

# السياسة الجنائية في بعض القوانين العربية: دراسة نقدية استشرافية

د. أدهم حشيش

أستاذ القانون الجنائي المساعد  
كلية القانون الكويتية العالمية

## الملخص:

تُعاني مجتمعاتنا العربية من عدة تحديات جذرية تتعلق بحكم القانون، ومنها ما يتعلق بسلطة الدولة في العقاب والحاجة إلى ترشيدها. وتبني أفضل الممارسات في العدالة الجنائية يستدعي وجود نظام للعدالة الجنائية، يعمل على تنفيذ سياسة جنائية قوية.

ويسعى هذا البحث إلى تسليط الضوء على بعض المآخذ على الحالة الراهنة للسياسة الجنائية، وحاجتها إلى أن تكون أكثر تجاوباً مع حاجات المجتمع ومع التطورات التي يشهدها القانون المقارن.

وقد حاولنا في هذا البحث توضيح المقصود بالسياسة الجنائية القوية، وعلاقتها بنماذج أنظمة العدالة الجنائية، وأهمية الرقابة القضائية عليها بهدف ترشيدها. واعتمدنا في هذا البحث على المنهجين التحليلي والنقدي من أجل رصد بعض المآخذ على الوضع الراهن والدعوة إلى علاجها.

وقد توصلنا إلى توصيات، منها دعوة صانعي السياسات الجنائية إلى الانتباه إلى هوية المجتمع واحتياجاته، وأهمية إحياء دور حقوق الإنسان لترسيخ سيادة القانون، ومراعاة تطور مناهج تحليل القاعدة القانونية في القانون المقارن، وتحديدًا تبني الواقعية القانونية والتحليل الاقتصادي للقانون في الدراسات العقابية.

**كلمات دالة:** التجريم، العقاب، العدالة الجنائية، الجريمة، مكافحة الجريمة، حقوق الإنسان، حكم القانون.

## المقدمة:

### 1. موضوع البحث:

يغلب في الدراسات العقابية العربية تناول الجزئيات والفروع، بينما ينبغي على صانعي السياسة الجنائية تحري الأصول الحاكمة لفلسفة العقاب، كما ينبغي عليهم في الوقت ذاته تحري المناهج الحديثة في تحليل القانون في المجتمعات التي يسود فيها القانون. لذلك، يسعى هذا البحث إلى تسليط الضوء على بعض الاتجاهات المعاصرة التي تؤثر في وضع وصياغة السياسة الجنائية وتنفيذها، وإلى تنبيه المهتمين بالدراسات العقابية إلى بعض الأسئلة الضرورية لتقييم جدوى وفعالية الجهود المتخذة لمكافحة الجريمة في المجتمع، على أمل أن يمهّد هذا البحث الطريق لدراسات أكثر تأصيلاً وإيضاحاً.

### 2. أهمية البحث:

تختلف المعاملة الجنائية للمجرم من مجتمع لآخر، وكذلك داخل المجتمع الواحد من حين لآخر، بحسب درجة التحضر داخل هذه المجتمعات. والمعاملة الجنائية المعاصرة لا تهدف فقط إلى العقاب لمجرد العقاب، وإنما تشمل أيضاً العلاج في الوقت ذاته؛ ولذلك، يمكن القول - بحق - إن: «أهم ما تتصف به المعاملة العقابية الحديثة تجردها تماماً من طابع العقوبة وقصد الإيلاء، فهي أساليب تهذيب وتأهيل فحسب، فقد استقر في علم العقاب الحديث أن إيلاء العقوبة السالبة للحرية ينبغي أن يقتصر على مجرد سلب الحرية، أما فحوى النظام الذي تتضمنه فهو التهذيب والتأهيل لا العقاب الإضافي»<sup>(1)</sup>.

وتتجسد أهمية البحث في الاتجاهات الفكرية التي تؤثر على السياسة الجنائية في المجتمع بالنظر إلى أمرين:

**الأول:** أن السياسة الجنائية: «موضوع مهم من موضوعات علم القانون الجنائي يحتاج إلى التأصيل والإيضاح... وإذا كان القانون الجنائي يبيّن حاضر هذا القانون، فإن السياسة الجنائية ترسم مستقبله وتكفل تطوره... ولا يكفي معالجة مشكلة الجريمة بتحديد ماهيتها ورد الفعل المترتب عليها وبيان وسائل منعها، ما لم نعرف بادئ الأمر ما هي الخطة التي تعالج على أساسها هذه المشكلة، ومن دون معرفة هذه الخطة سوف تتم معالجة مشكلة الجريمة في صورة ارتجالية، ووفقاً لحلول متنافرة لا ترتبط ببعضها بوثاق متين يردها جميعاً نحو أصل واحد تستمد منه وجودها وتحدد على ضوءه أبعادها

(1) د. محمود نجيب حسني، التهذيب في المؤسسات العقابية، المجلة الجنائية القومية، المركز القومي للأبحاث الاجتماعية والجنائية، المجلد 10، العدد 3، القاهرة، 1967، ص 389، حيث يتناول المبادئ الأساسية في المعاملة العقابية والتهذيب الديني والتهذيب الأخلاقي في المؤسسات العقابية.

وأحكامها القانونية التي تنظمها، هذا فضلاً عما قد يتعرض له القانون الجنائي من جمود وتخلف عن مسايرة التطور العلمي»<sup>(2)</sup>.

**الثاني:** أن مراعاة الاتجاهات الفكرية للمجتمع خلال رسم السياسة الجنائية يُعد عاملاً مهماً من عوامل نجاح هذه الأخيرة؛ ذلك أن علم السياسة الجنائية لم يعد يقتصر على دراسة العقوبة في ذاتها، «بل يتجاوزها إلى ما يمكن للعقوبة أن تحققه من فعالية في الكفاح ضد الجرائم والوقاية منها، وما يمكن أن تحققه من إصلاح الجاني وتقويمه بحيث لا يكرر جرمه»<sup>(3)</sup>. وبالتالي، «تحولت السياسة الجنائية التي بدأت عقابية وسجنية إلى سياسة اجتماعية، أي تخطيط اجتماعي شامل في المجال الجنائي (التشريعي والقضائي والتنفيذي)»<sup>(4)</sup>. ونجاح هذه السياسة يتوقف على تجاوبها مع احتياجات المجتمع التي تتراوح بين الثبات والتغيير، «ولذا يجب دائماً أن نتابع مدى ملائمة القانون الجنائي للواقع الاجتماعي والإنساني للوصول إلى أحسن صيغة علمية نفرغ فيها قواعده»<sup>(5)</sup>.

### 3. إشكالية البحث وخطته:

يسعى هذا البحث إلى تسليط الضوء على بعض الملاحظات والتساؤلات التي قد تسهم في جعل السياسة الجنائية أكثر تجاوباً مع احتياجات المجتمع، وبعض نواحي السياسة الجنائية تحتاج إلى دعم ثباتها واستقرارها، مثل ترسيخ حكم القانون في المجتمع<sup>(6)</sup>. وفي المقابل، فإن بعض نواحي السياسة الجنائية تحتاج إلى التجاوب مع متطلبات التطور والتغيير، مثل تبني مناهج حديثة لتحليل القاعدة القانونية لتؤدي وظيفتها بفاعلية.

لذلك، نتناول فيما يلي بعض الملاحظات المتعلقة بالسياسة الجنائية الرشيدة، ثم نتناول بعد ذلك حقوق الإنسان ودورها في تحقيق عدالة القانون باعتبارها مدخلاً لسيادته. وأخيراً، نتناول التحليل الواقعي والتحليل الاقتصادي للقاعدة القانونية وأهميتهما في تحقيق العدالة الجنائية، وذلك على النحو الآتي:

- (2) أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص 3.
- (3) عبد الفتاح الصيفي، القاعدة الجنائية، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت، 1967، ص 23.
- (4) علي راشد، المفهوم الاجتماعي للقانون الجنائي: نظرية القانون الجنائي الاجتماعي، مجلة كلية الحقوق، جامعة عين شمس للعلوم القانونية والاقتصادية، السنة 10، العدد 1، القاهرة، يناير 1968، ص 10.
- (5) أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، مرجع سابق، ص 3.
- (6) غالب غانم، حكم القانون، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي بالتعاون مع المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، بيروت، 2005.

## المبحث الأول

### عن السياسة الجنائية

من مظاهر تحضر المجتمع أن يقوم بوضع خطة لحل مشاكله، ومنها الجريمة بطبيعتها الحال، ولذلك تعد الجريمة من أهم موضوعات السياسة العامة في أي مجتمع، وتعتبر السياسة الجنائية أحد فروع علم السياسة العامة، وتهتم بالوقاية من الجريمة ومكافحتها. وتتناول فيما يلي المقصود بالسياسة الجنائية وموضوعاتها، والنماذج السبعة لأنظمة العدالة الجنائية السائدة والتي يُفترض قيامها بتنفيذ السياسة الجنائية، وأهمية الرقابة القضائية عليها للتحقق من فعاليتها.

### المطلب الأول

#### المقصود بالسياسة الجنائية وموضوعاتها

سنتناول بيان المقصود بالسياسة الجنائية (الفرع الأول)، ثم موضوعاتها (الفرع الثاني)، وأهميتها في الفكر القانوني المقارن (الفرع الثالث)، وذلك على النحو الآتي:

### الفرع الأول

#### المقصود بالسياسة الجنائية

يُقصد بالسياسة الجنائية مجموع السياسات العامة التي يتبناها المجتمع لمكافحة الإجمام والجريمة والمجرم، بلا إفراط، ولا تفريط في حقوق الفرد (البريء والمدان)، وبالتالي فإن السياسة الجنائية هي نتاج عمل جماعي، تسهم فيه سلطات المجتمع الرسمية (السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية والسلطة القضائية)، وتسهم فيه كذلك منظمات المجتمع الأهلي (ومنها - مثلاً - مراكز الأبحاث، والمنظمات الحقوقية، والأحزاب السياسية، والنقابات المهنية، ومنظمات الأعمال، والشركات... إلخ). وكلما زاد اهتمام وجدية ومواظبة المجتمع (الرسمي والأهلي) على تطوير وصيانة ورقابة هذه السياسات، كلما زادت قدرة وفعالية المجتمع على تحقيق العدالة الجنائية فيه، بلا إفراط، ولا تفريط في حقوق الفرد البريء (سواءً أكان مشتبهاً فيه أم متهماً) والمدان المحكوم عليه، وينعكس ذلك على النظام القانوني باستمرار<sup>(7)</sup>.

(7) سليمان عبد المنعم وأدهم حشيش، النظرية العامة لقانون العقوبات، ج2، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017، ص 671.

والمقصود بالنظام القانوني الذي يتأثر بالسياسات العامة - ومنها السياسة الجنائية - في الدولة: مجموعة القواعد والمبادئ القانونية التي تحكم المجتمع، ومجموعة المؤسسات التي تتناول هذه القواعد والمبادئ في عملها، والقواعد القانونية شقين: شق التكليف وشق الجزاء، وللقواعد القانونية الجنائية شقين: شق التجريم (الذي يحدد صور السلوك المحظور) وشق الجزاء (الذي يحدد صور الجزاء المترتب على مخالفة الشق الأول وإتيان السلوك المحظور)<sup>(8)</sup>.

ويتأثر النظام القانوني بالسياسة الجنائية المتبعة في المجتمع من عدة نواح، فيحدد شقا التجريم والعقاب في القاعدة القانونية من خلال السياسة الجنائية المتبعة، وما يتصل بها من معيار واضح للتجريم أو الإبقاء على الإباحة (وهو الأصل)، وما يتصل بها من معيار واضح للعقاب أو الإعفاء «والعفو باعتباره من المسائل المهمة في الفكر القانوني الإسلامي»<sup>(9)</sup>، وما يتصل بها من أدوات للتفريد العقابي التشريعي والقضائي والتنفيذي<sup>(10)</sup>.

## الفرع الثاني

### موضوعات السياسة الجنائية

تسعى السياسة الجنائية الرشيدة إلى الاستجابة لاحتياجات المجتمع وحل مشكلاته، وبالتالي فإنها تتطور بتطور علم القانون الجنائي والدراسات العقابية المتصلة به في المجتمع، وفي جميع الأحوال، «تُعالج السياسة الجنائية موضوعات متكاملة هي التجريم والعقاب والمنع»<sup>(11)</sup>؛ لذلك تتنوع موضوعات السياسة الجنائية لتشمل:

#### أولاً: الوقاية من الجريمة

المقصود بالوقاية من الجريمة هو التوقي واتخاذ التدابير المجتمعية اللازمة، سواء لمنع المجرم المحتمل من ارتكاب الجريمة، أو لمنع المجرم الفعلي من التحول إلى مجرم عائد للإجرام أو معتاد الإجرام، ومثال ذلك قيام الدولة بحجب الوصول إلى بعض المواقع الإلكترونية على شبكة الإنترنت، كالحكم الصادر عام 2015 من محكمة القضاء الإداري

(8) سليمان عبد المنعم وأدهم حشيش، المرجع السابق، ص 671.

(9) أحمد فتحي بهنسي، السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار الشروق، القاهرة، 1988، ص 107 وما بعدها.

(10) سليمان عبد المنعم وأدهم حشيش، مرجع سابق، ص 671.

(11) أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، مرجع سابق، ص 151.

في مصر بإلزام الحكومة بحجب المواقع الإباحية<sup>(12)</sup>.

## ثانياً: التجريم

المقصود هو الترشيد في استعمال سلطة التجريم في المجتمع، بحيث لا يكون إلاً ضرورة، وبقيود وضوابط تضمن عدم إساءة استخدام سلطة التجريم في المجتمع، وتزداد أهمية السياسة الجنائية القويمة المتعلقة بالتجريم خاصة في دول العالم الثالث التي تشهد نوعاً من الإفراط في التجريم السياسي للتنكيل بالمعارضين، ويقابله تقييد في التجريم الاقتصادي لمحاباة المؤيدين، مما يؤدي فعلياً إلى استخدام القانون وعملية التجريم كأداة لتعزيز سيطرة طبقة معينة على باقي أفراد المجتمع.

## ثالثاً: العقاب

المقصود هو الترشيد في استعمال سلطة العقاب، بحيث لا تكون إلاً بقدر معقول ولأهداف واضحة منضبطة، ووفقاً ل ضمانات المحاكمة العادلة المنصفة، والمقصود أيضاً هو تنوع العقوبات، بحيث يمكن تفريدها، سواء بواسطة المشرع أو القاضي أو الإدارة العقابية. وتقتبس المجتمعات من بعضها ما يعينها على مكافحة الإجرام والجريمة والمجرم.

(12) شيماء القرنشاوي، هل الحكومة ملزمة بغلق «المواقع الإباحية»؟ الإجابة في حكم للقضاء الإداري، جريدة المصري اليوم، 7 ديسمبر 2020. (وقالت محكمة القضاء الإداري برئاسة المستشار يحيى [الدكروري] في حكم سابق أصدرته أنه من حق المستهلك أو المنتفع بخدمات الاتصالات أن تقدم إليه الخدمة بما يحفظ الكرامة الشخصية، واحترام القيم الدينية والعادات والتقاليد طبقاً لنص المادة (2) من قانون حماية المستهلك الصادر بالقانون رقم 97 لسنة 2006، وسلطة الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات في ضمان تقديم خدمات الاتصالات للجمهور- بوصفه الجهة الإدارية المختصة- تستوجب أن يتحمل التزامين لا ينفصلان: الأول، هو ضمان حقوق الاتصال المشروعة وعدم وضع عراقيل أو قيود تحد من حقوق وحرية المواطنين على خلاف أحكام الدستور والقانون، والثاني، هو حماية حقوق مستخدمي وسائل الاتصال لاسيما خدمة شبكة المعلومات الدولية «الإنترنت» من استغلال الشبكة في عرض وإتاحة محتوى ومواد إباحية وجنسية تخالف القانون والنظام العام والآداب العامة، والتي لا يمكن اعتبارها من صور ممارسة الحرية الشخصية أو حرية الرأي؛ لأن إتاحتها والتمكين من الاطلاع عليها لا يتفق وأحكام القانون، ويخل بالنظام والآداب العامة، وينطوي على مخالفة للأديان السماوية التي تنهى عن الفحشاء، كما تتوافق مع الأخلاق والقيم الأصيلة للمجتمع، وتتضمن إهداراً لكرامة الإنسان ولحرمة جسده، وتحوّله إلى سلعة تتداول ويتاجر بعوراته، في ضوء ما يشكله عرض وإتاحة وترويج المواد الإباحية على شبكة الإنترنت من جرائم جنائية يعاقب عليها وفقاً لأحكام قانون العقوبات وقانون الطفل..

وقالت المحكمة إن واجب الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات أن يتدخل بما له من سلطة وفقاً للقانون لحماية المواطنين بمنع إتاحة تلك المواقع في مصر، ويكون امتناعه عن التدخل لدى شركات الاتصالات التي تدير شبكات الاتصالات والتي تقدم خدمات الاتصالات بترخيص منه بإلزامها اتخاذ الإجراءات الفنية اللازمة لحجب المواقع الإباحية عن المواطنين ينطوي على «قرار إداري يخالف أحكام القانون ويتعين إلغاؤه».

ولبعضها السبق في صك قواعد ومبادئ ونظم قانونية تمثل رصيماً إنسانياً تقتبس منه المجتمعات الأخرى على اختلاف ظروفها، وبما يناسب هوية كل مجتمع، وتحاول أي جماعة إنسانية أن تجيب عن الأسئلة الرئيسية التي يقوم على أساسها النظام القانوني. ومن هذه الأسئلة - مثلاً - : ما أساس المسؤولية الجنائية؟ وما الهدف من العقاب؟ وبطبيعة الحال، تحاول كل جماعة أن تجيب عنها وفقاً لما وصلت إليه الدراسات العقابية المقارنة، ووفقاً لما يتفق مع ظروفها وهويتها ومنهج وفلسفة العلم فيها<sup>(13)</sup>.

