الآداب | مجلة علمية فصلية محكمة
تعنى بالدراسات والبحوث الإنسانية
(EISSN): 2707-5192 ISSN: 2616-5864

العدد الرابع عشر
14 مـــارس 2020

قاعدة الاستحسان وتطبيقاتها في النظام السعودي

نظام الإجراءات الجزائية نموذجا

أ.د أحمد صالح محمد قطران*

ملخص:

في مسيرة البحث في القواعد العامة والقياسات المتعددة ظهرت فكرة الموازنة بين القواعد العامة وبين الفروع، فظهرت فكرة الاستثناء ليتجلى بعدها قاعدة الاستحسان بضبطها الأصولي التي يلجأ إليها المجتهد أو القاضي في مسيرة مواجهة النوازل الفقهية المتجددة، وفي مسيرة مواجهة النوازل برزت فكرة صياغة الأنظمة المستندة إلى الشريعة الإسلامية، وفي مقدمة تلك الأنظمة: التشريعات الموجودة في المملكة العربية السعودية.

ورغبة منا في تتبع الاستثناءات بنوعيها الموضوعية والشكلية في النظام السعودي اخترنا قاعدة الاستحسان الأصولي وتطبيقها على نظام من أهم الأنظمة في المملكة، هو (نظام الإجراءات الجزائية).

يهدف البحث إلى:

1. إثبات العلاقة بين الأنظمة في المملكة وبين الشريعة الإسلامية.
2. إظهار الاستثناءات الموضوعية والشكلية في الأنظمة ميدان البحث.
3. إيجاد بحث يكون مرجعا للباحثين في مجاله.
4. فتح المجال للتناول الأصولي للأنظمة في المملكة لتأصيلها.

* أستاذ أصول الفقه – قسم الشريعة - كلية الشريعة وأصول الدين - جامعة الملك خالد - المملكة العربية السعودية.
- أقدم شكري لعمادة البحث العلمي بجامعة الملك خالد لدعمها هذا المشروع في البرنامج العام تحت رقم 40/91.

مكونات البحث المقدمة، والمدخل وسيكون معنيا ببيان مصطلحات العنوان المنحصرة في بيان الاستحسان والتعريف بالنظام ميدان البحث.

المبحث الأول: الاستحسان بالنص.

المبحث الثاني: الاستحسان بالمصلحة.

المبحث الثالث: الاستحسان بالضرورة.

المبحث الرابع: الاستحسان بالعرف.

وسيقتصر التطبيق على نظام الإجراءات الجزائية في المملكة العربية السعودية، ولا يخرج الباحث عنه إلا لحاجة البحث العلمي.

ويمكن سرد بعض النتائج التي توصل إليها البحث، كما يأتي:

1. بلغ عدد الأمثلة التي عرضتها في مباحث البحث الأربعة واحدا وثلاثين مثالا، ولم أتمكن من أن يكون المبحث الأخير مقاربا في حجمه للمباحث الثلاثة الأولى؛ لقلة الأمثلة التي وجدتها فيه.
2. لأني اتخذت منهجا في الاستحسان بالنص وأقصد النص النظامي، حيث كان الاستحسان بالنص من أكثر الأمثلة في النظام لحرص المنظم السعودي على حقوق العباد، فكثّر من القيود والاستثناءات التي تحقق العدالة، عملا بقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.
3. توصلت إلى أن القاعدة الأصولية عند تطبيقها على القاعدة القانونية تمنح المنظم والقاضي مقدرة على تلافي أخطاء الصياغة، وأخطاء الاجتهاد، فيخرج النظام أو الحكم محكما قليل الثغرات.
4. أن العرف ضعيف الصلة بالقوانين الجنائية في كل التشريعات، على اعتبار أن المنظم يحرص على أن تكون كل الإجراءات منصوصا عليها؛ منعا لما قد يحدث من اجتهادات قد يعتريها الخطأ.

الكلمات المفتاحية: القاعدة؛ الاستحسان؛ نظام الإجراءات الجزائية.

مجلة علمية فصلية محكمة
تعنى بالدراسات والبحوث الإنسانية
(EISSN): 2707-5192 ISSN: 2616-5864

The Rule of Preference and its Applications in the Saudi Regulations; Law of Criminal Procedures as a Model

Prof. Ahmed Saleh Qatran

Abstract:

While researching general rules and multiple measurements, the idea of balancing between general rules and sub-rules emerged, and the idea of exception consequently emerged followed by the rule of preference with its fundamental restrictions that the theorist or the judge uses in their quest to address newly developing issues. During the process of facing these emerging issues, the idea of formulating Sharia-based regulations also emerge. At the forefront of those regulations is the existing legislation in the Kingdom of Saudi Arabia.

Based on the desire to track the substantive and formal types of exceptions in the Saudi system, the rule of preference in Islamic jurisprudence and its application in the Saudi law of criminal procedures was selected for research.

The research aims at:

1. Proving the relationship between the regulations in the Kingdom and Islamic law.
2. highlighting the substantive and formal exceptions in the Saudi law of criminal procedures
3. Developing a research that will be a reference in this field
4. Opening the door for more research on the fundamental approach of regulations in the Kingdom

The components of the research are the introduction which will be concerned with introducing the terminology in the title, namely the rule of preference and the law of criminal procedures in the Kingdom.

The first theme: preference grounded in the legal text

The second theme: preference grounded in interest

The third theme: preference guided by necessity

The fourth theme: preference guided by convention

The application will be limited to the system of criminal procedures in the Kingdom of Saudi Arabia, and the researchers will not deviate unless there is a methodology-based need.

Some of the research findings are:

1. The number of examples that I presented in the first three research themes was thirty-one, and I was unable to find a similar number for the last theme due to the lack of examples.

2. Preference grounded in legal text had a lot of illustrative examples because the Saudi law is keen on the rights of people. A lot of restrictions and exceptions were traced which aim at achieving justice. This follows a rule that says "No crime and punishment without reference to a legal text".

3. The research found that the fundamental rule, when applied to the legal rule, gives the law-maker and the judge the ability to avoid formulation errors and, therefore, the ruling is perfectly issued with few gaps.

5. Convention has weak connection to criminal laws in all legislations, given that the law-maker ensures that all procedures are stipulated in order to prevent errors that are likely to happen.

Key Words: Al-Qaeda, Al-Estehisan 'Preference, System of Criminal Procedures.

المقدمة:

لم يقف الاجتهاد الأصولي عند حدود منطوقات نصوص الوحي، بل ذهب بالبحث في توسيع دائرة الاستيعاب التشريعي ليدخل أبوابا جديدة تدور حول مفاهيم النصوص ومعانيها، فظهر القياس الأصولي بمباحثه ومسائله المتنوعة، وكذا تتبع الباحثون جزئيات الشريعة وقعدوا القواعد العامة التي يندرج تحتها الكثير من الفروع الفقهية، وفي مسيرة البحث في القواعد العامة والقياسات المتعددة ظهرت فكرة الموازنة بين القواعد العامة وبين الفروع؛ فظهرت فكرة الاستثناء ليتجلى بعدها قاعدة الاستحسان بضبطها الأصولي التي يلجأ إليها المجتهد أو القاضي في مسيرة مواجهة النوازل الفقهية المتجددة.

وفي البداية برع الأحناف في مسألة الاستحسان، غير أنه لما نضج المصطلح واستوى على سوقه واستغلظ أعجب المجتهدون، فنهضوا إليه بيانا وتطبيقا.

وفي مسيرة مواجهة النوازل برزت فكرة صياغة الأنظمة المستندة إلى الشريعة الإسلامية، وفي مقدمة تلك الأنظمة: التشريعات الموجودة في المملكة العربية السعودية.

ولا شك أن المنظم السعودي عندما وضع تلك الأنظمة سار بصورة متوازنة بين القواعد العامة المطّردة، والقواعد العامة الاستثنائية التي تلبي متطلبات سير القضاء، والتشريع في الدولة وفق أسلوب عصري يحافظ على الأصالة ويستوعب متغيرات العصر.

ورغبة منا في تتبع الاستثناءات بنوعيها الموضوعية والشكلية في النظام السعودي اخترنا قاعدة الاستحسان الأصولي وتطبيقها على نظام من أهم الأنظمة في المملكة، هو (نظام الإجراءات الجزائية).

وسمينا البحث (قاعدة الاستحسان وتطبيقاتها في النظام السعودي نظام الإجراءات الجزائية نموذجا)

مشكلة البحث وأهميته.

أ- مشكلة البحث تتمحور في السؤال التالي: ماهي التطبيقات النظامية في نظام الإجراءات الجزائية لقاعدة الاستحسان؟

ب- أهمية البحث: نعتقد أن البحث يحتل أهمية كبيرة؛ كونه يدرس مدى الأثر لقاعدة الاستحسان في نظام الإجراءات الجزائية في المملكة العربية السعودية، وبذلك فالبحث ينطلق من قاعدة أصولية إلى نظام (قانون) مصاغ بطريقة حديثة؛ ليربط بين القاعدة والنظام.

أسباب اختيار البحث.

لا شك أن الباحث حين يختار عنوانا ما يكون دافعه لذلك الاختيار عدد من الأسباب التي تتزاحم بين يديه ليترجمها إلى واقع ملموس، وقد دفعنا لاختيار هذا البحث عدد من الأسباب، أهمها:

1. الرغبة في استجلاء العلاقة بين الأنظمة في المملكة وبين القواعد الأصولية.
2. بيان الأثر لقاعدة الاستحسان الأصولي في نظام الإجراءات الجزائية.
3. استخلاص الطرق الموصلة إلى تطوير الأنظمة في ضوء القواعد الأصولية.
4. بيان أهمية النظام (ميدان البحث) في منظومة القوانين العربية والإسلامية.

أهداف البحث:

كل باحث حين يختار عنوانا ما يضع أهدافا يرنو إلى تحقيقها ويطمع في الوصول إليها، وأنا أهدف من بحثي هذا إلى تحقيق عدد من الأهداف، أهمها:

1-إثبات العلاقة بين الأنظمة في المملكة وبين الشريعة الإسلامية.

2-إظهار الاستثناءات الموضوعية والشكلية في الأنظمة ميدان البحث.

3-إيجاد بحث يكون مرجعا للباحثين في مجاله.

4-فتح المجال للتناول الأصولي للأنظمة في المملكة؛ لتأصيلها.

الدراسات السابقة:

ليس هناك مراجع سابقة مباشرة للموضوع مع اجتهادي في البحث، ولكن ثمة مراجع ناقشت العلاقة بين الأصول والأنظمة، ومن ذلك:

1. أثر القواعد الأصولية في تفسير القوانين، سيف الدين الياس حمدتو أرباب علي، أطروحة دكتوراه، جامعة أم درمان الإسلامية، جمهورية السودان، عام 2001م.
2. الاستحسان: حقيقته – أنواعه - حجيته- تطبيقاته المعاصرة، يعقوب عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد، الرياض، ط/1،عام 1428هـ 2007م
3. العلاقة بين القواعد الأصولية والقواعد القانونية، أحمد صالح محمد قطران، أطروحة دكتوراه، الجامعة العراقية، جمهورية العراق، عام 1422هـ 2002م.
4. أثر الدلالات الأصولية في تفسير نصوص القانون، محمد عشاب، مجلة المعيار، المركز الجامعي، تيسمسيلت، الجزائر، العدد 1، عام 2010م.

خطة البحث:

لقد فرضت طبيعة المادة العلمية وتصورها وميدانها أن يكون البحث من مقدمة ومدخل وأربعة مباحث على النحو التالي:

-المقدمة وفيها الأهمية والأسباب والأهداف وحدود البحث وخطته والدراسات السابقة ومنهجه.

-المدخل، وسيكون معنيا ببيان مصطلحات العنوان المنحصرة في بيان الاستحسان والتعريف بالنظام ميدان البحث.

المبحث الأول: الاستحسان بالنص.

المبحث الثاني: الاستحسان بالمصلحة.

المبحث الثالث: الاستحسان بالضرورة.

المبحث الرابع: الاستحسان بالعرف.

الخاتمة: وسيتم سرد النتائج وقائمة التوصيات التي سيثيرها البحث.

وسيلحق بالبحث قائمة بالمراجع والمصادر حسب العرف العلمي المتبع.

حدود البحث:

سيقتصر التطبيق على نظام الإجراءات الجزائية في المملكة العربية السعودية، ولا يخرج الباحث عنه إلا لحاجة البحث العلمي.

منهج البحث:

سأحرص في بحثي هذا على اتباع المنهج الوصفي التحليلي، وذلك بأن أستقرأ ما ورد في هذا الموضوع في المصادر المتقدمة والمتأخرة قدر المستطاع، ليتجلى أثر قاعدة الاستحسان في نظام الإجراءات الجزائية السعودي، الذي يُظهر حرص المنظم[1] السعودي على الالتزام بالقواعد الشرعية في الأنظمة المعاصرة.

المدخل:

من الأمور المستحسنة في البحث العلمي أن يقدم الباحث لبحثه بمدخل[2] يبين المصطلحات التي تحتاج إلى بيان وغرضه من إيرادها ومنهجه في توظيفها في البحث، وهذا البحث قام الباحث فيه باستعمال عدد من المصطلحات تضمنها العنوان، وأهم هذا المصطلحات: (القاعدة، الاستحسان، نظام الإجراءات الجزائية في المملكة العربية السعودية)، وسيتم تناولها بحسب ورودها في عنوان البحث على النحو التالي:

أولا: القاعدة

القاعدة في اللغة هي الأساس سواء كان ماديا أم معنويا، وما يبنى عليه غيره، ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنْ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ﴾(البقرة/127)[3] وهي قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها[4] وقال الجلال المحلي: (هي قضية كلية يتعرف منها أحكام جزئياتها)[5] وقال التهانوني: (في اصطلاح العلماء تطلق على معان منها: مرادف الأصل، والقانون، والمسألة، والضابطة، والمقصد. وعرّفها بأنّها أمر كلّي منطبق على جميع جزئياته عند تعرّف أحكامها منه)[6] ووجه إطلاق مصطلح القاعدة على الاستحسان -مع أن المتبادر إلى الذهن أن الاستحسان دليل من الأدلة- هو أن الاستحسان والمصلحة وغيرهما من الأدلة يطلق عليها قاعدة أو دليلا بالترادف، فقد أطلق عليه الإمام الشاطبي في الموافقات قاعدة[7].

