الفصل الخامس

النظام العقابي والإجرائي للمحكمة الجنائية الدولية في ميزان الشريعة الإسلامية

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

الفصل الخامس

النظام العقابي والإجرائي للمحكمة الجنائية الدولية في ميزان الشريعة الإسلامية

الأصل أن هذه المحكمة مختص بنوع محدد من الجرائم ذات الطابع الدولي والتي اتحصرت في جريمة الإباد الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب، وجريمة العدوان، غير أن هذه الأخيرة معطل العمل بها بنظام المحكمة لحين الاتفاق عليها بين الدول الأطراف بالاتفاقية من حيت تعريفها وتحديد اركانها، مع تحديد الأركان لباقي الجرائم وهي في مجملها جرائم ترتكب في الغالب أثناء الحروب والمنازعات المحلية من والدولية، فجرمت العديد من الأفعال الاجرامية المرتكبة أثناء تلك المنازعات وحددت لها العقوبات المناسبة لها، كجرائم القتل والتعذيب والاغتصاب وغيرها من الأفعال الجنائية.

والاسلام منذ قرون لم يهمل ذلك، فوضع القواعد الأساسية للحرب وحدد المحاربين وغير المحاربين ومنهج التعامل معهم، كما وضع قواعد معاملة الأسرى والجرحى والشيوخ والرهبان في زمن كانت فيه الإبادة الجماعية هي الوسيلة المتبعة في الحروب، فنهى عن بعض الأفعال وأباح بعضها في إطار ضيق جداً وفي حالات معينة، وحدد العقوبات للجرائم المرتكبة وحدد آلية التقاضي لملاحقة مرتكبي الجرائم من خلال منهج هذفه تحقيق المحاكمة العادلة لكاف الخصوم، متهمين و مجني عليهم ومتضررين، كما حدد وسائل الإثبات في الدعوى الجنائية.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

المبحث الأول

الحرب ومعاملة المحاربين وغير المحاربين في الإسلام

الحرب مسألة حتمية ولا يمكن القضاء عليها، ولكن الذي يجب أن يختفي أو الحد منه، هو العدوان والتحريض على الحرب غير المشروعة، والعمل على انتهاك قوانين الحرب، وهو ما ينادي به الإسلام في منهجه من خلال السيرة النبوية وسيرة الصحابة عبر التاريخ، فالإسلام في حقيقته لا يدعوا للحرب لمجرد التشفي والأنتقام دون داعٍ، أو لحب السيطرة والظهور، وإنما وضعت للحرب في الشريعة الإسلامية ضوابط وقواعد وحددت الحالة التي يكون فيها المسلمون مضطرون لخوضها وذلك بأن يوجد سبب وجيه لإقامتها، كحصول اعتداء ضد المسلمين والإسلام، وفي ذلك يقول الله تعالى: (وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ)[٧١١].

أو قد تكون الحرب لغاية الدعوى للدين، والمقصود هنا نصرة الله تعالى، كما يمكن أن تكون الحرب لنصرة الضعيف المظلوم من الناس، فالتدخل هنا يكون جائزاً بقوة السلاح لاستنقاذ المستضعفين، كالأسرى والجرحى أو الواقع عليهم الظلم وكذلك النساء والأطفال والأقليات المسلمة في غير دار الإسلام[٧١٢]، وفي ذلك كان قوله تعالى: (وَمَا لَكُمْ لَا تُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانِ الَّذِينَ

---

[٧١١] القرآن. البقرة٢: ١٩٠.

[٧١٢] أبوالوفاء، أحمد. ٢٠٠٩م. *أخلاقيات الحرب في السيرة في السيرة النبوية*. القاهرة: دار النهضة العربية. ص٣١.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

يَقُولُونَ رَبَّنَا أَخْرِجْنَا مِنْ هَذِهِ الْقَرْيَةِ الظَّالِمِ أَهْلُهَا وَاجْعَلْ لَنَا مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا وَاجْعَلْ لَنَا مِنْ لَدُنْكَ نَصِيرًا)[٧١٣]، فالحرب والجهاد له قواعده في الإسلام.

المطلب الأول: الجهاد في الإسلام وسنده الشرعي

يُعدّ الجهاد فرض من فروض الكفاية إذا قام به البعض سقط عن الآخرين، والجهاد مصطلح شامل، ولا يقصد به الجهاد في سبيل الله ببدل النفس فقط، خاصة في الحروب ضدّ الكفار والمشركين وغيرهم ممن يحاربون الله ورسوله، وإنما هو لفظ يشمل الكثير من الأفعال التي تدخل تحت معنى الجهاد، كجهاد النفس، وعليه فالجهاد لا يعني القتال أو الحرب فقط وإنما له معان عديدة.

الفرع الأول: الجهاد والحرب في اللغة والاصطلاح

الحقيقة أن علماء الفقه الإسلامي قديماً لا نجدهم قد تناولوا في مؤلفاتهم لفظ الحرب اتباعاً للقرآن الكريم، ولما تحمله هذه الكلمة من معنى الصراع والتناحر ومحاولة الاستيلاء على ممتلكات الآخرين بغير وجه حق، إنما عبروا عن الحرب بلفظ الجهاد، وهو لفظ شرعي، كما لم يكن الجهاد لديهم قاصراً على معنى القتال وحده، ولم تكن كذلك كلمة الجهاد في عرف المسلمين ولا في مفهوم أهل اللغة مرادفة لكلمة الحرب فقط، بل هي أشمل وأوسع من ذلك.

---

[٧١٣] القرآن. النساء٤: ٧٥.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

أولاً: الجهاد والحرب في اللغة

١. الجهاد في اللغة

المصدر جهد، والجُهد، يعني الطاقة، وقُرئ بهما قوله تعالى: (الَّذِينَ يَلْمِزُونَ الْمُطَّوِّعِينَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ فِي الصَّدَقَاتِ وَالَّذِينَ لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهْدَهُمْ فَيَسْخَرُونَ مِنْهُمْ سَخِرَ اللَّهُ مِنْهُمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ)[٧١٤] والجَهد المشقة، فيقال: جهد دابته و أجهدها، إذا حملها فوق طاقتها، و جهد الرجل في كذا، أي جد فيه وبالغ، وجاهد في سبيل الله مجاهدة وجهادا، والاجتهاد و والتَّجاهُدُ، بذل الوسع والمجهود[٧١٥]، وأجْهَدَ الشَّيْبُ، أي كثُرَ، وأسْرَعَ، وقولُه تعالى: (جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ)[٧١٦]، أي، بالَغُوا في اليمينِ واجْتَهَدوا[٧١٧]، والمجتهد هو: الفقيه المستفرغ لوسعه لتحصيل ظن بحكم شرعي وله شروط مقررة في علم أصول الفقه[٧١٨].

وفي القرآن الكريم فرقت الآيات بين استعمال كلمة جهاد بمعنى القتال، وبين استعمالها فيما هو أعم من ذلك، فقد استعملت بمعنى العمل الحربي والتضحية بتقديم النفس والمال[٧١٩] في سبيل إعلاء كلمة الله كما في قوله تعالى: (إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ آوَوْا وَنَصَرُوا أُولَئِكَ

---

[٧١٤] القرآن. التوبة٩: ٧٩.

[٧١٥] الرازي. *مختار الصحاح*.مرجع سابق. ص٦٣.

[٧١٦] القرآن. المائدة٥: ٥٣.

[٧١٧] الفيروزآبادى. *القاموس المحيط*. مرجع سابق. ص٢٧٥.

[٧١٨] مصطفى، إبراهيم وأخرون. د.ت. *المعجم الوسيط*. القاهرة: دار الدعوة. ج١. ص ١٤٢.

[٧١٩] وفي السنة النبوية ورد أيضاً الجهاد بالنفس، والمال، حيث جاء قول الرسول صلى الله عليه وسلم ما نقل عن أبا سعيد الخدري رضي الله عنه، قال: قيل: يا رسول الله أي الناس أفضل؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مؤمن يجاهد في سبيل الله بنفسه وماله"، قالوا: ثم من؟ قال: "مؤمن في شعب من الشعاب يتقي الله، ويدع الناس من شره". البخاري. *صحيح البخاري*. مرجع سابق. كتاب الجهاد والسير. باب أفضل الناس مؤمن مجاهد بنفسه وماله. ج٤. ص ١٥ رقم الحديث ٢٧٨٦.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّى يُهَاجِرُوا وَإِنِ اسْتَنْصَرُوكُمْ فِي الدِّينِ فَعَلَيْكُمُ النَّصْرُ إِلَّا عَلَى قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ)[٧٢٠].

٢. الحرب في اللغة

الحرب في اللغة مفرد كلمة حروب، ويقال رجل حرب، وعدو محارب. ودار الحرب، هي دار المشركين الدين لا صلح معهم[٧٢١]، وجاء أيضاً في الحرب بأنها القتال بين فيئتين، ويقال قامت الحرب على ساق، أي إشتد الأمر وصعب الخلاص[٧٢٢]، والحرب قد تُؤنث وقد تُذكر، وهي نقيض السلم. و المحراب صدر المجلس ومنه محراب المسجد، والمحراب تعني أيضاً الغرفة. وقوله تعالى: (فَخَرَجَ عَلَى قَوْمِهِ مِنَ الْمِحْرَابِ فَأَوْحَى إِلَيْهِمْ أَنْ سَبِّحُوا بُكْرَةً وَعَشِيًّا)[٧٢٣]، قيل من المسجد[٧٢٤].

وفي القرآن الكريم جاءت كلمة الحرب أيضاً بمعنى القتال كما في قوله تعالى: (فَإِمَّا تَثْقَفَنَّهُمْ فِي الْحَرْبِ فَشَرِّدْ بِهِمْ مَنْ خَلْفَهُمْ لَعَلَّهُمْ يَذَّكَّرُونَ)[٧٢٥]، والعكس فقد يطلق القتال على الحرب كما يظهر في كثير من الآيات القرآنية والتي منها في قوله تعالى: (وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ)[٧٢٦]، وقوله تعالى (وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ

---

[٧٢٠] القرآن الكريم. سورة الأنفال٨: ٧٢.

[٧٢١] الفيروز أبادي. *القاموس المحيط*. مرجع سابق. ج١. ص ٥٥.

[٧٢٢] مجمع اللغة العربية. *المعجم الوجيز*. مرجع سابق. ج١. ص ١٤٦.

[٧٢٣] القرآن. مريم١٩: ١١.

[٧٢٤] الرازي،. *مختار الصحاح*. مرجع سابق. ص٦٩.

[٧٢٥] القرآن. الأنفال٨: ٥٧.

[٧٢٦] القرآن. الحجرات ٤٩: ٩.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

الْمُعْتَدِينَ)[٧٢٧]، ولقوله تعالى أيضاً: (وَإِذْ غَدَوْتَ مِنْ أَهْلِكَ تُبَوِّئُ الْمُؤْمِنِينَ مَقَاعِدَ لِلْقِتَالِ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ)[٧٢٨]، ومن هذه الآيات يتضح أن الحرب تأتي بمعنى القتال وهي أحد وسائل الجهاد في الاسلام، كما أن الحرب بمعناها اللغوي تعني دائماً القتال ما بين فريقين أو طائفتين أو قبيلة وقبيلة أو دولة وأخرى أو مجموعات من الطوائف في دولة واحدة[٧٢٩].

ثانيا: الجهاد والحرب في الاصطلاح

الجهاد غاية والحرب إحدى وسائله، فالجهاد في عمومه والقتال في سبيل الله شريعة دائمة، وذلك لأن الصراع ما بين الشر والخير باق إلى يوم القيامة، وبقاء الجهاد حتى لا يسيطر الشر على الخير ويظهر الفساد في الكون، فالفضيلة لابد أن تكون لها شوكة تمنع طغيانها[٧٣٠]، وشوكة الفضيلة الجهاد بكل أنواعه.

١. الجهاد في الاصطلاح

الجهاد فرض من فروض الكفاية إذا قام به البعض سقط عن الباقين[٧٣١]، ويعرف بأنه: "قتال من ليس لهم ذمة من الكفار"[٧٣٢]، كما أن له عدة شروط، من ضمنها القدرة عليه، ففي ذلك يقول الشيخ محمد بن صالح العثيمين، رحمه الله، في فريضة الجهاد: "لابد فيه من شرط، وهو أن يكون عند المسلمين قدرة وقوة

---

[٧٢٧] القرآن. البقرة٢: ١٩٠.

[٧٢٨] القرآن. آل عمران٣: ١٢١.

[٧٢٩] غمق، ضو مفتاح. ١٩٩٥م. *نظرية الحرب في الإسلام وأثرها في القانون الدولي العام*. بنغازي: دار الكتب الوطنية. ص٦٤.

[٧٣٠] أبوزهرة، محمد. ط٢. ٢٠٠٨م. *نظرية الحرب في الإسلام*. مصر: سلسلة دراسات اسلامية تصدر عن وزارة الأوقاف. العدد. ١٦٠. ص١٠.

[٧٣١] الكساني. *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*. ج٧. ص٩٨.

[٧٣٢] مصطفى، إبراهيم وأخرين. *المعجم الوسيط*. مرجع سابق . ج١. ص١٤٢.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

يستطيعون بها القتال، فإن لم يكن لديهم قدرة، فإن إقحام أنفسهم في القتال هو بمثابة إلقاء بأنفسهم إلى التهلكة، ولهذا لم يوجب الله، سبحانه وتعالى، على المسلمين القتال وهم في مكة، لأنهم عاجزون ضعفاء، فلما هاجروا إلى المدينة، وكوّنوا الدولة الإسلامية، وصار لهم شوكة أُمروا بالقتال، وعلى هذا فلابد من هذا الشرط، وإلا سقط عنهم كسائر الواجبات، لأن جميع الواجبات يشترط فيها القدرة"[٧٣٣]، وقد إستدل في هذا بقوله تعالى: (فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ)[٧٣٤]، وأيضاً إلى قوله تعالى: (لاَ يُكَلِّفُ اللهُ نَفْسًا إِلاَّ وُسْعَهَا)[٧٣٥].

ويعرف الجهاد في الاصطلاح الشرعي بأنه: "بذل الوسع والطاقة بالقتال في سبيل الله عز وجل بالنفس والمال واللسان، أو غير ذلك"[٧٣٦]، ويطلق أيضا على مجاهدة النفس والشيطان والفساق[٧٣٧]، ففي النفس يكون بإجبارها أن تتعلم وتعمل بأمور الدين وفي حدود مقدرة النفس مع إلزامها بتعليم المؤمنين والمؤمنات عند حاجتهم لذلك، ومن جهاد النفس أيضاً، عدم ترك الواجبات وفعل المحرمات وهو الجهاد الأكبر، أما جهاد الشيطان فيكون بالإعراض عما يوسوس به ويزينه من الذنوب والمعاصي وعدم الاستجابة له في شيء، أما جهاد الفساق فيكون بوعظهم وإرشادهم ثم بالحيلولة دون تركهم الواجب وفعلهم المحرم وذلك باليد إن أمكن ذلك وإلا يكتفي بإنكار ذلك بالقلب[٧٣٨] وعدم الرضى به[٧٣٩].

---

[٧٣٣] القحطاني، سعيد بن علي بن وهف. د.ت. *الجهاد في سبيل الله تعالى "مفهومه، وحُكمه، ومراتبه، وضوابطه، وأنواعه، وأهدافه، وفضله، وأسباب النصر على الأعداء في ضوء الكتاب والسنة"*. الرياض: مطبعة السفير. ص٦.

[٧٣٤] القرآن. التغابن٦٤: ١٦.

[٧٣٥] القرآن. البقرة٢: ٢٨٦.

[٧٣٦] الكساني. *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*. مرجع سابق. ج٧. ص٩٧.

[٧٣٧] ابن حجر، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني. ١٣٧٩هـ. *فتح الباري شرح صحيح البخاري*. بيروت: دار المعرفة. ج٦. ص٣.

[٧٣٨] وفي ذلك كان قول رسول الله صلى الله عليه وسلم، فعن أبوسعيد قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "من رأى منكم منكرا فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان". انظر: مسلم. *صحيح مسلم*. مرجع سابق. كتاب الإيمان. باب بيان كون النهي عن المنكر من الإيمان وأن الإيمان يزيد وينقص وأن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجبان. ج١. ص٦٩. حديث رقم ٤٩.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

والنتيجة من عرض هذه التعريفات، يتبين أن كلمة الجهاد هي كلمة شاملة تتمحور في ثلاث نقاط هي: جهاد النفس والشيطان والعدو[٧٤٠]، وليس كما يدعي بعض الحاقدين على الدين الإسلامي، من أن المقصود بالجهاد هو قتال المسلمين لغير المسلمين وإرغامهم على الدخول في الدين الإسلامي بالقوة، فهذا قول في غير محله وباطل[٧٤١]، كما أضاف البعض جهاد الفساق.

٢. الحرب في الاصطلاح

أما تعريف الحرب في الاصطلاح، فهو أيضاً له عدة تعريفات ولكنها تدور في فلك واحد وهو القتال، ومنها أنه: "كفاح مسلح بين الدول بهدف تغليب مصلحة سياسية لها مع اتباع القواعد التي يقررها القانون الدولي"[٧٤٢]، وتعرف الحرب أيضاً بأنها: "حالة عداء نشأت بين دولتين أو أكثر تُنهي حالة السلام بينهما، وتستخدم فيها القوات المسلحة في نضال مسلح تحاول فيه كل دولة إحراز النصر على أعدئها ومن ثم فرض إرادتها عليهم وإملاء شروطها المختلفة من أجل السلام"[٧٤٣]، وربما تعريف الأمم المتحدة يكون الأقرب لمفهوم الحرب، والتي عرفته بأنه: "استخدام القوة المسلحة من قبل دولة ضد سيادة وسلامة أراضي دولة أخري واستقلالها السياسي أو على وجه آخر لا يتفق وميثاق الأمم المتحدة"[٧٤٤].

---

[٧٣٩] الجزائري، جابر بن موسى بن عبد القادر بن جابر أبو بكر. د.ت. *حقيقة الجهاد في سبيل الله ومحرمة الخروج على حاكم المسلمين*. د.م. مطابع الرشد. ص٤-٥.

[٧٤٠] الزحيلي، وهبة. ط٣. ١٩٩٨م. *آثار الحرب في الفقه الإسلامي*. دمشق: دار الفكر .ص٢٣ .

[٧٤١] البزايعه، خالد رمزي. ط٢. ٢٠٠٩م. *جرائم الحرب" دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي*. الأردن: دار النفائس. ص٢٨.

[٧٤٢] عبدالسلام، جعفر. ١٩٨١م. *قواعد العلاقات الدولية في القانون الدولي وفي الشريعة الإسلامية*. القاهرة: مكتبة السلام العالمية. ص٦٩٤.

[٧٤٣] هنيدي، إحسان. ١٩٨٤م. *مبادىء القانون الدولي العام*. د.م. دار الجيل .ص٣٢١.

[٧٤٤] غمق، ضو مفتاح. *نظرية الحرب في الإسلام وأثرها في القانون الدولي العام*. ص ٦٤.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

ومما سبق يتبين لنا أن للجهاد معان متعددة، حتى أن كلمة حرب تدخل ضمن عموم كلمة الجهاد والتي منها حرب الكفار وقتالهم ويكون ذلك ببذل النفس أو المال أو الكلمة، ولكن يظل الشيء الثمين وهو أعلى مراتب الجهاد بأن يدخل الإنسان بنفسه في القتال، فيقتل أعداء الله وقد يستشهد فيجود بنفسه في سبيل الله فينال المرتبة العالية عند الله تعالى، لذا فإن مصطلح الجهاد يضم تحته المعاني الكثيرة وينسحب حكمه على مجالات أوسع من الحرب والقتال وهو ما يعني أن نطلق لفظ الجهاد على الحرب أحياناً[٧٤٥].

الفرع الثاني: مشروعية الجهاد (الحرب) في الإسلام

مما لا شك فيه أن الإسلام دين ودنيا، الأمر الذي يجعل الكمال صفة من صفاته في المنهج، ذلك أن الاسلام كدين جاء تبياناً لكل شيء ويؤكد ذلك ما جاء في قوله تعالى في كتابه العزيز: (وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَى لِلْمُسْلِمِينَ)[٧٤٦]، وقد عرفت الدولة الإسلامية قواعد تحكم علاقاتها بالأمم الإخرى في زمني السلم والحرب، مستوحاة تلك القواعد من المصادر المختلفة للشريعة الإسلامية، منها القرآن والسنة المطهرة، فمن خلالهما يتبين لنا مشروعية الحرب والقواعد التي تحكمها.

١. الحرب في كتاب الله

لم يؤذن للنبي صلى الله عليه وسلم بالقتال لإعداء الإسلام ابتداء، وأمره الله تعالى بنشر الدعوة في مكة بحيث يكون ذلك بالصفح عن المشركين والموعظة الحسنة، وذلك لأن الدعوة مازالت في بداياتها ولم تتوفر لدي من أسلم

---

[٧٤٥] غمق، ضو مفتاح. المرجع السابق. ص ٥٠.

[٧٤٦] القرآن. النحل١٦: ٨٩.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

من أهل قريس القوة الكافية للقتال، ولكن بعد أن قوت شوكة المسلمين، جاء الإذن بالقتال شريطة أن يبدأ الكفار به[٧٤٧]، فجاء قوله تعالى: (وَقَاتِلُواْ فِي سَبِيلِ اللّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلاَ تَعْتَدُواْ إِنَّ اللّهَ لاَ يُحِبِّ الْمُعْتَدِينَ)[٧٤٨].

وبعد أن وقع الظلم والتهديد على المسلمين، أُذن لهم في القتال، فجاء قوله تعالى: (أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظُلِمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَى نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ)[٧٤٩] وقد أنزل الله تعالى هذه الآية يأذن فيها للمسلمين بالقتال ولم يفرضه عليهم، حيث نزلت هذه الآية في المدينة بعد الهجرة عندما كانت قريش تهدد المسلمين من مكة[٧٥٠]، ثم جاء الأمر به وفي صور مطلقة وذلك في قوله عز وجل: (وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ كُلُّهُ لِلَّهِ فَإِنِ انْتَهَوْا فَإِنَّ اللَّهَ بِمَا يَعْمَلُونَ بَصِيرٌ)[٧٥١].

كما أن هناك العديد من الآيات التي تدعو للجهاد بصفة عامة وبالقتال بصفة خاصة، ومن ذلك قوله تعالى: (قَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً كَمَا يُقَاتِلُونَكُمْ كَافَّةً وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ)[٧٥٢]، وفي ذلك إشارة إلى قتال الكفار جميعاً على وصف الكفر[٧٥٣]، وكان الرسول صلى الله عليه وسلم، وكما سبق القول، مأمور بمجادلة أهل الكتاب بالحسنى ثم أمره الله بحربهم إلى أن يصيروا إلى الإسلام أو دفع الجزية، بمعنى أن تصبح دارهم تحت أحكام

---

[٧٤٧] غمق، ضو مفتاح. *نظرية الحرب في الإسلام وأثرها في القانون الدولي العام*. مرجع سابق. ص٥١.

[٧٤٨] القرآن. البقرة٢: ١٩٠.

[٧٤٩] القرآن. الحج٢٢: ٣٩.

[٧٥٠] المباركفوري، صفي الرحمن. ط٦. ٢٠٠٤م. *الرحيق المختوم*. الرياض: دار السلام للنشر والتوزيع. ص٢٣٠-٢٣١.

[٧٥١] القرآن. الأنفال٨: ٣٩.

[٧٥٢] القرآن. التوبة٩: ٣٦.

[٧٥٣] غمق، ضو مفتاح. *نظرية الحرب في الإسلام وأثرها في القانون الدولي العام*. مرجع سابق. ص٥٣.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

الشريعة الإسلامية، فقال تعالى في ذلك: (قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ)[٧٥٤].

وبالتوازي مع القتال، قد يكون الجنح للسلم إذا ما جنح له العدو واستسلم، ففي ذلك كان قوله تعالى: (وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ)[٧٥٥]، حيث صالح رسول الله ﷺ أهل مكة عام الحديبية على أن يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين، وهو ما يؤكد أن الجهاد في حقيقته يهدف إلى حفظ المسلمين كمبدأ أولي، ثم في قهر المشركين وكسر شوكتهم في الثاني، فإذا كانوا عاجزين عن كسر شوكتهم كان عليهم أن يحفظوا قوة أنفسهم بالموادعة إلى أن يظهر لهم قوة كسر شوكتهم[٧٥٦]، ومن ثم، فإنه من الواضح من مفهوم الآيات، أنها تؤكد وتدعوا للجهاد بالقتال والإعداد له، وهو ما يدعم ويؤكد مشروعية الجهاد في سبيل الله بالقتال.

٢. الحرب في السنة النبوية

لقد حث الرسول ﷺ على الجهاد في عدة مناسبات، فعن ابن عباس رضي الله عنه قال: إن رسول الله ﷺ قال: "لا هجرة بعد الفتح ولكن جهاد ونية وإذا استنفرتم فانفروا"[٧٥٧]، فهذه دعوة واضحة من الرسول ﷺ للجهاد في سبيل الله، كما أرسى الرسول ﷺ قاعدة أن رئيس الدولة هو الذي يتخذ

---

[٧٥٤] القرآن. التوبة٩: ٢٩.

[٧٥٥] القرآن. الأنفال٨ : ٦١.

[٧٥٦] السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة. د.ت. *شرح السير الكبير*. د.م: الشركة الشرقية للإعلانات. ج١. ص١٩١.

[٧٥٧] البخاري. *صحيح البخاري*. مرجع سابق. كتاب الجهاد والسير. باب فضل الجهاد والسير. ج٤. ص١٥. حديث رقم٢٧٨٣. ورواه مسلم. *صحيح مسلم*. مرجع سابق. كتاب الحج. باب تحريم مكة وصيدها وخلاها و شجرها ولقطها إلا لمنشد على الدوام. ج٢. ص٩٨٦. حديث رقم١٣٥٣.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

التصرفات ذات الطابع الدولي ويقود الأمة بها، حيث كان ﷺ قائد الجيش، وهو الذي يعلن الحرب، فأعلن الحرب على قريش وعلى بني النضير وعلى بني قينقاع[٧٥٨].

كما باشر الرسول ﷺ الجهاد بنفسه، فقاد وشارك في عدة معارك، ويشار إلى أن أول الغزوات التي شارك فيها ﷺ بالقيادة هي غزوة الأبواء[٧٥٩]، ثم تلتها العديد من الغزوات، منها على سبيل المثال لا الحصر: غزوة ذي العشيرة، وغزوة بدر الكبرى، وغزوة بني قينقاع، وغزوة ذي أمر، وغزوة أُحد، وغزوة خيبر، وغزوة تبوك[٧٦٠]، والأخيرة كانت بعد فتح المسلمين لمكة، وقد قادها الرسول ﷺ بجيش بلغ تعداده حوالي ٣٠ ألف مقاتل، وهو أكبر عدد يقوده ﷺ خلال غزواته السابقة[٧٦١].

