# الشرعية والمشروعية الجنائية بين القانون والشريعة الإسلامية

حيدرة سعدي
كلية الحقوق
جامعة الشيخ العربي التبسي ــ تبسة

## ملخص

*يتناول هذا المقال موضوع حديث في القانون الجنائي وهو الشرعية والمشروعية الجنائية بين القانون والشريعة الإسلامية ويشمل النقاط التالية: ــ الشرعية والمشروعية ومراحل تطورهما، مبينين المفهوم الحديث لهما. ــ الشرعية والمشروعية في الفكر الجنائي الإسلامي. ــ الشرعية والمشروعية في فرنسا خاصة وأوروبا عامة. و أخيرا انتهى بخاتمة تبين المفهوم المعاصر للشرعية والمشروعية الجنائية مقترحين أن ينص على هذين المبدأين صراحة في الدستور وهذا لتكريس دولة القانون.*

## Résumé

*Cet article examine la légalité et la loyauté pénale entre la loi et la chariaa al islamia (loi musulmane) .Il se compose des axes suivants: - la légalité et la loyauté et leurs étapes de développement, et leurs définitions actuelles.*
*-la légalité et la loyauté dans la doctrine pénale islamique.*
*-la légalité et la loyauté en France spécialement et en Europe généralement .En conclusion l'étude donne une définition pénale propre actuelle à la légalité et la loyauté, et propose qu'elle soit décrétée dans la constitution et ce pour arriver à un état de droit.*

## مقدمـــــة

لقد تطورت المجتمعات عبر كل أنحاء المعمورة ومرت بمراحل سردها لنا التاريخ، فمن البدائية إلى المتوسطة إلى الحديثة، وبالموازاة مع ذلك تطورت أساليب الحكم في هذه المجتمعات مع تطور المباديء التي تحكمها، فأصبح اليوم الحاكم ملزم بما وصلت إليه التشريعات والمباديء القانونية، وأصبح الفرد له قيمته في هذه المجتمعات وله حقوق توازي حقوق المجتمع بل تتساوى مع هذه الحقوق، ومع هذا التطور برزت فكرة أو مبدأ الشرعية والمشروعية الجنائية وإن كانت هذه المفاهيم حديثة.

إلا أنها تعبر عن التقدم الحضاري المستمر لهذه المجتمعات الإنسانية هذا

من جهة، وما وصلت إليه الدراسات القانونية في تقديس حقوق الأفراد وحمايتها من جهة ثانية مما أدى إلى أنه يصعب اليوم الإعتداء على أي حق أو المرور إلى المحاكم للمقاضاة لإستيفاء هذه الحقوق إلا بمراعاة هذين المبدأين، وبعبارة أخرى إجبارية المرور بمبدأي الشرعية والمشروعية لنعاقب من يخرق القوانين المنظمة لهذه المجتمعات وخاصة منها ما تعلق بالناحية الجزائية وتطبيق قانون العقوبات وغيره من القوانين الخاصة، فإذا كان الأمر كذلك فما معنى الشرعية والمشروعية وكيف حددهما القانون؟ وهل عرفت الشريعة الإسلامية هذين المبدأين ؟

وهذا ما سنحاول معالجته في هذه المقالة معتمدين في ذلك على التقسيم الآتي:

**نتناول في المبحث الأول الشرعية والمشروعية ومراحل تطورهما .**

**أما المبحث الثاني فسنتناول فيه المفهوم المعاصر للشرعية والمشروعية.**

## المبحث الأول

## الشرعية والمشروعية ومراحل تطورهما:

إن مبدأي الشرعية والمشروعية لم تصلنا في العصر الحديث بمفهومهما أو بتسميتهما الحالية، بل هي فكرة مرت بعدة حقب من الزمن وتطورت حسب تطور المجتمعات الإنسانية من المرحلة البدائية إلى المتوسطة إلى الحديثة ــ كما قلنا ــ وبدأ نضجها في كافة هذه المراحل إلى أن أصبحت في العصر الحديث مبدأ قانوني لا يمكن الحياد عنه أبدا في القانون الجنائي، ولكي نتمكن من إستيعاب المفهوم الحقيقي لهذين المبدأين فسنتطرق إلى مفهومهما عبر هذه الحقب وذلك بإيجاز .

### المطلب الأول

### مفهوم الشرعية والمشروعية

#### أولا ــ الشرعية بوجه عام:

الشرعية في اللغة مصدرها شرع، وشرع الدين بمعنى سنه وبينه، وفي التنزيل العزيز " شرع لكم من الدين ما وصى به نوح "، أو شرع الأمر بمعنى جعله مشروعا مسنونا. والشرع ما شرع الله تعالى. والشريعة هي المباديء التي يتعين مراعاتها في كل الأفعال والأقوال .

لا يختلف معنى الشرعية في اللغة عن مقصودها لدى فقهاء القانون، إذ يقصد بها تلك المباديء التي تكفل إحترام حقوق الإنسان، وإقامة التوازن بينها وبين المصلحة العامة، والتي يتعين على الدولة عند ممارسة وظائفها التقيد بها.[1]

كما عرفها بعض الفقهاء بأنها " أي الشرعية légalité " تعني على وجه الدقة مجرد التوافق مع أحكام القاعدة القانونية المكتوبة، أو المنصوص عليها من قبل المشرع.[2]

لقد بين المؤتمر الدولي لرجال القانون المنعقد في نيودلهي سنة 1959، أن مبدأ الشرعية هو إصطلاح يرمز إلى المثل والخبرة القانونية العلمية، التي تعارف عليها جميع رجال القانون في جزء كبير من العالم، وأن هذا المبدأ يعتمد على عنصرين:

**أولهما:** أنه مهما كان محتوى القانون، فإن سلطة الدولة هي نتاج القانون وتعمل وفقا للقانون.

**ثانيهما:** إفتراض أن القانون نفسه يعتمد على مبدأ سام هو إحترام حقوق الإنسان

إستخلص المؤتمر أنه يمكن تعريف مبدأ الشرعية بأنـــه: " ذلك القانون الذي يعبر عن القواعد والنظم والإجراءات الأساسية لحماية الفرد في مواجهة السلطة، ولتمكينه من التمتع بكرامته الإنسانية ".[3]

يتضح مما تقدم أن مبدأ الشرعية يهدف من خلال القانون إلى حماية الفرد ضد تحكم السلطة، ولضمان التمتع بكرامته الإنسانية. ولهذا كان من اللازم وضع خطوات إجرائية محددة تستخرج منها أدلة الإثبات القانوني اللازمة للإدانة، وتحكم سلامة تحصلها وقبولها أمام المحاكم، حفاظا على الحريات الفردية ودون تضحية مقابلة لمصالح المجتمع.

ومن ثم فإن مبدأ الشرعية يسبق مبدأ سيادة القانون، فالأول يحدد متطلبات الثاني، وأيا كان مصدرها فإن سيادة القانون تعني الإلتزام بإحترامها والتطابق معها.

فسيادة القانون تنصرف إلى كل من القانون الأساسي وهو الدستور وغيره من القواعد القانونية الأقل مرتبة، وبعبارة أخرى فإن الشرعية هي المبدأ، بينما سيادة القانون هي الإلتزام بالمبدأ.[4]

ولذلك يخضع القانون الجنائي بمختلف فروعه لمبدأ الشرعية، وهذا القانون يتبع بالخطى الواقعة الإجرامية منذ تجريمها، والمعاقبة على إرتكابها، إلى ملاحقة المتهم

بالإجراءات اللازمة لتقدير مدى سلطة الدولة في معاقبته، ثم إلى تنفيذ العقوبة المحكوم بها عليه. وفي كافة هذه المراحل يضع القانون الجنائي النصوص التي تمس حرية الإنسان، سواء عن طريق التجريم والعقاب، أو عن طريق الإجراءات التي تباشر ضده، أو بواسطة تنفيذ العقوبة عليه. وعندما تعرض قضية الحرية على بساط البحث، يبرز مبدأ الشرعية ليحدد النطاق المسموح به عند معالجة حرية الإنسان في هذه الأحوال.[5]

من هنا نستطيع أن نستخلص أن المدلول بالشرعية هو ذلك العمل الذي يبدأ من خلق القاعدة القانونية، وكيفية تطبيقها، ومعنى الدليل الجنائي وكيفية تحصيله وتقديره من طرف القاضي في الأخذ به أو عدم الأخذ به، ومدى إقتناعه به ليصل إلى حكم سواء بالإدانة أو البراءة، ومدى مطابقة هذه الأحكام لشرعية هذا القانون نفسه .