ثانيا: الاستحسان

لم يعد الاستحسان ذلك الدليل الذي دار جدل كبير حوله بين مؤيد ومعارض[8]، بل إنه قد أصبح من الأدلة التي لاقت قبولا، وبناء عليه فإن التعامل معه سيتم وفقا لكونه من الأدلة ذات البعد التطبيقي الممارس في مجالات الفقه المتنوعة، ومعلوم أن دليل الاستحسان في مبدأ الاستدلال به كان من الأدلة الغامضة التي كان المتكلم به يصعب عليه التعبير عنه؛ لذا واجهه

المجتهدون بالرفض والرد، وعلى رأس من رده الإمام الشافعي حيث أطلق عبارته المشهورة: "وإنما الاستحسان تلذُّذ"[9]، ثم شرع في موطن آخر يقعد له ويبين ما المقبول منه، ومن له الحق في التعاطي معه، وهذا أول شرط للقول بالاستحسان، فقال: "ولا يقول فيه إلا عالم بالأخبار[10] عاقلٌ للتشبيه عليها"[11]، وهذا معناه أن شرط القول بالاستحسان هو العلم بالسنة، والقدرة على القياس على نصوصها، وقد تطور مدلول الاستحسان عند القائلين به إلى أن استقر اصطلاحيا بتعريفات منضبطة لا يصعب على من يطلع عليه أو يسمعه استيعابه، ولم يعد محل خلافٍ من حيث التطبيق[12].

وسيرا على طريقة الباحثين في تعريف المصطلحات فإننا سنقوم بتعريف الاستحسان على النحو التالي:

الاستحسان في اللغة: مشتق من الحسن، وهو ضد القبح وهو عد الشيء حسنا، أو اعتقاده حسنا، ومنه قول تعالى:﴿وَأْمُرْ قَوْمَكَ يَأْخُذُوا بِأَحْسَنِهَا﴾ (الأعراف/145)، وقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ﴾ (الزمر/18).

وأما في الاصطلاح فإن الاستحسان عند أهل الأصول له أكثر من تعريف، وسأذكر منها تعريفين، هما:

1- تعريف أبي الحسن الكرخي[13] من الحنفية حيث عرفه بقوله: "هُوَ أَنْ يَعْدِلَ الْإِنْسَانُ عَنْ أَنْ يَحْكُمَ فِي الْمَسْأَلَةِ بِمِثْلِ مَا حَكَمَ بِهِ فِي نَظَائِرِهَا إِلَى خِلَافِهِ؛ لِوَجْهٍ أَقْوَى يَقْتَضِي الْعُدُولَ عَنْ الْأَوَّلِ"[14].

2- تعريف أبي الحسين البصري المعتزلي حيث عرفه بقوله: هو " ترك وجهٍ من وجوه الاجتهاد غير شامل شمول الألفاظ لوجه هو أقوى منه، وهو حكم طارئ على الأول"[15].

وفي الحقيقة إن التعريفات كلها -باستثناء التعريف الذي ذكر فكرة الانقداح[16]- تصب في خانة واحدة، هي استثناء بعض المفردات عند التطبيق، وهذا ما أشار إليه ابن العربي حينما قال: "وَإِنَّمَا مَعْنَاهُ وأوثر ترك مَا يَقْتَضِيهِ الدَّلِيل على طَرِيق الِاسْتِثْنَاء والترخص بمعارضته مَا يُعَارضهُ فِي

بعض مقتضياته"[17]، قال أبو زهرة: "الاستحسان استثناء جزئي في مقابل دليل كلي يتخلف في بعض الأجزاء"[18]، وعليه فإننا سنصوغ تعريفا لما نحن بصدده يتناسب مع سياق الحديث عن النظام، فنقول:

الاستحسان الذي نعنيه هو: عدول المنظم أو القاضي عن تطبيق مدلول النص النظامي على بعض الوقائع والتصرفات، وهذا العدول يكون بنص النظام، حيث ينص النظام على استثناء واقعة معينة أو تصرف معين، أو يكون وفقا لسلطة القاضي استنادا إلى مصلحة أو عرف سائد كما سيأتي ذلك عند التطبيق، ونحن نرى أن الاستحسان المعني عند الأصوليين هو ما يمكن تسميته بالاستثناء في النظام.

وقد اقتصرت على بعض صور الاستثناء التي أرى أنه يكثر وجودها في النظام.

ثالثا: نظام الإجراءات الجزائية

وهو نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/2) لعام 1435هـ من قبل خادم الحرمين الشريفين الملك عبد الله بن عبد العزيز آل سعود -رحمه الله- ملك المملكة العربية السعودية، والمكون من مئتين واثنتين وعشرين مادة موزعة على عشرة أبواب.

المبحث الأول: الاستحسان بالنص

الاستحسان بالنص من أنواع الاستحسان، ويعني به الأصوليون كل حكم من الأحكام الشرعية استثناه الشارع نصا، على خلاف القاعدة العامة أو على خلاف العموم، وأمثلته كثيرة، ومن أبرز تلك الأمثلة التي استدل بها الأصوليون: عقد السلم[19]، والوصية[20]، وخيار الشرط[21]، وغيرها[22].

وفي هذا المبحث فإننا نستعير المصطلح ونخرجه من معناه الأصولي (الكتاب والسنة)[23] إلى المعنى القانوني، فنعد النص النظامي الذي يستثني بعض الصور نوعا من أنواع الاستحسان وهو الاستحسان بالنص، ولا شك أن المنظم السعودي عند صياغة النظام لم يغفل هذه المعاني التي تخدم المستفيد منه، ومن ثم، فإن النصوص التي تستثني بعض التطبيقات من النص النظامي كثيرة، وسيتم اختيار بعض الأمثلة للتدليل على رعاية المنظم لذلك.

من المعلوم أن نصوص النظام تتسم بالإلزامية[24] والعموم[25] والتجرد[26]، ومن ثم، فإن تطبيقها يسير وفق هذه المبادئ الرئيسة والمشهورة في كل قوانين الدنيا، وعليه، فكل استثناء مهما كان شكله ودلالاته، يتسم بتلك الخصائص أو المبادئ، ومن خلال الاستقراء لنصوص النظام هنا نجد أن المنظم في نظام الإجراءات الجزائية يسير في مسائل الاستثناء الصريح بطريقتين: إحداهما الاستثناء المتصل، ونعني بها أن المنظم ينص على الأصل، ثم في ذات النص يستثني بعض الصور التي يجب إخراجها من عموم الأصل، والأخرى الاستثناء المنفصل، ونعني بها أن المنظم ينص على الأصل، ثم في موضع آخر أو في مادة أخرى يُخرج بعضا من أفراده، وللغرض المنهجي سيتم التمثيل -وفقا لهذا التقسيم- على النحو التالي:

أولا: الاستثناء المتصل

الاستثناء المتصل من الأمثلة التي يكثر وجودها في نصوص القوانين، والمنظم السعودي في نظام الإجراءات كثيرا ما يعدل عن الأصل المقرر بالنص إلى إخراج بعض الأفراد أو الصور التي يرى ضرورة إخراجها من الأصل، وهنا سنذكر بعض الأمثلة للتدليل على ما ذهبنا إليه:

المثال الأول: المادة التاسعة والعشرون.

"تعد الشكوى المقدمة ممَّن أصابه ضرر بسبب الجريمة مطالبَةً بحقه الخاص، إلا إذا قرر صراحة أمام المحقق نزوله عن حقه، وعلى المحقق إثبات ذلك في المحضر والإشهاد عليه، مع تصديق المحكمة المختصة على نزوله عن الحق في القصاص وحد القذف".

فالمنظم في هذا النص يقرر أصلا تبعيا وهو موضوع المطالبة بالحق الخاص وعلاقته بالشكوى، إذ يربط ربطا موضوعيا بين الشكوى وبين المطالبة بالحق، فمن تقدم بالشكوى إلى الجهات المختصة[27] فكأنه طالب بالحق الخاص، وهذا الربط يزيل ما قد يحدث من وهم في أن المطالبة بالحق الخاص منفصلة عن الشكوى، فأراد المنظم أن يقطع الطريق؛ لما قد يحدث من التفسير أو الاجتهاد في التطبيق، وموضع الشاهد هو: "إلا إذا قرر صراحة أمام المحقق نزوله عن حقه، وعلى المحقق إثبات ذلك في المحضر والإشهاد عليه، مع تصديق المحكمة المختصة على

نزوله عن الحق في القصاص وحد القذف". فالمنظم جعل في النص استثنائيين: أحدهما الاستثناء العام، بحيث يمكن لصاحب الشكوى أن يتنازل عنه عند تقديم الشكوى أمام المحقق ويكفي فيه الاشهاد، والاستثناء الثاني هو تعيين ما يجب أن يعمد في المحكمة من التنازل، فحدد صورتين هما: القصاص وحد القذف، فهاتان الصورتان لا بد من تصديق المحكمة عليهما، فالمنظم عدل عن تقرير الأصل في الربط بين الشكوى والمطالبة بالحق الخاص إلى استثناء في حال تنازل صاحب الحق، فالتنازل حق أصيل لصاحبه؛ لذلك يباح له التنازل عنه ما لم يكن التنازل متعلقا بحق غيره[28]، بل أحيانا يندب التنازل لما فيه من العفو والتسامح[29].

المثال الثاني: المادة السادسة والأربعون

"لا يجوز التفتيش إلا للبحث عن الأشياء الخاصة بالجريمة الجاري جمع المعلومات عنها، أو التحقيق في شأنها، ومع ذلك، إذا ظهر عرضًا أثناء التفتيش وجود أشياء تعد حيازتها جريمة، أو تفيد في كشف الحقيقة في جريمة أخرى، وجب على رجل الضبط الجنائي ضبطها وإثباتها في محضر التفتيش".

إن الأصل عدم تداخل القضايا، فإذا شرع المحقق الجنائي في جمع الاستدلال على الجريمة التي بين يديه، فلا يدخل غيرها فيها[30]، أو يبحث عن أمر آخر، والمنظم السعودي نص على هذا الأصل في هذا المادة، غير أنه في نهاية المادة أدخل استحسانا ليس له علاقة بالأشياء التي تخص الجريمة، ولكنها قد تقود إلى جريمة أخرى، فوجب على المحقق ضبطها، فنص على أنه: "إذا ظهر عرضًا أثناء التفتيش وجود أشياء تعد حيازتها جريمة، أو تفيد في كشف الحقيقة في جريمة أخرى، وجب على رجل الضبط الجنائي ضبطها وإثباتها في محضر التفتيش"، وهذا العدول غايته تحقيق العدالة الجنائية ومحاصرة الجريمة، وشرطه الظهور العرضي.

المثال الثالث: المادة الخامسة والخمسون.

"لا يجوز تفتيش غير المتهم أو مسكن غير مسكنه، إلا إذا اتضح من أمارات قوية أن هذا التفتيش سيفيد في التحقيق".

من المعلوم أن الجريمة محدودة بأركانها، ومن ثم،فكل التحقيقات وجميع محاضر الاستدلال لا تخرج عنها، وهذا ما قرره المنظم في هذا النظام وتقرره كل التشريعات[31]، ومعلوم أن للإنسان ومسكنه حرمة، فلا يجوز أن يعتقل أو أن يحتجز أو يفتش ابتداء، ولا يفتش منزله، والمنظم هنا يقرر هذا الأصل الذي أيدته التشريعات الإسلامية والوضعية[32]، غير أن المنظم وضع استثناءً يهدف منه إلى خدمة العدالة، فقال: "إلا إذا اتضح من أمارات قوية[33] أن هذا التفتيش سيفيد في التحقيق"، وبغير الأمارات القوية لا يصح ذلك، ويعد القيام بتلك الأعمال مخالفة للنظام، وتُعرض المنتهك لها للمساءلة والمحاسبة[34]، فالمنظم عدل عن تقرير الأصل في بعض الحالات التي تخدم التحقيق ولا يكون ذلك هوىً أو تخمينا، وإنما يكون بأمارات قوية.

المثال الرابع: المادة السادسة والخمسون

"للرسائل البريدية والبرقية والمحادثات الهاتفية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، فلا يجوز الاطلاع عليها أو مراقبتها إلا بأمر مسبَّب ولمدة محددة، وفقًا لما ينص عليه هذا النظام".

ما من شك أن احترام الخصوصيات مبدأ شرعي عام[35]، وقد أكدت عليه كافة الشرائع والتشريعات[36]، ومن صور احترام الخصوصيات ومنع انتهاكها الرسائل البريدية والبرقية والمحادثات الهاتفية، وغيرها[37]، وهذا ما قرره المنظم السعودي في هذا النص، فلا يجوز الاطلاع عليها أو مراقبتها، غير أن المنظم عدل عن تطبيق هذا الأصل وأجاز انتهاكه بشرطين نص عليهما: "إلا بأمر مسبَّب[38] ولمدة محددة"، فالأمر المسبب هنا هو صدور أمر من النيابة، أو من القاضي المنظورة أمامه القضية، والشرط الثاني هو المدة المحددة، وهنا يضع المنظم حدا للمراقبة المفتوحة، فتسبيب الأمر من الجهة المختصة، والمدة المحددة هما: الضمان لسير العدالة[39].