والحقيقة أن الحرب كانت ضرورة ملحة للمسلمين في بدايات الدعوة، فقريش لم تترك الرسول ﷺ وأصحابه في حالهم حتى بعد أن هاجروا من مكة إلى المدينة، بل استمرت في ملاحقتهم وبتهديدهم أينما كانوا فقد هاجر أصحاب النبي ﷺ إلى الحبشة فطاردتهم قريش هناك، إلا أن رعاية الله تعالى وفصاحة جعفر بن أبي طالب حالت دون ذلك[٧٦٢]، كما كتبوا كفار قريش إلى ابن أبي ومن كان معه من عبدة الأوثان من الأوس والخزرج، ورسول الله ﷺ يومئذ بالمدينة، فكان في الرسالة: "إنكم آويتم صاحبنا، وإنا نقسم بالله لتقاتلنه، أو لتخرجنه أو لنسيرن إليكم بأجمعنا حتى نقتل مقاتلتكم، ونستبيح نساءكم"، أما رسالة كفار قريش للمهاجرين فكان محتواها: "لايغرنكم أنكم أفلتمونا إلى يثرب، سنأتيكم

---

[٧٥٨] أبوالوفاء، أحمد. ٢٠٠٩م. *أخلاقيات الحرب في السير النبوية*. القاهر: دار النهضة العربي. ص٣.

[٧٥٩] الجميلي، السيد. ١٤١٦هـ. غزوات النبي صلى الله عليه وآله وسلم. بيروت: دار ومكتبة الهلال. ص٢٢.

[٧٦٠] الغرياني، عادل محمد عبد العزيز. د ت. *مباحث في السيرة النبوية. ماليزيا*: منشورات جامعة العوم الإسلامية الماليزية. ص٧٧-١٢٨.

[٧٦١] الغرياني، عادل محمد عبد العزيز. المرجع السابق. ص ١٢٨.

[٧٦٢] ابورابية، عبدالخالق سيد. عمر بن العاص بين يدي التاريخ. ١٩٨٨م. القاهرة: الزهراء للأعلام العربي. ص٤٩-٥٠.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

فنستأصلكم ونبيد خضراءكم في عقر داركم"[٧٦٣]، لذلك كان لابد من قتال قريش وشن الحرب عليها، وهو هنا صلى الله عليه وسلم في موقف المدافع عن نفسه وأصحابه.

أما في مرحلة نشر الدعوي فالأمر يختلف، فالرسول صلى الله عليه وسلم في مركز المهاجم، حيث كان يدعو الناس للجهاد[٧٦٤]، فعن أبا سعيد الخدري رضي الله عنه، قال: قيل: يا رسول الله أي الناس أفضل؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مؤمن يجاهد في سبيل الله بنفسه وماله"، قالوا: ثم من؟ قال: "مؤمن في شعب من الشعاب يتقي الله، ويدع الناس من شره".

كما كان صلى الله عليه وسلم يذكر لهم فضل الجهاد ودرجاته، فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من آمن بالله وبرسوله، وأقام الصلاة، وصام رمضان كان حقا على الله أن يدخله الجنة، جاهد في سبيل الله أو جلس في أرضه التي ولد فيها"، فقالوا: يا رسول الله، أفلا نبشر الناس؟ فقال: "إن في الجنة مائة درجة، أعدها الله للمجاهدين في سبيل الله، ما بين الدرجتين كما بين السماء والأرض، فإذا سألتم الله، فاسألوه الفردوس، فإنه أوسط الجنة وأعلى الجنة، أراه، فوقه عرش الرحمن، ومنه تفجر أنهار الجنة"[٧٦٥].

فالحرب أو الجهاد أمراً ضرورياً من أجل إعلاء كلمة الله، وهو أمر من الله تعالى لنبيه محمد صلى الله عليه وسلم بقتال الناس عموماً حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وإنه رسول الله، حيث جاء في قوله صلى الله عليه وسلم ما ورد عن أبي

---

[٧٦٣] الغرياني، عادل محمد عبد العزيز. *مباحث في السيرة النبوية*. مرجع سابق . ص٧٧.

[٧٦٤] صحيح البخاري. مرجع سابق. كتاب الجهاد والسير. باب أفضل الناس مسلم يجاهد بماله ونفسه في سبيل الله.ج٤ ص١٥. حديث رقم٢٧٨٦، وأخرجه أيضاً مسلم في صحيحه. كتاب الإمارة. باب فضل الجهاد والرباط. حديث رقم ١٨٨٨.

[٧٦٥] البخاري. *صحيح البخاري*. كتاب الجهاد والسير. باب درجات المجاهدين في سبيل الله هذه سبيلي وهذا سبيلي. ج٤. ص١٦. حديث رقم٢٧٩٠.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

هريرة، رضي الله عنه، حيث قال: لما توفي رسول الله ﷺ واستخلف أبو بكر بعده، وكفر من كفر من العرب، قال عمر بن الخطاب لأبي بكر: كيف تقاتل الناس وقد قال رسول الله ﷺ: "أُمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله، فمن قال: لا إله إلا الله، فقد عصم مني ماله، ونفسه، إلا بحقه وحسابه على الله "، فقال أبو بكر: والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة، والزكاة، فإن الزكاة حق المال، والله لو منعوني عقالاً كانوا يؤدونه إلى رسول الله ﷺ لقاتلتهم على منعه، فقال عمر بن الخطاب: فوالله، ما هو إلا أن رأيت الله عز وجل قد شرح صدر أبي بكر للقتال، فعرفت أنه الحق[٧٦٦].

المطلب الثاني: أخلاقيات الحرب في الإسلام وأوجه التعارض مع نظام روما الأساسي

كما اسلفنا وبينا أن الدين الإسلامي لا يدعو للحرب إلا في حالات محددة وهي غالباً ماتكون للضرورة والتي منها نشر الدعوي الإسلامية، حيث إنه على المسلمين واجب تبليغ الدعوى الأسلامية وفي كل عصر، وهو ما قد يؤدي إلى تصادم قوى الخير مع قوى الشر، فتنشب الحرب بين المسلمين وأعدائهم إذا لم تجد الوسائل السلمية مسلكاً يمكن به العمل على نشر الدعوة، وفي كل الحالات فسبب قيام الحرب غير ذي أهمية في دراستنا هذه، إذ تكمن الأهمية في الدراسة والبحث عن أسلوب التعامل لدى المسلمين مع أعدائهم حتى ولو كانوا في موقع المعتدى عليهم، وبالتالي ما يهمنا هو قراءة وتقييم أساليب التعامل بفترة ما بعد نشوب الحرب، أي أثناء الحرب وما يترتب عنها من أعمال تتراوح ما بين المباح والمحظور، وما تقرره الشريعة الإسلامية في ذلك.

---

[٧٦٦] مسلم. *صحيح مسلم*. كتاب الإيمان. باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله. ج١. ص ٥١. حديث رقم ٢٠.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

الفرع الأول: أخلاقيات الحرب في الإسلام

يأخذ المنهج الإسلامي في الحروب بداية وقبل اندلاعها بمبدأ إعلان الحرب، وهو منح الفرصة للعدو وتنبيهه بالحرب قبل نشوبها، مع إرفاق بعض الشروط التي يجب أن يذعن لها، وهو ما يعرف بالإنذار، وهو منهج متبع في الإسلام من بدايات الدعوة ولم يتم إعتماده في باقي المناهج الوضعية إلا في بداية القرن العشرين، حيث ورد هذا المبدأ الإسلامي في اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٠٧م، إذ نصت المادة ١ من هذه الإتفاقية، على أنه: "يجب ألا تبدأ الأعمال الحربية إلا بعد إخطار سابق لا لبس فيه يكون هذا الإخطار في صورة إعلان حرب معلل، وإما في صورة إنذار يذكر فيه بوضوح أن الحرب تعتبر قائمة بين الطرفين إن لم تستجب الدولة التي وجه إليها الإنذار إلى طلبات الدولة التي وجهته"، وهو وما كان عليه الرسول صلى الله عليه وسلم منذُ أربعة عشر قرناً[٧٦٧].

وفوق الإعلان المبكر وإنذار المخصم عن بدأ الحرب، لم يساوي الإسلام في التعامل أثناء الحرب بين الجميع من الأعداء، وهو بذلك يعمل بعكس ما كان معمول به في ذلك الوقت من إباحة القتل العمد بقصد الإبادة الجماعية، ففرق الإسلام في التعامل أثنا الحرب بين من يحملون السلاح وغيرهم من المدنين.

وفي هذا السياق كان قول الفقيه ابن تيمية: "وإذا كان أصل القتال المشروع هو الجهاد، ومقصوده هو أن يكون الدين كله لله، وأن تكون كلمة الله هي العليا، فمن امتنع من هذا قوتل باتفاق المسلمين، وأما من لم يكن من أهل الممانعة والمقاتلة، كالنساء والصبيان والراهب، والشيخ الكبير، والأعمى، ونحوهم فلا يقتل عند

---

[٧٦٧] فعن سليمان بن بريدة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا بعث سرية أو جيشا أمر عليهم قال: "إذا لقيت عدوا من المشركين فادعهم إلى ثلاث خصال: ادعهم إلى الإسلام فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم إلى التحول من دارهم إلى دار المهاجرين فإن أجابوك فاقبل منهم وأخبرهم أنهم إن فعلوا أن لهم ما للمهاجرين وعليهم ما عليهم، وإن اختاروا المقام في دارهم أنهم كأعراب المسلمين يجري عليهم حكم الله عز وجل كما يجري على المسلمين وليس لهم في الفيء شيء إلا أن يجاهدوا مع المسلمين فإن لم يجيبوك إلى الإسلام فادعهم إلى إعطاء الجزية، فإن فعلوا فاقبل منهم ودعهم، فإن أبوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم". انظر: الشافعي. الأم. مرجع سابق. ج٤. ص ١٨٢.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

جمهور العلماء، إلا أن يقاتل بقوله أو فعله، وإن كان بعضهم يرى إباحة قتل الجميع لمجرد الكفر، والرأي الأول هو الصواب، لأن القتال هو لمن يقاتلنا، إذا أردنا إظهار دين الله"[٧٦٨]، لأن الآدمي في الأصل خلق معصوم الدم ليمكنه تحمل أعباء التكاليف، وإباحة القتل عارض بحرابه لدفع شره ولا يتحقق منهم الحراب فبقوا على أصل العصمة ولا يباح دمهم ممن لا يقاتل المسلمين مثل الرهبان وغيرهم ممن لا قدرة لهم على القتال[٧٦٩].

وعليه فإن القتال لا يكون إلا مع من له مقدرة حمل السلاح، ولابد من التفريق ما بين المقاتلين وغير المقاتلين، وقد نهى الدين الإسلامي في الحروب عن ارتكاب الأعمال التي تتجاوز الضرورة الحربية، والتي تم تصنيفها في العصر الحديث تحت أنواع معينة من الجرائم وهى: جريمة الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب، وهي جرائم تقع أثناء النزاعات المسلحة، الدولية منها والمحلية، وهو التصنيف الذي أخذ به النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

أولاً: معاملة المحاربين في الإسلام

للقتال في القانون الدولي قواعد لايجوز مخالفتها، وهي مجموعة من القواعد تحكم سلوك الدول المتحاربة، وترجع هذه القوانين إلى قاعدة الضرورة الحربية، والضرورة الحربية هي الوسائل التي تؤدي إلى التسليم الكامل أو الجزئي من قبل العدو بأسرع وقت ممكن وبطرق القهر المنظمة التي لا تتعارض مع القانون أو

---

[٧٦٨] ابن تيمية، *السياسة الشرعية*. مرجع سابق. ص ٩٩-١٠٠.

[٧٦٩] الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي فخر الدين الحنفي. ١٣١٣هـ. *تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق*. القاهرة: المطبعة الأميرية الكبرى. ج٣. ص٢٤٥.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

العرف، ومازاد عن تلك الوسائل فهو محرم لأنه خارج عن الضرورة الحربية[٧٧٠]، وقد سبق الإسلام ذلك، حيث أهتم فقهاء الشريعة الإسلامية بقاعدة الضرورة وضوابطها[٧٧١].

كما فصل الدين الإسلامي في التعامل في فترة الحرب وبدقة ما بين المحارب وغير المحارب، إذ عرف الفقيه ابن قدامة المحارب بأنه: "من يحمل السلاح في وجه المسلمين، ومن له قدرة على الحرب وله بنية صالحة ودخل الحرب حقيقة أو حكما من الأعداء"[٧٧٢]، والضابط هنا في التفريق بين المقاتلة وغيرهم يكمن في أن من كان له بنية صالحة للقتال إذا اراد القتال فهو من المقاتلة، حتى ولو كان لايباشر القتال بسبب من الأسباب يمنعه من مباشرة القتال مؤقتاً.

وأما غير المقاتلة فهم كل من لم يكن له بنية صالحة للقتال وإن باشر القتال بخلاف العادة، وكذلك من حلت به آفة تمنعه من القتال وتعجزه عن ذلك وليست على شرف الزوال[٧٧٣]، وعليه يمكن أن نحصر فئة غير المحاربين في: النساء والإطفال والشيوخ والرهبان وكل من لم يحمل السلاح على الإطلاق ولم يشارك في القتال بالرأي، أما المحارب كل من له قدرة حمل السلاح وشارك في القتال أو ليس له القدرة على حمل السلاح ولكنه شارك فيها بالرأي.

١. قتل المحاربين من الكفار في الإسلام

الأصل في الحرب هو قتل المحاربين من الكفار دون هوادة، ويُعرفوا بالحربيون، وهم الكفار الذين يحاربون المسلمين، وهولاء قتلهم قتل بحق، وقد قال تعالى فيهم: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ

---

[٧٧٠] ضميرية، عثمان جمعة. ٢٠٠٩م. *حقوق الإنسان في الإسلام خلال الحروب والمنازعات*. الشارقة: مركز الأمير عبد المحسن بن خلوي. ص١٩.

[٧٧١] ضميرية، عثمان جمعة. المرجع السابق، ص١٨-١٩.

[٧٧٢] ابن قدامة. *المغني*. مرجع سابق. ج١٠. ص٤٠٤.

[٧٧٣] السرخسي. *شرح السير الكبير*. مرجع سابق. ج١. ص١٨٠٨.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ، وَاقْتُلُوهُمْ حَيْثُ ثَقِفْتُمُوهُمْ وَأَخْرِجُوهُمْ مِنْ حَيْثُ أَخْرَجُوكُمْ وَالْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ وَلَا تُقَاتِلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّى يُقَاتِلُوكُمْ فِيهِ فَإِنْ قَاتَلُوكُمْ فَاقْتُلُوهُمْ كَذَلِكَ جَزَاءُ الْكَافِرِينَ)[٧٧٤]، كما أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتالهم ولكن دون التنكيل والتمثيل بهم، فعن سليمان بن بريدة، عن أبيه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "اغزوا باسم الله، وفي سبيل الله، وقاتلوا من كفر بالله، اغزوا ولا تغدروا، ولا تغلوا، ولا تمثلوا، ولا تقتلوا وليدا"[٧٧٥].

٢. معاملة الجرحى والمرضى من المقاتلين في الإسلام أثناء الحرب

للجريح والمريض في السيرة النبوية عدة حقوق ولو كان محاربا في الأصل، منها تقديم العلاج والغداء والدواء، فلقد تميزت معاملة المسلمين لأسرى الحرب الجرحى منهم والمرضى في الحروب بالرفق بهم، وهو منهج متبع في السيرة النبوية، وذلك عملاً بما كان عليه الرسول صلى الله عليه وسلم، فعن جَابر بن عبد الله، قَالَ: لما كَانَ يَوْم بدر أُتِي بِأَسَارَى وَأتي بِالْعَبَّاسِ وَلم يكن عَلَيْهِ ثوب، فَنظر النَّبِي صلى الله عليه وسلم لَهُ قَمِيصًا فوجدوا قَمِيص عبد الله بن أبي يقدر عَلَيْهِ، فَكَسَاهُ النَّبِي صلى الله عليه وسلم إِيَّاه[٧٧٦]

كما يدعو الإسلام إلى عدم الإجهاز على الأسير مادام هو جريح أوفي مركز الضعف أو الإستسلام، وهو مبدأ مستقر عليه الآن في القانون الدولي المعاصر، والذي بمقتضاه يحظر أن يتم الإجهاز

---

[٧٧٤] القرآن. البقرة ٢: ١٩١.

[٧٧٥] مسلم. *صحيح مسلم*. مرجع سابق. كتاب الجهاد والسير. باب تأمير الإمام على البعوث ووصيته اياهم بأدب الغزو وغيرها. ج٣ ص١٣٥٧. حديث رقم١٧٣١. ورواه أبي داود. *سنن أبي داود*. مرجع سابق. كتاب الجهاد. باب في دعاء المشركين. ج٣. ص٣٧. حديث رقم ٢٦١٣.

[٧٧٦] العيني، أبومحمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدرالدين. ب.ت. *عمدة القاري شرح صحيح البخاري*. بيروت: دار إحياء الثرات العربي. باب هل يخرج الميت من القبر واللحد لعلة. ج٨. ص١٦٥.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

على جريح أو مريض بعد أن أصبح لا يقوى على القتال، بحيث يعتبر الخروج عن هذا الحظر جريمة، كما يجب عدم التمثيل بالقتلى بقطع الأطراف وبقر البطون والحرق وغيرها من أفعال المثلى بالجثث مع واجب دفن قتلى الطرفين[٧٧٧].

٣. معاملة أسرى الحرب في الإسلام من المقاتلين

الأسرى جمع أسير، والأسير لغة مأخود من الإسار وهو القيد لأنهم كانوا يشدونه بالقيد وكل محبوس في قيد أو سجن فهو أسير، وقد عرف الماوردي الأسرى في الاصطلاح بأنهم: "هم الرجال المقاتلون من الكفار إذا ظفر المسلمون بهم أحياء"[٧٧٨]، وشرعية الأسير في أي حرب، هو ما جرى عليه سلوك المتحاربين منذ غابر الأزمان[٧٧٩]، وقد ورد لفظ الأسر في أكثر من موضع في القرآن الكريم، منها قوله تعالى: (وَأَنْزَلَ الَّذِينَ ظَاهَرُوهُمْ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مِنْ صَيَاصِيهِمْ وَقَذَفَ فِي قُلُوبِهِمُ الرُّعْبَ فَرِيقًا تَقْتُلُونَ وَتَأْسِرُونَ فَرِيقًا)[٧٨٠]، كما جاء أيضاً في قوله تعالى: (نَحْنُ خَلَقْنَاهُمْ وَشَدَدْنَا أَسْرَهُمْ وَإِذَا شِئْنَا بَدَّلْنَا أَمْثَالَهُمْ تَبْدِيلًا)[٧٨١].

ولقد تميزت معاملة المسلمين لأسرى الحرب كمعاملتهم للجرحى والمرضى في الحروب فكان الرفق بهم منهج متبع في السيرة النبوية، والتكريم والإحسان والعلاج وصون الكرامة عملاً بوصية الرسول ﷺ للقادة

---

[٧٧٧] الشافعي. *الأم*. مرجع سابق ج٤. ص٢٥٩.

[٧٧٨] الماوردي. *الأحكام السلطانية*. مرجع سابق . ص٢٠٧.

[٧٧٩] أبوالوفاء، أحمد. *أخلاقيات الحرب في السير النبوية*. مرجع سابق. ص٣٠١.

[٧٨٠] القرآن. الأحزاب٣٣: ٢٦.

[٧٨١] القرآن. الإنسان٧٦: ٢٨.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

وغيرهم: "استوصوا بالأسارى خيراً "، وفي قوله تعالى: (وَيُطْعِمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا)[٧٨٢].

وبناء على تلك الوصية التي جاءت على لسان رسولنا الكريم ﷺ، قال الفقهاء: لا يجوز تعذيب الأسير بالجوع والتعطيش وغير ذلك من صور التعذيب، لأنه غير ذا جدوى ونتائجه ستكون عكسية على الدين الإسلامي والمسلمين، وقد ثبت أن نبي الله ﷺ قد قال في بني قريظة بعد ما إحترق النهار في يوم صائف: "لا تجمعوا عليهم حر هذا اليوم وحر السلاح، قيلوهم حتى يبردوا"، حيث كان يقدم للأسير الطعام والشراب، والكسوة الملائمة والعلاج الناجع، ولا يُكره الأسير على الإدلاء بالأسرار العسكرية، ويتقرر مصيره حياً إما باعتناقه الإسلام طواعية، أو بالمن عليه وإطلاق سراحه دون مقابل، أو بالمفاذة وتبادل الأسرى[٧٨٣]، وقد يكون الفداء بتعليم صبية المسلمين القراءة والكتابة كما أمر النبي ﷺ في شأن أسرى المشركين في موقعة بدر الكبرى، حيث كان المتعلم منهم يعلم عشرة من صبيان المسلمين القراءة والكتابة[٧٨٤].

ثانياً: معاملة غير المحاربين في الإسلام

وضعت الشريعة الإسلامية قواعد في الحرب فيما يتعلق بمعاملة المدنين بحيث أصبحت فيما بعد عرفاً دولياً[٧٨٥]، فهي تحرم قتل النساء والأطفال والشيوخ وغيرهم من الرهبان والكهنة ممن لا يقدرون على حمل

---

[٧٨٢] القرآن. الإنسان٧٦: ٨.

[٧٨٣] الزحيلي، وهبة . ٢٠٠٠م. *احكام الحرب في الإسلام وخصائصها الإنسانية*. دمشق: دار المكتبي للطباعة والنشر والتوزيع. ص٤٢.

[٧٨٤] الزحيلي، وهبة. *احكام الحرب في الإسلام وخصائصها الإنسانية*. مرجع سابق. ص٤٠.

[٧٨٥] جعفر، عبدالسلام. ١٩٨٦م. *مباديء القانون الدولي العام*. القاهرة: دار النهضة العربية. ص٧٩٦.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

السلاح ولا يسعون إلى حمله في مواجهة المسلمين، ولا يجوز قتلهم إلا إذا حملو السلاح في مواجهة المسلمين أثناء الحرب أو بعدها أو كانوا من أهل الرأي في الحرب وطرق خوضها أو بالتحريض عليها.

١. معاملة النساء والأطفال أثناء الحرب في الإسلام

النساء والأطفال ممن لم يبلغوا سن البلوغ[٧٨٦] هم الحلقة الأضعف دائماً في الحروب، بل أنهم الضحية الأولى في الحرب، لذلك منحهم الرسول ﷺ عناية خاصة بحيث لا يتم معاملتهم معاملة المحاربين، فقد روي في ذلك عن النبي ﷺ ما ورد عن أنس بن مالك، أن رسول الله ﷺ قال: "انطلقوا باسم الله وبالله وعلى ملة رسول الله، لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا امرأة ولا تغلوا وضموا غنائمكم، وأصلحوا وأحسنوا إن الله يحب المحسنين"[٧٨٧]

وعن عمر بن المرقع بن صيفي، قال: حدثني أبي، عن جده رباح بن ربيع، رضي الله عنه، أنه قال: كنا مع رسول الله ﷺ في غزوة، فرأى الناس مجتمعين على شيء، فبعث رجلا، فقال: "انظر على ما اجتمع هؤلاء"، فجاء، فقال: على امرأة قتيل، فقال: "ما كانت هذه لتقاتل"[٧٨٨]، قال: وعلى المقدمة خالد بن

---

[٧٨٦] لقد اتجهت سنة الرسول عليه الصلاة والسلام نحوعدم قتل الذرية، فعن عطية القرظي، قال:"كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أمر أن يقتل من بني قريظة كل من أنبت منهم، وكنت غلاما، فوجدوني لم أنبت فخلوا سبيلي"، وقد استدل به من ذهب من العلماء إلى أن إنبات الشعر الخشن حول الفرج دليل على البلوغ، بل هو بلوغ في أصح قولي الشافعي. انظر: ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي. ١٩٧٦م. *السيرة النبوية*. تحقيق: مصطفى عبد الواحد. بيروت: دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع. ج٣. ص٢٤١.

[٧٨٧] البيهقي. *السنن الكبرى*. مرجع سابق. كتاب السير. باب ترك من لاقتال فيه من الرهبان. ج٩. ص١٥٣. حديث رقم ١٨١٥٣.

[٧٨٨] إن النساء والذرية ليس من شأنهم الحرب فهم في الحقيقة أضعف من أن يخوضوها، ولذا فقد نهى الرسول عليه الصلاة والسلام عن قتلهم، فعن عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر، قال: «وجدت امرأة مقتولة في بعض تلك المغازي، فنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء والصبيان". مسلم. *صحيح مسلم*. كتاب السير. باب تحريم قتل النساء والصبيان في الحرب. ج٣ .ص١٣٦٤. حديث رقم ١٧٤٤.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

الوليد، فبعث رجلا، فقال: "قل لخالد: لا تقتلن امرأة ولا عسيفا"[٧٨٩]، كما أنه وفي واقعة أخرى قد بلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، في إحدى الغزوات مقتل بعض الذراري، فقال: ما بال أقوام ذهب بهم القتل حتى بلغ الذرية! ألا لا تقتل الذرية! ثلاثا، قال أسيد بن حضير: يا رسول الله، أليس إنما هم أولاد المشركين؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أوليس خياركم أولاد المشركين؟ كل نسمة تولد على الفطرة حتى يعرب عنها لسانها، فأبواها يهودانها أو ينصرانها"[٧٩٠].

وعلى ذات النهج سار الصحابة رضي الله عنهم، فها هو الخليفة أبوبكر الصديق، رضي الله عنه، يوصي يزيد إبن أبي سفيان، فعن أبي عمران الجوني، أن أبا بكر رضي الله عنه بعث يزيد بن أبي سفيان إلى الشام، فمشى معه يشيعه، قال يزيد بن أبي سفيان: إني أكره أن تكون ماشيا وأنا راكب. قال: فقال: "إنك خرجت غازيا في سبيل الله، وإني أحتسب في مشيي هذا معك، ثم أوصاه، فقال: "لا تقتلوا صبيا، ولا امرأة، ولا شيخا كبيرا، ولا مريضا، ولا راهبا، ولا تقطعوا مثمرا، ولا تخربوا عامرا، ولا تذبحوا بعيرا ولا بقرة إلا لمأكل، ولا تغرقوا نخلا، ولا تحرقوه"[٧٩١]، فالتوصية هنا أكثر شمولاً لتمنع قطع الأشجار وتحريفها وقطع الثمار وقتل الماشية لغير الأكل وتخريب المباني والممتلكات الخاصة منها والعامة، وهو منهج الرسول صلى الله عليه وسلم والصحابة، رضوان الله عليهم، من بعده.

---

[٧٨٩] البهيقي. *السنن الكبرى*. مرجع سابق. كتاب السير. باب المرأة تقاتل فتقتل. ج٩ ص ١٣٩. حديث رقم١٨١٤.

