



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة ميسان
كلية القانون

مبدأ الانعدام في قانون الإجراءات الجزائية (دراسة مقارنة)

رسالة تقدمت بها الطالبة

رغد عباس جريد

إلى مجلس كلية القانون - جامعة ميسان
وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون العام

بإشراف

الأستاذ المساعد

حيدر عرس عفن

٢٠٢٣ م

١٤٤٤ هـ



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

{ هَلْ أَتَى عَلَى الْإِنْسَانِ حِينٌ
مِنَ الدَّهْرِ لَمْ يَكُنْ شَيْئًا مَذْكُورًا }

صَدَقَ اللَّهُ الْعَلِيُّ الْعَظِيمُ

سورة

الانسان، الآية (1)





الإهداء

إلى أئمتي وسادتي وأولياء أمري محمد بن عبد الله وآله

المنتجبين

إلى سيدي ومولاي صاحب العصر والزمان (عج)

إلى من بهم سُبُل النجاة، ونهج الحق

إلى والدي، وفاءً وخفض جناح، رب اغفر لهما وأرحمهما

إلى زوجي أبا مرتضى وإلى أولادي

إلى كل من ساندني وكان لي عوناً

رغد

الشكر والعرفان

الحمد لله حمداً كثيراً يبلغنا رضاء والصلاة والسلام على خير خلقه أبي القاسم محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين وصحبه المنتجبين ومن اتبعه هداه إلى يوم الدين وبعد:

لا يسعني وأنا انجز رسالتي إلى أن أتقدم بوافر الشكر وخالص العرفان إلى أستاذي الدكتور حيدر عرس عن لقبوله الأشراف على هذه الرسالة ولما أبداء من مساعدة لي من حيث المراجع القيمة والملاحظات السديدة التي كان لها الأثر البالغ في إكمال جهدي العلمي هذا فضلاً عما لمست منه من حسن التعامل الدائم فجزاه الله عني خير الجزاء وحفظه من كل سوء ويقتضي الوفاء مني أن أسجل شكري وامتناني إلى عمادة وأساتذة كلية القانون جامعة ميسان الذي أفاضوا علينا بعلمهم وتفضلوا علينا في جهدهم لاسيما الأستاذ الدكتور محمد جبار تويه .



فهرست المحتويات

الموضوع	من	إلى
المقدمة	١	٦
الفصل الأول ماهية الانعدام في الإجراءات الجزائية	٧	٦٣
المبحث الأول مفهوم الانعدام وتمييزه عن الجزاءات الإجرائية الأخرى	٨	٣٣
المطلب الأول: مفهوم الانعدام	٩	٢٢
الفرع الأول : التعريف بالانعدام	٩	١٥
الفرع الثاني : الاتجاهات الفقهية ازاء فكرة الانعدام	١٥	٢٢
المطلب الثاني : تمييز الانعدام عن غيره من الجزاءات الإجرائية الأخرى	٢٢	٣٣
الفرع الأول : الانعدام والبطلان	٢٢	٢٨
الفرع الثاني : الانعدام والسقوط	٢٨	٣٣
المبحث الثاني موقف القانون والقضاء الجنائي من الانعدام	٣٤	٦٣
المطلب الأول : موقف القانون الجنائي من الانعدام	٣٤	٤٧
الفرع الأول : موقف القانون المقارن من الانعدام	٣٥	٤٠
الفرع الثاني : موقف التشريع العراقي من الانعدام	٤١	٤٧
المطلب الثاني : موقف القضاء الجنائي من الانعدام	٤٧	٦٣



٥٥	٤٨	الفرع الأول : موقف القضاء الجنائي في الدول المقارنة من الانعدام
٦٣	٥٥	الفرع الثاني : موقف القضاء الجنائي في العراق من الانعدام
١٣٣	٦٤	الفصل الثاني الأحكام العامة للانعدام في الإجراءات الجزائية
٩٦	٦٥	المبحث الأول حالات الانعدام وآثاره
٨٣	٦٦	المطلب الأول : حالات الانعدام
٧٤	٦٦	الفرع الأول : الانعدام في إجراءات التحقيق الابتدائي
٨٣	٧٥	الفرع الثاني : الانعدام في إجراءات المحاكمة
٩٦	٨٤	المطلب الثاني : آثار الانعدام
٩٢	٨٤	الفرع الأول : آثار الانعدام على الإجراءات
٩٦	٩٣	الفرع الثاني : أثر الانعدام على حجية الحكم
١٣٣	٩٦	المبحث الثاني وسائل التمسك بالانعدام
١١١	٩٧	المطلب الأول : الدفع بالانعدام قبل صدور الحكم
١٠٥	٩٨	الفرع الأول : الدفع بالانعدام في إجراءات التحري والتحقيق
١١١	١٠٦	الفرع الثاني : الدفع بالانعدام في مرحلة المحاكمة
١٣٣	١١١	المطلب الثاني : الدفع بالانعدام بعد صدور الحكم
١٢٢	١١٢	الفرع الأول : الدفع بالانعدام عن طريق الطعن بالحكم الجزائي



١٣٣	١٢٢	الفرع الثاني : الدفع بالانعدام عن طريق دعوى الانعدام الأصلية والاشكال على تنفيذ الحكم المنعدم
١٤٠	١٣٤	الخاتمة
١٦١	١٤١	المصادر والمراجع
A	B	Abstract



الملخص

تتناول هذه الدراسة عيب مهم يلحق الإجراءات الجزائية وهو عيب الانعدام اذ ان هذا العيب يجعل من العمل الإجرائي غير موجود من الناحية الفعلية او من الناحية القانونية، ويترتب هذا العيب في حالة فقدان العمل الإجرائي مفترضات وجودة او فقدانه ركناً من أركانه التي تجعله موجوداً ومن ثم فإنه يكتسب ذاتية اتجاه العيوب الإجرائية الاخرى التي تلحق شرط الصحة وليس الوجود، وان عيب الانعدام لم ينظمه المشرع العراقي في قانون أصول المحاكمات الجزائية حيث يرى الفقه انه جزاء يترتب بصورة تلقائية دون الحاجة إلى النص عليه من قبل المشرع الجزائي، وقد تمثلت القرارات والأحكام القضائية المجال الحيوي لعيب الانعدام إلا أنه الأحكام القضائية لا تنشأ هذا العيب عندما تقرره بل تكشف عنه فقط باعتباره يهدم وجود العمل الإجرائي، ولعيب الانعدام آثار كبيرة في الإجراءات الجزائية إذ إنه لا يلحقه التصحيح كما لع اثر عكسي يهدم الرابطة الإجرائية كلها، وقد تطرقت هذه الدراسة إلى عيب الانعدام وفق قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي وكذلك قانون الإجراءات الجنائية المصري وقانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، كما سلطت الضوء هذه الدراسة على الوسائل التي يتم من خلالها تقرير هذا العيب إذ إن الانعدام يختلف عن الجزاءات والعيوب الاخرى التي تلحق العمل الإجرائي الجزائي، فهو قد يكون في مرحلة التحقيق وقد يكون في مرحلة المحاكمة وقد يلحق الحكم الجزائي وحتى الإجراءات المتعلقة بتنفيذ الحكم، فما دام يوجد اجراء يكون معه انعدام، وعلى هذا الاساس فأن وسائل التمسك بالانعدام تكون مختلفة تبعاً لكل مرحلة يقع فيها عيب الانعدام اضافة إلى ان الجهات التي يتم تقرير الانعدام أمامها تكون مختلفة تبعاً لذلك، وقد تناولت الدراسة هذا الموضوع على فصلين اختص الفصل الاول ببيان ماهية الانعدام من حيث تعريفه وذاتيته اضافة إلى موقف التشريعات من هذا العيب وكذلك موقف القضاء الجزائي منه، وبينت هذه الدراسة في الفصل



الثاني الأحكام المتعلقة بعيب الانعدام سواء من حيث آثاره او من حيث وقوعه او من حيث حالات تقريره.

المقدمة

أولاً: التعريف بالموضوع

أن القواعد التي يتضمنها قانون أصول المحاكمات الجزائية تهتم بتنظيم الكثير من الأعمال الإجرائية وكذلك الإجراءات المختلفة التي تضع نصوص قانون العقوبات موضع التنفيذ على أرض الواقع، حيث تكون هذه الإجراءات ذات أهمية كبيرة لأنها تسعى إلى اظهار الحقيقة، وإذا أريد لهذه القواعد أن تحقق أهدافها وأن لا تبقى مجرد حبراً على ورق كان لزاماً أن تقترن بجملة من الجزاءات تترتب على مخالفة القواعد الإجرائية، حيث تهدف هذه الجزاءات إلى حسن سير العدالة وكذلك تحقيق الغرض من الخصومة، والهدف الأساسي من الخصومة هو توقيع الجزاء على الجاني وتتنازع في هذه الخصومة مصلحتين الأولى هي المصلحة العامة والتي تتمثل في استيفاء الدولة لحقها في العقاب، أما المصلحة الثانية فتتمثل في مصلحة المتهم، ومن هذا المطلق لابد أن تنطوي إجراءات الخصومة على ضمانات كافية وتمثل هذه الجزاءات أبرز تلك الضمانات، وهذا الأمر يكون من خلال المشرع حيث يضع هذه الضمانات لحماية الحقوق والحريات ولا أهمية لها إذا كان من الممكن إغفال القواعد الإجرائية وعدم مراعاتها، ومن هنا تبرز أهمية الجزاءات الإجرائية حيث تمثل صفة الالتزام للقاعدة الجزائية الإجرائية إذ تؤدي هذه الجزاءات إلى هدم الأعمال الإجرائية المخالفة للشرعية الجزائية الإجرائية، وهذه الجزاءات هي البطلان والسقوط وعدم القبول، وتختلف هذه الجزاءات من حيث شدتها حيث يكون أشدها هو جزاء البطلان، وغالباً ما تنص القوانين في مختلف الدول على هذه الجزاءات، وهناك جزاء آخر أشد من جميع هذه الجزاءات ووسعها نطاقاً من حيث الاثر الا وهو جزاء الانعدام، إلا أن هذا الجزاء على العلى الرغم من سعة نطاقه وخطورة آثاره إلا أنه يغيب عن التنظيم القانوني في كافة