### الفرع الثالث

#### أهمية دراسة السياسة الجنائية في الفكر القانوني المقارن

تهدف دراسة السياسة الجنائية إلى مساعدة المجتمع على تقييم جدوى وفعالية المؤسسات والقواعد اللازمة لمكافحة الجريمة، سواء أكانت هذه النصوص سارية في المجتمع بالفعل أم أنها نصوص مقترحة، بهدف استخلاص القواعد والضوابط العلمية التي ينبغي أن تحكم صناعة الجزاء الجنائي تشريعاً وقضائياً وتنفيذياً، أيأ كان مصدر هذه القواعد والضوابط، سواء أكانت مصادر وطنية أم أجنبية.

وبالتالي، لا يقتصر البحث في السياسة الجنائية على المصادر الوطنية وحدها، بل يشمل أيضاً المصادر الأجنبية، وهو ما «يفرض على الباحث ألا يقتصر في ملاحظاته على النظم العقابية الوطنية، بل يدفعه إلى أن يولي بوجهه شطر النظم الأجنبية، كي يدرسها ويقارن بينها، ويستخلص منها القواعد العقابية التي يمكن أن توجه المشرع الوطني وتقوده نحو طريق الإصلاح»<sup>(14)</sup>، ويسترشد بها أيضاً القاضي والإدارة العقابية والمجتمع ككل.

لذلك، نجد أن: «المصادر الوطنية تشكل المادة الأولية التي تغذي الدراسات العقابية الوطنية»<sup>(15)</sup>، وهي تشمل المبادئ الدستورية والتشريعات والأحكام القضائية المنظمة للجزاء الجنائي (ومنها قواعد قانون الجزاء، وقانون الإجراءات والمحاکمات الجزائية، وقانون السجون ولائحته التنفيذية وغيرها)، وأعمال منظمات المجتمع الأهلي ذات الصلة (مثل الجامعات، ومراكز البحث، والمنظمات الحقوقية وغيرها).

(13) سليمان عبد المنعم وأدهم حشيش، مرجع سابق، ص 672؛ انظر أيضاً: يمينى طريف الخولي، فلسفة العلم في القرن العشرين: الأصول - الحصاد - الآفاق المستقبلية، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، القاهرة، 2014، ص 13 وما بعدها، حيث تتناول بالشرح العلاقة بين فلسفة العلم وتاريخ العلم.

(14) فتوح عبد الله الشاذلي، أساسيات علم الإجرام والعقاب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 305.

(15) المرجع السابق، الصفحة ذاتها.

وبالإضافة إلى ما سبق، نجد أيضاً المصادر الأجنبية التي تشمل المبادئ والقواعد والأحكام في القانون المقارن (مثل القانون الدستوري المقارن، والقانون الجنائي المقارن، وقانون الإجراءات الجنائية المقارن وغيرها)، وكذلك أعمال المنظمات الدولية والإقليمية ذات الصلة (مثل الوثائق الدولية المنظمة لحقوق الإنسان، وقواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين الصادرة عن مؤتمر الأمم المتحدة الأول لمكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين عام 1955، والقواعد الأوروبية للسجون الصادرة عام 1987، والأحكام الصادرة عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وما يُعرف حالياً بالقانون الدولي لمعاملة السجناء مثل قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء 2015 المعروفة باسم قواعد نيلسون مانديلا).

وتجدر الإشارة إلى أن السياسة الجنائية الوطنية تتأثر بالعديد من العوامل، ومنها الالتزامات الدولية التي تترتب نتيجة الانضمام للمعاهدات والاتفاقيات الدولية، ولا يقتصر ذلك على الاتفاقيات والمعاهدات التي تتعلق بحقوق الإنسان<sup>(16)</sup>، بل الاتفاقيات والمعاهدات الدولية بصفة عامة، وهو ما حدث عند صدور قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002، حيث جاء في تقرير اللجنة المشتركة عن قرار رئيس الجمهورية بمشروع قانون بإصدار قانون حماية حقوق الملكية الفكرية ما يلي:

«وقد خلصت اللجنة بعد المناقشات والدراسة إلى ما يلي: ...»

تاسعاً: عدلت العقوبات الجنائية أينما وردت في مواد المشروع المقدم من الحكومة المواد (33، 54، 62، 115، 134، وكذلك المادة (200) المقابلة للمادة (197) من مشروع الحكومة [لتتواءم] مع ما تضمنته المادة (61) القسم (5. الإجراءات الجنائية) من اتفاقية تريبس بأن التزام البلدان الأعضاء بتطبيق الإجراءات والعقوبات الجنائية (الحبس) - الغرامة المالية) يكون واجباً في حالات التقليد المتعمد للعلامات التجارية المسجلة، وانتحال حقوق المؤلف على نطاق تجاري.

وقد روعي تغليظ عقوبة الغرامة المالية في المواد التي حذفت منها عقوبة الحبس، أخذاً بمبدأ التدرج في العقوبة، وقد وافق ذلك ما جاء في اتفاقية تريبس بالمادة المشار إليها، هذا مع مراعاة إيراد عقوبة الحبس عند العود في جميع الأحوال...»<sup>(17)</sup>.

(16) حيث تنص المادة (93) من الدستور المصري على أن: «تلتزم الدولة بالاتفاقيات والعهود والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان التي تصدق عليها مصر، وتصبح لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً للأوضاع المقررة».

(17) البرلمان المصري - مجلس الشعب، تقرير اللجنة المشتركة، 14 مارس 2001، ملحق بمضبطة الجلسة الثمانين المنعقدة في 16 يونيو 2001، ص 335.

نخلص ممّا سبق إلى أنّ موضوعات السياسة الجنائية تتطور بتطور احتياجات المجتمع، كما أنّها لم تعد منعزلة عما يحدث على المستوى الدولي، «والسياسة الجنائية، وإن تكن تخطيطاً داخلياً للدولة، إلاّ أنّه بلغ من خطر شأنها في الحفاظ على المجتمعات الإنسانية أن أخذت منظمة الأمم المتحدة على عاتقها مهمة توجيهها على المستوى العالمي»<sup>(18)</sup>.

## المطلب الثاني

### نماذج أنظمة العدالة الجنائية

سنتناول في هذا المطلب المقصود بنظام العدالة الجنائية (الفرع الأول)، ثم بداية الاهتمام بنماذج أنظمة العدالة الجنائية (الفرع الثاني)، ثم نبين النماذج السبعة لهذه الأنظمة (الفرع الثالث)، ونعرض تالياً لذلك بعض الملاحظات حول هذه النماذج (الفرع الرابع)، وذلك على النحو الآتي:

## الفرع الأول

### المقصود بنظام العدالة الجنائية

من المهم ملاحظة أنّ السياسة الجنائية القويمة تتكامل مقوماتها وتتنوع أدواتها، وبالتالي فإنّ ما يمكن أن نطلق عليه نظام العدالة الجنائية الذي يسعى لتطبيق وإنجاح السياسة الجنائية القويمة يشمل العديد من المؤسسات التي تطبّق العديد من القواعد.

ومن هذه المؤسسات ما هو «رسمي» مثل الشرطة والنيابة العامة والمحاكم والسجون، ومنها أيضاً ما هو «غير رسمي» مثل دور رعاية ضحايا العنف الأسري وأماكن الخدمة المجتمعية التي قد يُحكم بها على الشخص كعقوبة بديلة للعقوبات السالبة للحرية.

ومن القواعد التي تطبقها هذه المؤسسات ما هو «رسمي» مثل القانون الذي يحدد الجرائم والعقوبات، أو القانون الذي يحدد الإجراءات المتبعة خلال التحري والتحقيق والمحاكمة، ومن هذه القواعد أيضاً ما هو «غير رسمي» مثل القواعد التي تتبعها جلسات القضاء العرفي بين أهل الجاني وأهل المجني عليه.

والأصل أن تتكامل الأدوار التي تقوم بها هذه المؤسسات والقواعد، والأهداف التي

(18) علي راشد، تخطيط السياسة الجنائية في البلاد العربية، مجلة كلية الحقوق، جامعة عين شمس للعلوم القانونية والاقتصادية، السنة 12، العدد 1، القاهرة، يناير 1970، ص 1.

تسعى إلى تحقيقها، إلا أنه من المتصور حدوث تضارب بينها من الناحية الواقعية<sup>(19)</sup>. لذلك، نجد أن وجود مجموعة المؤسسات والقواعد لا يعني بالضرورة وجود «نظام» للعدالة الجنائية؛ ذلك أن العبرة في وجود نظام للعدالة الجنائية هو تكامل الأهداف التي تسعى هذه المؤسسات والقواعد لتحقيقها، وتقييم نظام العدالة الجنائية في مجتمع ما يعتمد على تحقيقه لأهدافه التي تكمل بعضها بعضاً.

## الفرع الثاني

### بداية الاهتمام بنماذج أنظمة العدالة الجنائية

لفت هربرت بيكر أستاذ القانون وعلم الإجرام بعدة جامعات أمريكية مرموقة إلى أهمية تقسيم أنظمة العدالة الجنائية في مقال نشره عام 1965، أوضح فيه أن القانون الجنائي ينبغي أن يكون عقلياً مترابطاً أجزاءه، وتتكامل أهدافه من الناحية المنطقية مع القيم التي يدعمها، وهو ما يجب أن تراعيه المؤسسات المختلفة العاملة في مجال العدالة الجنائية<sup>(20)</sup>.

وقدم بيكر تصوره عن تقسيم أنظمة العدالة الجنائية إلى نموذجين: الأول، هو نموذج احترام روح القانون، والثاني، هو السيطرة على الجريمة، وأوضح أن مقاله يمثل تصوراً تمهيدياً لشرح أكثر تفصيلاً قيد الإعداد، وهو ما عرضه بالفعل لاحقاً في كتابه: حدود

(19) مما يُفرضي إلى حالات تُجُهد فيها العدالة miscarriage of justice. انظر مثلاً: المبادرة المصرية للحقوق الشخصية (بيان صحفي)، المبادرة المصرية تُعرب عن قلقها من الحكم الصادر في قضية تعرية «سيدة الكرم» وتطالب النيابة العامة بالتقرير بالظعن، 17 ديسمبر 2020، حيث جاء فيه ما يلي: «وتطالب المبادرة المصرية النيابة العامة بتفعيل دورها واستخدام صلاحيتها التي خولها إياها القانون رقم 57 لسنة 1959 بشأن حالات وإجراءات الظعن أمام محكمة النقض، وذلك بالتقرير بالظعن بالنقض في الحكم الصادر اليوم ببراءة المتهمين إعمالاً للمادة (30) منه، كما تؤكد المبادرة المصرية على ضرورة القبض على المتهمين الصادر بحقهم حكم غيابي بالسجن في قضايا حرق المنازل وتهديد وترويع المواطنين، ومحاكمتهم حضورياً في التهم المنسوبة إليهم، مع عدم الأخذ بالصلح العرفي الذي جرى بين المجني عليهم - فيما عدا زوج السيدة سعاد ثابت - والمتهمين تحقيقاً للعدالة، إضافة إلى أن محاكمة المتورطين في الاعتداءات الطائفية تعد الضمانة الأساسية لعدم تكرار هذه الاعتداءات.

وتوضّح المبادرة المصرية أنها لا تتخذ موقفاً معارضاً من حيث المبدأ لاستخدام أي آليات عرفية متاحة في المجتمعات المحلية لإزالة أسباب الاحتقان بين المواطنين، لكنّها تؤكد في الوقت نفسه أنّ هذه الجلسات أصبحت تستخدم بدلاً عن تطبيق القانون لمساعدة المتورطين في الاعتداءات على الإفلات من المساءلة الجنائية، إضافة لما يشوب هذه الجلسات من ممارسة ضغوط تتورط فيها أطراف رسمية على المجني عليهم للقبول بالصلح العرفي، بما يتضمنه من تنازل عن حقوقهم والإقرار بذلك أمام الجهات القضائية المسؤولة».

(20) Herbert L. Packer, Two Models of the Criminal Process, 113 U. Pa. L. Rev. 1, 3 (1964).

الجزاء الجنائي<sup>(21)</sup>، ومهدت أعماله للمزيد من الاهتمام بنماذج أنظمة العدالة الجنائية. ويمكن تقسيم أنظمة العدالة الجنائية في المجتمعات المختلفة بحسب الأهداف التي تسعى إلى تحقيقها.

وفيما يلي، نذكر النماذج السبعة السائدة<sup>(22)</sup>.

## الفرع الثالث

### النماذج السبعة لأنظمة العدالة الجنائية

#### النموذج الأول: احترام روح القانون<sup>(23)</sup>

يهدف هذا النموذج إلى ضمان تحقيق العدالة، ويتم ذلك من خلال تحقيق المساواة الفعلية بين أطراف الدعوى الجنائية: الادعاء والمدعى عليه، وضمن القواعد القانونية التي تقي المدعى عليه من حدوث أي خطأ، وتقييد السلطات التحكيمية أو التعسفية للادعاء أو القاضي، واحترام مبدأ (إفلات مجرم من العقاب أفضل من الإدانة الخاطئة لشخص بريء)<sup>(24)</sup>، وبالتالي افتراض البراءة.

#### النموذج الثاني: السيطرة على الجريمة<sup>(25)</sup>

يهدف هذا النموذج إلى ضمان توقيع العقوبة، ويتم ذلك من خلال عدم الاتكال على الضوابط القانونية، وافتراض الذنب وليس البراءة، والاستجابة للاعتبارات السياسية، والسعي نحو تحقيق معدلات إدانة مرتفعة، ودعم الشرطة بتصديق روايتها للأحداث، والتسامح مع جرائم الشرطة التي ترتكبها سعياً لإدانة الشخص كالتعذيب والتلاعب بالأدلة، وجعل التجربة بأكملها مؤلمة لمن يخوضها انتقاماً منه.

#### النموذج الثالث: النموذج العلاجي<sup>(26)</sup>

يهدف هذا النموذج إلى ضمان إصلاح الشخص في الأحوال التي يرتكب الجريمة فيها

(21) Herbert L. Packer, The Limits of the Criminal Sanction, Stanford University Press (1968).

(22) John Muncie & David Wilson, Student Handbook of Criminal Justice and Criminology, Cavendish Publishing, 2004, pp 29-30.

(23) Due process model.

(24) Better the guilty go free than an innocent man be wrongly convicted.

(25) Crime control model.

(26) Medical model.

بسبب حالته، ويتم ذلك من خلال جمع المعلومات المتعلقة به وبفعله، واللجوء إلى التفريد الجزائي، ومنح سلطة تقديرية لمتخذي القرار، والاعتماد على خبراتهم المتراكمة، ورحابة ومرونة القواعد ذات الصلة.

#### النموذج الرابع: النموذج المكتبي<sup>(27)</sup>

يهدف هذا النموذج إلى إدارة ملف الجريمة وملفات المجرمين بصورة فعّالة مستقلة عن الاعتبارات السياسية، والتعامل معها بسرعة وفعالية، وإعطاء الأهمية للسجلات والتقارير، وتقليل هدر الموارد وتقليل النفقات لأدنى حد، والتقسيم الاقتصادي للعمل بين الأفراد ذوي الصلة.

#### النموذج الخامس: الوصمة الاجتماعية<sup>(28)</sup>

يهدف هذا النموذج إلى استخدام نظام العدالة الجنائية من أجل القيام بوظيفة اجتماعية وهي تعزيز القيم الاجتماعية السائدة في المجتمع والتي تنظر إلى الفعل باعتباره خطأ، وتعزيز استنكار المجتمع للفعل المرتكب.

#### النموذج السادس: النموذج السلطوي<sup>(29)</sup>

يهدف هذا النموذج إلى احتفاظ الفئة الحاكمة بما لديها من عناصر القوة، ويتم ذلك من خلال تعزيز الحماية لمصالحها، وصرف انتباه الجمهور عن مسائل الصراع الفئوي الدائر في المجتمع، وعن أسئلة مهمة تتعلق بمن يصنع القانون في المجتمع ولمصلحة من؟ وبصفة أعم: نظام العدالة الجنائية في خدمة من؟

#### النموذج السابع: عدالة العقاب / الحساب<sup>(30)</sup>

يهدف هذا النموذج إلى عقاب الجاني عقاباً عادلاً، ويتم ذلك من خلال مراعاة مدى سوء نيته وجسامته فعلته، وبالتالي فإنّ هذا النموذج لا يهدف إلى العقاب انتقاماً وتنكيلاً، ولكنه يُعدّ قصاصاً عادلاً بلا إفراط.

وليس المجال هنا لدراسة هذه النماذج بصورة مفصلة، ولكن رأينا الإشارة إليها لأهميتها، أملاً في تناولها بمزيد من البحث والتفصيل في المستقبل. كذلك، ليس المجال هنا لدراسة الأدوات التي يمكن استخدامها بواسطة أي نموذج من النماذج السابقة،

(27) Bureaucratic model.

(28) Status passage model.

(29) Power model.

(30) Just deserts model.

ولعل من أخطرهما في الآونة الأخيرة تقنيات الذكاء الاصطناعي، بما يثيره استخدامها في مجال العدالة الجنائية من مخاطر جمة<sup>(31)</sup>، وهو ما يحتاج بدوره إلى المزيد من البحث والتفصيل في المستقبل.