**ثانيا ــ ماهية المشروعية:**

كثيرا ما تختلط فكرة المشروعية بغيرها من المصطلحات القانونية الوثيقة الصلة بها، مما قد يؤدي إلى إستخدام أيا منها للدلالة بها على مقصود لأخر، إلا أنه لا حرج في ذلك مادام هذا الإستخدام يتم في التجاوز غير المقصود، لأنه ليس من اليسير تحديد ماهية مشروعية الدليل أو نزاهته في الإجراءات الجنائية ، لأن المفهوم ليس قانوني بحت و لا يستقى من مصدر واحد، ولا تحرص التشريعات الإجرائية على النص عليه صراحة، ولا تحدد ملامحه العامة إلا على ضوء بعض التطبيقات التشريعية وجهود الفقه والقضاء، ولا يجدي في تحديد تلك الماهية بصفة نهائية الإستعانة[6] بمفاهيم قانونية أخرى أكثر تحديدا مثل البطلان، وتجاوز السلطة ومسؤولية القضاة فمثل هذه المؤشرات لا ترتبط دائما بماهية الفكرة، وإنما ترتبط بالجزاءات الناجمة عن الإخلال بها، أي أنها تعد ــ كما قيل ــ معالجة لاحقة للفكرة وليست كما يجب أن يكون معالجة مسبقة. فعلى أية حال فإن مدلول المشروعية يعني التوافق مع القواعد القانونية المستقرة في المجتمع ، والمعترف بها من قبل أفراده أيا ما كان مصدرها

**المطلب الثاني**

**مراحل تطور الشرعية والمشروعية**

كما رأينا أن مفهوم الشرعية قد يتناول الجرائم والعقوبات، كما أنه قد يتناول الإجراءات الجزائية وكيفية الوصول سواء إلى المجرم مرتكب الجريمة أو كيفية تقديمه للعدالة، فلذلك كان الإهتمام بتحديد الشرعية الإجرائية، يرجع أساسا إلى حقوق الإنسان التي تحميها، وإلى ما لها من تأثير على الإجراءات الجنائية. وهو ما يجب على السياسة الإجرائية مراعاته، كما يتعين على القائمين على مباشرة الإجراءات الجنائية وضعه موضع الإعتبار، ففي ذلك ضمان للتوفيق بين فاعلية العدالة الجنائية وإحترام الحرية الشخصية وغيرها من حقوق الإنسان.[7]

أما فكرة المشروعية فتعني في مفهومها الحديث ،مجرد التوافق والتقيد بأحكام القانون في إطاره ومضمونه العام ــ كما رأينا ــ، إلا أن ذلك المعنى ليس بالطبع إلا وليد تطورات كثيرة تعرضت لها هذه الفكرة بشكل غير مقصود ومعروف، وذلك من خلال الصراع الشائك والمستمر لأزمنة طويلة بين الفرد والسلطة.

وتهدف المشروعية بصفة عامة إلى تعزيز ضمانة أساسية وجدية للأفراد، لحماية حرياتهم وحقوقهم الشخصية من تعسف السلطة، وذلك بالتعدي عليها في غير الحالات التي رخص فيها القانون بذلك من أجل حماية النظام الإجتماعي، وبنفس القدر تحقيق حماية مماثلة للفرد ذاته مما يجعله في تلك الحالات المحددة، على علم مسبق بما قد ينال من حريته أو يقيد من حقوقه إذا ما إقترف ما يبرر ذلك، ومن ثم ينظم سلوكه بما يضمن له عدم التعرض لذلك الإعتداء.[8]

وفكرة المشروعية بمفهومها السابق تبدو لدى جانب من الفقه حديثة نسبيا، أو على الأقل مرتبطة إلى حد كبير ببدء ظهور مرحلة تدوين القاعدة القانونية التي تعتبر بالنسبة لها بمثابة الإطار.[9]

لقد مرت الشرعية الإجرائية والمشروعية عبر التاريخ بعدة مراحل ، وإن كانت لم تعرف بهذا المفهوم والإسم المعاصر، فككل المباديء فقد تبلورت عبر العصور، فمرت بمرحلة إبتدائية أولية، ثم مرحلة وسيطة وهي التي مرت بها المجتمعات ألا وهي " المرحلة الدينية "، وتأصلت في ضمير الشعوب أيا ما كان الدين وطبيعة الإله المعبود، إلى أن وصلت إلى " المرحلة العقلانية "، ولكي يتم الفهم الصحيح والحقيقي

لمبدأي الشرعية والمشروعية فإنه يستلزم أن نعرج على المراحل التي مرت بها هذه الفكرة وهذا ما سنتعرض له في التالي.

**أولا ــ مرحلة التقدير الشخصي:**

منذ العصر الحجري القديم وما سبقه من عصور، كانت الحياة تتسم بالبدائية في شتى مظاهرها، ولا يوجد هناك أي أساس ينظم الجماعات التي تعيش آنذاك، سوى منطق القوة الذي يحكم كافة تصرفات الأفراد. ففي هذه المرحلة لم تكن هذه المجتمعات تعرف لا الشرعية ولا المشروعية لأن الأمور كلها تنعقد لمن يملك القوة ويفرض بها إرادته على الغير. وبعد ذلك بدأ الأفراد في تنظيم أنفسهم إلى جماعات، حيث ساد في كل جماعة قدر محدود من العادات والتقاليد التي أصبح لزاما على كل فرد ضرورة التقيد بها، ومراعاة ما تقضي به، حماية لصالح الغير والفرد. وقد قامت تلك التقاليد بتهذيب منطق القوة الغاشم وتطويعها بقدر ما تسمح به لخدمة الجماعة.ولذلك يبدو من المنطق أن تكون هذه المرحلة، والتي إستمرت خلال العصر الحجري القديم وما سبقه من أزمنة، سميت كلها " بعصر الوحشيةl'état sauvage"، حيث كانت القوة فيه هي أداة نشأة الحق ووسيلة حمايته.[10]

ولذلك يقال إن القانون في أي عصر من العصور وفي أي شعب من الشعوب لم يكن حادثة من حوادث المصادفة، أو نزعة عرضية من نزعات المشرع، وإنما هو وليد ظروف التاريخ وتطور المجتمع، ونتيجة لعوامل مختلفة من سياسية، وإقتصادية، ودينية، وفكرية متصلة الحلقات، متدرجة مع سنة التقدم الإنساني. والبحث في هذه الظروف والعوامل والتطورات يمهد إستيعاب الشرائع والنظم في حالتها الأخيرة التي وصلت إليها اليوم.[11]

ففي هذه المجتمعات كانت وسائل حل المنازعات ــ التي تنشأ بين أفرادها ــ فيها متواضعة تواضع هؤلاء الأفراد ذاتهم. ومن ثم إذا تعرض أحد الأفراد للإعتداء، فإنه كان يعتمد على قوته الخاصة ــ وعلى قوة القبيلة أو العشيرة فيما بعد إذا إقتضى الأمر ــ في إقتضاء حقه، وذلك بالثأر أو الإنتقام من المعتدي، أي أنه كان هو القاضي والمنفذ.[12]

أما في غير هذه الحالة، فقد كان المجني عليه يحتكم في ذلك إلى إقتناعه ــ أو بالأحرى إلى حدسه ــ وتقديره الشخصي الذي لم يكن مبنيا على العقل والمنطق،

وإنما على القوة والمصلحة أو حتى أمارة لتكوين إقتناعه، ولذلك لم يكن في حاجة إلى أي دليل[13]، و نظرا لأن الإنتقام أو الثأر ليس له حدود يقف عندها، حيث يمكن أن يتطور ليشعل الحرب بين القبيلة أو العشيرة التي ينتمي إليها المجني عليه، وتلك التي ينتمي إليها الجاني. فقد برزت الحاجة إلى وسائل أخرى من شأنها تهذيب اللجوء إلى القوة لإقتضاء الحق.

