

تنظيم الخصومة الجنائية في القانون والشريعة الإسلامية

المستشار

محمد محمود ابراهيم عليوه
نائب رئيس هيئة قضايا الدولة

تنظيم الخصومة الجنائية في القانون والشريعة الإسلامية

المستشار/ محمد محمود إبراهيم عليوه
نائب رئيس هيئة قضايا الدولة

تمهيد وتقسيم:-

قبل أن نتحدث عن ماهية البطلان والفرق بينه وبين الانعدام ومذاهب البطلان في الشريعة الإسلامية فإنه ينبغي تعريف العمل الإجرائي الجنائي في الخصومة الجنائية، فالخصومة الجنائية هي مجموعة الأعمال الإجرائية التي يترتب على بطلان أي إجراء لها بطلان الخصومة الجنائية، وبالتالي فإن هذا الفصل يشتمل على معرفة الخصومة الجنائية والفرق بين الخصومة الجنائية وبين الدعوى الجنائية، وهو تقديم لمعرفة البطلان في الإجراءات الجنائية.

ويتضمن هذا الفصل مبحثين، المبحث الأول نتناول فيه تنظيم الخصومة الجنائية والفرق بين الدعوى الجنائية والخصومة الجنائية، وهي عبارة عن مجموعة الأعمال الإجرائية التي تبدأ بتحريك الدعوى الجنائية بقصد الوصول إلى إثبات الجريمة ومعاقبة الجاني، ويقضي ذلك تعريف العمل الإجرائي الجنائي وخصائصه وذلك في المطلب الثاني، أما المطلب الثالث فننتاول فيه طبيعة العمل الإجرائي الجنائي.

أما المبحث الثاني من هذا الفصل، فيتضمن ثلاث مطالب، المطلب الأول نتناول فيه ماهية البطلان وأساسه في الشريعة الإسلامية، المطلب الثاني ويتضمن مذاهب البطلان في الشريعة الإسلامية، أما المطلب الثالث فيتضمن آثار البطلان في الشريعة الإسلامية.

المبحث الأول

تنظيم الخصومة الجنائية

يتضمن هذا المبحث ثلاثة مطالب، نتناول في المطلب الأول: انعقاد الخصومة الجنائية، أما المطلب الثاني فننتاول فيه: تعريف العمل الإجرائي الجنائي وخصائصه، ثم المطلب الثالث، ونبين فيه طبيعة العمل الإجرائي الجنائي.

المطلب الأول

انعقاد الخصومة الجنائية

قبل أن نتكلم عن انعقاد الخصومة الجنائية ينبغي التفرقة بين الدعوى الجنائية والخصومة الجنائية.

فالدعوى الجنائية هي وسيلة تملكها النيابة العامة باعتبارها ممثلة للدولة تلجأ بها إلى القضاء لتطبيق قانون العقوبات على الجاني^(١)، وهي عبارة عن مطالبة النيابة إلى القضاء باسم المجتمع بأن يوقع العقوبة على المتهم^(٢). وتتميز بأن الدولة هي وحدها صاحبة السلطة فيها لأنها وحدها هي التي تملك السلطة في العقاب. ويبدأ تحريك الدعوى الجنائية بمباشرة أول عمل من أعمال التحقيق تباشره سلطة التحقيق أو بتكليف المتهم بالحضور أمام محكمة الجناح سواء من قبل النيابة العامة أو المدعى بالحق المدني.

ويعرفها البعض أيضاً بأنها مجموعة من الإجراءات يحددها القانون وتستهدف الوصول إلى حيز قضائي يقرر تطبيقاً صحيحاً للقانون في شأن منع إجراء معين^(٣).

أما الخصومة الجنائية فهي مجموعة الأعمال الإجرائية التي تبدأ بتحريك الدعوى الجنائية بقصد الوصول إلى إثبات الجريمة ومعاقبة الجاني. وتطبيقاً لما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا يجب أن توفر الدولة للخصومة حلاً منصفاً قائماً على حيده المحكمة، فقد قضت المحكمة الدستورية في ذلك بأنه: "الحقوق التي تستمد وجودها من النصوص القانونية يلزمها بالضرورة من أجل اقتضائها طلب الحماية التي يكفلها الدستور أو المشرع لها، مجرد النفاذ إلى القضاء في ذاته لا يعتبر كافياً لضمانها، وإنما يعني اقترانه بإزالة العوائق التي تحول دون تسوية الأوضاع الناشئة عن العدوان عليها.

وبوجه خاص ما يتخذ منها صورة الأشكال الإجرائية المعقدة كي توفر الدولة للخصومة حلاً منصفاً قائماً على حيده المحكمة واستقلالها وضامناً عدم استخدام التنظيم

(١) د. أحمد فتحى سرور: نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، طبعة دار النهضة، ١٩٥٩، ص ٢٩.

(٢) د. رؤوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية، الطبعة الأولى، ١٩٩٥، ص ٦.

(٣) د. محمود نجي حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، ١٩٨٨، ص ٦٠.

القضائي كأداة للتمييز ضد فئة بذاتها أو للتحامل عليها^(٤). وتتعدّد الخصومة الجنائية بتحريك النيابة العامة للدعوى الجنائية وغيرها فى الأحوال المبينة فى القانون وتمثل الأعمال الإجرائية موضوع الخصومة سواء تلك التى تصدر عن القاضى ومعاونيه أو النيابة العامة أو قاضى التحقيق أو المتهم أو المدعى المدنى أو المسئول عن الحقوق المدنية أو الغير. ولا تتعدّد الخصومة الجنائية أمام المحكمة إلا بتوافر ثلاثة شروط:

الأول: هيئة قضائية فىجب أن تكون الهيئة التى يناط بها الفصل فى الخصومة لها ولاية القضاء سواء كان ذلك بصفة أصلية أم استثنائية. أما تشكيل المحكمة فهو شرط لصحة إجراءات المحكمة والحكم ولا يعتبر شرطاً لانعقاد الخصومة.

الثانى: تمثيل النيابة العامة فهى وحدها التى تتوب عن المجتمع فى استعمال الدعوى الجنائية.

الثالث: إعلان المتهم بالحضور^(٥) ولا ترفع الدعوى الجنائية أمام المحكمة من النيابة العامة إلا بعد إعلانه بالحضور - فعلا- أما بالنسبة إلى قاضى التحقيق وغرفة الاتهام فإن الدعوى الجنائية تعتبر مرفوعة بمجرد صدور أمر الإحالة، ويعد تكليف المتهم بالحضور فى هذه الحالة إلا مجرد إجراء تنفيذى محض تقوم به النيابة العامة، ويستوجب إعلان الخصوم بتاريخ الجلسة المحددة لإجراءات التحقيق التى ترى المحكمة اتخاذها^(٦).

المطلب الثانى

تعريف العمل الإجرائى الجنائى وخصائصه

يعرف غالبية الفقهاء الأعمال الإجرائية بأنها الأعمال التى يرتب عليها القانون مباشرة إنشاء أو تطور أو تعديل أو إنهاء الخصومة كرابطة قانونية^(٧). ويعرف الاستئذان كوقاء العمل الإجرائى بأنه أى عمل يتجه وفقاً للقانون الإجرائى إلى غاية إجرائية.

(٤) الدعوى رقم ٨ لسنة ٨، دستورية، جلسة ١٩٩٢/٣/٧، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الخامس، المجلد الأول، ص ٢٥١.

(٥) د. أحمد فتحى سرور: نظرية البطلان فى قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٣٥.

(٦) د. عمر السعيد رمضان: مبادئ قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، دار النهضة، ١٩٨٤، ص ٤٨.

(٧) Chiovenda Principil, P 766-677, Costa Camtributo, P. 121.

ويعرفه البعض الآخر بأنه: العمل الإجرائي هو العمل الذي يرتب القانون عليه مباشرة أثرا إجرائيا ويكون جزءا من الخصومة^(٨).

كما يعرف البعض أيضاً العمل الإجرائي بأنه كل عمل يرى في الخصومة أو يهدف إلى إعدادها أو له قيمة في الخصومة أيا كانت طبيعته أو معناه نظمه القانون بقصد الوصول إلى تطبيق القانون الموضوعي^(٩).

فالعمل الإجرائي بوجه عام هو العمل القانوني الذي يرتب عليه القانون مباشرة أثرا في إنشاء الخصومة وتعديلها أو انقضائها سواء كان داخل الخصومة أو خارجها، وتعد الدعوى الجنائية ظاهرة إجرائية في حين أن الحق فكرة موضوعية^(١٠).

ويتميز العمل الإجرائي بمقومات معينة هي:

- ١- أن يكون عملا قانونية.
- ٢- أن يترتب عليه مباشرة التأثير في نشوء الخصومة أو سيرها أو تعديلها أو انقضائها.

٣- أن يكون جزءا في الخصومة أو سابقا عليها أو معاصرا لها.

أولاً: أن يكون عملا قانونيا- أي عملا يرتب عليه القانون آثارا معينة. فلا يعتبر عملا إجرائيا قيام القاضي بدراسة القضية، وإعداد المتهم دفاعه، وترتيب القضية في الجدول بمعرفة كاتب الجلسة. ومن قبيل الأعمال غير القانونية ما أوجبه القانون في المادتين ٣٧ و ٣٨ إجراءات جنائية على الأفراد ورجال السلطة- غير مأموري الضبط القضائي- من إحضار الجاني المتهم بالجريمة في أحوال معينة وتسليمه إلى أقرب رجال السلطة العامة أو أقرب مأمور من مأموري الضبط القضائي على حسب الأحوال، ولمأمور الضبط القضائي عند انتقاله في حالة التلبس أن يمنع الحاضرين من مبارحة

(٨) د. فتحي والي: نظرية البطلان في قانون المرافعات، الطبعة الثانية، ١٩٩٧، ص ٨١.

(٩) د. أحمد فتحي سرور: نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ٤٥.

(١٠) د. نجيب حسني: الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٦٢.

محل الواقعة أو الابتعاد عنه حتى يتم تحرير محضر بالواقعة^(١١). وهذه الأعمال تختلف عن سلطة مأمور الضبط القضائي في القبض على الجاني، لأن القبض عمل قانوني. وقد وصف الأستاذ فالين ما يقوم به آحاد الناس من الإمساك بالجاني في التلبس بأنه عمل مادي^(١٢) محض غير قانوني (acte purement materiel, non juridique) ويسميه (Capture) تمييزاً له عن القبض المعتبر عملاً قانونياً الذي يسمى (arrestation)، وتأسيساً على ذلك فإنه إذا أخطأ أحد الأفراد وأمسك بشخص واقتاده إلى قسم البوليس بدعوى أنه كان متلبساً بجناية أو بجنحة يجوز فيها الحبس الاحتياطي أو امسك به في غير هاتين الحالتين - فألقى هذا الشخص ما كان يحمله من مخدر تحت تأثير هذا الفعل، فإن حالة التلبس لا تكون قائمة، ولا بناء على بطلان القبض - لأننا لسنا بصدد عمل إجرامي حتى يرد عليه البطلان - وإنما لأن التلبس بني على إجرام غير مشروع. وكذلك فإن ما يقوم به الأفراد ورجال السلطة وفقاً للمادتين ٣٧ و ٣٨ إجراءات سالفتي الذكر لا يبيح لهما التفتيش طبقاً للمادة ٤٦ إجراءات لأنه ليس قبضاً، بل هو ليس عملاً إجرائياً على الإطلاق.

وقد يؤدي العمل القانوني إلى مباشرة عمل غير إجرامي، فمثلاً رؤية مأمور الضبط القضائي أثناء مروره في الطريق العام المتهم متلبساً بجناية تخول له القبض عليه، فهذا القبض وحده هو الذي يعتبر عملاً إجرائياً - أما المرور في الطريق العام فهو عمل غير قانوني.

ثانياً: أن يرتب عليه القانون مباشرة التأثير في نشوء الخصومة أو بردها أو تعديلها أو انقضائها - مثال ذلك شكوى المجنى عليه، وإجراءات جمع الاستدلال وطلب النيابة العامة تعيين قاضٍ للتحقيق وتكليف المتهم بالحضور بناء على محضر جمع الاستدلال، فهذه كلها أعمال تؤدي مباشرة إلى نشوء الخصومة الجنائية ولو لم تنشأ

(١١) د. محمد محي الدين عوض: حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٨٩، ص ٧٧.

(١٢) يرى البعض أنه يحسن عدم استعمال تعبير العمل المادي حتى لا يختلط بالعمل المادي المعتبر عملاً قانونياً في عرف النظرية التقليدية للواقعة القانونية، والأفضل تسميته بأنه عملية مادية (operation materuelle) وهي تسمية أخذ بها فالين في موضع آخر، ص ٣٨٢.

فعلا، كما إذا أمرت النيابة العامة بحفظ الأوراق بعد الاطلاع على محضر جمع الاستدلالات دون أن تجرى فيها تحقيقاً.

ومن الأعمال المؤثرة في سير الخصومة الجنائية إجراءات التحقيق الابتدائي والمحكمة، ومن الأعمال المؤثرة في تعديل الخصومة قرار المحكمة بوقف الدعوى الجنائية إذا كان الحكم فيها يتوقف على نتيجة الفصل في دعوى جنائية أخرى أو على الفصل في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية (المادتان ٢٢٢ و ٢٢٣ إجراءات)، وتعديل المحكمة للتهمة. أما الأعمال المؤدية إلى انقضاء الخصومة الجنائية فهي الحكم النهائي والأمر الجنائي والأمر بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى الجنائية.