الدول إذ إن جميع قوانين الإجراءات الجزائية لم تنظم هذا العيب المهم الذي يرد على الإجراءات الجزائية، وتعود نشأة هذا الجزاء إلى التطبيق العملي والقضائي وان الضرورة الإجرائية هي التي افضت إلى وجوده إذ ان جميع الجزاءات تقتضي وجود العمل الإجرائي حتى تنطبق عليه، اما إذا لم يكن هذا العمل موجود من الناحية القانونية او المادية فلا يمكن القول بأي جزاء من هذه الجزاءات، وعيب الانعدام الذي يرد عليه هذا الجزاء يتميز بأنه اشد جسامة حيث يتصل هذا العيب بأركان الاجراء الجزائي ومفترضات وجوده، فيحول دون وجود الاجراء من الجانب المادي، او من الجانب القانوني في حالات معينة وان بدا له وجود من الناحية المادية، إذ تتلخص فكرة الانعدام في ان الاجراء يشوبه خلل جسيم لا يتعلق هذا الخلل بشروط الصحة بل يمتد إلى وجوده وكيانه ومن ثم يؤدي إلى انعدامه وجعله كأن لم يكن، ومن هنا ينطلق عيب الانعدام بكونه يقف على اعلى هرم الجزاءات الإجرائية فإذا كان اقوى هذه الجزاءات هو البطلان يرتب آثاره وفق ما اراده القانون بينما الانعدام تكون آثاره من طبيعته التي تجعل الاجراء غير موجود دون ان يتوقف على نص قانوني ومن هنا دافع انصار عيب الانعدام على ان هذا الجزاء لا يحتاج إلى نص قانوني يبرره لأنه يتعلق بمفترضات وجود العمل الإجرائي فإذا لم تكن هذه المفترضات موجود فإن العمل لا يعتبر موجود أيضاً، ومن ثم فإن عيب الانعدام لا يكون بدرجات كما في الجزاءات الإجرائية الاخرى بل هو اما يكون او لا يكون، كما ان هذا العيب بحسب طبيعته لا يمكن للعمل الإجرائي الذي اعتراه ان يصحح بأي وجه من الوجوه، ومن ثم فإن عيب الانعدام لا يحتاج إلى حكم قضائي يقرره فإنه الحكم الجزائي إذا صدر وقرره هذا العيب فهو يعتبر كاشف لا منشئ له، وبناء على ذلك فقد فرضت فكرة الانعدام وجودها في مجال الإجراءات الجنائية لما لها من أهمية كبيرة في سد النقص الذي يعتري الجزاءات الإجرائية فهو عيب تلقائي يظهر بمجرد ان تتم

مخالفة مفترضات وجود العمل الإجرائي هذا العيب الذي من المستحيل تقريره بأي جزء من الجزاءات الإجرائية السابقة لأنها كما قلنا تفترض وجود العمل الإجرائي، ومع غياب النصوص التشريعية التي تنص على هذا العيب فإن القضاء لم يتبع خطى المشرع في هذا الاتجاه، بل اخذ بهذا العيب بشكل كبير في مواقف كثيره له، حتى قيل ان فكرة الانعدام قد تكاملت في ظل أحكام القضاء الجزائي، وكان لقضائنا العراقي نصيب من ذلك إلا أنه لم يشر بشكل مباشر إلى الانعدام، ولما كان الانعدام يتعلق بمفترضات وجود العمل الإجرائي فإنه يصيب جميع إجراءات الدعوى الجزائية ولا يقتصر على مرحلة معينة من مراحل الدعوى الجزائية اذ قد تفقد مفترضات وجود العمل الإجرائي في مرحلة التحقيق الابتدائي او في مرحلة التحقيق القضائي او في المحاكمة وحتى في الحكم كما لو صدر حكم جزائي من شخص عادي، ويتميز عيب الانعدام سعة نطاق آثاره حيث يختلف بذلك عن العيوب الإجرائية حيث يكون له اثر سابق اضافة إلى الاثر اللاحق وتبعاً لهذه الامور فإن الانعدام تتنوع الوسائل التي من خلالها يستطيع صاحب المصلحة التمسك به، ومن ثم تقرير هذا العيب.

ثانياً: أهمية الموضوع

يعد موضوع الانعدام الموضوعات القديمة الحديثة، ونظريته من النظريات العامة والمهمة في القانون بشكل عام والقانون الجنائي بشكل خاص، فهو جزء فسيح المدى واسع النطاق له أصوله وتطبيقاته في مختلف فروع القانون لان موضوعه اعظم من ان يقف عند مجال معين وارحب من ان يرد قاصراً منحسراً، كما يعتبر عوار الانعدام من اخطر الجزاءات التي ترد على الإجراءات واعمقها فهو ينصب على اجراء ليس موجود اصلا من حيث القانون، وهذا يشكل للموضوع من أهمية كبيرة بالنسبة إلى عدم بناء الإجراءات الجزائية على اساس منعدم

وهو ما مرتبط بتنظيم الإجراءات الجزائية وصحتها وكذلك تمثل أهميته بالنسبة إلى ضمانات الأفراد في الإجراءات الجزائية، لذلك فإن البحث في هذا العيب المهم تثيره مصلحتين المصلحة العامة المتعلقة بالجانب التنظيمي للإجراءات الجزائية والمصلحة الخاصة المتعلقة بضمانات الأفراد، كما تبرز أهمية البحث في الانعدام في قانون أصول المحاكمات الجزائية انه موضوع يتم الاستعانة به في حالة عدم كفاية الجزاءات الإجرائية اذ ان هذه الجزاءات تقتصر فقط على وجود العمل الإجرائي من الناحية القانونية او من الناحية المادية، اما إذا كان الاجراء غير موجود من الناحية المادية او القانونية فإنه يستحيل ارجاعه على عيب معين من هذه العيوب، كما تكمن أهمية هذا الموضوع في بيان الإجراءات التي يتم اللجوء اليها في حالة الوقوع بعيب الانعدام من ناحية التمسك به ومن ثم ايقاعه فضلا عن وضع معايير محددة وواضحة تبين بشكل دقيق وقوع عيب الانعدام في العمل الإجرائي.

ثالثاً: اشكالية الدراسة

تدور اشكالية الدراسة لهذا الموضوع في القصور التشريعي في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل ، اذ لا يوجد نص يشير إلى عيب الانعدام في هذا القانون بشكل صريح سواء من قريب او من بعيد، لذا هذا يقتضي البحث في هذا الموضوع وبيان أحكامه في النظام القانوني، ولهذا فان مشكلة البحث تتضح أيضاً في ان نظرية الانعدام في قانون أصول المحاكمات الجزائية لم يكتمل بناؤها بعد لان هذه النظرية لا يكمل بناؤها الا باعتراف المشرع بها وصياغتها في نصوص قانونية واضحة، لهذا تبرز مشكلة اخرى في هذا البحث في ان فقدان النص الإجرائي في قانون أصول المحاكمات الجزائية يكون تكمله هذا النقص بالرجوع إلى القانون الإجرائي الام وهو قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣)

لسنة ١٩٦٩ المعدل اذ نصت المادة الأولى من هذا القانون على: ((يكون هذا القانون هو المرجع لكافة قوانين المرافعات والإجراءات إذا لم يكن فيها نص يتعارض معه صراحة))، اذ ان نطاق الانعدام الإجرائي يختلف بين قانون أصول المحاكمات الجزائية وقانون المرافعات من حيث طبيعة القانونيين اذ هنالك صعوبة في تكييف نصوص المرافعات المدنية الخاصة بالانعدام واحالته تطبيقها على الإجراءات الجزائية.

كما تدور مشكلة البحث في الخلط بين عيب الانعدام وبين البطلان الجسيم المتعلق بالنظام العام حيث يقتضي الامر وضع معايير محددة وواضحة للفصل بين هذين الجزئين بشكل دقيق وواضح، كما تدور اشكالية البحث أيضاً في الخلط بين الانعدام القانوني والانعدام المادي إذ إن الاخير لا يمكن الاستناد عليه في بناء فكرة عيب الانعدام في قانون أصول المحاكمات الجزائية لان وسائل التمسك بعيب الانعدام تقتضي وجود العمل الإجرائي وهذا الامر يصح فقط مع الانعدام القانوني ولا يصح مع الانعدام المادي، ومن ثم يقتضي الامر رفع هذا الخلط، كما تدور اشكالية البحث أيضاً في عدم انطباق آليات ايقاع العيوب الإجرائية المتعارف عليها على عيب الانعدام لما كان لهذا العيب من خصوصية معينة اذ انه تختلف أحكامه من حيث التمسك به والجهة التي يتم التمسك به أمامها في كل مرحلة من مراحل إجراءات الدعوى الجزائية وهذا الامر يقتضي التوضيح الدقيق لحماية حقوق وحرية الأفراد.

رابعاً: نطاق الدراسة

يندرج هذا الموضوع ضمن القانون الجزائي الإجرائي لكونه جزءاً إجرائياً وهذه الجزاءات وضعت لمجازاة العمل الإجرائي عن مخالفته شروط الصحة ومفترضات الوجود، ومن ثم فإن بحث هذا الموضوع يكون في نطاق قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١، مع

الأشارة إلى قانون صول المحاكمات العسكري رقم (٢٢) لسنة ٢٠١٦، وقانون أصول المحاكمات الجزائية لقوى الأمن الداخلي رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٨، وكذلك قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠، وقانون الإجراءات الجنائية الفرنسي لسنة ١٩٨٦، وذلك للإحاطة بمتطلبات هذا الموضوع.

خامساً: منهج الدراسة

اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي من خلال وصف العيوب التي تلحق العمل الإجرائي والتي لا تدخل في العيوب المعارف عليها لكي نتوصل إلى وصفها الصحيح وهو الانعدام لأنها ليس لها وجود مادي او قانوني، اما فيما يتعلق بالمنهج التحليلي فكان ذلك عن طريق تحليل النصوص القانونية والاتجاهات القضائية والمواقف الفقهية التي تناولت هذا الموضوع لأجل الوصول إلى حل لمشكلة الدراسة، كما اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج المقارن من خلال مقارنة موقف المشرع العراقي مع موقف المشرع المصري والفرنسي اضافة إلى موقف القضاء المصري والقضاء الفرنسي بغية الوقوف على نطاق الضعف في التشريع او القضاء العراقي والاطلاع على نقاط القوة في الدول المقارنة لأجل الاستعانة بها في معالجة المشكلة محل البحث.

