احترام الحياة الخاصة

((الخصوصية))

في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن

حقوق الطبع محفوظة

الطَّبْعَة الأولى

١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م

رقم الإيداع لدى دائرة
المكتبة الوطنية
(٢٠٠٣/٢/٢٣٨)

٣٢٣
هم الهميم، عبداللطيف
احترام الحياة الخاصة(الخصوصية) في الشريعة
والقانون المقارن/عبداللطيف الهميم._عمان :دار عمار، ٢٠٠٣.
( )ص.

ر. إ. : ٢٠٠٣/٢/٢٣٨.
الواصفات:/حقوق الإنسان//القانون//الإسلام/

❖ تم إعداد بيانات الفهرسة والتصنيف الأولية من قبل دائرة المكتبة الوطنية

(رقم الإجازة المتسلسل لدى دائرة المطبوعات والنشر٢٦٢/ ٢/ ٢٠٠٣)

دار عمار للنشر والتوزيع

عمان. ساحة الجامع الحسيني. شوقي البرادعي. عمارة الحجيري
للفاكس ٤٦٥٢٤٢٧ .ص.ب ٢١٦٩١ عمان ١١١١٨ الأردن

احترام الحياة الخاصة

« الخصوصية »

في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن

الدكتور عبد اللطيف الهميم

دار عمار

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، وأفضل السلام وأتم التسليم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد

فقد كانت الحرب العالمية الثانية حداً فاصلاً بين عهدين في التأريخ المعاصر للأمم، وبداية لتحولات عميقة أثرت في كافة نواحي الفكر، والسياسة، والاجتماع. وكل خطوة يخطوها الإنسان يجب أن تكون من أجل فهم جديد للعلاقات البشرية.

وللشريعة الإسلامية دور مهم في وضع ضوابط للعلاقات الاجتماعية والقانونية، وهي تهدف إلى إقرار النظام الاجتماعي الداخلي والأمن الدولي على سواء. وتلك هي وظيفة القانون أيضاً، والسلام الاجتماعي الداخلي لا مناص من أن يعتمد على فهم أفضل لاختلافات المصالح بين مكونات المجتمع على تباين ميوله ومستوياته. وما دام الهدف إنسانياً بطبيعته فإن الوصول إلى الصيغة الاجتماعية الملائمة للوفاء باحتياجات الجماهير ليس بالأمر المستحيل تحقيقه.

ولبلوغ هذين الغرضين، السلام الاجتماعي الداخلي، والأمن الدولي - باعتبارهما شرطين لازمين لاستمرار التعايش الهادئ المحتمل على وجه هذه الأرض، لا بد من إمعان الفكر لتوجيه جميع إمكانيات التكنولوجيا والعلوم الحديثة وتطبيقاتها، لتعميق الاقتناع بالحقوق المشروعة للمواطن، وفق الشريعة الإسلامية والمواثيق التي اصطلحت عليها البشرية، على المستوى الدولي كافة، وفي الوقت ذاته لا تغفل دور الدولة وفلسفتها في تحقيق السلام الاجتماعي.

وفي رسالتنا هذه نتعرض لمشكلة التوازن بين حماية صالح المجتمع الآمن المستقر من ناحية، وبين حماية الحياة الخاصة، ونسوق ذلك في سياق مشكلة أكثر عمومية هي حماية حقوق الإنسان، وهما في الواقع مسألتان وثيقتا الصلة بالعلاقات القائمة بين فوائد الخصوصية والغرض منها.

ويحضرنا في هذه المناسبة قول مأثور للأستاذ العميد سافاتييه جاء فيه : أياً كان الهدف الذي يسعى إليه القانون، فإن الفرد هو شغله الشاغل. ويرى العميد سافاتييه - تأسيساً على ذلك- أن الفرد هو محور اهتمام القانون المعاصر.

ولاغرو إن كان هذا الغرض هو أحد الأسس العريضة التي حفزت على استصدار قانون 17 يوليه سنة 1970 في فرنسا، إذ هدفه حماية الحياة الخاصة، وحماية المجال الخاص للشخص[1] وهو ما سوف نعود إليه بالتفصيل في صلب الرسالة.

والحق يقال: إن الاتجاه الحديث للدول التي تؤمن بسيادة القانون قد غدت موضع اهتمام القانون العام. وصدرت بشأن حماية المواطن مراسيم وتصريحات دولية، ونجد صدى لها في كافة الدساتير الحديثة المكتوبة، ونجد صدى لها في تقاليد مرعية لها نفس القدر من الاحترام الدستوري في دولة مثل بريطانيا ليس لها دستور مكتوب، وهذه التقاليد لها قداسة واحترام خاص لدى الشعوب الانجلوسكسونية كافة.

وهذه التأكيدات المرموقة الجادة التي تعبر عن حق الإنسان بمقتضى القانون العام في حقوقه الأساسية، إنما تعبر في الوقت ذاته عن الاهتمام الدولي بمساندة هذه الحقوق،

---

(1) انظر: المادة 22 من قانون 17 يوليه سنة 1970 سالف الذكر .

في مواجهة سلطة شرعية هدفها كفالة الأمن الاجتماعي في المقام الأول.

إننا نقدر دور الأمم المتحدة التي تتوج هذه الجهود، فهي على النقيض مما كانت عليه عصبة الأمم المتحدة القديمة، لأنها تملك القدرة على التنفيذ، وهذه المساعي الحميدة جديرة بأن تنال تأييد كافة الدول التي تحترم سيادة القانون وتعززها قوة الرأي العام العالمي وهيبته.

وقد استطاعت كثير من الدول، بفضل تطبيق الضوابط العلمية في مجال الحماية، وبرقابة الفقه وأحكام المحاكم، أن تعطي دفعة للمذهب الإنساني القائل بإعطاء أعظم قدر من الخير لأكبر عدد من الناس.

وفي رأينا إن حماية الحياة الخاصة ليست بالشيء الغريب على طبائع العرب وتقاليدهم المرعية، فهي في دينهم وتراثهم وشريعتهم، تَشرَّبوها في بيئتهم وبين عشيرتهم، فلقد كرّم الله سبحانه وتعالى الإنسان، وأضفى عليه من نعمائه بنور القرآن، كتاب الله الذي لا يأتيه الباطل، وفي الدول العلمانية نجد أن حماية الحياة الخاصة هي حماية مفروضة بالقانون، وتعتبر هذه الحماية من أوامر النظام العام والعرف والعادات المرعية، ولذلك لا يجوز أن تترك الحماية للتقدير الشخصي، وهذا ما ذهبت إليه محكمة باريس في حكم استئنافي لها عام 1966 حيث قضت بأن حماية الحياة الخاصة تحكمها أوامر عليا هي أوامر القانون وبما يفوق المصلحة الشخصية.

وفي مجال التوازن بين مصلحة المجتمع، هذه المصلحة التي ترعاها الدولة، ومصلحة الفرد في احترام خصوصيته وخصوصية حياته العائلية ومنزله ومراسلاته، نجد أن ذلك كله كان موضوع التصريح العالمي لحقوق الإنسان، وميثاق الحقوق المدنية والسياسية والذي تبنته الأمم المتحدة منذ عشرين سنة مضت بعد التصريح العالمي لحقوق الإنسان، والميثاق الأوربي لحقوق الإنسان، والمواثيق الإقليمية المختلفة والتي تدور كلها حول حقوق الإنسان بالإضافة إلى التشريعات التي تعدها مختلف دول العالم لتتلاءم مع التزاماتها الدولية ولتتلاقى مع أماني المواطنين القومية.

إن فكرة حقوق الإنسان تشكل إحدى دعائم الديمقراطية السياسية التي تطورت بدءاً من العهد الأعظم (الماجنا كارتا) وتناولتها أيضاً كتابات الفلاسفة والتصريحات المتعاقبة حول حقوق الإنسان.

وكذلك فإن فكرة الخصوصية لم تنبت في ذهن الفلاسفة والقانونيين فحسب ولكنها كانت إلى حد كبير واردة ضمناً في الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية القائمة في مناخ عصور الازدهار والتحرر، والتقدم الاقتصادي والصناعي، بعد ترشيد مشاكل الثورة الصناعية والتغلب على معوقات التحرر الإنساني والفردي وهو ما تناولته كتابات الفلاسفة من زوايا مختلفة، لم يخل بعضها من التأثر بنزعات دينية، وإنسانية، ونشأت نظريات متأثرة بالواقع الفعلي الدولي، تضيف أو تعدل أو حتى تلغي نظريات سبقتها، وتثري كلها العلوم الإنسانية بقدر وفير من الإدراك العقلي والاتزان الوجداني والتقدير المادي للإنسان.

وهكذا نجد أنفسنا إزاء اتفاق عالمي في صدد احترام خصوصية الإنسان إلا أن هذا الاتفاق مبني في الواقع على أسس مختلفة.

ولا ينبغي أن نتغاضى عن قوة العرف وتأثير التقاليد، إذ كثير من المجتمعات قد نشأت على أساس أن الفرد والعائلة والقبيلة، ما هي إلا أجزاء من وحدة كبيرة، وهذه

المعاني ليست غريبة على حياة العرب ومعايشتهم، وكانت تبررها في نهاية المطاف متطلبات الدفاع والأمن ومواجهة عوادي الطبيعة وهجمات الأعداء.

وفي الديمقراطيات الغربية للتقاليد أثرها أيضاً على القانون وبصفة خاصة تطبيقاتها، حتى بعد أن صار مبدأ " حكم القانون " قاعدة مستقرة بين دول هذه المنطقة من العالم.

ويلاحظ أنه ليست هناك خصوصية كاملة للفرد في المجتمع المتمدن الحديث. إذ تنطوي الحياة في المجتمع الحضري بالضرورة على قيود تفرض على الحياة الخاصة، ولكن ينبغي على الأقل أن تعترف سلطات الدولة أن هناك مجالات معينة يمكن أن ينظر إليها باعتبارها " الحياة الخاصة " للمواطنين. إذ أي مجتمع حديث لابد وأن يكون فيه نظام لتسجيل المواليد، وعقود الزواج، وأحوال الوفاة، فضلاً عن وجود تقارير مدرسية، جزء منها يتعلق بالحالة التعليمية ودرجة التحصيل وجزء يتناول الخلفية الاجتماعية للطالب وحالته الصحية وتحصينه من الأمراض المعدية رعاية لمجموع التلاميذ الذين يتعايشون معاً في مجاميع، هذا إلى جانب نظم الحفظ في الدوائر والمصالح والشركات، وإحصاءات وملفات الضرائب وسجلات البوليس والأحوال المدنية والجنائية للمواطنين، وما إلى ذلك، ومعظمها إجراءات مشروعة تمارسها هيئات نظمت لمواجهة احتياجات المجتمع، وتشكل جزءاً لا يتجزأ من تنظيم المجتمع ذاته.

ومن ناحية أخرى إن العلاقات داخل المجتمع ليست مقصورة على العلاقات بين الفرد والفرد، أو بين الفرد والسلطات، بل هناك أيضاً خصوصية للأمم، أي علاقات بين دولة ودولة، ومما يجوز أن نذهب إلى القول بأن للأمم خصوصية ينبغي احترامها. وإذا كانت هناك حاجة إلى أن تكون هناك ضمانات مختلفة للفرد ضد الانتهاك المحتمل أن يقع على خصوصيته سواء من جانب الأفراد أو الجماعات، فكذلك الحال بالنسبة للأمم يجب أن تكون بمنأى من التدخل الخارجي. وجاء التطور العلمي والتكنولوجي بخطوات سريعة، وأثار مشاكل جديدة تماماً، أو على الأقل قد أضاف أبعاداً جديدة لمشاكل قديمة.

ولما كانت الشريعة الإسلامية قد تناولت الحق في الخصوصية في الكثير من الآيات والعديد من الأحاديث كما عرف الفقه الإسلامي هذا النوع من الحقوق وتناوله الفقهاء بالدراسة - فقد رأيت من المفيد أن أتناول هذا الموضوع في بحث شمولي يلم به من جميع جوانبه القانونية والشرعية. خاصة وأن مفهوم الحياة الخاصة لا زال مفهوماً عائماً لم يتحدد بشكل دقيق في الفكر الوضعي، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن هذا الموضوع لم يشبع دراسة عند الشرعيين، وبتعبير أكثر دقة لم يدرس دراسة شمولية في أكثر جوانبه.

ولما كانت الشريعة الإسلامية عالمية أفصحت عن عالميتها منذ لحظاتها الأولى فإنها لا تضيق عن استيعاب تطورات العصر وتقدمه وذلك لمرونة الشريعة وقدرتها على التفاعل مع الحياة، وهذا هو السبب الذي دفعني إلى الكتابة في هذا الموضوع.

وقد قسمت الموضوع إلى ثلاثة أبواب وخاتمة:

الباب الأول: فقد أفردته لتعريف الخصوصية وحرمة المسكن وتعريفه وجريمة الاعتداء عليه. وقد قسمته إلى خمسة فصول:

الفصل الأول: في الحق في الخصوصية ويشتمل على خمسة مباحث:

المبحث الأول: في مدلول الحق في الخصوصية والحق في الحرية.

المبحث الثاني: الحق في الخصوصية والمجتمع.

المبحث الثالث: في الخصوصية والتقدم العلمي.

المبحث الرابع: في الحق في الخصوصية والقانون.
المبحث الخامس: حق الحياة الخاصة في الشريعة الإسلامية.
الفصل الثاني: في تعريف المسكن والمكان الخاص ويشتمل على أربعة مباحث:
المبحث الأول: المقصود بالمسكن والمكان الخاص في القانون.
المبحث الثاني: هل تناط الحماية القانونية بالمكان الخاص أم بالخصوصية.
المبحث الثالث: المقصود بالمسكن في الشريعة الإسلامية.
المبحث الرابع: هل تعتبر السيارة مسكناً ويشتمل على مطلبين:
المطلب الأول: في القانون.
المطلب الثاني: في الشريعة الإسلامية.
الفصل الثالث: في حرمة المسكن ويشتمل على :
المبحث الأول: حرمة المسكن في الشريعة الإسلامية.
المبحث الثاني: حرمة المسكن في شريعة الرومان.
المبحث الثالث: حرمة المسكن في القانون الانجلوأمريكي.
الفصل الرابع: في الاستئذان والإذن ويشتمل على ثلاثة مباحث:
المبحث الأول: في الاستئذان كيفيته ووجوبه.
المبحث الثاني: في الإذن - شكله ومن يملكه وحدوده وانتهائه.
المبحث الثالث: الأحوال التي يباح فيها دخول المسكن بدون إذن. ويشتمل على مطلبين:
المطلب الأول: في الشريعة الإسلامية.
المطلب الثاني: في القانون.
الفصل الخامس: في جريمة دخول المسكن ويشتمل على مبحثين :
المبحث الأول : جريمة دخول المسكن في الشريعة الإسلامية ويشتمل على ثلاثة مطالب:
المطلب الأول: العناصر المكونة للجريمة.
المطلب الثاني: عقوبة الجريمة.
المطلب الثالث: حق الفرد في دفع هذه الجريمة.
المبحث الثاني: في جريمة الدخول غير القانوني.
الباب الثاني: فقد خصصته للجرائم الماسة بالحياة الخاصة ويشتمل على ثلاثة فصول:
الفصل الأول: في جريمة استراق السمع والبصر ويشتمل على أربعة مباحث:
المبحث الأول: في جريمة استراق البصر في الشريعة الإسلامية، ويشتمل على ثلاثة مطالب:
المطلب الأول: الجهة التي تباشر الجاسوسية لحسابها.
المطلب الثاني: في خصائص جريمة استراق البصر وعقوبتها.
المطلب الثالث: في دفع هذه الجريمة.
المبحث الثاني: في جريمة استراق السمع في الشريعة الإسلامية.
المبحث الثالث: في جريمة استراق السمع في القانون.
المبحث الرابع: في جريمة استراق البصر في القانون.
الفصل الثاني: في إفشاء الأسرار، ويشتمل على مبحثين :
المبحث الأول: في الشريعة الإسلامية.
المبحث الثاني: الإفشاء في القانون.
الفصل الثالث: في التهديد بإفشاء أسرار الحياة الخاصة ويشمل على مبحثين:
المبحث الأول: التهديد بإفشاء الأسرار في الشريعة الإسلامية.
المبحث الثاني: التهديد بإفشاء الأسرار في القانون.

الباب الثالث: فقد أفردته لاستعمال الوسائل المؤثرة على خصوصية الفرد في الإثبات، ويشتمل على فصلين:
الفصل الأول: في الشريعة الإسلامية ويشتمل على خمسة مباحث :
المبحث الأول: استعمال القسوة والعنف في استجواب المتهم.
المبحث الثاني: استعمال جهاز كشف الكذب (البوليجراف).
المبحث الثالث: استعمال العقاقير المخدرة (مصل الحقيقة).
المبحث الرابع: في التسجيل الصوتي ومدى الإثبات به.
المبحث الخامس: في مراقبة المكالمات الهاتفية وفتح المراسلات البريدية.
ويشتمل على مطلبين: المطلب الأول: في مراقبة المكالمات الهاتفية.
المطلب الثاني: في فتح المراسلات البريدية.
الفصل الثاني: في القانون المقارن ويشتمل على أربعة مباحث :
المبحث الأول: في القانون المصري والعراقي ويشتمل على خمسة مطالب:
المطلب الأول: استعمال جهاز كشف الكذب.
المطلب الثاني: استعمال العقاقير المخدرة.
المطلب الثالث: في ضبط المراسلات.
المطلب الرابع: في مراقبة المكالمات الهاتفية.
المطلب الخامس: في تدوين الحديث آلياً.
المبحث الثاني: في القانون الفرنسي ويشمل على ثلاثة مطالب:
المطلب الأول: مراقبة الاتصالات الهاتفية وتسجيل الصوت آلياً.
المطلب الثاني: استعمال الوسائل الحديثة في استجواب المتهم.
المطلب الثالث: ضبط المراسلات البريدية.
المبحث الثالث: في القانون الأمريكي.
المبحث الرابع: في القانون الإنجليزي.
الخاتمة: وقد تناولت فيها أبرز النتائج التي توصلت إليها في هذه الرسالة.

تلك هي أبرز المواضيع التي تناولتها هذه الرسالة بالدراسة، وهي مواضيع جديدة لم تشبع دراسة خصوصاً في جانبها الشرعي.

ختاماً لا أريد أن أطري هذه الرسالة وما بذلته فيها من جهد وما عانيته في سبيل الوصول إلى ما وصلت إليه من نتائج، وما واجهته من صعوبات تمثلت في الأقيسة المتعارضة، وتجاذب الموضوع الواحد لأكثر من شبه أوقياس، إذ تلك هي وظيفة الباحث، وإحدى مهماته، ولكن حسبي أن أقول: دونكم هذه الرسالة ستجدونها جديرة بالاهتمام.

وبعد فهذا جهد المقل ونتاج عقل مبتدئ، وبنيان طالب للعلم باحث عن الحق متعلم، فإن جاء هذا البنيان سليماً من النقص خالياً من العيوب فذلك فضل الله وكرمه.

وإن كان غير ذلك فتلك طبيعة الإنسان وعظمته في فعله وانفعاله خطئه وصوابه. فإذا كان لكل صارم نبوة ولكل جواد كبوة فكيف بمن لم يزل بَعدُ مَهيضَ الجناح غَضَّ العود يضع أول قدم له في طريق العلم والمعرفة.

والحمد لله أولاً وآخراً.

المؤلف
عبد اللطيف الهميم
1981/ 2/16

الباب الأول
في الخصوصية، وحرمة المسكن
وتعريفه وجريمة الاعتداء عليه

الفصل الأول
الخصوصية بين القانون والشريعة
المبحث الأول
في مدلول الحق في الخصوصية والحق في الحرية

1. الواقع أن مفهوم الخصوصية لم يزل عائماً بعد، ولم تتحدد أبعاده بصورة دقيقة، كما لم يعرف تعريفاً يعتمد على الحدود والرسوم المنطقية من جانب القانون. فلم يرد له تعريف في الدستور المصري، ولا في التشريعات الأخرى[1]. وكذلك لم يرد له تعريف في التشريعات العراقية، رغم أن القانونين العراقي والمصري قد عالجا بالحماية بعض مظاهر الحياة الخاصة في بعض مواد القانون الجنائي في كلا البلدين. ومع هذه الحماية لم يعرف كلا القانونين لفظة الخصوصية.

وعدم تعريف الخصوصية ليس مقصوراً على تشريعات العراق ومصر، بل إن الفقه المقارن يذهب إلى أن مثل هذا الواجب في التعريف يعد أمراً صعباً. فرغم أن المادة الثامنة من الميثاق الأوربي لحقوق الإنسان قد نص على احترام الحياة الخاصة، وفي السنوات الأخيرة قام عدد كبير من الكتاب[2] وعدد وفير من الجمعيات القانونية[3]وعدد من المنظمات الدولية[4] بإعداد دراسات مهمة في هذا النطاق كانت

---

(1) الدكتور حسام الدين كامل الأهواني، "الحق في احترام الحياة الخاصة"، ص 46، الناشر دار النهضة العربية سنة 1978.

(2) لا يمكن سرد كل الدراسات والكتابات الحديثة في هذا الموضوع، ولكن يمكن الإحالة إلى تقرير سكرتير عام الأمم المتحدة لسنة 1970 في شأن الحق في الخصوصية، وقد احتوى هذا التقرير على عدد كبير من البحوث والكتب والدراسات التي جرت حول هذا الموضوع، انظر:
U. N. Economic & Social Council Commission on Human Rights 26 Session, Ecn. 411028, add. 1.5. March, 1970.

(3) مَنْ ذلك مؤسسة henri facpirant التي درست بعض موضوعات عن هذه المشكلة طرحت في بازل في 8يونية سنة 1946، وفي مدريد في الفترة مَنْ 4-10 يونية سنة 1959، وخلال الاجتماع الأول

محصلتها أن للفرد حقاً في حماية حياته الخاصة من الناحية القانونية، إلا أن هذه الدراسات لا تتضمن ما يساعد على تحديد هذا الحق ومداه إلا الشيء القليل، كما لاحظ ذلك الفقيه Badinter حيث إن كثيراً من هذه الدراسات قد تجنبت في ذكرها لاحترام الحياة الخاصة أن تحلل ما يحتويه هذا المدلول[1].

وقد لاحظ وزير العدل الهولندي Mr. Polak في تقرير عرضه على المؤتمر السادس لوزراء العدل في أوربا، إن لفظة الخصوصية تغطي مجالاً واسعاً في القانون بحيث يصعب تحديد إطاره[2]. وهذا ما أوضحته لجنة الخبراء التي كلفت من المجلس الأوربي في مجال حقوق الإنسان لدراسة هذا الموضوع. إذ ذهبت إلى أن الكتابات والدراسات المختلفة عن الحق في الخصوصية لا يوجد فيها تعريف واحد هو محل اتفاق في تحديد هذا النوع من الحق سواء أكان هذا على مستوى الفقه أوالقضاء أوالتشريع، أم على مستوى إقليمي أو دولي[3]، وهذا ما استقر عليه أغلب كتاب القانون، فهم متفقون على أن مفهوم الخصوصية من الصعب تعريفه، وكذلك من المستحيل إيجاد تحديد عام

للقانونيين في المؤتمر الدولي الذي عقدوه في أثينا سنة 1955، وجه المؤتمر العناية إلى أثر حكم القانون في صيانة الحياة الخاصة، وفي سنة 1956 عقدة ندوة في weinheim خصصتها لدراسة القيود الواجب فرضها على التسجيل الصوتي، وعقدت ندوة مماثلة في دوسلدورف عام 1957 خصصت لدراسة حماية الأفراد من النشر الذي لاموجب له والذي يتناول بعض أنشطة الحياة الخاصة. انظر: Deutschen Juristenages1/1 HD 1957-1958 .

وفي سبتمبر سنة 1958 عقد في باريس تحت رعاية اليونسكو اجتماع ضم قوميات متعددة لدراسة الحق في الحياة الخاصة. وفي اكتوبر سنة 1960 نظمت جمعية القانون السويسرية ندوة عن حماية الشخصية في القانون الخاص، وفي سنة 1965 نظمت في هولندا ندوة مماثلة، وفي مايو سنة 1967 وبناء على مبادأة من الشعبة السويدية للجنة الدولية لرجال القانون عقد في استكهلم مؤتمر مهم هو مؤتمر القانونيين لدول الشمال لدراسة الحق في الخصوصية وحضره مندوبون من كافة أنحاء العالم انظر:

Journal des Tribunaux, 1967,PP.580 etc

وعقد مؤتمر آخر في امستردام برعاية الكلية الدولية للقانون المقارن لدراسة حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي والخاص. وفي سنة1969 درست الرابطة الدولية للمحامين هذه المشكلة، وفي اجتماع في بلجيكا في مدينة Antwerp عقد في 23/مايو/سنة1970وطرح موضوع حماية الحياة الخاصة والحق في المعلومات انظر: Journal de Tribunaux, 1967,PP,580 etc Rechtskumdigwee kbald, 12 April,1970, col .1457-70

وانظر: تقرير سكرتير عام الأمم المتحدة المرجع السابق ص 3 وما بعدها.

(4) عقدت الكثير من المؤتمرات في هذا الشأن، منها المؤتمر الدولي الذي عقد في طهران سنة 1968 والخاص بحقوق الإنسان حيث أصدر القرار الحادي والعشرين بشأن الخصوصية، والقرار رقم 2450 الذي صدر في دورة الانعقاد الثالثة والعشرين للجمعية العامة للأمم المتحدة في 19 ديسمبر سنة 1968، وتقرير لجنتها الثالثة وثيقة رقم Doc. A/7473 . ودرس المجلس الأوربي هذه المسألة بصفة أصلية وأصدر توصية رقم 309 في 31 يناير 1968، حيث طلبت الجمعية الاستشارية من اللجنة الوزارية أن تصدر أمرها للجنة الخبراء في حقوق الإنسان بدراسة هذه المشكلة، وتوصي بإدراجها في التشريعات القومية للدول الأعضاء بطريقة تكفل حماية الخصوصية حماية كافية في مواجهة التطورات العلمية والفنية. وفي سبتمبر، نظمت الجمعية العامة الاستشارية بمساعدة الحكومة النمساوية، ندوة مهمة عن حقوق الإنسان، وقد عرضت دراسات تناولت مسائل تتعلق بالحياة الخاصة. انظر: Privacy & Human Rights , by A. H. Robertson , 1965, P. 26.

(1) انظر الفقيه Bandinter في بحث بعنوان " احترام الحياة الخاصة "، ورد البحث في:

Juris classeur periodique, 1968, N 2136 ,para . 9.

(2) انظر تقريراً بعنوان " الحق في الخصوصية والأجهزة الفنية الحديثة، تم عرضه على المؤتمر السادس لوزراء العدل في أوربا في لاهاي في الفترة من 26-8 مايو 1970، رقم الوثيقة : Doc. CM 70/4 para 4.

(3) الدكتور حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 48.

يتناسب والاستعمال القانوني[1].

2. منشأ صعوبة التعريف:

ولعل مرد هذه الصعوبة، والشكل المتزايد الذي يبدو وكأنه يقف في مواجهة أية محاولة لإيجاد شكل دقيق أو منطقي يحيط بمعنى لفظة " الخصوصية "، أو يحدد بشكل شامل تعريفاً يتسع للاستعمال القانوني، يرجع إلى سببين:

السبب الأول:- إن لفظة الخصوصية، قد تكون لها ثمة مضمون انفعالي جوهري في كثير من الأشياء التي نشعر نحن بالحاجة إلى الحفاظ عليها بعيداً عن معرفة الآخرين واطلاعهم، أو الأشياء التي تتعلق بالسلوك،والتي قد تكون في حد ذاتها غير منطقية[2], وهذا يختلف من شخص إلى آخر فقد تبدو الحالة مما تنضوي تحت نطاق الخصوصية بالنسبة لفرد معين، لكنها قد لا تكون على هذا النحو بالنسبة لفرد آخر وذلك تبعاً لكون الفرد من أولئك الذين يكتمون خصوصياتهم، أومن الذين يبدون صفحاتهم للغير.

السبب الثاني:- إن مجال الخصوصية محكوم إلى درجة كبيرة بواسطة مستويات، وأوضاع، وعادات موجودة في المجتمع. بمعنى أنها محكومة للقيم الاجتماعية وقواعد السلوك والقانون الأخلاقي وتبعاً لهذا تتشكل نفسية الفرد،وتتكون طبائعه[3]. ولاشك أن القيم الاجتماعية تختلف من مجتمع لآخر ويترتب على هذا اختلاف مفهوم الخصوصية من بلد إلى آخر، بل وفي البلد الواحد. مثلاً الحق في الخصوصية كقيمة اجتماعية يقوم في مواجهته في الدول الديمقراطية الحق في الإعلام وممارسة حريات وحقوق أخرى محمية. فحرية الصحافة مثلاً تجد إزاءها وبقدر متساو من الأهمية قوانين لحماية المواطنين في مجتمع ديمقراطي يؤمن في الوقت ذاته بحرية تدفق المعلومات، وبما يحول دون الفساد الحكومي. ولذلك فإن اكبر اختبار للتوازن بين رعاية الخصوصية من جهة وبين التزامات الدولة بشأن الحقوق الأخرى من جهة ثانية هو في استمرار حفظ التوازن بين الخصوصية والقيم الدستورية الأخرى[4]. وكذلك الحال بالنسبة للدول الدكتاتورية، حيث يبرز فيها سلطان الدولة.

ومن هنا تتسع دائرة الخصوصية وتضيق تبعاً لاختلاف المجتمعات في مدى الحرية التي يتمتع بها الأفراد أو المؤسسات الإعلامية، وما مدى سلطان الدول في التدخل لحفظ التوازن بين هذه الحقوق. أو بتعبير آخر إلى أي مدى يسير المجتمع في تنظيم حياة أفراده؟..

العمل على إيجاد تعريف للحق في الخصوصية:

وعلى الرغم من هذا الذي أسلفناه، إلا أنه كانت هناك محاولات عديدة لتعريف مفهوم الخصوصية، وكان فقهاء القانون العام هم بالتأكيد أول من حاول أن يشرح هذا المفهوم. ولعل أول ما يطالعنا من تعاريف هو ذلك التعريف اللغوي للخصوصية، حيث

---

(1) انظر: A.H. ROBERTSON, OP . cit. , P. 27.

(2) انظر تقريراً بعنوان: Privacy & The Law , Mark Littman & Peter Carter , London , Stevens & Sons Ltd. 1970, P.3

(3) انظر تقرير لجنة JUSTICE وهو التقرير الرسمي عن الخصوصية ومن منشورات الحكومة البريطانية.

(4) انظر Rights of Privacy , John H.F.Shattuck, P .6.

تعني هذه الكلمة في اللغة الإنجليزية كما ورد في معجم اكسفورد[1] بأنها حالة الانسحاب من صحبة الآخرين في المجتمع، أومن اهتمام الجمهور. واتبع ذلك بمعنى مشتق هو العزلة. وهناك معان أخرى للكلمة، غير جوهرية ولم تعد مستعملة وشائعة، بل لم تعد تستعمل، واقتصر اللفظ على معنى الخصوصية فحسب.

وفحص لفظة الخصوصية PRIVACY ينبئ من قديم عن معاني العزلة، والعالم الخاص للفرد، ومجاله الحيوي، والطمأنينة، والسلم، والهدوء، والحياة العائلية، والاستكانة للأسرة، والوحدة، والرهبنة، والاعتزال، والانسحاب من الحياة العامة.

وهكذا تستطرد المرادفات في هذا الاتجاه لتدل على معاني الانطواء، والاستقلال في المعيشة، والتفرد، والالتجاء إلى التأمل، والاستغناء عن الناس[2].

ويلاحظ أن هذه المعاني اللغوية كلها، ليس من الصعب استيعابها، لأنها تتفق مع الأحوال والشروط المتطلبة لتوافر حالة الخصوصية، وهي أحوال ليست غريبة على أحد، سواء عند تطبيقها على ذاتنا، أو عندما نلحظها على غيرنا من الأفراد.

وخلاف التعريف اللغوي للخصوصية، فإن الفقه المقارن قد عرف محاولات عديدة لتعريف هذا الحق، ويمكن أن نلخص هذه المحاولات على كثرتها وتشعبها أنها تسير في اتجاهات ثلاثة:

الاتجاه الأول:

وهو اتجاه لا يعطي تعريفاً محدداً للخصوصية، وإنما يحاول تبرير الاعتراف بهذا الحق، وضرورة الحفاظ عليه. ويكاد يكون هناك إجماع على أن القول المأثور الذي أدلى به القاضي كولي "Cooley"، عندما أطلق على الخصوصية بأنها "الحق في أن يترك المرء وشأنه"[3]، هو بداية التعريف الحديث للخصوصية.

وقد ذهبت إحدى المحاكم الأمريكية إلى أن مفهوم الخصوصية يعني: "الحق في الحياة في عزلة، وبدون التعرض للنشر غير المرخص به، أو المرغوب فيه"، وهذا التعريف لا يكاد يخرج عن تعريف كولي المتقدم، إذ أنه يعني باختصار شديد الحق يترك المرء وشأنه.

وهذا الاتجاه قد لقي قبولاً من جانب الفقه الأمريكي، فهو يرى أن الخصوصية لا تعني: حق الفرد في أن يترك وشأنه، بل إن بعض هذا الفقه يذهب إلى أبعد من وصف الخصوصية بأنها حق الفرد في أن يترك وشأنه، فيرى إنها: حق الفرد في ألا يكون اجتماعياً، وأن يبتعد عن المجتمع الذي يعيش فيه، وأن يكون "غير ملحوظ" بالنسبة للناس، حيث يعيش بعيداً عن القيود التي تفرضها الحياة الاجتماعية[4]. ولعل هذا الاتجاه قد عبر عنه البروفسور Westin Alan حين تعرض للخصوصية في إطار علاقة الفرد

---

(1) انظر معجم اكسفورد، الطبعة الرابعة، طبعة سنة 1959.

(2) Privacy & Computers, Paul Sieghart, Pub. Latimer, 1976.

(3) انظر :.Cooley ,Torts, second edition ,1888, P. 29 وأشار إليه كل من : WARREN & BRSNDEIS في مقالهما المشهور والمنشور بعنوان "The Right to Privacy"، ورد في مجلة هارفارد للقانون, Harv. Law Rev. Vol. 4, Dec., 15,1890,N 5, P. 195.

(4) الدكتور حسام كامل الاهواني، المرجع السابق ص 50 .

بالمجتمع بقوله: تعتبر الخصوصية انسحاباً إراديًا ومؤقتا للفرد من المجتمع إلى حالة من العزلة، أو الاقتصار على مجموعة صغيرة يألف إليها الفرد أو وسط مجموعات أكبر، وفي حالة لا تعرف فيها شخصيته ولا يلتزم بالتحفظ[1]، وقد أشارت إحدى مجلات القانون المتخصصة في الولايات المتحدة سنة 1939[2]، إن حق الفرد في الخصوصية هوحقه في العيش في عزلة ودون مضايقة من أحد بسبب هذه العزلة.

وكذلك لا يتضح من النظرية الفرنسية للقانون أي تعريف أقرب من التعريفات المتقدمة. فتبعاً لرأي Nerson إن هذا الحق عبارة عن التحفظ الذي يمكن الشخص من عدم تعريض شخصيته للجمهور بدون موافقته وبهذه الكيفية يستطيع المرء أن يتمتع بالسلم وأن يترك وشأنه، أي يستطيع المرء أن يعتزل الناس مقلداً المسيح، ويخلوإلى نفسه[3] _ ويذهب كتاب فرنسيون إلى تفضيل تعبير حرية المجال الخاص على تعبير "الخلوة ". فوفقاً لرأي كاربونييه Carbonier إن الحق في الخصوصية عبارة: عن حق الشخص في المجال الخاص لحياته، بحيث يستطيع أن يعيش بمنأى عن الآخرين، أي الحق في احترام الخصوصية الطبيعية للفرد، والحق في أن يعيش بهدوء[4]_.

ويلاحظ على هذا الاتجاه انه يذهب إلى إطلاق الخلوة أو العزلة، والهدوء، أو أن يترك المرء وشأنه، على هذا الحق، وهي معان متقاربة، وهذه التعريفات وإن كانت لا تخلو من ميزة تقدمها في سبيل الوصول إلى تعريف دقيق، إلا أنه يؤخذ عليها أنها " معان فضفاضة وغامضة في تركيبها، بحيث لا تقدم الكثير نحو تطوير الفهم، والتفكير في المعنى"[5]، أولاً. وتبقى هذه التعريفات غير قادرة على وضع حدود منطقية لهذا النوع من الحق، فهي لا تطرح مفهوماً محدداً للخصوصية، بقدر ما تطرح من مبررات، ومسوغات للحياة الخاصة، وترصد الظواهر النفسية، وحاجة الإنسان إلى الانسحاب قليلاً عن المجتمع والعيش في خلوة بعيداً عن تطفل الآخرين، وهي بهذا " لا تقدم معياراً قانونياً حاسماً[6].

وهناك سبب آخر يدعونا إلى عدم الوثوق بهذه التعاريف، أو بتعبير آخر أكثر دقة عدم الاحتكام إليها. يتلخص في أن هذه التعاريف تقدم لنا الخصوصية، بمفهوم رجل منعزل في جزيرة، وهو مفهوم يثير السخرية، لأن الشخص الذي يتمتع بالخصوصية، هو القادر على أن يعطي، وأن يمنع إفشاء المعلومات للآخرين. وهكذا، فإن الخصوصية هي قدرة الفرد على الإشراف على معلوماته الشخصية عن ذاته. والمسألة ليست ببساطة مجرد الإشراف على قدر المعلومات عنا لدى الآخرين، إذ هناك علاقة بتكييف المعلومات وتقييمها.

وعلى الرغم من أن هذه التعاريف تبدو قاصرة، إلا أن فكرة الهدوء والخلوة، تقدم

---

(1) انظر تقرير YOUNGER عن الخصوصية، ص 327.

(2) انظر مجلة ميتشيجان للقانون سنة 1939، ص 526.

(3) وردت هذه الأقوال في:.Journal des Tribuneaux, 1959, P. 713 (Nerson)

(4) Une sphere secrete de vie d'o'u il a le pouvoir d'ecarter. Les tiers, le droit a faire respecter le caractere prive de sa personne, le droit a etre laissez tranquille - Carbonier, Dr.Civ 1965,1 P.239.

(5) انظر John H.F.Shattuck, op. Cit.,p.179.

(6) الدكتور حسام الدين الاهواني، المرجع السابق، ص 51.

ميزة خاصة في تحديد معنى الخصوصية. فالخصوصية في الحقيقة تفترض مسبقاً عدم العلانية كما هو المعنى المتبادر منها لأول وهلة. بمعنى _ أن الاعتداء على الخصوصية إنما يكون بالكشف عن الأستار التي يختفي وراءها _ مع أن هذا ليس شرطاً يتطلبه القانون في كل الأحيان، إذ أن القانون يبسط الحماية على كل ما يكون سراً وإن كان يدور في مكان عام. فالحماية ليست مقصورة على ما يدور في الخفاء بعيداً عن الناس[1]، وبالتالي فالحديث يعتبر متحرراً عن قيد المكان الذي يجري التعبير فيه، إذ أنه قد يكون الحديث خاصاً حتى لو جرى في مكان عام، ومن ثم لا ينبغي أن يعول على طبيعة المكان، ولكن الذي يؤخذ في الاعتبار هو الحديث ذاته، الذي يعبر به عن الخصوصية، فقد يجري الحديث عن مسائل خاصة في مكان عام[2]، وبمعنى آخر إن الحديث له سمة شخصية إذ ليس هناك تصرف سلبي في الحديث، بل المفترض هو حرية التعبير، ويترتب على هذا أن المكان لا يؤثر في كون الحديث خاصاً أو عاماً، ومن هنا ربما كان لفظ الخلوة أكثر دقة في التعبير عن مضمون هذا الحق إذا ما أريد السير في هذا الاتجاه.

وهناك ميزة أخرى تقدمها لنا فكرة الخلوة، أو الهدوء الذي ذهب إليه الفقه الأمريكي وجانب من الفقه الفرنسي، وهو أن الحياة الخاصة لا تقتصر على عدم الكشف عن الأسرار، وإنما تعني الامتناع عن الاعتداء على هدوء الآخرين، وهذا إضافة إلى ما تقدمه في تحديد المقصود بالخصوصية، ومن هنا تبدو فكرة الخلوة أو الهدوء ذات وجهين من السلوك.

أحدهما إيجابي: وهو احترام سرية أو خصوصية الحياة الخاصة، وثانيهما: سلبي وهو الامتناع عن تعكير صفو الحياة الخاصة، أو إثارتها ومن هنا لا يجوز فصل الموظف أو العامل بسبب يتعلق ببعض حياته الخاصة مع أن هذا لا يوجد فيه مساس بالخصوصية بصورة مباشرة ولكن فيه مساس بالخصوصية من زاوية أخرى، وهو تعكير صفو هذه الحياة[3].

---

(1)الدكتور حسام الدين الاهواني، المرجع السابق، ص 51

(2) انظر Repertoire de droit penal etude procedure penal, tom . IV DALLOZ,1977, P.39.

(3) La creation, pretorienne en matiere de dr. de personnalite et son incidence sur la notion de famille, Dalloz, Paris, 1974 , T.25, P.470

وقد التقت المحكمة الادارية لوزارة التربية والتعليم بالحق في الخصوصية، وذلك في القضية رقم 271 لسنة 3ق. وكان ذلك بشأن مدرسة للبنات، تقيم في القسم الداخلي في المدرسة، وقد ضبط عضو النيابة الإدارية أثناء التفتيش الداخلي مفكرة خاصة بالمدرسة، روت فيها علاقة غرامية ربطتها بأحد الرجال في غير أوقات العمل، وقد فصلت الموظفة من عملها استناداً إلى أن هذا السلوك يعتبر مخلاً بوظيفتها، وإنها لا يجوز أن تسلك هذا المسلك الذي دونته في مفكرتها، وكان يجب أن تراعي كونها مدرسة للبنات.

وقد قضت المحكمة الإدارية بإلغاء فصل المدرسة، وذلك بجلسة 10مارس 1956، فقد جاء في حيثيات الحكم أنه" إذا خلت المدعية إلى نفسها، وأعملت تفكيرها، وظلت تخاطب ذاتها، وتناجيها في مفكرة خاصة، وتخففت من القيود في التعبير عن خطراتها كفتاة في سن ما قبل الزواج، وتبسطت في هذا الحديث الذي يلجأ إليه المرء في العادة كلما خلا إلى نفسه، فاستهدفت أن تنفس عن نفسها، أو تحاسبها به دون أن تستهدف رصد الحقيقة، ثم استودعت هذه المفكرة مكمن سرها، فإنه لا تثريب عليها في خلوتها هذه، ما دامت لم تتخذ من المظاهر الخارجية ما تمتد إليها يد القانون، وبالتالي لا يتأتى للمحقق أن يتصيد الدليل من مستودعات الأسرار، أو يحل لنفسه التسلل إلى الهواجس البشرية المكنونة في مخبئها، إذ هي بطبيعتها ما يتأتى أن تكون مصادر " للأدلة القانونية ".

الاتجاه الثاني:-

وإذا كان الفقه القانوني المقارن قد عرف هذا النوع من التعريفات فإن هناك اتجاهاً آخر عرفه الفقه المقارن، وهذا الاتجاه يعتمد على التعداد غالباً في تعريف الخصوصية، وأول ما يطالعنا بهذا الصدد هو محاولة الكتاب الأكاديميين في تحليل الخصوصية، وعلى سبيل المثال نجد البروفسور ALAN WESTIN قد عرف الخصوصية بأنها "مطلب للأفراد والجماعات والهيئات ليقرروا بأنفسهم إلى أي مدى تتاح المعلومات عنهم والتي تنتقل إلى الآخرين[1]، ثم يحلل مفهوم الخصوصية إلى أربعة محاور :

(1) الخلوة SOLITUDE (اختلاء الشخص بنفسه)
(2) الألفة ANIMITE (العمل المتسم بالألفة كقبلة أوعناق)
(3) الغفلية ANONYMIT (أي كون الشيء غفلاً عن الاسم)
(4) التحفظ RESERVANCE (إفراد الشيء لغرض معين)[2]

وبالتأكيد فإن هذا التعريف يتميز عن تعريف القاضي الفقيه COLEY بل عن كل التعاريف التي أوردها الاتجاه الأول، وذلك من حيث أنه يغطي بشكل أفضل ما تعنيه الخصوصية، ولكنه لا يغطي على الإطلاق كل ما يتصل بها، أو تحليل ما ينقص هذا التعريف، أو النواحي التي تؤدي إلى فهم خاطئ لمعاني الخصوصية، وبما يمكن من فهمها. وبمعنى آخر هذا التعريف ليس جامعاً لكل عناصر الخصوصية، ولا مانعاً لغيرها من الدخول فيها.

ومما لا شك فيه أن هناك موقفاً يترتب على إفشاء المعلومات فقدان الخصوصية، ولكن ذلك ليس بالعنصر الوحيد، أو حتى العنصر الأول في التعدي عليها. إن المرأة التي تغتصب، أو الشخص الذي يتعرض لعملية غسيل المخ، أي منهما قد عانى بالتأكيد قدراً كبيراً من الحرمان من الخصوصية، وكذلك أية معلومات تصل إلى متطفل أجنبي، وتكون قد نمت إلى علمه مصادفة، لها نفس الأثر الضار. ونفس الأمر يصدق على التفتيش الذي لا مبرر له ولا مسوغ، والذي تقوم به الشرطة. فتفتيش منْزل الشخص إنما هو إقلاق لخصوصية العائلة بالكامل، بصرف النظر عن أية معلومات قد يكتشفها البوليس. وهكذا فإن عدم الرقابة على المعلومات يجوز أن يؤدي في الغالب إلى نفس نتيجة التطفل في إقلاقها للخصوصية[3].

وقد ذهب مؤتمر القانونيين لدول الشمال إلى تعريف الخصوصية بطريقة تجمع بين التعداد والتعريف. وقد جرى تعريفها بأنها الحق في أن يترك المرء وشأنه، ليعيش

وعندما قدم طعن إلى المحكمة الإدارية العليا قضت بتأييد ما خلصت إليه المحكمة الإدارية وذلك في القضية رقم 642 لسنة 3ق في 21 يونيه سنة 1958، واستندت في ذلك إلى أن ما سجلته المدعية في مفكرتها الخاصة لا يخرج عن كونه خواطر كانت تنتابها وهي بين يدي نفسها في وقت لم تعرف فيه أن هذه المفكرة ستقع في يد الغير .

(1) تقرير YOUNGER، المرجع السابق، ص 327، وانظر المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية، عدد خاص عن الخصوصية وكيف تحميها المجتمعات في العالم، العدد 11، السنة الثالثة،1973، ص 15.

(2) تقرير JUSTICE، المرجع السابق، ص 2-3.

(3) انظر John H. Shattuck , op. Cit. , pp. 197-198.

الحياة التي تروقه بأقل درجة من التدخل وفي شكل موسع يعني ذلك.. حق الشخص في أن يعيش حياته محمياً من:

أ - التدخل في حياته الخاصة أو العائلية أو المنْزلية.
ب - التدخل في تكامله الجسدي، والعقلي، أو حرية الفرد الأدبية والثقافية.
جـ - التعدي على الشرف والسمعة.
د - الوضع في الضوء الزائف.
هـ - إفشاء الحقائق المحرجة التي تتعلق بالحياة الخاصة
و - استخدام الاسم أو الشخصية أو الشبه (الصورة).
ز - التجسس، والتطفل بالنظر، والمراقبة، والترصد.
حـ - التدخل في مراسلات الفرد.
ط - إساءة استخدام الاتصالات الخاصة المكتوبة أو الشفوية.
ي- إفشاء المعلومات الصادرة عن الشخص، أو التي يتلقاها في ظروف أسرار المهنة[1].

والذي يؤخذ على هذا التعريف أنه تعريف غامض. فوفقاً لهذا التعريف الذي يعتبر الحق في احترام الحياة الخاصة – هو الحق في أن يترك المرء وشأنه ليعيش حياته الخاصة بأقل درجة من التدخل، قد جرى تفسيره بتوسع شديد حتى بات تعبير " الحق في احترام الحياة الخاصة " يميل إلى أن يصبح بحيث لا يختلف عن مفهوم الحرية[2].

الاتجاه الثالث :-

وإزاء هذه الصعوبات التي اكتنفت تعريف الحياة الخاصة، ظهرت محاولة جديدة تستهدف تعريفها بتعريف سلبي حيث فسرها بعض الكتاب بأنها عكس الحياة العامة.

فالحياة الخاصة: هي كل ما ليس له علاقة بالحياة العامة. وهذا التعريف له ميزة خاصة، فهو فضلاً عن كونه يسهل مهمة معرفة حدود الحياة العامة، يقدم لنا ميزة أخرى، حيث يركز على الاهتمام بخصوصية الحياة في المقام الأول، ويؤكد على أولوية حماية الحياة الخاصة، بمعنى أنه حمى الفرد من التطفل عليه. وما عدا هذا فيعتبر داخلاً في نطاق الحياة العامة ومن ثم يباح الاطلاع عليه وعلى هذا يكون تحديد مجال الحياة العامة التي يجوز الاطلاع عليها إنما هو استثناء من القيود المفروضة على سرية الحياة الخاصة[3].

ويقول "مارتين Martin" إن جزءاً كبيراً من حياة كل فرد يعيشها في المجتمع تخص المجال العام، وفي أماكن على مرأى من الناس وبمعرفة كل الناس، ولذلك من الصعب أن ترى ما هو الضرر الذي يعود على المرء من نشر حقائق تتعلق بحياته العامة[4]، وهذا يعني أنه لما كانت الحياة العامة مكشوفة للجميع، فإنه من الميسور

(1) انظر توصيات مؤتمر دول الشمال عن الحق في الخصوصية، مايو 1967 البند الثاني من جدول اعمال المؤتمر.
(2) انظر روبرتسون، المرجع السابق، ص 28.
(3) المرجع نفسه.
(4) Martin , "La vie familiale , personnelle de I'homme,sa vie interieure, spirituelle, celle qu'il mene lorsqu'il vit derriere sa porte fermee" , Le secret de la vie privee, Rec. tr. Civ., 1959, p. 239.

تعريفها، وإذا ما تم تعريف الحياة العامة، فيصبح ما عداه داخلاً في نطاق الخصوصية، ومن ثم تصبح الحياة العامة متاحة لحب الاستطلاع على سبيل الاستثناء.

ولما كانت هذه الملاحظات لا تفيدنا كثيراً ونحن بصدد معرفة ما هو خاص وما هو عام، أو بتعبير آخر لا تضع في أيدينا معايير دقيقة يمكن على ضوئها معرفة الحدود الفاصلة بين الحياة العامة والحياة الخاصة. فإن أنصار هذا الاتجاه قد ذهبوا إلى بيان أن الخط الفاصل بين المجال العام والمجال الخاص هو في الاعتزال.

فالحياة العامة لشخص هي تلك الحياة التي يمارسها الفرد، وهو خارج منْزله سواء كان ذلك في حياته مع المجتمع أو تلك التي يمارسها في المهنة أو العمل[1]. وذلك؛ لأن النشاط العام للفرد يجري في العادة خارج الأماكن الخاصة، في حين يمكن استنتاج أن التصرفات التي تتعلق بالحياة العامة يجوز أن تتم داخل أماكن خاصة، مثل الأحاديث التي تتم بين رجال السياسة وعن موضوع يتعلق بالنظام السياسي في مكتب الحزب، أو كان الحديث جارياً في مسكن أحدهم. فإذا جرى تسجيل الحديث الدائر بين هؤلاء، أو إذا جرى تصوير الأشخاص المشتركين في الحديث بدون موافقتهم، فلا يبدو أن هناك انتهاكاً إذلم ينشأ عن هذا الفعل ضرر يلحق بالحياة الخاصة[2] وبمقابل هذا تكون الحياة الخاصة،إذ أنها تفترض العزلة، والإبقاء على خصوصية حياته في أضيق نطاق، وقصرها على خلصائه وأصفيائه[3]. ومما لا شك فيه أن هذا المعيار ربما كان اكثر غموضاً من الحياة الخاصة نفسها، مما يحتاج معه إلى تعريف آخر. وفي سبيل تجاوز هذه الصعوبات ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى تحليل عناصر الحياة العامة، فوجدوها تتلخص في ثلاثة عناصر:

1. العمل: وهذا العنصر يشكل جزءاً من الحياة العامة، وهو يغطي أنشطة عديدة، إذ هويشمل النشاط المهني والعلاقة مع الزملاء والموظفين، والعملاء، والموردين.
2. الترفيه: وهويشمل كل الأنشطة التي يمارسها الفرد في الأماكن العامة في أوقات الراحة.
3. وأخيراً فإن الحياة العامة تشمل كل الأنشطة التي تمارسها السلطات العامة.

وبناءاً على هذا التعريف فإن مفهوم الحياة العامة يصبح مفهومًا واسعاً يغطي كل أو أكثر أنشطة الحياة التي يمارسها الفرد في المجتمع[4].

وبمراجعة هذه العناصر الثلاثة المكونة للحياة العامة، والتي اعتبرها أنصار هذا الاتجاه من البديهيات، نجد الأمر ليس كذلك. فالحياة المهنية للشخص تشكل جزءاً من حياته الخاصة، ولا تشكل جزءاً من حياته العامة، كما يذهب إلى ذلك بعض الفقه[5]، صحيح أن غالبية رأي الفقهاء يذهب إلى أن نشاط الأعمال لا يدخل في مفهوم الحياة

---

(1) Ibid., P.231.

(2) Attentes a la vie Privee, Dalloz, P.7(Rep. De Dr.Penal et de procedure penal, Tom IV Dalloza, 1977 , Infractions Nouvelles Crees par La loi du 17 Juillet, 1970).

(3) Martin , op. Cit., 231

(4) Ibid., P.230.

(5) Lindon, La Presse et La Vie Privee, J.C.P.1965,I, 1887.

الخاصة[1]، إلا أن هناك معارضة من بعض الفقه وهو ما يجب أخذه بنظر الاعتبار.

وهكذا الشأن في الأوقات التي يستغرقها الشخص في الراحة، فقد وقع الخلاف فيها، وهل هي مَن عناصر الحياة العامة، أو الخاصة؟..

فوفقاً لرأي الفقيهLINDON تشكل أوقات الترفيه عنصراً من عناصر حياته الخاصة. فالرجل الفرنسي عندما يرحل للتمتع بأوقات الفراغ والراحة في الخلاء أو لصيد الأسماك، وأن يستمتع بدفء الشمس حتى على مرأى من الجمهور، فإنه لا يرغب أن تنشر عنه الصحف أنه يقبل على هذا النشاط وتذكره بالاسم[2].

وأخيراً فإن نفس هذا الذي ذكرناه يسري على اتصال الفرد بالسلطات العامة، إذ من غير المعقول تعريض كل هذه الأنشطة التي تمارسها السلطات العامة لفضول الجمهور، وحب استطلاعهم أياً كانت طبيعة هذا النشاط.

محاولة جديدة في التعريف:

هناك محاولة جديدة، قد قام بها البروفسورJOHN H.F.SHATTUC[3] تهدف إلى تعريف جديد للخصوصية، وهو يرى أن الخصوصية ليست مجرد التحرر من إفشاء المعلومات من غير مقتضى، أو التحرر من التطفل في أحوال تتطلب الخصوصية، ولكن المعنى يمتد ليشمل ما هو أبعد من ذلك أنها تعني: أن يعيش المرء كما يحلو له، أن يعيش مستمتعاً باحترام أنشطة خاصة معينة.

وتتضح الصورة أكثر عندما نستقرئ بعض أحكام المحاكم في معاني الخصوصية، حيث تقضي هذه الأحكام بحق المرء في أن يرتدي ما يحلو له، أو يتخذ له هيئة تتميز بها شخصيته، أو أن يركب الدراجة البخارية بدون ارتداء الخوذة الواقية للرأس. وهذا السلوك يكون مرئياً للعالم كافة. وهكذا فالخصوصية في هذا المعنى ليست مجرد التحرر من أن يكون ملحوظاً من الآخرين[4].

ويعتبر صاحب هذا الرأي - أن الخصوصية بهذا المفهوم هو الحد الأدنى الذي يجب توافره. أما ما يعرف بغسيل المخ (والتي تأخذ أساليبها مرادفات الدعاية، والدعوة، والإرشاد، والتوجيه المعنوي)، أو حتى التدخل الجراحي لإحداث تأثير نفساني معين، والإعلان سريع الترديد، والأشكال الأخرى المسيطرة على السلوك، فإنه يعتبرها تطفلاً على الخصوصية بمفهومين.

إن تكوين فكر الإنسان يتم في مجال من أشد المجالات التصاقاً بخصوصية الإنسان، ولكن عندما يتشكل الفكر بطريقة لا إرادة له فيه، وبشكل تفتقد فيه موافقته، فإن التطفل هنا يصبح له معنى أعمق من التأثير الذي يصيبه بسبب الضوضاء مثلاً الصادر من ضجيج السيارات، والموسيقى التي تنساب أصواتها من الأماكن العامة، والتأثير في تفكير الإنسان بهدف تغيير اختياراته، فإذا ما تمت السيطرة على تفكيره أصبح فرداً محروماً من أي استقلال ذاتي. فإذا كانت التعليقات السابقة تؤثر في الشخص، فيعتبر

---

(1) Dalloz, Repertoire, op. Cit., P. 6.

(2) ليندون، المرجع السابق.

(3) انظر John H.F. Shattuck, Rights of Privacy,(1979)

(4) John H.F.Shattuck, op. Cit., P.198.

ذلك بمثابة مشكلة للخصوصية، تماماً مثلما نعرف أشياء عن شخص، أو نكشف عن نوازعه واختياراته، وكذلك فإنها تفتح المجال لعديد من الاستفسارات الجديدة.

ونفس المعنى تنطوي عليه الإعلانات سريعة التردد، وذلك لأن الشخص يكون إزاءها خالي الذهن عن تأثيرها. فإذا أصبح لهذه الإعلانات تأثير لا إرادي على الشخص، فهذا يعتبر تعدياً على خصوصيته. وكذلك قد تتأثر بحجم الدعاية، أو بالأغراض التي تسعى لتحقيقها. فإذا كان الغرض هو تعديل كبير في الشخصية، وهذا التعديل قد تحقق بوسائل جراحية في المخ مثلاً، فيجوز أن نتساءل إذا كانت المثل العليا للفرد قد تأثرت، وأخذت الشكل المستهدف. والاهتمام بالشخصية قد يؤدي إلى شرح العملية، والتوغل في صميم الشخصية الإنسانية، وهذا بالتأكيد تطفل على خصوصيته[1].

وينتهي صاحب هذا التعريف إلى أن الجدل الدائر، والذي ينكر وجود مفهوم موحد للخصوصية، إنما يدل على عدم دقة التحليل القانوني لهذا المفهوم. ويرى أن الاعتبارات التي تجند وحدة مفهوم الخصوصية هي في المقام الأول - أن يكون معناها شاملاً، ومتسعاً، وبما يشمل معه مواجهة قدر كبير من الشعارات النظرية مثل (حرية الاستفسار -الحق في المعرفة- حرية الصحافة).

وثانياً: إن معنى الخصوصية ليس له مستوى واحداً، رغم المحاولات اللفظية، أو مواءمة الألفاظ والمعاني. إن المفهوم الفريد، والقابل للتشكيل الذي تنطوي عليه الخصوصية، لا حاجة به للاجتهاد في الافعال، إذ هناك حقائق لا تقبل الجدل، مؤداها هذا التهديد الجديد الذي تأتي به التكنولوجيا، مثال ذلك التصوير السريع خلسة، أو بنوك المعلومات، أو الاختبارات، أو المراقبة باستخدام الوسائل الإلكترونية، أو العقاقير المخدرة المؤثرة في العقل. ولذلك فإن من المفيد أن يكون لدينا تعريف للتطفل الإيجابي، والسؤال المحدد هو عما إذا كانت الخصوصية لها مفهوم قانوني اجتماعي ونفسي؟ وإذا كانت الإجابة بالإيجاب هل يستطيع النظام القانوني أن يستوعب –بدون التضحية بالوضوح – مبادئ متعارضة. فإذا عرفنا المصلحة بأنها: مطلب أو حاجة، وإذا عرَّفنا الحق: بأنه مصلحة مشروعة، فهل تتفق الخصوصية وتتطابق مع الوضوح القانوني للمصلحة، ثم مع المصلحة المشروعة؟.. إن الاختبار لا حاجة به إلى أن يقتصر على قبول أو رفض المفهوم القانوني. بل هناك مستويات لأوامر القانون -من وجهة علم القانون- وهناك مبادئ وقواعد- فالقاعدة توضح حالة القانون بمفهوم محدد ومفصل، وتشرح التفاصيل بدقة. أما المبدأ فهو أكثر مرونة في تشكيله وصياغته، ويفيد في التنبؤ بمسار التطور القانوني. وينتمي الحق في الخصوصية إلى هذا المجال الأخير[2].

ويلاحظ على هذا التعريف أنه لم يجر على نسق واحد، ففي الوقت الذي يحاول فيه الكاتب أن يحدد مفهوم الخصوصية وينكر على أولئك الذين يدعون عدم وجود مفهوم موحد للخصوصية، ينتهي هو إلى نفس هذه النتيجة. حيث يقرر أن معنى الخصوصية ليس له مستوى واحد رغم المحاولات اللفظية، أو مواءمة الألفاظ والمعاني، هذا فضلاً عن أن التعريف من الناحية الموضوعية تعريف واسع وغير محدد، ذلك لأنه يغطي أنشطة عديدة، ربما من المستحيل إمكان وقوعها تحت طائلة العقاب، مثل

(1) John H.F. Shattuck, op . cit., P. 199.

(2) John H.F. Shattuck, op. Cit., P.203

الإعلانات وغيرها. على أن التعريف يتعارض مع المعنى المتبادر من الخصوصية. فإذا كانت الخصوصية تفترض السرية، وعدم العلانية، فإن الخصوصية بالمفهوم المتقدم تتوافر أمام كافة العالم، مما يستحيل معه إمكان الإحاطة بها من الناحية التشريعية. ويضاف إلى هذا أن مفهوم الخصوصية بالطرح المتقدم لا يختلف كثيراً عن مفهوم الحرية، بل يتطابق معها مما يتعذر معه إمكان الفصل بين الحقين:" الحق في الحرية"، و" الحق في الخصوصية".

رأينا في الموضوع:-

مما تقدم يتضح لنا أنه حتى الآن لم تفلح كل المحاولات، سواء كانت هذه المحاولات من جانب كتاب القانون، أو المحاكم، في إيجاد معايير دقيقة تبعث على الرضا ويمكن على ضوئها معرفة الحدود النهائية بين الحياة العامة والحياة الخاصة. ولعل المشكلة تكمن في أن كلاً من الحياتين مرتبطان ببعضهما ارتباطاً وثيقاً يستحيل معه وجود حدود فاصلة بينهما.

ومن هنا نخلص في أنه ليس ثمة مجال يمكن استخدامه بعمل محاولة أخرى لتطوير أي تحليل من الوجهة العقلية، أو إيجاد تعريف يمكن أن يكون هو الحد الأدنى الذي يتفق عليه جميع الأطراف. ولذا فإننا نفضل في تعريف الخصوصية أن نترك المفهوم كما وجدناه، أو بتعبير أكثر دقة، أن يترك تقرير مفهوم الخصوصية لكل مجتمع بما يتناسب مع ظروفه الاجتماعية، ومستوى التقدم العلمي، طالما أن هذا المفهوم محكوم ابتداء بالتقاليد والعادات الاجتماعية.

ولا مانع من وضع مفهوم عريض للخصوصية، بدلاً من تلك التعاريف التي تصف بشكل أدق الحدود التصورية لهذا المفهوم، بل هذا ما نميل إليه، والذي يدفعنا إلى ذلك: هو أن سمة القانون وأبرز مميزاته في أنه يجب أن يتمشى مع الاحتياجات الاجتماعية المتغيرة، وتعريف الخصوصية تعريفاً عريضاً يحقق الغرض، إذ أنه يمنح القانون قدراً كافياً من المرونة واللين وتكون له القدرة على أن يؤقلم نفسه حسب معطيات الواقع الاجتماعي،وما يفرزه من تقدم، سيما إذا علمنا أن مشكلة الخصوصية في جوهرها هي في عدم وجود مفهوم موحد.

العلاقة بين الحق في الخصوصية والحق في الحرية:-

لما كانت الخصوصية تلتقي مع الحرية، بل هي جوهر الحرية، لذا يجب علينا أن نلقي الضوء هنا على الصلة الواقعة بين الحقين، فالخصوصية تلتقي مع الحرية من حيث أنهما: مُكنة مطالبة بالامتناع عن التدخل، ومن حيث إن مقتضاهما هو الامتناع عن ملاحقة الفرد في حياته الخاصة.

وكذلك يلتقي الحق في الخصوصية مع الحق في الحرية، من حيث إن كل واحد منهما يمكن أن يكون حقاً على مستوى القانون الخاص، وعلى مستوى القانون العام، لأن الاعتداء على الحق في الحرية -كما يقع من الدولة- قد يقع من الأفراد، وكذلك الخصوصية[1].

ومن هنا يمكن القول إن هذا الحق هو جزء من الحرية الفردية. ذلك أن الحرية

(1) نعيم عطية، حق الافراد في حياتهم الخاصة، مقال منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد 4،ص 80.

بالمعنى الواسع هي مركز للفرد يمنحه مكنة اقتضاء منع السلطة من إتيان عمل معين، وهذا معناه أن جوهر الحرية هو التزام السلطة بغل يدها من التعرض للفرد في بعض نواحي نشاطه المادية والمعنوية[1]. والحق في الخصوصية نجده متمثلاً بذلك سيما في حرمة المسكن وسرية المراسلات، وهكذا قد تبدو كثيراً من الحريات منحدرة في الأصل عن الحق في الخصوصية. فأسرار المهنة التي هي من مقتضيات التجارة والصناعة مثلاً تستمد جذورها في الحقيقة من فكرة الخصوصية[2]. وكذلك حين تكون الخصوصية في صورة الإشراف على المعلومات تصبح مظهراً من مظاهر الحرية الشخصية[3]. ولهذا نجد بعض الدساتير قد نص على الخصوصية في باب الحريات العامة، مما يشير إلى الصلة الواقعة بين الحق في الخصوصية، والحق في الحرية[4].

وإذا كانت الخصوصية تلتقي مع الحق في الحرية وتلتحم معها في بعض الأحيان، فإن هذا لا يعني أنهما شيء واحد، ذلك أن مدلول الحق في الحرية أوسع من مدلول الحق في الخصوصية. فيمكن القول إن كل حق في الخصوصية هو حق في الحرية ولا عكس. فبينهما عموم وخصوص مطلق، حيث يلتقي الحق في الخصوصية مع الحق في الحرية في جوانب معينة، ثم ينطلق بعد ذلك الحق في الحرية ليشمل آفاقاً أبعد. ولنقل: إن الحق في الخصوصية يشكل أحد عناصر الحق في الحرية.

فالصفة البارزة للخصوصية هو حق الفرد في أن يعيش بمنأى عن الآخرين، وهو يمارس خلوته، وهذا إنما يتم بالتزام الآخرين بالامتناع عن التدخل، وهذا الالتزام السلبي يفترضه الحق في الحرية، أما إذا كان الامتناع عن التدخل في شئون الفرد الغرض منه هو ممارسة الفرد لشئون أخرى غير الخلوة، فإننا نكون في هذه الحالة بإزاء الحق في الحرية، وبالتالي ينفصم ذلك الالتحام بين الحق في الخصوصية، والحق في الحرية[5]. وهذا يعني أن الحق في الخصوصية إنما يندرج في نطاق النشاط السلبي للفرد، حيث يقتضي من الآخرين عدم المساس بخلوته، وفي أن الوقت يكفل للفرد نشاطاً سلبياً من جانبه، وهذا النمط السلوكي هو أحد وجهي الحرية.

المبحث الثاني
في الحق في الخصوصية و المجتمع

لا نقصد في هذا المبحث دراسة العلاقة بين هذا الحق وبين المجتمع فحسب، وإنما نهدف به إضافة إلى ذلك دراسة أثر اختلاف المجتمعات على هذا الحق، ومقدار حاجة الأفراد إلى الخصوصية.

ومن المعلوم ابتداءً أن حاجة الأفراد إلى الخصوصية هي واحدة من الموضوعات

---

(1) الدكتور محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للحريات الشخصية، ص3.

(2) نعيم عطية، المرجع السابق.

(3) John H.F. Shattuck, op . cit., P.204

(4) من الدول التي نصت على الخصوصية في باب الحريات العامة اليابان، انظر الموسوعة العربية للدساتير
العالمية، ص 752.

(5) نعيم عطية، المرجع السابق.

التـي يدرسـها علمـاء الـنفس. أمـا مظـاهر التعـاون الاجتمـاعي وكيفيـة التعـاون داخـل المجتمع، فهذا مجاله دراسات علماء الإنسان والاجتماع. وهذا الكتـاب لـيس مـن الكتـب المدرسـية حتـى يـدرس الموضـوع بشـكل أدق معتمـداً علـى الاختبـارات النفسـية والإحصاءات الاجتماعية. وكل ما يعنينا قوله أن الخصوصية إنما تعبر عن حاجة ملحـة وضرورة من ضرورات الفرد.

الحاجة إلى الخصوصية:

إذا ما نظرنا إلى الخصوصية من زاوية العلاقة بين الفرد والمساهمة الاجتماعية، نجد أن الخصوصية تعني: إرادة الفرد في الانسحاب مؤقتاً من المجتمع جسـمياً ونفسـياً، سواء في حالة وحدة، أو الانعزال وسط جماعـة صـغيرة مـن المعـارف، وعنـدما يكـون وسطهم يظل محتفظاً بحالة تحفظ واستقلال[1].

وتقرير الخصوصية على هذا النحو لا يعني أن للفرد حقوقاً سابقة على المجتمـع، مما يرجع بنا إلى نظرية الحقوق الطبيعية، وإنمـا يعنـي أن الحـق فـي الخصوصـية إنمـا يعبر عن حاجة ملحة للفرد مهما بلغ شكل المساهمة الاجتماعية التي يبذلها، وهو يمارس حياته في المجتمع، بل إن الحاجة إلـى الخلـوة والانعـزال، ربمـا تأكـدت كلمـا زاد نشـاط الفرد، وكثرت ممارساته الاجتماعية.

إن من درس عالم الحيوان، وكان على إلمام بسيط بسلوكياته، يعلم أنه يلجأ للعزلة عند ممارسته وظائف حيوية، أو في حالة المرض، لأنه في هذا الوقت يسـهل مهاجمتـه. ولهذا السبب فإن الخصوصية متأصلة في الطبيعة البشرية، وهي شرط جوهري لكيانـه، أو كما يقول سير ونستون تشرشل: "كل نبي قد بـزغ مـن حضـارة، وكـل نبـي عليـه أن يقتحم القفار. وينبغي أن تكون له رسالة مقنعة لمجتمع معقد، ثم إنه في حاجة لفترات من العزلة والتأمل...، وهذه العملية هي التي يطلق عليها تفجير الطاقات البشرية"[2].

ونتيجة للدراسات العديدة، وباستطلاع رأي أخصائي علم النفس اتضح أن كل فرد في حاجة إلى الخصوصية على نحو ما[3]. فـإذا كـان الإنسـان كائنـاً اجتماعيـاً بطبيعتـه، وبالتالي لا يستطيع أن يعيش فترة طويلة في عزلـة تامـة عـن الآخـرين كمـا يقـرر ذلـك علماء الاجتماع، فإن هذه المقولة لا تبدو على إطلاقها، إذ أن الإنسان مع ذلك هـو كـائن ذو حاجة إلى الاختلاء بنفسه، بعيداً عن ضغوط المجتمع، و أن يعتزل الآخـرين بدرجـة قد تقل وقد تزيد بحسب اختلاف الوقت والظروف.

وقد انتهت لجنة YOUNGER بعد أن رجعت إلى الدراسات العلمية والاجتماعية، والتـي تناولـت فـي الوقـت نفسـه العـادات البشـرية، وكـذلك راجعـت اللجنـة الجمعيـة البريطانية للتحليل النفسي، والكلية الملكيـة للأخصـائيين النفسـيين. إلـى أن الخصوصـية باعتبارها مطلباً وحاجة من احتياجات الأفراد والجماعات تعتبر شـيئاً طبيعيـاً لا يقتصـر أمره على الفرد وحده فحسب، ولكنها تنشـأ مـن الاحتياجـات الحيويـة والاجتماعيـة لكـل

---

(1) تعريف"ألن وستن" ، حين عرض للخصوصية من الزاوية الاجتماعية، انظر المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية،
المرجع السابق، ص 15.

(2) انظـر ،بعـض تهديـدات التكنولوجيـا للخصوصـية، بقلـم R.V. Jones اسـتاذ الفلسـفة الطبيعيـة بجامعـة ابريـدين، بحـث منشـور فـي كتـاب Robertson بعنـوان " الخصوصـية و حقـوق الإنسـان Privacy & Human Rights" ، ص 139.

(3) انظر YOUNGER, op.cit., P.32.

أشكال الحياة السامية. حتى الحيوانات يأتي عليها حين من الزمن تتطلب فيه أن تخلو إلى ذاتها، أو إلى خلصائها من جنسها. ويبدو حقيقة أن كل الحيوانات تعمد إلى كفالة الموازنة بين الخصوصية والمساهمة في حياة تتفق وطبيعتها[1].

وهكذا يبدو كل إنسان في حاجة إلى أن يحدد مجال اتصاله بالآخرين، ويحتفظ بتفرده الشخصي، وتكامل شخصيته، وهو الذي يختار علاقاته الشخصية،ويبحث عن طريق خلاصه وتحرره، والمجال الذي يقع عليه اختياره، يتراوح من شخص إلى شخص، ومن لحظة إلى أخرى، فهناك أوقات يصبح فيها في حاجة إلى العزلة، وفي أوقات أخرى يصبح في حاجة إلى مواساة الآخرين من أصدقائه، وهناك أوقات نصبح فيها في حاجة إلى الاتصال العاطفي والودي مع فرد، أو أكثر من الناس القريبين منا. وفي أحيان أخرى تميل رغبتنا إلى التحفظ والعزلة. وفوق كل شيء، يعوزنا أن نستطيع الإبقاء على ذاتنا بما فيها من أفكار، ومشاعر، ومعتقدات، وشكوك، وآمال، وخطط، ومخاوف، وأوهام، وهذا ما نسميه المجال الخاص
-Private- وهو معنى دقيق، لأننا نقصد به حرية الاختيار بمن نقاسمهم أوقاتنا وإلى أي مدى[2].

ومما تجدر الإشارة إليه أن الدراسات المستفيضة - والتي اهتمت بالكشف عن ميول الرأي العام- أثبتت وجود علاقة بين التدهور العام للخصوصية، والتكوين العام للشخص في المستقبل. ولكن خبراء علم النفس أكثر حرصاً في تقديراتهم. ويرجحون أن العلل النفسية قد زادت في السنوات القليلة الماضية، على أنه ليس من الحكمة أن ينسب ذلك إلى تأجيل الخصوصية، ولكن الضغوط سببها الحياة العصرية بصفة عامة[3].

وسواء أكانت الدراسات النفسية، أو الاجتماعية قد اعترفت بالخصوصية أو لم تعترف، فإن اعترافنا بالخصوصية يستند إلى خبراتنا الخاصة، وإلى ما نلمسه لدى أقراننا، فإن المشاعر بالحاجة إلى الخصوصية تؤدي بالضرورة إلى الرغبة في توفيرها. وحقيقة نستطيع أن نعامل هذه المشاعر باعتبارها حقائق موضوعية. وبذلك يتسنى لنا دراستها بشكل منظم. إلا أنه مما لا شك فيه أن الناس تختلف مشاعرهم ورغباتهم، وذلك حسب اختلاف المجتمعات ومدى التطور فيها.

والخصوصية لا تقل في أهميتها كعنصر لازم للمجتمع في المجتمعات البدائية عنها في المجتمعات المتمدنة، رغم أن مفهوم الخصوصية قد يكون مختلفاً[4]. ذلك؛ لأن فكرة الخصوصية،لم تثبت في ذهن الفلاسفة والقانونيين فحسب، وإنما تجد صداها في الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية. فالمجتمعات البدائية التي نشأت على أساس أن الفرد، والعائلة، والمنْزل، والقبيلة، تشكل جميعها وحدة اجتماعية يمتلك فيها رئيس القبيلة أو الشيخ سلطات واسعة تمتد إلى ممارسة السلطات الدينية، وإصدار الأحكام، كانت مألوفة لديهم، حيث كانت ضرورات الدفاع والأمن تفرض ذلك[5]. ولكن هذه

---

(1) انظر YOUNGER, op.cit., P.33-34

(2) تقرير لجنة Justice وهي الشعبة البريطانية عن اللجنة الدولية للقانونيين، تحت عنوان الخصوصية والقانون، انظر Paul Sieghart, op . cit., P. 8.

(3) انظر YOUNGER, op.cit., P.34

(4) Ibid., P. 33

(5) التطورات العلمية والفنية وأثرها على حماية الحق في احترام الحياة الخاصة بقلمPierre Juvigny عضو مجلس الدولة الفرنسي وعضو لجنة حقوق الإنسان بالأمم المتحدة ، وهو بحث منشور في كتاب روبرتسون،ص129.

الاختلافات بين الأقوام لا تثبت على حال. والخصوصية ليست بمثابة حاجة دولية، وإنما الشواهد تنبئ عن أن الخصوصية لها أشكال تختلف بينها اختلافاً واسعاً[1].

الفرد والمجتمع:

إذا كان الحق في الخصوصية يمثل حاجة على المستويين الاجتماعي والفردي، فإن الاعتراف بهذا الحق للفرد لا يعني إلغاء المجتمع أو تجاهله، ذلك لأن حياة الفرد في المجتمع تدعو إلى أن يكون هناك توازن بين هذا الحق، وبين الحقوق الاجتماعية الأخرى.

فافتقاد الحرية يخنق المبادأة التي يعتمد عليها التقدم الاجتماعي، والحرية المغالى فيها تؤدي إلى تقويض البنية الاجتماعية، ويمكن أن تكون سبباً في كارثة غير محسوبة النتائج[2]. وهذا التوازن بين حق الفرد في الانسحاب من حياة الآخرين، والاختلاء مع نفسه، وبين حق الفرد في أن يتحمل تبعات انتمائه للمجتمع، يسهم في تطور المجتمع، ويشعر الفرد من خلال احترام إصراره أن وجوده الذاتي مصون وهي معادلة تقتضيها الطبيعة البشرية وضرورة الموازنة بين "الأنا" و" الغير".

ومما لا شك فيه أن العلاقات بين الفرد والمجتمع علاقة معقدة، وكذلك العلاقات بين ما هو خاص، وما هو عام، يعتبر أشد تعقيداً؛ لأن هذه العلاقة تتعلق بمجال الخصوصية وهذا يمس مباشرةً الحياة الخاصة، ولهذا السبب تعتمد العلاقات المتبادلة بين الخاص والعام على علاقة الفرد بالمجتمع. وهذا يأخذ أشكالاً اجتماعية مختلفة، ومن هنا فإن الإنسان لم يحظ بنفس القدر من الاهتمام والرعاية في كل المجتمعات، أو خلال كل فترات التاريخ[3].

وفي الحقيقة فإن تحديد الخطوط والحدود بين الفرد والمجتمع، أو الخاص والعام يعتمد أساساً على الأفكار الأيديولوجية (المذهبية).

ففي المجتمعات التي تأخذ بمبدأ أسبقية مصالح المجتمع على الفرد أو على الأقل عند مَن ينظر إلى الفرد باعتباره من نسيج المجتمع، نجد أن استقلال المجتمع يفوق استقلال الفرد؛ ولذلك نجد في مثل هذه الأحوال أن المجال الخاص يخضع لمتطلبات المجتمع ومن هنا يطرح السؤال، إلى أي مدى يجوز الدفاع عن خصوصية الفرد[4]؟..

أما في المجتمعات التي تذهب إلى أن الفرد هو نقطة البدء، وهو الذي يحفز على البذل والعطاء، فإنه بالرغم من أن ذلك وثيق الصلة بالمجال الخاص الداخلي للحياة ومفهومها، إلا أن حياة الفرد في حقيقتها إنما تستمد جوهرها من المجتمع، ومن العالم حولها، وهي بالتالي تثري هذا المجتمع، وذلك العالم. ومن هنا فالخاص منفتح على المجال العام، كما أن المجال العام ينفذ إلى الخاص، وبالتالي ليس هناك ثمة حواجز منظورة تبين أين يبدأ الخاص أو العام، أو بتعبير آخر أين تبدأ حقوق الفرد، أو المجتمع،

---

(1) انظر YOUNGER, op.cit., P.34

(2) انظر R.V. Jones, op. Cit., P. 139.

(3) اجتماع خبراء الحق في الخصوصية برعاية اليونسكو في باريس من 19-23 يناير سنة 1970. انظر مطبوعات الأمم المتحدة برقم:.SHC/CONF.12/4-PARIS 30 Oct., 1970, P. 2

(4) انظر YOUNGER , op . cit., P.34.

وأين ينتهي أيهما[1]؟.

والواقع أنه سواء قلنا إن الفرد هو نقطة البداية، ومحور الاهتمام، أو قلنا إن الأسبقية للمجتمع ونظامه، وأن الخير إنما يتم بتعبئة الجماهير، فإنه من المسلم به أن الحياة الخاصة لم تحط بالعناية التشريعية الكافية، بل وتواجه ضغوطاً وصعوبات عديدة على الرغم من أنها تمثل حاجة دولية ملحة.

ويتضح هذا في أن كثيراً من الدول المستقلة، لا تعطي الحياة الخاصة إلا أهمية محدودة، وفي حالة تعارض المقتضيات السياسية والحياة الخاصة، فإن الأخيرة يضحى بها لصالح الأولى. وهكذا الشأن في كثير من الدول التي تتمتع بدرجة كبيرة من التقنية العالية، وبدرجة وفيرة من التقدم العلمي، حيث يتمسك البيروقراطيون وطبقة "التكنوقراط" بمفهوم أن الدولة هي كل شيء، ولا يعيرون أي اهتمام للحياة الخاصة، أو على أقل تقدير يعطون الدولة سلطة واسعة، ودوراً كبيراً في الرقابة والإشراف. ونفس الشيء يسري على الديمقراطيات الغربية، ذلك أن عبء التقاليد له أثره على القانون، وبصفة خاصة في تطبيقاته. حتى بعد أن صار حكم القانون قاعدة مستقرة حيث لا تزال فكرة سلطة البوليس هي المسيطرة. ويجري جمع المعلومات على كافة المستويات فما أن يصبح المواطن العادي مهيئاً سياسياً، أو زعيماً من زعماء الحركة النقابية، لا يلبث أن يفرد له ملف بنشاطه. والمنفعة القانونية لمثل هذه الوثيقة محدودة، ولكن هذا الملف يصبح له نفوذ كبير في كثير من المحاكمات التي قد يتعرض لها الشخص عند مثوله أمام القاضي، والذي سوف يقول عندئذ لمثل هذا الشخص أن له سجلاً حافلاً حتى إذا لم يكن ثابت فيها أن له سوابق في الإدانة[2] حتى بات كل شخص ذو حيثية يعيش في مثل هذه المجتمعات يفترض أنه خاضع للمراقبة، هذا فضلاً عن تلك المظاهر البشعة التي يطويها التجسس الصناعي.

وفي الحقيقة، فإنه حيث تندمج الحياة الخاصة مع الحياة العامة تتعرض الخصوصية للتطفل من نظم المجتمع بغض النظر عن المذاهب التي تعتنقها تلك المجتمعات. وذلك؛ لأن الحياة في المجتمع تنطوي بالضرورة على قيود ترد على الحياة الخاصة، وهي ضرورات يقتضيها تنظيم المجتمع نفسه بمعنى أن هناك مجالات معينة يمكن للدولة أن تنظر إليها وإن كانت تخص الحياة الخاصة، وهذا يعتبر من مقتضيات الموازنة بين حق الفرد، وحق المجتمع، ذلك لأن أي مجتمع حديث" لا بد من أن يكون فيه سجلات لتنظيم الزواج، والمواليد، وعقود، وأحوال الوفاة، ونظم للحفظ في الدوائر والمصالح والشركات، وإحصاءات، وملفات ضرائب، وسجلات بوليس. وهذه إجراءات مشروعة تمارسها هيئات نظمت لمواجهة احتياجات المجتمع، وتشكل جزءاً لا يتجزأ من تنظيم المجتمع ذاته"[3].

وعلى الرغم من هذا نجد أن هناك حاجة لحماية الحياة الخاصة، والعمل على عدم التدخل إطلاقاً في مجال الحياة البدنية والنفسية، والمجالات التي ينسحب فيها المرء في مجال خصوصيته البحتة ليستمتع بالهدوء[4]. رغم أن الجدل قد ثار حول كيفية رعاية الخصوصية وحمايتها بالقانون، وذلك لما للخصوصية من طبيعة مراوغة يصعب

(1) انظر اجتماع خبراء الخصوصية ، المرجع السابق، ص2.
(2) انظر Pierre Juvigny, op. Cit., P. 130.
(3) انظر Pierre Juvigny, op. Cit., P. 130 .
(4) انظر اجتماع خبراء الخصوصية في باريس ، المرجع السابق ، ص3.

تقييمها[1].

ولما كانت علاقة الفرد بالمجتمع ليست مقصورة على علاقته بسلطات الدولة، وإنما هي تتسع لتظم جهات أخرى، وبالتالي تشمل كل المجتمع، كان لا بد من وضع ضمانات لعدم انتهاك حقوق الفرد، والاعتداء على الخصوصية، سواء كان ذلك من جانب الأفراد، أو الجماعات. ولكن التطور العلمي قد خلق مشاكل جديدة، أو على أقل تقدير انطلق بنا إلى آفاق بعيدة تستلزم إعادة النظر في كثير من هذه الضمانات.

ومن خلال كل ما تقدم يتضح لنا الآتي:

أولا:- أن هذا الحق يمثل حاجة نفسية واجتماعية، رغم المظاهر المختلفة التي يعبر عنها في كل مجتمع، بل إنها لتشيع في سلوك الفرد، ووجهات نظره وعلاقته التي تربطه بنسيج المجتمع، عن طريق الدوافع التي تحركه، والاستقلال الذي يعمل هو على تأكيده وضمانه وكفالته، وحتى عند تكييف الظروف الاجتماعية في إطار المؤسسات الاجتماعية التي يعيش في إطارها تظل الخصوصية هي الخصوصية باعتبارها مظهراً من مظاهر الحرية، تؤثر بنفوذها في المجتمع، وحتي في ظل ضغوط المجتمع لا تزال الحرية باقية في شكل حرية الاختيار، أو على الأقل يبقى هناك هامش للرفض أو القبول.

ثانياً:-أن الخصوصية حتى الآن لم تحظ بالاهتمام الكافي، ولم تجد نصوصاً فعالة قادرة على حمايتها، وذلك في كل المجتمعات بغض النظر عن النظم الأيديولوجية (المذهبية) التي تحكم تلك المجتمعات وسبب هذا هو عدم وجود مفهوم موحد للخصوصية من جهة. ومن جهة ثانية تعارض المصالح الفردية والاجتماعية، أو بتعبير آخر، هو صعوبة تحديد العلاقة بين الفرد والمجتمع، أو العام والخاص.

(1) انظر YOUNGER, op . cit ., P. 24.

المبحث الثالث

في الحق في الخصوصية والتقدم العلمي

لقد بلغ التقدم العلمي، والتطور التكنولوجي شأواً بعيداً، واقتحم آفاقاً جديدة ربما كانت تعتبر في يوم من الأيام ضرباً من ضروب الخيال، وهذا التقدم العلمي قد أصبح يهدد الحريات الإنسانية، ويمثل خطراً حقيقياً على كرامة الإنسان. وذلك، انه أمكن تعرية الإنسان، وكشف أستاره، بما ابتدعه العلم من وسائل متطورة لها القدرة على كشف الجوانب النفسية التي يطويها الإنسان في شعوره مع نفسه. هذا فضلاً عن إمكان إخضاع الفرد للمراقبة الدائمة ورصد ما يمارسه من سلوكيات، قولاً كان هذا السلوك أو فعلاً، بل ربما تجاوز الأمر هذا الحد إلى إمكان الكشف عن لا وعي الإنسان، وارتياد ماضيه. وكل هذا يشكل خطورة على كيان الفرد في المجتمع، وبالتالي يمثل اعتداء سافراً على حقه في الخصوصية. واقتحام دخائل الفرد قد يكون بدون علمه في بعض الأحيان، أو في غير ما توقعه في أحيان أخرى.

ولابد لنا ونحن ندرس هذا الوضع الجديد الذي صنعه التقدم العلمي من أن نفترض مسبقاً نزاهة العلم، وبراءته، وأن نتجنب من البداية التزام موقف معاد للتقنية المتطورة بسبب هذه التهديدات. "ورغم نمو المعارضة، والنفور من العلوم التكنولوجية، فإن هناك شعوراً متزايداً بأن الإنسان يصبح أحسن حالاً فيما لو تقهقر إلى مثل حالة العصور السهلة"[1].

ولعل مرد هذا الشعور المتزايد برفض ما تبدعه العلوم من وسائل، هو أن التقدم العلمي كان ولفترة طويلة بطيئاً، وبدرجة تمكن المجتمع من أن يتواءم مع التغير المطلوب، بدون حاجة إلى تشتيت القيم. ولكن معدل التغير الآن قد صار سريعاً للغاية مما أخل بالتوازن المفترض وخلَّف نوعاً من المشاكل[2].

ويمكن حصر وسائل التسلل إلى دخائل الفرد والتي تسلط على حياته الخاصة في ثلاثة أنواع[3].

---

(1) بحث منشور The Information Revolution & The Bill of Rights by Jerome B. Wiesner, Law & Computer Technology, March/April, 1972, P.41

(2) انظر Jerome B. Wiesner, op. Cit., P. 41.

(3) نتبع في هذا التقسيم-آلن وستن- حيث قسم المراقبة إلى ثلاثة أقسام:
1. المراقبة الفعلية.

النوع الأول: " المراقبة الفعلية":

تتم هذه المراقبة بتسليط الأجهزة من الخارج على الفرد حيث تتم هذه الملاحظة بواسطة أجهزة بصرية، أو صوتية لأماكن وجود الشخص، وأقواله، أو كتاباته الخاصة دون علم منه، أو بعلمه، وهنا يقوم أكبر الخطر من التكنولوجيا الحديثة على الحرمات الشخصية للفرد أو الجماعات[1]، ولبيان حجم المشكلة نود أن نشير هنا إلى بعض هذه الأجهزة وما تثيره من إشكالات وضغوط.

فقد أتاح تصغير الأجهزة الحديثة إنتاج مكبرات صوت لا يزيد حجمها على رأس عود الثقاب، ومدى قدرة المكبرات في التوصيل الإذاعي تصل إلى ما يتراوح بين ثلاثمائة قدم وما يبعد عن ربع ميل.

وهذه الأجهزة الدقيقة يمكن وضعها داخل جهاز تلفزيون، أو إطار صورة أو أصيص زهور، أو في ثنايا أثاث الغرفة. ولا حاجة في حالة استخدام هذه الأجهزة إلى استخدام توصيلات سلكية حيث تعمل بواسطة بطاريات خاصة بها، وباستطاعتها الإرسال ببطارية واحدة مدة خمسة أيام[2]. وهناك جهاز آخر يمكن من خلاله التنصت على المحادثات الهاتفية بطريقة غير تقليدية، ويسمى هذا الجهاز بالكبسولة الموسيقية، والتي إذا ما تم تركيبها في هاتف الشخص المقصود بالمراقبة - يستطيع المتنصت من أن يتلقى إشارتها على بعد آلاف الأميال، شريطة أن يكون على اتصال بالسنترال. وهكذا عندما يطلب رقم الشخص المراقب ينبعث الصوت الموسيقي المميز من الهاتف المراقب قبل أن يبدأ الرقيب في التنصت، أو تسجيل الحديث، ولا يقرع جرس الهاتف المراقب إلا بعد أن يتم اتصال خط الهاتف بجهاز التنصت، وهذا الجهاز من الصعوبة إمكان كشفه. وفي الولايات المتحدة الأمريكية نوع من المكبرات التي تطلق من بندقية فتلتصق بالمكان المراد مراقبته، وهي تستطيع أن توصل الصوت إلى ستة أمتار في أي اتجاه[3].

أما في الأحوال التي يتعذر فيها دخول غرفة الشخص لتركيب مكبر الصوت، فإنه بالإمكان تركيب جهاز دقيق لا يتجاوز حجمه حبة الفول على الجانب العكسي من الجدار، أي في الجانب الخارجي من الغرفة. وعندما تصطدم الأمواج الصوتية التي يتركب منها الصوت بالجدار، يستطيع مكبر الصوت الحساس أن يلتقط تلك الترددات التي تحدثها تلك الأصوات، وبالتالي يتم تسجيلها. وعندما تكون تلك الجدران سميكة جداً تستخدم مكبرات صوت من نوع آخر تسمى Spike-mike وهي مكبرات فائقة الحساسية. ويلاحظ أنه يمكن استخدام مسجلات دقيقة الحجم تعمل على نحو مشابه لأجهزة الإذاعة،أو بتعبير أخر تتلاءم مع مكبرات الصوت المشار إليها[4].

وهناك أجهزة يمكن من خلالها رسم صورة كاملة لنشاط الفرد وما يمارسه من

2.المراقبة النفسية .

3. مراقبة البيانات.

انظر كتاب Alan F. Westin بعنوان " الخصوصية والحرية "، صدر في نيويورك عام 1967- الناشر Atheneu، ص68.

(1) انظر المرجع السابق، ص68.

(2) بحث للكاتب Stanley M. Beck بعنوان الرقابة الإلكترونية و إدارة العدالة بمجلة Canadian Bar Rev. العدد (36) سنة 1968، ص 651.

(3) انظر R.V. Jones, op . cit ., P. 146/7

(4) انظر Ibid., P. 148

أعمال، ومعرفة أين يذهب، وبمن يتصل؟..

وإذا كانت هذه المهمة تبدو صعبة وباهظة التكاليف في الماضي، إذ كانت تعتمد على التتبع المباشر فإن العلم يضع في أيدينا الآن وسيلة أسهل وأيسر وتتلخص هذه الوسيلة في أن الشخص نفسه يصبح مصدراً للإشارة الصادرة عنه ًوالتي تنبئ عن وجوده.

ومن الوسائل التي تمكن من هذه المراقبة هو ذلك الجهاز الذي يصدر صوتاً يمكن تتبعه من بعد أو قرب، وتراقبه عن كثب، وهذا الجهاز له ميزة أنه سهل التركيب، إذ يمكن لصقه مغناطيسياً في سيارته، أو أحد حاجياته. وهذا الجهاز[1] مداه خمسة كيلو مترات، ومن ثم يمكن تتبع السيارة من مكان ثابت، ومتعدد، ويمكن أيضاً تتبعها بسيارة أخرى تسير على مسافة من السيارة التي يجري مطاردتها، وتكون المسافة بينهما كافية ينعدم معها معرفة أن هناك متابعة أو ملاحظة.

وهناك أجهزة أخرى يمكن من خلالها تتبع الشخص عن طريق الإرسال الصادر من ملابسه، وذلك بدس محطة إذاعة صغيرة في سترته. بل يمكن دس محطة إذاعية على هيئة الأقراص التي يعتاد الشخص تعاطيها بدون أن يشعر انه قد تحول إلى محطة إرسال متنقلة تنبئ عنه. هذا فضلاً عن إمكان طبيب الأسنان أن يركب جهاز إرسال داخل تجويف الضرس، وبذلك يستطيع أن ينقل أية كلمة يتفوه بها المتكلم. كما أن الطبيب يستطيع أن يملأ فجوة الضرس بجهاز يصدر عنه إشارات تمكن من تتبع الشخص المعني بالمراقبة[2].

وقد تبدو فكرة المراقبة ليست جديدة، فإننا نذكر تلك القصص عن مغامرات(شرلوك هولمز)، وكيف أنه كان يستخدم كلباً في تتبع العربات بعد أن يصب عليها قليلاً من زيت الكتان الحار.

ولعل من أشهر قصص التنصت، تلك القصة الطريفة والذكية التي لجأ إليها الروس للتنصت على السفارة الأمريكية في موسكو، فقد كانت آذان الروس مخفية داخل ختم السفارة، وهذا الجهاز كان يعمل باستقلال، ولا يحتاج إلى مصدر قوة داخله، ولا أن يتصل بأي شيء غيره، وسواء كان داخل الغرفة أو خارجها[3].

وإذا ما تركنا أجهزة التصنت و المراقبة السمعية، ومضينا خطوة إلى الأمام فإنه تطالعنا أجهزة أخرى تتعلق بالتصوير، ومراقبة الشخص من الناحية الجسمانية. فقد أصبح بالإمكان من الناحية العلمية تصوير خطابات مقروءة وبصورة واضحة من بعد كيلومتر بآلة تصوير مركب بها عدسة قطرها 20سنتيمتراً. ويشترط أن تكون الرؤية واضحة والمكان صافياً. كما أمكن استخدام الآلات الفوتوغرافية (آلات التصوير) التي

---

(1) يصدر هذا الجهاز صوتاً على تردد 50 ميجاوات لا سلكية وبطول 400-800كيلوسيكل. ومن الجدير بالملاحظة أن سعره حوالي 250دولاراً وبما يعادل -بالجنيه المصري-200 جنيه أو ما يعادل 60 ديناراً عراقياً.

(2) انظر بحثاً بقلم Louis B. Stephen ورد في مجلة Science Technology, International Christian Review.

(3) هذا الجهاز عبارة عن هوائي قصير مطلي بتجويف إلكتروني يناسب المحتوى المعدني للجهاز، وفي هذا الجزء المعدني ثقب وحجاب حاجز رفيع يمتد عبر هذا الثقب ويتغير هذا الحجاب الحاجز في مركزه تبعاً لما تعكسه موجات الراديو على الهوائي. وموجات الراديو هذه توجه من خارج الغرفة، وتمر عبر الجدران، وهنا يتلقفها جهاز استقبال، وكثافة موجات الراديو المرتدة عبر الجدران تعطي إيضاحاً للحجاب الحاجز داخل جهاز التصنت المدسوس في ختم السفارة، وبالتالي تكشف عن طبيعة الأصوات التي تدور داخل الغرفة- انظر R.V.JONES op. Cit. , P. 149.

لها قدرة على العمل في الظلام، وفي الإمكان إخفاؤها، واستخدام فنون الإضاءة بالأشعة تحت الحمراء وبما يسمح بملاحظة ما يجري في الغرفة وتصويرها من غرفة مجاورة مع استخدام دائرة تليفزيونية مغلقة، ومعها أجهزة تصوير دقيقة الحجم يسهل إخفاؤها، وفي الحالة التي تكون فيها الغرفة مفتوحة، فإنه بالإمكان من خلال العدسات التلسكوبية أن يلتقط له الصور. وهذه العدسات تستطيع تصوير ما تحتويه المستندات والوثائق المطروحة على المكتب من مسافة ربما جاوزت نصف الميل[1].

ومن خلال العرض المتقدم يتضح لنا أن الخواص المميزة لمختلف الوسائل الفنية الحديثة تنحصر في سريتها وإجرائها خلسة، وهذا يصدق على العدسات المقربة، وأجهزة الاستماع، والتصنت على المكالمات، وعدسات التصوير عن بعد، بحيث يصبح سلوك الفرد مسجلاً في أي وقت وبدون علمه، ولعل الخطورة تكمن في أن تلك الأجهزة قد أصبح بالإمكان الحصول عليها؛ لأن أسعار بعضها معقول، كما أنها مطروحة في الأسواق من الناحية التجارية، وهذا يشكل افتياتاً على القانون إذا تم بغير معرفة السلطات. وقد يبدو من الصعوبة الحصول على دليل مادي يحدد لنا حجم استخدام هذه الأجهزة ومداه، إلا أنه من الثابت يقيناً أن هذه الوسائل مستخدمة في كل، أو أغلب بلدان العالم، وذلك بواسطة أجهزة الدولة وإن كان استخدام هذه الوسائل يتفاوت من بلد إلى آخر، بل إن البروفسور Vance Packard[2] يقدم لنا المدى الذي وصلت إليه استخدامات هذه الأجهزة، لا بواسطة سلطات الدولة فحسب بل بواسطة المخبرين الخصوصيين لأغراض التجسس الصناعي والتجاري، وكذلك في الخصومات الزوجية، ويسرد لذلك حوادث كثيرة، وعلى امتداد عشر صفحات.

وفي الحقيقة أن شيوع هذه الأجهزة وتداولها بين الأفراد يغري بظهور جاسوسية منظمة، أو بتعبير آخر جاسوسية تختلف عن تلك الجاسوسية التي كانت تمارسها المجتمعات قديماً، والتي من أبرز مظاهرها النميمة، ومتابعة الزوجة والتصنت عليها، ولكن هذه الجاسوسية في القديم كانت تمارس بشكل أقل وطأة وتعرية للفرد حيث أنه لم ترفدها تلك التطورات العلمية، وما توصل إليه من أجهزة. وفي مثل هذه الحالات حتى إذا لم تتأثر الحياة الخاصة للفرد، إلا أن ذلك قد يؤثر على العلاقات الخاصة. أما استخدام هذه الأجهزة بمعرفة السلطات، فإنه يثير صعوبات عديدة من وجهة النظر القانونية، لعل في مقدمتها إمكان التزوير وعدم استبعاد ذلك، ويصبح الخطر حقيقياً عندما تكون الدولة هي التي تستخدم هذه الأجهزة، وهي متحررة من القيود والرقابة، سيما إذا أخذنا في الاعتبار طبيعة عالمنا المكتظ بالبوليس الرسمي والسري والخاص، ومن هنا يشكل استخدام هذه الأجهزة ضغطاً أو ابتزازاً يؤثر في عمل السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية في أي مجتمع[3].

وقد يبدو أن الحق في احترام الحياة الخاصة متعارض بهذا الصدد مع الحق في

---

(1) هذه الأجهزة مزودة بأفلام تحت الحمراء، ويتم عملها بتركيب مصباح كهربائي يشع أشعة تحت الحمراء وهذه الأشعة لا تبدو للعين المجردة لأنه لا ينبعث منه ضوء مرئي. و لكنه في الحقيقة يملأ الغرفة بالضوء تحت الحمراء، وهو الذي يناسب التصوير الليلي لإعطاء صورة واضحة. انظر مقال بقلم Joseph W. Bisno بعنوان الخصوصية إزاء الحماية، مجتمع تسوده مكبرات الصوت، مقال نشر في مجلة نيويورك تايمز عدد 8 يونية 1969، ص 31، ومقال بقلم Kalven Harry بعنوان " مشاكل الخصوصية في سنة 2000" نشر في الجريدة الأمريكية للعلوم والفنون سنة 1967، ص 876-877.

(2) Naked Society, Vance Packard, pp. 77-88

(3) Pierre Juvigny , op . cit., P. 132

المعرفة والحصول على المعلومات، وهي من الحقوق التي اعترفت بها إعلانات حقوق الإنسان، سواء على المستوى الإقليمي أو العالمي، ومن هنا تثور المشكلة حول شرعية أو عدم شرعية استخدام هذه الوسائل، وهي مشكلة قانونية في جوهرها، وهذا يرشد إلى سر الاهتمام المتزايد من رجال القانون والسياسة بهذه المشكلة، وسنعرض لموضوع الشرعية في الباب الثالث.

النوع الثاني:" المراقبة النفسية ":-

هذا النوع من المراقبة يختلف عن النوع الأول. فإذا كانت المراقبة في النوع السابق تمتاز بأنها مراقبة خارجية، فإن المراقبة هنا مراقبة نفسية، تقوم على التجسس على عقل الفرد، وذلك عن طريق مقاييس إحصائية، واختبارات. وعلى ضوء هذه الاختبارات يمكن معرفة ما يجتهد الفرد في إخفائه ولعل هذا النمط من المراقبة يعتبر من أخطر أنواع الاعتداء على الخصوصية، إذ أنه يمتد إلى الأفكار وكوامن النفس. وهذا يعني سلب الفرد حقه الأصيل في الاحتفاظ بأفكاره وأحاسيسه لنفسه، وبالتالي تؤدي إلى تعرية الفرد من الناحية النفسية، وتحول بينه وبين استيفاء حاجاته الملحة في التستر على دخائله، وصد الناس عن الخوض فيها، وهذا الحق يعتبر من ألصق الحقوق بشخص الإنسان، وهو يعني حقه في ألا يقتحم عليه أحد ذلك النطاق من الخصوصية الذي يضربه على نفسه، ومؤداه تخويل الأفراد حق الاحتفاظ بكتمان ما يريدون كتمانه عن الغير. وطبيعة الوسائل المتاحة لهذا النوع من المراقبة تنحصر في ثلاث وسائل:

1- أجهزة كشف الكذب .
2- الاختبارات التي تكشف عن دروب الشخصية
3- العقاقير المخدرة، أو مصل الحقيقة.

ولما كانت أجهزة كشف الكذب، والعقاقير المخدرة يتناولها الباب الثالث من حيث طبيعتها وقيمتها العلمية وشرعيتها، وعدم شرعيتها، فإننا سنرجئ البحث فيها إلى ذلك الوقت. وندرس هنا الاختبارات النفسية فقط.

الاختبارات النفسية:

إن استخدام الاختبار للكشف عن دروب الشخصية لأغراض الحكم على القوة النفسية للفرد خصوصاً في أغراض التوظيف، يجوز النظر إليها باعتراض، ومع ذلك فإن من حق صاحب العمل عدلاً أن يحاول معرفة قدرة الفرد وكفايته في الأداء، وذلك عن طريق مقابلة المرشحين للعمل، ولكن يبدو والأمر غير معقول حين يتجاوز هذه الحدود[1]. ويوضح Westin أن هذه الاختبارات تأخذ شكل ورقة وقلم، ويطلب من المتقدمين لشغل الوظيفة حل بعض الألغاز، أو أن يجيب على أسئلة تفصح عن ميوله ومشاعره، أو تكشف عن مراجعه، أو القيم التي يتمسك بها، أو وجهات نظره، أو أن تكون الاختبارات كاشفة لكوامن نفسه كأن يطلب إلى الشخص أن يرسم صورة، أو يفسر نقطة حبر، أو يعلق على صورة لها شكل غامض، أو يؤدي بعض التصرفات التي تكشف عن مكنون شخصيته. وعموماً- فإن اختبارات الشخصية لا تقيس عوامل معنوية، مثل المهارة في اللغات، أو المنطق أو المهارة البدنية، ولكنها تحاول أن تقيس العواطف، ووجهات النظر، ومدى الاستجابة لردود الفعل، ومستوى استواء الشخصية .

وبالإضافة إلى ذلك تتضمن هذه الاختبارات بصفة تقليدية أسئلة عن موضوعات

(1) انظر R.V. Jones , op. Cit., P.156

تكشف وجهات نظر معينة بالنسبة للمسائل الجنسية، والسياسية، والدينية، والعائلية؛ لأن هذه المسائل تعتبر مجالات لها مغزاها للتمييز بين الانحرافات، والمعدلات العادية للمعتقدات السائدة بين جمهور المتقدمين للاختبار(1). وفي تعليق اللجنة الفرعية لمناقشة الحقوق الدستورية المتفرعة من اللجنة القضائية لمجلس الشيوخ، ذهبت إلى أنه لا يمكن التعليق على فضائل أو مساوئ الاختبارات، إلا أنه أياً كانت المسائل الواردة في الاختبارات، أو كيفية استخدامها، فإنه من الثابت أن العديد من الاختبارات لها ذيول سياسية، أو تتعلق بالمعتقدات الدينية، أو بالانتماءات لهيئات. ومن الواضح أن مثل هذه الاستفسارات تثير مسألة الضمانات القانونية(2). هذا فضلاً عن أن اختبارات الشخصية - والتي تكشف الأسئلة التي تبدو في ظاهرها أنها عادية تكشف عن كوامن النفس ويرتبط بذلك الدراسة التي فيها تطفل مباشر على الخصوصية(3). وقد حدد سكرتير عام الأمم المتحدة في تقريره المشكلة في استخدام اختبارات الشخصية، وذلك لغرض التوظيف على النحو الآتي:

أ-إن الاختبارات قد تطورت من الاستخدام الإكلينيكي (الطبي) إلى استخدامات أخرى رغم اختلاف الهدف.

ب-أن هذه الاختبارات عرضة للتشتت، سواء عن عمد، أو لأسباب أخرى، ولذلك فالنتائج المحققة منها لا يمكن الاعتماد عليها لاتخاذ قرارات يقيم الأفراد على أسسها.

جـ- أن نتائج هذه الاختبارات يجوز أن يساء تفسيرها بدرجة كبيرة و خطرة من جانب الأفراد غير المؤهلين عملياً، أو غير مدربين في مجالات الطب النفسي وفي إطار تكامل الشخصية الفردية .

د- ونظراً لخواص الأسئلة التي يجري توجيهها خلال الاختبارات الشخصية لأغراض الاستخدام، فإن حق الشخص في الخصوصية يضار ضرراً خطيراً(4). كما جرى عليه العمل في الاختبارات التي يجريها ديوان الموظفين في الولايات المتحدة(5).

وهذه الإختبارات رغم أنها تؤدي وظيفة علمية، إلا أنها قد تمس الخصوصية مساساً مباشراً في تطبيقاته على غير العلاج، ذلك لأن الشخص الذي يجرى عليه الاختبار إنما يفترض أنه إنما يتحدث إلى فرد واحد، في الوقت الذي يعمل فيه المخبر على نشر ما يقوله باعتباره من النتائج العلمية التي أدى إليها البحث، ومن هنا يكون حديثه عرضة للإذاعة على أطراف أخرى(6).

ومما تقدم يتضح لنا تنامي الاتجاه لاستخدام الاختبارات الشخصية ليس لأغراض التشخيص الطبي فقط، ولكن لأغراض الاختيار والتعيين في الوظائف، وذكر أن الشركات والهيئات التي تلجأ إلى هذه الوسائل تستخدم أخصائيين لإجراء الاختبارات هذه، ولا تلجأ إلى أطباء علم نفس مدربين(7) مما باتت هذه الاختبارات تشكل خطورة على الخصوصية. ويلاحظ أن أجهزة كشف الكذب تشترك مع الاختبارات الشخصية باعتبارها اختباراً أيضاً.

---

(1) انظر WESTIN , op. Cit., P. 134
(2) تقرير سكرتير عام المتحدة ، ص59.
(3) انظر Harry Kalven, op. Cit., P. 876
(4) تقرير سكرتير عام الأمم المتحدة، ص 56.
(5) Alan Westin, op. Cit., P. 141.
(6) انظر Kalvin, op. Cit., P. 876 .
(7) تقرير سكرتير عام الأمم المتحدة ، ص 41.

النوع الثالث: "المراقبة البيانية":

إن الإنسان نتيجة الاستخدامات المذهلة للآلات الحاسبة " الكومبيوتر" قد تحول إلى مجموعة من البيانات بحيث أصبح بالإمكان معرفة الإنسان من خلال سجل بياناته. وقد أصبح الكومبيوتر في عصرنا الحاضر يمثل مستودعاً ممتازاً لتخزين المعلومات حتى بات يطلق عليها بنوك المعلومات ولبيان الإمكانيات الفنية لاختزان المعلومات نسوق ما أورده البروفسور R.V. Jones أستاذ الفلسفة الطبيعية بجامعة Aberdeen لأحد أنظمة اختزان المعلومات حيث يقول: "هناك نظام يعمل بأشعة الليزر لتسجيل مفردات المعلومات عن طريق الثقب الحراري في شريط التسجيل، وبذلك يهيئ ما يشبه آلة تثقيب ميكروسكوبية دقيقة، وتسع عشر بكرات، كل بكرة طولها 1500 متر، وكل شريط عرضه 45سم، تستطيع أن تختزن ملفاً من عشرين صفحة عن كل رجل وامرأة على وجه الأرض"[1].

وهناك عدد آخر من أنظمة اختزان المعلومات أصغر حجماً من النظام المتقدم، وذلك مثل نظام اختزان المعلومات ذو الخط الواحد، والمتعدد الطرق. ويمكن الحصول على المعلومات من " الكومبيوتر" خلال ثوان، وبالطريقة المطلوبة للاستعمال[2]، وقد بلغ من فاعلية هذه الحاسبات أنها أصبحت هي التي تعد البرامج، وتتخذ القرارات، سواء كان هذا على مستوى القطاع الحكومي أو الخاص، بل أصبحت عنصراً فعالاً من عناصر قيادة أجهزة الدولة، والتخطيط والبرمجة[3]. وفي الحقيقة فإن بنوك المعلومات الحديثة تزودنا بقدرة تكفي أن تضاف إلى رصيد الخير العام للإنسان ولحريته، وكرامته لو تسنَّى له أن يعد عضلاته ويستخدم موارده. ولكن ذلك بدوره يهدد النظام الاجتماعي ويؤثر في حرية الإنسان، ويمكن أن ينجم عن الاستخدام غير المناسب للآلات الحاسبة الإلكترونية (ولتكنولوجيا) الاتصالات فرض قيود على حقوق الفرد وهذه من أسس كرامة الإنسان[4].

واستخدام نظم إعداد المعلومات آلياً في إدارة الحكومة ومصالحها رغم أنه يثري الدولة وأجهزتها بتسهيلات عديدة تعود علينا بفوائد كثيرة لا يمكن تجاهلها أو الغض من شأنها، إلا أنه في الوقت نفسه يثير مجموعة من الصعوبات لها آثارها وانعكاساتها على الخصوصية، ولبيان حجم المشكلة نضرب مثلاً على ذلك أن الولايات المتحدة الأمريكية قد

نظمت إحصائية عام 1960، وقد كان الاستبيان متضمناً 165سؤالاً. وهذه الأسئلة تغطي كل ما يتعلق بالفرد منذ مولده مروراً بكافة مراحل حياته المدرسية - العسكرية-المهنية- الصحية-الحالة الجنائية- العاطفة والجنس-وما إلى ذلك. وقد شملت هذه الإحصائية عشرة ملايين أسرة[5]. هذا بخلاف السجلات الأخرى التي تجمعها سلطات البوليس، والمخابرات بصورة سرية، وهناك نوع آخر من المعلومات هي تلك السجلات المعدة للأغراض التجارية، وهناك سجلات قد تتقدم بها أو تقوم بها هيئات خاصة تجمع فيها المعلومات عن مقدرة الأشخاص المالية، ويتم ذلك بدون علمهم، ثم

(1) انظر R.V.Jones, op. Cit., P.157
(2) انظر R.V.Jones , op . cit ., P. 158.
(3) Pierre Juvigny, op. Cit., P. 134
(4) Jerome B.Wiesner , op. Cit., P. 42.
(5) RV.Jones , op . cit ., P. 185.

تستخدم هذه المعلومات تجارياً لمن يطلبها[1].

ولعل الخطر الأكبر في استخدام العقول الإلكترونية هو احتمال أن نصبح أسرى المعلومات؛ لأن كل خطوة في التنمية المعتمدة على المعلومات تبدو أنها حيوية وبناءة ونافعة، ولذلك فإنه يجب أن نحذر من سيطرة بطيئة متزايدة في قوتها وسطوتها بسبب نظام مرعب للمعلومات هو من ابتكارنا وإبداعنا[2].

ومع ذلك ينبغي أن نعترف أن الوسائل الفعالة لمراقبة المواطن وتهديده يمكن أن تكون أداة جذابة متاحة لأي دكتاتور.

ومن هنا فإن استخدام أنظمة المعلومات يؤذن بظهور طبقة من "التكنوقراط"، تكون قوة ضاغطة على الأفراد، على أن استعانة الإنسان بالآلة في ترشيد قراراته يشكل بحد ذاته خطورة على الفرد، ذلك لأن الآلة تغفل الجوانب النفسية للفرد- وهي تصدر قراراتها- وحتى إذا غذيت هذه العقول بمعلومات لكي تأخذ هذا الجانب النفسي في الاعتبار، فإن هذه الاعتبارات إنما تشكل عنصراً مساعداً لا غير- وقد يبدو الأمر لأول وهلة لا يشكل خطورة على الحياة الخاصة. ولكن الأمر على خلاف ذلك، إذ باستطاعة هذه الطبقة من الفنيين أن تضيق من نطاق الحرية الفردية، والتي أصبحت الآلات "الإلكترونية " تتحكم بها[3].

ومن الأخطار أيضاً هو احتمال خطأ هذه العقول سواء عند تغذيتها بالمعلومات، أو عند إعادة تنظيمها وتقويمها، أو أخطاء ناتجة عن " ميكانيكية" أو كهربائية، ويلخص ميللر هذه المتاعب بقوله:

" إن الكومبيوتر بشراهته التي لا تشبع، وصورته في عدم قابليته للخطأ، وعدم إمكان نسيان أي شيء فيه، قد يصبح القلب لنظام رقابي يحول مجتمعنا إلى عالم شفاف ترقد عارية فيه بيوتنا، ومعاملاتنا المالية، واجتماعاتنا، وحالتنا العقلية والجسمانية لأي مشاهد عابر" [4].

ولذلك يخشى أن تظل البقعة السوداء في ملف الشخص دائماً ماثلة في الأذهان، وتصبح بمثابة سلاح يهدده ولفترة طويلة، وهو مما ينبغي معه محو السابقة بعد فترة معينة[5]، أو قد يحكم على الأفراد حكماً معيناً من واقع ما تغذى به الكومبيوتر من معلومات، وقد تلصق بفرد نتيجة ما أوصلت إليه البيانات صفة معينة يصعب معه تحرير نفسه منه، وهكذا قد يوصل هذا التسلط الحديث على الحياة الخاصة إلى تلويث سمعة الإنسان الشخصية.

ولعل من أبرز مظاهر الخطورة على الخصوصية من هذه العقول هو الخوف المتزايد من إساءة استخدام هذه المعلومات وفي غير مصلحة الأفراد، والخروج بهذه المعلومات عما كان يهدف بها إلى أغراض أخرى[6]، وأولها أغراض المراقبة، إذ باستطاعة هذه العقول إعطاء معلومات عن الفرد في فترة معينة تحدد أين يذهب؟ ومتى؟

---

(1) المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية ، ص 427.

(2) انظر Jerome B. Wiesner, op . cit., P.41.

(3) انظر Pierre Juvigny, op . cit., P. 135.

(4) انظر Pierre Juvigny, op . cit., P . 135.

(5)انظر المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية، ص 21.

(6)انظر Jerome B. Weisner.

وعن أماكن سفريات الأشخاص والأعمال التي مارسها كل منهم وأين أقام. وفي أي فندق؟ سيما إذا علمنا أنه يمكن تبادل المعلومات بين "كومبيوتر" وآخر. ولكي ندرك الصورة بوضوح نقرر أن الشخص الذي يشتري من محل تجاري بعض الحاجيات وكان " الكومبيوتر" هو البائع، وله صلة بكومبيوتر آخر، فإنه يزوده بمعلومات عن العميل وما اشترى؟. وفي أي وقت؟ ومن الجائز أن هذه المعلومات لو أخذ كل نوع منها على حدة لا تشكل ضرراً، ولكن عند تشكيل العقول الآلية لهذه المعلومات قد تصبح ضرراً على الفرد. وكما يبين " نيلت" أن الكومبيوتر له القدرة على إعادة تجهيز كميات كبيرة من المعلومات -كل فرع منه غير ضار- إلى أنواع جديدة من المعلومات قد تكشف اكثر مما أريد لها أن تكشف. وقد تبدو المشكلة أكثر خطورة حين نعلم ما حدث لأحد هيئات نظام البيانات عندما انتهت أعمالها فعرضت للبيع بأعلى سعر معلوماتها عن ثلاثة ملايين مواطن[1].

وإزاء هذه الخطورة على الحياة الخاصة من استخدام هذه النظم البيانية، كان لزاماً على المشرعين وضع ضمانات كافية لاستخدامها.

ومعلوم أنه توجد قوانين في كثير من الدول تحرم على الموظفين العموميين إفشاء المعلومات، والأسرار دون ترخيص، وذلك مثل قانون الأسرار الرسمية لسنة 1911، وقانون الضرائب لسنة 1970 في المملكة المتحدة. وفي الولايات المتحدة يغطي قانون التسليفات العادلة لسنة1971 نشاط من يقدمون تقارير عن المقدرة المالية في حالة التسليف، وفي جمهورية ألمانيا الاتحادية توفر المادة 268 من قانون العقوبات الفيدرالي المطبق من أول سبتمبر عام 1969 الحماية للحرمات الشخصية من أجهزة المعلومات الأتوماتيكية .

وتعتبر جمهورية ألمانيا الاتحادية هي الدولة الوحيدة التي أوجدت تشريعاً وافياً عن بنوك المعلومات، وذلك بقانون 7 اكتوبر سنة 1970 المعروف بقانون "هيسين"، لحماية البيانات،وتدرس عدد من الدول احتمالات مثل هذا التشريع، ومنها كندا، والدانمارك، والنرويج، والسويد، والمملكة المتحدة. وعلى الرغم من هذا يرى البروفسور Pierre Juvigny عضو مجلس الدولة الفرنسي أن استخدام بنوك المعلومات لم يثر بعد اهتمام المشرعين بدرجة كافية، والشروط التي يجوز بها الحصول على المعلومات بصورة مشروعة أو التي يجوز بيعها، واستخدام الطرف الثالث لهذه المعلومات لأغراض مهنية أو اقتصادية أو مالية. وكذلك يجب أن تضع الدولة والهيئات المهنية القيود والضوابط التي تنظم طريقة الحصول على المعلومات والاستفادة منها، وضرورة وضع ضمانات جديدة أمام الأخطار الماثلة على الحياة الخاصة، مثل تحديد الأشخاص الذين لهم الحق في الاطلاع على المعلومات بموجب القانون، ووضع وسائل تكفل الامتناع عن الحصول على المعلومات خلسة، وتحديد المعلومات التي يجوز اختزانها، وذلك بنص قانوني،كما أنه يجب على القانون أن يضمن لمن أخذ منه الاستبيان الاطلاع عليه[2].

النتائج:

(1) المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية، ص 20.
(2) انظر Pierre Juvigny, op . cit., P. 136.

يمكن تلخيص رأينا فيما تقدم على الوجه الآتي:

أولاً- يتضح لنا مما تقدم مقدار خطورة هذه المراقبة، سواء كانت فعلية أو بيانية، أو نفسية على الحريات الفردية، وإن إجماع القانونيين، والمؤتمرات الدولية منعقد على أن الحياة الخاصة لا زالت تفتقد الكثير من التشريعات لحمايتها إزاء التطور العلمي والطفرة الصناعية.

ثانياً- إن هذه المراقبة، والنطاق المضروب حول الفرد مؤداه أن الشكوك ستنتاب أفراد المجتمع، ولم يعد أحد يثق بأحد سواء كان من أفراد العائلة، أو صديق أو عضو في جمعية، أو اتحاد خصوصاً إذا كانت آراؤه الشخصية لا تتفق والآراء السائدة، أو التي يعتنقها الطرف الآخر، ويؤمن بها. وإهدار الثقة على هذا النحو يؤذن بأخطار حقيقية للمجتمع، ويؤثر في حرية الاجتماع، ويحمل في طياته كارثة رهيبة على الجانب النفسي للإنسان، ذلك لأنه يبقى في خوف اكتسب صفة الديمومة من الجواسيس، والمخبرين، سواء كانوا في صورة بشرية، أو في صورة أجهزة. ولعل الشعور بالخوف هو ما يفسر لنا تلك الظاهرة الإحصائية المفزعة للأمراض النفسية وتلك الوفرة من المصابين في الدول المتقدمة صناعياً. ولا شك أن شعور الإنسان أنه ليس موضع ثقة الآخرين يصيبه بالإحباط، والشعور بالدونية، ويضيق من فرصة تحقيق ذاته والشعور بكرامته.

وقد يبدو الحديث في الدول النامية، أو المتخلفة صناعياً فيه طرافة لأول وهلة. بيد أن الأمر على خلاف ذلك لأن التقدم العلمي قد حطم تلك الفواصل بين أمة وأخرى، وأصبحت فرص استعارة "التكنولوجيا" أيسر وأسهل من ذي قبل مما يجعل هذه المجتمعات البشرية ليست بمنأى عن هذه الخطورة. صحيح أن التطور العالمي غير متجانس، فتطور مختلف الشعوب لا يتسم بالتوازن وتتسع الفجوة بين الدول النامية، والدول مكتملة النمو، إلا أن حياة الدول النامية أكثر تأثراً بالتقدم التكنولوجي من غيرها.

ولعل الصورة تبدو واضحة حين نعلم أن الفرد في أغلب الدول النامية لم تزل حرياته مهدرة، ولا توجد نصوص كافية من الناحية التشريعية تحمي الفرد، وتضمن له حقوقه الشخصية. ولعل مرد هذا أن الدول النامية لديها فرصة أقل في تركيز أفكارها وطاقاتها على مسائل مثل احترام الكرامة الإنسانية.

المبحث الرابع
في الحق في الخصوصية والقانون

نلقي الضوء في هذا البحث على مدى قبول القانون المقارن لهذا النوع من الحق أو رفضه. ولعل من المفيد هنا أن نلقي الضوء على البدايات الأولى لظهور الحق في الخصوصية وذلك من الناحية التاريخية.

أصول الحق في الخصوصية :

في الحقيقية لا يمكن تحديد البدايات الأولى لهذا الحق بدقة وإعطاء تاريخ أكيد، إذ أن الشأن في كل المعارف البشرية -والقانون واحد منها- أنها تنمو وفق المتطلبات

الاجتماعية، والمتغيرات التي تحدث في المجتمع، وبالتالي من الصعب تحديد تاريخ لظهور فكرة إنسانية أياً كانت.

ولكن مع هذا يمكن القول إن فكرة الخصوصية تمتد جذورها إلى العهد الأعظم (الماجنا كارتا Magna Carta)[1] في عام 1215، و تجد صداها في مبدأ الحريات Habeas Corpus الصادر بقانون سنة 1629، ونجد ملامح الخصوصية في التعديلات الدستورية العشرة الأولى الواردة على الدستور الاتحادي للولايات المتحدة الأمريكية، والتي يطلق عليها وثيقة الحقوق، والتي تقضي أن سلطات الحكومة -ولا سيما في مجال الحرية الفردية- ليست بغير حدود[2].

وفي قضية من القضايا الإنجليزية القديمة ذهبت المحكمة فيها إلى تحريم تفتيش المنازل بغية الحصول على دليل إثبات، وتوسلاً بتراخيص عامة لا تعدو أن تكون ممارسة تحكمية للسلطات التنفيذية[3]. وهكذا كانت الحماية الدستورية واردة أيضاً بالنسبة للحق في الخصوصية، والتحرر من ضبط الشخص ومتعلقاته. ولكن بمفهوم حماية الملكية، وهو حق نَصَّ عليه التعديل الدستوري الرابع في شكل حماية من التفتيش والضبط غير المعقول[4].

وفي سنة 1881 قضت محكمة (ميشيجان) بتعويض ألزمت به طبيباً؛ لأنه اصطحب معه شخصاً أعزب من خارج المهن الطبية إلى عنبر الولادة، وبدون علم المريضة[5]. وتعتبر هذه القضية، القضية الأولى التي يتم بها الاعتراف بالخصوصية كمصلحة واجبة الحماية قانوناً[6].

وعلى الرغم من أن الحق في الخصوصية لم يرد صراحة في الدستور الأمريكي،إلا أن الاستقلال الشخصي، والتحرر من التطفل الحكومي تعتبر قيماً متأصلة الجذور في التاريخ الدستوري الأمريكي. ويمكن القول إن لفظة الخصوصية قد استخدمت على الأقل بدءاً من القرن الخامس عشر وحتى مطلع القرن العشرين. وإذا أردنا الدقة فإن هذا الاستعمال كان في أواخر القرن التاسع عشر، حيث كان الفكر الدستوري الأمريكي قد اختمر، واستقر، وأصبحت الخصوصية تمثل مسالك عريضة

---

(1) يعتبر العهد الأعظم من أهم التشريعات الدستورية كافة، وجاءت التشريعات بعده لتبقي عليه، وهذا الميثاق يحدد حقوق مختلف الطبقات في المجتمع البريطاني في العصور الوسطى.من هذه الحقوق إعلان حرية الكنيسة، وحرية مدينة لندن والمدن الأخرى، وحق التجار في عدم التعرض لضرائب باهظة ،كما نص العهد الأعظم على مبدأ الحريات وهو أساس الحق في الاحتجاج على السجن بغير مقتضى القانون، والحق في محاكمة عادلة. وفي رأي فقهاء القانون إن العهد الأعظم هو مرادف لنظام الحكم الدستوري وأساس الحكومة الدستورية. انظر
Constitutional Law , by E.S.S. WADE & GODFREY PHILIPS, P. 4 .

(2) انظر مقالا بقلم Dykstra بعنوان " أثمن حق للإنسان المتمدن " ورد في مجلة UTAH للقانون عدد 6 ص 305 سنة 1959.

(3) انظر قضية Entick V. Corrington مشار إليها في مجلة " نيوسوتا" للقانون العدد 32 / 734 سنة 1948

(4) انظر مقالاً بقلم Mckay ورد في مجلة "ميتشجان" للقانون العدد 64/ 259 عام 1965.

(5) انظر قضية : DE MAY V.Roberts, 46 Mich . 160 (1881)

(6) Criminal Law & its processes, Cherif Bassiouni, 1974, P. 393.

متشعبة للمصالح المرعية بموجب مختلف نصوص وثيقة الحقوق[1] أي التعديلات العشرة الأولى التي وردت على الدستور الاتحادي للولايات المتحدة.

وإذا تركنا القانون الانجلو أمريكي واتجهنا صوب فرنسا فإن تشريعها يتضمن نصوصاً تستهدف حماية أسرار الحياة الخاصة، وذلك منذ فترة مبكرة ربما سبقت في ذلك الاتجاه الأمريكي، فهناك المادة 11 من قانون 18 مايو سنة 1868، وقد أدخل عليه تعديل يتعلق بالصحافة في سنة 1868 نص على حظر التعدي عن طريق نشر مواد تتعلق بالحياة الخاصة، ونص القانون على فرض عقوبة في حالة المخالفة تصل إلى خمسمائة فرنك فرنسي، ولكن هذا النص عدل عنه بعد ذلك بسنوات قليلة، وذلك بموجب قانون صدر في 29يولية سنة 1881 خاص بالصحافة، وفيه حظر لإفشاء الحقائق الخاصة، والتي تتعلق بالمجال الخاص، وإن لم يتسن وضع هذا النص موضع التنفيذ العملي[2].

وهكذا نجد أن للخصوصية ملامح وجذوراً في النظام الفرنسي بل إن (وارين وبراندايزWarren & Brandeis) يشيران في معرض دفاعهما عن الخصوصية إلى أن القانون الفرنسي قد اعترف بحرمة الحياة الخاصة[3]، ولكن إذا نظرنا إلى الأمر في حقيقته فإنه لم يكن في فرنسا- حتى وقت قريب - نصوص تعاقب على إفشاء أسرار الحياة الخاصة بالمعنى الدقيق[4].

وفي الحقيقة فإن نقطة الانطلاق نحو تطور الحق في الخصوصية، تبدأ من مقال شهير لكل من (وارين وبراندايز)، ذلك أنه حدث في سنة 1890 أن قامت بعض الصحف الأمريكية بنشر قصص عاطفية، وإماطة اللثام عن تفاصيل شخصية تتعلق (بصمويل و.وارين)، وهو محام كبير سابق، اعتزل المحاماة وأصبح من رجال الأعمال، وعن زوجته، وهي ابنة أحد أعضاء مجلس الشيوخ، وأشارت هذه الصحف على وجه الخصوص إلى مسألة زواج ابنتهما، فاستغل "وارين" هذا الاعتداء واتجه إلى شريكه السابق "لويس براندايز" الذي أصبح فيما بعد واحداً من أشهر قضاة الولايات المتحدة وكتبا معاً مقالاً في مجلة "هارفارد" للقانون بعنوان (حق الحرمة الشخصية)، ومن هنا ظهر تعبير الحق في الخصوصية كنمط من الحقوق التي يفترض أن تتمتع بالحماية بنص القانون[5].

وقد تتبع الكاتبان تطور الحقوق المادية الصرفة إلى حقوق معنوية بطبيعتها[6]، وكان من رأيهما ضرورة المحافظة على الخصوصية إزاء تطور الاتصال والتي أصبحت أكثر فعالية في مجالات عديدة مثل الصور الفوتوغرافية وكثافة المعيشة وتعقد الحياة، فكان له أثره على الحضارة وتقدمها، وجعل من الضروري على المرء أن

---

(1) انظر John H.F. Shattuck, op . cit., 201.

(2) انظر Dalloz, op. Cit., Vol. 4, para. 8.

(3) انظر Warren & Brandeis, Harv. L. Rev L. Rev. op. Cit., p. 214 .

(4) انظر Dalloz, op,cit., para. 8.

(5) المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية ، ص 48.

(6) انظر Warren & Brandeis , op . cit., PP. 139-196.

ينسحب نوعاً ما من العالم، وأصبح الإنسان المثقف أكثر حساسية للنشر، وأصبحت العزلة والخصوصية لازمة أكثر للفرد[1].

ومع ذلك كان لا بد من الجدل لأنه كان من الضروري التدليل على الحاجة إلى هذا الحق من جهة، والتدليل أيضاً على أن بعض أسس الخصوصية موجودة بالفعل في القانون العام من جهة ثانية.

وفي سبيل التدليل على ما تقدم عمد الكاتبان إلى دراسة عدد من القضايا التي رأت المحاكم فيها علاجاً؛ وذلك تأسيساً على حق الملكية، أو حق بموجب عقد أو خيانة الأمانة، أو الثقة، أو على أساس التشهير. وانتهى الكاتبان إلى أن تلك القضايا إنما هي في الأصل تستحق أن تكون مبدأ مستقلاً يعترف به. ويرى الكاتبان أنه ليس هناك ما يمنع القانون العام من أن يحمي الفرد من إفشاء الأسرار طالما أن هذه الأسرار قد تم التهامس بها في خصوصية تامة، ووسيلة القانون العام في الاعتراف بهذا الحق هو أن القانون العام نفسه قد حمى الفرد قبل النشر حسب نصوصه الحرفية[2].

وفي الحقيقة إن سبب نمو الخطأ المدني في مجال الخصوصية يرجع بالتأكيد إلى مقال " وارين وبراندیز". وكما أوضح أحد كتاب القانون أن مقالهما " يتمتع بتميز مرموق وقد أنشأ المقال نظرية جديدة في مجال الفقه القانوني[3]. وهكذا أسهم " وارين وبراندیز" في تطوير هذا الحق ونموه توسلاً إلى الاعتراف به.

الخصوصية بين الرفض والقبول:

لقد عرف القانون المقارن بصدد الاعتراف بالخصوصية أو رفضها اتجاهين نعرضهما على الوجه الآتي:

الاتجاه الأول- رفض الاعتراف بالخصوصية:

ذهب اتجاه في القانون المقارن إلى رفض الاعتراف بهذا الحق ويتزعم هذا الاتجاه ذلك الموقف الثابت والمستقر للقانون الإنجليزي ومحكمة النقض الإيطالية، وبعض الأحكام التي أصدرتها المحاكم الأمريكية في مطلع هذا القرن، وقد كان من معارضي مفهوم الخصوصية كعنصر مستقل، الآراء التي أبدتها الكنيسة الإنجليزية.

فقد رفض القضاء الأمريكي في مطلع هذا القرن الاعتراف بالحق في الخصوصية. ففي قضية عرضت على المحكمة العليا في نيويورك، وهي قضية Roberson V. Rochester Folding Box Co.[4] وكانت تتعلق بصورة فتاة كانت تتداول صورتها بدون موافقة الفتاة، وبدون الحصول على إذن منها لأغراض الدعاية عن نوع من الدقيق. وفوق الصورة وردت عبارة (دقيق العائلة) وصدر حكم المحكمة بأغلبية أربعة إلى ثلاثة برفض ادعاء الفتاة على أساس التعدي على خصوصيتها استناداً إلى عدم وجود سوابق قضائية. وجاء في الحيثيات أن الحكم بوجود حماية قضائية للحق في الخصوصية من شأنه أن يؤدي إلى تزايد حجم النزاع القضائي،

---

(1) انظر Iean Brittan , Tulane Law Rev. Vol. 37, p. 235, 1963. وانظر Warren & Brandeis المقال السابق، ص 195-196.

(2) انظر مقالا بقلم LUDWIG ورد في مجلة "نيوسوتا" ، العدد 32 سنة 1948، ص 734.

(3) كان هذا رأي Darremore في مقالة بعنوان (قانون الخصوصية)، ورد في مجلة كولومبيا للقانون، ص 693، سنة 1912.

(4) انظر قضية رقم 171 N.Y. 538, 64 N.E. 442 (1902).

نظراً لأن هذا الحق لا يمتد إلى الصور (الفوتوغرافية) فحسب، بل إلى الأوصاف والتعليقات أيضا. بيد أن الرأي العام قد قابل هذا الحكم بالرفض، لدرجة أن سلطات الولاية حاولت أن تعالج الموقف بعد فترة وجيزة عن طريق استصدار تشريع[1].

وفي الحقيقة فإن رفض هذا الحق لم يكن قاصراً على ولاية نيويورك وحدها. بل إن العديد من الولايات كانت ترفض بشدة قبول الحق في الخصوصية، كأساس لرفع الدعوى القضائية. ولعل المثل الصريح لذلك هي قضية: Hillman V. Star Publishing Co.46 Wah. , 691, 117 Pac.594(1911)[2]، وكانت تتعلق بأن إحدى الصحف قد نشرت مقالاً أوضحت فيه أن والد المدعي المدني كان يستخدم البريد في أغراض التزوير، وإنه قد يتعرض للقبض عليه. وأورد المقال تفاصيل عن العمليات المدعى بتزويرها، ثم نشرت الجريدة صورة لأفراد العائلة، بما فيهم المدعى بالحق المدني. وقضت المحكمة بعدم التعدي على حق قانوني للخصوصية؛ لأنه في غياب استصدار تشريع بنشأة هذا الحق لا يصبح هناك حد فاصل بين العام والخاص.

وهذا الذي ذهبت إليه المحاكم الأمريكية في ذلك الوقت، هو ما ذهبت إليه محكمة النقض الإيطالية، حيث ذهبت إلى أن النصوص التشريعية التي تحمي الأسرار لا تنسحب إلى حماية الحياة الخاصة طالما أن الكشف عن هذه الحياة لا يمس الاعتبار والشرف، ذلك لأن الرغبة في المحافظة على الخصوصية ليست من المصالح التي يحميها القانون وإنما هي خاضعة للرقابة الأخلاقية. أما من الناحية القانونية فلا تعتبر غير مشروعة[3]. وفي قضية عرضت على المحكمة العليا في استراليا، رفضت المحكمة بأغلبية الأعضاء بوجود مثل هذا الحق[4].

ويعتبر رفض الخصوصية في القانون الإنجليزي مبدئياً. فليس هناك ثم حكم يمكن الاعتماد عليه كركيزة أساسية بالنسبة لاقتحام الخصوصية، ويوجد القليل من الآراء القضائية التي يفسر بها القاضي قاعدة، أو مسألة قانونية خاصة. أما القضاء الإنجليزي فيذهب إلى أنه لا يوجد مثل هذا الحق[5]. ومن هذا الاتجاه قضية Hosg V. Kirby[6]، وكان نظرها سنة 1803. وقد أشير فيها إلى أنه منذ وقت مبكر يرجع إلى سنة 1742 رفض القاضي Lord Hardwicke أن يعامل العلامة التجارية باعتبارها من عناصر الملكية وهو مثال لتمسك الفقه الإنجليزي بأن تكون الملكية ملموسة. أما السمعة وحدها، أو الخصوصية في ما بعد فكلها عناصر معنوية لم يكن الفكر مهيئاً بعد لتقبل عناصرها كحقوق مستقلة بذاتها عن الملكية المادية الملموسة، وهذا ما أكد عليه كل من وارين وبراندیز في مقالهما[7].

---

(1) انظر مجموعة قوانين نيويورك سنة 1903 فصل 132 المادتين الاولى والثانية ، وفيما بعد أصبحت هذه المواد برقم 51/50من قانون ولاية نيويورك، وانظر: Iean Brittan, op.cit., p. 237.

(2) انظر قضية برقم: 64Wash., 691, 117 Pac. 594(1911).

(3) انظر نقض مدني إيطالي في 22 ديسمبر 1956 قضية " نيرينا فيلم" ضد " كاروزو " أشار إليها حسام الدين الاهواني، المرجع السابق، ص 12. و قد تغير الموقف بالنسبة للقضاء الإيطالي تطبيقاً للمادة التاسعة من الميثاق الأوروبي حيث اعترف القانون الإيطالي بهذا النوع من الحق.

(4) مشار إليها في تقرير لجنة "Justice" ، ص 8.

(5) تقرير اللجنة المشار إليها انفاً.

(6) انظر قضية برقم (8ves . 215, 1803).

(7) انظر Warren & Brandeis, op. Cit., P. 195

وتعتبر القضية الرائدة في هذا المجال هي قضية "Corelli"[1].وقد نظرت تلك القضية سنة 1906، أي بعد نشر مقال كل من وارين وبراندیز، وبعد صدور الحكم في قضية " Roberson"، وصدور تشريع نيويورك، وفي قضية "Corelli" المشار إليها، كان المدعى عليهم قد نشروا بدون إذن، وباعوا صوراً للمدعية بالحق المدني تمثلها في مناظر تخيلية من حياتها. فرفعت المدعية قضية تطلب حظر النشر والبيع، على أساس أن في ذلك قذفاً في حقها، وعلى أساس أن لها الحق في حظر نشر صورتها الشخصية. فقضت المحكمة أنه ليس هناك موضوع للدعوى، وليس لها أساس. ففي المقام الأول اعتبرت المحكمة أن البطاقات المصورة ليس فيها تشهير. وان استصدار أمر من المحكمة بحظر التصوير غير المرخص من المدعية بالحق المدني لا يجوز لأنه يعوزه السلطة القانونية لإقامة أو إقرار هذا الحق.

وفي قضية أخرى[2]، صدر حكم مشابه، حيث كان القائمون على معرض للكلاب قد ادعوا لأنفسهم الحقوق المطلقة في الصور الفوتغرافية عن معرضهم ولكن تذاكر الدخول لم تبين وجود حظر على التصوي. فقام أحد المصورين بالتقاط صور فوتوغرافية للمعرض وباعها للمدعى عليهم، والذين قاموا بدورهم بنشرها في جريدتهم. وقضت المحكمة بأنه لا وجه لإقامة الدعوى، كما أنه لا وجه لحظر النشر لأن مروجي معرض الكلاب ليس لهم حق مطلق في تصوير أي شيء، وليس لهم استناد إلى حق الملكية. وقالت المحكمة: إن الوسيلة الوحيدة التي يستطيع بها أصحاب المعرض أن يكون لهم حق مطلق في الصورة هو تضمين هذا الشرط.

والواقع أنه يوجد في القضاء الإنجليزي عدد وفير من القضايا[3] التي تسير في هذا الاتجاه، وتنكر الاعتراف بهذا الحق باعتباره حقاً مستقلاً. وعلى الرغم من أن هذه الآراء القضائية لا تعتبر حائلاً في تطوير سبب الدعوى على أقل تقدير من الوجهة النظرية، إلا أن القضاء الإنجليزي لم يقم بأي محاولة في هذا السبيل. ولعل مشكلته الأساسية هي في عدم وجود سوابق قضائية يمكن الاعتماد عليها في الاعتراف بهذا النوع من الحق. كما أن الفقه الإنجليزي لم يحاول بصورة جادة رفد القانون العام بأفكار جديدة تبعث فيه شبابه كما فعل نظيره الفقه الأمريكي[4]، حيث أسهم هذا الفقه -عن طريق تحليل مبادئ الحماية- من وضع أسس للحماية من التعدي ورعاية حقوق الملكية، وإثبات أن هذه المبادئ منفردة ومتباعدة ليست وافية وتناسب الظروف الحاضرة، وأنه ينبغي تطوير مفهوم جديد للخصوصية يتناسب والتطورات التي تطرأ على القانون في مجال الحقوق الفردية[5].

ولعل من المفيد هنا أن نشير إلى أن القضية الرائدة التي يمكن القول بأنها محاولة للتوسع في حق الخصوصية، وتطويرها في القضاء الإنجليزي هي تلك القضية[6] التي

---

(1) انظر قضية Corelli V. Wall, 22 G.L.R . 532(ch. 1906).

(2) انظر قضية Sports V. Gen. Press Agency Ltd., 1917, 2 K.B. 125 (C.A).

(3) انظر على سبيل المثال قضية Clark V Freeman., 11 Beave. 112, 50 Eng. Rep. 759 (Ch. 1848) .

(4) Leon Brittan , op. Cit. , P. 245.

(5) Cherif Bassiouni, op. Cit., P. 394.

(6) انظر قضية Prince Albert V. Strange (2 Dec. V, sm. 652, 64 En. Rep. 293 ch . 1849)

أقامها الملك-ألبرت- ضد سترينج. وقد كان ذلك سنة 1849 حيث حاول الملك وقف نشر صور "زنكوغرافية" للعائلة المالكة طبعت بدون تصريح، وكان الأمر يتعلق في نفس الوقت بطبع "كتالوج" يضم هذه الصور. وصدر الحكم على أساس حق البرنس البرت في وقف النشر على أساس الحق في الملكية. ويتبين من صياغة "نايت بروس" نائب رئيس القضاة أن القضية كانت تتعلق بحق محدد في الخصوصية[1]. حيث عبر عن ذلك بقوله: " لو أن حق الشخص في أن يحتفظ لنفسه في حالة من الخصوصية بممتلكاته ذات الطبيعة الشخصية، ودون أن يكون في ذلك اعتداء على حق الغير، قد أصبح محلاً للشك لكانت النتيجة الحتمية لذلك هي أن من يستطيع بغير الرضا الصريح أو الضمني لمالك هذه الأشياء الحصول على معلومات عنه، ويكون له الحق في أن يستغل معلوماته لينشر بغير موافقة المالك وصفاً لها[2] "، وباستثناء هذه القضية فقد عجزت المحاكم عن مسايرة هذا المبدأ، وهذا على خلاف القانون العام الأمريكي الذي استطاع تطوير هذا النوع من الحق أكثر منه في المملكة المتحدة. ويتضح هذا من تحليل "وارين وبراندیز" لهذه القضية[3].

وحجة هذا الفريق المعارض للخصوصية، إضافة إلى ما قدمناه من حيثيات أنه يرى أن الخصوصية من منشأها لا قيمة لها، وأنها أفكار عفا عليها الزمن, وأن النشر غير المرغوب فيه، أو الذي يتسبب عنه الضيق هو أمر شاذ، ولا يتضرر منه إلا مرضى الأعصاب. وهذا النوع من الخصوصية هو على الأكثر له قيمة " بورجوازية"، ولا يستحق إلا أولوية محدودة بين اهتمامات القانون الملحة[4].

ومن جهة نظر القانون الإنجليزي، إن مفهوم انتهاك الخصوصية مفهوم فضفاض، يصعب معه إيجاد نص تشريعي يتناول هذا المعنى، ولهذا فإن القانون الإنجليزي لا يعترف بالتعدي على الخصوصية الفردية[5]. وهذا ما يتجه إليه الفريق الأمريكي المعارض للخصوصية، حيث يذهب إلى أن مثل هذا النوع من الحق ليست له حدود معينة، ولا تعريف موحد يمكن على ضوئه معرفة متى يكون هناك اعتداء على هذا الحق، وماهية العلاج لهذا النوع من المساس بالشخصية. وهكذا يصعب تنظيم هذا الحق من الناحية القانونية. حيث إنه يخضع لقواعد اللياقة، والآداب العامة للمجتمع، ومراعاة هذه الآداب، والأحاسيس الاجتماعية لا يتم تنظيمها بواسطة قواعد قانونية. صحيح أنه ربما كان في بعض صور النشر، والتقاط الصور، والإعلان، اعتداء على هذه القيم، ولكن تنظيمها بواسطة القانون يحمل في أطوائه مساوئ كثيرة ربما جاوزت تلك المحاسن والمزايا التي يحققها، هذا فضلاً عن أن عالمنا المعاصر ينطوي على الكثير من المضايقات التي تعكر هدوء الفرد مما يتعذر معه معالجة كل هذه المضايقات معالجة قانونية[6].

---

(1) انظر Leon Brittan, P. 236 . cit., op.

(2) المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية ، ص 52.

(3) انظر Warren & Brandeis, op. Cit., PP. 202.

(4) انظر John H. F. Shattuck , op. Cit. , P. 201.

(5) انظر Constitutional & Administrative Law S.A. de Smith, Penguin Education, P.496.

(6) انظر اوبرين (دينس) مقال بعنوان الحق في الخصوصية منشور في مجلة كولومبيا للقانون نوفمبر 1902، ص 437-448.

ويبدي هذا الفريق قلقه إزاء إدخال هذا الحق تحت مظلة الحماية القانونية، ويدعي بأن الرأي العام، والذوق السليم وآداب المهنة وأخلاقياتها، يمكن بوجه عام أن يعتمد عليها لحماية الفرد من التطفل عليه بلا ضرورة، أو بالتعدي غير المعقول على خصوصيته، وإن إدخال هذا الحق القانوني العام للخصوصية يعتبر أمراً غير ضروري، بل يدعو إلى خلق أغلال وقيود ترد على العديد من الحقوق والحريات مثل حرية الصحافة وحق جمع المعلومات[1]. فالانتقاص من الخصوصية هو بغرض ضمان أنواع أخرى من الحريات وبدرجة تفوق ما فاتنا وأكثر مغزى[2].

ويشير هذا الفريق إلى حقيقة إحصائية، وهي أنه في الفترة الواقعة بين 1956 إلى سنة 1970، أي -منذ نشأة مجلس الصحافة البريطاني- كانت هناك فقط 38 شكوى من مجموع 450 شكوى قدمت إلى المجلس تتعلق بالتعدي على الخصوصية، وكانت هناك 16 شكوى هي التي وضعت موضع الاعتبار، وهذا يعني أن نسبة التعدي قليلة لا يستدعي الأمر معه وجود تشريع[3].

وهكذا فإننا لو قلنا بوجود حماية قانونية للخصوصية، فإن هذا سيؤدي إلى تزايد حجم النِزاع القضائي، التي يدعى فيها بوجود مساس بالخصوصية، وذلك لأن معاني الخصوصية تتشعب بدرجة يعجز المرء عن حصرها؛ إذ أنها ليست مقصورة على التعليقات، بل تمتد لتشمل الأوصاف والتعليقات. ومن هنا لا يتسنى لنا الحد من اتساع نطاق الخصوصية لتشمل العديد من السخافات التي يقوم بها الغير[4]. ولذلك فإنه حتى في الأحوال التي يصدر فيها قانون يعترف بالخصوصية، فإن هذا القانون لا يمكن أن يكتب له النجاح، ولا يحظى بالاستقرار، بل إنه سيتغير حتماً في أول دورة تشريعية[5].

ويضيف هذا الاتجاه إلى أنه ليس هناك خط فاصل بين العام والخاص، أو بتعبير آخر إن هذا الحق يجد في مواجهته حقوقاً وحريات أخرى محمية، ويختلط الحق في الخصوصية بهذه الحقوق، ولذلك فإنه في كل حالات رفض هذا الحق، ينشأ الرفض بسبب صعوبة وضع خط فاصل بين المصالح العامة المشروعة، والمسائل التي تعتبر تدخلاً في المجال الخاص[6].

ومن وجهة نظر مجلس الكنائس الإنجليزي، فإن المجتمع في حاجة إلى تضافر الجهود، وإلى أن يضحي الأفراد ببعض خصوصيتهم، وأنه إذا جاز ذلك في الماضي، حيث ينشغل الأفراد بشئونهم الخاصة، وشئون عائلاتهم دونما نظر للمجتمع حولهم، إلا أن العصر الحاضر لا يسمح بذلك، حيث أصبحت المعيشة في الحضر تتطلب التضافر. وإن في نمو عدد السكان، وزيادة الكثافة في المجتمعات الحضرية الكبيرة، تجعل من الخصوصية أمراً صعب التحقيق، وقد عبر مجلس الكنائس عن ترحيبه بالأجهزة التكنولوجية الحديثة؛ لأنها ترفع من مستوى المعيشة، "ولا تجعل المرء يعيش لنفسه"،

---

(1) انظر تقرير لجنة JUSTICE ، المرجع السابق، بند 26.

(2) انظر John H.F. Shattuck, op. Cit., P. 205

(3)انظر تقرير لجنة JUSTICE ، المرجع السابق.

(4) انظر قضية روبرسون، سبق الاشارة إليها.

(5) انظر اوبرين (دينيس) المقالة السابقة،445.

(6) انظر Leon Brittan, op. Cit., P. 328

وبذلك يتسنى للجماهير أن تسهم في خدمة المجتمع، وتضطلع بدورها كأفراد في المسئولية الاجتماعية. وفي هذا الاتجاه تؤيد هيئات الكنيسة الانفتاح بصورة أكثر، ودرجة خصوصية أقل[1].

وفي الواقع فإن المشكلة الأساسية التي تدعو هذا الفريق إلى المعارضة، هو عدم وجود حد فاصل بين ما هو عام وما هو خاص.. وبالتالي ما هو الشيء الذي يجب اعتباره من الخصوصيات، وهذه التفرقة ربما بدت مهمة شاقة في بلدان قد بلغت فيها التقنية في الإعلام والنشر، وشيوع الأجهزة آفاقاً بعيدة، بحيث أصبح كل فرد من أفراد المجتمع يبدو شفافاً للآخرين. هذا بالإضافة إلى أن أحكام المحاكم الإنجليزية التقليدية يدعم هذا الاتجاه إذ إن المحاكم لم تتوصل إلى وجود سوابق قضائية تعترف بالحق في الخصوصية[2]، وبالتالي لم يعرف القضاء الإنجليزي وجود مثل هذا الحق. وفي نفس الوقت لا يمكن القول بأن هذا الحق (حق طبيعي)، وذلك لأن كلا القانونين الأمريكي والإنجليزي لا يعرف فكرة الحقوق الطبيعية.لأن الحكومة، سواء في الولايات المتحدة أو إنجلترا، لا تستطيع أن تكفل أي حق للأفراد إلا إذا قرره البرلمان الإنجليزي(في إنجلترا)، أو نص عليه الدستور الأمريكي (في أمريكا) وحماه، ومن هنا فإن هذا الفريق يرى أنه لا يجوز الاعتراف بهذا الحق لأنه يعوزه السلطة القانونية لإقامة أو إقرار هذا الحق[3].

ماهية الحلول التي قدمها القانون الإنجليزي:

من المعلوم أننا حين نقرر أن القانون العام الإنجليزي لا يعترف بقواعد عامة للحق في الخصوصية، فإن هذا لا يعني أن هذا القانون يترك حالة الخصوصية دون أدنى حماية، وإنما نعني بذلك أن القانون الإنجليزي وتطبيقاته لا يقبل دعاوى الخصوصية كدعاوى مستقلة للمطالبة بالحق المدني، ما لم يلحق بهذا العنصر عنصر مادي للضرر يمكن تقييمه. بمعنى أن حالة الخصوصية لم تظهر كموضوع لجريمة مستقلة، وإنما هي منطوية تحت حماية حقوق أخرى مثل حماية الملكية، والحماية من التشهير، والتآمر، والإقلاق، والقذف الضار، وانتهاك حقوق النشر[4]. وهذا يعني أن انتهاك حق الخصوصية قد يكون موضوع إجراءات لرفع الدعوى في القانون العام، وذلك في الحالة التي يستطيع فيها المدعي أن يقدم شكواه في نطاق الالتزام الناجم عن الضرر. فعلى سبيل المثال إذا دخل أحد الناس مسكناً خاصاً بدون ترخيص، ودس فيه وسيلة من وسائل التصنت أو الالتقاط السري للأصوات، فيعتبر هذا نوعاً من اقتحام الخصوصية التي لا يجوز أن ينشأ عنها أي تعويض من الناحية الجنائية، ولكنها تنشئ نوعاً من التعدي على ملكية الغير، وهو نوع من الدعوى المدنية البحتة، ويجب على المحكمة، بعد التأكد من الضرر، أن تأخذ في تقديرها الضرر الفعلي الذي وقع على المدعي[5].

