص الجديد أقل شدة. فلا تحترم قاعدة عدم رجعية نصوص التجريم على الوقائع السابقة لنفاذها بشكل مطلق إلا في حدود أن يكون القانون الجديد أسوء للمتهم.[6]

وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من قانون العقوبات الجزائري: "لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة". وقضت المحكمة العليا الجزائرية أنه من المقرر أن لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة.[7]

بمعنى أن القواعد الموضوعية التي تجرم الفعل وتقرر له عقوبة تسري على الأفعال اللاحقة لنفاذها لا تسري على الماضي إلا إذا كانت أصلح للمتهم.[8] وهذا الاستثناء يعد من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها

---

[1] عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، المد 1، مرجع سابق، صفحة 272.

[2] يونس عبدالقوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، صفحة 67.

[3] عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، المد 1، مرجع سابق، صفحة 272.

[4] عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، المد 1، مرجع سابق، صفحة 272.

[5] محمد الطراونة، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 193.

[6] عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري "القسم العام"، الجزء 1 "الجريمة"، مرجع سابق، صفحة 91.

[7] يوسف دلاندة، الوجيز في ضمانات المحاكمة العادلة، 2005م دار هومة، الجزائر، صفحة 51.

[8] حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، 1996م، منشأة المعارف، الإسكندرية، صفحة 18.

مبدأ الشروعية كونه يترتب عليه حماية الحرية الفردية. ثم أن إقرار المشرع للقانون الجديد الأصلح دليل على أنه أكثر تحقيقا لمقتضيات المصلحة العامة.[1]

غير أنه يشترط لتطبيق هذا الاستثناء، والمتمثل في جواز رجعية القانون الأصلح للمتهم شروط أهمها:

1. أن يكون القانون الجديد في صالح المتهم

القانون الأصلح هو القانون الذي ينشئ مركزا أو وضعا أفضل للمتهم.[2] فمن حق المتهم الاستفادة من القانون اللاحق الأصلح له بشأن الأفعال التي أتمها قانون سابق وأحلها القانون الجديد أو خفف من عقوبتها.[3] وعند بحث القاضي عن القانون الأصلح للمتهم هل هو القانون الجديد أم القديم، تحكمه ضوابط منها ما يتعلق بالتجريم وما يتعلق بالعقوبة.

ما يتعلق بالتجريم:

يعد القانون الجديد أفضل للمتهم إذا ألغى الجريمة أو جعل منها فعلا مباحا، أو كان يعدل من أركان الجريمة بأن يضيف لها ركن الاعتياد، أو يضيق من نطاق الركن المادي عموما، أو إذا استبعد أحد الظروف المشددة لعقوبة الجريمة.[4]

ما يتعلق بالجزاء:

يعتبر قانونا أصلح للمتهم النص الذي يلغي إحدى العقوبات، أو يهبط بحدها الأدنى مع اتحاد نوعها، أو يتضمن عقوبة أخف جوازية مع العقوبة المقررة أصلا مثل ترك الخيار للقاضي بين عقوبة الحبس وعقوبة الغرامة بعد أن كان القانون القديم يوجب القضاء بالعقوبتين معا.[5] أو إذا كان القانون القديم يرصد للجريمة عقوبة وجاء القانون الجديد يرصد لها تدبيرا من تدابير الأمن، فالقانون الجديد هو الأصلح.[6]

---

[1] محمد الطراونة، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 193.

[2] عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري "القسم العام"، الجزء 1 "الجريمة"، مرجع سابق، صفحة 93.

[3] خيري أحمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 459.

[4] علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 125.

[5] أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 118.

[6] عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري "القسم العام"، الجزء 1 "الجريمة"، مرجع سابق، صفحة 97.

2. سريان القانون الجديد قبل صدور حكم نهائي على المتهم

يجب أن يكون القانون الأصلح للمتهم قد صدر قبل صدور حكم نهائي في الدعوى.[1] ويراد بالحكم النهائي في هذا الصدد الحكم الذي تنقضي به الدعوى الجنائية، وهو ما لا يتحقق إلا بعد استنفاذ طرق الطعن فيه ومنها النقض.[2] ولم يشر قانون العقوبات إلى هذا الشرط كما فعلت بعض القوانين الأخرى. ومع ذلك نرى ضرورة توافر هذا الشرط لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى تعارض تام مع مبدأ عام ومستقر في القانون هو مبدأ حجية الأمر المقضي به.[3]

وقاعدة رجعية القانون الأصلح للمتهم تحمل استثناءات وهي:

- حالة إلغاء تجريم فعل صدر على وشكه حكم نهائي: هذه الحالة لم يشر إليها قانون العقوبات الجزائري.[4] فالاستثناء قاصر على حالة واحدة هي أن يكون القانون الجديد قد جعل الفعل الذي حكم حكم عليه المتهم من أجله غير معاقب عليه.[5]

- القوانين محددة المدة ومبدأ رجوع القانون الأصلح للمتهم، والقوانين محددة المدة على نوعين:[6]
  - قوانين تصدر لمواجهة حالة معينة يستمر القانون بوجودها وتنقضي بانتهائها، مما جعل هذه القوانين محددة المدة بطبيعتها.
  - قوانين محددة المدة سلفا بالنص القانوني على تحديد مدتها. ويقضي هذا الاستثناء عدم رجعية أثر القانون الجديد الأصلح للمتهم أو للمحكوم عليه على الجرائم المرتكبة قبل نفاذه، خلال فترة العمل بقانون مؤقت سابق سواء ألغى القانون الجديد تجريمها أو خفف العقوبة المقررة لها.

- القوانين الشكلية وقاعدة عدم الرجعية: هي التي تنظم إجراءات الدعوى الجنائية كتشكيل المحاكم وبيان اختصاصها وطرق متابعة الجاني. وتستبعد قاعدة عدم الرجعية في هذا المال إذ الأصل بالنسبة لهذه القوانين هو وجوب تطبيق النص الجديد فورا.[1]

---

[1] عبد الله مبروك النجار، أصول القواعد القانونية "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، مرجع سابق، صفحة 361.

[2] أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 141.

[3] عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، الجزء 1 "الجريمة"، مرجع سابق، صفحة 97-98.

[4] عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، الجزء 1 "الجريمة"، مرجع سابق، صفحة 98.

[5] عبد الله مبروك النجار، أصول القواعد القانونية "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، مرجع سابق، صفحة 361.

[6] عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، الجزء 1 "الجريمة"، مرجع سابق، صفحة 99.

الفرع الخامس: تطبيقات مبدأ الشروعية في الشريعة الإسلامية

الهدف من ذكر تطبيقات هذا المبدأ هو بيان دليل التجريم والعقاب في كل جريمة على حدى. فتطبيق هذا المبدأ يختلف من جريمة إلى أخرى إذ أن تطبيقه في جرائم الحدود يختلف عن تطبيقه في جرائم القصاص والدية و كذا يختلف عن الجرائم المعاقب عليها تعزيرا. ونظرا لما يتمتع به هذا المبدأ من أهمية في حماية الحريات الشخصية وحقوق الإنسان، فقد بينت الشريعة تطبيقه في كل الجرائم، كما سيتم توضيحه في ما يلي:

البند الأول: أثر مبدأ الشروعية في جرائم الحدود

الحدود جمع حد، و أصل الحد في اللغة العربية المنع، و الحد بين الشيئين: الفرق بينهما لئلا يعتدي أحدهما على الآخر.[2] والحد في الشرع عقوبة مقررة لأجل حق الله. فيخرج التعزير لعدم تقديره لأن تقديره مفوض لرأي الحاكم، ويخرج القصاص لأنه حق الآدمي.[3] وسميت حدودا لانها محددة ومقدرة بتقدير الله تعالى لدفع الفساد عن الناس، وليس لاحد ان يزيد فيها او ينقص فهي حدود الله التي تحمي نظام المجتمع.[4]

أولا: في جريمة الردة

تعتبر جريمة الردة من أكبر الكبائر و قد جاءت جملة من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية و دلت على ذلك و بينت عقوبة هذه الجريمة الفضيعة. ومن ذلك قولهوَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ الإِسْلاَمِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ (سورة آل عمران: 85). وقوله تعالىوَمَن يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ (سورة البقرة: 217). ومن لسنة قول الرسول (صلى الله عليه وسلم): «لا يحل دم امرئ مسلم، يشهد أن لا اله إلا الله وأني رسول الله، إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيب الزاني، و المارق من الدين التارك للجماعة» (رواه البخاري). وقوله (صلى الله عليه وسلم): «من بدل دينه فاقتلوه». (رواه البخاري)

إذا ثبتت الردة على شخص يحبس ثلاثة أيام يستتاب فيها. وهو قول عمر وعلي (رضي الله عنهما)، ومالك وأصحاب الرأي وأحد قولين للشافعي.[5] ومن أدلة من قال بأن المرتد يستتاب، قوله تعالى: قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ (سورة الأنفال: 38). وحديث عكرمة عن ابن عباس

---

[1] عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، الجزء 1 "الجريمة"، مرجع سابق، صفحة 100.

[2] أبو بكر الأزدي، جمهرة اللغة، الجزء 1، مرجع سابق، صفحة 95.

[3] محمد بهجت عتيبة، محاضرات في الفقه الجنائي الإسلامي، 2007م، المعهد العالي للدراسات الإسلامية، مصر، صفحة 105.

[4] السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني "المعاملات"، الطبعة الثانية، 1973م، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، صفحة 355.

[5] أحمد فتحي بنسي، مدخل الفقه الجنائي الإسلامي، الطبعة الرابعة، 1989م، دار الشروق، القاهرة، صفحة 96.

(رضي الله عنهما) قال: كان رجل من الأنصار أسلم ثم ارتد ولحق بالشرك، ثم تندم فأرسل إلى قومه، سلوا لي رسول الله (صلى الله عليه وسلم): هل لي من توبة؟ فجاء قومه إلى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) فقالوا: إن فلانا قد ندم وإنه أمرنا أن نسألك: هل له من توبة؟ فنزلت: ﴿كَيْفَ يَهْدِي اللَّهُ قَوْمًا كَفَرُوا بَعْدَ إِيمَانِهِمْ﴾ (سورة آل عمران: 86) إلى قوله: ﴿غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (سورة البقرة: 173). فأرسل إليه فأسلم. (رواه النسائي)

ثانيا: في جريمة الزنا

ذكر تحريم الزنا في القرآن والسنة والإجماع. فمن الكتاب نجد قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلاً﴾ (سورة الإسراء: 32). وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا﴾ (سورة الفرقان: 68). وقوله: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾ (سورة النور: 2). لقد سمى الله عز وجل قربان الزنا وحرمه ووصفه بأنه فاحشة لما فيه من اختلاط في الأنساب و هيجان الفتن، فذنب الزنا عظيم وهو من الكبائر.

أما السنة فجاءت بجملة من الأحاديث التي حرمت فيها الزنا و منها: عن عبادة بن الصامت قال: قال لنا رسول الله (صلى الله عليه وسلم) ونحن في مجلس: «تبايعوني على أن **لا تشركوا بالله شيئا، ولا تزنوا، ولا تسرقوا، و** لا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق، فمن وفى منكم فأجره على الله، و **من أصاب من ذلك** شيئا فعوقب به فهو كفارة له، **ومن أصاب من ذلك شيئا** فستره الله، فأمره إلى الله، إن شاء عفى عنه، و إن شاء عذبه». (رواه مسلم)

وما رواه **البخاري و**مسلم في صحيحهما بسندهما عن عبد الله ابن مسعود (رضي الله عنه) قال: قلت يا رسول الله أي الذنب أعظم؟ قال: «أن تجعل لله ندا و **هو خلقك**». قلت: ثم أي؟ قال:«**أن تقتل ولدك من أجل أن يطعم معك**». قلت: ثم أي؟ قال: «أن تزاني حليلة جارك». (رواه البخاري ومسلم)

لقد أجمع المسلمون على تحريم الزنا واعتبروه من الكبائر و لهذا كان حده من أشد **الحدود لأنه جناية على الأعراض والأنسب وهي رابعة** الضروريات الخمس التي لم تخل ملة من الملل من الأمر **بالمحافظة عليها**.[1]

[1] تركي يحي الثبيتي، موقف الشريعة الإسلامية من القاعدة القانونية "**لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص**"، رسالة ماجستير، **مرجع سابق، صفحة** 178.

عقوبة الزنا:

أ. عقوبة البكر الزاني:

المراد بالبكر من الرجال والنساء من لم يجامع في نكاح صحيح وهو حر بالغ عاقل سواء كان جامع بوطء شبهة أو نكاح فاسد أو غيرهما أم لا.[1] وعقوبة البكر الزاني هي الجلد والنفي (التغريب) سنة ودلالة ذلك قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ (سورة النور: 2)، وقوله (صلى الله عليه وسلم): «خذوا عني، خذوا عني، خذوا عني، قد جعل الله لهن سبيلا، البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة، والثيب بالثيب جلد مائة، والرجم». (رواه مسلم)

ب. عقوبة الزاني المحصن:

المحصن من الإحصان، ويأتي بمعنى العفة والتزويج والإسلام والحرية. والمراد هنا من له زوجة عقد عليها ودخل بها وطأها[2] وعقوبته الرجم حتى الموت.[3] لقوله (صلى الله عليه وسلم): «خذوا عني، خذوا عني، خذوا عني، قد جعل الله لهن سبيلا، البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة، والثيب بالثيب جلد مائة، والرجم». (رواه مسلم)

من كل ما تقدم نجد أن الشريعة مع رغبتها الأكيدة لتحريم الزنا لأن فيه ضياعا للأنساب وللحرمات وهتكا للأعراض، لم تهمل شخصية الجاني بل تدرجت في العقاب بحسب حال الجاني في نفسه.[4] وعقوبة الزنا عقوبة قصد بها الزجر والردع والإرهاب أكثر مما قصد بها التنفيذ والفعل.[5]

ثالثا: في جريمة القذف

حرم الله تعالى القذف حماية لأعراض الناس وحفظا لسمعتهم. وجاء تحريم القذف في الكتاب والسنة ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ، إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (سورة النور: 4-5). وقال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعِنُوا فِي

[1] أبو زكرياء النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، الطبعة الثانية، 1392ه، دار إحياء التراث العربي، بيروت، المجلد 11، صفحة 190.

[2] ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تعليق: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، 1379ه، دار المعرفة، بيروت، المجلد 12، صفحة 117.

[3] عبد الله بن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، مرجع سابق، المجلد 9، صفحة 35.

[4] أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، صفحة 24.

[5] السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني "المعاملات"، مرجع سابق، صفحة 357.

الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ (سورة النور: 23).وقال أيضا: إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لا تَعْلَمُونَ (سورة النور: 19).

لقد أكدت السنة النبوية ذلك بتحريمها لجريمة القذف. ومن الأحاديث الدالة على التحريم ما رواه البخاري في صحيحه بسنده عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال: «اجتنبوا السبع الموبقات» قالوا: يا رسول الله وما هن؟ قال: «الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، و قذف المحصنات المؤمنات الغافلات». (رواه البخاري)

عقوبة القذف: قال تعالى: إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعِنُوا فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ (سورة النور: 23). والذي يقتضيه ظاهر الآية ونظمها أن تكون الجمل الثلاث مجموعهن جزاء الشرط يعني الموصول المضمن معنى الشرط كأنه قيل:ومن قذف المحصنات فاجلدوه وردوا شهادته وفسقوه أي اجمعوا له الحد والرد و الفسق.[1]

رابعا: في جريمة شرب الخمر

ثبت تحريم الخمر في الآية و الأحاديث التالية:

قال تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنْصَابُ وَالأَزْلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ (سورة المائدة: 90). قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «كل مسكر خمر، وكل مسكر حرام، ومن شرب الخمر في الدنيا ومات وهو يدمنها لم يتب، لم يشربها في الاخرة» (رواه مسلم)، وقال (صلى الله عليه وسلم): «لعن الله الخمر و شارا، وساقيها، وبائعها، ومبتاعها، وعاصرها، ومعتصرها، وحاملها، والمحمولة إليه». (رواه البيهقي)

وعقوبة شارب الخمر هي الجلد. عن معاوية بن أبي سفيان أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قال: «من شرب الخمر فاجلدوه، فان عاد في الرابعة فاقتلوه» (رواه الترمذي). أما عن مقدار الحد فانقسم الفقهاء إلى مذهبين:

[1] أبو حيان الأندلسي، البحر المحيط في التفسير، تحقيق: محمد جميل، 1420هـ، دار الفكر، بيروت، المجلد 8، صفحة 20.

المذهب الأول: يرى جمهور الفقهاء فيما عدا الشافعي أن حد شارب الخمر ثمانون جلدة.[1] مستدلين بإجماع الصحابة على ذلك، فقد أخرج مالك في الموطأ عن ثور بن زيد الديلي، أن عمر بن الخطاب **(رضي الله عنه)** استشار في الخمر يشربها الرجل. **فقال له علي (كرم الله وجهه):** "نرى أن تجلده ثمانين، فانه **إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى"، أو** كما قال، فجلد عمر في الحد ثمانين.[2]

المذهب الثاني: **يرى الشافعية أن حد الخمر أربعون جلدة.**[3] مستدلين بما رواه مسلم في صحيحه عن أنس ابن **مالك:** "أن النبي **(صلى الله عليه وسلم)** أتي برجل قد شرب الخمر، فجلده بجريدتين نحو أربعين". (رواه مسلم)

خامسا: في جريمة **السرقة**

الآية التي دلت على جريمة السرقة و العقوبة المقررة لها هي قوله تعالى:**وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ** (سورة المائدة: 38). **ومن السنة قوله (صلى الله عليه وسلم):** «لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها». (رواه البخاري)

فالعقوبة الأصلية لجريمة السرقة هي القطع. أما العقوبة التكميلية تعليق اليد المقطوعة في عنق السارق حتى يعرف الناس جميعا أن هذا قد سرق فيكون عبرة لغيره.[4] **ولكن** هناك جملة من الشروط الواجب توفرها **لتطبيق** حد القطع في السرقة **وهي: أن تكون السرقة من حرز، وأن يكون المسروق بما لا يسرع إليه الفساد، وأن يكون المسروق نصابا، ومطالبة المسروق منه بماله، وانتفاء الشبهة، و كذا ثبوت السرقة بشهادة عدلين أو إقرار مرتين.**[5]

من السنة ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه **أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قال: «لا** يزني الزاني حين يزني و هو مؤمن، ولا يشرب الخمر حين يشربها وهو مؤمن، ولا يسرق السارق حين يسرق **وهو مؤمن»**

---

[1] عبد السلام محمد الشريف العالم، النظام العقابي في التشريع **الإسلامي**، الطبعة الثانية، 1995م، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، صفحة 203.

[2] **مالك بن أنس، الموطأ**، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، الطبعة الأولى، 2004م، مؤسسة زايد بن سلطان ال نهيان للاعمال الخيرية والإنسانية، أبوظبي، **الإمارات** ، المد 5، صفحة 1234.

[3] عبد السلام محمد الشريف العالم، النظام العقابي في التشريع الإسلامي، **مرجع سابق**، صفحة 203.

[4] احمد فتحي بهنسي، مدخل الفقه الجنائي الإسلامي، **مرجع سابق**، صفحة 46-47.

[5] بكر بن عبد الله أبو زيد، الحدود والتعزيرات عند ابن القيم "دراسة موازنة"، النشرة الثانية، 1415ه، دار العاصمة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، صفحة 360-370.

(رواه البخاري). وقد تضمن هذا الحديث التحرز والتحذير من ثلاثة أمور هي من أعظم أصول المفاسد، و خصت السرقة بالذكر لكونها اغلب الوجوه التي يؤخذ بها المال الغير بغير حق.[1]

سادسا: في جريمة الحرابة

الأصل في تحريم الحرابة و العقاب عليها هو قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلاَفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ (سورة المائدة: 33). ومن السنة ما رواه الإمام البخاري عن أنس بن مالك رضي الله عنه: أن نفرا من عكل ثمانية، قدموا على رسول الله (صلى الله عليه وسلم) فبايعوه على الإسلام، فاستوخموا الأرض فسقمت أجسامهم، فشكوا ذلك إلى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) فقال: «أفلا تخرجون مع راعينا في إبله فتصيبون من البانها وأبوالها»، فقالوا: بلى، فخرجوا فشربوا من ألبانها وأبوالها فصحوا فقتلوا راعي رسول الله (صلى الله عليه وسلم) وأطردوا النعم، فبلغ ذلك رسول الله (صلى الله عليه وسلم) فأرسل في آثارهم فأدركوا فجيء بهم، فامر بهم فقطعت ايديهم وأرجلهم وسمر أعينهم ثم نبذهم في الشمس حتى ماتوا. (رواه البخاري). ومنه نجد أن العقوبة المقدرة لجريمة الحرابة هي القتل أو الصلب أو القطع من خلاف أو النفي.

سابعا: في جريمة البغي

تظافرت الأدلة من الكتاب والسنة على تحريم جريمة البغي، وعلى وجوب طاعة الإمام والنهي عن الخروج عنه وملازمة جماعة المسلمين.

فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ (سورة النساء: 59). وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ﴾. (سورة الحجرات: 9)

ومن السنة، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله (صلى الله عليه وسلم) يقول: «و من بايع إماما، فأعطاه صفقة يده، و ثمرة قلبه فليطعه ما استطاع، فان جاء أحد ينازعه فاضربوا رقبة

[1] تركي بن يحي الشبيتي، موقف الشريعة الإسلامية من القاعدة القانونية "لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص"، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 294.

الآخر» (رواه النسائي). وقال أيضا: «انه ستكون هنات وهنات، فمن أراد أن يفرق أمر هذه الأمة و هي جميع، فاضربوه بالسيف كائنا من كان». (رواه مسلم)

البند الثاني: أثر مبدأ الشروعية في جرائم الدية و القصاص

الجرائم التي يعاقب عليها بالقصاص هي: القتل العمد وإتلاف الأطراف عمدا والجرح العمد.[1] أما الجرائم التي يعاقب عليها بالدية فهي جرائم القصاص إذا عفي عن القصاص أو امتنع القصاص لسبب شرعي والقتل شبه العمد والقتل الخطأ وإتلاف الأطراف خطأ والجرح خطأ.[2]

أولا: أثر مبدأ الشروعية في جرائم القتل العمد

جاءت آيات قرآنية وأحاديث نبوية بالنص على هذه الجرائم والعقوبات المقررة لها تبعا ومنها قوله يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنْثَى بِالأُنْثَى (سورة البقرة: 178). وقوله تعالى: وَلاَ تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ (سورة الإسراء: 33). وقال تعالى: وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ (سورة المائدة: 45).

أما من السنة قوله (صلى الله عليه وسلم): «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين، إما أن يودى أو يقاد» (رواه أبو داود). وعن عبد الله بن مسعود (رضي الله عنه) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): «لا يحل دم امرئ مسلم، يشهد أن لا اله إلا الله وأني رسول الله، إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيب الزاني، و المارق من الدين التارك للجماعة». (رواه البخاري)

فهذه النصوص تحرم القتل العمد و تجعل عقوبته القصاص. إلا إذا عفى ولى القتيل فتكون العقوبة الدية وهي مائة من الإبل.[3] قال (صلى الله عليه سلم): «في النفس مائة من الإبل». (رواه النسائي)

ثانيا: أثر مبدأ الشروعية في جريمة إتلاف الأطراف عمدا والجرح عمدا

حددت جرائم إتلاف الأطراف و الجرح عمدا وعقوباتها في الآيات التالية: قال تعالى: وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنْفَ بِالأَنْفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ

[1] عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، المد 1، مرجع سابق، صفحة 121.

[2] سمير محمد عبد المقصود هندي، الاشتباه و حرية المواطن في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، صفحة 148.

[3] عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مرجع سابق، المد 1، صفحة 122.

ن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ (سورة المائدة: 45). وقوله تعالى: وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ (سورة النحل: 126).

ثالثا: أثر مبدأ الشروعية في جريمة القتل شبه العمد

قال تعالى: فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ (سورة البقرة: 194). وتعتبر الدية هي العقوبة الأصلية للقتل شبه العمد. والأصل في ذلك قوله (صلى الله عليه وسلم): «قتيل الخطأ شبه العمد بالسوط او العصا، مائة من الإبل اربعون منها في بطونها اولادها» (رواه النسائي). والفرق لجوهري بين القتل العمد والقتل شبه العمد يظهر في الحكم، فيجب في القتل العمد القصاص، بينما في شبه العمد لا يجب القصاص ونما تجب الدية المغلظة والكفارة، والحرمان من الميراث و الوصية.[1]

رابعا: أثر مبدأ الشروعية في جريمة القتل الخطأ

عقوبات القتل الخطأ منها ما هو أصلي وهو الدية والكفارة، ومنها ما هو بدل وهو التعزير والصيام، ومنها ما هو تبعي وهو الحرمان من الميراث و الحرمان من الوصية.[2] وهذا امتثالا لقوله تعالى: وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلاَّ خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلاَّ أَنْ يَصَّدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا. (سورة النساء: 92)

خامسا: أثر مبدأ الشروعية في جرائم قطع الأطراف و الجراح خطأ

الأصل في وجوب الدية في إبانة الأطراف أو تفويت منفعتها هو ما جاء في كتاب الرسول صلى الله عليه وسلم إلى أهل اليمن والذي بين فيه (صلى الله عليه وسلم) الفرائض والسنن والديات وبعث به مع عمر بن حزم وفيه: «...إن من إعتبط مؤمنا قتلا فانه قود إلى أن يرضى أولياء المقتول، وأن في النفس مائة من الإبل، وفي الأنف إذا أوعب جدعه الدية، وفي اللسان الدية، وفي الشفتين الدية، وفي البيضتين الدية، وفي الذكر الدية، وفي الصلب الدية، وفي العينين الدية، وفي الرجل الواحد نصف الدية، وفي المأمومة ثلث الدية، وفي الجائفة ثلث الدية، وفي المنقلة خمس عشرة من الإبل، و في كل أصبع من أصابع اليد والرجل عشر من

[1] احمد فتحي بهنسي، الجرائم في الفقه الإسلامي "دراسة فقهية مقارنة"، الطبعة السادسة، 1988م، دار الشروق، القاهرة، صفحة 218.
[2] عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مرجع سابق، المد 2، صفحة 200.

الإبل، وفي السن خمس من الإبل، و في الموضحة خمس من الإبل» (رواه النسائي). وارش الهاشمة عشر من الإبل لما روي عن زيد بن ثابت (رضي الله عنه) أنه قال: في الدامية بعير، وفي الباضعة بعيران، وفي المتلاحمة ثلاث من الإبل، وفي السمحاق أربع، وفي الموضحة خمس، وفي الهاشمة عشر، وفي المنقولة خمس عشرة، وفي المأمومة ثلث الدية.[1] أما الدامغة فلم يرد نص يقدر ديتها ولما قيست بالمأمومة ويجب فيها ثلث الدية.[2]

و لذا يتبين لنا أن القرآن والسنة أحصيا العقوبات في جرائم الحدود والقصاص و الديات إحصاءا بحيث لا يسع القاضي أن يخالف النص في هذا، فلا يمكنه أن يزيد أو ينقص في العقوبة.[3] والعبرة من ذلك التأكيد على مشروعيتها نظرا لخطورتها. إذ تشكل هذه الجرائم اعتداءا على ما أعتبرته الشريعة ضرورات لا تتحقق مقاصد الشريعة بالاعتداء عليها، لذلك لم تترك لتعيين الخلق أو تقديرهم بل تكفل الله سبحانه وتعالى وهو العليم بما خلق وبما يضر الإنسان وينفعه بتعيين هذه الجرائم وتقدير عقوبات مناسبة لخطورتها ومدى تاثيرها السلبي على حياة الفرد والمجتمع الاسلامي بل والإنساني ككل.[4]

ويتشابه عمل القاضي في الحدود كما هو في القصاص مع اختلاف في حالة إذا عفى المجني عليه او وليه في القصاص فهو في هذه الحالة لا يطبق عقوبة القصاص أو الدية. وليس لسلطة القاضي العفو عن عقوبات القصاص لأنه لا يملك إسقاط حق لله أو الأفراد كما نجد هنا تطبيقا دقيقا لقاعدة المشروعية.[5]

البند الثالث: أثر مبدأ الشروعية في جرائم التعزير

جرى التشريع الجنائي الإسلامي على أن لا يفرض لكل جريمة من جرائم التعزير عقوبة معينة كما تفعل القوانين الوضعية، لأن تقييد القاضي بعقوبة معينة يمنع العقوبة أن تؤدي وظيفتها، ويجعل العقوبة غير عادلة في كثير من الأحوال. بل لان ظروف الجرائم والمجرمين تختلف اختلافا بينا، وما قد يصلح مجرما بعينه قد يفسد مجرما آخر، و ما يردع شخصا عن جريمة قد لا يردع غيره.[6] والشريعة الإسلامية في تطبيق القاعدة على

---

[1] أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، مرجع سابق ، المد 9، صفحة 307.

[2] منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، المد 6، صفحة 54.

[3] محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي "الجريمة"، دار الفكر العربي، صفحة 139.

[4] محمد كامي دكير، خصائص العقوبة في الشريعة الإسلامية، مجلة البصائر، العدد 32، السنة 15، 2004م، صفحة 1.

[5] سمير محمد عبد المقصودهندي، الاشتباه و حرية المواطن في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، صفحة 149-150.

[6] كريم بن عيادة بن غطاي العنزي، الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي بين الشريعة و القانون مع التطبيق في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 80-81.

جرائم التعازير توسعت إلى حد ما لأن المصلحة العامة و طبيعة التعازير تقتضي هذا التوسع.[1] وهذا التوسع عام على حساب جرائم الحدود و هذا ما ميز جرائم الحدود عن التعازير، وأهم نقاط الاختلاف هي:

1. الحدود يتساوى الناس فيها جميعا، بينما التعزير مختلف باختلافهم فإذا زل رجل كريم فانه يجوز العفو عن زلته، وإذا عوقب عليها فانه ينبغي أن تكون أخف من عقوبة من ارتكب مثل زلته ممن هو دونه في الشرف والمنزلة.[2] قال (صلى الله عليه وسلم): «اقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود». (رواه أبو داود)

2. لكل حد عقوبة معينة أو عقوبات لا محيص من توقيعها على الجاني. أما في التعازير فهناك مجموعة من العقوبات تبدأ من النصح وتنتهي بالجلد والحبس وقد تصل للقتل في الجرائم الخطيرة.[3]

3. لولي الأمر أن يقبل الشفاعة في التعازير، كما له أن يعفو عن مرتكب الجريمة التي يعزر من أجلها المتهم. بينما في الحدود لا يقبل عفو أو شفاعة.[4]

والتعزير يكون في كل معصية لا حد فيها و لا كفارة، سواءا كانت المعصية لله أو لحق الآدمي.[5] والمعاصي هي إتيان ما حرمته الشريعة من المحرمات وترك ما أوجبته من الواجبات.[6] ولكن الشريعة تجيز استثناءا استثناءا من هذه القاعدة أن يكون التعزير في غير معصية، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.[7] ويشترط في التعزير للمصلحة العامة أن يرتكب الجاني فعلا يمس النظام العام و أن يؤذي بفعله هذا المصلحة العامة.[8] فالافعال والحالات التي تدخل في التعزير للمصلحة العامة لا يمكن حصرها مسبقا، لانها ليست محرمة لذاتها وإنما تحرم لوصفها. والوصف هو إضرارها بالمصلحة العامة والنظام العام.[9] ومن تطبيقات مبدأ الشرعية في التعزير للمصلحة العامة:

---

[1] يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة و العقاب في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، صفحة 39.

[2] السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني "المعاملات"، مرجع سابق، صفحة 590.

[3] يونس عبدالقوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، صفحة 39.

[4] احمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، صفحة 130.

[5] ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر و التوزيع، المد 10، صفحة 347.

[6] عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، المد 1، مرجع سابق، صفحة 128.

[7] عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، المد 1، مرجع سابق، صفحة 150.

[8] يونس عبدالقوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، صفحة 55.

[9] عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام" دراسة مقارنة بالقانون الوضعي"، مجلة الحقوق، العدد 3، السنة السابعة، سبتمبر 1983م، جامعة الكويت، صفحة 46.

1. أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) حبس رجلا اتهم بسرقة بعير، ولما ظهر فيما بعد بأنه لم يسرقه أخلى عليه السلام سبيله. ووجه الاستدلال أن الحبس عقوبة تعزيرية والرسول (صلى الله عليه وسلم) حبس الرجل بمجرد الاتهام، فمعنى هذا أنه عاقبه على التهمة و أساس العقاب هنا المصلحة العامة.[1]

2. نفي المخنث خلقة وهو الذي يشبه أقواله وأفعاله أقوال النساء وأفعالهن من غير اختيار منه أو قصد.[2] فيعزر بالنفي، مع أنه لم يرتكب معصية إنما هو فعل للمصلحة.[3]ففيه هي حفظ المسلمين من التعلم منه والتأثر به.

يقول بعض الشراح أن التعزير قد يكون على المخالفات. ويفسرون ذلك نقلا عن بعض الآراء الفقهية في أن الجاني يعاقب لا باعتباره عاصيا، ولكن باعتباره مخالفا أي تاركا لمندوب أو فاعلا لمكروه.[4]

مما سبق يتضح لنا أن الشريعة الإسلامية في تطبيقها لقاعدة المشروعية انتهجت أسلوبين، أسلوب متشدد، حيث جاءت النصوص محددة للأفعال التي تعتبر جرائم ومقدرة للعقوبة المقررة لكل جريمة. وأسلوب مرن، حيث جاءت النصوص بأفعال تعتبر جرائم تعزيرية و تركت السلطة لولي الأمر في تقدير العقوبة المناسبة لكل جرم.

المطلب الثالث: مبدأ قرينة البراءة

لضمان تحقيق العدالة وإرساء دعائمها على أسس قانونية متينة. وحتى لا يفلت مجرم من العقاب أو يزج ببريء في قفص الإدانة. فإن مبدأ قرينة البراءة يظهر كأهم المبادئ التي لا يمكن الاستغناء عنها لإقامة العدالة، وتجسيد فكرة احترام حقوق الإنسان. ويعتبر المبدأ مستقرا مع هذه الإنسانية، حيث يؤسس افتراض البراءة على الفطرة التي جبل الإنسان عليها. فقد ولد حرا مبرئا من الخطيئة، لذلك يصاحب هذا المبدأ الإنسان طيلة حياته حتى ولو كان موضع شبهة أ و اتهام. ومبدأ قرينة البراءة هو من أهم المبادئ المقررة في النظام الجنائي الإسلامي والوضعي، والذي يهدف إلى حماية حقوق و حريات الأفراد أثناء المتابعة الجزائية، فهو يمثل دعامة رئيسية لحق الدفاع.

---

[1] عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء 1، مرجع سابق، صفحة 150.

[2] شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 1984م، دار الفكر، بيروت، المجلد 8، صفحة 298.

[3] شمس الدين الشربيني الشافعي، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، لبنان، المجلد 2، صفحة 526.

[4] احمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، صفحة 133.

الفرع الأول: تعريف مبدأ قرينة البراءة و **مضمونه**

البند الأول: في الشريعة **الإسلامية**

يعني مبدأ قرينة البراءة أن يعامل الشخص على أنه بريء حتى تثبت إدانته، إذ يجب بقاء ما كان **على ما كان وتسمى الاستصحاب.** وهو اعتبار الحالة الثابتة في وقت ما مستمرة في سائر الأوقات حتى **يثبت** انقطاعها أو تبدلها،[1] أي بقاء الأمر على ما كان حتى يوجد ما يغيره.[2]

فمن سمو الشريعة الإسلامية التي لا تدين إلا من **ارتكب الجريمة أن تقرر هذا المبدأ الدقيق. فكل متهم قبل الشهادة عليه** أو إقراره باق على البراءة **الأصلية، لأن الأصل** براءته حتى **يثبت ما نسب إليه. وما ينتج عن مبدأ** "أصل البراءة" **أن اليقين لا يزول بالشك، فما ثبت بيقين لا يزول بالشك بل بيقين قوي.**[3] **وذا تكون** امتازت الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية عند تقريرها لهذا المبدأ منذ **القرن 07 ميلادي،** بينما لم تعرف القوانين الوضعية هذا المبدأ إلا في أواخر القران **18 ميلادي.**

البند الثاني: في القانون **الوضعي**

عرفه الدكتور أحمد فتحي سرور بقوله: "ونعني بذلك أن كل متهم بجريمة مهما بلغت جسامتها، يجب معاملة الشخص المتهم أو المشتبه فيه بوصفه بريئا حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات".[4] **وعرفه أيضا الدكتور** محمد محدة: "**معاملة الشخص مشتبها فيه كان أم** متهما في جميع مراحل الإجراءات و **مهما كانت جسامة** الجريمة التي نسبت إليه على أنه بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي وفقا للضمانات التي قررها القانون للشخص في كل مراحله".[5]

إذن يقصد بهذا الأصل أن المتهم بريء حتى يقوم الدليل القاطع و **المقنع على إدانته.**[6] **فمن الضمانات** الضمانات المقررة لحماية حقوق المتهم حقه في أن يعتبر بريئا حتى تثبت **إدانته طبقا للقانون.**[7] وقرينة البراءة **مقررة لمصلحة الإنسان** لتجنبه عدم المساس بحريته وتصون حقوقه، **وتحول دون تدخل السلطة العامة والإنقاص**

---

[1] محمود الشريبني، القضاء في الإسلام، مرجع سابق، صفحة 66.

[2] **ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق:** محمد عبد السلام إبراهيم، الطبعة الأولى، 1411ه/1991م، دار الكتب العلمية، بيروت، المجلد 1، صفحة 255.

[3] محمود الشريبني، القضاء في الإسلام، مرجع سابق، صفحة 65.

[4] أحمد**فتحي سرور، الشرعية الدستورية و**حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، **مرجع سابق، صفحة** 179.

[5] محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، الجزء 3، **مرجع سابق، صفحة** 225.

[6] أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، الجزء 2، **الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، صفحة** 434.

[7] محمد الطراونة، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية "**دراسة مقارنة**"، **مرجع سابق، صفحة** 169.

من حرية الشخصية للفرد. كما أن وجودها يؤدي إلى عدم إلحاق الضرر بالمتهم فيما لو تمت معاملته مسبقا على أنه مدان، ثم اتضحت براءته بعد ذلك. وكذا عدم إهدار العدالة واهتزاز ثقة الناس بالقضاء. إضافة إلى ذلك أيا تجنب وقوع الاخطاء القضائية بإدانة الابرياء الدين يقصرون في إثبات براءهم.[1]

ويستند المبدأ إلى أن الأصل في الأشياء الإباحة والاستثناء هو التجريم والعقاب بنص تشريعي،[2] لذلك فهو يرتبط مبدأ قرينة البراءة بمبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بمقتضى نص قانوني".[3] فمبدأ المشروعية يكفل حماية حرية الأفراد وأمنهم.[4] وإن افتراض البراءة يتفادى الأضرار الناشئة عن أخطاء القضاة، وخاصة ثقة الناس في القضاء.[5] إذن المبدآن متلازمان ومتكاملان، ولكل منهم مجاله القانوني.[6] لأن قاعدة الأصل في الأفعال الإباحة قاعدة موضوعية تحمي الأفراد من خطر التجريم والعقاب بغير نص قانوني. أما قاعدة الأصل في الإنسان البراءة، فهي قاعدة إجرائية تحمي حريات الأفراد من مواجهة السلطة. كما انها تمثل ضمانة لاحترام حقوق الإنسان وحريته، ومعاملته على أنه إنسان بريئ في جميع مراحل الدعوى، بدءا من مرحلة الاستدلال حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات.[7]

الفرع الثاني: أصل مبدأ قرينة البراءة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

البند الأول: أصل مبدأ قرينة البراءة في الشريعة الإسلامية

لقد بدأت الشريعة الإسلامية الغراء بما أتت إليه القوانين الوضعية حديثا. فحوت من القواعد والمبادئ والأسس القانونية ما لم يتوصل إليه الفقه الجنائي الوضعي إلا في العصر الحديث. ولعل مبدأ البراءة الذي أرست قواعده شريعتنا الغراء هو أعظم دليل على مدى محافظة الشريعة الإسلامية على حقوق الإنسان وآدميته وكرامته وحريته.[8] وهذا ما بينته الآيات القرآنية والأحاديث النبوية وما أكدته القواعد الأصولية الآتي ذكرها.

---

[1] فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية بين النظري والعملي مع آخر التعديلات، الجزائر، صفحة 340-341.

[2] محمود هارون النوافلة، حقوق المتهم أثناء التحقيق الابتدائي دراسة مقارنة بين في التشريع الإسلامي والقانون الجنائي الأردني، رسالة دكتوراه، 2011م، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، صفحة 39.

[3] محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، صفحة 71.

[4] أحمد عبد الحميد الدسوقي، الحماية الموضوعية والإجرائية لحقوق الإنسان في مرحلة ما قبل المحاكمة "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، 2007م، دار النهضة العربية، صفحة 71.

[5] فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية بين النظري والعملي مع آخر التعديلات، مرجع سابق، صفحة 340-341.

[6] أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية، 1993م، دار النهضة العربية، صفحة 81.

[7] أحمد إدريس أحمد، افتراض براءة المتهم، رسالة دكتوراه، 1984م، جامعة القاهرة، صفحة 78.

[8] جلول شيتور، ضمانات عدم المساس بالحرية الفردية، مرجع سابق، صفحة 26.

أولا: القرآن الكريم

من نصوص القرآن الكريم نجد قوله تعالى **﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾** (سورة الحجرات: 6). وقوله أيضا: **﴿وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾** (سورة النجم: 28).

ثانيا: السنة النبوية

من السنة النبوية قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ادرءوا الحدود بالشبهات».[1] وروي عن عائشة (رضي الله عنها) أنا قالت: قال (عليه السلام): «ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فان كان له مخرجا فاخلوا سبيلهم، فان الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة» (رواه الترمذي). وقوله (صلى الله عليه وسلم): «كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه، كمثل البهيمة تنتج البهيمة هل ترى فيها جدعاء». (رواه البخاري).

ثالثا: القواعد الأصولية

أما القواعد الأصولية التي قررت مبدأ قرينة البراءة هي: استصحاب البراءة،[2] الأصل براءة الذمة،[3] اليقين لا يزول بالشك[4].إذ يعبر فقهاء الشريعة الإسلامية عن هذا المبدأ بقولهم أن المتهم حاله حال البراءة الأصلية، أو أن حاله حال استصحاب البراءة، والأصل براءة الذمة.[1]

---

[1] أبو حامد الغزالي، المستصفى، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، الطبعة الأولى، 1993م، دار الكتب العلمية، صفحة 382.

الشبهة لغة: هي الإلتباس . وفي الشرع: ما التبس أمره فلا يدري أحلال هو أم حرام، وحق هو ام باطل.أنظر: إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار (مجمع اللغة العربية بالقاهرة)، المعجم الوسيط، مرجع سابق، صفحة 471. أنظر أيضا: الجرجاني ، التعريفات، الطبعة الأولى، 1983م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،صفحة 124.

والشبهة إصطلاحا: هي ما يشبه الثابت وليس بثابت، أو هي وجود الشبح صورة مع انعدام حكمه أو حقيقته.أنظر: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، الجزء 1، مرجع سابق، صفحة 209.

وحديث الرسول (ص) يعتبر أيضا من القواعد الأصولية التي تعتبر من القواعد المهمة في الشريعة، والتي مؤداها أنه متى قامت لدى القاضي شبهة في ثبوت إرتكاب الجريمة الموجبة لعقوبة من عقوبات الحدود، فإن لا يحق للقاضي أن يحكم عليه بعقوبة الحد، ولكن قد يحكم عليه بعقوبة تعزيرية، فكما أن الشبهة قد تؤدي إلى إبراء المتهم مما أسند إليه، فقد تؤدي إلى تغيير وصف التهمة، بحيث يدان بتهمة أخرى. ومن الأدلة التي جاءت تنص على القاعدة: قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه:" لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلي من أن أقيمها بالشبهات". أنظر: محمود هارون النوافلة، حقوق المتهم أثناء التحقيق الابتدائي دراسة مقارنة بين التشريع الإسلامي والقانون الجنائي الأردني، رسالة دكتوراة، مرجع سابق، صفحة 35.

[2] استصحاب البراءة، معناه جعل الحكم الذي كان ثابتا في الماضي باقيا على حاله حتى يقوم دليل على إنتقاله عن تلك الحال (البراءة). أنظر: عبد الله بن يوسف العنزي، تيسير علم أصول الفقه، مرجع سابق، صفحة 220.

[3] الأصل براءة الذمة لذا كان القول قول المدعى عليه لموافقته الأصل،والبينة على المدعي لإدعائه ما خالف الأصل. والأصل هو البراءة. أنظر: ابن نجيم المصري، الآشباه و النظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، الطبعة الأولى، 1999م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، صفحة 50.أنظر أيضا: محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية و تطبيقاتها في المذاهب الأربعة، الطبعة الأولى، 2006م، دار الفكر، دمشق، سوريا، صفحة 142.

[4] اليقين لا يزول بالشك، بمعنى أن اليقين لا يرتفع بالشك. أنظر: ابن نجيم المصري، الأشباه و النظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، مرجع سابق، صفحة 47-50.

البند الثاني: أصل مبدأ قرينة البراءة في **القانون الوضعي**

عملت التشريعات على تكريس مبدأ البراءة الأصلية. **بيد** أن ما يجب ملاحظته أن إقرار **المبدأ ورد** باختلاف بين تشريع وآخر من حيث مصدره. فبعض الدول أقرت المبدأ صراحة في دستورها، كما أن البعض الآخر أفرغ لها نصا في القانون، بينما اقتصرت بعض التشريعات على ذكر مبدأ البراءة ضمن قانون الإجراءات **الجزائية.**[2] كالدستور الأردني لسنة 1952م مثلا لم ينص على **هذا المبدأ صراحة بل اكتفى بالنص على أن" الحرية الشخصية مصونة"** في المادة 07 **منه، لكنه أفرد نصا** في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني في المادة 147 **يقرر صراحة أن** المتهم بريئ حتى تثبت إدانته بدليل قاطع. **أما بالنسبة للقانون الجزائري نجد دستور** 1996 **المعدل بالقانون رقم** 16-01 الصادر في 2016/03/07م نص على المبدأ في المادة 56 **منه:** "كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته، في إطار محاكمة عادلة تؤمن له كافة **الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه** ". لكن قانون الإجراءات الجزائية لم يتضمن بين نصوصه نصا يقرر فيه مبدأ افتراض البراءة.[3] **إلا أنه يمكن القول** أن قواعده موضوعة على أساس منه. **ذلك أن التقييد والتعرض للحقوق والحريات لا** يكون إلا في حالات محددة **قانونا، انطلاقا** من الحق في الوصول للحقيقة و حق الدولة في **العقاب من جهة و**احترام المبدأ نفسه من جهة أخرى.[4]

الفرع الثالث: أهمية مبدأ قرينة البراءة و **نتائجه**

البند الأول: أهمية مبدأ قرينة البراءة

1. **المبدأ هو ضمان لحرية الأفراد وعدم الاعتداء** عليها إلا في إطار القانون وتحت رقابة القضاء. **كما أن** الحكمة تقضي انه إذا عومل الإنسان على انه متهم بمجرد توجيه الاتهام إليه ثم قضى ببراءته فان **ضررا جسيما يكون قد لحق به بدون مقتضى.**[5]
2. يسهم هذا الأصل في **تفادي الأخطاء القضائية بإدانة الأبرياء. و**خاصة أن هذه الأخطاء تفقد الثقة في النظام القضائي في نظر المجتمع.[1]

ومن المعاني العامة للقاعدة الأصولية، أن الأمر المتيقن ثبوته لا يرتفع إلا بدليل قاطع، ولا يحكم بزواله أو ارتفاعه بمجرد الشك، وكذلك الأمر المتيقن عدم ثبوته، أو **وقوعه لا** يحكم بثبوته بمجرد الشك، لأن اليقين آكد وأقوى من الشكن فلا يقدر على معارضته وجودا أو عدما.**أنظر:** محمود هارون النوافلة، حقوق **المتهم أثناء التحقيق الابتدائي دراسة مقارنة بين التشريع الإسلامي والقانون الجنائي** الأردني، رسالة دكتوراه، **مرجع سابق، صفحة** 32.

[1] عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام" **دراسة مقارنة بالقانون الوضعي"**، مجلة الحقوق، مرجع سابق، صفحة 59.

[2] مروان محمد، **الحماية الدستورية للحريات الشخصية و**حقوق الدفاع في **المتابعات الجنائية**، موسوعة الفكر القانوني، العدد 2، **يصدر عن دار هلال للخدمات الإعلامية، مركز** الدراسات **و**البحوث القانونية "**الموسوعة القضائية الجزائرية**"، صفحة 7.

[3] **عبد الله أوهايبية، ضمانات الحرية الشخصية أثناء مرحلة البحث التمهيدي "الاستدلال"**، 2004م، الديوان الوطني للأشغال التربوية، صفحة 60.

[4] **عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري "التحري و التحقيق"**، مرجع سابق، صفحة 24.

[5] عبد الحكم فودة، البراءة و عدم العقاب في الدعوى الجنائية، 2000م، **منشأة المعارف، الإسكندرية، صفحة** 466.

3. أ تعد سياجا يقي الحريات الشخصية من أي تعسف أو تحكم من طرف أجهزة التحري عن الجرائم. فكل شخص يعد بريئا حتى تثبت إدلته وهو بذلك لا يطالب بإثبات براءته التي هي أصل وحقيقة ثابتة.[2] وترتيبا على ذلك رأى البعض أن النيابة العامة تلتزم بإثبات انتفاء كل ما ينفي مسؤولية المتهم جزائيا.[3]

البند الثاني: نتائج مبدأ قرينة البراءة

من الضمانات الأساسية التي تنتج عند تطبيق مبدأ أصل البراءة، حماية الحرية الشخصية وإلقاء عبء الإثبات على النيابة العامة، وتفسير الشك لصالح المتهم.

أولا: حماية الحرية الشخصية

الراجح فقها هو أن مبدأ أصل البراءة بمثابة توجيه هام إلى أجهزة الدولة في الإجراءات الجنائية لمعاملة الإنسان المتهم بصفته بريئا، وهو ما يتطلب احترام حريته الشخصية.[4] فالمتهم عند تحريك الدعوى وبداية التحقيق تتقلص حريته جزئيا كلما أخذت إجراءا ت جد يدة هدف الكشف عن الحقيقة وتقصيها.[5] الأمر الذي جعل هذا المبدأ ذاأهمية في حماية الحرية و ال تكفل ضمانا ها، ووقوفه ضد تحكم السلطة و س يطرا.[6]

ثانيا: إلقاء عبء الإثبات على النيابة العامة

تترتب عن إعمال قاعدة البراءة الأصلية أثر مباشر على مسألة عبئ الإثبات الجنائي. حيث ينجر أساسا عن هذه القاعدة إعفاء الشخص المتابع جنائيا من تحمل عبئ الإثبات، فليس له أن يثبت براءته.[7] وتلتزم النيابة العامة بإثبات وقوع الجريمة و نسبتها إلى المتهم و تقديم الأدلة على ارتكابه لها. ولا يكلف المدعى عليه أن يثبت أنه بريء.[8] وهذا مأخوذ من قول ابن عباس: أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قضى أن: «اليمين على المدعى عليه». والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي (صلى الله عليه وسلم)، وغيرهم: أن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه. (رواه الترمذي). فمن الثابت في الفقه الإسلامي أن

---

[1] أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، صفحة 184.

[2] أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 71.

[3] أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، الجزء 2، مرجع سابق، صفحة 434.

[4] خيري أحمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 920.

[5] جلول شيتور، ضمانات عدم المساس بالحرية الفردية، مرجع سابق، صفحة 39.

[6] محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، الجزء 3، مرجع سابق، صفحة 239.

[7] مروان محمد، الحماية الدستورية للحريات الشخصية وحقوق الدفاع في المتابعات الجنائية، موسوعة الفكر القانوني، مرجع سابق، صفحة 9.

[8] محمد الطراونة، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 173.

عبء إثبات البراءة لا يقع على المتهم. الذي لا يلزم بتقديم إثبات لموقفه السلبي المتعلق بعدم ارتكابه الجريمة. ومنه فتقديم أد لة النفي ل يس مطالبا ا وهي من التزامات النيابة العامة (المدعي).[1] فمن أدعى على غيره شيئا لزمه الدليل، لأنه يدعي خلاف الأصل، ولا يطالب الطرف الآخر بالدليل لأنه متمسك بالأصل، وهو أن ذمته بريئة، فلا تشغل إلا ببينة شرعية ثابتة كالشهود والوثائق الدالة على صحة الدعوى.[2]

ولكن القول بأن عبء الإثبات يقع دائما على النيابة العامة غير مسلم به كقاعدة عامة في القوانين الوضعية. لأن هناك بعض الاستثناءات عن مقتضى هذه القاعدة تضفي على بعض البيانات قوة إثباتية خاصة، تدفع المتهم إلى إقامة الدليل على صحة دفاعه و منهاإثبات المتهم بتوافر سبب من أسباب الإباحة كالدفاع الشرعي، أو مانع من موانع المسؤولية كالإكراه.[3]

إضافة إلى المحاضر الرسمية التي أسبغ عليها القانون حجة في الإثبات. بحيث يفترض صحة ما جاء فيها إلى أن يثبت العكس بطريق التزوير. وبموجب ذلك ينتقل عبء الإثبات من عاتق النيابة العامة إلى عاتق المتهم، الذي يجب عليه أن يثبت براءته عن طريق إثبات عكس ما ورد في هذه المحاضر.[4] ومن هذه المحاضر نذكر المحاضر الجمركية. التي تكتسب حجية كاملة في الإثبات حتى يطعن فيها بالتزوير، والتي تشكل استثناءا من قاعدة البراءة.

فالجرائم الجمركية يقع فيها عبء الإثبات على المتهم بدلا من إدارة الجمارك. لأن محاضر الضبط التي تنظم في قضايا ضبط البضائع المهربة، تعتبر ثابتة حتى يدعي بتزويرها. وعلى المتهم إثبات ذلك ليبين حسن نيته، وفي ذلك خروج على مبدأ قرينة البراءة.[5] هذا ما أكدته المادة 254 من قانون الجمارك.[6] وما قضت به

---

[1] عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام" دراسة مقارنة بالقانون الوضعي"، مجلة الحقوق، مرجع سابق، صفحة 59.

[2] محمود هارون النوافلة، حقوق المتهم أثناء التحقيق الابتدائي دراسة مقارنة بين التشريع الإسلامي والقانون الجنائي الأردني، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، الصفحة 31.

[3] درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، مرجع سابق، صفحة 64.

[4] محمد الطراونة، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 174-175.أنظر أيضا: عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة"دراسة مقارنة"،2005م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن،صفحة 48.

[5] لعل السبب في ذلك يعود إلى الصعوبات التي ترافق مكافحة التهريب والغش وضرورات حماية البلاد والاقتصاد الوطني. كل ذلك جعل المشرع يعكس قواعد الإثبات في المخالفات الجمركية ، وخصوصا في حالة ضبط البضائع المهربة. فعوضا من أن يقع عبء إثبات المخالفة على المدعي(إدارة الجمارك)، جعل عبء الإثبات على المدعى عليه. وفي ذلك خروج عن القواعد العامة في الإثبات، ومس لحر ية الأفراد وحقوقهم في الدفاع. أنظر: محمد الطراونة، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 176-177.

[6] المادة 254 من قانون الجمارك تنص على:" تبقى المحاضر الجمركية المحررة من طرف عونين محلفين على الأقل من بين الأعوان المذكورين في المادة 241 من هذا القانون صحيحة ما لم يطعن فيها بالتزوير...".أنظر القانون رقم 79-07 المؤرخ في 26 شعبان 1399هـ الموافق ل21 جويلية 1979 والمعدل والمتمم بالقانون رقم 98-10 الصادر بتاريخ 22 أوت 1998م المتعلق بقانون الجمارك.

به المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الصادر بتاريخ 2005/07/27م **والذي تضمن:"إن المحاضر المحررة من** قبل أعوان الجمارك صحيحة ما دام لم يطعن فيها بالتزوير ولا يحق للقاضي ممارسة سلطته التقديرية فيها كما أنه لا يعتد بحسن النية في المادة الجمركية وبالتالي فالحكم على المتهمين بالبراءة لفائدة الشك يعتبر خرق **للقانون". وما قضت** به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1992/06/12م: **"إن المحاضر الجمركية تثبت** صحة ما جاء فيها من اعترافات وتصريحات ما لم يثبت العكس علما بأن إثبات العكس يقع على عاتق **المتهم".**[1] ومنه نجد أن المحاضر الجمركية لها حجية في الإثبات حتى يثبت عكسها، ويقع عبء الإثبات **على المتهم، ولا يمكن** تفسير **الشك لمصلحته. وهو ما يشكل خروجا عن مبدأ** قرينة البراءة، الذي يفرض على **المدعي تقديم البينة على ما** ادعاه، **ولا يطالب المتهم بإثبات براءته.**

ومن الاستثناءات أيضا نذكر جرائم المطبوعات والنشر التي يفترض فيها مسؤولية رئيس التحرير أو المحرر المسؤول عن جرائم النشر التي ترتكب في الصحيفة افتراضا **قانونيا.** ولتسهيل الإثبات في جرائم **النشر ولكي يعفى رئيس التحرير و**المحرر من المسؤولية، فإن عليهما إثبات عكس ما تم **اتهما به.**[2] وهذا ما يبرر اعتباره **استثناءا من مبدأ** "الأصل في الإنسان البراءة".

حيث نصت المادة 115 من قانون الإعلام الجزائري على:" يتحمل المدير مسؤول النشرية أو مدير جهاز الصحافة الإلكترونية، وكذا صاحب الكتابة أو الرسم مسؤولية كل كتابة أو رسم يتم نشرهما من طرف نشرية دورية أو صحافة إلكترونية. **ويتحمل مدير خدمة الاتصال السمعي البصري أو عبر** الانترنت **وصاحب** الخبر الذي تم بثه المسؤولية عن الخبر السمعي و**/أو البصري المبث من قبل خدمة الاتصال السمعي البصري أو** عبر الانترنت". **من خلال النص يتضح لنا إقرار المشرع الجزائري للمسؤولية المفترضة** لرئيس التحرير **أو المحرر، و كذا مدير خدمة السمعي البصري عن جرائم النشر. ولكي يتم إعفاؤهم من المسؤولية عليهم إثبات عكس ما** اتهموا به، خروجا عن مبدا الاصل في الإنسان البراءة، وعليهم إثبات براء **م.**

ثالثا: تفسير الشك لمصلحة المتهم

عندما لا يطمئن القاضي إلى **ثبوت التهمة، أو** لثبوت نسبتها إلى المتهم، أ**و** تكون الأدلة المقدمة غير **كافية،** ففي هذه الحالة يكون القاضي **الجنائي** ملزما بإصدار حكمه بالبراءة، وهو ما يعبر عنه بمبدأ تفسير

[1] **خلادي شهيناز وداد، أثر الأدلة الجنائية على الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي**، رسالة ماستر، 2013-2014، جامعة محمد خيضر، بسكرة، صفحة 121-122.

[2] محمد الطراونة، **ضمانات حقوق الإنسان** في الدعوى الجزائية **"دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 177. أنظر:** عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 49.

الشك لمصلحة المتهم.[1] حيث أن قرينة البراءة تعني افتراض براءة كل شخص مهما كان وزن أو قوة الأدلة أو حتى قوة الشكوك التي تحيط به. فالبراءة قد تقوم على الشك، والإدانة يجب أن تقوم على اليقين الكامل.[2]

لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأن الأحكام القضائية تبنى على الجزم واليقين وليس على الشك والاحتمال لأن الشك يفسر لمصلحة المتهم،[3] حيث جاء في قرارها:" يكفي في المحاكمات الجزائية أن تشكك محكمة الموضوع في صحة إسناد التهمة إلى المتهم لكي تقضي بالبراءة، إذ مرجع الأمر في ذلك إلى ما تطمئن إليه في تقدير الدليل".[4] وقد أكدت ذلك محكمة النقض المصرية" الأحكام الجزائية يجب أن تبنى على الجزم واليقين لا على الظن والاحتمال، فإذا كانت المحكمة لم تنته من الأدلة التي ذكرها إلى الجزم بوقوع الجريمة من المتهم ، بل رجحت وقوعها منه فحكمها بإدانته يكون خاطئا".[5]

وفي ظل الشريعة الإسلامية، إذا كان القاضي لم ينته من الأدلة التي ذكرها المدعي إلى الجزم بنسبة الفعل إلى المتهم، كان من المتعين عليه أن يقضي بالبراءة.[6] وأساس ذلك قول رسول الله (صلى الله عليه وسلم): «ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فان كان له مخرجا فاخلوا سبيلهم، فان الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة». (رواه الترمذي).[7] فقد قدر الفقهاء المسلمون العمل باليقين، وطرح الشك، وعدم بناء القضاء على الظن، وإنما على اليقين الثابت.[8]

---

[1] أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، صفحة 271.

[2] محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، صفحة 422.

[3] تمييز جزاء رقم 1968/74م المنشور على صفحة 670 من مجلة نقابة المحامين لسنة 1978م. تمييز جزاء رقم 87/97 المنشور على صفحة 2164 من مجلة نقابة المحامين لسنة 1989م . أنظر محمد صبحي نجم، حق المتهم أو الظنين في محاكمة عادلة في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، مجلة الدراسات، مرجع سابق، صفحة 129.

[4] محمود هارون النوافلة، حقوق المتهم أثناء التحقيق الابتدائي دراسة مقارنة بين التشريع الإسلامي والقانون الجنائي الأردني، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 42.

[5] نقض 27 مايو سنة 1979، س 30، رقم 129، نقض سنة 1980م، س31، رقم 116، صفحة 504. أنظر محمد صبحي نجم، حق المتهم أو الظنين في محاكمة عادلة في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، مجلة الدراسات، مرجع سابق، صفحة 129.

[6] عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام" دراسة مقارنة بالقانون الوضعي"، مجلة الحقوق، مرجع سابق، صفحة 60.

[7] لمعرفة تطبيقات قاعدة درء الحدود بالشبهات أنظر: محمدأبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي "العقوبة"، مرجع سابق، صفحة 178.

[8] محمود هارون النوافلة، حقوق المتهم أثناء التحقيق الابتدائي دراسة مقارنة بين التشريع الإسلامي والقانون الجنائي الأردني، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 38.

البـاب الأول

ضمـانات حق الدفـاع في الظـروف العـادية

يعد حق الدفاع محور المحاكمة العادلة وأساسها، إذ يشغل هذا الحق مكانة هامة بين ضمانات[1] أي محاكمة منصفة.[2] لقد **اهتم** المس الدستوري الفرنسي أن يستخلص الضمانات التي يجب أن **توفرها وسائل** تحقيق الهدف من الخصومة الجنائية، والتي **لا تتحقق** المحاكمة القانونية أو المنصفة التي تعد لازمة لأصل البراءة، **وكان** أهمها **حقوق الدفاع**.[3]

كما عبرت المحكمة الدستورية العليا في مصر عن هذا المعنى بقولها:" **إن** حق الدفاع يعتبر ركنا جوهريا في المحاكمة المنصفة التي تطلبها الدستور في المادة 67، **كإطار** للفصل في كل اتهام، تقديرا **بأن صون النظام الاجتماعي ينافيه أن تكون** القواعد التي تقررها الدولة في مجال الفصل في **الاتهام مصادمة للمفهوم الصحيح لإدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة. وأن إنكار ضمانة الدفاع، أو فرض قيود تحد منها**، يخل بالقواعد المبدئية التي **تقوم عليها المحاكمة المنصفة**".[4]

والمحاكمة العادلة هي "حق الفرد المشتبه به، **أو المتهم، أو المحكوم عليه، قبل أو أثناء أو بعد مثوله أمام** المحكمة، في **التمتع بالحقوق والضمانات والآليات** الموضوعة سلفا في القانون، والتي تتماشى مع مبادئ **العدل**

---

[1] تعريف الضمانات في اللغة : تعني الضمانة التكفل، وقال ضمن الرجل نحوه ضمانا كفله أو التزم أن يؤدي عنه ما قد يقصر في أدائه الشيء حزم بصلاحيته وخلوه مما يعيبه واحتواه، والضمان يعني الكفالة والالتزام. **أنظر:** إبراهيم مصطفى وأحمد الزيات وحامد عبد القادر ومحمد النجار "مجمع اللغة العربية بالقاهرة"، **المعجم الوسيط، مرجع سابق، صفحة** 544.

تعريف الضمانات في الشريعة الإسلامية: الضمان هو لغة الالتزام، وهو حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه، أو عين مضمونة، ويقال للعقد الذي يحصل به ذلك، **ويسمى الملتزم لذلك ضامنا وضميل وحميلا وزعيما وكافلا وكفيلا وصبيرا و قبيلا.** وقال الإمام مالك بن أنس أن الضمان هو الكفالة ،أي أن الكفالة والضمان لفظان مترادفان. **أنظر:** شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج معرفة ألفاظ المنهاج، الجزء 3، الطبعة الأولى، 1994م، **دار الكتب العلمية، صفحة** 198.

تعريف الضمانات في الاصطلاح: **خلت اغلب البحوث والرسائل من تعريف هذا المصطلح بالرغم من كثرة استعماله، وقد عرفتها الدكتورة نادية خلفة** " الضمانات هي مجموع القيود التي ترد على سلطان الدولة في علاقاتها مع المواطنين، كما انها التزامات اتجاه المجتمع الدولي باحترام **حقوق هؤلاء المواطنين**". **أنظر: خلفة نادية**، آليات حماية حقوق الإنسان في المنظومة القانونية **الجزائرية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة** 28. **كما عرفها الفقيه الفرنسي جورج بيردو باها:**" تلك التي تقتضيها كفالة وضمان ممارسة **الحريات**. على أن توافر هذه الضمانات أو بعضها، يؤدي إلى القول بأننا نكون بصدد أنظمة تحترم الحريات بقدر يتساوى مع توافر هذه الضمانات أو بعضها. **ومؤدى ذلك أن ممارسة الحريات**- في الواقع لا في النصوص- **تتناسب طرديا مع توافر ضمانات ممارستها، وبعبارة أكثر دقة و تبسيطا، تكون كفالة ممارسة الحريات بقدر توافر هذه** الضمانات".

أنظر: عبد المنعم محفوظ، علاقة الفرد بالسلطة" **الحريات العامة و ضمانات ممارستها**"، المجلد الاول والثاني، الطبعة الاولى، **1984م**، عالم الكتب، القاهرة، صفحة 304.

[2] **ينصرف مصطلح المحاكمة العادلة** إلى جميع مراحل المتابعة الجزائية ولا يخص فقط مرحلة المحاكمة والتي يطلق عليها البعض مصطلح التحقيق النهائي، **الذي ينتهي بصدور** حكم نهائي في الدعوى. "حسب رأي الباحث الشخصي".

[3] قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في **20/ جانفي/1981، أنظر:** احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، **مرجع سابق، صفحة** 422.

[4] محمد خميس، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، **مرجع سابق، صفحة** 27.

والإنصاف والتي تساير مبادئ حقوق الإنسان، بوجه يجعل الإدانة حقا للمجتمع في قمع الجريمة، وجزاء للفرد، والبراءة حقا لهما معا".[1]

والمحاكمة المنصفة هي: " نظام متكامل، يتوخى بأسسه صون كرامة الإنسان، وحماية حقوقه، ويحول بضماناته دون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها، ولضمان تقيد الدولة عند مباشرة سلطاتها في مجال فرض العقوبة بالأغراض النهائية للسياسة العقابية التي ينافيها أن تكون إدانة المتهم هدفا مقصودا لذاته، وجوب التزام هذه القواعد بمجموعة من القيم تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية التي لا يجوز النزول عنها وأ الانتقاص منها، ويندرج تحتها أصل البراءة التي حرص الدستور على إبرازها في المادة67 منه".[2]

لكي تكون المحاكمة عادلة يجب أن تقوم على وسائل قانونية سليمة تتوفر فيها عناصر معينة، كانت ثمرة التجارب الإنسانية التي أغنتها دواوين التحقيق والمحاكمات على اختلاف مستوياتهم في مختلف العصور.[3] وأهم المبادئ التي تقوم عليها المحاكمة العادلة مبدأ المساواة ومبدأ استقلال القضاء، بالإضافة إلى مبدأ قرينة البراءة ومبدأ المشروعية و اللتان سبق التطرق إليهما في الباب التمهيدي من الرسالة.[4]

أما عن مبدأ المساواة[5] فتنطوي ضماناته على جوانب عدة. حيث يحظر استخدام القوانين التمييزية، والتمييز في تنفيذ القوانين. ويشمل الحق في المساواة أمام القانون والحق في تلقي الحماية من القانون على قدم المساواة مع الآخرين. كما يشمل حق كل فرد في اللجوء إلى المحاكم، وأن يلقى المعاملة نفسها التي يلقاها الآخرون من قبل المحاكم.[6] وقد نصت المادة 29 من الدستور الجزائري على:"كل المواطنين سواسية أمام القانون". كما جاء في المادة 140 /02 من الدستور الجزائري: "الكل سواسية أمام القضاء".[7]

---

[1] رمضان غسمون، الحق في محاكمة عادلة، الطبعة الأولى، 2010م، دار الأمعية للنشر والتوزيع، صفحة 20.

[2] احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 413.

[3] عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة"دراسة مقارنة"،مرجع سابق، صفحة 89.

[4] تشكل هذه المبادئ الضمانات العامة للمحاكمة العادلة والتي تسري على المتابعة الجنائية بأسرها، ولا تنصرف الى مرحلة معينة.

[5] يشمل مبدأ المساواة كل من المساواة أمام القانون والمساواة أمام القضاء؛ ويضمن مبدأ المساواة أمام القضاء وحدة القضاء الذي اختلف فيه فقهاء القانون حول المحاكم الخاصة، إذ يعتبر الدكتور علي بن صالح القعيطي أن وجود المحاكم الخاصة يتناقض مع مبدأ المساواة الذي كفله دستور الجمهورية اليمنية في المادة 40، وهو ما يتفق مع رأي الدكتور محمد صبحي نجم الذي استند في رأيه إلى المادة 102 من الدستور الأردني، بيد أن الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله كان رأيه مخالف حيث اعتبر وجود محاكم مختلفة لا يتعارض مع المساواة أمام القضاء ومنها المحاكم الخاصة. انظر:علي بن صالح القعيطي، المساواة أمام القضاء في القانون اليمني و الشريعة الإسلامية، مجلة القانون، العدد 11، أكتوبر 2003م، دار عدن للطباعة والنشر،جامعة عدن، صفحة 71. محمد صبحي نجم، حق المتهم أو الظنين في محاكمة عادلة في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، مجلة دراسات، مرجع سابق، صفحة 130. بسيوني عبد الغني عبد الله، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي"دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 20.

[6] منظمة العفو الدولية، دليل المحاكمة العادلة، الطبعة العربية الثانية، 2014م، طبع في المملكة المتحدة، صفحة 103.

[7] الدستور الجزائري الصادر سنة 1996م والمعدل بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 2016/03/07م.

برز الاهتمام بهذا المبدأ حتى في الدساتير المقارنة كالدستور الفرنسي الذي نص في المادة 02 منه على: "تضمن فرنسا مساواة جميع المواطنين أمام القانون دون تمييز بينهم بسبب الأصل أو الجنس أو الدين"[1]، أما دستور جمهورية مصر العربية فقد نصت المادة 40 منه على هذا المبدأ حيث ورد في نصها: "المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق و الواجبات العامة، ولا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة"[2]. بيد أن مبدأ المساواة لا يعني التماثل في الحقوق و الواجبات، بالقدر الذي يعنيه وجوب تمتع الأفراد بنفس الضمانات فيما إذا وجدوا في نفس المركز القانوني.

يشكل مبدأ استقلال القضاء ركنا أساسيا في مبدأ الشرعية بوجه عام وضمانا لسيادة القانون (المشروعية). وهذا ما أكده كل من المؤتمرين السابع والثامن للأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين، المنعقدين في ميلانو1985م وفي كوبا 1990م. واستقلال القضاء يعني تحرر سلطته من أي تدخل من جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية، وعدم خضوع القضاة لغير القانون.[3] إذ يوفر هذا المبدأ للقضاة اكبر قدر قدر من الاستقرار والطمأنينة، مما يهيء لهم المناخ المناسب الذي يمكنهم من أداء رسالتهم الجليلة على أكمل وجه وأتم صورة.[4] لقد نص الدستور الجزائري الصادر سنة 1996م والمعدل بالقانون رقم 16-01 على هذا المبدأ في المادة 156: "السلطة القضائية مستقلة وتمارس في إطار القانون". وأكد الدستور الفرنسي على هذا المبدأ في المادة 64 بقوله"يضمن رئيس الدولة استقلال السلطة القضائية".[5] كما تجدر الإشارة بأنه لا يمكن أن تتحقق محاكمة عادلة إلا بتطبيق هذا المبدأ، الذي يضمن وجود قضاة لا يمكن أن تتجه أصابع الشك وعدم النزاهة إليهم لإتصافهم بالحياد والاستقلالية.

نظرا لأهمية الحق في محاكمة عادلة التي يجب على واضعي السياسة الجنائية الالتزام بتطبيق ضماناتها، ويأتي في صدارتها حق الدفاع. إذ لا يكفي الاعتراف القانوني بهذا الحق وإنما لا بد من تجسيده من خلال جملة الإجراءات المتبعة من قبل السلطة القضائية. لذلك سنخصص هذا الجزء من الدراسة لضمانات حقوق الدفاع بشكل مفصل،حيث سنقف عند كل مرحلة من مراحل المتابعة الجنائية ابتداء بمرحلة الاستدلال، مرورا بمرحلة التحقيق الابتدائي ثم المحاكمة.

---

[1] الدستور الفرنسي الصادر في 04 / أكتوبر/ 1958م.

[2] دستور جمهورية مصر العربية الصادر سنة1971م.

[3] احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 349.

[4] خالد خليل الظاهر، الرقابة القضائية لضمان مبدأ الشرعية في المملكة العربية السعودية"دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، مرجع سابق، صفحة 537.

[5] الدستور الفرنسي الصادر في 10/04/ 1958م.

بما أن الغاية النهائية من فرض قواعد الإجراءات الجزائية هي توفير العدالة أيا كانت نتيجتها، سواء كانت البراءة أم الإدانة. فإن العدالة تتطلب تأكيد ممارسة حق الدفاع لمن اتخذت ضده هذه الإجراءات. لذا سنحاول الإلمام بعناصر الحماية القانونية لحقوق الدفاع ومعرفة مدى احترام السلطة القضائية لمبدأ المشروعية، الذي يعتبر واجب التطبيق في كل الأحوال والظروف لاسيما منها الظروف العادية، لأن أي خروج عن مبدأ المشروعية يفقد الإجراءات الجنائية شرعيتها ونزاهتها. ويعرض السلطة للمسؤولية لإخلالها بواجباته التي أوكلت إليها من قبل القانون.

الفصل الأول

ضمانات حق الدفاع أثناء مرحلة التحريات الأولية

(التحقيق التمهيدي)

لقد أضحت إتاحة الفرصة الكافية لحق الدفاع حقا مكتسبا للإنسان في كل تشريع حديث. لا ينازع فيه أحد إلا إذا تغلبت روح السلطة على روح العدالة، وإذا ساد أسلوب الطغيان الأعمى على أسلوب الحق المتبصر.من هنا كان لابد من توفير الضمانات الكافية لهذا الحق.[1] وهو عبء يقع على عاتق الدولة يلزمها بتوفير وتهيئة كل السبل الكفيلة للوفاء بمفترضات الحق في محاكمة عادلة.[2]

ليست الغاية من تأكيد ضمانات حقوق الدفاع هي غل يد الدولة وتعطيل وظائفها، بقدر ما هي التأكيد على ضرورة تطبيق مبادئ المشروعية وقرينة البراءة واحترام الحرية الشخصية للأفراد تحقيقا لأسس العدالة والمساواة. ومما لا شك فيه أن ضمانات حق الدفاع خلال مرحلة التحريات جديرة بالبحث والدراسة. خاصة إذا نظرنا إلى أهمية هذه المرحلة والتي يتم من خلالها الكشف عن أدلة الجريمة والقبض على المشتبه فيهم،[3] وتقديمهم أمام العدالة ومدى تأثير محاضر الضبطية القضائية في سير المتابعة الجزائية. إذ تعتبر هذه المحاضر المادة الأولية التي يعتمد عليها القاضي في تكوين أدلة الإدانة أو البراءة.[4]

---

[1] رؤوف عبيد، حق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، صفحة 12-13.

[2] عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة" دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 86.

[3] **تعريف المشتبه فيه لغة:** يراد بالمشتبه فيه، ما له شبهة و فيه شبهة منه. أنظر: أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، الد 1، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، صفحة 5.

تعريف المشتبه فيه في الشريعة الإسلامية: المشتبه فيه هو من قامت قرائن حال على أنه ارتكب جريمة. أنظر: سمير محمد عبد المقصود هندي، الاشتباه و حرية المواطن في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 172.

تعريف المشتبه فيه في القانون الجزائري: عرف الدكتور عبد الله أوهايبية المشتبه فيه بأنه : "مصطلح يطلق عادة على كل من تباشر ضده الشرطة القضائية و سائل البحث و التحري". كما عرف الأستاذ احمد غاي المشتبه فيه على أنه: "الشخص الذي تتوفر ضده القرائن تجعله محل شبهة بأن له علاقة بارتكاب جريمة كافية ليكون محل إجراءات التحريات الأولية مادام لم تحرك ضده الدعوى العمومية". أنظر: عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري "التحري والتحقيق"، مرجع سابق، صفحة 195. أنظر أيضا: أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية "دراسة مقارنة"، الطبعة الثانية، 2011م، دار هومة، الجزائر، صفحة 45.

ومن الملاحظ أن بعض التشريعات العربية لم تفرق بين المشتبه فيه و بين المتهم كالتشريع المصري (أنظر المادة 29 بجميع فقراتها) ، وبينما نجد هذا التمييز في التشريع الفرنسي فأطلق مصطلح (Le suspect) على المشتبه فيه ومصطلح (L'accusé) على المتهم، وحتى التشريع الأمريكي فرق بين المصطلحين فالمشتبه يسمى(The suspect) أما المتهم فيسمى (The accused). أنظر:احمد عبد الحميد الدسوقي، الحماية الموضوعية والإجرائية لحقوق الإنسان في مرحلة ما قبل المحاكمة" دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 8-9.

[4] أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية" دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 39-40.

المبحث الأول: مفهوم التحريات الأولية و الجهة المختصة بها

يطلق على هذه المرحلة العديد من التسميات: **كمرحلة الاستدلال ومرحلة التحريات**، والتحقيق الأولي **أو التمهيدي ومرحلة البحث والتحري. وعلى الرغم من** أهميتها إلا أننا نجد اغلب القوانين لم تضع تعريفا لها، **لذلك سوف** نعتمد على آراء فقهاء القانون بخصوص ماهية هذه المرحلة.

المطلب الأول: تعريف التحريات الأولية و خصائصها

الفرع الأول: تعريف التحريات الأولية

لمرحلة البحث والتحري أهمية كبيرة في المتابعة **الجنائية فهي تعطي صورة واضحة عن الجريمة وتبين إطار** هذه الجريمة، **من حيث كيفية وقوعها والظروف والملابسات المحيطة بها. أيضا فإنها تساهم** في جمع الأدلة اللازمة لتسهيل عمل الهيئات القائمة بالتحقيق الابتدائي، المرحلة التي تلي **مرحلة البحث والتحري.** لهذه **الأسباب تعبر** التحريات الدعامة الرئيسية و **العمود الفقري لأعمال البحث الجنائي بصفة خاصة وأعمال جهاز** الشرطة في المحافظة على **النظام واستتباب الأمن ومكافحة الجرائم بصفة عامة.**

لقد تعددت الآراء في **وضع تعريف** لهذه المرحلة، **فمن التعريفات نذكر:**" هي مجموعة من الإجراءات **الأولية السابقة على تحريك الدعوى** الجزائية، **وتهدف في مجموعها** إلى **التأكد و**التثبت من وقوع الجريمة، وجمع معلومات كافية عنها بحيث تمكن سلطة التحقيق من التصرف النهائي في الواقعة".[1] **ما نلاحظه من هذا أنه اكتفى بذكر أنها مرحلة سابقة على الدعوى العمومية،** تهدف إلى جمع المعلومات **المتعلقة بالقضية من أجل مساعدة السلطة المختصة** في اتخاذ القرار المناسب في تحريك الدعوى **العمومية من عدمه.**

ومن الفقهاء من وضع تعريفا دقيقا لها بقوله:" **هي** مجموعة الإجراءات الأولية التي يباشرها **أعضاء الضبط القضائي (الشرطة القضائية) بمجرد علمهم بارتكاب الجريمة، والتي** تتمثل في البحث عن الآثار والأدلة **والقرائن** التي تثبت ارتكاب تلك الجريمة **والبحث عن الفاعل والقبض عليه وإثبات** ذلك في محاضر تمهيدا للتصرف في الدعوى **العمومية من طرف النيابة".**[2]

[1] محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، صفحة 377.

[2] أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، مرجع سابق، صفحة 30.

كما عرفت بأنها: " هي مرحلة شبه قضائية يقوم بها جهاز شرطوي بوليسي أو عسكري يعمل تحت إشراف النيابة العامة و تحت رقابة غرفة الاتهام".[1] لكن ما يلاحظ من هذا التعريف اقتصاره على تحديد طبيعة المرحلة بأنها شبه قضائية وذلك بالنظر إلى الجهة المنوط بها التحقيق الاولي، وهي الشرطة القضائية اعتبارا أنها جهاز شبه قضائي. كما بين خضوع هذا الجهاز إلى إدارة وكيل الجمهورية ورقابة غرفة الاتهام. أما الأستاذ أحمد غاي فجاء تعريفه شاملا وملما لعناصر هذه المرحلة. حيث تطرق إلى الهيئة المكلفة بإجراءات البحث والتحري والمتمثلة في الضبطية القضائية، التي تبدأ مهمتهابمجرد علمها بارتكاب الجريمة، ثم تتوالى الإجراءات الواجب اتخاذها. لتقوم بتحرير المحاضر التي تقدم إلى وكيل الجمهورية، الذي له الحق في تقرير مصير القضية إما بتحريك الدعوى العمومية أو حفظ الدعوى. لذلك يمكننا القول أن تعريف الأستاذ أحمد غاي كان وافيا لمرحلة التحريات.

على نقيض التشريعات الإجرائية لأغلب الدول العربية والتي من بينها قانون الإجراءات الجزائية الجزائري الذي لم يعرف هذه المرحلة، فقد وضع قانون الإجراءات الجزائية العراقي تعريفا لمرحلة التحريات في نص المادة 130 منه: "هي مرحلة تحضير تسبق مرحلة التحقيق الابتدائي التي هي مرحلة تمحيص وتدقيق الأدلة للوصول إلى القرار المناسب بإحالة القضية إلى الجهات المختصة متى كانت الأدلة كافية لإحالة المتهم إلى المحاكمة أو غلق الدعوى إن كان الحادث قضاء وقدر أو إذا كان الفاعل مجهول الهوية أو عند رفض الشكوى أو غلق الدعوى مؤقتا إذا كانت الأدلة غير كافية للإحالة".[2]

يخضع جهاز الضبطية القضائية في الجزائر للإشراف من قبل السلطة الرئاسية في جهازهم الأصلي وإلى إشراف النيابة العامة، ورقابة غرفة الاتهام وهذا ما نصت عليه المادة 02/12 ق.إ.ج[3]:يتولى وكيل الجمهورية إدارة الضبط القضائي ويشرف النائب العام على الضبط القضائي بدائرة اختصاص كل مجلس قضائي و ذلك تحت رقابة غرفة الاتهام بذلك المجلس". والمادة 1/36 ق.إ.ج التي نصت على: "يقوم وكيل الجمهورية بما يأتي: إدارة نشاط ضباط و أعوان الشرطة القضائية في دائرة اختصاص المحكمة وله جميع السلطات و الصلاحيات المرتبطة بصفة ضابط الشرطة القضائية". إعمالا لمبدأ الرقابة القضائية على الإجراءات الجزائية عامة وعلى أعمال الضبطية القضائية خاصة.[4] ومن منطلق كون السلطة القضائية هي التي تكفل احترام الحريات الفردية

[1] عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري "التحري و التحقيق"، مرجع سابق، صفحة 191.

[2] المادة 130 من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1971.

[3] تقابلها المادة 12 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي، طبعة منقحة في 2014/03/1.

[4] تخضع الشرطة القضائية العسكرية لإدارة وكيل الدولة العسكري الذي يشرف على نشاطها، وتخضع لرقابة وزير الدفاع.حسب نص المادة 44 من قانون القضاء العسكري الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 71-28 المؤرخ في 26 صفر عام 1391هـ الموافق ل 22 أفريل 1971م، المتضمن قانون القضاء العسكري المعدل والمتمم). ويعتبر وزير

وتضمن فعاليتها و ضمانا وترد الاعتداء عليها. تتجلى أهمية هذه الرقابة في ضمان تنفيذ الضبطية القضائية أثناء اتخاذها لإجراءات التحقيق الأولي لمبدأ الشروعية الإجرائية وضمان عدم المساس بحقوق وحرية المشتبه فيهم بالقدر اللازم للكشف عن ملابسات الجريمة.

يعتبر أعضاء الضبط القضائي موظفين إداريين فهم ليسوا من السلطة القضائية. لذا فإن التحريات الأولية التي يباشروها هي مجرد استدلالات وهي مرحلة تمهيدية للتحقيق، تساعد النيابة على الفصل في الملف سواء بالحفظ أو تحريك الدعوى العمومية.[1] من هذا المنطلق اعتبرت التحريات بأ ا مرحلة شبه قضائية ليست من مراحل الدعوى العمومية بل هدف إلى جمع الأدلة المتعلقة بالجريمة. هذا ما فسر لنا عزوف المشرع قبل موجة التعديلات التي مست الدستور وقانون الإجراءات الجزائية عن إحاطتها بالضمانات اللازمة للمشتبه فيه. حيث لمسنا اهتمام المشرع بحق الدفاع في تعديل الدستور بموجب القانون رقم 16-01 وأيضا عند تعديله لقانون الإجراءات الجزائية بموجب الأمر 15-02[2]، الذي حرص من خلاله على تدعيم المواد بضمانات حق الدفاع خاصة مرحلة التحريات، والتأكيد على الطابع الاستثنائي للإجراءات المقيدة للحرية الشخصية. وهذه الالتفاتة الطيبة من قبل المشرع الجزائري كانت لابد أن تحدث قبلا، نظرا لخطورة هذه المرحلة على الحريات الفردية ل لمشتبه م كما أا من أكثر المراحل المعروفة بالتجاوزات لهذا الحق كما سنبين من خلال هذا الفصل من الرسالة.

الفرع الثاني: خصائص التحريات الأولية

البند الأول: السرية

الأصل في إجراءات التحري أن تتم في سرية فلا يتصور أن تكون في جلسة علنية يشهدها الجمهور لأن هذه العلانية تفسدها وتعطل فاعليتها. فالتحري والانتقال إلى مكان الحادث وضبط القرائن المادية تتطلب الحيطة والكتمان.[3] وهذا ما نصت عليه المادة 11 من ق.إ.ج الجزائري: "تكون إجراءات التحري والتحقيق سرية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ودون الإضرار بحقوق الدفاع".[4]

الدفاع عضوا في السلطة القضائية العسكرية حسب المادة 2 من قانون القضاء العسكري.و يعد صاحب الولاية في تحريك الدعوى العمومية حسب المادتين 67 و68 من نفس القانون.

[1] أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، مرجع سابق، صفحة 38.

[2] الأمر 15-02 مؤرخ في 7شوال 1436هـ الموافق 23 يوليو 2015م يعدل ويتمم الأمر 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 8 يونيو 1966م والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية.أنظر: الجريدة الرسمية، العدد40، السنة 52، الصادرة يوم الخميس 7 شوال 1436هـ الموافق 23 يوليو 2015م.

[3] موفق علي عبيد، سرية التحقيقات الجزائية وحقوق الدفاع، مرجع سابق، صفحة 114.

[4] تقابلها المادة 11 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي نسخة معدلة في 2014/04/01م.

لقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ سرية التحقيق الأولي دون أن ينقص ذلك من حق الدفاع. حيث أوجب حضور المشتبه فيه عملية التفتيش حسب المادة 44 و45 ق.إ.ج و كما يجب أن يحصل ضابط الشرطة القضائية على موافقة صاحب المنزل قبل البدء في عملية التفتيش مع التنويه عن رضائه في المحضر، فلا يكفي مجرد حضوره وعدم اعتراضه.[1] وحفاظا على سرية هذه المرحلة ألزم المشرع الجزائري ضابط الشرطة القضائية بكتمان السر المهني وعليه أخذ كل التدابير اللازمة لذلك حسب المادة 02/45 ق.إ.ج. وإلا تعرض إلى المساءلة الجنائية التي نصت عليها المادة 46 من ق.إ.ج :"يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة تتراوح بين 2000 إلى 20000 دج، كل من أفشى مستندا ناتجا من التفتيش أو اطلع عليه شخصا لا صفة له قانونا في الاطلاع عليه، وذلك بغير إذن من المتهم أو من ذوي حقوق أو من الموقع على هذا المستند أو من المرسل إليه ما لم تدع ضرورات التحقيق إلى ذلك". من ظاهر النص يتبين لنا الأهمية التي أولاها المشرع الجزائري في حماية حق المشتبه فيه وحرمة حياته الخاصة عند إقراره لجنحة إفشاء وثيقة ناتجة عن التفتيش. فالمسكن يحوي عادة أشياء حميمية يحتفظ بها صاحبها ويجعلها مخفية عن الأنظار وغالبا ما تكون من ضمن المحجوزات. حيث يشكل تجريم إفشاء سر هذه المستندات حماية للمعلومات الشخصية المتعلقة بالمشتبه به من تطفل الغير. بالإضافة إلى ضرورة انعدام رضا المعني بالمستندات الذي هو شرط مطلوب لقيام الجنحة. ما يوضح لنا أحقية المشتبه فيو وكل شخص معني بهذه الوثائق(صاحب المنزل أو من يمثله في حالة وجود مانع لحضوره، و كذلك الشاهدين اللذين يعينهما الضابط عند اعتراض صاحب المنزل عن عملية التفتيش المادة 01/45 ق.إ.ج) في تحديد الوثائق التي يجوز الاطلاع عليها من تلك التي يجب أن تبقى سرية. ما يفسر لنا غاية المشرع من اشتراط انعدام الرضا كركن من جريمة إفشاء مستند متحصل عليه من التفتيش.[2]

هذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قضية أصدرت بشأنها قرار بتاريخ 1996/06/04م، التي تتلخص أحداثها في أن طرفا مدنيا لم يعط موافقته على إفشاء وثائق محجوزة لدى شخص آخر. حيث قضت المحكمة العليا الفرنسية بأن هذا الشخص له الصفة في الادعاء مدنيا من أجل طلب التعويض عن الضرر الناتج عن الإفشاء، حتى ولو لم يكن ضمن الأشخاص الذين عددهم المادة 58 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي.[3]

---

[1] في القانون الفرنسي يكتب صاحب المسكن الصيغة التالية:" مع العلم بحقي في الاعتراض على تفتيش مسكني، اقبل صراحة قيام ضابط الشرطة القضائية بتفتيش و ضبط كل ما يرى فائدته في جمع الاستدلالات". أنظر: احمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، صفحة 170.

[2] وقد عزز المشرع الجزائري هذا الحق للمشتبه فيهم عند تعديله لقانون الإجراءات الجزائية بإضافة فقرة رابعة للمادة 11 ق.إ.ج والتي جاء فيها:"تراعى في كل الأحوال قرينة البراءة وحرمة الحياة الخاصة" بموجب الأمر رقم 15-02 الصادر في 23 يوليو 2015م المعدل لقانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

[3] نوبري عبد العزيز، الحماية الجزائية للحياة الخاصة" دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، 2010-2011، جامعة الحاج لخضر، باتنة، صفحة 291.

لقد أخذ كل من المشرع المصري والعراقي في قانون الإجراءات الجزائية بالسرية في مرحلة التحري. غير أنه في بعض حالات قررا فيها العلانية بالنسبة للمتهم أو لمن يستدعي الإجراء حضورهم أو يمس مصالحهم، مع بقاء الإجراءات سرية بالنسبة للجمهور.[1]

إلا أنه ولضرورة التحري عن مرتكبي الجرائم وضع المشرع الجزائري استثناءا لسرية التحريات، عندما قرر حق الشرطة القضائية في اللجوء إلى الصحافة لنشر صور لأشخاص يشتبه في ارتكابهم أعمالا إرهابية أو تخريبية. ويشترط في هذا الإجراء الحصول على رخصة من النائب العام، وأن يكون السبيل الأخير للحصول على الأدلة والقبض على المشتبه فيهم المطلوبين عند عدم جدوى الطرق الاعتيادية للبحث. وهو ما أشارت إليه المادة 03/17 ق.إ.ج بنصها:" يمكن لضابط الشرطة القضائية، بناء على رخصة من النائب العام لدى المس القضائي المختص إقليميا، أن يطلبوا من أي عنوان أو لسان أو سند إعلامي نشر إشعارات أو أوصاف أو صور تخص أشخاصا يجري البحث عنهم أو متابعتهم لارتكابهم جرائم موصوفة بافعال إرهابية او تخريبية". كما أضاف المشرع بموجب الأمر 15-02 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية الحق لضابط الشرطة القضائية بعد أخذ إذن النيابة العامة (هذه الأخيرة التي كان لها الحق في اتخاذ هذا الإجراء قبل التعديل) بالخروج إستثناءا عن السرية، وأن يطلع الرأي العام ببعض المعلومات التي تخص القضية، لتفادي انتشار معلومات غير صحيحة ووضع حد للإخلال بالنظام العام.[2]

البند الثاني: التدوين

نظرا لأهمية مرحلة التحريات أوجب القانون على الضبطية القضائية أن يدونوا كل الأعمال التي قاموا بها في إطار التحقيق الاولي. هدف تسهيل عملية الرقابة على مشروعية الإجراءات، ومعرفة مدى احترام الشرطة القضائية للشكليات المطلوبة، حيث نصت عليه المادة 214 ق.إ.ج:"لا يكون للمحضر أو التقرير قوة الإثبات إلا إذا كان صحيحا في الشكل ويكون قد حرره واضعه أثناء مباشرة أعمال وظيفته، وأورد فيه عن موضوع داخل في نطاق اختصاصه ما قد رآه أو سمعه أو عاينه بنفسه".

---

[1] أنظر المواد: 51، 53، 55، 56، 57 من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم 150 لسنة 1950. يقابلها المواد 82، 83، 84 من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1971م.

[2] المادة 03/11 من الأمر 15-02 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية الجزائري:" غير أنه تفاديا لانتشار معلومات غير كاملة أو غير صحيحة أو لوضع حد للإخلال بالنظام العام، يجوز لممثل النيابة العامة أو لضابط لشرطة القضائية بعد الحصول على إذن مكتوب من وكيل الجمهورية أن يطلع الرأي العام بعناصر موضوعية مستخلصة من الإجراءات على أن لا تتضمن أي تقييم للأشباه لمتهمك ا ضد الأشخاص المتورطين".

أما عن حجية[1] محاضر الضبطية القضائية فهي تعتبر مجرد استدلال حسب المادة 215 ق.إ.ج: "لا تعتبر المحاضر والتقارير المثبتة للجنايات أو الجنح إلا مجرد استدلالات، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك". إذن فالقانون وصفها بالاستدلالية. فالمحاضر والتقارير التي يحررها ضباط الشرطة القضائية والتي يثبتون فيها الأعمال والإجراءات التي قاموا بها كمعاينة الجنايات والجنح هي للاستدلال،[2] وللقاضي أن يأخذ بها ويعتبرها من عناصر الإثبات. كما يمكن أن يستبعدها حسب قناعته.[3] وعلى غرار ذلك، ففي فرنسا يعود للقضاء سلطة تقدير قيمة محاضر التحقيق الأولي و لا يخضع لرقابة محكمة التمييز، التي اعتبرت أن الأدلة الجنائية هي من المستندات الرسمية التي يظل معمولا بها إلى ان يثبت تزويرها.[4] كما لا يمكن للقاضي تسبيب حكمه بناءا عليها وهو ما أخذ به الاجتهاد القضائي في الجزائر،[5] فالحكم لا يبنى إلا على أدلة. وقد يكون الحكم معيبا إذا استند القاضي فيه على الاستدلالات، ويعتبر ذلك حماية للمشتبه فيهم، حيث يتم تدارك أي تقصير في مرحلة التحريات الأولية على مستوى القضاء باعتباره حامي الحريات والحريص على احترامها.[6]

المطلب الثاني: الجهة المختصة بالتحريات الأولية

الفرع الأول: سلطة الضبط في القانون الوضعي

حسب قانون الإجراءات الجزائية الجزائري فإن الجهة المختصة بالتحريات هي الضبطية القضائية[7] أو الشرطة القضائية،[8] وهي جهاز شرطي منوط به القيام بأعمال الاستخبار والاستعلام والتحري عن الجرائم التي التي وقعت بالفعل، والبحث عن مرتكبيها في كواليس المجهول للوصول إلى براثن البهتان عن طريق تعقبهم

---

[1] المقصود بحجية المحاضر هي قوتها القانونية ومدى اعتماد القاضي عليها في إصدار احكامه. أنظر: أحمد غاي، الوجيز في تنظيم ومهام الشرطة القضائية، الطبعة السادسة، 2014م، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، صفحة 223.

[2] أحمد غاي، الوجيز في تنظيم ومهام الشرطة القضائية، مرجع سابق، صفحة 224.

[3] محمد محدة، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، الجزء الثاني، مرجع سابق، صفحة 17.

[4] طه زاكي صافي، الاتجاهات الحديثة للمحاكمات الجنائية(بين القديم والحديث)، الطبعة الأولى، 2003م، مجد المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، صفحة 179.

[5] القرار رقم 5 الصادر بتاريخ 1970/03/03م من مجلس قضاء ورقلة حيث اعتبر سبب الاستئناف هو اكتفاء القاضي بمحضر الضبطية القضائية (رجال الدرك الوطني) دون إجرائه للتحقيق من اجل التأكد من ذلك. نشرة القضاء ، العدد 02، 1970م، صفحة 34.

[6] أحمد غاي، الوجيز في تنظيم ومهام الشرطة القضائية، مرجع سابق، صفحة 224.

[7] يختلف مصطلح الضبطية القضائية عن الضبط القضائي الذي ينصرف مدلوله إلى معنيين:

الأول: موضوعي ويقصد به كل المهام المنوطة بأجهزة الضبط القضائي المحدد في المادة 12 ق.إ.ج و التي تتمثل في البحث والتحري عن الجرائم المقررة في قانون العقوبات و جمع الأدلة عنها والبحث عن مرتكبيها قبل أن يفتح بشأنها تحقيق قضائي أي قبل تحريك الدعوى العمومية، أما بعد تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة و فتح تحقيق قضائي، فان مهمة الضبط القضائي تتمثل في تنفيذ تفويضات (إنابات) جهات التحقيق و تلبية طلبات السلطات القضائية.

أما المدلول الثاني: للضبط القضائي فينصرف إلى الأجهزة المكلفة بتنفيذ المهام المشار إليها أعلاه كالدرك الوطني و الأمن الوطني. أنظر: أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 33.

[8] تبدأ مهمة الشرطة القضائية بمجرد وقوع الجريمة وهو ما يميزها عن الشرطة الإدارية التي تمارس مهامها قبل ارتكاب الجريمة لمنعها (اتخاذ التدابير الوقائية لمنع حدوث الجريمة) أما بعد وقوع الجريمة تقوم الشرطة القضائية بمعاينة مكان الجريمة وجمع الأدلة والبحث عن مرتكبيها. أنظر: أحمد غاي، الوجيز في تنظيم و مهام الشرطة القضائية، مرجع سابق، صفحة 14.

والقبض عليهم ولذلك فهو جهاز يعتبر من الأجهزة المساعدة للسلطة القضائية في أداء رسالتها والقيام بمهمتها.[1] ولقد تناول المشرع الجزائر مرحلة الاستدلال في قانون الإجراءات الجزائية في الباب الأول من الكتاب الأول، حيث تكلم عن هذه المر حلة في المواد من 12 إلى 28 و من 42 إلى 56 ق.إ.ج ومن المادة 62 إلى 65 مكرر 18 ق.إ.ج.[2]

بينما نصت المادة 1/12 ق.إ.ج عن الأشخاص القائمين على الضبطية القضائية: "يقوم بمهمة الضبط القضائي رجال القضاء والضباط والأعوان والموظفون". وتكفلت المواد 15،[3] 19، 21، 22، 23، 28 من ق.إج بتحديد فئات الموظفين والأعوان الذين لهم صفة الشرطة القضائية المحدد في المادة 14 ق.إ.ج.[4]

لكن إذا كانت الجريمة ذات طابع عسكري فإن اختصاص التحري والتحقيق يؤول لضباط الشرطة القضائية العسكرية حسب ما أفادت به المادة 43 من قانون القضاء العسكري الجزائري التي جاء فيها: "يناط بضباط الشرطة القضائية العسكرية التحقيق في الجرائم وجمع الأدلة والبحث عن الفاعلين الأصليين ما دام لم يفتح التحقيق. وعندما يشرع في تحقيق تحضيري، فإنهم ينفذون تفويضات قضاة التحقيق ويحيلونها حسب طلبه"، والمادة 51 من نفس القانون.

أما الجهة المختصة بمرحلة التحقيق الأولي في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني[5] فهي مهمة الضابطة العدلية حسب المواد 8 ،10،9 منه والتي يستخلص منها أن الضابطة العدلية في الأردن تنقسم إلى فئتين: الفئة الأولى: الضابطة العدلية ذات الاختصاص العام بالنسبة لجميع الجرائم وهي الفئة التي جاء ذكرها في المادتين 8 و9 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني. والفئة الثانية: الضابطة العدلية ذات

[1] ندري عبد الفتاح الشهاوي، ضوابط السلطة الشرطة في التشريع الإجرائي المصري و المقارن، الطبعة الأولى، 1999م، منشأة المعارف، الإسكندرية، صفحة 16.

[2] يقابلها في التشريع الفرنسي المواد 75، 76، 77، 78 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي، والتي تطرق فيها المشرع الفرنسي إلى مرحلة التحقيق الأولية بعنوان Enquête) (Préliminaire. والمواد من39 إلى 47 من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي.

[3] أضافت المادة 15 من الأمر 15-02 المعدل لقانون الإجراءات الجزائرية فئات لها صفة الضبطية القضائية وهم: الموظفون التابعون للأسلاك الخاصة للمراقبين.
الموظفون التابعون للأسلاك الخاصة للمفتشين وحفاظ وأعوان الشرطة للأمن الوطني الذين أمضو 3 سنوات بهذه الصفة.

[4] يقابلها في القانون المصري المواد 21، 22، 23 من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم 150 لسنة 1950م.

[5] قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم 09 لسنة 1961م.

الاختصاص الخاص وقد حدد اختصاصها في جرائم محددة بالوظيفة الموكلة إلى كل منهما، وحددت هذه الفئة **المادة 10 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني.**[1]

بالمقارنة مع نظام الإجراءات الجزائية السعودي فقد أوكلت مهمة تولي **إجراءات البحث والتحري** إلى **رجال الضبط الجنائي. حسب نص المادة 24 الذي جاء فيها:" رجال الضبط الجنائي هم الأشخاص الذين** يقومون بالبحث عن مرتكبي الجرائم و **ضبطهم** وجمع المعلومات و **الأدلة اللازمة للتحقيق و توجيه الاام".**[2] **وهم** خاضعون في عملهم إلى الجهة التابعين لها إداريا **و لإشراف هيئة التحقيق والادعاء العام وهو ما نصت عليه المادة 25 من نظام الإجراءات الجزائية السعودي.**

الفرع الثاني: سلطة الضبط في الشريعة **الإسلامية**

جاء الإسلام وأمر الله نبيه محمدا **(صلى الله عليه وسلم)** بتبليغ الرسالة **و**أمره بالفصل في الخصومات **فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا** (النساء: 65). ويقول الله تعالى **وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ** (المائدة: 48). ثم إن **الرسول (صلى الله عليه وسلم)** بلغ الرسالة، ونصب نفسه في المدينة ليفصل في الخصومات بجانب ما يبلغه للناس من تشريع **الأحكام الموحى ا. والسهر على تنفيذ أحكام الإسلام،** فقد تجمعت في يده **(صلى الله عليه وسلم)** هذه السلطات و كانت لم تفصل بعد.[3]

إذا عدنا إلى السوابق التاريخية في النظم الإسلامية نجد أن مهمة التحقيق من بحث وتحري و **استدلال كانت** لولاية الحسبة ولولاية المظالم و لديوان الشرطة كما سنوضح كالآتي:

أولا: ولاية الحسبة

الحسبة لغة: من الاحتساب ومن معانيها الأجر وحسن التدبير و **النظر، ومن معانيها الإنكار،** يقال: **احتسب** عليه الأمر إذا أنكره عليه، و **الاختبار** يقال: احتسبت فلانا أي اختبرت ما عنده.

---

[1] وقد حصرت المواد 46 و49 و99 من قانون أصول المحاكمات الجزائية اختصاص الضابطة العدلية في الأردن، ويمكن تقسيمها إلى قسمين: **الاختصاص الأصيل بالضابطة العدلية** ويشمل إجراءات البحث والتحري وتلقي الشكاوي و البلاغات، وتحرير المحاضر. **والاختصاص الاستثنائي** الذي يشمل بعض اختصاصات التحقيق في حالة الجرم المشهود (التلبس) والجرائم الواقعة داخل المساكن حسب المادة 46 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني.

[2] نظام الإجراءات الجزائية السعودي، صدر بقرار مجلس الوزراء رقم 200 وتاريخ 1422/07/14ه المصادق عليه بالمرسوم الملكي رقم 39 وتاريخ 1422/07/28ه.

[3] سمير محمود عبد المقصود هندي، الاشتباه و **حرية المواطن"بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"**، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، **صفحة** 344.

اصطلاحا: هي الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله.[1] وعرفها ابن خلدون بقوله: " أنا وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي هو فرض على القائم بأمور المسلمين يعين لذلك من يراه أهلا له".[2] لقد دل التعريف أن للحسبة مهمة البحث عن المنكرات لإنكارها التي تعني مهمة البحث والتحري والتحقيق.

لقد جمع الفقه الإسلامي للمحتسب بين سلطات البحث والتحري والتحقيق ثم الحكم بالتأديب أو التعزير. لأن الفقه ينظر إلى المحتسب نظرته إلى الحاكم. فلا يرى ضررا من جمعه بين تلك السلطات لأنه مؤتمن عليها، ودوره هو الحفاظ على أحكام الشرع الإسلامي. لذا فلا يعقل أن يقوم بمهمة الأمر بالمعروف أن يرتكب ما يعده الشارع منكرا، و هو الانحياز ضد طرف من أطراف القضية.[3]

أساس الحسبة من القرآن الكريم قوله تعالى **وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ** (آل عمران: 104). وقول رسول الله (صلى الله عليه وسلم): «من رأى منكم منكرا فليغيره بيده، فان لم يستطع فبلسانه، فان لم يستطع فبقلبه، و ذلك أضعف الإيمان». (رواه مسلم). وقوله تعالى **الَّذِينَ إِنْ مَكَّنَّاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَلِلَّهِ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ** (الحج: 41). وقوله (صلى الله عليه وسلم): «إن الناس إذا رأوا الظالم فلم يأخذوا على يديه، أوشك أن يعمهم الله بعقاب». (رواه أبو داود)

كما ورد في الطرق الحكمية لابن القيم عن الحسبة: "والمقصود أن الحكم بين الناس في النوع الذي لا يتوقف على الدعوى: هو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر".[4]

يتولى المحتسب وظائف لها صلة بالقضاء و المظالم والشرطة. فهو ينظر في المنازعات الظاهرة التي لا تحتاج إلى أدلة إثبات كدعاوى الغش والتدليس (إخفاء العيوب بحيلة) وتطفيف المكيال والميزان (بالزيادة له والنقص لغيره) فهو بذا كالقاضي. ويؤدب مرتكبي المعاصي التي ترتكب جهرا أو تخل بآداب الإسلام فهو بهذا كناظر المظالم. ويرعى النظام والآداب والأمن في الشوارع والأسواق مما لا تجوز مخالفته، فيكون بذا

[1] ابن تيمية، الحسبة، تحقيق: علي بن نايف الشحود ، الطبعة الثانية، 2004 م، المد 1، صفحة 11.

[2] ابن خلدون، ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر و من عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر، تحقيق: خليل شحادة، الطبعة الثانية، 1988م، دار الفكر، بيروت، لبنان، صفحة 280-281.

[3] حميدان بن عبد الله الحميدان، الجمع أو التفريق بين سلطتي الادعاء و التحقيق "دراسة مقارنة"، مجلة العدل، العدد 5، محرم 1421ه، صفحة 66-99.

[4] ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار البيان، صفحة 199.

كالشرطة.[1] والحسبة واسطة بين أحكام القضاء وأحكام المظالم وليس هناك حدود مرسومة وضعها الفقهاء بين هذه الولايات. ومجالها محدود بالنظر في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر دون حاجة إلى دعوى ترفع أو بينات تفرض وأيمان تطلب.[2] والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، هو واجب يشمل كما يقولون كل ضروب الإصلاح في كل نواحي الحياة.[3] ويهدف ديوان الحسبة إلى تخفيف أعباء المنازعات على القاضي، بإعفائه من التفتيش عن المخالفات والمنكرات.[4]

ثانيا: ولاية المظالم

عرفها الماوردي: "ونظر المظالم هو قود المظالمين إلى التناصف بالرهبة، وزجر المتنازعين عن التجاحد بالهيبة، فكان من شروط الناظر فيها أن يكون جليل القدر، نافذ الأمر، عظيم الهيبة، ظاهر العفة، قليل الطمع، كثير الورع، لأنه يحتاج في نظره إلى سطوة الحماة، وثبت القضاة، فيحتاج إلى الجمع بين صفات الفريقين، وأن يكون بجلالة القدر نافذ الأمر في الجهتين".[5]

لقد كان الرسول (صلى الله عليه وسلم) في صدر الإسلام أول من نظر المظالم بنفسه، فقضى في شرب بين الزبير بن العوام و الأنصاري، وأرسل عليا لدفع دية القتلى الذين قتلهم خالد من قبيلة بني جذيمة بعد أن خضع أهلها[6] وقال: «اللهم إني أبرأ إليك مما فعل خالد مرتين». (رواه البخاري)

يشبه قضاء المظالم إلى حد كبير دوائر القضاء الإداري للنظر في جرائم ومخالفات الأمراء والولاة وعلية القوم.[7] ولصاحب المظالم سلطة قضائية واسعة حيث يسمع الدعاوى ويفصل فيها.[8] ومن اختصاصات ولاية ولاية المظالم في مجال التحقيق و الاستدلال:

1. لناظر المظالم سلطات واسعة في التحقيق والاستدلال وطرق الإثبات المعتمدة على القرائن والإمارات وشواهد الأحوال مقارنة مع قضاة القضاء العادي.

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، مرجع سابق، المد 8، صفحة 6264.

[2] علي عبد القادر، الفقه الإسلامي"القضاء والحسبة"، الطبعة الأولى، 1986م، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، صفحة 88-89.

[3] حسني قمر، حقوق الإنسان في مجال نشأة الحقوق السياسية وتطورها و ضمانا ا "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 72.

[4] صلاح الدين الناهي، حقوق الإنسان والضمانات القضائية في الإسلام، مجلة الحقوق، العدد 3، السنة السابعة، سبتمبر 1983م، جامعة الكويت، صفحة 142.

[5] الماوردي، الأحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة، مصر، صفحة 30.

[6] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق ، المد 8، صفحة 6252.

[7] محمد إبراهيم الإصبيعي، الشرطة في النظم الإسلامية والقوانين الوضعية "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، مرجع سابق، صفحة 355.

[8] فيصل شطناوي، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، مرجع سابق، صفحة 270.

2. لناظر المظالم الحق في التأني والتأجيل عند الاشتباه و الإيهام ما ليس للحكام إذا طلب منهم أحد الخصمين فصل الحكم وإصدار القرار.

3. له أن يسمع من شهادات المستورين ما يخرج عن عرف القضاة في شهادة المعدلين.

4. له إحلاف الشهود عند ارتيابه بهم ويستكثر من عددهم ليزول عنه الشك، وينفي عنه الارتياب.

5. له أن يبدأ باستدعاء الشهود ويسألهم عما عندهم من تنازع الخصوم.

6. النظر في ما عجز عنه ناظروا الحسبة في المصالح العامة كالمجاهرة بمنكر ضعف عن دفعه، والتعدي في طريق عجز عن منعه، والتحيف في حق لم يقدر عن رده.[1]

كان القاضي يتولى إلى جانب القضاء ولاية المظالم والحسبة، حيث كان المسلمون يخضعون له طواعية لما يوضحه لهم القضاء. لما كثرت المظالم بعد عهد الصحابة رضوان الله عليهم أصبح هناك واليا للمظالم و واليا للحسبة.[2] فولاية المظالم هي وظيفة منتزعة من سطوة السلطة ونصفة القضاء، لأنا تستهدف إقامة الحق ونصرته وإنصاف المظلوم من المظالم و إقامة قوانين العدل في الدولة.[3]

ثالثا: ديوان الشرطة

أجمعت العديد من معاجم اللغة على تفسير كلمة الشرطة بأكثر من مدلول. فتارة يطلقوا على طائفة من أعوان الوالي أو الحرس الخصوصيين، وتارة أخرى يقصدوا أول كتيبة تشهد الحرب وتتهيأ للموت.[4] للموت.[4]

لفظ "شرطة" بمعنى ضابط الأمن أو رجل الأمن جمعه "شرط".كما يطلق على المفرد من رجال الشرطة "شرطة أو شرطي".[5] و لم ترد كلمة شرطة في القرآن الكريم ولكن جاءت كلمة إشراط. وورد ت إشارات إشارات أخرى وغير مباشرة في سياق قصة موسى عليه السلام مع فرعون عندما أرسل من يجمع الناس،[6] في

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، مرجع سابق، المد 8، صفحة 6256.

[2] جابر إبراهيم الراوي، حقوق الإنسان وحرياته في القانون الدولي و الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، صفحة 364.

[3] حسن السيد بسيوني، الدولة و نظام الحكم في الإسلام، مرجع سابق، صفحة 130.

[4] محمد الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، المجلد 19، صفحة 407.

[5] محمد إبراهيم الإصبعي، الشرطة في النظم الإسلامية و القوانين الوضعية "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، مرجع سابق، صفحة 11.

[6] معجب معدي الحويقل، الشرطة و حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، 2001م، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، صفحة 70.

قولهوَأَرْسِلْ فِي الْمَدَائِنِ حَاشِرِينَ (الأعراف: 111). قال ابن عباس في تفسير "حاشرين" هو الشرطة.[1]

الشرطة هي وظيفة هامة في الدولة الإسلامية ترتبط بالقضاة وتساعدهم في تنفيذ الأحكام الشرعية وإقامة الحدودو كان يطلق على صاحب الشرطة: صاحب الليل، صاحب المدينة، لأنه يقوم بحفظ النظام ويساعد الوالي على استتباب الأمن في المدينة. ويقبض على الجناة وأصحاب الفساد والشر لتقديمهم إلى القضاةو كانت توكل إلى كبار القواد و الموالي المخلصين لهم.[2]

تختص الشرطة إقامة القرائن والأدلة في التهم التي تعرض في الجرائم لما توجبه المصلحة العامة. والضرب على أيدي الرعاع والفجرة وأهل الريب في الظلمات والمشتبه فيهم. وملاحظة الأمن وقمع مواد الفساد. تختص أيضا بحسم أبواب الدعارة وتخريب مواطن الفسق وتفريق مجامعه. وضبط الخطرين ومرتكبي الجرائم وتقديمهم إلى القضاء. إضافة إلى ذلك تقيم الحدود الشرعية والسياسية، كما توجبه المصالح العامة في المدينة وإخماد الفتنة و مراقبة المشبوهين الخطرين.[3] مع تنفيذ أوامر السلطان وتنفيذ أوامر القضاة وإدارة السجون.[4] إذن فإن إتخاذ الشرطة بالنسبة للقاضي أمر لابد منه، لأن القاضي وحده لا يستطيع إنفاذ حكمه بعد صدوره إلا بهم، ولان الشرطة هي من تقوم بإثبات الجرم وإحضار المتهم وغير ذلك، وهذا يدل أن الإسلام أعطى الشرطة صلاحيات واسعة في عملية التحقيق.[5]

المبحث الثاني: ضمانات حق الدفاع خلال إجراءات البحث و التحري

تناط مهمة القيام بإجراءات الاستدلال إلى الشرطة القضائية.التي تقوم بدور ها بمجرد وقوع الجريمة حيث تتلقى الشكاوى والبلاغات ثم تنتقل لمعاينة مكان الجريمة، دف الحصول على الأدلة والمحافظة عليها من الإتلاف. كما يسمح لها بسماع الشهود إن وجدوا في مكان الحادثة، والقبض على المشتبه فيهم و سماع أقوالهم وقيامها بعملية التفتيش. ونظرا لأهمية هذه الإجراءات في الوصول إلى خيوط الجريمة، وجب على ضباط الشرطة القضائية أخذ الحيطة والحذر عند قيامهم بهذه الإجراءات وأن تكون وفقا للقانون تطبيقا لمبدأ المشروعية الإجرائية، لكي لا تشكل هذه الإجراءات اعتداءا على حرمة الحياة الخاصة وعلى حق الفرد في

[1] الفيروزبادي، تنوير المقباس من تفسير ابن عباس، دار الكتب العلمية، لبنان، صفحة 134.

[2] ابن تيمية، الحسبة، مرجع سابق، صفحة 99-100.

[3] سمير عبد المقصود هندي، الاشتباه و حرية المواطن في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 359.

[4] ابن تيمية، الحسبة، مرجع سابق، صفحة 100.

[5] حمود هارون النوافلة، حقوق المتهم أثناء التحقيق الابتدائي دراسة مقارنة بين التشريع الإسلامي والقانون الجنائي الأردني، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 25.

السلامة الجسدية و حرية التنقل. وتحول دون تعرض أعضائها للمساءلة التأديبية والجزائية عند مخالفتهم للشروط القانونية الواجب توافرها في هذه الإجراءات، وما قد يلحق الإجراء الغير مشروع من بطلان.

لذلك سنعمل على دراسة الإجراءات التي تقع على صور الحرية الشخصية السالفة الذكر. ونحاول تقصي الضمانات التي وضعها قانون الإجراءات الجزائية عند تعرضنا لكل إجراء من إجراءات التحري. ونرى مدى تطبيق واحترام حقوق الدفاع على الصعيدين النظري والواقعي.

المطلب الأول: ضمانات حق الدفاع خلال الإجراءات الماسة بالحياة الخاصة

تعني الحياة الخاصة[1]:" الحياة التي يحرص الفرد على حجبها عن اطلاع الغير، وإحاطتها بسياج من السرية".[2] وفقا لهذا التعريف الموجز، ليس لأحد أن يقتحم على غيره عالم أسراره، وعليه أن يدعه في السكينة ينعم بالألفة دون تطفل عليه.[3] وينتج عن تمتع الشخص بالحق في الحياة الخاصة أن يطلب رد الاعتداء عليه وتعويضه عن ما لحقه من ضرر.[4] يتمركز ضمان حرمة الحياة الخاصة [5] في ثلاثة محاور رئيسة يمثل أي مساس بها إهدارا لها واعتداءا عليها وهي: السرية، السكينة، والأمن. هذا الضمان يعد في حقيقته ثمرة التطور الحضاري للمجتمع الإنساني.

---

[1] وضع معهد القضاء الأمريكي تعريف للحق في الحياة الخاصة مفاده:" :« أن كل شخص ينتهك بصورة جدية، وبدون وجه حق، حق شخص آخر في ألا تصل أموره وأحواله إلى علم الغير، وأن لا تكون صورته عرضة لأنظار الجمهور، يعتبر مسئولا أمام المعتدي عليه »، أنظر: محمد الطراونة، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية"دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 107.

إعترف المشرع الجزائري بالحق في الحياة الخاصة في الدستور الجزائري لسنة 1996م في المادة 39 ، وفي قانون العقوبات في القسم الخامس من الفصل الأول من الباب الثاني في المادة 303 مكرر، والمواد 303 مكرر 1-2-3. أما المادة 47 من القانون المدني فقد تضمن الإشارة إلى هذا الحق ضمنيا، وعلى نقيض ذلك فإن المشرع الفرنسي نضم هذا الحق بطريقة مباشرة في المادة التاسعة من القانون المدني الجديد الصادر بتاريخ 1970م.

[2] محمود نجيب حسني،الحماية الجنائية للحق في حرمة الحياة الخاصة ، مجلة القضاة، السنة الثانية، العدد 6، جويلية 1987م، صفحة 8.

[3] ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، 1996م،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، صفحة 191.

[4] المادة 47 من التقنين المدني الجزائري:" لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر".