سادساً: الدراسات السابقة

ان موضوع الانعدام في قانون أصول المحاكمات الجزائية لم يتم التطرق له في العراق، إلا أنه تم تناوله من جانب قانون المرافعات المدنية العراقي، وهذه الدراسة هي:

علي عبد الحسين منصور، فكرة الحكم المنعدم في قانون المرافعات المدنية، رسالة ماجستير،

جامعة البصرة، كلية القانون والعلوم السياسية، العراق، ٢٠١٥.

حيث تناولت هذه الدراسة الموضوع من جانب قانون المرافعات المدنية كما انها اقتصرت فقط على الحكم المدني المعدوم دون التطرق إلى انعدام الإجراءات او الأعمال الإجرائية الاخرى في الدعوى المدنية، بينما رسالتنا تناولت هذا الموضوع من جانب قانون أصول المحاكمات الجزائية، كما انها لم تقتصر على الحكم المعدوم بل تناولت وقوع الانعدام في جميع إجراءات الدعوى الجزائية.

سابعاً: خطة الدراسة

لأجل الامام بالإشكاليات القانونية المتعلقة بهذا الموضوع قسمنا الرسالة إلى فصلين، حيث تناولنا في الفصل الأول ماهية عيب الانعدام في الإجراءات الجزائية وقد شمل هذا الفصل على بحثين حيث خصنا المبحث الاول إلى مفهوم عيب الانعدام وكذلك تناولنا فيه تمييزه عن الجزاءات الإجرائية الاخرى، بينما المبحث الثاني فقد خصناه إلى موقف التشريع الجزائي من عيب الانعدام اضافة إلى موقف القضاء الجنائي في العراق ومصر وفرنسا، اما الفصل الثاني فقد تناولنا فيه الأحكام العامة للانعدام في الإجراءات الجزائية، حيث قسمنا هذا الفصل على بحثين، اذ تناولنا في المبحث الاول حالات الانعدام كما تطرقنا في هذا المبحث إلى ما يترتب على الانعدام من اثر، بينما في المبحث الثاني تطرقنا إلى الوسائل التي يمكن لأصحاب الشأن التمسك بها لتقرير عيب الانعدام، واخيراً ستنتهي رسالتنا بخاتمة نضمن فيها ما توصلنا اليه من نتائج وتوصيات.

الفصل الأول

ماهية الانعدام في الإجراءات الجزائية

تمهيد وتقسيم:

ان البحث عن فكرة الانعدام في قانون أصول المحاكمات الجزائية ينبغي التطرق إلى اصل هذه الفكرة من حيث البحث في مدلولها وذاتيتها، إذ إن فكرة الانعدام تثير الكثير من اللبس والغموض، وهذا يحتاج التطرق إلى تعرفها والتأصيل لها بشكل دقيق، ففكرة الانعدام ليست فكرة من اليسير البحث فيها بسهولة إذ تنوعت الاتجاهات الفقهية القانونية حول هذه الفكرة فهناك جانب رفض هذه الفكرة واتجاه قبلها مع بعض التحفظات المتعلقة بنص التشريع عليها وتصريح القضاء بها، كما يقتضي البحث في هذه الفكرة بيان ذاتيتها إذ إن هنالك العديد من الجزاءات التي تترد على الإجراءات الجزائية عند مخالفتها للشروط والضوابط والقيود التي يضعها المشرع في قانون أصول المحاكمات الجزائية والقوانين الإجرائية الأخرى، وما تثيره فكرة الانعدام لا يتوقف على الجانب الفقهي القانوني فقط، إذ إن هذا الموضوع يثير الكثير من المشاكل من الناحية التشريعية فمن المتعارف عليه ان المشرع الجنائي الإجرائي يشير إلى الجزاءات الإجرائية التي ترد على مخالفة الإجراءات للنصوص التشريعية، ولكن جزاء الانعدام لم يكن للمشرع موقف واضح منه، وهذا الأمر لا يختلف عن موقف القضاء منه، إذ إن القضاء الجنائي سواء في العراق او الدول المقارنة اختلفت مواقفه فيما يتعلق بالانعدام وهذا يقتضي بيان هذه المواقف للإحاطة بهذا الموضوع، لذلك سنقسم هذا الفصل على مبحثين، كما يلي:

المبحث الأول: مفهوم الانعدام وتمييزه عن الجزاءات الإجرائية الأخرى.

المبحث الثاني: موقف القانون والقضاء الجنائي من الانعدام.

المبحث الأول

مفهوم الانعدام وتمييزه عن الجزاءات الإجرائية الأخرى

بما ان الجزاءات الإجرائية هي اثر ناتج عن مخالفة مرتكبة من قبل الاجراء الجزائي، وبما ان مخالفة القانون قد تكون بسيطة وقد تكون جسيمة، لذلك فأن هذه الجزاءات تكون مختلفة من حيث الشدة، فبعضها يجعل الاجراء غير صحيح ولا يرتب اية اثر، بينما الأخر يجعل الاجراء كأن لكم يكن في الحياة الواقعية او في الحيز القانوني^(١)، ولخطورة هذا الجزاء الإجرائي- الانعدام- لابد من بيان مدلوله من خلال التطرق إلى مفهومه، وكذلك بيان ذاتية اذ قد تختلط به بعض الانظمة القانونية الأخرى، لذلك للإحاطة بهذا المبحث لابد من تقسيمه على مطلبين: اذ سنخصص المطلب الأول إلى: مفهوم الانعدام، اما المطلب الثاني فسنخصصه إلى: تمييز الانعدام عن غيره من الجزاءات الإجرائية الأخرى.

المطلب الأول : مفهوم الانعدام

المطلب الثاني : تمييز الانعدام عن غيره من الجزاءات الإجرائية الأخرى

^١ - د. الهام محمد حسن العاقل، البطلان في الإجراءات الجزائية اليمني، ط١، الناشر مركز المعلومات والتأهيل

لحقوق الإنسان، تعز، الجمهورية اليمنية، ٢٠٠٦، ص١٩.

المطلب الأول

مفهوم الانعدام

بيان مفهوم الانعدام بطبيعة الحال يتطلب بيان التعريف به وكذلك بيان الاتجاهات الفقهية ازاء الانعدام، فالانعدام فكرة لا زالت غير مستقرة لدى الفقه القانوني بشكل عام، اذ ان هنالك توجه يرفضها واخر يؤيدها، وللاحاطة بهذا الموضوع ينبغي تقسيمه على فرعين: حيث سنتناول في الفرع الأول: التعريف بالانعدام، وسنتناول في الفرع الثاني: الاتجاهات الفقهية ازاء مفهوم الانعدام.

الفرع الأول

التعريف بالانعدام

يتطلب الاحاطة بالتعريف بالانعدام بيان مدلوله من خلال تعريفه وكذلك التطرق إلى

طبيعته، كما يلي:

اولاً/تعريف الانعدام:

ففيما يتعلق بالتعريف اللغوي للانعدام: العدم في اللغة هو الفقدان والعُدْمُ ذهاب الشيء وفقدانه ويقال اعدمت الشيء انهيته، والعدم عدم الوجود، والمعدوم اسم مفعول وهو من وقع عليه العدم، ومن ثم فإن انعدام الشيء في اللغة افتقاد الشيء وعدم وجوده اصلاً في الواقع^(١).

^١ - ابن دريد، جمهرة اللغة، ج ١، مادة (عدم)، مكتبة دار العلوم، بلا مكان نشر، ١٩٨٣، ص ٣٥٥.

اما من حيث التعريف الاصطلاحي للانعدام فقد عرف بأنه: عدم الوجود وهذا ينصب على الاجراء الجنائي من الناحية القانونية دون المادية، إذ إن الاجراء وان كان موجوداً من الناحية المادية، لكنه هو والعدم سواء من حيث الأثر القانوني^(١).

ويلاحظ على هذا التعريف تناول الأثر المنشئ للانعدام وانه امراً واقعاً دون الحاجة إلى حكم قضائي لتقريره، اذ ان وجود هذا الحكم لا يضيف شيئاً على تحققه، ولم يضع هذا التعريف المعيار الذي يبنى على اساسه هذا الانعدام.

وهناك من عرف الانعدام بأنه: ذلك الجزاء الإجرائي الذي يترتب على كل اجراء معيب وصلت فيه المخالفة حداً كبيراً من الجسامة وذلك من خلال فقدان احد أركان هذا الاجراء ويترتب على ذلك عدم الوجود القانوني للأجراء، ويأخذ حكم عدم الوجود عدم إمكانية مباشرة الأجراء بأي شكل من الاشكال لتحقيق الانعدام فيه^(٢).

ونرى ان هذا التعريف ركز على الجزاء الذي يترتب على عدم الوجود القانوني للانعدام بالعلی الرغم من انه حالة واقعية سابقة للجزاء وان هذا الجزاء هو كاشف للانعدام وليس منشئ له، على العلی الرغم من ان هذا التعريف قد تطرق إلى معيار الانعدام واطاف إلى انعدام الاجراء انعدام الرابطة الإجرائية في الإجراءات الجنائية.

وهناك من يعرف الانعدام بأنه جزائي اشبه بالبطلان لكنه يختلف عنه من حيث الانعدام يمس الامور الجوهرية وليس شروط الصحة، اي يمتد القصور في الاجراء المعيب إلى مقومات

^١ - د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٩، ص ١٨٠.

^٢ - د. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص ١٤٢.

وجوده ومفترضات هذا الوجود، لذلك فإن الاجراء الباطل له وجود في الحيز القانوني ولكنه مشوب بعيب، اما الاجراء المنعدم فإنه ليس له وجود في الحيز القانوني^(١).

وهذا التعريف جعل الانعدام والبطلان في زاوية واحدة، والسبب في ذلك انه ركز على النتيجة دون الاسباب والمعايير، وهذا لا يمكن التسليم به لان غالباً ما تكون منطقات الانعدام في بداية تكوين الاجراء المعيب^(٢) على عكس البطلان.

ومن بعد ما بينا التعريفات التي تطرقت إلى الانعدام، يمكن تعريف الانعدام بأنه: هو أحد الجزاءات الإجرائية التي ترد على اجراء جزائي منفرد او كتلة إجرائية مكونة من عدة روابط إجرائية جزائية، بسبب مخالفة الأركان الأساسية او العناصر الجوهرية الازمة للوجود القانوني للإجراء الجزائي، ويترتب على ذلك عدم قدرة الاجراء عن ترتيب آثاره قانونية لأنه غير موجود في الحياة القانونية.