وكان من هذه الوسائل تسليم الجاني إلى قبيلة المجني عليه، أو التصالح معها في مقابل عوض مادي فيما يعرف " بالدية ". بل حتى بتهذيب الإنتقام ذاته، بأن يقتصر الإنتقام من الجاني على قدر الضرر الذي أصاب المجني عليه وهو ما يعرف " بنظام القصاص"[14]. وشيئا فشيئا ومع إرتقاء هذه الجماعات دفعتها الضرورات إلى البحث عن وسائل أخرى كذلك، فكان اللجوء إلى التحكيم لفض النزاعات، والتصالح بين المتخاصمين بهدف تحاشي القوة أو الهزيمة في الحرب[15].

وفي رأينا فإن هذا النظام في تطوره من وساطة، إلى تحكيم، فمبارزة قد أثر كثيرا في مجرى العدالة التي لا تزال تحمل العديد من رواسبه، كالوساطة الدولية على صعيد المنازعات، والتحكيم كوسيلة معتمدة لفض الخلافات، وإجراء المصالحات.

وقد تأثرت أصول المحاكمات الجزائية بنظام المبارزة في المرافعات بين الإدعاء "النيابة" والمتهم. والدفاع عن المتهم في الشكل الحالي، ما هو إلا الصيغة الراقية للمبارزة الحقيقية التي يستعمل فيها الوكلاء مهاراتهم العلمية و قدراتهم على الإثبات أو النفي، ويحتكمون في النتيجة إلى القاضي الذي يصدر الحكم على ضوء المرافعة والمبارزة. ونجد أن نظام المحاكمات الإنجلو سكسوني الحالي لا يزال يتبع معطيات النظام القديم مع إدخال تعديلات وتحسينات عليه.[16]

وقد كان ذلك هو الشأن أيضا لدى جميع المجتمعات البدائية، فقد ساد لدى قدماء المصريين والعبرانيين وغيرهم.[17]

وعند تأملنا جيدا لهذه الحقبة، فإننا نستنتج بأنها بدأت في إقامة سياج فعال لحماية الأفراد من جور العابثين وبطش المتسلطين وإعتداءاتهم، وذلك بالصورة التي تقتضيها طبيعة العلاقات وشكلها في تلك المرحلة.

كان هذا التطور في التقاليد الجماعية ومنطق التصالح، والتحكيم، اللذان كانا إلى حد كبير يؤديان نفس دور وظيفتي الشرعية الإجرائية والمشروعية.

**ثانيا ــ مرحلة الاحتكام إلى الآلهة "المرحلة الدينية":**

بدأت المجتمعات تتخلى عن منطق القوة شيئا فشيئا، مستبدلة بها منطق العقل الذي لعب فيه رجال الدين ــ آنذاك ــ الدور الأكبر، لأن الإنسان لم يهتد على الفور إلى ذلك، وبدأ يفكر في خالق الكون، وهداه تفكيره البدائي أول الأمر إلى التقرب لكل مظاهر الطبيعة وموجوداتها، متخذا منها إلها يسعى إليه، ويقدم له القرابين أملا في ضمان رضاه. وفي هذه الفترة تنوعت أشكال الآلهة ومظاهر العبادة من شتى مظاهر الطبيعة إلى عبادة الأسلاف والأشخاص، واختلفت هذه الديانات حسب موقعها الجغرافي، ولعل أوضح الأمثلة هي الديانة المصرية القديمة، والديانة البرهمية في الهند القديمة، ثم البوذية، والكونغوشيوسية في الصين وغيرها من الديانات الأخرى التي حفلت بها حياة الشعوب .

ويرى الرأي الراجح في الفقه أن تفسير أصل نشأة الدولة الفرعونية يستند أساسا إلى الدين وقوة عقيدته، حيث أفرد له مكانة سامية أثرت بالتأكيد تأثيرا إيجابيا على كل مظاهر الحياة فيها، مما نجم عنه في نهاية الأمر تدخل الدين وتغلغله في كافة مجالاتها الخاصة والعامة. ولقد عرفت مصر القديمة منطق تغيير الآلهة وتنوعها باختلاف أقاليم البلاد.[18]

لقد حاولت الفلسفة الدينية المصرية القديمة التوفيق بين خلود الألوهية وفناء الجسدية، وهداها تفكيرها من أجل ذلك إلى التسليم بحلول روح الإله في الفرعون، ومن هنا بدأت مرحلة تأليه الملك.

وقد انعكست العقيدة الراسخة على كل ما ينظم حياة الأفراد من قواعد وضعت من قبل الملك الإله المتضمن لهم حرياتهم، والإبقاء على حقوقهم دون تعد أو اعتداء، بحيث تظهر فيها الصبغة الدينية الواحدة. ومن خلال تلك العقيدة استطاع الفرعون وكهنته أن يبثوا في نفوس الأفراد كل ما يريدون، ويحرصون على إلزام الأفراد به.[19] وتزايد نفوذ الكهنة ورجال الدين وتعمق الشعور الديني لدى أفراد المجتمعات القديمة، إذ اتجه تفكير هذه الجماعات إلى الاحتكام إلى الآلهة لحسم النزاعات، وتكمن هذه الفكرة أنه مع صعوبات الإثبات، وغموض القضية، وعجز الإنسان عن حلها، كان الإعتقاد بقدرة هذه الآلهة على الحكم، وتحديد المجرم الحقيقي، ومن ثم حسم النزاع ونصرة صاحب الحق .

وقد انعكس الإحتكام إلى الآلهة على وسائل الإثبات المستخدمة ، حيث تجردت من الصفة الإنسانية أو المنطقية، وكانت من بين هذه الوسائل مثلا أن إتجاه الدخان المنبعث من محرقة الإعدام يحدد أين يوجد المتهم، كما أن المجرم هو أول من يقترب من قبر المجني عليه. ولعل من أشهر هذه الوسائل التي اصطبغت بالصبغة الدينية اليمين الحاسمة، وما كان يعرف بالمحاكمة بالتعذيب.[20]

وإذ نتعرض لفكرة الشرعية الإجرائية والمشروعية بمعناها ومسماها الحديث فهي فكرة حديثة جدا نسبيا، فلا يعني عدم وجودهما كظاهرة عمليه دون إستعمال لفظهما في تلك المرحلة باللفظ الحالي. وإنما نعرض لهما للوقوف على تاريخ نشأتهما بالنظر إلى توافر وظيفتهما وتحقق الغرض من تطبيقهما. ومن هذا المنطلق فإنه في مرحلة الإحتكام إلى الآلهة أو المرحلة الدينية، فإننا نستطيع أن نقول بأن فكرة الشرعية الإجرائية والمشروعية في مفهومهما البسيط، بإعتبارهما ضمانتان أساسيتان لحماية الفرد من التعسف والجور، أي بكونهما قيمة تنظيمية في الجماعة، لم تكونا مطبقتين في تلك الحقبة إلا بين الأفراد فقط، بحيث تشكل تعليمات وقواعد الملك الإله قيدا يحول دون إعتداء الفرد على أخيه، لتبقى بعد ذلك إرادته العليا مطلقة من أي قيد أو تحديد، مادامت تمثل إرادة الإله الذي يستحيل التشكيك في قدراته أو رغبته في تحقيق الخير للإنسان. ولعل خير مثال للإمتثال لأوامر الملك الإله مهما شكلت من تقييد لحرية الفرد، هو بناء تلك الأهرامات التي يعجز عنها العقل بأنه قد بناها البشر بوسائله البدائية التي كانت متوفرة في تلك الحقبة من الزمن، والتي مازالت شامخة إلى يومنا هذا عبر مرورها بهذا الزمن الطويل، ورغم مؤثرات الطبيعة عليها. ولذلك فإن فكرة الشرعية الإجرائية والمشروعية ــ باعتبارهما ذات قيمة منظمة وحامية للسلوك ــ قد وجدت في تلك الديانات القديمة في معناها وليست في مبناها الحالي.