[٧٩٠] الواقدي، محمد بن عمر بن واقد السهمي الأسلمي بالولاء المدني أبو عبد الله. ط٣ .١٩٨٩م. *المغازي*. تحقيق: مارسدن جونس. بيروت: دار الأعلمي. ج٣. ص٩٠٤-٩٠٥.

[٧٩١] البيهقي. *السنن الكبرى*. مرجع سابق. كتاب السير. باب ترك من لاقتال فيه من الرهبان. ج٩. ص١٥٣. حديث رقم ١٨١٥٢.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

ولكن قد تكون النساء وأطفالهن هدف غير مقصود للمسلمين متى تمترس بهم العدو[٧٩٢]، أو في حالة ما إذا كانت إحداهن شرعت في القتال أو حرضت عليه بالقول أو بالفعل، فعن أيوب عن عكرمة رضى الله عليهما، أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى امرأة مقتولة بالطائف، فقال: "ألم أنه عن قتل النساء؟ من صاحب هذه المرأة المقتولة؟". قال رجل من القوم: أنا يا رسول الله أردفتها فأرادت أن تصرعني فتقتلني، فأمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن توارى"[٧٩٣]، وسكوت رسول الله صلى الله عليه وسلم على الفعل، يعني جواز قتلهن إذا ما حملن السلاح أو حرضن على حمله في مواجهة المسلمين.

٢. معاملة الشيوخ والرهبان في الحرب

الشيوخ هم غالباً ما يكونوا فما فوق الخمسين وهو فوق الكهل ودون الهرم، وقد يكون معناه ذا المكانة من علم أو فضل أو رئاسة[٧٩٤]، إلا أن المعنى المقصود هنا هو من لا قدرة له على مباشرة الحرب لكبر سنه ولا يقدر على القتال وعادة ما يتم تصنيفه تحت مسمى الشيخ الفاني[٧٩٥]، وهولاء منع الإسلام التعرض لهم،

---

[٧٩٢] قال الإمام الشافعي، رحمه الله: "وإذا تحصن العدو في جبل أو حصن أو خندق أو معسكر أو بما يتحصن به فلا بأس أن يرموا بالمجانيق والعرادات والنيران والعقارب والحيات وكل ما يكرهونه وأن يبثقوا عليهم الماء ليغرقوهم أو يوحلوهم فيه وسواء كان معهم الأطفال والنساء والرهبان، أو لم يكونوا، لأن الدار غير ممنوعة بإسلام ولاعهد، وكذلك لابأس أن يحرقوا شجرهم المثمر وغير المثمر ويخربوا عامرهم وكل مالا روح فيه من أموالهم، فإن قال قائل ما الحجة فيما وصفت وفيهم الولدان والنساء المنهى عن قتلهم؟ قيل الحجة فيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نصب على أهل الطائف منجنيقا أو عرادة ونحن نعلم أن فيهم النساء والولدان، وأنه عليه الصلاة والسلام قطع أموال بني النضير وحرقها، حيث أخبرنا أبو ضمرة أنس بن عياض عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حرق أموال بني النضير". الشافعي. *الأم*. ج٤. ص٢٥٧.

[٧٩٣] البيهقي. *السنن الكبرى*. مرجع سابق. كتاب السير. باب المرأة تقاتل فتقتل. ج٩. ص١٤٠. حديث رقم١٨١٠٥.

[٧٩٤] مصطفى، إبراهيم وأخرين. د.ت. *المعجم الوسيط*. مجمع اللغة العربية بالقاهرة: دار الدعوة. ج١. ص٥٠٢.

[٧٩٥] غمق، ضوء مفتاح. *نظرية الحرب في الإسلام وأثرها في القانون الدولي العام*. مرجع سابق . ص١٩٦.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

فقد خصتهم السنة النبوية الشريفة بحماية خاصة ولكن تحت شروط معينة، ففي الحديث الشريف كان قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "ولا تقتلوا شيخاً فانياً"[٧٩٦].

وكذلك كانت الوصية للرهبان ورجال الدين، فعن خالد بن يزيد، قال: خرج النبي صلى الله عليه وسلم مشيعا لأهل مؤتة حتى بلغ ثنية الوداع، فوقف ووقفوا حوله فقال: "اغزوا بسم الله، فقاتلوا عدو الله وعدوكم بالشام، وستجدون فيها رجالا في الصوامع معتزلين للناس، فلا تعرضوا لهم، وستجدون آخرين للشيطان، في رؤسهم مفاحص فاقلعوها بالسيوف، ولا تقتلن امرأة ولا صغيرا مرضعا ولا كبيرا فانيا لا تغرقن نخلا ولا تقطعن شجرا، ولا تهدموا بيتا"[٧٩٧]، وهو ما كان عليه أبوبكر الصديق، رضي الله عنه، فإنه حين بعث معاذا إلى اليمن ومشى معه ميلا أو ميلين أو ثلاثة أميال، ثم أوصاه بقوله: "إني موصيك بعشر فاحفظهن، إنك ستلقى أقواما زعموا أنهم قد فرغوا أنفسهم لله في الصوامع، فذرهم وما فرغوا له أنفسهم"[٧٩٨].

ولكن الرأي حول منع قتل الشيوخ والرهبان في الحروب لا يؤخذ على مطلقه، فقد يكون بغير ما تم توضيحه سلفاً، حيث يجوز قتلهم مثلهم مثل المقاتلة متى ثبت أن كان لهم دوراً في الحرب ولو بالرأي أو التحريض عليها، فإن كانوا يمدون المقاتلة بآرائهم ويحرضونهم على القتال جاز قتلهم عند الظفر بهم، إذ أصبحوا بعدها في حكم المقاتلة[٧٩٩]، فقد روي عن أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بقتل دريد بن الصُمَّة، حيث كان ذا رأي في الحرب[٨٠٠].

---

[٧٩٦] سبق تخريجه .

[٧٩٧] الواقدي، محمد بن عمر بن واقد السهمي الأسلمي بالولاء المدني أبو عبد الله. *المغازي*. مرجع سابق. ج٢. ص٧٥٨.

[٧٩٨] السرخسي. *شرح السير الكبير*. مرجع سابق. ج١. ص٤٠-٤١.

[٧٩٩] ابن الفراء، القاضي أبو يعلى محمد بن الحسين بن محمد بن خلف. ط٢. ٢٠٠٠م. *الأحكام السلطانية* . صححه وعلق عليه: محمد حامد الفقي. بيروت: دار الكتب العلمية. ص١٤٣.

[٨٠٠] السرخسي. *شرح السير الكبير*. مرجع سابق. ج١. ص٤٢.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

الفرع الثاني: أوجه التعارض بين الشريعة الإسلامية ونظام روما الأساسي

لا شك في أن هناك اختلافاً واضحاً في منهجي التجريم والعقاب ما بين التشريع الجنائي الإسلامي والذي مصدره ومبادئه من عند الله تعالى، وما بين التشريعات الجنائية الوضعية والتي منها التشريع المؤسس لنظام المحكمة الجنائية الدولية، وما تعدد التشريعات الوضعية وتعارضها في واقع الأمر إلا دليلاً على أنها قابلة للتغيير والتجديد بتغير المكان والزمان والأشخاص، وهو بعكس التشريع السماوي الذي اتسم بالديمومة والثبات، وبالتالي فإن وجود بعض من أوجه التعارض ما بين التشريع السماوي والتشريعات الوضعية يعتبر أمراً طبيعياً، بل أنه، وبحسب نظرة الباحث، أمر لابد من منه، حيث إن عدم وجود العيوب في التشريعات الوضعية دلالة الكمال وغياب الهوى عنها، وهو الأمر الذي لا يمكن قبوله، فالكمال لله وحده.

أولاً: التعارض من حيث التجريم

إن اختلاف سياسات التجريم وتقرير العقوبات المختلفة للفعل الواحد من مجتمع لآخر، ما هو إلا دليلاً ومؤشراً على نسبية التجريم والعقاب، وهو الأمر الذي لا يمكن أن تنتهجه الشريعة الإسلامية التي تتصف بعالمية التشريع الجنائي، خاصةً فيما يتعلق بجرائم الحدود والقصاص، غير أنه وفي جرائم التعازير قد يكون الأمر متشابه والقوانين الوضعية في بعض الجرائم، ولكن الذي يبقى دائماً محل اختلاف، هو الغاية من العقوبة بين القونين الوضعية والتشريع الجنائي الإسلامي، حيث إنه ومن خلال البحث والدراسة تبين لدى الباحث أن هناك بعضاً من أوجه التعارض ما بين نصوص التجريم الواردة بالنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والتشريع الجنائي الإسلامي، وأبرز أوجة هذا التعارض كانت في تجريم فعلي قتل الأسرى واسترقاقهم.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

١. قتل الأسرى واسترقاقهم في نظام المحكمة الجنائية الدولية

لقد جاءت النصوص الواردة بالنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ناهية ومجرمة لفعلي قتل الأسري أو استرقاقهم، وهي لم تكن السباقة في هذه الناحية، فقد سبقتها العديد من الإتفاقيات الدولية السابقة بالنهي عن هذه الأفعال، ولكن يظل الفرق في مسألة التجريم ووضع العقوبة لهذه الإفعال، وهو الأمر الذي كان السبق فيها لهذه المحكمة.

أ. تجريم الاسترقاق في نظام المحكمة الجنائية الدولية

يعني الاسترقاق: ممارسة أي من السلطات المترتبة على حق الملكية، أو هذه السلطات جميعها، على شخص ما بما في ذلك ممارسة هذه السلطات في سبيل الإتجار بالأشخاص ولاسيما النساء والأطفال[٨٠١]، ويعتبر النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أن الاسترقاق يعد من الجرائم المصنفة بموجب المادة ٧ الفقرة ١، ضدّ الإنسانية، التي ترتكب في فترة الحرب أو السلم، سواء كان النزاع داخلي أو ذا طابع دولي، متى ارتكبت في إطار هجوم واسع النطاق أو ممنهج، بحيث يكون موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين.

أي أن الاسترقاق الذي يشكل جريمة ضد الإنسانية، هو الذي يمارس فيه مرتكب الجريمة إحدى أو جميع السلطات المتصلة بالحق في ملكية شخص أو أشخاص، كأن يشتريهم أو يبيعهم أو يعيرهم أو يقاضيهم، أو

---

[٨٠١] المادة ٧ الفقرة ٢،ج من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

أن يفرض عليهم ما مثل ذلك من معاملة سالبة للحرية[٨٠٢]، وبالتالي فإن هذا الفعل يعتبر جريمة معاقب من قبل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بإحدى العقوبات المنصوص عليها في هذا النظام.

ب. قتل الأسرى في نظام روما الأساسي

تُعدّ أيضاً جريمة قتل الأسرى في القانون الدولي من جرائم الحرب، والتي تعرف بأنها: "كل الانتهاكات التي ترتكبها الأطراف المتحاربة لقوانين وأعراف الحرب"[٨٠٣]، وهو ما تم التأكيد عليه من خلال النظام الأساسي للمحكمة الجناية الدولية، حيث جاء بالفقرة ٦ من المادة ٨ الفقرة ٢، ب، على نحو: "لغرض هذا النظام الأساسي، تعني جرائم الحرب: قتل أو جرح مقاتل استسلم مختاراً يكون قد ألقى سلاحه أو لم تعد لديه وسيلة للدفاع"، وهو ما يعتبر في حكم الأسير، وتقوم هذه الجريمة على الأركان الآتية: أن يقتل مرتكب الجريمة، أو يصيب شخصاً، أو أكثر، وأن يكون هذا المقتول في حالة عجز عن القتال، ويشترط أن يكون الفاعل على علم بالظروف الواقعية التي تثبت وضع الشخص العاجز عن القتال مع علمه بالظروف الواقعية التي تثبت وجود نزاع مسلح، ومع كل ذلك يجب أن يكون القتال في سياق نزاع دولي مسلح، أو يكون مقترناً به[٨٠٤].

---

[٨٠٢] عبدالحميد، عبدالحميد محمد. *المحكمة الجنائية الدولية دراسة لتطور نظام القضاء الدولي الجنائي والنظام الساسي للمحكمة في ضوء القانون الدولي المعاصر*. مرجع سابق. ص ٥٧٥ .

[٨٠٣] المسدي، عادل عبدالله. ٢٠٠٢م . *المحكمة الجنائية الدولية الاختصاص وقواعد الإحالة*. القاهرة: دار النهضة العربية. ص١٠١.

[٨٠٤] عبدالحميد، عبدالحميد محمد. *المحكمة الجنائية الدولية دراسة لتطور نظام القضاء الدولي الجنائي والنظام الساسي للمحكمة في ضوء القانون الدولي المعاصر*. مرجع سابق. ص٦٠١.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

وعليه فإن فعل الاسترقاق وقتل الأسير، فعلان يدخلان تحت طائلة التجريم التي تترتب عليه عقوبة جنائية من العقوبات الواردة بالنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وهو أمر يلزم المحكمة بإيقاع العقوبة على الجاني، أو الجناة متي كان الفعل يخضع لقاعدة الإشتراك الجرمي.

٢. الاسترقاق وقتل الأسرى في الشريعة الإسلامية

في الشريعة الإسلامية الأمر كان مختلف وإلى حد ما بالنسبة لهذين الفعلين، حيث إنه وفي بعض الحالات لا يعتبران من الأفعال الجرمية، بل يمكن إعتبارهما، وتحت ضوابط معينة تقررها الشريعة الإسلامية، من الأفعال المباحة.

أ. الرق في الإسلام

الأصل أن الإسلام في جوهره لا يحث على الرق بكل صوره ويدعوا إلى المساواة، ففي قوله تعالى كانت الدعوة لذلك بقوله عز وجل: "وهو الذي انشأكم من نفس واحدة"[٨٠٥]، بل أن هناك الكثير من الأدلة والشواهد التي تزخر بها الشريعة الإسلامية حول تحرير الرقيق ودمجه، حتى أن القرآن الكريم جعل من تحرير العبيد عملاً تعبدياً، ذلك من خلال الكفارات كما في قوله تعالى:(فلا اقتحم العقبة، وما أدراك ما العقبة فك رقبة)[٨٠٦]، وفي السنة الشريفة أيضاً من الحديث ما يدعو إلى حسن المعاملة للعبد، فقد جاء قوله صلى الله عليه وسلم

---

[٨٠٥] القرآن. الأنعام٦: ٩٨.

[٨٠٦] القرآن. البلد٩٠: ١٢-١٣.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

فيهم على نحو: "إن إخوانكم خولكم، جعلهم الله تحت أيديكم، فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل، وليلبسه مما يلبس، ولا تكلفوهم ما يغلبهم، فإن كلفتموهم ما يغلبهم فأعينوهم"[٨٠٧].

وفي مقابل هذا الحث على التجفيف لمنابع الرق، هناك نوع من الرق مباح في الشريعة الإسلامية، وهو ما ينتج عن الحروب والتعامل مع أسرى الحرب، فلولاة الأمور من المسلمين إذا خاضوا مع أعدائهم حرباً شرعية، وأسروا أثناء هذه الحرب أو الحروب من العدو بعض من جنوده أو من معاونيهم من المدنين، لهم الحق في التعامل معهم بين أربعة أمور: إطلاق سراحهم بلا مقابل وهذا ما يعرف بالمن، أو إطلاق سراحهم بمقابل وهو الفداء، أو القتل، أو استرقاقهم[٨٠٨]، أما المن والفداء، فلقوله تبارك وتعالى: (فإما مناً بعد وإما فداء حتى تضع الحرب أوزارها)[٨٠٩]، أما الاسترقاق، وهو ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم من أنه قد استرق الأسرى في كثير من الغزوات، كاسترقاق النساء والصبيان في غزوة بني قريظة[٨١٠].

ب. قتل الأسرى في الشريعة الإسلامية

ليس في منهج الشريعة الإسلامية ما يحث على ضرورة وإلزامية قتل الأسرى من المحاربين، إذا ما وقعوا كأسرى لدى المسلمين، وبالتالي فإنه من الطبيعي ألا يجوز قتل النساء والصبية والشيوخ متى كانوا تحت

---

[٨٠٧] بن عبد الملك، ابن بطال أبو الحسن علي بن خلف. ط٢. ٢٠٠٣م. *شرح صحيح البخارى*. تحقيق أبو تميم ياسر بن إبراهيم. الرياض: مكتبة الرشد. كتاب الشركة. باب قول النبي عليه الصلاة والسلام: العبيد إخوانكم. ج٧. ص٦٤.

[٨٠٨] علوان، عبدالله ناصح. ٢٠٠٣م. *نظام الرق في الإسلام*. السعودية: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة . ص٢٢-٢٣.

[٨٠٩] القرآن. محمد٤٧: ٤.

[٨١٠] قال الإمام الشافعي رحمه الله: "ومن سبي من الحرائر فقد رقّت وبانت من الزوج كان معها أو لم يكن، سبي النبي صلى الله عليه وسلم نساء أوطاس وبني المصطلق ورجالهم جميعاً فقسم السبي وأمر أن لا توطأ حتى تضع ولا حائل حتى تحيض ولم يسأل عن ذات زوج ولا غيرها وليس قطع العصمة بينهن وبين ازواجهن بأكثر من استبائهن". انظر: الماوردى، أبي الحسن على بن محمد بن حبيب البصري. ١٩٩٩م. *الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه*. بيروت: دار الكتب العلمية. ج١٤. ص٢٤٠.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

الأسر، وهذا بإتفاق العلماء المسلمين، سواء أكانوا من أهل الكتاب أو من عبدة الأوثان[٨١١]، وذلك لنهي الرسول صلى الله عليه وسلم عن قتلهم[٨١٢].

ولكن قد يكون الأسير المحارب محل لتطبيق العقوبة، والتي تصل إلى حد القتل، متى رأي ولي الأمر أن المصلحة والضرورة تستوجبان ذلك، وهو ما أكدته السيرة النبوية في عدة وقائع من التأريخ، فعن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: "إن رسول الله صلى الله عليه وسلم، دخل عام الفتح وعلى رأسه المغفر، فلما نزعه جاء رجل فقال: إن ابن خطل متعلق بأستار الكعبة فقال: اقتلوه"[٨١٣].

وقد انتهج الصحابة، رضوان الله عليهم، من بعده ذات النهج، فقتل الخليفة عمر بن الخطاب الأسير معبد بن وهب[٨١٤]، وفي هذا الإطار يقول الإمام الشوكاني، رحمه الله: أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد وقع منه ذلك، فقد قتل النضر بن الحارث، وعقبة ابن أبي معيط[٨١٥]، كما وقع منه في المقابل، فداء رجلين من المسلمين

---

[٨١١] الشافعي. *الأم*. ج٤. ص١٧٦. نقل عن: الزحيلي، وهبة. *آثار الحرب في الفقه الإسلامي*. مرجع سابق. ص٤١٨.

[٨١٢] حدثنا أحمد بن يونس: أخبرنا الليث عن نافع: أن عبدالله رضي الله عنه :أن إمرأة وجدت في بعض مغازي النبي صلى الله عليه وسلم مقتولة ، فأنكر رسول اله صلى الله عليه وسلم قتل النساء والصبيان. انظر: البخاري. *صحيح البخاري*. مرجع سابق. كتاب الجهاد والسير. باب قتل الصبيان في الحرب. ج٤. ص٦١. رقم الحديث ٣٠١٤.

[٨١٣] البخاري. *صحيح البخاري*. المرجع السابق. كتاب الجهاد والسير. فصل قتل الأسير وقتل الصبر. ج٤. ص٦٧. رقم الحديث٣٠٤٤.

[٨١٤] عن عيسى بن حفص بن عاصم، عن أبيه، قال: أصاب أبو بردة بن نيار أسيرا من المشركين يقال له معبد بن وهب، من بني سعد ابن ليث، فلقيه عمر بن الخطاب، وكان عمر رضي الله عنه يحض على قتل الأسرى، حيث أنه لا يرى أحدا في يديه أسيرا إلا أمر بقتله، وذلك قبل أن يتفرق الناس، فلقيه معبد، وهو أسير مع أبي بردة، فقال: أترون يا عمر أنكم قد غلبتم؟ كلا واللات والعزى! فقال عمر: عباد الله المسلمين! أتكلم وأنت أسير في أيدينا؟ ثم أخذه من أبي بردة فضرب عنقه. انظر: الواقدي، محمد بن عمر بن واقد السهمي الأسلمي بالولاء المدني، أبو عبد الله. *المغازي*. مرجع سابق. ج١. ص١٠٦- ١٠٩.

[٨١٥] لقد قتل الرسول عليه الصلاة والسلام الأسري، ومنهم رجال بني قريضة وقد تراوح عددهم مابين الستمائة والسبعمائة، كما قتل النضر بن الحارث، وعقبة بن أبي معيط في يوم بدر، وهذه قصص عمت وأشتهرت وفعلها النبي صلى الله عليه وسلم مرات، وهو ما يعني بجواز الأمر، حيث أن كل خصلة من هذه الخصال قد تكون أصلح في بعض الأسرى فإن منهم من له قوة ونكاية في المسلمين وبقاؤه على قيد الحياة قد يشكل خطراً عليهم ، وبالتالي فقد يكون قتله أصلح للأمة، ومنهم من العدو من يتصف بالضعف الذي لا مال له ففداؤه أصلح، ومنهم من كان حسن الرأي في المسلمين يرجى اسلامه بالمن عليه أو معونته للمسلمين بتخليص أسراهم والدفع عنهم فالمن أصلح له وللمسلمين، ومنهم

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

برجل من المشركين[٨١٦]، وهو ما أكده الإمام أبو محمد المقدسي، رحمه الله، حيث قال: "وإذا سبى الأمام فهو مخير إن رأى قتلهم وإن رأى من عليهم وأطلقهم بلا عوض، وإن رأى أطلقهم على مال يأخذه منهم، وإن رأى فادى بهم، وإن رأى استرقهم، أي ذلك رأى في نكاية للعدو وحظاً للمسلمين فعل"[٨١٧]، وبنا عليه المسلمين له مطلق الحرية في أن يختار ما يراه مناسباً لمصلحة الإسلام والمسلمين ما بين المنّ، أو الفداء، أو القتل، أو الاسترقاق[٨١٨].

ثانياً: التعارض من حيث العقوبة

يعد الشق العقابي الجزء الهام المكمل لشق التجريم، حيث إنه ومما لاشك فيه إن تجريم الأفعال دون وضع العقوبات اللازمة لها مع فرض آليات عملية لتفعيل هذه العقوبات، يعتبر أمراً لا قيمة له، بل يبقى تجريم هذه الأفعال مجرد آراء فقهية في مدونات غير ملزمة، يتحول الإلتزام فيها من إلتزام قانوني إلى مجرد التزام أدبي يخضع لتقديرات الفاعل للجريمة، ونظام روما الأساسي بشأن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية حدد، كما بينا فيما سبق، بعض العقوبات للجرائم التي تدخل ضمن الإختصاص الموضوعي لهذه المحكمة، والتي تراوحت ما بين سلب الحرية وهي السجن المؤقت والسجن المؤبد، وعقوبات مالية تمثلت في الغرامة

من ينتفع بخدمته ويؤمن شره فاسترقاقه أصلح كالنساء والصبيان، وللإمام الرأي الأصح فينبغي أن يفوض ذلك إليه. انظر: ابن قدامة. *المغني*. ج٩. ص٢٣٦. السرخسي. *شرح السير الكبير*. مرجع سابق. ج١.ص١٠٢٥.

[٨١٦] فعن عمران بن حصين قال: "إن رسول الله صلى الله عليه وسلم، فدى رجلين من المسلمين برجل من المشركين من بني عقيل". انظر: الشوكاني. *نيل الأوطار من منتقى الأخبار*. مرجع سابق. ج٧. ص٣٥٧.

[٨١٧] الشوكاني. المرجع السابق. ج٩. ص ٢٢٠.

[٨١٨] علوان، عبدالله ناصح. *نظام الرق في الإسلام*. مرجع سابق. ص ٢٣.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

والمصادرة، وهي عقوبات قد تتماشى والتشريع الجنائي الإسلامي عند التطبيق في بعض الجرائم ولكن لا يمكن تطبيقها في بعض الجرائم التي حددت لها الشريعة الإسلامية عقوبات بعينها.

١. غياب عقوبة الإعدام عن نظام روما الأساسي

من خلال الإطلاع على نظام المحكمة الجنائية الدولية، فإنه يجوز لها ووفقاً لنظامها الأساسي، أن تفرض عقوبات على مرتكبي الجرائم التي تدخل ضمن اختصاصها الموضوعي، كما يجوز لها أيضاً أن تصدر أحكاماً بتعويض المجني عليهم وجبر الأضرار التي قد تلحق بهم من فعل الجاني، حيث تقوم المحكمة بتحديد العقوبة والأحكام وفقاً لنظامها الأساسي والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات ولائحة المحكمة الجنائية الدولية بعد الأخذ في الإعتبار شدة الجرم والظروف الفردية للشخص المدان.

وقد حرص نظام روما الأساسي على تأكيد مبدأ الشرعية فنص على أنه: "لا جريمة ولاعقوبة إلا بنص" بحيث جاءت المادة ٧٧ من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية محتوية على جملة من العقوبات انحصرت في سلب الحرية وهي السجن وعقوبات مالية تمثلت في الغرامة والمصادرة[٨١٩].

غير أن الملاحظ في هذا النظام، فيما يتعلق بالعقوبات، لم ترد به عقوبة الإعدام، بالرغم من وجود جرائم تدخل في الاختصاص الموضوعي للمحكمة تعد من الجرائم البشعة والخطير على المجتمع الدولي[٨٢٠]،

---

[٨١٩] نصت المادة ٧٧ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية علي العقوبات الواجبة التطبيق وقد جاءت على نحو: "١.رهناً بأحكام المادة ١١٠, يكون للمحكمة أن توقع على الشخص المدان بارتكاب جريمة في إطار المادة ٥ من هذا النظام الأساسي إحدى العقوبات التالية : أ.السجن لعدد محدد من السنوات لفترة أقصاها ٣٠ سنة. ب.السجن المؤبد حيثما تكون هذه العقوبة مبررة بالخطورة البالغة للجريمة وبالظروف الخاصة للشخص المدان. ٢.بالإضافة إلى السجن, للمحكمة أن تأمر بما يلي: أ.فرض غرامة بموجب المعايير المنصوص عليها في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات. ب.مصادرة العائدات والممتلكات والأصول المتأتية بصورة مباشرة أو غير مباشرة من تلك الجريمة, دون المساس بحقوق الأطراف الثالثة الحسنة النية".

مثل الإبادة الجماعية بالقتل العمد، وجريمة الاغتصاب في الجرائم ضد الإنسانية، وغيرها من الجرائم الشنيعة، وهو ما يعد قصوراً في التشريع، مع عدم الأخذ بمبدأ التناسب ما بين الجريمة والعقوبة المناسبة لها.