ثانياً/طبيعة الانعدام:

لمبدأ الانعدام ذاتية خاصة عن العيوب الإجرائية الاخرى وهذه الذاتية اكتسبها الانعدام من طبيعته الخاصة، وهذه الطبيعة لا تقتصر فقط على القانون الجزائي، بل تمتد إلى فروع القانون الاخرى ففي القانون المدني فإنه يتعلق بفقدان الركن من التصرف القانوني وهذا الركن لا يتصور وجود التصرفات القانونية بدونها، وقد افرد الفقه القانوني للانعدام في القانون الخاص بعض

^١ - د. عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٥٣.

^٢ - العيب في الاصطلاح القانوني هو (كل نقص في إجراءات الدعوى أضر بمصلحة الخصوم وخالف قواعد القانون والعدالة، والعيب تارة في ذات الشيء وكيانه ويسمى عيباً ذاتياً او موضوعياً واخرى في صفاته وشروطه ويسمى عيب شكلي) ينظر: احمد جمال الدين، معجم المصطلحات القانونية والجزائية في الأحكام والإجراءات والمحاکمات، المكتبة العصرية، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٥٤.

الخصائص لهذا العيب اذ يجب ان يكون الركن جوهري وعنصر حيوي يترتب عليه عدم مطابقة هذا التصرف إلى التصور القانوني بشكل كلي، لذلك يكون الانعدام تلقائي لأنه ليس له وجود ومن ثم فلا حاجة إلى تقرير من قبل القضاء^(١).

اما طبيعة الانعدام في القانون العام يكون أبرز مظهر له في القانون الإداري ولكن فقه القانون الإداري الحقه بعيب بالبطلان وجعلوا الانعدام درجة من درجات البطلان، ولكن بسبب الطبيعة البارزة للانعدام اصبحت له ذاتية مستقلة بالعلی الرغم من الحاقه بالبطلان، إذ إن طبيعة الانعدام لديهم جزء جسيم يلحق التصرف القانوني لتخلف ركن من أركانه التي لا يمكن ان يتصور وجوده بدونها وهي الإرادة والمحل والسبب، وكذلك تكمن طبيعته في العيب الجسيم الذي يلحق القرارات الإدارية إذا حدث فيها عيب عدم الاختصاص الجسيم او عيب اغتصاب السلطة، ومن ذلك تكون للانعدام ذاتية مستقلة عن البطلان ويصبح اعتباره درجة من درجات البطلان كلام نظري، إذ إن القرار المنعدم يفقد الصفة القانونية ولا تترتب عليه اية آثار قانونية، ويمكن التمسك به من قبل كل ذي مصلحة ويصبح عبارة عن عقبة مادية أمام عمل الإدارة من الممكن ازالتها بالوسائل العادية^(٢).

وقد قيلت بصدد طبيعة الانعدام ثلاثة افكار:

١- الطبيعة الوصفية للانعدام: بأن الانعدام ذات طبيعة وصفية (فعلية)، حيث تقتضي هذه الطبيعة ان التصرف يفقد احد عناصره التي لا يتصور وجوده بدونها، من الناحية المنطقية، وهذه الطبيعة اساسها في المنطق القانوني السليم حيث توضع معايير الانعدام استناداً إلى

^١ - د. جميل الشراوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٥٦، ص ٣٣٢.

^٢ - د. وسام صبار العاني، القضاء الإداري، ط ١، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٥، ص ٣٣، ٣٢.

المجرى المنطقي للأمر وليس إلى النصوص القانونية، وعلى أساس هذه الطبيعة لا توجد للتصرف المنعدم أي مادية في الواقع لذلك سميت هذه الطبيعة بطبيعة الانعدام المادية، ومن الأمثلة على ذلك عدم وجود منطوق للحكم، وعدم توقيع القاضي على الحكم، وتتميز هذه الطبيعة بمرونتها ومن الممكن القياس عليها، لذلك هنالك من حاول وضع مظاهر لهذه الطبيعة وهي عدم الكتابة وعدم مباشرة أي تصرف إجرائي^(١).

إذ إن الإجراء إذا ردنا أن نصفه بأنه باطل أو صحيح، لا بد أن يكون موجود، حتى نقره بهذه الصفة، أما إذا لم يكن موجود فأن صفته هي الانعدام، ومن ثم فأن الانعدام عبارة عن فكرة منطقية تقتضيها طبيعة الأشياء^(٢)، أي أن حالة الانعدام هي وصف تلقائي ترتبط بالأجراء الذي يخالف الأركان أو الشروط أو العناصر المنطقية اللازمة لوجوده، بحيث لا يمكن تصور الإجراء بدونها.

٢- الطبيعة الجزائية للانعدام: فأنها تقتضي عدم الوجود القانوني للعناصر التي يترتب عليها انعدام الإجراء، فالأساس هنا هو النص القانوني وليس المنطق، إذ إن القانون هو الذي يحدد عناصر وجود التصرف من عدمه فإذا تخلفت هذه العناصر أو الأركان يكون الإجراء منعدم، ولكن النصوص تمتاز بالغموض فيما يتعلق بالتمييز بين شروط الصحة وأركان الوجود، حيث تحدد طبيعة الانعدام وفق العيب الذي يلحق شروط الصحة أو الأركان، مع أن طبيعة الانعدام

^١ - د. عبد الحكيم فودة، المصدر السابق، ص ٥٥ وما بعدها.

^٢ - د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، النظرية العامة للقاعدة الإجرائية الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، بلا سنة نشر، ص ١٣٦.

القانونية تقتض وجود التصرف المنعدم من الناحية الواقعية ولكن ليس له وجود من الناحية القانونية، كالحالة التي لا تتعد فيها الخصومة القضائية^(١).

وعلى هذا الأساس فإن الانعدام هو جزء يرد على الاجراء الجزائي لمخالفته النصوص القانونية.

٣- الطبيعة المزدوجة للانعدام، وهذه الطبيعة تجمع بين الطبيعة المنطقية او الوصفية من جانب والطبيعة المادية الجزائية من جانب آخر، إذ إن هنالك انعدام منطقي إذا خالف الاجراء العناصر المنطقية اللازمة لوجوده، وكذلك إذا خالف التصرف العناصر القانونية اللازمة لوجوده اضافة إلى العناصر المنطقية^(٢)، ونرى ان هذه هي الطبيعة المنطقية للانعدام حتى لا يفلت اي اجراء من الجزاء الإجرائي (الانعدام) في حالة توافرت فيه اسبابه بغض النظر عن فقدانه للعناصر المنطقية ام القانونية.

نخلص مما تقدم أن للانعدام طبيعة خاصة، ومن مظاهر هذه الطبيعة، أولاً: ان مبدأ الانعدام ليس له اصل تشريعي، اذ كما رأينا ان التشريعات لا تتضمن في نصوصها اي إشارة إلى الانعدام، اذ لا يوجد سند-كأصل عام-تستند عليه المحكمة لتقرير الانعدام^(٣)، ثانياً: الانعدام يتميز بجسامة العيب، اذ ان العيوب التي تعتري الاجراء هي عيب تتعلق بمقوماته وأركانه واسباب وجوده، لذلك فهو عيب جسيم على خلاف العيب الذي تكون خطورته اقل إذا تعلق في

^١ - د. محمد علي الكيك، تحول الإجراءات الجنائية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١٢.

^٢ - احمد عبد الحميد احمد عبد الكريم، نظرية الانعدام في الإجراءات الجنائية، اطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق، كلية الحقوق-قسم القانون الجنائي، ٢٠١٥، ص ٩١.

^٣ - د. غنام محمد غنام، نظرية الانعدام في الإجراءات الجزائية مقارنة بالانعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية: دراسة في القانونين الكويتي والمصري، ط ١، لجنة التأليف والتعريب والنشر-مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، كلية الحقوق، الكويت، ١٩٩٩، ص ٣٧.

الشروط وليس في الأركان كما في البطلان، ثالثاً: يتميز الانعدام بعدم الوجود، إذ إن الاجراء الذي يلحقه هذا العيب لا يعتبر موجوداً ولا يقصد بهذا الوجود الواقعي بل عدم الوجود القانوني، رابعاً: ومن مظاهر الطبيعة الخاصة للانعدام أيضاً انه لا يلحقه التصحيح، اذ يصبح وجود الاجراء مادي فقط، دون ان يكون له وجود في الحيز القانوني حتى يعالج بالتصحيح^(١).

الفرع الثاني

الاتجاهات الفقهية ازاء فكرة الانعدام

الانعدام اشبه بالفكرة الفلسفية لأنه ليس له اساس قانوني صريح ومباشر في التشريعات الجزائية، ولما يكون الأجراء المخالف للانعدام هو اجراء مادي فقط؛ لهذا اتجه الفقه بين مؤيد ومعارضة لفكرة الانعدام في النطاق الإجرائي، فمنهم من انشغل تأصيل قانوني وفقهي وقضائي لهذه الفكرة على اساس ان لها نتائج وآثار لا تدركها فكرة البطلان في النظام الإجرائي، وهناك من يرى بأن هذه الفكرة هي محض خيال لا وجود لها في النطاق القانوني، ولا يوجد ما يميزها عن البطلان ومن ثم لا داعي للتأصيل لها، وهذه الاتجاهات على التفصيل الاتي:

اولاً/ الاتجاه المعارض لمبدأ الانعدام:

هناك اتجاه فقهي لا يسلم مبدأ الانعدام في الإجراءات، ويرفض هذه الفكرة التي يأخذها الكثير على انها تستند إلى القانون، ويستند هذا التوجه على عدة اسانيد تتباين في شدتها وطبيعتها ومقدار ودرجة المنطقية فيها، ويمكن اجمالها على النحو الاتي:-

^١ - احمد محمد عبد الرؤوف غندور، الحكم المنعدم وآثاره القانونية، اطروحة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، ٢٠١٨، ص٣٦ وما بعدها.

١- الانعدام فاقد للسند التشريعي: اذ لا يوجد نص تشريعي ينص على الانعدام في القوانين الإجرائية، وهذا الفقدان يدل على عدم وجود الانعدام، حيث ينظم المشرع فقط البطلان، ولا يمكن تصور بطلان بدون نص، إذ إن لكل اجراء قاعدة مشروعية يترتب على مخالفتها البطلان، وهو الذي يريده مشرع الجزائي وينظمه^(١)، كما ان المشرع في قانون الإجراءات الجنائية لم ينص على الانعدام، ولم يدرجه ضمن الجزاءات الإجرائية، بل ان المشرع في الجانب الجزائي تبعاً للجانب المدني رتب البطلان على مخالفة الإجراءات الجوهرية واعتبرها جزاء يرد على هذه المخالفة^(٢).