أما الشرائع السماوية التي نزلت فهي تتميز بوحدة في الجوهر وإتحاد في المضمون[21]، وهذا ما هو واضح من قوله تعالى: " **شرع لكم من الدين ما وصى به نوح والذي أوحينا إليك، وما أوصينا به إبراهيم وموسى وعيسى، أن أقيموا الدين ولا تفرقوا فيه**"[22]، وأن كل الشرائع السماوية هي واحدة إلا أنها إختلفت من قوم لأخر وهذا مصداقا لقوله تعالى: " **قولوا آمنا بالله وما أنزل إلينا وما أنزل إلى إبراهيم**

**وإسماعيل وإسحاق ويعقوب والأسباط وما أوتي موسى وعيسى وما أوتي النبيون من ربهم لا نفرق بين أحد منهم ونحن له مسلمون".**[23]

لا جدال في أن العقائد الأساسية في الإسلام هي عقائد كل دين سماوي، وذلك لوحدة المصدر الإلهي فيها، ومن ثم وحدة الجوهر وما تحويه من أساس واحد، والذي يتمثل في الدعوة إلى توحيد وعبادة الله الخالق. والمتأمل لأحكام الشريعة الإسلامية يدرك، بوضوح ودون أي معاناة، مدى حرصها على تحقيق القيمة المنظمة لكافة أنشطة البشر، حكاما ومحكومين، بحيث حددت نطاق ممارسة كل منهم لحقوقه، ورسمت إطار تمتعهم بكامل حرياتهم، وذلك دون تداخل أو خشية حدوث أي تعد عليها، مقررة لمن تسول له نفسه بالخروج عليها جزاءا رادعا يكفل للمجتمع عدم تكرار ذلك.[24]

لقد عرفت الشريعة الإسلامية حقيقة الشرعية بصفة عامة والشرعية الإجرائية بصفة خاصة، فقد توضحت معالم التشريع الإسلامي، ومدى كيفية الوقوع عن حدوده ونواهيه من خلال القرآن الكريم، وكيفية تطبيق هذه الإجراءات على المكلف به وهو الإنسان المسلم، وذلك في ضرورة مراعاة أحكام الله والتمسك بما أنزله على مختلف رسله في كتبه السماوية جميعا.

كما أن الشريعة الإسلامية إحتوت المشروعية وما تهدف إليه في عصرنا الحديث، وهذا ما يزيد عن خمسة عشرة (15) قرنا تقريبا، ويتضح ذلك من الآيات التي أوضحها الشارع الحكيم في قوله تعالى: " **وأن أحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم وأحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك".**[25] وقوله تعالى: " **ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون ".**[26] وقوله تعالى: " **فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله، إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب ".**[27]

وقوله تعالى: " **إن الذين يكفرون بالله ورسله ويريدون أن يفرقوا بين الله ورسله ويقولون نؤمن ببعض ونكفـــر ببعض ويريدون أن يتخذوا بين ذلك سبيلا أولئك هم الكافرون حقا وأعددنا للكافرين عذابا مهينا ".**[28]

فالمتدبر في كتاب الله، يستطيع أن يلمس في يسر ما حرص المولى في النص عليه من قواعد تحدد الإطار العام والشامل لتلك القيمة التنظيمية لكافة مجريات الحياة، والإحاطة بها إحاطة كاملة، وذلك رغم تنوعها وتعددها وتدخلها في كافة مظاهر الحياة الإنسانية، والتي يضفي عليها بالتأكيد كمالا وعلوا لا يمكن أن يصل إليه أي تنظيم تشريعي مهما حاول واضعوه. كل ذلك يجعل من المستحيل مكان تصور حدوث أي إنحرافات، أو أضرار، إذا ما أحسن مراعاة كافة ما تتضمنه من قواعد وقيود، وهو ما يبدو واضحا في قوله تعالى: " **وما فرطنا في الكتاب من شيء**".[29]

**ثالثا ــ المرحلة العقلانية:**

سميت هذه المرحلة بالعقلانية لقيامها بالدرجة الأولى وبصورة مباشرة على الفكر المجرد، ذلك الفكر الذي وإن كان من الطبيعي ثبوت سبق تأثره بالعقيدة الدينية، باعتبارها أحد عناصر تكوين فهمه وتفهمه لشتى مظاهر الحياة، إلا أن ذلك لا يعدو أن يكون ذا أثر غير مباشر عليه.

وبدأت ملامح هذه المرحلة منذ بداية العصور الوسطى، إثر كتابات فلاسفة الإغريق والرومان القدامى، تلك الكتابات التي أحدثت تأثيرا هائلا كان من شأنه ترتيب نتائج هامة وتغييرات جذرية على مظاهر الحياة بصفة عامة. ولقد أطلقت العنان للعقل ليتدبر ما حوله، على أساس من الإيمان بوجود نواميس خلقية طبيعية تحكم الوجود، وتفترض بذاتها حرية الإختيار لدى بني البشر المحكومين بهذه القوانين كأساس لعدالتها.[30]

ويقول أصحاب هذه المرحلة، أن معيار الحقيقة هو العقل الصريح أو العقل المستقيم. والعقل الصريح، عندهم هو حسن إستعمال العقل الذي يشترك الناس فيه كافة دون تفرقة. ولما كان استعمال ذلك العقل إستعمالا حسنا ليس من نصيب الكافة، فمعنى ذلك أن الحقيقة وجوهرها لا يقف عليه إلا الإله والحكماء.[31]

عرفت الفلسفة في هذه المرحلة على أنها ممارسة الفضيلة، ومنهج مستقيم في الحياة، وأن للأخلاق فيها المكان الأول. كما عرفت الفضيلة بأنها العقل الصريح، أي العقل الشامل السليم الذي يظل دائما متسقا مع نفسه. ويتعين على الإنسان أن يتصرف وفقا للعقل، لأن ذلك لا يكون مقبولا من نفسه فحسب بل يكون موافقا لجميع الأشياء أي

للكون بأسره، ومن ثم مقبولا من كافة الأفراد، وهذا هو معنى العبارة المشهورة "الحياة وفقا للطبيعة ".[32]

وكانت هذه المرحلة هي مرحلة أخلاقية، يتم فهمها وتحليلها لكافة مشاكل الحياة الإنسانية، من خلال منهج أخلاقي قويم. فهي قاعدة للحياة الوجدانية، ولا وجود لها خارج نطاق الأخلاق .

وفي إعتقادنا أن هذه المرحلة قد تكون سميت بهذا الإسم أي المرحلة العقلانية لأنها أستبعدت فيها الشرعية والمشروعية عن الطابع الديني، وأعتمد في ذلك العقل البشري، لأن هذا الفهم الأخلاقي للقيمة التنظيمية في ترتيب وحماية حقوق وحريات الأفراد، غاية تهدف التشريعات الإجرائية الحديثة لإقرارها كإطار لكافة مراحل العملية الإثباتية، لتتجاوز بها نطاق المنطق التشريعي المجرد، وتجعل الضوابط التي تتخذ من الفضيلة دستورا، منهاجا لها للوصول إلى اتفاق للسلوك الإنساني بصفة عامة مع العقل السليم والصريح، وهذا هو لب وجوهر الشرعية والمشروعية في مفهومهما الحديث، وذلك من خلال القواعد القانونية المشرعة لهذه الغاية، كما أن هذا الفهم لتنظيم السلوك الإنساني، هو ما تهدف إليه أساسا فكرة المشروعية في العصر الحديث.