ولا تعتبر أعمالاً إجرائية تحريات البوليس بقصد كشف الجريمة، بخلاف التحريات التي يقصد منها جمع أدلة الجريمة فهي عمل إجرائي. غير أن الأمر بحفظ الأوراق وإن أدى إلى عدم نشوء الخصومة الجنائية باعتباره سابقاً على تحريك الدعوى الجنائية إلا أنه يعتبر من الأعمال الإجرائية باعتباره عملاً سابقاً على الخصومة ويؤثر في نشوئها أثراً سلبياً لأنه يؤدي مباشرة إلى عدم نشوئها. ولا يعتبر عملاً إجرائياً قرار القاضي بنظر القضية قبل دورها^(١٢).

ويشترط أن يترتب الأثر في الخصومة مباشرة على العمل القانوني، فلا يعتبر عملاً إجرائياً العمل الذي يترتب عليه بطريق غير مباشر التأثير في الخصومة، مثال ذلك إذا جدد للقاضي خصومة شخصية مع المتهم، وهو سبب يجوز فيه رده عن الحكم ويترتب على تقديم طلب الرد وقف الخصومة، فإن هذه الخصومة الشخصية بين القاضي والمتهم لا تعتبر عملاً إجرائياً لأن أثرها على الخصومة الجنائية هو مجرد أثر غير مباشر. وكذلك فإن قيام رجل الإسعاف بإحصاء ما بجيوب ملابس المصاب وقت وجوده في حالة غيبوبة بقصد تحرير كشف به وفحصه جيوب تلك الملابس لمعرفة ما

(١٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا جناح على المحكمة إذا هي لما قدرته من الأسباب نظرت قضية قبل دورها، وللخصم الذي لم يكن وفتنذ حاضراً مادامت الجلسة منعقدة، أن يطلب إلى المحكمة أن تعيد نظر الدعوى في حضرته (نقض ٢٩ يناير ١٩٤٠ مجموعة القواعد، ق ٢٥ عاماً جزء ١ ص ١١٥ رقم ١٨٠).

بداخلها للغرض المتقدم الذكر لا يعد عملاً إجرائياً إن ضبط رجل الإسعاف عرضاً في ملابس المصاب جواهر مخدرة أو سلاحاً بدون ترخيص، ذلك أن حالة التلبس التي نشأت عند العثور على المخدر أو السلاح هي التي خولت له باعتباره من آحاد الناس حق ضبط المتهم- وهذا الضبط وحده هو الذي أدى مباشرة إلى نشوء الخصومة الجنائية^(١٤). ولا يختلف الحكم فيما لو كان أحد مأموري الضبط القضائي هو الذي قام بما فعله رجل الإسعاف في المثال المتقدم ذكره^(١٥)، وقد قضت محكمة النقض في ذلك بأنه: إلقاء الضابط القبض على المتهم بجريمة هتك عرض المجني عليها عقب إبلاغه بالواقعة وانتقاله مباشرة لمكان ارتكابها- صحيح- اعتباراً بتوافر حالة التلبس، مادام قد شاهد آثار الجريمة بادية وتحويل الحكم على أقواله في الإدانة صحيح^(١٦).

ثالثاً: أن يكون جزءاً في الخصومة أو سابقاً عليها أو معاصراً لها: وغني عن البيان أن الأحكام تعتبر أعمالاً إجرائية^(١٧) فهي بلا جدال يترتب عليها مباشرة تعديل الخصومة وانقضاؤها.

^(١٤) قضت محكمة النقض بأن ما قام به رجل الإسعاف من البحث في جيوب المتهم لجمع ما فيها وتعرفها وحصرها قيل نقل صاحبها الغائب عن صوابه إلى المستشفى لعلاجها هو إجراء لا يصح أن يعد تفتيشاً بالمعنى الذي قصده الشارع باعتباره عملاً من أعمال التحقيق. (نقض ١٠ يناير ١٩٥٦ مجموعة الأحكام، س ٧ ص ١٩ رقم ٨). وإذن فيجوز تفتيش الجرحى والمرضى والمصابين بعاهات عقلية وفاقد الإدراك والشعور إذا كان الغرض من التفتيش التعرف على شخصية المريض أو المصاب وتعذر على منقذه معرفتها إلا عن سبيل تفتيشه للإطلاع على أوراق وأمتعته، أو بقصد المحافظة على ما قد يكون مع المريض من أشياء ذات قيمة يخشى فقدها وضياعها (س ١٢٥-١٢٣ ١٩٣٠ Brey, la Fruitle entporelle).

^(١٥) وهذا العمل لا يعتبر عملاً قانونياً وإن أدى إلى ما مباشرة عمل إجرائي.

^(١٦) نقض جنائي- الطعن رقم ٤٨٨١ لسنة ٨٣ ق- جلسة ٢٠١٣/١١/١١- مشار إليه بالمستحدث من المبادئ الصادرة من محكمة النقض، ٢٠١٣، ص ٣١.

^(١٧) المرجع السابق، ص ٤-٧، وكان البعض قد اتجه إلى أن الأحكام بقيت أعمالاً إجرائية من أجل التوصل إلى عدم تطبيق المادة ١٠٣٠ مرافعات فرنسي التي تقضي بأنه لا بطلان بغير نص (جارسونيه وسيراز يرى، مرجع سابق، جزء ٢ ص ١٤٨ رقم ٨٦).

ولا يشترط لأعتبار العمل إجرائياً أن يباشره أحد أشخاص الخصومة الجنائية^(١٨) - فيعتبر عملاً إجرائياً ما يقوم به كاتب الجلسة والشهادة والخبرة. ومن ناحية فإن كل عمل يباشره أشخاص الخصومة الجنائية لا يعتبر إجرائياً إلا إذا توافرت الشروط الثلاثة سالفه الذكر، ويجب أن يكون العمل الإجرائي مطابق لمبدأ شرعية الجرائم و"العقوبات" وأن يتم تطبيق الإجراءات التي حددها القانون^(١٩). وتطبيقاً لما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا يتبين أن تكون جميع الأعمال الإجرائية مطابقة لمبدأ الشرعية سواء من حيث التجريم أو العقاب وإلا كانت هذه الأعمال غير قانونية وغير دستورية، وقد قضت المحكمة الدستورية في ذلك بأنه:-

مفهوم مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات تؤكد المواثيق الدولية وتردده الدساتير.

استقرار مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في مفاهيم الدول المتحضرة، دعا على توكيده بينها، ومن ثم وجد صدها في عديد من المواثيق الدولية، من بينها الفقرة الأخيرة من المادة ١١ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والفقرة الأولى من المادة ١٥ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والمادة ٧ من الاتفاقية الأوروبية لحماية الإنسان، وتردد هذا المبدأ كذلك دساتير عديدة، يندرج تحتها ما تنص عليه المادة ٦٦ من دستور جمهورية مصر العربية من أنه لا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لنفاذ القانون الذي ينص عليها، وما تقرره كذلك المادة ١٨٧ من هذا الدستور التي تقضي بأن الأصل في أحكام القوانين هو سريانها اعتباراً من تاريخ العمل بها، ولا أثر لها فيما وقع قبلها إلا بنص خاص تقره أغلبية أعضاء السلطة التشريعية في مجموعهم.

النطاق الحقيقي لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات إنما يتحدد على ضوء ضمانتين تكفلان الأغراض التي توخاها:

(١٨) وهم القاضي والخصوم (النيابة العامة والمتهم والمدعي والمجني عليه والمسئول عن الحقوق المدنية)

وقاضي التحقيق (في بعض الأحوال) انظر بنناين، مرجع سابق، ص ٦٥ وما بعدها رقم ٢٠.

(١٩) د. إبراهيم عيد نايل: شرح قانون العقوبات، الجزء الثاني، النظرية العامة للعقوبة، طبعة دار النهضة، ٢٠١٧م، ص ٧.

أولاهما: أن تصاغ النصوص العقابية بطريقة واضحة محددة لا خفاء فيها أو غموض، فلا تكون هذه النصوص شباكاً أو شراكاً يلقبها المشرع متصيداً باتساعها أو بخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها، وهي بعد ضمانات غايتها أن يكون المخاطبون بالنصوص العقابية على بيئة من حقيقتها، فلا يكون سلوكهم مجافياً لها، بل اتساقاً معها ونزولاً عليها.

ثانيتها: ومفترضها أن المرحلة الزمنية التي تقع بين دخول القانون الجنائي حيز التنفيذ وإلغاء هذا القانون عندما تمثل الفترة التي كان يحيا خلالها، فلا يطبق على أفعال أتاها جناتها قبل نفاذه، بل يتعين أن يكون هذا القانون سابقاً عليها *la loi prealable* فلا يكون رجعيًا، على أن يكون مفهوماً أن القوانين الجنائية وإن كان سريانها على وقائع اكتمل تكوينها قبل تنفيذها، غير جائز أصلاً، إلا أن إطلاق هذه القاعدة يفقدها معناها، ذلك أن الحرية الشخصية وإن كان يهددها القانون الجنائي الأسوأ، إلا أن هذا القانون يرفعها ويحميها إذا كان أكثر رفقاً بالمتهم، سواء من خلال إنهاء تجريم أفعال أثمها قانون جنائي سابق، أو عن طريق تعديل تكييفها أو بنيان بعض العناصر التي تقوم عليها، بما يمحو عقوباتها كلية أو يجعلها أقل بأساً وبمراعاة أن غلو العقوبة أو هوانها إنما يتحدد على ضوء مركز المتهم في مجال تطبيقها بالنسبة إليه.

مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، غداً أصلاً ثابتاً كضمان ضد التحكم، فلا يؤثم القاضي أفعالاً ينتقياها، ويقرر عقوباتها وفق اختياره، إشباعاً لنزوة أو انفلاتاً عن الحق والعدل - وصار التأثيم بالتالي - وبعد زوال السلطة المنفردة - عقداً إلى المشرع، إذ يقرر للجرائم التي يحدثها، عقوباتها التي تناسبها، فلا يكون سريان النصوص القانونية التي تنظمها رجعيًا، بل مباشراً لتحكم الأفعال التي تقع بعد العمل بالقانون الذي يجرمها *Nullum Crimen, Nulla poena, Sine lege* ويفسر هذا المبدأ بأن القيم الجوهرية التي يصدر القانون الجنائي لحمايتها، لا يمكن بلورتها إلا من خلال السلطة التشريعية التي انتخبها المواطنون لتمثيلهم، وأن تعبيرها عن إرادتهم يقتضيها أن تكون بيدها سلطة التقرير في شأن تحديد الأفعال التي يجوز تأثيمها وعقوباتها، لضمان مشروعيتها، ومن ثم كان إعمال هذا المبدأ لازماً لتمكين المواطنين من الاتصال بتلك

القيم التي يقوم عليها بنيان مجتمعهم، بما يوحد بينهم ويكفل تماسكهم اجتماعياً Cohesion فلا يزودنها، وإلا كان إيقاع الجزاء الجنائي عليهم لازماً لردعهم^(٢٠).
لا يجوز إعمال نصوص عقابية يسيء تطبيقها إلى مركز قائم لمتهم أو مد نطاق تطبيقها بطريق القياس إلى أفعال لم يؤثمها المشرع:

مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وإن اتخذ من ضمان الحرية الشخصية بنياناً لإقراره وتوكيده، أي أن هذه الحرية ذاتها هي التي تقيد من محتواه، فلا يكون إنفاذ هذا المبدأ لازماً إلا بالقدر وفي الحدود التي تكفل صونها In favorem، ولا يجوز بالتالي إعمال نصوص عقابية يسيء تطبيقها إلى مركز قائم لمتهم، ولا تفسيرها بما يخرجها عن معناها أو مقاصدها، ولا مد نطاق التجريم- وبطريق القياس- إلى أفعال لم يؤثمها المشرع- بل يتعين دوماً- وكلما كان مضمونها يحتمل أكثر من تفسير- أن يرجح القاضي من بينها ما يكون أكثر ضماناً للحرية الشخصية في إطار علاقة منطوية Laratio Legis يقيهما بين هذه النصوص وإرادة المشرع، سواء في ذلك تلك التي أعلنها، أو التي يمكن افتراضها عقلاً^(٢١).

يجب أن يكون الجزاء الجنائي قائماً على أساس حدد المشرع سلفاً ركائزها:
مبدأ شرعية الجرائم وعقوباتها، لا يقتضي لزوماً أن يكون الجزاء الجنائي في شأن الأفعال التي أتمها المشرع محددًا تحديداً مباشراً، بل يكفي أن يتضمن النص العقابي تلك العناصر التي يكون معها هذا الجزاء قابلاً للتحديد، ومعيناً بالتالي من خلالها، فلا يكون الجزاء بها مبهماً، ولا مفضياً إلى التحكم، بل قائماً على أسس حدد المشرع سلفاً

(٢٠) حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٢٢ فبراير سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية، الجريدة الرسمية، العدد ١٠ في ١٩٩٧/٣/٦.

(٢١) حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٢٢ فبراير سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية، الجريدة الرسمية، العدد ١٠ في ١٩٩٧/٣/٦.

ركائزها، وهو ما يقع على الأخص كلما ربط النص العقابي بين الغرامة التي فرضها، وإهمال المخالفين لقوانين المباني تصحيح مخالفتهم أو إزالتها^(٢٢).