[5] لضمان حرمة الحياة الخاصة رصد المشرع العقابي الجزائري عقوبة جنائية على كل من اعتدى على هذا الحق، بدخوله منزل الغير دون رضاه وبقصد الإضرار به. واعتبر فعل الاعتداء يشكل جنحة حسب نص المادة 295 ق.ع التي أضيفت بموجب التعديل الذي أدخله قانون 06-23 المؤرخ في 2006/12/20م. والتي جاء فيها:" كل من يدخل فجأة أو خدعة أو يقتحم منزل مواطن، يعاقب بالحبس من سنة(1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج. وإذا إرتكب بالتهديد أو بالعنف، تكون العقوبة الحبس من خمس(5) سنوات على الأقل إلى عشر (10) سنوات على الأكثر وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج". يتضح من نص المادة أن جنحة انتهاك حرمة منزل تعرض فاعلها إلى المسؤولية الجزائية. حيث يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة مالية من عشرون ألف إلى مائة ألف دج. أما إذا صاحب فعل الاعتداء على حرمة المسكن التهديد والعنف فتشدد المسؤولية الجزائية، حيث تضاعف العقوبة السالبة للحرية من خمس سنوات إلى عشر سنوات، مع بقاء الغرامة المالية ذ ا. والمسؤولية الجزائية يتحملها حتى الشخص المعنوي إذا قام أحد ممثليه بانتهاك حرمة منزل الغير. ويخضع لأحكام المادة 51 مكرر ق.ع.

أما المشرع الفرنسي فقد عاقب على اقتحام منزل الغير باستعمال المناورات والتهديدات، وخارج الحالات القانونية جريمة معاقب عليها بالحبس وغرامة 15.000 أورو. حسب ما نصت عليه المادة 226-4 من قانون العقوبات الفرنسي.

أقرت المواثيق الدولية حرمة الحياة الخاصة، حيث نصت المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1945م على:" لا يجوز تعريض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو في شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته، ولا لحملات تمس شرفه وسمعته، ولكل شخص حق في أن يحميه القانون من مثل ذلك التدخل أو تلك الحملات". كما اعتبر العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966م في المادتين 09 و17على وجوب صيانة حرمة الحياة الخاصة كمبدأ عام لا ينطوي على استثناءات إلا ما تعلق منها بالمصلحة العامة.

ولما كانت الضرورات تستوجب من أجل الحفاظ على المصلحة العامة المساس بحرمة الحياة الخاصة الذي تتفرع عنه عدة مبادئ مثل: مبدأ عدم الإطلاع على المراسلات الخاصة والتقاط الصور، ومبدأ سرية المكالمات الهاتفية، وحرمة المسكن، لم يكن الغرض المتوخى منها سوى جمع الأدلة حول تحقيق جزائي مفتوح. ومع هذا التحديد وذلك الاستثناء وتوقيا لأشكال التعسف من طرف أجهزة الضبطية أثناء قيامهم بمهام التحري، وضع التشريع الجزائري -تفعيلا لما نص عليه الدستور-[1] مجموعة من الإجراءات وجب إتباعها واحترامها ضمانا للمبدأ وشروط وشكليات تمثل كلها في حقيقة أمرها ضمانات للمشتبه فيهم.[2]

أعترف القضاء الفرنسي بحماية الحق في الحياة الخاصة في العديد من المناسبات نذكر منها: قضية تفتيش المكبات. حيث اصدر قرار يوم 1977/01/12م والذي قرر فيه وجوب حماية الحق في الحياة الخاصة احتراما لمبدأ الحرية الشخصية. وقرار آخر في 1989/12/29م. كما ذكر في القرار الصادر في1995/01/18م بضرورة حماية الحق في الخصوصية عندما صرح: "...إن الوقاية من المساس بالنظام العام، خصوصا انتهاكات أمن الأشخاص والأموال والبحث عن مرتكبي الجرائم، هي ضرورة من أجل المحافظة على المبادئ والحقوق ذات القيمة الدستورية. فيتعين على المشرع أن يضمن التوفيق بين الأهداف ذات القيمة الدستورية وممارسات الحريات العامة المضمونة دستوريا، والتي توجد من بينهاالحرية الفردية وحرية التنقل و كذلك عدم انتهاك المنزل. ذلك أن عدم الاعتراف بالحق في الحياة الخاصة يمكن أن يلحق مساسا بالحرية الفردية".[3]

[1] المادة 46 من الدستور الجزائري المعدل بالقانون 16-01 التي سبق وأن ذكرنا محتواها في الباب التمهيدي من الرسالة. والمادة 17 من الدستور العراقي الجديد الصادر في 2005/10/15م، والمادتين 10 و18 من دستور المملكة الأردنية الهاشمية الصادر في 1952/1/1م. المادتين 44 و45 من دستور جمهورية مصر العربية لسنة 1971م.

[2] محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، الجزء 3، مرجع سابق، صفحة 360- 361.

[3] نوبري عبد العزيز، الحماية الجزائية للحياة الخاصة "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 63

الفرع الأول: الحق في الدفاع عند التفتيش

البند الأول: تعريف التفتيش

التفتيش لغة من فتش، الفتش والتفتيش: الطلب والبحث.[1] وفتش عن الشيء فتشا أي سأل عنه واستقصاه.[2]

يعتبر التفتيش من أخطر الإجراءات التي تتم خلال المتابعة الجزائية، لأنه يمثل اعتداء على حق الإنسان في حياته الخاصة وفي حقه بالاحتفاظ بسره و حرمة مسكنه. وقد عرفه الدكتور المرصفاوي بأن: "التفتيش هو الاطلاع على محل منحه القانون حرمة خاصة باعتباره مستودع سر صاحبه لضبط ما عسى قد يوجد به مما يفيد في كشف الحقيقة".[3] كما عرف التفتيش بأنه "ذلك الإجراء الذي رخص الشارع فيه بالتعرض لحرمة ما، بسبب جريمة وقعت أو ترجح وقوعها، وذلك تغليبا للمصلحة العامة على مصالح الأفراد الخاصة، واحتمال الوصول إلى دليل مادي يفيد في كشف الحقيقة".[4]

البند الثاني: التفتيش في الشريعة الإسلامية

قد يقع التفتيش على شخص المشتبه فيه كما قد يقع على مسكنه وكلاهما شملتهم الشريعة الإسلامية بالحماية. فالسكن يعني الأمن و الحماية من تطفل أو اعتداء السلطة أو الأفراد على خصوصيات الساكن. ومن معاني المسكن الأمن.[5] ويؤكد هذا قوله تعالى **﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْنِسُوا﴾** (النور: 27). فالأمر هنا ملزم وموجه إلى كل غريب عن البيت بصرف النظر عن مركزه الاجتماعي سواء كان حاكم أو محكوم، فأي اعتداء على مسكن الشخص هو اعتداء على الشخص ذاته.

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، المد 6، صفحة 325. أنظر أيضا: أبو عبد الرحمن الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق: مهدي المخزومي و إبراهيم السامرائي، المد 6، صفحة 246.

[2] إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار (مجمع اللغة العربية بالقاهرة)، المعجم الوسيط، مرجع سابق، صفحة 672.

[3] حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، صفحة 383.

[4] نقض مصري 1959/11/17م أحكام نقض س 10 رقم 189 صفحة 188. أنظر: عبد الحميد الشواربي، ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي، 1996م، منشأة المعارف، الإسكندرية، صفحة 350. أنظر أيضا: عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام "دراسة مقارنة بالقانون الوضعي"، مجلة الحقوق، مرجع سابق، صفحة 61.

[5] يوسف الشيخ يوسف، حماية الحق في حرمة الأحاديث الخاصة "دراسة مقارنة في تشريعات التنصت و حرمة الأحاديث الخاصة"، الطبعة الأولى، 1998م، دار الفكر العربي، صفحة 29.

أيضا قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّمْلُ ادْخُلُوا مَسَاكِنَكُمْ لَا يَحْطِمَنَّكُمْ سُلَيْمَانُ وَجُنُودُهُ وَهُمْ لَا يَشْعُرُونَ﴾ (النمل: 18).

لقد صانت الشريعة حق المسكن لكل أفراد المجتمع في أحكام القرآن و السنة النبوية، ومسيرة الصحابة رضوان الله عليهم.[1] وجعلت للمسكن حرمة لا يجوز لأحد أن ينتهكها. كما اعتبرت دخول المسكن دون إذن صاحبه يشكل اعتداءا على صاحب المنزل، وعلى حياته الخاصة وكشفا لأسراره و اعتداءا على ملكيته.[2] كما نهت عن التجسس والتصنت على بيوت ومساكن الآخرين.[3] فأوصدت الأبواب جميعا أمام كل من تسول له نفسه بأن يستهين بأقدار الآخرين وبحقهم في الخصوصية وصيانة السر وحرمة المسكن. سواءا كان مسكونا أو لا، لأن المهم هو حيازته لرعاية حرمته حتى ولو كان صاحبه غائبا. ويتضح ذلك من قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ﴾ (سورة النور:28). بل إن الآية قد أرشدت إلى تقبل عدم الإذن بالدخول بنفس راضية، ويتضح ذلك من قوله تعالى: ﴿وَإِنْ قِيلَ لَكُمُ ارْجِعُوا فَارْجِعُوا هُوَ أَزْكَى لَكُمْ﴾ (سورة النور:28). ثم ربطت الآية حرمة المسكن بالعقيدة ورقابة الله بقوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾. (سورة النور:28).[4]

الحق في حرمة المسكن و كذا الحياة الخاصة مقرر بأحاديث نبوية، منها ما ورد عن النبي (صلى الله عليه وسلم) في سنن النسائي: أخبرنا عمرو بن منصور، قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا أبان، قال: حدثنا يحيى، عن إسحق بن عبد الله بن أبي طلحة، عن أنس بن مالك، أن أعرابيا أتى باب رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، فألقم عينه خصاصة الباب، فبصر به النبي (صلى الله عليه وسلم) فتوخاه بحديدة أو عود، ليفقأ عينه، فلما أن بصر انقمع، فقال له النبي (صلى الله عليه وسلم): «أما إنك لو ثبت لفقأت عينك»

---

[1] لم تخرج سير الخلفاء وهجهم عن ذلك الاتجاه الحكيم من الشرع الإسلامي في حفظ أسرار المسكن وكرامة القائمين فيه و اللذا فظة عليهم و ع لى حرمه ما من شأنه أن يضرهم أو يؤذي مشاعرهم. فقد روي أن عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، "كان يعس بالمدينة من الليل، فسمع صوت رجل في بيت يتغنى، فتسور عليه، فوجد عنده امرأة، وعنده خمرا، فقال: يا عدو الله، أظننت أن الله يسترك وأنت على معصيته؟ فقال: وأنت يا أمير المؤمنين، لا تعجل علي، إن أكن عصيت الله واحدة، فقد عصيت الله في ثلاث، قال تعالى: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾ (الحجرات: 12)، وقد تجسست، وقال الله عز وجل: ﴿وَلَيْسَ الْبِرُّ بِأَنْ تَأْتُوا الْبُيُوتَ مِنْ ظُهُورِهَا﴾ (البقرة: 189)، وقد تسورت علي، ودخلت علي من ظهر البيت بغير إذن، وقال الله عز لاوجل: ﴿لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْنِسُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا﴾ (النور: 27)، فقد دخلت بغير سلام قال عمر رضي الله عنه: فهل عندك من خير إن عفوت عنك؟ قال: نعم، والله يا أمير المؤمنين، لئن عفوت عني لا أعود لمثلها أبدا، قال: فعفا عنه، وخرج وتركه". أنظر: عبد الفتاح مراد، التحقيق الجنائي العملي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مرجع سابق، صفحة 361. أنظر أيضا: الخرائطي، مكارم الأخلاق ومعاليها ومحمود طرائقها، تحقيق: أيمن عبد الجابر البحيري، الطبعة الأولى، 1419ه/1999 م، دار الآفاق العربية، القاهرة، المجلد 1، صفحة 152. أنظر كذلك: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، المجلد 1، مرجع سابق، صفحة 503.

[2] إحسان الكيلاني، السلامة الشخصية وحقوق الدفاع ودور المحاماة في الإسلام، مجلة الحقوق، مرجع سابق، صفحة 190.

[3] الطاهر بن خرف الله، مدخل إلى الحريات و حقوق الإنسان، الجزء 2، مرجع سابق، صفحة 67.

[4] عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام"دراسة مقارنة بالقانون الوضعي"، مجلة الحقوق، مرجع سابق، صفحة 61-62.

(رواه النسائي). وقوله (صلى الله عليه وسلم): «من اطلع في بيت قوم بغير إذنهم، فقد حل لهم ان يفقئوا عينه» (رواه مسلم). وقوله أيضا: «إذا استأذن أحدكم ثلاثا فلم يؤذن له فليرجع». (رواه البخاري)

من الأحاديث النبوية أيضا، قول النبي (صلى الله عليه وسلم) لمعاوية: «إنك إن تتبعت عورات الناس أ فسدم أوكدت تفسدهم». وقوله أيضا: «فإنه من تتبع عورة أخيه المسلم يتتبع الله عورته بفضحه ولوكان في جوف بيته».[1]

بالرغم من تأكيد الشريعة الإسلامية على الحق في خصوصية المسكن و كذا حرمته، تأكيدا لا مجال فيه للريبة والشك وتقريره كمبدأ أصيل و عام، إلا أن هناك حالات خطيرة و ظروف ضرورية يباح فيها الخروج عن المبدأ القاضي بعدم الدخول دون أخذ الإذن. وهذه الحالات هي: حالة الضرورة[2] وظهور المعصية.[3]

أما أساس حرمة الأشخاص في الشريعة الإسلامية قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾ (البقرة: 190). وقال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): «كل المسلم على المسلم حرام، دمه، وماله، وعرضه» (رواه مسلم). فجوهر حرمة الأشخاص هو صون الحرية الشخصية، لأنها إحدى مظاهرها. ومادام للمسكن حرمة مصانة، فمن باب أولى أن تكون حرمة الأشخاص أيضا مصانة. وباعتبار أن التفتيش هو في حد ذاته تعدي لذلك لا يمكن القيام به إلا في حالة الضرورة وما تقتضيه المصلحة. فحرمات الإنسان واجبة الصيانة ولا يمكن الانتقاص منها إلا بتوافر دلائل كافية على ظهور المعصية. ودليل إباحة تفتيش الأشخاص في الإسلام ما ورد في قصة يوسف عليه السلام حيث يقول تعالى: ﴿فَلَمَّا جَهَّزَهُمْ بِجَهَازِهِمْ جَعَلَ السِّقَايَةَ فِي رَحْلِ أَخِيهِ ثُمَّ أَذَّنَ مُؤَذِّنٌ أَيَّتُهَا الْعِيرُ إِنَّكُمْ لَسَارِقُونَ، قَالُوا وَأَقْبَلُوا عَلَيْهِمْ مَاذَا تَفْقِدُونَ، قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ، قَالُوا تَاللَّهِ لَقَدْ عَلِمْتُمْ مَا جِئْنَا لِنُفْسِدَ فِي الْأَرْضِ وَمَا كُنَّا سَارِقِينَ، قَالُوا فَمَا جَزَاؤُهُ إِنْ كُنْتُمْ كَاذِبِينَ، قَالُوا جَزَاؤُهُ مَنْ وُجِدَ فِي رَحْلِهِ فَهُوَ جَزَاؤُهُ كَذَلِكَ نَجْزِي الظَّالِمِينَ، فَبَدَأَ بِأَوْعِيَتِهِمْ قَبْلَ وِعَاءِ أَخِيهِ ثُمَّ اسْتَخْرَجَهَا مِنْ وِعَاءِ أَخِيهِ كَذَلِكَ كِدْنَا لِيُوسُفَ

---

[1] عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، المد 1، مرجع سابق، صفحة 503.

[2] ومثال لحالة الضرورة مقاتلة العدو (حالة الحرب). ففي هذه الحالة يباح الدخول إلى المسكن دون إذن مسبق ضمان لحماية الاشخاص اولا ثم المجتمع. أنظر: حسين بن محمد المهدي، الشورى في الشريعة الإسلامية، 2006م، وزارة الثقافة، صفحة 175. أنظر أيضا: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء 1، مرجع سابق، صفحة 485. أنظر كذلك: ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، المجلد 9، صفحة 288.

[3] ومثل ذلك أن تظهر المعصية في المنزل ظهورا يعرفه من بخارجه بكل وضوح، كما في حالة جريمة شرب الخمر، يدل عليها انبعاث رائحة الخمر، أو ارتفاع أصوات السكارى. أو في جريمة الزنا، إذا اصطحب رجل امراة اجنبية ليزني بها. وهذه الحالة لا تقل خطورة عن الحالة الأولى، حيث أن المسكن يصبح وكرا للرذيلة والمعصية، وليس وعاءا للأمن والاستقرار، فلا بد من كشف العاصين، وانتشال الطاغين. أنظر: أبو يعلى، الأحكام السلطانية، تحقيق: محمد حامد الفقي، الطبعة الثانية، 1421ه/2000م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، صفحة 280.

مَا كَ ، لِيَأْخُذَ أَخَاهُ فِي دِينِ الْمَلِكِ إِلاَّ أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ نَرْفَعُ دَرَجَاتٍ مَنْ نَشَاءُ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ، قَالُوا إِنْ يَسْرِقْ فَقَدْ سَرَقَ أَخٌ لَهُ فَأَسَرَّهَا يُوسُفُ فِي نَفْسِهِ وَلَمْ يُبْدِهَا لَهُمْ قَالَ أَنْتُمْ شَرٌّ مَكَانًا وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا تَصِفُونَ (البقرة: 70-76).

فسر الطبري الآية (76) من سورة يوسف بقوله: ففتش يوسف أوعيتهم ورحالهم، طالبًا بذلك صواعَ الملك، فبدأ في تفتيشه بأوعية إخوته من أبيه، فجعل يفتشها وعاء وعاءً قبل وعاء أخيه من أبيه وأمه، فإنه أخّر تفتيشه، ثم فتش آخرها وعاء أخيه، فاستخرج الصُّواع من وعاء أخيه.[1] وهذا دليل على جواز تفتيش الأشخاص في الشريعة الإسلامية للمصلحة العامة. ولكن بشروط و ضمانات دف إلى منع التعسف والاستبداد في اتخاذ إجراء التفتيش. وتحقيقا للتوازن بين حق الشخص في الخصوصية وصيانة الأسرار وبين حق الدولة في تتبع الجرائم و الحصول على أدلة الإدانة.[2]

البند الثالث: التفتيش في القانون الوضعي

أجازت المادة 64 من ق.إ.ج لضباط الشرطة القضائية أن يفتشوا مساكن الأفراد المشتبه فيهم. والمساكن أماكن للراحة والاستقرار وكذا الطمأنينة. فالفرد لا يأمن على نفسه إلا إذا تأكد أن مسكنه ذو حرمة و خصوصية تمنع الغير من الاطلاع على كل ما يحدث فيه من فعل أو يثار فيه من قول، ولكن أحيانا قد تتطلب التحقيقات الولوج خفية أو الاقتحام عنوة إلى مسكن الفرد باعتباره مشتبها فيه أو حتى مشكوكا في تصرفاته. ولهذا لا يجوز بأي حال من الأحوال الاعتداء على المساكن دون وضع مقاييس وحدود لحماية ساكنيها حتى عند التفتيش. وهذا ما أكده المشرع الدستوري الجزائري، عندما نص على أن يكون التفتيش في الحالات المقررة قانونا، ووفقا للأشكال القانونية حسب المادة 47 من الدستور الجزائري لسنة 1996م المعدل بالأمر 16-01 الصادر في 2016/03/07م التي جاء فيها: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن. فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون، وفي إطار احترامه. ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة".

والمسكن هو المكان الذي يأوي إليه الإنسان ويتخذه مقرا له. يدخل في ذلك المكان الذي يقيم فيه فعلا، كما يدخل المكان الذي يعده لسكناه وإن كان يتغيب عنه في فترات معينة. بعبارة أخرى فهو يشمل المكان المسكون فعلا، أو المعد للسكنى.[3]

---

[1] أبو جعفر الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، الطبعة الأولى، 1420ه/2000 م، مؤسسة الرسالة، المد 16، صفحة 184.

[2] غازي حسن صباريني، الوجيز في حقوق الإنسان و حرياته الأساسية، مرجع سابق، صفحة 138.

[3] عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، منشأة المعارف، صفحة 207.

كما عرفت المادة 355[1] من قانون العقوبات المسكن بنصها: "يعد منزلا مسكونا كل مبنى أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك ولو متنقل متى كان معدا للسكن وإن لم يكن مسكونا وقتذاك وكافة توابعه مثل الأحواش وحظائر الدواجن ومخازن الغلال والإسطبلات والمباني التي توجد بداخلها مهما كان استعمالها حتى ولو كانت محاطة بسياج خاص داخل السياج أو الصور العمومي".

وفي هذا الصدد أكدت المحكمة العليا الفرنسية في قرار أصدرته في 1977/01/04م حيث كيفت شقة على اكا منزلا رغم اكا كانت خالية من شاغليها، ويتعلق الأمر في القضية بامرأة كانت تحوز شقة دون أن تشغلها، حيث دخل شخص آخر بدافع تغيير اقفال ابوابها. مما أدى إلى إدانته من قبل المحكمة الابتدائية بجنحة اقتحام حرمة منزل.[2] لذا اعتبر القضاء الفرنسي المكان مسكنا حتى ولو كان خاليا من قاطنيه، فالمهم أن يكون معدا للسكنى. والعبرة من هذا التوسع في مفهوم المسكن هو زيادة نطاق الحماية القانونية للحق في الخصوصية.

ويعرف الدكتور إسحاق إبراهيم منصور المسكن كما يلي: "المسكن هو كل مكان مسكون فعلا أو معدا للسكن سواء أكان الشخص يقيم فيه بصفة دائمة أو مؤقتة كالفندق مثلا ويستوي أن يكون الساكن مالكا أو مستأجرا أو يقيم فيه برضاء صاحبه ولو بدون مقابل، ويعتبر مسكنا كل توابع المسكن من حظائر وحدائق وغيرها".[3] من خلال هذا التعريف يتضح لنا عدم اشتراط توفر سند الملكية من أجل الاعتداد بحرمة المسكن. وهو ما قضت به غرفة الجنح والمخالفات في المحكمة العليا الجزائرية في قرار أصدرته في 2004/11/24م بأن:".... مة اقتحام حرمة منزل تقوم عندما يدخل الشخص منزل الغير خدعة أو فجأة أو يقتحم هذا المسكن وهو يعلم أنه مشغول من طرف أصحابه، حتى ولو كان صاحب المسكن ليس ملكه، لكنه يحتله بصفة شرعية...".[4] أي عدم الأخذ في الحسبان سند الملكية بل يكفي لاعتبار المكان مسكنا ولو مؤقتا، فالأهم هو الحيازة وشعور الشخص بأنه في بيته ليطمئن على حرمة خصوصيته.

[1] راجع أيضا المادة 395 من قانون العقوبات الجزائري والتي أضيفت للقانون عند تعديله بموجب القانون رقم 06-23 المؤرخ في2006/12/20م. يقابلها في قانون العقوبات الفرنسي المادتين 226-4 و432-8 .

[2] نوبري عبد العزيز، الحماية الجزائية للحياة الخاصة" دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 203.

[3] أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 217-218.

[4] نوبري عبد العزيز، الحماية الجزائية للحياة الخاصة" دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 204.

أما عن تفتيش الأشخاص فهو التنقيب لكشف الحقيقة في جسم شخص محدد ومعين تعينا نافيا للجهالة، للعثور على دليل مادي لجناية أو جنحة وقعت فعلا ورجح نسبتها له، ويتحدد نطاق تفتيش الشخص بالفحص الخارجي لجسمه وبنزع ملابسه دون منافاة الأخلاق وكشف لعوراته أو عيوبه الخلقية التي لا يرغب أن يطلع عليها الغير.[1]

ونلاحظ أن التفتيش الجسدي لم يشكل موضوع اهتمام من جانب القانون الفرنسي والقوانين التي تحذو حذوه كالقانون الجزائري. وأمام هذا الفراغ القانوني يمكننا التساؤل حول إمكانية تطبيق القواعد العامة المتعلقة بتفتيش المسكن على تفتيش الأشخاص. وقد اعتبر ذلك جائزا لدى محكمة النقض الفرنسية عندما قررت عام 1953م إمكانية تطبيق القواعد العامة لتفتيش المنزل على تفتيش الأشخاص.

لكن من الناحية العملية لا يمكن ذلك إذا نظرنا إلى خصوصية حرمة الأشخاص. وإذا كان ممكنا تطبيق الشرط الزمني في تفتيش المنزل فلا يمكن ذلك بالنسبة للأفراد. لذا قد يعتبر تفتيش الأشخاص باطل لعدم مراعاته للشرط الزمني. أيضا هل من الضروري حضور شهود عند تفتيش المشتبه فيه، علما بأنه من الضمانات الجوهرية للمشتبه فيه عند إجراء عملية تفتيش منزله.

بيد أن المشرع المصري قد فصل التفتيش الجسدي عن التفتيش السكني. فلا يشترط حضور شهود عند تفتيش الأشخاص، كذلك فإن تفتيش منزل المشتبه فيه لا يجيز تفتيش شخصه.[2] ومن ناحية أخرى يتقيد مأمور الضبط في تفتيش الأشخاص بأحوال القبض حسب المادة 46 من قانون الإجراءات الجنائية المصري.[3] وهو الرأي الذي اعتمده المشرع السعودي في المادة 42 من قانون الإجراءات الجنائية السعودي.[4]

البند الرابع: ضمانات حق الدفاع خلال التفتيش

يهدف التفتيش إلى البحث عن أدلة الجريمة و الوقاية من إتلافها، أو الوقاية من أذى الشخص موضوع التفتيش سواء ضد نفسه أو ضد رجال الأمن. لذا يجب أن يتم تنفيذه بطريقة تراعي كرامة الإنسان وطبقا

[1] محمد الطراونة، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 105.

[2] احمد عبد الحميد الدسوقي، الحماية الموضوعية والإجرائية لحقوق الإنسان في مرحلة ما قبل المحاكمة" دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 222.

[3] عبد الحميد محمود البعلي، الحماية الجنائية للحقوق والحريات أثناء المحاكمة الجنائية"دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق، العدد 4، السنة 18، ديسمبر 1994م، جامعة الكويت، صفحة 111.

[4] المادة 42 من ق.إ.ج السعودي التي نصت على:" يجوز لرجل الضبط الجنائي- في الأحوال التي يجوز فيها القبض نظاما على المتهم- أن يفتشه..."

للأحكام التي نص عليها القانون للحيلولة دون إساءة استعمال السلطة والتعسف فيها. ولتجسيد هذه الغاية تضع مختلف التشريعات جملة من الضوابط تعد ضمانات للمشتبه فيه،[1] نلخصها كالآتي:

1. رضا المشتبه فيه:

نصت المادة 64 ق.إ.ج على" لا يجوز تفتيش المساكن ومعاينتها وضبط الأشياء المبينة للتهمة إلا برضاء صريح من الشخص الذي ستتخذ لديه الإجراءات...". ويشترط في هذا الرضا ما يلي: أن يكون صادرا من صاحب الصفة، فيصدر من الشخص المراد تفتيشه بالنسبة للأشخاص.[2] أو من صاحب المسكن سواء كان مالكا له أو حائزا للمسكن. وفي هذه الحالة يعفى من طلب الإذن من القضاء للدخول للمسكن.[3] طبقا لنص المادة 47 ق.إ.ج، "... إلا إذا طلب صاحب المنزل ...". إن تفتيش المسكن بناء على رضاء صاحبه يختلف عن تفتيشه بالمعنى القانوني. لأن هذا الأخير كما بينا هو من إجراءات التحقيق التي لا تتطلب رضاء الشخص، وإنما تتم رغما عن إرادته. أما تفتيش بناء على الرضا صاحبه. هو من إجراءات الاستدلال.[4] إضافة إلى ضرورة رضا المشتبه فيه للتفتيش يجب أيضا أن يحضر عملية التفتيش، إذ توجب المادة 45 ق.إ.ج[5] في حالة عدم حضور صاحب المنزل عملية التفتيش أن يكلف ممثلا عنه، وإذا امتنع عن ذلك أو كان هاربا استدعى الضابط شاهدين لحضور عملية التفتيش.[6]

هذا الشرط لا يعتبر ضروريا في حالة الجناية والجنحة المتلبس بها.[7] حيث نصت المادة 44 ق.إ.ج على جملة من الضمانات للمشتبه فيه أهمها: أن يكون صاحب المنزل محل التفتيش ممن ارتكبوا أو ساهموا في

---

[1] أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 263.

[2] فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، 2010م، دار النهضة العربية، صفحة 307.

[3] عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري "التحري و التحقيق"، مرجع سابق، صفحة 271.

[4] عادل عبد العال خراشي، ضوابط التحري و الاستدلال عن الجرائم، 2006م، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، صفحة 321.

[5] تقابلها المادة 46 من قانون الإجراءات الجنائية السعودي.

[6] احمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، الجزء 2، مرجع سابق، صفحة171.

[7] وضعت المادة 41 ق إ ج تعريفا للجريمة المتلبس بها: "توصف الجناية او الجنحة بانها في حالة تلبس إذا كانت مرتكبة في الحال او عقب ارتكابها..." وتستنتج من نص المادة 41 ق.إ.ج صور حالة التلبس وهي كالتالي:

* **أ- مشاهدة الجريمة حال ارتكابها**، وتتحقق أثناء ارتكاب الأفعال التي يتكون منها الركن المادي للجريمة أو جزء منه، كمشاهدة الجاني يطعن الضحية بسكين أو يطلق عليه الرصاص، ووسع القضاء المصري نطاقها حيث تقوم حالة التلبس سواء بالسمع أو الشم ...الخ، "والتلبس صفة تلازم الجريمة لا شخص مرتكبها"، بمعنى أن يكون إدراك الجريمة بصفة عامة بغض النظر عن الجرم. أنظر: فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، صفحة 313.

* **ب- مشاهدة الجريمة عقب ارتكابها بوقت قريب جدا**، والمقصود بذلك أن رجال الضبطية لم يشاهدوا وقوع الجريمة، وإنما ما يدل عليها من آثار ومعالم، ويجب أن لا يكون هناك بعدا زمني كبير، ومقدار تحديده يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

* **ج- متابعة العامة المشتبه فيه بالصياح**، هي حالة تستند لسلوك العامة من الناس بمتابعة مرتكب الجريمة و مطاردته بالصياح و الجري وراءه في وقت قريب جدا من وقوع الجريمة.

ارتكاب الجناية أ و الج نحة امتا س ا مع وجوب استظهار إذن التفتيش المقدم من قبل وكيل الجمهورية الذي يشرف على عملية التفتيش التي تقوم بها الضبطية القضائية.

2. الإذن:

كما سبق وأشرنا، يشترط في التفتيش الذي يقوم به ضباط الشرطة القضائية في إطار التحقيق الأولي أن يكون بناءا على إذن مكتوب من طرف وكيل الجمهورية المشرف على عملية التفتيش حسب المادة 03/44 ق.إ.ج. ويجب على ضابط الشرطة القضائية أن يستصدر الإذن قبل الدخول إلى المسكن المراد تفتيشه.

وعلى سبيل المقارنة يكون التفتيش في الشريعة الإسلامية من اختصاص والي المظالم بصفته الجهة المختصة في تحقيق الدعوى و الكشف عن الجرائم والاستدلال عليها، والمحتسب فيما خرج عن ولايته القضائية القاصرة ودخل في اختصاص القاضي.[1] فالتفتيش لا يكون مشروعا إلا إذا صدر من سلطة قضائية مختصة. ويعتبر من اهم الضمانات التي اقرها الشريعة الإسلامية حماية لحرمة الأفراد و الأشخاص. لكي يكون هذا الإجراء شرعيا يجب أن يصدر من السلطة المختصة بإجرائه. **كما بينا،** السلطة التي يدخل في اختصاصها التفتيش في الشريعة الإسلامية هي: والي المظالم و المحتسب.

إضافة إلى هذه الضمانة فقد قررت الشريعة الإسلامية جملة من الشروط التي يجب توافرها في التفتيش لكي يكون مشروعا. أهمها: ان تكون الجريمة متلبسا بها، او ان تتوافر دلائل كافية على ارتكابها.[2] ويكون الأمر كذلك عندما تظهر المعصية في الدار ظهورا يعرف من الخارج كظهور رائحة الخمر أو سماع أصوات السكارى.[3] أو كأن يخبره من يثق بصدقه أن رجلا خلا برجل ليقتله أو بامرأة ليزني بها.[4] إضافة إلى وجوب

---

* هـ- **ضبط أداة الجريمة**، إذا وجدت أداة الجريمة كحمله للسلاح أو حيازته لأشياء يستدل منها أنه هو الفاعل الحقيقي أو مساهم فيها، سواء كانت قد استعملت في ارتكاب الجريمة، أو نتجت عنها كالأشياء المسروقة، كما تشمل هذه الحالة إذا وجد بالمتهم بعد وقوع الجريمة بوقت قصير أثار أو علامات تفيد انه ارتكب الجريمة أو أنه مساهم فيها.

* و- **اكتشاف الجريمة في مسكن والتبليغ عنها في الحال**، هذه الصورة بينتها الفقرة الأخيرة من المادة 41، إذا ما كشف صاحب المسكن على جريمة في بيته واستدعى رجال الضبطية، ومثالها عندما يجد زوجته متلبسة بجريمة الزنا. أنظر: عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري "التحري والتحقيق"، مرجع سابق، صفحة 238-240.

[1] أحمد محمد لطفي أحمد، أصول التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، 2007م، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، صفحة 275. أنظر أيضا: عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام"دراسة مقارنة بالقانون الوضعي"، مجلة الحقوق، مرجع سابق، صفحة 64.

[2] أحمد محمد لطفي أحمد، أصول التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، صفحة 275.

[3] عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا با لقا نون ا لوضعي، الد 1، مرجع سابق، صفحة 504.

[4] عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام "دراسة مقارنة بالقانون الوضعي"، مجلة الحقوق، مرجع سابق، صفحة 64.

التوصل للأدلة بطريق مشوع. ودليل ذلك قصة سيدنا عمر عندما كان يعس بالمدينة، وأدى اكتشافه لدلائل الجريمة بطريقة غير مشروعة إلى عفوه عن مرتكبها.[1] ولم يطلب منه إلا التوبة وتركه، ولم يغير المنكر لأن دخوله المسكن الذي ظهر منه المنكر هو دخول من غير حق ومن غير وجهه.[2] فهذه الحادثة تبين لنا وجوب اكتشاف المعصية بطريق مشروع، فالتجسس محرم وغير جائز حتى ولو كان الهدف منه الوصول إلى دليل يثبت ارتكاب معصية. إذ يشترط أن تتم رؤية المعصية من غير تجسس. وأي دليل يتم الحصول عليه عن طريق انتهاك حرمة المسكن أو الأشخاص هو دليل غير مشروع وكل ما يبنى عليه باطل فلا يعول عليه في بناء الأحكام القضائية.

3. زمن التفتيش:

تنص المادة 1/47 ق.إ.ج[3]: "لا يجوز البدء في تفتيش المساكن ومعاينتها قبل الساعة الخامسة صباحا ولا بعد الساعة الثامنة مساءا إلا إذا طلب صاحب المنزل ذلك ، أو وجهت نداءات من الداخل...".

ففي حالة طلب صاحب البيت من الشرطة القضائية دخول مسكنه في غير المدة المقررة قانونا لا يعتبر ذلك انتهاكا لحرمة مسكنه. بالإضافة إلى توفر حالة استغاثة من داخل المنزل والتي قد تكون في حالة الكوارث الطبيعية مثلا، وهي حالات تبرر الخروج عن شرط المجال الزمني المقرر قانونا.

غير أن هناك حالات استثنائية أشارت إليها المادة 2/47 ق.إ.ج والتي سمح فيها المشرع بإجراء التفتيش في كل ساعة من ساعات النهار أو الليل. فيجوز تفتيش الفنادق والمساكن المفروشة والمحلات والأماكن المفتوحة للعامة لضبط الأشياء الموجودة فيها عندما يتعلق الأمر بجرائم المخدرات وجرائم تحريض القصر على الدعارة.[4] المنصوص عليها بالمواد 342 إلى 348 من قانون العقوبات، أو عند معاينة جرائم الإرهاب والتخريب.[5]

---

[1] لقد سبق وان تطرقنا إلى حادثة سيدنا عمر رضي الله عنه بالتفصيل، لذا يمكن الرجوع إلى تهميش الصفحة 21 من هذه الرسالة في الجزء المتعلق بحرمة المسكن وعدم جواز انتهاكه بالتجسس والتصنت.

[2] عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، المجلد 1، مرجع سابق، صفحة 503.

[3] يقابلها المادة 51 من نظام الإجراءات الجزائية السعودي التي نصت على :"يجب ان يكون التفتيش نهارا من بعد شروق الشمس و قبل غروبها في حدود السلطة التي يخولها النظام، ولا يجوز تفتيش المساكن ليلا إلا في حال التلبس بالجريمة."

[4] فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية بين النظري و العملي، مرجع سابق، صفحة 112.

[5] المادة 2/47-3 ق.إ.ج: "غير أنه يجوز إجراء التفتيش و المعاينة و الحجز في كل ساعة من ساعات النهار أو الليل قصد التحقيق في جميع الجرائم المعاقب عليها في المواد 342 إلى 348 من قانون العقوبات، وذلك في داخل كل فندق أو منزل مفروش أو فندق عائلي أو محل لبيع المشروبات أو نادي أو منتدى أو مرقص أو أماكن المشاهدة العامة وملحقاتها، و في اي مكان مفتوح للعموم او يرتاده الجمهور، إذا تحقق ان اشخاصا يستقبلون فيه عادة لممارسة الدعارة. وعندما يتعلق الأمر بجرائم المخدرات و الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية، و الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، وجرائم تبييض الأموال، والإرهاب، والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف، فإنه يجوز إجراء التفتيش والمعاينة و الحجز في كل محل سكني أو غير سكني في كل ساعة من ساعات النهار أو الليل، و ذلك بناءا على إذن مسبق من وكيل الجمهورية المختص".

كما يجوز للشرطة القضائية العسكرية إذا تعلق الأمر بجريمة ذات طابع عسكري، القيام بالتفتيش **داخل المؤسسات العسكرية ليلا.** دون أن تلتزم بالحدود الزمنية التي نصت عليها **المادة 01/47 من ق.إ.ج.** ويكون هذا الإجراء بناءا على أمر صادر من وزير الدفاع الوطني (الشخص صاحب الصفة القانونية في تحريك **الدعوى** العمومية في القضايا العسكرية)، **أو من وكيل الدولة العسكري حسب ما** جاء في المادة **53 من قانون القضاء العسكري الجزائري.**[1]

4. تفتيش الأنثى

لم يفرق المشرع الجزائري بين الذكر والأنثى. لكن إذا كان الشخص المطلوب أنثى جرى العرف أن يكون التفتيش بمعرفة انثى تنتدب لذلك احتراما لحياة المراة وحفاظا على عورتها، ولانها تتعلق بالنظام العام.[2] وبناءا عليه فمن غير الجائز أن يقوم ضابط شرطة **قضائية رجل بتفتيش الأنثى** حتى و**إن أخذ رضاها.**[3] ويترتب **عليه بطلان الإجراء مع قيام المسؤولية الجنائية على ضابط الشرطة القضائية.**[4]

إلا أن المشرع السعودي نص صراحة على ضرورة تفتيش الأنثى من قبل أ ن ثى يندبا رجل الضبط الجنائي.[5] **تطبيقا منه لما دعت إليه الشريعة الإسلامية عند تفتيش الأنثى حسب قاعدة "الضرورات تقدر بقدرها".**[6] **فإذا اقتضى الأمر تفتيش الأنثى لا يتعدى هذا** إلى الكشف عن عوراتها **وخدش حياءها. فلا** يحل **لرجل أن يرى عورة من عو ا. وهذا الشرط مسلم و هو عند المسلمين من البديهيات الشرعية.**[7] **كما أوجبت المادة 52 من ق.إ.ج** السعودي في حال **تفتيش مسكن المتهمة وجب حضور امرأة مع القائمين بالتفتيش.**

البند الخامس: جزاء الإخلال بقواعد التفتيش

لا يكون التفتيش إلا بمقتضى قانون، فإن الإخلال بقواعد تفتيش المساكن أو الأفراد يؤدي إلى جزاء يوقع على الأشخاص الذين خالفوا الأحكام الموضوعية، كما يمتد إلى صحة الإجراءات التي تمت بواسطتها **عملية التفتيش.**

---

[1] المادة 53 من قانون القضاء العسكري:" يجوز لوزير الدفاع الوطني ووكيل الدولة العسكري أن يصدرا الأمر لضباط الشرطة العسكرية، وبموجب تعليمات كتابية، لإجراء التفتيشات والحجوز في المؤسسات العسكرية وحتى في الليل".

[2] طه زاكي صافي، الاتجاهات الحديثة للمحاكمات الجزائية "بين القديم والحديث"، مرجع سابق، صفحة 170.

[3] فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، صفحة 306.

[4] عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري "التحري والتحقيق"، مرجع سابق، صفحة 278.

[5] المادة 42 /02 من نظام الإجراءات الجزائية السعودي" ..إذا كان المتهم انثى وجب ان يكون التفتيش من قبل انثى يندبها رجل الضبط الجنائي".

[6] أي ما أبيح لضرورة إنما تكون إباحته على قدر إزالة الضرورة، فلا تباح الزيادة على ذلك. أنظر: محمود الشربيني، القضاء في الإسلام، مرجع سابق، صفحة 76.

[7] عبد الفتاح مراد، التحقيق الجنائي العملي في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مرجع سابق، صفحة 363.

أولا: الجزاء الذي يقع على الأشخاص

وضع المشرع الجزائري ضوابط و جزاءات تأديبية[1] على كل موظف تسول له نفسه انتهاك حرمة مسكن شخص دون مسوغ شرعي، أو إفشاء سر أو إيداع مستند متحصل من التفتيش، خلافا للأحكام والشروط المتعين احترامها،[2] و جزاءات جنائية. فقد أورد القانون الجزائري نصوصا متعلقة بالسرية وتوعد كل من ساهم أو خالف من ضباط الشرطة القضائية قواعد الإجراءات الجزائية بقيام هذه المسؤولية عليه، حيث تأتي آثارها في صور عقوبات جزائية تتراوح بين المخالفة والجنحة والجناية، كون العمل المخالف للقاعدة الإجرائية يعتبر جريمة ورد النص عليها في قانون العقوبات الجزائري.[3] ويكون الأمر أكثر وضوحا من خلال استقراء المواد من 206 إلى 221 من ق.إ.ج التي تبين إجراءات متابعة أعمال ضباط الشرطة القضائية. وتشير ما إن كان الإخلال المنسوب لضابط الشرطة القضائية يشكل خطأ مهنيا محضا لا يستحق إلا المتابعة التأديبية. أو يكون زيادة على ذلك جريمة يعاقب عليها القانون الجنائي سواء حدث ذلك في مرحلة جمع الاستدلالات أو في مرحلة التحقيق الابتدائي.[4]

أما في حالة خرق القواعد المتعلقة بعملية التفتيش واستغلال الموظف صفته كممثل للسلطة العامة من أجل انتهاك حرمة منزل الغير.فقد حرص المشرع العقابي على وضع جزاء جنائي لهذه الجنحة و الوارد في المادة 135 من قانون العقوبات التي تنص على: "كل موظف في السلك الإداري أو القضائي وكل ضابط شرطة وكل قائد أو أحد رجال القوة العمومية دخل بصفته المذكورة منزل أحد المواطنين بغير رضاه، وفي غير الحالات المقررة في القانون وبغير الإجراءات المنصوص عليها فيه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 20000 إلى 100000 دج، دون الإخلال بتطبيق المادة 107".[5] وزيادة على المتابعة الجزائية فقد يخضع ضابط الشرطة القضائية إلى جزاء تأديبي من ط في غرفة الاام، دون الإخلال بالجزاء الذي قد يوقعه عليه رؤساءه التدريجيين (المادة 209 ق.إ.ج).[6]

---

[1] الجزاء التأديبي هو: "عقوبة تعلنها السلطة الإدارية تجاه موظف عام، بسبب ارتكابه مخالفة أثناء الخدمة أو بسببها". أنظر: علي محمد صالح الدباس و علي عليان محمد أبو زيد، حقوق الإنسان و حرياته، مرجع سابق، صفحة 281.

[2] قرار صادر يوم 15 جويلية 1980م من الغرفة الجنائية الأولى في الطعن رقم 675.22 متعلق بحق النيابة العامة من اتخاذ إجراءات تأديبية ضد مأمور الضبط القضائي الذي ي ت ب أخطاء مهنية وذ لك ب إحالته ع لى غرفة الاام. أنظر: جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء 1، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار، الرويبة، الجزائر، صفحة 23.

[3] طه زاكي صافي، الاتجاهات الحديثة للمحاكمات الجزائية، مرجع سابق، صفحة 359.

[4] جيلالي بغدادي، التحقيق "دراسة مقارنة نظرية وتطبيقية"، الطبعة الأولى، 1999م، الديوان الوطني للأشغال التربوية، صفحة 48.

[5] كما قرر المشرع الفرنسي عقوبة جزائية للموظف الذي يمثل السلطة العامة، ويستغل هذه صفته لدخول منزل غيره عنوة ودون رضاه وخارج الحالات القانونية. يعاقب بالحبس سنتان و بغرامة مالية تقدر ب 30.000 أورو. حسب ما جاء في فحوى المادة 432-8 من قانون العقوبات الفرنسي.

[6] تنص المادة 209 ق.إ.ج على أنه: "يجوز لغرفة الاام دون الإخلال بالجزاءات التاديبية التي قد توقع على ضابط الشرطة القضائية من رؤسائه التدرجيين ان توجه إليه ملاحظات أو تقرر إيقافه مؤقتا عن مباشرة اعمال وظيفته كضابط شرطة قضائية او بإسقاط تلك الصفة عنه كائيا".

ثانيا: بطلان الإجراءات التي نفذت خرقا للقانون

زيادة على الجزاء الجنائي والتأديبي **الذي يوقع على ضابط الشرطة القضائية لخرقه قواعد التفتيش المبينة** في القانون، فإنه ينجر عن هذا الخرق بطلان الإجراءات بطلانا صريحا.[1] لأن النص وحده لا يكفي لحماية **حقوق وحريات الأفراد من تعسف السلطات،** لذلك كان لا بد من ترتيب جزاءات على مخالفة الأصول القانونية.[2] وهذا ما تؤكده المادة 48 ق.إ.ج **بنصها:** "يجب مراعاة الإجراءات التي استوجبتها المادتان 45 و47 ويترتب على مخالفتها البطلان"، **ويكون المشرع بنص المادة 48 ق.إ.ج أكد أن عدم مراعاة الإجراءات** التي استوجبتها المادتان 45 و47 ق.إ.ج يترتب عليه البطلان.

الأصل أن بطلان الإجراءات غير المشروعة وما **يتبعه** من إهدار الدليل المنبعث منه هو خير جزاء في مواجهة السلطة التي قامت بهذا الإجراء.[3] **وهو ما قررته المادة 82 ق.إج المتعلقة بمرحلة التحقيق تأكيدا للحكم السابق.** فالإجراءات التي يقوم بها ضباط الشرطة القضائية **دون** احترامهم **للشروط القانونية، هي إجراءات باطلة بطلانا مطلقا. ولا يمكن الاستناد إليها** كأدلة تفيد لكشف الحقيقة أو الوصول إليها، فما بني **على باطل فهو باطل.**

مثال ذلك التفتيش الذي يجريه ضابط الشرطة القضائية **خارج قواعد اختصاصه النوعي (مساعدة ومعاونة الضابط) يقع باطلا.**[4] **ويعد باطلا التفتيش الذي يقوم به ضابط الشرطة القضائية دون إذن مكتوب صادر من** السلطة القضائية ممثلة في كل من قاضي **التحقيق أو وكيل الجمهورية.**

الفرع الثاني: الحق في **الدفاع عند مراقبة المكالمات والتقاط الصور**

تشمل حرمة الحياة الخاصة حرمة الرقابة على المكالمات الهاتفية والمراسلات و **التقاط الصور. وقد كفل** الدستور الجزائري في نص المادة 2/46 **حرمة الحياة الخاصة بقوله: "سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل** أشكالها مضمونة". في حين نجد أن قانون الإجراءات الجزائية وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة أجاز الخروج عن **هذا الأصل، واضعا ضمانات من أجل عدم انتهاكها** للوصول إلى دلائل تساعد على **تقصي ملابسات الجريمة ومعرفة مرتكبيها.**

---

[1] **يعرف البطلان بأنه:** "جزاء إجرائي يرد على العمل الإجرائي المخالف لبعض القواعد الإجرائية فيهدر آثاره القانونية". **أنظر:** عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة" **دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة** 190.

[2] طه زاكي صافي، **الاتجاهات الحديثة للمحاكمات الجزائية، مرجع سابق، صفحة** 355.

[3] عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة" **دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة** 189.

[4] مولاي ملياني بغدادي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، **الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب،** 1992م، **صفحة** 206-207.

البند الأول: مراقبة المكالمات والتقاط الصور في الشريعة الإسلامية

اعتبر الإسلام أن المساس بحرية المراسلات يعتبر مساسا بحق الإنسان في خصوصياته و **اعتداءا على حرياته الذهنية،**[1] **فحث على عدم مراقبة المراسلات أو مصادرها. للمراسلات** (لاتصالات البرقية و التليفونية) حرمة وسرية مكفولة لا يجوز انتهاكها إلا بناءا على أمر قضائي مسبب.[2] **عدم جواز الإطلاع عليها يهدف** إلى عدم إهدار سريتها، والاعتداء على حريات الشخص الفكرية كحرية الرأي والتعبير.[3] **دليل حرمة المراسلات** في الشريعة الإسلامية قول النبي صلى الله عليه و سلم: «من نظر في كتاب أخيه بغير إذنه، فإنما ينظر في النار». (رواه أبو داود)

الأصل هو منع النظر في رسائل الغير. **و**جوازه يكون **استثناءإذا تضمنت الرسائل ما يضر بالمسلمين، كأن تكون متعلقة بأعمال الجاسوسية على بلاد الإسلام.** ويستدل على ذلك بالحديث الذي رواه الإمام علي **(رضي الله عنه)** على النحو التالي " بعثني رسول الله **(صلى الله عليه وسلم)** أنا والزبير، والمقداد بن الأسود، قال: «انطلقوا حتى تاتوا روضة خاخ، فإن بها ظعينة، ومعها كتاب فخذوه منها» ، فانطلقنا تعادى بنا خيلنا حتى انتهينا إلى الروضة، فإذا نحن بالظعينة، فقلنا أخرجي الكتاب، فقالت: ما معي من كتاب، فقلنا: لتخرجن الكتاب أو لنلقين الثياب، فأخرجته من عقاصها، فأتينا به رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، فإذا فيه من حاطب بن أبي بلتعة إلى أناس من المشركين من أهل مكة يخبرهم ببعض أمر رسول الله **(صلى الله عليه وسلم)، فقال رسول الله (صلى الله عليه وسلم):** «يا حاطب ما هذا؟» ،قال: يا رسول الله، لا تعجل علي إني كنت امرا ملصقا في قريش، ولم اكن من انفسها، وكان من معك من المهاجرين لهم قرابات بمكة يحمون بها اهليهم واموالهم، فاحببت إذ فاتني ذلك من النسب فيهم، ان اتخذ عندهم يدا يحمون بها قرابتي،**وما فعلت كفرا ولا ارتدادا، ولا رضا بالكفر بعد الإسلام، فقال رسول الله (صلى الله عليه وسلم):** «لقد صدقكم»، قال **عمر:** يا رسول الله دعني أضرب عنق هذا المنافق، قال: «إنه قد شهد بدرا، وما يدريك لعل الله أن يكون قد اطلع على أهل بدر فقال: اعملوا ما شئتم فقد غفرت لكم» (رواه البخاري).[4] **و**نزل قوله تعالى: **﴿يَا أَيُّهَا ينَ آمَنُوا لاَ تَتَّخِذُوا عَدُوِّي وَعَدُوَّكُمْ أَوْلِيَاءَ تُلْقُونَ إِلَيْهِمْ بِالْمَوَدَّةِ﴾. (الممتحنة: 1)**

---

[1] غازي حسن صباريني، الوجيز في حقوق الإنسان و حرياته الأساسية، مرجع سابق، صفحة 137.

[2] عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، نظام الحكم في الإسلام، مرجع سابق، صفحة 83.

[3] عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام"دراسة مقارنة بالقانون الوضعي"، مقال منشور في مجلة الحقوق، مرجع سابق، صفحة 63.

[4] حسين بن محمد المهدي، الشورى في الشريعة الإسلامية، 2006م، وزارة الثقافة، صفحة 175.

البند الثاني: ضمانات حق الدفاع عند مراقبة المكالمات الهاتفية والتقاط الصور

لمقتضيات التحري والتحقيق ودف الكشف عن الحقيقة، جاء قانون الإجراءات الجزائية الجزائري بعدة نصوص تبيح الإطلاع والمساس بحرمة الحياة الخاصة في جرائم محددة على سبيل الحصر لا المثال، وقيدها بقيود لا قبل للقائم بدحضها. وهو ما يمكن استقراءه من نص المواد 65 مكرر5 إلى 65 مكرر 10 ق.إ.ج.[1] يمكن أن نستخلص جملة من الضمانات التي أقرها المشرع والتي من شاها ان تحول دون انتهاك حماية الحياة الخاصة أهمها:

أولا: وقوع الجريمة وأن يكون اللجوء إلى المراقبة واعتراض المراسلات أو الإطلاع على الأسرار الخاصة والتقاط الصور يقينيا غير مبني على الظن والريب فقط.[2] فلا يكون التنصت إلا بعد وقوع جريمة فعلا واكتشاف أمرها. لأن طلب التنصت مسببا قضائيا على جريمة وقعت فعلا وليس على جريمة لم تقع بعد، حتى وإن كانت على وشك الوقوع وهذا ما يعتبر إهدارا للقيمة الدستورية لحرية الحياة الخاصة للإنسان.[3] وهو ما أكدته المادة 1/65 مكرر 7 ق.إ.ج بنصها: "يجب أن يتضمن الإذن المذكور في المادة 65 مكرر 5أعلاه، كل العناصر التي تسمح بالتعرف على الاتصالات المطلوب التقاطها والأماكن المقصودة سكنية أو غيرها والجريمة التي تبرر اللجوء إلى هده التدابير ومدها... ".هذا وقد ذهب المشرع الفرنسي والايطالي إلى أبعد من ذلك، عندما قرروا اللجوء إلى إجراء مراقبة المكالمات الهاتفية والتقاط الصور لتأكيد الدلائل والأمارات وليس للبحث عن الدليل.[4]

ثانيا: يجب أن تتم عملية المراقبة والإطلاع على المراسلات الخاصة بناءا على إذن مكتوب، صادرا عن سلطة قضائية مختصة- عن قاضي التحقيق أو وكيل الجمهورية- طبقا لنص المادة 38 فقرة الأخيرة من الدستور، وأن يكون مسببا. و ذا الخصوص تجدر بنا الإشارة إلا أن الإذن يقدم من قبل وكيل الجمهورية في إطار التحريات الأولية. أما مراقبة المكالمات الهاتفية والتقاط الصور التي تتم في مرحلة التحقيق الابتدائي فإن الإذن يكون من طرف قاضي التحقيق وتتم العملية تحت إشرافه حسب المادة65 مكرر5/04:" ...في حالة فتح تحقيق قضائي، تتم العمليات المذكورة بناء على إذن من قاضي التحقيق وتحت مراقبته المباشرة".

---

[1] يقابلها في التشريع الفرنسي المواد من 100 إلى 100-7 قانون الإجراءات الجزائية. و في التشريع السعودي المواد من55 الى61 من نظام الإجراءات الجزائية السعودي.

[2] مولاي ملياني بغدادي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، صفحة 176.

[3] إدريس عبد الجواد عبد الله بريك، الحبس الاحتياطي وحماية الحرية الفردية "دراسة مقارنة"، 2008م، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، صفحة 264.

[4] أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية ، مرجع سابق، صفحة 305.

بينما نجد أن القانون الفرنسي لا يجيز تطبيق إجراء التنصت على المكالمات والتقاط الصور في مرحلة التحريات الأولية. لا يسمح هذا الإجراء إلا بعد فتح تحقيق قضائي ويكون الإذن بالتنصت صادر من قاضي التحقيق حسب المادة 100 من القانون الصادر في1991/07/10 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية الفرنسي.[1]

ثالثا: أن يكون الإذن محددا بمدة زمنية وهو ما أكدته المادة 65 مكرر7/02 ق.إ.ج بنصها: "يسلم الإذن مكتوبا لمدة أقصاها أربعة (4) أشهر قابلة للتجديد حسب مقتضيات التحري أو التحقيق ضمن نفس الشروط الشكلية والزمنية".[2]

رابعا: أن يتضمن الإذن إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة 65 مكرر5 ق.إ.ج التي تنص على أنه: "إذا اقتضت ضرورات التحري في الجريمة المتلبس بها، او التحقيق الابتدائي في جرائم المخدرات او الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية أو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات أو جرائم تبييض الأموال والإرهاب أو الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف وكذا جرائم الفساد...".

خامسا: استبعاد أساليب الغش والخداع. ومن الضمانات كذلك المتفق عليها فقها وقضاء ضرورة خلو التنصت وتسجيل المحادثة المشتبه فيه من أساليب الغش والخداع. حيث يجب أن يقتصر دور القائم بالمراقبة على التنصت على المحادثات وتسجيلها فقط، دون ما تدخل – القائم بالإجراء – فإذا ما صاحب هذا التنصت والتسجيل تحريض أو مديد أوكذب، أو استعمال وسائل من شأنها ان يدلي المشتبه فيه بمعلومات لم كان يدلي بها لولا هدا التحريض. وإذا حصل ذلك فهذا الدليل يهدر ولا يعول عليه.[3]

---

[1] وقد أصدرت محكمة استئناف باريس قرارها في1995/02/08 بخصوص قضية (Schuller/Maréchal) ببطلان إجراء التنصت الذي قام به ضابط الشرطة القضائية في إطار التحقيق الأولي حتى ولو تم برضا أحد المتحادثين. أنظر: نوبري عبد العزيز، الحماية الجزائية للحياة الخاصة"دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 117.

تمت صياغة قانون داخلي في فرنسا رقم 646/91 في 10 جويلية 1991م يحدد حالتين فقط لإباحة التنصت على المحادثات التليفونية والمكالمات الشخصية هما:- التنصت القضائي الذي يأمر به قاضي التحقيق في إطار إحترام حقوق الدفاع.- والتنصت الإداري ويسمى التنصت الأمني المقتصر على ضرورات الأمن الوطني(التجسس، الإرهاب، الإجرام) والتي تكون العقوبات فيها أكثر من سنتين.أنظر:صفية بشاتن، الحماية القانونية للحياة الخاصة"دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراة، 07 ماي 2012م، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، صفحة 213.

[2] حماية للحق في الحياة الخاصة وصونا لعدم المساس بها إلا في أضيق الحدود قام المشرع السعودي بتقليص مدة مراقبة الاتصالات والتقاط الصور إلى 10 أيام قابلة للتجديد حسب المادة 56 من نظام الإجراءات الجزائية السعودي. أما المشرع الفرنسي فقد أجاز هذا الإجراء لمدة 4 أشهر حسب المادة 100-2 ق.إ ج الفرنسي.

[3] أحمد عبد الحميد الدسوقي، الحماية الموضوعية والإجرائية لحقوق الإنسان في مرحلة ما قبل المحاكمة "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 451.

لقد كرس القضاء الفرنسي ضمانة لإجراء التنصت دون استخدام أساليب الحيل والخداع في إطار احترام حقوق الدفاع، عندما اصدر قرار (Touret) في 1980/10/09م حيث تم القضاء بأنه:" ...يجب أن يحصل التنصت دون خديعة أو مكر، وأن يناقش قيده وجاهيا من قبل الأطراف المعنية به. كل ذلك في إطار احترام حقوق الدفاع".[1]

في حال ما اكتشفت جريمة أخرى غير التي أعطي الإذن من أجلها، فإن ذلك لا يبطل الإجراء وهو ما نصت عليه المادة 65 مكرر2/6 ق.إ.ج. ونشير أنه بالرجوع إلى المواد الست التي تتعلق بهذا الإجراء نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى التنصت على محادثات بين المحامي والمشتبه فيه. حيث جاءت المادة 65 مكرر 5 ق.إ.ج بنص عام بقولها : "إذا اقتضت ضرورات التحري....، اعتراض المراسلات التي تتم عن طريق وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية، وضع الترتيبات التقنية، دون موافقة المعنيين، من أجل التقاط وتثبيت وبث وتسجيل الكلام المتفوه به بصفة خاصة أو سرية من طرف شخص أو عدة أشخاص في أماكن خاصة أو عمومية أو التقاط صور لشخص أو عدة أشخاص يتواجدون في مكان خاص". عمومية هذا النص يشمل كل شخص سواء كان محامي أو غيره. فكان من اللازم على المشرع الجزائري أن يراعي - من وجهة نظر الباحثة - حرمة هذه المراسلات بين المحامي وموكله لانها تتعلق بحقوق الدفاع التي لا يجب انتهاكها بأي شكل من الأشكال. ولارتباطها الوثيق بحماية السر المهني الذي يضمن عدم الإطلاع على المراسلات المتبادلة بين المدافعين وموكليهم.

على النقيض من ذلك، قام القانون الفرنسي والقانون المصري[2] بإخراج المحادثات الخاصة بين المحامي والمشتبه فيه سواء عن طريق الهاتف أو أثناء اجتماعهم من نطاق المراقبة. وقد أقرت المادة 100-5 /03 ق.إ.ج من القانون الفرنسي بعدم جواز مراقبة المكالمات التي تكون بين المتهم والمحامي الذي يتولى الدفاع عنه في القضية تحت طائلة البطلان. وبمفهوم المخالفة يمكن مراقبة المحادثات التي تتم بين المشتبه والمحامي الذي لا يمارس وظيفته كمدافع عنه في القضية. وهو ما أكدته محكمة الجنح بباريس في حكم أصدرته في 1984/04/24م. وتتلخص وقائع القضية أنه خلال تفتيش وقع داخل مسكن شخص يعمل مسير في أحد البنوك كان مشبوها بارتكاب غش، قامت الشرطة القضائية بحجز مراسلات موجهة إلى هذا الأخير من طرف

[1] Isabelle Lolies, La protection pénale de la vie privée, Thèse de Doctorat, Université Aix-Marseille, 1998, France, page 110.

[2] المادة 96 من قانون الإجراءات الجزائية المصري:" لا يجوز لقاضي التحقيق أن يضبط لدى المدافع عن المتهم أو الخبير الاستشاري الأوراق والمستندات التي سلمها المتهم لهما لآداء المهمة التي عهد إليهما بها ولا المراسلات المتبادلة بينهما في القضية".

محامي البنك. غير أن المحكمة حكمت ببطلان الحجز المثار من طرف المتهم. وبررت رفضها على أساس أن "المحامي المشار عليه باعتباره وكيلا عن البنك لم يكن خلال الإجراءات الحالية مدافعا عن المتهم. وبالتالي، فإن حجز هذه الرسالة لا يشكل أي انتهاك لسرية المراسلة المتبادلة بين المحامي وزبونه".[1]

كان من الضروري أن ينص المشرع الجزائري على هذا الحظر لما فيه حماية لحقوق الدفاع، والتي لا يمكن تجسيدها على أرض الواقع دون أن نشملها بالسرية. حبذا لو نص المشرع الجزائري -في تعديله الأخير لقانون الإجراءات الجزائية- على سرية المحادثات بين المشتبه فيه ومدافعه، وحرمة مراقبتها إلا استثناءا فيما إذا ثبت من التحريات ضلوع المحامي في الجريمة.

البند الثالث: الضمانات المتمثلة في بطلان الإجراءات

يشوب إجراء مراقبة المكالمات الهاتفية أو الإطلاع على الرسائل الخاصة البطلان إذا لم تراعى فيها الأشكال التي حددها القانون مسبقا[2] لم يقرر المشرع البطلان صراحة إلا في حالة ذكرها في نص المادة 2/65 مكرر 6 ق.إ.ج التي تنص على أن: "...إذا اكتشفت جرائم أخرى غير تلك التي ورد ذكرها في إذن القاضي، فإن ذلك لا يكون سببا لبطلان الإجراءات العارضة". ويعد البطلان بمثابة الحاجز الذي يمنع السلطات من التجاوز، لذا وجب استبعاد كل دليل من دلائل الدعوى تم الوصول إليه بطريق غير مشروع.[3] فلا يجب أن يتم الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة من أجل الوصول إلى الحقيقة و القضاء على المجرمين.

البند الرابع: الضمانات المتمثلة في العقوبات الموقعة على الأشخاص

من الضمانات الإجرائية التي نص عليها المشرع فيما يتعلق باعتراض المراسلات والتقاط الصور وتسجيل الأصوات، أن الأعمال التي ترمي إلى التجسس على الأشخاص واعتراض مراسلاتهم او تسجيل مكالماتهم الهاتفية او التقاط الصور لهم دون علمهم تعد من الجرائم التي يعاقب عليها القانون، ويعرض أصحابها للمتابعة الجزائية.[4]

---

[1] نوبري عبد العزيز، الحماية الجزائية للحياة الخاصة" دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 369.

[2] تنص المادة 65 مكرر 6 /01 ق.إ.ج على أن: "تتم العمليات المحددة في المادة 65 مكرر 5 أعلاه، دون المساس بالسر المهني المنصوص عليه في المادة 45 من هذا القانون....".

[3] محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق ، الجزء 3، مرجع سابق، صفحة 208.

[4] أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، مرجع سابق، صفحة 308-309.

تدعيما للحماية الدستورية التي قررها المشرع في المادة 02/46 من الدستور الجزائري المعدل بالأمر 16-01 الصادر بتاريخ 2016/03/07م حماية لحرمة المراسلات، نص قانون العقوبات على هذه الحماية، حيث نصت المادة 303 ق.ع على: "كل من يفض أو يتلف رسائل أو مراسلات موجهة إلى الغير، وذلك بسوء نية وفي غير الحالات المنصوص عليها في المادة 137، يعاقب بالحبس من شهر واحد إلى سنة و بغرامة من 25.000 إلى 100.000 دج، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط". نصت المادة على عقوبة جنحة فض وإتلاف مراسلات الغير، بقصد الإضرار بأصحاب هذه الرسائل. تتحقق الجنحة سواء إحتفظ المتعدي بالرسائل لنفسه أو أفشاها لغيره، فالجنحة تقوم بتوافر فعل التعدي ونية الفاعل في إلحاق الضرر بصاحب الرسائل. كما أن المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة لم يقيد الجنحة بطريقة إيصال الرسالة. فقد تكون بالبريد أو التسليم اليدوي عن طريق الرسول.

أما المادة 137 ق.ع نصت على أن: "كل موظف وكل عون من أعوان الدولة أو مستخدم أو مندوب عن مصلحة للبريد يقوم بفض أو اختلاس أو إتلاف رسائل مسلمة إلى البريد أو يسهل فضها أو اختلاسها أو إتلافها يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 30000 إلى 500000 دج". أفرد المشرع الجزائري من خلال هذا النص عقوبة مشددة لمن يعتدي على حرمة المراسلات بصفته موظفا ممثلا عن السلطة العامة. وقد شدد المشرع في عقاب مرتكب جنحة المساس بحرمة المراسلات من طرف الموظف خلال تأديته لوظيفته أو بمناسبتها. على عكس المادة 303 ق.ع التي تكلمت عن الجنحة المرتكبة من قبل أشخاص عاديين.

كما سمح القانون لكل من وكيل الجمهورية وضابط الشرطة القضائية بتسخير كل عون يراه مناسبا سواء من هيئة أو مؤسسة عامة أو خاصة مكلفة بالمواصلات السلكية واللاسلكية للتكفل بالجوانب التقنية للعمل المنوه عنه في المادة 65 مكرر 05 من ق.إ.ج. مما يعني بمفهوم المخالفة أن نطاق المحافظة على السر وما يترتب على الإخلال به أصبح أكثر اتساعا ليشمل كل عون أو هيئة سخرت لتنفيذ العمل المنوط بها من قبل أحد الهيئات المذكورة في المادة 65 مكرر 8 من ق.إ.ج.

كذلك تدخل المشرع الجزائري وأدرج المواد 303 مكرر[1] و303 مكرر1-2 ق.ع. وقرر عقوبة الحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 50000 إلى 300000 دج على كل من تعمد المساس

[1] تقابلها المادة 226-1قانون العقوبات الفرنسي الجديد والمعدل في 1992م.
Art 226-1 c.p.fr: « … quiconque aura…(volontairement) porté atteinte a l'intimité de la vie privé d'autrui. »

بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص عن طريق التقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات خاصة دون إذن ورضا صاحبها. ويعاقب بالشروع في ارتكاب جنحة من يقوم بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة شخص في مكان خاص دون إذنه ورضاه.

المطلب الثاني: ضمانات حق الدفاع خلال الإجراءات المقيدة للحرية الشخصية

في زحمة الإجراءات التي تدور رحاها في المواد الجزائية، وفي مصطخب التحريات والمساعي والجهود الملحة التي تبذل لإماطة اللثام عن الحقيقة في الوقائع الإجرامية، قد يتعرض الشخص الذي تحوم حوله الشكوك والشبهات إلى ما لا يليق بالحرمة الواجبة لذاته الإنسانية، وإلى ما يفضي أحيانا إلى المساس بحقه في سلامة جسده و حقه في التنقل،[1] خلال إجراءات القبض والتوقيف للنظر، والتي تشترك في المساس بالحرية الشخصية للمشتبه فيه وتقييد حقه في الحركة والانتقال المكفولة دستوريا. كما يمكن استعمال وسائل للضغط عليه وحمله على الاعتراف ما يهدر حقه في السلامة البدنية و في الدفاع. ولذلك سنتطرق إلى ممارسة الضبطية القضائية لسلطتها في القبض والتوقيف للنظر، وبيان ما احتواه قانون الإجراءات الجزائية من ضمانات تكفل التطبيق الأمثل لحق الدفاع.

الفرع الأول: الحق في الدفاع عند القبض

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على حق ضابط الشرطة القضائية في القبض على الأشخاص في إطار التحقيق الأولي. لكنه خول له الحق في توقيفهم للنظر لمدة لا تتجاوز 48 ساعة وتقديمهم أمام العدالة. فمن الضروري واللازم لتوقيفهم للنظر يجب أولا القبض عليهم.[2]

البند الأول: تعريف القبض

القبض في اللغة من قبض وقبضت الشيء قبضا: أي أخذته. والقبض: خلاف البسط.[3] ويقال: قبضته عن الأمر مثل عزلته فانقبض.[4] وقبضه بيده يقبضه: تناوله بيده ملامسة.[5]

---

[1] محمد الفاضل، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، الجزء 1، الطبعة الثانية، 1963م، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، الصفحة 339.

[2] أحمد غاي، الوجيز في تنظيم ومهام الشرطة القضائية، مرجع سابق، صفحة 74.

[3] أبو نصر الفارابي، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الطبعة الرابعة، 1407ه/1987م، دار العلم للملايين بيروت، المجلد 3، صفحة 1100.

[4] احمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مرجع سابق، المجلد 2، صفحة 487.

[5] محمد الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، مرجع سابق، المجلد 19، صفحة 5.

يندرج اصطلاح القبض لدى الشرعيين ضمن الحبس. فالشرعيون حين يتحدثون عن الحبس فإنما يقصدون به مفهومه الواسع الذي يشمل عندهم كلا من القبض و الحبس الاحتياطي بحسب اصطلاح القوانين الوضعية.[1] ومن الأدلة الشرعية على جواز القبض في الشريعة الإسلامية ما رواه صفوان بن أمية:" أنه نام في المسجد وتوسد رداءه، فأخذ من تحت رأسه، فجاء بسارقه إلى النبي- صلى الله عليه وسلم- فأمر به أن يقطع، فقال صفوان: يا رسول الله ! لم أرد هذا، ردائي عليه صدقة، فقال النبي- صلى الله عليه وسلم-"مهلا قبل أن تأتيني به".[2] وقد دل على جواز القبض على المجرم واقتياده للجهة المختصة من اجل التحقيق معه والحكم عليه.

أما القانون الجزائري لم يعرف القبض، في حين نجد أنه عرف الأمر بالقبض في نص المادة 119 ق.إ.ج.[3] وقد عرف الفقهاء القبض بأنه: "هو المنع من الهروب".[4] كما عرفه البعض على أنه: "حرمان الشخص من حرية التجول فترة من الوقت طالت أو قصرت وإرغامه على البقاء في مكان معين أو الانتقال إليه لسماع أقواله في جريمة مسندة إليه".[5] ومن التعريفات:"القبض على الإنسان يعني تقييد حريته و التعرض له بإمساكه و حجزه ولو لفترة يسيرة تمهيدا لاتخاذ بعض الإجراءات ضده".[6] كما تم تعريفه بأنه: "سلب حرية الشخص لمدة قصيرة في المكان الذي يعده القانون".[7]

من خلال جملة المفاهيم السابقة يتبين لنا أن القبض من الإجراءات الموجهة مباشرة للمساس بحرية الشخص في التنقل، والذي في غالب الأحوال لم يكتسب بعد صفة المتهم. إن الهدف من القبض هو حجز المشتبه فيه إلى حين تقديمه للنيابة العامة التي تقرر إما توقيفه للنظر أو إخلاء سبيله. ويختلف القبض عن مجموعة من الإجراءات كالتوقيف للنظر،[8] والاستيقاف،[1] أمر الإحضار،[2] أمر الإيداع.[3]

---

[1] عبد الفتاح مراد، التحقيق الجنائي العملي في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مرجع سابق، صفحة 420.

[2] ابن ماجه، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الجزء 02، دار إحياء الكتب العربية، صفحة 865.

[3] تنص المادة 1/119 من ق.إ.ج على أن: "الأمر بالقبض هو ذلك الأمر الذي يصدر إلى القوة العمومية بالبحث عن المتهم وسوقه إلى المؤسسة العقابية المنوه عنها في الأمر حيث يجري تسليمه وحبسه".

[4] رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، الطبعة السادسة، 1985م، دار الجيل للطباعة، صفحة 279.

[5] عوض محمد عوض، قانون الإجراءات الجنائية، 1989م، مؤسسة الثقافة الجامعية، صفحة 225.

[6] نقض مصري 1966/05/16م السنة 17 رقم 110. أنظر: احمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائي، الجزء الثاني، مرجع سابق، صفحة 192.

[7] محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، صفحة 568.

[8] التوقيف للنظر: يعرف الأستاذ عبد العزيز سعد إجراء التوقيف للنظر مسميا إياه بالاحتجاز كما يلي:" الاحتجاز عبارة عن حجز شخص ما تحت المراقبة ووضعه تحت تصرف الشرطة القضائية لمدة 48 ساعة على الأكثر بقصد منعه من الفرار أو طمس معالم الجريمة وغيرها ريثما تتم عملية التحقيق وجمع الأدلة تمهيدا لتقديمه عند اللزوم إلى سلطات التحقيق. فالتوقيف للنظر هو من إجراءات التحري التي يقوم بها ضباط الشرطة القضائية و التي لا تتجاوز مدته 48 ساعة. أنظر: أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، مرجع سابق، صفحة 204.

البند الثاني: ضمانات القبض

نظرا لما ينطوي عليه هذا الإجراء من تقييد لحرية المقبوض في التنقل، وما قد ينجر عليه من إمكانية تفتيشه واقتياده إلى مركز ضبطية القضائية (مركز الشرطة أو الدرك) وحتى إمكانية توقيفه تحت النظر، وجب إحاطته بشروط وضوابط لكي يحقق الهدف المرجو من اتخاذه، دون أن يكون اعتداء على حرية المشتبه فيه في التنقل. وهذه الضوابط هي:

1. أن تكون الجريمة جناية أو جنحة متلبس بها. لقد أجاز القانون في هذه الحالة لرجال الضبطية القضائية وللعامة من اقتياد الفاعل إلى أقرب ضابط شرطة قضائية (المادة 61 ق.إ.ج).[4] أما خارج حالة التلبس، يجب أن ينفذ ضابط الشرطة القضائية أمر القبض الصادر من وكيل الجمهورية. ولا يمكن القيام بهذا الإجراء من تلقاء نفسه إلا في حالة التلبس.[5]

2. قصر إجراء القبض على ضابط الشرطة القضائية. فكلما توسع المشرع في منح سلطة اتخاذ هذا الإجراء إلى عدة فئات من الموظفين كلما تقلصت درجة الضمانات.[6]

3. حسن معاملة المقبوض وتطبيق مبدأ قرينة البراءة ضمانا لعدم استعمال اساليب من شانها المساس بكرامته وإنسانيته، وتمكينه من الاتصال بعائلته ومحاميه،[7] وأن يبلغ المقبوض عليه بالأسباب التي دعت إلى تجريده من حريته.[8]

---

[1] **الاستيقاف**: الاستيقاف ليس سلبا للحرية و إنما مجرد تعطيل حركة شخص من أجل التحري عن حقيقة شخصيته و وجهته، و ذلك لفحص الشكوك التي تحيط به. والاستيقاف هو من أعمال التحري فهو يخول سؤال الشخص المريب عن اسمه و وجهته و مطالبته بإبراز بطاقته الشخصية فهو من إجراءات الاستدلال. فالاستيقاف ليس قبضا، لأنه لا يجوز أن يقترن بأية محاولة لمنع الشخص من التنقل. أنظر: فرج علواني هليل، الحبس الاحتياطي و بدائله، 2007م، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، صفحة 40-42. أنظر: أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 457.

[2] **أمر الإحضار**: أمر الإحضار هو "ذلك الأمر الذي يصدره قاضي التحقيق إلى القوة العمومية لاقتياد المتهم و مثوله أمامه على الفور"، فالإحضار يختلف عن القبض في المدة لأنه يكون فوريا. أنظر: بوكحل لخضر، الحبس الاحتياطي والمراقبة القضائية في التشريع الجزائري و المقارن، الديوان الوطني للمطبوعات، الجزائر، صفحة 215.

[3] **أمر الإيداع**: عرفت المادة 117 ق.إ.ج أمر الإيداع بمؤسسة إعادة التربية بأنه: "ذلك الأمر الذي يصدره القاضي إلى المشرف رئيس مؤسسة إعادة التربية باستلام و حبس المتهم". فأمر القبض أشد كلفة و أعظم خطرا من أمر الإيداع لأنه إذا كان هذا الأخير أساسا يؤدي إلى وضع المتهم في الحبس، فان أمر القبض يؤدي إلى البحث عنه و وضعه في الحبس المؤقت. و من ثمة قيل أنه يجمع أي "الأمر بالقبض" بين مزايا أمر الإحضار والإيداع لأنه يتيح البحث عن المتهم و القبض عليه وحبسه. أنظر: محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، الجزء 3، مرجع سابق، صفحة 408. أنظر أيضا: بوكحل الأخضر، الحبس الاحتياطي والمراقبة القضائية، مرجع سابق، صفحة 207.

[4] تقابلها المادة 33 من نظام الإجراءات الجزائية السعودي. والمادة 34 من قانون الإجراءات الجزائية المصري. المادة 73 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي.

[5] محمود نجيب حسني، القبض على الأشخاص، 1994م، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، صفحة 10.

[6] أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، مرجع سابق، صفحة 257.

[7] أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، مرجع سابق، صفحة 259.

[8] المادة 35 من نظام الإجراءات الجزائية السعودي. المادة 02/09 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966م. المادة 03/14 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان الذي اعتمدته الجامعة العربية في 2004. المادة 02/05 من الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية 1953م.

4. من الضمانات المقررة قانونا هو أن القبض خارج الحالات التي نص عليها القانون يعرض ضابط الشرطة القضائية إلى المساءلة الجزائية. فأعتبر القبض غير القانوني جريمة **اختطاف حسب المادة 246 ق.ع.**

يؤخذ على المشرع الجزائري عدم إحاطة هذا الإجراء الخطير بالضمانات الكافية والقيود اللازمة لضمان عدم المساس بحقوق المشتبه إلا في أضيق الحدود. فكان لابد من النص في قانون الإجراءات الجزائية على حق المشتبه فيه في الإحاطة علما بالوقائع المنسوبة إليه لكي تتاح له الفرصة في الدفاع عن نفسه. **إضافة** إلى ذلك، **كان من** الضروري الإشارة إلى حق المشتبه فيه في سماع أقواله فور القبض عليه مع تمكينه في معرفة **حقوقه** والتي ياتي حق الصمت في صدارها.

الفرع الثاني: الحق في الدفاع عند **التوقيف للنظر**

التوقيف للنظر إجراء بوليسي يلجأ إليه ضابط الشرطة القضائية عندما يقوم بالتحقيق والتحري في **ظروف وملابسات ارتكاب جريمة، بغرض استكمال إجراءات التحقيق** ومنع فرار المشتبه فيه وسماع أقوله **وتقديمه أمام وكيل الجمهورية أو إطلاق سراحه.**[1] **وقد نص الدستور الجزائري على هذا الإجراء** في المادة 60 منه.[2] **كما تضمن قانون الإجراءات الجزائية ضمانات قانونية لتقيد حرية الشخص،** محاولة منه للتوفيق بين **وقاية الأفراد من تعسف ضباط الشرطة القضائية وممارسة** حقهم في الدفاع عن **أنفسهم مع** تمكينه في الوقت ذاته من فرض احترام النظام العام.[3]

البند الأول: تعريف التوقيف للنظر

يعرف إجراء التوقيف للنظر بأنه: « إجراء ضبطي يقرره ضابط **الشرطة القضائية لمقتضيات التحقيق،** يحتجز بموجبه الشخص المشتبه فيه لدى مصالح الأمن **(الدرك- الشرطة)** في مكان معين و طبقا لشكليات **ولمدة** زمنية محددة في القانون حسب الحالات» .[4] **ومن التعريفات أيضا:** « **هو** اتخاذ تلك الاحتياطات اللازمة

[1] أحمد غاي، التوقيف للنظر، الطبعة الثانية،2011م دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، صفحة 35.

[2] المادة 60 من دستور 1996م المعدل بالقانون 16-01 الصادر بتاريخ 2016/03/07م : « يخضع التوقيف للنظر في مجال التحريات الجزائية للرقابة القضائية، ولا يمكن أن يتجاوز مدة ثمان وأربعين 48 ساعة».

[3] أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، مرجع سابق، صفحة 320.

[4] أحمد غاي، التوقيف للنظر، مرجع سابق، صفحة 36.

اللازمة لتقييد حرية المقبوض عليه ووضعه تحت تصرف البوليس أو الدرك مدة زمنية مؤقتة تستهدف منعه من الفرار وتمكين الجهات المختصة من اتخاذ الإجراءات اللازمة ضده» .[1]

التوقيف تحت النظر وسيلة خولها المشرع لضابط الشرطة القضائية ليسهل عليه سماع أقوال الموقوف للنظر. وإجراء تحرياته والتحقيق في ملابسات الجريمة وتحرير المحاضر التي تكون النواة الأولى لملف القضية.[2] ما يبرر هذا الإجراء هو منع المشتبه فيه من إتلاف أدلة الإثبات أو محاولة خلق أدلة مظللة للمحققين، ووضع الشاهد في مأمن عن الضغوطات التي قد تمارس عليه، ومنع التأثير على الشهود.[3] كما يمكن أ ن يكون هدف حماية المتهم نفسه من محاولة الثأر منه من طرف اهل المجني عليه، وهو ما يعبر عنه في قانون الإجراءات الجزائية بمصطلح " لمقتضيات التحقيق".

البند الثاني: ضمانات حق الدفاع خلال التوقيف للنظر

أولا: الإعلام الفوري لوكيل الجمهورية:

أول ضمانة أقرها المشرع الجزائري للحيلولة دون وقوع انحرافات او بجاوزات من شانها الإضرار بحقوق الموقوفين، هي ضرورة قيام ضابط الشرطة القضائية وبمجرد توقيف المشتبه فيه للنظر بالإعلام الفوري لوكيل الجمهورية، مع إحاطته علما بالوقائع المنسوبة للمشتبه فيه لكي يتخذ القرار المناسب للواقعة وهو ما اشترطته المادة 51 ق.إ.ج.[4] يكون هذا في حالة الجناية والجنحة والمعاقب عليها بعقوبة سالبة للحرية. كما يجب على ضابط الشرطة القضائية أن يقدم الموقوف للنظر إلى وكيل الجمهورية قبل انقضاء مهلة 48 ساعة حسب المادة 65 ق.إ.ج. شرط الإعلام الفوري لوكيل الجمهورية يعد من قبيل الضمانات التي تحقق مبدأ الرقابة القضائية على أعمال الضبطية القضائية.

من الضمانات التي استحدثت بموجب الأمر 15-02 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية، هي ضرورة تبليغ المشتبه فيه فورا بأمر التوقيف للنظر. كما أشترط أن تكون عقوبة الجريمة التي يشتبه بأن الموقوف قد إرتكبها هي السجن، حماية للمشتبه فيهم بجرائم قد تكون عقوبتها فقط الغرامة حتى ولو كانت جنحة.

[1] محمد محدة، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، الجزء 2، مرجع سابق، صفحة 201.

[2] أحمد غاي، التوقيف للنظر، مرجع سابق، صفحة 37.

[3] فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري بين النظري والعملي، مرجع سابق، صفحة117.

[4] رمضان غسمون، الحق في محاكمة عادلة، مرجع سابق، صفحة 59.

ثانيا: تحديد مدة التوقيف للنظر

لقد حدد الدستور الجزائري المعدل بالقانون رقم 16-01 مدة التوقيف للنظر بـ 48 ساعة في المادة 60 منه.[1] وهو نفس الحكم الذي أقره قانون الإجراءات الجزائية (مدة التوقيف للنظر بـ 48 ساعة). هذا ما أكدته المادة 51 /01 من ق.إ.ج. وكاستثناء يمكن تمديد المدة طبقا لنص المادة 60 /04 من الدستور: « ولا يمكن تمديد مدة التوقيف للنظر إلا استثناء، ووفقا للشروط المحددة بالقانون».[2] تطبيقا للحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة. وحسب المادتين 51 /5 و65 / 2-3 من ق.إ.ج. يبدأ حساب المدة بالنسبة للمأمورين بعدم المبارحة مكان ارتكاب الجريمة من بداية سماع الامر بها. أما بالنسبة للمشتبه فيهم فيبدأ حساب المدة بداية من سماع أقوالهم.[3]

لكن مدة التوقيف للنظر تختلف إذا كان الشخص محل التحريات ذو صفة عسكرية. حيث نصت المادة 45 في الفقرة الرابعة ومايليها،[4] والمواد 57 و58و59 من قانون القضاء العسكري الجزائري أن مدة التوقيف للنظر هي ثلاثة أيام قابلة للتمديد بـ 48 ساعة بموجب إذن كتابي صادر من السلطة التي سيسلم إليها العسكري، في حالة التلبس أو وجود أدلة خطيرة ومطابقة للجرم. وفي غير الحالتين السابقتين يكون التمديد بموجب إذن كتابي صادر عن وكيل الدولة العسكري.

عند التدقيق في المواد المتعلقة بالتوقيف للنظر، يتبين لنا وجود تناقض بين المادة 51 ق.إ.ج والمادة 45 من قانون القضاء العسكري بخصوص جريمة الاعتداء على أمن الدولة. فقد سبق وأشرنا أن المادة 51 ق.إ.ج نصت على حالة تمديد مدة التوقيف للنظر في جريمة الاعتداء على أمن الدولة مرتين، بمعنى حساب المدة الأصلية للتوقيف 48 ساعة مع إضافة مدة التمديد مرتين وهي 96 ساعة لكي تصبح مدة التوقيف للنظر في قانون الإجراءات الجزائية 6 أيام. أما مدة التوقيف للنظر في قانون القضاء العسكري بخصوص جريمة

---

[1] مدة التوقيف للنظر في القانون الفرنسي و القانون المصري تقدر ب 24 ساعة حسب المواد 63 و77 من ق إ ج الفرنسي و المادة 36 من ق إ ج المصري.

[2] المادة 51 /05 ق.إ.ج :"... يجوز تمديد اجل التوقيف للنظر بإذن من وكيل الجمهورية المختص:

- مرة واحدة عندما يتعلق الأمر بجرائم الاعتداء على أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات
- مرتين إذا تعلق الأمر بالاعتداء على امن الدولة
- ثلاث مرات إذا تعلق الأمر بجرائم المخدرات و الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية و جرائم تبييض الأموال، والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف.
- خمس مرات إذا تعلق الأمر بجرائم موصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية..."

[3] عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري "التحري والتحقيق"، مرجع سابق، صفحة: 241- 242.

[4] المادة 04/45 وما يليها من قانون القضاء العسكري:...ومع مراعاة عدم التعارض مع أحكام هذا القانون، فإن ضباط الشرطة القضائية العسكرية يتصرفون طبقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية. بيد أن المهل الخاصة بالوضع تحت المراقبة لضرورات التحقيق الابتدائي ترفع إلى 3 أيام. ويجوز مدة هذه المهلة 48 ساعة بموجب مقرر من وكيل الدولة العسكري. وتضاعف هذه المهل عندما يتعلق الأمر بالاعتداء على أمن الدولة".

أمن الدولة هي 6 أيام مع جواز التمديد 48 ساعة أي تصل مدته إلى 8 أيام. . لهذا على المشرع الجزائري أن يعيد النظر في مدة التوقيف لجريمة الاعتداء على أمن الدولة في قانون الإجراءات الجزائية والقانون العسكري.

أما إذا كان المشتبه به حدثا (الذي بلغ الثالثة عشر ولم يكمل الثامنة عشر سنة)، فلا يمكن أن يوقف للنظر إلا إذا ارتكب أو حاول ارتكاب جناية أو جنحة تخل بالنظام العام، وتكون عقوبتها تزيد عن الحبس لمدة 5سنوات، ولا يجب أن تتجاوز مدة التوقيف للنظر 24 ساعة حسب المادة 49 من قانون حماية الطفل.[1] ويمكن تمديد المدة على أن لا تتجاوز في كل مرة مدة 24 ساعة.

ثالثا: حق المشتبه في الاتصال بأسرته ومحاميه

لقد أقر دستور 1996م في نص المادة 02/48 حق الشخص الموقوف للنظر في الاتصال بأسرته: "يملك الشخص الموقوف للنظر حق الاتصال فورا بأسرته". وجاء في مضمون المادة 51 مكرر ق.إ.ج [2] على ضابط الشرطة القضائية أن يبلغ الشخص الموقوف للنظر في أول وهلة بالحقوق التي يمنحها له القانون، والمنصوص عليها في المادة 51 مكرر1 ق.إ.ج. وتتعلق هذه الحقوق بحق المشتبه فيه بالاتصال فورا بعائلته،[3] وحقه في زيارها له. فيجب أن توضع تحت تصرف المشتبه فيه جميع الوسائل التي تمكنه من الاتصال بعائلته. إضافة إلى حقه في الفحص الطبي. وإذا كان الموقوف تحت النظر أجنبيا يحق له الاتصال فورا بمستخدمه أو بالممثلية الدبلوماسية أو القنصلية لدولته بالجزائر حسب المادة 51 مكرر1/02 من ق.إ.ج المعدل بالأمر 15-02، كما يمكن له الاستعانة بمترجم حسب نص المادة 51 مكرر ق.إ.ج المعدل بالأمر 15-02.

ألزم المشرع الفرنسي في المادة 01/63 ق.إ.ج وجوب إخطار المشتبه فيه الموقوف للنظر بحقوقه فورا المقررة بموجب المواد 02/63، 04/63،03/63 من ق.إ.ج. والمتمثلة في الاتصال بأقاربه والكشف الطبي، وحقه في الصمت و حقه في إخطاره بطبيعة الاتهام الموجه إليه. إضافة إلى حقه في الاستعانة بمحام. لكن لم

---

[1] قانون رقم 15-12 مؤرخ في 28 رمضان 1436ه الموافق 15 يوليو 2015م المتعلق بحماية الطفل. أنظر: الجريدة الرسمية، العدد39، السنة 52، صادرة يوم الأحد 3 شوال 1436ه الموافق 19 يوليو 2015م.

[2] المادة 51 مكرر ق.إ.ج:" كل شخص أوقف للنظر يخبره ضابط الشرطة القضائية بالحقوق المذكورة في المادة 51 مكرر1 أدناه، ويشار ذلك في محضر الإستجواب." ما يلاحظ من المادة إستعمال المشرع مصطلح الإستجواب بدلا من سماع الأقوال، فالإستجواب هو إجراء تحقيقي محض يقوم به قاضي التحقيق أثناء التحقيق الإبتدائي ، ومنع تفويض هذا الإجراء للضبطية بموجب الإنابة القضائية، هذه الأخيرة تختص بالقيام بإجراء سماع الأقوال خلال مرحلة التحريات.

[3] نصت المادة 51 مكرر1 من الأمر 15-02 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري:"يجب على ضابط الشرطة القضائية أن يضع تحت تصرف الشخص الموقوف للنظر كل وسيلة تمكنه من الإتصال فورا بأحد أصوله أو فروعه أو احد أخوته أو زوجه حسب إختياره ومن تلقى زيارته". مع العلم أنه قبل تعديل قانون الإجراءات الجزائية بالأمر 15-02كانت المادة 51 مكرر 1 تنص على:"....تمكنه من الإتصال فورا بعائلته..." لم تحدد الأشخاص والفئات التي يحق لهم زيارة الموقوف للنظر.

ينص المشرع الفرنسي صراحة على جزاء البطلان في حالة مخالفة ضمان إخطار الموقوف للنظر بحقوقه، لذا نص القضاء الفرنسي على هذا الجزاء دعما منه وتأكيدا على ضرورة إخطار المشتبه فيه بحقوقه.[1]

أما فيما يخص حق المشتبه من الاتصال بمحاميه،[2] لم يبين القانون طريقة الاتصال ولا زالت التطبيقات القضائية غير محددة بدقة في هذا الشأن.[3] كما أن المشرع الجزائري تدارك هذه الضمانة عندما أضاف القانون رقم 16-01 المعدل لدستور 1996م شرطا أساسيا للموقوف للنظر، المتمثلة في حق الموقوف في الإتصال بمحاميه. وهو ما أكدته المادة 51 مكرر1 ق.إ.ج بعد تعديلها بموجب الأمر 15-02، حيث يبقى المشتبه به متمتعا بحقه في الإتصال بمحاميها طيلة مدة التوقيف للنظر (حتى بعد تمديدها)، كما حددت مدة الزيارة بـــ30 دقيقة وأن تكون في غرفة خاصة توفر الأمن وتضمن سرية المحادثة، وأن تكون على مرأى من ضابط الشرطة القضائية. غير أن مدة الزيارة تختلف إذا تعلقت التحريات بجريمة المتاجرة بالمخدرات أو الجريمة المنظمة أو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف والفساد، حيث يمكن للموقوف أن يتلقى زيارة محاميه بعد انقضاء نصف المدة القصوى المحددة للتوقيف للنظر في هذه الجرائم. وقد أعطي هذا الحق للمشتبه فيه الحدث بموجب المادتين 50-54 من قانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل، حيث أوجب القانون على ضباط الشرطة القضائية عدم سماع المشتبه به القاصر إلا بحضور محاميه و وليه الشرعي،[4] الإشارة أن حق الموقوف للنظر في الاتصال بمحام كان غائبا على القوانين الجزائرية قبل جملة التعديلات التي قام بها المشرع.

نحن نثمن هذه الخطوة التي قام بها المشرع الجزائري ، لكننا نتحفظ على إعطاء المؤسس الدستوري الحق للقاضي في أن يحد من ممارسة هذه الضمانة الجوهرية لحق الدفاع، حيث قضت المادة 03/60 من الدستور المعدل بالقانون 16-01 أنه: "يجب إعلام الشخص الذي يوقف للنظر بحقه أيضا في الاتصال

---

[1] Cass-crim 3/4/1995.bull.crim No 140. Cass-crim 3/12/1996.bull.crim No 443. Cass-crim18/06/1998.bull.crim No 200.

انظر: احمد عبد الحميد الدسوقي، الحماية الموضوعية والإجرائية لحقوق الإنسان في مرحلة ما قبل المحاكمة، مرجع سابق، صفحة 305.

[2] أغلب التشريعات وقفت صامتة حيال حق المشتبه فيه في الاستعانة بمحام خلال مرحلة التحقيق الأولي كالتشريع السعودي والألماني والإنجليزي والمصري والليبي، والبعض منها منعت المشتبه فيه من ممارسة هذا الحق كالتشريع السوداني والروسي. أنظر: مشاري خليفة العيفان، دور الدولة في تأكيد حق المتهم في الاستعانة بمحام" دراسة مقارنة بين القانون الكويتي و القانون الأمريكي"، مجلة الحقوق، العدد 2، السنة 35، 2011م، جامعة الكويت، صفحة 169-170.

[3] مولاي ملياني بغدادي، التحقيق، مرجع سابق، صفحة: 24- 25.

[4] غير أن المادة 54 من قانون حماية الطفل رقم 15-12، أعطت الحق للضبطية القضائية في سماع الحدث بعد مرور ساعتين من توقيفه إذا لم يحضر المحامي لكن بعد أخذ إذن وكيل الجمهورية، وفي إذا وصل متأخرا تستمر إجراءات السماع بحضوره. غير أن القانون تضمن استثناءا يسمح للضبطية القضائية بسماع أقوال المشتبه فيه الحدث دون حضور محام، إذا كان سن الحدث بين 16-18 سنة وكانت الأفعال المنسوبة إليه تتعلق بالجرائم الإرهابية والتخريبية أو المتاجرة بالمخدرات أو بجرائم مرتكبة في إطار جماعة إجرامية منظمة. ويكون سماع الأقوال ضروري لجمع الأدلة والحفاظ عليها وحامية الأشخاص من وقوع أي اعتداء، لكن على الضبطية أخذ إذن وكيل الجمهورية.

بمحاميه، ويمكن للقاضي أن يحد من ممارسة هذا الحق في إطار ظروف استثنائية ينص عليها القانون". هذا يجعل ممارسة الموقوف لهذا الحق مرهون بالسلطة التقديرية للقاضي، وهو الشيء الذي لم نجد ما يبرره.

أجاز المشرع الفرنسي في قانون تدعيم قرينة البراءة رقم 516 لسنة 2000م، اتصال المشتبه فيه بالمحامي خلال مرحلة الاستدلال. يكون الاتصال بكافة الوسائل وبكل الطرق وعلى رجل الضبط القضائي توفير هذه الوسائل وتسخيرها للمشتبه فيه، وتبقى تحت مسؤولية رجال الضبط. إذا لم يفلح المشتبه فيه باتصال بمحاميه أو رفض المحامي المتصل به، على رجال الضبط أن يبلغوا نقابة المحامين بذلك، وتنفى المسؤولية عليه لأن المقصود هو بذل عناية وليست تحقيق نتيجة.[1]

غير أن حق المشتبه فيه في الدفاع عند التوقيف للنظر، لم يكرس كاملا في التشريعين الجزائري والفرنسي كما هو الحال في التشريع الأمريكي. يبدأ الحق في الاستعانة بمحام منذ اللحظة الأولى للتوقيف، ويعتبر وجود محامي مع الموقوف للنظر ضروري خاصة عند سماع أقواله ضمانا لمساعدته في كيفية الإدلاء بأقواله، ومن أجل حمايته من أي ضغط أو إكراه قد تمارسه الشرطة القضائية على الموقوف للنظر.[2]

مثال ذلك ما حكمت المحكمة العليا في قضية ميرندا (Miranda)[3] في ولاية أريزونا أين تم استجواب[4] المشتبه فيه من قبل الشرطة، ودون إبلاغ المشتبه فيه بحقه في الصمت والاستعانة بمدافع، فقررت المحكمة العليا وجوب منح المشتبه فيه الحق في الاستعانة بمحام عند سماع أقواله من قبل الشرطة القضائية، وإمكانية دخول المحامي قاعة التحريات حتى قبل السماع. قامت المحكمة بوضع قواعد صارمة للسماع، وجب على الشرطة الالتزام بتطبيقها تحت طائلة البطلان. تتمثل هذه القواعد في إعلام الموقوف للنظر[5] بحقوقه والتي منها حقه في الاستعانة بمحام وحقه في الصمت.[1]

---

[1] إدريس عبد الجواد عبد الله بريك، ضمانات المشتبه فيه في مرحلة الإستدلال، دار الجامعة للنشر، 2005م، الإسكندرية، صفحة 569، 578.

[2] Harry A. BlackMun, La Cour suprême des Etats-Unis et les droit de l'homme , Revue Internationale de Droit Comparé,Volume 32, Numéro 02, Avril/ juin 1980, page 303-315.

[3] Cyril D. Robinson et Albin Esser, Le droit du prévenu au silence et son droit à être assisté par un défenseur au cours de phase préjudiciaire an Allemagne et aux Etats-Unis d'Amérique. Revue des Sciences Criminelles et Droit Pénal Comparé, Numéro 3, 1976, page 602.

[4] تم استعمال كلمة استجواب بالرغم من أننا أشرنا آنفا أنه من إجراءات التحقيق الابتدائي. لكننا نريد التنويه أن القانون الأمريكي لا يعرف مرحلة التحقيق الابتدائي، لذلك تختص الشرطة القضائية باستجواب الشخص الموقوف تحت النظر خلال مرحلة التحقيق الأولي، مع اعتبار أن الاستجواب من ضمانات الحق في الدفاع.

[5] خلصت المحكمة الأمريكية بعد نظرها في قضية ميرندا الى ضرورة إعلام المقبوض عليه أو المحجوز لدى الشرطة بأربع مسائل قبل البدء باستجوابه هي:

1: أن له الحق في الصمت

2: أن أي شيء سيتفوه به من الممكن أن يستخدم ضده في المحكمة.

يعتبر القانون الأمريكي من القوانين الرائدة في اهتمامه بتكريس حق الدفاع خلال مرحلة التحريات. فلم يتوقف عند ضرورة إعلام المشتبه فيه بحقه في الاستعانة بمحام، بل أكد على ضرورة تمكينه من ممارسة هذا الحق حتى في حالة العسر المادي. هذا ما أخذت به المحكمة العليا الأمريكية في قضية (Gideon) سنة 1963م. فقضت المحكمة العليا الأمريكية أن الاستعانة بمحام يعتبر حق أساسي لمحاكمة عادلة، وعليه في الحالة التي لا يستطيع فيها المشتبه فيه (المعوز) من تعيين مدافع عنه، تتكفل الولاية بتعيين محام له.[2]

يبقى حق الموقوف للنظر في الاستعانة بمحام من أهم ضمانات حق الدفاع. لأننا نرى أن حضور المحامي بجانب المشتبه فيه خلال مرحلة التحريات يمكنه من معرفة مدى قانونية إجراءاتها والطعن فيها إذا خالفت أحد الشروط. بالإضافة إلى أن حضور المحامي أثناء تحرير محضر الاستدلال يحمي المشتبه فيه من الضغط عليه لتوقيع المحضر والذي قد يحوي أقوالا لم تصدر من المشتبه فيه أو حتى قد اعترف بها تحت واقع الإكراه.

فضلا عن ذلك، فإن حضور المحامي أثناء تحرير المحضر الاستدلالي وإمضائه إلى جانب موكله يؤدي لا محالة -أمام جهة الحكم- إلى عدم اتخاذ المشتبه ذريعة الضغط والضرب والتعذيب من قبل الضبطية القضائية لإرغامهم إياه للإمضاء على أقواله بالقوة. من ناحية أخرى، حتى تتمكن المحكمة من مواجهة المتابعين قضائيا بأقوالهم منذ بداية التحريات الأولية إلى غاية مثولهم أمامها.[3]

3: أن لديه الحق في إحضار محام

4: أنه إذا لم يكن لديه القدرة المالية على الاستعانة بخدمات المحامي، فإن محاميا سيعين له إذا رغب في ذلك.

وبررت المحكمة تأكيدها على وجوب الاستعانة بمحام خلال هذه المرحلة، أن استجوابات الشرطة في الغالب ما تكون إكراهية بطبيعتها، وبسبب هذه الطبيعة لا يمكن القول يقينا إن الاعترافات الصادرة في اثنائها قد صدرت نتيجة إرادة حرة، كما ان الإجابة عن الاسئلة دون حضور محام مع المتهم سنكون تمرينا في الغالب عترافات مخالفة للدستور.أنظر: مشاري خليفة العيفان، دور الدولة في تأكيد حق المتهم في الاستعانة بمحام" دراسة مقارنة بين القانون الكويتي والقانون الأمريكي"، مجلة الحقوق، مرجع سابق، صفحة 238-239.

[1] من أهم التطبيقات القضائية التي تكرس حق المشتبه فيه بالصمت، ما قضت به المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان عام 1996م في قضية (John Murray) حيث قضت أنه "على الرغم من عدم النص صراحة على حق المتهم في الصمت أثناء استجواب الشرطة له، وخلال المحاكمة في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية لعام 1950، إلا أن هذا الحق يعتبر متضمنا في مبدأ عدم جواز الإكراه على الاعتراف بذنب". أنظر: عبد الله محمد أحجيله وجهاد ضيف الله الجازي، حق المشتكى عليه في الصمت في مرحلة ما قبل المحاكمة في التشريع الجزائي الأردني، مجلة دراسات -علوم الشريعة والقانون- ، المد 40، الملحق 1، 2013، الجامعة الأردنية، صفحة 803.

و من التطبيقات القضائية أيضا القرار الذي أصدرته المحكمة العليا الأمريكية لسنة 1964م في قضية (Escobedo,Illinois) حيث تم رفض طلب المشتبه فيه بإحضار محام ولم يتم إبلاغه بحقه في الصمت؛ فقررت المحكمة رفض الأقوال المأخوذة من الشرطة ولا يمكن استخدامها كدليل ضد المتهم عند المحاكمة الجنائية. أنظر:

-Cyril D. Robinson et Albin Esser, Le droit du prévenu au silence et son droit à être assisté par un défenseur au cours de phase préjudiciaire en Allemagne et aux Etats-Unis d'Amérique. *Op. Cit.*, Page 595.

[2] Cyril D. Robinson et Albin Esser, Le droit du prévenu au silence et son droit à être assisté par un défenseur au cours de phase préjudiciaire en Allemagne et aux Etats-Unis d'Amérique. *Op. Cit.* , Page 596.

[3] رمضان غسمون، الحق في محاكمة عادلة، مرجع سابق، صفحة 155- 156.

رابعا: وجوب سماع أقوال المشتبه فيه

يجب على ضابط الشرطة القضائية سماع أقوال الموقوف وتحرير محضر يحدد فيه أسبابه ومدته، ويبين فيه فترات الراحة التي تخللت ذلك من أجل تنظيم فترات سماع أقوله، ويوم وساعة بداية السماع ويوم وساعة إطلاق سبيله، أو تقديمه للجهة القضائية المختصة (وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق) وفقا للمادة 52 ق.إ.ج.[1] كما يجب توقيع الموقوف على المحضر. في حالة رفض الموقوف، وجب إشارة الضابط لذلك في المحضر. كما يجب أن يوجد في كل مركز شرطة دفتر خاص مرقم الصفحات يوقع عليه وكيل الجمهورية دوريا، ويقدم للسلطة المختصة بالرقابة. ننوه أن إجراء سماع الأقوال يجري من غير علنية.

خامسا: مكان التوقيف للنظر

كقاعدة عامة، يكون مكان التوقيف للنظر على مستوى وحدة الدرك الوطني أو الأمن الوطني في غرفة مهيأة تسمى" غرفة الأمن". يجب أن تتوفر في هذه الغرفة الشروط الضرورية للحفاظ على سلامة وصحة الموقوف للنظر.[2] حيث نصت عليه المادة 04/52 ق.إ.ج المعدل بموجب الأمر 15-02 : " لا يتم التوقيف للنظر إلا في أماكنمعلومة مسبقا من طرف النيابة العامة ومخصصة لهذا الغرض، تضمن احترام كرامة الإنسان."[3] كما نصت عليه المادة 02/57 من قانون القضاء العسكري الجزائري.

سادسا: احترام السلامة الجسدية للموقوف للنظر

تتمثل أساسا في عدم استعمال ضابط الشرطة القضائية للوسائل غير المشروعة بهدف الحصول على اعتراف المشتبه. إلا أنه خلال مرحلة الاستدلال والتحري يتم استخدام وسائل مستحدثة تساعد بصورة كبيرة في الكشف عن الجرائم واثبات وقوعها وضبط مرتكبيها. لأن الطرف الأخر – المرمين - لا يتوان في استفادته من البحث العلمي للقيام بجرائمهم أو إخفاء معالم الجريمة. هذا ما يبرر إمكانية استخدام تلك الوسائل في التحقيق. لكن إن أسيء استعمالها قد تنتهك الحق في السلامة الجسدية و تعرض أمن الأشخاص وحياتهم للخطر. سوف نتناول هذه الوسائل في النقاط التالية:

---

[1] يقابلها المادة 64 من القانون الفرنسي رقم 516 لسنة 2000م التي نصت على ضرورة تحرير الضبطية القضائية محضر سماع أقوال للمشتبه فيه الموقوف للنظر، يثبتون فيه أقوال المشتبه فيه ومدد سماع أقواله و فترات الراحة، واليوم والساعة التي احتجز فيها، اليوم والساعة التي أخلي فيه سبيله.

[2] أحمد غاي، التوقيف للنظر، مرجع سابق،صفحة 73.

[3] وهو ما أكدته المادة 2/36-3 ق.إ.ج في نصها:"...يقوم وكيل الجمهورية بما يأتي:...مراقبة تدابير التوقيف للنظر، زيارة أماكن التوقيف للنظر مرة واحدة على الأقل كل ثلاث أشهر، وكلما رأى ذلك ضروريا".

1. أثر العقاقير المخدرة على الموقوف: ذهب البعض إلى أن مصل الحقيقة يطلق على بعض العقاقير المخدرة التي يتناولها الفرد، فتؤدي به إلى حالة من النوم العميق لفترة تتراوح بين 5 دقائق إلى 20 دقيقة. يفقد خلالها الفرد القدرة على التحكم الإرادي في أقواله، ويصبح أشد قابلية للإجابة على ما يوجه إليه من أسئلة. وقد تطرق المشرع الالماني بالنص على تحريم استخدام هذه الاساليب الطبية التي من شانها التاثير على إرادة الفرد، والحصول منه على إقرار أو اعترافات تحت هذا التأثير.[1] أما بخصوص المشرع الجزائري، فإننا لم نجد نص قانوني يتكلم عن حظر استخدام مصل الحقيقة، وقد يعود سبب ذلك إلى حداثتها.

2. أثر التنويم المغناطيسي على حقوق المشتبه فيه: يمثل التنويم المغناطيسي أحد وسائل التسلل إلى بواطن النفس البشرية، عن طريق استخدام مجموعة من الظواهر التي تحدث نعاسا غير حقيقي لدى الخاضع له، مما يسهل التأثير عليه ويصرح بأقوال ما كان ليقولها لو كان في كامل وعيه.[2] إتجه القضاء في فرنسا على إجازة استخدام التنويم المغناطيسي كأحد وسائل جمع الاستدلالات والتحقيقات، إلا أنه وضع شرطا لذلك وهو أن يكون بناءا على رضا المشتبه فيه أو الشاهد الخاضع لمثل هذه الإجراءات.[3] أما القضاء في مصر، ذهب إلى القول بأنه:« من المقرر أن الاعتراف الذي يعول عليه يجب أن يكون اختياريا وهو يعتبر كذلك ولو كان صادقا، وإذا صدر إثر إكراه او تهديد كائنا ماكان قدر هذا التهديد أو ذلك الإكراه».[4]

3. أثر استخدام جهاز كشف الكذب على الموقوف: جهاز كشف الكذب " الكذب أو الصدق" يطلق عادة على الأجهزة والآلات القادرة على قياس التغييرات والإشارات الجسمية والعضوية، مثل قياس النبض، ضغط الدم والتنفس، وسرعة إفراز العرق، وحركة العضلات، عند الإجابة على الأسئلة التي يطرحها عليه الفني القائم على تشغيل هذا الجهاز.[5] ذهب القضاء في فرنسا إلى رفضه وعدم الاعتداد بهذا الأسلوب، مبررا في ذلك أن مثل هذه الوسائل تتعارض مع ما ورد في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة 1789م، كما انها تشتمل على إكراه المشتبه فيه.[6]

---

[1] أحمد عبد الحميد الدسوقي، **الحماية الموضوعية والإجرائية** لحقوق الإنسان في مرحلة ما قبل المحاكمة" **دراسة مقارنة**"، **مرجع سابق، صفحة** 309.

[2] أحمد عبد الحميد الدسوقي، الحماية الموضوعية والإجرائية لحقوق الإنسان في مرحلة ما قبل المحاكمة" **دراسة مقارنة**"، **مرجع سابق، صفحة** 311.

[3] Cass, Crim, 18-02-1985. bull. Cril. N°163. et ; Cass ;Crim ; 16-03-1961- j.c.p. la semaine- juridique – 1961- II- 12157.

أنظر: أحمد عبد الحميد الدسوقي، **الحماية الموضوعية والإجرائية** لحقوق الإنسان في مرحلة ما قبل المحاكمة" **دراسة مقارنة**"، **المرجع سابق، صفحة** 312.

[4] **نقض جنائي** 1972/10/15، مجموعة أحكام النقض، س 23، **رقم** 234، **ص** 1049، **نقض جنائي** 1985/02/25م، مجموعة أحكام النقض، س 36، **رقم** 51، **ص** 300. أنظر: **إدريس عبد الجواد عبد الله بريك، ضمانات المشتبه** فيه في مرحلة الاستدلال، مرجع سابق، صفحة 237.

[5] أحمد عبد الحميد الدسوقي، الحماية الموضوعية والإجرائية لحقوق الإنسان في مرحلة ما قبل المحاكمة" **دراسة مقارنة**"، **المرجع سابق، صفحة** 313.

[6] Cass, Crim, 18/02/1954 ; j.c.p.1954. II.

وعد الاعتراف تحت التعذيب والإكراه باطلا ولا يؤخذ به كدليل مشروع. هذا ما أخذت به المحكمة العليا الأمريكية في قضية (Brown) بولاية ميسيسيبي. أين تم أخذ أقوال المشتبه فيه تحت التعذيب، فقررت المحكمة العليا سنة 1936م ببطلان اعترافات المشتبه فيه وعدم الأخذ بمحاضر الضبطية القضائية، بعد إثبات حدوث الاعترافات تحت وطأة التعذيب. كانت هذه أول سابقة قضائية تأخذ بمبدأ عدم جواز الأخذ بالاعتراف تحت التعذيب و الإكراه.[1]

سابعا: المراقبة الطبية للموقوف للنظر

عند انقضاء مدة التوقيف للنظر يعرض المشتبه فيه لإجراء فحص طبي إذا ما طلب ذلك أو بواسطة محاميه أو عائلته.[2] هذا ما نصت عليه المادة 60 من دستور 1996 المعدل بالقانون 16-01، والتي أضافت شرط إجبارية الفحص الطبي بالنسبة للموقوفين القصر.[3] والمادة 51مكرر 1/ 08ق.إ.ج المعدل بالأمر 15-02 . يجرى الفحص من طرف طبيب يختاره الشخص من الأطباء الممارسين في دائرة اختصاص المحكمة. إذا تعذر ذلك يندب له ضابط الشرطة القضائية طبيبا بطريقة تلقائية. تضم شهادة الفحص الطبي لملف الإجراءات لأن الغرض من هذا الكشف عن ممارسات الشرطة القضائية غير المشروعة للحصول على اعتراف المشتبه فيه إن وجدت[4]. يجوز لوكيل الجمهورية من تلقاء نفسه أو بناءا على طلب أحد أفراد عائلة الموقوف أن يندب طبيبا لفحصه في أي وقت خلال مدة التوقيف حسب المادة 05/52 ق.إ.ج.[5]

إذن، يهدف الفحص الطبي إلى منع أية معاملة قاسية أو أي تجاوز أو مساس بالسلامة الجسدية للموقوف. حيث يعد ضمانة له خلال مرحلة التحريات الأولية، ويجعل أعضاء الشرطة القضائية يلتزمون بالقانون ويمتنعون عن أي تصرف أو أذى يمس السلامة الجسدية.كما يعد ضمانة وحماية لأعضاء الشرطة القضائية لأنه يثبت أن الموقوف للنظر لم يتعرض لأي ضرب أو جرح خلال مدة توقيفه للنظر، مما يضفي

انظر: أحمد عبد الحميد الدسوقي، الحماية الموضوعية والإجرائية لحقوق الإنسان في مرحلة ما قبل المحاكمة "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 314.

[1] Cyril D. Robinson et Albin Esser, Le droit du prévenu au silence et son droit à être assisté par un défenseur au cours de phase préjudiciaire an Allemagne et aux Etats-Unis d'Amérique, *Op. Cit.*, Page 592-593.

[2] أحمد غاي، التوقيف للنظر، مرجع سابق، صفحة 87.

[3] جاءت المادة 51 من قانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل للتا كيد على ضرورة عرض المشتبه فيه القاصر على طبيب عند بداية ونهاية التوقيف للنظر، ويمكن أن يعرض القاصر في أي وقت خلال مدة التوقيف على الطبيب إذا طلب وكيل الجمهورية ذلك من تلقاء نفسه أو بناءا على طلب القاصر أو وليه أو محاميه.

[4] عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري "التحري والتحقيق"، مرجع سابق، صفحة 243- 246.

[5] أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري ، الجزء 2، مرجع سابق، صفحة 175.

مصداقية على أقوال المعني وإثبات أن تصريحه كان تلقائيا ولم يكن نتيجة أي شكل من أشكال الضغط والترهيب.[1]

البند الثالث:جزاء الإخلال بقواعد التوقيف للنظر

حرص المشرع الجزائري في مختلف التعديلات التي أدخلها على قانون العقوبات والإجراءات الجزائية على حماية حقوق المشتبه فيهم الموقوفين للنظر.[2] حيث يمكن أن يتعرض ضابط الشرطة القضائية الذي انتهك الأحكام المتعلقة بالتوقيف لنظر للعقوبات التي يتعرض لها من حبس الشخص حبسا تعسفيا.[3] إذ تنص المادة 51 الفقرة الأخيرة من ق إ ج على أن:"..إن انتهاك الأحكام كما هو مبين في الفقرات السابقة يعرض ضابط الشرطة القضائية للعقوبات التي يتعرض لها من حبس شخصا تعسفا".

نصت المادة 110 مكرر/02 ق.ع على:" وكل ضابط بالشرطة القضائية الذي يعترض، رغم الأوامر الصادرة طبقا للمادة 51 من قانون الإجراءات الجزائية من وكيل الجمهورية، لإجراء الفحص الطبي لشخص هو تحت الحراسة القضائية الواقعة تحت سلطته يعاقب من شهر إلى ثلاثة أشهر وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج، أو بإحدى العقوبتين". هذه العقوبة مقررة لضابط الشرطة القضائية الذي ينتهك شرط إخضاع الموقوف للنظر إلى الفحص الطبي من أجل التأكد من سلامته الجسدية وعدم تعرضه للتعذيب.

كما يتعرض الموظف الذي مارس التعذيب أو حرض عليه أو أمر به بغرض الحصول على اعترافات بعقوبة السجن المؤقت من 10 سنوات إلى 20 سنة و بغرامة من 150.000 دج إلى 1.600.000 دج حسب المادة 263 مكرر1/02 ق.ع. في حالة سكوت الموظف عن تعذيب أو الموافقة على ممارسته أو السكوت عنه فإن العقوبة تكون الحبس المؤقت من 05 إلى 10 سنوات وبغرامة من 10.000 إلى 1.000.000 دج حسب نص المادة 263 مكرر1/04 ق.ع. وكذلك ما نصت عليه المادة 291 ق.ع: «يعاقب بالسجن المؤقت من خمس سنوات إلى عشر سنوات كل من اختطف أو قبض أو حبس أو حجز أي شخص بدون أمر صادر من السلطات المختصة وخارج الحالات التي يجيز أو يأمر فيها القانون بالقبض على الأفراد». مع تشديد العقوبة إلى السجن المؤبد إذا كان القائم بذلك يرتدي البزة الرسمية حسب المادة 292 ق.ع.

---

[1] أحمد غاي ، التوقيف للنظر، مرجع سابق، صفحة 90-91.

[2] أحمد غاي ، التوقيف للنظر، مرجع سابق، صفحة 99.

[3] أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري ، الجزء 2، مرجع سابق، صفحة 175.

أوكل المشرع الجزائري مهمة الفصل في الإخلالات المنسوبة لضباط الشرطة القضائية، وهو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي الجزائري. حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1993/01/05م أن تراقب غرفة الاتهام اعمال ضباط الشرطة القضائية والموظفين والاعوان المنوطة بهم بعض مهام الضبط القضائي التي يمارسونها حسب الشروط المحددة في المواد 21 وما يليها من ق.إ. ج، ولغرفة الاتام أن تصدر قرارات إدارية وتأديبية دون جو از ا لطاعن ا قانونا.[1] بينما لم يشر قانون القضاء العسكري لأي من الصلاحيات المخولة لغرفة الاتهام، عند تطرقه لاختصاص المحكمة العسكرية المنعقدة بهيئة غرفة الاتهام. ما يجعلنا نصرح بانعدام صلاحية معاقبة ضباط الشرطة القضائية العسكرية على مخالفتهم للأحكام المتعلقة بالتحريات من قبل هذه الهيئة العسكرية.