٢- الانعدام فكرة غير دقيقة وخاطئة: وهذه عدم الدقة تمتد لطبيعة الانعدام المنطقية والقانونية، فمن حيث الجانب الوصفي المنطقي للانعدام لا يمكن القول به، لان الاجراء الذي يخالف القانون يكون اجراء باطل اما الذي لا يخالف نص القانون ويخالف الجانب المنطقي يكون صحيح، تبعاً لشرعية الإجراءات^(٣)، اما فيما يخص الطبيعة القانونية للانعدام فإنه ليس له وجود من الجانب القانوني أيضاً؛ إذ إن الذين المؤيدين لفكرة الانعدام يربطون الانعدام مع البطلان، لذلك لم يتفقوا على تعريف واحد، وهذا يدل على تناقض فيما يخص تعريفهم للانعدام، فالذين

^١ - د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١٨٤.

^٢ - د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ج ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٣٥٩.

^٣ - يقصد بالشرعية الإجرائية: بأن القانون هو الذي يتكفل بتحديد كل اجراء تقوم به اجهزة العدالة الجنائية او السلطات القضائية، ومن ثم لا يمكن القيام بأي اجراء إذا لم يكون منصوص عليه في القانون، وهذا يوصل ضمانته مهمه للأفراد ويصون حقوقهم وحررياتهم، وهذه الشرعية على غرار شرعية الجرائم والعقوبات في القانون الجنائي الموضوعي: ينظر: د. رحاب عمر سالم و د. عمر سالم، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية، ج ١، الناشر جامعة الفيوم-كلية الحقوق، ٢٠١٧، ص ٥ وما بعدها.

يعرفون الانعدام من حيث جسامه العناصر التي تم مخالفتها عن البطلان، يؤخذ على تعريفهم الغموض وعدم الانضباط، فلا يوجد معيار دقيق يميز بين العاصر المهمة وغير المهمة، ومن ثم المخالفة الجسيمة من عدمها، والدليل على ذلك ان الفقهاء اختلفوا على معيار هذه الأهمية، اما فيما يتعلق بتعريف الانعدام انه جزء يجعل الاجراء لا يترتب آثار قانونية، حيث في هذا التعريف لم يتم يحدد الوقت الذي لم يترتب على الاجراء انتاج الآثار ومعيار هذا الأمر، فكيف يتم معرفة النتيجة قبل المطلوب، هذا من جانب، ومن جانب آخر ان الاخذ بهذه الفكرة يؤدي إلى القول بأن الانعدام ذات طبيعة نسبية يتحقق في بعض الأحيان، ولا يتحقق في الأحيان الأخرى، اي يكون الانعدام متوقف على الظروف^(١).

٣- فكرة الانعدام غير مفيدة في النطاق الإجرائي: ويستند الاتجاه الرافض على عدة امور في كون الانعدام فكرة غير مفيدة، إذ إنها ليس لها سند تشريعي كما انها فكرة غير صحيحة وغير منطقية، والقانون يحتاج إلى فكرة يتم تأصيلها بصورة قانونية سليمة، ولها اساس قانوني صحيح، حتى يعترف فائدتها، فمادام ليس للانعدام اصل في القانون يستند عليه فليس له اية فائدة في ميدان الفن القانوني، هذا من جانب، ومن جانب آخر ان النتائج التي توصل لها المؤيدين لفكرة الانعدام اغلبها محل شك، وبعضها هي آثار البطلان وليس لها علاقة بالانعدام، فالقول ان الانعدام لا يحتاج إلى تدخل القضاء لتقريره، قول ليس في الجديد؛ اذ ان

^١ - د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المصدر السابق، ص ٥٢٧ وما بعدها.

هنالك العديد من الإجراءات التي لا تتدخل المحكمة في تقرير بطلانها لأن المخالفة فيها تبلغ

درجة كبيرة من الجسامة اضافة إلى ان هذه الإجراءات لا تثار فيها المنازعة أمام القضاء^(١).

كما ان آثار الانعدام هي نفسها التي يترتبها البطلان؛ حيث من الممكن القول ان هنالك بطلان جزئي وهنالك بطلان كلي، كما يمكن القول بأن هنالك بطلان يبلغ درجة كبيرة من الجسامة ولا يترتب عليه اية آثار قانونية، كما توجد بعض انواع البطلان لا تجعل الاجراء موجود من الناحية القانونية^(٢).

ثانياً/الاتجاه المؤيد لفكرة الانعدام:

في مقابل الاتجاه المعارض للانعدام هنالك اتجاه مؤيد له، وقد فند الاتجاه الثاني كل اسانيد الاتجاه الرافض لهذه الفكرة، وان الانعدام حقيقة لها حيزها في القانون في النظم الإجرائية بغض النظر عن طبيعتها، لذلك فهي ترددت في مجال الأحكام القضائية واصبحت فكرة راسخة ولها كيانها الخاص^(٣).

فقد ابتداء هذا الاتجاه في دفاعه على فكرة الانعدام في تفيد سند الاتجاه المعارض القاضي بأن الانعدام لا يمكن الاخذ به لعدم وجود نصوص تشريعية تقرره، اذ ان الانعدام يعتبر من الامور البديهية والمسلمات التي تقتضيها طبيعة الأمور ومجراها العادي دون الحاجة إلى تقريره من قبل نصوص تشريعية، حيث وجد الانعدام من اجل حل التناقضات الظاهرية في القيود التشريعية المقررة للبطلان وما تتطلبه طبيعة الاشياء هذا من جانب، ومن جانب آخر ان فكرة

^١ - د. خيرى بعد الفتاح السيد البتانوني، نظرية الانعدام الإجرائي في قانون المرافعات، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص٤٣.

^٢ - احمد عبد الحميد احمد عبد الكريم، نظرية الانعدام في الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص٦٣.

^٣ - د. غنام محمد غنام، نظرية الانعدام في الإجراءات الجزائية، المصدر السابق، ص٦.

الانعدام ترد عليها فائدة كبيرة جداً وهي تحول دون تحصين القرارات المعيبة من حيث عدم جواز المساس بها، لأنها تحول دون حجية الأمر المقضي به، كما ان منطقية الانعدام تتمثل في ان نظام العيوب مختلف في جانب العمل القضائي وكذلك المنطق القانوني لذلك يقتضي الأمر في الاصطلاح اختلاف هذا النظام^(١).

إذ إن الانعدام له أصل في المنظومة الإجرائية بصورة عامة، وفي الإجراءات الجنائية بصورة خاصة، فهو أحد الجزاءات التي ترد على الاجراء، دون ان يؤدي هذا الاجراء اي أثر قانوني، ودون ان يكون له وجود في الجانب القانوني^(٢).

ومن المشكلات التي تواجه فكرة الانعدام في ظل الفكر القانوني، هي فكرة المعيار، ومع ذلك فقد قيلت العديد من المعايير التي تميز الانعدام عن البطلان واوضحت استقلالية كل فكرة على حدة، كما ان هذا الأمر لا يبرر رفض فكرة الانعدام بشكل كلي، ونما هو مجرد اختلاف فقهي في مجال الاجتهاد القانوني، كما ان تنوع العيوب إلى عيوب تؤدي إلى انعدام صفة العمل الإجرائي واخرى تؤثر فقط على صحته دون ان تمتد إلى تغيير صفته، يفترض وفق هذا الأمر وجود مقتضيات لوجود صفة الفعل تارة، وصحته تارة أخرى، اذ يؤدي تخلف مقتضيات الوجود إلى انعدام الاجراء بينما يؤدي تخلف احد مقتضيات صحته إلى البطلان، والوجود المراد به هنا هو الموجود من الجانب القانوني ولا يعتد بالوجود المادي فقط فلا يرتب اي اثر^(٣).

^١ - سيد احمد محمد، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، ط١، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٩، ٤٦١.

^٢ - د. عبد الحميد الشواربي، ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص٤٧٥.

^٣ - د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص٤٠٥.

ومن المسوغات المقررة لفكرة الانعدام انها من المقتضيات الضرورية فهي لم تطبق على ارض الواقع الا لضرورات واقعية معينة ومن ثم فإن فقدان النص لا يؤدي إلى نكران الانعدام، كما ان من يقول ان هذه النظرية هي ليس فيها فائدة قول مردود حيث ردت على ذلك النظرية نفسها، اذ يجب تجاهل الاجراء المنعدم، كما ان الأحكام المنعقدة لا تحول دون رفع الدعوى من جديد من قبل الخصوم انفسهم، كما ان اقتصار دور القاضي على تقرير البطلان والانعدام على حد سواء لا يبرر القول بأن الانعدام ليس له ذاتية عن البطلان، لما له من اختلافات وذاتية خاصة به^(١)، فالجراء المنعدم لا يمكن تجاهله اذ ان العيب فيه متعلق بالأمور الجوهرية والأساسية اذ انه يتعلق بنفي احد عناصر العمل الإجرائي، وتغيب احد مقومات وجوده وبهذا فإن الانعدام واقع اصلاً ولا يحتاج إلى تقرير من قبل القضاء^(٢).

كما يرى الفقه الجنائي ان نقد نظرية الانعدام على اساس انها تختلط بالبطلان قول يجانب الصواب، وان صح فإنه هذا الأمر في القانون المدني والتشريعات التي تأخذ بالبطلان المطلق، فإن هذا الأمر لا يمكن التسليم به في فرع القوانين الاخرى كما في القانون الجنائي في التشريعات التي لا تعتد بالبطلان المطلق، فضلاً ان الانعدام يتوقف على طبيعة الاجراء والعمل المشوب بعيب الانعدام ومن ثم لا يتوقف على نص تشريعي يحدده هذا من جانب، ومن جانب آخر ان القول بأن هذه راي الفقه فيما يخص الانعدام يتسم بالغموض لا يبرر تفي هذه النظرية،

^١ - د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١٨٦.

^٢ - د. مدحت محمد سعد الدين، نظرية الدفوع في قانون الإجراءات الجنائية، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣،

إذ إن الفقه حدد معيار الجسامة بين البطلان والانعدام، فأن جانب الفقه الصواب في ذلك لا يبرر القدر في صحة فكرة الانعدام^(١).

وهناك من يرى ان الانعدام نظرية قائمة بذاتها والدليل على ذلك هو اختلاف الحكم الباطل عن المنعدم، فعلى الرغم ان كلا الحكمين معييين إلا أن عيب الانعدام اكثر جسامة من عيب البطلان، كما ان الأحكام المنعدمة لا تقبل التصحيح ولا تحوز قوة الشيء المقضي بع على عكس البطلان، اما القول بأن الاجراء او الحكم المنعدم لا يمكن الطعن به بل هو عمل كأن لم يكن لا يمكن التسليم به بكل جوانبه من قبل الفقه المسلم بفكرة الانعدام بشكل عام والفقه الجنائي بشكل خاص، حيث يمكن الطعن بالعمل المنعدم بما ان له من وجود ظاهري وكذلك يمكن مناقشته واثبات انعدامه، كما ان البطلان الذي لا يقبل التصحيح تصدق عليه فكرة الانعدام الذي يستند بها الاتجاه المنكر للانعدام، إذ إن للفكرتين وظيفة واحدة وهي عدم قبول تصحيح الاجراء المعيب وكذلك إمكانية مناقشته من جديد حتى وان كان حكماً واستنفذ جميع طرق الطعن^(٢)، ولكن تبرز ذاتية الانعدام عن البطلان حتى في هذه الحالة من خلال إمكانية صاحب المصلحة في حالة كون الاجراء الجنائي او الحكم منعدم، ان يتصرف على افتراض انه غير موجود، على عكس البطلان^(٣).

^١ - أشار إلى هذا الاتجاه د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١٨٨، ١٨٧.

^٢ - د. محمود نجيب حسني، قوة الحكم الجنائي في انهاء الدعوى الجنائية، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧، ١٣١ وما بعدها.

^٣ - د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، ط ٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٣٩٢.

وهناك من يؤيد الانعدام في الإجراءات الجنائية من خلال هنالك فجوة كبيرة في عيوب الإجراءات لا يسدها الا الانعدام، والا كيف نلتفت إلى الحكم الذي يصدر من شخص عادي غير قاضي، خصوصاً وان العدالة الجنائية^(١)، يجب ان تجب كافة الاعتبارات، اضافة ان الأحكام تبنى على الاقتناع الذاتي للقاضي وبقينه، كما كيف نلتفت إلى صدور حكم ضد شخص متوفي قبل إقامة الدعوى الجزائية عليه، او أثناء سير الدعوى، خصوصاً وان انعقاد الخصومة تشترط لزوم وجود المتهم، كما ان البطلان لا يكفي ي الكثير من الأحيان لمعالجة الإجراءات التي تشوبها عيوب جسيمة^(٢).

ومن جانبنا نؤيد الافكار التي تؤيد فكرة الانعدام لان هذه الفكرة تقتضيها الضرورة العملية اذ انها تسد النقص الحاصل في العيوب الإجرائية في حالة فقدان الاجراء لمفترضات وجوده ومن ثم لا يجوز نكرانها لمجرد غياب النص التشريعي، ومن ثم فهي فكرة منطقية قائمة على اساس المخالفة الجسيمة التي تتمثل بفقدان مفترضات العمل الإجرائي والتي لا ينطبق عليها اي عيب من العيوب الاخرى.

^١ -عرفت العدالة الجنائية بأنها: (مبدأ سام في القانون الجنائي يحكم القواعد الموضوعية والإجرائية كافة، هدفه ارضاء الاحساس بالعدالة للمخاطبين بتلك القواعد والقائمين على تطبيقها). ينظر: د. احمد مصطفى علي، العدالة الجنائية، ج١، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٦، ص٨٩. وتعد العدالة الجنائية من اهم مواضيع القانون الجنائي، اذ تكاد ان تحتل المرتبة الأولى من بين موضوعاته؛ بسبب تعلقها بإحقاق الحق ودحض الظلم، سواء تعلق الأمر بالتشريع الجنائي او بتطبيق النص من خلال القضاء الجنائي. ينظر: محمد جبار اتويه النصراوي، فلسفة العدالة في القانون الجنائي العراقي، اطروحة دكتوراه، جامعة النهريين، كلية الحقوق، العراق، ٢٠١٩، ص٤٢.

^٢ - احمد عبد الحميد احمد عبد الكريم، نظرية الانعدام في الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص٧٢ وما بعدها.

المطلب الثاني

تمييز الانعدام عن غيره من الجزاءات الإجرائية الأخرى

سنبين هنا التقارب والتباعد بين الانعدام والبطلان والسقوط، والسبب في تركيزنا على البطلان والسقوط؛ بسبب كون هذه الجزاءات كثير ما تقترب من الانعدام ولديها الكثير من الأحكام القريبة على أحكام الانعدام، وعلى هذا الأساس سنقسم هذا المطلب على فرعين: إذ سنتناول في الفرع الأول: الانعدام والبطلان، بينما سنتناول في الفرع الثاني، الانعدام والسقوط.

الفرع الأول

الانعدام والبطلان

يتفق كلا الانعدام والبطلان بكونهما من الجزاءات الإجرائية التي ترد على القواعد الإجرائية عندما تنتهك الشرعية الإجرائية بكونها قيود والشروط الجوهرية تلزم وجود الاجراء الجزائي بوجودها، كما يشترك الاجراء المنعدم مع الاجراء الباطل في ان كليهما لا يترتب آثار قانونية أعمالاً لقاعدة ان العدم لا يترتب عليه اي وجود وان ما يترتب على الباطل فهو باطل في الإجراءات الجنائية^(١).

كما يشترك الانعدام مع البطلان ان كليهما يتقرر بقوة القانون، كما ان الحكم الذي يصدر منهما يكون ذات طبيعة كاشفة وليس منشئة، كما ان المحكمة يمكن ان تقضي بالانعدام

^١ - د. غنام محمد غنام، نظرية الانعدام في الإجراءات الجزائية، المصدر السابق، ص ٢٥.

والبطلان من تلقاء نفسها ويجوز كذلك لكل خصم التمسك بهما حتى وان لم تكن له مصلحة مباشرة في هذا التمسك، ويمكن آثارتهما لأول مرة أمام محكمة النقض^(١).

ويمكن ان نضع جملة من الأمور التي تميز الانعدام عن البطلان^(٢)، كما يلي:

١- من حيث جسامه المخالفة :

يفترض الانعدام ان يخالف العمل الإجرائي احد العناصر او المقومات التي لا يفترض وجودها بانعدامها، اما فيما يتعلق بالبطلان فلا يتعلق بانتفاء احد مقومات الاجراء او عناصره التي لا يتصور وجوده بدونها، بل ان العيب يلحق شروط الصحة لا شروط الوجود، لذلك فإن عيب الانعدام الناشئ عن تخلف هذه المقومات والعناصر تجعله غير موجود سواء من الناحية المادية ام من الناحية القانونية، ولكن البطلان يبقى العمل الإجرائي موجود ولكنه لا يرتب اي اثر في ارض الواقع^(٣).

٢- من حيث الدرجات:

الانعدام دائماً يكون على درجة واحدة فهو اما يكون مطلقاً ام لا يكون، اما فيما يتعلق بالبطلان فإنه يكون على درجتين حيث يكون هنالك بطلان مطلق وهنالك بطلان نسبي^(٤)، وعلى

^١ - د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، المصدر السابق، ص ٣٦٢، ٣٦١.

^٢ - هنالك امور خارجية ليست لها صلة بالقانون تميز الانعدام عن البطلان، إذ إن البطلان هو اعمق تأريخياً من الانعدام اذ ترجع نشأته إلى القانون الروماني، كما ان الفقه يجمع كله على البطلان، ويختلف حول الانعدام فلا يوجد اجتماع فقهي كامل حول الانعدام. ينظر: احمد عبد الحميد احمد عبد الكريم، نظرية الانعدام في الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١٠٦.

^٣ - د. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ١٤٥.

^٤ - يميز الفقه الجنائي بين البطلان وبالبطلان النسبي على اساس ان الأول تتعلق بمخالفته بالنظام العام، بينما الثاني لا يعتبر كذلك، كما تم التمييز بين النوعين على اساس ان الانعدام تكون المصلحة التي تمت مخالفتها

اساس هذا الأمر يمكن لأي شخص حتى وان لا تكون له مصلحة مباشرة ان يتمسك بانعدام الاجراء الجزائي، في حين ان الأمر يكون مختلف فيما يتعلق بالبطلان حيث يختلف التمسك حسب درجات البطلان فهو اما يكون مطلق او يكون نسبي، اذ ان إمكانية التمسك به تختلف حسب هذه الدرجات، فالبطلان المطلق يمكن ان يتمسك به اي طرف بغض النظر عن المصلحة التي يتطلبها هذا التمسك، بينما البطلان النسبي تتوقف إمكانية التمسك به على وجود المصلحة، فلا يستطيع اي طرف التمسك به الا صاحب المصلحة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى ان هذا الأمر ينعكس كذلك على إمكانية المحكمة ان تقضي به، فعلى اساس جسامه العيب تستطيع المحكمة من تلقاء نفسها ان تقضي بالبطلان المطلق، على عكس البطلان النسبي فهي لا تستطيع ان تقضي به من تلقاء نفسها^(١).

٣- ان الانعدام يجعل الاجراء الجزائي غير موجود سواء في البداية او في النهاية، اذ لا يوجد له وجود قانوني براءة ونهاية، فهو ابعد امد واشد عمقاً من الاجراء الباطل مهما كانت درجة البطلان، لذلك فإن الاجراء الباطل له اساس في الوجود القانوني ولكنه معتل بجرثومة البطلان تجعل معرض للزوال^(٢).

هي مصلحة عامة متعلقة بغائية الإجراءات الجنائية بينما المصلحة التي تمت مخالفتها في البطلان النسبي هي مصلحة خاصة متعلقة بأطراف الدعوى، وقد استقر الفقه على اساس ان أهمية المصلحة هي المعيار الانسب والمثالي للتمييز بين البطلان النسبي والبطلان المطلق، بغض النظر عن نوع المصلحة، فمخالفة المصلحة المهمة تكون أمام بطلان مطلق، بينما إذا كانت المصلحة غير مهمة تكون أمام بطلان نسبي. ينظر: د. كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية (دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في القوانين الاردنية والمصرية والسورية وغيرها)، ط٣، دار الثقافة والنشر، عمان، المملكة الاردنية الهاشمية، ٢٠١٠، ص٨٠٤، ٨٠٥.