---

(1) انظر تقرير "YOUNGER"، المرجع السابق، ص 33.

(2) انظر قضية روبرسون، سبق الاشارة إليها.

(3) انظر قضية Hillman، سبق الإشارة إليها.

(4) انظر Constitutional & Administrative Law, S.A. de Smith, Penguin Education, P. 470.

(5) انظر تقرير لجنة Justice،المرجع السابق، ص 9.

ومن هنا من اللازم علينا اختبار أسس الالتزام الموجودة حالياً والتي في ظلها يمكن أن تتفق مع تلك الانتهاكات الخاصة التي تضير الخصوصية؛ وذلك لأنه متى وجدت الحماية من خلال وسيلة أخرى خلاف هذه الأسس التي تتعلق بالالتزام فليس هناك ثمة مشاكل عملية. ونحن في هذا السبيل نتحسس الوسائل التي عرفها القانون العام الإنجليزي، وهل تغني عن الاعتراف بالحق في الخصوصية.

كيف حلت إنجلترا المشكلة:

نحاول هنا أن نلقي الضوء على الوسائل التي عالج بها القانون العام الإنجليزي هذه المشكلة، وذلك على النحو الآتي:

أولا- قانون العقد:

من الوسائل التي يلجأ إليها القانون الإنجليزي لحماية الخصوصية هو ما يسمى بقانون العقد. فإذا استطاع الشاكي أن يبين وجود علاقة تعاقدية بينه وبين المشكو في حقه بأنه قد تدخل في خصوصيته، فقد يكون من المحتمل رفع قضية بأنه قد خالف ثمة نص من نصوص العقد سواء كان ذلك صراحة أو ضمناً[1]. وفي قضية Pollard V . Photographic كان أحد المصورين قد أخذ من سيدة صورتها السلبية، ليطبع منها نظير أتعابه، وقضت المحكمة بمنعه من بيع نسخ من هذه الصورة، أو عرضها على أساس وجود عقد ضمني لا يجيز له استخدام الصورة السلبية في مثل هذا الغرض، وأيضا على أساس أن بيع، أو عرض الصورة في مثل هذه الحالة هو إخلال بالثقة[2].

ومع أن كلاً من Warren & Brandeis قد اعتبر هذا الحكم الاتفاقي شيئاً أكثر من مجرد اعتراف القضاء بالحق في الخصوصية[3]، إلا أن Leon Brittan يلاحظ أنه حتى مع تحليل هذا الاعتراف، فإنه مقصور على العقود التي يجوز أن يفهم منها ضمناً، وبدرجة معقولة، وجود علاقة تعاقدية تحد من الافتئات على الخصوصية. ولذلك فليس من الملائم على هذا الأساس أن يكون هناك حظر تلقائي لنشر الصورة الفوتوغرافية التي يلتقطها المصور[4].

ويلاحظ أن القضاء الإنجليزي قد توسع في فكرة الإخلال بالثقة التعاقدية، وذلك ليشمل بمظلته العديد من الحالات التي يكون الاعتداء فيها واقعاً على الخصوصية، دون أن يعترف بهذا الحق. فقد شمل الإخلال بالثقة ثلاثة أمور:

1- إساءة استخدام الثقة الخصوصية.
2- إساءة استخدام الثقة التجارية.
3- إساءة استخدام الثقة المادية[5].

---

(1) المرجع السابق، ص 16.

(2) أشار إلى هذه القضية Leon Brittan المرجع السابق، ص 235.

(3) انظر Warren & Brandeis, op. Cit., P. 63.

(4) انظر Leon Brittan, op. Cit., P. 235. ويلاحظ أن القضاء الأمريكي قد نظر قضية مماثلة هي قضية: Douglas V. Stokes, 49 Ky. 506, 149 S.W. 549(1912) ولكن انتهى القضاء الأمريكي إلى أنه ليس للمصور حق في الصورة، ولا يجوزله عمل صورة مطبوعة من الصورة الأصلية إلا بترخيص من المدعية،وإن ما أقدم عليه المصور هو انتهاك لحق المدعية في الخصوصية، ولو كان موضوع القضية قد نظر في المحاكم البريطانية لطبقت نظرية العقد الضمني سالف الإشارة إلى معناه.

(5)انظر تقرير JUSTICE، المرجع السابق، بند 54-55-56.

ثانياً- التشهير:

تقع دعوى التشهير كلما استطاع أي شخص أن يعرض أو يقدم، أو يثبت، أن هناك ثمة تصريحاً قد أساء إلى سمعته في أعين المجتمع، خصوصاً بين أعضاء المجتمع من ذوي الفكر الصائب، الذين يحكمون على الأمور حكماً صائباً، أو كان هناك ثمة تصريح أساء إليه عن طريق تعرضه للكراهية، والغرابة، والاحتقار، ويلاحظ أن الكثير من أنواع التعدي على الخصوصية تتلاءم مع نطاق التشهير، أو تدخل في نطاق التشهير بمعنى أدق[1]، ولكن شريطة أن تشتمل على نوع من النشر[2].

ومن قضايا التشهير التي غطت بها إنجلترا ما أسمته الولايات المتحدة بالحق في الخصوصية، هو قضية "توسوMme. Tussauds " ومفاد هذه القضية أن المتهم قد حوكم بتهمة القتل في اسكتلندا، ولكن جاء قرار المحكمة أن الجريمة لم تثبت نسبتها للمتهم. ولكن متحف مدام "توسو" قام بصنع تمثال من الشمع للمتهم، وعرض المتحف التمثال في مكان قريب من "غرفة الرعب"، وفي مجال التمثال تصوير لمسرح الجريمة. وقضت المحكمة أن الوضع على النحو المتقدم يرقى إلى درجة القذف. وقال القاضي لورد Halsbury " أن الأمر لا يقتصر على الكلمات المكتوبة، وضرورة التزامها بالصدق، أو دقة الواقع، بل أيضاً ينطبق ذلك على النموذج، أو المنظر، حتى يكون هناك مبرر للنشر. إن ظروف التوقيت، أو المكان قد تثير معاني، وقد تصبح مصدراً للقذف، رغم أن الكلمات قد تكون صادقة، والتمثال، أو النموذج قد يكون متقناً"[3].

وهناك مثال آخر للتدليل على امتداد قانون القذف لحماية الخصوصية هي قضية Honeysett[4] وكان المدعى عليهم قد قاموا بنشر صورة فوتوغرافية للمدعية السيدة Honeysett وهي ترتدي زي ركوب الدراجات، وبصحبتها شاب في مقتبل العمر، ولم يكن هذا الشخص زوجها، وقد كان عنوان المقال المصور"أيام العطلة بلا رقيب" . وكان ادعاء المدعية بالحق المدني إن هناك معنى ضمنياً، مفاده أنها قضت يوم العطلة مع هذا الشاب، وإنها ارتكبت جريمة الزنا معه. وقد قبلت المحكمة هذا التفسير، وقضت لصالح المدعية. وهناك قضايا عديدة تسير في هذا الاتجاه.

وعلى الرغم من أن التشهير يغطي بعض مظاهر الخصوصية، إلا أن هناك مجالات عديدة رئيسية حيث إنه من غير المحتمل للتشهير أن يحمي اقتحامات الخصوصية، ولعل في مطلعها الكشف غير الضروري، وغير المعقول للحقائق الشخصية، وتشويهها بالنسبة للمدعي، فلا يوجد في القانون المدني للتشهير ما يمنع من نشر الماضي لأي شخص من الأشخاص مما يؤذي ذلك الشخص، وعائلته، وذلك مهما كانت المعلومات المشهر بها شخصية. ويعتبر التبرير دفاعاً كاملاً في الإجراء المدني، أو القضية المدنية الخاصة بالتشهير، وعلى ذلك إذا دمر أحد الناس مستقبل شخص آخر

---

(1) انظر تقرير لجنة JUSTICE"" ، المرجع السابق، ص 12.

(2) للتشهير تعريفان أحدهما تقليدي وهو: نشر أقوال لشخص ثالث يكون من تأثيرها الإقلال من تقدير الشخص في تفكير الأشخاص من ذوي الرأي السليم في المجتمع بصفة عامة، وبحيث تجعلهم ينأون ويتجنبون هذا الشخص، أو يكون من تأثيرها أيضا الإضرار بسمعته العلمية.
وثانيهما تشريعي: ينشأ بالنشر لطرف ثالث وفي ظروف يقدر في كل الأحوال أنها تؤثر بالضرر في الشخص من ناحية تقديره في أعين الناس المعقولين بصفة عامة ، أنظر Press Law, R.C. Smith, P. 3.

(3) انظر قضية Monson V. Tussauds Ltd. (1894)،1 Q. B 671

(4) وردت في جريدة التايمز اللندنية بعددها الصادر في 14 مايو سنة 1935، ص 5 ، عمود 5.

نتيجة حقد، وذلك بواسطة الكشف عن حادثة بغيضة أخلاقياً، والتي يكون هذا الشخص قد تورط فيها منذ ثلاثين عاماً من قبل، فإن حقيقة الكشف تعتبر إجابة كاملة على قضية التشهير[1].

يضاف إلى ما تقدم أن القضاء الإنجليزي يعتبر الحقيقة من الأسباب المبيحة للقذف والتشهير، ومن هنا فإن التسجيل متى كان حقيقياً غير مزور فإنه لا تكون هناك أدنى حماية للخصوصية، ولا يخفى أن نشر الحقائق عن شخص ما ربما كانت مؤلمة إلى حد كبير، إذ إن الحقيقة في كثير من الأحيان تنطوي على مرارة ربما كانت أكثر من المعلومات المكذوبة، وغير الحقيقية.

ثالثاً- المضايقة:

ترتكب المضايقة حيث يكون هناك تدخل غير معقول، وقلب للأوضاع الخاصة باستخدام الأرض، أو التمتع بها مما يسبب الضرر، وهذا النوع من التعدي إنما يهدف به على وجه الخصوص حماية علاقات الجوار. وبعض انتهاكات الخصوصية قد تكون موضع إجراء ومساءلة في ظل المضايقة. وعلى ذلك إذا كان الشخص المدين يطارد الناس بمخابراته الهاتفية، وهو في منزله، وإذا ضايق أحد الجيران بشكل مستمر، فهذا يعتبر من أعمال المضايقة[2]. ولكن هناك الكثير من الحالات التي تجعل طبيعة التعدي غير قابلة للتعويض،كما هو الحال في التعدي على الملكية، إذ يجب إن يكون للمدعي ثمة مصلحة في الأرض، حتى يكون ذلك سبباً من أسباب الدعوى، فإذا لم يكن للمدعي أي مصلحة في الأرض فلا يستطيع أن يرفع الدعوى[3].

رابعاً- تعدي حدود الغير وانتهاك حرمة ملكيته:

لقد كان التعدي موضع تعويض منذ زمن باكر في القانون العام الإنجليزي،إلا أنه يذهب إلى أن المدعي يستطيع فقط أن يرفع الدعوى إذا كان يتمتع بملكية الأرض، أو المنقولات، أي - بشرط أن يكون المدعي هو الحائز- وهذا النوع من التعدي في الحقيقة لا يوفر ثمة تعويضاً مقابل الكثير من الانتهاكات التي تتعلق بالخصوصية وعلى ذلك يمكن للمالك الساكن، أو المستأجر لمنْزل من المنازل أن يقاضي المتطفلين بالنسبة لتعديهم على الأرض، ولكن ضيف الفندق، أو المقيم فيه لا يستطيع أن يفعل ذلك. كما أنه ليس هناك ثمة تعويض في حالة التعدي الذي قد يحدث من الشخص الذي يستخدم منظار "الاوبرا"، أو آلة تصوير معظمة، لكي يتجسس من أي مكان خارج أملاك المدعي[4].

وهكذا إذا وضع أحد الناس وسيلة من وسائل التصنت في منزل أي شخص آخر، فغالباً ما يكون هناك عدم تصريح بالدخول في ذلك المنزل، وهذا بدوره يؤسس الاعتداء

---

(1) انظر تقرير لجنة JUSTICE، المرجع السابق، ص 13. وانظر كتاب Brittan Leon، المرجع السابق، ص 259.

(2) انظر تقرير لجنة JUSTICE، المرجع السابق ، ص 40.

(3) انظر قضية Malone V. Laskiy (1907) 2 K.B. 141

(4) قد يكون هناك ثمة حماية عندما يكون المتلصص موجوداً في الطريق الرئيسي الملحق بأملاك المدعي، طالما كان هذا الأخير هو أيضا مالك الأرض الموجودة تحت الطريق العام. وعلى ذلك يمكن رفع دعوى التعدي على ملكية الغير على أساس إن الطريق العام لم يعد يستخدم للأغراض الشرعية. انظر قضية : Harrison V. Duks of Rutlasd (1893) I Q.B. 142 .

على ملك الغير. ولكن إذا كانت أجهزة التصنت موضوعة في غرفة بفندق من الفنادق بقصد التصنت على الأحاديث الشخصية لضيف من الضيوف، فإن الشخص الوحيد القادر على أن يرفع دعوى الاعتداء هو المالك للفندق نفسه الذي يضع يده على الغرفة بمقتضى القانون . ومن هنا يتبين أن القانون الخاص بالتعدي غير متكافئ في سبل شتى لحماية مختلف أوضاع التطفل والتي تكاثرت نتيجة التقدم العلمي[1].

وفي الحقيقة فإن القانون العام الإنجليزي يبدو قاصراً في معالجة هذا النوع من الحق، فهو وإن كان يوفر بعض التعويضات لبعض أنواع التطفل على الخصوصية، إلا أنه في النهاية يعجز عن مواجهة أنشطة المجتمع برمتها، هذا فضلاً عن أنه غير مرض في معالجته لهذا النوع من الحق[2].

كما أنه من ناحية الصياغة يبدو تقليدياً إلى حد كبير. ومشكلة القضاء الإنجليزي في هذا الصدد عكوفه على مبدأ السوابق القضائية، فحيث لا توجد سابقة قضائية في الواقعة المعروضة على القضاء، فإن أحداً لا يملك إعطاء علاج لهذه الواقعة، وإنما يجب تطبيق القواعد التي سبقت قضاء، وهكذا ظل القضاء الإنجليزي حبيس هذه الفكرة. حتى بات من المستحيل إضافة خطأ آخر إلى الأخطاء الموجودة.

وقد ترتب على هذا أن الشخص الذي يقع التطفل على حياته الخاصة لا يستطيع أن يرفع دعوى قضائية مبنية على التعدي، أو انتهاك حرياته، أو مصالحه، وإنما يجب عليه أن يبحث عن سبب آخر، وعندما يتم العثور عليه، يجب أن يكون هذا السبب مبنياً على اهتمامات أخرى غير الخصوصية، بل حتى هذه التعويضات التي يقررها القانون الإنجليزي تبدو تعويضات طفيفة ولا تضمن حماية شاملة[3].

أما من ناحية تطبيق قانون العقوبات، فهناك ثمة نصوص جنائية تتعلق بالخصوصية إلا أنه غير ثابت. فالعقوبات التي تتصل بالخصوصية موجودة في عدة تشريعات مثل قانون البريد، وقانون السرقة، وقانون الأسرار الرسمية، وهذه التشريعات لا تربطها صلة واحدة، وفي نفس الوقت ليست متكاملة، ولا شاملة لكل الأوضاع، وهي مبعثرة هنا وهناك، وسنلقي الضوء على هذا الموضوع في أثناء عرضنا للجرائم موضوع البحث.

وهكذا عجز الفقه، والقضاء الإنجليزي عن تطوير القانون العام وهذا على خلاف الفقه، والقضاء الأمريكي حيث ساعد في نمو هذا الحق وتطويره، وذلك من خلال القانون العام نفسه. وقد عبر عن هذا المعنى اللورد DENNING إبان مناقشة مجلس اللوردات لمشروع قانون تقدم به لورد MANCROFT عن الحق في الخصوصية بقوله: "هذا هو القانون كما تطور في الولايات المتحدة نابعاً من القانون العام (الإنجليزي)، فلماذا لا يكون لنا شيء مشابه. إنني لست يائساً. ويستطيع القضاة أن

(1) انظر تقرير لجنة JUSTICE، المرجع السابق، فقرة (81).
(2) انظر المرجع السابق، فقرة 85.
(3) تقرير اللجنة ، المرجع السابق.

يفعلوا ذلك وليس هناك في أي من قرارات مجلس اللوردات، ولا في أحكام المحاكم ما يحول دون إيجاد علاج للحالات الخطيرة، وكذلك يستطيع الفقهاء أن يفعلوا ذلك"[1].

وعلى الرغم من هذا الذي قدمناه، فإن هذا الموضوع قد أصبح من الموضوعات التي تحظى باهتمام الرأي العام الإنجليزي، وزاد الاهتمام بالنشاطات التي تهدد الحياة الشخصية، سواء نشاطات الصحافة أو المخبرين، أو منظمات المخابرات، أو من يقومون بعمليات التجسس الصناعي. ولهذا فلقد عملت عدة محاولات لإدخال تشريع له طبيعة عامة.

وأول ما يطالعنا في هذا الصدد هو مشروع اللورد " مانكروفت" عن حق الحرمة الشخصية الذي قدمه إلى مجلس اللوردات عام 1961، وحدث بعد ذلك أن درست لجنة JUSTICE هذا الموضوع، وهي الفرع الإنجليزي للجنة الدولية للقانونيين، التي شكلت عام 1967لدراسة موضوع حق الحرمة الشخصية، وقد صدر عنها تقرير درست فيه شتى مناحي هذا الحق وأرفقت اللجنة بهذا التقرير توصياتها باستصدار مشروع بقانون، وأوصت كذلك بإجراء مزيد من البحث في موضوع العقوبات الجنائية على أفعال التجسس الصناعي، وفي موضوع تنظيم وسائل الحصول على معلومات شخصية واختزانها وتبليغها[2].

وفي عام 1967 قدم بعض الأعضاء مشروعات بقوانين أخرى وهي القانون الخاص بالاختبارات الهاتفية، وفي عام 1968 قدم قانون بشأن الإعلام الصناعي. وفي عام 1968 قدم قانون بشأن تسجيل المخبرين الخصوصيين، وقانون بشأن الرقابة على البيانات، وقانون بشأن التسجيلات الشخصية. وآخر المشروعات القانونية التي قدمها الأعضاء إلى البرلمان - القانون الذي قدمه مستر ليزلي هاكفليد عام 1971، و يتعلق بالإشراف على الإعلام الشخصي، ويقترح هذا المشروع إيجاد نظام شامل على أجهزة حفظ المعلومات، وإنشاء محكمة لأجهزة حفظ المعلومات، وهيئة مستقلة للتفتيش عليها[3]. وكل هذا النشاط أدى إلى زيادة الطلب على ضرورة عمل تشريع كامل بهذا الصدد.

وفي الختام نخلص إلى أن الوسائل الإنجليزية القديمة غير كافية لحماية الحياة الخاصة، كما أنه يصعب تطويرها، وذلك بالنظر لتلك السلسلة من القضايا، وبالنظر لحقيقة أن وقتاً طويلاً قد انقضى منذ أن نظرت المحاكم موضوعات الخصوصية. وقد سنحت الفرصة للقانون الإنجليزي أن يسير على منوال الولايات المتحدة، وذلك من خلال تطوير هذه القضايا، ولكنه رفض هذه الفكرة[4]. فلم يبق أمامه إلا الاعتراف بهذا الحق.

الاتجاه الثاني: الاعتراف بالخصوصية:

(1) ورد حديث لورد DENNING في مضبطة مجلس اللوردات في 13 مارس 1961 - رقم 229- دورة الانعقاد الخامس 639/ 1961 .

(2) وقد رجعنا إلى هذا التقرير، وافدنا منه في بحثنا خصوصاً ما يتعلق بالقانون الإنجليزي .

(3) المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية، ص 55.

(4) انظر Leon Brittan ,op. Cit., P. 240.

تـزعم هـذا الاتجـاه فـي بـادئ الأمـر القضـاء الأمريكـي والفرنسـي، وإن كـان الاعتـراف بهـذا الحـق قـد أصـبح فـي الآونـة الأخيـرة يمثـل اتجاهـاً واسـعاً فـي القـانون المقارن.

وقـد انبثـق هـذا الحـق فـي القـانون الأمريكـي كصـدى قياسـي للقضـاء الفرنسـي والألماني (حق الشخصية)، وهذا ما اعترف به كل من "وارين وبراندیز"[1]، ثـم تطـور بعد ذلك من خلال كتابات الفقهاء ومعالجتهم. وقد استطاع القضاء الأمريكي عن طريـق قانون الـدعوى مـع ثمـة مسـاعدة قانونيـة أن يتوصـل إلـى نتـائج علـى غايـة كبيـرة مـن الأهمية[2].

ففي الوقت الذي عجز فيه القضـاء والفقـه الإنجليـزي عـن تطـوير القـانون العـام، ورأى في السوابق القضائية حائلاً يقف أمـام الاعتـراف بهـذا الحـق اسـتطاعت المحـاكم الأمريكية فعـلاً تحليـل الضـرر الـذي يقـع علـى الخصوصـية، وذلـك بالاعتمـاد بطريقـة واسعة على الحجـج الإنجليزيـة المبكـرة، ورأت أن القـانون العـام فـي شـباب دائـم ينمـو لمواجهة احتياجات ومطالب المجتمع[3].

وإذا كان القانون يحمي الفرد في شخصه وأملاكه، فإن هذا لا يقتصر على الحياة، والملكية بمعناهما المادي، إذ وجد أنه من الضروري من وقت لآخر تحديد طبيعة ومدى هذه الحماية من جديد.

فالتغييرات السياسية والاجتماعية والاقتصـادية لهـا أثرهـا فـي الاعتـراف بحقـوق جديدة. وقد كان القانون في الأزمنة الموغلة في القدم يهيئ العلاج فيما يصـيب الشـخص من تعد مادي، أو تدخل فيما يمس الحياة، والملكية، أي- كان يفيـد فـي حمايـة الفـرد مـن التعدي في شتى صوره- وكانت الحرية تعني الحريـة مـن القيـود، وحمايـة حـق الملكيـة بحيث يكون الفرد آمناً في أرضه وماشيته. والآن أصبح الحق في الحياة معناه الحق فـي الاستمتاع بالحياة، والحق في أن يترك المرء وشأنه. وأصـبح الحـق فـي الحريـة يضـمن ممارسة الامتيازات المدنية. وفي نفس الوقت تطورت لفظة (الملكيـة) واتسـعت، ونمـت لتشمل كل أشكال الحيازة، الملموسة منها وغير الملموسة، أو بتعبيـر آخـر الماديـة منهـا وغير المادية[4].

وإذا كان القانون العام قد حمى الأفراد قبل النشر حسب نصوصه الحرفية، فإنه لا يمنع، أو يحول دون أن يحمى الأسرار الخاصة من أن تفشى وتكون وسيلة القانون العام في ذلك الاعتراف بالحق في الخصوصية[5].

وهكذا على الرغم مـن أن الحـق فـي الخصوصـية لـم يـرد صـراحة فـي الدسـتور الأمريكـي إلا أن القضـاة والفقهـاء اسـتطاعوا تفسـير النصـوص بتوسـع حتـى تناسـب التطورات الحاصلة في الحاضر والمستقبل. ورأوا أن الخصوصية تمثل مسالك عريضة

---

(1) انظر Warren & Brandeis, op . cit., P. 214

(2) تقرير لجنة JUSTICE ، فقرة 105 .

(3) انظر Warren & Brandeis, op. Cit., P 139

(4) انظر مقالة وارين و براندیز حيث قاما بتحليل مبادئ القانون العام وتطور مفهوم الحق في الخصوصية ، ص 193، وما بعدها.

(5) مقال بقلم LUDWIG ، المرجع السابق، ص 734 .

متشعبة للمصالح المرعية بموجب مختلف نصوص وثيقة الحقوق[1] (أي التعديلات العشرة الأولى التي وردت على الدستور الاتحادي للولايات المتحدة).

ولبيان حجم تفسير نصوص الدستور الأمريكي نشير إلى قضية OLMSEAD[2] والتي سجل فيها القاضي BRANDEIS رأيه المعارض لرأي أغلبية أعضاء المحكمة العليا الذين قضوا: بأن الرسائل عبر أسلاك التليفون ليست من بين ما قصد التعديل الدستوري الرابع حمايتها من التفتيش والضبط غير المعقولين. وذكَّر القاضي براندیز المحكمة بتفسير النصوص الدستورية لتغطي نشاطاً وأهدافاً ما كان في وسع الآباء أن يتنبئوا بها. وشبه استراق السمع والتسجيل بالتجسس وفي فقرة مشهورة قال براندیز: "إن مشرعي الدستور قد أخذوا على عاتقهم ضمان الظروف المناسبة لتحقيق السعادة، وتداولوا في حق الناس في التحرر من التطفل الحكومي الذي لا مبرر له، وهو تطفل على خصوصية الفرد، وإنه بصرف النظر عن الوسائل التي تستخدمها الحكومة، فإن هذا التطفل يعتبر انتهاكاً للتعديل الدستوري الرابع، وإن استخدام ما يتم التوصل إليه عن طريق هذا التطفل في إجراءات الإثبات الجنائي، يجب اعتباره انتهاكاً للتعديل الخامس[3]".

وتظهر الخصوصية في الدستور الأمريكي وينسب إليها ضمانات محددة في التعديلات الدستورية الثالثة والرابعة والخامسة، والتي تنص على حق الناس في أن يكونوا آمنين في أشخاصهم ومنازلهم وأوراقهم ومتعلقاتهم، ومتحررين من الضبط والتفتيش غير المعقولين، وحماية المواطن من إجباره على الشهادة- في القضايا الجنائية- ضد نفسه[4]. هذا فضلاً عن التطور المستمر في تفسير التعديل الدستوري الأول، ومفهوم عدالة الإجراءات، وحرية الاجتماع، والتعبير، وحرية الاعتقاد الديني، وهي تضاف إلى الحماية من التفتيش، والضبط غير المعقول المنصوص عليها بالتعديل الدستوري الرابع[5]. وفي بعض الأحيان قد لا نجد الحماية الكافية للخصوصية في المراجع السابقة. فنجد تعزيزاً عاماً بمقتضى التعديل التاسع الذي ينص على أن ورود حقوق معينة في الدستور الاتحادي لا يترتب عليه الإنكار، أو التهوين من الحقوق المكتسبة الأخرى للمواطنين[6].

وينظر شراح القانون الدستوري في الولايات المتحدة إلى التعديلين الدستوريين التاسع والعاشر باعتبارهما والدي الحق في الخصوصية. فالدستور الاتحادي وتعديلاته الأخيرة قد كفل لكل الأفراد، ولكل الأجيال القادمة جوهر الرجل الحر، والمجتمع المفتوح. وقد تحقق من ذلك من صاغوا الدستور ومن أضافوا إليه تعديلاته العشرة الأولى، وذلك بعد أن وضح أنه لا يمكن سد كل ثغرة، وتناول كافة التفاصيل، وإمكان التنبؤ باحتياجات ومشاكل أمة جديدة حرة، وبالنظر لهذا التطور في قصور النصوص،

---

(1) انظر John H. F . Shattuck, op. Cit., P. 6

(2) انظر قضية Olmstead V. United States 277 U.S. 438, 48 S.Ct. 564(1928)

(3) قضية Olmstead ، المرجع السابق في : 9 - A.152 at 478

(4) انظر John H.F. Shattuck, op. Cit., P.6

(5) انظر Cherif Bassiouni, op. Cit., P. 394

(6) انظر John H.F. Shattuck, op. Cit., P.6

فقد تحفظ من صاغوا الدستور الاتحادي من البداية بالنص على حق الشعب الأمريكي في تعديل الدستور.

وتشير التعديلات الدستورية، وصياغة التعديلين التاسع والعاشر بوضوح إلى أن الحقوق المحتفظ بها للشعب هي حقوق محددة بالفعل. وقرر صناع الدستور أن هذه الحقوق ليست على سبيل الحصر. وانه نظراً لعدم قدرتهم على تحديد وتعريف كل الحقوق التي ينبغي توفيرها للمواطنين في المجتمع الحر، فإن الشعب ذاته هو صاحب الرأي في هذه الحقوق[1].

وهكذا استطاع الفقه والقضاء أن يستثمر هذه النصوص، وأن يتوسع في تفسيرها لتغطي الحق في الخصوصية، وان تنتهي إلى أن هذا الحق ليس طفيلياً على الحقوق المستقرة السابقة[2]، سواء كان هذا على مستوى القانون العام أم على مستوى التعديلات الدستورية،كما استطاعت المحاكم الاعتراف بهذا الحق بمقتضى الأحكام التي أصدرتها في قضايا مختلفة.

وقد كانت المحاكم الابتدائية في نيويورك هي أولى المحاكم التي تعترف بالحق في الخصوصية. ومن أولى القضايا التي رفعت تطبيقاً لهذا الحق قضية: Stevens .Manola V[3] وهي ممثلة كانت قد ظهرت على المسرح بأردية خفيفة. وقام المدعى عليه بالتقاط صور لها. ومنعت المحكمة المدعى عليه من نشر الصور. وفي قضية أخرى هي قضي Marks V. Jaffa [4]، أصدرت المحكمة إنذاراً بوقف نشر صورة المدعي بالحق المدني لأغراض تجارية بدون إذنه الكتابي. وقد كانت المحكمة العليا قد اعترفت بهذا الحق في قضية Pavesich[5]. وكانت القضية تتعلق أيضاً بصورة المدعي بالحق المدني، وكانت الصورة في شكل إعلان، وتمثله وهو في هيئة مزرية. وكان مضمون الإعلان إن من يؤمن على حياته تصبح حالته راضية، ومع هذه العبارة صورة لشخص في هيئة طيبة. أما الذي ينصرف عن التأمين فتصبح حالته في صورة رثة، وكانت هذه الصورة هي صورة المدعي بالحق المدني، ورغم أن المحكمة اعترفت بنقص السوابق القضائية إلا أنها حكمت لصالح المدعي المدني.

وبعد صدور هذا القرار في قضية Leon Brittan تلتها قضايا عديدة في مختلف الولايات. وبلغ عدد الولايات التي اعترفت محاكمها بالحق عشرين ولاية[6]، وأباحت رفع دعاوى باعتبار أن الخصوصية حق مشروع، واعتبرت فئة من الفئات التي تحميها نصوص القذف[7]. وقد أورد العميد Prosser في كتابه عن قوانين الأخطاء المدنية أكثر

---

(1) انظر: Cherif Bassiouni, op. Cit., PP. 395 - 6

(2) انظر قضية : State V. Kent, 20 Utah 2nd . 1, 432p2d 64 (1967)

(3) محكمة نيويورك أشارت إليه جريدة نيويورك تايمز عدد 21 يونية سنة 1890.

(4) انظر قضية برقم : Misc. 290, 26 N.Y.S. 908 6 (1893)

(5) قضية : Pavesich V. New England Life Ins. Co. 122 Ca. 190, 50 S.E. 68 (1905)

(6) هناك ولايات بها تشريعات لحماية الخصوصية نذكر منها أوكلاهوما،و ديلاوير وفلوريدا وجورجيا ونبراسكا واريجون و فرجينيا.

(7) انظر Leon Brittan, op. Cit., P. 283

من مائة قرار يؤيد الحق في الخصوصية بموجب القانون العام، وهو الحق الذي لم ينكره سوى محاكم قليلة.

وفي الثلاثينيات وما بعدها، وبمناسبة إصلاح القانون المدني، كان هناك ميل للاعتراف بالحق بالخصوصية، وكذلك محاولة تعريف محتواها، وحركة الإصلاح هذه كانت تهدف إلى وضع مبادئ منظمة للقانون العام في الولايات المتحدة. وأعد مشروع الإصلاح المعهد الأمريكي للقانون، ولكن كان لها نفوذ كبير على تطور القانون في الولايات المتحدة[1].

وهكذا استطاع الفقه و القضاء أن يعمل جنباً إلى جنب حتى أصبحت القضايا متعددة جداً لدرجة أن العميد Prosser استطاع أن يصنف الحق في الخصوصية إلى أربعة أصناف، تحمي كل واحدة منها مصلحة من المصالح، وترتبط جميعها فيما يسمى بحق الفرد في أن يخلو ونفسه[2]. وقد نوقشت هذه التعديلات الأربعة من الضرر في عام 1967 في التعديل الثاني للقانون الخاص بالضرر[3].ومعلوم بعد هذا أن تطور قانون الأخطاء المادية يشير إلى إدراج التعديل على الخصوصية باعتباره خطأ مستقلاً[4]. ويطبق باستقلال عن أحوال التعدي المادي على الممتلكات الخاصة[5].

وإذا كان الفريق المعارض للخصوصية يحتج بأن لفظة " خصوصية " تنم عن مصالح متعددة وهي تتعارض مع الرقابة الاجتماعية المفروضة على الأفراد في المجتمع التكنولوجي المتميز بهذا القدر الوفير من سجلات الأفراد[6]. وأيضا فإن الاعتراف بهذا الحق يعوق حرية التعبير، ويقيد الصحافة والإعلام[7]، فإن الفريق المؤيد للاعتراف بالخصوصية يرى أنها قيمة في المجتمع، تتعدى الموازين الاجتماعية الوضعية، وأن مطلب المواطن الفرد إزاء الحكومة هو حقه في أن يترك وشأنه، أو حقه في أن يمارس رقابته على المعلومات عنه[8]، وأيضاً فإنه يمكن وضع نصوص مناسبة لضمان الحرية الشرعية للصحافة والدفاع عنها على أساس المصلحة العامة[9]. ذلك؛ لأن الاعتراف بحرية التعبير والحق في المعرفة لا يعني إهدار الحقوق الأخرى، وإنما يعني قيام موازنة بين هذا الحق وبين الحقوق الأخرى. ولا يقلل الموازنة بين مصلحة المجتمع ومصلحة الفرد. ذلك ؛ لأن حماية هدوء الفرد وأمنه هي من الحقوق التي تهم المجتمع ككل. فالمجتمع بأسره مطالب بهذه الحماية. وحينئذ تنعقد الموازنة بين مصلحة المجتمع في توفير الإعلام للجمهور، وبين مصلحة المجتمع أيضا في المحافظة على

---

(1)انظر تقرير Younger، ص 314 .

(2) انظر William Prosser, Cal. Law Rev., Vol. 48, 383

(3) انظر تقرير لجنة Justice ، فقرة 17 و 105 .

(4) انظر على سبيل المثال قضية (Hamberger V. Eastman, 106N.H.107,206 A.2d. 239, 1964)

(5) انظر قضية (Ford Motor Co. V. Williams, 108 Coa. App. 21., 132 S.E. 2d. 206 1963)
وكانت القضية تتعلق بالاعتداء على المنزل.

(6)انظر كتاب Landynski "التفتيش و الضبط و المحكمة العليا" ، الناشر Baltimore, Md. Johns Hopkins Univ. Press, 1966, P.28

(7) انظر تقرير Justice ، فقرة 26 .

(8) انظر قضية Olmstead ، سبق الاشارة إليها .

(9) انظر تقرير لجنة Justice ، فقرة 26.

حرمة الحياة الخاصة[1]، وهذه الموازنة هي التي تجعل فروع الحكومة تواجه باستمرار حفظ التوازن بين الخصوصية والقيم الدستورية الأخرى[2]؛ ويلاحظ أن الاهتمام الشرعي للصحافة والراديو والتلفزيون يتمثل في التركيز على نشر الحقائق, والمسؤولية في هذا الصدد إنما تقع بشكل أكثر على محرري الجرائد والمجلات ومخرجي برامج التلفزيون والراديو, فهم يحاولون التعرف على ماهية الحقائق التي مَنْ حق الجمهور التعرف عليها؛ ولكن لا يجوز أن يتألم أحد على حساب تطفل الآخرين[3] إذ أن الامتياز الذي يستند إلى المصلحة العامة في النشر لا يسري على أحوال التطفل على الخصوصية[4].

ومن هنا يتضح لنا أن حماية حق الخصوصية لا يستلزم بالضرورة أن يكون لها ثمة تأثير عكسي على الحق في الإعلام، شريطة أن تصاغ النصوص المتصلة بها صياغة مناسبة. وأن توجد موازنة دقيقة بين الحقين. وحتى على فرض وجود مثل هذا التأثير فإن أهمية الحق في الخصوصية لا تقل عن أهمية الحق في الإعلام.

مع ملاحظة أن الفقه المقارن يذهب إلى عدم جواز اللجوء إلى فرض الرقابة على الصحف، وذلك بهدف حماية الحق في الخصوصية؛ إذ من غير المعقول التعسف في استعمال حرية من الحريات على حساب حرية أخرى أو حق آخر. فليس للحكومة[5]، ولا للمحاكم أية سلطة لمنع نشر الصحف أو فرض الرقابة عليها، وإن كان هذا لا يمنع من مساءلة كتاب الصحف في حالة خروجهم على القانون؛ إذ أن كتاب الصحف باختصار شأنهم شأن أي فرد آخر عرضة للحدود التي يفرضها القانون، فليس لهم امتياز خاص يحميهم من المساءلة[6].

الاعتراف بالخصوصية في فرنسا:

سبق أن بينا أن الاعتراف بهذا الحق يمثل اتجاهاً واسعاً في القانون المقارن، وتعتبر فرنسا لها دور الريادة في هذا الاتجاه.

فمنذ سنوات عديدة نشأت حركة -لا نزاع حول أهدافها- ترمي إلى إيجاد علاج لأحوال التعدي التي لا تحتمل، وحيث يجوز أن تتدخل المحكمة - حتى في غياب نصوص قانونية تتعلق بهذا الانتهاك[7]. وقد استطاع القضاء الفرنسي أن يضع في أيدينا نتائج على غاية كبيرة من الأهمية، سواء كان ذلك في تحديد مفهوم الخصوصية، أو نطاق هذا الحق وطبيعته.

وإذا كانت الأحكام حتى منتصف هذا القرن تبدو نادرة نسبياً فإنها على العكس من ذلك تكاثرت خلال السنوات الأخيرة، وعلى الأخص نتيجة لمقالات ظهرت في بعض

---

(1) مقال بقلم سكلي فرايت بعنوان " القذف، الخصوصية ،و حق الجمهور في المعرفة مشكلة قومية و معالجة جديدة" مجلة تكساس للقانون سنة 1968 - مجلد 46 ، ص 634 .

(2) John H.F. Shattuck, op. Cit., P. 7

(3) انظر تقرير لجنة Justice فقرة 26 .

(4) انظر Prosser، المرجع السابق ، ص 848 .

(5) انظر كتاب THE RULE OF LAW, by Dicey, P. 249

(6) كتاب Cicey - حكم القانون -، ص 249 ، المرجع السابق .

(7) انظر: Daniel Becourt, Reflxions sur le projet de loi relatif la protection de la vie privee, Gaz du Pal. Docrine ,1970 ,P. 1

الصحف التي تهتم باستغلال الفضائح مزودة قرائها بتفاصيل دقيقة للغاية لحياة الفنانين، والشخصيات الاجتماعية والسياسية المعروفة بدلاً من أن تزودهم بمعلومات حقيقية[1].

وهكذا أصبح من الواضح من التعدي على الخصوصية بواسطة الصحف، أن الموقف لا يصح السكوت عليه؛ لأن 80% من القضايا كان سببها الصحف خصوصاً جرائد معينة نذكر منها صحيفة " فرانس ديمانش" وجريدة " هنا باريس"[2].

وقد ترتب على هذا إصدار المحاكم عدداً غير قليل من المبادئ التي تتعلق باحترام الحياة الخاصة. وهكذا أكدت المحاكم في مرات عديدة حق كل شخص في صورته، ومعاقبة من يلتقط ملامح شخص دون موافقته، وكذلك أخضعت نشر القصص والحكايات التي تمس سرية الحياة الخاصة على موافقة صاحبها[3]، بل لم يقف الأمر عند القضاء الفرنسي، وإنما هذا ينسحب على الفقه الفرنسي؛ إذ أننا لم نعثر على رأي في هذا الفقه يعارض هذا النوع من الحق. وكما سبق أن بينا أن " براندیز" قد ذهب في دفاعه عن الخصوصية إلى أن القضاء الفرنسي قد اعترف بهذا النوع من الحق[4], وهذا يؤكد أن القضاء الفرنسي قد سبق القضاء الأمريكي في هذا الاتجاه، وأن الأخير قد انبثق فيه هذا الحق كصدى قياسي للقضاء الفرنسي.

وقد كانت أول قضية يستند فيها إلى الحماية العامة بموجب القانون المدني للخصوصية -والتي تتأسس على المسئولية عن الخطأ المدني- هي قضية ممثلة فرنسية مشهورة هي " راشيل RACHEL" عام 1858، وهذا الحق قريب من حق الشخص في صورته، أو حق المؤلف أو الفنان في وقف نشر أعماله, وحق الشخص في شرفه، وسمعته. وكل هذه الحقوق تعامل في الفقه النظري الفرنسي باعتبارها حقوق الشخصية والتي يعبرون عنها بالفرنسية "Droits de Personalie". وبالإنجليزية يعبرون عن ذلك بالعبارة الآتية: Rights of Personality[5].

وهكذا إزاء صمت القانون، نشأت مجموعة أحكام صادرة من المحاكم المدنية، وعلى امتداد العشرين سنة الماضية- وكونت مبادئ لحماية أسرار الحياة الخاصة استناداً إلى المادة 1382 من القانون المدني، والتي تقضي بأن أي شخص يتسبب في ضرر الغير أو إصابته يجعل المسئول عن هذا الفعل ملزماً بالتعويض عن الضرر أو الإصابة، ويوفر ذلك علاجاً واسعاً، ووسيلة تستخدم ضد أي شخص يرتكب خطأ، وإن كان تعريف الخطأ لا يذهب إلى أبعد من فعل شيء على غير مقتضاه من وجهة نظر الشخص العاقل، أو بالاستناد إلى مواد في القوانين الشخصية[6].

ورغم أن حق الحرمة الشخصية في نطاق القانون المدني كان معترفاً به في القوانين القديمة منذ أمد بعيد، إلا أنه لم يحظ بالتأييد التشريعي إلا منذ صدور قانون 17

---

(1) انظر Henri-Blin, Protection de la vie privee, Juris Classeur dr, pen . art, 368a 372, para.4

(2) انظر تقرير YOUNGER ، المرجع السابق ، ص 308 .

(3) انظر Henri - Blin , op . cit., para. 5.

(4) انظر WARREN & BRANDEIS ، المرجع السابق ، ص 214 .

(5) انظر تقرير لجنة Younger , op . cit., P. 308

(6) انظر Martin , op. Cit., P. 222 & dalloz, op. Cit., para.(V) 9

يوليه سنة 1970[1]، إذ لا يخلو الأمر قبل ذلك من عدم اليقين عند الالتجاء إلى النصوص. ولهذا كان رأي جانب من الفقه الفرنسي أن العقوبات المدنية غير كافية لضمان الاحترام الواجب للحق في الشخصية، وفي صيانة أسرار الحياة الخاصة، وطالبوا بضرورة وجود نصوص في التشريع، سواء الفرنسي، أو الأجنبي لتحريم التعدي الخطير على أسرار الحياة الخاصة، وليكون لسلطات القضاء المختصة الوسائل الفعالة لصيانة حقوق الشخصية: مثل انتهاك أسرار المهنة، وانتهاك أسرار المراسلات، وانتهاك المسكن، ولتلافي التشهير، والأضرار الناجمة عنه[2].

ومن هنا مهد القضاء الفرنسي، وكثير من الكتابات القانونية القديمة الطريق إلى إصدار قانون 17 يوليو سنة 1970. وهذا القانون قد أضفى الشرعية على هذه الأقضية. وذلك بتضمينه القانون المدني المادة التاسعة، والتي نصت على الحق في احترام الحياة الخاصة من جهة، ومن جهة ثانية يجيز النص للقضاة الحكم بالتعويض في حالة الأضرار التي تحيق بالحياة الخاصة وللمحكمة في سبيل ذلك اتخاذ كافة الإجراءات المفيدة، مثل فرض الحراسة، أو الضبط أو منع الفعل المتضرر منه[3].

ويؤكد قانون 17 يوليو سنة 1970 في جوهره على حماية الحرية الفردية ضد تدخل الدولة عن طريق "الاعتقال الوقائي، أو الإيداع التحفظي في السجون، كما يهدف القانون إلى تدعيم حرمة أسرار الحياة الخاصة من تطفل الآخرين" [4].

وبالتوازي مع هذه الأحكام من النظام المدني، فإن قانون العقوبات الصادر في 17 يوليو سنة 1970 قد جرم جنائياً الاعتداء على الحياة الخاصة وجرائم التشهير، وجريمة إفشاء الأسرار، وقد جرمت المواد 368 - 372، الأفعال الآتية:

1. التجسس بواسطة الأجهزة السمعية والبصرية.
2. نشر مطبوعات تتضمن أقوالاً، أو صوراً لأحد الأفراد.
3. استخراج نسخ من أحد أشرطة التسجيل، أو الأفلام التي تستخدم أقوالاً أو صوراً لاحد الأفراد بغير موافقته. وسنعرض لهذه الجرائم في الفصول التالية:

الخصوصية في مصر[5]:

---

(1)المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية ، المرجع السابق ، ص 46 .

(2) انظر DALLOZ para . (V) 10

(3) انظر Para.(v)6,.Blin,op.Cit– Denri

(4) انظر DALLOZ, op. Cit., para. 11

(5) اهتمت التشريعات الأخرى بالأجهزة الفنية التي قد يترتب على استخدامها إضرار بأسرار الحياة الخاصة ، وجرمت الأفعال المخالفة بنصوص في قانون العقوبات ، ومن هذه الدول ألمانيا الاتحادية حيث نصت المادة 299 من قانون العقوبات الألماني على تجريم فض الرسائل عن عمد، وبدون إذن ، وقانون 1967 حيث استحدث مادة جديدة هي المادة 398 والتي نصت على تجريم تسجيل الأحاديث الخاصة بدون إذن أولاً. وثانياً تجريم التصنت على أحاديث الغير مع استخدام أي أداة أو جهاز. ونظم مشروع قانون العقوبات الألماني E1962 في الباب السابع منه المخالفات التي لها علاقة بالتصريحات العامة و انطوائها على تشهير للحياة الخاصة أو العائلية، طالما ليس هناك مصلحة عامة في النشر . وفي بداية سنة 1972 قدم مشروع قانون للبرلمان الاتحادي في ألمانيا خاص بالمعلومات التي تغطيها بنوك المعلومات في مجال التسجيل الإلكتروني للمعلومات الشخصية.

اهتم المشرع المصري بهذا النوع من الحق، فنص عليه في الدستور، وذلك في المادة(45) منه. حيث قرر أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون، وللمراسلات البريدية، والبرقية، والمحادثات التليفونية حرمة، وسريتها مكفولة، ولا تجوز مصادرتها أو الاطلاع عليها، أو رقابتها إلا بأمر قضائي مسبب، ولمدة محدودة وفقاً لاحكام القانون. وكذلك نصت المادة 44 من الدستور على أن للمساكن حرمة، فلا يجوز دخولها أو تفتيشها.

وعند صدور قانون رقم 27 لسنة 1972 بشأن ضمان حريات المواطنين أضاف إلى الباب السابع المعنون بعنوان "السب، والقذف، والإفشاء" من الكتاب الثالث من قانون العقوبات مادتين برقم 309 ونصها: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن،وذلك بأن ارتكب الأفعال الآتية في غير الأحوال المصرح بها قانوناً، أو بغير رضاء المجني عليه:

أ- استرق السمع، أو سجل، أو نقل عن طريق جهاز من الأجهزة أياً كان نوعه محادثات جرت في مكان خاص،أو عن طريق التليفون.

ب- التقط أو نقل بجهاز من الأجهزة أياً كان نوعه صورة شخص في مكان خاص.

فإذا صدرت الأفعال المشار إليها في الفقرتين السابقتين أثناء اجتماع على مسمع أو مرأى من الحاضرين في ذلك الاجتماع، اعتبرت مثل هذه الإجراءات قد حازت موافقتهم ضمناً.

ويعاقب الموظف العام الذي يرتكب أحد الأفعال المبينة في هذه المادة اعتماداً على سلطة وظيفته. ويحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأجهزة وغيرها مما يكون قد استخدم في الجريمة، كما يحكم بمحو التسجيلات المتحصلة عنها أو إعدامها.

يعاقب بالحبس كل من أذاع أو سهل إذاعة ، أو استعمل ولو في غير علانية تسجيلاً، أو مستنداً متحصلاً عليه بإحدى الطرق المبينة بالمادة السابقة ، أو كان ذلك بغير رضاء صاحب الشأن .

ويعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من هدد بإفشاء أمر من الأمور التي تحصل عليها بأحد الطرق المشار إليها لحمل شخص على القيام بعمل، أو الامتناع عنه.

ويعاقب بالسجن الموظف العام الذي يرتكب أحد الأفعال المبينة بهذه المادة اعتماداً على سلطة وظيفته، و يحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأجهزة وغيرها مما

ويلاحظ أن الدستور الاتحادي لألمانياالغربية لسنة 1949، جعل من حماية الحق في الشخصية واجباً أساسياً. وهناك مادتان تتعلقان بهذا الحق. فالمادة الاولى تنص على حرمة كرامة الإنسان ،وأن احترام هذه الحرمة من واجب سلطات الدولة .كما تنص المادة الثانية على حق كل شخص في تطوير شخصيته بشرط عدم المساس بحقوق الآخرين،أو الخروج على النظام الدستوري . وقد كان أول اعتراف عملي بالحق في الشخصية ، وهو حق يعتبر بديلاً يعبر به عن الحق في الخصوصية ، وقد وضح في قضية المحامي شاخت عام 1954. انظر مقالاً بقلم H.Jescheck بعنوان "الحماية التي يوفرها قانون العقوبات لحقوق الشخصية في ألمانيا- ورد المقال في مجلة العلوم الجنائية لسنة 1966، ص 545 وما بعدها. وانظر تقريرYounger، ص 31-315. واهتمت بذلك أيضاً كل من النمسا وإيطاليا، وسويسرا وهولندا . فبالنسبة للنمسا أوردت نصوصاً للحماية في المادة 310 من قانون العقوبات الخاص بها . وكذلك الحال بالنسبة لسويسرا، وذلك بموجب القانون الاتحادي لسنة 1968 في المادة 179، وكذلك الحال في إيطاليا ، وفي هولندا التي صدر فيها قانون 7 أبريل سنة 1971. وفي مقاطعة كولومبيا البريطانية (كندا) لديها قانون للخصوصية لسنة 1968 يحرم انتهاك خصوصية شخص آخر ، ويستبعد القانون أحوال التعدي في حالة موافقة المضرور أو إذا تم الانتهاك بمعرفة السلطات العامة . وجرم قانون 1968 استخدام اسم أو صورة شخص آخر بغرض الإعلان أو لترويج المبيعات أو لأي غرض من أغراض التجارة ، ما لم يتم الحصول على موافقة الشخص المعني على مثل هذا الاستخدام.

ا انظر تقرير YOUNGER ، ص 317. وانظر ، دالوز ، المرجع السابق ، فقرة 5.

يكون قد استخدم في الجريمة، أو تحصل عنها. كما يحكم بمحو التسجيلات المتحصلة عن الجريمة أو إعدامها.

وقد استرشد المشرع المصري في تقرير هذه المواد بما ذهب إليه المشرع الفرنسي في قانون العقوبات الصادر في 17 يوليو 1971.

وأضاف المشرع المصري أيضاً إلى قانون الإجراءات الجنائية المادة 95 لتحدد الأحوال التي يجوز فيها ضبط الخطابات، ومراقبة المحادثات الهاتفية، حيث نصت على أنه (لقاضي التحقيق أن يأمر بضبط جميع الخطابات والرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود لدى مكاتب البريد، وجميع البرقيات لدى مكاتب البرق، وأن يأمر بمراقبة المحادثات السلكية، واللاسلكية أو إجراء تسجيل لأحاديث جرت في مكان خاص، متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة في جناية، أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر، وفي جميع الأحوال يجب أن يكون الضبط أو الاطلاع، أو المراقبة أو التسجيل بناء على أمر مسبب و لمدة لا تزيد على ثلاثين يوماً قابلة للتجديد لمدة أو مدد أخرى".

وكذلك عدلت المادة 295 من قانون الإجراءات الجنائية حيث قررت عدم تقادم الدعوى المدنية الناشئة عن الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة .

ومعلوم بعد هذا أن الاعتداء على الحياة الخاصة يولد تعويضاً مدنياً مع ملاحظة أن القانون المدني المصري لم ينص صراحة على الحق في الخصوصية. إذ أن هذا القانون قد اعترف صراحة بالحقوق الملازمة لصفة الإنسان وذلك بالمادة 50 منه. وهذا يفسر لنا السبب الذي حدا بالمشرع الفرنسي إلى النص صراحة على حرمة الحياة الخاصة، وذلك في المادة التاسعة من القانون المدني. إذ إن هذا القانون لم ينص صراحة على فكرة الحقوق الملازمة لصفة الإنسان كما فعل المشرع المصري.

الخصوصية في العراق:

لم ينص الدستور العراقي المؤقت الصادر عام 1970 على حرمة الحياة الخاصة صراحة، وإن كان قد عالج بعض مظاهر الخصوصية في بعض نصوصه، وذلك مثل حرمة المراسلات وحفظ سريتها حيث نصت المادة الثالثة و العشرين من الدستور المذكور على أن: "سرية المراسلات البريدية والبرقية والهاتفية مكفولة، ولا يجوز كشفها إلا لضرورات العدالة والأمن، وفق الحدود و الأصول التي يقررها القانون".

وكذلك نص الدستور العراقي على حرمة المنزل حيث جاءت المادة الثانية والعشرون على أن "للمنازل حرمة، ولا يجوز دخولها أو تفتيشها إلا وفق الأصول المحددة للقانون".

وإذا كان الدستور العراقي لم ينص على حرمة الحياة الخاصة صراحة، وإن كان نص على بعض مظاهرها-إلا أن قانون العقوبات قد نص على ذلك في المادة 438ع حيث نصت على أنه :"يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين:

1. من نشر بإحدى طرق العلانية أخباراً أو صوراً أو تعليقات تتصل بأسرار الحياة الخاصة أو العائلية للأفراد ولو كانت صحيحة إذا كان من شأن نشرها الإساءة إليهم.
2. من اطلع من غير الذين ذكروا في المادة 328 على رسالة أو برقية أو مكالمة تليفونية فأفشاها لغير من وجهت إليه إذا كان من شأن ذلك إلحاق ضرر بأحد".

ومعلوم أن المادة 328ع نصت على أنه يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات، أو بالحبس كل موظف أو مستخدم في دوائر البريد أو البرق أو التليفون وكل موظف أو مكلف بخدمة عامة فتح أو أتلف أو أفشى رسالة أو برقية أودعت أو سلمت للدوائر المذكورة، أو سهل لغيره ذلك، أو أفشى سراً تضمنته الرسالة أو البرقية .

ويعاقب بالعقوبة ذاتها من أفشى ممن ذكر مكالمة تليفونية، أو سهل لغيره ذلك.

وكذلك نص قانون العقوبات العراقي على جريمة دخول المنْزل على غير ما يجيزه القانون، وذلك في المادة (326) حيث نصت على أنه :"يعاقب بالحبس وبالغرامة، أو بإحدى هاتين العقوبتين:

كل موظف أو مكلف بخدمة عامة دخل اعتماداً على وظيفته منْزل أحد الأشخاص أو أحد ملحقاته بغير رضاء صاحب الشأن، أو حمل غيره على الدخول، وذلك في غير الأحوال التي يجيز فيها القانون ذلك،أو دون مراعاة الإجراءات المقررة فيه".

ويلاحظ أن قانون العقوبات العراقي قد جاء خالياً من النص على تجريم التصنت والتلصص سواء كان ذلك تقليدياً أو بواسطة الأجهزة الفنية الحديثة وكذلك قد جاء خالياً من النص على تجريم مراقبة المكالمات الهاتفية والتقاط الصورة والتسجيل وهذا يصدق أيضاً على قانون الأصول الجزائية إذ جاء خالياً من النص على شرعية مراقبة المحادثات الهاتفية والتسجيل أو عدم شرعيتها. وقد كان هذا سبباً في أن يثور الجدل بين الفقهاء العراقيين مما نعرض له في حينه.

وفي الحقيقة فإن الاعتراف بالحق في الخصوصية قد أصبح يمثل اتجاهاً تسعى إلى حمايته كافة المجتمعات والمنظمات والحكومات حيث أثارت حالات التدخل في الخصوصية موجة عنيفة على المستوى الدولي.

وقد ترجح هذا الاتجاه بفضل تأكيد المنظمات الدولية على تنظيم قواعد حماية واحترام الحياة الخاصة وذلك كالمادة السابعة عشرة من الميثاق الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والذي تبنته الجمعية العامة للأمم المتحدة بدورتها الحادية والعشرين عام 1966 وبالقرار الحادي عشر من دورة الانعقاد الدولي لحقوق الإنسان في طهران عام 1968، وكذلك المادة الثامنة من الميثاق الأوربي لحقوق الإنسان عام 1970 وقد تصدى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948 في المادة الثانية عشر للحق في الخصوصية حيث ذهبت إلى أنه لا يعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة، أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو لحملات على شرفه أو سمعته. ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل التحكمي أو تلك الحملات ومن هنا لقي الحق في الخصوصية اعتراف الإعلان العالمي،وبالتالي كان لهذه الإعلانات أثرها على القانون حيث اعترفت العديد من الدول بهذا الحق وضمنته دساتيرها كما عالجت بالحماية هذا الحق في بعض مواد قانون العقوبات .

وقبل أن نختتم بحثنا هذا لا بد لنا من دراسة موضوع له أهمية كبيرة في اعتقادنا وهو البحث عن الأسباب الموضوعية التي أدت إلى انتشار حق الخصوصية في الولايات المتحدة، ولم يحدث الأمر نفسه في إنجلترا، علماً بأن التشريعات الأمريكية تعتبر الابن الشرعي للتشريعات الإنجليزية. ونحن نعتقد من جانبنا أن هذه الدراسة لصيقة الصلة بموضوعنا.

أسباب انتشار هذا الحق في أمريكا دون إنجلترا:

اختلف دارسو القانون في أسباب انتشار هذا الحق في الولايات المتحدة الأمريكية في حين أن إنجلترا لم تسر في هذا الاتجاه. ويمكن حصر وجهات نظر هؤلاء الدارسين في أسباب الاختلاف إلى الأسباب التالية:

السبب الأول: اختلاف المنهج القانوني في كلا البلدين:

يرى فريق من الباحثين في محاولة الكشف عن سبب تطور قانون الخصوصية في الولايات المتحدة دون إنجلترا؛ بأن ذلك يرجع إلى اختلاف المنهج القانوني في كلا البلدين ويتضح هذا السبب في اتجاهين:

أ-قوة السوابق القضائية وضعفها:

بنظر الفروق القانونية الصرفة بين البلدين، يتضح لنا أن الخلاف البارز بينهما هو في أن قوة السوابق القضائية في الولايات المتحدة ليست بنفس القدر الذي يصل إلى حد اعتبارها في مرتبة المصادر الدستورية، ومما لا شك فيه أن لذلك دورا أساسياً في نمو الحق في الخصوصية[1]، وقد نجد دلالة لذلك في قضية PAVESICH[2] حيث جاء في حيثيات الحكم "أن غياب حق أكيد-غياباً كاملاً- لفترة طويلة من الزمن، كان له بالتأكيد أثر في التحفظ الذي قوبل به هذا الحق من حيث الاعتراف به، وخوفاً من التأثير في سلطة المشرعين، ولكن هذا الغياب ليس نهائياً فيما يتعلق بهذا الحق؛ إذ لا اعتراض على استحداث هذا النوع من المنازعات القضائية، إذا وجد ضرر يتسنى مطابقته على النموذج القانوني، ويكون هذا الضرر قد وقع على المدعي بالحق المدني. وفي مثل هذه الحالة – ورغم عدم وجود السوابق القضائية – فإن القانون العام سوف يسود وفقاً لعدالة القانون الطبيعي والمصلحة العامة ".

ومما لا شك فيه أنه قد صادف القضاء الإنجليزي مناسبات عديدة كان باستطاعته أن يأخذ بشيء جديد في أحكامه. ولكن يلاحظ على الحيثيات التي وردت في القضية سالفة الذكر أنها مناقضة للأسلوب المعتاد لوجهة نظر المحاكم الإنجليزية بالنسبة للسوابق على أقل تقدير في وقتنا الحاضر[3].

ب-وجود ضمانات دستورية مكتوبة في الولايات المتحدة:

يرجع فريق من الباحثين سبب نمو الحق في الخصوصية في الولايات المتحدة إلى العوامل الدستورية، حيث توجد ضمانات دستورية تحمي الحقوق المدنية، ولهذا كان القضاء الأمريكي يستند في أحكامه في قضايا التعدي على الخصوصية إلى نصوص الدستور ففي قضية PAVESICH [4] ذهبت المحكمة إلى أن الحق في الخصوصية مستقى من القانون الطبيعي، ومضمون بشرط عدالة الإجراءات المنصوص عليها في الدستور. بيد أن هذا الرأي معارض بسبب إرجاع الحق في الخصوصية إلى القانون

---

(1) انظر Leon Brittan op . cit ., P. 243

(2) Pavesich V. New England Life Ins. Co. 122 Co.,190, 50 S.E. 68, 71

(3) انظر: Leon Brittan , op. Cit., P. 243

ويلاحظ أنه إزاء الألعوبات التي يواجهها القضاء الإنجليزي بسبب تطور العصر قرر مجلس اللوردات الإنجليزي انه يجوز العدول عن السابقة القضائية شريطة أن يكون ذلك في الحدود التي تستدعيها الضرورة . وقد صدر هذا القرار في 26 يوليو 1966.

(4) انظر قضية : Pavesich V. New England Life Ins. Co. 122 Co.,190, 50 S.E. 68, 71

الطبيعي، إذ ذهبت محكمة الاستئناف في كاليفورنيا بمناسبة نظرها قضية Melvin V. Reid[1] إلى أن الاستناد إلى الدستور أقوى من الاستناد إلى القانون الطبيعي وقد ذهبت المحكمة في تفسير نصوص دستور الولاية بأنه يوفر السعادة والحماية من التعدي غير المشروع على الملكية وتوفير الأمن.

ومما لا شك فيه أن وجود مثل هذه النصوص الدستورية يساعد على التقاضي على أساس هذا الحق الجديد. إلا أنه لا يمكن القول بأن منشأ هذا الحق يرجع إلى الدساتير التي شرعتها الولايات، أو إلى الدستور الاتحادي. ذلك لأن حق السعادة قد يسمح في إضافة جديدة لقانون الأخطاء المدنية. وهذا النص يوافق الحق في الخصوصية إلا أنه لا يستدعي، أو يشترط وجود هذا الحق ويترتب على هذا أنه يجب البحث عن أسباب أخرى غير العوامل الدستورية التي أدت إلى نشوء هذا الحق[2].

السبب الثاني: العوامل الاجتماعية في كلا البلدين:

يرى البروفسور Winfield أن تعليل الاختلاف بين البلدين يرجع إلى تزايد ضغوط الحياة المعاصرة في الولايات المتحدة حيث تقدمت بخطى أسرع منها في إنجلترا. هذا إضافة إلى ما صاحب ذلك التقدم من تطور في وسائل النشر[3].

ويميل فريق آخر إلى أن سبب الاختلاف يكمن في أن الصحافة الأمريكية كانت تغالي في استخدام العناوين الصارخة في صدر صفحاتها. هذا فضلاً عن الصور، والقصص الملفقة، والتركيز على أخبار الجريمة. وقد بدأ هذا الاتجاه منذ مطلع هذا القرن[4].

ويعتقد فريق ثالث بان السبب يرجع إلى إن الأمريكيين اكثر من الإنجليز في معارضة النشر الخاضع للرقابة . والإنجليز اكثر ميلا للعزلة حيث لا يزالون يعيشون في مجتمع مغلق نوعاً ما Inner- directed وهذا بخلاف الأمريكيين الذين يعتادون على الترحال والخروج بدرجة أكبر[5].

وقد أوضح البرفسور David Riesman إن نشوء الحق في الخصوصية في الولايات المتحدة لا يجوز إيضاحه في صيغ اجتماعية خالصة " ففي أوربا، حيث المفاهيم السابقة على المعاني الرأسمالية للشرف والعائلة، والخصوصية والسمعة، لا تزال باقية، ولا يزال من بقي من النبلاء يتبارزون لحماية هذه المعنويات.

أما الطبقة الوسطى فتنهمر قضاياهم على المحاكم في شكل نزاع حول أسباب قليلة الشأن. فإذا كانت التقاليد الرأسمالية اكثر منها اتصالاً بعهد الإقطاع، فإن السمعة رصيد، وليست قيمة في حد ذاتها، وقد انعكست هذه النظرة العملية على العلاقات الاجتماعية في الولايات المتحدة. يضاف إلى هذا إن قانون القذف في الولايات المتحدة أقل أهمية إذا ما قورن بإنجلترا - على الرغم من أن قانون القذف الأمريكي يمثل

---

(1) قضية : Melvin V. Reid 112 Cal App. 285, 297 Pac. 91, 92 (1931).

(2) انظر: Leon Brittan , op. Cit., P. 243

(3) انظر مقال البروفسور Winfield ورد في مجلة Law Q. Rev. عدد 23/47 ، سنة 1931.

(4) انظر: Leon Brittan , op. Cit., P. 241

(5) المرجع السابق.

امتدادا، أو بتعبير آخر قد انبثق عن قانون القذف في المملكة المتحدة. وقد ترتب على هذا أنه في الأحوال التي تثار فيها مسائل تتعلق بمعايير أخلاقية اجتماعية فإنها تقابل في الولايات المتحدة بنظرة متثاقلة من المحلفين[1].

وفي الحقيقة فإنه من غير المعقول الاعتماد في التحليل على تعميمات اجتماعية مشكوك في أمرها، ولا يمكن الاحتكام إليها بصورة موضوعية.

فالقول بأن منشأ هذا الاختلاف يرجع إلى الإثارة التي تتسم بها الصحافة الأمريكية غير كافٍ إطلاقاً؛ ذلك لان عامل النشر قد تكون أسوأ حالاً في إنجلترا عنها في الولايات المتحدة، نظراً؛ لأن الصحف القومية فيها أوسع انتشاراً من صحف الولايات المتحدة. صحيح إن الصحافة الأمريكية قد سارت في اتجاه الإثارة العاطفية وذلك في وقت مبكر وسابق على الصحافة الإنجليزية. إلا أن هذه الصحافة لم تبق في المقدمة فترة طويلة. يضاف إلى هذا إن صحيفة " أنباء العالم" الإنجليزية كانت توزع سبعة ملايين نسخة، وذلك في الوقت الذي بدأ حق الخصوصية يتطور في أمريكا[2].

كما أنه لا يمكن القول بأن ترجيح الاختلاف بين البلدين يكمن في النظرة لأهمية قانون التشهير، وهو قانون يهتم بالنشر غير المرخص به، وذلك؛ لأن الاختلاف لا يكمن في القانون الوضعي بين البلدين، وإنما الفرق هو في الحماس لتأكيد الحقوق القانونية. فقد أشير في قضية Pavesich[3] إلى أنه في الولايات المتحدة كثيراً ما تقال أقوال تتسم بالتشهير، ولكنها لا تصل إلى المحاكم رغم أنها تقبل المنازعة فيها. والذي يدعم هذا أن أحد الكتاب واسمه UPTON SINCLAIR قد أكمل كتابه BOSTON ثم تساءل عما إذا كان يجرؤ على نشره. فأجيب؛ بأنه يتضمن تشهيراً بالتأكيد، ومع ذلك فقد بادر إلى نشره دون أن ترفع دعوى قذف ضد مؤلف الكتاب[4].

والواقع أن الذي يوضح هذا الاختلاف في وجهات النظر هو أن المحاكم في الولايات المتحدة مستعدة لقبول القيود الدستورية التي ترد على قانون التشهير بمعنى - أنها ترجح حرية الصحافة، وتدفق المعلومات،على حق الأفراد في خصوصيتهم-.

ففي قضية SULLIVAN[5] كان تقدير المحكمة العليا أن المصلحة في حرية الصحافة تفوق مصلحة الأفراد ممن يتولون مناصب عامة في الإبقاء على أوجه خصوصيتهم بعيدة عن النقد. وفي قضية WEURENER[6]-قررت المحكمة إن المشرع ربما اتجه إلى أن المصلحة العامة في حرية تدفق المعلومات تفوق في أهميتها الضرر المحتمل الذي قد يلحق بالمدعى عليه من جراء القذف؛ لأن في هذا الموقف تشجيعاً

---

(1) انظر مقال David Riesman بعنوان الديمقراطية و التشهير ، ورد في مجلة كولومبيا للقانون، عدد 727/42، سنة 1942.

(2) انظر : Leon Brittan , op. cit., P. 241

(3) قضية : Pavesich, op. Cit., (1905)

(4) تناول كتاب BOSTON بالهجوم عددا من الأشخاص منهم حاكم ولاية ماساشوستس واسمه Fuller وكذلك النائب العام فيها ومعهما القاضي Thayer ووصف هؤلاء بأنهم لا يصلحون لتولي مناصبهم. ومع ذلك لم ترفع دعوى قذف لان من يتولى المناصب العامة يصبح عرضة للقذف وبالتالي يتنازل عن امتيازه في المقاضاة. انظر كتاب Ernst & Lindcy بعنوان " امسك لسانك" - (Hold your tongue) ص 74 ، صدر سنة 1932.

(5) انظر قضية : N. Y. Times Co. V. Sulliven, 376 U.S.254, 1964
وقضية : Weuner V. Southern Cal Assoc. 25 Calif. 2d. 2/216, p2d. 325, (1950)
وقضية : Time Inc. V. Hill , 385 U.S. 374, (196)

(6)انظر قضية : Weurner V. Southern Cal. Assoc. 25 Call . 2d. /2/216, P2d. 225, (1950)
وقضية : Time Inc. V. Hill, 385 U.S. 374, (1961)

لتدفق المعلومات الصحفية بلا عائق، وحمايتها، وإعفاء الصحف، ومحطات الراديو من دفع التعويضات الناشئة عن التشهير، وأن تقتصر أوجه العلاج في تصحيح النشر أو التراجع عما نشر. وهذا يفسر لنا قلة الالتجاء إلى المحاكم في هذا النوع من النزاع[1].

السبب الثالث: أثر الدوريات والمقالات العلمية في نمو هذا الحق:

يُرجع فريق من الباحثين سبب الاختلاف إلى الدوريات، والمقالات العلمية، ويرون أن مقال كل من وارين وبراندیز كان له دور رئيسي في نمو الخطأ المدني في مجال الخصوصية حيث أنشأ المقال نظرية جديدة في الفقه القانوني[2].

والذي يدعم هذا الاتجاه هو دراسة القضايا التي أخذت بوجهة نظر المقال سالف الذكر. ولعل الموقف يتجلى بوضوح حين نعلم أن رأي الأغلبية والأقلية في قضية ROBERSON كانت تدور حول النظريات التي وردت في مقال وارين وبراندیز. وقد كان رأي الأغلبية المعارض على هذا النحو (أن هذا الحق لم ينشأ في آراء المعلقين القدامى أمثال BLACKSTONE أو KENT، أو أي من كبار المعلقين الآخريين[3]. فهل وجود هذا الحق مؤكد قبل، أو حوالي عام 1890 عندما ظهر مقال هارفارد المشهور، فإذا كان من الواجب أن ننسب هذا النفوذ لمقال واحد ورد في مجلة علمية، فلا يدهشنا إذن إذا لم يكن هناك تطور مشابه في إنجلترا؛ لأن نفوذ الفقهاء في تطوير القانون أقوى في الولايات المتحدة منه في إنجلترا. ومما لا ريب فيه أن تأثير النشر في المجلات القانونية في إنجلترا ما كانت لتحدث نفس الأثر الذي أحدثته مقالة وارين وبراندیز في الولايات المتحدة، وذلك نتيجة للموقف المتحفظ للمحاكم الإنجليزية لكل ما هو وافد من الولايات المتحدة[4].

والذي نعتقده بعد هذا أنه ليس هناك ما يمنع من أن تكون هذه الأسباب مجتمعة وراء الاختلاف بين البلدين حيث تطور قانون الخصوصية في أمريكا دون إنجلترا. على أن لي قناعة ذاتية في هذا الموضوع بيد أنها تفتقد الدليل المباشر، وإن كانت تجد لها دلائل وشواهد في التاريخ السياسي الإنجليزي. وهو أن الفرد الإنجليزي محافظ بطبيعته، ويميل إلى التمسك بحكمة إنجليزية مأثورة مفادها " ما كان يصلح للآباء يصلح تماماً لنا"

"What was good for our fathers is quite good for us وهذا ما يجعل الفرد الإنجليزي بطيء الاستجابة لأي فكرة جديدة، وتتسم ردود فعله بالهدوء. والذي يدعم هذه المحافظة في نفوس الإنجليز أن هذه الفكرة مصدرها الولايات المتحدة الأمريكية، وهذا بحد ذاته يثير لديهم التحفظ.

---

(1) في دراسة قام بها كل من Clark & Shulman و تبين أنه من بين 27,496 قضية شهدتها ولاية كونكتيكت على امتداد أربعة عشر عاماً لم يتجاوز قضايا القذف والسب 181 قضية أي بنسبة 0.8% من إجمالي القضايا التي نظرت خلال تلك الفترة . انظر أيضاً ليون بريتان، المرجع السابق، ص 242.

(2) انظر مقال DARREMORE ، ص 693.

(3) انظر قضية روبرسون، سبق الاشارة إليها.

(4) انظر : Leon Brittan , op. Cit., P. 245.

المبحث الخامس
حق الحياة الخاصة في الفقه الإسلامي

لدراسة الحق في الخصوصية في الفقه الإسلامي، ومعرفة ما إذا كان هذا الحق معترفاً به أم لا، يتحتم علينا دراسة مفهوم الحق في هذا الفقه، وذلك؛ لأنه ثار الجدل بين الباحثين حول مدى معرفة الفقهاء لمعان محددة لهذا المفهوم، أم أنهم اكتفوا بتلك المعاني اللغوية المتبادرة لهذه اللفظة.

وبادئ ذي بدء يجب علينا أن نلقي الضوء على مدلول (الحق في الخصوصية) من الناحية اللغوية.

الحق في الخصوصية لغة:

يطلق الحق في اللغة العربية على معان:

1. نقيض الباطل[1]، ومنه قوله تعالى: (بَلْ نَقْذِفُ بِالْحَقِّ عَلَى الْبَاطِلِ فَيَدْمَغُهُ فَإِذَا هُوَ زَاهِق)[2].
2. كونه اسماً من أسماء الله تعالى، أو صفة من صفاته ومنه قوله تعالى: (وَلَوِ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءهُمْ)[3]، قال ثعلب[4]: الحق هنا الله عز وجل، وقيل التنْزيل[5].

---

(1) انظر لسان العرب لابن منظور 50/10 مادة حقق، الصحاح للجوهري 1460/4 مادة حقق.
(2) سورة الأنبياء، آية 18.
(3) سورة المؤمنون، آية 71.

3. الحـظ والنصـيب[1]، ومنه قولـه تعالى: (وَفِي أَمْـوَالِهِمْ حَـقٌّ لِلسَّـائِلِ وَالْمَحْـرُومِ)[2] أي: نصيب.
4. الواجب[3]، ومنه قوله تعالى: (فَحَقَّ عَلَيْنَا قَوْلُ رَبِّنَا)[4]أي: وجب.
5. ويطلق الحق على قِرى الضيف على سبيل المروءة والندب[5]ومنـــه قولـــه عليـه الصلاة والسلام: "ليلةُ الضيف حق فمن أصبح بفنائه فهو عليه دين"[6].
6. ويطلق الحق على الموجود والثابت الذي لا يجوز إنكاره[7].

والخصوصية في لغة العرب تعني: حالة الخصوص. يقال: خَصَّهُ بالشيء يخصـه خصاً، وخصوصاً، وخصوصية بالفتح والضم، والفتح أفصح.

والخصوص نقيض العموم. يقال: اختص فلان بالأمر، وتخصص له إذا انفرد به، واختصه- أفرده به دون غيره، وتخصص له: إذا انفرد، والخاصة خلاف العامـة أو مـن تخصه لنفسك[8].

والخصوصية من وجهة النظر اللغوية تقترب من مفهوم السر لكنها ليست مرادفة له، ذلك؛ لأن السرية تفترض الكتمان والتخفـي. فـي حـين أن الخصوصـية - وإن كانـت تفترض قدراً من الكتمان، والتخفي- لكنها قد تتوفر رغم انعدام السرية[9].

وبإضافة لفظة (حق) إلى (الخصوصـية) يمكـن أن نسـتخلص النسـبة التصـورية، فيكون معنى هذه الإضافة من الناحية اللغويـة: هـي حـق الشـخص فـي أن ينفـرد بـأمور لنفسه، أو خاصته، على ألا تتخذ هذه الأشياء صفة العموم.

تعريف الحق اصطلاحاً:

وإذا ما تركنا اللغة جانباً، ونظرنا في الفقه الإسلامي، وجدنا كلمـة الحـق تسـتعمل للدلالة على معان متعـددة تختلـف تبعـاً للمصـالح التـي قررتهـا هـذه الحقـوق، ذلـك؛ لأن المصالح قد تكون مصالح عامة للمجتمع وقد تكون مصالح خاصة للأفـراد، أو مشـتركة بين الجانبين. وتأسيساً علـى هـذا اتجـه علمـاء الأصـول إلـى تقسـيم الحقـوق إلـى أربعـة أقسام[10].

---

(4) وهو أحمد بن يحيى بن سيار الشيباني بالولاء، البغدادي، الإمام أبو العباس ثعلب ولد سنة 200 هـ، كان إمام الكوفيين في النحو واللغة، توفي سنة 291هـ من مصنفاته: المصون في النحـو، اختـلاف النحـويين، معاني القرآن، التصغير، الوقف والابتداء، شرح ديوان الأعشى، شرح ديوان زهير. انظـر بغيـة الوعـاة 396/1، الإعلام 252/1، انباه الرواة 138/1، شذرات الذهب 207/2، وفيات الأعيان 102/1.
(5) ابن منظور، المرجع السابق، والصحاح للجوهري 1460/4. مادة حق، تاج العروس 315/6.
(1) المراجع السابقة.
(2) سورة الذاريات، آية 19.
(3) ابن منظور، المرجع السابق. 52/1.
(4) سورة الصافات، آية 31.
(5) ابن منظور، المرجع السابق 51/10 .
(6) سنن أبي داود 308/2، وقد ورد الحديث في ابن ماجه بابدال (حق) بواجبه، انظر ابـن ماجـه 1212/2 رقم الحديث3677، وورد الحديث في مسند الإمـام أحمـد بـنفس اللفـظ مـع زيـادة واجبـة، فيكـون نـص الحديث (ليلة الضيف حق واجبة).
انظر مسند الإمام احمد بن حنبل 130/4-132-133 .
(7) تاج العروس 315/6، مادة (حق).
(8) ابن منظور 24/7، الصحاح للجوهري 1037/3. تاج العروس 387/4 مادة (خصص) .
(9) ابن منظور 356/4، الصحاح للجوهري 681/2 مادة (سر) .
(10) قسم الشاطبي الحقوق إلى ثلاثة أقسام :1. حق خالص لله، 2. ما هو مشتمل على حق الله، وحق العبد، والمغلب فيه حق الله، 3. ما اجتمع فيه الحقان، وحق العبد هو المغلـب. ومـن هنـا نـرى إن الشـاطبي لا يرى وجود حق للعبد على الخلوص انظر، الموافقات في أصول الشريعة لابي إسـحاق الشـاطبي 218/2-220-219.

1. حقوق الله الخالصة: ويقصد بها، ما يتعلق به النفع العام للناس جميعاً من غير اختصاص بواحد. ولهذا نُسب إلى رب الناس جميعا لعظم خطره، وشمول نفعه، وليست نسبته إليه باعتبار التخليق لأن الكل ينسب إلى الله بهذا الاعتبار سواء كان حقاً لله، أو حقاً للعبد، وكذلك لا ينسب إليه باعتبار التضرر والنفع؛ لأن الله يتعالى أن ينتفع بشيء من ذلك[1]. ومن هنا يتضح لنا أن حق الله بهذا المفهوم يعني حق المجتمع.

وقد ذهب فريق من الأصوليين إلى تعريف حق الله تعالى بأنه: (متعلق أمره ونهيه وهو عبادته)[2]. قال تعالى :(وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْأَنْسَ إِلاَّ لِيَعْبُدُونِ)[3]، فيصبح كل تكليف شرعي هو حق لله[4]، كما تقتضيه هذه الآية. وهذا التعريف لا يكاد يخرج عن التعريف المتقدم.

وقد عرف القرافي[5] حق الله تعالى بأنه: "أمره ونهيه"[6]، وهذا التعريف على هذا النحو غير دقيق، ومرد ذلك أن حق الله هو اللازم له على عباده، واللازم على العباد لابد أن يكون في مقدورهم الإتيان به، واكتسابه، ولا يمكن أن يتعلق الكسب بأمره ونهيه لأنه كلام الله وصفته القديمة[7]. فحق الله هو متعلق أمره ونهيه لا أمره ونهيه.

وقد وجد بالاستقراء أن حقوق الله الخالصة هي ما يأتي[8]:

أ- العبادات المحضة : كالإيمان بالله، والصلاة، والزكاة، والحج والجهاد ونحوها. فالإيمان وما بني عليه من عبادات يهدف به تحصيل ما هو ضروري لقيامه، وهو الدين، والدين ضروري لقيام المجتمع ونظامه، وهكذا سائر العبادات، فإنها تعود بالنفع على المجتمع.

ب- العبادات التي فيها معنى المؤنة مثل صدقة الفطر[9].

جـ-الضرائب على الأرض العشرية وهذه سماها الأصوليون مؤونة فيها معنى العبادة[10].

---

(1) شرح التلويح على التوضيح في أصول الفقه، سعد الدين التفتازاني 139/2، كشف الأسرار على أصول البزدوي 134/4.

(2) ادرار الشروق على أنوار الفروق لأبي القاسم المعروف بابن الشاط 140/1.

(3) سورة الذاريات، اية 56.

(4) يقول الشاطبي: " فقد صار إذاً كل تكليف حقاً لله. فإن ما هو لله فهو لله، و ما كان للعبد فهو راجع إلى الله من جهة حق الله فيه، ومن جهة كون حق العبد من حقوق الله". انظر: الموافقات للشاطبي 316/2 .

(5) هو الإمام أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان بن عبد الله المالكي، ويلقب بشهاب الدين وكنيته أبو العباس.
أخذ كثيراً من علومه عن الشيخ العز بن عبد السلام الشافعي. انتهت إليه رياسة المالكية في عهده، ومن اشهر مؤلفاته: - التنقيح في أصول الفقه - وشرح محصول الرازي - انظر: طبقات الاصوليين 86/2، والديباج 62، وشجرة النور الزكية 188.

(6) الفروق للقرافي 140/1.

(7) تهذيب الفروق، محمد بن علي المالكي 157/1.

(8) تيسير التحرير 175/2 وما بعدها. كشف الأسرار 136/4، شرح التلويح 140/2.

(9) كون صدقة الفطر عبادة لأنها تقرب إلى الله تعالى بالتصدق، وكونها فيها معنى المؤنة؛ لأنها وجبت على
المكلف بسبب غيره، والعبادة لا تجب على الغير بسبب الغير.

(10) أما إنها مؤونة؛ فلأنها ضريبة على الأرض، وهذه الضريبة تبقى بيده من غير اعتداء، واما إنها عبادة؛
فلأنها تصرف في مصارف الزكاة أي إنها تحقق مصلحة عامة.

د- مؤونة فيها معنى العقوبة مثل الخراج، وهي الأرض التي تترك بيد أصحابها غير المسلمين بعد فتحها مثل أرض العراق؛ إذ تركها عمر بن الخطاب[1] τ في أيدي أصحابها؛ وضرب عليها الخراج، وهذه الواردات تصرف في المصالح العامة في الدولة.

هـ- العقوبات الكاملة: وهي الحدود التي شرعت لحماية المصلحة العامة، وهي عقوبات ليس فيها معنى آخر غير العقوبة، ولما كانت هذه العقوبات قد شرعت لمصلحة المجتمع، اعتبرت منضوبة في حقوق الله تعالى، وذلك مثل حد الزنا، وحد قاطع الطريق.

و- عقوبات قاصرة: ويتمثل حق الله هنا بحرمان القاتل من الميراث، وهي عقوبة سلبية؛ لأنه ليس فيها إيذاء بدني، أو تقييد للحرية، وإنما فيها امتناع ثبوت ملك جديد له مع توافر سببه المقتضي لذلك.

ز- عقوبات فيها معنى العبادة. وذلك كالكفارات فهي دائرة بين العبادة والعقوبة، فهي عبادة من جهة أنها تؤدى بما تؤدى به العبادة. وفيها معنى العقوبة من جهة أنها وجبت جزاء معصية.

حـ- حق قائم بنفسه، وذلك مثل خمس الغنائم، فهو لم يتعلق بذمة مكلف ليؤديه طاعة لله بل وجب ابتداء لله تعالى.

2. حق خالص للعبد: ويقصد به تحقيق مصلحة خاصة للفرد، ويتمثل هذا النوع في سائر الحقوق المالية للأفراد كالأثمان، والديون، وضمان المتلفات[2].
3. ما اجتمع فيه الحقان، وكان حق الله فيه هو الغالب كحد القذف[3]. فإن الحق في هذه الحالة يضاف إلى الله تعالى؛ لأن حق العبد غير منظور إليه.

والواقع أن حد القذف من حيث إنه يقصد به صيانة المجتمع، وعدم الخوض في أعراض الناس يحقق مصلحة عامة، ومن حيث انه يخلص المقذوف مما لحقه من إهانة تخدش سمعته، وتمس شرفه، فإنه يحقق مصلحة خاصة، ومن هنا وقع الخلاف بين الفقهاء، في تغليب أي الحقين على الآخر[4]. وإن كانت المصلحة

---

(1) وهو أمير المؤمنين عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى بن رباح ابن عبد الله بن قرط بن رزاح- براء
مفتوحة- بن عدي بن كعب بن لؤي بن غالب. ولد بعد الفيل بثلاث عشرة سنة. وهو من أشراف قريش وإليه كانت السفارة في الجاهلية. ثم اصبح في الإسلام وزير رسول الله. أيد الله به الإسلام. وفتح على يديه الأمصار، تولى الخلافة بعد الصديق؛ واستشهد في ذي الحجة سنة 23 هـ.
انظر: تهذيب الأسماء واللغات 3/1، تذكرة الحفاظ 5/1-8 طبقات الاصوليين 49/1-53.

(2) تهذيب الفروق، محمد علي المالكي 157/1، كشف الأسرار 135/4، الفروق 140/1، تيسير التحرير 174/2.

(3) الموافقات للشاطبي 319/2، الفروق 141/1، كشف الأسرار 158/4، تهذيب الفروق 157/1.

(4) اختلف الفقهاء في حد القذف هل هو من الحقوق التي يغلب فيها حق الله، أو من الحقوق التي يغلب فيها حق العبد، أو هو من الحقوق الخالصة لله؟ إلى أربع مذاهب:
(1) ذهب الظاهرية إلى أنه من الحقوق الخالصة لله، وليس للعبد فيها حق، ويلاحظ أن تحريك الدعوى بناء على هذا المذهب لا تتوقف على المقذوف.
(2) وذهب الشافعية والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية إلى أنه من الحقوق المشتركة بين الله، وبين العبد، ولكن حق العبد هو الغالب.
(3) وذهب الحنفية إلى أن حد القذف من الحقوق المشتركة بين الله والعبد، وحق الله هو الغالب.
(4) واضطرب قول الإمام مالك في هذا الموضوع، فمرة يغلب حق الله، ومرة يغلب حق العبد، ومن ثم يجعل للمقذوف حق العفو من قاذفه.

الأولى أولى بالحماية والاعتبار عندنا.

4-وأما ما اجتمع فيه الحقان، وحق العبد هو الغالب كالقصاص من القاتل العمد[1]. فهو مشتمل على حقين:

أحدهما: حق الله في حفظ الأمن، وتأمين حياة الناس، وهذا يحقق مصلحة عامة للمجتمع.

وثانيهما: شفاء غليل أولياء المقتول وإزالة غيظهم، وهذا يحقق مصلحة خاصة للفرد ويلاحظ أن حق العبد هو المغلَّب فيه بلا خلاف فقهي نعرفه. ولما كان في القصاص حق لله؛ فإنه يجوز للإمام أن يوقع على الجاني عقوبة تعزيرية في الأحوال التي يعفو فيها الأولياء عن القاتل[2].

وفي الحقيقة فإن هذه التفرقة بين حق الله، وحق العبد، تفرقة ابتدعها الفقه الإسلامي، ويهدف منها إلى بيان أن من حق العبد إسقاط حقه، والإبراء منه، والعفو عنه، وإلا فالحقيقة لا يوجد حق للعبد على الخلوص بغير المعنى المتقدم. يقول القرافي:" ونعني بحق العبد المحض: أنه لو أسقطه لسقط، وإلا فما من حق للعبد إلا وفيه حق لله تعالى، وهو أمره بإيصال ذلك الحق إلى مستحقه فيوجد حق الله تعالى دون حق العبد، ولا يوجد حق العبد إلا وفيه حق لله تعالى، وإنما يعرف ذلك بصحة الإسقاط "[3]. وهذا الذي ذهب إليه القرافي يؤكد لنا معنى الإلزام في تقرير الحقوق. ومن جهة أخرى فإن حق الله يشبه إلى حد ما النظام العام عند القانونيين.

وقد قسم ابن تيمية[4] الحقوق إلى قسمين:

أحدهما: الحدود والحقوق التي ليست لقوم معينين بل منفعتها لمطلق المسلمين، وكلهم محتاج إليه، وتسمى حقوق الله وحدود الله، وذلك مثل حد قطاع الطريق، والسراق، والزناة، ونحوهم، ومثل الحكم في الأموال السلطانية، والوقوف والوصايا التي ليست لمعين، فهذه من أهم أمور الولايات[5]. و يضيف ابن تيمية الى أن مثل هذه الحقوق لا يتوقف إقامتها على تحريك الدعوى، ولا على المطالبة به، كما أنه لا يتوقف على الشهادة، وإنما يجب على الولاة إقامته والبحث عنه.

انظر: المنتقى شرح موطأ الإمام مالك للباجي 148/7، جواهر الإكليل، شرح مختصر الخليل للازهري 289/2، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق 203/3، شرح فتح القدير 326/5، شرح المنهاج 437/7، شرح العناية للبابرتي 326/5، والمهذب للشيرازي 275/2 المحلى 288/13-289، المغني لابن قدامة 217/8، الناشر مكتبة الرياض الحديثة.

(1) الموافقات للشاطبي 374/2، كشف الأسرار 161/4، شرح التلويح 139/2.

(2) من العقوبات التعزيرية ما نص عليه المالكية من أن القاتل اذا عفا عنه ولي المقتول، فإن الإمام يجلده مائة جلدة، ويحبسه عاماً. انظر: تبصرة الحكام لابن فرحون 231/2.

(3) الفروق141/1.

(4) هو أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني المعروف بابن تيمية، ولد بحران في ربيع الأول سنة (661هـ) وقدم إلى دمشق مع والده في سنة (667هـ) فنشأ بها وأخذ من أعلامها. وقد كانت نهاية هذا الإمام العالم المصلح في محبس السلطان الناصر سنة 728 بعد أن قضى فيه نحو سنتين. من أشهر مصنفاته: السياسة الشرعية، والحسبة، مجموعة الفتاوى. أنظر الدرر الكامنة 1/ 105، البدر الطالع 64/1.

(5) السياسة الشرعية لابن تيمية: 78.

أما القسم الثاني "فهي تلك الحدود والحقوق التي تقررت لآدمي معين، ومنها النفوس[1].

قال تعالى: (قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ إلا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئاً وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً وَلا تَقْتُلُوا أَوْلادَكُمْ مِنْ إِمْلاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَلا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إلا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ % وَلا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إلا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ لا نُكَلِّفُ نَفْساً إلا وُسْعَهَا وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ % وَأَنَّ هَذَا صِرَاطِي مُسْتَقِيماً فَاتَّبِعُوهُ وَلا تَتَّبِعُوا السُّبُلَ فَتَفَرَّقَ بِكُمْ عَنْ سَبِيلِهِ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ)[2].

ويلاحظ أن الربط بين الحقوق والحدود في هذا التقسيم يوحي بصفة الإلزام التي تتميز بها الحقوق سواء كان ذلك قبل الأفراد أو الجماعة.

وسواء أكانت هذه الحقوق حقوقاً مقررة للفرد، أو للمجتمع فإنها إما أن تكون محددة أو غير محددة، وفي الأحوال التي تكون فيها الحقوق محددة فإنها تتعلق بالذمة، ولا يبرأ منها المكلف إلا بأدائها؛ لأنها دين في ذمة الفرد، ويتمثل هذا بمقادير الزكاة، وأثمان المشتريات ونحوها. ومما لا شك فيه إن هذه الحقوق مترتبة في الذمة؛ لان الشرع قد ورد بها على سبيل الحصر فلا تسقط ألا بدليل. أما الحقوق غير المحددة فهي لازمة له وهو مطالب بها غير إنها لا تترتب في ذمته. وهذه الحقوق تتمثل في فروض الكفاية مثل اغاثة الملهوف، وسد الخلات ونحوها[3].

الآثار المترتبة على هذا التقسيم:

ترتب على تقسيم الحقوق إلى حق لله، وحق للعبد عدة آثار. نود الإشارة إليها؛ لأنه يمكن من خلالها الإجابة على مدى معرفة الفقهاء لحدود مفهوم الحق. وهذه الآثار تتلخص في الآتي:

أولاً- الإسقاط: كل ما كان من حقوق الله تعالى لا يجوز للعبد إسقاطه بحال من الأحوال؛ لأن هذه الحقوق لا ترجع إلى اختيار المكلف. وهذا بخلاف حقوق الفرد؛ إذ إن له إسقاط حقه، وفي جميع الأحوال التي يكون فيها الحق دائراً بين الله والعبد، لا يجوز للعبد إسقاط حقه إذا ترتب عليه إسقاط حق الله[4].

وهناك من الحقوق ما تقرر لمصلحة الأفراد، ومؤدى هذا أن يكون من حق الأفراد. ومع هذا ليس للعبد إسقاطه. ولو كان برضائه لم يؤثر هذا الرضا شيئاً، بل يعتبر باطلاً، وذلك كتحريم عقود الربا صوناً للأموال، والزنا صوناً للأنساب. يقول القرافي: " فهذه كلها وما يلحق بها من نظائرها ما هو مشتمل على مصالح العباد حق لله تعالى؛ لأنها لا تسقط بالإسقاط، وهي مشتملة على حقوق العباد لما فيه من مصالحهم ودرء مفاسدهم"[5].

---

(1) السياسة الشرعية: 165.
(2) سورة الأنعام، آية 151-153.
(3) الموافقات للشاطبي 156/1.
(4) تهذيب الفروق 157/1، الموافقات للشاطبي 376/2، تيسير التحرير 181/2.
(5) الفروق للقرافي 141/1.

ثانياً- "الإرث" : الحقوق التي لا تقبل الانتقال من المورث إلى الوارث هي حقوق الله تعالى، أو المغلب فيه حق الله[1].أما بقية الحقوق، فمنها ما يقبل الانتقال، ومنها مالا يقبله. وعلى الرغم من أن الفقهاء قد تعرضوا لهذا الموضوع، وتعرضوا لما يورث وما لا يورث، إلا انهم لم يسيروا على نسق واحد. ومع هذا فإن القرافي يضع في أيدينا ضابطاً يمكن على ضوئه معرفة ما ينتقل وما لا ينتقل، فيقول: " الضابط لما ينتقل إليه- أي الوارث - ما كان متعلقاً بالمال أو يدفع ضرراً عن الوارث في عرضه بتخفيف ألمه"[2]. ولا يخرج عن صور المال إلا القصاص، وحد القذف. ففي هاتين الصورتين ينتقل إلى الورثة، وإن لم يكن مالاً، والسبب في هذا هو شفاء غليل الوارث، وإنقاذ سمعته مما لحقه من خدش اعتباره[3].

ويلاحظ بهذا الصدد أن المنافع أموال عند جمهور الفقهاء، ومن ثم تنتقل إلى الورثة، وهذا بخلاف الأحناف حيث إنها ليست بأموال عندهم[4].

ثالثاً - تحريك الدعوى: حقوق الله الخالصة، أو تلك التي يغلب فيها حق الله يجوز لكل مسلم عدل رفع الدعوى فيها[5]، وذلك باعتباره فرداً في المجتمع الإسلامي، فكل مسلم مكلف بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إعمالا للآيات والأحاديث الواردة بهذا الشأن. ويلاحظ هنا أن تغيير المنكر كما يكون بمنع الجريمة قبل وقوعها يكون بالعمل على الوصول إلى العقاب، وإقامة الدعوى بعد الوقوع. أما حقوق العبد، أو الغالب فيها حق العبد فيتوقف تحريك الدعوى فيها على صاحب الحق نفسه.

رابعاً- الملاحقة: لما كانت هذه الحقوق هي ملك للمجتمع؛ إذ أنها شرعت لحمايته. فإن ملاحقة الاعتداء الواقع عليها، والتصدي له يختلف تبعاً لاختلاف هذه الحقوق، وكونها حقاً لله، أو للعبد.

فإذا كان الحق لله، فإن كان من باب الأمر بالمعروف، فإنه يجب على المحتسب أن يقوم بالملاحقة من تلقاء نفسه، ويلزم الجماعة والأفراد به، وذلك كصلاة الجمعة، فإنه يجب عليه أن يأخذهم ويؤدي على الإخلال بها.

أما في حالة النهي عن المنكر، فإن الملاحقة تختلف تبعاً لاختلاف موضوع الحق. فإن كان موضوعه يتعلق بالعبادات فإن مهمة المحتسب في هذه الحالة قاصرة على الإنكار في الأحوال العادية. أما في الأحوال التي يكون فيها مرتكب المخالفة معانداً، فإنه يقوم بتأديبه[6].

وإن كان موضوع الحق يتعلق بالمحظورات، فإن المحتسب يتصدى لها بالإنكار، ولا يؤدب قبل ذلك، ويتمثل هذا في منع الناس من مواقف الريب، ومظان التهمة. أما ما يتعلق بالمعاملات فإن كانت من المعاملات المتفق على حظرها بين الفقهاء، فإن على المحتسب ملاحقتها، والإنكار عليها، وإن تمت برضاء المتعاقدين. أما في المعاملات

---

(1) مرآة الأصول 428/2.
(2) الفروق 276/3.
(3) المرجع السابق، انظر تهذيب الفروق 284/3.
(4) الميراث للبرديسي، ص 20.
(5) السياسة الشرعية لابن تيمية، 79، الجريمة، أبو زهرة، 71.
(6) روضة الطالبين للنووي 216/10، مغني المحتاج 211/4.

التي اختلف الفقهاء في حظرها، أو إباحتها، فإنه ليس للمحتسب إنكارها، إلا إذا كان الخلاف الفقهي ضعيفاً لكنه ذريعة لمحظور متفق عليه[1].

أما بالنسبة لحقوق الأفراد، أو التي يغلب فيها حق الفرد، فإن الملاحقة تختلف فيها تبعا لكونه أمراً بمعروف، أو نهياً عن منكر. فان كان أمراً بمعروف فإما أن يكون عاماً أو خاصاً.

فإن كان خاصاً كالحقوق إذا مطلت، والديون إذا أخذت ونحوها فإن للمحتسب أن يأمر بالخروج منها مع المكنة شريطة أن يستعديه أصحاب الحق، وليس للمحتسب الحبس؛ لأنه حكم وهو لا يملكه.

وإن كان الحق عاماً، وذلك مثل البلد إذا انهدم سوره، أو تعطل شربه، فإنه يجب على المحتسب العمل على بناء سورهم، والأمر متوجه إلى كافة ذوي المكنة منهم إذا لم يكن لبيت المال مال، وببناء السور، وإصلاح الشرب، يسقط عن المحتسب حق الأمر. أما إذا كان لبيت المال مال لم يتوجه الأمر إلى ذوي المكنة لأنها حقوق تلزم بيت المال دونهم.[2]

وأما إن كان نهياً عن منكر مثل أن يتعدى رجل على حد جاره، فلا اعتراض للمحتسب إلا في حالة استعداء صاحب الحق؛ لأنه حقه، فله إسقاطه، والمطالبة به. فإذا رفع إلى المحتسب نظر فيه إذا لم يكن بينهما تنازل، وأخذ المعتدي بإزالة تعديه، وكان للمحتسب تأديبه حسب شواهد الحال، وإن كان هناك تنازع كان الحاكم بالنظر فيه أحق[3].

ويلاحظ أن العديد من الحقوق الشخصية والتي نعبر عنها بالخصوصية تنضوي تحت دائرة حقوق الأفراد الخالصة، أو الحقوق المشتركة بين الله والعبد، وذلك مثل نهيه صلى الله عليه وسلم عن اختلاس النظر في فرج الباب تقريراً لحق الشخص في حرمة مسكنه، مما نعرض له في حينه.

المفهوم الواسع للحق في الفقه الإسلامي:

وإذا نظرنا فيما تقدم نجد أن الفقهاء قد أطلقوا لفظ الحق للدلالة على معان متعددة، بل إننا إذا أمعنا النظر في قوله تعالى: "قل تعالوا أتلُ ما حرم ربكم عليكم أن لا تشركوا به شيئاً "[4]- الآية. نجد أنها قررت حقوقاً عديدة مادية ومعنوية ويقع البعض منها ضمن الحريات العامة، أو الحريات الشخصية فهي تضمنت حق الوالد في مطالبة أبنائه باحترامه، والإحسان إليه[5]وحق الفرد في تأمين معاملاته التجارية، والوفاء بالعقود، وهو ما يطلق عليه في عرفنا المعاصر - حرية العمل - وحرية التجارة.

وإذا كانت الدراسات الفقهية قد عرفت اتجاهاً يذهب إلىأن الفقهاء لم يضعوا مفهوماً محدداً للحق، وإنما اكتفوا بما يحمله اللفظ من دلالات لغوية. فإنه قد يستدل بما تقدم من بيان الأصوليين لأقسام الحق، والآثار المترتبة على هذا التقسيم، خلاف هذا

---

(1) الأحكام السلطانية لابي يعلى 271.
(2) الأحكام السلطانية لابي يعلى 271، الروضة للنووي 217/10- 218، الأحكام السلطانية للماوردي 241 وما بعدها، مغني المحتاج 211/4 .
(3) المراجع السابقة.
(4) سورة الأنعام - الآيات 151-153.
(5) هذه المطالبة قد ثبتت من خلال إلزام الابن باحترام أبيه. وهذا الإلزام يتيح للأب حق المطالبة بهذا الاحترام فهي تتضمن هذا الحق بطريق الاستنباط.

الاتجاه، والذي يؤكد هذا هو تفريق الشرعيين بين الحق، والملك، مما يشير إلىأنهم لم يكتفوا بدلالات اللغة وما ترمي إليه فقط، يقول ابن القيم[1] في تفريقه بين الحق والملك في معرض كلامه عن بيع البئر والعين نفسها: " فكان هذا حجة على صحة بيع البئر وجواز شرائها وتسبيلها، وحجة بيع ما يسقى منها، وجواز قسمة ما فيه حق وليس بمملوك"[2].

وقد قرر الشوكاني[3] هذا المعنى بألفاظ قريبة من ذلك[4]. وسواء أكان الفقه الإسلامي قد عرف حدوداً معينة لمفهوم الحق غير تلك الحدود اللغوية المتبادرة، أم لم يعرف، فإنه من المسلم به أن الفقه الإسلامي قد استعمل كلمة الحق في معان متعددة، ومجالات شتى، فهو تارة يستعملها في المعاني الإنسانية والخلقية، مثل حق المسلم على المسلم، وحق الصحبة، وحق الجوار[5] وتارة يستعملها في الحقوق التجارية، وحقوق العمل إلى غير ذلك من الاستعمالات، وهذا الاتجاه من الفقه الإسلامي يعني ببساطة شديدة أن مفهوم الحق عندهم مفهوم يغطي كل الحريات بما فيها الحريات العامة والشخصية فيطلق عليها أنها حق.

وهذا الاتساع في دلالات الحق قد تفطن إليه غير واحد من الفقهاء المعاصرين، فيرى الأستاذ الشيخ علي الخفيف أن " أولئك العلماء على كثرة استعمالهم إياه لم يعنوا ببيان حدوده في مواقع استعمالاته، بل اكتفوا بوضوح معناه اللغوي ودلالته عليه، ووفائه بجميع استعمالاته في اللغة والعلوم، ومخاطبة الناس، وقد أطلق الفقهاء الحق على كل ما هو ثابت ثبوتاً شرعياً، أي بحكم الشارع، وكان له بسبب ذلك حمايته، وهم في هذا لم يلتزموا معنى اصطلاحياً خاصاً، ولم يقتصروا على الحقوق الثابتة بعضهم قبل بعض"[6].

وهذا الإتساع قد حدا ببعض المعاصرين إلى محاولة تعريف الحق اصطلاحاً يعتمد على الحدود المنطقية مثل الشيخ علي الخفيف الذي عرفه بأنه: " مصلحة مستحقة شرعاً"[7]، وهذا معناه أنه يحقق لصاحب الحق فائدة مالية أو أدبية. ويعرفه

---

(1) هو الإمام الجليل والفقيه الواعي شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر -المعروف بابن قيم الجوزية- ولد سنة 691هـ –وتوفي سنة 751هـ، ومن أهم مصنفاته: أعلام الموقعين- الطرق الحكمية وحادي الأرواح إلى بلاد الأفراح -مدارج السالكين- زاد المعاد. انظر: الإعلام 280/6.

(2) زاد المعاد - ابن القيم الجوزية - 382/8 ورد هذا الكلام في شراء عثمان τ بئر رؤمة وتسبيلها.

(3) هو محمد بن علي بن عبد الله الشوكاني الصنعاني اليماني. الفقيه المحدث الأصولي - ولد سنة 1172 وتوفي سنة 1250هـ، ومن اشهر مصنفاته: المفيد في حكم التقليد – نيل الاوطار – إرشاد الفحول. عرف بالورع والطهارة، والوقوف على آراء المذاهب ودقائها حتى خلع ثوب التقليد، ولبس سربال الاجتهاد. انظر: طبقات الاصوليين 144/3، الإعلام 190/7، مقدمة نيل الاوطار.

(4) قرر ذلك الشوكاني في أثناء شرحه لحديث النبي عن بيع فضل الماء حيث يقول: "والماء على اضرب: حق إجماعا كالأنهار غير المستخرجة والسيول، وملك إجماعا كماء يحرز في الجرار ونحوها، ومختلف فيه كماء الآبار والعيون، والقناة المحتفرة في ذلك". انظر: نيل الاوطار للشوكاني 342/5.

(5) إحياء علوم الدين الغزالي الكتاب الخامس - من ربع العادات الثاني 157/2 وما بعدها.

(6) الحق والذمة،الشيخ علي الخفيف، ص 36 وأحكام المعاملات الشرعية 30-32. وقد ذهب الأستاذ السنهوري إلى نفس هذا الاتجاه أنظر مصادر الحق في الفقه الإسلامي 14/1.

(7) الشيخ علي الخفيف، المرجع السابق.

الدكتورمحمد يوسف موسى " بأنه مصلحة ثابتة للفرد أو للمجتمع أولهما معاً يقررها الشارع الحكيم "[1].

ويعرفه الدكتور الدريني بأنه: " اختصاص يقربه الشرع على شيء، أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة"[2]. ويلاحظ على هذا التعريف أن صاحبه يفرق فيه بين الحق وما يهدف إليه. فالحق وسيلة لغاية هي المصلحة، وهو تعريف يتسع لمفهوم الحق عند الشرعيين كما يعتقد صاحبه[3]. والسمة البارزة التي تميز هذه التعاريف أن الحق وسيلة للمصلحة وليس مصلحة بذاته، وهم متفقون على أن الحق إنما يكون حقاً بإذن الشارع, فهو الذي يمنح الحقوق[4].

وسواء أكانت هذه التعاريف حاسمة في وضع ضوابط وحدود لمفهوم الحق أم إلا، فإنه من المعروف يقيناً أن الفقهاء لا في القديم ولا في الحديث قد استعملوا لفظة -الحق في الخصوصية -أو- الحياة الخاصة -أو- حق الشخصية-فهم لم يستعملوا هذه التوليفة، بل ولم يستعملوا تركيبة أخرى قريبة إلى هذه التركيبة[5], وعدم استعمال الفقه لهذه التوليفة- لا يعني أنه لم يعترف بهذا النوع من الحق، بل الأمر على خلاف ذلك. فإن الشريعة الإسلامية قد اعترفت به ابتداء، وعرفت له تطبيقات عديدة، ولكنه قد انضوى تحت مفهوم الحق عموماً في هذا الفقه.

ولعل من أبرز تطبيقات الحق في الخصوصية في الفقه الإسلامي، حق الفرد في حرمة مسكنه، والعيش فيه آمناً من تطفل الآخرين عليه، وهذه الحرمة قد تقررت بقوله تعالى:

(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَدْخُلُوا بُيُوتاً غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْنِسُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ،فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَداً فَلا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ وَإِنْ قِيلَ لَكُمُ ارْجِعُوا فَارْجِعُوا هُوَ أَزْكَى لَكُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ، لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتاً غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَاعٌ لَكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ مَا تُبْدُونَ وَمَا تَكْتُمُونَ)[6].

فهذه الآية تقرر حرمة المسكن، وحق الفرد في أن يتمتع وهو في مسكنه بهذه الحرمة بعيداً عن تدخل الآخرين وفضولهم. يقول الماوردي[7]: "وأما ما ينكر من

---

(1) الفقه الإسلامي، محمد يوسف موسى، 211 .

(2) الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، فتحي الدريني، 193 وما بعدها.

(3) المرجع السابق. وقد اتجه العديد من الكتاب في الفقه الإسلامي والقانون إلى تعريف الحق (بالمصلحة) وهو تعريف له بالغاية لا بالماهية كما نلاحظه، ومن هؤلاء الكتاب غير الشيخ علي الخفيف، ومحمد يوسف موسى والسنهوري، الدكتور صبحي المحمصاني في كتابه الموجبات والعقود 35/1، وممن قال بأن الحق هو المصلحة الفقيه الألماني (أهرنج) وغيره من فقهاء القانون.
راجع: أصول القانون للدكتور حسن كيرة، ص 564 - 567 ونظرية الحق، إسماعيل غانم، ص 11 .

(4) المراجع السابقة.

(5) يلاحظ أنه لا يمكن القول أن حقوق العباد الخالصة لها معنى قريب من مفهوم الحق في الخصوصية، حيث أن مفهوم حق العبد مفهوم مختلف، فهو يشمل حق الفرد في القصاص وحق المالك في التصرف في ملكه
إلى غير ذلك، مما لا يمكن القول معه بتطابق المفهومين، أو حتى تشابههما.

(6) سورة النور، آية 27-28-29.

(7) هو علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي أبو الحسن. أقضى القضاة، ولد سنة 364 هـ، تفقه في البصرة، ودرس فيها، وكان إماماً في الفقه، والأصول، والتفسير، والعربية، ولي القضاء في بلاد كثيرة، وسكن بغداد، وتوفي سنة 450هـ، من اشهر مصنفاته -الحاوي في الفقه-الإقناع في الفروع-الأحكام السلطانية في القضاء والسياسة. انظر: طبقات الأسنوي 387/2، طبقات السبكي 267/5، وفيات الأعيان 282/3، شذرات الذهب، 285/3، الإعلام 146/5، هدية العارفين، 1689/1 .

الحقوق المشتركة بين حقوق الله وحقوق الآدميين، فكالمنع من الإشراف على منازل الناس، ولا يلزم مَنْ علا بناؤه أن يستر سطحه، وإنما يلزم ألا يشرف على غيره"[1]؛ ولذلك اعتبر الفقه الإسلامي وجود شخص في مسكن الغير دون أن يتضح قصده من الدخول، ودون أن يكون هذا الدخول برضاء صاحب الحق جريمة موجبة للتعزير[2]. ومما لاشك فيه أن حرمة المسكن تعتبر من أبرز تطبيقات هذا الحق في القانون المعاصر.

ومن تطبيقات هذا الحق النهي عن التطفل على حياة الأفراد بالمسارقة البصرية واقتحام المساكن بالنظر، والاطلاع على ما يطويه الفرد عن غيره من أسرار في العادة. وقد قررت بالأحاديث الكثيرة الواردة عن النبي ρ من ذلك قوله عليه الصلاة والسلام " من اطلع في بيت قوم بغير إذنهم ففقؤوا عينه فلا دِيةَ ولا قصاص"[3].

وفي الصحيحين من حديث الزهري[4]، أنه " اطلع رجل في حجرة رسول الله ρ، ومعه مدرى[5] يحك بها رأسه، فقال: لو أعلم أنك تنظرني لطعنتُ بها في عينك، إنما جعل الاستئذانُ من أجل النظر"[6]. وفي الصحيحين:" أن رجلاً اطلع في بعض حجر النبي ρ، فقام إليه النبي ρ بمشقص أو بمشاقص[7]، فإني أنظر إلى رسول الله ρ يختل[8] الرجل ليطعنه"[9]. وفي سنن البيقهي[10] "أن أعرابيا أتى باب النبي ρ فألقم

(1) الأحكام السلطانية، 256 .
(2) الفتاوى الاسعدية في فقه الحنفية، تأليف اسعد المدني الحسيني 171/170.
(3) أخرجه احمد في المسند 385/2 والنسائي 61/8 وسنده صحيح صححه ابن حبان، واخرجه مسلم في صحيحه لفظ " من اطلع في بيت قوم بغير إذنهم فقد حل لهم أن يفقئوا عينه" رقم الحديث 2158.
(4) هو الإمام محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله الأصفر بن شهاب، يكنى بأبي بكر ويعرف بالزهري، ولد الزهري في مدينة رسول الله قيل سنة 50هـ و قيل 51هـ و قيل 56هـ، وتوفي سنة 124هـ وقيل سنة 125هـ، وقيل سنة 123هـ. وهو محدث كبير وعالم جليل.
انظر: تهذيب التهذيب 445/9-450، تأريخ الإسلام للذهبي 152/5وكتاب الإمام الزهري وأثره في السنة، رسالة دكتوراه جامعة الأزهر، بقلم حارث سليمان الضاري.
(5) المدري: بكسر الميم، واسكان الدال المهملة: وهي حديدة يسوى بها شعر الرأس، وقيل هو شبه المشط، وقيل هي أعواد تحدد تجعل شبه المشط، وقيل هو عود تسوي به المرأة شعرها وجمعه مداري، ويقال في الواحد مدارة، ومدارية أيضا.
انظر: شرح النووي على مسلم:137/14، لسان العرب:255/14، الصحاح للجوهري، 2335
(6) صحيح مسلم 1698/3، كتاب الأدب، رقم الحديث 2156 - صحيح البخاري 20/11 - كتاب الاستئذان، باب الاستئذان من اجل النظر، مسند الإمام احمد 130/5-135.
(7) المشقص - بكسر أوله، وسكون ثانيه، وفتح ثالثه. نصل السهم اذا كان طويلا غير عريض. انظر فتح الباري 21/11، الصحاح للجوهري 1043.
(8) الختل : تخادع عن غفلة، يقال ختله يختله، ويختله ختلاً، وختلانا، وخاتله أي خدعه عن غفلة. انظر لسان العرب 199/11 مادة (ختل) فتح الباري 21/11.
(9) صحيح البخاري 21/11 -كتاب الاستئذان باب الاستئذان من اجل النظر- صحيح مسلم 1698/3 - رقم الحديث 2158.
(10) هو احمد بن الحسين بن علي أبو بكر البيهقي الحافظ، الفقيه، الأصولي، الزاهد، الورع من ائمة الحديث، واكابر فقهاء الشافعية ولد سنة 384هـ في نواحي (بيهق) وتوفي بنيسابور سنة 458هـ ودفن في بلدته. ومن أهم مصنفاته: السنن الكبرى – السنن الصغرى – معرفة السنن والآثار – انظر: طبقات الاسنوي 198/1، طبقات بن هداية الله 159، تذكرة الحفاظ 1132/3 وشذرات الذهب 304/3.

عينه خصاص[1]، فأخذ النبي عوداً محدداً فوجأ عين الأعرابي فانقمع، فقال: لو ثبت لفقأت عينك"[2].

وروي عن أنس[3] أن رسول الله ρ كان قائماً يصلي في بيته، فجاء رجل فاطلع في البيت، فأخذ الرسول ρسهماً من كنانته فسدده نحو عينه حتى انصرف[4] وقد وردت أحاديث عديدة في هذا الصدد وبطرق شتى يصعب حصرها[5].

وهذه النصوص تقر حق الفرد في مقاومة الاعتداء الواقع على حياته الخاصة ودفعه، لأنه اعتداء على حقه في الأمن، والاحتفاظ بأسراره. وقد عقب ابن القيم في معرض حديثه عن قضاء علي[6] τفي صورة من أمسك آخر، فجاء ثالث فقتله، وكان هناك رابع ينظر إلى الواقعة بأنه يقتل القاتل ويحبس الممسك حتى يموت، وتفقأ عين الناظر، يقول "وله مساغ في الشرع في فقء عين الناظر إلى بيت الرجل من خصٍّ أو طاقة كما جاءت بذلك السنة الصحيحة الصريحة التي لا معارض لها، ولا دافع، لكونه جنى على صاحب المنزل، ونظر نظراً محرماً لا يحل له أن يقدم عليه"[7]

ومن تطبيقات هذا الحق النهي عن التجسس على الغير، وتتبع عورات الآخرين وتعريتهم بأي وسيلة من وسائل التعرية، والذي قرره قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيراً مِنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلا تَجَسَّسُوا)[8].

وروي عن النبي ρ قوله: "إياكم والظن فإن الظن أكذبُ الحديث، ولا تحسسوا، ولا تجسسوا، ولا تناجشوا، ولا تحاسدوا، ولا تباغضوا، ولا تدابروا وكونوا عباد الله إخواناً"[9].

---

(1) الخصاص: شبه كوة في قبة أو نحوها اذا كان واسعا قدر الوجه، وبعضهم يجعل الخصاص للواسع والضيق حتى قالوا لخروق المصفات والمنخل خصاص. انظر: لسان العرب 25/7 مادة (خصص).

(2) سنن البيهقي .

(3) هو أبو حمزة أنس بن مالك الأنصاري الخزرجي، خادم رسول الله ρ، كان يتسمى بذلك ويفتخر به، خدمه عشر سنوات، وهي مدة أقامته بالمدينة، وحمل عنه كثيراً من أحاديثه. فروى عنه ألفي حديث ومائتين وستة وثمانين، توفي سنة 93هـ. وقيل غير ذلك. انظر:تهذيب الأسماء واللغات 128/1.

(4) مسند الإمام احمد 191/3.

(5) وردت أحاديث بطرق عديدة وان كانت تتفق من حيث المعنى في اتجاه الأحاديث المذكورة أعلاه. ونود هنا أن نورد أماكن بعض هذه الأحاديث في كتاب الأحاديث. انظر: مسند الإمام احمد 125/30 - 178-239-243-140-108-366. وانظر: 92/2. وانظر البخاري كتاب الديات باب 23-190/12، وكتاب اللباس باب 75-308/10.

(6) وهو الإمام علي بن أبي طالب بن عبد مناف بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف القرشي الهاشمي أمير المؤمنين ابن عم رسول الله ρ. كنيته أبو الحسن وكناه النبي ρأبا تراب فكان أحب ما ينادى به. تزوج من فاطمة بنت رسول الله وسيدة النساء وهو رابع الخلفاء الراشدين واحد العشرة المبشرة بالجنة. دفن بالكوفة 40 هـ. انظر: تهذيب الأسماء 349/1، تهذيب التهذيب 334/7، طبقات الاصوليين 57/1، العبر 46/1، شذرات الذهب 49/1.

(7) الطرق الحكمية ابن القيم الجوزية، ص 75 .

(8) سورة الحجرات، آية 12.

(9) مسند الإمام احمد 287/2، صحيح البخاري كتاب الفرائض باب (2) 3/12 – وكتاب الأدب باب 57 و58 -404/10، صحيح مسلم كتاب البر - باب 9 ص 1985 - رقم الحديث 2563 -الموطأ 908/2.

وقد نهى النبي ρ عن تتبع عورات الناس، فقد روي عنه أنه قال لمعاوية[1]τ : "إنك إن تتبعتَ عورات الناس أفسدتهم، أو كدتَ تُفسدهم "[2]، وقد فسر قتادة [3] التجسس بأنه: تتبع، أو ابتغاء عيوب الآخرين لتطلع على أسرارهم[4].

وبالاستناد إلى هذه النصوص ذهب الفقهاء إلى القول: بتحريم التجسس والتحسس أو التفتيش إلا في الأحوال المرخص بها شرعاً، وتحريم التجسس والتفتيش قد ترتب عليه أنه ليس لأي إنسان فراد كان أو حاكما أن يسترق السمع أو إن يتحسس ثوب الغير ليعرف ما يخفيه[5]. والأحاديث في النهي عن التجسس، وتتبع العورات كثيرة جداً، ولها تطبيقات ووقائع عديدة جرت مع الخلفاء الراشدين.

ومن تطبيقات هذا الحق حفظ الأسرار وعدم إفشائها، ولعل أول ما يطالعنا بهذا الصدد هو حق كل من الزوجين على الآخر ألا ينقل أسراره، ولا يفشيها سيما تلك التي تتعلق بالجماع ونحوه، والأصل فيه ما روي عن النبي ρ أنه قال: "إن من شر الناس يوم القيامة الرجل يفضي إلى امرأته، أو تفضي إليه ثم ينشر سرها "[6]. وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : "إن من اعظم الأمانة عند الله يوم القيامة الرجل يفضي إلى امرأته، أو تفضي إليه ثم ينشر سرها"[7].

وقد جزم النووي[8]- في شرح مسلم[9] بالتحريم حيث يقول: " وفي هذا الحديث تحريم إفشاء الرجل ما يجري بينه و بين امرأته من أمور الاستمتاع، ووصف تفاصيل ذلك، وما يجري من المرأة فيه من قول، أو فعل، ونحوه"[10] ونص بعض الفقهاء على اعتبار هذا الإفشاء كبيرة من الكبائر، وذلك استنادا إلى صريح ما في هذه الأحاديث الصحيحة، ولأن فيه إيذاء المحكي عنه وغيبته، وهتك ما أجمعت العقلاء على تأكيد ستره[11].

---

(1) معاوية بن أبي سفيان صخر بن حرب بن أمية بن شمس، مؤسس الدولة الأموية في الشام ولد سنة 20 قبل الهجرة وتوفي 60هـ كان فصيحاً حليماً وقوراً أسلم يوم فتح مكة كان من كتاب الوحي ومن أحد الولاة على عهد أبي بكر وعمر: انظر: الإعلام 172/8.

(2) سنن أبي داود كتاب الأدب باب النهي عن التجسس / عون المعبود 242/13 والحديث سكت عنه المنذري سنن البيهقي 333/8.

(3) هو قتادة بن دعامة السدوسي أبو الخطاب البصري الأكمه، أحد الأئمة. حافظ روى عن انس وابن المسيب وابن سيرين وخلق . قال ابن المسيب. ما أتانا عراقي احفظ من قتادة. وقال ابن سيرين: قتادة احفظ الناس. قال حماد بن زيد: توفي سنة سبع عشرة ومائة وقد احتج به أرباب الصحاح. انظر: خلاصة تذهيب الكمال 350/2 رقم 5833 شذرات الذهب: 153/1، تذكرة الحفاظ 122/1.

(4) جامع البيان في تفسير القران للطبري 86/26.

(5) إحياء علوم الدين للغزالي 325/2، الكبائر لابن حجر 152/2.

(6) صحيح مسلم، ص 1060 رقم الحديث 1437.

(7) مسند الإمام احمد 69/3، صحيح مسلم ص 1061.

(8) هو الإمام أبو زكريا محيى الدين يحيى بن شرف بن مرى بن حسن الحرامي الحوراني النووي الشافعي. ولد سنة 631 هـ، وتوفي سنة 676 هـ في نوى قرية في الشام، وتعلم في دمشق، وكان فقيهاً ومحدثاً، وحافظاً، ولغوياً، تولى مشيخة الحديث في دمشق، وله تصانيف كثيرة: منها الروضة -والأربعون في الحديث- ومنهاج الصالحين، انظر: معجم المؤلفين 202/13، الإعلام 184/9، هدية العارفين 524/2، تذكرة الحفاظ 1470، شذرات الذهب 354/5، طبقات الشافعية للسبكي 395/8.

(9) هو أبو الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري، من الأئمة الحفاظ، واعلام المحدثين، وصاحب الجامع الصحيح المعروف بصحيح مسلم، ولد سنة 204 هـ بنيسابور، ورحل إلى العراق والحجاز وغيرهما وتوفي بظاهر نيسابور سنة 261هـ – انظر: وفيات الأعيان: 194/5-196، تهذيب الأسماء 89/2-92، شذرات الذهب 144/2-45.

(10) شرح النووي على مسلم: 8/10.

(11) الكبائر، لابن حجر 27/2.

وعلى العموم، فإن للحديث الخاص حرمة، وقدسية في الشريعة الإسلامية. فقد روي عن النبي ρ انه قال: " من حدث في مجلس بحديث فالتفت فهي أمانة "[1].

وروي عنه عليه الصلاة والسلام قوله " المجالس بالأمانة إلا ثلاثة: مجالس ما سفك فيه دم حرام، أو فرج حرام، أو اقتطع فيه مال بغير حق"[2].

وروي عنه ρ قوله: "إنما يتجالس المتجالسان بالأمانة، فلا يحل لأحد أن يفشي على صاحبه ما يكره"[3].

ومن الأحاديث الواردة في حفظ السر حديث أنس والذي فيه "احفظ سري تكن مؤمناً"[4]. وهكذا تطرد الأحاديث الدالة على تحريم إفشاء الأسرار، ونفي الإيمان عن أولئك الذين يفشونها، حيث يقول الرسول عليه الصلاة والسلام " لا إيمان لمن لا أمانة له"[5]. وبالجملة فان إفشاء الأسرار حرام في الأحوال التي يترتب فيها على الإفشاء مضرة بصاحب السر[6]، ومعلوم بعد هذا أن الإفشاء يختلف حسب طبيعة السر، وما يهدف به من الإفشاء على تفصيل نذكره فيما بعد.

ومن تطبيقات هذا النوع من الحق هو حق الفرد في المحافظة على سمعته واعتباره. ومعلوم إن الشريعة الإسلامية تعاقب على جريمة القذف متى توافرت الشروط اللازمة لذلك، وكذلك في الأحوال التي يكون فيها رمي المجني عليه من جنس ما يوجب الحد. أما في الأحوال التي لا تكون فيها الجريمة من جنس ما يوجب حد القذف، وذلك بأن يوجه الجاني للمجني عليه كلمات لا تصل إلى حد القذف، ولا من جنس ما يجب به القذف ولكنه يعتبر إيذاء بأقوال أخرى مقذعة تؤذي المجني عليه، وتمس كرامته، مثل رميه بالفسق، والزندقة، ونسبته إلى غير الإسلام، أو رميه بالبلادة والغباء، وإيواء اللصوص، ولعب القمار، ونحو ذلك. فان القائل في هذه الحالة يكون قد آذى المجني عليه. ولما كان الشارع لم يحدد عقوبة لهذه الجريمة، فان العقوبة تكون تعزيرية[7] .

ومن خلال هذا العرض السابق، يتضح لنا أن الشريعة الإسلامية قد اعترفت بهذا النوع من الحق منذ اكتملت الرسالة، بل إن هذا الحق يمثل عنصراً أساسياً في منهجيتها. ومن الآداب العامة التي تحرص الشريعة على ضمانها وحمايتها، وان الشريعة قد

---

(1) مسند الإمام احمد: 324/3 - أبو داود كتاب الأدب باب في نقل الحديث عون المعبود 217/13 وفي إسناده عبد الرحمن بن عطاء المدني. قال البخاري: عنده مناكير وقال الموصلي عبد الرحمن بن عطاء عن عبد الملك بن جابر لا يصح سنن الترمذي، رقم الحديث 1959 وقال هذا حديث حسن وانما نعرفه من حديث ابن أبي ذئب .

(2) وقد اخرج القضاعي في مسند الشهاب من حديث علي مرفوعاً" المجالس بالأمانة ". وقد قال ابن حجر عن هذا الحديث سنده ضعيف. انظر فتح الباري 69/11. سنن أبي داود كتاب الأدب باب في نقل الحديث عون المعبود 217/13 وقال المنذري ابن أحي مجهول وفي إسناده عبد الله السائغ وفيه مقال. وقال المناوي: إسناده حسن.

(3) أخرجه عبد الرزاق من مرسل أبي بكر بن حزم، انظر المصنف 22/11.

(4) أخرجه أبو يعلى والخرائطي وفيه علي بن زيد. وهو صدوق كثير الأوهام، انظر فتح الباري 69/11.

(5) مسند الإمام أحمد:135/3. قال الهيثمي في مجمع الزوائد 96/1 رواه احمد وابو يعلى والبزار والطبراني
في الأوسط وفيه أبو هلال وثقه أبن المعين وغيره وضعفه النسائي وغيره.

(6) فتح الباري 69/11.

(7) تعرض الفقهاء للعديد من صور الألفاظ التي تمس سمعة الشخص وكرامته، وتضعه في الظل الزائف إمام
الجمهور، ونصوا على فرض عقوبة تعزيرية. لبيان ذلك انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق 208/3 - والأحكام السلطانية 218. شرح فتح القدير 347/5، حاشية الشلبي على الكنز 208/3.

عرفت تطبيقات عديدة له. وأما عدم استعمال الفقه الإسلامي للفظة " الحق في الخصوصية، أو " حق الشخصية "، فيرجع إلى اعتبارات عديدة لعل في مقدمتها هو إعطاء لفظة الحق تلك الدلالات الواسعة مما جعل التفرقة عسيرة بعض الشيء بين حق وأخر. هذا فضلاً عن أن النظرية الفقهية قد اكتملت، وبلغت قمة نضوجها في القرنين الثاني، والثالث الهجريين. أي -في وقت لم تكن فيه تقنية متطورة تفرض على الفقيه توليد النصوص والاستنباط منها في خصوص هذا النوع من الحق، ولم يضطروا إلى الحديث عنه، ولم تدفعهم إليه حاجة- ولكن مع هذا نجد الكثير من النصوص في القرآن والسنة، وبعض الآراء الفقهية التي ترسي دعائم الحق في الخصوصية، وتعترف بها إن صح التعبير وان كانت منثورة هنا وهناك في كتب التفسير، والحديث، والفقه.

الموازنة بين حق الفرد وحق المجتمع في الفقه الإسلامي:

لم يعرف الفقه الإسلامي، ذلك النزاع بين الحقوق الذي عرفه الفكر القانوني الوضعي مما حدا ببعضه إلى عدم الاعتراف بالحق بالخصوصية بدعوى تعارضه مع حقوق أخرى محمية، مثل حرية التعبير والصحافة، وحق جمع المعلومات. ذلك؛ لأن الإسلام يرسم لكل حق حدوداً معينة لا يجوز تجاوزها.

وهو في تقريره للحقوق، أو رفضه لا ينطلق من النظرية الفردية التي تجعل الفرد في مركز قانوني أعلى من المجتمع، أو المغالات في الاتجاه الجماعي الذي يفضي إلى اعتبار الحقوق مجرد وظائف اجتماعية، وإنما يقيم الموازنة بين الحقوق الفردية، وبين الحقوق الجماعية، ذلك؛ لأن مفهوم الحق في الفقه الإسلامي عموماً يرتبط بمفهوم الواجب. ففي الوقت الذي يعطي الحق لصاحبه فرصة التمتع به يلزم الآخرين حكاماً كانوا أو أفرادا واجب تمكين الفرد من ممارسة هذا الحق، وعدم الحيلولة بينه، وبين التمتع به، أو بمعنى آخر أن الحق في الوقت الذي يمكن صاحبه من التمتع به بغل يد السلطة، وكذلك الأفراد من التدخل بشؤونه، ويلزمه بعدم التعدي على الآخرين، وهو يمارس حقه.

فحق الشخص في التنقل مثلاً يقتضي واجبين، أحدهما: ألا يعتدي وهو يتمتع بحقه على الآخرين. وثانيهما: يجب على الآخرين تمكين الفرد من التمتع بحقه وممارسته. ومن ثم نجد أن الشريعة الإسلامية قد ربطت الحق بالمصلحة فالحق المقرر لفرد يمكنه من تحقيق مصلحة له، ولكنه يشترط فيمن يمارسه إلا يضر بمصلحة الجماعة، وإلا كان متعسفاً في استعمال حقه. وتطبيقاً لهذا نجد إن الفقهاء قرروا أن مرور الفرد في الطريق العامة حق له لكنه حق مقيد بشرط السلامة؛ لأنه يتصرف في حقه من وجه. وفي حق غيره من وجه آخر لكونه مشتركاً بين كل الناس[1]. ومؤدى هذا إن كل حق فردي مشوب بحق الله تعالى الذي يتضمن المحافظة على حقوق الآخرين.

يقول الشاطبي[2]: " كل حكم شرعي ليس بخال عن حق الله تعالى، وهو جهة التعبد، فان حق الله تعالى على العباد أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئاً، وعبادته امتثال

---

(1) اما انه يتصرف في حقه فلأن الإنسان لابد له من طريق يمشي فيه لترتيب مهماته. فالحجر من ذلك حرج
وهو مدفوع شرعاً. واما انه يتصرف في حق غيره. فلان غيره فيه كهو في الاحتياج. فبالنظر إلى حق يستدعي الإباحة مطلقا. وبالنظر إلى حق غيره يستدعي الحجر مطلقا فقالوا بإباحة مقيدة بشرط السلامة عملا بالوجهين. انظر: شرح العناية للبابرتي: 326/10، شرح فتح القدير 326/10.

(2) هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشهير بالشاطبي توفي سنة 790هـ وهو أموي حافظ كان من أئمة المالكية من اشهر مصنفاته: الموافقات في أصول الفقه وأصول النحو وشرح الألفية. انظر الإعلام 71/1.

أوامره، واجتناب نواهيه باطلاع، فان جاء ما ظاهره انه حق للعبد مجرد (كالقصاص)، فليس كذلك بإطلاق بل جاء على تغليب حق العبد في الأحكام الدنيوية "[1]. ولا يطمس الناحية الفردية في الحق وجود حق فيه لله تعالى، وتقييد استعمال الحقوق بأغراضها وأهدافها التي قصدها الشارع، ولكن من جهة أخرى لما كان المقصود بحق الله تعالى ما فيه منفعة عامة، ولما كانت أغراض الحقوق تدور حول تحقيق المصلحة، يصح القول إن حقوق الأشخاص في الشريعة الإسلامية هي حقوق فردية لها أغراض ووظائف اجتماعية[2].

وفي الحقيقة فإن الموازنة بين الفرد والمجتمع،أو تلك الموازنة بين الحقوق عموماً تبرز في أجلى صورها في إن التكاليف لوحظ في فرضها عدم إساءة استعمال الحق[3]، وهذا المنع قد ورد مطلقاً على جميع الحقوق. فإنه بمقتضى هذا المبدأ لا يجوز للشخص أن يستعمل حقه إذا كان على علم بما يترتب على استعماله من ضرر فاحش يصيب الغير، أو كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها من وراء استعمال حقه غير مشروعة، أو كانت قليلة الأهمية، وهو مبدأ أقره الفقه الإسلامي تطبيقاً للحديث الشريف "لا ضرر ولا ضرار"[4]، وإعمالاً بالقاعدتين الشرعيتين درأ المفاسد أولى من جلب المنافع، ودفع اكبر الضررين بالأخف منهما"[5]، وبالرغم من أن مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق يعتبر المجال الطبيعي له من الناحية التطبيقية هو علاقات الجوار، وذلك للآيات والأحاديث الواردة في الحث على الإحسان إلى الجار والنهي عن إنزال الضرر به مثل قوله تعالى : (وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً وَبِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَى وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنْبِ)[6].

ولقوله عليه الصلاة والسلام: "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيراً أو ليصمت"[7]. لكنه قد ورد صراحة في القرآن الكريم، في غير الجوار مثل قوله تعالى في معرض الحديث عن الوصية: (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ)[8]. وهذا القيد لا يرد فقط على حق الإيصاء[9] بل يتجاوز الآمر هذا الحق ليمتد فيشمل كل المباحات. إذ انه لا يذكر المباح إلا وهو مقيد بعدم الضرر .فالحقوق الزوجية مثلاً مقيدة بعدم المضارة الثابتة في قوله تعالى : (وَلا

(1) الموافقات للشاطبي 2/317-318.
(2) التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون. سعيد امجد الزهاوي، ص 99.
(3) عرف بعض الفقهاء المحدثين التعسف بانه: استعمال الإنسان حقه على وجه غير مشروع، ومرادهم بالوجه غير المشروع انه التصرف غير المعتاد شرعاً. وقد تعرض هذا التعريف للنقد مما حدا ببعضهم إلى تعريفه: بأنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل. انظر: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي للأستاذ احمد فهمي أبو سنة بحث منشور في أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان ابن تيمية ص 105 و 110. وانظر فتحي الدريني، المرجع السابق 311-313.
(4) هذا الحديث إسناد رجاله ثقاة، إلا انه منقطع لان إسحاق بن الوليد كما قال ابن عدي لم يدرك عبادة ابن الصامت، وقال البخاري لم يلق عبادة. انظر ابن ماجة: 2/784 كتاب الأحكام باب (17)، الموطأ:2/745، كتاب القضاء، باب (26)، مسند الإمام احمد 5/227.
(5) المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية، عبد الباقي بكري 1/796.
(6) سورة النساء، آية رقم 36.
(7) صحيح البخاري، كتاب الأدب باب حق الضيف 10/440، مسند الإمام احمد 1/20، ابن ماجة 2/1211، كتاب الأدب باب (4).
(8) سورة النساء: آية رقم12.
(9) انظر تفاصيل القيود على حق الايصاء .فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 333.

تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَه)[1]. وحقوق الأبناء مقيد بذلك أيضاً لقوله تعالى : (لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ)[2]. وهكذا تتقيد بعدم الضرر[3].

ومبدأ عدم التعسف في استعمال الحق يجد صداه في العديد من الوقائع، والتطبيقات التي جرت على عهد الرسول ρ، وعهد الخلفاء الراشدين، من ذلك ما روي أنه " كان لسمرة[4] بن جندب نخل في حائط رجل من الأنصار، وكان يدخل عليه وأهله فيؤذيه. فشكا ذلك الأنصاري إلى رسول الله ρ، فقال له: بعه. فأبى قال: فاقلعه، فأبى. قال: هبه ولك مثلها في الجنة . فأبى. فقال رسول الله ρ: أنت مضار، اذهب فاقلع نخله"[5].

ولعل من أبرز تطبيقات هذا المبدأ في عصر الخلفاء الراشدين هي تلك القضية التي وقعت على عهد عمر τ، والتي تتلخص في أن رجلاً أراد أن يمرر قناة من أرض جاره، فأبى الجار، فكلم فيه عمر بن الخطاب الذي أمر بدوره الرجل أن يخلي سبيله فقال: لا والله، فقال عمر: لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تسقي أولا وآخراً وهو لا يضرك؟. فقال الرجل: لا، فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك، وأمر أن يمر به[6].

وعلى الرغم من أن مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق تدعمه كل هذه الأدلة، وتؤكده الكثير من القواعد الفقهية التي تقضي بأن الشارع لم يجعل الحقوق ذات صبغة فردية، وإنما هي تهدف إلى أداء وظيفة اجتماعية[7] ألا أن الفقه الإسلامي لم يجر على نسق واحد في خصوص حق الملكية، حيث عرف الفقه الإسلامي اتجاهين بهذا الصدد:

الاتجاه الأول - ذهب إليه المالكية، والحنابلة، ومتأخرو الحنفية[8]، وهو الاتجاه السائد لدى الفقهاء المحدثين[9]. حيث ذهبوا إلى إن جميع الحقوق يرد عليها قيد عدم الضرر بما في ذلك حق الملكية .

---

(1) سورة البقرة، آية رقم 231.
(2) سورة البقرة، آية 233
(3) انظر التعسف في استعمال الحق، الشيخ علي الخفيف، ص 25. وفي تفصيل أدلة نظرية التعسف في القران الكريم، انظر: فتحي الدريني، المرجع السابق 318 وما بعدها.
(4) هو سمرة بن جندب بن هلال الغزاري صحابي من القادة الشجعان نشأ في المدينة ونزل البصرة كان شديداً على الحرورية وله رواية عن النبي، توفي سنة 60 هـ، انظر الإعلام 203/3.
(5) سنن أبي داود - كتاب الاقضية باب في القضاء عون المعبود 64/10. قال المنذري في سماع الباقر من سمرة بن جندب نضر وقيل فيه ما يمكن معه السماع منه والله اعلم، البيهقي 157/6.
(6) فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 267.
(7) فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 267.
(8) الملكية في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بالقوانين العربية " الشيخ علي الخفيف .
(9) ذهب الفقهاء المحدثون: إلى أن الملكية حق لصاحبها، إلا أن لها وظيفة اجتماعية تبدو في صورة اعباء، وتكاليف تفرض على المالك ضماناً للمصلحة العامة. انظر : الملكية في الشريعة الإسلامية - علي الخفيف 45/1. فتحي الدريني، المرجع السابق ص 212- 216، لبيب شقير، تاريخ الفكر الاقتصادي ص 83، نديم الجسر - فلسفة الحرية في الإسلام، بحث منشور في المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية 1964،ص 39، محمد علي حنبولة، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، رسالة دكتوراه ص 430-463، سعيد الزهاوي- المرجع السابق، ص 870-871.

فقد ورد في المدونة " قلت أرأيت إن كانت لي عرصة إلى جانب دور قوم فأردت أن أحدث في تلك العرصة حماماً أو فرناً، أو موضعاً لرحا. فأبى عليّ الجيران ذلك، أيكون لهم أن يمنعوني في قول مالك[1]؟، قال: إن كان ما يحدث ضرراً على الجيران من الدخان وما أشبهه فلهم أن يمنعوك من ذلك لأن مالكاً قال: يمنع من ضرر جاره فإذا كان هذا ضرراً منع من ذلك، قلت: وكذلك إن كان حداداً فاتخذ فيها كيراً، أو اتخذ فيها أفراناً يسيل فيها الذهب والفضة، أو اتخذ فيها أرحية تضر بجدران الجيران، أو حفر فيها آباراً، أو كنيفاً قرب جدران جيرانه منعته من ذلك؟. قال: نعم كذلك قال مالك، قلت: لابن القاسم[2] أرأيت إن كانت دار الرجل إلى جنب دار قوم ففتح في غرفته كوى، أو أبواباً يشرف منها على دور جيرانه أيمنع من ذلك أم لا .. قال مالك: يمنع من ذلك[3].

وهذا الذي ذهب إليه المالكية هو ما ذهب إليه الحنابلة. حيث قرروا فرض القيود على سلطات المالك، وأنه ليس له التصرف في ملكه كما يشاء وإنما هو مقيد في تصرفاته، بأن لا يلحق الضرر بالغير. فليس للمالك أن يبني في داره حماماً، أو يحفر بئراً إلى جنب حائط جاره، وان كان في حده، طالما أن ذلك يضر بالغير[4].

وقد أسس هذا الفريق رأيه على قوله عليه الصلاة والسلام " لا ضرر ولا ضرار" وإلى هذا الحديث استند متأخرو الحنفية في تقييدهم لسلطات الجار بعدم الضرر، إضافة إلى أن الوازع الديني الذي يحمل الفرد على الإحسان إلى الجار قد ضعف مما يجب معه فرض قيد عدم التعسف في استعمال حقه[5].

الاتجاه الثاني - ويقول به الحنفية، والشافعية، والظاهرية، والزيدية، حيث ذهبوا إلى إن للمالك إن يتصرف في خالص ملكه كما يشاء دون أن يرد على حقه في التصرف في ملكه قيد عدم إلحاق الضرر بالغير.

ويرى هؤلاء الفقهاء أن الملكية ذات طبيعة مزدوجة، فردية واجتماعية. فهي ليست ذات طبيعة فردية مطلقة، أو ذات وظيفة اجتماعية خالصة. فالقول بإنكار حرية التملك، لا يضارعه في البطلان إلا القول بتقديس الملكية الشخصية إلى الحد الذي يحرم مسها لأي سبب، ولو كان ذلك السبب ينبع من مصلحة المجتمع. فحرية التملك في الإسلام تبقى أمراً بديهياً ونافعاً وضروريا حتى تصطدم بالحق أو الخير. فإذا اصطدمت بحق الغير أو بخير المجتمع ومصلحته توقفت أو أمكن الحد منها ". انظر: نديم الجسر، المرجع السابق، ص322، فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 24، 25، محمد أنيس إبراهيم، القيود التي ترد على الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 81.

(1) هو أبو عبد الله مالك بن انس الحميري الاصبحي المدني الإمام الحافظ اما دار الهجرة. واحد الأئمة الأربعة الإعلام، واليه تنسب المالكية. ولد بالمدينة سنة 93هـ على المشهور وتوفي فيها سنة 179هـ ودفن في البقيع. له عدة مصنفات اشهرها: الموطأ، وله رسالة في الوعظ، وكتاب في المسائل وله تفسير غريب القران وكتاب في النجوم. انظر: الإعلام 128/6، وفيات الأعيان 135/4، تاريخ ابن كثير 174/10، النجوم الزاهرة 96/2.

(2) هو عبد الرحمن بن القاسم العتقي المصري. ويلقب بابي عبد الله كان عالما حصيفا قال عنه مالك مثله مثل حراب مملوء مسكاً. وقال عنه النسائي ثقة مأمون. وقال أبو زرعة عنده ثلاثمائة مجلد عن مالك مسائل توفي سنة إحدى وتسعين ومائة وقيل سنة 190هـ. انظر: خلاصة تذهيب الكمال 148/2 رقم 4218، الإعلام 97/4.

(3) المدونة الكبرى 273/4-274.

(4) الأحكام السلطانية لابي يعلى ص 285، الروض المربع في شرح زاد المستنقع 210/2-212، المحرر 343/1، الإنصاف 261/5 .

(5) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق:196/4، الملكية في الشريعة الإسلامية، علي الخفيف 124/1، محمد أنيس إبراهيم، المرجع السابق، ص 257.

ويلاحظ أن أنصار هذا الرأي، وان كانوا يتفقون على ما تقدم، إلا أن لكل فريق منهم تفصيلات في مذهبه مما يجب معه إلقاء الضوء على كل مذهب على حدة.

1. رأي الحنفية: الأصل عند الإمام أبي حنيفة أن المالك لا يمنع من التصرف في ملكه، وإن أضر بغيره[1]. فقد سئل الإمام أبو حنيفة[2] عمن اتخذ مجمدة في حائطه، كان يضر بحائط جاره، فأجاب الإمام عن ذلك بقوله: " اتخذ آنت أتوناً[3] بجنب الحائط ليذيب هو ما يجمع من الجمد "[4].

وفي الحقيقة، فإن الإمام أبا حنيفة يرى أن الملك التام لا معنى له إلا إذا كان المالك له حرية كاملة في التصرف في ملكه دون أن يرد قيد على تصرفه. ومع هذا، فهو يرى أن حق الملكية مقيد ديانة، بمعنى: أنه غير ملزم للمالك من الناحية القضائية[5]، وهو يرى في قوله عليه الصلاة والسلام " لا ضرر ولا ضرار" أصلاً من أصول تقييد حق الملكية[6]. يقول السرخسي[7]: إن من يتصرف في خالص ملكه لم يمنع منه في الحكم، وإن كان يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير ألا ترى أن من اتجر في حانوته نوع تجارة لم يمنع من ذلك وإن كانت تكسد بسببه تجارة، وان أصحاب الحوانيت يتأذون بغبار سنابك الدواب المارة، وانه يتأذى المارة بدخان نيرانهم التي يوقدونها في حوانيتهم. ثم ليس للبعض منع البعض من ذلك"[8].

والواقع أنه باستثناء رأي الإمام أبي حنيفة المتقدم، فإن جمهور الحنفية، والمفتى به في مذهبهم أن تصرف المالك في ملكه مقيد بأن لا يضر بغيره ضرراً ظاهراً. ويرون أن هذا القيد هو مقتضى الاستحسان[9]. وإن كان القياس[10] يقتضي أن كل من تصرف في خالص ملكه لا يمنع منه في الحكم[11]، ويلاحظ أن معايير الضرر الفاحش عندهم ليس لها ضابط محدد.

---

(1) الفتاوى البزارية 420/6.

(2) هو الإمام أبو حنيفة النعمان بن ثابت. ولد سنة 80 هـ بمدينة الكوفة. أخذ عن الصدر الأول علمه، ومنهجه حتى نبغ في العلوم الشرعية والعربية. أما فقهه فقد حدث عنه الشافعي حين عبر عن ذلك بقوله: الناس عيال على أبي حنيفة في الفقه. وهو صاحب المذهب الذي تنسب إليه الحنفية. وقد بنى مدرسته الفقهية على الكتاب والسنة والقياس والإجماع، وتوفي رحمه الله سنة 150هـ. انظر: وفيات الأعيان 405/5-415، الإعلام 4/9، تاريخ بغداد 323/13، طبقات الاصوليين 101/1.

(3) الأتون بالتشديد، الموقد، والعامة تخففه، والأتون أخدود الجيار والجصاص، واتون الحمام قيل إنه ليس عربياً. انظر: لسان العرب 7/13 مادة اتن.

(4) المبسوط للسرخسي 21/15.

(5) المبسوط للسرخسي 21/15.

(6) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الشيخ أبو زهرة، ص 104، فتحي الدريني، المرجع السابق، ص354.

(7) هو محمد بن احمد بن سهل أبو بكر شمس الأئمة السرخسي من كبار الأحناف، من اشهر مصنفاته: المبسوط، أملاه وهو سجين، والأصول، في أصول الفقه. توفي سنة 430هـ، وقيل سنة500هـ، وقيل غير ذلك. انظر: الإعلام 208/6، الفوائد البهية في تراجم الحنفية 158.

(8) المبسوط للسرخسي 21/15.

(9) الاستحسان: هو أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها لوجه يقتضي العدول عن الأول ". انظر: كشف الأسرار 3/4.

(10) القياس: "حمل معلوم على معلوم في إثبات حكم لهما أو نفيه عنهما، بأمر يجمع بينهما، من إثبات حكم، أو صفة، أو نفيهما ". انظر: البرهان في أصول الفقه لإمام الحرمين 745/2.

(11) تبيين الحقائق، شرح كنز الدقائق 196/4، حاشية ابن عابدين، 237/5، الفتاوى البزازية 420/6، حاشية الشلبي 196/4.

2. رأي الظاهرية والزيدية: ذهب الزيدية، والظاهرية، إلى القول بحرية المالك في التصرف في ملكه بصورة مطلقة دون أن يرد قيد على هذا الحق، يقول ابن حزم[1]: " ولكل أن يفتح ما يشاء في حائطه من كوة أو باب، أو أن يهدمه إن شاء في دار جاره، أو في درب نافذ أو غير نافذ، ويقال لجاره: ابن في حقك ما تستر به على نفسه، إلا أنه يمنع من الاطلاع فقط"[2].

ويقول الزيدية إن " لكل أن يفعل في ملكه ما شاء وإن ضار الجار "[3].

ومما تجدر الإشارة إليه أن الظاهرية قد ذهبوا في موضع آخر إلى أنه لا يجوز للجار أن يدخن على جاره؛ لأنه أذى، ونحن مأمورون بالابتعاد عنه، إذ إن أذى المسلم حرام[4] بيد أن هذا القيد قد ورد عندهم بصورة محددة. كما أن الزيدية قد استثنوا من القاعدة المتقدمة مضارة الجار في حالة وجود الملكية المشتركة، وذلك أن هناك التزاماً بين الشريكين مؤداه ألا يتسبب الشريك في الإضرار بشريكه قدر الإمكان[5].

ويحتج الظاهرية لما ذهبوا إليه أنه ليس هناك دليل، لا من الكتاب، ولا من السنة يمنع المالك من التصرف في ملكه، فله أن يفتح ما يشاء من النوافذ، أو الأبواب. فهم وإن كانوا يعتقدون أن قوله عليه الصلاة والسلام " لا ضرر ولا ضرار " صحيح من حيث المعنى، إلا أنه قد ورد مرسلاً. و لأن كل ذي حق أولى بحقه، ولا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره، فهذا هو الضرر حقاً[6].

3. رأي الشافعية: يذهب الشافعية إلى أنه لكل واحد من الملاك حق التصرف في ملكه على العادة في التصرف وإن تضرر به جاره، أو أفضى إلى إتلاف ماله، كأن سقط بسبب حفره المعتاد جدار داره[7]. وإن للمالك فتح النوافذ، والشبابيك لأهله، ولغيرهم حتى ولو لغير الاستضاءة، ولا فرق في ذلك بين أن يشرف على حريم جاره أو لا؛ لأن الجار يمكنه دفع الضرر عنه ببناء سترة أمام النوافذ، وإن تضرر صاحبها بمنع الضوء منها، أو النظر[8] فإن تعدى في تصرفه بملكه بما يخالف العادة كان ضامناً

---

(1) هو علي بن احمد بن سعيد بن حزم أبو محمد الإمام الفقيه والأصولي. قرطبي من الأندلس. ولد بقرطبة سنة 384هـ كان بيته بيت وزارة و رياسة فهو سليل الأمراء كان قوي اللسان قيل في لسانه (لسان ابن حزم وسيف الحجاج شقيقان) توفي في الأندلس سنة 456 هـ وله مصنفات في مختلف الفنون بلغت نحواً من أربعمائة مجلد منها: المحلى في الفقه، وطوق الحمامة، ومداواة النفوس. انظر: تذكرة الحفاظ 1146/3 ومعجم المؤلفين 16/7 وهدية العارفين 690/1، الإعلام 59/5.

(2) المحلى لابن حزم 105/9، ويلاحظ أنه في حالة ما لو سقط حائط بين دارين ولأحدهما عورات فطلب من جاره أن يساعده في البناء فقال بعض الحنفية لا يجبر- وقيل يجبر في زماننا؛ لأنه لا بد من ستره بينهما. وقال قاضيخان: ويلاحظ أنه كان الحائط يحتمل القسمة، ويبني كل واحد في نصيبه لا يجبر، وإلا يجبر، وقيل: أن كان يقع بصره في دار جاره يمنع من الصعود حتى يتخذ سترة، وإن كان يقع على سطحه لا يمنع. انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق 196/4.

(3) البحر الزخار للمرتضى، 102/5.

(4) المحلى لابن حزم 106/9.

(5) البحر الزخار، المرجع السابق، 97/5.

(6) المحلى لابن حزم، 106/9.

(7) نهاية المحتاج للرملي، 327/5.

(8) نهاية المحتاج، 404/4.