كما قضت المحكمة أيضاً بأنه:- الشرعية الدستورية لها مقام الصادرة من البنين القانوني للدولة وإنفاذها وبلوغ مقاصدها فرع من خضوع الدولة للقانون والتزامها بمضمونه:

جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا، على أن الشرعية الدستورية التي تقوم بمراقبة التقيد بها، غايتها ضمان أن تكون النصوص التشريعية المطعون عليها أمامها مطابقة لأحكام الدستور، ذلك أن لهذه الشرعية- في موقعها من البنين القانوني في الدولة- مقام الصادرة وإنفاذها وبلوغ مقاصدها فرع من خضوع الدولة- بكافة تنظيماتها- للقانون والتزامها بمضمونه وفحواه، ولا يجوز بالتالي لأية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، إعمال نص تشريعي لازم للفصل في النزاع المعروض عليها إذا بدا لها مصادمته للدستور من وجهة مبدئية قوامها ظاهر الأمر في المطاعن الدستورية الموجهة إليه دون انزلاق إلى أغوراها، ذلك أن قيام هذه الشبهة لديها، يلزمها أن تستوثق من صحتها عن طريق عرضها على المحكمة الدستورية العليا وفقاً لنص المادة ٢٩ من قانونها، لتتولى دون غيرها الفصل في المسائل الدستورية المطروحة عليها، متقصية أبعادها، محيطة بجوانبها متعمقة دخالها، بالغة ببحثها منتهاه، بما مؤداه أنه لا يجوز لأية جهة تتولى الفصل في الخصومة القضائية المطروحة عليها، أن تتجاهل مظنة الخروج على أحكام الدستور، ولا أن تتحيز جانباً، بل يتعين عليها أن تنزل القواعد الدستورية المنزلة الأعلى التي تنبؤها، وإلا آل أمر الإعراض عنها إلى أعمالها لنصوص تشريعية لازمة للفصل في النزاع الموضوعي المعروض عليها، ولو داخلتها شبهة ترجح مخالفتها للدستور بخروجها على زواجره ونواهيها، وهو ما يناقض سيادة القانون- والدستور على القمة من مدارجه- ويخل كذلك بضرورة أن تكون الشرعية الدستورية راسية أسسها، تتكامل عناصرها، وتتواصل حلقاتها دون انقطاع، وينقض من جهة أخرى دور المحكمة الدستورية العليا في مباشرة رقابتها على هذه الشرعية، بوصفها أمينة

(٢٢) حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٥ يوليو سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية

دستورية، الجريدة الرسمية، العدد ٢٩ في ١٩/٧/١٩٩٧.

عليها، حافظتها لها، غير مجاوزة لتخومها، لتفرض بأحكامها كلمة الدستور على المخاطبين بها، فلا ينسلخون منها أو يحدون عنها، متى كان ذلك، وكان الدفع بعدم دستورية نص تشريعي يطرح بالضرورة- ومن أجل الفصل في هذا الإدعاء- ما بين القواعد القانونية من تدرج، يفرض عند تعارضها، إهدار القاعدة الأدنى تغليباً- ما بين القواعد القانونية من تدرج، يفرض عند تعارضها، إهدار القاعدة الأدنى تغليباً للقاعدة التي تلوهها، وكان من المقرر- وعلى ما سلف البيان- أن القواعد الدستورية تحتل من القواعد القانونية مكاناً علياً، لأنها تتوسد منها المقام الأسمى كقواعد أمرة لا تبدل فيها إلا بتعديل الدستور ذاته، فإن الدفع بعدم الدستورية لا يكون من قبيل الدفع الشكلية أو الإجرائية، بل يتغيا في مضمونه ومرماه، مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور ترجيحاً لها على ما عداها وتوكيداً لصلتها الوثقى بالنظام العام، وهي أجدر قواعده وأولاها بالأعمال، بما مؤداه جواز إثارة هذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى، وأمام أية محكمة أياً كان موقعها من التنظيم القضائي الذي يضمها^(٢٣).

مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في الشريعة الإسلامية:

تواترت الشرائع السماوية على أنه لا تكليف إلا برسالة وتبليغ، وقد جاءت النصوص القرآنية مؤكدة لهذا المعنى وأنه لا توجد عقوبة من غير رسالة ورسول ينذر ويبشر، فقد قال تعالى (وَمَا كُنَّا مُعَدِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا)^(٢٤)، وفي قوله تعالى (وَأَنْذَرْنَا قُرُونًا أَنْ كَمُنَّا رَبَّنَا وَأُنزِلْنَا الذَّلِيلَ مِنَ السَّمَاوَاتِ لِيَذُرَّ الذَّرْعَ وَأَلْوَانًا أُخْرَى لَذُبِّهَا نَذِيرٌ)^(٢٥)، فحكمة الله سبحانه وتعالى أنه لا يعاقب أحداً من العباد إلا إذا بلغ رسالته إليه، وأنذره بسوء العقبي إن خالف، وبحسن العاقبة إن أطاع. وفي هذا المعنى قال تعالى (وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمَّهَاتِ رُسُلًا يَلْتَمِسُ عَلَيْهِمُ

(٢٣) حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٢ فبراير سنة ١٩٩٤ في القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية

دستورية، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء السادس، صفحة ١٧٤.

(٢٤) سورة الإسراء، آية ١٥.

(٢٥) سورة فاطر، آية ٢٣.

آيَاتِنَا وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَى إِلَّا وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ^(٢٦)، وفي قوله تعالى (رُسُلًا مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِنَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا)^(٢٧).

وفي هدى ما تقدم يبين لنا أن الإسلام يأخذ بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، فلم يعاقب على الجرائم التي وقعت قبله أو على من يدخل في الإسلام مرتكباً لها، فكان العرب قبل الإسلام يبيحون الجمع بين الأختين في عصمة زوج، فجاء الإسلام وحرّم ذلك في قوله تعالى (وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا)^(٢٨)، فيستثني الإسلام من العقاب ما كان منهم في الجاهلية، مع أن الفعل في ذاته فاحشة وقعت، وأنه أسوأ السبيل في العلاقة الزوجية^(٢٩).

وفي بيان الجرائم وعقوباتها سلك الشارع الإسلامي مسلكين: الأول هو بيان الجريمة مقترنة بعقوبتها، وذلك في الحدود والقصاص في القتل: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرِّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ)^(٣٠)، وقوله تعالى (وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ)^(٣١).

الثاني: أن تعرف الجريمة تعريفاً عاماً، ويترك لولي الأمر تقدير العقوبات على حسب الأحوال والمناسبات، كما يقدر ولي الأمر العقوبة تقديراً عاماً لكي يكون أمام القاضي فرص ملائمة العقوبة مع الفعل في كل حالة مستقلة بما يلائم الأحوال أو ظروف تشدد العقاب أو تخفضه، بمعنى أن يكون له سلطة تقديرية واسعة في تفريد

(٢٦) سورة القصص، الآية ٥٩.

(٢٧) سورة النساء، الآية ١٦٥.

(٢٨) سورة النساء، الآية رقم ٢٣.

(٢٩) د. أسامة عبدالله قايد: الجريمة أحكامها العامة في الأنظمة الحديثة والفقهاء الإسلامي، الطبعة الثانية ١٩٩٥، ص ١٧؛ وكذلك د. فوزية عبدالستار: نظام الحكم في الإسلام، طبعة ٢٠١٢، ص ٢١٥.

(٣٠) سورة البقرة، الآية ١٧٨.

(٣١) سورة المائدة، الآية ٤٥.

العقوبة، وهذا ما يميز الشريعة الإسلامية عن القانون الوضعي والتعازير إما أن تكون على المعاصي أو تعزيراً للمصلحة العامة أو على المخالفات^(٣٢).

مما سبق يتضح لنا أن كلاً من الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، قد نص على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، ولكن الشريعة الإسلامية تميزت عن القوانين الوضعية من عدة نواحي:

أولاً: من حيث تاريخ تطبيق مبدأ الشرعية: نصت الشريعة الإسلامية وطبقت هذا المبدأ قبل القوانين الوضعية بأربعة عشر قرناً، والقوانين الوضعية لم تأت بهذا المبدأ، وإنما أخذته عن الشريعة الإسلامية.

ثانياً: من حيث كيفية التطبيق: يختلف تطبيق المبدأ في الشريعة الإسلامية بحسب خطورة الجريمة، ففي الجرائم الخطرة التي تمس أمن الجماعة ونظامها، تحدد الشريعة الإسلامية الجريمة والعقوبة تحديداً دقيقاً، وهذا ما هو متبع في جرائم الحدود والقصاص والديات، أما في جرائم التعزير وهي أقل خطورة، فتقدر لها مجموعة من العقوبات يختار القاضي من بينها العقوبة الملائمة، أما بالنسبة للأفعال التي تمس المصلحة العامة فتضع نصوص عامة تشمل أي فعل يمس المصلحة العامة.

أما القوانين الوضعية فتطبق القاعدة على نحو واحد وهو حصر الجرائم وعقوباتها مع وضع حد أقصى وأدنى للعقوبة.

ثالثاً: من حيث الجريمة: تضيق الشريعة الإسلامية من نطاق النص في جرائم الحدود والقصاص والديات، أما في جرائم التعزير فالتعميم في النص يأخذ حده كما هو الحال في المعاصي، وفي قولوه تعالى "وَلَا تَجَسَّسُوا"، تجريماً لجريمة التجسس، وفي قوله تعالى "وَأَوْفُوا الْكَيْلَ" و"وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا". وفي التعزير الخاص بالمصلحة العامة يتم تحريم الفعل بوصفه لا بذاته، بحيث لا يمكن معرفة الفعل جريمة أو لا، إلا بعد وقوع الفعل، مما جعل الشريعة الإسلامية صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان. أما القوانين الوضعية فتحدد الجريمة وتعينها تعييناً دقيقاً، وتبين أركانها الأساسية التي تقوم

(٣٢) انظر بالتفصيل عبدالقادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، الجزء الأول، طبعة ١٩٧٧، ص ١٢٦ وما بعدها؛ الأستاذ/ عبدالعزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية، القاهرة، ١٩٥٧.

عليها، ولما شاب هذه الطريقة من عيوب عدل عنها الفقهاء وجعلوا النصوص عامة ومرنة لكي تسمح بدخول أفعال لم تكن منصوصاً عليها.

رابعاً: من حيث العقوبة: فرقت الشريعة الإسلامية بين جرائم الحدود والقصاص والديات، وهي عقوباتها منصوص عليها لا خيار للقاضي فيها، أما بالنسبة للتعازير فقد حددت مجموعة من العقوبات للقاضي سلطة الاختيار فيما يتناسب مع جسامة الفعل. أما القوانين الوضعية فتضع للجريمة عقوبة واحدة أو أكثر وهي ذات حدين، وتترك للقاضي حرية أن يوقع العقوبتين أو إحداهما، وأن يقدر العقوبة بين الحد الأدنى والأقصى، وأن يوقف العقوبة بشروط معينة، وله في بعض الظروف أن ينزل بالعقوبة درجة أو إثنين، وأحياناً يجعل القانون للعقوبة حداً أدنى لا ينزل عنه.

المطلب الثالث

طبيعة العمل الإجرائي الجنائي

ويتضمن هذا المطلب شرطين:

الأول: نظرية الواقعة القانونية

والثاني: ماهية العمل الإجرائي الجنائي

الشرط الأول: نظرية الواقعة القانونية

من المسلم أن السبب الذي ينشئ أثراً قانونياً هو أمر يحدث فيرتب عليه القانون هذا الأثر، وهذا الأمر هو ما نسميه بالواقعة القانونية (Fait Juridique)، فهي إذن كل حركة من شأنها أن تنتج أثراً قانونياً.

وقد ساهم الفقه^(٣٣) بجهد كبير في سبيل إرساء نظرية الواقعة القانونية على أسس

سلمية واختلفت النظريات في تقسيم الواقعة القانونية.

أولاً: ذهب رأى إلى تقسيم الواقعة القانونية إلى قسمين:

١- وقائع طبيعية (faits naturels) وهي التي تحدث بفعل الطبيعة كالموت ومضى المدة وهبوب العواصف والبراكين.

٢- وقائع اختيارية (faits volontaires) وهي التي ترجع إلى إرادة الإنسان وتتقسم إلى:

(٣٣) د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص ٤٧.

أ- أعمال مادية (actes matériels) وهي التي يصاحبها أن يحدث بها أثر في الروابط القانونية الموجودة أولاً يريد ذلك، فإذا أصاب شخصاً وجب عليه أن يعرضه وتعين معاقبته. وإذا تحدث فذكر عيوب الغير فإن هذا قد يعتبر سباً أو قذفاً يجعله مسئولاً.

ب- أعمال إدارية محضة أو تصرفات قانونية (actes juridiques) وهي التي تنتج إلى إحداث نتائج قانونية معينة.

ويؤخذ على هذه النظرية بأن ثمة وقائع قد تحدث بفعل الطبيعة كما قد تحدث بإرادة الإنسان كالموت، وهذا التغيير لا يؤثر في أنها مصدر قانوني لآثار معينة^(٣٤). هذا إلى أن التمييز بين الأعمال المادية والتصرفات القانونية قد يشعر أن الأولى ليست لها أثر قانوني مع أنها في حقيقة الأمر تنتج آثاراً قانونية^(٣٥).

ثانياً: ذهب فريق من الفقه^(٣٦) الإيطالي إلى تقسيم الوقائع القانونية (fatti giuridici) إلى:

١- وقائع طبيعية (fatti naturali) أو مجردة وهي التي يرتب القانون على مجرد وقوعها آثاراً قانونية سواء حدثت بفعل الطبيعة أم بإرادة الإنسان، أي أن الواقعة تكون طبيعية ولو صدرت من الإنسان كالتى كانت إرادته إلى الواقعة لا أهمية لها من الناحية القانونية، وكان القانون يرتب الآثار على مجرد حدوث الواقعة. فالموت - مثلاً - واقعة طبيعية سواء كان طبيعياً أم بفعل الإنسان.

٢- وقائع إرادية (fatti volontari) أو أعمال قانونية atti giuridici وهي أعمال إرادية يرتب عليها القانون أثراً بالنظر إلى كونها إرادية. وهذه الوقائع أو الأعمال تنقسم بدورها إلى:

أ- أعمال قانونية بالمعنى الضيق (atti giuridici in senso stretto) وهي التي يرتب عليها القانون أثراً دون نظر إلى الإرادة إلى تحقيق الآثار، بل العبرة فقط

(٣٤) فتحى والى، مرجع سابق، رقم ٢٩.