## الفرع الرابع

### ملاحظات على نماذج أنظمة العدالة الجنائية

من المتصور أن يتبنى مجتمع ما نظاماً للعدالة الجنائية يمزج بين هذه النماذج. وترى ماريا بولنيس الأستاذة بجامعة بورغوس الإسبانية - بحق - أن نظم العدالة الجنائية في العالم أصبحت تمزج بين النماذج المختلفة التي كانت متقابلة فيما مضى، ويرجع ذلك إلى عدة أسباب منها تأثير النظام القانوني الأمريكي على النظم القانونية حول العالم<sup>(32)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن النماذج السابقة تتعلق بأنظمة العدالة الجنائية وليس السياسة الجنائية التي يتبعها مجتمع ما، ولتبسيط التفرقة بينهما، يمكن القول إن السياسة الجنائية هي الخطة التي يتبعها المجتمع، بينما نظام العدالة الجنائية هو المؤسسات القائمة على تنفيذ هذه الخطة.

وبينما يمكن تقسيم أنظمة العدالة الجنائية إلى النماذج السبعة السابق ذكرها، «يجب أن نذكر أن تطور القانون الجنائي والسياسة الجنائية هو مسألة نسبية وعملية، وأنه ليس هناك نموذج لهما محدد يُفضل دون سواه، والعبرة في نهاية المطاف هي بمواجهة الظاهرة الإجرامية وكسر شوكتها، وكل سياسة جنائية تبلغ مأربها من ذلك هي النموذج الأصح، بشرط واحد هو مراعاة الاعتبارين الاجتماعي والإنساني، فإن في هذين الاعتبارين تنحصر كل مطالب حضارة العصر الذي نعيش فيه والذي يمكن أن يوصف

(31) National Security Commission on Artificial Intelligence, Final Report, Washington D.C., March 2021, p. 144.

(32) Mar Jimeno-Bulnes, American Criminal Procedure an A European Context, 21 Cardozo Int'l Comp. Pol'y & Ethics L. 409 (2013), (stating that "it should be noted that there is currently no «pure» criminal procedure in the world. All criminal systems, in fact, are the product of exchanges and mixtures of different legal traditions. In addition, it appears existing criminal procedures are converging due to the countless criminal proceedings around the world, coupled with the specific influence of the U.S. legal system. This phenomenon supports the notion that the classical distinction between the accusatorial and the inquisitorial models should cease to exist."), Id. At 410-12, citing: Maximo Langer, From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure, 45 Harv. Int'l L.J. 1 (2004).

بعصر حقوق الإنسان، فهل تحترم السياسة العقابية - حيثما وجدت - هذه الحقوق؟ هذا هو السؤال<sup>(33)</sup>.

والإجابة عن هذا السؤال الأخير تعتمد على الثقافة القانونية السائدة في المجتمع، ونقصد بها: «مجموعة الرؤى والأفكار والمعاني والقيم والتصورات الاجتماعية السائدة في مجتمع ما والتي تحيط بظاهرة القانون»<sup>(34)</sup>، ويتصل بذلك كيف يتعامل أفراد المجتمع مع القانون، وما هي الثقافة التي تدفعهم لهذا النمط من أنماط التعامل؟

### المطلب الثالث

#### أهمية الرقابة القضائية على السياسة الجنائية

سنعرض في هذا المطلب لأهمية الرقابة القضائية على تحقيق السياسة الجنائية لأهدافها (الفرع الأول)، ثم لتطبيق قضائي بشأن السياسة الجنائية القوية وعدم دستورية تجريم الاشتباه (الفرع الثاني)، وذلك على النحو الآتي:

#### الفرع الأول

##### أهمية الرقابة القضائية على تحقيق السياسة الجنائية لأهدافها

من المهم تقييم مدى التزام المؤسسات والقواعد التي يتكوّن منها نظام العدالة الجنائية بالأهداف التي تسعى السياسة الجنائية الرشيدة إلى تحقيقها، ومن أهم وسائل هذا التقييم الرقابة القضائية على السياسة الجنائية، فالمؤسسات والقواعد التي تطبقها ليست هدفاً في حد ذاتها، وإنما وسيلة لتحقيق أهداف السياسة الجنائية الرشيدة، وهو ما أوضحت المحكمة الدستورية العليا المصرية، بقولها:

«وحيث إنّ السياسة الجنائية الرشيدة يتعيّن أن تقوم على عناصر متجانسة، فإن قامت على عناصر متنافرة نجم عن ذلك افتقاد الصلة بين النصوص ومراميها، بحيث لا تكون مؤدية إلى تحقيق الغاية المقصودة منها لانعدام الرابطة المنطقية بينها؛ تقديراً بأنّ الأصل في النصوص التشريعية - في الدولة القانونية - هو ارتباطها عقلاً بأهدافها، باعتبار أنّ أي تنظيم تشريعي ليس مقصوداً لذاته، وإنما هو مجرد وسيلة لتحقيق تلك الأهداف؛

(33) علي راشد، تخطيط السياسة الجنائية، مرجع سابق، ص 254.

(34) محمد نور فرحات ومحمد علي الكردي، الثقافة والقانون، تقديم: إسماعيل سراج الدين، منتدى مكتبة الإسكندرية، 5 يوليو 2008، ص 2.

ومن ثمّ يتعين دائماً استظهار ما إذا كان النص الطعين يلتزم إطاراً منطقيّاً للدائرة التي يعمل فيها، كافلاً من خلالها تناغم الأغراض التي يستهدفها، أو متهدماً مع مقاصده أو مجاوزاً لها، ومناهضاً - بالتالي - لمبدأ خضوع الدولة للقانون...»<sup>(35)</sup>.

والسياسة الجنائية القويمة لا تعني المبالغة في التجريم والعقاب بزعم حماية المجتمع وصون أمنه، وهي كذلك لا تعني استخدام المشرع للتدابير الاحترازية لمواجهة خطورة إجرامية يفترضها المشرع ويصم الأشخاص بها، ولو كانت من قبيل تدابير الدفاع الاجتماعي، طالما كانت تنال من الحرية الشخصية «لاتسامها بخصائص العقوبة وانطوائها على عبئها، وانصرافها إيلاماً مقصوداً، ولا تقابلها أفعال أثمها المشرع وحددها تحديداً دقيقاً»<sup>(36)</sup>.

## الفرع الثاني

### تطبيق قضائي - السياسة الجنائية القويمة

#### وعدم دستورية تجريم الاشتباه

مثال ذلك ما نص عليه المرسوم بقانون رقم 98 لسنة 1945 بشأن المتشردين والمشتبه فيهم من تعريف «المشتبه فيه» على أساس سوابقه الإجرامية التي حُكم عليه فيها، مما استتبع عقابه بأحد التدابير التي نص عليها المرسوم بقانون، وظلت حالة الاشتباه مجرمة ومعاقبا عليها إلى أن حكمت المحكمة الدستورية العليا المصرية بعدم دستوريّتها في عام 1993<sup>(37)</sup>.

وكانت المادة (5) من المرسوم بقانون رقم 98 لسنة 1945 بشأن المتشردين والمشتبه فيهم تنص على أن:

«يعد مشتبهاً فيه كل شخص تزيد سنه على ثماني عشرة سنة، حكم عليه أكثر من مرة في إحدى الجرائم الآتية أو اشتهر عنه - لأسباب مقبولة - أنه اعتاد ارتكاب بعض الجرائم

(35) المحكمة الدستورية العليا في مصر، الطعن رقم 114 لسنة 21 قضائية، جلسة 2 يونيو 2001، حيث انتهت المحكمة إلى الحكم بعدم دستورية المادة (48) من قانون العقوبات الخاصة بالاتفاق الجنائي.

(36) المحكمة الدستورية العليا في مصر، الطعن رقم 49 لسنة 17 قضائية، جلسة 15 يونيو 1996، حيث انتهت المحكمة إلى الحكم بعدم دستورية نص المادة (48) مكرراً من القانون رقم 182 لسنة 1960 في شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها..

(37) المحكمة الدستورية العليا في مصر، الطعن رقم 3 لسنة 10 قضائية، جلسة 2 يناير 1993، حيث انتهت المحكمة إلى الحكم بعدم دستورية نص المادة (5) من المرسوم بقانون رقم 98 لسنة 1945 بشأن المتشردين والمشتبه فيهم وبسقوط أحكام المواد المرتبطة بها، وهي المواد (6، 13، 15) منه.

أو الأفعال الآتية: 1- الاعتداء على النفس أو المال أو التهديد بذلك. 2- الوساطة في إعادة الأشخاص المخطوفين أو الأشياء المسروقة أو المختلسة. 3- تعطيل وسائل المواصلات أو المخبرات ذات المنفعة العامة. 4- الاتجار بالمواد السامة أو المخدرات أو تقديمها للغير. 5- تزييف النقود أو تزوير أوراق النقد الحكومية أو أوراق البنكنوت الجائز تداولها قانوناً في البلاد، أو تقليد أو ترويح شيء مما ذكر. 6- الجرائم المنصوص عليها في القانون رقم 10 لسنة 1961 في شأن مكافحة الدعارة. 7- جرائم هروب المحبوسين وإخفاء الجناة، المنصوص عليها في الباب الثامن من الكتاب الثاني من قانون العقوبات. 8- جرائم الاتجار في الأسلحة أو الذخائر. 9- إعداد الغير لارتكاب الجرائم أو تدريبهم على ارتكابها ولو لم تقع جريمة نتيجة لهذا الإعداد أو التدريب. 10- إيواء المشتبه فيهم وفقاً لأحكام هذا القانون بقصد تهديد الغير أو فرض السيطرة عليه.»

ونصت المادة (6) من المرسوم بقانون ذاته على ما يأتي:

«يعاقب المشتبه فيه بأحد التدابير الآتية: 1- تحديد الإقامة في مكان معين. 2- الوضع تحت مراقبة الشرطة. 3- الإيداع في إحدى مؤسسات العمل التي تحدد بقرار من وزير الداخلية، ويكون التدبير لمدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على ثلاث سنوات، وفي حالة العود أو ضبط المشتبه فيه حاملاً أسلحة أو آلات أو أدوات أخرى من شأنها إحداث جروح أو تسهيل ارتكاب الجرائم، تكون العقوبة الحبس والحكم بأحد التدابير السابقة لمدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنوات. 4- الإبعاد للأجنبي.»

وأوضحت المحكمة في حكمها أن: «الاشتباه يظل جريمة بلا سلوك»، حيث إن القانون لم يشترط لقيامها توافر فعل محدد، وبالتالي فإن الاشتباه على هذا النحو يرجع إلى خطورة ناجمة عن جرائم سابقة ارتكبها الشخص، أي أنها صفة اصطلاحية المشرع وألفها أفراد المجتمع بزعم التحوط لأمن الجماعة وصون نظامها، وهو الأمر الذي اعتبرته المحكمة «بناهض السياسة الجنائية القويمة»:

«وآية ذلك أن الخطورة الناجمة عن (الجرائم) السابقة والتي يُراد التحوط منها صوتاً لمصالح الجماعة، لا تزيد عن كونها من العوامل التي تومي إلى «احتمال» ارتكابه في المستقبل لجريمة غير معينة، وهي بذلك ترشح لمقارفتها، ولا تقطع بالانزلاق فيها، ولا يجوز بالتالي أن يتعلق التجريم بها، إذ ليس ثمة علاقة حتمية بين انغماس الشخص في جرائم سابقة، وبين ترديه في حماتها والعودة إليها مرة أخرى.

كذلك فإنه مما يناقض افتراض البراءة أن يدان الشخص لا عن جريمة بذاتها أتاها وتتحدد عقوبتها بالنظر إلى ماهيتها وظروفها، بل بناءً على محض احتمال عودته

إلى الإجرام، بما مؤداه أنّ الخطورة الإجرامية التي يعتبر الشخص بموجبها مشتبهاً فيه قوامها عناصر مستمدة من ماضيه، ودليها جرائمه السابقة إذ تعتبر كاشفة عن خطورته هذه وقاطعة بها، ومن ثم تكون سوابقه دامغة لحاضره، وملطخة لمستقبله، بل ومحددة لمجراه، ومدخلاً إلى إدانته عن جريمة قوامها الحالة الخطرة في ذاتها، وهي حالة تنشئها الجرائم السابقة التي ارتكبها والتي تم تنفيذ عقوباتها كاملة بالنسبة إليه، وهي بعد جريمة نص القانون على أن تتخذ في شأنها التدابير المنصوص عليها في مادته السادسة، وجميعها تدابير سالبة للحرية لها وطأة العقوبة وخصائصها...»

خلاصة ما سبق، أنّ نظام العدالة الجنائية الذي يتكون من مؤسسات وقواعد تنظم عملها لا ينبغي أن يكون هدفاً في حد ذاته، بل هو وسيلة لتحقيق أهداف السياسة الجنائية الرشيدة والقوية، ومن المهم تقييم هذا النظام باستمرار من خلال عدة وسائل أهمها الرقابة القضائية لتحقيق السياسة الجنائية أهدافها المنشودة، من دون إفراط ولا تفريط في استعمال سلطة العقاب.

## المبحث الثاني

### الحاجة إلى ترشيد السياسة الجنائية

سنبين الحاجة إلى ترشيد السياسة الجنائية من خلال بيان بعض المآخذ على الحالة الراهنة للسياسة الجنائية (المطلب الأول)، ثم بيان الحاجة إلى مرجعية فعّالة لحقوق الإنسان (المطلب الثاني)، وأخيراً تأكيد الحاجة إلى منهجية التحليل الواقعي للقانون (المطلب الثالث)، وذلك على النحو الآتي:

#### المطلب الأول

##### بعض المآخذ على الحالة الراهنة للسياسة الجنائية

تندر الدراسات التي تتناول بالنقد الوضع الحالي للسياسة الجنائية في البلاد العربية، ولا يهدف هذا البحث إلى القيام بذلك، ولكنه يسعى إلى جذب الانتباه إلى بعض المآخذ التي تحتاج إلى المزيد من البحث والتفصيل<sup>(38)</sup>، وذلك من خلال الفروع التالية:

#### الفرع الأول

##### غياب الاستراتيجية وعدم اتباع المنهج العلمي في صنع القرار

من أهم المآخذ غياب استراتيجية شاملة، أو إطار مؤسسي شامل، أو حتى حوار مجتمعي حقيقي يتناول موضوعات العدالة الجنائية، ويظهر ذلك بوضوح في المسائل الجوهرية التي تتصل بالعدالة الجنائية الدولية أو العدالة الانتقالية، ويتصل بذلك أيضاً عدم الالتزام بالمنهج العلمي في صناعة القرارات الوطنية الهامة ذات الصلة بالعدالة الجنائية الدولية.

#### الفرع الثاني

##### غياب الشفافية وعدم إتاحة المعلومات والبيانات

يعتمد التقييم العلمي للسياسة الجنائية على تحليل البيانات والمعلومات ذات الصلة بها، وتلتزم مؤسسات العدالة الجنائية بإتاحة هذه المعلومات للجمهور، من تلقاء نفسها بصفة عامة، أو بتقديم طلب وفقاً لقوانين حرية المعلومات بصفة خاصة، ويُشكل الموقع

(38) محمد الصغير سعداوي، السياسة الجزائية لمكافحة الجريمة: دراسة مقارنة بين التشريع الجنائي الدولي والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2010.

الإلكتروني لوزارة العدل الأمريكية - على سبيل المثال - نموذجاً لأرشيف ضخم يتم تحديثه بصورة يومية بإضافة ما يهم الباحثين لتقييم السياسة الجنائية الكلية أو الجزئية المتعلقة بحالات محددة.

ويسهل ملاحظة غياب الشفافية لدى الكثير من مؤسسات العدالة الجنائية في البلاد العربية، وعدم إتاحة المعلومات والبيانات اللازمة لإجراء دراسات علمية دقيقة. أكثر من ذلك، وحتى في حالة إتاحتها، قد لا تعكس هذه البيانات والمعلومات الصورة الحقيقية نتيجة اتباع بعض الممارسات السلبية، منها - مثلاً - عدم قيام الشرطة بتحرير محضر إلا بعد معرفة مرتكب الجريمة، والهدف من ذلك هو أن تعكس السجلات معدلاً مرتفعاً للنجاح في حل الجرائم، بعد تعمد عدم تحرير محاضر عن الجرائم التي تُخفق الشرطة في معرفة فاعلها.

ويرى أ. د. محمد نور فرحات أنّ من المشاكل الرئيسية في نظام العدالة الجنائية، أنّ نظام منقول عن التقاليد القانونية الفرنسية القديمة، وهو نظام التحقيق والتحري... هذا النظام يفترض وجود جهاز شرطة كفاء، ونزيه، ونظام تحقيق محايد، ونظام اتهامي فعال...»<sup>(39)</sup>؛ لذلك فإنّ النظرة الواقعية إلى العدالة الجنائية تستدعي تبني تغييرات ضرورية وجذرية، يوضحها كما يلي:

«الطريق إلى دولة مدنية ديموقراطية حديثة في مجال العدالة الجنائية [يتطلب]:

1. تعديل كافة النصوص الإجرائية والعقابية التي تتعارض مع الدستور، وخصوصاً مع ضمانات التحقيق والمحاكمة وقرينة البراءة وصون الحريات.
2. إصدار قانون مكافحة التمييز بتقرير جزاءات عقابية وإدارية ومدنية رادعة على التمييز بين المواطنين بسبب الجنس، أو الدين، أو المكانة، أو غير ذلك.
3. مراجعة تشريعات الحبس الاحتياطي بالتضييق من نطاقه ومدده باعتباره إجراءً استثنائياً لا يجوز اللجوء إليه دون مقتضى أو مبرر، وبحد أقصى معقول، وتقرير بدائل للحبس الاحتياطي تصون حريات الأفراد.
4. تقرير حق من حبس احتياطياً بغير مقتضى أو مبرر في التعويض عن سلب حريته.
5. إزالة العقوبات الإجرائية التي تحول دون مكافحة جرائم التعذيب وتشديد العقوبة على هذه الجرائم وتقرير المسؤولية الافتراضية لممثلي الشخص المعنوي عن جرائم التعذيب التي تقع في نطاقه.