لما تولد من فعله شريطة أن يقطع بوجود التعدي، أو يتوافر الظن القوي- كأن يشهد بذلك خبيران[1].

وحجة الشافعية فيما ذهبوا إليه إن المالك إنما يتصرف في ملكه. فمنعه من التصرف إضرار به، ومعلوم أن الضرر لا يدفع بضرر أشد منه[2]. أما قوله عليه الصلاة والسلام " لا ضرر ولا ضرار " فمراد به انه لا ضرر في أن لا يحمل على رجل في ماله ما ليس بواجب عليه[3].

وفي الحقيقة، فإنه بعد هذا العرض يمكننا القول دون أن نخرج على الحقائق الموضوعية أن أحداً من الفقهاء المسلمين لم يقل بحرية المالك في التصرف في ملكه بصورة مطلقة، أو بتعبير أصح إنهم لم يقولوا بحق فردي مطلق من كل قيد، وإن اختلاف وجهات النظر بين الشرعيين ليس في تقييد حق المالك في التصرف في ملكه، وإنما هو اختلاف في معايير الضرر أو التعدي.

فإذا صح لنا أن ننظر فيما تقدم، نجد أن بعض هؤلاء الفقهاء قد منعوا لازم التعسف، وذلك حين قرروا أن من يفتح نافذة على جاره يلزم بأن لا يطلع على العورات،كما ذهب الظاهرية، ومما لا شك فيه أن هذا قيد يرد على حق المالك. والذي يدعم -أن الخلاف بين الشرعيين مرده خلاف في المعايير- أن الحنفية قد قيدوا حق المالك بالضرر الفاحش، والشافعية قد قيدوه بأن يكون التصرف معقولاً، ونفس الأمر يسري على الزيدية حيث استثنوا مضار الجوار بين الملاك المتقاسمين والاستثناء قيد بدون أدنى شك، ونفس الأمر يسري على قول الإمام أبي حنيفة، حيث ذهب إلى أن حق المالك مقيد ديانة، وذلك في وقت كان للوازع الديني أثره في ضبط سلوك الأفراد، فلما ضعف هذا الوازع، وخربت الذمم ذهب متأخرو الحنفية إلى تقييده تحقيقاً للمصلحة.

وهكذا نجد أن الفقه الإسلامي قد عمل جاداً في حفظ التوازن بين الفرد والمجتمع، وذلك بتقييده لاستعمال الحق بعدم الضرر، ووضع ضوابط وحدود للحقوق المشتركة والمنافع المشتركة[4]، وهم في كل هذا كانوا يهدفون إلى حفظ التوازن بين الحقوق الاجتماعية، والحقوق الفردية، وبالتالي إقامة موازنة بين الفرد والمجتمع، وهذا بدوره يؤكد لنا المنحى الوسط الذي سلكه الإسلام في تعامله مع الفرد، والمجتمع، فهو لا يضع الفرد في مركز قانوني أعلى من المجتمع، وفي نفس الوقت لا يجعل من المجتمع كابوساً

---

(1) المرجع السابق، 337/5.

(2) المرجع السابق مع حاشية أبي الضياء: 337/5.

(3) فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 283، الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي - محمد فاروق نبهان ص 199. ويلاحظ أن هناك رأيا للشافعية يذهب إلى أن المالك يمنع من التصرف الذي يضر الملك لا المالك. وهناك رأي ثان انه يمنع من كل مؤذ لم يعتد ومعنى هذا هو حرمة الوقود بنحو العظم، والجلود مما يؤذي، فيمنع من ذلك حيث كان ثم من يتأذى به. وذهب الروياني في رأي ثالث انه لا يمنع إلا إن ظهر منه قصد التصنت، والفساد، وأجرى ذلك في نحو إطالة البناء. انظر، نهاية المحتاج مع حاشية أبي ضياء، المرجع السابق، 337/5-338.

(4) تطرق الفقهاء للعديد من الحقوق المتنازع فيها، مثل حقوق الاستطراق، وحق المالك في التصرف في ملكه، وحقوق الارتفاق، وغيرها من الحقوق، ورسموا حدود تصرفات صاحب الحق، وهم في كل هذا يقيدون استعمال الحق بعدم الضرر. انظر: الروضة، 4/204-223، المهذب للشيرازي 1/341-344، الفتاوى البزازية 6/413-427، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق 6/142، 5/ 271 وما بعدها، و /196 والمحلى 9/105.

يضغط على الفرد، ويخنق فيه روح المبادأة، وتحقيق الذات، ومن ثم يسلبه الكرامة، وإنما كان وسطاً بين الفردية، والاجتماعية، وهو في هذا قد أخذ في اعتباره نوازع الفرد وميوله، ومصلحة المجتمع وطموحاته.

الحق في الخصوصية والحق في الإعلام:

سبق وأن بينا أن جانباً من الفكر القانوني المعاصر قد ذهب إلى رفض الخصوصية بدعوى تعارضه مع حق تدفق المعلومات، وحرية التعبير في مجتمع ديمقراطي. ونلاحظ هنا أن الشريعة الإسلامية كما سبق وان بينا أنها لا تعرف حقاً مطلقاً من كل قيد.

فإذا كانت الشريعة الإسلامية تعترف للفرد في حقه في تكوين رأيه بحرية، وأن يصنع لنفسه موقفاً، فلا يكون تبعاً للآخرين، وأن تكفل له الحرية في إبداء هذا الرأي، وإعلانه بالطريقة التي يراها، وبالوسيلة التي يرتضيها[1] فإن هذه الحرية ليست مطلقة بل هي مقيدة بضوابط ثلاثة:

أحدهما: أن لا يتجاوز بهذه الحرية الحدود المقررة شرعاً، فإذا جاوزت نطاقها المفترض فاعتدت على الآداب، أو النظام العام، والأخلاق وجب ردها، وكبح جماحها،

---

(1) يعتبر الإسلام من أول الأنظمة التي كفلت للفرد حريته في تكوين رأيه يتضح هذا من الآتي:-
أولاً- أن الحرية تعتبر من الوسائل الأساسية لاعلان الدعوة الإسلامية، وإبلاغها للناس، يتضح هذا من سيرة النبي ρ في تبليغ دعوته. وكيف أنه كان يعتمد على الحجة ويستثمر البرهان في الإفصاح عن دعوته، وهذا مظهر من مظاهر الحرية. ويعتبر القرآن من أوله إلى آخره محاجة للكفار، وإدارة حوار على طريقة المتكلمين مع الأفكار المعارضة. انظر: إحياء علوم الدين كتاب قواعد العقائد.
ثانياً- إن من أبرز مظاهر الحرية في الإسلام هو وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهو واجب على كل مسلم القيام به، فإذا لم يوجد من يقوم به أثم الجميع، ومن هنا يكون الإسلام قد رفض السلبية، وحث على المساهمة مع المجتمع في بنائه و تكوينه. يقول الرسول ρ (أكرم الشهداء على الله عز وجل رجل قام إلى وال جائر فأمره بالمعروف ونهاه عن المنكر فقتله). ويقول: (لا يكن أحدكم إمعة، يقول ان احسن الناس أحسنت وان أساءوا أساءت، ولكن وطنوا أنفسكم اذا أحسن الناس أن تحسنوا، وإن أساءوا أن تجتنبوا إساءتهم) ولعل خير شاهد على حرية الرأي، وحرية التعبير في الإسلام هي تلك المناقشة الحادة التي جرت بين المهاجرين والأنصار في سقيفة بني ساعدة، وذلك لاختيار الخليفة بعد وفاة النبي ρ.
ثالثاً- ولقد ربى الإسلام معتنقيه على ممارسة حقهم في إبداء آرائهم في حرية تامة دونما خشية من أحد؛ ولهذا فإنهم استطاعوا أن يواجهوا الخلفاء بآرائهم، وما يعتنقون من أفكار. ولعل خير شاهد على ذلك مناقشة أبي ذر الخليفة عثمان؛ لأنه كان يؤثر أقاربه ببعض الأموال دون غيرهم. ولعل في قصة الإمام مالك مع والي المدينة جعفر بن سليمان بن العباس مظهرا من مظاهر الحرية. وهذه القصة تتلخص في أن أبا جعفر المنصور بعث عمه جعفر بن سليمان إلى المدينة ليسكن الفتنة فيها، وليأخذ البيعة من أهلها، فوقف الإمام مالك معلنا رأيه في البيعة وإنها باطلة؛ لأنها أخذت بواسطة الإكراه، فخاف جعفر أن يفسد عليه الإمام مالك ما فعل، فأرسل إليه فأتى به مهاناً، وأمر به فضرب، ورغم هذا لم يعدل الإمام مالك عن رأيه، فلما بلغ الأمر أبا جعفر المنصور نظر إليه نظرة احترام وإكبار؛ وأمر بعزل والي المدينة، وكتب إلى الإمام مالك يستقدمه إلى بغداد، فأبى الإمام مالك أن يقدم إليه، فما كان من أبي جعفر المنصور إلا أن يقدم إلى المدينة ليعتذر للإمام مالك؛ ويخبره بأنه لم يكن له علم بما حدث ولا رضى به. ومما يؤثر في هذا الصدد –والذي تبدو فيه صور الحرية وإبداء الرأي– أن عمر بن الخطاب قد خالف، الخليفة أبا بكر في التسوية بين المسلمين في العطاء بقوله (كيف تجعل من ترك دياره، وامواله، وهاجر مع رسول الله كمن دخل في الإسلام حديثاً)، فطبق أبو بكر ما رآه. فلما انتهت الخلافة إلى عمر فرق بينهم. انظر في كل ما تقدم:
تأريخ الأمم والملوك 325/3، الإمامة والسياسة، ابن قتيبة، 1/6-27و 282 - النظم الإسلامية، حسن إبراهيم حسن 34، الديمقراطية الإسلامية، ص 50.

وفي هذه الحالة لا يعتبر منع الشخص من المساس بهذه الأشياء حرماناً له من حق، بل منعاً له من اعتداء[1].

ثانياً: ألا يكون في التعبير عن الرأي، وإبدائه خوض في أعراض الناس، وإذاعة أسرارهم، ومن هنا جاء تشريع حد القذف لمن يخوضون في أعراض الناس، ولا يتورعون عن انتهاك حرمات الغير، حتى في الأحوال التي لا يصل فيها الأمر إلى حد القذف، فإن مجرد إشاعة وإظهار العيوب يعتبر محرماً[2]. ويوجب العقوبة الدنيوية والأخروية، وذلك لتوارد الآيات الدالة على ذلك يقول تعالى: (إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لا تَعْلَمُونَ)[3].

والأحاديث في فضل الستر كثيرة جداً. فقد روي أن النبي ρ قال: "المسلم أخو المسلم لا يظلمه، ولا يسلمه، ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته، ومن فرج عن مسلم كربة، فرج الله عنه كربة من كربات يوم القيامة، ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة"[4].

وقال عليه الصلاة والسلام:" من رأى عورة فسترها كمن أحيى مؤودة "[5]. وقد ورد عن النبي ρ: أن من أشاع السوء على أخيه المؤمن وتتبع عيوبه، وكشف عورته، كانت عقوبته أن يتبع الله عورته ويفضحه ولو في جوف بيته[6].

ومن خلال ما تقدم ندرك أن حرية التعبير، وإبداء الرأي بأي وسيلة من وسائل الإذاعة سواء كانت مرئية، أو مقروءة، أو مسموعة مقيدة بألا يكون موضوع الإذاعة أسرار الناس والخوض في أعراضهم، بل إن هذا القيد يرد على الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي هو أحد دعائم نظام المجتمع الإسلامي باعتباره مظهراً من مظاهر حرية الرأي والتعبير عنه، يقول ابن رجب الحنبلي[7]: "وقال بعض العلماء لمن يأمر بالمعروف اجتهد إن تستر على العصاة، فإن ظهور عوراتهم وهن في الإسلام أحق شيء بالستر: العورة. فلهذا كان إشاعة الفاحشة مقترنة بالتعبير، وهما من خصال الفجار؛ لان الفاجر لا غرض له في زوال المفاسد، ولا في اجتناب المؤمن للنقائض والمعايب. وإنما غرضه في مجرد إشاعة العيب في أخيه المؤمن وهتك عرضه. فهو

---

(1) التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة، 35/1.
(2) النصيحة والتعبير لابن رجب الحنبلي، ص 39.
(3) سورة النور، آية 19-20.
(4) صحيح البخاري كتاب المظالم باب لا يظلم المسلم المسلم ولا يسلمه، فتح الباري 97/5، صحيح مسلم، كتاب البر / باب تحريم الظلم /1966/4.
(5) أخرجه أبو داود في سننه / كتاب الأدب / باب/ في الستر على المسلم، عون المعبود 234/13، وقال ابن حجر: في الإصابة 116،117/6 وقد اخرج أبو نعيم من طريق ابن عون عن مكحول قال: ركب عقبة بن عامر إلى مسلمة، وهو أمير على مصر فقال له: تذكر يوم قال رسول الله ρ "من علم من أخيه سنة فسترها، ستره الله بها من النار يوم القيامة "، قال: نعم، قال: فلهذا آخيتك".
(6) ذكرت الحديث بالمعنى وقد أخرجه أحمد 420،421/4، وابو داود في سننه /كتاب الأدب/ باب في الغيبة 224/13. وابن حبان في صحيحه /كتاب الحدود/ باب الستر على المسلمين والغض على عوراتهم، انظر موارد الظمآن، ص 359. وقال أبو يعلى الموصلي في سنده (سند حسن) وقال الهيثمي: " رجاله ثقات " - مجمع الزوائد 93/8.
(7) هو الإمام الحافظ المحدث الفقيه الواعظ زين الدين عبد الرحمن بن احمد بن رجب بن محمد السلامي البغدادي الحنبلي. ولد في بغداد سنة 736هـ وتوفي سنة 795هـ، من اشهر مصنفاته، فضل علم السلف والخلف، شرح علل الترمذي، الاستخراج لاحكام الخراج، جامع العلوم والحكم، انظر الدرر الكامنة لابن حجر 429/2 - البدر الطالع 328/1.

يعيد ذلك وبيديه، ومقصوده تنقص أخيه المؤمن في إظهار عيوبه ومساويه للناس ليدخل عليهم الضرر في الدنيا "[1].

ثالثاً: ومن القيود التي ترد على حرية التعبير ألا يكون المقصود من الإدلاء بالآراء المجادلة العميقة، وإدراة حوار أجوف لا جدوى منه ولا طائل من ورائه، بل يجب أن يكون الهدف من إبداء الرأي هو رفد الحياة الاجتماعية بآراء تساعد على تطوره وحركيته، وتسهم بالوصول إلى أفضل الوسائل وأحسن السبل في معالجة المشاكل التي تطرأ على المجتمع وهو يمارس حراكه الاجتماعي، مما لاشك فيه أن الجدل معصية بنص قوله عليه الصلاة والسلام:" ما ضل قوم بعد أن هداهم الله إلا أوتوا الجدل "[2].

وهكذا نجد أن الشريعة الإسلامية قد ابتعدت بالحريات عن كل ما يهينها، ويشينها، فهي تريد بناء حرية نظيفة بعيدة عن تلك الأساليب الرخيصة التي تمارسها وسائل الإعلام -والتي يقصد من ورائها الإثارة- وذلك بواسطة الإدلاء بمعلومات مزيفة، وغير حقيقية، أو بواسطة فضح أسرار الناس وهتك أستارهم، ومما لا شك فيه أنه إذا لم يوجد في الشريعة الإسلامية سوى الضوابط المتقدمة، فإنها كافية، لأن تكون ضماناً حقيقياً لخصوصية الفرد من انتهاكات الصحافة، أو غيرها من وسائل الإذاعة مرئية كانت، أو مسموعة.

والواقع إن هذه الضوابط في حقيقتها ليست قيوداً ترد على حرية التعبير، وإنما هي ضمان أكيد للحرية نفسها، وبهذه المعالجة الربانية الدقيقة انعدم الصراع بين الحقوق، والحريات المعترف بها فلم تقف حرية الصحافة أو التعبير حائلاً بين الشريعة، وبين الاعتراف للأشخاص في حرمة حياتهم الخاصة، كما حدث مع جانب من الفكر القانوني.

النتيجة:

وبعد هذا العرض لمفهوم الحق في الفقه الإسلامي، وبيان منهج الشريعة في الموازنة بين الفرد والمجتمع، وعرض تطبيقات الخصوصية في الشريعة الإسلامية، هل نستطيع أن نتلمس تعريفاً محدداً للحق في الخصوصية؟ .. وأن نضع أيدينا على حدود هذا الحق ونطاقه؟..

الواقع، ونحن في هذا السبيل، نجد أنفسنا بازاء محاولة قد تبدو غير ممكنة، أو على أقل تقدير تبدو المحاولة فيها جانب من المجازفة ؟ فإضافة إلى أن الخصوصية محكومة إلى حد كبير بالتقاليد، والعادات الاجتماعية، وقواعد السلوك في المجتمع فإنه تواجهنا صعوبة أخرى هو ذلك المفهوم المتسع لمعنى الحق في الفقه الإسلامي، مما نفضل معه ترك تعريف هذا النوع من الحق تعريفاً يعتمد على الحدود، والرسوم بالمعنى المصطلح عليه عند المناطقة، والاكتفاء بذلك الاعتراف العام الصادر من الشريعة الإسلامية بشأن هذا الحق.

وإذا كان لا بد من معالجة هذا الحق بتعريف رغم تلك الصعوبات فإنه يمكننا القول إن الحق في الخصوصية هو:

---

(1) النصيحة والتعبير لابن رجب الحنبلي، ص 40 .

(2) مسند الإمام احمد 252/5، 256، ابن ماجة / مقدمة / باب اجتناب البدع والجدل 19/1.

حق الفرد في أن يعيش متمتعاً باحترام أشياء خاصة يطويها عن غيره في العادة، وذلك بغل يد السلطة العامة، وكذلك الأفراد عن التدخل، أو التعرض لهذه الأشياء إلا في الأحوال التي تقتضيها المصلحة العامة، وذلك بإذن الشارع.

وقد يلتقي الحق في الخصوصية في بعض جوانبه، مع الحق في الحرية. ذلك؛ لأن الحرية في الفقه الإسلامي تعني: أن يكون الفرد قادراً على التصرف في شؤون نفسه، وفي كل ما يتعلق بذاته آمناً من الاعتداء على نفسه، أو عرضه، أو ماله، أو أي حق من حقوقه[1] إلا أنه لا يتطابق مع مفهوم الحق في الحرية الشخصية، بل يشكل أحد عناصرها، ويمكن القول إن نطاق الخصوصية في الفقه الإسلامي، بعد استبعاد جريمة القذف، لأنها من جرائم الحدود - يتلخص بالعناصر التالية :

1) حماية المسكن .
2) حماية الفرد من المسارقة البصرية .
3) حماية الفرد من استراق السمع.
4) حمايته من إشاعة أسراره وما يطويه عن غيره في العادة .
5) حمايته من التهديد بإفشاء هذه الأسرار .

يضاف إلى ما تقدم أن الشريعة الإسلامية قد حمت خصوصيات الفرد من الناحية الإجرائية، وذلك باعتبار أن الإجراءات جزء مكمل للعقوبات في الفقه الإسلامي، ويتمثل هذا الاتجاه في الآتي:

1) حماية سرية المراسلات .
2) حماية الفرد من استعمال القسوة والعنف في الاستجواب.
3) حماية الفرد من التعسف في التفتيش.
4) حماية الفرد من الوسائل التي تؤثر على عقل الإنسان، أو تكشف عن دروب الشخصية.

المقارنة:

على الرغم من اختلاف الأصول بين الفكرين الشرعي، والقانوني، واعتماد كل منهما على منهج يختلف عن الآخر، مما يجعل المقارنة صعبة وغير دقيقة، وربما كانت ظالمة في أحيان كثيرة، خصوصاً إذا أخذنا في نظر الاعتبار تلك الفوارق الزمنية بين اكتمال الفقه الإسلامي في القرنين الثاني والثالث الهجريين، وبين عصرنا الحاضر، وما ظهرت فيه من حاجات جديدة ووقائع لم تكن معروفة في ذلك الوقت، ولكن مع هذا فإننا لا نجد مانعاً من أن نعقد نوعاً من المقارنة، ملاحظين هذا الاعتبار أو ذلك.

وفي الحقيقة، إننا إذا نظرنا إلى الحق في الخصوصية في ضوء ما قدمناه من دراسة حول الموضوع في كل من الشريعة والقانون نخلص إلى الآتي:

أولاً:- إن الشريعة الإسلامية كانت أكثر تقدماً ومعاصرة من الفكر القانوني المعاصر، على الرغم من أنها سابقة في النشأة والظهور، ويتضح هذا إذا علمنا أن هناك جانباً من الفكر القانوني المعاصر لم يعترف حتى الآن بهذا النوع من الحق، فإذا كانت القاعدة الإنجليزية التي تقرر أن (مسكن الفرد هو قلعته)، وأن أفقر رجل في كوخه

(1) ذهب جانب من الفقه الإسلامي إلى تقسيم الحرية الشخصية إلى ستة عناصر: (1)حرية الذات، (2) حرية الملك، (3) حرية المأوى، (4) حرية الاعتقاد، (5) حرية الرأي، (6) حرية التعليم. وقصرها بعضهم على حق الأمن فقط باعتباره يشمل كل، أو اغلب هذه العناصر. انظر: نحو الدستور الإسلامي، أبو الأعلى المودودي، ص 100، والسياسة الشرعية، عبد الوهاب خلاف، ص30 .

يستطيع أن يتحدى التاج البريطاني، فإن هذه العبارة تبدو جوفاء غير ذات مضمون، إذا علمنا أن القانون الإنجليزي لا يحمي الفرد من التطفل على مسكنه بالمسارقة السمعية أو البصرية، طالما لا يوجد هناك انتهاك لملكية الغير.

وإذا ما قارنا هذا الموقف من القانون الإنجليزي بالشريعة الإسلامية نجد أن الفجوة بينهما واسعة إلى حد كبير؛ إذ أن هذه الشريعة قد جرمت هذا التطفل في مرحلة مبكرة من تاريخ الفكر البشري، وفي وقت كانت فيه وسائل التجسس تقليدية؛ لأن وسائل التقنية الحديثة لم تكن قد عرفت بعد.

ثانياً:-ولعلنا لا نجافي الحقائق العلمية، ولا نبتعد عن الموضوعية إذا قلنا إن ظهور هذا النوع من الحق يجب أن يؤرخ له برسالة الإسلام، ذلك؛ لأننا نظلم الحقائق الموضوعية إذا أرخنا لنشأة هذا الحق أو ظهوره بالعهد الأعظم (الماجنا كارتا)، أو بظهور مقالة وارين وبراندیز -صحيح أن الشريعة الإسلامية لم تستعمل مصطلح "الحق في الخصوصية "-، ولكنها عرفت أغلب أو كل تطبيقات الخصوصية التي عرفتها القوانين المعاصرة.

وهكذا تكون الشريعة الإسلامية قد سبقت القانون الوضعي في الاعتراف بهذا الحق بفترة تزيد على ثلاثة عشر قرناً.

ثالثاً:-إن للشريعة الإسلامية في تصورها لهذا الحق ميزة أخرى على الفكر القانوني، وذلك إضافة إلى سبقها في الاعتراف به، وتتجلى هذه الميزة في أن الشريعة الإسلامية لا تجعل من هذا الحق قيداً يرد على حق آخر مثل الحق في الإعلام، وبالتالي يعتبر هذا الحق في مرتبة أدنى من مرتبة الحقوق الأخرى المعترف بها، وذلك في الأحوال التي تتعارض فيها الحقوق، أو في حالة قيام الدولة بحفظ التوازن بين القيم الدستورية المتعارضة. وإنما تجعل من هذا الحق سلوكاً من أساسيات سلوك الفرد والمجتمع. وتعتبرها جزءاً من منهجها التربوي في بناء الفرد وتكوين أخلاقياته والذي يدعم هذا أننا نجد النصوص المتعلقة بهذا الحق، وكذلك الآراء الفقهية مبثوثة في كتب الآداب، والأخلاق.

وبخلاف هذا نجد أن القانون الوضعي، بل الفكر القانوني عموماً في تقريره لهذا الحق قد عجز حتى الآن في تحويله إلى مبدأ من المبادئ التي يعتنقها المجتمع، ويسير على ضوئها، وهذا بدوره يفسر لنا أسباب انكماش الخصوصية، واتساعها في مواجهة الدولة، مما يدلل على أنه حتى في تلك الدول التي اعترفت قوانينها بالخصوصية لم يزل وضعها غير آمن ولا مستقر.

الفصل الثاني
في تعريف المسكن والمكان الخاص
المبحث الأول
المقصود بالمسكن أو المكان الخاص في القانون

لما كان اقتحام المكان الخاص يعتبر عنصراً من العناصر المكونة للتصرف الجرمي، ولما كان هذا العنصر من العناصر المشتركة في كل جرائم الاعتداء على الحياة الخاصة، وجدنا أنه من اللازم علينا إفراده بفصل خاص.

اختلاف مفهوم المسكن باختلاف الزمان والمكان:

في الحقيقة إن مفهوم المسكن يختلف باختلاف الزمان والمكان[1]، فالأحياء السكنية في الولايات المتحدة مثلاً متلاصقة، وبدون أن يفصل بينها فاصل ولكن في فرنسا يتمنى الناس أن تكون لهم وحدة سكنية خاصة بهم، يحيط بها حديقة خاصة، فضلاً عن سور أو سياج، ولا يضنون بنفقات هذا السياج؛ إذ يحرص المهندسون المعماريون على تضمين تصميم المبنى هذا الفاصل بين الجار والجار، وهذا السياج يكون عالياً عادة، سواء من حجارة، أو نبات، وفي حالة الجدار المبني من حجارة يضعون في قمته قطع الزجاج المكسورة زيادة في الحيطة، وتأكيداً لمعنى الملكية؛ ولهذا كان استعمال الفقيه الفرنسي Roger - collard لعبارة " جدار الحياة الخاصة " يمس شيئاً من صميم ضمير الشعب الفرنسي[2]. وعندنا في الشرق العربي تختلف طبيعة المسكن في المدينة عنه في البادية، أو القرى، حيث تنتشر الدور في القرية في أماكن بعيدة عن بعضها، وعلى مساحات واسعة نسبياً. وهذا الاختلاف الواسع في مفهوم المسكن هو الذي دعا المجلس الأوربي لحقوق الإنسان؛ لأن يشكل لجنة من الخبراء لإعداد الوسائل المناسبة للتوفيق بين مختلف المفاهيم القانونية السائدة في أوربا. وتهتم اللجنة المذكورة -من بين مهامها الأخرى- بمفاهيم ومعاني الإقامة والمسكن[3]، ويبدو أنه لم يتسن الوصول إلى قرار بشأن الوسائل المؤدية إلى هذا التوفيق المستهدف.

وهذا يبين لنا أنه ليس هناك اتفاق محدد على مدلول المسكن، أو المنزل أو محل الإقامة، وإن كان الكل متفقاً على أن المسكن هو مجال خاص.

تعريف المسكن:

وعلى الرغم من هذا الاختلاف، يمكن القول بأن المسكن هو المكان الذي يأوي إليه الإنسان، ويختص به، وهذا هو الأصل العام في مفهوم المسكن وقد عرفته المادة (122) من القانون المدني الفرنسي بأنه: " المكان الأساسي لإقامة الشخص[4]، كما عرفته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 26 فبراير سنة 1963 بأنه المكان الذي يحق للشخص قانوناً أن يشغله[5]. والمسكن في القانون الجنائي الفرنسي له مدلول أوسع من القانون المدني، فهو يشمل كل مكان يستخدمه الفرد كمقر خاص له.

ويرى " مانزيني " أن المسكن هو أي مكان خصص بصورة مشروعة؛ وبإرادة حرة للاستخدام المنزلي، أي مكان مغلق أو مفتوح بصورة جزئية، ثابت أو متحرك، ما دام معزولاً عن البيئة الخارجية بطريقة تبدو فيه رغبة ساكنيه بإبعاد أي شخص غير مخول له بالدخول فيه[6] .

ويعرف المسكن بموجب القانون العام الأمريكي بأنه " المكان الذي يأوي إليه الشخص عادة ويختاره لمعيشته "[7]، وكذلك عرفته محكمة النقض المصرية بقولها: "يقصد بلفظ المسكن في معنى قانون الإجراءات الجنائية - أخذ من مجموع نصوصه - كل مكان يتخذه الشخص مسكناً لنفسه على وجه التوقيت، أو الدوام بحيث يكون حرماً

---

(1) انظر : Robertson , op. Cit., P. 59.
(2) انظر : Raymond Lindon : La Creation prep. Dr….de La personalite, P. 10-11.
(3) انظر: ROBERTSON , Privacy & Human Rights , Manchester Univ . Press P. 59
(4) انظر: Didier Ferrier , These " La Protoction de la Vie privee, P. 51., Univ. de Sc. Sociale de Toulouse, 1973
(5) المرجع السابق، انظر قضية برقم: Cass 26 Fev. 1963 , 68
(6) قانون العقوبات المقارن، القسم الخاص، محمد إبراهيم زيد ص 496-497.
(7) انظر: Massachusetts Law Quarterly, Vol, 54 No. 3 P205 وقضية: Commonwealth V. Murphy, 353 , Mass, 433

آمناً لا يباح لغيره دخوله إلا بإذنه[1].

وهذه التعريفات الواسعة تتضمن المنزل الذي يسكن فيه الشخص فعلاً والمناطق الأخرى الملحقة به، و ذلك باستثناء تعريف مانزيني حيث يعتبر الفقه هذا التعريف تعريفاً مضيقاً؛ إذ أن للفرد أن يشعر أنه محمي في مسكنه مهما كانت الأعمال التي يمارسها، منزلية كانت، أو غير منزلية، أي - وإن اختلفت طبيعة الأعمال التي يمارسها الفرد-.

والواقع أن مفهوم المسكن في الفكر القانوني الحديث، هو كل مكان معد للسكنى، سواء أقام فيه صاحبه فعلاً وبصورة مستمرة، أم كان يتغيب عنه في بعض الأحيان، وسواء أكان هناك من يشرف على المسكن، أم لم يكن. ذلك لأن مسكن الغائب أولى بحماية الشارع من مسكن الحاضر[2].

وحقيقة نجد أن بعض الفقهاء يعرفون المنزل بأنه: " المسكن الذي يشغله الفرد، ولكن الشائع عملياً أن المحكمة تضفي هذه الصفة بتوسع بحيث ينطبق في معناه على أي مبنى، أياً كان الغرض منه مع ملحقاته، وتوابعه، سواء أكانت مبنية أو غير مبنية، ما دام الدخول إليها مقصوراً على من يشغلون المسكن وللأشخاص الذين يرخص لهم بالدخول والإقامة.

وهكذا يتبع المسكن في الحرمة كافة ملحقاته وهي الأمكنة الملتصقة بالمحل وسواء أكانت فوق سطحه، أو تحت أ رضه، أو بجواره. فيدخل في هذا الجرن والإسطبلات الملحقة به، أو حظيرة المواشي، ومكان حلبها، وغرف الغسيل وعشش الفراخ، وما شابه ذلك. على أنه يجب أن تكون هذه الملحقات متصلة به أو بتعبير آخر أن يجمعها وإياه سور واحد، حتى ولو كانت لا يضمها سقف واحد[3] وهذا الشرط وإن لم يرد في القانون المصري صراحة، إلا أنه لا خلاف في شأنه إذ أنه مستفاد من روح التشريع[4]. أما إذا كانت هذه الملحقات منفصلة عن المسكن لم تشملها هذه الحرمة، ولهذا لم تحمها قواعد التفتيش بنصوصها.

ويمكن القول أن هذا الذي تقدم هو الحد الأدنى الذي يتفق عليه الفقه المقارن. أما فيما عدا هذا، فإن الخلاف قائم بين الفقهاء حول مفهوم المسكن، ذلك؛ لأن الاتجاه السائد في الفقه يذهب إلى التوسع في مدلوله ليشمل كل مكان يختص الإنسان بسكناه، وبالتالي يصبح مدلول المسكن مطابقاً لمفهوم المكان الخاص.

ومما لا شك فيه أن مفهوم المكان الخاص يعتبر مفهوماً شديد الحساسية في تعريفه، وان كان من المؤكد أن روح المعنى، وجوهره يشير إلى أنه عكس المكان العام، ولكن مع هذا ينبغي وضع معيار لكلا المكانين؛ إذ أنه بين هذين النقيضين هناك أماكن وسط بين هذا وذاك، مثل غرفة الفندق، أو مقصورة الهاتف، أو النادي الخاص، أو المكاتب الخاصة، أو مكتب في شركة فهل مثل هذه الأماكن تعتبر أماكن خاصة، أو

---

(1) رابح لطفي جمعة: مقال بعنوان "دور الشرطة في حماية حرمة المسكن " ورد في مجلة الأمن العام، عدد (54) السنة 1971/14 ص 16.

(2) موسوعة القضاء والفقه 9/18، رؤوف عبيد: مبادئ الإجراءات ص 319 .

(3) انظر: Massachusetts Law Quarterly, Rev. op. Cit., P. 205
وانظر: ROBERTSON ,op. Cit., P. 19
وانظر قضية Roberson V. United States, 1 65 F2d . 752 6th. Cir وانظر: محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم الخاص 489، مجموعة القواعد القانونية ج 5 رقم 413 ص 670.
وانظر: رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال 372.

(4) عبد المهيمن بكر: القسم الخاص في قانون العقوبات ص794.

أماكن عامة[1] ؟ ..وتوخياً للدقة ليست هناك إجابة محددة على هذا السؤال، ذلك؛ لأن هذه المسائل يصعب الرد عليها رداً قاطعاً؛ لأن حل المشكلة يتعلق في حدود ضيقة خاصة بكل حالة على حدة .

وبالرغم من هذا فإنه قد قام عدد من الفقهاء بمحاولات لتفسير المكان الخاص والأخذ بمعيار هادف يعتمد على المقر الاجتماعي الحقيقي، فعرفه الفقيه CHAVANNE بأنه إطار للحياة الخاصة بحيث لا يستطيع الآخرون دخوله بدون إذن صاحبه، ويكون المكان الخاص وفقاً لتعريف الفقيه السابق له مدلولان: أولهما طبيعة المكان، وثانيهما ضرورة الحصول على ترخيص من صاحبه بدخوله، وهذا المعنى الأخير ضمني أكثر منه صريح، بمعنى: استبعاد الأغراب عنه. وفي الحقيقة فإن الأخذ بهذا المفهوم المحدد للمكان الخاص ينشأ عنه خلط بين الوسائل المستخدمة، ونتيجة الجريمة، والضرر الواقع على خصوصية الحياة الخاصة[2]. وقد أعطى الفقيه RECOURT تعريفاً مقارباً لا يختلف كثيراً عن تعريف CHAVANNE سابق الإشارة إليه، حيث يعرف المكان الخاص بأنه: " كل مكان مغلق لا يجوز للغرباء دخوله إلا بناء على إذن صاحبه، ويقصد به استخدامه لمنفعته أو لمتعته، أو لبطانته الخاصة "[3].

ولا يخلو هذا التعريف من أنه ينطوي على مفهوم ضمني هو العلانية، أو النشر، سواء بطبيعة المكان، أو الفعل المرتكب، إذ أن عنصر النشر يرتبط بهما، أو بظروف أخرى ملازمة له، وهكذا يتمتع بحماية المسكن كل مكان لا يرتاده الجمهور إلا أصحابه، ولا يجوز ارتياده للغرباء إلا بإذن من يشغله سواء بصفة دائمة أو مؤقتة، ويصدر الإذن ممن له مصلحة في بقاء المكان محتفظاً بخصوصيته. أما إذا اعتاد الجمهور دخول هذه الأماكن فإنها لا تكون لها تلك الحرمة؛ لأنها في هذه الحالة لا تكون مستودعاً للسر، ومن ثم فإن المحلات التي سمح للجمهور بدخولها بدون تمييز لا تعد مسكناً، وذلك كالأندية والملاهي، والمقاهي[4]، إلا إذا كان يبيت فيها شخص كالبواب أو الخفير[5].

ووفقاً لهذا المعيار لا يقتصر مفهوم المكان الخاص على المنزل فحسب بل يمتد ليشمل أشياء أخرى، نعرض لها كالآتي:

1) نزيل الفندق:

تمتد فكرة المسكن لتشمل الحجرة في فندق، والإقامة في غرفة طالت المدة أم قصرت، بل حتى ولو كانت يوماً واحداً[6].وهذا ما ذهب إليه القضاء الأمريكي[7]، ومحكمة النقض الفرنسية، حيث قررت أن غرفة الفرد في فندق تعد مقراً له يجب احترامه، وأن هذه الغرفة لا تعتبر مكاناً عاماً وإن كانت هناك أمكنة عامة في الفندق، مثل صالات الطعام، وقاعات الاستقبال؛ ولهذا لا يجوز لسلطات التحقيق دخول هذه الغرفة إلا بعد أخذ إذن من قاضي التحقيق لأن في الفندق مناطق خاصة لا يستخدمها إلا

---

(1) انظر : Dalloz, op . cit., Para. 43 & Daniel BECOURT, op. Cit. , p. 7
(2) انظر : DALLOZ, op . cit., para. 44
(3) انظر: Daneil BECOURT , op . cit ., p. 8
(4) انظر Daneil BECOURT , op . cit ., p. 7
& DALLOZ, op . cit., para47
(5) رؤوف عبيد: جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ص 372.
(6) د. محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات ص 489 هامش (1).: موسوعة القضاء والفقه 9/18.
صالح عبد رب الزهرة: أحكام التفتيش وآثاره في القانون العراقي ص 297.
(7) انظر مجلة: Massachusetts Law Q. Rev., op . cit 204.
وانظر قضية: Stoner V. California , 376 U. S. 483

صاحب الحق[1]، كما أنه من المعروف أن غرفة الفندق تشكل مسكناً بمفهوم المادة (182) من قانون العقوبات الفرنسي[2].

وبالرغم من اتفاق الفقه والقضاء الفرنسي على ما تقدم إلا أن هناك مشكلة تتعلق بالإسكان الفندقي. فهل الفندقي الذي يلج غرفة نزيل الفندق بواسطة مفتاح النزيل، أو مفتاح مصطنع يعد منتهكاً لمحل السكنى؟.

إن الدخول بمفتاح مصطنع كانت المحاكم تعتبره دائماً انتهاكاً[3]، ولكن ما هو الموقف بالنسبة للاستخدام غير المشروع لمفتاح الغرفة الأصلي المتحصل عليه بشكل اعتيادي؟ ...

في الحقيقة إن محكمة النقض الفرنسية قد قضت[4] بعدم وجود انتهاك، وذلك، لأن طبيعة عمل الفندقي تقتضي ذلك، ونظراً للشروط الخاصة الواردة في عقد شغل الغرفة بالفندق والتي تقضي بأن يترك النزيل الغرفة بحيث يسهل الولوج فيها لأغراض النظافة الفندقية، والمقتضيات الأخرى المعتادة، فهنا التزام تعاقدي يبرر " التطفل"[5].

2) القوارب والسفن :

وكذلك تمتد فكرة السكن، أو المكان الخاص لتشمل كل مكان يصلح للإقامة والنوم، ومن ثم اعتبر القضاء الفرنسي القوارب والسفن مساكن طالما يقيم فيها شخص معين، كالحارس والبواب، وبالتالي تتمتع هذه الأشياء بالحرمة التي يتمتع بها المسكن[6].

ويلاحظ هنا أن الفقه والقضاء الأمريكي يذهب إلى التفريق بين المسكن وغيره من الأماكن، وبين السفينة والقارب البخاري ونحوه من الأهداف المتحركة، حيث يذهب هذا الفقه والقضاء إلى أن ضمان التحرر من التفتيش، والضبط غير المعقول استناداً للتعديل الدستوري الرابع، يستدعى من البداية الاعتراف بضرورة التمييز بين تفتيش المنزل السكني بموجب ترخيص تفتيش شرعي يتم الحصول عليه مسبقاً، وبين تفتيش السفينة أو القارب البخاري[7]، حيث إن تفتيش القوارب والسفن لا يستدعي توافر السبب المحتمل[8]، أو شرط المعقولية[9]، وهذا يصدق على كل القوارب والسفن بما فيها

---

(1) نقض فرنسي في 31 يناير سنة1914، نقض 1969/1/6 أحكام النقض س 20 ص 1.

(2) انظر: Didier Ferrier , op. Cit P. 54 & Dalloz, op; cit para. 45, & Daniel BECOURT , op. Cit. P 8

(3) Cass. Crim . 19 Janv. 1959 Jop II, 11241 - note Chavannes
Cass. Crim . 20 Oct. 1954. D.6954-784 et Ca Paris 19 Nov. 1952 D. 1953.

(4) انظر قضية : Cass. Crim . 28 Nov . 1964 JCPI 94, 13467
وفي نفس المعنى قضية جنائية . ...Cass Crim . 19 Jany . 1956, D.1956, 194

(5) انظر رسالة دكتوراه مقدمة من Didier Ferrier , op . cit., P . 54

(6) رؤوف عبيد، مبادىء الإجراءات الجنائية. 32، موسوعة الفقه والقضاء 9/18، محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات 488.
ويلاحظ أنه لا يعد مكاناً مسكوناً القارب النيلي، إذا لم يكن به محل مخصص للسكنى، انظر: رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص، 371.

(7) انظر قضية Maul V.United States , 274 U.S. 501, 47 S. Ct. 735 (1927)
وقضية: Lee V. United States , 274 U.S. 559, 47 S. Ct. 746 (1927)
وانظر كتاب شريف بسيوني بعنوان Criminal Law & Processes P. 406

(8) انظر مجلة: Massachusetts Law Q. Rev. op. Cit., P. 205
وانظر شريف بسيوني Criminal Law & Its Processes P. 406

قوارب النزهة والاستجمام[1]، والشرط الوحيد الذي تطلبه المحكمة هو أن يكون تفتيش السفينة، أو القارب داخل حدود الولايات المتحدة[2].

3) مكاتب العمل :

وكذلك تمتد فكرة المسكن لتشمل مكاتب العمل، والمكاتب الخاصة، ولذلك فإن التصنت على الموظفين في مكاتبهم بمعرفة رئيسهم يدخل في اختصاص المادة 368 من قانون العقوبات الفرنسي[3]، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الاتحادية العليا[4]حيث قررت أن مكان العمل من الأماكن المحمية دستورياً، لأنها حسب مفهوم التعديل الدستوري الرابع بمثابة مأوى للشخص ومستقراً ومنزلاً.

وعلى هذا لا يعد مكاناً عاماً مكتب المحامي، وعيادة الطبيب، وذلك لما فيها من أسرار منع القانون إفشاءها، لأن هذه الأماكن وإن كان للجمهور ولوجها إلا أن هذا يصدق بالنسبة لنوع معين من الناس، ولعدد من الزبائن، وقد كان هناك رأي في القانون يذهب إلى أن هذه الأماكن تتمتع بقدسية خاصة تفوق حصانة المسكن، بيد إن الرأي السائد الآن هو أنه لا تتمتع بحصانة أكثر من حصانة المسكن[5].

وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أن الصيدلية لا تعتبر كلها مكاناً عاماً، بل تعتبر المعامل الكيمياوية في الصيدلية مكاناً خاصاً، وذلك تأسيساً على أن هذا المكان لا يسمح للجمهور بارتياده، وإن كان يسمح في ساعات العمل بالدخول إلى مناطق خاصة من الصيدلية[6].

4) النوادي الخاصة ومقصورة الهاتف:

وهكذا يرتبط معنى المسكن بمعنى الإقامة، وحيث يمارس الإنسان نشاطه، ومن ثم ينسحب المعنى إلى كل إقامة يكون القصد منها المعيشة، حتى ولو كانت لفترة مؤقتة، ومن هنا اتجه رأي المفسرين إلى اعتبار النوادي الخاصة المقصور ارتيادها على أعضائها دون الجماهير عامة، متمتعة بحرمة المسكن، ولا يجوز ارتيادها بغير إذن[7] .

وكذلك الشأن في مقصورة الهاتف العمومية، إذ يجوز - إذا ما انفرد الشخص داخلها، واستبعد غيره من الجمهور - أن تصبح مكاناً له خصوصية كافية، بحيث يتوقع الفرد عادة وعقلاً أن محادثاته ستظل لها الصفة الخصوصية، وفي مثل هذه الظروف

---

(9) انظر قضية New York V. Sorable . 273 N.Y.S.2d. 956, 958 (1966)
وراجع كتاب شريف بسيوني، المرجع السابق، ص 407.

(1) انظر قضية : United States V.Hayes, 52 F. 2d. 977, (E.D.N.Y. 1931)

(2) انظر كتاب شريف بسيوني، المرجع السابق، ص 407.

(3) انظر : Dalloz, op . cit., Para. 47.

(4) Roun gav. New York , 370 U.S. 139, 82 s Ct. 1218 (1962).

(5) رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية، 32.

(6) وتتلخص الواقعة في أن إحدى الصيدليات قد أسندت العمل في صيدليتها إلى مديرة أخرى، وذلك بسبب اعتكافها في المستشفى، وقد كانت ثقتها في وكيلتها ضعيفة فقامت بوضع أجهزة لتسجيل محادثات وكيلتها خفية، فقامت الوكيلة بإخبار الشرطة، وقد أثبت الخبير أن الجزء الأعظم من المحادثات كان مع والدها الذي يتصل بها من مارسيليا فأدانت المحكمة الصيدلية الأصلية، ورفضت دفعها بأن الصيدلية ليست مكاناً خاصاً على أساس أنه حتى لو سلم بأن الصيدلية ليست مكاناً خاصاً، فإن الجهاز قابل للتسجيل في الأوقات التي لا يسمح فيها للجمهور بالدخول، هذا فضلاً عن أنه توجد أماكن خاصة في الصيدلية مثل المعامل. راجع قضاء محكمة باريس الابتدائية 7 نوفمبر 1975، داللوز - محكمة سيري 20/1976 تعليق LINDON.

(7) انظر: Robertson , op . cit., 123 & Dalloz , op , cit para 47

فإن مراقبة الحديث وتسجيله يشكل تفتيشاً، وضبطاً غير معقول، بمفهوم التعديل الدستوري الرابع[1] وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الاتحادية العليا[2] وما قرره الفقه الفرنسي[3].

ومن خلال ما تقدم يمكن القول إن المعيار لكون المكان خاصاً هو ألا يرتاده الجمهور إلا بترخيص، فإذا كان المكان العام يعني المكان الذي يرتاده الكافة بدون ترخيص خاص من أي أحد، بمعنى -أن الارتياد يكون مباحاً في كل وقت بدون قيد أو شرط - فإن المكان الخاص هو عكس ذلك. وبناء على هذا المعيار لا يكون الشارع بالطبع مكاناً خاصاً، وكذلك الأماكن التي يطرقها الناس عادة، وشاطئ البحر " البلاجات"، أو أماكن الراحة مثل المقاهي ومعسكرات التزحلق على الجليد[4]، ولذلك فإن ظهور الأفراد، أو السيدات على شاطئ البحر بملابس الاستحمام لا يجوز الاستناد إلى أنه مكان خاص بحيث يمنع فيه التصوير الصحفي[5].

وكذلك لا يعد مسكناً يتمتع بالحرمة من أعد في بيته غرفة للعب القمار، واعتاد الناس التردد على هذا المنزل بدون تمييز، بحيث قد يتردد على المنزل شخص في فترة، ولا يتردد عليه في فترات أخرى، فإن هذا يجعل من منزله محلاً عاماً يغشاه الجمهور وبلا تفريق، وهذا ما قضت به محكمة النقض[6].

وكذلك غرفة السجين المؤقت ليست له خصوصية المنزل، لأنها خاضعة للرقابة الإدارية، إذ باستطاعة القائمين على السجن دخولها في أي وقت[7].

وكذلك لا تمتد حرمة المسكن إلى الأماكن المكشوفة والأرض المفتوحة، ولو كانت حيازتها لشخص معين، وذلك كالغابات والحقول، ولهذا لم تتمتع بحماية أحكام التفتيش لانتفاء الحكمة من الحماية، وهذا ما قضت به المحاكم الفرنسية[8]، والأمريكية[9]، فالقانون يهدف إلى حماية المسكن باعتباره مسكناً، ومستودع سر صاحب الحيازة، ولا يهدف بتجريم انتهاك حرمة المسكن حماية الملكية العقارية، إذ أنها محمية بقواعد أخرى، ومن هنا يتضح لنا أن فكرة المسكن في قانون العقوبات لها مفهوم مستقل يختلف عن الفكرة القانونية للقانون المدني[10].

ومن خلال ما تقدم يتضح لنا أن مفهوم المسكن يلتقي مع مفهوم المكان الخاص في قانون العقوبات من حيث إن مدلولها واحد، وهو كون المكان مغلقاً، أو معزولاً، ولا

---

(1) انظر كتاب شريف بسيوني، المرجع السابق ص 399.
(2) انظر قضية Rios V. United States, 364 U.S. 253, 80 S. Ct. 143, (1960)
(3) انظر : Dzlloz , op . cit., Para 47
(4) انظر : Daniel BECOURT , op . cit P. 7 & Dalloz , op . cit Para . 47-48
(5) انظر حكم محكمة باريس في 18 مارس 1971 برقم 437 مشار إليه في دالوز بند 48.
(6) انظر - النظرية العامة للتفتيش - سامي الحسيني، 234، أحكام التفتيش وآثاره في القانون العراقي، صالح الحسون ص 298. وراجع نقض 1953/3/17، أحكام النقض س 4 رقم 226 ص 619.
(7) انظر قضية : Lana V. New York , 370 U.S..139, 82 S. Ct 12/8 (1962)
وقضية برقم 28 Ohio St. P. 527, 530 (1967)
وانظر كتاب شريف بسيوني، المرجع السابق ص 397.
وانظر سامي الحسيني، النظرية العامة للتفتيش ص 234.
(8) النظرية العامة للتفتيش، سامي الحسيني 234.
(9) انظر قضية : Hester V. United States 265 U.S. 57.
وقضية United States V. Romano, 330 F.2d. 566 2nd. Cir
مشار اليهما في Massachusetts L. Q. Rev., op. Cit., P. 205.
(10) انظر : Rev. Internationale de Droit- Compare, 1971 P. 744, & Didier Ferrier, op. Cit. P. 52

يرتاده الجمهور، ولا يسمح بدخوله للغير إلا بإذن صاحب الحق. على أنه يلاحظ أن هناك فرقاً دقيقاً بين المكان الخاص والمسكن، وذلك من وجهة النظر الزمنية، إذ أن المسكن معد للسكنى بصورة مستمرة، أما المكان الخاص فهو معد للسكنى بصورة مؤقتة، هذا بالإضافة إلى أن المسكن تمارس فيه الحياة بكل أنشطتها في حين أن المكان الخاص تمارس فيه بعض هذه الأنشطة[1].

هل السند القانوني للحيازة له قيمة ؟:

ليس لسند الحيازة قيمة، فليس من المهم أن يكون الشخص الذي يشغل المكان مالكاً له، أو مستأجراً، أو مستعيراً، أو يكون شاغلاً له بوضع اليد يتسامح مع المالك[2]. فالشخص الذي يستعير شقة من صاحبها، ويمنع الغير من الدخول إليها يتمتع بنفس الحرمة التي يتمتع بها مالك العقار، وكذلك تمتد الحرمة لتشمل المستأجر أيضاً، وهكذا يحظر دخول المسكن حتى على المالك نظراً، لأن القاعدة القانونية تحمي الحياة الخاصة، وليس المسكن كعقار وارد عليه حق للمالك طالما لا يشغله بنفسه[3].

ويلاحظ هنا أنه ربما تعارض حق المالك في ملكه، مع الحق في حرمة المسكن بالنسبة لشاغل المكان المستأجرة، أو المستعارة، فكيف يتسنى إذن التغلب على هذا التعارض بين الحقين؟ ..

في الحقيقة إن أحكام المحاكم الفرنسية قد استقرت على مفهوم إن المالك – مع أن له حق الطرد- إلا أنه لا يجوز له دخول المكان المشغول على غير مقتضى القانون، حتى ولو كان شغل المكان بوضع اليد[4].

وهذه القاعدة يرد عليها استثناءات نعرض لها فيما بعد، ولكن نود أن نشير هنا إلى أن هذه الاستثناءات لا تشكل تعدياً على مبدأ احترام الحياة الخاصة لشاغل المكان.

وكذلك ثارت مشكلة حول سند الحيازة، وهل يشترط فيه أن يكون مشروعاً أم لا؟.... انقسم رأي الفقهاء في هذا الصدد حيث ذهب جانب من الفقه إلى أن سند الحيازة يجب أن يكون مشروعاً، ومن ثم فإن حيازة مسكن عن طريق الغصب، أو الإكراه من المالك، أو المستأجر لا تكسب الحائز حق الدفع بحصانة المسكن قبل التفتيش[5]. إلا أن الرأي السائد في الفقه الوضعي أن مغتصب المسكن يتمتع فيه بالحرمة مثله في ذلك مثل أي حائز آخر، ولهذا لا يصح تفتيش المسكن إلا بعد اتباع الإجراءات القانونية اللازمة. وتأسيساً على هذا لا تكون هناك أية أهمية لأن تكون الحيازة مشروعة، أم لا متى ثبت حيازة الشخص للمسكن واختصاصه به[6]، والذي نطمئن إليه هو الرأي الأول، ذلك لأن غاصب المسكن منتهك لحرمة، فمن غير المعقول إن نجعله يستفيد بثمرات فعله غير المشروع، وأن يتمتع بالحرمة التي سلبها غيره.

ثم من البديهي بعد هذا كله أنه لا يشترط في المكان شكل معين، ولا ينظر إلى

---

(1) الاهواني احترام الحياة الخاصة ص 117.
(2) انظر: Didier Ferrier, op . cit , P. 51 , & rev . Int. de Dr. Compare , pp 744-745 . وانظر محمود مصطفى، 280، موسوعة القضاء والفقه 9/18.
(3) انظر Didier Ferrier , op. Cit . P. 51.
(4) حكم محكمة السين رقم Trib. Correctionne de la Seine 15 Mars 1949, J.C.P. 1949, II, 4839
(5) موسوعة القضاء والفقه 9/18.
وانظر Didier Ferrir : op. Cit. P. 53
وقضية {Ec. ALL Juillet, 1953 D. 1954. 4. ,
(6) النظرية العامة للتفتيش 233، مع هامش 446.

المادة التي صيغ منها. فقد يكون خيمة في الصحراء، أو كوخاً في نجع، أو شقة في عمارة، وقد يكون مصنوعاً من الخشب أو الحجارة، أو الطابوق، أو الخص وقد يكون مبنياً على الطريقة الشرقية أو الغربية[1].

ومما تجدر الإشارة إليه أن تمتع الساكن بحرمة المسكن يتساوى فيها الجميع فلا يفرق القانون في هذا الصدد بين المواطنين، والأجانب، وهذا ما حدا ببعض القوانين إلى النص على ذلك صراحة مثل القانون الأسباني[2]، وهذا يصدق على القانون الفرنسي أيضاً، على الرغم من أن المادة (184 فقرة 2) من قانون العقوبات الفرنسي قد استخدمت تعبيراً غير دقيق عندما تتكلم عن مسكن المواطن، إلا أنه من المؤكد أن القانون يحمي مسكن أي شخص مهما كان، سواء أكان ساكناً أجنبياً، أم ساكناً فرنسياً[3]. وهذا وإن لم يكن له تأثير من الناحية العملية طالما أن القضاء الفرنسي يبسط الحماية على المواطن والأجنبي إلا أنه خطأ في الأسلوب كان يجب إبطاله، سيما بعد أن صدر قانون 1970 والذي عدل صياغة الفقرة (2) من المادة 184، ومع ذلك لم يبطل في نفس الوقت هذا الخطأ الأسلوبي، اللهم إلا إذا كان مقصود القانون من لفظة المواطن التغليب بمعنى أنه ليس له مفهوم مخالف.

المبحث الثاني

هل تناط الحماية القانونية بالمكان الخاص أم بالخصوصية ؟

في قانون 1970 في فرنسا حيث إنه أبان نظر المواد تقدمت اقتراحات لاستبدال نص المكان الخاص Auprive فيما يتعلق بالأقوال المدلى بها، أو الحديث إلى عبارة .. "في خصوصيته Enprive " ولكن هذا الرأي رفض[4]، واستحسنت الجمعية الوطنية التعبير الأول.

ومن هنا يتبين لنا أن المشرع، سواء في مصر أو فرنسا لا يأخذ بموضوع الحديث كمعيار لتحديد طبيعته، وإنما يتخذ من مكان حدوثه قرينة لا تقبل إثبات العكس

---

(1) موسوعة القضاء والفقه 9/18، محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، 489، عبد المهيمن بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات 793، صالح عبد رب الزهرة الحسون، أحكام التفتيش وآثاره في القانون العراقي 297، حسن صادق المرصفاوي، قانون العقوبات الخاص، 592.

(2) موسوعة القضاء والفقه 9/18.

(3) انظر : Revue Internationale de Driot Compare , op. Cit. P. 744

(4) انظر تقرير Grailly عن المضابط البرلمانية للجمعية الوطنية 1147.
وانظر: Henri Blin , op. Cit. Para . 17, Dalloz , op. Cit Para. 41

على طبيعته، فالحديث الذي يجري في مكان عام طبيعته، أو بالتخصيص، أو بالمصادفة ليست له الصفة الخاصة، حتى ولو تناول أخص الشئون والأسرار طالما أنه جرى في مكان عام، وعلى العكس من هذا يعد الحديث خاصا إذا جرى في مكان خاص لا يسمح فيه بالدخول إلا لأشخاص تربطهم صلة خاصة، ولو كان عدد من استمعوا إلى الحديث كبيراً، فالحماية تمتد إلى هذا الحديث، وإن كان في طبيعته وموضوعه عاماً، طالما انه جرى في مكان خاص[1].

وهكذا فإنه لا تعتبر الأماكن المفتوحة للجمهور مثل الحديقة العامة، والمطاعم، والمباريات، وغيرها من الأماكن التي اعتاد الجمهور ارتيادها أماكن خاصة، وبالتالي فإن كل ما يدور فيها يعتبر عاماً، وإن كان الحديث الدائر بين اثنين في شارع، أو مقهى له صفة الخصوصية، ومعنى هذا أنه لا عقوبة على التسمع، أو التسجيل، أو إذاعة حديث الأشخاص حال كونهم في مكان عام حتى لو كانت الأحاديث شخصية[2].

ومن ناحية أخرى فإنه يلاحظ أن غياب قاعدة التجريم، وعدم وقوع الشخص تحت طائلة القانون الجنائي لا يمنع المضرور من أن يرفع دعوى مدنية، متى كان الاعتداء الواقع على الحياة الخاصة واقعاً في مكان عام، سواء كان ذلك استناداً إلى المادة التاسعة من القانون المدني كما هو رأي الفقيه BLIN[3], أو استناداً للمادة 1382 حسب رأي الفقيه NERSON[4]، ولكن مع هذا ليس هناك أساس لرفع الدعوى الجنائية لعدم انطباق النص. وغالبية الفقه الفرنسي[5] والمصري[6]، ترى الأخذ بهذا المعيار، وحجتهم أن القانون يلتزم بحرفيته، ولا يجوز فيه التفسير فالأقوال ينبغي -لإعمال القانون- أن تصدر في مكان خاص[7]، ولأن الضابط المستمد من صفة المكان يتسم بالوضوح، وهذا بخلاف إسناد الصفة الخاصة إلى موضوع الحديث أن مثل هذا المعيار يثير صعوبات من غير الممكن في السياسة التشريعية حسمها[8]، هذا فضلاً عن أن الشخص الذي يدلي بأحاديث خاصة في مكان عام يكون هو المفرط بحقه في الاحتفاظ بأسراره، فلا يجوز له أن يطلب حماية القانون الجنائي بعد ذلك. أما الحديث الذي يجريه صاحبه في مكان خاص، أو عن طريق الهاتف فهو حديث يتم ولو كان في موضوع عام مع من يثق به، أو مع من يريد، وقد لا يكون محتاطاً لخطورة الموضوع أو مسيرته[9].

ومعيار المكان الخاص هو ما اتجه إليه القانون العام الإنجليزي في التمييز بين الأحاديث الخاصة وبين المحادثات العامة. بيد أن هذا المعيار يقوم على أساس الملكية الخاصة، أو الحيازة الخاصة، فالقانون العام الإنجليزي يشترط لقيام الاعتداء على المحادثات أن يكون هناك اعتداء على المكان ذاته، وبهذا يكون قد أضاف شرطاً آخر،

---

(1) شرح قانون العقوبات، محمود نجيب حسني 772، الحماية الجنائية، محمد زكي أبو عامر ص88.
(2) انظر: Dalloz, op. Cit. Para. 41, & Henri Blin, op cit. Para 18 & Rev. Int. de Dr. Compare , P. 748
(3) انظر: Henri Blin , op. Cit., para 18
(4) انظر: Nerson مجلة القانون المدني Rev. crim . dr. civ سنة 1971 العدد الثاني ص 364.
(5) انظر: Dalloz , op . cit ., para 41 & Henri Blin op. Cit. Para. 17 &18
(6) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص 771. الحماية الجنائية، محمد زكي أبو عامر 88. محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات ص434، حيث يذهب إلى أنه لا حرمة لقول، أو فعل يصدر أو يقع في مكان عام، إذ من المحتمل سماعه ورؤيته بما لا يمس آلفة الحياة الخاصة.
(7) انظر: Dalloz , op. Cit , para. 41
(8) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص 717.
(9) الحماية الجنائية للحريات الشخصية محمد زكي أبو عامر 88-89.

وذلك إضافة إلى المكان الخاص. وهو أن يكون هذا المكان مملوكاً لأحد أطراف المحادثة، ومن هنا يكون القانون العام الإنجليزي قد حمى المكان ولم يحم الحياة الخاصة[1].

ويلاحظ على هذا الاتجاه أنه يضيق كثيراً من نطاق تطبيق النصوص، ووقوع المعتدي تحت طائلة العقاب، كما إن التفرقة بين تجريم التقاط الأحاديث العامة إذا جرت في مكان خاص، وعدم تجريم التقاط الأحاديث الخاصة إذا دارت في مكان عام - تبدو تفرقة تعسفية، ودعوى أن غير هذا المعيار يثير صعوبات عديدة تصطدم والسياسة التشريعية دعوى لا مبرر لها، ذلك، لأنه متى أظهر الشخص رغبته في الاحتفاظ بخصوصية أحاديثه، كأنه انتحى بشخص في زاوية من مسجد أو بجانب من شارع أو مقهى، فإنه لا يكون مفرطاً بحقه، وبالتالي فإنه من واجب القانون أن يوفر له الحماية.

الاتجاه الثاني:- المعيار الشخصي:

ذهب فريق من الفقهاء الفرنسيين إلى ضرورة الأخذ بالمعيار الشخصي، وتحديد المكان الخاص بطريقة أخرى، وهي ربطه بحالة الخصوصية التي يكون عليها الأشخاص، أو بتعبير آخر استبدال فكرة المكان الخاص بفكرة الكلام الخاص المنطوق، أو الفعل الخاص، وهذا الاتجاه يرى أن الواقعة أو الحالة هي التي تصبغ المكان بصبغتها، وتخلع عليه صفة الخصوص أو العموم، وهذا يعني وجود عنصر نفساني مستقل عن المكان. فالحديث الخاص يمكن أن يجري تماماً في مجال عام[2]، وهذا التصور قد ترتب عليه أنه يمكن أن تتوافر حالة الخصوصية في أماكن عامة وعلى مرأى من الجمهور. فوقوف شخصين في موقف عاطفي في طريق عام، أو في سيارة تقف في طريق عام يجب أن يعتبر مكاناً خاصاً تبعاً لحالة الخصوصية.

وقد أخذ القانون الأمريكي[3] بهذا الاتجاه حيث ربط حماية الحياة الخاصة بحالة الخصوصية دون النظر إلى طبيعة المكان وكونه خاصاً، أو عاماً، ومن ثم فإن الواقعة تكون خاصة إذا صدرت في ظروف يعتقد الفرد معها أن أحداً لا يستطيع معرفة محادثاته شريطة أن يكون هذا الاعتقاد مبنياً على أسباب معقولة وهذا الاتجاه هو الذي أخذ به القانون الكندي[4] أيضاً.

ويلاحظ أن القضاء الأمريكي كان في بدايته يربط حماية الخصوصية بوجود التعدي، ولهذا فإنه في حالة تركيب جهاز في الجدار الفاصل بغرض التسمع، فإن هذا الإجراء لا غبار عليه دستورياً إذا لم يخترق الجدار، لأنه ليس ثمة اعتداء مادي في ذلك[5]. أما إذا اخترق الجهاز الجدار بغية الاستفادة من مكبرات صوت متناهية في الصغر فهذا هو المحظور دستورياً[6]. ولما تجاوز تطور أجهزة التسمع مرحلة إمكان

---

(1) انظر: Halsbury's Laws of England , 3 rd . ed, Butterworth , London , 1963, vol. 38, 743.
(2) انظر احترام الحياة الخاصة، الاهواني 121، وانظر: Henri Blin : op. Cit., para 17.
(3) وهو القانون الصادر سنة 1968 والخاص بحماية الحياة الخاصة من الناحية الجنائية والمعروف باسم قانون مكافحة الجرائم وآمن الشوارع.
(4) ذهب القانون الكندي إلى ذلك في قانون 1974 الخاص بحماية الحياة الخاصة.
(5) انظر قضية : Goldman V. United States , 316 U.S. 129, 62 S. Ct. 993, (1942)
(6) انظر قضية : Clinton v. Virginia , 377 U.S. 158 , 84 S. Ct, 1186 (1964)
وراجع في تفاصيل قضيتي جولدمان، وكلينتون سالفتي الذكر مقالاً ورد في مجلة اوهايو للقانون العدد 28 ص 527 سنة 1967.

التفرقة بين ما يتسبب عنه تعد، وما لا يتسبب عنه ذلك، لأن الأجهزة تطورت وأصبحت فائقة في حساسيتها بحيث يستطيع من في نيته استراق السمع أن يفعل ذلك، وفي نفس الوقت يظل ملتزماً بقواعد القانون، وذلك عن طريق اختيار، أجهزة حساسة، فإنه لم تعد نظرية التعدي على أملاك الغير مجدية في مجال تركيب أجهزة التسمع[1].

ثم تلا ذلك ورود نظرية جديدة مفادها وجود منطقة تتمتع بالحماية الدستورية، وهذه النظرية لا تحدد الحق في الخصوصية. فاقرار ما إذا كان المكان في الحماية الدستورية من عدمه متروكاً لتقدير المحكمة تقديراً تحكمياً[2]، وأحياناً كان حكم المحكمة بالدستورية أو بعدم توافرها يعتمد على المكان المركب فيه الجهاز. بيد أن قاعدة المنطقة المحمية ليست بأفضل حالاً من نظرية التعدي، ذلك أنه في قضايا التعدي يكون التمييز على أساس تقدير موضوع تركيب جهاز التسمع وأداته، وهل نجم تَعدٍّ من جراء ذلك، ولذلك تصبح مثل هذه القضايا مسرحاً للمناقشة، على أن الموضوع ليس موضوع تعدٍ أو عدمه، ولكنه موضوع حماية حرية الحديث والمناقشة، وبدون خشية من استراق السمع خلسة بواسطة الأجهزة، وحرية الحديث هدف مطلوب في كل الأماكن العامة والخاصة مما يتطلب حظر استخدام هذه الوسائل، وبصرف النظر عن كيفية الاستخدام، وعن الأماكن المركبة فيه. ولما لم تثبت فعالية هذه النظرية أدى ذلك إلى ظهور نظرية جديدة عرفت باسم نظرية تقدير مخاطرة التسمع على الحديث، وتبدو هذه النظرية أكثر وضوحاً في قضية KATY[3]، وحقه في الخصوصية التي انتهكتها الحكومة عندما ركبت " كبسولة " التسمع خارج مقصورة الهاتف العمومي حيث قال القاضي STEWAYD عضو المحكمة العليا: إن التعديل الدستوري الرابع يحمي الأفراد، ولا يحمي الأشياء، وبعد أن استعرض القاضي سالف الذكر موضوع الخصوصية وطبيعتها بإفاضة. قال: إن المعول عليه هو القصد الموضوعي، ونية الشخص في الحفاظ على حقه في الخصوصية " نظرية تقدير مخاطر التسمع على الحديث ".

الاتجاه الثالث :- لكل حالة معيار خاص:

يذهب جانب من الفقه الفرنسي، وعلى رأسه الفقيه BECOURT إلى ضرورة التمييز بين التقاط الصورة، والتقاط الأحاديث، فبالنسبة للحالة الأولى (حالة التقاط الصورة) ينبغي لاستكمال أركان الجريمة أن تلتقط للشخص في مجاله الخاص، لأن التقاط الصورة في مكان عام لا يعدو أن يكون شيئاً مشابهاً لما تراه العين، ففي المكان العام يستطيع كل فرد أن يقابل صاحب الصورة، وبذلك تكون هناك موافقة ضمنية من الشخص على أن يكون مرئياً للجمهور، وهذا على عكس الحال في حالة وجوده في مكان خاص، وحيث يفترض ضمناً رفضه أن يكون موضع نظر من الآخرين.

وفي حالة التقاط الأقوال، أو الأحاديث، يختلف الأمر، إذ ليس هناك تصرف سلبي

---

(1) انظر كتاب شريف بسيوني، المرجع السابق، ص 397.

(2) انظر قضية لانزا، سبق الإشارة إليها، ومفادها أن مكتب العمل يعتبر منطقة محمية، وكذلك المتجر والشقة السكنية وغرفة الفندق لأنها حسب مفهوم التعديل الدستوري الرابع بمثابة مأوى للشخص، وليس السجن المؤقت له خصوصية المنزل أو المكتب أو حجرة الفندق.

(3) انظر قضية: United States v. Katy , 380 . U.S. 347 , 88 S. Ct. 507 (1967) وقد جاء تقدير المحكمة العليا أن الشخص -وهو في مقصورة الهاتف يتوقع قدراً من الخصوصية- وأن تظل أحاديثه شخصية، والتقاط مثل هذه الأحاديث في تقدير الشخص العادي يعتبر تصرفاً غير معقول بمفهوم التعديل الرابع. وراجع: Lewis v. Utates, 385 U.S. 206210 , 875 S. Ct . (1966). وانظر شريف بسيوني، المرجع السابق، ص 399 .

في الحديث. بمعنى آخر، إن الحديث له سمة شخصية، والتعبير يكون عن إرادة في الحديث، وبذلك فالحديث متحرر عن المكان الذي يجري التعبير فيه، ومن ثم فإن المشرع الفرنسي كان ينبغي أن يأخذ ذلك في اعتباره، فيحمي الحديث بصرف النظر عن المكان الذي تم فيه، طالما أن الحديث له صفة شخصية[1].

وهذا المعنى أخذه الفقيه PRADEL في حسبانه. فالحديث قد يكون خاصاً حتى ولو جرى في مكان عام، ومن ثم لا ينبغي أن يعول على طبيعة المكان، ولكن الذي يؤخذ في الاعتبار هو الأحاديث التي يعبر بها، فقد يجري التعبير عن مسائل خاصة في مكان عام، والمكان عندئذ لا يؤثر في كون الحديث خاصاً أو عاماً[2]. وعلى هذا فالحديث الهمس بين الزوجين لا يمكن اعتباره حديثاً عاماً.

وهذا الرأي قد ذهب إليه جانب من الفقه المصري[3] حيث ميز بين التقاط الأحاديث، وبين التقاط الصورة، فاشترط لتوافر الاعتداء أن تتم الحالة الثانية في مجال خاص، في حين أنه لا يشترط ذلك في حالة الأقوال.

والذي نعتقد رجحانه هو الرأي الأخير، والذي يدفعنا إلى هذا هو أنه من غير المنطقي مساواة الأحاديث الشخصية بالتقاط الصور، ذلك، لأن وجود الشخص في مكان عام ينطوي على موافقة ضمنية بعلانية أفعاله في هذا المكان، هذا بخلاف الأقوال، إذ إنها تصدر عادة في مكان عام بين اثنين، أو جماعة من الناس من غير أن تتوقف على مكان حدوثها، وإنما يتحدد ذلك في ضوء درجة علو الحديث، والمحيط الذي يتحدث فيه، ونوع الحديث، فكل حالة يجب أن تبحث على حدة وإن كان هذا لا يمنع من أن المكان يساعد القاضي على تحديد طبيعة الحديث، وهل هو عام أم خاص، ومع ذلك تبقى الحماية منوطة بالمكان الخاص في حالة الاحتكام إلى النصوص.

---

(1) انظر: Daniel BECOURT, op . cit . pp. 7,8,9

(2) انظر: Dalloz , op. Cit . para . 40

(3) ذهب إلى هذا الرأي الأستاذ الاهواني في كتابه احترام الحياة الخاصة ص 126-127، وكذلك ذهب إلى هذا الرأي الأستاذ احمد فتحي سرور في كتابه الوسيط في قانون الإجراءات ص 487.
ويرى الأستاذ سرور أن السبب الذي حدا بالمشرع المصري والفرنسي إلى الاعتماد على معيار المكان الخاص يرجع إلى رغبته في توحيد معيار حماية الأحاديث الشخصية والصورة، إذ اشترط للاعتداء على حرمة الاثنين أن يكون كل منهما في مكان خاص. انظر المرجع السابق. وقد ذهب فريق من الفقهاء المصريين إلى أن السبب الذي دعا قانون العقوبات المصري إلى الأخذ بفكرة المكان الخاص في جرائم الحياة الخاصة هو تأثره بجريمة القذف، فالعلانية في القذف تتوافر من مجرد الكلام والإشارة في مكان يراه أو يسمعه الناس. فللمكان الخاص في جرائم الحياة الخاصة نفس دلالته في جرائم الاعتداء على الشرف، ذلك، لأن هذه الجرائم أقرب إلى جرائم الشرف، انظر: محمود نجيب حسني شرح قانون العقوبات 771 و 552. وقد عاب الاهواني على المشرع هذا الاتجاه مقرراً أن التجسس يمكن أن يحدث في أي مكان أما العلانية فإنها تفترض المكان الخاص، وإنه كان يجب على المشرع أن يفرق في مجال التجريم بين التجسس على الحياة الخاصة، والكشف عن الخصوصيات. انظر احترام الحياة الخاصة 122ص هامش 173.
ونحن نعتقد من جانبنا أن المشرع كان يهدف إلى عدم التفرقة وبدفعه إلى ذلك ليس كون الجريمتين شيئاً واحداً، وإنما كان يرى أن ربط الحماية بمعيار المكان الخاص هو ما ينسجم والسياسة التشريعية.

المبحث الثالث

المقصود بالمسكن في الشريعة الإسلامية

على الرغم من أن الجرائم التي نحن بصدد دراستها جرائم تعزيرية، وهذا يعني أن يترك تكييفها سواء من ناحية العقوبة، أو من ناحية العناصر المكونة للتصرف الجرمي لولي الأمر، إلا أنه من الضروري إلقاء الضوء على طبيعة المكان الذي بسطت الشريعة الإسلامية الحماية عليه، وما هي دلالة البيت الذي ورد في قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم)[1]، والذي حرم دخوله بدون استئذان، والذي يعتبر دخوله، أو الاطلاع عليه جريمة موجبة للتعزير .. وهل ربط الفقه الإسلامي الحماية الشرعية بمفهوم البيت في كل الأحوال سواء أكان مسارقة بصرية، أم مسارقة سمعية أم أنه فرق بين ذلك..؟ وأحاول في هذا البحث إلقاء الضوء على كل ذلك، والإجابة على هذه الأسئلة.

وبادئ ذي بدء يجب أن أسجل ملاحظة، وهي أن الشرعيين لم يتناولوا هذا الموضوع في مبحث مستقل، وإنما نجد جزئياته منثورة في كتب التفسير، وشروح الحديث، والفقه، وفي مواضيع شتى مثل السرقة، والغصب، والاستحقاق، والنفقة، والبيع، والإجارة، وغيرها.

ولما كان الشرعيون قد استعملوا ألفاظ المنزل، والمسكن، والبيت في دلالات مختلفة، وتبعاً لاختلاف هذه الدلالات اختلفت الآثار المترتبة عليها، فإننا نجد أنفسنا ملزمين بتبيان هذه الألفاظ، ومعانيها من الناحية اللغوية، وتتبع مفهوم البيت في جانبه الاصطلاحي، باعتبار أن النص قد ورد بخصوصه.

تعريف المسكن لغة:

المسكن في اللغة من سكن بالمكان يسكن سكوناً أقام به ... والسكنى أن يسكن الرجل موضعاً بلا كروة، كالعمرى، والسكنى أيضاً، سكنى الرجل في الدار، والسكن والمسكن، بفتح الكاف وكسرها: المنزل والبيت، وقيل: السكن أهل الدار. وسكنى المرأة: المسكن الذي يسكنها الزوج إياه[2].

تعريف المنزل لغة:

المنزل في اللغة: موضع النزول، يقال: منزلنا بموضع كذا، أي موضع نزولنا، والنزل: ما هيئ للضيف إذا نزل عليه[3]. قال الجوهري[4]: المنزل: المنهل والدار، والمنزلة مثله[5].

تعريف البيت لغة:

البيت في اللغة المأوى والمآب. قال الجوهري: البيت معروف، ويقال بيت

---

(1) سورة النور آية 27.
(2) ابن منظور، لسان العرب 13/214-217 - مادة سكن، تاج العروس 9/337 .
(3) ابن منظور، لسان العرب 11/658- 659 مادة نزل، تاج العروس 8/133.
(4) هو الشيخ أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي اللغوي أول من حاول الطيران ومات في سبيله متردياً من سطح داره، توفي سنة 393هـ ولم تذكر التراجم تاريخ ولادته. انظر الأعلام 1/309، أنباء الرواة 1/194، بغية الوعاة 1/446.
(5) الصحاح للجوهري: مادة نزل.

الرجل: داره، وبيته وقصره، ومنه قول جبريل عليه السلام: " بشر خديجة[1]ببيت من قصب "[2]. أراد أن يبشرها بقصر من لؤلؤة مجوفة، أو بقصر من زمردة، والبيت من الشعر: ما زاد على طريقة واحدة، يقع على الصغير والكبير، والبيت يطلق أيضاً على الأقبية الصغيرة من صوف، أو شعر من غير الأبنية المعتادة، وكذلك يطلق على بيوت العنكبوت، والضب، وغيرها من ذوات الحجر، وفي التنزيل: (وَإِنَّ أَوْهَنَ الْبُيُوتِ لَبَيْتُ الْعَنْكَبُوتِ)[3]، وقد سمى الله تعالى الكعبة بـ"البيت الحرام "، فقال: (جَعَلَ اللَّهُ الْكَعْبَةَ الْبَيْتَ الْحَرَامَ)[4]، وسمى المساجد بيوتاً، فقال: (فِي بُيُوتٍ أَذِنَ اللَّهُ أَنْ تُرْفَعَ)[5]، ويطلق البيت في اللغة على غير المسكون، لقوله تعالى: (لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتاً غَيْرَ مَسْكُونَةٍ)[6]، ويطلق البيت على القبر، مراداً به التشبيه، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام: " كيف أنت يا أبا ذر[7] وموتاً يصيب الناس حتى يقوم البيت بالوصيف"[8]، فقد أراد بالبيت هاهنا القبر، والوصيف الغلام، بمعنى أن موضع القبر يضيق فيبتاعون كل قبر بعبد، وكذلك يطلق البيت على السفينة، قال تعالى حكاية عن نوح[9] عليه السلام : (رَبِّ اغْفِرْ لِي وَلِوَالِدَيَّ وَلِمَنْ دَخَلَ بَيْتِيَ مُؤْمِناً)[10]، فسمى السفينة التي ركبها أيام الطوفان بيتاً[11].

ويمكن القول بعد هذا العرض اللغوي لمدلول المسكن، والمنزل، والبيت أن هذه الألفاظ الثلاثة تدل على معان متقاربة، إذ كلها تشير إلى مكان النزول، والسكون

---

(1) هي خديجة بنت خويلد بن اسد بن عبد العزى بن قصي، أم فاطمة وزوج النبي ρ تزوج بها وهو ابن خمس وعشرين سنة وهي أم أولاده كلهم إلا إبراهيم، فإنه من ماريا القبطية توفيت قبل الهجرة بثلاث سنين وقيل: بخمس وقيل: بأربع وصحح النووي الأول. انظر: تهذيب الأسماء واللغات341/2، الأعلام 346/2.

(2) نص الحديث عن عائشة قالت: ما غرت على امرأة للنبي ρ ما غرت على خديجة هلكت قبل أن يتزوجني لما كنت اسمعه يذكرها، وأمره الله أن يبشرها ببيت من قصب " انظر: صحيح البخاري/كتاب مناقب الصحابة / باب تزويج النبي ρ خديجة / فتح الباري 102/7، صحيح مسلم/كتاب فضائل الصحابة/باب فضائل خديجة/ص 1888 رقم الحديث 2435، سنن ابن ماجه ص 643، رقم الحديث 1997، مسند الإمام احمد 231/2.

(3) سورة العنكبوت آية 41.

(4) سورة المائدة آية 97.

(5) سورة النور آية 36.

(6) سورة النور آية 29.

(7) هو جندب بضم الجيم وفتح الدال وضمها بن جنادة، وقيل بربرة بن جندب والمشهور جندب بن جندة بن سفيان بن عبيد بن الرفيقة بن حرام بن غفار بن مليك بن كنانة، وأمه رملة، وهو احد أصحاب رسول الله وكان من السابقين إلى الإسلام، وكان قوالاً بالحق، توفي سنة 32هـ، انظر تهذيب الأسماء واللغات230/2، الأعلام 136/2.

(8) انظر ابن ماجة صفحة 1308 رقم الحديث 3958. والمراد بالبيت هنا القبر وبالوصيف الخادم والعبد أي يكون العبد قيمة القبر بسبب كثرة الأموات. وقيل: المراد بالبيت، المتعارف عليه والمعنى أن البيوت تصبح رخيصة لكثرة الموت، وقلة من يسكنها فيباع البيت بعبد. انظر: محمد فؤاد عبد الباقي في تعليقه على ابن ماجة ص 1308.

(9) هو نوح النبي عليه السلام صانع السفينة بعد أن طال دعائه لقومه فلم يستجيبوا، فأمره الله بصنع السفينة التي كفلت استمرار البشرية، كان نوح أطول الأنبياء عمراً، ولم تنتقص له قوة، والناس بعد، من ذريته: قال تعالى (وجعلنا ذريته هم الباقين). انظر تهذيب الأسماء واللغات 133/2.

(10) سورة نوح آية 28.

(11) لسان العرب 14/2 -15، معجم مقاييس اللغة 324/1، الصحاح للجوهري مادة بيت. تاج العروس 529/1.

والمبيت، والاستقرار.

أما مفهوم البيت عند الشرعيين فهو أضيق من مفهوم المنزل والدار كما يتضح ذلك من استعمالاتهم في خصوص السرقة[1] والبيع، فقد عنوا به مكان البيتوتة، والحجرات فهو اسم يصدق لسقف واحد جعل ليبات فيه وهذا بخلاف الدار، إذ هو اسم لساحة أدير عليها الحدود وتشتمل على بيوت، وإسطبل، وصحن غير مسقف، فيجمع فيها بين الصحن للاسترواح، ومنافع الأبنية للإسكان[2]. ويقع المنزل بين البيت والدار، فهو فوق البيت، ودون الدار، لأنه يشتمل على بيتين أو ثلاثة، وله مطبخ، وموضع لقضاء الحاجة، فيتأتى فيه السكنى مع ضرب من القصور، ويلاحظ أن هذا الاختلاف مرده العرف[3].

وبالرغم من أن الشرعيين قد استعملوا لفظ البيت بالمعنى المتقدم إلا أن هذا المعنى لا ينسحب على موضوعنا، إذ أنهم عنوا به بيان ما يدخل في المبيع، وما لا يدخل به، وما يعتبر حرزاً وما لا يعتبر. وإلا فإن الشرعيين متفقون على أن الدار، والمنزل، والبيت تتمتع بالحرمة قبل الآخرين، وإن مفهوم البيت يصدق على كل مكان يأوي إليه الإنسان ويختص به[4]، سواء أقام فيه صاحبه بالفعل أم لا، ويستدل لذلك بقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَدْخُلُوا بُيُوتاً غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْنِسُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُون، فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَداً فَلا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ)، فتكفي مجرد حيازة المسكن لرعاية هذه الحرمة، ولا تشترط الإقامة فيه فعلاً، وذلك، لأن الدخول في البيوت الخالية سبب لإشاعة الأقوال، ورواج الكذب والدعاية، هذا إضافة إلى أن الدخول ينطوي على تصرف بملك الغير مع عدم رضاه، فأشبه الغصب من هذا الوجه[5].

وحكى الطبري[6]عن مجاهد[7] انه قال في تفسير قوله تعالى : (فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا

---

(1) قرر الفقهاء في مجال السرقة أن السارق إذا أخرج المتاع من البيت إلى فناء الدار، وهو الصحن، فإن كان الفناء مشتركاً بين سكان الدار وجب القطع على السارق سواء أكان باب الدار مغلوقاً، أم مفتوحاً، لأن ما في البيت إنما هو محرز بالبيت لا بباب الدار. أما الدار المختصة فإنه لا يقطع إلا إذا أخرجه من جميع الدار سواء سرق من بيته، أو من ساحتها على تفصيل ذكره الفقهاء، ومن هنا يتضح لنا أن مدلول البيت يختلف عن مدلول الدار، والمنزل ذلك، لأنهما يدلان على البيت وزيادة، كما أنه يتضح لنا أن الدار تتمتع بحرمة البيت إذا كانت مختصة. انظر: المجموع للنووي 327/18. حاشية الدسوقي 339/4. مغني المحتاج 174/4، بدائع الصنائع 4243/9.

(2) انظر شرح فتح القدير وشرح العناية 40/7 - 41، وقد قرر فقهاء الحنفية في معرض حديثهم عن الحرز أن الدار بجميع بيوتها تعتبر حرزاً واحداً، هذا يعني أن الدار تدل على البيت وزيادة، انظر حاشية ابن عابدين 99/4، كما فرقوا في معرض حديثهم عن سكنى الزوجة بين البيت والدار. انظر: فتح القدير مع شرح العناية 397/4.

(3) شرح فتح القدير مع شرح العناية 41/40/7 و يلاحظ ان الاختلاف بين الدار والمنزل والبيت مرده العرف فيعتبر في كل إقليم وفي كل عصر عرف أهله انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق مع حاشية الشلبي 98/97/4.

(4) روح المعاني للالوسي 137/18، تفسير الثعالبي 116/3.

(5) روح المعاني 136/18، الكشاف للزمخشري 57/3، تفسير البيضاوي 130/2 .

(6) هو أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد الطبري صاحب التفسير الكبير والتاريخ الشهير، كان إماماً في فنون كثيرة منها: التفسير، الحديث، والفقه، والتاريخ، والغرائب، واختلاف العلماء وقد صنف فيها، وكان من الأئمة المجتهدين، فلم يقلد أحداً ولد في آمل سنة 224هـ وتوفي سنة 310هـ - انظر: وفيات الأعيان 191/4، الأعلام 294/6، تهذيب الأسماء واللغات 78/1، طبقات المفسرين 305/2، البداية والنهاية 145/11، تاريخ بغداد 162/2.

(7) هو مجاهد بن جبر - بفتح الجيم وسكون الموحدة - أبو الحجاج المكي المقرئ المفسر الإمام. مولى

أَحَداً) أي لم يكن فيها متاع[1]، وقد ضعف الطبري هذا التأويل، ووصفه بأنه بعيد عن مفهوم كلام العرب، لأن العرب لا تكاد تقول ليس بمكان كذا أحد، وتعني بها الأمتعة، وسائر الأشياء غير بني آدم، بل هي لا تعني بذلك إلا أنه لا يوجد بها أحد من بني آدم[2]، كما عقب القرطبي[3] على رأي مجاهد سالف الذكر بقوله: "وكأن مجاهداً رأى أن البيوت غير المسكونة إنما تدخل بدون إذن إذا كان للداخل فيها متاع، ورأى لفظة - متاع- البيت الذي هو البسط، والثياب، وهذا كله ضعيف[4]، لأن المراد بالأحد المذكور في الآية أهل البيوت الذين يأذنون للغير بدخولها لإمتاع الداخلين إليها[5].

والحق هو أن المسكن في الشريعة الإسلامية يشمل المكان الذي يقيم صاحبه فيه بالفعل، أو الذي لا يقيم فيه أصحابه، وسواء أكان فيه متاع للغير، أم لم يكن، وذلك لما سبق وأن قررنا، من أن حرمة المسكن ناشئة عن كونه مستودع سر الإنسان، وملجأ تمارس فيه الحريات، وهذه الخصوصية موجودة في المسكن الذي لا يقيم فيه صاحبه بالفعل، إذ هو مستودع سره بالقوة، وإن لم يكن مستودع سره بالفعل، على أن الاستئذان لم يشرع لئلا يطلع الدامر[6] على عورة، ويرى الداخل ما لا تحل له رؤيته فقط، وإنما شرع الاستئذان، لئلا يطلع الإنسان على خصوصيات الأفراد، ويقف على الأحوال التي يطويها الإنسان عن غيره في العادة، ويتحفظ من اطلاع أحد عليها[7].

وهكذا تمتد فكرة البيت لتشمل كل مكان معد لسكنى شخص معين، وتعارفه الناس، ويعتبر مسكناً لا يجوز دخوله بدون استئذان كل مكان موضوع لسكنى طائفة مخصوصة فقط[8]، لأن علة الاستئذان إنما هو لئلا يقع البصر على الحرم فلا يحل لأحد أن ينظر في موضع آخر مما يقع فيه بصره على ما لا يحل لاشتراك المكانين في العلة[9].

أما الأماكن التي اعتاد الجمهور دخولها، ويتمتع بها من يحتاج إليها كائناً من كان من غير أن يتخذها سكناً كالربط، والخانات[10]، والمساجد، فإنها لا تعتبر مسكناً،

السائب ابن أبي السائب المخزوجي، ولد سنة 21هـ في خلافة عمر بن الخطاب وتوفي سنة 101 وقيل 102 وقيل 103 وقيل 104، وروي عنه تفسيره شبل بن عباد المكي، انظر: تذكرة الحفاظ 92/1، حلية الاولياء 279/3، طبقات المفسرين 305/2، طبقات القراء لابن الجزري 41/2.

(1) تفسير الطبري 89/18.

(2) المرجع السابق.

(3) هو محمد بن احمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي الأندلسي، أبو عبد القرطبي من كبار المفسرين، صالح، متعبد، من أهل قرطبة من اشهر مصنفاته: الجامع لأحكام القرآن ويعرف بتفسير القرطبي، وكتاب قمع الحرص بالزهد والقناعة، والاسنى في شرح أسماء الله الحسنى، والتذكار في أفضل الأذكار، وتوفي القرطبي سنة 671هـ. انظر: شذرات الذهب 335/5، نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب 210/2، الأعلام 218/6، مقدمة الجامع لأحكام القران، المجلد الأول.

(4) تفسير القرطبي 221/12.

(5) تفسير الشوكاني 19/4.

(6) الدامر: الهالك، والخاسر، كالدابر يقال: دمر عليهم دمراً ودموراً: دخل بغير إذن، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام: " من نظر من صير باب فقد دمر " انظر لسان العرب 291/4 مادة " دمر".

(7) الكشاف 59/3 وفي نفس المعنى روح المعاني 137/18. تفسير القرطبي 212/2، تفسير البيضاوي 138/2، العقوبة 510، أبو الأعلى المودودي، تفسير سورة النور 172، فتح الباري 7/11، بدائع الصنائع 2964/6.

(8) روح المعاني للالوسي 137/18.

(9) إكمال العلم للسنوسي وإكمال الإكمال للابي 429/5.

(10) الخانات: هي مواطن سكنى مؤقتة، ويدخل الناس إليها بغير استئذان كما إن كل طائفة من أهلها تنفرد بغرفة مستقلة، وقد اختلف الفقهاء في كونها حرزاً أم لا.
فذهبوا إلى أن المتاع المتروك في صحونها يعتبر غير محرز في النهار سواء أكان ذلك بالنسبة لأهل

وبالتالي يجوز دخولها بغير استئذان، كما ينبئ عنه قوله تعالى: (لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتاً غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَاعٌ)، فهذه الأماكن وغيرها من الأماكن العامة التي يوجد للداخل فيها متعة، أو استمتاع يجوز دخولها بدون استئذان من داخليها من قبل، ولا من يتولى أمرها، ويقوم بتدبيرها، وذلك لأن العلة التي من أجلها شرع الاستئذان وهي خوف الاطلاع على أحوال الناس، وحرمهم قد انتفت فإذا زالت العلة زال الحكم[1].

على أنني أسجل هنا ملاحظة جديرة بالاهتمام، وهي أنه لما كان المعول عليه في تحديد صفة المكان، وكونه عاماً، أو خاصاً هو الإذن فإنه يتعين التسليم أن المكان يمكن أن يكون خاصاً في بعض أجزائه، وعاماً في وقت آخر، كما أن المكان الواحد يمكن أن يكون خاصا في بعض أجزائه، وعاماً في البعض الآخر[2]، وذلك كالخانات، فإن غرفها تعتبر مسكناً وبالتالي لا يجوز دخولها بدون استئذان متى كان باب الغرفة مغلقاً، وكان هناك حافظ يعلم صاحب كل غرفة وحاله، وهذا بخلاف صحن الخان[3]، ويتفرع على هذا أن الغرفة في فندق تعتبر مسكناً، وتتمتع بالحرمة، وهذا بخلاف صالات الطعام، وقاعات الحفلات حيث إنها أماكن عامة يجوز دخولها بدون إذن، فهي تشبه صحن الخان، وكذلك الشأن بالنسبة للحمامات، والحوانيت، فإنها تفتح نهاراً ويسمح بدخولها للجمهور بدون إذن، أما في الليل فممنوع دخولها[4]، وعلى هذا يمكن القول بأن الحمامات، وغيرها من الأماكن العامة تعتبر مكانا خاصاً لحارسه في الوقت الذي لا يسمح للجمهور بالدخول، ومن ثم يتمتع بحرمة البيت.

وقد اختلف الشرعيون في المراد بالبيوت الواردة في قوله تعالى: (لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتاً غَيْرَ مَسْكُونَةٍ) على أقوال:

1) ذهب فريق إلى أن المراد بها بيوت مكة، وذلك، لأن الناس فيها شركاء، وهذا بناء على أن بيوت مكة قد فتحت عنوة[5].

الخان، أو غيرهم لابتذاله بالدخول من غير إذن إلا أن يكون مع المتاع حافظ. أما بالليل فإذا كان على الخان باب فهو حرز بالنسبة لغير ساكنيه. أما حكم غرفها فكل غرفة حرز لصاحبها في الليل والنهار بشرطين: أحدهما أن تكون أبوابها مغلقة، وثانيهما أن يكون على جميع الغرف حافظ لا تخفى عليه حالة كل غرفة بحيث يعرف صاحب كل واحدة منها، غير أن محمد بن القاسم من المالكية يرى القطع في ذلك كله سواء أخرج السرقة من الغرف إلى الدار، أو اخرجها من باب الدار .
ومن خلال ما تقدم يمكن القول أن الغرفة في الفنادق الحديثة تتمتع بذات الحرمة التي يتمتع بها البيت، وذلك في حالة توافر الشرطين السابقين. أما بقية الأماكن في الفندق فإنها لا تعتبر مسكناً لارتياد العامة لها بدون إذن. انظر: تبصرة الحكام 353/2، حاشية ابن عابدين 353/3، بدائع الصنائع 2964/6، الفواكه الدواني 426/2، مغني المحتاج 174/4.

(1) تفسير القرطبي 221/12، تفسير الكشاف 60/3، روح المعاني 137/18، تفسير البيضاوي 138/2، تفسير الثعالبي 116/3، بدائع الصنائع 2964/6.
(2) حاشية الدسوقي 342/4، حاشية ابن عابدين 98/4.
(3) انظر الصفحة السابقة هامش 1.
(4) المرجعين السابقين .
(5) هذا هو رأي محمد بن الحنفية، وابنه علي، انظر تفسير الطبري 90/18، تفسير القرطبي 221/12، تفسير الشوكاني 19/4، عمدة القارئ 231/22.
وقد اختلف الفقهاء في دور مكة وهل يجوز بيعها وإجارتها: فذهب فريق من الفقهاء إلى أن بيوت مكة يكره إجارتها وبيعها لأنها عنوة وكل ما كان عنوة كان المسلمون فيها شرعاً واحداً ولهذا قال عمر رضي الله عنه لا تمنعوا نازلاً بليل ولا نهار لأهل مكة، لأنه لم يجعل لهم من دون الناس وهذا مذهب طائفة من الفقهاء، وبنوا قولهم على أساس أن مكة فتحت عنوة. وذهب فريق من الفقهاء إلى أن دور مكة وبيوتها تباع وتؤجر، لأنها فتحت صلحاً فهي ملك لأهلها.
وهناك فريق ثالث ذهب إلى أنها تباع وتؤجر على القولين لأن النبي صلى الله عليه وسلم فتحها عنوة ثم ردها إلى أهلها ولم يقسمها فعادت ملكا لهم. وقد أنكر فريق من الفقهاء قول من قال أن دورهم ليست لهم

2) وذهب فريق آخر إلى أن المراد الحوانيت وذلك، لأنهم جاءوا ببيوعهم فوضعوها فيها وأذنوا للناس دلالة[1].

وقد أجيب على هذا الرأي بأن الحوانيت محظور دخولها بدون استئذان, ذلك لأنها أموال غير مباح دخولها بإجماع، فلا يدخلها إلا من إذن له بالدخول، وأربابها موكلون بدفع الناس عنها[2]. وتأسيساً على هذا فإنه يجب ألا يظن أن فتح التاجر لحانوته إذن منه بدخوله، بل الأمر على خلاف ذلك، إذ أنه ليس لأحد أن يدخل ملك غيره بغير ضرورة ألجأته إليه، وبدون سبب أباح له دخوله إلا بإذن ربه لا سيما إذا كان فيه متاع[3].

والذي أعتقده أن في هذه الإجابة تطرفاً، ذلك، لأن الناس قد اعتادوا الدخول إلى المتاجر العامة بدون استئذان، حيث أن الإذن من المالك موجود دلالة، والناس في دخولها إذن مشاع، ورغبة العميل في الشراء يعتبر سبباً معقولاً، وكافياً لإباحة دخوله المتجر العام بدون إذن، وذلك في الأوقات المسموح فيها بالدخول للناس. هذا فضلاً عن أن السبب الذي شرع من أجله الاستئذان وهو المحافظة على خصوصيات الناس وحماية أسرارهم. قد انتفى بارتياد الجمهور هذه الأماكن ولم يعد للمتجر خاصية المسكن، ومع هذا فإنه ليس هناك ما يمنع من أن تكون هناك مناطق في المتجر العام لا يباح دخولها بدون استئذان، وذلك كالمخزن، ونحوه، إذ الضابط في ذلك العرف، فإذا جعل صاحب المتجر على مكان ما من متجره ما يوحي بمنع الجمهور من دخوله كأن يضع لوحين متعاقبين، أو أرخى عليه ستراً فإن هذا المكان يعتبر بيتاً يتمتع بالحرمة وبالتالي، فإنه يشترط توافر الإذن لدخوله.

3) وذهب عطاء[4] والضحاك[5] إلى أن المراد بها الخرب التي يدخلها الناس للبول والغائط ففي هذا أيضاً متاع[6].

4) وذهب مجاهد، وقتادة إلى أنها الفنادق التي في طرق السابلة. قال مجاهد: لا يسكنها أحد بل هي موقوفة ليأوي إليها كل ابن سبيل وفيها متاع لهم[7] .

5) وذهب جابر[8]وابن جريج[9]إلى أنه لا يقصد بالمتاع الجهاز، لكن يقصد به

محتجا بأن النبي صلى الله عليه وسلم قال يوم فتحت مكة: من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ومن أغلق بابه آمن فكيف سماها دارهم ودروهم، وليست لهم؟ ...انظر: الاستخراج في أحكام الخراج لابن رجب الحنبلي ص 59.

(1) هذا هو رأي ابن زيد والشعبي، انظر الطبري 90/18، القرطبي 221/12، مجمع البيان للطبرسي 222/5، عمدة القارئ 231/22.

(2) تفسير القرطبي 222/12، تفسير الشوكاني 19/4 .

(3) تفسير الطبري 91/18، والذي يفهم من عبارات الحنفية أن الحوانيت لا يسمح بدخولها بدون إذن، إذ عرفوا (الحرز بالمكان) بقولهم: كل مكان معد للإحراز، ولا يباح دخوله بغير إذن، فانفردوا بهذا القيد الأخير، ومثلوا لذلك بالدور والحوانيت، انظر بدائع الصنائع 4242/9، فتح القدير 384/5 .

(4) هو عطاء بن يسار أبو محمد الهلالي المدني مولى ميمونة بنت الحارث الهلالية ام المؤمنين رضي الله عنها، أخو سليمان، وعبد الملك، وعبد الله بني يسار، وهو من كبار التابعين، وسمع من جماعة كبيرة من الصحابة. قال ابن سعد : كان ثقة كثير الحديث، واتفقوا على توثيقه، توفي سنة 94 هـ وقيل 103 وقيل 104 وصحح النووي الأول، انظر تهذيب الأسماء واللغات 334/1 .

(5) هو الضحاك بن مزاحم الهلالي أبو القاسم الخراساني المفسر روى تفسيره عنه عبيد بن سليمان، وهو صدوق كثير الإرسال من الطبقة الخامسة، وقد خرج أحاديثه الأربعة. توفي سنة 102 هـ. انظر: خلاصة تذهيب الكمال 150، العبر 124/1، ميزان الاعتدال 325/2، طبقات المفسرين 216/1.

(6) تفسير الشوكاني 19/4، تفسير الطبري 90/18، تفسير القرطبي 221/12 مجمع البيان للطبرسي 33/5، عمدة القارئ 231/22.

(7) تفسير الطبري 90/18، القرطبي 221/12، تفسير الشوكاني 19/4، عمدة القارئ 231/22.

(8) هو جابر بن عبد الله بن عمر بن حرام بالراء بن عمرو بن سواد بن سلمة بن سعد الصحابي بن

ما سواه من الحاجة، إما منزل قوم من ليل أو نهار، أو دار ينظر إليها، وكل منافع الدنيا متاع، وقد وصف أبو جعفر النحاس[1] هذا الرأي بأنه موافق للغة العرب، وأنه شرح حسن وهو اختيار القاضي[2] أبي بكر بن العربي[3].

6) وذهب ابن عباس[4] وهو مروي عن عكرمة[5]، إلى أن قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَدْخُلُوا بُيُوتاً غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْنِسُوا)، منسوخ بقوله تعالى: (لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتاً غَيْرَ مَسْكُونَة)، حيث استثنى منه البيوت المسكونة[6].

وقد تعقب أبو حيان[7] هذا الخبر بأنه لا وجود لدعوى النسخ، ذلك لأن الآية الأولى إنما وردت في البيوت المسكونة، والآية الثانية في البيوت المباحة التي لا اختصاص لأحد فيها [8] " فكل واحد من الحكمين حكم في معنى غير معنى الآخر، وإنما يستثنى الشيء إذا كان من جنسه، أو نوعه في الفعل، أو في النفس، فإذا لم يكن كذلك فلا معنى لاستثنائه منه "[9]. والذي نراه إن الآية الأولى عامة في كل البيوت، أما الآية الثانية فهي خاصة بالبيوت المباحة التي لا مالك لها، فيكون ما ذكر تخصيصاً، وهو ما

الصحابي، وهو أحد المكثرين الرواية عن رسول الله ρ، روى آلف وخمسمائة وأربعين حديثاً. انظر: تهذيب الأسماء واللغات 142/1.

(9) هو عبد الملك بن عبد العزيز بن جريح الرومي، الإمام، المجتهد الحافظ، فقيه الحرم، يكنى أبي اليد صاحب التصانيف الكثيرة ومن أشهرها: التفسير، وله كتاب في السنن روى عنه تفسيره حجاج بن محمد المصيصي، ولد سنة نيف وسبعين هجرية، أدرك صغار الصحابة لكن لم يحفظ عنهم توفي سنة 150 هـ، انظر: تأريخ بغداد 400/10، تذكرة الحفاظ 169/1، وفيات الأعيان 163/3، طبقات المفسرين 352/1.

(1) هو أحمد بن محمد بن إسماعيل بن يونس، أبو جعفر النحاس، المراوي، النحوي المصري. مفسر وأديب. رحل إلى بغداد فأخذ عن علمائها ثم عاد إلى مصر توفي غرقاً بالنيل سنة 338. ومن مصنفاته إعراب القران، الكافي في العربية، المقنع في اختلاف البصريين والكوفيين، شرح أبيات سيبويه وغير ذلك، انظر: الأعلام 199/1، شذرات الذهب 346/2، وفيات الأعيان 99/1، بغية الوعاة 362/1 .

(2) تفسير القرطبي 221/12، عمدة القارئ 231/22.

(3) هو القاضي أبو بكر بن العربي محمد بن عبد الله بن محمد المعافري قاضي، من حفاظ الحديث، ولد سنة 468 هـ وتوفي سنة 543، من أشهر مصنفاته (أحكام القرآن)، المحصول في أصول الفقه، وقانون التأويل انظر: الأعلام 106/7.

(4) هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب بن هاشم أبو العباس الصحابي وابن الصحابي ابن عم رسول الله يقال له حبر الأمة، والبحر لكثرة علمه، ومشهور تعظيم عمر بن الخطاب له، واعتداده به، وتقديمه مع حداثة سنه، وهو أحد العبادلة الأربعة، ولد قبل الهجرة بثلاث سنين عام الشعب، وتوفي سنة 68 هـ. انظر: تهذيب الأسماء 275/1، الأعلام 228/4، صفوة الصفوة 746/1.

(5) هو عكرمة بن عبد الله الحبر العالم أبو عبد الله البربري ثم المدني الهاشمي مولى بن عباس، روى عن مولاه، وعن عدد من الصحابة، وحدث عنه خلائق كثيرة. يقول الشعبي: ما معنى أحد أعلم بكتاب الله من عكرمة، وهو ثقة ثبت عالم بالتفسير، توفي رحمه الله سنة 104 هـ. انظر: خلاصة تذهيب الكمال 229، معجم الأدباء 62/5، النجوم الزاهرة 263/1، طبقات المفسرين 380/1 .

(6) الطبري 90/18، البحر المحيط 446/6 .

(7) هو أثير الدين أبو حيان محمد بن يوسف الأندلسي ولد سنة 654هـ في غرناطة، أتقن روايات القران، وسمع الحديث بالأندلس، ومصر، والحجاز، وهو شافعي المذهب، وقد برع في النحو واللغة، والتفسير، والحديث، توفي بالقاهرة سنة 745هـ له تصانيف كثيرة منها: تفسير البحر المحيط وشرح التسهيل. انظر: كشف الظنون 405/1، هدية العارفين 152/2، شذرات الذهب 145/6، الدرر الكامنة 70/5، الأعلام للزركلي 26/8، الطبقات الكبرى للسبكي 31/6.

(8) البحر المحيط 446/6.

(9) تفسير الطبري 91/18.

يعنيه المتقدمون بالنسخ[1].

والحق أن هذه الأقوال جميعها قد قصد بها التمثيل لا الحصر[2]، إذ العبرة بعموم النص لا بخصوص السبب الذي من أجله نزلت الآية[3]، ومن هنا يكون مفهوم الآية شاملاً لكل بيت لا ساكن فيه، ولا مالك له، ويرتاده العامة، فيجوز الدخول بغير استئذان[4]، على أنني أسجل هنا ملاحظة هامة، وهي أن ما أطلقه العلماء من جواز دخول الفنادق بدون إذن إنما يصدق هذا على البيوت المعروفة في عصرهم، والتي كانت توقف للسابلة والمسافرين، ويصدق هذا على الأماكن العامة في الفنادق الحديثة مثل الصالة، وقاعات الطعام. أما الغرفة في فندق فإنها تتمتع بنفس حرمة المسكن[5]، ولو استأجرها يوماً واحداً، ولا يجوز دخولها بدون استئذان، ذلك، لأنها أصبحت مستودع سر الإنسان، وتوافرت فيها خاصية المسكن. أما بالنسبة لدخول الفندقي غرف المؤجرين لغرض التنظيف ونحوه فإنه لا يحتاج معه إلى الإذن، وذلك في الأحوال التي يسلم فيها النزيل المفتاح لصاحب الفندق، لأنه بمجرد إعطاء المفتاح يكون قد أذن له دلالة بالدخول، لأن الإذن قد يكون صراحة أو دلالة مما نعرض له في حينه. وتأسيساً على هذا لا يكون المنظف في حالة دخوله منتهكاً لحرمة المسكن.

هذا إذا كان الدخول بمفتاح مؤجر الغرفة، أما إذا كان بمفتاح مصطنع فالذي نعتقد، أن الدخول غير مشروع، وإنه يعتبر منتهكاً لحرمة المسكن، بل إن استخدام مفتاح مزيف ينبئ عن قصد التصرف الجرمي، على أن الأمر منوط بأعراف الفندقة.

وهكذا فإن المحل الخاص يتمتع بحرمة المسكن، ويقتصر الدخول إليه على توافر الإذن، أما المكان المطروق فلا يحتاج إلى ذلك حيث أتى في وقت الدخول[6] ويتفرع على هذا أن مكاتب العمل مثل مكاتب المحامين، ورجال الأعمال تتمتع بحرمة المسكن، لأن هذه الأماكن وإن كانت مفتوحة للجمهور، إلا أن هذا يصدق بالنسبة لنوع معين من الناس، ولعدد معين من الزبائن، فهي مكان عام بالنسبة لهؤلاء، أما بالنسبة لغيرهم فهي أمكنة خاصة يصدق عليها ما يصدق على المسكن، وقد رأيت في بعض كتب المالكية أن بيت العالم، والقاضي، والطبيب يشبه الحمام والفندق، ومن ثم لا حرج في دخول بيوت هؤلاء بدون إذن[7]، وربما لاحظوا الصفة العامة التي يتمتع بها هؤلاء، واحتياج الناس لهم في كل حين، أو لعل مرد هذا التصور هو العرف السائد في عصرهم.

سند الحيازة، إذا كان مشروعاً لا يعتبر:

---

(1) ابن القيم، أعلام الموقعين 29/1، الموافقات للشاطبي 108/3، ومن الغريب إن ابن القيم يذهب إلى جواز دخول دار الغير إذا لم يكن فيها أنيس، وكان فيها بئر سواء أكان بإذن أو غيره، ويستدل لذلك بقوله تعالى : (لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتاً غَيْرَ مَسْكُونَةٍ) فيقول: (فدل ذلك على جواز الدخول إلى بيت غيره، أو أرضه غير المسكونة لاخذ حقه من الماء والكلأ). انظر زاد المعاد 381/8 .

(2) روح المعاني 137/18، تفسير الشوكاني 19/4.

(3) انظر إرشاد الفحول للشوكاني 117، المستصفى للغزالي 60/2، وقد روى أنه لما نزل قوله تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَدْخُلُوا بُيُوتاً) -الآية - قال أبو بكر: يا رسول الله فكيف بتجار مكة الذين يختلفون من مكة، والمدينة، والشام، وبيت المقدس، ولهم بيوت معلومة على الطريق، فكيف يستأذنون ويسلمون وليس فيها سكان ؟، فانزل الله قوله تعالى: (لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ) الآية -. انظر روح المعاني 137/18، تفسير القرطبي 12/ 221، عمدة القارئ 231/22 .

(4) تفسير الطبري 91/18، روح المعاني 137/18، تفسير القرطبي 222/12.

(5) يقول الشافعية وكداره بيته من نحو خان، أو رباط كما هو ظاهر دون نحو مسجد، انظر تحفة المحتاج بشرح المنهاج 189/9.

(6) حاشية العدوي 439/2، بلغة السالك 690/3.

(7) بلغة السالك 690/3، حاشية العدوي 439/2 .

لا يهم ما إذا كان المقيم في المسكن مالكاً للرقبة، أو مؤجراً لها، أو مستعيراً[1]،ذلك لأن الإضافة في قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَدْخُلُوا بُيُوتاً غَيْرَ بُيُوتِكُمْ)، هي إضافة اختصاصية على معنى اللام، وقد اختلف في المراد بالاختصاص هنا.

فقيل: المراد به الاختصاص الملكي، وعلى هذا يكون وصف البيوت بصفة تغاير بيوتهم قد خرج مخرج العادة، إذ الأصل أن كل إنسان يسكن في ملكه، ويكون المؤجر، والمعير داخلين في عموم النهي عن دخول المسكن بدون استئذان.

وقيل: المراد به اختصاص السكنى، وفي هذه الحالة لا يحتاج إلى القول بأنه خرج مخرج العادة، لأن المعنى يكون غير بيوتكم التي تسكنونها، وكون المؤجر والمعير منهيين كغيرهما من الدخول بغير إذن دليل على عدم إرادة الاختصاص الملكي[2].

وعلى كلا القولين، فإن الحرمة ثابتة للبيوت المستعارة، والمستأجرة، وهذا ينسجم مع اتجاه المشرع الإسلامي في رعاية الآداب، يضاف إلى هذا إن المستعير والمستأجر مالك لمنفعة العين، ومن منافع المسكن ممارسة الإنسان لحياته الخاصة، وأن يتمتع مسكنه بالحرمة الكافية.

أما إذا كان سند الحيازة غير مشروع، وذلك كمن اغتصب داراً فهل يتمتع فيها بالحرمة التي يتمتع بها صاحب الحيازة المشروعة، وبالتالي لا يجوز دخول الدار المغصوبة إلا بإذن ؟.

بالرجوع إلى المصادر الفقهية لم أعثر على نص مباشر في موضوعنا باستثناء ما ذهب إليه الشافعية في الصيال، من أن الغاصب لا يتمتع بالحرمة في داره المغصوبة، لا هو ولا أهله، لأن المكان لا يختص به وبالتالي لا يجوز رمي الناظر من خُصٍّ، أو طاقة إلى ما في داخل الدار المغصوبة[3].

وعلى الرغم من عدم وجود نص فقهي في موضوعنا إلا أن الفقهاء قد نصوا في موضع آخر على أن ملك مالكها لم يزل عنها، ومن ثم لم يجز لغير مالكها دخولها، وإنه لا يجوز دخولها بغير إذنه كما لو كانت في يده[4]، وإن فعل الغاصب لا يسلب صاحب البيت حقه في الدخول إليه متى شاء، ولهذا لا ينقلب البيت حرزاً في مواجهته حال السرقة[5].

بيد أن الأمر يدق بالنسبة للأجنبي، وهل يعامل معاملة المالك ؟...الذي يفهم من عبارات الفقهاء التي أوردوها في السرقة أن حكم الأجنبي في هذه الحالة كحكم المغصوب منه في مذهب الحنابلة، لأنه لا يعتد بحرز الغاصب أصلاً لتعديه وظلمه، وفي مذهب الشافعي قولان، أصحهما القطع، لأن الإحراز من المنافع، والغاصب لا يستحقها، والثاني يقطع، إذ لاحق للأجنبي وليس له الدخول فيه[6]، مع ملاحظة ما سبق وأن قدمته من أن الشافعية قد نصوا في أصح القولين عنهم على أن الغاصب لا يتمتع بالحرمة في الدار المغصوبة، وبالتالي لا يجوز له دفع الناظر.

---

(1) مغني المحتاج 199/4.
(2) تفسير الابي السعود 168/6، روح المعاني 133/18، تفسير البيضاوي 136/2 .
(3) مغني المحتاج 198/4.
(4) المغني لابن قدامة 191/5.
(5) مغني المحتاج 170/4، المغني لابن قدامة 110/9، الشرح الكبير 275/10 .
(6) مغني المحتاج 170/4، شرح الوجيز للغزالي 209/14 .

ومما تقدم نخلص إلى أن الفقهاء قد اتفقوا على أن الدار المغصوبة لا تتمتع بحرمة قبل مالكها، وكذلك الحكم عند جمهورهم بالنسبة للأجنبي، بل حتى أولئك الذين قرروا أن الدار المغصوبة تتمتع بالحرمة قبل الأجنبي يرون أن هذه الحرمة ثابتة لحق المالك وليس للغاصب، ومن هنا يمكن القول أن الفقهاء قد اشترطوا مشروعية الحيازة لرعاية هذه الحرمة، والذي يدعم هذه النتيجة أن الغاصب معتد على حقوق الغير فينبغي حرمانه من التمتع بثمار عدوانه، يضاف إلى هذا أن قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَدْخُلُوا بُيُوتاً غَيْرَ بُيُوتِكُمْ) يعزز هذا المنحى، والاتجاه الذي فهمناه من عبارات الفقهاء، إذ إن المالك بدخوله الدار المغصوبة لا يكون قد دخل في غير بيته، وإنما هو داخل في بيته، وهذا هو معنى المغايرة الواردة في الآية، عند من يقول بمفهوم المخالفة.

وبعد هذا العرض أشير إلى أنه لا عبرة بشكل البيت، ولا بطبيعة بنائه طالما أن مضامين اللغة تشمله، وعلى هذا فقد يكون البيت كوخاً في نجع، أو خيمة في صحراء[1]، أو قصراً، أو سفينة[2].

وبعد كل هذا الذي تقدم يمكن القول إن مدلول البيت في الشريعة الإسلامية هو كل مكان اختص الإنسان بسكناه، أو كانت تسكنه طائفة مخصوصة لا يباح لغيرها دخوله إلا بإذن.

هل تربط الحماية بالبيت أم بحالة الخصوصية ؟:

الذي يفهم من عبارات الفقهاء التي أوردوها في معرض حديثهم عن الصيال ودية العين، أن إباحة رمي عين الناظر إلى حرم الغير يشترط فيه أن تكون هذه الحرم في دار المنظور إليه[3]، وهذا يعني أن الفقه الإسلامي قد ربط الحماية من المسارقة البصرية في المكان الذي تسكنه طائفة مخصوصة، ولا يباح للغير الدخول إليه إلا بإذن، يقول النووي: "ولو قعد في طريق مكشوف العورة فنظر إليه ناظر لم يجز له رميه، لأنه الهاتك حرمته، قال ابن المرزبان[4]: لو دخل مسجداً وكشف عورته، وأغلق الباب، أو لم يغلقه فنظر إليه إنسان لم يكن له رميه، لأن الموضع لا يختص به "[5].

ويجب علينا ألا نفهم من ارتباط جريمة المسارقة البصرية بالبيت حسب المفهوم الذي قدمته يعني: أن الفقه الإسلامي يبيح النظر إلى عورات الغير وحرماتهم، إذا كانت بعيدة عن المسكن، ذلك، لأن الشريعة الإسلامية تعتبر النظر إلى ما لا يحل له رؤيته من الحرم حراماً سواء أكان واقعاً على الحرم في المسكن أم في شارع عمومي لقوله تعالى: (قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ)[6] فلما قرن الله تعالى غض الأبصار بحفظ الفروج، وحفظ الفروج واجب دل على أن غض الأبصار هو الآخر

---

(1) مغني المحتاج 198/4، وانظر تعريف البيت في اللغة ص 183 وما بعدها.
(2) فسر البيت في قوله تعالى: (رب اغفر لي ولوالدي ولمن دخل بيتي مؤمنا) بأنه سفينته، وقيل داره، وروي عن ابن عباس مسجده، انظر: البحر المحيط 343/8.
(3) مغني المحتاج 198/4، الروضة 191/10، المغني لابن قدامة 35/8، حاشية ابن عابدين 550/6.
(4) هو علي بن أحمد أبو الحسن البغدادي المعروف بابن المرزبان، كان مشهوراً بالإمام في مذهب الشافعي، توفي سنة 366هـ، ومرزبان بميم مفتوحة وراء ساكنة ثم زاي معجمة مضمومة بعدها باء موحدة مخففة، وهو فارسي معرب معناه كبير الفلاحين، انظر: طبقات الاسنوي 378/2، تهذيب الأسماء واللغات للنووي 214/2، تاريخ بغداد 325/11، طبقات ابن هداية الله 91، طبقات السبكي 346/3، شذرات الذهب 56/3، وفيات الأعيان 281/3.
(5) الروضة 192/10، وقد نص العديد من الفقهاء على هذا منهم ابن قدامة في المغني 187/9، حيث يقول: ولو كان إنسان عريان في طريق لم يكن له رمي من نظر إليه، لأنه المفرط.
(6) سورة النور، آية 30.

يكون واجباً. وقد روي عن النبي ρ قوله: "وزنا اللسان المنطق، والنفس تتمنى وتشتهي، والفرج يصدق ذلك كله أو يكذبه "[1] وكل ما يكون ذريعة لحرام فهو حرام. وروي عنه أيضاً أنه قال: "لا تتبع النظرة النظرة، فإن الأولى لك والآخرة عليك "[2].

ولكن يلاحظ أنه لما كان النظر إلى الحرم في الأماكن العامة كمقهى، أو شارع عمومي يعسر عن الضبط هذا إضافة إلى أن التفريط قد وقع من صاحب الحرمة نفسه، قالوا: بربط دفع الناظر بالمسكن، ونستفيد من هذا إلى أن الناظر إلى حرم الغير في الأماكن العامة محاسب على فعله ديانة دون أن يدخل فعله في دائرة جريمة المسارقة البصرية.

وإذا صح ما فهمته من أن الفقه الإسلامي قد ربط حماية الفرد من المسارقة البصرية بالمسكن فهل يصدق هذا على المسارقة السمعية أيضا؟.. وبالتالي لا تعتبر جريمة المسارقة متوافرة إلا إذا دار الحديث في مكان خاص، أم أن الحماية تربط بطبيعة الموضوع الذي يجري الحديث فيه بصرف النظر عن المكان، ومن ثم تعتبر جريمة المسارقة السمعية متوافرة متى حصل الفرد على الحديث الخاص، وإن كان الحوار قد دار في مكان عام كمقهى، أو حديقة عامة، أو ناد رياضي.

في الحقيقة الذي يفهم من النصوص الشرعية ومن كلام شراح الحديث في معرض حديثهم عن المناجاة، أنه متى قامت القرائن على أن الحديث الدائر بين اثنين قد أرادا به أن يكون سراً عن غيرهما، فإنه لا يجوز لأحد أن يتسمع عليهما وعلى هذا يكون الحديث خاصاً، ولو تم في مكان عام، إذا دلت القرائن على عدم رغبتهما في أن يسمع غيرهما حديثهما، كأن يبتعد اثنان في زاوية من حديقة، أو أن يقفا في شارع مع شخص آخر بعيداً عن الناس ويديران الحديث بينهما، أو انتحى اثنان ابتداء وثم ثالث لا يسمع كلامهما لو تكلما جهراً، فأتى ليستمع إليهما، فلا يجوز له ذلك[3] ويستدل على هذا بما روي عن النبي ρ أنه قال: "من تحلم بحلم لم يره كلف أن يعقد بين شعرتين ولن يفعل، ومن استمع إلى حديث قوم وهم له كارهون صب في أذنيه الآنك[4] يوم القيامة، ومن صور صورة عذب وكلف أن ينفخ فيها الروح وليس بنافخ"[5].

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أنه قد وردت بعض الأحاديث عن النبي مقيدة استراق النظر بالبيت مثل قوله عليه الصلاة والسلام: "من اطلع في بيت قوم ففقأوا عينه فلا دية "[6].

---

(1) انظر صحيح البخاري، كتاب الاستئذان، باب زنا الجوارح دون الفرج، فتح الباري 22/11، صحيح مسلم، كتاب القدر، باب قدر على ابن آدم حظه من الزنا وغيره، ص 2046 رقم الحديث 2657، مسند الإمام احمد 276/2 .

(2) سنن الدارمي، كتاب الرقائق، باب حفظ السمع 208/2، رقم الحديث 2712، مسند الإمام احمد 351/5، مستدرك الحاكم 194/2 وقال صحيح على شرط مسلم واقره الذهبي. والترمذي رقم الحديث 2777 وقال: هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث شريك.

(3) انظر لامع الدراري جامع البخاري 62/10، فتح الباري 70/11، أوجز المسالك إلى موطأ مالك 293/15.

(4) الانك الرصاص القلعي، وقيل: هو الرصاص الأبيض، وقيل: الأسود وهو لفظ معرب انظر لسان العرب 394/10 مادة آنك.

(5) انظر صحيح البخاري، كتاب التعبير، باب من كذب في حلمه، فتح الباري 374/12، وقد ورد الحديث في مسند الإمام احمد بإبدال لفظ " وهم له كارهون " بلفظ " يفرون منه" انظر: مسند الإمام احمد 216/1، الترغيب والترهيب، المنذري 483/3 .

(6) تقدم تخريج الحديث انظر ص 123.

وهذا يفيد - أن الناظر لا يكون معتدياً إلا إذا كان النظر واقعاً على البيت، وهذا بخلاف استراق السمع، إذ ورد النص فيه مطلقاً من هذا القيد، مما ينبئ أن الحماية تشمل الأحاديث الشخصية، بصرف النظر عن المكان الذي تجري فيه، والذي يدعم هذا الفهم ما روي عن سعيد الخدري قال: مررت على ابن عمر[1]ومعه رجل يتحدث فقمت إليهما، فلطم في صدري. فقال .. إذا وجدت اثنين يتحدثان فلا تقم معهما، ولا تجلس حتى تستأذنهما[2]. ما سمعت أن النبي ρ قال: "إذا تناجى اثنان فلا يدخل معهما غيرهما حتى يستأذنهما "[3]. و يفهم من كلام سعيد المتقدم أنه قد مر عليهما مما يشير إلى أن ابن عمر كان واقفاً في مكان عام، وهذا يعني أن الحديث الخاص يتمتع بالحرمة، وإن جرى في مكان عام، يقول ابن حجر[4] في معرض حديثه عن المناجاة بين الاثنين: "ولا ينبغي لداخل القعود عندهما إلا بإذنهما، ولو تباعد عنهما لما افتتحا حديثهما سراً وليس عندهما أحد. دل على إن مرادهما إلا يطلع أحد على كلامهما"[5]، وكذلك الشأن فيمن دخل داره، وأغلق بابه، وتحدث مع غيره فإن قرينه حاله تدل على أنه لا يريد للأجنبي أن يستمع حديثه، فمن يستمع إليه يكون داخلاً في عموم الوعيد الوارد في قوله عليه الصلاة والسلام: "من استمع إلى حديث قوم وهم له كارهون صب في أذنيه الآنك يوم القيامة" فهو كمن ينظر من خلال الباب فقد ورد الوعيد فيه[6].

ويعتبر الحديث عاماً، أو بتعبير آخر جريمة استراق السمع متوافر في حق من حصل على الحديث، وإن كان خاصاً في طبيعته متى كان المتحدث مفرطاً في حفظ سرية حديثه، وذلك بأن كان يستطيع سماعه من لا صله له بالحديث سواء أكان مرجع هذه الاستطاعة هو ارتفاع صوته، أم وجود جهاز مكبر للصوت بعلمه ينقل كلامه إلى من يوجدون في أماكن أخرى. يقول ابن حجر: "ويستثنى من عموم من يكره استماع حديثه من تحدث مع غيره جهراً وهناك من يكره أن يسمعهما فلا يدخل المستمع في هذا الوعيد لأن قرينة الجهر تقتضي عدم الكراهة فيسوغ الاستماع[7].

وهذا الذي ذهب إليه ابن حجر منطقي إلى حد بعيد، إذ أنه من غير المعقول أن يفرط الفرد بأسراره ثم يطالب الشارع بعد ذلك أن يبسط الحماية على هذه الأسرار.

ومن خلال العرض المتقدم يتضح لنا أن الفقه الإسلامي قد فرق بين المسارقة البصرية، وبين المسارقة السمعية، فربط التجريم في الجريمة الأولى بالبيت حسب

---

(1) هو: عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوي هاجر مع أبيه وشهد الخندق وبيعة الرضوان. قال شمس الدين الذهبي: كان إماما متينا واسع العلم. قال أبو نعيم: مات سنة أربع وسبعين وهو أحد العبادلة الستة، ومن رووا عن رسول الله، انظر خلاصة تذهيب الكمال 81/2 رقم 3678 وفي أسد الغابة 340/3 رقم 3079، أنه توفي سنة 73 هـ.

(2)فتح الباري 70/11، الأدب المفرد 580/2.

(3) وقد ورد الحديث في مسند الإمام احمد ورفعه عن طريق سعيد المقبري بلفظ "رأيت ابن عمر يناجي رجلا فدخل رجل بينهما فضرب صدره وقال: قال رسول الله ρ: إذا تناجى اثنان فلا يدخل بينهما الثالث إلا بإذنهما " انظر مسند الإمام احمد 138/2، وقد رواه احمد شاكر فيه 103/9. إسناده صحيح " ووقع في مجمع الزوائد 63/8 عبد بن سعيد وهو تصحيف. ويلاحظ إن هذا الحديث بهذا المتن هو الآخر يدل على أنهما كانا في مكان عام كما يفهم ذلك من سياق الكلام.

(4) هو شهاب الدين احمد بن علي بن محمد المعروف بابن حجر العسقلاني، ولد سنة 773 هـ وتوفي سنة 852هـ ومن اشهر مصنفاته فتح الباري وهو عالم حجة يلقب بأمير المحدثين. انظر: البدر الطالع 87/1.

(5) فتح الباري 70/11.

(6) فتح الباري 376/12.

(7)فتح الباري 376/12.

المفهوم الذي قدمناه. أما في المسارقة السمعية فإن الفقه قد بسط الحماية على الحديث الخاص بغض النظر عن كونه قد جرى في مكان خاص أو عام، ولكن شريطة أن تكون هناك قرائن تدل على أن الفرد لا يريد للأجنبي أن يستمع حديثه، وألا يكون مفرطاً من جانبه، ويترتب على هذا المعيار أن الحديث يعتبر خاصاً إذا كان دائراً في مجلس جامعة، أو بين زوجين في متنزه عمومي، أو بين فردين في ناد رياضي، أو شارع، وفي كل مكان طالما أن الحديث قد جرى بصوت هامس، ويشير إلى رغبة الفرد في إبعاد الآخرين عن سماعه.

المقارنة:

من خلال ما تقدم من عرض لتعريف البيت، ودراسة موضوع الحماية، وهل تربط بالمكان الخاص أم بحالة الخصوصية في كل من الشريعة الإسلامية، والفكر القانوني، سواء أكان الأخير نصوصاً قانونية أم فقهاً . يتضح لنا أن الفكر القانوني الحديث يقترب من الشريعة الإسلامية خطوة وذلك بما طرحه من أفكار ومبادئ، وهذا يؤكد حقيقتين:

أولاهما: أن الشريعة الإسلامية ربانية المصدر، إذ لا يتأتى لأحد مهما بلغ من المعرفة أن يصل إلى مثل هذه النتائج، وخير دليل على ذلك أن الفكر البشري أخيراً قد صدرت منه تلك الصيحات التي تطالب بضرورة الاعتراف بحرمة الحياة الخاصة، ووضع ضمانات لها، في حين أن الشريعة الإسلامية قد قررت هذا الحق في مرحلة لم تكن هناك ضرورات اجتماعية تفرض مثل هذا الاعتراف.

وثانيهما: قدرة الشريعة الإسلامية على التفاعل مع الحياة واستيعاب تطورات العصر. وذلك من خلال النصوص والقواعد العامة التي جاءت بها وبالتالي صلاحيتها لكل زمان ومكان.

وإذا أردنا المقارنة بين الشريعة الإسلامية، والفكر القانوني الحديث في خصوص ربط الحماية بالمكان الخاص، أو حالة الخصوصية، نجد أن الفقه الإسلامي قد امتاز على الفكر القانوني الحديث، حيث أنه لم يربط حماية الحياة الخاصة بالمكان الخاص في كل الأحوال، سواء أكان موضوع الجريمة مسارقة بصرية، أو مسارقة سمعية كما ذهب إلى ذلك القانون الفرنسي والمصري وجانب من الفقه الوضعي المقارن. وإنما فرق بين ذلك حيث ربط الحماية بالبيت في حالة المسارقة البصرية - ومفهوم البيت في الفقه الإسلامي مفهوم واسع يطابق مفهوم المكان الخاص عند القانونيين - وقد كان هذا الفقه واقعياً حين جعل من الإذن معياراً يقاس به المكان الخاص والعام، فالعموم والخصوص يدور مع الإذن وجوداً وعدماً، فإذا وجد الإذن كان المكان عاماً، وإذا انعدم كان المكان خاصا، وبالتالي يعتبر كل ما يدور في هذا المكان خاصاً لا يجوز لأحد انتهاكه، أو الاعتداء على حق الخلوة فيه.

وهذا المعيار اكثر تحديداً، وانسجاماً من المعيار الشخصي الذي يربط الحماية بحالة الخصوصية، وذلك في خصوص جريمة المسارقة البصرية، لأنه هو الذي ينسجم مع السياسة التشريعية كما سبق وأن بيناه .

كما أن هذا المعيار الذي وضعه الفقه الإسلامي يمتاز عن المعيار الموضوعي، لأنه جرم الاعتداء الواقع على الحديث الخاص، بصرف النظر عن المكان الذي يجري فيه، وبهذا بسط الحماية على الأحاديث الشخصية، إذ من غير المعقول ألا يتمتع الإنسان بحماية لحياته الخاصة إلا إذا كانت ممارسة هذه الحياة في مكان خاص، لأن معنى هذا

أن الفرد سيتعرض للتعرية في أهم وأبرز خصوصياته وهو حديثه الشخصي .

ويمتاز هذا المعيار أيضاً على المعيار الشخصي، حيث إنه قد اشترط لتوافر الحماية للحديث الخاص أن تقوم القرائن الدالة على أن الفرد لا يرغب للغير أن يستمع حديثه، وألا يكون مفرطاً من جانبه، وهذا يعني أنه يجنبنا تلك الأخطاء التي ربما ترتبت على المعيار الشخصي حيث إنها تضع في أيدينا ضوابط محددة ودقيقة للظروف المحيطة بالحديث، والتي توحي بأن الحديث خاص أو عام، وذلك من خلال ما يكتنف الحديث من قرائن، كما أنه يطالب الفرد في نفس الوقت بأن يمارس حقه في الاحتفاظ بخصوصياته.

وبالجملة فإن الفكر القانوني الحديث يتفق في مجمله مع الشريعة الإسلامية، وذلك في خصوص تعريف المكان الخاص، فيما عدا ذلك الرأي الذي يذهب إلى أنه لا عبرة بسند الحيازة، وكونه مشروعاً أم لا، وهذا الرأي يصعب قبوله والتسليم به، إذ أن الغاصب قد اعتدى على حرمة مسكن الغير باغتصابه فمن غير المعقول أن يتمتع هو بالحرمة التي سلبها من غيره، وهذا المنحى من الفقه الإسلامي ينسجم مع منهجه في رعاية الحقوق وحمايتها.

المبحث الرابع
هل تعتبر السيارة مسكنا ؟

المطلب الأول: هل تعتبر السيارة مسكناً في القانون؟

من المسلم به ابتداء أن السيارة تتمتع بالحرمة، ولكن اختلفت الآراء حول طبيعة هذه الحرمة، وهل تعتبر السيارة من قبيل المساكن أم لا؟...

عرف الفقه المصري، والعراقي أكثر من اتجاه في هذا الصدد، ذلك لأن الأمر يختلف في حالة ما إذا كانت السيارة خاصة أو عامة.

ففي الحالة الأولى يذهب جانب من الفقه إلى أن هذا النوع من السيارات يتمتع بحرمة حق السرية، وبالتالي لا يجوز تفتيشها إلا بعد استحصال موافقة سلطة التحقيق[1]. أما البعض الآخر فيضفي على السيارة الخاصة والعامة حرمة مماثلة لحرمة المسكن[2]. ويذهب فريق ثالث إلى أن السيارات والعربات لا تتمتع بأية حرمة كقاعدة عامة سواء أكانت السيارة خاصة أم عامة[3]. ويفرق فريق رابع بين حالين حسب المكان الذي توجد فيه السيارة الخاصة، فإن كانت السيارة موجودة في المسكن أو أحد ملحقاته، فإنه في هذه الحالة يراعى في تفتيشها قواعد تفتيش المسكن ذاته. أما في حالة وجود السيارة في طريق عام، فإنها تعتبر كالمحل العام، ويترتب على هذا أنه يجوز لمأمور الضبط أن يستطلع ما بها، ويكون ذلك منه معاينة لا تفتيشاً، وهذا بخلاف سيارة الأجرة فإنها تتمتع بحرمة لحق سائقها وراكبها معاً، فتخضع لقواعد تفتيش الأشخاص، وهذا باستثناء حالة التلبس[4].

ويلاحظ أن موقف محكمة النقض المصرية لم يستقر على رأي واحد في هذا الصدد، لكنه قد تطور عبر العديد من الأقضية، فقد قضت في القديم أن السيارة لا تعتبر مسكناً ومن ثم يجوز تفتيشها وهي سائرة في الطريق العام، ولا يعتبر التفتيش في هذه الحالة تعرضاً للحرية الشخصية، لأنها ليست مسكناً حتى يكون لها حرمة المسكن[5]، ثم اتجهت بعد ذلك إلى ضرورة رضاء صاحبها الذي يكون بها وقت التفتيش دون أن تكون هناك حاجة إلى الحصول على رضاء غيره ممن يكونون معه في السيارة[6] ثم قضت محكمة النقض بعد ذلك أنه لا يجوز تفتيش السيارة الخاصة في الطريق العام، إلا أن يفيد ظاهر الحال أن صاحبها قد تخلى عنها، أو في أحوال التلبس أي الأحوال التي يجوز فيها التفتيش قانوناً. ففي هذه الحالة لا تعتبر السيارة الخاصة في حكم المنزل[7]. وهذه الإجراءات مقصورة على السيارات الخاصة.

أما السيارات العامة فالحكم في شأنها يختلف عن ذلك، فقد قضت محكمة النقض أنه لا يمكن اعتبارها في حيازة السائق، إذ لا توجد بينهما رابطة تبعية، فهي كالمحل العام[8]، وهذا بخلاف سيارة الأجرة، فإنها تكون في حيازة سائقها وراكبها معاً، فلا يجوز تفتيشها إلا في حالة التلبس، فإذا ما توافرت حالة التلبس قبل أيهما جاز تفتيش المتلبس كما صح تفتيش السيارة[9]. وقضت محكمة النقض المصرية بأن فتح باب سيارة معدة للأجرة وهي واقفة في نقطة المرور ينطوي على تعرض لحرمة الركاب الشخصية، ولرجال الضبط القضائي الحق في هذا الإجراء للبحث عن مرتكبي الجرائم وجمع الاستدلالات الموصلة للحقيقة فيما هو منوط بهم في دوائر اختصاصهم[10].

---

(1) فقه الإجراءات الجنائية توفيق الشاوي 374 هامش 2.
(2) المبادئ الأساسية للتحقيقات والإجراءات، علي زكي العرابي 254/1.
(3) أكرم نشأت إبراهيم، سلطة التفتيش الجنائي في القانون العراقي ص 30.
(4) النظرية العامة للتفتيش سامي حسني، 235 .
(5) نقض 20فبراير 1938 مجموعة القواعد القانونية جـ6 ص 651،وانظر النظرية العامة للتفتيش 234، أحكامه وآثاره في القانون العراقي 314 .
(6) نقض 16 ديسمبر 1940 مجموعة القواعد القانونية جـ 5 ص 316 .
(7) النظرية العامة للتفتيش، سامي الحسني، ص 236 .
(8) رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات، ص 324 .
(9) المرجع السابق .
(10) نقض 1953/2/30 مجموعة أحكام محكمة النقض س 4 ص 169، وانظر النظرية العامة للتفتيش، سامي الحسني 236 - أحكام التفتيش صالح الحسين، ص 314.

وقد قضت محكمة النقض في حكم حديث لها قالت فيه: إن حرمة السيارة مستمدة من اتصالها بشخص صاحبها أو حائزها، وإذاً فما دام هنا أمر من النيابة العامة بتفتيش شخص المتهم، فإنه يشمل بالضرورة ما يكون متصلاً به والسيارة الخاصة كذلك[1].

القانون الأمريكي:

في القانون الأمريكي السيارة شأن أي حيازة أخرى، تعتبر محمية من التفتيش والضبط غير المعقول، وذلك على الرغم من طبيعتها في سرعة الحركة - فهي تتمتع بضوابط ومتطلبات التعديل الدستوري الرابع[2].

وتفتيش السيارات إذا تم مصاحباً للقبض الشرعي جاز تفتيش الأماكن المجاورة مباشرة والتي تحت سيطرة الشخص المقبوض عليه، فإذا كان المقبوض عليه في مثل هذه اللحظة في سيارة، فإن التفتيش يجوز أن يمتد إلى الأماكن التي تحت سيطرته مباشرة في السيارة[3].

وعلى كل حال فإنه منذ قضية كارول[4] سنة 1925، قد استقر الرأي في القضاء الأمريكي على جواز تفتيش السيارات بدون الحصول على ترخيص مسبق، وأصبح هناك تميز واضح في المبدأ القانوني العام، الخاص بالتفتيش والضبط، ففي حالة المنزل لا يكفي السبب المحتمل وحده للتفتيش بدون ترخيص. أما الموقف في حالة السيارة فإن السبب المحتمل يبرر التفتيش الفوري بدون ترخيص[5]. ويبرر القاضي STAFF هذا الاتجاه بأن للسيارة وضعاً خاصاً يختلف عن طبيعة المسكن، إذ من غير المعقول من الناحية العملية محاولة الحصول على ترخيص بسبب أن السيارة تتحرك بسرعة من مكان الاختصاص القضائي والذي ينبغي الحصول على الترخيص الرسمي بالتفتيش منه[6]، ولذلك فهنا حالة ضرورة أساسها الاعتقاد بأن السيارة تستطيع أن تتحرك سريعاً، وتتفادى رقابة الضبط القائم بإلقاء القبض، كما تتفادى النطاق الإداري للتفتيش، ويخشى من ذلك تبديد دليل الإثبات في الجريمة[7]. وهذا يعني أن المبدأ القديم للقانون العام الإنجليزي، والذي يقضي بأن منزل كل فرد هو قلعته" لا يمكن تطبيقه بصياغته الحرفية على السيارات"[8].

ويلاحظ أن حق التفتيش، وشرعية الضبط لا تتوقف على الحق في إلقاء القبض ولكنها سلطة مستقلة بشرط توافر السبب المعقول لدى الموظف القائم بعملية التفتيش، كأن يعتقد من واقع الظروف التي يعايشها بأن سيارة معينة فيها ما يعرضها للتفتيش والضبط، أو أن محتوياتها ممنوعة بأمر القانون[9].

---

(1) نقض 1969/6/30 مجموعة أحكام محكمة النقض - س 20 ص 976 .
(2) انظر Cherif Bassiouni , Criminal Law & Its Processes, pub. In Ill ., P.386
(3) المرجع السابق .
(4) Carrol v. United States , 267 U.S.132, 45 S.Ct. 280 (1925).
(5) انظر Massachusetts Law Quarterly Rev . No. 3vol . 54 , p. 206…….
(6) انظر قضية كارول، سبق الإشارة إليها .
وانظر قضية Preston v. United States 376 U.S. 364 , (1964)
(7) Cherif Bassiouni , Criminal Law & Its prooesses, op . cit . p. 387
(8) انظر قضية Arwin v. Bannan , 346 f. 2d. 458, 470, 1965
(9) انظر قضية CARROD، المرجع السابق، ص149، وراجع Massachusettsb Law Quarterly Volume 54

وفي الحقيقة فإن تفتيش السيارات و الذي يعرف بقاعدة كارول على الرغم من أنه قد تناول تطبيق قانون الحظر THE PRONIBITION ACT[1] إلا أن القضاء الأمريكي يذكر دائماً أن هذه القاعدة تعتبر استثناء من متطلبات الدستور الأمريكي، ومن القاعدة العامة الخاصة بتفتيش المسكن اقتضتها الضرورات العملية[2]،ومن هنا كان اللجوء إلى تطبيق هذه القاعدة نادراً من الناحية العملية، وذلك بالقياس إلى القواعد القانونية الأخرى كما هو الشأن في كل القواعد الاستثنائية[3].

القانون الفرنسي:

أما في فرنسا فلم يعترف القضاء الفرنسي بالحرمة للسيارات، ففي قضاء لمحكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى أن السيارة ليست مسكناً، ولا يخضع التفتيش والضبط فيها للقواعد التي قررها القانون، ولا زالت مسألة حرمة السيارات غير محسومة في فرنسا[4]، ولا يغير من الأمر شيئاً ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرار آخر لها حيث ذهبت إلى أن امتناع صاحب السيارة عن فتح الباب لا يشكل جريمة، ولا يوجب عليه العقوبة المقررة في قانون المرور، إذ إن هذا مما يتصل بالفحص الفني للسيارات[5].

المطلب الثاني: هل تتمتع السيارة بحرمة المسكن في الشريعة الإسلامية

من المعلوم أن الشرعيين لم يتناولوا هذا الموضوع بالبحث، إذ إن السيارة قد عرفت حديثاً، وعدم بحث الشرعيين لهذا الموضوع يجب ألا يقف حائلاً بيني وبين دراسته.

والواقع أن السيارة كما هو الشأن في سائر الأموال المملوكة تتمتع بحرمة معينة في الشريعة الإسلامية باعتبارها أموالاً، والأموال لا يجوز التصرف بها بغير إذن مالكها ورضاه، ولا يجوز الاعتداء عليها. يقول الرسول عليه الصلاة والسلام: " كلُّ المسلم على المسلم حرام دَمُه وماله وعرضه"[6]، وقال الرسول في حجة الوداع: " إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا "[7]، وهذا الأمر لا جدال فيه، ولكن يثور التساؤل حول تمتع السيارة بحرمة شبيهة بحرمة المسكن، ومن ثم تعتبر جريمة المسارقة البصرية والسمعية متوافرة في حالة ما إذا وقع التلصص البصري، أو السمعي عليها، وكذلك هل يجوز دخولها بدون إذن من صاحبها لغرض التفتيش؟ ..

يمكن القول في ضوء ما قدمناه من تعريف للمسكن في الفقه الإسلامي أن - السيارة الخاصة تتمتع بحرمة شبيهة بحرمة المسكن وذلك قبل التفتيش والمسارقة السمعية، ومناط استنباطي ما يلي:-

---

(1) المرجع السابق.
(2) انظر قضية United States v. Rabinovitz , , 339, U.S. 56
(3) انظر Tiffany , Mcintyre , Rotenberg, "Detection, of Crime" , P. 173
(4) عدلي عبد الباقي، شرح قانون الإجراءات الجنائية 330/10.
(5) النظرية العامة للتفتيش ص 335.
(6) سنن ابن ماجه / كتاب الفتن / باب حرمة دم المؤمن وماله / ص 1298 رقم الحديث 3933 مسند الإمام أحمد 277/2، صحيح مسلم كتاب البر والصلة ص 1986 رقم الحديث 2564 .
(7) صحيح البخاري / كتاب المغازي/باب حجة الوداع/فتح الباري 82/8 سنن ابن ماجة /كتاب الفتن/باب حرمة دم المؤمن وماله/ص 1297 رقم الحديث 3931.

أولاً: قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَدْخُلُوا بُيُوتاً غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تسْتَأْنِسُوا) ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الله تعالى قد منع الدخول إلى البيوت لغاية, هي الإذن، ومفهوم البيت من الناحية اللغوية يصدق على الدار وعلى الخيمة وعلى الهودج وعلى القصر كما يصدق على السفينة[1]، فيجب أن يفسر النص الشرعي على ضوء عمومه اللغوي حتى يرد مخصصٌ من الشارع[2].

والذي يدعم القول بأن البيت يطلق على السفينة أن هناك طائفة من المفسرين قد ذهبوا إلى أن المراد بالبيت الوارد في قوله تعالى حكاية عن نوح عليه السلام .. (رَبِّ اغْفِرْ لِي وَلِوَالِدَيَّ وَلِمَنْ دَخَلَ بَيْتِيَ مُؤْمِناً) السفينة، فسمى سفينته التي ركبها أيام الطوفان بيتاً[3].

وإذا كان قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَدْخُلُوا بُيُوتاً غَيْرَ بُيُوتِكُمْ) الآية، تتناول السفينة باعتبارها بيتاً، فإن السيارة الخاصة هي الأخرى يصدق عليها ما يصدق على السفينة من الحركة والشكل العام، ولا فرق بينهما سوى أن تلك تجري في الماء، وهذه تسير على الأرض، فيكون من مقتضيات النص أن يتناول السيارة الخاصة بالحماية.

ثانياً:- إن حرمة المسكن في الشريعة الإسلامية ناشئة عن كونه محلاً لخصوصيات الفرد وأحواله التي يطويها عن غيره في العادة، فالحق الذي تقوم هذه الحرمة بحمايته، وهو حق الاحتفاظ بخصوصيات الفرد، موجودة في السيارة الخاصة فتشترك السيارة مع المسكن في المعنى الذي قامت عليه الحرمة.

ثالثاً:- إن السيارة الخاصة تتمتع بالحرمة قبل المسارقة السمعية وذلك لأن الحديث الخاص لا يشترط فيه أن يجري في مكان خاص بل هو متحرر من هذا القيد وعليه فإن استراق السمع على اثنين يوجدان في سيارة خاصة يعتبر كافياً لتوافر جريمة المسارقة السمعية، لأن وجودهما في السيارة قرينة أكيدة على رغبتهما في إبعاد غيرهما عن السماع.

وقد يرد على الاستنباط الأول أن السيارة محرزة بالحافظ فهي تتمتع بالحرمة لحق حافظها، وذلك إذا كانت في طريق عام . أما إذا كانت في "جراج" المسكن فهي حرز لما فيها[4]، في حين أن البيت حرز بنفسه، كما ذهب إلى ذلك الفقهاء القائلون بالحرز[5]. وهذا يدل على أن السيارة تختلف عن البيت، ومن ثم لا تنعقد المقارنة بينهما.

---

(1) لسان العرب 2/14-15 مادة بيت .
(2) الرسالة للشافعي فقرة 73 وما بعدها تهذيب الفروق 40/1، البرهان لإمام الحرمين 412/1.
(3) البحر المحيط 348/8، تفسير الشوكاني 293/54، السراج المنير للخطيب الشربيني 396/4 .
(4) نص على ذلك المطيعي في تكملة المجموع 26/19. وقد نص الفقهاء في مسألة شبيهة بمسألة السيارة، وهي مسألة المركب حيث قالوا إن كانت به وضع ينزل لها فهي حرزها، وذلك مثل المرسى أو بين السفن، وإن كانت في غير منزل لها، فليس بحرز بانفراد، حتى يضاف إلى ذلك من يحرزها. انظر المنتقى للباجي 177/7 ويتفرع على هذا أن السيارة تكون حرزاً بالحافظ فيما لو كانت خارج المسكن .
(5) يسمى الحرز بنفسه في عرف الفقهاء الحرز بالمكان ويعرفونه بأنه كل بقعة معدة للإحراز ممنوع الدخول فيها إلا بإذن كالدور والحوانيت. وضابط ذلك هو الاستقرار والثبات يقول الباجي في شرح المنتقى على الموطأ. إن ما اتخذه صاحبه مستقراً فإنه يكون حرزاً، وإن غاب عنه صاحبه، وما لم يتخذه منزلاً ولا قراراً، وإنما وضع فيه ما ثقل عليه من أسبابه لذهابه إلى موضع حتى يفرغ فيأخذه فإن هذا لا يكون إحرازاً إلا مع كونه معه وحفظه له هو أو غيره، المنتقى للباجي 176/7 وبالجملة فإن الحرز بنفسه يجب أن يكون بقعة من مكان وأن يتميز بالاستقرار والثبات كما تقتضيه عبارات الفقهاء وهذا

ويمكن الإجابة على هذا الإيراد بأن المقارنة لا يشترط أن تكون من كل وجه. على أن للحرز طبيعة تختلف عما نحن بصدده وهو حماية خصوصيات الفرد. فإذا كانت جريمة السرقة لا تتوافر إلا إذا كانت السرقة من حرز عند من اشترط ذلك، وبالتالي لا تعتبر جريمة السرقة من السيارة الواقفة في مكان عام في حالة عدم وجود الحافظ قائمة لانعدام الحرز فإن هذا لا يعني عدم توافر جريمة أخرى، وهي الاعتداء على خصوصيات الفرد مثل وثائقه، ومذكراته الشخصية، ومراسلاته التي يودعها الناس عادة في سياراتهم الخاصة، وذلك لاختلاف موضوع الجريمتين - جريمة السرقة - وجرائم الاعتداء على الحياة الخاصة.

وقد يرد على الاستنباط الثاني أن حرمة المسكن وتشريع الاستئذان إنما كان لئلا يطلع على عورات الناس كما صح ذلك عن النبي ρحيث قال: "إنما جُعلَ الإذنُ من أجل النظر ". وهذا المعنى غير متوافر في السيارة الخاصة، إذ إنها مكشوفة للجميع، فهي لا تستر أحداً حتى تستوجب توافر الإذن، ويصبح النظر إلى ما في داخلها شأنه شأن النظر إلى من جلس في شارع عمومي وهو مكشوف العورة.

ويجاب على هذا الإيراد أن هذا المعنى يصدق على المسارقة البصرية، إذ إنني ذهبت فيما فهمته من الفقه الإسلامي إلى حماية الفرد من هذه المسارقة في الأحوال التي يكون موجوداً فيها في مكان خاص لكنه لا يصدق على المسارقة السمعية كما لا يصدق على التفتيش، والاطلاع على وثائق الفرد وما احتوته سيارته الخاصة من خصوصيات.هذا فضلاً عن أن الاستئذان لم يشرع لئلا يوقف على العورات بالمعنى المصطلح عليه عند الفقهاء فقط، وإنما شرع لئلا يوقف على الأحوال التي يطويها عن غيره في العادة[1] مثل مراسلاته ووثائقه، مما نعرض له في حينه ومما لا شك فيه أن السيارة الخاصة تعتبر مستودعاً لهذه الخصوصيات.

أما إذا كانت السيارة عامة فالذي اعتقده أن مثلها في ذلك مثل المحلات العمومية فهي تشبه المساجد والمتاجر العامة، وكذلك الحال بالنسبة لسيارة الأجرة، إذ إن البيت كما سبق وأن عرفناه يفترض ألا يرتاده العامة وإنما تدخله طائفة مخصوصة من الناس، وهذا غير متوافر في سيارة الأجرة على أن هذا لا يمنع من وجود أماكن في سيارة الأجرة قد اختص بها السائق مثل الصندوق الخلفي مما يجعل هذه الأماكن تتمتع بالحرمة بحق سائقها .

وعلى الرغم من هذا الذي قد قدمته، فإن البحث العلمي يقتضيني أن أعترف هنا أن الأقيسة الفقهية لم تسعفني كثيراً في دراسة هذا الموضوع، وهذا ليس قصوراً في الفقه الإسلامي -معاذ الله- بل مني، ولهذا فإن المسألة ربما احتاجت إلى دراسة من هو أطول مني باعاً وأكثره خبرة. وهذا ما حدا بي لأن أطرح الموضوع بتردد دون أن أجزم بشيء حيث إنني لا أريد أن أهجم باليقين في موضوع الشك والله أعلم.

غير متوافر في السيارة، وكذلك من مقتضى الحرز بالمكان أن يكون معداً لحفظ المال في العادة كما ذهب إلى ذلك الشافعية، والحنابلة ولهم في ذلك تفصيلات، انظر فتح القدير وشرح العناية وحاشية المفتي 384/5، المهذب للشيرازي 279/2 منتهى الإرادات 485/2، البحر الزخار 180/5، حاشية الدسوقي 242/4، بدائع الصنائع 4242/9.

(1) بدائع الصنائع 2962/6.