بعد أن تعرضت الدراسة إلى ضمانات حق الدفاع خلال مرحلة التحريات، مستوفية الإجراءات التي تشكل مديدا لحرية ا لمشتبه فيهم ا لشخصية وع لى حرمة حيا ام الخاصة. لابد وأن نذكر بأن المشرع الجزائري قد أضاف في الأمر 15-02 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية إجراءا جديدا، من شأنه أن يقيد حرية المشتبه في التنقل حسب ما جاءت به المادة 36 مكرر 1 ق.إ.ج وهو المنع من مغادرة التراب الوطني. حيث نصت المادة على:" يمكن لوكيل الجمهورية لضرورة التحريات، وبناء على تقرير مسبب من ضابط الشرطة القضائية، أن يأمر بمنع كل شخص توجد ضده دلائل ترجح ضلوعه في جناية أو جنحة من مغادرة التراب الوطني". تمت إحاطة هذا الإجراء بمجموعة من الشروط، تتلخص في:

1. أن يصدر أمر المنع من طرف وكيل الجمهورية، بناءا على أمر مسبب من طرف ضابط الشرطة القضائية.
2. يشترط أن يشتبه في الشخص الممنوع من مغادرة التراب الوطني ارتكابه لجناية أو جنحة.
3. لا يمكن أن تتجاوز مدة المنع من المغادرة 03 أشهر، قابلة لتجديد مرة واحدة. غير أنه يجوز تمديد المنع من المغادرة حتى انتهاء التحريات، إذا تعلق الأمر بجرائم الإرهاب أو الفساد.

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/01/05 م، المة القضائية، 1994م، العدد1، صفحة 247.

الفصل الثاني

ضمانات حق الدفاع أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي

يتطلب الحديث عن حق المتهم[1] في الدفاع التطرق إلى الإجراءات الجبرية التي تتخذ في مواجهته خلال مرحلة التحقيق الابتدائي. تعتبر هذه المرحلة الثانية للمتابعة الجزائية بعد مرحلة التحقيق الأولي. كان الظهور الأول لهذه المرحلة في ظل نظام التحري و التنقيب الذي أعطى السلطة العامة دورا في البحث عن أدلة الجريمة و التحري عنها.

باعتبار أن مرحلة التحقيق تمثل الحلقة الوسطى في ثلاثية صيرورة المتابعة الجنائية، فهي لا تقل أهمية عن سابقتها بالنظر إلى إجراءاتها ونتائجها. تكمن هذه الأهمية من حيث إعداد الدعوى الجنائية للفصل فيها بمعرفة قضاء الحكم. حيث هدف هذه المرحلة إلى تحقيق الأدلة، و مدى كفايتها لرفع الدعوى أمام قضاء

---

[1] **تعريف المتهم في اللغة**: التهمة هي الظن و الشك و الريبة، و التهمة اصلها الوهمة من الوهم، و يقال اتهمه، افتعال منه، يقال اتهمت فلان أي افتعلت أي أدخلت عليه التهمة، وقوله تعالى﴿وَمَا هُوَ عَلَى الْغَيْبِ بِضَنِينٍ﴾ التكوير:24، قرأت عند البعض "بظنين" أي بمتهم و أظننت به الناس عرضته للتهمة و المتهم هو من أدخلت عليه التهمة، و نسبت إليه، فيقال: اتهمت فلانا بكذا، أي ظننت فيه فهو متهم. أنظر: ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، المجلد 12، صفحة 644. أنظر أيضا: أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مرجع سابق ، المجلد 1، صفحة 77. أنظر كذلك: أحمد عبد الحميد الدسوقي، الحماية الموضوعية والإجرائية لحقوق الإنسان في مرحلة ما قبل المحاكمة، مرجع سابق، صفحة 10.

تعريف المتهم في الشريعة الإسلامية: عرفه الماوردي: "هو من نسبت إليه جريمة في مجلس القضاء لطلب حق بما قد يتحققه المطالب نفسه و بما يتعذر إقامة الشهادة غالبا". و عرفه ابن القيم: "هو من أدعي عليه فعل محرم يوجب عقوبته من عدوان يتعذر إقامة البينة عليه". أنظر: الماوردي، الأحكام السلطانية، مرجع سابق، صفحة 219. أنظر أيضا: ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، مرجع سابق، صفحة 128.

تعريف المتهم في القانون الوضعي: المتهم هو "كل شخص اتخذت سلطة سواء كانت النيابة العامة أو قاضي التحقيق إجراء من إجراءات التحقيق في مواجهته أو أقيمت الدعوى الجنائية عليه قانونا سواء من سلطة التحقيق أو من جهات القضاء أو المدعي المدني أو أوجد نفسه في حالة من الحالات التي يجيز فيها القانون التحفظ عليه أو القبض عليه أو تفتيشه أو تفتيش مسكنه".أنظر: أحمد بسيوني أبو الروس، المتهم، الإسكندرية، صفحة 15.

المتهم هو:" من تتوافر فيه أدلة أو قرائن قوية كافية لتوجيه الإتهام إليه، وتحريك الدعوى الجنائية قبله".أنظر:محمود هارون النوافلة، حقوق المتهم أثناء التحقيق الإبتدائي دراسة مقارنة بين التشريع الإسلامي والقانون الجنائي الأردني، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 13.

تعريف المتهم في القانون الجزائري: عرفه الدكتور محمد محدة بقوله: "هو الشخص الذي حركت ضده دعوى جزائية قصد معاقبته عن الجريمة المرتكبة المنسوبة إليه، و ذلك بوصفه إما فاعلا او شريكا او محرضا في اي مرحلة من مراحل الدعوى ما دام لم يصبح الحكم عليه نهائيا".أيضا عرفه الدكتور عبد الله أوهايبية بقوله: "المتهم مصطلح يطلق على كل من وجهت له النيابة العامة التهمة، بتقديم طلب لقاضي التحقيق تطلب فيه فتح تحقيق ضده طبقا للمواد 36، 38-3، 67 ق.إ.ج، أو رفعت ضده الدعوى مباشرة أمام المحكمة في الجنح و المخالفات طبقا للمواد 56، 59، 338 ق.إ. ج أو كما هي الدعوى منظورة بشأنه أمام الغرفة الجنائية بالمجلس القضائي كجهة استئنافية –درجة ثانية- أو أحيل على محكمة الجنايات".أنظر: محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، الجزء 3، مرجع سابق، صفحة 18. أنظر أيضا: عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري "التحري والتحقيق"، مرجع سابق، صفحة 195.

ما يمكن إستنتاجه من مجموعة التعاريف السابقة، أن المتهم في الشريعة الإسلامية هو الذي يدعي عليه شخص ما ارتكابه لفعل محرم وتزول هذه الصفة بقيام البينة. بينما في القانون الوضعي لا يكون الشخص متهما إلا بعد تحريك الدعوى العمومية ، أما قبل تحريكها يكون مشتبها فيه، وتزول صفة الإتهام بصدور حكم نهائي، سواء قام هذا الحكم على بينة أو لا. إذن صفة الإتهام هي مسألة عارضة تبدأ عند تحريك الدعوى العمومية و تنتهي عند ثبوت إدانته (يصبح مدانا) أو بتأكيد براءته بموجب حكم نهائي حائز على قوة الشيء المقضي به.

الحكم. وبذلك يكفل التحقيق ألا تقدم إلى المحاكمة دعوى لا تتوفر فيها أدلة كافية، وبالتالي يتم إصدار قرار بحفظ الدعوى. وفي كلتا الحالتين يجب على السلطة المختصة أن تراعي حقوق الدفاع.

المبحث الأول: مفهوم التحقيق الابتدائي وخصائصه والجهة المختصة به

المطلب الأول: مفهوم التحقيق الابتدائي

التحقيق[1] الابتدائي "هو مجموعة الإجراءات التي تباشرها سلطات التحقيق بالشكل المحدد قانونا بغية تمحيص الأدلة والكشف عن الحقيقة قبل مرحلة المحاكمة".[2] من التعريفات أيضا:"هو الذي يتولاه قضاء التحقيق اي قاضي التحقيق كدرجة اولى و غرفة الاتهام كدرجة ثانية في بعض الحالات. قصد جمع الأدلة على الجرائم وكل من ساهم في اقترافها و اتخاذ القرار النهائي في ضوئها. وذلك بإحالة الدعوى علىجهة الحكم إذا كان الجرم قائما ومرتكبه معروفا والأدلة كافية، أو بأن لا وجه للمتابعة إذا كان الجرم غير قائم أو بقي مرتكبه مجهولا أو لم تتوافر الدلائل ضد الشخص المتهم باقترافه".[3] بعد التدقيق في هذا التعريف نجد أن الهيئات القائمة بالتحقيق الابتدائي هي قاضي التحقيق و غرفة الاتهام.[4] كما يتبين لنا أن التعريفين اتفقوا على كون الهدف من هذه المرحلة هو جمع الأدلة والبراهين بشأن الجريمة وتقديرها في مواجهة المتهم واتخاذ الإجراء المناسب في حقه. يتم ذلك بمتابعة اتهام والسير في إجراءات التحقيق الابتدائي وبعدها إحالته إلى المحكمة المختصة، أو بإصدار قرار إخلاء سبيله إذا اتضحت براءته. لكن يبقى الهدف الأساسي منها هو الكشف عن الحقيقة وتحقيق العدالة.

التحقيق الابتدائي وجوبي في الجنايات نظرا لخطورتها، حيث تنص المادة 66 ق.إ.ج على: "التحقيق الابتدائي وجوبي في مواد الجنايات. أما في مواد الجنح، فيكون اختياريا ما لم يكن ثمة نصوص خاصة. كما يجوز إجراؤه في مواد المخالفات إذا طلبه وكيل الجمهورية". أما القضاء العسكري فلم يميز بين جريمة وأخرى لاعتبار التحقيق وجوبي في الجنايات دون باقي الجرائم العسكرية. حسب ما ورد في المادة 75 من قانون

---

[1] التحقيق لغة: هو التصديق أو التأكيد والتثبيت، تقول حقق الظن بمعنى صدقه و حقق الأمر أي أكده و ثبته. انظر: جيلالي بغدادي، التحقيق "دراسة مقارنة نظرية وتطبيقية"، مرجع سابق، صفحة 7.

التحقيق اصطلاحا: التحقيق هو تعزيز الأدلة وتمحيصها للتحقيق من كفايتها في إثبات وقوع الجريمة و نسبتها لمرتكبها. أنظر: أحمد المهدي، أشرف الشافعي، التحقيق الجنائي الابتدائيوضمانات المتهم وحمايتها، 2005م، دار الكتب القانونية، مصر، صفحة 3.

التحقيق في الشريعة الإسلامية: لقد أوجز الماوردي تعريف التحقيق بأنه الأخذ بأسباب الكشف والاستيراء. أنظر: الماوردي، الأحكام السلطانية، مرجع سابق، صفحة 322.

[2] أحمد المهدي وأشرف الشافعي، التحقيق الجنائي الابتدائي وضمانات المتهم وحمايتها، مرجع سابق، صفحة 4.

[3] جيلالي بغدادي، التحقيق"دراسة مقارنة نظرية وتطبيقية"، مرجع سابق، صفحة 61.

[4] نجد أن المشرع الفرنسي، وبموجب القرار رقم 2 فبراير 1945م قد أنشأ وظيفة قاضي التحقيق للقصر، حيث أسند إليه مهمة إجراء التحقيق في كل من الجنح، و المخالفات التي ترتكب من قبل القصر، قد اعتبر هذا القاضي إضافة إلى قاضي التحقيق العادي وغرفة الاتهام، إحدى هيئات التحقيق الثالثة المكلفة بإجراء التحقيق في الجرائم التي يرتكبها القصر. أنظر: أحمد عبد الحميد الدسوقي، الحماية الموضوعية و الإجرائية لحقوق الإنسان في مرحلة ما قبل المحاكمة، مرجع سابق، صفحة 132.

القضاء العسكري: "...إذا ارتأى لوكيل الدولة العسكري أن القضية غير مهيأة للحكم فيها، يحيل جميع الأوراق مع طلباته فورا إلى قاضي التحقيق العسكري". غير أن قانون حماية الطفل رقم 15-12 جعل التحقيق وجوبي في الجنايات والجنح التي يرتكبها الحدث حسب المادة 64 منه.

المطلب الثاني: خصائص التحقيق الابتدائي

الفرع الأول: سرية التحقيق الابتدائي

يجب أن يكون التحقيق سريا في مواجهة الجمهور، ونطاق السرية في التشريع الجزائري تجسده المادة 11 ق.إج كما سبق وأن اشرنا إليها. فالسرية التي نص عليها المشرع الجزائري ليست مطلقة بل هي موجهة للجمهور، بمعنى أن الجمهور لا يحضر التحقيقات ولا يطلع على محاضرها. والقرارات التي تتخذها جهات التحقيق تكون بعيدة عن أعين الجمهور ولا تصدر بصورة علنية.[1]

نصت المادة 41 من قانون القضاء العسكري الجزائري على:" تكون الإجراءات خلال التحقيق والاستنطاق سرية، إلا في الأحوال التي ينص القانون على خلاف ذلك ، ودون الإخلال بحقوق الدفاع. ويتعين على كل شخص يشارك في هذه الإجراءات أن يحافظ على السر المهني ضمن الشروط وتحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات."

حرص القانون الجزائري على ضرورة الحفاظ على سرية البحث والتحقيق الابتدائي. كما أجاز متابعة من أخل بذلك تأديبيا وحتى جزائيا.[2] مثال ذلك المادة 46 ق.إ.ج: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة مالية تتراوح بين 2000 إلى 20000 دينار، كل من أفشى مستندا ناتجا من التفتيش أو اطلع عليه شخصا لا صفة له قانونا في الاطلاع عليه، و ذلك بغير إذن من المتهم أو ذوي حقوقه أو من الموقع على هذا المستند أو من المرسل إليه ما لم تدع ضرورات التحقيق إلى غير ذاك". إلا أن المشرع الجزائري تكلم في نص المادة 03/11 ق.إ.ج على جواز الكشف عن بعض المعلومات المتعلقة بالتحقيق والتي تدخل في إطار سرية التحقيقات، كما سبق وأشرنا بخصوص سرية التحريات الأولية.

[1] درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، مرجع سابق، صفحة 89.
[2] جيلالي بغدادي، التحقيق "دراسة مقارنة نظرية وتطبيقية"، مرجع سابق، صفحة 66-67.

الفرع الثاني: تدوين التحقيق الابتدائي

إن **تدوين التحقيق أمر** لازم حتى يكون **حجة الكافة، و**حتى تكون إجراءاته **صالحة** أساسا لما قد يبنى **عليها من نتائج وأعمال التحقيق و**جميع القرارات المتخذة في القضية المحقق فيها تجمع في ملف.[1] **لا يمكن الاعتماد** على ذاكرة المحقق التي لا بد و أن تخونه بعد فترة من **الزمن.**[2] **لقد ألزم المشرع الجزائري حضور كاتب الضبط لتدوين** محاضر التحقيق كاستجواب المتهم وسماع الشهود، و**معاينة مكان وقوع الجريمة** وغيرها من **إجراءات التحقيق الابتدائي. إذ** يجوز ندب غير كاتب الضبط المختص في حالة الضرورة بعد حلفه اليمين **القانونية.**[3] **تنص المادة 1/68-2 ق.إ.ج:** "يقوم قاضي التحقيق وفقا للقانون باتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة، **بالتحري عن أدلة الاتهام وأدلة النفي** وتحرر نسخة عن هذه الإجراءات وكذلك عن جميع الأوراق و **يؤشر كاتب التحقيق أو ضابط الشرطة المنتدب على كل نسخة بمطابقتها للأصل** وذلك مع مراعاة ما أشير إليه في الفقرة الخامس من هذه المادة". **و**جاء في نص المادة 79 **ق.إ.ج:"..و**يستعين قاضي التحقيق دائما بكاتب التحقيق و يحرر محضرا بما يقوم به من إجراءات".

الفرع الثالث: سرعة إجراء التحقيق الابتدائي

من المعلوم أن عامل الزمن مهم بالنسبة للواقعة الإجرامية بشكل عام وللمحقق بشكل خاص، لأن هناك تسابق محموم بين المحقق و **الزمن.** فكلما طال الزمن يقلل فرص المحقق في الوصول **للحقيقة و** كشف معالم **الجريمة والحصول على أدلة**[4] **تدين المتهم، الذي يتوقف التعرف عليه على عامل الزمن.**[5] **متى أخطر رجال الشرطة بأمر الجريمة فإنهم يقومون بإجراءات سريعة منها ما** يكون متعلقا بالأمن في حد ذاته، **والبعض الآخر يتصل ببعض إجراءات الدعوى الجنائية. كما يقول بعض شراح القانون أن مهمة رجال الشرطة هي منع العبث** بالأدلة ومنع الفاعل من الهرب وهو امر يسير عليهم لانهم موجودون في كل مكان.[6] **يتميز التحقيق الابتدائي** بالسرعة في الإجراءات **للأسباب التالية:**

---

[1] محمد صبحي محمد نجم، شرح قانون الإجراءات الجزائري، **مرجع سابق، صفحة** 52.

[2] **فاضل نصر الله عوض، ضمانات المتهم أمام سلطة التحقيق الابتدائي في التشريع الكويتي" دراسة مقارنة بالتشريعين المصري و الفرنسي)**، مجلة الحقوق، العدد03، السنة 22، سبتمبر 1998م، **جامعة الكويت، صفحة** 63.

[3] حيلالي بغدادي، التحقيق **"دراسة مقارنة نظرية و تطبيقية"، مرجع سابق، صفحة** 63.

[4] **الأدلة الجنائية هي عبارة الوقائع المادية والمعنوية التي يؤدي اكتشافها إلى كشف الجريمة و إجلاء الغموض الذي يكتنفها. أنظر: منصور عمر المعايطة، الأدلة الجنائية والتحقيق** الجنائي، الطبعة الأولى، 2000م، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، صفحة 17.

[5] محمد حماد مرهج الهيتي، أصول البحث و **التحقيق الجنائي "موضوعه، أشخاصه و القواعد التي تحكمه"، 2008م، دار الكتب القانونية، مصر، صفحة** 134.

[6] **جلول شيتور، ضمانات عدم المساس بالحرية الفردية، مرجع سابق، صفحة** 51.

1. إذا كان المتهم بريئا فسرعة إجراء التحقيق تجنبه المكوث مطولا في قفص الاتهام. إذ لو استغرقت إجراءات التحقيق وقتا مطولا خاصة إذا كان المتهم محبوسا فان ذلك سوف يضر به كلما طالت تلك المدة.[1]

2. تؤدي السرعة إلى الحصول على الأدلة وجمعها قبل اندثارها و امتداد يد العبث إليها. لو كان المتهم بريئا و كان المرتكب للفعل حرا طليقا فسوف يعمل ما في وسعه قصد إبعاد التهمة عنه و إخفاء الأدلة.[2]

3. سرعة التحقيق ميزة للمتهم حيث تكون ذاكرته لا تزال تحفظ الاماكن التي مر بها والأشخاص الذين لقيهم على العموم والاشياء التي قام بها لحظة وقوع الجريمة. فلو فات الزمن وطالت المدة لأدى ذلك إلى نسيان المتهم لغالبية تلك الأمور.[3]

هذا تحقيقا للمبدأ القائل بضرورة إجراء المحاكمة في مدة زمنية معقولة. سيتم التطرق إلى ذلك في المبحث الثالث من هذا الباب. لكن لابد من الإشارة إلى أن السرعة في انجاز الإجراءات يجب ألا تكون على حساب التضحية بمبادئ العدالة والإنصاف أو على حساب حقوق المتهم وأوجه دفاعه.[4] لذلك يجب اجتناب السرعة المفرطة في التحقيقات التي قد تؤدي إلى ظلم المتهم و كذا اجتناب الطول الذي تضيع معه المصلحة العامة.

المطلب الثالث: الجهة المختصة بالتحقيق الابتدائي

تختلف الجهة المختصة بالتحقيق الابتدائي من تشريع لآخر. فالتشريعات التي تأخذ بمبدأ الفصل بين سلطة التحقيق وسلطة الاتهام تجعل سلطة التحقيق الابتدائي لقاضي التحقيق وهذا المعمول به في القانون الجزائري والفرنسي واللبناني والسوري. اما التشريعات التي تجمع بين سلطة الاتهام والتحقيق تجعل التحقيق الابتدائي من اختصاص النيابة العامة كالتشريع المصري.[5]

لقد أوكل القانون المصري مهمة التحقيق الابتدائي للنيابة العامة وهو اختصاص أصيل حسب المادة 199 ق.إ.ج مصري.[6] يختص القاضي بالتحقيق استثناءا حسب المواد 02/63 و64 من ق.إ.ج المصري.

---

[1] درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، مرجع سابق، صفحة 90.

[2] محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، الجزء 3، مرجع سابق، صفحة 278.

[3] درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، مرجع سابق، صفحة 90.

[4] محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، الجزء 3، مرجع سابق، صفحة 279.

[5] سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجزائية، في التشريع والقضاء والفقه، مرجع سابق، صفحة 183.

[6] المادة 199 من ق.إ.ج رقم 150 لسنة 1950م نصت على:" فيما عدا الجرائم التي يختص قاضي التحقيق بتحقيقها وفقا لأحكام المادة 64 تباشر النيابة العامة التحقيق في مواد الجنح و الجنايات طبقا لأحكام المقررة لقاضي التحقيق ...".

كما أجازت المادة 65 ق.إ.ج المصري ندب مستشار للقيام بمهمة التحقيق الابتدائي بعد تقديم طلب من وزير العدل حيث نصت على:" لوزير العدل أن يطلب من محكمة الاستئناف ندب مستشار لتحقيق جريمة معينة أو جرائم من نوع معين...". إذن، سلطة التحقيق الابتدائي في القانون المصري هي النيابة العامة بحسب الأصل، أما قاضي التحقيق ومستشار التحقيق لا يمارسانه إلا في حالات استثنائية، وليس بصفة دائمة.كما أما ليسا مختصان بجرائم محددة ليحققوا فيها، بل يتم تعيينهم للتحقيق بناءا على طلب من النيابة العامة أو من وزير العدل.[1]

غير أن القانون الكويتي يعقد اختصاص التحقيق الابتدائي لجهتان هما: النيابة العامة في قضايا الجنايات، والمحققون التابعون لوزارة الداخلية في قضايا الجنح وجنح المرور حسب المادة 9/01-02 من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي.[2] يتبين لنا أن صفة المحقق في القانون الكويتي لا تعود على القضاة المختصين بالتحقيق والتابعين لوزارة العدل كما هو الحال في القانون الجزائري، وإنما تعود هذه الصفة إلى محقق الشرطة في الدوائر الأمنية التابعة لوزارة الداخلية. بخصوص السلطة المختصة بالتحقيق في القانون الجزائري فهي للجهات التالية:

الفرع الأول: قاضي التحقيق

تناول المشرع الجزائري عملية التحقيق التي يختص بها قاضي التحقيق من المواد 66 إلى 175 ق.إ.ج.[3] وتنص المادة 1/38 على: "تناط بقاضي التحقيق إجراءات البحث و التحري. ولا يجوز له أن يشترك في الحكم في قضايا نظرها بصفته قاضيا للتحقيق وإلا كان ذلك الحكم باطلا". يتضح من ذلك أن قاضي التحقيق يختص بالبحث والتحري و القيام بجميع إجراءات التحقيق اللازمة للكشف عن الحقيقة، ولا يجوز له أن يشترك في الحكم في قضية سبق وأن حقق فيها، تطبيقا لمبدأ الفصل بين سلطتي التحقيق والحكم. لكن استثناءا أجاز القانون الخروج عن هذا المبدأ إذا تعلقت القضية بمتهم حدث، حيث يتولى قاضي الأحداث التحقيق في الجرائم التي يرتكبها الحدث ثم يصدر فيها حكما فاصلا في الدعوى. العلة في ذلك أن

---

[1] لكي لا يحدث التباس بين طلب النيابة العامة من قاضي التحقيق لقيامه بمهمة التحقيق في القانون المصري و الجزائري، فالقانون المصري أوكل مهمة التحقيق للنيابة العامة وإذا رأت أن تحيل هذا الاختصاص لقاضي التحقيق فإنها تقدم له طلب تعيينه للتحقيق في الجريمة، اما طلب النيابة العامة في الجزائر فهو طلب 'فتتاح التحقيق (المادة 67 ق.إ.ج) الذي هو اختصاص أصيل لقاضي التحقيق والذي يحق له عدم الاستجابة لهذا الطلب إذا رأى انه لا موجب من اتخاذ الإجراءات المطلوبة منه (03/69 ق.إ.ج).

[2] و يجب التمييز بين المحقق و مأمور الضبط في القانون الكويتي، بالرغم من أن كليهما تابعين لدوائر الشرطة و الأمن العام، إلا أن المحقق يختص بالتحقيق الابتدائي أما مأمور الضبط القضائي فيختص بالتحريات. أنظر: فاضل نصر الله عوض، ضمانات المتهم أمام سلطة التحقيق الابتدائي في التشريع الكويتي" دراسة مقارنة بالتشريعين المصري والفرنسي)، مجلة الحقوق، مرجع سابق، صفحة 54.

[3] محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، الجزء 3، مرجع سابق، صفحة 46.

القاضي يصبح أكثر دراية بالمعلومات المتعلقة بالحدث وبشخصيته عند تحقيقه في القضية، فيكون الأنسب والأصلح للحكم عليه.[1]

يقوم قاضي التحقيق بالتحقيق الابتدائي بناءا على طلب افتتاحي مقدم من النيابة العامة كما جاء في المادة 1/67 ق.إ.ج. أو بناءا على طلب من المضرر وهذا يسمى بالادعاء المدني طبقا للمواد 38، 5/67، 72، 73 ق.إ.ج. أو يباشر عمله من تلقاء نفسه في حالة الجناية و **الجنحة** المتلبس بها حسب المواد 3/38، 57 ق.إ.ج. ويعتبر عمله درجة أولى للتحقيق في الجنايات **ويتخذ** جميع الإجراءات التي تكشف عن الحقيقة. هذا ما نصت عليه المادة 1/68 ق.إ.ج: "يقوم قاضي التحقيق وفقا للقانون باتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة بالتحري عن أدلة الاام وأدلة النفي". على نقيض ذلك، فإن التحقيق الابتدائي في الجنايات العسكرية يتم في مرحلة واحدة، حيث يختص بها قاضي التحقيق العسكري الذي يحيل القضية إلى المحكمة العسكرية بعد انتهائه من التحقيق.

من الإجراءات التي يتخذها قاضي التحقيق هي: استجواب المتهم (المواد من 100 إلى 108 ق.إ.ج)، سماع الشهود (المواد من 88 إلى 99 ق.إ.ج)، الإنابة القضائية (المواد من 138-142 ق.إ.ج)، الانتقال للمعاينة والتفتيش وضبط الأشياء (المواد من 79 إلى 86 ق.إ.ج)، الأمر بانتداب خبير (المادة 143 ق.إ.ج)، وغيرها من إجراءات التحقيق الابتدائي.

أما بالنسبة للقضاء العسكري، فإن اختصاص التحقيق الابتدائي يؤول إلى وكيل الدولة في الجرم المتلبس به والمرتكب بحضوره حسب المادة 48 من قانون القضاء العسكري. أما قاضي التحقيق العسكري فيتمتع بنفس إمتيازات القاضي العادي حسب المادة 76 من قانون القضاء العسكري، ويختص بالتحقيق الابتدائي من تلقاء نفسه في الجريمة المتلبس بها. في غير هذه الحالة يقوم بفتح التحقيق عن طريق إحالة القضية إليه من قبل وكيل الدولة العسكري حسب المادة 75 من نفس القانون. يأمر وكيل الدولة العسكري قاضي

[1] المادة 453 ق.إ.ج: "يقوم قاضي الأحداث ببذل كل همة وعناية، ويجري التحريات اللازمة للوصول إلى إظهار الحقيقة وللتعرف على شخصية الحدث وتقرير الوسائل الكفيلة بتهذيبه.
وتحقيقا لهذه الغرض فإنه يقوم إما بإجراء تحقيق غير رسمي أو طبقا للأوضاع المنصوص عليها في هذا القانون في التحقيق الابتدائي، وله أن يصدر أي أمر لازم لذلك مع مراعاة قواعد القانون العام.
ويجري بحثا اجتماعيا يقوم فيه بجمع المعلومات عن الحالة المادية والأدبية للأسرة وعن طبع الحدث وسوابقه وعن مواظبته في الدراسة وسلوكه فيها وعن الظروف التي عاش فيها أو نشأ وتربى.
ويأمر قاضي الأحداث بإجراء فحص طبي والقيام بفحص نفساني إن لزم الأمر، ويقرر عند الاقتضاء وضع الحدث في مركز للإيواء أو للملاحظة.
غير أنه يجوز لصالح الحدث ألا يأمر بإجراء أي من هذه التدابير أو لا يقرر إلا تدبيرا واحدا من بينهما وفي هذه الحالة يصدر أمرا مسببا."

التحقيق بفتح تحقيق في القضية وهو ما أوجبته المادة 02/74 من قانون القضاء العسكري: "وإذا كانت الأفعال تستوجب العقوبات الجنائية، يأمر وكيل الدولة العسكري بفتح تحقيق تحضيري بموجب أمر بالتحقيق". الملاحظ من مصطلح "أمر بالتحقيق" يثبت لنا أنه أمر واجب الطاعة وإلزامي لقاضي التحقيق العسكري، حيث لا يعتبر وكيل الدولة العسكري طرفا في الدعوى فقط وإنما تعلو سلطته على سلطة قاضي التحقيق العسكري. بينما يتمتع قاضي التحقيق العادي باستقلالية عن سلطة الاتهام ولا يخضع لها. كما يجوز لقاضي التحقيق العادي أن يرفض طلب وكيل الجمهورية بفتح تحقيق، لأنه ليس بالأمر الإلزامي كما هو في القضاء العسكري.

ما ينتج عن حرية القاضي العادي في قبول الطلب الافتتاحي من وكيل الجمهورية، حريته في الاعتداد بما ورد في الطلب من وقائع وأشخاص. مؤدى ذلك أن قاضي التحقيق لا يتقيد بما ورد في الطلب الافتتاحي فله أن يوجه الا ام إلى كل شخص يرى رجحان كفة ضلوعه في الجريمة، حسب ما جاء في المادة 03/67 ق.إ.ج:" ولقاضي التحقيق سلطة إتهام كل شخص ساهم بصفته فاعلا او شريكا في الوقائع المحال تحقيقها إليه". لا يلزم قاضي التحقيق بإخطار النيابة العامة بكل مجريات التحقيق، إنما يطلعها في حال ظهور وقائع جديدة لم يأت ذكرها في الطلب الافتتاحي. ولقاضي التحقيق الع سكري توجيه الامات للأشخاص بعد موافقة وكيل الدولة العسكري. نصت المادة 86 من قانون القضاء العسكري: "إن قاضي التحقيق العسكري له السلطة باتهام اي شخص خاضع للمحاكم العسكرية، ساهم كفاعل او شريك في الافعال المنسوبة إليه وذلك بعد صدور الرأي الموافق من وكيل الدولة العسكري...". وإذا خالف قاضي التحقيق العسكري ذلك سيتم الطعن في قراره من قبل وكيل الدولة أمام المحكمة العسكرية. المادة 02/86 من قانون القضاء العسكري.

الفرع الثاني: غرفة الاتهام

نظم المشرع الجزائري غرفة الاتهام في قانون الإجراءات الجزائية في المواد 176 إلى 211 منه. فحدد لها مجال عملها باعتبارها من الجهاز القضائي الجنائي.[1] نصت المادة 176 ق.إ.ج: " تشكل في كل مجلس قضائي غرفة اتهام واحدة على الأقل، ويعين رئيسها ومستشاروها لمدة ثلاث سنوات بقرار من وزير العدل". تشكل غرفة الاتهام من رئيس ومستشارين يختارون من بين قضاة المجلس القضائي، يعينون بقرار من وزير العدل لمدة ثلاث سنوات.[2]

[1] عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري "التحري والتحقيق"، مرجع سابق، صفحة 365.
[2] جيلالي بغدادي، التحقيق "دراسة مقارنة نظرية و تطبيقية"، مرجع سابق، صفحة 225.

تعتبر غرفة الاتهام الدرجة الثانية للتحقيق في مواد الجنايات، وهي السلطة المختصة بإصدار قرار الإحالة إلى محكمة الجنايات. خول القانون لغرفة الاتهام صلاحية تولي المراقبة و النظر في استئناف أوامر قاضي التحقيق المرفوعة إليها حسب المادة 191 ق.إ.ج.[1] هذا الأمر يجعل قاضي التحقيق حذرا مراعيا للوجه القانوني فيها، وفي ذلك مصلحة المتهم بضمان صدور الأوامر والقرارات اللازمة للتحقيق دون مجاوزته أو خروجه عن الحد القانوني.[2] حيث تتم الرقابة على سلطات قاضي التحقيق بواسطة الطعن عن طريق الاستئناف امام غرفة الاتهام في الاوامر القضائية التي يصدرها قاضي التحقيق. نتيجة لذلك تمارس غرفة الاتهام على قاضي التحقيق مهمتها الرقابية كهيئة تحقيق من الدرجة الثانية.[3]

يعد استئناف أوامر قاضي التحقيق من الضمانات المهمة جدا بالنسبة للمتهم، رغم ما اشترطه القانون في المحقق من الاستقلالية و التمكن.[4] فضلا عن ذلك فمن ضمانات المتهم أمام غرفة الاتهام هي صلاحية تقرير البطلان في حالة عدم مراعاة بعض الأحكام القانونية من قبل قاضي التحقيق كالأحكام المقررة في المادة 100 ق.إج المتعلقة باستجواب المتهمين والأحكام المقررة في المادة 105 ق.إ.ج المتعلقة بسماع الشهود والمدعي المدني، إضافة إلى ماقررته المادة 159 ق.إ.ج المتعلقة بالإخلال بقواعد الدفاع، وهذا قضت المادة 191 ق.إ.ج.[5]

بموجب المادة 203 ق.إ.ج يشرف رئيس غرفة الاتهام على مجرى التحقيق المتبعة في جميع مكاتب التحقيق بدائرة المس القضائي، ويراقب تطبيق أحكام المادة 68 ق.إ.ج المتعلقة بالإنابات القضائية، ثم يبذل كل ما في وسعه لتجنب كل تأخير في سير التحقيق بدون مبرر.[6] لذا حرص المشرع الجزائري على تحديد آجال معينة لغرفة الاتهام يجب عليها الفصل خلالها فيما يعرض عليها و هذا ما نصت عليه المواد 179، 197 ق.إ.ج.[7] لأن ميزة الإجراءات المتبعة أمام غرفة الاتهام هي السرعة. إضافة إلى الاختصاصات السابقة، تتولى غرفة الاتهام مهمة مراقبة أعمال أعضاء الشرطة القضائية المتعلقة بممارسة وظائفهم المرتبطة بالتحريات والتحقيقات والنشاطات التي تندرج ضمن مهام الشرطة القضائية باعتبارها مساعدة للعمل القضائي.[8]

---

[1] جلول شيتور، ضمانات عدم المساس بالحرية الفردية، مرجع سابق، صفحة 162.

[2] محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، الجزء 3، مرجع سابق، صفحة 287.

[3] جلول شيتور، ضمانات عدم المساس بالحرية الفردية، مرجع سابق، صفحة 162.

[4] عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري "التحري والتحقيق"، مرجع سابق، صفحة 286.

[5] جلول شيتور، ضمانات عدم المساس بالحرية الفردية، مرجع سابق، صفحة 130.

[6] حيلالي بغدادي، التحقيق "دراسة مقارنة نظرية و تطبيقية"، مرجع سابق، صفحة 220.

[7] عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري "التحري والتحقيق"، مرجع سابق، صفحة 468.

[8] أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 84.

من الميزات التي نجدها في القضاء العسكري،تقرير بطلان التحقيق الابتدائي في القضايا العسكرية من قبل المحكمة العسكرية حسب المادة 88 من ق.ق.ع.

المبحث الثاني: ضمانات حق الدفاع خلال إجراءات التحقيق الابتدائي

تقتضي عملية التحقيق القيام بالعديد من الإجراءات التي من شانها ان تمس وتقيد الحرية الشخصية للأفراد كالتفتيش والقبض[1] والاستجواب والحبس الاحتياطي. فنظرا لخطورة هذه الإجراءات وجب إحاطتها بسياج من الضمانات لكي لا يتذرع أفراد السلطة العامة بحجة تطبيق القانون وحماية المصلحة العامة للتعدي على حريات الأفراد، لأن هذه الضمانات هي التي تحقق التوازن بين المصلحة العامة في البحث عن الحقيقة من ناحية، ومن ناحية أخرى بين المصلحة الفردية في عدم التعرض لحقوق وحريات الأفراد. هذا ما سنتناوله باستفاضة من خلال العناصر التالية:

المطلب الأول: الحق في الدفاع عند التفتيش و القبض

الفرع الأول: ضمانات حق الدفاع عند التفتيش

البند الأول: وقوع جريمة ووجود مبرر لأمر للتفتيش

لا يجوز مباشرة إجراء التفتيش إلا بوجود جريمة وقعت فعلا. علة ذلك أن المنطق لا يسمح بمباشرة التحقيق بدون وجود جريمة.[2] حتى ولو كانت التحريات تفيد بوقوعها، وهو ذات الشرط المطبق في حالة جريمة جريمة متلبس بها،[3] ويجب أن تكون جناية أو جنحة،[4] فالمخالفات لا تبرر انتهاك السلطات لحرمة المساكن نظرا لقلة خطورتها.

البند الثاني: حضور المتهم عملية التفتيش

ألزم القانون في المواد 82 و83 ق.إ.ج[5] كل من قاضي التحقيق وضباط الشرطة القضائية عند مباشرتهم تفتيش المنازل وجوب حضور المتهم.[6] إذا تعلق الأمر بالجرائم الإرهابية أو التخريبية المنصوص عليها

---

[1] للإطلاع على مفهوم التفتيش والقبض في القانون الوضعي والتشريع الإسلامي يمكن الرجوع إلى المبحث الأول من هذا الباب. فقد سبق وأن تطرقنا لتعريفهم في المبحث الأول المتعلق بالتحريات الأولية. أما خلال هذه المرحلة سيتم معالجة الشروط المقررة قانونا للتفتيش والقبض.

[2] عادل إبراهيم إسماعيل صفا، سلطات مأموري الضبط القضائي، رسالة دكتوراه، 2001م، جامعة القاهرة، صفحة 291.

[3] وبخصوص الجنحة المتلبس بها ، فقد اكدت المادة 54 ق.إ.ج على أن: "تطبق نصوص المواد من 42 إلى 54 في حالة الجنحة المتلبس بها في جميع الاحوال التي ينص فيها القانون على عقوبة الحبس".

[4] محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، الجزء 3، مرجع سابق، صفحة 365-366.

[5] تقابلها المادة 92 ق.إ.ج مصري. المادتين 36 و97 من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري. المادتين 36 و83 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني.

[6] مولاي ملياني بغدادي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، صفحة 197.

في المادة 1/45 من الأمر 95-02 فإنها تعفي قاضي التحقيق من الالتزامات المذكورة الخاصة بوجوب حضور المتهم. أما إن تعذر عليه ذلك وجب على قاضي التحقيق تعيين ممثل له، وإذا امتنع أو كان هاربا يعين قاضي التحقيق شاهدين لحضور عملية التفتيش. مع العلم بأن الأحكام والشروط نفسها المتعلقة بتفتيش المنازل تسري عند القيام بتفتيش منزل الغير.[1] يضاف إلى تلك الشروط إلزامية استظهار الإذن المكتوب الصادر من قاضي التحقيق قبل الدخول للمسكن.[2] لقد قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر في 02 /1984/06 بعدم جواز التفتيش الذي يقوم به مأمور الضبط تنفيذا للإنابة القضائية دون إذن من النيابة العامة (سلطة التحقيق في مصر).[3]

البند الثالث: زمن التفتيش

تنص المادة 1/47 ق.إ.ج على هذا الشرط –كما سبق وقد أشرنا- في الجزء المتعلق بالتفتيش الذي يجريه ضابط الشرطة القضائية في إطار التحريات الأولية. لكن هناك استثناء يخص مرحلة التحقيق الابتدائي حيث أجازت المادة 82 ق.إ.ج لقاضي التحقيق تفتيش مسكن المتهم خارج المجال الزمني المحدد قانونا في المادة01/47 ق.إ.ج، إذا تعلق الأمر بجناية، ويشترط أن يقوم بنفسه بعملية التفتيش وبحضور وكيل الجمهورية. نصت المادة 47 ق.إ.ج في الفقرة 02 و03 على عدم التقيد بهذا المجال الزمني في بعض الجرائم.

البند الرابع: الاختصاص

التفتيش من اختصاص قاضي التحقيق حسب نص المادة 1/68 ق.إ.ج "يقوم قاضي التحقيق وفقا للقانون باتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة". على الرغم من ذلك، سمح القانون لضباط الشرطة القضائية من مباشرته في إطار الإنابة القضائية كما أكدته المواد 138 إلى 142 ق.إ.ج.[4]

البند الخامس: ضبط الأشياء المتعلقة بالجريمة

يقصد به أن تقوم سلطة التحقيق بوضع يدها على كافة الأشياء المتعلقة بالجريمة، والتي تفيد في كشف حقيقة الجرم الواقع، أو في إثبات أو نفي التهمة في مواجهة المتهم.[5] الضبط شأنه شأن التفتيش هو من إجراء

---

[1] فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية بين النظري والعملي، مرجع سابق، صفحة 112-113.

[2] فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية بين النظري والعملي، مرجع سابق، صفحة 109-111.

[3] نقض مصري س 10، ق 182، صفحة 852. أنظر: حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، صفحة 322.

[4] المادة 200 من قانون الإجراءات الجنائية المصري. المادة 65 من نظام الإجراءات الجزائية السعودي.

[5] سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجزائية في التشريع و القضاء و الفقه، مرجع سابق، صفحة 549.

من إجراءات التحقيق، يجب أن يكون في جريمة معينة وفي مكان محدد وعلى شخص معين، وينصب على الأشياء التي تفيد في معرفة الحقيقة. لقد خول القانون لقاضي التحقيق سلطة ضبط الأشياء والوثائق النافعة في إظهار الحقيقة ومنها الرسائل والخطابات وأن يقوم بتسجيل المحادثات التلفونية.[1] إن كان الهدف من التفتيش هو ضبط الأدلة لكشف حقيقة الجريمة، فان ضبط الأشياء هو الأثر المباشر للتفتيش.

الفرع الثاني: ضمانات حق الدفاع عند القبض

البند الأول: الجهة المختصة بإصدار أمر القبض

يختص قاضي التحقيق بإصدار أمر القبض وفقا لنص المادة 109 ق.إ.ج[2] التي تنص على أنه: "يجوز لقاضي التحقيق حسبما تقضي الحالة أن يصدر أمر بإخطار المتهم أو بإيداعه السجن أو بإلقاء القبض عليه". والمادة 120 ق.إ.ج التي تنص على أنه: "يساق المتهم المقبوض عليه بمقتضى أمر قبض...". فالقبض خلال هذه المرحلة من مهام قاضي التحقيق، وليس من مهام رجال ضباط الشرطة القضائية إلا في حالة التلبس بمقتضى نص المادة 3/342 ق.إ.ج التي تنص على أن: "يضبط كل ما يمكن أن يؤدي إلى إظهار الحقيقة".

كما أكدته المادة 2/119 ق.إ.ج وبينته المادة 358 ق.إ.ج: "يجوز للمحكمة في الحالة المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة 375 إذا كان الأمر متعلقا بجنحة من جنح القانون العام و كانت العقوبة المقضي بها لا تقل عن الحبس سنة ان تامر بقرار خاص مسبب بإيداع المتهم في السجن او القبض عليه". يستفاد من نصوص هذه المواد أن الأشخاص الذين يحق لهم إصدار أمر بالقبض هم: قاضي التحقيق أو غرفة الاام وكذا قاضي الحكم حسب المادة 358 السالفة الذكر.[3]

أما المادة 61 ق.إ.ج[4] التي تنص على أنه : "يحق لكل شخص في حالات الجناية أو الجنحة المتلبس بها والمعاقب عليها بعقوبة الحبس، ضبط الفاعل واقتياده إلى اقرب ضابط للشرطة القضائية"، وهذه المادة

---

[1] محمد صبحي محمد نجم، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مرجع سابق، صفحة 63.

[2] المادة 103 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني. المادة 40 من قانون الإجراءات الجزائية المصري:" لا يجوز القبض على أي إنسان أو حبسه إلا بأمر من السلطات المختصة بذلك قانونا كما تجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الإنسان و لا يجوز إيذائه بدنيا أو معنويا".

[3] درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، مرجع سابق، صفحة 141.

[4] يقابلها المادة 101من أصول المحاكمات الجزائية الأردني.

أعطت الحق لكل شخص أن يضبط الجاني إذا كانت حالة التلبس قائمة، أن يقدمه إلى ضابط الشرطة القضائية.[1]

البند الثاني: أن تكون الجريمة جناية أو جنحة

يجب أن تكون الجريمة سبب إصدار أمر القبض **على المتهم هي جناية أو جنحة يعاقب عليها القانون بالحبس أو بأية عقوبة أشد جسامة.** يعني **هذا استبعاد الجنح المعاقب عليها بالغرامة فقط والمخالفات إطلاقا.**[2] **نصت المادة 2/119 ق.إ.ج:** "يجوز لقاضي التحقيق بعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية أن يصدر ضده أمرا بالقبض إذا كان الفعل الإجرامي معاقبا عليه بعقوبة جنحة بالحبس أو بعقوبة أشد جسامة".

البند الثالث: ضرورة توفر الشروط الشكلية لأمر القبض

أوجب قانون الإجراءات الجزائية الجزائري أن يشمل أمر القبض الذي يصدره قاضي التحقيق على **البيانات التالية: اسم القاضي** الذي أصدره، ذكر هوية المتهم و نوع التهمة، الإشارة إلى المواد القانونية التي **ستطبق بشأن الجريمة المنسوبة** إليه، ذكر تاريخ صدوره مع توقيع و ختم قاضي التحقيق الذي أصدره.[3]

البند الرابع: وجوب استجواب المتهم

طلبت المادة 121 ق.إ.ج من المحقق الذي أصدر أمر القبض أن يستجوب المتهم خلال 48 ساعة من القبض عليه.[4] **يعد هذا الاستجواب ضمانة للمتهم** حتى لا يزج به في السجن و ينسى أمره أو يماطل في **استجوابه لمدة قد تصل لأيام و شهور.**[5]

---

[1] أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات **الأولية، مرجع سابق، صفحة** 194.

[2] **عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري "التحري والتحقيق"، مرجع سابق، صفحة** 400.

[3] **درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، مرجع سابق، صفحة** 144.

[4] **نصت المادة** 112 من **قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني:**" يستجوب المدعي العام في الحال المشتكى عليه المطلوب بمذكرة حضور،أما المشتكى عليه الذي جلب بمذكرة **إحضار فيستجوبه خلال** أربع وعشرين ساعة من وضعه في النظارة". ومن خلال هذه المادة نجد **أن المشرع الأردني** ميز بين المتهم الذي نفذ امر الحضور و الذي يجب **استجوابه فورا من قبل سلطة التحقيق للدرجة الأولى** وهي النيابة العامة؛ وبين المتهم المقبوض علية وحددت مدة وجوب **استجوابه بـ** 24 ساعة من وضعه في غرف الأمن. **والمادة** 109 من نظام الإجراءات الجزائية السعودي التي **أكدت وجوب استجواب المحقق للمتهم المقبوض عليه فورا** ، **وإذا تعذر ذلك يودع دار التوقيف** إلى **حين استجوابه على أن لا تزيد مدة الإيداع** 24 ساعة.

[5] محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، الجزء 3، **مرجع سابق، صفحة** 412.

البند الخامس: وقت القبض على المتهم

يتمتع منزل المتهم بحماية قانونية و **حصانة دستورية** كما سبق وتحدثنا عن ذلك في الجزء المتعلق بحرمة المسكن **خلال المبحث الأول.** فلا يجوز للضابط أو للعون المكلف بتنفيذ الأمر بالقبض أن يدخل مسكنه قبل الساعة الخامسة صباحا و لا بعد الساعة الثامنة مساءا تطبيقا لنص المادة 1/122 ق.إ.ج.[1]

المطلب الثاني: الحق في الدفاع عند الاستجواب

للاستجواب أهمية بالغة في التحقيق، فبمقتضاه **يتثبت المحقق من شخصية المتهم، ويناقشه** في التهمة المسندة إليه. لهذا الإجراء **العديد من التعاريف نذكر منها:" الاستجواب هو مناقشة ومواجهة المتهم بالتهمة** المنسوبة إليه **وبالأدلة** القائمة ضده من طرف المحقق ومناقشته **تفصيلا فيها، ومطالبته بإبداء رأيه فيما ينسب** إليه".[2]

لهذا الإجراء **طبيعة مزدوجة.** هو إجراء من إجراءات التحقيق التي تؤدي إلى جمع **الأدلة للوصول** إلى **الحقيقة، ووسيلة دفاع تمكن المتهم** من تفنيد الأدلة القائمة ضده و **الرد عليها.**[3] يعني أنه **وسيلة دفاع حين** يسمح للمتهم بأن يحـ **ـاط علما بالامات المضافة عليه، وبكل ما يوجد ضده** في ملف الدعوى من قرائن **وأدلة، من أجل إتاحة** الفرصة أمامه لكي يدلي بالإيضاحات التي تساعد على كشف براءته.[4] لم يعد **الاستجواب قاصرا على توجيه الاتام للمتهم مدعما بالأدلة** التي جمعتها سلطة الاستدلال، **بل هو الآن وسيلة ضمان للمتهم يستطيع** تقدير تبريراته عما يسند إليه وما يقدم ضده.[5] في حالة **إغفال سلطة التحقيق القيام بهذا الإجراء** الضروري في التحقيق الابتدائي، **يكون التحقيق باطلا وما نتج عنه يتعرض للبطلان. هذا** ما قضت به المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الصادر في **1994/03/01م والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أن يتعين على قاضي التحقيق أن يمحص الأدلة....**ولما تبين من قضية الحال أن السيد قاضي التحقيق لم يستجوب المتهمة ولم يقم بإجراءات التحقيق حتى نهايتها، **لكي يستطيع إصدار أمر بانتفاء** وجه الدعوى مبني **على أسباب موضوعية تتعلق بتقدير الوقائع وثبوتها، فإنه يتعين نقض وإبطال قرار غرفة الاتام، المؤيد لأمر**

---

[1] درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، مرجع سابق، صفحة 143.

[2] عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري "التحري والتحقيق"، مرجع سابق، صفحة 377.

[3] أحمد سعدي سعيد الأحمد، المتهم ضماناته وحقوقه في الاستجواب و**التوقيف "الحبس الاحتياطي"** في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني **"دراسة مقارنة"**، رسالة ماجستير، 2008م، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، صفحة 48-49.

[4] عبد الحميد الشواربي، ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الجنائي، **مرجع سابق، صفحة 403.**

[5] محمد عبد الله محمد المر، الحبس الاحتياطي"دراسة مقارنة"، 2006م، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، صفحة 181.

قاضي التحقيق المذكور".[1] إذن يبطل التحقيق الابتدائي والقرار الذي نتج عنه لمخالفته الإجراءات الجوهرية سواء كان قرار قاضي التحقيق بالإدانة أو البراءة.

نظرا لخطورة الاستجواب وخوفا من استخدامه كوسيلة للضغط على المتهم لانتزاع الاعتراف منه بارتكاب الجريمة، طالب فقهاء القانون الجنائي بإحاطته بمجموعة من الضمانات التي تكفل للمتهم الدفاع عن نفسه وإثبات براءته.[2] من الضمانات التي وضعت لحماية الحرية الشخصية للمتهم وحقوق الدفاع أثناء تنفيذ هذا الإجراء ما يلي:

البند الأول: السلطة المختصة بالاستجواب

يشترط القانون لكي يكون الاستجواب صحيحا أن تقوم به جهة قضائية.[3] لذلك فقد أوجب قانون الإجراءات الجزائية الجزائري أن يتم استجواب المتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي بواسطة قاضي التحقيق، وحظر على هذا الأخير إنابة ضابط الشرطة القضائية في إجرائه حسب المادة 139 ق.إ.ج.[4] العلة في قصر مباشرة الاستجواب على المحقق، أن الاستجواب عمل تحقيقي محض يتيح مناقشة المتهم بالتفصيل ومواجهته بالأدلة القائمة ضده والذي قد يؤدي به إلى الاعتراف أحيانا. لهذا ارتأى المشرع استبعاد هذا الإجراء من نطاق سلطات رجال الضبط تفاديا للتأثير على المتهم أو الضغط عليه.[5] يجب على قاضي التحقيق قبل إصدار مذكرة بإيداع المتهم الحبس أو إحالته على الجهات المختصة أن يقوم باستجوابه ولو مرة واحدة على الأقل.[6] لأن الاستجواب حق للمتهم وواجب على المحقق. لكن القانون المصري أورد في المادة 71 من ق.إ.ج استثناءا يمكن فيه للسلطة المندوبة للقيام بإجراء أي عمل من أعمال التحقيق الابتدائي حتى ولو كانت الضبطية القضائية. من بين هذه الإجراءات الاستجواب، وذلك في الأحوال التي يخشى فيها فوات الفرصة ويكون الاستجواب ضروري ولازم للكشف عن الحقيقة.

---

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1994/03/01 م، المة القضائية، 1994م ، العدد 3، صفحة 251.

[2] علاء باسم صبحي بني فضل، ضمانات المتهم أمام المحكمة الجنائية الدولية، رسالة ماجستير، 2011م، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، صفحة 94.

[3] محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، صفحة 362.

[4] المادة 65 من نظام الإجراءات الجزائية السعودي:" للمحقق أن يندب كتابة أحد رجال الضبط الجنائي للقيام بإجراء معين أو أكثر من إجراءات التحقيق، عدا استجواب المتهم...". المادة 70 من قانون الإجراءات الجزائية المصري.

[5] سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجزائية في التشريع و القضاء و الفقه، مرجع سابق، صفحة 556-557.

[6] عبد الحكم فودة، لبراءة و عدم العقاب في الدعوى الجنائية، مرجع سابق، صفحة 289.

البند الثاني: خلو الاستجواب من الإكراه

يجب أن يكون الاستجواب بعيدا عن التأثيرات التي تحمل المتهم على الإدلاء بأقوال مخالفة لإرادته. فالإكراه سواءا كان ماديا أو معنويا يبطل الاستجواب ويبطل معه الاعتراف. يكون البطلان مطلقا لأنه من النظام العام وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها.[1] تثير هذه المسألة مشكلة استخدام الوسائل العلمية الحديثة من أجل قهر المتهم على الإدلاء بالحقيقة، وقد استقر الفقه والقضاء في معظم بلاد العالم على رفض استخدام الوسائل العلمية للحصول على اعتراف المتهم.[2]

لقد كان موقف المشرع الجزائري واضحا في رفضه لاستعمال العنف و الإكراه في التحقيق. حيث أقر بعدم مشروعية العنف والإكراه كوسيلة تحقيق سواءا في الدستور أو قانون العقوبات أو قانون الإجراءات الجزائية. حيث أكدت المادة 03/40 من القانون 16-01 المعدل للدستور الجزائري على ذلك:"...المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة يقمعها القانون".

يمتد هذا الحظر أيضا إلى قانون العقوبات في القسم الثاني المتعلق بالاعتداء على الحريات من الفصل الثالث للجزء الثاني. نصت المادة 107 ق.ع على: "يعاقب الموظف بالسجن المؤقت من 5 إلى 10 سنوات إذا أمر بعمل تحكمي أو ماس سواء بالحرية الشخصية للفرد...". من الضمانات التي قررها قانون الإجراءات الجزائية استبعاد حمل المتهم بالإكراه على الإقرار هو ما جاء في المادة 51 مكرر 2 ق.إ.ج، التي جاء في فحواها وجوب إجراء فحص طبي للشخص الموقوف للتأكد من عدم تعرضه للإساءة الجسمانية.

يتحقق الإكراه بالعنف و الاستجواب تحت تأثير التنويم المغناطيسي أو استجواب المتهم وهو مقيد بالقيود الحديدية، أو يكون تحت تأثير الوسائل العلمية الحديثة كجهاز كشف الكذب أو عقار البانتوتال (Pentothal) (مصل الحقيقة).كما يتحقق الإكراه بالوعد والتهديد واستجواب المتهم لفترات طويلة.[3] إذ يبطل معه اعترافه، و لا يغير من ذلك رضاء المتهم به مقدما.[4] أما الوسائل العلمية التي لا تمس بكرامة الإنسان الإنسان و لا تؤثر على إرادته فلا مانع من استخدامها كأخذ عينة دم أو غسيل معدة.[5] العبرة في استبعاد

[1] عبد الحكم فودة، البراءة و عدم العقاب في الدعوى الجنائية، مرجع سابق، صفحة 289.

[2] أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 450.

[3] أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، الجزء 2، مرجع سابق، صفحة 258-259.

[4] محمد سعيد محمد الرملاوي، قضايا الحبس و الاعتقال في الفقه الإسلامي، 2008م، دار الجامعة الجديدة للنشر، صفحة 134.

[5] إدريس عبد الجواد عبد الله بريك، الحبس الاحتياطي و حماية الحرية الفردية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 181.

الإكراه من التحقيقات كون أن إرادة المتهم تكون معيبة فلا يكون لإقراره أية قيمة. **قد يدفع** الإكراه **بعض** الأبرياء للاعتراف بجرائم لم يرتكبوها لكي يتخلصوا من آلامهم، **وهنا يكون المجرم احسن حالا من البريء.**

لقد حرصت الشريعة الإسلامية على تقرير ضمانات حقوق الدفاع، حيث منعت إساءة استخدام السلطة مع المتهمين. فالتعذيب والضرب والمعاملة القاسية أو الغير **إنسانية ممنوعة بنص الشارع،**[1] **والاعتراف بناءا على الإ**كراه هو اعتر**اف باطل، ويقتص** من المكره سواءا **كان** قاضيا أو غيره.[2] دليل ذلك قوله تعالى: **إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ** (سورة النمل: 106). **دلت الآية الكريمة على منع الأخذ بإقرار** المكره على الكفر و **لم يعتد به. وقوله (صلى الله عليه وسلم): «**وضع عن أمتي الخطأ، والنسيان، و**ما استكرهوا عليه»** (رواه ابن ماجه). **وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: "ليس الرجل بأمين على نفسه إن أجعته أو أخفته أو حبسته أن يقر على نفسه"،**[3] **و**هذا مذهب جمهور الفقهاء.

أيضا، إذا أكره الرجل بوعيد تلف أو غير تلف على أن يقر بفعل وهو يقول لم أفعله، فأقر به مكرها فإقراره باطل. لأن الإقرار خبر متمثل بين الصدق والكذب، والإكراه الظاهر دليل على أنه كاذب فيما يقر به **قاصدا** إلى دفع الشر عن نفسه. والمخبر عنه إذا كان كذبا فبالإخبار لا يصير صدقا.[4] فلا يجوز للقاضي أو من يتولى أمر المتهمين أن يهدده بالضرب أو الحبس أو القيد، **ليجبره على الإقرار بما اتهم به من حد او قصاص، فإن فعل كان الإقرار باطلا. لأن الإقرار وقع تحت التهديد الذي يمنع رجحان جانب الصدق على جانب الكذب.**[5]

قال الإمام الغزالي (رحمه الله): **"فان قيل: فالضرب بالتهمة للاستنطاق بالسرقة مصلحة، فهل تقولون به؟ قلنا: قد قال به مالك** (رحمه الله) **و**لا نقول به، لا لإبطال النظر إلى جنس المصلحة لكن، لأن هذه **مصلحة تعارضها أخرى، وهي مصلحة المضروب، فانه ربما يكون بريئا من الذنب، وترك** الضرب في مذنب أهون من ضرب بريء، فان كان فيه فتح باب يعسر معه انتزاع الأموال، ففي الضرب باب إلى تعذيب **بريء".**[6]

---

[1] عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام"دراسة مقارنة بالقانون الوضعي"، مجلة الحقوق، **مرجع سابق، صفحة** 68.

[2] احمد فتحي بهنسي، موقف الشريعة من نظرية الدفاع الاجتماعي، الطبعة الثالثة، 1404ه/1984م، دار الشروق، صفحة 53.

[3] **أبو بكر** ابن أبي شيبة، مصنف **الأحاديث والآثار،مرجع سابق، المد** 5، صفحة 793.

[4] ا لسرخسي، ا**لمبسوط، المد** 24، مرجع سابق، صفحة 83.

[5] محمد **سعيد** محمد الرملاوي، قضايا الحبس و الاعتقال في الفقه الإسلامي، **مرجع سابق، صفحة** 133.

[6] **أبو حامد** الغزالي، المستصفى، **مرجع سابق، صفحة** 176.

لكن الماوردي خالف رأي جمهور الفقهاء عندما دعى إلى جواز الضرب لحمل المتهم على الاعتراف في قوله: "يجوز للأمير مع قوة التهمة أن يضرب المتهم ضرب التعزير ليأخذه بالصدق فيما قرف به من التهم".[1] أيد هذا القول بعض المتأخرين من الحنفية الذين أجازوا الإقرار مع الإكراه و التهديد لأن الظاهر أن المتهمين لا يقرون في هذا الزمان طائعين.[2]

إلا أننا نرى ترجيح رأي جمهور الفقهاء لأنه يعكس لنا روح الشريعة القائمة على السماحة والعدل. ولن أجد أصدق مثال لتطبيق هذه العدالة والمرونة والرفق بالمتهم ومعاملته بإنسانية، ما ذكره القاضي أبو يوسف في كتابه "الخراج" عن معاملة النبي (صلى الله عليه وسلم) للمتهم معاملة تبسط لسانه، وتجرئ قلبه حتى لا يدلي باعتراف غير مطابق للواقع أو مظلل للعدالة، وذلك حين أتى إليه برجل فقيل هذا سرق، فخاطبه النبي (صلى الله عليه وسلم) برفق قائلا: «ما أخاله سرق، أسرقت؟».[3]

بل أن الشريعة الإسلامية ذهبت إلى القول بتكرار الإقرار حتى يمكن الاستناد إليه، فذهب أبو حنيفة وأصحابه وابن أبي ليلى أنه لا يجب الحد إلا بأربع إقرارات في أربع مجالس.[4] فالقاضي الإسلامي ملزم بإتباع سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم و كذلك الحاكم، فيجب عليه إذا أقر عنده أحد بجريمة من جرائم الحدود الخالصة أن يعرض له بالرجوع،[5] فإن رجع عن إقراره سقط الحد.[6] مثال ذلك رواية ماعز بعد أن أقر بجريمة

---

[1] الماوردي، الأحكام السلطانية، مرجع سابق، صفحة 220.

[2] محمد سعيد محمد الرملاوي، قضايا الحبس و الاعتقال في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، صفحة 133.

[3] أبو يوسف الأنصاري، الخراج، مرجع سابق، صفحة 192.

[4] احمد فتحي بهنسي، العقوبة، مرجع سابق، صفحة 94.

[5] الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، 1406ه/1986 م، دار الكتب العلمية، المد 7، صفحة 61.

[6] إختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم رجوع المتهم عن إقراره إلى رأيين:

1.الرأي الأول: لا يصح الرجوع عن الإقرار، فلا يقبل رجوع المتهم عن إقراره بحد أو تعزير. وأدلتهم في ذلك عن ما رواه يعقوب قال حدثنا أبي عن إبن إسحاق قال: أتى ماعز فأستودى على نفسه بالزنا، فأمرنا رسول الله(ص) فرجمناه. فلما رجعنا إلى رسول الله(صلى الله عليه وسلم) وأخبرناه قال: «فهلا تركتموه وجئتوني به» ليتثبت رسول الله(صلى الله عليه وسلم) منه، فأما ترك حد فلا. أنظر:أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، عادل مرشد، الجزء 24، مرجع سابق، صفحة 322.

وهو ما قال به الحسن، وسعيد بن جبير، وابن أبي ليلى: يقام عليه الحد، ولا يترك؛ لأن ماعزا هرب فقتلوه، ولم يتركوه. وروي أنه قال: «ردوني إلى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) فإن قومي هم غروني من نفسي، وأخبروني أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) غير قاتلي. فلم ينزعوا عنه حتى قتلوه» (أخرجه أبو داود). ولو قبل رجوعه، للزمتهم ديته. ولأنه حق وجب بإقراره، فلم يقبل رجوعه، كسائر الحقوق. أنظر: ابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء 9، مرجع سابق، صفحة 68.

2.الرأي الثاني: يصح رجوع المتهم عن الاقرار، وهو رأي جمهور الفقهاءو دليلهم في ذلك:حكي عن الأوزاعي: "أن ماعزا هرب، فذكر للنبي (صلى الله عليه وسلم) فقال: «هلا تركتموه، يتوب فيتوب الله عليه» . قال ابن عبد البر: ثبت من حديث أبي هريرة، وجابر، ونعيم بن هزال، ونصر بن داهر، وغيرهم، «أن ماعزا لما هرب، فقال لهم: ردوني إلى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) فقال: «هلا تركتموه، يتوب فيتوب الله عليه». ففي هذا أوضح الدلائل على أنه يقبل رجوعه. وعن بريدة، قال: كنا أصحاب رسول الله (صلى الله عليه وسلم) نتحدث أن الغامدية وماعز بن مالك،ولأن رجوعه شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات؛ ولأن الإقرار إحدى بينتي الحد، فيسقط بالرجوع عنه، كالبينة إذا رجعت قبل إقامة الحد. أنظر: ابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء 9، مرجع سابق، صفحة 68-69.

الزنا، بدأ تنفيذ الحكم عليه بالرجم حتى الموت، لكنه هرب فلحق به المنفذون وأجهزوا عليه. فلما بلغ رسول الله (صلى الله عليه وسلم) بما حدث قال: «هلا تركتموه». (رواه الترمذي)

البند الثالث: حق المتهم في الإحاطة بالتهمة

لا بد أن يحاط المتهم علما بالوقائع المنسوبة إليه والأدلة المقدمة ضده، مع ذكر النصوص القانونية المحددة لنوع الجزاء أو العقوبة المقررة لتلك الوقائع، وأن ينبه بأنه حر في عدم الإدلاء بأي قول أو إقرار في الموضوع محل التهمة و هذا حسب نص المادة 100 ق.إ.ج.[1] ومنه يعد صمته[2] وامتناعه عن الكلام استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون. لا يجوز أن يستخلص من صمته قرينة ضده،[3] فلا يؤول صمته على وجه يضر بمصلحته أو أن يستغل ضده في الإثبات.[4]

البند الرابع: عدم تحليف المتهم اليمين

أداء اليمين يعني القسم أو الحلف بصيغة يحددها القانون مسبقا لمن يقررها بشأنه. يعفي القانون المتهم من حلف اليمين لأن الأصل فيه أنه بريء مما ينسب إليه إلى حين إقامة الدليل ضده من طرف الادعاء العام.[5] فلا يجوز للمحقق أن يحلف المتهم اليمين قبل الاستجواب، فان طلب منه حلف اليمين وفعل المتهم ذلك، يوصم الاستجواب بالبطلان.[6]

البند الخامس: الاستعانة بمدافع

الحق في الاستعانة بمحام هو حق أصيل للمتهم.[7]،وجاء في محتوى المادة 100 ق.إ.ج على قاضي التحقيق أن ينبه المتهم بحقه في الاستعانة بمحام. إن لم يختر المتهم محاميا فعلى القاضي تعيينه له. يتضح لنا من ذلك ضرورة حضور المدافع عملية الاستجواب. أكدت ذلك المادة 01/105 ق.إ.ج وهو من

---

[1] محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، الجزء 3، مرجع سابق، صفحة 321.

[2] لقد أرست الشريعة الإسلامية حق المتهم في الصمتفله أن يسكت، وحتى لو كيف نكول المتهم على أنه إقرار، فانه سيكونإقرارا به شبهة، لأنه سكوت.والقاعدة العامة في الشريعة الإسلامية تقول: "لا ينسب لساكت قول". أنظر: عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام، مجلة الحقوق، مرجع سابق، صفحة 68.

[3] محمد الطراونة، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 98.

[4] فرج علواني هليل، التحقيق الجنائي والتصرف فيه، 1999م، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، صفحة 768.

[5] عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري "التحري والتحقيق"، مرجع سابق، صفحة 396.

[6] سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءاتالجزائية في التشريع والقضاء والفقه، مرجع سابق، صفحة 557.

[7] المادتين 64 و69 من نظام الإجراءات الجزائية السعودي. المادة 01/77-03 والمادة 124 من قانون الإجراءات الجزائية المصري، وقد نصت المادة 125 منه على:" يجب السماح للمحامي بالإطلاع على التحقيق في اليوم السابق على الاستجواب أو المواجهة مالم يقرر القاضي غير ذلك. و في جميع الأحوال لا يجوز الفصل بين المتهم و محاميه الحاضر معه أثناء التحقيق." وهذا المعمول به في القانون الجزائري حيث تنص المادة 04/105 على:"...و يجب أن يوضع ملف الإجراءات تحت طلب محامي المتهم قبل كل استجواب بأربع وعشرين ساعة...".

الضمانات الأساسية لممارسة العدالة. كما أعطي للمحامي الحق في الإطلاع على ملف الدعوى قبل 24 ساعة من الاستجواب لإعداد دفاعه. يجب أن يبلغ المحامي بموجب كتاب موصى عليه بموعد الاستجواب قبل يومين من التاريخ المحدد للإجراء. فحضور المدافع مع موكله أثناء التحقيق أو المحاكمة فيه ضمانة لسلامة الإجراءات، ولعدم استعمال الوسائل الممنوعة أو غير الجائزة قبل المتهم.[1]

لقد جاء تأكيد ضمانة استعانة المتهم بمحام خلال الاستجواب في قانون القضاء العسكري، حيث نصت المادة 79 منه على ضرورة حضور المحامي مع المتهم أثناء الاستجواب، وعلى قاضي التحقيق تنبيه المتهم لهذا الحق، وعليه أن يعين له مدافعا بصفة تلقائية. يعد ذلك إعمالا لمبدأ احترام حقوق الدفاع لأن إخلال القضاء العسكري بهذا المبدا يعد سببا جوهريا في بطلان إجراءات التحقيق الابتدائي. كما عزز قانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل هذه الضمانة، حيث نصت المادة 02/33 منه على:" يجوز للطفل الاستعانة بمحام". والمادة 67 من نفس القانون على:"إن حضور محام لمساعدة الطفل و جوبي في جميع مراحل المتابعة والتحقيق والمحاكمة. وإذا لم يقم الطفل أو ممثله الشرعي بتعيين محام، يعين له قاضي الأحداث محاميا من تلقاء نفسه أو يعهد ذلك إلى نقيب المحامين".

المطلب الثالث: الحق في الدفاع عند الحبس المؤقت

الحبس المؤقت (كان يعرف بالحبس الاحتياطي) هو إجراء تحفظي يتخذ قبل المتهم الذي لم تثبت إدانته بعد، فهو ليس عقوبة وإنما مجرد وسيلة احتياطية أثناء التحقيق لمنعه من الهروب أو التأثير في مجرى التحقيق.[2] اعتبر الحبس المؤقت إجراءا شاذا لتعديه على حرية الفرد قبل أن تثبت إدانته.[3] مرجع شذوذ هذا الإجراء تناقضه مع القاعدة الدستورية التي تقضي بأن المتهم بريء حتى تثبت إدانته.[4] بمقتضى هذه القاعدة لا لا يجاز الفرد عن فعل أسند إليه ما لم يصدر ضده حكم بالعقوبة من جهة ذات ولاية قانونية.[5] فقرينة البراءة البراءة هي الأصل، والحبس المؤقت ما هو إلا استثناءا على هذه القاعدة حسب المادة 02/59 من القانون 16-01 المعدل للدستور الجزائري ، تأمر به السلطات القضائية لمقتضيات التحقيق. لذلك تم وضع قيود على هذا الإجراء الخطير كضمانات لعدم التعدي على الحرية الشخصية. بدون هذه الضمانات يصبح الحبس المؤقت وسيلة ضغط وإكراه على المتهم ما يجعله فاقدا لمشروعيته.

---

[1] إدريس عبد الجواد عبد الله بريك، الحبس الاحتياطي و حماية الحرية الفردية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 176.

[2] أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، صفحة 204.

[3] عبد الحميد الشواربي، ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الجنائي، مرجع سابق، صفحة 428.

[4] إبراهيم حامد طنطاوي، الحبس الاحتياطي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، صفحة 6.

[5] حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، صفحة 422.

الفرع الأول: تعريف الحبس المؤقت

البند الأول: تعريف الحبس المؤقت لغة:

الحبس من حبس و حبست الشيء أحبسه حبسا إذا منعته عن الحركة.[1]

البند الثاني :الحبس المؤقت في الشريعة الإسلامية:

عرفه ابن قيم الجوزية بأنه: الحبس الشرعي وليس السجن في مكان ضيق، وإنما هو تعويق الشخص، ومنعه من التصرف بنفسه بنفسه لهذا أسماه النبي صلى الله عليه و سلم "أسيرا".[2] والحبس الاحتياطي يسمى أيضا حبس استظهار، وهو ما كان في تهمة، فيستظهر بذلك ليستكشف به عما وراءه.[3] أخذت الشريعة الإسلامية بنظام حبس المتهم احتياطيا قبل أن تثبت إدانته، حتى يتحقق القاضي من إسناد الجرم إليه فيحكم بتوقيع العقوبة.[4] أجمع الصحابة رضوان الله عليهم و من بعدهم على مشروعية الحبس فقد وقع الحبس في زمن النبوة،[5] النبوة،[5] وفي أيام الصحابة و التابعين. استعمل الخلفاء الراشدون والقضاة من بعدهم الحبس واستخدموه ضد الجناة، وهو مستعمل في جميع الأعصار و الأمصار حتى يومنا هذا من غير نكير، فكان ذلك إجماعا.[6] أساس الحبس المؤقت في النظام الإسلامي قولهتعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ (سورة المائدة: 33). قال الفقهاء المراد بالنفي هو الحبس،[7] ذلك ذلك لأن النفي من جميع الأرض محال، فلم يبق إلا الحبس، والمحبوس يسمى منفيا من الأرض، لأنه لا ينتفع بما لذ وطاب.[8] روي عن أبي هريرة (رضي الله عنه) أن "النبي (صلى الله عليه وسلم) حبس رجلا في تهمة يوما وليلة"، استظهارا وطلبا لإظهار الحق بالاعتراف.[9]

---

[1] أبو بكر الأزدي، جمهرة اللغة، مرجع سابق ، المد 1، صفحة 277.

[2] ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مرجع سابق، صفحة 102.

[3] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، المد 6، صفحة 353. أنظر أيضا: سيد سابق، فقه السنة، المد 3، مرجع سابق، صفحة 466.

[4] فرج علواني هليل، الحبس الاحتياطي و بدائله،مرجع سابق، صفحة 13.

[5] لم يكن للحبس مكان معين ينفذ فيه في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، و لما ولي عمر بن الخطاب الخلافة ابتاع دارا و جعلها سجنا. أنظر: فرج علواني هليل، الحبس الاحتياطي وبدائله، مرجع سابق، صفحة 12-13.

[6] محمد سعيد محمد الرملاوي، قضايا الحبس و الاعتقال في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، صفحة 17.

[7] ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، الطبعة الثانية، 1412ه/1992م، دار الفكر، بيروت، المجلد 5، صفحة 376.

[8] محمد سعيد محمد الرملاوي، قضايا الحبس و الاعتقال في الفقه الإسلامي، صفحة 37.

[9] الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، الطبعة الأولى، 1413ه/1993 م، دار الحديث، مصر، المد 8، صفحة 349.

ومن الأدلة الشرعية على جواز الحبس لتهمة في الشريعة الاسلامية: -ما رواه جعفر أن عليا – رضي الله عنه-قال:" إنما الحبس حتى يتبين للإمام، فما حبس بعد ذلك فهو جور".أنظر:البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق:محمد عبد القادر عطا، الجزء 06،الطبعة الثالثة، 2003م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، صفحة 88.

وعن عمر ابن الشريد عن أبيه، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:" لي الواجد يحل عرضه وعقوبته"، يقول ابن مبارك: يحل عرضه أي يغلظ له، وعقوبته أي يحبس له.أنظر: أبي داود، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد،الجزء 03، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، صفحة 313.

البند الثالث:الحبس المؤقت عند فقهاء القانون:

الحبس المؤقت هو: "هو أمر من أوامر التحقيق يصدر عمن منحه المشرع هذا الحق، متضمنا وضع المتهم في مؤسسة إعادة التربية لبعض مدة التحقيق أو كلها أو حتى المحاكمة، قاصدا بذلك تأمين سير التحقيق **وسلامته".**[1] كان يعرف في القانون **الجزائري بالحبس الاحتياطي قبل أن يستبدل هذا المصطلح بمصطلح الحبس** الحبس المؤقت في المادة **123 ق.إ.ج المعدلة بموجب القانون رقم 8/01** المؤرخ في **26 يونيو 2001م.**

تتجلى أهمية **الحبس المؤقت كإجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي الذي شرعه القانون، وأجاز سلب الحرية خدمة وتسهيلا وغاية لتأمين الأدلة.**[2] لأنه كثيرا ما يعمد المتهم إلى مناورات قد تمنع قاضي التحقيق من الوصول إلى الحقيقة، إما **با لهـ رب ا أو طمسها أو ضياعها أو تبديدها إذا بقي المتهم حرا،** وتجنبا لتأثيره على **الشهود.**[3]

على مستوى آخر، قد يكون الحبس المؤقت فائدة للمتهم نفسه، فقد يتلقى هدا الاخير **هديدات من** طرف المجني عليه او من طرف عائلته، **وقد تسعى الجماعة للثأر منه.لذلك كان الحبس المؤقت** أحسن حماية **له.** كما يعد ضمانة لعدم هروب المتهم من تنفيذ الحكم عليه الذي سيصدر ضده.[4]

الفرع الثاني: بدائل الحبس المؤقت

البند الأول: الرقابة القضائية

سعيا من المشرع الجزائري لعدم المساس بحرية الشخص كأصل عام، أقحم إجراءا جديدا في قانون **الإجراءات الجزائية اصطلح عليه بالرقابة القضائية كبديل للحبس المؤقت. يهدف من وراء ذلك** ترك أكبر قسط من الحرية بما يخدم الوصول إلى **الحقيقة والحفاظ على النظام العام.** فالرقابة القضائية لا تعني أبدا حبس الشخص بقدر ما تعني وضع قيود على الحركة في حياته الاجتماعية.[5]

---

[1] محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، الجزء 3، مرجع سابق، صفحة 416.

[2] مولاي ملياني بغدادي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، صفحة 269.

[3] أحسن بوسقيعة، التحقيق القضائي، الطبعة الثانية، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002م، صفحة 135.

[4] أحمد أبو الروس، المتهم، مرجع سابق، صفحة 386.

[5] أحسن بوسقيعة، التحقيق القضائي، مرجع سابق، صفحة 126-127.

الرقابة القضائية هي: "الرقابة بديل الخروج من دائرة الحبس المقيد للحرية إلى دائرة **الرقابة عن الحرية**".[1] **تهدف الرقابة القضائية إلى ضمان مثول الشخص الواقب أمام القضاء** من غير المساس بحريته كأصل عام. فيتخذ بدلا من الحبس المؤقت إذا ظهر أن تطبيقه يؤدي إلى نفس النتيجة التي قد يحققها حبس المتهم،[2] وعندئذ لا يمكن اللجوء إلى حبس المتهم إلا إذا تبين أن التزامات الرقابة القضائية غير كافية لمقتضيات التحقيق **أو لمتطلبات الحفاظ على النظام العام. هذا** ما عبرت عنه المادة **2/123** ق.إ.ج بنصها: "...**وإذا كانت** التزامات الرقابة القضائية غير كافية، فإنه يمكن أن يأمر **بالحبس المؤقت...**". **لذا كان اللجوء إليها ضمانة** لقاضي التحقيق اتجاه المتهم لإظهار الحقيقة.حيث يعتبر **تقييد قاضي التحقيق بعدم كفاية التزامات الرقابة القضائية من الضمانات القانونية للمتهم.**فلا يمكن للقاضي تجاوز هذا الإجراء بإصداره أمر الحبس المؤقت إلا في حالة عدم **كفاية التزامات الرقابة بمقتضيات التحقيق الابتدائي. تلزم الرقابة القضائية قاضي التحقيق أن** يخضع المتهم لأحد أو كل الالتزامات التالية:

1. عدم مغادرة الحدود الإقليمية التي حددها قاضي التحقيق إلا بإذن هذا الأخير.
2. عدم الذهاب إلى بعض الأماكن المحددة من طرف **قاضي التحقيق.**
3. المثول دوريا أمام المصالح أو السلطات المعنية من طرف قاضي التحقيق.
4. تسليم كافة الوثائق التي تسمح بمغادرة التراب الوطني أو ممارسة مهنة أو نشاط يخضع إلى ترخيص إما إلى **أمانة الضبط أو مصلحة أمن يعينها قاضي التحقيق، مقابل وصل.**
5. **عدم القيام ببعض النشاطات المهنية عندما ترتكب الجريمة إثر** ممارسة أو بمناسبة هذه النشاطات، **وعندما** يخشى من ارتكاب جريمة جديدة.
6. **الامتناع عن رؤية الأشخاص الذين يعينهم قاضي التحقيق أو الاجتماع** ببعضهم.
7. الخضوع إلى بعض إجراءات فحص علاجي حتى وإن كان بالمستشفى، لا سيما **بغرض إزالة التسمم.**
8. **إيداع نماذج الصكوك لدى أمانة الضبط وعدم** استعمالها إلا بترخيص من قاضي التحقيق.

أضاف المشرع في تعديله لقانون الإجراءات الجزائية بالأمر **15-02 التزامين: الأول:** يهدف إلى حماية المتهم في الجرائم لمتعلقة بالأفعال الإرهابية والتخريبية، بوضعه في إقامة محمية من قبل ضباط الشرطة **القضائية.** يحدد قاضي التحقيق مكان المحمية ومدة الوضع تحت الرقابة، والتي يجب أن لا **تتجاوز مدة 3 أشهر**

[1] فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية بين النظري والعملي، مرجع سابق، صفحة 220.
[2] عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري "التحري والتحقيق"، مرجع سابق، صفحة 429.

قابلة للتجديد مرتين. الالتزام الثاني: عدم مغادرة إلا بشروط وفي مواقيت محددة. حسب المادة 125 مكرر1 من الأمر 15-02 المعدل ق.إ.ج.

البند الثاني:السوار الإلكتروني

في إطار عصرنة قطاع العدالة الجنائية بما يتلاءم ومتطلبات حقوق الإنسان، استحدث المشرع الجزائري في تعديله الأخير لقانون الإجراءات الجزائية بموجب الأمر 15-02 الرقابة الإلكترونية والمتمثلة في السوار الإلكتروني كبديل للحبس المؤقت، الذي يهدف إلى التحقق من أن المتهم ملتزم بتنفيذ بعض واجبات الرقابة القضائية. فالرقابة الإلكترونية هي من وسائل الرقابة القضائية التي يمكن من خلالها مراقبة مدى امتثال المتهم لأمر القضاء بالبقاء في مكان معين أو بعدم الذهاب إلى مكان ما.[1]

نظام المراقبة الإلكترونية أو ما يسمى بالسوار الإلكتروني، هو إلزام المحكوم عليه أو المحبوس احتياطيا بالإقامة في منزله أو محل إقامته خلال ساعات محددة، بحيث تتم متابعة الشخص الخاضع للمراقبة إلكترونيا. كما يعرف بأنه أحد الأساليب المبتكرة لتنفيذ العقوبة أو الحبس الاحتياطي خارج أسوار السجن، بحيث يسمح لمن يخضع للمراقبة بالبقاء في محل إقامته مع فرض بعض القيود على تحركاته من خلال جهاز المراقبة الإلكتروني.[2]

تعتبر التشريعات العقابية الأمريكية أول التشريعات التي عرفت نظام المراقبة الإلكترونية، الذي كان استجابة لمشاكل السياسة الجنائية في أمريكا. يطلق على السوار الإلكتروني ب" Electronic Monitoring". كان أول تطبيق للسوار الإلكتروني في ولاية نيومكسيكو (New Mexico) عام 1983م، حين أصدر القاضي أول أمر بتطبيق السوار الإلكتروني مع فرض الإقامة في المنزل.[3]

---

[1] المنظمة الدولية للإصلاح الجنائي، بدائل التدابير الاحتجازية" دراسة حالة لعدد من الدول العربية(الأردن،الجزائر، المغرب، اليمن، تونس، مصر)"، مايو 2014م، صفحة 16.

لقد صنفت الدراسة التي قامت بها المنظمة الدولية للإصلاح الجنائي الجزائر من بين الدول التي سعت إلى تعزيز حقوق الإنسان في جملة التعديلات التي أدخلها المشرع على قانون الإجراءات الجزائية الجزائري. حيث انصبت هذه التعديلات على تكريس أكبر لمبادئ حقوق الإنسان و حماية الحريات الفردية وتعزيز مبدأ قرينة البراءة. وإدخال معايير جديدة تبرر الاحتجاز السابق للمحاكمة. للمزيد من التفاصيل أنظر: المنظمة الدولية للإصلاح الجنائي، بدائل التدابير الاحتجازية" دراسة حالة لعدد من الدول العربية(الأردن،الجزائر، المغرب، اليمن، تونس، مصر)"، مرجع سابق، صفحة 23.

[2] ساهر إبراهيم الوليد،مراقبة المتهم إلكترونيا كوسيلة للحد من مساوئ الحبس الاحتياطي، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد 21، العدد الأول،يناير 2013م، صفحة 663.

[3] أكتشف نظام المراقبة الإلكترونية في الولايات المتحدة الأمريكية في عام 1960م، عندما إخترع باحثين في هارفارد نموذج للسوار الإلكتروني، ولتقييمه تم استخدامه على الأحداث المرتكبين المخالفين للقانون، لكنه لم يلق قبول من العامة. وبعد 20عاما تم تطبيقه فعليا من قبل محكمة نيو مكسيكو. ليدخل الجهاز حيز التنفيذ في الولايات المتحدة الأمريكية كبديل للحبس المؤقت ولعقوبة السجن. أنظر:

أما القانون الفرنسي فقد وضع إطارا تشريعيا نموذجيا للسوار الإلكتروني، عندما أدخله في نظامه العقابي من خلال القانون رقم 97-1159 سنة 1997م. يأخذ الوضع تحت الرقابة الإلكترونية صيغا ثلاثة في النظام العقابي الفرنسي، حيث يعد:

1. أسلوبا لتنفيذ العقوبات السالبة للحرية يعود تقريرها لقاضي تنفيذ العقوبة، أي تقرر بعد صدور الحكم بالعقوبة السالبة للحرية.
2. عقوبة بحد ذاتها، والتي تنطق بها المحكمة مباشرة في اثناء جلسة النطق بالحكم، كما في نظام العمل للمنفعة العامة، وتوجه فقط للمحكومين عليهم المبتدئين وفي الجرائم البسيطة.
3. تدبيرا لتأمين الرقابة القضائية.[1]

أخضعت الرقابة الإلكترونية إلى جملة من الشروط، منها المادية، والقانونية. المادية هي التي تفرض على الخاضع للمراقبة أن يكون له محل إقامة ثابت، وإن كان مقيما مع غيره في مسكن ثابت يجب موافقة هذا الغير، كما يلزم أن يكون المسكن مزودا بخط هاتف ثابت، وأن يحصل الموضوع تحت المراقبة على شهادة طبية تفيد بأن حالته الصحية لا تتأذى من وضع السوار الإلكتروني.[2] أما الشروط القانونية، فقد أخضع القانون الفرنسي لإجراء المراقبة الإلكترونية البالغين نساءا ورجالا، محكومين عليهم أو متهمين، كما يطبق على الأحداث الذين تتراوح أعمارهم بين 13-18سنة بشرط أن يوافق الولي على عقوبة السوار الإلكتروني حسب المادة 723-7 من ق.إ.ج الفرنسي والمادة 132-26-1 من ق.ع الفرنسي. كما أشترط القانون الفرنسي أن يكون الخاضع للرقابة متهما في جنحة أو جناية حسب المادة 138 ق.إ.ج فرنسي. أما بالنسبة المحكومين الخاضعين للرقابة الإلكترونية فيشترط أن تكون مدة العقوبة السالبة للحرية أو مجموع مددها أو ما تبقى منها لا يتجاوز السنة.[3]

Molly Carney, Correction Through Omniscience: Electronic Monitoring and the Escalation of Crime Control, Washington University journal of law & policy,2012, page 285.

James Kilgore, Electronic Monitoring is not The Answer, The Media Democracy Fund, 2015, page 08.

[1] صفاء أوتاني، الوضع تحت المراقبة الإلكترونية" السوار الإلكتروني"في السياسة العقابية الفرنسية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المد 25، العدد الأول، 2009م، صفحة 137.

[2] ساهر إبراهيم الوليد، مراقبة المتهم إلكترونيا كوسيلة للحد من مساوئ الحبس الاحتياطي، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، مرجع سابق، صفحة 666.

[3] صفاء أوتاني، الوضع تحت المراقبة الإلكترونية" السوار الإلكتروني"في السياسة العقابية الفرنسية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مرجع سابق، صفحة 139.

يكون السوار الإلكتروني في الغالب على الكاحل، يضعه الشخص لمدة 24 ساعة في اليوم، وهناك عدة طرق لعمل السوار الإلكتروني منها: ما يعمل عن طريق الستالايت، حيث يعمل بنظام GPS الذي يسمح بتتبع مسار السوار الإلكتروني عبر القمر الصناعي بمساعدة الانترنت وهي الطريقة المتبعة في الو.م.أ. أو عن طريق موجات تردد الراديو(radio frequency) حيث يرسل السوار إشارات إلى جهاز موصول بالخط الهاتفي لمنزل الموضوع تحت الرقابة، ليبعث بالمعلومات إلى سلطة المراقبة إما عن طريق الهاتف الثابت أو المحمول،[1] وهذه الأخيرة هي المتبعة في فرنسا. وفقا لهذا الأسلوب يبقى المراقَب محجوزا في بيته، وتبقى تحركاته محدودة ومراقبة عبر جهاز إلكتروني يشبه الساعة. يثبت الجهاز في معصم المراقَب أو أسفل قدمه، يحتوي جهاز إرسال يبث إشارات متتالية محددة إلى مستقبل مثبت في مكان محدد(المنزل أو مكان العمل، المدرسة). يرسل هذا المستقبل رسائل أو إشارات إلى الجهة التي تتولى المتابعة (مركز المراقبة)، ومركز المراقبة هذا يستقبل الإشارات المرسلة في المنطقة الجغرافية المحددة كنطاق لمراقبته. من خلال هذه الإشارات والمعلومات يمكن التثبت من عمل الجهاز، ووجود الشخص المعني في المكان المحدد، ومن ثم التأكد من احترام الشخص للعقد.[2]

لم يحدد القانون الجزائري كيفية عمل السوار ولا شروط استخدامه، إذ اكتفت المادة 125 مكرر 1 بإعطاء الحق لقاضي التحقيق في اتخاذ هذا الإجراء للتحقق من مدى التزام المتهم ببعض التدابير المذكورة بخصوص التزامات الرقابة القضائية،[3] وأحالت تفصيل عمل وتطبيق هذا الإجراء إلى تنظيم. دخل هذا الإجراء حيز التنفيذ في الأسبوع الأول من شهر ماي 2016م في مدينة القليعة، حيث يضع المتابع قضائيا السوار الإلكتروني على مستوى أسفل الكعب. يمنع هذا الجهاز المتابَع من الهرب من المحاكمة، كما يساعده على التمتع بحريته مع ضمان الامتثال للجهات القضائية.

الفرع الثالث: ضمانات الحبس المؤقت

آمن المشرع الجزائري بخطورة الحبس المؤقت على الأفراد من جهة، ومن جهة ثانية على أهميته في مرحلة التحقيق الابتدائي. لكي يكون هذا الإجراء مشروعا، تم تدعيمه بمجموعة من الشروط التي تضمن

---

[1] James Kilgore, Electronic Monitoring is not The Answer, The Media Democracy Fund, 2015, page 07.

[2] صفاء أوتاني، الوضع تحت المراقبة الإلكترونية" السوار الإلكتروني"في السياسة العقابية الفرنسية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مرجع سابق، صفحة 144.

[3] يتعلق الأمر بالإلتزامات التالية:

-عدم مغادرة الحدود الإقليمية التي حددها قاضي التحقيق إلا بإذن هذا الأخير.

-عدم الذهاب إلى بعض الأماكن المحددة من طرف قاضي التحقيق.

-الامتناع عن رؤية الأشخاص الذين يعينهم قاضي التحقيق أو الاجتماع ببعضهم.

-المكوث في إقامة محمية يعينها قاضي التحقيق وعدم مغادرتها إلا بإذن هذا الاخير.

-عدم مغادرة مكان الإقامة إلا بشروط وفي مواقيت محددة.

حقوق الافراد وتحقق غاية الدولة في محاربة الجريمة والتي من شانها تقييد هذا الإجراء بعد ما كان طليقا، وتتمثل هذه الضمانات في:

البند الأول: إصدار أمر الحبس المؤقت من السلطة المختصة مع وجوب التسبيب

أعطى القانون رقم 01-08 ق.إ.ج المؤرخ في 2001/6/26م المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية الحق لقاضي التحقيق في إصدار أمر الحبس المؤقت باعتباره السلطة المختصة في التحقيق الابتدائي. جاء هذا التعديل لإضفاء الطابع القضائي على قرار قاضي التحقيق بإيداع المتهم الحبس المؤقت.[1]

فضلا عن ذلك فقد أعطي هذا الحق وبصفة استثنائية للنيابة العامة بموجب القانون رقم 04-14 ق.إ.ج المؤرخ في 2004/11/10م في المادة 01/59 من هذا القانون والتي نصت على: "إذا لم يقدم مرتكب الجنحة المتلبس بها ضمانات كافية للحضور، وكان الفعل معاقبا عليه بعقوبة الحبس، ولم يكن قاضي التحقيق قد أخطر، يصدر وكيل الجمهورية أمرا بحبس المتهم بعد استجوابه عن هويته وعن الأفعال المنسوبة إليه". لكن سلطة النيابة العامة في إصدار أمر الحبس المؤقت لم يكن على إطلاقه إذ استثنى القانون بعض الجرائم حتى مع توفر حالة التلبس وهو ما أكدته المادة 04/59 التي نصت على: "لا تطبق أحكام هذه المادة بشأن جنح الصحافة أو الجنح ذات الصبغة السياسية أو الجرائم التي تخضع المتابعة فيها لإجراءات تحقيق خاصة أو إذا كان الأشخاص المشتبه في مساهمتهم في الجنحة قصرا لم يكملوا الثامنة عشر". أعطى قانون القضاء العسكري سلطة إصدار أمر الحبس المؤقت من قبل وكيل الدولة العسكري إذا رأى أن القضية (جنحة ومخالفة) مهيأة للفصل فيها أمام المحكمة العسكرية ولا داعي للتحقيق الابتدائي فيها، يجوز له أن يصدر أمر الحبس المؤقت مع الإحالة إلى المحكمة العسكرية للفصل في القضية في أقرب الآجال، حسب المادة 04/74 من قانون القضاء العسكري.

أما عن إضافة خاصية التسبيب في أمر قاضي التحقيق بالحبس المؤقت، فقد استحدثها القانون رقم 01-08 ق.إ.ج المؤرخ في 2001/6/26م بموجب نص المادة (01/123 مكرر)[2]. تسبيب أمر الحبس المؤقت في التشريع الجزائري يعد خطوة إيجابية نحو تكريس أحكام المادة 123 من قانون 01-08 ق.إ.ج

[1] أحسن بوسقيعة، التحقيق القضائي، مرجع سابق، صفحة 151.

[2] نصت المادة 01/123 مكرر قبل تعديل قانون الإجراءات الجزائية بالأمر 15-02 على: "يجب أن يؤسس أمر الوضع في الحبس المؤقت على الأسباب المنصوص عليها في المادة 123 من هذا القانون".غير أن الأمر 15-02 احال إلى نص المادة 123 مكرر ذكر الأسباب التي تدفع بقاضي التحقيق إتخاذ إجراء الحبس المؤقت، بعد أن كانت المادة 123 ق.إ.ج هي التي نصت على هذه الأسباب.

القائلة بأن الحبس المؤقت إجراء استثنائي. أي قبل تعديل 2001م كان الحبس المؤقت مجردا من طابعه القضائي بالرغم من خطورته في تقييد حرية الفرد وعرقلة مصالحه. في ظل القانون السابق كان بإمكان المحقق وضع المتهم في الحبس المؤقت بسهولة لأنه غير ملزم بالتسبيب. إضافة إلى ذلك فإن التسبيب يضفي شرعية قانونية على الإجراء فيتيح فرصة مراقبة الأمر والطعن فيه، مع تقييد سلطة القاضي في اتخاذه بوجوب توفر أدلة اتهام قوية تبرر امر الحبس وهو ما اكدته المادة 195 ق إ ج.[1] ومنه طمأنة المسلط على غرفة الاتهام من بسط رقابتها على جدية الإجراء ومدى تناسبه مع مقتضيات التحقيق.

على قاضي التحقيق -قبل أن يصدر أمره بالحبس المؤقت- التأكد أولا من توفر الأسباب التي نصت عليها المادة 123 مكرر من الأمر 15-02 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، والمتعلقة بـــ:

1. إنعدام موطن مستقر للمتهم أو عدم تقديمه ضمانات كافية للمثول أمام القضاء أو كانت الأفعال جد خطيرة.
2. أن الحبس المؤقت هو الإجراء الوحيد للحفاظ على الحجج أو الأدلة المادية أو لمنع الضغوط على الشهود أو الضحايا أو لتفادي تواطؤ بين المتهمين والشركاء قد يؤدي إلى عرقلة الكشف عن الحقيقة.
3. أن الحبس ضروري لحماية المتهم، أو وضع حد للجريمة، أو الوقاية من حدوثها من جديد.
4. عدم تقيد المتهم بالالتزامات المترتبة على إجراءات الرقابة القضائية دون مبرر جدي.

البند الثاني: وجوب إعلام المتهم بأمر الحبس المؤقت

أولى المشرع الجزائري أهمية لتبليغ المتهم بأمر الحبس المؤقت وهو ما تضمنته المادة 02/117 ق إ ج.[2] على أن يذكر ذلك في محضر الاستجواب الذي يعد ضروريا قبل إصدار الأمر بالحبس المؤقت. كما أضاف القانون رقم 01-08 ق.إ.ج الصادر في: 2001/6/26 في المادة 123 مكرر[3] ضرورة تنبيه المتهم في أجل ثلاثة أيام التالية لتبليغه كأجل مقرر لاستئنافه أمر الحبس المؤقت. هذا ما كان غائبا قبل هذا التعديل الذي أراد من خلاله المشرع الجزائري تكريس حق الدفاع خلال المتابعة الجزائية.

---

[1] المادة 195 ق إ ج: "إذا رات غرفة الاتهام ان الوقائع لا تكون جناية او جنحة او مخالفة او لا تتوفر دلائل كافية لإدانة المتهم أو كان مرتكب الجريمة لا يزال مجهولا أصدرت حكمها بألا وجه للمتابعة، ويفرج عن المتهمين المحبوسين مؤقتا ما لم يكونوا محبوسين لسبب آخر...".

[2] المادة 02/117 ق إ ج: "يبلغ قاضي التحقيق هذا الأمر للمتهم، وينعين أن ينص عن هذا التبليغ بمحضر الاستجواب".

[3] المادة 123مكرر ق.إ.ج على أن: "...يبلغ قاضي التحقيق الأمر المذكور شفاهة إلى المتهم وينبهه بأن له ثلاثة (03) أيام من تاريخ هذا التبليغ لاستئنافه....".

البند الثالث: حق المتهم في الاتصال بمحاميه وزيارة أقاربه وحقه في المراسلة

تشير المادتان 66 و67 من القانون رقم 05-04 المتعلق بتنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين،[1] أن للمحبوس الحق في زيارة أصوله وفروعه إلى غاية الدرجة الرابعة وفي زيارة الزوجة وأقاربه بالمصاهرة إلى غاية الدرجة الثالثة، كذلك مكفوله والوصي عليه والمتصرف في أمواله. تتم الزيارة برخصة تقدمها السلطة المختصة حسب المادة 68 فقرة أخيرة من القانون 05-04: "... تسلم رخصة زيارة المحبوسين مؤقتا من طرف القاضي المختص، ومن طرف النيابة العامة بالنسبة للمحبوسين المستأنفين والطاعنين بالنقض". أعطت المادة 70 من القانون 05-04 الحق للمحبوس في الاتصال بمحاميه وهو ما أكدته المادة 102 من القانون رقم 90-24 ق إ ج المؤرخ في 1990/8/18م والتي جاء فيها: "يجوز للمتهم المحبوس بمجرد حبسه أن يتصل بمحاميه بحرية...". كما أعطى نفس القانون في المادة 68 مكرر ق.إ.ج الحق لمحامي المتهم في الاطلاع على ملف القضية و استخراج نسخة منها لإعداد دفاعه حسب ما جاء في نص المادة: "تحرر نسخة عن الإجراءات حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 68 وتوضع خصيصا تحت تصرف محامي الأطراف عندما يكونون مؤسسين، ويجوز لهم استخراج صور عنها". كما يتمتع المحبوس مؤقتا في حقه بمراسلة أفراد عائلته وذويه أو أي شخص آخر، شرط أن لا تتسبب المراسلة في أي ضرر أو اضطراب في حفظ النظام العام حسب مقتضيات المادة 73 من القانون 05-04. لا تخضع المراسلات الموجهة من المحبوس إلى محاميه إلى المراقبة من طرف مدير المؤسسة العقابية.[2]

البند الرابع: معاملة المتهم المحبوس مؤقتا معاملة خاصة

يجب أن يعامل المتهم المحبوس مؤقتا معاملة خاصة لعدم ثبوت إدانته بعد، حيث يجب وضعه في مكان خاص من الحبس وعزله عن المحكوم عليهم.[3] لا يجبر المتهم المحبوس على ارتداء الملابس الجزائية، ولابد من معاملته معاملة لائقة تحفظ كرامته وآدميته وهو ما أقرته المادة 79 من القانون 05-04،[4] مع ضرورة

---

[1] تنص المادة 66 من القانون المتعلق بتنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين على ما يلي: "للمحبوس الحق في أن يتلقى زيارة أصوله وفروعه إلى غاية الدرجة الرابعة، وزوجه ومكفولة، وأقاربه بالمصاهرة إلى غاية الدرجة الثالثة. يمكن الترخيص، استثناء بزيارة المحبوس من طرف أشخاص آخرين أو جمعيات إنسانية وخيرية، إذا تبين أن في زيارتهم له فائدة لإعادة إدماجه اجتماعيا. كما أن للمحبوس الحق في ممارسة واجباته الدينية، وفي أن يتلقى زيارة رجل دين من ديانته".

أما المادة 67 فتنص على أن: "للمحبوس الحق أن يتلقى زيارة الوصي عليه والمتصرف في أمواله ومحاميه أو أي موظف أو ضابط عمومي متى كانت أسباب الزيارة مشروعة".

[2] فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية بين النظري والعملي، مرجع سابق، صفحة 217.

[3] المادة 02/10(أ) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية 1966م: "يفصل الأشخاص المتهمون عن الأشخاص المدانين، إلا في ظروف استثنائية، ويكونوا محل معاملة على حدة تتفق مع كونهم اشخاصا غير مدانين."

[4] تنص المادة 79 من القانون 05-04 على ما يلي: "يجوز للمحبوس عند المساس بأي حق من حقوقه، أن يقدم شكوى إلى مدير المؤسسة العقابية الذي يتعين عليه قيدها في سجل خاص والنظر فيها، والتا كد من صحة ما ورد بها، واتخاذ كل الإجراءات القانونية اللازمة في شانها. إذا لم يتلق المحبوس ردا على شكواه من مدير المؤسسة العقابية بعد مرور (10) عشرة أيام من تاريخ تقديمها، جازه إخطار قاضي تطبيق العقوبة مباشرة. للمحبوس أن يقدم شكواه وأن يرفع تظلمه أيضا إلى الموظفين المؤهلين، والقضاة المكلفين

توفير الرعاية الصحية والفحص الطبي للمحبوس، من إسعافات وعلاجات وعند الضرورة يمكن نقله إلى المصالح الإستشفائية المختصة حسب المواد من 57 إلى 65 من القانون رقم 05-04. للمحبوس مؤقتا حق القيام بواجباته الدينية وهو حق غير مقتصر على المسلم دون المسيحي أو ملة أخرى، لأنه حق جميع المحبوسين على اختلا ف دياناتهم حسب ما تضمنته المادة 66 الفقرة الأخيرة من القانون 05-04.[1]

البند الخامس: تقييد الحبس المؤقت بجرائم معينة وبمدة زمنية محددة

ساير المشرع الجزائري باقي التشريعات المقارنة في ضرورة تقييد الحبس المؤقت بجرائم معينة (الجنح والجنايات) وبمدة زمنية محددة تأكيدا منه على صفته الاستثنائية والمؤقتة والتي تستوجب تضيقه وتحديد مدته. الأصل أن المتهم يبقى حرا طليقا لأنه يتمتع بقرينة البراءة الأصلية والاستثناء هو وضعه في الحبس المؤقت. هذا ما أكدته المادة 123 من الأمر 15-02 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية: "يبقى المتهم حرا أثناء إجراءات التحقيق القضائي...". لذلك وجب على هيئة التحقيق التقيد بذا والسهر على أن لا يتخذ هذا الإجراء إلا في أضيق الحدود (إذا توفرت الأسباب المذكورة في المادة 123 مكرر من الأمر 15-02 المعدل ق.إ.ج)، وألا تجدد المدة إلا بالشروط التي ينص عليها القانون (المادة 02/59 من القانون رقم 16-01 المعدل للدستور)، وإلا عد ذلك حبسا تعسفيا يستوجب المؤاخذة.[2] تختلف مدة الحبس المؤقت حسب درجة الجريمة فيما إذا كانت جنحة[3] أو جناية[4]، حيث أوجب المشرع الجزائري ألا تتجاوز مدته شهرا في الجنح التي لا تتجاوز

بالتفتيش الدوري للمؤسسة العقابية، وله الحق في مقابلة هؤلاء دون حضور موظفي المؤسسة العقابية. يمنع على المحبوسين في كل الأحوال تقديم الشكاوي والتظلمات أو المطالب بصفة جماعية. إذا كانت الوقائع موضوع التظلم تكتسي الطابع الجزائي، او من شانها الإخلال بالنظام داخل المؤسسة العقابية او تهديد امنها، فإنه يجب على مدير المؤسسة العقابية أن يراجع وكيل الجمهورية وقاضي تطبيق العقوبات".

[1] محافظي محمود، ضمانات المتهم في نظام الحبس المؤقت في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مجلة دراسات قانونية، العدد 4، 2002م، تصدر عن دار القبة للنشر والتوزيع، الوادي، الجزائر ، صفحة 37.

[2] محافظي محمود، ضمانات المتهم في نظام الحبس المؤقت في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مجلة دراسات قانونية، مرجع سابق، صفحة 34.

[3] تحدد مدة الحبس المؤقت في مواد الجنح تبعا للعقوبة المقررة، فإن كان حدها الأقصى هو الحبس أقل من 3 سنوات أو يعادلها، لا يجوز حبس المتهم مؤقتا.لكن إن تسبب المتهم بوفاة شخص أو أخل بالنظام العام يمكن حبسه لمدة شهر غير قابلة للتجديد. وهو ما أكدته المادة 124 من الأمر 15-02 المتضمن تعديل ق.إ.ج بنصها: "لا يجوز في مواد الجنح أن يحبس المتهم المقيم بالجزائر حبسا مؤقتا إذا كان الحد الأقصى للعقوبة المقررة في القانون هو الحبس لمدة تساوي أو تقل عن ثلاث سنوات، باستثناء الجرائم التي نتجت عنها وفاة إنسان، أو التي أدت إلى إخلال ظاهر بالنظام العام، وفي هذه الحالة لا تتعدى مدة الحبس المؤقت شهرا واحدا غير قابل للتجديد ".

أما إذا كانت أقصى العقوبة المنصوص عليها في القانون للجنحة تزيد على ثلاث سنوات، لا يجوز أن تتجاوز مدة الحبس المؤقت 4 أشهر. غير أنه يمكن تمديدها مرة واحدة لتصل مدة الحبس المؤقت في الجنح 8 أشهر، إذا تبين أنه من الضروري إبقاء المتهم محبوسا، يجوز لقاضي التحقيق، بعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية المسبب أن يصدر أمرا مسببا بتمديد الحبس المؤقت مرة واحدة فقط لأربعة أشهر أخرى حسب المادة 125 من الأمر 15-02 المعدل ق.إ.ج.و يجب الإشارة إلى وجود حالة خاصة تكلمت عنها المادة 02/165 ق.إ.ج حيث تضاف مدة شهر الى مدة آخر تمديد للحبس المؤقت فتصبح 9 أشهر.

[4] قبل تعديل قانون الإجراءات الجزائية بالأمر 15-02 كانت مدة الحبس المؤقت في الجنايات تقدر بأربعة أشهر قابلة للتمديد بحسب طبيعة الجريمة وفي الحالات التالية:

في جرائم القانون العام: مدة الحبس المؤقت في الجنايات أربعة (4) أشهر وهو ما نصت عليه المادة 125-1 ق.إ.ج، وإذا اقتضت الضرورة يجوز تمديد الحبس المؤقت كما يلي:

* الجنايات المعاقب عليها بالسجن المؤقت من خمس (5) إلى عشر (10) سنوات: يجوز لقاضي التحقيق تمديد الحبس المؤقت مرتين، أربعة (4) أشهر في كل مرة وهذا ما نصت عليه المادة 125-1/1 ق.إ.ج، حيث تبلغ مدة الحبس المؤقت اثني عشر (12) شهرا.

عقوبتها 3 سنوات، وينتج عن الجريمة وفاة إنسان أو الإخلال الظاهر بالنظام العام وهو ما أكدته المادة 124 من الأمر 15-02 المعدل ق.إ.ج. الجنح التي تزيد عقوبتها عن 3 سنوات تكون فيها مدة الحبس المؤقت 4 أشهر قابلة للتمديد مرة واحدة لتصل مدة الحبس المؤقت 8 أشهر حسب المادة 125 ق.إ.ج. يكون التمديد بعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية ويكون بأمر مسبب من قبل قاضي التحقيق، وتمديد المدة متروك للسلطة التقديرية لقاضي التحقيق.[1] أما في الجنايات فتبلغ مدة الحبس المؤقت 4 أشهر قابلة للتمديد مرتين في الجنايات التي تقل عقوبتها عن 20 سنة. إذا كانت الجناية معاقب عليها بالسجن مدة تساوي أو تفوق 20 سنة أو المؤبد أو بالإعدام، يجوز تمديد الحبس المؤقت 3 مرات حسب المادة 125-1 من الأمر 15-02 المعدل ق.إ.ج. هذا وقد أجازت نفس المادة تمديد الحبس المؤقت مرة واحدة لمدة 4 أشهر في الجنايات بقرار من غرفة الاام، إذا استنفذ قاضي التحقيق المدة القصوى للحبس المؤقت. قلص قانون حماية الطفل رقم 15-12 مدة الحبس المؤقت التي قد يتعرض لها المتهم القاصر، حيث انخفضت المدة إلى شهرين في الجنح التي تزيد عقوبتها عن 3سنوات والتي تشكل إخلالا خطيرا بالنظام، وهذه المدة غير قابلة للتجديد بالنسبة للحدث الذي يكون عمره بين 13-16 سنة، وتجدد مرة واحدة إذا كان سن الحدث بين 16-18 سنة حسب المادة 73 من هذا القانون. أما الجنايات فتبقى مدة الحبس المؤقت شهرين تمدد وفقا للكيفيات التي نص عليها قانون الإجراءات الجزائية، مع العلم أنه يجب ألا يتجاوز التمديد في كل مرة مدة شهرين حسب المادة 75 من نفس القانون.[2] أما قانون القضاء العسكري الجزائري فقد نص على أن الحبس المؤقت لا ينتهي إلا بالبت أو التصرف في الملف حسب المادة 103 من هذا القانون.

---

* الجنايات المعاقب عليها بالسجن المؤقت من عشرة (10) إلى عشرين (20) سنة أو بالسجن المؤبد أو بالإعدام: يجوز لقاضي التحقيق تمديد الحبس المؤقت ثلاث مرات أربعة (4) أشهر في كل مرة حسب نص المادة 125-1/2 ق.إ.ج، بحيث تبلغ مدة الحبس المؤقت ستة عشر (16) شهرا[4].

في بعض الجرائم الخاصة:

* الجنايات الموصوفة بأفعال إرهابية و تخريبية: يجوز لقاضي التحقيق تمديد مدة الحبس المؤقت خمس مرات حسب المادة 1/125 مكرر ق.إ.ج: "عندما يتعلق الأمر بجنايات موصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية، يجوز قاضي التحقيق وفق الأشكال المبينة في المادة 125-1 أعلاه أن يمدد الحبس المؤقت خمس مرات"، وهذا النوع من الجنايات منصوص عليه في المواد من 87 مكرر إلى 87 مكرر 10 من قانون العقوبات بحيث يجوز لقاضي التحقيق تمديد الحبس المؤقت خمس مرات أربعة (4) أشهر في كل مرة بحيث أن تصل مدة الحبس المؤقت إلى أربعة وعشرين (24) شهرا كحد أقصى.

* الجنايات العابرة للحدود: تمدد مدة الحبس المؤقت إحدى عشر (11) مرة أربعة (4) أشهر في كل مرة، بحيث تبلغ مدة الحبس المؤقت كحد أقصى ثمانية وأربعين (48) شهرا أي أربعة سنوات.تنص المادة 2/125 مكرر ق.إ.ج على أنه: "عندما يتعلق الأمر بجناية عابرة للحدود الوطنية، يجوز لقاضي التحقيق وفق الأشكال المبينة في المادة 125-1 أن يمدد الحبس المؤقت بإحدى عشرة (11) مرة".

أما بالنسبة للشريعة الإسلامية فإن مدة الحبس المؤقت لا تتعلق بنوع الجريمة وإنما بالشخص المتهم، حيث يقوم القاضي بتقدير مدة الحبس المؤقت بالنظر إلى حال المتهم، يقول الطرابلسي نقلا عن الإمام محمد:"فرب إنسان يغتم بحبس يوم، و الاخر لا يغتم، لتفاوتهم في الشرف والدناءة، فيفوض ذلك إلى رأي كل قاض في زمانه".أنظر:الطرابلسي،معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر، صفحة 179.

[1] أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، الجزء 2، مرجع سابق، صفحة 284.

[2] يجب الإشارة أنه لا يمكن أن يتعرض المتهم الحدث إلى الحبس المؤقت إلا إذا رآى قاضي الأحداث أن التدابير المؤقتة لا تكفي، وهذه التدابير نصت عليها المادة 70 من قانون حماية الطفل رقم 15-12 وهي:

-تسليم الطفل إلى ممثله الشرعي أو إلى شخص أو عائلة جديرين بالثقة.

-وضعه في مؤسسة معتمدة مكلفة بمساعدة الطفولة.

وقد حدد المشرع المصري الحد الأقصى للحبس المؤقت 45 يوما حسب المادة 02/202 من ق.إ.ج المصري. أما القانون الأردني فقد حدد مدة الحبس المؤقت (التوقيف) 15 يوما قابلة للتجديد بموجب المادة 114 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني. ما يؤخذ على المشرع الأردني هو عدم تحديده لعدد مرات التجديد وبالتالي عدم وضعه للحد الأقصى التي يجب ألا تتجاوزه مدة الحبس المؤقت.

مع كل التحفظات وحتى لا يجز أي شخص ويبقى رهن الحبس المؤقت مدة طويلة تعسفا، نلاحظ أن المشرع الجزائري وضع ضمانات منذ البداية حماية للحرية الشخصية للفرد وعدم ا لا ب ا أو انتقاصها دون وجه حق عندما قرر تحديد مدة الحبس المؤقت مع اشتراط جواز التمديد في الحالات التي تستدعيها مقتضيات التحقيق. ذا الخصوص ساير المشرع الجزائري المقولة المشهورة للفقيه قارصون: "إن حل مشكلة الحبس الاحتياطي (المؤقت) يكمن في تحديد مدته وفي الرقابة عند تحديدها أو مدها".[1] سعى المشرع الجزائري في تعديله الأخير لقانون الإجراءات الجزائية بالأمر 15-02 من تقليص مدة الحبس المؤقت التي كانت تصل إلى 4 سنوات، والتي قد تتجاوز مدة العقوبة لبعض الجرائم، كما أجاز المشرع الجزائري للمتهم أو محاميه طلب الإفراج في أي مرحلة كانت عليها الدعوى.[2]

قد ينتهي الحبس المؤقت بصدور حكم بإدانة المتهم أو حكم ببراءته. في الحالة الأولى تخصم مدة الحبس المؤقت من مدة العقوبة المقررة، أما في الحالة الثانية أي في حالة صدور حكم ببراءة المتهم بعد قضائه فترة في الحبس المؤقت فقد أقر المشرع الدستوري الجزائري له تعويضا ماديا،[3] فقد نصت المادة 61 من الدستور المعدل بموجب القانون رقم 16-01 على: "يترتب على الخطأ القضائي تعويض من الدولة، ويحدد القانون شروط التعويض وكيفياته". لذا تم إصدار المرسوم التنفيذي رقم 10- 117 الذي حدد كيفية دفع التعويض الناتج عن الخطأ القضائي وعن الحبس المؤقت.[4]

-وضعه في مركز متخصص في حماية الطفولة الجانحة.

-وضعه تحت نظام الحرية المراقبة، وتكليف مصالح الوسط المفتوح بتنفيذ ذلك.

[1] محافظي محمود، ضمانات المتهم في نظام الحبس المؤقت في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مجلة دراسات قانونية، مرجع سابق، صفحة 38.

[2] محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، الجزء 3، مرجع سابق، صفحة 438.

[3] معاش سارة، العقوبات السالبة للحرية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، 2010م/2011م، جامعة الحاج لخضر، باتنة، صفحة 40.

[4] مرسوم تنفيذي رقم 10 – 117 مؤرخ في 6 جمادى الأولى عام 1431ه الموافق 21 أبريل سنة 2010م، يحدد كيفيات دفع التعويض المقرر من طرف لجنة التعويض المنشأة لدى المحكمة العليا بسبب الحبس المؤقت غير المبرر والخطأ القضائي.

كما أكدت على حق المتهم في التعويض المادة 1/137 مكرر ق.إ.ج: "يمكن أن يمنح تعويض للشخص الذي كان محل حبس مؤقت غير مبرر خلال متابعة جزائية انتهت في حقه بصدور قرار نهائي قضى بألا وجه للمتابعة أو بالبراءة إذا ألحق به هذا الحبس ضررا ثابتا ومتميزا".

ترى الباحثة أن المشرع الجزائري، بالرغم من نصه على تعويض مادي للمتهم الذي كان محل الحبس الاحتياطي غير المبرر،[1] يعاب عليه عدم شمول التعويض كل المحبوسين مؤقتا الذين ثبت براءتهم. تم النص فقط على الذين أثبتوا الضرر الذي لحق بهم أثناء الحبس، أما الذين لم يثبتوا الضرر لا يشملهم التعويض وهذا خطأ فادح من قبل المشرع، لأن تعرض الشخص للحبس في حد ذاته ضرر يوجب التعويض.

رأينا مطابق لرأي الدكتور رمضان غسمون[2] الذي دعا إلى ضرورة تدخل المشرع لفض النزاع حول غموض المادة 137 مكرر ق.إ.ج. وذلك باعتبار كل حبس مقيد لحرية الفرد المتابع جزائيا الذي انتهت متابعته بالبراءة حبسا غير مبررا، حتى يمكن إنزال وصف الضرر الثابت والمتميز عليه ببساطة دون إلزام الفرد بإثباته ليستحق التعويض. كما يقول أنه لم يتم لحد الآن الفصل في طلبات التعويض للمتضررين من الحبس المؤقت والذين صدر في حقهم حكم البراءة، لوجود إشكالات لدى اللجنة المكلفة بالتعويض، منها كيفية حساب التعويضات. يعطي مثالا "لضحايا سياسة الأيادي النظيفة" التي وضعها رئيس الحكومة سابقا السيد أويحي منتصف التسعينات بهدف القضاء على الفساد داخل الدولة. من بين هؤلاء الزج بالعديد من الأبرياء في سجون الحبس المؤقت، وبعد تبرئتهم من المحكمة قاموا بتقديم طلباتهم بالتعويض لدى اللجنة المكلفة بالتعويض في المحكمة العليا التي لم تفصل لحد الآن في أي طلب لا بالرفض ولا بالقبول. للعلم، مثل هذه الطلبات كانت في السابق تقابل بالرفض بسبب غياب القانون الذي يعالجها. لكن بعد التعديل الذي أدخل على قانون الإجراءات الجزائية في 2001/06/26م بالقانون رقم 08/1 أنشئت لجنة التعويض عن الحبس المؤقت. بالرغم من ذلك ما تزال طلبات التعويض لم تلقى ردا عليها. ما يثير حفيظتنا هو رد الوكيل القضائي للخزينة بوزارة المالية على أحد طلبات التعويض التي قدمها إطار سابق لأحد المنشآت الاقتصادية المعاقبة في سياق حملة الأيادي النظيفة بقوله"لا يوجد نظام خاص يتكفل بتعويض ضحايا الحبس المؤقت".