(٣٥) عبد الحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام جزء ٢، طبعة ١٩٥٤، ص ٩.

(٣٦) Pannian مرجع سابق، ص ١٤ رقم ٤، وقد أشار إلى غيره من الفقهاء الذين يأخذون بهذا التقسيم، وقد أخذ بهذا الرأى فى الفقه المصرى د. عبد الحى حجازى، مرجع سابق، ص ١٠ وما بعدها.

بمجرد اتجاه الإرادة إلى الواقعة المكونة للعمل، وبعبارة أخرى أن الآثار القانونية تترتب على مجرد حدوث الواقعة بإرادة الإنسان دون أن يكون لهذه الإرادة شأن في تحديد مضمون الآثار.

ب- تصرفات قانونية (negozi giuidici) وهي أعمال إرادية يترتب عليها القانون الآثار التي يرى أنها لازمة لتحقيق هذه الإرادة، أي أن الإرادة لها دخل في تحديد هذه الآثار.

فالعمل القانوني بالمعنى الضيق والتصرف القانوني عملان إراديان - إلا أن وجه الخلاف بين الاثنين ينحصر في أن العمل الأول يكفي لتحقيقه أن تتجه الإرادة إلى مجرد الواقعة القانونية المكونة له دون عبء بالآثار المترتبة عليها، والقانون هو الذي يتولى بنفسه ترتيب الآثار القانونية على مجرد توفر الإرادة في مباشرة العمل سواء اتجهت هذه الإرادة إلى الآثار أم لم تتجه. أما العمل الثاني فإنه يشترط لتحقيقه بالإضافة إلى عنصر الإرادة المتجهة إلى الواقعة المكونة له عنصر آخر هو الإرادة المتجهة إلى آثار هذا العمل، أي أن الشخص يعلم سلفاً مقدار الآثار المترتبة على تصرفه وله أن يعدل في هذه الآثار.

دور الإرادة في التصرف القانوني والعمل القانوني بالمعنى الضيق:
التصرف القانوني والعمل القانوني بالمعنى الضيق عملان إراديان إلا أن دور الإرادة في كل منهما يبدو مختلفاً. فمتى كان للإرادة دخل في تحديد الآثار كان العمل تصرفاً قانونياً، أما إذا اقتصر دور الإرادة على الاتجاه إلى الواقعة دون الآثار فهو لا يعد أن يكون عملاً قانونياً بالمعنى الضيق. وتتميز الدعوى الجنائية بأنها مجموعة من الإجراءات وهي حق للمجتمع وليس لمن يكفل القانون تحريكها مباشرة عند تمثيل المجتمع^(٣٧).

(٣٧) د. نجيب حسني: الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٦١.

وقد ذهب البعض^(٣٨) إلى أن الإرادة هي وحدها التي تخلق الآثار القانونية في التصرف القانوني، وهو رأى مردود بأن الإرادة دون القانون غير أهل لإنتاج الآثار القانونية، وأنه في التصرف القانوني والعمل القانوني بالمعنى الضيق يرتب القانون الآثار على مباشرتهما مع اختلاف واحد هو أن للإرادة في التصرف القانوني حرية في تحديد آثاره في الحدود التي يراها القانون. والقول بسطان الإرادة في التصرف القانوني لا يعنى أن الإرادة هي الشئ التي تنشئ الآثار القانونية بل أن القانون هو الذى يحددها كما أنه هو الذى يعطى للإرادة سلطانا فى تحديد نطاق هذه الآثار. أما فى العمل القانوني بالمعنى الضيق فإن دور الإرادة قاصر على الاتجاه إلى الواقعة المكونة لهذا العمل دون أن تملك تعديل آثاره القانونية.

وقد ذهب البعض^(٣٩) إلى أن الإرادة فى التصرف القانوني لا تتجه إلى الآثار القانونية وإنما إلى الغايات العملية منه باعتبار أن إحاطة الإرادة بالآثار القانونية أمر عسير يتطلب العلم سلفا بهذه الآثار وقت مباشرة التصرف، وقيل شرحا لهذا الرأى أن البائع مثلاً عند إبرامه عقد البيع يرمى إلى الحصول على الثمن والمشتري يرمى إلى الحصول على شئ وتملكه، أما بقية الآثار القانونية فهى بعيدة عن تفكير المتعاقدين، وهذا الرأى مردود بأنه يؤدي إلى الخلط بين التصرف القانوني والعمل القانوني بالمعنى الضيق لأن الإرادة فى كلا العملين تتجه إلى إرادة عملية^(٤٠). فضلا عما ينطوى عليه هذا الرأى من الخلط بين الغاية أو الباعث وبين الأثر لنظرية الواقعة القانونية من النظريات العامة فى القانون. ولا تمثل نظرية الواقعة القانونية نظاما من أنظمة القانون الخاص وإنما هى نظرية عامة تسود جميع فروع القانون فى النظام القانوني^(٤١).

(٣٨) قال بهذا الرأى De Ruggiero أنظر بنناين، مشار إليه د. فتحي سرور، نظرية البطلان، مرجع سابق، س ٣٩، رقم ١٦.

(٣٩) د. فتحي سرور، مرجع سابق، ص ٥٥.

(٤٠) د. فتحي والى، مرجع سابق، رقم ٣٣.

(٤١) انظر فى تطبيقات هذه النظرية القانون الإداري، ص ٦٤ وما بعدها. الأمر الإداري ورقابة المحاكم القضائية له فى مصر، رسالة د. محمود زهير جرانة، طبعة ١٩٣٥، ص ١٤٧.

الشرط الثانى: ماهية العمل الإجرائى الجنائى وهو تمييز الواقعة الطبيعية أو المجردة عن الواقعة الإرادية وتنقسم هذه الأخيرة إلى عمل قانونى بالمعنى الضيق وتصرف قانونى.

أولاً: الوقائع الطبيعية أو المجردة الإجرائية:

هي الواقعة الطبيعية هي التي يترتب القانون على مجرد وقوعها آثاراً قانونية سواء حدثت بفعل الطبيعة أم بإرادة الإنسان دون اعتداد بهذه الإرادة. وقانون الإجراءات الجنائية ينص على بعض الوقائع الطبيعية الإجرائية، أي يترتب آثاراً إجرائية (أى متعلقة بالخصومة الجنائية) على مجرد وقوعها، مثال ذلك الوفاة: فقد نصت المادة ١٤ على أن تنقضى الدعوى الجنائية بوفاة المتهم، ونصت المادة ٨ على أن ينقضى الحق فى الشكوى بموت المجنى عليه، ونصت المادة ٤/١٠ على أنه إذا توفى الشاكي فلا ينتقل حقه فى التنازل إلى ورثته، وقد قضت محكمة النقض فى ذلك بأنه: "الوفاة سبب للانقضاء تنقضى به الدعوى الجنائية دون الدعوى المدنية المرفوعة بالتبع لها، إذ تظل هذه الدعوى- فى أية مرحلة من مراحلها- قائمة أمام المحكمة الجنائية لتستمر فى نظرها إلى النهاية حيث يخلف المتهم فيها ورثته طالما لم يصدر فيها حكم بات"^(٤٢).

إلا فى دعوى الزنا، فلكل واحد من أولاد الزوج الشاكي من الزوج المشكو منه أن يتنازل عن الشكوى وتنقضى الدعوى. ونصت المادة ٥٣٥ إجراءات جنائية على أنه إذا توفى المحكوم عليه بعد الحكم عليه نهائياً، تنفذ العقوبات المالية والتعويضات وما يجب رده والمصاريف فى تركته.

مضى المدة:

فقد نصت المادة ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية على أن تنقضى الدعوى الجنائية فى مواد الجنايات بمضى عشر سنين من يوم وقوع الجريمة، وفى مواد الجناح بمضى ثلاث سنين، وفى مواد المخالفات بمضى سنة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

(٤٢) نقض جنائى، يراجع الطعن رقم ٣١٢٧ لسنة ٧٠ ق، جلسة ٢٠٠١/٥/٨.

ونصت المواد ٥٢٨ و ٥٢٩ و ٥٣٣ و ٥٣٤ على أثر مضي المدة فى تنفيذ العقوبة ونصت المادتان ٥٣٧ و ٥٥٠ على أثر مضي المدة فى رد الاعتبار. وتتميز الدعوى الجنائية بأن للنيابة العامة لها أن تقيم الدعوى الجنائية ولو ثبت أن الجريمة لم تسب لشخص ما ضرراً^(٤٣).

الجنون:

فقد نصت المادة ٥ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه إذا كان المجنى عليه مصاباً بعاهة فى عقله تقدم الشكوى ممن له الولاية عليه، ونصت المادة ٣٢٩/ ١ على أنه إذا ثبت أن المتهم غير قادر على الدفاع عن نفسه بسبب عاهة فى عقله طرأت بعد وقوع الجريمة يقف رفع الدعوى عليه أو محاكمته حتى يعود إليه رشده.

المرض:

نصت المادة ٣٦ من القانون رقم ٣٩٦ لسنة ١٩٥٦ فى شأن تنظيم السجون على حالة الإفراج عن المسجون لأسباب صحية متى ثبت انه مصاب بمرض يهدد حياته بالخطر أو يعجز عجزاً كلياً، كما يمتد ميعاد الطعن متى ثبت أن الطاعن كان مريضاً (أو فى حالة عذر قهري آخر) خلال ميعاد الطعن.

الحمل:

نصت المادتان ١٩ و ٥٨ من القانون رقم ٣٩٦ لسنة ١٩٥٦ سالف الذكر على معاملة خاصة للمسجونة الحامل أو المحكوم عليها بالإعدام الحامل. على أنه يعود من أهمية الوقائع الطبيعية الإجرائية أن معظمها لا يترتب عليها أثرها فى الخصومة الجنائية (سواء فى مرحلة التحقيق أو التنفيذ) ما لم يصدر عمل إجرائى يقرر هذا الأثر، فالوفاة ومضى المدة مثلاً لا يترتب عليهما انقضاء الدعوى الجنائية ما لم يصدر حكم بذلك، وجنون المتهم لا يترتب عليه وقف الدعوى الجنائية ما لم يصدر حكم بذلك، ومرض المسجون مرضاً خطيراً لا يترتب عليه الإفراج عنه ما لم يصدر قرار الإفراج معتمداً من مدير عام السجون وبعد موافقة النائب العام (المادة

(٤٣) د. نجيب حسني: الإجراءات لاجنائية، مرجع سابق، ص ٦١.

٢/٣٦ من قانون السجون)، وللمحكمة طبقاً للمبدأ العام أن تتحرى الحقيقة بكافة الطرق المشروعة ولها أن تنتقل لإجراء المعاينة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الخصوم متى رأت في ذلك فائدة للإثبات^(٤٤).

ويلاحظ أن الظاهر من الأمثلة السالف بيانها أن القانون يربط الآثار القانونية على مجرد حدوث الواقعة بصرف النظر عن صدورها من إنسان (كالموت المتسبب عن القتل) أو حصولها بفعل الطبيعة- وهذه هي سمات الوقائع القانونية الطبيعية أو المجردة.

ثانياً: الوقائع الإرادية الإجرائية:

قلنا أن الوقائع الإرادية هي التي يربط عليها القانون أثراً بالنظر إلى إرادة الإنسان في مباشرتها، وأنها تنقسم إلى نوعين: تصرفات قانونية وهي تتجه الإرادة فيها إلى الوقائع وتملك التدخل في تحديد آثارها، وأعمال قانونية وهي التي تقتصر دور الإرادة فيها على الاتجاه إلى الواقعة دون آثارها، وتترتب الآثار القانونية بصرف النظر عن اتجاه إرادته إليها أو عدم اتجاهها.

والمراد هو تحديد ماهية العمل الإجرائي وهل يندرج تحت التصرفات القانونية أو الأعمال القانونية (بالمعنى الضيق).

ذهب البعض إلى أن الأعمال الإجرائية- بلا تفرقة- تعتبر تصرفات قانونية، باعتبار أن القائمين بها إنما يقصد من مباشرتها الوصول إلى تحقيق غرض معين.

وعيب هذا الرأي أن القانون يربط الآثار القانونية في بعض الأعمال- وهي ما نسميها بالأعمال القانونية بالمعنى الضيق- بمجرد اتجاه الإرادة إلى مباشرتها دون عبء باتجاه هذه الإرادة إلى الآثار أو عدم اتجاهها، ولا يكفي للقول بأن عملاً ما يعتبره عملاً قانونياً بالمعنى الضيق أن نقرر بأن إرادة صاحبه لم تتجه إلى تحقيق آثاره، بل أن معيار التفرقة بين العمليين هو تحديد أهمية الإرادة في ترتيب هذه الآثار في نظر القانون، فمتى كان القانون يربط الآثار على مجرد مباشرة العمل، فلا يغير من وصفه إلى أن تتجه الإرادة إلى تحقيق هذه الآثار، وكذلك إذا كان القانون يخول الإرادة حق

(٤٤) د. عمر السعيد رمضان: مبادئ قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، دار النهضة، ١٩٨٤،

التدخل في تحديد الآثار في العمل فإن عدم اتجاهها إليها لا يغير من وصف هذا العمل. وبعبارة أخرى أن تكييف العمل القانوني والتصرف القانوني يخضع لمعيار موضوعي لا شخصي، وكان يتعين على القائلين بالرأى السالف بيانه أن يعرضوا أولاً لطبيعة العمل الإجرائي وهل يخول القانون لصاحبه أن تتحكم إرادته في الآثار المترتبة عليه أولاً يخوله ولا يكفي للقول بأنه يعتبر تصرفاً قانونياً أن الإرادة تتجه في كثير من الحالات عند مباشرة هذا العمل إلى رغبة تحقيق آثاره، لأنه لا أهمية لتوافق الإرادة مع الآثار متى كان القانون وحده هو الذي يربتها سواء توافقت الإرادة معها أو لم تتوافق.