المثال الخامس: المادة السادسة والثمانون.

"يجوز أن يُؤمر برد الأشياء التي ضبطت أثناء التحقيق ولو كان ذلك قبل الحكم، إلا إذا كانت لازمةً للسير في الدعوى أو محلًا للمصادرة".

إن المنظم هنا ينص على رد المضبوطات التي ضبطت أثناء التحقيق من المواد التي كانت لازمة لإجراء التحقيق.

ثانيا: الاستثناء المنفصل

ونعني به وجود الأصل في نص والاستثناء في نص آخر،كأن ينص المنظم على قاعدة أو أصل قانوني في مادة، ثم يأتي بمادة أخرى يستثني فيها بعض ما تنطبق عليه المادة الأولى لفظا، وقد ينص المنظم على ذلك الاستثناء بصورة صريحة كأن يقول: "استثناء"، كما في المادة الرابعة والخمسون بعد المائة، حيث نص المنظم على أن "جلسات المحاكم علنية، ويجوز للمحكمة -استثناءً- أن تنظر الدعوى كلها أو بعضها في جلسات سرية، أو تمنع فئات معينة من الحضور فيها؛ مراعاة للأمن، أو محافظة على الآداب العامة، أو كان ذلك ضروريًا لإظهار الحقيقة"[40]، أو باستخدام ما يدل على أن النص لا يشمل كل أفراده، فيعدل عن تطبيق الأصل أو القاعدة في بعض أفراده، ولكي ندلل على ذلك اخترنا بعض الأمثلة على النحو التالي:

المثال الأول: المادة الخامسة عشرة

"تختص هيئة التحقيق والادعاء العام[41] -وفقًا لنظامها- بإقامة الدعوى الجزائية ومباشرتها أمام المحاكم المختصة".

فاختصاص النيابة العامة بتحريك الدعوى الجزائية من المبادئ التي قررتها التشريعات الإنسانية عموما[42]، ولم يشذ النظام في المملكة عن ذلك، على اعتبار أن النيابة تمثل الأمة، وهذا الاختصاص -أيضا- يقرر مبدأ الفصل بين السلطات[43]، وهذا الأصل مقرر في كل الأحوال وعلى كل الأشخاص، وينطبق على كل أعضاء النيابة، غير أن المنظم عدل عن هذا الأصل في بعض الحالات، وهو ما يطلق عليه قانونا التنحي[44]، حيث نص المنظم عليه في المادة الحادية والعشرين.

"لا يجوز لعضو هيئة التحقيق والادعاء العام أن يتولى أي قضية، أو يصدر أي قرار فيها، وذلك في الحالات الآتية:

1- إذا وقعت الجريمة عليه شخصيًا، أو كان زوجًا لأحد الخصوم، أو كانت تربطه بأحدهم صلة قرابة أو مصاهرة إلى الدرجة الرابعة.

2- إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح تأثيرها في مسار التحقيق.

3- إذا كان قد سبق له أن أدى أي عمل في القضية؛ بوصفه خبيرًا، أو محكمًا، أو وكيلًا، أو أدى شهادة فيها، ونحو ذلك".

وهذا النص يمنع النيابة العامة من مباشرة الدعوى في الحالات المذكورة، وهو عدول عن الأصل الذي خول النيابة العامة بتحريك الدعوى ومباشرتها في أي وقت وفي أي مكان يدخل في دائرة اختصاصها، ومن كل أعضاء النيابة العامة، ويعد هذا العدول استحسانا، الغاية منه منع التحيز ضد المدعى عليه، الأمر الذي يقود إلى الجور، وهو ما يخالف غاية القضاء التي ترمي إلى تحقيق العدالة.

المثال الثاني: المادة الحادية والأربعون

"للأشخاص ومساكنهم ومكاتبهم ومراكبهم حرمة تجب صيانتها، وحرمة الشخص تحمي جسده وملابسه وماله وما معه من أمتعة، وتشمل حرمة المسكن كل مكان مسوّر أو محاط بأي حاجز، أو مُعدٍّ لاستعماله مأوى".

يقرر هذا النص أصلا قانونيا عاما في احترام الأشخاص ومساكنهم ومراكبهم، وحرمة التعدي عليها وانتهاكها، وهذا الأصل مقرر في كافة التشريعات السماوية[45] والوضعية[46]، غير أن هذا الأصل عدل عنه المنظم في بعض الصور التي قررتها المادة الثانية والأربعون، حيث نص المنظم على أنه "يجوز دخول المسكن في حال طلب المساعدة من الداخل، أو حدوث هدم أو غرق أو حريق أو نحو ذلك، أو دخول معتدٍ أثناء مطاردته للقبض عليه"، وكذا المادة الخامسة والأربعون، حيث نص المنظم على أنه "إذا قامت أثناء تفتيش مسكن متهم قرائن ضده، أو ضد أي شخص موجود فيه -على أنه يخفي معه شيئًا يفيد في كشف الحقيقة- جاز لرجل الضبط

الجنائي أن يفتشه"، وهذا العدول الذي جنح إليه المنظم اقتضته طبيعة الأشياء المذكورة، وعلاقتها بمنع الضرر، وجلب المصلحة، وتحقيق العدالة.

المثال الثالث: المادة الرابعة والثمانون

"لا يجوز للمحقق أن يضبط ما لدى وكيل المتهم أو محاميه من أوراق ومستندات سلمها إليه المتهم لأداء المهمة التي عهد إليه بها، ولا المراسلات المتبادلة بينهما في القضية".

من الأمور التي قررها المنظم شخصية الجريمة[47]، فالمتهم هو المعني بالتحقيق والتفتيش عند الاقتضاء، وليس للمحقق أن يُدخل غير المتهم في إجراءات جمع الاستدلال، وهذا المبدأ مرعي ومحل تقدير في الشريعة الإسلامية[48] والقوانين الوضعية[49]، وهذا المبدأ يسمى شخصية الجريمة أو شخصية المسؤولية الجنائية، أو مبدأ شخصية المسؤولية، أو المسؤولية الفردية[50]، ومع تقرير المنظم لهذا المبدأ، فإن المنظم عدل عن تطبيق هذا المبدأ في بعض الصور التي ينطبق عليها، حيث نص في المادة الخامسة والثمانين، على أنه "إذا توافرت لدى المحقق أدلة على أن شخصًا معينًا يحوز أشياء لها علاقة بالجريمة التي يحقق فيها، فيستصدر أمرًا من رئيس الدائرة التي يتبعها بتسليم تلك الأشياء إلى المحقق، أو تمكينه من الاطلاع عليها، بحسب ما يقتضيه الحال". فالمنظم حدد ما يخدم القضية، وهذا العدول هو ما نطلق عليه الاستحسان.

المبحث الثاني: الاستحسان بالمصلحة

ومن أنواع الاستحسانِ: الاستحسانُ بالمصلحة، والمصلحة عند أهل اللغة ضد المفسدة، وهي واحدة المصالح[51]، فالصاد واللام والحاء أصل واحد يدل على خلاف الفساد[52]، وهي المنفعة[53].

وفي الاصطلاح: عرفها الغزالي بأنها: "المحافظة على مقصود الشرع"[54]، ثم قال: "ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة"[55].

وقال البوطي في تعريفها: هي "المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده، من حفظ دينهم، ونفوسهم، وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم، طبق ترتيب معين فيما بينها"[56].

ونعني بالاستحسان بالمصلحة: "تقديم المصلحة على الدليل العام في بعض مقتضياته، على طريق الاستثناء والترخص"[57]، فالداعي للعدول عن القاعدة العامة إلى جزئية أو تطبيق آخر يخالف مقتضى القاعدة بصفة دائمة أو بصفة مؤقتة هو المصلحة التي يتحقق بها رفع الحرج والتيسير[58].

ويمثلون له بعدد من الأمثلة أهمها[59]:

1- تضمين الأجير المشترك

والأجير المشترك هو الذي يقوم بالعمل لأكثر من شخص[60] مثل الدهان والمقاول والإسكافي[61]، والمهندس المعماري، وغيرهم، فالأصل أن يده يد أمانة، ويدخل في دائرة البراءة الأصلية، فلما فسدت الأخلاق اجتهد الفقهاء حفظا لمصالح المستفيد، ونصوا على تضمين الأجير المشترك لما يهلك بين يديه، فيضمن في حالة التقصير والتعدي[62]، من قبيل الاستحسان بالمصلحة

2- سجن السارق للمرة الثالثة تأبيدا

وهو معدول به عن القاعدة العامة المنصوص عليها بقول تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنْ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ (المائدة/38)، فالأصل القطع، ولكن روى الأحناف رواية عن علي أنه قال في السارق: "إِنِّي أَسْتَحْيِي مِنَ اللَّهِ أَنْ أَدَعَهُ لَيْسَ لَهُ يَدٌ يَأْكُلُ بِهَا وَيَسْتَنْجِي بِهَا، وَرَجُلٌ يَمْشِي عَلَيْهَا"[63]، وقد ذهب الأحناف إلى القول بسجنه تأبيدا استحسانا. قال صاحب الهداية: "فإن سرق ثالثا لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب وهذا استحسان"[64] وفي رواية عن الحنابلة قال صاحب مطالب أولي النهى: "فَإِنْ عَادَ فَسَرَقَ بَعْدَ قَطْعِ يَدِهِ وَرِجْلِهِ حُبِسَ حَتَّى يَتُوبَ، وَيَحْرُمُ أَنْ يُقْطَعَ"[65].

وفي هذا المبحث سيتم التطبيق على فقرتين: إحداهما ما ذكره المنظم بالنص، والأخرى ما يمكن استنباطه من النصوص، ومن الوقائع المعلومة لدى القضاة.

أولا: الاستحسان بالمصلحة المذكورة نصا

ونعني به أن ينص المنظم على الاستثناء بالمصلحة نصا واضحا، وسنضرب لذلك الأمثلة التالية:

المثال الأول: المادة السابعة عشرة

"لا تجوز إقامة الدعوى الجزائية أو إجراء التحقيق في الجرائم الواجب فيها حق خاص[66] للأفراد إلا بناءً على شكوى من المجني عليه، أو ممَنْ ينوب عنه، أو وارثه من بعده إلى الجهة المختصة، إلا إذا رأت هيئة التحقيق والادعاء العام[67] مصلحة عامة في رفع الدعوى والتحقيق في هذه الجرائم".

ينص المنظم هنا على أن الأصل المقرر فيه هو: أن تحريك الدعوى الجزائية التي يرتبط بها حق خاص من حقوق المتضرر، وليس للنيابة أو أي شخص أن يحرك هذه الدعوى أبدا، أي أن المتضرر مباشرة من حقه أو من ينوب عنه وكالة أو وراثة رفعها، وهو ما يطلق عليه قانونا الدعوى المباشرة[68]، وهذا يعني أنها لا تُحرك إلا بناء على شكوى من صاحب الحق الخاص، غير أن المنظم، وفي المادة ذاتها استثنى حالة ذات علاقة بدور النيابة العامة، وهي الحالة التي ترتبط بالمصلحة العامة، حيث يخدم تحريك الدعوى المجتمع، ويكف الشر عنه.

وموضع الشاهد في النص هو الاستثناء وتخويل النيابة برفع الدعوى من غير شكوى، ونصُّ الاستثناء هو: "إلا إذا رأت هيئة التحقيق والادعاء العام مصلحة عامة في رفع الدعوى والتحقيق في هذه الجرائم"، فقد تكون الجريمة ماسة بالمجتمع[69]، ويمكن أن نستشف قصد المنظم من هذا الاستثناء، فقد يكون الجاني متنفذا، ويصعب على المجني عليه أن يرفع الشكوى ضده رهبة أو رغبة، أو أن الجاني تكرر منه ذلك الفعل؛ الأمر الذي جعله شائعا، وغير ذلك من

الأسباب التي تخول النيابة العامة تحريك الدعوى دون شكوى المجني عليه، وهذا استثناء للمصلحة بنص المنظم، وهو عين الاستحسان بالمصلحة.

المثال الثاني: المادة الرابعة والخمسون

"مع مراعاة حكم المادتين (الثالثة والأربعين)[70] و(الخامسة والأربعين)[71] من هذا النظام، إذا كان في المسكن نساء ولم يكن الغرض من الدخول القبض عليهن ولا تفتيشهن، وجب أن يكون مع القائمين بالتفتيش امرأة، وأن يُمَكَّنَّ من الاحتجاب، أو مغادرة المسكن، وأن يُمْنَحْنَ التسهيلات اللازمة لذلك، بما لا يضر بمصلحة التفتيش ونتيجته".

هنا يقرر المنظم أن المرأة التي لا يتعلق بها شيء من الجرم تُمكن من الاحتجاب، ويتم- أيضا- تسهيل خروجها من مسرح الجريمة، وهذا أصل في التحقيق والاتهام، فلا يُحجز أو يوجه التهمة إلا للشخص الذي توفرت القرائن القوية على وجود علاقة له بالجريمة [72]، غير أن المنظم استدرك -استحسانا- حالة الإضرار بمصلحة التفتيش ونتيجته، فالنيابة إذا توفرت لديها القرائن القوية على أن خروج أحد من مسرح الجريمة يضر بسير التفتيش ونتيجته[73]، فإنها تمنعه من مغادرته إلى حين الانتهاء من التحقيق، ويطبق عليه منطوق المادة (الخامسة والأربعين)، وهذا ما نطلق عليه الاستحسان بالمصلحة.

المثال الثالث: المادة الثالثة عشرة بعد المائة.

"إذا تبين بعد استجواب المتهم، أو في حال هربه، أن الأدلة كافية ضده في جريمة كبيرة، أو كانت مصلحة التحقيق تستوجب توقيفه؛ فعلى المحقق إصدار أمر بتوقيفه مدة لا تزيد على خمسة أيام من تاريخ القبض عليه".

هذه المادة تقرر استثناء هذه الجزئية من أصل من الأصول المتعلقة بالبراءة الأصلية[74]، وهذا الأصل هو منطوق المادة الثانية من هذا النظام، حيث نص المنظم على أنه: "لا يجوز القبض على أي إنسان، أو تفتيشه، أو توقيفه، أو سجنه، إلا في الأحوال المنصوص عليها نظامًا...".

وهو أيضا منطوق المادة الخامسة والثلاثين التي نص المنظم فيها على أنه: "في غير حالات التلبس بالجريمة، لا يجوز القبض على أي إنسان أو توقيفه إلا بأمر من السلطة المختصة بذلك". فليس لأحد أن يوقف أحدا أو يقيد حريته. فهذا الأصل من الأصول المعتبرة في الشريعة[75] والأنظمة الجنائية[76]، والمنظم في هذا الاستثناء يقرر صورة من الصور التي عناها في المادة الثانية، حيث تحقق شرط التوقيف وفقا للاستجواب، أو وجدت مصلحة التحقيق والسير فيه لتحقيق العدالة، وهذا هو الاستحسان، وموضع الشاهد هو (مصلحة التحقيق)، وهو ما نسميه استحسانا بالمصلحة.

المثال الرابع: المادة التاسعة عشرة بعد المائة

"للمحقق - في كل الأحوال - أن يأمر بعدم اتصال المتهم بغيره من المسجونين، أو الموقوفين، وألا يزوره أحد لمدة لا تزيد على (ستين) يومًا، إذا اقتضت مصلحة التحقيق ذلك، دون الإخلال بحق المتهم في الاتصال بوكيله أو محاميه".

إن تواصل المتهم مع العالم الخارجي من أساسيات حقوقه التي اهتمت بها الشريعة الإسلامية[77]، ونصت عليها المواثيق الدولية[78] وأقرتها القوانين الوضيعة[79]؛ لأن التواصل مع العالم الخارجي يسهم كثيرا في الدمج الاجتماعي ويحقق العدالة، ويقلص من الانتقام الذي قد يتولد في نفسية السجين جراء عقوبته[80]، وهذا هو الأصل، أعني حق المتهم في التواصل، غير أن المنظم السعودي عدل عن هذا الأصل، وذلك لمصلحة التحقيق ونتيجته، وأتاح للمحقق الأمر بمنع تواصل المتهم بمحيطه داخل السجن، أو بالعالم الخارجي وقيد ذلك بقيدين، أحدهما: قيد المدة بستين يوما، ولم يبين المنظم قبول هذا الاجراء للتجديد، والصواب أنه يعود إلى الأصل فلا يجدد، والقيد الثاني: استثناء تواصل المتهم بمحاميه، وهذا الإجراء الذي منحه المنظم السعودي للمحقق هو الحبس الانفرادي، أو العزل الانفرادي[81]، فهذا الاستثناء هو ما نسميه الاستحسان بالمصلحة، ونعني بالمصلحة هنا مصلحة التحقيق ونتيجته التي تقود إلى مصلحة تحقيق العدالة.

ثانيا: الاستحسان بالمصلحة استنباطا

ونعني به ما يمكن استشفافه واستنباطه من النص بالقرائن الدالة التي تظهر غاية المنظم من الاستثناء، وتشريع النص، وما يكتنفه ويظهر فيه من استثناءات.

المثال الأول: المادة الثانية والعشرون

"تنقضي الدعوى الجزائية العامة في إحدى الحالات الآتية:

1-صدور حكم نهائي.

2- عفو ولي الأمر فيما يدخله العفو.

3- ما تكون التوبة فيه بضوابطها الشرعية مسقطة للعقوبة.

4-وفاة المتهم.

ولا يمنع ذلك من الاستمرار في دعوى الحق الخاص".

الأصل أن الدعوى الجنائية عندما تنقضي يُطوى ملفها كاملا، وتغلق من كل جوانبها، غير أنه حينما تعلق بالدعوى حقوق خاصة تخص مجنيا عليهم، فقد نصت التشريعات على استثناء الدعوى بالحق الخاص، على اعتبار أنه لا يسقط إلا بإسقاط من صاحبه[82]؛ لذا نجد المنظم السعودي قد نص على انقضاء الدعوى بحصول واحد من أربعة أسباب نص عليها كثير من التشريعات[83]، ولكن كثيرا من التشريعات -ومنها النظام السعودي- استثنت انقضاء الدعوى بالحق الخاص، حيث نص المنظم السعودي على أنه: "لا يمنع ذلك من الاستمرار في دعوى الحق الخاص"، وهذا يعني أن حصول واحد من الأسباب المذكورة أو حصولها مجتمعة لا يحول دون استمرار السير في دعوى الحق الخاص، وهو ما نص عليه النظام في هذا النص، والاستثناء هنا ليس صريحا، وإنما استنباطا من النص، وهو ما نسميه استحسانا بالمصلحة، فاستمرار الدعوى بالحق الخاص مصلحة لرد حق المجني عليه[84].

المثال الثاني: المادة الثانية والثلاثون

"لرجل الضبط الجنائي عند انتقاله -في حال التلبس بالجريمة- أن يمنع الحاضرين من مبارحة مكان الواقعة أو الابتعاد عنه، حتى يحرر المحضر اللازم بذلك، وله أن يستدعي في الحال

من يمكن الحصول منه على معلومات في شأن الواقعة، وإذا خالف أحد الحاضرين الأمر الصادر إليه من رجل الضبط الجنائي أو امتنع أحد ممَّن دعاهم عن الحضور؛ فيثبت ذلك في المحضر، ويحال المخالف إلى المحكمة المختصة لتقرير ما تراه في شأنه".

إن المقرَّر في الشريعة والأنظمة أن الإنسان غير مقيد الحركة، وله أن يبقى في المكان الذي يناسبه، ويغادره متى شاء[85]، وهذا الأصل نص عليه النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية في المادة (36)؛ حيث جاء فيها: "... ولا يجوز تقييد تصرفات أحد، أو توقيفه، أو حبسه إلا بموجب أحكام النظام"، وهنا عدل المنظم السعودي عن هذا الأصل بسبب من الأسباب التي قد تضر بسير التحقيق، فخول رجل الضبط الجنائي تقييد حرية حركة الموجودين في مسرح الجريمة؛ حتى تتم الإجراءات التي تحتاجها القضية، وقد حددها المنظم بقوله: "حتى يحرر المحضر اللازم بذلك"؛ حفاظا على مصلحة التحقيق والسير في القضية[86]، وهذا ما نطلق عليه الاستحسان بالمصلحة؛ حيث إن المنظم عدل عن الأصل المقرر إلى حكم استثنائي لمصلحة سير التحقيق وجمع الاستدلال[87].

المثال الثالث: المادة التاسعة والخمسون

"يُبَلَّغ مضمون الخطابات والرسائل البريدية والبرقية المضبوطة إلى المتهم أو الشخص المرسلة إليه، أو تعطى له صورة منها في أقرب وقت، إلا إذا كان في ذلك إضرار بسير التحقيق".

يقرر المنظم هنا أصلا من الأصول المتعلقة بحقوق المتهم في الاطلاع على ما يتعلق بتهمته، وهو تبليغ محتويات الرسائل المضبوطة إليه أو إلى الشخص المرسلة إليه، أو منحه صورة منها، وهذا النص عام يسري على كل القضايا مع كل الأشخاص، على اعتبار أن معرفة ذلك من حقوق المتهم أثناء التحقيق[88]، غير أن المنظم في نهاية النص عدل عن هذا الأصل، وهو ما يعني عدم التبليغ، ناصا على الاستثناء، وسبب المنع بقوله: "إلا إذا كان في ذلك إضرار بسير التحقيق"، ففي حالة الاضرار بسير التحقيق لا يجب أن يمنح المتهم شئيا من المضبوطات والرسائل؛ حيث يجب التحفظ عليها؛ حفاظا على سير التحقيق، وسير العدالة التي قد تتضرر بسبب تسريب مثل

تلك الرسائل والمضبوطات، وهو ما يعني التفريط بوثائق التحقيق[89]، وهو استحسان بالمصلحة؛ للمحافظة على سير التحقيق.

المثال الرابع: المادة السبعون

"ليس للمحقق - أثناء التحقيق - أن يعزل المتهم عن وكيله أو محاميه الحاضر معه، وليس للوكيل أو المحامي التدخل في التحقيق إلا بإذن من المحقق، وله في جميع الأحوال أن يقدم للمحقق مذكرة خطية بملحوظاته، وعلى المحقق ضم هذه المذكرة إلى ملف القضية".

هذا النص يقرر العلاقة بين المحامي أو الوكيل والمحقق[90] وأن المحامي لا يتدخل في التحقيق إلا بإذن من المحقق، وهذا معناه أن تدخل المحامي أو الوكيل -بكل صوره- في سير التحقيق يضبطه إذن المحقق[91] فهذا النص يشمل كافة التدخلات سواء كانت منطوقة أم مكتوبة، أثناء التحقيق أم بعده، غير أن المنظم استثنى صورة من ذلك، وهى حالة الملاحظات المكتوبة، فالنص منح المحامي أو الوكيل الحق في تقديم ملاحظاته على التحقيق مكتوبة، أذِنَ المحقق أم لم يأذن؛ حيث نلاحظ أن المنظم نص على إلزام المحقق بقبول تلك الملاحظات، وضمها إلى وثائق القضية، فنص بالقول: "وعلى[92] المحقق ضم هذه المذكرة إلى ملف القضية"، والشاهد هنا أن ملاحظات المحامي المكتوبة مستثناة من المنع والإذن معا، وهنا يظهر السبب، وهو مصلحة المتهم، وهو ما يسمى الاستحسان بالمصلحة.

المثال الخامس: المادة السابعة والخمسون

"لرئيس هيئة التحقيق والادعاء العام أن يأمر بضبط الرسائل والخطابات والمطبوعات والطرود، وله أن يأذن بمراقبة المحادثات الهاتفية وتسجيلها، متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة في جريمة وقعت، على أن يكون الأمر أو الإذن مسبَّبًا ومحددًا بمدة لا تزيد على عشرة أيام قابلة للتجديد وفقًا لمقتضيات التحقيق".

هذا النص يقرر استثنائيين: أحدهما الأمر بضبط الرسائل والخطابات والمطبوعات والطرود، ولآخر الإذن بمراقبة المحادثات الهاتفية وتسجيلها، وهذان الاستثناءان من الأصل الذي قرره النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية في المادة الأربعين منه، التي نُص فيها على أن "المراسلات البرقية، والبريدية، والمخابرات الهاتفية، وغيرها من وسائل الاتصال، مصونة، ولا يجوز مصادرتها، أو تأخيرها، أو الاطلاع عليها، أو الاستماع إليها، إلا في الحالات التي يبينها النظام"، كما أكدها نظام الإجراءات الجزائية في المادة السادسة والخمسين، التي نص المنظم في نهايتها على منع ذلك "إلا بأمر مسبَّب ولمدة محددة، وفقًا لما ينص عليه هذا النظام"، وهو بهذه العبارة يشير إلى هذين الاستثناءين، ومشاكلهما، وهذا الأصل المشار إليه محل احترام وصيانة من التشريعات الدولية باعتباره حقا أصيلا من حقوق الإنسان[93]، فجاء الاستثناءان مقيدين بقيد التسبيب الدقيق، والمدة المحددة بعشرة أيام قابلة للتجديد وفقا لمقتضيات التحقيق، ونستشف من النص أن الاستثناء تم لمصلحة التحقيق وخدمة للعدالة، وهو هنا الاستحسان بالمصلحة.

المبحث الثالث: الاستحسان بالضرورة

الضرورة حالة استثنائية تصاحب تطبيق الشريعة وتعود إلى عدد من الأسباب[94] منها: انعدام المحل أو عجز المكلف، وفي كل الأحوال، فإنها معتبرة في الشريعة، وشُرع لها عدد من أحكام الرخص، وقد عناها النص بهذا المدلول في أكثر من موضع، سواء كان في القرآن أم في السنة، ففي القرآن يقول المولى تبارك وتعالى:﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ (الأنعام/119)، فهذا النص وضع قاعدة عامة بلورها الأصوليون بالقول: الضرورات تبيح المحظورات[95]، ثم أورد القرآن التمثيل ببعض المفردات المحرمة التي يمكن جعلها نماذج لما سيكون من الأطعمة. قال تعالى: ﴿قُلْ لاَ أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (الأنعام/145) وهكذا، فإن حالة الاضطرار تلغي الحظر تماما إلغاء دائما أو إلغاء مؤقتا، ويسقط التكليف ومن ثم فالمكلف في هذه المنطقة المرفوع عنها الحظر يعد

في حل، ولا يقيده إلا ما قصده النص: غَيْرَ باغٍ "فِي أَكْلِهِ فَوْقَ حَاجَتِهِ"، وَلا عادٍ "بِاسْتِيفَاءِ الْأَكْلِ إِلَى حَدِّ الشِّبَعِ"[96]، فالنص يقف بالمكلف عند رفع الضرورة فقط دون تجاوزها، فمن أذهب غصته التي كادت تهلكه بملء فمه خمرا لا يجوز أن يتجاوزها لغيرها أبدا وإلا عد متعديا[97]، وهكذا بقية المحرمات، ولهذا صاغ الإمام الشافعي قاعدة أخرى هي: "إذا ضاق الأمر اتسع وإذا اتسع ضاق"[98]، والاستحسان بالضرورة من أنواع الاستحسان، وقد مثل له الفقهاء بعدد من الأمثلة أهمها أمثلة الاستحالة في الطهارة، وتعني طهارة ما خالطته النجاسة بغسله بالماء حتى يغلب على الظن طهارته، كالآبار، والحياض، والأواني المنزلية، وغيرها[99].

وعند التطبيق سنركز على كل نص في النظام نص على الاستثناء، استنادا إلى الضرورة، أو كل نص يصعب تطبيقه والحكم به من قبل القاضي؛ لانعدام المكان أو لعجز المكلف بصفة دائمة أو مؤقتة، وبناء عليه سيتم تقسيم المبحث إلى قسمين هما: النصوص المصرحة بالضرورة، والنصوص غير الممكن تطبيقها لانعدام المكان أو عجز المكلف، على النحو التالي:

أولا: الاستحسان بالضرورة المنصوص عليها

ونعني بها المادة التي نص المنظم فيها على الاستثناء بالضرورة، وعند التمثيل سيظهر المعنى أكثر.

المثال الأول: المادة الثانية بعد المائة

"يجب أن يكون الاستجواب في حال لا تأثير فيها على إرادة المتهم في إبداء أقواله، ولا يجوز تحليفه ولا استعمال وسائل الإكراه ضده. ولا يجوز استجواب المتهم خارج مقر جهة التحقيق إلا لضرورة يقدرها المحقق".

حدد المنظم مكان التحقيق بجهة معينة، وهي مقر النيابة العامة في النطاق الجغرافي للجريمة وفقا للاختصاص المكاني، والمنظم هنا يقر أصلا من أصول التحقيق وهو: وجوب تخصيص مكان للتحقيق مع المتهم[100]، غير أن المنظم هنا استثنى حالة الضرورة، حيث إن

المنظم نص على أن للمحقق حق التحقيق خارج مقر التحقيق لضرورة يقدرها، وهو بهذا يمنح سلطة تقديرية للمحقق تقتضيها طبيعة الجريمة، وطبيعة المكان والزمان[101]، وهذا الاستثناء هو ما نسميه الاستحسان بالضرورة.

المثال الثاني: المادة الثامنة والأربعون

"يجب أن يتضمن محضر التفتيش ما يأتي:

1. اسم من أجرى التفتيش ووظيفته وتوقيعه وتاريخ التفتيش وساعته.
2. نص الإذن الصادر بإجراء التفتيش، أو بيان الضرورة الملحة التي اقتضت التفتيش بغير إذن".

من المعلوم أن تفتيش المنازل والأشخاص والأماكن الخاصة لا يتم إلا بناء على إذن النيابة ذات الاختصاص العام في هذا المجال[102]، حيث نص المنظم في هذه الفقرة (2) على الإذن، والمقصود بالإذن هنا: الإذن الصادر من قاضي التحقيق أو من المحكمة، والشاهد في هذا النص هو الاستثناء لحالة الضرورة الملحة التي جعلت المحقق يقوم بالتفتيش بغير إذن، وقد صف المنظم الضرورة بالملحة؛ للإشارة إلى أهمية الإذن في إجراء التفتيش، وأن التفتيش بدون إذن يكون في أضيق الحدود[103]، وهذا الاستثناء هو ما نسميه الاستحسان بالضرورة.

المثال الثالث: المادة السادسة والثلاثون بعد المائة

"موعد الحضور في الدعوى الجزائية ثلاثة أيام على الأقل من تاريخ تبليغ الخصوم بلائحة الدعوى، ويجوز في حال الضرورة نقص هذا الموعد إلى ساعة...".

الأصل في المواعيد القضائية أن تكون دقيقة محددة بأيام معدودة أو بساعات معدودة؛ لما يترتب على ضبط المواعيد من مصالح لقضاء حوائج الناس، ومنع تراكم القضايا أمام المحاكم، وهذا ما قرره المنظم في هذا النص؛ حيث حدد الموعد بثلاثة أيام ابتداء، كحد أدنى من تاريخ إبلاغ الخصوم، وهذا هو الأصل في المدد النظامية في هذا النظام إذا لم ينص القاضي أو صاحب

الصلاحية على أكثر من ذلك، غير أنه عند الضرورة يجوز إنقاص المدة عن ثلاثة أيام إلى حد ساعة، وهي حالات استثنائية أملتها الضرورة على القاضي لتسريع التقاضي، حيث منح النظام صلاحية تقديرية للمحكمة أن تقلل المدة لما دون ثلاثة أيام وإلى حد الساعة "في حال الضرورة"، وهذا الاستثناء هو ما نطلق عليه الاستحسان بالضرورة، فالمنظم أجاز للضرورة انقاص المدة إلى ساعة.

المثال الرابع: المادة الثالثة والثمانون بعد المائة

"يجب على المحكمة التي تصدر حكمًا في الموضوع أن تفصل في طلبات الخصوم المتعلقة بالأشياء المضبوطة، ولها أن تحيل النزاع في شأنها إلى المحكمة المختصة إذا وجدت ضرورة لذلك، ويجوز للمحكمة أن تصدر حكمًا بالتصرف في المضبوطات أثناء نظر الدعوى".

نص المنظم في هذه المادة على أن المحكمة يجب عليها أن تصدر حكما فيما بين يديها من القضايا متى اكتملت إجراءات التقاضي، وليس لها الحق في أن تتوقف عن إصدار الحكم أو التنحي عنه، لكن المنظم عدل عن هذا الحكم في حالة الضرورة، حيث أعطاها الحق في إحالة النزاع إلى المحكمة المختصة، وهذا العدول المسبب بالضرورة هو الاستحسان الذي نعنيه، وهو في النتيجة حكم، فالمنظم يتوخى العدالة، حيث إن الاختصاص القضائي أكثر دقة من القضاء العام[104]، بيد أنه رفع الحالة إلى درجة الضرورة، ولو أنه نص على الحاجة لكان كافيا، على اعتبار أن التطور النوعي للقضاء حالة إيجابية[105]، والواضح أن المنظم استصحب الأصل الذي يرى شمولية المحكمة[106]

ثانيا: الاستحسان بالضرورة بطريق الاستنباط

ونقصد به ما يمكن استنباطه من النص استشفافا.

المثال الأول: المادة السابعة والأربعون

"يكون تفتيش المسكن بحضور صاحبه أو مَنْ ينيبه أو أحد أفراد أسرته الكامل الأهلية المقيم معه. وإذا تعذر حضور أحد هؤلاء، وجب أن يكون التفتيش بحضور عمدة الحي أو مَنْ في

حكمه أو شاهدين، ويُمَكّن صاحب المسكن أو مَنْ ينوب عنه من الاطلاع على إذن التفتيش ويُثْبَت ذلك في المحضر".

من المسلمات التي تعتمدها القوانين والأنظمة في العالم موضوع الوصول إلى الحقيقة، وتحقيق العدالة، ومن ثم فإن كل الإجراءات التي نصت عليها الأنظمة إنما هي وسائل لتحقيق هذه الغاية، ومن الوسائل التي تسهم في الحصول على الأدلة: إجراءات تفتيش المنازل والأشخاص، والمنظم في هذا النص حدد ضوابط التفتيش، ومن يجب حضوره عند التفتيش، غير أنه قد يتعذر حضور من ذكرهم النص، وهنا تأتي الضرورة، ومن هنا نستشف أن النص لا يمنع من التفتيش عند الضرورة حتى مع عدم وجود المذكورين للحصول على أدلة الإثبات لغاية تحقيق العدالة، وهذا ما نسميه الاستحسان بالضرورة، والمنظم يستثني حالات معين للضرورة، ومن ذلك ما جاء في المادة الثانية والخمسين التي تنص على وقت التفتيش، واستثنى -استحسانا- حالة التلبس، حيث نص على أنه "يجب أن يكون التفتيش نهارًا من شروق الشمس إلى غروبها في حدود السلطة التي يخولها النظام، ويمكن أن يستمر التفتيش إلى الليل ما دام إجراؤه متصلًا. ولا يجوز دخول المساكن ليلًا إلا في حال التلبس بالجريمة"، فكما أن حالة التلبس حالة اضطرار منصوص عليها، فكذلك التفتيش مع عدم وجود غير المذكورين في النص يعد استحسانا بالضرورة.

المثال الثاني: المادة التاسعة والسبعون

"ينتقل المحقق - عند الاقتضاء - فور إبلاغه بوقوع جريمة داخلة في اختصاصه إلى مكان وقوعها؛ لإجراء المعاينة اللازمة قبل زوالها أو طمس معالمها أو تغييرها، ولا يحول ذلك دون إسعاف المصابين".

من الأمور اللازمة للحصول على معلومات دقيقة عن الجريمة الإبقاء على مسرح الجريمة كما هو دون أن يمس، بحيث لا يجوز تحريك أي شيء في ذلك المسرح حفاظا على معلوماتها اللازمة للتحقيق[107]، ولهذا فالمنظم نص هنا على الفورية في الانتقال إلى مسرح الجريمة خوفا

من زوالها وطمس معالمها، ولكن نستنبط من النص: (ولا يحول ذلك دون إسعاف المصابين) حالة استثنائية أملتها ضرورة الحفاظ على الحياة وهو الإسراع في إسعاف المصابين استثناء من حالة إبقاء كل شيء في مكانه؛ حفاظا على مكان الجريمة من العبث[108]، وهذا هو الاستحسان بالضرورة.

المثال الثالث: المادة السابعة والثمانون

"يكون رد الأشياء المضبوطة إلى من كانت في حيازته وقت ضبطها، وإذا كانت المضبوطات من الأشياء التي وقعت عليها الجريمة، أو المتحصلة من هذه الأشياء، فيكون ردها إلى من فقد حيازتها بالجريمة، ما لم يكن لمن ضبطت معه حق في حبسها".

الأصل في المضبوطات أن تعود إلى مالكها الأول الذي يملكها بأي صورة من صور التملك، حيث إنه بعد أن ينتهي قاضي التحقيق من عمله الجنائي ليس له الحق في الاحتفاظ بأي مضبوطات إلا ما له تعلق بالجريمة ووجوده لازم لسير التحقيق[109]، وهذا ما أكده المنظم في هذا النص وفي غيره، غير أن هذا النص استثنى حالة من حالة حبس المضبوطات، وهي حق حبس المضبوطات لمن ضبطت معه، حيث إن إثبات الحق في المضبوطات لمن ضبطت عنده جعل المنظم يمنحه حق حبسها والاحتفاظ بها حتى يعود له حقه؛ لضرورة حفظ الحقوق الخاصة وصيانتها، وهذا هو استثناء، وهو ما يسمى بالاستحسان بالضرورة.

المثال الرابع: المادة الرابعة والتسعون

"إذا كان الشيء المضبوط مما يتلف بمرور الزمن، أو يستلزم حفظه نفقات كبيرة تستغرق قيمته، أمرت المحكمة بتسليمه إلى صاحبه، أو إلى الهيئة العامة للولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم؛ لبيعه بالمزاد العلني متى سمحت بذلك مقتضيات التحقيق، وفي هذه الحال يكون لمدعي الحق فيه أن يطالب بالثمن الذي بيع به".

الأصل في المضبوطات أن تحفظ حتى الانتهاء من القضية، وصدور الحكم فيها وبيان مصيرها، وإذا كانت من المملوكات للأيتام والقصر ومن في حكمهم، فيجب حفظها حتى يتسلمها

أصحابها عند امتلاك الأهلية، غير أن المنظم استثنى من ذلك المضبوطات التي تتلف مع مرور الزمن، أو كان التخزين يكلف أكثر من قيمتها، ولذلك جاز للمحكمة التصرف بها بطريقتين: إحداهما التسليم للمالك، والأخرى تسليمها "إلى الهيئة العامة للولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم[110]؛ لبيعها بالمزاد العلني متى سمحت بذلك مقتضيات التحقيق"، وجاء هذا الاستثناء للضرورة؛ حفظا للمال.

المثال الخامس: المادة الثامنة بعد المائة

"إذا لم يكن للمتهم مكان إقامة معروف فعليه أن يعين مكانًا يقبله المحقق، وإلا جاز للمحقق أن يصدر أمرًا بتوقيفه".

السير في القضية دون توقف، والحفاظ على سلامة التحقيق، والوصول إلى المحاكمة بصورة منتظمة أمر يسهم في تحقيق العدالة، ومن ثم فكل ما يسهم في الوصول إلى ما يحقق العدالة جاز استعماله، ولو كان فيه تقييد لحرية الأفراد، وهذا ما أكد عليه المنظم في هذا النص، حيث إن المحقق عندما يقرر الافراج عن المتهم بكفالة أو بضمانة لا بد أن يكون له مكان محدد للاستدعاء عند الحاجة، فإن لم يكن له مكان محدد، فللمحق –اضطرارا- الحق في توقيفه، والتوقيف في هذه الحالة وضع استثنائي، وليس هو الأصل، ومفهوم المخالفة للنص أنه إذا تمكن المتهم أثناء التوقيف من الحصول على مكان معلوم يقنع المحقق، فإنه يحصل على الإفراج بضمان مكان الإقامة[111]، أو بأي ضمانة من الضمانات المحددة في النظام، والاستثناء الذي ذكره المنظم هو توقيف المتهم، ويسمى الاستحسان بالضرورة.

المبحث الرابع: الاستحسان بالعرف

الاستحسان بالعرف[112]: هو أن يترك العمل بمقتضى القاعدة العامة للعرف، وقد مثل له الأصوليون بعدد من الأمثلة، أهمها:

1. استئجار الحمام بأجرة معينة، فالمعلوم هنا الأجرة، والمجهول المقابل هو كمية الماء المستخدمة ومدة استخدام الحمام، وبناء على هذه الجهالة فالعقد غير جائز، ولكن عدل

عن هذا الحكم إلى الجواز؛ لأن الجهالة المذكورة لا تفضي إلى المنازعة، والخصومة؛ لتعارف الناس على ذلك[113].

2. الإنفاق من المال المشترك في السفر المأذون أو المتفق عليه للسكن والطعام، إذا سافر أحد الشركاء بالمال، وقد أذن له بالسفر، أو قيل له اعمل برأيك، أو عند إطلاق الشركة، فالقياس أن لا ينفق شيئا من ذلك على نفسه أو طعامه؛ لأن الإنفاق من مال الغير لا يجوز إلا بإذنه نصا، لكنه ترك القياس لاستحسان العرف، فله أن ينفق من جملة المال على نفسه في الاستئجار والطعام ونحوهما من رأس المال؛ لأن عادة التجار الإنفاق من مال الشركة، والمعروف كالمشروط[114].

3. جواز وقف المنقول الذي جرى العرف بوقفه كالكتب والأواني وغيرها، على مذهب بعض العلماء، عدلا عن الأصل العام في الوقف إلى جريان العرف به استحسانا، والأصل فيه أن يكون الوقف مؤبدا، فهذا لا يصح إلا في العقار غير المنقول[115].

ولأن دور العرف في نظام الإجراءات الجزائية متواضع وغير متوسع أو غير مؤثر[116]، فسنكتفي بما تمكنا من إيجاده من الأمثلة، على النحو التالي:

المثال الأول: المادة الأولى

"تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقًا لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة، وتتقيد في إجراءات نظرها بما ورد في هذا النظام".

من المسلمات في القوانين والأنظمة في كل أنحاء العالم أن القاعدة القانونية تتسم بالعمومية والتجرد، ومن ثم لا يستثنى أحد من تطبيقها، ولكن ثمة أعراف دولية تتعلق بالاستثناء لبعض المؤسسات الدولية، وبعض الأشخاص من إجراءات هذا القانون أو ذاك وفقا للعرف الدبلوماسي، وهو ما يسمى الحصانة الدبلوماسية[117]. وعليه، فإن عدم تطبيق هذا

النظام على الهيئات الدولية والسفارات والبعثات الدبلوماسية والأشخاص الدوليين استثناء بالعرف، وهو ما نسميه استحسانا.

المثال الثاني: المادة الرابعة والخمسون بعد المائة

"جلسات المحاكم علنية، ويجوز للمحكمة -استثناء- أن تنظر الدعوى كلها أو بعضها في جلسات سرية، أو تمنع فئات معينة من الحضور فيها؛ مراعاة للأمن، أو محافظة على الآداب العامة، أو كان ذلك ضروريًا لإظهار الحقيقة".

القاعدة العامة في المحاكمات أن تكون علنية، وهذا المبدأ أو القاعدة من القواعد السارية في القوانين في كل أنحاء العالم، على اعتبار أن علنية المحاكمة غايتها تحقيق العدالة، وتظهر أهمية علنية المحاكمة من كونها تبعث الطمأنينة في المجتمع[118]، وقد يعدل المنظم في أي بلد من البلدان إلى السرية لأسباب يحددها النظام، وقد نص نظام الإجراءات الجزائية السعودي على الأسباب التي تجعل القاضي يعدل عن العلنية إلى السرية في ثلاثة أشياء: مراعاة الأمن، أو المحافظة على الآداب العامة، أو إذا كان ذلك ضروريًا لإظهار الحقيقة. وما يمكن استشفافه من تلك الاستثناءات هو العرف، حيث إن المنظم نص على الآداب العامة، وهي ما لا يمكن تحديده في الغالب إلا بالعرف[119]، وهذا عدول عن العلنية إلى السرية بالعرف، وهو ما نسميه الاستحسان.

المثال الثالث: المادة الثالثة والأربعون

"يجوز لرجل الضبط الجنائي -في الأحوال التي يجوز فيها نظامًا القبض على المتهم- أن يفتشه. ويشمل التفتيش جسده وملابسه وأمتعته. وإذا كان المتهم امرأة وجب أن يكون التفتيش من قبل امرأة يندبها رجل الضبط الجنائي".

لم يرد في هذا النص استثناء لأحد من التفتيش -وفق الحالات المبينة- ممن يقطن في القطر الذي يسري فيه النظام، وهو أرض المملكة العربية السعودية، وما يقع في نطاقها من سفنها وهيئاتها الدبلوماسية[120]، غير أنه وفق العرف الدبلوماسي يمكن العدول عن هذا الحكم

إلى حكم آخر، هو عدم التفتيش لعناصر البعثات الدبلوماسية والدولية، على اعتبار أنهم يتمتعون بحصانة كاملة[121]، وهذا هو الاستحسان بالعرف.

المثال الرابع: المادة الرابعة والأربعون

"يجوز لرجل الضبط الجنائي في حال التلبس بالجريمة أن يفتش مسكن المتهم ويضبط ما فيه من الموجودات التي تفيد في كشف الحقيقة؛ إذا اتضح من أمارات قوية أنها موجودة في المسكن".

من المعلوم أن للمساكن ودور العبادة حرمة لا يجوز انتهاكها إلا في حالة التلبس[122] التي نص عليها النظام، وهذا الاستثناء المنصوص عليه (حالة التلبس) تمنح رجل الضبط الجنائي الصلاحية في أن يفتش المسكن الذي فيه التلبس، غير أن العرف يجعل من مساكن الهيئات الدبلوماسية محلا محصنا لا يجوز اقتحامه أو تفتيشه بأي صورة من الصور[123]، إلا بعد أخذ إذن الجهات المسؤولة عنها، وهو ما يعني العدول عن شمول النص، واستثناء تلك المساكن للعرف الدولي[124]، وهذا هو الاستحسان بالعرف.

المثال الخامس: المادة السابعة والأربعون

"يكون تفتيش المسكن بحضور صاحبه أو مَنْ ينيبه أو أحد أفراد أسرته الكامل الأهلية المقيم معه. وإذا تعذر حضور أحد هؤلاء، وجب أن يكون التفتيش بحضور عمدة الحي أو مَنْ في حكمه أو شاهدين، ويُمَكّن صاحب المسكن أو مَنْ ينوب عنه من الاطلاع على إذن التفتيش ويُثْبَت ذلك في المحضر".

من الأمور المعلومة أن المساكن تحظى بحرمة[125]، فلا يجوز أن يفتش المسكن إلا بحضور صاحبه أو أحد أفراد الأسرة الكامل الأهلية، والغاية من هذا الاحترازِ الحفاظُ على خصوصية الناس، وهذه القاعدة محل احترام، غير أن العرف يعدل بالحكم إلى الإباحة في حالة أن يكون المسكن المراد تفتيشه مهجورا ومقفرا، على اعتبار أن البيوت المهجورة والمقفرة لا تتعلق بها أسرار السكن التي روعيت حرمته بسببها [126]، وهذا العدول يسمى الاستحسان بالعرف.

الخاتمة:

من المسلمات المعتبرة عند الباحثين الارتياحُ عند الخلوص من مؤلف ما، بل إنه ينتاب الباحث شعور بالأبوة، وأنا من ذلك النوع، فهذا البحث أخذ مني جهدا كبيرا حتى وصل إلى ما وصل إليه، ومن الأمور الممتعة لدى الباحثين العيشُ بين المصادر والمراجع والمعلومات العلمية، فإذا اجتمع للباحث علمان كان من السعداء، وقد جمع الله لي في هذا البحث بين علم الأصول وعلم القانون، ومعلوم أن تطبيق القواعد الأصولية على القوانين والأنظمة يحتاج إلى دربة كبيرة، ويحتاج إلى امتلاك المصطلح في العلمين، وقد اجتهدت في هذا البحث في تقديم ما عنَّ لي تقديمه ووصفه، ويحسن بي في نهايته أن أضع بين يدي الباحثين والقُرَّاء عددا من النتائج والتوصيات على النحو التالي:

أولا: النتائج

يصعب حصر النتائج التي توصل إليها الباحث في بحثه وتقديمها، ومن ثم فإنني سأقتصر على عدد منها، وهي:

1. بلغ عدد الأمثلة التي عرضتها في مباحث البحث الأربعة واحدا وثلاثين مثالا، ولم أتمكن من أن يكون المبحث الأخير مقاربا في حجمه للمباحث الثلاثة الأولى؛ لقلة الأمثلة التي وجدتها فيه.
2. لأني اتخذت منهجا في الاستحسان بالنص وأقصد النص النظامي، حيث كان الاستحسان بالنص من أكثر الأمثلة في النظام لحرص المنظم السعودي على حقوق العباد، فكثّر من القيود والاستثناءات التي تحقق العدالة، عملا بقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.
3. توصلت إلى أن القاعدة الأصولية عند تطبيقها على القاعدة القانونية تمنح المنظم والقاضي مقدرة على تلافي أخطاء الصياغة، وأخطاء الاجتهاد، فيخرج النظام أو الحكم محكما قليل الثغرات.

4. أن العرف ضعيف الصلة بالقوانين الجنائية في كل التشريعات؛ على اعتبار أن المنظم يحرص على أن تكون كل الإجراءات منصوصا عليها؛ منعا لما قد يحدث من اجتهادات قد يعتريها الخطأ.

ثانيا: التوصيات.

باعتبار أن البحث المتعلق بتطبيق القواعد الأصولية من البحوث القليلة نسبيا فإني أضع بين يدي الباحثين عددا من التوصيات التي أتوقع أنها تخدم البحث العلمي لدى الباحثين في هذين المجالين، وهذه التوصيات هي:

1. تطبيق قاعدة رعاية المآل في نظام الإجراءات الجزائية.
2. تطبيق قاعد سد الذرائع على النظام ذاته.
3. القيام بدراسة القواعد الأصولية وأثرها في صياغة الأنظمة في المملكة العربية السعودية.
4. تطبيق قواعد رعاية المصلحة في نظام القضاء.

وأخيرا

فإن البحث الأصولي النظامي (القانوني) ذو صبغة تطبيقية يحتل الاجتهاد فيه المرتبة الأولى؛ ولذلك فما يعتقده باحث مثالا قد لا يعتبره باحث آخر كذلك، وقد تتطابق وجهات النظر وقد تتباين، وحسبي سلامة الإجراء البحثي، وقد بذلت وسعي في البحث، فإن أحسنت فذلك فضل من الله، وإن أخطأت فحسبي ما بذلت من جهد.

الهوامش والإحالات:

(1) اصطلح البحث القانوني في المملكة العربية السعودية على تسمية (المشرع) المعروفة في البحث القانوني في العالم بمصطلح المنظم؛ نسبة إلى تسمية المملكة العربية السعودية للقوانين أنظمة، واحدها نظام.

(2) بعض المناهج تسميه المفاهيم المفتاحية وبعضها تجعله تمهيدا والبعض يطلق عليه توطئة.

(3) انظر: محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين بن منظور (ت 711هـ) لسان العرب، دار صادر، بيروت، عام 1414هـ ط/3، 361/3.

(4) علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: 816هـ) كتاب التعريفات، تحقيق جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1403هـ 1983م، ط/1، 171.

(5) جلال الدين أبو عبدالله محمد بن أحمد المحلي، البدر الطالع في حل جمع الجوامع، شرح وتحقيق مرتضى علي محمد الدغستاني، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت لبنان، عام 1426هـ 2005م، ط/1،1/74.

(6) محمد بن علي بن القاضي محمد حامد التهانوي (ت بعد 1158هـ)، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تقديم وإشراف ومراجعة رفيق العجم، تحقيق علي دحروج، نقل النص الفارسي إلى العربية: عبد الله الخالدي، الترجمة الأجنبية: جورج زيناني، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، عام 1996م ط/1،1/1295/2.

(7) إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي (ت790هـ) الموافقات، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، عام 1417هـ 1997م، ط/1، 193/5.

(8) انظر: منصور محمود مقدادي، الاستحسان حقيقته وتطبيقاته عند الشافعية، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، المجلد27، العدد1، عام 2010م،117.

(9) أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي (ت 204هـ) الرسالة، تحقيق أحمد شاكر، مكتبة الحلبي، مصر، عام 1358هـ1940م، ط/1،507.

(10) لا شك أنه يقصد بالخبر هنا السنة النبوية.

(11) نفسه.

(12) انظر: محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، عام 1427هـ2006م، ط/2، 251/2.

(13) هو عُبَيْد الله بن الحسين الكَرْخي، من فقهاء الأحناف، انتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق، كان ممن له دور تنظيري في الفقه الحنفي ويشار له بالبنان، وعندما يذكر اسمه تذكر معه بدايات التدوين في أصول الفقه عند الحنفية، والكرخي نسبة إلى الكرخ وهي أحد مكونات مدينة بغداد، له عدد من المؤلفات التي تعد مراجع في المذهب (ت 340هـ) انظر ترجمته: أبو الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي الهندي (ت 1304هـ)، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، عني بتصحيحه وتعليق بعض الزوائد عليه: محمد بدر الدين أبو فراس النعساني، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، بدون ط ت، 108، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس الزركلي، الدمشقي (ت 1396هـ)، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، 2002 م، ط/15،4/193.

(14) عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي (ت 730هـ)،كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة وبدون تاريخ، 3/4.

(15) محمد بن علي الطيب أبو الحسين البَصْري (ت 436ه)، المعتمد في أصول الفقه، تحقيق خليل الميس، دار الكتب العلمية، بيروت، عام 1403ه ط/1، 296/2.

(16) المقصود ما ذكره بعض الأصوليين من (أنه دَلِيلٌ يَنْقَدِحُ فِي نَفْسِ الْمُجْتَهِدِ لَا تُسَاعِدُهُ الْعِبَارَةُ عَنْهُ وَلَا يَقْدِرُ عَلَى إبْرَازِهِ وَإِظْهَارِهِ)، ذكره الغزالي نقلا في المستصفى،173/1.

(17) القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري (ت 543ه)، المحصول في أصول الفقه، تحقيق حسين علي اليدري، سعيد فودة، دار البيارق،عمان، عام 1420ه 1999م، ط/1،132.

(18) محمد أبو زهرة، مالك وعصره وآراؤه الفقهية، دار الفكر العربي، القاهرة، عام 1952م ط/2، 382.

(19) المنصوص عليه في حديث ِ ابْنِ عَبَّاسٍ، قَالَ: قَدِمَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَالنَّاسُ يُسْلِفُونَ، فَقَالَ لَهُمْ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (مَنْ أَسْلَفَ فَلَا يُسْلِفْ إِلَّا فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ) رواه مسلم، كِتَابُ الْمُسَاقَاةِ بابُ السَّلَمِ، ووجه الشاهد أن القاعدة العامة في البيع والمثبتة بنصوص كثيرة أن البيع لابد أن يكون لشيء في اليد وهنا السلعة غائبة تماما فشرع السلم بالنص للتيسير وتحريك مصالح العباد.

(20) وأصل مشروعيتها قوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا﴾ (النساء/11) ووجه الشاهد أن الوصية تمليك لما بعد الموت، والقاعدة المقررة أن الميت لا يملك ولكن صححت الوصية خلافا للقاعدة، وهو استحسان بالنص، انظر: مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها، مصادر التشريع التبعية، دار الإمام البخاري، دمشق، بدون ط ت.،140.

(21) وأصل مشروعيته أَنَّ رَجُلًا ذَكَرَ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أَنَّهُ يُخْدَعُ فِي البُيُوعِ، فَقَالَ: (إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لاَ خِلاَبَةَ) رواه البخاري، كِتَابُ البُيُوعِ، بَابُ مَا يُكْرَهُ مِنَ الخِدَاعِ فِي البَيْعِ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، ووجه الشاهد أن أركان البيع متى توفرت لزم البيع، ولكن الشارع أوجد بهذا النص مجالا لكلا البيعين الخيار، وهو على خلاف القاعدة العامة.

(22) انظر: عجيل جاسم النشمي، الاستحسان حقيقته ومذاهب الأصوليين فيه، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، كلية الشريعة، جامعة الكويت، السنة الأولى، العدد الأول، 1404ه، 122.

(23) عندما نظر الأصوليون لفكرة الاستحسان بالنص إنما قصدوا النص أو الأثر من القرآن والسنة.

(24) ومعنى الإلزام في القاعدة القانونية أنه يجب على كل من عناهم النص القانوني تطبيقه والامتثال له، والقاعدة القانونية تكتسب قوتها الإلزامية من جهة مصدرها ومن جهة ما يقترن بها من جزاء مادي، انظر: عبد الباقي الكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، المكتبة القانونية، بغداد، بدون ط ت،32.

(25) ومعنى العموم في القاعدة القانونية أنه تتوجه لكل أفراد المجتمع بصفاتهم لا بأعيانهم، انظر: محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، عام 2010م ط/1، 17.

(26) ومعنى التجريد أنها لا ترتبط بشخص معين، أو عند نشأتها لم تنشأ من أجل شخص وإنما تنشأ لمعالجة حالة أو تصرف أو واقعة هي معنية بمعالجتها وبيان المطلوب من المجتمع إزاءها، المصدر نفسه.

(27) حدد المنظم في المادة الخامسة عشرة الجهة التي من حقها تحريك الدعوى الجنائية فنص على أن (تختص هيئة التحقيق والادعاء العام (النيابة العام) - وفقًا لنظامها - بإقامة الدعوى الجزائية ومباشرتها أمام المحاكم المختصة) ومن ثم فهي الجهة المختصة التي تقدم إليها الشكوى، كما حدد في المادة السابعة والعشرين جهة أخرى لتلقي البلاغات والشكاوى، فنص على أنه (على رجال الضبط الجنائي كل بحسب اختصاصه أن يقبلوا البلاغات والشكاوى التي ترد إليهم في جميع الجرائم، وعليهم وعلى مرؤوسيهم تحت إشرافهم أن يقوموا بفحصها وجمع المعلومات المتعلقة بها في محضر يوقعون عليه، ويسجلوا ملخصها وتاريخها في سجل يعد لذلك، مع إبلاغ هيئة التحقيق والادعاء العام (النيابة العامة) بذلك فورًا...).

(28) انظر: حازم إسماعيل جاد الله، التنازل عن الحق والرجوع عنه وأثره في الفروع الفقهية، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، عام 1437هـ 2016م، 22.

(29) انظر: إبراهيم بن فهد الودعان، العفو عن العقوبة وأثره في الشريعة والقانون دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في العدالة الجنائية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، عام 1423 هـ2002م، 31، محمد فاروق النبهان، مباحث في التشريع الجنائي الإسلامي- القتل- الزنا- السرقة، وكالة المطبوعات، الكويت، دار القلم، بيروت، عام1977م، ط/1،133.

(30) انظر: سعد بن محمد آل ظفير، المبادئ العامة للإجراءات الجنائية في المملكة العربية السعودية في مرحلتي الاستدلال والتحقيق، غير معلوم دار النشر،1435هـ2013م،ط/1، 153.

(31) انظر: محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، عام 1998م بدون ط، 131، عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، بدون ط،ت.110/1.

(32) انظر: تنوير أحمد بن محمد نذير، حق الخصوصية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الإنجليزي، أطروحة دكتوراه، الجامعة الإسلامية العالمية، إسلام أباد، باكستان، عام 1428 هـ2007م، 140، محمد بن حيدة، حماية الحق في الحياة في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة "أبو بكر بالقائد"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عام 2017م،114.

(33) المنظم لم يحدد معيارا للأمارات التي تجعل المحقق يفتش غير الجاني المحدد في الجريمة، ولكنه تركها لاجتهاد المحقق، ولاشك أن الأمارات القوية لا تخفى على كثير من المحققين ولهذا فالمنظم قيدها بالقوية للاحتياط والاحتراس.

(34) انظر: محمد سامر القطان، دعوى مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة في ضوء قانون الإجراءات المدنية الإماراتي الاتحادي رقم 11 لسنة 1992 وتعديلاته، مجلة العلوم القانونية، السنة الثانية، العدد الخامس،1438هـ2017م، 147، وليد عيسى موسى عبيات، المسؤولية المدنية للقاضي فيما يتعلق بمهنته في ضوء قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 2 لسنة 2001م) دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة القدس، القدس، فلسطين، عام 1436هـ2015م، 22.

(35) انظر: إبراهيم بن سليمان عبد الله الشائع، حق الخصوصية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، عام 1427هـ، 40.

(36) انظر: خدوجة الدهبي، حق الخصوصية في مواجهة الاعتداءات الإليكترونية دراسة مقارنة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة بوضياف، المسيلة، جمهورية الجزائر، المجلد الأول، العدد 8، عام2017م.114.

(37) انظر: سوزان عدنان الأستاذ، انتهاك حرمة الحياة الخاصة عبر الإنترنت دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد 3، عام 2013م،433.

(38) هو أن يكون مكتوبا وذا علاقة مباشرة بالقضية محل التحقيق. ينظر: أحمد عبد الله الزهراني، التفتيش التحقيقي في النظام السعودي، مجلة العدالة، وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، العدد (17) محرم عام 1424هـ، 20.

(39) انظر: إبراهيم بن سعد النغير، تفتيش المنازل في نظام الإجراءات الجزائية السعودي وتطبيقاته، رسالة ماجستير، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، عام 1425هـ 2004م، 83.

(40) المثال من جنس الاستثناء المتصل، وتم إيراده لبيان لفظة الاستثناء المستخدمة من المشرع.

(41) أصبح اسمها: النيابة العامة.

(42) انظر: خالد بن عبد الله العضيدان، دور هيئة التحقيق والادعاء العام في الإشراف على تنفيذ العقوبات البدنية دراسة تأصيلية تطبيقية، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، عام 1428هـ2007م21، محمود نظمي محمد صعابنة، دور النيابة العامة في إقامة الدعوى العمومية في فلسطين دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون، جامعة النجاح، فلسطين، عام 2011م،46.

(43) انظر: باسم صبحي بشناق، الفصل بين السلطات في النظام السياسي الإسلامي دراسة تحليلية نظرية الفصل بين السلطات في القانون الوضعي، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، غزة، المجلد الحادي والعشرون، العدد الأول عام 2013م، 605.

(44) التنحي هو: ابتعاد المحقق أو القاضي عن مباشرة السير في القضية، وهو إما تنحٍ وجوبي، أو تنحٍ اختياري، ويطلق عليه أيضا رد القاضي، والمنظم هنا يؤكد على التنحي الوجوبي، انظر: إنعام عبد

الحكيم عارف فرح، حياد القاضي ونزاهته في الشريعة الإسلامية وقانون أصول المحاكمات الشرعية، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، جامعة الخليل، فلسطين، عام 1437هـ 2016م، 78، عمار فوزي، قاضي التحقيق، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة الأخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر،2010م، 22

(45) انظر: باسل أبو عون، الجرائم الماسة بالحق في الخصوصية، رسالة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، عام 2017م،5.

(46) انظر: حامد راشد، تفتيش المسكن في قانون الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات، الفكر الشرطي، مركز البحوث، القيادة العامة لشرطة الشارقة، مجلد 1، العدد 4، عام 1993م،195.

(47) وتعني أن الشخص وحده مسؤول عن فعله وليس غيره، انظر: مصطفى إبراهيم الزلمي، المسؤولية الجنائية في الشريعة دراسة مقارنة بالقانون، احسان للنشر والتوزيع، طهران، عام1435هـ 2014م، ط/1،99.

(48) انظر: أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، دار الشروق، بيروت، لبنان، عام 1409هـ1988م، ط/4، 37.

(49) انظر: سيدي محمد الحمليلي، السياسة الجنائية بين الاعتبارات التقليدية للتجريم والبحث العلمي في مادة الجريمة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بالقائد تلمسان، الجزائر، عام 1433هـ2012م، 66.

(50) انظر: أمل إبراهيم الدباسي، مسؤولية الشخصية الاعتبارية دراسة فقهية، مركز التميز البحثي، جامعة الإمام محمد الإسلامية، السعودية، عام 1434هـ 2013م، ط/1،25.

(51) انظر: ابن منظور، 2/ 517، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الرازي (ت 666هـ) مختار الصحاح، تحقيق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، عام 1420هـ 1999م، ط/5، 178.

(52) أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي (ت 395هـ) معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، عام 1399هـ 1979م،بدون رقم ط.

(53) انظر: إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، دار الدعوة، القاهرة، بدون ط ت، 520.

(54) أبو حامد محمد بن محمد الغزالي (ت 505هـ) المستصفى، تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، عام1413هـ 1993م، ط/1، 174.

(55) نفسه174.

(56) محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، عام 1393هـ 1973م ط/ 2، 23.

(57) الهندي أحمد الشريف مختار، الاستحسان بالمصلحة عند الإمام مالك وتطبيقاته الفقهية من خلال كتاب الموطأ -دراسة أصولية تطبيقية، مجلة جامعة القرآن الكريم وتأصيل العلوم، محور الشريعة والقانون، العدد الثالث، ربيع الأول 1438هـ ديسمبر 2016م، 108.

(58) يعقوب عبد الوهاب الباحسين، الاستحسان -حقيقته -أنواعه -حجيته -تطبيقاته المعاصرة، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، عام 1428هـ2007م، ط/1، 113.

(59) انظر: صلاح أحمد عبد الرحيم إمام، الاستحسان عند الأصوليين دراسة تطبيقية، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة أسيوط، المجلد 1، العدد 12، عام 2000م،680، الباحسين، الاستحسان، 112.

(60) انظر: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت483هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، عام 1414هـ 1993م،ب ط،103/15.

(61) هو من يقوم بإصلاح الأحذية وخياطتها.

(62) انظر: نزيه حماد، مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي، البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البحث رقم (53) عام1420هـ،21.

(63) رواه الدار قطني، كِتَابُ الْحُدُودِ وَالدِّيَاتِ وَغَيْرُهُ، ورواه عبد الرزاق في مسنده، بَابُ قَطْعِ السَّارِقِ.

(64) علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني (ت 593هـ)،الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق طلال يوسف، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون ط ت، 369/2.

(65) مصطفى بن سعد بن عبده الرحيباني (ت 1243هـ)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، بيروت، عام 1415هـ 1994م، ط/2، 248/2.

(66) الحق الخاص هو ما يقرره الشرع والنظام لشخص ما على آخر/آخرين جبرا لما أصابه بسبب جريمة ما وقعت على نفسه أو ماله، انظر: أحمد محمد الخولي، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1423هـ2003م، ط/1، 19، نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، عام 2010م، ط/1، 38، طلحة بن محمد بن عبد الرحمن غوث، الادعاء العام وأحكامه في الفقه والنظام، كنوز إشبيليا، الرياض، بدون ط،ت، 415.

(67) تم تعديل اسم (هيئة التحقيق والادعاء العام) ليكون (النيابة العامة) ويسمى رئيسها (النائب العام) بالأمر الملكي رقم (أ/ 240) وتاريخ 22-9-1438هـ، انظر:صحيفة أم القرى، العدد 4678، 1438/10/12هـ، 3.

(68) انظر: طلحة بن محمد بن عبد الرحمن غوث،342.

(69) انظر: ياسر حسين بهنس، الوسيط في شرح نظام الإجراءات الجزائية السعودي الجديد الصادر بالمرسوم الملكي م/2، بتاريخ 1435/1/22هـ، مركز الدراسات العربية، القاهرة، عام 1439هـ 2018م، ط/1،49.

(70) نص المادة: (يجوز لرجل الضبط الجنائي - في الأحوال التي يجوز فيها نظامًا القبض على المتهم - أن يفتشه. ويشمل التفتيش جسده وملابسه وأمتعته. وإذا كان المتهم امرأة وجب أن يكون التفتيش من قبل امرأة يندبها رجل الضبط الجنائي).

(71) نص المادة: (إذا قامت أثناء تفتيش مسكن متهم قرائن ضده، أو ضد أي شخص موجود فيه - على أنه يخفي معه شيئًا يفيد في كشف الحقيقة - جاز لرجل الضبط الجنائي أن يفتشه).

(72) انظر: سعد آل ظفير، 224

(73) - انظر: فهد الكساسبة، مصطفى الطراونة، الضوابط القانونية للتفتيش بغير إذن في القانون الأردني والمصري دراسة مقارنة، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 42، العدد 2، عام 2015م، 714، خالد بن محمد الشهري، التفتيش-أشخاص- أماكن، ورقة عمل مقدمة لفعاليات الدورة التدريبية الخاصة بمكافحة المخدرات بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، عام 1437هـ 2016م، 3.

(74) البراءة الأصلية تعني: خلو الفرد من أي مسؤولية تجاه المجتمع وأفراده ومكوناته عن أي جريمة أو تهمة بمقتضى أصل خلقته وفطرته.انظر: يوسف بن إبراهيم الحصين، مبدأ الأصل في المتهم البراءة بين الشريعة والقانون دراسة تأصيلية تطبيقية، رسالة ماجستير في العدالة الاجتماعية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، عام 1428هـ 2007م،13، فؤاد عبد المنعم أحمد، المبادئ الشرعية والنظامية للعدالة الجنائية، الحلقة العلمية الخاصة: حقوق المتهم في الشريعة الإسلامية والنظام لمنسوبي الأمن العام في المملكة العربية السعودية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، عام 1431هـ،5.

(75) انظر: عبد الله بن سليمان المنيع، نظرية براءة المتهم حتى تثبت إدانته وحظها من الاعتبار في الشريعة الإسلامية، مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة للبحوث العلمية والافتاء، العدد 7،عام 1982م، 293.

(76) انظر: يوسف بن إبراهيم الحصين،مبدأ الأصل في المتهم البراءة بين الشريعة والقانون (دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، عام 1428هـ2007م، 13،جويدي مهيشي، قرينة البراءة في التشريع الجزائري دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، الجزائر، عام 2014م،7.

(77) انظر: حسن عبد الغني أبو غدة، حقوق المسجونين في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بالقوانين الوضعية والأنظمة في السعودية، دار جامعة الملك سعود، الرياض، عام 1437 هـ2016م، ب ط، 105.

(78) انظر: دليل المحاكمة العادلة، منظمة العفو الدولية، طبع في المملكة المتحدة، عام 2014م ط/2، 54، كتيب بشأن التعامل مع السجناء الشديدي الخطورة، سلسلة كتيبات العدالة الجنائية، مكتب الأمم المتحدة المتعلق بالمخدرات والجريمة، فينا، النمسا،2017م،127.

(79) انظر: محمد حسين الحمادي وآخرون، وثيقة حقوق المتهم، سلسلة المعارف القانونية، النيابة العامة، حكومة دبي، بدون ط ت، 10،نعيمة مهداوي، سوهيلة أومليل، حقوق السجين في ظل المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية الجزائر، عام 2017م،62.

(80) انظر: المنظمة الدولية للإصلاح الجنائي، الصحة النفسية في السجون دليل إرشادي للعاملين في السجون، لندن،2018م، ترجمه إلى العربية: مكتب الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، عمان، الأردن، 21.

(81) انظر: حسن عبد الغني أبو غدة، أحكام السجن ومعاملة السجناء في الإسلام، مكتبة المنار، الكويت، عام 1407ه1987م، ط/1، 333.

(82) كما نصت عليه المادة التالية لها في الفقرة 2، وهي المادة الثالثة والعشرون من هذا النظام، وانظر: زكريا عبد الرحمن الشايع، التنازل عن الدعوى الجنائية الخاصة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في السياسة الشرعية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، عام 1433ه،49.

(83) انظر: فهد مبخوت حمد هادي، سقوط الدعوى العمومية في القانونين الأردني والكويتي دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط 2014م، 53، محمد بخيت بن مبارك المدرع، انقضاء الدعوى العامة بصدور الحكم النهائي في نظام الإجراءات الجزائية السعودي، رسالة ماجستير في العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، عام 1425ه2004م، 54.

(84) انظر: ياسر بهنس، 51.

(85) انظر: محمد عبد الرحمن قرشي دفع الله، حقوق الإنسان في حرية التنقل في الشريعة الإسلامية والدستور والقانون والاتفاقات الدولية، مجلة العدل، وزارة العدل السودانية، السنة 14، العدد 35، عام 2012م، 131، إلياس بو زيت، حرية تنقل الأشخاص في التشريع الجزائري بين الإطلاق والتقييد، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، الجزائر، عام 2016م. 25.

(86) انظر: عبد العزيز بن مصلح الشمري، السلطات الممنوحة لرجال الضبط الجنائي في ضوء نظام الإجراءات الجزائية السعودي دراسة مسحية على رجال الضبط الجنائي في منطقة الجوف، رسالة ماجستير في العلوم الشرطية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، عام 1429ه، 63.

(87) انظر: سعد آل ظفير، 85.

(88) انظر: عبد الرحمن مهيدب المهيدب، حقوق المتهم في الأنظمة الجنائية السعودية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، كلية الملك فهد الأمنية، المجلد 24، العدد47، بدون تاريخ، 40.

(89) وهذا ما يفهم من المواد 58، 60، 61، من النظام محل الدراسة.

(90) انظر: هدى أحمد العوضي، استجواب المتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة المملكة، مملكة البحرين، عام 2009م، 76.

(91) انظر: محمد طلحاب العتيبي، دور المحامي في الإجراءات الجزائية في ضوء نظامي الإجراءات الجزائية والمحاماة في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير في العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، عام 1424هـ2004م،83.

(92) لفظ (على) يفيد الإلزام، وهو من الصيغ الدالة على الوجوب عند الأصوليين وهو المعنى ذاته الذي قصده المنظم.

(93) انظر: مجدي عز الدين يوسف، حرمة الحماية الدولية والشريعة الإسلامية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، كلية الملك فهد للعلوم الأمنية، بدون تاريخ،47، محمد بن حميدة، الحق في الخصوصية في التشريع الجزائري دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في الحقوق والحريات، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، الجامعة الأفريقية، العقيد أحمد دارية، أدرار، الجزائر، عام 2010م.،107،وقد أكد هذا الحق العهد الدولي في المادة 17، ينظر: مركز هردو لدعم التعبير الرقمي، الحق في الخصوصية والأمان الشخصي، القاهرة 2015م، 8.

(94) انظر: يوسف قاسم، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي، والقانون الجنائي الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 1413هـ 1993م،بدون ط ت،5.

(95) انظر: أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي (ت 660هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق نزيه حماد، عثمان جمعة ضميرية، دار القلم، دمشق، 1421هـ 2000م،ط/1،2/7.

(96) انظر: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر شمس الدين القرطبي (ت671هـ)، الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1384هـ 1964م، ط/2، 231/2.

(97) انظر: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، من عام 1404 - 1427هـ،ط/2.، 6/ 303، وهبه مصطفى الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان،1405هـ1985م،ط/1، 83، يوسف قاسم، 323.

(98) محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، عام 1416 هـ 1996م ط/4، 230.

(99) انظر: الباحسين، 102.

(100) انظر: محمد علي الكاملي، إشكالات في إجراءات التحقيق الجنائي، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ط/1، 1436هـ 2015م، 154.

(101) انظر: رضا حمدي الملاح، الموجز في الضبطية القضائية والتحقيق الابتدائي وفقا لنظام الإجراءات الجزائية السعودي دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، عام 1430هـ 2009م، ط/1، 68.

(102) انظر: إبراهيم النغيثر، 72، إبراهيم راسخ، التحقيق الجنائي العملي، كلية شرطة دبي، عام 1411هـ1991م ط/1، 356.

(103) انظر: أحمد عبد الله الزهراني،،6.

(104) انظر: يوسف عبد الله العمار، الاختصاص القضائي المحلي في الفقه الإسلامي ونظام المرافعات الشرعية السعودي دراسة تطبيقية، رسالة ماجستير في التشريع الجنائي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، عام 1427هـ 53.

(105) انظر: عبد الملك الجاسر، الاختصاص وتنازعه بين الجهات القضائية نظرة تطبيقية، ورقة عمل مقدمة لحلقة تفليس الشركات- الآثار الفقهية والإجراءات النظامية، 14، عبد العزيز بن عبد الرحمن الرويس، الاختصاص النوعي في نظام المرافعات السعودي في ضوء الفقه الإسلامي وتطبيقاته في التنظيم القضائي الحالي، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، عام 1425هـ 2004م، 28.

(106) انظر: فهد بن محمد سعد الدهاس، الاختصاص الجنائي في نظام الإجراءات الجزائية السعودي في ضوء الفقه الإسلامي مع بيان التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، عام 1425هـ 2004م، 50.

(107) انظر: الحضرمي ولد سيدينا ولد برو، مسرح الجريمة ورفع الأدلة وتحريزها، دبلوم مهني، كلية علوم الأدلة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، عام 1428هـ 2008م،19.

(108) انظر: السيد راضي، مسرح الجريمة ودلالته في تحديد شخصية الجاني، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض 1414هـ 1993م،54، عبد الله بن محمد اليوسف، مفهوم مسرح الحادث بين الدلالة والدليل -القرينة والأثر ورقة عمل مقدمة لمؤتمر القرائن الطبية وآثارها الفقهية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، عام 1435هـ 2014م،23/1.

(109) انظر: عبد الله محمد المليح، صحة الإجراءات الجزائية وأثرها في مواجهة الجريمة، رسالة ماجستير في البحث الجنائي، أكاديمية شرطة دبي، عام 2015م، 68.

(110) هيئة حكومية نشأت بموجب المرسوم الملكي رقم م/17 في 13-03-1427هـ، انظر: مجلة العدل، العدد (31) عام 1427هـ،192.

(111) انظر: أحمد سعدي سعيد الأحمدي، المتهم ضماناته وحقوقه في الاستجواب والتوقيف والاحتياط (الحبس الاحتياطي) في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة النجاح، فلسطين، عام 2008م، 106.

(112) انظر: الباحسين، 106.

(113) انظر: عجيل جاسم النشمي، 125.

(114) انظر: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي (ت795 ه)، تقرير القواعد وتحرير الفوائد المشهور بـ «قواعد ابن رجب» تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، عام1419ه، ط/1،2/80.

(115) انظر: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت 587ه)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية،1406ه 1986م، ط/2،6/220.

(116) انظر: إيهاب محمد حسين، دور العرف في التجريم، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 10، عام 2018م.،540.

(117) انظر: شادية رحاب، الحصانة القضائية والجزائية للمبعوث الدبلوماسي دراسة نظرية تطبيقية، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، عام 2006م،7، عارف خليل أبو عيد، الحصانات الدبلوماسية، بين التشريع الإسلامي والقانون دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الشارقة، العدد الخامس والثلاثون،1429ه 2008م، 426.

(118) انظر: أمينة شريف، المعايير الموضوعية للمحاكمة العادلة في القانون الدولي والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة أبو بكر بالقائد، تلمسان الجزائر، عام 2015م، 223.

(119) انظر: جمعان بن معيض الزهراني، السرية في مرحلتي التحقيق والمحاكمة في النظام السعودي والفقه الإسلامي دراسة تأصيلية مقارنة، أطروحة دكتوراه في الأنظمة، كلية الشريعة وأصول الدين، جامعة الملك خالد، عام 1441م،357.

(120) انظر: محمد طعمة جودة، الحصانة القضائية لأفراد أسرة المبعوث الدبلوماسي، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (8) المجلد(4) العدد(29) عام 1937ه 2016م،367، حنان محمد حسن علي، مبدأ إقليمية القانون الجنائي في القانون والشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير في القانون، جامعة الخرطوم، عام 2008م، 12.

(121) انظر: علان حشاوي، النظام القانوني للبعثات الخاصة في ضوء القانون الدولي المعاصر، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، عام 2005م، 62، مارية زيري، الحصانة القضائية الجزائية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، عام 2010م، 40.

(122) التلبس: حالة المجرم أثناء ارتكاب الجريمة أو مقاربة وقت حدوثها بحيث لا يمتنع عرفا نسبتها إلى مرتكبها. انظر: وسيل بن درميح، الجريمة المتلبس بها، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2014م، 8.

(123) انظر: معن إبراهيم جبار شلال حبيب، الحصانات الخاصة لمقر البعثة الدبلوماسية والاستثناءات الواردة عليها في ضوء اتفاقية فينا، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عام 2012م، 138.

(124) نفسه، 90.

(125) انظر: إبراهيم راسخ، 195، أحمد عبد الله الزهراني، 7.

(126) انظر: إبراهيم راسخ، 198.