[1] في نظرنا يختلف الحبس المؤقت غير المبرر عن الحبس التعسفي، فالحبس التعسفي هو الحبس المخالف للقانون، حيث تخلف شرط من شروط صحته كأن يتجاوز الحبس المؤقت المدة التي نص عليها القانون.أما الحبس الغير مبرر، هو الذي لم تستدعيه ضرورات التحقيق ولم يوجد سبب لاتخاذه، كأن يقرر القاضي حبس المتهم مؤقتا بدلا من وضعه تحت الرقابة القضائية. في حالة كفاية التزامات الرقابة بمقتضيات التحقيق الابتدائي.

[2] رمضان غسمون، الحق في محاكمة عادلة"، مرجع سابق، صفحة 190-192.

هذا ما يجعلنا نتساءل عن مصير هؤلاء المتضررين؟ في ظل النص القانوني الذي يسمح بتعويض الضرر الناتج عن الحبس المؤقت غير المبرر، دون أن يدخل حيز التنفيذ. **بناءا على ما سبق، نلتمس من المشرع الجزائري التدخل لوضع نظام مفصل للتعويض عن الحبس المؤقت.**

الفصل الثالث

ضمانات حق الدفاع أثناء مرحلة المحاكمة

أشرنا فيما سبق إلى الضمانات التي قررها القوانين الجنائية لحماية حق الدفاع خلال مرحلتي الاستدلالات والتحقيق الابتدائي، أما هذا الفصل فهو مخصص للمرحلة الثالثة للمساءلة الجنائية والمتمثلة في مرحلة المحاكمة، التي تبدأ عند مثول المتهم أمام المحكمة وتنتهي بصدور حكم نهائي حائز على قوة الشيء المقضي به.[1] هي المرحلة التي تحسم مصير المتهم في الدعوى إما بإصدار حكم بالبراءة إن كان بريئا أو حكم الإدانة عند إثبات التهمة عليه، وتوقيع العقوبة المناسبة له لكن بعد محاكمته محاكمة عادلة، ولكي تكون المحاكمة قانونية وعادلة لابد من إحاطتها بجميع الضمانات التي تكرس في مجموعها حق المتهم في الدفاع عن نفسه.

نظرا لأهمية هذه المرحلة سنحاول في هذا الفصل أن نبحث عن أوجه تحقيق العدالة خلال المحاكمة، بالتطرق إلى المبادئ التي تحكمها والتي يمكن اعتبارها ضمانات عامة لحق الدفاع، والمتمثلة في علانية الجلسات وسرعة المحاكمة وتدوينها. بالإضافة إلى مبدأ الوجاهية أو الحضورية. نبحث كذلك عن الضوابط التي تحكم المحاكمات والتي تتكون في جملة من الحقوق أهمها: حق المتهم في أن يحاكم أمام قاضيه العادي، مع كفالة حقه في إبداء رأيه بحرية تامة دون ضغط وحقه في البقاء صامتا. أيضا تجسيد ركيزة حق الدفاع بالاستعانة بمدافع، وضرورة تسبيب الحكم الجنائي وصيانة حقه في الطعن، لكي يمكن اعتبار الحكم انعكاسا للحقيقة ولا شيء غير الحقيقة.

المبحث الأول: خصائص المحاكمة

متى قدمت الدعوى إلى المحكمة المختصة كنا أمام مرحلة الاستقصاء القضائي بحثا عن الحقيقة، وهي مرحلة على جانب كبير من الأهمية، إذ يتوقف عليها مصير المتهم.[2] يستلزم التحقيق النهائي عدم اكتفاء القاضي -في هذه المرحلة- بالأدلة المتحصل عليها في التحقيق الأولي والابتدائي، إنما يجب أن يعيد في البحث والتحقيق في الأدلة و استجواب المتهم وسماع أقوال الشهود، وغيرها من الإجراءات التي تسمح له بالوقوف على حقائق الأمور. من خصائص مرحلة المحاكمة:

[1] الحكم الحائز على قوة الشيء المقضي به هو الحكم البات والنهائي أي الذي استنفذ كل طرق الطعن العادية والغير العادية، وهو يختلف عن الحكم الحائز لحجية الأمر المقضي فيه وهو الحكم الذي لم يطعن فيه بعد.

[2] حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، صفحة 157.

المطلب الأول: علانية إجراءات المحاكمة

من المبادئ العامة التي يجب على القاضي أن يلتزم فيها **خلال المحاكمة القانونية العادلة هي العلانية.** يقصد بـ "حق كل إنسان أن يحضر المحاكمة، دون شرط أو قيد أو عائق سوى الإخلال بالنظام حتى تتاح له فرصة مشاهدة إجراءات المحاكمة".[1] كما تعني العلنية: "أن يتم التحقيق في الدعوى والمرافعة فيها في جلسات علنية ليكون دخولها مباحا لمن يرغب في متابعة ما يجري فيها".[2] عرفها بعض الفقهاء بأنها: "هي أن يكون تحقيق الدعوى والمرافعة فيها وإصدار الأحكام يتم في جلسات معلنة يحضرها جميع الناس دون حظر على أحد، ومن العلانية أن تصدر الأحكام مسببة حتى يتبين للكافة الأسس الإجرائية والموضوعية التي بني عليها الحكم".[3]

تتحقق العلنية عند تمكين الجمهور- فضلا عن الخصوم- من غير تمييز من الإطلاع على جلسات المحاكم والعلم بها. من أبرز مظاهرها السماح لجمهور الناس بالدخول إلى القاعة التي تجري فيها إجراءات المحاكمة، مع تمكينهم من الإطلاع على ما يجري فيها من إجراءات، وما يدور خلالها من مناقشات و أقوال.[4] لا تشمل العلانية المداولات التي تتم بشكل سري.[5] كما تتحقق العلنية بنشر ما يجري داخل الجلسات من إجراءات بكافة طرق النشر،[6] لكن نشر الإجراءات لا يغني عن وجوب حضور عامة الناس للمحاكمة كي تتحقق العلنية.

إذن الطابع العلني لإجراءات المحاكمة هو وسيلة رقابة لفعالية العدالة، بموجبها يتمكن المواطنون من التحقق مباشرة من توفر الشروط التي تمت فيها أمام القضاء.[7] يعتبر هذا ضمانا للمحاكمة العادلة التي لا تتجسد في أرض الواقع إلا إذا كانت جلسات القضاء مفتوحة أمام الجميع، ليمارسوا رقابة شعبية على القاضي تدفعه أكثر لتطبيق القانون، ومراعاة حقوق الخصوم والمساواة بينهم.[8] لأن العلانية تحمل القضاة على عدم

---

[1] محمد صبحي نجم، حق المتهم أو الظنين في محاكمة عادلة في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، مرجع سابق، صفحة 132.

[2] محمد راشد العمر، أصول التحقيق الجنائي في الشريعة الإسلامية" دراسة فقهية مقارنة"، رسالة دكتوراه، 2005م، جامعة دمشق، الجمهورية العربية السورية، صفحة 64.

[3] عبد العزيز رمضان سمك، الضمانات الأساسية للتقاضي في الفقه الإسلامي، مجلة القانون والاقتصاد، العدد75، 2005م، جامعة القاهرة، صفحة 187.

[4] عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة" دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 120.

[5] المادة 11 من القانون الأساسي للقضاء تنص على:" يلتزم القاضي بالمحافظة على سرية المداولات...". وقد اعتبرت المادة 06/62 من نفس القانون قيام القاضي بإفشاء سر المداولات يعتبر خطأ تأديبيا جسيما يعرضه لعقوبة العزل التي نصت عليها المادة 63 من هذا القانون.

[6] أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، الجزء 2، مرجع سابق، صفحة 384.

[7] محمد صبحي نجم، حق المتهم أو الظنين في محاكمة عادلة في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، مرجع سابق، صفحة 132.

[8] عمار بوضياف، المحاكمة العادلة في النظام الإسلامي و المواثيق الدولية" دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، 2010م جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، صفحة 32.

التمييز في المعاملة بين الأفراد، فيكون القاضي أكثر دقة في الإنصاف ودفع الظلم عن المظلومين، وأكثر حرصا على عدم مخالفة الإجراءات المرسومة.[1]

تتبلور أهمية العلانية في تعزيز ثقة الناس بالقضاء، فلا جدال في أن إتاحة الفرصة لجمهور الناس يبدد الشكوك ويولد الاطمئنان لديهم تجاه حسن سير العدالة، وتحرر اجهزتهم من جموح الهوى وشبهة التاثير الخفي الذي يفقد الثقة في حيادها.[2]

علاوة على ما تقدم، فإن العلنية خير ضامن لحق المتهم في الدفاع، حيث تمكن هذا الأخير من معرفة التهم والأدلة الموجهة ضده بشكل واضح وخال من اللبس والغموض، وتسمح له بأن يعرب للمحكمة وبشكل علني على أوجه دفاعه وتفنيده للتهم.[3] تجلب العلنية لسكينة إلى قلب المتهم و تحمل الاطمئنان إليه، فهو يؤمن بأن القاضي لن يتخذ ضده أي إجراء في غفلة من الرأي العام،[4] وبالتالي يصعب انتهاك حقوقه علنيا على رؤوس الأشهاد.[5]

من بين الأهداف التي تحققها العلنية هي الأثر الردعي الذي ينتج عند وقوف الجمهور على إجراءات سير المرافعة، فتتضح لديهم حقيقة جدية وصرامة القضاء في الوقوف بوجه كل من تسول له نفسه خرق القانون وزعزعة أمن المجتمع. هنا يكون ميرابو-خطيب الثورة الفرنسية- قد صادف الصواب حين قال: "جيؤوني بقاض كما تشاؤون، متحيز، أو مرتش، أو عدواني إذا شئتم ذلك، لا يهم ما دام أنه لا يفعل شيئا إلا أمام الجمهور"، وحق لبنتام عندما قال: "إن العلنية عنصر أساسي للعدالة وروحها".[6]

نظرا لأهمية مبدأ العلانية فإن جل الدساتير بادرت إلى إرسائها واتفقت على اعتبارها من القواعد العامة التي تقوم عليها المحاكمات، ومن بينها الدستور الجزائري لسنة 1996م المعدل بالقانون 16-01 والذي نص في المادة 162 منه: "تعلل الاحكام القضائية، وينطق بها في جلسات علانية". نص الدستور

---

[1] عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة" دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 122.

[2] حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، صفحة 184.

[3] حسن بشيت خوين، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية خلال مرحلة المحاكمةدراسة مقارنة"، الجزء 2، الطبعة الأولى، 1998م، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، صفحة 94.

[4] موفق علي عبيد، سرية التحقيقات الجزائية وحقوق الدفاع، مرجع سابق، صفحة 183.

[5] محمد خميس، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، صفحة 227.

[6] حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، صفحة 184.

المصري في المادة 169 منه على: "جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية مراعاة للنظام العام أو الآداب. وفي جميع الأحوال يكون النطق بالحكم في جلسة علنية".[1]

نصت القوانين الإجرائية عن هذا المبدأ، حيث جاء في نص المادة 285 ق.إ.ج جزائري على: "المرافعات علنية ما لم يكن في علانيتها خطر على النظام العام أو الآداب العامة، وفي هذه الحالة، تصدر المحكمة حكمها القاضي بعقد جلسة سرية في جلسة علنية". حتى وإن قرر القاضي حسب سلطته التقديرية جعل المحاكمة سرية فإن الحكم يكون في جلسة علنية،[2] وهو ما قررته نفس المادة بقولها: "...وإذا تقررت سرية الجلسة تعين صدور الحكم في الموضوع في جلسة علنية"، وأكدته المادة 355 ق.إ.ج: "يجب أن يصدر الحكم في جلسة علنية...". كما جاء مبدأ العلانية في المادة 268 من قانون الإجراءات الجزائية المصري رقم 150 لسنة 1950م والتي نصت على: "يجب أن تكون الجلسة علنية و يجوز للمحكمة مع ذلك مراعاة للنظام العام أو محافظة على الآداب أن تأمر سماع الدعوى كلها أو بعضها في جلسة سرية أو تمنع بعض فئات معينة من الحضور فيها"، وفي قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني في المادة 171 منه.

نجد أن إعلانات حقوق الإنسان قد ركزت اهتمامها على مبدأ العلانية كضمانة للمحاكمة العادلة. حيث جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948م في المادة 10 منه : "لكل إنسان الحق على قدم المساواة التامة مع الآخرين، في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظرا عادلا علنيا...". هذا ما أكده العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966م في المادة 01/14 منه: "الناس جميعا سواء أمام القانون، ومن حق كل فرد، لدى الفصل في اي همة جزائية توجه إليه او في حقوقه والتزاماته في اية دعوى مدنية، أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلني...". كما أعتبر هذا المبدأ أحد المكنات التي عن طريقها يمكن توفير محاكمة ضمان للمتهم، وهو ما جسده مؤتمر سانتياجو في البندين 123 و124 عندما استبعد السرية في كل الإجراءات القضائية شفوية كانت أم مكتوبة.[3] حرصت الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان التي عقدت في روما عام 1950م في المادة 05 منها على: "كل إنسان له الحق في أن تعرض قضيته وأن تسمع بعدل وعلانية وفي فترة معقولة عن طريق محكمة مستقلة محايدة منصوص عليها بواسطة القانون...".[4]

---

[1] المادة 02/101 من دستور المملكة الأردنية الهاشمية الصادر في 01/01/ 1952م جاء فيها:" جلسات المحاكم علنية إلا إذا رأت المحكمة أن تكون سرية مراعاة للنظام العام أو محافظة على الآداب". المادة 07/19 من الدستور العراقي الجديد الصادر في 2005/10/15م.

[2] قرار رقم 356 الصادر في 2000/05/30م، والذي يقضي بإبطال الحكم الذي لم يصدر في جلسة علنية حتى وإن كانت الجلسة سرية، فقد خالف الحكم ما قررته المادة 285 ق.إ.ج. أنظر: المة القضائية، 2001م، العدد1، صفحة 320.

[3] محمد كاسب خطار الشموط ، ضوابط علانية المحاكمات الجزائية في التشريع الأردني"دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، 2010/2009، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، الأردن، صفحة 21-22.

[4] محمد صبحي نجم، حق المتهم أو الظنين في محاكمة عادلة في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، مجلة دراسات، مرجع سابق، صفحة131.

لقد أرست شريعتنا الغراء مبدأ علانية الجلسات. فالمحاكمة تكون علنية ومرأى من الناس والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ (النور:02). إن علانية المحاكمة مستمدة من المكان الذي تعقد فيه جلساتها، حيث تكون الجلسة في مكان فسيح وسط البلد، كجامع يصون الحاكم مما يكره فيه، ودار واسعة.[1] لقد ثبت أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) كان يعقد مجلس القضاء في المسجد.[2] قال ابن قدامة المقدسي: "قال مالك: القضاء في المسجد من أمر الناس القديم، وبه قال مالك وإسحاق وابن النذر، أما الشافعي فقال: يكره ذلك...لما روي أن عمر كتب إلى القاسم بن عبد الله أن لا يقضي في المسجد لأنه تأتيه الحائض والجنب". وقال مالك: "أن القضاء قربة وطاعة وإنصاف بين الناس، فلم يكره في المسجد. وقد كان النبي (صلى الله عليه وسلم) يجلس في مسجده، مع حاجة الناس إليه للحكومة والفتيا وغير ذلك من حوائجهم".[3] قال ابن أبي زيد في قضاء القاضي في المسجد في قوله تعالى: ﴿وَهَلْ أَتَاكَ نَبَأُ الْخَصْمِ إِذْ تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ﴾ (سورة ص:21)، دلت الآية على أن الحكومة وقعت عنده في مسجده (عليه السلام) وروي "أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قضى في المسجد".[4] كما يقول العلامة الطرابلسي: "إن القضاء في المسجد أنفى للتهمة عن القاضي، وأسهل للناس للدخول عليه، فأجدر ألا يحجب عنهم".[5]

والحكمة من جعل المسجد مكانا للفصل في الخصومات هو تقريب القضاء من المتقاضين، ولكي يسهل عليهم اللجوء إلى القاضي واستيفاء حقوقهم، فتزول مشقة البحث عن مكان التقاضي. كما يثبت لنا أن الشريعة أكدت على العلنية والتي تتحقق في المساجد التي يتواجد فيه كافة الناس.

كما تجسدت العلنية في الشريعة بوجوب الإعلان عن موعد جلوس القاضي للحكم. كان يقصد من وراء ذلك توجيه الدعوة إلى أصحاب القضايا للحضور وإعلام الكافة بيوم الجلوس للقضاء فيها، من أجل إتاحة الفرصة أمام الجميع لحضور وشهود إجراءاتها.[6]

---

[1] محمد بن مفلح، الفروع، الجزء 11، مرجع سابق، صفحة 133.

[2] محمد راشد العمر، أصول التحقيق الجنائي في الشريعة الإسلامية"دراسة فقهية مقارنة"، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 64.أنظر أيضا: أحمد عجاج كرمى، الإدارة في عصر الرسول صلى الله عبيه وآله وسلم، الطبعة الأولى،1427ه، دار السلام، القاهرة، صفحة 232.

[3] ابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء 9، مرجع سابق، صفحة 41.

[4] ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، الجزء الأول، الجزء 1، 1406ه/1986م، مكتبة الكليات الأزهرية،صفحة39.

[5] عبد العزيز رمضان سمك، الضمانات الأساسية للتقاضي في الفقه الإسلامي، مجلة القانون والاقتصاد، مرجع سابق، صفحة 187-188.

[6] محمد كاسب خطار الشموط، ضوابط علانية المحاكمات الجزائية في التشريع الأردني"دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 25.

لكن وعلى الرغم من أهمية مبدأ العلنية في المحاكمات، إلا أنه في بعض الأحيان لا يحقق الغاية المرجوة منه خلال المحاكمة. كأن يلحق الجهر بالمحاكمة أذا مغويا للمتهم عندما يزل اللثام ويكشف عن حقائق يكون الكتمان فيها محلا للاعتبار، فيفقده ذلك قدرا من ثقة واحترام الناس به. أيضا إذا كان المتهم قاصرا يستحسن حجب إجراءات المحاكمة على العامة. فالعلانية كأصل عام يحمل استثناءات منها ما يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، ومنها ما يقرره القانون صراحة وما ينتج عن ذلك جعل إجراءات المحاكمة سرية.[1]

الفرع الأول: السرية التقديرية

يقصد بأن تقرير جعل المحاكمة سرية يكون من سلطة القاضي التقديرية. فمن المقرر أن تكون جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة بناء على ما يتراءى لها أن تكون المرافعة سرية مراعاة للآداب[2] ومحافظة على النظام العام،[3] فالعلنية هي الأصل والسرية الاستثناء.[4]

إذا قررت المحكمة جعل الجلسة سرية فيجب أن يكون النطق بالحكم في جلسة علنية حسب المادة 285 ق.إ.ج.[5] وما أكدته المادة 14/176 من قانون القضاء العسكري: "...ويشمل تحت طائلة البطلان:...علنية الجلسات أو القرار القاضي بسريتها". هذا يؤكد لنا أن المحاكمات العسكرية تخضع لمبدأ العلنية، لكن قد يقرر رئيس المحكمة سرية المحاكمة إذا رأى في علنيتها مساسا بالنظام والأمن العام، أي لدواعي المحافظة على أسرار الدفاع الذي يعتبر سلطة ذات سيادة ومن واجب الجميع احترام سرية المعلومات العسكرية. حسب المادة 135 من قانون القضاء العسكري: "...إذا تقرر إجراء المرافعات السرية". يجب أن يصدر الحكم في القضية العسكرية في جلسة علنية حسب المادة 15/176 من قانون القضاء العسكري: "...تلاوة الحكم علنا من قبل الرئيس".

---

[1] يقصد بالسرية هنا هو منع عامة الناس (ليسوا أطرافا في الخصومة) من حضور إجراءات المحاكمة، لكن السرية لاتمس الخصوم و كلائهم، لأن في ذلك إخلالا لحق الدفاع ولمبدأ الوجاهية التي تقوم عليه المحاكمات.

[2] الاداب هي مجموعة من القواعد وجد الناس انفسهم ملزمين بإتباعها طبقا لناموس ادبي يسود علاقاتهم الاجتماعية. فجرائم العرض مثلا من الجرائم الماسة بالآداب. أنظر:عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة" دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 125.

[3] النظام العام هو كل ما يتعلق بالمبادئ التي تعبر عن المصالح والقيم العليا الاساسية في المجتمع. ومن الجرائم الماسة بالنظام العام جرائم أمن الدولة. أنظر:عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة" دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 124.

[4] عبد الحميد الشواربي، الإخلال بحق الدفاع "في ضوء الفقه والقضاء"، مرجع سابق، صفحة 240.

[5] تقابلها المادة 02/213 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني.

لا ينفرد رئيس المحكمة في تقرير السرية لوحده كما يجب تسبيب الحكم،[1] حيث يذكر القاضي أن الجلسة كانت سرية ويستند في السرية إلى أحد الاعتبارين (النظام العام والآداب) دون بيان أسباب إخلال العلانية بالنظام العام والآداب، ولا تخضع المحكمة لرقابة قضاء النقض. لا يمكن للمتهم الاعتراض ولا الطعن في الحكم. لقد قضت المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الصادر بتاريخ 2000/05/30م والقاضي بإبطال الحكم الذي صدر بجلسة سرية، وهو ما يعد خرقا لإجراء جوهري مفاده صدور الأحكام في جلسة علنية حتى ولو انعقدت المرافعة في جلسة سرية.[2]

كما يتحدد نطاق السرية على سماع الدعوى دون ما يسبقها من إجراءات تمهيدية لا تمس موضوع الدعوى كتلاوة أمر الإحالة وسؤال المتهم عن بياناته الشخصية،[3] كون هذه الإجراءات لا تنطوي على خطر يمس النظام العام والآداب.[4]

للسرية نطاق محدود لارتباطها بضرورة مراعاة النظام العام والآداب وإلا كانت المحاكمة باطلة، هذا ما قررته المحكمة الأوروبية في العديد من الأحكام التي أصدرها في القضايا التي لم تحترم فيها المحكمة ضمانات حقوق الدفاع، والتي تنصب على وجوب تطبيق مبدأ علانية المحاكمات. نذكر منها قضية (Engel) ورفاقه، أين قامت المحكمة العليا العسكرية في هولندا بمحاكمتهم في غرفة مغلقة دون وجود أسباب تدعوا إلى السرية. فقررت المحكمة الأوربية أن هذه المحاكمة خرقت نص المادة 01/06 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والمادة 01/14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.[5]

لكن التساؤل الذي يمكن طرحه، هل يلحق سرية المرافعة حظر النشر إجراء لا حماية للسرية ؟ خاصة وقد سبق وقلنا بأن العلنية تتحقق بحضور الجمهور وبنشر إجراءات الجلسة بكافة طرق النشر.

---

[1] جاء في المادة 11/314 ق.إ.ج أنه يجب أن يذكر في الحكم أن الجلسة كانت علنية أو سرية مع ذكر القرار الذي أمر بسريتها.

[2] قرار المحكمة العليا الصادر في 2000/05/30م ، المجلة القضائية، العدد1، 2001م، صفحة 320.

[3] أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، الجزء 2، مرجع سابق، صفحة 384.

[4] عبد الحميد الشواربي، الإخلال بحق الدفاع "في ضوء الفقه والقضاء"، مرجع سابق، صفحة 241.

[5] وقضية (Axan) عندما قامت محكمة العدل الفدرالية الألمانية بمحاكمته سريا و لم يكن هناك نطق علني بالحكم. وقضية (Pretto) والتي أصدرت في شأنه المحكمة الأوروبية قرارها الذي جاء فيه أن العلانية في إجراءات الهيئات القضائية المقصودة في المادة 01/06 من الاتفاقية الأوروبية تحمي المتقاضين من العدالة السرية، وهي إحدى الوسائل التي تحفظ الثقة في القضاء و تساعد على تحقيق الهدف من المادة 06 ألا وهو عدالة المحكمة. أنظر: باسم علي الإمام، حق المحاكمة العادلة للمتهم في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، 1993م، الجامعة الأردنية، صفحة 166.

تقتضي سرية الجلسة عدم إذاعة ما جرى فيها بطريق النشر،[1] ويجب أن يحقق الحظر الهدف المراد تحقيقه من السرية، والمتمثل في حماية مصلحة الأفراد وعدم إذاعة المعلومات المتعلقة بهم في القضية سيما إذا تعلقت الدعوى بإحدى الجرائم المخلة بالآداب العامة مثل: جريمة الزنا وقضايا الاغتصاب.

كان موقف المشرع الليبي واضحا- محافظة على النظام العام والآداب- عندما نص على حظر نشر المرافعات القضائية والأحكام كلها أو بعضها بإحدى طرق النشر. فرض عقوبة الحبس لمدة لا تتجاوز سنة وغرامة لا تقل عن عشرين جنيها و لا تزيد عن مائتي جنيه أو إحدى العقوبتين لمن يخالف ذلك حسب المادة 285 من القانون الجنائي الليبي.[2]

أفرد المشرع المصري عقوبة جنائية على إذاعة ما جرى في الجلسة السرية في المواد 189،190،191 من قانون العقوبات المصرية. حيث نصت المادة 01/189 منه على: "يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه و لا تزيد على عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من نشر بإحدى الطرق المتقدم ذكرها ما جرى في الدعاوى المدنية أو الجنائية التي قررت المحاكم سماعها في جلسة سرية...". أجاز المشرع المصري نشر الشكوى أو الحكم في المادة 02/189 ق.ع على أساس أن الشكوى قدمت قبل أن تصدر المحكمة قرار بجعل المحاكمة سرية. أما إجازة نشر الحكم رغم سرية المرافعة فهو نتيجة طبيعية لمبدأ علانية الأحكام.

ما يلاحظ من خلال التشريعين الليبي والمصري هو اتفاق كل منهما على جعل سرية المرافعة تشمل عدم نشرها. لكن المشرع الليبي جعل حظر النشر يمتد ليشمل الحكم الصادر بخصوص الجلسة السرية بالرغم من صدور الحكم في جلسة علنية. فمن غير المنطقي أن يشمل الحظر الحكم الذي يتصف بالعلانية. لذلك لابد أن يعيد المشرع الليبي النظر في نطاق حظر النشر وأن يجعله في أضيق الحدود تماشيا مع مقتضيات النظام العام والآداب العامة.

[1] عبد الحميد الشواربي، الإخلال بحق الدفاع" في ضوء الفقه والقضاء"، مرجع سابق، صفحة 242.
[2] حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، صفحة 198.

أما المشرع الجزائري، تطرق إلى هذه المسألة في قانون الإعلام الجزائري الجديد[1] في المادة 120 منه والتي نصت على: "يعاقب بغرامة من مائة ألف دينار إلى مائتي ألف دينار كل من نشر أو بث بإحدى وسائل الإعلام المنصوص عليها في هذاالقانون العضوي، فحوى مناقشات الجهات القضائية التي تصدر الحكم، إذا كانت جلساتها سرية". من خلال هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري رصد جنحة نشر إجراءات المرافعات السرية غرامة مالية بين 100 ألف و200 ألف دج.[2]

الفرع الثاني: السرية بنص القانون

يتولى القانون وحده تحديد الحالات التي يرجح فيها السرية على العلنية. فالأمر ليس متروكا للسلطة التقديرية للقاضي، بل هو متروك للمشرع وينحصر دور القاضي في التطبيق،[3] ولا يقتضي تقريرها صدور أمر من المحكمة لأنها لا تملك تقرير العلانية بشأنها، فإن فعلت وقعت إجراءاتها باطلة بطلان مطلقا يتعلق بالنظام العام.[4]

إذا اعتبرت القاعدة العامة لمحاكمة البالغين هي علانية الجلسات، فإن القاعدة العامة لمحاكمة الأحداث هي السرية.[5] رأى أغلب المشرعين حماية الحدث من الضياع والتشهير به فيما لو تمت محاكمته في علانية ضرر بالغ قد يترتب عليه انحراف الحدث في طريق الجريمة.[6] كما أن السرية توقي من الأثر السلبي الذي يتعرض له الحدث من خلال إطلاع الناس إليه، الذي يولد في نفسه الغرور حيث يسيطر عليه عندما يجد نفسه موضع اهتمام الحاضرين في المحكمة واهتمام الصحافة ووسائل الإعلام بنشر أخباره.[7] لذا تقرر حظر نشر ما يتخذ سرا من إجراءات المحاكمة لتنافيه مع الغاية من الحجب القانوني للعلانية،[8] والسرية في محاكمة

---

[1] قانون عضوي رقم 12-05 المؤرخ في 18 صفر عام 1433 ه الموافق 12 يناير 2012م، يتعلق بالإعلام. المعدل للقانون رقم 90-07 المؤرخ في 08 رمضان 1410ه الموافق 1990/04/03م المتعلق بالإعلام.

[2] قد يشمل حظر النشر جرائم محددة في القانون على سبيل الحصر، ويكون المنع من النشر سواء كانت الجلسة سرية أو علنية، وهو ما استخلصناه من نص المادة 122 من قانون الإعلام:" يعاقب بغرامة من خمسة وعشرين ألف دينار(25.000 دج) إلى مائة ألف دينار(100.000دج) كل من نشر أو بث بإحدى وسائل الإعلام المنصوص عليها في هذا القانون العضوي، صورا أو رسوما أو أية بيانات توضيحية أخرى تعيد تمثيل كل أو جزء من ظروف الجنايات أو الجنح المذكورة في المواد من 255 إلى 263 مكرر ومن 333 إلى 342 من قانون العقوبات". وهي الجرائم الخطرة المتعلقة بالقتل العمد ومع سبق الإصرار و الترصد وقتل الأصول والأطفال و التسميم والتعذيب، بالإضافة إلى الجرائم المخلة بالآداب مثل: الاغتصاب، الفواحش الجنسية بين المحارم، التحرش الجنسي.

[3] موفق علي عبيد، سرية التحقيقات الجزائية وحقوق الدفاع، مرجع سابق، صفحة 189.

[4] حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، صفحة 200.

[5] عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 125.

[6] موفق علي عبيد، سرية التحقيقات الجزائية و حقوق الدفاع، مرجع سابق، صفحة 200.

[7] عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة" دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 126.

[8] حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، صفحة 200.

الحدث تبررها متطلبات حقوق الدفاع. فهي **تهيئ الجو الملائم للنظر في الدعوى وبث الطمأنينة** في نفس الحدث،[1] **ليتمكن من إبداء ما يشاء من أقوال لتفنيد أدلته وتأكيد دفاعاته.**

لهذه الاعتبارات حرص المشرع الجزائري على تقرير مبدأ سرية محاكمة الحدث في قانون حماية الطفل **رقم 15-12** في المادة 82 **منه: "تتم المرافعات** أمام قسم الأحداث في جلسة سرية"، غير أنه **يمكن منع الحدث الجانح من حضور بعض إجراءات المحاكمة، إذا رأت المحكمة أنا ستؤثر سلبا** على نفسيته أو تؤدي إلى **الإضرار به مستقبلا. هذا** ما جاء في نص المادة 03/82 من قانون حماية الطفل رقم 15-12. **أكد المشرع** الفرنسي في المادة 306 **من ق.إ.ج الفرنسي على منع حضور جلسات الأحداث على أي شخص ما لم تتطلب وظيفته أو صفته التواجد بالمحكمة.**[2]

اتساقا مع ما يتوخى من وراء السرية فقد حظر نشر مرافعات محاكم الأحداث تجنبا لما يترتب عليها **من** اضطراب في مسار حياهم.[3] لهذا السبب **قرر المشرع الجزائري عقوبة جنائية لمن ينشر إجراءات المرافعة الخاصة بالأحداث** في المادة 137 من قانون حماية الطفل رقم 15-12: **"يعاقب بالحبس من** 6 أشهر إلى **سنتين وبغرامة من** 10.000 إلى 200.000 **دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من ينشر و/أو يبث** ما يدور في جلسات الجهات القضائية للأحداث أو ملخصا عن المرافعات والأوامر والأحكام والقرارات الصادرة عنها في الكتب والصحافة أو الإذاعة أو **السينما أو عن طريق شبكة** الإنترنيت **أو بأية وسيلة أخرى".**

إذن الأصل في محاكمة الأحداث هو السرية، فلا يجوز فتح أبواب الجلسة **لكافة الناس، وإنما يتطلب حضور الحدث** ومحاميه و **أقاربه وكل من رأت المحكمة ضرورة لحضوره** ممن هم معنيون بشؤون الأحداث، **تحقيقا للأهداف سالفة الذكر، خاصة إذا اعتبرنا أن الغاية من المحاكمة ليس توقيع العقوبة بقدر سعيها لإصلاح الحدث** وإرجاعه إلى الحظيرة **الاجتماعية.**

بعد كل ما تقدم يتبين لنا أن علنية جلسات المحكمة هي من القواعد العامة المسلمة بها في القانون **الجنائي، ولا يمكن الخروج عنها إلا لمقتضيات الآداب والنظام العام. إذا** كانت القضية تتعلق بحدث **فقد تطلب القانون سريتها، و**في جميع الأحوال يكون النطق بالحكم في جلسة علنية. **أما عن حظر النشر، فحصانة النشر**

[1] موفق علي عبيد، سرية التحقيقات الجزائية و حقوق الدفاع، مرجع سابق، صفحة 202.
[2] محمد خميس، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، صفحة 231.
[3] حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، صفحة 202.

تمس المرافعات العلنية والتي لم ينص القاضي على منع النشر ولم يتم منعه صراحة بنص القانون، أما **المرافعات السرية فلا تمتد حصانة النشر إليها.** وإذا تم نشرها فإن الناشر يتحمل المسؤولية الجنائية التي تقوم في حقه.[1]

المطلب الثاني: وجاهية إجراءات المحاكمة (الحضورية)

من المتعارف عليه أن على القاضي الجنائي إعادة الاستقصاء والبحث في الأدلة، **وبناء قناعته على ما سيجري خلال الجلسة من مناقشات بين الخصوم والشهود، ومنح فرصة للمتهم في الدفاع عن نفسه ودحض الاتهامات الموجهة إليه، بعد إعلامه بالتهمة** والأدلة المقدمة ضده. **كل هذا لا** يتحقق إلا بحضور الخصوم للمرافعة الذي يعرف بمبدأ الوجاهية، إذ يقصد به: "مثول أو حضور الشخص الملاحق أمام المحكمة وذلك لكفالة المواجهة بشكل كامل، إذ تقدم النيابة العامة والأطراف الحاضرون أدلتهم ويتناقشون فيها مواجهة على أساس النقض المتبادل".[2]

يقتضي المبدأ تمكين الخصوم من حضور إجراءات المرافعة،[3] وقد أقر لهم قانون الإجراءات الجزائية الحق في ذلك في المادة 212 ق.إ.ج: "...**لا يسوغ للقاضي** أن يبني قراره إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات والتي حصلت المناقشة فيها **حضوريا أمامه**"، وفي المادة 345 ق.إ.ج: "**يتعين على المتهم المبلغ بالتكليف بالحضور شخصيا** أن يحضر..."، فالمتهم الطليق يحضر المحاكمة عن طريق تبليغه بموعد الجلسة قبل انعقادها بوقت كاف لتحضير دفاعه، **تفاديا للمحاكمات الفورية، ولإعطاء الوقت الكافي للمتهم ولذوي العلاقة من بيئة ما يلزمهم من مستندات أو شهادات أو ما يوجبه الدفاع والإثبات.**[4] **بينما إن كان المتهم محبوسا** يمثل أمام المحكمة طليقا يرافقه أفراد الشرطة لمنعه من الفرار. **حسب المادة 344 ق.إ.ج، وبدون قيود ولا أغلال بمقتضى المادة 293 ق.إ.ج.**[5]

---

[1] **لمعرفة** الأشخاص الذين يتحملون المسؤولية الجزائية للنشر خارج الحالات القانونية، يمكن الرجوع الى الباب التمهيدي من الرسالة في المطلب الثالث من الفصل الثاني. في **الجزء المتعلق بتحمل المتهم عبء إثبات براءته. كاستثناء من تحمل المدعي عبء الإثبات.**

[2] باسم علي الإمام، حق المحاكمة العادلة للمتهم في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 168.

[3] **تعرضت المحكمة الأوروبية لقضية (Ekbatani)** الأمريكي الذي أنتهك حقه في حضور جلسة محاكمته، حيث حكم على هذا الشخص من قبل محكمة جنائية إبتدائية في السويد وصدقته محكمة **الاستئناف دون عقد جلسة، أي دون حضور الخصوم سواء النيابة العامة أو المتهم (Ekbatani) . فقررت المحكمة الأوروبية أن المحاكمة إنتهكت نص المادة 01/06 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. أنظر:** باسم علي الإمام، حق المحاكمة العادلة للمتهم في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 167.

[4] عبد الأمير العكيلي **وسليم إبراهيم حربة، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء2، جامعة بغداد، صفحة 90.**

[5] محمد الفاضل، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، الجزء1، **مرجع سابق، صفحة 343. وأنظر:** عبد الحميد محمود البعلي، **الحماية الجنائية للحقوق والحريات أثناء المحاكمة الجنائية" دراسة مقارنة"**، مجلة الحقوق، **مرجع سابق، صفحة 125.**

لا يمنع المتهم من حضور الجلسة إلا إذا صدر منه تشويش، عندها يقوم القاضي بإطلاعه على الخطر الذي ينجر عن طرده ومحاكمته غيابيا. فإن عاود التشويش يصدر القاضي أمرا بإبعاده من الجلسة. تعتبر كل الأحكام التي صدرت في غيبته حضوريا ويعلم بها حسب المادتين 295 و296 ق.إ.ج. أما عن حضور النيابة العامة فهو ضروري لسلامة تشكيلة المحكمة حسب ما جاء في المادتين 256 و34 ق.إ.ج.

بناءا على ذلك لا يمكن محاكمة المتهم إلا بعد تبليغه، لكي يتحقق مبدأ الوجاهية. أما إذا غاب عن المحاكمة بعد تبليغه ولم يبدي عذرا لذلك، جرت محاكمته غيابيا.[1] أجاز القانون عند تعدد المتهمين وكان من بينهم من هرب أو غاب بعد تبليغه، أن تجري محاكمة من حضر بطريق المحاكمة الوجاهية ومحاكمة الآخرين تكون غيابية.[2]

كما نص العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966م على حق كل شخص ام بارتكاب فعل جنائي أن يحاكم حضوريا حسب المادة 3/14(د). أوضحت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أنه من أجل كفالة حقوق الدفاع "يجب أن تتيح جميع الإجراءات الجنائية للمتهم الحق في جلسة شفوية، يظهر فيها شخصيا أو مثلا بمحام ويمكنه تقديم الأدلة واستجواب الشهود".[3]

اتفق فقهاء الإسلام[4] أن لا تحصل الإجراءات إلا في مواجهة طرفي الخصومة، فلا يحق للقاضي أن ينظر في الدعوى في مواجهة أحد الخصمين دون الآخر، بل يجلسهما بين يديه. استدلوا لذلك بقول الرسول (صلى الله عليه وسلم): «أن الخصمين يقعدان بين يدي الحاكم». كما روي عن أمير المؤمنين عمر أنه جلس بجانب القاضي شريح في خصومة له مع يهودي.[5] تحقق الوجاهية مجموعة من الاعتبارات هي:

---

[1] بمناسبة الكلام عن غياب المتهم عن الحضور فإن المشرع الجزائري تعرض لحالة عدم حضور المدعي المدني بعد تبليغه قانونا بموعد المحاكمة، أو عدم حضور وكيل عنه. واعتبر المدعي المدني تاركا لدعواه حسب المادة 246 ق.إ.ج. لكن سمح له القانون في المادة 247 ق.إ.ج من اللجوء إلى القضاء المدني و المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من الجريمة(جناية أو جنحة أو مخالفة).

[2] سمح القانون العراقي أن تقوم المحكمة وفي محاكمة واحدة أن تفصل في قضية المتهمين الحاضرين بحكم حضوري، وبالنسبة للمتهمين الغائبين عن المحاكمة بحكم غيابي. ولها أن تفرق دعوى الحاضرين فتحاكمهم حضوريا، وترجئ محاكمة من غاب إلى وقت آخر حيث تجري محاكمتهم غيابيا. حسب ما جاء في المواد 146-147-148 من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.أنظر: عبد الأمير العكيلي،سليم إبراهيم حربة، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء 2، مرجع سابق، صفحة 96.

[3] منظمة العفو الدولية، دليل المحاكمة العادلة، الطبعة العربية الثانية، مرجع سابق، صفحة 156.

[4] فقد قال ابن قدامة أنه روي عن النبي (صلى الله عليه وسلم) أنه قضى أن يجلس الخصمين بين يدي الحاكم. أنظر: ابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء10، مرجع سابق، صفحة 72. ورأى البهوتي أنه إذا جاء الحاكم خصمان سن أن يجلسهما بين يديه. أنظر: البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء 6، دار الكتب العلمية، صفحة 332 . أما عن الطرابلسي فقال لا ينبغي للقاضي أن يدخل عليه أحد الخصمين دون صاحبه لا في مجلس القضاء ولا في خلوته، ولا وحده، ولا في جماعة، ولا ينبغي أن يضيف أحدهما أو يخلو معه أو يقف معه، فإن ذلك مما يدخل عليه سوء الظن به. أنظر: الطرابلسي، معين الأحاكم فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام،مرجع سابق، صفحة 21. أنظر أيضا: الشوكاني، نيل الأوطار، مرجع سابق، الجزء8، صفحة 317.

[5] عبد العزيز رمضان سمك، الضمانات الأساسية للتقاضي في الفقه الإسلامي، مجلة القانون والاقتصاد، مرجع سابق، صفحة 58-59.

الفرع الأول: إحاطة المتهم علما بالتهمة الموجهة إليه

يسمح مبدأ الوجاهية أو الحضورية للمتهم من معرفة التهمة الموجهة إليه والأدلة المقدمة ضده. تتطلب فاعلية حق الدفاع أن يعلم المتهم كل ما يتعلق بالدعوى لتحضير دفاعه عن بصر وبصيرة.[1] **لا يتحقق ذلك إلا** بحضوره للمرافعة، **ورغبة من المشرع** الجزائري في كفالة هذا الحق اشترط أن يتضمن محضر التبليغ الواقعة التي **قامت عليها الدعوى، مع الإشارة** إلى النص القانوني الذي يعاقب عليها، والمحكمة التي رفعت أمامها القضية **ومكان وتاريخ الجلسة مع تعيين صفة المتهم حسب المادة 440 ق.إ.ج.** تخلف المتهم عن الحضور يترتب **عليه جهله بالدعوى و حرمانه من حقه** في مناقشة الأدلة المقدمة ضده و **دحضها وتفنيد أدلة براءته.**[2]

استكمالا لحق المتهم في الإحاطة علما بالتهمة المقدمة ضده، يجب تنبيهه إلى تغيير الوصف القانوني **للتهمة أو إضافة تعديلات فيها، ليتمكن المتهم من إعداد دفاعه** على ضوء هذا التغيير.[3] **تكريسا لحقوق الدفاع، أقر** القانون أن تكون للمتهم ولدفاعه الكلمة الأخيرة كما جاء في نص المادتين **353 و304 ق.إ.ج.**

الفرع الثاني: المساواة بين الخصوم

يقصد بمبدأ المساواة بين الخصوم: المساواة بين جميع الناس في حماية حقوقهم المشروعة وإعطاء **كل** إنسان حقه في اللجوء إلى القضاء لحماية حقه ودفع ما يقع عليه من **اعتداء. يكون هذا الحق مقررا لجميع**

---

[1] أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 479.

[2] يترتب عن التخلف لحضور جلسة الجنايات خروجا عن القانون، إذ نصت المادة 317 ق.إ.ج على أن المتهم الذي لم يقدم نفسه خلال 10 أيام بعد تكليفه بالحضور للمحاكمة وتعذر القبض عليه ، تصدر المحكمة ضده حكما قضائيا غيابيا ويحرم من ظروف التخفيف إن وجدت حسب المادة 04/319 ق.إ.ج. وقد أكدت ذلك المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الصادر بتاريخ1990/03/27م والذي يقضي بنقض و إبطال الحكم المطعون فيه لمخالفته المادة 317 ق.إ.ج والمتعلقة بالتخلف عن الحضور.حيث أغفلت محكمة الجنايات الإجابة إلى طلبات النيابة العامة بوجوب تطبيق أحكام التخلف عن الحضور، ومنع المتهم المتخلف عن الحضور من الاستفادة من ظروف التخفيف. لذلك قررت المحكمة العليا نقض حكم محكمة الجنايات الذي لم تطبق فيه الإجراءات اللازم اتخاذها ضد المتهم المتخلف عن الحضور. كما أن المحكمة خففت من العقوبة في حين أن القانون لا يسمح بإفادة المتهم بظروف التخفيف.انظر: المة القضائية، العدد04، سنة 1991م، صفحة 259. أنظر أيضا: قرار المحكمة العليا الجزائرية الصادر بتاريخ 2000/06/27م ، المة القضائية، العدد1، 2001م، صفحة 329.

بينما قررت المحكمة الأوروبية عدم جواز إصدار الأحكام الغيابية دون مبرر، إذ يجب أن يتأكد عدم علم المتهم بمتابعته، وإلا كان له الحق بعد ذلك في إعادة محاكمته لسماع ما لديه من أقوال. وقد قررت ذلك في قضية (Colozza & Robinat) حيث حكم عليهما في إيطاليا غيابيا باعتبارهما بحكم الفارين، فرأت المحكمة أن حق المتهم في المشاركة بالجلسة يتبع من نص المادة 06 من الاتفاقية، وأن التخلي عنه يجب أن يثبت بشكل لا يتطرق إليه الشك، ودون تبرير فقدان هذا الحق بالكامل وبلا رجعة.أنظر: باسم علي الإمام، حق المحاكمة العادلة للمتهم في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 169.

[3] وهو ما أكدته المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الصادر بتاريخ 1984/04/03م والمتضمن إبطال حكم محكمة الجنايات، حيث قامت المحكمة بطرح سؤال احتياطي يتضمن إسناد مة جديدة للمتهم عن وهي إخفاء مسروق داخل قاعة المداولات، إضافة إلى التهمة المقررة في قرار الإحالة وهي اختلاس أموال عمومية وتزوير وثائق. واعتبارا لعدم قدرة الدفاع على تدارك التهمة الجديدة، مما أدى الى المساس بحقوق الدفاع والإخلال بنص المادة 306 ق.إ.ج. تم نقض الحكم وإبطاله. أنظر: المة القضائية، العدد 1، 1989م، صفحة 277.

كما قررت اللجنة الأوروبية في قرار لها صدر بتاريخ 1960م أن الحق في إخطار المتهم بطبيعة وسبب الاتهام، يتضمن حق المتهم بكل تعديل في التكييف القانوني للجريمة المنسوبة إليه.أنظر: باسم علي الإمام، حق المحاكمة العادلة للمتهم في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 176.

المواطنين على حد سواء، وطنيين وأجانب. بل ويكون مقررا لجميع الناس لا فرق في ذلك بين أبيض وأسود، ولا بين عربي أو أعجمي. فلا تمييز بين الناس في حق اللجوء إلى القضاء بسبب الجنس أو الدين أو اللون أو اللغة فالكل أمام القضاء سواء". لطالما أعتبر المتهم هو الطرف الضعيف في الخصومة الجنائية، وضعفه قد ينوء تحت ثقل وطأة الإدعاء العام، فلا يقوى على صيانة حقوقه في حلبة الصراع الذي يضعه في مأزق نفسي لا يحسد عليه.[1] لذا كان من اللازم تطبيق مبدأ المساواة بين أطراف الخصومة والذي يعبر عنه بالمساواة في الأسلحة (Equality of Arms).[2] تعني المساواة في الأسلحة المساواة بين أطراف الدعوى المتمثلين في النيابة العامة التي تحرك وتباشر الدعوى نيابة عن المجتمع والمتهم والمدعي بالحق المدني إن وجد.

لقد تأكد مبدأ المساواة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948م في المادة 10 منه، وفي العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في المادة 01/14، وفي الدستور الجزائري لسنة 1996م المعدل بالقانون رقم 16-01في المادة 32 بنصها على: "كل المواطنين سواسية أمام القانون"، والمادة 158 منه: "أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة. الكل سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع ويجسده احترام القانون". أكدت ذلك المادة 08 من القانون الأساسي للقضاء بنصها على: "يجب على القاضي أن يصدر أحكامه طبقا لمبادئ الشرعية والمساواة، ولا يخضع في ذلك إلا للقانون، وأن يحرص على حماية المصلحة العليا للمجتمع". استقر القضاء الفرنسي على أن المساواة في الأسلحة تتطلب أن تكون المساواة معقولة وليست رياضية لا تتحقق فيها المصلحة العامة، وحكم بأن احترام حقوق الدفاع ينطوي على وجود إجراءات عادلة ومنصفة تكفل التوازن بين حقوق الخصوم.[3]

كما احتل مبدأ المساواة في الشريعة الإسلامية مكانة متميزة لقوله تعالى:﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ (النساء:58). لن نجد أصدق من قول رسول الله (صلى الله عليه وسلم): «...وأيم الله لو فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها» (رواه أبو داود والترمذي).[4] في الحديث دلالة على قطع النبي (صلى الله عليه وسلم) الشك باليقين حين أقسم لأصحابه أنه لن يستثني في تحقيق العدل والمساواة بين الناس أحدا حتى ابنته فاطمة (رضي الله عنها وأرضاها).[1]

---

[1] محمد الفاضل، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، الجزء1، مرجع سابق، صفحة 354.

[2] باسم علي الإمام، حق المحاكمة العادلة للمتهم في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 163.

[3] أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 432.

[4] لقد كان هذا الحديث بمناسبة نظر الرسول (صلى الله عليه وسلم) لقضية المخزومية، حيث سرقت امرأة من بني مخزوم عقب فتح مكة، وخافت عليها قريش من أن يقوم النبي بإقامة الحد عليه(حد السرقة هو قطع اليد إلى الرسغ)، فطلبوا من أسامة بن زيد أن يشفع لها عند رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، فغضب لذلك وخطب في الناس قائلا: «ايها الناس إنما اهلك الدين من قبلكم انهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت

لم تخلو سير الخلفاء الراشدين من المواعظ والعبر التي تبين لنا ضرورة تطبيق المساواة كأحد أهم أسس تحقيق العدل. هذا الخليفة عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) يوصي قاضيه بقوله: "...آس بين الناس في مجلسك ووجهك وقضائك حتى لا يطمع شريف في حيفك وييأس ضعيف من عدلك، البينة على المدعي، واليمين على من أنكر".[2] ومن ذلك قول أمير المؤمنين علي (كرم الله وجهه): "من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه وإشارته ومقعده ومجلسه...ولا يرفع صوته على أحد الخصمين ما لم يرفع على الآخر".[3]

لا مراء في أن نجاح القاضي في المساواة بين الخصوم أثناء النظر في الدعوى يشكل خطوة أولى وأساسية لنجاحه في مهمته بتوفير العدالة للباحثين عنها. بصرف النظر عن جنسيتهم أو أصلهم أو سنهم أو جنسهم أو وضعهم المالي أو الاجتماعي.[4]المساواة في الرؤية الإسلامية هي تماثل كامل أمام القانون، وتكافؤ كامل إزاء الفرص، وتوازن بين الذين تفاوتت حظوظهم من الفرص المتاحة للجميع.[5] قال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: "لأن أقضي يوما بالحق أحب إلي من عبادة سبعين عاما".[6] فما عظمة شأن القاضي الذي يقضي بالحق دون أن يميل إلى أحد الخصوم، وهو أعلى مكانة وعزة من العابد المتزهد سبعون عاما.

ترى الباحثة أن العدل والمساواة التي أعلنها الإسلام في القضاء وطبقها رجاله الصالحين لا يوجد لها نظير في القانون الوضعي.[7] لأن المساواة في الإسلام تتطلب لتطبيقها التجرد من العواطف، ويرتبط فيها

يدها». فلا يوجد أصدق دلالة وتعبيرا عن مبدأ المساواة في النظام الجنائي الإسلامي من هذا الحديث المؤثر، والذي لو طبق في قضائنا الحالي لكان قضاؤنا في أحسن صوره. فتحقيق العدل بين الناس و تطبيق مبدأ المساواة لهما آثار إيجابية على الفرد والمجتمع، لأنها يساعدان على استتباب الأمن والاستقرار داخل المجتمع ويعزز شعور الثقة لدى الأفراد في قضائهم العادل الرصين و الذي لا يحول بينه بين الحق حائل.

[1] محمد بن المدني بوساق، اتجاهات السياسة الجنائية المعاصرة و الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، 2002م، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، صفحة 131.

[2] ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، مرجع سابق، الجزء 1، صفحة 68.

[3] الشوكاني، نيل الأوطار، الجزء8، مرجع سابق، صفحة 316.

[4] عمار بوضياف، المحاكمة العادلة في النظام الجنائي الإسلامي والمواثيق الدولية" دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 38.

[5] حيدر البصري، حقوق الإنسان في الإسلام، مجلة النبأ، العدد 63، تشرين 2001م، دون ذكر للصفحة.

[6] ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، الجزء 1،مرجع سابق، صفحة 13.

[7] المساواة التي نظمتها القوانين الوضعية هي مساواة نسبية، ونحن نرى أن نسبيتها تكمن في بعض المواضع، نذكر منها الحصانة؛ فبالرغم من أن الدول أرادت حماية أعضاء البرلمان بهذه الحصانة ، و خوفا من تسلط الدولة وتاثيرها عليهم، أو اتخاذ إجراءات كيدية ضدهم حتى تضمن لهم حرية التصرف والعمل بدون ضغط أو تدخل، عملا بمبدأ الفصل بين السلطات. وهو ما قررته المادة 109 من الدستور الجزائري التي نصت على أنه: "الحصانة البرلمانية معترف بها للنواب ولاعضاء مجلس الامة مدة نيابتهم ومهمتهم البرلمانية. لا يمكن أن يتابعوا أو يوقفوا على العموم، لا يمكن أن ترفع عليهم أية دعوى مدنية أو جزائية أو يسلط عليهم ضغط بسبب ماعبروا عنه من آراء أو ما تلفظوا به من كلام، أو سبب تصويتهم خلال ممارسة مهامهم البرلمانية"، و أوجبت المادة 110ضرورة استئذان رئيس المجلس الشعبي الوطني او رئيس مجلس الامة قبل البدء في اتخاذ اي إجراء ضد اي عضو في المجلس. وطلب إسقاط الحصانة البرلمانية عنه لتتمكن سلطة التحقيق من اتخاذ الإجراءات اللازمة. إلا أن الحصانة لا تمتد إلى حالة التلبس بالجريمة، حيث يجوز توقيفه واتخاذ الإجراءات اللازمة للبحث عن الأدلة المطلوبة (المادة 111 من دستور 1996م). و هذا الامتياز ناقضت ما يصبوا إليه مبدأ المساواة وتحقيق العدالة دون استثناءات لبعض الأفراد. وهو ما قررته الشريعة الإسلامية التي تتجه سياستها إلى تطبيق المساواة بين الكافة، فلا فضل لديها لشريف على وضيع. وهي من أقوى ضمانات المتهم حتى لا يضار ولا يظلم.

البحث عن الحقيقة تطبيق الحق دون ميل و لا محاباة أو حيف بل بحياد تام. بهدا الخصوص يقول امير المؤمنين علي بن أبي طالب (كرم الله وجهه): "الذليل عندي عزيز حتى آخذ الحق له، والقوي عندي ضعيف حتى آخذ الحق منه". ويقول رسول الله (صلى الله عليه وسلم): «إن الله لا يقدس أمة لا يؤخذ للضعيف فيهم حقه»، صدق رسولنا الكريم.

الفرع الثالث: شفوية الإجراءات

يقصد بشفوية إجراءات المحاكمة أن تجري كافة إجراءا ا شفاهة. الغرض من الحضورية في الجلسة أن يحكم القاضي بما يقع تحت بصره ويصل إلى سمعه من أقوال الخصوم و سا اجلام.[1] فالقاضي يتحرى على القضية من خلال المناقشات الشفوية التي تدور بين الخصوم داخل قاعة المحاكمة.[2] فشفوية الإجراءات تعتبر حقا للمتهم وواجبا على المحكمة وإجراءا جوهريا تبطل المحاكمة بدونه ولا تصح.[3] لا تغني الشفوية على وجوب تدوين ما تم خلال المرافعة حسب المادة 236 ،314 ق.إ.ج،[4] شرط عدم الإخلال بشفوية المرافعة.[5]

إذن يقتضي مبدأ الشفوية عرض الأدلة بطريقة النقاش داخل المحكمة، مما ينتج عنه عدم قبول الدليل الذي لم يطرح للمناقشة خلال المرافعة. في ذلك مساعدة للقاضي في بناء قناعته من المناقشات التي تدور بين الخصوم. كما اها تتيح للمتهم فرصة الإحاطة بالادلة المقدمة في الدعوى لتا كيدها او نفيها عنه.[6]

---

[1] عبد الحميد الشواربي، الإخلال بحق الدفاع في ضوء الفقه و القضاء، مرجع سابق، صفحة267.

[2] قضت المحكمة العليا الجزائرية في القرار الصادرة بتاريخ 1984/12/18م، أن الحكم يصدر من القاضي حسب قناعته الذاتية والتي اعتمد فيها على البيانات والأدلة المقدمة خلال المرافعة، ولا يخضع في ذلك لرقابة المجلس الاعلى.أنظر: المة القضائية، العدد 2، 1989م، صفحة239.

والقاعدة الأساسية المعروفة في التشريعات الحديثة، هي حرية القاضي في تكوين قناعته. فهو غير ملزم باعتراف صادر من المتهم أو رأي يقدمه الخبير، أو بشهادة إثبات جاءت فأسندت الجريمة للمتهم. لكن يشترط أن تبنى قناعته من دليل طرح في المحكمة للمناقشة. وما ينتج عن ذلك عدم جواز استناد المحكمة في حكمها بتقرير سري من مختص لم يطرح خلال المحاكمة للنقاش، كما لا يجوز أن يحكم القاضي بعلمه الشخصي. أنظر: عبد الأمير العكيلي، سليم إبراهيم حربة، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء 2، مرجع سابق، صفحة 168.

[3] عبد الحميد الشواربي، الإخلال بحق الدفاع "في ضوء الفقه و القضاء"، مرجع سابق، صفحة 267.

[4] قال الإمام الشافعي في كتابه الأم أن توثيق ما يدور بالجلسة ضروري و لا تغني عنه الشفوية:"وإذا شهد الشهود عند القاضي فينبغي أن تكون نسخة بشهادتهم وان يتولى ختمها". أنظر: عمار بوضياف، المحاكمة العادلة في النظام الجنائي الإسلامي والمواثيق الدولية" دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 49.

[5] قضت المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الصادر بتاريخ 2006/11/12م بنقض حكم محكمة الجنايات، بسبب تدوين تصريحات المتهمين في محضر المحاكمة. وهو ما اعتبرته مخالفا للمادة 314 ق.إ.ج التي تخصص ذلك المحضر لإثبات الإجراءات المقررة قانونا ويشمل على القرارات التي تصدر في المسائل العارضة التي كانت محل النزاع و في الدفوع، حفاظا على مبدأ شفوية المرافعات.أنظر: المة القضائية، العدد1، 2007م، صفحة 549.

[6] وضع المشرع الجزائري إستثناءا لمبدأ الشفوية والجاهية، عندما أضاف إجراء الأمر الجزائي بموجب الأمر 15-02 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية. حيث يفصل قاضي الجنح في القضية دون مرافعة لأن القضية بسيطة لا تحتاج مناقشة ووجاهية.إذ يقوم وكيل الجمهورية بإحالة القضية التي تتوفر فيها الشروط المحددة في المادة 380 مكرر و380 مكرر1 ق.إ.ج والمتعلقة:- الجنح البسيطة المعاقب عليها بالغرامة أو بعقوبة الحبس أقل أو يساوي سنتين.

-هوية مرتكبها معلومة.

-الوقائع المنسوبة لمتهم بسيطة وثابتة، وليس من شاها ان تثير مناقشة وجاهية.

بالرجوع للقضاء في زمن الرسول (صلى الله عليه وسلم) وخلفاؤه نجد أن الإجراءات اتسمت بالبساطة و كانت المرافعة شفوية. فحينما يجهر المدعي بعد ترخيص القاضي له بالحديث عن دعواه يكون أمام مسمع ومرأى من الجميع وليتمكن القاضي من فهم موضوع الدعوى وأصل الفعل المنسوب للمتهم. يتولى هذا الأخير الرد على مزاعم المدعي، ويقدم كل واحد منهما وسائل إثباته وتأكيد مزاعمه.[1] قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): «يا علي إذا جلس إليك الخصمان فلا تقضي حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فإن فعلت ذلك تبين القضاء».[2] يبين لنا الحديث الشريف أن على القاضي أن يسمع حجج الخصمين ولا يحكم إلا بعد مناقشتهم للدفاعاهم وإلا كان حكمه باطلا.

الفرع الرابع: مناقشة الشهود

الشهادة هي تقرير لما رآه الشخص أو سمعه أو أدركه على وجه العموم بحواسه،[3] وهي تعتبر من أهم وسائل الإثبات الجنائية.[4] لذا نصت المادة 222 ق.إ.ج على وجوب حضور الشاهد أمام المحكمة وحلفه اليمين وأداء الشهادة. إذ يكون حضورهم بمقتضى التكليف بالحضور الذي نصت عليه المادة 220 ق.إ.ج. بناء على طلب النيابة العامة أو محامي المتهم. لكن الشهود الذين تستدعيهم المحكمة بناءا على سلطتها التقديرية معفيين من أداء اليمين، و تكون بالقا بل شهادم على سبيل الاستدلال حسب المادة 03/286 ق.إ.ج.

-الوقائع المنسوبة للمتهم قليلة الخطورة ويرجح أن يتعرض مرتكبها لعقوبة الغرامة.

- أن لا يكون المتهم حدثا.

-عدم اقتران الجنحة بجنحة أو مخالفة أخرى لا تتوافر فيها شروط تطبيق إجراءات الأمر الجزائي.

-عدم وجود حقوق مدنية تستوجب مناقشة وجاهية للفصل فيها.

[1] عمار بوضياف، المحاكمة العادلة في النظام الجنائي الإسلامي والمواثيق الدولية" دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 47.

[2] الماوردي، الأحكام السلطانية، مرجع سابق، صفحة 115.

[3] حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، صفحة 216.

[4] بإعتبار أن الشهادة من أهم وسائل الإثبات الجنائي، شمل المشرع الشهود بالحماية في تعديله الأخير من خلال جملة من التدابير التي يمكن إتخاذها في أي مرحلة من مراحل المتابعة الجزائية، وقد تكون هذه التدابير إجرائية أو غير إجرائية.

1/التدابير غير الإجرائية: إخفاء المعلومات المتعلقة بالهوية، وضع رقم هاتفي خاص تحت تصرفه، وتمكينه من نقطة اتصال لدى مصالح الأمن، ضمان حماية جسدية له ويمكن توسيعها لباقي عائلته، وضع أجهزة تقنية وقائية بمسكنه، تسجيل المكالمات الهاتفية التي يتلقاها أو يجريها بشرط موافقته، تغيير مكان إقامته، منحه مساعدات اجتماعية ومالية، ويمكن وضعه في سجن يتوفر على حماية خاصة. حسب المادة 65 مكرر 20 من الأمر 15-02 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية.

2/ التدابير الإجرائية: عدم الإشارة إلى هويته أو لعنوانه الصحيح أو ذكر هوية مستعارة في أوراق الإجراءات، الإشارة بدلا من عنوانه الحقيقي إلى مقر الشرطة القضائية أين يتم سماعه أو إلى الجهة القضائية التي سيؤول إليها النظر في القضية. حسب المادة 65 مكرر 23 من الأمر 15-02 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية.

يؤدي الشهود شهادتهم شفويا حسب المادة 233 ق.إ.ج. لإتاحة الفرصة للمتهم في مناقشتهم، وتسهيلا لاستخلاص الحقيقة وتيسيرا لتنقية البينة من الشوائب، وضمانا لبناء الحكم على أساس سليم.[1] استثناءا، تكون الشهادة كتابية إن تعذر إلقاؤها شفاهة على مسمع القاضي والحاضرين، إذا كان الشاهد أصما أو أبكما، حيث توضع الأسئلة وتكون الإجابات بالكتابة. في حالة جهل الشاهد بالكتابة يعين له القاضي مترجم ويثبت ذلك في المحضر مع حلفه اليمين حسب المادة 92 ق.إ.ج.كما أضافت المادة 65 مكرر 27 من الأمر 15-02 المعدل ق.إ.ج استثناءا آخر، بغرض حماية الشاهد باستعمال وسائل تقنية تسمح بكتمان هويته، بما في ذلك السماع عن طريق المحادثات المرئية عن بعد ، واستعمال أساليب تمنع من معرفة صوت وصورة الشاهد. لكن إذا كانت شهادة الشاهد هي الدليل الوحيد للإدانة، يجب الكشف عن هويته وإلا كانت شهادته على سبيل الاستدلال ولا يمكن الاعتماد عليها وحدها للإدانة.[2]

من حق المتهم أو محاميه توجيه الأسئلة للشهود، عن طريق الرئيس. أما النيابة العامة فلها هذا الحق مباشرة بمقتضى المادة 02/288. يمكن للمحكمة التخلي عن إجراء سماع الشهود في حالة الجناية التي ارتكبها المتهم المتخلف عن الحضور بمقتضى المادة 04/319 ق.إ.ج. في حالة امتناع الشاهد للحضور عن طريق التكليف بالحضور، أو بالرغم من حضوره امتنع من أداء اليمين أو من أداء الشهادة، يعاقب حسب المادة 97 ق.إ.ج بغرامة من 200 إلى 2.000 دج.

بيد أنه إذا كلف الشاهد بالحضور، عليه قول الحقيقة لمساعدة القاضي في تحقيق الغاية المرجوة من إجراءات المتابعة ككل، وهي القضاء على الجريمة وتحقيق الأمن للمجتمع. إذا ثبت للقاضي تناقض في أقوال الشاهد، ينبهه القاضي إلى ذلك ويدعوه لقول الحقيقة. بينما إن لم ينته الشاهد يتم اقتياده بواسطة القوة العمومية إلى وكيل الجمهورية، الذي يطلب التحقيق معه في جريمة شهادة الزور حسب المادة 237 ق.إ.ج. واقتناع المحكمة بالشهادة هي مسألة موضوعية، تخضع للسلطة التقديرية للقاضي ولا رقابة عليه من محكمة الموضوع. يجب التنبيه إلى وجوب ذكر أداء الشهود لليمين في محضر المرافعات أو في الحكم،[3] وعليه على المحكمة أن تسمع الشهود الذين يطلبهم المتهم سماعهم وتقدير شهادتهم يخضع لسلطتها. أما إذا كان المتهم أو مدافعه قد طلب سماع شهود فلم يجبه المحكم او رفضت ذلك تاسيسا على انها لا ترى محلا لسماع اقوال

[1] حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، صفحة 217.

[2] رصدت المادة 65 مكرر 28 من الأمر 15-02 المعدل ق.إ.ج عقوبة لمن عن هوية وعنوان الشاهد، بالحبس من 6 أشهر إلى 5 سنوات، والغرامة من 50.000 إلى 500.000 دج.

[3] قضت المحكمة العليا في الجزائر في قرارها الصادر بتاريخ 1985/11/26م على :" يكفي أن يثبت في محضر المرافعات أو في الحكم أن الشهود حلفوا اليمين على أن يقولوا الحق، ذلك أن قول الحق هو الأمر الجوهري في حلف اليمين، وليس من الضروري ذكر صيغة اليمين بأكملها...."أنظر: المة القضائية، العدد 1، 1990م، صفحة 242.

الشهود المطلوبين من دفاع المتهم بسبب كفاية الأدلة قبل المتهم، يكون في ذلك إخلالا لحق الدفاع حسب ما قضت به محكمة النقض المصرية. يجب على المحكمة ان تجيب طلب المتهم في سماع شهود متى كان لشهادتهم أثر محتمل في مصير الدعوى وإظهار وجه الحق فيها، ومتى كانت الأقوال التي يراد الا س تشهاد ا متصلة بالوقائع المطروحة.[1]

أخذت الشريعة الإسلامية في مسألة إقامة الدليل بشهادة الشهود. حيث أكد ابن قدامة أن على القاضي إحضار الشهود للمحاكمة فيقول في ذلك: "وينبغي دلك ان يحضر شهوده مجلسه، ليستوفي بهم الحقوق، وتث بت م الحجج والمحاضر...وإذا احتاج إشهادهم على حكمه استدعاهم ليشهدوا بذلك".[2]

أما عن تحليف الشاهد اليمين في الشريعة، فقد انقسم الفقهاء إلى قسمين:

المذهب الأول: مذهب ابن القاسم وسحنون وابن المواز وابن الماجشون، وهم يرون وجوب تحليف الشاهد اليمين. حججهم في ذلك: أن ابن وضاح قام بتحليف الشهود، كما نقل عن قاضي الجماعة في قرطبة محمد بن بشير شيخ أبي عبد الله بن عتاب، قال أبو محمد بن حزم: "وحلف ابن بشير هذا شهودا في تركة بالله تعالى أن ما شهدوا به هو الحق". هذا هو القول المشهور، طبقا للقاعدة الشهيرة في الشريعة الإسلامية و ضموا: "كل ما جاز للإنسان أن يشهد به فله أن يحلف عليه". أما المذهب الثاني فهو قول عبد الحكم بألا تتوجه الدعوى بطلب اليمين.[3]

المطلب الثالث: سرعة إجراءات المحاكمة وتدوينها

الفرع الأول: سرعة إجراءات المحاكمة

تعود أصول مبدأ المحاكمة في مدة معقولة إلى وثيقة العهد الأعظم (Magna Carta) في بريطانيا سنة 1215م الذي ورد فيها: "إننا لن ننكر على إنسان حقه في العدالة ولن نؤجل النظر في القضايا".[4]إذا كان الأصل في المتهم البراءة ووجوب معاملته أمام هيئات المتابعة وأمام قاضي الحكم على هذا الأساس، فإن قواعد المحاكمة العادلة تفرض التعجيل والإسراع في محاكمة من أعتبر بريئا، لتثبت بعد محاكمته إما براءته أو إدانته بعد ثبوت التهمة عليه،[5] لأن صدور الحكم دون تأخير مبرر قد يتضمن إخلالا بحقوق المدعى عليه.[1]

---

[1] نقض مصري صادر بتاريخ 1954/04/13م، سنة 5، رقم 176. أنظر: رؤوف عبيد، حق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، صفحة 512.

[2] ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، الجزء10، صفحة 48.

[3] السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، صفحة 505. أنظر:ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، الجزء 2، مرجع سابق، صفحة 217.

[4] 40: " …to no one will we refuse or delay, right or justice". (The Magna Carta. *Op. Cit.*).

[5] عمار بوضياف، المحاكمة العادلة في النظام الجنائي الإسلامي و المواثيق الدولية"دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 51.

فالسرعة من مصلحة المتهم التي تعجل في إتاحة الفرصة لإثبات براءته،[2] والتخلص من الآلام التي يتعرض لها بسبب وضعه موضع الا ام، مما يمس شرفه واعتباره وقدره بين الناس.[3] كما ينهي من معاناته الناتجة عن الحبس المؤقت الماس بحقه في الحرية.

لئن كانت سرعة إجراءات المحاكمة في مصلحة المتهم فهي أيضا من مصلحة المجتمع. فالسرعة في إنزال العقاب على المجرم والحزم في تنفيذه هما اشد اترا في النفوس وادعى للعبرة والازدجار من قسوته. ولا بدع في ذلك، لأن الرأي العام لا يستطيع أن يفهم أي معنى لحكم جزائي يصدر بعد مرور زمن طويل على وقوع الجريمة، إنما يعتبر ذلك دليلا على عجز مرافق العدالة الجزائية وتعثر جهازها القضائي.[4] السرعة كضمانة تطمئن الأفراد على قوة الدولة في كشف الجرائم وملاحقة مرتكبيها.[5]

لا تعني المحاكمة السريعة التسرع في إجراءاها، فالمحاكمة السريعة هي المحاكمة التي تجري في مدة معقولة، وهي من ضمانات المحاكمة العادلة. أما المتسرعة هي التي تجري بمخالفة حق الدفاع وشرط القاضي الطبيعي وطرق الطعن، ما يجعلها مخالفة لحقوق الإنسان. القضاء الجنائي لا يعرف القضاء المستعجل الذي تعرفه المنازعات المدنية،[6] فلا ينبغي أن تكون سرعة الإنجاز على حساب التضحية بمبادئ العدالة والإنصاف، أو على حساب الوصول إلى حقيقة الأمور.[7]

أما عن النطاق الزمني الذي يمكن من خلاله تقدير المدة المعقولة للمحاكمة، فقد قررت الدول الأنجلو امريكية تحديد المجال الزمني بالوقت الذي يكتسب فيه الشخص المتابع صفة المتهم، هدا ما قررته المادة 11 فقرة ب من ميثاق الحقوق والحريات الكندية، الذي دخل حيز التنفيذ في 1982/04/17م.[8] كما نص

---

[1] محمد الطراونة، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة204.

[2] محمد الفاضل، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، صفحة 356.

[3] احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 491.

[4] محمد الفاضل، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، الجزء1، مرجع سابق، صفحة 356-357.

[5] محمد صبحي نجم، حق المتهم أو الظنين في محاكمة عادلة في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، مجلة دراسات، مرجع سابق، صفحة133.

[6] غنام محمد غنام، حق المتهم في محاكمة سريعة في القانون الأمريكي" القسم الأول"، مجلة الحقوق، السنة 16، العدد الأول والثاني، يونيو 1992م، جامعة الكويت، صفحة 88.

[7] محمد الفاضل، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، الجزء1، مرجع سابق، صفحة 387.

[8] أصدرت المحكمة العليا الكندية مجموعة من الأحكام التي تبين اعتناق القضاء الكندي لمبدأ الحق في محاكمة سريعة دون أن يلحق هذا الحق مرحلة التحقيق الأولي. و نذكر هذا الخصوص القضية التي تتلخص وقائعها في أن شخصا نسب إليه ارتكاب جرائم اختصاب ولواط وانتهاك عرض بتاريخ 1980/04/03م.تم تقديم الشكوى لشرطة فانكوفر بتاريخ1980/04/04م. لما باشرت الشرطة إجراءات التحري بتاريخ1980/04/07م فوجئت بمغادرة المشتكية لمقر سكناها دون ترك عنوان آخر لها. تاليا تم العثور عليها في أكتوبر 1982م، وبناء عليه استأنفت الإجراءات فأخطر الجاني بفتح تحقيق في الموضوع في 1983/01/04م وفي 1983/04/28م وجه إليه الاتهام في الجرائم المذكورة. حكمت المحكمة الابتدائية بوقف الإجراءات قبل المتهم بسبب التأخير من 1980م الى 1983م. تقدمت النيابة العامة بطلب إلغاء قرار وقف الإجراءات، وأصدر القاضي

الدستور الأمريكي على: In all Prosecutions, The Accused shall enjoy the right to speedly and public trial، والذي يعني تمتع المتهم بحقه في محاكمة سريعة وعلنية،[1] و حدد المجال الزمني للتمتع بالحق في محاكمة سريعة وهو وقت اكتساب صفة المتهم، اي وقت الاتهام فلا يسري في مرحلة الاستدلال، ويمتد إلى حين صدور حكم نهائي في الدعوى وبالتالي فهو يشمل التأخير المرتبط بآجال طرق الطعن.[2] إذن جاءت المادة 11 من الدستور الأمريكي واضحة عندما تكلمت عن حق المتهم في محاكمة سريعة. وبالرجوع إلى مفهوم المتهم والذي تطرقنا إليه سابقا باعتباره الصفة التي تلحق الشخص عند تحريك الدعوى العمومية ضده (بداية بإجراءات التحقيق الإبتدائي إلى غاية الفصل نهائيا بالدعوى) تكون هذه المادة قد حرمت المشتبه فيه من التمتع بالحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة.

أما المشرع الجزائري، فقد اعتمد هذا الحق ضمنيافي كل مراحل المساءلة ولم يستثن مرحلة التحريات كما فعلت القوانين الأنجلو أمريكية. بالرجوع إلى الأحكام المتعلقة بالتوقيف تحت النظر والخاصة بتحديد مدته (ألا تتجاوز 48 ساعة وغير قابلة للتمديد إلا استثناءا) يتبين لنا رغبة المشرع غير الصريحة في تجنب إطالة مرحلة التحريات والآثار الناتجة عن طول إجراءاتها و تعقيداتها. كما سبق وأن أشرنا إلى اعتماد هذا الحق في مرحلة التحقيق الابتدائي عند ذكرنا لخاصية السرعة.

(Mckay) قراره بإلغاء قرار وقف الإجراءات. وأيدت محكمة الاستئناف هذا القرار. ولما عرضت القضية على المحكمة العليا الكندية أصدرت قرارها الذي يقضي بعدم وجود تأخير في الإجراءات الجنائية، ومن ثم عدم انتهاك حق المتهم في المحاكمة خلال مدة معقولة، اعتدادا منها بالفترة الواقعة بين 1983/01/28م و 1983/05/06م، أي إبتداءا من تاريخ توجيه الاتهام إلى الجاني دون الالتفات الى التأخير الحاصل قبل توجيه الاتهام.أنظر: فتيحة محمد قوراري، حق المتهم في المحاكمة خلال مدة معقولة" دراسة مقارنة في النظامين الأنجلوأمريكي واللاتيني"، مجلة الحقوق، العدد3، السنة 30سبتمبر 2006م، جامعة الكويت، صفحة 282-283.

[1] قضت المحكمة العليا الأمريكية بأن الحق في محاكمة سريعة يتمتع به المتهم الى حين صدور حكم نهائي في القضية، ولا يتمتع بهذا الحق في مرحلة التحقيق الاولي، وهو ما حكم به في قضية (Marion) الشهيرة. وتتلخص وقائعها أن مديري إحدى الشركات أخذت أقوالهم في محضر جمع الاستدلالات بخصوص تزوير في أوراق شركتهم و جرائم الغش التجاري.و قد بدأ ذلك في 3 سبتمبر 1965م. غير أن إحالتهم إلى جهة التحقيق لم تتم إلا في سبتمبر 1969م ثم صدر قرار اتهام في مواجهتهم في 21 أفريل 1970م. وقد تمسك المتهمون بوقوع مخالفة لحقهم في المحاكمة السريعة الذي يستمدوه من الدستور. وطالبوا بإلغاء قرار الاتهام لمرور 3 سنوات بين بداية الإجراءات وتقديمهم إلى جهة التحقيق . وأن هذا التأخير أثر سلبا على تذكرهم للوقائع وعلى حقهم في الدفاع. وإذا كان طول تلك الفترة راجعا إلى إهمال و تقصير من جانب السلطات العامة، فإن المتهم لا يجب أن يضار في ممارسته لحقه في المحاكمة العادلة وحقه في المحاكمة السريعة. غير أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية قضت بأن المدة التي تدخل في الاعتبار هي تلك التي بدأت من وقت توجيه الاتهام. ورفضت في هذه القضية، أن تدخل في حتساب المدة التي يتعين الاخذ بها تلك المدة التي مرت من وقت اخذ اقوال المشتبه فيهم من قبل الشرطة. فالشخص لا يعتبر متهما وبالتالي لا يستفيد من الحق في محاكمة سريعة. أنظر:غنام محمد غنام، حق المتهم في محاكمة سريعة في القانون الأمريكي" القسم الأول"، مجلة الحقوق، مرجع سابق، صفحة 121.

[2] في هذا السياق قررت المحكمة العليا الأمريكية في حكم لها:"...إن التأخير الحاصل على مستوى إجراءات الاستئناف هو احد العوامل التي يعتد بها لتقدير ما إذا كان المتهم قد حرم من حقه في المحاكمة السريعة..."، وقضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ابتداء بأن الحق في المحاكمة خلال مدة معقولة يمتد حتى صدور حكم في الدعوى يشمل التأخير المرتبط بقرارات الاستئناف ، وجعلت الحق يشمل الفترة الواقعة بين الاتهام وصدور الحكم النهائي من محكمة النقض فنصت على:"...لا يجادل أحد في أن الفترة التي تؤخذ بعين الاعتبار تنتهي في يوم صدور قرار محكمة النقض...".أنظر فتيحة محمد قوراري، حق المتهم في المحاكمة خلال مدة معقولة" دراسة مقارنة في النظامين الأنجلو أمريكي واللاتيني"، مجلة الحقوق، مرجع سابق، صفحة 281.

نظرا لأهمية مبدأ المحاكمة في مدة زمنية معقولة، نصت عليه الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لسنة 1950م في المادة 03/05 التي جاء فيها: "كل شخص موقوف أو محتجز...له حق محاكمته خلال مدة معقولة". والمادة 01/06 من هذه الإتفاقية: "أي شخص له الحق في أن يحاكم ... خلال مدة معقولة من قبل المحكمة...".[1] كما نصت عليه المادة 13/14(ج) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية. وقد تضمن القانون الفرنسي الصادر في 2000/06/15 على ضرورة الفصل نهائيا في الاتهام خلال مدة معقولة.[2] احتوى الدستور المصري هذا المبدأ في المادة 67. غير أن المشرع الجزائري أحال النص عليه صراحة إلى القانون الأساسي للقضاء،[3] في المادة 10 منه: "يجب على القاضي أن يفصل في القضايا المعروضة عليه في أحسن الآجال". في ذلك النص صراحة على عدم إطالة مدة المحاكمة وأن تكون خلال مدة معقولة، يحددها القاضي تبعا لظروف كل قضية، وعلى القاضي تحقيق التوازن بين مبدأ المحاكمة في مدة زمنية معقولة وبين وجوب احترام ضمانات المحاكمة العادلة.

بالرغم من عدم تنظيم المشرع الجزائري في قانون الإجراءات الجزائية صراحة للحق في محاكمة سريعة، لكننا نستشف فحوى هذا المبدأ في مجموعة من النصوص المتعلقة بتحديد موعد الإحالة إلى المحكمة المختصة لتفصل في النزاع، بالإضافة إلى تحديد مواعيد الطعن بالحكم...[4]

امتاز النظام القضائي الإسلامي بسرعة الفصل في الدعاوى والخصومات. فقد أوجب أن ينظر القاضي أولا في شأن المحبوسين لأن الحبس كما يقول ابن قدامة "عذاب".[5] تحقيقا لذات المقصد يقول ابن فرحون أن القاضي لا يستجيب لطلب الخصوم في تأجيل الفصل في الدعوى، إلا إذا رأى جدية في طلب الخصم كأن يرغب في إحضار بينته أو لتجهيز دفاعه.[6]

---

[1] فتيحة محمد قوراري، حق المتهم في المحاكمة خلال مدة معقولة" دراسة مقارنة في النظامين الأنجلو أمريكي واللاتيني"، مجلة الحقوق، مرجع سابق، الصفحة 256.

[2] احمد فتحي سرور، ، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 491.

[3] قانون عضوي رقم 04-11 مؤرخ في 21 رجب 1425ه الموافق 6 سبتمبر 2004م يتضمن القانون الأساسي للقضاء.

[4] من المواد التي تبين لنا بوضوح تطبيق القضاء لمبدأ سرعة المحاكمات نجد المادة 299 ق.إ.ج و التي قررت عقوبة جزائية تتمثل في الحبس من 10 أيام إلى شهرين أو بغرامة من 5000 الى 10.000 دج للشاهد المتخلف عن حضور الجلسة دون عذر، لتفادي كثرة التأجيلات التي قد تلحق القضية نتيجة تخلف الشاهد ، وذلك من أجل عدم الإطالة في عمر النزاع.

[5] عمار بوضياف، المحاكمة العادلة في النظام الجنائي الإسلامي و المواثيق الدولية"دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 51-52.أنظر: محمد بن مفلح، الفروع، جزء11، مرجع سابق، صفحة 145.

[6] ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، الجزء1، مرجع سابق، صفحة 163.

يتجسد الحق في سرعة المحاكمة في الحكمة القائلة: "بطء العدالة نوع من الظلم".[1] لا يتمنى البطء في الدعوى الجزائية إلا مجرم التفت حبال جريمته حول عنقه، وغرق في بيانات الإثبات حتى الأذقان، فلم يعد له أمل في الخلاص من قبضة العدل ومن العقاب العتيد.[2]

لا يفوتنا في هذا السياق أن نذكر مقولة الرئيس الشهيد صدام حسين (رحمه الله): "لا يكفي أن نقول الحق فقط لنضمن العدالة ونصون الحقوق، وإنما لكي نقول الحق ويكون القول مفيدا ومؤثرا وحاسما ينبغي أن ننطق بالحق في وقته المطلوب وفي صيغته الملائمة للتطبيق...إذا ما قيل الحق في غير وقته فنكون من الناحية العملية قد خسرنا من جوهر العدالة الكثير".[3]

الفرع الثاني: تدوين إجراءات المحاكمة

تقتضي أسس المحاكمة العادلة أن تجري المرافعات علنية، يحضرها الخصوم ومحاميهم وكل من يرغب في ذلك دون تمييز. كما تقتضي أن يتم تدوين كل ما يحدث خلال مجريات المحاكمة. التدوين من الشروط الجوهرية التي تحفظ كل ما يدور في الجلسات في محاضر، تحوي المناقشات التي تمت بصورة علنية بين الخصوم الحاضرين للمحاكمة والأدلة المقدمة، وأقوال الشهود والدفوع المثارة. مما يسهل عملية الرقابة على إجراءات المحاكمة.[4]

أوجبت أغلب القوانين العربية تدوين إجراءات المحاكمة والتي من بينها القانون الجزائري. حيث نصت المادة 236 ق.إ.ج: "يقوم الكاتب تحت إشراف الرئيس بإثبات سير المرافعات و لا سيما أقوال الشهود وأجوبة المتهم، ويوقع الكاتب على مذكرات الجلسة ويؤشر عليها من الرئيس في ظرف ثلاثة أيام التالية لكل جلسة على الأكثر". يتضح من نص المادة أن التدوين لا يلحق كل إجراءات المحاكمة، لكنها أوجبت تدوين أقوال الشهود وأجوبة المتهم من أجل إثبات توفر ضمانات الدفاع لدى المتهم. بالنتيجة فإن عدم ذكر دفاع المتهم

[1] منظمة العفو الدولية، دليل المحاكمة العادلة، الطبعة العربية الثانية، مرجع سابق، صفحة 144.

[2] محمد الفاضل، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، صفحة 356

[3] عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 132.

[4] أخذت المحكمة العليا الجزائرية بضرورة تدوين المحاكمات، واعتبرت أن الخروج عن هذا المبدأ يشكل مخالفة للقانون و انتهاك لنص المادتان 309 و 314 ق.إ.ج. لذا قضت في قرارها الصادر بتاريخ 1999/07/27م نقض وإبطال حكم محكمة الجنايات لانعدام محضر المرافعات.أنظر: المة القضائية، العدد1، 1999، صفحة 178.

عن نفسه في محضر الجلسة **يعرضه للطعن فيه بالبطلان.**[1] من حق المتهم إذا أراد إثبات أمر يهمه في محضر الجلسة فعليه أن يطلب إلى المحكمة تدوينه.[2]

نص القانون الأردني **على** ضرورة تدوين كل إجراءات المرافعة في المادة **214 من قانون أصول المحاكمات الجزائية. أما المشرع المصري** وسعيا منه على أن تكون محاضر المحاكمة حجة على الغير فقد أوجب تدوين كل ما يحصل خلال المرافعة، **دون إغفال أي إجراء من شأنه أن يكون سببا** للطعن في قانونية المحاكمة، **حسب المادة 276 من قانون الإجراءات الجزائية المصري.**[3]

يهدف تدوين الإجراءات إلى **بيان مدى مراعاة المحكمة للقواعد الإجرائية وتطبيقها للقانون. بدون ضابط التدوين يتعذر على الخصوم إقامة الدليل على عدم مراعاة إجراءات المحاكمة للقانون.** كما يكون عسيرا في غيبته على محكمة الطعن بسط رقابتها على هذه الإجراءات، **سواء من حيث وقوعها أو من حيث سلامتها.**[4] **إذ يتيح التدوين لمحكمة الدرجة الثانية من أن** تعلم ما دار في جلسات محكمة أو**ل درجة، كون الحكم قد يطعن فيه وترتبط صحته بصحة الإجراءات** التي تمت أثناء المحاكمة واستند إليها الحكم. **ومنه يكون لمحكمة الدرجة الثانية أن تقدر قيمة الحكم** وتفصل بناء على ذلك في الطعن.[5] وحجية **محاضر الجلسة مقصورة على تحصيلها وتحقيقها ولا علاقة** لها بمدى صحتها، **لأنا أعدت لإثبات ما تم** اتخاذه من إجراءات في الجلسة **لا لتقييمها.**[6]

خلاصة لما تم ذكره، يجب أن يحاط **التحقيق النهائي بقواعد تضمن اطمئنان الخصوم والرأي العام،** وتزيد من ثقتهم في عدالة وقانونية الحكم الصادر في الدعوى. وتتمثل هذه **القواعد** في علنية المحاكمة، وضرورة

---

[1] محكمة النقض المصرية رأي مخالف لما قلته بشأن ضرورة تدوين أقوال المتهم في محضر الجلسة وإلا صار الحكم معيبا استنادا للمادة 236 من ق.إ.ج الجزائري، فقد أصدرت محكمة النقض المصرية قرار يقضي بأن خلو محضر الجلسة من إثبات دفاع المتهم لا يعيب الحكم. ونعتبر ذلك تناقضا لنص المادة 276 من قانون الإجراءات الجزائية المصري التي أوجبت ضرورة النص على كل ما يدور في الجلسة و بمفهوم المخالفة. عدم تطبيق ما قرر قانونا يعرض الحكم للطعن فيه، باعتبار أن كل من الحكم ومحضر الجلسة يكملان بعضهما. أنظر: نقض 1967/02/27م سنة 18 رقم 56. أنظر أيضا: عبد الستار سالم الكبيسي، ضمانات المتهم قبل و أثناء المحاكمة" دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، 1981م، جامعة القاهرة، صفحة 685.

[2] أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، الجزء 2، مرجع سابق، صفحة 386.

[3] المادة 276 من قانون الإجراءات الجزائية المصري:" يجب أن يحرر محضرا بما يجري في جلسة المحاكمة... ويشمل هذا المحضر على تاريخ الجلسة، ويبين فيه ما إذا كانت علنية أو سرية، وأسماء القضاة والكاتب و عضو النيابة العامة الحاضر بالجلسة و أسماء الخصوم و المدافعين عنهم وشهادة الشهود و أقوال الخصوم، ويشار فيه الى الأوراق التي تليت، وسائر الإجراءات التي تمت وتدون به الطلبات التي قدمت أثناء نظر الدعوى، وما قضى به في المسائل الفرعية، ومنطوق الأحكام الصادرة، وغير ذلك مما يجري في الجلسة".

[4] حاتم بكار،حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، صفحة 235.

[5] محمد الطراونة، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 168.

[6] حاتم بكار،حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، صفحة 236.

مراعاة مبدأ الوجاهية الذي يتحقق بحضور كل أطراف الخصومة، مع تدوين ما تم في الجلسة دون الإخلال بمبدأ الشفوية، وتفادي البطء في الفصل في الدعاوى تحقيقا لمبدأ سرعة المحاكمات.

المبحث الثاني: كفالة حق الدفاع خلال المحاكمة

نظرا لكون مرحلة المحاكمة مرحلة مصيرية، فقد أحيطت بالة من الضمانات تعلوا على سابقتيها من المراحل.[1] حيث تنبثق هذه الضمانات من احترام كرامة الإنسان، الذي يوجب احترام الحرية الشخصية و كفالة سائر حقوق المتهم. كما تكفل بتكاملها مفهوما للعدالة يتفق بوجه عام مع المقاييس المعاصرة المعمول بها في الدول المتحضرة، وهو ما يشير إلى الربط بين مفهوم العدالة وضمانات هذه المحاكمة.[2]

المطلب الأول: الحق في المحاكمة أمام القاضي الطبيعي

على مر العصور وتعاقب الأزمان، كان القضاء ولا يزال حامي الحقوق والحريات الأساسية. حمل شعلة تحقيق العدل والاستقرار، واستشعرت البشرية جمعاء حاجتها الماسة إلى القضاء كسبيل لنصفة المظلوم واستحقاق الحقوق لطالبيها. يعتبر الحق في المحاكمة أمام القاضي الطبيعي ضمانة أساسية للحق في محاكمة عادلة، التي لا يمكن إغفالها مهما كانت المبررات. وهو تجسيد لمبدأ المساواة التي تفترض طرح النزاع أمام القضاء العادي مهما كانت صفة المتهم، ومهما كانت طبيعة الجريمة المرتكبة. بمعنى عدم إحالته إلى محكمة خاصة أو استثنائية، مما يهدر القيمة الأساسية لمبدأ المساواة وتوحيد القضاء ويتنافى مع مبادئ العدالة.

يستند ضمان الحق في محاكمة أمام القاضي الطبيعي إلى ضرورة مثول المواطن أمام محكمة منشأة من قبل القانون، ومختصة في الدعوى قبل وقوع الجريمة. وأن تتميز المحكمة بالثبات والاستقرار. لاستبعاد المحاكم الخاصة والاستثنائية التي يتم التطرق إليها في الباب الثاني من الأطروحة.

الفرع الأول: إنشاء المحكمة وتحديد اختصاصها بقانون

لكل من يواجه محاكمة جنائية الحق في أن يحاكم أمام محكمة مختصة، ومستقلة ومحايدة مشكلة بحكم القانون.[3] وعليه لا يجوز للسلطة التنفيذية أن تشكل- في غير الظروف الاستثنائية كما سنرى في الباب الثاني

[1] محمد خميس، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، صفحة 213.

[2] أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 423.

[3] أنظر: المادة 10 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948م، والمادة 01/14 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966م، والمادة 01/06 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة 1950م.

للرسالة- أية محكمة استثنائية لها اختصاص مواز للمحكمة ذات الاختصاص الأصيل.[1] فالسلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص في إنشاء المحاكم، حسب المادة 06/122 من الدستور الجزائري لسنة 1996م بقولها: "يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور وكذلك في المجالات التالية:...القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي، وإنشاء الهيئات القضائية". أوكلت المادة الحق في إنشاء المحاكم القضائية للسلطة التشريعية المتمثلة في البرلمان. يفترض في هذه المحكمة أن تملك الوظيفة القضائية، وفقا للمعيار الموضوعي لا الشكلي. فالعبرة هي بالمهمة أو السلطة الممنوحة للجهة التي أنشئت.[2] بمعنى آخر أن يمنحها القانون سلطة النظر في الدعوى القضائية المقصودة، فيكون لها الولاية على موضوع الدعوى والشخص المقامة ضده.

لهذا قضت محكمة البلدان الامريكية بان نقل الولاية القضائية بشان مدنيين اتهموا بالخيانة من المحاكم المدنية إلى المحاكم العسكرية، قد شكل انتهاكا للحق في محاكمة أمام محكمة مختصة ومستقلة ومحايدة تم تشكيلها بموجب القانون. وأكدت على أنه ينبغي على الدول عدم إنشاء محاكم لا تتقيد بالإجراءات المقررة بالصورة الواجبة لتنزع الولاية من القضاء العادي.[3]

الفرع الثاني: إنشاء المحكمة وتحديد اختصاصها بقواعد عامة سلفا قبل وقوع الجريمة

يجب أن تكون المحكمة قائمة ومعينة سلفا قبل وقوع الجريمة، مؤدى ذلك أن يعرف كل متهم المحكمة المختصة بمحاكمته،[4] فلا يجوز -بعد وقوع الجريمة- انتزاع المتهم من قاضيه الطبيعي إلى محكمة أخرى أنشئت خصيصا له. فإذا كانت المحكمة قد أنشئت بالنسبة إلى دعوى جنائية معينة، أو تم إدخال جريمة وقعت قبل في اختصاص المحكمة الجديدة يعتبر انتزاعا ضمنيا لدعوى من اختصاص المحكمة الأصلية.[5]

اعتبارا من أن العمومية والتجريد في إنشاء المحكمة، وتحديد اختصاصها هو الذي يكفل الصفة الطبيعية لها. أما التشخيص والتخصيص في إنشاء المحكمة، أو اختيار قضاتها لواقعة وعينة بالذات بعد حدوثها فهو إهدار لحق المتهم في أن يحاكم أمام المحاكم العادية.[6]

---

[1] أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 394.

[2] ومن ذلك ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي من بطلان المرسوم سنة 1960م بإنشاء لجان إدارية تختص - بجانب اختصاصها الإداري- في بعض الدعاوى ، وأن هذه اللجان تعتبر في حقيقتها محاكم ولا يجوز إنشاؤها إلا من السلطة التشريعية.انظر: أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 394.

[3] منظمة العفو الدولية، دليل المحاكمة العادلة، الطبعة العربية الثانية، مرجع سابق، صفحة 110.

[4] عبد الله سعيد فهد الدوه، المحاكم الخاصة والاستثنائية و أثرها على حقوق المتهم، مرجع سابق، صفحة 208.

[5] أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 295.

[6] عبد الله سعيد فهد الدوه، المحاكم الخاصة والاستثنائية و أثرها على حقوق المتهم، مرجع سابق، صفحة 208.

الفرع الثالث: أن تكون المحكمة دائمة تتميز بالثبات والاستمرار

يقصد بها المحكمة العادية التي **أنشأها** القانون لنظر الدعوى دون قيد زمني، سواء تعلق القيد الزمني بمدة أو بظروف مؤقتة مثل حالة الحرب أو الطوارئ.[1] فالمحكمة التي تشكل لفترة محددة أو لمناسبة معينة، تنتهي مهمتها بانتهاء المدة المحددة لها، أو بالانتهاء من محاكمة الأشخاص الذين شكلت من أجل محاكمتهم لا تكون عادية، وهي من قبيل المحاكم الخاصة والاستثنائية، التي لا تكفل حقوق وضمانات للمتهم وأولها حقه في المحاكمة أمام القضاء العادي.[2]

كان موقف الشريعة الإسلامية واضحا بخصوص حق المتهم في محاكمة أمام قاضيه الطبيعي، عندما أقرت وحدة القضاء و لم تعترف بالمحاكم الخاصة والاستثنائية. السلطة القضائية في الإسلام لها الولاية الكاملة على الدعاوى المرتكبة داخل الدولة، و السلطة الكاملة على كل الأفراد، لبتداءا من الأجير و انتهاءا بالأمير.[3]

المطلب الثاني: الحق في الاستعانة بمدافع والحق في الصمت

الفرع الأول: الحق في الاستعانة بمدافع

الحق في الاستعانة بمحام من الخصائص الجوهرية للمحاكمة العادلة، وهو حق مقدس من حقوق الدفاع عن المتهم، الذي قد يتعذر عليه وأمام رهبة القضاة و حضور الجمهور من أن يحسن الدفاع عن نفسه. المحامي هو الشخص المؤهل قانونا بعرض أوجه الدفاع، ومناقشة الأدلة والسعي جاهدا للحصول على براءة موكله لاستيفاء حقوقه كاملة. نصت المادة 169 من الدستور الجزائري لسنة 1996م المعدل بالقانون رقم 16-01 على: "الحق في الدفاع معترف به. الحق في الدفاع مضمون في القضايا الجزائية". للمحامي دور مهم في مرحلة المحاكمة، فبالإضافة إلى دعمه لموكله و تقوية حجته، فهو من جهة أخرى يساعد القاضي على معالجة القضية المطروحة أمامه بصورة موضوعية تجنبه الوقوع في الخطأ.[4] كما نص قانون الإجراءات الجزائية على هذه الضمانة في المادة 272 منه، ووفقا للمادة 132 من قانون القضاء العسكري.

انطلاقا من هذه الأهمية، منحت التشريعات الجنائية هذا الحق للمتهم، بل اعتبرت وجود المدافع وجوبا في بعض الجرائم كالجنايات، أين تقرر المحكمة انتداب محامي عن المتهم إن لم يوكل محام عنه.[5] نصت

[1] أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 397.

[2] عبد الله سعيد فهد الدوه، المحاكم الخاصة والاستثنائية وأثرها على حقوق المتهم، مرجع سابق، صفحة 208-209.

[3] عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام، مجلة الحقوق، مرجع سابق، صفحة 80.

[4] حسن بشيت خوين، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية خلال مرحلة المحاكمة" دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 134.

[5] عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 159.

المادة 271 ق.إ.ج على: "...ويطلب الرئيس من المتهم اختيار محام للدفاع عنه، فإن لم يختر المتهم محاميا، عين له الرئيس من تلقاء نفسه محاميا".كما نصت على ذلك المادة 208 من أصول المحاكمات الجزائية الأردني، والمادة 375 من قانون الإجراءات الجنائية المصري، والمادة 274 من ق.إ.ج الفرنسي. هذا ما أكدته المادة 140من نظام الإجراءات الجزائية السعودي بنصها: "يجب على المتهم في الجرائم الكبيرة أن يحضر بنفسه أمام المحكمة مع عدم الإخلال بحقه في الاستعانة بمن يدافع عنه...". يتبين لنا من نص المادة أن المشرع السعودي أكد على حق المتهم في الاستعانة بمحام في الجرائم الكبيرة، لكنه لم ينص على انتداب المحامين للترافع عن المتهم الذي لا يستطيع توكيل محام، ومنه فالقاضي غير ملزم قانونا بتعيين محام للمتهم الذي لم يختر محاميا يدافع عنه. لم يتطرق المشرع السعودي إلى نظام المعونة القضائية كما فعل المشرع الجزائري والمشرع الأردني والمصري، غير أن المشرع الأردني[1] حصر الحق في انتداب محام للمتهم في الجنايات التي عقوبتها الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو الاعتقال المؤبد. بيد أن المشرع الجزائري كان موفقا أكثر، عندما قرر الانتداب في كل الجنايات دون أن يحصره في عقوبة معينة، لأن هذا النظام يدعم حق الأفراد في الاستعانة بمحام في الجرائم الخطيرة، وذلك بالنسبة للذين لا يستطيعون تحمل أتعاب المدافع.

إلزام المحكمة بانتداب محام للمتهم في الجرائم الخطيرة كالجنايات يؤدي إلى تحقيق العدالة والمساواة بين المواطنين في الحماية القانونية، بغض النظر عن حالتهم المادية.[2] لذلك أوجب المشرع الجزائري حضور المتهم إلى محكمة الجنايات مع مدافعه، سواءا اختاره بنفسه أو تكفلت المحكمة بتعيينه حسب المادة 292 ق.إ.ج. هذا الحق مقرر أيضا للمتهم الحدث حسب المادة 67 من القانون رقم 15-12 على: "إن حضور محام لمساعدة الحدث وجوبي في جميع مراحل المتابعة والتحقيق والمحاكمة...."، والقول بوجوبية الدفاع يستتبعه بطلان المحاكمة التي تمت مخالفة لذلك. وتقديرا بأن الاتهام بالجناية امر خطير، ولتجسيد حق الدفاع الذي لا تؤتى ثماره إلا بحضور محام أثناء المحاكمة ليشهد إجراءاتها، وليعاون المتهم. وإذا لم يثبت أن المحامي قد ترافع عن المتهم وقررت المحكمة حجز القضية للحكم وانتهت بإدانة المتهم. تكون إجراءات المحاكمة باطلة.[3]

[1] المادة 208 من أصول المحاكمات الجزائية الأردني:"...على رئيس المحكمة أو من ينيبه من قضاة المحكمة في الجرائم التي يعاقب عليها بالإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو الإعتقال المؤبد أن يحضر المتهم ويسأل منه هل إختار محاميا للدفاع عنه فإن لم يكن قد فعل وكانت حالته المادية لا تساعده على إقامة محام عين له الرئيس أو نائبه محاميا."

[2] عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 161.

[3] حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، صفحة 250.

غير أن استعانة المتهم بالمدافع جوازية في الجنح والمخالفات،[1] وللقاضي مطلق الحرية في إجابة المتهم إلى طلب التأجيل للاستعانة بمحام أو عدم إجابته بحسب ما يبدوا له من الوجوه الموجبة أو المانعة.[2] متى استعان الخصم بمحام أو مدافع وجب على المحكمة أن تستمع إلى مرافعته وتتيح له القيام بمهمته،[3] فإن لم يحضر فإن المحكمة لا تتقيد بسماعه ما لم يثبت أن غيابه كان لعذر قهري،[4] وعلى المحكمة في هذه الحالة أن تمهله الوقت الكافي لتحضير دفاعه أو تكون قد أخلت بحق الدفاع.[5]

يلاحظ أن التشريعات الجنائية اتفقت على ضرورة استعانة المتهم بمحام في الجنايات، وجواز التمتع بهذا الحق في الجنح. لكن حبذا لو أقرت هذا الحق وجوبا أيضا في الجنح، فغالبيتها لا تقل خطورة عن الجنايات، خاصة إذا نظرنا للعقوبات المقررة لها والتي منها ما يكون سالبا للحرية ولمدة لا يستهان ا.

أخذ قانون القضاء العسكري بمبدأ الاستعانة بمدافع أمام المحكمة العسكرية في كل الجرائم، دون تمييز منه بين وصف الأفعال المجرمة من جناية او جنحة او مخالفة. غير أن هذا الحق مقيد بضرورة تقييد المدافع في جدول المحامين، وأن يحصل على إذن من رئيس المحكمة بالنسبة للجرائم الخاصة العسكرية. وهو ما جاء في المادة 18 من قانون القضاء العسكري:" يتولى مهمة الدفاع أمام المحاكم العسكرية المحامون المقيدون في قائمة المحامين أو عسكري مقبول من السلطة العسكرية. أما القضايا المتعلقة بالجرائم الخاصة العسكرية المنصوص عليها في هذا القانون فلا يجوز فيها للمدافع المختار من قبل المتهم أن يحضر مع المتهم أو يدافع عنه أو يمثله سواء كان أثناء التحقيق أو الجلسة ما لم يسمح له بذلك رئيس المحكمة العسكرية الدائمة الناظرة في القضية، وإلا فيعين المدافع من قبل الرئيس". يتضح لنا من نص المادة أن تمتع المتهم ذو الصفة العسكرية بحقه في الاستعانة بمحام مرتبط بموافقة رئيس المحكمة العسكرية على هذا المدافع، بمعنى المخالفة أنه إذا لم تتم الموافقة على المحامي المختار من قبل المتهم فلا تتاح له فرصة الدفاع عنه أمام المحكمة العسكرية، بل يجري تعيينه من قبل رئيس المحكمة العسكرية.

---

[1] هناك استثناء في الجنح يجعل الحق في استعانة المتهم بمدافع وجوبيا إذا كان المتهم مصابا بعاهة تمنعه من الدفاع عن نفسه، وهو ما قررته المادة 02/351 ق.إ.ج:" ويكون ندب مدافع لتمثيل المتهم وجوبيا إذا كان المتهم مصابا بعاهة طبيعية تعوق دفاعه أو كان يستحق عقوبة الإبعاد".

[2] عبد الحميد الشواربي، الإخلال بحق الدفاع"في ضوء الفقه والقضاء"، مرجع سابق، صفحة 214.

[3] أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، الجزء 2، مرجع سابق، صفحة 386.

[4] محمد الطراونة، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 202.

[5] عبد الحميد الشواربي، الإخلال بحق الدفاع"في ضوء الفقه والقضاء"، مرجع سابق، صفحة 214.

إذا ما تم اختيار محام من قبل المتهم أو تم انتدابه من قبل المحكمة، فعندئذ يجب على المحامي أن يطلع على ملف الدعوى لإعداد دفاعه. لأن مهمته هي الدفاع عن موكله، ولا يمكنه ذلك وهو خالي الوفاض عن معلومات تخص الدعوى.[1] نتيجة لذلك لابد من أن يطلع على أوراق القضية، والأدلة التي استند إليها خصم موكله للرد عليها ودحضها.[2]

ما ينتج عن الحق في الاستعانة بمحام، التزام المحامي في متابعة إجراءات المحاكمة، والقيام بعبء الدفاع عن المتهم. حيث نصت المادة 05 من القانون رقم 13-07 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة[3] على:" يقوم المحامي بمثل الأطراف ومساعدتهم وتولى الدفاع عنهم كما يقدم لهم النصائح والاستشارات القانونية". إن لم يقم بذلك كان عرضة لجزاءات تأديبية.[4] لقد قضت محكمة النقض المصرية على وجوب تمكين المحامي من حضور جلسات المحاكمة من أولها إلى آخرها،[5] وحتى تتاح له فرصة مناقشة الشهود بين سمع المحكمة وبصرها كجزء من الدفاع عن الخصم،[6] و تقديم الطلبات وإبداء الدفوع[7] التي يجب على المحكمة الرد عليها ومناقشتها، ومناقشتها، وإلا تعرض حكمها للنقض والإبطال نتيجة لخرقه الإجراءات القانونية الواجبة الإتباع. هذا ما قررته المحكمة العليا الجزائرية: "... حيث أن الدفوع والطلبات من الوسائل الهامة لتحقيق العدالة و أن قضاة الموضوع ملزمون بالرد على هذه الدفوع والطلبات المقدمة كتابيا سلبا أو إيجابا ضمنا أو صراحة وأنه وبالإطلاع على القرار المطعون فيه يتبين وأنه لم يتعرض إطلاقا للمناقشة ما أثير في المذكرة المقدمة وهي نقاط قانونية وموضوعية لها تأثير في مجرى الدعوى ويتعين الرد عليها، مما يشكل إغفالا للفصل في أحد الطلبات، وينجر عن ذلك النقض...".[8] بصفته وكيل الدفاع يجب أن يكون هو أو موكله آخر من يتكلم،[9] لكي لا يحكم عليه قبل أن

---

[1] عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة" دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 159.

[2] عبد الله بن منصور بن محمد البراك، حق المتهم في الدفاع في نظام الإجراءات الجزائية السعودي والمواثيق الدولية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 560.

[3] قانون رقم 13-07 مؤرخ في 24 ذي الحجة عام 1434ه الموافق 29 أكتوبر 2013م يتضمن تنظيم مهنة المحاماة (الجريدة الرسمية رقم 55 مؤرخة في 30 أكتوبر سنة 2013م).

[4] حسن بشيت خوين، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية خلال مرحلة المحاكمة" دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 136.

[5] يقتضي ذلك، أنه في حالة توكيل المتهم لمحام عنه لم يحضر إجراء سماع الشهود، جاز له أن يطلب إعادة سماعهم، وعلى المحكمة إجابته على طلبه، وإلا أعتبر ذلك إخلالا بحق الدفاع. أنظر: أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 484.

[6] رؤوف عبيد، حق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، صفحة 113.

[7] الطلب هو التماس الخصم أمرا من المحكمة، تأييدا لوجهة نظره أو تفنيدا لوجهة نظر خصمه على نحو من شأنه تيسير ممارسة حق الدفاع بصورة صائبة. أما الدفع فهو مكنة يسعى من بيديه الى أن يحكم لصالحه، وبه يرد على إدعاءات خصمه داحضا إياها. أنظر: حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، صفحة 360. أمثلة الطلبات: طلب إجراء تحقيق تكميلي، طلب سماع أحد الشهود. ومن أمثلة الدفوع: الدفع بانتفاء الرابطة السببية بين فعل المتهم والنتيجة، الدفع بوجود سبب من أسباب الإباحة وغيرها.

[8] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2001/09/25م. أنظر: المة القضائية، العدد1، سنة 2002،صفحة 344.

[9] محمد الفاضل، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، الجزء1، مرجع سابق، صفحة 348.

أن تتاح له الفرصة الكاملة للرد على ما أسند إليه، وعلى المحكمة أن تمكنه من ذلك ما لم يتنازل المتهم عن حقه في ذلك.[1]

إضافة إلى ذلك، يجب أن يلتزم المحامي بالمحافظة على أسرار موكله. نصت المادة 13 من القانون المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة على: "يمنع على المحامي إبلاغ الغير بمعلومات أو وثائق تتعلق بقضية أسندت إليه والدخول في جدال يخص تلك القضية، مع مراعاة الأحكام التشريعية التي تقضي بخلاف ذلك.ويجب عليه في كل الحالات أن يحافظ على أسرار موكله وأن يكتم السر المهني". هذا ما أكدته المادة 86 من النظام الداخلي لمهنة المحاماة في نصها على: "يجب على المحامي احترام السر المهني بالنسبة للتصريحات و الوثائق التي تسلمها من موكله تحت طائلة السرية. يعد السر المهني مطلقا ومن النظام العام".[2] من خلال المواد السالفة الذكر، يتضح لنا أن المشرع الجزائري أعتبر حق المتهم في الحفاظ على سرية المعلومات التي يدلي بها إلى مدافعه جزء من حقه في الاستعانة بمحام، وأن هذا الحق من واجب المحامي الحفاظ عليه.

يعتبر التزام المحامي بالحفاظ على السر المهني من الالتزامات القانونية التي لا يجب انتهاكها. لكن قد تستدعي ضرورة الدفاع عن نفسه أمام القضاء أن يكشف عن سر موكله، وهو ما قرره الإجتهاد القضائي الفرنسي،[3] الذي قضى بإمكانية إفشاء المعلومات المتعلقة بالزبون متى كانت في مصلحة المحامي. إذن، في سبيل تحقيق العدالة وعدم إدانة المحامي، يجوز له تقديم المعلومات والوثائق المشمولة بواجب الحفاظ على السر المهني، إن كان ذلك يفيد في إثبات براءته.

الملاحظة التي يجب أن نذكرها، هي أن حضور المحامي مع المتهم لا يحجب حق المتهم في تقديم أوجه دفاعه، والتمسك بكل ما يفيد براءته أو يخفف من مسؤوليته. فالمتهم في الدعوى هو الأصل والمحامي ما هو إلا وكيل عنه.

---

[1] حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، صفحة 263.

[2] قرار مؤرخ في 04 سبتمبر سنة 1995م، يتضمن الموافقة على النظام الداخلي لمهنة المحاماة (الجريدة الرسمية 48 مؤرخة في 14-08-1996م).

[3] أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارها في 1989/05/29م بخصوص قضية تتلخص وقائعها في أن محامين تمت متابعتهما بتهمة النصب والاحتيال على أساس قيامهما بإعداد مشهد تمثيلي مع أحد موكليهما. وتمثل الوضع في التظاهر بوجود تعارض في المصالح بينهما، من أجل إحداث إقناع بوجود قرض خيالي. و أثناء المحاكمة دفع المحامان بأن مجموع المراسلات المتبادلة بينهما و بين زبونهما السابق يجب ان تقدم في الملف، من أجل إثبات براءتهما. لكنهما اصطدما بواجب المحافظة على السر المهني الذي يقيدهما. وعند وصول القضية أمام محكمة النقض قضت بأن:" واجب السر المهني المفروض على المحامي، لا يمنعه من إثبات تبرئة نفسه من التهمة الموجهة إليه والناتجة عن إفشاء زبون لمراسلة متبادلة بينهما. فيمكن للمحامي ان يقدم وثائق عن هذه المراسلة داتها متى كانت ضرورية لمصالحه...."أنظر: نوبري عبد العزيز،الحماية الجزائية للحياة الخاصة "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراة، مرجع سابق، صفحة 385-386.

أما الحق في الاستعانة بمحام في الشريعة الإسلامية يجد تبريره في نظام الوكالة بالخصومة، الذي سبق وأن تطرقنا إليه. لكن هل يجب تعيين محام للمتهم إذا لم يختره بنفسه أو كان معسرا في الشريعة الإسلامية؟ تطرق العلامة ابن فرحون لهذه المسألة عندما أكد على ضرورة تعيين الحاكم لمدافع عن المتهم في قوله: "إذا وقعت الدعوى على حبس أو مسجد أو محجة وجب على الحاكم أن يقيم وكيلا يدفع عنه، فإن وجب عليه حق قضى به وإلا فلا".[1]

إن كانت المصلحة العامة تقتضي بأن لايدان بريء ولا يفلت من العقاب مجرم، فإنها تستدعي بالضرورة أن يستعين المتهم بمحام يساعده على استظهار الحقيقة. هذا مناط الأحكام الشرعية، لذلك يقول الإمام السيوطي: "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"،[2] ويقول العلامة ابن نجيم: "إذا كان فعل الإمام مبنيا على المصلحة فيما يتعلق بالأمور العامة لم ينفذ أمره شرعا إلا إذا وافقه، فإن خالفه لم ينفذ".[3]

الفرع الثاني:الحق في الصمت

إن حق الصمت من حقوق الإنسان وقاعدة جوهرية تتعلق باحترام حريته وكرامته حتى لو كان متهما. يمثل هذا الحق توازنا بين المتهم والسلطة التي يمكنها انتزاع أدلة الإدانة من فمه وضد إرادته.[4] إذا اعتبرنا أن الاستجواب في مرحلة التحريات ممنوع، وفي مرحلة التحقيق الابتدائي ذو طبيعة مزدوجة ، كونه من إجراءات التحقيق التي تهدف إلى جمع الأدلة وهو وسيلة دفاع تمكن المتهم من تفنيد أدلته وتأكيد براءته، فهو يمثل في مرحلة المحاكمة وسيلة من وسائل الدفاع.

إتساقا مع اعتبار الاستجواب وسيلة دفاع، قرر المشرع الجزائري عدم البدء في المرافعة أمام محاكمة الجنايات إلا بعد 8 أيام من سماع المتهم حسب المادة 04/271 ق.إ.ج.[5] الاستجواب إجراء جوهري يترتب على إغفاله أو مخالفة شروطه بطلان الإجراءات التالية، لأنه يتيح الفرصة للمحكمة في التعرف على

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، الجزء الأول، مرجع سابق،صفحة 185.

[2] وهو قول مأخوذ من قول الإمام الشافعي رحمه الله:" منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم".أنظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، صفحة 121.

[3] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، الجزء 1، مرجع سابق، صفحة 106.

[4] محمد خميس، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، صفحة 211.

[5] الاستجواب الذي تقوم به المحكمة قبل المرافعة له طبيعة خاصة، كونه يهدف الى التعرف على هوية المتهم دون طرح أسئلة تخص موضوع الدعوى، لذلك لم يحاط بالضمانات القانونية مثل وجوب حضور محام مع المتهم، أما الاستجواب الذي يتخذ أثناء المرافعة يمكن أن ينس أصل الدعوى عن طريق طرح الأسئلة على المتهم من أجل استكمال التحقيق في الدعوى وهو ما يسمى بالتحقيق التكميلي. وقد أكد المشرع الفرنسي على سلطة المحكمة في استجواب المتهم من خلال المواد 328 و 442 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي.

بيانات المتهم والتحقق من هويته. كما يسمح للمحكمة بإجراء التحقيق التكميلي إذا رأت أن التحقيق في القضية غير واف حسب المادة 276 ق.إ.ج.[1]

من الضمانات المقررة للمتهم أثناء استجوابه هو حقه في الصمت.[2] فللمحكمة الحرية في أن توجه ما تراه مناسبا للمتهم من أسئلة لكشف الحقيقة، وللمتهم الحرية في الإجابة عن تلك الأسئلة من عدمه.[3] إذ نصت المادة 216 في الفقرتين 03 و04 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني: "...إذا رفض المتهم الإجابة يعتبر غير معترف بالتهمة ويأمر رئيس المحكمة بتدوين ذلك في الضبط. إذا أنكر المتهم التهمة أو رفض الإجابة أو لم تقنع المحكمة باعترافه بها، تشرع- المحكمة- في الاستماع إلى شهود الإثبات". يتضح من خلال النص أن التشريع الأردني أعطى للمتهم صراحة الحق في إبداء رأيه من الأسئلة التي توجهها المحكمة سلبا (الامتناع عن الكلام) وإيجابا (حرية المتهم في الكلام)، على ألا تأخذ المحكمة من صمته دليلا ضده، وإنما تتوجه مباشرة إلى البحث عن دليل الإثبات من شهادة الشهود، وهو ما لم نجده في القانون الجزائري، الذي لم ينص صراحة على حق المتهم في الصمت، لكننا لمسنا دلالة استعمال هذا الحق من قبل المتهم في المادة 347 ق.إ.ج: "يكون الحكم حضوريا على المتهم الطليق:...والذي رغم حضوره بالجلسة، يرفض الإجابة...".

أما على الصعيد الفقهي، نجد اختلاف في وجهات نظر فقهاء القانون بين مؤيد لحق الصمت ومعارض له. فقد رأى بعض الفقهاء أنه ليس للمتهم الحق في الصمت وإنما تنحصر حقوقه في الاستجواب بأن يطالب بالضمانات التي احاط المشرع بها الاستجواب، فإن وفرت له فعليه أن يجيب. ومن الفقهاء من كان لهم رأي آخر، حيث اعتبروا أن حق المتهم في الصمت ما هو إلا مظهر من مظاهر حرية المتهم في الدفاع عن نفسه ولا يمكن لأحد أن يسلبه هذا الحق، وأن للمحكمة القدرة في الوصول إلى الحقيقة بوسائل مشروعة متعددة تفوق قدرة الفرد.[4]

---

[1] أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، الجزء 2، مرجع سابق، صفحة 392.

[2] المقصود بالصمت الذي نحن بصدد دراسته هو امتناع المتهم عن الكلام بإرادته دون أن يكون هناك عائق طبيعي يمنعه من الكلام كأن يكون مثلا أبكما أو أصما. وبالتالي يتخذ المتهم موقفا سلبيا من الأسئلة التي تطرحها عليه المحكمة فيرفض الإجابة عنها.

[3] عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة" دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 164.

[4] أنظر:حسن بشيت خوين، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية خلال مرحلة المحاكمة" دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 133.أنظر أيضا: سامي صادق الملا، إعتراف المتهم، الطبعة الثانية، 1975، المطبعة العالمية، القاهرة، مصر، صفحة 203. أيضا: محمد خميس،الإخلال بحق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، صفحة 219.