وذهب رأى آخر^(٤٥) إلى التفرقة بين الأعمال الإجرائية الواجبة أي التي تصدر عن نشاط واجب وبين الأعمال الإجرائية الاختيارية أي التي تصدر عن نشاط حر بمعنى أن صاحبه له مطلق الحرية في مباشرته أو عدم مباشرته، وقال بأن الأعمال الإجرائية الواجبة تعتبر أعمالاً قانونية (المعنى الضيق) وأن الأعمال الإجرائية الاختيارية تعتبر تصرفات قانونية، والإجراء الجوهري بأنه ما قصد به حماية مصلحة معينة للخصم وحده وثيقاً يكون من حقه أن ينزل عن الدفع ببطلان ذلك الإجراء عن المخالفة^(٤٦).

وقد عيب على هذا الرأى^(٤٧) بأن الأعمال الإرادية تنقسم إلى أعمال قانونية (بالمعنى الضيق) وتصرفات قانونية مع أن الموظفين العموميين المنوط بهم القيام بهذه الأعمال يلتزمون بمباشرتها باعتبارها واجباً عليهم، وإن ثمة أعمال إدارية تصدر عن السلطة التقديرية للإدارة إلا أنها تعتبر أعمالاً قانونية (بالمعنى الضيق)، كالأمر بحل (إحدى الجمعيات) الذي يصدر عن مطلق سلطة الإدارة، فهذه الأعمال وإن كانت تصدر عن إرادة الموظف إلا أنها في الحقيقة تصدر عن إرادة القانون، وأنه من غير المفيد في نطاق القانون الإداري أن نفرق بين النشاط الإلزامي والنشاط الحر، لأنهما في الحقيقة يتمخضان عن نشاط واجب فالنشاط الحر للإدارة لا تباشره إلا في حدود القانون وتتوخى فيه المصلحة العامة، وبعبارة أخرى أن عليها واجب في مباشرته. وقيل بأن

(٤٥) د. فتحي سرور، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص ٥٩.

(٤٦) د. حسن صادق المرصفاوي: أصول الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٩٦، ص ٧٣٢.

(٤٧) مشار إليه د. فتحي سرور، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص ٥٩.

القانون الخاص ينظم بعض التصرفات القانونية التي يقع على أصحابها التزام بمباشرتها كالوفاء بالدين، ورد الوديعة، والإخلال بهذا الالتزام يعرض الملتزم لمطالبته بالتعويض أو التنفيذ الجبرى على ماله، وهى تماثل التصرفات القانونية الإدارية التى تلزم الإدارة بمباشرتها وإلا استهدف موظفوها للجزاء الإداري. والفرق الوحيد بين التصرفات الخاصة والعامّة والإدارية هو نوع الجزاء المترتب على عدم مراعاتها فهو فى الأولى جزاء مالى وفى الثانية جزاء إدارى.

وإذن فليس النشاط الحر مناطا لتمييز التصرفات القانونية عن الأعمال القانونية (بالمعنى الضيق)، بل هو مناط لتمييز نوع معين من التصرفات القانونية عن غيرها من التصرفات.

كما أنه يجب التفرقة بين حرية الفرد فى مباشرة العمل وحرية فى تحديد آثاره، وإن الأولى لا أهمية لها فى تمييز التصرف القانونى عن العمل (بالمعنى الضيق)، بل العبرة بالثانية فمتى تبين أن للإرادة حرية فى تحديد آثار العمل، كان تصرفا قانونيا ولو كانت مباشرته واجبا عليها.

وإذن فالمعيار الذى نأخذ به هو الذى نستمدّه من طبيعة الأعمال القانونية (بالمعنى الضيق) والتصرفات القانونية ومناطق التفرقة بينهما، وهو دور الإرادة فى تحديد الآثار القانونية المترتبة عليها.

والأعمال الإجرائية بوجه عام سواء ما كانت داخل الخصومة أو خارجها كما قلنا هى التى يترتب عليها مباشرة التأثير فى نشوء الخصومة أو سيرها أو تعديلها أو انقضائها، وقد قلنا أن الهدف من الخصومة الجنائية هو تحقيق غرضين الأول هو معاقبة الجانى عن الجريمة التى ارتكبها والثانى هو حماية الحرية الفردية، وبعبارة أخرى أن الخصومة الجنائية تهيمن على المصلحة الاجتماعية سواء فى عقاب المجرم أو فى حماية الحرية الفردية. والدولة هى التى تنظم الخصومة الجنائية بما يكفل الوصول إلى الهدف منه، فهى من هذه الوجهة نظام من أنظمة القانون العام^(٤٨).

(٤٨) فتقى والى، مرجع سابق، رقم ٥٠.

وعلى ذلك فالقانون هو الذى يحدد متى تبدأ الخصومة وكيف تسير ومتى تنتهى ولا دخل للإرادة فى ذلك، ومن هذه الوجهة، ومنها فقط، نقول بأن الأعمال الإجرائية جميعها هى أعمال قانونية بالمعنى الضيق، فالقانون هو الذى يحدد آثارها (من حيث نشوء الخصومة الجنائية، وسيرها وتعديلها وانقضائها) ولا يخول لمن يباشرها حقا أو سلطة فى تعديل الآثار وفقا لإرادته. وان كانت الأعمال الإجرائية الجنائية تنقسم إلى أعمال واجبة وهى التى يباشرها الخصوم الغير من الأفراد العاديين، إلا انه كما سبق أن قلنا لا اثر للنشاط الواجب أو النشاط الاختيارى أو الحر فى طبيعة العمل القانونى، بل العبرة بدور الإرادة فى تحديد آثاره.

وذهب البعض^(٤٩) إلى أنه تعتبر تصرفات قانونية إجرائية التعبير عن الإرادة الذى يمثل مزاولة حق شخصى إجرائى يقصد ترتيب آثار قانونية أو بقصد تحقيق أغراض عملية (scope pratici) - وهو ما يصدر من الأشخاص العاديين (Soggetti privati) دون الموظفين العموميين^(٥٠) - ومثاله تقديم الشكوى والتنازل عنها.

وهو رأى مردود بأن فكرة التصرف القانونى ليس لها مجال فى نطاق الخصومة الجنائية حيث ينظم المشرع الأعمال الإجرائية المكونة لموضوع هذه الخصومة ويحدد وحده الآثار المترتبة عليها دون دخل للإدارة فى هذا التحديد^(٥١).

ونؤكد ثانياً أنه إذا كانت الإرادة فى معظم الأحوال تتوافق مع الآثار القانونية للعمل الإجرائى إلا أن ذلك لا يودى إلى اعتباره تصرفاً قانونياً، لأن العبرة ليست فى توافق الإرادة مع الآثار وإنما فى سلطانها فى تعديل هذا الآثار.

وباستقراء الأعمال الإجرائية الجنائية يتبين أنها جميعاً تخضع لتنظيم القانون من حيث شروط صحتها وآثارها، وليس للإرادة سلطان فى تحديد هذه الآثار.

وقد ذهب البعض^(٥٢) إلى أن الشهادة والخبرة والترجمة هى تصرفات قانونية لأن

(٤٩) انظر بننائين، ص ١٠٥ وما بعدها، رقم ٣٤ وما بعدها. مشار إليه د. فتحي سرور، نظرية البطان، مرجع سابق، ص ٦٢.

(٥٠) مشار إليه د. فتحي سرور، نظرية البطان، مرجع سابق، ص ٦٢.

(٥١) مشار إليه د. فتحي سرور، نظرية البطان، مرجع سابق، ص ٦٢.

هؤلاء لا يقومون بإعلان علمهم بواقعة معينة وإنما تتجه إرادتهم مباشرة إلى تحقيق آثار قانونية وهي إحاطة القاضى علما بالحقيقة. وهو رأى مردود بأن دور الشاهد أو الخبير أو المترجم قاصر على تقرير ما يعلمه ولا عبرة باتجاه إرادته إلى أغراض معينة فمهما توافقت الإرادة مع الآثار القانونية فإنه مادامت قاصرة عن التحكم فى هذه الآثار فإنها لا تكون تصرفا قانونيا^(٥٣).

وثار الخلاف حول طبيعة الاعتراف فذهب البعض^(٥٤) إلى اعتباره تصرفا قانونيا بدعى أن المعترف يقصد من اعترافه تحقيق غاية عملية هي إما التوصل إلى إعلان برأته أو تقديم دليل لصالحه أو لإدانته. وهو رأى مردود بأن الغاية العملية- كما قلنا- لا تعتبر أثرا قانونيا، فضلا عن أن اتجاه إرادة المعترف إلى آثار الاعتراف لا يعنى أن اعترافه هو تصرف قانونى لأن القانون وحده هو الذى يحدد الآثار القانونية للاعتراف وليس لإرادة المعترف دخل فى تحديد هذه الآثار. فمثلا إذا اعترف المتهم بالتهمة واشترط ألا يؤخذ باعترافه هذا دليل من أدلة الإثبات، فلا عبرة لهذه الإرادة التى تتجه إلى استبعاد الأثر القانونى لهذا الاعتراف، وللقاضى أن يأخذ به مع ذلك دليلا على ثبوت الاتهام، بل أن العدول عن الاعتراف لا يمحوه دون أن تستند المحكمة إلى هذا الاعتراف على الرغم من عدول المعترف عنه^(٥٥)- ومن ثم فالاعتراف إن هو إلا عمل قانونى بالمعنى الضيق^(٥٦).

ويلاحظ فضلاً عما تقدم أن القاضى يملك سلطة مطلقة فى تقدير قيمة الشهادة والخبرة والاعتراف- وليس لإرادة الشاهد أو الخبير أو المعترف دخل فى تحديد هذه السلطة أو إلزام القاضى بالأخذ بما يقرره، كما يحق للمحكمة أن تسمع الشهود الذين

^(٥٣) مشار إليه د. فتحي سرور، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص ٦٢، عمر السعيد رمضان، مرجع سابق، ص ١١٠.

^(٥٤) فضلا عن أن الشاهد لا يقوم بحق شخصى إجرائى وإنما يؤدي واجبا عليه (بنناين، ص ١٢٧، رقم ٣٩) د. فتحي سرور، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص ٦٢.

^(٥٤) بنناين، ص ٨٧، رقم ٢٨، مشار إليه د. فتحي سرور، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص ٦٢.

^(٥٥) نقض ٢٨ مايو سنة ١٩٥٦، مجموعة الأحكام، س ٧، ص ٧٨٤، رقم ٢١٨.

^(٥٦) كيوفندا، ص ٤٣٣، رقم ٣٢٨، فتحي والى، مرجع سابق، رقم ٥٧.

سمعتهم محكمة أول درجة في غيبة المتهم حتى يتمكن المتهم من مناقشتهم، ولا يشترط أن تكون الشهادة منصبة على نفي واقعة الدعوى، فقد تنصب على ملابسات لها تأثيرها على ثبوت الواقعة أو تقدير العقوبة، مثل الشهادة على سمعة المتهم أو حالته الأدبية^(٥٧).

المبحث الثاني

ماهية البطلان في الشريعة الإسلامية وآثاره

يتضمن هذا المبحث ثلاثة مطالب، المطلب الأول: ماهية البطلان، والمطلب الثاني: مذاهب البطلان في الشريعة الإسلامية، المطلب الثالث: آثار البطلان في الشريعة.

المطلب الأول

ماهية البطلان

الباطل في اللغة ضد الحق، يقال بطل الشيء بطلا وبطولا، أي ذهب ضياعا وخسرا، وجمعه أباطيل.

فالبطلان في اللغة هو إقصاء الشيء وسقوط حكمه وضياع الأثر المرجو منه وزوال ما كان له من نتائج مرجوة فيه لصالح من قام بهذا العمل^(٥٨).

أما البطلان في الاصطلاح فقال الشاطبي في الموافقات في معنى البطلان فله معنيان أحدهما أن يراد به عدم ترتيب آثار العمل عليه في الدنيا كما تقول في العبادات أنها غير مجزئة ولا مبرئة للذمة ولا مسقطة للقضاء. والثاني من الأخلاقيين أن يراد بالبطلان عدم ترتيب آثار العمل في الآخرة وهو الثواب ويتصور في العبادات فتكون العبادة باطلة بإطلاق الأول فلا يترتب عليها جزاء لأنها غير مطابقة لمقتضى الأمر.

والبعض الآخر يعرف الباطل. بأن الباطل هو ما لا يصح أصلا ولا وصفا ولا يفيد الملك ولا الحل ولا ينتج الأثر الذي ينتجه العمل الصحيح ومن ثم فإنه لا تبرأ الذمة به

(٥٧) د. عمر السعيد رمضان: الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ١١٧؛ د. رؤوف عبيد: الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٣٠٣.

(٥٨) د. محمد أمين إبراهيم حسن التندى، نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٣، ص ٥٤.

وتظل مشغولة التزامها^(٥٩).

إذا جاءت القوانين واللوائح متفقة مع نصوص القرآن والسنة، أو متمشية مع مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية، وجبت الطاعة لها، وحقت العقوبة على من خالفها، أما إذا جاءت القوانين واللوائح خارجة على نصوص القرآن والسنة، أو خارجة على مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية، فهي قوانين ولوائح باطلة بطلاناً مطلقاً، وليس لأحد أن يطيعها. وسنبين فيما يلي أسباب هذا البطلان بعد أن نتكلم عن نظريته البطلان ذاتها.