(39) نور رشوان ونور فرحات، أحد مشاكل نظام العدالة الجنائية أنّ «الشرطة ذراع النيابة»، جريدة الشروق، القاهرة، عدد 2015/3/18.

6. ضبط صياغة الركن المادي في كافة الجرائم، وخاصة الجرائم التي تتعلق بالرأي والتعبير، بحيث تكون محددة وواضحة ولا تتسع للتفسير المتعسف.
7. تعديل قانون السلطة القضائية والقوانين الإجرائية والموضوعية بما يكفل استقلال القضاء وكفاءته ونزاهته، وعدم تعرض القضاة للترغيب أو التهيب من السلطة التنفيذية، ورفع يد السلطة التنفيذية تماماً عن الشأن القضائي.
8. إلغاء كافة صور القضاء الاستثنائي، وتقرير حق المواطن في التقاضي أمام القاضي الطبيعي المحايد المستقل.
9. إنشاء أكاديمية للقضاء يُقبل فيها المتفوقون من خريجي الحقوق بالجامعات التابعة للمجلس الأعلى للجامعات وفق ضوابط موضوعية، وحظر التنقل من الأعمال الشرطية والتخصصات الشرعية للأعمال القضائية.
10. إقرار مبدأ تخصص وتفرغ القاضي الجنائي.
11. الفصل بين سلطات الاتهام والتحقيق والمحاكمة.
12. تقرير مسؤولية مأمور الضبط عن الاستدلالات الكاذبة والتحريات غير الحقيقية.
13. إصدار قانون حماية الشهود والمجني عليهم.
14. تقرير العقوبات الرادعة على أفعال تضليل العدالة وطمس الحقيقة أمام القضاء.
15. مراجعة أوضاع السجون ولوائحها بما يتوافق مع قواعد الأمم المتحدة عن الحد الأدنى لمعاملة المسجونين»<sup>(40)</sup>.

### الفرع الثالث

#### مؤشر حكم القانون كنموذج لقياس أداء مؤسسات العدالة الجنائية

يتبع مؤشر حكم القانون مشروع العدالة العالمي الذي يُصدر تقريراً سنوياً، بناءً على نتائج الاستبيان الذي يُعده خبراء القانون في كل دولة، ويعتمد هذا المؤشر على قياس عدة عوامل منها فعالية تقييد ممارسة السلطة، وغياب الفساد وشفافية الحكومة، واحترام الحقوق الأساسية، وحفظ النظام والأمن، وفعالية الرقابة، والعدالة المدنية والعدالة الجنائية، والعدالة العرفية (أو غير الرسمية).

(40) محمد نور فرحات، مقال على حسابه بموقع التواصل الاجتماعي فيسبوك، منشور بتاريخ 2020/12/18.

ويتفرّع من كل معيار رئيسي مجموعة من المعايير الفرعية. وعلى سبيل المثال، يندرج تحت معيار فعالية العدالة الجنائية مجموعة من المعايير تتعلق بفعالية التحقيق الجنائي، والمحكمة، ونظام تأهيل المحكوم عليهم، وحيادية نظام العدالة الجنائية، وغياب الفساد فيه، وغياب النفوذ الحكومي فيه، واحترام روح القانون وحقوق المتهمين.

ووفقاً لتقرير عام 2020، توافرت البيانات اللازمة لتصنيف سبع دول عربية فقط، وغابت بيانات باقي الدول العربية عن التصنيف، وحققت هذه الدول السبع مراكز متباينة عالمياً ضمن 128 دولة، على النحو التالي: (30/ الإمارات - 50/ الأردن - 56/ تونس - 79/ المغرب - 82/ الجزائر - 96/ لبنان - 125/ مصر)<sup>(41)</sup>، وهو ما يشبه تصنيف الدول ذاتها في تقرير 2019، فجاءت على النحو التالي: (32/ الإمارات - 49/ الأردن - 58/ تونس - 74/ المغرب - 73/ الجزائر - 90/ لبنان - 121/ مصر)<sup>(42)</sup>.

وخلاصة ما سبق، أنّ مؤسسات العدالة الجنائية في عالمنا العربي بحاجة إلى الاستفادة من مثل هذه النماذج والمعايير، بهدف صياغة مؤشر يمكننا من قياس أداء هذه المؤسسات وإصلاح ما بها من خلل.

## المطلب الثاني

### الحاجة إلى مرجعية فعّالة لحقوق الإنسان

سنبين هذه الحاجة من خلال بيان تأثير هوية المجتمع في عدالة القانون وسيادته (الفرع الأول)، وخضوع الدولة للقانون وتقييد سلطتها في التجريم والعقاب (الفرع الثاني)، ومن خلال المرجعية الدولية المنظمة لحقوق الإنسان (الفرع الثالث)، ثم لتأثير الفكر القانوني الغربي على المرجعية الدولية لحقوق الإنسان (الفرع الرابع)، ومرجعية حقوق الإنسان في الفكر القانوني الإسلامي (الفرع الخامس)، وأخيراً لأهمية حق الأمن الفردي في الإسلام (الفرع السادس)، وذلك على النحو الآتي:

## الفرع الأول

### تأثير هوية المجتمع في عدالة القانون وسيادته

ترجع أزمة حقوق الإنسان في المجتمع العربي إلى تجاوز الدولة لسلطتها في التجريم والعقاب، ولا يُغيّر من ذلك تأكيد الأحكام القضائية والأدبيات القانونية عامة على أهمية سيادة القانون؛ ذلك أنّ سيادة القانون لا تعني بالضرورة عدالته، وتأكيد الدولة على

(41) World Justice Project, Rule of Law Index, Washington, D.C. (2020)

(42) World Justice Project, Rule of Law Index, Washington, D.C. (2019)

احترامها لحقوق الإنسان، وتكرار الإشارة إلى الوثائق الدولية المنظمة لها لا يعني بالضرورة اتخاذها خطوات واقعية ملموسة، في غياب ضغط مجتمعي<sup>(43)</sup> يستند إلى مرجعية قوية لنشر ثقافة احترام القانون، لا تنفصل عن هوية المجتمع وظروفه.

والمقصود بهوية المجتمع: هوية الجماعة الإنسانية التي تعيش في هذا المجتمع، وهناك جانب من هذه الهوية ثابت إلى حد كبير، وهناك جانب منها يتغير بتغير الظروف والأحوال في هذا المجتمع، وكل من الجانبين يسهم في تشكيل المنهج أو العقيدة أو الفلسفة التي تتبناها الجماعة الإنسانية - كلها أو غالبيتها العظمى - التي يتشكل منها هذا المجتمع، وتؤثر في أفعالها وردود أفعالها في مواجهة الإجرام والجريمة والمجرم، وبالتالي تؤثر في السياسة الجنائية، وبالتالي النظام القانوني الجنائي<sup>(44)</sup>.

وتتطور المجتمعات بتغير ظروفها، فقد ترتقي لمستوى أعلى، أو تنحدر لحال أدنى. وتتباين المجتمعات فيما بينها، بحسب مستواها من التطور الإنساني على المستوى العلمي والاجتماعي والاقتصادي والسياسي<sup>(45)</sup>.

وقد قيل بحق إن النظام القانوني في المجتمعات العربية يعيش «حالة مخاض عسيرة غير مسبوقة، تتميز بتراجع احترام القوانين وضعف مكانتها في صفوف فئات وقطاعات مختلفة...، ولعل الأخطر في هذه المرحلة هو تراجع الإيمان بأهمية تلك القوانين والأنظمة...، وخاصة لدى قطاع من القائمين على صياغة وتطبيق وتفسير القوانين، ولا نعني بذلك الأفراد فقط، بل نعني المؤسسات الدستورية والقانونية والقضائية...»<sup>(46)</sup>.

ويمكن القول إن الشريعة الإسلامية عنصر هام من العناصر التي تتكون منها هوية المجتمع العربي، ويمكنها أن تؤدي دوراً هاماً في علاج أزمة حكم القانون، باعتبارها النواة الصلبة للقاعدة الأخلاقية الدنيوية الضرورية لاحترام حكم القانون، وضمان فعاليته اعتماداً على ضمير الفرد، كما يوضح جان بول شارناي في كتابه «روح الشريعة الإسلامية»<sup>(47)</sup>، كذلك، تصلح الشريعة الإسلامية أساساً للوحدة الفكرية العربية في مجال القانون، وفي ذلك يرى الدكتور علي راشد أن:

(43) سليمان عبد المنعم، «ما وراء الحكايات» شهادتي.. ست سنوات في المجلس القومي لحقوق الإنسان، جريدة المصري اليوم، القاهرة، العدد 1090، بتاريخ 25 فبراير 2010.

(44) سليمان عبد المنعم وأدهم حشيش، مرجع سابق، ص 671.

(45) المرجع السابق، ص 672.

(46) كلمة المحرر، تجديد الفكر القانوني.. بشكل أعمق وأوسع.. على جدول الأعمال مرة أخرى، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص بالمؤتمر العلمي السنوي الرابع (القانون... أداة للإصلاح والتطوير)، العدد 2، الجزء الأول، مايو 2017، ص 13.

(47) جون بول شارناي، روح الشريعة الإسلامية، ترجمة: محمد الحاج سالم، مراجعة: الطيب بو عزة، ط 1، مركز نهوض للدراسات والنشر، بيروت، 2019، ص 285 وما بعدها.

«البلاد العربية هي بالضرورة جميع الأقطار في المشرق والمغرب التي تجمعها، فضلاً عن اللغة العربية، حضارة قانونية واحدة مصدرها الشريعة الإسلامية».

فالشريعة الغراء هي بلا ريب أساس الوحدة الفكرية بين البلاد العربية في مجال القانون، أي المجال الذي تنعكس على مرآته صورة المجتمع بكل قيمه وأنظمتها وأوجه نشاطه. ولكنني إذ أقرر هذه الحقيقة، أتجنب - وأرجو أن أكون موفقاً - الخلط بين الشريعة الإسلامية والدين الإسلامي، تماماً كما نتحرز من اعتبار البلاد العربية مرادفاً للبلاد الإسلامية<sup>(48)</sup>.

والحقيقة أنّ غرس القيم السامية في المجتمع لإيقاظ ضمير الفرد وترسيخ احترامه لنص القانون وروحه يُعدّ عنصراً أساسياً في الفكر القانوني، سواء الإسلامي أو الغربي، وهو ما توضّحه مثلاً الدراسة المقارنة بين القيم الدستورية الأمريكية والفقهاء الإسلامي<sup>(49)</sup>، ودراسات تتناول كيف تُسهم معاملة مرتكبي الجرائم بإنصاف وعدالة في التزامهم بالقانون في المستقبل وفقاً لتوم تايلر أستاذ القانون بجامعة يال الأمريكية الذي تناول هذه المسألة بالتحليل العلمي في عدة مؤلفات له، ومنها ما يتناول أهمية الشرعية في الحفاظ على النظام العام<sup>(50)</sup>، ولماذا يطيع الناس القانون؟<sup>(51)</sup>، وبناء مجتمع يحترم القانون<sup>(52)</sup>، والثقة في القانون (تشجيع تعاون الجمهور مع الشرطة والمحاكم<sup>(53)</sup>)، والشرعية والعدالة الجنائية<sup>(54)</sup>.

(48) علي راشد، تخطيط السياسة الجنائية، مرجع سابق، ص 2.

(49) Imam Feisal Abdul Rauf, Justification & Theory of Sharia Law: How the American Declaration of Independence, Bill of Rights and Constitution are Consistent with Islamic Jurisprudence, 7 U. St. Thomas L.J. 452 (2010).

(50) Tom Tyler, Legitimacy and the Maintenance of Public Order, Presentation at the The Latin American and the Caribbean Economic System (SELA) meeting, Mexico City, June 7-10, 2012.

(51) Tom R. Tyler, Why People Obey the Law, New Haven: Yale University Press, 1990, p. 258.

(52) Tom R. Tyler & John M Darley, Building a Law-Abiding Society: Taking Public Views About Morality and the Legitimacy of Legal Authorities into Account When Formulating Substantive Law, Hofstra Law Review, Vol. 28, Iss. 3, Article 5 (2000), Available at: <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol28/iss3/5>.

(53) Tom R. Tyler & Yuen J. Huo, Trust in the Law: Encouraging Public Cooperation with the Police and Courts, New York: Russell Sage Foundation, 2002.

(54) Tom R. Tyler, Legitimacy and Criminal Justice: An International Perspective, New York: Russell Sage Foundation, 2007.

ويشمل ذلك أيضاً الدراسات التي تلاحظ أنّ لجوء الشرطة إلى ما يمثل انتهاكات إجرائية لتحقيق معدلات مرتفعة في مكافحة الجريمة يؤثر سلباً على شرعيتها في نظر الجمهور، وبالتالي تعاونها معها لمكافحة الجريمة، بينما في المقابل احترام الشرطة لمعايير العدالة الإجرائية يعزّز من شرعيتها في نظر الجمهور<sup>(55)</sup>.

## الفرع الثاني

### خضوع الدولة للقانون وتقييد سلطتها في التجريم والعقاب

الدولة ليست مطلقة اليد في مباشرة سلطة العقاب، بل تخضع للقانون في كافة مراحل مكافحتها للجريمة، والقانون الأسمى الذي تخضع له الدولة هو الدستور، بما يقرره من حقوق للأفراد وضمانات حرياتهم في مواجهة الدولة، بما لها من سلطات وبما تحتكره من أدوات القوة لمباشرة هذه السلطات، وكما لا تتحول إلى أدوات للقهر والظلم.

ولا يصح القول بأنّ المصلحة العامة تستدعي إطلاق يد الدولة في مكافحة الجريمة، أي إطلاق سلطتها التقديرية في محاسبة مرتكبها؛ ذلك أنّ السلطة المطلقة مفسدة مطلقة، والمصلحة العامة ليست عذراً أو سبباً يُطلق يد الدولة في تعطيل أو انتهاك حقوق الإنسان، حتى لو كان هذا الإنسان مرتكباً لجريمة، بل تلتزم الدولة بحدود التفويض الدستوري الذي فوضتها فيه الجماعة لتنظيم شؤونها، فلا تتجاوز حدود هذه التفويض لتعتدي على حقوق الأفراد التي تشكل منهم الجماعة، حتى ولو أجزموا في حق الجماعة.

ومبدأ خضوع الدولة للقانون لم يتقرر ويرسخ من فراغ، بل نتيجة لما شهدته البشرية من افتئات وجور وعسف الدولة بالأفراد، وتتأكد أهمية هذا المبدأ في مثل هذه الأحوال التي قد تنذر الدولة فيها بالمصلحة العامة وبسلطتها في التجريم والعقاب لتنتهك ما للإنسان من حقوق، وهذا المبدأ يوازن بدقة بين حقوق الفرد وحقوق الجماعة، فمن ناحية يحول هذا المبدأ دون تعدى الجماعة على حقوق الفرد، كأن تجرم وتعاقب الفرد على مسلك يُعدّ حقاً له. ومن ناحية ثانية يحول هذا المبدأ دون تعدي الفرد على حقوق الجماعة، كأن يلحق الضرر بما يُعدّ حقاً للجماعة.

(55) Siyu Liu & Esther Nir, Do the means matter: Defense attorneys' perceptions of procedural transgressions by police and their implication on police legitimacy, Criminal Justice Policy Review, vol. 32, no. 3, Apr. 2021, pp. 245-267.

وقد ترتب على مبدأ خضوع الدولة للقانون نتائج عديدة منها ما قيّد السلطات العامة للدولة في مجالي التجريم والعقاب، مثل مبدأ قانونية أو شرعية الجرائم والعقوبات (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون)، وهو ما أدى إلى تغيير حدود سلطة القاضي، حيث «إن وظيفته الماضية كانت تتجاوز حد تطبيق القاعدة القانونية إلى مجال استخلاص القاعدة القانونية، أي: كان يقوم بوظيفة شبه تشريعية في ذلك الوقت، وهذه الوظيفة انحسرت عنه الآن، وصار القاضي مقيّداً بعدد ضخم من القواعد القانونية التفصيلية والإجراءات المحددة سلفاً، وكل هذا انتقص من ولايته»<sup>(56)</sup>.

ومن التطبيقات المعاصرة لمبدأ خضوع الدولة للقانون، انضمام الدولة إلى منظومة دولية أو إقليمية لمراقبة التزام الدولة بضوابط استعمالها لسلطة العقاب، ويرجع ذلك إلى أنّ سلطة الدولة في العقاب سلطة بالغة الخطورة، وقد تؤدي بمن يمارسها إلى الاستبداد والطغيان، ومن أكثر الوسائل التي تأكدت جدواها وفعاليتها لمنع حدوث ذلك الاستبداد المحتمل خضوع الدولة لمرجعية أعلى من قانونها الداخلي لمراقبة احترامها لحقوق الإنسان، ومثال ذلك خضوع الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وللمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان<sup>(57)</sup>.

ومن المهم ملاحظة أنّ المرجعية في معرفة «حقوق الإنسان» الواجب على الدولة احترامها، و«القانون» الواجب على الدولة الخضوع له، لا تقتصر فقط على «التشريع»، ولا «الدستور»، ولا «الوثائق الدولية المنظمة لحقوق الإنسان»، ولا ما قد يُطلق عليه البعض «المبادئ فوق الدستورية»، ولا «القانون الطبيعي»<sup>(58)</sup>، وإنما تشمل أيضاً «القانون

(56) طارق البشري، التجدد الحضاري: دراسات في تداخل المفاهيم المعاصرة مع المرجعيات الموروثة، ط1، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، 2015، ص 245، حيث يتناول عدة قضايا تتعلق بتطبيق الشريعة الإسلامية ومقاصد الشرع، وما يرتبط بها من قبيل المساواة في المواطنة والشورى.