**المبحث الثاني**

**المفهوم المعاصر للشرعية والمشروعية**

إن قيام سادة الإقطاع وأمراء الأقاليم بالإستيلاء على الأرض وتمزيق وحدتها، وذلك تدعيما لمزيد من سلطاتهم ، فكبلوا حركة الأفراد وسلبوا قدرا كبيرا من حقوقهم وأهدروا آدميتهم، وأصبحت حرياتهم مرتعا للإعتداءات من هؤلاء السادة حسب ما أثبته التاريخ. مما أدى إلى ظهور رغبة ملحة لدى كافة الأفراد للتحرر من هذا الوضع، وضرورة فك تلك القيود الثقيلة التي تكبل حركتهم، والخروج على هذه السلطة المستبدة، والتي لا تعطي أي إهتمام لهذا الفرد الذي هو أصل هذا المجتمع.

فظهرت بوادر مرحلة جديدة من التحول الإجتماعي حتى بدأت ملامح النهضة الأوروبية تظهر للوجود. وكان لابد أن يترتب عليها الإهتمام بالفرد وبحريته، وبالرغبة في تخليص إرادته مما يكبلها من قيود الماضي، وهذا المعنى ما هو إلا ما يسمى اليوم " بروح مبدأي الشرعية والمشروعية ". وسنخصص لذلك مطلبين للتعرف أكثر على هذه المفاهيم عبر النظم المختلفة كالتالي:

**المطلب الأول**

**الشرعية والمشروعية في الفكر الإسلامي**

سبقت الشريعة الإسلامية غيرها من الشرائع في التأكيد على مبدأ الشرعية والمشروعية الجنائية، وأخذت بمبدأ " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص "، ومن النصوص القرآنية الصريحة في هذا الميدان والتي تدل على هذا المعنى قوله تعالى: " **وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا** "[33]. وقوله تعالى: " **وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلوا عليهم آياتنا وما كنا مهلكي القرى إلا وأهلها ظالمون** "[34] وقوله تعالى: " **لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل**".[35] وقوله تعالى: " قل أي شيء أكبر شهادة قل الله شهيد بيني وبينكم وأوحي إلي هذا القرآن لأنذركم به ومن بلغ أئنكم لتشهدون أن مع الله آلهة أخرى قل لا أشهد قل إنما هو إله واحد وإنني بريء مما تشركون ".[36]

إضافة إلى ذلك فإن هناك العديد من القواعد الأساسية والكلية في الشريعة الإسلامية، والتي استنبطها الفقهاء من نصوص القرآن وسنة الرسول صلى الله عليه وسلم، والتي نصت وأكدت على الشرعية الجنائية في مجال التجريم والعقاب، ومن هذه القواعد:

ـ لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص.

ـ الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة .

ـ لا يكلف شرعا، إلا من كان قادرا على فهم التكليف وأهلا لما كلف به.

ولا يكلف شرعا إلا بفعل ممكن ، مقدر للكل، معلوم، له علما يحمله على إمتثاله .

فهذه القواعد جميعها تقطع في أنه لا جريمة إلا بعد بيان، ولا عقوبة إلا بعد إنذار.[37]

ففي جرائم الحدود طبقت الشريعة الإسلامية تطبيقا دقيقا قاعدة " لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون "، ويتفق غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية على أن جرائم الحدود تتمثل في الجرائم الآتية: جريمة الزنا، جريمة القذف، جريمة شرب الخمر، جريمة السرقة، جريمة الحرابة، جريمة الردة وجريمة البغي.[38]

ففي جريمة الزنا ــ يقول تعالى: " **ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا** "[39]، ويقول جل شأنه :" **الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مئة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين** ".[40]

ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " **خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا: البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة** ".[41]

فهذه النصوص تحرم الزنا، وتعاقب عليه بالتغريب والجلد والرجم، وهي كل العقوبات المقررة للزنا في الشريعة الإسلامية، وكان هذا مثال حي على الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي.

ولقد سلكت الشريعة الإسلامية نفس مسلكها في التجريم والعقاب فيما يتعلق بإجراءات التقاضي، فلم تحدد إطارا تنظيميا للقضاء، بل وضعت القواعد العامة، والدعائم الأساسية، والأهداف الأصلية، والمصادر التشريعية التي ليس لأحد أن يستقي الأحكام من غيرها، فضلا عن الأصول الإجرائية التي تنظم المحاكمة. في حين تركت الأمور التنظيمية المتصلة بكيفية إستيفاء العقاب على الجرائم، لأعراف الناس وأحوالهم وإحتياجاتهم. ويعني هذا أن الشارع الحكيم وإن نص على وجوب إستيفاء عقوبات الجرائم، إلا أنه لم يحدد الطرق والإجراءات التي يتم بواسطتها معرفة مرتكب الفعل، بل ترك هذه المسألة لولي الأمر بإعتبارها من المسائل التي يترخص له تنظيمها حسب ظروف الحال، وبما يحقق مصلحة المجتمع. بيد أنه لم يترك لولي الأمر العنان في هذا الشأن، بل وضع مباديء عامة وقواعد أساسية يتعين عليه مراعاتها عند تنظيمه لهذه الإجراءات[42]. ومن هذه المباديء هي:

**أولاــ أصل البراءة " قرينة البراءة ":**

إفترض الشارع الإسلامي البراءة في المتهم كأصل عام، ويبدو ذلك واضحا في جرائم الحدود، فقد قال صلى الله عليه وسلم: " **ادرؤوا الحدود بالشبهات** ".

**ثانيا ــ حق الدفاع:**

وقد أقر حق الدفاع للمتهم في أن يدفع عن نفسه ما يلحقه من إتهام، إما بإثبات فساد دليل الإتهام، أو بإقامة الدليل على نقيضه، فلا بد من تمكين المتهم من ممارسة هذا الحق لأنه إذا لم يسمح له به تحول الإتهام إلى إدانة.

وقد أوصى الرسول صلى الله عليه وسلم الإمام علي عندما ولاه قضاء اليمن بقوله:" **إذا جلس بينك الخصمان فلا تقضي حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فإنك إن فعلت ذلك تبين القضاء** ".[43]

**ثالثا ــ الحق في المساواة أمام القانون:**

يقول تعالى: " **يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم إن الله عليم خبير** ".[44]

**رابعا ــ حرمة الحياة الخاصة :**

يقول الله تعالى: "**يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأذنوا وتسلموا علىأهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون، فإن لم تجدوا فيها أحدا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وإن قيل لكم أرجعوا فارجعوا هو أزكى لكم والله بما تعملون عليم** "[45]

وقال عز شأنه: " **يا أيها الذين آمنوا، إجتنبوا كثيرا من الظن، إن بعض الظن إثم، ولا تجسسوا، ولا يغتب بعضكم بعضا، أيحب أحدكم أن يأكل لحم أخيه ميتا فكرهتموه، واتقوا الله إن الله تواب رحيم** ".[46]

**خامسا ــ علانية المحاكمة:**

فقد كان الرسول صلى الله عليه وسلم ومن بعده الخلفاء الراشدون يعقد جلسات المحاكمة والحكم في المسجد، وهو مكان عام يأتي إليه المسلمون، فيحضر الجلسة كل من يريد ولا يمنع أحد من الحضور، ويدخل كل من له علاقة بها.