حيث إن عدم النص على عقوبة الأعدام لبعض الجرائم التي تحتاج شدة في العقوبة بالنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، يُعدّ تهاوناً واضحاً لحقوق المجني عليهم، ومخالفاً لأحكم الشريعة الإسلامية، خاصة فيما يتعلق بجريمة القتل العمد والتي الحق فيها يكون خالصاً للعبد، والثابتة بكتاب الله عز وجل في قوله تعالى: (وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ)[٨٢١]، وهو دليل واضح لاخلاف فيه، وبالتالي غياب هذه العقوبة عن منظومة النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يؤكد التعارض وبصورة واضحة مع منهج الشريعة الإسلامية، ويؤكد ضعف التشريعات الوضعية.

٢. عدم تحديد العقوبة لكل جريمة على حده

إن عدم تحديد عقوبة مقدرة لكل جريمة على حده في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية قد يُثير بعض المشاكل القانونية، وهي فكرة لا تتوافق مع فكرة العقوبات الحدية وعقوبات القصاص والتي جاءت في الشريعة الإسلامية محددة لا لبس فيها في كتاب الله تعالى أو من خلال سنة رسوله ﷺ، وهو ما جسد القاعدة القانونية في الشريعة الإسلامية التي تنص على:"لاجريمة ولاعقوبة إلا بنص"، والتي أقرها

---

[٨٢٠] تقدمت بعض الوفود المشاركة في مفاوضات روما بعدة عقوبات لإدراجها ضن النظام الأساسي للمحكمة، وكانت من ضمنها عقوبة الإعدام والتي اعتبرها البعض من العقوبات الانسب لتحقيق الردع على مرتكبي الجرائم الدولية، غير أنه تم استبعادها لصالح سياسة الأمم المتحدة في مجال حقوق الإنسان الرامية إلى إلغاء تطبيق الإعدام حتى من القوانين الوطنية. انظر: بوسماحة، نصر الدين. *شرح نظام المحكمة الجنائية الدولية مادة مادة*. مرجع سابق. ج٢. ص ١١٥.

[٨٢١] القرآن. المائدة٥: ٤٥.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية دون أن يعمل بها بالشكل الدقيق بإن ترك تحديد العقوبة وبدقة لتقديرات قاضي الموضوع في كل الجرائم، والتي منها جرائم القتل العمد والإغتصاب، وهو أمر لا تأخذ به الشريعة الإسلامية.

٣. في التقادم المُسقط للجريمة

تأخذ أغلب القوانين الوضعية بفكرة إنقضاء الدعوة الجنائية بمضي المدة، والتعليل في ذلك يعود إلى أنهم يرون بعدم توافر المصلحة في العقاب بعد أن مضت مدة على ارتكاب الجريمة خاصة بعد أن نُسيت من قبل عامة الناس، كما أنه وفي الغالب يصعب إثباتها بعد مضي فترة من الزمن، وكما تنقضي الدعوى الجنائية بمضي المدة، تنقضي أيضاً العقوبة بذات السبب، إلا أن مدة السقوط في العقوبة أطول من مدة السقوط في الجريمة، حيث إن الحكم الصادر بالإدانة يترك لدى الناس أثراً يطول أمده، أما الجريمة فهي أسرع إلى النسيان، غير أن لبعض الدولة نظرة أخرى في ذلك، فالمشرع الإنجليزي وعلى سبيل المثال، لا يأخذ بفكرة التقادم[٨٢٢]، وهو ما أخذ به النظام الإساسي للمحكمة الجنائية الدولية، فلاتسقط الجريمة في نظامها الأساسي بمضي المدة[٨٢٣]، وبالتالي فالحديث عن التقادم في الجرائم بنظام المحكمة لامكان له، إذ يظل المتهم رهن الملاحقة القانونية ما دام على قيد الحياة، وهو مايتعارض ومنهج الشريعة الإسلامية في بعض الحالات.

فسقوط الجريمة بمضي المدة في الشريعة الإسلامية له قواعده، فالتقادم فيها لا يقع على الجريمة، وإنما التقادم فيها يقع على دليل إثباتها، وهو عادةً ما يكون الشهادة، كما يمكن أن يسقط القصاص بالعفو أو

---

[٨٢٢] بهنسي، أحمد فتحي. *الموسوعة الجنائية الحديثة في الفقه الإسلامي*. مرجع سابق. ج١. ص٣٨٦.

[٨٢٣] تنص المادة ٢٩ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والمتعلقة بعدم سقوط الجرائم بالتقادم، على أنه: "لاتسقط الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة بالتقادم أياً كانت أحكامه".

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

بالصلح أو الإبراء لكونه حق خاص للفرد[٨٢٤]، وهو أمر لم تقرره التشريعات الوضعية بعد، ويأخذ فقهاء الحنفية بجواز سقوط الجريمة الحدية بمضي المدة في حالة إذا ماطال العهد ما بين وقوع الفعل الموجب للحد وبين شهادة شهود الإثبات[٨٢٥]، ويقول الكمال بن الهمام، رحمه الله، في هذا السياق: "إن الشاهد إذا شهد بعد التقادم فهو إما فاسق أو عدو، لأنه كان قد اختار جانب الأداء ثم أخر الشهادة كان فاسقاً، وإذا كان قد اختار جانب الستر ثم شهد لحقته تهمة العداوة وكلا الوصفين موجب لرد شهادته"[٨٢٦]، وسقوط الجريمة بالتقادم يتم في الحدود جميعها، لكونها حقوقاً خالصة لله تعالى، بينما لا ينطبق الأمر على حد القذف، وذلك لأن الحق فيها يعود للعبد[٨٢٧].

أما بالنسبة لسقوط الجريمة بالتقادم في جرائم التعازير، فإنه لايوجد قرار حاسم فيها من حيث إقرار التقادم أو نفيه، وذلك لأن التنظيم في التعزير بصفة عامة يعد من شؤون الأمام، وبالتالي فالرأي فيها متسع يستوعب كل وجهات النظر، بإعتبار انها مسألة تقديرية تخضع لظروف الزمان والمكان الذي تقع فيه الجريمة التعزيرية،

---

[٨٢٤] عوض، محمد عوض. ١٩٨٣م. *دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي*. الكويت: دار البحوث العلمية للنشر والتوزيع. ص٣١٥.

[٨٢٥] وحجتهم في ذلك أن الشاهد على الحد في الأصل مخير مابين أمرين، إما الستر على أخيه المسلم الذي وقع منه الفعل الإجرامي، وإما الإدلاء بما شاهد من الجريمة، فإذا مضت مدة ولم يدلي بشهادته ، دل ذلك على أنه قد اختار الستر على أخيه المسلم، فإن جاء بعد تقادم المدة وشهد دل ذلك على أن شيء ما دفعه على الإدلاء بشهادته وهو قد يكون شبهة على وجود الضغينة والعداوة اللاحقة لإرتكاب الجريمة، فلا تقبل شهادته، لأن شاهد الضغينة والعداوة لا تصح شهادته. انظر: الوادعي، سعيد بن مسفر الدغار. *أثر الشبهات في درء الحدود*. مرجع سابق. ص١٠٣.

[٨٢٦] ابن الهمام. *فتح القدير*. ج٥. ص٢٧٩.

[٨٢٧] لذلك اشترط الشكوى من المقذوف في حد القذف، وليس في وسع الشاهد في هذه الحالة أن يدلي بشهادته قبل أن يتقدم المقذوف بالشكوى لولي الأمر ويطالبه بذلك، وبالتالي لايكون تاخير الشهادة فيها جالباً للتهمة وهو مايترتب عنه عدم سقوط جريمة القذف بمضي المدة. انظر: عوض، محمد عوض. *دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي*. مرجع سابق. ص ٣١٨.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

لأن الغاية في التعزير هي المصلحة، ولهذا السبب فإن فقهاء الشريعة لايصرحون بنفي التقادم فيها، واعتبروه من اختصاص ولاة الأمر، فهم بالخيار ما بين المنع والتقرير[٨٢٨].

٤. في الحبس

لاتعارض في عقوبة الحبس أو السجن من حيث إقرارها في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والتشريع الجنائي الإسلامي، ولكن تظل الإشكالية قائمة في مجال تطبيق هذه العقوبة، ففي التشريع الجنائي الإسلامي لا تطبق إلا في جرائم التعزير بينما في النظام الأساسي للمحكمة الجنائي الدولية تطبق هذه العقوبة على الجرائم كافة الواردة بالمادة ٥ بالنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وهو ما يعني أن هذه العقوبة قد تطبق على من قتل النفس البشرية، والاغتصاب، وسرق ونهب، خاصة وأن عقوبة الإعدام ليست من العقوبات التي شملها النظام الأساسي للمحكمة، وهو ما يعزز من وجود التعارض فيما يتعلق بمجال تطبيق عقوبة الحبس ما بين النظامين.

---

[٨٢٨] عوض، محمد عوض. *دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي*. مرجع سابق. ص٣١٥

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

المبحث الثاني

النظام الإجرائي في الإسلام وأوجه التعارض مع نظام المحكمة الجنائية الدولية

لقد حرصت الشريعة الإسلامية على تحديد النظام القضائي في الدولة الإسلامية وتقرير قواعد المحاكمة العادلة وشروط تولي العمل بالقضاء بما يضمن المحاكمة العادلة للمتهمين، وكذلك لضمان حصول المجني عليهم على حقوقهم التي بينها الشرع، وهي آليه لازمة لتفعيل النظام العقابي في الشريعة الإسلامية، بحيث جُعل القضاء فرض من فروض الكفايات[٨٢٩]، ذلك لأن أمر الناس لا يستقيم بدونه، فكان واجبا عليهم، كالجهاد والإمامة[٨٣٠]، والغاية فيه أن يسود العدل المجتمع الإسلامي وحتى يستطيع صاحب الحق أن يصل إلى حقه إذا نازعه فيه أحد أو أُعتدي عليه، ولذلك كان لقواعد إختيار القضاة في الشريعة الإسلامية ولمباديء وقواعد المحاكمة العادلة في الإسلام الدور الكبير والضمانة الفعالة للمتهمين والمجني عليهم للحصول على المحاكمة العادلة وإظهار الحق[٨٣١].

---

[٨٢٩] معني الفرض الكفائي: "الأمر الذي طلب الشارع حصوله على سبيل الحتم والإلزام من مجموع المكلفين لامن كل فرد وذلك مثل القضاء والإفتاء والجهاد في سبيل الله ورد السلام إذا كان المرء في جماعة وأداء الشهادة والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وتعلم الطب والصناعات التي يحتاجها الناس في حياتهم اليومية". عثمان، محمد رأفت. ط٦. ٢٠٠٥م. *النظام القضائي في الفقه الإسلامي*. القاهرة: دار الكتب المصرية. ص٢٤.

[٨٣٠] ابن قدامة. *المغني*. ج١٠. ص٣٢.

[٨٣١] لقد عظم الإسلام مكانة القضاء والقضاة في الدنيا، كما جعل لهم منزلة رفيعة يوم القيامة لمن يعدل منهم بين الناس، حيث قال فيهم رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن المقسطين عند الله على منابر من نور، عن يمين الرحمن عز وجل، وكلتا يديه يمين، الذين يعدلون في حكمهم وأهليهم وما ولوا". مسلم. *صحيح مسلم*. كتاب الإمارة. باب فضيلة الإمام العادل وعقوبة الجائر والحث على الرفق. ج٢. ص١٤٥٨. حديث رقم ١٨٢٧. وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "سبعة يظلهم الله عز وجل يوم القيامة، يوم لا ظل إلا ظله: إمام عادل، وشاب نشأ في عبادة الله عز وجل، ورجل ذكر الله في خلاء ففاضت عيناه، ورجل كان قلبه معلقا في المسجد، ورجلان تحابا في الله عز وجل، ورجل دعته امرأة ذات منصب وجمال إلى نفسها فقال: إني أخاف الله عز وجل، ورجل تصدق بصدقة، فأخفاها حتى لا تعلم

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

والقضاء في الإسلام ليس النظام الوحيد في الإسلام للفصل في المنازعات بين الناس، وإنما كانت إلى جانبه أنظمة أخرى، انحصرت في: ولاية المظالم، وولاية الحسبة، ونظام التحكيم[٨٣٢]، ولكن يظل النظام القضائي هو الأكثر فاعلية وتفعيل، حيث يعتبر ذو شمولية واتساع من حيث الاختصاص، وذلك لأنه يستمد سلطته من سلطة من له الحق في تعيينه، وهو صاحب الولاية العامة، لذلك نجد أن القاضي يستطيع أن يحكم في الحدود والقصاص والتعازير، ويكون حكمه في هذه الدعاوى ملزماً وواجب النفاذ على من وقع عليه الحكم[٨٣٣].

المطلب الأول: القضاء وشروط توليه وقواعد المحاكمة العادلة في الإسلام

لاشك في أن من أهم الضمانات التي يجب أن يتمتع بها المتهم في مرحلتي التحقيق والمحاكمة، هو الحصول على تحقيق شفاف، الغرض منه الوصول للحقيقة عن طريق محاكمة عادلة، وكل ذلك لا يتأتى إلا بتوفير قضاة على مستوى عالي من الكفاءة المهنية مع التفقه في أمور الدنيا والدين، كما يجب أن يكون

شماله ما صنعت يمينه". النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني. ط٣. ١٩٨٦م. *السنن الصغرى*. تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة. حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية. كتاب آداب القضاة. باب الإمام العادل. ج٨. ص٢٢٢. حديث رقم ٥٣٨٠.

[٨٣٢] ولاية المظالم، هي سلطة قضائية أعلى من سلطة القاضي والمحتسب، ويطلق على من يتولى هذه الولاية، والي المظالم أو قاضي المظالم أوصاحب المظالم، وله من السلطات مايفوق سلطة القاضي والمحتسب والحكم، ولذلك يلجأ إليه أصحاب المظالم ممن استصعب عليهم رفع تلك المظالم أو عجز القاضي عن دفع الظلم عنهم، بحيث يكون أحد الخصوم في الدعوى طرفاً قوي ذا جاه، لذلك نجد والي المظالم أو قاض المظالم ليجمع ما بين سلطة القضاء والتأديب والتنفيذ، أما ولاية الحسبة، فهي ولاية أدنى درجة من القضاء، فالمحتسب لاترفع إليه الدعوى التي يرفعها مدع على مدعى عليه بشأن نزاع نشب بينهما على حق من الحقوق يعيه شخص ويجحده شخص آخر، ذلك لأنه ليس له أن يسمع بينة المدعي لاثبات حقه ولا أن يحلف للمدعي عليه اليمين لينفي الحق المدعى، به فهذا شأن القضاء، وإنما تتبلور مهمة المحتسب في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، أما التحكيم فهو اللجوء لشخص ثالث يتم الموافقة عليه من قبل المتخاصمين في حق ما للفصل فيما بينهما فيه، وبالرغم من وجه التشابه مابين القضاء والتحكيم في مهمة الفصل في الخصومات إلا أن هناك فروقاً واضحة بينهما والتي منها الجهة التي تعينهم، حيث يختار الخصوم المحكم بينمها، بنما في القضاء يتم تعيين القاضي من قبل الوالي. انظر: عبدالستار، فوزية. ٢٠٠٩م. *القضاء في الإسلام* . القاهرة: دار الكبت المصرية. ص١٧-٢٧.

[٨٣٣] عبدالستار، فوزية. ٢٠٠٩م. *القضاء في الإسلام*. المرجع السابق. ص٢٧.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

هولاء القضاة ممن يتمتعون بصفات معينة متماشية وروح الشريعة الإسلامية،كالعفة والأمانة والمقدرة على حملها والصبر والهيبة، ولا يخافوا في الله لومة لائم مع القوة في الجهر والصرامة عند اتضاح الحق والحكم به[٨٣٤].

ولم تقتصر الشريعة الإسلامية في المنهج القضائي، في سبيل توفير المحاكمة العادلة للمتهم وحصول المجني عليهم علي حقوقهم في توفر شروط معينة في القضاة عند تعيينهم، بل وضعت قواعد عامة يجب أن تتوافر عند سير الدعوى، وهي ضوابط يلتزم بها القاضي عند جلوسه للحكم في مجلس القضاء ونظره للدعوى، وهي ضمانات عامة للخصوم تكتمل بها فكرة تحقيق العدالة التي يحرص عليها الإسلام من خلال هذا القضاء وقضاته، وألا تعرضوا للعزل من قبل من له الحق في عزلهم.

الفرع الأول: شروط تولي القضاء وجهة تعيين القضاة وعزلهم في الإسلام

حددت الشريعة الإسلامية عند تعيين القضاة في الأقاليم الإسلامية، أن تتوافر فيهم شروط معينة حتى يتولوا القضاء، وغياب شرط واحد من هذه الشروط قد يحول دون تولي الفرد مهمة القضاء في الإسلام، وقد إنحصرت هذه الشروط في: الإسلام، والبلوغ، والعقل، والحرية، والذكورة، والعلم بأحكام الشريعة الإسلامية، وأخيراً العدالة وسلامة الحواس.

---

[٨٣٤] وقد قال في ذلك سيدنا علي بن أبي طالب رضي الله عنه: "لاينبغي أن يكون القاضي قاضيا حتى تكون فيه خمس خصال وهي: عفيف، حليم، عالم بما كان قبله، يستشير ذوي الألباب، لا يخاف في الله لومة لائم". كما قال عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه في ذات السياق أنه: "ينبغي للقاضي أن تجتمع فيه سبع خصال، إن فاتته واحدة كانت فيه وصمة وهي: العقل، والفقه، والورع، والنزاهة، والصرامة، والعلم بالسنن، والحكم". انظر: ابن قدامة. *المغني*. ج ١٠. ص ٤٠.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

أولاً: شروط تولي القضاء في الإسلام

لقد أقرت الشريعة الإسلامة جملة من الشروط الأساسية التي يجب أن يتم على ضوءها إختيار من يتولي مهنة القضاء على المسلمين في دار الإسلام، وهي شروط موضوعية وأخرى شخصية متعلقة بشخص المترشح، بحيث يجب أن تتوافر لدى المترشح لمهنة القضاء، وقد إنحصرت هذه الشروط في:

١. شرط الإسلام

الشرط الأول وهو شرط الإسلام، حيث يشترط الإسلام فيمن يولى منصب القاضي بين المسلمين أن يكون مسلماً[٨٣٥]، وذلك لأن القضاء ولاية ولا تجوز ولاية الكافر فيه على المسلم، لقوله تعالى: (وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا)[٨٣٦] وهذه الآية تنهى عن أن يكون للكفار على المسلمين سبيل، أي هيمنة، إذ أن للقاضي الهيمنة والولاية، باعتبار أن الولاية هي إنفاذ القول على الغير، وأحكام القاضي تنفذ سواء شاء المتخاصمون أم أبوا، فإذا ولي الكافر القضاء على المسلمين كان له الهيمنة والولاية، وهذا يتنافى مع ما تفيده الآية من النهي عن أن يكون لغير المسلمين سيطرة أو ولاية على المسلمين[٨٣٧]، وبالرغم

---

[٨٣٥] الماوردي. *الأحكام السلطانية*. ص ٥١.

[٨٣٦] القرآن. النساء٤: ١٤١.

[٨٣٧] عثمان، محمد رأفت. ط ٢. ١٩٩٤م. *النظام القضائي في الفقه الإسلامي*. دار البيان. ص٧٧.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

من أن الأحناف قد أجازوا أن يتولى القضاء غير المسلم بين غير المسلمين في أرض الإسلام[٨٣٨]، إلا أن جمهور الفقهاء خالفوهم في ذلك[٨٣٩].

٢. شرط العقل

الشرط الثاني من شروط تولي القضاء، العقل، فالعقل مناط التكليف، والعقل هنا لا يقتصر فقط على ما يتعلق بالتكليف من حيث العلم بالمدركات الضرورية فحسب، وإنما المراد به أيضاً الفطنة واليقظة والذكاء ونضج الفكر[٨٤٠]، ويترتب على هذا الشرط عدم جواز تقليد القضاء من قبل المجنون أو المعتوه، والحقيقة الثابتة أن من لم يكتمل لديه العقل لا بد من أن يتولى أمره شخص ما أو جهة إعتبارية معينة، ومن ثم فمن غير المتصور أن يكون هو ولياً على غيره، هذا فضلاً عن أنه غير مكلف شرعاً لنقص أو فقد عقله بالكامل، وبالتالي فبكل تأكيد لا تجوز ولايته.

---

[٨٣٨] وقد أجاز الحنفية تولية القضاء لغير المسلم طالما يكون حكمه للفصل ما بين غير المسلمين معتدمدين في ذلك على قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ إِلَّا تَفْعَلُوهُ تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ كَبِيرٌ﴾،(الأنفال ٧٣)، فالولاية لديهم هنا عامة تشمل ولاية القضاء وولاية الشهادة على النفس والولاية على المال. انظر: عبدالستار، فوزية. *القضاء في الإسلام*. مرجع سابق. ص٥١.

[٨٣٩] غير أن جمهور الفقهاء يرفض ماذهب إليه الحنفية من جواز تولية القضاء لغير المسلمين، إذ أنه قد اشترطوا الإسلام للكاتب فما بالك للقاضي، فقد روى أن أبا موسى قدم على عمر، رضي الله عنه، ومعه كاتب نصراني، فأحضر أبو موسى شيئا من مكتوباته عند عمر، فاستحسنه، وقال: قل لكاتبك يجيء، فيقرأ كتابه، قال: إنه لا يدخل المسجد، قال: ولم؟ قال: إنه نصراني، فانتهره عمر، وقال: لا تأتمنوهم، وقد خونهم الله تعالى، ولا تقربوهم، وقد أبعدهم الله تعالى، ولا تعزوهم، وقد أذلهم الله تعالى. انظر: ابن قدامه. *المغني*. ج١٠. ص٦٤.

[٨٤٠] الماوردي. *الأحكام السلطانية*. ص٥١.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

٣. شرط البلوغ

البلوغ أمراً هاماً في تولي القضاء، وعلة ذلك أن غير البالغ لا تصح شهادته في كثير من الأمور، وذلك لأن أعماله لا تُحسب عليه[٨٤١]، ويُستدل على ذلك بما جاء في قوله تعالى: (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ)[٨٤٢]، ويُفهم من هذه الآية أن الشهادة لا تكون للصبي الذي لم يبلغ مبلغ الرجال، وإنما خُصصت للرجال أو من النساء الراشدات، وإذا ما اعتبرنا أن الشهادة في الأصل هي ولاية خاصة، ومن ثم فإن من لا يصلح للولاية الخاصة فبكل تأكيد لا يمكن أن يكون صالحاً للولاية العامة والتي منها ولاية القضاء[٨٤٣].

٤. شرط الحرية

الحرية شرط أساسي لكل متخذ قرار، وعلى الرغم من انعدام الرق على مستوى العالم، إلا أن مسألة الحرية تظل دائما من المسائل النسبية، وهو ما يعني أن البحث فيها والحث عليها يظل دئما محل نقاش وجدل، وقد تجسدت حرية القاضي، في مبدأ عقيدة القاضي، والذي تأخذ به كل التشريعات الوضعية[٨٤٤]،

---

[٨٤١] القلقشندي، أحمد بن علي بن أحمد الفزاري. ط٢. ١٩٨٥م. *مآثر الأنافة في معالم الخلافة*. تحقيق: عبدالستار أحمد فراج. الكويت: مطبعة حكومة الكويت. ج١. ص٣٢.

[٨٤٢] القرآن. البقرة٢: ٢٨٢.

[٨٤٣] القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري. ط٢. ١٩٥٢م. *الجامع لأحكام القرآن*. د.م: مطبعة دار الكتب المصرية. ج٣ ص٣٨٩. نقل عن: البدوي، إسماعيل إبراهيم. ٢٠١٢م. *نظام القضاء الإسلامي*. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. ص١٨٨.

[٨٤٤] ومؤدى هذا المبدأ، أن للقاضي الجنائي أن يوجه تحقيقه في الجلسة بالشكل الذي يراه مناسبا وملائماً للوصول إلى الحقيقة والكشف عنها دون أن يتقيد في ذلك باتباع وسائل معينة للكشف عن الحقيقة، وهذا المبدأ مستقر عليه في جميع التشريعات الجنائية لارتباطه الوثيق بمبدأ الشرعية الذي وجد ضمانا للحريات الفردية، ومن ضمن هذه التشريعات، التشريع الليبي، فقد نصت المادة ٢٧٥ من قانون الإجراءات الليبي على هذا المبدأ، والتي تنص عل أن يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته. سلامة، مأمون محمد. ١٩٧١م. *الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي*. بيروت: دار الكتب. ص١٥٠.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

بحيث يكون القاضي حر في عقيدته فيما يتخذه ويقرره ولا قيد عليه إلا ضميره والقانون في نظره للدعوى، بحيث يكون القاضي سيد قراره، وبالتالي لابد من أن يتمتع بالحرية في مفهموها العام وبمفهومها في الشريعة الإسلامية، والتي تعني أن لا يكون من العبيد، وهو رأي العلماء، فهم يرون أن الحرية شرط أساسي لتولي القضاء[٨٤٥].

٥. شرط الإجتهاد والعلم بأحكام الشريعة الإسلامية

يشترط في القاضي أن يكون مجتهداً بالدرجة الأولى لا مقلد، وعالماً بأحكام الشريعة الإسلامية، والإجتهاد المقصود به الأهلية لاستنباط الأحكام من مصادر التشريع[٨٤٦]، فالمجتهد هو من يعرف من القرآن والسنة وما يتعلق بالأحكام، خاصة وعامة ومجملة ومبينه وناسخة ومنسوخة ومتواتر السنة وغيره، والمتصل والمرسل وحال الرواة، قوة وضعفاً، ولسان العرب، لغة ونحواً وأقوال العلماء من الصحابة ومن بعدهم، إجماعاً واختلافاً، والقياس بأنواعه، وعلمه بكل ذلك يشتمل على علم أصولها وفروعها[٨٤٧]، حيث إن العلم بكل

---

[٨٤٥] ولما كانت الحرية شرطاً لقبول الشهادة وكان القضاء لايجوز إلا لمن تجوز شهادته فإن النتيجة المنطقية لذلك هي أن الحرية شرط لتولي القضاء، هذا فضلا عن أن فاقد الحرية لايلي أمر نفسه وبالتالي لايجوز أن يلي أمر غيره. عبدالستار، فوزية. *القضاء في الإسلام*. مرجع سابق. ص٥٥.