أساس نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية^(٦٠) هو أن الأوامر والنواهي لم تجيء عبثاً، وإن الله أنزل كتابه وأرسل رسوله للناس؛ ليطيعوه ويعملوا بما جاء به، فمن عمل بما جاء به الرسول فعمله صحيح؛ لأنه وافق أمر الشارع، ومن خالف فقد بطل عمله؛ لمخالفته أمر الشارع، والله تعالى يقول: (وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَّسُولٍ إِلَّا لِيُطَاعَ) (النساء: ٦٤). ويقول: (وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا) (الحشر: ٧). ويقول: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ) (النساء: ٥٩).

وتتطبق نظرية البطلان على عمل الأفراد والجماعات، والحكام والمحكومين وتصرفات هؤلاء وهؤلاء، فكل عمل أو تصرف جاء موافقاً لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة وروحها فهو صحيح، وما جاء مخالفاً لنصوص الشريعة أو مبادئها أو روحها التشريعية فهو باطل بطلاناً أصلياً، ولا يترتب عليه أي أثر، ومن ثم فكل قانون أو لائحة أو أمر جاء على خلاف الشريعة فهو باطل بطلاناً مطلقاً، وكل عبادة جاءت على خلاف الشريعة فهي عبادة باطلة، وكل تصرف أو عقد جاء على خلاف الشريعة فهو باطل بطلاناً مطلقاً. فالعمل أما أن يكون موافقاً للشريعة فهو صحيح، وأما أن يكون مخالفاً لها فهو باطل، وهذا هو رأى جمهور الفقهاء.

(٥٩) د. محمد أمين إبراهيم، نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٩٩.

(٦٠) يراجع التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي عبد القادر عوده، ج ١، ص ٢٢٣.

وقد جاءت مشروعية الدليل الجنائي، وقاعدة الشرعية الإجرائية والتي تهدف إلى حماية الحرية الفردية التي كفلتها المواثيق والمعاهدات الدولية، انطلاقاً من مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وانطلاقاً من مبدأ سيادة القانون^(٦١).

ويترتب البطلان تلقائياً على كل مخالفة لحكم قطعي أو إجماع، وذلك بقوة القانون بغير حاجة إلى نص يرتب البطلان، بل وبغير حاجة إلى حكم قضائي. وتعتبر الشرعية الإسلامية أول من طبق مبدأ الشرعية ويختلف تطبيق المبدأ بحسب خطورة الجريمة، ففي جرائم الحدود والقصاص والديات تحدها الشرعية تحديداً دقيقاً أما في جرائم التعاقد فتقرر لها مجموعة من العقوبات يختار القاضي من بينها العقوبات الملائمة^(٦٢).

وذلك انطلاقاً من قول رسول الله (ص) "كل عمل ليس على أمرنا فهو رد" أي فهو باطل فهذا النص يقرر القاعدة العامة في البطلان جزاء لكل تصرف غير شرعي بغير حاجة إلى نص خاص في كل حالة على حده^(٦٣).

والمخالفون وهم الأحناف لا يخالفون نظرية الجمهور فيما يمس حقوق الجماعة، فعندهم أن القوانين واللوائح والأوامر المخالفة للشرعية باطلة بطلاناً مطلقاً ولكنهم يخالفون فيما يمس حقوق الأفراد، أي في العقود والتصرفات، فيرون أنها تكون صحيحة إذا جاءت موافقة للشرعية، فإذا جاءت على خلافها فهي باطلة بطلاناً مطلقاً إذا كان الخلل في أصل العقد أو التصرف، أي في ركن من أركانه، أما إذا كان الخلل في وصف من أوصاف العقد أو التصرف، أي في شرط خارج عن ماهيته وأركانه، فالعقد أو التصرف يكون فاسداً لا باطلاً. والفرق بين الفاسد والباطل عندهم أن الباطل لا يترتب عليه أثر مطلقاً، وأن الفاسد يترتب عليه بعض آثاره^(٦٤).

(٦١) د. محمد سيد حسن: ضوابط سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة مقارنة بالشرعية الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٧٠.

(٦٢) د. أسامة عبدالله قايد: الجريمة، أحكامها العامة في الأنظمة الحديثة والفقهاء الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٩٩٥، ص ١٧.

(٦٣) د. محمد علي جريشة، مبدأ المشروعية في الفقه الدستوري الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٥، ص ٢٥٩.

(٦٤) المستصطفى للغزالي، الإحكام في أصول الأحكام للآمدى، ج ١، ص ١٨٦، ١٨٧.

وإذا طبقنا نظرية البطلان على القوانين واللوائح والقرارات والأوامر يمكن أن نقول على وجه القطع أن التشريعات الوضعية على اختلاف أسمائها تكون باطلة بطلانا مطلقا كلما جاءت مخالفة لنصوص الشريعة الإسلامية، أو خارجة على مبادئها العامة، أو مباينة لروح التشريع الإسلامي، وأساس هذا البطلان كونها مخالفة للشريعة طبقا لرأى جمهور الفقهاء، وأساسه طبقا لرأى أبى حنيفة وأصحابه أن القوانين واللوائح والأوامر مما يمس صالح الجماعة ونظامها العام، أو يمس حقوق الله طبقا لتعبيرهم، وكل ما يتصل بصالح الجماعة ونظامها باطل بطلانا مطلقا إذا جاء مخالفا للشريعة الإسلامية، فأساس البطلان إذن بإجماع الفقهاء هو مخالفة القوانين واللوائح والقرارات والأوامر لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية.

المطلب الثاني

مذاهب البطلان في الشريعة الإسلامية

البطلان المطلق: يقصد بالبطلان المطلق بطلان كل ما يخالف الشريعة من قانون أو لائحة أو قرار باطل بطلانا مطلقا، لكن هذا البطلان لا ينصب على كل نصوص القانون أو اللائحة أو القرار، وإنما ينصب فقط على النصوص المخالفة للشريعة دون غيرها؛ لأن أساس البطلان هو مخالفة الشريعة فلا يمتد البطلان منطبقا لما يوافق الشريعة من النصوص ولو أنها أدمجت في قانون واحد أو لائحة واحدة أو قرار واحد مع غيرها من النصوص المخالفة للشريعة. وتعتبر النصوص الموافقة للشريعة صحيحة ما دامت قد صدرت من هيئة تشريعية مختصة، واستوفت الإجراءات الشكلية المقررة.

وإذا كان البطلان قاصرا على النصوص المخالفة للشريعة فإن هذه النصوص لا تعتبر باطلة في كل حالة، وإنما هي باطلة فقط في الحالات التي تخالف فيها الشريعة، صحيحة في الحالات التي تتفق فيها مع الشريعة، وليس هذا بمستغرب ما دام أساس الصحة والبطلان راجع إلى موافقة الشريعة أو مخالفتها، إذ العلة تدور مع المعلول وجودا وعدما.

البطلان النسبي: ويقصد بالبطلان النسبي بطلان النص الواحد في بعض الحالات وصحته في بعض الحالات الأخرى جريمة الزنا، فعقوبتها في الشريعة رجم الزانى

المحصن، وجلد الزانى غير المحصن، والزنا شرعا هو إدخال الحشفة أو مقدرها فى الفرج، فما كان دون ذلك فلا حد فيه، وإنما فيه التعزير؛ فالشروع فى الزنا ومقدمات الزنا من قبلة وعناق وملامسة كل ذلك لا يعاقب عليه بعقوبة الحد، وهى الرجم والجلد والفعل التام لا يعاقب عليه فى بعض الحالات بعقوبة الحد إذا درى الجد الشبهات، تطبق عليها نصوص القانون؛ لأنها تخالف حكم الشريعة، وتعاقب بعقوبة غير عقوبتى الرجم والجلد اللتين توجبهما الشريعة، أما الجرائم التامة التى درى فيها الحد، والجرائم غير التامة، فالعقوبة عليها هى عقوبة التعزير طبقا للشريعة. والتعزير من العقوبات التى تتركها الشريعة لتصرف الهيئات التشريعية. ولما كان قانون العقوبات صادرا عن هذه الهيئات، فإن عقوباته تعتبر تعازير عن الأفعال التى لا يعاقب عليها بعقوبة الحد أى بأية عقوبة مقدره، ومن ثم تكون نصوص قانون العقوبات باطلة فى كل حالة يجب فيها الحد صحيحة فى كل حالة تستوجب التعزير^(٦٥). والسرقه العادية عقوبتها القطع فى الشريعة، وعقوبتها الحبس فى القانون، ولكن حد القطع لا يجب إلا فى سرقة تامة توفرت فيها شروط الحد فإذا لم تكن السرقة تامة، أو لم تتوفر شروط الحد فالعقوبة هى التعزير، والعقوبة المقررة فى قانون العقوبات هى عقوبة تعزيرية، ومن ثم تكون نصوص قانون العقوبات الخاصة بالسرقة باطلة فى كل سرقة عادية تعاقب عليها الشريعة بالقطع، وصحيحة فى كل سرقة تعاقب عليها الشريعة بالتعزير. والقذف فى الشريعة عقوبته الجلد ثمانين جلده، ولكن القذف المعاقب عليه بعقوبة الحد هو الرمي بالزنا أو نفى النسب، وما عدا ذلك لا يعتبر قذفا وإنما يعتبر سبا وعقوبته التعزير، ولما كانت الجزية فى قانون العقوبات تعازير فإن نصوص قانون العقوبات الخاصة بالقذف تعتبر باطلة فى كل قذف تعاقب عليه الشريعة بعقوبة الحد، وتعتبر صحيحة فى كل قذف أو سب تعاقب عليه الشريعة بعقوبة التعزير إلا فيما يختص بالمنع من إثبات القذف فإن الشريعة لا تمنع القاذف من إثبات ما قذف به بينما القوانين تمنع ذلك^(٦٦).

(٦٥) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج ١، مرجع سابق، ص ٢٣٣.

(٦٦) م ٧ عقوبات نصت على أنه: لا تخل أحكام هذا القانون فى أى حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة فى الشريعة الغراء.

المطلب الثالث

آثار البطلان في الشريعة الإسلامية

يترتب على اعتبار النصوص المخالفة للشريعة باطلا بطلانا مطلقا نتائج هامة

نبيها فيما يلي:

أولاً: من وجهة تطبيق النصوص الباطلة:

يجب على القاضى أن لا يطبق النصوص القانونية الباطلة فى حالات البطلان، وعليه أن يطبقها فقط فى حالات الصحة، وليس للقاضى أن يحتج باى القوانين لا تخوله حق الفصل فى صحتها وبطلانها مرتكنا فى ذلك إلى نفس هذه القوانين، فإن سلطة القاضى فى إبطال ما يخالف الشريعة تأتى من الشريعة لا من القوانين المخالفة لها.

ويستوى أن يحكم القاضى ببطلان النص المخالف أو يكتفى بالامتناع عن تطبيقه لبطلانه؛ لأن القاضى لابد أن يبين فى حكمه سبب امتناعه عن تطبيق النص وهو البطلان، وهذا البيان يساوى تماما الحكم بالبطلان ولو جاء فى أسباب الحكم فقط ولم يدخل فى منطوقه، لأنه سبب جوهري. والأسباب الجوهرية تعتبر جزءاً من منطوق الحكم.

وليس للقاضى أن يحكم بالبراءة بحجة بطلان النص المطلوب تطبيقه على الواقعة، أو بحجة أنه مكلف طبقاً للقانون أن يحكم بعقوبة معينة فإن لم يحكم بها فعليه أن يبرئ المتهم. ليس للقاضى ذلك؛ لأن القول بالبطلان أساسه أن الشريعة تمنع من تطبيق غير أحكامها، وتوجب أن يعاقب مرتكب الجريمة بالعقوبات التى قررتها، فإذا أخذنا بحكم الشريعة فى بطلان نص القانون استلزم ذلك الأخذ بحكم الشريعة فى عقوبة الواقعة، فيجب إذن أن لا يحكم القاضى بالبراءة، وان يحكم بالعقوبة المقررة فى الشريعة الإسلامية ما دام مختصاً بنظر الجريمة^(٦٧).

وإذا اقتنع القاضى ببطلان النصوص المخالفة للشريعة وجب عليه أن يطبق حكم الشريعة، وليس يهمله بعد ذلك أن ينفذ حكمه أو لا ينفذ ما دام قد أدى واجبه وفعل ما يعتقده حقاً، فضلاً عن أن التنفيذ ليس من اختصاصه، بل هو من اختصاص السلطة

(٦٧) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج ١، مرجع سابق، ص ٢٣٩.

التنفيذية، وهي ملزمة بتنفيذ أحكام القضاء كلما كانت نهائية أو واجبة التنفيذ، فإذا أصبح حكم القاضى نهائيا اضطرت السلطة التنفيذية لتنفيذه.

ثانيا: من ناحية الاختصاص:

ليس للقاضى أن يحكم بعدم اختصاصه بنظر الجريمة المعروضة عليه؛ لأنه مختص بنظرها طبقا لنص القانون الجنائى الذى أصدرته الهيئة التشريعية. ولأن النصوص التى تحدد الاختصاص، ولا عبرة بما كان عليه العمل قديما عند نظر جرائم الحدود فإن القضاء فى الشريعة الإسلامية يتخصص بالزمان والمكان، ولولى الأمر طبقا للشريعة سلطة توزيع الاختصاص القضائى، وقد وزعه فيما يختص بالجرائم على المحاكم الجنائية بالشكل الوارد فى القوانين.