الفصل الثالث
حرمة المسكن

المبحث الأول: حرمة المسكن في الشريعة الإسلامية

قد علمنا مما سبق أن الشريعة الإسلامية قد قررت حقوقاً للعبد أو حقوقاً لله، أو مشتركة بين الجانبين. وهذه الحقوق هي مصالح للعباد، وقد حمى الله تعالى هذه المصالح بتشريعه للحدود والقصاص والتعزيرات.

وهذه المصالح ليس لأحد تجاوزها، أو الاعتداء عليها فرداً كان أو حاكماً ذلك لأن الشريعة الإسلامية قد رسمت سلطات الحاكم، فإن تجاوزها جاز للجماعة عزله ولم يكتسب عمله صفة الشرعية[1].

(1) انظر الأحكام السلطانية للماوردي 12-17، فتح الباري 6/13، شرح النووي على مسلم 34/8 التشريع الجنائي عبد القادر عودة 42/1. وقد حددت الوظائف التي يقوم بها الإمام، بأنها حفظ الدين، وتوافر الأمن والنظام، وإقامة الحدود، وتنفيذ الأحكام، وحفظ الثغور، والإشراف على الأموال العامة في جبايتها

ومعلوم أن الشريعة الإسلامية شديدة الاحتفاء بالخصوصية، إيماناً منها بكرامة الإنسان، وبحقه في شخصية أسراره، وممارسة حرياته. فوضعت العديد من القيود. وكانت تهدف من وراء هذه القيود منع العابثين من التلاعب بأقدار الناس وحقوقهم، لاسيما من الحكام الذين لا يتورعون في سبيل التنكيل بخصومهم امتطاء فاحش الخطايا في مداهمة البيوت، والإضرار بأصحابها، وتعريضاً منهم للانتهاك.

وقد كان من أبرز تطبيقات الحق في الخصوصية في الشريعة الإسلامية هو مبدأ حرمة المسكن، وقد تقررت هذه الحرمة بقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَدْخُلُوا بُيُوتاً غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْنِسُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ،فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَداً فَلا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ وَإِنْ قِيلَ لَكُمُ ارْجِعُوا فَارْجِعُوا هُوَ أَزْكَى لَكُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ،لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتاً غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَاعٌ لَكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ مَا تُبْدُونَ وَمَا تَكْتُمُونَ). فهذه الآية تقرر تحريم دخول بيوت الغير إذا لم يكن فيها أحد، وتحريم دخول ملك الغير والتواجد فيه وشغله بغير إذن أصحابه[1].

وإذا كان الأصل العام في الشريعة الإسلامية هو رعاية الآداب، والتزام الأخلاق، وذلك عند دخول منزل الغير، ومنع دخول المساكن بدون إذن، فإن القصد من وراء هذا المنع هو المحافظة على أسرار الناس وستر عوراتهم[2]، يقول القرطبي: " لما خصص الله -سبحانه وتعالى- ابن آدم الذي كرمه وفضله بالمنازل، وسترهم فيها عن الأبصار، وملكهم الاستمتاع بها على الانفراد، وحجر على الخلق أن يطلعوا على ما فيها من خارج، أو يلجوها من غير إذن أربابها، أدبهم بما يرجع إلى الستر عليهم، لئلا يطلع منهم أحد على عورة "[3].

ومن هنا يتضح لنا أن الشريعة الإسلامية قد أحاطت المساكن بسياج من الرعاية بالنهي عن التطفل عليها ودخولها بدون استئذان، ولا فرق في هذا بين حاكم أو فرد عادي، إذ إن الخطاب في الآية موجه لكليهما، فالأصل عدم جواز دخول المساكن بدون موافقة أصحابها، وهذا الخطاب يمتد ليشمل المساكن التي لا يوجد فيها أحد[4]، ولا يقتصر على دائرة المساكن التي يقيم فيها أصحابها بالفعل ويستدل لذلك بقوله تعالى: (فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَداً فَلا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ) وذلك لأن الغرض من الاستئذان هو حماية أسرار الناس وخصوصياتهم، والبيوت التي لا يقيم فيها أصحابها بالفعل صالحة لأن تكون مستودع سرهم بالقوة، فتكون الحيازة الخاصة كافية لرعاية هذه الحرمة، ولأنه لما كانت الخلوة طريقاً إلى التهمة شرع ألا يدخل المرء بيت الآخرين بدون إذن[5].

ومبدأ حرمة المسكن في الشريعة الإسلامية لم يتقرر ضد الانتهاك الواقع عليه باقتحامه بالدخول فقط، بل هو مقرر ضد أي اقتحام بما في ذلك اقتحامه بواسطة المسارقة السمعية والبصرية الثابت بالنص، وذلك مثلما روي أن رجلاً اطلع في جحر

وإنفاقها، والإشراف على الموظفين العموميين الذين يتولون كل هذه المهام -أي حفظ الضروريات الخمسة: الدين، العقل، النفس، المال، العرض. انظر: الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص 10.

(1) تفسير القاسمي 4502/12.
(2) العقوبة أبو زهرة، 521 .
(3) تفسير القرطبي 212/12.
(4) تفسير القاسمي 4502/12، العقوبة 510.
(5) تفسير غرائب القرآن للنيسابوري 72/18 .

في باب رسول الله ρ، ومع الرسول مدرى يحك رأسه، فلما رآه الرسول قال: لو أعلم انك تنظرني لطعنتُ به في عينك، وقوله عليه الصلاة والسلام : " لوأن امرءاً اطلع عليك فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح "[1].

وفي الحقيقة فإن حرمة المسكن في الشريعة الإسلامية قد تقررت في تطبيقات عديدة مارسها بعض الخلفاء، ولعل الوقائع الرائدة في هذا المضمار هي تلك الوقائع التي وردت عن الخليفة الثاني عمر بن الخطاب τ من ذلك ما روي أن عمر بن الخطاب حدث أن أبا محجن الثقفي[2] يشرب الخمر في بيته هو وأصحاب له، فانطلق عمر حتى دخل عليه فإذا ليس عنده إلا رجل فقط فقال أبو محجن: يا أمير المؤمنين: إن هذا لا يحل لك فقد نهى الله عن التجسس، فقال عمر: ما يقول هذا ؟ فقال له زيد بن ثابت[3]: صدق يا أمير المؤمنين هذا من التجسس. قال: فخرج عمر وتركه[4]. وروي أن عمر دخل على فتية يتعاقرون شراباً ويوقدون في أخصاص[5]، فقال: نهيتكم عن المعاقرة فعاقرتم، ونهيتكم عن الإيقاد في الأخصاص فأوقدتم. فقالوا: يا أمير المؤمنين، قد نهى الله عن التجسس فتجسست، وعن الدخول بغير إذن فدخلت. فقال : هاتان بهاتين، فانصرف ولم يعرض لهم[6]. وروي أن عمر بن الخطاب خرج ليلة يحرس رفقة نزلت بناصية المدينة حتى إذا كان في بعض الليل مر ببيت فيه ناس يشربون الخمر فثار بهم أفسقاً أفسقاً ؟. فقال بعضهم أفسقاً أفسقاً ؟ قد نهاك الله عن هذا، فرجع عمر وتركهم[7].

وهذه الوقائع كلها تشير إلى أن حرمة المسكن في الشريعة الإسلامية قد بلغت شأواً بعيداً، ربما فاقت في ذلك أعرق التشريعات الحديثة، فإنه على الرغم من أن التشريعات الحديثة تعتبر هذه الوقائع من قبيل التلبس بالجريمة مما يبيح لعمر بن الخطاب حق الضبط والتفتيش، باعتباره يمثل أعلى سلطة تنفيذية في الدولة الإسلامية، وذلك لأنه خليفة المسلمين، إلا أن تعامله مع هذه الوقائع كان يفوق في رعايته لحرمة المسكن والتزامه بالآداب العامة ما تحرص عليه أعرق الدساتير الحديثة، وتعامل الخليفة عمر بهذا الشكل مع هذه الوقائع ما ينسجم مع منهجية الشريعة الإسلامية.

وقد يثور التساؤل ونحن بصدد هذه الوقائع وهو أنه كيف تسنى لعمر بن الخطاب أن يعطل حداً من حدود الله دون أن يوقع العقوبة على الجاني بعد وقوفه على الجريمة؟

ويجاب على هذا أنه لما كان دخول عمر بن الخطاب لمساكن الآخرين بدون إذن منهم، فإن دخوله في هذه الحالة يعتبر دخولاً غير مشروع، وبناء على هذا فقد استبعد

---

(1) صحيح البخاري/كتاب الديات/باب من اطلع في بيت قوم ففقؤا عينه فلا دية له: فتح الباري 216/12.

(2) عمرو بن حبيب بن عمرو بن عمير الثقفي مات في أذربيجان وقيل في جيجان، ولم تذكر الكتب سنة وفاته، انظر أسد الغابة 277/6، الاستيعاب 1749/4.

(3) هو زيد بن ثابت بن الضحاك بن زيد بن لوذان بفتح اللام وإسكان الواو، وبذال معجمة، الأنصاري البخاري المدني، كاتب الوحي والمصحف وهو الذي يكتب لرسول الله مراسلاته إلى الناس، وكان يكتب لأبي بكر وعمر في خلافتهما، وروي عنه عدد كبير من كبار التابعين توفي بالمدينة سنة 54 هـ وقيل 40 وقيل 45 هجرية وقيل غير ذلك، انظر تهذيب الأسماء واللغات 200/1.

(4) انظر المصنف: عبد الرزاق الصنعاني 231/10-232.

(5) الأخصاص: جمع مفرده الخص. والخص بيت من شجر أو قصب، وقيل الخص: البيت الذي يسقف عليه بخشبة على هيئة الأزج، ويجمع على أخصاص وخصاص وقيل في جمعه خصوص، سمي بذلك، لأنه يرى ما فيه من خصاصة أو فرجة. انظر لسان العرب لابن المنظور: 26/7 مادة خصص.

(6) المصنف عبد الرزاق الصنعاني 231/10-232.

(7) المرجع السابق .

عمر الأدلة المتحصلة بطريقة غير مشروعة[1]،على أنه يمكن القول إن عمر كان لا يرى في الأدلة المتوافرة لديه أنها كافية لإدانة المتهم، أو كان لا يذهب إلى جواز قضاء القاضي بعلمه، وإن كنا نرشح الاحتمال الأول.

والواقع أن مبدأ حرمة المسكن قد أجمع عليه الفقه الإسلامي، فقد اتفق الفقهاء على أن منع الرجل من النظر إلى عورات غيره واجب سواء أكان ذلك النظر خفية، أو علناً، وأن من يفعل ذلك يعزر[2]، وقد ترتب على هذا أن الفقهاء وإن كانوا قد اختلفوا في حق المالك في التصرف في ملكه، وهل له فتح النوافذ على مسكن جاره أم لا ؟ مما سبق وأن أشرنا إليه، إلا أنهم أجمعوا على أنه يلزم بألا يطلع على ما في مساكن الآخرين[3]، وأنه يلزم الأعلى ببناء سترة من مشارفة الأسفل[4]، بل ذهبوا إلى أن المؤذن يمنع من الصعود إلى المنارة التي يكشف الواقف عليها أصحاب الدور التي بجوانبها ولو كانت قديمة على بناء ما حولها[5]، وهكذا نجد أن الشريعة الإسلامية قد اعتنت بمبدأ حرمة المسكن تحقيقاً لكرامة الإنسان، وإيماناً منها بحق المواطن في الشعور بالأمن.

وعلى الرغم من أن هذا المبدأ ثابت في الشريعة الإسلامية ثبوتاً لا شك فيه إلا أن الأساس الذي بنى عليه هذا المبدأ غير واضح في عبارات الشرعيين، وهل أن هذه الحرمة مقررة حماية لحق الملكية أم حماية لحق السر؟ وذلك باعتبار المسكن وعاء له.

الذي يفهم من عبارات الشرعيين أن هذه الحرمة مقررة لحماية الحقين معاً، وإن كانت عبارات بعضهم توهم أن هذه الحرمة مقررة حماية لحق الملكية، حيث ذهب بعض العلماء إلى أن الاستئذان شرع حماية لهذا الحق، وإن قوله تعالى: (ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتا غير مسكونة فيها متاع) مراد به أن البيوت غير المسكونة لا يجوز دخولها إلا إذا كان هناك متاع للداخل فيجوز الدخول حينئذ، معللين ذلك بأنه قد تعارض حق صاحب البيت في الحيازة، وحق صاحب المتاع في أن يأخذ متاعه، فيقدم حق صاحب المتاع إذ لا ضرر فيها على المالك، ولا اعتداء فيه على الحيازة، فيكون في منعه ضرر بصاحب المتاع، ولا فائدة منه لصاحب المسكن[6]، وبالجملة فإن معظم المفسرين والكتاب قد صرحوا بأن الاستئذان قد شرع لئلا يوقف على الأحوال التي يطويها الإنسان عن غيره في العادة، وهذا تعليل حسن، بيد أنهم أضافوا تعليلاً آخر

---

(1) ومن هنا يكون الفقه الإسلامي قد عرف " قاعدة الاستبعاد" قبل أن يعرفها القانون الوضعي عموماً، والقانون الأمريكي خصوصاً، وذلك بفترة طويلة، وهذه القاعدة تقتضي استبعاد الدليل المتحصل عليه بطريق غير مشروع، وهي من القواعد المهمة في الإجراءات الجنائية .

(2) العقوبة، محمد أبو زهرة، ص 449.

(3) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرادي: 261/5، المحرر في الفقه لابي البركات ص343، الفواكه الدواني:318/2، المحلى لابن حزم: 106/9، الأحكام السلطانية للماوردي ص256.

(4) اتفق الفقهاء على إلزام المالك بعدم الاطلاع على الغير، لكنهم اختلفوا في إلزام المالك إذا كان سطحه أعلى ببناء سترة تمنعه من الإشراف. فذهب فريق إلى أنه يلزم ببناء سترة. انظر: الأحكام السلطانية ص256، الإنصاف 261/5.

(5) انظر الفواكه الدواني: 319/2، وهذا لا ينافي جواز الصعود على نخلة يطلع من فوقها على ما بجانبها لندور الصعود عليها بخلاف المنارة، وأيضا الصاعد على النخلة يجب عليه إنذار الجار، ولا يقال المؤذن كذلك يقدر لتكرر الأذان مما يقتضي المشقة. انظر المرجع السابق. وانظر نهاية الرتبة في طلب الحسبة للسفطي. 8-244 الفتاوى البزازية 356/6.

(6) انظر العقوبة: 449، وقد ضعف الطبري اعتبار وجود المتاع في البيوت التي لا يسكن فيها صاحبها مسوغاً للدخول بدون استئذان، وتبعه القرطبي في هذا التضعيف. انظر تفسير الطبري 91/18، وتفسير القرطبي 219/12 ويقول الشوكاني " وهو حقيق بالضعف فإن المراد بالأحد المذكور أهل البيوت الذين يأذنون للغير بدخولها لا متاع الداخلين إليها " انظر تفسير الشوكاني19/14.

يوحي بأن حرمة المسكن قد شرعت حماية لحق الملكية، لأن الدخول بدون إذن تصرف في ملك الغير فلا بد من أن يكون برضاه، وإلا أشبه الغصب والتغلب[1].

وأسجل هنا ملاحظة على غاية من الأهمية، وهي أنه يستنتج من مجموع النصوص والوقائع المتقدمة أن الاستئذان في الشريعة الإسلامية لم يشرع حماية للملكية وإنما شرع حماية لأسرار الناس، ذلك لأن الملكية في الشريعة الإسلامية محمية بتشريعات أخرى كحد السرقة، وإحكام الغصب ونحوها، وإن التصرف في ملك الغير محظور مطلقاً، ومن هنا يتبين لنا أن الأساس الذي بني عليه هذا المبدأ، والحق الذي تقوم على حمايته هذه الحرمة هو المساس بحق السر، ولا يقصد بها حماية حق الملكية كما صرح بذلك المفسرون، إذ إن هذا الحق محل تنظيم خارج هذه القاعدة. على أن مبدأ حرمة المسكن لا يرتبط في وجوده وإقراره بحق الملكية، أو بتعبير آخر إن الملكية ليست شرطاً لازماً لحرمة المسكن كما صرح بذلك المفسرون أنفسهم إذ قرروا أن من يقيم في مسكن بمقتضى عقد الإجارة، أو الاستعارة يتمتع بنفس الحرمة التي يتمتع بها المالك[2].

وهذا الذي ذهبت إليه هو ما ينسجم مع النصوص القرآنية، والأحاديث الواردة بهذا الشأن.

فإنها تؤكد أن حرمة المسكن لم تشرع حماية لحق الملكية، وإنما شرعت حفاظاً على حق الفرد في الاحتفاظ بخصوصية الأشياء التي يطويها عن غيره في العادة ذلك لأن الرجل الذي اطلع في بيت الرسول لم يصدر منه اعتداء على الملكية، ومع ذلك أباح النبي عليه الصلاة والسلام فقء عينه.

ويلاحظ أن مبدأ حرمة المسكن في الشريعة الإسلامية لم يرد مطلقاً فإذا كان الأصل أن من أغلق عليه بابه لا يجوز الدخول عليه بدون إذن[3]، فإن هذا لا يعني الامتناع عن تتبع الجرائم وملاحقة مرتكبيها كما أنه لا يعني أنه لا يجوز دخول المسكن في كل الأحوال، إذ إن هناك أحوالاً يجوز فيها الدخول، وإن لم يتوافر الإذن، مما نعرض له في حينه.

---

(1) انظر تفسير القاسمي 4501/12، تفسير الكشاف للزمخشري 60/3، تفسير أبي السعود 168/6، العقوبة 449.

(2) انظر تفسير روح المعاني للألوسي 132/18، أبو السعود 168/6.

(3) إحياء علوم الدين : 325/2 .

المبحث الثاني: حرمة المسكن في الشريعة الرومانية

إن هذا البحث في الحقيقة فضلاً عن أنه يعرفنا بطبيعة حرمة المسكن في القانون الروماني، فهو يسهم في معرفة التشريعات الحديثة، ذلك لأن معرفة تشريع معين يعتبر من الصعوبة بمكان إذا لم يوقف على مصادره وأصوله الأولى التي استقى منها تلك الأحكام، وتتبع تطوره ونموه في صوره المختلفة. فإذا كانت معارف الإنسان الفرد هي وليدة الخبرة، وبنت التجارب، فإن الأمر نفسه يصدق على الإنسانية في تاريخها الطويل، فهي في تطورها المستمر محملة بخبرة الماضي، فكل مرحلة تاريخية تحمل في أطوائها خبرات وتجارب المرحلة السابقة، وتضيف إليها خبرات جديدة، ويترتب على هذا أن دراسة التشريعات القديمة وما توصلت إليه من أحكام ونتائج، تقودنا بالضرورة إلى معرفة ما استقرت عليه التشريعات الحديثة، والحق إن فكرة حرمة المسكن فكرة قديمة تمتد جذورها إلى العصور الأولى في القانون الروماني، وقد برع الرومان فيما برعوا - في علوم القانون، وأصبح القانون الروماني مصدراً من مصادر التشريع الغربي.

وعرف القانون الروماني مبدأ حرمة المسكن حيث بلغت هذه الحرمة درجة عالية من المراعاة والاحترام، ويرجع سبب ذلك إلى اعتبارات دينية محضة، حيث كان الرومان ينظرون إلى المسكن باعتباره مكاناً له حرمته، وملاذاً للفرد وأسرته فهو بمثابة المعبد. فالمسكن في تصورهم مهد للآلهة التي تحيطه برعايتها، وتبسط عليه الحماية، وهذا يفسر لنا العناية الفائقة التي أولاها الرومان لآلهة الوطن، وما كانوا يقدمونه من قرابين لهذه الآلهة، وذلك بهدف إرضائها واستمالتها.

ومع ذلك لتبيان الفروق بين شريعة اجتهادية - كشريعة الرومان - وشريعة تستمد أحكامها من كتاب الله وسنة رسوله، وهي الشريعة الإسلامية السمحاء، نجد فروقا شتى، لا تجعل وجهاً للمقارنة والمفاضلة.

وعند الموازنة، ورغم – سمو التفكير القانوني لدى الرومان - نسبياً- بالقياس للأزمنة التي سادت فيها قواعده، وباعتباره خلاصة ما وصل إليه العقل البشري في مدى ثلاثة عشر قرناً في تنظيم الحقوق والواجبات، وفي عصور لم تكن المدنية قد أخذت بعد بمستويات معقولة للحكمة والمعرفة، وعلى نحو ما وصلت إليه هذه الآونة، نجد شريعة الرومان مع ذلك أقرب إلى قانون الغابة، وحسبما قال بحق الدكتور محمد أبو زهرة في مقدمة دراسة له عن الفقه الإسلامي والقانون الروماني[1]:" إن شريعة القرآن نور الله الخالد، والقسطاس المستقيم، والحكم العدل بين الناس، لا يستوي في ذلك مخلص للحق مذعن له، ولا يخالفه, وذو هوى ".

ويكفي من فضل الشريعة الإسلامية أن بنت أحكامها على المساواة بين الأجناس وبين الناس في كل أحكامها، فلا فرق بين أبيض وأسود، ولا عربي وأعجمي، ولا ملون وغير ملون.

بينما قانون الرومان أول خواصه أنه للرومان، وأن ما فيه من حقوق لا تكون إلا للرومان، وما فيه من واجبات تكون على الجميع[2].

---

(1) الدراسة من جملة دراسات عن الإسلام يصدرها المجلس الأعلى للشئون الإسلامية (وزارة الأوقاف) العدد11- انظر مقدمة الدراسة.

(2) المرجع السابق .

والإسلام يسوي في أحكامه الإنسانية بين الرجل والمرأة، إلا ما يوجبه النظام الاجتماعي من تفرقة جزئية ليست بكلية، فالإسلام يعترف للمرأة بالشخصية الإنسانية الكاملة، فلها الولاية على مالها، ولها الولاية على نفسها في حدود مصلحة المجتمع.

بينما القانون الروماني كان لا يعترف للمرأة بالشخصية الكاملة، فهي أَمَةٌ في بيت أبيها، ثم تصير أمة في بيت زوجها. وتأثرت القوانين الأوربية تلك التي تأخذ بالأنظمة اللاتينية " الفرنسية" أو تلك التي تأخذ بالنظم الأنجلوسكسونية على سواء، بهذه النظرة القاصرة، سواء في معاملة المرأة أوفي معاملة ذمتها المالية، أوفي إيجاد علاج للأضرار المعنوية، وكان لا بد من ربط الضرر المعنوي (كالاعتداء على السمعة والشرف) بضرر مادي، وعلى نحوما بينته عند التعرض للخصوصية في دراستنا المقارنة لها في القوانين الأوربية والأنجلوسكسونية.

ففي مدونة " جوستنيان": إن من يستهوي أرملة مستقيمة أو عذراء، فعقوبته - إن كان من بيئة كريمة مصادرة نصف ماله، وإن كان من بيئة ذميمة، فعقوبته الجلد والنفي من الأرض " [1].

وللإيجاز، فقد ترتب على هذا التصور الديني للمواطن الروماني للمسكن، أنه متى كان خارج مسكنه، فقد ابتعد عن حماية الآلهة التي كانت تحوطه بالرعاية وبالتالي فإنه يمكن للسلطة اقتياد أي فرد بالقوة، وتقديمه للعدالة متى كان خارج مسكنه، وهذا بخلاف ما لوكان في مسكنه، فإنه لا يمكن لأي سلطة اقتياده، إذ إنه في هذا الوقت محمي بالآلهة التي تحوط مسكنه[2].

ثم تطور الأمر بعد ذلك وأضحت حماية المسكن ذات طابع اجتماعي. وقد منح قانون (كورنيليا) الدخول إلى المساكن إلا في حالة البحث عن شيء مسروق[3]، وأباح قانون الألواح الاثنى عشر للمجني عليه الدخول إلى المسكن الذي يشتبه في أن صاحبه قد سرق منه شيء، كما أوجب على المجني عليه أن يتبع شكلية خاصة عند الدخول، وهو أن يحمل وعاء بيده ويغطي الجزء الأسفل من جسده، وفي حالة اتباع المجني عليه هذه الشكلية فإنه يتحتم على ساكن الدار فتح باب داره وتمكينه من تفتيشه[4].

وقد اختلف شراح القانون الروماني في تفسير هذه الشكلية وما ترمز إليه إلى أربع آراء:-

أحدهما: يرى أن ذلك يدل على اللباس الذي كان معهوداً في عصرهم حيث كان مقتصرا آنذاك على ما يستر العورة، وأن سبب حمل الوعاء لغرض إرضاء آلهة المسكن.

ثانيهما: يذهب إلى أن الفراء يرمز إلى الحقيقة، وأن الوعاء يدل على مرآة الحقيقة.

وثالثهما: يذهب إلى أن هذه الشكليات قد تعتبر تعبيراً عن تعاويذ سحرية ابتدعها الرومان. ويهدف منها إلى كشف الجريمة.

---

(1) مدونة " جوستنيان " نشرت على الرأي الغالب سنة 533 ميلادية، واستعانوا في إعدادها بالمناهج القانونية والفلسفية التي سنها فلاسفة اليونان، ككتاب القانون لأرسطو، وغيرها من الكتب التي كتبها الفلاسفة الإغريق وحكماؤهم، وكذلك من جاء بعدهم من علماء الرومان وفلاسفتهم.

(2) انظر CRAD, (ed) Inviolabilite du domicile , paris, 1905, p. 36.

(3) Garraud, Traite Theorique et pratique d'Instruction Criminelle et de procedure penale, 1907-1929 T.. 3 No. 297 p. 1122

(4) انظر Petit (E): " Traite elementaire de Droit romain", 5 eme ed . paris, 1906, 453, P. 491.

ويذهب فريق رابع إلى أن هذا الإجراء يعتبر إجراء وقائياً القصد منه حماية صاحب المسكن المراد تفتيشه، وذلك خشية من أن يدعي عليه بشيء يدينه بالسرقة وضماناً له[1]. ومتى اتبع المجني عليه هذه الشكلية تعين على صاحب المنزل فتح مسكنه وتمكينه من التفتيش. وفي حالة عثور المجني عليه على المسروقات يعاقب صاحب المسكن بتهمة السرقة وكأنه ضبط متلبساً بالجريمة.

ويلاحظ هنا أن تفويض المجني عليه في البحث على الأدلة في الأماكن التي يتوقع وجودها فيه، يوضح لنا اتجاه القانون الروماني الذي يعتمد على نظام الاتهام الفردي، والذي مؤداه أن الفرد الذي وقع عليه الضرر يكون هو المسؤول في البحث عن الأدلة، وإقامة الحجة على صدق دعواه[2].

ومن خلال ما تقدم يتضح لنا أن حرمة المسكن في القانون الروماني كانت في بدايتها مرتبطة بتصور ديني ثم تطورت حماية حرمة المسكن في قانون (كورنيليا)، فاتخذت شكلاً اجتماعياً، حيث نص هذا القانون على حرمة المسكن ورتب لمن يعتدي على مسكنه دعوى جنائية، وبالتالي لم تعد حرمة المسكن في هذا القانون تستند إلى التكييف الديني، بل أصبحت هذه الحرمة مرتبطة بجريمة معينة، كما أصبحت ذات طابع اجتماعي[3].

المبحث الثالث: حرمة المسكن في القانون الانجلوأمريكي

من المعلوم أن الدستور الإنكليزي دستور غير مكتوب، عكس الولايات المتحدة، وعلى خلاف كل دول " الكومنولث" والدول الأخرى التي تطبق قواعد القانون الإنجليزي، أو التي تتأثر بأحكامه. وهذا الدستور الإنجليزي غير المكتوب هو بمثابة

(1) انظر محمود سلام، نظم القانون الروماني، ص 288، هامش (1)
(2) انظر الاتهام الفردي، عبد الوهاب عشماوي، ص 29.
(3) انظر Petit , op . cit., No. 461, p. 467……..

مجموعة من الوثائق لها تقدير قانوني خاص، واعتبار كبير لدى الشعب الإنجليزي وفقهائه، لأنها قواعد بزغت من تأريخ الشعب الإنجليزي نفسه، وهي نتاج الصراع والنضال بين الشعب من ناحية، والتاج من ناحية أخرى، وبالإضافة إلى ذلك، هناك عدد من القواعد العرفية التي تفيد في تطويع مبادئ الدستور لملاءمة الظروف المتغيرة للبلاد الإنجليزية[1]. ويرجع القانون العام في نشأته الأولى وأصله إلى جهد القضاء وما بذلوه من عناية ودراسة، وهكذا بدلاً من القواعد العرفية، حل محلها قواعد عامة للأبد بأسرها، وهذا ما عرف فيما بعد بمسمى "القانون العام"[2].

ومن المعلوم أيضاً أن القانون العام الإنجليزي قد أثر إلى حد ما في قانون الولايات المتحدة الأمريكية، بل يمكن القول إن القانون الأمريكي هوامتداد للقانون العام الإنجليزي، إذ إن الأخير يعتبر أصله ومصدره, والأول فرعه وثمرته[3]،وهذا أمر طبيعي، ذلك لأن الولايات المتحدة الأمريكية كانت تخضع لسلطات التاج البريطاني، وقد ترتب على هذا أن حرمة المسكن وأحكام التفتيش قد تشابهت في كلا القانونين الإنجليزي والأمريكي.

وفي الحقيقة إن المسكن يحظى بعناية فائقة في ظل القانون الإنجليزي، ومن هنا جاءت المقولة الإنجليزية التي تقرر: " إن منزل الرجل الإنجليزي هو قلعته "[4]، معبرة عن هذه العناية، ذلك لأن الغاية العظيمة التي يستهدفها الناس من مجتمعهم هي في أن يكونوا آمنين في ممتلكاتهم، ورعاية هذا الحق له احترام إلى أقصى حد، ولا يجوز الانتقاص منه إلا لمبرر من المصلحة العامة, وبمقتضى القانون[5].

وحرمة المسكن في القانون الإنجليزي قد عبر عنها اللورد ويليام بيت بعبارات تعتبر غاية في الدقة والرشاقة، حيث يقول:-

"إن أفقر رجل في كوخه يستطيع أن يتحدى التاج، فقد يكون كوخه هشاً، وقد يهتز سقفه، وقد تجوس الرياح خلال فتحاته، وقد تتسرب قطرات المطر إليه، ولكن ملك إنجلترا لا يستطيع أن يدخله، ولا قواته تجرؤ على أن تطأ عتبة هذا الكوخ الخرب ".[6]

وتقرير حرمة المسكن في القانون العام الإنجليزي على النحو المتقدم كان نتيجة لصراع طويل، كابدت في سبيله الشعوب، يستوي في ذلك الشعب الإنجليزي، وشعوب المستعمرات البريطانية. فقد كانت الحكومة البريطانية - في القرن السابع عشر، تتوسل

---

(1) Constitutional Law by : E . C . S. . W ade & G…… Godfrey phillips , 3rd. ed . 1947, p. 125

(2) Outlines of English Law by S.B.Law by S.B. Marsh & J. Sculsby, 1975, MCGraw- Hill Book Ce. (U. K.) P. 4. ومعلوم أن القانون الإنجليزي قد تطور عبر مراحل تاريخية عديدة، ابتداء من الغزو النورماندي حيث لم يكن هناك ما يسمى بالقانون الإنجليزي، وإنما كانت هناك مجموعة من القواعد العرفية التي لها قوة القانون، مروراً بالمحاكم الإقليمية، ثم المحاكم الإنجليزية في القرون الوسطى، ثم المحاكم المركزية إلى أن نشأ القانون العام الإنجليزي. انظر في تطور القانون العام الإنجليزي المرجع السابق.

(3) انظر S .B . Marsh, op. Cit., p. 3 وانظر E. C. S. Wade, op. Cit., p. 125 وهذا التأثير يصدق على جميع الولايات المتحدة الأمريكية باستثناء ولاية " لويزيانا" حيث إنها قد تأثرت منذ البداية بقانون نابليون.... أنظر:
Cary.. " Les Criteres Minimum de la Justice Criminelle aux etats Unis, Rev. Inter. Dr. Penal, 1966 p. 77

(4) انظر S. A . de Smith , op. Cit , P. 472

(5) من أقوال القاضي ORD CAMDENفي مناسبة نظر قضية: Wilkes v. Wood (1763) 19 St. 1153
وانظر S . A. de Smith, op. Cit, p. 472 .....

(6) انظر قضية GHANI V. JONES (1970) 1 Q. B ……793 (1969) 3ALL. E. R .177

في تحقيق أغراضها في التفتيش، والضبط، واقتحام المساكن بقانون يعرف باسم قانون التراخيص العامة الصادر سنة 1662، والذي يبيح لضباط التاج البريطاني تفتيش كافة الأماكن التي يشتبه في احتوائها على مطبوعات غير مرخص بإصدارها، وذلك بناء على أمر من وزير الداخلية، ثم ألغي هذا القانون بقانون سنة 1665، ومن ثم أصبحت أوامر التفتيش الصادرة بناء عليه غير ذات قيمة من الناحية القانونية.

ومع أن القانون العام قد التزم بالتدريج موقفاً معارضاً لاستخدام التراخيص العامة في القرنين السادس عشر والسابع عشر، فإن الحكومة كانت تستفيد عادة بهذه التراخيص لخدمة أغراضها إبان العهود القديمة لمحكمة النجوم، وغيرها من أنظمة قضائية سادت في تلك العصور، وكان اهتمام الحكومة الأول مناهضة جرائم التحريض ضد نظام الحكم، وبصفة خاصة عندما يأخذ ذلك النشاط شكل مطبوعات تحض على كراهية الحكومة، فكانت الحكومة عندئذ تلجأ إلى التراخيص العامة ضد المؤلفين، وأصحاب المطابع، وكانت الحكمة في تلك التراخيص العامة أن السلطات لم تكن تعلم في كل الأوقات ما هي الأشياء التي ينبغي مصادرتها[1]؟. وهذه التراخيص كانت سلاحاً قوياً في يد الحكومة لتوجيه الاتهام ضد معارضيها، وكان الملك جورج الثالث على وجه الخصوص يستخدم هذه التراخيص العامة لكبت النشاط السياسي، ولتعقب النشر المعارض[2]. وفي سلسلة من القضايا التي نظرتها المحاكم في الفترة من سنة 1763-1765، قضت المحاكم ببطلان التراخيص العامة[3]، ومن ذلك الوقت استقر الأمر قانوناً على بطلانها. وتعتبر القضية الرائدة في هذا الصدد هي قضية " جون ويلكي "، والتي تتلخص في أن وزير – الداخلية قد أصدر ترخيصاً عاماً في سنة 1765 لتفتيش منازل المؤلفين، والناشرين والمطابع التي تطبع كتيبات "NORTHBRITON" التي كانت تنتقد الحكومة بعنف وقد تحدى جون ولكي هذه التراخيص، ووصفها بأنها أمر يدعو إلى سخرية كل الأمة الإنجليزية، وبعد الزج بجون ويلكي في السجن، أصدر القاضي لورد كامدن "LORD CAMDEN" قراره بنقض القرار الصادر بإدانة ويلكي، وقرر أن سجن الكاتب سالف الذكر قد تم على غير مقتضى القانون[4].

وفي قضية ENTICK [5] لم يكتف القاضي لورد كامدن LORDCAMDEN بإدانة الطبيعة العامة للتراخيص المجهلة هذه، بل أدان أيضاً التفتيش إذا كان الغرض

---

(1) انظر DAVID FELLMAN / THE DEFENDANT'S RIGHTS UNDER ENGLISH LAW, MADISON , MILWAUKEE, (1966) P. 52

(2) انظر . E. C. S. WADE & G. GODFREY PHILIPS , op . cit . p. 307

(3) صدر العديد من القضايا التي ترفض التراخيص العامة من ذلك قضية :
LEACH V. MONEY (1765) , 19 St . Tr. 1002
وصدر الحكم فيها بعدم شرعية التراخيص العامة و التراخيص التي تصدر بدون تحديد اسم المقصود بها . وفي قضية أخرى هي قضية: WILKES V. WOOD (1964) 19 St. Tr. 1154
ذهبت المحكمة إلى إن ضبط أوراق شخص غير محدد اسمه يعتبر ضبطا غير مشروع إذا تم الضبط بموجب ترخيص تفتيش، أو ضبط غير محدد الاسم . انظر قضية ., DAVID FELLMAN , op. Cit P. 53

(4) انظر التفاصيل في كتاب " GEORGERUDE" بعنوان " ويلكي والحرية " صدر عن مطابع اكسفورد سنة 1962.

(5) انظر Entick v. carrington (1965) 19 St. Tr .. 1029 K. v. l. 174, E. C . S. Wade & G. Phillips , Const . Law (6th ed.) London , Longmans , Green , 1960, PP 468-70

منه مجرد جمع أدلة الإثبات، لأن مثل هذا التفتيش يصبح تفتيشاً غير معقول، حيث إنه يتعارض مع مبدأ عدم تجريم الذات. يقول القاضي CAMDEN: "إنه من المؤكد أن القانون لا يلزم الفرد باتهام نفسه، وإلا أصبح هذا بالضرورة بمثابة إجباره على تجريم ذاته، ويتعرض بذلك للخطر البريءُ والمجرمُ، وفي كلتا الحالتين هذا التصرف قاس وظالم، ولهذا فإنه يبدو أن التفتيش بحثاً عن أدلة إثبات غير مسموح به لنفس المبدأ "[1].

وهكذا قضى اللورد كامدن بعدم مشروعية التراخيص العامة، لعدم إمكان التيقن من المقصود بها، كما وصفها القاضي بأنها انتهاك للملكية الشخصية، بل هي بمثابة اعتداء، وأنه لم يعثر على أصل لها في تشريع، أو قاعدة من قواعد القانون العام.

ومن هنا استطاع القضاء أن يتصدى لموضوع التراخيص العامة في العديد من الأقضية معلناً بذلك إنهاء عصر التفتيش، وبداية عصر جديد يتمتع به الإنسان بحرمة مسكنه.

وهكذا، ووفقاً لما استقر عليه قانون إنجلترا، لا يستطيع البوليس أن يلج المساكن الخاصة، حتى ولو كان ذلك في متابعة التحقيق الجنائي، والبحث المتصل بالجريمة، إلا بناء على ترخيص قضائي بالتفتيش، أو الحصول على إذن صاحب المسكن للدخول والتفتيش[2]، وبصفة عامة للبوليس السلطة - بموجب التشريع- في أن يدخل المنازل والأماكن للتفتيش في أحوال معينة مثل البحث عن مفرقعات، أو مخدرات، أو تقطير الخمور على غير مقتضى القانون إلى غير ذلك من الأحوال[3]، وعلى كل حال، هناك حوالي سبعين تشريعاً تجيز استصدار تراخيص التفتيش[4]. على أن هناك حالات يجوز فيها دخول المسكن بدون الحصول على إذن من القاضي، ودون توافر موافقة صاحب المسكن ولا رضاه، وذلك في الأحوال التي تستدعيها الضرورة، مما نعرض له في مبحث لاحق.

ويلاحظ هنا أن هذه المبادئ التي تضمنها القانون العام الإنجليزي، والخاصة بحرمة المسكن كان تطبيقها مقصوراً على المملكة المتحدة, أما المستعمرات فقد كانت تخضع لنظام يعرف باسم " أوامر المساعدة "، والذي بمقتضاه يستطيع موظف الدولة تفتيش أي مسكن، بل وتعطيه هذه الأوامر حق تحطيم الأبواب والدخول قسراً[5]، ولكن

---

(1) القضية السابقة، وانظر David Fellman op cit . p. 53, E. C . S. Wade & Godfrey Phillips op cit p. 38

(2) انظر David Barnard : The Criminal COURT in Action BUTTERWORTH, 1974, p. 37

(3) انظر David Fellman , op . cit . p. 55 & Devid , Barnard , op cit., P. 38 , & E.C.S. Wads & G. Godfrey Phillips, op, cit., p 308.

(4) مثل قوانين الأسرار، وقانون مخالفات الملاحة في القنوات الداخلية لسنة 1840 مادة 11، وقانون صيد حيوانات في أراضي مملوكة للغير، لسنة 1862 مادة (2)، وقانون المتاجر العامة 1875 مادة (6)، وقانون التحريض لسنة 1934 مادة 2/2، وقانون الأمن العام لسنة 1936 مادة (2) وقانون الأسلحة النارية لسنة 1937 مادة (26)، وقانون الجرائم الجنسية لسنة 1956 مادة (43)، وقانون السرقة لسنة 1968 مادة (26). وانظر بحثا بعنوان " التفتيش و القبض على سلطة القانون" بقلم CRANVILLE WILLIAMS ورد في مجلة القانون الجنائي لسنة 1960-8/610.
وانظر: E.C.S.Wade & Godfrey Philips , op , cit P. 307-308 , & David Fellman , op . cit , P.55

(5) انظر Perry, " Sources of our liberties" , N. Y. 1952, P . 304.

هذا النمط قد تعرض للنقد، ووصف بأنه يتعارض والحرية الإنجليزية، ويصطدم مع مبادئ القانون المعروفة في كتب القانون، وأنه يمثل سلطة تحكمية لا مبرر لها[1].

وفي الولايات المتحدة الأمريكية يتمتع المسكن بحرمة خاصة، وذلك منذ فترة مبكرة حيث نص التعديل الدستوري الرابع الذي بدأ نفاذه سنة 1791 صراحة على حرمة المسكن ضد التفتيش التعسفي.

وينظم هذه الحرمة التعديلان الدستوريان الرابع، والرابع عشر. ودستور الولايات المتحدة المعدل في آخر صورة له في سنة 1963 نص على الآتي:

"حق الناس في أن يكونوا آمنين في أشخاصهم، ومنازلهم، وأوراقهم ومتعلقاتهم من التفتيش، والضبط غير المعقولين، وألا ينتهك هذا الحق، ولا تصدر تراخيص بهذا إلا بناء على سبب محتمل، وبناء على قسم أو تأكيد، مع وصف المكان الذي يجري تفتيشه، والأشخاص، أو الأشياء التي يجري ضبطها "[2]، وليس هذا المعنى وقفاً على التعديل الرابع فحسب، ولكنه يميز أيضاً الاختلاف الأساسي بين المجتمع الحر، والمجتمع الوسطي.

وفي الولايات المتحدة - كمبدأ عام - البوليس غير مخول له تفتيش المنازل بدون ترخيص قضائي بالتفتيش، ويصدر الترخيص بناء على سبب محتمل بأن المواد المطلوب ضبطها هي في المكان الذي يجري تفتيشه[3]، ومعنى الحماية من التفتيش والضبط غير المعقول أوضحه القاضيJACKSON في قوله :

إن التفتيش، والضبط الذي لا ضابط له ولا رابط هو أول أسلحة الحكومة في التحكم وأكثرها فعالية. إن خواص الشخصية الإنسانية تضمحل، وتختفي الكرامة الإنسانية إذا كانت المنازل تتعرض في أي ساعة للتفتيش والضبط بواسطة البوليس، وإن الحق في الشعور بالأمن هو من أصعب الحقوق حماية، لأن القائمين على تنفيذ القانون هم الغزاة، وليس هناك من سبيل لحماية هذا الحق خارج سلطة المحاكم[4].

وفي الحقيقة فإنه حتى سنة 1969 كان للبوليس تفتيش المنازل بدون سابق الحصول على إذن بالتفتيش بشرط أن يكون هذا الإجراء معقولاً، وبشرط أن يكون التفتيش معاصراً لواقعة قبض قانوني، ولكن هذا التفتيش كثيراً ما ثار الجدل حوله وكان الرأي المعارض له يخشى من التوسع في مجال التفتيش، ومع ذلك تقضي المحاكم بأن مثل هذا التفتيش لا يتعارض مع ضمانات التعديل الدستوري الرابع[5].

---

(1) انظر LASSON(N.B): 3History & Development of the Fourth Amendment to the United States Constitution", in"The JOHN Hopkins Univ. Studies in Historical & Political Science" vel. IN, 1937, PP 58-59.

(2) انظر في شأن هذه الحرية القضايا التالية:
Wolf v. Colorado , 338 U. S. 25, 69 S. Ct. 1359, (1949).
Mapp v Ohio. 367 U. S. 643, 81 s. Ct. 1584 (1961).
Henry v. United States , 361 U. S. 98, 104 (1959).

(3) انظر Democracy Undar Pressure, p. 114.

(4) كان ذلك بمناسبة نظر قضية Brinnegar v. United States, U. S. 160, 180, 69 S. Gt, 302(1949) at 175.
وهي قضايا من قضايا الحرية انظر Cherif Bassiouni op. Cit. P. 337

(5) انظر Demcoracy Under Pressure,an introduction to the American Political system, second edition , P. 115.

وهكذا نرى أن الدستور الاتحادي الأمريكي قد اشترط للترخيص بالتدخل في حرية الشخص وخصوصيته شرطين. أحدهما: السبب المحتمل[1]، وثانيهما: توافر المعقولية[2]، ولا يكفي السبب المحتمل وحده لتبرير التعدي على خصوصية الفرد في شخصه أو بيته، أو أن تضبط متعلقاته. وبالإضافة إلى ذلك فإن الإجراءات ينبغي أن تتبع وفقاً للمعايير القضائية للمعقولية، وبما يتفق وعرف المجتمع وعاداته مع الوفاء بمتطلبات عدالة الإجراءات[3].

ومع وجود هذه المبادئ الدستورية التي تقرر حرمة المسكن، وعدالة الإجراءات، إلا أن ذلك لا يمنع في الواقع من وجود تجاوزات. فمثلاً[4] كشفت التحقيقات التي جرت في قضية " ووترجيت WATERGATE " كيف أن بعض العملاء الذين كانوا يعملون بتوجيه من البيت الأبيض داهموا مقر الحزب الديمقراطي في ووترجيت ثم اتضح أن الرئيس السابق (نيكسون) قد وافق شخصياً على (خطة الدخول خلسة) للمنازل، أو مكاتب أشخاص كانت الحكومة تشتبه في أنهم خطر على الأمن القومي رغم التحذير الذي وجه للرئيس كتابة بأن مثل هذه التصرفات من الواضح أنها غير قانونية، وتبلغ حد السطو[5].

ومما تقدم يتضح لنا أن التشريعات الأمريكية بالرغم من أنها نصت على حرمة المسكن منذ فترة مبكرة إلا أن ذلك لم يمنع بعض أجهزة الدولة وسلطاتها من التعدي على هذه الحرمة وانتهاكها.

ويلاحظ هنا أن هناك حالات يسمح فيها للبوليس بدخول المساكن بدون استئذان من صاحب المسكن، وذلك في أحوال خاصة خلاف حالة القبض أو الضرورة حيث عرض في سنة 1970 قانون للجريمة ليطبق في ضاحية كولومبيا على الكونجرس وبعد مناقشات مستنبطة، أصدر الكونجرس هذا القانون، ومن مقتضاه تخويل البوليس حق التفتيش الفوري دون حاجة إلى التنبيه المسبق. وكان هذا النص يعرف باسم" NO-

---

(1) عرفت المحكمة العليا الأمريكية السبب المحتمل بأنه أكثر من مجرد الاشتباه ويقوم السبب ويتوافر حيث تتم الحقائق، والظروف التي يعلمها الضابط على أن المعلومات جديرة ومعقولة بدرجة كافية حسبما يقدرها الشخص الحذر المعقول، وبحيث يعتقد في وجود جريمة، أو أنها ارتكبت بالفعل. انظر قضية Brinnegar v. United تقدم الإشارة إليها.

(2) المعقولية: هي أساس السبب المحتمل وقد فسرتها المحكمة العليا بأنها تعني ما هو أكثر من مجرد الشك، ولذلك لا تقبل رواية المدعي كقضية مسلمة، ولكن يجب على المسؤول القضائي أن يقتنع بأن المعلومات التي نمت إلى علمه هي حقائق يمكن الوثوق بصحتها توقيتاً ومكاناً وبالأدلة، شهود رؤية، أو سماع أصوات، أو انبعاث روائح، أي كل ما من شأنه الاعتقاد بأن المدعي عليه قد تصرف تصرفا إجراميا، انظر القضايا التالية:

Drapez V. United States , 358 U.5307. 313 , 79s. ct. 399 (1959)

Aguilar V. Texas, 378 U. S. 108, 113, 84 s.ct. 1209 (1964)
Beck v. ohio , 379, U.S. 89, 13 c. Ed. 2nd . 142, 82 s. ct. 223 (1964)

(3) انظر Cherif Bassiouni op. Cit P. 342

(4) ومن الأمثلة على هذه التجاوزات أنه تعرضت عائلتان بريئتان بولاية ايلينويز في أبريل سنة 1973 للرعب عندما داهم موظفو مكتب المخدرات الاتحادي منزليهما بحثاً عن مخدرات بناء على معلومات زائفة، ولم يكن لدى هؤلاء الأفراد ترخيص بالتفتيش، وكان تصرف القوة مجافياً للقانون. وليس هذا الحادث هو الحادث الوحيد من نوعه بل هناك حوادث عدة،
انظر Democrecy under Pressure, op. Cit. P. 114

(5) انظر: جريدة نيويورك تايمز العدد الصادر في 7 يونية سنة 1973 ص 36 .

KNOCK" وهو يعني عدم الاستئذان إن قُبِل إجراءُ التفتيش ومؤداه أن يصبح لقوة البوليس في مدينة واشنطن -في ظروف خاصة- أن تدخل المَنزل وتفتش وتضبط مواداً بدون استئذان، أو إعلان مسبق. وقد وصف جانب من الفقه إجراءات هذا التشريع بأنها تعسفية وغير دستورية[1]. وسنعرض للحالات التي يباح فيها دخول المسكن بدون إذن في مبحث لاحق إنشاء الله.

المقارنة :-

بعد هذا العرض لحرمة المسكن في الشرائع المختلفة، يتضح لنا أن الإسلام في تقريره لمبدأ حرمة المسكن، وتشديده على من اعتدى على هذه الحرمة، ومنعه اقتحام البيوت سواء أكان ذلك من معتد أم متسلط، لا يستند إلى مفهوم ديني صرف كما هو الحال في القانون الروماني، ذلك أن المسكن في الإسلام لم يكن محطاً لقوى غيبية مما تخلع عليه صفة القداسة وتمنحه خاصية المعبد، بل إن هذا يعتبر تصوراً وثنياً من وجهة النظر الإسلامية، وإنما كانت حرمة المسكن في الشريعة الإسلامية تستمد جذورها من فكرة اجتماعية وهي الحفاظ على الأمن، والالتزام، بالآداب ورعاية مصالح الأفراد، وشخصية أسرارهم، وبهذا استطاع الإسلام أن يرسي قواعد العدالة والحرية في مرحلة مبكرة من تأريخ البشرية، وفي عصر كانت تحوطه المظالم ويخيم عليه كابوس الاستبداد.

وميزة أخرى تمتاز بها الشريعة الإسلامية وهي أنها لم تعرف ذلك المنحى والاتجاه الذي عرفته التشريعات البشرية حيث انتزعت الاعتراف بحرياتها الفردية من خلال ثورات دموية، كالثورة التي قامت في إنجلترا ضد الملك جون عام 1262، واضطرته إلى إصدار الوثيقة التي تعرف باسم الماجنا كارتا، كذلك الثورة الفرنسية عام 1789 التي تمخضت عن إعلان حقوق الإنسان والمواطن. وإنما جاءت الشريعة الإسلامية لتقرر الحقوق والحريات ابتداء وهو ما ينسجم مع الشريعة باعتبارها من الله، وهو خبير بعباده، عليم بما يخالجهم من مشاعر وأحاسيس.

وإذا صح الاتجاه الذي ذهبنا إليه والذي يقضي بأن الأساس الذي بني عليه حرمة المسكن هو المساس بحق السر، تكون الشريعة الإسلامية قد سبقت الفكر القانوني إلى تقرير هذا الحق والاعتراف به.

وبالجملة فإن الفكر القانوني الحديث قد وصل في نهايته بعد كفاح طويل وجهد بشري شاق عبر قرون طويلة إلى تقرير ما توصل إليه الفقه الإسلامي في فترة مبكرة. يتضح هذا إذا علمنا أن المعقولية والتي هي أساس السبب المحتمل الذي يبيح للسلطة دخول المسكن لا تعني في الفكر القانوني الحديث إلا أن تكون المعلومات التي نمت إلى علم السلطة هي حقائق يمكن الوثوق بصحتها توقيتاً، ومكاناً، وبالأدلة، شهود رؤية أو سماع أصوات، أو انبعاث روائح، أي كل ما من شأنه الاعتقاد أن المدعى عليه قد تصرف تصرفاً إجرامياً. وهذا الفهم لا يكاد يخرج عن فهم الفقهاء المسلمين منذ فترة قديمة إلا من حيث ارتباط فهم الشرعيين بالحقيقة الكبرى وهي الله سبحانه وتعالى.

---

(1) انظر Democray under Pressure op. Cit. P. 110

وللتدليل على هذه الحقيقة نسوق ما قرره الفقهاء المسلمون بهذا الصدد حرفياً. يقول الغزالي[1]: بعد أن يتساءل عن حد الظهور والاستتار بالمعصية " فاعلم أن من أغلق باب داره وتستر بحيطانه فلا يجوز الدخول بغير إذنه لتعرف المعصية، إلا أن يظهر في الدار ظهوراً يعرفه من هو خارج الدار كأصوات المزامير، والأوتار إذا ارتفعت بحيث جاوز ذلك حيطان الدار، وكذا إذا ارتفعت أصوات السكارى بالكلمات المألوفة بينهم بحيث يسمعهم أهل الشوارع، فهذا إظهار موجب للحسبة"[2]. وكذلك إذا وصل للحاكم علم من يثق به باستمرار منكر يخشى من عدم تداركه، فله أن يقدم على الكشف حذراً من فوات ما لا يستدرك من المحظورات[3]،أوأخبره اثنان بأن فلاناً يرتكب المعاصي في بيته.

وهكذا يكون الفقه الإسلامي قد اشترط المعقولية لدخول مسكن الغير وتفتيشه، وهذا ما توصل إليه القضاء الأمريكي الحديث. على أنه يلاحظ أن الإذن في الفقه الإسلامي له طبيعة خاصة تختلف عنه في القانون، مما نعرض له في مبحث لاحق.

(1) هو أبو حامد محمد بن محمد بن أحمد الغزالي الملقب بحجة الإسلام. ولد الغزالي سنة 450 هـ وقيل 451هـ. كان من كبار فقهاء المدرسة الشافعية وعظماء فلاسفة الإسلام ومن خيار السادة الصوفية. من أشهر مصنفاته المنخول، المستصفى، إحياء علوم الدين، تهافت الفلاسفة. توفي سنة 505 هـ. انظر طبقات الشافعية 242/2، الأعلام للزركلي: 247/7، شذرات الذهب 10/4-13، وفيات الأعيان: 216/4، كشف الظنون 1616/2.

(2) إحياء علوم الدين للغزالي: 325/2.

(3) موسوعة جمال عبد الناصر، باب احتساب ص 70، الشيخ علي الخفيف.

الفصل الرابع
في الاستئذان والإذن
المبحث الأول: ماهية الاستئذان, ووجوبه, وكيفيته

الاستئذان لغة:

الاستئذان على وزن الاستفعال من أذن بالشيء إذناً، وأذاناً: علم، واستأذنت فلاناً استئذاناً، وأذنت: أكثرت الإعلام بالشيء، واستأذنه: طلب منه الإذن، وأذن له عليه: أخذ منه الإذن، وأذن له بالشيء إذناً: أباحه له[1].

الاستئناس:

الاستئناس من التأنس وهو خلاف الوحشة يقال: آنس الشيء: أحسه، وآنس الشخص واستأنسه: رآه وأبهره ونظر إليه. يقال: آنست منه الرشد، أي - تعلم منه كمال العقل ومداد الفضل، وحسن التصرف. قال الزجاج[2]: معنى تستأنسوا في اللغة:

(1) انظر لسان العرب 10/13 مادة أذن، تاج العروس 119/9 مادة اذن .

(2) هو إبراهيم بن السري بن سهل أبو إسحاق الزجاج ولد في بغداد سنة 241هـ كان من أهل الفضل والدين، حسن الاعتقاد، جميل المذهب، كان يخرط الزجاج ثم مال إلى النحو فلزم المبرد توفي سنة 311 هـ في بغداد. ومن مصنفاته: معاني القران، الاشتقاق، شرح أبيات سيبويه وغيرها.
انظر بغية الوعاة 211/1 تهذيب الأسماء واللغات 170/1 والأعلام 33/1 إنباه الرواة 159/1.

تستأذنوا، و قال الفراء[1]: الاستئناس في كلام العرب: النظر، يقال: اذهب فاستأنس هل ترى أحداً فيكون معناه: هل ترى أحداً في الدار[2].

وفي ضوء ما قدمناه من عرض لغوي يكون معنى الاستئناس الوارد في قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَدْخُلُوا بُيُوتاً غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْنِسُوا) محتملاً لوجهين:

أحدهما: أنه من الاستئناس الظاهري الذي هو ضد الاستيحاش، فهو من الأنس بالضم خلاف الوحشة، ذلك لأن من يطرق بيت غيره لا يدري أيؤذن له أم لا فهو كالمتوحش من خفاء الحال عليه، فإذا أذن له زال عنه الاستيحاش، وعاد إليه الأنس، ولما كان الاستئذان لازماً للإذن، أطلق اللازم وأراد به ملزومه الذي هو الأحوال، وهو من الأساليب العربية المعتادة[3].

قد ذهب من قال بالمجاز إلى أن هذا من المجاز المرسل[4] وعلى القول الذي يذهب إلى أن هذه الآية أطلق فيها اللازم و أريد الملزوم يكون معنى الآية " حتى تستأذنوا "

ويشهد لهذا قوله تعالى: (لا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ إلا أَنْ يُؤْذَنَ لَكُمْ)[5].

وذهب الزمخشري[6] إلى أنه من قبيل الكتابة والإرداف[7] لأن هذا النوع من الاستئناس يردف في الأحوال فوضع موضع الأحوال[8] .

ثانيهما: إن الاستئناس هو الاستعلام، والمستأنس طالب العلم مستكشف أنه هل يراد دخوله أم لا ؟ وهو مشتق من آنس الشيء: علمه، ومعنى الآية على هذا يكون: حتى تستعلموا وتستكشفوا الحال[9] ويشهد لهذا قوله تعالى: (فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً)[10]

---

(1) هو يحيى بن زياد بن عبد الله بن مروان الديلمي إمام العربية، أبو زكريا المعروف بالفراء ولد بالكوفة سنة 144هـ كان أعلم الكوفيين بالنحو بعد الكسائي حتى قيل عنه أمير المؤمنين في النحو وكان يحب الكلام ويميل الى الاعتزال. وكان أكثر مقامه في بغداد. توفي في طريق مكة سنة 207هـ. ومن مصنفاته: معاني القرآن، البهاء فيما تلحن فيه العامة، المقصور والممدود.
انظر بغية الوعاء 333/2 وفيات الاعيان 176/6 وشذرات الذهب 19/2، الأعلام 187/9 ومعجم المؤلفين 198/13 وتهذيب التهذيب 212/11.

(2) تاج العروس 101/4 مادة أنس.

(3) روح المعاني 134/18، أضواء البيان للشنقيطي 168/6، الكشاف للزمخشري: 59/3 وحاشية الشريف الجرجاني: 58/3 .

(4) المجاز المرسل هو الكلمة المستعملة قصداً في غير معناها الأصلي لملاحظة علاقة غير المشابهة مع قرينة دالة على عدم إرادة المعنى الوضعي.
انظر جواهر البلاغة: 292 .

(5) سورة الأحزاب، آية 53.

(6) هو محمود بن محمد بن أحمد الزمخشري الخوارزمي أبو القاسم جار الله ولد سنة 467هـ في زمخشر. كان واسع العلم كثير الفضل متفننا في كل علم معتزلياً، قوياً في مذهبه ورد بغداد غير مرة وتوفي سنة 538هـ. ومن تصانيفه: الكشاف في التفسير، المفصل في النحو، الفائق في غريب الحديث.
انظر: الأعلام 55/8 وبغية الوعاة 279/2 وشذرات الذهب 118/4ووفيات الأعيان 168/5.

(7) الكناية هي لفظ أريد به غير معناه الذي وضع له مع جواز إرادة المعنى الأصلي لعدم وجود قرينة مانعة من إرادته نحو: زيد طويل النجاد تريد بهذا أنه شجاع عظيم، فعدلت عن التصريح إلى الإشارة .

(8) الكشاف للزمخشري 59/34 .

(9) روح المعاني: 134/8، حاشية الشريف الجرجاني: 58/3، اضواء البيان للشنقيطي: 168/6، الكشاف للزمخشري: 59/3.

وقوله تعالى: (إِنِّي آنسْتُ ناراً لَعَلِّي آتِيكُمْ مِنْهَا بقَبَسٍ)[1] وهناك أوجه أخرى أضربت عن ذكرها لعدم الاعتداد بها[2].

وعلى الرغم من التشابه الواضح بين المادتين - استأنس، واستأذن - من الناحية اللغوية - إلا أن الشرعيين قد اختلفوا في مفهومهما وهل المراد بهما شيء واحد أم أن مفهومهما متغايران؟

لقد اختلف علماء الشريعة، وانقسم الرأي إلى مذهبين:

أحدهما: يذهب إلى أن الاستئذان غير الاستئناس، وبه قال مجاهد وعزاه صاحب الفتح إلى الجمهور[3]، ويرى هذا الفريق أن الاستئناس إنما يكون بالتنحنح، أو بالتسبيح، أو بأي وجه آخر إن أمكن وبالقدر الذي يعلم به المستأذن أنه قد شعر به صاحب البيت، وعلى إثر ذلك يدخل[4].

وقد أسس هذا الفريق رأيه على ما روي عن أبي أيوب الأنصاري[5]، أنه قال: قلنا: يا رسول الله هذا السلام فما الاستئناس؟ قال: يتكلم الرجل بتسبيحة، وتكبيرة وتحميدة، ويتنحنح، ويأذن أهل البيت[6]. قال القرطبي: "وهذا نص في أن الاستئناس غير الاستئذان كما قال مجاهد ومن وافقه[7].

وثانيهما: إن الاستئناس هو الاستئذان وبه قال الإمام مالك وهو قراءة أبي[8]، وابن عباس وسعيد بن جبير[9] وقتادة وجماعة من العلماء[10].

---

(10) سورة النساء: آية 6.
(1) سورة طه: آية 10.
(2) هناك رأي يذهب إلى أن الاستئناس مشتق من الإنس بالكسر فيكون المعنى في هذه الحالة حتى تطلبوا معرفة من في البيوت من الإنس، وقد ضعف هذا الرأي، لأنه يوهم بجواز الدخول بدون إذن وذلك في حالة المعرفة مع أن معرفة من في البيت لا تغني عن الإذن.
انظر روح المعاني: 134/18 .
(3) فتح الباري: 7/11.
(4) تفسير الطبري: 88/18،روح المعاني: 134/18، عمدة القاري 231/22، فتح الباري: 7/11، تفسير القرطبي: 214/12، أوجز المسالك إلى موطأ مالك: 124/15 .
(5) هو أبو أيوب خالد بن زيد بن كليب الأنصاري الصحابي الجليل شهد العقبة، وبدراً، وأحداً، والخندق، وجميع المشاهد مع رسول الله ونزل عليه رسول الله حين قدم المدينة، وأقام عنده شهراً حتى بنى مسكنه ومسجده. روى عن الرسول مائة وخمسين حديثاً. توفي بأرض الروم غازياً سنة خمسين وقيل 51 هـ وقيل 52هـ انظر تهذيب الأسماء: 177/22.
(6) سنن ابن ماجة: 221/2 وفيه قال البوصيري في الزوائد في اسناده ابو ثورة قال فيه البخاري منكر الحديث ويروي عن أبي أيوب مناكير لا يتابع عليه. وقال السندي: 399/2 وفي الزوائد في إسناده أبو ثورة ولم يضف جديداً.
(7) تفسير القرطبي: 214/12.
(8) هو أبي بن كعب بن قيس بن عبيد بن يزيد البخاري الأنصاري الخزرجي. شهد أبي رضي الله عنه العقبة الثانية في سبعين من الأنصار، وشهد بدراً وغيرها من المشاهد مع رسول الله وكان كاتب رسول الله. توفي ودفن في المدينة قبل سنة 30 هـ في خلافة عثمان، وقيل سنة 19 هـ وقيل سنة 20هـ وقيل سنة 22هـ وقيل غير ذلك. انظر تهذيب الأسماء واللغات: 110/1.
(9) هو: سعيد بن جبير بن هشام الأسدي وكنيته أبو عبد الله كان فقيها ورعا قرأ القران على ابن عباس وحدث عنه وعن غيره. وكان يقال له جهبذ العلماء، وعن ابن عباس تسألوني يا أهل الكوفة وفيكم سعيد بن جبير خرج سعيد مع ابن الأشعث على الحجاج ثم اختفى وتنقل في النواحي، ثم أتى به الحجاج فقتله سنة خمسٍ وسبعين ومائة هجرية. انظر تذكرة الحفاظ: 1 /76، تهذيب التهذيب 11/4، حلية الأولياء 272/4، شذرات الذهب: 108/1، طبقات القراء لابن الجوزي 305/1، طبقات المفسرين:181/1.

ويستدل لهذا الرأي بما رواه أبو سعيد الخدري[1]. قال: كنت في مجلس من مجالس الأنصار إذ جاء أبو موسى[2] كأنه مذعور، فقال استأذنت ثلاثاً فلم يؤذن لي فرجعت فقال:ما منعك أن تدخل؟ قلت: استأذنت ثلاثاً فلم يؤذن لي فرجعت, فقال رسول الله ρ: إذا استأذن أحدكم ثلاثاً فلم يؤذن له فليرجع. فقال: والله لتقيمن عليه بينة, أمنكم أحد سمعه من النبي ρ؟ فقال: أبي والله لا يقوم معك إلا أصغر القوم فقمت معه, فأخبرت عمر أن النبي ρ قال ذلك.

وروي أن أبا سعيد قال لعمر خرجنا مع النبي ρ وهو يريد سعد بن عبادة[3] حتى أتاه فسلم, فلم يؤذن له ثم سلم ثانية فلم يؤذن له ثم سلم ثالثة فلم يؤذن له قال: قد قضينا ما علينا ثم رجع[4] .

ومن خلال هذه الروايات الصحيحة نعلم أن الاستئناس المذكور في الآية هو الاستئذان المكرر ثلاثاً وليس المراد به التنحنح كما عزاه صاحب الفتح للجمهور لأنه خلاف التحقيق، وأن الصواب في ذلك ما نقله الطبري عن طريق قتادة، قال: الاستئناس هو الاستئذان ثلاثاً[5]. يقول الطبري في معرض ترجيحه بين القولين المتقدمين "والصواب من القول في ذلك عندي أن يقال إن الاستئناس الاستفعال من الأنس وهو أن يستأذن أهل البيت في الدخول عليهم مخبراً بذلك من فيه وهل فيه أحد وليؤذنهم أنه داخل عليهم فيأنس إلى إذنهم له في ذلك ويأنسوا إلى استئذانهم إياهم"[6]. أما الحديث المروي عن أبي أيوب الأنصاري فهو حديث ضعيف[7].

وعلى الرغم من أننا نرى أنه ليس هناك ما يمنع من أن يعبر عن الاستئذان بالاستئناس دون أن يكون هناك وهم، أو خطأ من الكاتب من الناحية اللغوية إلا أننا نرى أن ابن عباس قد قال في قوله تعالى: "حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ": إنما هي

---

(10) أحكام القرآن لابن العربي: 1347/3، تفسير الشوكاني 18/4، فتح الباري 7/11، روح المعاني:133/18-134، بدائع الصنائع 3962/6، عمدة القاريء 230/22، تفسير الطبري 87/18-88.

(1) هو سعد بن مالك بن سنان الخدري الأنصاري الخزرجي أبو سعيد، ولد سنة عشرة قبل الهجرة وهو صحابي جليل كان من الصحابة الملازمين للنبي ρوروى عنه أحاديث كثيرة وقد غزا اثنتي عشرة غزوة منها الخندق. توفي بالمدينة المنورة سنة 74هـ .
راجع حلية الأولياء 369/1، الأعلام 138/2، تهذيب التهذيب 479/3، صفوة الصفوة 714/1.

(2) هو: أبو موسى الاشعري عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار بن حرب الصحابي الكوفي رضي الله عنه قدم إلى النبي قبل هجرته إلى المدينة فأسلم ثم هاجر إلى الحبشة ثم هاجر إلى الرسول في المدينة بعد فتح خيبر مع جعفر، روى عن الرسول ρ360 حديثا اتفق البخاري ومسلم منها على خمسين وانفردمسلم بخمسة عشروالبخاري بخمسة عشر، توفي بمكة أو بالكوفة سنة 50هـ وقيل 51هـ وقيل 52هـ. انظر تهذيب الأسماء واللغات: 268/2.

(3) هو سعد بن عبادة بن دليم بضم الدال -بن حارثة الأنصاري الخزرجي الساعدي اتفقوا على أنه كان نقيب بني ساعدة, وكان صاحب راية الأنصار في المشاهد كلها. وكان سيداً جواداً, وجيهاً في الأنصار ذا رئاسة, وسيادة , وكرم توفي سنه 16هـ وقيل 15 هـ وقيل 14هـ. وقيل 11هـ واتفقوا على أنه توفي في حوران من الشام. انظر: تهذيب الأسماء واللغات: 212/1

(4) صحيح البخاري /كتاب الاستئذان/ باب التسليم والاستئذان ثلاثا. فتح الباري 11/22-23وفي نفس المعنى انظر: ابن ماجة 1221/2ومسند الإمام احمد 6/3 صحيح مسلم/كتاب الأدب/باب الاستئذان: ص 1694 رقم الحديث 2153 - 2154, الأدب المفرد: 508/2.

(5) تفسير الطبري87/18فتح الباري7/11.

(6) تفسير الطبري:98/18.

(7) فتح الباري:7/11 .

خطأ أو وهم من الكاتب. وإن الصواب حتى تستأذنوا "[1] وهذا القول من ابن عباس يصعب قبوله والتسليم به ذلك لأن مصاحف الإسلام لا سبيل للشك فيها إذ نقلت إلينا بطريق متواتر وقد ثبت في هذه المصاحف من لدن عثمان[2]. وإلى يومنا هذا " حتى تستأنسوا" وانعقد الإجماع عليها فلا يجوز خلافها فإطلاق الخطأ أو الوهم لا يصح عن ابن عباس مع تضافر النصوص الدالة على أن القرآن محفوظ لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه وقد طعن في نسبة هذا القول إلى ابن عباس جماعة من العلماء[3]، مستندين إلى أن تصحيح الحاكم لا يعول عليه، يقول النووي: "واعتنى الحاكم بضبط الزائد عليهما ـ أي على الصحيحين البخاري ومسلم ـ وهو متساهل[4]، والضرر في مستدرك الحاكم أنه كان يضن ما ليس بصحيح صحيحاً وفي كثير من الأحاديث التي أوردها مقال[5].

وقد وجه بعض العلماء كلام ابن عباس المتقدم بأنه قراءة كان قد تلقاها عن أبي وأما قراءتها بالسين فهو موافق لخط المصحف الذي لا يجوز الخروج عليه وقراءة أبي من الأحرف التي تركت القراءة بها فيكون مراد ابن عباس بالخطأ أنه خطأ في الاختيار وترك لما هو الأولى، وذلك لجمع الناس على سبعة أحرف. لا أن ما كتب خطأ خارج عن القرآن[6].

والذي أعتقده بعد هذا كله أن هذا الخبر يبعد عن الصحة، ويدفعنا لهذا الإنكار هو ثبوت الإجماع على خلاف ما يقتضيه ظاهر كلام ابن عباس.

---

(1) المستدرك:396/2 وقال هذا حديث صحيح على شرط الشيخين وأقره الذهبي في تلخيص المستدرك:2/ 396وتفسير الطبري: 87/18 وفتح الباري:7/11، وروح المعاني:133/18وعمدة القاري:473/10وبدائع الصنائع:2962/6 والكشاف للزمخشري:59/3 وأحكام القرآن لابن العربي 1347/3.

(2) هو عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي القرشي الأموي أمير المؤمنين ولد سنة 47 قبل الهجرة وهو أحد العشرة المبشرين بالجنة وأحد الستة أصحاب الشورى الذين توفي رسول الله عنهم راض، وأحد الخلفاء الراشدين وأحد السابقين إلى الإسلام وأحد المنفقين في سبيل الله الإنفاق العظيم وأحد أصهار رسول الله كانت حياته جهاداً إلى أن قتل يوم الدار والمصحف بين يديه سنة35 هـ. انظر تهذيب الأسماء واللغات 324/1والأعلام 371/4.

(3) تفسير القرطبي:214/12وروح المعاني133/18وتفسير غرائب القرآن73/18، البحر المحيط445/6والكشاف للزمخشري59/3.

(4) تدريب الراوي:105/1.

(5) علوم الحديث ومصطلحه:125. وقد قال ابن الصلاح عن الحاكم في مستدركه: هو واسع الخطو في شرح الصحيح متساهل في القضاء به فالأولى أن يتوسط في أمره فما لم نجد فيه تصحيحاً لغيره من الأئمة فإن لم يكن صحيحاً فهو حسن يحتج به إلا أن تظهر فيه علة توجب ضعفه.
وقال ابن كثير اختصر الذهبي وجمع فيه جزءا كبيرا من الموضوعات وذلك يقارب مائة حديث . انظر الباعث الحثيث بتحقيق أحمد شاكر :ص 23-24.

(6) وتأويل كلام ابن عباس على هذا النحو بعيد لأنه يخالف ظاهر كلامه فإن ظنه أولوية ما أجمع عليه الصحابة مع اعتقاده خلاف ذلك مما سمعه عن رسول الله العرضة الأخيرة بعيد. ولعل مرد هذا التأويل هو ورود الخبر في كتب معتبرة خلاف كتاب المستدرك مثل كتاب المختارة للضياء مما حدا بهولاء العلماء إلى تأويله. انظر روح المعاني:134/18.

والشرعيون في النهاية متفقون على أن مفهوم الاستئذان هو طلب الإذن في الدخول لمحل لا يملكه المستأذن ولا يملك منفعته[1].

وجوب الاستئذان:

أجمع العلماء على مشروعية الاستئذان، وقد تظافرت الأدلة على ذلك من الكتاب، والسنة، وإجماع الأمة، وهو واجب وجوب الفرائض فمن تركه فهو عاص لله ورسوله ومن جحده فهو كافر [2]يخرج عن الملة الإسلامية، لأنه أنكر ما هو معلوم من الدين بالضرورة والأصل فيه قوله تعالى: (وَإِذَا بَلَغَ الأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا)[3] وهذا الأمر الأصل فيه الوجوب إلا إذا قامت قرينة تصرفه عن ذلك كما هو مقرر في أصول الفقه ولا وجود لهذه القرينة.

وإما السنة فما روي أن رجلا قال للنبي ρ أأستأذن على أمي؟ قال: نعم. قال: ليس لها خادم غيري أأستاذن عليها كلما دخلت؟ قال: أتحب أن تراها عريانة؟ قال الرجل: لا...قال فاستأذن عليها "[4]. وهناك العديد من النصوص التي تسير في هذا الاتجاه وقد حكى غير واحد من العلماء الإجماع على وجوب الاستئذان[5].

وذهب جماعة من العلماء إلى أن الاستئذان فرض والسلام مستحب وبيانه[6]: أن السلام كيفية في الإذن، فقد روي عن زيد بن أسلم انه استأذن على ابن عمر فقال: ألج، فأذن له ابن عمر قال زيد فلما قضيت حاجتي أقبل علي ابن عمر فقال مالك، واستئذان العرب؟ إذا استأذنت فقل السلام عليكم فإذا رد عليك السلام فقل أأدخل فإذا أذن لك ادخل فعلمه سنة السلام[7].

ولما كان الحكم يختلف في الاستئذان تبعاً لاختلاف الداخل في بيت الغير، لأن الداخل لا يخلو، إما أن يكون محرماً أو أجنبياً وإما أن يكون مملوكاً أو حراً، وإما أن يكون صغيراً أو كبيراً، فإنه يتعين علينا تفصيل ذلك .

إما إن كان الداخل أجنبيا فلا يحل له الدخول في بيت الغير بغير استئذان وذلك لقوله تعالى:(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَدْخُلُوا بُيُوتاً غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْنِسُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا). ولقوله عليه الصلاة والسلام: "إذا استأذن أحدكم ثلاثا فلم يؤذن له فليرجع" فالأجنبي وكذلك القريب غير المحرم لا بد له من إذن حتى يدخل مسكن البيت سواء كان

---

(1) فتح الباري 1/11 كفاية الطالب الرياني 382/2 والفواكه الدواني:426/2.
(2) الشرح الصغير للدردير:690/3كفاية الطالب الرباني:382/2وشرح النووي 130/14والفواكه الدواني 426/2والآداب الشرعية والمنح المرعية لابن صالح الحنبلي 443/1.
(2) سورة النور :آية59.
(4) الإمام مالك:963/2.موطا
(5) الفواكه الدواني 426/2والشرح الصغير للدردير 690/3وكفاية الطالب الرباني 382/2وقد حكى النووي أن الاستئذان مشروع بإجماع :130/14.
(6) أحكام القرآن لابن العربي:1348، انظر تهذيب الأسماء واللغات 278/2 والأعلام 246/4.
(7) أحكام القران لابن العربي:1348.

الباب مفتوحاً أو مغلقاً، وقد اتفق الفقهاء على أن الدخول في بيت الغير بغير استئذان حرام[1].

أما إن كان الدخول في بيت فيه محارمه كبنته، وأخته، وأمه، فقد اختلف الشرعيون إلى ثلاثة مذاهب:

1- ذهب الحنفية إلى أن الدخول بغير استئذان مكروه يقول الكاساني[2]:" وان كان من محارمه فلا يدخل بغير استئذان أيضا وإن كان يجوز له النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة لعموم النص الذي تلونا - أي: قوله تعالى:(لا تَدْخُلُوا بُيُوتاً غَيْرَ بُيُوتِكُمْ) - ولو دخل عليها من غير استئذان فربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكرهان ذلك، إلا أن الأمر في الاستئذان على المحارم أيسر وأسهل، لان المحرم مطلق النظر إلى موضع الزينة منها شرعاً[3]. وقد تعقب صاحب فتح القدير ذلك بقوله:" فقد تلخص منه أن الدخول في بيت الأجنبي من غير استئذان حرام، والدخول في بيت محارمه مكروه، ويكفي في التأدي إلى الحرم جريان العادة بين الناس بدخول بعض المحارم على بعض بلا استئذان، وإن كان ذلك مما لا يمدح في حكم الشرع والحرج مدفوع شرعاً والذي يفهم من عبارات الحنفية أنهم حملوا الأحاديث التي تدل على منع المحرم من الدخول بغير استئذان على الكراهة لا على التحريم، وأيضا احتجوا بجريان العادة بالدخول على المحارم من غير استئذان، ودفع الحرج عن الناس. ويلاحظ أن الحنفية بإطلاقهم لفظ المكروه فإنما يعنون به المكروه تحريماً كما هو أصلهم.

2- وذهب المالكية وجماعة من العلماء إلى أن الاستئذان واجب على كل داخل سواء أكان محرماً أم غيره مما لا يحل له النظر إلى عورته[4][5].

3- أما الشافعية فقد فصلوا في ذلك فقرروا أن المحرم إن كان ساكناً مع صاحبه في البيت لم يلزمه الاستئذان وانما يلزمه أن يشعره بالدخول بنحو تنحنح، أو وطء الأرض، بشدة أو نحو ذلك ليستتر العريان وأما إذا لم يكن ساكناً معه فلا يخلو إما أن يكون الباب مغلقاً أو مفتوحاً . فإن كان مغلقاً لم يدخل إلا بإذن، وإن كان مفتوحاً فلهم في ذلك وجهان[6] أصحهما الاستئذان.

ونلاحظ أن مؤدى مذهب الشافعية والمالكية واحد، إذ إن الشافعية قد اشترطوا إعلام من في البيت بأي وسيلة من وسائل الإعلام .

والذي أرى رجحانه ما ذهب إليه المالكية ومن تبعهم والذي يدفعني إلى هذا الترجيح أمران:

---

(1) مغني المحتاج 199/4 وبدائع الصنائع2962/6وفتح القدير 34/10وكفاية الطالب الرباني 382/2والفواكه الدواني 426/2والآداب الشرعية 443/1.

(2) هو: أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني أو الكاشاني علاء الدين فقيه حنفي من أشهر مصنفاته: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. توفي سنة 587هـ وهو من أهل حلب. انظر الأعلام:46/2.

(3) بدائع الصنائ : 2962/6 .

(4) فتح القدير: 34/10.

(5) كفاية الطالب الرباني 2/ 382.والمنتقى للباجي 284/7.وأحكام القرآن لابن العربي 1348. وأوجز المسالك إلى موطأ مالك 124/15.

(6) مغني المحتاج: 199/4.

أحدهما: كثرة النصوص الواردة عن النبي ρ والدالة على الاستئذان في الدخول على المحارم فقد أخرج الإمام مالك في الموطأ أن رجلاً قال للنبي ρ: أأستأذن على أمي؟...قال: نعم. قال ليس لها خادم غيري، أأستأذن عليها كلما دخلت... قال: أتحب أن تراها عريانة ؟ قال الرجل لا. قال: فاستئذن عليها "[1].

وكان ابن عمر إذا بلغ بعض ولده الحلم لم يدخل عليه إلا بإذن[2].

فهذان النصان وغيرهما مما ثبت عند المحدثين[3] تدل على وجوب الاستئذان لكل داخل وهي نص في المحرم .

وثانيها: أن العلة التي من أجلها شرع الاستئذان وهو خوف الاطلاع على عورات الناس وما يطوونه من أسرار موجودة في بيوت المحارم، وكون المحرم له الاطلاع على مواطن الزينة لا يعني عدم وجود خصوصيات أخرى يطويها الإنسان عن أقرب الناس صلة به.

أما حكم المملوك فيدخل بيت سيده من غير استئذان إلا في ثلاثة أوقات قبل صلاة الفجر، وعند الظهر، وبعد صلاة العشاء[4] والأصل فيه قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنْكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلاثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلاةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهِيرَةِ وَمِنْ بَعْدِ صَلاةِ الْعِشَاءِ).

وقد اختلف العلماء في أن الاستئذان في هذه الأوقات الثلاثة هل هو واجب أو مندوب وهل الآية محكمة أم منسوخة؟... إلى ثلاثة مذاهب:

أحدها: أنها منسوخة[5] وإليه ذهب سعيد بن جبير وابن المسيب[6].

ويرد على هذا القول بما روي عن ابن عباس أن نفراً من أهل العراق قالوا: يا ابن عباس .. كيف ترى هذه الآية التي أمرنا فيها بما أمرنا ولا يعمل بها أحد؟ قال ابن عباس: إن الله حليم رحيم بالمؤمنين يحب الستر، وكان الناس ليس لبيوتهم ستور ولا حجال[7]، فربما دخل الخادم، أو الولد، أو يتيمة الرجل، أو الرجل على أهله فأمرهم الله تعالى بالاستئذان في تلك العورات فجاءهم بالستر والخير فلم أر أحداً يعمل بذلك[8] فهذا يدل على أن الأمر منوط بحال معين حيث كانوا لا أبواب لهم، ولو عاد الحال لعاد

---

(1) تقدم تخريج الحديث. ص: 271.

(2) الأدب المفرد: 2/ 500وقد وردت آثار عديدة بذلك. انظر المرجع السابق:ص500 - 501 - 502 - 503.

(3) فتح الباري: 21/11.

(4) بدائع الصنائع: 2964/6.

(5) تفسير القرطبي: 302/12. أحكام القران لابن العربي: 1285، تفسير الشوكاني: 48/4.

(6) هو سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب. ولد سنة 13هـ. وتوفي سنة 94هـ.وهو سيد التابعين، وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة، جمع بين الحديث والفقه. وكان من أحفظ الناس لأحكام عمر بن الخطاب وأقضيته حتى قيل فيه راوية عمر. انظر الأعلام 155/3.

(7) الحجال: جمع الحجلة (بالتحريك) وهو بيت كالقبة يستر بالثياب ويكون له إزار كبار. انظر لسان العرب: 11/ 144 مادة حجل.

(8) سنن أبي داود كتاب السنة باب الاستئذان في العورات، عون المعبود 95/14 - 96 قال أبو داود: وحديث عبيد الله وحديث عطاء يفسد هذا الحديث وكذلك ضعفه المنذري وحديث عبيد الله وعطاء نصه: لم يؤمن (لم يؤمر) بها أكثر الناس آية الإذن وإني لآمر جاريتي هذه تستأذن علي.

الوجوب[1] فدعوى الشيخ ضعيفة جداً، لان شروط النسخ لم تجتمع فيه من المعارضة والتقدم والتأخر، فكيف يتاتى لناظر أن يحكم به؟

ثانيهما: أنها للندب وليست للوجوب وإليه ذهب الجمهور من العلماء[2].

ثالثهما: أنها واجبة محكمة ثابتة وإليه ذهب جماعة من العلماء[3].

وهو الذي أميل إليه وأرجحه والذي يدفعني إلى هذا أن الرأي الأول لا يعول عليه إذ أن من غير الممكن إثبات دعوى النسخ وإذا صح أن الآية محكمة فإن الأمر الوارد فيها يجب أن يصرف إلى الأصل الذي هو الوجوب. والحكمة في تخصيص الاستئذان بهذه الأوقات هي انها وقت التجرد وظهور العورة في العادة[4].

وقد اختلف العلماء فيمن يشملهم قوله تعالى " ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم "

وهل يشمل العبيد والإماء أم يشمل واحداً منهما ؟ ... إلى ثلاثة أقوال:

الأول: أنه قصد بها الرجال فقط وهو مروي عن ابن عمر[5]. وبه قال مجاهد، وابن عباس[6].

الثاني: أنه خاص بالنساء دون الرجال[7].

الثالث: أنه عام في النساء والرجال وإليه ذهب الجمهور[8]. وهو ما أميل إليه وذلك لأن الرأي الثاني غريب لا يعول عليه حيث أنه يتناقض مع أساليب اللغة العربية، لأن العرب لا تعبر عن النساء بالذين وإنما تعبر عن ذلك باللاتي واللواتي. وقد وقع التعبير في الآية المتقدمة بلفظ الذين. أما الرأي الثاني فهو وإن كان موافقاً لأساليب العرب حيث أن (الذين) تطلق على الرجال حقيقة وعلى النساء مجازاً بدليل[9] إلا أن في سند الحديث المروي عن ابن عمر ليث بن أبي سليم وهو مختلط قال ابن حبان[10]: اختلط في آخر عمره . فكان يقلب الأسانيد ويرفع المراسيل وياتي عن الثقات بما ليس من حديثهم[11].

---

(1) تفسير الشوكاني: 48/4، تفسير القرطبي: 303/12.

(2) البحر المحيط: 472/6 وروح المعاني: 210/18.

(3) تفسير الشوكاني: 48/4 وتفسير القرطبي: 303/12 وروح المعاني: 210/18، الآداب الشرعية: 444/1.

(4) البحر المحيط 472/6 وروح المعاني 212/18 وبدائع الصنائع 2964/6.

(5) روى حكام عن عنبسة عن لبيب عن نافع عن ابن عمر قوله ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم قال هي على الذكور دون الإناث. انظر تفسير الطبري 124/18الأدب المفرد 499/2. وقال السيوطي في الدر المنثور 56/5 وأخرجه ابن أبي شيبة وابن جرير وابن المنذر. وقال يحيى بن اليمان العجلي: أبو زكريا عامة ما يرويه محفوظ وهو في نفسه لايتهم بالكذب. انظر فضل الله الصمد:499/2.

(6) روح المعاني 212/18 وتفسير الطبري 134/18 وأحكام القرآن لابن العربي 1348 وتفسير الشوكاني 48/4.

(7) روح المعاني 120/18 وأحكام القرآن لابن العربي:1385.

(8) تفسير الطبري 124/18 وروح المعاني 210/18 وأحكام القرآن لابن العربي 1385.

(9) تفسير القرطبي 303/12 .

(10) وهو محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ أبو حاتم البستي توفي سنة 354 هـ، وهو مؤرخ علامة جغرافي محدث قال عنه ياقوت أخرج من علوم الحديث ما عجز عنه غيره ومن أشهر مصنفاته المسند الصحيح والثقات وكان قد جمع مؤلفاته في دار رسمها بها في بلدته بست ووقفها ليطالعها الناس. انظر الأعلام:307/6 .

(11) تهذيب التهذيب: 465/8 - 466 .

وأيضاً فإن الله قد عم بقوله الذين ملكت أيمانكم، أي جميع أملاك أيماننا، دون أن يخصص منه ذكراً أو أنثى، فهو دال على جمبع من عمه التنزيل ذكوراً واناثاً.

أما الصبيان فإن كان الصغير لم يبلغ حد التمييز بحيث لا يعرف العورة وغيرها فيجوز له الدخول بدون استئذان في جميع الأوقات الثلاثة، وإن كان الصبي مميزاً بأن قرب من البلوغ وأصبح يفرق بين العورة وغيرها، فإنه يجب في هذه الحالة أن يؤمر بالاستئذان في هذه الأوقات الثلاثة[1] فإذا خرج الطفل عن حد الطفولة بأن يحتلموا أو يبلغوا السن التي يحكم فيها عليهم بالبلوغ وجب أن يفطموا عن تلك العادة ويحملوا على الاستئذان في جميع الأوقات كما في الرجال الكبار الذين لم يعتادوا الدخول إلا بإذن[2] والأصل في ذلك قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات من قبل صلاة الفجر وحين تضعون ثيابكم من الظهيرة ومن بعد صلاة العشاء ثلاث عورات لكم ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض كذلك يبين الله لكم الآيات والله عليم حكيم , وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم كذلك يبين الله لكم آياته والله عليم حكيم).

فإن قيل كيف يأمر الله الصبيان بالاستئذان والأمر تكليف ولا تكليف قبل البلوغ؟ فإنه يجاب على هذا بأن الأمر الوارد في قوله تعالى " ليستأذنكم الذين ملكت ايمانكم والذين لم يبلغوا الحلم " موجه للمخاطبين البالغين وذلك لتعليم الصبيان وأمرهم بالاستئذان, فهو شبيه بقوله عليه الصلاة والسلام: "مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر سنين "[3]. وبناء على ذلك يكون الأمر موجهاً للأولياء حتى يأمروا الصبيان بذلك. وقيل هو على الحقيقة في حق الجميع لأن التكليف يعتمد على التمييز ولا يتوقف على البلوغ ويكون المراد بالحلم المميزين[4].

وإذا كانت الأحكام التي سبقت تشمل الأحرار والعبيد والرجال والنساء كما رجحناه فهل هذه الأحكام تشمل الأعمى، ومن ثم يلزمه الاستئذان كما يلزم غيره ام لا تلزمه باعتبار أن النبيρ أخبر ان الاستئذان من أجل النظر؟

الظاهر مشروعية الاستئذان بالنسبة للأعمى أيضاً فهو داخل في عموم الموصول في قوله تعالى:(يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم) الآية ولأنه يطلع بواسطة سمعه على ما لا يحب أهل البيت اطلاعه عليه فيكون مشمولاً بكل الأحكام التي قررناها.

---

(1) بدائع الصنائع: 2964/6، وأحكام القرآن لابن العربي:1385 .
(2) الكشاف للزمخشري: 75/3 .
(3) سنن أبي داود / كتاب الصلاة / باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، عون المعبود 162/2 وقد ورد في مسند الإمام أحمد: 180/2 بلفظ أبنائكم وقال أحمد شاكر في تخريج الحديث إسناده صحيح . انظر مسند الإمام أحمد بتحقيق أحمد شاكر 10/ 216 .
(4) روح المعاني: 210/18 . والمنار لابن ملك: 938، وكشف الأسرار: للبزدوي: 237/4 وروضة الناظر: لابن قدامة 26، إرشاد الفحول: للشوكاني: 11.

أما قول النبي: "إنما جعل الاستئذان من أجل النظر" فإن بعض العلماء قد ذهبوا إلى أنه خرج مخرج الغالب[1].

كيفية الاستئذان:

اتفق العلماء على أنه من السنة أن يسلم الداخل ويستأذن ثلاثاً بيد أنهم اختلفوا في كيفية الاستئذان وهل يقدم السلام ؟ إلى ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: ذهب الجمهور إلى أن صورة الاستئذان ان يقدم السلام، فيقول الرجل السلام عليكم أأدخل، وهو ما ذهب إليه المحققون، ورجحه النووي[2]. وقد استدل هذا الفريق بما روي أن رجلاً من بني عامر استأذن على النبيρ وهو في بيت فقال أألج؟ فقال النبيρ لخادمه، أخرج الى هذا فعلمه الاستئذان، فقال له: قل السلام عليكم، أأدخل، فسمعه الرجل فقال: السلام عليكم أدخل؟ فأذن له النبيρ[3]. وقد روي عن النبي ρ أنه قال:" السلام قبل الكلام "[4]. وذكر النووي أنه صح عن النبي حديثان يدعمان هذا الرأي[5]. وبناء على هذا الرأي يكون قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا) من المقدم يكون معناه التأخير[6] .

المذهب الثاني: يقدم الاستئذان على السلام وصورته أن يقول: أأدخل ثلاث مرات ثم يسلم[7] وهذا اختيار ابن رشد[8] من المالكية.

وقد يستدل لهم بظاهر قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها) حيث قدم الاستئذان على السلام.

المذهب الثالث: أنه إن وقعت عين المستاذن على صاحب المنزل قبل دخوله بدأ بالسلام، وإلا قدم الاستئذان وهو اختيار الماوردي[9].

---

(1) روح المعاني: 135/18.
(2) فتح الباري: 22/11 وتفسير القرطبي: 214/12، حاشية كفاية الطالب: 382/2 والآداب الشرعية:448/1 وشرح النووي علىمسلم:136/14وتفسيرالشوكاني:18/4والروضة:235/10 وشرح المنتقى للباجي: 284/7 والفتاوى العالمكيرية: 324/5.
(3) سنن أبي داود كتاب الأدب باب كيف الاستئذان، عون المعبود 83/14 وقال المنذري رواه النسائي بنحوه وسكت عنه. البيهقي 340/8 .
(4) سنن الترمذي كتاب الاستئذان 59/5 وقال أبو عيسى: هذا الحديث منكر لا نعرفه إلا من هذا الوجه وسمعت محمداً ـ البخاري ـ يقول: عنبسة بن عبد الرحمن ضعيف في هذا الحديث ذاهب ومحمد بن زادان منكر. قال المناوي في فيض القدير 150/4 ومن العجب أنه ورد بسند حسن رواه ابن عدي في كامله من حديث ابن عمر. وقال ابن حجر: هذا الإسناد لا باس به .
(5) شرح النووي على مسلم: 136/14 .
(6) تفسير الطبري: 89/18 .
(7) روح المعاني: 134/18 وشرح النووي على مسلم:130/14 وحاشية العدوي 440/2 وتفسير الشوكاني 18/4، والآداب الشرعية: 449/1 .
(8) هو: محمد بن أحمد بن رشد أبو الوليد هو جد ابن رشد الفيلسوف من أصحاب الإمام مالك وأحد أعيان مذهب المالكية ولد سنة 450 هـ. وتوفي سنة 520 هـ. من أشهر مصنفاته: البيان والتحصيل والمقدمات والممهدات . انظر: الأعلام: 210/6 .
(9) الروضة:10/ 235.

والذي أعتقد رجحانه هو الرأي الأول وذلك لورود العديد من الأحاديث التي تدعمه.

ومن المسلم به أن الاستئذان تكفي فيه مرة واحدة على ما يقتضيه ظاهر قوله تعالى:(حتى تستأذنوا وتسلموا على أهلها). وهذا هو الحد الأدنى في الاستئذان.

أما الحد الأعلى المتفق عليه في الاستئذان هو ثلاث مرات وذلك لما روي عن أبي موسى الأشعري قال: استأذنت على عمر ثلاثاً فلم يأذن لي فرجعت قال ما منعك ؟ قلت: استأذنت ثلاثاً فلم يؤذن لي فرجعت فقال رسول الله ρ إذا استأذن أحدكم ثلاثاً فلم يؤذن له فليرجع[1].

وقد اختلف العلماء في زيادة الاستئذان على الثلاث، وذلك في حالة ظن المستأذن أنه لم يسمعه صاحب البيت إلى ثلاثة أقوال:

1- فذهب الجمهور ومنهم بعض المالكية إلى أنه لا يزيد على ذلك اتباعاً لظاهر النصوص الدالة على أن الاستئذان ثلاث ومنها النص المتقدم [2]

2- وذهب الإمام مالك وجماعة إلى أنه إن ظن المستأذن أنهم لم يسمعوه فلا بأس أن يزيد على الثلاث. أما إذا علم أنه سمع فليس له ذلك[3]. وحجتهم في ذلك حديث أبي موسى المتقدم حيث ورد فيه أن عمر بن الخطاب سأله مالك لم تدخل؟ فقالوا إن معناه ما يمنعك أن توالي الاستئذان حتى يؤذن لك ولذلك لم يجبه أبو موسى بأنه لم يؤذن لي وإنما أجابه بأنه سمع رسول الله ρ يقول: الاستئذان ثلاث فإن أذن لك فادخل وإلا فارجع، فهذا يمنع الزيادة على الثلاث هذا إذا علم أنه سمع فإن لم يجبه أحد، وظن أنهم لم يسمعوه فلا بأس أن يزيد على الثلاث[4].

3- وذهب فريق إلى أن الاستئذان إذا كان بلفظ السلام لم يزد وإذا كان بغير لفظ السلام زاد[5]. وقد يستدل لهم بظاهر الأحاديث الواردة بشأن الاستئذان حيث ورد النص في خصوص السلام فيرون الوقوف عند النص.

ويلاحظ أن الاستئذان إنما خص الثلاث، لأن هذا العدد يغلب فيه الإسماع والإفهام. ولذلك ورد عن النبي ρ أنه كان إذا تكلم بكلمة أعادها ثلاثاً حتى يفهم عنه وكذلك إذا سلم[6] والذي أعتقده رجحان الرأي الأول، لأنه إذا لم يأذن رب المنزل بعد الثلاث دل على أنه لا يريد الإذن وهذا من حقه[7] وأيضاً فإن الزيادة على ذلك ربما أقلقت صاحب المنزل.

---

(1) تقدم تخريج الحديث. انظر ص: 268.

(2) فتح الباري: 22/11 وشرح النووي على مسلم: 131/14 وشرح المنتقى للباجي: 284/7 وأوجز المسالك إلى موطأ مالك: 127/15 والآداب الشرعية: 445/1.

(3) شرح المنتقى للباجي: 284/7 وحاشية العدوي: 382/2 الشرح الصغير للدردير: 690/3 والفواكه الدواني:426/2 وفتح الباري: 22/11 والآداب الشرعية: 445/1 .

(4) شرح المنتقى للباجي: 284/7.

(5) فتح الباري:22/1 وأوجز المسالك إلى موطأ مالك: 127/15.

(6) نص هذا الحديث عن أنسτ أن رسول الله ρ كان اذا سلم سلم ثلاثاً وإذا تكلم بكلمة أعادها ثلاثاً. انظر صحيح البخاري كتاب الاستئذان باب التسليم والاستئذان ثلاثاً. وفتح الباري 22/11.

(7) فتح الباري 26/11.

وحكى ابن عبد البر[1] عن بعضهم أن أصل الثلاث في الاستئذان قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم) ثم عقب بأن هذا غير معروف في تفسيرها وإنما أطبق الجمهور على أن المراد بالمرات الثلاث الأوقات الثلاثة[2] ومن المعلوم أن يقوم مقام الاستئذان نقر الباب ثلاثاً سواء كان الباب مغلقا او مفتوحاً[3]، والأصل فيه ما روي عن جابر قال أتيت النبيρ في دين كان على أبي فدققت الباب فقال: من ذا؟ فقلت: أنا[4].

وصفة الدق أن يكون خفيضاً بحيث يسمع من غير عنف يدل على هذا ما روي عن أنس من أن أبواب الرسول كانت تقرع بالأظافير[5] وهذا الحديث محمول على المبالغة في الأدب، وهو يصدق فيما إذا كان محل صاحب المنزل قريباً من الباب. أما إذا كان بعيداً فيستحب أن يقرع بما فوق ذلك. وفي حديث جابر المتقدم فوق ما فيه من دلالة على أن النقر يقوم مقام الاستئذان فهو يدل على أنه لا يشترط في النقر أن يكون باليد، أو بغيرها إذ إنه لم يقع في الحديث المتقدم بيان هل كان بآلة أو بغيرها؟ ومن هنا يمكن القول إن آلات الإيقاع الحديثة تقوم مقام الاستئذان، إذ إن لكل قوم عرفهم في الاستئذان والتعبير عنه.

---

(1) هو أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر التمري القرطبي المالكي. ولد في قرطبة سنة 368 هـ وتوفي في شاطبة سنة 463 هـ. نبغ في القراءات والحديث والفقه والأخبار والأنساب لكن غلب عليه الحديث والفقه فكان فيهما أشهر تنقل في شرق الأندلس وغيرها نسبت إليه كتب التراجم طائفة كبيرة من الكتب منها: البيان عن تلاوة القرآن والتمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد والاستذكار لفقهاء الأمصار انظر مقدمة الاستذكار، شذرات الذهب: 314/3 ووفيات الأعيان 66/7 وتذكرة الحفاظ: 1128 وهدية العارفين:550/2.

(2) فتح الباري:26/11.

(3) حاشية كفاية الطالب الرباني: 382/2 وتفسير القرطبي: 215/12 وفتح الباري 30/11.

(4) صحيح البخاري كتاب الاستئذان/باب إذا قال من ذا فقال أنا. فتح الباري 30/11 ومسند الإمام أحمد: 363/3.

(5) الأدب المفرد: 515/2 وقال الحافظ أخرجه أبو نعيم في تاريخ أصبهان وقال الذهبي فيه محمد بن مالك بن المنتصر ولا يعرف وذكره ابن حبان في الثقات انظر: فضل الله الصمد 515/2.

المبحث الثاني: في الإذن

من يملك الإذن؟

إن الإذن لكي يكون صحيحاً يجب أن يصدر ممن يملكه, والأصل فيه قوله تعالى: (فإن لم تجدوا فيها أحداً فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم) الآية. فهي تمنع دخول البيوت الخالية من الأهل مطلقاً, أو ممن لايملك الإذن سواء وجد فيها أحد أو لم يوجد.

وصرح فريق من العلماء أنه يكفي في الإذن حيث يطلب سواء كان مطلوباً على وجه الوجوب أو الندب إذ الصبي والعبد إذا كان يوثق به[1]. وإن كان قول الصغير لغواً في الأحكام بإجماع أهل الإسلام ولكن الإذن في المنازل مرخص فيه للضرورة الداعية إليه. وقد كان أنس بن مالك دون البلوغ يستأذن على رسول الله ρ فيعمل على قوله وكذلك الصحابة مع أبنائهم وغلمانهم[2]. وقد يستدل لهذا أيضاً بقوله تعالى: (حتى يؤذن لكم) إذ إن المفعول وقع بصيغة المجهول فهو يعم كل إذن ومن ثم لا حاجة بتخصيص اذن معين.

وعلينا أن نشير هنا إلى أنه ليس للزوجة أن تأذن في الدخول إلى بيت زوجها إلا في حالة الضرورة أو موافقة الزوج لما روي عن النبي الرسول ρ أنه قال: "لا تأذن ـ أي المرأة ـ في بيته إلا بإذنه"[3]. يقول النووي: "وفي هذا إشارة إلى أنه لا يفتات على الزوج بالإذن في بيته إلا بإذنه"[4].

وقد ساق مسلم الحديث بطريق آخر[5]. وفيه يقول الرسول ρ: "لا تصم المرأة وبعلها شاهد إلا بإذنه،لا تأذن في بيته وهو شاهد إلا بإذنه، وما أنفقت من كسبه من غير أمره فإن نصف أجره له"[6].

وقيد الشاهد الوارد في هذا الحديث لا مفهوم مخالفاً له[7] بل هو مخّرج مخرج الغالب ذلك لأن غيبة الزوج عن داره لا يبيح للزوجة أن تأذن بدخول بيته بل الأمر على العكس من ذلك حيث يزداد المنع ويتأكد[8] وذلك للأحاديث الكثيرة الدالة على النهي عن الدخول عن المغيبات[9] من ذلك قوله عليه الصلاة والسلام "لا يدخل رجل بعد يومي

---

(1) حاشية كفاية الطالب الرباني: 382/2، والفواكه الدواني: 427/2.
(2) أحكام القرآن لابن العربي: 1351.
(3) صحيح البخاري/كتاب النكاح/باب لا تأذن المرأة في بيت زوجها لأحد إلا بإذنه. فتح الباري:259/9.
(4) شرح النووي على مسلم: 115/7.
(5) أخرج مسلم الحديث من طريق محمد بن رافع عن عبد الرزاق عن معمر عن همام بن منبه عن أبي هريرة. أما حديث البخاري فقد ورد بطريق أبي اليمان عن شعيب عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة. فتح الباري 259/9 وصحيح مسلم: ص771 رقم الحديث: 1026.
(6) صحيح مسلم/كتاب الزكاة /باب ما أنفق العبد من مال مولاه ص771 رقم الحديث: 1026.
(7) المراد بمفهوم المخالفة وهو أن يكون المسكوت عنه مخالفاً للمنطوق به في الحكم ويعبر عنه عند الشافعية بدليل الخطاب وعند الحنفية بتخصيص الشيء بالذكر. انظر كشف الأسرار: 253/2 وأحكام القرآن للآمدي: 69/3.
(8) فتح الباري: 260/9.
(9) المغيبة بضم الميم وكسر الغين المعجمة وإسكان الباء وهي التي غاب عنها زوجها والمراد غاب زوجها عن منزلها سواء غاب عن البلد بأن سافر أو غاب عن المنزل وإن كان في البلد والدليل على ذلك ما روي أن نفراً من بني هاشم دخلوا على أسماء بنت عميس فدخل أبو بكر

هذا على مغيبة إلا ومعه رجل أو اثنان"[1] وروي عنه قوله: "إياكم والدخول على النساء" فقال رجل من الأنصار: يا رسول الله أفرأيت الحمو؟ قال: الحمو الموت"[2].

وهناك من العلماء من ذهب إلى أن لفظ (شاهد) الوارد في الحديث المتقدم قيد له مفهوم وهو أنه إذا كان الزوج حاضراً تيسر استئذانه وفي حالة الغيبة يتعذر استئذانه. فإذا كانت هناك ضرورة تدعو لدخوله فلا بأس في الدخول في هذه الحالة وذلك لتعذر استئذان الزوج[3] هذا في مطلق الدخول. ولكن هل للزوجة أن تأذن بالدخول إلى بعض الدار أو إلى دار منفردة؟ الظاهر أنه لا يحق لها ذلك.

ويلاحظ في هذا الصدد أن المالكية ذهبوا إلى أنه يجوز للزوجة أن تأذن لأبيها دخول بيت زوجها بغير إذن وحجتهم في ذلك أن الأحاديث المتقدمة الدالة على منع الزوجة من الإذن بالدخول في بيت زوجها بغير إذن معارض بالنصوص الواردة في صلة الرحم، فيكون بينهما عموم وخصوص وجهي، فلا بد من مرجع في هذه الحالة. وقد أجيب على هذا أن صلة الرحم إنما تندب فيما ملكه الواصل والزوجة لا تملك الإذن في بيت زوجها إلا بإذنه وذلك قياساً على عدم ملكيتها، أو تصرفها بالمال بدون إذن الزوج[4].

وهذا الذي أسلفته محمول على عدم وجود إذن من الزوج، أو على عدم العلم برضاء الزوج. أما في حالة علمها برضاء الزوج أو وجد الإذن فلا حرج عليها، وقد ترتب على هذا أنه يجوز للزوجة أن تأذن للضيف بدخول المضيف أو الدواوين التي أعدها الزوج للضيوف، واعتاد استقبالهم فيها سواء أكان الزوج حاضراً أو غائباً[5] كما هو حاصل عند أهل البادية والقرى من إعداد نار الضيف كما يسمونه.

شكل الإذن:

لا يختلف الإذن باختلاف شكله، فيصح الإذن سواء أكان بطريق العبارة أو الإشارة، وهذا المعنى ينبئ عنه قوله تعالى: (فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم) ووجه الدلالة فيها أن الآية قد علقت إباحة الدخول على وجود الإذن، وقد ورد الإذن عاماً من غير تخصيص، فيبقى على عمومه مالم يقم دليل يخصصه وبالتالي تعم الآية الإذن دلالة أو صراحة[6].

الصديق وهي تحته يومئذ فرآهم فكره ذلك. فذكر ذلك للرسول وقال: لم أر إلا خيراً فقال الرسول إن الله قد برأها من ذلك. ثم قام رسول الله فقال لا يدخلن رجل بعد يومي هذا على مغيبة إلا ومعه رجل، أو اثنان فدلت هذه الواقعة على أن أبا بكر كان غائبا عن منزله لا عن البلد.

انظر شرح النوي على مسلم:155/14.

(1) صحيح مسلم/كتاب السلام/باب تحريم الخلوة بالأجنبية والدخول عليها، ص 1711 رقم الحديث 2173 ومسند الإمام احمد: 171/2 ويراد بالاثنين الوارد في الحديث الجماعة الكبيرة. انظر شرح النووي:155/14.

(2) صحيح البخاري/كتاب النكاح/باب لا يخلون رجل بامرأة والدخول على المغيبة/فتح الباري 289/9.

(3) فتح الباري: 260/9.

(4) فتح الباري: 261/9.

(5) نيل الاوطار: 238/6.

(6) روح المعاني: 136/18 والآداب الشرعية: 454/1.

والذي يؤيد هذا ما أخرجه مسلم عن ابن مسعود[1] قال: قال رسول الله ρ: "إذنك على أن يرفع الحجاب وأن تستمع سوادي[2] حتى أنهاك "[3] فهذا الحديث يجوز على اعتماد العلامة في الإذن بالدخول ويترتب على هذا أنه إذا اعتاد القاضي، أو الامير، رفع الستر الذي على بابه أو اعتاد الناس فتح الأبواب في أوقات معينة، أو وضع مكبرات الصوت كما في المآتم والأفراح، أو جعل الفرد علامة ضوئية كما هو شائع الآن في أبواب مكاتب رجال الأعمال والموظفين وجعل ذلك علامة للدخول عليه سواء أكان ذلك لطائفة خاصة أم فرد معين أم سائر الناس ففي هذه الحالة تعتبر العلامة كافية في الدخول عليه من غير استئذان متى وجدت هذه العلامة وكذلك الشأن إذا جعل الشخص علامة مع خدمه أو أولاده فأخبرهم مثلاً أنه متى رفع الستر أو فتح الباب أو تعارفوا أن الأب في ساعة معينة يسمح لهم بالدخول فإنه يجوز اعتماد هذه العلامة والدخول عليه من غير استئذان، إذ تعتبر العلامة في هذه الحالة إذنا[4] ويؤيد هذا الذي ذهبنا إليه ما روي عن علي رضي الله عنه قال " كانت لي ساعة من السحر أدخل بها على رسول الله ρ فإن كان قائماً يصلي سبح لي فكان ذلك إذنه لي، وإن لم يكن يصلي أذن لي "[5].

حدود الإذن:

للإذن حدان، أحدهما شخصي والآخر عيني .

أما الحد الشخصي فيقتصر أثر الإذن فيه على ما يباح له من الدخول دون من سواه، وهذا أمر بديهي، إذ أن الإذن لشخص معين لا يعني الإذن لغيره بالدخول ما لم يكن الإذن عاماً لا تخصيص فيه[6].

وثانيهما: حد موضوعي ويقصد فيه المكان الذي يباح للمأذون له الدخول في أي المجال المكاني الذي يشمل الإذن وعلى الرغم من أن الفقهاء لم يتعرضوا لهذا الموضوع في الفصول المعقودة لذلك مثل كتاب الحظر والإباحة ونحوه إلا أنهم تناولوا جانباً منه في مباحث السرقة، ويمكن تلخيص ذلك بأن الإذن ينقسم من هذه الزاوية إلى عام وخاص فيكون الإذن عاماً في الأحوال التي يسمح فيها للمأذون بدخول المسكن وفي

---

(1) هو أبو عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب من بني مخزوم وأمه تكنى أم عبد أسلمت وهاجرت فهو صحابي ابن صحابية شهد مع رسول اللهρ بدراً وأحداً والخندق وسائر المشاهد، وهو صاحب نعل رسول الله نزل الكوفة في آخر أمره وتوفي بها سنة 33 هـ وقيل 32 هـ وقيل عاد إلى المدينة. انظر تهذيب الأسماء 188/2، وشذرات الذهب 28/1،والعبر في خبر من غبر 33/1،وتهذيب التهذيب 27/6. وطبقات الأصوليين 69/1.

(2) السواد ـ بكسر السين المهملة وبالدال ـ اتفق العلماء على أن المراد به السرار ـ بكسر السين وبالراء المكررة ـ وهو السر، والمسادة يقال ساودت الرجل مساودة إذا ساورته. قالوا ـ وهو مأخوذ من إدناء سوادك من سواده عند المساررة أي شخصك من شخصه. انظر شرح النووي على مسلم 150/14 ولسان العرب 225/3 مادة (سود).

(3) صحيح مسلم / كتاب السلام / باب جواز جعل الاذن رفع الحجاب أو نحوه من العلامات: ص 1708 رقم الحديث 2169 مسند الامام أحمد 380/1.

(4) شرح النووي على مسلم 150/14 .

(5) نيل الأوطار 364/2 ومسند الإمام أحمد 77/1 وقال أحمد شاكر إسناده ضعيف لأن عبد الله بن نجي لم يسمع من علي فهو منقطع.

(6) حاشية الدسوقي: 343/4 والشرح الكبير للدردير: 342/4.

أي موضع شاء ويكون الإذن خاصاً حين يكون محدداً برقعة مكانية[1]. وذلك كالضيف حين يؤذن له بدخول المسكن، فهل الإذن يبقى قاصراً على الحدود التي يسمح لها للمضيف عادة، مثل صالة الاستقبال، أو الديوان المعد للضيوف فلا يجوز له تجاوز الحدود، اذ إن حدود الإذن قاصر على هذه الأبعاد المكانية أم يشمل جميع البيت؟.

الذي يفهم من عبارات الفقهاء التي أوردوها في معرض السرقة أنهم قد اتفقوا على انتفاء القطع عن الضيف إذا سرق من مضيفه لانتفاء الحرز بالإذن بدخوله ولكنهم اختلفوا فيما يناط به الإذن من البيت المأذون له بدخوله هل هو كل البيت أم محل الضيافة فقط؟ اختلف الفقهاء في ذلك.

فذهب الحنفية والمالكية والزيدية إلى أن الضيف لا يقطع إذا سرق من أي موضع ومن جميع الحرز الذي أذن له بدخوله[2]، وعللوا ذلك بأنه بالإذن صار بمنزلة أهل البيت يقول الكمال بن الهمام: "لا قطع على الضيف إذا سرق ممن أضافه، لأن البيت لم يبق حرزاً في حقه لكونه مأذوناً في دخوله ولأنه بالإذن صار بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة "[3].

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الإذن يتعلق في موضع إقامته فقط، فإن سرق من غير الموضع الذي أعده لضيافته وكان محرزاً عنه بما يدل على ذلك فإن السرقة في هذه الحالة تكون تامة[4]. والذي يدعم هذا الرأي حديث الأقطع الذي أضافه أبو بكر الصديق فسرق عقداً لأسماء بنت عميس زوجة أبي بكر الصديق فأمر به أبو بكر الصديق فقطعت يده اليسرى[5].

أما الجعفرية فلهم قولان أحدهما مثل هذا والآخر مثل ذاك[6].

وأرى رجحان ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة. وإذا صح لي أن أفرع على ما قدمته فإنه يمكن القول إن الإذن يناط بحدود مكانية معينة ما لم يكن الاذن عاماً، والذي يدعم هذا ما روي عن عتبان بن مالك أن النبي ρ أتاه في منزله فقال أين تحب أن أصلي لك من بيتك؟ قال: فأشرت له إلى مكان فكبر النبي ρ وصففنا خلفه فصلى ركعتين[7].

فهذا الحديث يدل بطريق الأولى على أن للإذن طبيعة محددة إذ أن النبي ρ قد سأل صاحب المنزل عن المكان الذي يصلي فيه رغم أن الإذن حاصل في ذلك المكان.

---

(1) نفس المرجعين.
(2) بدائع الصنائع:4243/9 والشرح الكبير للدردير:342/4 والبحر الزخار: 174/5.
(3) فتح القدير: 387/5.
(4) روضة الطالبين 141/10 والمغني لابن قدامة: 115/9.
(5) موطأ الإمام مالك: 835/2 وقال الكاندهلوي قال الحافظ في الدراية هذا على شرط الصحيح. انظر أوجز المسالك إلى موطأ مالك: 301/13.
(6) من لا يحضره الفقيه: 47/4 .
(7) صحيح البخاري / كتاب الصلاة / باب إذا دخل بيتاً يصلي حيث شاء أو حيث أمر ولا يتجسس، فتح الباري 433/1 ابن ماجة 249/1.

وإذا كان الإذن محدداً بالموضع الذي وقع عليه، فهل للمأذون حق التنقل في ذلك المكان؟

الذي يفهم من الحديث المتقدم أن له أن ينتقل حيث شاء، لأن الإذن عام في أجزاء المكان، فأي مكان جلس فيه أو صلى تناوله الإذن، ولا يحتاج إلى أن يستأذن في تعيين مكان صلاته أو تحديد المكان الذي يقعد فيه. أما استئذان النبي ρ عتبان بن مالك وطلبه تحديد المكان فذلك لأن النبي قد دعي للصلاة ليتبرك صاحب البيت بمكان صلاته، ومن هنا كان سؤاله عليه الصلاة والسلام عن المكان الذي يحب أما من يريد الصلاة لنفسه فهو على عموم الإذن في ذلك المكان[1] ما لم يخصص صاحب المسكن ذلك العموم.

هل يعتبر طلب الغير إذناً له بالدخول:

اختلف العلماء في صورة ما إذا دعا شخص آخر في منزله فهل يعتبر هذا الطلب إذنا له في الدخول أم أنه يحتاج إلى استئذان وإذن جديدين؟ الى مذهبين:

1- ذهب بعض أهل العلم إلى أن هذا الإرسال يعد إذناً له، لأنه طلب حضوره بإرساله إليه وعلى ذلك إذا حضر منزل من أرسل إليه فله الدخول من غير استئذان جديد اكتفاء بالإرسال إليه، واستدلوا لذلك بما روي عن أبي هريرة أن ρ قال: رسول الرجل إلى الرجل إذنه، وقوله عليه الصلاة والسلام: " إذا دعي أحدكم فجاء مع الرسول فإن ذلك له إذن "[2] واستدلوا أيضاً بما رواه البخاري تعليقاً في باب إذا دعي الرجل فجاء هل يستأذن. قال سعيد عن قتادة عن أبي هريرة عن النبيρ قال: "هو إذنه "[3] ومعلوم أن البخاري لا يعلق بصيغة الجزم إلا ما هو صحيح عنده.

2- وذهب بعض أهل العلم إلى أنه لا بد أن يستأذن إذا حضر المنزل من أرسل إليه ولا يكفي بإرسال الرسول. وقد استدل هذا الفريق بما روي عن أبي هريرة قال: الله الذي لا إله إلا هو إن كنت لأعتمد بكبدي على الأرض من الجزع وإن كنت لأشد الحجر على بطني من الجوع، ولقد قعدت يوماً على طريقهم الذي يخرجون منه فمر أبو بكر فسألته عن آية من كتاب الله تعالى ما سألته إلا ليشبعني فمر ولم يفعل ثم مر بي عمر فسألته عن آية من كتاب الله ما سألته إلا ليشبعني فمر ولم يفعل، ثم مر بي أبو القاسم ρ فتبسم حين رآني وعرف ما في نفسي وما في وجهي ثم قال: يا أبا هر قلت لبيك رسول الله قال الحق ومضى، فتبعته فدخل فاستأذن فأذن لي فدخل فوجد لبناً في قدح فقال من أين هذا اللبن، قالوا أهداه لك فلان أو فلانة، قال أبا هر: قلت لبيك يا رسول الله، قال الحق إلى أهل الصفة فادعهم لي فأتيتهم فدعوتهم فأقبلوا فاستأذنوا فأذن لهم وأخذوا

---

(1) فتح الباري 433/1 وعمدة القارئ ط. الحلبي 65/4 وإرشاد الساري 426/1، والآداب الشرعية 453/1.

(2) عون المعبود شرح سنن أبي داود: 93/14 وقال المناوي في فيض القدير 347/1 بالغ بعضهم فقال صحيح ولعلهم لم يروا قول ابن القيم فيه مقال ولا قول اللؤلؤي فيه انقطاع.

(3) صحيح البخاري/كتاب الاستئذان/باب إذا دعي الرجل فجاء هل يستأذن، فتح الباري 27/11.

مجالسهم من البيت"[1]. فدل هذا الحديث على ضرورة الاستئذان في حالة حضورهم منزل من أرسل إليهم إذ إن أهل الصفة لم يكتفوا بدعوة النبي ρ ولم يعتبروه إذناً لهم بالدخول.

وقد جمع فريق من العلماء بين هذه الاحاديث المتعارضة بتنزيل ذلك على اختلاف حالين إن طال العهد بين الطلب والمجئ أو لم يطل، ففي الحالة الاولى لا بد من الاستئذان، ولا حاجة إلى تجديد الاستئذان في الحالة الثانية وكذلك في حالة ما إذا جاء المطلوب مع رسوله[2].

ويعتبر الإذن منتهياً في حالة ما إذا خرج صاحب المنزل من منزله فلم يكن للمأذون له بالدخول أن يقيم إلا بإذن جديد[3].

المبحث الثالث: الأحوال التي يباح فيها دخول المسكن بدون إذن

المطلب الأول: الأحوال التي يباح فيها دخول المسكن بدون إذن في الشريعة الإسلامية

سبق أن ذكرنا أن حرمة المسكن في الشريعة الإسلامية ليست حرمة مطلقة، بل هي مقيدة بحدود وضوابط، وهذه الضوابط ترد قيداً على هذه الحرمة حماية لحق المجتمع وحفظاً لأمنه واستقراره. وها نحن نعرض الحالات التي يباح فيها دخول السكن بدون إذن صاحبه.

وبادئ ذي بدء يجب أن نلاحظ أن للإذن في الشريعة الإسلامية طبيعة خاصة تختلف عنها في القانون الوضعي، ذلك لأن الإذن في الشريعة يجب أن يكون صادراً من ممن يملك الإذن نفسه لا من غيره، وقد ترتب على هذا أنه لا يجوز اقتحام البيوت بغير إذن أصحابها مهما كانت طبيعة السلطة التي تمارس هذا الإجراء وذلك في غير الأحوال التي نعرض لها الآن، يرشد إلى تلك الواقعة التي جرت بين عمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما تسور على رجل وامرأة الدار، فوجد أمامهما زقاقا من خمر فقال عمر: أكنت ترى أن يسترك الله وأنت على معصية. فقال الرجل: إنما عصيت الله بواحدة وأنت في ثلاث.

فالله يقول: (ولا تجسسوا)، وأنت تجسست علينا، والله يقول (وأتوا البيوت من أبوابها)وأنت صعدت من الجدار ونزلت منه. والله يقول: (لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها) وأنت لم تفعل. فقال عمر: هل عندك من خير إن عفوت عنك؟ قال: نعم والله لا أعود. فقال عمر: اذهب فقد عفوت عنك[4].

---

(1) صحيح البخاري / كتاب الرقائق /باب كيف كان عيش النبي وتخليهم عن الدنيا. فتح الباري: 240/11.

(2) عون المعبود شرح سنن أبي داود: 93/14 -94، فتح الباري: 444/27/11 والآداب الشرعية: 448/1.

(3) فتح الباري: 55/11.

(4) انظر المصنف للصنعاني: 232/10 وعمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة، سليمان الطماوي: ص 126

فهذه الواقعة تشير إلى أنه ليس لأحد من ممثلي السلطة العامة حق دخول المسكن بدون إذن صاحبه، إذ إن الخليفة عمر يقف في قمة السلطة ومع ذلك لم يترتب على دخوله ومشاهدته المعصية أي أثر لأن دخوله لم يستوف الشروط التي يلزم توافرها لدخول المسكن بدون إذن والتي منها المجاهرة بالمعصية.

الحالات التي يباح فيها دخول بيت الغير بدون إذن صاحبها:

تتلخص الحالات التي يباح فيها دخول منزل الغير بدون إذن صاحبه في ثلاث حالات:

أولاً: حالة الضرورة:

اعتبر الفقه الإسلامي حالة الضرورة سبباً من الأسباب التي تبيح دخول مساكن الغير بدون إذن أصحابها، ولا يشترط فيه رضاه، وقد مثلوا لذلك بنحو إطفاء حريق، أو إغاثة ملهوف[1]. ففي هذه الحالة يجوز الدخول بدون إذن، وكذلك الأمر في حالة ما إذا غزا العدو دار الإسلام وتحولت المعارك إلى حرب مدن، وكان ذلك المسكن مشرفا على السقوط في أيدي الأعداء. فللمقاتلين حق دخوله ليقاتلوا العدو منه[2]، وليكسبوا موقعا متميزاً. وفي الحقيقة فإن هذه الصورة تبدو من أشد الضرورات لأنها من لوازم الحرب ومقتضياته، حيث إن استيلاء الكفار على ديار الإسلام يعتبر أشد ضرراً من الدخول إلى منازل الغير بغير إذن أصحابها بل هو أشد ضرراً من قتل النفوس، لأن في استيلائهم على بلاد الإسلام إذلالاً للمسلمين وتعطيلاً لأحكام الدين، وقد اتفق الفقهاء على جواز الرمي إلى كفار تترسوا بصبيان المسلمين كما نقله ابن تيمية[3] وهو أشد ضرراً من دخول مساكن الغير بغير إذن.

وكذلك يجوز دخول بيت الغير في حالة سقوط بعض متعلقاته فيه، وذلك كما لو سقط ثوبه وخاف لو علم أصحاب البيت أخذه. أما إذا لم يخف ذلك فلا يجوز له الدخول، ونفس الأمر يسري من له مجرى في دار رجل وأراد إصلاحه ففي هذه الحالة يخير صاحب الدار بين إصلاحه بنفسه، أو أن يسهل مهمة صاحب المجرى. فإن لم يرض بأحد الخيارين فمن حق صاحب المجرى الدخول بدون إذن لإصلاح مجراه. وهذا التخيير إنما يكون في حالة عجز صاحب المجرى من الدخول في بطنه وتنظيفه[4].

وقد اختلف الحنفية في صورة من أجر داراً أو سلمها للمستأجر هل له دخولها لينظرها ويقوم بترميمها ويجري عليها الإصلاحات؟ ذهب أبو حنيفة إلى أن له ذلك إن رضي المستأجر. وذهب الصاحبان أنه يجوز للمؤجر الدخول في كل الأحوال، رضي المستأجر أم لم يرض[5].

---

(1) روح المعاني: 138/18.
(2) حاشية ابن عابدين 6: 199.
(3) مجموعة الفتاوى لابن تيمية: 299/4 وقد علل بعض الفقهاء ذلك بأنها حالة ضرورة. انظر المغني لابن قدامة: 288/9 وعلل آخرون هذا الجواز الاستثنائي بقاعدة تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام. انظر الأشباه والنظائر للحموي: ص 43.
(4) حاشية ابن عابدين: 199/6.
(2) المصدر السابق ـ نفس الموضع. والصاحبان يقصد بهما أبو يوسف ومحمد، ونورد ترجمتهما:
(أ) محمد هو: ابن الحسين بن فرقد الشيباني الإمام أبو عبدالله صاحب أبي حنيفة رضي الله عنهما. وابن خالةالفراء النحوي. ولد بواسط سنة 132 هـ ونشأ بالكوفة وسمع من علمائها ثم سكن بغداد وحدث بها توفي بالري في خراسان سنة 189 هـ وفي نفس اليوم توفي الكسائي فقال الرشيد: دفن الفقه والعربية بالري. له الجامع الكبير والجامع الصغير وغيرهما كثير.

وفي جميع الأحوال المتقدمة كانت الضرورة هي السبب الذي من أجله أبيح الدخول من غير إذن، لأن مواضع الضرورة مستثناة، وإن كانت الضرورة لا تبدو واضحة في بعض الأمثلة التي ذكروها.

ويلاحظ أن الأمثلة المتقدمة لم تسق على سبيل الحصر وإنما سيقت على سبيل التمثيل، فيقاس عليها كل الصور التي تتحقق فيها الضرورة.

وإذا كان الفقه الإسلامي يبيح للشخص دخول مسكن الغير بغير إذن في حالة الضرورة فهل الضرورة سبب من أسباب الإباحة أم هي مانع من موانع المسؤولية ؟ أو بمعنى آخر: هل ترفع الضرورة صفة التحريم عن المحرم، وتجعله مباحاً أم إن المقصود من إباحة المحظور رفع الإثم عن فاعله فقط مع بقاء صفة التحريم[1]؟

اختلف الفقهاء في ذلك:

فالحنفية ومن تبعهم يجعلون المحظور الذي تبيحه الضرورة على نوعين:

فالنوع الأول: تصيره الضرورة مباحاً أي أن الضرورة في هذه الحالة ترفع صفة التحريم، فحكم الضرورة بالنسبة لهذا النوع من المحظورات رفع الإثم، كما أنه يرفع صفة التحريم بل ربما يكون الأخذ بموجب الضرورة واجباً.

النوع الثاني: لا ترفع الضرورة عنه صفة التحريم وإنما ترفع الإثم عن فاعله فقط، فالفعل في هذه الحالة يأخذ شبهين، فهو من حيث سقوط الإثم عن فاعله يشبه المباح، ومن جهة بقاء صفة التحريم فيه يشبه المحرم، وذلك مثل التلفظ بكلمة الكفر في حالة الإكراه[2].

وذهب الشاطبي إلى رأي آخر يعارض ما ذهب إليه الحنفية من التقسيم الثنائي لما تبيحه الضرورة، فهو يرى أن الضرورة تستدعي الترخيص، ومقتضى الترخيص إباحة المحظور الذي تتعلق بنزع صفة التحريم عنه، ولا يقتصر أثر الضرورة على رفع الإثم فقط وقد أورد الشاطبي أدلة عديدة لذلك . ثم ساق اعتراضاً على نفسه مؤداه أن العلماء قد اتفقوا على وجوب تناول المضطر الميتة إذا خاف الهلاك، وهذا يعني أن الأخذ بالرخصة التي اقتضتها الضرورة يكون واجباً ولا يكون حكمها الإباحة، وقد أجاب الشاطبي على هذا الإيراد بقوله: "إن المضطر الذي لا يجد من الحلال ما يرد به نفسه أرخص له في أكل الميتة قصداً لرفع الحرج عنه رداً لنفسه من ألم الجوع فإن خاف

انظر وفيات الاعيان 184/4 وتهذيب الأسماء واللغات 82/1 وشذرات الذهب 322/1 والاعلام 209/6.

(ب) أبو يوسف: هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري ويلقب بقاضي القضاة ولد بالكوفة سنة 113 هـ أخذ الفقه عن أبي حنيفة وتوفي سنة 182هـ كان فقيها من الطراز الأول خالف أستاذه في كثير من المسائل ومنه أخذ كثير من العلماء. من مصنفاته: كتاب الخراج. وروي أنه أول من كتب في أصول الحنفية.
انظر طبقات الأصوليين 108/1 ووفيات الأعيان 378/6 والاعلام 252/9 ، وشذرات الذهب 258/1 وتاريخ بغداد 242/14.

(1) فتكون القاعدة الفقهية الضرورات تبيح المحظورات ليست على عمومها، لأن من المحرمات مالا تسقط حرمته أبداً، ولا تبيحه الضرورة بل يبقى التحريم وذلك مثل قتل الإنسان بغير حق بحجة الاضطرار. ومن هنا يتضح أن العموم غير مراد في هذه القاعدة.

(2) تيسير التحرير 287/2 وتسهيل الوصول إلى علم الأصول للمحلاوي:ص 25.

التلف وأمكنه تلافي نفسه بأكملها كان مأموراً بإحياء نفسه لقوله تعالى: (ولا تقتلوا أنفسكم)[1].

ومهما يكن من أمر هذا الاختلاف الحاصل في التكييف الفقهي للضرورة فإنه من الواضح أن الاتفاق حاصل على وجوب الأخذ بما تدعو إليه الضرورة في بعض الأحيان سواء أكان الوجوب هو حكم الضرورة في هذه الحالة، أم أن الإباحة هي حكم الضرورة، والوجوب مستفاد من دليل آخر ورد به الشرع.

ثانياً: حالة ظهور المعصية:

الأصل في الشريعة الإسلامية أن من أغلق عليه باب داره وتستر بحيطانه لا يجوز اقتحام داره بغير إذنه لمعرفة ما يمارسه من معصية في مسكنه[2] فنحن مأمورن بأن نستر من ستره الله، وننكر على من أبدى لنا صفحته. يقول الرسول ρ: "من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر فإنه من يبد لنا صفحته نُقِم عليه كتاب الله "[3] والنصوص الدالة على هذا كثيرة جدا سبق الإشارة إليها في المباحث المتقدمة.

وإذا كانت الشريعة الإسلامية تذهب إلى تحريم التجسس على منازل الغير كقاعدة عامة، الا أن هذا لا يمنع من ملاحقة الجريمة، وتتبعها في حالة قيامها في مسكن الفرد متى ما اخذت شكلا علنياً، وذلك كما إذا ما غلب على الظن استتار الشخص بالمعاصي لأمارات قوية دلت على ذلك بأن المعصية في الدار ظاهر يعرفه من هو خارج كأصوات المزامير والأوتار إذا ارتفعت بحيث جاوز ذلك حيطان الدار، وكظهور رائحة الخمر، وكذا إذا ارتفعت أصوات السكارى بالكلمات المألوفة بينهم، بحيث يسمعها أهل الشوارع، فهذا إظهار موجب للحسبة فمن سمع ذلك فله دخول الدار وكسر الملاهي[4].

وقد ذهب فريق من العلماء إلى أنه إن سمع أصوات ملاهٍ منكرة تظاهر أهلها بأصواتها أنكرها من خارج الدار ولم يهجم بالدخول عليهم وليس له أن يكشف عما سواه من الباطن[5] وقد نسب الرأي الأول إلى الأصوليين والثاني إلى الفقهاء[6].

وقد ذهب فريق ثالث إلى أنه لا يجوز إنكار المنكر إذا كان مبنياً على مجرد الظن[7].

وكذلك يجوز دخول منزل الغير بغير إذنه إذا أخبره الثقة أن رجلاً خلا بامرأة ليزني بها، أو برجل ليقتله، فيجوز له في مثل هذه الحالة أن يقدم على الكشف والبحث حذراً من فوات مالا يستدرك من انتهاك المحارم، وارتكاب المحظورات[8] وهكذا لو

---

(1) انظر الموافقات للشاطبي: 307/1 - 312 وسورة النساء: آية 4.
(2) إحياء علوم الدين: 325/2.
(3) الموطأ 825/2 وقال البيهقي 330/8 إن الشافعي قال عن هذا الحديث هو معروف عندنا وهو غير متصل الإسناد فيما أعرفه.
(4) إحياء علوم الدين 325/2 والروضة للنووي 189/10 والأحكام السلطانية للماوردي: 252 والآداب الشرعية 317/1 والخرشي على مختصر سيدي خليل 110/3 ومواهب الجليل لمختصر مختصر خليل 348/3 والأحكام السلطانية لأبي يعلى: 280.
(5) الأحكام السلطانية لأبي يعلى: 281 والأحكام السلطانية للماوردي: 253.
(6) الروضة للنووي: 189/10.
(7) مغني المحتاج: 211/4 والآداب الشرعية: 317/1.
(8) مغني المحتاج: 211/4 والأحكام السلطانية لأبي يعلى: 280.

عرف قوم من المتطوعة يجوز لهم الإقدام على الكشف والبحث عن ذلك[1] وكذلك إذا أخبره عدلان ابتداء أن فلاناً يشرب الخمر فله إذ ذاك أن يدخل منزل الغير، وينكر[2].

ويتضح لنا من الصور التي ذكرها الفقهاء أنه يجوز دخول مسكن الغير بغير إذن في صورتين:

أحدها: خبر الثقة.

وثانيهما: إذا غلب على الظن استسرار قوم بمعصية يخشى من تركها فوات ما لا يستدرك، والذي يبدو لي أن الذي أجاز اقتحام البيوت في الصورتين المتقدمتين هو قيام الجريمة حال الاقتحام، فهو تلبس بالجريمة ولا يغير من هذا أن الجريمة لم تعاين حال قيامها. وبالتالي لا يكون ارتكاب المعصية قد أبدى صفتحه، لأن الإبداء لا يمكن تخصيصه بحاسة معينة . فقد يبدو لنا بحاسة السمع، أو الشم، أو اللمس، إذ المراد العلم وغلبة الظن وهذه الحواس كافية لإفادة العلم كما يفيده البصر.

ويمكن القول إن جواز اقتحام البيوت في الأحوال المتقدمة يرجع إلى قيام حالة الضرورة أيضاً ذلك لأن تغيير المنكر فرض فلو شرط الإذن لتعذر التغيير وفيه من فساد أمور الرعية مالا يخفى[3].

ومما تقدم يتضح لنا أنه يجوز دخول مساكن الغير متى ما ظهرت المعصية، أو أخبر بها الثقة، ولا يعتبر هذا بحثاً عن العورات في هذه الحالة لأن ما ظهرت دلالته فهو مكشوف غير مستور[4]. ويؤيد هذا قصة المغيرة بن شعبة[5] والتي تتلخص في أن امرأة من بني هلال كانت تختلف إليه بالبصرة فرصدها زوجها ومعه اثنان حتى إذا دخلت عليه هجموا عليهما وكان من أمرهم في الشهادة عليه أمام عمر بن الخطاب τ ما هو مشهور.

ووجه الاستدلال بهذه الواقعة أن عمر τلم ينكر عليهم هجومهم، وإن كان قد أقام الحد عليهم وذلك لقصور الشهادة[6].

أما في الأحوال التي يقصر فيها الأمر عن حد الصورتين المتقدمتين فلا يجوز له أن يسترق السمع على دار غيره ليسمع صوت الأوتار، ولا يتعرض للشم ليدرك رائحة الخمر ولا أن يستخبر جيرانه ليخبره بما يجري في دار جارهم، ولا يبحث عما أخفي بيد أو ثوب أو حانوت فكل ذلك حرام[7]. والاصل في هذا الاحاديث الكثيرة الدالة على

---

(1) الأحكام السلطانية لأبي يعلى: الموضع السابق نفسه.
(2) الآداب الشرعية: 320/1.
(3) بدائع الصنائع: 2963/6.
(4) الأحكام السلطانية للماوردي: 252.
(5) هو المغيرة بن شعبة بن أبي عامر بن معتب بن مالك بن كعب الكوفي الصحابي أسلم عام الخندق روي له عن رسول الله مائة وستة وثلاثون حديثاً ولاه عمر بن الخطاب البصرة ثم نقله عنها فولاه الكوفة فلم يزل عليها حتى قتل عمر فاقره عليها عثمان. وشهد اليمامة وفتح الشام وذهبت عينه يوم اليرموك وشهد القادسية استعمله معاوية على الكوفة فلم يزل عليها حتى توفي بها سنة 50 هـ وقيل 51 هـ، وقيل هو أول من وضع ديوان البصرة. انظر تهذيب الأسماء: 110/2.
(6) الأحكام السلطانية لأبي يعلى: 280 والأحكام السلطانية للماوردي: 252.
(7) الآداب الشرعية: 318/1 - 320 وإحياء علوم الدين 353/2 والخرشي على مختصر خليل : 110/3 وحاشية العدوي: 110/3 ومواهب الجليل: 348/3.

تحريم التفتيش عن عورات الناس مثال قوله عليه الصلاة والسلام: "إنك إن تتبعت عورات الناس أفسدتهم أو كدت تفسدهم" وقوله: يا معشر من آمن بلسانه ولم يدخل الإيمان قلبه، لا تغتابوا المسلمين ولا تتبعوا عوراتهم فإنه من يتبع عورة أخيه المسلم يتبع الله عورته ومن يتبع الله عورته يفضحه ولو كان في جوف بيته[1] ".

ويلاحظ أنه في الأحوال التي لم يستوف فيها إجراء تفتيش المنزل الشروط اللازمة بأن لم تظهر المعصية أو لم يتوافر إخبار الثقة فإن إجراء التفتيش في هذه الحالة يعتبر باطلا، وكذلك ما ترتب عليه، ويرشد إلى هذا أمران:

أحدهما: ما روي أن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ تسلق دار رجل فوجده مرتكباً لمعصية فقال له: أتظن أن الله يسترك؟ فقال يا امير المؤمنين إن كنت أنا قد عصيت الله في واحدة من وجه فأنت قد عصيته من ثلاثة أوجه. فقال عمر ما هي؟ قال: قد قال الله تعالى:(ولا تجسسوا) وقد تجسست. وقال: (وأتوا البيوت من أبوابها) وقد تسورت وقال: (لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها)وما سلمت فتركه عمر. ووجه الاستدلال بهذه الواقعة أنه لما كان دخول الخليفة عمر غير مستوف لشروط تفتيش المنزل حيث لم تتوافر العلانية ولا إخبار الثقة لم يترتب عليها شيء من الآثار.

ثانياً: إن المفتش في هذه الحالة يكون قد استباح وسيلة محرمة وهي البحث عن عورات الناس للوصول إلى غاية بغض النظر عن تلك الغاية سواء أكانت محللة أو محرمة إذ إن ذلك محظور كقاعدة عامة. أما في حالة ما إذا كانت الغاية محرمة فظاهر والأمر كذلك في حالة ما إذا كانت الغاية مشروعة إذ لا يصح أن يسعى إلى غاية مشروعة بوسيلة محرمة، لأن الغاية في هذه الحالة تأخذ حكم الوسيلة كمن سرق ليتصدق[2].

ثالثاً: حالة القبض على المتهم:

من المعلوم أن القوانين الوضعية تبيح لرجال السلطة العامة دخول مسكن المتهم، وذلك في حالة إلقاء القبض عليه بسبب جريمة اتهم بارتكابها. وقد تعرض الفقهاء المسلمون لصورة اختفاء الخصم في بيته بعد قيام البينة على اتهامه، فذهبوا إلى أن الحاكم يبعث من ينادي على بابه ثلاثا. فإذا لم يحضر سمر وختم بابه وأشهد جيرانه على أعذاره، وهذا الإجراء إنما يتم إذا استعداه المدعي، وشريطة أن يثبت المدعي أن المدعى عليه يأوي إلى داره وأن يثبت لدى الحاكم أن المنزل منزله. فإن لم يحضر بعث الحاكم في هذه الحالة من ينادي عليه أمام باب الدار أنه إن لم يحضر أقام عنه وكيلاً وحكم عليه، ويشهد على ذلك شاهدي عدل، فإذا تمت هذه الإجراءات ومع ذلك ظل معتصماً في مسكنه أقام القاضي عنه وكيلا وسمع الدعوى ويعتبر المدعى عليه في هذه الحالة كالغائب، فإذا حكم عليه قضى للمدعي بحقه إن كان له مال، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة والحنفية[3]. فإن لم يكن له مال فقد ذهب الإمام أحمد[4] إلى أنه يشتد عليه حتى يخرج وكان ينكر الهجوم عليه[5].

---

(1) تقدم تخريج الحديثين ـ انظر ص: 118، 138.
(2) انظر إعلام الموقعين: 136/3 وما بعدها.
(3) المغني لابن قدامة 55/10 وتحفة المحتاج 191/10 وحاشية ابن عابدين 415/5 ومعين الأحكام للطرابلسي119ومغني المحتاج 416/4.

وذهب الشافعية أنه إذا علم له مكاناً بعث إليه النساء، ثم الصبيان ثم الخصيان يهجمون على الدار، ويفتشون عليه، ويبعث معهم عدلين، فإذا دخلوا الدار وقف الرجال في الصحن، وأخذ غيرهم في التفتيش.

ويلاحظ أن الشافعية ذهبوا إلى أنه لا هجوم على الدار في الحدود إلا في حد قاطع الطريق، فإذا اتبعت هذه الاجراءات ومع ذلك تعذر حضوره حكم القاضي عليه بالبينة[1] ويمكن الاستدلال لكلا الرأيين المتقدمين بقوله عليه الصلاة والسلام: "والذي نفسي بيده لقد هممت أن آمر بحطب يحتطب ثم آمر بالصلاة فيؤذن لها ثم آمر رجلاً فيؤم الناس ثم أخالف إلى رجال، فأحرق عليهم بيوتهم والذي نفسي بيده لو يعلم أحدهم أنه يجد عرقاً سميناً أو مرماتين[2] حسنتين لشهد العشاء[3]. ووجه الاستدلال به أن فيه جواز إخراج من طلب بحق من بيته إذا اختفى فيه بكل طريق يتوصل إليه على نحو ما أراد النبي ρإخراج المتخلفين عن الصلاة بإلقاء النار عليهم في بيوتهم[4] وفي نفس الوقت فإن النبي ρلم يحدد طريقة معينة لإخراجهم، كما لم يجعل الهجوم على السكن وسيلة للإخراج.

وأتفق مع الإمام أحمد فيما ذهب إليه من إنكار الهجوم على من اعتصم في بيته، ولا يقال إن اختيار هذا الرأي يباعد بين المجرم وتحقيق العدالة، ويجعله بمنأى عن العقاب، وهو يعيش في مسكنه لأن اتباع إجراء المضايقة والحصار وختم الدار يجعل متطلبات الحياة الضرورية بعيدة عن متناول يد المتهم، مما يجعله بين خيارين لا ثالث لهما. إما أن يحضر أمام القضاء ليدفع عن نفسه أو يأخذ العقاب العادل. وإما أن يموت وهو داخل بيته فيبوء بغضب من الله لأنه قد قتل نفسه في هذه الحالة.

المطلب الثاني: الأحوال التي يباح فيها دخول المسكن بدون إذن في القانون الوضعي

لا تعتبر حصانة المسكن في القانون حصانة مطلقة، بل يرد على هذه الحماية استثناءات يبيح القانون فيها دخول المساكن بدون إذن وذلك إذا ما وجد سبب يبرر هذا الدخول. وبادئ ذي بدء يجب أن نلاحظ أن دخول المساكن برضاء أصحابها لا يثير مشكلة قانونية، ولكن تبدو المشكلة أكثر دقة إذا كان الدخول بغير إذن أصحابها. ويمكن القول إن الحالات التي يباح فيها دخول المساكن بغير إذن أصحابها تتلخص في حالتين:

---

(4) هو أبو عبدالله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني المروزي ثم البغدادي ولد ببغداد ونشأ فيها وهو أحد الأئمة الأربعة إليه ينسب الحنابلة كان عالماً ورعاً قال أبو زرعة عنه: ما رأيت أحداً أجمع من أحمد بن حنبل وما رأيت أحداً أكمل منه. اجتمع فيه زهد وفقه وفضل وأشياء كثيرة. ولد رحمه الله سنة 164هـ، وتوفي سنة 241 هـ. ودفن ببغداد.
انظر تهذيب الأسماء 112/1.

(5) المغني لابن قدامة: 55/10.

(1) حاشية الشرواني مع تحفة المحتاج: 191/10 ومغني المحتاج: 416/4 .

(2) المرماة: ما بين ضلف الشاة من اللحم تكسر ميمه وتفتح. انظر لسان العرب: 336/14 مادة (رمى).

(3) صحيح البخاري/كتاب الأحكام/باب إخراج الخصوم وأهل الريب بعد المعرفة وفتح الباري 186/13 وفي نفس المعنى والألفاظ تقريبا انظر صحيح مسلم: ص 451 رقم الحديث: 651 و652 والموطأ: 129/1 وابن ماجه: 259/1 .

(4) فتح الباري: 105/2 وإرشاد الساري: 274/10 .

الحالة الأولى: حالة الضرورة:

أجازت المادة (45) من قانون الإجراءات الجنائي المصري للسلطة العامة الدخول إلى المساكن في حالة طلب المساعدة من الداخل أو في حالة الغرق أو الحريق أو ما شابه ذلك[1] وإلى هذا ذهبت الفقرة (ب) من المادة (73) من قانون الأصول الجزائية العراقي[2] وكذلك اعتبر القانون الفرنسي[3] والقانون الأنجلو أمريكي[4] حالة الضرورة من الحالات التي تبيح دخول المسكن بدون استئذان. وذلك مثل استغاثة صادرة من المسكن بطلب المساعدة أو حتى عندما يتعلق الأمر بالدفاع عن شرف فتاة[5].

وحالة الضرورة تندرج تحت الحالات التي يصفها القانون بلفظ "NO - NOSK CASE"[6]

أي الحالات التي لا تستدعي الاستئذان بالدق على الباب. والتعريف بأن المقتحم هم رجال الشرطة، الذين يطلبون فتح الباب باسم القانون.

ويلاحظ أن الأمثلة التي وردت في المادة (45) من قانون الاجراءات المصري، وكذلك المادة (73) من القانون العراقي، لم تسق على سبيل الحصر وإنما سيقت للتمثيل فقط يدل على ذلك تعبير المشرع في نهاية المادة بقوله "وما ما شابه ذلك " فيكون غرض المشرع وضع قاعدة عامة وهي أن كل ما شابه الغرق والحريق من الكوارث يأخذ حكمها[7].

ويذهب القضاء الفرنسي إلى أن للمالك أو لأي شخص آخر أن يمارس معاينة المكان بمصاحبته شاهد أو أكثر[8]. وكذلك في حالة ضرورة إجراء إصلاحات أو معاينة مشتري جديد للعقار[9] وهذه ليست حقوقاً للمالك ولكن مجرد ميزة أو وسيلة يستعين بها

---

(1) النظرية العامة للتفتيش، سامي الحسيني: ص 84، والوسيط في الإجراءات الجنائية أحمد فتحي سرور: 453/1 .

(2) أحكام التفتيش وآثاره في القانون العراقي: ص 295 .

(3) انظر : Didier Ferrier op . Cit. p . 53, Revue INT de Droit compare , op . Cit. P . 74

(4) انظر..... Robertson , op cit. . P. 122
(1948)McDonaid v. United states, 335 u. S 451

(5) Rev . Int. . de Droit Compare , op . cit . 745

(6) ..... Robertson, op. cit. . P. 123

(7) المذكرة التفسيرية لمشروع الحكومة رقم (3) .

(8) الحكم خاص بحالة الساكن المتغيب عن مسكنه ثم يحدث ما يوجب دخول المسكن في غيابه بسبب حالة الضرورة (حريق / تسرب مياه أو غاز) أو لأي سبب طارئ
انظر قضية فرنسية cass . Req
8 Juillet , 1972-D . 1973 -I-279 .
وراجع :..... Didier , op . cit . p . 53 .

(9) انظر قضية فرنسية Cass 8 Juin , 1908 , D . 1910 , 408 S.A . 3 Juillet T . 1920 ,
D. 1920 , 2 , 135

المالك في القيام بواجباته العادية كمالك ويبدو أن الأساس في تبرير هذا الإجراء هو توافر حالة الضرورة.

وقد ذهب قانون الإجراءات المصري إلى اعتبار حالة الضرورة سبباً يبيح إجراء الدخول، وهذا بخلاف قانون العقوبات الذي جعل من الضرورة مانعاً من موانع المسؤولية لا سبباً من أسباب الإباحة وذلك في المادة (61) وإلى هذا الاتجاه نحا القانون المدني المصري فقد أجاز التعويض في المادة (168) باعتبار أن الفعل غير مشروع[1].

ومما تجدر الإشارة إليه أن الدخول إلى مسكن الغير بدون إذن من السلطات المختصة لا يخضع إلى القواعد والضمانات المقررة في التفتيش ذلك لأن الدخول عمل مادي اقتضته الضرورة فالسلطة العامة لا تباشر بدخولها تحقيقاً ولا عملاً إدارياً فهي لا تبحث عن أدلة في مستودع السر ولكن مع هذا في حالة ما إذا شاهد عضو الضبط أثناء دخوله جريمة عرضاً كأن يرى مثلاً مخدراً أو مواد ممنوعة بحكم القانون فإن حالة التلبس تعتبر قائمة حينئذ ويجوز له اتباع إجراءات التحقيق من قبض وتفتيش[2]. وفي الحقيقة فإن الصور التي ذكرناها لا تعد استثناء لمبدأ حرمة المنازل لأنها مقررة لمصلحة السكان أنفسهم لأجل حمايتهم ويعد تطبيقاً لحالة الضرورة[3].

ثانياً: حالة تنفيذ القبض:

قضت محكمة النقض المصرية[4] أنه يجوز لرجال السلطة العامة المكلفين بالقبض على المتهم دخول مسكن الشخص المراد القبض عليه ويعتبر هذا تطبيقاً لحالة الضرورة، وبناء عليها. وقد أسست المحكمة قرارها على المادة (45) من قانون الإجراءات المصري والتي تجيز دخول المسكن بقصد تعقب المتهم والقبض عليه، وذلك على اعتبار أن حالة الضرورة هي التي اقتضت هذا الإجراء.

وقد عورض هذا الاتجاه من جانب رجال القانون بدعوى أن المسألة لا تتعلق بحالة الضرورة. لأن الضرورة تفترض انعدام كافة الوسائل التي من شأنها درء الخطر باستثناء الفعل المشار إليه. فيعتبر هو الوسيلة الوحيدة للخلاص من الخطر. وهذا غير متوافر في حالة انتهاك حرمة المنزل بقصد القبض على المتهم[5]. إذ إننا لم نعدم الوسائل التي تحقق هذا الغرض، بل نحن إزاء أكثر من وسيلة تنعدم معها حالة الضرورة.

ويرى البعض أن دخول المنزل بقصد تعقب المتهم والقبض عليه يعتبر تفتيشاً للمسكن ولا عبرة بكونه واقعاً على شخص وليس شيئاً إذ إن هذا لا يغير من طبيعة التفتيش لأنه في الحالتين يهدف إلى الحقيقة والبحث عنها في مستودع السر[6].

---

(1) الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، أحمد فتحي سرور: 453/1.
(2) مبادئ الإجراءات الجنائية، رؤوف عبيد: 321 والنظرية العامة للتفتيش، سامي الحسيني: 84 واحكام التفتيش وآثاره في القانون العراقي، صالح الحسون: 296 .
(3) الموسوعة الجنائية، جندي عبد الملك: 173/2 .
(4) نقض 31 مجموعة الأحكام، س10 رقم 87 ص391 وانظر جندي عبد الملك الموسوعة الجنائية 177/2.
(5) الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، أحمد فتحي سرور : 454/1 .
(6) الموسوعة الجنائية، جندي عبد الملك: 177/2 والنظرية العامة للتفتيش، سامي الحسني:85، أصول قانون تحقيق الجنايات، محمد مصطفى القللي: 224 .

ولذلك فقد فرق هذا الفريق بين حالتين: حالة القبض على المتهم في منزله وحالة القبض عليه في منزل غيره. فبناء على الحالة الأولى يجوز للمأمورين المكلفين بتنفيذ أمر بالضبط والإحضار أن يدخلوا في منزل الشخص المكلفين بضبطه لإلقاء القبض عليه. ولكن لا يجوز لهم في الحالة الثانية الدخول في منزل الغير للبحث عن المتهم أو المحكوم عليه وضبطه إذا ما عارضه ذلك الغير في دخوله منزله .. فإذا ما أريد البحث عن المتهم في منزل غير منزله.

فإن ذلك يتوقف على استئذان القاضي الجزئي[1]. وتأسيساً على هذا الرأي فإن دخول المسكن يعتبر غير مشروع وإذا شاهد مأمور الضبط القضائي عرضاً على ما يدل على ارتكاب الجريمة كان التلبس مبنيا على سبب غير مشروع[2].