[٨٤٦] اختلف الفقهاء في اشتراط الإجتهاد في الإنسان الذي يتولى القضاء إلى رأيين، الأول: كان فيه قول الشافعية والحنابلة والظاهرية، والشيعة، بأن يشترط في متولى القضاء أن يكون مجتهد، والرأي الثاني والذي قال به الحنفية وبعض المالكية، وهو عدم اشتراط الاجتهاد فيجوز تولية المقلد والجاهل القضاء، ومحل الخلاف هو الاجتهاد المطلق، والذي يعني استفراغ الفقيه الوسع بأن يبذل تمام طاقته ويستنفذ غاية جهده وينظر في الأدلة ليحصل له الظن بالحكم الشرعي، وبالتالي ووفقا لأصحاب الرأي الأول، أن يكون متولى القضاء عالماً دقيقاً بعلوم القرآن، والسنة النبوية والعلم بما أجمع عليه العلماء وما اختلفوا فيه مع معرفة لسان العرب ودلالات الألفاظ وحروف المعاني.انظر: البدوي، إسماعيل إبراهيم. *نظام القضاء الإسلامي*. مرجع سابق. ص٢٢٢-ص٢٢٣.

[٨٤٧] الماوردي. *الأحكام السلطانية*. ص١١٢.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

ذلك يسهل على القاضي الحكم بما أنزل الله[٨٤٨]، بحسب ما جاء من أمر في قوله تعالى: (وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ)[٨٤٩]، وما أنزل الله في كتابه العزيز لايعرفه العامة من الناس أو العالم المقلد، وإنما يعرفه العالم المجتهد[٨٥٠].

٦. شرط الذكورة

وهذا الشرط يحول دون أن تباشر المرأة مهنة القضاء، وهو ما ذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة وأكثر أهل العلم، أما الحنفية فقد قالوا أنه يجوز تولى المرأة القضاء وتقضي فيما تصح فيها شهادتها، ولا يجوز أن تقضي فيما لا تصح فيه شهادتها[٨٥١]، أي شرط أن يكون لها النظر والفصل في غير الحدود والقصاص[٨٥٢]، وحجة من ينادون بعدم تولي المرأة القضاء، قوله صلى الله عليه وسلم: "ما أفلح قوم يلي أمرهُم امرأة"[٨٥٣]، ويرى هولاء أن ولي الأمر إذا ولى إمرأة في القضاء كان آثماً وكان قضاءها باطلاً، ويستوي في ذلك حكمها في جميع أنواع

---

[٨٤٨] حيث إن الحكم بما أنزل الله هو السبيل لإحقاق الحق وتجسيد العدل، وهذا الحكم، وهو ما يتطلب في القاضي أن يكون مجتهداً وغير مقلد، وهو مقال به الإمام مالك والشافعي والحنابلة. انظر: زيدان، عبدالكريم. ط٣. ٢٠٠٠م. *نظام القضاء في الشريعة الإسلامية*. بيروت: مؤسسة الرسالة. ص٢٦.

[٨٤٩] القرآن. المائدة ٥: ٤٩.

[٨٥٠] الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين. ١٩٨٤م. *نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج*. بيروت: دار الفكر . ج٨. ص٢٣٥.

[٨٥١] الماوردي. الأحكام السلطانية. مرجع سابق. ص١١٠.

[٨٥٢] ابراهيم، حسني عبدالسميع. د.ت. *أصول المحاكمات في الشريعة الإسلامية*. الإسكندرية: منشأة المعارف. ص٢٧.

[٨٥٣] الشيباني، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد. ٢٠٠١م. *مسند الإمام أحمد بن حنبل*. تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وعادل مرشد، وآخرون. بيروت: مؤسسة الرسالة. ج٣٤. ص١٤٤. حديث رقم ٢٠٥٠٨.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

الدعاوى، الجنائية والمدنية، أو حتى ما يتعلق بدعاوى الأحوال الشخصية، وسواء كان في القضايا التي تجوز فيها شهادتها أو لا تجوز، وسواء فيما يجوز إطلاع الرجال عليه أو فيما لا يجوز من القضايا[٨٥٤].

٧. العدالة وسلامة الحواس والأعضاء

العدالة، وهي ملكة بالنفس، بحيث يجب أن يكون الإنسان الذي يتولى مهنة القضاء صادقاً أميناً يميل بفطرته إلى تجنب الكبائر مع عدم الإصرار على الصغائر[٨٥٥]، حريصاً على الإبتعاد عن الآثام مبتعداً عن مواطن الريب مأموناً في الرضا والغضب له مروءة، فإذا تكاملت فيه الصفات، فهي العدالة التي تجوز بها شهادته وتصح معها ولايته في القضاء، وإذا غابت عنه مُنع من الشهادة والولاية، فلم يُسمع له قول ولا ينفذ له حكم[٨٥٦]، وعليه فلا يجوز تولية القضاء الفاسق أو المحجوز عليه لسفه[٨٥٧]، وقد ذكر سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه في رسالته إلى ابي موسى الأشعري: أن من أقيم عليه حد ومن جُربت عليه شهادة زور ومن كان متهماً في نسب أو ولاء، فقد فقدوا عدالتهم، ولما كانت العدالة شرطاً لتولية القضاء فإن هولاء لا يجوز تقليدهم القضاء[٨٥٨].

---

[٨٥٤] عبدالستار، فوزية. *القضاء في الإسلام*. مرجع سابق.ص٥٩-٦٠.

[٨٥٥] الزحيلي، محمد. ط٢. ٢٠٠٨م. *فقه القضاء والدعوة والإثبات دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية وقوانين الإمارات*. الإمارات العربية المتحدة: جامعة الشارقة. ص ٧٠.

[٨٥٦] الماوردي. *الأحكام السلطانية*. مرجع سابق. ص١١٢.

[٨٥٧] واصل.نصر فريد. ط٢. ١٣٠٣هـ. *السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام*. د.م. ب.ن. ص ١٣٨.

[٨٥٨] الشربيني، محمود. ط٢. ١٩٩٩م. *القضاء في الإسلام*. د.م. ب.ن. ص٢٥

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

أما سلامة الحواس فهي أمر هام جداً للقاضي، وذلك لمعرفة الخصوم والتأكد من هوياتهم، وحتى يستطيع أن يفرق بين المقر والمنكر ويعاين محل النزاع[٨٥٩]، فيكون متكلما سميعا بصيرا، لأن الأخرس لا يمكنه النطق بالحكم، ولا يفهم جميع الناس إشارته، والأصم لا يسمع قول الخصمين، والأعمى لا يعرف المدعي من المدعى عليه، والمقر من المقر له[٨٦٠]، كما أن سلامة أعضاء وحواس القاضي تمنحه الهيبة والوقار فوق أستخدامها[٨٦١].

ثانياً: تعيين القضاة وعزلهم في الشريعة الإسلامية

الضمانة الثانية لخصوم الدعوى وبعد توفر الشروط اللازمة في تولي القضاء، هي طريقة وجهة تعيينهم وعزلهم من العمل بالسلك القضائي، وهي مسألة هامة، حيث تُلزم القاضي بدل الجهد والتقصي والحذر في إصدار أحكامه وبدقة، وهي نوع من أنواع الرقابة على أعمال القضاء.

١. تعيين القضاة

لما كانت ولاية القضاء تندرج تحت الولاية الكبرى، فإن من يتولى تعيين القضاة هو صاحب هذه الولاية أي الخليفة، لأن من يمتلك الكل يملك الجزء من باب أولى، وانطلاقاً من ذات المنطق، فإن الخليفة يستطيع

---

[٨٥٩] الزحيلي، محمد. *فقه القضاء والدعوى والإثبات دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية وقوانين الإمارات*. مرجع سابق. ص٧٠.

[٨٦٠] ابن قدامه. *المغني*. ج١٠. ص٣٦.

[٨٦١] لقد كان قول الإمام الماوردي ،رحمه الله، في هذا السياق على نحو: "السلامة في السمع والبصر ليصح بهما إثبات الحقوق، ويفرق بين الطالب والمطلوب، ويميز المقر من المنكر حتى يظفر له الحق من الباطل، ويعرف المحق من المبطل، فإن كان ضريرا كانت ولايته باطلة، وجوزها مالك كما جوز شهادته، وإن كان أصم فعلى الاختلاف المذكور في الأمانة، فأما سلامة الأعضاء فغير معتبرة فيه وإن كانت معتبرة في الإمامة، فيجوز أن يقضي وإن كان مقعدا ذا زمانة، وإن كانت السلامة من الآفات أهيب لذوي الولاية". انظر: الماوردي. *الإحكام السلطانية*. ص١١٢.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

أن يفوض أو يعهد إلى ولاته في كل الإقاليم التي تقع تحت إمرته بأن يعينوا القضاة في تلك الإقاليم التي يتولون أمورها نيابةً عن الخليفة[٨٦٢]، وبمفهوم المخالفة فإنه لا يجوز لأحد أن يتولى القضاء بنفسه ولا أن يطلب تولية القضاء، لأن من طلب القضاء وأراده وحرص عليه، فقد وضع نفسه في موضع الشبهات[٨٦٣]، ومن لم يسأله وامتُحن به وهو كاره له خائف على نفسه، أعانه الله عليه[٨٦٤].

ولا يشترط الفقهاء في رئيس الدولة الإسلامية الذي يعين القضاة أو فيمن ينيبه عنه في ذلك أن يكون عادلاً، وإنما قد يكون ظالماً فاسقاً، شرط أن يولي القضاء من هم أهل لتوليه، وذلك حتى لا تتعطل مصالح الناس ولا تتأخر وصول الحقوق إلى أصحابها، إذ يجب أن تتوافر في القاضي صفة العدالة لا في الحاكم[٨٦٥].

والملاحظ أن تولية القاضي من قبل الحاكم أو من ينوب عنه في تعيين القضاة من الولاة، أن هذا التعيين لا يحول دون أن يختص القاضي بالنظر في الخصومات التي يكون الحاكم أو نائبه طرفاً فيها، وأن يحكم فيها بالعدل سواء للحاكم أو عليه، وفقاً لما تفرضه قواعد العدالة في الدعوة المنظورة أمام هذا القاضي[٨٦٦]، ولنا في التاريخ الإسلامي من الوقائع ما يجسد ذلك، فقد حدث ذلك عندما خاصم نصراني أمير المؤمنين على بن أبي

---

[٨٦٢] زيدان، عبد الكريم. *نظام القضاء في الشريعة الإسلامية*. مرجع سابق. ص٢٥-٢٦.

[٨٦٣] الزحيلي، محمد. *فقه القضاء والدعوة والإثبات دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية وقوانين الإمارات*. مرجع سابق. ص٦٥.

[٨٦٤] فعن أنس رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من ابتغى القضاء وسأل فيه شفعاء وكل إلى نفسه، ومن أكره عليه أنزل الله عليه ملكا يسدده". انظر: الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك. ط٢. ١٩٧٥م. *سنن الترمذي*. تحقيق: احمدشاكر وآخرين. مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي. ابواب الأحكام. باب ماجاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في القاضي. ج٣. ص٦٠٦. حديث رقم ١٣٢٤.

[٨٦٥] البلخي، نظام الدين، وآخرين. ط٢. ١٣١٠هـ. *الفتاوى الهندية*. د.م: دار الفكر. ج٣. ص٣٠٧.

[٨٦٦] مدكور، محمد سلام. ١٩٦٤م. *القضاء في الإسلام*. القاهرة :دار النهضة العربية. ص٤٤.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

طالب أمام القاضي شُريح[٨٦٧]، كما خاصم أحد المسيحيين هارون الرشيد عند القاضي أبي يوسف المولىّ، وقد حكم له في دعواه[٨٦٨].

٢. عزل القضاة

وكما للحكام والولاة الحق في تعيين القضاة، فلهم في ذات الوقت حق عزلهم، إذا وقع منهم ما يقتضي العزل، فأذا ما تغير حال القاضي بفسق، أو زوال عقل، أو مرض يحول دونه والعمل في القضاء، أو إختلت فيه بعضا من شروط تولي القضاء، فإنه يتعين على الإمام عزله[٨٦٩]، فقد ولى علي بن أبي طالب، رضي الله عنه، الأسود في القضاء ثم عزله، فسأله في ما عزلتني وما خنت ولا جنيت؟ فقال له: "إني رأيت

---

[٨٦٧] فقد علي بن أبي طالب، رضي الله عنه، درعاً له ليجده لاحقاً بحوزة رجل نصراني، فأقبل به إلى شريح يخاصمه. قال: فجاء علي حتى جلس إلى جنب شريح وقال: يا شريح، لو كان خصمي مسلما ما جلست إلا معه، ولكنه نصراني، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إذا كنتم وإياهم في طريق فاضطروهم إلى مضايقه، وصغروا بهم كما صغر الله بهم من غير أن تطغوا "، ثم قال: هذا الدرع درعي ولم أبع ولم أهب. فقال شريح للنصراني: ما تقول فيما يقول أمير المؤمنين؟ فقال النصراني: ما الدرع إلا درعي، وما أمير المؤمنين عندي بكاذب. فالتفت شريح إلى علي فقال: يا أمير المؤمنين، هل من بينة؟ فضحك علي وقال: أصاب شريح، ما لي بينة. فقضى بها شريح للنصراني. قال: فأخذها النصراني، ومشى خطى ثم رجع فقال: أما أنا فأشهد أن هذه أحكام الأنبياء، أمير المؤمنين قدمني إلى قاضيه، وقاضيه يقضي عليه! أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، الدرع والله درعك يا أمير المؤمنين، اتبعت الجيش وأنت منطلق إلى صفين فخرجت من بعيرك الأورق. فقال: أما إذ أسلمت فهي لك. انظر: البصري، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي. ١٩٩٧م. *البداية والنهاية*. تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي. د.م: دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان. ج١١. ص١٠٧-١٠٨.

[٨٦٨] مدكور، محمد سلام. *القضاء في الإسلام* . مرجع سابق. ص٤٤.

[٨٦٩] كما كان سيدنا عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، يولي القضاة والولاة ويعزلهم في فترة خلافته، فعزل شرحبيل بن حسنة عن ولايته في الشام، وولى معاوية، فقال له شرحبيل: "أمن جبن عزلتني، أو خيانة؟ فقال له: من كل لا، ولكن أردت رجلا أقوى من رجل"، كما كان سيدنا عمر بن الخطاب أيضاً، يولي بعض الولاة الحكم مع الإمارة في نفس الوقت، فولى أبا موسى البصرة القضاء والإمارة.انظر: ابن قدامه. *المغني*. ج١٠. ص٩٠-٩١.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

كلامك يعلو على الخصوم"، وانطلاقاً من مبدأ أن لولي الأمر الحق في تعيين وعزل أُمرائه وولاته، كان من الطبيعي أن يكون له الحق في عزل قضاته[٨٧٠].

كما كان لقاضي القضاة الدور في تقييم وعزل القضاة، فقاضي القضاة كان من اختصاصه تعيين من يصلح لمنصب القضاء، في أنحاء البلاد التي تخضع للخلافة، وله أيضًا حق عزله إذا أصبح مستحقا للعزل، ومن حقه أن يتفقد أحوال القضاة، فينظر في أقضيتهم، ويراجع أحكامهم، ويتتبع أخبارهم وسيرتهم بين الناس، بل كان له الحق في نقض أحكامهم، وقد نقل هذا النظام عن الفرس، فقد كان عندهم وظيفة "قاضي القضاة"[٨٧١].

الفرع الثاني: قواعد المحاكمة العادلة وسلوك القاضي في الإسلام

إذا جلس القاضي للحكم في مجلس القضاء وجب عليه أن يتقيد بعدة قواعد أساسية عند نظره للدعوى، وهي قواعد هامة تعكس وتظهر روح العدالة التي تنادي بها الشريعة الإسلامية،كما يمكن إعتبار هذه القواعد من ضمن الضمانات الهامة التي تضمن المحاكمة العادلة لخصوم الدعوى، سواء من المتهمين (المدعى عليهم) أو المجني عليهم (المدعين)، وهي قواعد وإن كانت قد انتشرت في ربوع العالم وعُرفت مؤخراً في الدول الغربية التي تدعي أن لها السبق في ذلك، إلا أن الواقع التاريخي يقول بغير ذلك، حيث يوجد من الدلائل ما يفيد أن الشريعة الإسلامية نادت بهذه القواعد والمبادىء منذ عدة قرون، ولنا في رسالة سيدنا

---

[٨٧٠] مدكور، محمد سلام. *القضاء في الإسلام*. مرجع سابق. ص٤٦.

[٨٧١] عثمان، محمد رأفت. *النظام القضائي في الإسلام*. مرجع سابق. ص٤٨.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

عمر بن الخطاب رضي الله عنه لقاضيه أبي موسى الأشعري[٨٧٢] الدليل القاطع، فقد عُرفت هذه الرسالة، برسالة القضاء[٨٧٣]، وهي كما قيل فيها: "أصل فيما تضمنته من فصول القضاء ومعاني الأحكام وعليها احتذى قُضاة الإسلام"[٨٧٤]، وهذه الوصية من سيدنا عمر بن الخطاب فيها من الضمانات ما يكفل حقوق الخصوم في الدعوى وتوفير المحاكمة العادلة لهم، وهي القليل من الكثير من إرث الفقه الإسلامي في منهج المحاكمة العدالة.

أولاً: قواعد المحاكمة العادلة في الإسلام

هناك بعض القواعد الهامة التي يجب أن يلتزم بها القاضي أثناء نظره للدعوى، وهي قواعد ملزمة في الشريعة الإسلامية، وذلك باعتبارها من الضمانات التي يتمتع بها خصوم الدعوى، ناهايك عن السلوك الشخصي والمظهر العام الذي يجب أن يظهر فيه القاضي للعامة، حتى يمنح للقضاء هيبته وشكله الذي يفترض أن يكون عليه في نظر عامة الناس.

---

[٨٧٢] وقد جاءت هذه الرسالة على نحو: "بسم الله الرحمن الرحيم من عمر أمير المؤمنين إلى أبي موسى الأشعري، سلام عليك، فإني أحمد الله الذي لا إله إلا هو، أما بعد: فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة، فافهم إذا أدلي إليك وأنفذ إذا تبين لك، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، وسو بين الناس في مجلسك ووجهك وعدلك، حتى لا ييأس الضعيف من عدلك ولا يطمع الشريف من حيفك، البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا، لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس ثم راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق فإن الحق ومراجعته خير من الباطل والتمادي فيه، الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك مما لم يبلغك في الكتاب والسنة، اعرف الأمثال والأشباه وقس الأمور عندك واعمد إلى أحبها إلى الله تعالى وأشبهها بالحق فيما ترى، واجعل للمدعي حقا غائبا أو بينة أجلا ينتهي إليه فإن أحضر بينته أخذ بحقه، وإلا وجهت عليه القضاء، فإن ذلك أجلى للعمى، وأبلغ في العذر، والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلودا في حد أو مجربا عليه شهادة الزور أو ظنينا في ولاء أو نسب، فإن الله تعالى تولى منكم السرائر ودرأ عنكم بالبينات والأيمان، وإياك والقلق والضجر والتأذي بالناس والتنكر للخصوم في مواطن الحق التي يوجب الله بها الأجر ويحسن بها الذخر، فإنه من يصلح ما بينه وبين الله ولو على نفسه يكفه الله ما بينه وبين الناس، ومن تزين للناس بغير ما يعلم الله منه شانه الله، فما ظنك بثواب الله تعالى في عاجل رزقه وخزائن رحمته والسلام".انظر: أبن فرحون. *تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام*. مرجع سابق. ص٣٠-٣١.

[٨٧٣] ابن فرحون. *تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام*. المرجع السابق. ج١ .ص٣.

[٨٧٤] ابن فرحون. *تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام*. المرجع نفسه. ج١ .ص٣.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

١. المساوة بين طرفي الدعوى

وهي أهم قاعدة من قواعد المحاكمة العادلة في الشريعة الإسلامية[٨٧٥]، حيث يجب على القاضي أن يسوي بين الخصوم في الدعوة بغض النظر عن مركزهم في الدعوى أو خارجها، فلا فرق بين أمير وعبد، ولا بين مسلم وغير المسلم، وأن يحكم بالعدل ويعمل بقوله تعالى: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا)[٨٧٦]، وكلمة الناس تشمل المسلم وغير المسلم[٨٧٧]، كما قال جل شأنه: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَى أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ)[٨٧٨]، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ظلم غير المسلمين، حيث قال صلى الله عليه وسلم: "ألا من ظلم معاهدا، أو انتقصه حقه، أو كلفه فوق طاقته، أو أخذ منه شيئا بغير طيب نفس، فأنا حجيجه يوم القيامة"[٨٧٩].

---

[٨٧٥] ترجع أهمية التسوية بين الخصوم في الدعوى من قبل القاضي، إلى ماتخلق ذلك السلوك من بعث الطمأنينة في النفوس لدى المتخاصمين وتجعلهما يتكلمان أمام القاضي دون خوف ولا تلعثم ويقدمان كل ماعندهما من بيانات ودفوع مما يساعد القاضي ويعينه على إظهار الحقيقة وهو ما أوصى به الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قاضيه أبا موسى الأشعري. زيدان، عبدالكريم. *نظام القضاء في الشريعة الإسلامية* .مرجع سابق . ص١١٦.

[٨٧٦] القرآن.النساء ٤: ٥٨.

[٨٧٧] عبدالستار، فوزية. *القضاء في الإسلام*. مرجع سابق . ص ١٣١.

[٨٧٨] القرآن. المائدة ٥: ٨.

[٨٧٩] السجستاني، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي. د.ت. *سنن أبي داود*. تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد. بيروت: المكتبة العصرية. كتاب الخراج والأمارة والفيء.باب في تعشير أهل الذمة إذا اختلفوا بالتجارات. ج٣. ص١٧٢. حديث رقم٣٠٥٢.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

وتحقيق المساواة ما بين الخصوم في الدعوى، يكون في المجلس والإشارة واللفظ ودرجة ارتفاع الصوت، واستخدام اللغة التي يفهمها الخصوم[٨٨٠]، فقد روي عن أم سلمة عن النبي ﷺ أنه قال:"من ابتلي بالقضاء بين الناس فليعدل بينهم في لحظه وإشارته ومقعده"[٨٨١]، كما روي عن أم سلمة أيضاً إنها قالت: قال رسول الله ﷺ: "من ابتلي بالقضاء بين الناس فلا يرفعن صوته على أحد الخصمين ما لا يرفع على الآخر"[٨٨٢].

٢. حق خصوم الدعوى في الدفاع وتوكيل من يدافع عنهم

يجب على القاضي أن يتيح الفرصة للخصوم كل حسب مقدرته في الدفاع عن نفسه من حيث ما يحتاجه من الوقت للدفاع والرد على الخصم، وهو ما وصى به رسول الله، ﷺ، سيدنا على، رضي الله عنه، عندما ولاه قاضياً باليمن[٨٨٣]، وفوق حق الخصوم الحضور والدفاع عن أنفسهم في مجلس القضاء، لهم أيضاً حق توكيل غيرهم في الحضور بالنيابة عنهم والترافع أمام هذا المجلس، فقد يكون الفرد عاجزاً عن الدفاع عن نفسه فيضيع حقه، حيث إن التوكيل في الخصومة لإقامة الدعوى أو الترافع أمام القضاء من الأمور

---

[٨٨٠] التسوية المطلوبة من القاضي بين الخصمين، هي التي ما يقدر عليها من أمور التسوية، حيث يجب عليه أن يسوي بينهما في النظرة ولين الكلام والبشاشة، فلا يبتسم لأحدهم ويعبس في وجه الآخر ولايظهر الاهتمام والإصغاء لأحدهما دون الآخر ولايكلم أحدهما بلغة لايفهمها الآخر مادام قادراً على الكلام بلغة يفهمها كلا الخصمين. انظر: زيدان، عبدالكريم. *نظام القضاء في الإسلام*. مرجع سابق. ص١١٥-١١٦.

[٨٨١] الدارقطني. *سنن الدارقطني*. كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك. ج٥.ص ٣٦٥. حديث رقم.٤٤٦٦.

[٨٨٢] سنن الدارقطني . المرجع السابق. كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك. ج٥. ص٣٦٦. حديث رقم ٤٤٦٧.

[٨٨٣] فعن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن قال: فقلت يا رسول الله تبعثني إلى قوم أسن مني وأنا حدث لا أبصر القضاء؟ قال: فوضع يده على صدري وقال: "اللهم ثبت لسانه، واهد قلبه، يا علي، إذا جلس إليك الخصمان فلا تقض بينهما حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنك إذا فعلت ذلك تبين لك القضاء" قال: ما أشكل علي قضاء بعد". الشيباني. *مسند الإمام أحمد بن حنبل*. باب مسند على بن أبي طالب رضي الله عنه. ج٢. ص٢٢٥. حديث رقم ٨٨٢.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

الجائزة، وفي ذات الوقت لا تجوز الوكالة من المتهم للوكيل بدعوى الباطل ولا المجادلة،[٨٨٤]، لأن المدعي بالباطل وإن كسب دعواه أو دعوى موكله بفصاحة اللسان في الدنيا، غير أن عذابه في الآخرة شديد، وهو مانبه عليه رسولنا الأعظم محمد صلى الله عليه وسلم [٨٨٥].

٣. الأصل في الإنسان البراءة

وهي قاعد يُعمل بها في جُل التشريعات الوضعية الحديثة، والتي تنص على أن "المتهم بريء حتى تثبت إدانته"، وهي قاعدة عملت بها الشريعة الإسلامية منذ بزوغ فجر الإسلام، وتستند هذه القاعدة إلى قوله تعالى: (وَمَا لَهُمْ بِهِ مِنْ عِلْمٍ إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا)[٨٨٦]، وقد كان هذا المبدأ أيضاً متجسداً في قوله صلى الله عليه وسلم حين قال: " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"[٨٨٧]، ولذا يجب على القاضي الذي أمامه ملف الدعوى أن يتوخى الحذر بالتدقيق في أقوال من يدعي الحق ويرمي التهم عن الناس، وأن يعمل بمبدأ الأصل في المتهم البراءة، فلعل المدعي ما هو إلا فاسق يهدف لتشويه سمعت المتهم ،

---

[٨٨٤] ابن فرحون. *تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام*. ج١. ص١٨٤-١٨٥.

[٨٨٥] فعن أم سلمة، قالت: جاء رجلان من الأنصار يختصمان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في مواريث بينهما قد درست، ليس بينهما بينة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إنكم تختصمون إلي، وإنما أنا بشر، ولعل بعضكم ألحن بحجته، أو قد قال: لحجته، من بعض، فإنما أقضي بينكم على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا، فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار يأتي بها إسطاما في عنقه يوم القيامة "، فبكى الرجلان، وقال كل واحد منهما: حقي لأخي، قال: فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أما إذ قلتما، فاذهبا فاقتسما، ثم توخيا الحق، ثم استهما، ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه". انظر: الشيباني. *مسند الإمام أحمد بن حنبل*. باب حديث أم سلمى زوجة النبي صلى الله عليه وسلم. ج٤٤. ص٣٠٧. حديث رقم٢٦٧١٧.

[٨٨٦] القرآن. النجم٥٣: ٢٨.

[٨٨٧] الدارقطني. *سنن الدارقطني*. كتاب الحدود والديات وغيره. ج٤. ص١١٤. حديث رقم٣١٩٠.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

فقد قال تعالى في كتابه العزيز: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ)[٨٨٨].