ويتحقق بهذه العلنية زجر وردع كل من خالف أحكام الشرع الحكيم، أو تسول له نفسه بأن يخالفها مستقبلا، فضلا عن مراقبة المسلمين لضمانات المتهم وسلامة ونزاهة أحكام القضاء.[47]

**سادسا ــ وجود قضاء عادل:**

القضاء في الشريعة الإسلامية من باب الولاية، بل هو أعظم الولايات. والقضاء بالحق لوجه الله سبحانه وتعالى يكون عبادة خالصة، بل هو أفضل العبادات، قال النبي صلى الله عليه وسلم: " **عدل ساعة خير من عبادة ستين سنة** ".[48]

أما فيما يخص القضاء كضمانة عامة لتطبيق مباديء الشرعية الإجرائية ، فقد حفها فقهاء المسلمين بمجموعة من الشروط، يتعين توافرها في من يتولى القضاء، حتى يكون جديرا بهذا المنصب الذي شرفه النبي صلى الله عليه وسلم به، وكان هو أول من تولاه في الإسلام.

فالقضاء في الشريعة الإسلامية من أهم المناصب التي تضمن إستمرارية الدولة في الشرع الإسلامي، وركيزة من ركائز دعائم المجتمع، والتي يكون السهر عليها على قدم وساق من ولي الأمر، ولذلك فإن الفقهاء جعلوا شروط جدو قاسية لمن يتولى الولايات العامة في المجتمع الإسلامي، والتي لا يصلح لمباشرتها إلا من إستوفاها، ومنها على سبيل المثال لا الحصر:

1 ــ أن يكون ذكرا بالغا مسلما: لقوله تعالى: " **الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض** ".[49]

وقول رسوله عليه الصلاة والسلام: " **لن يفلح قوم ولوا أمرهم إمرأة** ".[50]

2 ــ أن يكون سليم الجسم والحواس والعقل: ومعنى ذلك أن الشريعة الإسلامية لم تترك لا صغيرة ولا كبيرة إلا وتطرقت لها.

ففي هذا الشرط من الشروط، فإننا نــرى بأن الشريعة الإسلامية إهتمت حتى بمظهر من يتولى الولاية في الجسم، لأن ذلك قد يؤثر على تصرفاته ومدى كمالها والبعد عن مركبات النقص التي يعرفها العلم الحديث. فقد يؤثر القصر على سبيل المثال في تفكير هذا الحاكم، مما يؤدي به إلى عدم الوصول إلى الحقيقة، وما يقال على هذا العيب يقال كذلك على باقي العيوب التي قد تصيب الجسم وحواسه. فإذا كان الأمر كذلك فمن باب أولى أن يكون سليم العقل والفكر.

3 ــ أن يكون لديه من الكفاية العلمية ما يؤهله لمنصب القضاء: إن منصب القضاء في المجتمع الإسلامي منصب الإجلال، والتقدير، والكرامة، والهيبة، والتقوى، والبعد

عن كل ما يدنس هذه المباديء الأخلاقية. ومن يتولاه فإنه لا يجب أن يتصف بهذه الصفات فحسب، بل يجب أن يكون ملما بالعلم والمعرفة، ومداوم على مجالس العلماء والفقهاء، وعائش بين أمهات الكتب، إلا أن ذلك لا يكفي لتولي هذا المنصب، بل يجب أن يكون له الحل والعقد في الميدان العلمي، وله رأي خاص به في ذلك. ولا يتأتى ذلك لأحد إلا إذا كان عالما، لأن القاضي مضطر للإجتهاد، حتى يصل إلى حل ما يعرض عليه من مشكلات منفذا فيها أحكام الله مصداقا لقوله تعالى: " **وأن أحكم بينهم بما أنزل الله** " .

4 ــالعدالة: أن يكون صادق اللهجة، ظاهر الأمانة ،عفيف عن المحارم، متوقيا المآثم، بعيدا عن الريب، مأمونا في الرضا والغضب، مستعملا لمروءة مثله في دينه ودنياه، فإذا تكاملت فهي العدالة التي تجوز بها شهادته، وتصح معها ولايته.[51]

فهاهي الشريعة السمحاء تبين بدقة هذه المباديء التي تعتبر اليوم من أحدث الأسس، وأحدث حتى الألفاظ وهي الشرعية والمشروعية .

فقد عاشها المسلمون عندما طبقت الشريعة الإسلامية على أرض الواقع. وما رأيناه من مباديء في التشريع، والإجراءات، وشروط تولي القضاء في الإسلام في عجالة ــ لأن المقام لا يسمح بذلك ــ يبين لنا جليا كيف أن الشارع الحكيم حدد الجرائم، وحدد العقوبات، ولم تكن هذه الجرائم والعقوبات على سبيل الحصر، بل ترك نافذة للبشر في تحديد بعضها، ولم يتركها هكذا، بل وضع لها مباديء وأسس تحفها كالسياج لكي لا يخرج بني البشر عنها.

أما الإجراءات للوصول إلى تطبيق العقوبات على من يرتكب هذه الجرائم وعقوباتها، فحدد لها هي الأخرى بعض الإجراءات وترك الجزء الآخر إلى ولي الأمر، بعد حفها هي الأخرى بأسس ومباديء لا يمكن الخروج عنها، مذيلا إياها بقضاء عادل إذا ما توفرت شروط توليه. وهذا هو لب ما تسعى إليه التشريعات الحديثة في المعنى الحديث، وهو إقامة قضاء يعتمد أساسا على الشرعية والمشروعية لإقامة العدل بين الناس.

**المطلب الثاني**

**الشرعية والمشروعية في فرنسا خاصة وأوروبا عامة**

لقد كان للثورة الفرنسية الفضل الكبير فيما قدمته من مباديء سامية للشعوب الأوروبية خاصة والإنسانية عامة. تلك المباديء التي طمست معالمها وضاع كل أثر لمضمونها في الحياة الإجتماعية في فترة حكم الإقطاع.

وقد شملت هذه المباديء كل مجالات الحياة، وخاصة منها ما يتعلق بحقوق الفرد، وقدسيته، وإعتباره بأنه هو الذي يمثل الحضارة في كافة المجتمعات. وقد إمتد أثر هذه المباديء إلى الناحية القانونية أي التشريع، وكل ما يتعلق بتنظيم الحياة عن طريق القانون المكتوب، وهذا ما جعله يمتد إلى الكثير من التشريعات، فمجدت هذه الثورة النزعة الفردية ومدرسة القانون الطبيعي. وكان مفهوم المذهب الفردي آنذاك يدل على "أن الفرد له حقوقا كان وجودها سابقا على وجود الدولة، وأن حماية تلك الحقوق كانت الغاية من الدولة، كما كانت علة سلطانها ".[52]

وقد بينت الثورة الفرنسية عبر مبادئها في المجال القانوني، مفهوم فكرتي الشرعية والمشروعية بالمفهوم المعاصر. متخذة بذلك أن الأساس الخلقي لا يمر إلا عبر هذا الطريق، ودونه فإنه يبقى خاويا بدون موضوع.

وكانت هذه النصوص تحتوي عدة مباديء مؤسسة على الشرعية وإحترام حقوق الإنسان وحرياته، وذلك بالنص عليها في إعلان حقوق الإنسان الصادر سنة 1789 وما تلاه من دساتير نجحت جميعها في تقييد سلطة الدولة، وفي نقل السيادة المغتصبة لصاحبها وهو الشعب .كما حققت الفصل بين مبدأ السيادة وبين شخص الحاكم، مقررة بأن حقوق الأفراد وحرياتهم لا يجوز الإعتداء عليها، أو النيل منها، إلا بقدر ما يسمح به القانون، ومن أجل الإنسان وحماية حريته.[53]

وتنتهي مباديء هذه المرحلة إلى أنه لكي تقوم دولة لابد من إحترامها للقانون، أي مسايرة الشرعية فيها مع تقيدها بمبدأ المشروعية، وبذلك نكون قد احترمنا الحريات والحقوق العامة للفرد. كما جعلنا من الدولة الحارس على تطبيق هذا القانون، وبالتالي فإنه لا يهدر حق أو حرية إلا به، وهذا هو جوهر الشرعية والمشروعية في هذه الثورة التي أتت على كل شيء في المجتمع.