وأكثر من ذلك، يرى جانب من الفقه أنه يمنع على المحكمة منا قشة المتهم لأنا قد تؤدي إلى إرباكه. هذا أمر ممنوع إجراؤه وعليه فالمتهم حر فيما يفيد به، وحر في أن يمتنع عن الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه. لذا عليها فقط أن تسمع إفادته وتستجوبه دون مناقشته.[1]

نتيجة لذلك لا يجوز للمحكمة أن تجبر المتهم على الكلام ويحق له الامتناع عن الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه،[2] ولا يؤخذ من سكوته دليلا ضده.[3] فللمتهم أن يتخذ السلوك الذي يراه مناسبا لتحقيق دفاعه،[4] ومن حقه عدم إكراهه للشهادة ضد نفسه والاعتراف بالذنب،[5] ولا يمكن للمحكمة أن تجبره على تقديم مستند أو شيء في حيازته يؤدي إلى إدانته.[6] عبرت عن ذلك المادة 03/14 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية: "ألا يكره على الشهادة ضد نفسه أو على الاعتراف بذنبه". كما أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على أن استخلاص دلالات ضد المتهم بسبب التزامه الصمت ينتهك مبدأ افتراض البراءة و امتياز عدم تجريم النفس، إذا ما استندت الإدانة إلى صمت المتهم.[7]

هذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ1967/01/21م، حيث أكدت أن مبدأ قرينة البراءة من المبادئ الأساسية في الإجراءات الجنائية والتي تقوم على إعطاء الحرية الكاملة للمتهم في اختيار وسائل دفاعه. قام على هدى هذه المبادئ حق المتهم في الدفاع عن نفسه وأصبح مقدسا يعلو على حقوق الهيئة الاجتماعية التي لا يضيرها تبرئة مذنب بقدر ما يؤ ذيها ويؤذي العدالة معا إدانة بريء.[8]

تطبيقا للقاعدة الفقهية "لا ينسب لساكت قول"، يجب ألا يؤخذ سكوت المتهم قرينة ضده. يجب على القاضي أن لا يبني قناعته بالإدانة على صمت المتهم،واعتباره إقرارا ضمنيا ع لى صحة الام.كذلك، لا مجال لتطبيق قاعدة "السكوت في معرض الحاجة بيان"، فقد عدد الفقيه ابن نجيم الحالات التي تطبق فيها هذه

---

[1] عبد الأمير العكيلي، سليم إبراهيم حربة، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء2، مرجع سابق، صفحة 125.

[2] حسن بشيت خوين، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية خلال مرحلة المحاكمة" دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 132.

[3] محمد الطراونة، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 205.

[4] عبد الستار سالم الكبيسي، ضمانات المتهم قبل و أثناء المحاكمة" دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 736.

[5] منظمة العفو الدولية، دليل المحاكمة العادلة، الطبعة العربية الثانية، مرجع سابق، صفحة 130.

[6] محمد خميس، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، صفحة 213.

[7] منظمة العفو الدولية، دليل المحاكمة العادلة، الطبعة العربية الثانية، مرجع سابق، صفحة 131.

[8] موفق علي عبيد، سرية التحقيقات الجزائية وحقوق الدفاع، مرجع سابق، صفحة 242.

القاعدة وهي 37 تطبيقا، وذكر أن سكوت المدعى عليه ولا عذر به إنكار. لم يأخذ بهذه القاعدة جمهور الفقهاء، ومعمول ا في قضاء الخلاصة.[1]

إتماما للحق في الدفاع يجب عدم تحليف المتهم اليمين تأكيدا لصحة قوله، باعتباره حرا فيما يقول.[2] إذ أن تحليف المتهم اليمين يشكل تعديا معنويا على حرية المتهم في دفاعه، ويضعه في موقف فيه من الحراجة ما تدفعه إما لإدانة نفسه أو لوقوعه في عذاب الذات وتأنيب الضمير، بسبب كذبه في الحلف لأجل الابتعاد عن الإدانة وتعرضه للعقاب.[3]

تتفق الباحثة مع هذه الرؤيا باعتبار تحليف المتهم أسلوبا للضغط على المتهم وخروجا عن قاعدة البراءة. الأصل أن المتهم بريء ولا يمكن مطالبته بتقديم دليل براءته ولا إجباره على الكلام، وعلى من يدعي خلاف ذلك تقديم الدليل. عوضا أن تقوم المحكمة بالبحث عن دليل الإثبات لدى المتهم وتعترض على سكوته، أو تقوم بتحليفه اليمين، وجب عليها البحث بنفسها عن الدليل ومعرفة الحقيقة. للمتهم مطلق الحرية في اختيار الكلام أو الصمت ويحظر تحليفه اليمين، احتراما لحريته في الدفاع عن نفسه.

أما عن ما ورد في الشريعة الإسلامية بخصوص تحليف المتهم اليمين، فقد أجمع فقهاؤها على عدم توجيه اليمين للمدعى عليه في جرائم الحدود، وهي حقوق خالصة لله تعالى.[4] أما عدا ذلك من قضايا الأموال الأموال يتم تطبيق قاعدة" البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر".[5]

---

[1] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، الجزء1، مرجع سابق، صفحة 130-131. أنظر أيضا: السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، صفحة 142.

[2] حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، صفحة 263.

[3] عبد الستار سالم الكبيسي، ضمانات المتهم قبل و أثناء المحاكمة" دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 737.

[4] عوض عبد الله أبو بكر، نظام الإثبات في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، صفحة 73.

[5] أجمع فقهاء الشريعة على أن يكون نطاق تطبيقها في قضايا الأموال، ومعنى القاعدة أن عبء إثبات الدعوى يقع على المدعي.الذي عليه أن يقدم البينة على صحة دعواه، كأن يحضر شاهدان أو شاهد ويمين. أما إذا لم يكن للمدعي بينة على دعواه فلا يحكم له. حسب قول النبي (صلى الله عليه وسلم): «لو يعطى الناس بدعواهم لأدعى قوم دماء قوم و أموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه». يثبت لنا من الحديث الشريف، أنه لا يحكم للمدعي في دعواه ما لم يقدم البينة، وإنما يوجه القاضي اليمين للمدعى عليه. فإن حلف اليمين حكم له القاضي مؤقتا حتى يتمكن المدعي من إثبات حقه.

لكن ما هو مصير الدعوى إذا نكل المدعى عليه(أي إمتنع عن أداء اليمين التي وجهها له القاضي)؟

إذا نكل المدعى عليه عن اليمين بعد أن طلبها القاضي منه، انقسم الفقهاء إلى ثلاثة آراء كما يلي:

الرأي الأول: إذا نكل المدعى عليه عن اليمين، لا ترد اليمين إلى المدعي وإنما على القاضي أن يحكم على المدعى عليه بالنكول. وهو مذهب أبي حنيفة و فقهاء الحنابلة.

الرأي الثاني: إذا نكل المدعى عليه عن اليمين فلا يقضي القضي عليه بالنكول، ولا يرد اليمين الى المدعي. ولكن يحبس المدعى عليه حتى يجيب إما بإقرار أو بإنكار يحلف معه. وهذا قول في مذهب أحمد، و أحد رأيين لفقهاء الشافعية. وقول ابن أبي ليلى.

الرأي الثالث: إذا نكل المدعى عليه عن اليمين فلا يقضي القضي عليه بالنكول، بل ترد اليمين الى المدعي، فإن حلف قضي له. فيستحق المدعي المدعى به بيمينه، لا بنكول المدعى عليه. أما إن لم يحلف المدعي صرفهما القاضي. وهو مذهب جمهور الفقهاء(مالك و أحمد والشافعي) وبه قال الاوزاعي، وشريح وابن سيرين، وهو مروي عن ابن عمر

صفوة الكلام، بالرغم من تقرير حق الصمت للمتهم خلال المحاكمة، غير أن موقفه السلبي قد يؤثر في تكوين قناعة القاضي. لاسيما وأن مناقشة المتهم للأدلة وإجابته على الأسئلة لها دور إيجابي في إظهار الحقيقة، التي تنشدها المصلحة العامة. فعلى المتهم المساهمة في تحقيق العدالة بإبداء رأيه بحرية تامة، وتوضيح أوجه دفاعه والسعي إلى الاستفادة من الضمانات المقررة له في فترة المحاكمة.

المطلب الثالث: تسبيب الأحكام وحق الطعن فيها

ينتهي التحقيق النهائي بإصدار المحكمة لحكمها الحائز لحجية الأمر المحكوم فيه، والذي يصدر في جلسة علنية حسب المادتين 309 و314 ق.إ.ج في الجنايات، والمادة 355 ق.إ.ج في الجنح والمخالفات. سواء كانت المرافعة سرية أو علنية كما ذكرت المادة 285 ق.إ.ج. الحكم الجنائي هو كل قرار تصدره المحكمة في الدعوى العمومية إبان نظرها أو لوضع حد لها،[1] فهو ينطوي على إبداء المحكمة لرأيها في موضوع الدعوى بشكل حاسم.[2] ينقسم الحكم إلى ثلاثة أقسام حسب ما جاءت به المادة 02/310 ق.إ.ج:"... ينطق بالحكم بالإدانة أو بالإعفاء من العقاب أو بالبراءة". نستشف من منطوق المادة أن الحكم قد يكون بالإدانة او البراءة او بالإعفاء من العقاب، فالحكم بالإدانة هو نتيجة تا كد هياة المحكمة من صحة الإتهام الموجه للمتهم ، أما البراءة فهي النهاية الطبيعية لانتفاء الا ام عن المتهم، ويكون الإعفاء من العقاب في الحالات التي ينص عليها قانونا.

يشترط لصحة الحكم[3] أن يكون مسببا. يقصد بتسبيب الأحكام ذكر الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي استندت إليها المحكمة في تكوين قناعتها بالحل الذي تضمنه حكمها، مع الإشارة إلى النصوص

وعلي والمقداد بن الأسود، وأبي كعب و زيد بن ثابت.أنظر: محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، صفحة 253. أنظر أيضا: عوض عبد الله أبو بكر، نظام الإثبات في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية، مرجع سابق، صفحة 74.

[1] أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، صفحة 461.

[2] عبد الأمير العكيلي، سليم إبراهيم حربة، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء2، مرجع سابق، صفحة 167.

[3] اشترط القانون بالإضافة إلى النطق بالحكم في جلسة علنية ضرورة تدوينه في محضر يوقع عليه رئيس وكاتب الجلسة، ويكون الحكم باطلا إذا لم يوقع عليه رئيس الجلسة أما إغفال الكاتب للتوقيع لا يعرض الحكم إلى البطلان، بل يكفي توقيع الرئيس والإشارة إلى ذلك.و بعد التوقيع تودع نسخة من الحكم لدى قلم كتاب محكمة الجنح أو المخالفات في أجل ثلاثة أيام لكي يتمكن الأطراف من استخراج نسخة من الحكم حسب المادتين 314 و380 ق.إ.ج. يحتوي الحكم على الديباجة والمنطوق والأسباب. وقد ذكرت المادة 01/314 ق.إ.ج مجموعة من البيانات التي يجب أن يحتويها الحكم لكي يكون صحيحا وهي:1- بيان الجهة القضائية التي أصدرت الحكم،

2- تاريخ النطق بالحكم،

3- أسماء الرئيس و القضاة المساعدين والمساعدين المحلفين و ممثل النيابة العامة، وكاتب الجلسة، والمترجم إن كان ثمة محل لذلك،

4- هوية وموطن المتهم أو محل إقامته المعتادة،

5- اسم المدافع،

6- الوقائع موضوع الا ام،

7- الأسئلة الموضوعة والأجوبة التي أعطيت عنها وفقا لأحكام المواد 305 وما يليها من هذا القانون،

القانونية التي أثارها النزاع.[1] يهدف التسبيب إلى الكشف عن مدى التزام المحكمة وهي تطبق لضمانات المحاكمة المنصفة،[2] كما يدعم الثقة في نزاهة القاضي، حيث يقف الخصوم على الأسباب التي حملت القاضي على الأخذ بوجهة نظر دون أخرى.[3] لذلك كان القاضي ملزما بذكر الأسباب والأدلة التي اعتمدها ليصل بقناعته إلى الحكم الذي أصدره.

يضاف إلى ذلك، يسمح تسبيب الأحكام الجنائية لقضاء النقض بممارسة رقابته على صحة تطبيق القانون على وقائع الدعوى. فلولا التسبيب لما كانت هناك وسيلة لإلغاء الأحكام المبنية على الاقتناع المخالف للقانون.[4] أكد الدستور الجزائري على ضرورة تسبيب الأحكام في المادة 162 منه: "تعلل الأحكام القضائية، وينطق بها في جلسات علنية". فتسبيب الحكم ضمانة دستورية تكفل للمتقاضين الحق في محاكمة عادلة، ويكون الحكم الغير مسبب عرضة للطعن بالنقض و البطلان.

نص قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على أن تسبيب الأحكام يعتبر ضمانة لتحقيق العدالة، وهو ما احتوته المادة 379 ق.إ.ج في نصها على:" كل حكم يجب أن ينص على هوية الأطراف وحضورهم أو غيابهم في يوم النطق بالحكم. ويجب أن يشتمل الحكم على أسباب و منطوق. تكون الأسباب أساس الحكم، ويبين المنطوق الجرائم التي تقرر إدانة الأشخاص المذكورين أو مسؤوليتهم أو مساءلتهم عنها. كما تذكر به العقوبة ونصوص القانون المطبقة والأحكام في الدعاوى المدنية. ويقوم الرئيس بتلاوة الحكم". اعتبر القانون أن تسبيب الأحكام الصادرة في الجنح والمخالفات ضروري، دون الجنايات التي يكتفي ذكر البيانات التي نصت عليها المادة 314 ق.إ.ج.[5] نصت المادة 485 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي على ذكر الأدلة

8- منح أو رفض الظروف المخففة،

9- العقوبة المحكوم بها و مواد القوانين المطبقة دون حاجة لإدراج النصوص نفسها،

10- إيقاف التنفيذ إذا كان قد قضي به،

11- علنية الجلسات أو القرار الذي أمر بسريتها و تلاوة الرئيس للحكم علنا،

12- المصاريف.

[1] عمار بوضياف،المحاكمة العادلة في النظام الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، صفحة 55.

[2] أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 513.

[3] أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، صفحة 470.

[4] حسن بشيت خوين، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية خلال مرحلة المحاكمة" دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 170.

[5] يكفي في حكم محكمة الجنايات أن يتضمن البيانات المنصوص عليها في المادة 314 ق.إ.ج تحت طائلة البطلان. وهذا ما قضت به المحكمة العليا في مجموعة من القرارات التي اصدرها نذكر منها:" متى كان من المقرر قانونا أنه يجب أن يثبت حكم محكمة الجنايات الذي يفصل في الدعوى العمومية مراعاة الإجراءات الشكلية المقررة قانونا، كما يجب أن يشمل فضلا عن ذلك ورقة الأسئلة الموضوعة والأجوبة التي أعطيت عنها وفقا لأحكام المواد 305 وما بعدها من ق.إ.ج، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لإجراءات جوهرية في القانون.

وإذا كان من المحقق فعلا أن الحكم المطعون فيه لا يتضمن في صلبه الأسئلة المطروحة على محكمة الجنايات ولا الأجوبة المعطاة عنها، وإضافة إلى ذلك يلاحظ أن ورقة الأسئلة التي هي المصدر الأساسي للحكم في الدعوى العمومية لا توجد ضمن أوراق الملف ولم يشر إليها إطلاقا في كشف كاتب الضبط المرفق في الملف، فإن مخالفة أحكام هذا المبدأ

والوقائع التي أوصلت القاضي إلى إثبات الجريمة **أو نفيها على المتهم كما** اعتبر القانون الفرنسي التسبيب **شرطا ضروريا لصحة الحكم وإلا تعرض للبطلان.**[1] **على غرار ذلك، نص** التشريع الأردني في المادة **182 من** أصول المحاكمات الجزائية الأردني **على:** "يجب أن **يشتمل الحكم النهائي على العلل والأسباب الموجبة له وأن تذكر فيه المادة القانونية المنطبق عليها الفعل وهل هو قابل للاستئناف أم لا".**

أما بالنسبة للقضاء العسكري الجزائري، فهو لا يشترط التسبيب. **حيث تصدر أحكامه خالية من التسبيب حسب المادة 176 من قانون القضاء العسكري، سواء كانت الجريمة جناية أو جنحة** أو مخالفة. **متفقا مع** القانون العام الذي لم يشترط التسبيب في الجنايات واعتبرها ضرورية في **الجنح والمخالفات.** في حين تأتي الصيغة الفاصلة في الدعوى العسكرية وفي الجنايات في شكل إجابات عن الأسئلة اعتبر **ت بمثابة تعليل للأحكام .**

ننوه أن تسبيب الأحكام في الشريعة الإسلامية ليس شرطا من شروط صحة الحكم. **فمن خلال** بحثنا في كتب الفقه الإسلامي لم نجد رأيا **يؤكد على ضرورة تسبيب الأحكام** ولم **نقف على من أقر بمنع التسبيب، ما يؤكد** لنا انها مسالة جوازية متروكة **لاختيار القاضي، و ألا من المسائل الاجتهادية** التي تخضع في **تقريرها للمصلحة.**

للتسبيب علاقة بالطعن في الأحكام. **سبق و أن أشرنا أن التسبيب يتيح المال للهيئات القضائية الأعلى درجة، من مراقبة الأحكام الجنائية** وصحة ما ذكر فيها من الوقائع والعقوبات المقررة لها،[2] **وذكر** الظروف التي اخذ بها القاضي **سواء المخففة أو المشددة، و**النص القانوني المطبق دون **التطرق** إلى محتواه، **والرد على الطلبات والدفوع المقدمة،**[3] **مع ضرورة وضوح الأسباب وعدم غموضها. لا يمكن أن يؤدي نظام الطعن**

تكون محققة و مؤسسة قانونا مما يستوجب معه نقض الحكم المطعون فيه".أنظر: قرار المحكمة العليا الجزائرية الصادر بتاريخ 1984/04/03م ، المة القضائية، العدد 02، 1989م، صفحة 230.

أنظر أيضا: قرار المحكمة العليا الصادر في 1984/11/06م ، المة القضائية، العدد 1، 1989م، صفحة 311.

أنظر أيضا: قرار المحكمة العليا الصادر في 1987/01/13م ، المة القضائية، العدد 3، 1990م، صفحة 217.

[1] Art 485 : « Tout jugement doit contenir des motifs et un dispositif. Les motifs constituent la base de la décision. Le dispositif énonce les infractions dont les personnes citées sont déclarées coupables ou responsables ainsi que la peine, les textes de loi appliqués, et les condamnations civiles. Il est donné lecture du jugement par le président ou par l'un des juges… ».

[2] قضت المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الصادر بتاريخ 1987/03/10م على بطلان حكم محكمة الجنايات **لعد ذكر الوقائع موضوع الا ام** في حكمها القاضي بإدانة المتهم.أنظر: المة القضائية، العدد 04، 1991م، صفحة 245.

[3] **قضت المحكمة** العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2001/09/25م أن محكمة الجنايات ملزمة بالرد على الدفوع والطلبات المقدمة . أنظر: المة القضائية، العدد 1، سنة 2002م،صفحة 344.

في الأحكام دوره في فحص الأحكام الجنائية ما لم يكن الحكم مسببا. فالتسبيب هو الصورة التي تعكس لنا مدى إصابة القاضي في اعتماده على وقائع صحيحة، وصحة فهمه للنص. لا يخفى علينا أن القاضي إنسان طبيعي ليس معصوم من الوقوع في الخطأ، إذا ما أصدر حكمه بعد استخلاص الحقيقة من وقائع غير متماسكة، أو أخطأ في فهم النص القانوني بخلاف ما قصده المشرع، علاوة على إمكانية إغفاله لبعض الإجراءات الجوهرية، ما يجعل من حكمه معيبا.

لهذا الأمر يجب أن لا يبقى الحكم المعيب على حالته، بل قرر القانون مجموعة من الوسائل التي تمكن المحكوم عليه للتظلم من الحكم أمام ذات المحكمة التي أصدرته، أو أمام محكمة أعلى منها بقصد إبطاله أو إلغائه أو تعديله لمصلحته.[1] لذلك ارتأت أغلب التشريعات الجنائية[2] فسح المال أمام أطراف الدعوى للطعن في الحكم، وإعادة الأمور إلى نصابها، وتصحيح القصور الموضوعي أو القانوني الذي قد يشوب الحكم ليصبح عنوانا لحقيقة لا تقبل المناقشة.[3]

حرصت الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان على وجوب تمكين المتهم من الطعن في الأحكام القضائية، ومن أمثلة ذلك ما نص عليه العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في المادة 05/14 منه على: "من حق كل متهم يدان بارتكاب فعل جنائي أن يلجأ إلى محكمة أعلى درجة لمراجعة حكم الإدانة الصادر ضده والعقوبة المقررة عليه".

نظم المشرع الجزائري الحق في الطعن في قانون الإجراءات الجزائية ضمن المواد من 409-438 و495-531. وحصر طرق الطعن في: العادية وهي المعارضة والاستئناف، والتي تهدف إلى إعادة موضوع الدعوى العمومية وإصدار حكم فيه، ويجوز سلوكهما مهما كانت أسباب الطعن. أما الغير عادية وهي النقض والتماس إعادة النظر، التي تهدف إلى مراقبة مدى تطبيق القانون أكثر من إعادة التصدي للموضوع، ولم يجزهما القانون إلا لأسباب محددة،[4] أين تلتزم فيها الجهة القضائية المطعون أمامها بالتثبت من توافر أحد أسباب الطعن الجائزة لقبولها، كأن يثار وجه يتعلق بخرق الأشكال الجوهرية في الإجراءات أو انعدام السبب. إضافة إلى هذه الطرق في الطعن، تنفرد النيابة العامة لدى المحكمة العليا بالطعن لصالح القانون.

---

[1] محمد الطراونة، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 206.

[2] ومن هذه التشريعات قانون الإجراءات الجزائية المصري في المواد 398 -402-441 من القانون رقم 150 لسنة 1950م. وأصول المحاكمات الجزائية الأردني في المواد 184- 198- 256 الصادر بتاريخ 1961م.

[3] حسن بشيت خوين، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية خلال مرحلة المحاكمة" دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 178-179.

[4] احمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، الجزء 3، مرجع سابق، صفحة 477.

تميز القضاء العسكري الجزائري بأنه قضاء من درجة واحدة. لذلك يعتبر الطعن بالنقض المنفذ الوحيد للتعبير عن عدم الرضا بالحكم، والذي يسمح باللجوء إلى المجلس الاعلى ليعيد النظر في الحكم العسكري حسب المادة 180 من قانون القضاء العسكري. كما أعتمد هذا القانون على طريق الطعن بالمعارضة في الحكم الغيابي و طريق التماس إعادة النظر.

تفردت الشريعة الإسلامية في نظام الطعن بالأحكام، عندما أعطت الحق للقاضي بمراجعة حكمه أو قضائه دون طلب من الخصوم متى أدرك الخطأ وأراد أن يراجعه. قال القرافي: "إذا قضى فيما أختلف فيه ثم تبين له الحق في غير ما قضى به رجع عنه".[1] وماذكره عمر (رضي الله عنه) في كتابه إلى قاضيه أبي موسى الأشعري: "...ولا يمنعنك قضاء قضيته أمس فراجعت اليوم فيه عقلك و هديت فيه لرشدك أن تراجع الحق قديم لا يبطله شيء ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل...".[2]

إذا كان النظام الجنائي الإسلامي يجيز للقاضي مراجعة حكمه لمخالفته نصا في الكتاب أو السنة أو الإجماع. فلا شك أنه يمنح ذات المكنة لأطراف الدعوى الجنائية إذا ثبت التجاوز أو الخرق من جانب القاضي.[3] فمن حق الخصوم أن يظهروا عدم رضاهم بالحكم وا امه بالميل عن وجه الصواب عن طريق القدح فيه بأي وجه من وجوه الخطأ في الحكم، سواء من حيث تقدير الأدلة أو بسبب القصور في تقديم الخصوم لبيا نام، أو الدفاع عن حقوقهم.[4] مما لاشك فيه أن الشريعة الإسلامية عرفت طرق الطعن العادية والغير العادية، لكنها معروفة بأحكامها ولا س بمسميا ا.[5]

---

[1] عمار بوضياف، المحاكمة العادلة في النظام الجنائي الإسلامي و المواثيق الدولية"دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 59.

[2] ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، الجزء 1،مرجع سابق، صفحة 68.

[3] عمار بوضياف، المحاكمة العادلة في النظام الجنائي الإسلامي و المواثيق الدولية"دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 61.

[4] غير أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يجيزوا حق الخصوم في الطعن إلا بتوفر المسوغات الشرعية. فلا يكفي أن يتضرر الخصم من الحكم بل لابد أن يخالف الحكم لنص في القرآن الكريم ومثاله أن يحكم القاضي في السرقة بقتل السارق وهذا مخالف لقوله تعالى:" **والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله و الله عزيز حكيم**"(**المائدة: 38**)، أومخالفته للسنة النبوية كأن يحكم على رجل بكر متهم بالزنا بالقتل وهو مخالف للحديث الشريف، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:"**البكر بالبكر جلد مائة وتغريب سنة الثيب بالثيب جلد مائة والرجم**"، أو مخالفته للإجماع كأن يحكم القاضي في القصاص بالقتل عند عفو أهل القتيل وقد أجمع علماء الأمة على أن العفو ينقل العقوبة من القصاص إلى الدية، أو مخالفة الحكم للقياس كما لو حكم القاضي في جريمة السب بالقطع قياسا على السرقة فنا محل للطعن لعدم توافر العلة الجامعة بينهما. أنظر: عبد الله بن منصور بن محمد البراك، حق المتهم في الدفاع في نظام الإجراءات الجزائية السعودي والمواثيق الدولية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 537-539.

[5] -المعارضة: يقول فيها ابن قدامة:" وإن قدم الغائب بعد الحكم فجرح الشهود بأمر كان قبل الشهادة بطل الحكم، وإن جرحهم بأمر بعد أداء الشهادة أو مطلقا، لم يبطل الحكم ،ولم يقبله الحاكم، لأنه يجوز أن يكون بعد الحكم، فلا يقدح فيه.وإن طلب التأجيل ثلاثا، فإن جرحهم وإلا نفذ الحكم. وإن ادعى القضاء أو الإبراء، فكانت له به بينة، وإلا حلف الآخر، وينفذ الحكم".وهو دليل على أحقية الغائب الذي حكم القاضي في غيابه، أن يرجع له لإعادة النظر في الدعوى إما بإلغاء الحكم أو تعديله.أنظر: ابن قدامة المقدسي،المغني، مرجع سابق،الجزء10، صفحة 96.

-الاستئناف: يدل عليه حكم علي (رضي الله عنه) في حادثة الزبية. فقد روي عن الإمام أحمد عن حنش عن علي قال: بعثني رسول الله(صلى الله عليه وسلم) إلى اليمن، فانتهيت الى قوم قد بنوا زبية(الزبية هي حفرة تحفر للأسد والصيد لكي يقعوا فيها) للأسد. فبينما هم كذلك يتدافعون إذ سقط رجل فتعلق بآخر، ثم تعلق رجل بآخر، حتى صاروا فيها أربعة فجرحهم الأسد فانتدب له رجل بحربة، فقتله، وماتوا من جراحتهم كلهم، فقاموا أولياء الأول إلى أولياء الأخر فأخرجوا السلاح ليقتتلوا، فأتاهم علي على تفيئة

من جميع ما تقدم، يمكن القول أن الحق في تسبيب الأحكام والحق في الطعن هما من الحقوق المتفرعة عن حق المتهم في **الدفاع عن نفسه أمام الجهات القضائية، وضمانة تحمي حقوق المتهم،** الذي قد يعتبر **الحكم** الابتدائي إجحافا في **حقه، ولرفع الظلم عليه أتيحت له فرصة الدفاع عن حقوقه أمام الجهات الأعلى درجة.** لا عبرة في الضمانات **المقررة خلال المحاكمة لو أهدر** الحق في الطعن، **الذي يرتبط ارتباطا وثيقا بالقوا**نين الجزائية المطبقة في **الظروف العادية**، غير أن الظروف غير العادية **أو الحالات الاستثنائية** من سماها انتهاكها للحق في الطعن.

ذلك (أي على أثره)، فقال: **أتريدون أن تقاتلوا ورسول الله(ص)** حي؟ إني أقضي بينكم قضاء إن رضيتم فهو القضاء، وإلا حجز بعضكم عن بعض حتى تأتوا النبي**(صلى الله عليه وسلم) فيكون هو الذي يقضي** بينكم فمن عدا بعد ذلك فلا حق له، أجمعوا من قبائل الذين حفروا البئر **ربع الدية وثلث الدية ونصف الدية و الدية كاملة، فللأول الربع،** لأنه هلك من فوقه، وللثاني ثلث الدية، وللثالث نصف الدية، فأبو أن يرضوا.**فأتوا** النبي **(صلى الله عليه وسلم) وهو عند مقام إبراهيم، فقصوا عليه القصة، فقال:**«**أنا أقضي بينكم**» واحتبى، فقال رجل من القوم: إن عليا قضى فينا، فقصوا عليه القصة، فأجازه رسول الله **(صلى الله عليه وسلم). أنظر:**أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، **تحقيق:**أحمد محمد شاكر،الجزء1، الطبعة الأولى، 1995م،**دار الحديث، القاهرة، صفحة** 412.**أنظر:** أحمد عجاج كرمي، الإدارة في عصر الرسول صلى الله عليه **وآله وسلم، الطبعة** الأولى،1427ه، **دار السلام، القاهرة، صفحة**231-232.

-**النقض: يقول ابن فرحون** :"أن العلماء نصوا على أن حكم القاضي لا يستقر في أربعة مواضع وينقض، وذلك إذا وقع على خلاف الإجماع، **أو القواعد، أو النص الجلي أو** القياس".**أنظر:** ابن فرحون، تبصرة الحكام في **أصول الأقضية ومناهج الأحكام، الجزء** 1، **مرجع سابق، صفحة** 78.

-**التماس إعادة النظر: حكم عمر (رضي الله عنه)** على قصاب وجد في خربة ، وبيده سكين ملطخة بالدم وبين يديه قتيل يتخبط في دمه. **فأمر بقتله. ولما تأكد القاتل الحقيقي من جدية الحكم على القصاب سلم نفسه لعلي رضي الله عنه، وسرد له كيف قتل الضحية بغية الحصول على ماله. أنظر:** ابن قيم **الجوزية، الطرق الحكمية، مرجع سابق، صفحة** 51. ومن خلال قضية القصاب التي حكم فيه عليا بقتل الرجل القصاب وبعد أن ظهر القاتل الحقيقي عدل عن حكمه في القصاب وعفى عنه، بعدما تأكد من حقيقة الأمر بظهور القاتل الحقيقي. يتضح لنا أن النظام الجنائي الإسلامي أخذ بالطعن عن طريق التماس إعادة النظر.

البـاب الثاني

ضمـانات حق الدفـاع في الظروف الاستثنائية

بينا في الباب الأول من هذه الأطروحة ضمانات حقوق الدفاع في الظروف العادية، هذه الظروف التي لا يمكن أن تتميز بالثبات والدوام، لتنعم من خلالها البلدان بالسلام والأمن والاستقرار على وتيرة واحدة. قد يتعرض أمن البلاد إلى تهديد ناتج من ظروف استثنائية تضطر معها الدولة إلى معالجة الوضع بطريقة حاسمة وسريعة، ما يدفعها إلى الخروج عن بعض قواعد القانون العادي إلى قوانين استثنائية، تستطيع بموجبها اتخاذ التدابير اللازمة للسيطرة على زمام الأمور والحفاظ على كيانها وامنها. لكن من شأن هذه التدابير الاستثنائية تعطيل العمل ببعض ضمانات حق الدفاع، حيث ينتج عن تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية اتساع صلاحيات السلطة التنفيذية في مواجهة هذه الظروف على حساب الحقوق و الحريات التي يتم التضييق منها. تصير الأولوية الأولى لدى الدولة –في هذه الحالة– هي حماية النظام العام، والذي لولاه لما كفلت الحريات العامة حسب المقولة المشهورة لشارل بيجي Charles Péguy[1]: "النظام Ordre، والنظام وحده هو الذي يصنع الحرية. أما الفوضى فهي الاستكانة، ونظام الحرية هو وحده الشرعي".

أمام هذا التناقض الذي يبين من جهة ضرورة حماية النظام العام على أساس أنه الضامن للحريات، وأمام التضييق من هذه الحريات بدافع حماية النظام العام وأمن الدولة واستقرارها، والمفترض أن حماية النظام تقتضي بالضرورة حماية الحريات دون المساس بها بالتقييد او السلب **تحقيقا للتوازن المطلوب لحماية النظام العام** والحريات في آن واحد. **يمكننا التساؤل: ما مدى شرعية النظام الذي يقيد الحريات ويضغط** عليها في سبيل **مواجهة الظرف الاستثنائي ومن أجل** ضمان استمرارية سير المرفق العام؟

للإجابة عن هذا التساؤل يجب البحث في آثار نظرية الظ**روف الاستثنائية على الحريات الفردية، ومعرفة نطاق ممارسة حقوق الدفاع خلال الظروف الاستثنائية** التي تبيح التضحية بأهم ضمانات **حق الدفاع** و**المتمثل** في مبدأ المشروعية. **يمكن** لهذه الضمانات **أن تتأثر أثناء الأزمات** في إطار **المشروعية الاستثنائية**

[1]. هو كاتب ومفكر فرنسي ولد في مدينة أورليان Orléans الفرنسية في يناير 1873 وعرف باسمين مستعارين بيار دولوار Pierre Deloire وبيار بودوان Pierre Baudoin. ناضل كثيرا مع الاشتراكيين بعد تلقن المعرفة والفكر من معلمه هنري باركسون Henri Bergson. وهذه الجملة مأخوذة من كتابه "النقود" L'Argent ص. 67. أنظر: أوسكين عبد الحفيظ، الحريات الأساسية في ظل الظروف الاستثنائية بين الحراك السياسي والميزان القانوني "دراسة مقارنة على ضوء المعطيات الجزائرية"، مداخلة ألقيت في الجامعة الأردنية سنة 2014، صفحة 01.

المتمخضة عن الضرورة، حيث تتيح للدولة استبدال القوانين العادية بقوانين اخرى استثنائية صالحة لمجابهة الظروف المستجدة، والتي يفترض أن تكون قوانين عادلة تحترم الحريات وحقوق الدفاع وألا تكون وسيلة بيد الدولة تتذرع لا لانتهاك الحقوق والتقييد من الحريات حيث تصل إلى حد التحكم والطغيان.

إن تحديد هذه المسألة يتطلب منا بداية تحديد النطاق النظري لنظرية الظروف الاستثنائية، لمعرفة مدلول هذه النظرية والأساس التي تقوم عليه، وتمييزها عن بعض النظريات التي تتفق معها في خروجها عن مبدأ المشروعية وخرقها لمبدأ الرقابة القضائية. نبين بعد ذلك الآثار الناتجة من تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية، مع دراسة التجربة الجزائرية وكيفية تصديها للحالات الاستثنائية. بعد كل ما سبق ذكره، يتسنى لنا البحث في الفصل الثاني عن نطاق تطبيق الضمانات الدستورية لحق الدفاع في الظروف الاستثنائية، وحدود تأثيرها وانعكاساتها على ضمانات المحاكمة العادلة والتي ياتي في صدارها حقوق الدفاع.

الفصل الأول

نظرية الظروف الاستثنائية

تمهيد: الأصول التاريخية للظروف الاستثنائية

أثارت الأصول التاريخية لنظرية الظروف الاستثنائية العديد من النقاشات الفكرية بين الكتاب والفقهاء. فقد أوعز بعض الفقهاء أصل الظروف الاستثنائية إلى الشريعة الإسلامية، حيث تقوم هذه النظرية على أساس القاعدتين الأصوليتين"الضرورات تبيح المحضورات"[1] و"الضرورة تقدر بقدرها".[2] حيث تستند النظرية إلى الضرورة، وأن الحكم التكليفي ينقسم إلى عزيمة[3] ورخصة، ويقصد بالرخصة الأحكام التي شرعها الله بناءا على أعذار العباد و رعاية حـ لجـ ام كإباحة الفعل المحرم عند الضرورة والحاجة. كما أن قواعد قانون العقوبات تجري على أنه لا جناح على شخص خالف أحكامه لضرورة وقاية نفسه أو ماله من خطر جسيم على وشك الوقوع.[4] وبذلك يكون هذا الرأي قد خالف كل التوجهات التي ترى بأن النظرية من خلق مجلس الدولة الفرنسي ويقول:"...بأن التشريع الإسلامي عرف هذه النظرية وطبقها تطبيقا تعجز عنه النصوص القائمة ثلاثة عشر قرنا قبل أن تظهر على ألسنة فقهاء فرنسا".[5]

أحال البعض الآخر أصل الظروف الاستثنائية إلى مجلس الدولة الفرنسي، إذ اعتبرت هذه النظرية مولودة في أحضان الحرب العالمية الأولى في حكمين صادرين عن مجلس الدولة الفرنسي، الذي أطلق عليها تسمية نظرية سلطات الحرب. إذ رأى مجلس الدولة الفرنسي أن الحرب محدثة ومنشئة لحالة الظروف الاستثنائية

---

[1] معنى هذه القاعدة الأصولية أنه إذا نزل بالإنسان احتياج ملجئ كالجوع المميت يباح له أكل الميتة والأكل من مال الأجنبي بغير رضاه ونحو ذلك من الممنوعات وقت الرخاء والسعة والاختيار. ومن ثم جاز أكل الميتة عند المخمصة وإساغة اللقمة بالخمر والتلفظ بكلمة الكفر للإكراه ودفع الصائل ولو أدى إلى قتله.أنظر:محمود الشربيني، القضاء في الإسلام، مرجع سابق، صفحة 75.

ومن القواعد الأصولية التي تنطبق على نظرية الظروف الاستثنائية القاعدة" ماجاز لعذر بطل بزواله" وتعني إذا زالت حالة الضرورة بطل إباحة الممنوع.أنظر: محمود الشربيني، القضاء في الإسلام، مرجع سابق،صفحة 76.

اي انه إذا زالت الحالة الاستثنائية التي دعت الدولة الى تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية يجب ان نرجع الامور الى نصابها ، فما علق العمل به خلال الظرف الاستثنائي يعاد العمل به بعد إنتهاء الحالة الاستثنائية، ومن ذلك مبدأ المشروعية العادية (ليست المشروعية الموسعة في الحالة الاستثنائية).

[2] سبق وأن تعرضنا لتعريف القاعدة الفقهية"الضرورة تقدر بقدرها" في الباب الأول من الأطروحة، وللمزيد من التفاصيل يمكن الرجوع إلى الصفحة 118.

[3] عرف الأستاذ بول أبو العين العزمة على أنها:" قصد الشيء قصدا مؤكدا فهي الأحكام التي شرعها الله تعالى إبتداءا لتكون قانونا عاما لكل المكلفين في جميع الأحوال كالصلاة والصوم والحج والزكاة وسائر شعائر الإسلام".أنظر: عبد الله مرسي سعد، القضاء الإداري ومبدأ سيادة القانون"دراسة مقارنة بالشرائع الوضعية"، رسالة دكتوراه، 1972م، جامعة الإسكندرية ، مصر، صفحة 235-254.

[4] عدنان عمرو، القضاء الإداري الفلسطيني ومبدأ المشروعية، نيسان 2001، صفحة 58.

[5] عبد الله مرسي سعد، القضاء الإداري ومبدأ سيادة القانون"دراسة مقارنة بالشرائع الوضعية"، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة233.

التي تبرر توسيع صلاحيات الإدارة العامة.[1] أيده في هذا الرأي - أن النظرية ذات منشأ قضائي فرنسي- آخرون من الدارسين والباحثين في هذا المال.[2]

غير أن للأستاذ الدكتور أوسوكين عبد الحفيظ رأيا مخالفا لما قيل عن الجذور التاريخية للظروف الاستثنائية، والتي جعل منها نظرية رومانية الأصل. حيث قال أن فكرة الظروف الاستثنائية وجدت في العصر الذهبي للإمبراطورية الرومانية عندما لاحظ سيسرون[3] Cicéron أن إنقاذ الأمة لا بد أن يمر ولو بالدوس على القانون "salus populi suprema lex esto". كما أشار الكاتب "فوستيل دي كولانج" Fustel De Coulanges في كتابه" المدينة القديمة La Cité Antique " عن انتهاك السلطات لكل القيم والحريات في سبيل تحقيق المصلحة العامة بقوله:"إن القدماء لم يعرفوا الحرية في حياهم الخاصة....وكانت شخصية الفرد

[1] كان موقف الدكتور علي خطار شطناوي واضحا بشأن إسناد أصل النظرية الى القضاء الفرنسي لكنه عارض مسألة ربط نظرية الظروف الاستثنائية بتوسيع صلاحيات الإدارة في ظل هذه الظروف والتي جعلها نظرية مستقلة بذاتها. حيث يرجع أصل نظرية الظروف الاستثنائية الى القضاء أما نظرية توسيع صلاحيات الإدارة فهي ذات أصل تشريعي سواء كان القانون العادي أو الدستور، وبذلك تتمتع كلتا النظريتين بوجود مستقل هذا من جهة. من جهة اخرى يعتبر الدكتور ان نظرية الظروف الاستثنائية تشكل تهديدا على مبدا المشروعية لانها تسمح للإدارة بالتدخل في ميادين مختلفة نظرا لعدم القدرة على تحديد مضمونها مسبقا، مما يسمح للقضاء الإداري ان يمتلك حق تحديد مضمونها وتعديله بصفة مستمرة بالتوسيع أو التضييق.اما نظرية صلاحيات الإدارة في الظروف الاستثنائية فهي لا تشكل إعتداء او تهديد لمبدا المشروعية، طالما ان القانون قد توقع تلك الظروف وحدد تلك الصلاحيات وما الأثر الناتج عن ذلك هو حلول تشريع محل تشريع آخر فقط .حيث يتعين تطبيق التشريعات الاستثنائية بحذر شديد على الوقائع التي لا شك انها تعرض أمن الدولة للخطر.أنظر: علي خطار شطناوي،القضاء الإداري الأردني، الطبعة الأولى، 1995،مطبعة كنعان، عمان،الأردن،صفحة 116-119.

لكننا نرى أن التوسيع من صلاحيات الإدارة ليست نظرية مستقلة وإنما هي أثر لتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية ،حيث يستلزم الحفاظ على كيان الدولة وأمنها التوسيع من صلاحيات الإدارة وتكينها من صلاحيات استثنائية لمواجهة الأخطار ودرء الأضرار. فتعتبر تصرفاتها غير مشروعة في الظروف العادية مشروعة ومسموح بها في الظروف الإستثنائية.

[2] ميز الدكتور جميل يوسف قدورة كتكت بين نظرية سلطات الحرب ونظرية الظروف الاستثنائية، فبالرغم من اعتباره نظرية سلطات الحرب كانت اللبنة الأولى لتأسيس نظرية الظروف الاستثنائية، إلا أنه وضح فيما بعد ضيق نظرية سلطات الحرب واعتمادها على الحرب كمبرر وحيد لها.بينما لا تقتصر نظرية الظروف الاستثنائية على الحرب وحدها كظرف استثنائي بل تستوعب كل الأزمات الاقتصادية و المالية وأحوال الاضطرابات العامة، كالثورات والفتن والتهديد بالإضراب العام وغيرها من الكوارث القهرية.أنظر:جميل يوسف قدورة كتكت، نطاق الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراه، 1986-1987م، جامعة القاهرة، مصر، صفحة 03-04-05.

يرى الدكتور ممدوح عبد الحميد أن نظرية الظروف الاستثنائية جاءت كمحاولة من مجلس الدولة الفرنسي(من خلال حكمه الصادر في 1915/06/30م في قضية General Verrier والحكم الصادر في 1915/08/06 م قضية Delmotte et Jenmartin) في مساندة السلطات الحكومية خلال الظروف العصيبة التي مرت بها الدولة الفرنسية خلال الحرب العالمية الاولى. حيث صيغت النظرية تحقيقا للصالح العام وسميت في بادئ الأمر "نظرية سلطات الحرب" ثم "نظرية الظروف الاستثنائية"، وبمقتضى هذه النظرية أصبحت تصرفات الإدارة بصفة عامة وهيئات الضبط الإداري بصفة خاصة خلال الظروف الاستثنائية مشروعة رغم خروجها عن الحدود القانونية.أنظر:ممدوح عبد الحميد، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية"سلطات البوليس في قوانين الطوارئ" دراسة مقارنة، 1992م، صفحة38.

رجح الأستاذ سعدون عنتر الجابي في رسالته المقدمة لنيل درجة الماجستير الرأي القائل بأن نظرية الظروف الاستثنائية من وضع مجلس الدولة الفرنسي، والذي كان يرغب بشدة أزر الإدارة وتقويتها وقت الحرب عندما رآى عجز القوانين النافذة آنذاك عن تمكين الإدارة الفرنسية من مواجهة متطلبات الحرب القائمة، فأعتبر أعمالها التي تتخذ لحماية البلاد والدفاع عنها اعمالا مشروعة ، بالرغم من كونها غير مشروعة في الظروف العادية. أنظر: سعدون عنتر الجنابي، أحكام الظروف الاستثنائية في التشريع العراقي، رسالة ماجستير، 1981م، منشور من قبل وزارة الثقافة والإعلام، صفحة 54.

[3] سيسرون أو كما يسميه البعض شيشرون، هو خطيب روما و فيلسوفها الشهير والمعروف بتقديمه المصلحة العامة على كل الاعتبارات حيث يعرف العدالة بأنها:" إيتاء كل ذي حق حقه دون المساس بالصالح العام".أنظر: صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، صفحة216.

ذات قيمة ضئيلة إذا قورنت بالسلطة الصارمة التي تكاد أن تكون مقدسة. وكان المعتقد هو أن الواجب يقضي على كل من الأخلاق والعدالة والحقوق، وأن تفسح كلها الطريق لصالح الوطن".[1]

فضلا عن ذلك، أحال الأستاذ الدكتور أوسكين بناء النظرية التقني و القانوني إلى فرنسا في شكل "صلاحيات الحرب" التي تدرعت بها الإدارة الفرنسية، ثم توسعت إلى حالات "ما بعد الحرب"، وتطورت شيئا فشيئا خلال الأزمات، وبعدها عم مفهومها وأصبحت تطبق كلما كان التقيد بأحكام الشرعية العادية يؤدي إلى اضطراب النظام العام.[2]

نحن نلمس في هذا الرأي الصواب، حيث عرفت الإمبراطورية الرومانية في العصر العلمي (هو العصر الممتد بين اية العهد الجمهوري وبداية العهد الإمبراطوري) القوانين الاستثنائية. فكانت من صلاحيات البريتور (وهو الحاكم القضائي الذي يفصل في المنازعات والدعاوى القضائية) أن يصدر القوانين التي كانت تعرف "بالمنشور البريتوري" الذي ينقسم إلى: المنشور الدائم والمنشور الطارئ. يختص المنشور الطارئ بتعديل أحكام المنشور الدائم بسبب بعض الظروف المستجدة والطارئة، لتجعل من أحكام المنشور الدائم غير صالحة للتطبيق.[3] يحمل هذا القانون الاستثنائي على إباحة الجرائم والإعفاء من العقاب في حالة الضرورة مراعاة للمصلحة العامة. يقول شيشرون (Cicéron): "إن الضرورة تعد سببا من أسباب الإباحة وأن المصلحة الأعلى يلزم أن تغلب"، ويعطي مثالا على ذلك: "إذا تعلق انان بخشبة النجاة فإنها يجب ان تترك إلى الشخص الذي يمثل أهمية أكبر بالنسبة للدولة".[4] بل ذهب الرومان إلى أبعد من ذلك عندما عملوا على تعيين حاكم خاص غير عادي (Magistrat extraordinaire) بجانب الحاكم العادي، يعهد إليه بسلطات واسعة لمواجهة الأزمات والظروف الصعبة. كانت سلطات هذا الحاكم تصطبغ بالصفة العسكرية المحضة لاستخدامها ضد الأعداء الموجودين داخل الدولة، باعتباره السلاح الذي نجح ضد الأعداء خارجها.[5] اذا نكون قد وافقنا برأينا ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور أوسكين عبد الحفيظ، فلا يمكن النعي على هذا التراث التاريخي على أنه مجرد نظريات فلسفية، إذ يقدم لنا التاريخ دليلا على امتداد جذور نظام الظروف الاستثنائية إلى تلك العصور الغابرة.

---

[1] محمد فتحي عثمان، المدخل إلى التاريخ الإسلامي، مرجع سابق، صفحة 106.

[2] أوسكين عبد الحفيظ، الحريات الأساسية في ظل الظروف الاستثنائية بين الحراك السياسي والميزان القانوني "دراسة مقارنة على ضوء المعطيات الجزائرية"، مرجع سابق، صفحة 6.

[3] محمد سليمان شبير، تاريخ النظم القانونية، مرجع سابق، صفحة 172-173.

[4] إبراهيم زكي أخنوخ، حالة الضرورة في قانون العقوبات، 1969م، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،صفحة 18.

[5] زكريا محمد عبد الحميد محفوظ، حالة الطوارئ" في القانون المقارن وفي تشريع الجمهوريةالعربية المتحدة"، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة22.

إذن وبالرغم من تواتر الآراء التي تجعل من المصدر التاريخي للظروف الاستثنائية هو الشريعة الإسلامية أو القضاء الفرنسي. إلا اننا عدنا بهذه النظرية إلى أصولها الأولى وهو القانون الروماني، غير أنه لم يطبقها تطبيقا دقيقا كما فعلت الشريعة الإسلامية وسنبين ذلك لاحقا. هذا الأمر ليس بجديد على هذه الشريعة التي أتقنها الله عز وجل كما فعل بكل شيء خلقه، فهو القانون الإلهي الذي لا تشوبه شائبة. ولا يمكننا أن نغفل عن دور القضاء الفرنسي في صقل نظرية الظروف الاستثنائية ورسم حدودها ومجال تطبيقها، كنظرية مستقلة قائمة على مجموعة من الحوادث التي قد تطرأ على الدولة وتهدد أمنها، ليكون نتاجها اعتبار بعض التصرفات الإدارية غير المشروعة -التي تمس حقوق وحريات الأفراد- مشروعة لأنها تهدف إلى المحافظة على المصلحة العامة والأمن العام.

المبحث الأول: مدلول الظروف الاستثنائية وأسسها

المطلب الأول: مدلول الظروف الاستثنائية

يرتبط مدلول الظروف الاستثنائية بفكرة المحافظة على النظام العام أو كفالة سير المرافق العامة.[1] فإذا طرأت ظروف غير عادية على الدولة مثل: الحروب الأهلية أو الدولية، أو الفياضات أو الزلازل أو غيرها من الكوارث الطبيعية، أو حالات الانفلات أو الانقلاب الأمني، أو انتشار مرض أو وباء يهدد الصحة العامة للمواطنين،[2] تتخذ الدولة -في سبيل المحافظة على النظام العام- تدابير عاجلة أو إجراءات استثنائية لا تسمح بها قواعد القانون المقررة في الظروف العادية، لتضطر إلى التحلل من بعض القواعد المقررة في القوانين المنظمة للحرية حتى تفسح المال أمام قواعد أخرى أكثر تقييدا وتضييقا للحرية.[3]

من خلال بحثنا عن مفهوم للظروف الاستثنائية حاولنا الرجوع إلى النصوص القانونية، لمعرفة ما إذا كان المشرع الجزائري قد وضع مفهوما لها، غير أننا لم نجد نصا دستوريا ولا تشريعيا يوضح ماهية الظروف الاستثنائية. تبين لنا أن عزوف المشرعين في وضع تعريف محدد مرده هو نسبية هذه الظروف، فما يمكن اعتباره ظرفا استثنائيا في مكان وزمان معينين قد لا يكون كذلك في مكان آخر وزمان مغاير.[4] لذا كانت الظروف الاستثنائية مسألة تتعلق بالواقع، ولمعرفة مفهومها كان مردنا لتعريفات الفقهاء.

---

[1] جميل يوسف قدورة كتكت، نطاق الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراة، مرجع سابق، صفحة06.

[2] فادي نعيم جميل العلاونة، مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمانات تحقيقه، رسالة ماجستير، 2011، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، صفحة 66.

[3] أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 552.

[4] مثلا في بداية تاريخ الدولة الاسلامية كان ظهور الوباء يسبب عزل المنطقة وتقييد حرية التنقل داخل وخارج البلاد(كما حدث مع عمر رضي الله عنه، حيث وفي زمن خلافته كان ذاهبا إلى الشام ليتفقد أحوال المسلمين، وهو في الطريق وصل إليه خبر انتشار وباء الطاعون في الشام ، فقرر الخليفة العودة إلى المدينة وقال لمن كان معه" نفر من

الظروف الاستثنائية هي مركب إضافي يتكون من كلمتين **هما: الظروف، الاستثنائية. والظروف لغة:** جمع ظرف، والظرف هو المبهم والمؤقت و **يسمى** المحدود، واتفق القوم على أن المبهم من الزمان ما لم يعتب له حد ولا كماية كالحين، والمحدود منه ما اعتبر فيه ذلك كاليوم والشهر.[1] **الظرف من الظرفية** أي حلول الشيء في غيره حقيقة.[2] **والظرف هو وعاء كل شيء،**[3] **والخليل** يسميها ظروفا والكسائي **يسميها المحال والفراء يسميها** الصفات والمعنى واحد. **وقالوا: إنك** لغضيض الطرف نقي الظرف، يعني بالظرف وعاءه.[4]

استثنائي: اسم منسوب إلى **استثناء:** غير معتاد، شاذ، طارئ. **إذن الحالات الاستثنائية لا تؤخذ كمقياس للحكم العام** لكونها حالة نادرة تخرج عن الإطار العام المتعارف عليه لشيء ما، فهي غير عادية.[5] **هذا أهم ما** ورد في كتب اللغة من تعريف كلمتي ظرف واستثنائي.

على هذا الأساس فإن الظروف الاستثنائية تعني الحالة التي تخرج عن الأصل العام أو الحكم العام، **وتعرف عند فقهاء الشريعة الإسلامية:** "بالحالة التي يتعرض فيها **الشخص** إلى الخطر في دينه **أو نفسه أو عقله أو عرضه أو ماله** فيلجأ من أجل تخليص نفسه إلى مخالفة الدليل الشرعي الثابت" **،كما أن: "لا تقتصر على** حالة الضرورة التي تصيب الأفراد **بل تنطبق على حالة الضرورة** التي تتعرض لها الدولة وتهدد كيانها او مصالحها **الأساسية،** فلا فرق بين إعمال حالة الضرورة في نطاق الأفراد وبين إعمالها في مجال الدولة سوى في أن الضرورة إذا كانت في نطاق الافراد قد تقتضي التخفيف والتيسير، إلا انها بالنسبة للدولة الإسلامية قد تفرض اتخاذ

قدر الله إلى قدر الله") ، لكن بعد ذلك بعصور شهدنا إنتشار وباء أنفلونزا الطيور والخنازير في العديد من الدول التي لم تعلن عن تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية ولم تقيد حركة التنقل داخل وخارج الدول، فقد كان بمقدور هذه الدول مواجهة وصد هذا الظرف دون الحاجة للخروج عن القواعد القانونية العامة وفرض قيود على حريات وحقوق الأفراد.

[1] محمد **بن علي التهانوي، كشاف إصطلاح الفنون والعلوم، مراجعة: رفيق العجم، تحقيق:**علي دحروج، نقل النص الفارسي إلى العربية: **عبد الله الخالدي، الجزء 02، الطبعة** الأولى، 1996م، مكتبة لبنان الناشرون، بيروت، لبنان، صفحة 1147.

[2] **رينهارت** بيتر آن دوزي، تكملة المعاجم العربية، ترجمة وتعليق: محمد سليم النعيمي وجمال الخياط، الجزء 07، الطبعة الأولى، من 1979-2000م، **وزارة الثقافة والاعلام للجمهورية العراقية، العراق، صفحة** 119.أنظر أيضا: علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، تحقيق: جماعة العلماء، الطبعة الأولى، 1983م، دار الكتب العلمية،بيروت، لبنان، **صفحة** 143. زين الدين محمد المدعو: المناوي القاهري، التوقيف على مهمات التعاريف، الطبعة الأولى، 1990م، عالم الكتاب، القاهرة، مصر، صفحة 230. عبد النبي **نكري، دستور العلماء"** جامع العلوم في اصطلاحات الفنون، ترجمته من الفارسية: حسن هاني فحص، الجزء 02، الطبعة الأولى، 2000م، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، **صفحة** 207. إبراهيم مصطفى وأحمد الزيات وحامد عبد القادر وأحمد النجار، المعجم الوسيط، الجزء 02، **مرجع سابق، صفحة** 576.

[3] **أبو الحسين الرازي، معجم مقاييس اللغة، الجزء** 03، **مرجع سابق، صفحة** 474. **محمد بن احمد الهروي، كهديب اللغة، تحقيق:** محمد عوض مرهب، الجزء 14،الطبعة الأولى، 2001م، دار إحياء التراث الغربي، بيروت، لبنان، صفحة 268. زين الدين الحنفي الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، صفحة 196.أبو عبد الرحمن الفراهيدي البصري، **كتاب العين، الجزء** 08، **مرجع سابق، صفحة** 157.

[4] **محمد بن احمد الهروي، كهديب اللغة، تحقيق:** محمد عوض مرهب، الجزء 14، **مرجع سابق، صفحة** 267. أنظر أيضا: ابن **منظور، لسان العرب، الجزء** 09، **مرجع سابق، صفحة** 229.

[5] أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، **الجزء** 01، **الطبعة** الأولى، 2008م، عالم الكتاب، صفحة 332.

إجراءات استثنائية كتقييد الحريات أو اتخاذ إجراءات رادعة أو تشديد العقوبات على غير ذلك مما تفرضه الضرورة لحفظ كيان الدولة الإسلامية ومصالحها الأساسية".[1]

الظروف الاستثنائية لدى فقهاء القانون هي: "مجموعة من الحالات الواقعية التي تنطوي على أثرين، يتمثل أولهما بوقف سلطة القواعد القانونية العادية بمواجهة الإدارة العامة، ويتمثل الثاني منهما في بدء خضوع قرارات الإدارة إلى مشروعية خاصة او استثنائية يحدد القضاء الإداري فحواها ومضمونها".[2] اعتبر الأستاذ الدكتور أحمد فتحي سرور الظرف الاستثنائية بأنها: "حالة من الواقع تتطلب-بالنظر إلى خصوصيتها غير العادية- الإفلات من تطبيق قواعد القانون العادي، فالطابع غير العادي أو الاستثنائي لهذه الحالة من الواقع لا تتلاءم معها القواعد المطبقة في الظروف العادية؛ فالقواعد القانونية تشير إلى السلوك الإنساني الذي يمكن إتباعه بما يتفق مع هذا الواقع، وهو ما يتطلب وجود قواعد قانونية تنظم الظروف غير العادية التي لا تصلح أدوات القانون العادي للتجاوب معها، باعتبار أن القانون هو وليد المجتمع".[3]

من خلال ما تم ذكره سلفا، يتضح لنا أن الظروف الاستثنائية هي مجموعة من الحوادث غير العادية التي تهدد وجود الدولة واستقلالها، أيا كانت صورة هذه الظروف وأيا كانت طبيعتها داخلية أو خارجية. لكن لا بد ألا تتميز بالدوام وأن تكون مؤقتة وإلا كانت العواقب غير محمودة. تدفع هذه الظروف بالمشرع إلى تنظيمها في نصوص الدستور وفي القوانين التشريعية أو بإحدى الوسيلتين أو بكليهما، لتنظيم عمل السلطات خلال الإعلان عن الظرف الاستثنائي وبيان صلاحياتها الجديدة والاستثنائية، كما يوضح أثر هذه الظروف على الحريات والحقوق الفردية، خاصة وأن تقييد حريات الأفراد أمر لا محال. يعتبر الظرف الاستثنائي شرطا لازما لتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية، والتي من نتائجها تطبيق المشروعية الاستثنائية وتوسيع صلاحيات الإدارة لدفع الضرر وتحقيق المصلحة العامة.

الظرف الاستثنائي هو المبرر الأساسي لهجر القواعد القانونية، ومن منطلق عدم القدرة على حصر الظروف الاستثنائية، فقد وضع الفقه معيار تحديد الظرف الاستثنائي في كل حالة تنطوي على خطر حقيقي سواء كانت حالة واقعية أو قانونية. لتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية يجب أن يتعذر مواجهة الظرف

---

[1] عبد الجبار الطيب، السلطة المالية لولي الأمر على الأفراد في الظروف الاستثنائية" دراسة في الفقه الدستوري الإسلامي"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 26، جوان 2012م، جامعة محمد خيضر بسكرة، صفحة 62.

[2] علي خطار شطناوي، القضاء الإداري الأردني، مرجع سابق، صفحة 115.

[3] أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 552.

الاستثنائي بإتباع القواعد القانونية العادية. لأن تحقيق الصالح العام يستلزم خروج الإدارة على قواعد القانون العادي واستبدالها بقواعد استثنائية، يعني أنه إذا وجدت وسيلة قانونية أو دستورية تستطيع أن تواجه المخاطر التي تهدد الدولة فإنه يجب الرجوع إلى تلك الوسيلة، أما إذا كانت تلك الوسائل عاجزة عن مواجهة تلك المخاطر فإن اللجوء إلى الوسائل غير العادية وتطبيقها يصبح أمرا لا غنى عنه.[1]

في هذا الصدد قررت المحكمة الإدارية العليا بمصر في أحد أحكامها: "إن سلطة الحكومة في هذا المال ليست ولا شك طليقة من كل قيد، بل تخضع لأصول وضوابط، فيجب أن تقوم حالة واقعية أو قانونية تدعو إلى التدخل، وأن يكون تصرف الحكومة لازما لمواجهة هذه الحالة بوصفه الوسيلة الوحيدة لمواجهة الموقف". وفي قرار آخر لها تقول: "وجب أن يكون تدخل الإدارة لأسباب جدية تبرره، فالمناط والحالة هذه في مشروعية القرار الذي تتخذه الإدارة، وهو أن يكون التصرف لازما لمواجهة حالات معينة من دفع خطر جسيم يهدد الأمن والنظام، باعتبار هذا الإجراء الوسيلة الوحيدة لمنع هذا الضرر وللقضاء الإداري حق الرقابة على قيام هذا المسوغ أو عدم قيامه".[2] ومنه يجب أن تتصرف الإدارة خارج إطار المشروعية العادية في الفترة الزمنية التي يتحقق فيها وجود ظرف استثنائي، وأن يكون خروجها هذا هو السبيل الوحيد لرد الخطر عن الدولة. يجوز أن تكون التدابير المتخذة من قبل الإدارة و التي تعتبر غير مشروعة في الظروف العادية مشروعة في الظروف الاستثنائية،[3] على أن تخضع في تصرفاتها لرقابة القضاء، والا تتجاوز في تصرفاتها الحدود اللازمة لمواجهة الحالة الشاذة،[4] وإلا كنا أمام دولة بوليسية منتهكة للحريات دون مبررات جدية، وأن ترعى في ذلك تحقيق المصلحة العامة.[5]

---

[1] جميل يوسف قدورة كنكت، نطاق الشرعية الإجرائية في الظروف الإستثنائية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 96.

[2] سعدون عنتر الجنابي، أحكام الظروف الاستثنائية في التشريع العراقي، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 68-70-71.

[3] أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 556.

[4] يجب ان لا تتجاوز السلطة في تصرفاتها القدر اللازم للدفاع عن أمنها والمعروف بقاعدة التناسب، التي تعني ضرورة تناسب تصرفات الإدارة الشاذة والغير مشروعة في الحالة العادية مع الحد اللازم والتي يسمح لها بمعالجة الظرف وحماية مصالحها المهددة وإلا كانت قراراتها معيبة وقابلة للإلغاء والتعويض. فالضرورة تقدر بقدرها ولا يسمح بإنتهاك حقوق وحريات الأفراد التي تحميها قواعد المشروعية العادية إلا بالقدر الذي تقتضيه مواجهة الظرف الشاذ أو العاجل.أنظر:عدنان عمرو، القضاء الإداري الفلسطيني" مبدأ المشروعية"، مرجع سابق، صفحة 72-73.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بهذا المبدأ في حكمها الصادر بتاريخ 1957/04/13م بأن:" للحكومة عند قيام حالة استثنائية تمس الأمن والطمأنينة سلطة تقديرية واسعة لتتخذ من التدابير السريعة الحاسمة ما تواجه به الموقف الخطير، إذ بقدر الخطر الذي يهدد الأمن والطمأنينة بقدر ما تطلق حريتها في تقدير ما يجب اتخاذه من إجراءات وتدابير تصون الأمن والنظام، ولا يتطلب من الإدارة في مثل هذه الظروف الخطرة ما يتطلب منها في الظروف العادية من الحيطة والدقة والحذر، حتى لا تفلت الزمام من يدها". أنظر:عبد الله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة" القضاء الإداري"، 1979-1980م، المطبعة الجديدة، دمشق، سوريا، صفحة 38.

[5] قضت محكمة العدل العليا الأردنية في حكم لها بأن:"...فكرة المحافظة على السلامة العامة تمثل المعيار الحقيقي والسليم التي ترتكز على أساسه التدابير الاستثنائية المنصوص عليها في هذه المادة...".

كما قضت محكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها:" إذا كانت حالة الضرورة تتطلب منح الإدارة سلطات واسعة تمكنها من اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة ولو كانت مخالفة للتشريع القائم فإن ذلك مشروط بأن يكون الغرض من هذه الإجراءات هو تحقيق المصلحة العامة".أنظر:منير عادل مسعود أبو مغلي، صلاحيات الضابطة الإدارية في الظروف الاستثنائية"دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير،1999م، الجامعة الأردنية، الأردن، صفحة 46.

المطلب الثاني: أساس نظرية الظروف الاستثنائية

ذكرنا سابقا أن الجذور التاريخية للظروف الاستثنائية تمتد إلى القانون الروماني، **حيث اعترف الرومان بضرورة تشريع قوانين خاصة تتلاءم والظروف الاستثنائية**، أمام عجز القوانين العادية في حماية كيان الدولة **من خطر الظروف المستجدة**. لكننا لم نغفل دور الشريعة الإسلامية والقضاء الفرنسي في صقل هذه النظرية، **كنظرية** مستقلة لها أبعادها وآثارها وكيفية معالجتها حماية للنظام العام.

لذلك نجد أن أغلب الفقهاء والكتاب قد أجمعوا على أن الأساس الذي **ترتكز عليه نظرية الظروف الاستثنائية هو نظرية الضرورة**، التي كان للإسلام الفضل في إرسائها، **ليضيف القضاء الفرنسي** في تشييدها **القانوني** كنظرية شملت كل فروع القانون، دون أن ننسى دور الفقه الألماني في الدفاع عن نظرية الضرورة كأساس **تباح من خلاله أعمال الإدارة** غير **المشروعة**.

الفرع الأول: نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية

حرص الشارع الإسلامي على تأكيد فكرة الضرورة، وقرر الأصوليون في فقه الشريعة **أن الضرورات تبيح المحظورات. عند الضرورة تباح الأفعال المحرمة**،كإباحة الفطر في رمضان أو أكل الميتة أو شرب الخمر عند الإكراه أو شيء من ذلك.[1] **وعليه من كان معرضا للموت من الجوع فله أن يأكل الميتة، ومن خشي على نفسه الهلاك عطشا له أن يشرب الخمر. لقد فسر رسول** الله صلى الله عليه وسلم شروط قيام الضرورة في **حالة الجوع** "بأن يأتي الصبوح والغبوق ولا يجد ما يأكله" أي يجيء عليه الصباح والمساء بدون طعام.[2] فالتحريم **أتى من أجل** حماية مقاصد الشريعة الخمس: **حفظ النفس والنسل والمال والعقل والدين.**[3] **لذا فلا تباح الأفعال المحرمة إلا** للضرورة استنادا لقوله**تعالى: ﴿اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾. (سورة النحل: 115).** بينت الآية أن الضرورة في الشرع الإسلامي ليست فقط من أسباب امتناع العقاب بل أيضا تبيح الفعل فتجعله مشروعا.[4] **تحقيقا للمصلحة الضرورية الكلية.**

---

[1] عبد الله مرسي سعد، القضاء الإداري ومبدأ سيادة القانون"دراسة مقارنة بالشرائع الوضعية"، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 253.

[2] ابراهيم زكي أخنوخ، حالة الضرورة في قانون العقوبات، مرجع سابق، صفحة 15.

[3] الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، مرجع سابق، صفحة 10.

[4] وهي الفاصل المميز بين الضرورة والإكراه، فالضرورة **سبب من أسباب الإباحة أي تجعل الفعل المحرم مباح وتسقط التكليف، أما الإكراه** فلا يسقط التكليف لكن يخلي الفاعل من العقاب فقط ويظل الفعل إثما في حد ذاته.**أنظر:** ابراهيم زكي أخنوخ، حالة الضرورة في قانون العقوبات، مرجع سابق، صفحة15-17.

المصلحة الضرورية عند الإمام الشاطبي هي التي: "إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج وفوت حياة...والحفاظ عليها يكون بأمرين، أحدهما: ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها. والثاني: ما يدرأ عنها الإخلال الواقع أو المتوقع فيها".[1] فالمصلحة الضرورية الكلية هي التي يطلق عنها فقهاء الإسلام المعاصرين "النظام العام"، والتي تقدم على كل المصالح الأخرى عند التعارض، إذ تقدم رخصة من العزيمة وتستغرق بذلك النظم والتدابير الاستثنائية التي تعد خروجا عن النظم القانونية العامة للظروف العادية.[2]

من النصوص الشرعية التي دلت على حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكُمْ فِسْقٌ الْيَوْمَ يَئِسَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (سورة المائدة:3). في هذه الآية الكريمة عدد الله سبحانه وتعالى بعض المحرمات من الطعام، ثم أردف ذلك باستثنائه من التحريم حالة المضطر في مخمصة، اي في مجاعة سواء كانت المجاعة عامة كهدد جميع من يوجدون في مكان معين او كهدد المكلف خاصة لوجوده في مكان لا يجد فيه طعاما حلالا، فأستثني سبحانه هذا الفرض من التحريم ومؤداه أن صار الطعام المحرم في هذا الفرض حلال، أي صار الطعام مباحا.[3]

من تطبيقات نظرية الضرورة في الإسلام امتناع الرسول صلى الله عليه وسلم تنفيذ حد السرقة في زمن الحرب. حسب ما رواه ابو داوود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد كهى عن قطع الايدي في الغزو، لانه قد يترتب عليه غالبا ما هو أشد من السرقة كأن يلتحق السارق بدار الحرب ويطلع الأعداء على بعض أسرار جيش المسلمين، فكان تاخير الحد سدا للدريعة وانفع للجاني والمجتمع.[4]

[1] الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، مرجع سابق، صفحة 8.

[2] حلمي الدقدوقي ونجيب مفتاح، الرقابة القضائية على مشروعية قرارات الاعتقال"الصادرة وفقا لقانون حالة الطوارئ"، 1992م، صفحة 30.

[3] محمود نجيب حسني، الفقه الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، صفحة 290.

[4] عبد الله مرسي سعد، القضاء الإداري ومبدأ سيادة القانون"دراسة مقارنة بالشرائع الوضعية"، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 259.

إمتدت تطبيقات نظرية الضرورة إلى عهد الصحابة، وذلك بامتناع أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن تطبيق حد السرقة في اعوام المجاعة والقحط. كان ذلك تقديرا لأعذار العباد ورعاية لحا ج ام في هده الظروف الاستثنائية الحرجة التي استوجبتها ضرورة الحرب والمجاعة والقحط.[1]

من أمثلة تطبيقات نظرية الضرورة وقت الحرب منع إقامة حد شرب الخمر، حيث أجل سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قائد جيش المسلمين في حرب فارس إقامة حد شرب الخمر على أبي محجن الثقفي خشية أن تأخذه العزة بالإثم فيلتحق بجيش الأعداء فيهلك، ولما رأى حسن بلائه في المعركة امتنع عن إقامة الحد عليه بتاتا مع أن النهي ورد في إقامة حد السرقة في دار الحرب لا في حد شرب الخمر كما سبق وفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم.[2] تعتبر هذه التطبيقات من أشهر القضايا التي برزت فيها نظرية الظروف الاستثنائية، والتي توقف فيها العمل بالأحكام الشرعية لضرورة دفع الضرر الناتج عن الظرف غير العادي الذي واجهته الأمة الإسلامية في ذلك الزمان.

استقر الفقه الإسلامي على أنه يقضي التيسير على الدولة في أداء وظيفتها في الظروف الاستثنائية دفعا للضرر وللمشقة حتى لو حدث ضرر خاص، حسب القاعدة الفقهية "يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام".فاستتبع ذلك عند الفقهاء جواز توسيع اختصاصات السلطة الحاكمة في الدولة في الظروف الاستثنائية كحالة الحرب والفتن والأزمات الاقتصادية.[3] مثال ذلك جواز فرض الضرائب على الأغنياء في فترات الحرب لسد حاجة الجيش من المال، وفي ذلك يقول الإمام الشاطبي: "إذا اضطر الحاكم إلى تكثير الجنود لسد الثغور وحماية الملك المتسع الأقطار وخلا بيت المال، وارتفعت حاجات الجند إلى ما لا يكفيهم، على الضرورة هنا تقدر بقدرها فالإمام يفرض ضرائب حسب الكفاية في الحال".[4]

تأسيسا على ما ذكر فإن الضرورة في الشريعة الإسلامية ذات أثر مبيح عام للأفعال، وهذا يبين أن نظرية العقاب لا تقوم فقط على "مبدأ العدالة" بل أيضا على مبدأ "المصلحة الاجتماعية" وهو فكر ثوري إذا

---

[1] ى عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن قطع يد السارق في عام المجاعة، مع ان النص القراني عام وشامل لا يفرق بين زمن الرخاء وزمن القحط والمجاعة، ولكن عمر فهم ان الجزاء الشديد لا يبرره إلا أن يكون السارق قد سرق بغير حاجة، أما إذا أحل به العو ز والجوع فإن العدالة تقضي بعدم استحقاقه لذلك الجزاء، وتغيرت الظروف فرآى عمر أن يتغير الحكم رغم صراحة النص.أنظر: جميل يوسف قدورة كنكت، نطاق الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 21-22.

[2] عبد الله مرسي سعد، القضاء الإداري ومبدأ سيادة القانون"دراسة مقارنة بالشرائع الوضعية"، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 259.

[3] محمد حسن دخيل، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، مرجع سابق، صفحة 55.

[4] عليان بو زيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق" دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، 2009م، دار الجامعة الجديدة، صفحة 406.

ما قورن بالعهد الذي انتشر فيه الإسلام.[1] ما يمكن استخلاصه أن الشريعة الإسلامية عرفت الضرورة كنظرية مستقلة محددة المعالم، تجيز للإدارة الخروج عن مبدأ المشروعية ومخالفة الأحكام الشرعية في سبيل صد الخطر المهدد للدولة والمحافظة على الأمن والنظام تطبيقا للقاعدة الفقهية "الضرورات تبيح المحظورات"، لكن مع احترام مقدار التناسب الذي يضمن أن يكون التدبير بالقدر اللازم لدفع الضرر، وعلى الدولة أن تضع حدا للسلطات الموسعة بمجرد انتهاء الظرف الاستثنائي إعمالا للقاعدة الفقهية "ما جاز بعذر بطل بزواله ".

الفرع الثاني: نظرية الضرورة في القانون الفرنسي

سبق وأن أسلفنا أن نظرية الظروف الاستثنائية ظهرت في غضون الحرب العالمية الأولى في صورة نظرية "سلطات الحرب" La Théorie Des Pouvoirs De Guerre. حيث بنى مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية على اساس فكرة الضرورة بهدف معالجة النقص القانوني، الذي يترتب على مواجهته ضرورة توسيع صلاحيات الإدارة في أوقات الأزمات، لإضفاء صفة المشروعية على أعمال الإدارة غير المشروعة إذا بوشرت في الظروف العادية. بناءا على هذا الأساس أقام مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية لتبرير تجاوزات الإدارة المخالفة لبعض القواعد القانونية في الظروف الاستثنائية بالقدر اللازم لمواجهة هذه الظروف صونا للنظام العام وكفالة لسير المرافق العامة.[2] فمن واجبات الإدارة المحافظة على حسن سير المرفق العام بانتظام في كافة الظروف والأحوال.

لكن مجلس الدولة الفرنسي لم يتدخل إلا بعد ظهور نقص في التشريع الفرنسي الذي كان خاليا من نصوص قانونية خاصة بالحرب، والتي من شاها توسيع صلاحيات الإدارة الملزمة بضمان حسن سير المرفق العام من جهة، ومن جهة أخرى ضرورة التغلب على الظرف الاستثنائي بمخالفة بعض النصوص القانونية. فقد طلبت الحكومة الفرنسية من البرلمان توسيع صلاحياتها لمواجهة ظرف الحرب العالمية الأولى لكن البرلمان رفض، وهنا تدخل مجلس الدولة الفرنسي وقام بوضع نظرية سلطات الحرب لمواجهة ظرف الحرب الاستثنائي.

من التطبيقات القضائية الفرنسية والتي توضح لنا جليا إضفاء الصفة القانونية على قرارات الإدارة المعيبة، الحكم الصادر في قضية Hyres الذي قضى بأن القرار الذي اتخذته الحكومة بوقف الضمانات

---

[1] ابراهيم زكي أخنوخ، حالة الضرورة في قانون العقوبات، مرجع سابق، صفحة 17.

انتهى الفكر الحديث بظهور مذهب فلسفي جديد يمزج بين مبدأ العدالة الذي نادى به "كانت" ومبدأ المصلحة الاجتماعية الذي نادى به "بنتام"، هذا المزج عرفته الشريعة الإسلامية قبل القانون الوضعي بقرون في نظرية الضرورة. حيث ان القانون لا يعاقب على الجريمة التي تقضي الضرورة بمنعها إلا لسلامة المجتمع، ولكنه من جهة اخرى يجب الا يعاقب عليها إلا إذا قضى العدل بالعقاب، على أن يكون في حدود العدل ، فكان هناك حدان هما الضرورة الاجتماعية والعدالة. أنظر: محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي"الجريمة"، الجزء الأول، مرجع سابق، صفحة 35-36.

[2] جميل يوسف قدورة كتكت، نطاق الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 23.

المقررة للموظفين بمقتضى قانون 1905/04/22م يعتبر عملا مشروعا لصدوره في ظروف تقتضي منتهى السرعة في اتخاذ الإجراءات التي تكفل سير المرفق العام.[1] حيث رفض الطعن الذي تقدم به الموظف طالبا إلغاء القرار الصادر بفصله خلافا لما قرره المشرع في قانون تأديب الموظفين، تأسيسا على أن لرئيس الجمهورية في ظروف الحرب أن يقرر كافة الإجراءات اللازمة لضمان سير المرافق العامة الضرورية للحياة القومية.[2]

من خلال إنشاء مجلس الدولة الفرنسي لنظرية الظروف الاستثنائية يكون قد قام بإحياء المثل القديم القائل "إن الضرورة تصنع القانون". مع ذلك راقب مجلس الدولة مدى توافر الظروف الاستثنائية (حالة الحرب، حالة الحروب الأهلية، حالة الكوارث الطبيعية) وقت مباشرة الفعل، ومدى تناسب التدبير محل النزاع مع الظروف الاستثنائية لكي يحكم بمدى صحة القرار الصادر بناءا على هذه الظروف.[3] ترتكز نظرية الظروف الاستثنائية في فرنسا (التأصيل القانوني للظروف الاستثنائية) على:

أولا: النصوص الدستورية

أجازت المادة 38 من الدستور الفرنسي الصادر في 04 أكتوبر 1958م للبرلمان في الظروف الاستثنائية أن يصدر قانونا بناءا على طلب الحكومة يفوضها في إصدار أوامر خلال فترة محدودة وقابلة للتجديد، يطلق عليها اسم "اللوائح التفويضية".[4] كما أعطت المادة 16 من دستور 1958م لرئيس الجمهورية سلطة اتخاذ بعض التدابير في حالة التعرض لخطر جسيم الذي يقطع السير المعتاد للمؤسسات العامة الدستورية. يتخذ رئيس الجمهورية هذه التدابير بالتشاور مع رئيس الوزراء ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ ورئيس المس الدستوري، ويعلم الشعب بالقرار الذي اتخذه لمواجهة الأزمة وتسمى "لوائح الضرورة".[5]

---

[1] عبد الله مرسي سعد، القضاء الإداري ومبدأ سيادة القانون"دراسة مقارنة بالشرائع الوضعية"، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة232.

[2] عدنان عمرو، القضاء الإداري الفلسطيني" مبدأ المشروعية"، مرجع سابق، صفحة 67.

[3] أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق،صفحة 556.

[4] تصدر هذه الأوامر من مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة وتصبح لها قوة القانون بعد تصديق البرلمان عليها، وبالتالي لا يجوز تعديلها أو إلغاؤها إلا بقانون. والهدف من هذه اللوائح هو تمكين الحكومة من إتخاذ تدابير عاجلة لمواجهة مخاطر تهدد امن الدولة، والتي يتعذر معها اللجوء إلى البرلمان ليصدر تشريعا يسعفها في القضاء على هذه المخاطر، لان الإجراءات البرلمانية فضلا عن تعقيدها فإنها تستغرق فترة زمنية طويلة قد لا يحتملها الموقف الطارئ، فضلا عن علانية المناقشات البرلمانية التي تكشف عن التدابير التي تعتزم الحكومة إتخاذها مما يقلل فعاليتها.أنظر: حلمي الدقدوقي ونجيب مفتاح، الرقابة القضائية على مشروعية قرارات الاعتقال"الصادرة وفقا لقانون حالة الطوارئ"،مرجع سابق، صفحة 36-37-38.

[5] أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 558.

صيغت فكرة إسناد مهمة إصدار لوائح الضرورة الى رئيس الجمهورية من قبل الجنرال"ديجول"، على إثر الفتنة التي عمت الجزائر في 1958/05/13م اجتمعت الجمعية الوطنية (مجلس النواب) استجابة لمطلب الجيش ورأت إسناد رئاسة الوزراء الى الجنرال ديجول وكلفته بإعداد دستور جديد، وأمام اللجنة الدستورية الإستشارية لإعداد الدستور ردد ديجول فكرته التي تجعل من واجب رئيس الجمهورية أن يكفل سلامة الوطن من المخاطر، ويحفظ إستقلاله و يؤمن مؤسساته وتنفيذ معاهداته، وصيغت هذه الفكرة في المادة 16 من الدستور بناءا على طلب ديجول مؤسس الجمهورية الخامسة.أنظر: حلمي الدقدوقي ونجيب مفتاح، الرقابة القضائية على مشروعية قرارات الاعتقال"الصادرة وفقا لقانون حالة الطوارئ"،مرجع سابق، صفحة 39.

طبقت المادة 16 من الدستور مرة واحدة بعد تمرد الجيش الفرنسي في الجزائر واستولى على المرافق العامة و هدد بغزو فرنسا في 1961/04/21م، وصباح اليوم التالي أعلن مجلس الوزراء حالة الطوارئ وأصدر رئيس الجمهورية قراره بتطبيق المادة 16 من الدستور.[1]

ثانيا: النصوص التشريعية الاستثنائية

صدر في 1849/08/09م قانون الأحكام العرفية ولا يزال معمول به باعتباره نظاما احتياطيا يطبق عند اللزوم، أي في حالة حرب خارجية أو ثورة مسلحة، وقد نصت المادة 11 من هذا القانون على أنه لا يمنع الافراد من ممارستهم لحقوقهم وحرياتهم التي كفلها لهم الدستور ولا يعطلها. أعطت المادة 36 من دستور 1958م الحق لرئيس الجمهورية من إعلان الأحكام العرفية لمدة لا تتجاوز 12 يوما إلا بموافقة البرلمان، وينتج عنها فرض النظام العسكري على البلاد.[2] من القوانين المنظمة للظروف الاستثنائية في فرنسا نجد قانون الطوارئ الصادر في 1955/04/06م وعدل في 1960/04/15م، وقد حددت المادة الأولى منه حالات إعلان الطوارئ Etat d'urgence بوجود خطر عاجل ناتج عن تعرض النظام العام لاعتداءات جسيمة، أو وجدت وقائع تحمل طابع الكوارث العامة. يعطى حق إعلان حالة الطوارئ لرئيس الجمهورية بواسطة مرسوم على ألا تزيد مدا 12 يوما إلا بموافقة البرلمان.[3]

الفرع الثالث: نظرية الضرورة في الفقه الألماني

يذهب رجال الفقه الألماني من أمثال هيجل "Hegel" واهرنج "Ihering" وكوهلر "Kohler" وجلينك "Jellink" في مجال تحديد الأساس القانوني والتبرير الفقهي لتجاوز الدولة لمبدأ المشروعية، أنه إذا أحاطت بالدولة المخاطر جاز لها أن تتخذ من الإجراءات ما تراه ضروريا للدفاع عن أمنها وسلامتها وصيانة نظامها العام، ودرء المخاطر عنها حتى لو كانت هذه الإجراءات مخالفة للقوانين القائمة.[4] فالضرورة في الفقه الألماني هي نظرية عامة تبيح ما يتخذ تحت إلحاحها من إجراءات غير مشروعة، على أساس أن الدولة تمارس في ظلها حقا قانونيا. إذ أن حقها في السيادة يعطيها سلطة تقديرية في الملاءمة بين مصالحها العليا والقانون. بحيث إذا لم يعد القانون كفيلا بتحقيق مصالحها بكافة الوسائل المتاحة عند اضطراب الأمن والنظام، يكون للدولة بموجب حقها في البقاء ان تحمي كياها وان تدافع عن نفسها بكل ما تقدره ضروريا من إجراءات حتى

[1] حلمي الدقدوقي ونجيب مفتاح، الرقابة القضائية على مشروعية قرارات الاعتقال"الصادرة وفقا لقانون حالة الطوارئ"،مرجع سابق، صفحة 40.

[2] أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 557.

[3] حلمي الدقدوقي ونجيب مفتاح، الرقابة القضائية على مشروعية قرارات الاعتقال"الصادرة وفقا لقانون حالة الطوارئ"،مرجع سابق، صفحة 43.

[4] عليان بو زيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق" دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، مرجع سابق، صفحة 364.

ولو خالفت القانون.[1] فالسلطة تضطر إلى مخالفة القانون تحت ضغط الظروف الطارئة، ولها أن تلجأ إلى السلطة التشريعية من أجل الحصول على الإعفاء من المسؤولية.[2] بذلك تعتبر الضرورة تبريرا سياسيا لا مجرد نظرية قانونية.[3]

لا تلتزم الدولة بالقانون إلا بناءا على إرادتها المطلقة بحكم تمتعها بحق السيادة، وهو ما يعبر عنه في الفلسفة الألمانية بنظرية التحديد الذاتي للدولة. لأن القانون ليس غاية بل وسيلة للدولة تمكنها من تحقيق غاياتها البعيدة المتمثلة في حماية الجماعة وصيانة أمنها، فإذا لم ينسجم تطبيق القانون مع هذه الغايات أو قام تناقض بينهما، ورأت الدولة أنه عاجز عن تحقيق ما تطمح إليه، جاز لها أن تتخطى القانون في سبيل الجماعة تطبيقا للمبدأ الروماني القديم "سلامة الأمة فوق القانون".[4]

بل توسع الفقه الألماني من هذه النظرية ليجعل الدولة غير مسؤولة عن الأضرار التي قد تلحق بالأفراد ما دامت تمارس حقا قانونيا، ولا يحق بالتالي لهؤلاء الأفراد المطالبة بالتعويض مهما بلغت جسامة هذه الأضرار، ولم يقف عند هذا الحد بل جعل لنظرية الضرورة الألمانية امتداد للعلاقات الدولية، فجعلوا منها تبريرا للأعمال العدوانية ضد الدول المعتدية عليهم والدول البريئة التي لم يصدر منها اي تهديد، وذلك باسم المحافظة على أمن الدولة وسلامتها. هذا ما جعل من نظرية الظروف الاستثنائية وشاحا للألمان يستر أطماعهم التوسعية إبان الحربين العالميتين، فقاموا بحملتهم العسكرية لغزو الدانمارك والنرويج وهولندا سنة 1940م.[5]

---

[1] عدنان عمرو، القضاء الإداري الفلسطيني" مبدأ المشروعية"، مرجع سابق، صفحة 59.

[2] أوسكين عبد الحفيظ، الحربات الأساسية في ظل الظروف الاستثنائية بين الحراك السياسي والميزان القانوني "دراسة مقارنة على ضوء المعطيات الجزائرية"، مرجع سابق، صفحة 07.

[3] عدنان عمرو، القضاء الإداري الفلسطيني" مبدأ المشروعية"، مرجع سابق، صفحة 60.

[4] تتشابه نظرية الضرورة الألمانية مع نظرية الدفاع الشرعي في القانون الجنائي، إذ أن حق دفاع الدولة عن نفسها كدفاع الإنسان عن نفسه ضد ما يحدق به من أخطار، فكما أن للشخص العادي أن يخالف أحكام القانون دون أن يتعرض للعقاب في حالة الدفاع الشرعي، فإن للدولة أن تخرج عن المشروعية العادية دون أن تتعرض للمسؤولية الجنائية، ولكن نقطة الخلاف بينهما تكمن في حق الدفاع الشرعي تحكمه شروط خاضعة لرقابة القاضي الجنائي لكن التناسب بين الضرورة الحالة ورد فعل الضحية، في حين أن الحق الذي خولته هذه النظرية للدولة هو حق مطلق إلى أقصى حد ولا تحكمه أي شروط ولا تحده أي ضوابط وهو بمنأى عن أي رقابة قضائية. أنظر: عليان بو زيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق" دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، مرجع سابق، صفحة 365-366.

[5] أنظر: عليان بو زيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق" دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، مرجع سابق، صفحة 366-367.

ليست ألمانيا الدولة الوحيدة التي وسعت من نطاق تطبيق نظرية الضرورة ، فقد أتقنت إسرائيل تطبيق هذه النظرية أولا على الدول العربية الثورة عندما قامت بضربات استباقية على سوريا والأردن ومصر في 1967م باعتبار أنها تشكل خطرا على دولة إسرائيل وكانت تحمل أهدافا شيطانية حيث ضمت أجزاء من أراضي هذه الدول ذات السيادة مثل: هضبة الجولان السورية، وقطاع غزة والضفة الغربية و أجزاء من سيناء.ثم في عام 1978م وبحجة طرد منظمة التحرير الفلسطينية من الأراضي اللبنانية وهي الغاية الصورية من وراء هذا الاجتياح والذي كان بدافع احتلال الأراضي اللبنانية وبالفعل انتهت العملية بغزو مزارع شبعة اللبنانية. ثم طبقتها على فلسطين كأساس تتخذه سلطة الكيان الصهيوني بذريعة حماية أمن إسرائيل لتبرير سياستها الاستيطانية التوسعية والممنهجة في اراضي الضفة الغربية وغور الاردن والقدس الشرقية، وتوسع من إجراءاتها التعسفية كالاعتقال الإداري وانتهاك حقوق المعتقل كحقه في محام وفي حماية حق السلامة الجسدية ، خرقها لمبدأ شخصية العقوبة هدم منازل منفذي العمليات الاستشهادية، إصدارها للقوانين الظالمة في فترة الانتفاضة كقانون التفتيش الجسدي العلني الذي صوت عليه الكنيست في 2016/02/02م والذي طرحه وزير الأمن الداخلي الإسرائيلي جلعاد آردان. وهي مجرد أمثلة

كما نرى أن توسع الفقه الألماني في تفسير نظرية الضرورة له بعد عنصري، فكما نعلم أن الألمان لهم فلسفتهم المغايرة لمبدأ المساواة. هذا المبدأ الذي يعمل على إلغاء كل تمييز بين الأفراد مهما كان نوعه سواء المتعلق بالجنس أو العرق أو الدين أو غيرهم...لكن الألمان يرون أنفسهم متميزين عن باقي البشر لأم ينتمون إلى عرق سامي –حسب زعمهم- يدعى العرق الآري الجرماني. فالأمة الألمانية لكوا من "أسمى وأعرق الأمم"، يدفعها إلى تبرير بعض التصرفات التي دف من ورائها إلى فرض سيطرها على باقي الشعوب من منطلق اهم أقل درجة من الشعب الألماني.

المطلب الثالث: تمييز نظرية الظروف الاستثنائية عن بعض النظريات التي تحكم تصرفات الإدارة

تتشابه نظرية الظروف الاستثنائية ببعض النظريات التي تحكم نشاط الإدارة، كنظرية أعمال السيادة والسلطة التقديرية، فقد أعتبر فقهاء القانون أن هذه النظريات تمثل قيدا على مبدأ المشروعية. للتأكد من صحة ما قيل وتوضيح ملامح نظرية الظروف الاستثنائية كان علينا ذكر هذه النظريات، لمعرفة ما يجمعها من خصائص، وللتمييز بينها وتفادي الخلط باعتبار أن كل منها نظرية قانونية قائمة بذاتها.

الفرع الأول: التمييز بين الظروف الاستثنائية وأعمال السيادة

يقصد بأعمال السيادة مجموعة من أعمال السلطة التنفيذية التي لا يمكن الطعن فيها أمام القضاء سواء أكانت محاكم إدارية أم نظامية، وذا لا تخضع مشروعية هذه الأعمال لأية رقابة،[1] ولا تكون محلا لرقابة الإلغاء أو التعويض. يستوي في ذلك صدور هذه الأعمال في ظل الظروف العادية أو في ظل الظروف الاستثنائية.[2] لذلك اعتبرها البعض ثغرة في جبين مبدأ المشروعية، والتي تشكل خروجا عليه وسلاحا قويا في يد السلطة التنفيذية وخطرا كبيرا على الحقوق والحريات.[3] تترك هذه النظرية الأفراد بلا حماية قضائية تقيهم من عسف وامتداد السلطة التنفيذية على حقوقهم وحريام العامة، فهم مجردون من أية وسيلة قضائية للدفاع عن حقوقهم وحريام المقدسة والذود عنها قضائيا،[4] لأن المحاكم توصد أبوا أمام أصحاب المصلحة وتحرمهم من

بسيطة لما يمارس من سياسة الاضطهاد وإعدام الحقوق والحريات في حق أصحاب الأرض الأصليين بدافع مكافحة الإرهاب الفلسطيني. والتي أرى أنه حق مشروع يحاول شبان الانتفاضة ممارسته(تطبيقا للمقولة الفلسطينية الشهيرة موت بعزة ولا عيشة مرارة) ، لإياء الاحتلال بإلهام أن دولة الظلم ساعة ودولة الحق لقيام الساعة، وشد رأي العالم الذي يبقى صامتا أمام الانتهاكات اليومية التي يعاني منها هذا الشعب العظيم منذ النكبة.

[1] علي خطار شطناوي، القضاء الإداري الأردني، مرجع سابق، صفحة 101.

[2] عليان بو زيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق" دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"،مرجع سابق، صفحة 422.

[3] محمد الصغير بعلي،الوسيط في المنازعات الإدارية، 2009، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، صفحة 24.

[4] فادي نعيم جميل العلاونة، مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمانات تحقيقه، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 83.

حقهم الدستوري في الالتجاء إلى القضاء والاحتكام إليه، لرفع ما قد يلحقهم من حيف جراء أعمال الإدارة وتصرفاتها غير المشروعة.[1]

تتفق نظرية الظروف الاستثنائية مع نظرية أعمال السيادة في كوما من النظريات التي تحكم الإجراءات الصادرة عن السلطة التنفيذية والتي ينتج عنهما توسيع سلطة الإدارة بهدف حماية المصلحة العامة، لكن تختلف كل منهما عن الأخرى في النقاط التالية:

أولا: تعد نظرية أعمال السيادة خروجا صريحا عن مبدأ المشروعية، وميدانا تمارس فيه السلطة التنفيذية نشاطها بصورة طليقة، وتؤدي إلى شل المبدأ وتعطيله إزاءها.[2] لذا نعتها الفقيه" Jeze " بالنقطة السوداء في جبين القانون العام.[3] أما نظرية الظروف الاستثنائية فلا تشكل خروجا عن مبدأ المشروعية بل تظل خاضعة لقيود وشروط تشكل نطاقا من المشروعية الخاصة.[4] كما سنوضح ذلك بشيء من التفصيل في الفصل الثاني من هذا الباب.

ثانيا: لا تخضع الأعمال السيادية لرقابة القضاء فلا تكون محلا للطعن لا بالإلغاء ولا بالتعويض ولا بوقف التنفيذ. ما يجعل منها نظرية خطرة على حقوق وحريات الأفراد إذا ما لجأت السلطة التنفيذية إلى إضفاء صفة أعمال السيادة على تصرفاتها وقراراتها.[5] أما الأعمال الاستثنائية فتخضع لرقابة القضاء إلغاءا وتعويضا. ويقول في هذا الشأن الدكتور عبد الفتاح ساير داير: "أن حصانة أعمال السيادة هي دفع بعدم الاختصاص، بينما الأعمال الصادرة بناءا على نظرية الظروف الاستثنائية ليس لها حصانة قانونية تعفيها من الخضوع للرقابة القضائية".[6] لذا تعتبر ضمانات الأفراد في مواجهة الظروف الاستثنائية أفضل منها في مواجهة أعمال السيادة، إذ يملك القاضي سلطة إلغاء التدابير والإجراءات التي اتخذت خلال الظروف الاستثنائية إذا

---

[1] عبد المهدي مساعدة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في الأردن" دراسة مقارنة"، مجلة البلقاء للبحوث والدراسات، المجلد الاول، العدد الثاني، ايار 1992، جامعة عمان الأهلية، صفحة 99.

[2] سعدون عنتر الجنابي، أحكام الظروف الاستثنائية في التشريع العراقي، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 75.

[3] عبد الله مرسي سعد، القضاء الإداري ومبدأ سيادة القانون"دراسة مقارنة بالشرائع الوضعية"، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 263.

[4] ادوار عيد، رقابة القضاء العدلي على أعمال الإدارة، 1973م، صفحة 119.

[5] عدنان عمرو، القضاء الإداري الفلسطيني" مبدأ المشروعية"، مرجع سابق، صفحة 84.

[6] سعدون عنتر الجنابي، أحكام الظروف الاستثنائية في التشريع العراقي، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 75.

ما تبين عدم وجود ما يبررها إضافة إلى الحكم بالتعويض. **لكن القاضي لا يمكنه إلغاء أو التعويض عن عمل السيادة.**[1]

إذن يقتصر دور القاضي حسب نظرية أعمال السيادة في البحث عن طبيعة العمل الإداري فإذا كان من أعمال السيادة رفع يده عن مراقبة مدى مشروعية **العمل ودفع بعدم الاختصاص، أما إذا كان من الأعمال** الاستثنائية فيراقب مدى **مشروعية العمل الإداري وتناسبه مع** حالة الضرورة التي صدر خلالها. **فالرقابة القضائية على تصرفات الإدارة من ضمانات حقوق الأفراد خلال الظروف الاستثنائية، ومن القيود الواردة على سلطة الإدارة عند التوسع من صلاحياتها.**

ثالثا: عدم ارتباط نظرية أعمال السيادة بفترة زمنية محددة، مما يجعل **الحكومة قادرة على تفعيل أعمال** السيادة في أي وقت سواء في الأوقات العادية أو الاستثنائية. بينما ترتبط نظرية الظروف الاستثنائية بفترة زمنية محددة يجب خلالها أن تتخذ **الإدارة الإجراءات الاستثنائية.**[2] ترتبط هذه المدة **بظهور الظرف الشاذ وتنتهي بزواله، و** بمجرد انتهاء الظرف الاستثنائي ينتهي المبرر الذي دفع بالدولة إلى تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية.

رابعا: تستند نظرية الظروف الاستثنائية إلى **حالة الضرورة، أما الأساس الذي تقوم عليه نظرية أعمال** السيادة فقد كان محل خلاف **بين الفقهاء. حيث أسند جانب من الفقه معيار التمييز بين العمل الإداري والعمل الحكومي على أساس الباعث السياسي** (إذا كان الهدف المراد تحقيقه من إصدار الإدارة للقرار الإداري سياسيا فهو من أعمال الحكومة).[3] **كما وضع الفقيه "هوريو" معيار القائمة القضائية ،حيث أسند مهمة**

---

[1] منير عادل مسعود أبو مغلي، صلاحيات الضابطة الإدارية في الظروف الاستثنائية"**دراسة مقارنة**"، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 40.

[2] **ممدوح عبد الحميد**، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية"سلطات البوليس في قوانين الطوارئ" **دراسة مقارنة،مرجع سابق، صفحة** 51.

[3] يعد هذا المعيار من أقدم المعايير والذي أخذ به مجلس الدولة الفرنسي لأول مرة في قضية Laffite عام 1822م بمناسبة تطبيق المادة 4من قانون 1816م التي كانت تنص على إبعاد عائلة نابليون من فرنسا مع حرمانها من التمتع بالحقوق المدنية ومن تملك اية اموال على سبيل المنحة، ورفض مجلس الدولة الفرنسي الدعوى المرفوعة ضد وزير المالية الرافض لصرف مستحقات عائلة نابليون، واسس المجلس حكمه على ان طلب المستدعي يتعلق بموضوع سياسي مما تختص الحكومة وحدها بقرار الفصل فيه.أنظر: عدنان عمرو، القضاء الإداري الفلسطيني" مبدأ المشروعية"، مرجع سابق، صفحة 92.

وأكد مجلس الدولة موقفه في قضية الإخوة بلانجا Plengat Fréres في 1836/05/13م،عندما رفض مجلس الدولة النظر في القضية بعد حجز 6 سفن يملكها الإخوة "بلانجا" في ميناء أنفير"Anvers" عام 1832م بسبب حالة الحصار، حيث قام الإخوة برفع دعوى من أجل المطالبة بالتعويض من وزارة الداخلية التي رفضته ثم يقدمان شكوى لمس الدولة الذي يرفضه هو الأخر ويصدر قراره القاضي ب:"إن المجلس يعتبر ان قرار الوزير لا يمكن ان يخضع للرقابة القضائية لان حالة الحصار وما يترتب عنها من أعمال تعد أعمالا سياسية ليس من حق القاضي رقابتها، بل إن تلك الرقابة هي من إختصاص الهيئات السياسية في الدولة". أنظر: **أوسكين عبد الحفيظ، الحريات الأساسية** في ظل الظروف الاستثنائية بين الحراك السياسي والميزان القانوني "**دراسة مقارنة على ضوء المعطيات الجزائرية**"، مرجع سابق، صفحة 6-7.

كما اخذ مجلس الدولة بهذا المعيار في حكمه الصادر بتاريخ 1867/05/09م في قضية Duc d'Aumale عندما إعتبر القرار من أعمال السيادة لأن البواعث التي حملت على الإدارة على إصداره بواعث سياسية. أنظر: علي خطار شطناوي، القضاء الإداري الأردني، مرجع سابق، صفحة 107.

إضفاء الصفة السيادية على أعمال الإدارة إلى القضاء، واعتبر أن القضاء هو المسؤول عن وضع مقاييس تميز بين أعمال السيادة والأعمال العادية،[1] عن طريق حصر الأعمال السيادية في مجموعات منها ما يتعلق بعلاقة الحكومة مع البرلمان، ومنها ما يرتبط بالعلاقات الدولية وتسيير شؤون الحرب.[2] من الفقهاء من أخذ بمعيار العمل المختلط والذي نادى به الفقيه "سيليه"، ومؤداه أن الأعمال السيادية هي الأعمال التي تأتيها السلطة التنفيذية بمناسبة علاقتها بسلطة أخرى لا تخضع لرقابة القضاء العادي كالسلطة التشريعية (مثل قرار حل البرلمان) أو سلطة أجنبية (كتنفيذ المعاهدات).[3]

للقضاء الجزائري موقف واضح بخصوص المعيار الذي تستند إليه نظرية أعمال السيادة، حيث تبنى معيار الباعث السياسي لتحديدها والتي تملك حصانة ضد رقابة القضاء. هذا ما نستشفه من فحوى القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في تاريخ 1984/01/07م بمناسبة الطعن ضد قرار وزير المالية والمتعلق بسحب الأوراق المالية من فئة 500دج.[4] جاء في القرار:"...حيث أن الرقابة التي يباشرها القاضي على الإدارة لا يمكن أن تكون عامة ومطلقة. حيث أن إصدار وتداول وسحب العملة تعد إحدى

---

[1] عبد الله مرسي سعد، القضاء الإداري ومبدأ سيادة القانون"دراسة مقارنة بالشرائع الوضعية"، رسالة دكتوراة، مرجع سابق، صفحة277.

[2] غير مجلس الدولة موقفه بخصوص معيار تمييز الأعمال السيادية عن غيرها من الأعمال العادية، عندما اتبع المعيار الذي نادى به الفقيه هوريو وهو معيار القائمة القضائية حيث قام بتحديد الأعمال السيادية وحصرها في مجالين أساسيين:

أولا: علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية: تعتبر من أعمال السيادة الأعمال المتعلقة بتنظيم العلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية مثل: الأعمال والتصرفات التي يجريها الحكومة في إعداد مشاريع القوانين وعرضها على البرلمان، وقرار حل المجالس النيابية. ودليل ذلك رفض مجلس الدولة الفرنسي النظر في قضية السيد "ربيان دي سرفان Rubin de servens " عندما أصدر قراره في 1962/03/02م بعدم الإختصاص في الدعوى لأن العمل من أعمال الحكومة. وتتلخص وقائع الدعوى في الطعن الذي قدمه السيد "ربيان دي سرفان"وهو ضابط فرنسي في شرعية المحكمة العسكرية التي أحيل إليها محاكمته وهي المحكمة التي قام الجنرال شارل ديجول بإنشائها في 1961/05/30م لمحاكمة من يرتكبون جرائم ضد الدولة الفرنسية وتكون ذات صلة بأحداث الجزائر التي التي أدت إلى تطبيق المادة 16 من الدستور الفرنسي في الجزائر، اقر مجلس الدولة الفرنسي أن القرار الذي أدخل المادة 16حيز التنفيذ يتعلق بالروابط بين السلطة التنفيذية والتشريعية وهو ما يشكل أعمال الحكومة التي تخرج عن دائرة أي رقابة قضائية. في ذلك يقول الفقيه "جان ريفير":

"La Décision mettant en application l4article 16,en tant qu'elle intéresse les rapports de l'exécutif et du législatif,constitue un " acte de governement " , et échappe a ce titre a tout contrôle juridictionnel".

للمزيد من التفاصيل أنظر: عبد المنعم محفوظ ، علاقة الفرد بالسلطة" الحريات العامة وضمانات ممارستها"(دراسة مقارنة)، الد الثالث، مرجع سابق، صفحة 1071-1072.أنظر أيضا:ممدوح عبد الحميد، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية"سلطات البوليس في قوانين الطوارئ" دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 118-119.

ثانيا:العلاقات الدولية: تظهر أعمال السيادة بصورة أكبر في الأعمال والإجراءات والتصرفات التي تقوم بها السلطة التنفيذية في مجال علاقاتها الدولية مثل: إعداد المعاهدات، الأعمال المتعلقة بالبعثات الدبلوماسية، الأعمال المتعلقة بإدارة وتسيير الحرب.أنظر: محمد الصغير بعلي،الوسيط في المنازعات الادارية ،مرجع سابق، صفحة 24.

وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي في التضييق من تطبيق نظرية السيادة والحد من آثارها ، فقد قبل مجلس الدولة الطعن في مرسوم الأحكام العرفية ذاته في دستور 1946م لتجاوز السلطة في حكم Huchel الصادر في 1953/10/23م ،وفرض المجلس رقابته على تطبيق المعاهدات الدولية في الداخل وقرر مسؤولية الدولة بصدد تطبيق تلك المعاهدات على أساس مبدأ المساواة بين المواطنين أمام الأعباء العامة وذلك سنة 1966م. ثم حكم بالتعويض بناءا على مسؤولية الدولة على أساس مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة في حكم صادر في 1976/10/29م.أنظر:بسيوني عبد الغني عبد الله، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، مرجع سابق، صفحة 113.

[3] ادوار عيد، رقابة القضاء العدلي على أعمال الإدارة، مرجع سابق، صفحة 124. أنظر أيضا: فادي نعيم جميل العلاونة، مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمانات تحقيقه، رسالة ماجستير،مرجع سابق، صفحة 89.

[4] عليان بو زيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق" دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"،مرجع سابق، صفحة 437.

الصلاحيات المتعلقة بممارسة السيادة. حيث أن القرار المستوحى بالتالي من باعث سياسي غير قابل للطعن بأي من طرق الطعن. وأن القرار الحكومي المؤرخ في 08 أفريل 1982م القاضي بسحب الأوراق المالية من فئة 500دج من التداول وكذا قرار فاتح جوان 1982م الصادر عن وزير المالية المتضمن تحديد قواعد الترخيص بالتبديل"خارج الآجال" هما قراران سياسيان، يكتسبان طابع أعمال الحكومة ومن ثم فإنه ليس من المحتمل المس الأعلى لا فحص مدى شرعيتها، ولا مباشرة رقابة على مدى التطبيق".

لذلك وجدنا أن تعريفات الكتاب الجزائريين لنظرية أعمال السيادة ارتبطت بالباعث السياسي. عرف الأستاذ الدكتور محمد الصغير بعلي اعمال السيادة باها: "بعض الاعمال التي تقوم بها السلطات الإدارية المركزية والتي تستند إلى باعث سياسي".[1]

الفرع الثاني: التمييز بين الظروف الاستثنائية والسلطة التقديرية

السلطة التقديرية هي السلطة التي منحها المشرع للإدارة لكي تباشر وظيفتها الإدارية على أتم وجه، ويترتب على ذلك ان الإدارة لا تتمتع بهذه الحرية إلا لأن القانون قد خولها السلطة في تقدير ظروفها تحقيقا للصالح العام، وإذا تجاوزت حدود هذه السلطة تكون قد خرجت عن جادة القانون.[2] إذن تتعلق السلطة التقديرية بحرية الإدارة في إصدار القرار من عدمه وتقدير كيفية اتخاذه والوقت المناسب له ، بهدف ضمان حسن سير المرفق العام. من أمثلة السلطة التقديرية: سلطة الإدارة في تقدير مدى تمتع الموظف بالكفاءة المطلوبة لكي يستحق الترقية والقرارات التأديبية التي تخضع للسلطة التقديرية، حيث تملك الإدارة سلطة تقدير العقوبة المناسبة للخطأ الذي ارتكبه الموظف.

تتفق نظرية السلطة التقديرية مع نظرية الظروف الاستثنائية في إعطاء كل منهما قدرا من الحرية للإدارة من أجل ممارسة مهامها على أكمل وجه، فبموجب السلطة التقديرية تتمكن الإدارة من اختيار القرار المناسب لتطبيقه في الوقت الملائم له.كما تمنح الظروف الاستثنائية الحرية للإدارة في الخروج عن بعض النصوص لمواجهة الظرف الاستثنائي والقيام بالتدابير التي تراها ضرورية للمحافظة على الأمن العام. لكن هل تعتبر نظرية السلطة التقديرية قيدا على مبدأ المشروعية كسابقتيها من النظريات (نظرية أعمال السيادة)؟ للإجابة يجب أولا معرفة الخصائص التي تتصف بها نظرية السلطة التقديرية والتي تميزها عن نظرية الظروف الاستثنائية، ثم نستوضح

[1] محمد الصغير بعلي،الوسيط في المنازعات الادارية ،مرجع سابق، صفحة 23.

[2] عبد الله مرسي سعد، القضاء الإداري ومبدأ سيادة القانون"دراسة مقارنة بالشرائع الوضعية"، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 292.

علاقتها بمبدأ المشروعية وما إذا كانت قيدا أو تطبيقا موسعا له. تتميز كل من النظريتان بخصائص تفصل بينهما يمكن ذكرهما بإيجاز في النقاط التالية:

أولا: نظرية السلطة التقديرية هي نظرية دائمة حيث تمارس الإدارة سلطتها التقديرية دون التقيد بفترة زمنية معينة، أما ممارسة الإدارة لمهامها الاستثنائية مرتبط بفترة قيام الظرف الاستثنائي.[1]

ثانيا: تخضع الأعمال الإدارية الصادرة خلال الظروف الاستثنائية إلى رقابة القضاء، حيث يجوز الطعن فيها بالإلغاء والتعويض، لكن أعمال الإدارة الصادرة بموجب سلطتها التقديرية تكون رقابة القضاء فيها محدودة بحدود شرعية أعمال الإدارة ولا تمتد إلى رقابة ملائمة هذه الأعمال.[2] فالإدارة حرة في تقدير مناسبة اتخاذ القرار وملائمته.[3] لكنها من جهة اخرى يجب ان تبني قراراها على أسباب ناتجة عن بحث جدي بعيد عن البواعث الشخصية، وإلا تعرض قرارها للطعن بسبب إساءة استعمال السلطة.

اعتبر القضاء الإداري الجزائري[4] أعمال الإدارة الصادرة بموجب سلطتها التقديرية غير خاضعة لرقابة الملائمة لخضوعها فقط لرقابة المشروعية. لكن إذا تبين من حيثيات القضية تعدي الإدارة وتعسفها في استعمال

---

[1] منير عادل مسعود أبو مغلي، صلاحيات الضابطة الإدارية في الظروف الاستثنائية"دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 41.

[2] أخرج مجلس الدولة الفرنسي من إختصاصاته تقدير رئيس الجمهورية لمدة تطبيق الحالة الاستثنائية واستمرار قيام الظرف الذي يدعوا إلى تطبيق المادة 16 من الدستور الفرنسي، وقد إعتبر المجلس ان ذلك يعود للسلطة التقديرية لرئيس الجمهورية ولا مجال فيها لرقابة القضاء، وهو ما اكده بوضوح في قرار De Mari الصادر في 1963/02/8م.أنظر: ممدوح عبد الحميد،سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية"سلطات البوليس في قوانين الطوارئ" دراسة مقارنة،مرجع سابق، صفحة 122.

[3] هذه ما قرره القضاء الإداري الفرنسي والمصري في العديد من المناسبات، نذكر منه الحكم الصادر من مجلس الدولة الفرنسي في أفريل 1914م في قضية Gomel والتي تنحصر وقائعها في أن أحد الأفراد طلب ترخيصا لإقامة بناء في ميدان باريس يسمى " Place Beauvau" فرفضت الإدارة طلبه بحجة أن البناء المطلوب سيلحق ضررا بمكان أثري حسب المادة 118 من قانون 13 يوليو 1911م ، ولما بحث مجلس الدولة هذا الأمر ظهر له أنه وفقا للقانون المذكور لا يدخل هذا الميدان في عداد الأماكن الأثرية وبالتالي تكون الإدارة قد أخطأت في التكييف القانوني، ومن ثم ألغي القرار.

هذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصري في حكمها الصادر في 1952/02/20م بقولها:" في غير الأحوال التي تقيد فيها سلطة الإدارة التقديرية بنص قانون أو لائحة أو بمقتضى قاعدة تنظيمية عامة التزمتها يصبح التقدير من إطلاقات الجهة الإدارية تتخرص فيه بمحض اختيارها فتستقل بوزن مناسبات قرارها وبتقدير ملائمة أو عدم ملائمة إصدارها بما لامعقب عليها في هذا الشأن من محكمة القضاء الإداري مادام لم يثبت أن قرارها ينطوي على إساءة استعمال السلطة".أنظر: عبد الله مرسي سعد، القضاء الإداري ومبدأ سيادة القانون"دراسة مقارنة بالشرائع الوضعية"، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 305-308.

و كذلك قضت في حكمها الصادر في 1956/03/25م في قضية رقم 3127 بقولها:" ينبغي ألا تتجاوز السلطة التقديرية لسلطة الطوارئ الحدود الدستورية المرسومة وألا تتغول بوجه خاص على الحريات العامة بدون مبرر قانوني وإلا شابها عدم المشروعية وانبسطت عليها رقابة القضاء الغاء وتعويضا". أنظر:هاني علي الطهراوي، القانون الإداري، الطبعة الأولى، 1998، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، صفحة 258.

[4] حذا القضاء الجزائري حذو القضاء الفرنسي والمصري عند تقييد الرقابة القضائية على الأعمال النابعة من السلطة التقديرية للإدارة وجعلها تقتصر على فحص المشروعية دون الملائمة ، لكن إذا إلتزمت الإدارة بمعيار التناسب بين قرارها الإداري والظروف والمناسبات الذي صدر خلالها القرار وإلا امتدت يد القضاء لبسط رقابة الملاءمة، وهو مانستشفه من خلال التطبيقات القضائية التالية:

القرار الصادر عن مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 1998/07/27م في قضية (ك.ن) ضد المجلس الاعلى للقضاء، حيث اقر مجلس الدولة عدم التناسب العقوبة التاديبية المسلطة على السيد(ك.ن) مع الأخطاء المهنية المرتكبة من طرفه.وقد جاء في حيثيات القرار:"...حيث أنه وحتى ولو كانت هذه الأفعال لم يتنازع في ماديتها ذات طابع يبرر عقوبة

سلطتها التقديرية المنوحة لها، فقد خول القانون للقضاء مراقبة مدى ملائمة **وتناسب الوسائل المستعملة لتحقيق الأغراض المرجوة من القرار الإداري، أي التناسب بين الوسيلة والغاية.**[1] ومنها أصبح للقضاء الحق في مراقبة مشروعية القرار ومراقبة السلطة التقديرية نفسها، لمعرفة مدى انطباقها على الغاية المتوخاة منها وهي تحقيق الصالح العام، وما إذا كانت مستندة إلى حالة واقعية وقانونية صحيحة.[2] إذا انحرفت الإدارة عن غاية تحقيق الصالح العام جاز الطعن في قرارها بناءا على إساءة استعمال السلطة.[3]

ثالثا: تمارس الإدارة سلطتها التقديرية في حدود القانون دون أن تخرج عن مبدأ المشروعية، أما نظرية الظروف الاستثنائية فإنها تخضع لمبدا المشروعية لكنها **من نوع خاص**، فهي تخضع لمشروعية استثنائية.[4]

تبين لنا من خلال سرد أهم النقاط التمييزية بين النظريتين أن نظرية السلطة التقديرية لا تعتبر قيدا أو **خروجا عن مبدأ المشروعية كما يقول البعض، بل منحها** القانون بعض الحرية في ممارسة أعمالها لكن دون أن تحيد عن الغاية التي سطرها لها القانون وهي تحقيق الصالح العام. **فالإدارة بموجب سلطتها التقديرية** يمكن لها التخيير بين قرار **وآخر وبين إصدار القرار أو الامتناع** عن إصداره مع مراعاة ضرورة تحقيق المصلحة العامة **ومبدأ التناسب، وإلا تعرض قرارها للطعن بالإلغاء على أساس الانحراف** في السلطة. **وبالتالي فإن خضوع أعمال الإدارة** إلى رقابة الملاءمة يلزم الإدارة بسلطتها التقديرية من احترام القانون **وإعلاء راية مبدأ المشروعية بعد ما كانت قيدا عليها.**

تأديبية فإن المجلس الاعلى للقضاء قد ارتكب بالرغم من هدا خطا صارخ في التقرير بتسليط العقوبة الاشد المنصوص عليها في النصوص المطبقة على المعني، لهذه الأسباب يقضي مجلس الدولة بإبطال قرار العزل الصادر من المجلس الاعلى للقضاء". قرار مجلس الدولة رقم 172994 **الصادر بتاريخ** 1998/07/27م .

القرار الصادر عن مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 1999/07/26م والذي جاء في حيثياته:"...حيث يتبين من عناصر الملف أن المستأنف توبع بجريمة إنشاء محل فسق وأدين بعقوبة سالبة للحرية، تتمثل في تسليط عليه شهرين حبسا نافذا وغرامة قدرها 2000دج....**وحيث ترتيبا** على ذلك فإن المستأنف يكون قد ارتكب خطأ مهنيا ثابتا مما يبرر **تسليط عليه عقوبة تأديبية خلافا لإدعاءاته**.وحيث من جهة أخرى، فإن من الثابت فقها وقضاء، أن رقابة القاضي الإداري لا تمتد الى تقدير نسبة درجة العقاب المسلط، إلا إذا تبين له عدم التلازم الواضح بين نسبتي الخطأ والعقوبة، وهو أمر غير متحقق في قضية الحال بالنظر إلى خطورة الخطأ الثابت في حق المستأنف".**قرار رقم** 880183 **الصادر بتاريخ** 1999/07/26م.

[1] محمد الصغير بعلي،الوسيط في المنازعات **الإدارية ،مرجع سابق، صفحة** 19.

[2] ادوار عيد، رقابة القضاء العدلي على أعمال الإدارة، مرجع سابق، صفحة 147.

يستند القرار الإداري إلى الحالة الواقعية كالقرار الصادر **نتيجة لظرف استثنائي كالزلزال مثلا، فالزلزال حالة واقعية**. وقد يستند القرار الإداري إلى حالة قانونية مثال ذلك **ارتكاب الموظف خطأ هو** الحالة القانونية لتوقيع الجزاء التأديبي.

[3] **على هذا النحو سار** قضاء محكمة العدل العليا الفلسطينية في قرارها رقم 32 **لعام** 1964م **والذي جاء فيه:**" على رجا الإدارة أن يستهدف في أي قرار يصدره تحقيق الهدف الذي خصصه القانون لممارسة سلطته التقديرية فإذا خلا قراره من تحقيق ذلك الهدف كان مشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة".**أنظر: عدنان عمرو، القضاء الإداري** الفلسطيني"**مبدأ المشروعية**"، **مرجع سابق، صفحة** 50.