وينتج عن قاعدة أن الأصل في المتهم البراءة ثلاث نتائج هامة، وهي من ضمن الضمانات التي يمنحها المنهج الإسلامي للمتهم أثنا مثوله أمام القضاء للمحاكمة، كما يمكن أن يتمتع بها المتهم أثناء مرحلة التحقيق، وهذه النتائج هي:[٨٨٩]

أ. النتيجة الأولى، أن عبء الإثبات يقع على جهة الإدعاء، بغض النظر عن هذه الجهة سواء كانت شخص مدعي في حق ما، أوالنيابة العامة التي تمثل الحق العام أوحق المجتمع في الدعاوى الجنائية التي ترفعها أمام القضاء. وعبء الإثبات الذي يقع على جهة الادعاء يجد سنده في قوله ﷺ، ما رواه ابن عباس، من أن النبي ﷺ قال: "لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه"[٨٩٠].

ب. النتيجة الثانية، أن الحدود تُدرأ بالشبهات، وهي قاعدة أونتجية لها أصل في قول الرسول ﷺ: "إدرؤا الحدود بالشبهات، وأقيلوا الكرام عثراتهم إلا في حد من حدود الله"[٨٩١]، وهي مسألة معتمدة في الجانب الإجرائي أكثر منه في الجانب الموضوعي، لأن الشبهة عادة ما تكون في جانب الإثبات.

---

[٨٨٨] القرآن. الحجرات ٤٩: ٦.

[٨٨٩] عبدالستار، فوزية. *القضاء في الإسلام*. مرجع سابق. ص ١٤٠-١٤٤.

[٨٩٠] مسلم. *صحيح مسلم*. كتاب الأقضية والشهادات. باب اليمين على المدعى عليه. ج٣. ص١٣٣٦. حديث رقم١٧١١.

[٨٩١] العيني. *عمدة القاري شرح صحيح البخاري*. كتاب فضائل القرآن. باب الطلاق في الإغلاق والكره والسكران والمجنون وآثرهما والغلط والنسيان في الطلاق والشرك وغيره. ج٢٠. ص٢٥٩.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

ج. النتيجة الثالثة، الخطأ في العفو خير من الخطأ في العقوبة، وهي نتيجة تجد لها أصل في قوله صلى الله عليه وسلم: "ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام لو يخطىء في العفو خير له من أن يخطىء في العقوبة"[٨٩٢]، وهو حديث يدعم ويؤكد فكرة أن الأصل في المتهم البراءة.

وبالتالي ففي مرحلة المحاكمة لا يمكن الإستناد على أدلة ضعيفة في إدانة المتهم، بالرغم من جواز ذلك في فترة التحقيق وتوجيه الإتهام، ولذلك فإنه إذا راود القاضي أي شك في ارتكاب المتهم للجريمة أو كان هناك شك في انطباق النص التجريمي على واقعة الحال، وجب عليه الحكم بالبراءة وإعمال قاعدت أن الأصل هي البراءة، إذ أن الشك لابد أن يفسر لصالح المتهم، ومن هنا أجمع الفقه الإسلامي على قاعدة فحواها "كل ماتطرق له الإحتمال فسد به الإستدلال"[٨٩٣].

ثانياً: سلوك القاضي في المجلس القضائي

تطرقنا فيما سبق إلى أهم الشروط التي يجب أن تتوافر في القاضي حتى يتولى مهمة القضاء في الدولة الإسلامية وهي شروط أساسية، وغياب إحداها قد يحول دون أن يتولى الفرد المسلم مهنة القضاء، وبالإضافة إلى ذلك فإنه يفترض أن يصاحب تلك الشروط إلتزام من قبل القاضي بآداب القضاء وسلوكه المتعارف

---

[٨٩٢] العيني. *عمدة القاري شرح صحيح البخاري*. المرجع نفسه. كتاب فضائل القرآن. باب الطلاق في الإغلاق والكره والسكران والمجنون وآثرهما والغلط والنسيان في الطلاق والشرك وغيره. ج٢٠. ص٢٥٩.

[٨٩٣] خميس، عبدالغني. ١٩٩٢م. *رحلة الأنسان بين العلم والقرآن*. د.م: ب.ن.ج٢. ص١٥. نقل عن: البطراوي، عبدالوهاب عمر. ط٤. ١٩٩٧م. *في الدفاع الاجتماعي الإسلامي*. القاهرة: دار الفكر العربي. ص٤٢٨.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

عليه، والتي منها ما هو مرتبط بشخص القاضي ومنها ما هو متعلق بمعاملته مع الغير من خصوم الدعوى، ومنها ما هو متعلق بموضوع الدعوى، والتي يمكن حصرها في النقاط التالية:

١. أن يكون القاضي جميل الهيئة حسن الزي مرتدياً ما يليق بمنصبه ويمنحه الهيبة، فإن ذلك دليل على اتزانه، وأن يكون وقور المشية والجلسة وحسن النطق عند النطق والصمت، وليكن ضحكته تبسما ونظرته فراسة، وليلزم من الصمت الحسن والسكينة والوقار ما يحفظ به مروءته، حتى يكبر في نفوس الخصوم[٨٩٤].

٢. يجب على القاضي أن يبتعد عن الإنفعال والغضب في مجلسه، حيث يجب عند جلوس القاض في مجلسه واستئناف الدعوى أن يكون في حالة نفسية هادئة متجنباً الغضب وأسبابه[٨٩٥]، وهو ما دعى إليه الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم[٨٩٦]، وذلك لما للغضب من الأثر الشديد في حالة القاضي النفسية وحضور ذهنه لمقتضيات الدعوى واستعداده الذي يجب أن يكون عليه لسماع أقول الخصوم والشهود وغيرهم.

٣. يستحب للقاضي ألا يبيع أو يبتاع بنفسه اثناء تقلده القضاء من غير ضرورة، ولا أن يكون له وكيل معروف يتولى نيابة عنه ذلك، حيث إن القاضي إذا باع أو ابتاع بنفسه أو بواسطة وكيله المعروف لدى العامة، يخشى أن يحابيه الناس أو يحابون وكيله فيميل إلى من حاباه[٨٩٧]، وهو ما وصى به سيدنا عمر

---

[٨٩٤] ابن فرحون. *تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام*. ج١. ص٣٢.

[٨٩٥] زيدان، عبدالكريم. *نظام القضاء في الشريعة الإسلامية*. مرجع سابق. ص١٠٣.

[٨٩٦] فعن عبد الرحمن بن أبي بكرة، قال: كتب أبي، وكتبت له إلى عبيد الله بن أبي بكرة، وهو قاض بسجستان، أن لا تحكم بين اثنين وأنت غضبان، فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان". انظر: مسلم. *صحيح مسلم*. كتاب الأقضية. باب كراهة قضاء القاضي وهو غضبان. ج٣. ص ١٣٤٢. حديث رقم ١٧١٧.

[٨٩٧] ابن قدامة. *المغني*. ج١٠. ص٧٠.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

بن الخطاب القاضي شريح[٨٩٨]، ولكن في نفس الوقت يجب أن يخصص للقاضي نصيب من بيت مال المسلمين نظير عمله في القضاء[٨٩٩]، حتي لا يضطر إلى العمل بغير القضاء كالتجارة مثلاً.

٤. لا يقضي القاضي إلا بعد أن يتفهم جوانب القضية فهماً تاماً دون ادنى شك، وهي من وصايا أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، والتي جاء فيها:"إن القضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة، فعليك بالعقل والفهم وكثرة الذكر، فافهم إذا أدلى إليك الرجل الحجة، فاقض إذا فهمت، وامض إذا قضيت، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له"[٩٠٠]، ففهم القضية أمر واجب على القاضي حتى يتبين له وجه الحق من الباطل قبل أن ينطق بالحكم، وهي ضمانة كبيرة لخصوم الدعوى لتحقيق العدالة المنشودة.

٥. أن يحاول القاضي، وفي غير الحدود، عرض الصلح على الخصوم فيما تخاصموا فيه قدر المستطاع، فقد جاء في رسالة عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، إلى قاضيه في الكوفة: "والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا، لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس ثم راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق، فإن الحق ومراجعته خير من الباطل والتمادي فيه"، كما قال رضي الله عنه أيضاً: "رددوا القضاء بين ذوي الأرحام حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث الضغائن"[٩٠١].

---

[٨٩٨] حيث قال القاضي شريح، رحمه الله: "شرط عليَّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه حين ولاني القضاء ألا أبيع ولا أبتاع". وقد روي أيضاً، عن أبي بكر الصديق، رضي الله عنه، أنه لما بويع أخذ الذراع وقصد السوق، فقالوا: ياخليفة رسول الله، صلى الله عليه وسلم، لايسعك أن تشتغل عن أمور المسلمين، قال: فإني لاأدع عيالي يضيعون، قالوا: فنحن نفرض لك ما يكفيك، ففرضوا له كل يوم درهمين". انظر: العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل الشافعي. ١٣٧٩هـ. *فتح الباري شرح صحيح البخاري*. بيروت: دار المعرفة. ج١٣. ص١٣٨.

[٨٩٩] بالنسبة لرزق القاضي أو معاشه الذي يتقاضاه من بيت المال مقابل عمله في القضاء نجد أن بعض الفقهاء ذهب إلى كراهية أخذ القاضي اجرة على عمله إذا لم يكن محتاجاً له، وذهب بعض أصحاب الشافعي والفقيه المازري المالكي إلى أن من تعين عليه تولي القضاء وكان في غنى عن أخذ المعاش لم يجز له أن ياخذ شيئاً من بيت المال لقاء عمله في القضاء ولكن مع الحاجة يجوز . انظر: زيدان عبدالكريم . *نظام القضاء في الشريعة الإسلامية* . مرجع سابق. ص ٥٥.

[٩٠٠] عثمان، محمد رأفت. *النظام القضائي في الفقه الإسلامي*. مرجع سابق. ص٢٤٧.

[٩٠١] أبن فرحون. *تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام*. ج١. ص٣١-٤٣.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

٦. يجب على القاضي أن يفصل في الدعوى متى بان له الحق، مالم يكن هناك سبب قهري يحول دون إصدار حكمه، فالقاضي بتأخير الحكم يأثم ويعزر ويعزل[٩٠٢]، كما لا يجب أن يؤخر إنفاذ الحكم الصادر عنه، فصدرو الحكم دون تنفيذه قد يجعل من الحكم مجرد رأي فقهي يعتمد الإلتزام فيه على الشخص الذي وقع عليه الحكم[٩٠٣]، وهو ما قد يقلل من هيبة وقيمة القضاء وأحكامه الصادرة عنه لدى العامة.

٧. لا يجوز للقاضي أن يحكم لنفسه، لأنه لا يجوز أن يكون شاهداً لها، وإنما يجوز له أن يلجأ وخصمه إلى قاض آخر، ذلك أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حاكم أبياً إلى زيد، وحاكم عثمان رضي الله عنه طلحة إلى جُبير[٩٠٤]، كذلك لا يصح حكمه لمن لا تقبل شهادته له، كوالده أو ولده، ولا لمن لا تقبل شهادته عليه، فليس له أن يحكم على عدوه وذلك منعاً للتهمة[٩٠٥].

المطلب الثاني: أوجه التعارض بين بعض الأحكام الإجرائية بنظام روما الأساسي والشريعة الإسلامية

لا شك في أن هذا البحث أساس منهج البحث فيه هو الدراسة المقارنة، ولكن تظل الدراسة المقارنة غير ذات جدوى مالم نجسد ونوضح أوجه الإختلاف والتعارض ما بين المنهجين محل المقارنة، ومن خلال إستعراض الباحث للمنهج المتبع في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية والمنهج المتبع في الشريعة الإسلامية

---

[٩٠٢] ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز. ط٢. ١٩٩٢م. *رد المحتار على الدر المختار*. بيروت: دار الفكر. ج٥، ص٤٢٣.

[٩٠٣] من واجابات القاضي الإسراع في حسم الدعوى، حتى يصل الحق لاصحابه بأقصر مدة ممكنة ففي عدم الفصل بسرعة تمكين الظالم من ظلمه، ولاشك في أن رقابة الخليفة أو قاضي القضاة على القاضي وتذكيرة بضرورة سرعة الفصل سيؤدي إلى بذل الجهد المستطاع من قبل القاضي للإسراع في فصل الخصومات ، وهو مطلب أكده الفقهاء وجعلوا التفريط فيه سبب كاف لعزل القاضي، وهو نوع من أنواع الرقابة على أعمال القضاء. انظر :زيدان، عبد الكريم. نظام القضاء في الشريعة الإسلامية. مرجع سابق. ص٦٦.

[٩٠٤] عبدالستار، فوزية. *القضاء في الإسلام*. مرجع سابق . ص١٤٩.

[٩٠٥] البهوتي. *كشاف القناع عن متن الإقناع*. ج١. ص٣١.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

فيما يتعلق ببعض المسائل الإجرائية التي لها الإثر المباشر على بعض الحقوق المتعلقة بضمانات توفير المحاكمة العادلة لخصوم الدعوي عند مثولهم أمام القضاء، تبين أن هناك بعض المسائل الإجرائية متعارضة في المنهجين، والتي يمكن حصرها في شروط تولي القضاة وبعض وطرق الإثبات، كما تبين أن هناك بعض الفروق فيما يتعلق بحقوق المجني عليهم في مسألتي التعويض وحق العفو.

الفرع الأول: التعارض من حيث شروط تولي القضاء وطرق الإثبات

تناولنا فيما سبق الشروط الأساسية التي على ضؤها يتم تعيين القضاة في كل من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وكذلك الشروط التي قررتها الشريعة الإسلامية في ذلك، والتي بان من خلالها وجود بعض التعارض، كما سنتناول لاحقاً طرق الإثبات في المنهجين ووضعهما موضع المقارنة مع إبراز أهم الفروق بينهما.

أولاً: من حيث شروط تولي القضاء

١. شروط اختيار القضاة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

لقد بينا فيما سبق ماورد بالنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والمتعلق بالشروط التي على ضؤها يتم اختيار أعضاء الجهاز القضائي[٩٠٦]، وهو بحسب ماجاء بالفقرات أ ، ب، ج، من البند ٣ من المادة ٣٦

[٩٠٦] لقد تعرضنا بالشرح لشروط تولي القضاء في نظام المحكمة الجنائية الدولية سابقاً ، وللمراجعة انظر: الفقرة ب من البند ثانياً من الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل الرابع من هذه الرسالة.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والمتعلقة بمؤهلات القضاة وترشيحهم وانتخابهم والتي يمكن حصرها في: التحلي بالأخلاق والحياد والنزاهة، هذا بالنسبة للصفات الشخصية.

أما فيما يتعلق بالتاهيل المهني، فيشترط في القاضي أن يكون ذو كفاءة في مجال القانوني الجنائي، وفي الإجراءات الجنائية، وكذلك في مجال القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان، مع توفر خبرة مهنية عالية في العمل القضائي في بلدانهم كقضاة أو مدعين عامين أو محامين، زد على ذلك أن يكون القاضي مُلم وبدرجة ممتازة بلغة واحدة على الأقل من اللغات المعتمدة بالمحكمة الجنائية الدولية في التعامل بها[٩٠٧].

كما إحتوى البند ٨ من ذات المادة على بعض التوجيهات المتعلقة بالنظم القضائية والعدالة في التوزيع من حيث تنوع النظم القضائية في العالم، بحيث يكون النظام القضائي في المحكمة الجنائية الدولية يمثل كافة النظم القضائية في العالم، وبحسب هذا النص يفترض أن يكون النظام القضائي الإسلامي من ضمنها، ولكن الحقيقة الأمر كان بغير ذلك، بل كان بعكس ذلك تماماً، إذ أن هناك من النصوص ما يتعارض مع جوهر التشريع الإسلامي، والتي منها نص يتعلق بالتمثيل القضائي للذكور والإناث، بحيث تتساوى نسبة الذكور مع الإناث في التمثيل القضائي داخل المحكمة[٩٠٨].

٢. جوهر التعارض مع النظام القضائي في الإسلام

الحقيقة أنه من خلال العرض السابق لمنهجي، نظام المحكمة الجنائية الدولية، والمنهج القضائي في الإسلام فيما يتعلق بشروط اختيار القضاة وتعيينهم، نجد أن هناك توافق كبير بين النظامين في العديد من

---

[٩٠٧] نص المادة ٥٠ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والمتعلقة باللغات الرسمية ولغات.

[٩٠٨] ويمكن ملاحظة ذلك من خلال البند ٨ من المادة ٣٦ والتي نصت على أنه: "أ. عند اختيار القضاة, تراعي الدول الأطراف, في إطار عضوية المحكمة, الحاجة إلى ما يلي: ١.تمثيل النظم القانونية الرئيسية في العالم.٢. التوزيع الجغرافي العادل. ٣. تمثيل عادل للإناث والذكور القضاة. ب. تراعي الدول الأطراف أيضاً الحاجة إلى أن يكون بين الأعضاء قضاة ذو خبرة قانونية في مسائل محددة تشمل, دون حصر, مسألة العنف ضد النساء أو الأطفال".

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

الشروط والتي منها النزاهة والحياد والكفاءة المهنية والخبر العملية، بحيث يكون من تقدم للترشح لهذه الوظيفة لديه خبرة عملية في مجال المحاماة أو كقضاة أو مدعين عامين في بلدانهم وهو توافق لا غبار عليه.

إلا أن هناك شروط كانت في الشريعة الإسلامية لم يشترطها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بالرغم من وجود بعض الدول الإسلامية كأعضاء في هذه المحكمة عند التأسيس، بل إن هذا النظام عمق الخلاف وبشكل واضح جداً، خاصة فيما يتعلق بتساوي تمثيل الذكور إلى الإناث من حيث العدد في تولي مهنة القضاء، ناهيك عن غياب شرط الإسلام وهو شرط أساسي خاصة في حالة ما إذا كان المتهم من رعايا الدول الإسلامية الموقعة والمصادقة على اتفاقية إنشا المحكمة الجنائية الدولية، فالبرغم من أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية قد اشترط تمثيل النظم القضائية المختلفة في العالم في تأسيس النظام القضائي للمحكمة الجنائية الدولية، إلا أن الواقع كان بعكس ذلك حيث تم استبعاد المنهج الإسلامي في كثير من القواعد الموضوعية والإجرائية منها.

ففي هذه المحكمة يجوز أن تتولى المرأة القضاء، فشرط الذكورة في الإسلام هو شرطاً أساسي لتولى مهمة القضاء، خاصة وأن المحكمة الجنائية الدولية هي محكمة مختصة في المجال الجنائي فقط وبنوع معين من الجرائم ومنها جرائم تصنف بحسب تصنيف الجرائم في الشريعة الإسلام من ضمن جرائم القصاص (القتل العمد)، ومنها مايدخل تحت جرائم الحدود (الإغتصاب)، وبالتالي فتولي المرأة القضاء في هذا الاختصاص (الجنائي) أمر غير جائز شرعاً، وحتى من أجاز في الإسلام تولي المرأة القضاء في الجنايات كانت حجته في ذلك ضعيفة[٩٠٩] ومردودةً عليه[٩١٠]، كما أن الواقع النظري والعملي يؤكدان من خلال سيرة الرسول صلى الله عليه وسلم

[٩٠٩] لقدكان ابن جرير ممن اجازو للمرأة أن تتولي مهنة القضاء، وعلته في ذلك أن المرأة يجوز أن تكون مفتية ومن ثم فلها الحق في تولي القضاء بإعتبار أن الفصل في الخصوم هو من أمور الإفتاء. ابن قدامه. *المغني*. ج ١٠. ص ٣٦.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

والصحابة من بعده، على عدم جواز تولي المرأة القضاء خاصة في المجال الجنائي، ذلك لأن المرأة من أهل الشهادة في الجملة، إلا أنها لا تقضي في الحدود والقصاص لأنه لاشهادة لها في ذلك، وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة[٩١١].

أما بالنسبة لشرط من يتولى القضاء على المسلمين أن يكون مسلماً، فهو أيضاً شرط أساسي في الإسلام، وقد أجمع عليه كافة علماء المسلمين،[٩١٢] ومرجع ذلك إلى أن الإسلام شرط في جواز الشهادة على المسلم، ولأن الله تعالى يقول في كتابه: (وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا)[٩١٣] وبالتالي فلا يجوز على الإطلاق تولي القضاء على المسلمين لمن لم يكن منهم، حيث إنه سيحكم بغير ما أنزل الله[٩١٤]، خاصة وأن أغلب القوانين الوضعية تمنح للقاضي الجنائي الحرية في تكوين عقيدته حول ما يطرح عليه من من أدلة في الدعوى، وهي سلطة تقديرية خطيرة للغاية، إذ يحق للقاضي الجنائي وبموجب هذه السلطة الممنوحه له قبول جميع الأدلة التي يقدر فائدتها لتكوين قناعته حول الواقعة الإجرامية، واستبعاد أي دليل لا يطمئن إليه، ووزن وتحديد القيمة الفعلية لكل دليل على ضوء ظروف وملابسات كل دعوى[٩١٥].

---

[٩١٠] فجوهر الفرق مابين الفتوي والحكم هو الإلزام، فإن كان إخبارا عن أمر شرعي، وفيه إلزام فهذا يسمى حكما أو قضاء، وإن كان إخبارا عن أمر شرعي وليس فيه إلزام، فهذا يسمى فتوى، وبالتالي فما قال به ابن جرير قول جانب الصواب. انظر: عثمان، محمد رأفت. النظام القضائي في الفقه الإسلامي. مرجع سابق. ص٢٧٣.

[٩١١] الكاساني. *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*. مرجع سابق. ج٧. ص٣.

[٩١٢] عثمان، محمد رأفت. *النظام القضائي في الفقه الإسلامي*. مرجع سابق. ص٧٧.

[٩١٣] القرآن. النساء٤: ١٤١.

[٩١٤] وفي ذلك يقول الدكتور زيدان عبد الكريم، رحمه الله: "إن تطبيق الشريعة الإسلامية من الدين، وتطبيق الدين يحتاج إلى إيمان من قبل من يطلبه وخوف من الله تعالى يمنعه من الحيدة عن التطبيق السليم لإحكامه، ولايتأتى ذلك من غير المسلم الذي لا يؤمن بهذا الدين، بل قد تكون النتيجة هي العكس، فربما إذا ماتولي القضاء غير المسلم ومثل أمامه المتهم من المسلمين حمله كفره بالإسلام على تعمد مخالفة أحكامه أو العبث بها". انظر: زيدان، عبد الكريم. *نظام القضاء في الشريعة الإسلامية*. مرجع سابق. ص٢٤.

[٩١٥] شريف، السيد محمد حسن. ٢٠٠٢م. *النظرية العامة للإثبات الجنائي*. القاهرة: دار النهضة العربية. ص١٠٢.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

ثانياً: من حيث طرق الإثبات

١. الإثبات في منهج المحكمة الجنائية الدولية

من خلال الإطلاع على نصوص المواد الواردة بالنظام الإساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وكذلك بالقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات المكملة له، يتبين لنا منهج الإثبات المعتمد من قبل هذه المحكمة والتي إتخذت من قاعدة "أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته"[٩١٦]، كنقطة إنطلاق نحو البحث عن دليل الإدانة، فكان الإقرار من ضمن هذه الإدلة وأولها وكذلك شهادة الشهود.

ولكن الملاحظ أنه لا يوجد إطار محدد للأدلة في نظام المحكمة الجنائية الدولية، فكل وسيلة يمكن بها الوصول للحقيقة فهي دليل، شريطة أن لا تتم عملية الحصول على هذا الدليل نتيجة لانتهاك النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، أو لحقوق الإنسان المعترف بها دولياً[٩١٧]، ناهيك عن منح القاضي الجنائي السلطة التقديرية في بناء عقيدته الجنائية حول الواقعة الإجرامية المعروضة عليه حتي يستطيع الفصل فيها، فله أن يختار ويطرح ما يشاء من الأدلة في الوصول للحقيقة[٩١٨].

أ. الإقرار في نظام لمحكمة الجنائية الدولية

يعتبر الإقرار من أقوى الأدلة على الإطلاق في منهج المحكمة الجنائية الدولية، وهو أول ما تتطرق إليه المحكمة عند مثول المتهم أمام الدائرة الإبتدئية، حيث تُبين المادة ٦٥ مسألة الإعتراف بالذنب من قبل

---

[٩١٦] تنص المادة ٦٦ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والمتعلقة بمبدأ قرينة البراءة.

[٩١٧] نص الفقرة ٧ من المادة ٦٩ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والمتعلقة بمسألة الأدلة.

[٩١٨] نص الفقرة ٢ منالقاعدة ٦٣ من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات والمتعلقة بالأحكام العامة المتصلة بالأدلة.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

المتهم قبل أن تدينه الدائرة التمهيدية، وذلك بناء على الأدلة المقدمة من المدعي العام[٩١٩]، فبعد أن تلتمس الدائرة آراء المدعي العام والدفاع حول الأدلة والتهم الموجهة للمتهم من جهة الإدعاء، تخير المحكمة المتهم ما بين الأعتراف بالذنب أو الدفع بأنه غير مذنب، وفي حالة إعترف المتهم بإرتكابه للجريمة أو الجرائم وأنه مذنب، ففي هذه الحالة لا يجب أن تأخذ المحكمة هذا الإعتراف على إطلاقه، بل يجوز لها التثبت من صحة هذا الإعتراف ومدى صدق المتهم وفهمه لطبيعة ونتائج هذا الإعتراف، ويجوز للمحكمة النظر لحالة المتهم النفسية والعقلية بواسطة خبراء في مجال الطب النفسي عند إقراره بالتهم المنسوبة إليه، ويجب على القاضي التحقق من أن الإعتراف جاء على إرادة كاملة ودون أي إكراه، وبعد ذلك تقوم الدائرة الإبتدائية بالفصل في هذا الإقرار بالذنب سوى بقبوله وإعتماده أو برفضه، مبدية أسباب اتخادها لهذا القرار[٩٢٠].

ب. الشهادة في نظام المحكمة الجنائية الدولية

لقد تناول النظام الإساسي للمحكمة الجنائية الدولية موضوع الشهادة من خلال المادة ٦٩، وكذلك من خلال القاعدة ٦٣ من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات والمتعلقة بمسألة الأدلة، فقد إشترطت الفقرة ١ من المادة ٦٩، في البداية أن يتعهد كل شاهد في القضية وقبل الإدلاء بشهادته بأن يلتزم الصدق في القول بحيث تكون الصيغة على نحو: "أعلن رسمياً أنني أقول سأقول الحق، ولا شيء غير الحق"[٩٢١]، ويجب

---

[٩١٩] نص المادة ٦٥ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولي والمتعلقة بالإجراءات عند الاعتراف بالذنب.