(57) D. Garland in N McCormick and D. Garland, Sovereign States and Vengeful Victims: The Problem of the Right to Punish, in A. Ashworth and M. Wasik (eds), Fundamentals of Sentencing Theory: Essays in Honour of Andrew von Hirsch (Oxford University Press, 1998), 28

“The power [to punish] is a dangerous power, because it can be tyrannically exercised, and because the conditions of its existence ... are conditions that can be exploited by those with ambitions towards tyranny... It is interesting to note that the most effective protection against the tendency to tyranny yet devised..., has been the growth of international and supranational arrangements such as those represented by the institutions of the European Union...” Id. at 28.

(58) محمد شريف أحمد، فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين: دراسة مقارنة، ط2، منشورات منتدى الفكر الإسلامي في إقليم كردستان العراق، 2011، ص 8، حيث يقابل بين فكرة القانون الطبيعي

الإلهي»<sup>(59)</sup>.

ونظراً للصلة الوثيقة بين فكرة حقوق الإنسان وسلطة الدولة في العقاب، باعتبار أنّ حقوق الإنسان ضابط مهم وضروري ينبغي على الدولة احترامه عند استعمال سلطتها في العقاب، رأينا أن نلفت النظر في الفقرات التالية لأهمية مراعاة بناء رؤية متوازنة لمفهوم حقوق الإنسان، لا يشوبها إفراط في تبني المفهوم الغربي لحقوق الإنسان، ولا تقريط في أصول هذا المفهوم وفقاً لمبادئ القانون الإلهي<sup>(60)</sup>.

### الفرع الثالث

#### المرجعية الدولية المنظمة لحقوق الإنسان

يُعد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة نواة للعديد من المعاهدات التي نظمت حقوق الإنسان. وفي مقال له بعنوان: حقوق الإنسان وسؤال المرجعية<sup>(61)</sup>، تناول طارق البشري العلاقة بين الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بقوله إنّه:

لدى الفكر الإسلامي والغربي، ويوضح أنه لا يعقل فصل القانون الطبيعي، وهو الأساس الفكري لحقوق الإنسان، عن القيم الدينية والأخلاقية والوجدانية المتسقة مع الفطرة الإنسانية، لا تكون حقوق الإنسان معزولة عن هذه القيم...).

(59) في تفصيل ذلك، انظر: د. أحمد حشيش، مركز الشعب والدولة والرياسة والبرلمان واللغة العربية في ضوء مبدأ سمو القانون الإلهي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، حيث ينبه إلى ضرورة التمييز بين العلم وبين اللاعلم، وإلى أن: «المدخل إلى هذا العلم مقنن ومؤرخ له في القانون الإلهي الحالي، أي في الدستور الإلهي المعاصر وهو القرآن وفي لائحته التنفيذية وهي السنة المحمدية، مصداقاً لقوله تعالى: وَرَزَقْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تَيِّدًا لِكُلِّ شَيْءٍ»، ص 4 وما بعدها.

(60) في تفصيل ذلك، انظر: د. أحمد حشيش، حقوق تكريم الإنسان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، حيث ينبه إلى ضرورة عدم تجاهل أنّ فكرة حقوق الإنسان الغربي هي فكرة إقليمية، وبالتالي: «لا يتحكم في مفهومها إلا الإنسان الغربي وحده، الذي يخلط بين مفهومها ومفهوم الحرية؛ لذا يزعم الغرب بعدئذ بوجودها لديه وحده، ويُنكر بالتالي وجود أي مشاكل عنده بشأنها، أي أنّ مشكلاتها لم تعد موجودة في نظره إلا خارج الغرب، ولكي ينصّب الإنسان الغربي نفسه وصياً على هذه الحقوق عالمياً، زعم بأنها إنجاز لم يحققه إلا هو وحده، بثوراته المتعاقبة في إنجلترا، ثم أمريكا، ثم فرنسا، حتى كاد أن يصبح مصدر تلك الحقوق تاريخياً هي الوثائق الغربية وحدها، ولو لم يتجاوز عمر أقدمها سبعمئة سنة على الأكثر، كما زعم بأن مصدرها لم يصبح عالمياً إلا في وقت متأخر للغاية، أي منذ أربعينات القرن الماضي، وصدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان» (ص 4-5).

(61) طارق البشري، حقوق الإنسان وسؤال المرجعية، مجلة الإحياء، الرابطة المحمدية للعلماء، مجلد سنة 2014، العدد المزدوج 41-42، الرباط، المغرب، ص 150-157، حيث يقارن بين مصدر حقوق الإنسان في الفكر القانوني الغربي وفي الفكر القانوني الإسلامي.

«من أشهر الوثائق السياسية في عالم اليوم «الإعلان العالمي لحقوق الإنسان» الذي أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10/12/1948، ولم تصدر هذه الوثيقة من فراغ، فقد سبق للأمريكيين في حرب الاستقلال التي شنوها ضد احتلال بريطانيا لبلادهم، أن أصدروا «إعلان الاستقلال» في يوليو 1776 وضمنوه «أن كل الرجال قد ولدتهم أمهاتهم سواسية»، وأشاروا إلى حق الإنسان في الحياة والحرية والمساواة.

ثم لما كانت الثورة الفرنسية في أغسطس 1789، أصدرت إعلاناً لحقوق الإنسان وتضمن: «يولد الناس أحراراً ومتساوين في الحقوق»، وما لبث هذا الإعلان أن صار ذا شهرة واسعة وصيت نائع، وصارت مبادئه من الأصول التي أنبنى عليها الفكر السياسي الغربي في العصر الحديث.

وجاء «الإعلان العالمي» في سنة 1948 مستنداً للأصلين السابقين، فكان وثيقة دولية ذات إشعاع على الدساتير والقوانين الوطنية التي تصدر في غالبية الدول، وبعد صدور هذا الإعلان عملت الأمم المتحدة على إنجاز مهمة أكثر صعوبة، وهي تحويل مبادئ الإعلان إلى مواد تتضمنها معاهدة دولية تقرر التزام الدول المصدقة على هذه المعاهدة، التزاماً قانونياً بتطبيق هذه المبادئ، أي تحويل المبادئ الخاصة بحقوق الإنسان إلى أحكام قانونية ملزمة.

وأعدت مشروعياً اتفاقيتين: الأولى، تتناول الحقوق المدنية والسياسية. والثانية، تعالج الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وفي 16/12/1966 صدقت الجمعية العامة للأمم المتحدة على هاتين الاتفاقيتين، ولكن كان تنفيذ كل منهما يتطلب موافقة 35 دولة على الأقل، ولم يتوافر هذا العدد إلا بعد عشر سنوات، في 1/3/1976 بالنسبة للاتفاقية الخاصة بـ «الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية»، وفي 23/3/1976 بالنسبة للاتفاقية الخاصة بـ «الحقوق المدنية والسياسية».

وتتضمن الاتفاقية المدنية والسياسية حق كل كائن بشري في الحياة والحرية والأمن والحياة الخاصة، وحقه في المحاكمة العادلة، وحمايته من العبودية ومن الاعتقال، وحقه في حرية الفكر والضمير والديانة، وممارسة الرأي والتعبير عنه، وحقه في التنقل والتجمع، كما تتضمن الاتفاقية الاقتصادية والاجتماعية كفالة الظروف المعيشية الأفضل، وحق الشخص في العمل والأجر العادل، وتوفير الخدمات الصحية والتعليمية له، وتشكيل الجمعيات والانضمام لها.. إلخ»<sup>(62)</sup>.

وبجانب ما سبق، هناك العديد من المواثيق الدولية التي تناولت حقوق الإنسان من زوايا مختلفة، منها مثلاً الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري

(62) المرجع السابق، ص 150.

(1965)، واتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة، أو العقوبة القاسية، أو اللاإنسانية، أو المهينة (1984)، وإعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام (الذي تم إجازته من قبل مجلس وزراء خارجية منظمة مؤتمر العالم الإسلامي في 1990/8/5). ومنها ما يتصل تحديداً بالسجناء، مثل ما صدر عن الأمم المتحدة من القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء (1955)، والمبادئ الخاصة بحماية كل السجناء الخاضعين لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن (1988)، والمبادئ الأساسية لمعاملة السجناء (1990)، وكذلك قواعد نيلسون مانديلا (قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء (2015)، وهي بمثابة مبادئ توجيهية مفصلة لحماية حقوق الأشخاص المحرومين من حريتهم، سواء أكانوا من المحتجزين قبل المحاكمة أم كانوا من السجناء المحكوم عليهم.

## الفرع الرابع

### تأثير الفكر القانوني الغربي على المرجعية الدولية لحقوق الإنسان

تناول طارق البشري في مقاله «حقوق الإنسان وسؤال المرجعية»<sup>(63)</sup> سؤالاً هاماً يتعلق بالمرجع الذي يعتد به الفكر القانوني لمعرفة حقوق الإنسان، وكذلك: «معرفة ما هو المصدر الذي تعتمد عليه إعلانات حقوق الإنسان، طبعاً إن لها قوة تأتيها من تأييد الناس لها واقتناعهم بفائدتها، ولكن هذا المصدر وحده لا يكفي مستنداً لإعطائها الدرجة القصوى المطلوبة من الاحترام والمشروعية؛ لأنّ «تأييد الناس واقتناعهم» أمر يدور في إطار الخيارات البشرية التي يلحقها التغيير ويرد عليها الخلاف بين الجماعات والمدارس والمذاهب، وبهذا فهي محكومة وليست حاکمة كما يراد لها أن تكون»<sup>(64)</sup>.

وقد سبق للفكر الوضعي أن تنبه لهذه المعضلة، ولاحظ عدم كفاية الدستور وحده كمرجع للقانون أو كمعيار حاكم للقيم العليا في المجتمع: «القانون، مثلاً، مصدره إرادة الشعب التي تتمثل في نوابه المنتخبين، وهو يتقرر إذا وجد نفع فيه، ويلغى ويتعدل حيثما وجد النفع في الإلغاء أو التعديل، ولكن بقيت مشكلة أمام الفكر الوضعي العلماني، وهي أنّ ثمة أحكاماً يتعين أن يكون لها قدر من الاستقرار، وألا تكون عرضة للتغيرات السريعة (التي قد تكون طارئة) والتي قد تتأثر بأحداث عارضة تؤثر في ميزان الأغلبية والأقلية البرلمانية.

(63) المرجع السابق، ص 150-157

(64) المرجع السابق، ص 152.

وأوضح د. البشري بأن: هذه المشكلة واجهها الفكر الوضعي الأوروبي بتقرير أنّ ثمة أحكاماً «دستورية»، أي أنها أحكام قانونية تلو على القانون وتحكمه، ولها قدر من الاستقرار والثبات، فلا يجوز إلغاؤها أو تعديلها إلا باتباع إجراءات خاصة، وإلا إذا توافرت أغلبية كبيرة غير عادية لتقرير التعديل أو أن يستفتى عليه بأن يطرح، لا أمام البرلمان، ولكن أمام الناس كافة لتقرر أغليبتهم ما تراه... ولكن بقيت رغم كل ذلك مشكلة، وهي أنه إذا كان القانون وضعياً بمعنى أننا نحن الذين ننشئه إنشأاً ونخلقه خلقاً، ونحن الذين نلغيه ونعدمه، وإذا كان الدستور هنا كالقانون يسويه البشر بإرادتهم، ومصدر شرعيته مكسوب من رضائهم في النهاية، وإذا كانت إرادة البشر متغيرة، فما الذي يحكم إرادة البشر في تغييرها؟ قد يُقال إنّ ما يحكمها هو صالح الجماعة في كل ظرف خاص، وأنها تسير مع ما يتحقق للبشرية من نفع متغير مع تغير الظروف والأحوال. ولكن يبقى سؤال هو ما المعيار الذي نحكم به بالنفع والصلاح، والمعيار الذي يتحدد به المفيد والضار من الأمور؟...»<sup>(65)</sup>.

خلاصة ما سبق أنّ القانون - وكذلك الدستور باعتباره القانون الأسمى - هو تعبير عن إرادة البشر، ولما كانت إرادة البشر متغيرة، لجأ الفكر القانوني الغربي إلى فكرة القانون الطبيعي زاعماً صلاحها كمعيار حاكم لقيم المجتمع ومبادئه اللازمة لضبط السلوك الاجتماعي.

ومن المهم إدراك أنّ المرجع في معرفة حقوق الإنسان التي ينبغي أن تحترمها الدولة عند ممارستها لسلطتها في التجريم والعقاب لا يقتصر على الدستور أو القانون الطبيعي، كما ذهب إلى ذلك الفكر القانوني الغربي، بل المرجع في الفكر القانوني الإسلامي هو القرآن الكريم والسنة النبوية، كما سيأتي شرحه في الفقرات التالية، وهذه المسألة ذات أهمية عند بحث بعض الإشكاليات التي قد تُثار بخصوص بعض العقوبات مثل عقوبة الإعدام، أو بخصوص فلسفة العقاب وأغراض العقوبة، أو بخصوص فعالية القانون في تحقيق عدالة واقعية.

## الفرع الخامس

### مرجعية حقوق الإنسان في الفكر القانوني الإسلامي

من أهم وأخطر المسائل المتصلة بالعدالة الجنائية في مجتمعاتنا ما يتصل بضرورة تقييم عدالة وفعالية القواعد القانونية التي يتم من خلالها تحديد الأفعال التي تشكل جرائم،

(65) المرجع السابق، الصفحة ذاتها.

وتحديد العقاب، وتحديد أغراض هذا العقاب، ولتقييم هذه القواعد القانونية لابد من مرجعية نستند إليها، فهل يكفي الاستناد إلى فكرة القانون الطبيعي أم أن الاستناد إلى أصول الشريعة أمرٌ في غاية الأهمية منعا لإساءة استعمال سلطة العقاب في المجتمع والافتئات على حقوق الإنسان<sup>(66)</sup>؟

الفقرات التالية تفصل المقصود بأهمية أصول الشريعة كمرجعية في تقييم حقوق الإنسان، حيث يؤكد طارق البشري أن: «تقرير الحقوق في الإسلام يصدر عن أصول الشريعة الإسلامية التي تنزلت إلينا بالقرآن الكريم وسنة النبي، عليه الصلاة والسلام، وهي تستمد شرعيتها العليا من قداسة النصوص التي شرعتها وأقامتها فيصلاً بين الحق والباطل؛ لذلك كانت رعاية الحقوق المنصوصة وأداء الواجبات المقررة، كان في ذلك نوع من التعبد لله، عز وجل، مع لزومها لضبط السلوك الاجتماعي وترشيد التعاملات البشرية وكفالة العدل والمساواة بين البشر».

ويوضح البشري بأنه: «هنا تتصل مجموعة الحقوق والواجبات المشرعة في أصول الإسلام، بالجانب الإيماني الذي يربط الإنسان بربه، وتتصل في الوقت نفسه بأصل انتماء المسلم للجماعة الإسلامية، وهي في مجموعها تستهدف تحقيق العدل باعتبار المساواة بين الناس كافة أنهم لا يتفاضلون إلا بالتقوى، من حيث إن التقوى مسلك إرادي يصنعه الإنسان ويكون مسؤولاً عنه، ومن حيث إن التقوى اتباع لأسس السلوك الاجتماعي الحميد، وإطاعة لأوامر الله ونواهيه، أي التزام بقيم العدالة والمساواة المأمور بها والمنهي عما ينقضها... هذا هو الوعاء الفكري العام الذي يمكن أن نضع في إطاره مبدأ «حقوق الإنسان» في الإسلام»<sup>(67)</sup>.

وأضاف بأن: «... الإسلام وجه غالب أوامره في هذه المسألة إلى إقامة العدل، وإشاعته، وقرن القرآن الكريم الأمر بالعدل في الحكم، بأداء الأمانات إلى أهلها، حيث قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾، وإن اقتران الحكم بالعدل بأداء الأمانة يفيد أن العدل حق للمعدول معه يستأديه

(66) أدهم حشيش، المجتمع الأهلي ومكافحة الفساد في ضوء مبادئ قانون التنمية، المجلة العربية للعلوم السياسية، مركز دراسات الوحدة العربية، العدد 28 سنة 2010، ص 66-69، حيث يشرح أوليات العمل القانوني: الأمن القانوني، والاستقرار القانوني، والجدوى القانونية. وبشأن الدور الذي تقوم به مبادئ الشريعة الإسلامية والمادة (2) من الدستور في استقرار النظام القانوني، انظر للكاتب ذاته البحث التالي: Adham A. Hashish, The Egyptian Second Republic: The Future of Litigating Islam Before the Supreme Constitutional Court, Berkeley Journal of Middle East & Islamic Law, (2013).

(67) طارق البشري، حقوق الإنسان وسؤال المرجعية، مرجع سابق، ص 154.

منا، وهو أمانة علينا أن نوفيها... فالعدل هو الميزان الذي تعتمد عليه السياسة التشريعية، وهو الهدف الأعلى للسياسة الشرعية في الإسلام»<sup>(68)</sup>.

خلاصة ما سبق، أنّ تقييم القواعد القانونية الماسة بحقوق الإنسان لا ينبغي أن يتم بمعزل عن أصول الشريعة، ومنها بطبيعة الحال النصوص العقابية التي ينبغي أن تلتزم العدل في مواضع التجريم وأساليب العقاب وأغراضه.

## الفرع السادس

### أهمية حق الأمن الفردي

تتعدد حقوق الإنسان وتتنوع بين حقوق مدنية وسياسية واقتصادية واجتماعية وثقافية، ويتفرع عنها العديد من الحقوق التي مازال الفكر القانوني يفضّلها ويطورها لتلائم ما يشهده العالم من ثورة تكنولوجية، ليظهر جيل جديد يُطلق عليه «الحقوق الرقمية»، منها مثلاً الحق في النسيان الذي تناولته محكمة العدل الأوروبية في عدة دعاوى قضائية ضد شركة جوجل<sup>(69)</sup>.