ويذهب فريق ثالث أن هذا الإجراء لا يمكن اعتباره تفتيشاً لأن الدخول بغرض تعقب متهم هارب لا يعقبه بحثاً عن الحقيقة في مستودع السر كما يقتضيه التفتيش كما أنه لا يتصل بحالة الضرورة، وإنما يتعلق بأمر قانوني صادر من جهة مختصة، وهذا يخول إفراد السلطة العامة التنفيذ في كل مكان وبالوسائل التي يمكنها تحقيق هذا الغرض[3].

والذي أعتقد رجحانه هو الرأي الأخير ذلك لأن الدخول بقصد القبض على المتهم لا يعتبر تفتيشاً بل يعتبر تنفيذاً لأوامر صادرة من سلطة مختصة والذي يدفعنا إلى هذا أن دخول المسكن في هذه الحالة ليس بحثاً عن الحقيقة وجمع الأدلة، وهو ما تقتضيه طبيعة التفتيش، وإنما هو تعقب المتهم الهارب، فيكون البحث مقتصراً على المتهم وحده دون غيره، ومن ثم لا يمكن اعتبار ذلك بحثاً عن الحقيقة في مستودع السر. وبناء على هذا الرأي يمكن القول إن الدخول مشروع وكذلك تتحقق به حالة التلبس[4].

ويلاحظ أن القانون العراقي يجيز دخول المساكن بغير رضاء ولا إذن من أصحابها وذلك في حالة القبض على المتهم. فقد نصت المادة (105) من قانون الأصول الجزائية على ما يلي: "على من وجه إليه أمر القبض وعلى كل شخص مكلف بالقبض في الجريمة المشهودة أن يلاحق المتهم في سبيل القبض عليه. وإذا اشتبه في وجوده أو اختفائه في مكان ما طلب منه أن يكون في هذا المكان أن يسلم إليه أو يقدم له كافة التسهيلات التي تمكنه من القبض عليه. وإذا امتنع جاز له أن يدخل المكان عنوة ". ويتضح من نص هذه المادة أن المشرع خول رجل السلطة العامة المكلف بالقبض على المتهم الدخول إلى مسكن الشخص المراد القبض عليه لضبطه[5].

المقارنة

بعد هذا العرض لحقيقة الاستئذان وعدده، وكيفيته وحدود الا ذن وشكله ومن يملكه يجب علي أن أشير إلى أن هذه المباحث قد انفردت بها الشريعة الإسلامية دون غيرها من النظم القانونية المعاصرة أو غيرها . فقد تركت هذه النظم تنظيم هذه الأمور

---

(1) الموسوعة الجنائية، جندي عبد الملك: 177/2 .
(2) النظرية العامة للتفتيش، سامي الحسني: 86 .
(3) النظرية العامة للتفتيش، المرجع السابق: 85-86 .
(4) شرح قانون تحقيق الجنايات، محمود مصطفى القللي: ص 343 والنظرية العامة للتفتيش: 86 .
(5) أحكام التفتيش وآثاره في القانون العراقي: 296 .

لقواعد السلوك في المجتمع وهو ما يعبر به عن القانون الأخلاقي . أما الشريعة الإسلامية فقد قامت بتنظيمها وإلزام الأفراد بها إذ إن الشريعة الإسلامية قد امتازت عن غيرها من الشرائع وضعية كانت أو سماوية بأنها تحيط بالدوائر الثلاثة دائرة العبادات والمعاملات والعادات ومن ثم كان خطاب الشارع يمتاز بشمول كل نواحي الحياة .

أما بالنسبة للحالات التي يباح فيها دخول المسكن بدون إذن من صاحبه فإن القانون يتفق مع الشريعة الإسلامية في حالة الضرورة حيث أباح الدخول بدون إذن كما أن القانون لا يكاد يختلف في تكيفه لحالة الضرورة عن الفقه الإسلامي حيث عرف هو الآخر خلافاً حول الضرورة وهل هي سبب من أسباب الإباحة أم هي مانع من موانع المسؤولية؟ أما في حالة القبض على المتهم فقد رأينا جانباً من الفقه الإسلامي لا يبيح دخول المسكن لإلقاء القبض على المتهم. بل حتى أولئك الذين قالوا بجواز اقتحام البيوت لغرض القبض قد وضعوا ضوابط معينة لهذا الدخول حيث منعوا الرجال أباحوا ذلك للصبيان والنساء ولم يطلقوا ذلك في كل الجرائم بل قيدوها بالدعوى التي توجب مالاً، وجد الحرابة فقط ومن هنا كان الشرعيون على وعي كامل لما ينطوي عليه اقتحام البيوت من خطورة وتهديد للحريات واعتداء على ضمانات الأفراد في إقامة خصومة عادلة ذلك لأن مجرد دخول مسكن الغير بغير رضاه ولا إذنه يشكل اعتداء على كرامته الإنسانية ولكن مع هذا فإن الشريعة الإسلامية لم تترك المتهم يعيش في مسكنه بعيداً عن العقاب. إذ أنه ليس من شان إضفاء الحرمة على المسكن أن تباعد هذه الحرمة بين المتهم، وبين تحقيق العدالة.

فقد وضع الفقه الإسلامي ضمانا لإرغامه على المثول أمام القضاء وذلك بمنع كافة الوسائل التي من شأنها أن تجعله قادراً على الاستمرار في اعتصامه.

أما حالة التلبس بالمعصية والجهر بها والتي تبيح لرجال السلطة العامة، وكذلك المحتسب بدخول المسكن بدون إذن فقد أحاطها الفقهاء بسياج من الضمانات الكفيلة بأن لا يخرج بها عن الغرض المرسوم لها ولعل من أبرز الضمانات هي أن تكون المعصية ظاهرة مشهودة بإحدى الحواس وأن يكون ذلك بلا تجسس ولا استخبار.

وهذا التصور الفقهي يجعلنا ونحن نتعامل مع الحياة بإزاء تشريع يقف دونه أي تشريع آخر فهو يوازن بين مصلحة الفرد في العيش بأمان، وبين مصلحة الجماعة في عدم الاعتداء على نظامها العام وما آمنت به من مبادئ.

الفصل الخامس

في جريمة دخول المسكن

المبحث الأول: جريمة دخول المسكن في الشريعة الإسلامية

المطلب الأول: في العناصر المكونة للجريمة

الأصل في إثبات هذه الجريمة هي تلك النصوص التي ذكرناها في الفصل المتقدم والتي تدل على تحريم الدخول إلى منازل الغير بغير إذنهم. وخشية من التكرار, نحيل على الفصل الرابع لاستطلاع ذلك، وأود هنا أن أشير إلى أنه لما كان الإجماع منعقداً على اعتبار المسارقة البصرية على مساكن الغير جريمة موجبة للتعزير فإنه بطريق الأولى يكون دخول مسكن الغير بغير إذنه ورضاه جريمة موجبة للتعزير. وأيضا فإن الفقه الإسلامي عموماً متفق على أن التعزير مشروع ويجب حقاً لله، أو لآدمي في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة[1].

ومما لا شك فيه أن دخول مسكن الغير بغير إذنه حرام في غير الأحوال المرخص بها كما سبق وأن أشرنا إليه.

وقد عالج الفقه الإسلامي جريمة الدخول غير الشرعي، وضرب الفقهاء لذلك صوراً متعددة، فذهبوا إلى أنه في حالة دخول رجل دار غيره بغير إذنه فله أمره بالخروج من منزله سواء أكان معه سلاح أم لم يكن لأنه متعد بدخول ملك الغير فكان لصاحب الدار مطالبته بترك التعدي كما لو غصب منه شيئا، وله حق دفعه و لو أتى الدفع على نفس المعتدي[2]، على تفصيل أذكره فيما بعد.

ومن الصور التي ذكرها الفقهاء وقالوا فيها بالتعزير وجود الشخص في منزل الغير بغير إذنه وعلمه، ودون أن يتضح قصده من الدخول، وكذلك دخول منزل الغير بقصد منع الحيازة وارتكاب جريمة أخرى. وذلك كمن يدخل منزل غيره ويريد أهله أو ماله أو نفسه[3]. وكذلك فيمن تعدى على دار فكسر بابها وضرب صاحب الدار وانتهب ما فيها من طعام[4]. ويلاحظ إن دخول المنزل بغير إذن أصحابه يعتبر جريمة وإن لم يقترن هذا الدخول بقصد آخر[5].

ومن الصور المتقدمة وغيرها من مباحث الاستئذان والإذن، والمقصود بالمسكن نستطيع أن نلخص العناصر المكونة للتصرف الجرمي بما يلي:

أولاً: أن يكون هناك دخول في مسكن الغير. وعلى الرغم من أن الفقهاء لم يتعرضوا لشكل الدخول، ولا لكيفيته، بل أطلقوا القول في ذلك اعتماداً منهم على المعنى المتبادر إلى أنه مفهوم بداهة أنه يجب أن يكون هناك ولوج من

---

(1) الطرق الحكمية: 154،ونهاية المحتاج شرح المنهاج: 172/7،والأحكام السلطانية للماوردي : 236، وحاشية ابن عابدين: 59/4، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: 207/3، وشرح فتح القدير: 444/5، والسياسة الشرعية لابن تيمية 132، وتبصرة الحكام لابن فرحون: 293/2، والروضة: 174/10، والمغني لابن قدامة: 176/9، وشرائع الإسلام: 252/4، والإنصاف: 239/10، والبحر الزخار 210/6، ومواهب الجليل: 315/6 - 316.

(2) المغني لابن قدامة: 181/9، والروضة: 194/10.

(3) الفتاوى الأسعدية: 170/2.

(4) تبصرة الحكام: 278/2.

(5) ويلاحظ أن الدخول بقصد أخذ المال أو هتك العرض يعتبر داخلا في نطاق جريمة الحرابة عند بعض الفقهاء الذين يذهبون إلى أن الحرابة تتحقق حتى لو كان في المصر طالما أن الغوث لا يلحقه على تفصيل بين الفقهاء وهذا النوع ليس موضوع الجريمة التي نحن بصدد دراستها إذ إن موضوع هذه الجريمة هو دخول المسكن بغير إذن أو من غير أن يتضح قصد الداخل. انظر: مواهب الجليل شرح مختصر خليل: 314/6.

الخارج الأول إلى الداخل. ثم لا يهم بعد ذلك الكيفية التي دخل بها سواء تسور الحائط أو دخل من الباب، لأن إطلاق الفقهاء يقتضي هذا المعنى ومن ثم فإن فعل الدخول لا يتحقق إلا إذا دخل المعتدي بجميع جسمه أما لو وضع المعتدي إحدى رجليه في الدار وثانيهما في الخارج فإن فعل الدخول لا يتحقق وبالتالي لا تتوافر جريمة التعدي على المنزل.

ثانياً: أن يكون الدخول عدواناً:

يلزم لقيام جريمة الدخول غير الشرعي أن يكون الدخول قد تم بطريق العدوان فإن لم يكن كذلك لم تتحقق الجريمة ولا تعتبر قائمة ويترتب على هذا أن كل عمل أوجبته الشريعة الإسلامية أو أجازته لا يعتبر اعتداء إذا باشره صاحب الحق فيه وذلك كالأحوال التي يباح فيها دخول المسكن بدون إذن والتي سبقت الإشارة إليها. وإنما يكون الدخول بطريق العدوان في حالة عدم رضاء صاحب الحق بالدخول وممانعته أما إذا كان الدخول برضاء صاحب الشأن وإذنه فإن الجريمة لا تتوافر في حق الداخل إذ لا يكون معتدياً في هذه الحالة[1].

ثالثاً: أن يكون الدخول قد تم في منزل الغير: سبق وأن بينا مفهوم المسكن في الفقه الإسلامي وعرضنا لسند الحيازة وبينا أنه لا يشترط في بسط الحماية على المسكن أن يكون شاغله هو المالك نفسه، وإنما تمتد الحماية لتشمل المستأجر والمستعير. ونلاحظ هنا أن الغرض من تحريم دخول المساكن بغير رضاء أصحابها هو حماية أسرار الناس وخصوصياتهم والمسكن هو مستودع هذه الخصوصيات فاقتحام البيوت في الحقيقة لا يشكل اعتداء على الملكية فحسب، بل يشكل اعتداء على أبرز مظاهر الحرية الشخصية، ودعامة من دعاماتها وهي حق الناس في الشعور بالأمن وهم في مساكنهم، ومن هنا شرع الإسلام الاستئذان واعتبره شرطاً لدخول المنازل، وهو في تشريعه لهم لم يقصره على السكان خاصة بل شرعه لأنفسهم وأموالهم لأن الإنسان كما يتخذ البيت ستراً لنفسه يتخذه ستراً لأمواله[2] وخصوصياته. ولهذا يستوي أن يكون السكن فيه حرمة أو لا حرم له فيه، طالما أنه أراد دخول منزله، أو كابده عليه[3].

رابعاً: أن يكون متعمداً الدخول:

يلزم لقيام الجريمة أن يتعمد الجاني ارتكاب الجريمة مع علمه بأنه يرتكب محظوراً، وأكثر الجرائم يكتفى فيها بتوافر القصد الجنائي العام كجريمة الضرب البسيط أو الجرح، فإنه يكتفى فيها أن يتعمد الجاني إتيان الفعل المادي مع علمه أنه يأتي فعلاً محرماً. وفي بعض الجرائم لا يكتفي الشارع بتوافر القصد الجنائي العام بل يشترط معه أن يتوفر قصد خاص كتعمد نتيجة معينة، فتكون الجريمة قائمة في حق الداخل. كما هو الحال في جريمة القتل فإنه لا يكفي فيها أن يضرب الجاني المجني عليه أو يجرحه وهو عالم بأن الضرب والجرح محرم بل يجب أن يتعمد مع الضرب أو الجرح إزهاق روح المجني عليه[4] ويكفي في جريمة دخول المسكن وجرائم الاعتداء على الحياة الخاصة

(1) الروضة: 194/10، والفتاوى الأسعدية: 170/1، والمهذب. 227/2، والمغني لابن قدامة: 181/9.
(2) بدائع الصنائع:2962/6، والكشاف للزمخشري: 59/3.
(3) الأم للشافعي: 28/6.
(4) التشريع الجنائي لعبد القادر عودة : 413/1 ومما تجدر الإشارة إليه أن هناك من الفقهاء من يذهب إلى أنه يكفي قصد الضرب ولم يقصد إزهاق الروح.

توافر القصد العام وهو قصد إتيان المعصية فقط. وعلى هذا تعتبر الجريمة قائمة متى ما توافر هذا القصد. أما إذا انعدم بأن كان ناسيا أو حمله شخص على الدخول بالقوة أو دخل البيت خطأً فإن الجريمة لا تعتبر موجودة لأن الخطأ، والنسيان، والإكراه، مرفوع شرعاً. يقول الرسول ρ: "إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"[1]. فإذا اكتملت العناصر المتقدمة كانت الجريمة قائمة في حق الداخل.

المطلب الثاني: في عقوبة جريمة الدخول غير الشرعي

لما كانت هذه الجريمة من الجرائم التعزيرية فإنه لم يرد من الشريعة الإسلامية نص على عقوبتها كما هو الشان في الجرائم التعزيرية، حيث ترك أمر تكييفها، ووضع العقوبة إلى رأي الإمام، وما يراه من مصلحة . وعدم نص الشريعة الإسلامية على العقوبة لا يقلل من انتهاك حرمة المسكن، وإنما يعني أن يترك الأمر فيها لولي الأمر حسب ظروف الجاني، والعوامل المحيطة بالواقعة مما يتيح لولي الأمر فرصة كافية في تكييف الجريمة وفق مقتضيات الواقع، وما يحرزه المجتمع من تقدم.

وفي الحقيقة فإني لم أعثر على نص فقهي ينص على عقوبة هذه الجريمة باستثناء إطلاقهم أن دخول المساكن بغير إذن يعتبر جريمة تعزيرية وإن كان صاحب التبصرة[2] قد ذهب إلى مسألة تشبه مسألتنا، وصورتها أن رجلين دخلا دار رجل فكسرا الباب، وضربا صاحب المسكن، وانتهبا ما في الدار، إلى أن الفقهاء قالوا يجب الأدب البليغ والحبس الطويل[3]. وعلى كل حال فإن الفقهاء قد تناولوا موضوع العقوبات المقررة

انظر الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي: 242/4. ويلاحظ أن القصد الجنائي بالإضافة إلى كونه خاصاً أو عاماً فقد يكون معيناً، أو غير معين، وقد يكون مباشراً أو غير مباشر. ويقصد بالقصد المعين أن يقصد الجاني ارتكاب فعل معين على شخص، أو أشخاص معينين. أما غير المعين فهو أن يقصد الجاني ارتكاب فعل معين على شخص غير معين مثل إن يطلق الجاني كلباً عقوراً ليعقر من يقابله. ويقصد بالقصد المباشر أن يرتكب الجاني فعلاً يعلم نتائجه ويكون قاصداً لهذه النتائج سواء قصد شخصاً معيناً أو لا يقصد ذلك. أما القصد غير المباشر فهو أن يقصد الجاني فعلاً معيناً رتب على فعله نتائج لم يقصدها أصلا ولم يقدر وقوعها. وقد قصد الفقهاء من هذا التقسيم التفريق بين القتل بالسبب، والقتل مباشرة، وبين القتل العمد والقتل شبه العمد. ولما كانت هذه الجريمة، لا تتأثر بهذه التقسيمات وإن كانت تتأثر بالباعث باعتبارها جريمة تعزيرية، والبواعث منظور إليها في مثل هذه الجرائم فقد أضربنا عن ذكرها حذراً من الإطالة.

(1) ابن ماجه: 659/1، والحاكم في المستدرك، وقال:صحيح على شرط الشيخين. ووافقة الذهبي: 198/2.

(2) هو القاضي برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون المالكي المدني المتوفى سنة 799 هـ، عالم بحاث ولد ونشأ ومات في المدينة وهو مغربي الأصل، رحل إلى مصر والشام وتولى القضاء بالمدينة سنة 793 هـ، ثم أصيب بالفالج في شقه الأيسر وتوفي بعلته. من أشهر مصنفاته: السياج المذهب وتبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ودرة الغواص في محاضرة الخواص وغيرها. انظر الأعلام: 47/1.

(3) صورة المسألة أنه شهد عند القاضي شهود أنهم قالوا لرجل نبئنا ما سمعنا عن ولديك من سيرهم بفلان وفلان إلى دار فلان فكسروا الباب وهجموا على العيال وانتهبوا ما في الدار وضربوا صاحب الدار حتى اشفى على الموت. فقال الرجل نعم إنهم فعلوا ذلك وشهد الشهود أنهم يعرفون الفعلة بأعيانهم وأنهم من أهل الفساد وشرب الخمر، فأجاب الفقهاء أنه يجب الأدب البليغ والحبس الطويل على الفعلة المشهودة عليهم إن لم يكن عندهم مدفع وإن ذكروا مدفعا

للجرائم التعزيرية فقرروا أن العقوبات ربما كانت الجلد، أو الحبس، أو الغرامة، أو المصادرة، وأن ولي الأمر هو الذي يحدد طبيعة العقوبة بما يتناسب وطبيعة الجريمة[1].

المطلب الثالث: في الدفاع الشرعي عن المسكن

أحاول في هذا المطلب أن ألقي الضوء على حق الدفاع الشرعي عن المسكن، وذلك بصورة موجزة.

السند الشرعي لحق الدفاع:

معلوم أن نفس الإنسان، وعرضه، وماله، مصان في الشريعة الإسلامية يقول الرسولρ: "كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه"[2]، وهذه الحماية يتمتع بها كل من يحمل الرعوية الإسلامية مسلما كان أو ذميا[3].

وإذا كانت الشريعة الإسلامية تحمي نفس الإنسان، وعرضه، وماله، فإنها بذلك توجب على عامة الناس عدم الاعتداء عليها، وفي حالة التحلل من هذا الواجب فإن المتعدي يلحقه العقاب، والأصل في الشريعة الإسلامية المحافظة على حقوق الأفراد والجماعات إنما هو واجب السلطة العامة، إذ إن هذه المهمة هي وظيفتها الأساسية وواجبها الرئيس في حفظ ضروريات الناس، ولكن في الأحوال التي يعجز فيها المعتدى عليه من اللجوء إلى السلطة العامة والاستعانة بها في مواجهة عدوان حال، أو وشيك الوقوع فإن الشريعة الإسلامية قد أذنت للمعتدى عليه رد الاعتداء عن نفسه أو عرضه، أو ماله وذلك بنفسه ولو أتى الدفع على نفس الصائل دون أن يتعرض للمساءلة الجنائية وذلك متى ما التزم بالضوابط المقررة شرعاً .

والأصل في هذا قوله تعالى : (فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُم)[4].

حبسوا وكشفوا عن مدفعهم وهم في الحبس وإن مثل هذا يتبع في مجمع وحاضرة فيستحقون الأدب. انظر تبصرة الحكام لابن فرحون: 278/2.

(1) يلاحظ أن الفقهاء قد اتفقوا على أن تقدير العقوبات التعزيرية وتكيفها موكول للإمام وإن كانوا قد اختلفوا فيما بينهم بالنسبة لمشروعية بعض العقوبات، أو تقديرها.
لمزيد من الاطلاع تراجع المصادر التالية في بيان الحد الأدنى والأعلى بالنسبة لعقوبة الجلد تعزيراً، وكذلك بيان مشروعية الحبس في الشريعة الإسلامية، والحبس محدد المدة وغير محدد المدة وغيرها من العقوبات التعزيرية : نهاية المحتاج: 22/8،والروضة: 174/10، إعانة الطالبين: 168/4، وشرائع الإسلام: 252،والمغني لابن قدامة: 177/9، المحرر: 164/2، السياسة الشرعية لابن تيمية: 134، الإنصاف: 244/10، ونيل الأوطار: 170/7، البحر الزخار: 212/6، تبصرة الحكام: 299/2، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: 355/4، مواهب الجليل: 319/6، شرح منح الجليل: 554/4، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: 210/3، شرح فتح القدير: 349/5، اقضية رسول الله لابن فرج المالكي: 93. وقد أضربت الكلام على العقوبات التعزيرية وذلك خشية الإطالة والخروج بالموضوع عن الغرض الأصلي.

(2) تقدم تخريج الحديث، انظر ص: 222.

(3) يقول النووي في معرض حديثه عن الدفاع الشرعي عن الغير: وله دفع مسلم صال على ذمي. الروضة: 186/10.

(4) سورة البقرة: آية 194.

وروي أن رجلاً جاء إلى رسول الله ρ فسأله " أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: لا تعطه مالك. قال: أرأيت إن قاتلني قال قاتله. قال أرأيت إن قتلني؟ قال فأنت شهيد. قال فإن قتلته. قال: هو في النار "[1].

وروي عنه ρ أنه قال: "من قتل دون ماله فهو شهيد"[2] روي عنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ أنه قال: "من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دون دينه فهو شهيد، ومن قتل دون أهله، فهو شهيد"[3]. والإجماع منعقد على مشروعية الدفاع عن النفس، وإن كان الفقهاء قد اختلفوا: هل هو حق، أو واجب؟ مما لا مجال له في هذا البحث.

شروط دفع الصائل:

لكي يكون الفرد في حالة دفاع شرعي يلزم توافر شروط معينة فلا يكون المصول عليه في حالة دفاع إلا إذا توافرت هذه الشروط.

ويمكن تلخيص هذه الشروط بما يلي:

الشرط الأول :

أن يكون هناك اعتداء على المصول عليه أما إذا كان الفعل لا ينطوي على اعتداء فإنه لم يكن هناك صيال، وبالتالي لا يجوز الدفع. وعلى هذا فكل فعل أمرت به الشريعة الإسلامية لا يعتبر اعتداء، فالمعلم الذي يؤدب تلميذه، والأب الذي يضرب ابنه، والزوج الذي يؤدب زوجته لا يعتبر فعلهم اعتداء طالما كان التأديب في حدود المعقول، ومن غير تعسف، وهكذا الشان في كل عمل أوجبته الشريعة، أو أجازته لا يعتبر اعتداء متى ما باشره صاحب الحق[4] وعلى هذا فإن دخول الأفراد أو السلطة العامة مساكن الغير بغير رضاهم ولا إذنهم في الأحوال المرخص بها شرعاً مثل حالة الضرورة أو التلبس لا يعتبر اعتداء بل هو تنفيذ لواجب أو أداء لحق أوجبته الشريعة أو أجازته، ومن ثم لا يجوز لصاحب المسكن في هذه الحالة مقاومته، لأنه لم يكن متعدياً بدخوله، وإنما كان ممارساً لحق أو واجب.

ويعتبر الشخص في حالة دفاع شرعي وإن لم يكن الاعتداء واقعاً بالفعل فيكفي في ذلك أن يقع في نفسه أنه يدافع عن نفسه بادره الصائل بالضرب أو يغلب على ظنه أن الصائل جاد في الاعتداء عليه ففي هذه الحالة يجوز له أن يدفع هذا الاعتداء بما يندفع به ولو بقتله إذا تعين القتل طريقاً لدفع اعتدائه، ولا ينتظر ريثما يوقع الصائل الفعل ويبادره بالاعتداء.

---

(1) صحيح مسلم: ص 124 رقم الحديث 225.
(2) صحيح مسلم: ص 125 رقم الحديث 226، صحيح البخاري/كتاب المظالم/باب من قاتل دون ماله، فتح الباري: 88/5 وابن ماجه: 861/2، ومسند الإمام أحمد: 79/1.
(3) مسند الإمام احمد: 190/1، وفيض القدير: 195/5، وقال المناوي: قال السيوطي وهو متواتر. ورواه الترمذي: 30/4 وقال: حسن صحيح.
(4) التشريح الجنائي لعبد القادر عودة: 480/1.

ويجب أن يكون ظن المدافع مبنياً على أسباب معقولة بأن الصائل سيبادره بالاعتداء كأن تقوم على ذلك قرينة مثل أن يأتيه مقبلاً عليه شاهراً سلاحه، ولا يكفي لجواز دفعه مجرد توهمه بل ولا الشك فيه أو ظنه ظناً ضعيفاً[1].

وقد اختلف الفقهاء في اشتراط المسؤولية الجنائية حتى يكون الشخص في حالة دفاع شرعي، فذهب الحنابلة والمالكية والشافعية إلى أنه لا يشترط في الصائل أن يكون مسؤولا جنائياً على فعله حتى يكون المصول عليه في حالة دفاع شرعي، وتأسيساً على هذا قالوا بعدم ضمان غير المكلف كالصبي والمجنون في حالة قتله، وكذلك البهيمة، لأن ما أوجبه الشارع أو أجازه لا يترتب عليه ضمان[2].

وذهب الحنفية إلى أنه يشترط في حالة الدفاع أن يكون الصائل مسؤولاً عن فعله جنائياً، فإن لم يكن كذلك كالصبي، والمجنون، أو الدابة، فإن الدفع في هذه الحالة يكون مبنياً على حالة الضرورة وتأسيساً على هذا قالوا بوجوب الضمان[3].

وكذلك اختلف الفقهاء حول فعل الصائل وهل يشترط فيه أن يكون جريمة معاقباً عليها أم لا يشترط ذلك؟

ذهب الشافعي ومالك وأحمد إلى أن الشخص يعتبر في حالة دفاع شرعي سواء أكان فعل الصائل جريمة معاقباً عليها، أم غير ذلك، طالما أن فعله غير مشروع. وذهب الحنفية إلى أنه يشترط في الاعتداء أن يكون من الجرائم المعاقب عليها[4].

ويعتبر الدفاع الشرعي منتهياً بمجرد انتهاء الاعتداء ومن هنا كان لمعرفة بداية الاعتداء وانتهائه أهمية خاصة، لأن الاعتداء وعدمه هو الذي يحدد وجود الدفاع الشرعي من عدمه، ومن ثم فإن المصول عليه إذا ضرب الصائل ضربة عطلته عن متابعة اعتدائه واستمراره لم يجز له أن يثني عليه.

وكذلك إذا ولى الصائل هارباً، أو حال بينهما حائل من نهر أو جدول، أو نحوهما، لأنه قد كفي شره في هذه الحالة، فإذا ترك الصائل اعتدائه عادت له عصمة دمه، ولا يحق للمصول عليه متابعته، لأن فعله يعتبر عدوانا في هذه الحالة، ولذلك يؤاخذ بجريرته ويكون مسؤولاً عنها مساءلة جنائية[5].

ويعتبر الاعتداء قائماً متى أُخذ الصائل شيئاً من متعلقات المصول عليه وولى هارباً، ومن ثم يتوالد الدفاع الشخصي فله أن يتبعه ويقاتله إلى أن يطرح متاعه ولو أدى ذلك إلى قتله يقول الرسول ρ:" قاتل دون مالك "أي لأجل مالك، ولأن له أن يمنعه بالقتل ابتداء فكذلك له أن يسترده به إذا تعين القتل وسيلة لاسترداد مال انتهبه[6].

---

(1) الأم للشافعي: 27/6، والمغني لابن قدامة: 182/9 ونهاية المحتاج وحاشية أبي الضياء: 23/8 وحواشي الشرواني على التحفة: 181/9 والمحرر: 162/2.
(2) الروضة: 186/10، والمغني لابن قدامة: 181/9، وتبصرة الحكام: 356/2، مواهب الجليل: 323/6، وشرح منح الجليل: 561/4، والإنصاف: 37/10 وانظر في مذهب الشيعة: شرائع الإسلام 263/4 وفي مذهب الزيدية: الزخار 368/6.
(3) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: 110/6 وفتح القدير: 332/10.
(4) هذه المسألة متفرعة على المسألة التي قبلها. انظر المراجع السابقة.
(5) الأم: 27/6، والمغني لابن قدامة: 182/9.
(6) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: 111/6، والروضة: 194/10، وحاشية ابن عابدين: 545/6 - 546.

الشرط الثاني:

كما يشترط لاعتبار الشخص في حالة دفاع شرعي أن يكون هناك اعتداء واقع بالفعل أو متوقع الحدوث بأمارة قوية فلا يجد المعتدى عليه فسحة من الوقت تبيح له الالتجاء إلى السلطة العامة كذلك يشترط أن تنعدم كافة الوسائل الأخرى للخلاص من هذا الاعتداء باستثناء وسيلة الدفاع.

ولا يشترط في الدفاع أن يكون الصائل متلبساً بالاعتداء حقيقة، بل يكفي أن تكون حالة الصائل تدل على أنه سيعتدي كما بينته سابقا. فإذا لم يكن هناك اعتداء حال أو متوقع لا يكون الشخص في حالة دفاع شرعي، وذلك كالتهديد بوقوع الاعتداء أو الاعتداء المؤجل صحيح أن التهديد بذاته يعتبر اعتداء إلا أنه لم تنعدم وسائل دفعه، ولم يتعين الدفاع الشرعي كوسيلة وحيدة للدفع إذ باستطاعة من وقع عليه التهديد أن يشكوه للسلطة العامة وهذا كاف في حمايته.

الشرط الثالث:

عدم إمكان الدفع بطريقة أخرى .

يشترط لدفع الصائل أن لا يمكنه الدفع بطريقه أخرى فإن أمكنه الدفع بالاستغاثة أو الصياح لم يكن له الضرب وكذلك لو اندفع شره كأن وقع في ماء أو نار أو انكسرت رجله ففي هذه الحالة لا يجوز للمصول عليه أن يضربه وإذا فعل ذلك كان فعله جريمة تستوجب العقاب[1] ومن ثم فإن الفقهاء قد اختلفوا في تعيين الهرب كوسيلة من وسائل رد الاعتداء.

فذهب فريق منهم إلى أن المصول عليه إذا قدر على الهرب من غير مضرة تلحقه يجب عليه الهرب، ولم يجز له الدفع وذلك لأنه مأمور بتخليص نفسه بالأسهل، فالأسهل الهرب أهون من المدافعة متى ضمن النجاة ولا يشترط تيقنها. ويشترط هؤلاء القائلون أن الهرب وسيله من وسائل الدفاع بأنه في حالة ما إذا كان الصيال واقعا على المال أو على البضع وأمكنه الهرب بنفسه دونهما فإنه لا يلزمه الهرب بل يجب عليه المدافعة والثبات[2].

وذهب فريق ثان إلى إن الهرب لا يلزم المصول عليه لأنه لا يصلح وسيله من وسائل الدفاع، ولأن إقامته في ذلك الموضع جائزة فلا يكلف الانصراف منه إلى غيره[3].

الشرط الرابع: تناسب الدفع مع الاعتداء:

يشترط في الدفع أن يكون متناسبا مع الاعتداء أو متدرجا فيجب أن يدفع الصائل المصول عليه بأهون طرق الدفع وأيسرها، وليس له أن يعدل من الأيسر إلى الأصعب،

---

(1) الروضة: 187/10، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: 110/6، الأم: 27/6، المغني لابن قدامه: 182/9. وانظر في مذهب الشيعة شرائع الإسلام:262/4.

(2) تبصرة الحكام: 357/2، ونهاية المحتاج: 27/8، والروضة:188/10، والإنصاف 303/10، والمغني لابن قدامة: 183/9، وتحفة المحتاج مع حاشية الشرواني: 188/9، ومواهب الجليل: 323/6 وانظر في مذهب الزيديه: البحر الزخار: 269/6، وشرح منح الجليل: 562/4.

(3) المغني لابن قدامة: 183/9، ومغني المحتاج: 197/4.

ولا من الأخف إلى الأشد وإلا كان فعله اعتداء يوجب المساءلة الجنائية، فإذا دخل رجل منزل غيره بغير رضاه ولا إذنه كان معتديا بدخوله، فكان لصاحب الدار أن يأمره بالخروج ويطالبه بترك التعدي. فإن لم يستجب لأمر صاحب المسكن هدده بالضرب واستعمال القوة معه، فإن لم يرضخ لهذا كله بل ظل مستمراً في عدوانه كان له ضربه بأسهل ما يندفع به. ذلك لأن المقصود هو دفع عدوانه فإذا اندفع بالقليل فلا حاجة إلى الكثير. وإذا علم أنه يندفع بالعصا فليس له أن يستخدم الحديدة لأنها آلة قتل، وإن خرج من المسكن هارباً فقد زال الاعتداء ولم يجز لصاحب الدار ملاحقته، وإن ضربه ضربة فقد معها القدرة على الاستمرار بعدوانه لا يجوز أن يتبعها بأخرى وهكذا لا يجوز العدول إلى الأشد مع إمكان دفع الاعتداء بالأخف، وفائدة هذا الترتيب أنه متى خالف المصول عليه وعدل إلى رتبة أشد مع إمكان الاكتفاء بما دونها كان فعله جريمة وجب الضمان بالقصاص أو الدية وتلزمه كذلك سراية الجرح[1]. وقد ذهب بعض الشافعية إلى أنه يتعين في حالة دخول المسكن قصد رجل الصائل لأن الدخول قد تم بها، وكذلك قياساً على عين الناظر في النظر إلا أن الرأي السائد في مذهب الشافعية إلى أنه لا يتعين قصد الرجل، لأنه دخل جميع البدن[2]، وهذا ما أميل إليه.

ولا يتعين القتل كوسيلة من وسائل الدفاع إلا إذا استنفد كل الطرق السابقة ولم يمكنه دفعه إلا بالقتل، فله في هذه الحالة ضربه بما يقتله أو يقطع طرفه، وما أتلف منه في هذه الحالة فهو هدر، لأن التلف إنما كان بفعله فأشبه الباغي، ولأن صاحب الدار قد اضطر إلى قتله فصار كالقاتل لنفسه[3].

ومن هنا يتبين لنا أن القتل لا يكون إلا في نهاية مراتب الدفع بعد معالجة الموقف بكل الوسائل المتاحة دونه. أما إذا قتله قبل أن يتدرج في مراتب الدفاع فإنه يكون متعديا وبالتالي يكون مسؤولا عن فعله.

ويلاحظ من الناحية الإجرائية أنه لا تكفي القرينة لدرء العقوبة عن المصول عليه بل يشترط توافر البينة على أن الصائل قد قصد العدوان. فإن كان ظاهر الحال يشير إلى أنه لا يمكن أن يكون قاصداً القتل، وذلك كأن يدخل الدار وهو متجرد من السلاح أو كان معه سلاح، لكنه غير مشهور، أو كان ظاهر أمره أنه إنما يريد بدخوله الصلح، أو كانت حاله تدل على عدم قدرته على الاعتداء لعجز أو مرض أو شيخوخة مثلا ففي هذه الحالة يكون القصاص على صاحب المسكن، أما إذا كان ظاهر الحال يشير إلى أنه قد قصد العدوان وذلك بأن دخل داره مقبلاً عليه شاهراً سلاحه، ففي هذه الحالة لا يجب عليه القصاص ولا تكفي هذه القرينة وحدها لدرء العقوبة عن المصول عليه بل يجب أن يثبت البينة أنهم رأوا المقتول مقبلاً بالسلاح المشهور على المصول عليه، فإن شهدوا بذلك كان دمه هدراً لا يوجب قصاصاً ولا دية ولا يكفي أن تقام البينة على أنه دخل

---

(1) الأم للشافعي: 27/6، والمغني لابن قدامة: 182/9، وإعانة الطالبين: 172/4، والبحر الزخار: 269/6، وشرائع الإسلام: 262/4.
(2) الروضة للنووي: 194/10.
(3) نهاية المحتاج: 27/8، وتحفة المحتاج: 186/9، والمغني لابن قدامة: 182/9، ومواهب الجليل: 323/6، وشرح منح الجليل: 561/4.

داره ولم يذكروا سلاحاً، أو ذكروا سلاحاً من غير شهر، ففي هذه الحالة يجب القود، لأنه ربما دخل لحاجة، ومجرد الشهادة بالدخول لا توجب إهدار دمه، ولا فرق في هذا بين أن يكون المقتول معروفاً بالشر أو السرقة أو لم يكن معروفاً بهما عند جماعة من الفقهاء[1].

وذهب فريق منهم إلى أُن المسؤولية إنما تجب على صاحب البيت إذا لم يكن المقتول معروفا بهذا. أما إذا كان متهماً بالسرقة والشر فالاستحسان ألا يجب القصاص، وإنما تجب الدية في ماله لورثة المقتول، وذلك لأن دلالة الحال أورثت شبهة في القصاص لا في المال أما في القياس فيجب القصاص[2].

المبحث الثاني: في جريمة الدخول غير القانوني للمسكن

تمهيـــــد:

تعرضنا فيما انتهينا من دراسته إلى المظاهر المتعددة للاعتداء على الحياة الخاصة. ونتناول الآن طبيعة جريمة الدخول غير القانوني للمسكن باعتبارها واحدة من أهم وأخطر مظاهر التعدي على الحياة الخاصة وعلى الحرية الفردية.

ويأخذ مثل هذا الاعتداء صورتين: صورة تَعَدٍّ واقع من أفراد، أي من غير أفراد السلطة، أو تعد يقع من الأفراد المنوط بهم تنفيذ القانون، ويكون دخولهم غير الشرعي لمساكن الأفراد في مثل هذه الحالة على غير مقتضى القانون، وبالمخالفة للإجراءات الشرعية مما يعرضهم للمساءلة القانونية .

والجريمة هنا تخضع للعقاب في كل زمان ومكان لمخالفتها لمبادئ الأخلاق ومثل هذه الجرائم ينص عليها في قانون العقوبات، فلا يخلو قانون أية دولة تأخذ بنصيب من الحضارة و المدنية من تجريم مثل هذا الفعل وشجبه[3]. ولا تأخذ النصوص عادة بصورة شكلية موحدة وإلا تصبح قاصرة عن تحقيق الهدف المرجو منها. فقد تظهر في

---

(1) المغني لابن قدامة: 185/9، والروضة: 194/10، وشرح منح الجليل: 561/4، وشرائع الإسلام: 263/4.

(2) حاشية ابن عابدين: 547/6 .

(3) انظر محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، الطبعة الرابعة سنة 1977، ص44.
Garreud , T . the orique et Practique .
de Dr . , 1913. Tl pp . 203. etc .

المستقبل مقتضيات تجعلها قاصرة[1]، فالمشرع ينص على الأفعال التي تعد جرائم بعينها وبما يميزها عن غيرها من الجرائم. وهذا ما جرى عليه التشريع الفرنسي والإيطالي ومعظم التشريعات العربية المتأثرة بها[2].

طبيعة الجريمة:

تقررت هذه الجريمة في قانون العقوبات المصري بموجب المادة 128 والتي تنص على أنه "إذا دخل أحد الموظفين أو المستخدمين أو أي شخص مكلف بخدمة عمومية اعتماداً على وظيفته منزل شخص من آحاد الناس بغير رضاه فيما عدا الأحوال المبينة في القانون أو بدون مراعاة للقواعد المقررة فيه يعاقب بالحبس أو بغرامة ..... الخ ما جاء بالمادة ". وهذه الصياغة نجد مثيلاً لها في قانون العقوبات الفرنسي، المادة 184 منه.

وتكمل حلقات الحماية بالمادة 309 مكرراً من قانون العقوبات (المصري) فجرمت المادة التعدي على حرمة الحياة الخاصة للمواطن . والمقصود من هذه الجريمة تقرير الحماية الجنائية لحياة الإنسان الخاصة ومسكنه باعتبارهما افتئاتاً على أسرار الفرد ومكنوناته، وهو الأمر الذي يدل على مدى الصلة بين الحياة الخاصة للفرد وبين حريته الشخصية[3].

وكذلك قرر المشرع المصري توفير الحماية للمسكن في الجرائم التي قررها بالمواد 369 إلى 373 في باب انتهاك حرمة ملك الغير، إلا أن هذه الحماية مقررة لحماية حرمة المسكن من عدوان الفرد عليه، فإذا كان العدوان واقعاً من ممثلي السلطة، فإن درجة الإثم فيه تتجسم وطبيعة العدوان لتكون عدوانا على إحدى دعامات الحرية الشخصية، لما فيه من اعتداء وبالتالي على هدوء المواطن وأمنه في المكان الذي يقيم فيه[4].

إن حماية المسكن كانت من قديم الشغل الشاغل للإنسان . وكافة التطورات الدستورية التي استهدفت حماية حقوق الإنسان ما كان لها من معنى إن لم تضع في اهتمامها الأول حماية الإنسان في حياته وفي احترام حرمة مسكنه، ورعاية الحقوق الطبيعية المستقرة التي أجمعت دساتير دول العالم قاطبة والمواثيق الدولية خاصة على أنه بدون هذه الحقوق تخلف الركب الإنساني وارتد، وأنه كلما حرصت الدول والهيئات والأفراد على الالتزام بالحد الأدنى من حماية هذه الحقوق، طواعية واقتناعاً، وبمساندة نصوص الدستور والقانون، وبالوعي الجماهيري الشامل للمحافظة على هذا الحد الأدنى من الحقوق، كلما ترعرعت المدنية وازدهرت وهدأت النفوس.

والرأي السائد أن الناس في حاجة إلى المزيد من الرعاية القانونية بما يكفي لحمايتها على نحو ما من التعدي الحكومي والفردي على السواء .

---

(1) سمير الجنزوري، الأسس العامة لقانون العقوبات، سنة 1977، ص 51.
(2) انظر جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج3 ص1، وانظر:
Marc Ancel , Les Codes Penaux Europeens , T . I I p . 880 .
(3) انظر، محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للحريات الشخصية، سنة 1979 ص73 وما بعدها .
(4) انظر: ..... Garraud , Traite op .cit . p . 416

ويميل الفقه القانوني السائد إلى الموازنة بين المصالح العامة والخاصة[1]. فإذا كان حق الأفراد في التمتع بالحرية والأمن، وعدم التعرض للقبض أو التفتيش التعسفي لأبدانهم ومتاعهم ومساكنهم، فإن من حق المجتمع عليهم أن يبادلوه أمناً بأمن، وحرمة بحرمة.

مسألتنا كان قد طال البحث في حماية الفرد من الدولة، فإنه من الأجدى كذلك أن يطول البحث في حماية الفرد من الفرد وبنفس القدر من الاهتمام، سواء كان هذا الفرد يعمل بوحي من مصالحه الخاصة، أو يعمل بوصفه من القائمين على تنفيذ القانون.

إن غالبية دول العالم المتمدنة ترتبط بوسيلة أو بأخرى بالتصريح العالمي لحقوق الإنسان، وميثاق الأمم المتحدة للحقوق المدنية والسياسية، والميثاق الأوربي لحماية حقوق الإنسان، والحريات الأساسية[2]، ولذلك فالمبدأ غير متنازع عليه، ولكن طبيعة التشريع في كل دولة على حدة، وعلى المستوى القومي هي التي في حاجة إلى أن تتلاءم مع هذه المواثيق ووسائل الملاءمة مع التشريع المحلي لتتفق مع مبادئ الحريات الدولية التي انعقد عليها إجماع الدول في مجال حقوق الإنسان، ومنها الحماية من جريمة الدخول غير القانوني للمسكن، وهي جريمة تحبط من معنويات الأفراد في سعيهم الدائب من أجل التحرر من الخوف والتسلط.

ومن ثم فإن المقصود من تقرير هذه الجريمة هو حماية حرمة المسكن، وباعتبار أن هذه الحرمة هي إحدى الدعامات التي تقوم عليها الحرية الشخصية .

مع العلم أن التصرف الواقع من ممثلي السلطة العامة اعتمادا على سلطة وظيفتهم لا يشكل جريمة الدخول غير القانوني للمنازل إلا إذا اتخذ شكل دخول المنزل بغير رضاء صاحبه[3] ..

وقد اشترط المشرع المصري فوق ذلك لقيام الجريمة أن يكون هذا الدخول قد تم في غير الأحوال المبينة في القانون أو بدون مراعاة القواعد المقررة فيه، وهو استطراد لا قيمة له وإن قصد به التوضيح على نحو ما سوف نتناوله في الجزء التالي من هذا الفصل، إذ الواقع أن الدخول إذا تم في الحالات المبينة في القانون وبمراعاة القواعد المقررة فيه كان سبباً من أسباب إباحة الفعل ومن شأنه أن يغير من طبيعته وينزع عنه الصفة الجرمية، سواء نص عليه في صلب المادة المقررة للجريمة أو لم ينص عليه، وباعتبار أن تنفيذ القانون يعد سبباً عاماً لإباحة الجريمة أيا ما كان اسمها وأيا ما كانت طبيعتها[4].

جريمة الدخول غير القانوني للمسكن في الفقه الفرنسي:

إن الشكل الذي يجوز أن تتبعه الدولة في فرض الحماية القانونية للمسكن أن تفرض التزامات، ولها وحدها الحق في أن تطلب الالتزام بها. مثل هذه الحماية من الدولة ليس لها صفة شخصية إذ إن ذلك تجسيد للسلطة الوصائية للدولة. والدولة إذ

---

(1) Delogu , op . cit , No . 32 , p . 80 .....

(2) Robertson , privacy and Human Rights , p . 8 etc .....

(3) محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للحريات الشخصية، 1979، ص 75 .

(4) محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للحريات الشخصية، 1979، ص 75 .

تحترم حقوق الإنسان، ومن بين هذه الحقوق احترام حرمة المسكن وفقا لنصوص التشريعات، إنما تفرض التزاما في صالح الفرد، وهي تفعل ذلك من موقع السلطة والقوة. والدولة إذ تفرض هذه الحماية، وترعى حرمة المسكن، إنما تحمي مصلحة مشروعة تتفق مع اعتبارات المصلحة العامة. وعلى هذا الرأي فقهاء[1]: أمثال: ..... Von Liszt , Ferrara , Miele , Merkelوغيرهم، وذلك بشرط ألا يؤدي حماية هذا الحق الشخصي إلى الأضرار بالمصلحة العامة، بمعنى أن حرمة المسكن المشروعة في حدود القانون.

أما في حالة تعارض المصلحة الشخصية مع المصلحة العامة، فلا مناص من أعمال المصلحة الأولى بالرعاية، وتساند هذه المصلحة العليا الإرادة القانونية للدولة.

ونستطيع من هذا المنطلق أن نستنتج أن غرض النظام القانوني للدولة في شأن حماية المسكن من جريمة الدخول غير القانوني، وشأن بلدان أخرى كثيرة من الدول التي تؤمن بجدوى حكم القانون Rule of law هو الوصول إلى توازن عادل بين مصالح الجماعة ومصالح الأفراد، وهذا ما أكد عليه معظم الفقهاء.

ولكن إلى من يرجع تحديد المصالح في حالة وجود نزاع، وبأي معيار يجري تحديد ذلك عندما يتعلق الأمر باحترام حرمة المسكن من الدخول غير المشروع؟.

إن كل نظام قانوني يقدم حلا مختلفا. لكن من المقطوع به "أن رعاية المصلحة العامة " هي التي يأخذ بها كل نظام قانوني. والمصلحة العامة من وجهة نظر الدول المتحررة ليست بالضرورة هي النظرة التي تأخذ بها الدول الاشتراكية أو غيرها، وذلك لأن اللوائح والنظم تتأثر وفقا لميول المؤثرين في الأنظمة القانونية ومشروعيتها. ومن ثم تختلف الحلول في الدول الرأسمالية عن الدول الاشتراكية، كما تختلف عن هذه وتلك الدول التي تتأثر أكثر بنزاعات دينية أو علمانية، كما نلمس المغالاة في الإجحاف بالحقوق الفردية في أنظمة بعض الدول الشمولية. وعلى كل حال، فإن السياسة القضائية في أية دولة من الدول تستطيع أن تضع أسساً ثابتة ومرعية لمستوى هذه الحقوق، فتشجب الإجحاف، وتعين على ثبات قواعد العدالة، وهذا ما تعمل له جهود القانونيين باجتماعاتهم المتكررة[2].

ورعاية الحقوق الإنسانية، ومنها حرمة المسكن لا تعتمد على النصوص المدونة فحسب، بل هناك مبادئ أخرى مرعية في شكل عرف وتقاليد.

وما دمنا بصدد الحديث عن التشريع الفرنسي، فإن المادة 328 من قانون العقوبات الفرنسي تشير إلى الدفاع عن الذات أو عن الآخرين وهذا الدفاع يكون رداً لاعتداء ظالم، لا سبيل إلى دفعه إلا أن يرد الاعتداء مع الاستعانة بالقوة الجبرية لو استدعى الأمر ذلك .

ويرى " جارو GARRAUD " وغيره[3] كثير من الفقهاء الفرنسيين أن الدفاع الشخصي، ويشمل الدفاع عن حرمة المسكن، هو دفاع مشروع، لأنه من قبيل الدفاع الاجتماعي، ولذلك فهو دفاع عن مصالح يحميها القانون[4].

---

(1) انظر عرضا لآرائهم في : Delogu op. cit , pp . 81 etc

(2) انظر : Robertson , Privacy and Human Rights , op . cit , p . 12 ets .

(3) انظر : Garraud , Droit Penal General , p . 19 ets .

ودراسة العقوبات تتيح فهم كلمة فرض العقوبة على الإضرار بالحياة الخاصة[1].

وتشدد العقوبة في حالة كون الاعتداء على حرمة المسكن من موظف عمومي، ويكون الاعتداء أثناء ممارسته واجبات وظيفته وأساء استخدام السلطة المخولة له بصفته موظفاً عمومياً. ونجد مثالاً لذلك في الفقرة الأولى من المادة 114 من قانون العقوبات الفرنسي والتي تتعلق بالقبض أو الحبس على غير مقتضى القانون.

وعقوبة انتهاك حرمة المسكن إذا كان بدون تهديد، هي الحبس من 3 شهور إلى خمس سنوات وبغرامة تتراوح بين 500 فرنك إلى 3000 فرنك (انظر في ذلك قضية جنائية محكمة النقض ـ الحكم الصادر في القضية رقم 249 . J 1970 . D بتاريخ 5 فبراير سنة 1970)[2].

ومجرد محاولة التعدي على المسكن، تقضي المحاكم فيه دائما بالعقوبة، طالما لم يكن هناك ثمة مبرر للاعتداء أو محاولته، وعدم وجود دليل على ضرر يلجئ إلى التعدي على حرمة المسكن (كاشتعال حريق في حالة عدم وجود أصحاب المسكن، أو تسرب مياه يخشى معه تفاقم خطورة الضرر، أو تسرب غاز قاتل أو قابل للاشتعال، أو الحماية من خطر داهم، كأن يكون الجدار على وشك أن ينهار على مسكن مجاور ولم يتسن الاتصال بصاحب المسكن). وتوازن المحكمة بين الضرر الوشيك والحالة الماسة التي ألجأت إلى التصرف في مسكن الفرد في غير وجوده[3].

وفي القانون الفرنسي يتحمل المعتدي مغبة الاعتداء. وإلى جانب الحقائق الموضوعية، هناك تحليل لشرعية رد الاعتداء، فيما إذا كان المعتدي فرداً أو من الرجال المنوط بهم تنفيذ القانون في أحوال إساءة استخدام السلطة أو خشية المعتدى عليه من خطر وشيك جدي كأن يكون التهديد بالموت وبالإصابة بجرح خطير. والرأي السائد أنه إذا لم تكن هناك خطورة وشيكة، فلا مبرر للعدوان على أفراد السلطة العامة إبان ممارستهم السلطات المنوطة بهم في التفتيش لأنه يجوز في كل وقت الشكوى لرؤسائهم، أو الالتجاء إلى سلطات القضاء، والحصول على قرار ببطلان التفتيش إذا جرى على غير مقتضى القانون[4].

والفقرة الثانية من المادة 184 من القانون رقم 7480 الصادر في 8 يونيه سنة 1970، قد نصت على عقوبات ضد كل من دخل منزل أحد المواطنين بطريقة الخداع، أو التهديد أو بوسائل الإكراه[5].

وينبغي ملاحظة مفهوم المسكن هنا وفقا لتعريف المادة 122 من القانون المدني الفرنسي، ووفقا لحكم صادر من محكمة النقض الفرنسية في 26 فبراير سنة 1963[6].

---

(4) ..... Didier , Ferrier , op . cit , p. 253
(1) ..... Garraud , op . cit . p . 12 ets
(2) .... Didier Ferrier , op . cit . p . 254
(3) المرجع السابق.
(4) انظر: ..... Didier Ferrier , op . cit . No . 223 p . 246
(5) المرجع السابق .
(6) انظر: ..... Cass 26 Fev . 1963 , S . 68

وقد جاء هذا الحكم: إن المسكن هو المكـان الذي يحق للشخص قانوناً أن يشغله ... ومع ذلك فاللفظة غير واضحة رغم أهمية التحديد بالنسبة للمادة 184 من قانون العقوبات.

وبالتأكيد يمكن استبعاد الأماكن العامة، والمتاجر التي يباح الدخول إليهـا، وكـذلك الأماكن غير المأهولة، والتـي لا تسـتخدم فـي السـكن، والاسـتخدام بغـرض السـكنى هـو المعيار الضروري لتحديد وتعريف المحل السكني. وتفسير ذلك بأن يكون للشخص حـق قانونـي في شـغل المكـان لا يغيـر مـن المعنـى السـابق. والمعنـى المقصـود بالمـادة 184 يحظر دخول المسكن حتى على المالك (مالك العقار) نظراً لأن القاعدة القانونيـة بالمـادة سالفة الذكر تحمي الحياة الخاصة، وليس المسكن كعقار وارد عليه حق المالـك طالمـا لا يشغله بنفسه[1].

ويبقـى بعـد ذلـك البحـث فـي نطـاق الحمايـة وفـي إطـار العلاقـات بـين المالـك والمستأجر، وفي مواجهة الأفراد المنـوط بهـم تنفيـذ أوامـر القـانون والعدالـة إبـان تأديـة وظائفهم، وهذا كله سنتعرض له بإيجاز.

وبموجب قرار لمجلـس الدولـة الفرنسـي صـادر فـي 30 نـوفمبر سـنة 1923[2]، ليست هناك عدالة خاصة. وإن السلطة الإدارية وحدها هي التـي تملـك السـلطة القانونيـة العامة.

فكيف يتسنى إذن التغلب على التعارض بين حق الملكية والحق في حرمة المسكن بالنسبة لشاغل المكان " المستأجر " ؟ هذا ما حسمته محكمة السين بحكم صادر لها عـام 1949[3]. حيث انتهت إلى أنه لا يجوز للمالك دخول المكان المشغول على غير مقتضـى القانون حتى ولو كان شغل المكـان بوضـع اليـد . هـذا مـع حقـه بطـرد السـاكن بـالطرق القانونية وحسبما ينظمه القانون[4].

وهناك استثناءات ثلاثة ـ في القانون الفرنسي واردة على هذه القاعدة، وهي قاعدة تفضيل حرمة المسكن على الحقوق الملكية. ولكن هذه الاستثناءات لا تشـكل تعـديا علـى مبدأ احترام الحياة الخاصة لشاغل المكان.

أولاً: يستطيع المالك دائما أن يدخل في مسكنه الخاص طالما كان هذا هو المكان الذي يشغله. وكذلك يستطيع دخول مكان ساكني ملكه للحيلولـة دون وضـع يـد مغتصـب يحاول شغل المكان بدون سند من القانون ولا عقد إيجار فـي حـين إن المالـك الشـرعي هو الذي يشغل المكان[5].

ثانياً: وبالتالي إذا كانت هنـاك حالـة ضـرورة ـ وقـد أشـرنا إلـى ذلـك فيمـا سـبق ـ

(1) انظر : ..... Didier Ferrier , op . cit . No . 233 pp . 246 ets
(2) انظر قضية رقم ..... D . 1925 , 3 , 59
(3) قضية : , I I , Tribunal Correctionnel de la SEINE , 15 Mars 199, J. C. p . 1949 4839
(4) وانظر في نفس المعنى ..... J.C.P. Per art . 148 CP
(5) قضية استئنافية باريس رقم 49 , 1954 D . 1952 , C.A.ll Juill .

فللمالك أو لأي شخص أن يمارس معاينة المكان بصحبة شاهد أو أكثر[1] فما هو الأساس في ذلك؟ يبدو أن التبرير هو توافر حالات الضرورة والقدر الذي يسيغه القاضي.

ثالثاً: وكذلك في حالة ضرورة إجراء إصلاحات أو معاينة مشتر جديد للعقار[2].

وهذه ليست حقوقا للمالك، ولكن مجرد ميزة أو وسيلة للقيام بواجباته العادية كمالك[3].

ولا مبرر للعدوان على أفراد السلطة العامة إبان ممارستهم السلطات المنوطة بهم في التفتيش وليس التعدي على المسكن مقصوراً عل شكله المادي في التفتيش على غير مقتضى القانون، أو الاقتحام بدون إذن من السلطة المختصة بإجازته ووفقا لنصوص القانون. ولكن من قبيل التعدي صور أخرى مثل التجسس باستخدام الوسائل الفنية الحديثة[4] وهو ما سنتناوله فيما بعد. ولكن يكفي بهذا الصدد الإشارة إلى نص المادتين 368 و 369 من قانون العقوبات الفرنسي (المعدل بقانون 17 يولية سنة 1970 بشأن أحوال التعدي على الحياة الخاصة) على حظر هذا النوع من التعدي وتجريمه[5].

ومن رأي الفقيه جارو GARRAUD[6]، إن التعدي البدني على الشخص أو على حرمة المسكن يجيز الالتجاء إلى استخدام العنف. ويترتب على ذلك أن يكون هناك دافع لدى الشخص المتعدى عليه لرد هذا الاعتداء فيلجأ بدوره إلى العنف. ويحدث نفس الشيء إذا جرى الاعتداء ضد إرادة الساكن. فالشخص الذي يتعرض مسكنه للعنف له الحق في المقاومة. لكن العنف ينبغي في هذه الحالة أن يكون متناسباً مع الخطر الماثل أو الوشيك. والمادتان 329 و 321 من قانون العقوبات لهما أهمية خاصة في هذا الشأن، لأن هذه النصوص تبين أن الدفاع الخاص عن المسكن يجوز أن يكون مشروعاً، كما يجوز أن يكون غير مشروع حسب الظروف وحسبما فصلناه فيما سبق.

والدفاع عن المسكن في القانون الفرنسي، وفي معظم التشريعات الأخرى، لا يضيق من نطاق الدفاع عنه في حالة تعرضه للاعتداء. وهذا الأسلوب في التشريع . وفقاً لرأي الفقيه جارو رشيد للغاية، لأن المسكن وكل الأموال وعناصر الملكية ينبغي حمايتها من الاعتداء الظالم . وكل ما يهم في هذه الحالة هو قياس تناسب الدفاع مع الخطر الوشيك.

والتعدي على المسكن، حسبما يقول أستاذ القانون J. ROBERT[7] في كتابه عن الانتهاكات التي يتعرض لها الفرد والتي تهدد حريته إن الصراع لا ينتهي، فهناك

---

(1) انظر: CARONNIER المرجع السابق، رقم 74، ص 258، والحكم الخاص بحالة الساكن المتغيب عن مسكنه ثم يحدث ما يوجب دخول المسكن في غيابه بسبب حالة الضرورة. انظر قضية سنة 1973 رقم : Cass 8 Juin 1908 D . 1910 . 4,8, C .A . Paris ,

(2) انظر قضية : 3 Joill . 1920 D . 1920 , 2 , 135 .

(3) انظر : Vouin - Tr . de Dr . Penal Special No 204 …

(4) انظر : ..... Didier Ferrier , op . cit . p . 247

(5) انظر الجريدة الرسمية الفرنسية عدد 19 يوليه سنة 1970 ص 6751، مشروع رقم 974 .

(6) انظر في تحليل المسؤولية غير المباشرة كتاب R. Vouin ـ قانون العقوبات الخاص، ج1 بند 1/310، بند 2/230 .

(7) انظر كتاب الدكتور JACQUES ROBERT بعنوان: انتهاكات الحرية الفردية Les Violations de la liberte Individuelle باريس سنة 1956، الناشر المكتبة العامة للقانون، باريس.

تطلعات الإنسان للحرية إزاء كافة سلطات الدولة. ومن ثم لا بد من الموازنة وبغية الوصول إلى صيغة متقنة تصون للناس حريتهم وتكفل للدولة أن تؤدي دورها في الحماية الاجتماعية دون افتئات على الحرية الفردية.

ومن الواضح أن قوة الدولة وسلطانها يفوق بكثير جهد الفرد في محاولته التمسك بحرياته الأساسية . بل في الحقيقة إن المواطن الفرد يقف أعزل في مواجهة كل تصرفات الحكومة، ما لم تكن هناك تشريعات دستورية وقانونية وقواعد عرفية تحميه، فلا يتعرض للمساس بحريته إلا وفق قواعد القانون[1].

جريمة الدخول غير القانوني للمسكن في القانون الإنجليزي والأمريكي:

في التقسيم التقليدي للتعدي في القانون الإنجليزي وعلى وتيرته القانون الأمريكي إن التعديات ثلاثة:

(1): التعدي على الفرد
(2): والتعدي على السلع أو المال
(3): والتعدي على الأرض وهذا التعدي الأخير، الذي يشمل فيما يشمل جريمة الدخول غير القانوني للمسكن قيمة كبيرة في حماية الخصوصية، ليس بسبب أن نصوص حماية الأرض قصد بها حماية الخصوصية في حد ذاتها ولكن بسبب أنها تهيئ العلاج المدني لأحوال التعدي على الخصوصية رغم ندرتها[2].

ويشترط لرفع دعوى التعدي على الأرض توافر شرطين :

الأول: أن يكون هناك تعد مادي على الأرض أو المسكن. مثلا لا يعتبر من قبيل التعدي مجرد متابعة الجار بالنظر وهو في حديقته طالما أن الغريب لم يدخل إلى أملاك الجار أو سكنه، حتى استخدام النظارات المقربة لتحسين الرؤية ليس من ورائه جريمة. مع مراعاة أن أي وسيلة تستخدم للتجسس ويكون من شأنها تسليط أشعة (رادار أو ما شابه ذلك) في فضاء المدعي يجوز اعتباره بمثابة تعد على الأرض أو ربما اعتبر إقلاقا ـ وسنعود إلى ذلك فيما بعد. ويعتبر دخول أرض الغير تعدياً، إذا تم عن طريق الانتحال أو التزوير، كأن يبدو الفرد في هيئة ساعي البريد (موزع البريد) أو عامل صيانة التليفونات، وكذلك يعتبر الدخول الشرعي تعدياً إذا استغل الشخص هذا الدخول لغرض غير مشروع، كتفتيش المنزل خلسة مثلاً، طالما أن هذا الغرض لم يتضح عند الدخول وعند إقامة جسر علوي يعبر أرض الغير فالأشخاص الذين يستخدمون هذا الجسر يقتصر حقهم على المرور البريء المعقول.

والشرط الثاني: لرفع دعوى التعدي على الأرض أن يكون رفعها بمعرفة " شاغل الأرض". وهناك بحوث قانونية مستفيضة حول معنى " الإشغال " هذا. ولكن يكفينا في هذا المجال القول انه لمن له حق التواجد على الأرض، أو في المسكن، واضعاً يده عليها فترة معقولة من الوقت، حتى ولو لم يصل ذلك إلى حد الإشغال

---

(1) انظر: Quelgues reflexions . Maurice Allias Sur la Contrainte et la Alieeste Rev Francaise de Sc . Politi gue , 1952 p . 356 - 373

(2) انظر قضية . Cheen V . Clegg , Daily Telegraph , 22 June , 1961
حيث قضت المحكمة الإنجليزية عام 1961 بالتعويض استنادا إلى التعدي وكان في موضوعه إن قام المدعى عليه (المالك) بدس مكبر للصوت في فراش زوجية المستأجر.

الفعلي، وهكذا يعتبر الزائر الليلي نزيل الفندق لفترة الليل فحسب ليس بشاغل الغرفة شغلاً دائماً، ومن ثم لا علاج له في حالة التطفل عليه بدس مكبر صوت في الغرفة. ولكن صاحب الفندق يستطيع رفع دعوى التعدي هذا إذا لم يكن هو ذاته الذي أمر بوضع مكبر الصوت. ومن ناحية أخرى يمكن القول أيضا إن مثل هذا التعاقد ينطوي ضمناً على أن تكون غرفة النزيل خالية من مثل أجهزة التطفل المشار إليها آنفاً والتي تهدد خصوصيته حال إقامته[1].

وكانت القضية سالف الإشارة إليها (سنة 1927) تتعلق بدس " كبسولات " أو مكبرات صوت متناهية في الدقة في أماكن استراحة في حمام تركي. وكان رأي المحكمة أن العلاقة التعاقدية بين العملاء وصاحب الحمام ينطوي ضمناً على مفهوم أهمية أن تكون المقاصير خالية من أجهزة التجسس.

وتعويض التعدي على الأرض يقضى به إما تعويضاً رمزياً أو تعويضاً مثلياً، وفي الحالات الجسمية يكون التعويض متضمنا معنى العقوبة، وهو التعويض الذي يراعي فيه تعويض المجني عليه أو المضرور بما نال مشاعره أو كرامته من ضرر. وفي قضية[2] نظرت سنة 1953 ـ على سبيل المثال ـ قضت المحكمة بتعويض قدره 5500 ج. إسترليني بسبب التعدي على منزل، وكانت القضية في موضعها تتعلق بصحفي اقتحم داراً ليحصل على تفاصيل قصة، ورغم أنه لم يترتب على الاقتحام إلحاق ضرر بالمبنى أو بالدار. وهذا التعويض يعتبر تعويضا ينطوي على عقوبة وذلك لضخامة التعويض نسبياً رغم عدم وجود أضرار مادية لحقت المنزل. ولكن مجلس اللوردات يلتزم بسياسة الحد من قبول قضايا التعويض على نحو ما اتضح إبان قضية[3] نظرت سنة 1964، وحيث قرر لورد ديفلن Lord Devlin في حكمه أن التعويضات التي يراعى فيها أن تتضمن عقوبة يسمح بها حيث:

(1) هناك تصرف تعسفي من جانب موظفي الحكومة.

(2) أو حيث تقدر المحكمة أن تصرف المدعى عليه يعود عليه بفائدة تفوق التعويض الجائز الحكم به للمدعي.

(3) وحيث يكون هناك نص تشريعي يجيز صرف مثل هذا التعويض.

وهناك تقارب في المبادئ التي يأخذ بها القانون سواء في المملكة المتحدة أو في الولايات المتحدة الأمريكية .

واهتمام كتاب القانون برعاية حرمة المسكن لا يرجع إلى حرصهم على توفير الحماية المادية فحسب، سواء من تعدي الأفراد القائمين على تنفيذ القانون، أو الأفراد بصفتهم الشخصية وبصفة مطلقة، بل يعنيهم أيضا الحماية من وسائل التكنولوجيا الحديثة، التي تتيح الآن التعدي غير الملموس وبدرجة حدت بكتاب الفقه إلى إبداء قلقهم من أن الجدران لم تعد كافية لحفظ الأسرار. وهذا ما سوف نتناوله في الأجزاء التالية من هذه الدراسة.

ومن المواضيع التي كانت محل اهتمام الفقه في الولايات المتحدة موضوع التفتيش الإداري خصوصاً في فترة الأربعينات، وبعد نهاية الحرب العالمية الثانية، وبعد

---

(1) انظر قضية . Silverman V . Imperial London Hotels , 1927 , 43 , T . L . R . P . 260

(2) انظر قضية: Loudon V . Ryder , 1953 , 20 . B . 202

(3) قضية: . Rookes V . Barnard (1964) A . C . 1129

ونفس الشيء ينطبق على قضية: . Cassell V . Broome (1972) W . L . R . 645

أن أصبحت السمة الغالبة للحياة في الولايات المتحدة هي التحول إلى المعيشة بصفة مستديمة في المدن والحضر وذلك على حساب الحياة في المنازل الريفية المتفرقة والتي تستقل بعضها عن بعض[1].

وشهد التشريع في الولايات المتحدة تطوراً مشابهاً خصوصاً بصدور قانون الإسكان الاتحادي، واستخدام الأموال الاتحادية في إنشاء المساكن ووضع قوانين للإسكان في المحليات، والنص على جواز التفتيش والمعاينة بقصد التحسين أو الإزالة.

وقوانين الإسكان تصبح عقيمة بدون وسائل تنفيذها، ومنذ ذلك الحين، شاع صدور لوائح المعاينة . مما حدا بكتاب القانون إلى شرح هذه القوانين[2].

وفي مقال La Fave سنة 1967 نوه الكاتب إلى ضرورة حماية المساكن من الأوبئة والأمراض، مع ضرورة وضع قيود وضوابط للالتزام بخطوط التنظيم وعدم البناء العشوائي وعدم تعريض الساكنين للخطر عن طريق حد أدنى لمستويات النظافة والصحة والأمن والحماية من الحريق والشؤون الصحية والنور والتهوية والصيانة، وذلك يتعلق بسياسة الإسكان بصفة عامة. وهنا يحبذ الكاتب المصلحة العامة حتى ولو كان فيها انتقاص لحرية الأفراد في مساكنهم.

ومع التقدم الصناعي والاقتصادي والعمراني، بدأ الناس يخضعون بالتدريج لهيئات تمارس مهامها بمقتضى اختصاصات صادرة بالتشريع، وبذلك تخلو عن جزء من حقهم في التحرر من التطفل.

وأصدرت المحكمة العليا الأمريكية أحكاما قليلة في مجال التفتيش الأخير. والسبب في ذلك أن هذا الفرع في القانون لم يكن ذا شأن حتى فترة الأربعينات. وأشار القاضي DOUGLAS إلى هذا المعنى بمناسبة نظر قضية سنة 1959[3].

وقد أشار القاضي سالف الذكر " إن الأرقام المقدمة من السلطات المسئولة في "بلتيمور " تبين أن المواطنين متعاونون في السماح لمفتشي السلطات العامة في المعاينة ولا تتعدى نسبة الامتناع إلا حالات قليلة في السنة ".

واستخدام القاضي للفظة " متعاونون " قد تتجاوز المعنى فعلاً، وربما كلمة " خاضعون " هي الأقرب للصحة والصواب.

فقضايا الامتناع قليلة حقاً، وقد يتجه التفكير الى أن ذلك بسبب أن تفتيش المساكن بمعرفة السلطات الصحية وغيرها يقابل بالترحاب في كل مكان.

ولكن ثمة ما يدعو المستأجر الريبة في اتجاه الفهم على هذا النحو. لأن الالتجاء إلى التقاضي هو سلاح لا يلجأ إليه إلا في خاتمة المطاف كإجراء ضد المواطن المتقاعس عن التعاون. والحال يدل على تكرار محاولات المفتشين للتأثير في الجمهور وإخضاعهم للمعاينة والتفتيش[4].

---

(1) انظر : Cherif Bassiouni, Criminal Law and its Processes , op . cit p . 400 .

(2) انظر : La Fave , S . ct . Rev . 1/ 1967 " Administrative Search & Fourth Amendment " .

(3) انظر قضية : Frank V . Maryland , 359 U . S . 360 . 384 , 79 , S . ct . 804 (1959)

(4) المرجع السابق، ص 401 .

ويكمن الحل في تسوية الخلاف بين المصالح المتعارضة بين حق السلطات البلدية في المعاينة وحق الأضرار في حرمة منازلهم وفي الخصوصية بشكل عام، استناداً إلى التعديل الدستوري الرابع والالتزام بالمعايير والتفسيرات الخاصة " بالسبب المحتمل " و" المعقولية ".

وكانت القضية الأولى التي نظرت في هذا المجال وطرحت أمام المحكمة العليا للولايات المتحدة قضية سنة 1949[1] وقضت محكمة الضاحية وقتها أن التفتيش يخضع لحق الشخص في الخصوصية بموجب القانون العام والمعبر عنه بالتعديل الدستوري الرابع، وخشية أن يؤدي الإلزام إلى الانسياق إلى احتمال نشأة تجريم الذات، إذا ما سمح الشخص للمفتش بمعاينة مسكنه. واستناداً إلى هذا الرأي قررت المحكمة الآتي:

" إن موظفي الصحة لا يستطيعون التطفل على خصوصية المنزل للمعاينة بدون ترخيص، وذلك للتأكد من نظافة المنزل أو بحثاً عن النفايات، بناء على شكوى بوجود هذه النفايات، أو التأكد من نظافة دورات المياه " ـ (المرجع السابق).

وأثار ذلك حنق سلطات الولاية، وجاءت محكمة الاستئناف ونقضت الحكم السابق. لكن المحكمة العليا للولايات المتحدة أعادت الأمر إلى سابق عهده وأيدت حكم محكمة أول درجة وألغت حكم المحكمة الاستئنافية، ولكن الإلغاء في حيثياته لم يشر إلى الأسس الدستورية ـ (وهي حقوق المواطن بمقتضى التعديل الدستوري الرابع). وتفادت المحكمة العليا المسألة الدستورية، وجاءت حيثياتها مستندة إلى أن رفض فتح باب المسكن ليس انتهاكاً للوائح.

وبعد ذلك بعشر سنوات، قررت المحكمة في قضية تفتيش إداري أخرى هي قضية نظرت عام 1959[2] ناقشت المحكمة هنا الحماية بموجب التعديل الدستوري الرابع، وكان القاضي FRANKFURTER هو الذي دون الحيثيات وانتهى إلى الحكم الصادر ومن مقتضاه ميز بين نوعين من الحماية: " النوع الأوربي: الحماية من التطفل على الخصوصية الفردية والحق في غلق الباب في وجه موظفي الولاية الرسميين، ما لم يكن دخول المنزل بموجب سلطة شرعية ومنصوص عليها بالقانون.

والنوع الثاني: حماية يقصد بها حماية الذات، والحق في مقاومة الدخول غير المشروع من جانب سلطة تعسفية للدولة ضد الفرد، وذلك في سعي سلطات الولاية للحصول على معلومات من شأنها إلحاق الضرر في شكل حرمان من الحياة أو الحرية أو الملكية والتاريخ القانوني والفقه في النظام الأنجلو أمريكي واضح في حمايته من التفتيش بقصد الحصول على أدلة إثبات تستخدم في المقاضاة الجنائية أهون في المصادرة، وهذه كانت هي المعركة الكبرى من أجل الحرية ".

ويلاحظ أن هذا الحكم صدر بعد الحكم في قضية أخرى (سنة 1949) هي قضية "وولف WOLF"[3]، وقضية " ماب MAPP " (سنة 1961) جاءت بعد الحكم في قضية " فرانك FRANK " (سنة 1959) ـ[4].

---

(1) انظر قضية : . District of Columbia V . Little , 178 F 2d . 13 (1949)
(2) انظر قضية : . Frank V . Maryland , 359 U. S. 360 , 384 , 79 S . ct . 804 (1969)
(3) قضية: . Wolf V . Colorade , 338 U . S . 25 , 80 Sct
(4) قضية: Mapp V . ohio , 367 U . S . 643 , 81 S . ct . 1684 . (1961)

ولكن الحكم في قضية فرانك هذه لم تبين علاقة " السبب المحتمل " الذي يجيز لموظفي البلدية (موظفي الحكم المحلي) الدخول بدون ترخيص تفتيش . ولكن جاءت مجموعة قضايا منها قضية " كامارا CAMARA "[1] وقضية سي SEE "[2] وكلتاهما نظرتا عام 1967 و أوضح القاضي WITTE الذي صاغ رأي غالبية الأعضاء " إن التفتيش الأخير بدون ترخيص فيه انتهاك للحقوق التي يحميها التعديل الدستوري الرابع، وهذا هو الرأي السائد حتى الآن، وهذه الحقوق معززة أولاً بموجب التعديل الدستوري الرابع عشر.

خصائص جريمة الدخول غير القانوني للمنزل:

سبق أن بينا اتجاه غالبية الرأي القانوني إلى تقرير أن تصرف ممثلي السلطة العامة ـ اعتماداً على سلطة وظيفتهم ـ لا يشكل جريمة الدخول غير القانوني للمنزل إلاّ إذا اتخذ شكل دخول المنزل بغير رضاء صاحبه. وهو ما يقتضي التعريف بفكرة " الدخول " والمنزل أو المسكن، وعنصر الرضاء في الدخول.

ومن مقتضى قيام الجريمة أن يكون ممثل السلطة قد دخل المسكن فعلاً. أي يكون قد تجاوز فعلاً حدود الدائرة التي يحميها القانون باعتبارها مسكناً. وهذا ما لا يتحقق إلا إذا حدث التعدي أو التجاوز وبصرف النظر عن الطريقة التي توسل بها الداخل أو المكان الذي ولج منه. ذلك هو معنى الدخول، وهو شرط ضروري لا تقوم الجريمة بدونه وعلى أساسه ومن مقتضاه لا تقوم هذه الجريمة إذا كان الدخول برضاء صاحب المنزل، وفي غير الأجزاء المقررة في القانون، وكذلك في حالة رفضه الخروج منه بالرغم من رغبة صاحب المسكن وأمره له بمغادرة المسكن الذي دخله بدون سند من القانون. والجريمة تنشأ بفعل الدخول غير المشروع لا لمجرد الرفض في ترك المسكن ومغادرته بناء على طلب صاحبه[3].

وهذه الحالة تنطبق في شأنها المادة 373 عقوبات والتي تعاقب من دخل بيتاً مسكوناً أو معداً للسكنى ولم يخرج منه بناء على تكليفه ممن له الحق في ذلك. وهي من الجرائم العامة التي تقوم في حق من يرتكبها موظفاً كان أو غير موظف عام.

ويلاحظ في الفقه أن الحماية التاريخية للخصوصية كانت تنصرف إلى المتعلقات المادية. وفي القانون الجنائي الأمريكي يطلقون على إجراءات تفتيش المتعلقات غير المادية تفتيش " غير الملموسات ". أما المشرع المصري فقد عبر عن ذاك بعبارة " محادثات جرت في مكان خاص أو عن طريق التليفون " ـ وهو يقصد بذلك أولا " غير الملموسات " وهذا ما سوف نعود إليه عند دراستنا لجريمة الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة.

أما الخصيصة الثانية، فيلزم أن يكون الدخول قد تحقق في المنزل، وهو تعبير ينبغي أن يفسر على ضوء الحكمة من تقرير الجريمة والتي عبر عنها الدستور بقوله " ... إن للمساكن حرمة، فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها أكان بأمر قضائي مسبب ووفقا

---

(1) قضية: .... Camara V . Municipal Coort - San Franc
387 U . S . 523 87 S . ct . 1724 (1967)

(2) قضية: See V . City of Seattle , 387 U . S . 541 , ... 87 S . ct . 1737 (1967) .

(3) انظر: Garcon , Code Penal Annote , op . cit . No . 184 , P . 446 .

لأحكام القانون . ويقصد بتعبير منزل أو مسكن أن يقابل المرادف الأجنبي " DOMICLLE "، ولا يقتصر المعنى على المكان الذي يقيم فيه الشخص إقامة معتادة وبصفة رئيسية فحسب، إنما يمتد هذا التعبير ليشمل المكان الذي يقيم فيه الشخص والمكان الذي لا يقيم فيه طالما كان له حق التوجه إليه أيا ما كانت الصفة القانونية لشغله للمكان وأيا ما كان الغرض المخصص له المكان[1]. ولا يكفي أن يكون المكان مخصصاً للإقامة حتى يصبح منزلاً، بل يلزم أن يكون مسكوناً وعلى هذا الأساس لا يكون المكان مسكناً إذا كان غير مشغول بأحد وليس به أي أثاث ولم يسكنه أحد بعد، ومع ذلك ينبغي ملاحظة أن المادة 128 عقوبات لا تهدف الى حماية الملكية المؤثثة فقط وإنما تمتد الحماية للمسكن ذاته.

يلزم أن يكون دخول المنزل قد تم بغير رضاء صاحب الحق في الإذن بدخوله . وصاحب الحق في منح الإذن بدخول المنزل هو ساكنه، يستوي أن يكون مالكه، أو المنتفع به بترخيص قانوني من المالك، أو بمحض تسامح من جانبه. وبالتالي فإن ممثل السلطة ولو كان مالكاً للمنزل يكون مرتكباً تلك الجريمة إذا دخله اعتماداً على وظيفته بغير رضاء المنتفع به بوجه قانوني.

وقد عبر المشرع المصري عن هذا العنصر بقوله " بغير رضائه "، بينما استعمل المشرع الفرنسي تعبيراً معناه بغير إرادته، وهما تعبيران مختلفان من حيث المضمون، لكنهما يتفقان في أن الدخول الحاصل برضاء صاحب الحق لا تقوم به الجريمة. فلا جدال في أن التعبير القانوني الفرنسي يعلق قيام الجريمة لا على عدم رضاء المجني عليه وإنما على الدخول برغم معارضته[2]. إذ يتحقق في هذه الحالة وحدها ما يتطلبه القانون لوقوع الجريمة وهو دخول ممثل السلطة المستأجر المسكن برغم إذن صاحب الحق.

أما القانون المصري فقد استخدم تعبيراً أخف صرامة، وهو أن يكون الدخول بغير رضاء صاحب الحق، وهذا يعني أن الجريمة تقوم في جميع الأحوال التي لا يستند فيها الدخول إلى رضاء صحيح وحر من صاحب المكان[3].

ويجوز استخلاص الموافقة الضمنية من صاحب الشأن. ويقصد بالرضاء الموافقة الحرة المستندة على تام لأسبابها. أو بعبارة أخرى على معرفة تامة بعدم شرعية الدخول بدون إذن صاحب المكان أو بدون ترخيص رسمي وفقا لنص القانون. لأن صاحب الشأن إذا كان عالماً بموقفه، وبعدم مشروعية الدخول إلا على النحو السابق بيانه، يستطيع المعارضة في الدخول على غير مقتضى القانون ومنع حصوله. ومن ناحية الرضاء يتشابه موقف القضاء الفرنسي مع موقف قضاء النقض في مصر[4].

---

(1) انظر: Garcon , Code Penal Annote , op . cit . art . 18 . P . 6446 .
وفي معنى الدخول انظر حسن صادق المرصفاوي " المرصفاوي في قانون العقبات الخاص، 1975، ص 620 .
(2) انظر محمود مصطفى، المرجع السابق، بند 604 ص5.
(3) انظر محمد زكي أبو عامر، المرجع السابق، ص 78.
(4) انظر قضية: Cass 12 Mai 1923 - 1- 174 .

ولا يتحقق الرضاء الصحيح إذا كان صاحب الشأن قد فتح لممثل السلطة بابه إذعاناً لهول المفاجأة أو انسياقاً وراء كذب أو تدليس أو تهديد وقع عليه. لأن الموافقة الممنوحة في تلك الحالة تكون قد وقعت معيبة. وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي[1]. وهناك قضية للتدليل على ذلك. فقد حدث أن أحد رجال الشرطة قد طرق ليلاً باب سيدة مدعياً أنه يواصل التحقيق الذي بدأه في الأيام السابقة بخصوص الساكن المجنون في المنزل، فاستيقظت السيدة في وجل ولم تلتفت للوقت المتأخر الذي يتم فيه هذا التحقيق معتقدة بأنها ملزمة بطاعة الشرطي وأدخلته منزلها. ولكن المحكمة عند نظرها موضوع الدعوى قررت قيام الجريمة في حق الشرطي، لأن هذه الجريمة تقوم إذا لم يكن الرضاء الممنوح حراً وإن الشرطي قد ادعى أنه يقوم بأداء وظيفته وأعطاها أمراً فاعتقدت بأن عليها واجب طاعته[2].

وهناك رأي إن الرضاء يكون معيباً إذا كانت موافقة صاحب الحق بدخول ممثل السلطة مسكنه مشوبة بالخوف دون أن يكون ذلك مصحوباً بتهديد أو كذب أو مباغتة. والواقع أنه من الصعب في رأينا التسليم بذلك. لأن الخوف من سلطان الوظيفة والرهبة في مثل هذا الموقف لا يمكن اعتبارها سبباً يعيب الرضاء. لأن رجل البوليس المنوط به تنفيذ القانون لا يستطيع أن ينفذ إلى نية صاحب المسكن ليتأكد من شرعية تصرفه ويتجنب بالتالي المسؤولية الجنائية.

وفي الفقه المصري لا تقع الجريمة في حالة توافر الرضاء، فإذا تم الدخول بغير هذا الرضاء وقعت الجريمة .

أما في القانون الفرنسي فيلزم أن يكون الدخول قد تم برغم الإرادة .

وتفسير القضاء المصري لنص الشارع " بغير رضاه " أن يكون دخول ممثل السلطة رغم إرادته، بمعنى أن يعترض صاحب الدار أما في حالة عدم الاعتراض صراحة أو ضمناً فلا جريمة. والرضاء الضمني يعتبر متوافراً إذا لم يحصل من رب الدار معارضة في دخول داره[3].

ودخول مأمور الضبط القضائي لمنازل الأفراد لا يتطلب رضاء صاحب المنزل إذا كان مستنداً إلى سبب قانوني.

تفتيش المسكن في القانون الإنجليزي:

تنحصر سلطة البوليس في التفتيش وضبط أدلة الإثبات ـ في مثل هذه الحالة في الأتي:

وقضية: . 17 Fev . 1950 - 1- 347 , note Voin "

(1) انظر قضية: . La Cour de R enne , 9 dec . 1885 .
Garraud , Traite op . cit . p . 426 .

(2) المرجع السابق .

(3) حكم صادر من محكمة ايتاي البارود في 20 نوفمبر سنة 1923.
وانظر جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية ـ ص 168 وما بعدها.

- التفتيش بحثاً عن مخدرات (بموجب المادة 23 من قانون إساءة استخدام العقاقير (المخدرات) لسنة 1972).
- التفتيش بحثاً عن الأسلحة النارية (بموجب المادة 47 من قانون الأسلحة النارية).
- البحث عن مسروقات في مدينة لندن وفي بعض المدن الكبيرة (انظر قانون بوليس العاصمة لسنة 1839).

وإذا تم توجيه الاتهام لشخص، فان البوليس يقوم عادة بتفتيشه وتجهيز سجل لحصر ما بحوزته وضبط ما يجوز أن يساعد في التحقيق.

ولكن ليس للبوليس سلطة دخول الأماكن لإجراء البحث الجنائي حول الجريمة (عكس إلقاء القبض)[1]، إلا بموجب ترخيص قضائي يجيز التفتيش.

وهناك قول مأثور لويليام بيت WILLIAM PITT، فيما بعد لورد شاتام، مفاده ... " إن أفقر رجل في كوخه يتحدى كل قوات التاج. وقد يكون الكوخ هشاً، وقد يهتز سقفه، وقد تصفر الريح في جنباته، وقد تدهمه العاصفة، ويتسرب إليه المطر، ولكن ملك إنجلترا لا يستطيع دخوله وكل قواته لا تجرؤ على عبور عتبة هذا البيت الخرب "[2].

وهكذا، وفقاً لقانون إنجلترا وشريعتها، لا يستطيع البوليس أن يلج المساكن الخاصة، حتى ولو كان ذلك في متابعة التحقيق الجنائي والبحث المتصل بالجريمة إلا بناء على ترخيص قضائي بالتفتيش، أو الحصول على إذن صاحب المسكن للدخول والتفتيش وقد يلجؤون إلى ذلك خلسة، ولكنهم في هذه الحالة الأخيرة يتعرضون لمخاطر رفع دعوى تعدي (والاعتماد الرئيسي على سلطة البوليس في التفتيش نجده في المادة 26 من قانون السرقة لسنة 1968، والمادة 9 من قانون الأسرار الرسمية لسنة 1920). ومع أنه يقال إن البوليس يجوز له تفتيش منزل أي شخص يجري القبض عليه، إلا أنه ليس هناك ما يجيز ذلك استناداً إلى تشريع أو قانون مكتوب[3].

وعندما يكون تفتيش البوليس بموجب ترخيص بحثاً عن مسروقات يجوز لهم ضبط:

(أ) الأشياء المنصوص عليها بترخيص التفتيش.

(ب) الأشياء الأخرى التي يعتقد عقلاً أنها مسروقات، أو أنها تفيد في الإثبات القضائي، أو في توجيه الاتهام بالسرقة، أو الترويج لوجودها في حوزة المتهم لو أي شريك له، أو أن يكون للمضبوطات صلة بجريمة أخرى ارتكبها نفس الشخص[4].

---

(1) المادة الثانية فقرة (6) من القانون الجنائي الإنجليزي .

(2) انظر أيضا قضية: Ghani V . Jones (1970) 1 Q . B . 793 (1969) / All E . Re . 1700 .

(3) انظر الفقرة 120 - 121 من كتاب قضايا دستورية. إعداد WILSON صادر عن كمبردج سنة 1966، وانظر أيضا تقرير اللجنة الملكية المشكلة لبحث سلطات البوليس والإجراءات لسنة 1929 رقم التقرير 3297 - المطبوعات الرسمية للحكومة البريطانية .

(4) انظر المادة 26 من قانون السرقة لسنة 1968 . لنظر القضية:
Chic Fashions V . Jones , (1968) , 2 Q . B . 299 1968 , 1 All . E . R . 299 .

وتنطبق نفس المبادئ على ترخيص التفتيش الذي يصدر لجريمة أخرى خلاف السرقة.

وفي هذا الصدد يجوز للبوليس ضبط الأشياء التي يعتقد عقلاً أنها :

أ - تشكل جريمة خطيرة تم ارتكابها .

ب - أو أن تكون (1) ثمرة جريمة (بضائع مسروقة مثلاً ...).

(2) أو إدارة الجريمة (سلاح يستخدم في القتل).

(3) تمثل إثباتا ماديا لارتكاب الجريمة (مثال خطاب مرسل لشخص، وتدل محتوياته على خطة تتعلق بسرقة).

ج - أن يكون الشخص الذي في حوزته المضبوطات قد ارتكب جريمة أو أنها أداة لارتكابها أو أنه يرفض تسليم هذه الأشياء لأسباب غير معقولة[1].

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، جاهدت المحكمة العليا لمنع التفتيش غير القانوني للمساكن والأماكن عن طريق حظر الاستفادة بأدلة الإثبات المتحصل عليها بطرق غير مشروعة، وهي قاعدة يطلق عليها في قانون الإجراءات الجنائية الأمريكية بقاعدة " الاستبعاد" Exclusionary Rule ولكن هذه القاعدة لا يعمل بها في إنجلترا، إذ يترك للقاضي حرية الحكم على صلاحية أدلة الإثبات بصرف النظر عن الوسائل التي تحصلت بها، ولا تزال المحاكم في إنجلترا تجيز استخدام أدلة إثبات من هذا القبيل حتى ولو كانت متحصلة بوسائل غير مشروعة، ما لم تصل هذه الوسائل إلى حد الإكراه بواسطة البوليس[2].

وهكذا في إنجلترا نجد أن القانون يعالج حالة التفتيش والضبط بوسائل غير مشروعة عن طريق رفع دعوى تعدي، إلا أن أدلة الإثبات تصلح مع ذلك للعرض على المحكمة في الإجراءات الجنائية.

كانت تلك لمحة عن تعدي رجال السلطة على المسكن، وغالباً ما يكون ذلك في سياق البحث الجنائي. أما التعدي الفردي فمعظمه يتعلق بالسرقة والسطو، وهذا حسب الفقيه الفرنسي " جارو " يجيز الدفاع عن الأموال أو الملكية بصفة عامة، ويكون الدفاع في مثل هذه الحالة ما دام في إطار " حالة الضرورة "، بمعنى عدم المغالاة في الدفاع. ولا يعارض أحد في حق المالك الذي يفاجئ لصا صغيراً في بستانه يحاول سرقة بعض الثمار، في أن يشد أذني اللص، فإذا اتهم المالك بالتجائه إلى العنف المخفف، أو حتى الاتهام بالضرب، يستطيع المالك بالتأكيد أن يثير مسألة الدفاع الشرعي، وهذا الدفاع له ما يبرره. ولكن أحداً لا يقر إلحاق إصابات جسمية بالسارق في مثل هذه الحالة، أو أن يؤدي ضربه إلى وفاته[3]. لحماية بعض ثمار الفاكهة.

---

(1) Ghani V . Jones , 1970 , 1 Q . B . 793 , 1969 , 3 All . E . R . 1700 .

(2) انظر قضية: Kuruma, Son of Kaniu V. R. (1955)A. C. 19, 1955, All E . R . 236 Per lord Goddard .

وقضية: King V . R . (1969) 1 A. C. 304 (1968) 2 All . E . R . 610 , Per lord Denning

(3) انظر في ذلك شرح الفقيه الفرنسي " جارسون " للمادة 328 من قانون العقوبات، فقرتي 12، 13.

الباب الثاني
الجرائم الماسة بالحياة الخاصة

الفصل الأول
جريمة المسارقة السمعية والبصرية
المبحث الأول
جريمة المسارقة والبصرية في الشريعة الإسلامية
المطلب الأول: الجهة التي تباشر الجاسوسية لحسابها:

معلوم أن الاعتداء على الحياة الخاصة بالمسارقة السمعية أو البصرية يختلف باختلاف الجهة التي تباشر الجاسوسية لحسابها، وذلك؛ لأن الجاسوسية قد تباشر لحساب السلطة العامة أو أحد أجهزتها، خاصة في الدول الشمولية والتي يكون الحكم فيها استبدادياً، وتهدف أنظمة الحكم هذه من وراء التجسس على الحياة الخاصة، إلى معرفة نقاط الضعف في حياة الأفراد، أو تلك الأسرار التي تخدش كرامة الإنسان وذلك بغرض الضغط على الخصوم السياسيين وأولئك الذين يعتنقون مبادئ، وأراء تبين تلك الآراء

التي تدين بها الدولة. ومن هنا تستطيع أجهزة الدولة ممارسة الضغوط على المعارضة، وإسكاتها بصورة قهرية وذلك بما تعرفه عن حياة الأفراد من أسرار.

وقد تباشر الجاسوسية على الحياة الخاصة لحساب دولة أخرى، وكان ظهور هذا النوع من الجاسوسية وليد الحروب التي شهدها العالم في مطلع هذا القرن، وعلى وجه الخصوص بعد ظهور الحرب الباردة بعد الحرب العالمية الثانية، فقد أغرت الحرب الباردة بظهور هذا النوع من التجسس على حياة السياسيين، وقادة الفكر، ورواد الحركة الاجتماعية، ويهدف منها دراسة الحالة النفسية لمن لهم دور الريادة الاجتماعية أولا، وممارسة الضغوط عليهم ثانياً.

وقد تباشر الجاسوسية لحساب فرد من الأفراد، أو عصابة منهم والغرض من ذلك هو الابتزاز المادي سواء أكان ذلك بالطرق المباشرة، أو غير المباشرة.

ومما تقدم نستطيع أن نخلص إلى أن الجهات التي تباشر الجاسوسية لحسابها ثلاث جهات:

أولا: الدول الأجنبية على المسلمين.

ثانيا: الدولة على الفرد.

ثالثا: الفرد على الفرد.

الجهة الأولى: الدول الأجنبية على المسلمين: مما لا شك فيه أن هذا النوع من التجسس على الحياة الخاصة يشكل جريمة من الجرائم الماسة بأمن الدولة، فهو على الرغم من أنه يتعلق بالفرد لكنه لا يتعلق بالأفراد العاديين، وإنما بأولئك المشاهير، ومن لهم دور القيادة الاجتماعية والسياسية، ومن هنا فإن التجسس في هذه الحالة لا يمارس على الشخص بصفته الشخصية وإنما بما يتمتع به من صفة اجتماعية، وذلك بغرض ممارسة الضغط عليهم وإدارة الدولة وما يجري فيها من انتخابات، وبهذا تستطيع وكالة ما إسقاط من تشاء بواسطة عملائها بما لديها من معلومات عن حياة الأفراد الخاصة، وبما تملكه من وسائل إذاعة ونشر.

ورغم أن المجتمع الإسلامي يفترض ابتداء فيمن يقود الحركة الاجتماعية والسياسية أن يكون على قدر من الورع والتقوى مما يبعد معه أن يكون هناك جانب سري في حياته يخدش كرامته إلا أن هذا لا يمنع من أن لكل شخص في حياته سراً من الأسرار يكره أن يطلع عليه الآخرون، ولا يوجد إنسان بمنأى عن الخطيئة حتى في أفضل المجتمعات وأكثرها مثالية، وواقعة المغيرة بن شعبة مثل حي يرشد إلى أن الإنسان مهما سما يبقى بشراً يفعل وينفعل ويؤثر ويتأثر.

ولما كانت هذه الجريمة تنضوي تحت دائرة الجرائم الماسة بأمن الدولة مما يعني أنها لا تدخل في نطاق موضوعنا إلا أنه لا بد لي من الإشارة إليها من زاوية العقوبة، وبيان رأي الفقه الإسلامي فيها.

عقوبة من يتجسس على المسلمين: اختلف الفقه الإسلامي في عقوبة من يتجسس على المسلمين لحساب دولة أجنبية:

1- فذهب الحنفية والشافعية وجماهير العلماء إلى أن الجاسوس إذا كان مسلماً لا يقتل تعزيراً وإنما يعزر فقط. وإن كان ذا هيئة يعفى عنه عند الشافعية[1]. وعند الحنفية

(1) المهذب للشيرازي 243/2 شرح النووي على مسلم 55/16 ، شرح السنة للبغوي 71/11 .

وطائفة من الفقهاء يوجع عقوبة ويطال حبسه حتى يحدث توبة، ويقول أبو يوسف - رحمه الله-: (وإن كانوا - أي الجواسيس - من أهل الإسلام معروفين فأوجعْ عقوبتهم، وأطل حبسهم حتى يحدثوا توبة)[1].

وقد استدل هذا الفريق بما روي عن الإمام علي τ قال: " بعثني رسول الله ρ أنا والزبير[2] والمقداد[3]بن الأسود وقال: انطلقوا حتى تأتوا روضة خاخ[4] فإن بها ظعينة[5] ومعها كتاب فخذوه منها. فانطلقنا تعادى خيلنا حتى انتهينا إلى الروضة فإذا نحن بالظعينة فقلنا : أخرجي الكتاب. فقالت: ما معي كتاب. فقلنا لتخرجن الكتاب أو لنلقين الثياب. فأخرجته من عقاصها[6] فأتينا به رسول الله ρ فإذا فيه من حاطب[7] بن أبي بلتعة إلى أناس من المشركين من أهل مكة يخبرهم ببعض أمر الرسول ρ فقال رسول الله ρ: يا حاطب ما هذا؟ ... فقال: يا رسول الله لا تعجل علي إني كنت امرأ ملصقاً في قريش ولم أكن من أنفسها وكان من معك من المهاجرين لهم قرابات بمكة يحمون بها أهليهم وأموالهم فأحببت إذ فاتني ذلك من النسب فيهم أن أتخذ عندهم يداً يحمون بها قرابتي وما فعلت كفراً، ولا ارتداداً، ولا رضى بالكفر بعد الإسلام. فقال رسول الله ρ لقد صدقكم. قال عمر: يا رسول الله دعني أضرب عنق هذا المنافق. قال: إنه شهد بدراً وما يدريك لعل الله أن يكون قد اطلع على أهل بدر فقال اعملوا ما شئتم فقد عفوت عنكم "[8] وبسبب هذه الواقعة نزل قوله تعالى:(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَتَّخِذُوا عَدُوِّي وَعَدُوَّكُمْ أَوْلِيَاءَ تُلْقُونَ إِلَيْهِمْ بِالْمَوَدَّةِ وَقَدْ كَفَرُوا بِمَا جَاءكُمْ مِنَ الْحَقِّ يُخْرِجُونَ الرَّسُولَ وَإِيَّاكُمْ أَنْ تُؤْمِنُوا بِاللَّهِ رَبِّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ خَرَجْتُمْ جِهَاداً فِي سَبِيلِي وَابْتِغَاءَ مَرْضَاتِي تُسِرُّونَ إِلَيْهِمْ بِالْمَوَدَّةِ وَأَنَا أَعْلَمُ بِمَا أَخْفَيْتُمْ وَمَا أَعْلَنْتُمْ وَمَنْ يَفْعَلْهُ مِنْكُمْ فَقَدْ ضَلَّ سَوَاءَ السَّبِيلِ)[9].

ووجه الاستدلال بالحديث المتقدم لهذا المذهب أن النبي ρلم يقتل حاطباً رغم ثبوت التجسس عليه وذلك، لأنه مسلم فإذا ظهر للإمام رجل من أهل الستر أنه قد كاتب عدواً يخبره بأسرار المسلمين دون أن يقصد بذلك الغش وإنما وقع منه على سبيل الهفوة والزلة يجوز له أن يعفو عنه كما فعل النبي ρ مع حاطب. وهذا الذي ذهب إليه الحنفية والشافعية هو ما ذهب إليه الإمام أحمد وبعض الحنابلة كالقاضي أبي يعلى[10].

وقد ذهب الإمام مالك وبعض الحنابلة إلى أن الجاسوس المسلم يقتل إذا كان يتجسس للعدو على المسلمين[11] وقد استدل هذا الفريق لما ذهبوا إليه بالحديث المتقدم أيضا.

ووجه الاستدلال أن عمر بن الخطاب τ استأذن رسول الله ρ في قتله وهذا دليل على مشروعية قتل الجاسوس وإن كان مسلماً وذلك، لأن النبي ρ قد أقر عمر بن الخطاب على إرادته القتل بيد أنه وجد مانعاً يحول من التنفيذ وهو أن حاطباً ممن شهد بدراً وهذا يعني أن الإسلام ليس هو المانع من القتل، لأنه علل بعلة مانعة من القتل منتفية في غير حاطب، ولو كان الإسلام مانعاً من قتله لم يعلل بأخص منه لأن الحكم إذا علل بالأعم كان الأخص عديم التأثير[12]. ويضاف إلى هذا أن حاطباً " مقطوع

(1) الخراج لأبي يوسف 205 - 206 عمدة القارئ طبعة الحلبي 75/12 ، وانظر نيل الأوطار 10/8، وشرح السير الكبير لمحمد بن الحسن 2040.

بصدقه لتصديق الرسول ρ له. أما غيره ممن يتجسس على المسلمين فلا يعلم صدقه فصارت قضية حاطب واقعة عين لا يقاس عليها غيرها كما قيل في الأصول إن الحكم المعلل بعلة معينة لا يقاس عليه كتعليله بأن المحرم يبعث يوم القيامة ملبيا "[1].

أما الجاسوس غير المسلم، فإن كان حربياً فإنه يقتل باتفاق الفقهاء[2].

أما إن كان معاهداً أو ذمياً فإنه ينتقض عهده عند بعض العلماء، لأنه بهذا يصير ناقضاً للعهد وللإمام أن يسترقه كما له قتله. وذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا ينتقض عهده إلا في الأحوال التي يشترط فيها الإمام انتقاض عهده بذلك وبالجملة فإن أغلب

---

(2) هو الزبير بن العوام بن خويلد بن عبد العزى بن قصي القرشي الصحابي الجليل . أسلم وهو ابن خمس عشرة سنة وكان إسلامه بعد إسلام أبي بكر الصديق وهو أحد العشرة المشهود لهم بالجنة وهو أحد الستة أصحاب الشورى الذي جعل الخلافة في أحدهم. وكان الزبير أول من مسك في سبيل الله ، شهد بدراً وأحداً والخندق وفتح مكة وحصار الطائف والمشاهد كلها مع رسول الله . توفي في معركة الجمل سنة 36 هـ. انظر تهذيب الأسماء 196/1، وخلاصة تهذيب الكمال 434/1 .

(3) هو المقداد بن عمر بن ثعلبة بن ربيعة الكندي الصحابي الجليل ، وقد اشتهر بالمقداد الأسود ، لأنه كان في حجر الأسود بن عبد يغوث فهرب منه إلى كندة وهو قديم الصحبة والإسلام شهد المشاهد مع رسول الله ، يقول ابن مسعود عنه شهدت من المقداد بن الأسود مشهداً لأن أكون أنا صاحبه أحب إلي مما عد له به أتى النبي يوم بدر فقال: يا رسول الله إنا لا نقول كما قالت بنو إسرائيل لموسى اذهب أنت وربك فقاتلا إنا ههنا قاعدون ولكن امض ونحن معك. ولد سنة 37 قبل الهجرة توفي سنة 33هـ. انظر تهذيب الأسماء واللغات 112/2، والأعلام 208/8 .

(4) روضة خاخ بخاءين معجمتين بينهما ألف، وقد ذكر ياقوت الحموي مائة وثلاثين روضة في بلاد العرب منها روضة خاخ وهي موضع بين مكة والمدينة تقرب حمراء الأسد من المدينة. انظر: معجم البلدان ياقوت الحموي 33/2 ، وعمدة القارئ 75/12 ط الحلبي.

(5) الظعينة بفتح الظاد المعجمة وكسر العين المهملة وسكون الياء وفتح النون. وهي المرأة في الهودج. عمدة القارئ 72/12 ط الحلبي، شرح النووي على مسلم 55/16.

(6) العقاص: بكسر العين جمع عقيصة وهي الشعر المضفور. انظر لسان العرب 56/7 مادة عقس.

(7) هو حاطب بن أبي بلتعة بن عمرو بن سلمة اللخمي حليف بني أسد بن عبد العزى وكان من أصحاب رسول الله شهد بدراً وكان بنوه وإخوته بمكة فكتب حاطب من المدينة إلى كبار قريش ينصح لهم فيه. وحاطب أحد فرسان قريش في الجاهلية وأحد شعرائها. وقد مات حاطب سنة 36هـ في عهد الخليفة عثمانτوله من العمر خمس وستون سنة. انظر: الإصابة 299/1، وتهذيب الأسماء واللغات 150/1.

(8) صحيح البخاري/كتاب الجهاد/باب الجاسوس/ فتح الباري / 100/6، وصحيح مسلم/كتاب الفضائل/باب فضائل حاطب بن أبي بلتعة ص 1941 رقم الحديث 2494 .

(9) سورة الممتحنة آية 1 .

(10) السياسة الشرعية لابن تيمية 134، وزاد المعاد 377/3 .

(11) تبصرة الحكام لابن فرحون 194/2، وشرح النووي على مسلم 54/16، والسياسة الشرعية لابن تيمية 134. والحسبة لابن تيمية 57، والطرق الحكمية لابن القيم 156. وزاد المعاد 377/3، والإنصاف 250/10. وقد اختلفت آراء أصحاب الإمام المالك فقال سحنون إذا كاتب المسلم أهل الحرب قتل ولم يسب وماله لورثته وهذا موافق لمذهب إمامه. وقال غيره يجلد جلداً وجيعاً ويطال حبسه وينفى من موقع لا يقرب من الكفار. وقال ابن القاسم يقتل ولا تعرف لهذا توبة وهو كالزنديق. انظر: أقضية رسول الله. لمحمد بن الفرج المالكي 194/1.

(12) فتح الباري 77/6، وزاد المعاد 377/3 .

(1) إكمال المعلم للأبي 333/6 وانظر مكمل إكمال المعلم للسنوسي 333/6، وبذل المجهود في حل أبي داود 178/12.

(2) نيل الأوطار 10/8.

الفقهاء يجيزون قتل الجاسوس الذمي والمعاهد[1] ويستدل بذلك لما روي عن الأكوع قال: "أتى النبيρعين من المشركين وهو في سفر فجلس عند أصحابه يتحدث ثم انتفل فقال النبيρاطلبوه واقتلوه فقتله فنفله سلبه "[2].

والذي أراه راجحاً ما ذهب إليه الإمام مالك ومن وافقه ذلك لأن الجاسوس المسلم أكثر خطراً على المجتمع من غير المسلم فيكون في قتله تأمين للمجتمع وحفظ للدولة وحسم لمادة الفساد. أما حادثة حاطب فهي واقعة لها ظروفها الخاصة المحيطة بها وتقدير هذه الظروف منوط بالإمام حسب ما يراه من ظروف الواقعة وبواعث الجاني وما يكتنف الجاني من عوامل نفسية أو مادية، ولا شك أن النبي ρقد لاحظ كل هذه الظروف. ومن هنا أرى أنه ليس هناك ما يمنع من إيقاع عقوبة الإعدام في هذه الجريمة لا سيما وأن الفقهاء الذين ذهبوا إلى أن عقوبة التعزير قد تصل إلى درجة القتل قد قرروا ذلك في جرائم أقل خطراً من جرائم التجسس أو مساوية لها.

ثانيا: السلطة العامة على الفرد:

معلوم أن الشريعة الإسلامية قد حرمت التجسس على الآخرين وذلك بالعديد من النصوص الواردة في القرآن والسنة النبوية. وقد أشرت إلى كثير منها في مطلع البحث وأول ما يطالعنا في هذا الصدد هو قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيراً مِنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلا تَجَسَّسُوا)[3]، ولا شك أن النفي هنا يفيد التحريم وهو خطاب موجه للجميع لا فرق في ذلك بين السلطة العامة أو الأفراد ويدل على هذا قوله عليه الصلاة والسلام:" إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث ولا تجسسوا ولا تنافسوا ولا تباغضوا ولا تدابروا وكونوا عباد الله إخوانا "[4]، وقد وردت أحاديث كثيرة في هذا الشأن وهي متقاربة في الألفاظ والمعاني كلها تدل على تحريم التجسس[5] بغض النظر عن الجهة التي تباشر الجاسوسية لحسابها.

وقد ذهب بعض العلماء إلى أن التجسس الوارد في الحديث المتقدم المراد به الاستماع لحديث القوم وأن التجسس هو البحث عن العورات وقيل: إن التجسس هو التفتيش عن بواطن الأمور وأكثر ما يقال في الشر. وقيل: بالجيم أن تطلبه لغيرك وبالحاء أن تطلبه لنفسك. وعلى كل فإن الأقوال المتقدمة تشترك فيما بينها على معنى واحد وهو طلب معرفة الأخبار الغائبة والأحوال الخفية[6]. وقد توعد الرسول أولئك الذين يتبعون عورات الناس ويبحثون عن نقائصهم بأحاديث كثيرة. يقول الرسول:" يا

---

(1) نيل الأوطار 10/8، والخراج لأبي يوسف 205، وتبصرة الحكام 194/2، وعمدة القارئ 75/12 - 119 ط الحلبي، وفتح الباري 117/6، ونهاية المحتاج 104/8، وشرح السير الكبير 2040 وما بعدها.

(2) صحيح البخاري/كتاب الجهاد/باب الحربي إذا دخل دار الإسلام بغير أمان/فتح الباري 116/6، ابن ماجه 926/2.

(3) سورة الحجرات آية 12.

(4) صحيح البخاري/كتاب الأدب/يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيراً من الظن إن بعض الظن إثم ولا تجسسوا/فتح الباري 404/10، صحيح مسلم/كتاب البر والصلة والأدب/باب تحريم الظن والتجسس والتنافس ونحوهما ص 1985 رقم الحديث 2563.

(5) البحر الزخار 466/6.

(6) شرح النووي على مسلم 119/16.

معشر من آمن بلسانه ولم يدخل الإيمان إلى قلبه لا تؤذوا المسلمين ولا تتبعوا عوراتهم فإن من تتبع عورة أخيه المسلم تتبع الله عورته ومن تتبع الله عورته يوشك أن يفضحه ولو في جوف بيته". ولعل في قول النبي ρ إن تتبعت عورات الناس أفسدتهم أو كدت تفسدهم ما يرشد إلى منع السلطة العامة من اللجوء إلى هذه الوسيلة وملاحقة الأفراد، لأن في هذا إفساداً لأخلاق الرعية والوقائع التي جرت على عهد عمر بن الخطاب τ والتي أشرت إليها سابقاً ترشد إلى هذا الاتجاه، إذ إن عمر بن الخطاب τ لم يرتب على دخوله واقتحامه المسكن الآثار التي تترتب على الدخول فيما لو كان مشروعاً.

وقد ترتب على تحريم التجسس أنه لا يجوز لأحد أن يستنشق ليشم رائحة الخمر أو الحشيش ولا يمس ثوب إنسان لمعرفة ما يطويه تحته. ولا أن يكشف عن غطاء الإناء ليعرف هل فيه مسكر أم لا ولا أن يسترق السمع على دار غيره ليسمع ما يدور بداخله كما أنه ليس له أن يستخبر من الجيران أو الصغار ليعرف ما يدور في بيت جاره[1] ولا يباح التجسس في الشريعة الإسلامية وإن كان الغرض منه تحقيق هدف مشروع لأن كون الغاية مشروعة لا يبرر الوسيلة غير المشروعة بل يجب أن تكون الوسيلة هي الأخرى مشروعة[2]. وتحريم الشريعة للتجسس لا يعني أنها لم تضع في يد السلطة الوسائل الكافية لملاحقة الجريمة ومكافحتها، إذ إن هذا التحريم ليس على إطلاقه بل ترد عليه حالات استثنائية تقتضي الإباحة. مثل حالة الضرورة وحالة التلبس بالمعصية ويشترط في هاتين الحالتين ما سبق وأن ذكرته في حالات دخول المسكن بغير إذن.

فقد ذهب الفقه الإسلامي إلى أنه يجوز للسلطة العامة وكذلك للمحتسب أن يتجسس ويقدم على الكشف والبحث وذلك في الأحوال التي يعلم فيها وقوع مالا يستدرك من انتهاك المحارم وارتكاب المحظورات، وكذلك في الأحوال التي تكون المعصية قد خرجت عن دائرة السرية وذلك بأن تظهر المعصية ظهوراً بيناً فتأخذ شكل العلانية كظهور رائحة الخمر وارتفاع أصوات السكارى ونحوها ففي هذه الحالة يباح فيها هتك الأستار وكذلك يباح التجسس في حالة سماعه استغاثة شخص وطلبه النجدة وكذلك في الأحوال التي يشهد فيها الشهود على البت بأن فلاناً يعاقر الخمر في بيته وكذلك إذا غلب على الظن استتار قوم بالمعصية لأمارات قوية دلت على ذلك بأن أخبره من يثق بصدقه أن رجلاً خلا بامرأة ليزني بها أو برجل ليقتله جاز له أن يتجسس وأن يقدم على البحث والكشف وذلك شريطة أن تكون الحرمة مما يخشى فوات تداركها فيما لو لم يتجسس، أما إذا لم تظهر بطريقة من الطرق المتقدمة فإنه لا يجوز للسلطة العامة وكذلك المحتسب أن يتجسس[3]. ويستدل لهذا كله بواقعة حاطب بن أبي بلتعة وما دار بين الإمام علي τ وبين المرأة التي تحمل الخطاب حيث هددها بهتك الأستار وإلقاء الثياب في حالة عدم إخراج الكتاب. وبتعبير آخر أنه هددها بإجراء التفتيش وكذلك يمكن

---

(1) المنح الشرعية والآداب المرعية 318/1، وإحياء علوم الدين 325/2، والكبائر لابن حجر 153/2.

(2) إعلام الموقعين 137/3.

(3) الروضة 189/10 ، الأحكام السلطانية لأبي يعلى 280، تبصرة الحكام 186/2، فتح الباري 402/10، البحر الزخار 466/6، الآداب الشرعية 317/1 - 318، الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أبو بكر الخلال 138 .

الاستدلال بواقعة المغيرة بن شعبة وكيف أن الشهود قد رصدوه حتى إذا دخلت عليه المرأة هجموا عليهما ووجه الاستدلال بهذه الواقعة أن عمر τلم ينكر عليهم ترصدهم وهجومهم وإن حدهم للقذف لعدم تكامل نصاب الشهادة على الزنا وكذلك روي أنه قيل لابن مسعود[1]: هلك الوليد بن عقبة[2] تقطر لحيته خمراً قال: قد نهينا عن التجسس فإن يظهر لنا نُقِمْ عليه الحد[3].

ويلاحظ أن الأحوال التي أباح فيها الفقهاء التجسس والبحث لا تخرج عن حالتين وهما حالة الضرورة . وحالة التلبس بالمعصية . وهذه هي الأحوال التي تقتضيها المصلحة العامة للمجتمع والتي يكون فيها الفعل قد خرج عن دائرة السرية، وأصبح يهدد النظام العام للمجتمع وفي هذا ضمان للحريات الشخصية مع عدم المساس بمصلحة المجتمع. وبهذا لا تتحول الحقوق الممنوحة للسلطة العامة حقوقاً مطلقة مما يجعلها سيفاً مسلطاً على رقاب الأفراد ويتيح لها فرصة الخروج عن الحدود المقررة لها ومن الصور التي ذكرها الفقهاء وقالوا فيها بجواز التجسس ندرك أن الحياة الخاصة لا يمكن أن تكون موضوعاً للتجسس المرخص به للسلطة العامة أو المحتسب ذلك لأن الحياة الخاصة تفترض قدراً من الكتمان في حين أن التجسس المرخص به لا يكون إلا إذا كانت هناك علانية بارتكاب المحظور أو قامت القرائن القوية كالشهادة أو إخبار الثقة بأن هناك معصية يخشى من فوات تداركها أن يلحق الآخرين ضرر ما.

ثالثا: تجسس الفرد على الفرد:

مما لا شك فيه أن تجسس الفرد على الفرد محرم لما ذكرته سابقاً من نصوص سواء أكان الفرد يتجسس لحسابه ومصلحته، أو لحساب مصلحة الآخرين، ولا يجوز له التجسس والترصد بحال من الأحوال. وقد يبدو هذا الكلام متعارضاً لأول وهلة مع النصوص التي توجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر على كل مسلم ولكن الأمر ليس كذلك، لأن من شرط المنكر أن يكون ظاهراً من غير تجسس ولا تفتيش[4].

ولما كان التجسس على الأفراد محرماً سواء كان من الفرد أو على الفرد أو من السلطة العامة على الأفراد أو في غير الأحوال المرخص بها شرعاً، فإنني في المباحث التالية سأتناول التجسس الواقع من الأفراد ولحسابهم. أما التجسس الواقع لحساب السلطة العامة أو أحد أجهزتها في غير الأحوال المرخص بها شرعاً فلا مانع من اعتباره ظرفاً مشدداً للعقوبة لأن الجرائم التعزيرية يلاحظ فيها الظروف المحيطة بالجريمة ويترك تكييفها لولي الأمر، ومما لا شك فيه أن استغلال أحد موظفي السلطة العامة لوظيفته في القيام بهذه الجريمة يعتبر أخطر على المجتمع من الأفراد العاديين.

---

(1) هو أبو عبد الرحمن عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب من بني مخزوم وأمه تكنى بأم عبد أسلمت وهاجرت فهو صحابي ابن صحابية. أسلم عبد الله قديماً حين أسلم سعيد بن زيد قيل - قبل عمر بن الخطاب - رضي الله عنهم جميعاً شهد مع رسول اللهρبدراً وأحداً والخندق وسائر المشاهد وهو صاحب نعل رسول الله نزل بالكوفة في آخر أمره وتوفي بها سنة 32 هـ وقيل عاد إلى المدينة. انظر: تهذيب الأسماء 188/2، وشذرات الذهب 38/1، والعبر في خبر من غبر 33/1، وتهذيب التهذيب 27/6، وطبقات الأصوليين 69/1.

(2) الوليد بن عقبة هو أخو عثمان بن عفان لأمه أسلم يوم فتح مكة وبعثه رسول اللهρعلى صدقات بني المصطلق ثم ولاه عمر صدقات بني تغلب وولاه عثمان الكوفة سنة 25 هـ، فانصرف إليها أقام إلى سنة 29 وهو قد اعتزل الفتنة بين علي ومعاوية ولكنه رثى عثمان بن عفان وحرض معاوية على الأخذ بثأره، ومات بالرقة. انظر الأعلام 143/9 .

(3) المصنف عبد الرزاق الصنعاني 231/10 - 232، أخرجه البيهقي في السنن الكبرى 334/8، وقد سبقت الإشارة إلى الواقعتين الأوليين.

(4) الأحكام السلطانية لأبي يعلى 268 .

المطلب الثاني: في تعريف جريمة استراق البصر وعلة تجريمها

تعريف استراق البصر لغة:

تعني المسارقة في اللغة اختلاس النظر أو السمع خفية، والاسترق والتسرق كذلك يقال استرق السمع أي استرق مستخفياً ويقال هو يسارق النظر إليه إذا اهتبل غفلته لينظر إليه ويقال تسترق الجن السمع بمعنى أنها تفتعل من السرقة أي أنها تسمعه مختفية كما يفعل السارق[1] ومن هنا تكون ألفاظ السرقة والاسترق واسترق ويسارق متقاربة في الدلالة فهي جميعا تعني أنه اختلس النظر والسمع..

علة التجريم:

مما لا شك فيه أن المسارقة البصرية إلى حرمات الغير معصية لأنها انتهاك للحرمات وإتيان لما نهى الله عنه. وقد دلت عموميات الشريعة على تحريم التجسس على أعراض الغير وتتبع عوراتهم كما تضافرت النصوص على تحريم الاطلاع إلى عورات الغير بخصوصها. فقد روي عن النبي ρ أنه قال: "من اطلع في بيت قوم بغير إذنهم ففقؤوا عينه فلا دية له ولا قصاص ". وروي أن رجلا: اطلع في حجرة في باب رسول الله ρومعه مدرى يحك بها رأسه، فقال : "لو أعلم أنك تنظرني لطعنت بها في عينك إنما جعل الاستئذان من أجل النظر". "وقد سبقت الإشارة إلى العديد من النصوص التي تسير في هذا السياق وبهذا يتبين أن الاطلاع على عورات الناس حرام لذاته وأن الأمر بالاستئذان سبيل لتجنب ذلك الحرام، وعلى ذلك إذا كان هناك إنسان يحاول تكشف عورات الناس في بيوتهم فإن محاولته حرام ومنعه منها واجب. وعلى هذا اتفق الفقهاء فقرروا بالإجماع أن منع رجل من النظر خفية أو علناً إلى عورات غيره واجب وأن من يفعل ذلك بالناس يعزر"[2].

وفي الحقيقة، إن تجريم هذا النوع من الأفعال قد بات ملحاً في عصرنا الحاضر، حيث أن الصورة تتضح بكل أبعادها إذا عرفنا ما يضعه التقدم العلمي في يد الفرد من وسائل متطورة تجعل الإنسان بكل تصرفاته المنزلية وسلوكه مع زوجته وما يدور بينهما من حديث في متناول الغير، بحيث يقف الإنسان عارياً بكل ما تحمله لفظة التعرية من معان مثيرة للتقزز، وخادشة للحياء. ولعل في هذا ما يكفي لأن يكون سبباً في تجريم التلصص البصري أو السمعي في الشريعة الإسلامية حتى على فرض عدم نص الفقهاء على ذلك.

العناصر المكونة للجريمة:

يلزم لقيام جريمة المسارقة البصرية في الفقه الإسلامي توافر عناصر معينة:

فيلزم أولاً أن يكون هناك استراق للنظر إلى حرم الغير وهذه الحرم يشترط فيها أن تكون في داره كما سبق وأن أشرت إليه.

والواقع أن بعض الفقه الإسلامي يذهب إلى تضييق مدلول حرم الإنسان فهو

---

(1) لسان العرب 155/10 مادة (سرق) ، وتاج العروس 379/6 ، وقد فضلت تعبير استراق السمع على تعبير التصنت الذي درج عليه القانونيون وذلك لأنه لا يوجد في اللغة العربية مادة (صنت) وإنما الموجود هو مادة (نصت) وهذه اللفظة الأخيرة كما ذهب المجمع اللغوي المصري يستعمل فيها (التنصت) بمعنى استراق النظر أو السمع على خلاف القياس.

(2) العقوبة، أبو زهرة 459. وانظر الروضة للنووي 191/10. والأم - للشافعي 28/6.

يقصرها على زوجاته وإمائه ومحارمه، وكذلك ولده الأمرد الحسن وإن لم يكن متجرداً وكذلك في الأحوال التي يكون فيها صاحب المكان مكشوف العورة وقيل مطلقاً[1]. فإذا وقعت المسارقة البصرية على هذه الأشياء كانت الجريمة قائمة. ولعل هذا الجانب من الفقه قد لاحظ أن هذه الأشياء هي المعاني المباشرة التي تستحق الحماية والتي وردت النصوص بسببها. وهذا الرأي وإن كان من الناحية العلمية يبسط الحماية على الأمور التي تمس الفرد مساساً مباشراً، إلا أنه لا يتمشى مع العموم الذي جاءت به النصوص الواردة عن النبيρوالتي تفيد حماية الفرد في أي وضع كان سواء أكان مكشوف العورة أم لا وسواء أكان في دار النساء أم لم يكن، وهذا ما ذهب إليه جانب من الفقه الإسلامي[2]. ذلك لأن النصوص الواردة عن النبي ρ لم تذكر أنه كان في الدار التي اطلع فيها على النبي نساء أو كان هناك من هو مكشوف العورة، هذا فضلاً عن أن حرم الفرد ليست مقصورة على زوجاته وإمائه، بل ربما تكون أكثر تمثلاً في وثائقه وأسراره التي توجد في بيته[3].

يقول ابن حجر: "لأن التطلع إلى ما في داخل البيت لم ينحصر في النظر إلى شيء معين كعورة الرجل مثلاً بل يشمل استكشاف الحريم وما يقصد صاحب البيت ستره من الأمور التي لا يحب اطلاع كل واحد عليها، ومن ثم ثبت النهي عن التجسس والوعيد عليه حسماً لمواد ذلك " ولأن العاقل يشتد عليه أن الأجنبي يرى وجه زوجته وابنته ونحو ذلك وكذا في حال ملاعبته أهله أشد مما رأى الأجنبي ذكره منكشفاً "[4].

ومعلوم أن الفقه الإسلامي لا ينظر إلى الوسيلة التي تتم بها المسارقة البصرية صحيح أن هذا الفقه قد بحث التلصص التقليدي الذي يتم بواسطة العين والذي يكون من كوة أو ثقب باب أو منارة أو نحوها[5]. وذلك لعدم وجود تقنية متطورة في عصرهم. ولكن هذا الفقه لا يأبى تجريم التلصص البصري الذي يتم بوسائل أخرى خلاف وسيلة العين المجردة. كالمرايا العاكسة والتلسكوب المقرب والمراقبة بالدائرة التلفزيونية المغلقة. بل على العكس من ذلك فإن التلصص بهذه الوسائل يكون أولى بالتجريم من التلصص التقليدي، وذلك لخطورة هذا النوع من المسارقة لأن العين المجردة قد لا تتمثل حرمات الغير بالشكل الذي يمكن أن يمثله هذا النوع من الوسائل فضلاً عن ذلك أن التلصص التقليدي يمكن كشفه ودفعه بسهولة في حين أن هذه الوسائل لا يتيسر فيها ذلك.

وإذا صح أن الفقه الإسلامي يجرم التلصص بأي وسيلة من وسائل المسارقة عادية كانت أم غير عادية، فهل يعتبر التقاط صورة لفرد وهو في وضع معين في بيته أو مكان خاص داخلاً في نطاق التلصص المجرم. وبالتالي تعتبر الجريمة متوافرة إذا تم التقاط الصورة بدون رضاء صاحب الحق؟.

---

(1) الأم للشافعي 28/6 ، ونهاية المحتاج 29/8 ، ومغني المحتاج 198/4 .
(2) كشاف القناع 159/6 ، شرح منتهى الإرادات 379/3 ، المغني لابن قدامة 187/9 .
(3) بدائع الصنائع 2962/6 ، المغني لابن قدامة 187/9 .
(4) فتح الباري 216/12.
(5) الأم ، للشافعي 28/6، وحاشية ابن عابدين 55/6، وشرح منتهى الإرادات 379/3، وشرح منح الجليل 560/4.

في الحقيقة يمكن القول أن هذه الجريمة تعتبر متوافرة والذي يدعم هذا أن الشريعة الإسلامية قد جرمت المسارقة البصرية وأعطت للمجني عليه حق الدفع حال قيام الاعتداء عليه وأباحت له فقء عين الناظر وذلك لمنع جريمة مستمرة. فإذا أعطت الشريعة هذا الحق حال الاستمرار ومنعته متى قطع الناظر نظره[1]، فإن التقاط الصورة للفرد وهو في بيته يجعل الجريمة قائمة. ومن ثم ينطوي التقاط الصورة تحت نطاق الجريمة البصرية ودليلي على ذلك أن التقاط الصورة فوق ما فيه من مسارقة بصرية فهو ينطوي على معنى آخر وهو استدامة هذه المسارقة وذلك بما يحتفظ به من صورة للشخص مما يشكل خطورة أشد ولا يشترط في الصورة أن تكون قد أخذت له وهو في وضع معين بأن يكون مكشوف العورة أو في حالة عناق مع حليلته أو في الأوضاع التي يكون فيها في حالة تبسط مع أسرته، بل تعتبر الجريمة متوافرة في كل الأحوال التي يكون عليها الفرد وذلك لما سبق وأن ذكرته من أن تجريم المسارقة البصرية يكون متوافراً وإن لم تكن هناك عورة مكشوفة بالمعنى المصطلح عليه عند الفقهاء. ولا مانع من اعتبار التقاط الصورة ظرفاً مشدداً في حالة اقترانه بالمسارقة البصرية لأن تقدير العقوبة وتكييفها منوط بولي الأمر حسب ما تقتضيه المصلحة وظرف الجاني.

كما يلزم ثانياً لقيام التصرف الجرمي ألا يكون هناك تفريط من صاحب الحق نفسه. وهذا يعني أن تكون هناك محاولة لتكشف الأسرار بمعنى أن المتعدي قد عمل عملاً في سبيل الوصول إلى الأسرار أما إذا كان هناك تفريط من صاحب الحق، وذلك بأن ترك باب مسكنه أو مكانه الخاص مفتوحاً حتى رآه بعض الناس[2] فإن جريمة المسارقة البصرية لا تعتبر متوافرة في هذه الحالة. لأن الإثم قد اشترك فيه الناظر والمنظور إليه، حيث أنه لم يستتر، وكان الأولى به الاستتار. وهذا الذي ذهب إليه الفقهاء منطقي إلى حد ما إذ من غير المعقول أن يفرط الشخص في أسراره ثم يطالب التشريع أن يحميه بيد أن الصورة التي ذكرها الفقهاء للتفريط وإن كانت صحيحة وصادقة فيما لو تمت المسارقة بالصور التقليدية إلا أنها لا تبدو كذلك بالنسبة للتلصص بالوسائل العلمية مثل المراقبة بالدائرة التليفزيونية المغلقة أو بالأشعة فوق الحمراء لأن غلق الباب أو فتحه لا يغير من الوضع شيئاً. لأن هذا النوع من الوسائل يمكنها استطلاع المكان وكشفه وإن كان الباب مغلقاً بل حتى من وراء الجدران مما يجعل فتح الباب وعدمه سواء ولذلك فإني أميل إلى عدم اعتبار فتح الباب صورة من صور التفريط فيما لو نظر بالعين المجردة وكان الباب مفتوحاً لا يطلع على الأسرار الداخلة فيه، أو بعبارة أخرى قصر هذه الصورة على التجسس التقليدي.

كما يلزم ثالثاً لقيام التصرف الجرمي أن يكون المطلع قاصداً الاطلاع أما إذا لم يكن قاصداً له وذلك كما إذا كان مجنوناً أو مخطئاً أو وقع نظره اتفاقاً[3] ففي هذه الحالة لا تعتبر جريمة المسارقة البصرية متوافرة في حقه. يقول الرسول ρ: "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ".

---

(1) شرح منتهى الإرادات 379/3، كشاف القناع 159/6، الروضة 194/10.
(2) شرح منتهى الإرادات 379/3 ، وكشاف القناع 159/6 ، ونهاية المحتاج وحاشية أبى الضياء 30/8 ، وتحفة المحتاج بشرح المنهاج 191/9 ، وحاشية ابن عابدين 550/6 .
(3) شرح منتهى الإرادات 379/3 ، والروضة 191/10 ، ومغني المحتاج 198/4 ، وفتح الباري 217/12 ، 21/11 ، وكشاف القناع 159/6 .

وقد سئل النبي ρعن نظرة الفجاءة والتي تقع اتفاقا فقال " أطرق بصرك "[1].

وقال الإمام علي τ: "لا تتبع النظرة النظرة، فإن الأولى لك والآخرة عليك ". ومن هنا تبين لنا أن توافر القصد شرط لقيام هذه الجريمة ويمكن معرفة هذا القصد من خلال القرائن وما يرشد إليه ظاهر الحال.

كما يلزم رابعاً ألا يكون للناظر شبهة في الاطلاع وذلك كما لو كان في مسكن صاحب الدار أحد محارم الناظر أو زوجة له وقيل لا يكفي أن يكون في الدار أحد محارمه بل يشترط ألا يكون فيها إلا محارمه أو كان الناظر أحد أصول المنظور إليه الذين لا قصاص عليهم وكذلك إذا كان النظر مباحاً له لخطبة. ولم أر من صرح بهذا غير الشافعية[2] بل إن الحنابلة قد صرحوا في معرض حديثهم عن الصيال أن المنظور إليه يحق له دفع الناظر سواء أكان في الدار محرم أم لم يكن[3].

والذي أراه أن هذا الذي ذهب إليه الشافعية ليس في النصوص الواردة عن النبي ρ ما يرشد إليه. وذلك باستثناء صورة واحدة هي اطلاع الأصل على فرعه. صحيح انه ليس للأصل أن يتلصص على فرعه حيث أنه داخل في عموم النهي عن التلصص الوارد في النصوص كما سبق وأن ذكرته في الاستئذان, ولكن لا تقام عليه عقوبة التلصص ولا يجوز دفعه بفقء عينه. لأن الفقه الإسلامي يسقط القود عن الأب في قتل ابنه كما ذهب إلى ذلك جماهير العلماء[4] مع خطورته فهذا أولى بالإسقاط. وإذا كان ما ذهب إليه الشافعية بخصوص الأب صحيحاً فإني لا أسلم قيام الشبهة في حال الخطبة وكذلك في حال وجود أحد المحارم في مسكن المنظور إليه، خصوصاً إذا كان مع المحرم أجنبية وذلك لسببين:

أحدهما: أن الاستئذان على المحارم واجب وذلك خشية الاطلاع على مالا يحل له رؤيته. فكيف إذا كان مع المحارم من ليس بمحرم مما يدل على وجود سوء النية ولا يمكن افتراض حسن النية.

ثانيهما: أن الخطبة لا تتيح للشخص هتك أسرار الناس والتلصص عليهم صحيح أن الشريعة الإسلامية قد أباحت النظر إلى الأجنبية في حال الخطبة. لكن الشريعة الإسلامية لم تمنح الخاطب حق التلصص من خلال ثقوب الباب وشقوقه لمعرفة

---

(1) صحيح مسلم / كتاب الآداب / باب نظر الفجاءة / ص 1699 . رقم الحديث 2159 .
(2) الأم للشافعي 28/6 ، والروضة 192/10 ، ومغني المحتاج 198/4 ، وتحفة المحتاج بشرح المنهاج 190/9 ، وإحكام الأحكام ، ابن دقيق العبد 123/4 .
(3) كشاف القناع 159/6 ، وشرح منتهى الإرادات 379/3 .
(4) اختلف الفقه الإسلامي في جناية الوالد على ولده إلى ثلاثة مذاهب :
1- يرى جمهور الفقهاء الحنفية الشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية أن الأب لا يقتل بابنه واستدلوا لذلك بما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال: "سمعت رسول الله ρأنه قال: "لا يقاد والد بولده ".
2 - ويرى عثمان البتي أنه يقاد الوالد بولده مطلقاً لأنه داخل في عموم قوله تعالى:(النفس بالنفس)
3 - وقد فرق المالكية بين أمرين أحدهما أن يقصد قتله بآلة تقتل قطعاً. فإنه في هذه الحالة يكون قاتلاً عمداً فيقتص منه. ثانيهما أن يقتله بغير ذلك كما لو ضربه بعصا ونحوها فإنه لا يقتص منه في هذه الحالة. انظر حاشية ابن عابدين 534/6، وشرح فتح القدير 220/10، وتبصرة الحكام 230/2، وكفاية الطالب الرباني، وحاشية الكفاية 20238، ونهاية المحتاج وحاشية أبي الضياء 271/7، والمغني لابن قدامة 285/8 .

المخطوبة لأن هناك وسائل أخرى يمكن بها أن يتعرف على المرأة غير هذه الوسيلة. ولعل الشافعية قد لاحظوا أن أصل النظر مباح في حال الخطبة وكذلك النظر إلى المحارم " فأورث ذلك شبهة.

ومن هنا تعتبر جريمة المسارقة البصرية قائمة متى توافرت العناصر السابقة، ولا يفرق الفقه الإسلامي بعد هذا في أن يكون الناظر واقفا في الشارع أو في سكة منسدة أو واقفا في شرفة عمارة ومنها يمارس التلصص[1] والتقاط الصور. وهذا ما استقر عليه الفقه الإسلامي باستثناء وجه ضعيف عند الشافعية يذهب إلى أنه يشترط أن يكون الناظر واقفا في ملك المنظور إليه. وقد وصفه النووي في الروضة بأنه ليس بشيء[2] والقانون الإنجليزي يذهب إلى مثل هذا الرأي الأخير. ولعل منشأ هذا الوجه هو ربط المسارقة البصرية بالاعتداء على الملكية. وفي الحقيقة فإن النصوص الشرعية ليس فيها ما يفيد هذا الوجه لأن النصوص قد دلت على تحريم النظر والاطلاع ومد العين بالمسارقة إلى حرم الناس بكل حال طالما أن المنظور إليه لم يفرط بحقه.

ومن خلال العرض المتقدم أستطيع القول أن الفقه الإسلامي قد عالج وبكفاءة نادرة، وفي مرحلة مبكرة هذه المشكلة رغم أنه لم تكن هناك تقنية متطورة تفرض عليهم توليد النصوص والاستنباط منها. وهكذا استطاع الفقه الإسلامي أن يرفد بآراء لا تقل أهمية عن آراء الفقه الوضعي رغم تلك الفواصل الزمنية.

المطلب الثالث: في دفع هذه الجريمة

دفع هذه الجريمة:

الأصل في هذا النوع من الدفع هو الأحاديث الواردة في مطلع هذا الفصل. وقد اتفق الفقه الإسلامي على أن من أدخل رأسه فرماه صاحب البيت بحجر ففقأ عينه فإنه لا يضمن[3] وهذا ليس محل خلاف بين الفقهاء وإنما اختلف الفقهاء في صورة من اطلع من ثقب باب أو شق حائط أو نحوهما فطعنه صاحب البيت بحصاة أو نحوها فهل يضمن أم لا؟ ...

اختلف الفقه الإسلامي في ذلك إلى مذهبين:

1- مذهب الحنفية والمالكية وجماعة من العلماء إلى أنه يضمن بالقصاص أو الدية على خلاف فيما بينهم. وقد استدلوا لما ذهبوا إليه بالسنة والقياس. أما السنة فيما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قضى في العين نصف العقل[4] ووجه الاستدلال به أنه عام فيصدق في كل عين فقئت دون تخصيص بحالة معينة. واستدلوا أيضا بقوله عليه الصلاة والسلام: " لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة "[5] ووجه الاستدلال به أن العصمة لا تسقط إلا إذا وجد واحد من الأسباب المتقدمة

---

(1) الروضة 191/10، وإحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام 123/4، وفتح الباري 217/12، وكشاف القناع 6/ 159، وشرح منتهى الإرادات 3/ 379.
(2) الروضة 191/10، ونهاية المحتاج وحاشية أبي الضياء 8/ 29.
(3) حاشية ابن عابدين 550/6 .
(4) مسند الإمام أحمد 216/2 . وقال أحمد شاكر إسناده صحيح 11/ 223.
(5) صحيح مسلم/كتاب المقاسمة/باب ما يباح به دم المسلم / ص 1302 رقم الحديث 1676. وفي

وليس منها سقوط العصمة بسبب المسارقة البصرية[1].

أما القياس فقد قالوا إن مجرد النظر إليه لا يبيح فقء عينه لأنه لو دخل منزله ونظر فيه أو نال من امرأته ما دون الفرج أو النظر إلى ما في البيت في الأحوال التي يكون فيها الباب مفتوحاً لم يجز له قلع عينه ولا سقوط ضمانها إجماعاً كما هو الظاهر. فكذا هنا وقد أجابوا عن الأحاديث الواردة في شأن جواز رمي العين ونفي الجناح عمن فعل ذلك بأنها لم ترد على سبيل الحقيقة وإنما أريد بها التغليظ والزجر يضاف إلى هذا أن المعصية لا تدفع بالمعصية وإنما تدفع بغيرها[2].

وتأسيساً على هذا فإنه إذا فقأ المنظور إليه عين الناظر فإنها تكون مضمونة بالدية. وهذا عند الحنفية. أما المالكية فإنها تكون مضمونة بالقصاص وهذا في حالة قصد فقء العين.

2- وذهب جمهور الفقهاء منهم الشافعية والحنابلة والشيعة إلى جواز رمي عين الناظر إلى بيوت الغير وإذا لم يندفع بالشيء الخفيف جاز بالثقيل فإذا أصيبت نفسه أو عينه فهو هدر[3].

وقد استدل هذا الفريق بالأحاديث الكثيرة الواردة عن النبيρ مثل قوله عليه الصلاة والسلام: " لو أن أمرءاً اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه ما كان عليك من جناح " وروي أن رجلا اطلع من جحر في حجرة النبي ρ ومع النبي مدري يحك به رأسه فقال النبي ρ :" لو أعلم أنك تنظرني لطعنت به في عينك إنما جعل الاستئذان من أجل البصر "[4] فهذه الأحاديث تدل صراحة على جواز رمي الناظر ونفي الجناح عمن فعل ذلك وإن فعله لا يترتب عليه قصاص ولا دية.

وقد أجاب الجمهور عن الأدلة التي استدل بها الفريق الأول بأن قياس مسارقة النظر على دخول المنزل قياس مع الفارق ذلك لأن من دخل المنزل يعلم به صاحب المنزل فيستتر منه وهذا بخلاف الناظر من ثقب الباب ونحوه لأنه لا يعلم به صاحب المسكن فهو يرى من غير علمه فضلاً عن أن القياس لا يقوى على مواجهة النص فحيث يوجد النص فلا عبرة بالقياس.

أما تأويلهم للأحاديث بأنها وردت على سبيل التغليظ والزجر فيجاب عنه بأن

نفس المعنى صحيح البخاري/كتاب الديات/باب المقاسمة/فتح الباري 212/12. وسنن الدارمي 2/ 138 رقم الحديث (2451).

(1) إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام 122/4 ، وحاشية ابن عابدين 550/6 ، وحاشية الشلبي تبيين الحقائق 110/6 ، وتبصرة الحكام 357/2 .

(2) شرح منح الجليل 560/4 - 561، ومواهب الجليل 322/6، وانظر المراجع السابقة.

(3) الأم للشافعي 28/6، ومغني المحتاج 197/4 - 198، ونهاية المحتاج مع حاشية أبي الضياء 28/1، وزاد المعاد 290/6، وكشاف القناع 159/6، والمغني لابن قدامة 186/9، وشرح منتهى الإرادات 379/3، وشرائع الإسلام 263/4، ونيل الأوطار 30/7، وشرح السنة للبغوي 254/10. وقد سها الأستاذ الشيخ أبو زهرة في كتابه العقوبة ص 459 حين نسب إلى الشافعي قوله بموجب الدية حيث يقول: "روي عن الشافعي وبعض الفقهاء أنه تجب الدية " بينما الثابت في كتاب الأم وغيرها من كتب الشافعية أنها لا تجب الدية ولعل هذا وهم من الطابع فاستبدل كلمة الحنفية بالشافعي.

(4) تقدم تخريج الحديثين - انظر ص: 115.

دلالة الأحاديث وما يرشد إليه ظاهرها يدل على أنها للتشريع وقد قصد بها حقيقة وليس هناك قرينة أو دليل يفيد أنه كان يهدف من ذلك المبالغة والزجر.

أما قولهم بأن المعصية لا تدفع بمثلها فممتنع ذلك لأنه متى ورد النص من الشارع على جواز الفعل والإذن فيه لا يمكن أن يكون معصية بعد ذلك. صحيح أن فقء العين يعتبر معصية فيما لو تجرد عن السبب أما في حالة وجود السبب فلا يعتبر معصية. يضاف إلى هذا أن الاتفاق حاصل على جواز دفع الصائل حتى لو أتى الدفع على نفسه فهذا أيضا ملحق به مع ثبوت النص فيه[1].

والذي أرى رجاحته هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء والذي يقضي بعدم الضمان ذلك لأن الأدلة التي ذكرها الحنفية والمالكية لا تقوى على مواجهة النصوص التي تدعم رأي الفريق الثاني لأنها نص في الموضوع أما النصوص التي استدل بها الفريق الأول فهي نصوص عامة لم ترد في موضوعنا مباشرة هذا فضلاً عن أن الإذن بفعل الشيء وإباحته يقتضي عقلاً وشرعاً انتفاء المسؤولية المترتبة عليه سواء أكانت هذه المسؤولية دية أم قصاصاً وهذا ما حدا ببعض المالكية إلى الاعتذار عن مالك بمثل قولهم: لعل مالكاً لم يبلغه الخبر الوارد بهذا الشأن[2].

وإذا كان الراجح هو انتفاء الضمان فإن المعتدى عليه لا يضمن في حال إتلاف الأجهزة المنصوبة داخل المسكن أو الملصقة به من خارجه سواء كانت هذه الأجهزة أجهزة مسارقة بصرية أو سمعية وكذلك لا يضمن بإتلاف التوصيلات السلكية ونحوها لأنه إذا كان لا يضمن العين فبطريق الأولى لا يضمن هذه الأجهزة.

ومعلوم بعد هذا أن فقء العين ليس عقوبة بذاته وإنما هي عقوبة لمنع جريمة مستمرة. وهذا يعني أنه متى انصرف المعتدي وترك الاطلاع لم يجز رميه لأنه كالصائل إذا ترك صياله ولهذا فإن النبي ρلم يتبع ذلك الرجل الذي اطلع عليه وهو في حجرته[3]. بعد أن انصرف. ومن هنا يتبين لنا أنه متى كف المعتدي عن اعتدائه لم يجز للمعتدى عليه أن يتبعه ويفقأ عينه إذ أن إيقاع العقوبة قد خرج من يده وأصبح في يد السلطة العامة، لأن فقء العين ليس هو العقوبة بل هو لمنع اعتداء مستمر.

ولعل من أبرز الصور التي تصادفنا ونحن بصدد الحديث عن دفع المسارقة البصرية هو دفع التلصص المصحوب بالتقاط صورة للمعتدى عليه. فمما لا شك فيه أنه يجوز للمنظور إليه دفع هذا النوع من التلصص لأنه يتضمن معنيين أحدهما أنه مسارقة بصرية يصدق عليه كل ما يصدق على التلصص من ثقوب الباب. وثانيهما أنها تنطوي على استدامة هذه المسارقة وذلك بما تحصل عليه من صورة للفرد، وتأسيساً على هذا يجوز لمن التقطت له الصورة أن يدفع هذا الاعتداء وهذا ليس محلاً لجدال.

ولكن تثور المشكلة في أنه هل يجوز لمن التقطت له الصورة أن يتبع المعتدي وينتزع منه ما أخذه من صور، ويدافعه على ذلك حتى ولو أتى الدفع على عضو من

---

(1) نيل الأوطار 30/7 ، والمغني لابن قدامة 186/9 ، وفتح الباري 216/12 ، وأحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام 122/4 .
(2) فتح الباري 216/12 .
(3) مغني المحتاج 198/4 ، والمغني لابن قدامة 235/8 .

أعضاء المعتدي،وذلك تأسيساً على أن استمرار حالة الاعتداء تولد الدفاع بالضرورة[1]. وقياساً على صورة ما إذا استولى الصائل على مال أو متاع فولى هارباً حيث يعتبر الاعتداء قائماً مما يتيح للمصول عليه حق استرداده ولو بالقتل ويعتبر في هذه الحالة في حالة دفاع لأنه لما كان له منعه من أجل ماله بالقتل ابتداء فكذا له أن يسترده بالقتل انتهاء وذلك إذا عجز عن الاسترداد بغير هذه الوسيلة[2] لاسيما إذا علمنا أن الصورة قد تشكل خطورة على الفرد أكثر من أخذ المال والمتاع, لأنها ربما تعلقت بأسراره وفيها ما يخدش حياءه ويمس كرامته كأن يكون في وضع معين مع حليلته أو في وضع تأباه التقاليد والعرف الاجتماعي؟ ...

وحتى لا أتعسف يجب علي أن أقرر ابتداء أن محاولة وضع ضوابط دقيقة بهذا الصدد لا تخلو من الصعوبة ولكن مع هذا لا بد لي من عمل في هذا السبيل.

فإذا نظرت إلى الموضوع من زاوية أنه جريمة مستمرة وأن العدوان لا زال قائماً فإنني أخلص إلى نتيجة مؤداها جواز ملاحقة المعتدي واسترداد الصورة منه لا سيما إذا كانت الصورة تتعلق بالبضع لأن الدفع في هذه الحالة واجب باتفاق الفقهاء. ولكن هذه المحصلة معارضة بأن الفقهاء قد ذهبوا إلى أنه متى انصرف الصائل وترك الاعتداء وجب على المصول عليه الامتناع عن متابعته وإلا كان متعدياً وتحمل تبعات اعتدائه. وبأخذ الصورة فإن الظاهر أن الصائل قد أنهى اعتداءه من الناحية الفعلية صحيح أنه لا زالت في حوزته صورة للمعتدى عليه وقد يكون فيها ما يهتك الستر ولكن الاعتداء يعتبر منتهياً من الناحية الفعلية.

ولا يمكن قياس أخذ الصورة على واقعة استيلاء الصائل على المال والمتاع والهرب به لأن الفقهاء قد نصوا على لفظ المتاع مما يشير إلى أنهم قصدوا بها المالية. وهذا المعنى غير موجود في الصورة، إذ إنه لا يوجد في الفقه الإسلامي ما يشير إلى ماليتها أو تقويمها بالمال من عدمها ويلاحظ أن الصورة في عصرنا الحاضر تعتبر مصدراً يجر مالاً خصوصاً تلك الصور التي تؤخذ للشخصيات السياسية والاجتماعية التي تتعلق بحياتهم الخاصة بل إن الصور قد أصبحت عنصراً من العناصر التي تدر على الفرد أرباحاً طائلة في الإعلانات ونحوها لاسيما للمشاهير والنجوم وتعمل جهات عدة للحصول عليها بأثمان باهظة سواء أكان ذلك على مستوى منظمات أم عصابة أم أفراد.

وبعد هذا العرض الذي أراه أن استمرار حالة الدفاع من عدمه يتفرع على استمرار العدوان والقول بمالية الصورة فإذا قلنا إن العدوان مستمر أو إن الصورة متقومة بالمال فإن المعتدى عليه يعتبر في حالة دفاع حتى يسترد الصور. وإذا قلنا بعدم ذلك فإنه لا يحق للمعتدى عليه ملاحقة المعتدي ومتابعته.

هذه هي محاولة مني ولئن أخطأت في هذه المحاولة فلا أكون مخطئاً في أن الشريعة الإسلامية قادرة على استيعاب متغيرات العصر ووضع حلول لها وهذا ما قصدته بهذه المحاولة.

ع

ق

(1) التشريع الجنائي عبد القادر عودة 481/2، ومغني المحتاج 198/4 .
(2) تبيين الحقائق وحاشية الشلبي 111/6 .

وبة هذه الجريمة:

لما كانت هذه الجريمة من الجرائم التعزيرية، فإن تحديد العقوبة ومقدارها موكول إلى رأي الإمام وفق ما تقتضيه المصلحة. وتأسيسا على هذا يمكن القول إنه للإمام إيقاع إحدى العقوبات التي سبق الإشارة إليها في جريمة الدخول غير الشرعي,. ولكن لما كانت جريمة المسارقة البصرية تختلف عن جريمة دخول المسكن من حيث أنها قد تستثمر الأجهزة العلمية, هذا إضافة إلى أنه قد تؤخذ صورة الفرد بغير إذنه ولا رضاه، فإنه يجب علي أن ألقي هنا الضوء على عقوبة التعزير المالية وهل يجوز لولي الأمر في الفقه الإسلامي مصادرة الأجهزة أو الصور الملتقطة؟.

بادئ ذي بدء أقول إن المصادرة تعني إخراج المال الذي هو محل الجريمة من ملك صاحبه، ولا يهم بعد ذلك مآل هذا المال ولا كيفية التصرف فيه فقد تكون المصادرة بإتلاف المال أو بالتصدق به أو في إبقائه على ذمة الدولة وعهدتها.

وبعد بحث شاق في كتب الفقهاء نراهم قد اتفقوا على جواز إتلاف محل الجريمة في بعض الصور، فقد اتفقوا على جواز هدم البيت على من اعتاد الفسق وأنواع الفساد في داره وكسر دنان الخمر وإن قالوا: نلقي فيها ملحا لأجل تخليلها ولا يضمن الكاسر شيئاً، وكذلك الحال في إراقة خمور أهل الذمة وكسر دنانها وشق ظروفها إن كانوا

أظهروها بين المسلمين[1]. من ذلك قولهم بإراقة اللبن على من غشه إذا كان يسيراً [2]. وإن اختلفوا فيما وراء ذلك من حيث التوسع في جواز الإتلاف والتضييق فيه.

وقد قامت النصوص الشرعية على جواز العقوبة المالية بمعنى الإتلاف، كما أن هناك العديد من الوقائع التي جرت على عهد الصحابة تفيد أنهم قد عاقبوا في بعض الجرائم التعزيرية بهذه العقوبة من ذلك أمره ρ، بكسر دنان الخمر وشق ظروفها. فقد روي عن ابن عمر قال: أمرني النبي ρ أن آتيه بمدية، وهي السكين، فأتيته بها، فأرسل بها فأرهفت ثم أعطانيها وقال: اغد علي بها، ففعلت فخرج بأصحابه إلى أسواق المدينة وفيها زقاق الخمر قد جلبت من الشام فأخذ المدية مني فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته ثم أعطانيها وأمر الذين كانوا معه أن يمضوا معي ويعاونوني وأمرني أن آتي الأسواق كلها فلا أجد فيها زق خمر إلا شققته ففعلت. فلم أترك في أسواقها زقاً إلا شققته "[3] وأمره ρ لعبد الله بن عمرو بن العاص[4] بأن يحرق الثوبين المعصفرين[5] وتحريق متاع الغال[6]، وحرق نخيل اليهود[7] إغاظة لهم ومنها أمر الإمام علي τ بحرق قرية لأنه كان يباع فيها الخمر[8]. والنصوص الشرعية التي تسير في هذا الاتجاه عديدة وكثيرة إضافة إلى أن بعضها صحيح، وهي كلها تفيد جواز إتلاف محل الجريمة على تفصيل فقهي أذكره فيما بعد.