[٩٢٠] بوسماحة، نصر الدين. *المحكمة الجنائية الدولي شرح اتفاقية روما مادة مادة*. مرجع سابق. ج٢. ص٥٧-٥٨.

[٩٢١] الفقرة ١ من نص القاعدة ٦٦من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

على الشاهد أن يطلع قبل إدلائه بشهادته على النص المتعلق بجريمة الإدلاء بشهادة الزور[٩٢٢] الواردة بالمادة ٧٠ من ذات النظام[٩٢٣]، بعد أن يتعهد بإلتزامه الصدق في الشهادة.

وللشهود سواء أكانوا شهوداً للنفي أو للإثبات، أن يدلوا بشهادتهم بعدة طرق، فعلاوة على الحق للشاهد بأن يدلي بشهادته مباشرة أمام المحكمة، يجوز لدائرة المحكمة أن تسمح له بأن يُدلي بشهادة شفوية أمامها بواسطة تكنولوجيا الإتصال المرئي أو الإتصال السمعي، شريطة أن تتيح هذه التكنولوجيا إمكانية استجواب الشاهد وقت إدلائه بالشهادة من قِبل المدعي العام والدفاع والدائرة نفسها.

وتكفل الدائرة بمساعدة قلم المحكمة أن يكون المكان المختار للإدلاء بالشهادة بواسطة تكنولوجيا الربط المرئي أو السمعي، يؤدي إلى تقديم شهادة صادقة وواضحة، كما يجب أن تراعي سلامة الشاهد وراحته البدنية والنفسية وكرامته وخصوصيته عند إدلائه بالشهادة [٩٢٤]، ويجوز للدائرة الإبتدائية أن تسمح، وفقا للفقرة ٢ من المادة ٦٩، بتقديم شهادة شاهد مسجلة سلفا بالوسائط المرئية أو السمعية أو تقديم المحاضر المكتوبة أو غيرها من الأدلة المؤيدة لتلك الشهادة[٩٢٥].

ولكن ما لفت انتباه الباحث ومن خلال الإطلاع على النصوص الواردة بالقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات، قاعدة متعلقة بسن الشاهد وقاعدة متعلقة بطريقة الإدلاء بالشهادة، ففيما يتعلق بسن الشاهد فإنه يجوز أن يُسمح للشخص الذي يقل عمره عن ١٨ سنة، أو الشخص الذي يكون حكمه على الأمور معتلا

---

[٩٢٢] الفقرة ٣ من القاعدة ٦٦ من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

[٩٢٣] ينص البند، أ من الفقرة١ من المادة ٧٠ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والمتعلقة بالأفعال الجرمية المخلة بإقامة العدلة، على أنه:"١. يكون للمحكمة اختصاص على الأفعال الجرمية التالية المخلة بمهمتها في إقامة العدل, عندما ترتكب عمداً: أ. الإدلاء بشهادة زور بعد التعهد بالتزام الصدق عملاً بالفقرة ١ من المادة ٦٩".

[٩٢٤] الفقرتين١، ٣ من نص القاعدة ٦٧ من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات والمتعلقة بالادلاء بشهادة مباشرة بواسطة تكنولوجيا الربط السمعي أو المرئي.

[٩٢٥] نص القاعدة ٦٨ من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات والمتعلقة بالشهادة المسجلة سلفا.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

وترى الدائرة أنه لا يفهم طبيعة التعهد الرسمي (القسم الخاص بالمحكمة)، بأن يشهد دون أداء هذا التعهد الرسمي إذا رأت الدائرة أن ذلك الشخص قادر على وصف المسائل التي يكون لديه علم بها، وأنه يفهم معنى واجب قول الحق[٩٢٦]، وهو ما يعني أنه يجوز للمحكمة أن تعتمد على شهادة شاهد لم يبلغ سن الرشد المعتمدة في أغلب التشريعات الوضعية، والتي عادة ما تكون سن ١٨ سنة.

كما أنه يجوز للمحكمة أن تجبر شاهد مَثُل أمامها على الإدلاء بشهادته في بعض الأحيان[٩٢٧]، غير أنه إذا مثُل شاهد أمام المحكمة وكان زوج أو ابن أو أحد أبوي المتهم، فلا يجوز للدائرة أن تشترط عليه الإدلاء بأي إفادة قد تؤدي إلى تجريم المتهم، ويجوز للشاهد وفي هذه الحالة الحق في أن يدلي بشهادته بشكل إختياري[٩٢٨].

٢.الإثبات في التشريع الجنائي الإسلامي

لقد عنيت الشريعة الإسلامية بالإثبات في عمومه وذلك مرعاة لمصالح الناس جميعاً، سواء أكانت مصالح ضرورية، أم مصالح حاجية، أم مصالح تحسينية أو كمالية[٩٢٩]، وتظهر أهمية الإثبات خاصة في المسائل الجنائية فيما يتعلق بمصالح المتهمين، إذ تعتبر مسألة الإثبات من الضمانات الهامة التي تضمن حقوق المتهمين عند مثولهم أمام جهات التحقيق وأمام القضاء في فترة المحاكمة.

---

[٩٢٦] الفقرة ٢ من القاعدة ٦٦ من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

[٩٢٧] الفقرة ١ من القاعدة ٦٥ من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

[٩٢٨] نص القاعدة ٧٥ من القواعدالإجرائية وقواعد الإثبات والمتعلقة بالتجريم من قبل افراد الأسرة.

[٩٢٩] أبوزهرة، محمد . *الجريمة والعقوبة" العقوبة"* . مرجع سابق. ص ٣٤.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

فقد وضعت الشريعة الإسلامية لمسألة الإثبات الجنائي من القواعد والمباديء ما يلائمها، فجعلت عبء الإثبات على عاتق المدعي، والتي في الغالب ما تكون سلطة الإتهام (النيابة العامة)، وصانت للمتهم كرامته وعرضه وسائر حقوقه الأخرى أثناء الدعوى ولم تبح النيل منها أو تقييدها إلا للضرورة، وفي نطاق معين، وقررت مبدأ إقتناع القاضي الجنائي بصفة عامة[٩٣٠]، كما وضعت الشريعة الإسلامية لكل حق ما يناسبه من وسائل الإثبات، ففرقت في طرق الإثبات ما بين جرائم الحدود والقصاص من ناحية وجرائم التعزير من ناحية أخرى، حيث ضيقت طرق الإثبات في الأولى لإهميتها ولشدة العقاب فيها، وافسحت المجال في الثانية[٩٣١].

وطرق الإثبات في الشريعة الإسلامية محددة ومحصورة[٩٣٢]، ولكن ابن القيم، رحمه الله، يرى أن أدلة الإثبات في الدعوى لا يمكن حصرها في عدد معين، والحقيقة فإن الباحث يميل لقول أبن القيم، وذلك لإن الإثبات وسيلة غايته إظهار الحقيقة شريطة أن تكون الوسيلة مشروعة[٩٣٣]، مع حصر الإدلة فقط فيما يتعلق

---

[٩٣٠] أن دور القاضي الجنائي يختلف عن دور القاضي المدني أثناء نظرها للدعوى والفصل فيها، حيث يقتصر عمل القاضي المدني على تقدير الأدلة المطروحة أمامه في الدعوي ولايجو له الحكم بغير طلبات الخصوم في الدعوى، بينما تكون للقاضي الجنائي الحرية في تكوين عقيدته حيال الدعوى وأدلتها المطروحة فيها، فمن حقه بل من واجبه أن يتحرى وينقب عن الحقيقة وذلك بكافة الطرق سواء نص عليها القانون أم لم ينص عليها، ويستوي ذلك في قضاء التحقيق أو قضاء الحكم، وهو ما بينته محكمة النقض المصرية في أحد احكامها وبالتحديد في الطعن رقم ٥٤٨٥ لسنة ٥٣ ق، جلسة ١٩٨٣/٣/١٥م، والذي جاء فيه: "الشارع لم يقيد القاضي الجنائي في المحاكمات الجنائية بدليل معين، بل جعل من سلطاته أن يأخذ بأي دليل أو قرينة يرتاح إليها ولايصح مصادرته في شيء من ذلك طالما أن مأخذه الصحيح من الأوراق". انظر: هرجة، مصطفى مجدي. ١٩٨٦م. *الإثبات الجنائي والمدني في ضوء الفقه والقضاء*. القاهرة: دار محمود للنشر والتوزيع. ص٦٣.

[٩٣١] شريف، السيد محمد حسن. *النظرية العامة للإثبات الجنائي*. مرجع سابق. ص٢٦.

[٩٣٢] حيث حصرها البعض في الآتي: الإقرار، الشهادة، اليمين والنكول عنها، وعلم القاضي، والقرائن، والقسامة، والقيافة، والقرعة، وتعارض البينات. انظر: زيدان، عبدالكريم، *نظام القضاء في الشريعة الإسلامية*. مرجع سابق. ص١٣٣-١٣٤.

[٩٣٣] يجب أن يكون الدليل الذي يستند إليه القاضي في حكمه دليلاً مشروعاً، فلا يجوز أن يعول على دليل غير مشروع للوصول إلى الحقيقة ولو لايوجد غير هذا الدليل أمامه، فلا يجوز سماع شهادة شاهد توصل لمعرفة الجريمة وفاعلها عن طريق التجسس. عبدالستار، فوزية. *القضاء في الإسلام*. مرجع سابق. ص٩٠.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

بالإثبات في الجرائم الحدية وجرائم القصاص، أما جرائم التعزير فيجوز أن تدخل تحت فكرة تعدد الأدلة التي قال بها ابن القيم في الإثبات.

ونظراً لضيق مساحة العرض، ولأن الإثبات في هذا البحث هو ما يتعلق بالإثبات في المجال الجنائي، فإنه ستطرق لوسيلتين فقط من وسائل الإثبات وهما: الإقرار والشهاد، واستبعاد الأدلة الأخرى، كاليمين والنكول عنها[٩٣٤]، وعلم القاضي[٩٣٥] والقسامة، والقيافة والقرائن[٩٣٦]، لنتطرق فقط للإقرار والشهادة في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بالوارد في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، باعتبار أن هناك فروق جوهرية تستحق أن توضع على محك المقارنة في هاتين الوسيلتين المهمتين.

أ. الإقرار في التشريع الجنائي الإسلامي

ويعرف الاقرار في اللغة بأنه: "وضع الشيء في قراره"[٩٣٧]، وفي الإصطلاح عرفه الفقهاء بإنه: "الإخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر ولو في المستقبل"[٩٣٨] وهذا التعريف يمكن أن يكون متعلق بالإقرار

---

[٩٣٤] بعض وسائل الإثبات لايمكن أن تستخدم في المجال الجنائي، مثل توجيه اليمين والنكول عنها، حيث لايجوز أن توجه اليمين للمتهم لكي يقر على نفسه بإرتكابه للجريمة، وأساس ذلك مايراه الإمام أبي حنيفة من أن النكول عن اليمين بذل وإقرار فيه شبهة، بينما الحدود لا تحتمل البذل ولا تثبت بدليل فيه شبهة. انظر: عبدالحميد، أشرف رمضان. ٢٠٠٤م. *حياد القاضي الجنائي " دراسة تحليلية مقارنة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي*. القاهرة: دار النهضة العربية. ص١٧٩.

[٩٣٥] يري الباحث أن اعتبار علم القاضي من وسائل الإثبات في المسائل الجنائية، قول قد يكون بعيد عن الصواب، فعلم القاضي بوقائع الدعوى غاية وسيلته طرق الإثبات ولا يمكن إعتباره وسيلة، وفي ذلك يقول الدكتور/ محمد الزحيلي: "لا يجوز وفي الأصل في المسائل الجنائية أن يقضي القاضي بعلمه المباشر إذ أن الحدود يحتاط في درئها، وليس من الاحتياط فيها الاكتفاء بعلم القاضي نفسه، حيث أن حكم القاضي بعلمه يجعله محلاً للشبهة لإنفراده بدليل الإثبات دون غيره وهو مايثير الشبهة في حكمه لاحقاً". انظر: الزحيلي، محمد. ط٢. ٢٠٠٨م. *فقه القضاء والدعوى والإثبات "دراسة مقارنة"* . الإمارات العربية المتحدة: جامعة الشارقة. ص٢٥٨.

[٩٣٦] كما استبعدنا بعض وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية التي هي متطابق للتشريعات الوضعية مثل القيافة (الخبرة القضائية)، والقرائن، وهي مسائل لاقيود عليها، إذ انها تخضع لتقديرات وظروف الزمان والمكان والأشخاص، وهي متشابهة في أغلب الدول وقوانينها المحلية.

[٩٣٧] عبدالستار، فوزية. *القضاء في الإسلام*. مرجع سابق. ص٢.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

في كافة أنواع الدعاوى، المدنية منها وبعض الدعاوى الجنائية، كما عُرف الإقرار أيضاً بأنه:" إخبار الشخص بحق عليه"[٩٣٩]، والحقيقة فإن الإقرار يلزم المقر به ولا يتعدى لسواه، متى توافرت الشروط اللازمة في المقر[٩٤٠].

فإذا أقر المتهم بارتكابه لجريمة ما تدخل تحت جرائم القصاص أو التعازير وجب إيقاع العقوبة عليه، بينما الأمر مختلف في جرائم الحدود، فلو أقر بالزنا أو السرقة، على سبيل المثال، وجب إقامة الحد عليه ما لم يرجع في إقراره، ففي هذه الحالة يتم تعطيل إقامة الحد[٩٤١]، ولكن هذا الرجوع لا يطال رد المال محل جريمة السرقة، بل يجب عليه رد المال لإصحابه[٩٤٢]، هذا وقد ثبتت حجية الإقرار في الكتاب والسنة[٩٤٣].

رأي الباحث

ويري الباحث أن التعريف الثاني هو الإقرب بالنسبة للإعتراف في المسائل الجنائية، حيث إنه لا يمكن أن يعترف الفرد على نفسه بحق للغير في المستقبل في المجال الجنائي بحسب ما جاء بالتعريف الأول، كما أن

---

[٩٣٨] زيدان، عبد الكريم. *نظام القضاء في الشريعة الإسلامية*. مرجع سابق. ص١٣٥.

[٩٣٩] عثمان، محمد رأفت. *النظام القضائي في الفقه الإسلامي*. مرجع سابق. ص٢٧٢.

[٩٤٠] يُشترط في المقر أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً في لحظة إقراره، كما اشترط البعض أن لايكون في حالة سكر مباح أو سكر محظور، كما يجب أن لايكون المقر متهماً في إقراره، لأن التهمة تخل برجحان جانب الصدق على جانب الكذب في إقراره. انظر: عثمان، محمد رأفت. *النظام القضائي في الفقه الإسلامي*. مرجع سابق. ص ٢٧٦-٢٨٩.

[٩٤١] قال الإمام مالك، رحمه الله، في الذي يعترف على نفسه بالزنا ثم يرجع عن ذلك ويقول لم أفعل، ويعلل رجوعه: "إن ذلك يقبل منه ولا يقام عليه الحد، وذلك أن الحد الذي هو لله لا يؤخذ إلا بأحد وجهين، إما ببينة عادلة تثبت على صاحبها وإما باعتراف يقيم عليه حتى يقام عليه الحد، فإن أقام على اعترافه، أقيم عليه الحد". المدني، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي. ١٩٨٥م. *الموطأ*. صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي. بيروت: دار إحياء التراث العربي. ج٢. ص٨٢٦.

[٩٤٢] ابن فرحون. تبصرة الحكام. ج٢. ص٥٣.

[٩٤٣] لقد ثبت الإقرار في الكتاب والسنة، فقد جاء في قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ)، النساء ٤: ١٣٥، وفي السنة النبوية الشريفة ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم في قبوله للإقرار من قبل الغامدية وماعز بإقرارهما بالزنا ليحدا على ذلك.

زيدان، عبد الكريم. *نظام القضاء في الشريعة الإسلامية*. مرجع سابق. ص١٣٦.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

هناك بعض الحقوق على الإنسان لله تعالى، وليست للغير، فالحق الذي للغير يجب أن يكون له خالصاً بحيث يمكن أن يتنازل فيه للمتهم، بينما حقوق الله على العباد لا يجوز التنازل فيها، وقد شبه البعض الحقوق المتعلقة بالعقوبة في بعض الجرائم والتي هي حق خالص لله تعالى، بالحق العام (حق الدولة في العقوبة) الوارد في بعض القوانين الوضعية، إلا أن الباحث يرى أن هناك فرق ما بين الحقين من حيث سقوط العقاب فيهما بالعفو، حيث يمكن العفو في الحق العام في القوانين الوضعية، بينما لايجوز وعلى الإطلاق العفو في الجرائم التي الحقوق فيها تكون خالصة لله تعالى.

ب.الشهادة أو البينة

الشَّهادةُ في اللغة، خَبَرٌ قاطِعٌ[٩٤٤]، وتعرف في اصطلاح الفقهاء بانها: "إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق على الغير"[٩٤٥]، وتعرف الشهادة لدي جُل فقهاء الشريعة كمصطلح بالبينة، وهو ما عارضه أبن القيم، رحمه الله، بقوله:"إن من خصَّ البينة بشهادة الشهود لم يوف مسماها حقه"[٩٤٦].

والأصل في الشهادة الكتاب والسنة، فقال الله تعالى: (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى)[٩٤٧]، وقال

---

[٩٤٤] الفيروزآبادي. *القاموس المحيط*. مرجع سابق. ص٢٩٢.

[٩٤٥] زيدان، عبدالكريم. *نظام القضاء في الشريعة الإسلامية*. مرجع سابق. ص١٤١.

[٩٤٦] أبوبكر، عوض عبد الله. د.ت. *نظام الإثبات في الفقه الإسلامي*. مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة. العدد ٥٩. ص٩٣.

[٩٤٧] القرآن. البقرة٢: ٢٨٢.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

تعالى أيضاً: (وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ)[٩٤٨]، وفي السنة الشريفة كان قوله ﷺ: " ألا أخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها "[٩٤٩]، وفي حديث الأشعث إنه قال: كانت بيني وبين رجل خصومة في بئر فاختصمنا إلى رسول الله ﷺ فقال: "شاهداك أو يمينه"، فقلت: إنه إذا يحلف ولا يبالي فقال ﷺ: "من حلف على يمين يستحق بها مالا وهو فيها فاجر، لقي الله وهو عليه غضبان"[٩٥٠].

وقد إشترط العلماء في الشاهد عدة شروط لضمان صحة شهادته، وهو مؤشر على مرعاة الإحتياط واجتناب الشبهات من إلقاء التُهم جزافاً، وهذه الشروط يمكن حصرها في: الإسلام، والبلوغ، والعقل، والحرية، والعدل[٩٥١]، وسلامة الحواس، فلا شهادة للفاسق ولا للصبي[٩٥٢]، ولا للعبد[٩٥٣].

وقد أُضيف شرط الذكورة للشهادة في الحدود والقصاص، بالرغم من أن البعض يجيز شهادة النساء في ذلك[٩٥٤]، إلا أن جمهور الفقهاء متفق على أن شهادة النساء لا تُقبل في الحدود والقصاص، وأن شهادة

---

[٩٤٨] القرآن. الطلاق٦٥: ٢.

[٩٤٩] مسلم. *صحيح مسلم*. مرجع سابق. كتاب الأقضية. باب بيان خير الشهود. ج٣. ص١٣٤٤. حديث رقم١٧١٩.ورواه الترمذي. *سنن الترمذي*. كتاب الشهادات عن سول الله صلى الله عليه وسلم. باب ماجاء في الشهداء أيهم خير. ص٤٧٢. حديث رقم٢٢٩٥. ورواه أبي داود. *سنن أبي داود*. مرجع سابق. كتاب الأقضية. باب الشهادات. ص٣٠٥. حديث رقم٣٥٩٦.

[٩٥٠] البخاي. *صحيح البخاي*. مرجع سابق. كتاب الرهن. باب إذا اختلف الراهن والمتبن ونحوه فالبينة على المدعي واليمين على المدعى عليه. ص٨٨٩. حديث رقم٢٣٨٠. ورواه مسلم. *صحيح مسلم*. مرجع سابق. كتاب الإيمان. باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار. ص١٢٢-١٢٣. حديث رقم١٣٨.

[٩٥١] ويقول الإمام الشافعي، رحمه الله: "إن الإجماع منعقد على أنه لاتجوز في الحدود إلا شهادة الحر العدل البالغ العاقل". انظر: الشافعي. *الأم*. ج٧. ص٦٤.

[٩٥٢] الدليل في ذلك كان حديث النبي، صلى الله عليه وسلم حول شهادة الصبي، فعن ابن عباس قال: مر علي بن أبي طالب بمجنونة بني فلان قد زنت، فأمر عمر برجمها، فردها علي، وقال لعمر: أما تذكر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: "رفع القلم عن ثلاثة، عن المجنون المغلوب على عقله، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم"، فقال له عمر: صدقت، فخلى عنها الدارقطني. *سنن الدارقطني*. كتاب الحدود والديات وغيره. حديث رقم٣٢٦٧. ج٤. ص١٦٣.

[٩٥٣] فخرج من العدل غير العدل، وهو الفاسق والكافر فلا تجوز شهادتهما لعدم عدالتهما، وخرج من الحرية الرقيق، فلا تجوز شهادته ولان العبد مختلف في شهادته في الأموال فكان ذلك شبهة في شهادته في الحدود، واما الصبي فلا شهادة له.انظر: الوادعي، سعيد بن مسفر الدغار. ط٢. ٢٠٠١م. *أثر الشبهات في درء الحدود*. السعودية: مكتبة التوبة. ص٧٤-٧٥.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

الرجال فقط هي التي تصلح دليلاً للإثبات فيها[٩٥٥]، ومن الشروط أيضاً، ألا يكون الشاهد محكوماً في حد القذف فيما سبق[٩٥٦]، ولا هو خائن ولا حاقد أو معادي، ولا طامع في أمر ما من وراء الشهادة[٩٥٧].

أما نصاب الشهادة في الحدود والقصاص فهي مقدرة، ففي حد الزنا أربعة رجال، وبقية الحدود والقصاص فنصاب الشهادة فيها مقدر بعدد اثنين من الرجال ولا تقبل فيها شهادة النساء، أما باقي حقوق العباد والتي منها الحقوق الناتجة عن جرائم التعازير، فيجوز أن تكون الشهادة فيها من رجلين أو رجل وامرأتان[٩٥٨]، بدليل قوله تعالى: (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ)[٩٥٩].

الفرع الثاني: التعارض من حيث حقوق الضحايا في التعويض والعفو

التعويض مسألة هامة أقرها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، كما أقرتها الشريعة الإسلامية قبل عدة قرون من اعتمادها في القوانين الوضعية، غير أن الأمر الذي تميزت به الشريعة الإسلامية في المسائل

---

[٩٥٤] حيث يرى فقها الظاهرية أن شهادة النساء في الحدود جائزة، بحيث من الممكن أن تتم عملية إثبات فعل الزنى بشهادة رجل واحد وستة من النساء وأيد ذلك العلامة أبن حزم رحمه الله، والذي استند لقول الله تعالى في سورة البقرة الآية ٢٨٢: (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى). انظر: العوا، محمد سليم. ٢٠٠٧م. *في أصول النظام الجنائي الإسلامي*. القاهرة: دار النهضة العربية. ص٤٢٢.

[٩٥٥] ابن قدامة. *المغني*. ج١٠. ص١٣٠.

[٩٥٦] الكاساني. *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*. ج٦. ص٢٦٦.

[٩٥٧] فعن عائشة، رضي الله عنها، قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة، ولا مجلود حدا ولا مجلودة، ولا ذي غمر لأخيه، ولا مجرب شهادة، ولا القانع أهل البيت لهم ولا ظنين في ولاء ولا قرابة". الترمذي. *سنن الترمذي*. باب في من لاتجوز شهادته. ج ٤. ص١٢٠. حديث رقم. ٢٢٩٨.

[٩٥٨] ابوبكر، عوض عبدالله. *نظام الإثبات في الفقه الإسلامي*. مرجع سابق. ص٩٤.

[٩٥٩] القرآن. البقرة٢: ٢٨٢.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

الجنائية عن باقي الأنظمة الوضعية ولم تأخذ به، هو موضوع العفو في بعض الجرائم، حيث اعتبرته من الحقوق الخاصة بالمجني عليهم والمتضررين.

أولاً: من حيث حق الضحايا في التعويض

التعويض الواجب هو المترتب عن الضرر الناتج عن الجريمة، وهو الضرر المباشر، أما الضرر غير المباشر فلا يجب التعويض فيه[٩٦٠]، وهو ما أخذت به جل التشريعات الوضعية ومنها التشريع الليبي[٩٦١]، والتعويض المسائل الجنائية يتمثل إما في خسارة مالية تحل بصاحب الحق أو المصلحة نتيجة العدوان على حقه أومصلحته المشروعة، أو قد يقع العدوان على حق مالي فيذهب به كله أو ينقص منه، كما يمكن أن يقع العدوان على صحة الإنسان وسلامة بدنه فيقعده عن الكسب أو يكبده نفقات علاج، وقد يقع العدوان على حرية الشخص فيحول بينه وبين القيام بعمل يدر عليه ربحاً، أو يدرأ عنه خسارة مالية[٩٦٢]، وفي كل الحالات يجب أن يكون التعويض عن الشقين، المادي والمعنوي.

١. تعويض الضحايا بنظام المحكمة الجنائية الدولية

يخضع تقدير قيمة التعويض في نظام المحكمة الجنائية الدولية لتقديرات المحكمة، وذلك من خلال تقارير الخبراء المقدمة لها بشأن تقييم حجم الأضرار وتقدير قيمتها مالياً، وقد أهتم النظام الأساسي

---

[٩٦٠] محمد، محمدين عبد القادر. ٢٠٠٠م. *النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام*. بنغازي: دار الكتب الوطنية. ج٢. ص٧٨.

[٩٦١] فقد نصت المادة ٢٢٤، فقرة ٢ من القانون المدني الليبي على أنه: " ..ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

[٩٦٢] هرجة، مصطفى مجدي. ٢٠٠٢م. *القتل والضرب والإصابة الخطأ وجرائم البلطجة*. القاهرة: دار محمود للنشر والتوزيع. ص٢٧٠.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

للمحكمة الجنائية الدولية بمسألة التعويض وجبر الضرر من خلال المادة ٥٧ من هذا النظام، ووضع التفاصيل الدقيقة بالقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات، حيث تُتخذ إجراءات التعويض للضحايا بناء على طلب من المجني عليهم أنفسهم أو بمبادرة من المحكمة نفسها، كما بينا سلفاً[٩٦٣]، وتُدفع قيمة التعويض من الصندوق الاستئماني[٩٦٤]، بحيث ترفع دعوى التعويض من قبل ذوي الشأن أمام هذه المحكمة، بعد الإعلان عن إجراءات جبر الضرر[٩٦٥].