وينبغي ألا يغيب عن الذهن أنّ كافة حقوق الإنسان تبدأ من حرية إرادته، وحرمة شؤونه، وأمانه على نفسه، وعلى عياله ورزقه، ونقطة البداية هذه من الضروريات أو المقاصد الضرورية، إن جاز استعمال تعبير أهل المقاصد في هذا المقام؛ ولذلك فإنّ: «حقوق الإنسان يمكن تلخيصها على تنوعها وتعددتها في أمرين عامين جوهريين هما: حرية إرادته وحرمة شؤونه، أي أن يتاح له من الأوضاع ما يمكنه من أن يعمل إرادته وفق ما تنزع إليه مشيئته، وأن يكون له حرم يحيط بكل ما يلتصق به من شؤون، ويشمل هذا المجال الحيوي لإعمال الإرادة، ويأمن فيه أي عدوان أو اقتحام، وإنّ هذه الحقوق ليست لازمة للإنسان بموجب كونه إنساناً فقط؛ أي أنّها ليست فقط لازمة للفرد ليحيا حياة صحيحة، ولكنّها لازمة كضرورة لإقامة نظام اجتماعي رشيد، بمعنى أنّه يتعيّن توافرها للأفراد لكي يقوم التنظيم الجماعي لهم على تماسك وترابط، وليؤدي وظيفته بفاعلية وكفاية ويسر؛ وذلك لأنّ البناء الاجتماعي لا يتماسك هياكله إلا إذا كانت لبناته قد هيئت بمواصفات خاصة تفيد القدرة على التحمل والبعد عن الخور والهشاشة. ومثال لذلك،

(68) المرجع السابق، ص 157.

(69) Caro Rolando, How "The Right to Be Forgotten" Affects Privacy and Free Expression, IFEX (July 21, 2014), <https://ifex.org/how-the-right-to-be-forgotten-affects-privacy-and-free-expression/>

فإننا لا نستطيع أن نقول بقيام نظام نيابي حقيقي، مهما كفلنا أدق الضمانات لصحة العملية الانتخابية، دون أن يكون الفرد آمناً على نفسه وعلى عياله ورزقه؛ لأن فقدان الأمن سيقتمم بالخوف نفسه ليعدم إرادته قبل أن تتشكل»<sup>(70)</sup>.

ويتضح ممّا سبق أنّ حق الأمن الفردي، أي أن يكون الفرد آمناً على نفسه وعلى عياله ورزقه، حق جوهري من أهم حقوق الإنسان اللازمة والضرورية ليس فقط للفرد، بل أيضاً للجماعة فيما يخص التعبير عن إرادتها وبناء قدرتها على إقامة نظام اجتماعي رشيد يُمكنه رقابة الدولة ومنعها من تجاوز حدود التفويض الدستوري في ممارسة سلطاتها في التجريم والعقاب؛ لذلك يُعد هذا الحق «بمثابة الدرع الواقي لسائر الحريات الفردية التي لا يُمكن من دونه أن تقوم لها قائمة»<sup>(71)</sup>.

### المطلب الثالث

## الحاجة إلى منهجية التحليل الواقعي للقانون

سنبيّن هذا المطلب من خلال توضيح الحاجة المستمرة إلى تطوير الفكر القانوني العقابي في مجتمعاتنا العربية (الفرع الأول)، ثمّ بتوضيح الحاجة إلى البحث المقارن في الدراسات العقابية في النظام الأمريكي (الفرع الثاني)، ونعرض بعدها لحاجة الدراسات العقابية العربية إلى التحليل الواقعي للقانون (الفرع الثالث)، ثمّ المقصود بالتحليل الاقتصادي للقانون (الفرع الرابع)، يليه تطبيق المنهج التحليل الاقتصادي يتمثل في تفسير الشك لمصلحة المتهم (الفرع الخامس)، وذلك على النحو الآتي:

### الفرع الأول

## الحاجة المستمرة إلى تطوير الفكر القانوني العقابي

### في مجتمعاتنا العربية

لا شك أنّ الفكر القانوني العقابي في العالم العربي بحاجة إلى التطور ليواكب متغيرات عدة، منها مثلاً ما يتصل بتطور الفكر القانوني إزاء الدور الذي تلعبه مبادئ الشريعة الإسلامية ومقاصدها في عملية التشريع وإصدار الأحكام القضائية<sup>(72)</sup>، ومنها أيضاً ما

(70) طارق البشري، حقوق الإنسان وسؤال المرجعية، مرجع سابق، ص 151-152.

(71) عثمان عبد الملك، حق الأمن الفردي في الإسلام: دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد 7، العدد 3، 1983، ص 34.

(72) Adham A. Hashish, Ijtihad Institutions: The Key to Islamic Democracy Bridging and Balancing

يتصل بتطور الفكر القانوني العالمي إزاء دور القاعدة القانونية في المجتمع وفقاً لتحليلات فكرية عديدة، منها مثلاً التحليل الواقعي للقانون والتحليل الاقتصادي للقانون<sup>(73)</sup>.

ومن المهم ملاحظة أنّ عبء تطوير الجزاءات القانونية - بصفة عامة - لا يقع فقط على المشرّع، بل يسهم فيه أيضاً الفقه والقضاء، ولا يقتصر ذلك فقط على الجزاءات غير الجنائية<sup>(74)</sup>، بل يشمل أيضاً الجزاءات الجنائية وطرق تنفيذها<sup>(75)</sup>، ولا يُتصور تحقيق ذلك إلا من خلال إدارة حكومية تنفذ سياسة جنائية واضحة المعالم، يتم وضعها بطريقة علمية بعد دراسة أحوال المجتمع بدقة وتشخيص أسباب الجريمة وطرق علاجها، من دون تفريط في مقاصد الشريعة أو مستجدات العلوم القانونية والعقابية الحديثة.

Political and Intellectual Islam, 9 Rich. Journal Global Law & Business, 61 (2010).

(73) د. المعتمد بالله الغرياني، دور القاعدة القانونية في ضوء مبادئ مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2006، وفيه يتناول مثال تقرير القصاص في حالة القتل العمد مع تمكين ولي الدم من العدول عنه إلى الدية، ص 517 وما بعدها.

(74) على سبيل المثال، فيما يخص التطور القانوني للجزاء الإجرائي التلقائي، انظر: د. أحمد محمد حشيش، التنفيذ الجبري التطبيقي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص 107 وما بعدها، حيث يرى أن: «عدم الاعتداد» هو في الأصل اصطلاح من صنع القضاء، أي اصطلاح عملي، وبالتالي رصده هذا القضاء منذ قديم للتعبير عن «الأثر العملي» المترتب على الجزاء الإجرائي التلقائي، الذي أصبح بعد ذلك اصطلاحاً قانونياً، هو «اعتبار الحجز كأن لم يكن»، ص 118، و«كاختصار لعبارة اعتبار الحجز كأن لم يكن بقوة القانون»، ص 115.

(75) على سبيل المثال، فيما يخص طريقة تنفيذ المراقبة الشرطية، انظر: تقرير المبادرة المصرية للحقوق الشخصية، «محل السكن قسم الشرطة» الوضع تحت مراقبة الشرطة: قواعده وضوابطه ومدى توافقه مع معايير حقوق الإنسان، ط 1، مارس 2019.

انظر أيضاً: محمد نابليون، حيثيات حكم قضائي يسمح بقضاء المراقبة الشرطية بالمنزل بدلاً من أقسام الشرطة، جريدة الشروق، بتاريخ 1 فبراير 2020، متناولاً حيثيات حكم محكمة القضاء الإداري بالمنصورة في الدعوى رقم 7411 لسنة 40 قضائية، والذي انتهت فيها المحكمة إلى أنّ إلزام المراقب شرطياً بقضاء المراقبة بقسم الشرطة تغول على حقه في اختيار محل المراقبة.

انظر أيضاً: صفاء سرور، «نصف يوم سجن»: عزيمة الطويل وحوار عن حكم تنفيذ المراقبة الشرطية في المنزل، المنصة (جريدة إلكترونية)، بتاريخ 15 فبراير 2020.

انظر كذلك: المفكرة القانونية، راحة الشرطة أبدى من كرامة المواطن: تعديل قانون المراقبة الشرطية في مصر، 28 أغسطس 2020، حيث يتناول المقال التعديل التشريعي الصادر عام 2020 باعتباره التفافاً على أحكام القضاء، حيث قيّد بعسف من نطاق حق الشخص في اختيار محل المراقبة، فقرر «استبدال مقر تنفيذ عقوبة الوضع تحت مراقبة الشرطة، ليصبح قسم أو مركز الشرطة هو مقر تنفيذ العقوبة بصفة أساسية، بينما يصبح قضاء عقوبة المراقبة في محل إقامة المراقب هو الاستثناء، وذلك بعد موافقة مدير الأمن المختص».

## الفرع الثاني

### الحاجة إلى البحث المقارن في الدراسات العقابية في النظام الأمريكي

يسعى هذا البحث إلى توجيه انتباه الباحث العربي إلى بعض أدوات وموضوعات البحث في النظام القانوني والدراسات العقابية في المجتمع الأمريكي باعتباره نظاماً قانونياً لمجتمع فريد من نوعه، فالولايات المتحدة الأمريكية دولة أساسها مجتمع بشري منظم وعملي، ونظامية المجتمع الأمريكي وعملياته هما مبدآن يعكسان نفسيهما باستمرار على ما ينتجه هذا المجتمع، والقانون أحد أهم منتجات هذا المجتمع، وبالتالي تبرز فيه النظامية والعملية بصورة واضحة. إذاً، أبرز ما يميّز القانون الأمريكي هو وجود «نظام عملي».

إنّ: «المقصود بوجود «النظام» لا يعني مجرد وجود مجموعة قواعد قانونية تنظم موضوعاً معيناً يتعلّق مثلاً بالحريات الأساسية أو الشركات أو التجارة، بل هو وجود منظومة متكاملة ومتناسقة من المؤسسات (الحكومية وغير الحكومية)، والقواعد والمبادئ (المكتوبة وغير المكتوبة) التي تسعى باستمرار لتقديم سياسات عامة تحل المشكلات القائمة أو تتوقى المشكلات قبل حدوثها أو تفاقمها... وأما المقصود بكون هذا النظام «عملياً» فيرتبط بالفلسفة الإنسانية التي يتبنّاها المجتمع الأمريكي وهي البرجماتية أو العملية، وهي فلسفة تسعى لتبتعد عن البحث النظري العقيم الذي يركز على كُنه الأشياء ومصادرها، وتركز على نتائج الأعمال وعواقبها؛ ولذلك فإنّ الجانب العملي لأي فعل مهم في الحياة الأمريكية، و«العمل» أو «منفعة العمل» أو «الجدوى» هي مقياس مهم في المجتمع الأمريكي، ولعل هذا ما يفسّر الاهتمام الأكاديمي المستمر من شراح القانون الأمريكيين بالبعد الاقتصادي في تقييم جدوى أي قانون أو سياسة عامة في المجتمع الأمريكي...»<sup>(76)</sup>.

ويتميّز المجتمع القانوني الأمريكي بالحراك الفكري المستمر والثري، وقد أدى ذلك لظهور عدة اتجاهات فكرية كان لكل منها أثر كبير في الارتقاء بالدور الذي تقوم به القواعد القانونية في خدمة العدالة، ومنها مثلاً مدرسة الواقعية القانونية، ومدرسة القانون والاقتصاد، ومدرسة القانون والمجتمع، وغيرهم.

وقد أدى ذلك إلى تطور العديد من الأفكار القانونية في الولايات المتحدة، وانتقالها إلى دول أخرى لتطبيقها، وأحد التطبيقات الهامة التي ترتبط بتطور فكرة الجزاء الجنائي في

(76) أدهم حشيش وإسراء حشيش، القانون الأمريكي (مدخل)، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018، ص 3 وما بعدها.

الولايات المتحدة الأمريكية هو توجيهات إصدار الأحكام القضائية<sup>(77)</sup>، والمقصود بها التوجيهات الصادرة عام 1987 من لجنة إصدار الأحكام القضائية التي تشكلت بموجب قانون إصلاح إصدار الأحكام القضائية عام 1984 (ضمن مجموعة من القوانين الهادفة إلى الحد من الجرائم)<sup>(78)</sup>، بهدف تقليل التفاوت بين القضاة في إصدار الأحكام القضائية في الوقائع المتماثلة أو المتشابهة<sup>(79)</sup>.

## الفرع الثالث

### حاجة الدراسات العقابية العربية إلى التحليل الواقعي للقانون

ظهر الاهتمام بالتحليل الواقعي للقانون<sup>(80)</sup> في النظام الأمريكي بمقال كتبه البروفيسور روسكو باوند أستاذ القانون بجامعة هارفارد الأمريكية عام 1931، وقد نبّه فيه إلى ضرورة الاهتمام بالجانب الوظيفي للأفكار والمؤسسات القانونية، بمعنى عدم الاكتفاء بدراسة وتقييم معناها وكيفية ظهورها، بل أيضاً دراسة كيف تعمل هذه الأفكار والمؤسسات في الواقع، مع ضرورة الاعتراف بوجود عنصر شخصي لا يعتمد على العقل والمنطق في العمل القضائي، وهناك حاجة ضرورية لدراسة الحالات المختلفة التي يكون تأثيره إيجابياً أو سلبياً على النظام القانوني<sup>(81)</sup>.

وهناك نتائج عدة تترتب على فكرة التحليل الواقعي للقانون، منها مثلاً فكرة التفريد باعتبارها عصب السياسة الجنائية الواقعية، كما يوضح د. علي راشد:

(77) United States Federal Sentencing Guidelines.

(78) The Sentencing Reform Act, part of the Comprehensive Crime Control Act of 1984.

(79) قارن برسالة ابن المقفع إلى الخليفة العباسي المنصور التي يقول فيها: «ومما ينظر أمير المؤمنين فيه من أمر هذين المصرين (الكوفة والبصرة)، وغيرهما من الأمصار والنواحي، اختلاف هذه الأحكام المتناقضة التي قد بلغ اختلافها...» (رسالة الصحابة لابن المقفع).

(80) Legal Realism.

(81) Roscoe Pound, Call for a Realist Jurisprudence, The , 44 HARV. L. REV. 697 (1931).

(Pound describes this approach as follows : « 1. A functional attitude, i.e., study not only of what legal precepts and doctrines and institutions are, and how they have come to be, but of how they work. Thus far the sociological jurists have been going. But our new realist in jurisprudence will urge particularly study of concrete instances of rules or doctrines or institutions in action, in such number and by such methods as to be able to reach valid general conclusions.

2. Recognition of the existence of an alogical, unrational, subjective element in judicial action, and attempt by study of concrete instances of its operation to reach valid general conclusions as to the kinds of cases in which it operates most frequently, and where it operates most effectively or most unhappily for the ends of the legal order... ») Id. at 710

«يتلخص منطق السياسة الجنائية العلمية أو الاجتماعية في أنه ما دامت ظروف كل جريمة وكل مجرم مختلفة من حالة إلى أخرى، فإنّ المواجهة الجنائية بالعقاب أو بغيره من الوسائل يجب أن تختلف أو تتفاوت، فيكون لكل حالة ما يلائمها بما يتيح الفرصة لتحقيق أكبر قدر مستطاع من الغرض المنشود ألا وهو الإصلاح والدفاع الاجتماعيين. وقد ابتدع أحد الفقهاء الجنائيين الفرنسيين في مطلع القرن [العشرين] مصطلح «التفريد» للتعبير عن هذا المنطق، الذي هو في الحقيقة عصب السياسة الجنائية الواقعية وشعارها. وكان تفريد المعاملة في السجون - أي التفريد في نطاق السياسة السجنية - هو بالضرورة أسبق الصور إلى الظهور، مادامت السياسة الجنائية كانت سجنية في بداية أمرها على ما ذكرنا، ثم ظهر بعد ذلك التفريد القضائي، وأعقبه التفريد التشريعي تبعاً لتطور مفهوم السياسة الجنائية واتساع نطاقها...»<sup>(82)</sup>.

لكن الأمر لا يقتصر على التفريد العقابي في ضوء ظروف الجاني وظروف ارتكاب الجريمة، فهو أشمل من ذلك، والحقيقة أنّ مجتمعاتنا العربية في أمس الحاجة إلى دراسة ما وراء النص المكتوب، سواءً أكان نصاً تشريعياً أم حكماً قضائياً، فهناك عوامل واقعية في غاية الأهمية تحكم فعالية وجدوى الدور الذي يقوم به القانون في المجتمع.

ويرى د. مأمون سلامة أنّ الفكر الواقعي في قانون العقوبات يقوم: «على أساس أنّ النشاط الاجتماعي للدولة يتزايد في وقتنا المعاصر، وبالتالي يتعين أن يكون لقانون العقوبات دور إيجابي في هذا النطاق، فقانون العقوبات لا تقف وظيفته فقط عند حد الحماية الجنائية للمصالح القائمة وقت التشريع، وإنما أيضاً التطور بالمجتمع نحو التقدم وتحقيق الأهداف التي رسمها لنفسه... ومن ناحية أخرى فإنّ تغير المصالح وتطورها يقتضي أيضاً تغييراً في أساليب البحث في قانون العقوبات، بحيث يكون في مكنة المنهج المتبع ملاحقة التطورات الاجتماعية، وما يتبعها من تغير في مفاهيم المصالح المختلفة»<sup>(83)</sup>.