وعلى كل حال فإن الفقهاء متفقون على هذا ولا يكاد مذهب من المذاهب الأربعة يخرج عن القول بالجواز في مواضع مخصوصة وإن كانت هذه المذاهب تختلف فيما

---

(1) حاشية ابن عابدين 65/4 ، والدر وحاشية الطحاوي 411/2 ، والمغني لابن قدامة 223/5 ، والحسبة لابن تيمية ص 62 ، ونيل الأوطار 371/5 ، والروضة 189/10 .

(2) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 355/4 ، وشرح الزرقاني 115/8 ، وتبصرة الحكام 298/2 .

(3) مسند الإمام أحمد 340/3 . وهذا الحديث رجال إسناده ثقات وأصله في صحيح مسلم. انظر نيل الأوطار 371/5. قال الهيثمي في مجمع الزوائد 53/1: رواه أحمد بإسنادين في أحدهما: أبو بكر بن أبي مريم وقد اختلط، وفي الآخر: أبو طعمة وقد وثقه الموصلي وضعفه مكحول وبقية رجاله ثقات.

(4) هو عبد الله بن عمرو بن العاص السهمي له سبعمائة حديث اتفقا على سبعة عشر وانفرد البخاري بثمانية ومسلم بعشرين كان يلوم أباه على القتال في الفتنة بأدب وتؤدة. ويقول مالي ولصفين مالي ولقتال المسلمين توفي سنة 65 هـ وقيل سنة 68 هـ. انظر خلاصة تهذيب الكمال 83/2 رقم 3688، والإصابة 192/4، وطبقات خليفة ص 26.

(5) نص الحديث في صحيح مسلم /كتاب اللباس والزينة/باب النهي عن لبس الرجل الثوب المعصفر/ص 1647 رقم الحديث (207 - 2078) عن عبد الله بن عمرو قال رأى النبي ρعلي ثوبين معصفرين. فقال: أأمك أمرتك بهذا؟.. قلت: اغسلهما، قال: بل احرقهما. والمعصفر: هو الثوب المصبوغ بالعصفر. وهو نبات بأرض العرب تصبغ به الثياب. انظر لسان العرب 561/4 ، شرح النووي على مسلم 54/14 .

(6) سنن الدرامي 149/2 رقم الحديث 2493 ، ومسند الإمام أحمد 22/1، والترمذي 61/4 وقال فيه: هذا حديث غريب. الإغلال: الخيانة في الغنيمة. لسان العرب 499/11 مادة غل.

(7) صحيح البخاري/كتاب الجهاد/باب حرق الدور والنخيل/فتح الباري 108/6، وسنن الدرامي14/2 رقم الحديث 2463، وصحيح مسلم /كتاب الجهاد/ باب جواز قطع أشجار الكفار وتحريقها / ص 1365 رقم الحديث 1746.

(8) الحسبة لابن تيمية ص 62 .

بينها في الأخذ بذلك ضيقاً واتساعاً ولا يهم بعد ذلك أن يكون الإتلاف نوعاً من العقوبة التعزيرية أو ضرباً من ضروب إزالة المنكر لأن المؤدى واحد من الوجهين، وعلى كلا الحالين، حيث أنه إخراج المال عن ملك مالكه بالإتلاف أو بالصدقة.

ولكن يثور التساؤل حول جواز فرض عقوبة مالية ابتداء بمعنى أنه هل يجوز للقاضي أو الإمام أن يجعل موجب جريمة من الجرائم التعزيرية هو أخذ المال وفرض الغرامة على مرتكبها بأن يقضي أن من فعل فعلاً معينا يجب عليه عشرون ديناراً مثلاً ؟.

المعتمد في كتب المذاهب الأربعة أن التعزير لا يجوز بأخذ المال كما صرح بذلك الحنفية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] والمالكية[4] وقد حكى غير واحد انعقاد الإجماع على ذلك[5] وحجتهم أن الشرع لم يرد بجواز أخذ المال عن أحد يقتدى به وإن ما ورد من نصوص تفيد ذلك فإنها كانت في صدر الإسلام ثم نسخت ولأن فيه تسليط الحكام الظلمة على أخذ أموال الناس ولأنه لا يجوز لأحد من المسلمين أخذ مال أحد بغير سبب شرعي.

وقد ذهب فريق من الفقهاء منهم أبو يوسف من الحنفية إلى جواز التعزير بأخذ المال. وقيل إن مراد أبي يوسف من أخذ المال أن يمسك المال عنه مدة لينزجر ثم يعيده إليه لا أنه يأخذه لنفسه أو لبيت المال[6] وهذا ما ذهب إليه بعض الحنابلة حيث قالوا بجواز التعزير إتلافا وأخذاً وتمليكاً، ولكن معتمد المذهب على الجواز[7]. وممن قال بذلك ابن تيمية وابن القيم حيث قالا بجواز العقوبات المالية وسوياً في الحكم بين التغيير والإتلاف وتمليك المال[8].

وحجتهم في ذلك إضافة إلى ما قدمته من نصوص تفيد جواز الإتلاف ما روي عن النبي ρ أنه قال: في كل إبل سائمة في كل أربعين ابنة لبون لا تفرق الإبل عن حسابها من أعطاها مؤتجراً فله أجرها. ومن منعها فإنا آخذوها وشطر إبله عزمة من عزمات ربنا تبارك وتعالى لا يحل لآل محمد منها شيء[9]. وما روي عن النبي ρفيمن

---

(1) البحر الرائق شرح كنز الدقائق 44/5، ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر 609/1، والدر وحاشية الطحاوي 411/2، وحاشية ابن عبدين 61/4.
(2) حاشية الجمل 164/5، والأنوار لأعمال الأبرار 327/2.
(3) الإقناع للمقدسي 270/4، والمبدع في شرح المقتنع 113/9، والفروع 110/6، وشرح منتهى الإرادات 362/3، وكشاف القناع 125/6.
(4) حاشية الدسوقي 355/4، وحاشية السماني 115/8، وشرح الزرقاني 115/8.
(5) حاشية الدسوقي 355/4، وبدائع السلك في طبائع الملك 297/1، وحاشية السناني 115/8.
(6) حاشية بن عابدين 61/4 ،وشرح فتح القدير وشرح العناية 345/5 ، وحاشية سعدي أفندي 345/5 ، وحاشية الطحطاوي على الدرر 411/2 .
(7) كشاف القناع 125/6، وشرح منتهى الإرادات 362/3.
(8) الحسبة لابن تيمية ص61، والطرق الحكمية ص392.
(9) انظر: نيل الأوطار 138/4. وفي الاحتجاج بحديث بهز بن حكيم خلاف مشهور فقد وثقه يحيى بن معين وقال: إسناده صحيح إذا كان دون بهز ثقة وابن جاورد والنسائي وقال: ابن عدي روى عنه ثقات الناس كالزهري وبعده الحاكم من الثقات ممن يجمع حديثه وقال إنما سقط من الصحيح روايته عن أبيه عن جده لأنها شاذة لا متابع له عليها. انظر تهذيب التهذيب 498/1.

سرق من الثمر المعلق أن تأويله إلى الجرين أن عليه جلدات نكال وغرمة مرتين[1]. واستدلوا أيضا بحديث كاتم الضالة أن يردها ومثلها[2]، وبمثل هذا قضى عمر بن الخطاب. وقد نازع ابن القيم تبعاً لشيخه ابن تيمية في ثبوت الإجماع ودعوى النسخ. يقول ابن القيم: "وفعل الخلفاء الراشدين أكابر الصحابة بعد موته ρمبطلاً أيضاً لدعوى نسخها والمدعون للنسخ ليس معهم كتاب ولا سنة ولا إجماع يصحح دعواهم، إلا أن يقول أحدهم مذهب أصحابنا عدم جوازها فجعل مذهب أصحابه معياراً للقبول والرد. وإذا ارتفع عن هذه الطبقة ادعى أنها منسوخة بالإجماع وهذا غلط أيضا. فإن الأمة لم تجمع على نسخها ومحال أن ينسخ الإجماع السنة ولكن لو ثبت الإجماع لكان دليلا على نص ناسخ "[3].

ويمكن الإجابة على ما أورده القائلون بجواز التعزير بالعقوبة المالية من أدلة بما يأتي:

أولاً: إن الحديث الأول فوق ما فيه من مقال فإن بعض المحدثين قد ذهبوا إلى أنه في سياق هذا المتن لفظة وهم فيها الراوي وإن اللفظ (فإن أخذوها من شطر ماله) بمعنى أن المال يجعل شطرين وإن المصدق يتخير بأخذ الصدقة من خير الشطرين: وذلك عقوبة له على منعه الزكاة أما مالا يلزمه فلا. وقيل إن اللفظ على حاله لكنه بالبناء للمجهول والمعنى أن المال يجعل شطرين ويأخذ المصدق من أي الشطرين.

وقد يرد على هذا أن الأخذ من خير الشطرين يصدق عليه أيضا أنه عقوبة مالية لأنه زائد على الواجب[4].

ثانياً: أما حديث كاتم الضالة وحديث تضعيف الغرم على من أخرج غير ما يأكل من الثمر. فيجاب عنه بأنه ورد على خلاف القياس لأن عمومات الشريعة قد وردت بتحريم مال الغير فهي واردة في سبب خاص لا يتجاوزها يقول الشوكاني: "وأما حديث تغريم كاتم الضالة والمخرج غير ما يأكل الثمر فهي واردة على سبب خاص فلا يجاوز بها إلى غيره لأنها وسائر أحاديث الباب مما ورد على خلاف القياس لورود الأدلة كتاباً وسنة بتحريم مال الغير.

قال الله تعالى:(لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً[5] وقال: (وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ)[6]. وقال: "إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم "[7]الحديث "[8] وأما أفعال الصحابة كقضاء عمر τفإنه يجاب عنه بعد ثبوت صحته أنه فعل صحابي فلا يقوى على تخصيص عمومات الكتاب والسنة الدالة على تحريم أموال الغير.

ثالثاً: أما مطالبة ابن القيم بدليل النسخ فإن الشافعي قد ذهب إلى أن الناسخ حديث

---

(1) أخرجه أبو داود كتاب الحدود باب مالا قطع فيه, عون المعبود 56/32 وقال المنذري أخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه وبنحوه، وقال: حسن.
(2) نيل الأوطار 139/4.
(3) الطرق الحكمية ص 388.
(4) نيل الأوطار 140/4.
(5) سورة البقرة آية 188.
(6) سورة النساء آية 29.
(7) تقدم تخريج الحديث. انظر ص: 222.
(8) نيل الأوطار 140/4.

ناقة البراء[1] فقد روي أن ناقة للبراء دخلت حائطاً فأفسدت ما فيه. فقضى عليه الصلاة والسلام أن على أهل الأموال حفظها بالنهار وما أفسدت المواشي بالليل فهو ضامن على أهلها[2]. فقد حكى النبي بضمان ما أفسدت ولم يرد عن النبي ρ أنه أضعف الغرامة.

وقد يرد على هذا أن تركه ρأخذ المال لا يستفاد منه الترك مطلقاً كما أنه لا يصلح للتمسك به على عدم الجواز مطلقا[3].

وبعد هذا العرض، لا يسعني إلا أن أقول إن عقد الموازنة بين الرأيين المتقدمين تبدو صعبة للغاية. إذ أن الدلالة متوازنة كما أن الفقهاء الذين ذهبوا إلى عدم جواز أخذ المال كعقوبة تعزيرية قد ذهبوا في مواطن مخصوصة إلى القول بجواز إتلاف محل المنكر وما قامت به الجريمة.

ومما لا شك فيه أنه لا يفصل بين الإتلاف والأخذ سوى خيط رفيع هش ذلك لأن الإتلاف والأخذ يشتركان في معنى واحد وهو إخراج المال عن ملكية المالك إلا أنه في الأخذ يدخل في ذمة شخص آخر سواء أكان ذلك الشخص شخصية معنوية أم شخصية طبيعية وهذا بخلاف الإتلاف حيث يذهب إلى العدم.

وعلى الرغم من هذا التوازن في الأدلة فإني أميل إلى الرأي الأول وذلك لأن عمومات الشريعة تدعمه أيضاً فإن المصلحة وسد الذرائع تستدعي هذا الترجيح وذلك خشية من أن يستغل الحكام الظلمة هذا النوع من العقوبة من أخذ أموال الناس بغير وجه حق ولا شك أن سد الذرائع أصل من الأصول المعمول بها[4].

ولما كان الغرض من عرض العقوبة هو بيان صلتها بالجرائم موضوع البحث فإني أرى أن جريمة المسارقة البصرية إذا تمت بالوسائل العلمية الحديثة لا مانع في الفقه الإسلامي من مصادرة هذه الوسائل على معنى الإتلاف. وذلك قياساً على كسر دنان الخمر وإتلاف محل الجريمة كما أنه ليس هناك ما يمنع من أن يترك أمر التصرف بها إلى القاضي وفق الضوابط التي يضعها المشرع. وهذا الاتجاه لا يأباه الفقه الإسلامي بل يباركه طالما أن أصل الإتلاف مشروع وأن فيه قطعاً لدابر الفساد. والذي يدعم هذا من أن جانباً من الفقه الإسلامي يذهب في صورة اللبن المغشوش إلى أن الإتلاف ليس متعيناً بل يجوز التصدق به وذلك في حالة عدم ترتب المضرة عليه[5].

ولكن لما كانت للصورة المأخوذة للشخص طبيعة تختلف عن طبيعة الوسائل العلمية المستخدمة في الجريمة، لأن تركها في يد السلطة العامة يمكن أفراد هذه السلطة من الاطلاع عليها باستمرار وتعاقب، وبالتالي تبقى مصدراً يهدد الفرد ومبعث خوف له، فإنني أرى أن الإتلاف في هذه الحالة يكون متعيناً. وهذا أولى من حفظها في ملف الدعوى. لأن المصلحة تقتضي ذلك. وأينما وجدت المصلحة فثم حكم الله وشرعه.

---

(1) البراء بن عازب بن الحارث الخزرجي قائد صحابي من أصحاب الفتوح توفي سنة 71 هـ. وقد ولي الإمارة على عهد عثمان وكان من القادة الفاتحين بقي إلى أيام مصعب بن الزبير فسكن الكوفة واعتزل الأعمال. انظر الأعلام 14/2.

(2) مختصر المزني 179/5، وسنن البيهقي 341/8 - 342، والمصنف 82/1 وقال ابن حزم: هو مرسل ولم يسمع سعد بن محيصة من أبيه ولا أبو أمامة من البراء.

(3) نيل الأوطار 139/4.

(4) انظر في أصل سد الذرائع: الفروق للقرافي وأنوار الفروق: 32/2 وما بعدها، والوجيز في أصول الفقه: عبد الكريم الزيدان: 211.

(5) انظر إضافة إلى ما أسلفته من مصادر كتاب : نيل الأوطار 371/5 .

ومما يرشح هذا المعنى أن جانباً من الفقه الإسلامي قد ذهب في صورة وطء البهيمة بقتل البهيمة أو ذبحها وعلل ذلك بأن فيه قطعاً للتشهير[1].

المبحث الثاني في جريمة استراق السمع

وردت النصوص العديدة الدالة على تحريم التجسس بصياغات عامة تشمل كل نوع من أنواع التجسس، سواء أكانت بالمسارقة البصرية أو السمعية مثل قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيراً من الظن إن بعض الظن إثم، ولا تجسسوا). وهو نهي عن التجسس دون تخصيص له بنوع معين.

وقد ذهب فريق من العلماء إلى تفسير قوله عليه الصلاة والسلام (ولا تجسسوا ولا تحسسوا) بأن معنى التحسس هو استماع حديث الآخرين[2]. وكل ما أوردته من نصوص تنهى عن التجسس فيما سبق تفيد تحريم استراق أحاديث الغير بغير إذنهم. وقد ورد نص عن الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ في خصوص المسارقة السمعية وهو قوله " من تحلم بحلم لم يره كلف أن يعقد بين شعرتين ولن يفعل ومن استمع إلى حديث قوم وهم كارهون صب في أذنيه الأنك يوم القيامة. ومن صور صورة عذب وكلف بأن ينفخ فيها الروح وليس بنافخ ". وهذا يعتبر نصاً في تحريم المسارقة السمعية، وهذا لا خلاف فيه. بل إن بعض الفقهاء قد صرحوا بأن استراق السمع كبيرة من الكبائر[3].

ورغم هذا الاتفاق الحاصل على التحريم، لم أجد من الفقهاء من نص على اعتبار المسارقة السمعية جريمة من الجرائم التعزيرية رغم كثرة ملاحقتي للموضوع في كتب الفقه. بل وجدت أن أغلب الفقهاء باستثناء رأي مرجوح للشافعية وجماعة قد صرحوا في معرض حديثهم عن الدفاع الشرعي بأن استراق السمع لا يلحق النظر في إباحة رمي أذن المستمع قبل إنذاره، فإذا وضع أحدهم أذنه على شق باب الغير، أو وقف على الباب يستمع لأحاديث الآخرين، لم يجز لصاحب البيت رمي أذنه قبل إنذاره ، وقد احتجوا لهذا بأن السمع لا يساوي البصر في الاطلاع على العورات. وذلك لأن النظر إلى الصورة أشد من استماع ذكرها وشرط القياس أولوية المقيس أو مساواته للمقيس عليه وهنا بالعكس[4]. وهكذا الشان فيما لو كان المستمع أعمى أو بصيراً ووضع أذنه في خصاص الباب فليس له طعن أذنه أو نحوه وذلك اقتصاراً على مورد النص

---

(1) الأصل في قتل البهيمة أو حرقها أو ذبحها هو ما روي عن النبي ρ أنه قال "من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها " وقد علل ذلك بأن الغرض هو قطع امتداد التحدث به كلما رؤيت فيتأذى به الفاعل . وقد اختلف الفقهاء في وجوب القتل أو عدمه، فذهب الحنفية إلى أنه يندب قتلها وليس بواجب انظر. شرح فتح القدير وشرح العناية وحاشية سعدي أفندي 265/5. وذهب الشافعية إلى أنه يمتنع قتل البهيمة ولا يجب ذبح المأكولة فإن ذبحت أكلت. انظر نهاية المحتاج وحاشية أبي الضياء 427/7. وذهب المالكية إلى أنه لا يجب ذبح البهيمة المأكولة لأن فيها ضياعاً للمال وإن ذبحت أكلت انظر الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي 143/4. وذهب الحنابلة وهو أحد قولي الشافعي إلى أنه يجب قتل البهيمة مأكولة كانت أو غير مأكولة مملوكة له أو لغيره. انظر المغني لابن قدامة 62/9. ومذهب ابن حزم أنه لا يجب قتل البهيمة. انظر المحلى 457/13 وما بعدها.

(2) شرح النووي على مسلم 119/16 ، لسان العرب مادة "حسس " .

(3) الكبائر لابن حجر 153/2 .

(4) هذا هو رأي من لا يقول بالقياس الأدنى، وانظر: كشاف القناع 959/6، شرح منتهى الإرادات 279/3، الروضة 194/10، أحكام الأحكام، شرح عمدة الأحكام 123/4، تحفة المحتاج بشرح المنهاج 199/9، فتح الباري 217/2.

لأنه ورد في خصوص النظر. ومنشأ هذا الرأي كما يلاحظ أن الفقهاء لم يروا في المسارقة السمعية تلك الخطورة الموجودة في المسارقة البصرية حتى يمكن نقل الحكم من الأصل الذي هو الاطلاع على العورات إلى الفرع الذي هو استراق السمع.

وفي الحقيقة فإني لا أتفق مع ما ذهب إليه بعض الفقهاء في تعليلهم ذلك لأن استراق السمع يمثل اعتداء لا يقل خطورة عن استراق البصر، ولا أسلم دعوى عدم توافر العلة المساوية في المسارقة السمعية لأن الاطلاع على العورات كما يكون بالنظر يكون بالسماع دون أن يكون هناك تفاوت بين المقيس والمقيس عليه في العلة.

وتأسيساً على ما اخترته من أن استراق السمع لا يقل خطورة عن المسارقة البصرية وهو ما ذهب إليه بعض الشافعية. يمكن القول إنه يجوز للمعتدى عليه تحطيم أجهزة المسارقة السمعية في حالة العثور عليها ولا يجب عليه ضمان في هذه الحالة وإن لم يقم بإنذار واضع هذه الأجهزة.

وإذا كانت الخطورة لا تبدو ظاهرة في العصر الذي تم فيه اكتمال الفقه الإسلامي، فإن الخطورة الآن تبدو أشد وضوحاً إذا علمنا أن جهازاً من الأجهزة لا يتجاوز حجمه حبة الفول أو رأس عود الثقاب يمكن دسه في جيب فرد من الأفراد أو في قطعة أثاث أو في حشوة سن لينقل كل ما يدور من أحاديث شخصية. وما الفرق بين أن يرى وهو يستمتع بحليلته عن طريق الأشعة فوق الحمراء أو من خلال المراقبة التليفزيونية وبين أن ينقل المذياع ما يجري بين زوجين مثلا من أحاديث شخصية وما يتصاعد منهما من زفرات ؟.

وهذا الذي قدمته يكفي لأن تكافح الشريعة الإسلامية مثل هذا النشاط كما يكفي لاعتبار المسارقة السمعية جريمة تنطوي تحت الجرائم التعزيرية مشروع ويجب حقاً لله أو الفرد في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة. فهو تأديب على ذنوب لم تشرع فيها حدود معينة[1].

ولذلك انقسم التعزير وتنوع فقد يكون تعزيراً على معصية أو تعزيراً تقتضيه المصلحة العامة، أو تعزيراً على مخالفة من المخالفات. ومما لا شك فيه أن المسارقة السمعية معصية لأنها انتهاك للحرمات، وإتيان لما نهى الله عنه، وارتكاب لما تظافرت النصوص على حظره وتحريمه. ومن هنا يمكن القول أن الشريعة الإسلامية لا تأبى تجريم المسارقة السمعية، بل على العكس من ذلك فإن هناك مجالاً واسعاً لولي الأمر في تجريمها وفرض العقوبة عليها.

ويلاحظ أن هذه الجريمة تشترك في تكييفها مع جريمة المسارقة البصرية من حيث العناصر المكونة للتصرف الجرمي. فيلزم توافر القصد لقيام هذه الجريمة، كما يلزم عدم وجود رضا صاحب الحديث باستماع حديثه وألا يكون مفرطاً من جانبه في إسماع حديثه.

ولكن هناك عنصران تختلف فيهما هذه الجريمة عن جريمة المسارقة البصرية:

أحدهما: أن موضوع الجريمة هنا هو استراق السمع فأما في جريمة المسارقة البصرية فهو استراق النظر أو التقاط الصورة. فيلزم لقيام التصرف الجرمي أن يكون

---

(1) الطرق الحكمية 154، ونهاية المحتاج شرح المنهاج 172/7 ، والأحكام السلطانية لأبي يعلى 263، وحاشية ابن عابدين 59/4، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق 207/3، وشرح فتح القدير 444/5، وتبصرة الحكام 293/2، والمغني لابن قدامة 176/9.

هناك مسارقة سمعية ولا يهم بعد هذه الوسيلة التي تمت بها هذه المسارقة. فقد تكون الوسيلة هي نوع من أنواع الوسائل التقليدية كأن يستمع من شق الباب أو من وراء نافذة. وقد يكون استراق السمع بواسطة الوسائل المتطورة.. وهذا الفهم مستفاد من صيغة النصوص الواردة في النهي عن التجسس حيث أنها لم تخصصه بوسيلة معينة. ولعل في مقدمة هذه النصوص قوله عليه الصلاة والسلام: " من استمع إلى حديث قوم وهم له كارهون صب في أذنيه الآنك يوم القيامة "، فهذا الحديث قد حرم الاستماع عموماً سواء أكان بالاذن مباشرة أو بواسطة مذياع ينقل الحديث إلى مكان آخر بغير علمه.

وعلى الرغم من أن النصوص لم يرد فيها ما يشير إلى أنه يشترط في الحديث موضوع الاستراق أن يكون خاصاً إلا أن هذا يكاد يكون مفهوما بداهة، ذلك لأن الحديث متى كان عاماً، فلا يوجد سبب يدعو لتجريم الفعل. فضلاً عن أن معرفة الحديث وكونه عاما أو خاصا إنما يستفاد من خلال القرائن التي تدل عليه.

وهكذا فإنه متى انتفت الصفة الخاصة عن الحديث كان الحديث عاماً. فيكون الاطلاع عليه لا يشكل اعتداء على الحياة الخاصة لأنه لا حرمة له أولاً ولأنه أصبح محل اطلاع من الجميع ثانياً.

ثانيهما: تختلف هذه الجريمة عن جريمة المسارقة البصرية من حيث أنه لا يلزم لقيامها أن تكون في مكان خاص, بل هي متحررة من هذا القيد طالما قامت القرائن التي تدل على أن المتحدث قد قصد بكلامه أن يكون خاصاً لا عاماً،وقد سبق أن أشرت إلى هذا.

وتأسيساً على ما تقدم تعتبر جريمة المسارقة السمعية قائمة إذا كان استراق السمع واقعاً على الأحاديث الدائرة بين شخصين عبر الهاتف إذ أن إدارة حديث بين اثنين عبر الهاتف يفترض أن لا يسمعهما غيرهما. صحيح أن احتمال تداخل الخطوط وارد،إلا أنه احتمال شاذ أو استثنائي, يضاف إلى هذا أن توافر عنصر القصد في استماع الحديث في هذه الحالة غير متوافر .

المبحث الثالث: في جريمة استراق السمع في القانون

يميل الفقه والقانون بصفة عامة، والتشريع واتجاهات القوانين البادية في القرارات التي تصدر عن المؤتمرات القانونية الدولية والسابق الإشارة إليها في أكثر من موضع في هذه الرسالة إلى شجب استراق السمع، والتصنت باستخدام الأجهزة الفنية الحديثة، والميل واضح في حظر استخدام الوسائل الفنية للمراقبة أو التقاط صور الأشخاص في مساكنهم وهو ما نفرد به مطلباً خاصاً فيما بعد. والغرض من هذه الاتجاهات، التي نجد صدى لها في التشريع المقارن زيادة حماية المواطنين وحقوقهم الشخصية.

كانت تلك الصياغة التي اختارتها الجمعية الوطنية الفرنسية في اجتماعها في 28

مـايو سـنة 1970[1] وجـاء فـي الحيثيـات أن ذلـك " بغـرض تجـريم الانتهـاك العمـدي لخصوصية شخص آخر فـي حياتـه الخاصـة وباسـتخدام أي شـكل مـن الأجهـزة وبـدون إذنه".

ولا يشـذ قـانون العقوبـات المصـري عـن ذلـك. فقـد أضـاف الشـارع إلـى قـانون العقوبات نصين بالقانون رقم 37 لسنة 1972، هما المادتان 309 مكرر هدف بهما إلى كفالة حماية جنائية لحرمة الحياة الخاصة[2].

فالمادة 309 مكرراً من قانون العقوبات تـنص علـى أن " يعاقـب بـالحبس مـدة لا تزيد على سنة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن، وذلك بأن ارتكب أحد الأفعال الآتية في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو بغير رضاء المجني عليه:

أ ـ استرق السـمع أو سـجل أو نقـل عـن طريـق جهـاز مـن الأجهـزة أياً كـان نوعـه محادثات جرت في مكان خاص أو عن طريق التليفون.

ب ـ التقط أو نقل بجهاز مـن الأجهـزة أيـاً كـان نوعـه صـورة شـخص فـي مكـان خاص. فإذا صدرت الأفعال المشار إليها في الفقرتين السابقتين أثناء اجتماع على مسـمع ومرأى من الحاضرين في ذلك الاجتماع، فإن رضـاء هـؤلاء يكـون مفترضـاً. ويعاقـب بالحبس الموظف العام الذي يرتكب أحد الأفعال المبينة بهذه المـادة اعتمـاداً علـى سـلطة وظيفته. ويحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأجهزة وغيرها مما يكون قـد اسـتخدم فـي الجريمة. كما يحكم بمحو التسجيلات المتحصلة عنها أو إعدامها ".

وكذلك تنص المادة 309 مكرر (أ) على الإفشاء، وهو ما سيأتي بيانـه فيمـا بعـد. والعلة في التجريم واضحة، هي حمايـة حـق كـل شـخص فـي أن تكفـل لحياتـه الخاصـة حرمتها, وأن تحاط بسياج من السرية, فلا ينفذ منه شخص إلا برضاء من صـاحب هـذه الحياة؛ وأهم مظهرين لهذه الحياة التي أراد الشارع حمايتهما هما:

ما يدور من حديث، وما يتخذه الشخص من أوضاع اعتماداً على أنه لا يطلع عليه أحد. وبذلك كان موضوعا التجريم هما: الحديث والصورة.

وقد حمل الشارع على هذا التجريم أن التقدم العلمي الحديث قد أنـتج أجهـزة تتـيح الاطلاع على ما يجري في الحياة الخاصة دون علم صاحب الشأن ودون، أن يكـون فـي استطاعته أن يحول دونه[3].

أركان الجريمة:

تقوم هذه الجريمة على أركان ثلاثة موضوعها المحادثات التي تجـري فـي مكـان خاص أو عن طريق التليفون. والركن المادي قوامه فعل الاسترق أو التسـجيل أو النقـل عن طريق جهاز، ويترتب على هذا النشاط نتيجة، هي الحصول على الحديث. والـركن المعنوي يتخذ صورة القصد الجنائي.

وينص القانون على ظرف مشدد لهذه الجريمـة مسـتمد مـن صـفة الجـاني وكونـه موظفاً عاماً اعتمد على سلطة وظيفته في ارتكاب الجريمة.

---

(1) Didier Ferrier , op . cit . No . 231 p . 253 ets

(2) انظر محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص 1978 رقم 757، ص766.

(3) GOYET , No . 843 , p . 587

كما ينص القانون على سببين لإباحة الأفعال التي تقوم بها الجريمة، هما أن يكون الفعل مرخصاً بالقانون، أو يتوافر رضاء المجني عليه صراحة أو ضمناً وكما سنتناول ذلك بتفصيل أوْفى فيما بعد.

وهناك رأي أتى به القانوني الفرنسي دانييل بيكور[1] فمن رأيه أن الأمر يتساوى بالنسبة للغة التي جرى بها الحديث، فقد يكون الحديث باستخدام رموز خاصة، وهذه الرموز في حقيقتها لغة، وإن كان نطاق فهمها مقصوراً على عدد محدود من الناس. فإن انتفى عن الصوت وصف الحديث، كما لو كان لحناً موسيقياً أو صيحات ليست لها دلالة لغوية فهو لا يصلح موضوعا للجريمة.

أما الموضوعات التي تثار عادة حول الموضوع فهي: هل الحديث خاص أم عام، وهل جرى الحديث في مكان خاص أو عام، وهل يكون الإسناد للحديث في خصوصيته وعموميته، أو يكون الإسناد للمكان بصفتيه. وهذه موضوعات ليس من السهل في السياسة التشريعية حسمها.

ويتجه الرأي إلى أن الحديث يعتبر خاصاً إذا جرى في مكان خاص. وأضاف الشارع بعد ذلك صورة ثانية للحديث، هو الذي يجري عبر التليفون. وتطبيقاً لذلك فالمكان الخاص يميزه من ناحية أنه محاط بسياج يحول دون اطلاع من يوجدون في خارجه على ما يجري في داخله، سواء كان مثل هذا الاطلاع عن طريق التسمع أو اختلاس النظر، الذي يكون مصحوباً في الغالب في استراق السمع (سمع وبصر) وبطبيعة الحال لا يشترك في مثل هذا الحديث المتسم بالخصوصية إلا الأشخاص الذين تربطهم صلة خاص.

ومؤدى ذلك أن الحديث الذي يجري في مكان عام بطبيعته أو بالتخصيص أو بالمصادفة، ليست له الصفة الخاصة. ويعد الحديث خاصاً إذا جرى في مكان لا يسمح فيه بالدخول إلا لأشخاص تجمع بينهم صلة خاصة، ولو كان عدد من استمعوا إليه كبيراً، مثال ذلك حديث يجري في قاعة اجتمع فيها أعضاء مجلس جامعة أو مجلس كلية أو أعضاء الجمعية العمومية للشركة.

وتطبيقاً لهذا الضابط في تحديد الصفة الخاصة للحديث، فإن الحماية القانونية لا تمتد إلى حديث تناول أموراً خاصة ولكنه جرى في مكان عام. وفي مقابل ذلك فإن الحماية تمتد إلى حديث له طابع عام ولكنه جرى في مكان خاص[2].

ثم وضع المشرع بعد ذلك قرينة مطلقة أسبغ بها الصفة الخاصة على كل حديث يجري عن طريق جهاز التليفون.

الركن المادي للجريمة:

- في الصياغة التي اختارها المشرع عبر عن الركن المادي لهذه الجريمة بعبارة ... "استرق السمع أو سجل أو نقل عن طريق جهاز من الأجهزة أياً كان نوعه ". وبذلك يكون المشرع قد حدد بهذه العبارة صورة النشاط الإجرامي ووسيلته.

ومفاد ذلك أن الجريمة لا ترتكب إلا إذا استعان الجاني بجهاز في ارتكابها. ولذلك لا تعتبر جريمة إذا جرى التصنت بالأذن على الحديث الخاص، أو من يسجله كتابة على

---

(1) Danniel Becoutt , Gaz Pal . I , 1970 , 2011

(2) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، بندر رقم 383 ، ص 433 .

الورق، أو من يعيه في ذاكرته ثم ينقله إلى أشخاص آخرين. وهذا ألصق بجريمة الإفشاء، أو التشهير أو ما إلى ذلك من صنوف الجرائم التي يجري تكييفها وفق ما تستحقه.

ومن عناصر الركن المادي أيضاً أن تتحقق نية إجرامية ثم تتمثل في نتيجة إجرامية هي الحصول على الحديث، وأن ترتبط هذه النتيجة بعلاقة السببية.

الركن المعنوي للجريمة:

يتخذ الركن المعنوي لهذه الجريمة صورة القصد الجنائي, ونتوصل إلى ذلك من تعريف المشرع للجريمة بأنها " اعتداء على حرمة الحياة الخاصة " إذ الاعتداء يفرض القصد.

ونتيجة لذلك لا ترتكب هذه الجريمة إذا كان الاستماع قد جرى عفواً نتيجة تشابك خطوط التليفون[1].

والقصد الذي يتطلبه الشارع في هذه الجريمة قصد عام وتتساوى بعد ذلك الدوافع، هل هي بقصد الابتزاز أو الاستغلال أو لأغراض النشر والإعلام (الصحافة ـ الإعلان) أو مجرد الفضول وحب الاستطلاع.

والظروف المشددة في ارتكاب هذه الجريمة هو أن يكون الجاني موظفاً عاماً استناداً واعتماداً على سلطة وظيفته، فتصير العقوبة الحبس الذي قد يصل حسب مواد القانون إلى حده الأقصى العام. وعلة التشديد هي ازدياد خطورة الجريمة، وذلك لما للموظف العام من سلطة تتيح له أن يستغل في ارتكابها مرؤوسيه والأجهزة التي تمتلكها الدولة، بالإضافة إلى أن استناده إلى عمله وهو سند مزعوم يرهب به المجني عليه فيجبن عن المقاومة.

وفي النهاية فإن ارتكاب الموظف العام لهذه الجريمة يسيء إلى سمعة الدولة ويضعف من ثقة المواطنين في نزاهة الحكم.

ويراعى في تفسير صفة الجاني وكونه موظفاً عاماً ما انتهت إليه البحوث المتخصصة ويكفي القول إنه يمكن تعريفه بأنه: " كل شخص يمارس جزءً من اختصاص الدولة "[2]، إذ يتيح له ذلك أن يستعين بسلطته ويستغل إمكانيات الوظيفة مما يجعل الجريمة أكثر خطورة.

ونص القانون على سببين للإباحة من العقوبة، هما : رضاء المجني عليه والترخيص بموجب القانون. ويرجع في أحوال الإباحة إلى نص المادة 63 من قانون العقوبات. ومن أمثلة الإباحة، أن يصدر ترخيص قانوني بالتسمع والتسجيل كشفاً لجريمة أو لصالح التحقيق فيها[3]. أو لأغراض الأمن القومي بصفة عامة، وهذا هو الرأي الغالب في الفقه المقارن.

أما عنصر الرضاء فيكون صريحاً في حالة الإذن به أو بطلب من الشخص المعني بالتسجيل ذاته، مثال ذلك تسجيل أحاديث للإذاعة أو التليفزيون أو أن يكون

---

(1) انظر محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق رقم 383 ، 433 .
(2) انظر محمود نجيب حسني ، المرجع السابق رقم 256 ص 242 .
(3) انظر المادتين 95 و 95 مكرراً من قانون الإجراءات الجنائية.

التسجيل بديلاً للتراسل وهو أمر شائع في هذه الآونة, أم ضمناً كأن يجري التسجيل على مرأى ومسمع ممن يحضرون جلسة معينة، وتكون أجهزة التسجيل واضحة ومرئية، ولا يبدي أحد من الحاضرين اعتراضه على التسجيل.

وتثور كثير من الدفوع حول عنصر الرضاء. ويذهب القول إلى أن رضاء المجني عليه بوقوع الفعل غير المشروع هو الأساس الذي يستند إليه الفعل. والواقع أن رضاء المجني عليه من الحقوق الطبيعية المتصلة بشخصه، إلا أنها لا تؤثر على توافر القصد الجنائي، ولا تحول بالتالي دون قيام الجريمة[1]. ولكن لا يمنع من ذلك من أن يكون لرضاء المجني عليه أهمية تبرز في مواضع متعددة من القانون في قيام بعض الجرائم سواء كان توافر عدم الرضاء صريحاً أم ضمنياً [2].

وهناك آراء أخرى في التكييف القانوني تختلف باختلاف الحالات المدروسة. فهناك رأي يدفع باستعمال حق, أو أداء واجب والذي يرجع في أصله لاستعمال الحق، وهو حق السلطة[3]. فالمشرع إذا أجاز أمراً أوجبه، فلا ينبغي أن يعاقب عليه وإلا وقع في التناقض[4] ويلاحظ على هذا القول علاقة السلطة بالأفراد ووجوب توقيع الجزاء على الجرائم وما يترتب على ذلك من وجوب اتخاذ إجراءات لمنع وقوعه.

وبناء على ذلك هناك اختلاف بين الحق والواجب, فالحق شيء مكتسب يستطيع صاحبه أن يستعمله أو يتنازل عنه عكس الواجب الذي يجب أن يلتزم به من هو مختص به، فهو غير مقرر لمصلحته. وبناء عليه لا يستطيع النزول عنه، ويكون مسؤولاً عن عدم استعماله، أو إذا أخل به. ثم إن هذا الرأي لم يفسر السبب الذي يدفع بالمشرع إلى فرض نصوص التجريم[5].

كما أن أغلب الفقه يجمع على أن هدف المشرع هو حماية المصلحة العامة. فالمشرع عندما يجرم أفعالاً معينة ـ كما هو الحال بصدد جريمة الاعتداء على الشخص أو مسكنه أو أملاكه أو متعلقاته أو أوراقه أو أسراره أو مراسلاته، فذلك لما تنطوي عليه تلك الأفعال من اعتداء على حقوق جديرة بالحماية, وانتهاك هذه الحقوق لا يكون إلا بإباحة من النصوص العامة ولغرض اجتماعي مفيد أيضا, وتكون هذه المصلحة أقوى من المصلحة الفردية، ويصبح على القانون في مثل هذه الحالة مسايرة ورعاية تلك المصلحة العامة الأولى بالرعاية، وما يستتبعه من تجريد الفعل من وصف الجريمة.

في القانون الأنجلو أمريكي:

يطلقون في القانون الجنائي الأنجلو أمريكي على هذه الإجراءات التي نحن بصدد دراستها، تفتيش غير الملموسات، أي التفتيش عن الأشياء غير الملموسة أو غير المادية، مثل التصنت على الكلمات والأصوات وتسجيلها وكذلك تسجيل المرئيات أو أي دليل إثبات غير مادي من هذا القبيل. ووسيلة الحصول على مثل هذا الإثبات يكون عادة عن طريق استراق السمع على الكلمات التليفونية وتسجيلها على أشرطة تسجيل.

---

(1) نقض 1912/10/23. القواعد الجنائية ج 2 رقم 368 ص 603.
(2) ومثالها جرائم انتزاع حيازة المال (المواد 268 - 290).
(3) علي أحمد راشد ، مبادئ القانون الجنائي، ص 430.
(4) محمد سلام مدكور ، نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ، 1965ص 488.
(5) عثمان سعيد عثمان ، المرجع السابق ص 313 .

ويلاحظ أن الحماية التاريخية للخصوصية في مسائل المتعلقات المادية، وفي السعي للحصول على دليل إثبات مادي، كأن يتطلب الحصول على ترخيص وتحديد الأهداف المقصودة بالمراقبة, لأن التصنت والتسجيل بدون ترخيص بمثابة تعد في حالة استخدام الوسائل الإلكترونية التي تساعد على التصنت والتسجيل.

ومن خصائص هذه الجريمة التزام السرية، واستخدام الأجهزة التي تمكن من التسجيل خلسة، وهي أمور لا مناص منها في مثل هذه الحالة حتى يمكن الوصول إلى الغرض الذي من أجله تتخذ هذه الإجراءات. وهي إجراءات لها أثر في انتهاك الخصوصية الفردية.

وفي الولايات المتحدة صدر قانون الاتصالات الفيدرالي ليحظر التسجيل على الأشرطة للأحاديث التليفونية في حين أن التصنت وحده لم يكن عرضة لهذا الحظر(1).

ولكن التصنت والتسجيل يجوز اعتبارهما مخالفين للدستور بسبب تعديهما على الحق في الخصوصية في الولايات المتحدة ومخالفين أيضا للتعديلات الدستورية الأولى والرابعة والخامسة والسادسة والرابعة عشرة من الدستور الاتحادي للولايات المتحدة. وحماية التعديل الدستوري الأول ليست مقصورة على الحالات التي تتدخل فيها الحكومة مباشرة للحد من حرية الحديث، ولكنها تمتد أيضاً للحماية من النفوذ الحكومي المتغلغل لمحاولة الحد من حرية التعبير(2).

واستخدام التصنت وتسجيل الأحاديث على الأشرطة ـ حتى ولو كان بموجب ترخيص بالتفتيش صادر مسبقاً بأمر السلطة القضائية المختصة ـ إلا أنه يجوز مع ذلك أن يشكل انتهاكات للتعديلات الدستورية : الرابعة، الخامسة والسادسة والتاسعة، وهي أساس الخصوصية الفردية، وهذا الانتهاك قد يلقي ظلالاً من الشك والريبة حول تكامل إجراءات العدالة القضائية(3).

فالخصوصية تضار بالتصنت، سواء كان هذا الإجراء مرخصاً بموجب سلطة تشريعية أو كان إجراء غير مرخص. وفي الولايات المتحدة هذه المراقبة تجوز في حالة واحدة فقط، وهي أن تؤول نتيجة المراقبة عن طريق أحد طرفي الحديث لتصبح دليل إثبات يطرح لنظر المحكم.

وفي قضية رائدة(4)، وهي قضية Griswold انتهت المحكمة إلى أن هناك " منطقة ظل " للحقوق، وفيها يتمتع الحق في الخصوصية بالحصانة من التعدي والانتهاك.وزيادة على ذلك فإن أي تفتيش أو ضبط قانوني يتطلب المبرر القانوني، وهو معقولية وجود الجريمة المدعى بها. أما المحادثات المضبوطة (التي جرى التصنت عليها ومراقبتها وتسجيلها) فنادراً ما تصلح دليلاً مادياً للإثبات بالجريمة؛ لأنه من الصعب أن تصف الجريمة بدقة مسبقاً أو بأي قدر معقول من الدقة، وذلك وفقاً للمتطلبات المعيارية للتعديل الرابع. وفي قضية " بويد " سالفة الذكر، لم تصل المحكمة

---

(1) انظر Criminal Law and its Processes , Bassiouni chor op .cit . ,P . 389 etc

(2) انظر على سبيل المثال قضية Bates v. City of little Rock , 361 U.S ,516 S. Ct . (1959) 80

(3) انظر قضية Boyd v . United States , 116 U.S. 616 , 6 S . Ct . 524 (1886) وانظر أيضا قضية Feldman v .United States, 322 U.S.487, 64 S. Ct . 1083 (1983)

(4) انظر قضية ... riswold v . Connecticut , 318 U.S .479 , 85 S . Ct . 1687 , (1965)

إلى تمييز في حالة الحصول الجبري على شهادة الشاهد أو الحصول على أوراقه عنوة, وكانت القضية اختباراً لكفاءة التعديلين الرابع والخامس في توفير الحماية من التعدي على الخصوصية وفي وقت من الأوقات ميزت المحكمة بين المراقبة التي لا يترتب عليها تعد مادي وللمراقبة التي يترتب عليها تعد مادي.

ونتيجة هذا التمييز بمعرفة المحاكم، في حالة الاستعانة بأجهزة كمكبر الصوت أو أي وسيلة أخرى من شأنها التعدي على الخصوصية أو التطفل عليها، وبما يشكل تعدياً على الملكية الشخصية، نجد أن التعديل الدستوري الرابع قد يوفر حماية من هذا التعدي غير المشروع.

وعلى كل حال، إذا كانت الوسائل المستخدمة ليس من شأنها التعدي، فإن التصنت وحده في هذه الحالة يصبح غير محظور بموجب الدستور الاتحادي الأمريكي[1].

ومع بزوغ مفهوم الحق في الخصوصية وتطوره، زال هذا التمييز بين التعدي المادي والمعنوي، وعلى نحو ما ذكرته تفصيلاً فيما سبق.

التصنت بدون استخدام أجهزة ميكانيكية أو إلكترونية:

إن التصنت عن طريق تسمع شخص لحديث شخص آخر، أو تسجيل الأحاديث بموافقة الشخص المعني لا يعتبر انتهاكا للتعديل الدستوري الرابع، طالما أن المتصنت يستطيع أن يشهد في المحكمة بما سمعه من حقائق.

وهكذا نجد في قضية مهمة من قضايا التصنت والتسجيل، هي قضية LEE[2]، أن المحكمة العليا قد قضت في تلك القضية التي تتلخص وقائعها في أن المخبر الحكومي كان يحمل في طيات ملابسه أجهزة تسجيل إذاعية ومزود بمكبر صوت متناه في الصغر ـ نقول قضت المحكمة العليا في هذه القضية أن هذا الإجراء ليس فيه انتهاك للحقوق الدستورية للشخص الذي تكلم بمحض إرادته، رغم أن هذا الحديث، بفعل الأجهزة التي كان يحملها المخبر ـ أصبح مسموعاً من جانب موظف رسمي آخر من القائمين على تنفيذ القانون. وكذلك أيدت المحكمة العليا هذا الرأي بمناسبة نظرها قضية Goldman (سبقت الإشارة إليها).

وفي نفس المعنى انظر قضية Silverman[3]. حيث قضت المحكمة أن التصنت الإذاعي الذي يشكل تعدياً على الملكية الخاصة إذا كان القصد منه تقديم دليل إثبات، فإنه يصبح دليلاً غير مقبول سماعه من المحكمة. ولكن مجرد وضع مسجل (ديكتافون) خارج مكتب شخص أو التصنت على حديثه بالأذن المجردة ليس فيه إخلال بالتعديل الرابع، لأنه ليس هناك تعد مادي على ملكية الشخص المتصنت عليه، وبذلك لا يكون

---

(1) انظر القضايا الأساسية الآتية:
- Goldman v. United states, 316 U.S. 129, 62, S. Ct. 993 (1942)
– S. Ct. 1318 (1962) , Lopez v . United States, 373 U. S. 427 , 83
- Silverman v . United States, 257 F. 2d. 173(1960)
- People v . Grossman , 45 Misc. 2d. 557, N. Y. S. 2d. 266, (1965)

(2) - United States, 343 U.S. 747, 27 S. Ct . 967 (1952). Lee v

(3) Silverman v . United States 365 U.S. 505 , 81 S. Ct . 679 (1961)

هناك تعد على حقوقه الدستورية، ولا يتعرض لقيود مفروضة على مفهوم " الحق في الخصوصية.

المبحث الرابع: في المسارقة البصرية

تمهيد:

المقصود بالصورة الخاصة هو كل امتداد ضوئي لجسم امتداداً يدل عليه هذا الجسم. وقد يكون شخصاً وقد يكون شيئاً كصورة شيء مستند ولا يحمي القانون إلا صور الأشخاص. أما صور الأشياء ولو كانت لمستندات بالغة الأهمية فلها نصوص أخرى تختص بها.

ويميل الفقه عامة إلى اعتبار صورة الشخص مكملة لشخصيته فهي كحديثه الخاص، ومن الأمور التي تدخل في حياته الخاصة. وهي لهذا السبب لا تعني سواه، وقدر التشريع جدارتها بحماية القانون الجنائي الذي يحظر الحصول على الصورة الشخصية بغير رضاء صاحب الصورة سواء عن طريق الالتقاط أو النقل بجهاز من الأجهزة أو تركيب الصورة بالمزج بين أكثر من صورة شخصية لإعطاء إيحاء معين وهو ما يعرف فنياً بالمونتاج. وهو ما سوف نتعرض له في حينه، ونبين أحكام المحاكم في هذا الشان.

الحصول على الصورة الخاصة:

اعتبر المشرع في مصر أن الصورة تكون خاصة إذا التقطت أو نقلت من مكان خاص ولو كان صاحبها في وضع لا يخجل أن يراه عليه أحد, بينما تكون الصورة عامة وغير مستحقة لحماية القانون الجنائي إذا التقطت للشخص أو نقلت من مكان عام ولو كان في وضع لا يريد لغيره أن يطلع عليه وهي تفرقة كما سبق وتعرضنا لها بصدد

الحديث تقوم على معيار واضح وله ما يبرره[1].

وعلى هذا الأساس فإن القانون لا يحمي حق الفرد على صورته مطلقاً وإنما حقه على صورته كلما كان في مكان خاص. وقد تقررت حماية حق الفرد على صورته من الالتقاط ومن النقل, وعلى هذا الأساس فإن الجريمة لا تقوم إلا باكتمال الالتقاط أو النقل أو الإفشاء والاستغلال، ولكن لا يكفي لقيامها مجرد المشاهدة ولو استعمل في سبيل تحقيق المشاهدة وتحسينها منظاراً طبياً أو منظاراً من النوع المتطور الذي يتيح لمن يستعمله أن يرى بدرجة وضوح أكثر أو حتى أن يطلع على ما يجري خلف الجدران.

وبناء على ذلك فإن الجريمة لا تقوم إلا إذا اطلع المتهم ـ عن طريق ثقب الباب[2] أو نافذة تركت مفتوحة ـ على المتضرر من النظر عليه سواء كان في وضع يخجل من اطلاع الغير عليه أو لا يخجل ـ وهذا ما أخذ به الفقه والتشريع في كل من القانون الفرنسي والأنجلو أمريكي وهو ما سوف نتناوله بتفصيل أوفى فيما بعد[3].

يلزم إذن أن يتخذ التصرف شكل الالتقاط أو النقل أو الإفشاء أو الاستغلال على غير مقتضى النص القانوني.

والتقاط الصورة يعني تثبيتها على مادة حساسة هي الصورة السلبية أياً كان تركيبها (النيجاتيف). وتقع الجريمة بمجرد التقاط الصورة أي بمجرد تثبيتها، أما إظهارها على المادة المخصصة لذلك فليس شرطاً لتمام الجريمة وعليه فإن إضفاء بعض التعديلات أو تشويه الصورة السلبية لإعطاء مظهر مخالف لحقيقة الصورة لا يؤثر في تخفيف الجريمة أو انعدامها أما النقل فيعني إرسال الصورة مباشرة من مكان إلى آخر كما هو الحال بالنسبة للإرسال التلفزيوني.

والفقه المقارن عامة ينهى عن التجسس والمراقبة والإحراج[4].

فالآتي يمكن أن يشكل ـ في ظروف معينة ـ انتهاكاً للحق في احترام الحياة الخاصة :

1ـ الإلحاح في مراقبة ما يجري لدى الجار[5].

2ـ تتبع الشخص بقصد الكشف عما يكتنف حياته الخاصة[6].

ومن الأمثلة الأكثر وضوحاً التقاط الصور الفوتوغرافية أو الأفلام أو التسجيلات الصوتية خلسة في حالة ما إذا كانت تتصل بالحياة الخاصة أو بمواقف محرجة وبقصد استخدام المادة المتحصل عليها من التصوير أو التسجيل في النشر أو خلافه[7].

---

(1) انظر محمود نجيب حسني، المرجع السابق: ص 776 .

(2) وهناك رأي لدى بعض كتاب القانون وأساتذة الجامعات أن عدم تجريم الرؤية على إطلاقه يحتاج إلى إعادة نظر وفي حالات جديرة بالتجريم كالتطفل بالنظر من ثقب الباب. وبصفة خاصة في حالة استخدام أجهزة متطورة تضر بخصوصية الفرد وفيها انتهاك لحريته في حياته الخاصة.

(3) انظر قضية أوردها (ليندون) رقم:
j.c.p T . Corr, d Aix – en – provence Le 16 Oct. 1973 .
Lindon 17623 I1 1974 et note R .

(4) انظر: Robertson , Privacy & Human Rights op . cit . No . 64 , p . 51

(5) انظر: Kayser , Melanges Savatier , 1965 , p . 421

(6) Ibid.....

(7) المرجع السابق : ص 421 .

والسؤال هو إلى أي مدى توفر المادة الثامنة من الميثاق الأوربي لحقوق الإنسان ـ الحق للشخص في الاعتراض على التقاط صورته[1]؟.

وتاريخياً، وفي معظم البلدان ثارت مشاكل قانونية حول استخدام صورة الشخص بشكل سابق على مناقشة الحق في التقاط الصورة الشخصية.

ومن ناحية أخرى لا يبدو أن الرسوم والصور الزيتية أو النحت تمثال الشخص يمكن أن ينشأ منها مشاكل؛ لأنه في معظم الحالات يجوز افتراض موافقة الشخص المعني، ولكن هذا الافتراض غير وارد في حالة الصورة أو الفيلم وتحكم قوانين كل بلد هذه المسألة، وهي تختلف فيما بينها بدرجة كبيرة.

وتنكر تشريعات بعض البلدان حق الشخص المطلق في صورته في إيطاليا على سبيل المثال تعطي المادة (10) من القانون المدني حق الاعتراض في حالة التقاط الصورة بدون موافقة من صاحبها ثم يجري نشر مثل هذه الصورة المعترض عليها أو الاستفادة بها على نحو آخر أو عرضها, ولكن ليس هناك حظر على التقاط صورة الشخص رغم الاعتراض. ويبدو أن هذا هو الموقف الذي التزمته لجنة إصلاح القانون المدني الفرنسي (مادة 162 من مشروع القانون) وفي مشروع القانون الألماني المعدل للقانون المدني بالمواد (من 12 ـ 20) حيث اعتبر القانون أن مجرد الالتقاط للصورة الشخصية مشروع. ولكن عدم المشروعية ينشا فقط عند التعارض مع مصلحة الشخص الذي تم التقاط صورته الشخصية, وبصفة خاصة إذا كانت الصورة مما توجب الاعتراض حقاً وبمعقولية بسبب أنها تحدث (صدمة) لدى من يطلع عليها أو إذا كانت ضد رغبته الصريحة (الفقرة الرابعة من المادة 14 من القانون المدني الألماني)[2].

والاتجاه في التشريع الحديث هو فرض قيود شديدة على حرية التصوير الفوتوغرافي للأشخاص أو على شكل أفلام. وفي سويسرا صدر القانون الفيدرالي بتاريخ أول مايو 1969 لكفالة مزيد من الحماية للخصوصية بموجب قانون العقوبات وجرم التربص والتقاط الصور بآلات تصوير أو أجهزة تمكن من التقاط الصور خلسة وتمثل الشخص وهو يتمتع بحياته الخاصة[3].

وفي البلدان الأخرى قدمت عدة مشروعات قوانين تنظم التقاط صور الأشخاص ويقصد بها بصفة أصلية دعم قوانين العقوبات المحلية بتجريم التقاط صور الأشخاص حال كونهم في مساكنهم أو في مجالهم الخاص وبدون إذنهم. وفي هولندا قدم قانون للبرلمان الهولندي عام 1968 بغرض الحماية والقضاء بتعويض في حالة التقاط صور لأشخاص آخرين تمثلهم في مساكنهم الخاصة[4].

وفي المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون كان التبرير " زيادة حماية المواطنين وحقوقهم الشخصية ". وكذلك أخذت الجمعية الوطنية الفرنسية بنفس الصياغة في اجتماعها في 28 مايو سنة 1970 وذلك بغرض تجريم الانتهاك العمدي لخصوصية شخص آخر في حياته الخاصة وباستخدام أي شكل من أجهزة التصوير لالتقاط صورة

---

(1) من توصيات قانوني دول الشمال ـ المرجع السابق.

(2) انظر: Roberston , Privacy & Human Rights , op . cit .67 & 68 , pp . 51 & No 52

(3) مادة (179 ـ فقرة أولى) من قانون العقوبات السويسري.

(4) مشروع قانون رقم 9649 لسنة 1968.

شخص في مسكنه الخاص وبدون إذنه[1].

وفي غياب أي تشريع محدد، فإن المحاكم في عديد من البلدان استنبطت نظماً قانونية تكفي لحماية الأشخاص في صورهم. المحاكم في فرنسا على سبيل المثال وكذلك غالبية رأي الفقه يميل إلى عدم الاكتفاء بحظر نشر مثل هذه الصور بل يتعدى الأمر إلى اعتبار أن التقاط صورة الشخص يصبح عملاً غير مشروع ما لم يتم الحصول على موافقته أولاً[2].

والمحاكم الأمريكية كما يتضح من أحكامها لا ترى في التقاط صورة شخصية للشخص، سواء فوتوغرافياً أو على هيئة فيلم دون موافقته وحال وجوده في مكان عام انتهاكاً لحق شخصي لأن الأمر لا يعدو أن يكون إعطاء وصف لمكان عام يستطيع كل فرد أن يستمتع فيه بالمشاهدة.

وكتاب الفقه في فرنسا يؤيدون حق الشخص في صورته ومما يتطلب بالضرورة حظر تصوير الشخص بالصور الفوتوغرافية أو الأفلام في مكان عام دون علمه ويرون أن هناك حالات تستدعي الاستثناء[3] هي:

1- إذا كان الشخص لم يكن مقصوداً بالتصوير بل جاء ذلك مصادفة.

2- الصور التي يلتقطها المصورون المحترفون بأمل بيعها للشخص الملتقطة صورته.

ومع ذلك فإن بعض الدول تحظر هذا النشاط[4].

ومجلس الدولة الفرنسي يتحفظ إزاء وجهة النظر هذه[5].

وعموما فغالبية الرأي ترى في تصوير الأشخاص في أماكن خاصة خلسة، ومع استخدام تكنولوجية خاصة مثل آلات التصوير ذات العدسة التي تستخدم الأشعة تحت الحمراء (لأغراض التصوير الليلي أي عن طريق التربص في جنح الظلام)، أو في الحالات التي ما كان يمكن التصوير بدون الاستعانة بهذه الأجهزة الدقيقة وخصوصاً في الظروف المحرجة التي قد يتواجد فيها الشخص الذي تلتقط له الصور خلسة أو تحت جنح الظلام يرون في ذلك تعدياً لا مبرر له على حق احترام الحياة الخاصة.

ولا يعول على الغرض من التقاط الصورة الشخصية، إذ يقع الانتهاك على حق الشخص في صورته، حتى لو كان الشخص الذي التقط الصورة ليس لديه قصد سيىء[6].

الرأي:

---

(1) المادة الأولى فقرة رابعة.

(2) المادة (14) من المرسوم ومادة 268 فقرة ثانية من قانون العقوبات.
وانظر كتاب Fougerol عن صورة الشخص والقانون، ص 63، وانظر: Carbonnier في كتابه " القانون المدني ": ج 235/1.

(3) انظر على سبيل المثال قضية Chaplin v. N.B.C.(1953) 15 F. R. D. 134 (SDNY)

(4) انظر FOUGEROL في كتابه عن الصور الشخصية والقانون ص 68 .

(5) قضية نظرها مجلس الدولة الفرنسي عام 1851 في 22 يونيو سنة 1951 قضية رقم D.1951, 589

(6)... CARBONNIER , op . cit . , Vol 1 p . 236
..... KAYSER , Melanges Savatier , op cit . p . 405 , (1965).
..... NERSON , Les Droits Extrapatrimoniaux , p . 383

وفي رأينا إن تصوير شخص والتقاط صورته الشخصية فوتوغرافياً أو على فيلم إنما يشكل انتهاكاً للبند الأول من المادة الثامنة من الميثاق الأوربي لحقوق الإنسان، إذا كان هذا الالتقاط بدون موافقته وحال كونه في منزله، وحيث لا يتاح التردد عليه بدون إذنه. وتكون مخالفة الحقوق واضحة بصفة خاصة في الأحوال التالية:

1- إذا لم تكن هناك ضرورة ملحة أو اعتبارات مقبولة وقام شخص بالتقاط صور شخصية أو فيلم في الأماكن الخاصة وبدون موافقة الشخص الذي يشغل المكان.

2- إذا كان الشخص قد رخص له بالدخول إلى المكان الخاص ولكن لم يؤذن له بالتقاط الصورة الشخصية أو الفيلم حيث يكون ذلك على غير إرادة صاحب المكان والمعني بالتصوير.

3- وتكون المخالفة أكثر ظهوراً إذا كان التصوير يظهر الشخص المتعرض للتصوير في ظروف محرجة وبعد هذا انتهاكاً صريحاً للمادة الثامنة من الميثاق.

المقارنة:

سبق وأن ذكرت أن عقد مقارنة بين الشريعة الإسلامية والفكر القانوني الحديث يعتبر من الصعوبة بمكان وذلك لطول الفترة الزمنية بين الفكرين من جهة، واختلاف أصول الفكرين ومنهجهما من جهة ثانية.

ولكن مع هذا يمكن عقد نوع من الموازنة على نحو ما. ولعل أول ميزة تمتاز بها الشريعة الإسلامية على الفكر القانوني هي أنها لم تحدد عقوبة لهذا النوع من الجرائم كما أنها تركت تكييفها لولي الأمر حسب المصلحة وما يفرزه العصر من تطور. وهذا بدوره يتيح للمجتهد وواضعي القانون فرصة كافية في الاستنباط ودراسة الواقعة وظروفها بدلاً من إعطاء حدود تصويرية سرعان ما تصطدم مع الواقع وتلك ميزة للشريعة الإسلامية في حد ذاتها.

وميزة أخرى تمتاز بها الشريعة الإسلامية على الفكر القانوني هي أنها اعتبرت استراق البصر أو السمع جريمة موجبة للتعزير بصرف النظر عن الوسيلة التي تتم بها هاتان الجريمتان سواء أكانت وسيلة هذه الجريمة تقليدية كالعين المجردة أو الأذن أم كانت غير تقليدية كالوسائل العلمية الحديثة، وهذا بخلاف الفكر القانوني الحديث حيث ذهب جانب من القانون إلى قصر التجريم على التلصص الذي يتم بالوسائل العلمية دون غيرها. وتلك نظرة لا تتسم بالواقعية وتبدو مجافية لقواعد المنطق لأنها تفرقة تحكمية لا ضابط لها صحيح إن الوسائل العلمية ربما كانت أكثر خطراً على الفرد من الوسائل العادية إلا أن علة التجريم أو بتعبير آخر حكمة التشريع واحدة في كلا الحالين سواء أكان التجسس قد تم بالوسائل العادية أم بغيرها.

كما أن هناك جانباً من القانون الوضعي يذهب إلى أن جريمة استراق البصر لا تعتبر متوافرة إلا إذا كان هذا الاستراق مصحوباً بالتقاط الصور. وهذا الاتجاه قاصر إلى حد ما إذ من غير المعقول أن يكون هتك أستار الناس خارجاً عن دائرة التجريم لا لسبب إلا لأن التقاط الصورة غير متوافر. وهذه ميزة للشريعة الإسلامية بدون أدنى شك.

الفصل الثاني
في إفشاء الاسرار
المبحث الأول: الإفشاء في الشريعة الإسلامية

ورد العديد من النصوص الشرعية التي تأمر بالحفاظ على أسرار الناس وتحرم إفشاءها. فقد روي عن النبي ρ أنه قال: "إنما يتجالس المتجالسان بأمانة الله فلا يحل لأحد أن يفشي على صاحبه ما يكره"[1]. وروي عنه -عليه الصلاة والسلام- أنه قال: "من حدث في مجلس بحديث فالتفت فهي أمانة"[2] وروى ثابت[3] عن أنس قال: "أتى علي رسول الله ρ وأنا ألعب مع الغلمان، قال: فسلم علينا فبعثني إلى حاجة فأبطأت على أمي فلما جئت قالت: ما حَبَسَكَ. قلت: بعثني رسول الله ρلحاجة. قالت: ما حاجته؟ قلت: إنها سر. قالت: لا تحدثن بسر رسول الله ρأحداً. قال أنس: والله لو حدثت به أحداً لحدثتك يا ثابت[4]. و روي عن أنس قال: أسر إلى نبي اللهρ سراً فما أخبرت به أحداً بعد ولقد سألتني عنه أم سليم[5] فما أخبرتها به[6].

وروي عنه ρ أنه قال: "المجالس بالأمانة إلا ثلاثة مجالس ما سفك فيه دم حرام، أو فرج حرام، أو اقتطع فيه مال بغير حق" وحفظ السر واجب في الشريعة الإسلامية، لا فرق في ذلك بين فرد عادي أو حاكم وذلك متى ائتمنوا عليه[7]. والواقع أن الأحاديث الواردة عن النبي ρوالتي أشرت إلى طرف منها قد ركزت على مفهوم أن ما يبديه الفرد لغيره من أسرار بأنه قد أصبح أمانة عنده مما يشير إلى تحريم خيانتها. ولكن تثور المشكلة حول ما إذا كانت خيانة هذه الأمانة تعتبر كخيانة الأمانة في الأموال وبالتالي تعتبر يد من تحمل السر يد أمين فيجب عليه الضمان في حالة الإفشاء و ذلك على اعتبار أنه معتد بإفشائه تماماً كما لو اعتدى المودع في حفظه للوديعة.

بالرجوع إلى المصادر الفقهية وجدت أن الفقهاء يفرقون بين الوديعة والأمانة فالوديعة لفظ خاص المقصود به الاستحفاظ قصداً في حين أن الأمانة لفظ عام في الشيء الذي وقع في يده من غير قصد، وذلك بأن هبت الريح فألقت بثوب إنسان في دار آخر، وكذلك فإن الأمانة علم لما هو غير مضمون فينسحب لفظ الأمانة على جميع الصور التي لا ضمان فيها. أما الوديعة فهي ما وضعت للأمانة بالإيجاب والقبول عند بعض

---

(1) تقدم تخريج الحديث. انظر ص: 128.
(2) تقدم تخريج الحديث. انظر ص: 128.
(3) هو ثابت بن أسلم البناني أبو محمد البصري روى عن أنس جماعة من الصحابة و روى عنه خلق كثير. يقول ثابت عن نفسه صحبت أنساً أربعين سنة. قال شعبة كان ثابت يقرأ القرآن في كل يوم وليلة ويصوم الدهر. توفي سنة 127هـ وقيل 129هـ. انظر تهذيب التهذيب: 3/2.
(4) صحيح مسلم/كتاب فضائل الصحابة/باب فضائل أنس بن مالك/ص 1929، رقم الحديث 2482.
(5) أم سليم: هي الرميصاء. أو الغميصاء بنت ملحان بن خالد بن زيد بن حرام من بني النجار. وتعرف بأم سليم صحابية قيل في وصفها أنها طاعنة بالخناجر في الوقائع والحروب وهي أم أنس بن مالك. قتل زوجها مالك بعد ظهور الإسلام فأسلمت وكانت تقوم بمداواة الجرحى والحرب دائرة. توفيت نحو 30 للهجرة. انظر الأعلام 61/3.
(6) صحيح مسلم / كتاب فضائل الصحابة / باب فضائل أنس بن مالك: ص 1930رقم الحديث: 2482 وصحيح البخاري/كتاب الاستئذان/باب حفظ السر. فتح الباري: 69/11.
(7) بدائع السلك: 492/1، وسراج الملك: ص 104، والآداب الشرعية والمنح المرعية 280/2، وبذل المجهود: 212/19.

الفقهاء مع اشتراط كون الوديعة مالاً[1].

وعلى الرغم من هذه التفرقة بين الوديعة والأمانة فإن مسألة حفظ الأسرار لم تخرج عن مفهوم الوديعة بهذه التفرقة لأن صاحب السر قد قصد إيداع سره عند من ائتمنه عليه. أما القول بأن الأمانة تطلق على ما هو غير مضمون وأن الوديعة تطلق على ما وضعت للأمانة بالإيجاب والقبول فإنه يمكن القول إن الإيجاب والقبول متوافر، إذ إن إيداع الشخص لأسراره عند الغير وقبول الغير لتحمل هذه الأسرار ينبئ عن معنى الإيجاب و القبول.

والذي أراه بعد قراءتي للفصول المعقودة للوديعة قراءة موضوعية أن جميع الأركان والخصائص التي قالوا بضرورة توافرها في الوديعة كالإيجاب والقبول متوافرة في صورة حفظ الأسرار وكذلك الشأن في مستودع الحفظ وعنصر التفريط والتعدي غاية الأمر أن الوديعة إنما تكون في الأموال في حين أن حفظ الأسرار لا يوجد فيه عنصر مادي في الغالب وإن كانت هذه الأسرار ربما اتخذت أشكالا مادية في بعض الأحيان كأن تكون صوراً أو شريط تسجيل أو وثائق أو مذكرات إلا أنها أشكال غير مالية بالمعنى الدقيق.

ومما لا شك فيه أن الفقه الإسلامي يوجب الضمان في حالة التعدي وذلك فيما إذا كانت الودائع مادية كشريط التسجيل مثلاً. وهذا ليس مجال جدل أو نقاش ولكن السؤال المطروح هو: هل إن الفقه الإسلامي يوجب تعويضاً مادياً لما احتواه الشريط من أسرار ؟ وذلك في حالة إفشائها كأن يلزم الطبيب أو المحامي بتعويض في حالة إفشائه أسراراً، تحصل عليها بحكم مهنته على اعتبار أن هناك التزاماً تعاقدياً بين الطبيب وبين مريضه أو المحامي وموكله بعدم الإفشاء؟

الذي أراه أن صورة حفظ الأسرار لا تخرج عن صورة الوديعة إلا من حيث كون الوديعة تتعلق بشيء مادي بخلاف الأسرار وبالتالي فالذي أعتقده أن إفشاء الأسرار في غير الأحوال التي يجوز فيها الإفشاء أو يجب، يعتبر فيه إخلال في الالتزام التعاقدي مما يترتب عليه الضمان، والذي يدفعني لهذا الرأي أمران:

أحدهما:

أن الوديعة والأسرار يصدق عليهما لفظ واحد وهو أنهما أمانة وقد ورد النص الشرعي مصرحاً بهذا وإذا صدق عليهما أنهما أمانة وكانت خيانة الأموال موجبة للضمان فكذلك خيانة الأسرار موجبة للضمان، صحيح أن خيانة الأموال فيها إتلاف لعين أو إنكارها وجحودها وهذا غير موجود في الأسرار إلا أن المعيار الذي وضعه الفقهاء للضمان وهو وجود التعدي موجود في حالة الإفشاء إلا أنه ليس في صورة إتلاف لكنه في صورة أخرى وهي صورة الإفشاء.

ثانيـــاً:

إن الشريعة الإسلامية قد قررت الحقوق وحمتها وهي لم تخصها بالحقوق المادية ذلك أن مفهوم الحق كما سبق وأن ذكرته يشمل الحقوق المعنوية و المادية. فإذا كان حق المودع قد تعلق في وجوب الضمان في حالة تفريط المودع عنده فإن هذا الحق هو الآخر يسري على الأسرار لأن حق صاحب السر قد تعلق في حفظه وعدم إفشائه.

---

(1) شرح فتح القدير وشرح العناية: 485/8، ونهاية المحتاج وحاشية أبي الضياء: 110/6، ويلاحظ أن المالكية لم يشترطوا توافر الإيجاب والقبول انظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: 419/3، وانظر نيل الأوطار: 334/5.

تحريم إفشاء الأسرار:

اتفق الشرعيون على تحريم إفشاء الأسرار و ذلك للنصوص الكثيرة الدالة على التحريم ويعتبر كتمان السر عند المسلمين من أبرز الآداب التي يجب على المسلم الالتزام بها والمحافظة عليها كما أنها تعتبر صفة بارزة من صفات الحاكم يجب عليه التحلي بها و يحرم عليه إفشاء أسرار الناس. وهكذا الشأن في كل آحاد المسلمين[1]. وقد اعتبر المسلمون هذه الصفة من مقومات الطبيب التي تفصح عن تكامل شخصيته. يقول الـــــــ

ولكن تثور هنا مشكلة حول الأبحاث العلمية وما يجريه الأطباء النفسانيون والأخصائيون الاجتماعيون من دراسات للحالات المرضية أو الظواهر الاجتماعية، وكذلك ما يقوم به الكتاب والأدباء من دراسات نقد للواقع وذلك عن طريق الحكايات والروايات القصصية أو المسرحية أو عن طريق النشر الصحفي أو الإذاعي أو التلفزيوني، فهل يعتبر ممارسة هذه الأنشطة من قبيل الإفشاء المحرم؟

في الحقيقة إن ممارسة هذه الأنشطة ذات طبيعة مزدوجة فهي من جهة تحقق نفعاً يعم الناس وخيراً يغشي الجميع، وذلك بما يتوصل إليه الطبيب النفساني أو الباحث الاجتماعي من نتائج يصل إليها من خلال دراسته للظواهر المرضية أو الاجتماعية فيضمنها بحثاً يستفيد منه الدارسون وقادة المجتمع، وكذلك الشأن في الروائي والصحفي، إذ إنهم يعرضون للواقع بالنقد والتجريح بهدف الوصول إلى مجتمع أفضل وحياة أحسن هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن احتواء هذه الدراسات والأبحاث والروايات على معلومات تمس حياة الأفراد الخاصة فيه اعتداء واضح على هذه الحياة مما يعرضهم للتشويه ويضعهم في الظل الزائف أمام الجمهور، يضاف إلى هذا أن الفرد حين يدلي بمعلومات، فإنه يفترض في هذه المعلومات أن تظل سراً بينه وبين مستودع السر؛ أو على الأقل يعتقد عدم تسربها إلى الغير، فإذا ضمن الباحث الاجتماعي أو الطبيب النفسي هذه المعلومات بحثاً أو دراسة، يكون قد أفشى هذه الأسرار وقد أخل بالثقة. والسؤال المطروح بعد هذا هو: ما هو موقف الشريعة الإسلامية من هذه الطبيعة المزدوجة؟

للإجابة على هذا لابد لي من أن أحيل على ما سبق وأن ذكرته من أن حق التعبير والإعلام في الشريعة الإسلامية مقيد بضوابط ثلاثة، منها ألا يكون في التعبير عن الرأي وإبدائه انتهاك لحرمات الغير وأسرارهم، وقد سبق وأن بينت ذلك بالأدلة فيرجع إليه(1)؛ وهذا يستدعي تحريم الإدلاء بمعلومات خاصة عن الأفراد سواء أكان ذلك الإبداء بوسائل مسموعة أو مقروءة وسواء أكان ذلك في عمل علمي أو أدبي متى كان الإفشاء مقترناً باسم صاحب السر أو بصفة تدل على شخصه وترشد إلى هويته، ولا يعتبر هذا قيداً يرد على الحرية في التعبير بل هو ضمان أكيد لحقوق الأفراد و للحرية نفسها. كما أنه لا يعتبر قيداً يحد من نشر المعرفة والعلم، إذ إن النتائج العلمية لا تتغير طبيعتها بمجرد ذكر اسم صاحب الحالة المرضية من عدمه فباستطاعة الباحث النفسي والاجتماعي أن يقدم وصفا تفصيلياً للحالة المرضية أو الاجتماعية والنتائج التي توصل إليها دون حاجة إلى ذكر الاسم أو ما يرشد إلى هوية صاحب الحالة، والذي يرشد إلى هذا إضافة لما ذكرته في أول الرسالة تلك القاعدة الفقهية الشهيرة والتي تقضي بأن " درء المفاسد مقدم على جلب المنافع" يضاف إلى هذا أن هذا الأسلوب من التعامل يؤدي إلى خلق الثقة بين الطبيب ومريضه والباحث والشخص موضوع الحالة. وبالتالي يمكن للمريض أن يدلي بمعلومات كاملة وغير مزيفة لأنه على ثقة من أن أحاديثه التي يدلي بها لا تشكل خطورة عليه ولا تتسرب إلى طرف ثالث، وهكذا الشأن في الكاتب الروائي أو المسرحي فإنه يستطيع أن يستعير قصة من الواقع وأن يرمز إليها بشخصيات وهمية ملاحظاً بذلك قيد عدم الدلالة على الشخص أو الأشخاص موضوع القصة.

وقد يعترض على هذا الذي قدمته بأن النقد الصحفي والنقد عموماً يصبح عديم الأثر ولا جدوى منه ما لم يذكر الشخص الذي يقف على قمة الأجهزة التنفيذية بالاسم...

(1) انظر مبحث: حق الحياة الخاصة في الشريعة الإسلامية من هذه الرسالة.

ويجاب على هذا بأن هذا النوع من النقد لا يمكن أن يكون موضوعه الحياة الخاصة فلا يعتبر من الإفشاء المحرم ومتى تعرض لحرمات الغير وانتهك خصوصياتهم كان إفشاء محرماً أو قذفاً يستوجب العقوبة حسب طبيعة الموضوع الذي تم النشر فيه ولعل في واقعة المرأة مع عمر بن الخطاب التي تتلخص في أن عمر أراد أن يضع حداً للمهور، فقالت امرأة ليس ذلك لك يا عمر إن الله يقول: (وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَاراً فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً)[1]. فقال عمر: إن امرأة خاصمت عمر فخصمته[2]. وفي رواية: " أصابت امرأة و أخطأ عمر "ما يدل على جواز النقد، متى كان بمنأى عن الحياة الخاصة ومما تقدم يتضح لنا أن النقد الموجه لمؤسسة من مؤسسات الدولة أو أحد قادة هذه المؤسسات لا يعتبر من الإفشاء المحرم طالما أنه لا يمس حياة الفرد الشخصية وليس فيه تشهير أو قذف.

الحالة الثانية: وجوب الإفشاء:

يجب إفشاء السر في الأحوال التي يترتب على كتمان السر مفسدة أكثر من مفسدة الكتمان، وذلك لأن دفع المفسدة مقدم على جلب المصلحة وذلك كما إذا قال رجل في مجلس أو أخبر آخر بأنه يريد قتل فلان أو الزنا بفلانة أو أخذ مال فلان، فلا يجوز للمستمع كتمه في هذه الحالة بل يجب عليه الإفشاء[3]، و يستدل على هذا بما روي عن النبي ρأنه قال: " المجالس بالأمانة إلا ثلاثة:مجلس فيه سفك دم حرام أو فرج حرام أو اقتطاع مال بغير حق"[4]. وكذلك يجب على مستودع السر أن يفشي السر بعد وفاة صاحبه وذلك في حالة ترتب حق للغير على هذا الإفشاء وكان صاحب السر معذوراً بعدم القيام به فيرجى بعده إذا ذكر لمن يقوم به عنه أن يفعل ذلك[5].

لكن تثور مشكلة حول الأسرار التي يدلي بها الفرد لمحاميه عن جريمة وقعت فعلاً، فهل يجب عليه الإفشاء في هذه الحالة وإخبار القضاء بذلك وفي كل الجرائم سواء كانت عقوبات هذه الجرائم قد تقررت حقاً لله أو للعبد أم إنه يجب عليه كتمان السر وذلك باعتبار أن هناك التزاماً تعاقدياً بين المتهم ومحاميه مقتضاه ألا يلزم الموكل وكيله بشيء لم يأذن فيه الموكل؟

بادئ ذي بدء يجدر بي أن أشير إلى أن الوكيل لا يملك من التصرف إلا ما يقتضيه إذن موكله سواء أكان ذلك الاقتضاء من جهة المنطق أم العرف[6]، كما أن إقرار المحامي والذي يعبر عنه عند الفقهاء بالوكيل بالخصومة قد اختلف الفقهاء في قبوله وترتيب الآثار عليه.

فذهب الحنفية إلى أن الوكيل بالخصومة يملك الإقرار على موكله بالجملة [7] لكنهم اختلفوا في ما وراء ذلك، فذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه يصح إقراره في مجلس القاضي لا في غيره. وذهب أبو يوسف إلى أن الإقرار يعتبر صحيحاً سواء أكان في

---

(1) النساء: من الآية20
(2) انظر المصنف: 180/6وقد أخرجه سعيد بلفظ أخر عن هشيم عن مجالد الشعبي سنن سعيد 3 رقم 597.
(3) عون المعبود: 218/13، والآداب الشرعية والمنح المرعية: 280/2-281، وبذل المجهود: 212/19، وفتح الباري: 69/11.
(4) تقدم تخريج الحديث - انظر ص: 128.
(5) فتح الباري: 69/11.
(6) المغني لابن قدامة: 95/5.
(7) بدائع الصنائع: 3456/7.

مجلس القاضي أم في غيره. ويلاحظ أنه في حالة إقراره في غير مجلس القضاء فإنه ينعزل من الوكالة بناء على هذا المذهب، ومرد هذا أنه لو بقي وكيلاً لبقي وكيلا بالإقرار عيناً وهو غير موكل به. وبالتالي لا يستطيع الإنكار في مجلس القضاء لتناقض الإقرار والإنكار[1]. وصحة إقرار الوكيل بالخصومة إنما تكون في غير الحدود والقصاص[2]. وهذا هو مذهب الزيدية حيث قالوا: إن إقرار وكيل الخصومة يلزم الأصل سواء كان في عين أو دين[3].

وحجة هذا الفريق أن الوكيل بالخصومة وكيل عن حق عند الله وهو جواب الخصومة والجواب قد يكون بالإنكار وقد يكون بالإقرار، فإذا اقر دل ذلك على أن الحق هو الإقرار فينفذ.

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة ونفر من الحنفية إلى أن إقرار المحامي لا يقبل سواء أكان إقراره بحق أم بقبض أم غيرهما وسواء أكان ذلك في مجلس القضاء أم في غيره[4]. وحجة هذا الفريق أن الوكيل بالخصومة مأمور بالمنازعة لأن حقيقة الخصومة هو هذا المعنى والإقرار ليس كذلك لأنه مسالمة للخصم، فإذا كان المحامي مأموراً بالمنازعة فإن هذا الأمر لا يصدق على ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والإبراء كما أنه يصح التوكيل في الأحوال التي يستثنى فيها الموكل الإقرار بأن يقول وكلتك بالخصومة بشرط ألا تقر علي ولو كان الإقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه[5].

وهذا الرأي الأخير هو ما أميل إلى ترجيحه ذلك لأن وظيفة المحامي هي الدفاع عن موكله سواء كان عن المدعي أو المدعى عليه، فإذا كان وكيلا عن المدعي فإنه يبحث عن أدلة الإدانة ويقيم البينة ويسعى بكل الوسائل المؤدية إلى إثبات دعوى موكله، فيحلف ويطلب الحكم والقضاء. أما إذا كان وكيلاً عن المدعى عليه فإنه يحاول البحث عن أدلة النفي ويطعن في أدلة الخصوم و الشهود ويسعى في الدفع عن موكله بما أمكنه[6]. فإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله فقد تجرد عن وظيفته الأساسية وهي الدفاع ليصبح خصما في هذه الحالة.

ومن خلال ما تقدم يتضح لنا أن إفشاء الأسرار في الفقه الإسلامي بناء على الرأي الذي ذهبت إلى ترجيحه كاف للإخلال بالالتزام التعاقدي بين الوكيل وموكله ولا

---

(1) الهداية وشرح فتح القدير: 114/8، وتبيين الحقائق وحاشية الشلبي 280/4، وبدائع الصنائع: 3456/7.
(2) المغني لابن قدامة: 72/5.
(3) البحر الزخار: 62/6. ويلاحظ ان الظاهرية على أصلهم في عدم جواز الوكالة الإقرار والإنكار والطلاق و العتق و التدبير وذلك لعدم ورود نص يدل على جواز الوكالة في شيء من هذه الأشياء والأصل أن لا يجوز قول أحد على غيره ولا حكمه على غيره لقوله تعالى: (ولا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إلا عَلَيْهَا وَلا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى) وكل ما ذكر كسب على غيره وحكم بالباطل. انظر المحلى 113/9 و 514/10.
(4) الروضة 320/4، والإنصاف 393/5، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي 379/3، والهداية وشرح فتح القدير: 114/8، وبدائع الصنائع: 3456/7، والمغني لابن قدامة: 72/5، وشرح منح الجليل: 354/3، والخرشي على مختصر سيدي خليل: 69/6-70، وقد قيدوا عدم صحة إقرار الوكيل بالخصومة بأن لم يكن مفوضاً من الموكل بالإقرار.
(5) المراجع السابقة. والخلاف بين الشافعية والحنفية متفرع على قاعدة أن الأمر المطلق الكلي لا يقتضي الأمر بشيء من جزئياته إذ لا اختصاص للجنس بنوع من أنواعه ولا فرد من أفراده وهذا بخلاف الحنفية حيث ذهبوا إلى أنه يقتضي ذلك لاشتمال الكلي على الجزئي ضرورة. انظر تخريج الفروع على الأصول للزنجاني: ص 100.
(6) الروضة: 320/4.

يقال إن الإقرار يختلف عن الإفشاء لأن مفهوم الإقرار هو الإخبار، وهذا هو معنى الإفشاء.

ولكن مع هذا، هل يجب على المحامي إفشاء المعلومات التي تحصل عليها من صاحب السر عن الجريمة لا باعتباره محامياً ولكن باعتباره فرداً عادياً نمت إلى علمه اعترافات عن جريمة أو بعبارة أخرى: هل يجب على الوكيل بالخصومة إفشاء الأسرار باعتباره شاهداً على الإقرار لا وكيلاً ؟

هذه مسألة أخرى تتفرع على التخيير بين الشهادة و الستر وتختلف الشهادة في هذه الحالة بحسب تعلقها[1].

فإن تعلقت بحق آدمي فالظاهر فرضية الأداء على الكفاية وتحريم الكتمان فمتى طلبها المدعي لا يسعهم كتمانها. والأصل في هذا قوله تعالى:(وَلا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا)[2] وهو بظاهره يدل على النهي عن الإباء عند الدعوة وقوله تعالى: :(وَلا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُه)[3] ووجه الاستدلال بها أنها بظاهرها تدل على النهي عن كتمان الشهادة والنهي عن أحد النقيضين إثبات للنقيض الآخر، لأن النقيضين لا يجتمعان ولا يرتفعان بل يوجد أحدهما. فإذا كان الكتمان منهياً عنه كان الإعلان ثابتا[4]. وكذلك الحال فيما لو علم الشاهد الشهادة ولم يعلم بها المدعي فإنه يجب على الشاهد الأداء متى علم أنه إن لم يشهد ضاع حق المدعي ولا يتوقف حينئذ على طلب المدعي لأن الموجب للأداء عند الطلب هو إحياء الحق وهذا المعنى موجود في الصورة المتقدمة[5]، والذي يدعم هذا ما روي عن النبيρأنه قال: " ألا أخبركم بخير الشهداء ؟ الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها أو يخبر بشهادته قبل أن يسألها"[6]. قال الإمام مالك في معنى هذا الحديث: "أن يكون عند الشاهد شهادة لرجل لا يعلم بها، فيخبره بها ويؤديها له عند الحاكم"[7].

هذا إذا تعلقت الشهادة بحق آدمي، فإن تعلقت بحد من حدود الله تعالى فإن الفقهاء متفقون على أن له أن يستر وله أن يشهد وذلك لأنه بين حسبتين حسبة الستر وعدم الهتك، وحسبة إقامة الحد[8]، والستر أفضل لقيام النصوص الدالة على ذلك. فقد روي أن

---

(1) يلاحظ أن الإقرار أمام القاضي لا سبيل إلى إنكاره لكن المقر إن عدل عنه يعتبر في هذه الحالة راجعاً عن إقراره أما إذا كان الإقرار أمام الناس وأنكره أمام القاضي فإنه يمكن إثبات إقراره بكافة وسائل الإثبات وللفقهاء في ذلك تفصيلات كثيرة حول عدد الشهود على الإقرار مثلاً واختلاف ذلك باختلاف الجرائم وكذلك اختلاف الشهود على الإقرار ونحوها.

(2) سورة البقرة: آية 282.

(3) سورة البقرة: آية 283.

(4) المغني لابن قدامة: 128/10 والهداية وشرح فتح القدير وشرح العناية: 365/7 وشرح المنتقى للباجي: 188/5-189 ونهاية المحتاج: 322/8، وأحكام القران للشافعي: 138/2.

(5) شرح العناية للبابرتي: 366/7، وشرح المنتقى للباجي: 188/5.

(6) الموطأ: 720/2، وصحيح مسلم / كتاب الاقضية / باب خير الشهود: ص 1344 رقم الحديث: 1719.

(7) شرح المنتقى للباجي: 188/5. وما ذكرته أعلاه هو تأويل الإمام مالك وأصحاب الشافعي وهناك تأويل آخر أنه محمول على شهادة الحسبة في غير حقوق الآدميين المختصة بهم. فمن علم منها شيئا وجب رفعه للقاضي وذهب فريق ثالث إلى أنه محمول على المجاز و المبالغة في أداء الشهادة بعد طلبها لا قبله ولا يتعارض هذا مع ما ورد عن النبيρمن ذم من يأبى الشهادة قبل أن يشهد لأن هذا الحديث محمول على من معه شهادة، لآدمي عالم بها فيأتي فيشهد بها قبل أن تطلب منه أو هو محمول على شهادة الزور وعلى من ينتصب شاهداً وهو ليس من أهل الشهادة.
انظر شرح النووي على مسلم: 17/12.

(8) شرح فتح القدير: 367/7، وشرح المنتقى للباجي: 188/5، ونهاية المحتاج 321/8، والمحلى لابن حزم: 47/13 وما بعدها وعند ابن حزم إن له أن يستر على مسلم يراه على حد ما لم يسأل عن تلك الشهادة نفسها فإن سئل ففرض عليه إقامتها.

رجلا يقال له هزال[1] جاء يشكو إلى النبي ρ رجلا بالزنا وذلك قبل نزول قوله تعالى: (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ)[2] فقال رسول اللهρ: "يا هزال لو سترته بردائك كان خيراً لك"[3]. وروي عنه ρ أنه قال: "من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة "[4] وروي أن رجلاً من أسلم جاء إلى أبي بكر الصديق فقال له: إن الآخر زنى[5]. فقال له أبو بكر: هل ذكرت هذا لأحد غيري، فقال: لا. فقال له أبو بكر: فتب إلى الله واستر، يستر الله فإن الله يقبل التوبة من عباده فلم تقرره نفسه حتى جاء إلى رسول اللهρ، فقال له: إن الآخر زنى. فأعرض عنه رسول اللهρثلاث مرات كل ذلك يعرض عنه، حتى إذا أكثر عليه بعث رسول الله ρ إلى أهله فقال: " أيشتكي أم به جنة " فقالوا: يا رسول الله والله إنه لصحيح. فقال رسول الله ρ: أبكر أم ثيب، فقالوا: بل ثيب يا رسول الله فأمر به رسول الله فرجم "[6].

فهذه الواقعة تفيد أولوية الستر وذلك لأن أبا بكر الصديق قد حث الأسلمي على التوبة وألا يذكر ذلك أمام أحد كما أن النبيρقد أشار إليه أن يرجع عن اعترافه وذلك بإعراضه عنه أكثر من مرة والأحاديث التي تسير في هذا السياق كثيرة جداً.

وبعد هذا العرض يمكن القول إن المحامي يجب عليه أداء الشهادة وإفشاء سر صاحب السر وذلك فيما إذا كانت المعلومات التي حصل عليها تتعلق بحق لآدمي ولا يعلم بها غيره، وفي هذه الحالة يعزل عن وكالته عن المتهم حيث أن هذا الإخبار لا يتم باعتباره وكيلاً بل باعتباره شاهداً يجري عليه ما يجري على الشهود من تزكية ونحوها، أما إذا كان هناك من يعلم بهذه الأسرار فإنه لا يجب عليه الإفشاء إلا إذا لم يقم بها غيره ممن يعلم، وفي كل الأحوال التي تكون المعلومات فيها متعلقة بحق الله، فإن الستر أفضل من الشهادة.

الحالة الثالثة: جواز الإفشاء واستحبابه:-

يجوز إفشاء الأسرار بعد وفاة صاحب السر إذا لم يكن في الإفشاء مضرة، وقد يستحب هذا الإفشاء وإن كره ذلك صاحب السر وذلك فيما إذا كان هذا السر فيه تسجيل لمنقبة، أو تخليد لمكرمة أو تزكية لصاحب السر[7]، وقد يستدل لهذا بما رواه الإمام عليτقال: "قال رسول اللهρ: أبو بكر وعمر سيدا كهول أهل الجنة من الأولين والآخرين، إلا النبيين والمرسلين لا تخبرهما يا علي ما داما حيين"[8]. ووجه الاستدلال به أن النبي ρ قد اشترط عدم الإخبار حال حياتهما فلما ماتا أخبر الإمام علي بذلك.

---

(1) هزال بن يزيد بن ذئاب بن كليب بن عامر بن جذيمة بن مازن الأسلمي قال ابن حبان له صحبة ولم أعثر على تاريخ وفاته. وقد اختلف المترجمون في اسم جده ففي الجمهرة (231) وأسد الغابة (296/5) ذئات. وفي تهذيب التهذيب (31/11) هزال بن يزيد بن ذئاب.

(2) سورة النور: من الآية4.

(3) الموطأ: 821/2، ومسند الإمام أحمد: 217/5، وسنن أبي دأود: كتاب الحدود باب الستر على أهل الحدود: 40/12، قال المنذري: وأخرجه النسائي وسكت عنه.

(4) تقدم تخريج الحديث - انظر ص:

(5) الآخر معناه: الرذل الدنيء كأنه يدعو على نفسه ويعيبها بما نزل به من مواقع الزنا وهذا إنما يكون لمن حدث عن نفسه بقبيح فكره أن ينسب إلى نفسه.

(6) الموطأ: 820/2. مرسل باتفاق الرواة عن مالك وهو موصول في الصحيحين عن أبي هريرة فأخرجه مسلم في كتاب الحدود (ص 1318) رقم الحديث: 1691. ووصله البخاري في كتاب الحدود باب: لا يرجم المجنون والمجنونة.

(7) فتح الباري: 69/11.

(8) سنن ابن ماجه: 36/1. ، والترمذي رقم 3666، ومجمع الزوائد 53/9، وقال الهيثمي: رواه البزاز والطبراني في الأوسط وفيه علي بن عابس وهو ضعيف. موارد الضمآن 2192، والسلسلة الصحيحة ناصر الدين الألباني حديث رقم 124.

وروي عنه ρ أنه قال: "اذكروا محاسن موتاكم"[1].

وتأسيساً على ما تقدم يمكن القول بجواز الكتابات التي تدرس السير الذاتية للمشاهير ورجال السياسة وقادة الفكر، ولكن تثور الصعوبة في أن هذه الدراسات لا تقتصر على ذكر المناقب ومكارم الفرد فقط وإنما تكون عادة دراسة نقدية تتناول الشخصية بجانبيها الإيجابي والسلبي كما أن هذه الدراسات في الغالب تمس حياة الفرد الشخصية لأنها تدرس عادة العلاقات الزوجية خاصة والأسرية عموماً وتبحث الجانب النفسي ومفتاح الشخصية، والعلاقات الاجتماعية السرية كما أنها تقف على وثائق الفرد موضوع الدراسة ومراسلاته، فما هو موقف الشريعة الإسلامية من هذا كله؟

للإجابة على هذا أقول إن هذا الموضوع يتفرع على مسألة أخرى وهي مسألة الغيبة. وكقاعدة عامة فإن الشرعيين متفقون على تحريم الغيبة[2] لورود النصوص الدالة على ذلك مثل قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيراً مِنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلا تَجَسَّسُوا وَلا يَغْتَبْ بَعْضُكُمْ بَعْضاً أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتاً فَكَرِهْتُمُوه)[3]. ومثل ما روي عنه ρأنه مر بقبرين فقال: إنهما ليعذبان وما يعذبان في كبير. أما أحدهما فيعذب في البول وأما الآخر فيعذب بالغيبة "[4]. وقد وردت أحاديث كثيرة تسير في هذا الاتجاه.

ومفهوم الغيبة كما عرفها النووي[5] تبعا للغزالي[6]: هي ذكر المرء بما يكره سواء أكان ذلك في بدن الشخص أو دينه أو دنياه أو نفسه أو خلقه أو ماله أو والده أو ولده أو زوجه أو خادمه أو ثوبه أو حركته أو عبوسته أو غير ذلك مما تتعلق به سواء ذكرته بالاشارة أو اللفظ، وقد اعتبر النووي من الغيبة قول الفقهاء في مصنفاتهم: قال بعض من يدعي العلم أو ينسب إلى الصلاح[7].

وإذا كانت الغيبة محرمة كأصل عام فإن الفقه الإسلامي يذهب إلى جوازها بل ووجوبها في بعض الأحيان وذلك على سبيل الاستثناء. وقد ذكروا لذلك ست صور قالوا فيها بجواز الغيبة - منها:

---

(1) سنن الترمذي كتاب الجنائز 34 رقم الحديث 1019، والحاكم 385/1، وقال الترمذي فيه: حديث غريب، سمعت البخاري يقول: عمران بن أنس المكي أحد رواته منكر الحديث.

(2) اتفق الفقهاء على تحريم الغيبة. وقد حكى النووي في كتابه الأذكار: ص 147 إجماع المسلمين على تحريمها لكنه عاد في كتابه الروضة 424/11 إلى اعتبارها من الصغائر تبعاً للرافعي، وحكى القرطبي في تفسيره 337/16 الإجماع على اعتبارها كبيرة من الكبائر لأنه يصدق عليها حد الكبيرة حيث ثبت فيها الوعيد الشديد والنكير البالغ. وهناك من فصل الكلام حسب طبيعة الغيبة وحال المغتاب انظر فتح الباري: 392/10.

(3) سورة الحجرات: من الآية12.

(4) سنن ابن ماجه: 125/1. وقد ورد الحديث في صحيح البخاري /كتاب الأدب باب الغيبة /فتح الباري: 362/10 بإبدال لفظ الغيبة بالنميمة وهذا بناء على أن الغيبة نوع من النميمة. كما قاله الكرماني في شرحه الموسوم بإرشاد الساري يقول صاحب الفتح: الغيبة قد توجد في بعض صور النميمة وهو أن يذكره في غيبته بما فيه مما يسوءه قاصداً بذلك الإفساد. انظر فتح الباري: 392/10.

(5) الأذكار النووية: ص 147.

(6) إحياء علوم الدين: 140/3.

(7) الأذكار: ص 147.

1. أن يكون مجاهراً بنفسه وبدعته كأن يكون معروفاً بالخمر ومصادرة الناس وتولي الأمور الباطلة فيجوز ذكره بما يجاهر به لا بغيره[1]. ويستدل لذلك بما روي عن عائشة[2] قالت: استأذن رجل على رسول الله ρ فقال: ائذنوا له، بئس أخو العشيرة أو ابن العشيرة. فلما دخل ألان له الكلام قلت: يا رسول الله قلت الذي قلت ثم ألنت له الكلام. قال: أي عائشة إن شر الناس من تركه الناس أو ودعه الناس اتقاء فحشه[3].
2. التظلم فيجوز للمظلوم أن يرفع شكواه لقاض أو سلطان أو ممن هو قادر على إنصافه وأخذ حقه. فيقول: عنده فلان ظلمني أو فعل بي كذا[4].
3. الاستفتاء وذلك بأن يستفتي شخص المفتي باحثاً الخلاص من مظلمة بأن يقول ظلمني فلان. فما هو السبيل إلى الخلاص منه ويستحب عدم التعيين بأن يجعل السؤال عن رجل مجهول ومع هذا فتعيين الشخص بالاسم جائز[5]. ويستدل لذلك بواقعة هند[6] حين استفتت النبي في موضوع النفقة بقولها: "إن أبا سفيان[7] رجل شحيح"[8].
4. الاستعانة على تغيير منكر يذكره لمن يظن قدرته على إزالته. مثل فلان يعمل كذا فازجره أو أعني على زجره ومنعه[9].
5. تحذير المسلمين من الشر وذلك إنما يكون في صور منها جرح المجروحين من الرواة والشهود والمصنفين. وقد حكى النووي الإجماع على وجوبه. يقول: "وذلك جائز بالإجماع بل واجب"[10]. وجرح الشاهد يشترط فيه أن يكون عند الحاكم وعند توقع الحكم بشهادته ولو في المستقبل أما عند غير الحاكم فيحرم التجريح لعدم الحاجة. ومنها أن يذكر حاله فيما يشاور فيه الإنسان كنكاح مثلاً. وقد اختلف في جوازه في هذه الصورة أو وجوبه فذهب فريق إلى جوازه مع الندب وإن لم يسأل، وذهب فريق آخر إلى وجوبه مطلقاً لأن النصيحة للمسلمين واجبة حيث مست الحاجة إليها بأن كان المنصوح شرع في فعل تلك المصلحة. ولكن اشترطوا فيه أن يقتصر على ذكر الوصف المخل بتلك المصلحة فلا يتعداه لعيب آخر فإذا استشاره في النكاح

---

(1) فتح الباري: 393/10، وشرح النووي على مسلم: 143/16، وإعانة الطالبين: 284/4، والفواكه الدواني: 298/3، وكفاية الطالب الرباني وحاشية العدوي 396/2.

(2) عائشة بنت أبي بكر الصديق وأم المؤمنين ومن قريش أفقه نساء المسلمين وأعلمهن بالدين والأدب كانت تكنى بأم عبد الله تزوجها النبي في السنة الثانية بعد الهجرة فكانت أحب نسائه وأكثرهن رواية للحديث. ولدت سنة 9 قبل الهجرة وتوفيت سنة 28 هـ. انظر: الأعلام: 5/4، وصبح الأعشى: 435/5، ومنهاج السنة: 182/2، والسمط الثمين: 29.

(3) صحيح البخاري /كتاب الادب/ باب ما يجوز فيه اغتياب أهل الفساد والريب، فتح الباري: 393/10.

(4) شرح النووي على مسلم: 142/16، وفتح الباري: 393/10، وإعانة الطالبين: 284/4، والفواكه الدواني: 290/2.

(5) شرح النووي على مسلم: 142/16، وفتح الباري: 393/10، وإعانة الطالبين 284/4.

(6) هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف صحابية قرشية عالية الشهرة وهي أم الخليفة معاوية وزوج أبي سفيان كان النبي قد أهدر دمها يوم فتح مكة ثم عفا عنها. شهدت اليرموك وتوفيت سنة 14هـ. انظر الأعلام: 105/9.

(7) هو أبو سفيان صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس الأموي الصحابي. أسلم عند الفتح وكان شيخ مكة إذ ذاك ورئيس قريش شهد الطائف وفقئت عينه يومئذ وشهد اليرموك وروى له البخاري ومسلم نزل المدينة وتوفي فيها سنة 31هـ أو 34هـ.
انظر تهذيب الأسماء واللغات: 240/2، وتهذيب التهذيب: 411/4، وشذرات الذهب: 37/1، والعبر في خبر من غبر: 31/1.

(8) صحيح مسلم /كتاب الأقضية /باب قضية هند/ ص 1338 رقم الحديث: 1714.

(9) فتح الباري: 393/10، وشرح النووي على مسلم: 142/16، وإعانة الطالبين 284/4.

(10) شرح النووي على مسلم: 142/16.

فلا يذكر له عيباً في الشركة[1].

6. التعريف بالشخص وذلك مثل أن يكون مشهوراً بلقب لا يعرف إلا به كالأعمش والأقطع. جاز تعريفه به ويحرم ذكره تنقصاً. وفي الأحوال التي يمكن معرفته بغير اللقب فتركه أولى[2].

هذه هي الصور التي ذكرها الفقهاء وقالوا بجواز الغيبة. فإلى أي نوع ينتمي الإفشاء الذي يتم عن طريق كتابة السير الذاتية؟

يمكن القول إن هذا النوع من الكنايات ينتمي إلى الصورة الخامسة والسادسة إذ إن دراسة الشخصية في جانبها السلبي تعطي تصوراً كاملاً للشخصية حتى لا تضيع الحقائق الموضوعية على الجمهور على أنه يمكن القول إن مثل هذه الدراسات النقدية هي نوع من العلم النافع الذي نهى الرسول ρعن كتمانه بقوله: "من كتم علماً ألجمه الله يوم القيامة بلجام من نار "[3].

وبعد هذا العرض يدور التساؤل حول إباحة الغيبة في المواطن الستة المتقدمة وهو أنه: هل يسري ذلك في حق الميت أيضاً. بمعنى أن ما جازت به غيبة الحي هل تجوز غيبة الميت به أيضاً؟ أم أنها مقصورة على الأحياء فقط؟.

الظاهر أنه يلاحظ كل سبب من الأسباب الستة التي اقتضت الاستثناء وهل انقطع بالوفاة أم لا؟ فإذا انقطع بعد الموت لم تجز الغيبة وذلك كالمشاورة للمصاهرة أو تعديل الشهود إذ أن هذه الأسباب قد انقطعت بالموت. أما الأسباب التي لا تنقطع بموت الإنسان مثل جرح الرواة وكونه يؤخذ منه اعتقاداً فإنه يبقى مستمراً ولا بأس بذكره ليحذر الناس منه ويجتنبوه ذلك لأن السبب المقتضى للغيبة لم يزل قائماً[4]. ويستدل لهذا بما ورد في الصحيح عن أنس قال: مروا بجنازة فأثنوا عليها خيرا، فقال النبي ρوجبت. ثم مروا بأخرى فأثنوا عليها شراً، فقال وجبت. فقال عمر بن الخطاب τ: ما وجبت ؟ قال: هذا أثنيتم عليه خيراً فوجبت له الجنة، وهذا أثنيتم عليه شراً فوجبت له النار أنتم شهداء الله في الأرض"[5]. وهذا الحديث يدل بظاهره على جواز ذكر مثالب الميت فيما إذا وجد المقتضي لذلك لأن النبي ρلم ينكر عليهم ذكرهم بالشر للميت بل قضى بأنهم شهداء على أهل الأرض.

وهذا لا يتعارض مع ما ورد في الصحيح عن النبي ρ أنه قال: "لا تسبوا الأموات فإنهم قد أفضوا إلى ما قدموا "[6] إذ إن هذا الحديث محمول على السب في غير المواضع المستثناة يقول النووي: "إن النهي عن السب في غير المنافق وسائر الكفار

---

(1) إعانة الطالبين: 284/4، والفواكه الدواني: 290/2، وشرح المنتقى للباجي 312/7، وحاشية العدوي: 396/2، وشرح النووي على مسلم: 142/16.

(2) شرح النووي على مسلم: 142/16، وإعانة الطالبين: 284/4.

(3) المستدرك للحاكم: 102/1 وقال فيه: هذا إسناد صحيح على شرط الشيخين وليس له علة، وأقره الذهبي.

(4) عمدة القاريء. ط. الحلبي: 118/7.

(5) صحيح البخاري /كتاب الجنائز / باب ثناء الناس على الميت. وقد ورد الحديث في صحيح مسلم بطريق آخر وألفاظ قريبة منه. انظر صحيح مسلم /كتاب الجنائز باب فيما يثنى عليه خيراً أو شراً من الموتى: ص655رقم الحديث 949. وقد اختلف في المراد بقوله عليه الصلاة والسلام: " أنتم شهداء الله في الأرض " فقيل إن الخطاب وجه إلى الصحابة ومن كان على صفتهم من المؤمنين وقال إنه مخصوص بالصحابة لأنهم كانوا ينطقون بالحكمة بخلاف من بعدهم. عمدة القاري - ط. الحلبي: 115/7.

(6) صحيح البخاري / كتاب الجنائز باب ما ينهى عن سب الأموات.

وفي غير المتظاهر بفسق أو بدعة فأما هؤلاء فلا يحرم ذكرهم بشر للتحذير من طريقتهم ومن الاقتداء بآثارهم والتخلق بأخلاقهم"[1].

ونخلص مما تقدم كله إلى أن ما تضمنته السير الذاتية للمشاهير وغيرهم من معلومات جائزة متى كانت هناك ضرورة تدعو إلى تحذير الناس منهم. ويلاحظ أنه في كل الصور التي قال فيها الشرعيون بجواز الغيبة يندر أن تكون الحياة الخاصة موضوعاً لها. صحيح أن تزكية الشهود وتجريح الرواة وتحذير الناس من مبتدع أو صاحب شر فيه مساس بالشخصية لأنه يضع الفرد في الضوء الزائف أمام الجمهور إلا أن هذا اقتضته ضرورة الموازنة بين المصالح المتعارضة إذ إن الشريعة تتجه دائماً كقاعدة عامة إلى إهدار المصلحة الفردية متى هددت مصلحة المجتمع ونظامه العام ولا شك أن مصلحة الفرد في أن يظل محتفظاً بشخصية متكاملة من الناحية الأخلاقية قد تعارضت مع مصلحة تحقيق العدالة أو حفظ الدين ونقائه في صورتي تجريح الشهود أو تجريح الرواة فتراعى المصلحة الثانية لأنها أولى بالمراعاة لعمومها وتهدر الأولى.

وهكذا الشأن في كل الصور التي ذكرها الشرعيون وقالوا فيها بجواز الغيبة.

أما إذا كانت الدراسات النقدية لا ترتقي إلى الصور التي ذكرتها آنفاً والتي قال الشرعيون فيها بالجواز بأن لم تكن هناك ضرورة تدعو إلى تحذير الناس منهم وترتب عليها ضرر، فإنها تكون في هذه الحالة من الإفشاء المحرم الذي يستوجب العقوبة الأخروية والدنيوية.

المبحث الثاني: الإفشاء

إن التقاط الصورة ثم تحميضها لتصبح صورة سلبية صالحة لاستخراج صور مكررة متماثلة منها، هذه العملية الأخيرة تعرف بعملية النقل، أي استخراج صور متماثلة Reproductionويرتبط بها عملية فنية أخرى هي عملية تركيب الصور لإعطاء إيحاء معين لدى الناظر أو القارئ. وهذه العمليات الفنية وثيقة الصلة بالصحافة والنشر.

والفكرة السائدة في الفقه الغربي سواء بالنسبة للقانون اللاتيني (قوانين الصحافة في فرنسا أو في البلدان التي تسير على نهجها في التشريع) أو بالنسبة للقانون الأنجلو أمريكي هو الاعتقاد بأن هناك مصلحة في أن تكون الصحافة حرة. وفي عدم إرهابها بادعاءات غير ذات قيمة أو مغالى فيها. وظلت المحاكم تتنازعها مصلحتان لا سبيل إلى تفضيل إحداهما على الأخرى، فكلتا المصلحتين لهما الأهمية القصوى فهل تجنح المحاكم إلى مزيد من القيود لرعاية مصلحة الخصوصية والحرية الشخصية أم مراعاة حرية الصحافة؟

وعلى كل حال فمن بين مقاصد مقال كل من: Warren Brandeis &المشهور وسالف الإشارة إليه، والذي نشرته مجلة هارفارد للقانون في حينه، وعلى ما سلف القول، هو الاستعمال غير المشروع للصورة أو الاسم بطريقة مباشرة. وكانت

(1) شرح النووي على مسلم: 20/7.

أول قضية أثير فيها هذا الموضوع هي قضية بولارد Pollard [1] وكان التكييف القانوني للقضية هو الإخلال ضمناً بالعقد، وكانت وقائع القضية تتلخص في أن المصور (المدعى عليه) كان قد التقط صورة للمدعية ثم عرضها للبيع. ولا يزال هذا الأساس في المسؤولية وهناك قضايا بنفس المعنى نظرتها المحاكم في الولايات المتحدة ومن القضايا المبكرة قضية أخرى مشابهة وكانت تتعلق بالاستفادة غير المشروعة للاسم والصورة وبطريق الانتحال. وطبقت المحكمة فيها أيضا ما انتهى إليه حكم المحكمة السابق في قضية بولارد سالفة الذكر.

وهناك أحكام متعددة قضت فيها المحاكم بأحقية المدعي في اسمه على سبيل المثال قضية Mackenzie[2] وقضية Fisher[3] وقضية Young[4].

ومن مقتضى هذه الأحكام أنه لا يجوز تحقيق ربح من وراء التقاط أو نقل، أو استغلال الصورة الشخصية بدون موافقة صاحب الصورة أو الشبه أو الاسم كأن تستخدم الصورة في الإعلان أو في تزيين مقال، أو في أغراض أخرى كالأفلام أو الكتب أو التلفزيون.

مثال ذلك قضية (هوجان) Hogan[5] وهي قضية تتعلق بصورة للمدعية وهي تركب سيارتها بطريقة صحيحة ولتكون نموذجا يحتذيه من يشاهدون الإعلان التلفزيوني في أسلوب ركوب سياراتهم.

وتشريع نيويورك وتشريعات الولايات الأخرى التي سارت على منواله قد نص على فرض قيود على الإعلان المتضمن الاستخدام غير المرخص به للاسم أو الصورة في أغراض التجارة أو لغرض محدود أكثر حسبما نص عليه في تشريعات بعض الولايات الأخرى كذلك، ولكن لا تأثير لذلك في التطبيق فالفقه القانوني قد استقر على أن اسم الشخص هو رمز لشخصيته وليس مجرد اسم، إذ هناك عدد وفير من الناس يشتركون في اسم معين ومع ذلك فهم مميزون بشخصياتهم وحقوقهم مكفولة في صورهم وعدم جواز النشر المزيف عنهم. أو إقحام اسم شخص بريء بين المحكوم عليهم لأن ذلك يخرج النشر من حقوق امتياز النشر الصحفي[6].

الإفشاء:

في الثلاثينات (سنة 1930 وما بعدها) وبمناسبة إصلاح القانون المدني في الولايات المتحدة كان هناك ميل للاعتراف بالحق في الخصوصية وكذلك محاولة تعريف محتواها، وحركة الإصلاح هذه كانت تهدف إلى وضع مبادئ منظمة للقانون العام في الولايات المتحدة.

وأعد مشروع الإصلاح المعهد الأمريكي للقانون وهو يضم نخبة من الثقاة في القانون سواء من المحامين أو القضاة ومع ذلك فإن هذه المقترحات لم يجر تضمينها في

---

(1) انظر قضية: Pollard v. Photographic Co. 40 , ch. D. 345 (1888).

(2) انظر قضية: Mackenzie V. Soden Mineral Springs Co. 27 Abb. N. Cas. 402 , 18 NYS. 240 (S. Ct. 1891) .

(3) قضية: Fisher V. Murray M. Rosenberg , Inc. 175 Misc. 370 , 23 NYS 2d. 671 , (S. Ct. 1940)

(4) قضية: Young V. Greneker Studies , 175 Misc. 1027 , 26 NYS. 2d. 679 (S. Ct. 1940)

(5) قضية: Hogan V. A. S. Barnes Co. 114 USPQ 314 (1957)

(6) Hodgeman V. Oslen , 35 Wash. 615, 150 Pac. 1122.

شكل قانون ولكن كان لها نفوذ كبير على تطور القانون في الولايات المتحدة[1].

ونصت المادة (867) من مقترحات إصلاح القانون المدني سالفة الذكر إمكان رفع دعوى في حالة التدخل في الخصوصية. وجاء في النص الآتي:-

"إن الشخص الذي يتدخل تدخلاً جدياً -وبشكل غير معقول- في مصلحة شخص آخر وفيما لا علاقة له به سواء في شؤونه أو في عرض صورته على الجمهور يصبح مسؤولاً أمام الشخص الآخر المضرور من مثل هذا التصرف ".

والتفسير الواسع المقبول للحق في الخصوصية قد تطور بفضل كتابات العميد Prosser العميد السابق لكلية الحقوق بجامعة كاليفورنيا (في بيركلي) والذي يعمل حالياً أستاذاً للقانون في كلية الحقوق جامعة هاستنجز Hαστινγσ ويعرف Pr sserO ويميز في كتاباته بين أربعة أنواع من التعدي تشكل انتهاكا لهذا الحق وهذه الأنواع الأربعة هي:-

(1) التطفل على وحدة المدعي المدني وعزلته أو التطفل على شؤونه الخاصة.
(2) الإفشاء المحرج لحقائق خاصة عن المدعي.
(3) النشر الذي يضع المدعي في الضوء الزائف في أعين الجمهور.
(4) انتحال اسم المدعي أو صورته بغرض تحقيق منفعة[2].

إن مفهوم التطفل يمتد إلى ما هو أبعد من التعدي المادي على الخصوصية، فيغطي مثلاً التصنت بالوسائل الإلكترونية. وينشأ التطفل عندما يكون هناك عنصر من يقوم فيه المدعى عليه - بدون حق - بالحصول على معلومات بدون ترخيص من الشخص الذي تعنيه هذه المعلومات. ومن ثم فإن مجرد الضوضاء ليست تطفلاً، ولكن التطفل يكون بالتعدي على المجال الخاص للمدعي، ومن ثم فإن التقاط صورة الشخص في مكان عام ليست تطفلاً.

وأخيراً فإن التطفل ينبغي أن يصل إلى درجة من السلوك يرفضه الرجل المعقول.

وجرى الفقه عموماً على اعتبار أن الإفشاء لحقائق خاصة محرجة عن الشخص يشكل خطأ مدنياً في الأحوال التالية[3].

(أ) أن يكون الإفشاء يكفي في اتساع مداه ليصل إلى علم الجمهور.

(ب) أن يكون الإحراج كافياً ليؤثر في مشاعر الرجل المعقول وضرب تقرير YOUNGER مثلاً بقضية SISID[4]. والقضية سالفة الذكر كانت تتعلق بتأريخ حياة طفل غير شرعي صار فيما بعد شخصية مرموقة.

(ج) أن تكون الحقائق التي جرى عليها الإفشاء خاصة في طبيعتها. بمعنى أنه لم يسبق عرضها على الجمهور، ولكن ليس بمعنى الصورة التي تلتقط للشخص في مكان عام أو معلومات متاحة للجمهور من السجلات العامة، ومع ذلك فإنه في

---

(1) انظر تقرير YOUNGER عن الخصوصية. سبق ذكره. وانظر الطبعة الرابعة من كتاب العميد Prosserعن قوانين الأخطاء المدنية صدر سنة 1971 مشار إليه بالمرجع السابق بند (34) ص 314.
(2) انظر مجلة كاليفورينا للقانون Calif. L. Rev. عدد 48 لسنة 1960.
(3) تقرير YOUNGERالمرجع السابق بند (38) ص 315.
(4) انظر قضية: Sidis V. FR Publishing crop. (1960) 113 F 2d. 406 ; 311 US 7.

قضيـــة Melvin .V Reid سـنة 1930[1] كانـت وقائعهـا تـتلخص فـي أن غانيـة محترفة في السابق اتهمت في جريمة قتل. وفيما بعد استقامت من بعد أن تزوجت وأصبحت تعيش حياة ظاهرها الاحترام و العفة وتسبب النشر بعد ذلك في الإضرار بها بسبب النبش في ماضيها.

(د) إن الحقائق التي يجري نشرها وإفشاؤها تصبح خاصة طالما لا تنتمي للأنباء التي يجوز نشرها والتي تتمتع بمزايا لضمانات الدستورية التي تكفل حرية الحديث.

وتتضاءل درجة الخصوصية في النشر كلما اتسعت دائرة الاهتمام العام بالشخص بسبب مركزه الاجتماعي وهذا ما تقدره المحاكم وتضعه في اعتبارها.

أما تكييف الضوء الزائف الذي عبر عنه العميد (بروسر) فهو الذي نسرد بعضاً منه على سبيل المثال: كأن ينسب للمدعي بغير موافقته أو أن ينشر عنه أنه مرشح لوظيفة أو استخدام صورة المدعى عليه كإيضاح لمقال ليست له به علاقة.

وعملياً تتداخل قضايا الضوء الزائف مع قضايا الانتحال[2].

وكان موضوع قضية شركة (تايم) وهي التي تصدر أيضا مجلة لايف الأمريكية، والتي نشر بها الموضوع الصحفي الذي طرح أمره على القضاء ، ويتلخص ادعاء المدعي المدني أن مقال مجلة (لايف) تضمن حوادث مزيفة في حقيقتها نسبت للعائلة أثناء وقوع أفرادها رهائن في أيدي بعض المجرمين الهاربين من السجن وقدم المدعي الدعوى المدنية طالباً التعويض عن الأضرار التي لحقته بمقتضى قانون ولاية نيويورك[3]، وقضت المحكمة العليا أنه ما لم يكن المدعى عليهم على علم أو أنهم تراخوا في التحري عن صدق الادعاءات فإنهم يصبحون ملزمين بتعويض لأن حماية حرية الحديث تنص على هذه الضوابط وتحد من قدرة المدعي في رفع دعواه[4].

وقد علق بعض المعلقين[5] على الحكم في تلك القضية وحيث تكون الحقائق المنشورة صادقة فلا يكفي التدليل على أن الموضوع يتصل بمسائل شخصية أو أن النشر يعافه الرجل العاقل الرشيد إلا إذا أثبت المدعي بالحق المدني أن النشر كان بوازع من سوء النية فإذا كان هذا هو القيد، فإن مجال الحق في الخصوصية في الولايات المتحدة يكون قد ضاق نطاقه.

وقانون التقارير المنصفة (في مجال الائتمان) لسنة 1970
Fair Credit Reporting Act, 1970

هو أحد مجالات رعاية الخصوصية في بريطانيا، وأهدافه في رعاية مصالح الأفراد الاقتصادية وسمعتهم المالية واضحة.

---

(1) قضية مشار إليها في تقرير YOUNGER بند (38) ص 315.
(2) انظر على سبيل المثال قضية: .Time INC. V. HILL , 385 US 374 (1927)
(3) انظر بند (33) من تقرير (يونجر) سالف الإشارة إليه ص 315 وما بعدها.
(4) وهذا يدل على الاهتمام بالحد من الحق في الخصوصية في قضايا التشهير في الولايات المتحدة عكس الحال في إنجلترا. انظر على سبيل المثال قضية: Grinzburg V. Goldwater , 396 US 1049 , 1970والتحفظ الواضح في الحكم يقضي بأن المحكمة لا تقضي بتعويض عن النشر المتضمن تشهيراً في الولايات المتحدة إلا إذا ثبت سوء النية.
(5) انظر مجلة هارفارد للقانون سنة 1970 عدد 1722/83 حيث حاول المقال أن يفرق بين الحقائق المحرجة ومصلحة الجمهور المشروعة في أن يعرف وفي قضية تايم سالف الإشارة إليها لم يكن في النشر ما يهم الجمهور أن يعرفه وانظر أيضا عدد 119 سنة 1971 من مجلة جامعة بنسلفانيا للقانون وفي المقال تعليق على قضية ملفين / ريد سالف الإشارة إليها.

وفي التشريع المصري نجد أن الشارع المصري قد ختم الباب السابع من الكتاب الثالث من قانون العقوبات ببيان أحكام جريمة إفشاء الأسرار. وتقوم الجريمة إذا ما توافرت أركان ثلاثة:-

(1) إفشاء سر.
(2) بمعرفة من أفضى إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته.
(3) وذلك بقصد جنائي.

ومن ناحية إفشاء السر لم يرد في القانون تعريف لسر المهنة وذلك أن تحديد السر مسألة تختلف باختلاف الظروف. وما يعتبر سراً بالنسبة لشخص قد لا يعتبر كذلك بالنسبة لآخر وما يعتبر سراً في ظروف معينة قد لا يعتبر في ظروف أخرى. إلا أن هذه الحقيقة لم تمنع الفقهاء من محاولة التعريف (دالوز) مثلاً عرفه بأنه: "كل ما يضر إفشاؤه بسمعة مودعه أو كرامته"[1] أو هو في تعريف غالبية الفقه العربي كل ما يعرفه الأمين أثناء أو بمناسبة ممارسته مهنته، وكان في إفشائه ضرر لشخص أو لعائلة إما لطبيعته أو بحكم الظروف التي تحيط به[2] ولا يشترط أن يكون السر قد أفضى به إلى أمين على السر. ولا أن يكون قد ألقي إليه على أنه سر وطلب منه كتمانه بل يعد في حكم السر الواجب كتمانه كل أمر يكون سراً ولو لم يشترط كتمانه صراحة. كما أنه يقصد بالإفشاء اطلاع الغير على السر بأية طريقة كانت بالمكاتبة أو المشافهة أو الإشارة.

واستقر القضاء الفرنسي على أنه يعد جريمة معاقباً عليها إفشاء السر لو انصب على واقعة معروفة ما دامت غير مؤكدة وإذا كان من شأن الإفشاء أن يحمل المتشككين على تصديقها[3].

وهناك ارتباط وثيق بين الإفشاء، والضوء الزائف، رغم أن ذلك ليس له بالضرورة طابع التشهير. ومع ذلك ففي الغالب ما يجمع النشر yticblPu المتضرر منه كلا الوصفين. أي الضوء الزائف والتشهير، ومن الواضح أن ذلك ينطبق على النشر الذي يثير الاعتراض لدى الشخص المتوسط الذكاء وهو ما يطلق عليه في القانون الأنجلو أمريكي "الشخص المعقول" وبقدر ما يراه فيما لو كان النشر قد ناله في مثل هذه الظروف التي أوجبت رفع دعوى المدعي بالحق المدني، مثال ذلك إفشاء حقائق شخصية حساسة عن الشخص مثل الخطأ في تواريخ أو أمكنة وكذلك تنشأ عمليات قضائية محيرة يراعي القاضي فيها عندئذ مختلف المعايير وقدر ما تسعف به الظروف، مثال ذلك أن يجري أحد الصحفيين حديثاً مع فتاة وهي تدخن ثم ينشر صورتها مع الحديث ويصفها بأنها "ذات السيجارة" وليس أمام القاضي في هذه الحالة إلا أن يختبر مقدار الضرر الذي يتعرض له المضرور المدعي. ومثل هذه القضايا تتعلق (بالسمعة) لأن لها تأثيراً معنوياً لا يقل عن دعوى التشهير. والأساس هو الإفشاء ومن صور القضايا المدنية التي لها صلة بالخصوصية نشر وقائع شخصية كاذبة أو وقائع سرية صادقة أو إفشاء سر المهنة أو حقوق اختراع.

وعلى العموم فإن من أركان استيفاء الدعوى تحقق النشر أي الجهر.

---

(1) دالوز: فقرة 16 - المرجع السابق.
(2) محمود محمد مصطفى: المرجع السابق بند 374 وما بعدها ص 422-423.
(3) نقض فرنسي، 27 يونيو 1931، محكمة سيري، 37/1 سنة 1932.

وهناك العديد من القضايا التي يختلط فيها (الضوء الزائف) بالتشهير وقضايا الخصوصية تفوق في مجالها المجال الضيق المحدود لدعاوى التشهير. وفي الغالب لا يتاح العلاج إلا بالاستناد إلى القانون المدني فحسب.

وتختلف الأمور في بريطانيا عنها في الولايات المتحدة فالسمة الغالبة في الولايات المتحدة هي أن المحاكم فيها تعترف في معظمها بحق الفرد في الخصوصية بدرجة أكبر مما تأخذ به المحاكم الإنجليزية رغم أن بريطانيا - حسبما يشير تقرير يونجر[1] أن التكييف القانوني يميل في الغالب إلى اعتبار قضايا الإفشاء باعتبارها جريمة خيانة الثقة وإخلالاً بواجب الأمانة Breach of Confidence والسبب في هذا الاتجاه حسبما أشار التقرير هو أن المملكة المتحدة منضمة للتصريح العالمي لحقوق الإنسان وميثاق الأمم المتحدة للحقوق المدنية والسياسية والميثاق الأوروبي لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية وأي من هذه المواثيق تعترف بشكل أو بآخر بالحق في الخصوصية وبصيغة عامة شاملة كل مبادئ الحماية المتعارف عليها دولياً [2]ولذلك فالمبدأ ليس متنازعاً عليه ولكن طبيعة التشريع المدني في إنجلترا هي التي في حاجة إلى أن تتلاءم مع هذه المواثيق.

وربما من وسائل الحماية من الإفشاء والتشهير والنشر والتعرض للضوء الزائف هو ما جاء بالمادة (12) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[3] فقد جاء بالمادة 12 من الإعلان الآتي:

"أن يتعرض أحد للتدخل التحكمي في خصوصية الفرد أو خصوصية عائلته أو منزله أو مراسلاته ولا للتعدي على شرفه أو سمعته وكل فرد له الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل أو التعدي ".

والعلاقة بين الخاص والعام هي مسألة تخص العلاقات بين الفرد والمجتمع من ناحية وبين الفرد والفرد من ناحية أخرى. والمجتمع ملتزم بحقوق وواجبات تجاه الفرد مثلما الفرد مرتبط بنفس الدرجة بالمجتمع، ولكن الفرد الحر هو الذي يرى حقوقه ويدركها ويتعرف على واجباته، هو المسؤول عن الوفاء بالتزاماته والدفاع عن حقوقه فكل حق يرتبط به حق الدفاع عنه.

ويهتم رجال الاجتماع والقانون بحرية الفرد فهي عرضة لأن يتجاهلها المجتمع ويفتات عليها وأحياناً بدوافع " المصلحة العامة " وهو قول مرسل يتسع ويضيق عادة بتفسير السلطة الحاكمة ويرى فريق من الفقهاء ضرورة الاهتمام بأن تأخذ النصوص الحامية شكل نصوص إيجابية مع العناية بتحديد وتعريف التغيرات التي تطرأ على المجتمع مع اعتبار أن إعادة التحديد والتعريف عملية دائمة ومستمرة وصياغة الحقوق إجراء وقائي بحت والمكاسب التي تحققت للحقوق الفردية عن هذا الطريق لا يستهان بها.

والعلاقات بين الفرد والمجتمع معقدة وكذلك العلاقات بين ما هو خاص وما هو عام فهي أشد تعقيداً لأن العلاقة ما دامت تتعلق بمجال الخصوصية فهي تمس مباشرة الحياة الخاصة.

---

(1) تقرير (يونجر) YOUNGER عن الخصوصية، المرجع السابق بند (656) ص 203.
(2) المرجع السابق
(3) انظر تقرير اليونسكو / UNISCO, Paris 19 – 23 Jan. 1970, SHC CONF 12 / 4.
اجتماع خبراء الحق في الخصوصية برعاية اليونسكو في باريس في الفترة من 19 –23 يناير سنة 1970.

ولا يفوتنا بهذا الصدد أن نشير بإيجاز إلى تقرير لجنة FAUIKS في شأن قانون التشهير في بريطانيا[1].

ويهمنا في هذا الصدد أن نشير إلى ما ورد في التقرير من عامل سوء النية في الإفشاء[2].

ولدى معظم الدول قوانين تتعلق بحماية الأسرار الرسمية من الإفشاء ولما كانت الوسيلة الأكثر شيوعاً هي تسرب المعلومات بقصد النشر في وسائل الإعلام إما بمقولة المصلحة العامة أو رغبة في الإحراج لذلك تعمد السلطات إلى اتخاذ تدابير وقائية في الأزمات ويجوز أن يعهد بالرقابة إلى مجالس الصحافة ذاتها، أو أن تتناولها ضوابط في قوانين حماية الأسرار الرسمية.

هذا بالإضافة إلى إفشاء ما يتعلق بأسرار الحياة الخاصة وقد أشرنا فيما سبق إلى قضية (توماس) سنة 1906 ونشير كذلك إلى قضية أخرى سنة 1943[3] كانت المدعى عليها فيها هي جريدة الديلي تلغراف البريطانية، وكانت الصحيفة قد أشارت في نقدها لإحدى الروايات الهزلية التي يقدمها الراديو باسم (عائلة ليون) وهو اسم عام ولكنه صادف أنه يطلق أيضا على المدعي بالحق المدني.

وانتهى حكم المحكمة بإثبات أن الاسم له طابع فني ولا علاقة له بشخص المدعي وجاء الحكم قاضياً بأن التعليق منصف وأنه لم يثبت سوء النية.

وكان من توصيات اللجنة بالنسبة لعبارة (سوء النية) وهو العنصر الذي يقوم عليه تقدير الإفشاء أو التشهير أو النشر المخالف للقانون أو وضع المدعي بالحق المدني في الضوء الزائف ـ أن يستبدل هذا التعبير بأن يفضل عليه لفظة (أصيل) (أي إثبات ما إذا كان الرأي أصيلا أو غير أصيل) وينبغي على المدعي المدني أن يبين ويدلل على عدم نزاهة التعليق.

وتأكيد أهمية الإعلام ووسائله في العصر الحديث، وهو سمة من سمات هذا العصر وبشكل يفوق أي وقت آخر، وانتشار الوسائل العلمية والتكنولوجيا الحديثة، زاد من فرص الإفشاء والتشهير والوضع في الضوء الزائف. ولم يعد المرء يستطيع أن يتبين النبأ الجاد عن النبأ غير الجاد واهتمام الفنيين يكون موجهاً أكثر بالحصيلة النهائية للعمل الفني المتكامل وهدف شبكات التلفزيون الإبقاء على اهتمام المشاهدين وتسليتهم وجذب أقصى ما تستطيع من المشاهدين لبرامجها (بغية الاعتداد بذلك في موضوع له اعتبارات اقتصادية وهو ربط الإعلان بالمشاهد وتتقاضى شبكات التلفزيون مقابل ذلك).

ولنأخذ مثلاً حادثاً لا ينسى هو تسجيل اغتيال الرئيس الامريكي الراحل جون كنيدي على يد Lee Harvey Oswald والمشكلة هنا أن الفيلم عند التسجيل لا يميز وبعض الأحداث ذات المغزى لا توفر دائماً افضل الصور كذلك ليست أفضل الصور تتم أن هذه الحوادث أكثرها مغزى. مثال ذلك صور الإعلانات المدروسة بعناية لتعطي تأثير تجارباً معيناً ولكن ليس لها مغزى عام. وكثير من الأخبار المهمة-وهذا يفتح ثغرة للإفشاء- تأتي في صورة تصريحات وأقوال.

هكذا تصلنا أغلب التقارير الحكومية والتطورات الدولية والمشروعات الجديدة

---

(1) Faulks Repport , Official Publication No. 5909.
(2) انظر على سبيل المثال قضية Thomas v. Bradbury Agenew (1906) Re: Raulks Report.
(3) انظر قضية: Lyon v. Daily Telegraph , 1953 , Re: Faulks Report.
Press- Law , Robin Calender Smith , Pub. Sweet & Maxwell London , 1978.

فهذه تأتينا عادة في شكل مدون أو في شكل تصريحات والحروب ومظاهرات الجماهير والمظاهرات الغوغائية يناسبها التسجيل بالأفلام ولكن هذه الأحداث ليست هي القاعدة دائما[1].

القصد الجنائي:

المستقر عليه قانوناً أن الجريمة لا تقوم إلا إذا تعمد الفاعل الإفشاء، ولا تقوم إذا حصل الإفشاء بسبب الإهمال أو عدم الاحتياط[2]، ولكن مجرد الإفشاء مع العلم بموضوعه كاف لتوافر القصد، فلا يشترط القانون نية خاصة أو نية الإضرار بالغير، ذلك أن الفعل في حد ذاته من الأفعال الشائنة التي لا تحتاج إلى قصد خاص يؤيدها[3].

ومتى توافر القصد الجنائي على الوجه المتقدم بيانه فلا عبرة بالبواعث أو الأغراض. فإفشاء السر لا يباح ولو كان الغرض منه درء مسؤولية أدبية أو مدنية، إذ إن نص المادة310 قد وضع لصالح عام فلا تبرر مصلحة شخصية الإفلات من الحكم. ولا يجوز للأمين أن يدرأ المسؤولية بالدفع بالتزامه بالكتمان، ولكن للأمين أن يفشي السر لكي يدرأ عن نفسه المسؤولية الجنائية إذا كان إفشاء السر من مستلزمات الدفاع[4].

وواجب كتمان السر يتعارض مع واجب أداء الشهادة أمام المحقق أو أمام المحكمة (تراجع المواد 119، 208، 284 من قانون الإجراءات الجنائية). وتقضي المادة 284 أن الشاهد لا يحكم عليه بعقوبة الامتناع عن أداء الشهادة في الأحوال التي يجيز له القانون فيها ذلك. وتنص المادة 287 على أنه تسري أمام المحاكم الجنائية القواعد المقررة في قانون المرافعات لمنع الشاهد عن أداء الشهادة أو لإعفائه من أدائها. والإعفاء مقصور على أداء الشهادة، ولكن الشاهد ملزم بالحضور وإلا وقعت عليه العقوبات الخاصة بالامتناع عن الحضور، فقد ترى المحكمة سؤاله عن أمر من الأمور الخارجة عن سر المهنة. وبناء عليه فمن يلزمه قانون العقوبات بكتمان السر لا يجوز له الإفضاء به للسلطات القضائية وإلا ارتكب الجريمة المنصوص عليها في المادة 310 من قانون الإجراءات الجنائية.

وتتجه التشريعات الحديثة إلى تغليب المصلحة العامة في الوصول إلى الحقيقة[5] مثال ذلك أن الشارع الفرنسي أضاف فقرة ثانية في المادة 378 من قانون العقوبات (بالمرسوم بقانون الصادر في 29 يوليه سنة 1939 أجاز فيها للأطباء وغيرهم من أصحاب المهن إذا دعوا للشهادة أن يبوحوا بما لديهم من أسرار في حوادث الإجهاض دون أن يتعرضوا للعقاب.

ونصت المادة 622 من قانون العقوبات الإيطالي على أن الإفضاء بسر المهنة يعاقب عليه إلا أن يكون هذا الإفضاء لمبرر مشروع.

ونصت الفقرة الأخيرة من المادة 321 من القانون السويسري الصادر في 21

---

(1) انظر تقرير اليونسكو، اجتماع خبراء الحق في الخصوصية في باريس في الفترة من 19-23 يناير سنة 1970م. (ورقة العمل التي أعدتها شعبة العلوم الاجتماعية) المرجع السابق.
(2) محمود محمود مصطفى المرجع السابق، بند 378، ص 425.
(3) نقض فرنسي في 27 يونية سنة 1967 – مجلة العلوم الجنائية سنة 1968، ص 342، وملاحظات البرفسور Levasseur عليه.
(4) المرجع السابق ص 426 و 427.
(5) انظر نقض 2 يوليه سنة 1953 مجموعة أحكام النقض س4 رقم370 ص1064.

ديسمبر سنة 1937 – على أن حضر الإفضاء بسر المهنة لا يحول دون التزام أرباب المهن بأداء الشهادة أمام القضاء[1].

إباحة الإفشاء:

تجوز إباحة الإفشاء في حالة التبليغ عن الجرائم. إذ تنص المادة 66 فقرة أولى من قانون الإثبات على ما يأتي: "لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم من طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته، ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به ارتكاب جناية أو جنحة. ويجوز تبليغ الجهة المختصة عن كل تصميم على ارتكاب جناية أو جنحة ولو تضمن التبليغ الإفضاء بسر ائتمن عليه بمقتضى صنعته أو وظيفته. والإباحة هنا مرجعها الرغبة في منع وقوع الجريمة. ويجوز التبليغ عن الجريمة التي وقعت فعلا. هذا واجب المحامي والطبيب، والذي ينبغي على هذا الأخير التبليغ عن مخالفات اللوائح الخاصة بالمواليد والوفيات والأمراض المعدية وما إليها[2].

ويشترط في جميع الأحوال أن يكون التبليغ للجهة المختصة، فإذا أفضى بالسر خارجها كان الفعل مستوجباً للعقاب.

والحالة الثانية لجواز إباحة الإفشاء رضاء صاحب السر. فالفقرة الثانية من المادة 66 من قانون الإثبات تنص على الآتي: "ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة على تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها لهم على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم. ومن هذا القبيل ما تنص عليه المادة 131 من قانون المحاماة رقم 61 لسنة 1968 مع أن "للمحامي أن يمتنع عن أداء الشهادة عن الوقائع أو المعلومات التي علم بها عن طريق مهنته إلا إذا كان ذكرها له بقصد ارتكاب جناية أو جنحة.

وبناء على ذلك فإن جريمة إفشاء السر لا وجود لها في حالة ما إذا كان الإفشاء حاصلاً بناء على طلب مودع السر، فإذا طلب المريض من الطبيب بواسطة زوجته شهادة بمرضه، جاز للطبيب إعطاء هذه الشهادة. ولا يعد عمله إفشاء سر يعاقب عليه. سواء كان الرضاء صحيحاً أو اعتقد الأمين بصحته[3].

ولا يشترط في الرضا شكل خاص، فيصح أن يكون كتابة كما يصح أن يكون مشافهة. وإنما لا بد أن يكون صريحاً، فلا يصح أن يستنتج من الظروف، أي يصح أن يكون الرضاء ضمنياً وفق اشتراطات فقهية[4]. والتصريح بإذاعة السر حق شخصي لصاحب السر لا يجوز لغيره ولا ينتقل بوفاته إلى ورثته.

وإذا كان صاحب السر غير مميز، كأن يكون مصاباً بعاهة في عقله فلا عبرة برضائه، وإنما الذي يملك التصريح نيابة عنه هو ولي الأمر. أما الوصي والقيم فإشرافهما لا يمتد إلى الدعاوى الخاصة بشخص القاصر أو المحجور عليه[5].

والشكل الثالث لجواز إباحة الإفشاء – أعمال الخبرة. فللخبير أن يضمن تقريره

---

(1) انظر القضية السابقة.
(2) نقض فرنسي مدني 29 مارس سنة 1927، داللوز 145/1/1927.
(3) نقض 9 ديسمبر سنة 1940 مجموعة القواعد القانونية ج 5 رقم 162 ص 295.
(4) استئناف محكمة ليون 16 يونيه سنة 1909 دالوز. 191-2-123.
(5) محمود محمود مصطفى، المرجع السابق بند 381 ص 329-330.

الأسرار إذا انتدبته السلطات القضائية لعمل من أعمال الخبرة وذلك بشرطين: الأول – أن يقدم التقرير للجهة القضائية التي انتدبته وحدها. والثاني– أن يكون الأمين قد عمل داخل الحدود التي رسمتها تلك الجهة. وسند الإجازة في هذه الحالة هو أن الخبير يعتبر ممثلاً للجهة القضائية وعمله يكون جزء لا يتجزأ من عملها فإذا أفضى بالسر إليها فهو لا يكون قد أفضى به إلى الغير.

الفصل الثالث

التهديد بإفشاء الأسرار

المبحث الأول: التهديد بإفشاء الأسرار في الشريعة الإسلامية

لدراسة موضوع التهديد بإفشاء أسرار الحياة الخاصة لا بد لي من إلقاء الضوء على طبيعة الإكراه، ذلك لأن التهديد نوع من أنواع الإكراه، وكذلك لا بد لي من إلقاء الضوء على أنواع الإكراه وأركانه:

1. طبيعة الإكراه:

ذهبت جماهير الفقهاء إلى أنه لا يشترط في وجود الإكراه أن يكون هناك أذى مادي قد وقع بالفعل بل يكفي وجود مجرد التوعد من المكره بالإيذاء وخشية المكره من إيقاع ما توعد به فالعبرة بغلبة ظن المكره أنه لو لم يفعل ما هدد بفعله. فإن المكره يوقع ما هدد به. فإذا ظن ذلك تحقق الإكراه وثبت حكمه وهو الضرورة ولا يشترط وقوع الإكراه بالفعل، لأن الفعل متى أوقعه المكره فقد انتهى الإكراه إذ لم يبق هناك شيء يخشاه المكره أو يخاف منه وبناء على هذا يكفي لأن يكون الشخص واقعاً تحت تأثير الإكراه وجود مجرد الوعيد بالقتل أو إتلاف عضو من الأعضاء أو الضرب أو الحبس لأن يكون الفرد مكرهاً[1].

وقد ذهب الإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه وأبو إسحاق المروزي[2]من الشافعية إلى أن الإكراه لا يتحقق إلا إذا وجد فعل مادي ينال من المكره كنحو ضرب أو

---

(1) الروضة 58/8، شرح العناية للبابرتي 233/9، وحاشية الدسوقي 368/2، والإنصاف 439/8، والمغني لابن قدامة 383/7، والمحرر 50/2، وبدائع الصنائع 4480/9، والمحلى 259/9.

(2) هو إبراهيم بن أحمد بن إسحاق المروزي أبو إسحاق. كان شيخ الشافعية في عصره ونشر المذهب في العراق وسائر الأمصار. انتقل آخر عصره من بغداد إلى مصر وتوفي فيها سنة 340هـ وحيث أطلق في المذهب أبو إسحق فهو المروزي. قال الأسنوي – وقد شرح المختصر شرحاً مبسوطاً. انظر: طبقات الأسنوي 375/2، وتهذيب الأسماء واللغات 175/2، والأعلام 22/1، ووفيات الأعيان 26/1، وشذرات الذهب 355/2.

خنق أو عصر ساق ونحوه[1]. وحجة هذا الفريق أن الذي ورد الشرع بالرخصة معه هو حديث عمار[2] حين عذبه المشركون. فسأله النبي ρ بقوله: "أخذك المشركون فغطوك بالماء وأمروك أن تشرك بالله ففعلت؟.. فإن أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم "[3].

ووجه الاستدلال به أن الحكم لا يثبت إلا إذا كان بمثله فلا يتحقق الإكراه إلا إذا كان هناك إيذاء مادي قد وقع على المكره.

ولكن يرد على هذا الرأي من وجهين:

أحدهما: أن الإكراه لا يتصور وجوده إلا بالوعيد. ذلك لأن المكره متى أوقع العقوبة لا يندفع إكراهه بفعل ما أكره عليه ولم يعد هناك شيء يخشى المكره من وقوعه ولهذا أبيح له فعل ما أكره عليه دفعا لما يتوعد به من العقوبة.

ثانيهما: أن الإكراه إذا ثبت في حق من نيل بشيء من العذاب لا يمنع من ثبوته في حق غيره. يدل لهذا ما روي أن عمر بن الخطاب τ قضى في الذي تدلى يشتار[4] عسلاً فوقفت امرأته على الحبل وقالت طلقني ثلاثاً وإلا قطعته فذكرها الله والإسلام. فقالت لتفعلن أو لافعلن فطلقها[5]، بعدم الاعتداد بطلاقه لأنه كان مكرهاً. وهذا ليس فيه تعذيب مادي وإنما اقتصر على الوعيد ومع ذلك فقد اعتبر إكراهاً.

شروط الإكراه:

يشترط لتحقق الإكراه ثلاثة شروط:

1. أن يكون المكره قادراً على تحقيق ما أوعد به ذلك لأنه بانعدام القدرة تنعدم حالة الضرورة. ولا فرق بعد هذا أن يكون منشأ هذه القدرة هو ما للمكره من ولاية كالسلطان مثلاً أو يكون منشؤها هو التغلب وفرط الهجوم كاللصوص وهذا ما ذهب إليه الجمهور باستثناء أبي حنيفة لأن الإكراه لا يعني إلا التوعد بإيقاع ما هدد به. وهذا المعنى يتحقق في السلطان وغيره. هذا فضلاً عن أن عموم النصوص التي وردت في الإكراه تشمل الجميع[6] مثل قوله عليه الصلاة والسلام: "إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"[7] وذهب الأمام أبو حنيفة إلى أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان وحجته في ذلك أن القدرة على الإيقاع لا تكون إلا بالمنعة والمنعة إنما تكون للسلطان. وقيل لا اختلاف بين الإمام وصاحبيه في المنعة لأن المنعة كانت على عهد أبي حنيفة بالسلطان وهذا بخلاف عهد الصاحبين حيث تغير الحال فهو اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان[8].

---

(1) الروضة 58/8، والمغني لابن قدامة 383/7، والإنصاف 439/8.
(2) هو عمار بن ياسر بن كنانة المذحجي العنسي القحطاني أبو اليقظان وهو أحد السابقين الأولين للإسلام شجاع ذو رأي شهد بدراً والمشاهد كلها وولاه عمر الكوفة زمناً ثم عزله شهد الجمل وصفين مع الإمام علي، ولد سنة 57قبل الهجرة وقتل في صفين سنة 37هـ. انظر الأعلام 191/5، والإصابة 575/4.
(3) الجامع الكبير ط مجمع البحوث، حديث رقم 800 ص264، وقال: رواه ابن سعد عن ابن عوف عن محمد.
(4) يشتار: معناه يجني عسلا.
(5) البيهقي 357/7.
(6) الهداية وشرح العناية للبابرتي 232/9-233، والمحلي 269/9، والمغني لابن قدامة 384/7، والإنصاف 440/8، وبدائع الصنائع 4480/9، والروضة 58/8، ولم يصرح المالكية بتفرقة بين السلطان وغيره مما يشير إلى أن مذهبهم عدم التفرقة. انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 368/2، وشرح منح الجليل وحاشية التسهيل 212/2.
(7) تقدم تخريج الحديث انظر ص: 327.
(8) بدائع الصنائع 4480/9، والهداية وشرح العناية 233/9.

2. أن يغلب على ظن المكره أنه في حالة امتناعه عن تنفيذ ما أكره عليه فإنه سيقع عليه ما هدد به ذلك لأن غالب الظن يكون حجة في حالة عدم القدرة في الوصول إلى اليقين[1].

3. أن يكون المكره عليه مما يستضر به المكره[2] وللفقهاء في معايير الضرر اختلافات كثيرة سأعرض لها فيما بعد ذلك لأنها لصيقة الصلة بموضوعي حيث أنها هي التي تعين وجود الإكراه وتحققه بواسطة إفشاء الأسرار أم لا.

أنواع الإكراه:

ذهب الشرعيون في تقسيم الإكراه إلى نوعين، وذلك تبعاً لتأثيره على الرضا والاختيار أو على أحدهما:

النوع الأول: الإكراه الملجئ:

وهو ما كان الأذى واقعاً فيه على نفس الإنسان أو على إتلاف عضو من الأعضاء، وهذا النوع من الإكراه يؤثر فيما يقتضي الرضا والاختيار معاً. وذلك كارتكاب الجرائم ونحوها حيث أنها تفترض الرضا والاختيار، وقد يعبر عن هذا النوع من الإكراه بالإكراه العام لأنه يفسد الرضا والاختبار[3].

النوع الثاني: الإكراه غير الملجيء:

وهو ما لا يخاف فيه التلف على نفسه أو على عضو من أعضائه ولكن فيه معنى من معاني الإيذاء البسيط كالضرب بسوط واحد مثلاً أو فيه تقييد للحرية كالحبس. وهذا النوع من الإكراه يفسد الرضا لكنه لا يعدم الاختيار، وذلك لأنه يمكن مقاومته أو بتعبير أكثر دقة يمكن احتماله. ولا شك أن الاحتمال هو نوع من أنواع المقاومة وقد يعبر عن هذا النوع بالإكراه الناقص، وهو يؤثر فيما يقتضي الرضا وذلك مثل البيع والإقرار ونحوهما[4]. ويلاحظ أن كلا النوعين –الإكراه الملجئ وغير الملجئ – لا ينافي الأهلية ولا الخطاب[5]، وهذا هو مذهب الحنفية.

أما الشافعية فقد ذهبوا إلى أن الإكراه الملجئ يمنع التكليف، وذلك لانعدام القدرة، أما غير الملجئ فإنه لا يمنع التكليف لأن الفعل ممكن والفاعل متمكن من الإتيان به[6]. وذهب الحنابلة إلى أن المكره غير داخل في دائرة التكليف، لأنه يعدم القدرة على فعل المأمور به وتركه[7].

وهناك من الحنفية من قسم الإكراه إلى ثلاثة أنواع. فأضاف إلى النوعين المتقدمين نوعا ثالثاً وهو الذي لا يعدم الرضا، فلا يفسد به الاختيار ضرورة لأن الرضا

---

(1) المغني لابن قدامة 384/7، والروضة 58/8، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي 368/2، وبدائع الصنائع 4480/9، وكشف الأسرار283/4، والإنصاف 440/8.

(2) الروضة 5/8، والمغني لابن قدامة 384/7، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي 368/2، وكشف الأسرار283/4.

(3) الهداية وشرح فتح القدير 233/9-234-235، وبدائع الصنائع 4479/9، وتبيين الحقائق وحاشية الشلبي 181/5، وكشف الأسرار383/4، والجريمة محمد أبو زهرة ص 530، وشرح المنار ص 992 وما بعدها.

(4) تبيين الحقائق وحاشية الشلبي 181/5، وبدائع الصنائع 4479/9، وشرح فتح القدير 334/9، وكشف الأسرار383/4، الجريمة، محمد أبو زهرة ص 530.

(5) شرح فتح القدير 334/9، وكشف الأسرار383/4، وشرح المنار ص 992 وما بعدها.

(6) شرح البدخشي 138/1، ونهاية السول للاسنوي 138/1-139.

(7) روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة 27/1.

مستلزم لصحة الاختيار[1]. ويرى بعض الحنفية أن هذا النوع غير داخل في الإكراه الشرعي لعدم ترتب أحكامه عليه لأن الإكراه في عرف الشرع هو ما تترتب عليه الأحكام[2]. وقد رجح السرخسي اعتبار هذا النوع من الإكراه على سبيل الاستحسان[3].

التهديد الذي يكون التخويف به إكراها:

اختلفت عبارات الفقهاء اختلافاً كبيراً فيما يصير به المكره مكرهاً وإن كان الفقهاء قد اتفقوا على حد أدنى وهو خوف المكره من مضرة تلحقه فيما لو لم يمتثل لأوامر المكره، ولكنهم اختلفوا في معايير المضرة، فذهب فريق إلى قصره على القتل فقط[4]. وذهب جماهير الفقهاء إلى أن التخويف يحصل بالقتل والضرب أو الصفع. ولو بكف بالنسبة لذوي المروءة فيما لو كان أمام ملأ من الناس. أما إذا كان على الانفراد فلا يتحقق الإكراه[5].

وقد اختلفوا في اعتبار الحبس مما يتحقق معه الإكراه، فذهب فريق من الفقهاء إلى أن التخويف لا يتحقق إلا إذا كان بما يسلب الاختيار ويجعله كالهارب من الأسد الذي يتخطى النار والشوك ولا يبالي. وهذا غير موجود في التخويف بالحبس لوجود الاختيار[6].

وذهبت جماهير العلماء إلى اعتبار الحبس من الإكراه. وبالجملة فإن غالبية الفقهاء قد اعتبروا الضرر اليسير مما يتحقق معه الإكراه بالنسبة لذوي المروءات وأهل الأقدار[7].

ويلاحظ أن الفقهاء في كل الأمثلة التي ذكروها للإكراه كانوا يلاحظون فيها التهديد بإيقاع ألم مادي كالضرب وإتلاف العضو أو القتل أو الحبس وأخذ المال بالنسبة للمعسر وتسويد الوجه وغير ذلك من الأمثلة وهم في كل هذه الصور لم يخرجوا عن دائرة الإيلام المادي والبدني، فهل قصد الفقهاء هذا المعنى أم إن الفقهاء قد عرضوا لما هو المتبادر عادة من الإكراه، ولم يقصدوا بالصور التي ذكروها سوى التمثيل.. وبالتالي يكون كل ما من شأنه تخويف المكره يتحقق معه الإكراه ؛ حتى ولو كان التهديد لم يتخذ شكلاً مادياً بأن اتخذ شكل التهديد بإفشاء الأسرار مثلاً؟.

في الحقيقة لا سبيل إلى معرفة نوايا الفقهاء في هذا الصدد وإن كانت عبارتهم حين يقطع النظر عن الأمثلة التي فسروا بها هذه العبارات توحي بأن كل ما من شأنه تخويف المكره من مضرة تلحقه يتحقق معه الإكراه مثل قولهم: " أن يكون مما يستضر به المكره"[8]. وقولهم: "الإكراه الذي لا حنث معه يكون بخوف مؤلم "[9]. وعلى كل فإن هناك رأياً صححه النووي في الروضة مفاده أن الإكراه على فعل يؤثر العاقل

---

(1) شرح العناية للبابرتي 232/9، وأصول البزدوي 384/4، وشرح المنار ص 992.
(2) شرح فتح القدير 334/9.
(3) المبسوط للسرخسي 144/24، وكشف الأسرار 383/4.
(4) الروضة 59/8.
(5) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي 368/2، اولمغني لابن قدامة 384/7، والروضة 59/8، والهداية وشرح فتح القدير 223/9، والمحلى 259/9.
(6) الروضة 59/8.
(7) المغني لابن قدامة 384/7، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي 358/2، والهداية وشرح فتح القدير 223/9.
(8) المغني لابن قدامة 384/7.
(9) الشرح الكبير للدردير 368/2.

الإقدام عليه حذراً مما تهدد به وهذا الرأي لا يشترط في الإكراه سقوط الاختيار[1].

ويلاحظ أن الأمثلة التي ذكرها أصحاب هذا الرأي هي الأخرى لا تخرج عن دائرة الأفعال المادية. وعلى كل حال فإنه يمكن القول بناء على الرأي الذي ذهب إليه بعض الحنفية في تقسيم الإكراه إلى ثلاثة أنواع أنه يدخل فيه الإكراه الأدبي.

يقول السرخسي: " لو قيل لنحبسن أباك أو ابنك في السجن أو لتبيعن هذا الرجل عبدك يألف درهم ففعل ففي القياس البيع جائز لأن هذا ليس بإكراه. فإنه لم يهدده بشيء في نفسه وحبس أبيه لا يلحق به ضرراً. فالتهديد لا يمنع صحة بيعه وإقراره وهبته وكذلك في حق كل ذي رحم محرم. وفي الاستحسان ذلك إكراه ولا ينفذ شيء من هذه التصرفات لأن حبس أبيه يلحق به من الحزن والهم ما يلحق به حبس نفسه أو أكثر فإن الولد إذا كان باراً يسعى في تخليص أبيه من السجن. وإن كان يعلم أنه يحبس ربما يدخل السجن مختاراً ويحبس مكان أبيه ليخرج أبوه فكما أن التهديد في حقه يعدم تمام الرضا فكذلك التهديد بحبس أبيه[2].

يقول الشيخ أبو زهرة بعد أن يتساءل عن مدى اعتراف الشريعة الإسلامية بالإكراه الأدبي " أن الشريعة الإسلامية لم تهمل الإكراه الأدبي. فالتهديد بحبس الأب أو حبس الأم، أو حبس الأخ أو الأخت ليس أذى ينال جسمه ولكنه أذى ينال نفسه فهو إن كان مادياً بالنسبة لهؤلاء الأقارب وذوي الرحم المحرم هو أذى نفسي وأدبي بالنسبة له.

وعلى ذلك نستطيع أن نقول إن القياس كان يوجب ألا يكون الإكراه المادي ولكن الاستحسان الذي قرره السرخسي يوجب أن يكون الإكراه الأدبي له أثر في صحة العقود. وبهذا نستطيع أن نقول إن في المذهب الحنفي قولاً يعتبر الإكراه الأدبي من أنواع الإكراه[3].

والذي أراه بعد هذا، أن التهديد بإفشاء الأسرار يدخل ضمن الإكراه الأدبي، ومما يتحقق به الإكراه. صحيح أن التهديد بإفشاء الأسرار لا ينطوي على أذى مادي، لكنه يحتوي على أذى معنوي يلحق صاحب السر. وربما كان أذاه المعنوي يفوق الأذى المادي مما يفضل معه المكره (صاحب السر) الأذى المادي على الأذى المعنوي.

المبحث الثاني: التهديد في القانون

التهديد:

غالبية الفقه تدرج جريمة التهديد في الباب الخاص بالجرائم الماسة بحرية الإنسان وحرمته.

وفي القانون المصري، تنص المادة 327 عقوبات على الآتي:

" كل من هدد غيره كتابة بارتكاب جريمة ضد النفس أو المال معاقب عليها بالقتل أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة أو بإفشاء أمور أو نسبة أمور مخدشة بالشرف، وكان التهديد مصحوباً بطلب أو بتكليف بأمر يعاقب بالسجن. ويعاقب بالحبس إذا لم يكن التهديد مصحوباً بطلب أو بتكليف بأمر. وكل من هدد غيره شفهياً بواسطة

---

(1) الروضة 59/8.
(2) المبسوط للسرخسي 144/24.
(3) الجريمة، محمد أبو زهرة 532.

شخص آخر بمثل ما ذكر يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين أو بغرامة لا تزيد على خمسين جنيهاً، سواء أكان التهديد مصحوباً بتكليف بأمر أم لا. وكل تهديد سواء أكان بالكتابة أم شفهياً بواسطة شخص أخر بارتكاب جريمة لا تبلغ الجسامة المتقدمة يعاقب عليه بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بغرامة لا تزيد على عشرين جنيهاً ".

والفقرة الثانية من المادة 309 مكرر (أ) مضافة بالقانون رقم 37 لسنة1972، فهي تعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات على التهديد بإفشاء بعض الأمور دون أن تشترط أن يكون التهديد كتابة.

ويلاحظ أن العقاب ينشأ بمجرد التهديد، سواء أكان مصحوباً بالتكليف بأمر أم لا؟ وقد قصد بذلك حماية الأشخاص من هذه الجريمة.

وفي القانون الإيطالي يدرج هذه الجريمة تحت الجرائم الماسة بالحرية الشخصية في المادة 612، وكذلك بالمادة 260 من قانون العقوبات الدنماركي وكذلك الحال بالنسبة للقانون العراقي في المواد 430-432 عقوبات، في الباب الخاص بالجرائم الماسة بحرية الإنسان وحرمته[1].

وقد يكون التهديد كتابة، وقد يكون شفهياً، وقد يكون بواسطة شخص آخر. وفي حالة التهديد الكتابي، اعتبره القانون جناية أو جنحة وفقاً لتكييف الجريمة. فيعاقب عليه بالسجن إذا كان التهديد بارتكاب جريمة ضد النفس أو المال معاقب عليها بالقتل أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة وفقاً لنص المادة 327 عقوبات سالفة الذكر. ويجوز أن يكون التهديد مصحوباً بطلب أو بتكليف بأمر، وعندئذ يشترط لتوقيع العقوبة توافر أركان الجريمة في شكل وقوع التهديد فعلاً وأن يكون مصحوباً بطلب أو بتكليف بأمر وكتابة وبقصد جنائي.

وقد يتعلق التهديد بجريمة خطيرة، مثل التهديد بالقتل أو الحريق أو الاغتصاب، وبتساوي الأمر في أن يكون التهديد بجريمة تستهدف النفس أو المال. وقد اعتبر القانون في مقام التهديد إفشاء أمور ماسة بالشرف، وهي فيما لو تحقق التهديد يعاقب القانون عليها بوصف القذف.

ولا يشترط أن يكون التهديد كتابة، ولا صراحة، إذ يكفي التلميح به أو الإشارة إليه على وجه يجعل أثر الجريمة مفهوماً لدى المجني عليه[2].

ولا يقصد بالإفشاء – على نحو ما جاء بالمادة – أن تذاع المسائل المهدد بها بالفعل وعلانية. إذ تقوم الجريمة بمجرد صدور التهديد سواء حصل الإفشاء بالنشر فعلاً أو لم يحصل[3].

وإذا كان التهديد الكتابي بالتعدي أو الإيذاء الذي لا يبلغ درجة الجسامة المتقدمة فإنه يعاقب عليه بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بغرامة لا تزيد على 20 جنيهاً مصرياً، وهذه الفقرة من المادة تنطبق على جرائم النفس والمال ما دامت تلك الجرائم لا تبلغ في الجسامة درجة الجرائم المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة[4].

ويعرف القانون الأنجلو أمريكي التهديد والابتزاز، وهذا النوع من الجرائم في هذا

---

(1) محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، بند 457، ص532.
(2) وهذا ما سار عليه الفقه الفرنسي. انظر نقض فرنسي 4 فبراير سنة 1921، دالوز 1922 – 5 –9.
(3) نقض 22 فبراير سنة1932 مجموعة القواعد القانونية ج2 رقم 331 ص466.
(4) نقض 19 مارس سنة 1931، مجموعة القواعد القانونية، ج2 رقم 221 ص269.

النظام القانوني – على تعدد أشكاله- ينتمي إلى الجرائم التي تمس العدالة والنظام. لأن القانون الأنجلو أمريكي يعتبر العدالة متكاملة وضرورية ولها أهمية دائمة بالنسبة للمجتمع. والإخلال بالعدالة والإفساد لا يخدم غرضاً اجتماعياً حتى ولو لم يتسبب عنه ضرر شخصي. واحترام العدالة ضروري لأي مجتمع، ينبذ الفوضى ويطبق حكم القانون. ولذلك نجد في النصوص القانونية الأنجلو-أمريكية جزاء لمعاقبة من تسول له نفسه إفساد العدالة أو التأثير في عدالة الإجراءات. وتضم هذه الجرائم الآتي: الرشوة سوء السلوك بالنسبة للمواطنين العموميين وخاصة المنوط بهم تنفيذ القانون، والابتزاز، والتهديد، والتزوير، والحنث باليمين (اليمين الكاذبة في الإجراءات القضائية)، وإعاقة سير العدالة، وازدراء المحكمة، والاختلاس، وتهديد الأمن العام.

ويهمنا في هذا الصدد أفعال الابتزاز والتهديد، وهذا ما ندرسه على الوجه التالي:

والابتزاز حسبما انتهت إليه المحكمة الأمريكية[1] في قضية عام 1874: هو جريمة يرتكبها موظف عمومي متستر بمنصبه أو وظيفته الرسمية، وبهذه الصفة يحصل على منفعة في شكل مال أو هبة غير اختيارية وبشكل ليس له حق فيه، أو بغية الحصول على أكثر مما هو مستحق قانوناً، أو قبل الموعد المقرر باللوائح والقوانين. وكل ذلك بالتستر خلف الوظيفة الرسمية.

وأي موظف عمومي، يتبع الحكومة المركزية، أو جهات الحكم المحلي، أو يتبع الهيئات القضائية، وكل شخص يشغل منصباً رسمياً أو شبه رسمي، إذا ارتكب الفعل السالف تكييفه يصبح مداناً بهذه الجريمة[2].

والفرق بين الرشوة والابتزاز، أن الرشوة عرض وقبول، في حين أن الابتزاز هو طلب منفعة بشكل غير مشروع، مع التستر خلف الوظيفة.

ويؤدي بنا هذا إلى التمييز أيضاً بين الإرهاب والتهديد، بقصد التأثير في شخص أخر كي يؤدي أو لا يؤدي أي فعل عن طريق التهديد، وبدون وجه حق بالآتي[3]:

1. إحداث ضرر بالشخص المعرض للتهديد أو إحداث الضرر بأي شخص آخر يهمه أو بأملاكه أو متعلقاته حتى ولو كان التهديد ليس له الصفة الفورية.
2. تعريض أي شخص للسجن أو تقييد حريته.
3. التهديد بارتكاب أي جناية.
4. أن يتسبب الشخص في ارتكاب أي من الأفعال الجنائية السابقة.
5. تعريض أي شخص للكراهية أو المقت أو الاحتقار أو الاستهزاء أو السخرية.
6. اتخاذ إجراء – تحت ستار المنصب الرسمي أو الوظيفة العمومية، ضد أي شخص بدون مقتضى القانون.
7. التسبب في مقاطعة شخص، أو استمرار مقاطعته، وعن طريق تظافر جهود الفاعل مع جهود متواطئين آخرين معه.

والتهديد في القانون العام، وعلى النحو المتقدم، هو بث الخوف، وإشاعة الذعر

(1) انظر قضية: Ferkel V. People , 16 Illinois , 310 (1874).
(2) شريف بسيوني Criminal Law and its Processes
(3) المرجع السابق، ص 295.

عن طريق التهديد بالإفشاء، ويقصد الإضرار بشخص عن طريق ارتكاب فعل غير مشروع.

علاقة التهديد بالابتزاز:

حيث أن الابتزاز هو جريمة يرتكبها موظف عمومي مستتراً برداء وظيفته الرسمية وبقصد أن يحصل على منفعة في شكل مال أو شيء ذي قيمة، وليس من حقه الحصول على مثل هذه المنفعة، أو بأكثر مما يستحق، أو قبل موعد الاستحقاق إذا كان هذا هو حال الابتزاز، فإن التهديد هو إجراء تعسفي يقصد به التلويح باقتضاء متعلقات شخص آخر بدون مقتضى القانون، أو إلحاق ضرر جسماني به، أو سجنه، أو أي ضرر آخر يشكل إساءة وتجاوزاً لاستخدام السلطة من قبل الموظف العمومي.

وفي القانون العام يعرف التهديد بأنه قصد معين للحصول على متعلقات الغير مع التلويح باستخدام العنف وبقدر يكفي لأن يرقى الفعل إلى جريمة الابتزاز.

فالتهديد إذن هو إكراه غير قانوني، وهو من حالات الضرورة، لأنه يبث الرعب والخوف في شخص آخر ليجبره على أن يفعل شيئاً، أو لا يفعل شيئاً من واجبه أن يفعله قانوناً، ولكن على غير إرادته.

التمييز بين التهديد والاعتداء:

أولاً: يتطلب التهديد قصداً معيناً للتأثير في شخص كي يفعل أو لا يفعل على نحو ما فصلناه في الفقرة السابقة. أما الاعتداء فلا يتطلب قصداً معيناً أو فعلاً من جانب المضرور.

ثانياً: إن الاعتداء هو إحداث الخوف من التعرض للضرب المباشر. والتهديد غير مقصور على الاعتداء البدني بل يمتد إلى أي فعل من أفعال الإكراه، وبث الخوف في نفس المضرور. والتهديد هو التسبب في الخوف من الأشياء السالف ذكرها، مثل إحداث ضرر أو تلف، أو تدمير أملاك، أو توقيع أضرار اقتصادية، أو انتقام، أو إقلاق أمر الآخرين، أو سجن شخص على غير مقتضى القانون، أو مجرد تقييد حريته، كاحتجازه في مكان يصعب عليه مغادرته أو وضعه تحت الخفارة لمنعه من مغادرة مكان معين على غير إرادته.

وينبغي ملاحظة أن الاعتداء لا يتطلب بث الخوف، ولكن الخوف ينشأ تلقائيا من الإيذاء البدني، في حين أن شرط التهديد هو توافر الخوف في نفس المجني عليه.

والاعتداء يجعل الشخص يخشى من التعرض للضرب البدني الوشيك ويكفي لتوافر حالة التهديد أن يكون التهديد كافياً لبث الرهبة والخوف من اعتداء فوري، كما قد يكون الخوف من اعتداء وشيك، أو اعتداء في المستقبل، وهو في ذلك قد يختلف في تفاصيله عما يأخذ به الفقه الفرنسي، والقوانين التي تسير في مساره.

وبقي أن ننوه هنا أن الابتزاز عن طريق الموظف الحكومي في تفسير بعض فقهاء القانون الأنجلو- أمريكي هو نوع من السرقة[1]. لأن الغرض في الحالتين إحداث ضرر مادي، وله أثر فوري. ونوع التهديد في هذه الحالة، إما استخدام العنف في وقت لاحق، وربما بدون تحديد ما هو هذا الضرر أو أسلوب العنف الذي سوف يتخذ، وهذا

(1) انظر قضية: Chancellor v. State , 131 , Tex. Crim. R. 617 , 101 , S. W. 2d. 570 (1937). وانظر العدد 461/44 سنة 1945 من مجلة ميتشيجان للقانون، بحث عن قوانين عدة ولايات أمريكية في شأن التهديد والابتزاز، وقارن بقانون عقوبات كاليفورنيا المواد 518، 211.

يختلف عن عنصر " العنف" في جريمة السرقة. والهدف من التهديد والابتزاز هو الحصول على مال أو متاع أو أملاك مع الانتحال الكاذب، وفي حالة وضوح التهديد فهو سرقة. وأحيانا يجري –في حالة الابتزاز – بإخفاء التهديد بقدر كاف لخلق حالة من الخوف أو الذعر لدى المجنى عليه وبدون استخدام العنف فعلا كما في حالة السرقة، أي يكون هناك تلويح، وهنا ثمة تشابه بين موقف القانون الأنجلو أمريكي وما نص عليه بشأن التهديد بالمادة 327 عقوبات مصري.

وينشأ التهديد أو الابتزاز حتى في حالة عدم الالتجاء إلى العنف فعلاً كما في حالة السرقة، وهناك أيضا فرق بين الابتزاز والانتحال الكاذب.

ولخطورة جريمة الابتزاز بمعرفة الموظف العام عن جريمة الابتزاز بمعرفة شخص عادي، لأن الأول أقرب احتمالاً في قيامه بتنفيذ اللوائح والقوانين، ومن ثم فإن سطوته أخطر وأشد ضرراً، لذلك وللأسباب الواضحة التي أسلفنا ذكرها، لا يخلو قانون من قوانين العقوبات من نص يجّرم الابتزاز في الحالة الأولى بصفة خاصة. وعلى سبيل المثال التهديد برسائل البريد والمنصوص عليه بالمادة 180ع. اتحادي أمريكي وللتطبيق هناك قضية[1] نظرت عام 1942، وبدون وجود نص في قانون العقوبات في حالة الابتزاز بمعرفة شخص خلاف الموظف العام، يصبح من الصعب وجود علاج بالقانون فضلاً عن صعوبة الإثبات وإقامة الدليل على الابتزاز أو التهديد، وهذه فجوة يستغلها الخارجون على القانون أبشع استغلال في بعض الولايات الأمريكية.

وهناك أيضاً صلة وثيقة بين الإفشاء والتهديد. فالإفشاء كما سبق أن بينا هو القيام بإذاعة ما هو سر لمن ليس لهم حق في الاطلاع على هذا السر، أو أن تتاح الفرصة لهذا الإفشاء عن عمد. وعنصر العمد في الإفشاء ضروري جداً. مثلاً قد تتوافر أركان الخطأ القانوني إذا كان الإفشاء قد جاء نتيجة التسرب والشيوع أو الغفلة أو الإهمال أو التقصير، ولكن الجريمتين تشتركان في كيفية إثبات القصد والنية من التصرف.

وعلى كل حال فهذه مسائل تتعلق بالتكييف القانوني أكثر مما تتعلق بأساس المناقشة في جوهر الجريمة.

(1) انظر قضية: United States v. Piguatelli , 125 F 2d , 643, 2nd. Cir , 1942.

الباب الثالث
في استعمال الوسائل المؤثرة
في خصوصية الفرد في الإثبات

الفصل الأول
في الشريعة الإسلام
المبحث الأول: في استعمال القسوة في استجواب المتهم

1. من المتفق عليه عند أغلب الفقهاء أن الاعتراف القسري لا قيمة له ويعتبر باطلاً لايترتب عليه شيء من الآثار، والأصل فيما ذهب إليه هؤلاء قوله تعالى: (إلا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإيمَانِ)[1].

ووجه الاستدلال بالآية أن الله تعالى قد ساق الوعيد الشديد لمن ارتد مختاراً عن الإسلام وأما من أكره على ذلك فهو معذور بالآية لأن الاستثناء من الإثبات نفي فيقتضي ألا يدخل من أكره على الكفر تحت دائرة هذا الوعيد[2]. وهذا يعني أن صدور الإقرار

(1) سورة النحل الآية106.
(2) فتح الباري 277/12.

تحت تأثير الإكراه لايترتب عليه من الآثار ما يترتب على الإقرار الصادر في حالة الاختيار.

ولأن الإقرار اختيار وصدق الإخبار إنما يكون بوجود المخبر به سابقاً على الإقرار والمخبر به في حالة الإكراه يحتمل الوجود والعدم. وإنما قلنا بأن المخبر عنه موجود وراجح على العدم في الأحوال التي لا يكون فيها إكراه وذلك لصدق المقر ومع وجود الإكراه ينعدم الصدق، لأن الإنسان لا يتحرج عن الكذب وهو تحت وطأة العذاب فلا يثبت رجحان صدقه بل القرينة قوية الدلالة على أنه إنما كان الهدف من إقراره هو التخلص من الأذى الواقع عليه أو المحتمل الوقوع.

يضاف إلى هذا أن الإقرار يعتبر بمثابة الشهادة على النفس، يقول تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ)[1]. وإذا كانت الشهادة لاتثبت مع وجود التهمة بل ترد، فإن الإقرار هو الآخر يرد مع التهمة وحالة الإكراه تورث تهمة بدون ريب. وقد وردت آثار كثيرة مفادها انتفاء الأمانة عن المكره فيما يصدر عنه من اعترافات وأقوال، فقد روى عن عمر بن الخطاب τ أنه قال: "ليس الرجل بأمين على نفسه إذا جوعته أو ضربته أو أوثقته"[2].

وإذا كان الإكراه يمنع صحة الإقرار في الأموال فإنه يمنع صحته في الحدود والقصاص بطريق الأولى ووجه الأولوية أن الحدود والقصاص مما تدرأ بالشبهات[3].

ويرى هذا الفريق أنه إذا أكره الشخص على الاعتراف بجريمة فعدل عنها واعترف بجريمة أخرى، فيعتبر الإقرار صحيحاً لأنه في هذه الحالة قد اعترف طائعاً في خصوص الجريمة التي عدل عليها عن الجريمة موضوع الإكراه ذلك لأن بطلان الإقرار إنما كان بسبب انعدام ما يرجح جانب الصدق على الكذب الذي يفترضه الإقرار الصحيح في الأحوال العادية بدلالة وجود الإكراه فيقتصر الأمر على موضوع الإكراه دون سواه.

فيكون العدول إلى اعتراف آخر معدماً للمانع من الرجحان[4]. ولا يفرق هذا الفريق بين حالة قيام دلائل على صحة إقرار المكره كوجود المسروقات أو القتيل مثلاً أو عدم وجودها إلا إذا بقي المكره على إقراره، وذلك بعد زوال الإكراه ووجوده في مأمن. وهذا هو منصوص الإمام مالك في المدونة[5] والمعتمد في مذهب الشافعية[6] وما ذهب إليه بعض الحنفية[7] وهو مذهب الإمام أحمد[8].

وقد ذهب بعض الشافعية وهو مذهب الماوردي إلى التفرقة بين حالين، من

---

(1) سورة النساء الآية135
(2) المصنف للصنعاني 411/6، البيهقي 359/7.
(3) بدائع الصنائع 4511/9. الفتاوي البزازية 128/6 شرح فتح القدير 235/9 و 318/8. نهاية المحتاج 71/5. المهذب 344/2. المغني لابن قدامة 110/5. 67/9.
(4) بدائع الصنائع 4513/9. حاشية الشلبي 182/5. المغني لابن قدامة 110/5
(5) المدونة 446/4.
(6) نهاية المحتاج 71/5. إعانة الطالبين 188/3. الروضة 355/4. المنخول للغزالي 366.
(7) حاشية ابن عابدين 87/5-88.
(8) المغني لابن قدامة 5 /110.

الضرب أحدهما أن يضرب ليقر، وثانيهما أن يضرب ليصدق في قضية انهم فيها لكنه امتنع عن الإجابة لا نفني ولا إثبات فيضرب حينئذ ليتكلم بالصدق. فإذا اعترف في الصورة الأولى كان اعترافه باطلاً لا يترتب عليه شيء من الآثار. أما الإقرار في الصورة الثانية فيعتبر إقراراً صحيحاً منتجاً لآثاره سواء أكان الإقرار قد صدر أثناء الضرب أم بعده.

ووجه الفرق بين الحالين أنه في الصورة الأولى قد توافر الإكراه لأنه أجبر على شيء واحد وهو الإقرار. أما في الصورة الثانية فإنه لم يكن مكرهاً إذ أن المكره من أكره على شيء واحد. وهذا إنما ضرب ليصدق ولا ينحصر الصدق في الإقرار وحده، ويرى هذا الفريق أنه يكره إلزامه بإقراره الأول وإنما يجب أن يراجع مرة ثانية ويقر وهذا الرأي مرجوح في مذهب الشافعية، وصحيح المذهب أنه لا يعتبر إقراره في الحالين وأن الاكراه موجود في الصورتين[1]. يقول الزركشي[2]:والظاهر ما اختاره النووي من عدم قبول إقراره في الحالين وهو الذي يجب اعتماده في هذه الأعصار مع ظلم الولاة وشدة جرأتهم على العقوبات[3].

3- وقد ذهب فريق من الفقهاء إلى التفرقة بين المتهم المعروف بالفجور، وبين المتهم الذي لا يعرف بذلك فقالوا بصحة إقرار المتهم في الحالة الأولى كالسرقة والقتل وقطع الطريق، وإن مكرهاً ويعتبر إقراره صحيحاً منتجاً لآثاره. وممن قال بذلك سحنون[4] من المالكية[5] وهذا الرأي الذي ذهب إليه سحنون قد أثار موجة من النقاش بين المالكية إذ أن فريقاً منهم قد ذهب إلى أنه يتعارض مع منصوص المدونة يقول الزرقاني[6].

أما الإكراه على الإقرار بالسرقة فيكون بالقتل وبغيره وتثبت السرقة بإقراره طائعاً اتفاقاً، وإلا فإن الإكراه من قاض أول أو نائب سلطان على الإقرار بها بوعيد أو سجن أو قيد أو ضرب فلا يلزمه شيء منها لو أخرج السرقة لاحتمال وصول المسروق له من غيره أو أكره على الإقرار بالقتل فأقر به وعين القتيل كزيد مثلاً وكذا إذا أخرجه كما في المدونة. لاحتمال أن غيره قتله فلا يقطع في السرقة ولا يقتل في القتل إلا أن يقر بالسرقة أو القتل بعد الإكراه آمنا كما في المدونة[7].

وفي الحقيقة فإن الرواية عن الإمام مالك مضطربة في هذا الصدد فإضافة إلى ما

---

(1) المغنى لإبن قدامة 5 /110.
(2) المغنى لإبن قدامة 5 /110.
(3) المغنى لإبن قدامة 5 /110.
(4) هو عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوفي الملقب بسحنون قاض فقيه انتهت إليه رياسة العلم في المغرب كان زاهدًا لا يهاب سلطانا في حق، ولد سنة 160 هـ، وأصله من الشام من حمص، ومولده في القيروان، وليّ القضاء بها سنة 234 هـ واستمر إلى أن مات سنة 240 هـ. أخباره كثيرة جداً وكان رفيع القدر عفيفاً أبي النفس، وهو الذي نقل آراء الإمام مالك في كتابه الشهير المدونة. انظر الأعلام 129/4، ووفيات الأعيان 180/3.
(5) قال في مجموع الأمير وشرحه لمحمد الأمير المالكي 400/2: "وثبت بإقرار وإنما يكون بالطوع كما سبق وحكموا بضرب المعروف بالعداء وسجنه فيعمل بإقراره " وقد علق المحشي الشيخ حجازي على قوله: وحكموا. قائلاً: وهو قول سحنون.
(6) محمد بن عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن علوان الزرقاني المصري الأزهري المالكي ولد سنة 1055هجري وتوفي سنة 1122هجري خاتمة المحدثين في الديار المصرية مولوده ووفاته بمصر ونسبه آل زرقان من قرى منوف بمصر. من أشهر مصنفاته: شرح البيقونة في المصطلح وشرح المواهب اللدنية في التاريخ وشرح موطأ الإمام مالك في الحديث. انظر أعلام 055/7
(7) شرح الزرقاني 106/8-107.

تقدم من كلام الزرقاني، ولما هو ثابت في المدونة[1]،فإن هناك رواية أخرى نقلها الباجي[2] عن الإمام مالك تذهب إلى أن إقرار المكره إذا صاحبه إخراج للمتاع المسروق قطع إلا أن يقول دفعه إليّ فلان وإنما أقررت للضرب، فلا يقطع فيما عين أما إذا لم يعين فلا يقطع بحال[3].

ولعل تعارض هذه الروايات عن الإمام مالك هو الذي حدا ببعض المالكية إلى الجمع بينها على ضوء ما ورد عن سحنون، فقد جاء في حاشية الدسوقي[4] ما ملخصه: "واعتمد ما لسحنون، وحمل ما في المدونة على غير المتهم على أنه وقع فيها محلان أحدهما صريح في عدم العمل بإقرار المكره، وثانيهما حلف المتهم وتهديده وسجنه فاستشكله البرزلي بأنه لا فائدة في سجنه لعدم العمل بإقرار المكره كما هو مفاد المدونة اولاً.

قال: ويجمع بينهما بحمل أول كلامهما على غير المتهم وآخره على المتهم كقول سحنون"[5]. وقد ورد في "منح الجليل" خمسة أقوال للمالكية فيمن أقر بعد التهديد قال الإمام مالكτلايؤخذ به.

ابن القاسم[6] لن أخرج المتاع أو القتيل فأرى أن يقال إلا أن يقر بعد أمن العقوبة أو يخير بأمر يعرف به وجه ما أقر به: أن يريد إخراج القتيل أو المتاع. وهو بانفراده لا يؤخذ به إلا أن ينضاف إلى ذلك ما يدل على صحته كقوله اجترأت أو فعلت، فيذكر ما يدل على صدق إقراره.

وقال مالك τ في المدونة: إنْ عيَّنَ السرقة يقطع إلا أن يقول دفعها إلى "فلان" وإنما أقررت لما أصابني ولو أخرج دنانير فلا يقطع لأنها لا تعرف.

قال أشهب[7]: لا يقطع، ولو ثبت على إقراره إلا أن يعين السرقة ويعرف أنها للمسروق منه.

وقال سحنون: إن أقر في حبس سلطان بعدل لزمه إقرار إذا حبس أهل الظنة.

---

(1) المدونة 426/4.

(2) هو أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد التجيبي القرطبي الباجي كان من علماء الأندلس وحفاظها سكن شرق الأندلس ورحل إلى المشرق مولده في باجة الأندلس سنة 403هـ، رحل إلى الحجاز وبغداد والموصل، ودمشق ثم عاد إلى الأندلس فولي القضاء توفي سنة 474 هـ من أشهر مصنفاته المنتقى على موطأ الإمام مالك وشرح فصول وبيان مامضى به العمل من الفقهاء والحكام والإشارة وغيرها. انظر وفيات الأعيان 408/2- الأعلام 186/3.

(3) شرح المنتقى للباجي 168/7.

(4) هو محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي من علماء العربية والفقه، من أهل دسوق بمصر تعلم وأقام وتوفي بمصر سنة 1217 هـ. وكان من المدرسين في الأزهر من أشهر مصنفاته الحدود الفقهية في فقه الإمام مالك وحاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل وحاشية على السعد التفتازاني. انظر الأعلام 241/6.

(5) حاشية الدسوقي 335/4. وانظر الشرح الكبير للدردير 345/4.

(6) هو عبد الرحمن بن القاسم العتقي المصري. ويلقب بأبي عبد الله كان عالماً حصيفاً قال عنه مالك مثله مثل جراب مملوء مسكاً. وقال عنه النسائي ثقة مأمون. وقال أبو زرعة عنده ثلاثمائة مجلد عن مالك مسائل توفي سنة إحدى وتسعين ومائة وقيل سنة 190هـ. انظر خلاصة تذهيب الكمال 148/2 رقم 4218. الأعلام 97/4.

(7) هو أبو عمر: أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري فقيه مصرى وصاحب الإمام مالك وأحد أعلام المذهب قال عنه ابن البر كان فقيهاً حسن الرأي. ولد سنة 140 ه وتوفي سنة 204هـ. انظر خلاصة تذهيب الكمال 116/1رقم 715. وشذرات المذهب 12/2.

ومن يستوجب الحبس وأقر في حبسه أن يلزم. قال: وإنما يعرف ذلك من ابتلي بالقضاء[1].

وإذا أمعنا النظر في هذا النص نجد أن أحداً من أئمة المذهب وباستثناء سحنون لم يذهب إلى صحة الإقرار بانفراده الصادر تحت تأثير التهديد[2].

وقد ذهب بعض الحنفية إلى التفرقة بين المتهم المعروف بالفجور، والمتهم غير المعروف بذلك أيضاً، فقالوا بصحة إقرار المتهم المعروف بالفجور إذا كان واقعاً تحت تأثير الإكراه. فقد سئل بعض الحنفية عن سارق ينكر فقال عليه اليمين فقال: الأمير سارق ويمين هاتوا بالسوط فما ضربوه عشرة حتى أقر فأتى بالسرقة، فقال:-سبحان الله- ما رأيت جوراً أشبه بالعدل من هذا[3]. يقول ابن عابدين[4] معقباً على هذه الواقعة سماه جوراً باعتبار الصورة، وإلا فهو عدل حيث توصل به إلى إظهاره الحق[5].

وفي "الفتاوى البزازية" أن بعض المشايخ قال بصحة إقرار المكره بالسرعة[6]، وقد اعتبره الزيلعي[7]، من قبيل السياسة الشرعية[8].

ويقول ابن عابدين: "ولا يتوقف جواز ضربه على إقامة البينة حيث كان من أهل التهمة[9] ".

وإلى هذا ذهب ابن القيم حيث قال بجواز ضرب المتهم المعروف بالفجور تبعاً لشيخه ابن تيمية كما قال بصحة إقراره في هذه الحالة[10].

وقد استدل هذا الفريق على صحة مذهبهم بأدلة عديدة أسهب ابن القيم في كتابه الطرق الحكمية بذكرها. ولعل أقوى الأدلة التي ساقها هي ما روي عن ابن عمر، أن

---

(1) منح الجليل شرح مختصر خليل 539/4.

(2) وقد تأول الدكتور محمد سعيد البوطي في كتابه ضوابط المصلحة ص339 رأي سحنون بأنه لم يتطرق لحكم الضرب أو السجن لمجرد التهمة والإقرار بها وإنما ذهب إلى أن الإقرار إذا كان قد تم في حبس سلطان عادل فهو إقرار صحيح. وهو لايقصد بأن مجرد التهمة هي السبب الذي اقتضى حبسه وإنما يقصد أن هناك أمراً يستوجب الحبس غير التهمة. وهذا مبني على أن السلطان العادل لا يحبس إلا على أمر يستوجب الحبس ويبتنى على هذا المعنى أن سحنوناً قد علق صحة الإقرار على حبس سلطان عادل. ولو كان غرضه صحة الإقرار لمجرد التهمة لصرح بذلك. ويلاحظ أن هذا التأويل بعيد يأباه ما فهمه المالكية أنفسهم من كلام سحنون كما هو مثبت في كتبهم وكما نقلته سالفاً.

(3) الدر المختار 87/4. وهذه الواقعة قد جرت مع عصام بن يوسف أحد أصحاب أبي يوسف ومحمد. وهناك واقعة إجبار قريبة من هذه الواقعة جرت مع الحسن بن زياد فقد روي أن بعض الأمراء بعث إليه وسأله عن ضرب السارق ليقر فقال: مالم يقطع اللحم ويبين العظم. ثم عاد وندم على مقالته. وجاء بنفسه إلى مجلس الأمير ليمنعه من ذلك، فوجده قد ضربه حتى اعترف وجاء بالمال، فلما رأى المال موضوعاً بين يدي الأمير قال: ما رأيت ظلماً أشبه بالحق من هذا. انظر المبسوط 24/70-71.

(4) هو محمد بن أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية ولد سنة 1198 هـ وتوفي سنة 1252 هـ من أشهر مصنفاته رد المحتار على الدر المختار. ويعرف بحاشية بن عابدين وله رفع الانتظار عما أورده الحلبي على الدر المختار. والعقود الدرية على الفتاوى الحامدية وغيرها. انظر الإعلام 268/6.

(5) حاشية ابن عابدين 87/4.

(6) الفتاوي البزازية 131/6.

(7) هو العلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي كانت وفاته سنة 743 هـ قدم القاهرة سنة 705 هـ فأفتى ودرس وتوفي فيها. من أشهر مصنفاته –تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق- ويتكون من ستة مجلدات وكتاب شرح الجامع الكبير –وبركة الكلام في أحاديث الأحكام. انظر الأعلام 373/4.

(8) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق 240/3.

(9) حاشية ابن عابدين 88/4.

(10) الطرق الحكمية ص151.

النبيρ لما صالح أهل خبير على الصفراء والبيضاء سأل سعنة[1] عم حيي بن أخطب فقال: أين كنز حيي؟.. فقال يا محمد إذ هبته النفقات. فقال العهد قريب والمال أكثر من ذلك. فدفعه رسول الله ρإلى الزبير فمسه بعذاب[2]. وفي بعض طرق هذه القصة أنه اعترف بالمال حين دفعه رسول الله ρإلى الزبير فعذبه[3]. يقول ابن القيم تعقيباً على هذه الواقعة. وفي ذلك دليل على صحة إقرار المكره إذا ظهر معه المال، وأنه إذا عوقب على أن يقر بالمال المسروق فأقر به وظهر عنده قطعت يده، وهذا هو الصواب بلا ريب وليس هذا إقامة للحد بإقرار الذي أكره عليه ولكن بوجود المال المسروق معه الذي توصل إليه بإقرار[4]. ويقول "ويسوغ ضرب هذا النوع من المتهمين – أي المتهم المعروف بالفجور – كما أمر النبيρالزبير بتعذيب المتهم الذي عيب ماله حتى أقر "[5].

ومن جانبي فإنني أنازع ابن القيم في استدلاله بالواقعة المتقدمة في أمرين: أحدهما: أن الواقعة ليس فيها ما يشير إلى أن التعذيب كان لمجرد أنه متهم بالفجور. وثانيهما: في اعتبار اخراج المال قرينة على السرقة وإن كنت متفقاً معه في القضاء بالقرائن.

أما الأول فإن سياق القصة كلها يشير إلى أن يهود خيبر قد خانوا العهد الذي بينهم وبين رسول الله، إذ فيها " أنهم صالحوه على أن يجلوا منها ولهم ما حملت ركابهم ولرسول الله ρالصفراء والبيضاء، واشترط عليهم ألا يكتموا ولا يغيبوا شيئاً فإن فعلوا فلا ذمة لهم ولا عهد "فغيبوا مسكا فيه مال وحلي لحيي بن أخطب كان احتمله معه إلى خيبر حين أجليت النضير[6].

فالذي يفهم من هذه الواقعة أن النبي ρكان عالماً بمقدار ثروة حيي وأنه لم يعذب المتهم توصلاً لإقراره. وإنما عذبه لقيام القرائن على كذبه. بدليل أنه قال له " العهد قريب والمال أكثر من ذلك "، فليس في هذه الواقعة ما يدل على جواز تعذيب المتهم المعروف بالفجور.

أما الثاني فإن ما فهمه ابن القيم من أن السارق إذا أقر وهو تحت تأثير الإكراه، وإخرج المتاع المسروق، فإنه يؤخذ بقرينة الإخراج لا بإقرار، فهو فهم بعيد ليس في الواقعة ما يرشد إليه –صحيح أن هذه القصة تشير إلى اعتبار القرائن بالجملة– ولكن ليس فيها ما يفيد إلى اعتبار إخراج المتاع قرينة على أنه سارق، بل إن احتمال أن المسروق قد دس عليه أمر وارد، وهذا الاحتمال كاف في هدم هذه القرينة وعدم الاعتداد بها. على أن هذه الواقعة يمكن القول إنها قد وقعت في أثناء الحرب أو تتعلق به، فتكون لها ظروفها الخاصة والتي يتم تكييفها بصورة آنية وفق الظروف المحيطة بالواقعة نفسها.

---

(1) اختلف في ضبط اسم عم حيي بن أخطب فذهب فريق إلى أن اسمه سعنة بالنون بعد العين وذهب بعض الروايات إلى أن اسمه سعية بالياء بعد العين. انظر: الإصابة606/2.

(2) نيل الأوطار 58/8، وأورد صاحب البداية والنهاية 197/4 الواقعة بكاملها. ورواه أبو داود كتاب الخراج والإمارة بأن ما جاء في حكم الأرض عون المعبود 238/8 وفيه (ابن سك) والحديث سكت عنه المنذري.

(3) الطرق الحكمية هي 11.

(4) المرجع السابق 12.

(5) المرجع السابق ص151.

(6) سنن أبي داود كتاب الخراج والإمارة باب ما جاء في حكم أرض الخراج عون المعبود 138/8.

وقد استدل ابن القيم أيضاً بما روى أن يهودياً رض رأس جارية بين حجرين، فجيء بها النبي ρوبها رمق، فقال لها رسول الله عليه الصلاة والسلام: أقتلك فلان ؟.. فأشارت برأسها أن –لا.. ثم قال الثانية، فأشارت برأسها أن لا.. ثم سألها الثالثة، فأشارت برأسها نعم، فجيء باليهودي، فلم يزل به حتى أقر[1] يقول ابن القيم: "وهذا يدل على جواز أخذ المتهم إذا قامت قرينة التهمة، والظاهر أنه لم تقم عليه بينة ولا أقر اختياراً منه بالقتل وانما هدد أو ضرب فأقر ".

ومن جانبي أتفق مع ابن القيم في الشطر الأول وهو جواز أخذ المتهم إذا قامت قرائن تشير إلى اتهامه، لكني أنازعه في دعواه أن الظاهر أنه هدد أو ضرب فأقر وأن النبيρ قد بنى الحكم على إقراره الصادر تحت تأثير الضرب والذي يدفعني إلى هذا أنه لا يوجد في متن هذا الحديث على تعدد طرقه وروده في أكثر من كتاب من كتب الصحيح ما يشير إلى هذا الظاهر المدعى، اللهم إلا أن يكون ابن القيم قد فهم ذلك من قوله (أخذ فأقر) ولا دلالة له فيه، كما أن أحداً من شراح الحديث الذين اطلعت على كتاباتهم لم يشيروا إلى هذا الظاهر أثناء دراسته للحديث[2]، بل على العكس من ذلك فإن في كتابات بعضهم ما يوحي إلى أخذ المتهم باللين والرفق حتى يتوصل إلى اعترافه. يقول الحافظ ابن حجر في معرض شرحه للحديث المتقدم (فبه إنه ينبغي للحاكم أن يستدل على أهل الجنايات ثم يتلطف بهم حتى يقروا ليؤخذوا بإقرارهم). وهذا بخلاف ما إذا جاؤوا تائبين فإنه يعرض عمن لم يصلح بالجناية فإنه يجب إقامة الحد عليه إذا أقر وسياق القصة يقتضي أن اليهودي لم تقم عليه بينة وإنما أخذ بإقراره[3].

4 _ وقد ذهب الظاهرية إلى أن إقرار المكره مجرداً عن القرائن ليس له أية قيمة تدليلية. فلا يثبت به شيء إلا إذا صاحب الإقرار أمر يتحقق به يقيناً صحة ما أقر به. ورأي الظاهرية هذا يتفق مع رأي بعض فقهاء المالكية[4].ورأي ابن القيم من حيث قبول الإقرار الصادر تحت تأثير الضرب أو الإكراه فقد صرح ابن حزم بذلك حيث يقول: وهكذا قال مالك وغيره في السارق يمتحن فيخرج السرقة بعينها أن عليه القطع إذا كانت مما يقطع فيه، إلا أن يقول دفعها إلي إنسان أدفعها له وإنما اعترفت لما أصابني من الضرب فلا يقطع قال أبو محمد هذا صحيح وبه نقول[5]. ولكن ابن حزم يخالف رأي ابن القيم في شرعية الإجراء ابتداء، فهو يرى أنه ليس هناك أي صفة شرعية لأن يمارس السلطان أو غيره هذا الإجراء، وأنه لم تقم عليه دلائل لا من الكتاب ولا من السنة أو الإجماع بل قامت الدلائل الشرعية على منع ذلك وتحريمه، ويذهب ابن حزم إلى أبعد من ذلك حيث يرى أن من وقع عليه الإكراه له القود على من ضربه سلطاناً

---

(1) صحيح مسلم/في القسامة باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره، من المحدثات والمثقلات وقتل الرجل بالمرأة 1299/3، رقم الحديث 1672. والمصنف 103/10. وابن ماجه 889/2 صحيح البخاري /كتاب الديات/ باب سؤال القاتل حتى يقر/فتح الباري 174/12. وقد ورد الحديث مرة بلفظ أمر رسول الله بالرحم ومرة أخرى أمر رسول الله رض رأسه بالحجارة ومرة بالرضخ وهذه الروايات لا يناقض بعضها بعضاً ذلك لأن الرضخ والرض والرجم بمعنى واحد وهو الضرب بالحجارة.

(2) - لم يرد في كتب الحديث التي شرحت هذا الحديث ما يدل على ما ذهب إليه ابن القيم. انظر شرح النووي على مسلم 11 /157. شرح السنة للبغوي 63/10. وإكمال المعلم للابي 4 / 414. وعون المعبود 257/12. ومكمل إكمال الإكمال للسنسوي 414/4.

(3) فتح الباري 12 / 175.

(4) المحلى 13 / 40.

(5) وقد نسبه بعض الكتابين إلزامه الامام مالك وان كانت هذه النسبة غير محررة.

كان أو غيره وإن كان يؤخذ بموجب إقراره.

ولكي تبدو الصورة أكثر وضوحاً وتكاملاً أود أن أسوق بعض النصوص المنقولة عن ابن حزم حيث يقول: لا يحل الامتحان في شيء من الأشياء بضرب ولا بسجن ولا بتهديد لأنه لم يوجب ذلك قرآن ولا سنة ثابتة ولا إجماع ولا يحل اخذ شيء من الدين إلا من هذه الثلاثة النصوص، بل قد منع الله تعالى من ذلك رسول الله ρ بقوله: "إن دماؤكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام "، فحرم الله تعالى البشر والعرض فلا يحل ضرب مسلم ولا سبيه إلا بحق أوجبه القرآن أو السنة الثابتة. وقال تعالى: (فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ)[1] فلا يحل لأحد أن يمنع مسلماً من المشي في الارض بالسجن بغير حق أوجبه قرآن أو سنة ثابتة. ولا خلاف في أن كل هذا حرام في الذمي كما هو في المسلم. فإن لم يكن إلا إقراره فليس بشيء لأن أخذه بإقرار هذه صفته لم يوجبها قرآن ولا سنة ولا إجماع. وقد صح تحريم بشرته ودمه بيقين، فلا يحل شيء من ذلك إلا بنص أو إجماع. فإذا استضاف إلى الإقرار أمراً يتحقق به يقيناً صحة ما أقر به ولا يشك أنه صاحب ذلك، فالواجب إقامة الحد عليه ولا القود مع ذلك على من ضربه السلطان كان أو غيره لأنه ضربه ظالماً له دون أن يجب عليه ضرب وهو عدوان.

وقد قال تعالى:(فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فاعْتَدُوا عَلَيْهِ)وليس ظلمه وما وجب عليه من حد الله تعالى أو لغيره بمسقط حقه عن غيره في ظلمه له بل يؤخذ منه ما عليه ويعطى هو من غيره[2].

ومن خلال العرض المتقدم يتضح لنا أن الفقه الإسلامي في جملته يتجه إلى عدم الأخذ بموجب الإقرار الصادر تحت تأثير الإكراه إذا لم تصاحبه قرينة تعتمد الإقرار، فيكون الأخذ في هذه الحالة بموجب القرينة لا بمقتضى الإقرار.

وإن جانباً من الفقه الإسلامي قد ذهب إلى جواز ضرب المتهم وتعذيبه إذا كان معروفاً بالفجور.

والذي أراه بعد هذا كله هو عدم شرعية الإجراء ابتداء وكذلك عدم شرعية ما يترتب عليه من آثار والذي يدفعني لهذا ثلاث أسباب:

أولاً: أن القيمة التدليلية للإقرار هو كونه قد صدر من صاحبه وهو بملء اختياره ومن هذا ترجح جانب الصدق على الكذب ومع الإكراه ينتفي هذا الترجيح. بل يترجح احتمال الكذب لأن الشخص الواقع تحت تأثير الأذى الناجز أو المتوقع يدفعه إلى الإقرار وليس قول الحقيقة.

ثانياً: إن القول بجواز التعذيب والأخذ بإقرار المكره يتعارض تعارضاً واضحاً مع الأصل المجمع عليه بين جميع الشرعيين، سواء من قال منهم بالاستصحاب أو من لم يقل، وهو مبدأ البراءة الأصلية[3]. فإذا كان الأصل في الإنسان براءة ذمته بيقين فمن غير المنطقي أن يزول هذا اليقين إلا بيقين مثله. وإقرار المكره مشكوك في صحته وصدقه. فلا يقوى على معارضة أصل البراءة، وبالتالي يعجز هذا الإقرار من أن يثبت في ذمة المقر حقاً مالياً أو غيره، وإذا كانت الشريعة الإسلامية ومذاهب الفقه تفترض براءة المتهم وتذهب إلى أن الخطأ في براءة متهم خير من الخطأ في إدانة بريء وتدرأ

---

(1) سورة الملك آية 15.
(2) المحلى 13/ 140- 141 – 142.
(3) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي 50-51 –52، والأشباه والنظائر لابن نجيم 27- 29، والبرهان: لإمام الحرمين 1140/2، والمدخل لمذكور: 251.

الحد بالشبهة وكذلك القصاص، فإن الشبهة القائمة في الاعتراف القصري أولى بالاعتبار.

هذا بالإضافة إلى أن انتزاع الاعتراف لا ينسجم مع إنسانية الشريعة الإسلامية واحترامها لكرامة الإنسان. ولا يقال إن في هذا الاتجاه تضييقاً على السلطة العامة وشلاً لقدرتها وفاعليتها في الكشف عن الجرائم مع ان الشريعة تحرص على توفير الأمن واقتلاع جذور الجريمة، لأننا لم نعدم الوسائل الأخرى التي يمكن من خلالها الكشف عن الجريمة ومعرفتها غير هذه الوسيلة، على أنه يلاحظ أن هناك اتجاهاً في الفقه الإسلامي يعطي القاضي حرية في تكوين عقيدته والقضاء بالأدلة المطروحة أمامه دون تقيد بالشهادة أو الإقرار فقط وذلك في اعقد الجرائم وأكثرها خطورة مثل جرائم القصاص، إذ أن جانباً من الفقه يذهب إلى أن للقاضي حق القضاء بالقرائن، فإذا صح هذا الاتجاه استطعنا أن نتقدم خطوة في سبيل الوصول إلى العقوبة من خلال إجراءات عادلة وسليمة وأكثر إنسانية.

ثالثاً: إن الشريعة الإسلامية تفترض مسبقا إقامة خصومة عادلة يتجلى فيها العدل ويتحرى عن الحق، يتضح ذلك من خلال التشريعات العديدة سواء كان ذلك في جانب المساواة أمام القانون وفي مجلس القضاء أم كان ذلك في إتاحة الفرصة أمام المدعى عليه من أجل جمع أدلة الدفع وإحضار البينة. فمن غير المنطقي أن تبيح الشريعة تعذيب المتهم أو ترتب على اعتراف انتزع قهراً أية آثار لأن هذا لا يتلاءم مع روح الشريعة لأنه لا يحقق خصومة عادلة. هذا فضلاً عن تعارضه مع النصوص التي حرمت المساس بنفس الإنسان أو ماله أو عرضه.

المبحث الثاني: استعمال جهاز كشف الكذب (البوليجراف)

طبيعة جهاز كشف الكذب:

يعتبر هذا الجهاز من أحدث الأجهزة وأكثرها استخداماً في البحث الجنائي، ويقوم هذا الجهاز على دراسة الانفعالات النفسية وردود الفعل التي تعتري الإنسان وهو يدلي بشهادته أو أثناء استجواب في اتهام، وفكرة عمل هذا الجهاز تنبني على أساس علمي (فسيولوجي) أساسه أن الغدد والقلب وبعض الأحشاء الداخلية تخضع لسيطرة الجهاز العصبي الذاتي الذي يتأثر بالانفعالات والاضطرابات دون أن يكون في مكنة الجهاز العصبي الإرادي، السيطرة عليها، وترتبط هذه الانفعالات الكامنة في المتهم ارتباطاً مباشراً بضغط الدم وسرعة حركة الأعضاء ارتفاعا وهبوطا[1]. يقول البروفسور Allanwestin والنظرية التي تكمن خلف جهاز كشف الكذب أن الكذب بذاته يسبب رد فعل نفسي مميزاً يمكن قياسه ومقارنته بشخص آخر يعرف أنه لا يكذب، ومشغِّل جهاز كشف الكذب يسأل عادة أسئلة نمطية معدة إعداداً خاصاً، وفي نفس الوقت يقوم الجهاز بقياس نبض القلب للشخص الذي يتعرض للاختبار، وكذلك قياس ضغط الدم النسبي والتنفس والعرق وتوتر العضلات. ومن المعتاد أن تزود الأجهزة بجهاز تسجيل بحيث يتسنى دراسة الاختبار سراً في وقت لاحق ويتم تسجيل التغيرات التي تطرأ على البدن في شكل رسوم بيانية كتلك التي تستخدم في رسم القلب أو لتسجيل الزلزال[2].

والواقع ان النتائج التي يتوصل إليها هذا الجهاز لا يمكن الوثوق بصحتها أو الاطمئنان إليها، إذ باستطاعة الشخص موضوع الاختبار أن يتحكم في انفعالاته كما أنه لا يمكنه تحديد مبعث القلق. هل هو من الجرم أم من غيره في حين أن بعض المذنبين قد لا يتأثرون بجرمهم. هذا فضلاً عن أن الموقف نفسه يبعث على الخوف والقلق. ومن ثم فإن نسبة الخطأ في هذا الجهاز تتراوح بين 20-25 % حسب كفاءة الخبير الذي يقوم باستعماله[3]. ويلاحظ أن هذا الجهاز لا يصلح مع كل المتهمين في كل الأحوال، فهو لا يصلح مع المتهم المصاب عصبياً أو عقلياً أو قلبياً كما أن الاضطراب الشديد والخوف من احتمال الخطأ أو من مجرد الاتهام أو من أسئلة شخصية محرجة قد يعرض الاختبار كله للفشل[4]. ومن هنا فإنه ليس باستطاعة أحد الجزم بأن الكذب وحده هو مصدر الانفعال وأساسه.

مدى شرعية جهاز كشف الكذب في الفقه الإسلامي:-

على الرغم من أن ادلة إثبات الجرائم في الشريعة الإسلامية قد استقرت على النحو المثبت في كتب الفقه إلا أن الشريعة الغراء لا تضيق عن استيعاب تطورات

---

(1) تقرير سكرتير عام الأمم المتحدة ص 51. وانظر الدكتور عبد الوهاب حومد، مقال بعنوان المجرم والقانون منشور في مجلة عالم الفكر المجلد 15 العدد 1974/3 ص 681، الدكتور محمد خليفة. مقال بعنوان مصل الحقيقة وجهاز كشف الكذب منشور في المجلة الجنائية القومية (العدد الاول، مارس 1958 ص 96).

(2) تقرير سكرتير عام الأمم المتحدة ص 51. وانظر الدكتور عبد الوهاب حومد، مقال بعنوان المجرم والقانون المرجع السابق ص 681. مصل الحقيقة وجهاز كشف الكذب أحمد محمد خليفة ص 96.

(3) عبد الوهاب حومد المرجع السابق ص 681.

(4) آمال عثمان، الخبرة في المسائل الجنائية، رسالة دكتوراه 1964 ص 169. مصل الحقيقة وجهاز كشف الكذب المرجع السابق ص 99.

العصر وما يفرزه التطور من تقنية متطورة.

وهذا اليقين هو الذي يدفعني هنا إلى عمل محاولة في سبيل معرفة موقف الفقه الإسلامي من جهاز كشف الكذب سواء باعتباره وسيلة من وسائل الاستجواب أو باعتبار ما يترتب عليه من الحكم بصدق المتهم أو الشهود أو كذبهم، وذلك بالتخريج وقياس النظير على أقرب نظير له.

ولعل أقرب الوسائل التي استخدمها القضاء الإسلامي في الوصول إلى الحقيقة ومعرفة جانب الحق هي وسيلة القضاء بالفراسة. إذ أن الفراسة ناشئة عن وجود القريحة وحدة النظر وصفاء الفكر[1] ودراسة السيماء التي تظهر على الآخرين[2] ومما لا شك فيه أن جهاز كشف الكذب يشترك مع هذه الوسيلة من حيث الخطوات التي يتم فيها التحري عن صدق المتهم أو الشاهد أو كذبهما.

فهما يشتركان في استثمار الظواهر الجسمانية وما يعتري الفرد من أعراض تظهر على سحنات وجهه وحركاته. وإن كان جهاز كشف الكذب يختلف عن الفراسة من، حيث أنه يخضع لقوانين ميكانيكية ومقاييس وبيانات علمية. ومن هنا فإني لا أكون مجازفاً إذا قلت إن جهاز كشف الكذب ربما كان أكثر صدقاً من الفراسة، والنتائج التي يتوصل إليها هذا الجهاز ربما أمكن الوثوق بها أكثر من الفراسة ذلك لأن الفراسة تخضع للتأثيرات الذاتية والعاطفية وقد لا تتجاوز في بعض الأحيان حدود عملية إسقاط التجربة الذاتية على الغير. في حين أن جهاز كشف الكذب، لا يتأثر بمثل هذه العوامل والمؤثرات.

وفي الحقيقة فإن الفقه الإسلامي لا يكاد يعول على الفراسة كدليل من أدلة الإثبات أو كوسيلة من وسائل إثبات صدق الشاهد أو كذبه، وإن كان ابن القيم قد ابتعد كثيراً في تدعيم رأيه الذي يذهب إلى جواز حكم الحاكم معتمداً على الفراسة حيث يقول: فهذه مسألة كبيرة عظيمة النفع جليلة القدر إن أهملها الحاكم أو الوالي أضاع حقاً كثيراً وأقام باطلاً كبيراً[3]. وقد استدل على مذهبه بمثل قوله تعالى:(إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِلْمُتَوَسِّمِينَ)[4].وقد فسر ذلك رسول الله للمتفرسين[5] وبقوله تعالى: (وَلَوْ نَشَاءُ لأَرَيْنَاكَهُمْ فَلَعَرَفْتَهُمْ بِسِيمَاهُمْ)[6]، وقد روي عن النبيρ أنه قال: "اتقوا فراسة المؤمن فإنه ينظر بنور الله "[7].

وروي عنه عليه الصلاة السلام أنه قال: "إن لله عباداً يعرفون الناس بالتوسم "[8].

وقد سرد ابن القيم العديد من الأقضية لقضاة مسلمين مثل عمر بن الخطاب وعلي

---

(1) تبصرة الحكام / ابن فرحون 2 / 131.
(2) الطرق الحكمية / لابن القيم ص 17.
(3) الطرق الحكمية ص 3-4.
(4) سورة الحجر / آية 75.
(5) وقد روى الحديث أبو سعيد الخدري وأخرجه الترمذي في نوادر الأصول. انظر تفسير القرطبي 10 / 43، وقال ابن كثير في التفسير 4 /461 قاله مجاهد.
(6) سورة البقرة / آية 273.
(7) سنن الترمذي كتاب التفسير باب ومن سورة الحجر، وقال عنه: هذا الحديث غريب 5 / 298.
(8) مجمع الزوائد 10 /268/ وقال: رواه البزاز والطبراني في الأوسط وإسناده حسن.

والقاضي إياس[1] وغيرهم من القضاة وادعى أن هؤلاء قد قضوا بالفراسة وقد مثل لذلك بأقضية عديدة وهي مبسوطة في كتب أخبار القضاة، بيد أن هذه الوقائع على كثرتها وتعدد القضاة الذين قضوا بها لا يوجد فيها واقعة واحدة تشير إلى أن واحداً من هؤلاء قد قضى فعلاً بالفراسة مجردة. ولهذا فإن أبا الوفاء بن عقيل[2] قد ذهب إلى أن هذه الأمثلة ليست من الفراسة في شيء. فقد سئل عن ذلك فأجاب أن ذلك ليس حكماً بالفراسة بل هو حكم بالأمارات[3]. ولا يقال إن القافة لا تعدو أن تكون نمطاً من أنماط الفراسة لأنها مبنية على الحدس والتخمين أيضاً، لأننا نقول إن القافة ليست من هذا الباب في شيء بل هي من قياس الشبه وهو أصل معمول به في الشرع[4]. يضاف إلى هذا أن القافة نوع من علم الوراثة.

وللتدليل على ما ذهب إليه أبو الوفاء ابن عقيل من أن القضاء في هذه الوقائع كان بغير الفراسة كالقرائن مثلاً وحتى تبدو الصورة أكثر تكاملاً ووضوحاً أكتفي بذكر واقعة قيل فيها بالفراسة، وقد جرت على عهد عمر بن الخطاب τ، وتتلخص في أنه جيء يوماً إلى عمر بن الخطاب بفتى أمرد وقد وجد قتيلاً ملقى على وجه الطريق، فسأل عمر عن أمره، واجتهد ولم يقف على خبر فشق ذلك عليه، فقال: اللهم أظفرني بقاتله حتى إذا كان على رأس الحول وجد صبياً مولوداً ملقى بموضع القتيل فأتى به عمر. فقال ظفرت بدم القتيل إن شاء الله. فدفع الصبي إلى امرأة وقال لها – قومي بشأنه وخذي منا نفقته وانظري من يأخذه منك فإذا وجدت امرأة تقبله وتضمه إلى صدرها فأعلميني بمكانها، فلما شب الصبي جاءت جارية فقالت للمرأة: إن سيدتي بعثتني إليك لتبعثي بالصبي لتراه وترده إليك، قالت: نعم أذهب به إليها وأنا معك، فذهبت بالصبي والمرأة معها حتى دخلت على سيدتها، فلما رأته أخذته فقبلته وضمته إلى صدرها فإذا هي ابنة شيخ من الأنصار من أصحاب الرسول فأتت عمر فأخبرته فاشتمل على سيفه ثم أقبل على منزل المرأة فسأل الأب عن ابنته ومدى صلاحها وتقواها فأجاب الأب أن الابنة من أعرف الناس بحق أبيها وعلى درجة من التقى والصلاح.

فدخل عمر بن الخطاب بعد أن استأذن من أبيها وقال لها: اصدقيني القول وإلا ضربت عنقك. فقالت: على رسلك والله لأصدقن. إن عجوزاً كانت تدخل عليَّ فأتخذها أماً وكانت تقوم من أمري بما تقوم به الوالدة، وكنت لها بمنزلة البنت حتى مضى لذلك حين، ثم إنها قالت: يا بنية إنه قد عرض لي سفر ولي ابنة أتخوف عليها أن تضيع فأحببت أن أضمها إليك حتى أرجع من سفري، فعمدت إلى ابن لها شاب أمرد هيأته كهيئة الجارية وأتتني به لا أشك أنه جارية، فكان يرى مني ما ترى الجارية حتى اعتقلني يوماً وأنا نائمة.

---

(1) هو اياس بن معاوية بن مرة المزني أحد أعاجيب الدهر في الفطنة والذكاء ولِيَ قضاء البصرة قال الجاحظ عنه: إياس من مفاخر مصر ومن مقدمي القضاء كان صادق الحدس نقاباً عجيب الفراسة ملهماً وجيهاً عند الخلفاء ولد سنة 46هـ وتوفي سنة 122 هـ انظر الأعلام 1/ 376.

(2) هو أبو الوفاء علي بن عقيل بن محمد بن عقيل بن أحمد ولد سنة 431 هـ وتوفي سنة 513 هـ، أحد أئمة الحنابلة وفقيه بارع وأصولي وواعظ ومتكلم. من أشهر مصنفاته (التذكرة) و(عمدة الأدلة) و(الفصول) وغيرها كثير. انظر ذيل طبقات الحنابلة لابن رجب 1/ 142، وشذرات الذهب 35/4.

(3) الطرق الحكمية / 4 _ 17.

(4) تبصرة الحكام 2/ 131. والبرهان لإمام الحرمين 2/ 861. وقد عرف قياس الشبه بأنه هو الذي يستند إلى معنى وذلك المعنى لايناسب الحكم المطلوب بنفسه. ولكن ذلك المعنى يغلب على الظن أن الأصل والفرع لما اشتركا فيه فهما مشتركان في المعنى المناسب وإن لم يطلع عليه القائس. أما قياس المعنى فهو الذي يستند إلى معنى يناسب الحكم المطلوب بنفسه من غير واسطة. انظر البرهان 865/2.

فما شعرت حتى علاني وخالطني فمددت يدي إلى شفرة كانت إلى جانبي فقتلته ثم أمرت به فألقي حيث رأيت فاشتملت منه على هذا الصبي فلما وضعته ألقيته في موضع أبيه. فهذا والله خبرهما على ما أعلمتك. قال عمر: صدقت، ثم أوصاها ودعا لها، وقال لأبيها: نعمت الابنة ابنتك ثم انصرف[1]، ونحن نعلم أن هذه الواقعة لا تدل على أكثر من ذكاء عمر بن الخطاب وفطنته وقدرته على ربط الحوادث والوقائع بعضها ببعض في الوصول إلى الحقيقة ومعرفة المجرم وهذا أمر غير منازع فيه. ولكن الذي ننازع فيه هو أنه ليس في هذه الواقعة ولا الوقائع الأخرى التي ذكرها للتدليل على صحة القضاء بالفراسة ما يشير من قريب أو بعيد أن هناك قضاء قد تم بها مجردة، وخير شاهد على ذلك هي هذه الواقعة. فهي بالرغم من أنها تقرر صراحة أن عمر بن الخطاب لم يرتب عليها شيئاً رغم إقرارها، إلا أن سيدنا عمر قد اكتشف المجرم من خلال القرائن لا من خلال الفراسة، إذ أن إرسال المرأة في طلب الصبي وضمها له بحنو الأم وعاطفتها المتميزة كل هذا أرشد عمر إلى أنه ابنها الذي جاءت به من سفاح، وبالتالي فإن الدافع على الجريمة قد تحقق في المرأة.

وعلى كل حال، فإن الفقهاء يذهبون إلى عدم الاعتداد بالفراسة, يقول ابن العربي: وإذا ثبت أن التوسم والتفرس من مدارك المعاني، فإن ذلك لا يترتب عليه حكم، ولا يؤخذ به موسوم ولا متفرس[2].

ويقول ابن فرحون: والحكم بالفراسة مثل الحكم بالظن والحزر والتخمين وذلك فسق وجور من الحاكم والظن يخطئ ويصيب، وإنما أجيزت شهادة التوسم في محل مخصوص للضرورة[3].

وهذا الذي ذكره ابن فرحون وابن العربي صحيح بدون أدنى شك لأن مدارك الأحكام معلومة شرعاً مدركة قطعاً وليست الفراسة منها. كما أنه ليس لأحد مهما بلغ من قدرات ذكائية عالية ومهارات عقلية أن يدعي أنه يستطيع معرفة الناس وما يبطنونه من أحاسيس ومشاعر وآلام وأشجان ودوافع من خلال سحنات الوجه وما يرتسم عليه من تجاعيد، وهذه حقيقة لا يمكن الغض منها.

صحيح أن هناك بعض الناس قد بلغت أرواحهم درجة من الشفافية وأصبحت لهم القدرة على استخراج المكاشفات والملاطفات ومعرفة الأمور الخافية، وأنا لا أنازع في هذا، ولكن أنازع في اعتبار المعرفة المتحصلة بهذه الطريقة كافية في إثبات حق من الحقوق أو نفيه، وعلى هذا تحمل النصوص الواردة في الكتاب والسنة فيما لو قطعنا بدلالتها على ما نحن بصدده.

وإذا كانت الفراسة ليست لها أية قيمة تدليلية في إثبات جريمة من الجرائم أو حق من الحقوق، وذلك يحمل الوقائع التي ساقها ابن القيم على أنها أسلوب من أساليب التحقيق وأن القضاء إنما تم بغيرها من الوسائل لقيام القرائن مثلاً، فإني أستطيع أن أخلص إلى أن جهاز كشف الكذب ليس له أية قيمة تدليلية في إثبات صدق شاهد أو متهم أو كذبهما، وذلك قياسا على الفراسة والجامع بينهما موجود وهو أن مبنى الوسيلتين _ الفراسة وجهاز كشف الكذب _ واحد. حيث أنهما يستثمران الظواهر الجسمانية ويقومان على الحدس والتخمين واحتمال الخطأ وارد في كليهما.

---

(1) الطرق الحكمية ص 40.
(2) تفسير القرطبي 10 / 44.
(3) تبصرة الحكام لابن فرحون 2 / 132.

يضاف إلى هذا أن جهاز كشف الكذب يتعارض مع الأصل الشرعي الذي يفترض أن المسلم صادق ومؤتمن في أقواله. ويتعارض مع إقامة خصومة عادلة يتاح فيها المجال للمدعى عليه في الدفاع عن نفسه واستخدام هذا الجهاز لا يتيح هذه الفرصة. هذا فضلاً عن أننا مأمورون بالحكم الظاهر وما يرشد إليه ولسنا ملزمين بالكشف عما هو في سريرة الإنسان وما يطويه ولهذا درج الفقهاء على العمل بالظاهر حين قالوا إنما نحكم بالظواهر والله يتولى السرائر[1]، ويدعم مذهبهم هذا بقوله عليه الصلاة والسلام:-

(إنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له بنحو ما أسمع به فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذها، فإنما أقطع له بها قطعة من النار)[2]. وروى البخاري أن عمر بن الخطابτكان يقول: إن أناساً كانوا يأخذون بالوحي في عهد رسول الله ρ، وإن الوحي قد انقطع، وإنما نأخذكم الآن بما ظهر لنا من أعمالكم، فمن أظهر لنا خيراً أمناه وقربناه، وليس إلينا من سريرته شيء فالله يحاسبه في سريرته، ومن أظهر لنا سوء لم نأمنه ولم نصدقه. وإن قال إن سريرته حسنة[3].

ولا شك أن في استخدام جهاز كشف الكذب اقتحاماً لتلك السرائر حيث أن الجهاز يفترض دراسة ردود الفعل التي تصاحب الأسئلة المطروحة على الشخص موضوع الاختبار وتحليل هذه الردود بغرض الوصول إلى إلزامه نتائج يعرف بها صدق المتهم والشاهد أو كذبهما.

يضاف إلى هذا أن النتائج التي يتوصل إليها بواسطة الجهاز تحتمل الخطأ وهذا يعني أنه لا يمكن التعويل عليها في الإثبات أو الاستجواب لأن هذا يتعارض مع مبدأ البراءة الأصلية. كما أنه لا يمكن التعويل عليه في استبعاد شهادة الشاهد بدعوى أن الجهاز يقرر كذب الشاهد لأننا بذلك نعارض يقيناً بشك، ونبطل ثابتاً بمحتمل. إذ أن اليقين أن الشاهد صادق، فلا يعارض بالشك.

ومن خلال العرض المتقدم يتضح لنا أنه من المجازفة بمكان القول بقبول الدليل الناتج عن استجواب المتهم بالاستهانة بهذا الجهاز وذلك لأن نتائجه مبنية على الحدس والتخمين. وهذا ما أعتقده.

---

(1) شاع في كتب الأصول والفقه الاستدلال بهذا القول على أنه من كلام رسول الله، والصواب أنه ليس بحديث يقول على القارئ في كتابه الأسرار المرفوعة في الاخبار الموضوعة ص 114 عن هذا الحديث اشتهر بين الأصوليين والفقهاء الأكابر ولا وجود له في كتب الحديث المشهورة ولا الأجزاء المنثورة وجزم العراقي بأنه لا أصل له وكذا أنكره المزني وغيره، وممن أنكره الحافظ الملقن في تخريج البيضاوي وقال الزركشي لا يعرف بهذا اللفظ وقال السيوطي هذا من كلام الشافعي في الرسالة. وبالجملة فإن هذا القول رغم عدم صحة نسبته إلى النبي بهذا اللفظ إلا أنه ورد عن النبي ρ من حيث المعنى في أحاديث عديدة وطرق صحيحة الإسناد.

(2) صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة ص 1337 رقم الحديث 1713 وقد ورد الحديث بطرق عدة وألفاظ متقاربة في معظم كتب الصحيح وذلك بزيادة إنما أنا بشر مثلكم وبإبدال لفظ ألحن بأبلغ. انظر صحيح البخاري /كتاب الشهادات باب من أقام البينة بعد اليمين/فتح الباري 212/5 ، وموطأ الإمام مالك 2 / 719، وسنن ابن ماجه 2 / 777، ومسند الإمام أحمد 29/6.

(3) صحيح البخاري / كتاب الشهادة / باب الشهداء العدول / فتح الباري 5 / 185.

المبحث الثالث: في استعمال العقاقير المخدرة (مصل الحقيقة)

طبيعة العقاقير المخدرة:

هي مواد يتعاطاها الفرد فتؤدي إلى نوم عميق يتراوح بين خمسة وعشرة دقائق ثم يعقبها بعد ذلك اليقظة[1].والاستجواب تحت تأثير هذا النوع من العقار يعتبر أخطر من جهاز كاشف الكذب، ذلك لأن المتهم يفقد فيها السيطرة على إرادته. [2]

ومعلوم أن البشرية قد عرفت منذ فترة مبكرة المواد المخدرة وفي مطلعها الكحول وقديماً قال الرومان ((Invinoveveros)) في الخمر الحقيقة وقد استعمل تعبير مصل الحقيقة في سنة 1932 عندما استعمل (كالفين جواردرد)، عقار = السكوبلامين = كمهدئ في الولادة وقاسه (هاوس) سنة 1916 وكان الاكتشاف بطريق الصدفة إذ أن الطبيب قد طلب من الزوج شيئاً فردت الزوجة وأخبرته بمكانها على الرغم من أنها كانت واقعة تحت تأثير العقار ومن هنا اكتشف أن هذا العقار يفقد الشخص القدرة على الاختيار ويظل الجانب الإدراكي وكذلك الذاكرة في فترة التخدير سليماً، ومن هنا يكون الفرد له قابلية الكشف عما في كوامنهِ من مشاعر وأحاسيس ويمكن الإيحاء له بالتعبير عما يطويه وبذلك يمكن معرفة حقيقة الدوافع التي يخفيها الفرد عادة وهو في حالة الشعور[3].

وقد عرفت أنواع عديدة للعقاقير ولكل واحد منها خواص مميزة. والتطورات الحديثة والأخيرة في هذا المجال قد تناولت فئات مختلفة من الأدوية. بعضها مهدئ وبعضها مقاوم للشعور بالإحباط واليأس.

وهذه العقاقير على تنوعها وكثرتها تشترك في صفة واحدة هي أنها تساعد على الانطلاق في الكلام والإفصاح عن حقيقة المشاعر التي يطويها الفرد وإن كانت طبيعة الإفصاح تتفاوت من مادة إلزامه إجباراً.

وقد دلت التجارب والاختبارات على أن الفرد الواقع تحت تأثير المخدر لايشترط في كل أقواله أن تكون صحيحة وصادقة إذ أنه في كثير من الأحيان ربما أدلى بمعلومات كاذبة وزائفة، ومما لاشك فيه أن في هذا إهداراً كبيراً لقيمتها التدليلية[4].

وقد ثبت أن المشتبه به الواقع تحت تأثير التخدير كثيراً ما يعبر عن رغبات جنائية مكبوتة ويعترف بجرائم لم يمارسها في واقع الحياة ولم يقم بها بالفعل فيحاول التعبير عنها أثناء التخدير باعتبارها حوادث وقعت وقام بارتكابها مع أن شيئاً من ذلك لم يحدث وأن ما يدلي به من اعترافات لا تتجاوز حدود أوهام تتعلق بجريمة مكذوبة[5].

ويلاحظ أنه يدخل في نطاق هذه الاساليب أيضاً الطريقة الجراحية التي وضع أساسها الطبيب البرتغالي egasmoni في جامعة لشبونه وتتلخص بإجراء عملية جراحية في دماغ المتهم ولها خاصية المخدر فهي تفقد الإرادة ولا تتعرض لذاكرة المتهم بل تبقى

---

(1) آمال عثمان الخبرة والوسائل الحديثة المرجع السابق ص/162.
(2) عبد الوهاب حومد/المجرم والقانون /المرجع السابق ص/681.
(3) أحمد محمد خليفة - مصل الحقيقة وجهاز كشف الكذب _ المرجع السابق ص/ 9 –92.
(4) تقرير سكرتير عام الأمم المتحدة ص/49. الدكتور حسن صادق المرصفاوي، (الأساليب الحديثة في التحقيق الجنائي) المجلة الجنائية القومية. العدد الأول مارس 1967 المجلد 10/45.
(5) استجواب المتهم ص 466 / 2 من نفس الصفة حيث ذكر مثالين من واقع الحياة في فرنسا وهما يدلان على عدم صحة النتائج التي تسفر عنها التجارب والتحليل عن طريق العقار.

على حالها وبهذا يمكن أن يدلي باعترافات كاملة[1].

مدى شرعية الإجراءات وقيمة الدليل الناتج عنها:

معلوم أن الشريعة الإسلامية لا تبيح للسلطة العامة اللجوء إلى هذه الوسيلة، وهذه تعتبر بديهة من البديهيات وذلك لقيام النصوص الدالة على تحريم المخدرات والمسكرات وكل ما يزيل الاختيار ويفسد على العقل قدرته وفاعليته ولست هنا بصدد سرد هذه النصوص.

ولا يقال إن الضرورة ربما تدعو في بعض الأحيان إلى اللجوء إلى هذه الوسيلة في الكشف عن الجريمة والمجرم، لأن الفقه الأسلامي قد اختلف في اعتبار المرض حالة من حالات الضرورة وبالتالي امتناع العلاج بالأدوية المخدرة عند البعض[2] بطريق الأولى لا توجد هناك ضرورة تدعو إلى اللجوء إلى هذه الوسيلة في الكشف عما في كوامن النفس وما يطويه الإنسان. إذ أن الضرورة لا تنعقد إلا إذا انعدمت كافة الوسائل باستثناء الوسيلة موضوع الضرورة وهذا غير متحقق فيما نحن بصدده على أن القول بشرعية هذه الوسيلة يتعارض مع منهجية الشريعة الإسلامية تعارضاً سافراً لأن هذه المنهجية تفترض صيانة كرامة الإنسان وحقه في الاحتفاظ بأسراره بعيداً عن أي اقتحام وليس هناك اقتحام أخطر ولا أبشع من الوصول إلى لا وعي الإنسان وفي هذا

---

(1) عبد الوهاب حومد. المرجع السابق ص 682.

(2) اختلف الفقه الإسلامي في التداوي بالمحرم ومنها المخدرات والمسكرات إلى ثلاثة أقوال:

أ- فذهب الحنابلة والمالكية كما حققه ابن العربي إلى منع التداوي بالمحرمات واحتج هذا الفريق بأحاديث كثيرة وردت عن النبي تفيد بأن المنع من التداوي بالمحرم وبعضها ينص على تحريم التداوي بالخمر، فمن ذلك أن النبي ρسئل عن الخمر فنهاه عن أن يصنعها فقال إنما أصنعها للدواء، فقال إنه ليس بدواء ولكنه داء.

وروي عن النبي أنه قال: (جعل لكل داء دواء فتداووا ولا تداووا بمحرم) وواضح أن هذا الفريق لم يجعل من المرض حالة ضرورة كما قالوا في صورة المضطر للميتة في المخمصة وحجتهم في التفريق أن المضطر في المخمصة قد انعدمت الوسائل التي تزيل ضرورته غير هذه الوسيلة وهي تناول الميتة. أما في حالة المرض فلم يتعين تناول المحرم طريقاً لشفائه لأن الأدوية كثيرة والشفاء ليس في سبب معين في العادة – انظر فتاوى ابن تيمية 270/1، وأحكام القرآن لابن العربي 1/ 59، ونيل الأوطار 8/ 229، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي 4/ 53.

ب- وذهب الظاهرية إلى إباحة التداوي بالمحرمات وحجتهم في ذلك أن المرض يعتبر من حالات الضرورة والضرورات تبيح المحظورات، ويرى ابن حزم التداوي بمنزلة الضرورة لقوله تعالى: (وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ) فما اضطر إليه المرء يعتبر غير محرم من مأكل ومشرب ويستدل لمذهبه ان البول كله محرم ومع ذلك إباحه النبي للعرنيين على سبيل التداوي وقد أورد ابن حزم الأحاديث التي ساقها المانعون فضعف بعضها وأول بعضها ثم خلص إلى أن المحرمات في حالة الاضطرار لا يصدق عليها أنها خبائث – انظر معجم فقه ابن حزم– ترتيب لجنه موسوعة الفقه الإسلامي بجامعة دمشق 1/ 345 – 353.

ت- وقد ذهب الشافعية والحنفية إلى التفصيل:-

1- فذهب الحنفية إلى أنه يجوز التداوي بالمحرم إدا تيقن الشفاء والا فلايبدو أن الإمام أبا يوسف يرى جواز التداوي، بالبول مع ورود النص بتحريمه محتجاً بحديث العرنيين، أما الإمام أبو حنيفة فيرى أنه لا يجوز التداوي بالمحرم مطلقاً بولاً كان أو غيره إلا إذا تيقن شفاء، وحديث العرنيين بناءً على مذهبه محمول على أن النبي قد عرف أن شفاء أولئك بهذا الدواء على الخصوص فهو يقرر حالة خاصة.

2- وذهب الشافعية إلى التفرقة بين الخمر وغيره من المحرمات فعندهم يجوز التداوي بالمحرمات غير الخمر وهذا هو الذهب عندهم واستدلوا بحديث العرنيين وقاسوا سائر النجاسات والمحرمات على البول في اباحة التداوي بها واستثنوا الخمر وقد كان مقتضى القياس إباحة التداوي بها عند الضرورة ولكن لم يؤخذ بهذا المقتضى لمعارضة النص وأنه داء وليس بدواء – وقد ذهب رأي عند الشافعية إلى إجازة التداوي بالخمر ولعل حجتهم هو الأخذ بموجب المقتضى. انظر مغني المحتاج 4/ 188، ونهاية المحتاج وحاشية أبي الضياء 8/ 13- 14.

تعدٍ على خصوصيات الفرد.

واذا كانت الشريعة الإسلامية تحرم شرب كل مسكر وتوجب الحد على من ارتكب هذه الجريمة فهي تجرمه بطريق الأولى على من أجبر الآخرين على تناوله لا فرق في هذا بين السلطة التحقيقية أو غيرها وتعتبر فعل المكره جريمة توجب عقوبته لا عقوبة المكره إذ أن الحد يسقط عن الأخير[1].

وفي كل الأحوال التي يكون فيها السكر مباحاً ومن غير تعدٍ فإن الفقهاء قد نصوا على عدم الاعتداد بإقراره وذلك كما إذا أكره على شرب الخمر[2]. ولا فرق في هذا بين أن يكون إقراراً بحق من حقوق الله، والعباد. هذا إدا اعتبرنا العقاقير المخدرة هي نوع من المسكرات لاشتراكها معها في أنها تفقد الاختيار وكذلك الشأن فيما لو اعتبرنا هذه العقاقير نوعاً من المنومات فإن الدليل الناتج عن الاستعانة بهذه العقاقير ليست له أية قيمة تدليلية لأنه إقرار قد صدر عنه في حالة هي في حقيقتها نوع من النوم أو قريبة منه ولم يقل أحد بصحة إقرار النائم[3]. هذا فيما إذا تناول العقاقير المخدرة بضغط من السلطة العامة ومن غير رضاه أما إذا تناول العقاقير باختياره ورضاه فالحكم على ما قدمته فيما إذا اعتبرنا العقاقير المخدرة نوعاً من المنومات وهو الراجح في المقايسة إذ من خصائص العقاقير المخدرة أن يدخل الواقع تحت تأثيرها في نوم عميق. أما إذا اعتبرناها نوعاً من المسكرات فإن الحكم في هذه الحالة يتفرع على إقرار السكران المعتدي بسكره ومدى الاعتداد به عند الفقهاء[4].

وفي الحقيقة فإن هذه العقاقير ربما كانت ذات فائدة كبيرة للأخصائيين النفسانيين إذ تعتبر من الوسائل الناجحة لتخليص المصابين بأمراض نفسية أو عصبية من العقد المكبوتة وتكشف عن حقائق تتصل بذواتهم وأشخاصهم لكنها كامنة في طيات اللاشعور وأعماق النفس الإنسانية. إلا أن هذه الاستخدامات لاغراض العلاج لا تنطوي على خطورة. وإنما الخطورة تكمن في فسح المجال أمام السلطة التحقيقية أو غيرها من

---

(1) مغني المحتاج 4/ 87، وحاشية الدسوقي والشرح الكبير للدردير 4/ 352.

(2) الهداية وشرح فتح القدير 5/ 314، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق 5/ 3، وبدائع الصنائع 10/ 4594، والروضة 8/ 62، وإعانة الطالبين 3/ 187، والمهذب 2/ 344 – 78، وشرح المنهاج 66/5 و 3/ 448، وجواهر الإكليل 2/ 132، والمغني لابن قدامة 5/ 110.

(3) انظر المراجع السابقة.

(4) في حالة اعتبار العقاقير المخدرة نوعاً من المسكرات فإن المسألة تتفرع عندئذ على إقرار السكران وقد اختلف الفقهاء في الاعتداد بإقراره.

أ – فذهب المالكية والحنابلة إلى عدم الاعتداد بإقرار زائل العقل سواء كان زوال العقل بسبب جنون أو إغفاء أو نوم أو بسبب تناول المسكر وذلك في الأحوال التي يصدر فيها الإقرار مع توافر هذه العوارض أما إذا زال الجنون و ارتفع أثر السكر فأقر في فترات – الصحو فيعتبر إقراره صحيحاً منتجاً لآثاره. يقول الدر دير في شرحه 365/2: ومحصل القول في السكران لزوم الجنايات والعتق والطلاق له دون الإقرارات و العقود على المشهور. وانظر حاشية الدسوقي 365/2. والمغني لابن قدامة 110/5.

ب- وذهب الحنفية إلى أن إقرار السكران بطريق محظور جائز مطلقاً. ولكنهم فرقوا بين إقراره بحق من حقوق الله، وبين إقراره بحق من حقوق العباد. فقالوا إن إقرار السكران يخالص حقوق الله كحد الزنى لا يؤخذ به ولا يترتب عليه أثر لأنه يحتال في درئه. أما إذا كان إقراره بحق من حقوق العباد فإن السكران في هذه الحالة يعامل معاملة الصاحي فيكون إقراره صحيحاً منتجاً لآثاره و السبب في هذا أن حقوق العباد لا يقبل الرجوع فيها لأنه لو أقر صاحياً لما قبل منه الرجوع وكذا في حالة السكر لأن غاية الأمر أن يعتبر راجعا وهذا لايقبل منه. انظر الهداية وشرح فتح القدير 394/5، وبدائع الصنائع 4594/10، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق 3/5.

ج- وذهب الشافعية إلى أن إقرار السكران معتبر بالجملة وتترتب عليه الآثار فهم متفقون مع الحنفية في الاعتداد بإقرار السكران لكنهم يخالفون الحنفية في عدم التفرقة بين حقوق الله وحقوق العباد. انظر شرح المنهاج 66/5 و 448/6، والمهذب 344/2 – 78، والروضة 62/8.

أجهزة السلطة العامة في استخدام هذه الوسيلة.

ومنشأ هذه الخطورة أنها تؤدي إلى المساس بخصوصية الفرد والكشف عن دروب الشخصية مما يرجع بنا إلى صورة كئيبة تفصح عن الهمجية ولها في نفس الوقت دلالة خطيرة وهي أن برامج التعذيب التي سادت المجتمعات البشرية في مرحلة المراهقة الحضارية لم تزل قائمة حتى الآن. لأن اللجوء إلى هذه الوسيلة لا يخرج عن كونه تعذيباً نفسياً للفرد بغض النظر عن كونه متهماً لأننا نفترض براءة المتهم حتى تثبت إدانته.

ومن خلال العرض المتقدم أخلص إلى أن استخدام العقاقير المخدرة في الوصول إلى اعتراف المتهم غير مشروعة وذلك لقيام النصوص على تحريم كل مسكر وما يؤدي إلى زوال العقل. وأنه ليس هناك ضرورة تدعو اللجوء إليها حتى يمكن القول بإباحته إذا أن الفقه الأسلامي قد اختلف في اعتبار المرض حالة من حالات الضرورة التي يباح معها تناول المحرمات مع أن الضرورة فيه أوضح من استخدام العقاقير المخدرة فيه للوصول إلى اعتراف المتهم هذا فضلاً عن أنه تعذيب للمتهم وممارستة لا تنسجم مع منهجية الشريعة الإسلامية وروحها في صيانة كرامة الإنسان وحفظ آدميته.

المبحث الرابع: في التسجيل الصوتي وأجهزة الإنصات ومدى الإثبات بها

ماهية التسجيل:

التسجيل الصوتي هو عبارة عن ترجمة للتغييرات المؤقتة لموجات الصوت الخاصة بالكلام أو الموسيقى إلى نوع آخر من الموجات أو التغييرات الدائمة ويكون التسجيل عادةً بواسطة آلة تترجم موجات الصوت إلى اهتزازات خاصة تتفق هذه الاهتزازات مع الأصوات التي تحدثها بالضبط[1]. وهذا يعني أن التسجيل ليس هو الصوت الحقيقي الذي انطلق من الإنسان ابتداءً وإنما هو الصوت المتردد الذي تبعثه الأطوال الموجية ويترجمه التسجيل إلى لغة تماماً كما يحدث مع الاذن في سماع الأصوات.

ويلاحظ أن التسجيل يتم بإحدى طريقتين:

إحداهما التسجيل الآلي: ويكون عادةً بواسطة آلة تترجم موجات الصوت إلى

(1) محمد إبراهيم زيد / الأساليب العلمية الحديثة في مكافحة الجريمة ص65.

اهتزازات خاصة عن طريق إبرة تعمل على سطح من الشمع أعدت خصيصاً لذلك.

ثانيهما التسجيل المغناطيسي: وهو طريقة متقدمة ومتطورة عن التسجيل الآلي حيث استبدال التسجيل على السطح المشمع بالتسجيل على سلك ممغنط وفي الوقت الحاضر أصبح التسجيل يتم على شريط من البلاستك الممغنط.

وقد دلت الاختبارات والدراسات العلمية للأصوات التي أجريت حديثاً على أن طبيعة الأصوات الصادر من كل فرد تعتبر لها طبيعة خاصة ومتميزة نوعياً عن الفرد الآخر. بمعنى أنه لايمكن وجود أصوات متشابهة من حيث الأطوال الموجبة وطبيعة الصوت بين فردين تماماً كما هو الشأن في بصمات الأصابع والرائحة المنبعثة من جسم الفرد، وعليه فإنه بالإمكان التمييز بين صوت وصوت ويمكننا التعرف على الأصوات التي الفناها وتحديد صاحب الصوت خطيباً كان أو مطرباً أو قارئاً أو مذيعاً ومن خلال دراسة الأصوات وتسجيلها أمكن الوصول إلى مستوى متقدم في تحقيق الشخصية[1] تماماً كما حققت بصمات الأصابع تقدماً ملموساً في هذا الصدد، والفكرة التي تقوم عليها طريقة تحقيق الشخصية من خلال التسجيل الصوتي تقترب إلى حد ما من فكرة تحقيق الشخصية عن طريق البصمات، فإذا كان تحقيق الشخصية عن طريق البصمات يعتمد على الخطوط والعلامات المميزة والفريدة لبصمات الأصابع فإن تحقيق الشخصية عن طريق التسجيل الصوتي هو الآخر يعتمد على العلامات الفريدة لطبقات (السبكترواجرافية) وهذه الطريقة تتلخص في تحويل الموجات الصوتية إلى خطوط ورموز تضاهي تلك الأصوات وتسجيلها على لوحات خاصة، وبالمقارنة بينهما وبين الصوت المسموع خلال فترة التحقيق يمكن معرفة مدى التشابه بين الصوتين وأن الصوت المسجل هو صوت المتهم وفوق هذا يمكن من خلال هذه الطريقة معرفة الصوت الأصلي من الصوت المزيف أو المقلد مهما كان المقلد بارعاً في تقليده، وقد أثبتت البحوث والتجارب نجاح هذه الطريقة بنسبة 99 % من العينة التي أجريت عليها هذه التجارب[2].

القيمة الفنية والعلمية للتسجيل الصوتي:

تعرضت أجهزت التدوين الالي للانتقادات العلمية الكثيرة إلا أنه يمكن تلخيصها في نقطتين:

إحداهما: أنه بإمكان الفنيين والمختصين التلاعب بالجمل والألفاظ المسجلة وذلك عن طريق التوليف الذي يأخذ شكل حذف كلمة أو حرف واحد أو من خلال تقديم كلمة على أخرى وإعادة تسجيلها مرة ثانية بمهارة فائقة يصعب كشفها أو الوصول إلى معرفة زيفها بحيث يتغير المعنى الأصلي للكلام المسجل[3].

وعلى ضوء هذا التغيير يمكن إدانة البريء وإن لم يكن في كلامه الأصلي مايقتضي هذه الإدانة. هذا إضافة إلى إمكان النقل من أحاديث مسجلة على شريط آخر والتوليف بينها بحيث تبدو وكأنها حديث واحد متكامل.

ثانيها: هناك من يذهب إلى أنه حتى الآن لم يثبت من الناحية العلمية وبصورة قاطعة أن الصوت المسجل يعود إلى من نسب إليه سيما إذا كانت طبيعة الأصوات

---

(1)عادل حافظ غانم / كشف الجريمة بالوسائل العلمية الحديثة ص238.

(2) kerstat. G ; voiceprint Identificdtion, Newsmage zine. N. Y. December, 1954,

(3) الجوانب التأريخية والعلمية لاستخدام الوسائل العلمية والفنية في التحقيق الجنائي (محمد إبراهيم زيد ص531).

متقاربة أو متشابهة[1].

التسجيل- شرعيته ومدى الإثبات به:-

سبق وأن بينت أن التسمع لأحاديث الغير والتي يقصد بها أن تكون سراً يعتبر جريمة في الفقه الإسلامي تستوجب التعزير متى توافرت العناصر المكونة للتصرف الجرمي، وبينت الحالات التي يباح فيها التجسس وهنا نتعرف على قيمة التسجيل كدليل من أداة الإثبات. وفي الحقيقة فإن التدوين الآلي لأحاديث الأفراد لا يمكن اعتباره شهادة على الشخص الذي تم تسجيل حديثه لأن للشهادة في الفقه الإسلامي شروطاً يجب توافرها وهي غير موجودة في جهاز التسجيل هذا فضلاً عن أن الإنسان لا يعتبر شاهداً على نفسه، ولكن هل يمكن اعتباره من قبيل الإقرار؟ .....

الواقع أن ما ترشد إليه آراء الفقهاء على اختلاف مذاهبهم تشير إلى أنه لا يمكن اعتباره من قبيل الإقرار ذلك لأنه لا يخلو أن يكون الشخص الذي تم تسجيل حديثه اما أن يكون معترفاً بما احتواه شريط التسجيل من اعتراف أو منكراً له، فإن كان معترفاً ألزمناه باعترافه الحادث لا بما تضمنه شريط التسجيل وهذا لا خلاف فيه. وإن كان منكراً لما احتواه الشريط، فإن كان موضوع الاعتراف هو حق من حقوق الله تعالى فإنه لا يلزمه موجب التسجيل في هذه الحالة لأن له الرجوع عن إقراره في حقوق الله ولا تجب عليه عقوبة[2].

وإن كان موضوع التسجيل متعلقاً بحق من حقوق العباد فإنه لا يمكن اعتبار الحديث المدون آلياً إقراراً لأمرين:

أحدهما: أنه ليس هناك ما يفيد أن الحديث الذي تم تسجيله صحيح النسبة إلى هذا الفرد أو ذاك وذلك لاحتمال أن يكون هناك تقليد وحتى على فرض إمكان معرفة الصوت الحقيقي وتميزه عن الصوت المزيف حسب طريقة (السبكتروجرافية) فإن احتمال التوليف بين الكلمات الصادرة من فرد وارد، ولكي تبدو الصورة أكثر وضوحاً نسوق مثالاً لذلك. فإذا أمكن أن يسجل لفرد ألف كلمة مثلاً بغض النضر عن موضوع هذا الكلام فإنه يمكن من خلال هذه الكلمات الألف صناعة اعتراف بطريقة لا يمكن كشفها والوصول إلى زيفها، وإن كان الكلام ابتداء ليس فيه ما يفيد هذا الاعتراف أو يرشد إليه، ومع هذا الاحتمال وهو قوي جداً ينهدم إمكان الاعتراف بشريط التسجيل كدليل من أدلة الإثبات سواء أكانت الجريمة موضوع الاعتراف مدنية أم جنائية لأنه في هذه الحالة يتعارض مع البراءة الأصلية، ولا يغير من الأمر شيئاً دعوى أن هذا الإجراء يمكن إحاطته بضمانات عديدة يبعد معها ورود مثل هذه الاحتمالات كأن يجعل هذا الإكراه استثنائياً ومنوطاً بإذن القاضي وأن يطبع على الشريط الذي تستخدمه سلطات التحقيق علامات خاصة على طول الشريط تحاشياً من احتمال التزوير لأنه يرد على هذا أنه بالإمكان تقليده هذه العلامات وإناطة الإجراء بإذن القاضي أو غيره لا يقدم ضماناً حقيقياً لعدم اساءة استخدام هذا الإجراء، بل إن الشواهد قد أثبتت أن سلطة التحقيق ليست معصومة شأنها في ذلك شأن أي جهاز في الدولة على أنه يجب ملاحظة الذي يقوم بتنفيذ الإجراء هي سلطات الشرطة وليس القاضي حتى يمكن ضمان الحيدة وعدم التجاوز.

---

(1) أحمد عثمان حمزاوي موسوعة التعليقات على مواد الإجراءات الجنائية / القاهرة 1953 ص 684.
(2)بدائع الصنائع. 1/ 4614 –4615، والمهذب 2/ 346، والمنتقى 7/ 143.

وقد يجاب على هذا أن الاحتمالات التي أوردتها على الأحاديث المدونة آلياً ترد بعينها على أكثر من وسيلة من وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، ومع ذلك قال الشرعيون باعتبارها من غير نظر إلى هذه الاحتمالات وعلى سبيل المثال شهادة الأعمى فقد ذهب جانب من الفقه إلى اعتبارها مع أن احتمال تقليد الأصوات وتشابهها عليه وارد ومدرك علمه مقصور على السماع فقط[1] بل إن احتمال التزوير وارد على أصل الشهادة إذ ليس هناك ما ينفي كذب الشهود، وأن يدلوا بشهادة زائفة ومع ذلك فإن الفقه الإسلامي يعترف بالشهادة ويعتبرها من الوسائل الأساسية في الإثبات.

صحيح أن الفقه الإسلامي يشترط في الشهود شروطاً يبعد معها احتمال التهمة مثل العدالة وغيرها إلا أن احتمال الكذب والزور وارد بلا شك.

ويجاب على هذا أن قبول شهادة الأعمى عند من قال به متوقف على أن يصل الشاهد إلى درجة اليقين بمصدر الأقوال وصحة نسبتها إلى قائلها ومتى حصل التردد أو الشك لا تقبل شهادته هذا فضلاً عن أن الشاهد حين مثوله أمام القاضي فإنه يتعرض لأسئلة عديدة يمكن من خلالها معرفة مدى صحة سماع الأعمى ونسبة القول إلى المشهود عليه. أما احتمال كذب الشهود فهو بعيد جداً مع الشروط التي يلزم توافرها في الشاهد مثل العدالة مما تبعد معها التهمة، يضاف إلى هذا أن هناك وسائل يمارسها القاضي اثناء التحقيق يستطيع التعرف على كذب الشهود وصدقهم والتي من أبرزها التفريق بين الشهود واستجواب كل شاهد على انفراد. وبعد ذلك مقارنة أقوال الشهود ومعرفة تطابق شهاداتهم وفي هذا كله ضمان لكشف الكذب والاقتناع بصدق الشاهد أو كذبه ورد الشهادة متى علم كذب الشهود أو عدم دلالة أقوالهم على المدعى دلالة قطعية[2]. وهذا كله لايتأتى في الأقوال التي يتم تدوينها آلياً.

ثانياً: إن قيمة الإقرار تأتى من أن الإنسان لايعترف على نفسه كذباً فهو اختيار متردد بين الصدق والكذب إلا أنه ترجح جانب الصدق على الكذب للسبب المتقدم ومع إنكار الشخص الذي تم تسجيل حديثه ينعدم ترجيح الصدق على الكذب خصوصاً إذا وضعنا في الاعتبار الاحتمالات التي سبق وأن ذكرتها. هذا إذا كان تسجيل الحديث قد تم بطريقة إلكترونية ذاتية بمعنى أنه لم يقترن بهذا التسجيل شهادة الشهود –أي لم يكن هناك من يراقب إقرار الفرد حال التسجيل– أما إذا كان هناك شاهد على حديث الفرد

---

(1) اختلف الفقه الإسلامي في شهادة الأعمى ومدى قبولها:
أ- مذهب الحنفية باستثناء أبي يوسف إلى أنه لا تقبل شهادة الأعمى سواء كان بصيراً وقت التحمل إليه أولا وعند أبي يوسف أن البصر ليس بشرط لقبول الشهادة إذا كان بصيراً وقت التحمل وكان المدعي لا يحتاج إلى الإشارة إلى وقت الأداء، أما إذا كان محتاجاً لذلك فلا تقبل شهادته بإجماع الحنفية- وهذا مذهب الشافعية إلا أنه تقبل شهادة الأعمى عندهم بالاستفاضة لأن طريق العلم بها السماع والأعمى كالبصير في ذلك وفيما عدا ذلك لا تقبل شهادته، وهناك حالات أخرى استثناها الشافعية وحجة هذا الفريق أن شرط الشهادة العلم وبالصوت لا يحصل له العلم بالمتكلم لأن الصوت يشبه الصوت ويخالف رواية الحديث والاستمتاع بالزوجة لأن ذلك يجوز بالظن وهو خبر الواحد – انظر بدائع الصنائع 9/ 4028، والمهذب336/2.
ب- وذهب الحنابلة والمالكية إلى أنه تقبل شهادة الأعمى في الأقوال مطلقاً سواء تحملها قبل العمى أم بعده إذا تيقن الصوت وهو مروي عن الزهري وعطاء وغيرهم وحجتهم أن سائر الآيات التي وردت في الشهادة لا تفرق بين الأعمى وغيره ولأنه مقبول الرواية فقبلت شهادته كالبصير وهذا إضافة إلى أن السمع حاسة من الحواس التي يحصل بها اليقين وقد يكون المشهود عليه من الأشخاص الذين ألف الأعمى أصواتهم يقيناً فيجب أن تقبل شهادته. انظر: المغني لابن قدامة 10/ 170 – 171، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي 4/ 167 .

(2) المغني لابن قدامه 78/10.

حال التسجيل لكنه كان مختبئاً لا يعلم به المقر فإن الأمر في هذه الحالة يختلف عن التدوين الذي يتم بطريقة إلكترونية ذاتية، إذ أن هذه المسألة تتفرع على مسالة أخرى وهي مدى حجية شهادة المختبئ أو عدم صحتها؟...

وبادئ ذي بدء أشير إلى أن المختبئ هو ذلك الشخص الذي يخفي نفسه عن المشهود عليه ليسمع إقراراً ولا يعلم به وذلك كما إذا كان الشخص ينكر الحق في العلن وأمام الناس ويقر به إذا خلى بنفسه أو وسط رفقته فيختبئ له شاهدان في موضع لايعلم بهما ليسمعا إقراره ثم يشهدان به وقد يطلق على هذه الشهادة شهادة الاستغفال[1].

وقد اختلف الفقه الإسلامي في قبول الشهادة:

فذهب الإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه وصححها ابن قدامة والشافعي في الجديد إلى قبول هذه الشهادة[2]. بيد أن الشافعي قيد القبول بمعاينة المشهود عليه وإلى قريب من هذا ذهب الحنفية حيث قالوا بقبول شهادة المستخفي في صورة من دخل البيت فرآه فيه وعلم بأنه ليس به أحد غيره ولا طريق ينفذ منه غير الباب وجلس عليه الشاهد وسمع الإقرار أو البيع فإنه يجوز له الشهادة عليه بما سمع[3]. وإلى هذا ذهب بعض المالكية منهم ابن القاسم وأشهب واختلف النقل عن الإمام مالك فروي عنه أنه لا يشهد بها وفي رواية أخرى أنه يشهد بما سمع من قذف دون غيره لأنه أمر يحتاط به بخلاف غيره من المعاملات والطلاق[4]. وقد اشترط المالكية لقبول هذه الشهادة أن لا يكون المشهود عليه مخدوعاً أو خائفاً وشريطة أن يستوعب كلامه[5].

وحجة هذا الفريق ما رواه سالم قال سمعت عبد الله بن عمر رضي الله عنه يقول انطلق رسول اللهρوأبي بن كعب الأنصاري يؤمان النخل التي فيها ابن صياد حتى إذا دخل رسول اللهρطفق رسول الله يتقي بجذوع النخل وهو يختل أن يسمع من ابن صياد شيئاً قبل أن يراه وابن صياد مضطجع على فراشه في قطيفة له فيها رمرمة أو زمزمة[6]. فرأت أم ابن صياد النبيρوهو يتقي بجذوع النخل، فقالت لابن صياد: أي صاف هذا محمد فتناجى ابن صياد قال النبيρ: " لو تركته بين "[7]. والغرض من هذا الحديث قوله وهو يختل أن يسمع. وقوله عليه الصلاة والسلام في آخر الحديث لو تركته بين فهو يقتضي الاعتماد على سماع الكلام وإن كان السامع محتجباً عن المتكلم[8]. وروي عن عائشة رضي الله عنها قالت: "جاءت امرأة[9] رفاعة القرضي إلى النبيρ

(1) تبصرة الحكام 378/1، والمغني لابن قدامة 217/9، وشرح منح الجليل 234/4.
(2) إعانة الطالبين /299/4 , والمغني لابن قدامة 195/10، وفتح الباري 183/5. والفروع 551/6، وأسنى المطالب 364/4.
(3) الهداية وشرح فتح القدير 7/ 383 _ 384.
(4) تبصرة الحكام 379/1، وشرح منح الجليل 234/4.
(5) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي 4/ 175، وشرح منح الجليل 234/4.
(6) الزمزمة بالزائين والرمرمة بالرائين هو الصوت والشك إنما هو من الراوي. انظر عمدة القارىء 104/11. ط الحلبي.
(7) صحيح البخاري / كتاب الشهادات / باب شهادة المختبىء، فتح الباري 184/5.
(8) فتح الباري 5/ 184.
(9) امرأة رفاعة هي تميمة بنت وهب ولم يقع في رواية البخاري المتقدمة وكذلك في صحيح مسلم ص1055 رقم الحديث 1433. ولافي ابن ماجه1/ 621 التصريح باسم امرأة رفاعة وإنما ورد التصريح بالاسم في موطأ الإمام مالك 2/ 531، حيث سماها في روايته (تميمة بنت وهب).

فقالت: كنت عند رفاعة[1]. فطلقني فأبت طلاقي فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير[2] وإنما معه مثل هدبة الثوب[3]. فقال: أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟... لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك وأبو بكر جالس وعنده خالد بن سعيد بن العاص[4] بالباب ينتظران أن يؤذن له فقال:يا أبا بكر ألا تسمع إلى هذه ما تجهر به عند النبي ρ[5] يقول ابن حجر: "والغرض منه إنكار خالد بن سعيد على امرأة رفاعة ما كانت تتكلم به عند النبي ρ من كونه محجوباً عنها خارج الباب ولم ينكر النبيρذلك فاعتماد خالد على سماع صوتها حتى أنكر عليها هو حاصل ما يقصد من شهادة السماع[6]. ومن الحجج التي ساقوها أيضاً ما روي عن النبي ρ قوله إن بلال[7] ينادي بليل فكلوا واشربوا حتى ينادي ابن أم مكتوم[8]. ووجه الاستدلال به أن الناس إنما يسمعون أصواتهما وهم في بيوتهم دون معاينتهما ومع هذا يمتنعون عن الأكل أو يأكلون لصوتيهما كما قاس هذا الفريق شهادة المختبىء على شهادة الأعمى.

ومع كل هذه الأدلة فإن أصحاب هذا الرأي يذهبون إلى وصف هذا الإقرار بأنه فعل لايليق بالعقلاء ولا يختاره الفضلاء[9].

وذهب فريق من الفقهاء إلى أنه لاتقبل شهادة المختبيء وإليه ذهب الشافعي في القديم وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد وقول أبي حنيفة وجماعة من العلماء[10]. وحجة هذا الفريق قوله تعالى: (ولاتجسسوا) ولأن الشهود قد شاركوا قي التدليس فلا يحل لهم ذلك ولأن مجرد اختفائه بغرض الاستماع إلى حديث الغير قد أخرجه عن صفة العدالة[11] يضاف إلى هذا أن الأصوات يمكن أن تتشابه وتتفق فلا يستطيع الشاهد

---

(1) هو رفاعة بن سموأل القرضي وهو من أصحاب رسول الله ولم أعثر على سنة وفاته وله ذكر في الصحيح. انظر: الإصابة 491/2، والاستيعاب في معرفة الأصحاب 500/1.

(2) هو عبد الرحمن بن الزبير بفتح الزاي وكسر الموحدة ابن باطيا القرضي من بني قريظة ويقال هو ابن الزبير ابن زيد بن امية كذا ذكره بن منده فيحتمل أن يكون نسب بالتبني لصنيع الجاهلية. وإلا فالزبير بن باطية معروف في بني قريظة. انظر الإصابة 4/ 305، والاستيعاب 2/ 833.

(3) المراد بهدبة الثوب طرفه الذي لا ينسج تريد أن الذي معه رخو أو صغير أو كطرف الثوب لا يغني عنها. انظر عمدة القارئ 11/ 106 ط الحلبي.

(4) هو خالد سعيد بن العاص بن أمية. أسلم قديماً. يقال: أسلم بعد أبي بكر فكان ثالثاً، أو رابعاً. وقيل: خامساً هاجر إلى الحبشة ثم قدم المدينة في خيبر. استعمله الرسول إلى صدقات مذ حج وصنعاء اليمن، توفي شهيداً في واقعة أجنادين وكانت في سنة ثلاث عشرة، وقيل وفاة أبي بكر بأربع وعشرين ليلة. وقيل: بل قتل بمرج الصفر بدمشق سنة اربع عشرة في صدر خلافة عمر. انظر الاستيعاب 422.

(5) صحيح البخاري/كتاب الشهادات/باب شهادة المختبىء/فتح الباري 5/ 184.

(6) فتح الباري 5/ 184

(7) هو بلال بن رباح الحبشي أبو عبدالله مؤذن الرسول وخادمه على بيت ماله توفي سنة 20هـ شهد المشاهد كلها مع رسول الله ρ. انظر: الأعلام 49/2، وشذرات الذهب 1/ 30.

(8) هو عبد الله بن أم مكتوم الأعمى العامري لم يختلفوا في نسبته إلى بني عامر وإنما اختلفوا في اسمه واسم أبيه. فقيل إن اسمه عبد الله. وأغلب اهل الحديث يقولون إن اسمه عمرو بن أم كلثوم. أما أبوه. فقال بعضهم: اسمه زائدة بن الأصم. وقال آخرون: قيس بن مالك الأصم فجرت نسبته إلى جده. أما أمه فهي عاتكة، كان النبي يستخلفه في عامة غزواته يصلي بالناس وهو الذي نزلت فيه سورة عبس. توفي شهيداً في واقعة القادسية، وكان معه اللواء وقيل بل رجع من القادسية إلى المدينة ومات فيها. انظر الإصابة 4/ 601 الاستيعاب 997، تهذيب التهذيب 8 /34. والحديث قد أخرجه الإمام مالك في موطأ 1/ 74، ومسلم في صحيحه كتاب الصوم. باب بيان أن الدخول في الصوم يحصل بطلوع الفجر ص768 رقم الحديث 1092وفي متنه حتى يؤذن ابن أم مكتوم والبخاري في صحيحه كتاب الأذان باب أذان الأعمى إذا كان له من يخبره. عمدة القارى ط الحلبي 4/ 293، وفي متنه, إن بلال يؤذن بليل

(9) تبصرة الحكام 378/1- 381 .

(10) ممن اختار هذا الرأي القاضي شريح والشعبي. انظر فتح الباري 184/5، وعمدة القارىء 103/11، والمغني لابن قدامة 195/10.

(11) عمدة القارئ 103/11، وتبصرة الحكام 178/1.

التمييز بين صوت وآخر[1].

ويلاحظ أن الفقهاء الذين ذهبوا إلى قبول الشهادة قد ضيقوا من نطاق استعمالها، فقد قيدها البعض باقتران المعاينة مع السماع، وقيدها البعض الآخر بأن يتيقن الشاهد عدم وجود شخص آخر مع المشهود عليه في المنزل وعدم وجود منفذ آخر غير الباب الذي جلس عليه وذهب فريق ثالث إلى اشتراط أن لا يكون هناك غش أو خداع. ولكن مع هذا يبدو من الصعوبة قبول هذا الرأي على إطلاقه، ذلك لأن الفقهاء لم يحددوا الجهة التي يمكن أن تستخدم هذا الإجراء، وكأنهم بذلك يعطون الحق لكل شخص في ممارسته وهو أمر يصعب قبوله في ظل مجتمعنا المعاصر.

والذي أراه أنه لا مانع من ممارسة هذا الإجراء وذلك وفق الضوابط التي سبق وأن بينتها في الحالات التي يباح فيها التجسس وشريطة أن توضع ضمانات كافية يبعد معها الخروج بهذا الإجراء عن الغرض الأصيل ومن هذه الضمانات ضرورة إناطة الإجراء بإذن القاضي وأن يقصر ذلك على الجرائم الخطرة وغير العادية وأن يكون الشخص الذي يختبيء للتجسس عليه ممن دلت القرائن على ارتكابه جريمة أو التخطيط لها وحامت حوله الشبهات مع ملاحظة عدم الأخذ بموجب هذه الشهادة كدليل مثبت على الانفراد إلا إذا كانت مقترنة بالمعاينة لأن إمكان التزييف وارد.

المبحث الخامس: في فتح المراسلات البريدية ومراقبة المكالمات الهاتفية

المطلب الأول: فتح المراسلات البريدية

معلوم أن الكشف والبحث في المراسلات البريدية إنما يهدف به الاطلاع على مكنوناتها باعتبارها مستودعاً لحفظ السر، ولاشك أن الشريعة الإسلامية قد حمت أسرار الناس وخصوصياتهم كما سبق وأن ذكرت ذلك في النصوص الدالة على النهي عن التجسس والبحث عن العورات واتباعها. وفتح الرسائل نمط من أنماط التجسس وهتك الاسرار. كما أن المراسلات تعتبر مظهراً من مظاهر الحق بالخصوصية وإحدى دعاماتها.

وعلى الرغم من أنني وأنا بصدد دراسة شرعية فتح المراسلات أوعدم شرعيته أواجه بعدم وجود نص على درجة من الصحة وقطعي الدلالة في موضوعنا. وفي نفس الوقت يفيد عدم شرعية فتح المراسلات، إلا أنه لا مانع من الاستدلال بحديث ضعيف وهو الحديث الوحيد الذي عثرت عليه في هذا الشأن، لأنه حديث تدعمه عموميات الشريعة الدالة على النهي عن التجسس فقد روى ابن عباس عن النبي ρ أنه قال: " لاتستروا الجدر فمن نظر في كتاب أخيه بغير إذنه فإنما ينظر في النار وسلوا الله ببطون أكفكم ولا تسألوه بظهورها فإذا فرغتم فامسحوا بها وجوهكم ".

وعلى الرغم من أن هذا الحديث قد ضعفه غير واحد من العلماء رغم وروده بطرق مختلفة[2] إلا أن واحداً من شراح الحديث لم يذهب إلى القول بشرعية الاطلاع على المراسلات بإطلاق بل إن كلامهم بالجملة يدل دلالة واضحة على أن الأصل هو عدم جواز النظر في كتاب بغير إذن. وأنه يجوز في الأحوال الاستثنائية النظر في مثل

---

(1) تبصرة الحكام 1/ 178 .

(2) هذا الحديث ضعيف في كل طرقه التي ورد بها قال عنه أبو داود في سننه كتاب الصلاة / باب الوتر روي هذا الحديث من غير وجه عن محمد بن كعب كلها واهية. وهذا الطريق وأمثاله ضعيف أيضاً. وقال صاحب المنهل العذب: 152/8: تعقيباً على قول أبي داود وفيه نظر فإن فيه مجهولاً وهو أبو المقدام وقد ضعفه غير واحد من الحفاظ قال فيه ابن حبان: إنه يروي الموضوعات عن الثقات لايجوز الاحتجاج به وقال الحافظ ابن حجر في الفتح 39/11: سنده ضعيف ورغم أن الحديث ضعيف إلا أن له شواهد تقويه من الأحاديث الدالة على رفع اليدين في الدعاء ومسح الوجه بهما.

هذه الكتب[1]. وكأن شراح الحديث إنما ذهبوا إليه يسترشدون بتلك النصوص الكثيرة الدالة على النهي عن التجسس وبما تهدي إليه روح الشريعة وعمومياتها. ولهذا نجدهم يعتبرون الحديث المتقدم هو الأصل ويعتبرون قصة حاطب بن أبي بلتعة، والتي فيها أن الإمام علياً أخذ الكتاب من الظعينة، وقال: لتلقين الكتاب أو لننزعن الثياب-استثناء من الأصل كما توحي بذلك عباراتهم-، رغم قوة الحديث وصحته وضعف الحديث الأول والطعن في سنده.

وقد اختلف شراح الحديث في وجه المقارنة بين الناظر في كتاب الغير وبين الناظر في النار. فذهب بعضهم إلى أنه قصد به التمثيل، وأنه يجب على المسلم الحذر من هذا الصنيع كما يحرم من النظر إلى النار. وذهب فريق ثان إلى أن المراد بالنظر إليها الدنو منها والصلة بها؛ لأن النظر إلى شيء إنما يكون عن قرب المسافة والدنو منه. وذهب فريق ثالث إلى أن موجب النظر في الكتاب هو النار فكأنه قال: كأنما ينظر إلى ما يوجب النار لكنه أضمره ولم يظهره في الكلام[2].

والكتاب المنهي عن الإطلاع عليه هو الكتاب الذي فيه أمانة أو سر بين الكاتب والمكتوب إليه، والذي لا ريبة فيه ولا ضرر منه على أحد من أهل الإسلام فيخص منه ما يتعين طريقاً إلى دفع مفسدة هي أخطر من مفسدة النظر. فمتى ما ترتب الضرر في المجتمع أو بأحد المسلمين وظهرت الريبة في الكتب أو الخطابات المرسلة فإنه في هذه الحالة يجب الكشف عنها ومعرفة ما في داخلها والاطلاع عليها[3]. ويستدل لهذا كله بواقعة حاطب بن أبي بلتعة والتي فيها أن الإمام علي قال للظعينة لتخرجن الكتاب أو لنلقين الثياب فأخرجته من عقاصها , ووجه الاستدلال على ذلك أن النبي ρقد أمر علياً والزبير والمقداد باسترداد الخطاب وأنهم قد انتزعوا الخطاب من المرأة بتهديد يقرب من الإكراه. وأنهم قد اطلعوا على الكتاب وما فيه وهذا كله دليل على جواز فتح المراسلات البريدية متى ما ظهرت الريبة وحامت الشكوك حول الخطابات المرسلة.

ومن البديهي بعد هذا أنه لا فرق بين أن تكون الرسالة طرداً بريدياً أو خطاباً عادياً أو برقياً أو أي صيغة من صيغ المراسلات. كما أنه لا فرق بين أن يكون الكشف عن محتوى هذه الرسائل بالوسائل العادية كالتمزيق مثلاً وبين الكشف عنها بوسائل حديثة وقراءتها دون المساس بها لأن الطريقتين - العادية والحديثة - مؤداهما واحد وهو الكشف عن محتوى الرسالة.

ومن الجدير بالملاحظة أن الفقهاء رغم ما قرروه من جواز الاطلاع على الرسائل في الأحوال التي تظهر فيها الريبة على سبيل الاستثناء إلا أنهم لم يحددوا طبيعة هذا الإجراء ولا حددوه كما أنهم لم يعينوا الجهة التي يمكن أن تمارسه وهل هو موكول إلى السلطة العامة أو القاضي أو سلطة التحقيق أو الأفراد. وربما لاحظ الفقهاء في هذا الاطلاق هو ترك الموضوع لتقدير ولي الأمر بما يتلاءم مع طبيعة العصر وتطوره. مع اعتقادي أن القدر الذي عالج به الفقهاء هذا الموضوع يتلاءم مع عصرهم حيث أنه لم تكن هناك مراسلات بريدية متطورة بالشكل الموجود به الآن.

على أنني أرشح أن طبيعة هذا الإجراء لا تتجاوز كونها نمطاً من أنماط التفتيش في الفقه الإسلامي اقتضته حالة الضرورة ولا يختلف من حيث الموضوع عن تفتيش

---

(1) المنهل العذب 151/8، وشرح السنة للبغوي 74/11، وبذل المجهود في حل أبي داود 323/7، وفيض الباري على البخاري 411/4.

(2) شرح السنة للبغوي 74/11، وبذل المجهود في حل أبي داود 323/7.

(3) المرجعين السابقين، وفتح الباري: 11/ 39.

المسكن لأن الإجراءين - تفتيش المسكن وقراءة المراسلات - يعتبران بحثاً عن الدليل في مستودع السر وهو المسكن أو الرسالة. وإذا كان الفقه الإسلامي يرى أن الضرورة تبيح دخول المساكن بدون إذن صاحبها فكذلك الشأن بالنسبة للمراسلات يجوز الاطلاع عليها بغير اذن أصحابها إذا اقتضت ذلك الضرورة ودعت الحاجة إلى مثل هذا الإجراء.

كما أنني أرى أن يناط هذا الإجراء بإذن القاضي في العصر الحاضر لأنه إجراء استثنائي. وهذا ما يتلاءم مع طبيعة الإجراءات الاستثنائية وان تكون هناك قرائن تدعو للريبة والشك في طبيعة الخطابات والمراسلات وأن يحاط هذا الإجراء بضمانات تحمي مراسلات الأفراد باعتبارها مستودع سرهم. ومن أبرزها عدم الاطلاع عليها إلا بمعرفة القاضي وفي حالة عدم وجود ما يفيد التحقيق يجب إرجاع هذه المراسلات إلى أصحابها وعدم السماح بتصويرها والاحتفاظ بنسخة ثانية في ملف التحقيق.

وهذه الضمانات جميعها لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية بل هي تدعم هذا الاتجاه لأنه أينما كانت المصلحة فثم وجه الشرع. ولاشك أن المصلحة هي في عدم الاحتفاظ بأسرار الناس وخصوصياتهم في يد السلطة العامة خصوصاً مع احتمال اطلاع الأيدي العابثة وغير الأمينة عليها وفي وقت خربت فيه الذمم وضعف فيه الوازع الديني والخلقي.

المطلب الثاني: مراقبة المكالمات الهاتفية

سبق وأن ذكرت أن استراق السمع يعتبر جريمة من الجرائم التعزيرية التي توجب العقوبة واعتبرت المسارقة على المحادثات الهاتفية مما ينطوي تحت دائرة هذه الجريمة متى توافرت العناصر المكونة للجريمة. ومعلوم أن هناك حالات قد تقتضيها الضرورة يباح معها الاستماع إلى احاديث الغير والتي منها مراقبة المكالمات الهاتفية.

وفي الحقيقة فإن تكييف هذا الإجراء لا يجري على نسق واحد بل الأقيسة فيه متعارضة والنظائر متنافرة. فالمكالمات الهاتفية بين شخصين يمكن اعتبارها رسالة شفوية. وبالتالي يمكن قياس هذا الإجراء على ضبط الرسائل المكتوبة من حيث شرعية الإجراء وحدود هذه الشرعية في الفقه الإسلامي. بيد أن هذا الإجراء لا يصدق عليه ما يصدق على الرسائل المكتوبة. صحيح أن الأسلاك الهاتفية قد أصبحت مستودعاً للسر تماماً كالرسائل والمسكن ولكن هذه الاسرار المتبادلة عبر الأسلاك ليست لها طبيعة مادية يمكن ضبطها إلا في الأحوال التي تندمج في كيان مادي مثل شريط التسجيل. وقد سبق أن ذكرت أن شريط التسجيل ليس له قيمة تدليلية في الإثبات. وتأسيساً على ما تقدم يبعد قياس هذا الإجراء على الرسائل المكتوبة من حيث التكييف.

كما أن هذا الإجراء لا يمكن قياسه على شهادة المختبىء صحيح أن هذا الإجراء من حيث شرعيته وعدم شرعيته يمكن قياسه على هذه الشهادة على الخلاف الفقهي المتقدم، بيد أنه لا يمكن قبول الدليل الناتج عنه وقياسه على قبول شهادة المختبىء عند من قال به وذلك لأن قبول هذه الشهادة مقيد بشروط ليست متوافرة في مراقبة المكالمات الهاتفية. فالشافعية والحنفية اشترطوا لقبول هذه الشهادة معاينة المشهود عليه عند الإدلاء بحديثه أو حين دخوله المنزل أو المكان الخاص.

والمالكية اشترطوا ألا يكون المشهود عليه مخدوعاً أو خائفاً وأن يستوعب الشاهد كلامه. وهذه الشروط كلها غير متوافرة في مراقبة المكالمات الهاتفية لانعدام المعاينة على الرأي الأول وعدم وجود ما يدل على انتفاء الخداع أو الخوف بناءً على الرأي الثاني.

صحيح أن الرأي الأخير الذي يذهب إلى عدم اشتراط المعاينة فيه متسع للمقايسة بين مراقبة المكالمات الهاتفية وهذه الشهادة مما يجعل الدليل الناتج عن الإجراءين متقارباً إلا أن احتمال التزوير وأن يكون المتحدث واقعاً تحت تأثير الخوف أو الخداع وارد ومن هنا يبعد قياس المكالمات الهاتفية على شهادة المختبىء بناء على الرأي الذي يذهب إلى عدم اشتراط المعاينة لانعدام ما يؤكد انتفاء الخوف أو الخداع، على أني ألاحظ أن مراقبة المكالمات الهاتفية بذاته يعتبر شكلاً من أشكال الخداع.

والذي أراه بعد هذا أن الإجراء بذاته لا مانع من شرعيته وذلك بناء على أنه نوع من انواع التجسس المرخص به وفق الضوابط التي سبق الإشارة إليها.

ولكن يلاحظ أن الدليل الناتج عن المراقبة لا يعتد به كدليل مثبت بانفراده وإنما يعتبر نوعاً من الأمارات التي يسترشد بها على الجاني والتي يتوصل بها للكشف عن الجريمة. والذي يدفعني لهذا هو أنه لا يمكن قياس ما سمعه الرقيب أثناء مراقبته للمكالمة الهاتفية على شهادة المختبئ لانعدام الشروط التي يلزم توافرها في هذه المراقبة.

الفصل الثاني
في موقف القانون والقضاء والفقه
المبحث الأول: القانون العراقي والمصري

المطلب الأول: استعمال جهاز كشف الكذب

تعرض الفقه المصري إلى مشروعية الدليل المتحصل من استعمال هذا الجهاز فذهب البعض إلى إجازة استعمال هذا الجهاز، على أن يكون في يد أخصائي له خبرة نظرية وعملية بعلم النفس وعلم وظائف الأعضاء[1]. وهذا الفريق على الرغم من أنه يأخذ بنتائج هذا الجهاز إلا أنه يحتمل إمكان وقوع الخطأ في هذه النتائج وهذا الخطأ قد يكون مصدره انفعالات لا تتصل بموضوع الجريمة الجاري بصددها التحقيق فقد ترجع إلى أسباب أخرى مثل قلقه من مجرد الاتهام أو الشك في أقواله.

ويذهب البعض إلى أن نتائج هذا الجهاز رغم أنها مشكوك في صحتها إلا أن الاعتراف المتحصل بهذه الوسيلة لا يعد باطلاً إلا إذا كان الاعتراف ذاته مشوباً بما يبطله كتهديد المتهم أو إكراهه قبل أو بعد أو أثناء الاختبار[2]. وصاحب هذا الرأي يذهب إلى أن الامر متروك لموافقة المتهم على الاختبار وذلك احتراماً لمبدأ حق الصمت المقرر للمتهم وحقه في الإفصاح عن الأمور التي يريد الإفصاح عنها وإخفاء ما يشاء إخفائه. ويذهب فريق ثالث إلى أن للمتهم حقوقاً دفاعية أقرها القانون ومن ثم لا يصح المساس بها مثل حقه في الصمت وحقه في الافصاح عن أقواله وإبداء دفوعه وإن كانت كذباً وبالتالي فإن وضعه تحت تأثير هذا الجهاز وإخضاعه للاختبار يتنافى مع هذه الحقوق ويفترض صاحب هذا الرأي أن المتهم إن رضي بالاختبار فرضاه هذا يدل على إن المتهم يعتزم الادلاء بالحقيقة والصدق في أقواله فلا يخشى من خضوعه للاختبار ولا يخافه وبالتالي تكون النتائج التي يتوصل إليها من خلال الجهاز تحصيل حاصل. أو أن يكون المتهم قد عقد العزم ابتداء على الكذب في أقواله، وفي هذه الحالة فإنه من المستبعد عقلاً أن يرضى بالاختبار الذي يعريه ويكشف كذبه، لأن الأحرى به والحالة هذه قول الحقيقة بدلاً من كشف كذبه.

ويخلص صاحب هذا الرأي إلى محصلة مؤداها : أنه لا مانع من استخدام هذا الجهاز من قبل سلطة الاستدلال استرشاداً به ولتقصي الحقيقة والوصول إلى أدلة كافية ضد المتهم الكاذب. مع ملاحظة أن اعتراف المتهم نتيجة هذا الاختبار ليست له أية قيمة تدليلية في الإثبات وإنما هو يرسم فقط الطريق القويم لسلطة التحقيق في جمع الأدلة بمعنى أنه يكشف كذب المتهم. ومن ثم يشحذ همة هذه السلطة في التعقيب عن أدلة أخرى لإثبات الجريمة[3].

والذي أعتقده أنه على الرغم من وجاهة الرأي الأخير في جزئه الأول، إلا أنني أعتقد أنه قد جانب الصواب في نهايته وذلك حين أباح لسلطة الاستدلال استعمال هذا الجهاز الذكور. والذي يحقق هذه المجافاة أنه مهما قيل في استبعاد الاعتراف الناتج عن ذلك إلا أنه على أقل تقدير يسيء إلى مركز المتهم ويكون هذا الاعتراف سلاحاً ماضياً

---

(1) الخبرة في المسائل الجنائية، الدكتورة آمال عثمان، رسالة دكتوراه: ص 170.
(2) مصل الحقيقة وجهاز كشف الكذب، أحمد محمد خليفة، المجلة الجنائية القومية: ص100.
(3) اعتراف المتهم / سامي صادق الملا 142- 145.

في يد السلطة العامة يهدد المتهم كما يدفع هذه السلطة إلى مباشرة وسائل أخرى لاخذ الاعتراف من المتهم لاساءتها فهم نتائج هذا الاختبار. لذا فإني لا أطمئن إلى استعمال هذا الجهاز وذلك بغية الوصول إلى أقوال المتهم وانتزاع اعترافه لأن استخدام هذا الجهاز فيه مساس بحقوق الفرد مثل حقه في حماية حريته وكرامته وداخلياته، ولا يغير من الأمر شيئاً تقييد استخدامه بالحصول على موافقة صاحب الشأن ذلك لأن الرضا لكي يكون له أثر قانوني يجب أن يكون صادراً عن إراده واختيار، وهذا منعدم مع استخدام هذا الجهاز لأن المتهم غالباً ما يخشى أن يساء فهمه وأن يفسر رفضه في غير صالحه يضاف إلى هذا أنه حتى الآن لم يثبت من الناحية العلمية صدق نتائج هذا الجهاز.

المطلب الثاني: استعمال العقاقير المخدرة (مصل الحقيقة)

استقر رأي فقهاء القانون في مصر على عدم قبول الدليل الناتج عن التحليل العقاري وذلك إذا تم بغير رضاء المتهم[1] لكنهم اختلفوا في حالة توافر هذه الموافقة فذهب أغلب الفقهاء في مصر إلى عدم شرعية الإجراء لأن الفرد الواقع تحت تأثير التخدير يفقد التحكم الإرادي في أحاسيسه ومشاعره فتنساب الألفاظ على لسانه مع عدم إمكان الإحجام عن الاسترسال وهذا يؤدي إلى إدلائه بأحاديث من المؤكد أنه لا يدلي بها لو كان قادراً على التحكم بإرادته.

وعلى الرغم من اتفاق هؤلاء الفقهاء على عدم الاعتداد بهذه الأقوال إلا أنهم اختلفوا في تعليل ذلك.

فيرى البعض أن الأقوال الصادرة تحت تأثير العقار لا يمكن أن تنتج أثراً قانونياً لانتفاء مشروعية الإجراء ابتداء وعدم الشرعية مردها إلى أنها تعتبر من قبيل الإكراه المادي المؤثر في أقوال المتهم الصادر بناء على هذا الإجراء فيشوبها البطلان[2].
ويرى فريق آخر أن القانون قد ضمن للمتهم الحرية الكاملة في إبداء أقواله وهذا يعتبر من الضمانات الهامة التي لا يجوز الافتئات عليها ولا تقبل تنازل المتهم عنها سلفاً لتعلقها بحقوق الإنسان وهو جزء من النظام العام فالمتهم حر في أن يقول ما يريد لكنه لا يملك الموافقة على مصادرة حريته بل إن موافقة المتهم على إكراهه في قول الحقيقة غير مقصود[3]. يضاف إلى هذا أن رضا صاحب الشأن باستخدام هذه الوسيلة لا يكفي لتبرير شرعية الإجراء[4] لأن الشرعية لا تستمد من رضاء صاحب العلاقة وإنما تتحقق بتقرير الشارع لها.

وذهب جانب من الفقه المصري إلى أن الوسيلة تكون مشروعة فيما لو رضي المتهم باستعمالها على أن يكون رضاه صحيحاً وعن علم بالموضوع.

وقد قاس صاحب هذا الرأي هذه المسألة على الرضاء بالتفتيش لأن المتهم في هذه الحالة قد تنازل مختاراً عن الضمانات التي قررها القانون لمصلحته ومع هذا فإن هذا الرأي يستبعد وجود أو تحقق مثل هذا النوع من الرضاء[5].

---

(1) هذا الاتفاق مفهوم من عبارات القانونيين في مصر وإن لم يصرحوا به. انظر: آمال عثمان: المرجع السابق ص 167. أحمد محمد خليفة–المرجع السابق: ص95، سامي صادق الملا – المرجع السابق: ص188. يسر أنور: الإثبات الجنائي و وسائل التحقيق العلمية: ص 74، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية: ص 423.
(2) آمال عثمان _ المرجع السابق: ص 167.
(3) اعتراف المتهم: ص 189.
(4) يسر أنور _ المرجع السابق: ص 74.
(5) محمود محمد مصطفى _ الإثبات في المواد الجنائية: 90/1.

ويذهب فريق ثالث من الفقه المصري إلى ضرورة الاستعانة بالإجراء المذكور في المجال القانوني وذلك بغرض الوصول إلى الأدلة والبحث عن القرائن المتعلقة بالجريمة ويرى أصحاب هذا الرأي أنه لا فرق بين هذا الإجراء وبين ما يقوم به الخبير من الكشف عن المظاهر المشكوك فيها والتي يدعيها المتهم.

ويلاحظ أن هذا الرأي يتفق مع الرأي الذي ذهب إليه أغلب الفقهاء المصريين من عدم الاعتداد بالاعتراف الصادر تحت العقار وأن هذا الإجراء لا يهدف به الوصول إلى هذا الاعتراف لاجل الإثبات لأنه لا يعتبر دليلاً كافياً من الناحية القضائية، وإنما يهدف به الاستفادة من النتائج والمعلومات التي قد أسفر عنها هذا الإجراء في تعزيز الإثبات سواء أكانت هذه النتائج من صالح المتهم بأن تؤدي إلى براءته أم كانت ضده بأن تعزز الاتهام وتقويه[1] ويمكن بناء على البيانات والمعلومات التي أدلى بها المتهم أثناء التخدير مواصلة البحث عن صحتها واتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة للبحث عن الأدلة والقرائن التي وردت في سياقها فمثلاً يجري تفتيش المكان الذي أخبر أنه أخفى المسروقات فيه، مع ملاحظة أن هذا الرأي لا يذهب إلى أن هذا النوع من الوسائل من النوع العادي لجمع الادلة ومن ثم فإنه يتطلب لصحة هذا الإجراء علم المتهم وموافقته صراحة بهذا الإجراء وبخلافه فإن الإجراء يأتي متعارضاً مع القواعد القانونية الواجبة التطبيق ولا ينطبق مع المبادئ والحقوق المقررة للمتهم والتي منها حق الصمت وعدم جواز إكراهه على الإجابة[2].

ويحتج صاحب هذا الرأي أن احتمالات الخطأ التي ترد على هذه الوسيلة ترد هي الأخرى على الأدلة التقليدية. وأن الدليل مهما كان قوياً وحاسماً فإن احتمال الشك يرد عليه كالشهادة مثلاً فإنه يرد عليها تلاعب الشهود واحتمال الخلط، وسوء الإدراك، وهذا بدوره ينسحب على جميع العلوم الإنسانية والاجتماعية يضاف إلى هذا أن الإجراء متى تم بعد موافقة المتهم فإنه لا ينضوي على مخالفة في هذه الحالة إذ أنه لايشترط وجود نص قانوني خاص به حتى يضفي عليه صفة الشرعية مع ملاحظة أن هذه الوسائل لم ينص عليها الشارع على سبيل الحصر[3].

والذي أعتقده هو رجحان ما ذهب إليه أغلب الفقهاء في مصر في رفض الأخذ بهذه الوسيلة في كل الأحوال سواء أكانت برضاء المشتبه به وموافقته أم بغير رضاه وعلمه وسواء أكان الغرض منها الاسترشاد بما يدلي به من أقوال فقط أم الأخذ بأقواله كدليل من أدلة الإثبات.

ونرشح أن علة رفض استعمال العقار مردها أنها تعدم رضاء المتهم وتنطوي على الإكراه بمعنى أنه إجبار على إدانة نفسه وهذا أمر غير مرغوب فيه ويخالف العديد من القواعد القانونية وهذا في حالة عدم رضاء المتهم وعلمه واضح، وعين المعنى موجود في حالة موافقته لأن هذه الموافقة لم تصدر عن إرادة حرة وإنما نتيجة لخوفه من أن يؤدي رفضه لهذا الإجراء إلى إعطاء تصور سيئ عنه وبالتالي تدور الريبة والشك حوله، وهذا بالإضافة إلى أنه ليس هناك ما يحول بين المتهم وبين اعترافه في حالة الرضاء دون حاجة إلى اللجوء إلى هذه الوسيلة وذلك فيما لو كان جاداً في كشف أسراره، على أن هذه الوسيلة بحكم طبيعتها تمس كيان الفرد وتعتدي على سلامة جسمه

(1) استجواب المتهم: ص 476 وما بعدها.
(2) استجواب المتهم _ المرجع السابق.
(3) استجواب المتهم _ المرجع السابق.

المادي والمعنوي وهو حق مقرر لـه شرعاً وقانوناً ولا يمكن التنازل عنه، وهذا ما تقتضيه الموازنة بين الفرد والمجتمع إذ أن سلامة جسد الفرد وحماية كيانه تتزاوج مع حياة المجتمع ويشكلان عنصراً واحداً لا يمكن التنازل عن أحدهما أو فصل أحدهما عن الآخر.

أما ما ذهب إليه بعض الفقه المصري من جواز استعمال هذا الإجراء إذا تم برضاء المتهم وعدم الاعتداد بالدليل الناتج عنه باعتباره وحده دليلاً كافياً في الإثبات وإنما هو وسيلة تعزز الأدلة الأخرى أو يترسم الطريق للوصول إلى دليل أو قرينة أخرى وأنه كما يستخدم أداة للإدانة تستخدم أداة للدفع، فمرفوض لثلاثة أسباب :

أحدها: أن الشريعة لا تكتسب من رضاء المتهم بالإجراء وإنما تكتسب من نص الشارع عليها. صحيح أن الشارع لم ينص على كل الوسائل التي يجوز اللجوء إليها على سبيل الحصر ولكن يشترط في الإجراء الجديد الذي لم ينص عليه شارع أن لا يتعارض مع النظام العام والمبادئ والقواعد القانونية المقررة.

ونحن نعتقد أن هذا الإجراء ينطوي على اعتداء سافر على حقوق الفرد ولا وعيه بل هو نوع من ممارسة التعذيب ويرتد بنا إلى عصور مضت مما يدل على أن عقلية التعذيب لم تزل موجودة ولكنها اكتسبت عمقاً وبعداً جديدين حيث رفدها العلم بوسائل متقدمة ومتطورة.

ثانياً: أن النتائج التي يتوصل إليها لم تزل محل نقاش وجدل مما يهدر الكثير من قيمتها ويجعلها عرضة للخطأ. وقد يؤدي إلى إدانة بريء أو براءة متهم. ودعوى أن هذا الاحتمال يرد على أكثر من وسيلة من الوسائل التقليدية كالشهادة مثلاً مفارقة عجيبة ومقايسة لم تعقد بينهما رابطة أو علة إذ أن الشهادة ليس فيها اعتداء على داخليات الفرد وأسراره ولا تنطوي على معنى من معاني الإكراه، ولا على التعذيب، غاية الأمر أن الشاهد يخبر عن معاينة حادثة أو واقعة أو عن معلومات نمت إلى علمه وهذا الإخبار قضية تحتمل الصدق والكذب، ومع القرائن يمكن معرفة الكذب من الصدق. وهذا بخلاف استعمال العقاقير المخدرة إذ أنها تنطوي على المعاني المتقدمة والتي تتعارض مع الحقوق المقررة للفرد.

ثالثاً: أن دعوى استبعاد الدليل الناتج عن هذا الإجراء باعتباره وحده دليلاً مثبتاً واعتباره قرينة يسترشد بها للبحث على أدلة أخرى، دعوى مرفوضة لأنها تفترض ابتداء إدانة المتهم. بمعنى أنها قد أخذت بالنتائج المتحصلة عن هذه الوسيلة وإدانة المشتبه فيه بالجريمة لكنها أخرت تكييف الإدانة لحين العثور على دليل أخر، وهذا يتعارض مع أصل البراءة الذي يفترض أن المتهم بريء حتى يقوم الدليل على إدانتة.

لكل ما تقدم أرى بطلان الإجراء وعدم شرعيته ابتداء كما أرشح إهدار الدليل النتائج عنه وهذا ما يتفق مع ما سبق وأن قررته في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: ضبط المراسلات

الغرض من تفتيش المراسلات وضبطها هو الاطلاع على ما تحويه من، معلومات باعتبارها مستودع السر , ومعلوم أن المراسلات يتعلق بها حقان :

أحدهما: حق الملكية المالية. وذلك بعد أن يتسلم المرسل إليه الرسالة حيث تصبح في ملكيته وحيازته. وثانيهما: له على مضمونها حق الملكية الأدبية والفنية وتبعاً لذلك يكون للمرسل إليه حق التصرف بالرسالة والانتفاع بها ولكن ذلك التصرف وهذا الانتفاع مقيد بأن يكون في حدود الدائرة القانونية التي يرسمها الشارع، وشريطة أن لا

يشكل هذا التصرف مساساً بحرمة الحياة الخاصة للمرسل منه أو للغير ذلك لأن المرسل حين ضمن خطابه سراً من أسراره الخاصة لا يعني أنه ملك حق نشر هذه الأسرار، كما لا يدل على رضائه بإفشائها أو إذاعتها وإنما يهدف المرسل تخصيص هذا الفرد بما يحتوي عليه من معلومات. هذا مع ملاحظة أن الحياة الخاصة تتحقق طالما أن الشخص، مارسها في نطاق معين وبين أفراد محدودين كالرفقة مثلاً[1].

وفي الحقيقة فإن مجرد ضبط الرسائل لا يشكل بمفرده اعتداء أو مساسا بحق السر وإنما الذي ينطوي على الاعتداء هو الاطلاع على مضامين هذه الخطابات وما تطويه حيث تشكل في هذه الحالة اعتداء على مكنون النفس، وداخليات الفرد، ويلاحظ أن هذا لا يعني أن ضبط الرسائل بمفرده لا ينطوي على اعتداء بل أن الاعتداء في مثل هذا الإجراء قائم وهو واقع على حق الملكية إذ أن الضبط يخل بحق المرسل في اقتضاء أداء الالتزام الذي تلتزم به هيئة البريد بمعنى أنه يخل في الالتزام التعاقدي بين المرسل وهيئة البريد كما أنه يمس الحق الأدبي بالحيلولة دون وصول الأفكار التي احتوتها الرسالة إلى الجهة المقصودة والتي يريد إخبارها بطبيعة هذه الأفكار[2].

وقد كفلت معظم دساتير العالم حرمة المراسلات ومنعت تفتيشها والاطلاع عليها باعتبارها مستودعاً لخصوصيات الفرد وأسراره، ولم تبح ذلك إلا في أحوال معينة ولجهات محددة، وجاء قسم من التشريعات العربية بما ينسجم وهذا الاتجاه فقد نصت المادة (23) من الدستور العراقي المؤقت على أن سرية المراسلات البريدية والبرقية والهاتفية مكفولة ولا يجوز كشفها إلا لضرورات العدالة والأمن وفق الحدود والأصول التي يقررها القانون.

وكذلك نصت المادة (45) من الدستور المصري لسنة 1971 على أن: لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون، وللمراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة وسرية مكفولة ولا تجوز مصادرتها أو الاطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي مسبب ولمدة محدودة ووفقاً لأحكام القانون[3]. ومع هذه النصوص فإن هذه السرية لم تعد حقاً مطلقاً بالمعنى الذي سادت تشريعات الثورة الفرنسية وإنما هو حق مقيد بضوابط وفي حدود أن لا يتعارض مع المصلحة الجماعية ومتى قام هذا التعارض فإنه يضحي بحق السر في سبيل حماية مصلحة المجتمع.

وتأسيساً على هذا فقد أخذ القانون المصري بجواز تفتيش المراسلات والاطلاع عليها وذلك في الأحوال التي تقتضيها المصلحة. ويقصد بالمراسلات كافة الخطابات والطرود والبرقيات التي توجد لدى مكاتب البريد والبرق. أما في حالة وجودها في مكان آخر كمنزل المتهم مثلاً أو منزل غيره، فإنها تعتبر في هذه الحالة من قبيل الأوراق، أو الأشياء المنقولة التي تخضع لقواعد وأحكام ضبط الأشياء المنقولة[4].

وقد جاء قانون الإجراءات المصري صريحاً في إباحة الاطلاع على المراسلات وذلك في المادة (97) التي أباحت لقاضي التحقيق وحده الاطلاع على الخطابات

(1) الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية 1/ 480.
(2) النظرية العامة للتفتيش ص 338
(3) من الدساتير العربية الأخرى التي كفلت حماية سرية المراسلات الدستور الجزائري في المادة (14) والدستور الكويتي في المادة (39).
(4) الوسيط أحمد فتحي سرور 1/ 482. النظرية العامة للتفتيش- سامي الحسيني ص 340.

والأوراق الأخرى التي تم ضبطها وفقاً للمادة (95) منه.

وما ذهب إليه قانون الإجراءات المصري بهذا الشأن هو ما ذهبت إليه المادة (84) من قانون الأصول الجنائية العراقي حيث ذهبت إلى أن الاطلاع على الرسائل غير جائز إلا لقاضي التحقيق والمحقق وأن مأمور الضبط القضائي لا يملك هذا الحق والغرض من هذا كما هو واضح هو ضمان سريتها لتعلق حقوق الغير بها. ولقد ثار الخلاف في الفقه المصري بشأن إخضاع مراقبة المحادثات الهاتفية للأحكام المقررة بضبط الرسائل وذلك في ظل تطبيق قانون تحقيق الجنايات المصري حيث جاءت المادتان (3 – 70) من القانون الذكور تتناولان ضبط الرسائل والبرقيات الأمر الذي جعل البعض يذهب إلى أن ما يسري على الرسائل يسري على المحادثات الهاتفية وذلك لأن الرسائل تنطوي على حديث مكتوب وهذا هو الحال في المكالمات الهاتفية فهي تتضمن حديثاً شفوياً ولا فرق بين الاثنين[1].

أما القضاء فقد اتجه إلى عدم إخضاع مراقبة المحادثات الهاتفية للقواعد المقررة والتي تحكم ضبط الرسائل. بيد أن هذا الخلاف قد حسم بصدور قانون الإجراءات الجنائي المصري حيث حل محل قانون تحقيق الجنايات الملغى إذ جاءت المادة (95) إجراءات فأوضحت ذلك.

في الأحوال التي تقتضيها الضرورة تخول المادة (97) قاضي التحقيق حق تكليف عضو النيابة دون غيره تفتيشها، ويعتبر هذا الإجراء، استثنائياً اقتضته الضرورة ذلك لأن الأصل أن قاضي التحقيق هو الذي يباشر هذا الإجراء، ولا يحق له أن يتخلى عنه لعضو النيابة دون ضرورة توجب ذلك وتستدعيه[2]. وللنيابة العامة حق تفتيش المراسلات المشار إليها في المادة (97) بعد حصولها على أمر مسبب بذلك من القاضي الجزائي بعد اطلاعه على الأوراق (المادة 206 المعدلة بالقانون رقم 37 لسنة 976)[3].

أما ما يختص بأعضاء الضبط القضائي فإنه ليس لهم أي اختصاص تلقائي بهذا الصدد بيد أنه يجوز لقاضي التحقيق أن يندبهم لضبط الرسائل دون الاطلاع عليها. هذا مع مراعاة الضمانات التي يتطلبها بالنسبة إلى السلطة الآمرة بالندب سواء كانت هذه السلطة قاضي التحقيق أو النيابة[4].

واعتبار المكالمات الهاتفية من قبيل الرسائل الشفوية هو ما اتجهت إليه محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها حيث قضت أن مدلول كلمتي الخطابات والرسائل المشار إليها في المادة (206) وإباحة ضبطها في أي مكان خارج المنزل المتهمين طبقاً للإحالة على الفقرة الثانية من المادة يتسع في ذاته لشمول كافة الخطابات والرسائل والطرود والرسائل التلغرافية كما يندرج تحته المكالمات التلفونية لكونها لا تعدو أن تكون من الرسائل الشفوية لاتحادهما في الجوهر وإن اختلفا في الشكل[5].

أما بالنسبة للتشريع العراقي فقد جاء قانون الأحوال الجزائية غير متضمن النص على ضبط المكالمات والمراسلات والبرقيات عندما تكون في دوائر البريد كما فعل ذلك القانون المصري. ومع هذا فإن جانباً من الفقه في العراق يذهب إلى أن المادة (74) من

---

(1) أصول قانون تحقيق الجنايات – محمد مصطفى القللي– الطبعة الثانية 1942ص193، وتحقيق الجنايات علي زكي العرابي ص305، وشرح قانون الجنايات ص353.
(2) النظرية العامة للتفتيش ص339.
(3) الإثبات في المواد الجنائية/محمود محمود مصطفى 90/2.
(4) النظرية العامة للتفتيش ص 336.
(5) نقض 2/12 /1962 مجموعة أحكام محكمة النقض س13 ص135.

قانون الأصول الجزائية تفيد بإطلاقها جواز إصدار الأمر إلى الأشخاص لتقديم أي شيء أو مستند، وتأسيساً على هذا الإطلاق يمكن لحاكم التحقيق أن يطلب تقديم الرسائل والبرقيات إليه[1].

ويعتبر الأمر محسوماً من حيث اعتبار المكالمات الهاتفية رسائل شفوية في التشريع العراقي ذلك لأن نص المادة (23) من الدستور العراقي قد قرن المكالمات الهاتفية بالرسائل وجعلها داخله في نطاق الخطابات إذ نصت على أن سرية المراسلات البريدية والهاتفية مكفولة ولا يجوز كشفها إلا لضرورات العدالة ووفق الحدود والأصول التي يقررها القانون وبهذا تكون التشريعات العراقية قد كفتنا عناء الاجتهاد.

ومما تجدر الإشارة إليه هنا أن الذي يعنينا من دراسة هذا الإجراء هو مدى جواز التمسك أمام القضاء بخطاب ينطوي على أسرار الحياة الخاصة، وتبدو المشكلة أكثر وضوحاً حين نعلم أنه قد تعارض حقان هما الحق في الإثبات والحق في حرمة الحياة الخاصة.

وإذا كان الأصل أن المصلحة الجماعية مقدمة في التحقيق الجنائي على مصلحة الأفراد في الحفاظ على أسرارهم، إلا أن هناك أسراراً قد حماها القانون وقد حرم انتهاكها تحت أي ظرف حتى ولو اقتضت مصلحة التحقيق الكشف عنها والتي من أبرزها الرسائل المتبادلة بين المحامي وموكله في القضية التي هو موكل بها وكذلك الرسائل المتبادلة بين الزوجين.

وقد كان قانون تحقيق الجنايات المصري خالياً من النص على الرسائل المتبادلة بين المحامي وموكله وقد تصدى لها المشرع فضمنها قانون الإجراءات الجنائي إذ نصت المادة (96) منه على عدم جواز ضبط الرسائل لعدم المدافع عن المتهم أو خبيره الاستشاري ويرى جانب من الفقه المصري أن عدم الجواز ربما كان متعلقا بحق المتهم في حرية الدفاع أكثر منه بواجب حفظ الأسرار[2].

وبالرغم من أن قانون الأصول الجزائية العراقي لم يرد فيه نص يعالج هذا الموضوع إلا أن بعض الفقه العراقي يذهب إلى عدم جواز ضبط الرسائل المتبادلة بين المتهم ومحاميه ما دامت لها صلة بأسرار الدعوى ولا فرق بين أن يكون المحامي قد تمت وكالته بالفعل أم لم يزل الأمر بعد في دور المفاوضات[3].

ولكن لا يبدو الأمر بمثل هذه السهولة ذلك لأن قانون السلامة الوطنية(رقم 4 لسنة 1965 في الفقرة 12) من المادة الرابعة قد أوجبت ضبط المكالمات الهاتفية والرسائل، وقد جاءت صياغته بصورة عامة تتناول بعمومها جميع الرسائل بدون استثناء ولهذا فإن جانباً من الفقه العراقي يرى أنه يجب أن تقتصر على حالة لها علاقة بالأمن العام فقط دون أن تصل إلى الجرائم العادية. وقد ذهب المشرع المصري أيضاً إلى أنه لا يجوز إفشاء الأسرار بين الأزواج سواء كان ذلك أثناء الحياة الزوجية أو بعد انتهائها وتأسيساً على هذا ذهب جانب من الفقه في مصر إلى عدم جواز ضبط الرسائل المتبادلة بين الأزواج مكتوبة كانت أو شفوية[4]. أما القانون العراقي جاء خالياً من

(1) الإجراءات الجنائية في قانون أصول المحاكمات الجزائية /عبد الأمير العكيلي ص350.
(2) المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية / علي زكي العرابي 307/1، وشرح قانون أصول المحاكمات الجزائية عبد الجبار عريم 434/1
(3) عبد الأمير العكيلي المرجع السابق ص 350، وعبد الجبار عريم المرجع السابق ص 435.
(4)علي زكي العرابي/المرجع السابق 352.