[4] سعدون عنتر الجنابي، أحكام الظروف الاستثنائية في التشريع العراقي، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 77.

خلاصة القول أن السلطة التقديرية تمكن الإدارة من العمل بحرية لكن في إطار القانون ، بغاية ممارسة نشاطها على أكمل وجه وتحقيق الأهداف المرجوة من وراء إصدارها للقرارات الإدارية، فهي تتيح الفرصة للإدارة في اختيار مدى تناسب إصدار القرار من عدمه وتحقيق الصالح العام. كما أن المشرع لا يمكنه التنبؤ مسبقا بكافة الحلول اللازم إتباعها خاصة أمام ما تشهده الوظيفة العامة من تطور وتغير، لذا كان من الضروري منح الحرية للإدارة في تقدير ملاءمة قراراها والابتعاد عن الإدارة المقيدة التي من شأنه شل حريتها في الإبداع والابتكار.

هذه أهم النقاط التمييزية بين نظرية الظروف الاستثنائية وباقي النظريات التي تحكم نشاط الإدارة والتي تحول دون الخلط بينها. خاصة عند ظهور ظرف استثنائي يهدد بالخطر أمن الدولة يمكن للإدارة الخروج عن مبدأ المشروعية العادية بموجب سلطتها السيادية من أجل الدفاع عن نفسها وعن مصالحها العليا، ولها بموجب سلطتها التقديرية أن تقدر مدى خطورة الوضع لاتخاذ الإجراء أو التدبير المناسب والأصلح لمواجهة هذا الظرف.

المبحث الثاني: النتائج القانونية لتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية

قد تتعرض الدولة إلى ظروف شاذة محتملة الوقوع ومؤقتة الا ستمرارية ، دد بـ الخطر كيانها وأنظمتها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية. ينتج عن هذه الظروف وبالضرورة نفس النتائج والآثار مهما تعددت أشكالها وصورها. فبمجرد ظهور الظرف غير العادي تلجأ الدولة إلى تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية التي تخرج فيها عن مبدأ المشروعية وتستبدله بمشروعية استثنائية، عندما يتبين لها عدم فاعلية القواعد العادية في مجابهة الضرر المحدق بالدولة. يتبع ذلك توسيع في صلاحيات الإدارة للتمكن من اتخاذ التدابير اللازمة في و قت قياسي وبشكل حازم من اجل إعادة الامور إلى نصابها ومن أجل حماية البلاد وأمنها. هذه الغاية تصبح أساسا لتعاملات الإدارة خلال الحالة الواقعية المهددة لأمن الدولة وسكينتها وصاحبة المقام الأول.

مرد تلك السلطة الواسعة للإدارة النص اللاتيني المعروف"Salus populus suprema lex" والذي يعني أن سلامة الشعب هي القانون الأعلى الذي يسمو حتى على الدستور (سلامة الأمة فوق القانون).[1] لكن نشاط الإدارة الموسع لا يعني إطلاق الإدارة وتحللها من أي قيد مما يجعل حقوق الأفراد عرضة للانتهاك، بل يطبق عليها قيد الرقابة القضائية كضمانة لعدم خروج الإدارة على مبدأ المشروعية الاستثنائية وتصبح الإدارة

[1] عبد الله طلبة، القانون الإداري" الرقابة القضائية على أعمال الإدارة"، مرجع سابق، صفحة 34.أنظر أيضا: أوسكين عبد الحفيظ، الحريات الأساسية في ظل الظروف الاستثنائية بين الحراك السياسي والميزان القانوني "دراسة مقارنة على ضوء المعطيات الجزائرية"، مرجع سابق، صفحة 06.

مسؤولة عن كل أعمالها التي تسبب ضررا للأفراد. حيث يجب على الإدارة وفي غمار تحقيقها لسلامة سير المرفق العام أن لا تخرج عن مبادئ القانون بشكل كامل وإلا عمت الفوضى، بل تستبدل بعض القوانين العادية والتي لو طبقتها في ظل الظروف الاستثنائية لأدى ذلك إلى شل عمل المرفق العام، ببعض القوانين الاستثنائية لتكون قادرة على مواجهة الظرف الاستثنائي. لكي لا تخرج الإدارة عن مبدأ المشروعية غير العادية الذي تفرضه الظروف الاستثنائية، يتكفل القضاء بمراقبة أعمالها حماية لحقوق وحريات الأفراد.

المطلب الاول: توسيع صلاحيات الإدارة

تتطلب ضرورة المحافظة على النظام العام وحسن سير المرفق العام باضطراد، توسيع صلاحيات الإدارة والسماح لها بتخطي الحدود التي كان يتحتم عليها احترامها في الظروف العادية تطبيقا لمبدأ المشروعية. نظرا لبعض الظروف غير العادية التي ألزمتها بتطبيق المشروعية الاستثنائية، كان لابد لها أن توسع من دائرة نشاطها بما يسمح لها تخطي الحالة الاستثنائية بأقل الأضرار.

يرتبط مبدأ استمرارية المرفق العام باستمرارية الدولة، ومن مفاعيل هذا المبدأ في الظروف الاستثنائية أن يسوغ للإدارة توسيع صلاحياتها وسلطاتها بصورة استثنائية ولوقت محدود رعاية للصالح العام.[1] إن توسيع صلاحيات الإدارة له صور عديدة، حيث يترتب عنه عدم تقيد الإدارة ببعض الشروط اللازم توافرها لصحة قراراتها في الظروف العادية، كما قد تخرج عن نطاق السلطة العائدة لها لتجاوزه إلى اختصاص السلطة التشريعية أو القضائية بالقدر اللازم لمواجهة الظرف الاستثنائي.

الفرع الأول: تجاوز السلطة الإدارية على اختصاصات سلطة إدارية أخرى

من الجائز للسلطة الإدارية في الظروف الاستثنائية ان تتجاوز حدود اختصاصاتها، فتقوم باعمال داخلة في اختصاص سلطة إدارية أخرى من دون ترخيص قانوني بذلك. فقد قضي مثلا بجواز تفويض موظف صلاحياته إلى أحد مرؤوسيه دون وجود نص قانوني أو نظامي يخوله ذلك.[2] كما قضي بصحة المصادرة التي أجراها رئيس مجلس بلدي خارج عن نطاق صلاحياته العادية لحمولة من القمح من باخرتين مجمدتين من إحدى الموانئ بسبب الأعمال الحربية،[3] والتي هي في الأصل من اختصاص المحافظ.[4]

---

[1] محمد حسن دخيل، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، مرجع سابق، صفحة 79.

[2] شورى فرنسي 1946/06/26م من مجموعة ليبون صفحة 179. أنظر:ادوار عيد، رقابة القضاء العدلي على أعمال الإدارة، مرجع سابق، صفحة 108.

[3] شورى فرنسي 1945/11/09م من مجموعة ليبون صفحة 230. أنظر:ادوار عيد، رقابة القضاء العدلي على أعمال الإدارة، مرجع سابق، صفحة 108.

[4] محمد حسن دخيل، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، مرجع سابق، صفحة 82.

إضافة إلى ذلك، يمكن لسلطة إدارية أن ترفض تطبيق قرارات سلطة إدارية أعلى منها، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بقضية "Latetia" في 1954م بالحق للسلطات المحلية أن تمنع عرض بعض الأفلام المرخص بعرضها بموجب قرار الوزير المختص. كان الغرض من المنع هو أن مثل هذه الأفلام التي تخدش الحياء قد يترتب عنها إثارة الشغب والإخلال بالنظام العام. قرر مجلس الدولة الفرنسي أن منع عرضها من السلطات المحلية مشروع، لأن عرضها يهدد النظام، وبسبب الظروف التي كانت سائدة آنذاك والتي تتلخص في موجة الانحلال الخلقي في شاطئ الريفيرا.[1]

ذهب القضاء إلى أبعد من ذلك عندما قضى بصحة بعض القرارات الصادرة عن أشخاص عاديين لا يتمتعون بصفة الموظف العام ولا يعملون لدى أية سلطة عامة، فعلى الرغم من أن ذلك يشكل اغتصابا للسلطة فقد أقر بمشروعية تلك القرارات في الظروف الاستثنائية تطبيقا لنظرية الموظف الفعلي.[2] حيث أن نظرية الموظف الواقعي المبنية على الظروف الاستثنائية تهدف إلى استمرارية المرفق العام وعدم توقفه، بإجازة القرارات الصادرة من أشخاص يفتقرون إلى تولية رسمية.[3]

الفرع الثاني: تجاوز السلطة الإدارية على اختصاصات السلطة التشريعية

من المبادئ المقررة في الدول الديمقراطية مبدأ الفصل بين السلطات، والذي يفرض عدم تدخل السلطة في اختصاصات السلطة الأخرى، لكن وللضرورة فقد تتوسع صلاحيات السلطة التنفيذية لتشمل بعض صلاحيات السلطة التشريعية، ومن ذلك إصدار السلطة التنفيذية لبعض اللوائح ذات الطبيعة التشريعية والتي هي في الأصل من اختصاصات البرلمان، واعتراف القضاء بمشروعيتها رغم انها مخالفة لقاعدة الاختصاص. كما لها أن توقف العمل بالقوانين العادية الصادرة من السلطة التشريعية. هذا ما نص عليه الدستور الأردني في المادة 124 في عبارة: "صلاحية وقف قوانين الدولة العادية" وفي المادة 02/125 منه: "عند إعلان الأحكام العرفية لجلالة الملك أن يصدر بمقتضى إرادة ملكية أية تعليمات تقتضيها الضرورة لأغراض الدفاع عن المملكة بقطع النظر عن أحكام أي قانون معمول به".[4]

---

[1] هاني علي الطهراوي، القانون الإداري، مرجع سابق، الصفحة 241.

[2] عدنان عمرو، القضاء الإداري الفلسطيني" مبدأ المشروعية"، مرجع سابق، صفحة69.

[3] محمد حسن دخيل، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، مرجع سابق، صفحة 79.

[4] دستور المملكة الأردنية الهاشمية الصادر بتاريخ 1952/1/1م الموافق 1371/4/4ه.

أضفى القضاء الإداري الفرنسي صفة المشروعية على الإجراءات التي اتخذت في أعقاب غزو الحلفاء لسواحل فرنسا عام 1944م بموجب قرارات وزارية رغم انها في الاصل من اختصاصات السلطة التشريعية. فالتدابير التي اتخذها لجنة مؤلفة من سكان إحدى البلديات حلت محل الهيئات المحلية التي اختفت بعد الغزو الألماني للأراضي الفرنسية.[1]

رأى مجلس الدولة الفرنسي مشروعية القرار اللائحي الذي أصدره مسؤول إدارة الحرب في الحكومة الفرنسية المؤقتة والذي يقضي بالإحالة على الاستيداع لكل الضباط الذين لا يتبعون القوات العسكرية للحكومة المؤقتة، رغم أن معالجة هذا الموضوع من اختصاص برلماني.[2] هذا ما قضى به مجلس الشورى اللبناني في قرار رقم 175 بتاريخ 1993/04/07م والذي جاء فيه: "...بما أن هذا الواقع (الظروف الاستثنائية) يجعل من حق السلطة الإدارية، بل ومن واجبها اتخاذ التدابير اللازمة لتلافي المحاذير، حتى ولو تجاوزت قواعد الاختصاص، وحتى ولو أقدمت على تشريع يعود أمر إصداره طبيعيا للسلطة التشريعية".[3] أجاز القضاء الإداري اللبناني ممثلا بمجلس الشورى للسلطة التنفيذية أن تتعدى على صلاحيات السلطة التشريعية وتصدر قوانين إذا اضطرها الظروف الاستثنائية بدافع تحقيق مصلحة الوطن وضمان سير المرفق العام.

أيضا تقررت مشروعية قرارات الإدارة التي تنطوي على وقف العمل بالقوانين الصادرة من السلطة التشريعية خلال الظروف الاستثنائية، حيث قرر مجلس الدولة الفرنسي مشروعية إجراءات الإدارة القاضية بوقف العمل بأحكام القانون الصادر من البرلمان والذي ينص على ضمانات للموظفين، وذلك خلال الحرب بهدف تمكين الإدارة من فرض العقوبات بسرعة وتاديب موظفيها في اسرع وقت ممكن طبقا لمقتضيات وضرورات الدفاع الوطني. بهذا برزت مقتضيات الدفاع عن الوطن وظروف الحرب الاعتداء على اختصاصات السلطة التشريعية، وأضفت المشروعية على النظام الذي أصدرته.[4] كما قرر مجلس الدولة في قراره الصادر في 1919/08/01م مشروعية القرار الذي أصدرته السلطة العسكرية رغم مخالفته للمادة 103 من القانون التجاري، وذلك خلال نظره في قضية Vion et Fils و Saupiquet .[5]

---

[1] علي خطار شطناوي، القضاء الإداري الأردني، مرجع سابق، صفحة 120.

[2] عدنان عمرو، القضاء الإداري الفلسطيني" مبدأ المشروعية"، مرجع سابق، صفحة68.

[3] محمد حسن دخيل، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، مرجع سابق، صفحة 88.

[4] علي خطار شطناوي، القضاء الإداري الأردني، مرجع سابق، صفحة 122.

[5] تتلخص وقائع القضية أن بعد نشوب الحرب العالمية الأولى وضعت السكة الحديدية تحت إشراف السلطة العسكرية بعدها أصدرت السلطة العسكرية قرارا يقضي بعدم مسؤوليتها عن فقدان البضائع وعن المهمات التي يتطلب منها القيام بها، فطعنت كل من الشركتين المذكورتين، إلا ان مجلس الدولة رفض إبطال القرار رغم مخالفته للمادة 103 من القانون التجاري. أنظر: علي عبد الرزاق عبد الرضا، نظرية الظروف الاستثنائية" دراسة في أحكام القضاء الإداري الفرنسي والمصري واللبناني"، رسالة ماجستير، 2012م، جامعة بيروت العربية، بيروت، لبنان، صفحة 74.

قضى مجلس الدولة الفرنسي في 1915/08/06م بمشروعية القرار الصادر عن السلطة العسكرية بإقفال الخمارات طيلة فترة الحرب.[1] في قرار صادر عنه بتاريخ 1919/02/28م في قضية Dame Dol et Laurent بصحة القرار الصادر عن الحاكم العسكري في مدينة طولون بمنع أصحاب المقاهي والخمارات إبان الحرب من استخدام فتيات الهوى.[2] حيث أجاز توسيع صلاحيات الضبط الإداري خلال الظروف الاستثنائية مقارنة بالظروف العادية.

برر القضاء الفرنسي تعدي السلطة التنفيذية على صلاحيات السلطة التشريعية ، عندما أجاز لها أن تنشئ وقت الأزمات محاكم شرعية تتبع أمامها أصول محاكمات مختصرة وذلك بقرار بعض مفوضي الجمهورية، علما أن إنشاء المحاكم لا يتم إلا بالقانون.[3] فالمحاكم الاستثنائية لا تنشأ عادة بالقانون الذي تنشأ به بقية المحاكم، وإنما بقانون مؤقت حسب حالة الظروف الاستثنائية، وتخضع هذه المحاكم للسلطة التنفيذية.[4]

الفرع الثالث: تجاوز السلطة الإدارية على اختصاصات السلطة القضائية

أعتبرت القرارات والتدابير الصادرة من السلطة الإدارية في الظروف الاستثنائية مشروعة والتي كانت تعود إلى السلطة القضائية في الظروف العادية. من أمثلتها: القرار الصادر بالحبس الإداري (الاعتقال الإداري)

---

[1] محمد حسن دخيل، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، مرجع سابق، صفحة 81.

[2] في هذه القضية أجاز القضاء الفرنسي النظر في دعوى التعدي التي رفعتها السيدتان دول ولوران عندما قام الحاكم العسكري بالتعدي على حرية العمل، وقرار القضاء الفرنسي كان بمثابة اقرار منه على انعقاد الاختصاص له في مثل هذه القضايا في الظروف الاستثنائية. وهي من آثار تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية والتي نتج عنها توسيع في رقابة القاضي الإداري بالموازاة مع توسيع صلاحيات الإدارة. حيث يؤول الاختصاص في قضايا التعدي في الظروف العادية الى القضاء العادي الفرنسي ، لكن في الظروف الاستثنائية يؤول الاختصاص الى القضاء الإداري الفرنسي كما لاحظنا في هذه القضية.

وقد أكد ذلك مجلس الشورى اللبناني صراحة في قراره الذي جاء فيه:"إن الاجتهاد مستقر على أن التعدي في الظروف الاستثنائية من شأنه أن يجعل القضاء الإداري صالح للنظر بطلب التعويض الناشئ عن التعدي". أنظر: ادوار عيد، رقابة القضاء العدلي على أعمال الإدارة، مرجع سابق، صفحة 109-110.أنظر أيضا: علي عبد الرزاق عبد الرضا، نظرية الظروف الاستثنائية" دراسة في أحكام القضاء الإداري الفرنسي والمصري واللبناني"، رسالة ماجستير،مرجع سابق، صفحة 85-87.

لكن الأمر في القانون الجزائري يختلف عما هو عليه في القانون الفرنسي واللبناني، إذ يؤول الاختصاص في دعاوى التعدي للقضاء الإداري الجزائري في كل الظروف والأحوال، فلا يميز القضاء الإداري الجزائري بين الظروف العادية والاستثنائية من أجل النظر في دعاوى التعدي التي ترتكبها الإدارة. وهو ما نستنتجه من قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر بتاريخ 1999/03/08م، في قضية الوزير فوق العادة المكلف بشؤون ولاية الجزائر و الشركة المصرية للطيران، حيث كانت الشركة المصرية للطيران تشغل شقة في المرادية بالجزائر في 1970م ثم تركت الشركة الشقة وأخذت أثاثها في عام 1993م دون أن تسدد الأجر وفاتورات الغاز والكهرباء، مما دفع بالوزير في 1995م إلى تغيير الأقفال وحرمان الشركة من استغلال الشقة . فقامت الشركة برفع دعوى استعجالية ضد قرار الوزير. حكمت الغرفة الإدارية بإلغاء قرار الوزير وإلزامه بإرجاع المفاتيح إلى الشركة، فطعن الوزير أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا والتي أصدرت قرارها الذي جاء فيه:" حيث أن قيام المستأنف (الوزير فوق العادة) مباشرة باتخاذ القرار التحفظي المتعلق بالشقة التي كانت تشغلها المستأنفة عليها (شركة مصر للطيران) وبتغيير الأقفال يشكل تعديا صارخا. حيث أنه ووفقا للمادة 171 مكرر من قانون الإجراءات المدنية، فإن قاضي الاستعجال الإداري مختص للأمر بوقف التعدي، وبالنتيجة فإن قاضي الدرجة الأولى كان على صواب عندما أمر بإرجاع المفاتيح إلى المستأنف عليها".أنظر: سليماني السعيد، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة، رسالة ماجستير، 2003-2004م، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، صفحة 50-51.

[3] علي عبد الرزاق عبد الرضا، نظرية الظروف الاستثنائية" دراسة في أحكام القضاء الإداري الفرنسي والمصري واللبناني"، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 70.

[4] عبد الله سعيد فهد الدوه، المحاكم الخاصة والاستثنائية وأثرها على حقوق المتهم، مرجع سابق، صفحة 88.

في أحد السجون بينما لا يجوز بمقتضى أحكام القانون الجزائي حبس أحد في السجن إلا بمذكرة قضائية.[1] حيث أجاز القضاء الفرنسي اعتداء الإدارة على سلطة القضاء، بإصدارها لأمر الاعتقال الإداري دون حاجة لصدور حكم قضائي وهو ما يعرف بالظروف الاستثنائية وإلا لا تعد من أعمال الغصب.[2] اعتبر قرار التوقيف غير المسند لأي قرار إداري أو قضائي مشروع أثناء فترة التحرير من قبل مصالح الأمن خلال التحريات على أشخاص تعاونوا مع العدو لا يتسم بطابع التعدي.[3]

كما قرر مجلس الدولة الفرنسي واللبناني مشروعية بعض القرارات الموقفة لتنفيذ الأحكام القضائية الحائزة لقوة الشيء المقضي به إذا ما ترتب على هذا التنفيذ إخلالا خطيرا بالنظام والأمن،[4] خلافا للقاعدة التي لا تجيز إيقاف تنفيذ الأحكام القضائية تحت أي ظرف من الظروف.[5]

هذا ما أكده قرار المحكمة العليا بمصر في قرارها الصادر بتاريخ 10 كانون 1959م بشأن تعطيل تنفيذ الأحكام القضائية بقرار إداري في الظروف الاستثنائي بقولها: "لئن كان الأصل أنه لا يجوز للقرار الإداري أن يعطل تنفيذ حكم قضائي، وإلا كان مخالفا للقانون، إلا أنه إذا كان يترتب على تنفيذه فورا إخلال خطير بالصالح العام يتعذر تداركه كحدوث فتنة، أو تعطيل سير مرفق عام، فير جح عندئذ الصالح العام على الصالح الفردي الخاص".[6]

تطبيقا لذلك أضفى مجلس الدولة الفرنسي صفة المشروعية في قراره الصادر بتاريخ 1923/11/30م على امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم القضائي الصادر في قضية كوبتياس (Couiteas). تدور وقائع القضية في رفض الإدارة تنفيذ الحكم القضائي الصادر لصالح أحد المعمرين الفرنسيين والقاضي بطرد القبائل التونسية

---

[1] ادوار عيد، رقابة القضاء العدلي على أعمال الإدارة، مرجع سابق، صفحة 110

[2] عدنان عمرو، القضاء الإداري الفلسطيني" مبدأ المشروعية"، مرجع سابق، صفحة 68.

[3] ادوار عيد، رقابة القضاء العدلي على أعمال الإدارة، مرجع سابق، صفحة 111.

أكد مجلس الدولة على هذا الإجتهاد في الكثير من القضايا نذكر منها: قراره القاضي بشرعية قرار محافظ مقاطعة L'eure بإيداع أحد الأشخاص السجن ثم إخراجه منه ووضعه تحت الإقامة الجبرية في باريس دون إصدار قرار من النيابة العامة. أنظر: علي عبد الرزاق عبد الرضا، نظرية الظروف الاستثنائية" دراسة في أحكام القضاء الإداري الفرنسي والمصري واللبناني"، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 70.

[4] أنظر:أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 556.أنظر أيضا:جميل يوسف فدورة كنكت، نطاق الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 06.

[5] وهو ما دفع بالإدارة بصلاحياتها الموسعة لإلزامية تنفيذ الأحكام القضائية يتناقض مع المادة 163 من الدستور الجزائري المعدل في 2016م والتي جاء فيها:" على كل أجهزة الدولة المختصة أن تقوم، في كل وقت وفي كل مكان، وفي جميع الظروف، بتنفيذ أحكام القضاء".

[6] عبد الله طلبة، القانون الإداري" الرقابة القضائية على أعمال الإدارة"، مرجع سابق، صفحة 38.أنظر أيضا:سعدون عنتر الجنابي،أحكام الظروف الاستثنائية في التشريع العراقي، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 73.

المقيمة في أرضه وتمكينه من وضع يده عليها وإخلائهم منها. رفضت الإدارة تنفيذ الحكم القضائي بحجة أن هذا التنفيذ ينطوي على مخاطر حدوث فتنة وهياج شعبي خطير يهدد الأمن والنظام. إذا أضفى صفة المشروعية على قرار الإدارة الرافض لتنفيذ الحكم القضائي لما ينطوي على تنفيذه من خطر إثارة ثورة حقيقية في جنوب تونس.[1] امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم القضائي دفع "بكويتياس" للجوء مرة أخرى إلى مجلس الدولة الفرنسي الذي قضى بأن الإدارة في هذه الظروف الاستثنائية لم ترتكب أي خطأ، ولكن مبدأ المساواة في الأعباء العامة يقضي أن ينال "كويتياس" تعويضا عن الضرر الذي أصابه.[2] نحن نلاحظ من خلال هذه القضية أن القضاء قد اعتبر عمل الإدارة الرافض لتنفيذ الحكم القضائي تحقيقا للمصلحة العامة مشروعا، غير أن ذلك لم يعفه من إصدار قرار بالتعويض "لكويتياس" جراء الضرر الذي ألحقه قرار الإدارة.[3]

الفرع الرابع: تجاوز السلطة الإدارية لبعض الشروط القانونية لصحة القرار

ينطوي مبدأ المشروعية على وجوب احترام الإدارة للشروط التي وضعها القانون سابقا لصحة قرارها، لكن ولظروف خارجة عن إرادتها تضطر معها الإدارة إلى عدم مراعاة هذه القيود القانونية من أجل التصرف بسرعة وبفعالية. من منطلق أن السلطة التنفيذية هي المسؤولة عن حماية النظام العام فيجب أن تكون لها في إطار الظروف الاستثنائية صلاحيات أكبر لتضمن سلامة وأمن الدولة، ولتحقيق ذلك يمكن للسلطة التنفيذية عدم مراعاة بعض الأشكال التي يتطلبها القانون لصحة القرار، ونظرا للظروف الاستثنائية تقرر صحة هذه القرارات بالرغم من مخالفتها للشكل المطلوب في الظروف العادية.

تجد مخالفة قواعد الشكل مبررا لها في الظروف الاستثنائية أقوى من المبرر الذي تجده فيها مخالفة القواعد العادية للاختصاص، كونها اقل خطورة من هذه.[4] لذا قرر مجلس الدولة الفرنسي إضفاء المشروعية على

---

[1] علي خطار شطناوي، القضاء الإداري الأردني، مرجع سابق، صفحة 121.

وقد تأيد هذا الإجتهاد بأحكام أخرى كم في قضية شركة كارتون وسانت شارل، حيث أقرت امتناع مدير دائرة الشرطة عن تنفيذ الحكم القاضي بإخلاء المصنع من العمال المضربين الذين احتلوه لأنه قدر أفضلية رحيل المضربين باختيارهم تجنبا لاضطرابات مخلة بالأمن قد تحدث، خاصة وأن العمال مؤيدين من جانب الجمهور والمنظمات النقابية. أنظر:عدنان عمرو، القضاء الإداري الفلسطيني" مبدأ المشروعية"، مرجع سابق، صفحة 69.

[2] سعدون عنتر الجنابي، أحكام الظروف الاستثنائية في التشريع العراقي، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 103.

[3] على هذا الأساس أصدر مجلس الشورى اللبناني قراره رقم 854 في 1964/07/14م الذي تضمن:"...حيث وأن يكن العمل المدعى بالتعويض عن الضرر الناشئ عنه قد أملته مقتضيات المحافظة على السلامة العامة فإن الإدارة تبقى مسؤولة عن الأضرار اللاحقة بالمستدعين من جرائه بالاستناد إلى مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة ومعزل عن أي خطا، وحيث ان هذه المسؤولية لا يرفعها كون ذلك العمل اخذ في الظروف الاستثنائية التي اجتازها البلاد سنة 1958 م لأن الظروف الاستثنائية إذا كان من شأنها أن توسع صلاحيات الإدارة وتسبغ الشرعية على اعمال تعتبر في الاحوال العادية غير شرعية ، فإنها لا تعفي السلطة بموجب التعويض على المتضرر من هكذا أعمال بالاستناد إلى نفس المبدأ الذي يبقى قائما بكل مفاهيمه كما هو الحال في الظروف العادية، ومن المسلم به أن السلطة العامة تسأل عن الضرر الذي الناشئ عن العمل الشرعي إذا كان هذا الضرر خاصا وجسيما".أنظر: سعدون عنتر الجنابي، أحكام الظروف الاستثنائية في التشريع العراقي، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 107.

[4] ادوار عيد، رقابة القضاء العدلي على أعمال الإدارة، مرجع سابق، صفحة 112.

على قرارات الإدارة المعيبة بعيب الشكل، كالحكم الصادر في 1941/05/16 م الذي قرر فيه المس مشروعية قرار المحافظ بو فق أحد رؤساء المالس البلدية عن العمل دون مراعاة للإجراءات والشكليات المقررة في هذا الشأن. هكذا أعفيت الإدارة من احترام الشكليات التي تعرقل وتعيق عملها في الظروف الاستثنائية.[1] بهذا الاتجاه قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بانه لا يطلب من الإدارة وهي مأخوذة بظروف مفاجئة وأحوال خاطفة تحوطها ظروف عاجلة تضطرها إلى العمل السريع لضمان مصلحة عليا تتصل بسلامة البلاد أن تدقق وتتفحص على النحو الذي عليها إتباعه في الظروف العادية.[2]

خلاصة لما قيل، لقد كانت الظروف الاستثنائية سببا لإضفاء القضاء الإداري المشروعية على العديد من قرارات الدولة المعيبة والتي خرجت فيها عن إطار المشروعية العادية، فكانت من صور توسيع صلاحيات الإدارة التي أجازها القضاء، أن تجاوزت في أعمالها صلاحيات سلطات أخرى كانت في ظل الظروف العادية تتميز بالاستقلالية لكن دعت الضرورة إلى تجاوزها، حيث تجاوزت الإدارة لصلاحية السلطة التشريعية والقضائية، كما انها قد تخرج عن الشروط القانونية لحاجة إصدار القرار بسرعة وتفادي الإجراءات المطولة من أجل تحقيق الغاية من القرار ومحاولة صد خطر الظرف الاستثنائي. لكن هذا لا يعني إطلاق العنان للإدارة في تجاوزها للمشروعية العادية فيجب أن لا ننسى خضو ع الإدارة بصلاحيا ا الموسعة لرقابة القضاء.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية كقيد على تصرفات الإدارة الموسعة

القول بان توسيع الإدارة في صلاحياتها من الامور الحتمية الذي تنتجها الحالة الاستثنائية، لكنها لا تمارس هذه الصلاحيات دون قيد يقي الأفراد من تعسف السلطات. يتمثل ذلك في الرقابة القضائية التي تعتبر وسيلة يستطيع الأفراد بمقتضاها الالتجاء إلى المحاكم على مختلف انواعها ودرجاتها، ووفق الاصول القانونية المقررة لإنصافهم من تعسف الإدارة وأخطائها، ولتعويضهم عن الأضرار التي قد تنجم أثناء مباشرتها لاعمالها، تأكيدا لمبدأ ا لمشروعية وضمانا لحقوقهم وحرياتهم.[3] هذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قراره القاضي بأن:

---

[1] علي خطار شطناوي، القضاء الإداري الأردني، مرجع سابق، صفحة 120.أنظر أيضا: فادي نعيم جميل العلاونة، مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمانات تحقيقه، رسالة ماجستير،مرجع سابق، صفحة 75.

[2] قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم 1870 الصادر بتاريخ 1962/06/30م، أنظر: منصور إبراهيم العتوم، القضاء الإداري" دراسة مقارنة"،الطبعة الأولى، 2013م، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، صفحة43-44.

[3] فالرقابة تباشرها سلطات قضائية مستقلة عن الإدارة وخارجة عن نطاق الجهاز الإداري للدولة، ولا ترتبط به برابطة التبعية والخضوع عملا بمبدأ الفصل بين السلطات. والرقابة القضائية هي التي تمارس على جميع أعمال الإدارة المادية منها والقانونية.أنظر:عبد المهدي مساعدة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في الأردن" دراسة مقارنة"، مجلة البلقاء للبحوث والدراسات، مرجع سابق، صفحة 86.

"الحرية مبدأ عاما وتدابير البوليس استثناء".[1] يعني هذا أن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة الاستثنائية تحول دون خروجها عن إطار المشروعية الاستثنائية مع مراعاة احترام مبدا الحرية الشخصية لاها الاصل. خاصة وأننا لاحظنا تساهل القضاء في مخالفة بعض الشروط القانونية التي يجب أن تتوافر في قرار الإدارة كشرط الاختصاص والمحل والشكل، حيث أضفى المشروعية على القرارات الإداريةتيا جاءت مخالفة لهذه الأر كان. غير أن القضاء لم يضفي المشروعية على كل القرارات وإنما وضع ضوابط على الإدارة أن تلتز م ا وإلا تعرض حكمها للإلغاء والتعويض. لكن ما هي الضوابط التي يجب ان تلتزم بها الإدارة في مواجهتها للظرف الاستثنائي والتي تخضع إلى رقابة الإلغاء والتعويض؟

تخضع قرارات الإدارة في الظروف الاستثنائية لرقابة القضاء الإداري، ولكنها رقابة تأخذ بعين الاعتبار ركني السبب والغاية دون أن تتساهل فيهما كباقي الأركان.[2] لهذا السبب فقد وضع القضاء الإداري الفرنسي والمصري[3] والجزائري ضوابط لخروج الإدارة عن مبدا المشروعية وتوسيع صلاحياها، حيث تخضع الإدارة لرقابة القضاء في مدى احترامها لهذه الضوابط المتمثلة في:

أولا: قيام حالة واقعية غير عادية وغير مألوفة تخرج عن نطاق ما يمكن توقعه،كالخطر الجسيم المفاجئ الذي يهدد النظام العام والأمن....فلا يجوز للإدارة أن تتذرع بوجود ظرف استثنائي غير مؤكد حدوثه.[4] وقد أضاف القضاء الفرنسي في اجتهاداته ما يمكن اعتباره ظرفا استثنائيا يبرر خروج الإدارة عن القواعد القانونية

---

[1] أصدر مجلس الدولة الفرنسي هذا القرار بمناسبة فصله في قضية بالدي Baldy في 10 أوت 1917م.أنظر: أوسكين عبد الحفيظ، الحريات الأساسية في ظل الظروف الاستثنائية بين الحراك السياسي والميزان القانوني "دراسة مقارنة على ضوء المعطيات الجزائرية"، مرجع سابق، صفحة 07.

[2] منصور إبراهيم العتوم، القضاء الإداري" دراسة مقارنة"،مرجع سابق، صفحة43.

[3] إتبع القضاء الأردني الإتجاه الذي وضعه القضاء الفرنسي والمصري في تحديد الشروط التي تقيد الإدارة عند إتخادها لقراراها في الظروف الاستثنائية، فقد حدد محكمة العدل العليا نطاق ومعالم رقابة القضاء على نشاط الإدارة، خلال نظرها في قضية تدور وقائعها في امتناع الإدارة من تنفيذ حكم قضائي بحجة إستمرار الاشغال في العقار المستأجر بهدف بجنب الطالبات عبور احد الشوارع لا يشكل ظرفا استثنائيا يضفي المشروعية على قرار الإدارة بالرفض وجاء في الحكم:" وحيث أن وزارة التربية و التعليم قد أفصحت بكتابها المؤرخ في 1982/02/05م أن استمرارها بأشغال العقار بجنب الطالبات عبور شارع خالد بن الوليد وردد هذا السبب مساعد رئيس النيابة العامة في مرافعته فهو وحده لا يشكل حالة ضرورة، وحيث أن الحكم القضائي المبرم يكتسب قوة تنفيذية ويصبح واجب التنفيذ جبرا، وحيث أن دولة رئيس الوزراء قد أمر بتنفيذه عملا بالمادة 11 من قانون دعاوى الحكومة فإن الإدارة ملزمة بتنفيذه بناء على طلب ذي المصلحة و لا تملك الإمتناع عن تنفيذه وإن هي امتنعت عن تنفيذه كان تصرفها غير مشروع، أما ما أثاره رئيس النيابة العامة من حيث توافر أركان الضرورة فيما قرره معالي وزير التربية والتعليم فإننا نجد أنه يشترط للاحتجاج بأحكام الضر ورة ما يلي:

1/ وجود خطر جسيم سهدد النظام العام

2/أن يتعذر دفع هذا الخطر بالطرق القانونية العادية

3/ أن يكون رائد الإدارة في تدخلها تحقيق المصلحة العامة وحدها

4/ يجب أن لا تضحي بمصلحة الأفراد في سبيل المصلحة العامة إلا بمقدار ما تقتضي به الضرورة أي لا تتعسف الإدارة في إجرا ها". أنظر: عدنان عمرو، القضاء الإداري الفلسطيني"مبدأ المشروعية"، مرجع سابق، صفحة 76-77.

[4] نواف كنعان، القضاء الإداري، الطبعة الأولى الإصدار الثالث، 2009م، دار الثقافة، عمان، الأردن، صفحة 57.

العادية: حالة الحرب، حالة الثورة، نشوب أزمة عصيبة على إثر الحرب، التهديد بإضراب عام، وقوع اضطراب يهدد الأمن العام.[1]

لا جدال في أن الظرف الاستثنائي هو المبرر الوحيد لإعطاء الإدارة سلطات واسعة، فإنه يلزم وجود وتحقق هذه الظروف، وإلا عدت أعمالها باطلة لعدم صحة الحالة الواقعية التي أسست عليها الإدارة أعمالها الاستثنائية. أي لبطلان السبب الذي استندت إليه الإدارة في ذلك،[2] إذ يقع على عاتق القاضي الإداري واجب التحقق من قيام الحالة الواقعية المبررة لاتخاذ القرار الإداري في الظروف الاستثنائية.[3]

أكد مجلس الدولة الفرنسي ضرورة توافر الظرف الاستثنائي كسبب لخروج الإدارة عن مقتضيات المشروعية، وذلك في قراره الصادر في 1955/01/07م والذي أبطل قرار المفوض السامي لأنه وقع خارج نطاق الظروف الاستثنائية أي تخلف ركن السبب، وما تضمنه حكمه: "...لأن المفوض السامي اتخذ القرار المطعون فيه بعد زوال الظروف الاستثنائية فلم يعد له الحق في تطبيق أحكام القرار الصادر في 18 حزيران 1948م".[4]

كذلك قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر حكمها الصادر بجلسة 1983/11/26م وفي جلسة1990/01/03م بأن المادة الثالثة من القانون رقم 162 لسنة 1958م والتي خولت رئيس الجمهورية سلطة تقييد حرية الأشخاص واعتقالهم مقصورة على من يكون من هؤلاء الأشخاص خطر على الأمن والنظام

---

[1] ادوار عيد، رقابة القضاء العدلي على أعمال الإدارة، مرجع سابق، 115-116.

[2] محمد حسن دخيل، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية مرجع سابق، صفحة 83.

[3] منصور إبراهيم العتوم، القضاء الإداري" دراسة مقارنة"،مرجع سابق، صفحة43.

طبعا لا تخضع الإدارة المركزية لرقابة القضاء عند إصدارها لقرار إعلان او إنهاء حالة الطوارئ أو الحرب وغيرها من الحالات الاستثنائية، فلا يمكن للقاضي رقابة التحقق من وجود الظرف الاستثنائي أو زواله والذي دعى الإدارة المركزية لتطبيق القانون الاستثنائي وخروجها عن تطبيق القواعد القانونية العادية، بسبب أن هذه القرارات هي من أعمال السيادة والتي تتميز بالحصانة ضد الرقابة القضائية، ودليل ذلك ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في قضية Rubin de servens والتي سبق الإشارة إليها عند تمييزنا للأعمال السيادية عن الأعمال الاستثنائية.

وقد اعتمد القضاء الأردني هذا التوجه عندما أخرج قرار إعلان العمل بقانون الدفاع الأردني من دائرة اختصاصه، وأعتبره من أعمال السيادة، وتستقل السلطة التنفيذية بتقدير وجود الظروف الاستثنائية وأسباب تطبيقها لقانون الدفاع دون أي رقابة قضائية، وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا في أحد أحكامها الذي جاء فيه:" لرئيس الوزراء مطلق الخيار في تقدير الأحوال والظروف التي تتطلب القيام بالأفعال المنصوص عليها في أنظمة الدفاع لتأمين السلامة العامة أو الدفاع عن المملكة، وليس من حق محكمة العدل أن تتعرض لهذا التقدير.." وفي حكم آخر:" ولجلالة الملك حق تقدير وجود الظرف الطارئ أو عدم وجوده ولا تستطيع محكمة العدل العليا أن تتصدى لهذا التقدير.."أنظر: هديل محمد فضل العتيلي، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الظروف الاستثنائية، رسالة ماجستير، كانون الأول 2001م، الجامعة الأردنية، صفحة 109.

على الرغم من خطورة إعلان عن تطبيق حالة من الحالات الاستثنائية على الحريات الفردية وتعليقها العمل بمبدأ المشروعية، فقد زاد من خطورا إخراج أمر تقدير وجود الظرف من عدمه من حدود الرقابة القضائية، كما أن رئيس الجمهورية حر في تقدير وجود الظرف الاستثنائي وقراره السيادي القاضي بتطبيق الظروف الاستثنائية (حالة الحصار أو الطوارئ أو غيرها) يتمتع بالحصانة ضد رقابة القضاء، وهو الأمر الذي لا نؤيده.

[4] علي عبد الرزاق عبد الرضا، نظرية الظروف الاستثنائية" دراسة في أحكام القضاء الإداري الفرنسي والمصري واللبناني"، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 79.

العام . يجب أن تكون ثمة وقائع جدية في حق الشخص منتجة الدلالة على هذا المعنى وتكييف هذه الوقائع لا يعتبر من الملائمات المترو كة لجهة الإدارة وإنما هي مسألة قانونية تخضع الإدارة في ممارساها إلى رقابة القضاء. على أساس ذلك يتحقق القضاء من قيام عنصر السبب الذي استلزمه القانون لمشروعية قرار الاعتقال، ومتى ثبت انتفاء عنصر السبب كان القرار مخالفا للقانون ويتحقق ركن الخطأ من جانب الجهة الإدارية. ويترتب عن ذلك الحكم بالتعويض عن الأضرار المادية والأدبية.[1] إذن، في حالة فقدان عنصر السبب حال صدور القرار الإداري في مواجهة الفرد يجب إخضاعه لرقابة القضاء، خاصة إذا كان لتخلف ذلك العنصر أثر مباشر على الحقوق والحريات العامة للأفراد، وإن كان ذلك في الظروف الاستثنائية.[2] قرر مجلس شورى الدولة اللبناني في بعض قراراته حيث ورد فيها: "لكي تتوفر الظروف الاستثنائية يجب أولا أن تكون هذه الظروف الاستثنائية حقا، وللقاضي في هذا الصدد حق التقدير الواسع".[3]

ثانيا: ينبغي أن تكون الإدارة عاجزة عن مواجهة الظروف الاستثنائية بالطرق القانونية العادية، بحيث تضطر إلى الخروج عن هذه الطرق واستعمال الوسائل غير العادية الكفيلة لها بالقضاء على الخطر المداهم وتفادي الأضرار المحدقة.[4] فيكون عمل الضرورة الصادر من الإدارة هو الوسيلة الوحيد لدفع الضرر ويكون في تطبيق القوانين العادية ما يهدد الأمن وسير المرفق العام.[5]

إذا كان من شأن الظروف الاستثنائية أن تمدد من صلاحيات السلطات الإدارية، كلها أو بعضها، فإنه لا يمكن ان ينتج عن هده الظروف، مهما بلغت درجة خطورها حجب رقابة القضاء على اي عمل من الأعمال الإدارية التي تجري في ظلها، فهنا لا ينفك القاضي يراقب ليتأكد من أن الإدارة كانت في ظروف استثنائية حقا، وأن هذه الظروف منعتها من التقيد بأحكام المشروعية العادية.[6] في هذا الشأن أصدر مجلس

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر حكمها الصادر بجلسة 1983/11/26م، وفي جلسة1990/01/03م القضية رقم 353.أنظر: علي عبد الرزاق عبد الرضا، نظرية الظروف الاستثنائية" دراسة في أحكام القضاء الإداري الفرنسي والمصري واللبناني"، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 78.

[2] علي عبد الرزاق عبد الرضا، نظرية الظروف الاستثنائية" دراسة في أحكام القضاء الإداري الفرنسي والمصري واللبناني"، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 78.

[3] محمد حسن دخيل، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية مرجع سابق، صفحة 84.

[4] ادوار عيد، رقابة القضاء العدلي على أعمال الإدارة، مرجع سابق، صفحة 114.

[5] نواف كنعان، القضاء الإداري، مرجع سابق، صفحة 57.

[6] محمد حسن دخيل، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية مرجع سابق، صفحة 85.

وفي هذا الصدد أصدر مجلس الدولة الفرنسي حكمه في تاريخ 1946/05/03م في قضية Veuve Goguet، عندما ألغى قرار استيلاء عمدة Nantes على شقة الأرملة Goguet بهدف إيواء إحدى العائلات النازحة من المناطق التي كانت مسرحا للعمليات الحربية إبان الحرب العالمية الثانية، وقد خالف العمدة القانون 1938/07/11م المتعلق بتنظيم الأمة وقت الحرب.حيث جاء في قرار المجلس:"إذا كانت الإدارة تستطيع في الظروف الاستثنائية ان تتخذ تدابير تخرج عن دائرة اختصاصاها العادية، لتواجه على وجه السرعة ضرورات اللحظة، فإن المصاعب التي واجهتها الإدارة في مدينة Nantes لتدبر اماكن يقيم بها المنكوبون واللاجؤون بسبب الحرب، لا تبرر

الدولة الجزائري قراره رقم 6460 الصادر في 2002/09/23م والقاضي بإبطال قرار الوالي المنتدب الذي قام من خلاله بترخيص الاستيلاء على مسكن وإخراج المستأجر منه، وذلك لمخالفة قرار الوالي المنتدب لأحكام المادتين 679 و681 مكرر3 من القانون المدني، وتجاوزه لصلاحيات السلطة القضائية التي تعتبر المختصة للبت في إخراج المستأجر من العين. جاء في حيثيات القرار: "حيث أن الاستيلاء يعتبر إجراء استثنائي - للاكتساب الجبري- يسمح للإدارة بالتصرف في أملاك مادية، وحيث أن المادة 679 ق.م تنص على أنه (يتم الحصول على الأموال والخدمات لضمان سير المرافق العمومية باتفاق رضائي وفق الحالات والشروط المنصوص عليها في القانون، إلا أنه يمكن في الحالات الاستثنائية والاستعجالية وضمانا لاستمرارية المرفق العمومي، الحصول على الأموال والخدمات عن طريق الاستيلاء بأي حال على الحالات المخصصة فعلا للسكن) وأن المادة 681 مكرر3 ق.م تعتبر الاستيلاء تعسفيا كل استيلاء تم خارج الحالات والشروط التي نصت عليها المادة 679 ق.م. وأنه في قضية الحال إستولى الوالي المنتدب للشراقة على محل ذات الإستعمال السكني مشغول بصفة قانونية من طرف السيد عميوش سمير(المستأجر)، وأنه بإتخاذ قرار الاستيلاء المشوب بمخالفة جسيمة وظاهرة، فإن الوالي المنتدب للشراقة إرتكب تجاوز للسلطة يجب أن يؤدي إلى إبطال هذا الاستيلاء ...وإرجاع المستأنف إلى المسكن الذي كان يشغله". من خلال هذا القرار يتضح لنا أن القضاء الجزائري كان حريصا على مراقب مدى مراعاة الإدارة لظرف الاستثنائي وللحلول التي يمكن أن تقدمها لها القوانين العادية، فلا يسمح للإدارة بالتوسع من صلاحياتها إلا إذا ثبت عجز القوانين العادية، ومراقبة مدى ملاءمة الإجراء والظرف الاستثنائي.

في قرار آخر، قضى مجلس الدولة في القضية رقم 6195 بقرار صادر بتاريخ 2002/09/23م بإبطال قرار والي ولاية الجزائر بإغلاق الحانة لمدة غير محدودة بهدف المحافظة على النظام العام والآداب العامة، وقد أعتبر مجلس الدولة قرار الوالي مخالفا لنص المادة 10 من الأمر 75/41 الذي يعطي هذه الصلاحية للوالي لكن لمدة لا تتجاوز 6 أشهر وذلك إما لمخالفة صاحب الحانة للقوانين او القواعد المتعلقة بهذه المؤسسات او بغرض المحافظة على النظام العام والآداب العامة. أما الغلق النهائي للحانة فهي من صلاحيات السلطة القضائية. لذلك يبطل قرار الوالي لمخالفته أحكام الأمر 75/41.

إصدار عمدة هذه المدينة قرارا بالإستيلاء على الشقة المملوكة للأرملة Goguet بالمخالفة مع أحكام القانون الصادر في 1938/07/11م".أنظر: سليماني السعيد، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 55.

ثالثا: يتعين على القضاء الإداري مراقبة الغاية من تلك الإجراءات والتدابير الاستثنائية، فيجب أن تنطوي على تحقيق المصلحة العامة التي من أجلها تمت التضحية بمبدأ المشروعية.[1] تتمثل هذه المصلحة العامة الحيوية في الدفاع عن الوطن، إعادة النظام، استمرار المرافق العامة على المستوى القومي والمحلي...**وهو ما قررته** محكمة العدل العليا الأردنية في قرارها رقم 82/12.[2] **فإذا** انحرفت عن هذا الهدف وعن الغاية التي يرمي **إليها** نشاطها وهي المنفعة العامة وعملت على تحقيق أغراض شخصية ومآرب خا**صة، اتسم عملها بطابع التعسف والا**نحراف بالسلطة وجاز إبطاله لهذا السبب، وعدت الإدارة مسؤولة عن الأضرار الناجمة عنه.[3]

اتساقا لذلك أقر القضاء الإداري الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 1948/11/07م **والمتعلق بقضية ألكسيس و ولف** Alexis et Wollf حيث أقرت بتعويضهما عن الضرر الذي لحقهما جراء اعتقالهما دون وجه حق.[4] **كذلك** راقبت المحكمة العليا الاردنية انحراف سلطة الطوارئ في استعمال صلاحياتها، فجاء في **القرار رقم 11 لعام 1966م: "إن إصدار أمر دفاع بالاستيلاء على غرفة يشغلها المستدعي بطريق الإجارة** ليتسنى هدمها لغايات تنظيمية تتعلق بفتح شارع في مدينة يعتبر مخالفا لقانون الدفاع الذي لا يجيز إصدار أمر هدم أية أبنية **غلا لغاية تأمين السلامة العامة أو الدفاع عن المملكة وليس لغايات تنظيمية، إذ يمكن تأمين** الغايات التنظيمية عن طريق الاستملاك العادي والحيازة الفورية". **قضت كذلك: "إذا كان قرار الحاكم العسكري بإخراج شخص من المأجور بقصد** تسليمه إلى المالك فلا يعتبر لأغراض الدفاع عن المملكة".[5]

كما أصدرت محكمة العدل العليا الأردنية قراراها رقم 43 **لعام** 1952م: "أن المادة 09 **مكررة من** نظام الدفاع دستورية ويشترط أن تقرأ على ضوء المادة الرابعة من قانون الدفاع بحيث يجب أن يتوفر شرط القيام **بأفعال** مضرة بسلامة المملكة من قبل الأشخاص الذين يقبض عليهم ويوقفون بمقتضى هذه المادة". جاء في **قرارها رقم 12 لعام** 1955م: "الأمر الذي أصدره وزير الداخلية بتوقيف شخص لأجل غير مسمى استنادا لنظام الدفاع بحجة أنه سلك سلوكا يتعارض ومصلحة الأمن العام، مع أن هذا الشخص **محكوم عليه بموجب** قانون المقاومة الشيوعية وموجود في السجن ولم يتم مدة محكوميته جدير بالإلغاء لأنه يستند إلى سبب غير قانوني".[6]

---

[1] **علي** خطار شطناوي، القضاء الإداري الأردني، مرجع سابق، صفحة 125.

[2] **نواف كنعان، القضاء الإداري، مرجع سابق، صفحة** 57.

[3] **ادوار عيد**، رقابة القضاء العدلي على أعمال الإدارة، مرجع سابق، صفحة 114.

[4] **علي عبد الرزاق عبد الرضا، نظرية الظروف الاستثنائية**" دراسة في أحكام القضاء الإداري الفرنسي والمصري واللبناني"، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 85.

[5] عدنان عمرو، القضاء الإداري الفلسطيني" **مبدأ المشروعية**"، **مرجع سابق، صفحة** 82-83.

[6] عدنان عمرو، القضاء الإداري الفلسطيني" **مبدأ المشروعية**"، **مرجع سابق، صفحة** 78-79.

قررت المحكمة العليا الأردنية إلغاء قرار الاعتقال الذي أصدره وزير الداخلية لأنه لا يستند إلى سبب مشروع. فالسبب الذي يسمح بتوسيع صلاحيات الإدارة هو الذي يرمي إلى تحقيق الغاية المتعلقة بتأمين الدفاع عن الوطن والسلامة العامة. غير أنوزير الداخلية كان قراره على أساس أن الشخص الذي تقرر اعتقاله قام باعمال تهدد الامن العام والنظام، وانه في ظل الظروف الاستثنائية له سلطة إصدار قرار الاعتقال من أجل الدفاع عن الأمن العام. الثابت ان الشخص لم يقم باعمال تهدد النظام لانه محبوس وبالتالي لم يقم بأعمال تمس ودد السلامة الوطنية. لذلك ولما رأت المحكمة أن الشخص محبوس ولم يقضي فترة عقوبته ليتسنى له الخروج والقيام بما في شانه تهديد الامن العام، قررت إبطال قرار الاعتقال لأنه لا يحقق الهدف المرجو من إصداره والمتمثل في تحقيق الأمن والنظام. فالظرف الاستثنائي ليس الستار الذي يجيز للإدارة انتهاك حريات الأفراد دون مسوغ، لذا كان على القضاء أن يراقب مدى تحقيق الإدارة لغاية المصلحة العامة في إصدارها لقراراته في الظروف الاستثنائية.

رابعا: يتعين أن يتناسب الإجراء الاستثنائي الذي تقوم به الإدارة مع الظرف الاستثنائي الذي تواجهه، ولا يتسع نشاط الإدارة إلا بالقدر الذي يمليه الظرف،[1] فيكون العمل لازما حتما فلا يزيد على ما تقتضي به الضرورة، بمعنى التزام الإدارة بأن تستخدم من الوسائل والإجراءات ما يتناسب فقط مع القدر اللازم لمواجهة الظرف الاستثنائي.[2]

بناءا على ما تقدم فإن الإدارة وفقا لصلاحياتها الموسعة تخضع لرقابة القضاء، لكن تختلف هذه الرقابة من ركن لآخر في القرار. تساهل القضاء الإداري في رقابته على شرط الاختصاص والشكل والمحل وسمح للإدارة بالخروج عن هذه الاركان وفقا لصلاحياتها الموسعة وفي إطار مواجهة الظرف الشاذ، لكنه تشدد في رقابته لركني

ألغت محكمة العدل العليا الأردنية العديد من القرارات الإدارية المخالفة للغاية من تطبيق قانون الدفاع الأردني وهي حماية السلامة الوطنية، نذكر منها: القرار رقم50 لسنة 1966م القاضي ب:" إن نظام الدفاع رقم 02 لسنة 1939م يجيز لرئيس الوزراء أن يصدر أمر دفاع لغاية تأمين السلامة العامة والدفاع عن المملكة، وإذا صدر بمقتضى نظام الدفاع أمر بإغلاق الزرائب لغاية إزالة المكرهة الصحية، فإن هذه الغاية لا تدخل في المفهوم الذي قصده المشرع من السلامة العامة والدفاع عن المملكة طبقا لنص المادة الرابعة من قانون الدفاع التي أجازت إصدار أنظمة الدفاع لضمان الأمن العام والدفاع عن المملكة، ويتعين إلغاء أمر الدفاع بإغلاق الزرائب لأنه مخالف للقانون".كم ألغت محكمة العدل العليا الاردنية كل القرارات الإدارية التي صدرت بخصوص افعال من شانها الإضرار بافراد معينين بذواتهم لا تعتبر إخلالا بسلامة المملكة، ومثال ذلك حكمها في القضية المتعلقة بتوقيف شخص امتنع عن قبول التحكيم بخصوص شكوى تتعلق بفعل معاقب عليه جزائيا(قرار رقم1983/144م)، وقرارها رقم 97 لسنة 1977م والقاضي ب:"قيام مساعد محافظ العاصمة بتوقيف المستدعي لأنه لم ينفذ أمر دفع مال النفقة لزوجته ، يتجاوز الغاية المقصودة من نظام الدفاع". وتوقيف المستدعي للتغرير في عقود البيع(قرار رقم 1986/184م)، وارتكاب المستدعي جرم إدارة مقهى للمقامرة والمشاجرة والسكر والعربدة والرشوة(قرار رقم 1987/115م)، وعرض لقطات من أفلام جنسية منافية للآداب والأخلاق على شاشات السينما التي يديرها المستدعي لا يمس السلامة العامة للملكة(قرار رقم 1989/197م) .أنظر: هديل محمد فضل العتيلي، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الظروف الاستثنائية، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 110-112.

[1] محمد حسن دخيل، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، مرجع سابق، صفحة 84.

[2] نواف كنعان، القضاء الإداري، مرجع سابق، صفحة 57.

السبب والغاية، حيث أبطل القرارات التي لا تستند إلى سبب جدي في إصداره والذي يجب أن يكون بظهور الحالة الواقعية والمفاجئة التي تهدد الامن والنظام وتعرض كيان الدولة للزوال. يجب أن تهدف الإدارة من خلال خروجها عن المشروعية العادية إلى تحقيق الصالح العام، بالإضافة إلى توفر معيار التناسب بين التدبير الضبطي والقدر اللازم لمواجهة هذا الظرف.

المبحث الثالث: تطبيقات نظرية الظروف الاستثنائية في التشريع الجزائري

تعد الدولة الجزائرية حديثة العهد بالديمقراطية ومبدأ سيادة القانون،[1] لأنها كانت مستعمرة فرنسية لأكثر من قرن من الزمن (132 عام). عرفت الجزائر بعد الاستقلال وعبر دساتيرها المتعاقبة التنظيم المسبق للحالات الاستثنائية، من أجل ضمان حسن تطبيقها والتحكم في آثارها والحلول دون التعرض لإنزلاقات خطيرة من شأنها أن تؤثر على سلامة البلاد أكثر من الظرف الاستثنائي ذاته.

لطالما كان الدستور أسمى القوانين، لهذا دأبت "الدولة الدستورية" إلى إلحاق مجال الحقوق والحريات بالاختصاص التأسيسي أكثر منه بالتشريعي ضمانا منها لهذه الحقوق والحريات. فالقواعد الدستورية ما هي إلا ضمانات للحقوق والحريات، والمتمثلة أساسا في جملة المبادئ مثل "مبدأ المشروعية" و"القانون الأصلح للمتهم" وغيرها من المبادئ، وأن النصوص الدستورية تختلف عن باقي القواعد القانونية التي تحمي الحقوق وترتب جزاءات على كل انتهاك.[2] نحن بدورنا نقول أن هذه الضمانات الدستورية تحتاج إلى حماية لتجعلها أكثر فاعلية ونجاعة، والحماية يكون مصدرها القواعد القانونية التي قد تأتي لتفصل ما جاء مجملا في النص الدستوري وتحمله من المجال النظري إلى التطبيقي. من هنا وحرصا من رئيس الجمهورية على تطبيق أحكام الدستور وكي لا تبقى حبرا على ورق، نص في القانون رقم 16-01 المعدل للدستور الجزائري لسنة 1996م، على استحداث خلية متابعة على مستوى رئاسة الجمهورية، تضطلع بمهمة السهر على تطبيق

---

[1] يقول الدكتور حبشي لزرق أن مبدأ سيادة القانون أوسع من مبدأ المشروعية، ويعتبر أن مبدأ المشروعية يقتصر على إخضاع السلطة التنفيذية للقانون،(أنظر رسالة الدكتوراة للاستاذ حبشي لزرق، اثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضماناتها،2012-2013م، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، صفحة 01) لكن للباحثة رأي آخر، لأن مبدأ المشروعية وبإجماع الفقهاء هو إخضاع كل من الحكام والمحكومين إلى سلطان القانون، وهذا المفهوم الموسع للمشروعية، لكن القول بأن المبدأ ينحصر في إخضاع السلطة التنفيذية للقانون دون سواها من السلطات فهو معنى من معاني الضيقة لمبدأ المشروعية من ناحية القانون الإداري، كما أن للمشروعية مفهوما جنائيا يتمثل في قاعدة" لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن إلا بنص" بمعنى خضوع السلطة القضائية إلى القانون، ولا يمكن لها مقاضاة شخص إلا إذا وجد نص قانوني صادر قبل ارتكاب الفعل ونص على تجريمه وحدد عقوبته مسبقا، كما تخضع السلطة التشريعية للقانون ولا يمكن لها بأي حال من الأحوال إصدار نص تشريعي يكون مخالفا للقانون الأعلى في البلاد المتمثل في الدستور. ولذلك يعتبر مبدأ المشروعية رمز للدول المتحضر التي تعترف وتكرس الحقوق والحريات لما فيه من تقييد لجموح السلطة ورغبتها في الاستبداد رجوعا لمقولة مونتسكيو في كتابه روح القوانين:" كل فرد يملك السلطة يكون محمولا على إساءة استعمالها". ومنه يمكن القول أن مبدأ المشروعية يفرض على كل السلطات في الدولة إحترام القاعدة القانونية، فلا تكون أعمالها صحيحة ومنتجة لآثارها إلا إذا كانت وفقا للقانون وإلا جاز للأفراد الطعن في مشروعيتها وطلب إلغائها أمام الجهات القضائية المختصة.

[2] يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، الطبعة الأولى، 2009م، ابن النديم للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، صفحة421.

أحكام الدستور، ومتابعة إصدار القوانين العضوية التي تنظم وبشكل مفصل ما جاء في الدستور، خاصة وأن بعض مواد الدستور تحيل صراحة التفصيل فيها إلى قانون عضوي.

التنظيم الدستوري الجزائري للظروف الاستثنائية لم يتخذ نفس المنحى، حيث جاء دستور 1963م بنص عام لم يحدد فيه صور الحالات الاستثنائية، واكتفت المادة 59 من هذا الدستور بالنص على توسيع صلاحيات رئيس الجمهورية في حالة الخطر الوشيك،[1] أما دساتير 1976م و1989م و1996م فقد جاءت

[1] المادة 59 من دستور1963م:" في حالة الخطر الوشيك الوقوع يمكن لرئيس الجمهورية اتخاذ تدابير استثنائية لحماية استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية. ويجتمع المجلس الوطني وجوبا"يرى من خلال نص المادة عدم دقتها وغموضها، حيث عزفت عن التطرق لصور الحالات التي يمكن ان تشكل تهديدا لامن الوطن، كما انها إكتفت بالنص على توسيع صلاحيات رئيس الجمهورية حماية لمؤسسات الدولة دون تحديد هذه المؤسسات، وتركت سلطة تقدير الظرف الاستثنائي لرئيس الجمهورية.وإستنادا إلى قول الأستاذ الدكتور عبد الحفيظ أوسوكين أن المشرع الجزائري أخذ مفاهيم الحالات الاستثنائية كغنائم قانونية من الأصل الفرنسي الذي يتميز بالدقة(حيث نرى أنه مهما كانت دقة القوانين الغربية ومهما حققت من نجاح على مستوى بلدانها لا يمكن ان تحقق نفس الاهداف إن طبقناها في بلدنا، لسبب انها غرست في بيئة غير بيئتها، وفي إعتقادنا أن نجاح أي تنظيم قانوني يجب أن ينبع من إرادة مشرعيه المتفقة والمنسجمة مع متطلبات المجتمع، هذا ما يدعون إلى التوقف عن التقليد الاعمى للقوانين الغربية وان نتبنى سياسة الإبتكار والإنشاء من أجل وضع قوانين منبثقة من خصوصيات مجتمعاتنا العربية الإسلامية)، فذلك يجعلنا نعود إلى نص المادة 16 من دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة لسنة 1958م لنرى كيف عالج المشرع الدستوري الفرنسي حالة لظروف الاستثنائية.

Art 16:Where the institutions of the Republic, the independence of the Nation, the integrity of its territory or the fulfilment of its international commitments are under serious and immediate threat, and where the proper functioning of the constitutional public authorities is interrupted, the President of the Republic shall take measures required by these circumstances, after formally consulting the Prime Minister, the Presidents of the Houses of Parliament and the Constitutional Council. He shall address the Nation and inform it of such measures. The measures shall be designed to provide the constitutional public authorities as swiftly as possible, with the means to carry out their duties. The Constitutional Council shall be consulted with regard to such measures.the parliament shall sit as of right. The National Assembly shall not be dissolved during the exercise of such emergency powers.

يقول الفقيه "جان ريفيرو" بأنه كان وراء تقرير صياغة المادة 16 من الدستور الفرنسي عاملين هامين هما: الأول: شعور المرارة والأسى الذي كان يعتمل في قلب وعقل الجنرال "شارل ديجول"(واضع أسس دستور الجمهورية الخامسة ومحاور فلسفاته ومبادئه كما سبق وأشرنا عند حديثنا على التنظيم الدستوري لحالة الضرورة في فرنسا) منذ كارثة سنة 1940م ، ونظرا لأن النظام الدستوري الذي كان مطبقا آن ذاك لم يكن يسعف رئيس الحكومة في مواجهة مثل هذه الكوارث، ولتفادي هذا الشلل في السلطة وعجزها عن مواجهة الأزمات كان لابد من إعطاء الرئيس إختصاصات المحددة في المادة 16 تسمح له بالتحكم في مجريات الأحداث. وهو ما يتضح من عبارات "شارل ديجول" في مذكراته الشهيرة:

"Il Faut dire que le régime n'offrait aucun recours au chef du dernier gouvernment de la 111 republic…cet anéantissement de l'Etat était au fond du drame national".

أما العامل الثاني:فيتصل بالذكرى الأليمة التي لحقت بالنظام الجمهوري الفرنسي، ذلك أن الإنقلاب الذي تحقق في 1851/12/02م، والذي إستطاع عن طريقه " لويس نابليون" في ظل الجمهورية الثانية ان يضع نهاية النظام الديمقراطي و يقيم محله النظام الدكتاتوري، ومن نقطة البدء هذه ،تفاديا من وقوع هذا الإنحراف او التعسف من جانب رئيس الدولة ضد النظام الدستوري أو الحريات، فقد أتسمت المادة 16 بوضع ضوابط وقيود تحد من هذا الشطط الذي قد تفوضه مقاليد الحفاظ على كيان الدولة وسلامتها وفت الأزمات.أنظر: عبد المنعم محفوظ ، علاقة الفرد بالسلطة" الحريات العامة وضمانات ممارستها"(دراسة مقارنة) ، المد الثالث،مرجع سابق، صفحة 1063-1064.

تعرضت المادة 16 من الدستور الفرنسي بالتفصيل إلى تنظيم الظروف الاستثنائية، عندما صرحت على توسيع صلاحيات رئيس الجمهورية عند الخطر الذي يهدد استقلال الأمة و مؤسسات الجمهورية ويحول دون ممارسة هذه المؤسسات لمهامها. لذلك على رئيس الجمهورية أن يتخذ التدابير اللازمة والضرورية لمواجهة الخطر وذلك بعد التشاور رسميا مع رئيس الوزراء ورؤساء المجالس البرلمانية والمجلس الدستوري و يعلم الأمة بذلك .كما نصت المادة على أن يكون الغرض من هذه التدابير هو تمكين مؤسسات الدولة من العمل في أقرب وقت ممكن. ولا يجوز حل الجمعية الوطنية خلال تطبيق سلطات الطوارئ. وعلى النهج ذاته جاءت المادة 74 من الدستور المصري الحالي الصادر في 1971م كنص مشابه للمادة 16 من الدستور الفرنسي في جميع الشروط الواجب توافرها لتطبيق الظروف الاستثنائية عدا استشارة المجالس المذكورة في المادة 16 من الدستور الفرنسي و عدم ذكر الهدف من وراء إتخاذ الإجراءات الاستثنائية وإجتماع البرلمان بقوة القانون وعدم جواز حل الجمعية الوطنية. كما أنتهجت المادة 74 من الدستور المصري نهجا مغايرا

بشيء من التفصيل مقارنة مع الدستور الذي سبقها.[1] عالج المؤسس الدستوري نظرية الظروف الاستثنائية من حيث بيان صورها وهي حالة الحصار والطوارئ والحالة الاستثنائية وحالة التعبئة العامة للحرب، والشروط الواجب توافرها من أجل الإعلان عن هذه الحالات،كما بين السلطات المختصة بإقرارها والإجراءات الواجب إتباعها، والآثار التي تنتج عن إقرار الحالات الاستثنائية.

عولجت نظرية الظروف الاستثنائية في الدستور الجزائري دون وجود قوانين عضوية تفصلها أكثر وتنظمها،[2] بالرغم من إحالة المادة 92 من دستور 1996م تنظيم حالة الطوارئ وحالة الحصار إلى قانون عضوي والذي لم يلحقها تعديل الدستور في 2016/02/07م. نحن نترقب إصدار قانون ينظم ويحكم نظرية الظروف الاستثنائية لما تشكله من خطر على الحقوق والحريات.[3] أحال المؤسس الدستوري من خلال المادة 106 من دستور 1996م المعدل بالقانون رقم 16-01 مهمة تنظيم حالة الحصار والطوارئ إلى المشرع الذي له سلطة تشريع قانون عضوي، من شأنه التفصيل في ما جاء مجملا في المادة 105 من الدستور الجزائري لسنة 1996م. أمام هذا الفراغ القانوني، سوف نركز في دراستنا على مواد الدستور الجزائري وعلى

لتنظيم حالة الضرورة فقد سمحت لرئيس الجمهورية أن يمارس سلطة التشريع بإعتباره ممثلا للشعب، وعليه عرض ما يتخذه من إجراءات على الإستفتاء الشعبي.أنظر: عبد الغني بسيوني عبد الله، مبدأ المساواة أمام القاضي وكفالة حق التقاضي، مرجع سابق، صفحة 293-294.أنظر أيضا:علي أحمد عبد الزعبي، حق الخصوصية في القانون الجنائي"دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، 2006م،المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، صفحة371-372.أنظر:عمر حلمي فهمي، الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني"دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، 1980م،دار الفكر العربي، صفحة 393-394.

[1] أنظر المواد: - المادة 122 من دستور 1976م، والمادة 89 من دستور 1989م، والمادة 95 من دستور 1996م المعدل في 2016/02/07م والمتعلقة بحالة الحرب.
- المادة 120 من دستور 1976م، والمادة 87 من دستور 1989م، والمادة 93 من دستور 1996 المعدل في 2016م والمتعلقة بالحالة الاستثنائية.
- المادة 119 من دستور 1976م، والمادة 86 من دستور 1989م، والمادة 91 من دستور 1996 المعدل في 2016م والمتعلقة بحالتي الحصار والطوارئ.
- المادة 121 من دستور 1976م، والمادة 88 من دستور 1989م، والمادة 94 من دستور 1996 المعدل في 2016 والمتعلقة بحالة التعبئة العامة.

[2] عرفت جل الدول تقنينات خاصة بالظروف الاستثنائية، فقد وضعت الأردن قانون الدفاع رقم 13 لسنة 1992م والمتعلق بتنظيم حالة الطوارئ أما حالة الحصار (يطلق عليها في التشريعات العربية الشرق أوسطية بحالة الأحكام العرفية) فقد ترك أمر تنظيمها إلى الدستور الأردني في المادة 125. أصدرت مصر قانون الطوارئ رقم 37 لسنة 1972م المطبق حاليا وقانون الأحكام العرفية رقم 164 المعدل لسنة 1981م .أنظر:عبد الغني بسيوني عبد الله، مبدأ المساواة أمام القاضي وكفالة حق التقاضي، مرجع سابق، صفحة304. أنظر أيضا: منير عادل مسعود أبو مغلي، صلاحيات الضابطة الإدارية في الظروف الاستثنائية"دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 83. كما عرفت فرنسا قوانين عضوية تنظم حالة الحصار(الأحكام العرفية)و حالة الطوارئ". لمن يرغب في معرفة التنظيم التشريعي في فرنسا للحالات الاستثنائية يمكن العودة إلى جزء الرسالة المتعلق بحالة الضرورة في فرنسا.

[3] نحن بحاجة الى قانون ينظم تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية ويقوم بضبطها ورسم حدودها وتنظيم عملية ممارسة الحريات خلالها لتحقيق الملائمة بين ممارسة الحريات والحفاظ على أمن وسلامة الوطن. فالقانون له أهمية كبيرة بالنظر إلى التحديات والصعوبات التي تواجهها الحكومة الجزائرية في الوقت الراهن، فمن جهة تطرق الأزمة الإقتصادية أبواب الدولة الجزائرية والتي كانت تعتبر نفسها محصنة وبعيدة عن أية نكبات اقتصادية لامتلاكها ثروة الذهب الأسود، والذي بالرغم من عدم نفاذه لكن انحدار أسعاره في السوق العالمية ووصولها إلى أدنى المستويات عرض الاقتصاد الوطني عجزا في الميزانية، مما دعى ببعض الوزارات كوزارة الداخلية مثلا للعزوف عن فتح مناصب للشغل والاكتفاء بما لديها من موظفين 2016/02/16م .من جهة أخرى الأخطار الناتجة عن إنتشار فيروس زيكا والذي دفع بمديرة المنظمة العالمية"مارجريت تشان" إعلان عن حالة طوارئ عالمية بسبب تداعيات إنتشار فيروس زيكا وإنتقاله من الأمريكتين إلى أوربا وباقي دول العالم(تعلن الهندوراس عن حالة الطوارئ بعد وصول عدد المصابين بفيروس زيكا ل 3700 مصاب وذلك في 2016/02/02م- تعلن البرازيل حالة الطوارئ في 2016/02/14م وتنشر 200 ألف جندي لمكافحة البعوض المسبب للمرض-كولومبيا تعلن عن حالة الطوارئ بعد إصابة 500 إمرأة حامل بالمرض- إستعدادات في أستراليا وإسبانيا بعد إكتشاف حالات للمرض في 2016/02/14م). كل هذه الأسباب في نظري كافية لأن تجعل الحكومة الجزائرية في جاهزية تامة لصد هذه المخاطر بمنظومة تشريعية قادرة على رد التصدعات التي تحوم حولها هنا وهناك.

المراسيم التي صدرت بخصوص الحالات الاستثنائية، لمعرفة مدى تأثر مبدأ المشروعية بما واجهته الجزائر من اضطرابات وإختلالات أمنية.

المطلب الأول: حالتي الطوارئ والحصار

حالة الطوارئ هي حالة استثنائية يتم إعلانها بسبب وجود خطر يهدد أمن الوطن وسلامته واستقراره، تضع الدولة في حالة تأهب لمواجهة الخطر. تهدف هذه الحالة إلى استتباب الوضع داخل البلاد والمحافظة على الأمن والنظام، ويكون ذلك بتقييد الحريات العامة للأفراد وبسط امتيازات السلطة التنفيذية. تكون أيضا في حالة الطوارئ عندما تكون هناك فوضى داخلية تهدد استقرار الدولة، كالحروب الأهلية أو الظروف الطبيعية من زلازل أو أوبئة.[1] اعتبرها العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966م انها الحالة الاستثنائية التي تهدد أمن الأمة.[2] أما الفقيه الروماني لوبادير فقد قال أنها :"نظام استثنائي للبوليس تبرره فكرة الخطر الأمني". بينما عرفها الفقيه ريفيروا على انها: "نظام استثنائي، يمكن تطبيقه على كل أو جزء من الإقليم المهدد أو الذي يوجد في أزمة، ومن آثاره أنه يمنح سلطات معتبرة لرجال البوليس المشكلين للسلطة المدنية، إذ تتمتع هذه الاخيرة في مجال تقييد الحريات العامة بسلطات اوسع من التي تتمتع بها السلطات العسكرية في حالة الحصار".[3] ما يمكن ملاحظته من تعريف الفقيه "ريفيرو" أنه حاول وضع معيار للتمييز بين حالة الحصار والطوارئ من خلال السلطة المكلفة بالتسيير خلال تطبيق إحدى الحالتين والتي تدعو إلى توسيع صلاحيات الشرطة في مجال الأمن في حالة الطوارئ، بينما تتسع مهام السلطات العسكرية في حالة الحصار، وكل ذلك من أجل تقييد الحريات بهدف المحافظة على المؤسسات الدستورية في الدولة وحماية النظام.

شهدت الجزائر تطبيق حالة الطوارئ في ظروف تميزت بالاضطراب وعدم الاستقرار، أدى ذلك إلى إعلان حالة الطوارئ في 1992/02/09م بموجب المرسوم الرئاسي رقم 44/92 لمدة سنة كاملة، ثم تمديدها بموجب المرسوم التشريعي رقم 02/93 المؤرخ في 1993/01/06م[4] وإلى غاية 2011/02/23م أين تم رفعها بموجب الأمر رقم 01/11 المؤرخ في 2011/02/23م.[5]

---

[1] عبد الرحمن لخرش، حالة الطوارئ في الجزائر: هل زالت مبررات استمرارها؟، مجلة الحقوق، العدد1،السنة 31،مارس 2007م،جامعة الكويت،صفحة 354.

[2] للمزيد من التفاصيل يرجى العودة إلى المادة الرابعة من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966م.

[3] حبشي لزرق، اثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضماناتها، رسالة دكتوراه،مرجع سابق، صفحة 129.

[4] المرسوم التشريعي رقم 02/93 المؤرخ في 14 شعبان 1413ه الموافق 06 يناير 1993م المتعلق بتمديد مدة حالة الطوارئ.أنظر: الجريدة الرسمية ، العدد 08، السنة ثلاثون، الصادرة يوم الأحد 15 شعبان 1413ه الموافق 07 يناير 1993م.

[5] الأمر 01/11 المؤرخ في 20 ربيع الأول عام 1432ه الموافق 23 فبراير 2011م يتضمن رفع حالة الطوارئ.أنظر: الجريدة الرسمية، العدد 12، السنة الثامنة والأربعون، الصادرة يوم الأربعاء 20 ربيع الأول 1432ه الموافق 23 فبراير 2011م.

أما حالة الحصار[1] فهي الحالة الأكثر مديدا لسلامة الدولة مما يستوجب إعلان حالة الظروف الاستثنائية، ومثالها ما حصل في الجزائر مع إعلان حالة الحصار الأولى عقب مظاهرات 05 أكتوبر 1988م الدامية، والتي خرجت فيها جموع غفيرة من الجماهير في عدة مدن جزائرية للتظاهر مما أدى إلى المس برموز الدولة وتخريب المؤسسات الإدارية والاقتصادية. كان ذلك دافعا لإعمال رئيس الجمهورية لسلطته التقديرية في إعلان حالة الحصار في اليوم الموالي أي 06 أكتوبر 1988م لأن هذه الأحداث والفتن أدت إلى الإخلال الخطير بالنظام العام. حالة الحصار هي الحالة الاستثنائية التي "تعسكر" الإدارة في حالة الحرب (داخلية أو خارجية) أو في حالة تمرد عسكري.[2] لذلك تولى الجيش الشعبي الوطني مهمة ضمان حفظ النظام العام بدل قوات الأمن ودون وجود نصوص قانونية تحدد مهامه بدقة، الأمر الذي دفع القائد العسكري آن ذاك خالد نزار بالاستعانة بالكتب الأجنبية ليعرف كيف يدير حالة الحصار في ظل غياب قانون يحكمها مع العلم أن المرسوم المنظم لحالة الحصار لم ينشر في الجريدة الرسمية.[3]

هذا النقص في المجال القانوني التنظيمي لحالة الحصار تم تداركه عند إعلان حالة الحصار للمرة الثانية في 04جوان 1991م،[4] والتي أتت عقب الإضراب السياسي التي قامت به الجبهة الإسلامية للإنقاذ احتجاجا على تعديل قانون تقسيم الدوائر الانتخابية، مما أدى إلى تجميد العمل بالدستور الجديد دستور 1989م.[5] أعلنت حالة الحصار لمدة 4 أشهر على كامل التراب الوطني،[6] ثم رفعت حالة الحصار قبل انتهاء انتهاء المدة المحددة بتاريخ 22 سبتمبر 1991م.[7]

---

[1] تعني كلمة حصار السيطرة على الشيء، ويقال ضرب حصار على المدينة أي سيطر عليها. ومن يحصر الانسان يعني يمنعه من الخروج. أنظر: أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، الجزء 01، مرجع سابق، صفحة 506.

[2] أوسكين عبد الحفيظ، الحريات الأساسية في ظل الظروف الاستثنائية بين الحراك السياسي والميزان القانوني "دراسة مقارنة على ضوء المعطيات الجزائرية"، مرجع سابق، صفحة 10.

[3] عليان بو زيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق" دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، مرجع سابق، صفحة 374.

[4] حيث صدر مرسوم رئاسي رقم 196/91 المؤرخ في 21 ذي القعدة 1411ه الموافق ل 04 يونيو 1991م المتضمن تقرير حالة الحصار .أنظر : الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 29، السنة الثامنة والعشرون، الصادرة يوم الأربعاء 29 ذو القعدة عام 1411ه الموافق 12 يونيو 1991م.

[5] تبنى الدستور الأول في الجزائر الصادر في 09/10/ 1963 م النظام الإشتراكي القائم على الحزب الواحد، وقد جدد الدستور الصادر في 1976/11/22م على النهج الإشتراكي للدولة الجزائرية، لكن وبعد أحداث 1988م وتحت ضغط الإحتجاجات الشعبية تم إصدار دستور 1989م كنقلة نوعية في مجال الحقوق والحريات حيث تبنى النظام الليبيرالي و التعددية الحزبية وأعترف بالعديد من الحقوق كحق التظاهر و تكوين الجمعيات.

[6] حسب المادة الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 196/91 والتي جاء فيها:"تقرر حالة الحصار ابتداءا من يوم 05 يونيو 1991م على الساعة الصفر، لمدة 4 أشهر عبر كاما التراب الوطني. غير أنه يمكن رفعها بمجرد إستتباب الأمن".

[7] تم رفع حالة الحصار في الجزائر قبل إنتهاء المدة المحددة ب 4 أشهر، وهو ما أجازته المادة الأولى من المرسوم السالفة الذكر، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 336/91 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1412ه الموافق 22سبتمبر1991م المتضمن رفع حالة الحصار والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 44، السنة الثامنة والعشرون الصادرة يوم الأربعاء 16 ربيع الأول 1412ه الموافق 25 سبتمبر 1991م.

حالة الحصار هي: "مجموعة من الإجراءات القانونية والتدابير الاستثنائية الموجهة لحماية التراب الوطني، يعلن عنها في حالة خطر لاحق **نتيجة حرب خارجية أو تمرد عسكري". أما الدكتور فوزي أوصديق** فيرى بانها: "حالة ذات صلة بالأعمال التخريبية أو الأعمال المسلحة أو حدوث حتى بعض الكوارث الطبيعية، **وهذا ما قرر فعلا أثناء زلزال الشلف".**[1] حالتي **الطوارئ و**الحصار من بين الحالات الاستثنائية التي **توسع من صلاحيات السلطة التنفيذية وتضع قيودا على حريات الأفراد. هذا** ما سيدفعنا إلى **دراسة النظام المتعلق بكل منهما،** خاصة وأن المؤسس الدستوري جمعهما في مادة واحدة وجعلهما تشتركان في نفس **الإجراءات.**

الفرع الأول: السلطة المختصة بتقرير حالتي الطوارئ والحصار

نصت المادة 105 من دستور 1996م المعدل في 2016م بموجب القانون رقم 16-01 على أن السلطة المختصة بإعلان حالتي الطوارئ **و**الحصار متمثلة في رئيس الجمهورية.[2] جاء في نص هذه **المادة: "يقرر رئيس الجمهورية، إذا دعت الضرورة الملحة، حالة الطوارئ أو الحصار، لمدة معينة بعد اجتماع المس الأعلى** للامن، واستشارة رئيس مجلس الامة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، والوزير الاول، ورئيس المجلس الدستوري، ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب **الوضع." وضحت المادة السالفة الذكر السلطة** المخول لها تقرير حالة **الطوارئ والحصار، لكن بعد استشارة رؤساء** مجموعة من الهيئات،[3] ويعتبر رئيس الجمهورية الهيئة الوحيدة التي لها صلاحية تقرير **الحالات** الاستثنائية دون أن يحق له **تفويض هيئة أخرى،**[4] **على أن يقوم بتحديد مدة معينة لحالة الطوارئ أو حالة الحصار.**[5]

---

[1] عليان بو زيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق" دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، مرجع سابق، صفحة 376.

[2] يقابلها في الدستور الفرنسي المادة 36 **من دستور** 1958م والتي أكدت أن إعلان حالة الحصار في فرنسا تكون بعد أخذ رأي مجلس الوزراء وأن لا تتجاوز 12 **يوما، مع** إمكانية التمديد بعد موافقة البرلمان. ، والتي يعتبر نصها أدق بالمقارنة مع نص المادة 91 **من دستور** 1996م.

*A*RTICLE *36.* A state of siege shall be decreed in the Council of Ministers.The extension thereof after a period of twelve days may be authorized solely by Parliament.

[3] **قبل تعديل دستور** 1996 في سنة 2016م لم تكن الهيئات التي يجب أن يستشيرها رئيس الجمهورية من أجل إعلان حالة الطوارئ والحصار **والحالة الاستثنائية والتعبئة العامة والحرب** بنفس الترتيب، حيث كان على رئيس الجمهورية ان ياخذ راي رئيس المجلس الشعبي الوطني قبل راي رئيس مجلس الامة.فقد أضاف تعديل 2016 م إعادة ترتيب رؤساء المؤسسات التي يجب على رئيس الجمهورية إستشارتها قبل إعلانه لاي حالة من الحالات المذكورة **حسب ما نصت عليه** المادة 03/129 من التعديل الدستور ي الجديد، و يؤكد الدستور على قصر الاستشارة على رئيس المؤسسة الدستورية المذكورة يؤكد الطابع الاستعجالي للحالة المعلن عنها حسب المادة 05/129 **من التعديل الدستوري الجديد** لسنة 2016م.

[4] **وهذا طبقا للمادة** 02/87 من دستور 1996م المعدل في 2016م والتي نصت على:"...لا يجوز ان يفوض سلطته في اللجوء إلى الاستفتاء، وحل المجلس الشعبي الوطني، وتقرير إجراء الانتخابات التشريعية قبل اوانها، وتطبيق الاحكام المنصوص عليها في المواد 77 و78 و91 ومن 93 إلى 95 و97 و124 و126 و127 و128 من الدستور".

[5] **تجدر الإشارة أن دستور** 1996م في المادة 91 لم يقيد رئيس الجمهورية بمدة محددة لتطبيق الحصار أو الطوارئ، بل أشار إلى ضرورة تحديدها من قبل الرئيس، بحيث لا تكون تكون حالة الحصار والطوارئ لمدة غير محدودة. وهو الذي كان معمولا به في ظل دستور 1976م ، **فالمادة** 119 منه لم تشترط على رئيس الجمهورية تحديد مدة زمنية **لتطبيق**

لقد أخص المؤسس الدستوري فخامة رئيس الجمهورية بسلطة تقرير وتقدير الظرف الاستثنائي كونه المسؤول الأول عن الدفاع على أمن واستقرار البلاد من أي خطر، فله أن يتخذ أي تدبير من شأنه المحافظة على كيان الدولة إلى حين استتباب الأمن وعودة الأمور إلى حالتها الطبيعية. كما حصر أسباب ودوافع إعلان حالة الطوارئ أو الحصار في نص المادة 105 من الدستور بوجود ضرورة ملحة، ومؤدى هذا الحصر أن على رئيس الجمهورية وجوب إتباع القوانين العادية وإيجاد الحلول فيهاقدر المستطاع وأن لا يخرج عنها إلا إذا كان تطبيق القوانين العادية من شأنه شل عمل المؤسسات في الدولة في ظل الخطر المهدد لسلامتها، مما يجعل تأمين حسن سير المرفق العام بصورة منتظمة ومستمرة هو التحلل من مبدأ المشروعية وتطبيق حالة الحصار. السبب الذي يدفع إلى تطبيق حالة الطوارئ هو الاعتداء الجسيم على النظام العام والأمن حسب ما ورد في المرسوم الرئاسي رقم 44/92 المتعلق بتقرير حالة الطوارئ في الجزائر،[1] أما حالة الحصار فتنتج عن الأعمال التخريبية والأعمال المسلحة.

بسبب الظروف التي كانت تعيشها الجزائر وشغور منصب رئيس الجمهورية، تولى رئيس المجلس الاعلى للدولة السيد محمد بوضياف الإعلان عن حالة الطوارئ في 1992/02/09م،[2] حيث قرر تطبيق حالة الطوارئ في البلاد لمدة لا تتجاوز 12 شهرا مع إمكانية رفعها قبل انتهاء الميعاد.[3] أخضعت المادة 105 من الدستور تطبيق حالة الطوارئ إلى نفس الشروط التي يجب مراعاتها في حالة الحصار (ضرورة استشارة بعض الهيئات)، كما يجب مراعاة الهدف الذي دعى إلى إعلانها والمتمثل في استتباب النظام العام وضمان افضل

حالة الحصار والطوارئ ، مما يعطيه الحق في إعلان إحدى الحالتين دون أن يلتزم بمدة محددة، كما أن نص المادة 119 من دستور 1976م لم تذكر قابلية المدة للتمديد ولم تتطرق إلى ضرورة موافقة البرلمان على التمديد. ومن خلال ذلك يتبين لنا أن المؤسس الدستوري ألغى دور البرلمان في رقابة إستمرار الحالة الاستثنائية المهددة للدولة من أجل إبداء رأيه حول إمكانية التمديد.

[1] المرسوم الرئاسي رقم 44/92 المؤرخ في 5 شعبان 1412ه الموافق 9 فبراير 1992م والمتضمن إعلان حالة الطوارئ نص عن أسباب ودوافع الإعلان عن حالة الطوارئ، والتي تتلخص في:

– المساس الخطير والمستمر للنظام العام المسجل في العديد من نقاط التراب الوطني.

- التهديدات التي تستهدف استقرار المؤسسات، وللمساس الخطير والمتكرر بأمن المواطنين والسلم المدني. أنظر: المرسوم الرئاسي رقم 44/92 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 10، السنة التاسعة والعشرون، الصادرة يوم الأحد 5 شعبان 1412ه الموافق 09 فبراير 1992م.

[2] أ نشئ المس الأعلى للدولة من أجل سد شغور منصب رئيس الجمهورية(تزامنت استقالة رئيس الجمهورية الشاذلي بن جديد في 1992/01/09م مع حل المجلس الشعبي الوطني في 1992/01/04م)، وقد تم إنشاؤه في 14 جانفي 1992م بعد إجتماع المجلس الاعلى للامن و بعد استشارة المجلس الدستوري ورئيس المحكمة العليا و بعد الاستماع إلى رئيس الحكومة، تم الإعلان عن إنشاء المجلس الاعلى للدولة يتمتع بكل السلطات والصلاحيات التي يخولها الدستور لرئيس الجمهورية. ويتكون ا لمس الأعلى للدولة من خمسة أعضاء: محمد بوضياف رئيسا، خالد نزار وعلي كافي وتجيني هدام وعلي هارون أعضاءا.أنظر: إعلان إنشاء المجلس الاعلى للدولة المؤرخ في 9 رجب 1412ه الموافق 1992/01/14م، المنشور في الجريدة الرسمية العدد03، السنة التاسعة والعشرون، الصادرة يوم الأربعاء 10 رجب 1412ه الموافق 15 يناير 1992م.

[3] حسب ما جاءت به المادة 01 من المرسوم الرئاسي رقم 44/92 المتعلق بتقرير حالة الطوارئ حيث نصت على:"تعلن حالة الطوارئ مدة إثنتي عشر شهرا على امتداد كامل التراب الوطني ابتداءا من 5 شعبان 1412ه الموافق 09 فبراير 1992م. ويمكن رفعها قبل هذا الميعاد".

لأمن الأشخاص والممتلكات، وتأمين السير الحسن للمصالح العمومية حسب ما ذكر في المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 44/92.

الفرع الثاني: السلطة المكلفة بالتسيير عند تطبيق حالة الطوارئ أو الحصار

أحالت المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 44/92المتعلق بتقرير حالة الطوارئ مهمة تسييرها إلى الحكومة.[1] فيعود للسلطات المدنية أن تتخذ التدابير اللازمة لاستتباب الأمن وحفظ النظام.[2] تتمثل السلطات المدنية في الحكومة ووزير الداخلية على المستوى الوطني والوالي على المستوى المحلي.[3]

تتولى تسيير حالة الحصار في الجزائر السلطة العسكرية، التي يعود لها صلاحيات الشرطة.[4] يمكن أن تتحول سلطة الردع الجزائي من محاكم القانون العام إلى المحاكم العسكرية، على أن هذا الاختصاص مقيد بشرطين: أن تكون الجرائم المرتكبة تمس بأمن الدولة مهما كان مرتكبها، وأن تقرر السلطة إحالة هذه القضايا على المحاكم العسكرية. كما يجوز للسلطة المكلفة بتسيير حالة الحصار اتخاذ كافة التدابير الكفيلة باستتباب الوضع، على أن تتخذ هذه التدابير بعد استشارة لجنة رعاية النظام العام التي تترأسها السلطة العسكرية المعنية

---

[1] المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 44/92 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ :" تتخذ الحكومة كل الإجراءات التنظيمية التي هي من صلاحياتها قصد الاستجابة للهدف الذي أعلنت من أجله حالة الطوارئ".

[2] حسب ما جاء في المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 44/92 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ. وبموجب الصلاحيات المعطاة للسلطات المدنية من أجل المحافظة على الأمن فلها أن تتخذ التدابير الاتية: -الاعتقالات ذات الطابع الإداري التي اجازها المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 44/92 من خلال إنشاء مراكز الأمن لوضع الأشخاص الراشدين الخطيرين على النظام.أنظر: المرسوم التنفيذي رقم 75/29 المؤرخ في 16 شعبان 1412ه الموافق 20 فبراير 1992م والمتضمن تحديد شروط تطبيق المرسوم الرئاسي رقم 44/92 المتعلق بحالة الطوارئ، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 14 السنة التاسعة والعشرون، الصادرة يوم الأحد 19 شعبان 1412ه الموافق 23 فبراير 1992م. وقد أجيزت الاعتقالات الإدارية بعد فتح مراكز الأمن في رقان ولاية أدرار بالناحية العسكرية الثالثة، ومركز أمن في عين صالح بولاية تمنغاست بالناحية العسكرية السادسة، ومركز أمن في ورقلة بالناحية العسكرية الرابعة(بموجب القرار الصادر من وزير الداخلية العربي بالخير والمؤرخ في 06 شعبان 1412ه الموافق 10 فبراير 1992م والمتضمن إنشاء مراكز أمن في المناطق المذكورة المنشور في الجريدة الرسمية العدد 11، السنة التاسعة والعشرون، الصادرة يوم الثلاثاء 7 شعبان 1412ه الموافق 11 فبراير 1992م).

- تحديد أو منع مرور الأشخاص والسيارات في أماكن وأوقات محددة، إنشاء مناطق إقامة لغير المقيمين.

- فرض الإقامة الجبرية على كل من يهدد امن البلاد، الامر استثنائيا بالتفتيش ليلا ونهارا حسب ما جاء في المادة 06 من المرسوم 44/92.

- الإغلاق المؤقت لقاعات العروض الترفيهية وحظر التظاهرات لاحتمال حدوث إخلال بالنظام خلالها، حسب المادة07 من المرسوم الرئاسي رقم 44/92.

- وقف نشاط كل شركة أو مؤسسة أو هيئة أو غلقها، مهما كانت طبيعتها إذا كان نشاطها يعرض النظام والأمن العام إلى الخطر، حسب ما جاء في المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 320/92 المؤرخ في 12 صفر عام 1413ه الموافق 11 غشت 1992م المتمم للمرسوم الرئاسي رقم 44/92 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ. منشور في الجريدة الرسمية العدد 61، السنة التاسعة والعشرون، الصادرة يوم الأربعاء 13 صفر عام 1413ه الموافق 12 غشت 1992م.

[3] للمزيد من التفصيل يمكن الإطلاع على القرار الوزاري المشترك الذي أصدرته وزارة الداخلية والجماعات المحلية(ممثلة بالوزير العربي بالخير) بالاشتراك مع وزارة الدفاع(وزير الدفاع خالد نزار)من أجل تنظيم تدابير الحفاظ على النظام العام في إطار حالة الطوارئ، والمؤرخ في 06 شعبان 1412ه الموافق 10 فبراير 1992م، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 11، السنة التاسعة والعشرون، الصادرة يوم الثلثاء 7 شعبان 1412ه الموافق 11 فبراير 1992م.

[4] طبقا للمادة 03 الفقرة الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 196/91 المتعلق بتقرير حالة الحصار والتي جاء فيها:" تفوض إلى السلطة العسكرية، الصلاحيات المسندة إلى السلطة المدنية في مجال النظام العام والشرطة."

قانونا، و التي تقوم بدراسة اقتراح تطبيق التدابير الاستثنائية المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي رقم 196/91 والتي من ش أا أن تستعيد النظام العام.[1]

الفرع الثالث: السلطة المختصة برفع حالتي الطوارئ والحصار

في ظل عدم تحديد المؤسس الدستوري –صراحة- الجهة المختصة برفع حالتي الطوارئ والحصار، وفي ظل الفراغ القانوني ا لذي يع يب تظ يمها كوما مقيدتان لحقوق وحريات المواطن، وعملا بقاعدة توازي الأشكال والتي تجعل من السلطة المختصة برفعهما هي نفسها السلطة المختصة بتقريرهما، تم رفع حالة الطوارئ في الجزائر بموجب الأمر 01/11 المؤرخ في 2011/02/23م من قبل رئيس الجمهورية، بعد أن تم تمديدها بموجب المرسوم التشريعي رقم 02/93. أصدر رئيس الجمهور ية السيد عبد العزيز بوتفليقة أمر رفع حالة الطوارئ بعد ما تبين له زوال الأسباب التي دعت إلى تطبيقها.

كما رفعت حالة الحصار في الجزائر من قبل رئيس الجمهورية قبل تمام مدها في 22 سبتمبر 1991م.[1] لكننا نتساءل حول ما إذا مددت فترة الطوارئ أو الحصار، وكما يتضح لنا من الفقرة الثانية

---

[1] عليان بو زيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق"دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، مرجع سابق، صفحة 378.

نصت المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 196/91 المتعلق بإعلان حالة الحصار على إنشاء لجنة رعاية النظام العام والتي تتكفل بمهمة دراسة اقتراح تطبيق التدابير الاستثنائية من قبل السلطة العسكرية المكلفة بالتسيير في حالة الحصار، وقد نصت المادة على تشكيلة اللجنة والتي تضمنت:" تنشأ لجنة لرعاية النظام العام في مستوى كل ولاية، وهذه اللجنة ترأسها السلطة العسكرية المعينة قانونا، وتتكون من:الوالي، محافظ الشرطة الولائية، قائد مجموعة الدرك الوطني، رئيس القطاع العسكري إن اقتضى الأمر، شخصيتان معروفتان بتمسكهما بالمصلحة العامة".

كما أجازت المرسوم الرئاسي 196/91 للسلطة العسكرية اتخاذ كل التدابير التي من شانها إرجاع الاوضاع المتدهورة إلى حالة الاستقرار، ومن هذه الإجراءات:

-اتخاذ تدبير الاعتقال الإداري أو الإخضاع للإقامة الجبرية ضد كل شخص يتبين أنه يقوم بأفعال ضد النظام. أنظر المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 196/91 المتعلق بإعلان حالة الحصار. راجع أيضا: المرسوم التنفيذي رقم 201/91 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1411ه الموافق 25 يونيو 1991م الذي يضبط حدود الوضع في مركز للأمن وشروطه، تطبيقا للمادة 04من المرسوم الر ئاسي196/91. والمرسوم التنفيذي رقم 202/91 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1411ه الموافق 25 يونيو 1991م يضبط حدود الوضع تحت الإقامة الجبرية وشروطها، تطبيقا لنص المادة 04 من المرسوم الرئاسي 196/91. تم نشر المرسومين التنفيذيين 201/91 و202/91 في الجريدة الرسمية العدد 31، السنة 28، الصادرة يوم الأربعاء 14 ذو الحجة 1411ه الموافق 26 يونيو 1991م.

-إجراء التفتيشات الليلية أو النهارية في المحال العمومية أو الخاصة وحتى في المساكن وتحديد مواعيد لفتح المحلات العامة وغلقها، إصدار الأوامر بتسليم الأسلحة والذخائر قصد إيداعها المادة 07 من المرسوم الرئاسي 196/91.راجع أيضا: المرسوم التنفيذي رقم 204/91 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1411ه الموافق 25 يونيو 1991م يحدد شروط تطبيق المادة 07 من المرسوم الرئاسي رقم 196/91 والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 31، السنة 28، الصادرة يوم الأربعاء 14 ذو الحجة 1411ه الموافق 26 يونيو 1991م.

-منع إصدار المنشورات والاجتماعات والمظاهرات الكفيلة بإثارة الفوضى وانعدام الأمن حسب المادة 09 من القانون رقم 19/91 المؤرخ في 25 جمادى الأولى عام 1411ه الموافق 02 ديسمبر 1991م والمتعلق بتعديل القانون رقم 28/89 المؤرخ في 31 ديسمبر 1989م والمتعلق بالاجتماعات والمظاهرات العمومية.أنظر: الجريدة الرسمية العدد 62، السنة الثامنة والعشرون، الصادرة يوم الأربعاء 27 جمادى الأولى 1411ه الموافق 04 ديسمبر 1991م.

-إعاقة حرية التنقل بالنسبة للأشخاص وحتى البضائع، إمكانية إنشاء مناطق خاصة بغير المقيمين، منع الإضرابات التي تعرقل استعادة النظام.أنظر: المادة 08 من المرسوم الرئاسي 196/91. راجع أيضا: المرسوم التنفيذي رقم 203/91 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1411ه الموافق 25 يونيو 1991م يضبط كيفيات تطبيق تدابير المنع من الإقامة، طبقا للمادة 08 من المرسوم الرئاسي 196/91. منشور في الجريدة الرسمية العدد 31، السنة 28، الصادرة يوم الأربعاء 14 ذو الحجة 1411ه الموافق 26 يونيو 1991م.

للمادة 91 من الدستور والتي وضعت قيدا على تمديد الحالتين بضرورة موافقة البرلمان بغرفتيه، فهل في هذه الحالة يكون إلغاء الحالتين يكون من البرلمان باعتباره الجهة التي يحق لها تمديدهما ؟ نترك الإجابة إلى حين إصدار قانون عضوي يفصل في المسألة.

الفرع الرابع: مدى دستورية مرسومي حالتي الطوارئ والحصار

عند تحليلنا لمسألة مدى مراعاة المرسوم رقم 196/91 المتعلق بإعلان حالة الحصار والمرسوم 44/92 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ لما جاء في الدستور، يجب علينا أن نرجع إلى دستور 1989م لأن تطبيق حالتي الحصار والطوارئ كانتا بموجب هذا الدستور، مع سحب النقاش إلى دستور 1996م لأن حالة الطوارئ استمرت حتى بعد صدوره. طبقا للمادة 86 من دستور 1989م والمادتين 105 و106 من دستور 1996م المعدل سنة 2016م بالقانون رقم 16-01، أخضع المؤسس الدستوري إعلان حالتي الطوارئ والحصار لشروط هي: شروط موضوعية تتمثل في حالة الضرورة الملحة، وتحديد المدة، وشروط شكلية تتمثل في اجتماع المس الأعلى للأمن واستشارة رؤساء: مجلس الامة والمجلس الشعبي الوطني والوزير الاول و المس الدستوري. كما لا يجوز تمديد الحالتين إلا بعد موافقة البرلمان، مع ضرورة تنظيم الحالتين بقانون عضوي.

يرى الدكتور عبد الرحمن لحرش عدم مشروعية مرسوم الطوارئ وكل المراسيم التنفيذية له، ويوعز سبب ذلك إلى: أن حالة الطوارئ تم تمديدها دون موافقة البرلمان (في المادة 86 من دستور 1989م كان يشترط موافقة المجلس الشعبي الوطني) وهذا يتعارض مع الدستور. لموافقة البرلمان اهمية كبيرة لانها تهدف إلى التاكد من مدى ملائمة التشريع الخاص بإعلان حالة الطوارئ من حيث موضوعه أهو صالح فيستمر نفاذه أم غير صالح فيسقط من التاريخ الذي لا يوافق عليه البرلمان. كما أن تمديده إلى غاية 2011م بموجب المرسوم 02/93 يتعارض من أحكام المادة 86 من دستور 1989م والمادة 105 من دستور 1996م المعدل بالقانون 16-01. ويرى كذلك أن حالة الطوارئ في الجزائر تحولت إلى حالة حصار، حيث أصبحت جميع الصلاحيات في يد الجيش، إذ منح القرارين المؤرخين في 10 فبراير 1993م و25 يوليو 1993م صلاحيات لقادة النواحي العسكرية وهي سلطات تمنح للجيش في حالة الحصار.[2] نحن نوافق الدكتور الرأي حول شرط موافقة البرلمان وأهميته كضمانة، لكننا نرى أن تمديد حالة الطوارئ كانت في فترة شغور البرلمان، ونظرا للطابع الإستعجالي المميز للحالة كان لابد من التصرف سريعا لكي لا تفلت زمام الأمور من يد السلطة لاستتباب

[1] بموجب المرسوم الرئاسي 336/91 وقد سبقت الإشارة إليه.

[2] عبد الرحمن لحرش، حالة الطوارئ في الجزائر: هل زالت مبررات استمرارها؟، مجلة الحقوق، مرجع سابق، صفحة 357.

الأمن في أقرب وقت وبالتالي لا يمكن اعتبار أن تمديد حالة الطوارئ كانت مخالفة لشرط موافقة البرلمان هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أنه اعتبر التمديد دون تحديد المدة مخالفا لأحكام المادة 86 من دستور 1989م والمادة 105 من دستور 1996م المعدل في 2016م، غير أنه وبالرجوع إلى هاتين المادتين نجد أن الدستور لم ينص صراحة على شرط تحديد مدة تمديد حالة الطوارئ او الحصار، لانه تكلم عن تحديد مدهما عند تقريرهما لكنه لم يشمل هذا الشرط حالة التمديد.

كما أن المادة 106 من دستور 1996م نصت صراحة على مسالة تنظيم حالتي الحصار والطوارئ بموجب قانون عضوي، مما يعني أنه ليس من حق الرئيس إصدار مراسيم رئاسية لتنظيم حالتي الحصار والطوارئ، لانهما يدخلان في الإطار التشريعي لتعلقه بمسائل دستورية لها علاقة بتنظيم السلطة وبالحريات أثناء قيام الظروف الاستثنائية، وهذا ما نصت عليه المادة 140 من الدستور الجزائري.[1] يترتب على ذلك أن السلطة المختصة بتنظيم حالتي الحصار والطوارئ هي من المسائل التي تدخل في المجال التشريعي العائد للبرلمان حسب المادة 140 و141 من الدستور وليس في المجال التنظيمي العائد لرئيس الجمهورية طبقا للمادة 01/143 من دستور 1996م.[2]

أضاف الدكتور عليان بوزيان أن مراسيم حالتي الطوارئ والحصار كانت مخالفة لأحكام الدستور من جهة شرط التفويض، فمن استقراء نصوص المرسوم الرئاسي رقم 196/91 المتعلق بحالة الحصار والنصوص التنفيذية له، نجد أن رئيس الجمهورية قام بتفويض صلاحية تسيير حالة الحصار إلى السلطة العسكرية وهي نصوص غير دستورية لمخالفتها المادة 83 من دستور1989م والمادة 101 من دستور 1996م[3] التي جاءت صريحة بعدم جواز التنازل أو التفويض من قبل رئيس الجمهورية إلى أي سلطة أخرى، سواء للسلطة العسكرية أو للحكومة كما جاء في المرسوم الرئاسي رقم 44/92 المتعلق بحالة الطوارئ الذي أعتبر أيضا مخالف للأحكام الدستورية، حيث نصت المادة 09 منه على جواز تفويض الحكومة لصلاحيات إلى السلطة العسكرية، ما يحول حالة الطوارئ إلى حالة حصار.

---

[1] 140 من دستور 1996م المعدل بالقانون رقم 16-01 في 2016/03/07م :"يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور وكذلك في المجالات الاتية:1- حقوق الأشخاص و واجباتهم الأساسية، لا سيما نظام الحريات العمومية، وحماية الحريات الفردية، وواجبات المواطنين..."

[2] عليان بو زيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق" دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، مرجع سابق، صفحة 385.

[3] المادة 83 من دستور 1989م:"لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يفوض رئيس الجمهورية سلطته.... وتطبيق الأحكام المنصوص عليها في المواد من 86 إلى 91 من الدستور..." المادة 101 من دستور 1996م:" لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يفوض رئيس الجمهورية سلطته.... وتطبيق الأحكام المنصوص عليها في المواد 91 و92 و105...."

تأسيسا على ما سبق يرى جانب من الفقه أن النصوص التنفيذية للمرسوم الرئاسي 44/92 هي نصوص غير دستورية، وهي ا عتداء على صلاحيات المشرع لأنها مست مسألة تنظيم حالة الأشخاص، وترتيبا على ذلك يقول الدكتور مراد بدران أن المرسومان الرئاسيان المتعلقان بحالتي الحصار والطوارئ غير دستوريان، إضافة إلى عدم دستورية ما ورد في نصوصهما التطبيقية من إجراءات وتدابير ماسة بالحريات العامة تقييدا ومصادرة، والسماح لهيئات غير رئيس الجمهورية بالقيام بمثل تلك الإجراءات الضرورية لاستتباب الوضع وهو ما يمثل اعتداء على ما قرره المؤسس الدستوري.[1]

المطلب الثاني: الحالة الاستثنائية

إذا ما تزايد الخطر على أمن الدولة وأصبح النظام مهددا، يلجأ رئيس الجمهورية إلى إعلان الحالة الاستثنائية.[2] والحالة الاستثنائية هي: "نظام دستوري استثنائي قائم على فكرة الخطر الوشيك المهدد لكيان الدولة وسلامة ترابها، بحيث يخول للسلطة المختصة (السلطة التنفيذية وعلى رأسها رئيس الجمهورية) اتخاذ كل التدابير الاستثنائية المنصوص عليها في القانون، بهدف حماية اراضي الدولة وبحارها واجوائها كلا او جزء ضد الأخطار الناجمة عن عدوان مسلح داخلي أو خارجي، مع إمكانية نقل السلطات المدنية إلى السلطات العسكرية".[3]

الفرع الأول: السلطة المختصة بتقريرها

تخول الحالة الاستثنائية لرئيس الجمهورية القيام بالتدابير الاستثنائية لمواجهة خطر مهدد لأمن الدولة ومؤسساتها الدستورية، هذا ما قضت به المادة 01/107 من الدستور الجزائري بنصها: "يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية او استقلالها او سلامة ترابها". يتضح من نص المادة أن الدستور الجزائري أعطى حق تقرير وإعلان عن الحالة الاستثنائية لرئيس الجمهورية، طبقا للقواعد والشروط الواردة في المادة 02/107 من دستور 1996م المعدل بالقانون رقم 16-01،[4] كما بينت أن المؤسس الدستوري خص الحالة الاستثنائية في مادة مستقلة على غرار ما فعل بخصوص

---

[1] عليان بو زيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق" دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، مرجع سابق، صفحة 386-389.

[2] محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، صفحة 21.

[3] غضبان مبروك وغربي نجاح، قراءة تحليلية للنصوص القانونية المنظمة لحالتي الحصار والطوارئ ومدى تأثيرهما على الحقوق والحريات في الجزائر، مجلة المفكر، العدد 10، جانفي 2014م، جامعة محمد خيضر، بسكرة، صفحة 19.

[4] إشترطت المادة 02/107 من الدستور الجزائري لسنة 1996م المعدل في 2016م أن يتبع رئيس الجمهورية شرط استشارة مجموعة من الهيئات وهي حسب المادة :" ...ولا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس مجلس الامة ورئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس المجلس الدستوري، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء". مع العلم أن نص المادة 02/107 من دستور 1996م قبل التعديل (المادة 93 قبل التعديل)كانت بالصيغة التالية:"... ولا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس المس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الامة والمجلس الدستوري،والاستماع إلى المجلس الاعلى للامن ومجلس الوزراء".

حالتي الحصار والطوارئ اللاتي نظمهما في مادة واحدة وأخضعهما لنفس الشروط والإجراءات. يبين لنا ذلك خطورة الحالة الاستثنائية مقارنة مع حالتي الحصار والطوارئ، لكنه لم يحل أمر تنظيمها إلى قانون عضوي كما جاء في المادة 106 من الدستور والمتعلقة بحالتي الحصار والطوارئ. كما أخضع المؤسس الدستوري هذه الحالة إلى وجوب اجتماع البرلمان من أجل دراسة الحالة وإيجاد حلول لها كشرط ضروري لا يوجد في حالتي الحصار والطوارئ.

يتخذ رئيس الجمهورية قرار إعلان الحالة الاستثنائية بوجود خطر داهم يوشك أن يصيب الدولة، ونحن نلاحظ غموض في كلمة "الخطر الداهم"، فما المقصود به؟ هل يقصد به أي خطر داخلي أو خارجي يهدد أمن الدولة واستقرارها؟ كما نلاحظ مصطلح "المؤسسات الدستورية"، ما يعني أن الخطر يجب أن يهدد المؤسسات التي تكلم عنها المشرع الدستوري في صلب القانون الأساسي، أي بمفهوم المخالفة أن أي خطر يهدد المؤسسات غير الدستورية لا يوجب من رئيس الجمهورية إعلان الحالة الاستثنائية.[1]

الفرع الثاني: السلطة المكلفة بتسييرها

كانت المادة 107 من دستور 1996م المعدل في 2016م واضحة بشأن تكليف رئيس الجمهورية بمهمة التسيير، فله في نطاق تطبيق الحالة الاستثنائية أن يتخذ كل الإجراءات الاستثنائية التي من شأنها الدفاع عن أمن البلاد وتضمن سلامة مؤسسات الدولة الدستورية.[2] يجب أن يحترم شرط اجتماع البرلمان، ليكون هيئة مراقبة لما يتخذه الرئيس من تدابير استثنائية حسب المادة 04/107 من الدستور، خاصة وقد منحت له المادة 04/142 من الدستور سلطة التشريع بأوامر في الحالة الاستثنائية المنصوص عنها في المادة 107 من دستور 1996م والمعدل في 2016م.[3] لكن هذه السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية لم تقيد بفترة محددة من الزمن، حيث نجد أن المادة 107 من الدستور لم تذكر شرط تحديد مدة زمنية لتطبيق الحالة الاستثنائية، مثلما نصت المادة 105 من الدستور على شرط تحديد مدة زمنية لتطبيق حالتي الحصار والطوارئ، ما يجعل الحالة الاستثنائية مختلفة عن الحالتين السابقتين. إضافة إلى ذلك، كون السلطة المكلفة بالتسيير في الحصار هي السلطة العسكرية وفي حالة الطوارئ السلطة المدنية ممثلة في الحكومة.

---

[1] على غرار ما جاء في المادة 16 من الدستور الفرنسي لسنة 1958م فإن المشرع الدستوري شمل كل مؤسسات الدولة ولم يخص بالذكر المؤسسات الدستورية كم فعل المشرع الجزائري، فقد تحدث المادة 16 من الدستور الفرنسي على الخطر الذي يهدد "مؤسسات الجمهورية" سواء كان الدستور قد نص عليها أو لم ينص.

[2] هذا ما قضت به المادة 03/107 من دستور 1996م، حيث جاء فيها:"...تخول الحالة الاستثنائية رئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات الاستثنائية التي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية".

[3] راجع المادة 04/142 من دستور 1996م المعدل في 03/07/ 2016م بالقانون رقم 16-01.

الفرع الثالث: السلطة المكلفة برفعها

جاء في نص المادة 05/107 من الدستور تحديد للسلطة المختصة برفع الحالة الاستثنائية، هذا الوضوح الذي كان غائبا في المادتين 105 و106 من الدستور والمتعلقة بحالتي الحصار والطوارئ. أقرت هذه المادة على انعقاد الاختصاص لرفع الحالة الاستثنائية لرئيس الجمهورية، متبعا نفس الأشكال والشروط التي يلزم احترامها لإعلان الحالة الاستثنائية. يعلن رئيس الجمهورية عن انتهاء الحالة الاستثنائية عند زوال مبررات إعلاها والدي يقضي وبالضرورة إنهاء العمل بكل التدابير الاستثنائية.

المطلب الثالث: حالتي التعبئة العامة والحرب

حالة التعبئة العامة وهي الحالة التي تمهد لإعلان حالة الحرب، لذا سندرس حالتي التعبئة العامة والحرب معا كون الأولى توطئة للثانية. والتعبئة العامة[1] هي: "دعوة الجيش وتهيئة موارد الدولة وإعدادها للحرب".[2]

أما الحرب فهي: "القتال الناشب بين دولتين أو أكثر للحصول على مقاصد سياسية بقوة السلاح"، والحرب قانونا هي : "حالة قانونية تتولد عند نشوب كفاح مسلح بين القوات المسلحة لدولتين أو أكثر مع توافر نية إنهاء العلاقات السلمية بين إحدى هذه الدول او لديها جميعا".[3] فالحرب عبارة عن وسيلة ائية من وسائل الإكراه التي تلجأ إليها الدول لحل منازعاتها إن لم تفلح الوسائل السلمية من فض النزاع، كالمفاوضات والوساطة والتخفيف والتوفيق والتحكيم، فهي صدام بين قوتين مسلحتين لدولتين متنازعتين.[4]

---

[1] لمصطلح التعبئة مفهوم لغوي يقوم على معنى التهيئة، فيقال: عبأت الشيء تعبئة وتعبيئا أي هيأته. وعبى الجيش تعبئة إذا هيأه وأصلح أمره وجمعه.وقد يترك الهمز فيقال: عبيتهم تعبية(الجيش) اي رتبتهم في مواضعهم وهياهم للحرب، عن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه قال:" عبأنا النبي-صلى الله عليه وسلم- ببدر ليلا".(رواه الترمذي). أنظر:مجد الدين الفيروزآبادي، بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز،تحقيق: محمد علي النجار، الجزء 04، المجلس الاعلى للشؤون الإسلامية، لجنة إحياء التراث الإسلامي، القاهرة، صفحة 16. أبو عبد الرحمن الفراهيدي البصري، كتاب العين، الجزء02، مرجع سابق، صفحة 263.أنظر: رضي الدين الصغاني الحنفي، العباب الزاخر واللباب الفاخر، الجزء 01، صفحة 31. أبو نصر إسماعيل الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، مرجع سابق، صفحة 61. أبو العلا محمد المباركفوري، تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، الجزء 05، دار الكتب العلمية، بيروت، صفحة 265. علي بن محمد الهروي القاري، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، الجزء 06، الطبعة الأولى، 2002م، دار الفكر، بيروت، لبنان، صفحة 2539.

[2] أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، الجزء 02، مرجع سابق، صفحة 1446.

[3] الحرب لغة هي القتال بين فئتين ، بمعنى المقاتلة والمنازلة، وجمعها حروب، ومن جهة الله سبحانه وتعالى: تأتي كلمة الحرب بمعنى العصيان ودليله قوله تعالى:"وارصادا لمن حارب الله ورسوله"(التوبة: 107)، وحرب- بفتح الحاء والراء- تأتي بمعنى الويل والهلاك، وتأتي بمعنى الظلم-لغة يمانية-واحدته حربة، يقال أحرب النخل وأحربه إذا أطعمه الحرب، وهو الطلع، وأحربه وجده محروبا، قاله الأزهري. أنظر:خالد رمزي سالم كريم البزايعة، جرائم الحرب في الفقه الإسلامي والقانون الدولي، رسالة دكتوراة، أيلول2005م، الجامعة الأردنية، صفحة 16.

والحرب في القانون الدولي التقليدي: "صراع بين دولتين أو أكثر ينظمه القانون الدولي، ويكون الغرض منه الدفاع عن المصالح الوطنية للدول المتحاربة." وقد شرع الإسلام 4 أنواع من الحروب: جهاد الكفار،قتال أهل الردة، قتال البغاة، وقتال المحاربين. أنظر: جمال عبود محمد الذيب، حقوق الإنسان زمن الحرب والمنازعات المسلحة في الشريعة الإسلامية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراة، أيار 2006م، الجامعة الأردنية، صفحة 61.

[4] نبيل قرقور، حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، مجلة المنتدى القانوني، العدد 06، جامعة محمد خيضر، بسكرة، صفحة 160.

حالة الحرب هي الحالة الأشد والأخطر من الحالات الاستثنائية ويظهر ذلك في عدم الاقتصار على أن تكون البلاد مهددة بخطر داهم، وإنما يشترط أن يكون العدوان واقعيا أو على وشك الوقوع.[1] **مثلما جاء** في نص المادة 109 **من دستور** 1996م المعدل في 2016م.[2] كما تكمن خطورتها في التوسيع المطلق لصلاحيات رئيس الجمهورية الذي لا يتقيد بعد إعلانها باية نص قانوني بما في ذلك احكام الدستور التي **تجمد** كليا إلى اجل غير محدد.[3]

عرفت الجزائر تطبيقا وحيدا لها بمقتضى الأمر رقم 124/67 المؤرخ في 08 **يوليو** 1967،[4] **ويعود** سببه إلى **الا**نتكاسة العربية في هزيمتها أمام العدو الصهيوني،[5] وقد تضمن إعلان حالة التعبئة، الشروع في **استدعاء قدماء** المجاهدين **والعسكريين**،[6] وفرض التدريب الإجباري على الطلبة والتلاميذ في الثانويات و **معاهد** التكوين من أجل الاستعداد للحرب.[7]

مع العلم أن تطبيق حالة التعبئة كانت قبل أن ينص عليها الدستور الجزائري، حيث لم يأت دستور 1963م بنص يشير إلى حالة التعبئة، رغم أنه تضمن في المادة 44 **منه النص** على حالة الحرب والتي جاء فيها: "يعلن رئيس الجمهورية الحرب بعد التشاور مع مجلس الوزراء وبعد موافقة المجلس الوطني".

---

[1] شبل بدر الدين، العلاقة الوظيفية الرقابية على ضوء مبدأ الشرعية الدستورية والممارسة، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 04، جامعة محمد خيضر بسكرة، صفحة 288.