وإذا كان توزيع الاختصاص بين المحاكم الجنائية قائما أصلا على أساس جسامه العقوبة إلا أن المشرع قد بين بشكل قاطع الجرائم التى تختص بها كل محكمة وما دامت القوانين الجنائية لم تذكر شيئا عن عقوبات الشريعة فلننظر إلى الجريمة ذاتها، فإن كانت من اختصاص المحاكم الجزئية اعتبر القاضى نفسه مختصا وحكم بالعقوبة المقررة فى الشريعة بدلا من العقوبة التى جاء بها القانون ولا تقرها الشريعة، على أساس أن المشرع رضى له أن يحكم بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة على كل من ارتكبها، وجعل الحكم بعقوبتها من اختصاصه.

وعلى هذا يكون القاضى الجزئى مختصا بنظر قضايا السرقة العادية، والقذف، والشرب، أما السرقة المصحوبة بإكراه أو تهديد، والسرقة التى ترتكب فى الطريق العام، وهى ما يسمى فى الشريعة بقطع الطريق أو الحراية، فهذه من اختصاص محاكم الجنايات لسببين. أولهما: أن الفعل المكون للجريمة جعل بنص القانون من اختصاص محاكم الجنايات: وثانيهما: أن الشريعة نصت على القتل عقوبة فى هذه الجريمة والقتل عقوبة لا تحكم بها إلا محاكم الجنايات طبقا للقانون.

أما جريمة الزنا فإن كانت من غير محصنين نظرنا إلى الفعل المنسوب إليهما، فإن كان القانون قد جعله من اختصاص محكمة الجنايات حوكم المتهمان أمام هذه المحكمة، ويمكن القول بأنه لا داعى لاختصاص محاكم الجنايات فى الزنا من غير محصنين؛

لأن اختصاص هذه المحاكم كان أساسه توقيع عقوبة خاصة تخالف العقوبة التي توقعها محكمة الجنح، فإذا كان الفعل لا يعاقب عليه في الشريعة إلا بعقوبة واحدة هي الجلد، كان من المعقول أن تكون محكمة الجنح هي المختصة، ما دامت تختص بتوقيع عقوبة الجلد على الزنا في بعض الصور.

وإذا كان الزنا من محصنين فالجريمة من اختصاص محاكم الجنايات؛ لأن العقوبة المقررة للزنا هي الرجم أي القتل بطريق معين، والحكم بعقوبة القتل من اختصاص محاكم الجنايات، وليس من اختصاص القاضى الجزئى. وإذا كان احد الزانيين غير محصن، فالاختصاص لمحاكم الجنايات أيضاً؛ لأن فعل الزنا لا يمكن تجزئته، ووحدة الفعل المنسوب للزانيين تقتضى أن يحاكما عليه أمام محكمة واحدة؛ لأن القاضى الجزئى لا يملك عقاب الزانى المحصن، وان كان له أن يعاقب الزانى المحصن. أما محكمة الجنايات فتملك عقاب الزانى المحصن بالرجم وتملك أن تعاقب بما هو أدنى من الرجم كالجلد؛ لأن من يملك الأكثر يملك الأقل^(٦٨).

ثالثاً: من وجهة تطبيق القوانين بصفة عامة:

يترتب على الأخذ بنظرية البطلان أن لا يطبق من أحكام القوانين الوضعية جنائية، أو مدنية، أو تجارية أو دولية الخ إلا الأحكام التى تتفق مع نصوص الشريعة، إذا كانت الشريعة قد نصت صراحة على أحكام خاصة، أو الأحكام التى تتفق مع مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية، إذا لم تكن الشريعة قد نصت على أحكام خاصة أمام الأحكام المخالفة للشريعة فتهمل إهمالاً تاماً، وتحل محلها أحكام الشريعة مراعاة اختيار الآراء الشرعية التى تتسجم مع نصوص القوانين الصحيحة.

ولا يشترط لصحة نصوص القوانين أن تكون أحكامها موافقة لمذهب معين فى الشريعة كالمذهب الحنفى مثلاً أو المالكي، بل يكفى لاعتبار حكم القانون صحيحاً أن يكون موافقاً لرأى أحد المجتهدين من فقهاء الشريعة، إذ أن اختيار المشرع لحكم متفق مع مذهب شرعى يعتبر أخذاً بالمذهب المتفق مع هذا الحكم.

(٦٨) انظر عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامى، مرجع سابق، الجزء الأول، ص ٢٤١.

وإذا كان بعض الحكم متفقاً مع الشريعة وبعضه مخالفاً لها فالمخالف باطل، ويحل محل حكم الشريعة الذي ينسجم مع بقية الحكم الذي لم يبطل دون حاجة للتقييد بمذهب شرعى معين.

وعلى هذا الأساس يمتنع التناظر بين النصوص، ويكون هناك تناسق بين النصوص الشرعية والنصوص القانونية، على أن هذا لا يمنع المشرع فيما بعد من اختيار النظريات الشرعية التي تتفق مع حالتنا الاجتماعية، وتعديل القوانين تعديلاً شاملاً على أساس هذه النظريات.

رابعاً: من وجهة تطبيق الشريعة:

يترتب على بطلان النصوص القانونية المخالفة للشريعة أن تطبق المحاكم في الحال نصوص الشريعة الإسلامية دون حاجة لتدخل من الهيئة التشريعية، كما يترتب على البطلان أن تلتزم الهيئة التشريعية حدود الشريعة فيما تصدره من قوانين ولوائح وقرارات جديدة.

بطلان كل حكم من ولى الأمر يخالف النص^(٦٩): أنه لا يصح لولى الأمر فى تقرير عقوبة على أمر - أن يخالف نصاً من نصوص الكتاب والسنة إلا إذا كان معتمداً على نص آخر، أقوى دلالة. أو اعم شمولاً، أو أقوى سنداً، وبعبارة عامة ليس له أن يخالف أمراً مقررراً فى الإسلام قط. وإذا خالف بعض الجزئيات فلا بد أن يكون له سند أقوى اتصالاً بالشرع من سند هذه الجزئيات نفسها، وإلا كان تهجماً على الشريعة ومخالفاً لها. فإنه يكون من الشرع ما يكون هدماً لبيانه. ونقضا لمقرراته.

وعلى ذلك يكون كل حكم مخالف القرآن أو السنة. أو الأمور التي عملت من الدين بالضرورة - حكماً باطلاً - بل يكون هو فى ذاته معصية، فإذا اعتبر الحاكم أمراً معصية، وليس فى مصادر الشريعة أو مواردها ما يبرر اعتباره كذلك كقول بعض الحكام: "من قال لى اتق الله قطعت عنقه"، فإن حكمه باطل وليس الفعل الذى اعتبره جريمة هو المعصية إنما قوله وحكمه هو المعصية الأثمة الفاخرة.

(٦٩) د. محمد أبو زهرة: الجريمة والعقوبة، ص ٢٨٧.

وكذلك من يعتبر نقد تصرف من تصرفات الحكام الخارجية عن الدين جريمة يعاقب عليها. فعمله هذا هو الجريمة التي يستحق عليها أكبر العقاب. وان ربك لبالمرصاد، وهكذا لا يعتبر الحاكم شرعياً بحكم الإسلام إلا إذا جعل هواه وإرادته وتصرفاته تبعاً للقرآن الكريم. كما قال النبي صلى الله عليه وسلم: "لا يؤمن أحدكم حتى يكون هواه تبعاً لما جئت به".

وإن الأدلة التي تدل على بطلان الأحكام التي تجيء بها الحاكم مخالفاً هدى القرآن وهدى النبي صلى الله عليه وسلم كثيرة؛ منها قوله تعالى: (وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا) (الأحزاب: ٣٦) فإن هذا النص الصريح يثبت أنه لا يجوز للمؤمن أن يختار شيئاً يخالف أمر الله تعالى ورسوله. فإذا أمر الله تعالى أو رسوله بأمر فليس للمؤمن إلا أن يطيع، وليس له أن يتخير بين الطاعة والرد، إذ أنه أمر لازم حتم، وإن تأول في الطاعة يجب أن يكون معتمداً على أمر آخر لله ولرسوله، فهو في دائرة أوامر الإيمان لا يخرج عنها إلا إليها.

ومنها قول الله تعالى: (أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا أُنزِلَ إِلَيْكَ وَمَا أُنزِلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا) (النساء: ٦١) إلى أن قال سبحانه: (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا) (النساء: ٦٥).

وقد بينت السنة حدود ولى الأمر في الطاعة، فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: "لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق" وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: "إنما الطاعة في المعروف" أي الأمر الذي تعرفه العقول. ولا تستنكره. ولقد قال أبو بكر خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم: "اطيعوني ما أطعت الله فيكم، فإن عصيت الله فلا طاعة لي عليكم". ولقد قال عمر ابن الخطاب أول ولايته: "من رأى منكم فى اعوجاجا فليقومه".

ولقد كان عمر رضي الله عنه يعزل الولاية لشبهة الاعتداء على الناس، والافتئات على حقوقهم، والحكم بينهم بما انزل الله تعالى، ويبطل كل حكم خالف الشرع الشريف، ولو كان ذلك الحكم قد صدر عنه، فكم من مسائل حكم فيها ثم رجع عن حكمه، لأنه تبين له أنه ليس من الشرع وكل ما ليس من الشرع فهو باطل، وهو الذي كان يقول: الرجوع إلى الحق خير من التماذى فى الباطل.

وإذا كان كل حكم خالف الشرع فهو باطل، وإذا حكم به ولى الأمر فهو باطل، فالعقوبات التى يقررها على الجرائم التى لم يقدر لها الشارع عقابا يجب أن تكون فى حدود الشرع، فالجرائم هى ما يعتبره الشارع جريمة فى نص خاص أو نص عام، أو قضية كلية عامة علمت من مصادر الشريعة مواردها، وهى تسير على منطقتها، ويجب أن تكون العقوبة غير خارجة عن دائرة الإسلام، وان تكون فى حدود ثلاثة لا يتجاوزها: **الحد الأول:** أن تكون متناسبة مع الجريمة ما أمكن، وان تكون بشكل عام رادعة، ولا تمكن ذا الفساد من الاستمرار على غيه فلا يستسهلها وألا تكون متجاوزة حد الاعتدال، فلا يعاقب على الجرم الصغير بالعقاب الكبير، كبعض الأمراء الذين كانوا يعاقبون على الادرج بالليل. أي السير بالليل بالقتل، فإن ذلك هو الظلم البين الذى لا ظلم بعده. وما هو من الإسلام. إن هو إلا الحكم، وهو الفساد، وان ادعى أن القصد منه دفع الفساد، وفوق ذلك يجب أن تكون العقوبة فى أضيق دائرة. لأن العقوبة فى الإصلاح الاجتماعى كالدواء لا يؤخذ منه إلا بقدر، والإصلاح الحقيقى فى تربية الوجدان الدينى للصالح دائما. بينما العقوبة ليست فى كل أحوالها صالحة، وتربية الوجدان كالغذاء الصالح ينمى الجماعة دائما^(٧٠).

الحد الثانى: إلا يكون السبيل إلى تحقيق العقوبة نشر التجسس بين آحاد الأمة، فإن الله سبحانه وتعالى يقول: (وَلَا يَغْتَبِ بَعْضُكُمْ بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْنَاهُ وَأَتَقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَحِيمٌ) (الحجرات: ١٢) والنبي صلى الله عليه وسلم يقول: "إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث، ولا تجسسوا، وكونوا عباد الله إخوانا" فإذا استنثرت الجريمة التى لا تضر أمن الدولة لا تحاول الكشف عنها إلا إذا ترتب على

(٧٠) راجع د. محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة، مرجع سابق، ص ٢٢٩.

إخفاءها ضياع حق الإنسان. فالجرائم التي يكون فيها اعتداء على الكافة من تعريض الدولة لخطر، وتكون العقوبة فيها حقا من حقوق الله تعالى، أو حقا من حقوق الكافة ولو تعزيرية كما يقول الفقهاء، التجسس فيها لا يجوز، لأن مضرّة التجسس اشد من مضرّة الجريمة نفسها، ولأن الجريمة التي يكون فيها اعتداء شخصي مآلها الذبول من تلقاء نفسها، إذ بقتلها جو الظلام الخانق، والتجسس في ذاته يؤدي إلى ضرر خطير في الجماعة، إذ تضعف الثقة، وينظر كل واحد إلى أخيه كأنه رقيب عليه. ويفتح فيه باب الكيد والكذب. ويجب أن نلاحظ أن إخفاء المعاصي لا يضر العامة بمقدار ما يضر التجسس، ولقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: "إن المعصية إذا أخفيت لم تضر إلا صاحبها، ولكن إذا ظهرت فلم تتكر أضرت العامة".

الحد الثالث: أن تكون العقوبة على المعاصي العامة بأقل قدر يدفع الفساد. لأن العقوبة في ذاتها أذى ينول بالجاني، وضرر يلحقه، ومنطق الإسلام في الإضرار أن يدفع الكبير بالضرر الصغير، فهي ضرورة لا يلجأ إليها إلا إذا تعينت علاجا. وأمكن إثباتها بطريق لا يقبل الاحتمال الناشئ عن دليل، من غير تجسس ولا كشف للأستار ما لم يكن فيها اعتداء على حق شخصي لأحد من العباد أو تعريض الدولة لخطر.

حيث أن نظام العقاب في الشريعة الإسلامية يجمع بين مبدئين هما حماية كيان المجتمع من ناحية، والاهتمام بشخصية الجاني من ناحية أخرى. فمبدأ حماية كيان المجتمع يمثل فلسفة العقاب في جرائم الحدود والقصاص، أما مبدأ الاهتمام بشخصية الجاني فيهيمن على فلسفة العقاب بشأن جرائم التعازير، ومعنى ذلك أن الشريعة تعطي الأولوية لاعتبارات كيان المجتمع وبقائه وسلامته في جرائم معينة فتحدد هذه الجرائم تحديداً دقيقاً وتقدر لها عقوبة مطلقة ثابتة لا تتغير. وبالتالي فلا يكون أمام القاضي من مجال لتقدير العقوبة بحسب شخصية الجاني أو تخفيفها لظروف خاصة بارتكاب الجريمة. وعلى العكس من ذلك فإن العقوبات التعزيرية يراعى في تقدير طبيعتها وتحديد مقدارها مختلف جوانب شخصية الجاني، والهدف من ذلك إصلاحه وليس هذا إلا لأنها جرائم لا تهدد كيان المجتمع أو تمس دعائمهم^(٧١).

(٧١) د. سليمان عبدالمنعم: أصول علم الجزاء الجنائي، طبعة ١٩٩٤م، ص ١١٠.

الخاتمة

تبين من خلال البحث أن الدعوى الجنائية هي وسيلة تملكها النيابة العامة باعتبارها ممثلة للدولة تلجأ بها إلى القضاء لتطبيق قانون العقوبات على الجاني^(٧٢)، وهي عبارة عن مطالبة النيابة إلى القضاء باسم المجتمع بأن يوقع العقوبة على المتهم^(٧٣). وتتميز بأن الدولة هي وحدها صاحبة السلطة فيها لأنها وحدها هي التي تملك السلطة في العقاب. ويبدأ تحريك الدعوى الجنائية بمباشرة أول عمل من أعمال التحقيق تباشره سلطة التحقيق أو بتكليف المتهم بالحضور أمام محكمة الجناح سواء من قبل النيابة العامة أو المدعى بالحق المدني.

ويعرفها البعض أيضاً بأنها مجموعة من الإجراءات يحددها القانون وتستهدف الوصول إلى حيز قضائي يقرر تطبيقاً صحيحاً للقانون في شأن منع إجراء معين^(٧٤). أما الخصومة الجنائية فهي مجموعة الأعمال الإجرائية التي تبدأ بتحريك الدعوى الجنائية بقصد الوصول إلى إثبات الجريمة ومعاقبة الجاني. وتطبيقاً لما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا يجب أن توفر الدولة للخصومة حلاً منصفاً قائماً على حيده المحكمة، فقد قضت المحكمة الدستورية في ذلك بأنه: "الحقوق التي تستمد وجودها من النصوص القانونية يلزمها بالضرورة من أجل اقتضاءها طلب الحماية التي يكفلها الدستور أو المشرع لها، مجرد النفاذ إلى القضاء في ذاته لا يعتبر كافياً لضمانها، وإنما يعني اقترانه بإزالة العوائق التي تحول دون تسوية الأوضاع الناشئة عن العدوان عليها. وبوجه خاص ما يتخذ منها صورة الأشكال الإجرائية المعقدة كي توفر الدولة للخصومة حلاً منصفاً قائماً على حيده المحكمة واستقلالها وضامناً عدم استخدام التنظيم القضائي كأداة للتمييز ضد فئة بذاتها أو للتحامل عليها"^(٧٥).

(٧٢) د. أحمد فتحى سرور: نظرية البطلان فى قانون الإجراءات الجنائية، طبعة دار النهضة، ١٩٥٩، ص ٢٩.

(٧٣) د. رؤوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية، الطبعة الأولى، ١٩٩٥، ص ٦.

(٧٤) د. محمود نجي حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، ١٩٨٨، ص ٦٠.

(٧٥) الدعوى رقم ٨ لسنة ٨، دستورية، جلسة ١٩٩٢/٣/٧، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الخامس، المجلد الأول، ص ٢٥١.

وتتعدّد الخصومة الجنائية بتحريك النيابة العامة للدعوى الجنائية وغيرها فى الأحوال المبينة فى القانون وتمثل الأعمال الإجرائية موضوع الخصومة سواء تلك التى تصدر عن القاضى ومعاونيه أو النيابة العامة أو قاضى التحقيق أو المتهم أو المدعى المدنى أو المسئول عن الحقوق المدنية أو الغير .

ولا تتعدّد الخصومة الجنائية أمام المحكمة إلا بتوافر ثلاثة شروط:

الأول: هيئة قضائية فيجب أن تكون الهيئة التى يناط بها الفصل فى الخصومة لها ولاية القضاء سواء كان ذلك بصفة أصلية أم استثنائية. أما تشكيل المحكمة فهو شرط لصحة إجراءات المحكمة والحكم ولا يعتبر شرطاً لانعقاد الخصومة.

الثانى: تمثيل النيابة العامة فهى وحدها التى تتوب عن المجتمع فى استعمال الدعوى الجنائية.

الثالث: إعلان المتهم بالحضور^(٧٦) ولا ترفع الدعوى الجنائية أمام المحكمة من النيابة العامة إلا بعد إعلانه بالحضور - فعلاً - أما بالنسبة إلى قاضى التحقيق وغرفة الاتهام فإن الدعوى الجنائية تعتبر مرفوعة بمجرد صدور أمر الإحالة، ويعد تكليف المتهم بالحضور فى هذه الحالة إلا مجرد إجراء تنفيذى محض تقوم به النيابة العامة، ويستوجب إعلان الخصوم بتاريخ الجلسة المحددة لإجراءات التحقيق التى ترى المحكمة اتخاذها^(٧٧). ويجب أن تكون جميع الأعمال الإجرائية موافقة لمبدأ الشرعية الإجرائية والا كان العمل باطلاً، هذا فى القانون الوضعى، وهذا العمل مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، فأساس نظرية البطلان فى الشريعة الإسلامية^(٧٨) هو أن الأوامر والنواهي لم تجئ عبثاً، وإن الله أنزل كتابه وأرسل رسوله للناس؛ ليطيعوه ويعملوا بما جاء به، فمن عمل بما جاء به الرسول فعمله صحيح؛ لأنه وافق أمر الشارع، ومن خالف فقد بطل عمله؛ لمخالفته أمر الشارع، والله تعالى يقول: (وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَّسُولٍ إِلَّا لِيُطَاعَ) (النساء: ٦٤). ويقول: (وَمَا آتَاكُمْ

(٧٦) د. أحمد فتحى سرور: نظرية البطلان فى قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٣٥.

(٧٧) د. عمر السعيد رمضان: مبادئ قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، دار النهضة، ١٩٨٤، ص ٤٨.

(٧٨) يراجع التشريع الجنائى الإسلامى مقارنة بالقانون الوضعى عبد القادر عوده، ج ١، ص ٢٢٣.

الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا) (الحشر: ٧). ويقول: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ) (النساء: ٥٩).

وتتطبق نظرية البطلان على عمل الأفراد والجماعات، والحكام والمحكومين وتصرفات هؤلاء وهؤلاء، فكل عمل أو تصرف جاء موافقا لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة وروحها فهو صحيح، وما جاء مخالفا لنصوص الشريعة أو مبادئها أو روحها التشريعية فهو باطل بطلانا أصليا، ولا يترتب عليه أي أثر، ومن ثم فكل قانون أو لائحة أو أمر جاء على خلاف الشريعة فهو باطل بطلانا مطلقا، وكل عبادة جاءت على خلاف الشريعة فهي عبادة باطلة، وكل تصرف أو عقد جاء على خلاف الشريعة فهو باطل بطلانا مطلقا. فالعمل أما أن يكون موافقا للشريعة فهو صحيح، وأما أن يكون مخالفا لها فهو باطل، وهذا هو رأى جمهور الفقهاء.

وقد جاءت مشروعية الدليل الجنائي، وقاعدة الشرعية الإجرائية والتي تهدف إلى حماية الحرية الفردية التي كفلتها المواثيق والمعاهدات الدولية، انطلاقاً من مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وانطلاقاً من مبدأ سيادة القانون^(٧٩).

ويترتب البطلان تلقائياً على كل مخالفة لحكم قطعي أو إجماع، وذلك بقوة القانون بغير حاجة إلى نص يرتب البطلان، بل وبغير حاجة إلى حكم قضائي. وتعتبر الشريعة الإسلامية أول من طبق مبدأ الشرعية ويختلف تطبيق المبدأ بحسب خطورة الجريمة، ففي جرائم الحدود والقصاص والديات تحددها الشريعة تحديداً دقيقاً أما في جرائم التعاقد فتقرر لها مجموعة من العقوبات يختار القاضي من بينها العقوبات الملائمة^(٨٠).

وذلك انطلاقاً من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم "كل عمل ليس على أمرنا فهو رد" أي فهو باطل فهذا النص يقرر القاعدة العامة في البطلان جزاء لكل تصرف

(٧٩) د. محمد سيد حسن: ضوابط سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة مقارنة بالشرعية الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٧٠.

(٨٠) د. أسامة عبدالله قايد: الجريمة، أحكامها العامة في الأنظمة الحديثة والفقهاء الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٩٩٥، ص ١٧.

غير شرعي بغير حاجة إلى نص خاص في كل حالة على حده^(٨١). والمخالفون وهم الأحناف لا يخالفون نظرية الجمهور فيما يمس حقوق الجماعة، فعندهم أن القوانين واللوائح والأوامر المخالفة للشريعة باطلة بطلاناً مطلقاً ولكنهم يخالفون فيما يمس حقوق الأفراد، أي في العقود والتصرفات، فيرون أنها تكون صحيحة إذا جاءت موافقة للشريعة، فإذا جاءت على خلافها فهي باطلة بطلاناً مطلقاً إذا كان الخلل في أصل العقد أو التصرف، أي في ركن من أركانه، أما إذا كان الخلل في وصف من أوصاف العقد أو التصرف، أي في شرط خارج عن ماهيته وأركانه، فالعقد أو التصرف يكون فاسداً لا باطلاً. والفرق بين الفاسد والباطل عندهم أن الباطل لا يترتب عليه أثر مطلقاً، وأن الفاسد يترتب عليه بعض آثاره^(٨٢). خلاصة القول أن الشريعة الإسلامية هي أول من سنت قواعد بطلان العمل الاجرائي في الخصومة القضائية، وذلك إذا كان العمل مخالفاً لأحكام الشريعة، أو كان مستمداً من دليل غير مشروع، وهذه القواعد استمدها القانون الوضعي من أحكام الشريعة الإسلامية.

المراجع

المراجع باللغة العربية:

١. د. إبراهيم عيد نايل: شرح قانون العقوبات المصري، طبعة دار النهضة، ٢٠١٧.
٢. د. أحمد شوقي عمر: المساواة في القانون الجنائي، طبعة دار النهضة، ١٩٩١.
٣. د. أحمد على المجدوب: الظاهرة الإجرامية، طبعة دار النهضة، ١٩٧٥.
٤. د. أحمد عوض بلال: النظرية العامة للجزاء الجنائي، طبعة دار النهضة، ١٩٩٦.
٥. ----- : قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة، الطبعة الثالثة، دار النهضة، ٢٠١٣.
٦. د. أحمد فتحي سرور: نظرية البطلان، طبعة دار النهضة ١٩٥٩.
٧. ----- : الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان، طبعة ١٩٩٣.

(٨١) د. محمد علي جريشة، مبدأ المشروعية في الفقه الدستوري الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٥، ص ٢٥٩.

(٨٢) المستصطفى للغزالي، الإحكام في أصول الأحكام للآمدى، ج ١، ص ١٨٦، ١٨٧.

- (٨) ----- : النقص في المواد الجنائية، طبعة ١٩٩٧.
- (٩) ----- : الوسيط في الإجراءات الجنائية، طبعة ٢٠١٤.
- (١٠) ----- : الوسيط في الإجراءات الجنائية، طبعة ٢٠١٦.
- (١١) د. إدوار غالي الذهبي: حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني، الطبعة الثالثة، ١٩٩٠.
- (١٢) د. أسامة عبدالله قايد: الجريمة أحكامها العامة في الأنظمة الحديثة والفقهاء الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٩٩٥.
- (١٣) د. آمال عثمان: الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٩١.
- (١٤) المستشار/إيهاب عبد المطلب: الموسوعة الجنائية في البطلان، ٢٠١٢.
- (١٥) ----- : الإجراءات الجنائية، طبعة ٢٠١٣.
- (١٦) د. جميل عبد الباقي الصغير: طرق الطعن، في الأحكام الجنائية، طبعة دار النهضة ١٩٩٣.
- (١٧) د. حسن صادق المرصفاوي: الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٩٦.
- (١٨) د. حسني الجندي: الدفع ببطلان التفتيش في ضوء أحكام محكمة النقض، طبعة ١٩٨٨.
- (١٩) د. حسن علام: الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٩١.
- (٢٠) د. رؤوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية، الطبعة الأولى، ١٩٥٤.
- (٢١) ----- : المشكلات العملية في الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٨٢.
- (٢٢) د. رمسيس بهنام: نظرية التجريم في القانون الجنائي، طبعة دار المعارف.
- (٢٣) د. سري صيام: الحبس الاحتياطي في التشريع المصري، طبعة دار الشروق ٢٠٠٧.
- (٢٤) د. سليمان عبد المنعم: أصول علم الجزاء الجنائي، طبعة ١٩٩٤.
- (٢٥) د. عبد الحافظ عبد الهادي عابد: الإثبات الجنائي بالقرائن، طبعة دار النهضة.
- (٢٦) د. عبد الحميد الشواربي: البطلان الجنائي، طبعة ٢٠١٠.
- (٢٧) د. عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، طبعة ٢٠٠٣.

- ٢٨) الأستاذ/ عبد العزيز عامر: التعزير في الشريعة الإسلامية، القاهرة، ١٩٥٧.
- ٢٩) المستشار/ عز الدين الدناصورى- حامد عكاز: التعليق على قانون المرافعات، ط٧، ١٩٩٢.
- ٣٠) عبدالقادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، الجزء الأول، طبعة ١٩٧٧.