وللمحكمة الحق في أن تقدر قيمة التعويض على أساس فردي أو جماعي أو بكلاهما، إن رأت ذلك، بحيث تضع في الحسبان وبدقة نطاق ومدى أي ضرر أو خسارة أو إصابة تكون قد لحقت بالضحايا، كما تدعو المحكمة الضحايا أو ممثليهم القانونين أو الشخص المدان وكل من يهمه الأمر من أشخاص طبيعية ودول، لتقديم ملاحظاتهم بخصوص التقرير الذي يقدمه الخبراء والمتعلق بقيمة التعويضات المحددة لجبر الضرر[٩٦٦].

٢. تعويض الضحايا في الشريعة الإسلامية

يُطلق مصطلح الضمان في الشريعة الإسلامية على لفظ التعويض، والذي يعرف بأنه: "الإلتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية"[٩٦٧]،

---

[٩٦٣] انظر موضوع تعويض الضحايا، وجهة تقدير قيمة التعويض في المبحث الأول من الفصل الرابع من هذا البحث.

[٩٦٤] نص المادة ٧٩ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والمتعلقة بإنشاء صندوق للتعويضات يسمى الصندوق الإستئماني.

[٩٦٥] تنص القاعدة ٦ من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات والمتعلقة بالإعلان عن إجراءات خبر الضرر.

[٩٦٦] الفقرة ٢ من القاعدة ٧ من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات والمتعلقة بتقدير قيمة جبر الأضرار.

[٩٦٧] الزحيلي، وهبة. ط٢. ١٩٩٨م. *نظرية الضمان أوحكام المسؤلية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة*. دمشق: دار الفكر. ص١٥.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

وتتم عملية التعويض إما بالخيار أو بالإجبار[٩٦٨]، والأخير هو الطريق المتبع دائماً في الجرائم، إذ أن الجبر في الأصل، هو إصلاح الشيء بضرب من القهر[٩٦٩].

والضرر في اللغة ضد النفع، والضُر، بالضم، الهزال وسوء الحال[٩٧٠]، وفي الإصطلاح يعرف الضرر بأنه: "نقص يصيب الحق ينتج مفسدة ناتج عن سبب تصح نسبته لإدمي"[٩٧١]، وقد استخدم الفقها لفظ الضر والإضرار للتعبير عن جميع أنواع الضرر[٩٧٢]، وهو يجد سنده الشرعي في قول الرسول ﷺ، فعن عبادة بن الصامت، رضي الله عنه، قال: "إن من قضاء رسول الله ﷺ أنه قضى أن لا ضرر ولا ضرار"[٩٧٣]، ويعد هذا الحديث من إحدى القواعد الكلية الكبرى في الفقه الإسلامي[٩٧٤].

أ. التعويض في النفس

والتعويض في الجرائم المرتكبة في الشريعة الإسلامية مسألة جائزة، سواء كان في التعويض عن الأضرار المادية التي تقع على الإنسان أو حتى عن الضرر المعنوي، حيث يجوز التعويض في الهلع والفزع الذي يقع

---

[٩٦٨] اتفق علماء الأصول والفقه على أن في الإتلاف المباشر يكون التعويض، سواء أكان الإتلاف عمداً أم خطأ، أم سهواء، وسواء أكان الذي قام بعمل الإتلاف صغيراً أو كبيراً عالماً بأنه مال غيره أو جاهلاً به، لأن ضمان المتلفات ينظر فيه إلى أنه بدل مال حفاظاً على حقوق الناس في أموالهم، ذلك لأن حرمة المال عظيمة كحرمة النفس. الزحيلي، وهبة. *نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامية دراسة مقارنة*. المرجع السابق. ص٧٥.

[٩٦٩] محجوب، فاطمة. ١٩٩٢م. *الموسوعة الذهبية للعلوم الإسلامية*. القاهرة: دار الغد العربي. ج١١. ص٦٢٧.

[٩٧٠] ابن منظور. لسان العرب. مرجع سابق. ج٤. ص٤٨٢.

[٩٧١] كريم، فاروق عبدالله. ٢٠١٢م. *الضرر المعنوي وتعويضه في الفقه الإسلامي*. لبنان: دار الكتب العلمية. ص٢٧.

[٩٧٢] يستخدم الضرر في الشريعة الإسلامية كمصطلح لجميع أنواع الضرر، لذلك لا نجد لدي فقهاء الشريعة الإسلامية مصطلحات خاصة ومتعددة لكل نوع من أنواع الضرر بمثل ماهو معروف حديثاً، مثل الضرر المالي، والضرر المعنوي، والضرر الجسدي، ودفع الضرر يكون إما بمنعه قبل وقوعه أو بعد وقوعه. انظر: كريم، فاروق. *الضرر المعنوي وتعويضه في الفقه الإسلامي*. المرجع السابق. ص٢٨-ص٥٢.

[٩٧٣] البيهقي. *السنن الكبرى*. باب ملايحتمل القسمة. ج١٠. ص٢٢٥. حديث رقم٢٠٤٤٣.

[٩٧٤] وفي شرح وتفسير هذا الحديث كان القول فيه على نحو: "لاَ ضَرَرَ"، الضرر معروف، وهو مايكون في البدن أو في المال، أو في الأولاد، وقد يكون في المواشي وغيرها، "ولا ضرار" أي ولا مضارة والفرق بين الضرر والضرار، أن الضرر يحصل بدون قصد، والمضارة بقصد، ولهذا جاءت بصيغة المفاعلة. انظر: العثيمين، محمد بن صالح بن محمد. د.ت. *شرح الأربعين النووية*. د.م: دار الثريا للنشر. ص٣٢٥.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

على الناس من جراء العدوان، وقد ذهب الإمام أحمد في ذلك حيث قال: أن من أفزع إنساناً حتى أحدث يجب على محدث الضرر أداء ثلث الدية[٩٧٥]، وطالما أن التعويض في الضرر المعنوي قائم، فبالتالي ومن باب أولى أن يكون التعويض واجباً في الضرر المادي الذي يقع على بدن الإنسان وممتلكاته، حيث يجب تعويض المجني عليه والمتضررين في جرائم القصاص بنوعيه، كما يجوز التعويض عن باقي أنواع الجرائم.

ويعرف هذا النوع من التعويضات في الشريعة الإسلامية بالدية[٩٧٦] والتي تعرف بأنها: "اسم المال الذي هو بدل النفس"[٩٧٧]، وهي قيمة مالية تدفع لأسرة المجني عليه في جرائم القتل، ومصدرها الشرعي في كتاب الله كان في قوله عز وجل: (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا)[٩٧٨]، أما قيمتها فتجد سندها في قوله صلى الله عليه وسلم: "إن في النفس مائة من الإبل"، وهي ثابتة من حيث القيمة، والدية قد تجب بداية أو بدلا من القصاص، ففي الحالة الأولى تكون في القتل الخطأ، أما كبدل تكون في القصاص، وتكون تحت ثلاث شروط وهي: أن يرضى ولي الدم بالدية في القتل العمد، أو إذا تعذر القصاص في الأطراف، أو إذا تعذر القصاص لوجود شبهة تمنعه، كما في القتل شبه العمد[٩٧٩].

---

[٩٧٥] ابن قدامة. *المغني*. ج٨. ص ٤٣٣.

[٩٧٦] لقد اختلف بعض العلما في تحديد طبيعة الدية هل هي عقوبة أم أنها من التعويضات، أم أنها خليط بين النظامين، فمن اعتبرها عقوبة فسنده أنها لايتوقف الحكم بها على طلب الأفراد في الخصومة، إذ انها مقررة لجزاء للجريمة، ولو لم تكن عقوبة لتوقف الحكم بها بناء على طلب أولياء الدم، أما من يرى بأنها تجمع بين الاتنين (العقوبة والتعويض) وذلك لكونها تقع على مال الجاني، وتكون تعويض، لتعويض الجاني مع إمكانية أن يتحملها العاقلة في حالة عدم مقدرة الجاني دفعها في القتل الخطأ. كرم، فاروق. *الضرر المعنوي وتعويضه في الفقه الإسلامي*. مرجع سابق. ص٢٥٥-٢٥٧.

[٩٧٧] الزيلعي. *تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي*. مرجع سابق. ج٦. ص١٢٦.

[٩٧٨] القرآن. النساء٤: ٩٢.

[٩٧٩] فهمي، محمد عارف مصطفى. ١٩٧٢م. *الحدود بين الشريعة والقانون*. طرابلس الغرب: مكتبة النور. ص٣٠٧-٣٠٩.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

ب. التعويض فيما دون النفس

أما التعويض فيما دون النفس فهو نوعين، أما دية مقدرة وهي تعرف بالأرش، وهو تعويض مقدر سلفاً، فعلى سبيل المثال، ففي تلف أحد الأعضاء الثلاثة كالسان والعضو الذكري والأنف سواء تلف العضوء نفسه أو وظيفته، تكون الدية كاملة[٩٨٠]، بينما في الأطراف المزدوجة كاليدين والعينين والرجلين، تكون الدية كاملة في تلفهما ونصف الدية في تلف إحداها.

وقد يكون الأرش غير مقدر وهو ما يعرف بحكومة العدل[٩٨١]، وهو تعويض عما لحق المجني عليه من الآلام فيما لا يستطاع القصاص فيها سواء كان بطريق العمد أو غير العمد[٩٨٢]، وهو تعويض غير مقدر سلفاً ولكن يكون للقاضي أمر تقديره بما يراه ملائماً والواقعة الإجرامية وحجم الضرر[٩٨٣].

كما أن الشريعة الإسلامية لها تقدير قيمي ثابت بالتعويض وباتفاق الجمهور[٩٨٤] في ما يخص جريمة الإغتصاب، وهو ما يعرف بتعويض المستكرهة (المغتصبة)، وهي المكرهة على فعل الزنى بالقوة[٩٨٥]، أما

---

[٩٨٠] فقد روي عن الزهري، عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن أبيه، عن جده، أن رسول الله، صلى الله عليه وسلم، كتب له، وكان في كتابه: "أن من اعتبط مؤمنا قتلا عن بينة، فإنه قود إلا أن يرضى أولياء المقتول، وأن في النفس الدية مائة من الإبل، وفي الأنف إذا أوعب جدعه الدية وفي اللسان الدية، وفي الشفتين الدية وفي البيضتين الدية، وفي الذكر الدية وفي الصلب الدية، وفي العينين الدية وفي الرجل الواحدة نصف الدية، وفي المأمومة ثلث الدية، وفي الجائفة ثلث الدية، وفي المنقلة خمس عشرة من الإبل، وفي كل أصبع من أصابع اليد والرجل عشر من الإبل، وفي السن خمس من الإبل، وفي الموضحة خمس من الإبل، وأن الرجل يقتل بالمرأة وعلى أهل الذهب ألف دينار". انظر: النسائي. سنن *النسائي*. كتاب القسامة. باب ذكر حديث عمر بن حزم في العقول واختلاف الناقلين له. ج٨. ص٧٥. حديث رقم٤٨٥٣.

[٩٨١] بهنسي، أحمد فتحي. *الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي*. مرجع سابق. ج١. ص٨٦-٨٩.

[٩٨٢] بهنسي، أحمد فتحي. المرجع السابق. ج٢. ١٣٨-١٤٤.

[٩٨٣] ابوحسان. محمد. ١٩٨٧م. *أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية*. الأردن: مكتبة المنار. ص٥٣٣.

[٩٨٤] اتفق الجمهور ومنهم المالكية والشافعية، على وجوب المهر للمستكرهة على الزنى مع إقامة الحد على الغاصب بحد الزنى، وهو الرأي الذي خالف فيه الأحناف الذين اعتبروا أنه لايجتمع الحد والمهر معاً، حيث إنه إذا اوجب الحد فلا شيء معه، وقول المالكية في ذلك أن حد الله لا يسقط حد الآدمي وهما حقان أوجبهما الله تعالى ورسوله، عليه الصلاة والسلام. القاطرجي، نهى. ٢٠٠٣م. *جريمة الإغتصاب في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي*. بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. ص١٦٠.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

بالنسبة للعقوبة والقيمة، فقد ذهب الأئمة، مالك والشافعي وأحمد واصحابهم، إلى أن المرأة أذا استكرهت على الزنى فإنها بالإضافة إلى درء الحد عنها، يجب أن تعوض مادياً ومعنويا على ما وقع عليها من قبل الجاني، بحيث تُجبر بمهر مثلها[٩٨٦].

ثانياً: من حيث الحق في العفو

يعتبر العفو من أسباب سقوط الجريمة والعقوبة، والعفو في القوانين الوضعية الوطنية نوعين، العفو العام والعفو الخاص، والعفو العام يصدر بقانون يحدد الأفعال الجرمية التي يطبق بشأنها، وهو إجراء من شأنه تعطيل الآثار الجنائية للجريمة، أما العفو الخاص، فهو العفو عن العقوبة المحكوم بها كلها أو بعضها أو إبدالها بعقوبة أخرى أخف منها مقررة قانونا، ولكن لا تسقط به العقوبات التبعية ولا الآثار الجنائية الأخرى المترتبة على الحكم بالإدانة[٩٨٧]، وكلاهما يكون من ضمن صلاحيات الدولة في إصداره، بينما الأمر في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وفي الشريعة الإسلامية كان مختلفاً وإلى حداً ما.

أ. العفو في نظام المحكمة الجنائية الدولية

إن مسألة العفو عن العقوبات التي تقع على المحكوم عليهم، لم يتطرق لها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على الإطلاق، ولكنه أقر إعادة النظر في شأن تخفيض العقوبة المحكوم بها على الجاني، وذلك

---

[٩٨٥] تعتبر وسيلة الإكراه المستخدمة في هذه العملية (جريمة الإغتصاب) لامعنى لها، حيث لافرق بين الإكراه بالتغليب على النفس، وبين الإكراه بالتهديد بالقتل ونحوه، إذ أنه يكفي أن تكون مضطرة لفعل الزنى، حيث يقول فقهاء الحنابلة في هذه المسألة: "أنه يكفي أن تكون المرأة مضطرة لقيامها بفعل الزنا". انظر:ابن قدامة. *المغني*. ج٩. ص٥٩.

[٩٨٦] الشافعي. *الأم*. مرجع سابق. ج٦. ص١٦٨.

[٩٨٧] باره، محمد رمضان. قانون العقوبات الليبي القسم العام. مرجع سابق. ص١١٨-١١٩.

من خلال نص المادة ١١٠ من هذا النظام، حيث بموجبها لا يجوز للدولة التي يتم فيها تنفيذ حكم العقوبة بأن تفرج عن المحكوم عليه قبل إنقضاء العقوبة تحت أي شرط أو سبب من الأسباب[٩٨٨]، فهذه السلطة مقررة للمحكمة فقط، فهي التي تقرر مسألة تخفيف العقوبة وتبت في الأمر، وذلك بعد سماع أقوال المحكوم عليه[٩٨٩].

وكل ذلك يتم تحت شروط معينة، فلا يتم نظر مسألة تخفيف العقوبة إلا بعد أن يكون الشخص قد قضى ثلثي مدة العقوبة في حالة السجن المؤقت، أو ٢٥ سنة في حالة السجن المؤبد[٩٩٠]، كما يشترط في المحكوم عليه أن يكون متعاوناً مع المحكمة فيما تقوم به من أعمال التحقيق والمقاضاة، مع قيامه طوعاً لتنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة عن المحكمة في قضايا أخرى قد يكون طرفاً فيها، وفوق كل ذلك، يجب عليه تسليم الأموال المحكوم فيها بالمصادرة وكذلك تسديد قيمة الغرامة الصادرة في حقه[٩٩١].

ب. العفو في الشريعة الإسلامية

الأصل أن للدولة الحق في أن تقتضي حقها في العقوبة وتوقعها على الجاني وتقتص منه، إلا أن هناك أسباب قد تحول دون ذلك، وقد إنحصرت هذه الأسباب في النظم الجنائية المعاصرة، في التقادم، ووفاة المتهم، والعفو العام، والصفح أو التصالح في بعض الجرائم[٩٩٢].

---

[٩٨٨] الفقرة ١ من نص المادة ١١٠ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والمتعلقة بمسألة قيام المحكمة بإعادة النظر في شأن تخفيض العقوبة.

[٩٨٩] الفقرة ٢ من نص المادة ١١٠ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

[٩٩٠] الفقرة ٣ من نص المادة ١١٠ من النظام الأساسي للمحكمة الجناية الدولية.

[٩٩١] الفقرات أ، ب، ج، من البند ٤ من نص المادة ١١٠ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

[٩٩٢] العوا، محمد سليم. *في أصول النظام الجنائي الإسلامي*. مرجع سابق. ص١٤٦.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

وقد عرفت الشريعة الإسلامية إعفاء الجاني من العقوبة من خلال نظامين هما: التوبة في بعض الجرائم، والعفو، حيث اتفق الفقهاء على أن التوبة تسقط إيقاع الحد على الجاني في جريمة الحرابة فقط دون الجرائم المرتبطة بها، كالقتل وأخذ المال بالقوة، بشرط أن تكون هذه التوبة قبل القدرة عليه[٩٩٣]، وحجتهم في ذلك قوله تعالى: (إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ)[٩٩٤]، وهو ما ذهب إليه المالكية والحنفية وبعض فقها الشافعية، إلا أنهم اختلفوا في أمر التوبة بالنسبة لباقي جرائم الحدود والتي منها جريمة السرقة[٩٩٥].

أما في مسألة العفو كسبب من أسباب سقوط العقوبة، فالقاعدة العامة في الشريعة الإسلامية أن العفو في العقوبة والجريمة لا يجوز في الحدود، سواء من ولي الأمر أو ممن وقعت عليهم الجريمة، لأن ما كان حقاً لله لا يجوز فيه العفو[٩٩٦]، أما في جرائم القصاص وجرائم التعازير فالأمر مختلف، ففي القصاص العفو جائز سواء في جرائم القتل أو جرائم التي تقع على بدن الإنسان، كالجروح والضرب، وهذا العفو مقرراً لصاحب الحق المعتدى عليه أو المتضرر من الجريمة، فالمعتدى عليه يكون في جرائم الضرب والجراح صاحب الحق، أما المتضرر فهم دائماً أولياء الدم في جرائم القتل[٩٩٧].

أما في جرائم التعازير، فقد انعقد إجماع الفقهاء على أن لولي الأمر حق العفو في جرائم التعازير عن العقوبة كلها أو بعضها وهو حق مطلق دون قيود، أما بالنسبة للمجني عليه فالرأي عند الفقهاء أن له حق

---

[٩٩٣] ابن جزم. *المحلى*. ج١٢. ص٢٧٨.

[٩٩٤] القرآن. المائدة٥: ٣٣-٣٤.

[٩٩٥] موافي، أحمد. *من الفقه الجنائي المقارن بين الشريعة والقانون*. مرجع سابق. ص٢١٠.

[٩٩٦] بهنسي، أحمد فتحي. *الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي*. مرجع سابق. ج٤. ص٦٩.

[٩٩٧] العوا، محمد سليم. *في أصول النظام الجنائي الإسلامي*. مرجع سابق. ص١٦٢.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

العفو عما يمس شخصه مباشرة فقط، كما في جرائم الضرب والسب والتشهير وغيرها من الجرائم التعزيرية، غير أن عفوه هذا قد لايؤثر على حق الجماعة أو الدولة في تأديب الجاني وتقويمه[٩٩٨].

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

[٩٩٨] موافي، أحمد. *من الفقه الجنائي المقارن بين الشريعة والقانون*. مرجع سابق. ص٢١٢.

خاتمة الفصل الخامس

وحيث إن جوهر منهج هذه الدراسة هي الدراسة المقارنة، فقد تناول الباحث في هذا الفصل أخلاقيات الحرب في الإسلام وأوجه التعامل مع المحاربين وغيرهم من المدنين في الشريعة الإسلامية، مع مقارنة ذلك بما جاء في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية من حيث التجريم لبعض الأفعال والعقوبات المقررة لها، وكذلك آلية الملاحقة الجنائية والمتمثلة في النظام القضائي، ومن خلال المقارنة تبين أن هناك عدة مسائل متعارضة بين المنهجين.

فمن حيث التجريم، فقد كان التعارض واضحاً فيما يتعلق باسترقاق وقتل الأسرى من المحاربين المعتدين، بحيث يعد قتل الأسرى أو استرقاقهم من الأفعال المجرمة بموجب النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، بينما الأمر كان مختلفاً، وإلى حدٍ ما، في منهج الشريعة الإسلامية، ففي الأصل فإن الدين الإسلامي يحث على منع الرق في عمومه وقتل الأسرى، بل إنه يدعوا إلى معاملة الأسير المعاملة الحسنة، من توفير المأكل والمشرب والكسوة له، ولكن لا يجرم ولا يعاقب عليه في بعض الأوقات، فلولي الأمر الحق في استرقاق أو قتل الأسرى متى كان ذلك في المصلحة العامة، بحسب ما المصلحة في ذلك، ولكن في إطار ضيق وبأسباب موضوعية، وهو بمثابة العقوبة لمن يسعى للنيل من الإسلام والعدوان على الأمة الإسلامية ومحاربة الله ورسوله، عليه الصلاة والسلام، والباحث يؤيد هذا الأمر فقط في حالة العدوان.

أما من حيث العقوبة، فالتعارض كان أكثر وضوحاً، خاصة فيما يتعلق بالعقوبات التي تتناسب مع الجرائم الخطيرة التي منها القتل العمد، والتي كان من المفترض أن تكون العقوبة الموازية له هي عقوبة الإعدام، بحسب ما هي مقررة في الشريعة الإسلامية، غير أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

الدولية جاء خالياً من هذه العقوبة حتى في أشد الأفعال التي جرمها، والتي منها القتل العمد والإغتصاب، حيث يرى الباحث، أن غياب عقوبة الإعدام في النظام الساسي للمحكمة الجنائية الدولية، يُعد قصوراً في التشريع، خاصةً وأن المحكمة تنظر في أشد الجرائم خطورةً على المجتمع الدولي بحسب ما ورد في دباجة نظامها الأساسي، فالنظر في الجرائم الأشد خطورةً يجب أن تقابلها العقوبات الأشدّ قسوة، عملاً بمبدأ تناسب العقوبة مع درجة خطورة الجريمة، لأن المستهدف في عقوبة الإعدام ليس المحكموم عليه فقط، بل إن المستهدف منها أيضاً هم العامة من الناس حتي يتم ردعهم، مع مرعاة ذوى المجني عليه في جرائم القتل لشفاء غليلهم والابتعاد عن الإنتقام، وبالتالي توسيع دائرة الإجرام، وهو ما أخذت به الشريعة الإسلامية وغاب عن نظام روما الأساسي[٩٩٩]، ويشار إلى أن عدم إدراج عقوبة الإعدام قد حال دون التوقيع أو الانظمام لهذه المحكمة من قبل بعض الدول الإسلامية

وتناول الباحث بالمبحث الثاني النظام القضائي في الإسلام، مستعرضاً أهم الضمانات التي يجب أن يتمتع بها المتهم أثناء فترة المحاكمة، وذلك من خلال أسس المحاكمة العادلة، وشروط تولي القضاء في الإسلام، وطرق الإثبات في المسائل الجنائية، والتي انحصرت بهذه الدراسة في الإقرار والشهادة، وقد تبين للباحث ومن خلال المقارنة بين النظامين فيما يتعلق بالأحكام الإجرائية، وجود بعضاً من أوجه التعارض فيما بينهما، تجسدت في شروط تولي القضاء، وفي وسائل الإثبات في الجرائم، وتعويض المجني عليهم، وفي حق العفو من العقاب.

---

[٩٩٩] الإدريسي، طارق، و وان عبد الفتاح بن وان إسماعيل.٢٠١٤م. *تسليم رعايا الدول الإسلامية للمحكمة الجنائية الدولية بين الشريعة والقانون*. مجلة البحوث والدراسات الشرعية.السنة الثالثة. العدد ١٩. فبراير ٢٠١٤. ص٢٣٨.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

ففي تولي أمر القضاء، فإنه يجوز أن تتولاه المرأة مع جواز أن يمثل المتهم المسلم أمام القاضي غير المسلم في نظام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وهو الأمر الذي لا يمكن قبوله في الشريعة الإسلامية، أما بالنسبة للإثبات الجنائي فإنه يجوز للهيئة القضائية بالمحكمة الجنائية الدولية أن تصدر أحكامها بناء على شهادة امرأة واحدة أو صبي غير المميز الذي لم يبلغ سن الرشد، والتي حددها النظام الأساسي لهذ المحكمة بسن ١٨ سنة ميلادية، وهو ما لا تأخذ به الشريعة الإسلامية في القضايا الجنائية، خاصة وأن الجرائم التي تختص بنظرها هذه المحكمة تعد من أشد الجرائم خطورة على المجتمع الدولي.

كما يجوز للقاضي في المحكمة الجنائية الدولية أن يجبر الشهود على الإدلاء بشهادتهم أمامه، وهو ما يمكن اعتباره نوعاً من الإكراه المستخدم في الحصول على دليل الإدانة بوسيلة غير مشروعة، والنظام في هذه الحالة يخالف نفسه بحسب ما جاء بنص الفقرة ٧ من المادة ٦٩ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والمتعلقة بمشروعية الدليل وطريقة الحصول عليه، كما أنه مخالف لمنهج الشريعة الإسلامية[١٠٠٠].

وفي مسألة تعويض المجني عليهم من حيث القيمة وجهة تقديرها، تبين للباحث أن التعويض في نظام المحكمة الجنائية الدولية في جميع أنواع الجرائم من حيث تقدير قيمتة، يعود إلى الدائرة القضائية التي أمامها ملف الدعوى، وهي مسألة تقديرية بحسب ما يقرره خبراء تقدير قيمة الأضرار المادية فقط دون المعنوية، بينما التعويض في الشريعة الإسلام يكون مقدراً من حيث القيمة سلفاً في بعض الجرائم كما في القتل العمد وهو مايعرف بالدية وفي بعض الجراح، أما في التعزير فالمسألة تقديرية بالنسبة للقاضي، كما يجوز تقدير قيمة التعويض عن الضرر المعنوي في الإسلام.

[١٠٠٠] وان بن إسماعيل، وان عبدالفتاح. طارق الإدريسي. ٢٠١٤م. *الإثبات الجنائي بنظام المحكمة الجنائية الدولية في ميزان الشريعة الإسلامية*. مجلة البحوث والدراسات الشرعية. السنة الثالثة. العدد ٢٣. يونيو ٢٠١٤م.ص٢٦٣.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

وفي مسألة العفو، فإنه لا يوجد في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بين نصوصه ما يقرر العفو عن الجرائم والعقوبات، وإنما يجوز فقط تخفيف العقوبة وتقليل مدة الحبس من قبل المحكمة وبشروط معينة، بينما كان العفو أمراً مسموح به في بعض الجرائم في الشريعة الإسلامية للدولة والأفراد، ومن كل ذلك يظهر لنا التعارض وبصورة واضحة ما بين القواعد الإجرائية بالنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ومنهج التشريع الجنائي في الإسلام.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA