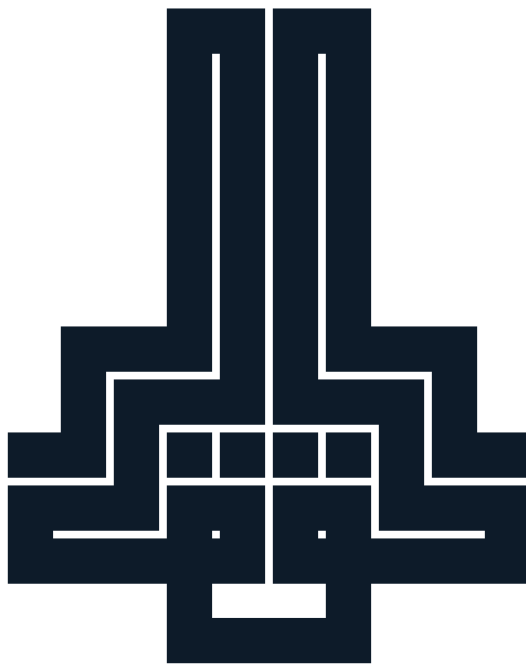


# iSLAM CEZA HUKUKU



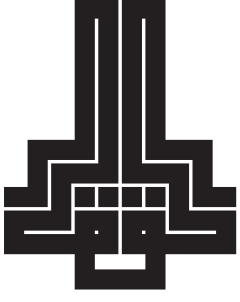
ISLAMIC  
CRIMINAL LAW

القانون  
الجنائي الإسلامي

Editörler

Prof. Dr. Abdurrahman EREN  
Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ

Yayına Hazırlayan  
Av. Ahmet AKCAN



İSLAM CEZA HUKUKU | ISLAMIC CRIMINAL LAW | القانون الجنائي الإسلامي

TEBLİĞLER KİTABI | CİLT 2 | VOLUME 2 | كتاب ٢

Yayına Hazırlayan | Publisher | مالك الامتياز  
Av. / Att. Ahmet Akcan

Editörler | Editors | المحررين  
Prof. Dr. Refik Korkusuz  
Prof. Dr. Abdurrahman Eren

Editör Yardımcıları | Deputy Editors | مساعد المحرر  
Doç. Dr. Mehmet Bilen  
Yrd. Doç. Dr. Ali Emrah Bozbayındır  
Yrd. Doç. Dr. Esra Alan Akcan  
Arş. Gör. Ömer Temel  
Arş. Gör. Mevlüt Göl  
Arş. Gör. Volkan Aslan  
Evren Soyuçok

Kitap ve Kapak Tasarımı | Book & Cover Design | التصميم  
Utku Aydın

Kapak Hattı (El Hak) | Calligraphy | خط اليد  
Ali Hüsrevoğlu

Tashih | Rectification | التصحيح  
Dr. Mahmoud Naassan  
Lakhdar Elguaizi  
Evren Soyuçok

Yayın | Publisher | النشر



**LALE YAYINCILIK**

Baskı | Print | الطباعة  
Gök Matbaacılık  
Sertifika No: 33157

TAKIM ISBN 978-605-84443-7-9  
ISBN 978-605-84443-9-3

Tarih ve Baskı Adedi | Date & Print Run | عدد الطبعة التاريخ  
Nisan 2017 - 3000 Adet

BU KİTAP 30 NİSAN - 3 MAYIS 2015 TARİHLERİ ARASINDA ANTALYA'DA DÜZENLENEN İSLAM CEZA HUKUKU ULUSLARARASI SEMPOZYUMUNDA SUNULAN TEBLİĞLERDEN OLUŞMAKTADIR. KİTAPTAKİ METİN VE FOTOĞRAFARIN TAMAMININ VEYA BİR KISMININ ELEKTRONİK, MEKANİK, FOTOKOPİ VEYA HERHANGİ BİR KAYIT SİTEMİYLE ÇOĞALTILMASI YAYIMLANMASI VE DEPOLANMASI YAZILI İZNE TABİDİR.

Ahmed El Terk<sup>1</sup>

احمد الترك<sup>1</sup>

İSLAM CEZA HUKUKUNDA VE MODERN KANUNLARDA SANIĞIN  
SUSMA HAKKI (MUKAYESELİ BİR ARAŞTIRMA)

Çev. Doç. Dr. Soner DUMAN

A COMPARATIVE STUDY THE RIGHT TO REMAIN SILENT IN  
ISLAMIC CRIMINAL LAW AND IN MODERN STATUTES

حق المتهم بالالتزام بالصمت في القانون الجنائي  
الاسلامي وفي القوانين الحديثة (دراسة مقارنة)

<sup>1</sup> Avukat, Londra, Birleşik Krallık.

<sup>1</sup> London, United Kingdom, Attorney

<sup>1</sup> محامي، لندن، المملكة المتحدة

## ■ Giriş

İnsan hakları meselesi bu günlerde millet ve toplumların gelişmişlik seviyesini ölçmede uluslararası ölçülerin en önemlilerinden olmuş, uluslararası örgütlerden birkaçı bunun ne ölçüde uygulandığını denetlemeye başlamıştır. İnsan hakları meselesi İslam'da on dört asırlık zaman dilimi boyunca herhangi bir propaganda ya da göstermelik çaba söz konusu olmaksızın geniş bir özenle ele alınmış, Müslümanların ilk nesilleri bunu pratiğe geçirmişlerdir.

İnsanın gücü ve özgüveni hangi noktaya ulaşırsa ulaşınsın insan kendisini zayıf kılacak, düzgün bir davranışta bulunamayacağı ve içinden geçenleri anlatamayacağı bir takım durumlarla karşılaşabilir. İşte insanın, kendi haklarına saygı gösterilmesine en çok ihtiyaç duyduğu anlar bu anlardır; çünkü bu zayıflığa daha önceden hazırlanmış değildir. Kişi, bireysel özgürlüğe riayet ettiği ve kamu yararı ve düzenini koruduğu halde, zâhiri itibarıyla onu bir şeyle suçlayan bir takım delillerin bir araya getirilmesinden sonra “sanık” sıfatı ile nitelenmiş olabilir. İnsanın suçsuz olması asıldır. İnsanın “sanık” olarak nitelendiği bu aşama, suçsuzluk ile suçluluk arasında orta bir aşamadır. Ancak kişi hakkında “sanık” niteliği söz konusu olsa bile onun suçluluğunu ortaya koyan kesin bir yargı kararı verilmedikçe kişi suçsuz olmaya devam eder.

Sanığa yönelik hürriyetini kısıtlama, cezaî uygulamalar yoluyla haklarını çiğneme gibi ihtimallere karşı onu korumak amacıyla, kendisine ithamın yöneltildiği esnada, bu ithamı reddetme ve kanunen kendisine tanınan her türlü yöntemi kullanarak kendisini savunmaya ilişkin bütün garanti ve hakların tanınması gerekir. Modern ifade alma araçlarının gelişmesi karşısında bazıları sanığa inceleme yetkisi karşısında daha çok hak tanınmasının zorunlu olduğunu ifade etmektedir. Bu hakların en önemlilerinden biri sanığın susma hakkını kullanma zorunluluğudur. Yani sanık kendisine yöneltilen sorulara, suçu işlediğine ilişkin itirafta bulunmasını isteyen herhangi bir baskı görmeden ve sorular karşısında sessiz kalması halinde bu sessizlik, suçlamayı kabul ettiğine dair bir karine olarak görülmesizin cevap verme veya sessiz kalma hakkına sahip olmalıdır.

Buradan, sanığın susma hakkının bizzat insan hakları meselesiyle ilişkili olduğu açığa çıkmaktadır. Bu hak, âdil yargılamaya ilişkin uluslararası ölçülerden biri olmuştur. Bu hakkın önemine rağmen, gerek fıkıhçı gerekse hukukçulardan konunun uzmanlarının bu meseleye ilişkin görüşleri farklı kısımlara ayrılmıştır. İslam ceza hukuku doktrininde konuya ilişkin iki eğilim bulunmaktadır. Bunlardan biri sanığın susma hakkını desteklediği halde diğeri karşı çıkmaktadır. Yürürlükteki kanunlarda da durum aynıdır; kimi kanunlar açıkça veya örtülü bir şekilde bu hakkı tanıdığı halde başka bazı kanunlar ise bu haktan söz etmemiştir. Yine sanığın susması konusunda yargının konumu da ülkeden ülkeye değişmektedir. Dahası aynı ülke içinde bu hakka ilişkin yargı hükümleri arasında çelişki söz konusu olabilmektedir.

## ■ I. İslam Hukukunda Sanığın Hakları

### A. Kanun Açısından Sanığın Tanımı

Kanuna göre sanık, suç sayılan bir fiili işlediğine ilişkin şüpheler bulunan kimsedir. Buna bağlı olarak savcılığın kendisine yönelttiği sorumluluğu üstlenmek, kanunun belirlediği uygulamalara boyun eğmek durumundadır. Bu uygulamaların hedefi şüpheleri araştırmak, değerini ölçmek, daha sonra suçsuzluk veya suçluluğa karar vermektir.<sup>1</sup>

### B. İslam Hukukunda Sanığın Hakları

İslam Hukuku, sanığın hâkim önünde bir takım haklarının bulunduğunu kabul etmiştir. Bunlar arasında; adalet hakkı, âdil yargılanma hakkı, otoritenin haksızlığına ve işkenceye karşı himâye edilme hakkı bulunmaktadır.

#### 1. Adalet Hakkı

Kişinin yalnız ve yalnız Allah'ın şeriatına göre yargılanmayı isteme hakkı bulunmaktadır. Bunun delili şu âyettir: "Bir konuda anlaşmazlığa düşerseniz bunu Allah'a ve Resûl'e götürün." (Nisâ, 59)

Kişinin gücü yettiği takdirde kendisine yönelik haksızlığı giderme ve yine kendisinden talep edilmemiş olsa bile gücü yettiği takdirde başkasının haksızlığını gidermek için şahitlik yapma hakkı vardır. Nitekim Resûlullah (s.a.v.) şöyle buyurmuştur: "Size şahitlerin en hayırlısını söyleyeyim mi? Kendisinden talep edilmeden önce şahitlik yapandır." Yalnızca davacının şahitliğiyle yetinmeyip davalının şahitliğini de dinlemek.

#### 2. Adaletli Yargılanma Hakkı

İnsanın suçsuz olması asıldır. Sanık da suçluluğu ispatlanıncaya kadar suçsuzdur. Kanunsuz ceza yoktur. Suç işlendiği kesin bir delille ortaya konmadığı sürece ceza uygulanamaz. Hukukun suç için öngördüğü cezanın ötesine geçilemez. Hiç kimse başkasının işlediği suçtan sorumlu tutulamaz. "Kimse başkasının yükünü yüklenmez."

#### 3. Otoritenin baskı ve işkencesine karşı korunma hakkı

Değil sanığa, suçluya bile işkence yapılamaz. Suçlunun insanlık onuru korunmalıdır.

#### 4. Konuşmama /Susma Hakkı

Sanığın konuşmama hakkı, kendisine sorulan sorulara karşı konuşup cevap vermeme hakkıdır. Bu, kendisi aleyhine bir delil sayılamaz. Sanığa kendisi ile ilgili tahkikat yapılırken böyle bir hakkının olduğunun ifade edilmesi gerekir. Sanığın susma hakkının özellikleri şunlardır:

##### 1. Köklü ve fitrî bir haktır.

Sanığın susma hakkı köklü ve fitrî bir haktır. Çünkü sanık, kendisine yöneltilen töhmeti reddetmek için konuşabileceği gibi susmanın kendisi için daha yararlı olduğuna inandığı takdirde susabilir de. Çünkü sanık konuşmaya zorlanamaz, suçsuzluğunu ispat etmekle yükümlü tutulamaz.

##### 2. Şahsî bir haktır.

Susma hakkı, sanığın kendisini yargı önünde savunabilme hakkını pratiğe yansıtmasının mümkün olması için onun yararına kabul edilmiş bir hak olduğundan susma hakkı onun kendisini savunma hürriyetinin göstergelerinden biri olmanın dışına çıkmaz.

<sup>1</sup> Mahmud el-Hasenî, *Şerhu Kânuni'l-icrâati'l-cinâiyye*.

### 3. Genel bir haktır.

Susma hakkı bireysel olduğu için aynı zamanda genel olma özelliğine de sahiptir. Çünkü sanığı konuşmaya zorlamak mümkün olsa bile onu doğru söylemeye zorlamak zordur. Buna bağlı olarak da susma hakkı aynı zamanda cezaî adaleti korumak ve himâye etmekle somutlaşan kamu yararını himâye etmek için de kabul edilmiştir. İslam fıkhi sanığın hâkim önünde konuşup konuşmama hürriyetini ona tam olarak tanımıştır. Fakihler bunun için şu âyeti delil getirmişlerdir: “Kim iman ettikten sonra Allah’ı inkâr ederse -kalbi iman ile dolu olduğu halde (inkâra) zorlanan başka- fakat kim kalbini kâfirliğe açarsa, işte Allah’ın gazabı bunlaradır; onlar için büyük bir azap vardır.” [Nahl, 106]

Fıkıhçılar buna dair sünnetten de şu hadisi delil olarak zikretmişlerdir: “Benim ümmetimden, yanılma, unutma ve zorlanarak yaptıkları şeylerin sorumluluğu kaldırılmıştır.” Hz. Ali, Resûlullah (s.a.v.)’tan şunu rivayet etmiştir: “Belâdan (işkenceden) sonra itirafta bulunan kimseye had cezası yoktur.” Yine rivayet edildiğine göre Hz. Ali şöyle söylemiştir: “Tek başına alındığında veya hapsedildiğinde yahut korkutulduğunda itiraf eden kimseye had cezası uygulanmaz.” Hz. Ali’den şöyle bir olay nakledilmiştir: “Hz. Ömer’in halifeliği döneminde hâmile bir kadın onun huzuruna getirildi. Hz. Ömer kendisini sorguladığında kadın zina ettiğini itiraf etti. Ömer onun recmedilmesini emretti. Hz. Ali o kadınla karşılaşınca kendisine “bu kadının durumu nedir?” diye sordu. Oradakiler “Ömer onun recmedilmesini emretti” dediler. Bunun üzerine Hz. Ali kadını geri çevirdi ve Ömer’e “sen onun recmedilmesini mi emrettin?” diye sordu. Hz. Ömer “evet, benim yanımda zina ettiğini itiraf etti” dedi. Bunun üzerine Hz. Ali “haydi diyelim ki senin bu kadın üzerinde ceza uygulama yetkin var, peki ya karnındakine ceza vermeye yetkin var mı?” diye sordu. Hz. Ömer “onun hâmile olduğunu bilmiyordum” dedi. Hz. Ali “madem bilmiyordun, şimdi onun rahminin boşalmasını (doğum yapmasını) bekle!” dedi. Daha sonra da ona “muhtemelen sen bu kadını azarladın ve korkuttun, değil mi?” dedi. Hz. Ömer “evet böyle oldu” dedi. Bunun üzerine Hz. Ali şöyle dedi: “Sen, Resûlullah (s.a.v.)’ın, işkence sonrasında itirafta bulunan kimseye had cezası uygulanmaz, sözünü işitmedin mi? Senin bağladığın, hapsettiğin veya tehdit ettiğin kimsenin ikrarı geçerli değildir.” Bunun üzerine Hz. Ömer kadını serbest bıraktı ve şöyle dedi: “Kadınlar, Ali’nin bir benzerini doğuramaz! Ali olmasaydı Ömer helak olurdu!”

## ■ II. İslam Ceza Hukukunda Sanığın Susma Hakkı

Sanığın konuşmaktan kaçınma hakkı yalnızca onun kendi isteği ile sınırlı değildir, bilakis şayet susmayı seçerse onun bu suskunluğunu aleyhine bir karine olarak da görmemek gerekir. Kendisine yöneltilen ithamla yüzleşmek durumunda kalan ve konuşmaktan veya kendisine yöneltilen sorulara cevap vermekten kaçınan sanığı susmaya yönelten şey, kendisine yöneltilen töhmet karşısında şoka girmesi, afallaması, ciddiye almaması veya ilgilenmemesi olabileceği gibi suç ikrar etmesi de olabilir. Sanığı bunun dışında susmaya yönlendiren başka etmenler de bulunabilir. Bu etmenler sanığın kendisine isnad edilen suç işlememiş olması ihtimalini gündeme getirmektedir. Bu sebeple susma yoluna başvuran sanığı, bu susmasına dayanarak suçlayıcı bir hüküm vermek sanığa haksızlık etmek anlamına gelebilir. Sanığın susmasının İslam ceza hukuku açısından hükmü nedir?

Fakihler, ceza davasında davalının (sanığın) susmasının hükmü konusunda ihtilaf etmişlerdir. Bazıları şu görüşü ileri sürmüştür: “Hâkim, [kendisine sorulan soruya] cevap verinceye kadar sanığı hapsedebilir; çünkü her davacı davalının cevap vermesini isteme hakkına sahiptir.” Diğer bir eğilim ise

davalının susmasının inkârdan çok ikrara yakın olduğunu belirtir. Çünkü itham edildiği halde susan kişinin bu susması, kendisine yönelik olarak def etmediği ithamı inkâr ettiği anlamına gelmez. Çünkü İslam hukukunda her ne kadar “susan kimseye bir söz isnad edilmez” şeklindeki genel kural benimsemiş olsa da burada şu şekilde ifade edilebilecek bir başka genel kural da vardır: “Konuşmaya ihtiyaç bulunan yerde susmak, kabul etme veya ikrar anlamına gelir.” Bir diğer grup ise şu görüşü benimsemiştir: Hâkim böyle bir durumda davalıya “[sana sorulan soruya] cevap ver, aksi takdirde seni yemin etmekten kaçınmış sayarım ve yemin etme hakkını davacıya tanırım” der. Davalı buna rağmen konuşmamakta ısrar ederse hâkim ona yeminden kaçınan kişiye ilişkin hükümleri uygular, davacıya yemin ettirdikten sonra onun lehine hükmeder.

El-Mebcut adlı eserde [İmam Serahsî] şöyle demiştir: “Hasım [davalı] hâkime “ikrar da inkâr da etmiyorum” derse Ebû Hanîfe’ye göre hâkim onu buna zorlayamaz. Bu durumda davacıyı şahitleriyle birlikte çağırır. İbn Ebî Leylâ şöyle demiştir: “Ben, o kişi ikrar veya inkârda bulununcaya kadar kendisini salmam; çünkü onun cevap verme yükümlülüğü vardır. Gücü yettiği halde yapması gereken şeyden kaçınırsa hâkim onu yerine getirmesi için kendisini hapis cezasıyla zorlar.” Fıkıh Ansiklopedisinde şöyle denilmiştir: “Sahnûn –ve bir rivayete göre Eşheb- şöyle demiştir: Davalı, mahkemede “ben [hakkımdaki suçlamayı] ikrar da inkâr da etmiyorum” dediğinde şayet inadında ısrar eder ve davacının da delili olmazsa hâkimin davalıyı hapsedme ve tedib etme hakkı vardır. Şâfiî de bu yönde görüş belirtmiştir.” Şemseddin es-Serahsî şöyle demiştir: “Davalılar yemin etmekten kaçındıklarında yemin edinceye kadar hapsedilirler; çünkü kasâme uygulamasında dinin cana verdiği önemi göstermek adına [töhmetsizce bulunanlar tarafından edilmesi istenen] yeminler, doğrudan elde edilmesi amaçlanan bir haktır. Doğrudan bir hak ile yükümlü olan bir kimsenin bunu yerine getirirken başkasına vekâlet vermesi söz konusu olamaz. Bunu yerine getirmekten kaçındığında ifayı gerçekleştirinceye kadar hapsedilir. Lian işleminde söylenmesi gereken kelimeler de böyledir. Konuya ilgili dördüncü bir görüş ise şunları söyler: “Sanığın susması durumunda hâkim davanın şartları ve ilgili durumları göz önünde bulundurarak takdir yetkisini kullanır. Çünkü davalıyı yeminden kaçınmış sayabileceği gibi davacıyı davasını ispatla yükümlü tutmayı da uygun görebilir.”

Kanaatimize göre son görüş adalete daha yakındır; çünkü cezaya ilişkin konularda dikkate alınması gereken, kendisine sunulan delillere binâen hâkimde oluşacak kanaattir. Yine kanaatimize göre bir ceza davasında, kendisine sunulan diğer unsurlara göre sonuçları çıkaracak olan kişi ceza hâkimidir. Bu görüşümüzde İslam fıkıhında yerleşik olan şu kurallara dayanıyoruz: “Susan bir kimseye bir söz isnad edilemez.”, “Had cezaları şüpheli durumlarda uygulanmaz.”

### 1. “Susan bir kimseye bir söz isnad edilemez. Ancak açıklama yapılması gereken yerde susmak beyan kabul edilir” kuralı

Fıkıhtaki genel kurala göre susan bir kimseye herhangi bir söz isnad edilemez. Sorgulama esnasında kendisine yöneltilen sorulara karşı susma yoluna başvuran sanığa da herhangi bir söz isnad edilemez. Buna göre İslam fıkıhında davacının susması, kendisine nispet edilen şeyi kabul ettiği anlamına gelmediği gibi ceza davalarında susmak ikrar anlamına gelmez, hatta ahvâl-i şahsiyye gibi medenî yargılama alanında da durum böyledir. Sanık, suçluluğu ispat edilinceye kadar suçsuzdur. Davacı davasını delille ispat etmek zorundadır. Sanık, suçsuzluğunu ispatla yükümlü değildir. Sanıktan, kendisine yöneltilen ithamı reddetmesi için delil getirmesi talep edilemez; çünkü ispat yükümlülüğü savcılık makamının üzerindedir.

### 2. “Had cezalarının şüpheli durumlarda düşmesi” kuralı

“Had cezalarının şüpheli durumlarda düşmesi” kuralı her ne kadar had cezaları ile ilgili olsa da aslında bu kural İslam fıkıhında adaletin genel ilkelerindedir ve bu kuralı sanığın susması durumunda da

işletmek mümkündür. Bu kuralın şer'î dayanağı "had cezalarını şüpheli durumlarda düşürün!" genel hadisidir. Ebu Hureyre'den rivayet edildiğine göre Resûlullah (s.a.v.) şöyle buyurmuştur: "İmkân bulduğunuz ölçüde had cezalarını def edin!". Hz. Âişe'den rivayet edildiğine göre Resûlullah (s.a.v.) şöyle buyurmuştur: "Gücünüz ölçüsünde Müslümanlardan had cezalarını def edin. Bir çıkış yolu varsa [sanığı] salın. Devlet başkanının af konusunda yanılması, cezalandırma konusunda yanılmasından daha iyidir."

İslam hukukunda ispat konusundaki genel kurala göre delil getirmek, davacının, [davacı delil getiremediğinde] yemin etmek de inkâr edenin yükümlülüğüdür. Bu sebeple Resûlullah (s.a.v.) şöyle buyurmuştur: "Delil getirmek davacının, yemin etmek ise davalının yükümlülüğüdür." Son olarak sanığa insanca muamele edilmesi hakkını hatırlatmamız gerekir. Nitekim bu konu, hanif olan dinimizde yaygın bir şekilde yer almaktadır. Müslim'in sahihinde Ebû Hureyre'den rivayet ettiğine göre Hz. Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur: "Her bir Müslümanın canı, malı ve ırzı diğer Müslümana haramdır."

Sanığın diğer bir hakkı da kendisine yöneltilen töhmeti bilmektir. Hatta ilim ehlerinden pek çok kişi onun, hakkın hangi sebeple kendisi üzerine gerekli olduğunu bilme hakkı bulunduğunu söylemişlerdir. Mevâk, *et-Tâc ve'l-İklîl* adlı eserde şöyle demiştir: "Eşheb şöyle dedi: Davalı kendisinden [bir mal konusunda] hak talep eden kimseye bu malı hangi sebepten dolayı talep ettiğini sorduğunda davacı "benimle onun arasında bir şirket kurulmuştu" dese, ona bununla ilgili sorular sorulur. Davacı, hangi sebebe binaen hak sahibi olduğunu belirtmediği sürece hâkim davalı aleyhine herhangi bir hüküm vermez."

### ■ III. Beşerî Kanunlarda Soruşturma ve İtiraf lar

#### A. Tarihî Sürece Dair

Sanığı konuşmaya zorlamak geçmiş çağlarda ve Roma döneminde izin verilen işlerdendi. Konuşmak istemeyen sanık, işkence yapmak suretiyle bile olsa kendisine sorulan sorulara cevap vermeye zorlanırdı. Çünkü hâkimleri ilgilendiren yegâne şey hüküm vermek için sanığın itiraf ta bulunmasıydı. Bu itirafların hangi araçlar yordamıyla elde edildiğine bakılmazdı. Ortaçağlarda sanık, tahkik ve muhâkeme aşamasında sessiz kalmayı tercih ettiğinde çeşitli işkence şekillerine maruz kalırdı.

Sanığın susmayı tercih etme hakkının arkasındaki sebepler ve tarihsel etkenler yeterince açık değildir. Latin Kanununda yer alan "hiç kimse, kendisini itham etmeye [bir suçu itiraf etmeye] zorlanamaz" şeklindeki genel kural, İngiltere'de on altıncı yüzyılda tarihte "yıldız salonu" (star chamber) diye bilinen yerde çocuklarına işkence yapan aileler ve büyükelçilik için en büyük delile dönüşmüştür. Buralarda, belirtilen mahkemelerin önüne getirilen sanığa, kendisine yöneltilen ithamın ne olduğunu henüz bilmeden, sorulacak sorulara doğru cevap vereceğine dair yemin ettirilirdi. Bu, büyük karışıklıklara yol açmıştı. Zira sanık kendisini şu şıklardan birini seçmeye mecbur hissediyordu: Şayet yalan söylese, kendisini korumak için yeminin arkasına sığınarak adaleti yanıltmış olacak. Kendisine sorulan sorulara cevap vermemeyi tercih ederse mahkemeyi küçük görmesi sebebiyle şiddetli cezaya çarptırılacak, yemine sadık kalarak doğru şekilde cevap verirse, bu sefer de kendisini koruma konusundaki doğal hakkına ihanet etmiş olacaktı.

1640 yılı öncesinde İngiltere'de durum böyleydi. Sanık, muhakemeden önce ve muhakeme esnasında sorgulamaya boyun eğmek durumunda kalıyor, bazı durumlarda işkence görüyordu. Ortada sorulacak soruların türleri veya kimin soracağına ilişkin herhangi bir kayıt yoktu. Sanık, sorgulama esnasında suçunu itiraf ederse henüz itiraf etmediği suçlara ilişkin de itiraflarda bulunabileceği ümit



edilerek çok daha fazla sorgulamaya muhatap oluyordu. Sanığı sorgulama hakkı hâkimlere ve yardımcılarına verilmişti. Hatta kilise mahkemelerinde kilise adamlarına da bu hak tanınmıştı. Onlar bu hakka dayalı olarak sanıkları sorguluyorlar ve itiraf etmeleri beklentisiyle işkence yapıyorlardı. 1641 yılında parlamento Magna Carta adı verilen “İngiliz vatandaşının hak ve hürriyetleri” kanununu kabul etti. Bu kanun, Theodors Stewart antlaşması ile delinmiştir. Bunun sonucu olarak sanıklara işkence yapmak üzere kurulmuş olan “yıldızlar salonu” kaldırılmıştır.

On yedinci yüzyılda durum biraz değişmiş, hâkimler baskı, tehdit ve işkence sonucunda elde edilen hiçbir itirafı kabul etmemeye zorlanmışlardır. Ancak ortada, muhakeme esnasında suçunu itiraf etmek gibi korkutma sonucunda elde edilmiş bu delilleri kullanmayı engelleyen bir yasa yoktu. İtirafın nasıl alındığına bakılmaksızın her türlü itiraf sanık aleyhine bir delil olarak kullanılabilirdi.

On sekizinci yüzyılın başında soruşturma yöntemlerini değerlendirmede bir ölçü olarak delillere ilişkin yargı kanunları geliştirildi ve 1800 ile 1852 yılları arasında bütün mahkemelerde, sanığı her türlü soruşturma yöntemine karşı himaye etmek amacıyla soruşturmada “isteğe bağlı cevap verme” ilkesi uygulandı. Mahkemeler sanığı büyük ölçüde himâye ediyor ve herhangi bir itirafın elde edilme yöntemine ilişkin en ufak bir şüphe söz konusu olduğunda bu itirafı dikkate almama konusunda hazır oluyordu. Ancak durum 1852 yılından sonra yavaşça değişti, zira mahkemeler bazı tarihçilerin görüşüne göre sanığı daha az himâye etmeye başladı. 1848 yılında muhalefet kanunlarının 18. maddesi yasalaştırıldı. Bu madde, sanığı sorgulamakla görevlendirilmiş olan adalet mensuplarını, sorgulama esnasında herhangi bir şey söylemekle yükümlü olmadığını sanığa bildirmekle yükümlü tutuyordu. Durum, 1912 yılında hâkimler kanunu çıkarılıncaya kadar devam etti. Bu kanun, emniyet güçlerinin tahkikat sırasında sanığı sorgularken uyması gereken prosedürü belirliyordu. Kanun, ceza muhakemesi esnasında sanığa şahitliğini sunma veya gerek tahkikat gerekse muhakeme esnasında sessiz kalma hakkını veriyor, tahkikat yaparken emniyet güçlerine yardımcı olmayı zorunlu kılmıyordu.

## B. Avrupa ve Modern Devletlerin Kanunlarında Susma Hakkı

### 1. İngiltere

Britanya kanunu emniyet güçlerine herhangi bir sanığa yönelik ifade alma veya tahkikata başlamadan önce resmî uyarıda bulunmayı ve onun bu uyarıyı anlayıp anlamadığından emin olmayı gerekli kılmaktadır. Bu uyarı şu şekilde yapılır: “Herhangi bir şey söylemek zorunda değilsin. Ancak sana sorulan bir konuda ileride mahkemede delil olarak kullanacağın bir şeyi zikretmemen savunmana zarar verebilir. Söyleyeceğin her şey aleyhine bir karine ve delil olabilir.”

Sanığın susma hakkı bulunmakla birlikte Britanya kamu hukuku 1984 tarihli ceza hukuku delilleri kanununun c maddesinin belirttiğine göre bu hak, aksi sonuçlara ulaşma gibi bir duruma yol açabilir. Bu da; Sanık, ileride kendisine dayanacağı ve vakti içinde zikretmesi beklenen gerçeklerden herhangi birini zikretmediğinde, Mahkemede veya sorulan sorulara cevap verirken şahitliğini eda etmediğinde, Kendisinin siyasî bir takım amaçlarının ya da elinin altında bir takım [yasak] maddelerin veya elbisesinin ya da ayakkabılarının üzerinde bir takım işaretlerin bulunduğu gerekçesiyle tutuklandığında sorulan soruya cevap vermediğinde, Tutuklandığında, tutuklandığı bölgede niçin bulunduğunu izah etmediğinde olur. Buna rağmen ortada tam anlamıyla sanığın susmasına dayanan bir suçlama yoktur. Mahkemenin, susmayı tercih eden sanığın hakkına ilişkin jüri üyelerinin takip etmesi gereken prosedürü onlara bildirmesi gerekir. Nitelikli dolandırıcılıkla mücâdele bürosu tarafından ortaya atılacak sorulara gelince; susma hakkı aşağıya çekilmiştir. Aynı şey, terör sanıkları için de söz konusudur.

2000 yılında çıkarılan “Arama Yetkisi Kanunu” 49. Maddesi gereğince ifade vermesi istenen kişi ifade vermeyi reddederse kanuna aykırı hareket etmiş olup iki yıla kadar hapisle cezalandırılır.

## 2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Sözleşme sanığın susma hakkını açık olarak ifade etmemekle birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği hükme göre, sorgulama esnasında sanığın sessiz kalması ve kendisine yöneltilen suçlamayı kabul etmeme hakkı, uluslararası kabul gören ilkelerden biri olup kanunun uygulanmasında adalete ilişkin 6. Maddenin içinde yer almaktadır.

## 3. Fransa

Fransa ceza infaz kanununun 116. Maddesi, soruşturma ile görevli olan hâkimin sanığı dinlerken, susma, şahitliğini eda etme veya sorulara cevap verme hakkı bulunduğunu resmî bir şekilde kendisine bildirmekle yükümlü tutmuştur.

## 4. Almanya

Ceza infaz kanunu gereğince sanık ister tutuklu olsun ister olmasın, tahkikata başlamadan önce sanığa susma hakkının olduğunun belirtilmesi gerekir. Ceza infazının herhangi bir aşamasında sanığın tam olarak suskun kalmasından herhangi bir aksi sonuç çıkarmaya izin verilmemiştir. Ancak sanık, suça ilişkin muayyen soruların sorulması esnasında sessiz kalmayı tercih ediyorsa bundan aksi bir takım sonuçlar çıkarılmasına izin verilir.

## 5. Hong Kong

Sanığın susma hakkı, kamu hukuku gereğince koruma altındadır.

## 6. Hindistan

Hindistan Anayasası 20. (3) maddesi gereğince bütün vatandaşlara suçlanmalarına karşılık [kendilerini savunma] hakkı vermeyi garanti etmektedir. Kanun maddesi “Herhangi bir töhmetle suçlanan bir kimsenin kendi aleyhine şahitliği kabul edilmez.”

## 7. Hollanda

Her sanık, emniyet güçleri ve savcılık tarafından tahkik veya dinleme oturumundaki sorgulama esnasında sessiz kalma hakkına sahiptir.

## 8. Norveç

Ceza infaz kanunu gereğince sanık, şahitlik yapmakla yükümlü tutulamaz. Sanık hakkında vaad de bulunma, araştırılmamış bilgiler, tehdit ve zorlama kullanılamaz.

## 9. Pakistan

1973 tarihli Pakistan Anayasası'nın 13. Maddesi, kişinin suçunu itiraf etmesine karşı onu korumaktadır.

## 10. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın beşinci gözden geçirilmesinde şu madde yer almaktadır: “Herhangi bir ceza davasında muhakeme esnasında herhangi bir şahsı kendi aleyhine şahitlik etmek [itirafta bulunmak] üzere zorlamamak gerekir. Savcı vekili sanıktan şahitlik talep edemez, onun şahitliği reddetmesine ilişkin yorum yapamaz. Sanığın şahitlik yapmayı red veya kabul etmesi tamamen sanığın kendisine ilişkin bir durumdur.”

## ■ Abstract

### Official Warning

“You don’t have to say anything. However, it might harm your defence not to respond a question which you might use as evidence in the future. Anything you say might be presumption or evidence against you.”

Such phrase is one of the most important phrases of Britain’s Criminal Law. Such that all the polices and detectives should know such phrase by rote and repeat it before asking a question to suspect or interrogating him. Adopting right to remain silent in British Law focuses on suspect’s refusal to comment or respond to a question before or during the trial.

### Islamic criminal law and right to remain silent

Human rights issue have become one of the most important international criterion to measure the development level of nations and societies and some of the international organizations have started to supervise implementation of it. In Islam, such issue has been held carefully for 14 centuries without propaganda or show and first generations of Islam put them into practice.

When people are accused with a crime, their rights need to be respected most. Although a person respects individual freedoms and protects general interest and public order, he might be labelled as suspect because of the evidence charging him virtually. Presumption of innocence is essential. The stage in which a person is described as suspect is a medium stage between innocence and guiltiness. However, although a person is described as suspect he remains innocent without a final judgment of court which proves his guilt.

In order to protect the suspect from possible restriction on freedom and possible violation of rights by criminal enforcements he should be given every chance to refuse the accusation and all the rights and guarantees should be recognized to him to defend himself with all legal methods. Some scholars claim that, it is mandatory to recognize more rights to the suspect due to improvement of modern interrogation tools. One of the such most important rights is using the right to remain silent. According to it, the accused shouldn’t suffer oppression to make a confession and if he remains silent his silence shouldn’t be accepted as presumption of guiltiness. He should have the right to respond or to remain silent.

Hence, the importance of the right to remain silent must be understood as it derives from the importance of human rights. Again, such right has become one of the international criterion on the issue of fair trial. Right to remain silent has become an issue on which many international congress and conferences focused. One of the factors which makes it important to search the subject is the presence of different jurisprudential, legal and and judicial opinions on the issue.

There are two tendencies towards the right to remain silent in the doctrine of Islamic criminal law. One of them supports it while the other doesn't. Such situation is the same in applicable statutes as well: While some statutes recognize such right in explicit or implied way, some statutes don't mention about that right. Again, the attitudes of judiciary towards the right to remain silent diversify from one country to another. There might be conflict between the provisions about the issue even in the same country.

In this study, we will argue the ideas of scholars towards the right to remain silent and explain the jurisprudential perspectives supporting or objecting such right. By this way, we will try to understand the implication of the hadith says "Giving evidence is plaintiff's duty and taking an oath is the duty of person who deny".

## ■ مقدمة

أضحت قضية حقوق الإنسان هذه الأيام من أهم المعايير الدولية التي يُقاس عليها تطور الأمم والمجتمعات، وتراقب العديد من المنظمات الدولية مدى تطبيقها. وقد حظيت قضية حقوق الإنسان بالإسلام باهتمام واسع منذ أكثر من أربعة عشر قرناً من الزمن، من دون أي دعاية أو افتعال، وطبقها بشكل عملي الرعيل الأول من المسلمين.

ومهما بلغت قوة الإنسان وثقته بنفسه، إلا أنه قد تمر عليه ظروف معينة تجعله ضعيفاً، متردداً لا يحسن التصرف ولا التعبير عما بداخله. وهكذا يكون حال الإنسان لو وجه له اتهام معين، فسيكون أحوج ما يكون لاحترام حقوقه، فهو لم يعتد هذا الضعف من قبل، وقد لحقت به صفة الاتهام بعد توافر عدد من الأدلة الظاهر فيها أنها قد تفيد ادانته، مع مراعاة حماية الحرية الفردية والمحافظة على المصلحة الاجتماعية والنظام العام. والأصل في الإنسان البراءة، ومرحلة الاتهام هذه هي مرحلة وسطية بين البراءة والإدانة، لكن يبقى الإنسان بريئاً ما لم يصدر بحقه حكم قضائي بات بالإدانة، وإن لحقته صفة الاتهام.

وبغية حماية المتهم مما يمكن أن يتعرض له من تقييد في الحرية أو مساس في الحقوق من جراء الإجراءات الجنائية، كان لا بد من أن يمنح - وهو في صدد توجيه الاتهام إليه - ضمانات وحقوقاً تحفظ له حقه في نفي التهمة المنسوبة إليه، وتمكنه من الدفاع عن نفسه بجميع الطرق المتاحة قانوناً. وأمام تطور وسائل الاستجواب الحديثة راح البعض ينادي بضرورة إعطاء المتهم مزيداً من الحقوق أمام سلطة التحقيق، ومن أهم تلك الحقوق ضرورة تمتع المتهم بحقه في الصمت، أي أن يملك حرية الإجابة عن الأسئلة التي توجّه إليه، أو التزام الصمت حيالها من دون أن يُضغَط عليه لكي يجرم نفسه باعترافه، ومن دون أن يُعدَّ صمته قرينة يُستند إليها في إدانته.

من هنا يتضح أن حق المتهم في الصمت مرتبط بقضية حقوق الإنسان نفسها، وأصبح هذا الحق هو أحد المعايير الدولية للمحاكمات العادلة. وبالرغم من أهمية هذا الحق، إلا أن أهل الاختصاص من فقهاء وقانونيين قد انقسمت آرائهم حول هذه المسألة، وقد انقسم الفقه الجنائي إلى اتجاهين أحدهما مؤيد لحق المتهم في الصمت والآخر معارض له، وكذلك الحال في القوانين الإجرائية بعضها ينص صراحة أو ضمناً على هذا الحق في حين لم تنص قوانين أخرى عليه، كما أن القضاء يختلف موقفه بشأن حق المتهم في الصمت من بلد إلى آخر، كما أن أحكام القضاء في البلد نفسه بشأن هذا الحق كثيراً ما يحصل تعارض بينها.

### تعريف المتهم من الناحية القانونية

المتهم قانوناً هو الشخص الذي تثار ضده شبهات عن ارتكابه فعلاً إجرامياً، فيلتزم بمواجهة الادعاء بمسؤوليته عنه، والخضوع للإجراءات التي يحددها القانون، وتستهدف تلك تمحيص هذه الشبهات وتقدير قيمتها ثم تقدير البراءة أو الإدانة (شرح قانون الإجراءات الجنائية لمحمود حسني).

### حقوق المتهم بالشريعة الإسلامية

لقد قررت الشريعة الإسلامية للمتهم حقوقاً عديدة أمام القاضي منها حقه في العدالة، وفي الحصول محاكمة عادلة، والحماية من تعسف السلطة، وحمايته من التعذيب.

حقه بالتحاكم الى الشريعة الإسلامية دون سواها لقوله تعالى: ( فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ) (سورة النساء آية ٥٩).

حقه برفع الظلم عن نفسه ان استطاع ودفع الظلم عن الآخرين إن استطاع من خلال التقدم بالشهادة وإن لم يُسألها لقوله صلى الله عليه وسلم (ألا أخبركم بخير الشهداء، الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها).

الاستماع إلى شهادة المدعى عليه وعدم الاقتصار على سماع المدعي.

### الحق بالحصول على محاكمة عادلة

الأصل في الإنسان البراءة والمتهم برئ حتى تثبت ادانته.

لا عقوبة إلا بنص

عدم انزال العقوبة ما لم يثبت ارتكاب الجرم بدليل قطعي

عدم تجاوز العقوبة التي قررتها الشريعة للجريمة.

عدم اخذ المتهم بجريرة غيره (ولا تزر وازرة وزر اخرى).

### حق الحماية من تعسف السلطة ومن التعذيب

لا يجوز تعذيب المجرم فضلاً عن المتهم

صيانة أدمية المتهم

### حقه بالالتزام بالصمت

حق المتهم في الصمت هو حريته في الكلام والإجابة عن الأسئلة الموجهة إليه ولا يعد صمته دليلاً ضده والمتهم يجب تنبيهه على هذا الحق قبل إجراء التحقيق معه.

أما خصائص طبيعة حق المتهم في الصمت:

أنه حق أصيل فطري:

إن حق المتهم في الصمت هو حق أصيل فطري ذلك أن المتهم مثلما يستطيع الكلام لنفي التهمة الموجهة إليه فإنه يستطيع الصمت إذا وجد أن الصمت انفع له لأن المتهم لا يجبر على الكلام، ولا يقع عليه عبئ اثبات براءته.

أنه حق شخصي:

باعتبار أن حق الصمت مقرر لمصلحة المتهم لتمكينه من ممارسة حقه في الدفاع عن نفسه أمام القضاء، فحقه في الصمت لا يعدو عن كونه احد مظاهر حريته في الدفاع عن نفسه.

انه حق عام:

إذا كان حق الصمت حقاً شخصياً فهو يتسم بالعمومية أيضاً ذلك لأنه إذا كان بالإمكان إجبار المتهم على الكلام: إلا انه من العسير إجباره على قول الحق. وبالتالي فإن حق الصمت مقرر أيضاً لحماية المصلحة العامة المتمثلة بصيانة وحماية العدالة الجنائية.

وقد اقر الفقه الإسلامي للمتهم الحرية التامة في الكلام أو عدمه أمام القاضي وقد استدلت الفقهاء على ذلك بقوله تعالى {إِلَّا مَنْ أَكْرَهُ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ}. وفي السنة النبوية الشريفة استدلوا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)، وروي عن الامام علي بن أبي طالب ، عن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أنه قال: (لا حد على معترف بعد بلاء)، وروي عن الامام علي بن أبي طالب أنه قال: (من اقر عند تجريد او حبس او تخويف فلا حد عليه).

يقول الامام علي بن ابي طالب رضي الله عنه: لَمَا كَانَ فِي وَلَايَةِ عُمَرَ ، أُتِيَ بِأَمْرَأَةٍ جَامِلٍ فَسَأَلَهَا عُمَرُ ، فَأَعْتَرَفَتْ بِالْفُجُورِ ، فَأَمَرَ بِهَا عُمَرُ أَنْ تُرْجَمَ ، فَلَقِيَهَا عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَقَالَ : مَا بَالَ هَذِهِ ؟ قَالُوا : أَمَرَ بِهَا عُمَرُ أَنْ تُرْجَمَ ، فَرَدَّهَا عَلِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَقَالَ : أَمَرْتُ بِهَا أَنْ تُرْجَمَ ؟ فَقَالَ : نَعَمْ ، اعْتَرَفَتْ عِنْدِي بِالْفُجُورِ ، فَقَالَ عَلِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : هَذَا سُلْطَانُكَ عَلَيْهَا ، فَمَا سُلْطَانُكَ عَلَيَّ مَا فِي بَطْنِهَا ؟ قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ : مَا عَلِمْتُ أَنَّهَا حُبْلَى ، قَالَ عَلِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : إِنْ لَمْ تَعْلَمْ فَاسْتَبْرِئِ رَحِمَهَا ، ثُمَّ قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : فَلَعَلَّكَ أَنْتَهَرْتَهَا أَوْ أَخْفَيْتَهَا ؟ قَالَ : قَدْ كَانَ ذَلِكَ ، فَقَالَ : أَوْ مَا سَمِعْتَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، يَقُولُ : « لَا حَدَّ عَلَى مُعْتَرِفٍ بَعْدَ بَلَاءٍ ، إِنْ مِنْ قَيْدَتٍ أَوْ حَبْسَتٍ أَوْ تَهْدِئَتٍ فَلَا إِقْرَارَ لَهُ » ؟ قَالَ : فَخَلَى عُمَرُ سَبِيلَهَا ، ثُمَّ قَالَ : عَجَزَتِ النِّسَاءُ أَنْ تَلِدَ مِثْلَ عَلِيٍّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ ، لَوْلَا عَلِيُّ ، لَهَلَكَ عُمَرُ

### حكم صمت المتهم في الفقه الجنائي الإسلامي

لا ينحصر حق المتهم بالامتناع عن الكلام إن رغب بل يجب عدم اعتبار صمته قرينة ضده، إن هو اختار الصمت، فالمتهم الذي تتم مواجهته بالتهمة المسندة إليه، ويمتنع عن الكلام أو عن الإجابة عن الأسئلة التي توجه إليه، قد يكون الباعث على صمته هو مفاجأته بخطورة التهمة المنسوبة إليه، أو الارتباك أو عدم الجدية والاهمال وقد يكون صمته إقراراً بالذنب، وقد يكون غير ذلك من الدوافع والبواعث التي تحمل المتهم على التزام الصمت، هذه الدوافع والبواعث تثير احتمال عدم كون المتهم هو المرتكب للجرم الذي يسند إليه، ولذلك فإن اصدار الحكم بإدانة المتهم الذي يلجأ إلى الصمت، قد يمثل ظلماً يحيق به، إذا صدر حكم الإدانة مستنداً إلى صمت المتهم في المقام الأول، فما هو حكم سكوت المتهم في الفقه الجنائي الإسلامي؟

اختلف الفقهاء في حكم سكوت المدعى عليه في الدعوى الجزائية، فمنهم من قال على القاضي أن يحبسه حتى يجيب؛ لأن كل مدع له حق الجواب على المدعى عليه، ويرى اتجاه آخر أن سكوت المدعى عليه أقرب إلى الإقرار لا إلى الإنكار؛ لأن من اتهم فسكت، فسكوته لا يتضمن الإنكار في موضع دفع التهمة التي لم يدفعها عن نفسه؛ لأنه وإن كانت القاعدة العامة في الفقه الإسلامي أنه (لا ينسب لساكت قول)، ولكن هناك قاعدة أخرى مفادها أن (السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعد قبولاً)، أو إقراراً. وذهب آخرون إلى القول إن على القاضي في مثل هذه الحالة أن يقول للمدعى عليه أجب وإلا عدتُك ناكلًا وارد اليمين على المدعي، فإن أصر على السكوت طبق عليه القاضي حكم الناكل، وحكم للمدعي بعد أن يحلف اليمين.

وقال في المبسوط: وإذا قال الخصم للقاضي: لا أقر ولا أنكر.. فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: لا يجبره القاضي على ذلك، ولكن يدعو المدعي بشهوده. وقال ابن أبي ليلى: لا أدعه حتى يقر أو ينكر؛ لأن الجواب مستحق عليه، فإذا امتنع من إيفاء ما هو مستحق عليه مع قدرته على ذلك أجبره القاضي على إيفائه بالحبس.

وفي الموسوعة الفقهية: وقال سحنون وهي رواية عن أشهب: للقاضي حبس المدعى عليه وتأديبه إذا قال في مجلس القضاء: لا أقر ولا أنكر، واستمر على لده ولا بينة للمدعي، وبنحوه قال الشافعي.

قال شمس الدين السرخسي: فإن نكلوا، أي المدعى عليهم، عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا؛ لأن الايمان في القسامة حق مقصود لتعظيم امر الدم ومن لزمه حق مقصود لا تجري النية في إيفائه، فإن امتنع منه فإنه يحبس ليوفى ككلمات اللعان. ويذهب رأي رابع إلى القول بأن يترك تقدير سكوت المتهم إلى القاضي، وحسبما يترأى له من ظروف الدعوى وملاساتها، إذ قد يعد المدعى عليه ناكلًا، وقد يرى تكليف المدعي بالإثبات.

واعتقد أن الرأي الأخير هو الأقرب للعدالة، إذ إن العبرة في المسائل الجنائية هي بافتناع القاضي، بناء على الأدلة التي يتم طرحها عليه، وأن القاضي الجنائي هو الذي يستخلص النتائج من سائر العناصر المطروحة أمامه في الدعوى الجزائية.

ونستند فيما ذهبنا إليه إلى القواعد التي استقر عليها الفقه الإسلامي، وهي قاعدة (لا ينسب لساكت قول) وقاعدة (الحدود تدرأ بالشبهات)

## أولاً: قاعدة (لا ينسب لساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان)

الأصل الفقهي أنه لا ينسب لساكت قول ولا ينسب إلى المتهم الذي يلجأ إلى الصمت حيال الأسئلة التي توجه إليه أية أقوال. فسكوت المدعى عليه في الفقه الإسلامي لا يعد إقراراً منه بما نسب إليه، ولا يكون الصمت في المسائل الجنائية إقراراً بل هو في القضايا المدنية مثل الأحوال الشخصية. فالمتهم بريء حتى تثبت ادانته. وعلى المدعى أن يثبت بالدليل والمتهم غير مكلف بإثبات برأته ولا يطلب منه الدليل على نفي التهمة الموجهة إليه، لأن عبء الإثبات يقع على سلطة الاتهام.

### ثانياً: قاعدة درء الحدود بالشبهات

قاعدة درء الحد بالشبهة، وإن وردت في الحدود، إلا أنها من قواعد العدالة في الفقه الإسلامي، والتي يمكن إعمالها في حالة سكوت المتهم. السند الشرعي لهذه القاعدة، الحديث النبوي الشريف (ادروا الحدود بالشبهات). وعن أبي هريرة قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): (ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً). وعن السيدة عائشة رضي الله عنها، قالت: قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): (ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام إن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة). فالقاعدة في الإثبات في الشريعة الإسلامية أن البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر، وذلك لقول الرسول (صلى الله عليه وسلم): (البينة على المدعي، واليمين على من أنكر).

وأخيراً، لا بد أن نذكر بحق المتهم في معاملة إنسانية، حيث استفاضت بذلك نصوص الشرع الحنيف. ففي صحيح مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه. ثم إنه من حق المتهم أن يعرف التهمة الموجهة إليه، بل وقال كثير من أهل العلم إن له أن يعرف السبب الذي من أجله ترتب الحق. قال المواق في التاج والإكليل: أشهب: لو سأل المدعى عليه طالبه من أي وجه يدعي عليه هذا المال، فقال: تقدمت ببني وبينه مخالطة سئل عن ذلك ولم يقض القاضي على المدعى عليه بشيء حتى يسمى المدعى السبب الذي كان له الحق.

### التحقيق والاعترافات في القوانين الوضعية

#### نبذة تاريخية

كان إجبار المتهم على الكلام في العصور القديمة وفي القانون الروماني أمراً جائزاً؛ فالمتهم الذي لا يريد أن يتكلم يجبر على الإجابة عن الأسئلة التي توجه إليه، ولو عن طريق التعذيب، إذ كان كل ما يهم القضاة هو الحصول على الاعترافات لإصدار أحكامهم، بغض النظر عن الوسيلة التي حصل بواسطتها على هذه الاعترافات. وفي العصور الوسطى، كان المتهم يتعرض لصور مختلفة من التعذيب في حالة التزامه الصمت في مرحلة التحقيق والمحاكمة.

ومن غير الواضح الأسباب ولا الباعث التاريخي خلف حق المتهم بالالتزام بالصمت. وقد تحولت القاعدة القانونية اللاتينية التي تنص على أنه (يجب عدم اكراه أي شخص على اتهام نفسه) الحجة الكبرى للمنحدرين مع عائلات تعذب أبنائها بما يعرف تاريخياً بقاعة النجوم Chamber Star والمفوضية العليا في القرن السادس عشر في انكلترا، حيث كان يجبر المتهم الذي يجلب أمام هذه المحاكم على القسم إنه سيحيب بصدق على أية أسئلة تطرح عليه قبل أن يعرف ما هو الاتهام الموجه له. وقد أحدث ذلك إرباكاً كبيراً حيث يجد المتهم نفسه مجبراً على الاختيار ما بين تضليل العدالة بحال لو كذب تحت القسم لحماية نفسه، أو العقاب الشديد لأزدراء المحكمة إن فضل الإجابة على الأسئلة التي تطرح عليه، أو خيانة حقه الطبيعي بحماية نفسه لو أجاب بصدق للإبقاء بما أقسم عليه.

وكان هذا هو الحال في انكلترا قبل العام ١٦٤٠، حيث كان يخضع المتهم للتحقيق معه قبل المحاكمة واثناء المحاكمة ويكون مصحوباً بالتعذيب في بعض الأحيان. ولم يكن هناك أية قيود على أنواع الأسئلة التي تطرح أو من يطرحها. وإذا اعترف المتهم خلال التحقيق بذنبه فإنه يخضع لاستجواب مضاعف رغبة بتقديم اعترافات على جرائم لم يعترف بها بعد. وكان حق استجواب المتهم ممنوحاً للقضاة ومساعدتهم بل اعطي هذا الحق لرجال الكنيسة في المحاكم الكنسية حيث كانوا يستجوبون المتهمين ويقوموا بتعذيبهم رغبة بالحصول على اعترافات من المتهمين. وفي العام ١٦٤١، أقر البرلمان قانون «حقوق وحرمان الرجل الانكليزي» المنصوص عليها بالمغنا كارتا والتي تم خرقها بعهد النيودورز وستيورت. ونتيجة لذلك تم إلغاء قاعة النجوم المخصصة لتعذيب المتهمين.



وفي القرن السابع عشر، تغير الحال قليلاً حيث أُجبر القضاة على عدم قبول أي اعتراف أتى نتيجة الترهيب أو التهديد أو التعذيب، لكن لم يكن هناك تشريع يمنع استخدام تلك الأدلة التي تم الحصول عليها نتيجة الترهيب، مثل الاعتراف بالذنب في المحاكمة. فجميع الاعترافات يمكن الاستناد إليها كدليل ضد المتهم بغض النظر على طريقة الحصول عليها.

وفي بداية القرن الثامن عشر، تم تطوير قوانين قضائية متعلقة بالأدلة لتكون معياراً لقياس طرق الاستجواب. وتم تطبيق مبدأ الإجابة الطوعية عند الاستجواب ما بين العام ١٨٠٠ و١٨٥٢ لدى كافة المحاكم من أجل حماية المتهم من جميع طرق الاستجواب. وكان المحاكم حامية بشكل كبير للمتهم ومستعدة لاستبعاد أي اعتراف إن كان لديها أدنى شك بطريقة انتزاعه، ولكن الحال تغير قليلاً بعد العام ١٨٥٢، حيث أصبحت المحاكم أقل حماية للمتهم حسبما يرى بعض المؤرخين. وفي العام ١٨٤٨، تم تشريع المادة ١٨ من قانون المخالفات والتي تلزم رجال العدالة المسؤولين عن استجواب المتهم بتحذير المتهم بأنه غير ملزم أن يقول أي شيء عند استجوابه. واستمر الحال لغاية صدور قانون القضاة عام ١٩١٢ والذي حدد المسار الواجب اتباعه عند استجواب الشرطة للمتهم خلال التحقيق. وأعطى القانون الحق للمتهم في محاكمة جنائية الخيار بتقديم شهادته أو الالتزام بالصمت أثناء التحقيق والمحاكمة، ولم يوجب عليه مساعدة الشرطة في تحقيقاتها.

### حق الصمت في القوانين الأوروبية والدولية الحديثة

#### انكترا

يوجب القانون البريطاني على رجال الشرطة قبل الشروع باستجواب أو التحقيق مع أي متهم اعطائه التحذير الرسمي والتأكد من فهمه للتحذير والذي ينص على ما يلي: «لا يتوجب عليك قول أي شيء، ولكن قد يضر بدفاعك إن لم تذكر عندما تسأل شيئاً قد تعتمد عليه لاحقاً في المحكمة، أي شيء تقوله قد يقدم كقرينة أو دليل».

وبالرغم من حق المتهم في التزام الصمت إلا ان القانون العام البريطاني ينص بالمادة ج في قانون الادلة الجنائية لعام ١٩٨٤ بأن الصمت قد يؤدي للتوصل إلى استنتاجات معاكسة وذلك عندما يكون المتهم:

قد فشل بذكر أي من الحقائق التي سيعتمد عليها لاحقاً والتي يتوقع من المتهم أن يذكرها في وقتها؛

فشل أن يقدم شهادته في المحكمة أو الإجابة عن الأسئلة؛

فشل أن يقدم إجابة عند اعتقاله عن سبب وجود أغراض أو مواد في حيازته أو سبب وجود علامات على ملابسه أو حذاءه؛

فشل وقت اعتقاله أن يعطي سبباً لوجوده في مكان الاعتقال.

وبالرغم من ذلك، فليس هناك ادانة تعتمد بشكل كامل على صمت المتهم. ويتوجب على المحكمة ان توجه هيئة المحلفين للحدود التي يمكن أن يرسموها بحق المتهم الملتزم الصمت.

أما بما يتعلق بالأسئلة التي تطرح من قبل مكتب مكافحة الاحتيالات الخطيرة، فإن حق التزام الصمت قد تم تخفيضه وكذلك الحال للأشخاص المتهمين بتهم الارهاب.

وبموجب المادة ٤٩ من قانون الصلاحيات التحرية لعام ٢٠٠٠، فإن رفض اعطاء البيانات المشرفة عندما يطلب منك ذلك هو مخالفة قانونية يعاقب عليها بالسجن لمدة تصل لعامين.

### المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان

لم تنص المعاهدة صراحة على حق المتهم بالتمسك بالصمت ولكن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قد قضت ان صمت المتهم عند استجوابه وحقه بعدم تجريم نفسه هي من معايير الدولية المعترف بها والتي هي من صلب المادة رقم ٦ المتعلقة بعدالة الاجراءات القانونية.

## فرنسا

تلزم المادة ١١٦ من قانون الإجراءات الفرنسي القاضي الموكل بالتحقيق عند سماعه المتهم أن يحذره بشكل رسمي بأن من حقه التزام الصمت أو الادلاء بشهادة أو الاجابة على الأسئلة.

## ألمانيا

بموجب قانون الإجراءات الجنائية فإنه يجب ابلاغ المتهم سواء كان معتقلاً أو لا، قبل البدء بأي تحقيق بأن من حقه التزام الصمت. ومن غير المسموح التوصل إلى استنتاجات معاكسة من الصمت الكامل للمتهم في أي مرحلة من مراحل الإجراءات الجنائية. ولكن يسمح التوصل إلى استنتاجات معاكسة لو اختار المتهم الصمت حيال أسئلة معينة متعلقة بالجريمة.

## هونغ كونغ

حق التزام المتهم بالصمت محمي بموجب القانون العام.

## الهند

يضمن الدستور الهندي الحق لجميع الأشخاص ضد ادانتهم لأنفسهم بموجب المادة ٢٠ (٣) والتي تنص «لن يتم اكراه أي شخص متهم بأي تهمة أن يشهد على نفسه».

## هولندا

يحق لكل متهم أن يبقى صامتاً عند استجوابه من الشرطة ومن المدعي العام خلال فترة التحقيق أو التحري في جلسة السماع.

## النرويج

بموجب قانون الإجراءات الجنائية، لا يمكنك التزام المتهم أن يقدم شهادته. وكذلك لا يمكن استخدام الوعود أو معلومات غير دقيقة أو التهديد أو الاكراه بحق المتهم.

## باكستان

تحمي المادة ٣١ من دستور باكستان لعام ٣٧٩١ الشخص من تجريم نفسه.

## الولايات المتحدة الأمريكية

التعديل الخامس لدستور الولايات المتحدة الأمريكية ينص على التالي: « يجب عدم اكراه أي شخص في أي قضية جنائية أن يشهد ضد نفسه. خلال المحاكمة، لا يسمح لوكيل النيابة أن يستدعي المتهم للشهادة ولا التعليق على رفض المتهم للشهادة. رفض المتهم أو قبوله لتقديم الشهادة هو شأن يعود للمتهم.