النص على هذا الموضوع إلا أن جانباً من الفقه يذهب إلى أنه لايجوز ضبط الرسائل المتبادلة بين الأزواج قياساً على نص المادة (68) من قانون الأصول الجزائية، إذ منعت هذه شهادة الأصول والفروع ضد بعضهم إلا في جرائم الزنا والجرائم المرتكبة ضد أحدهم. ولما كان القانون يمنع هذه الشهادة فكذلك الشأن بالنسبة لضبط الرسائل المتبادلة بين الزوجين لأن الرسائل ليست إلا صورة من صور المحادثة وهذه لا يجوز قبول الشهادة فيها وإفشاؤها لتعلق حقوق الآباء والأبناء بها فلو أن متهماً ارسل إلى زوجته رسالة فيها صلة بالجريمة المرتكبة وتفيد التحقيق فإنه لا يجوز ضبطها لأن القانون لا يجيز أن تكون الزوجة شاهدة ضد زوجها كما أن من حقها أن تمتنع عن الإدلاء بالشهادة وإن دعيت إليها[1].

وهناك العديد من الرسائل التي حماها القانون كالرسائل الدبلوماسية مما نحن لسنا بصدده.

المطلب الرابع: مراقبة المكالمات الهاتفية

معلوم أن مراقبة المكالمات الهاتفية يعتبر من أكثر الإجراءات مساساً بالحياة الخاصة ذلك لأن هذه المكالمات تحتوي في العادة على أدق الأسرار التي يطويها الإنسان عن الآخرين وتكشف عن خبايا النفوس وداخليات الفرد وأحاسيسه التي يبثها خلال اتصاله الهاتفي إلى غيره عبر الأسلاك وهو مطمئن أنه بمنأى عن تسمع الغير وفضوله[2].

ومما لاشك فيه أن شعور الفرد بالأمن وأحاسيسه بالطمأنينة وهو يدلي بأحاديثه الشخصية يعتبر من أبرز الضمانات وأكثرها أهمية في ممارسة هذه الحياة من خلال وسائل يقدمها العلم[3]، والاستماع خلسة إلى هذه الأحاديث تعتبر من الطرق الاحتيالية المحرمة لأن فيها اعتداء على سرية المراسلات التي كفلتها معظم الدساتير[4]، ويهدف بها عادة الضغط على المعارضة السياسية لغرض الوصول إلى نوع من الابتزاز السياسي، وغالباً ما تمارس هذا الإجراء سلطات الدولة، وفي القليل النادر تلجأ إليه سلطات الضبط القضائي، وتهدف به الوصول إلى الحقيقة وكشف المجرم.

موقف التشريع المصري والعراقي من ضبط المكالمات:

جاء قانون تحقيق الجنايات خالياً من النص على مراقبة المكالمات الهاتفية إلا أن قانون الإجراءات الجنائية الحالي قد عالج هذا الموضوع وذلك بالنص صراحة في المادة (95) منه على أن وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية يجوز إخضاعها للمراقبة وهذا يعني أنها تعتبر من قبيل الرسائل حكماً إلا أنها رسائل شفوية[5]، وبهذا حسم المشرع المصري خلافاً كان من المحتمل أن يقع.

ولما كان هذا الإجراء شديد المساس بالخصوصية وحريات الفرد فإن المشرع قد أحاط به سياج من الضمانات، وذلك ككل الإجراءات التي ترد قيداً على الحرية الشخصية، ولعل في مقدمتها هو إناطة هذا الإجراء بقاضي التحقيق. فلم يكتف المشرع

(1) عبد الجبار عريم/ المرجع السابق ص441.
(2) مراقبة المكالمات التليفونية أحمد فتحي سرور المجلة الجنائية القومية، مارس 1963 ص 146.
(3) الوسط أحمد فتحي سرور 384/1.
(4) اعتراف المتهم، سامي صادق الملا، ص117.
(5) النظرية العامة للتفتيش، سامي الحسيني، ص348.

بتوافر الشروط القانونية التي تجيز القبض والتفتيش بل في كل الأحوال يجب تدخل القاضي الذي يصدر الإذن بالمراقبة وبهذا يكون المشرع قد أورد قيداً على سلطة النيابة العامة في خصوص هذا الإجراء[1].

كما أن هذا الإجراء مشروط بأن يكون فيه فائدة لظهور الحقيقة إذ أن كلاً من قاضي التحقيق والنيابة مقيد بهذا الشرط وكذلك يشترط في المراقبة أن تكون بناء على أمر مسبب وكذلك يشترط في المراقبة أن تكون لمدة لا تزيد عن ثلاثين يوماً قابلة للتجديد لمدة أو مدد أخرى[2].

أما قانون الأصول الجزائية العراقي فلم يرد فيه نص يعالج هذا الإجراء وهذا ما حدا ببعض الفقهاء في العراق إلى القول بأن مراقبة المحادثات الهاتفية غير مسموح به، إذ أن هذا الإجراء يتعارض ونص المادة 23 من الدستور المؤقت حيث نصت هذه المادة على عدم جواز كشف المحادثات الهاتفية إلا إذا اقتضت ذلك ضرورات العدالة والأمن وفي الحدود التي يقرها القانون. ولما كان قانون الأصول الجزائية العراقي لم يتطرق لهذا الإجراء ولم يعالجه في نصوصه فإن كشفها يعتبر مخالفاً للدستور لأن المشرع قد سكت عن هذا الإجراء ولا ينسب إلى ساكت قول[3] .

الطبيعة القانونية لمراقبة المكالمات الهاتفية:

لما كانت مراقبة المكالمات الهاتفية مترددة بين أكثر من شبه فقد ثار الجدل حول طبيعة هذا الإجراء، وهل هو من قبيل التفتيش أم لا ؟

ذهب أغلب الفقهاء في مصر إلى اعتبار مراقبة المكالمات الهاتفية نوعاً من التفتيش، وهم يعللون وجهة نظرهم هذه، بأن التفتيش يعني التنقيب في وعاء السر، وذلك بهدف الوصول إلى الحقيقة، ومراقبة المكالمات الهاتفية لا تخرج عن كونها تنقيباً لما تنقله الأسلاك الهاتفية باعتبارها مستودعاً للسر.

إن هذه الأسرار المتبادلة عبر الأسلاك ليس لها حقيقة مادية يمكن ضبطها إلا في حالة اندماجها في كيان مادي متمثل في شريط التسجيل إلا أن جوهر التفتيش لا يتقيد بمثل هذا القيد لأنه لا يعني إلا كشف النقاب عن السرية، ومن ثم فإنه يستوي في ذلك أن يكون وعاء السر مسكناً أو متاعاً أو أسلاك هاتف، كما أنه لا عبرة بطبيعة كيان السر إذ يستوي أن يكون شيئاً مادياً يمكن ضبطه بصورة مستقلة أم أن ضبطه يفتقر إلى اندماجه في كيان آخر[4] . ويضيف أنصار هذا الرأي للتدليل عليه، أنه في الأحوال التي يخلو فيها قانون الإجراءات الجنائية في تحديد شرط من شروط هذه المراقبة، فإنه يلجأ إلى الأحكام المتعلقة بالتفتيش لتغطية هذه الثغرة وسد النقص[5]. وأيضا فإن إيراد المادة (95) مكرر في قانون الإجراءات الجنائية تحت الباب الثالث والذي عنون له – بالانتقال والتفتيش والضبط –يوحي بمدى التشابه بين الإجراءات التي تنضوي تحت هذا الباب، وتشير إلى أن طبيعة مراقبة المكالمات الهاتفية لا تختلف عن تفتيش المسكن من ناحية

(1) اعتراف المتهم، سامي صادق الملا، ص119.
(2) الوسيط، أحمد فتحي سور 489/1.
(3) عبد الأمير العكيلي، المرجع السابق ص 350.
(4) مراقبة المكالمات التليفونية، أحمد فتحي سرور، المجلة الجنائية القومية، ص147، وانظر أيضا شرح قانون الإجراءات الجنائية، محمود محمود مصطفى ص80 وما بعدها.
(5) مراقبة المكالمات التليفونية أحمد فتحي سرور، ص 148

التكييف القانوني لا سيما إذا أخذنا بنظر الاعتبار أن المادة (206) إجراءات لم تفرق بين مراقبة المكالمات الهاتفية وبين تفتيش غير المتهمين ومنازل غيرهم من حيث الضوابط، وساوت بينهما في ذلك مما يدل على اتحادهما وتشابه طبيعتهما[1].

ويرى بعض الفقهاء أن التلصص الهاتفي ليس من قبيل التفتيش الهادف إلى ضبط دليل مادي. إلا أن هذا التلصص قد يسفر عنه دليل قولي ولما كانت المحادثات التليفونية لا تخرج عن كونها رسالة شفوية لذلك شبهت بالرسالة المكتوبة وأجري عليهما حكم واحد[2].

ويرى فريقٌ ثالث أن مراقبة المكالمات الهاتفية وتسجيلها لا يعد تفتيشاً يحقق الغاية منه كإجراء لجمع أدلة مادية، بمعنى أن تدوين الحديث الهاتفي على الشريط الممغنط لا يتمخض كدليل مادي، وكل ما هناك أن المراقبة والتدوين وسائل ساعدت على نقل الحديث وبالتالي يبقى دليلاً قولياً لا يتعداه إلى مرتبة الدليل المادي ويخلص صاحب هذا الرأي إلى أن مراقبة المحادثات الهاتفية إجراء من نوع خاص، فهو يقترب من التفتيش لكنه ليس تفتيشاً بالمعنى الدقيق. ولما كان هذا الإجراء قريباً من التفتيش أحيط بنفس الضمانات التي أحيطت بها المراسلات المكتوبة وذلك باعتباره رسالة شفوية[3].

أما الفقه العراقي فلا نكاد نجد فيه هذا الاختلاف في إعطاء تصور للطبيعة القانونية لهذا الإجراء. إذ أن المشرع قد حسم الاجتهاد، وذلك حين نص بصراحة على اعتبار مراقبة المكالمات الهاتفية تفتيشاً، إذ نص في المادة الرابعة فقرة(12) من قانون السلامة الوطنية رقم 4 لسنة 1965 على :

"مراقبة الرسائل البريدية والبرقية وكافة وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية وتفتيشها وضبطها".. ومن البديهي أنه قصد بالوسائل السلكية المكالمات الهاتفية، وأن الضمير في تفتيشها يتصرف إلى الجميع بما فيها مراقبة المكالمات الهاتفية ومن ثم فإننا لم نعثر على خلاف فقهي في العراق بهذا الصدد.

المطلب الخامس: في تدوين الحديث آلياً

أصبح شائعاً استعمال الوسائل العلمية الحديثة في تدوين الأحاديث مما أثار موجة من الجدل حول شرعية الإجراء وطبيعته القانونية، وسنعرض هنا لهذين الجانبين :-

الطبيعة القانونية للتسجيل الصوتي:-

استقر رأي غالبية الفقه في مصر على أن استخدام أجهزة التسجيل الصوتي إجراء لصيق الشبة بالتفتيش إن لم يكن نوعاً من التفتيش فعلاً[4] وذلك لأن محل مباشرة التسجيل الصوتي هو عين المحل الذي يقع عليه التفتيش، فقد يكون محل التفتيش ذات الشخص أو مسكنه أو مكاناً آخر أضفى عليه القانون حماية خاصة باعتباره مكنون السر

(1) مراقبة المحادثات التلفونية، سليمان عبد المجيد، مجلة الأمن العام، ابريل 1968، ص24
(2) الإثبات في المواد الجنائية، محمود محمود مصطفى، 90/2.
(3) النظرية العامة للتفتيش، سامي الحسيني، ص 347.
(4) الأساليب الحديثة في التحقيق الجنائي –حسن صادق المرصفاوي، ص25، مراقبة المكالمات الهاتفية – أحمد فتحي سرور، ص147، مشروعية التسجيل الصوتي في الإثبات الجنائي– فريد الديب مجلة الأمن العام يناير 1968ص73

ومستودعه[1]، ويرى جانب من الفقه أنه إجراء من نوع خاص فهو لا يعتبر تفتيشاً لذات الاعتبارات التي ذكرتها في مراقبة المكالمات الهاتفية[2]. ويلاحظ أن الفقه العراقي قد جرى على اعتبار هذا الإجراء نوعاً من التفتيش[3].

موقف الفقه المصري من التدوين الآلي للأحاديث :-

ثار الجدل في الفقه المصري وذلك قبل تعديل المادة95 إجراءات بالقانون رقم 37 لسنة 1972والذي أجاز إجراء التسجيل الصوتي - وقد عرف الفقه المصري خمسة اتجاهات بهذا الصدد.

الاتجاه الأول :-

وقد أخذت بهذا الاتجاه النيابة العامة وذلك في القضايا التي عرضت على القضاء والتي سأعرض لها في حينه، ويرى هذا الاتجاه أنه ليس هناك ما يمنع من استثمار التطورات العلمية في خدمة العدالة وتحقيقها، بل على العكس من ذلك فإن العلم قد ساعد العدالة في مكافحة الجريمة في سبل شتى، وتأسيساً على هذا فأن التدوين الآلي للأحاديث خلسة ليس إجراءً باطلاً طالما أنه يهدف منه إلى تحقيق العدالة. هذا إضافة إلى أن الإجراء ربما كان أقل خطورةً على الحقوق وانتهاك الحريات من القبض والتفتيش.

وإذا كان القاضي حراً في تكوين عقيدته، وأن له أن لا يلتزم بالأخذ حتى باعتراف المتهم على نفسه فعلى ذلك يعد جهاز التسجيل هو الآخر بمنزلة الشاهد يدلي بشهادته، ويترك للقاضي النظر الموضوعي في أن يأخذ بها أو يرفضها على أن التدوين الآلي يعتبر نوعاً من أنواع الحيل المشروعة مثله في ذلك مثل التنكر الذي يستعان به في ضبط الجناة ويشترط أنصار هذا الرأي في تدوين الحديث أن يكون صادراً بحرية واختيار وان لا يكون التدوين قد تم بطريقة تخالف القانون وذلك كأن يكون التسجيل قد تم بعد دخول المنزل بغير وجه قانوني[4].

الاتجاه الثاني:-

وهو الذي أخذ به القضاء المصري وذلك حين أهدر الحكمين الصادرين في القضية المعروفة بقضية (حمصى) الدليل المستمد من استعمال جهاز التسجيل خفية، ويرى أنصار هذا الرأي أن مثل هذا الإجراء يجافي قواعد الأخلاق القويمة ويتعارض مع المبادئ القانونية والحقوق والحريات التي تكفلها الدستور، بيد أن هذا الاتجاه لا يهدر الدليل المستمد من التدوين بالكلية وإنما يأخذ به قياساً على المكالمات الهاتفية، بمعنى أن الدليل يعتبر مشروعاً وذلك في الأحوال التي تتوافر فيها الشروط اللازمة لمراقبة المكالمات الهاتفية، فإذا أحيط بهذه الضمانات فإنه لا خشية منه في هذه الحالة ومن هنا يتبين لنا أن هذا الاتجاه يأبى اعتبار هذا الإجراء من الحيل المشروعة، وبالتالي لا يمكن اللجوء إليه في مرحلة جمع الاستدلالات تستوي في ذلك الشرطة والنيابة العامة، و إنما ينحصر الإذن بقاضي التحقيق أو القاضي الجزائي، ويبرر أنصار هذا الاتجاه رأيهم بأن

(1) حسن صادق المرصفاوي المرجع السابق ص26.
(2) النظرية العامة للتفتيش–سامي الحسيني ص348.
(3) أحكام التفتيش وآثاره في القانون العراقي 141 عبد الاميرالحسون العكيلي المرجع السابق 337/1.
(4) مشروعية الدليل الذي تحصل عليه الشرطة – راجع لطفي جمعة مجلة الأمن العام العدد (41) ابريل سنة 1968 ص44، مشروعية تسجيل الصوت في التحقيق الجنائي –أحمد محمد خليفة مجلة الأمن العام ابريل سنة 1958 واعتراف المتهم – سامي صادق الملا – ص123. استعمال الحيل لضبط الجناة وحجيتها امام القضاء –سامي صادق الملا مجلة الأمن العام العدد (54) السنة 14 يوليو 1971 ص 18.

حرمان سلطات التحقيق من الاستعانة بهذه الوسائل يجعلها غير قادرة على أداء وظيفتها بالشكل الأمثل خصوصاً إذا وضعنا في الاعتبار أن هناك نوعاً من الجرائم لا يمكن كشفها بغير هذه الوسائل[1].

الاتجاه الثالث :-

يرى أنصار هذا الرأي أن التسجيل يعتبر إجراء باطلاً وذلك متى ما تضمن مساساً بحق الخلوة، وهذا الاتجاه لا يعتقد صحة تلك المقايسة التي ذهب إليها الرأي الثاني في إقرار قانونية هذه الوسيلة قياساً على مراقبة المكالمات الهاتفية وذلك لانتفاء العلاقة بين الأمرين من جهة أن المراقبة تنطوي على انتهاك لسرية المراسلات. أما التسجيل عموماً فإنه لا يقتصر على انتهاك هذه السرية، بل فيه انتهاك لحق هو من ألصق الحقوق الشخصية وهو حق الإنسان في أن لا يقتحم عليه أحد ذلك النطاق من الخصوصية. وهذا الحق أكثر التصاقاً بشخصه من حرمة مسكنه ومراسلاته التي تكفل الدستور بحمايتها.

ولكن لما كانت هذه الحقوق من الحقوق العامة فهي حقوق ليست مطلقة و إنما يملك القانون تقييدها وذلك بإباحة القبض ومراقبة المراسلات وإلى جانب هذه الحقوق المقيدة هناك حقوق مطلقة كفلها الدستور دون أن يرد عليها قيد في القانون مثل حق الدفاع وحرية الاعتقاد، وحق الخلوة هو من الحقوق المطلقة، ومما لاشك فيه أن التسجيل خلسة اعتداء على هذا الحق لأن فيه تسللاً على كوامن الحياة الخاصة فهو يعد في كل الأحوال تلصصاً غير قانوني وهذا هو أحد الفروق الأساسية بين التسجيل خلسة وبين مراقبة المكالمات الهاتفية إذ الاعتداء في الأول واقعٌ على حقٍ مطلقٍ لا يملك القانون تقييده، وهو حق الخصوصية. أما الاعتداء في الثاني فهو واقعٌ على حقٍ مقيد هو حق الإنسان في سرية مراسلاته. وهو حقٌ عزيز على المشرع بدليل أنه لم يكتف فيه من الشروط القانونية بما يبرر القبض أو التفتيش بل أحاطه بمجموعةٍ أخرى من الضمانات[2].

وإذا كان القانون قد حرص على حرية الكيان الشخصي فلم يجز حبس الفرد، واعتنى عناية أشد في سرية مراسلاته فحماها بشروط أخرى، فلا يمكن أن تكون حمايته لحق الخلوة إلا مطلقة من كل قيد فيكون انتهاك هذا الحق عملاً غير مشروع أصلا وعليه فإن التسجيل يعتبر باطلاً مطلقاً حتى لو أذن القاضي به إذا كان فيه اقتحام لهذا الحق لأن القول بشرعيته يعتبر قيداً يرد على هذا الحق. أما إذا وقع التسجيل من غير انتهاكٍ لهذا الحق فإنه يجوز النظر في قانونيته في هذه الحالة[3].

ويرى أنصار هذا الاتجاه استبعاد الدليل المستحصل من التسجيل في كل الأحوال فهو لا يعتبر اعترافاً من المتهم، سواء كان التسجيل قد تم من قبل الأفراد أم بمعرفة السلطات وعلمها، أما الأول فلأنها لم تصدر في خصومة جنائية لإحدى السلطات التي يخولها القانون سلطة القيام ببعض الأعمال الإجرائية فلا يعتبر إقراراً بالمعنى الدقيق وإنما تكون قيمتها التدليلية وذلك على فرض صحتها من قبيل الاستدلال.

---

(1) محاضرات في التحقيق الجنائي بالمركز القومي للبحوث الجنائية والاجتماعية أحمد الألفي ص52، واستعمال الحيل لضبط الجناة – الملا – المرجع السابق ص 28. مشروعية التسجيل الصوتي في الإثبات الجنائي – فريد الذيب ص74. مشروعية الدليل الذي تحصل عليه الشرطة – راجع لطفي جمعة ص45.

(2) اعتراف المتهم – سامي صادق الملا ص125، ونفس المؤلف استعمال الحيل لضبط الجناة ص29.

(3) المرجع السابق.

أما الثاني فلا جدال في استبعاد التسجيل وذلك في حالة ما إذا تم قبل كشف الجريمة ووقوعها لعدم قيام الخصومة الجنائية قبل هذا الوقت، أما إذا تم التسجيل بعد وقوع الجريمة فإن الاعتراف في هذه الحالة يكون فاقداً لأحد شروط صحته وهو الإرادة الحرة لأن الإقرار لا يكون صحيحاً منتجاً لآثاره إلا إذا كان مبنياً على اختيار حر، ومما لاشك فيه أن الاختيار غير موجود في صورة ما إذا أسر المتهم باعترافه وكان هناك تسجيل أعدته سلطات التحقيق لتثبت اعترافه إذ أن هذا الإعداد يكون غشاً وتدليساً لأن المتحدث لا يمكن أن يدلي باعترافه لو علم أن هناك من يسجل حديثه، وهذا الغش يفسد إرادته ويعيب اعترافه ومع هذا فإنه يمكن اعتبار هذا الإقرار من قبيل القرائن التي يكون القاضي بها قناعته متى انضمت إليه عناصر أخرى في الإثبات[1].

الاتجاه الرابع :-

يرى أنصار هذا الاتجاه بطلان الدليل المتحصل عن التسجيل متى تم في مكان خاص، أما إذا كان الحديث دائراً في مكان عام فإنه يفرق بين صور أربعة على النحو الأتي:-

1. يكون التسجيل مشروعاً وذلك إذا كان الحديث ذا صفة عامة يدلي به المتحدث على الجمهور دون أن يختص بذلك واحد بعينه أو طائفة مخصوصة وذلك كالمحاضرات، وسبب الشرعية في هذه الحالة أنه لا ينطوي على اعتداء على حرية المتحدث كما أنه لا يشكل مساساً بحرمة المكان الخاص باعتباره وعاء السر.
2. يكون التسجيل مشروعاً وإن لم يكن الحديث ذا صفة عامة وذلك متى دار في مكان عام يسمح للجمهور بارتياده، وذلك كأن يتحدث في نادٍ أو مقهى وسبب الشرعية أن المتحدث هو الذي أهدر حقه في سرية حديثه حيث أنه قد أفصح عن مكنون نفسه في مكان عام فيه استراق السمع.
3. يكون التسجيل باطلاً وإن كان الحديث قد تم في مكان عام متى قامت القرائن على أن المتحدث يحرص على أن يظل حديثه طي الكتمان كأن ينتحي بصديق في زاوية من مسجد أو جانب من مقهى، وسبب البطلان أن في التسجيل انتهاكاً لحق الشخص في أن يقول ما يشاء لمن يشاء في مكان وزمان دون أن يكون عليه رقيب يقتحم هذه السرية.
4. يعتبر تسجيل الإجراءات صحيحاً وهو تسجيل الأحاديث التي تدور أثناء التحقيق لأن الشريط في هذه الحالة يعد بمثابة المحضر ما دام المحقق أو رجل الضبط معروف الصفة.

ويلاحظ أنه في كل الأحوال التي يكون التسجيل فيها باطلاً فإن رضاء المتهم لا يصحح البطلان إلا أنه يجوز للمتهم أن يقدم دليلاً باطلاً ليثبت به براءته[2].

الاتجاه الخامس:-

يفرق أنصار هذا الاتجاه بين أمرين :-

أحدهما: إذا لم يترتب على التسجيل اعتداء على حق فردي فإنه ليس هناك ما يمنع قانوناً من قبوله وذلك كتسجيل أقوال شاهد أمام المحقق أو تسجيل أقوال المجني عليه، لأنه لا يخرج في هذه الحالة عن كونه محضراً.

ثانيهما: إذا كان التسجيل مقترناً بما يجعله يقوم بوظيفة إجراء من الإجراءات فإنه

---

(1) اعتراف المتهم – سامي صادق الملا –ص128 – استعمال الحيل لضبط الجناة ص30.
(2) مشروعية التسجيل الصوتي في الإثبات الجنائي –فريد الديب ص75.

يجب أن يتوفر فيه ما يشترط توافره في ذلك الإجراء. فمثلاً إذا كان الحصول على التسجيل فيه انتهاك لحرمة المسكن ففي الحالة يجب أن يتوافر فيه شروط تفتيش المسكن، ومتى انتفت هذه الشروط كان الإجراء باطلاً.

ويلاحظ أن هذه الشروط لازمة لقانونية الإجراء، ثم يستوي بعد ذلك أن يكون التسجيل قد تم بمعرفة المحقق أو إحدى السلطات العامة وتم لحسابها أو بمعرفة شخص موعز إليه كالمرشد، لأن مجرد الإلجاء إلى الوسيط لا يقتضي إرادة التهرب من القيود القانونية.

أما في حالة ما إذا كان التسجيل بمعرفة الفرد ولحسابه فإنه تطبق عليه الأحكام التي يلزم توافرها في الأشياء التي يقدمها الأفراد تأييداً لادعائهم ويلاحظ أنه يجب في الأشياء التي يقدمها الخصوم للقضاء أن تكون مشروعة.

أما إذا لم تكن كذلك فإن كان طريق الحصول عليها غير مشروعة فإنه يلزم استبعادها في هذه الحالة[1].

الاتجاه السادس:-

يفرق هذا الاتجاه بين حالتين :

الحالة الأولى:

أن يقدم التسجيل باعتباره دليلاً من أدلة الإدانة، وفي هذه الحالة يفرق بين فرضين:-

الفرض الأول: يعتبر الدليل المتحصل من التسجيل مشروعاً وذلك في الأحوال التي لا يقترن التسجيل فيها باعتداء على حق أو انتهاك لحرمة، ويكون للمحكمة الحق في الاستناد إلى هذا الدليل في إدانة المتهم، وهذا الغرض يتحقق في الصور التالية:-

1. إذا تم التسجيل برضاء المتهم شريطة أن يكون عالماً بأن التسجيل، سيؤخذ دليلاً ضده ولا فرق في هذه الحالة أن يتم التسجيل في مكان عام أو خاص.
2. إذا كان الحديث دائراً في مكان عام.
3. إذا كان التسجيل أثناء مباشرة إجراءات التحقيق.

الفرض الثاني – إذا كان جهاز التسجيل يشكل اعتداء على حق أو انتهاكاً لحرمة وهذا الفرض يتحقق في صورتين:

1. أن يكون الحديث دائراً في مكان عام إلا أن سلوك المتحدث يشير إلى أنه إنما يريد أن يحتفظ بسرية حديثه.
2. أن يدور الحديث في مكان خاص، وفي هاتين الصورتين يعتبر الدليل المتحصل من التسجيل مشروعاً متى ما توافرت الشروط القانونية التي يتطلبها إجراء مراقبة المحادثات الهاتفية.

الحالة الثانية :-

وهي الحالة التي يكون التسجيل فيها مقدماً لا للتدليل على إدانة المتهم و إنما كدليل للبراءة وفي هذه الحالة يقبل الدليل المتحصل من التسجيل من غير قيد أو شرط حتى ولو كان الحصول عليه بطريق غير مشروع وذلك استناداً إلى المبدأ الذي ذهبت إليه محكمة النقض والذي يقضي بأنه وإن كان لا يجوز أن تبني إدانة صحيحة على

(1) فقه الإجراءات – توفيق الشاوي ص329 هامش (1).

الدليل الباطل إلا أن تطبيق هذا المبدأ بالنسبة لدليل البراءة يعتبر غير سديد إذ أن كل متهم يتمتع بقرينة البراءة إلى أن يحكم ببراءته مع ملاحظة أنه يتمتع بحرية كاملة في اختيار وسائل دفاعه ولا يحد من هذه الحرية اشتراط مماثل لما هو مطلوب في الإدانة[1].

موقف القضاء المصري :-

عرضت مشكلة التدوين الصوتي على القضاء المصري في قضايا متعددة وذلك قبل صدور التعديل التشريعي للمادة 495 إجراءات ونحن هنا سنقصر الحديث على ثلاث قضايا مهمة:

القضية الأولى :-

وهي قضية التهريب المعروفة بقضية (حمصي) وتتلخص وقائعها في أن التحريات قد دلت على أن كلا من (رزق الله حمصي) و (صبحي مغربية) يقومان بتهريب نقد إلى الخارج وقد أرسل القائمون بالتحقيق مرشداً إلى المتهم الأول استطاع أن يكسب صداقته، ثم في إحدى المرات قابله في إحدى غرف البنك فدار بينهما حديث حول القيام بعملية تهريب. وقد استطاع المرشد أن يسجل هذا الحديث بواسطة تسجيل كان يحمله خفية. وعند نظر القضية كان الحديث المسجل هو أحد الأدلة التي استند إليها الاتهام في إثبات الجريمة. ومنذ ذلك الوقت ثار الجدل بين الفقهاء حول مشروعية الدليل المتحصل بواسطة التسجيل. ويلاحظ أن المحكمة لم تأخذ بالدليل الناتج عن التسجيل، بل قضت برفضه تأسيساً على أن هذا الإجراء فيه مجافاة للأخلاق ويتعارض مع مبدأ الحرية التي تكفلها الدساتير كافة. وقد أهدرت المحكمة التعويل على هذا الدليل سواء في حكمها الأول أو الثاني بعد إعادة النظر فيه. ونصت على عدم قانونية الإجراءات ابتداء وقد أشارت في الحكمين معاً إلى إجازة استخدام التسجيل بشرط استئذان قاضي التحقيق[2].

القضية الثانية:

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن دعوى رفعت أمام محكمة الجنح بتهمة إصدار شيك بدون رصيد، فطعن المتهم بالتزوير. إلا أن المجني عليه قرر أن توقيع المتهم على الشيك قد تم بطريقة غير طبيعية وذلك بهدف الطعن عليه بالتزوير في حالة عرض الأمر على القضاء. وقد دلل المجني عليه لذلك بأن المتهم قد اعترف بأنه حين وقع الشيك كان يمسك القلم بين إصبعيه السبابة والوسطى مما يترتب عليه أن توقيعه لم يكن طبيعياً. وان هذا الاعتراف تم تسجيله.

وقد اعترض المتهم على سماع المحكمة للتسجيل، إلا أن المحكمة استمعت للتسجيل كما استمعت إلى أقوال الشهود، ولاحظت أن التسجيل المتضمن إقرار المتهم قد تم في مكان عام لاختلاطه بأصوات أخرى، كما لاحظت أن الحديث واضح لا تشوبه أي شائبة اصطناع أو حيلة. وقد ادعى المتهم أثناء الجلسة أن الاعتراف قد صدر في مجلس

(1) انظر فريد الديب المراجع ص80، ونقض 25 يناير 1965 طعن رقم 1209 لسنة 34 ق مجموعة أحكام النقض ص 16 ص 87 رقم 21.

(2) أشار إلى هذه القضية فريد الديب، المرجع السابق، ص76 هامش رقم (3) وسامي صادق الملا ص123 هامش رقم (1)

ضمه وآخرين وأنه قد صدر منه وهو تحت تأثير الخمر. وبعد أن انتهت المحكمة من نظر القضية قررت حبس المتهم سنة مع الأشغال وبتعويض المدعي بالحق المدني وقد استندت المحكمة في قرارها ضمن ما استندت إلى الحديث المسجل الذي قدمه المدعي المدني وبررت حكمها هذا بأنه قد تبين للمحكمة أن التسجيل قد جرى في مكان عام وأنه قد جرى كاملاً في جلسة واحدة هي التي سجل الحديث فيها وأنها لذلك تطمئن إليه وتأخذ به. وعليه فإنه لا محل للنعي على جهاز التسجيل بالقول ببطلان الاعتراف لصدوره بتدليس أو خديعة. إذ يتعين التفرقة بين الدليل ووسيلة إثباته. فالدليل قد صدر من غير إكراه وهذا لاشك فيه. وكل ما في الأمر أن الاعتراف قد صدر من المتهم دون أن يقصد تقديمه كدليل ضده. وهذا شرط غير مستلزم في الإعتراف القضائي[1].

وقد استأنف المتهم الحكم، فقضت محكمة الاستئناف بتأييده لنفس الأسباب فطعن المتهم عن طريق محكمة النقض. وعند نظر القضية عاب الدفاع على الحكم بأنه استند إلى التسجيل رغم أن أقوال الشهود قد أفادت بأن التسجيل قد تم بطريق الغش والخداع ومع هذا الدفع قضت المحكمة برفض الطعن موضوعاً[2].

القضية الثالثة :

في هذه القضية صدر حكم محكمة الدولة يقضي بحبس أربعة متهمين لمدة خمس سنوات مع الأشغال الشاقة في قضية كان أحد الأدلة فيها استخدام التسجيل، وقد دفع المحامون عن المتهمين ببطلان إجراءات التسجيل الصوتي للمحادثات واستراق السمع سواء في ذلك ما قام به رجال الرقابة الإدارية أو المخبر وذلك عملاً بالمواد (206، 31، 333، 335، 336) من قانون الإجراءات الجنائية تأسيساً على أن الحديث العادي أو الهاتفي يعد من قبيل الرسائل الشفوية ويملكان الحرية المكفولة لسريتها. ويعد التجسس عليهما انتهاكاً خطيراً للحريات والمراقبة المتمثلة في تسجيل الأحاديث هي استراق للسمع وقد نص القانون في المادة (206) إجراءات على أنه لا يجوز لغير النيابة العامة هذا الاستراق وشريطة استئذان القاضي الجزئي وأن القواعد التي نظمها القانون قواعد عامة تسري على قضايا أمن الدولة كما تسري على القضايا العادية. وقد تمت التسجيلات في هذه القضية في غيبة إذن القاضي الجزئي وبدون ندب من النيابة العامة من قبل الرقابة الإدارية مما يستلزم بطلانها[3].

ويلاحظ هنا أن القضاء المصري في أغلب الأقضية التي صدرت بهذا الصدد لم يدل برأي صريح وقاطع حول مشروعية التسجيل وذلك باستثناء القضية الأولى حيث ذهبت محكمة النقض إلى عدم الاعتداد بالدليل المتحصل من التدوين الآلي لمجافاته لقواعد الأخلاق ومبادئ الحرية باستثناء ما يفهم من قضاء محكمة النقض في القضية الثانية من أنها تميل إلى مشروعية التسجيل في حالة توافر شرطين وهما : أن يكون التسجيل قد جرى في مكان مفتوح، وألا ينضوي التسجيل على اعتداء على حرمة من الحرمات.

موقف المشرع المصري:-

---

(1) الجنحة رقم 2733 سنة 1962. الموسكي وقد صدر قرار الحكم في 4 شباط 1963.
(2) نقض 65/11/9 مجموعة أحكام محكمة النقض س 16ع 3ص827 رقم 158 طعن رقم 817 سنة 35 قضائية. وقد أشار إليه فريد الديب المرجع السابق 78 وراجع لطفي جمعة المرجع السابق ص45.
(3) قضية رقم 930 جنايات قسم الجيزة سنة 1968، والمقيدة برقم 6 لسنة 1969. أمن الدولة والتصديق عليها في 21 مايو 1970.

بعد هذا الجدل الذي ثار بين الفقهاء في مصر حول مشروعية تسجيل الحديث الشخصي جاء المشرع في القانون رقم 37 لسنة 1972 ليحسم الخلاف وذلك بتعديل المادة (95). فبعد أن كانت المادتان 95, 206 من قانون الإجراءات الجنائية يقتصران على مراقبة المحادثات السلكية واللاسلكية، أضفى التعديل الجديد على إجراء التسجيل ومشروعيته حيث أجازت المادة (95) لقاضي التحقيق أن يأمر بإجراء تسجيلات لأحاديث جرت في مكان خاص متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة في جناية أو جنحة يعاقب عليها القانون بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر مع إحاطة هذا الإجراء بنفس الضمانات التي يلزم توافرها في مراقبة المحادثات الهاتفية كما أعطت المادة 206 النيابة الحق في القيام بهذا الإجراء متى حصلت على إذن من القاضي الجزئي ويستوي في هذا أن يكون الحديث الذي تم تسجيله قد جرى في مكان خاص أو عبر أسلاك الهاتف. وفي حالة انعدام هذه الشروط لا يكون الدليل المتحصل من التسجيل باطلاً فحسب وإنما يعتبر جريمة يعاقب عليها بنص القانون.

ويلاحظ هنا أنه يشترط حضور المتهم حين الاطلاع على الحديث المسجل وتدوين ملاحظاته عنه بالضبط، كما يحصل ذلك بالنسبة للاطلاع على الرسائل وهذا ما تقرره المادة 97 إجراءات. وأيضا يجب أن تراعى الضمانات المنصوص عليها في المادة 96 في هذا الإجراء التي بمقتضاها لا يجوز الأمر بمراقبة المحادثات الهاتفية أو تسجيل الحديث الشفوي الجاري في مكان خاص الذي يتم بين المتهم ومحاميه أو خبيره الاستشاري وذلك ضماناً لحق الدفاع.

موقف القانون العراقي من التدوين الآلي الحديث:

لم يرد في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي نص يعالج المكالمات الهاتفية والتسجيل الصوتي بصورة سالبة أو موجبة، وهذا ما حدا ببعض رجال الفقه في العراق إلى اعتبار أن المادة (23) من الدستور المؤقت والتي تنص على أن سرية المراسلات البريدية والبرقية والهاتفية مكفولة ولا يجوز كشفها إلا لضرورات العدالة والأمن وفق الحدود والأصول التي يقررها القانون، يجب ألا تفهم على إطلاقها، وألا تقف حائلاً أمام القول بشرعية التصنت على المكالمات الهاتفية أو التسجيل بحجة أن هذا الإجراء لا سند له من القانون، ويتعارض مع صريح الدستور في مادته السابقة، بل ترى هذه الطائفة أن الحل الأمثل والصحيح هو بتضمين قانون الأحوال الجزائية نصاً يعالج هذا الموضوع. وذلك حفاظاً على المصلحة العامة وهم يقترحون في هذا السبيل نصوصاً تقترب من نصوص القانون المصري أو قريبة منه[1]

ويلاحظ هنا أنه لا مشاحة في اقتناص نص قانوني من قانون أو نظم إلا أننا نلاحظ أن إجراء التسجيل يتعارض مع نص المادة (23) من الدستور المؤقت وذلك بالحالة التي عليها الآن، لا سيما إذا لاحظنا أن قانون أصول المحاكمات الجزائية لم ينص على هذا الموضوع مما يستدعي الرجوع إلى قانون السلامة الوطنية لمعرفة هذا الإجراء. وبالرجوع إلى القانون رقم (4) لسنة 1965 نجد أن المادة الرابعة منه قد أجازت في الفقرة (12)، لرئيس الوزراء أن يمارس في المنطقة أو المناطق التي يشملها إعلان حالة الطوارئ مراقبة الرسائل البريدية والبرقية وكافة وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية وتفتيشها وضبطها وذلك دون التقيد بأحكام قانون الأصول الجزائية

(1) أحكام التفتيش، صالح الحسون، ص140.

وبملاحظة هذا النص يتبين لنا أن إهدار السرية إنما يتم في ظروف استثنائية تستدعي إعلان حالة الطوارئ وأن المشرع قد قصر هذا الإهدار على مراقبة المحادثات الهاتفية والمراسلات فقط دون أن يسحب ذلك على غيرها. مما يتعذر معه مد نطاقها لتشمل الأحاديث التي تسجل بواسطة أجهزة التسجيل.

رأينا في تدوين الحديث ومراقبة المكالمات الهاتفية:-

لعل حجم المشكلة والإدلاء برأي صريح بخصوص مراقبة المكالمات الهاتفية أو التسجيل لا يبدو واضحاً فقط بمثل الخلاف الفقهي المحتدم بالصورة التي عرضناها سابقاً فقط بل أن حجم المشكلة في حقيقته وجوهره يبدو أكثر وضوحاً في ذلك الخوف المتزايد من القول بشرعية مثل هذه الإجراءات من إساءة استعمال هذه الوسائل والخروج بها عن مسارها الصحيح وهو تحقيق العدالة إلى نوع آخر من الابتزاز السياسي والضغط على الخصوم. فضلاً عن اقتحامه لخلوة الفرد وتقييد حريته. ومهما قيل في الضمانات التي تحوط مثل هذه الإجراءات إلا أن احتمال الإساءة يبقى وارداً لا فرق في هذا بين دولة متقدمة أو نامية. ولعل هذا ما يحدونا إلى التوقف قليلاً إزاء القول بشرعية مراقبة المكالمات الهاتفية أو التسجيل لا سيما إذا علمنا أن احتمالات التزوير والخداع قائمة في مثل هذين الإجراءين..

ولكن إذا نظرنا إلى الموضوع من زاوية أخرى تتغير وجهتنا بعض الشيء، فإذا كان المجرم المعاصر قد استثمر ذكاء العصر وما تطرحه المدنية من تقنية متطورة فإنه يجب القول بشرعية هذه الإجراءات حتى نضع في يد العدالة هذه الوسائل لأجل أن تتكافأ الوسائل التي تقوم بها الجريمة وبين تلك التي تكافحها وهذا منطقي بدون أدنى شك.

والذي أعتقده هو شرعية الإجراءين معاً، ولكن ليس على أساس أن النتائج المتحصلة من المراقبة أو التسجيل يعتبر دليلاً من أدلة الإثبات بانفراده ولكن باعتباره قرينة يمكن أن تسترشد بها السلطات بهدف الوصول إلى الحقيقة وذلك بالشروط التالية :-

1. إناطة الإجراءين معا بإذن القاضي.
2. استعمال هاتين الوسيلتين في الجرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي فقط. والغرض من هذا الشرط هو عدم استعمال هذه السلطة إلا حيث يقتضي أمن الدولة ذلك كمكافحة نشاط تخريبي أو تجسسي مشتبه فيه. بمعنى أن تكون الجريمة خطرة فعلاً.
3. استبعاد مراقبة أو تسجيل الأحاديث المتعلقة بالحياة الخاصة أو العائلية، وحصر ذلك في الأحاديث موضوع الجريمة دون غيرها.
4. أن تكون الوسائل العادية في التحقيق قد استنفدت وتخلفت عن تحقيق الغرض وأنه لا يحتمل نجاحها.
5. أن يكون هناك سبب معقول ومنطقي يدعو للاعتقاد بأن مراقبة وسائل الاتصال أو تدوين الحديث آلياً سيؤدي إلى الإدانة.
6. تقليل مدة مراقبة المحادثات الهاتفية.

ويلاحظ أن ما رجحته من القول بشرعية هذين الإجراءين إنما هو أمر استثنائي اقتضته ضرورة تحقيق العدالة مع ملاحظة أن عملية المراقبة والتسجيل بذاتها عمل

مرذول ينافي الأخلاق ويتعارض مع الحريات.

ونحن نعتقد من جانبنا أن عملية المراقبة والتسجيل لا يمكن إدخالها في نطاق إجراء معين من إجراءات التحقيق لعدم إمكان إخضاعهما و أحاطتهما بشروط وضمانات أي إجراء من إجراءات التحقيق العادية.

المبحث الثاني: في القانون الفرنسي

المطلب الأول : مراقبة الاتصالات الهاتفية وتسجيل الصوت آلياً

خلا قانون فرنسا من أي نص على مراقبة المحادثات الهاتفية حيث ترك الأمر في استصدار ترخيص للاستيلاء على الاتصالات الهاتفية على الطرق القضائية أو الوزارية. إذ يجوز لقاضي التحقيق أن يأذن باستعمال هذه الوسيلة أثناء إجراء التحقيق القضائي. وتنص المادة (24) الفصل (4) من تعليمات مصلحة البريد أن على مدير الإدارة المركزية وجميع موظفي البريد أن يستجيبوا إلى أي طلب من قاضي التحقيق للتسمع على مكالمات تليفونية معينة. أما الإذن الوزاري فإنه لا يجوز أن يمنح إلا من مكتب رئيس الوزراء حيث يوجد موظف مسؤول عن الاتصالات بالإدارات المختلفة المعينة، ويلاحظ أن هذه الوسيلة لا يلجأ إليها إلا في جرائم خاصة حيث يتعذر إعادة إثباتها بطرق التحقيق العادية[1].

وقد ترتب على خلو القانون الفرنسي من النص على هذه المسألة أن الفقه هناك قد اختلف إلى رأيين:

فذهب فريق منهم إلى أن مراقبة المكالمات الهاتفية عمل غير مشروع ينطوي على –معنى الاحتيال، وهو عمل لا يليق بقاض ينبغي أن يمارس واجبه بأمانة تتفق ونزاهة السلطة القضائية في حين ذهب فريق آخر إلى أن مشروعية مراقبة الاتصالات الهاتفية تفوق مشروعية ضبط المراسلات البريدية وبالتالي يصح مباشرة مثل هذا الإجراء[2].

وقد جاء قرار محكمة النقض الفرنسية مؤيداً لوجهة النظر الأخيرة ومدعماً لها. وذلك شريطة أن يكون القائم بالمراقبة قد تصرف في حدود الإنابة القضائية الصادرة له من قاضي التحقيق وأن يقر المتهم بصحة هذا التسجيل[3].

التسجيل الصوتي:

كما انقسم الفقه الفرنسي في شأن مراقبة المكالمات الهاتفية، فإن هذا الفقه قد انقسم

---

(1) المجلة الدولية للعلوم الإجتماعية.

(2) POLISSIOR (J): OP. cit. lld. bouzat P. Piatel J Tr. De Droint ponal at do Griminologic , Paris, 1970 t 2 No. ll85

(3) محكمة استئناف باريس 5 مارس 1957 أشار إليه سامي صادق الملا المرجع السابق: ص123 هامش (2).

إلى فريقين بخصوص التسجيل الصوتي، فذهب أحدهما إلى جواز التسجيل الصوتي وذلك لأن القاضي حر في تكوين عقيدته بما شاء من الوسائل التي تحقق ذلك. فالقاعدة هي حرية الإثبات. وتأسيساً على هذا فإنه لا يمكن استبعاد الدليل المتحصل من التسجيل طالما أن الحصول عليه قد تم بطريق مشروع وصدرت الأقوال بحرية واختيار[1]. في حين ذهب فريق آخر إلى اعتبار أن التسجيل وسيلة خداعية فيها معنى الغش، وتأسيساً على هذا لا يمكن الاستناد إلى الأقوال المستمدة من التسجيل كدليل من أدلة الإثبات المستقلة. وإنما يكون اعتبار هذه الأقوال قرينة تساعد في تكوين عقيدة القاضي وتضم إلى عناصر الإثبات الأخرى[2].

أما موقف القضاء الفرنسي متردداً بين قبول التسجيل ورفضه. ولكن غالبية المحاكم الفرنسية، لأسباب متعددة ترفض هذه الوسيلة في الإثبات وتميل إلى عدم قبوله لأنه يعوزه الدليل[3]. ولكن مع هذا هناك أحكام صدرت من بعض المحاكم تعترف بقبول الأشرطة في الإثبات[4].

ويلاحظ هنا أن مرد هذا الخلاف الفقهي والقضائي في فرنسا هو خلو قانون الإجراءات الجنائية الصادر في 31 كانون الأول 1957 من النص على مراقبة المحادثات الهاتفية أو التسجيل معاً.

المطلب الثاني: استعمال الوسائل الحديثة في استجواب المتهمين في الفقه والقضاء الفرنسي

لقد ترتب على استعمال الوسائل العلمية في استجواب المتهم جدل كبير بين الفقهاء الفرنسيين كما هو الشأن في غير فرنسا من الدول. ويكاد الاجماع ينعقد على أن إجراء التجارب على المتهم يسمح به وذلك متى كانت التجارب لاتشكل اعتداء على جسده ولاتمس حقاً من حقوق الدفاعو أو تسبب خدشاً لكرامته[5].

استعمال العقاقير المخدرة:

أول ما يطالعنا من وسائل تخدش كرامة الإنسان وترد قيداً على حقوقه هي استجواب المتهم وهو واقع تحت تأثير المخدر. ويجمع الفقه الفرنسي وكذلك هو الشأن في الدول التي تأخذ بالنظام اللاتيني بأن استعمال هذه الوسيلة يشكل اعتداء على حرية الإنسان في التعبير عن إرادته والدفاع عن نفسه، وفي هذا انهيار لأساس قيام الاعتراف القانوني وبالتالي يجب استبعاده[6] باعتباره إجراء لا يحترم آدمية الإنسان ويتعارض مع الحقوق التي قررتها مبادئ الثورة الفرنسية وجاءت بها المادتان الأولى والخامسة من إعلان حقوق الإنسان[7]. بل إن الفقه الفرنسي في هذه أنها نوع من التعذيب يعود بنا إلى

---

(1) سامي صادق الملا – المرجع السابق: ص123.
(2) Bouzat et Pinatel ,op. cit. t 2 No. ll32
(3) انظر: Repertoire do Droit Penal et do Procedure Penal Tom IV Dalloz , 1977 No. 29
وفي نفس الموضوع Ivainier مقال في Gaz. Pal. سنة 1966
وانظر القضايا التالية:
قضية مدنية نظرتها محكمة السين في 28 يونيو 1939 وردت في سنة 1955 ج2 رقم 8550.
وقضية نظرتها محكمة باريس في 9 نوفمبر 1966 برقم
(4) انظر حكم محكمة Dijon في 20 يونيو سنة 1955 قضية رقم 583-1955 D
(5) انظر Bouzat P., Proces des Nouveaux d'instruction et la orotection des dr. de defance, rev . Sc . et droit Ponal copare, 1958
Graven j. Le Probleme des Moyens Modernes dansL'invistigation des Proces crim.rev. Int. de criminologic et de Police Technipuic, 1959, P.259.
Laute j. ,Les proces Nouveaux D'invistigation et la protection des dr. de la defance, Rev.Des crim. et dr. Penal Compare, 1958, p. 17.
(6) Iibid, at p. 19…….. …. ……
(7) اعتراف المتهم. سامي صادق الملا: ص 180.

العصور الوسطى وإن الالتجاء إلى هذه الوسيلة يعني أيضا أن عقلية التعذيب لم تزل قائمة[1] ويتفق القضاء الفرنسي مع الفقه في هذا الاتجاه حيث حرم استعمال المخدر واللجوء إليه أثناء التحقيق ولو طلب المتهم ذلك بنفسه[2].

استعمال جهاز كشف الكذب:

وإذا كان الفقه قد اتفق على استبعاد استجواب المتهم وهو تحت تأثير المخدر، فإننا نجد أن الفقه الفرنسي قد انقسم بصدد الاستعانة بجهاز كشف الكذب في الاستجواب إلى فريقين:

فذهب بعض أهل الفقه أنه هناك ما يمنع من اللجوء إلى هذه الوسيلة والاستعانة بها في التأكد في صحة أقوال المتهم. وذلك لأن هذه الوسيلة ليس لها أي تأثير على حرية الفرد وإرادته لأن استعمال الجهاز لا يترتب عليه فقد الوعي و إنما يبقى الشخص موضوع الاختبار متمتعاً بكامل العقلية مما يتيح له الإدلاء بما شاء من أقوال والإحجام عما شاء بمحض إرادته[3].

ويذهب فريق إلى عدم جواز اللجوء إلى هذه الوسيلة[4]. ويرون أن النتائج التي يتوصل إليها من خلال هذا الجهاز لا تختلف كثيراً عن تلك التي يتوصل إليها باستخدام طرق التعذيب المختلفة[5]. هذا فضلاً عن أن استعمال هذه الوسيلة ترد قيداً على حقوق الدفاع. فإذا كان القانون يعطي سلطة إثبات أن المتهم يكذب أو يتصنع، فإن من واجب القانون أن يمنع القاضي من مخالفة حق المتهم في الكذب وأن يضع حماية لهذا الحق[6].

المطلب الثالث: ضبط المراسلات البريدية

لقد جاء قانون الإجراءات الفرنسي خالياً من النص على هذا الموضوع، إلا أنه يبدو أن هذا القانون قد توصل إلى حلول مرضية في هذا السبيل حتى إنه لم يجد هناك حاجة تدعو للنص عليه في قانون الإجراءات الحالي ذلك أن قانون تحقيق الجنايات الفرنسي في المواد (36، 37، 87، 88) يجيز ضبط الأوراق عامة. وهذا ما حدا بالفقه الفرنسي إلى القول بأن المراسلات البريدية تدخل في هذه الأوراق وتكون من مدلولات النصوص, وبالتالي يمكن ضبطها بعد خروجها من مكاتب البريد، وكذلك يجوز ضبطها لدى تلك المكاتب قبل وصولها إلى أصحابها[7].

وقد جاء القضاء الفرنسي مؤيداً هذا الاتجاه معللاً ذلك بأن قانون العقوبات لا يعاقب إلا على إساءة استعمال السلطة بشأن الرسائل. والعدالة لا تسيء استعمال هذه السلطة حين تمارس ضبط الرسائل التي تقدم دلائل تساعد على سيرها لمصلحة التحقيق[8].

ومما تجدر الإشارة إليه أن الفقه الفرنسي قد اختلط في نوعية الرسائل التي يجوز

---

(1) أحمد محمد خليفة – المرجع السابق: ص94.
(2) Crim. Aixen-province, 8 Mars 1961, J. C. P. 1961-48.
(3) انظر مقال: F. Gorphe بعنوان Realiser une Justice Sc. وورد في مجلة Rev. Int. de Criminologie et de Police, Technique, 1950, p. 83. سنة 1950: ص83.
(4) انظر: Bouznt ,La Ropport a la vc. Congres Int. aux Droit copare “ Rov dos ,Aug. 1938” Sceience Cr. minollo ot de Driot panal com pare ,1958,p. 2.
(5) انظر: Gorphe F. , La protection
(6) انظر ..... R. Charles, op. cit. , p. 138
(7) انظر: Garraud, Traitc Theorique d’Instruction criminolle et do procedure ponale, paris t. 3 No. 919, p. 224
(8) الإثبات في المواد الجنائية – محمود محمود مصطفى: 88/2.

ضبطها لدى مكاتب البريد إنه من المعلوم أن هذه الرسائل قد تكون متبادلة بين شخصين دون أن يكون المتهم طرفاً فيها، ولأنها قد تكون مرسلة من المتهم إلى غيره أو بالعكس فما هو نوع الرسائل التي يجوز ضبطها؟

ذهب فريق من الفقهاء إلى أن الرسائل التي يجوز ضبطها هي تلك الرسائل المرسلة إلى المتهم دون المرسلة منه إلى غيره، وذلك لدخول الرسالة في ملكية المتهم في الحالة الأولى دون الثانية، إذ أنها مملوكة للغير. وفيما عدا هذا الخلاف فإن إجماع الفقه الفرنسي منعقد على عدم جواز ضبط الرسائل إذا لم يكن المتهم طرفاً فيها[1].

المبحث الثالث: في القانون الأمريكي

كان لشيوع أجهزة الاستراق والتسجيل الآلي الحديثة ووضع هذه الوسائل في يد وكلاء الدولة أثر خطير على حياة الفرد الخاصة، وطرحت تهديدات حقيقية لخصوصيات الإنسان وأسراره. فإذا كان الفرد في الماضي يستطيع أن يهرب من التطفل على خصوصياته وذلك في ظل التجسس التقليدي الذي يتم بواسطة العين أو الأذن، فإنه في ظل شيوع الجهاز الآلي لا يمكن لمن يخضع لرقابته أن يكون بمنأى عن تطفله. وشيوع هذه الأجهزة على هذا النحو أدى بأن كل فرد أمريكي ذي حيثية يفترض ولو من قبيل الدعابة أن هاتفه مراقب ويجري تسجيل محادثاته، بل إن صحفياً مشهوراً بدأ عندما يتحدث عن طريق الهاتف يقول: (أهلاً بكم جميعاً) وفي إحدى لجان الكونجرس الأمريكي وضح أنه حتى الزيتونة التي يضعونها في الخمر (المارتيني) قد تكون كبسولة لاستراق المحادثات[2].

ولما كان هذا التطور العلمي غير متصور أن يرد قيداً على حرية الإنسان وذلك في الفترة التي وضع فيها الدستور الأمريكي فقد أثارت هذه التطورات نقاشاً حاداً على مستوى الفقه والقضاء في الولايات المتحدة الأمريكية حول شرعيتها.

المراقبة الإلكترونية في التشريع الأمريكي:

من المعلوم أن التعديل الدستوري الرابع لا يتناول بصياغات حرفية مثل هذه الوسيلة وذلك باستثناء ما نصت عليه الوصية الرابعة من الدستور من بطلان التفتيش والقبض غير القانونيين باعتباره تدخلاً في شؤون الأفراد الخاصة، وقد حاول البعض المساواة بين التسجيل الآلي وبين التفتيش والقبض بطريق المقايسة والاستنباط.

ومرد عدم وجود نص في الدستور الأمريكي هو عدم وجود هذه الأجهزة وعدم معرفتها في ذلك الوقت، وقد ظل الأمر كذلك في عدم وجود موقف معين وعدم وجود نص تشريعي يعالج هذه المشكلة حتى سنة 1934 حيث جربت المادة (605) من قانون الإنصات الاتحادي التقاط المحادثات الهاتفية أو إفشائها وذلك على أثر قضايا عديدة وقد أصبح هذا القانون نافذاً على المستوى الاتحادي أو الولايات، إلا أن هذه المادة لم تنص على كل وسائل التسمع وإنما اقتصرت ذلك على الاتصالات الهاتفية والتلغرافية[3].

ومع زيادة اهتمام الناس بالجريمة وزيادة الضغوط لاستخدام التصنت والتسجيل والاستعانة بالأجهزة الالكترونية، وجه الرئيس جونسون السلطات الاتحادية إلى قصر

---

(1) الإثبات في المواد الجنائية: 88/2، النظرية العامة للتفتيش: ص388.

(2) Domooracy Under Pressure, op. cit. p. 116

(3) يلاحظ المرجع السابق. وانظر: 48 Fod. Reg. 31, (1964) 605 Art. USC 74, (1934) 1103 stat. 3397 ,1966 , Kovin captis ,constitutional Law ,Electronic surveillance&4th. Amondment. De paul, Wiretapping and Domostic subversives, T. L. Rev. vol. xxll- 1972-73,p. 434

هذه الوسائل على قضايا الأمن القومي وبترخيص يصدر من النائب العام.

وفي سنة 1968 أصدر الكونغرس قانون مكافحة الجريمة في سيارات نقل الركاب وأمن الشوارع سمح فيه السلطات الفدرالية والولايات والسلطات المحلية بالتصنت على مجموعة واسعة من الجرائم[1] وذلك شريطة أن يكون ترخيص قضائي بالرقابة الالكترونية على الاتصالات الهاتفية[2].

وفي ظل هذا القانون رفع القيد الذي كان مفروضاً على التصنت السلكي وأصبحت القواعد الدستورية بشأن الرقابة الإلكترونية ممكنة التطبيق عليه أيضا[3] وبموجب هذا القانون نشأ نوعان من الجرائم: جرائم بسبب استخدام الأجهزة بدون ترخيص بواسطة القائمين على تنفيذ القانون، وجرائم تتم تحت ستار القانون كأن يكون التسجيل بمعرفة أحد أطراف الحديث[4].

وفي سنة 1970 حدد القانون في المادة (5/2518) فترة السماح المتعلقة بالرقابة الإلكترونية بثلاثين يوماً على أن تقدم التقارير عن الرقابة إلى القاضي الذي أمر بهذا الإجراء وذلك بغرض الاطلاع على مدى التقدم الحاصل في سير المراقبة (6/2518)، ويلاحظ أن هذه الرقابة يجب أن تقتصر على الأحاديث التي لها صلة بموضوع الجريمة[5].

وعلى الرغم من كل القوانين التي صدرت بخصوص الرقابة الإلكترونية إلا أن سلطات الدولة في الولايات المتحدة ظلت ولفترة طويلة تمارس هذا الإجراء دون الرجوع إلى استصدار أمر ترخيص من القضاء على الرغم من أن المحكمة العليا قد شجبت هذه التصرفات ووصفتها بعدم الشرعية[6]، وقد وضح في فضيحة (وترجيت) أن الحكومة ظلت لثلاث سنوات تبيح لنفسها التصنت والتسجيل الإلكتروني بدون ترخيص، ففي سنة 1973 اعترف الرئيس نيكسون بسبب الأنباء التي كانت تتسرب من البيت الأبيض أنه أمر بالتصنت على بعض مساعديه وتسجيل الأحاديث التي كانت تدور بينهم وبين مندوبي الأنباء[7].

موقف الفقه الأمريكي من التسجيل والتصنت:

احتدم النقاش في الفقه الأمريكي حول استخدام وسائل التسجيل والمراقبة، وذهب في ذلك إلى مذهبين: أحدهما يؤيد استخدام هذه الوسائل. والآخر يرفضها. ويمثل الفئة الأولى تلك الغالبية الكثيرة لموظفي تنفيذ القانون وسلطات التحقيق. ويحتج هذا الفريق بأن التسجيل الصوتي ومراقبة المكالمات الهاتفية يعتبران من أهم الوسائل الفعالة في مكافحة الجريمة التي اتخذت في عصرنا شكلاً خطراً ومنظماً. وأن جهاز الهاتف كثيراً ما استخدم كوسيلة للاتصال وذلك بهدف تدبير الجرائم ولا يمكن مواجهة هذا النشاط الإجرامي إلا بإعداد خطة منظمة ووضع أدوات التصنت والتسجيل الآلي في يد سلطات

---

(1) Domocracy Under prossure , op. cit. pp. 117-118.

(2) يلاحظ المرجع: Roger A. Tandholm ,Electronic Eavesdropping Tulans Law REV. 1972,VOL. 46N. S. ,P1031

(3) Kevin J. captis ,op. cit. p. 435 ----------

(4) younger ,op. cit. p. 316 ----------

(5) Roger A. Tadholm,op. pp. 1030 etc - ----------

(6) - كان ذلك بمناسبة نظر قضية: United states v. united state District court for Estern District Michigan, 407 U. s. 297,1972

(7) Democtacy Under pressure,op. cit. p 118 -- ----

تنفيذ القانون حتى يمكنهم القيام بعمل مضاد لهذا النشاط[1]. وإدانة عتاة المجرمين[2]، فإذا كان اللجوء إلى التسجيل ومراقبة المحادثات الهاتفية عملاً قذراً كما وصفه القاضيHolmes فإنه بلا شك أقل قذارة من الجريمة نفسها[3].

ويذهب فريق آخر إلى أن استخدام التسجيل الصوتي والتصنت على المكالمات الهاتفية يتعارض مع الوصية الرابعة من الدستور الأمريكي لأنه تدخل في شؤون الأفراد الخاصة ولا يجوز لسلطات التحقيق الاستناد إلى دليل تم الحصول عليه عن طريق غير مشروع، فإفلات المتهم من العقاب أفضل من اللجوء إلى مثل هذه الوسائل غير المشروعة[4] ويصف هذا الفريق هذه الوسائل بأنها قذرة لأنها تعتبر خرقاً فاضحاً بحق الخصوصية[5] يضاف إلى هذا أن إساءة استعمال هذه الوسائل وارد وذلك في اتجاهين:

أحدهما: ابتزاز الأموال عن طريق التهديد بإفشاء المعلومات المتحصلة.

وثانيهما: إمكان تلفيق الأشرطة وتوليفها[6].

ويعتقد البعض أنه إذا كان التفتيش والضبط يستلزم توافر قواعد قانونية معينة مثل الإذن وتحديد الجهة التي تباشر الإجراء ومن ثم يستطيع الفرد معالجة الموقف إزاء التفتيش التقليدي والطعن به فيما إذا لم يجر وفق القواعد القانونية. فإن هذا كله متعذر في التصنت لأنه لا يصدر عنه صوت غير الخط الهاتفي موضوع المراقبة[7]، ومما لا شك فيه أن القول بالشرعية بخلق وضعاً آخر يختلف عن التفتيش العلني مما يدعم الاعتراض الوارد على المراقبة الإلكترونية.

موقف القضاء الأمريكي من التصنت والتسجيل:

نوقشت قضية التصنت السلكي لأول مرة في القضاء الأمريكي سنة 1928 وذلك بمناسبة نظر قضية (اولمستيد) حيث الدليل قد تحصل عليه من خلال مراقبة الحديث الهاتفي بين المتهم (اولمستيد) وشخص آخر[8]، وقد انتهت المحكمة العليا في نظر هذه القضية إلى قبول الدليل المتحصل من التصنت والتسجيل مؤسسة حكمها على حرفية التعديل الدستوري الرابع بأنه لا يحظر دليل الإثبات المتحصل بالتصنت والتسجيل وان الرسائل عبر أسلاك الهاتف ليست من بين ما قصد التعديل الدستوري الرابع حمايتها من التفتيش والضبط. وقد أكد وقتها رئيس القضاة على أن حماية الملكية بموجب التعديل الرابع يتم على أن التفتيش يكون وارداً على أشياء مادية للشخص -المنزل- الأوراق، وينبغي أن يكون هناك ترخيص يكتسب صفة الشرعية بمعنى أنه ينبغي أن يحدد المكان الذي يجري تفتيشه، ولا يجوز أن يمتد التعديل الدستوري الرابع أو يجري التوسع في التفسير ليشمل أسلاك الهاتف والتي تمتد إلى مختلف أنحاء العالم من منزل المدعى عليه

---

(1) Edward silver ,Logalized Wiretapping Necessaryto combat stream-lined Efficiencyof orgnizedcrime, Hrvard law rwev. 1958,p. 54

(2) Domocracy Under prossure , op. cit. p. 117

(3) Polic scicnce, vo1. 50, p. 80 & silver, Law Enforcement & Wiretapping, griminal Law Crim

(4) Yalc Kamisar, The Wiretapping Problem, A Professor'sView' Minnesota Law rev. , 1959, p. 891.

(5) DemoctacyUnderpressure,op. cit. p. 117….. ……..

(6) A rcport of the American civil Liberties Union on Wiretaooing the problem Today, .1965, pp. 21-22

(7) Blakey, The Rule of Announcement & Unlaful Entry, Miller v. u. s. & Kerv. Calif

(8) (v. United states, 277 u. s. 438 (1928 Olmstead

أو مكتبه.

ويلاحظ أن القرار المتقدم لم يصدر بإجماع الآراء بل إن كلاً من القاضيين (Brandeis, Holmes) قد سجلا اعتراضهما على القرار، فقد ذكر قرار المحكمة بتفسير النصوص الدستورية بعيداً عن الوقوف عند حرفية الصياغة لتغطي نشاطاً وأهدافاً ما كان في وسع الآباء أن يتناول بها، وشبه القاضي استراق السمع، والتسجيل بالتجسس وأن نصوص الدستور تتضمن للفرد من أنواع محددة من الإساءة وأن هذه النصوص يجب أن تتلاءم مع العالم المتغير.

وفي فقرة مشهورة قال القاضي براندیز " إن مشرعي الدستور قد أخذوا على عاتقهم ضمان الظروف المناسبة لتحقيق السعادة وتداولوا في حق الناس في التحرر من التطفل الحكومي الذي لا مبرر له وهو تطفل على خصوصية الفرد وأنه بصرف النظر عن الوسائل التي تستخدمها الحكومة فإن هذا التطفل في إجراءات الإثبات الجنائي يجب اعتباره انتهاكاً للتعديل الدستوري الرابع[1].

وإذا كان براندیز قد أسس اعتراضه على اعتبارات دستورية فإن هولمز قد بنى مخالفته لهذا القرار على عدم شرعية الإجراء وفقاً لقانون واشنطن وقد ظلت المحكمة العليا لفترة تزيد على الأربعين عاماً من سنة (1928-1967) تقضي بأن هذه الإجراءات ليس فيها انتهاك للحماية التي كفلها التعديل الدستوري الرابع عندما نص على التحرر من التفتيش والضبط غير المعقول[2]، ورغم هذا فإن المحكمة العليا في سلسلة من أحكامها قد قضت بعدم مشروعية التصنت والتسجيل بمعرفة أي فرد بما في ذلك الموظفين الاتحاديين وذلك على أساس قوانين صدرت بناء على التعديل الدستوري الرابع فعلى أثر صدور قانون سنة 1934 قررت المحكمة العليا في قضية[3] نظرتها سنة 1937 منع التصنت السلكي ومراقبة المحادثات الهاتفية واعتبرته عملاً غير مشروع وفقاً للمادة (605)، من قانون المواصلات ومن ثم لا يجوز استخدام الدليل المتحصل من هذه الوسيلة في الإثبات.

ومن الجدير بالملاحظة أن المادة (605) من القانون المتقدم قد أسعفت القضاء ولفترة طويلة وذلك إبان كان التصنت محدداً بالتصنت السلكي ولكن مع التقدم العلمي والفني بدت قدرة المحكمة في استعمال القانون كبديل لتفسير جديد لمبدأ الدستور صعبة باستخدام البوليس لأجهزة معقدة دعا إلى ضرورة إعادة قاعدة أولمستيد بصورة جدية وقد كانت المحكمة العليا في بادئ الأمر تقبل الدليل المتحصل من محادثات المشتبه فيه[4]، تأسيساً على أن المادة (605) من قانون 1934 لا تحظر كل أدلة التصنت الإلكتروني وإنما تقصر ذلك على الأدلة المتحصلة من التصنت السلكي وذلك كالمحادثات الهاتفية. إلا إن نزعة التغيير قد بدت واضحة فيما بعد ففي عام 1961 قضت المحكمة بمناسبة نظرها قضية Silver man عدم دستورية استعمال (الميكروفون) وذلك بهدف الوصول إلى الدليل[5]. ثم بعد ذلك تتابعت القضايا التي تنقض قاعدة أولمستيد ففي سنة 1967 قضت المحكمة العليا بنقض الإدانة المؤسسة على

(1) القضية السابقة وانظر: criminalLaw& its procces Bassiouni,1974,p394
(2) ..... Democracy Under Prssure,op. cit. p. 117
(3) .....(Nardone v. United states,302U. s. 379(1937
(4) DemocracyUnder Pressure,op. cit.... 117.....
(5) Silver man v. United states,316 U. S. 129 ,1961.....

دليل متحصل بواسطة وضع جهاز إلكتروني في حجرة الهاتف العمومي وكان ذلك بمناسبة نظرها لقضية Katz [1]وهو مقامر من أهالي (لوس أنجلوس) وكان يجري اتصالات هاتفية فيما بين الولايات المتحدة ويتلقى المراهنات عن طريق مقصورة الهاتف العمومي. وفي هذه القضية ذهبت المحكمة إلى أن حقوق المتهم الدستورية قد انتهكت ونقضت الحكم المستأنف وبذلك يعتبر الحكم الصادر في قضية Katz هذه نقضاً لرأي المحكمة العليا والذي التزمت به في مناسبة نظرها قضية أولمستيد سنة 1928.

وفي سنة 1966 رفضت المحكمة العليا الأخذ بقانون ولاية نيويورك وذلك لمناسبة نظرها قضية Berger[2] وقد أسست حكمها على أن قانون ولاية نيويورك يجيز المراقبة (التصنت وتسجيل الأحاديث) لمدة ستين يوماً على أساس أقوال يدلي بها بقسم، وهذه المدة قابلة للامتداد وبدون حدود ما دام في ذلك مصلحة. وهو بهذا يسمح باستراق السمع بصورة واسعة دون أن يضع حدوداً زمنية لنهاية هذا الإجراء مما يجعل منه إجراء مماثلاً للتفتيش العام ويعتبر خرقاً للدستور. لهذا رأت المحكمة العليا أن قانون ولاية نيويورك في هذه المسألة معيب لأن القانون لم يتطلب إيضاح السبب المحتمل قبل إصدار ترخيص التصنت والتسجيل كما أن القانون لم يتطلب وصفاً للمحادثات التي يتجه البوليس إلى التقاطها ولا يضمن قصر الرقابة على المحادثة التي ينصرف الذهن إليها كما لم يتضمن إنهاء الرقابة في أجل معين بعد تسجيل الحديث المقصود بالتصنت والتسجيل وأخيراً لم يتضمن نصاً بالأخطار[3].

وعلى الرغم من هذا النشاط البارز من جانب القضاء في تغيير قاعدة أولمستيد إلا أن المعارضة من جانب وكلاء الدولة للمادة (605) كانت عنيفة وشديدة مما حدا مجلس الشيوخ الأمريكي إزاء انتشار الجريمة وشيوعها إلى توصيات بارعة حيث جاء الباب الثالث من قانون 1968[4] الخاص بمكافحة الجريمة في سيارات النقل العام وأمن الشوارع بمثابة استجابة الكونجرس وردوداً على الأحكام التي صدرت من المحكمة العليا وحاولت الحكومة وقتها أن تجد حلولاً للمثالب الدستورية التي نجمت عن قضاء المحكمة بعدم دستورية التشريع الذي يقضي بإجازة التصنت والتسجيل، وقد جاء القانون سالف الذكر ليحصر التقاط كافة الأحاديث الشفهية والاتصالات التي تتم عبر أسلاك المواصلات السلكية باستثناء ما يبرر في القانون نصاً[5]، ووفقاً لما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون سالف الذكر فإن الغرض من الباب الثالث هو:

1. حماية خصوصية الاتصالات سواء كانت بشكل أحاديث شفهية أو سلكية.
2. تحديد الظروف والأحوال التي يجوز فيها المراقبة وعلى أسس موحدة[6].

وتبعاً لذلك فإن الباب الثالث من القانون المتقدم يحاول النص على إخضاع

---

(1) Katz v. United states,389U. S347,1967……
(2) Berger v. United states(N. Y. 388. U. S. 41),1967…….
(3) Massachuetts Law Quarterly Rev. vol. No ,60, p. 27
(4) هو القانون رقم 18 ……. U. S. C. 2510-2520……...
(5) Massachuetts Law Quarterly Rev. vol. No ,60, p. 28
(6) انظر مضبطة مجلس الشيوخ الأمريكي رقم Semate Rep. At 2153

إجراءات المراقبة الإلكترونية للرقابة القضائية[1] وبالشكل الذي ورد في قضية Berger وبناء على ذلك وعلى هدى من نصوص الباب الثالث من القانون سالف الذكر قامت كثير من الولايات بإصدار تشريعات تتلاءم مع هذا الباب[2].

ومن هنا تحددت وجهة نظر القضاء بهذا التشريع[3]، ومع هذا فإن جانباً من القضاء الأمريكي لا يزال يرفض الدليل المتحصل من الرقابة الإلكترونية[4].

الوسائل العلمية الحديثة في استجواب المتهم:

لما كانت بعض الوسائل العلمية الحديثة لها تأثير على الحق في الخصوصية موضوع الدراسة، فإنني سألقي الضوء هنا على وسيلتين هما: جهاز كشف الكذب واستعمال العقاقير المخدرة وموقف القضاء الأمريكي من ذلك.

العقاقير المخدرة:

لم يستقر رأي المحاكم على موقف محدد في بدايته تجاه هذه الوسيلة وإن كان الأمر قد استقر في نهايته على منعها بصورة نهائية فقد ذهب في بدايته إلى أن تترك كل حالة لتدرس على انفرادها رغم مطالبة رجال القضاء باستبعاد هذه الوسيلة بصورة مطلقة، ففي سنة 1926 عرض هذا الإجراء على إحدى المحاكم فقررت أنه لا يجوز حقن المتهم بمصل الحقيقة إلا إذا كان رضاؤه متوافراً ويؤخذ بطريق المفهوم المخالف أن توافر الرضا يبيح هذا الإجراء، وقد طورت المحاكم قضاءها ففي سنة 1954 قررت أن اللجوء إلى هذه الوسيلة يتعارض مع الحقوق المقررة للمتهم مثل حقه في الدفاع. ومما يجدر الإشارة إليه أن القضايا التي استعملت فيها هذه الوسيلة في معظمها كان الهدف منها الوصول إلى براءة المتهم ولم يقصد بها الوصول إلى اعترافات المتهم، وفي نفس الوقت كانت هذه المحاكم ترفض إعطاء الاعترافات الصادرة تحت تأثير التخدير صفة الدليل القضائي المعترف به و إنما كانت تعتبرها تكفي لإثبات التهمة وإصدار الحكم، ثم تدرج الأمر حتى انتهى إلى ما هو عليه الآن من إنكار كل قيمة قانونية لتلك الأقوال[5].

كاشف الكذب:

تردد القضاء الأمريكي في قبول النتائج المترتبة على هذا الجهاز فذهب بعضها إلى عدم قبول هذه الاعترافات لأنها تنطوي على إكراه معنوي بيد أن الأمر قد استقر في نهايته على أن إخضاع الشخص للتجربة يزيل كل عيب في إرادته وذلك إذا ما تمت التجربة برضاء الشخص واختياره وبالتالي لا يمكن الدفع بأن المتهم قد أدلى بإقراره على غير رغبته[6].

---

(1) المغزى الدستوري للرقابة القضائية حسبما ورد في التعديل الدستوري الرابع هو أن تصدر التراخيص القضائية بناء على سبب محتمل وبناء على قسم أو تعزيز مع وصف المكان الذي يجري تفتيشه والشخص أو الأشياء التي تتجه النية إلى ضبطها. انظر: Massashusctts Law QuartorIy Rov. VoI. 60 No. 28

(2) المرجع السابق.

(3) United states v. King, 335 F. Supp. 523 (S. D. calf, 1971)

(4) United states v. Scott, 331 F. Supp. 223 (D. D. c. 1971)

(5) استجواب المتهم –سامي النبراوي: ص470، ونفس المصدر والصفحة هامش (3).

(6) المرجع السابق: ص498، وسامي صادق الملا: اعترافات المتهم: ص140.

المبحث الرابع: في القانون الإنجليزي

مراقبة وسائل الاتصال وشرعيتها:

بتطور وسائل التجسس الحديثة، كمراقبة المكالمات الهاتفية والبريدية والتلغرافية، ثار الجدل حول شرعية هذه السبل في معظم الدول المتقدمة صناعياً ومنها إنجلترا.

ومن المعروف ابتداء أن حرمة المراسلات و الاتصالات في إنجلترا منوطة بسلطة وزير الداخلية وذلك وفقاً للمادة (1/58) من قانون البريد لسنة 1952 والمادة (80) من قانون البريد لسنة 1969[1]. فالمادة (58) تذهب إلى أنه يمكن لوزير الداخلية إصدار أمر بضبط الحزمة البريدية وفتحها وضبط التلغراف[2]، كما أن له الحق في إصدار أوامر للشرطة ولأعضاء الخدمة الأمنية للتصنت الهاتفي وذلك بهدف كشف الجريمة[3].

ومع أن قانون البريد يجيز هذه السبل بناء على إذن من وزير الداخلية إلا أن اللجنة الاستشارية في مجلس المملكة الذي ينعقد برئاسة أحد القضاة قد رغب عن اللجوء إلى مثل هذه الوسائل وذلك في سنة 1957 حيث دعا إلى حظر استعمالها في الأحوال التي يتعرض أمن الدولة فيها للخطر وبغرض كشف نشاط إجرامي خطير[4].

ويتجه جانب من الفقه الإنجليزي إلى عدم إعطاء الإذن بضبط المراسلات إلا إذا توافرت شروط معينة. ثم استقر الرأي على ضرورة توافر الشروط التالية :

1. أن تكون الجريمة خطيرة فعلاً.
2. أن تكون وسائل التحقيق العادية قد استنفدت وتخلفت عن تحقيق الغرض.
3. أن يكون هناك سبب معقول يدعو للاعتقاد بأن اعتراض وسائل الاتصال سيؤدي إلى الإدانة[5].

وقد أصد وزير الداخلية في سنة 1951 كتاباً دورياً ضمنه هذه الشروط، والظروف المقنعة قبل إصدار الأمر، وأوضح فيه أن مراقبة الرسائل والمحادثات الهاتفية إجراء غير مقبول لتعارضه مع حقوق الإنسان. لذا يجب اتخاذ الحيطة والحذر عند اللجوء إليه لأنه إجراء استثنائي.

وفي عام 1957 شكلت لجنة بأمر من رئيس الوزراء البريطاني لبحث الأساس القانوني لسلطة وزير الداخلية تلك، ورأت اللجنة أن سلطة التصنت على المكالمات الهاتفية تشابه إلى حد كبير سلطة فتح الخطابات، وما دام فتح الخطابات تحكمه تنظيمات لائحية فإنه لا يوجد مانع من مد نطاق هذه اللوائح إلى غير الخطابات، مع ملاحظة أن التنظيم اللائحي لفتح الخطابات يتمثل في المادة (9) من قانون إجراءات التاج grown Proceeding Act لعام 1947، والذي يحتفظ للتاج باستثناءات تجاه فتح طرود البريد والمكالمات الهاتفية، وانتهت اللجنة إلى أن الأساس القانوني للتصنت على المكالمات الهاتفية أساس ثابت بما فيه الكفاية إلا أنه إجراء ممقوت وغير مرغوب فيه بلا شك[6].

---

(1) انظر: A. de Smith, op. cit. P. 469.....

(2) انظر: Celia Hampton, op. cit. P. 35 .....

(3) انظر: A. de Smith, op. cit. P. 469.....

(4) اعتراف المتهم –سامي صادق الملا: ص115 هامش (2)، وانظر بحثاً له بعنوان: استعمال الحيل لضبط الجناة وحجيتها أمام القضاء: ص23-30.

(5) انظر: P. Devlin, The Criminal Prosccution in England, London, 190, p. 55.....

(6) انظر: Anderews j. , Tapping Telephones and opening Letters, criminal Law Rev. ,1957,p,502

ويلاحظ أن المحاكم الإنجليزية تجيز استخدام أدلة الإثبات المتحصلة بواسطة استراق السمع حتى لو كان تحصيلها بوسائل غير مشروعة ما لم تصل هذه الوسائل إلى حد الإكراه بواسطة البوليس، وهكذا مع أن القانون ينص على توفير العلاج ضد الضبط بوسائل غير مشروعة عن طريق رفع دعوى تعد إلا أن أدلة الإثبات مع ذلك تصلح للعرض على المحكمة في الإجراءات الجنائية، وهذا بناء على أن أية أدلة يسفر عنها التفتيش تصبح صالحة لنظر المحكمة في الإثبات حتى لو بطل التفتيش فيما بعد بسبب الطعن في إجراءاته(1).

وهذا الذي أسلفته خلاف ما عليه الحال في الولايات المتحدة حيث جاهدت المحكمة العليا لمنع التفتيش غير القانوني عن طريق حظر الاستفادة بأدلة الإثبات المتحصل عليها بطريق غير مشروع وهي قاعدة يصطلح عليها في الإجراءات الأمريكية بقاعدة الاستبعاد(2).

وعلى الرغم من أن المحاكم في إنجلترا تقبل الدليل الذي يجري الحصول عليه بوسائل غير مشروعة إلا أن هذه المحاكم لا تتفق على رأي واحد وإنما تترك تقدير ذلك لمحكمة الموضوع(3). ولهذا قيل إن الضمانات الوحيدة إزاء هذه الوسائل تكمن في ضمير القاضي الحي.

موقف الفقه الإنجليزي من التسجيل الصوتي:

إن الخلاف بين الفقهاء الإنجليز كما هو الشان في غيرها من الدول التي تنص قوانينها صراحة على شرعية التسجيل الصوتي أو عدم شرعيته فذهب جانب من الفقه إلى أن التسجيل الصوتي لا يعتمد عليه في الإثبات الجنائي للأسباب التالية :-

1- إن تسجيل أقوال المتهم خلسة بواسطة أجهزة الشرطة يتعارض مع قواعد القضاء judgos rules وهي قواعد أعدتها الهيئات القضائية لمعاونة أجهزة البوليس في الالتزام بقواعد موحدة مقبولة قضائياً وتتعلق بالإجراءات التمهيدية للعرض على السلطة القضائية، وحتى لا تتعرض إجراءات البوليس للطعن والتجريح فيما بعد، مع العلم بأن هذه القواعد ليست قواعد قانونية وبالتالي يمكن للقاضي قبول هذه الأقوال متى ثبت لديه أنها قد صدرت بصورة إرادية.

2- إن التسجيل الصوتي يعتبر أمراً غير مقبول إذا تم بطريق من طرق الحيلة والخداع وقد أجيب على هذا الاعتراض بأن اللجوء إلى هذا الإجراء يعتبر مشروعاً إذا ما تم بناء على إذن القاضي.

3- إنه من المتعذر الاعتماد على التدوين الآلي في الإثبات الجنائي وذلك لعدم وجود عين إنسانية أو أذن تسمعه وقد أجيب على هذا الاعتراض بأنه مردود وذلك لأن التصوير التلقائي يعتبر دليلاً يعتمد عليه قضاء مع أنه لا يوجد شاهد عيان ولا شاهد سماع(4).

أما المؤيدون لاستخدام هذه الوسيلة في الإثبات فإن حجتهم تتمثل في الاعتراضات التي أوردوها على حجج المعارضة.

---

(1) انظر: Robertson ,Privvcy &Human Rights,op. cit. p . 123

(2) انظر في هذا الشان: D. Barnad Butterworth ,the criminal in Action ,1974,p. 38……..

(3) للتوسع في استطلاع رأي المحكمة الانجليزية – انظر قضية:
Kuruma , son of Kaniov. R. (1955) A. C. 197 (1955) All E. Rov. 236
وانظر أيضا قضية King v. R. (1969) A. C. 304 (1968) 2 ALL E. R 610(Por Lord Denning)

(4) الأساليب العلمية في مكافحة الجريمة، محمد إبراهيم زيد: ص 116.

موقف القضاء الإنجليزي من التسجيل الصوتي:

تردد القضاء الإنجليزي في الأخذ بالدليل المتحصل من التسجيل الصوتي بادئ الأمر[1] لكنه بعد ذلك تواتر القضاء على قبوله في الدعاوى وقد كانت أول قضية استخدم فيها التسجيل الصوتي قضية H. Parkre-Vmash سنة 1940، حيث استندت المحكمة في هذه القضية إلى التسجيل الصوتي الذي كان قد جرى بين طرفي الدعوى[2].

وفي قضية صدرت سنة 1966، ذهبت المحكمة إلى أنه بالنسبة لقبول الأدلة في الإثبات، ليس هناك ثمة تمييز بين شريط التسجيل والصورة الفوتوغرافية، ويترك للقاضي تقدير دقة الدليل وإمكان قبوله في الإثبات أمام المحكمة، كما يترك الأمر للمحلفين لإقرار فعالية الدليل من حيث حقيقته الموضوعية، وإن أفضل دليل إثبات هو ما توافر فيه الآتي :

1. إمكان إثبات دقة التسجيل.
2. إمكان التعرف على الأصوات المسجلة بشكل سليم.
3. أن يكون موضوع التسجيل له علاقة بالقضية ومن ثم يصبح مقبولاً في الإثبات وفي حالة فقد الأصل يجوز إقامة الدليل على صحة النسخة وأنها طبق الأصل[3].

وفي سنة 1970، قررت المحكمة بمناسبة نظرها قضية . . V. Stevnsov hwlse, Whitnex أن الشرائط الأصلية مثل الصور السلبية ينبغي التحفظ عليها. وتعالج التسجيلات الصوتية على الشرائط بعناية وبإشراف من سجلوها أما إذا راود المحكمة شك أن هناك تلاعباً في أشرطة التسجيل أو أنها ليست طبق الأصل، فليس أمام المحكمة إلا أن تنبذها[4].

وفي قضية سنة 1972 وهي قضية Robson & Rv. Horris حيث ذهبت المحكمة إلى أنه ينبغي أن تقتنع بأن الشرائط المسجلة أصيلة وإلا رفضت قبولها. وكذلك يجوز قبول نسخ طبق الأصل في حالة غياب الأصل مع تقديم إيضاح عن أسباب عدم تقديم الأصل. وتسترسل المحكمة إلى أن القاضي لا يطلب منه أكثر من التيقن بنفسه من أصالة التسجيل مع التعرف على تاريخه حتى لحظة الاستفادة به. فإذا ما نال من الإثبات ما يفيد الثقة به من خلال تبادل الأسئلة بين ممثل الدفاع وممثل الادعاء، وفي حالة انتفاء اليقين أو انعدامه فإنه لا يكون لهذه التسجيلات أية قيمة في الإثبات. وتظل الأشرطة عرضة للتدقيق من جانب المحلفين للتأكد أيضا من أصالتها قبل الاعتماد على فحواها، وفي حالة عمل مستنسخات منها فيجب التحذير بالنسبة للفقرات المشكوك فيها. ويفسر الشك دائما لصالح المتهم في الدفاع[5].

ويلاحظ على الأقضية المتقدمة أن المحكمة الإنجليزية قد اشترطت لقبول الدليل المتحصل من التسجيل الصوتي – ثلاثة شروط:

1. أن يكون التسجيل دقيقاً يمكن من خلاله تشخيص الأصوات بمعنى أنه يمكن

---

(1) قضت المحاكم الإنجليزية مرة واستندت إليه في إحدى القضايا لكنها سرعان ما رفضت الاستناد عليه بحجة أنه دليل سماعي – انظر القضية: R. v Bur & Sullivan , Crim. Law Rev. P. 442, 1957

(2) المشار إليها في مجلة R. V. Bracy, Crim. Law Rev. 231.....

(3) انظر قضية: R. v. Ali And Hussein.....

(4) وردت في: Police Proition Handbooks 5th. Ed. By e. r. Baker Butterworth, London, p. 5

(5) المرجع السابق.

التعرف على الأصوات المدونة آليا.
2. يجب أن يراعى مبدأ الحذر والحيطة في الاستناد إلى الدليل المتحصل من التسجيل.
3. أن يحدد الموقف من التسجيل على ضوء كل قضية وما أحاط بها من ظروف.

الخاتمة: في أهم النتائج

استكمالاً للبحث ولكي تبدو الصورة أكثر وضوحاً رأيت من المناسب أن أعقد خاتمة لأهم ما توصلت إليه من نتائج.

أولاً: وضع مفهوم موحد للخصوصية:

خلصت فيه إلى أن كل المحاولات سواء أكانت هذه المحاولات من جانب كتاب القانون أو المحاكم في إيجاد معايير دقيقة تبعث على الرضا ويمكن على ضوئها معرفة الحدود النهائية بين الحياة العامة والخاصة قد باءت بالفشل وبالتالي ليس هناك مجال يمكن استخدامه بعمل محاولة أخرى لتطوير أي تحليل من الوجهة العقلية، ومن هنا فضلت في تعريف الخصوصية أن يترك المفهوم كما وجدناه، أو بتعبير أكثر دقة أن يترك تقرير مفهوم الخصوصية لكل مجتمع بما يتناسب مع ظروفه الاجتماعية ومستوى التقدم العلمي في المجتمع.

ونفس الأمر يصدق على الشريعة الإسلامية فإذا كانت الصعوبة في وضع مفهوم للخصوصية في القانون منشؤها أن الخصوصية محكومة بالتقاليد وقواعد السلوك في المجتمع. فإن منشأ الصعوبة في الشريعة الإسلامية هو ذلك المفهوم المتسع للحق في الفقه الإسلامي حيث أن الحق فيه يطلق على كل ما هو ثابت ثبوتاً شرعياً.

ثانياً:الموازنة بين الحقوق في الشريعة الإسلامية:

وقد توصلت فيه إلى أنه لم يعرف الفقه الإسلامي ذلك النزاع بين الحقوق المختلفة وإنما أقام موازنة دقيقة بين سائر المصالح المتعارضة ومن أبرز صور الموازنة بين الفرد والمجتمع تبرز في أن التكاليف لوحظ في فرضها عدم إساءة استعمال الحق، وبالتالي فإن الحق في جمع المعلومات والإعلام لم يقف عائقا أمام الاعتراف بالخصوصية كما هو الشأن في بعض الأنظمة القانونية إذ أن الحق في الإعلام مقيد في الشريعة الإسلامية بضوابط ثلاثة.

ثالثاً: الخصوصية والحاجة الاجتماعية والنفسية:

وقد توصلت فيه إلى أن هذا الحق يمثل حاجة نفسية واجتماعية رغم المظاهر المختلفة التي يعبر عنها في كل مجتمع, وأن الخصوصية لم تحظ حتى الآن بالاهتمام الكافي ولم تجد نصوصاً فعالة قادرة على حمايتها وذلك في كل المجتمعات بغض النظر عن النظم المذهبية التي تحكم تلك المجتمعات.

ومن هنا فإنه لابد من أن تكون الخصوصية في مقدمة أولويات الدول التي تعمل على حمايتها واعتبارها مشكلة قومية.

رابعاً:الخصوصية والتقدم العلمي:

وقد توصلت فيه إلى أننا رغم افتراض براءة العلم ونزاهته ابتداء إلا أن التقدم العلمي يشكل خطورة على الفرد وحريته بسبب الممارسات غير السليمة. وأن الاستخدام

غير السليم للأجهزة العلمية يؤدي إلى إهدار الثقة على نحو يؤذن بأخطار حقيقية لا فرق في ذلك بين المجتمعات المتقدمة أو المتخلفة رغم أن تطور مختلف الشعوب لا يتسم بالتوازن وتتسع الفجوة بين الدول النامية والدول مكتملة النمو لأن الأولى باستطاعتها استعارة التكنولوجيا.

خامساً: الخصوصية القانونية:

وقد توصلت فيه إلى أن الخصوصية أصبحت تمثل وعياً عالمياً تطمح في سبيل الوصول إليه كل الدول رغم الاختلاف الواضح بين نظام قانوني وآخر. وقد درسنا أبرز مظاهر الخصوصية في الولايات المتحدة وإنجلترا وفرنسا ومصر والعراق وعدد من الدول الأوربية. وبينا أن سبب انتشار الخصوصية في أمريكا دون إنجلترا يرجع إلى اختلاف المنهج القانوني في كلا البلدين المتمثل في قوة السوابق القضائية وضعفها، ووجود ضمانات دستورية مكتوبة في الولايات المتحدة، يضاف إلى هذه العوامل الاجتماعية وأثرها في ظهور هذا الحق.

كما توصلنا بعد اختبار البدائل التي يطرحها القانون العام عن الخصوصية إلى أنها قاصرة في حماية هذا الحق.

سادساً: الخصوصية في الشريعة الإسلامية:

وقد توصلت فيه إلى أن الفقه الإسلامي لم يستعمل لفظة الحق في الخصوصية لكنه عرف كل أو أغلب تطبيقات الخصوصية. وأن السبب في عدم استعمال هذا الفقه هذه التوليفة يرجع إلى اعتبارات عديدة لعل في مقدمتها هو إعطاء لفظة الحق تلك الدلالات الواسعة مما جعل التفرقة بين حق وآخر عسيرة، هذا فضلاً عن أن النظرية الفقهية قد اكتملت في القرنين الثاني والثالث الهجريين، أي –في وقت لم تكن فيه تقنية متطورة تفرض على الفقيه توليد النصوص والاستنباط منها في خصوص هذا النوع من الحق.

كما توصلت إلى أن الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه لم يقل بحق فردي مطلق. وإن ظهور هذا النوع من الحق يجب أن يؤرخ له برسالة الإسلام لأننا نظلم الحقائق الموضوعية إذا أرخنا لنشأة هذا الحق أو ظهوره بالعهد الأعظم أو بمقالة (وارين وبراندیز).

سابعاً: تعريف المسكن أو المكان الخاص:

وقد توصلت فيه إلى أن المسكن في القانون الجنائي له مدلول أوسع منه في القانون المدني.

وأن الفقه الوضعي قد عرف ثلاثة اتجاهات في إناطة الحماية بالمكان الخاص أو بحالة الخصوصية ورجحت الاتجاه الذي يذهب إلى التفرقة بين حالة استراق السمع وحالة استراق البصر حيث تناط الحماية في الأولى بحالة الخصوصية في حين أنها تناط في الثانية بالمكان الخاص.

كما عرضت لمفهوم المسكن عند الشرعيين وكيف أنهم استعملوا ألفاظ المنزل والبيت والمسكن في دلالات مختلفة وتبعا لها اختلفت الآثار المترتبة عليها وقد وضحت أن مفهوم البيت عند الشرعيين يصدق على كل مكان يأوي إليه الإنسان ويختص به كل مكان موضوع لسكنى طائفة مخصوصة – وقد وضحت أن المعول عليه في تحديد صفة

المكان وكونه عاماً، أو خاصاً هو الأذن وتبعاً لذلك فإنه لا يمكن أن يكون المكان خاصاً في وقت، وعاماً في وقت آخر كما أن المكان الواحد يمكن أن يكون خاصاً في بعض أجزائه وعاماً في البعض الآخر.

كما انتهيت إلى أنه لا عبرة بسند الحيازة سواء كان المقيم في المسكن مالكاً للرقبة، أو مؤجراً لها ومستعيراً طالما أن سند الحيازة مشروع. أما إذا كان سند الحيازة غير مشروع فقد رجحت أن الساكن مطلقاً يتمتع بحرمة المسكن.

كما انتهيت إلى أن صياغة النصوص وما يفهم من عبارات الفقهاء تشير إلى أنهم فرقوا بين استراق السمع، وبين استراق النظر. حيث ربطت الحماية في الحالة الأولى بحالة الخصوصية وهذا بخلاف الحالة الثانية.

ثامناً: حرمة السيارة:

وفيه عرضت لاتجاهات القانون وموقف محكمة النقض المصرية وتطوره من السيارة وهل تتمتع بحرمة شبيهة بحرمة المسكن وانتهيت بخصوص الشريعة الإسلامية إلى أن السيارة الخاصة تتمتع بالحرمة لأنه يصدق عليها مدلول البيت في اللغة كما بينت مناط استنباطي والإيرادات التي ترد عليه.

تاسعاً: في الاستئذان والإذن:

وقد توصلت فيه إلى أن الاستئناس الوارد في قوله تعالى :(حَتَّى تَسْتَأْنِسُوا) الآية، هو الاستئذان المكرر ثلاثاً وليس المراد به التنحنح كما عزاه صاحب الفتح للجمهور. كما عرضت لكيفية الاستئذان ووجوبه واختلاف الفقهاء فيمن يشملهم قوله تعالى: (لِيَسْتَأْذِنْكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ)الآية.

أما بصدد الإذن فقد عرضت لشكل الإذن ومن يملكه وحدوده وبينت اختلاف الفقهاء فيما يناط به الإذن من المكان المأذون له بدخوله كما عرضت لاختلاف العلماء في صورة ما إذا دعا شخص آخر في منزله فهل يعتبر هذا الطلب إذناً له بالدخول أم أنه يحتاج إلى استئذان وإذن جديدين.

عاشراً: الأحوال التي يباح فيها دخول المسكن بدون إذن:

وقد انتهيت فيها إلى أن الأحوال التي فيها الدخول بدون إذن ثلاثة أحوال في الشريعة الإسلامية :

1. حالة الضرورة.
2. حالة التلبس بالمعصية.
3. حالة القبض.

وقد بينت الاختلاف بين الفقهاء وضمانات كل حالة كما عرضت لتكيف الضرورة وقارنت ذلك بالقانون الوضعي.

حادي عشر: جريمة دخول المسكن:

وقد انتهيت فيه إلى دراسة العناصر المكونة لهذه الجريمة وعقوبتها وحق الفرد في دفعها، وشروط الدفع، كما بينت اتجاهات القانون الوضعي بهذا الصدد.

ثاني عشر: جريمة استراق البصر:

وقد خلصت فيها إلى أن الجهات التي تباشر الجاسوسية لحسابها تنحصر في ثلاث جهات:

1-الفرد على الفرد.

2-السلطة العامة على الفرد.
3-الدول الأجنبية على المسلمين.

كما عرضت لتعريف جريمة استراق السمع وعلة التحريم والعناصر المكونة للجريمة واعتبار التقاط الصورة ظرفاً مشدداً للعقوبة وجواز إتلاف الأجهزة المنصوبة للتلصص دون أن يتعرض الفاعل للغرامة باعتباره في حالة دفاع شرعي، كما درست إمكان اعتبار حالة الصيال مستمرة طالما أن المقصور قد احتفظ لديه بصور للمعتدى عليه وأن حصوله على الصورة بطريق غير مشروع يولد حالة الدفاع بالضرورة.

كما تعرضت لاختلاف الفقهاء في اعتباره من العقوبات التعزيرية وانتهيت فيه إلى أن عقد موازنة بين اختلاف الفقهاء تبدو صعبة للغاية، لأن الأدلة متوازنة ولأن الفقهاء الذين قالوا بعدم جواز أخذ المال كعقوبة تعزيرية قد ذهبوا في مواطن مخصوصة إلى القول بجواز إتلاف محل المنكر وما قامت به الجريمة ومما لا شك فيه أنه لا يفصل بين الإتلاف والأخذ سوى خيط رفيع لأن الإتلاف والأخذ يشتركان في معنى واحد وهو إخراج المال عن ملكية المالك، ومع هذا فقد رجحت عدم الجواز وذلك سداً للذرائع وقطعاً للفساد.

ثالث عشر: الإفشاء:

وقد توصلت فيه إلى أن إفشاء الأسرار في غير الأحوال التي يجوز فيها أو يجب ينطوي على الإخلال بالالتزام التعاقدي مما يترتب عليه الضمان وأن يد مستودع السر تشبه يد المودع عنده في الوديعة.

وقد انتهيت إلى أن الأحوال التي تعتري السر تنحصر في ثلاث حالات :

1. وجوب الإفشاء.
2. تحريم الإفشاء.
3. جواز الإفشاء، أو استحبابه.

كما درست الطبيعة المزدوجة للأبحاث العلمية وما يجريه الأطباء النفسانيون والأخصائيون الاجتماعيون من دراسات للحالات المرضية والظواهر الاجتماعية، وكذلك ما يقوم به الكتاب والأدباء من دراسات نقدية عن طريق الحكايات والروايات القصصية، أو المسرحية ودراسة السير الذاتية للمشاهير وبينت موقف الشريعة الإسلامية من ذلك كله.

كما تعرضت بالدراسة للأسرار التي يدلي بها الفرد لمحاميه عن جريمة وقعت فعلاً وهل يجب عليه الإفشاء في الشريعة الإسلامية أن يجب عليه كتمان السر باعتبار أن هناك التزاماً تعاقدياً بين المتهم ومحاميه مؤداه أن لا يلزم الوكيل موكله بشيء لم يأذن فيه الموكل؟

وقد فرعت المسألة على إقرار الوكيل بالخصومة والتخيير بين الشهادة والستر.

رابع عشر: التهديدات بإفشاء أسرار الحياة الخاصة:

وقد عرضت فيه لطبيعة الإكراه واختلاف الفقهاء فيه، وشروط الإكراه، وأنواعه، التخويف الذي يكون التهديد به إكراها، وانتهيت فيه إلى أن التهديد بإفشاء أسرار الحياة الخاصة يدخل ضمن الإكراه الأدبي في الفقه الإسلامي كما يتحقق معه الإكراه لأنه ينطوي على أذى معنوي يلحق صاحب السر.

خامس عشر: استعمال القسوة والعنف في استجواب المتهم:

وقد انتهيت فيه بعد أن عرضت لاختلاف الفقهاء في ذلك وبيان مذاهبهم إلى عدم شرعية هذا الإجراء ابتداء وكذلك عدم شرعية ما يترتب عليه من آثار لأن القيمة التدليلية للإقرار في الفقه الإسلامي هي في أن يصدر بملء اختيار المقر، وهذا غير متوافر مع استعمال القسوة في الاستجواب، ولأن استعمال القسوة يتعارض ومبدأ البراءة الأصلية ولا يتفق و إقامة خصومة عادلة.

سادس عشر: استعمال جهاز كشف الكذب:

انتهيت فيه بعد أن تعرضت لطبيعته وقيمته العلمية، ومدى مشروعيته، إلى أن أقرب الوسائل التي استخدمها القضاء الإسلامي في القضاء هي وسيلة الفراسة وأن جهاز كشف الكذب يشترك مع هذه الوسيلة حيث أنهما يستثمران الظواهر الجسمانية ولا فرق بينهما سوى أن جهاز كشف الكذب يخضع لقوانين ميكانيكية كما انتهيت إلى أن الفراسة ليست لها أية قيمة تدليلية في إثبات جريمة من الجرائم، أو حقاً من الحقوق. وان الوقائع التي وردت في هذا الصدد تحمل على أنها أسلوب من أساليب كشف الجريمة وأن القضاء إنما تم بغيرها. وبالتالي فإن اللجوء إلى هذه الوسيلة غير مشروع لأنه يتعارض مع الأصل الذي يفترض أن المسلم مؤتمن في أقواله، و لأننا مأمورون بالحكم الظاهر ولسنا ملزمين بالكشف عما هو في سريرة الإنسان، ولأن النتائج التي يتوصل إليها بواسطة هذا الجهاز لا يمكن القطع بصحتها والتعويل عليها في الإثبات.

سابع عشر: العقاقير المخدرة:

وصلت بعد أن درست طبيعتها ومدى مشروعيتها إلى أن استعمال العقاقير المخدرة في الوصول إلى اعتراف المتهم غير مشروع وذلك لقيام النصوص الدالة على تحريم كل مسكر ومفتر، ولا يمكن اعتبار اللجوء إليها حالة من حالات الضرورة وأيضا فإن ممارسة هذا الإجراء فيه تعذيب للمتهم مما يرتد بنا إلى عقلية التعذيب التي سادت في قرون مظلمة من تاريخ البشرية.

ثامن عشر: استعمال التسجيل الصوتي وأجهزة الإنصات:

وقد انتهيت فيه بعد أن درست طبيعتها وقيمتها الفنية والعلمية إلى أن التدوين الآلي لوحده لا يمكن اعتباره دليلاً من أدلة الإثبات، لأنه ليس هناك ما يفيد أن التسجيل صحيح النسبة إلى هذا الفرد أو ذاك، ولأن احتمال التوليف وارد. وقد درست فيه طريقة (السيكتروجرافية) في تحقيق الشخصية.

أما إذا كان هناك شاهد حال التسجيل لكنه لا يعلم به المقر فقد فرعت المسألة في هذه الحالة على شهادة المختبئ. وقد انتهيت بعد أن عرضت لمذاهب الفقهاء إلى أنه لا مانع من ممارسة هذا الإجراء وذلك وفق الضوابط التي يباح فيها التجسس وشريطة أن توضع ضمانات كافية يبعد معها الخروج بهذا الإجراء عن غرضه الأصلي مع ملاحظة عدم الأخذ بموجب هذه الشهادة كدليل مثبت على الانفراد إلا إذا كانت مقترنة بالمعاينة لأن إمكان التزييف وارد.

تاسع عشر: فتح المراسلات:

وقد انتهيت فيه إلى أنه يجوز فتح المراسلات متى ظهرت الريبة وحامت الشبهات حول الخطاب المرسل، وأن هذا الإجراء منوط بحالة الضرورة ومتوقف على

إذن القاضي، لأنه إجراء استثنائي وهذا ما يتلاءم مع طبيعة الإجراءات الاستثنائية.

عشرون: مراقبة المكالمات الهاتفية:

وقد توصلت فيه إلى أن تكيف هذا الإجراء لا يجري على نسق واحد، وأن الأقيسة فيه متعارضة، وقد درست هذه الأقيسة وانتهيت إلى أن الإجراء بذاته لا مانع من شرعيته وذلك على اعتبار أنه نوع من التجسس المرخص به مع ملاحظة أن الدليل الناتج عن المراقبة لا يعتد به كدليل مثبت بانفراده و إنما يعتبر من قبيل القرائن.

المصادر والمراجع

- الآداب الشرعية والمنح المرعية. محمد بن مفلح المقدسي. دار العلم للجميع بيروت. لبنان 1972.
- الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. أحمد بن حمد الخلال 311 هـ. الطبعة الأولى. دار الاعتصام 1395هـ – 1975م.
- الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي. محمد فاروق النبهان. الطبعة الأولى – دار الفكر. بيروت 1970.
- الأحكام السلطانية لأبي يعلى الحنبلي. مصطفى البابي الحلبي 1357هـ.
- الأحكام السلطانية والولاية الدينية للماوردي. مطبعة مصطفى البابي الحلبي1393هـ – 1973م.
- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام. ابن دقيق العيد 702هـ. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان.
- الإحكام في أصول الأحكام. علي بن أبي علي الآمدي. مؤسسة الحلبي وشركاؤه للنشر والتوزيع 1968م – 1387هـ.
- أحكام القران لابن العربي 546 هـ. الطبعة الأولى. دار إحياء الكتب العربية. عيسى البابي الحلبي. 137هـ – 1957م.
- إحياء علوم الدين للغزالي. دار إحياء الكتب العربية. عيسى البابي الحلبي.
- أخلاق الطبيب. محمد بن زكريا الرازي. مكتبة دار التراث – القاهرة – 1397هـ – 1977م .
- أدب الدنيا والدين لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي (450هـ). مصطفى البابي الحلبي. 1393هـ –1973م.
- الأدب المفرد. محمد بن إسماعيل البخاري. المطبعة السلفية بمصر – 1378هـ.
- إدرار الشروق. قاسم بن عبد الله المعروف بابن الشاط. دار المعرفة للطباعة والنشر. بيروت. لبنان.
- الأذكار للنووي. مصطفى البابي الحلبي 1348هـ.
- إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري. أحمد بن محمد القسطلاني (ت 23هـ) دار الكتاب العربي. بيروت 1323هـ.
- إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم. لأبي السعود العمادي 982هـ. دار المصحف بالقاهرة.
- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول. الطبعة الأولى بمطبعة مصطفى البابي الحلبي 1356هـ – 1937م.
- الاستخراج لأحكام الخراج. ابن رجب الحنبلي. رسالة ماجستير بجامعة الأزهر الشريف _ كلية الشريعة والقانون_ تحقيق جندي محمود شلاشي.
- الاستيعاب في معرفة الأصحاب لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر المالكي تحقيق على محمد البجاوي مطبعة الفجالة.

- أُسد الغابة في معرفة الصحابة. عز الدين أبي الحسن علي بن محمد الجزري المعروف بابن الأثير. تحقيق جماعة من الأساتذة سنة 1384هـ - 1964م.
- الأسرار المرفوعة في الأخبار الموضوعة. لملا علي القارئ. دار الأمانة. بيروت 1391هـ - 1971م.
- أسنى المطالب شرح روض الطالب. لأبي يحيى زكريا الأنصاري. المكتب الإسلامي.
- الأشباه والنظائر. للسيوطي ت (911هـ). طبعة أخيرة سنة 1378هـ - 1959م، مصطفى الحلبي.
- الأشباه والنظائر. لابن نجيم ت (970هـ) المطبعة العامرة 1290هـ.
- الإصابة في تمييز الصحابة. ابن حجر العسقلاني. (ت 852هـ). تحقيق علي محمد البجاوي. مطبعة نهضة مصر.
- أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن. محمد الأمين الشنقيطي. مطبعة المدني القاهرة 1384هـ - 1964م.
- إعانة الطالبين للدمياطي. دار إحياء الكتب العربية. عيسى البابي الحلبي.
- الأعلام. خير الدين الزركلي (ت 1976م) الطبعة الثانية - والطبعة الثالثة. مطبعة كوستانسوماس 1373هـ -1954م.
- أعلام الموقعين عن رب العالمين. ابن قيم الجوزية (ت751هـ). مكتبة الكليات الأزهرية 1388هـ- 1968م.
- أقضية رسول الله. محمد بن فرج المالكي (ت 497هـ). دار الكتاب المصري بالقاهرة، دار الكتاب اللبناني بيروت. 1398هـ - 1978م.
- الإقناع: موسى المقدسي (ت968هـ) دار المعرفة للطباعة والنشر.
- إكمال إكمال المعلم. محمد بن خلفة الآبي (ت827هـ). دار الكتب العلمية. بيروت.
- الأم: الإمام محمد بن إدريس الشافعي (ت204هـ). طبعة الشعب بالقاهرة 1968م.
- الإمام الزهري وأثره في السنة. حارث سليمان الضاري. رسالة دكتوراه في جامعة الأزهر كلية أصول الدين 1978م.
- الإمامة والسياسة. ابن قتيبة الدينوري. مؤسسة الحلبي وشركاؤه للنشر.
- إنباه الرواة على أنباء النحاة. جمال الدين أبي الحسن يوسف القفطي. تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم. الطبعة الأولى. مطبعة دار الكتب المصرية 1369هـ - 1950م.
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف علي بن سليمان المرادي (ت 885هـ). الطبعة الأولى 1374هـ - 1955م.
- أنوار التنزيل وأسرار التأويل. عبد الله بن عمر البيضاوي 791هـ. دار الكتب العربية الكبرى.

- الأنوار لأعمال الأبرار. يوسف الأردبيلي. المطبعة الميمنية بمصر 1306هـ.
- أوجز المسالك إلى موطأ مالك. محمد زكريا الكاندهلوي. الطبعة الثالثة. مطبعة السعادة مصر. دار الفكر العربي 1393هـ-1973م.
- الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث. لابن كثير .تحقيق أحمد محمد شاكر. دار التراث القاهرة 1399هـ -1979م.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق. زين الدين بن نجيم. دار المعرفة للطباعة والنشر. بيروت.
- البحر الزاخر. أحمد بن يحيى المرتضى. مؤسسة الرسالة – بيروت.
- البحر المحيط. محمد بن يوسف أبو حيان الأندلسي (ت 754هـ).
- بدائع السلك في طبائع الملك. لأبي عبد الله بن الأزرق (ت 896هـ). منشورات وزارة الإعلام. الجمهورية العراقية 1977م.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. أبو بكر بن مسعود الكاساني (ت 577هـ)، مطبعة الإمام. القاهرة.
- البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع. للشوكاني. الطبعة الأولى. مطبعة السعادة. القاهرة 1348هـ.
- البداية والنهاية للحافظ أبي الفداء ابن كثير (ت774هـ) الطبعة الأولى سنة 1966م تحقيق علي محمد البجاوي. طبع مكتبة المعارف بيروت.
- بذل المجهود في حل أبي داود. خليل أحمد السهارنفوري. مع تعليق محمد زكريا الكاندهلوي. الطبعة الثالثة. دار العلوم للطباعة 1393هـ – 1973م.
- البرهان في أصول الفقه. لإمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله الجويني 478هـ. الطبعة الأولى 1299هـ على نفقة الشيخ خليفة بن حمد الثاني.
- بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة. لجلال الدين السيوطي. تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم. الطبعة الأولى. مطبعة مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة 1384هـ– 1964م.
- بلغة السالك لأقرب المسالك. أحمد محمد الصاوي. دار إحياء الكتب العربية. عيسى البابي الحلبي.
- تاج العروس. محمد مرتضى الزبيدي. الطبعة الأولى. المطبعة الخيرية. مصر1306هـ. الناشر دار ليبيا للتوزيع وللنشر - بنغازي.
- تاريخ الأمم والملوك. محمد بن جرير الطبري (ت 310هـ) المكتبة التجارية بالقاهرة 1358هـ - 1939م.
- تاريخ بغداد للحافظ أبي بكر أحمد بن الخطيب البغدادي (ت 463هـ). الناشر دار الكتاب العربي.
- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام. إبراهيم بن علي بن فرحون (ت 799هـ) مصطفى البابي الحلبي بمصر 1378هـ - 1958م.

- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق. فخر الدين عثمان الزيلعي. المطبعة الأمريكية الكبرى ببولاق1313هـ. دار المعرفة للطباعة والنشر. بيروت. لبنان.
- تدريب الراوي للسيوطي 911هـ. الطبعة الثانية. دار الكتب الحديثة. مصر 1385هـ - 1966م.
- تذكرة الحفاظ للإمام أبي عبد الله شمس الدين. محمد الذهبي ت 748 هـ. دار إحياء التراث العربي. بيروت.
- تحفة المحتاج بشرح المنهاج. شهاب الدين أحمد بن حجر الهيثمي. دار صادر. مصورة.
- تخريج الفروع على الأصول. شهاب الدين محمود بن احمد الزنجاني 656هـ .مطبعة جامعة دمشق 1328هـ - 1962م .
- الترغيب والترهيب للمنذري. دار إحياء التراث العربي. بيروت. الطبعة الثالثة 1388هـ - 1968م.
- التشريع الجنائي الإسلامي. عبد القادر عودة. دار التراث للطبع والنشر - القاهرة 1977م .
- تسهيل الوصول إلى علم الأصول. محمد المحلاوي. مصطفى الحلبي1341هـ.
- التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة القانون. سعيد امجد الزهاوي. دارالاتحاد العربي للطباعة مصر. 1974م - غ 1975م.
- تفسير القاسمي (محاسن التأويل). محمد جمال الدين القاسمي . ط . عيسى الحلبي 1380هـ- 1960م.
- تفسير القرآن العظيم. ابن كثير 772هـ. دار الشعب.
- تفسير غرائب القران ورغائب الفرقان. محمد بن حسين النيسابوري. المطبعة الأميرية بمصر 1328هـ.
- تلخيص المستدرك للذهبي. محمد بن احمد. مكتبة مطبعة النهضة الحديثة. الرياض.
- التلويح. سعد التفتازاني 793هـ. المطبعة الخيرية بمصر 1306هـ .
- تهذيب الأسماء واللغات. يحيى بن شرف النووي. طبعة المنيرية. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان.
- تهذيب التهذيب لابن حجر العسقلاني. الطبعة الأولى سنة 1327هـ بمطبعة دار المعارف في الهند. نشر دار صادر بيروت.
- تهذيب الفروق والقواعد السنية. محمد بن علي. دار المعرفة للطباعة والنشر. بيروت. لبنان.
- تيسير التحرير. محمد أمين المعروف بأمير بادشاه. مطبعة مصطفى البابي الحلبي. 1350 هـ .
- جامع البيان في تفسير القرآن. محمد بن جرير الطبري. (ت 310هـ) المطبعة الكبرى الميرية بمصر 1328هـ.
- الجامع الصحيح للإمام البخاري . المطبعة الكبرى الميرية بمصر 1300 هـ .

- الجامع الصحيح. محمد بن عيسى الترمذي. (ت 279 هـ). مطبعة مصطفى البابي الحلبي . الطبعة الأولى 1356 هـ - 1937 م .
- الجامع الكبير للسيوطي. ط1 مجمع البحوث الإسلامية 1390هـ/1970م.
- الجامع لأحكام القرآن عبد الله بن أحمد القرطبي. مصور عن طبعة دار الكتب. دار الكتاب العربي للطباعة والنشر ـ القاهرة. 1387 هـ - 1967.
- الجريمة. محمد أبو زهرة. دار الفكر العربي 1976م.
- جواهر الإكليل. صالح عبد السميع الآبي. دار إحياء الكتب العربية. عيسى البابي الحلبي.
- جواهر الحسان في تفسير القرآن للثعالبي (875 هـ). مؤسسة الأعلمي للمطبوعات. بيروت.
- حاشية أبي الضياء نور الدين علي الشبراملس. مطبعة عيسى البابي الحلبي 1357هـ - 1938م .
- حاشية البستاني على شرح الزرقاني. محمد بن الحسين البستاني. دار الفكر بيروت 1398هـ - 1978م .
- حاشية تسهيل منح الجليل. مكتبة النجاح ليبيا.
- حاشية الجمل على شرح المنهج. سليمان الجمل. مطبعة المكتبة التجارية الكبرى. مصر.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. محمد عرفه الدسوقي. دار إحياء الكتب العربية. عيسى البابي الحلبي.
- حاشية الشرواني. وابن القاسم على تحفة المنهاج عبد الحميد الشرواني وأحمد بن القاسم العبادي. دار صادر.
- حاشية الشريف على بن محمد الجرجاني. شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي. ط سنة 1972م.
- حاشية الشلبي. شهاب الدين أحمد الشلبي. المطبعة الأمريكية الكبرى ببولاق مصر 1313 هـ. دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت ـ لبنان.
- حاشية الطحطاوي على الدر المختار. احمد الطحطاوي. دار المعرفة للطباعة والنشر 1395هـ - 1975م .
- حاشية الدر المختار. محمد بن أمين المعروف بابن عابدين. شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر 1966م.
- حاشية سعد أفندي. سعد الله بن عيسى المعروف بسعدي جلبي أفندي. 945 هـ. شركة ومكتبة مصطفى البابي الحلبي بمصر 1970م.
- حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني. على الصعيدي العدوي. شركة ومكتبة مصطفى البابي الحلبي بمصر. سنة 1938م وطبعة عيسى الحلبي.
- الحسبة ومسؤولية الحكومة الإسلامية لابن تيمية. مطبوعات الشعب بتحقيق صلاح عزام.
- الحق والذمة على الخفيف. مكتبة وهبة 1945 م.

- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون. الدكتور فتحي الدريني. مطبعة جامعة دمشق 1967م.
- حلية الأولياء وطبقات الأصفياء. للحافظ ابن نعيم أحمد الأصبهاني ت430 هـ. الطبعة الثانية في دار الكتاب العربي. بيروت 1387هـ / 1967م.
- الخراج. أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم ت 182 هـ. المطبعة السلفية ومكتبتها بمصر 1397هـ .
- الخرشي على مختصر سيدي خليل. محمد عبد الله الخرشي1101 هـ. وحاشية علي العدوي عليه. دار صادر بيروت.
- خزانة الأدب للعلامة عبد القادر بن يزيد البغدادي ت 1093هـ. طبعة بولاق سنة 1229هـ مع طبعة تحقيق عبد السلام هارون.
- خلاصة تذهيب تهذيب الكمال في أسماء الرجال. صفي الدين الخزرجي. مكتبة القاهرة. مطبعة الفجالة الجديدة 1392هـ /1972.
- الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة. تأليف شهاب الدين بن حجر العسقلاني.
- تحقيق محمد سيد جاد الحق. مطبعة المدني بمصر الطبعة الثانية 1385هـ - 1966م.
- الدر المختار شرح تنوير الأبصار. شركة ومكتبة مصطفى البابي الحلبي بمصر 1966م.
- الدر المنثور في التفسير بالمأثور للسيوطي. المكتب الجعفري - طهران - 1377هـ. الديمقراطية الإسلامية. عثمان خليل. من سلسلة الثقافة الإسلامية 1958م.
- الرسالة. للإمام محمد بن إدريس الشافعي. مصطفى البابي الحلبي. الطبعة الأولى 1388هـ /1969م.
- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني. أبو الفضل شهاب الدين. محمود الآلوسي ت1270هـ. إدارة المطابع المنيرية. دار إحياء التراث العربي. بيروت. لبنان.
- روضة الطالبين. يحيى بن شرف الدين النووي. مطبعة المكتب الإسلامي للطباعة والنشر 1968/1975م.
- الروض المربع شرح زاد المستنقع. منصور بن يونس البهوتي. مطبعة السنة المحمدية 1375هـ/1955م.
- روضة الناظر وجنة المناظر. موفق الدين بن قدامة المقدسي 620 هـ. المطبعة السلفية بالقاهرة 1397هـ - الطبعة الرابعة.
- ذيل طبقات الحنابلة. ابن رجب/تحقيق محمد الفقي. مطبعة السنة المحمدية 1372 هـ/1952م.
- زاد المعاد في هدي خير العباد للإمام شمس الدين بن عبد الله الدمشقي المعروف بابن القيم دار المعرفة للطباعة والنشر. بيروت. لبنان 1973م.
- الزواجر عن اقتراف الكبائر. احمد بن حجر الهيثمي ت 974 هـ. مصطفى البابي الحلبي 1370 هـ - 1915م.

- سراج الملوك. الطرطوشي. مطبعة مصر 1289هـ.
- السراج المنير. الخطيب الشربيني 977 هـ. دار المعرفة. بيروت.
- سنن ابن ماجة. محمد بن يزيد القزويني 275 هـ عيسى البابي الحلبي.
- سنن أبي داود. المكتبة السلفية بالمدينة المنورة. الطبعة الثانية 1388هـ - 1968م.
- سنن الدرامي. عبد بن عبد الرحمن الدرامي 255هـ. دار المحاسن للطباعة. مصر 1386هـ - 1966م.
- السنن الكبرى. احمد بن الحسين البيهقي. الطبعة الأولى. مطبعة مجلس دائرة المعارف في الهند 1344هـ.
- سنن النسائي. المجتبى عبد الرحمن النسائي 303هـ مصطفى البابي الحلبي 1383هـ/1964م.
- السياسة الشرعية. عبد الوهاب خلاف. المطبعة السلفي. القاهرة 1350هـ.
- شجرة النور الزكية. محمد بن محمد مخلوف وهو في تراجم المالكية. دار الكتاب العربي.
- شذرات الذهب في أخبار من ذهب لابن العماد الحنبلي ت 1089 هـ. المكتب التجاري للطباعة - بيروت.
- شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي. الجعفري جعفر بن سعيد الهذلي. منشورات دار مكتبة الحياة. بيروت 1978م.
- شرح البدخشي. محمد بن الحسن البدخشي. ط/علي صبيح وأولاده.
- شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل. دار الفكر. بيروت 1398هـ - 1978م.
- شرح السنة. أبى محمد بن الحسين بن سعود الفراء البغوي 516 هـ. الطبعة الأولى 1971. المكتب الإسلامي.
- شرح العناية على الهداية. محمد بن محمود البابرتي 786هـ. شركة ومكتبة مصطفى البابي الحلبي بمصر. ط سنة 1970م.
- شرح فتح القدير. كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام ت681هـ. شركة ومكتبة مصطفى البابي الحلبي بمصر 1970م.
- الشرح الكبير . أحمد الدردير . دار إحياء الكتب العربية. عيسى البابي الحلبي.
الشرح الكبير على متن المقنع. شمس الدين أبي الفرج المقدسي. دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان 1329هـ - 1972م.
- شرح كتاب السير الكبير. محمد بن الحسن. مطبعة شركة الإعلانات الشرقية 1917 م. شرح المنار. عز الدين بم ملك . الطبعة العثمانية 1915م.
- شرح منتهى الإرادات. منصور بن يونس البهوتي. المكتبة السلفية بالمدينة المنورة.
- شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل. محمد عليش 1299هـ. مكتبة النجاح - ليبيا.

- شرح النووي على مسلم. يحيى بن شرف النووي. المكتبة المصرية ومكتبتها.
- صبح الأعشى. احمد القلقشندي ت 821 هـ. المطبعة الأميرية بالقاهرة. سنة الطبع 1331 هـ .
- الصحاح . تاج اللغة وصحاح العربية . إسماعيل بن حماد الجوهري. تحقيق احمد عبد الغفور. دار العلم للملايين. بيروت. الطبعة الثانية. 1399هـ - 1979م.
- صحيح مسلم . مسلم بن الحجاج النيسابوري (ت 261). دار إحياء الكتب العربية . عيسى البابي الحلبي . ط 1347 هـ / 1955 م.
- صفوة الصفوة للإمام جمال الدين أبي الفرج بن الجوزي ت 597 هـ. الطبعة الأولى سنة 1389هـ / 1969م. مطبعة الأصيل بحلب.
- ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية. محمد سعيد رمضان البوطي. مؤسسة الرسالة ببيروت.
- طبقات خليفة بن خياط ت 240 هـ بتحقيق اكرم العمري. مطبعة العاني ببغداد 1387 هـ.
- طبقات الشافعية . لأبي بكر بن هداية الله الحسيني ت 1014 هـ. تحقيق عادل نويهض. الطبعة الأولى 1971م. دار الآفاق الجديد بيروت.
- طبقات الشافعية الكبرى لتاج الدين بن الوهاب السبكي ت 771 هـ. تحقيق عبد الفتاح الحلو ومحمد الطناحي ـ الطبعة الأولى. طبعة عيسى البابي الحلبي.
- طبقات الشافعية. لجمال الدين الأسنوي. تحقيق عبد الله الجبوري. مطبعة الإرشاد. بغداد. الطبعة الأولى 1390هـ / 1970م.
- طبقات القراء - غاية النهاية في طبقات القراء. لابن الجوزي. تحقي برتسل. القاهرة 1923 - 1935م.
- طبقات المفسرين. محمد بن علي الداودي 945 هـ. مكتبة وهبة بمصر 1392هـ - 1972م.
- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية. ابن قيم الجوزية 751 هـ. مطبعة المدني ـ القاهرة.
- العبر في خبر من غبر للحافظ شمس الدين الذهبي. تحقيق صالح المنجد. الناشر. دار المطبوعات والنشر في الكويت 1960م.
- عصر السلاطين والمماليك ونتاجه العلمي والأدبي. تأليف محمود زرق سليم. المطبعة النموذجية بمصر 1369هـ.
- العقوبة. محمد أبو زهرة. دار الفكر العربي.
- علوم الحديث ومصطلحه. صبحي الصالح.
- عمدة القارئ بشرح صحيح البخاري. محمود بن احمد العيني ت855 هـ. شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر 1970 م. ومطبعة المنيرية.
- عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة . سليمان طماوي. دار الفكر العربي 1969م.

- عون المعبود شرح سنن أبي داود. المكتبة السلفية بالمدينة المنورة. الطبعة الثانية 1388هـ / 1986م.
- فتاوى ابن تيمية. تقي الدين احمد بن تيمية الحراني. مطبعة كردستان العلمية بمصر 1329 هـ.
- الفتاوى الأسعدية في فقه الحنفية. أسعد المدني الحسيني. المطبعة الخيرية بالقاهرة 1301 هـ.
- الفتاوى البزازية المعروفة بالجامع الوجيز. محمد المعروف بابن البزاز . المطبعة الكبرى الأميرية 1310 هـ. الناشر دار المعرفة. بيروت 1393هـ /1973م.
- الفتاوى العالمكيرية المعروفة بالفتاوى الهندية. للشيخ محمد أورنك . المطبعة الأميرية الكبرى . الطبعة الثانية 1310 هـ. الناشر دار المعرفة. بيروت 1392هـ/1973م.
- فتح الباري بشرح صحيح البخاري. احمد بن حجر العسقلاني. المطبعة الكبرى الميرية بمصر 1300 هـ.
- الفتح المبين في طبقات الأصوليين. عبد الله المراغي. محمد أمين دمج. بيروت الطبعة الثانية 1974.
- فتح القدير الجامع بين الرواية والدراية من علم التفسير. للشوكاني. مطبعة الحلبي بمصر 1337هـ.
- الفرق بين النصيحة والتعيير. ابن رجب الحنبلي ت 795هـ. بتحقيق نجم عبد الرحمن المكتبة القيمة. مصر.
- الفروع. أبي عبد الله بن مفلح ت 763 هـ. الطبعة الثانية. دار مصر للطباعة 1381هـ - 1962م.
- الفروق . شهاب الدين أبي العباس المعروف بالقرافي. دار المعرفة للطباعة والنشر. بيروت. لبنان.
- فضل الله الصمد في توضيح الأدب المفرد. فضل الله الجيلاني. المطبعة السلفية بمصر 1378هـ.
- الفقه الإسلامي (مدخل لدراسته ـ نظام المعاملات فيه) محمد يوسف موسى. ج 2 سنة 1956.
- فلسفة الحرية الإسلامية. نديم الجسر. المؤتمر الأول لمجتمع البحوث الإسلامية (القاهرة) جامعة الأزهر 1964م.
- الفوائد البهية في تراجم الحنفية للعلامة أبي الحسنات. محمد بن عبد الحي اللكنوي الهندي دار المعرفة. بيروت. لبنان سنة 1324 هـ.
- الفواكه الدواني. احمد بن غنيم بن سالم الأزهري. شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر 1955 م .
- فيض الباري على صحيح البخاري. محمد أنور الدينوري. مع حاشية محمد بدر الميرتهي. دار المعرفة للطباعة والنشر. بيروت. لبنان.

- فيض القدير شرح الجامع الصغير للمناوي. محمد عبد الرؤوف. الطبعة الأولى. مطبعة المكتبة التجارية 1356هـ - 1938م.
- القيود التي ترد على الملكية في الشريعة الإسلامية في الفقه الإسلامي أساس التشريع. القاهرة. محمد أنيس إبراهيم المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية. الكتاب الأول. 1971م.
- الكشاف على حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل. محمود بن عمر الزمخشري. ت 538 هـ. شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر 1972م.
- كشاف القانع عن متن الإقناع. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي. مكتبة النصر الحديثة. الرياض.
- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي. عبد العزيز بن احمد البخاري 730 هـ. دار الكتاب العربي. بيروت 1394 هـ - 1974م.
- كشف الفنون عن أساس الكتب والفنون لحاجي خليفة. طبع في طهران. الطبعة الثالثة 1387هـ.
- كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني. علي أبي الحسن المالكي الشاذلي. شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي. ط سنة 1938م.
- لامع الدراري جامع البخاري. رشيد احمد الكنكوهي وتعليق الكاندهلوي. المكتبة الإمدادية. مكة 1396هـ/1976م.
- لسان العرب. ابن منظور الإفريقي المصري. طبعة دار صادر. بيروت ت 711هـ.
- المبدع في شرح المقنع. إبراهيم بن محمد بن مفلح الحنبلي. المكتب الإسلامي. بيروت 1980م.
- المبسوط. شمس الدين السرخسي. دار المعرفة للطباعة والنشر. بيروت. الطبعة الثانية.
- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر. محمد بن سليمان المعروف بدامادا. دار الطباعة العامرة 1316 هـ. الناشر دار إحياء التراث العربي.
- مجمع البيان في تفسير القرآن. الفضل بن الحسن الطبرسي. دار مكتبة الحياة 1380 هـ - 1961م.
- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد. نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ت 807 هـ. طبعة مكتبة القدس سنة 1352 هـ.
- مجموع الأمير وشرحه . محمد الأمير المالكي. الدار الشرقية.
- المنخول من تعليقات الأصول . للغزالي . تحقيق محمد حسن هيتو.
- المجموع شرح المهذب للنووي. مطبعة العاصمة. القاهرة.
- مجموع فتاوى ابن تيمية. جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد النجدي. مطابع الرياض . الطبعة الأولى 1383هـ.
- المحرر في الفقه. لأبي البركات ت 652هـ. مطبعة السنة المحمدية 1369هـ -1950م.

- المحلى. علي بن احمد بن حزم. مكتبة الجمهورية العربية سنة الطبع 1970م.
- مختصر المزني.
- المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية. عبد الباقي البكري. مطبعة الآداب. العراق 1329هـ - 1972م.
- المدونة الكبرى للإمام مالك بن انس الأصبحي. مطبعة دار الفكر بيروت.
- المستدرك على الصحيحين في الحديث. محمد بن عبد الله الحاكم. مكتبة ومطبعة النهضة الحديثة. الرياض.
- المستصفى للغزالي. الطبعة الأولى. بالمطبعة الأميرية. مصر 1322هـ.
- مسند الإمام احمد بن حنبل. المكتب الإسلامي للطباعة والنشر. بيروت 1398هـ/1978م. وتعليق احمد محمد شاكر. دار المعارف للطباعة والنشر. الطبعة الثالثة 1949م.
- مصادر الحق في الفقه الإسلامي مقارناً بالفقه الغربي. عبد الرزاق السنهوري. معهد الدراسات العربية 1967 - 1968م.
- المصنف لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني ت 212هـ. مطبعة دار القلم. بيروت. لبنان الطبعة الأولى 1970م.
- معجم الأدباء لياقوت. تحقيق مرجليوث. الطبعة الثانية مطبعة أمين 1354هـ.
- معجم البلدان. ياقوت عبد الله الحموي ت 626هـ. دار صادر ودار بيروت 1374هـ.
- معجم فقه ابن حزم الظاهري ترتيب لجنة موسوعة الفقه الإسلامي لكلية الشريعة بجامعة دمشق. مطبعة جامعة دمشق.
- معجم المؤلفين. عمر كحالة. تصوير مكتبة المثنى. بيروت.
- معجم مقاييس اللغة لأبي الحسين احمد بن فارس بن زكريا ت 359 هـ. شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي 1392هـ - 1972م.
- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام. علاء الدين الطرابلسي المطبعة الميمنية بمصر 1306هـ.
- المغني. أبو محمد بن احمد بن قدامة ت 620هـ. مكتبة القاهرة.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. محمد الشربيني الخطيب. شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر 1958م.
- مفتاح العلوم. يوسف بن أبي بكر السكاكي 626هـ. الطبعة الأولى. مصطفى البابي الحلبي 1356هـ - 1937م.
- مكمل إكمال الكمال. محمد بن محمد السنوسي ت 895هـ.
دار الكتب العلمية. بيروت.
- الملكية في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بالقوانين العربية. الشيخ علي الخفيف. معهد البحوث والدراسات العربية 1969م.
- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية. محمد أبو زهرة. الطبعة الأولى. مطبعة نوري 1939م.

- المنتقى شرح موطأ الإمام مالك. القاضي أبو الوليد الباجي ت 494هـ. دار الكتاب العربي. بيروت لبنان 1332هـ. مطبعة السعادة. مصر.
- من لا يحضره الفقيه. للقمي. أبو جعفر الصدوق بن بابوية. مطبعة النجف 1378هـ.
- المنهل العذب المورد شرح سنن الإمام أبي داود محمود محمد السبكي. الطبعة الأولى. مطبعة الاستقامة 1351هـ.
- المهذب في فقه الإمام الشافعي. إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ت 476هـ. شركة مكتبة مصطفى البابي الحلبي بمصر 1954م.
- موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان. نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي. المطبعة السلفية ومكتبتها.
- الموافقات في أصول الشريعة. إبراهيم بن موسى الشاطبي 790 هـ. دار المعرفة للطباعة والنشر. بيروت.
- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل. محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي 954هـ. مكتبة النجاح ـ ليبيا.
- الموطأ للإمام مالك بن أنس. تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي. طبعة دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاؤه.
- الميراث والوصية. محمد زكريا البرديسي. مكتبة النهضة العربية.
- ميزان الاعتدال لأبي عبد الله محمد بن احمد الذهبي. تحقيق علي محمد البجاوي. مطبعة عيسى الحلبي بمصر.
- نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب. احمد بن محمد التلمساني ت 1041هـ. دار صادر بيروت 1968م.
- النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة. لجمال الدين أبي المحاسن يوسف بن تغربردي ت سنة 874 هـ. مصور عن طبعة دار الكتب سنة 1383هـ ـ 1963م.
- نحو الدستور الإسلامي. لأبي الأعلى المودودي.
- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي. احمد فهمي أبو سنه.
- في أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية 1963م.
- النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية. صبحي المحمصاني. مطبعة الكشاف. بيروت 1948.
- النظم الإسلامية. حسن إبراهيم حسن. مكتبة النهضة المصرية. القاهرة.
- نهاية الرتبة في طلب الحسبة. محمد بن احمد بن بسام المحتسب. مطبعة المعارف. بغداد 1968م.
- نهاية السول للأسنوي (ت 722 هـ) ط. علي صبيح وأولاده.
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. ابن شهاب الرملي 1004هـ. مطبعة عيسى البابي الحلبي 1357 هـ /1938م.
- نيل الأوطار. محمد بن علي الشوكاني. مصطفى البابي الحلبي.
- الوجيز للإمام الغزالي . مطبعة الآداب والمؤيد بالقاهرة 1317هـ.

- الوجيز في أصول الفقه. عبد الكريم زيدان. الطبعة الرابعة. مطبعة العاني. بغداد 1390هـ - 1970م.
- الوزارة أدب الوزير. الماوردي. دار الجامعات المصرية 1369هـ - 1976م.
- الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة. محمد علي حنبولة. الطبعة الأولى. القاهرة 1974.
- وفيات الأعيان وأنباء الزمان. لأبي العباس شمس الدين ابن خلكان ت 681هـ. تحقيق إحسان عباس. طبعة دار صادر. بيروت.
- الهداية شرح بداية المبتدئ. برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني 593 هـ. طبعة شركة ومكتبة مصطفى البابي الحلبي بمصر 1970م.
- هدية العارفين في أسماء المؤلفين وآثار المصنفين. إسماعيل باشا البغدادي. طبع في إستنابول سنة 1955م، وصور في طهران سنة 1387هـ.

- احمد الألفي. محاضرات في التحقيق الجنائي بالمركز القومي للبحوث الجنائية والاجتماعية.
- احمد فتحي سرور. الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية. مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي. 1979 م.
- احمد محمد خليفة. مصل الحقيقة وجهاز كشف الكذب. المجلة الجنائية القومية العدد (1) مارس 1958م.
- مشروعية التسجيل الصوتي في التحقيق الجنائي. مجلة الأمن العام. العدد (1) أبريل 1985م.
- أكرم نشأت إبراهيم. سلطة التفتيش في القانون العراقي. بغداد 1960م.
- آمال عثمان . الخبرة في المسائل الجنائية. رسالة دكتوراه 1964م.
- توفيق الشادي. فقه الإجراءات الجنائية. مطابع دار الكتاب العربي بمصر 1954م.
- جندي عبد الملك. الموسوعة الجنائية. دار إحياء التراث العربي. بيروت. مطبعة الاعتماد بمصر 1941م.
- حسام الدين كامل الأهواني الحق في احترام الحياة الخاصة. دار النهضة العربية 1398هـ/1978م.
- حسن صادق المرصفاوي. المرصفاوي في شرح قانون العقوبات الخاص 1975م.
- الجوانب العلمية في التحقيق الجنائي. المجلة الجنائية القومية نوفمبر 1968م.
- حسن الفاكهاني. موسوعة القضاء والفقه للدول العربية. الدار العربية للموسوعات القانونية 1977 - 1978م.
- حسن كيره . أصول القانون . مطبعة دار المعارف 1960 .
- رابح لطفي جمعة. مشروعية الدليل الذي تحصل عليه الشرطة. مجلة الأمن العام للعدد (41) 1968م.
- دور الشرطة في حماية المساكن. مجلة الأمن العام العدد (54) السنة (14) 1971م.
- رؤوف عبيد. مبادئ الإجراءات الجنائية. دار الجيل للطباعة مصر 1979م.
- جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال. دار الفكر العربي 1978م.
- سامي الحسني. النظرية العامة للتفتيش. دار النهضة العربية. مصر 1972م.
- سامي صادق الملا. اعتراف المتهم. رسالة دكتوراه. القاهرة 1969م.
- سليمان عبد المجيد. مراقبة المحادثات التلفونية. العدد (41) 1968 م.
- سمير الجنوزري. الأسس العامة لقانون العقوبات 1977م.
- صالح عبد الزهرة الحسون. أحكام التفتيش وآثاره في القانون العراقي. الطبعة الأولى 1979م.

- عبد الأمير العكيلي. أصول الإجراءات الجنائية في قانون أصول المحاكمات الجزائية. بغداد 1975م.
- عبد الجبار عريم. شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية 1950م.
- عبد المهيمن بكر. شرح قانون العقوبات. القسم الخاص. الطبعة السابعة 1977م.
- عبد الوهاب حومد. المجرم والقانون. مجلة عالم الفكر. المجلد (5) العدد (3) 1974م.
- عبد الوهاب عشماوي. الاتهام الفردي. رسالة دكتوراه. القاهرة 1953م.
- عدلي عبد الباقي. شرح قانون الإجراءات الجنائية. الطبعة الأولى. 1951م.
- علي احمد راشد. مبادئ القانون الجنائي.
- علي زكي العرابي. المبادئ الأساسية للتحقيقات والإجراءات الجنائية. عام 1940م.
- فريد الديب. مشروعية التسجيل الصوتي في الإثبات الجنائي العدد (40) السنة (10) مجلة الأمن العام يناير 1968م.
- لبيب شقير. تاريخ الفكر الاقتصادي. دار النهضة مصر.
- محمد إبراهيم زيد . الجوانب العلمية والتاريخية لاستخدام الأساليب الفنية في التحقيق الجنائي. المجلة الجنائية القومية. المجلد (10) نوفمبر 1967م.
- محمد أبو زيد. شرح قانون العقوبات المقارن. القسم الخاص. منشأة المعارف. إسكندرية 1974م.
- محمد زكي أبو عامر. الحماية الجنائية للحرية الشخصية. منشأة المعارف بالإسكندرية 1979م.
- محمد سامي النبراوي. استجواب المتهم. رسالة دكتوراه. القاهرة 1968م.
- محمد سلام مدكور . نظرية الإباحة عند الأصوليين سنة 1965م.
- محمد مصطفى القللي. أصول قانون تحقيق الجنايات. الطبعة الأولى 1935م . والطبعة الثانية 1942م.
- محمود سلام زناتي. نظم القانون الروماني - 1966م.
- محمود محمود مصطفى. شرح قانون الإجراءات الجنائية. جامعة القاهرة 1976م. الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن 1977 م (ج1) 1978 (ج2). شرح قانون العقوبات. القسم الخاص. الطبعة السابعة 1975 مطبعة الجامعة.
- محمود نجيب حسني. شرح قانون العقوبات. القسم الخاص. النهضة العربية 1978م.
- مرتضى منصور. الموسوعة الجنائية. دار الطباعة الحديثة. القاهرة 1980م.
- نعيم محمد عطية. حق الأفراد في حياتهم الخاصة. مجلة إدارة قضايا الحكومة العدد (4) السنة الحادية والعشرون ديسمبر 1977م.
- يسر أنور. الإثبات الجنائي ووسائل التحقيق العلمية. مذكرة معدة لطلبة الدراسات العليا في كلية الحقوق جامعة عين شمس.

REFERENCES IN FOREIGN LANGUAGES

A.H. Robertson , Privacy and Human Rights , 1956 .
Alan F. Westin , Privacy and Freedom , Atheneu, New York , 1967.
Andrews J. , Tapping and Openning Letters, Criminal Law Review , 1957.
Badinter , juris Classeur Periodique , 1968 , No. 2136.
Baker , E.R. Police Promotion Handbooks 5th . ed . Butterwerth, London .
Bouzat Proc. Des Nouveaux d'Instruction , Rev . Sc. Et de Droit Penal Compare, 1958.
Carbonnier , Droit Civil , 1965 , Vol. 1, 239 , Themis ,Paris.
Cherif Bassiouni , Criminal Law and its Processes, 1974.
Cooley , Torts, 2nd . ed . 1888 .
Dalloz , rep. De droit penal , etude procedure penal , Tom IV .1977.
Dalloz, La creation pretorienne en matiere de droit de personalite et son incidence sur la notion de famille , Paris , 1957 , T. 25.
Dalloz , Attentes a La vie privee , Rep. De droit penal et de proc . Penal , Tom IV, 1977.
Dalloz , Infractions nouvelles crees par la loi du la vie privee , Gaz pal . Doctrine , 1970.
David Fellman , The defendant's rights , Madison , 1966 .
De Paul , Wiretapping and domestic subversives, Tulane Law Review , Vol. Xxil , 1972.
David Riesman , Columbia Law Rev . Yol . 42/727 , 1942.
Democracy Under Pressure , An introduction to the American Political System , 2nd . ed. By Milton C. Cummiings, Jr . & Davis Wise , 1974.
Devlin P., The criminal procecution in England , London. Didier Ferrier , These , La protection de la vie privee, Univ. de Sc. De TOULOUSE , 1973.
Edward Silver, Legalized Wiretapping, Harv . L . R. 1958.
E. Petit, Traite elem . de droit Romain, 5e. ed. Paris, 1906.
Garcon, Code penal annote, 2eme ed. Sirey, T.l, 1952.
Garraud, Eraite Th. Et pratique d'Instruction crim. 1907-1929 T3 N 297.
Grad (ed), Inviolabilite du domicile, Paris, 1905.

Harry Kalven , Privacy problems on year 2000 , American Journal of Science , 1969.
Halsburay's Laws of England, 3rd . ed ., Butterworth, London,1963 vol. 38, 743.
Henri ─ Blin, Protection de la vie privee, Juris Classeur, Droit Penal, Art. 372.
Leon Brittan , Tulane Law Rev., Vol. 37 , 1963.
Jerome B. Wicsner, Law and computer technology, The Information Revolution and the Bill of Rights , March/ April ,1972.
John H. F. Shattuck,
Rights of Privacy.
Juseph W. Bison , New York Times Magazine , June 8 , 1969.
Justice Report,
A report by Justice Privacy and Law , Publisher , Stevans and Sons Ltd., 1970.
Kevin Captis , constitutional Law , Electronic Sureillance and the IVth . Amendment .
Landynski , Baltimore ,
Md. Johns Hopkins Univ . Press, 1966.
Laute , Les proc . nouveaux d'invistigation , Rev . des Crim . et de Droit Penal compare , 1958.
Louis B. Stephen , Science Technology , Christian Review .
Mark Littman , and Peter Carter ─ Ruck , Justice Report , Stevens and sons Ltd. London, 1970.
Martin , La vie familiale , personnelle de l'humme , sa vie interieure , le secret de la vie privee , Rec . tr . civ ., 1959.
N. B. Lasson , History and development of the IV. Amendment to the U.S. constitution , Vol . LV. 1937.
Rechtakundigweekbald , 12 April , 1970 , Col . 1457 ─ 70 .
R. Lindon , La Presse et la vie privee , J.C.P. 1965 , I , 1887 .
R. Lindon , La Presse et la vie privee , la creation prep . Droit de Personalite .
Reger A. Tandhelm , Electronic Eavesdropping , Tulane Law Rev ., 1972 Vol . 46.
R.V. Jones , Privacy and Human Rights .
S.A . de Smith , Constitutional and Administrative Law , Penguin Education.
S.B. Marsh and J. Soulsby, 1975 , Mc ─ Graw Hill Books Co., U. K.
Stanley M. Beck , Canadian Bar Review , 1968 , Vel. 36/651 .
Vance Packard , Naked Society , Penguin Publication , London .
Wade , E.C.S. and G. Phillips , Constitutional Law , 3rd . ed , .
Longmans Green and Co., London and New York, 1946.

Warren and Brandeis , The Right to Privacy , Harvard Law Review , Vol . 4, 1890.
William Prosser , California Law Rev ., Vol . 48 , 383 .
Younger , Kenneth , Rt . Hon,.
Report of the Home Dept., U.K., Committee
Report on Privacy , Comnd. 5012.

United Nations Documents and Law Reviews

- Deutschen Juristentages 1/1 HD 1957 ─ 1958 .
- Jeurnal des Tribunaux 1967.
- Juris Classeur Periodique , 1968 , No . 2136 .
- Law Quarterly Review , No. 47/23.
- Massachusetts Law Rev. Vol . 54 , No . 3.
- Minnesota Law Rev . 1959 .
- Mitchigan Law Rev ., 1959.
- Rev . INT/de Droit Compare , 1971.
- Texas Law Review , 1968 , Vol . 46.
- Tulane Law Rev., Vol . 37 , 1963.
- U.N. Doc. CM 70/4 para 4, sixth conf . Ministers of Justice in Europe , May 28 , 1970
- U.N. Economic and Social Council Commission on Human Righs 26, Session , Enc. 411028 , add . 1.5 .March , 1970
- U.N. Economic and Social Council Commission , doc . A/7473 , 19th . Dec . 1968.
- UNESCO , SHC / CONF . 12 /4 ─ PARIS 30 Oct . 1970.

فهرست الموضوعات

الموضـــوع	رقـــم الصفحة
المقدمة	5
البـاب الأول: فـي الخصوصـية، وحرمـة المسـكن، وتعريفـه، وجريمـة الاعتـداء عليـه	13
الفصل الأول: الخصوصية بين القانون والشريعة	15
المبحث الأول: في مدلول الحق في الخصوصية والحق في الحرية	15
العلاقة بين الحق في الخصوصية والحق في الحرية	29
المبحث الثاني: في الحق في الخصوصية والمجتمع	31
الحاجة إلى الخصوصية	31
الفرد والمجتمع	34
المبحث الثالث: في الحق في الخصوصية والتقدم العلمي	38
النوع الأول: المراقبة الفعلية	39
النوع الثاني: المراقبة النفسية	43
النوع الثالث: المراقبة البيانية	46
المبحث الرابع: في الحق في الخصوصية والقانون	51
أصول الحق في الخصوصية	51
الخصوصية بين الرفض والقبول	54
الاتجاه الأول: رفض الاعتراف بالخصوصية	54
ماهية الحلول التي قدمها القانون الانجليزي	65
قانون العقد	61
التشهير	62
المضايقة	64
تعدي حدود الغير وانتهاك حرمة ملكيته	64
الاتجاه الثاني: الاعتراف بالخصوصية	67
الاعتراف بالخصوصية في فرنسا	73
الخصوصية في مصر	76
أسباب انتشار هذا الحق في أمريكا دون انكلترا	80
المبحث الخامس: حق الحياة الخاصة في الفقه الإسلامي	86
الآثار المترتبة على تقسيم الحقوق	92

المفهوم الواسع للحق في الفقه الإسلامي 95
الموازنة بين حق الفرد وحق المجتمع في الفقه الإسلامي 104
الحق في الخصوصية والحق في الإعلام 113
الفصل الثاني: في تعريف المسكن والمكان الخاص 121
المبحث الأول: المقصود بالمسكن أو المكان الخاص في القانون 121
المبحث الثاني: هل تناط الحماية القانونية بالمكان الخاص أم بالخصوصية..... 132
المبحث الثالث: المقصود بالمسكن في الشريعة الإسلامية..... 138
هل تربط الحماية بالبيت أم بحالة الخصوصية 150
المبحث الرابع: هل تعتبر السيارة مسكناً 157
الفصل الثالث: في حرمة المسكن 165
المبحث الأول: حرمة المسكن في الشريعة الإسلامية 165
المبحث الثاني: حرمة المسكن في الشريعة الرومانية..... 171
المبحث الثالث: حرمة المسكن في القانون الانجلو أمريكي 175
الفصل الرابع: في الاستئذان والإذن 185
المبحث الأول: في الاستئذان 185
المبحث الثاني: في الإذن 202
المبحث الثالث: الأحوال التي يباح فيها دخول المسكن بدون إذن..... 209
الفصل الخامس: في جريمة دخول المسكن 225
المبحث الأول: جريمة دخول المسكن في الشريعة الإسلامية 225
المبحث الثاني: في جريمة الدخول غير القانوني للمسكن 237
الباب الثاني: في الجرائم الماسة بالحياة الخاصة 257
الفصل الأول: جريمة المسارقة السمعية والبصرية 259
المبحث الأول: جريمة المسارقة السمعية والبصرية في الشريعة الإسلامية 259
المبحث الثاني: في جريمة استراق السمع 284
المبحث الثالث: في جريمة استراق السمع في القانون 288
المبحث الرابع: في المسارقة البصرية 297
الفصل الثاني: في إفشاء الأسرار 303
المبحث الأول: الإفشاء في الشريعة الإسلامية 303
المبحث الثاني: الإفشاء 310
الفصل الثالث: التهديد بإفشاء الأسرار في القانون 331
المبحث الأول: التهديد بإفشاء الأسرار في الشريعة الإسلامية 331
المبحث الثاني: التهديد بإفشاء الأسرار في القانون 337
الباب الثالث : في استعمال الوسائل المؤثرة على خصوصية الفرد في الإثبات . 343
الفصل الأول : في الشريعة الإسلامية 345
المبحث الأول : في استعمال القسوة والعنف في استجواب المتهم 345
المبحث الثاني : استعمال جهاز كشف الكذب (البوليجراف) 356

المبحث الثالث : في استعمال العقاقير المخدرة(مصل الحقيقة) 363
المبحث الرابع : في التسجيل الصوتي وأجهزة الإنصات 368
المبحث الخامس : في مراقبة المكالمات الهاتفية وفتح المراسلات البريدية..... 376
الفصل الثاني : في موقف القانون والقضاء والفقه 381
المبحث الأول : في القانون المصري والعراقي 381
المبحث الثاني : في القانون الفرنسي 404
المبحث الثالث : في القانون الأمريكي 409
المبحث الرابع : في القانون الإنجليزي 417
الخاتمة 422
المصادر والمراجع القانونية العربية 429
المصادر والمراجع الأجنبية 448
فهرست الموضوعات 453

صدر للمؤلف

- احترام الحياة الخاصة(الخصوصية) في الشريعة والقانون المقارن.
- دور العقل في الخطاب الديني.
- صفّين وتداعياتها في الاجتماع السياسي الإسلامي.
- فتح الباقي بشرح ألفية الحديث للحافظ العراقي – تحقيق.
- شرح التبصرة والتذكرة للحافظ العراقي – تحقيق.
- الرسالة للإمام الشافعي – تحقيق.
- التقييد والإيضاح للحافظ العراقي – تحقيق.
- معرفة أنواع الحديث لابن الصلاح – تحقيق.