ويضيف د. مأمون سلامة بأنّ: «تفصيل ذلك هو أنّ الملاحظ على منهج البحث المسيطر على جانب كبير من الفقه الجنائي المعاصر هو المنهج الشكلي والذي يُطلق عليه «منهج الفن القانوني»، وقد كان هذا المنهج هو المسؤول عن جمود قانون العقوبات وعجزه عن ملاحقة التطورات الاجتماعية... ومن أجل ذلك نجد أنّ الأسس القائمة عليها تتمثل في الاعتراف فقط بالقانون الوضعي مجرداً من أية اعتبارات أخرى، فالقانون هو فقط

(82) علي راشد، تخطيط السياسة الجنائية، مرجع سابق، ص 223-224.

(83) مأمون سلامة، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر، ص 31. ص 31-37.

القانون الوضعي، وهو بذلك نظام مغلق ومتكامل باعتباره يتضمن مبادئ منطقية ومتجانسة، وهو من حيث كونه نظاماً مغلقاً لا يجب أن يدخل في دراسة نصوصه أية اعتبارات اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية لم ترد صراحة في نصوصه. أما كونه نظاماً كاملاً، فمؤداه أنه غير ناقص، وبالتالي لا يسمح بأي تفسير يكون من شأنه تكملة أوجه النقص القائمة»<sup>(84)</sup>.

ونتيجة لما سبق، فإن: «أنصار المنهج الشكلي أعطوا للألفاظ في التشريع الأهمية الكبرى، وأهملوا كلية روح القاعدة القانونية والغاية منها، ومن هنا جاء قصور القانون عن مساندة متطلبات الحياة الاجتماعية، وتم الفصل التام بين الضوابط القانونية وبين تلك السياسية والاجتماعية والاقتصادية، وانتهى الأمر بذلك إلى عزل القانون عن المجتمع، بحيث أصبح عقبة كؤود في سبيل التطور وتحقيق الأهداف. ومن ناحية أخرى ظهر الإسراف في المنطق المجرد وفي الاستدلال، بحيث تجمد القانون وأصبح عاجزاً عن الحماية الفعالة المنوطة به»<sup>(85)</sup>...

وفي ضوء ما سبق، فإن: «المبالغة في إعمال المنطق في منهج الفن القانوني أدّى به إلى التجريد وإلى عدم تفهم حقيقة الواقع القانوني، بحيث أضحت القضاء مجرد آلة لتطبيق القانون يمكن إبداله بأي جهاز آلي آخر. وحتى يكون لقانون العقوبات دوره الفعّال في المجتمع، فلا بد من طرح منهج الفن القانوني جانبا، والأخذ باعتبارين: الأول هو اتباع منهج بحث واقعي يعتد بالواقع الاجتماعي للقاعدة، والثاني هو الاعتراف للقاضي الجنائي بدور فعّال في تكملة النقص التشريعي عن طريق التفسير، والاعتبار الثاني لا شك أنه نتيجة طبيعية لأخذ الاعتبار الأول في الحسبان...»<sup>(86)</sup>.

ولذلك، فإنّ هذا الفقه قد انتهى إلى أنّ: «تجريد الدراسة القانونية بالبحث الشكلي فقط على نمط الرياضيات، سوف يؤدي بالضرورة إلى فصل الشكل عن المضمون، وبالتالي إلى عزل القانون عن المجتمع... ولا يكفي في دراسة القاعدة الجنائية أن يلمس الباحث الخلفيات الاجتماعية لها، وإنما يلزم فوق ذلك أن يكون لمقتضيات الحقائق الاجتماعية الثقل الأكبر في تقديراته وتقييماته وما يصل إليه من نتائج، فلا يجب الاستسلام للمنطق المجرد، بل على الباحث أن يراقب النتائج التي وصل إليها، ومدى اتساقها مع الواقع الاجتماعي لمعرفة ما إذا كانت تخدم الغرض الذي من أجله وضعت القاعدة، وما إذا كانت متفقة مع الخطوط العامة للنظام القانوني ككل، ومعنى ذلك أنه يجب رفض جميع النتائج

(84) المرجع السابق، ص 32.

(85) المرجع السابق، الصفحة ذاتها.

(86) المرجع السابق، ص 33.

التي لا تتماشى مع تلك الأهداف حتى ولو كانت من الناحية المنطقية سليمة، فالعدالة الجنائية التي تتفق والمنطق وتضرب في الوقت ذاته بمصالح المجتمع لا تعتبر عدالة حقيقية وإنما عدالة خادعة كما عبر البعض<sup>(87)</sup>.

ومن الموضوعات التي نحتاج إلى دراستها بإعمال التحليل الواقعي للقانون، الحالات التي تشكل إساءة لاستعمال سلطة الادعاء العام<sup>(88)</sup>، فنجد مثلاً تراخي جهات التحقيق في القيام بدورها تجاه أفعال إجرامية يُعاني منها المجتمع<sup>(89)</sup>، بينما تنشط بالنسبة لأفعال أخرى. والأخطر من ذلك، أن يكون هذا التراخي أو النشاط محاباة لجهة ما ذات طبيعة سياسية أو اقتصادية أو غيرها<sup>(90)</sup>.

ونجد أيضاً الحالات التي يُقرر فيها القانون إعفاء الوسيط في جريمة الرشوة في حالة إخباره السلطات بالجريمة التي وقعت، ففي الحياة العملية، نتيجة تراخي جهات التحقيق في القيام بدورها في تقصي حقيقة ما وقع، نجد أن الشخص قد يضطر إلى الاختيار بين خيارين أحلاهما مر: الأول هو الاعتراف باشتراكه في جرم لم يشارك فيه أصلاً، لكي يفلت من احتمالية توقيع العقوبة عليه، والثاني هو أن يُصر على أقواله وبرأته ويخوض معركة ليبرئ ذمته (التي يُفترض أنها بريئة أصلاً إعمالاً لقرينة البراءة) أمام القضاء، بما يتضمنه ذلك من أعباء تُثقل كاهل من يضطر للتعامل مع نظام العدالة الجنائية، حتى لو انتهى الأمر ببراءته.

وتبدو أهمية النظر بواقعية إلى فعالية نظام العدالة الجنائية خلال الفترات الانتقالية في حياة المجتمعات، وهي الفترات التي تهتز فيها ثقة العامة في المؤسسات القائمة على العدالة الجنائية، وتظهر حينها الدعوة إلى نظام للعدالة الانتقالية ليُعالج قصور

(87) المرجع السابق، ص 37.

(88) Prosecutorial Misconduct.

(89) قد يؤدي تراخي جهات التحقيق إلى تفاقم الضرر وتزايد جسامته بمرور الوقت. وعلى سبيل المثال، قيام إحدى الصحف بنشر خبر مكذوب يخص موظفاً عاماً ويتعلق بمباشرة عمله، وقيامه بتقديم بلاغ إلى جهات التحقيق، وتراخي الأخيرة في القيام بدورها لعدة سنوات، مع بقاء الخبر المنشور على موقع الصحيفة الإلكتروني طوال هذه المدة، ومع تدهور الحالة المادية لمرتكبي هذه الجريمة، لا شك أنه يفاقم الضرر الذي أصاب المجني عليه نتيجة لهذا التراخي. وهذا المثال ليس فرضاً نظرياً، ولكنه واقع عملي (انظر مثلاً، محضر رقم 4172 لسنة 2018 / السيدة زينب / جنوب القاهرة، والذي يخص بلاغاً تم تقديمه إلى النائب العام المصري عن خبر مكذوب تم نشره في أبريل 2018، ومر ما يزيد على ثلاث سنوات ومازالت النيابة تحقق في الأمر، ومازال الخبر منشوراً على الموقع الإلكتروني للصحيفة).

(90) يرتبط ذلك أيضاً بموضوع مهم هو حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية وفقاً لمبدأ الشرعية أو مبدأ الملاءمة. انظر: محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص 249، هامش 1.

المؤسسات الموجودة بالفعل لكنّها غير فعّالة؛ ولذلك من أهم أهداف العدالة الانتقالية «الإصلاح المؤسسي وتحديث مؤسسات العدالة الجنائية وإنفاذ القانون»<sup>(91)</sup>.

ويتصل بذلك موضوع مهم هو التحليل الاقتصادي للقانون، ليساعد المجتمعات على القيام بالإصلاح والتحديث مع الاستغلال الأمثل لمواردها المحدودة، ومنها قوانينها، وهو ما نتناوله فيما يلي.

## الفرع الرابع

### التحليل الاقتصادي للقانون

يرتكز منهج التحليل الاقتصادي للقانون على ركيزة أساسية هي أنّ الاقتصاد أداة قوية لتحديد الإجابة الأمثل للعديد من الأسئلة المثارة في علم القانون<sup>(92)</sup>، ودراسة الاقتصاد لا تقتصر على موضوعات السعر والعرض والطلب والتضخم والبطالة وغيرها، ولكنها في المقام الأول الوصول إلى الاختيار الأمثل في عالم يتسم بندرة الموارد في مواجهة الاحتياجات البشرية المتزايدة<sup>(93)</sup>.

على سبيل المثال، يرى الاقتصاديون أثر ارتفاع سعر سلعة ما باعتباره مؤدياً إلى تقليل الطلب على هذه السلعة، نظراً لعدول بعض مستهلكيها عن قرار الشراء بعد ارتفاع سعرها، وعزوفهم عن شرائها وتحولهم إلى بدائل أخرى. وتحقق ذلك يتوقف على بقاء باقي العوامل المؤثرة في العرض والطلب على حالها من دون تغيير<sup>(94)</sup>، أما لو تغير أحد هذه العوامل، مثل وجود حملة تسويقية لاكتساب عملاء ومستهلكين جدد، فإنّ عزوف بعض المستهلكين القدامى عن الشراء بعد ارتفاع سعر السلعة يقابله إقبال مستهلكين جدد عليها نتيجة للحملة التسويقية، وفي مثل هذه الأحوال، قد لا يؤدي ارتفاع السعر بالضرورة إلى انخفاض الطلب، وذلك نتيجة لتغير عامل من العوامل الأخرى المؤثرة في العرض والطلب<sup>(95)</sup>.

(91) محمد نور فرحات، الجريمة والعقاب والعدالة الانتقالية، جريدة المصري اليوم، القاهرة، بتاريخ 7 يوليو 2016؛ عادل ماجد، معايير تطبيق العدالة الانتقالية في العالم العربي، الإصدار الأول، سلسلة إصدارات العدالة الانتقالية في العالم العربي، المؤسسة الألمانية للتعاون القانوني الدولي، برلين ألمانيا؛ عادل ماجد، العدالة الانتقالية في الشريعة الإسلامية، الإصدار الثاني، سلسلة إصدارات العدالة الانتقالية في العالم العربي، المؤسسة الألمانية للتعاون القانوني الدولي، برلين ألمانيا.

(92) للمزيد من التفاصيل، انظر: المعتصم بالله الغرياني، دور القاعدة القانونية في ضوء مبادئ مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2006.

(93) Richard A Posner, Economic Analysis of Law, Wolters Kluwer Law & Business (2014), at 3.

(94) Other things being equal.

(95) Richard A Posner, Economic Analysis of Law, id. at 4

وما سبق لا يقتصر فقط على سلوك المستهلكين، وإنما يسري أيضاً على سلوك المجرمين، ذلك أن المجرم تتم إدانته ويقضي عقوبته نتيجة للجرم الذي ارتكبه، وينظر المجرم إلى هذه العقوبة - إلى حد ما - باعتبارها الثمن الذي دفعه للمجتمع نتيجة للجريمة التي ارتكبها. بعبارة أخرى، فإنه قام بدفع دينه للمجتمع<sup>(96)</sup>. وترتيباً على ذلك، كلما زادت عقوبة جرم ما أو زادت احتمالية الإمساك بالجاني وعقابه، كان ذلك ارتفاعاً للثمن الذي يدفعه الجاني لو ارتكب هذه الجريمة، وأدى ذلك إلى انخفاض عدد هذه الجرائم، وعزوف الأشخاص عن ارتكابها، وتحولهم إلى أنشطة أخرى أقل وطأة عليهم<sup>(97)</sup>.

والتحليل الاقتصادي للقاعدة القانونية لا يقتصر أثره فقط على المشرع عندما يسن القاعدة القانونية، ولكنه يلعب دوراً هاماً أيضاً في عمل القاضي، ومثال ذلك استخدام القضاء الأمريكي لخدمة المجتمع كعقوبة في مواجهة الشركات<sup>(98)</sup>.

## الفرع الخامس

### تطبيق منهج التحليل الاقتصادي: تفسير الشك لمصلحة المتهم

تمثل الأعداد المتزايدة للدعاوى الجنائية التي تنظرها المحاكم واحدة من المشكلات الكبرى التي تتف عتبة في وجه إصلاح العدالة الجنائية في المجتمع، وبالرغم من تعدد الاقتراحات لعلاج هذه المشكلة، ومنها مثلاً زيادة عدد القضاة، إلا أن الحقيقة تتجسد في ضرورة حل هذه المشكلة من خلال منهج التحليل الاقتصادي للقاعدة القانونية، ونقصد هنا: تفسير الشك لمصلحة المتهم. ويلزم هنا توضيح ثلاث مسائل.

المسألة الأولى: تتعلق بالمبدأ ذاته.

والمسألة الثانية: تتعلق بنطاقه من حيث السلطة التي تتولى تطبيقه.

والمسألة الثالثة: تتعلق بتفسير هذا المبدأ وفقاً للتحليل الاقتصادي، وما يترتب على ذلك من تغير نطاقه، من حيث السلطة التي تتولى تطبيقه.

أما عن المسألة الأولى التي تتعلق بالمبدأ ذاته:

يتعين التفرقة بين تفسير الشك المتعلق بالواقع، والشك المتعلق بمدلول النص القانوني، والنوع الأول من الشك هو فقط الذي يُفسر لصالح المتهم وفقاً للقواعد العامة في الإثبات

(96) Paid his debt to society.

(97) Richard A Posner, Economic Analysis of Law, id. at 5

(98) Emily M. Homer & George E. Higgins, Community Service Sentencing for Corporations, Criminal Justice Policy Review, vol. 32, no. 1, Feb. 2021, pp. 49-65

الجنائي، أمّا النوع الثاني: الشك المتعلّق بمدلول النص القانوني، فهو يُفسر وفقاً للقواعد العامة في التفسير من دون توسع أو تضيق<sup>(99)</sup>، «وحسب المفسّر أن يلتزم أصول التفسير وقواعده، وأن يضع نصب عينيه الكشف عن حقيقة المراد من النص، مستهدياً في ذلك بالغاية التي استهدفها المشرع، ولا عليه بعد ذلك أن يوصف تفسيره بالضيق أو السعة»<sup>(100)</sup>.

ولذا، يوضّح بعض الفقه ذلك بأنّ: «الواقع أنّ إقحام قاعدة تفسير الشك لمصلحة المتهم في مجال تفسير النصوص الجنائية ينطوي على خطأ تاريخي ومنطقي في آن معاً. فالمعروف تاريخياً أنّ هذه القاعدة لم تنشأ لتفسير النص، بل لتقدير دليل الإثبات، فهي قاعدة إجرائية لا موضوعية، والغاية منها تحقيق العدالة؛ ذلك أنّه إذا كان الدليل غير قاطع في دلالته، بل كان يحتمل تفسيرين، أحدهما يدين المتهم، والآخر يبرئه، فليس من الإنصاف تغليب الأول على الثاني؛ لأنّ الأصل في الإنسان البراءة... وأمّا من الناحية المنطقية، فإنّ الرأي المخالف لا يستقيم وطبيعة التفسير، فالتفسير لا يعدو أن يكون استظهاراً لمضمون النص واستجلاءً لحقيقة المراد منه؛ فهو يهدف إلى تقصي حقيقة مضمونه، بصرف النظر عمّا قد يترتب عليه من نتائج تفيد المتهم أو تضره...»<sup>(101)</sup>.

أمّا المسألة الثانية، فهي تتعلق بنطاق هذا المبدأ من حيث السلطة التي تتولى تطبيقه.

وقد قيل في هذا الصدد أن: «الفقه في مجموعه يرى قصر إعمال قاعدة تفسير الشك لمصلحة المتهم أمام سلطة الحكم دون سلطة التحقيق، نظراً لاختلاف قرار الإحالة إلى محكمة الموضوع والحكم الصادر من هذه الأخيرة، فيكفي لإصدار قرار الإحالة وجود دلائل كافية يمكن أن تؤدي إلى احتمال إدانة المتهم، في حين أنّ حكم الإدانة يجب أن يؤسس على أدلة يقينية، وإلا فإنّه في حالة الشك يجب أن يُقضى بالبراءة»<sup>(102)</sup>، إلا أنّ هناك من يرى - بحق - بامتداد إعمال قاعدة تفسير الشك لمصلحة المتهم إلى مرحلة التحقيق الابتدائي، ونحن نتفق معه فيما استند إليه لدعم هذا الرأي؛ لأنّ النيابة العامة تُطبق هذا المبدأ بالفعل في الأحوال التي تحفظ فيها الأوراق بناءً على محضر جمع الاستدلالات، أو تأمر بالألّا وجه لإقامة الدعوى بناءً على محضر التحقيق، كما أنّ نطاق

(99) عوض محمد، قانون العقوبات - القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 8 وما بعدها

(100) المرجع السابق، ص 10.

(101) المرجع السابق، ص 14؛ وللكتاب ذاته، تعليقات على أحكام القضاء، ط 1، دار الشروق، القاهرة، 2017، ص 20.

(102) أحمد فتحي أبو العينين، حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية - مرحلة ما قبل المحاكمة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2010، ص 29.

أصل البراءة ينبسط على كل مراحل الدعوى الجنائية من دون قيد، وأخيراً فإنَّ الأخذ بهذا المبدأ خلال مرحلة التحقيق الابتدائي يحمي المتهم من الآثار السلبية التي تترتب عادة بسبب المحاكمة<sup>(103)</sup>. ونضيف إليه سنداً جديداً وفقاً لمنهج التحليل الاقتصادي للقاعدة القانونية، وذلك في الفقرات التالية.

لذلك، فإنَّ المسألة الثالثة تتعلق بتفسير هذا المبدأ وفقاً للتحليل الاقتصادي، وما يترتب على ذلك من تغير نطاقه، من حيث السلطة التي تتولى تطبيقه.

ولتوضيح ذلك، فقد استقر الفقه والقضاء على أنَّ الإدانة في المحاكمات الجنائية يجب أن تنبني على الجزم واليقين، ولا يكفي فيها الظن والتخمين؛ لذلك يمكن القول إنَّ معيار الإدانة الجنائية هو «اليقين القضائي»، أي من خلال دليل لا يتطرق إليه أي شك معقول<sup>(104)</sup>.

والدليل الذي يمكنه تحقيق اليقين يعلو بقوته الثبوتية على ما دونه مما قد يرد ذكره في قوانين الإجراءات الجزائية، فهو يعلو «الشبهات» و«القرائن القوية» و«الدلائل الكافية» و«الأدلة»<sup>(105)</sup>. وبالتالي، لا تُحال الدعوى إلى جهة القضاء ما لم تكن مصحوبة بـ«الأدلة الكافية» لتحقيق الإدانة، أي كافية مستوفية لمعيار/مستوى الإدانة، أي كافية لتحقيق اليقين الموجب للإدانة.

فإذا كان للإثبات الجنائي عدة مستويات، ولكل مستوى معيار معين، فيمكن القول إنَّ أعلى مستوى هو «الدليل الكافي»، ومعياره هو كفايته لتحقيق اليقين الذي لا يتطرق إليه أي شك معقول، فإذا كان هذا هو المعيار الذي تتبعه سلطة الحكم عندما تقضي بالإدانة، فمن باب أولى يجب أن تضعه سلطة التحقيق الابتدائي في اعتبارها عندما تقرر إحالة الدعوى إلى جهة القضاء، وإلاَّ أحالت إلى القضاء أعداداً كبيرة من الدعاوى الجنائية التي لا تستوفي هذا المعيار أو تقترب منه، مما يهدر موارده المحدودة.

إلاَّ أنَّ ما يحدث عملاً هو أنَّ سلطة التحقيق تقوم بإحالة الدعوى إلى جهة القضاء لمجرد وجود احتمال للإدانة، رغم أنَّ الاحتمال ليس إلاَّ «شبهة» قوية، والشبهة تقبع في أدنى مستويات الإثبات الجنائي<sup>(106)</sup>.

(103) المرجع السابق، ص 30.

(104) Beyond a reasonable doubt.

(105) محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية: محاولة فقهية وعملية لإرساء نظرية عامة، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص 14.

(106) محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص 14.

خلاصة ما سبق، أنّ على سلطة التحقيق أن ترتقي بمعيار الإحالة، آخذة في اعتبارها معيار الإدانة، كي لا ترهق القضاء بما هو في غنى عنه. وبالتالي، فإنّ نطاق تطبيق قاعدة تفسير الشك لصالح المتهم لا يقتصر فقط على القضاء، وإنما ينبغي على سلطة التحقيق العمل بها، بما يُحقق الاستغلال الأمثل لموارد كل من سلطة التحقيق وسلطة القضاء، والمتهم بطبيعة الحال.

## الخاتمة:

يُفترض أن القانون موجود لخدمة البشر، وليس العكس، وبالتالي فإن قيمة أي قاعدة قانونية تكمن في جدواها، فإن لم يكن هناك أي جدوى لقاعدة قانونية، تم إهمال تطبيقها، بالرغم من أنها قد تظل في القوانين بصورة رسمية، إلى أن يصدر في شأنها ما يلغيها صراحة.

وأفة بعض المجتمعات الظن بأن البشر يخدمون القانون وليس العكس، فيتزايد الاهتمام بنص القانون على حساب روحه أو جدواه، ويتم تسخير موارد المجتمع لتطبيق قواعد قانونية لا جدوى من تطبيقها، أو أن العائد الذي يعود على المجتمع من تطبيقها ضئيل للغاية مقارنة بما أنفقه المجتمع من موارده على التطبيق.

وفي المقابل، فإن بعض المجتمعات أدركت أهمية دراسة الجدوى القانونية أولاً بأول، فيتم مثلاً تقييم جدوى نص قانوني خلال دعوى قضائية لإقناع المحكمة مثلاً بأنه - خلافاً لما يزعمه الخصم - غير منتج في الدعوى أو غير ذي جدوى.

ومن أدوات البحث التي يتزايد الاهتمام بها التحليل العلمي للمؤسسات القانونية<sup>(107)</sup> بواسطة الدراسات متعددة التخصصات<sup>(108)</sup>، والتي تسعى إلى تناول مؤسسات القانون (مبادئه العلمية وتطبيقاته العملية) وقياس جدواها القانونية، بواسطة أدوات العلوم الأخرى.

فلم تعد معضلة العلم القانوني - كما كانت في الماضي - هي «غموض المؤسسات القانونية»، ذلك الغموض الذي اعتاد القانونيون فضه باستخدام أدوات علوم اللغة والمنطق، ففي عالمنا المعاصر، وفي ظل ثورة تكنولوجيا المعلومات التي يشهدها، تحولت معضلة العلم القانوني إلى «جدوى المؤسسات القانونية»، وأمست دراسة الجدوى القانونية مسألة يحسمها الفن القانوني<sup>(109)</sup> باستخدام أدوات علوم الاقتصاد والإدارة والاجتماع وغيرها من العلوم ذات الصلة بالتنمية البشرية، وغيرها من العلوم المساعدة للعلوم القانونية، وعلى رأسها علم المعلوماتية القانونية<sup>(110)</sup>.

والاهتمام بتطور الفكر القانوني العالمي إزاء الدور الذي تلعبه القاعدة القانونية في المجتمع ينبغي ألا يصرف انتباهنا عن معضلة إنفاذ القانون في مجتمعاتنا العربية، وما

(107) Legal Institutions.

(108) Interdisciplinary Studies.

(109) Legal Technique.

(110) Legal Informatics.

يتصل بها من ضرورة تطوير الفكر القانوني إزاء الدور الذي تلعبه مبادئ الشريعة الإسلامية ومقاصدها في عملية التشريع وإصدار الأحكام القضائية.

وقد حاولت من خلال هذا البحث تسليط الضوء على حاجة مجتمعاتنا العربية إلى تجديد نظرتها إلى الفكر القانوني العقابي بها، وذلك من عدة نواح. من ناحية أولى، يدعو إلى تقييم مرجعية حقوق الإنسان في الفكر القانوني الغربي والفكر القانوني الإسلامي. ومن ناحية ثانية، ينبه البحث إلى حاجتنا لبحث أدوات التحليل الواقعي للقانون في مجال الفكر العقابي. ومن ناحية ثالثة، يلفت هذا البحث النظر إلى حاجتنا لبحث أدوات التحليل الاقتصادي للقانون في مجال الفكر العقابي.

## المراجع:

### أولاً: باللغة العربية

#### 1. كتب:

- أدهم حشيش وإسراء حشيش، القانون الأمريكي (مدخل)، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018.
- أحمد حشيش،
- مركز الشعب والدولة والرئاسة والبرلمان واللغة العربية في ضوء مبدأ سمو القانون الإلهي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- حقوق تكريم الإنسان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015.
- التنفيذ الجبري التطبيقي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015.
- أحمد فتحي أبو العينين، حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية - مرحلة ما قبل المحاكمة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2010.
- أحمد فتحي بهنسي، السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار الشروق، القاهرة، 1988.
- أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972.
- جون بول شارناني، روح الشريعة الإسلامية، ترجمة: محمد الحاج سالم، مراجعة: الطيب بو عزة، ط 1، مركز نهوض للدراسات والنشر، بيروت، 2019.
- طارق البشري، التجدد الحضاري: دراسات في تداخل المفاهيم المعاصرة مع المرجعيات الموروثة، ط 1، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، 2015.
- يمنى طريف الخولي، فلسفة العلم في القرن العشرين: الأصول - الحصاد - الآفاق المستقبلية، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، القاهرة، 2014.
- مأمون سلامة، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، دار الفكر العربي، القاهرة، من دون سنة نشر.
- محمد الصغير سعداوي، السياسة الجزائية لمكافحة الجريمة: دراسة مقارنة بين التشريع الجنائي الدولي والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر

- بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2010.
- محمد زكي أبو عامر،
- الإثبات في المواد الجنائية: محاولة فقهية وعملية لإرساء نظرية عامة، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، من دون سنة نشر.
- الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018.
- محمد نور فرحات ومحمد علي الكردي، الثقافة والقانون، تقديم: إسماعيل سراج الدين، منتدى مكتبة الإسكندرية، 5 يوليو 2008.
- محمد شريف أحمد، فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين: دراسة مقارنة، ط2، منشورات منتدى الفكر الإسلامي في إقليم كردستان العراق، 2011.
- سليمان عبد المنعم وأدهم حشيش، النظرية العامة لقانون العقوبات، ج2، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017.
- عادل ماجد،
- معايير تطبيق العدالة الانتقالية في العالم العربي، الإصدار الأول، سلسلة إصدارات العدالة الانتقالية في العالم العربي، المؤسسة الألمانية للتعاون القانوني الدولي، برلين، ألمانيا، 2013.
- العدالة الانتقالية في الشريعة الإسلامية، الإصدار الثاني، سلسلة إصدارات العدالة الانتقالية في العالم العربي، المؤسسة الألمانية للتعاون القانوني الدولي، برلين، ألمانيا، 2013.
- خطوات لازمة لنجاح العدالة الانتقالية، في: هايدي علي الطيب وكرك خميس، العدالة الانتقالية في السياقات العربية، المنظمة العربية لحقوق الإنسان، القاهرة، 2014.
- عبد الفتاح الصيفي، القاعدة الجنائية، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت، 1967.
- عوض محمد،
- قانون العقوبات – القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
- تعليقات على أحكام القضاء، دار الشروق، ط1، القاهرة، 2017.

- عمر الفاروق الحسيني، مبادئ علم الإجرام وعلم العقاب، طبعة خاصة بشعبة التعليم المفتوح بكلية الحقوق جامعة بنها، مصر، 2011.
- فتوح عبد الله الشاذلي، أساسيات علم الإجرام والعقاب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- غالب غانم، حكم القانون، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي بالتعاون مع المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، بيروت، 2005.

## 2. أبحاث:

- أدهم حشيش، المجتمع الأهلي ومكافحة الفساد في ضوء مبادئ قانون التنمية، المجلة العربية للعلوم السياسية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، العدد 28، 2010.
- المبادرة المصرية للحقوق الشخصية، «محل السكن قسم الشرطة» الوضع تحت مراقبة الشرطة: قواعده وضوابطه ومدى توافقه مع معايير حقوق الإنسان، ط 1، مارس 2019.
- المعتمد بالله الغرياني، دور القاعدة القانونية في ضوء مبادئ مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون، مجلة كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2006.
- طارق البشري، حقوق الإنسان وسؤال المرجعية، مجلة الإحياء، الرابطة المحمدية للعلماء، الرباط، المغرب، العدد 41-42، مجلد 2014.
- كلمة المحرر، تجديد الفكر القانوني.. بشكل أعمق وأوسع.. على جدول الأعمال مرة أخرى، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص بالمؤتمر العلمي السنوي الرابع (القانون... أداة للإصلاح والتطوير)، العدد 2، الجزء الأول، مايو 2017.
- محمود نجيب حسني، التهذيب في المؤسسات العقابية، المجلة الجنائية القومية، المركز القومي للأبحاث الاجتماعية والجنائية، القاهرة، المجلد 10، العدد 3، سنة 1967.
- علي راشد،
- المفهوم الاجتماعي للقانون الجنائي: نظرية القانون الجنائي الاجتماعي، مجلة كلية الحقوق، جامعة عين شمس للعلوم القانونية والاقتصادية، السنة 10، العدد 1، القاهرة، يناير 1968.

- تخطيط السياسة الجنائية في البلاد العربية، مجلة كلية الحقوق، جامعة عين شمس للعلوم القانونية والاقتصادية، السنة 12، العدد 1، يناير 1970.
- عثمان عبد الملك، حق الأمن الفردي في الإسلام: دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد 7، العدد 3، سنة 1983.

## ثانياً: باللغة الأجنبية

### 1. Books:

- Adham Hashish, The Criminal Entrepreneur: Rethinking Business Crime in a Global Legal Context, submitted to Kansas University School of Law (2015).
- D. Garland in N McCormick and D. Garland, Sovereign States and Vengeful Victims: The Problem of the Right to Punish, in A. Ashworth and M. Wasik (eds), Fundamentals of Sentencing Theory: Essays in Honour of Andrew von Hirsch, Oxford University Press (1998).
- Herbert L. Packer, The Limits of the Criminal Sanction, Stanford University Press (1968).
- John Muncie & David Wilson, Student Handbook of Criminal Justice and Criminology, Cavendish Publishing (2004).
- N. McCormick and D. Garland, Sovereign States and Vengeful Victims: The Problem of the Right to Punish, in A. Ashworth and M. Wasik (eds), Fundamentals of Sentencing Theory: Essays in Honour of Andrew von Hirsch, Oxford University Press (1998).
- National Security Commission on Artificial Intelligence, Final Report, Washington D.C. (March 2021).
- Richard A Posner, Economic Analysis of Law, Wolters Kluwer Law & Business (2014)
- Tom R. Tyler, Why People Obey the Law, New Haven: Yale University Press (1990)

- World Justice Project, Rule of Law Index, Washington, D.C. (2019)
- World Justice Project, Rule of Law Index, Washington, D.C. (2020)

## 2. Research:

- Adham A. Hashish,
  - Ijtihad Institutions: The Key To Islamic Democracy Bridging And Balancing Political And Intellectual Islam, 9 Rich. Journal Global Law & Business, 61, (2010).
  - The Egyptian Second Republic: The Future of Litigating Islam Before the Supreme Constitutional Court, 5 Berkeley Journal of Middle East & Islamic Law, (2013).
- Herbert L. Packer, Two Models of the Criminal Process, 113 U. Pa. L. Rev. 1, 3, (1964).
- Imam Feisal Abdul Rauf, Justification & Theory of Sharia Law: How the American Declaration of Independence, Bill of Rights and Constitution are Consistent with Islamic Jurisprudence, 7 U. St. Thomas L.J. 452 (2010).
- Mar Jimeno-Bulnes, American Criminal Procedure in A European Context, 21 Cardozo Int'l Comp. Pol'y & Ethics L. 409, (2013).
- Roscoe Pound, Call for a Realist Jurisprudence, 44 Harvard Law Review, 697, (1931).

## المحتوى:

الصفحة	الموضوع
139	الملخص
140	المقدمة
142	المبحث الأول: عن السياسة الجنائية
142	المطلب الأول: المقصود بالسياسة الجنائية وموضوعاتها
142	الفرع الأول: المقصود بالسياسة الجنائية
143	الفرع الثاني: موضوعات السياسة الجنائية
145	الفرع الثالث: أهمية دراسة السياسة الجنائية في الفكر القانوني المقارن
147	المطلب الثاني: نماذج أنظمة العدالة الجنائية
147	الفرع الأول: المقصود بنظام العدالة الجنائية
148	الفرع الثاني: بداية الاهتمام بنماذج أنظمة العدالة الجنائية
149	الفرع الثالث: النماذج السبعة لأنظمة العدالة الجنائية
151	الفرع الرابع: ملاحظات على نماذج أنظمة العدالة الجنائية
152	المطلب الثالث: أهمية الرقابة القضائية على السياسة الجنائية
152	الفرع الأول: أهمية الرقابة القضائية على تحقيق السياسة الجنائية لأهدافها
153	الفرع الثاني: تطبيق قضائي - السياسة الجنائية القويمة وعدم دستورية تجريم الاشتباه
156	المبحث الثاني: الحاجة إلى ترشيد السياسة الجنائية
156	المطلب الأول: بعض المآخذ على الحالة الراهنة للسياسة الجنائية
156	الفرع الأول: غياب الاستراتيجية وعدم اتباع المنهج العلمي في صنع القرار
156	الفرع الثاني: غياب الشفافية وعدم إتاحة المعلومات والبيانات

الصفحة	الموضوع
158	الفرع الثالث: مؤشر حكم القانون كنموذج لقياس أداء مؤسسات العدالة الجنائية
159	المطلب الثاني: الحاجة إلى مرجعية فعّالة لحقوق الإنسان
158	الفرع الأول: تأثير هوية المجتمع في عدالة القانون وسيادته
162	الفرع الثاني: خضوع الدولة للقانون وتقييد سلطاتها في التجريم والعقاب
164	الفرع الثالث: المرجعية الدولية المنظمة لحقوق الإنسان
166	الفرع الرابع: تأثير الفكر القانوني الغربي على المرجعية الدولية لحقوق الإنسان
167	الفرع الخامس: مرجعية حقوق الإنسان في الفكر القانوني الإسلامي
169	الفرع السادس: أهمية حق الأمن الفردي
170	المطلب الثالث: الحاجة إلى منهجية التحليل الواقعي للقانون
170	الفرع الأول: الحاجة المستمرة إلى تطوير الفكر القانوني العقابي في مجتمعاتنا العربية
172	الفرع الثاني: الحاجة إلى البحث المقارن في الدراسات العقابية في النظام الأمريكي
173	الفرع الثالث: حاجة الدراسات العقابية العربية إلى التحليل الواقعي للقانون
177	الفرع الرابع: التحليل الاقتصادي للقانون
178	الفرع الخامس: تطبيق منهج التحليل الاقتصادي: تفسير الشك لمصلحة المتهم
182	الخاتمة
184	المراجع