[2] المادة 109من دستور 1996م المعدل في 2016م:"إذا وقع عدوان فعلي على البلاد أو يوشك أن يقع حسبما نصت عليه الترتيبات الملائمة لميثاق الأمم المتحدة...". يرجع إلى نص المادتين 03/2 و51 من ميثاق الأمم المتحدة. جاء في المادة 51 من الميثاق:" ليس في هذا الميثاق ما يضعف أو ينقص الحق الطبيعي للدول افراد أو جماعات في الدفاع عن أنفسهم إذا اعتدت قوة مسلحة على أحد أعضاء الأمم المتحدة".أنظر: عليان بو زيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق" دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، مرجع سابق، صفحة 382.

تحدثت المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة على حق الدول في إعلان الحرب من أجل الدفاع عن نفسها، الأمر الذي يحيلنا إلى مواد الدستور الجزائري الذي وفي واقع الأمر لم يبين حقيقة الحرب هل هي دفاعية أو هجومية، فقد اكتفى ببيان سبب إعلان الحرب والشروط الواجب إتباعها من قبل رئيس الجمهورية حسب المادة 95 من الدستور، وما ينتج عنها من توسيع في صلاحيات الرئيس حسب المادة 96و97 من دستور 1996م.

[3] عليان بو زيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق" دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، مرجع سابق، صفحة 381.

[4] الأمر الصادر من رئيس الجمهورية السيد هواري بومدين رقم 124/67 المؤرخ في 30 ربيع الأول 1387ه الموافق 1967/07/08م يتضمن الإعلان عن التعبئة العامة.أنظر: الجريدة الرسمية العدد 60، السنة الرابعة، الصادرة يوم الثلاثاء 17 ربيع الثاني 1387ه الموافق 1967/07/25م.

[5] عليان بو زيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق" دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، مرجع سابق، صفحة 382.

[6] أنظر المادة 03 من الأمر رقم 124/67.

[7] أنظر المادة 04 من الأمر رقم 124/67. والمواد 01 و02 و03 من المرسوم االصادر عن وزارة الدفاع رقم 125/67 المؤرخ في 30 ربيع الأول 1387ه الموافق 1967/07/08م المتضمن تطبيق الأمر رقم 124/67 المتعلق بالإعلان عن التعبئة العامة.أنظر: الجريدة الرسمية العدد 60، السنة الرابعة، الصادرة يوم الثلاثاء 17 ربيع الثاني 1387ه الموافق 1967/07/25م.

الفرع الأول: السلطة المختصة بتقريرها

يقرر رئيس الجمهورية إعلان حالةالتعبئة العامة والحرب متبعا في ذلك مجموعة من الشروط حسب ما جاء في المادتين 108 و109 من الدستور، حيث يجتمع مجلس الوزراء، **يستمع رئيس الجمهورية** إلى المجلس الأعلى للأمن، ويستشير رؤساء كل من: مجلس الامة، المجلس الشعبي الوطني، على التوالي، ويستشير رئيس المس الدستوري في حالة الحرب، التي توجب اجتماع البرلمان،[1] ثم يعلم رئيس الجمهورية بخطاب للأمة عن تقريره لحالة الحرب.[2]

يمكن إرجاع سبب إعلان حالة التعبئة العامة إلى نفس الأسباب والمبررات التي تدفع برئيس الجمهورية إلى إعلان حالة الحرب التي ترتبط **بوقوع عدوان فعلي على البلاد أو يوشك أن يقع.** معنى ذلك، **بمجرد وجود** دلائل قوية ومؤشرات على دخول الدولة في حرب، **يعلن عن حالة التعبئة من أجل الاستعداد** لها.

الفرع الثاني:السلطة المكلفة بتسييرها

بمجرد إعلان حالة الحرب تتوسع سلطات رئيس الجمهورية لتشمل إيقاف العمل بالدستور، وتجتمع كل السلطات في يده، حيث يجمع رئيس **الجمهورية السلطات** الثلاث للدولة في يده **(السلطة التنفيذية، التشريعية، القضائية)** ليصبح له الحق في التشريع بأوامر وإعطاء سلطات موسعة للهيئات العسكرية وللمحاكم العسكرية.[3]

تلزم هذه الحالة **رئيس الجمهورية** بالبقاء في منصبه حتى بعد انتهاء عهدته الرئاسية إلى حين **انتهاء الحرب. أما إذا كان منصب الرئيس شاغرا لسبب من الأسباب (الاستقالة، الوفاة، أو حدوث مانع)**، يتولى

---

[1] المادة 95 من دستور 1996م المعدل في 2016م التي قضت ب:"...يعلن رئيس الجمهورية الحرب، بعد اجتماع مجلس الوزراء والاستماع إلى المجلس الاعلى للامن واستشارة رئيس مجلس الامة ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس المجلس الدستوري".

[2] ترك المؤسس الدستوري لرئيس الجمهورية حق تقدير الوقت المناسب لإعلام الأمة بالحالة الاستثنائية المتمثلة في الحرب، وبالتالي يمكن **توجيه الخطاب إما قبل أو أثناء** أو حتى بعد اتخاذ الإجراءات الاستثنائية. ولعل الهدف من الخطاب هو تحسيس الافراد بخطورة الوضع ووجوب احترام الإجراءات الاستثنائية المعلن عنها والتقيد بها، حتى ولو كان بها مساسا بحرياتهم لا سيما الشخصية منها.أنظر: غضبان مبروك وغربي نجاح، قراءة تحليلية للنصوص القانونية المنظمة لحالتي الحصار والطوارئ ومدى تأثيرهما على الحقوق والحريات في الجزائر، مجلة المفكر، مرجع سابق، صفحة 22.

[3] عليان بو زيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق" دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، مرجع سابق، صفحة 382.

رئيس مجلس الأمة منصب رئيس الجمهورية. في حالة شغور رئيس مجلس الأمة يتولى منصب رئاسة الجمهورية رئيس المجلس الدستوري، الذي تعود له سلطة اتخاذ كل الإجراءات التي تستوجبها حالة الحرب.[1]

الفرع الثالث: السلطة المكلفة برفعها

لم ينص الدستور الجزائري على تحديد السلطة المختصة برفع حالتي التعبئة والحرب مثلما فعل في الحالة الاستثنائية، لذلك سنرجع صلاحية رفع الحالة للسلطة المكلفة بتقريرها. على هذا الأساس فإن لرئيس الجمهورية حق رفع حالتي التعبئة العامة والحرب بعد زوال تداعيات تقريرهما متبعا نفس الإجراءات التي عليه احترامها عند إعلان الحالة. في حالة التعبئة العامة يقرر رفعها في مجلس الوزراء بعد الاستماع إلى المجلس الاعلى للأمن واستشارة رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني، ويرفع حالة الحرب بعد اجتماع مجلس الوزراء والاستماع إلى المجلس الاعلى للامن واستشارة رؤساء المجالس التالية: مجلس الامة والمجلس الشعبي الوطني والمجلس الدستوري مراعاة للترتيب الذي حدده المؤسس الدستوري في تعديله الأخير للدستور الجزائري في 03/07/ 2016م بموجب القانون رقم 16-01.

[1] طبقا للمادة 110/02-03-04 من الدستور:" ..وإذا إنتهت المدة الرئاسية لرئيس الجمهورية تمدد وجوبا إلى غاية نهاية الحرب. في حالة استقالة رئيس الجمهورية أو وفاته أو حدوث مانع آخر له، يخول رئيس مجلس الأمة باعتباره رئيسا للدولة، كل الصلاحيات التي تستوجبها حالة الحرب، حسب الشروط نفسها التي تسري على رئيس الجمهورية. في حالة اقتران شغور رئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الامة، يتولى رئيس المجلس الدستوري وظائف رئيس الدولة حسب الشروط المبينة سابقا".

الفصل الثاني
انعكاسات الظروف الاستثنائية على ضمانات حق الدفاع

إذا كانت الظروف غير العادية تفرض مشروعية استثنائية، تستهدف حقيقة تقوية كفة السلطة على كفة الأفراد في ميزان القوى. ما يدفعنا إلى البحث عن مصير حقوق وحريات الأفراد التي يعتبر التقليص منها وانتهاكها -في بعض الأحيان- نتيجة حتمية تفرضها الظروف الاستثنائية. من أجل الوقوف على مدى توفر الوسائل والآليات التي تحمي حق الدفاع في ظل العمل بنظرية الظروف الاستثنائية، ولكي لا يتم الافتئات على الحقوق والحريات دون مبرر، يجب على الدولة الالتزام والتقيد ببعض الضوابط التي تحول دون المساس بحق الدفاع إلا بالقدر الضروري واللازم لدفع ضرر الأزمة وحماية الدولة.

الواقع أن ما ينتج عن هذه الظروف تحلل الإدارة من قواعد القانون العادي، الذي يصبح غير صالح لمواجهة الظروف المستجدة، وتتجه الدولة إلى ما يسمى بالقانون الاستثنائي الذي يحكم نشاطها خلال هذه الظروف الطارئة. لكننا نتساءل هل يمتد التحلل من القانون العادي إلى آخر استثنائي إلى التغيير من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الدولة والتي كرسها المشرع في صلب الدستور؟ وما مدى مشروعية القوانين الاستثنائية والمؤقتة؟

يحتاج الموضوع إلى إيضاح، حيث ترتكز الدولة إلى مبدأ المشروعية، والذي يفترض أنه مبدأ دائم الاحترام والتطبيق مهما جدت على الدولة من ظروف. كما أنه ضمانة موضوعية لحق الفرد في محاكمة عادلة. أما ضمانته الإجرائية فتتمثل في مبدأ قرينة البراءة، والتي يعتبر المساس به إعداما للحريات. من ذلك ولصون حق الدفاع أثناء الإجراءات الجنائية التي تطبق على الجرائم المرتكبة في ظل الظروف الاستثنائية، يجب أن لا يتم المساس بهذه المبادئ الدستورية، وهو ما اكده المجلس الدستوري الفرنسي سنة 1982م، عندما أقر أن حماية النظام العام هو هدف ذو قيمة دستورية يجب التنسيق بينه وبين سائر المبادئ أو الأهداف ذات القيمة الدستورية.[1]

من جانب آخر، على السلطة القضائية أن تخضع أعمال السلطة التنفيذية إلى رقابتها وإشرافها، ومرتكزات هذا الإشراف استقلال القضاء والحق في المحاكمة أمام القاضي الطبيعي. لكن الظروف الاستثنائية

[1] أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 565.

تفرض سرعة الفصل في المتابعات الجزائية، ما يجعلنا نفكر في مدى احترام هذه المحاكمات لضمانات حق الدفاع التي سبق الحديث عنها؟

المبحث الأول: نطاق الضمانات الدستورية لحق الدفاع في الظروف الاستثنائية

الأصل أن الظروف الاستثنائية لا يمكن أن تحول طبيعة النظام في الدولة من ديمقراطي إلى دكتاتوري طاغي تسلب فيه الحرية الشخصية للأفراد، بعكس ما يروج له البعض. فالمنادون بغلق أبواب الحريات ومنع ممارستها إبان الأزمات من أجل تحقيق الأمن، لا يستحقون التمتع بالحرية ولا بالأمن مثلما قال الدكتور "بنجامين فرانكلين".[1]

وعليه فإن هذه الظروف تجيز التحلل من القانون العادي لمواكبة التغيرات التي تطرأ على الدولة بالقدر اللازم لمواجهتها، على أن تضع الدولة بنصب أعينها ضرورة تحقيق المصلحة المشتركة، التي تجمع بين مصالح الدولة العليا القائمة على ضمان الأمن والاستقرار، ومصلحة الفرد التي تنطوي على كفالة ممارسته لحقوقه كاملة خلال الظروف الاستثنائية.

إن الذي يضمن تحقيق المصلحة المشتركة هو مراعاة مجموعة من المبادئ السامية كمبدأ قرينة البراءة ومبدأ المشروعية. هذا ما يكفل للدولة ممارسة نشاطاتها في إطار القانون وضمان تمتع الفرد بكرامته الإنسانية. لذا يجب على الدولة احترام هذه المعايير التي تضفي على الإجراءات المقيدة للحرية المتبعة خلال الأزمات صفة المشروعية والتي يكون الهدف الحقيقي من ورائها هو الحفاظ على مصالح الدولة.

المطلب الأول: مفترضات مبدأ المشروعية في الظروف الاستثنائية

لكي لا تتجاوز الإدارة في نشاطها الاستثنائي -الذي يستلزم بالضرورة تقييد حقوق الأفراد وحرياتهم- الحدود المرسومة لها، كان لزاما عليها أن تخضع للقانون، التي تملك السلطة التنفيذية خلال الأزمات حق وضعه. هذا القانون الاستثنائي هو الذي ينظم السلطات الاستثنائية ويحافظ على شكل الدولة الديمقراطية

[1] يقول الدكتور"بنجامان فرانكلين":" إن هؤلاء الذين يديرون ظهورهم للحريات الفردية بمجرد الإخلال بالأمن- حتى ولو كان وهميا خادعا أو موقوتا- لا يستحقون التمتع بالحرية، كما لايستحقون التمتع بالأمن كذلك".

« Ceux qui sont prêts à abondonner des libertés individuelles contre une sécurité illusoire et éphémère, ne méritent ni liberté,ni sécuritè ».

أنظر:عبد المنعم محفوظ، علاقة الفرد بالسلطة"الحريات العامة وضمانات ممارستها"(دراسة مقارنة) ن الد الثالث، مرجع سابق، صفحة 1226.

الليبيرالية وينفي عنها صفة الدولة الدكتاتورية البوليسية. لكنما مدى مراعاة القانون الاستثنائي لمبادئ الإنصاف والعدالة التي أساس مبدأ " الشرعية"؟ للإجابة عن هذا التساؤل يجب أولا معرفة معنى المصطلحين "المشروعية والشرعية"، لنتمكن من معرفة نطاق تطبيقهما، ومفترضات احترامهما في الحالات الاستثنائية.

الفرع الأول: جدلية الشرعية والمشروعية

لا يثير مصطلح المشروعية حقيقة أية تساؤلات فالجميع متفق على أنه خضوع كل من في الدولة من حكام ومحكومين إلى القانون. لكن الأمر ليس كذلك بالنسبة لمصطلح الشرعية الذي يثير العديد من التساؤلات، وكان محل جدل فقهي وفكري واسع. كما أن مسألة ارتباط كل من لفظ المشروعية بلفظ الشرعية أدت إلى انقسام في آراء الفقهاء. وقد جمع هذه الآراء اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى أنه لا مجال للتفرقة بين مصطلح"المشروعية" و"الشرعية". وهو رأي أغلب الفقهاء العرب،[1] حيث أجمعوا على أن المصطلحين مترادفين ولا مجال للتفرقة بينهما من ناحيتين: من الناحية الشرعية، ومن الناحية القانونية.

فمن زاوية الشريعة الإسلامية الغراء لا فرق بينهما لاستحالة القول بثنائية القانون، فالشريعة حتما وبكل تأكيد عادلة وتتضمن كل مفاهيم الخير والعدل، وما يراه الله حسنا فهو عند المسلمين حسن ومقبول. إضافة إلى ذلك فإن الشرعية والمشروعية لفظان مشتقان من أصل واحد هو الشرع أو الشريعة أو الشرعة وهي العادة والمنهاج حسب معاجم اللغة.[2] من الناحية القانونية: هما يتفرعان عن مبدأ أعلى وهو سيادة القانون. ذلك ان اعمال هيئات الدولة وقراراتها النهائية لا تكون صحيحة ولا نافذة وملزمة في مواجهة المخاطبين بها إلا

---

[1] وهم قلة من الفقهاء العرب الذين ميزوا بين المصطلحين ، حيث أقروا أن "المشروعية" لها علاقة بالقانون، أما "الشرعية "فهي فكرة سياسية تعني من هذه الزاوية:"مدى قبول المجتمع لسلطة الحكام من مختلف النواحي الاقتصادية والسياسية".أنظر:سهير علي أحمد، المشروعية، مجلة القانون، العدد11، أكتوبر 2003م، جامعة عدن،اليمن، صفحة 178.

والشرعية بهذا المعنى تكون سندا لقوة الحكام، لان السلطة تكون مستقرة حين يسلم بها الافراد طوعا واختيارا. ومنه فا لشرعية هي إذن غالبية المجتمع إيمانا حقيقيا بأن السلطة يجب أن تمارس بطريقة معينة دون غيرها وإلا فقدت مبرر طاعتها. وهذا الإيمان قد يختلف باختلاف المكان والزمان، وقد تغير الظروف التي أنجبت أو ساعدت على إنجاب هذا الإيمان. ولكن الشيء الثابت هو أن وضع السلطة من كافة النواحي سيبقى موضوع الشرعية.أنظر:علي سبتي محمد، وسائل حماية المشروعية" دراسة مقارنة في ضوء التجربة العراقية"،صفحة 21.

وبذلك فإن الشرعية تحيل إلى مرتكزات السلطة كتبرير للطاعة المرتبطة بهذه السلطة والناجمة عنها. و من تعاريف فقهاء الغرب للشرعية من الناحية السياسية ، نجد تعريف "بيرنار لاميزيه" ا لشرعية بأنها:" الاعتراف العام بفاعل سياسي من قبل الفاعلين السياسيين الآخرين الذين ينتمون إلى المجتمع المدني". ويؤكد "جان مارك كوكو":" أن شرعية الحكومة تقاس بمدى قدرتها على التعبير عن القيم التي يتمثلها الافراد في مجموعة معينة والدفاع عنها".أنظر:أحمد ناصوري، النظام السياسي وجدلية الشرعية والمشروعية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، المد 24، العدد 02، 2008م،صفحة 353-354.

[2] خالد خليل الظاهر، الرقابة القضائية لضمان مبدأ الشرعية في المملكة العربية السعودية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، مرجع سابق، لصفحة 540-541.

إذا صدرت بناء على قانون.[1] إذ تفرض الشرعية خضوع التصرف سواء كان -خاصا أو عاما- لقاعدة القانون. فلا مجال للتمييز بين الشرعية والمشروعية لاهما مصطلحان مترادفان في علم القانون.[2]

كما ذهب أصحاب هذا الرأي إلى اعتبار المشروعية تنصرف إلى القانون بمعناه الواسع، أي الخضوع لكل قاعدة قانونية ملزمة أيا كان مصدرها، وهو ما أكده الأستاذ "لوبادير". برر أغلب فقهاء العرب موقفهم بالأخذ بالمعنى الواسع للقانون في مفهوم مبدأ المشروعية، أن النشاط العام للدولة الحديثة أصبح يتميز بالتوسع وعدم الاكتفاء بالقانون الصادر عن السلطة التشريعية، وضرورة الاعتراف للإدارة وللأجهزة المختصة بحق التشريع وخاصة في المجالات التي يعجز البرلمان عن مواجهتها لاسباب مختلفة، مثل حالة الظروف الاستثنائية التي تقضي تنظيما سريعا لا يحتمل التأخير.[3]

ما يعني أن أصحاب هذا الرأي يرون أن خروج الإدارة في تصرفاتها الناجمة من الظروف الاستثنائية عن القواعد القانونية ليس خروجا عن مبدأ المشروعية، ما دام أن الإدارة لها حق التشريع في ظل هذه الظروف ما يجعل "مبدأ المشروعية" يتميز بالمرونة ليكون واجب التطبيق حتى خلال الأزمات، وأن اختصاص التشريع لم يعد محصورا في السلطة التشريعية، ومنه فإن أعمال الإدارة لا تكون مشروعة إلا إذا خالفت أحكام القانون الساري المفعول سواء كان القانون الصادر من السلطة التشريعية أو القانون الاستثنائي الذي بادرت الإدارة بوضعه لتحقيق الغاية المرجوة من توسيع صلاحياتها. كما أن هذا التوسع في تطبيق مبدأ المشروعية يجد ما يبرره من الأحكام القضائية ما دام الهدف من وراء ذلك هو الحفاظ على النظام العام والأمن.

الاتجاه الثاني: يرى جانب من الفقه اختلاف بين مصطلحي "المشروعية والشرعية"، فالمشروعية تعني احترام قواعد النظام القائمة فعلا في المجتمع فهي في حقيقة الامر مشروعية وضعية. أما الشرعية فهي فكرة مثالية تحمل معنى العدالة وما يجب أن يكون عليه النظام، فمفهومها أوسع من مجرد احترام قواعد النظام،

---

[1] وعلى هذا المنحى سار الدكتور محسن خليل، إذ يذكر ان المقصود بهما سيادة حكم القانون، الذي يعني خضوع الفرد وجميع السلطات العامة في الدولة للقانون بأن تتقيد السلطات التشريعيةو والقضائية والتنفيذية على السواء في جميع أعمالها بالقانون وأحكامه ويترتب خضوع الإدارة للقانون والعمل في دائرته. ويرى الدكتور فؤاد العطار أن خضوع الحكومات للقانون تنقسم إلى قسمين: حكومة استبدادية وحكومة قانونية. والحكومة الاستبدادية تقوم على أساس النظر إلى القانون بوصفه معبرا عن إرادة الحاكم الذي يعمل على حمل الفئة المحكومة على احترامه دون أن يلتزم هو بذلك، ففي هذا النظام، ليست إرادة الحكومة سوى إرادة الحاكم، ومن ثم تصبح إرادته طليقة من كل قيد إن شاء طبق القانون وإن شاء عزف عنه دون أن يتقيد بإجراء معين. ويستتبع ذلك حتما القضاء على حقوق المواطنين وحرياتهم وهذا اطلق على هذا النوع من الحكومات تعبير " الدولة أو الحكومة البوليسية" لانتفاء احترام القانون فيها. أما الحكومة القانونية فهي التي تخضع تصرفات الحاكم والمحكوم فيها على السواء لحكم القانون. وينبني على ذلك أنه لا يجوز لأية سلطة أن تزاول أي نشاط إلا بمقتضى قواعد سبق وضعها وفقا للأوضاع والشروط المقررة لذلك. أنظر: سهير علي أحمد، المشروعية، مجلة القانون، مرجع سابق، صفحة 172.

[2] محمد معروف عبد الله ، رقابة الإدعاء العام على الشرعية" دراسة مقارنة"، 1981م، مطبعة المعارف، بغداد، صفحة 63-69.

[3] سهير علي أحمد، المشروعية، مجلة القانون، مرجع سابق، صفحة 174.

ويقتضي بذلك قواعد أخرى يستطيع عقل الإنسان المستقيم أن يكتشفها، ويجب أن يكون المثل الأعلى الذي يتوقاه المنظم في الدولة ويعمل على تحقيقه إذا أراد الارتفاع بمستوى ما يصدر من أنظمة.[1] يرى "جاك بارو" أن "المشروعية لها علاقة وطيدة بالقانون الساري المفعول، غير أن الشرعية ترتبط بالقيم المعنوية". ويؤكد على أن القانون لا يكون فعالا إذا تم الالتزام به كما هو معمول به في الظروف العادية، كما يجب أن يكون متفقا مع القيم المعنوية. في بعض الحالات نجد أنفسنا مضطرين لاحترام الالتزامات وليس بالضرورة أن نكون مقتنعين بمطابقتها للقانون، ويمكن لبعض الاحكام ان تكون غير عادلة رغم انها صحيحة بالنسبة للقانون.[2] الأمر الذي ينطبق في الحالات الاستثنائية التي تفرض علينا احترام بعض الالتزامات رغم انها غير مطابقة للقواعد القانونية العادية، والتي تكون في الغالب من صميم القانون الاستثنائي.

أكد "ويبر" وجود تراكب عميق بين المفهومين من وجهة نظر اشتقاقية،[3] لكنهما في الواقع مختلفان، فما يعتبر شرعيا ما كان معترفا به ومقبولا من الجميع، وهو ما تأسس لسبب ولقانون ولعدالة. وما يعتبر مشروعا كل ما يخوله القانون المعمول به، وما يتوافق مع نص القانون. يرى كذلك إمكانية تقاطع المصطلحين في بعض الأحيان لكن من الناحية القانونية، المشروعية تتعلق بصلاحية القاعدة القانونية أما الشرعية فمرتبطة بالعدالة.[4] إذا تكون المشروعية أكثر تقييدا وتميز كل ما هو مطابق مع القانون.[5]

إن الشرعية بهذا الوصف والتحليل تعتبر أوسع وأشمل من المشروعية، ما يجعل مبدأ الشرعية يسمح باستيعاب القوانين الصادرة من السلطة التشريعية وحتى الصادرة من السلطة التنفيذية التي لم تعد تختص فقط بتنفيذ القوانين، وإنما سمحت لها بعض الظروف -كالظروف الاستثنائية- بحق التنظيم والتشريع. إذ يقع على عاتق الإدارة الالتزام بما أصدرته من قوانين استثنائية أثناء الأزمات وإلا عدت أعمالها غير شرعية، لخروجها عن

---

[1] خالد خليل الظاهر، الرقابة القضائية لضمان مبدأ الشرعية في المملكة العربية السعودية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، مرجع سابق، صفحة 541.

[2] Jaques Barou, Le Légal et Le Légitime, Ecarts d'identité N 114/2009, page 10-11.

[3] يبين "ويبر" أن التراكب العميق بين المفهومين، يكون من وجهة النظر الإشتقاقية، إذ يرجع المفهومين لنفس المصدر اللاتيني وهو كلمة "Lex" فهما يشيران في الأصل للقانون. وقد ظهر مصطلح الشرعية في اللغة الفرنسية" Légitimite" خلال القرن 16 ميلادي، متأخرا بفترة قصيرة عن مصطلح المشروعية" Légalité".

Voir :LCL Jérome Cario, Légalité, Légitimité des interventions !!!, 19/01/2015.

www.defense.gouv.fr/fr/cicde/img/pdf

[4] LCL Jérome Cario, Légalité, Légitimité des interventions !!!, 19/01/2015.

www.defense.gouv.fr/fr/cicde/img/pdf

[5] Marie Reix, Le Motif legitime en droit penal, Thése de Doctorat, université montesquieu, bordeaux Iv,10/12/2012, France, page 11.

"مبدأ الشرعية"، وهم بذلك ينتقدون ويعارضون ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول القائلين بالتوسيع في تطبيق مبدأ المشروعية في الظروف الاستثنائية. زيادة على ذلك، فقد إعتبر الأستاذ "إلزنمان" أن القول بالتوسع في تطبيق مبدأ المشروعية يشكل خطرا كبيرا على التصور الأصيل لهذا المبدأ.[1]

الفرع الثاني: تأثر مبدأي الشرعية والمشروعية بالظروف الاستثنائية

في حقيقة الأمر حاولت الوقوف على آراء الكتاب العرب ممن بحثوا في نظرية الظروف الاستثنائية، لمعرفة مدى تطبيق مبدأ المشروعية وهل هناك مجال لنفاذ مبدأ الشرعية خلال هذه الظروف، لكني لم أوفق في ذلك. حيث وكما رأينا أن أغلبهم لا يفرق بين المصطلحين بل استعملوهما كمترادفين، والقلة منهم من فرق بينهم بإحالة تعريف الشرعية للجانب السياسي. لذلك سأحاول توضيح وجهة نظري من خلال الاستناد إلى بعض الحجج التي تقوي وتفند رأيي.

إن التوسع في نشاط الإدارة قد يضع "مبدأ المشروعية" بين كفتي ميزان حساس ودقيق، حيث يضع حقوق وحريات الأفراد في كفة، والحفاظ على النظام العام وكيان الدولة وأمنها التي تتطلبه الضرورة وتبرره الحالة الاستثنائية في كفة أخرى. ما ينتج عن هذا التوسع اتساع دائرة تطبيق مبدأ المشروعية، التي تعني خضوع أعمال الحكام والمحكومين إلى قواعد القانون، ما يجعل من المبدأ مرنا وصالحا للتطبيق في كل الظروف. فإذا ما تعرض أمن الدولة إلى خطر، يتيح للإدارة توسيع صلاحياتها لتشمل كل التدابير والإجراءات اللازمة للمحافظة على كيان الدولة وصيانة الأمن والنظام العام، بما في ذلك وضع القيود على حريات الأفراد. لكن هل تمكين الإدارة من آداء واجبها والمحافظة على الأمن العام والنظام يعني استبعادها لمبدأ المشروعية؟ وما مصير مبدأ الشرعية خلال تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية؟

يرى جانب من الفقه وبالخصوص الفقهاء الذين رفضوا التداخل بين الشرعية والمشروعية، أن مبدأ المشروعية كقاعدة دستورية واجبة التطبيق في الأحوال العادية وحتى خلال الأزمات، غير أن احترام الإدارة لمبدأ المشروعية يمكن أن يكون بطريقة لينة ومرنة، لكي يكون نشاطها فعالا وسريعا. يمكننا أن الملاحظة أنه في حالة الأزمة، يجب التقيد الصارم بمبدأ المشروعية،[2] والمشروعية الاستثنائية تبرر في حالات خاصة (الحالات الاستثنائية) وليست في الحالات العامة (الحالات العادية). تتحقق الحالة الاستثنائية بتوافر ثلاث شروط: أن

[1] سهير علي أحمد، المشروعية، مجلة القانون، مرجع سابق، صفحة 175.

[2] La Rédaction De La Gazette , Le Principe de Légalité, 03/08/2011. Consulté le 03/06/2016 , Disponible sur :www.lagazettedescommunes.com.

تكون حالة خطيرة، غير مألوفة، غير متوقعة، وفي هذه الحالة **لا يمكن للمشروعية العادية أن تحقق أهداف الضبط.**[1] **على هذا الأساس،** فالمشروعية المطبقة في الحالات الاستثنائية والتي يطلق عليها البعض **"مشروعية استثنائية" ما هي إلا امتداد لمبدأ المشروعية،** إذ تخضع الإدارة في الظروف العادية إلى قواعد القانون العادي، **لكن إذا تحقق الظرف الاستثنائي وكان من المستحيل رد خطر الحالة الاستثنائية بالقواعد العادية، تلجأ الإدارة** إلى القانون الاستثنائي، وهنا يبقى مجال تطبيق مبدأ المشروعية قائما ما دامت الإدارة تلتزم بالقانون الساري المفعول والمعمول به وهو في حالة الضرورة القانون الاستثنائي. **هذا القانون الذي ينتج عن تطبيقه من قبل الإدارة** المساس بمبدأ الشرعية، فهو لا يشترط أن تكون القاعدة القانونية **منصفة وعادلة بالنسبة للأفراد. لأنه** يتيح الفرصة للإدارة في الكثير من المناسبات أن تمس وتصادر حقوق الأفراد بغية حماية النظام العام. **حيث لا** تلتزم القوانين الاستثنائية بالمعايير الأخلاقية التي تحقق العدل والإنصاف في ممارسة الحقوق الأساسية. **ويكون** الحامي لمبدأ الشرعية في الظروف الاستثنائية هو القضاء الإداري، والذي يعتبر **أيضا مقررا للمشروعية الاستثنائية. فمن جهة يتيح للإدارة أن تتجاوز حدود الخضوع بموجب القانون العادي "مبدأ المشروعية العادية"** إلى اختصاصات **أوسع بموجب القانون الاستثنائي "المشروعية الاستثنائية"**، ومن جهة أخرى يحرص **على تطبيق "الشرعية"** بما يصون حقوق وحريات الأفراد وما يسعف الإدارة في مواجهة الظرف الاستثنائي. **فإذا** أقدمت الإدارة على تدبير استثنائي وترتب عليه تجاوز خطير لحقوق الأفراد، فهنا يكيف **الإجراء على أنه** مشروع لكنه غير شرعي لافتئاته على حقوق الأفراد وعلى مبادئ الإنصاف والعدالة.

لكن هناك رأي آخر يجعل من المبدأ المطبق في الحالات الاستثنائية هو مبدأ الشرعية، الذي يعتبر **صمام الأمان لمعالجة ما لا يمكن للمشرع توقعه من حالات خاصة. يقع مبدأ الشرعية** في أكثر من وضعية من **أجل تطوير تطبيقاته، أحيانا عند تحديد الحق، وأحيانا يضع ما يعيق تطبيق التزام معين. كما أنه يسمح للقاضي بضمان تنفيذ القانون على الوقائع بما يتفق والغرض من هذا المبدأ. كما يرى أصحاب هذا الرأي أن** الشرعية تقوم لظرف معين بذريعة تبرير قرار أو سلوك معين يكون في الأصل غير قانوني.[2]

في تقديرنا أن أصحاب الرأي الأول على صواب، لأن تمكين **الإدارة من آداء واجبها والمحافظة على** النظام والأمن لا يعني **استبعادها لمبدأ المشروعية،** فالمشروعية تبقى قائمة في كل الأحوال. **لأن إعلان الحالة**

[1] Sarah Cassella, La nécéssité en droit international « de L'état de nécessité aux situations de nécessité », Martinus Nijhoff Publishers, 2011, page108.

[2] Marie Reix, Le Motif legitime en droit penal, Thése de Doctorat, université montesquieu, bordeaux Iv,10/12/2012, France, page 11.

الاستثنائية لا يستدعي ألا تحرر السلطة التنفيذية عن مبدأ المشروعية إلا وفقا لأحكام القانون، لذلك فالقانون الاستثنائي يضفي المشروعية على ما تقوم به السلطة التنفيذية من أعمال استثنائية تخرج عن القواعد القانونية المقررة في الحالة العادية. **ويقع على عاتق القضاء الإداري مراقبة نشاطات** الإدارة في الظروف الاستثنائية، فإذا تبين له خروج الإدارة عن الإطار القانوني الواجب الإتباع جاز له إلغاء العمل الإداري الاستثنائي. **هذا ما** أكده القضاء الأمريكي، إذ **استقر قضاء المحكمة العليا منذ 1866م أن سلطة الرئيس الأمريكي لا تتحر من القيود، وأن حكم** الدستور وسيادة القانون يظلا ساريين سواء في السلم أو في الحرب.[1]

هذا الأمر يحيلنا إلى مناقشة مصير **"مبدأ الشرعية"** في خضم الدفاع عن المصالح العليا للبلاد أثناء **الأزمة.** فقد علمنا أن الشرعية ترتبط بمفهوم العدالة، **وكما يقول"** ويبر" **أن القاعدة القانونية تكون شرعية إن كانت صحيحة.** معنى ذلك يجب أن تحقق القاعدة حماية حقيقية لحقوق وحريات الأفراد بما يتفق ومفهوم **العدالة.**[2] ومنه يمكن أن تكون القاعدة القانونية صالحة وصحيحة بالنظر إلى الظرف العادي التي تطبق خلاله، لكن ظهور ظرف استثنائي يمكن أن يجعل من **قاعدة قانونية صالحة" مشروعة"** لكنها غير صحيحة" غير **شرعية".** إن كفة الميزان تميل إلى إعلاء المصالح العليا للبلاد على حساب حقوق الأفراد، فتتسم بالخلل في تطبيق العدالة. **وهنا تقول إحدى الكاتبات الغربيات:" عندما تكون هناك حالة استثنائية، تحمل نتائج قضائية تفرق** بين الشرعية والمشروعية، إذ تشهد الحالة الاستثنائية صراعا بين ضرورة حماية السيادة من جهة ومن جهة أخرى حماية حقوق الإنسان". تبين هذه الكاتبة أن الحالة الاستثنائية هي التي تظهر الفرق الجلي بين **ما هو شرعي وما هو مشروع وتقول:" عندما يتقرر** اعتبار حالة ما انها غير **مشروعة ولكنها شرعية، هنا يظهر فرق هام بين القانون وبين ما ننظر إليه على أنه صحيح".** أي إذا كان التصرف مخالف للقانون يعتبر غير مشروع، ويعتبر شرعيا لصحته وعدم خروجه عن مبادئ العدالة والإنصاف.[3]

---

[1] وإذا إقتضت ضرورة المحافظة على الأمن العام، وضع قيود على الحريات الفردية من قبل الكونجرس، فليس للرئيس الأمريكي استعمال هذا الحق إلا إذا كان مصرحا به في الدستور، مع ضرورة صدور قانون من الكونجرس يتيح له ممارسة هذا الحق. **أنظر:** زكريا محمد عبد الحميد محفوظ، حالة الطوارئ" في القانون المقارن وفي تشريع الجمهورية العربية المتحدة"، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 207.

وأبلغ دليل على ذلك، أنه عندما تعدى الرئيس الأمريكي "لنكولن" خلال الحرب الأهلية (م1861-1865م) على إختصاصات الكونجرس، فقد قام بإتخاذ **إجراءات سريعة** دون الرجوع إلى الكونجرس وهو ما يتعارض مع نص المادة 01 **من الدستور الأمريكي.** حيث برر هذا الخرق بحاجته إلى الإستجابة للحالة الضرورية. **ليتم بعد ذلك لجوء الرئيس** للكونجرس من أجل المصادقة على الإجراءات المتبعة قبله، لتكون صالحو للتطبيق في أي حالة **استثنائية يمكن أن تحدث.أنظر:**

Sarah Cassella, La nécéssité en droit international « de L'état de nécessité aux situations de nécessité », Martinus Nijhoff Publishers, 2011, page 141.

[2] Icl Jérome Cario, Légalité, Légitimité des interventions !!!, 19/01/2015.

www.defense.gouv.fr/fr/cicde/img/pdf

[3] Sarah Cassella, La nécéssité en droit international « de L'état de nécessité aux situations de nécessité », Martinus Nijhoff Publishers, 2011, page 141.

نضرب لذلك مثال:إجراء التفتيش أثناء الحالات الاستثنائية وبالأخص حالة الحصار في الجزائر، لم يحط بالضمانات الكافية،[1] ما يجعله مخالفا لمبدأ الشرعية لانتهاكه حق الخصوصية. لكن طالما دعت إليه الضرورة وأجازته القوانين الاستثنائية كان متفقا ومبدأ المشروعية. فمبدأ الشرعية لا يثير أي تساؤلات في مدى احترامه أثناء الظروف العادية، فكل القوانين تسعى إلى تطبيق العدالة وتحقيق التوازن بين حقوق الأفراد و مصالح الدولة العليا. لكن تثار إشكالية تطبيق المبدأ خلال الظروف الاستثنائية، حيث يصبح هاجس الدولة الوحيد إعادة الأمن والاستقرار مع الدوس في غالب الأحيان على "مبدأ الشرعية". وهو ما اكده المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 1977/01/12:"إن حالة الطوارئ تسمح للمؤسسات السياسية أن تؤدي مهمتها على نحو يكفل حماية الحقوق والحريات الفردية، لأنه إذا كان المساس بالحرية الفردية يعتبر غير دستوري في الظروف العادية، فإنه يكون صحيحا إذا تم تطبيقا للنظام القانوني للسلطات الاستثنائية".[2]

ما يؤكد لنا احترام الإدارة لمبدأ المشروعية في تطبيقها لنظرية الظروف الاستثنائية النقاط التالية:

1. التزام الإدارة بالمشروعية الموسعة التي لا تنطوي على القوانين الصادرة من السلطة التشريعية فقط، بل تشمل القوانين الاستثنائية التي تضعها الإدارة في حالة وجود ظرف استثنائي.

2. يسمح مبدأ المشروعية في الظروف الاستثنائية من توسيع صلاحيات الإدارة في حالة عدم كفاية الوسائل العادية، من أجل حماية الأمن والنظام العامين. ما دامت خاضعة في تصرفات لرقابة القضاء. حيث إذا تبين للقضاء الإداري أن الإدارة قد تجاوزت حدود سلطتها بما لا يتناسب وحالة الضرورة، يحق للقضاء أن يلغي عمل الإدارة الاستثنائي. ما يجعل هذا المبدأ يتميز بالمرونة التي تجعله صالح للتطبيق مهما تغيرت الظروف.

3. يتيح مبدأ المشروعية في الظروف الاستثنائية للإدارة بتقدير الإجراء المناسب لاتخاذه، من أجل إعطائها قدرا من الحرية للإبداع وعد تقييدها بما يتنافى والمستجدات التي تواجهها.

4. التقيد بمبدا المشروعية الجنائية التي مضمونها" لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"،[3] والتي تحمي الأفراد من خطر التجريم والعقاب بغير الأداة التشريعية معبرة عن إرادة الشعب،[1] وتبعده عن خطر القياس و تحميه من رجعية

---

[1] تجيز المادة 07 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المتضمن تقرير حالة الحصار للسلطات العسكرية أن تجري التفتيشات داخل المساكن في كل الأوقات، متجاوزة بذلك قانون الإجراءات الجزائية الجزائري في المادة 01/47 الذي يحدد المجال الزمني القانوني لإجراء التفتيشات من الخامسة صباحا إلى الثامنة ليلا. ودون إذن صادر من السلطة القضائية ، حيث تشرف على التدبير السلطة العسكرية حسب المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 91-204 الذي يحدد شروط تطبيق المادة 07 من المرسوم رقم 91-196 المتعلق بحالة الحصار. وهو بذلك ينتهك الحق في الخصوصية المحمي بالدستور الجزائري المعدل في 2016/03/07م في المادة 47 منه.

[2] نظام توفيق المجالي، الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحرية الفردية" دراسة في التشريع الأردني"، مجلة الحقوق، مرجع سابق، صفحة 177.

[3] للرجوع لهذا المعنى في الظروف العادية أنظر الباب التمهيدي من الأطروحة، الصفحة 51 ومايليها.

القوانين الجنائية في ظل الظروف الاستثنائية. فقد اعتبر الفيلسوف الإيطالي "شيزاري بيكاريا" أن مبدأ المشروعية الجنائية هو السبيل الوحيد لحماية حقوق الأفراد من طغيان القضاة وتعسفهم في مجال التجريم والعقاب، فلا يؤاخذ الفرد جنائيا عن فعل لم ينص عليه القانون مسبقا، ولا توقع عليه عقوبة ما لم تكن الأداة التشريعية(المشرع) هي التي حددها وعينت مقدارها.[2] إضافة إلى ذلك يحقق مبدأ " لاجريمة ولا عقوبة إلا بنص" لما يسمى "باليقين القانوني الجنائي"،[3] أي إحاطة الناس علما بالتجريم والعقاب وما قد يهدد حريتهم الشخصية قبل ارتكاب الفعل. وتقيد الإدارة بمبدأ المشروعية الجنائية يقضي بعدم صلاحيتها بسلطة التجريم والعقاب من ناحية، ومن ناحية ثانية عدم صلاحيتها في اتخاذ الإجراءات الجنائية التي هي من اختصاص القضاء لانها لا تدخل ضمن الصلاحيات الموسعة الممنوحة لها في الظروف العادية.[4] وحينما ينص الدستور على تخويل البرلمان إعطاء رئيس الجمهورية تفويضا بإصدار قرارات بقوة القانون في الأحوال الاستثنائية المادة 04/142 من الدستور الجزائري المعدل في 2016/03/07م،[5] فيجب أن ألا يمس هذا التفويض سلطة التجريم والعقاب بأي حال من الأحوال.

---

[1] معنى ذلك أن تحديد الجرائم والعقوبات هو من عمل المشرع وحده إعمالا للقاعدة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، حسب المادة 07/140 من الدستور الجزائري المعدل في 2016م والتي نصت على:" يشرع البرلمان في الميادين التي خصصها له الدستور، وكذلك في الحالات:....القواعد العامة لقانون العقوبات، والإجراءات الجزائيةن لاسيما تحديد الجنايات والجنح، والعقوبات المختلفة المطابقة لها، والعفو الشامل، وتسليم المجرمين، ونظام السجون". لكن قانون العقوبات الجزائري منح الحق للسلطة التنفيذية في الحالات العادية من حق التشريع في مجال قواعد التجريم والعقاب (المال الجنائي) بما يسمى التفويض التشريعي في حالات المخالفات البسيطة. هذا ما نستشفه من نص المادة 459 من قانون العقوبات الجزائري التي جاء فيها:" يعاقب بغرامة 3000 إلى 6000 دج، ويجوز أن يعاقب أيضا بالحبس لمدة 3 أيام على الأكثر، كل من خالف المراسيم والقرارات المتخذة قانونا من طرف السلطة الإدارية، إذا لم تكن الجرائم الواردة بها معاقبا بها بنصوص خاصة". ويجري تفسير هذا النص أنه تضمن تفويضا للإدارة في إصدار مراسيم وقرارات تتضمن جرائم لا تعدوا أن تتجاوز المخالفات البسطة.

[2] نظام توفيق المحالي، الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحرية الفردية" دراسة في التشريع الأردني"، مجلة الحقوق، مرجع سابق، صفحة 157-158.

[3] اليقين القانوني الجنائي يتحقق بمعرفة المخاطبون بالقانون سلفا ماهية الأوامر والنواهي التي ينص عليها القانون والجزاءات التي يتعرضون لها عند مخالفتها ويعتبر اليقين القانوني الركيزة الثانية لمبدأ المشروعية الجنائية، إضافة إلى الركيزة الأولى المتمثلة في إنفراد التشريع بالنص على القواعد الجنائية. وهو ما اكده المجلس الدستوري الفرنسي في قراره رقم 421/99 الصادر بتاريخ 1999/12/16م أن وصول العلم بالقانون لدى المخاطبين به قيمة دستورية في حدذاتها تنبع من مبدا المساواة امام القانون، فهذه المساواة يمكن ان تقل فاعليتها إذا لم يكفل للمواطنين علم كاف بالقواعد القانونية المطبقة عليهم، ومن ثم فإن العلم يعتبر ضروريا لممارسة الحقوق والحريات التي يحميها الدستور.أنظر:عصام عفيفي عبد البصير، أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها"دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي"، الطبعة الأولى، 2004م ، صفحة 94-95.

[4] يعتبر القانون الأردني إستثناءا على هذا التقييد، فقد سمح للسلطات الإدارية بإتخاذ بعض الإجراءات الجزائية التي هي في الأصل من صلاحيات السلطة القضائية. حيث يتيح القانون الأردني للمتصرف(الحاكم الإداري) الذي لا يصح له أن يباشر الإجراءات القضائية في أن يصدر أوامر بالوضع تحت رقابة الشرطة أو الدرك، والعديد من الإجراءات القضائية التي يعتبرها الفقهاء إجراءات غير مبررة. فقد أجاز المشرع الأردني إختصاصا قضائيا لجهة غير قضائية، في حين كان من الأنسب وحفاظا على الحرية الشخصية أن يقتصر هذا الإختصاص على القضاء وحده، لأنه لا برر في تدخل المتصرف في أمر العدالة الجنائية، وخاصة في قانون منع الجرائم في الأردن رقم 07 لسنة 1945م الذي يحمل صفة الدوام وكان قد صدر في ظل ظروف عادية لا تحمل معها أي طابع استثنائي. ومن وجهة نظر الدكتور جميل يوسف قدورة كتكت أنه كان قد يجد قبولا واستحسانا رغم خطورته على الحريات الفردية، لو كان ذلك في ظل الظروف التي تتطلب إصدار قوانين استثنائية لصيانة أمن الدولة، ولكن بشرط ألا يمتد هذا التدخل إلى التصرفات القضائية. أنظر: جميل يوسف قدورة كتكت،، نطاق الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 155-156-157.

[5] قانون رقم 16-01 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437الموافق 06 مارس 2016م المتضمن تعديل الدستور، الجريدة الرسمية العدد 14،السنة 53، صادرة يوم الاثنين 27 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 07 مارس 2016م.

هكذا يتضح لنا أن نظرية الظروف الاستثنائية لا تعتبر في الواقع استثناءا على مبدأ المشروعية، فكما رأينا أن الإدارة تستند على هذا المبدأ لكن بصورته الموسعة. إذ تفرض الحالة الاستثنائية توسيعا لدائرة تطبيق المشروعية وتعميقا لمفهومه، ليكون هذا المبدأ واجب الاحترام حتى في الظروف الاستثنائية لكن بآفاق أوسع من التي تفرضها الحالات العادية، غير أن لهذه الظروف تأثيرا على مضمون "مبدأ الشرعية". حيث يقيس مبدأ الشرعية صحة القاعدة القانونية بمدى حمايتها لحقوق الإنسان واتفاقها وقواعد الإنصاف والعدالة، إذ يضمن التوازن بين المصلحة العامة وحقوق الأفراد. لكن نظرا للطبيعة الغير عادية للحالة الاستثنائية فإنها تحول دون تطبيق هذا المبدأ لصعوبة محافظتها على التوازن السابق الذكر. فالأولوية تكون في الظروف الاستثنائية لمصلحة الدولة التي تسعى وبكل الطرق والوسائل لحماية أمنها، حتى ولو قيدت حقوق وحريات الأفراد.

المطلب الثاني:مبدأ قرينة البراءة في الظروف الاستثنائية

يعني هذا المبدأ أن الأصل في الإنسان البراءة، والذي يبقى قائما حتى بعد الاشتباه فيه واتهامه، إلى ان تثبت إدانته بصورة قاطعة وجازمة. مبدأ قرينة البراءة من المبادئ الدستورية التي لها علاقة متينة بحقوق الإنسان،[1] والتي تعترف بها جميع النظم القانونية الديمقراطية. لذا من المفروض أن لا يفرق في تطبيقه بين ظروف عادية وظروف استثنائية. فإذا كانت السلطات الموسعة المعترف بها للسلطة التنفيذية في إطار إعلان حالة الطوارئ أو الحصار أو حالة الحرب وغيرها من الحالات الاستثنائية، تبيح تقييد الحرية الشخصية للأفراد بعرقلة حق التنقل والمساس بالحق في الحياة الخاصة بالتفتيش خارج المجال الزمني المقرر قانونا، وفتح وغلق المحلات بترخيص، إلا أنه من الجائر أن يخرج المشرع فيها على مبدأ قرينة البراءة. في هذا السياق يقول "جون دالهاوزن" مدير برنامج أوروبا وآسيا الوسطى في منظمة العفو الدولية: "إن الأولوية التي لا تعلوها أولوية اليوم هي حماية الناس من مخاطر وشيكة جديدة. بيد ان سلطات الطوارئ التي تمنح السلطات التنفيذية الان لتمريرها عبر البرلمان تضع بين يديها سلطات كاسحة على حساب الضمانات الأساسية لحقوق الإنسان".[2]

إذا كان الأصل في الإنسان البراءة، فإنه يجب على من يدعي عكس ذلك الإثبات وهي النيابة العامة، فإنه لا يجوز تكليف المتهم بإثبات براءته، وان المجتمع بقدر ما يهمه كشف المجرم، وإقامة الدليل على ارتكابه للجرم، فإنه يهمه كذلك إقامة الدليل على براءة المتهم،[3] ومنه لا يطالب بتقديم براءته، ويقع عبء

[1] للمزيد من التفاصيل حول هذا المبدأ يمكن الرجوع إلى الفصل الثاني من الباب التمهيدي، الصفحة 81 ومابليها.

[2] للمزيد من التفاصيل يرجى زيارة الموقع الإلكتروني لمنظمة العفو الدولية:

http://www.amnesty.org/ar/

[3] محمود هارون النوافلة، حقوق المتهم أثناء التحقيق الإبتدائي دراسة مقارنة بين التشريع الإسلامي والقانون الجنائي الأردني، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 39.

الإثبات على النيابة العامة. غير أنه وفي ظروف الأزمة قد يتم إضعاف هذه الضمانة الدستورية التي تفرض تمتع كل شخص ببراءته كأصل لا يمكن أن تتخلله أية استثناءات، بحيث ينقل عادة عبء الإثبات على عاتق المتهم مما يتناقض مع قرينة البراءة، حيث يطلب منه في ظلها أن يدلل على براءته حتى لا يوجه إليه الا ام. هذا الافتراض يجعل المتهم اسيرا للاتهام يواجهه بكل عجز.[1] هذا ما دلت عليه المادة 02/04 من قانون الطوارئ المصري التي نقلت عبء الإثبات إلى عاتق المتهم مما يتناقض مع قرينة البراءة.[2]

من مظاهر الخروج عن مبدأ قرينة البراءة أثناء تطبيق الحالات الاستثنائية، إباحة تقييد الحرية الشخصية للأشخاص باعتقالهم دون صدور حكم قضائي، يدينهم بارتكاب أفعال تهدد الامن والنظام في الدولة. من غير الملائم السماح بتقييد حرية الفرد دون وجود ما يؤكد إدانته، والذي ينطبق على الشخص المعتقل الذي يتم حبسه من قبل السلطات الإدارية في حالة الطوارئ.[3] "الاعتقال" هو إجراء استثنائي على افتراض أن مبدأ قرينة البراءة وحرية الأشخاص هما القاعدة، حيث تكمن طبيعته الاستثنائية في واقع أنه يسمح للسلطات القائمة عليه بحرمان الأشخاص من حريتهم رغم عدم توجيه دعاوى جنائية ضدهم، على أم يعدون ديد حقيقيا لأمنها في الوقت الحاضر أو في المستقبل.[4] فالاعتقال من التدابير التي تختص بتقريرها السلطة التنفيذية والتي تهدف إلى تقييد الشخص الذي يكون سلوكه خطرا على النظام، باحتجازه حماية لمؤسسات الدولة وحماية للجمهور.[5] ينصب الاعتقال على حرمان الشخص من حرية التجول أمدا طال أو قصر، ولكن كإجراء إداري لا قضائي.[6] نحن نعتبر أن الاعتقال من الإجراءات المخالفة لأحكام المادة 55 من الدستور الجزائري المعدل في 2016/03/07م بموجب القانون 16-01 والتي نصت على: "يحق لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية، أن يختار بحرية موطن إقامته، وأن ينتقل عبر التراب الوطني...لا يمكن الأمر بأي تقييد لهذه الحقوق إلا لمدة محددة وبموجب قرار مبرر من السلطة القضائية".[7]

---

[1] أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، صفحة 570.

[2] المادة 02/04 من قانون الطوارئ المصري رقم 162 لسنة 1958م المعدل بالقانون رقم 37 سنة 1972:"يعمل بالمحاضر المنظمة في اثبات مخالفات هذا القانون إلى أن يثبت عكسها". أنظر:أحمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجنائية، 1977م، دار النهضة العربية، مصر، صفحة 296.

[3] أحمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجنائية،مرجع سابق، صفحة 295.

[4] يلينا بيجيتش، المبادئ والضمانات الإجرائية المتعلقة بالاحتجاز والاعتقال الإداري في النزاعات المسلحة وغيرها من حالات العنف، المجلة الدولية للصليب الاحمر،صفحة 181. (يلينا بيجيتش هي مستشارة قانونية لدى اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ورئيسة مشروع إعادة تأكيد القانون الدولي الإنساني وتطويره).

[5] جميل يوسف قدورة كنكت، نطاق الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 241-242.

[6] حلمي الدفدوفي ونجيب مفتاح، الرقابة القضائية على مشروعية قرارات الاعتقال" الصادرة وفقا لقانون الطوارئ"،مرجع سابق، صفحة 12.

[7] عرفت الجزائر في سنوات الأزمة تطبيق إجراء بديل للاعتقال يسمى "الوضع تحت الإقامة الجبرية" ويعتبر هذا التدبير أقل وطأة على الحرية الشخصية للفرد على الاعتقال. حيث نصت المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المتضمن تقرير حالة الحصار على إخضاع كل شخص راشد يتبين أن نشاطه خطير على النظام إلى تدابير الإقامة الجبرية، طالما كانت هذه التدابير كفيلة لإعادة الأمن. وقد أحاط المرسوم التنفيذي رقم 91-202 الشخص الموضوع تحت الإقامة الجبرية بالعديد من الضمانات كحقه في الطعن من تدبير الإقامة الجبرية امام المجالس الجهوية في اجل 10 أيام من تقريره من قبل السلطات العسكرية(وذلك بناءا على إقتراحات مصالح الشرطة وبعد أخذ رأي لجنة

يعد الاعتقال الإداري بحسب المراسيم والقرارات المنظمة لحالتي الحصار والطوارئ في الجزائر ذو طبيعة مزدوجة فقد يكون الاعتقال تحفظيا، وهو اعتقال ذو طابع وقائي يهدف إلى وضع الأشخاص الذين يكون سلوكهم مصدر تهديد للدولة وللأشخاص بوضعهم رهن الاعتقال التحفظي،ولا يكون الهدف من ورائه تقديم المعتقل للتحقيق الابتدائي، حيث نعتبره اعتقالا بلا محاكمة. هذا ما استنبطناه من فحوى المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 92-75 والتي أعطت حق مباشرته للسلطة التنفيذية بغية تحقيق أهداف الضبط الإداري المتمثلة في الحفاظ على الأمن والسكينة. ما يدل على طبيعته الوقائية عدم اشتراط المادة 02 من المرسوم 92-75 ارتكاب الشخص مخالفة لإصدار أمر الاعتقال، بل اكتفت المادة على اشتراط أن يشكل سلوكه تهديدا للنظام والأمن العموميين دون الحاجة لارتكاب أي فعل. طبقت الجزائر الاعتقال التحفظي بعد إنشاء مراكز أمن بالجنوب،[1] وهي أماكن أحتجز فيها عدد كبير من المنتمين لحزب الجبهة الإسلامية للإنقاذ، والتي قدرها المرصد الوطني لحقوق الإنسان 9 آلاف شخص تم اعتقالهم في فيفري ومارس 1992م. في حين قدرت الرابطة الوطنية للدفاع عن حقوق الإنسان عددهم ب 17 ألف شخص، فيما أشار علي يحي عبد النور على 34 الف معتقل حيث كانت الكثير من حالات الاعتقال دون تهم محددة ودون محاكمة.كما كانت الظروف التي عرفتها المعتقلات أكثر ما توصف بأنها لا إنسانية.[2]

قد يكون الاعتقال الإداري ذو طابع ردعي، يهدف إلى عرض الفرد الذي ارتكب فعلا يشكل جرما بالمعنى القانوني إلى المتابعة الجزائية، فهو الاعتقال السابق للمحاكمة، وهو ما نستنتجه من فحوى المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 91-201 المتعلق بضبط حدود الوضع في مركز الأمن في حالة الحصار، حيث اشترطت المادة ارتكاب مجموعة من الأفعال التي يعاقب عليها القانون من أجل تطبيق تدابير الاعتقال، مع وجوب عرض الشخص الذي يشتبه بضلوعه في هذه الأعمال الخطيرة على الجهات القضائية للتحقيق معه ومحاكمته. إذا ثبت عدم تقديم الشخص المعتقل في أقرب الآجال إلى قاض ليحقق معه فيكون الاعتقال ذو طابع عقابي، الأمر الذي يجعله يتنافى و مبدأ الحق في محاكمة عادلة التي تفرض عدم تعريض شخص لعقوبة إلا بعد محاكمته أمام محكمة مختصة ونزيهة وممارسة كل حقوقه في الدفاع عن نفسه.

رعاية النظام). الإستفادة من المساعدة الإجتماعية والعلاجية. وهي نفس الضمانات المقررة لتدبير المنع من الإقامة الذي نص عليه المرسوم التنفيذي رقم 91-203 الذي يضبط كيفية تطبيق تدابير المنع من الإقامة.

[1] أنشئت مراكز أمن بالجنوب الجزائري في كل من ولاية أدرار برقان وولاية تامنغست بعين صالح وولاية ورقلة (بموجب قرار صادر من وزير الداخلية العربي بالخير مؤرخ في 6 شعبان عام 1412 الموافق 10 فبراير 1992م).

[2] شباب برزوق، الضمانات الدستورية لحقوق الانسان، رسالة ماجستير، 2011-2012م، جامعة وهران، الصفحة 138.

كما أخذ القضاء الجزائري بالاعتقال الإداري السابق على المحاكمة في قضية والي ولاية تلمسان ضد السيد الأفندي رئيس المس الشعبي البلدي لبلدية المنصورة.[1] حيث تعرض السيد الأفندي للاعتقال في 1991/07/01م، فقام والي تلمسان في 1991/07/07م بإصدار القرار رقم 2830 القاضي بتوقيف السيد الأفندي عن مهامه كرئيس المجلس الشعبي البلدي. برر الوالي قراره بالظروف الاستثنائية التي كانت سائدة آن ذاك، ومن جهة أخرى بما تمنحه النصوص المتعلقة بحالة الحصار من اختصاصات في مجال النظام العام خاصة وأن السيد أفندي قد شارك في الإضراب السياسي التي قامت به الجبهة الإسلامية للإنقاذ. قام السيد أفندي بالطعن بدعوى تجاوز السلطة ضد قرار الوالي أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء وهران بتاريخ 1991/09/09م على أساس مخالفة المادة 32 من قانون البلدية. فقامت الغرفة الإدارية في 1992/03/28م بإلغاء قرار الوالي، وذلك لمخالفته لأحكام المادة 32 من قانون البلدية التي تتطلب أخذ الراي المسبق من المجلس الشعبي البلدي قبل إصدار قرار التوقيف. بعد تبليغ الوالي بهذا القرار قام في 1992/08/02م بالطعن بالاستئناف فيه أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا. فقامت هذه الأخيرة في 1996/03/31 م بإلغاء قرار المس القضائي على أساس أن "قرار الوالي جاء لوضع حد للفوضى حيث شارك المدعي في الإضراب السياسي، وغلق أبواب البلدية" الشيء الذي ترتب عليه توقف نشاطها، وأن عدم احترام المادة 32 من قانون البلدية سببه "استحالة اجتماع اعضاء المجلس الشعبي البلدي الذين رفضوا الاجتماع" ما دام أن كلهم شاركوا في الإضراب وأن القرار جاء "من أجل الحفاظ على النظام العام واستمرارية خدمات المرافق العامة"، وأتخذ "في ظروف استثنائية بعد إعلان حالة الحصار" وأن قرار مجلس قضاء وهران "أخطأ في تقدير الوقائع".[2]

الاعتقال التحفظي من الإجراءات التي ينادي فقهاء القانون بإلغائها لتنافيها وحقوق الإنسان. باعتبار أنه من السلطات الموسعة المكفولة للتاج والتي هي محل انتقاد للكثير من القانونيين، لأنا قادرة على حرمان المواطن من حريته بدون اتخاذ الإجراءات العادية التي ينص عليها القانون، وهي تقديم المشتبه فيهم أو المتهمين للمحاكمة.[3] قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بتطبيق هذا الإجراء في أضيق الحدود، أي في حالة عدم وجود أية وسيلة أخرى للتعامل مع الوضع إلا باتخاذ هذا الإجراء، وهو ما قررته في قضية "لوليس" الذي

[1] القضية منشورة في الموقع التالي: www.law-dz.net

[2] إن ما تجدر الإشارة أن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا أسست رأيها على المادة 32 من قانون البلدية والتي تتعلق بإيقاف الوالي للمنتخب البلدي في حالة تعرضه للمتابعة الجزائية ، مع العلم أن السيد أفندي أعتقل بسبب مشاركته في الإضراب الذي يعتبر حسب المادة 04 من المرسوم التنفيذي 91-201 سبب من أسباب تعرض الشخص للاعتقال، ومنها للمتابعة القضائية بسبب هذه الاعمال التي تهدد امن وسكينة المجتمع. ما يؤكد لنا أن المادة 04 من من المرسوم التنفيذي 91-201 لا تتعلق بالاعتقال الإداري ذو الطبيعة الوقائية" التحفظي" وإنما بالاعتقال الإداري السابق للمحاكمة.

[3] جميل يوسف قدورة كنكت، نطاق الشرعية الإجرائية في الظروف الإستثنائية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 241-242.

أحتجز لمدة 5 أشهر دون عرضه على قاض لينظر في مشروعية اعتقاله أو البث في موضوع الدعوى. اعتبرت المحكمة أن هذا مخالف لأحكام المادة 05 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، لذلك قررت المحكمة بحث ما إن كان هذا الانتهاك يمكن أن يستند إلى مبررات "في أضيق الحدود" التي يتطلبها الوضع السائد في ايرلندا عام 1957م،[1] مع ضرورة إحاطة هذا التدبير الاستثنائي بمجموعة من الضمانات أهمها الإشراف القضائي، حيث انتهت في قضية "برانيغان ومكبرايد" اللذان اعتقلا لاشتباههما في أعمال إرهابية في المملكة المتحدة الأمريكية والتي حاولت تعطيل تدابير التدخل القضائي أن: "الرقابة القضائية على تدخلات السلطة التنفيذية في حق الفرد في الحرية تعد السمة الاساسية للضمان المجسد في المادة 03/05 من الاتفاقية الأوروبية، وهو أحد المقومات الأساسية للمجتمع الديمقراطي".[2]

فإذا كانت حالة الطوارئ تبرر زيادة القيود المفروضة على الحرية الشخصية، فكان من الواجب مواجهة هذه القيود بضمانات معينة باعتبار أن الأصل هو البراءة.[3] الأمر الذي تجلى بوضوح في الدستور المصري وقانون الطوارئ المعدل سنة 1973م، حيث أحاط المعتقل بمجموعة من الضمانات أهمها: ضرورة تبليغه بأسباب اعتقاله فورا وإعلانه على وجه السرعة بالتهم الموجهة إليه، وتخويل حق الاتصال بمن يرى إبلاغه بما وقع أو الاستعانة به على الوجه الذي ينظمه القانون، وتخويله هو وغيره حق التظلم أمام القضاء.[4] بذلك، يكون المشرع المصري قد طبق ما نصت عليه المعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان التي حرصت على تقنين الضمانات اللازمة لحماية الفرد الذي حرم من حريته.[5] كما اعتبرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن إقرار تدبير التقييد الضروري (الاعتقال لأسباب أمنية) يسمح بالاحتجاز لسبعة أيام مع ضرورة عرض المعتقل على قاض، وتوفير ما يكفي من الضمانات لحمايته من سوء المعاملة. شملت هذه الضمانات السماح للشخص المحتجز بالاتصال بمحام خلال 48 ساعة من احتجازه، والكشف عليه من قبل طبيب، والحق في

---

[1] إقامة العدل أثناء حالات الطوارئ، الفصل السادس عشر، حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل، دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين، صفحة 773.

www.ohchr.org/Ducuments/Publications/training9chapter16ar.pdf

[2] إقامة العدل أثناء حالات الطوارئ، الفصل السادس عشر، حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل، دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين، صفحة 776.

www.ohchr.org/Ducuments/Publications/training9chapter16ar.pdf

[3] أحمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجنائية،مرجع سابق، صفحة 296.

[4] أحمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجنائية،مرجع سابق، صفحة 295.

[5] المادتين 03 و 09 من الإعلان العالمي للحقوق الإنسان لسنة 1948م، والمادة 09من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966م والمادة 02 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. أنظر:مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، حقوق الإنسان والسجون" مجموعة صكوك دولية لحقوق الإنسان في مجال إقامة العدل"، سلسلة التدريب المهني رقم 11، 2004م، نيويورك وجنيف، صفحة 02-22.

www.ohchr.org/Ducuments/Publications/training11ar.pdf

الطعن في مشروعية الاحتجاز، وإعادة النظر في التشريع الذي أقر بموجبه التدبير بصورة دورية.[1] أوضحت اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان أن من حق الشخص الذي أعتقل من معرفة أسباب اعتقاله وتمكينه من الطعن أمام الجهات القضائية المختصة. علاوة على ذلك، من حق الشخص الذي اعتقل لأسباب العلاقة المفترضة له بأنشطة تخريبية، أن يعطى بيانات توضيحية تتعلق بنطاق ومغزى الأنشطة التخريبية، التي تشكل جريمة جنائية بمقتضى التشريع ذي الصلة. ترى اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أن مثل هذه البيانات التوضيحية لها أهميتها الخاصة، حيث يدعي أصحاب البلاغات أن ملاحقتهم تمت بسبب آرائهم لا غير الأمر الذي يتعارض مع المادة 19 من العهد الذي يتضمن حرية التعبير. في قضية "ميكا ميها" ضد جامايكا الاستوائية قضت المحكمة أنه لا يكفي أن يتم في إطار المادة 02/09 من العهد مجرد إبلاغ الشخص المعتقل بأن حرمانه من الحرية قد تم بناءا على أوامر صادرة من رئيس البلد المعني،[2] وفي قضية "هوري-لاوس" ضد نيجيريا قررت اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان أن دولة نيجيريا انتهكت المادتين 01/07د و26 بعدم تقديمها للمعتقلين الاثنتين بسرعة إلى قاض أو إلى سلطة قضائية مختصة لمحاكمتهما، وقد اعتقلت الضحيتان لمدة أسابيع وأشهر دون أن توجه إليهما أي مة.[3] إضافة إلى ذلك، قوانين الكيان الصهيوني لا تتطلب أن يبلغ المحتجز بأسباب إحتجازه،[4] حسب تقرير الجمعية العامة التابعة للأمم المتحدة وأن يحتجز الشخص لمدة 21 يوما دون أن يسمح له بالاتصال بمحام أو بأسرته. هذا العزل عن العالم الخارجي كان مصدر قلق للمقرر الخاص التابع للجمعية العامة "مارتن شاينين"، لأنه في هذا النوع من الظروف بالذات تنشأ خطورة تعريض المحتجز للتعذيب أو المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، وعبر عن قلقه بشأن مدة الاعتقال التي تحدد بـ6 أشهر قابلة للتمديد لفترات غير محددة بموجب الأمر العسكري 1229 (1988) الذي لا يضع حد أقصى لفترة الاعتقال، ما يعني أن الاعتقال يكون لأجل غير مسمى.[5] كما تنتهك مصلحة السجون الإسرائيلية (التابعة

---

[1] منظمة العفو الدولية، دليل المحاكمة العادلة، مرجع سابق، صفحة 234.

[2] حقوق الإنسان والاعتقال والاحتجاز السابق للمحاكمة والاحتجاز الإداري، الفصل الخامس، حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل، دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين، صفحة 166.

www.ohchr.org/Ducuments/Publications/training9chapter5ar.pdf

[3] حقوق الإنسان والاعتقال والاحتجاز السابق للمحاكمة والاحتجاز الإداري، الفصل الخامس، حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل، دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين، صفحة 169-170.

www.ohchr.org/Ducuments/Publications/training9chapter5ar.pdf

[4] تطبق دولة الاحتلال الإسرائيلي منذ 1967م تدبير الاعتقال الإداري بناءا على المادة 111 من أنظمة الطوارئ لعام 1945م، ومنذ العام1971م بناءا على الأمر العسكري 378، وحاليا يتم اعتقال الفلسطينيين في الضفة الغربية إداريا بناءا على المادة 285 من الأمر العسكري رقم 1651 لسنة 2009م، في حين يتم اعتقال الفلسطينيين في القدس المحتلة بموجب قرار صادر عن وزير جيش الاحتلال الإسرائيلي استنادا إلى البند رقم 2 لقانون صلاحيات ساعة الطوارئ (اعتقالات) من العام 1979م، أما في قطاع غزة فكانت الاعتقالات تتم بموجب الأمر العسكري رقم 941 لعام 1988م.أنظر: مؤسسة الضمير لرعاية الأسير وحقوق الإنسان.

www.addameer.org/ar/publications/

[5] السيد مارتن شاينين، تقرير المقرر الخاص بتعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في سياق مكافحة الإرهاب ،الجمعية العامة للأمم المتحدة، مجلس حقوق الإنسان، الدورة السادسة، البند 3 من جدول الأعمال، صفحة 11-12.

لوزارة الأمن الإسرائيلي) حقوق المعتقلين الذين يتعرضون وبصورة مستمرة لاعتداءات وحدات الأمن الخاصة، وعدم تقديم لهم وجبات غذائية كافية، مع انتهاكها لحقهم في الرعاية الطبية وفي تقديم الشكاوى.[1]

لقد أجاز المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المتعلق بتقرير حالة الحصار للسلطات العسكرية أن تتخذ هذا الإجراء ضد كل شخص تبين أن نشاطه خطير على النظام العام والأمن العمومي، بوضعه في مراكز أمن تابعة لمقر القيادة العليا للسلطات العسكرية حسب المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 والمادة 02 من المرسوم التنفيذي 91-201.[2] تتخذ إجراء الاعتقال بناءا على اقتراحات قانونية من مصالح الشرطة مصحوبة برأي لجنة رعاية النظام بعد استشارة لجنة رعاية النظام العام كما قضت به المادة 05 من نفس المرسوم والمادة 03 من المرسوم التنفيذي 91-201. وقد أحيط تدبير الوضع في مركز الأمن في حالة الحصار بمجموعة من الضمانات تمثلت في:

1. حصر النشاطات التي تهدد الامن والنظام وتجعل مرتكبيها معرضين للاعتقال والوضع تحت الإقامة الجبرية ، والتي حددها المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 91-201.[3]
2. تحديد مدة الوضع في مراكز الأمن ب45 يوما قابلة للتجديد مرة واحدة(المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 91-201).
3. إعطاء المعتقل حق الطعن في قرار اعتقاله الصادر من السلطة العسكرية امام المجالس الجهوية التي حددها المادة 07 من المرسوم التنفيذي 91-201 في أجل 10 ايام من تقريره لدى المجالس الجهوية المتعلقة بحفظ

كما يرى السيد مارتن أن سياسة الاحتلال تتذرع بمكافحة الإرهاب من أجل تنفيذ الاعتقالات ضد المنتمين للأحزاب السياسية الفلسطينية، ما يجعلها تطبق سياسة التشويش على وجود الديمقراطية وتطويرها. حيث بلغ عدد المعتقلين إداريا من بين اعضاء المجلس التشريعي الفلسطيني 45 ما زال 04 منهم رهن الاعتقال الإداري.

[1] مؤسسة الضمير لرعاية الأسير وحقوق الإنسان.

www.addameer.org/ar/publications/

[2] المادة 02 من المرسوم التنفيذي 91-201 الذي يضبط حدود الوضع في مركز الأمن:" يتمثل الوضع في مركز الأمن لأي شخص يكون سلوكه خطرا على النظام العام أو على أمن الأشخاص، أو على حسن سير المرافق العمومية، في حرمانه من حرية الذهاب والإياب ووضعه في أحد المراكز التي تحددها بمقر القيادة العليا للسلطات العسكرية المخولة قانونا صلاحيات الشرطة، وذلك تطبيقا للمرسوم رقم 91-196 المؤرخ في 4 يونيو سنة 1991 المذكور أعلاه.أنظر:مرسوم تنفيذي رقم 91-201 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1411ه الموافق ل 25 يونيو 1991م يضبط حدود الوضع في مركز للأمن وشروطه، تطبيقا للمادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المؤرخ في 04 يونيو 1991 المتضمن تقرير حالة الحصار. منشور في الجريدة الرسمية، العدد 31، السنة 28، صادرة يوم الأربعاء14 ذو الحجة 1411ه الموافق ل 26 يونيو 1991م.

[3] حصرت المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 91-201 الأفعال التي تعرض مرتكبيها للاعتقال في حالة الحصار وهي:

-التحريض على الفوضى وعلى ارتكاب جنايات أو جنح ضد أشخاص وأملاك.

-النداء بأية وسيلة للعصيان المدني وإلى الإضراب.

-حمل أي سلاح من أجل ارتكاب مخالفات.

-التحريض على التجمعات لغرض واضح يثير الاضطراب في النظام العام وفي طمأنينة المواطنين.

-رفض الامتثال للتسخير الكتابي الذي تصدره السلطة المخولة صلاحيات الشرطة وحفظ النظام العام، ذلك الرفض الذي يعرقل سير الاقتصاد الوطني عرقلة خطيرة.

-معارضة تنفيذ التسخير الذي اعد بسبب الاستعجال والضرورة بغية الحصول على خدمات يؤيدها مرفق عام أو مؤسسة عمومية أو خاصة.

-مخالفة التنظيم الإداري المتعلق بالمرور وبتوزيع المواد الغذائية، وذلك بقصد إثارة اضطرابات في النظام العام.

النظام في كل من: **الجزائر-قسنطينة-وهران**، الذي يفصل بأغلبية الأصوات في أجل **10 أيام من رفع الطعن إليه.**

4. يستفاد المعتقل من إجراء المساعدة والعلاج الطبي طيلة فترة الاعتقال(**المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 91-201).**

كذلك الوضع عند تطبيق حالة الطوارئ في الجزائر، **فقد نصت المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المتعلق بتقرير حالة الطوارئ على إعطاء صلاحيات للسلطة المدنية باتخاذ** إجراء **الاعتقال ضد أي شخص** راشد يشكل نشاطه خطرا على النظام بوضعه في مراكز الأمن المحدثة بقرار من وزير الداخلية **وتكون تحت إدارة السلطة العسكرية المختصة المفوضة(حسب ما قضت به قرارات وزير الداخلية المحدثة لمراكز الأمن بالجنوب)، وهو ما أكدته المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 92-75.**[1] **ويتخذ وزير الداخلية أو السلطة** التي يفوضها إجراء الوضع في مركز الأمن بناءا على اقتراحات مصالح الأمن حسب المادة **03 من المرسوم التنفيذي رقم 92-75،** مع العلم أن تفويض هذه الصلاحيات يشمل الوالي والسلطات العسكرية **على المستوى المحلي.**[2]

من الضمانات التي شملت تدبير الا**عتقال كفالة حق الطعن للمعتقل ضد هذا الإجراء الذي قيد حريته الشخصية حسب المادة 04 من المرسوم التنفيذي 92-75**، عن طريق تقديم الطعن لوالي ولاية مكان إقامة الشخص المعتقل، ثم يقدم الوالي هذا الطعن إلى **االس الجهوية للطعن** التي حددها المادة **05 من المرسوم التنفيذي رقم 92-75. وتفصل هده المجالس في اجل 15** يوما من رفع الطعن من قبل الوالي حسب **المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 92-75 . ويستفاد** الشخص الموجود في مراكز الأمن من تدابير **المساعدة الاجتماعية والطبية.**

---

[1] **المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 92-75** الذي يحدد شروط تطبيق بعض أحكام المرسوم الرئاسي رقم **92-44 المتضمن حالة الطوارئ**:"يعتبر الوضع في مركز الأمن، تدبيرا إداريا، ذا طابع وقائي، يتمثل في حرمان كل شخص راشد يعرض سلوكه للخطر،النظام والأمن العموميين، وكذا حسن سير المصالح العمومية من حريته في الذهاب والإياب، بوضعه في أحد المراكز المحدثة بقرار وزير الداخلية والجماعات المحلية".**أنظر:مرسوم تنفيذي رقم 92-75** مؤرخ في 16 **شعبان عام 1412ه الموافق** ل 20 فبراير 1992من يحدد شروط تطبيق بعض أحكام المرسوم الرئاسي رقم **92-44 المؤرخ** في 09 فبراير 1992م **والمتضمن حالة الطوارئ**. منشور في الجريدة الرسمية، العدد 14، **السنة** 29، الصادرة **يوم الأحد** 19 شعبان 1412ه **الموافق** ل23 فبراير 1992م.

[2] للمزيد من التفاصيل راجع القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 06 **شعبان عام** 1412ه **الموافق** 10 فبراير 1992م والمتضمن التنظيم العام لتدابير الحفاظ على النظام العام في إطار حالة الطوارئ، والقرار المؤرخ في 07 **شعبان** 1412ه **الموافق** 11 فبراير 1992م المتضمن تفويض الإمضاء على الولاة فيما يخص الوضع في مراكز الأمن. **أنظر: الجريدة** الرسمية العدد 11، منشور في 07 **شعبان** 1412ه **الموافق** 11 فبراير 1992م.

غير أن المرسوم لم يحدد آجال للطعن في قرار الاعتقال الأمر الذي يبين لنا إعطاء الحق للمعتقل في الطعن في أي وقت وأن لا يسقط حقه في ذلك بمجرد مضي فترة من الزمن، كمال لم يتم تقييد مدة الوضع في مركز الأمن على غرار مراسيم تنظيم حالة الحصار، والتي حددت مدة الاعتقال 45 يوما قابلة للتجديد مرة واحدة، غير ان الاعتقال في حالة الطوارئ غير محدد المدة، إذ يمكن ان تطول مدتهما يشكل خطرا على الحرية الشخصية للفرد المعتقل ويسهل ممارسة التعذيب وكل ضروب المعاملة القاسية والغير إنسانية. لكن ما يمس حقوق المعتقل في حالة الطوارئ حرمانه من مرتبه طيلة مدة الاعتقال وهو ما قررته المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 92-75. وأكده المرسوم الرئاسي رقم 06-124 في المادة 12 منه.[1] فقد ينتج عن الاعتقال تسريح الشخص من قبل المؤسسة التي ينتمي إليها، حيث أجاز رئيس الجمهورية للشخص الذي كان محل اعتقال أن يقدم طلب إما لإعادة إدماجه أو تعويضه حسب المادة 02 من المرسوم الرئاسي 06-124. معنى ذلك أنه يستفيد إما من إعادة الإدماج وبالتالي يحرم من التعويض أو يعوض إذا لم يتم إدماجه في عالم الشغل كما قررته المادة 13 من نفس المرسوم الرئاسي.

إضافة إلى غياب تقرير حق المعتقل في معرفة أسباب اعتقاله وحقه في الاستعانة بمحام، وهو ما لاحظناه في المراسيم والقرارات المنظمة لحالتي الحصار والطوارئ في الجزائر. كما تبين للباحثة غياب ضمانة مهمة تتمثل في مسألة الإشراف القضائي على إجراء الاعتقال الذي يتم بمعرفة السلطات العسكرية أو المدنية خلالهما. ما يفتح المال على مصرعيه للقوات العسكرية التي تشرف على إدارة مراكز الأمن، سواء المستحدثة من قبل وزير الداخلية في حالة الطوارئ أو التابعة للقطاع العسكري في حالة الحصار، لإمكانية انتهاك حقوق المعتقل وجواز تعذيبه ومعاملته بطريقة لا إنسانية. كما يشكل انتهاكا للمادة 09 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية التي نصت على عدم جواز تعليق الحق في عدم التعرض للتعذيب أو لغيره من ضروب سوء المعاملة، تحت أي ظرف من الظروف، أو في أي وقت من الأوقات.[2] وما أكدته اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة.[3] وهو ما سنتناوله بإسهاب في المبحث الثاني من هذا الفصل.

---

[1] المادة 03/12 من المرسوم الرئاسي رقم 06-124 :"...لا يترتب على إعادة الإدماج أثر مالي رجعي بالنسبة للفترة التي لم يعمل فيها المعني". مرسوم رئاسي رقم 06-124 مؤرخ في 27 صفر 1427ه الموافق 27 مارس 2006، يحدد كيفيات إعادة إدماج أو تعويض الأشخاص الذين كانوا موضوع إجراءات إدارية للتسريح من العمل بسبب الأفعال المتصلة بالمأساة الوطنية. أنظر: الجريدة الرسمية، العدد 19، صادرة في 29 صفر 1427 الموافق 29 مارس 2006.

[2] العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الموافق عليها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 16 ديسمبر 1966م، والتي إنضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم89-67 المؤرخ في 11 شوال عام 1409ه الموافق 16 مايو 1989م. أنظر: الجريدة الرسمية، العدد 20، السنة 26، الصادرة في 12 شوال 1409ه الموافق 17 مايو 1989م.

[3] التي صادقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة في10 ديسمبر 1984م، وإنضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم89-66 المؤرخ في11 شوال 1409ه الموافق 16 ماي 1989م.أنظر: الجريدة الرسمية، العدد 20، السنة 26، الصادرة في 12 شوال 1409ه الموافق 17 مايو 1989م.

إذن فمراعاة الضمانات المقررة للشخص عند الاعتقال، يجعل من هذا التدبير وسيلة **لاستعادة الأمن والنظام**، والاعتقال على هذا الوجه قادر على توفير درجة من الحماية **للجمهور أثناء الأزمات. لكن الاعتبار** الذي ينبغي الإشارة إليه هو عدم كفاية المراسيم الرئاسية والتنفيذية المتعلقة بحالتي الحصار والطوارئ في الجزائر، **فحبذا لو وجد قانون يتضمن تفصيلا** دقيقا للمعايير التي **يجب على سلطات الضبط** احترامها في الظروف الاستثنائية، خاصة الضمانات التي يجب مراعاها في معاملة المعتقلين، وتطويرها بما يتفق **واتفاقيات حقوق الإنسان**، على أن لا يتسع في اتخاذ هذا التدبير وتبريره بما لا يتلاءم ومبدأ افتراض البراءة.

في ختام هذا الجزء من الدراسة **يتبين لنا أن الحالات الاستثنائية تتميز بعدم التناسب بينها وبين المبادئ العامة المميزة للدولة كمبدأ الشرعية و**افتراض البراءة، وهذا راجع إلى السلطات الموسعة الممنوحة للإدارة التي تفرضها حالة الضرورة. فمن أجل الدفاع على مصالح الدولة وإعادة الا**ستقرار والأمن** إلى **اتمع بعد زعزعته جراء** الظرف الاستثنائي، تعطى الإدارة قدرا كبيرا من الحرية في التصرف ينتج عنه لا محال تقييد وحتى مصادرة حريات المواطن الاساسية، ما يجعلها تصطدم بالمبادئ العامة المعمول بها في الدولة القانونية. في هذا **السياق يقول "جون لويس دوكوراي": "أن الضروريات الطبيعية للحالة الاستثنائية تتعارض مع المبادئ** الأساسية التي تميز السلطة الدستورية. هذه السلطة هي سلطة قانون حيث التنظيم والعمل مبينان بطريقة دقيقة في القانون، لكن هذا لا يمكن استخدامه عند ظهور ظرف استثنائي".[1]

المبحث الثاني: الإشراف القضائي على إجراءات المتابعة في الظروف الاستثنائية

يفترض احترام مبدأ المشروعية الجنائية أن يكون تنظيم القضاء محددا سلفا بموجب قواعد القانون **العادي للدولة، حسب المادة 06/140 من الدستور الجزائري المعدل بالقانون رقم 16-01** والتي نصت **على: "**يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات التالية: **... القواعد المتعلقة** بإنشاء الهيئات القضائية". **والمادة 05/141 من الدستور الجزائري: "**...يشرع البرلمان بقوانين عضوية في **المالات التالية: ...التنظيم القضائي".**[2] **لا يكون التنظيم القضائي** خاضعا للأهواء والظروف التي **قد تتعرض** لها الدولة ومؤسساها الدستورية. لا شك أن الظروف الاستثنائية تفرض نوعا من عدم التوازن والاستقرار في

[1] Jean-Louis De Corail, Etat D'exeption, Encyclopedia Universalis(En ligne), consulté le 02 juin 2016. www. universalis.fr/encyclopedie/état-d-exception/

[2] قانون رقم 16-01 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 06 مارس 2016م المتضمن تعديل الدستور، الجريدة الرسمية العدد 14،السنة 53، صادرة يوم الإثنين 27 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 07 مارس 2016م.

المجتمع الإنساني، ألزم الدولة على ضرورة التخفيف من الضمانات الخاصة بحقوق الدفاع، أهمها ضمان الإشراف القضائي على الإجراءات الجنائية.

لكي لا يتم الاعتداء على حقوق الإفراد خلال الأزمات، يجب أن لا تخرج أعمال الإدارة عن رقابة القضاء. فالقضاء هو الحارس الحقيقي للحقوق والحريات، لذا وحسب تقديرنا يجب أن تشرف السلطة القضائية على إجراءات المتابعة الجزائية في كل الظروف حتى الاستثنائية، تكريسا لحق كل فرد في المحاكمة أمام قاضيه الطبيعي. غير أن هذه الظروف تتطلب تشكيل محاكم ذات طبيعة خاصة واستثنائية، يمكنها تسهيل تنفيذ الإجراءات الجزائية وتشديدها للمصلحة العامة، لكن على حساب حقوق الإنسان، فقد تتوسع صلاحيات الأجهزة القضائية في تطبيق الإجراءات المقيدة للحرية الشخصية، من أجل الضغط على الأفراد وإلزامهم بإتباع قوانين الدولة وتجنب المساس بأمنها واستقرارها. وعليه يجب أن نبين الأجهزة القضائية الخاصة والاستثنائية التي اعتمدها الدولة الجزائرية كوسيلة لمكافحة الجرائم المرتكبة أثناء تصديها للأزمات، وتقييم مدى مراعا ا لضمانات حق الدفاع.

المطلب الأول: القضاء الطبيعي وتشكيل المحاكم الخاصة والاستثنائية في الظروف الاستثنائية

تعتبر المحاكم العادية هي صاحبة الاختصاص بالنظر في كافة النزاعات التي تثور بين الأفراد، أو بينهم وبين الدولة، وهي الجهات القضائية المعينة سلفا بموجب دستور كل دولة متمدينة ومتحضرة، فهي الملاذ الوحيد للأفراد من أجل استيفاء حقوقه ورفع الظلم عنه.

من الطبيعي أن يحفل التنظيم القضائي في كل دولة بعدد من المحاكم حسب ما تقرره القوانين العادية لكل دولة، وهي لا تثير أية استفسارات حول الإجراءات المتبعة أمامها، كيفية تجسيد حق الدفاع خلال متابعا ا. لكن قد تثار مسألة ضمانات حق الدفاع عند الحديث عن المحاكم الخاصة والاستثنائية. يتم اللجوء إلى هذا النوع من المحاكم في ظروف معينة، وتختص في نوع من الجرائم، وقد تخص أيضا فئة من الأفراد، من أجل تحقيق السرعة والحزم في الفصل في النزاعات المعروضة أمامها، غير أن ذلك لا يجب تحقيقه بالتضحية بالعدالة. إعتبر الكثير من الفقهاء أن إنشاء هذا النوع الشاذ من المحاكم، يشكل خروجا عن القاعدة العامة التي تحيل الاختصاص القضائي لجهات القضاء العامة، وأن العدالة تعيش أزمة حقيقية بسبب إنشاء القضاء الخاص والاستثنائي، الذي يعد خروجا عن الحق في المحاكمة أمام القاضي الطبيعي. فمن مصلحة الأنظمة السياسية أن لا تعتمد على هذه المحاكم، لكي لا يحاسبها التاريخ على ما ارتكبته في حق العدالة.

الفرع الأول: ماهية المحاكم الخاصة والاستثنائية

البند الأول: المحاكم الخاصة

المحكمة في اللغة: من المحاكمة، وهي المخاصمة إلى الحاكم، واحتكموا إلى الحاكم وتحاكموا بمعنى واحد، والحكمة والحكم هو القضاء بالعدل.[1]

التعريف القانوني للمحاكم الخاصة:" هي الهيئات التي تجري تشكيلها على نحو يسلب القضاء الطبيعي-العادي- قدرا من ولايته، ويدخل في تشكيلها غير القضاة، ولا يحاط المتقاضون أمامها بالضمانات المقررة أمام القضاء الطبيعي، وأهمها حق الطعن في الأحكام وتطبيق القانون العادي على موضوع الدعوى و إجراءاتها".[2]

البند الثاني: المحاكم الاستثنائية

المحاكم الاستثنائية هي: "المحاكم التي يحد لها قانون خاص، الجرائم التي تنظر فيها، والأشخاص الذين تكون مختصة بمحاكمتهم".[3] كما عرف بأنها: "تلك الهيئات التي تختص بنظر قضية معينة، أو محاكمة فئة أو طائفة من الناس أو لمواجهة ظروف معينة، وتشكل من غير القضاة أو يشتمل تشكيلها على عدد من غير القضاة، ولا يحاط المتقاضون أمامها بالضمانات المقررة أمام القضاء العادي- العام-".[4] كتب الأستاذان Merle وVitu يقولان: "يقصد بالمحاكم الاستثنائية، المحاكم التي تحدث في الأوقات الحرجة، لمواجهة أشكال من الإجرام، من شأنها أن تهدد النظام العام ووجود الدولة ذاته، باللجوء إلى الوسائل المتطرفة...".[5] وعليه فالمحاكم الاستثنائية تنشا في ظروف الازمات، وتكون مؤقتة حيث يتوقف العمل بها عند إنتهاء الحالة الاستثنائية التي دعت إلى إنشائها،يعني أن بقاء هذه المحاكم مرهون ببقاء الحالة الاستثنائية، ومن ميزات هذه المحاكم تشكيلتها غير القضائية، كما لا تطبق نفس الإجراءات المعمول بها في القضاء العام.

من خلال التعاريف المذكورة يمكن القول بصعوبة التفريق بين المحاكم الخاصة والاستثنائية، نظرا للتشابه الكبير في تعريفات الفقهاء الذين أجمعوا على إتحادهم في بعض العناصر، كاشتمالهما على التشكيلة غير

---

[1] محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق،الصفحة 78.

[2] عبد الله سعيد فهد الدوه، المحاكم الخاصة والاستثنائية وأثرها على حقوق المتهم، مرجع سابق، صفحة 84.

[3] عبد الوهاب حومد، المحاكم الجزائية الاستثنائية، مجلة الحقوق، الطبعة الأولى، 2014م، جامعة الكويت، صفحة 29.

[4] أحمد فتحي سرور، الشرعية والإجرءات الجنائية، مرجع سابق، صفحة 209.

[5] عبد الوهاب حومد، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، صفحة 540.

القضائية، وعدم تطبيقهما للضمانات المقررة في القضاء العادي، وعدم انتمائهما للقضاء العام في الدولة. لكننا نرى أن المحاكم الاستثنائية هي التي يرتبط وجودها بوجود ظرف غير عادي، كان عاملا في عدم استقرار الدولة، مما دعا إلى إنشائها للمساهمة في استرجاع الأمن والاستقرار. أما المحاكم الخاصة فإن نشأتها لا تمليها ظروف غير طبيعية، وإنما دعت إليها ضرورة السير الحسن لإدارة الدولة.

البند الثالث: موقف الفقه من إنشاء المحاكم الخاصة والاستثنائية

اختلف الفقهاء بين مؤيد ومعارض لإنشاء هذا النوع من المحاكم، فمن عارض إنشائها جعل منها نظاما شاذا يهدف إلى حرمان الأفراد من ضمانات الدفاع عن أنفسهم. حيث تعود أسباب إنشاء هذه المحاكم الخاصة إلى عامل الفوضى التشريعية، وإلى الصراع بين الحرية والاستبداد، وفي حالات أخرى تكون انعكاسا للأوضاع والنظم التي خلفتها عصور الظلام، واعتبرت أداة للبطش بالخصوم السياسيين. يرى أصحاب هذا الاتجاه أن مثل هذه المحاكم لم تجد مناخها المناسب إلا بعد أن أصبح التنظيم القضائي في الدول العربية عاجزا عن القدرة على أداء العدالة بسرعة وحسم. اتمع بأسره اليوم أصبح لا يرغب في بقاء الدعوى تراوح مكانها أمام المحاكم سنوات طويلة، وإنما بفصلها بأمد قصير حتى يطمئن الناس إلى هيبة القضاء وعدالة الحكم، بالقدرة على الاقتصاص من المجرم وإطلاق سراح البريء.[1] كما أن القضاء الاستثنائي مناقض للمبادئ الإجرائية، والتي أهمها حق التقاضي أمام القاضي الطبيعي، لما له من علم بالظروف والأحوال والقواعد الإجرائية ومصلحة المواطن وحريته.[2] تشكل هذه المحاكم أيضا إهدارا للعدالة بالنظر إلى تشكيلتها من عناصر غير قضائية، وأحيانا من موظفين خاضعين خضوعا تاما للسلطة التنفيذية. هذا الوضع ينفي عن هذه المحاكم الصفة القضائية التي لا غنى عنها للحيدة اللازمة في أية محاكمة عادلة.[3]

قد ساق من أيد إنشائها إلى العديد من الاعتبارات أهمها: أن إنشائها ينظم أي نشاط جديد في اتمع، ويجعل القاضي أكثر مرونة عن زميله في القضاء العام لأنه لا يكترث بكثير من الضمانات الإجرائية، الامر الدي يجعلها اكثر دقة في مواجهة الظروف الاستثنائية التي لا يستطيع فيها المجتمع تحمل مخاطر إفلات مجرم من العقاب من المحاكمة العامة. أيضا، في إنشائها اختصارا للجهد والوقت والنفقة وهذا ما لا يتوفر في القضاء العام. كما تؤدي هذه المحاكم وظيفة ضرورية في النظام القانوني و لا يمكن الاستغناء عنها، لأنا من مظاهر استقلال بعض المؤسسات كالمؤسسة العسكرية. لا ضرر في إنشاء هذه المحاكم طالما انها تتفق واحكام

[1] فاروق الكيلاني، المحاكم الخاصة"دراسة مقارنة"،الطبعة الأولى، 1980م، صفحة 04.

[2] إبراهيم محمود اللبيدي، الحماية الجنائية لأمن الدولة، 2008م، دار الكتب القانونية، مصر، صفحة 317.

[3] فاروق الكيلاني، المحاكم الخاصة"دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 6-7.

الدستور، كما نص الدستور المصري في المادة 167 منه على. "...يحدد القانون الهيئات القضائية، وينظم طريقة تشكيلها، ويبين شروط وإجراءات تعيين أعضائها ونقلهم"، وإنشاء المحاكم الخاصة والاستثنائية داخلة في عموم النص.[1]

ترى الباحثة أنه وبالرغم من بعض الإيجابيات التي رددها مؤيدي إنشاء هذا النوع من المحاكم، والتي تلزم الدولة إلى إنشائها في ظروف معينة، بهدف الفصل السريع والحاسم للدعوى. لكنها تظل خروجا عن القواعد العامة، التي تقضي بأن يحاكم المواطن أمام قاضيه الطبيعي مهما كانت الظروف التي وقعت الجريمة خلالها، لما يحدث في هذه المحاكم من تجاوزات لحقوق الدفاع التي لا يمكن مصادرها بغية المحافظة على النظام العام، ولأنه أثبت عبرالتاريخ أنه لا يصلح لإحقاق حق و لا لإزهاق باطل.[2]

البند الرابع: موقف الشريعة الإسلامية من المحاكم الخاصة والاستثنائية

أقرت ندوة حقوق الإنسان المنعقدة في الكويت من 9-14 ديسمبر 1980م، لدراسة "حقوق الإنسان في الإسلام"، أن القضاء الاستثنائي: "قضاء جائر، ومخالف لمبادئ حقوق الإنسان لعدم توفر ضمانات الحياد والاستقلال في قضاته، او في النصوص التي يطبقوها. وأنه لأمر ملفت للنظر ومقلق جدا أن تصدر في بعض البلاد الإسلامية، قوانين استثنائية شاذة تمنع الطعن بأي وجه من الوجوه في الأحكام الغيابية، أو تعطي محاكم أمن الدولة الحق بألا تتقيد بالإجراءات الأصولية المنصوص عليها في التشريعات النافذة...وليس عندنا شك في أن القضاء الاستثنائي مخالف لمقاصد الشريعة الإسلامية ولمبادئ القانون الطبيعي والوضعي، لأنه إعنات للمسلمين وحرمان لهم من حقهم الفطري في عدالة نزيهة....".[3]

---

[1] عبد الله سعيد فهد الدوه، المحاكم الخاصة والاستثنائية وأثرها على حقوق المتهم، مرجع سابق، صفحة 82-83.

[2] ويمكننا الإستشهاد بأشهر محاكمات التاريخ القضائي المعاصر، وهي محاكمة الماريشال"بتان" رئيس الدولة الفرنسية عام 1945م، الذي وجهت له مجموعة من الاتهامات أهمها: المؤامرة لقلب نظام الحكم وجناية طلب الهدنة من العدو الألماني، جناية الاعتداء على الجمهورية والتعاون مع العدو .فبالرغم من كل ما أحيطت به المحاكمة من ضمانات قانونية ظاهرة، إلا أنها كانت تجري في محكمة جزائية استثنائية، نقطة انطلاقها فاسدة، لأن المخلفين فيها اختيروا من جماعات-تعتبر شكلا وموضوعا- من أعداء المتهم، لذلك حين صدر الحكم بالموت عليه، لم يفاجا احد، فطبيعة المخلفين كانت توحي به سلفا، لانهم كانوا خصاما وقضاة في ان واحد. وهو ما يثبت لنا جليا بأن القضاء الاستثنائي قضاء فاسد، لا يصلح لاحقاق حق وازهاق باطل...ومن مصلحة الأنظمة السياسية ألا تمارسه أبدا إذاكانت لا تريد أن تظلم أحدا، وأن لا يحاسبها التاريخ على ما ارتكبت في حق العدالة. ولأن العدالة صوت الله، فيجب أن تكون نزيهة وطاهرة، ولن تكون طاهرة ونزيهة إذا تمرست بها محاكمة استثنائية من هذا النوع.

للمزيد من التفاصيل بخصوص محاكمة الماريشال "بتان"، يمكن الرجوع إلى مقال الأستاذ الدكتور" عبد الوهاب حومد"، المحاكم الجزائية الاستثنائية، مجلة الحقوق، مرجع سابق، صفحة 47-70.

[3] كما وضعت اللجنة في تقريرها النهائي، توصية تضمن:" كما ضمن الشريعة الإسلامية للمتهم الحق في المثول أمام محكمة مختصة ومستقلة ولم تجز أي نوع من أنواع القضاء الاستثنائي، وأن مبادئ الشريعة الإسلامية تتفق مع مبدأ تعدد درجات القضاء...". وقد أقرت الوثيقة النهائية:" إلغاء القضاء الخاص والاستثنائي ومنع أي صورة من صوره".أنظر: عبد الوهاب حومد، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، صفحة 554-555.

الواقع أن الإسلام لم يعرف مثل هذه المحاكم، لتمسك القائمين على شؤون الدولة الإسلامية بمبادئ العدالة، التي تتطلب استقلال القضاء ووحدته، وتطبيق **مبدأ المساواة أمام القضاء. لا** يعني ذلك أن الدولة الإسلامية لم تعرف المحاكم المتخصصة **"كقضاء العسكر"، فقد روى** القلقشندي في صبح الأعشى أن العادة جرت على أن يعين قضاة في الدولة للعسكر من كل مذهب.[1] لكنها لم تكن من قبيل المحاكم الخاصة أو **الاستثنائية، لاها تدخل في مجال القضاء العام،** وتعمل في **إطار السلطة القضائية وليس للسلطة التنفيذية أي سلطة عليها، وهي** تختص بالنظر في المنازعات **الخاصة بمن يتمتع بصفته العسكري. لا ولاية لقاضي العسكر** على غير الجندي، وعلى القاضي أن يتمسك بمبادئ العدالة ويحقق للمتخاصمين كل ضمانات الدفاع التي انتهجت في عهد الرسول **(صلى الله عليه وسلم)، وسار** عليها الخلفاء الراشدين من بعده. **بالرغم من الظروف** الاستثنائية التي عرفتها بلاد الإسلام لكننا لم **نجد ما نستشهد به على قيام المحاكم الخاصة والاستثنائية لمواجهة** الجرائم الواقعة خلال هذه الأزمات. **حيث كان التأكيد على ضرورة ترسيخ مبادئ العدالة والإنصاف** -في كل **الظروف**- هو السائد والمعمول به في الإسلام.

الفرع الثاني: صور المحاكم الخاصة والاستثنائية

تختلف المحاكم الخاصة والاستثنائية عن المحاكم المتخصصة، التي هي نوع من القضاء العام والتي **تتطلبها السياسة الجنائية الحديثة، رغم أنا تتفق مع المحاكم الخاصة والاستثنائية في اختصاصهم الذي قد ينحصر بفئة معينة من المتهمين أو بنوع معين من الجرائم. تبقى المحاكم المتخصصة ضمن إطار السلطة** القضائية وتتمتع بما يتوفر لهذه السلطة من ضمانات، ومن أمثلة المحاكم المتخصصة محكمة الأحداث.[2] **المحاكم** المتخصصة هي التي يحتاج القضاة الدين ينظرون فيها إلى درجة كافية من التخصص الفني في شؤوها، لكي **تحقق النتائج المرجوة من عقوبالها.**[3]

البند الأول: صور المحاكم الخاصة

أولا: المحاكم العسكرية

أصبح مقررا اليوم في معظم التشريعات الحديثة عدم إخضاع أفراد القوات العسكرية في الدولة للمحاكمة امام محاكم الدولة العادية، وإنشاء محاكم عسكرية خاصة محاكمتهم على الجرائم التي يقترفوها اثناء

[1] فاروق الكيلاني، المحاكم الخاصة، مرجع سابق، صفحة 54.

[2] عبدالله سعيد فهد الدوه، المحاكم الخاصة والاستثنائية وأثرها على حقوق المتهم، مرجع سابق، صفحة 90-91.

[3] عبد الوهاب حومد، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، مرجع سابق، صفحة 547.

الخدمة العسكرية.[1] لهذه المحاكم صفة الدوام، واستمرارية الانعقاد، ويبرر وجودها أفراد الجيش اللذين لهم جرائمهم الخاصة.[2] غير أن طبيعتها وتشكيلتها الخاصة تفرض أن يسن لها تنظيم قضائي خاص يستطيع القيام بمهامه بصورة مستقلة، على نحو يتفق مع الغاية من القانون الصادر بشأنها.[3] وجود نظام قضائي خاص بالعسكريين يجد تبريراته في ثلاثة أمور:

1. ان هناك الكثير من الافعال يعدها المجتمع العسكري جرائم، في لا تعتبر كذلك في المجتمع المدني كمخالفة الأوامر العسكرية، وعدم الانقياد، والنوم أثناء الحفارة، والفرار من الخدمة العسكرية، وإلقاء السلاح في وجه العدو....

2. أن حسن سير النظام وضبط العسكري وهو الأساس الذي تقوم عليه الجيوش والقوات المسلحة في الدول الحديثة يقوم على السرعة في المحاكمة وتوقيع العقاب، ويقتضي معاقبة الجاني فور ارتكابه الجريمة ليكون عبرة لغيره. من هنا نصت التشريعات الجزائية على وجوب محاكمة الأشخاص الخاضعين للأحكام العسكرية أمام محاكم خاصة تشكل على نحو خاص وتتبع إجراءات خاصة توخيا للوصول إلى الهدف.[4]

3. أن حماية مصلحة المجتمع تتطلب ان يكون للقوات العسكرية -باعتبارها المسؤولة عن حماية أمن الدولة وسلامتها- تنظيمها القضائي الخاص حتى تستطيع القيام بمهامها الموكلة إليها بكفاءة وجدارة. إذ لو أخضعت هذه القوات للتنظيم القضائي العادي في الدولة، الذي تختلف مبادئه كما يختلف تشكيله مع ما تتطلبه مقتضيات النظام العسكري من طاعة وانقياد، لأختل تنظيمها وتعرضت مصلحة المجتمع للانهيار.[5]

---

[1] فاروق الكيلاني، المحاكم الخاصة، مرجع سابق، صفحة 55.

[2] عبد الوهاب حومد، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، مرجع سابق، صفحة 547.

[3] نظام توفيق المجالي، الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحرية الفردية"دراسة في التشريع الأردني"، مجلة الحقوق، مرجع سابق، صفحة 189-190.

[4] وفي هذا المعنى ذكر وزير الحربية الفرنسي في مجلس الشيوخ ما يلي:" إن سن قانون عقوبات عسكري يبرره وجود نظام خاص بالجيش يستند على الطاعة. فبدوا لا يستطيع الجيش أن يقوم بوظيفته بل لا يكون هناك جيش على الإطلاق. وإذا كان من الممكن أن يقوم الرؤساء بتوقيع الجزاءات التأديبية على المخالفات البسيطة، فإن الإخلال بالالتزام العسكري قد يكون خطيرا بحيث يتطلب جزءا جسيما. وحينئذ لا يمكن توقيعه بغير ضمانات فالوسيلة الوحيدة هي سن تنظيم قضائي يطبق المبادئ العامة في القانون التي تكفل للمتهم هذه الضمانات.لأنظر: فاروق الكيلاني، المحاكم الخاصة،"دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 56.

[5] فاروق الكيلاني، المحاكم الخاصة،"دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة 57.

نظمت المحاكم العسكرية في الجزائر بموجب قانون القضاء العسكري الصادر في 1971م.[1] اشتملت قواعده على نوعين من الأحكام، الأول القواعد الخاصة بالأحكام الإجرائية الخاصة بدعوى الحق العام التي يكون فيها المدعى عليه فردا من القوات المسلحة الجزائرية، والثاني القواعد الخاصة بالتجريم والعقاب.

بالرجوع إلى نصوص قانون القضاء العسكري الجزائري يتبين لنا أن المحاكم العسكرية تشكل تنظيما قضائيا دائما، وتختص بنوع من الجرائم سواء ارتكبت في وقت الحرب أو السلم. هذا ما يجعلها تخرج من دائرة المحاكم الاستثنائية، وإن كانت إجراءات المحاكمة أمامها تخضع لبعض الضوابط الخاصة.

تختص المحاكم العسكرية بالنظر في الدعاوى الناشئة عن الجرائم العسكرية،[2] وهي فئة من الجرائم التي تكون على درجة من الجسامة بحيث تهدد المصالح الاساسية لمرفق القوات المسلحة وجهازها. تطبق هذه المحاكم العقوبات المقررة في القانون والتي تتفق وغاية التجريم في مجال حماية مصلحة الجهاز العسكري.[3] يختلف اختصاص المحاكم العسكرية في الجزائر بين أوقات السلم والحرب. في أوقات السلم وفي الأحوال العادية تنظر المحاكم العسكرية الدائمة في نوعين من الجرائم، النوع الأول يندرج ضمن الجرائم الوارد ذكرها في الكتاب الثالث من قانون القضاء العسكري، على اعتبارها أفعالا ذات طابع عسكري لارتباطها بالنظام العسكري ومخالفتها له حسب المادة 01/25 ق.ق.ع،[4] كالعصيان والفرار والتمرد العسكري، ومخالفة التعليمات العسكرية وغيرها من الجرائم التي تهدد مصلحة حساسة في الدولة وهي جهاز الدفاع الوطني. غير أن المادة لم تستثني غير العسكري في ارتكابه لمثل هذه الأعمال، حيث جعلت الاختصاص للقضاء العسكري أيا كانت صفة مرتكبها عسكريا أو مدنيا. إلا أنه لا يتصور القيام بمثل هذه المخالفات من مدني ما لم يوجد تواطؤ

---

[1] صدر قانون القضاء العسكري بموجب الأمر71-28 المؤرخ في 26 صفر 1391ه الموافق 22 أفريل 1971م.

[2] الجرائم العسكرية هي تلك الجرائم التي تتعلق بالإخلال بالالتزامات العسكريين لواجباتهم العسكرية.وهذه الجرائم العسكرية الصرفة، أما الجرائم العسكرية المختلطة هي التي يمكن أن يرتكبها المدنيون وتكون لها علاقة بالجهاز العسكري، كسرقة العتاد العسكري مثلا. والجرائم العسكرية هي التي تقتصر عليها ولاية السلطات القضائية العسكرية فيما يتعلق بالتتبع والتحقيق والمحاكمة. أنظر: جميل يوسف قدورة كتكت، نطاق الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، صفحة 161-162.
وقد عرف البعض الجريمة العسكرية:"كل فعل يخالف النصوص التجريمية في قانون الأحكام العسكرية، متى وقع من شخص له الصفة العسكرية أصلا أو حكما".أنظر: فهد محمد النفيسه،إجراءات التحقيق والمحاكمة في الجرائم العسكرية" دراسة تأصيلية وتطبيقية في النظام السعودي"، رسالة ماجستير، 1425-1426ه، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، صفحة 10.

[3] نظام توفيق المجالي، الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحرية الفردية"دراسة في التشريع الأردني"، مجلة الحقوق، مرجع سابق، صفحة 189.

[4] المادة 01/25 من ق.ق.ع:"تنظر المحاكم العسكرية الدائمة في المخالفات الخاصة بالنظام العسكري والمنصوص عليها في الكتاب الثالث الواردة بعده، فيحال إليها كل فاعل أصلي للجريمة وكل فاعل مشترك آخر وكل شريك في الجريمة، سواء كان عسكريا أم لا".

لعسكري، وهنا نكون أمام مسألة الارتباط المدرجة في قانون الإجراءات الجزائية في المادة 188 منه،[1] فهنا يؤول الاختصاص إلى القضاء العسكري حسب ما قررته المحكمة العليا في حكمها الصادر في 1983/05/23م .[2] يشمل اختصاصها الثاني الجرائم الماسة بأمن الدولة عملا بنص المادة 03/25 ق.ق.ع.[3] ويؤول الاختصاص للقضاء العسكري في هذه الجرائم متى توافر شرطان أساسيان:

1. أن تزيد العقوبة المقررة للفعل عن 5 سنوات سجنا، مهما كانت صفة مرتكب الفعل عسكريا أم لا.
2. أن تكون الجريمة جنحة معاقب عليها بأقل من 5 سنوات سجن، وكانت صفة الفاعل عسكري أو مماثل له.

أما في الحالات الاستثنائية، تتوسع دائرة اختصاص المحاكم العسكرية لتشمل جميع قضايا الاعتداء على أمن الدولة، مهما كان وصف الجريمة أو صفة مرتكبها حسب المادة 30 من ق.ق.ع. مما يقوي سلطانه على حساب القضاء العادي. أبلغ دليل على تطبيق هذا التوسع ما نصت عليه المادة 10 من المرسوم الرئاسي 92-44 المتضمن إعلان حالة الطوارئ، وما أكدته المادة 11 من المرسوم الرئاسي91-196 المتضمن تقرير حالة الحصار.

رغم انعقاد الاختصاص للقضاء العسكري الجزائري بالجرائم الماسة بالنظام العسكري والتي يرتكبها العسكريين زمن السلم، إلا أن إمكانية عرض المدنيين الذين يرتكبون هذه المخالفات على القضاء العسكري وقت السلم يعتبر خطأ جسيما لحق المحاكمة أما القاضي الطبيعي. أما في القانون المصري فإن المحاكم العسكرية خاضعة لقانون الأحكام العسكرية المصرية رقم 25 لسنة 1966م المعدل بموجب القانون رقم 16 لسنة 2007م.[4] يحكم اختصاصها مبدأين:

---

[1] الإرتباط يكون في حالة الجرائم المرتبطة وهي الجرائم التي ترتبط ببعضها إرتباطا قد يكون وثيقا في حالة وحدة الجريمة وتعدد الفاعلون والمساهمون في تنفيذها **سوا أكانو شركاء** أو متدخلين، أو وحدة الغرض الذي يجمع عدة جرائم يرتكبها فاعل واحد. ونتيجة الارتباط في هذه الحالات أن تحاكم جميع الجرائم في محكمة واحدة. **أنظر:** فاروق الكيلاني، المحاكم الخاصة"دراسة مقارنة"ن مرجع سابق، صفحة 73.

[2] قرار المحكمة العليا رقم 34620 الصادر في 1983/05/23م، أنظر: المة القضائية، العدد 01،صفحة 224.

[3] المادة 25 /03من ق.ق.ع:"تختص المحاكم العسكرية الدائمة..... بالفصل في الجرائم المرتكبة ضد أمن الدولة ...عندما تزيد عقوبة الحبس على مدة خمس سنوات. **وعندما** تكون الجريمة من نوع جنحة فلا تختص المحكمة العسكرية الدائمة بها إلا إذا كان الفاعل عسكريا او مماثلا له".

[4] عبدالله سعيد فهد الدوه، المحاكم الخاصة والاستثنائية وأثرها على حقوق المتهم، مرجع سابق، صفحة 99.

الأول: الطابع الشخصي الذي يرجع إلى أشخاص خاضعين لأحكامهن بمعنى أنه يختص بالجرائم التي **تقع من العسكريين، سواء** أكانت عسكرية بحتة أو مختلطة،كما تختص بالجرائم التي تقع من الخاضعين لأحكامه، وإن كان معه شريك من غير الخاضعين لأحكامه يجب أن يصدر أمر بالإحالة، حسب المادة 08 من قانون العقوبات العسكري.

الثاني: الطابع الموضوعي والذي يتعلق بجسامة الجريمة، حيث تختص المحكمة العسكرية العليا **بالجنايات،** أما العسكرية التي لها السلطة العليا فتختص في الجرائم التي لا **يزيد حدها الأقصى للعقوبة عن السجن.** اختصاصها بجرائم أمن الدولة هو اختصاص أصيل لا يتعلق بحالة الطوارئ.[1] لا تختص المحاكم العسكرية في مصر بالنظر في الدعوى المدنية بالتبعية،[2] وهو المعمول به في المحاكم العسكرية الجزائرية، **فلا** يختص القضاء العسكري **إلا** في الدعوى العمومية حسب المادة 24 من ق.ق.ع، **على أن ينعقد الاختصاص للقضاء العادي الدعوى المدنية بالتبعية.**

أخذت بعض التشريعات العسكرية بأسلوب المحاكمة الموجزة للأشخاص الخاضعين للنظام العسكري، وذلك في الجرائم البسيطة، بحيث تتم الحاكمة على وجه السرعة ودون إجراء تحقيق ابتدائي أو تدوين محضر **لذلك.** من هذه التشريعات العسكرية القانون الأردني والعراقي والسوداني والمصري.[3] لم يخرج قانون القضاء العسكري الجزائري على هذه القوانين حيث أجاز **ت المادة** 03/74 لوكيل الدولة العسكري في حالة الجنح والمخالفات البسيطة أن يستدعي المتهم للمثول مباشرة أمام المحكمة العسكرية دون الحاجة إلى إجراء تحقيق **ابتدائي.**

ثانيا: مجلس أمن الدولة

الصورة الثانية للمحاكم الخاصة هي محاكم أمن الدولة،التي كثر **ت** في دول العالم الثالث، **نتيجة لعدم** اكتراثها بحقوق الإنسان وضمانات حقه في المحاكمة العادلة عند التهمة الموجهة إليه.[4] استحدث مجلس أمن

---

[1] إبراهيم محمود اللبيدي، الحماية الجنائية لأمن الدولة، مرجع سابق، صفحة342.

مع العلم أن تشكيلة القضاء العسكري في مصر يختلف عنه في الجزائر، بحيث لا يعرف القضاء العسكري تشكيلة متعددة لتطبيق قانون القضاء **العسكري، بينما تنقسم المحاكم** العسكرية في مصر إلى أربعة أنواع: **المحكمة العسكرية العليا-المحكمة المركزية ذات السلطة العليا- المحكمة العسكرية المركزية-** محاكم الميدان.**أنظر:**فاروق الكيلاني، المحاكم **الخاصة"دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة**64-65.

[2] فاروق الكيلاني، المحاكم الخاصة"**دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة**79.

[3] فاروق الكيلاني، المحاكم الخاصة"**دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صفحة** 89.

[4] **عبدالله سعيد** فهد الدوه، المحاكم الخاصة والاستثنائية وأثرها على حقوق المتهم، مرجع سابق، صفحة 102-103.

الدولة في الجزائر سنة 1975م بموجب الأمر الرئاسي رقم 75-45،[1] الذي مقره ولاية المدية ليشمل اختصاصه المكاني كامل التراب الوطني.[2] أما اختصاصه النوعي يحدد بموجب المادة 18/327 ق.إ.ج.[3] ويقتصر على النظر في الدعوى العمومية ضد البالغين، فلا يجوز له النظر في قضايا الأحداث. حددت المادة السالفة الذكر الجرائم التي تقع ضمن اختصاص مجلس أمن الدولة، والتي تتمثل في:

1. الخيانة والتجسس المنصوص عليهما في المواد من 61-64 من قانون العقوبات، وكذلك الجرائم التي تتعلق بالمس بالدفاع والاقتصاد الوطنيين المنصوص عليهم في المواد 65 إلى 72 و74 و75 من قانون العقوبات.
2. الاعتداءات المرتكبة ضد سلطة الدولة وسلامة التراب الوطني المنصوص عليها في المواد من 77 إلى 81 و83 من قانون العقوبات.
3. الجرائم التي ترمي إلى الإخلال بأمن الدولة، إما بواسطة التقتيل أو التخريب المنصوص عليهما من المواد من 84إلى 87 من قانون العقوبات.
4. الجرائم المرتكبة بالمشاركة في حركة التمرد، المنصوص عليها في المواد 88 إلى90 من قانون العقوبات.
5. الجرائم والجنح المنصوص عليها في المواد 91 و95 و96 من قانون العقوبات.
6. الجريمة المنصوص عليها في المادة 103 من قانون العقوبات التي ترمي إلى منع ممارسة الحقوق الانتخابية بناء على خطة مدبرة.
7. جريمة اتفاق الموظفين على عدم تنفيذ القوانين أو الأوامر الصادرة إليهم من الحكومة والمنصوص عليها في المادتين 113و114 من قانون العقوبات.
8. جريمة القتل أو الاغتيال أو التسميم المنصوص عليها في المواد من 254 إلى 263 من قانون العقوبات، بهدف تعريض سير الانظمة القانونية للخطر او الاعتداء على الامن العام أو وحدة الوطن واستقلاله وسلامة ترابه.

يختص مجلس أمن الدولة أيضا بالمخالفات التي ترتكب بمناسبة الجرائم والجنح الوارد ذكرها أعلاه، والتي تربطها بها علاقة سببية.

---

[1] الأمر رقم 75-45 المؤرخ في 7 جمادى الثانية 1395ه الموافق 17 يونيو 1975م يتضمن إنشاء مجلس أمن الدولة.أنظر: الجريدة الرسمية، العدد 53، السنة الثانية عشر، صادرة يوم الجمعة 24 جمادى الثانية 1395ه الموافق 4 يوليو 1975م.

[2] مرسوم مؤرخ في 13 محرم 1396ه الموافق 15 يناير 1976م يتضمن تعيين مقر مجلس أمن الدولة.أنظر: الجريدة الرسمية، العدد 6، السنة الثالثة عشر، صادرة يوم الثلاثاء 18 محرم 1396ه الموافق 20 يناير 1976م.

[3] ألغيت هذه المادة عند تعديل قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون رقم 89-06 الذي ألغى ايضا مجلس أمن الدولة.

يتميز مجلس أمن الدولة بتشكيلة مزدوجة من قضاة مدنيين وعسكريين برتبة ضابط في الجيش. يباشر مهام النيابة العامة نائب عام من الجهاز القضائي العادي، ويتضمن المجلس غرفة للتحقيق وغرفة مراقبة التحقيق بمثابة غرفة الاتهام حاليا، وتنظر في الطعون الموجهة ضد قرارات قاضي التحقيق. الجدير بالذكر أنه بالرغم من اعتبار مجلس أمن الدولة من المحاكم غير التابعة للقضاء العادي، إلا أنه خاضع لقانون الإجراءات الجزائية في تشكيله وتحديد مجال اختصاصه والإجراءات المتبعة أمامه، فقد خصصت له المواد من 16/327إلى 41/327 من ق.إ.ج. يتميز مجلس أمن الدولة بإجراءات خاصة تتبع أمامه، نلخصها كالآتي:

1. لا يستطيع المحامي الدفاع عن المتهم إلا بموافقة رئيس المجلس، في حالة القضايا الخاصة.
2. يجوز لقاضي التحقيق أن يقوم أو يكلف مأموري الضبط القضائي بإجراء الحجز والتفتيش في أي وقت وفي أي مكان من التراب الوطني.
3. لا يفصل مجلس أمن الدولة إلا في الدعوى العمومية.
4. أحكام مجلس أمن الدولة قابلة للطعن فيها بالنقض أمام المجلس الأعلى.
5. لا يجوز لمجلس أمن الدولة الدفع بعدم الاختصاص.

ألغي مجلس أمن الدولة سنة 1989م بموجب القانون رقم 89-06 المؤرخ في 25 أفريل 1989م.[1] وبهذا لم يعد ينافس القضاء العادي سوى القضاء العسكري، والمحاكم الخاصة بالجرائم الإرهابية. هذا بعد إلغاء محكمة الثورة ومجلس الثورة، والقسم الاقتصادي لدى محكمة الجنايات.

ثالثا: المجالس المتعلقة بمكافحة التخريب والإرهاب

مع بداية التسعينيات، عرفت الجزائر خطرا غير مألوف زعزع أمنها وهددكيانها يسمى "بالإرهاب". دفع هذا الخطر الاستثنائي السلطات إلى إنشاء محكمة تختص بالنظر في الجرائم الإرهابية. طبيعتها الاستثنائية ناتجة عن الدافع الذي أدى إلى إنشاء هذا النوع من القضاء، الذي يختلف في اختصاصاته وتشكيلته عن القضاء العادي.

[1] القانون رقم 89-06 المؤرخ في 19 رمضان 1409ه الموافق 25 أفريل 1989م يتضمن إلغاء مجلس أمن الدولة.أنظر: الجريدة الرسمية، العدد 17، السنة السادسة والعشرون، صادرة يوم الربعاء 20 رمضان 1409ه الموافق 26 أفريل 1989م.

أنشئت هذه المحاكم بموجب المرسوم التشريعي رقم 92-03،[1] وتختص في المخالفات الموصوفة باعمال تخريبية وإرهابية التي تستهدف امن الدولة وسلامة ترابها، واستقرار المؤسسات وسيرها العادي عن طريق أي عمل غرضه:

1. بث الرعب في أوساط السكان وخلق جو انعدام الأمن، من خلال الاعتداء على الأشخاص وتعريض حياهم وحرياهم وممتلكاهم للخطر.
2. عرقلة حركة المرور أو حرية التنقل في الطريق والساحات العمومية.
3. الاعتداء على المحيط وعلى وسائل المواصلات والنقل والملكيات العمومية والخاصة، والاستحواذ عليها دون مسوغ قانوني، وتدنيس القبور والاعتداء على رموز الجمهورية.
4. عرقلة عمل السلطات العمومية وسير مؤسساها، والاعتداء على حياة اعواها، او عرقلة تطبيق القوانين.

هذا عن اختصاصها النوعي، أما اختصاصها الإقليمي فقد حدده المرسوم التنفيذي رقم92-387،[2] حيث حددت ثلاث مجالس خاصة في كل من الجزائر، وهران، قسنطينة. تتكون المس القضائية الخاصة بالجرائم الإرهابية من خمسة قضاة، من بينهم رئيس و4 مساعدين ولا يدخل في التشكيلة قضاة عسكريين. يضم المس غرفة للتحقيق ولمراقبة التحقيق. كما يخضع المجلس لاحكام قانون الإجراءات الجزائية، غير أن المرسوم التشريعي 92-03 خص هذه المجالس ببعض الاحكام الاستثنائية، ندكرها في النقاط التالية:

1. من حيث التحريات الاولية، يتسع المجال الإقليمي للضبطية القضائية ليشمل كامل التراب الوطني.
2. يمكن تمديد التوقيف للنظر إلى اثنتي عشر يوما.
3. يمكن لقاضي التحقيق ان يقوم بنفسه او يندب ضباط الشرطة القضائية، للقيام بالتفتيشات ليلا ونهارا وفي أي مكان في التراب الجزائري.
4. يخضع تعيين المحامي لموافقة المتهم الصريحة
5. يجب ألا تتجاوز مدة التحقيق الابتدائي مدة 3 أشهر

[1] المرسوم التشريعي رقم 92-03 المؤرخ في 03 ربيع الثاني 1413ه الموافق 30 سبتمبر 1992م يتعلق بمكافحة التخريب والإرهاب.أنظر:الجريدة الرسمية، العدد 70، السنة التاسعة والعشرون، صادرة يوم الخميس 04ربيع الثاني 1413ه الموافق 31 سبتمبر 1992م.

[2] المرسوم التشريعي رقم 92-387 مؤرخ في 23 ربيع الثاني 1413ه الموافق 20 أكتوبر 1992م يحدد المقر والاختصاص الإقليمي للمجالس الخاصة.أنظر: الجريدة الرسمية،العدد 76، السنة التاسعة والعشرون، صادرة يوم الأربعاء 24 ربيع الأول 1413ه الموافق 21 أكتوبر 1992م.

6. يجب ان يفصل المجلس في القضية في مدة لا تتجاوز الشهر منذ صدور قرار الإحالة من غرفة مراقبة التحقيق.
7. لا يمكن الطعن في احكام المجلس إلا عن طريق النقض.
8. يفصل المجلس في الدعوى المدنية بالتبعية.
9. يفصل المجلس في قضايا الاحداث الذين اتموا 16 من عمرهم.

كما قرر المرسوم التشريعي في المواد من 02 إلى 07 لهذه المخالفات الموصوفة بالإرهابية والتخريبية بمجموعة من العقوبات، تتراوح بين 5سنوات كأدنى حد حتى الإعدام كأقصى حد حسب درجة خطورة الفعل. يتضح لنا تشديد المشرع في سياسته الرادعة لمثل هذه الأعمال على الجزاءات.

لكن الذي الفت انتباهنا حقيقة، ما تضمنه المرسوم التشريعي 92-03 في مادته 17 على شرط لم يعهد لنا أن رأيناه من قبل، والذي تضمن رصد عقوبة لكل من يفصح عن هوية القضاة القا ئمين على المس القضائي الخاص. لقد حاولنا التماس تبرير وعذر لإدراج هذا الشرط، ليتبين لنا سعي المشرع لحماية السلك القضائي القائم على متابعات الجرائم الإرهابية، نظرا لعدم الاستقرار الأمني الذي كان سائدا في تلك الحقبة.كما اكتنف الغموض المادتان 40 و41 من المرسوم عندما تحدثتا عن منع متابعة الملتحقين بالجماعات الإرهابية خلال الشهرين اللذين لحقا تاريخ صدور المرسوم، مع تخفيض العقوبة إلى النصف في حالة ثبوت ارتكاب المنتمي لجماعات الإرهابية لأفعال اجرمة من قبل المرسوم التشريعي 92-03. أرجع البعض ذلك إلى محاولة المشرع التمهيد لقانون الرحمة، الذي تضمنت نصوصه فحوى المادتين 40 و41 من المرسوم 92-03.[1] الغيت هذه المجالس سنة 1995م،[2] لينعقد الاختصاص لمحكمة الجنايات في للنظر في الجرائم الإرهابية حسب المادة 248 من ق.إ.ج،[3] وإحالة نصوص المرسوم التشريعي 92-03 لقانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية.

[1] الأمر 95-12 مؤرخ في 25 رمضان 1415 الموافق 25 فيفري 1995م يتضمن تدابير الرحمة. أنظر: الجريدة الرسمية، العدد 11، السنة الثانية والثلاثون، صادرة يوم الأربعاء 29 رمضان 1415ه الموافق 1 مارس 1995م.

[2] الأمر 95-10 مؤرخ في 25 رمضان 1415 الموافق 25 فيفري 1995م يعدل ويتمم الأمر رقم 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.أنظر: الجريدة الرسمية، العدد 11، السنة الثانية والثلاثون، صادرة يوم الأربعاء 29 رمضان 1415ه الموافق 1 مارس 1995م.

[3] المادة 248 من قانون الإجراءات الجزائية المعدلة بالأمر 95-10 مؤرخ في 25 رمضان 1415 الموافق 25 فيفري 1995م .

رابعا: المالس القضائية الخاصة بقمع الجرائم الاقتصادية

انشئت هذه المجالس في سنة 1966م بموجب الأمر رقم 66-180[1] لقمع الجرائم التي تمس بالثروة الوطنية والخزينة العامة والاقتصاد الوطني، التي يرتكبها الموظفون أو الأعوان من جميع الدرجات التابعون للدولة وللمؤسسات العمومية والجماعات المحلية والجماعات المحلية، ولشركة وطنية أو ذات الاقتصاد المختلط أو لكل مؤسسة ذات الحق الخاص تقوم بتسيير مصلحة عمومية أو أموال عمومية حسب المادة 01 من المر 66-180. كان الهدف من وراء إنشاء هذه المجالس محاربة الجرائم التي كانت تنهش في الاقتصاد الوطني، والساعية لتدمير البنية التحتية للاقتصاد الفتي ذو التوجه الاشتراكي. إذ تعتبر هذه المحاكم الوسيلة التي تقلص من انتشار هذه الجرائم بطريقة سريعة وفعالة لتكون بديلا ناجعا عن القضاء العادي.

يتميز الاختصاص المحلي للمجالس الخاصة بقمع الجرائم الاقتصادية بالطابع الجهوي، حيث حددت المادة 14 من الأمر 66-180 مقرا لها في كل من الجزائر، وهران، قسنطينة. أما تشكيلتها القضائية فتتكون من قضاة مدنيين ما عدا الرئيس الذي يتم اختياره من قبل رئيس مجلس الثورة من بين الشخصيات الوطنية المشاركة في حرب التحرير الوطنين حسب المادة 01 من المرسوم 66-181[2] المتعلق بتحديد أعضاء المالس القضائية الخاصة بقمع الجرائم الاقتصادية. تختص هذه المجالس بانواع محددة من الجرائم: في الجرائم التي يرتكبها موظفو القطاع المسير ذاتيا أو من يماثلهم أو المستخدمون فيه والتي تضر بالثروة الوطنية وتهدد الخزينة العمومية، الجرائم الموصوفة والغش والاستغلال الجاري ضد الثروة العمومية، وعمليات التزوير التي من شانها إلحاق الضرر بصحة المستهلك. يمكن تلخيص إجراءات المتابعة اما هذه المجالس، في النقاط التالية:

1. يتم تحريك الدعوى العمومية من طرف النائب العام بناءا على تعليمات وزير العدل أو من طرف السلطة المختصة.
2. يحتفظ الأمر الصادر بالقبض على المتهم وحبسه بقوته التنفيذية إلى حين الفصل في الدعوى.
3. مدة التحقيق محددة ويجب ألا تتعدى 3 أشهر مهما كانت درجة خطورة الجريمة، ولا يمكن تمديدها إلا استثناءا من طرف وزير العدل حامل الأختام. لا يمكن لقاضي التحقيق إصدار أوامره إلا بعد موافقة النائب العام.

---

[1] الأمر 66-180 المؤرخ في 02 ربيع الأول 1386ه الوافق 21 يونيو 1966م يتضمن إحداث مجالس قضائية خاصة لقمع الجرائم الاقتصادية.أنظر: الجريدة الرسمية العدد 54، السنة الثالثة،صادرة يوم الجمعة 05 ربيع الأول 1386ه. الموافق 24 يونيو 1966م.

[2] مرسوم رقم 66-181 المؤرخ في 02 ربيع الأول 1386ه الموافق 21 يونيو 1966 م يتضمن تحديد عدد أعضاء المالس القضائية الخاصة لقمع الجرائم الإقتصادية.أنظر: الجريدة الرسمية العدد 54، السنة الثالثة،صادرة يوم الجمعة 05 ربيع الأول 1386ه. الموافق 24 يونيو 1966م.

4. يحق لقاضي التحقيق أن يأمر **بإجراء التفتيش** في أي وقت حتى في الليل.

5. يجوز لقاضي التحقيق أن يتخذ إجراء الحجز على جزء من أموال المتهم .[1]

6. تعتبر الاحكام الصادرة من هذه المجالس نهائية ولا يمكن الطعن فيها. **لا يقبل أمامها إلا طلب العفو الذي** يجب تقديمه في مهلة 24 **ساعة من صدور الحكم.**

7. يمكن **للنيابة العامة أن تتنازل على الدعوى** التي تختص المحاكم الخاصة بقمع الجرائم الاقتصادية بها، خلافا لما هو معمول به في القضاء العادي **وفقا لقانون الإجراءات الجزائية، حيث لا يمكن للنيابة العامة التنازل عن الدعوى العمومية، بالرغم من أن القانون أجاز التنازل** عنها لصالح الأطراف دون غيرهم. **مرد ذلك أن النيابة** العامة تمثل المجتمع في الدعوى، فلا يحق لها تبعا ان تتنازل عن حق المجتمع في ذلك.

8. يسري **أحكام الأمر** 66-108 بأثر رجعي على الجرائم التي ارتكبت قبل صدوره، ولم يستثني سحب القانون على الماضي إلا بالنسبة للجرائم التي أحيلت إلى محكمة **مختصة.**

بقيت هذه **االس تعمل كجهات مستقلة عن القضاء العادي** حتى تعديل قانون الإجراءات الجزائية في سنة 1975م، أين تم ضمها إلى الجهات القضائية العادية، فحلت الأقسام الاقتصادية في محكمة الجنايات محل المحاكم الخاصة لقمع الجرائم الاقتصادية. استمر العمل بالنظام المزدوج في محكمة الجنايات حتى صدور **القانون رقم** 90-24[2] **الذي** يلغي القسم الاقتصادي في محكمة الجنايات.

من المحاكم الخاصة التي نص عليها القانون الجزائري، وتم استبعادها من الدراسة هي المحاكم الخاصة **بمحاكمة رئيس الجمهورية والوزير الأول.** التي لم تدخل حيز الخدمة لحد الآن، بيد أن الدستور الجزائري نص عليها في المادة 177 منه، والتي جاء فيها: "تؤسس محكمة عليا للدولة، تختص بمحاكمة رئيس **الجمهورية عن** الافعال التي يمكن وصفها بالخيانة العظمى، والوزير الاول عن الجنايات والجنح، التي يرتكباها بمناسبة **تادیتهما مهامهما".** لم يأت تفصيل للإجراءات المتبعة أمام هذه المحكمة لارتباطها بقانون عضوي لم يصدر بعد.

[1] حسب المادة 08/327 من الأمر 75-46 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.أنظر: الجريدة الرسمية، العدد 53، السنة الثانية عشر، صادرة يوم الجمعة 24 جمادى الثانية 1395ه الموافق 4 يوليو 1975م.

[2] القانون رقم 90-24 مؤرخ في 27 محرم 1411ه الموافق 18 غشت 1990م يعدل ويتمم الأمر 66-155 المتضمن لقانون الإجراءات الجزائية.أنظر: الجريدة الرسمية، العدد 36، السنة السابعة والعشرون، صادرة يوم الأربعاء 1 صفر 1411ه الموافق 22 غشت 1990م.

البند الثاني: صور المحاكم الاستثنائية

لقد قلنا أن المحاكم الاستثنائية هي محاكم وقتية، لأن السلطة تنشئها لمواجهة أزمة تنشب دون ترقب. تبقى هذه المحاكم قائمة حتى زوال السبب الذي دفع إلى إنشائها، ولكنها في بعض البلاد قد تصبح دائمة لمطاردة أعداء النظام.[1] عرفت الجزائر هذه المحاكم بعد الاستقلال لمواجهة بعض القلاقل والأزمات التي عرفتها الدولة الفتية.

أولا: القضاء الثوري

أصدر الرئيس أحمد بن بلة في 1964/01/07م أمر رقم 64-02 المؤرخ في 1964/01/07م بإنشاء المجالس الجنائية الثورية، في محاكم استئناف الجزائر، وهران، قسنطينة، التي خول لها اختصاص الفصل في الجنايات التي تمس السير المنتظم للمؤسسات أو تلحق ضررا استثنائيا بالنظام العام إلى حين انقضاء الحالة الاستثنائية. كان إنشاء هذا النوع من المحاكم لأغراض سياسية، وهي قمع المعارضين الذين كان لهم شأن كبير في الثورة التحريرية، ومنعهم من هدم هرم السلطة. تتشكل هذه المجالس من ثلاثة قضاة مدنيين وقاضيين محلفين يعينون من قبل وزير العدل باقتراح من وزير الداخلية بالنسبة للمحلفين المدنيين، وباقتراح من وزير الدفاع بالنسبة للمحلف العسكري.[2]

أهم ما يميز هذه المحاكم بطابعها الاستثنائي، هو قصر مدة التحقيق فيها إلى 15 يوما قابلة للتجديد مرة واحدة، وحرمان المتهم من الطعن في احكامها التي تعتبر كهائية ولا يجوز الطعن فيها، ولا يتوقف امر الإيداع بالحبس عن إنتاج أثره حتى تنتهي الدعوى. يعتبر معيار تحديد اختصاصها النوعي مخالف لمبدأ المشروعية الجنائية، فالمساس بالسير العادي للمؤسسات أو الإخلال بالنظام العام أمر فضفاض، مما يكشف عن الدور الحقيقي للمجالس الجنائية الثورية من حيث إثرائها للوسائل الكفيلة بمواجهة معارضي النظام آنذاك. لم تتوقف السلطة عند هذا الحد، بل واصلت عملها في إقحام القضاة في العمل السياسي عند إنشائها للمجلس القضائي الثورية.[3] أنشأ هذا المس في سنة 1968م بموجب الأمر رقم 68-609،[4] مقره مدينة

---

[1] عبد الوهاب حومد، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، مرجع سابق، صفحة 548-549.

[2] شيخي شفيق، انعدام الاستقلال الوظيفي للقضاة في الجزائر،رسالة ماجستير،2010-2011م، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، صفحة 46.

[3] شيخي شفيق، انعدام الاستقلال الوظيفي للقضاة في الجزائر،رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 48.

[4] الأمر رقم 68-609 مؤرخ في 13 شعبان 1388ه الموافق 4 نوفمبر 1968م يتضمن إنشاء مجلس قضائي ثوري.أنظر: الجريدة الرسمية، العدد 89، السنة الخامسة، صادرة يوم الثلاثاء 4 نوفمبر 1968م.

وهران ويتمتع بصفة الجهة القضائية ذات الاختصاص الوطني.[1] يختص هذا المجلس بالنظر في الاعتداءات على الثورة والجرائم المرتكبة ضد أمن الدولة والنظام العسكري، وكذا في المخالفات المرتبطة بذلك، حسب ما قررته المادة الأولى من الأمر 68-609. يضم المس تشكيلة مزدوجة بين قضاة مدنيين وقضاة عسكريين حسب ما جاء في المادة 03 من مرسوم إنشائه. يعتبر من المحاكم ذات الطابع السياسي، كون القاضي فيها مجرد خادم يعمل على تنفيذ إيديولوجية معينة، وينسى دوره الأساسي في تطبيق القانون وتحقيق العدالة.[2] من الأسباب التي اضفت على هذا المجلس الصفة الاستثنائية:

1. يختص المجلس بالنظر في الافعال المنصوص عليها في المادة 01 التي سبق الإشارة إليها، مهما كانت صفة مرتكبها إن كان مدنيا أو عسكريا.
2. يتولى مهام النيابة العامة ضابط في الجيش(المادة 04 من الأمر 68-609)، وله صلاحية تحريك الدعوى العمومية بناءا على تعليمات كتابية من وزير الدفاع(المادة 07 من الأمر 68-609) .
3. لا يسمح بالدفاع امام هذا المجلس إلا إذا سمح الرئيس بذلك، شانه شان المحاكم العسكرية.
4. ولا يتوقف أمر الإيداع بالحبس عن إنتاج أثره حتى تنتهي الدعوى (المادة 14 من المر 68-609)، وهو المعمول به في المحاكم الثورية.
5. الاحكام التي يصدرها تكون نهائية وغير قابلة للطعن فيها، وليس أمام المحكوم عله سوى طلب العفو (المادة 25 من الأمر 68-609).
6. ينفرد النائب العام في المجلس الثوري بصلاحية التصرف في التحقيق بعد انتهائه، وهو مناقض للمعمول به أمام القضاء العادي.

توقف العمل بأحكام الأمر 68-609 بموجب المادة 03 من الأمر 75-45 المتضمن إنشاء مجلس القضاء الثوري في الجزائر. لقد عرف القضاء المصري محكمة الثورة التي أنشئت عام 1955م، بهدف محاكمة أعداء النظام الذين أطلقوا النار على الرئيس وهو يلقي خطابا عاما، فأخطئوه. أوضحت محكمة النقض المصرية رأيها في هذه المحكمة، ومما قالته: "إن محكمة الثورة محكمة ذات سيادة، لا تسري على الجرائم التي

[1] حسب المادة 01 من القرار الصادر من وزارة الدفاع المؤرخ في في 13 شعبان 1388ه الموافق 4 نوفمبر 1968م الم تضمن تحد يد مقر المس القضائي الثوري.أنظر: الجريدة الرسمية، العدد 89، السنة الخامسة، صادرة يوم الثلاثاء 4 نوفمبر 1968م.

[2] شيخي شفيق، انعدام الاستقلال الوظيفي للقضاة في الجزائر،رسالة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 50.

تحكم فيها القواعد المنصوص عليها في الكتاب الأول من قانون العقوبات،...وهي في كل الحالات إذ تعاقب المتهم، إنما تمارس سيادة عليا تسمو على القوانين العادية".[1]

ثانيا: المحاكم الخاصة بجرائم النهب والسرقة

بعد حدوث زلزال منطقة الأصنام بالغرب الجزائري في 10 أكتوبر 1980م، أصدر المقنن الجزائري محكمة خاصة، تخص محاكمة كل من يقوم بجرائم النهب والسرقة، ولكنها انتهت مهمتها بزوال موجبات وجودها.[2] فهذه المحكمة من المحاكم الاستثنائية التي أنشئت لمعاقبة مرتكبي جرائم النهب والسرقة التي تقع خلال فترة الكارثة الطبيعية التي حدثت، وتوقف العمل بها بمجرد زوال خطر الظرف الاستثنائي المتمثل في الزلزال.

ثالثا: المحكمة العرفية

أنشئت المحكمة العرفية سنة 1964م بالأمر رقم 64-211[3] لحين انتهاء الحالة الاستثنائية التي عرفتها الجزائر في تلك الفترة. تختص المحكمة العرفية بمحاكمة العسكريين المتهمين، والعسكريين والمدنيين المتعاونين والمشاركين في الجرائم والجنح المرتكبة ضد أمن الدولة والنظم العسكرية، وهي ذات اختصاص وطني يشمل كامل التراب الجزائري. تتألف المحكمة العرفية من4 قضاة مساعدين عسكريين من ضباط الجيش الوطني، ورئيس من القضاة المدنيين. من المسائل المتعارضة مع مبادئ القانون العام، والمعتمدة في المحكمة العرفية:

1. يتولى التحقيق في القضايا مندوب للحكومة برتبة ضابط في الجيش، حيث يشرع في التحقيق بناءا على طلب وزير الدفاع، ويكلف بالمتابعة والتحقيق والإحالة، وتشمل قرارات المندوب الحصانة ضد أي طعن.
2. لا يضبط الإجراءات المتبعة أمام المحكمة أي قانون، لأن الأمر رقم 64-211 أعطى لها حق ضبط نظام إجراءاتها.
3. على المحكمة الفصل في القضية في اجل يومان، وتكون مرافعاتها سرية.
4. إنعدام أي وجه من أوجه الطعن وأحكامها قابلة للتنفيذ الفوري.

---

[1] عبد الوهاب حومد، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، مرجع سابق، صفحة 551.

[2] عبدالله سعيد فهد الدوه، المحاكم الخاصة والاستثنائية وأثرها على حقوق المتهم، مرجع سابق، صفحة 102.

[3] الأمر 64-211 مؤرخ في 18 ربيع الأول 1384ه الموافق 28 يوليو 1964م يتضمن إحداث محكمة عرفية.أنظر: الجريدة الرسمية، العدد 20، السنة الأولى، صادرة يوم الثلاثاء 25 ربيع الأول 1384ه الموافق 4 أوت 1964م.

يستهجن الفقهاء العرب هذا النوع من المحاكم، لأنهم يدركون كل الإدراك، المخاطر الناتجة من إنشاء هذه المحاكم على ضمانات حقوق الدفاع. إذ يسعون في مؤلفاتهم إلى التنديد بها والدعوة لإلغائها. يقول أحد الكتاب:"والذي نراه، بكل امانة، انه يجب نبذ هذه الزمرة من المحاكم كهائيا والنص على تحريم إنشائها في الدستور. نحن نعلم أن هذا لا يكفي، لأن الأحداث علمتنا، أن الدستور نفسه يداس بالأقدام في بعض المناسبات الأليمة. تظل المسألة مسألة قناعات قومية وحضارية وثقافية. هذه بلا شك تحتاج إلى تربية وطنية واخلاقية عالية يجب ان يقتنع بها القادة اولا، ليكونوا مثلا اعلى لمواطنيهم، ويؤمن بها الشعب نفسه، لكي يدافع عن مؤسساته الدستورية، ويتصدى للمغامرين".[1]

المطلب الثاني: تقييم ضمانات حقوق الدفاع أمام القضاء الاستثنائي

أدركنا من خلال استعراضنا للقواعد والأحكام المنظمة للمحاكم غير العادية، سواء الخاصة أو الاستثنائية، خروجها عن القواعد العامة المعمول بها في القضاء العادي، نظرا إلى الهدف من وراء إنشائها هو قيام خطر يهدد المصالح الحيوية للدولة ويزعزع النظام والأمن. فقد جاءت المحاكم غير العادية لاحتضان القوانين الاستثنائية التي تبيح لها الدوس على حقوق الأشخاص المتابعين أمامها. كانت هذه المحاكم ملجأ السلطة التنفيذية للسيطرة على زمام الأمور والضرب بيد من حديد على أعناق كل من يتجرأ على المساس بسيادتها.

فرضت حالة الضرورة على هذه المحاكم التقلص من حقوق الأفراد، وضمانهم خلال المتابعات التي كانت تجريها، منتهكة بذلك مبدأ التناسب الذي يقضي بعدم تقييد الحقوق والحريات إلا بالقدر اللازم لدفع خطر الحالة الاستثنائية. ما يلاحظ من خلال تتبعنا للقوانين الخاصة بالمحاكم غير العادية، هو اعتمادها على سياسة التشديد في العقوبات، مع تخفيض مدة المتابعات الجزائية.

فضلا عن ذلك، يتضح المساس بحق الدفاع في صورة التشكيلة المزدوجة من قضاة مدنيين وعسكريين. لأن المحاكم الخاصة والاستثنائية لا تحترم شرط تخصص القاضي، الذي له دور كبير في صيانة حقوق المتهم، ونظرا لتبعية هذه المحاكم للسلطة التنفيذي، لا يمكن تحريك الدعوى العمومية أمامها إلا بطلب من وزير الدفاع. ليس لقاضي التحقيق سلطة التصرف في التحقيق الابتدائي، حيث لا تكون الإحالة إلا من قبل النائب العام الذي يكون في أغلب هذه المحاكم عسكريا، مما يقضي على حياد المحكمة واستقلالها.

[1] عبد الوهاب حومد، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، مرجع سابق، صفحة 550.

من خلال استعراضنا للنصوص الاستثنائية الخاصة بالمحاكم غير العادية، يتضح لنا جليا تراجع ضمانات حقوق الدفاع المقررة في قانون الإجراءات الجزائية، والمتعلقة بالتحقيق والمحاكمة والحكم. حيث أجازت هذه القوانين توسيع سلطة اتخاذ الإجراءات المقيدة للحرية الشخصية، كالقبض والاعتقال، وانتهاك حق الخصوصية، فأحكامها تبيح التفتيشات الليلية. الأغرب هو إعطاء الحصانة لقرارات قاضي التحقيق فهي غير قابلة للطعن فيها. كما يحرم المدان من حق الطعن في الحكم الذي يصدر مشمولا بالنفاذ، هذا من شأنه أن يعدم كل وسيلة رقابية تهدف إلى حماية حقوق الافراد من الاخطاء التي قد تعيب الحكم. إضافة إلى ذلك، لا يمكن لهذه المحاكم النظر في الدعوى المدنية.

في تقديرنا، إن هذه المحاكم قد انتقصت من المكاسب التي حققتها الثورة التحريرية المجيدة، الهادفة إلى كسر الأغلال والقيود على حقوق وحريات الجزائريين المغتصبة من قبل المستعمر لأكثر من قرن. نتمنى أن يتم إلغاء هذا النوع من المحاكم. كما نقترح دمج القضاء العسكري كقسم متخصص في القضاء العادي، ليستفيد الأفراد التابعين للقطاع العسكري من المحاكمة أمام قضاة مدنيين، ما يضمن لهم محاكمة عادلة تحترم ضمانات الدفاع. لأن مقومات المحاكمة العادلة تجد أساسها في القضاء الطبيعي، والذي من مفترضاته إشراف السلطة القضائية على إجراءات المتابعة أمام القضاء، وهو الأمر الغائب على إجراءات المتابعة أمام أغلب المحاكم غير العادية. كما يستند القضاء الطبيعي إلى مبدأ المساواة أمام القانون، فكل المتهمين يجب أن يتمتعوا بنفس الضمانات، غير أن ازدواجية القضاء من قضاء عادي وعسكري يحول دون تحقيق نفس الضمانات.

للاختصار نقول، بأن المحاكم الخاصة والاستثنائية تشكلان خروجا عن مبدأ الشرعية، الذي يقضي تطبيق مبادئ العدل والإنصاف على كل الأشخاص وفي كل الظروف. فتمييز فئة معينة من الأفراد بالمحاكمة أمام محاكم خاصة يعد انتهاكا صارخا لمبادئ المحاكمة العادلة، وتعطيلا للنصوص الدستورية المكرسة للحقوق والحريات الأساسية.

خاتمة:

تعتبر دراسة حق الدفاع بين المشروعية والشرعية من أصعب الدراسات وأعمقها، نظرا لغموض مفهوم الشرعية، وتباين وجهات النظر حول مسألة توحيد مفهومي الشرعية والمشروعية أو الفصل بينهما، إضافة إلى ندرة الدراسات الأكاديمية في هذا الموضوع. لكن وبالرغم من ذلك فقد توصلت الدراسة إلى جملة من النتائج، أهمها:

أثبتت الدراسة أن حق الدفاع من الحقوق الأصيلة للفرد، والتي يجب أن تحترم من قبل القائمين على السلطة في كل الظروف العادية والاستثنائية، وقد عرفنا هذا الحق بأنه:" مجموعة من الحقوق التي يجب احترامها و تطبيقها أثناء المتابعة الجزائية في الظروف العادية وفي الأزمات، والتي تشمل كل مراحل المتابعة من استدلال وتحقيق ومحاكمة، لكي يظفر الشخص بمحاكمة عادلة يكفلها القانون في إطار احترام قواعد الإنصاف و العدالة ". وحق الدفاع هو من الحقوق المرنة التي تتكيف مع كل الظروف حتى الظروف الاستثنائية.

تعتبر حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية مرتبطة بالكرامة الإنسانية، فلا يجوز الانتقاص منها أو التنازل عنها، و المحافظة عنها محافظة للشرع لأنه المانح لها. لذلك أوجب حمايتها والدفاععنها، ولا يسمح لأي كان أن يسلب الإنسان إياها، أيا كانت الظروف الداعية لذلك، وهو جوهر حق الدفاع.

كما ضبط الإسلام نظرية الظروف الاستثنائية، لكي تكون حامية للمصالح العامة ولمصلحة الفرد في آن واحد، وقد شرع وسائل عديدة للتخفيف من ويلات الأزمات وأثارها على الإنسان. خفف الإسلام من نظام العقوبات للضرورة، كما سمح بتعطيل العمل ببعض الأحكام حتى انتهاء الحالة الاستثنائية. الدفاع عن حقوق الإنسان أولوية الشرع مهما عصفت بالدولة الإسلامية من ويلات، فالحقوق في الإسلام ليست مجرد شعارات ترفع في المحافل الدولية دونما أي تطبيق على أرض الواقع.

خلصت الدراسة إلى أن فكرة الظروف الاستثنائية هي فكرة قديمة، ظهرت بوادرها الأولى في العصر الذهبي للإمبراطورية الرومانية. حيث عرفت هذه الإمبراطورية تشريعات استثنائية خاصة بالكوارث والأزمات التي قد تتعرض لها، والتي من شانها توسيع صلاحيات الحاكم وتقييد حقوق الافراد من اجل حماية الدولة وصد خطر الظرف الاستثنائي. لكن بناءها التقني كنظرية قانونية يعود للقضاء الإداري الفرنسي.

لا تطبق نظرية الظروف الاستثنائية على إطلاقها، وإنما تخضع لرقابة القضاء الإداري كضمانة حقيقية لعدم انتهاك حقوق الأفراد عند توسيع نشاطات السلطة التنفيذية، خاصة وأن الظروف الاستثنائية تزيد من القيود المفروضة على الحرية الشخصية مثل تطبيقها للاعتقال الإداري، وتنقص من شعور الفرد بالطمأنينة داخل بيته عند إباحتها للتفتيش دون التقيد بزمن محدد. لكن لا تكون قرارات السلطة التنفيذية في هذه الظروف مشروعة إلا إذا كانت بهدف تحقيق الصالح العام، مع احترام مقدار التناسب الذي يضمن أن يكون التدبير الضبطي بالقدر اللازم لدفع الضرر .

بينت الدراسة أن نصوص قانون الإجراءات الجزائية قبل التعديل متماشية والتطور الهائل الذي يعرفه مجال حقوق الإنسان، فقد عمل المشرع الجزائري على إدخال جملة من التعديلات عزز فيها حق الشخص في محاكمة عادلة.كما سد الفراغ القانوني الذي كان يشوب مرحلة التحريات، والمتعلق بضمان حق الدفاع للمشتبه فيه. حيث ألزم ضابط الشرطة القضائية بإعلام المشتبه فيه بأمر التوقيف وأن له الحق في مجموعة من الحقوق أهمها الاستعانة بمدافع. إضافة إلى ذلك حرص المشرع الجزائري عند تعديله للدستور بموجب القانون رقم 16-01 وتعديله لقانون الإجراءات الجزائية بالأمر رقم 15-02، على تأكيده للطابع الاستثنائي للإجراءات المقيدة للحرية الشخصية كالتوقيف للنظر والحبس المؤقت، وتقليص مددها ومحاولة إيجاد بدائل لها. لقد كان الهدف واضحا من هذه التعديلات وهو جعل القانون الجزائري مسايرا لقوانين الدول المتطورة ومتكيفا مع الاتفاقيات الدولية، تدعيما للحق في محاكمة عادلة تراعى فيها حقوق الدفاع. وضرورة تدعيم هذا الحق في قانون القضاء العسكري.

من تتبع واستقراء النصوص الدستورية المنظمة للحالات الاستثنائية في الجزائر، تبين لنا عدم كفايتها في حماية حقوق المواطن وحرياته الدستورية، فهي بحاجة إلى قوانين تطبيقية لها. ترسم هذه القوانين حدود تطبيق الحالات الاستثنائية، وواجبات السلطات الثلاثة في الدولة عند تنظيمها، وتحديد الحقوق والحريات الواجب تنظيمها، لضمان ممارستها بما يتلاءم وخصوصية الحالة الاستثنائية.

نظرا لوجود تباين في تحديد مفهوم الشرعية، أوضحت لنا الدراسة أن أغلب الفقهاء العرب لم يضعوا لها تعريفا مستقلا عن المشروعية، لأنهم يوحدون بين كلا المصطلحين. القلة من العرب من يميز بينهما، حيث يعتبرون المشروعية هي كل ماله علاقة بالقانون، أما الشرعية فهي مصطلح سياسي. أثبتت الدراسة أن المشروعية تختلف عن الشرعية، وأن هذا الاختلاف يتضح لنا جليا عند تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية. حيث تتوسع السلطة التنفيذية في تطبيق مبدأ المشروعية، على حساب التضحية بمبادئ العدل والإنصاف التي

هي محور الشرعية. إذ يتعذر على القانون الاستثنائي أن يحافظ على التوازن بين مصلحة الدولة وحقوق الأفراد، لأن الأولوية تكون للمصلحة العامة وهو ما يتناقض ومبادئ الإنصاف والعدالة. مما يؤكد لنا تأثير الحالات الاستثنائية على مبدأ الشرعية كضمانة هامة للمحاكمة العادلة.

من خلال جملة النتائج التي توصلت إليها الدراسة، نخرج بالتوصيات التالية:

إذا كنا نسلم بضرورة تطبيق حق الدفاع على أكمل وجه، نقترح على المشرع الجزائري حمايته في كل مراحل المتابعة وخصوصا التحريات، بإلغاء القيد الذي أضافه في تعديله والمتعلق بحق الاستعانة بمدافع، وألا يجعل تمتع المشتبه فيه بحقه في الدفاع خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي. مع ضرورة إدخال نص قانوني يتضمن وجوب إعلام المشتبه به بحقوقه منذ اللحظة الأولى للقبض عليه، وإقرار حقه في الصمت وعدم الإجابة عن الأسئلة الموجهة إليه، وإعلامه بذلك من قبل السلطة المختصة. و إعادة النظر في مواد قانون القضاء العسكري، وتعديلها بإحداث المزيد من ضمانات حقوق الدفاع.

وضع قانون مسبق ينظم حالتي الحصار والطوارئ في الجزائر، يفصل ما جاء مجملا في نصوص الدستور. يبين هذا القانون حدود مهام السلطة التنفيذية عند تصديها لخطر الحالة الاستثنائية، ويضع آليات لحماية الحقوق والحريات الدستورية. و إخضاع هذا القانون لرقابة المجلس الدستوري لضمان دستوريته من جهة، ومن جهة اخرى ليطمئن الافراد على حقوقهم وحرياهم عند تقييدها بموجب هذه القوانين، مع ضرورة وضع إطار لتنظيم مبدأ المشروعية الاستثنائية لمواجهة الحالات غير العادية.

أهمية بيان مسوغات إعلان حالة الطوارئ في الجزائر، وتمييزها عن حالة الحصار، خاصة وأن المؤسس الدستوري الجزائري أخضعهما لنفس التدابير والإجراءات، ما أفرز صعوبة في التمييز بينهما.

يجب وقف العمل بالقضاء الاستثنائي، وإبقاء صلاحية الفصل في المنازعات إلى القضاء العادي حتى في الظروف الاستثنائية. مع إمكانية إدخال بعض التعديلات على القضاء العادي بما يتفق وخصوصية الظرف الاستثنائي، كالإسراع في الفصل في المنازعات، وإعطاء الحق في الطعن في الأحكام في مدد قصيرة.

حظر الاعتقال التعسفي إعمالا بالمادة رقم03/59 من الدستور الجزائري المعدل بالقانون رقم 16-01، ومن ذلك الاعتقال التحفظي الذي يعتبر انتهاكا خطيرا للحرية الشخصية، التي تقيد دون عرض الشخص على المحاكمة، وتمتعه بحقه في الدفاع. وضرورة إحاطة إجراء الاعتقال بضمانات لمحاكمة العادلة

كحق الاستعانة بمحام وحق الإشراف القضائي، خاصة وأننا لاحظنا أن مراسيم حالتي الطوارئ والحصار لم تتضمن هذه الضمانات الهامة. إضافة إلى ضرورة ضبط معايير تطبيق هذا الإجراء وعدم ربطه بمجرد الاشتباه والظن من أجل اعتبار الشخص مصدر خطورة على الأمن وللنظام، وهو ما يتعارض مع مبدأ قرينة البراءة و لا يتماشى مع مقتضيات العدالة وقواعد الإنصاف.

يجب أن تقوم القواعد الإجرائية المنظمة للحرية الشخصية أثناء المتابعة الجزائية على مبادئ المشروعية وقرينة البراءة، وإعمال مبدأ الشرعية والحفاظ عليه خاصة عند تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية. لكي تكون الشرعية هي الروح التي تصاحب الإجراءات الجزائية والتي تحفظ ضمانات حق الدفاع، وتحفظ مرونته وتكيفه مع كل الظروف، حتى تلك التي تلزم الدولة التضييق على حقوق الإنسان حماية لسيادها وممارسة حقها في **الدفاع عن نفسها.**

حث الباحثين للمزيد من الدراسات حول موضوع الشرعية والمشروعية، وإثراء مكتباتنا العربية بالدراسات المعمقة في **هذا الموضوع.**

وأخيرا

أود أن أقر حقيقة أنه لا يوجد عمل لإنسان كامل فالكمال لله عز وجل، لذا يكون العمل الإنساني عرضة للتغيير والتبديل والتعديل لأنه صادر **عن إرادة بشرية تحتمل الخطأ والصواب. وهذا العمل ما هو إلا جزء** من مجمل كنوز العلم والمعرفة، مصداقا لقوله تعالى:" **وما أوتيتم من العلم إلا فليلا**"(الإسراء: 85). **وقد أشار** العماد الأصفهاني إلى ذلك في قوله:" إني رأيت أنه لا يكتب أحدا كتابا في يومه إلا قال في غده: لو غير هذا لكان أحسن ولو زيد هذا لكان يستحسن ولو قدم هذا لكان أفضل ولو ترك هذا لكان أجمل وهذا من أعظم العبر وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر".

وفي الختام أسأل الله العظيم رب العرش العظيم أن يتقبل مني هذا العمل المتواضع وأن يجعله خاصا **لوجهه الكريم**، وصلي اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

فهرس المصادر والمراجع

❖ القرآن الكريم.

أولا: القرآن الكريم وعلومه

1. ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد سلامة، الطبعة الثانية، دار طيبة للنشر والتوزيع، 1999م.
2. أبو القاسم الزمخشري، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، الطبعة الثالثة، 1407هـ، دار الكتاب العربي، بيروت.
3. أبو جعفر الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، 1420هـ/2000م.
4. أبو حيان الأندلسي، البحر المحيط في التفسير، تحقيق: محمد جميل، دار الفكر، بيروت، 1420هـ.
5. مجد الدين الفيروزآبادي، بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز،تحقيق: محمد علي النجار، الجزء 04، المجلس الاعلى للشؤون الإسلامية، لجنة إحياء التراث الإسلامي، القاهرة.
6. مجد الدينالفيروز آبادي، تنوير المقباس من تفسير ابن عباس، دار الكتب العلمية، لبنان.
7. شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني و إبراهيم أطفيش، الطبعة الثانية، القاهرة، دار الكتب المصرية، 1964م.

ثانيا: كتب الحديث النبوي وعلومه

1. ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تعليق: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، دار المعرفة، بيروت، المجلد 12، 1379هـ.
2. ابن راهويه، مسند إسحاق بن راهويه، تحقيق: عبد الغفور بن عبد الحق البلوشي، الطبعة الأولى، مكتبة الإيمان، المدينة المنورة، المجلد 4، 1412هـ/1991م.
3. ابن ماجه، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، 1421هـ.
4. أبو العلا محمد المباركفوري، تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، الجزء 05، دار الكتب العلمية، بيروت.
5. أبو بكر بن أبي شية، الكتاب المصنف في الأحاديث و الآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، الرياض، 1409هـ.

6. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، الطبعة الثالثة، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية،2003م.

7. أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، مصنف عبد الرزاق الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الطبعة الثانية، المجلس العلمي، الهند، 1403هـ.

8. أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، صيدا، بيروت، المكتبة العصرية.

9. أبو زكرياء النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1392هـ.

10. أبو عيسى الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر، محمد فؤاد عبد الباقي، إبراهيم عطوة عوض، الطبعة الثانية، مصر، شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1975م.

11. أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: أحمد محمد شاكر، الطبعة الأولى، دار الحديث، القاهرة، 1995م.

12. أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، 2001م.

13. البخاري، صحيح البخاري، تحقيق: محمد بن زهير بن ناصر الناصر، الطبعة الأولى، دار طوق النجاة، 1422هـ.

14. البغوي، شرح السنة، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمد زهير الشاويش، الطبعة الثانية، 1403هـ/1989م، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت.

15. النسائي، السنن الصغرى للنسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، الطبعة الثانية، حلب، مكتبة المطبوعات الإسلامية، 1986م.

16. النسائي، السنن الكبرى، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، الطبعة الأولى، بيروت، مؤسسة الرسالة، 2001م.

17. علي بن سلطان محمد، أبو الحسن القاري، شرح مسند أبي حنيفة، تحقيق: الشيخ خليل محي الدين الميس، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1405هـ/1985م.

18. علي بن محمد الهروي القاري، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، الجزء 06، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2002م.

19. مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، الطبعة الأولى، الإمارات، أبوظبي، مؤسسة زايد بن سلطان ال نهيان للاعمال الخيرية والإنسانية، 2004م.

20. مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء التراث العربي.

ثالثا: كتب الفقه وأصوله

1. ابن تيمية، الحسبة، تحقيق: علي بن نايف الشحود، الطبعة الثانية، المجلد 1، 2004م.
2. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، الطبعة الثانية، 1412هـ/1992م، دار الفكر، بيروت.
3. ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية و مناهج الأحكام، الطبعة الأولى، مكتبة الكليات الأزهرية، 1406هـ/1986م.
4. ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر و التوزيع.
5. ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرة، 1968م.
6. ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، 1411هـ/1991م.
7. ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار البيان.
8. ابن نجيم المصري، الأشباه و النظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، الطبعة الأولى، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، 1999م.
9. ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء7، الطبعة الثانية، دار الكتاب الإسلامي.
10. أبو الحسن الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، بيروت، المكتب الإسلامي.
11. أبو القاسم السمناني، روضة القضاة وطريق النجاة، تحقيق: د. صلاح الدين المناهي، الطبعة الثانية، بيروت، عمان، مؤسسة الرسالة، دار الفرقان، 1984م.
12. أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، بيروت، دار المعرفة.
13. أبو حامد الغزالي، المستصفى، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1993م.
14. أبو زكريا النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش،الجزء11،الطبعة الثالثة، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، 1991م.
15. أبو يعلى، الأحكام السلطانية، تحقيق: محمد حامد الفقي، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1421هـ/2000م.
16. أبو يوسف الأنصاري، الخراج، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد و سعد حسن محمد، المكتبة الأزهرية للتراث.
17. أحمد رشاد طاحون، حرية العقيدة في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مصر، القاهرة، ايتراك للنشر و التوزيع، 1998م.

18. أحمد عجاج كرمى، الإدارة في عصر الرسول صلى الله عبيه وآله وسلم، الطبعة الأولى، الدار السلام، القاهرة، 1427هـ.

19. احمد فتحي بهنسي، الجرائم في الفقه الإسلامي "دراسة فقهية مقارنة"، الطبعة السادسة، القاهرة، دار الشروق، 1988م.

20. أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، الطبعة الخامسة، القاهرة، دار الشروق، 1983م.

21. احمد فتحي بهنسي، مدخل الفقه الجنائي الإسلامي، الطبعة الرابعة، القاهرة، دار الشروق، 1989م.

22. احمد فتحي بهنسي، موقف الشريعة من نظرية الدفاع الاجتماعي، الطبعة الثالثة، 1404هـ/1984م، دار الشروق،

23. أحمد محمد لطفي أحمد، أصول التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007م.

24. أحمد هبة، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم و العقاب، الطبعة الأولى، القاهرة، عالم الكتب، 1985م.

25. البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، دار الكتب العلمية.

26. الخرائطي، مكارم الأخلاق ومعاليها ومحمود طرائقها، تحقيق: أيمن عبد الجابر البحيري، الطبعة الأولى، دار الافاق العربية، القاهرة، المجلد 1419،1هـ/1999م.

27. الخطيب البغدادي، الفقيه و المتفقه، تحقيق: أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف الغرازي، الطبعة الثانية، السعودية، دار ابن الجوزي، 1421هـ.

28. السرخسي، المبسوط، بيروت، دار المعرفة، 1414هـ/1993م.

29. السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني "المعاملات"، الطبعة الثانية، لبنان، بيروت، دار الكتاب العربي، 1973م.

30. السيوطي، الأشباه والنظائر، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1990م.

31. الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، الطبعة الأولى، 1413هـ/1993م، دار الحديث، مصر.

32. الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الطاهر ميساوي، الطبعة الثانية، الأردن، عمان، دار النفائس للنشر و التوزيع، 2001م.

33. الطرابلسي، معين الأحاكم فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام،دار الفكر.

34. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، 1406هـ/1986م، دار الكتب العلمية،

35. الماوردي، الأحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة، مصر.

36. الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض و الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الأولى، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، 1419هـ/1999م.

37. بكر بن عبد الله أبو زيد، الحدود و التعزيرات عند ابن القيم "دراسة موازنة"، النشرة الثانية، المملكة العربية السعودية، دار العاصمة للنشر و التوزيع، 1415هـ.

38. حسن السيد بسيوني، الدولة و نظام الحكم في الإسلام، الطبعة الأولى، مصر، القاهرة، عالم الكتاب، 1405هـ/1985م.

39. حسين بن محمد المهدي، الشورى في الشريعة الإسلامية، وزارة الثقافة، 2006م.

40. شمس الدين الحطاب الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الجزء 06، الطبعة الثالثة، دار الفكر، 1992م.

41. شمس الدين الرملي، كهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بيروت، دار الفكر، 1984م.

42. شمس الدين الشربيني الشافعي، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق: مكتب البحوث و الدراسات دار الفكر، لبنان، بيروت، دار الفكر.

43. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، نظام الحكم في الإسلام، قطر، دار القطري بن الفجاءة، 1985م.

44. عبد السلام محمد الشريف العالم، النظام العقابي في التشريع الإسلامي، الطبعة الثانية، ليبيا، طرابلس، منشورات الجامعة المفتوحة، 1995م.

45. عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1409هـ/1989م.

46. عبد اللطيف بن سعيد الغامدي، حقوق الإنسان في الإسلام، الطبعة الأولى، 2000، مركز الدراسات والبحوث، الرياض.

47. عبد الله بن يوسف العنزي، تيسير علم أصول الفقه، الطبعة الأولى، لبنان، بيروت، مؤسسة الريان للطباعة و النشر و التوزيع، 1997م.

48. عبد الوهاب خلاف، السياسة الشرعية في الشؤون الدستورية والخارجية و المالية، دار القلم، 1988م.

49. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، الطبعة الثامنة، مكتبة الدعوة.

50. علي عبد القادر، الفقه الإسلامي "القضاء والحسبة"، الطبعة الأولى، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، 1986م.

51. لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، الطبعة الثانية، دار الفكر، 1310هـ.

52. لسان الدين الثقفي الحلبي، لسان الحكام في معرفة الأحكام، الطبعة الثانية، القاهرة، البابي الحلبي، 1393هـ/1973م.

53. محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي.
54. محمد بن مفلح، الفروع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الجزء11، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، 2003م.
55. محمد بهجت عتيبة، محاضرات في الفقه الجنائي الإسلامي، مصر، المعهد العالي للدراسات الإسلامية، 2007م.
56. محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، دار البيان، 1415هـ/1994م.
57. محمد سعيد محمد الرملاوي، قضايا الحبس و الاعتقال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2008م.
58. محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاها في المذاهب الأربعة، الطبعة الأولى، سوريا، دمشق، دار الفكر، 2006م.
59. محمود الشريبني، القضاء في الإسلام، الطبعة الثانية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1999م.
60. محمود نجيب حسني، الفقه الجنائي الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر،2007م.
61. معجب معدي الحويقل، الشرطة و حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مركز الدراسات و البحوث، الرياض، 2001م.
62. منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية.
63. نصر فريد محمد واصل، السلطة القضائية و نظام القضاء في الإسلام، مصر، المكتبة التوفيقية.
64. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الرابعة، سوريا، دمشق، دار الفكر.
65. يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي.

رابعا: كتب اللغة والمعاجم

1. إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، "مجمع اللغة العربية بالقاهرة"، المعجم الوسيط، دار الدعوة.
2. ابن منظور، لسان العرب، الطبعة الثالثة، لبنان، بيروت، دار صادر للنشر، 1414هـ.
3. ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء 7، الطبعة الثانية، دار الكتاب الإسلامي.
4. أبو الحسين الرازي، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1979م.
5. أبو بكر محمد الأزدي، جمهرة اللغة، تحقيق: رمزي منير بعلبكي، الطبعة الأولى، بيروت، دار العلم للملايين، 1987م.

6. أبو عبد الرحمن الفراهيدي البصري، **كتاب العين، تحقيق: مهدي المخزومي و إبراهيم السامرائي، دار** ومكتبة الهلال.

7. أبو نصر الفارابي، **الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية، تحقيق:** أحمد عبد الغفور عطار، الطبعة الرابعة، دار العلم للملايين بيروت، 1407ه/1987م.

8. أحمد القزويني، مجمل اللغة، تحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، الجزء 1، الطبعة الثانية، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1986م.

9. أحمد بن محمد الفيومي، المصبا ح المنير في غريب الشرح الكبير، لبنان، بيروت، المكتبة العلمية.

10. أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، **الجزء 01**، الطبعة الأولى، 2008م، عا لم الكتاب،

11. الجرجاني ، التعريفات، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1983م.

12. الفيروزآبادي، القاموس **المحيط، تحقيق:** مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، **بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي،الطبعة الثامنة،** مؤسسة الرسالة للطبع والنشر والتوزيع،بيروت، لبنان، 2005م.

13. رضي الدين الصغاني الحنفي، العباب **الزاخر واللباب الفاخر، الجزء 01.**

14 **رينهارت** بيتر آن دوزي، تكملة المعاجم العربية، ترجمة وتعليق: محمد سليم النعيمي وجمال الخياط، الجزء 07، الطبعة الأولى، من 1979-2000م، **وزارة الثقافة والاعلام للجمهورية العراقية، العراق،**

15. **زين الدين الحنفي** الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، الطبعة الخامسة، 1999، **المكتبة العصرية الدار النموذجية، صيدا.**

16. زين الدين محمد المدعو: المناوي القاهري، التوقيف على مهمات التعاريف، الطبعة الأولى، 1990م، عا لم الكتاب، القاهرة، مصر،

17. شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج معرفة ألفاظ المنهاج، الجزء 3، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1994م.

18. عبد النبي نكري، دستور العلماء" جامع العلوم في اصطلاحات الفنون، ترجمته من الفارسية: حسن هاني **فحص، الجزء 02**، الطبعة الأولى، 2000م، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت،

19. علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، تحقيق: جماعة العلماء، الطبعة الأولى، 1983م، **دار الكتب** العلمية،بيروت، لبنان،

20. محمد الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية.

21. محمد بن احمد الهروي، تهديب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرهب، الجزء 14،الطبعة الأولى، 2001م، دار إحياء التراث الغربي، بيروت، لبنان،

22. محمد بن علي التهانوي، كشاف إصطلاح الفنون والعلوم، مراجعة: رفيق العجم، تحقيق:علي دحروج، نقل النص الفارسي إلى العربية: عبد الله الخالدي، الجزء 02، الطبعة الأولى، 1996م، مكتبة لبنان الناشرون، بيروت، لبنان،

خامسا: كتب المقارنة (الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)

1. أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية "دراسة مقارنة"، الجزائر، بوزريعة، دار هومة، 2003م.
2. أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية "دراسة مقارنة"، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2011م.
3. جابر إبراهيم الراوي، حقوق الإنسان و حرياته الأساسية في القانون الدولي و الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، الأردن، دار وائل للطباعة و النشر، 1999م.
4. حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية "مقارنا بالشريعة الإسلامية"، الطبعة الثانية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004م.
5. حسني قمر، حقوق الإنسان في مجال نشأة الحقوق السياسية وتطورها و ضمانا ا "دراسة مقارنة"، مصر، دار الكتب القانونية، 2006م.
6. خيري أحمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان "دراسة مقارنة"، دار الجامعيين، 2002م.
7. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجزائية في التشريع والقضاء و الفقه، الطبعة الثانية، لبنان، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، 1999م.
8. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000م.
9. طارق خليل السعدي، مقارنة الأديان، الطبعة الأولى، 2005، دار العلوم للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.
10. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، ضمانات المتهم في الشريعة الإسلامية و القانون، الطبعة الأولى، القاهرة، دار الفكر العربي، 2000م.
11. عبد الفتاح مراد، التحقيق الجنائي العملي في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، 1989م.
12. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، بيروت، دار الكتاب العربي.
13. عبد الله مبروك النجار، أصول القواعد القانونية "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، 2008م.

14. عبد الهادي عبد الرحمن، الشرائع السماوية كمصدر لحقوق الإنسان عبر التاريخ، 1976، مكتبة دار بيروت القديمة، بيروت، لبنان.
15. عصام عفيفي عبد البصير، أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها"دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي"، الطبعة الأولى، 2004م.
16. عليان بو زيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق" دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، 2009م، دار الجامعة الجديدة،
17. عمار بوضياف، المحاكمة العادلة في النظام الإسلامي و المواثيق الدولية" دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، 2010، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر.
18. محمد إبراهيم الإصبيعي، الشرطة في النظم الإسلامية و القوانين الوضعية "دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون"، الإسكندرية، المكتب العربي الحديث.
19. محمد الطراونة، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، الأردن، عمان، دار وائل للنشر، 2003م.
20. محمد بن المدني بوساق، اتجاهات السياسة الجنائية المعاصرة والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، 2002م.
21. مشهور حسن محمود سلمان، المحاماة "تاريخها في النظم وموقف الشريعة الإسلامية منها"، الطبعة الأولى، دار الفيحاء، عمان، الأردن، 1987م.
22. وهبة الزحيلي، القانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان"دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، 2012م.
23. يوسف الشيخ يوسف، حماية الحق في حرمة الأحاديث الخاصة "دراسة مقارنة في تشريعات التنصت وحرمة الأحاديث الخاصة"، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1998م.

سادسا: المراجع القانونية

أ. **الدساتير والقوانين:**

1. الدستور الجزائري لسنة 1996 صادر في الجريدة الرسمية رقم76 المؤرخ في 8 ديسمبر1996م المعدل بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06مارس سنة 2016م، الجريدة الرسمية عدد 14 الصادرة في 07 مارس سنة 2016م.
2. دستور العراق الجديد الصادر في 2005/10/15.
3. دستور جمهورية مصر العربية الصادر في 11 سبتمبر 1971م.

4. دستور المملكة الأردنية الهاشمية الصادر في 1952/1/1م الموافق ل 1371/4/4ه.
5. الدستور الفرنسي الصادر في 4 أكتوبر 1958م.
6. قانون العقوبات (أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر 1386ه الموافق 8 يونيو 1966م المعدل بالقانون رقم 16-02 المؤرخ في 19 يونيو 2016م المتضمن قانون العقوبات).
7. قانون الإجراءات الجزائية الجزائري (أمر رقم 66-155 مؤرخ في 18 صفر 1386ه الموافق 8 يونيو 1966م المعدل بالأمر رقم 15-02 المؤرخ في 23 يوليو 2015م المتضمن قانون الإجراءات الجزائية).
8. قانون القضاء العسكري(أمر رقم 71-28 المؤرخ في 26 صفر عام 1391ه الموافق ل 22 أفريل 1971م، المتضمن قانون القضاء العسكري المعدل والمتمم).
9. القانون رقم 15-12 المؤرخ في 28 رمضان 1436ه الموافق 15 يوليو 2015م المتعلق بحماية الطفل.
10. القانون رقم 13-07 مؤرخ في 24 ذي الحجة عام 1434 الموافق 29 أكتوبر 2013 يتضمن تنظيم مهنة المحاماة. (الجريدة الرسمية رقم 55 مؤرخة في 30 أكتوبر سنة 2013).
11. القرار مؤرخ في 04 سبتمبر سنة 1995، يتضمن الموافقة على النظام الداخلي لمهنة المحاماة (الجريدة الرسمية 48 مؤرخة في 14-08-1996).
12. القانون عضوي رقم 04-11 مؤرخ في 21 رجب 1425 الموافق 6 سبتمبر 2004 يتضمن القانون الأساسي للقضاء.
13. قانون عضوي رقم 12-05 المؤرخ في 18 صفر عام 1433 ه الموافق 12 يناير 2012 ، يتعلق بالإعلام. المعدل للقانون رقم 90-07 المؤرخ في 08 رمضان 1410 الموافق 1990/04/03 المتعلق بالإعلام.
14. القانون رقم 79-07 المؤرخ في 26 شعبان 1399 الموافق ل21 جويلية 1979 والمعدل والمتمم بالقانون رقم 98-10 الصادر بتاريخ 22 أوت 1998 المتعلق بقانون الجمارك.
15. الأمر 64-211 مؤرخ في 28 يوليو 1964م يتضمن إحداث محكمة عرفية، الجريدة الرسمية عدد 20 صادرة في 4 أوت 1964م.
16. الأمر رقم 124/67 المؤرخ في 1967/07/08م يتضمن الإعلان عن التعبئة العامة.، الجريدة الرسمية العدد 60 الصادرة في 1967/07/25م.
17. الأمر 66-180 المؤرخ في 21 يونيو 1966م يتضمن إحداث مجالس قضائية خاصة لقمع الجرائم الاقتصادية، الجريدة الرسمية عدد 54 صادرة في 24 يونيو 1966م.

18. المرسوم رقم 66-181 المؤرخ في 21 يونيو 1966 م يتضمن تحديد عدد أعضاء المجالس القضائية الخاصة لقمع الجرائم الاقتصادية، الجريدة الرسمية عدد 54 صادرة في 24 يونيو 1966م.

19. الأمر رقم 68-609 مؤرخ في نوفمبر 1968م يتضمن إنشاء مجلس قضائي ثوري، الجريدة الرسمية عدد 89 صادرة يوم الثلاثاء 4 نوفمبر 1968م.

20. القرار مؤرخ في في 13 شعبان 1388ه الموافق 4 نوفمبر 1968م المتضمن تحديد مقر المجلس القضائي الثوري، الجريدة الرسمية عدد 89 صادرة يوم الثلاثاء 4 نوفمبر 1968م.

21. المرسوم التشريعي رقم 92-03 المؤرخ في 30 سبتمبر 1992م يتعلق بمكافحة التخريب والإرهاب، الجريدة الرسمية عدد 70 صادرة في 31 سبتمبر 1992م.

22. المرسوم التشريعي رقم 92-387 مؤرخ في 20 أكتوبر 1992م يحدد المقر والاختصاص الإقليمي للمجالس الخاصة، الجريدة الرسمية عدد 76 صادرة في 21 أكتوبر 1992م.

23. المرسوم رقم 251/80 المؤرخ في 04 ذي الحجة عام 1400ه الموافق 13 أكتوبر 1980م المتضمن الإعلان عن المناطق المنكوبة ووضعها تحت القيادة العسكرية، الجريدة الرسمية العدد 42، الصادرة في 14 أكتوبر 1980م.

24. الأمر رقم 75-45 المؤرخ في 17 يونيو 1975م يتضمن إنشاء مجلس أمن الدولة، الجريدة الرسمية عدد 53، صادرة في 4 يوليو 1975م.

25. المرسوم مؤرخ في 15 يناير 1976م يتضمن تعيين مقر مجلس أمن الدولة،الجريدة الرسمية عدد 6، صادرة في 20 يناير 1976م.

26. القانون رقم 89-06 المؤرخ في 25 أفريل 1989م يتضمن إلغاء مجلس أمن الدولة، الجريدة الرسمية، عدد 17 صادرة في 26 أفريل 1989م.

27. المرسوم رئاسي رقم 91-196 المؤرخ 04 يونيو 1991م المتضمن تقرير حالة الحصار، الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 29 الصادرة في 12 يونيو 1991م.

28. المرسوم الرئاسي رقم 91-336 المؤرخ في 22سبتمبر1991م المتضمن رفع حالة الحصار، الجريدة الرسمية عدد 44، الصادرة في 25 سبتمبر 1991م.

29. مرسوم تنفيذي رقم 91-201 مؤرخ في 25 يونيو 1991م يضبط حدود الوضع في مركز الأمن وشروطه، الجريدة الرسمية عدد 31 الصادرة في 26 يونيو 1991م.

30. مرسوم تنفيذي رقم 91-202 مؤرخ في 25 يونيو 1991م يضبط حدود الوضع تحت الإقامة الجبرية وشروطها، الجريدة الرسمية عدد 31الصادرة في 26 يونيو 1991م.

31. مرسوم تنفيذي رقم 91-203 مؤرخ في 25 يونيو 1991م يضبط كيفيات تطبيق تدابير المنع من الإقامة، الجريدة الرسمية عدد 31 الصادرة في 26 يونيو 1991م.
32. مرسوم تنفيذي رقم 91-204 مؤرخ في 25 يونيو 1991م يحدد شروط تطبيق المادة 07 من المرسوم الرئايس رقم 91-166 المتضمن تقرير حالة الحصار، الجريدة الرسمية عدد 31 الصادرة في 26 يونيو 1991م.
33. مرسوم رئاسي رقم 92-44 مؤرخ في 9 فبراير 1992م يتضمن إعلان حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية عدد 10 الصادرة في 9 فبراير 1992م.
34. المرسوم التشريعي رقم 93-02 المؤرخ في 06 يناير 1993م المتعلق بتمديد مدة حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية العدد 08، الصادرة في 07 يناير 1993م.
35. الأمر 11-01 المؤرخ في 23 فبراير 2011م يتضمن رفع حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية العدد 12، الصادرة في 23 فبراير 2011م.
36. مرسوم تنفيذي رقم 92-75 مؤرخ في 20 فبراير 1992م يحدد شروط تطبيق بعض أحكام المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المؤرخ في 09 فبراير 1992م والمتضمن حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية عدد 14، الصادرة في23 فبراير 1992م.
37. القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 10 فبراير 1992م والمتضمن التنظيم العام لتدابير الحفاظ على النظام العام في إطار حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية العدد 11 والمنشور في 11 فبراير 1992م.
38. قرار مؤرخ في 10 فبراير 1992م والمتضمن إنشاء مراكز أمن في(رقان- تامنغست- ورقلة)، الجريدة الرسمية العدد 11 والمنشور في 11 فبراير 1992م.
39. القرار المؤرخ في 07 شعبان 1412ه الموافق 11 فبراير 1992م المتضمن تفويض الإمضاء على الولاة فيما يخص الوضع في مراكز الأمن، الجريدة الرسمية العدد 11 المنشور في 11 فبراير 1992م.
40. الأمر 95-12 مؤرخ في 25 رمضان 1415 الموافق 25 فيفري 1995م يتضمن تدابير الرحمة الجريدة الرسمية عدد 11 صادرة في 1 مارس 1995م.
41. الأمر رقم 06-01 المؤرخ في 27 فبراير 2006م يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، الجريدة الرسمية العدد 11 الصادرة في 28 فبراير 2006م.
42. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1971.
43. قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي، طبعة منقحة في 2014/03/1.
44. قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم 150 لسنة 1950.

45. قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم 09 لسنة 1961.

نظام الإجراءات الجزائية السعودي، صدر بقرار مجلس الوزراء رقم 200 و تاريخ 1422/07/14ه المصادق عليه بالمرسوم الملكي رقم 39 وتاريخ 1422/07/28ه.

ب. المعاهدات الدولية وإعلانات حقوق الإنسان

46. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أعلنته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948م.

47. العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية سنة 1966م، انضمت الجزائر لهذا العهد بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 11 شوال عام 1409ه الموافق 16 مايو سنة 1989م، منشور في: ج. ر.ج.ج ، العدد 20 لسنة 1989م.

48. الماكناكارتا، 1215م.

49. الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن،26 أوت 1789م.

50. البيان العالمي لحقوق الإنسان في الإسلام، 1981م.

51. الميثاق العربي لحقوق الإنسان الذي اعتمدته الجامعة العربية في 2004.

52. الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية 1953.

ت. كتب قانونية:

1. إبراهيم حامد طنطاوي، الحبس الاحتياطي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
2. إبراهيم زكي أخنوخ، حالة الضرورة في قانون العقوبات، 1969م، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،
3. إبراهيم محمود اللبيدي، الحماية الجنائية لأمن الدولة، دار الكتب القانونية، مصر، 2008م.
4. أحسن بوسقيعة، التحقيق القضائي، الطبعة الثانية، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002م.
5. أحمد المهدي، أشرف الشافعي، التحقيق الجنائي الابتدائي و ضمانات المتهم و حمايتها، دار الكتب القانونية، مصر، 2005م.
6. أحمد بسيوني أبو الروس، المتهم، الإسكندرية.
7. أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، الطبعة الخامسة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.

8. أحمد عبد الحميد الدسوقي، **الحماية الموضوعية** والإجرائية لحقوق الإنسان في مرحلة ما قبل المحاكمة "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2007م.

9. أحمد غاي، التوقيف للنظر، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، **الجزائر**، 2011م.

10. أحمد غاي، الوجيز في تنظيم ومهام الشرطة القضائية، **الطبعة السادسة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر**، 2014م.

11. أحمد**فتحي سرور، الشرعية الدستورية** و حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، طبعة معدلة، مصر، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995م.

12. أحمد فتحي سرور، **الشرعية والإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة**، 1977م.

13. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الثانية، مصر، القاهرة، دار الشروق، 2002م.

14. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، 1993م.

15. **إدريس** عبد الجواد عبد الله بريك، ضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال، الإسكندرية، دار الجامعة للنشر، 2005م.

16. **إدريس عبد الجواد عبد الله بريك، الحبس الاحتياطي** و حماية الحرية الفردية "دراسة مقارنة"، **دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر**، 2008م.

17. **ادوار عيد، رقابة** القضاء العدلي على أعمال الإدارة، 1973م،

18. أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، الدار الجامعية.

19. الطاهر بن خرف الله، مدخل إلى الحريات و حقوق الإنسان "التعبير الدستوري للحريات و الحقوق"، **الجزء 2، الجزائر، طاكسيج كوم**.

20. **أوليفيه دوهاميل**، أيف ميني، المعجم الدستوري، ترجمة: **منصور القاضي، مراجعة:** زهير شكر، لبنان، **المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر**، 1996م.

21. المنظمة الدولية للإصلاح الجنائي، بدائل التدابير الإحتجازية" **دراسة حالة لعدد من الدول العربية**(الأردن،**الجزائر، المغرب، اليمن، تونس، مصر**)"، **مايو** 2014م.

22. بسيوني عبد الغني عبد الله، المبادئ العامة للقانون الدستوري، 1985م، الدار الجامعية، بيروت.

23. بسيوني عبد الغني عبد الله، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، الطبعة الثانية،2001، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

24. بوكيحل لخضر، الحبس الاحتياطي والمراقبة القضائية في التشريع الجزائري والمقارن، الديوان الوطني للمطبوعات، الجزائر.

25. جلول شيتور، ضمانات عدم المساس بالحرية الفردية، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2006م.

26. جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء 1، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار، الرويبة، الجزائر.

27. جيلالي بغدادي، التحقيق "دراسة مقارنة نظرية و تطبيقية"، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1999م.

28. حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1997م.

29. حسن حماد حميد الحماد، العلانية في قانون أصول المحاكمات الجزائية "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012م.

30. حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996م.

31. حسني بوديار، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر والتوزيع.

32. حسن بشيت خوين، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية خلال مرحلة المحاكمة"دراسة مقارنة"، الجزء 2، الطبعة الأولى، 1998، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

33. حلمي الدقدوقي ونجيب مفتاح، الرقابة القضائية على مشروعية قرارات الاعتقال"الصادرة وفقا لقانون حالة الطوارئ"، 1992م.

34. درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، الطبعة الأولى، الجزائر، منشورات عشاش، 2003م.

35. رؤوف عبيد، حق الدفاع أمام القضاء الجنائي، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012م.

36. رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، الطبعة السادسة، دار الجيل للطباعة، 1985م.

37. رمضان غسمون، الحق في محاكمة عادلة، الطبعة الأولى، دار الألمعية للنشر والتوزيع، 2010م.

38. سامي صادق الملا، اعتراف المتهم، الطبعة الثانية، المطبعة العالمية، القاهرة، مصر، 1975م.

39. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000م.

40. طه زاكي صافي، الاتجاهات الحديثة للمحاكمات الجنائية(بين القديم والحديث)، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، 2003م.

41. عادل عبد العال خراشي، ضوابط التحري و الاستدلال عن الجرائم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006م.

42. عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات القسم العام "الجريمة"،الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994م.

43. عبد الأمير العكيلي،سليم إبراهيم حربة، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء2، جامعة بغداد.

44. عبد الحكم فودة، البراءة و عدم العقاب في الدعوى الجنائية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2000م.

45. عبد الحميد الشواربي، الإخلال بحق الدفاع" في ضوء الفقه والقضاء"، الإسكندرية، منشاة المعارف، 1997م.

46. عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، منشأة المعارف.

47. عبد الحميد الشواربي، ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996م.

48. عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري "التحري والتحقيق"، الطبعة الثانية، الجزائر، دار هومة، 2011م.

49. عبد الله أوهايبية، ضمانات الحرية الشخصية أثناء مرحلة البحث التمهيدي "الاستدلال"، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2004م.

50. عبد الله سعيد فهد الدوه، المحاكم الخاصة والاستثنائية و أثرها على حقوق المتهم، الطبعة الأولى، 2012، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، المملكة العربية السعودية.

51. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، الجزء الأول "الجريمة"، الطبعة السابعة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية.

52. عبد الله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة" القضاء الإداري"، 1979-1980م، المطبعة الجديدة، دمشق، سوريا،

53. عبد المنعم محفوظ، علاقة الفرد بالسلطة" الحريات العامة وضمانات ممارستها"، الطبعة الأولى، عالم الكتب، القاهرة، 1984م.

54. عبد الوهاب حومد، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن.

55. **عدنان عمرو**، القضاء الإداري الفلسطيني ومبدأ المشروعية، **نيسان** 2001م.

56. علي أحمد عبد الزعبي، حق الخصوصية في **القانون الجنائي"دراسة مقارنة"**، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة **للكتاب، طرابلس، لبنان**، 2006م.

57. علي خطار شطناوي،القضاء الإداري الأردني، الطبعة الأولى، **مطبعة كنعان، عمان،الأردن**، 1995م.

58. علي سبتي محمد، وسائل حماية المشروعية" **دراسة** مقارنة في ضوء التجربة العراقية".

59. **علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات "القسم العام"**، لبنان، بيروت، منشورات الحلبي **الحقوقية**.

60. علي عبد القادر القهوجي، قانون الاشتباه **"دراسة تحليلية إنتقادية"**، بيروت، الدار الجامعية، 1986م.

61. علي محمد صالح الدباس وعلي عليان محمد أبو زيد، حقوق الإنسان **وحرياته، عمان، دار الثقافة للنشر و التوزيع**، 2005م.

62. عمار تركي السعدون الحسيني، الحماية الجنائية للحرية الشخصية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، **لبنان**، 2012م.

63. عمر حلمي فهمي، الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني**"دراسة مقارنة"، الطبعة** الأولى، دار الفكر العربي، 1980م.

64. عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة**"دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن**، 2005م.

65. عوض محمد عوض، قانون الإجراءات الجنائية، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1989م.

66. **غازي حسن صباريني**،الوجيز في حقوق الإنسان و **حرياته الأساسية، الطبعة الثانية، الأردن، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع**، 1997م.

67. فاروق الكيلاني، المحاكم الخاصة**"دراسة مقارنة"،الطبعة** الأولى، 1980م.

68. فرج علواني هليل، التحقيق الجنائي و التصرف فيه، الإسكندرية، دار المطبوعات **الجامعية**، 1999م.

69. فرج علواني هليل، الحبس الاحتياطي و بدائله، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2007م.

70. *فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية بين النظري والعملي مع آخر التعديلات، الجزائر.*

71. **فوزي أوصديق، دراسات دستورية و العولمة "الجزائر نموذجا"، الطبعة الثانية، الجزائر، دار الفرقان**، 2001م.

72. فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 2010م.

73. فيصل شطناوي، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، الطبعة الأولى، الأردن، عمان، دار حامد، 1998م.

74. قدري عبد الفتاح الشهاوي، ضوابط السلطة الشرطية في التشريع الإجرائي المصري والمقارن، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999م.

75. ممدوح عبد الحميد، سلطات الضبط الإداري في الظروف الإستثنائية"سلطات البوليس في قوانين الطوارئ" دراسة مقارنة، 1992م.

76. محفوظ لعشب، التجربة الدستورية في الجزائر، الجزائر، المطبعة الحديثة للفنون المطبعية، 2001م.

77. محمد إبراهيم زيد، المحاماة في النظام القضائي في الدول الغربية، 1987، دار النشر، الرياض.

78. محمد الصغير بعلي،الوسيط في المنازعات الإدارية، 2009، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر،

79. محمد الفاضل، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الأول ، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة دمشق، دمشق،1963 م.

80. محمد أنس جعفر، أحمد محمد رفعت، حقوق الإنسان، 1999، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، مصر.

81. محمد حسن دخيل، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009م.

82. محمد حماد مرهج الهيتي، أصول البحث و التحقيق الجنائي "موضوعه، أشخاصه و القواعد التي تحكمه"، مصر، دار الكتب القانونية، 2008م.

83. محمد خميس، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، الطبعة الثانية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2006م.

84. محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002م.

85. محمد سعيد مجذوب، الحريات العامة وحقوق الإنسان، الطبعة الأولى، 1986، جروس يرس، بيروت.

86. محمد سعيد محمد الرملاوي، قضايا الحبس و الاعتقال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2008م.

87. محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية "شرح لقانون أصول المحاكمات الجزائية"، الطبعة الأولى، الأردن، عمان، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2005م.

88. محمد صبحي محمد نجم، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الطبعة الثانية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1988م.

89. محمد عبد الله محمد المر، الحبس الاحتياطي "دراسة مقارنة"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006م.

90. محمد علي السالم عياد الحلبي، ضمانات الحرية الشخصية أثناء التحري و الاستدلال في القانون المقارن، الطبعة الثانية، الكويت، ذات السلاسل.

91. محمد محدة، ضمانات المشتبه فيه وحقوق الدفاع من العهد البربري حتى الاستقلال، الجزء 1، الطبعة الأولى، 1991، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر.

92. محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، الجزء 3، الطبعة الأولى، دار الهدى، عين مليلة، 1991-1992م.

93. محمد معروف عبد الله، رقابة الإدعاء العام على الشرعية" دراسة مقارنة"، مطبعة المعارف، بغداد، 1981م.

94. محمود نجيب حسني، القبض على الأشخاص، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1994م.

95. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987م.

96. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة.

97. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، 1982م.

98. ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1996م.

99. منصور إبراهيم العتوم، القضاء الإداري" دراسة مقارنة"،الطبعة الأولى، 2013م، دار وائل للنشر، عمان، الأردن،

100. منصور عمر المعايطة، الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2000م.

101. منظمة العفو الدولية، دليل المحاكمة العادلة، الطبعة العربية الثانية، طبع في المملكة المتحدة، 2014م.

102. موريس نخلة، الحريات، لبنان، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 1999م.

103. موفق علي عبيد سرية التحقيقات الجزائية و حقوق الدفاع، الطبعة الأولى، 2015، دار الحامد للنشر و التوزيع، عمان ،الأردن.

104. مولاي ملياني بغدادي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1992م.

105. نواف كنعان، القضاء الإداري، الطبعة الأولى الإصدار الثالث، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009م.

106. هاني علي الطهراوي، القانون الإداري، الطبعة الأولى، 1998، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن،

107. *يحي الجمل، حصاد القرن العشرين في علم القانون، الطبعة الأولى، دار الشروق، 2006م.*

108. يحياوي نورة بن علي، حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي و الداخلي، الجزائر، دار هومة، 2004م.

109. يوسف الشيخ يوسف، حماية الحق في حرمة الأحاديث الخاصة "دراسة مقارنة في تشريعات التنصت وحرمة الأحاديث الخاصة"، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1998م.

110. يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، الطبعة الأولى، ابن النديم للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2009م.

111. يوسف دلاندة، الوجيز في ضمانات المحاكمة العادلة، الجزائر، دار هومة، 2005م.

سابعا: كتب التاريخ

1. ابن خلدون، ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب و البربر و من عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر، تحقيق: خليل شحادة، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1988م.

2. اسمت عنيم، إمبراطورية جوستينيان، دار المجمع العلمي، جدة، السعودية، 1977م.

3. بنجامين ستورا، تاريخ الجزائر بعد الإستقلال 1996-1988م، ترجمة:صباح مدوح كعدان، الطبعة الأولى، الهيئة العامة السورية للكتاب، دمشق، 2012م.

4. جيمس ت. ج.، ترجمة: أحمد زهير أمين، الحياة أيام الفراعنة، 1997، الهيئة المصرية العامة للكتاب.

5. دياكوف ف و كوفاليف س.، ترجمة: نسيم واكيم اليازجي،الحضارات القديمة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار علاء الدين، 2000 دمشق، سوريا.

6. صاحب عبيد الفتلاوي، تاريخ القانون، 1998، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

7. صلاح الدين جبار، المدخل إلى تاريخ القانون، الطبعة الأولى، 2011، دار بلقيس للنشر، الجزائر.

8. صوفي حسن أبو طالب، **تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، 1984، دار النهضة.**

9. عاصم أحمد حسين، المدخل إلى تاريخ وحضارة الإغريق، 1998م ، **مكتبة ضة الشرق، القاهرة، مصر.**

10. عبد السلام الترمانيني، الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية، الطبعة الثالثة، 1982، **جامعة الكويت، الكويت.**

11. عبد العزيز سليمان نوار، التاريخ الأوربي الحديث "**من عصر النهضة** حتى نهاية الحرب العالمية الاولى"، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1999م.

12. عبد الهادي عبد الرحمن، الشرائع السماوية كمصدر لحقوق الإنسان عبر التاريخ، مكتبة دار بيروت القديمة، بيروت، لبنان، 1976م.

13. فاضلي إدريس، المدخل إلى تاريخ النظم، ديوان المطبوعات **الجامعية.**

14. فرج محمود حسن أبو ليلى، تاريخ حقوق الإنسان في التصور الإسلامي، الطبعة الأولى، 1994، **دار الثقافة، الدوحة، قطر.**

15. لطفي عبد الوهاب يحي، اليونان "مقدمة في التاريخ الحضاري"، 1991، **دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، مصر.**

16. محمد سليمان شبير، **تاريخ النظم القانونية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 2010م.**

17. محمد فتحي عثمان، المدخل الى التاريخ الإسلامي، الطبعة الثانية، دار النفائس، بيروت، لبنانن 1992م.

18. محمود سعيد عمران، الإمبراطورية البيزنطية وحضارها، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بيروت، 2002م.

19. مشهور حسن محمود **سلمان، المحاماة** "تاريخها في النظم وموقف الشريعة الإسلامية منها"، **الطبعة** الأولى، 1987، **دار الفيحاء، عمان، الأردن.**

20. مصطفى العبادي، الإمبراطورية الرومانية "النظام الإمبراطوري ومصر الرومانية"، 1999، **دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، مصر.**

21. ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في **القانون الجنائي، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان،** الأردن، 1996م.

22. نورمان بينز، ترجمة: حسين مؤنس ومحمود يوسف زايد، الإمبراطورية البيزنطية، الطبعة الأولى، **مطبعة** لجنة التأليف و الترجمة والنشر، القاهرة، 1950م.

ثامنا: الرسائل الجامعية

1. أحمد إدريس أحمد، افتراض براءة المتهم، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1984م.

2. أحمد سعدي سعيد الأحمد، المتهم ضماناته و حقوقه في الاستجواب و التوقيف "الحبس الاحتياطي" في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، 2008م، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين.

3. باسم علي الإمام، حق المحاكمة العادلة للمتهم في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، رسالة ماجستير،1993، الجامعة الأردنية،

4. بن نولي زرزور، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الأمم المتحدة، رسالة ماجستير، 2012، جامعة محمد خيضر، بسكرة.

5. بوداود لطفي، الحماية الدستورية لحقوق الدفاع أثناء المتابعة الجزائية، رسالة ماجستير، جامعة بشار، 2008-2009 م.

6. تباني الطاهر، الشريعة الإسلامية وحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، 2007، جامعة منتوري، قسنطينة.

7. تركي بن يحي الثبيتي، موقف الشريعة الإسلامية من القاعدة القانونية "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، رسالة ماجستير، جامعة أم القرى، 1408هـ.

8. جمال عبود محمد الذيب، حقوق الإنسان زمن الحرب والمنازعات المسلحة في الشريعة الإسلامية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، أيار 2006م.

9. جميل يوسف قدورة كتكت، نطاق الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراه، 1986-1987م، جامعة القاهرة، مصر،

10. حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، 1996م.

11. حبشي لزرق، أثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضماناتها، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013م.

12. خالد رمزي سالم كريم البزايعة، جرائم الحرب في الفقه الإسلامي والقانون الدولي، رسالة دكتوراة، الجامعة الأردنية، أيلول 2005م.

13. خلادي شهيناز وداد، أثر الأدلة الجنائية على الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي،رسالة ماستر، 2013-2014، جامعة محمد خيضر، بسكرة.

14. راجح بن بخيت السناني، أدب المحامي في الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 1430هـ/2009م.

15. زكريا محمد عبد الحميد محفوظ، حالة الطوارئ" في القانون المقارن وفي تشريع الجمهورية العربية المتحدة"، رسالة دكتوراة، جامعة الإسكندرية، مصر، 1966م.

16. سعدون عنتر الجنابي، أحكام الظروف الاستثنائية في التشريع العراقي، رسالة ماجستير، 1981م، منشور من قبل وزارة الثقافة والإعلام،

17. سلمان حمد محمد الهدية، ضمانات المتهم أثناء المحاكمة "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، 2005، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.

18. سليماني السعيد، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة، رسالة ماجستير، 2003-2004م، جامعة مولود معمري، تيزي أوزو،

19. سمير محمد عبد المقصود هندي، الاشتباه و حرية المواطن في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر.

20. شباب برزوق، الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، جامعة وهران، 2011-2012م.

21. شهاب طالب الزوبعي، الحماية الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان في ضوء المتغيرات الدولية، رسالة ماجستير، الأكاديمية العربية في الدانمارك، الدانمارك، 2008م.

22. شيخي شفيق، انعدام الاستقلال الوظيفي للقضاة في الجزائر،رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010-2011م.

23. صفية بشاتن، الحماية القانونية للحياة الخاصة"دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،07 ماي 2012م.

24. عادل إبراهيم إسماعيل صفا، سلطات مأمور الضبط القضائي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2001م.

25. عبد الستار سالم الكبيسي، ضمانات المتهم قبل و أثناء المحاكمة" دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراة، 1981، جامعة القاهرة

26. عبد الله بن منصور بن محمد البراك، حق المتهم في الدفاع في نظام الإجراءات الجزائية السعودي و المواثيق الدولية، رسالة دكتوراه، 2007، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية.

27. عبد الله مرسي سعد، القضاء الإداري ومبدأ سيادة القانون"دراسة مقارنة بالشرائع الوضعية"، رسالة دكتوراة، 1972م، جامعة الإسكندرية ، مصر،

28. علاء باسم صبحي بني فضل، ضمانات المتهم أمام المحكمة الجنائية الدولية، رسالة ماجستير، 2011م، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين،

29. علي عبد الرزاق عبد الرضا، نظرية الظروف الاستثنائية" دراسة في أحكام القضاء الإداري الفرنسي والمصري واللبناني"، رسالة ماجستير، 2012م، جامعة بيروت العربية، بيروت، لبنان،

30. فادي نعيم جميل العلاونة، مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمانات تحقيقه، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2011م.

31. فهد محمد النفيسه،إجراءات التحقيق والمحاكمة في الجرائم العسكرية" دراسة تأصيلية وتطبيقية في النظام السعودي"، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 1425-1426ه.

32. كريم بن عيادة بن غطاي العنزي، الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي بين الشريعة و القانون "مع التطبيق في المملكة العربية السعودية"، رسالة ماجستير، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية،الرياض، 2003م.

33. لخذاري عبد الحق، ضمانات حماية الحق في سلامة الجسم "دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009م.

34. محمد راشد العمر، أصول التحقيق الجنائي في الشريعة الإسلامية" دراسة فقهية مقارنة"، رسالة دكتوراة، 2005، جامعة دمشق، الجمهورية العربية السورية.

35. محمد كاسب خطار الشموط، ضوابط علانية المحاكمات الجزائية في التشريع الأردني"دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، 2010/2009، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، الأردن.

36. محمود هارون النوافلة، حقوق المتهم أثناء التحقيق الإبتدائي دراسة مقارنة بين في التشريع الإسلامي والقانون الجنائي الأردني، رسالة دكتوراة، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، 2011م.

37. مسعود بن عبد الرحمن الرومي، حق المتهم في السكوت في الدعوى الجزائية، رسالة ماجستير، 1428ه/2007م، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض.

38. معاش سارة، العقوبات السالبة للحرية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، 2010م/2011م، جامعة الحاج لخضر، باتنة.

39. منير عادل مسعود أبو مغلي، صلاحيات الضابطة الإدارية في الظروف الاستثنائية"دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير،1999م، الجامعة الأردنية، الأردن،

40. نادية خلفة، آليات حماية حقوق الإنسان في المنظومة القانونية الجزائرية، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، بسكرة، الجزائر، 2010م.

41. نويري عبد العزيز، الحماية الجزائية للحياة الخاصة "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010-2011.

42. هديل محمد فضل العتيلي، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الظروف الاستثنائية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، كانون الأول 2001م.

تاسعا: بحوث ومقالات

1. إبراهيم بودوخة، الأسس العامة للمحاكمة العادلة وصلتها بحقوق الدفاع كما كانت تجريها المحاكم في ظل الحضارة الإسلامية، مجلة العلوم الإنسانية، العدد28/27، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012م.

2. إحسان الكيلاني، السلامة الشخصية وحقوق الدفاع ودور المحاماة في الإسلام، مجلة الحقوق، العدد 3، السنة السابعة، جامعة الكويت، سبتمبر 1983م.

3. أحمد فتحي سرور، الشرعية الإجرائية الجنائية، المجلة القانونية، المجلد 9، العدد 3، نوفمبر، 1978م.

4. أحمد ناصوري، النظام السياسي وجدلية الشرعية والمشروعية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المد 24، العدد 2، 2008م.

5. أوسوكين عبد الحفيظ، الحريات الأساسية في ظل الظروف الاستثنائية بين الحراك السياسي والميزان القانوني "دراسة مقارنة على ضوء المعطيات الجزائرية"، مداخلة ألقيت في الجامعة الأردنية سنة 2014م.

6. حمدي عبد الله الشرقاوي، حقوق الإنسان في الأديان "دراسة مقارنة بين الإسلام والهندوسية والماجوسية"، 2007، مجلة الشريعة والقانون، العدد 29، محرم 1428ه.

7. حميدان بن عبد الله الحميدان، الجمع أو التفريق بين سلطتي الادعاء و التحقيق "دراسة مقارنة"، مجلة العدل، العدد 5، محرم 1421ه.

8. حيدر البصري، حقوق الإنسان في الإسلام، مجلة النبأ، العدد 63، تشرين 2001م.

9. خالد خليل الظاهر، الرقابة القضائية لضمان مبدأ الشرعية في المملكة العربية السعودية"دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد 2، جامعة الإسكندرية، 2010م.

10. ساهر إبراهيم الوليد،مراقبة المتهم إلكترونيا كوسيلة للحد من مساوئ الحبس الاحتياطي، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المد 21، العدد 1،يناير 2013م.

11. سعد السحمراني، الحرية الدينية في الشريعة الإسلامية "**أبعدها وضوابطها**"، بحث مقدم للدورة التاسعة عشر لمنظمة المؤتمر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي، إمارة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة.

12. سهير علي أحمد، المشروعية، مجلة القانون، العدد **11، جامعة عدن،اليمن، أكتوبر** 2003م.

13. **شبل بدر الدين**، العلاقة الوظيفية الرقابية على ضوء مبدأ الشرعية الدستورية والممارسة، مجلة الاجتهاد القضائي، **العدد** 4، جامعة محمد خيضر بسكرة.

14. **شهرزاد بوسطلة**، التطور التاريخي للحق في التقاضي، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 9، جامعة محمد خيضر، بسكرة.

15. صفاء أوتاني، الوضع تحت المراقبة الإلكترونية" السوار الإلكتروني" في السياسة العقابية الفرنسية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، **المد** 25، **العدد** 1، 2009م.

16. **صلاح الدين الناهي**، حقوق الإنسان والضمانات القضائية في الإسلام، مجلة الحقوق، **العدد** 3، السنة السابعة، جامعة الكويت، سبتمبر 1983م.

17. **عبد الجبار الطيب**، السلطة المالية لولي الأمر على الأفراد في الظروف الاستثنائية" دراسة في الفقه الدستوري الإسلامي"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 26، جامعة محمد خيضر بسكرة، **جوان** 2012م.

18. عبد الحميد محمود البعلي، الحماية الجنائية للحقوق والحريات أثناء المحاكمة الجنائية"**دراسة مقارنة**"، مجلة الحقوق، العدد 4، **السنة** 18، **جامعة الكويت**، ديسمبر 1994م.

19. عبد الرحمن لحرش، **حالة الطوارئ** في الجزائر: هل زالت مبررات استمرارها؟، مجلة الحقوق، العدد 1،السنة 31، جامعة الكويت، مارس 2007م.

20. عبد العزيز رمضان سمك، الضمانات الأساسية للتقاضي في الفقه **الإسلامي**، مجلة القانون والإقتصاد، العدد 75، جامعة القاهرة، 2005م.

21. **عبد الله بن** محمد بن سعد آل خنين، الوكالة على الخصومة وأحكامها المهنية، مجلة العدل، **العدد** 15، السنة الرابعة، المملكة العربية السعودية، 1422ه.

22. **عبد الوهاب حومد، المحاكم الجزائية الاستثنائية**، مجلة الحقوق، الطبعة الأولى، **جامعة الكويت**، 2014م.

23. عبد الله محمد أحجيله وجهاد ضيف الله الجازي، حق المشتكى عليه في الصمت في مرحلة ما قبل المحاكمة في التشريع الجزائي الأردني، مجلة دراسات -**علوم الشريعة والقانون**- ، **المد** 40، **الملحق** 1، **الجامعة الأردنية**، 2013م.

24. عبد المهدي مساعدة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في الأردن" **دراسة مقارنة**"، مجلة البلقاء للبحوث والدراسات، المجلد الأول، العدد 2، جامعة عمان الأهلية، أيار 1992م.

25. عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام" **دراسة مقارنة بالقانون الوضعي**"، مجلة الحقوق، العدد 3، السنة السابعة، جامعة الكويت، سبتمبر 1983م.

26. علي الشمري، حقوق الإنسان في الإسلام، مجلة النبأ، العدد 63، تشرين الثاني 2001م.

27. علي بن صالح القعيطي، المساواة أمام القضاء في القانون اليمني و الشريعة الإسلامية، مجلة القانون، العدد 11، دار عدن للطباعة والنشر،جامعة عدن، أكتوبر 2003م.

28. عوض عبد الله أبو بكر، نظام الإثبات في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة **الإسلامية بالمدينة المنورة**.

29. غضبان مبروك وغربي نجاح، قراءة تحليلية للنصوص القانونية المنظمة لحالتي الحصار والطوارئ ومدى تأثيرهما على الحقوق والحريات في الجزائر، مجلة المفكر، العدد 10، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جانفي 2014م.

30. غنام محمد غنام، حق المتهم في محاكمة سريعة في القانون الأمريكي" **القسم الأول**"، مقال منشور في مجلة الحقوق، السنة 16، العدد 1 و2، جامعة الكويت، يونيو 1992م.

31. **فاضل نصر الله عوض، ضمانات** المتهم أمام سلطة التحقيق الإبتدائي في التشريع الكويتي" **دراسة مقارنة بالتشريعين المصري و الفرنسي**)، مجلة الحقوق، العدد 3، السنة 22، جامعة الكويت، سبتمبر 1998م

32. فتيحة محمد قوراري، حق المتهم في المحاكمة خلال مدة معقولة" دراسة مقارنة في النظامين **الإنجلوأمريكي و** اللاتيني"، مجلة الحقوق، العدد 3، السنة 30، جامعة الكويت، سبتمبر 2006م.

33. محافظي محمود، ضمانات المتهم في نظام الحبس المؤقت في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مجلة دراسات قانونية، تصدر عن دار القبة للنشر والتوزيع الوادي، الجزائر، العدد 4، 2002م.

34. محمد بن إبراهيم بن علي الغامدي، التوكيل في الخصومة في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة الإسلامية، المجلد 14، العدد 24.

35. محمد كامي دكير، خصائص العقوبة في الشريعة الإسلامية، مجلة البصائر، العدد 32، السنة 15، 2004م.

36. محمد صبحي نجم، حق المتهم أو الظنين في محاكمة عادلة في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، مجلة دراسات "علوم الشريعة والقانون" ، المجلد 32، العدد 1، 2005م.

37. محمود نجيب حسني،الحماية الجنائية للحق في حرمة الحياة الخاصة ، مجلة القضاة، **السنة الثانية، العدد 6، جويلية 1987م.**

38. **مروان** محمد، الحماية **الدستورية للحريات الشخصية و** حقوق الدفاع في المتابعات الجنائية، موسوعة الفكر القانوني، تصدر عن دار الهلال للخدمات **الإعلامية، مركز الدراسات والبحوث القانونية (الموسوعة القضائية الجزائرية)، العدد 2، الجزائر.**

39. **مسعود شعنان،** حقوق الإنسان بين عالمية القيم وخصوصية الثقافات وعلاقة ذلك بالعولمة، مجلة **المفكر، العدد 8.**

40. مشاري خليفة العيفان، دور الدولة في تأكيد حق المتهم في الاستعانة بمحام" **دراسة مقارنة بين** القانون الكويتي والقانون الأمريكي"، مجلة الحقوق، **جامعة الكويت، العدد 2، السنة 35، 2011م.**

41. مصطفى محمود العفيفي، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات الأساسية في الدساتير العربية و **المقارنة،** بحث مقدم إلى المؤتمر السادس عشر لاتحاد المحامين العرب، مجلة المحامين العرب، **1987م.**

42. نبيل قرقور، حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، مجلة المنتدى القانوني، العدد **6، جامعة** محمد خيضر، **بسكرة.**

43. نظام توفيق المجالي، الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحرية الفردية" دراسة في التشريع الأردني"، مجلة **الحقوق، العدد 4، السنة 22، جامعة الكويت، 1998م.**

44. **يلينا بيجيتش، المبادئ والضمانات الإجرائية المتعلقة بالاحتجاز والاعتقال** الإداري في النزاعات المسلحة وغيرها من حالات العنف، المجلة الدولية للصليب الأحمر.

عاشرا: المراجع الأجنبية

1. Cyril D. Robinson et Albin Esser, Le droit du prévenu au silence et son droit à être assisté par un défenseur au cours de phase préjudiciaire an Allemagne et aux Etats-Unis d'Amérique. Revue des Sciences Criminelles et Droit Pénal Comparé, numéro 3, 1976.
2. Gérard Cornu, Vocabulaire Juridique, 11ème édition, Presse Universitaire de France, Janvier 2016.
3. Gilles Le Bretion, Libertés Publiques et Droit de l'Homme, 4ème Edition, Armand Colin, Paris, 1999.

4. Harry A. BlackMun, La Cour suprême des Etats-Unis et les droit de l'homme , Revue Internationale de Droit Comparé,Volume 32, numéro 02, Avril/ juin 1980.
5. Isabelle Lolies, La protection pénale de la vie privée, Université AIX-Marseille, France, 1998.
6. Jaques Barou, Le Légal et Le Légitime, Ecarts d'identité N 114/2009.
7. Jacques Fortin, Louise Viau, Traité De Droit Pénal Général, Editions Thémis Inc., Canada, 1982.
8. James Kilgore, Electronic Monitoring is not The Answer, The Media Democracy Fund, 2015.
9. Marie Reix, Le Motif legitime en droit penal, Thése de Doctorat, université montesquieu, bordeaux Iv,10/12/2012, France.
10. Molly Carney, Correction Through Omniscience: Electronic Monitoring and the Escalation of Crime Control, Washington University journal of law & policy,2012.
11. Sarah Cassella, La nécéssité en droit international « de L'état de nécessité aux situations de nécessité »,Martinus Nijhoff Publishers, 2011.
12. The Magna Carta, 1215, Prepared by: Nancy Troutman, The Cleveland Free-Net aa345, Distributed by The Cybercasting Services Division of National Public Telecomputing Network (NPTN).

إحدى عشر: مواقع الأنترنت

1. www.legifrances.gouv.fr/Droit-Français/Constitution/Declaration-des-Droits-de-L-Homme-et-du-Citoyen-de-1789
2. www.gicj.org/index.php?option=com-content&task=view&id=157&ltemid=162
3. www.un.org/ar/docuemnts/udhr/
4. www1.umn.edu/humanrts/arab/UIDHR.html
5. www.defense.gouv.fr/fr/cicde/img/pdf
6. www.lagazettedescommunes.com.
7. http://www.amnesty.org/ar/
8. www.law-dz.net
9. www.algeria-watch.org/pdf/pdf-ar/ai-rapport-100706
10. www.addameer.org/ar/publications/
11. www.universalis.fr/encyclopedie/état-d-exception/
12. www.ohchr.org/documents/publications/training9chapter16ar.pdf
13. www.ohchr.org/documents/publications/training9chapter5ar.pdf

فـــهرس الموضـــوعـــات

الموضـوع	الصفحة
مقـدمـة	أ
البـــاب التمهـــيدي مضمـون حـــق الدفـــاع	1
الفصل الأول التطـور التـــاريخي لحـــق الدفـــاع	1
المبحث الأول: حق الدفاع في الحضارات القديمة	1
المطلب الأول: حق الدفاع في الحضارات الشرقية القديمة	2
الفرع الأول: الحضارة البابلية	2
الفرع الثاني: الحضارة الفرعونية	4
المطلب الثاني: حق الدفاع في الحضارات الغربية القديمة	6
الفرع الأول: الحضارة اليونانية	6
الفرع الثاني: الحضارة الرومانية	9
المبحث الثاني: حق الدفاع في الديانات السماوية	12
المطلب الأول: حق الدفاع في الديانة اليهودية	12
المطلب الثاني: حق الدفاع في الديانة المسيحية	14
المطلب الثالث: حق الدفاع في الديانة الإسلامية	15
الفرع الأول: حق المتهم في الدفاع عن نفسه	15
البند الأول:حق المتهم في الحضور و سماع أقواله	15
البند الثاني: حق المتهم في المساواة	18
البند الثالث: حق المتهم في الصمت	18
الفرع الثاني: حق المتهم في الاستعانة بمحام	19
البند الأول: تعريف الوكالة بالخصومة	19
البند الثاني: حكم التوكيل في الخصومة	21

البند الثالث: دليل مشروعيتها	22
البند الرابع: مهنة الوكالة على الخصومة في القضاء الإسلامي	23
المبحث الثالث: حق الدفاع في المواثيق الدولية	24
المطلب الأول: الماكناكارتا 1215م و إعلان حقوق الإنسان والمواطن 1789م	24
الفرع الأول: الماكناكارتا 1215م	24
الفرع الثاني: إعلان حقوق الإنسان والمواطن 1789م	26
المطلب الثاني: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948م	28
المطلب الثالث: البيان العالمي لحقوق الإنسان في الإسلام 1981م	30
الفصـــل الثـــاني ماهيـــة حـــق الدفـــاع	33
المبحث الأول: مفهوم حق الدفاع	33
المطلب الأول: تعريف حق الدفاع	34
الفرع الأول: حق الدفاع لغة	34
الفرع الثاني: في الشريعة الإسلامية	34
الفرع الثالث: في القانون	34
المطلب الثاني: أهمية حق الدفاع	36
المطلب الثالث: طبيعة حق الدفاع وقيمته الدستورية	37
الفرع الأول: طبيعته	37
الفرع الثاني: قيمته الدستورية	38
المبحث الثاني: المبادئ الأساسية التي تكفل حق الدفاع	39
المطلب الأول: مبدأ الحرية الشخصية	39
الفرع الأول: ماهية الحرية الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي	40
البند الأول: تعريف مصطلحي "المبدأ"و" الحرية" لغة واصطلاحا	40
البند الثاني: الحرية الشخصية في الفقه الإسلامي	42
البند الثالث: الحرية الشخصية في الفقه الوضعي	42
الفرع الثاني: مصادر الحرية الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي	44

المطلب الثاني: مبدأ المشروعية	51
الفرع الأول: مضمون مبدأ المشروعية وأهميته	51
البند الأول: مضمونه في الشريعة الإسلامية	51
البند الثاني: مضمونه في القانون الوضعي	52
البند الثالث: أهمية مبدأ المشروعية	54
الفرع الثاني: أصل مبدأ لمشروعية في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري	55
البند الأول: أصل المبدأ في الشريعة الإسلامية	55
البند الثاني: أصل المبدأ في القانون الجزائري	57
الفرع الثالث: الانتقادات الموجهة لمبدأ المشروعية والرد عليها	59
الفرع الرابع: نتائج مبدأ المشروعية	60
البند الأول:حصر مصادر التجريم و العقاب في النصوص التشريعية	61
البند الثاني: التزام القاضي الجنائي بقواعد معينة في تفسير النصوص	62
البند الثالث: حظر القياس	62
البند الرابع: عدم رجعية القوانين الجنائية	63
الفرع الخامس: تطبيقات مبدأ المشروعية في الشريعة الإسلامية	71
البند الأول: أثر مبدأ المشروعية في جرائم الحدود	71
البند الثاني: أثر مبدأ المشروعية في جرائم الدية والقصاص	77
البند الثالث: أثر مبدأ المشروعية في جرائم التعزير	79
المطلب الثالث: مبدأ قرينة البراءة	81
الفرع الأول: تعريف مبدأ قرينة البراءة ومضمونه	82
البند الأول: في الشريعة الإسلامية	82
البند الثاني: في القانون الجزائري	82
الفرع الثاني: أصل مبدأ قرينة البراءة في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري	83
البند الأول: أصل مبدأ قرينة البراءة في الشريعة الإسلامية	83
البند الثاني: أصل مبدأ قرينة البراءة في القانون الجزائري	85
الفرع الثالث: أهمية مبدأ قرينة البراءة ونتائجه	85

البند الأول: أهمية مبدأ قرينة البراءة	85
البند الثاني: نتائج مبدأ قرينة البراءة	86
البـــاب الأول ضمانـات حـق الدفـاع في الظـروف العـادية	90
الفصـل الأول ضمـانـات حـق الدفـاع أثنـاء مرحلـة التحريـات الأوليـة	94
المبحث الأول: مفهوم التحريات الأولية و الجهة المختصة بها	95
المطلب الأول: تعريف التحريات الأولية وخصائصها	95
الفرع الأول: تعريف التحريات الأولية	95
الفرع الثاني: خصائص التحريات الأولية	97
البند الأول: السرية	97
البند الثاني: التدوين	99
المطلب الثاني: الجهة المختصة بالتحريات الأولية	100
الفرع الأول: سلطة الضبط في القانون الوضعي	100
الفرع الثاني: سلطة الضبط في الشريعة الإسلامية	102
المبحث الثاني: ضمانات حق الدفاع خلال إجراءات البحث والتحري	106
المطلب الأول: ضمانات حق الدفاع خلال الإجراءات الماسة بالحياة الخاصة	107
الفرع الأول: الحق في الدفاع عند التفتيش	109
البند الأول: تعريف التفتيش	109
البند الثاني: التفتيش في الشريعة الإسلامية	109
البند الثالث: التفتيش في القانون الجزائري	112
البند الرابع: ضمانات حق الدفاع خلال التفتيش	114
البند الخامس: جزاء الإخلال بقواعد التفتيش	118
الفرع الثاني: الحق في الدفاع عند مراقبة المكالمات والتقاط الصور	120
البند الأول: مراقبة المكالمات والتقاط الصور في الشريعة الإسلامية	121
البند الثاني: ضمانات حق الدفاع عند مراقبة المكالمات الهاتفية والتقاط الصور	122

البند الثالث: الضمانات المتمثلة في بطلان الإجراءات	125
البند الرابع: الضمانات المتمثلة في العقوبات الموقعة على الأشخاص	125
المطلب الثاني: ضمانات حق الدفاع خلال الإجراءات المقيدة للحرية الشخصية	127
الفرع الأول: الحق في الدفاع عند القبض	127
البند الأول: تعريف القبض	127
البند الثاني: ضمانات القبض	129
الفرع الثاني: الحق في الدفاع عند التوقيف للنظر	130
البند الأول: تعريف التوقيف للنظر	130
البند الثاني: ضمانات حق الدفاع خلال التوقيف للنظر	131
البند الثالث: جزاء الإخلال بقواعد التوقيف للنظر	140
الفصـل الثاني ضمانـات حـق الدفـاع أثنـاء مرحلـة التحقيـق الابتـدائي	142
المبحث الأول: مفهوم التحقيق الابتدائي وخصائصه والجهة المختصة به	143
المطلب الأول: مفهوم التحقيق الابتدائي	143
المطلب الثاني: خصائص التحقيق الابتدائي	144
الفرع الأول: سرية التحقيق الابتدائي	144
الفرع الثاني: تدوين التحقيق الابتدائي	145
الفرع الثالث: سرعة إجراء التحقيق الابتدائي	145
المطلب الثالث: الجهة المختصة بالتحقيق الابتدائي	146
الفرع الأول: قاضي التحقيق	147
الفرع الثاني: غرفة الاام	149
المبحث الثاني: ضمانات حق الدفاع خلال إجراءات التحقيق الابتدائي	151
المطلب الأول: الحق في الدفاع عند التفتيش و القبض	151
الفرع الأول: ضمانات حق الدفاع عند التفتيش	151
البند الأول: وقوع جريمة ووجود مبرر لأمر للتفتيش	151
البند الثاني: حضور المتهم عملية التفتيش	151

البند الثالث: زمن التفتيش	152
البند الرابع: الاختصاص	152
البند الخامس: ضبط الأشياء المتعلقة بالجريمة	152
الفرع الثاني: ضمانات حق الدفاع عند القبض	153
البند الأول: الجهة المختصة بإصدار أمر القبض	153
البند الثاني: أن تكون الجريمة جناية أو جنحة	154
البند الثالث: ضرورة توفر الشروط الشكلية لأمر القبض	154
البند الرابع: وجوب استجواب المتهم	154
البند الخامس: وقت القبض على المتهم	155
المطلب الثاني: الحق في الدفاع عند الاستجواب	155
البند الأول: السلطة المختصة بالاستجواب	156
البند الثاني: خلو الاستجواب من الإكراه	157
البند الثالث: حق المتهم في الإحاطة بالتهمة	160
البند الرابع: عدم تحليف المتهم اليمين	160
البند الخامس: الاستعانة بمدافع	160
المطلب الثالث: الحق في الدفاع عند الحبس المؤقت	161
الفرع الأول: تعريف الحبس المؤقت	162
البند الأول: تعريف الحبس المؤقت لغة	162
البند الثاني: الحبس المؤقت في الشريعة الإسلامية	162
البند الثالث: الحبس المؤقت عند فقهاء القانون	163
الفرع الثاني: بدائل الحبس المؤقت	163
البند الأول: الرقابة القضائية	163
البند الثاني: السوار الإلكتروني	165
الفرع الثالث: ضمانات الحبس المؤقت	167
البند الأول: إصدار أمر الحبس المؤقت من السلطة المختصة مع وجوب التسبيب	168
البند الثاني: وجوب إعلام المتهم بأمر الحبس المؤقت	169

البند الثالث: حق المتهم في الاتصال بمحاميه وزيارة أقاربه وحقه في المراسلة	170
البند الرابع: معاملة المتهم المحبوس مؤقتا معاملة خاصة	170
البند الخامس: تقييد الحبس المؤقت بجرائم معينة وبمدة زمنية محددة	171
الفصـــل الثالث ضمانـات حـق الدفـاع أثنـاء مرحلـة المحاكمـة	176
المبحث الأول: خصائص المحاكمة	176
المطلب الأول: علانية إجراءات المحاكمة	177
الفرع الأول: السرية التقديرية	181
الفرع الثاني: السرية بنص القانون	184
المطلب الثاني: وجاهية إجراءات المحاكمة (الحضورية)	186
الفرع الأول: إحاطة المتهم علما بالتهمة الموجهة إليه	188
الفرع الثاني: المساواة بين الخصوم	188
الفرع الثالث: شفوية الإجراءات	191
الفرع الرابع: مناقشة الشهود	192
المطلب الثالث: سرعة إجراءات المحاكمة وتدوينها	194
الفرع الأول: سرعة إجراءات المحاكمة	194
الفرع الثاني: تدوين إجراءات المحاكمة	198
المبحث الثاني: كفالة حق الدفاع خلال المحاكمة	200
المطلب الأول: الحق في المحاكمة أمام القاضي الطبيعي	200
الفرع الأول: إنشاء المحكمة وتحديد اختصاصها بقانون	200
الفرع الثاني: إنشاء المحكمة وتحديد اختصاصها بقواعد عامة سلفا قبل وقوع الجريمة	201
الفرع الثالث: أن تكون المحكمة دائمة تتميز بالثبات والاستمرار	202
المطلب الثاني: الحق في الاستعانة بمدافع والحق في الصمت	202
الفرع الأول: الحق في الاستعانة بمدافع	202
الفرع الثاني: الحق في الصمت	207
المطلب الثالث: تسبيب الأحكام وحق الطعن فيها	211

البـــاب الثـــاني ضمانـات حـق الدفـاع في الظـروف الاستثنائيـة	217
الفصــل الأول نظريــة الظـروف الاستثنـائيــة	219
المبحث الأول: مدلول الظروف الاستثنائية وأسسها	222
المطلب الأول: مدلول الظروف الاستثنائية	222
المطلب الثاني: أساس نظرية الظروف الاستثنائية	226
الفرع الأول: نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية	226
الفرع الثاني: نظرية الضرورة في فرنسا	229
الفرع الثالث: نظرية الضرورة في الفقه الألمان	231
المطلب الثالث: تمييز نظرية الظروف الاستثنائية عن بعض النظريات التي تحكم تصرفات الإدارة	233
الفرع الأول: التمييز بين الظروف الاستثنائية وأعمال السيادة	233
الفرع الثاني: التمييز بين الظروف الاستثنائية والسلطة التقديرية	237
المبحث الثاني: النتائج القانونية لتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية	240
المطلب الأول: توسيع صلاحيات الإدارة	241
الفرع الأول: تجاوز السلطة الإدارية على اختصاصات سلطة إدارية أخرى	241
الفرع الثاني: تجاوز السلطة الإدارية على اختصاصات السلطة التشريعية	242
الفرع الثالث: تجاوز السلطة الإدارية على اختصاصات السلطة القضائية	244
الفرع الرابع: تجاوز السلطة الإدارية لبعض الشروط القانونية لصحة القرار	246
المطلب الثاني: الرقابة القضائية كقيد على تصرفات الإدارة الموسعة	247
المبحث الثالث: تطبيقات نظرية الظروف الاستثنائية في التشريع الجزائري	254
المطلب الأول: حالتي الطوارئ والحصار	257
الفرع الأول: السلطة المختصة بتقرير حالتي الطوارئ والحصار	259
الفرع الثاني: السلطة المكلفة بالتسيير عند تطبيق حالة الطوارئ أو الحصار	261
الفرع الثالث: السلطة المختصة برفع حالتي الطوارئ والحصار	262

الفرع الرابع: مدى دستورية مرسومي تنظيم حالتي الطوارئ والحصار	263
المطلب الثاني: الحالة الاستثنائية	265
الفرع الأول: السلطة المختصة بتقريرها	265
الفرع الثاني: السلطة المكلفة بتسييرها	266
الفرع الثالث: السلطة المكلفة برفعها	267
المطلب الثالث: حالتي التعبئة العامة والحرب	267
الفرع الأول: السلطة المختصة بتقريرها	269
الفرع الثاني: السلطة المكلفة بتسييرها	269
الفرع الثالث: السلطة المكلفة برفعها	270
الفصـــل الثـــاني انعكـاسـات الظـروف الاستثنـائيـة على ضمـانـات حـق الدفـاع	271
المبحث الأول: نطاق الضمانات الدستورية لحق الدفاع في الظروف الاستثنائية	272
المطلب الأول: مفترضات مبدأ المشروعية في الظروف الاستثنائية	272
الفرع الأول: جدلية الشرعية والمشروعية	273
الفرع الثاني: تأثر مبدأي الشرعية والمشروعية بالظروف الاستثنائية	276
المطلب الثاني: مبدأ قرينة البراءة في الظروف الاستثنائية	281
المبحث الثاني: الإشراف القضائي على إجراءات المتابعة في الظروف الاستثنائية	290
المطلب الأول: القضاء الطبيعي وتشكيل المحاكم الخاصة والاستثنائية في الظروف الاستثنائية	291
الفرع الأول: ماهية المحاكم الخاصة والاستثنائية	292
البند الأول: المحاكم الخاصة	292
البند الثاني: المحاكم الاستثنائية	292
البند الثالث: موقف الفقه من إنشاء المحاكم الخاصة والاستثنائية	293
البند الرابع: موقف الشريعة الإسلامية من المحاكم الخاصة والاستثنائية	294
الفرع الثاني: صور المحاكم الخاصة والاستثنائية	295
البند الأول: صور المحاكم الخاصة	295

البند الثاني: صور المحاكم الاستثنائية	306
المطلب الثاني: تقييم ضمانات حقوق الدفاع أمام القضاء الاستثنائي	309
الخاتمة	311
قائمة المصادر والمراجع	315
فهرس الموضوعات	344
ملخص الأطروحة	354

ملخص الأطروحة:

تناولت هذه الأطروحة موضوع" مرونة حق الدفاع بين المشروعية والشرعية"، هادفة إلى بيان أحكام القانون الجنائي في رعاية حق الدفاع وحمايته في الأوقات العادية والاستثنائية، والإطلاع على أهم ضماناته التي تمنع انتهاك حق الدفاع الذي يعتبر نبراس العدالة وجوهر المحاكمة العادلة. وقد تطرقت الدراسة إلى التطور التاريخي لحق الدفاع، حيث تعرضت لواقع هذا الحق في الحضارتين البابلية والفرعونية، أيضا الحضارتين الرومانية والإغريقية، وفي الشرائع السماوية، والمواثيق الدولية. ثم تحديد المعنى اللغوي لحق الدفاع، وتعريفه عند فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون. ودراسة المبادئ العامة التي تضمن تطبيق حق الدفاع.

ثم كان الحديث عن الشروط والضوابط التي تجسد الحق في محاكمة عادلة في الظروف العادية، والتي يحكمها مبدأ المشروعية، الذي يفرض على السلطة القضائية تطبيق هذه الشروط للحلول دون انتهاك حق الدفاع. كما بينت الدراسة الإطار النظري للظروف الاستثنائية، التي تقوم على أساس الضرورة، ويكون من نتائجها التوسيع في مبدأ المشروعية والتخلي عن مبدأ الشرعية، وتقييد حقوق الأفراد من أجل صد خطر الظرف الاستثنائي حماية لأمن الدولة واستقرارها. ليتسنى لنا في الختام بيان أبرز ضمانات حقوق الدفاع التي تتأثر بتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية، والمتمثلة في مبدأ قرينة البراءة ومبدأ الإشراف القضائي، وبذلك يتضح لنا أن مرونة حق الدفاع بين المشروعية والشرعية تكمن في محافظة هذا الحق على أهم ضماناته والمتمثلة في مبدأ المشروعية بصورته الموسعة، لكن مع التضحية ببعض الضمانات لكي يتمكن من التكيف والمستجدات التي أحدثتها الظروف الاستثنائية.

كلمات مفتاحية: حق الدفاع، المشروعية، الشرعية، الظروف الاستثنائية، المحاكمة العادلة.

Résumé

Cette étude porte sur le thème de "la flexibilité du droit de défense entre la légalité et la légitimité", pour indiquer les dispositions du droit pénal dans le maintien et la protection du droit de défense durant les périodes ordinaires et exceptionnelles. En outre, l'accès aux plus importantes garanties qui empêchent la violation de ce droit, qui est l'un des piliers de la justice pour un procès équitable. L'étude porte sur l'évolution historique du droit de défense, où la réalité de ce droit dans les civilisations babyloniennes et Pharaonique, aussi les civilisations grecques et roumaines, et dans les lois divines et les conventions internationales. On signale par la suite le sens linguistique du droit de défense, et le définit selon les spécialistes du droit et les juristes islamiques. L'étude met le point sur les principes généraux qui assurent l'application du droit de défense, avec une explication des principes généraux qui le protègent. Ce principe oblige l'autorité judiciaire à appliquer ces conditions pour protéger le droit de défense.

Ensuite, on présente les conditions et les contrôles, régis par le principe de légalité, reflétant le droit à un procès équitable dans les circonstances ordinaires. Cette étude a entamé le cadre théorique de la théorie des circonstances exceptionnelles qui est basée sur le principe de nécessité. Parmi les résultats de cette théorie, c'est d'élargir le principe de légalité et d'abandonner le principe de légitimité et de restreindre les droits individuels pour préserver la sécurité et la stabilité de l'état. En fin, cela va nous permettre de montrer les principales garanties des droits de défense qui peuvent être touchées par l'application de la théorie des circonstances exceptionnelles (principes de présomption d'innocence et contrôle judiciaire). Donc, Il est clair que la flexibilité du droit de défense entre légalité et légitimité est basée sur le maintien des principales garanties de ce droit qui est la légalité large mais avec sacrifice de quelques garanties liées au principe de légitimité, pour pouvoir s'adapter à l'état d'exception.

Mots clés : Droit de défense, Légalité, Légitimité, Etat d'exception, Procès équitable.