وبهذا أرست المباديء الأساسية في الإثبات، بعد انتشار الشريعة العامة المكتوبة للقانون الجنائي، والإجراءات الجنائية في غالبية الدول التي تحكم بالقانون الوضعي، ماعدا الدول الإنجلوسكسونية أو الإنجلوأمريكية التي قاومت هذه الشريعة المكتوبة، ومازالت تقاوم إلى يومنا هذا.

لقد كان لهذه الأسس أو المباديء الأساسية التي سوف نعرض لبعض منها في الإثبات الجنائي، الدور الكبير في محاربة التسلط والظلم ، وتحرير الحريات والحقوق العامة للأفراد، ومنها:

**أولا ــ مبدأ حرية الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي:**

إن هذا المبدأ يمثل حجر الزاوية في الإثبات القضائي، وقد نصت عليه جل قوانين الإجراءات الجزائية الحديثة تقريبا، وذلك لأهميته الكبرى في الوصول إلى الحقيقة. لأنه بدون هذا الإثبات وحرية الإقتناع اليقيني للقاضي الجنائي، لن يستطيع هذا الأخير إقامة الدليل على وقوع الجريمة، وعلى نسبتها للمتهم. وتتضح هذه الأهمية وفقا للسياسة الجنائية الحديثة، التي تهدف إلى تفريد الجزاء الجنائي وفقا لشخصية المتهم، فإقامة الدليل ليس فقط من أجل إثبات الجريمة ونسبتها إلى المتهم، وإنما أيضا من أجل تحديد علاج شخصية المتهم، ومدى خطورته الإجرامية من أجل تحمله الجزاء الجنائي.[54]

وتتضح هذه الأهمية كذلك في الدور الإيجابي للقاضي في البحث عن الحقيقة، فالقاضي الجنائي لا يكتفي بمجرد موازنة الأدلة التي يقدمها الخصوم، وإنما عليه دورا إيجابيا يفرض عليه التحري عن الحقيقة والكشف عنها. مع إلتزامه بالقواعد التي تحدد كيفية الحصول على الدليل، والشروط التي يتعين عليه تطلبها فيه، والتي توفر الثقة في الدليل الذي يقدمه. ومخالفة هذه القواعد والشروط قد تهدر قيمة الدليل وتشوب الحكم بالبطلان. ومن هنا إستلزم الشارع ، تحقيقا للعدالة، أن يكون الحكم بالإدانة مبنيا على الجزم واليقين لا على الظن والإحتمال.[55]

**ثانيا ــ الأصل في الإنسان البراءة:**

الأصل في الإنسان أنه بريء حتى يثبت العكس بالدليل القانوني، وهذا الأصل يضع على عاتق الإتهام عبء إثبات الإدانة كاملا. وهذا يعد مظهرا من مظاهر إفتراض براءة المتهم، ذلك لأن عبء الإثبات كمظهر من مظاهر الإفتراض، أو كأثر

من أثاره، لا يثور إلا في مرحلة المحاكمة، وعلى من يدعي أنه ارتكب فعلا مخالفا للقانون أن يثبت ما يدعيه، وليس على المتهم أن يثبت براءته. فالبراءة المفترضة في المتهم هي حق له أن يطالب الإتهام بالإثبات الكامل لما أسند إليه.[56]

فالهدف من كل دعوى جنائية، هو أن يتحول الشك الذي هو أساس الإتهام إلى يقين، يكفي لإدانة المتهم ودحض البراءة الأصلية. وكذلك كل شك في إثبات الجريمة يعني إسقاط أدلة الإدانة، وتأكيد الإفتراض ببراءة المتهم لأنها الأصل، وإرتكاب الجريمة هو خروج عن هذا الأصل.[57]

**ثالثا ــ حرية القاضي الجنائي في الإستعانة بكافة طرق الإثبات:**

يختلف القاضي الجنائي عن القاضي المدني فيما يتعلق بوسائل الإثبات، في أن الأول يتمتع بحرية كاملة في أن يستعين بكافة طرق الإثبات للبحث عن الحقيقة والكشف عنها، على عكس الثاني، فهو مقيد في الإثبات بطرق معينة. كما أن القاضي الجنائي يباشر تحقيقه في الجلسة بالشكل الذي يراه مناسبا وملائما للوصول إلى الحقيقة، وهذا ما يعرف بمبدأ " حرية الإثبات".

وهذا المبدأ مستقر عليه في جميع التشريعات الجنائية الجزائية، ويعد مظهرا من مظاهر ذاتية نظرية الإثبات في القانون الجنائي[58]. فالقاضي الجنائي يحكم في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته، ونتيجة لهذا المبدأ فإن للقاضي حرية اللجوء إلى كافة الوسائل الممكنة لإثبات الوقائع المراد إثباتها. وتتنوع هذه الأدلة، فقد يؤخذ الدليل من المعاينة وإنتقال المحكمة، كما يؤخذ من ندب خبير مختص، أو من دليل كتابي في أوراق لها حجيتها أو محررات، أو من شهادة الشهود، أو إعتراف المتهم نفسه، أو القرائن...إلخ .

**رابعا ــ مبدأ وجوب تسبيب الأحكام الجنائية:**

الرأي السائد في الفقه يتجه إلى القول بأن محكمة الموضوع يجب عليها أن تبين في حكمها أركان الجريمة وظروفها، وإلا كان الحكم باطلا لخلوه من الأسباب. ولكنها ليست ملزمة ببيان طرق الإثبات التي ثبت عليها إقتناعها، لأن إختصاصها النهائي أن تفصل في وقوع الجريمة .

وقد كان القانون الفرنسي السابق، قبل الثورة الفرنسية، لا يستوجب تسبيب الأحكام، ولكن تم العدول عن هذا العمل، ونصت الجمعية الوطنية في المادة 22 من

قانون 8ـ9 أكتوبر سنة 1789 على أن: " كل حكم بعقوبة جنائية من درجة إبتدائية أو نهائية يجب أن يبين الوقائع التي عوقب من أجلها المتهم ".

ثم نص دستور السنة الثالثة في المادة 259 على أنه: " يجب إصدار الأحكام بصوت مرتفع وأن تكون مسببة ومشتملة على نص القانون الذي حوكم بموجبه"[59].

وهكذا فإن محكمة الموضوع للفقه الفرنسي لا تلتزم ببيان الأدلة التي إقتنعت بها، وسردها تفصيلا، وإنما هي ملزمة بواجب التسبيب الذي يفرضه المشرع في مواد الجنح والمخالفات .

ونحن نرى بأن هذه هي بعض الأسس التي تؤكد مراعاة جانب الشرعية والمشروعية في المباديء التي أتت بها الثورة الفرنسية والإجتهادات التي وقعت بعدها، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن الفقه والقضاء ومسايرة المشرع لهما يسير بنفس وتيرة تطور المجتمعات، ويلاحظ أن هذا التطور يسير ببطء كبير ويرجع ذلك إلى مدى نضج وتقبل الشعوب لهذه التغيرات حتى تستوعب تطبيقها، بل هي التي تسعى إلى ذلك.

ومن ثم فإن التاريخ يعلمنا بأن أي قاعدة قانونية لا يستوعبها من تطبق عليه ويقبل بها، يكون دائما مآلها الفشل في موضوعها، والغاية التي أستحدثت من أجلها. فلذلك نجد أن هناك مواد قانونية شرعت في سنوات بعيدة جدا مازالت تطبق إلى يومنا هذا، مع التحسينات التي قد تجرى عليها لمسايرة التطور.

## الخاتمـــة

لقد رأينا كيف وصل مفهوم الشرعية والمشروعية خلال المراحل التي مرت بها إلى أن وصلت إلى مفهومها الحديث.

وقد إحتوى الفكر الإسلامي على المفهوم الحقيقي لفكرتي الشرعية والمشروعية منذ خمسة عشرة (15) قرنا، وذلك قبل النهضة الأوروبية بكثير وإحتوى هذا المفهوم على مباديء قد أقرتها الثورة الفرنسية فيما بعد، وعممت على كافة الدول الأوروبية . فبإعتماد مباديء الثورة الفرنسية في القارة الأوروبية وفي القوانين اللاتينية بصفة عامة، بدأت تتحول هذه النظرة إلى مفهوم آخر، وذلك بالاعتناء بالفرد عوض الجماعة مؤكدة على حياته الخاصة، وأنه لا يجوز الإعتداء عليها إلا في إطار قانوني، يكون قد

حدد سلفا الإجراءات التي يجب إتباعها للوصول إلى الغاية المنشودة، وهذا ما يعبر عنه بالشرعية الإجرائية. أما فكرة المشروعية بمفهومها الحديث، فهي تعني الشرعية ومباديء القانون بصفة عامة، سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة مثل العادات والتقاليد ومباديء النظام العام وأخلاقيات المجتمع، وبهذه الطريقة وبهذا المفهوم أصبح اليوم تحصيل الدليل الجنائي يجب أن يمر عبر هذه القنوات وعوضت كل هذه الديباجة بمبدأي الشرعية والمشروعية، فاليوم يكفي أن نقول أن هذه الطريقة غير مشروعة حتى لا يؤخذ بهذا الدليل أي أنه معيب في تحصيله. فأصبحت النظرة الحديثة للشرعية والمشروعية بأنها مباديء أساسية لا يجوز الحياد عنها إذا ما أردنا أن نحصل أي دليل جنائي مهما كان نوعه، لتقديمه للقضاء لكي يعتمده ويؤثر في الخصومة الجنائية، بأن يبنى عليه حكم سليم. ومن أجل هذا فإننا نقترح أن ينص الدستور على هذين المبدأين صراحة ( أي الشرعية والمشروعية ) باعتباره أعلى تقنين في الدولة، ليكون دعامة لترسيخ دولة القانون.

## الهوامش

**1**ــ عصام عفيفي حسيني عبد البصير، *مبدأ الشرعية الجنائية*، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 10.

**2** ــ أحمد ضياء الدين محمد خليل، *مشروعية الدليل في المواد الجنائية*، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس 1982 ، القاهرة ، ص 584 .

**3** ــ أحمد فتحي سرور، *الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية*،دار النهضة العربية ــ القاهرة ، طبعة معدلة 1995، ص 123 .

**4** ــ أحمد عوض بلال، *قاعدة إستبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة*، دار النهضة العربية ــ القاهرة 2003، ص 9 .

**5** ــ أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 124.

**6-** P. Bouzat, *La loyauté dans la recherche des preuves*, Paris, Sirey 1964, p.160.

**7** ــ محمد مصباحي القاضي، *حق الإنسان في محاكمة عادلة: دراسة مقارنة*، دار النهضة العربية ــ القاهرة 1996، ص 16.

**8** ــ أحمد ضياء الدين محمد خليل، مرجع سابق، ص 102 وما بعدها بتصرف.

**9** ــ طعيمة الجرف، *مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون*، 1973 ، ص 7 .

**10** ــ صوفي أبو طالب، *مباديء تاريخ القانون*، 1967، ص 22 وما بعدها .

**11** ــ علي بدوي، *أبحاث التاريخ العام للقانون*، الجزء الأول تاريخ الشرائع، مطبعة نوري بمصر، ص 8 وما بعدها.

**12**-David Fouroutani, *Le fardeau de la preuve en matiere pénale: essai d'une théorie générale*, Paris 2 1977. N°40, p. 35.

**13**ــ محمود محمود مصطفى، *الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن*، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية 1977، رقم 16، ص 9 وما بعدها.

**14** ــ علي بدوي، المرجع نفسه ، ص 20 .

**15** ــ صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص 70.

**16** ــ فريد الزغبي، *الموسوعة الجزائية*، المجلد الأول، الطبعة الثالثة دار، بيروت 1995، ص 121 .

**17** ــ محمود محمود مصطفى، المرجع السابق ، ص 10 .

**18** ــ محمد أبو زهرة، *محاضرات في مقارنات الأديان*، الجزء الأول الديانات القديمة، 1965، ص 5 وما بعدها بتصرف.

**19** ــ صوفي أبو طالب، مرجع سابق ، ص 437 .

**20** ــ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق، ص 6 وما بعدها بتصرف.

**21** ــ محمود شلتوت. " الإسلام عقيدة وشريعة "، الطبعة الثانية ، ص 19 وما بعدها .

**22** ــ سورة الشورى ، الآية 13 .

**23** ــ سورة البقرة ، الآية 136 .

**24** ــ محمود شلتوت، المرجع نفسه ، ص 21 وما بعدها .

**25** ــ سورة المائدة، الآية 49.

**26** ــ سورة المائدة ، الآية 44 .

**27** ــ سورة ص، الآية 26.

**28** ــ سورة النساء، الآيتين 150 و 151.

**29** ــ سورة الأنعام، الآية 38.

**30** ــ عثمان أمين، *الفلسفة الواقية*، 1971، ص 9 وما بعدها.

**31** ــ عثمان أمين، المرجع نفسه، ص 102 وما بعدها.

**32** ــ هشام محمد فريد، *الدعائم الفلسفية للمسؤولية الجنائية*، رسالة دكتوراه 1982، ص 105 وما بعدها.

**33** ــ سورة الإسراء الآية 15.

**34** ــ سورة القصص الآية 59.

**35** ــ سورة النساء الآية 165.

**36** ــ سورة الأنعام الآية 19 .

**37** ــ عبد القادر عودة، *التشريع الجنائي الإسلامي*، الجزء الأول الطبعة 12، مؤسسة الرياض 1993، 115 وما بعدها.

**38** ــ عبد القادر عودة، المرجع نفسه ص 78 .

**39** ــ سورة الإسراء الآية 32.

**40** ــ سورة النـــور الآية 2.

**41** ــ محمد بن عبد الله التبريزي، *مشكاة المصابيح* : تحقيق محمد نصر الدين الألباني، دمشق، المكتب الإسلامي 1371 هـــ - 1909 ص 12 .

**42** ــ عبد القادر عودة، المرجع السابق ص 116.

**43** ــ رواه أحمد وأبو داود والترميذي ، راجع لشوكاني –*نيل الأوتار*، الجزء الثاني، ص 284.

**44** ــ سورة الحجرات الآية 13.

**45** ــ سورة النور الآيتان 27 و 28.

**46** ــ سورة الحجرات الآية 12.

**47** ــ عصام عفيفي عبد البصير، *أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها*، دار النهضة العربية، 2004 الطبعة الأولى، ص 176.

**48** ــ أشرف رمضان عبد الحميد، *مبدأ الفصل بين سلطتي الإتهام والتحقيق*، رسالة دكتواره جامعة عين شمس 2001 .

**49** ــ سورة النساء الآية 34.

**50** ــ إبن حجر العسقلاني، *فتح الباري بشرح صحيح البخاري*، الجزء 16 ،ص 166 .

**51** ــ الماوردي، *الإحكام السلطاني*، مطبعة العادة، الجزء 1327 ص 53 .

**52** ــ عبد الحميد متولي، *الحريات العامة*، 1975 ،ص 24 وما بعدها .

**53** ــ محمود عصفور، *سيادة القانون*، ص 1967 وما بعدها.

**54**- P. Bouzat, *La loyauté dans la recherche des preuves*, Paris, Sirey 1964, p.155 et suite. .

**55** ــ محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، 1988، ص405 وما بعدها

**56** ــ إرجع إلى رسالتنا لشهادة الماجستير لمزيد من التفصيل .

**57** ــ محمد الغريب، *حرية القاضي الجنائي في الإقتناع اليقيني وأثره في تسبيب الأحكام الجزائية*، 2008 ،دار النهضة العربية، ص 17 وما بعدها .

**58**-Stefani , Levasseur et Bouloc, N° 35, p. 40.

**59** – Garraud . T 1, N° 262, p. 18.