^١ - د. حسن عبد الخالق، أصول الإجراءات الجنائية، ط١٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٤٢.

^٢ - د. رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، المصدر السابق، ص٧٨.

٤- من حيث التقرير القضائي:

ان الاصل في الانعدام انه لا يحتاج إلى تقرير، اذ لا توجد فائدة من اعدام الحكم او الاجراء المعدوم، فهو واقع بحكم القانون، إذ إنه غير موجود من حيث طبيعته، ولكن مع ذلك قد يشكل الحكم المعدوم عثرة أمام اصحاب المراكز القانونية في استعمال الحقوق التي تمنحهم اياها هذه المراكز، ولهذا يخرج الانعدام من اصل عدم جواز الطعن ويمكن ان تقرره استثناءً المحكمة في هذه الحالة، وهذا الأمر على عكس البطلان اذ لا يتقرر بموجب القانون فلا بد من ان يقرره القضاء بوجوب دعوى اصلية لتقريره اي يجب ان تقضي المحكمة به بغض النظر عن طبيعته سواء كان البطلان نسبي ام مطلق^(١).

ويرجع السبب في ذلك إلى ان العيب الذي يصيب الاجراء الجزائي المنعدم يفقده كيانه سواء من حيث الواقع المادي ام الواقع القانوني، على عكس العيب الذي يصيب الاجراء الباطل حذ يبقى كيانه القانوني موجود ولكنه يكون عاجز عن ترتيب اي اثر في الواقع^(٢).

٥- من حيث نطاق أثر العيب:

مكانة العيب في الانعدام تتعلق بذات الاجراء او بذات الرابطة الإجرائية، إذ إن الانعدام يؤثر على الاجراء الجزائي بحيث يجعله معدوم الوجود في الجانب المادي او القانوني، وانعدام الآثار هي مسألة طبيعية لان الاجراء او الرابطة الإجرائية غير موجودة، على عكس البطلان الذي لا تكون مكانة العيب متعلقة بوجود الاجراء اذ انه يفترض نشوء الرابطة الإجرائية من الناحية القانونية، ويحجب آثارها، ويضيف الدكتور (مأمون محمد سلامة) اثر تمييز مهم بين

^١ - د. وعدي سليمان علي المزوري، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية (الجزاءات الإجرائية)، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط١، عمان، المملكة الاردنية الهاشمية، ٢٠٠٩، ص٢٠٧.

^٢ - د. رمضان ابراهيم علام، الحكم القضائي المعدوم، ط١، دار الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص٢٦.

البطلان والانعدام من ناحية مكانة العيب، إذ إن الانعدام يثر على كل الرابطة إذ إن اثره يلحق حتى الإجراءات الخارجة عن الرابطة الإجرائية وحتى الإجراءات السابقة عليها، وهذا على عكس البطلان الذي تكون مكانته ونطاق اثره في داخل نطاق الرابطة الإجرائية^(١).

٦- من حيث فوات ميعاد الطعن:

إذا صدر الحكم مشوب بعيب الانعدام فأن فوات ميعاد الطعن التي قررها القانون للطعن بالأحكام لا تؤثر على صفة الحكم المنعدم، حيث يبقى منعدم وان فات ميعاد الطعن، اما فيما يتعلق بالبطلان فأنه يلزم الطعن فيه في المدة المحددة للطعن، والا اصيح الحكم واجب النفاذ لصيرورته حكماً نهائياً^(٢).

ونرى ان السبب في عدم تأثير فوات ميعاد الطعن في الانعدام، لان الرابطة الإجرائية المنعدمة ليس لها وجود في الواقع القانوني ومن ثم فان فوات المدة لا يضيفي عليها الطبيعة القانونية.

٧- من حيث إمكانية تصحيح العيب الإجرائي الجزائي:

لا يمكن تصحيح الاجراء المنعدم لأنه عدم والعدم لا يمكن من الناحية المنطقية ان يصحح، وتظهر أهمية هذا الموضوع في ما يخص الأحكام التي يلحقها هذا العيب، اذ انها لا تصحح بقرينة حجية الامر المقتضي فيه، وهذا على عكس البطلان ولكن يختلف حكم تصحيح البطلان حسب انواعه ودرجاته، فالبطلان النسبي يمكن تصحيح بالتنازل صراحةً او ضمناً او سقوط حق صاحب المصلحة من التمسك به، اما فيما يخص الانعدام المطلق فكذلك يمكن تصحيحه من

^١ - د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، المصدر السابق، ص ٣٦١.

^٢ - د. طلال ابو عفيفة، الوجيز في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، ط١، دار الثقافة والنشر، عمان،

المملكة الاردنية الهاشمية، ٢٠١١، ص ٦٤.

خلال فوات الميعاد واكتسابه حجية الشيء المقضي به، لغرض المحافظة على استقرار الأحكام التي فيها عيب ولكنها موجودة من الناحية القانونية، فهذا التصحيح يجعلها تستأنف ترتيب آثارها المتوقعة^(١)، كما ان مقتضيات الاستقرار القانوني تتطلب في بعض الأحيان التغاضي عن البطلان من خلال افتراض صحة الاجراء او العمل القانوني^(٢).

٨- من حيث التنظيم التشريعي:

عيب الانعدام لا يحتاج إلى تنظيم تشريعي من قبل المشرع، ويكمن السبب في ذلك ان الانعدام ما هو الا تقرير للواقع ووصفاً له، وهو استخلاص منطقي لما يترتب على الإجراءات الجزائية او الأعمال القانونية من تخلف في جوهرها وشروطها اللازمة لوجودها او تخلف المصدر القانوني لهذا العمل، بما يمس من وجوده في الحيز القانوني، وهذا على خلاف البطلان حيث (لا بطلان بغير نص) اذ انه يتوقف على تنظيم المشرع له في قانون الإجراءات الجنائية ومن ثم فإنه يتطلب شرعية إجرائية فلا يمكن للقاضي ان يقرر بطلان اجراء بدون هذه الشرعية، وتعتبر من ضمن الضمانات التي تحاط بها الشرعية الإجرائية الجزائية^(٣).

يتضح مما سبق ذكره، ان لعيب الانعدام ذاتية خاصة به ويختلف عن اختلاف كلي عن البطلان بنوعية النسبي والمطلق، ومن ثم يفترض ان تكون له أحكام خاصة به، ويضاف إلى بقية عيوب الإجراءات الجزائية، ولهذا هنالك نتائج تترتب على التمييز بين الانعدام والبطلان، منها ان الانعدام يقرر بمقتضى القانون فلا حاجة لوجود حكم قضائي يقرره، وهذا مرده إلى

^١ - د. احمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١٨٤ وما بعدها.

^٢ - د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الكتاب الأول، ط ١٠، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦، ص ٦٤٩.

^٣ - د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الكتاب الأول، المصدر السابق، ص ٦٤٩.

جسامة العيب الذي يترتب عليه الانعدام، وكذلك لا يتحصن الحكم او الاجراء المنعدم من فوات الميعاد، كما يمكن للأفراد ان يتمسكوا بالانعدام في كل مرحلة من مراحل التقاضي.

الفرع الثاني

الانعدام والسقوط

يتطلب تحديد التمييز الدقيق بين الانعدام والبطلان التطرق إلى عدة مفاهيم، وهي تعرف السقوط، وأسبابه والحكمة منه، وواجه الشبه بينه وبين الانعدام، وواجه الاختلاف، وذلك على النحو الآتي: -

أولاً/تعريف عيب السقوط:

وفقاً لمتطلبات التنظيم الإجرائي يقوم المشرع بتحديد مواعيد لمباشرة الإجراءات؛ وذلك انطلاقاً من تنظيم الخصومة الإجرائية وكذلك السعي إلى تحقيق استقرار في المراكز القانونية وكذلك في الاوضاع القانونية التي رتبها القانون حتى لا تكون مهددة باستمرار، فإذا انتهت هذه المواعيد ولم يقم صاحب الحق بمباشرة الإجراءات المسموح له مباشرتها خلال هذه الفترة سقط حقه بذلك، وعلى هذا الاساس يعرف الجزاء الإجرائي بانه عيب يرد على مخالفة الاجراء للأشكال الإجرائية الخاصة المتعلقة بالمهل الزمنية^(١).

كما يُعرف السقوط بأنه: منع مباشرة اجراء جزائي معين او مجموعة من الإجراءات وذلك لعدم مراعاة مباشرها المواعيد المقررة لذلك، لذا فإن السقوط هو عيب إجرائي يؤدي إلى حرمان الفرد من حقه في مباشرة اجراء معين، او حرمانه من سلطة مباشرته^(٢)

^١ - د. عبد الفتاح الصيفي، النظرية العامة للقاعدة الإجرائية الجنائية، المصدر السابق، ص ١٥٩.

^٢ - د. عبد الحكيم فودة، البطلان في الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٨٤.

ويعرف كذلك بأنه: عبارة عن جزاء إجرائي مترتب على عدم مباشرة صاحب الحق الإجرائي هذا الاجراء خلال المدة التي بينها القانون^(١).

كما عُرف بانه: ((جزاء إجرائي ينصب على حق معين للخصم في مباشرة الاجراء لمخالفة أحكام القانون المتعلقة بالميعاد الذي يجب ان يباشر خلاله الاجراء؛ وعلى هذا فإن السقوط يترتب عليه سقوط الحق في مباشرة الاجراء لانقضاء الموعد المحدد قانوناً لذلك))^(٢).

والواضح من هذه التعاريف ان السقوط هو ليس عيب موضوعي بل انه عيب خارجي لا يمس جوهر الاجراء الجزائي بل انه يرد على صاحب الحق حيث يجرمه من حقه إذا لم يباشره خلال المدة الزمنية التي بينها القانون، ولكن السؤال الذي يجب ان يطرح هل ان السقوط متعلق بمخالفة المدة الزمنية فقط؟ اي هل ان نطاقه منحصر بالفرض الزمني، مثلما أشارت هذه التعاريف؟

الجواب على ذلك بالنفي، إذ إن نطاق السقوط لا يقتصر على فوات استعمال الحق الإجرائي، فهذه صورة من صور السقوط، وهناك صورتين اخرى، الثانية هي ان يتوقف استعمال الحق الإجرائي على حصول واقعة معنية فإذا حصلت هذه الواقعة يؤدي ذلك إلى سقوط الحق الإجرائي، على سبيل المثال سقوط حق المدعي بالحق المدني في الدعوى الجزائية بعد قفل باب المرافعة، اما الصورة الثالثة فتتعلق باستعمال الحق الإجرائي تبعاً لقيام واقعة معينة، فإذا لم تحصل سقط الحق الإجرائي ومن امثله هذه الحالة هي سقوط حق الطاعن في الطعن الذي حُكم

^١ - د. محمد حلمي نجم، قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٠، ص ٣١٨.

^٢ - د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ص ٣٦٦.

عليه بعقوبة سالبة للحرية إذا لم تقدم يوم الجلسة بالتنفيذ^(١)، لذلك هنالك من يرى بأن السقوط يترتب عليه عدم القبول، حيث إذا سقط الحق في الدعوى أصبحت غير مقبولة أمام الجهات القضائية^(٢).

وعلى هذا الأساس فإن لعيب السقوط عدة خصائص، السقوط متعلق بمباشرة الحق وليس العيب في العمل الإجرائي، يقتصر السقوط فقط على الإجراءات دون ان يمتد إلى الواجبات اي يقتصر على الإجراءات التي يقوم بها الخصوم، دون ان يتعلق بالأمر بالأعمال التي يوم بها القضاة، ومن خصائص السقوط أيضاً ان المشرع يحدد حالاته على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، والسبب في ذلك لأنه جزء في غاية الخطورة حيث يرد على الاجراء ويزيله من الوجود القانوني، كما من الخصائص المهمة للسقوط ارتباطه بالنظام العام لكونه مرتبط بسياسة المشرع في تنظيم الخصومة وضرورة تحقيق الاستقرار في الاوضاع القانونية^(٣).

ثانياً/ وجه الشبه بين الانعدام والسقوط:

يشترك الانعدام والسقوط في عدة امور، وهي كالاتي:

١- يتفق كل من السقوط والانعدام في ان الاجراء يكون كأن لم يكن، كذلك فإن الخصومة تزول، اضافة إلى ان الاجراء لا يمكن تصحيحه ولا يمكن اعادته من جديد^(٤).

^١ - ينظر: د. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١٣٤، ١٣٥. و د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطالان في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٧٣.

^٢ - د. غنام محمد غنام، نظرية الانعدام في الإجراءات الجزائية، المصدر السابق، ص ٣٣.

^٣ - د. فراس علي عمر، سقوط الحق في مباشرة الاجراء القضائي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد، الثاني، العدد الخامس والعشرين، السنة العاشرة، العراق، ٢٠٠٥، ص ٢٠٦، ٢٠٥.

^٤ - احمد عيد جمعه حليس الكعبي، الحكم القضائي المنعدم بين الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦، ص ٥٠.

٢- يتعلق كل من الانعدام وعيب السقوط بالنظام العام، ويقع كل مهما بقوة القانون، كما ان كل

منهما يترتب نفس الأثر وهو عدم إمكانية تصحيح الاجراء الجزائي المعيب، كما يترتب عليهما

يعتبر جزءا من مرن يوجه لكل الخصوم بغض النظر إذا كان مدعياً او مدعى عليه^(١).

٣- السقوط يؤدي إلى سقوط الحق او السلطة بالنسبة إلى من يمتلكها في مباشرة الاجراء الذي

سمح القانون له بإجرائه، فإذا تم مباشرة هذه الحقوق على العلى الرغم من فوات الميعاد الذي

حدده القانون، وهنا حتى يترتب عيب السقوط لا يشترط ان يكون هنالك خطأ او ضرر معين

من الخصم الذي يتم حرمانه من الاجراء، حيث يكفي ان تتوفر الشروط حتى يتحقق السقوط

تلقائياً وهذا الأمر ينطبق على الانعدام^(٢).

ثالثاً/أوجه الاختلاف بين السقوط والانعدام:

يختلف الانعدام عن السقوط من عدة وجوه، وهي كالآتي:

١- ان الانعدام متعلق بمخالفة المفترضات الإجرائية تلك المفترضات التي على اساسها تنشأ

الرابطة الإجرائية، وبدون هذه المفترضات لا تنشأ سلطة للقاضي في إصدار الحكم في موضوع

الدعوى، اما فيما يتعلق بالسقوط باعتباره جزءا إجرائي لا يتعلق بالمفترضات الإجرائية بل

بصحة الشروط، فتخلف هذه الشروط لا يؤثر على نشأة الإجراءات بل يؤثر على صحتها وهذا

على خلاف الانعدام^(٣).

^١ - د. خيرى عبد الفتاح السيد البتاتوني، نظرية الانعدام الإجرائي في قانون المرافعات، المصدر السابق، ص ٦٤.

^٢ - احمد محمد عبد الرؤوف غندور، الحكم المنعدم وآثاره القانونية، المصدر السابق، ص ٨٦، ٨٧.

^٣ - د. أمال عبد الرحيم عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الهيئة المصرية العامة للكاتب، مصر، بلا سنة

٢- الانعدام يتعلق بمخالفة أركان الإجراءات الأساسية اما السقوط فيتعلق بمخالفة الميعاد الذي على اساسه يتم مباشرة الاجراء^(١).

٣- الانعدام يرد على جوهر وموضوع الاجراء الجزائي ويعدمه بشكل كلي من حيث الوجود والاثر، بينما السقوط يقتصر على الحق في مباشرة هذا الاجراء وليس على الاجراء ذاته، وذلك بسبب فوات الميعاد او تحقق واقعة معينة او عدم تحقق واقعة معينة^(٢).

٤- كما يختلف السقوط عن الانعدام في ان الاثر المترتب على السقوط هو منع اعادة اي اجراء، اما فيما يتعلق بالانعدام فإنه يرتب آثار في انعدام اي إجراءات تبنى عليه، ولكن على العلى الرغم من ذلك ان الاجراء يمكن تجديده في حالة الانعدام لظالما لم يسقط الحق في اتخاذه، اما سقوط الخصومة فيترتب عليه زوالها وكأنها لم تكن، مع الاخذ بنظر الاعتبار ان هذا السقوط يقتصر على الجانب الإجرائي وليس على الحق الموضوعي^(٣).

٥- يتعلق الانعدام بالمصلحة العامة لذلك يمكن ان يتمسكوا به الأفراد في اي حال تكون عليه الدعوى، كما يمكن للمحكمة ان اقضي به من تلقاء نفسها، اما فيما يتعلق بالسقوط فهو كذلك من حيث الاصل متعلق بالنظام العام، ولكنه يختلف بحسب إذا كانت الشروط التي تمت مخالفتها متعلقة بالنظام العام ام مقرره لمصلحة الأفراد، فإذا تعلق بالمصلحة الخاصة لا يمكن

^١ - احمد عبد الحميد احمد عبد الكريم، نظرية الانعدام في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١١٨.

^٢ - د. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١٣٦.

^٣ - د. رمضان ابراهيم علام، الحكم القضائي المعدم، ط ١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص ٣١.

ان يأخذ الأحكام التي ترد على الانعدام، ومن ثم لا يمكن للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها، كم لا يمكن للأفراد ان يتمسكوا به كيفما تكون عليه الدعوى^(١).

٦- يستم الانعدام باتساع نطاقه فهو يرد على الإجراءات التي يقوم بها الخصوم وكذلك يرد على إجراءات النيابة العامة، كما يرد على الأعمال الإجرائية الصادرة من القضاة، بينما لا يمكن تصور السقوط الا بالنسبة إلى الأعمال الإجرائية التي يقوم بها الخصوم، وعلى هذا الأساس لا يجوز لأي احد ان يدعي بسقوط حق القاضي بالقيام بالأعمال الإجرائية التي يفرضها عليه القانون، والسبب في ذلك هذه الأعمال هي واجب او عبء عليه القيام بها وليس مجرد حقوق إجرائية^(٢).

٧- كما يختلف الانعدام عن السقوط في ان الانعدام غالباً ما ينصب على كل الخصومة او مرحلة منها، اما فيما يخص السقوط فهو دائماً يرد على عمل إجرائي معين^(٣).

يتضح مما سبق ذكره، ان هنالك تمايز كبير بين الانعدام وبين السقوط، حيث يعتبر الانعدام من اشد الإجراءات الجزائية جسامة، فهو لا يتعلق بالشروط التي تترتب عليها الجزاءات الإجرائية بل يتعلق بالمفترضات الإجرائية الذي يترتب على مخالفتها انعدام الاجراء الجزائي، كما ان الانعدام غالباً ما تبرره المصلحة العامة، كما ان السقوط ينظمه المشرع في القوانين الإجرائية فلا يمكن تطبيقه بدون نص قانوني وهذا على خلاف الانعدام.

^١ - د. وعدي سليمان علي المزوري، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، المصدر السابق، ص ٢٢٧.

^٢ - د. فتحي والي الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٤٢٤.

^٣ - احمد عبد الحميد احمد عبد الكريم، نظرية الانعدام في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق،

المبحث الثاني

موقف القانون والقضاء الجنائي من الانعدام

ان فكرة الانعدام لا يمكن التأسيس لها من جانب النصوص التشريعية والأحكام والقرارات القضائية تبقى محض فكرة نظرية، وان فكرة الانعدام في حقيقتها فكرة قانونية نجد اساسها في النصوص التشريعية والأحكام القضائية على العلى الرغم من عدم التصريح بها بشكل واضح لذاتية وخصوصية هذه الفكرة، وسنقسم هذا المبحث على مطلبين: المطلب الأول: موقف القانون الجنائي من الانعدام، بينما سنتناول في المطلب الثاني: موقف القضاء الجنائي من الانعدام.

المطلب الأول

موقف القانون الجنائي من الانعدام

ان النصوص التشريعية هي اساس فكرة الانعدام، وان هذه الفكرة تكون لها خصوصية وذاتية تستقل بها لكون هذه الفكرة متجذرة في روح وفلسفة الإجراءات الجنائية، إذ إن هذه الفكرة سابقة على الاجراء ولصيقة بالإجراءات الجنائية فهي تتولد بتولد النص على العلى الرغم من ان مكانها الفلسفية تسبق وجود النص لأنها تتعلق بوجود واستقامة الأشياء، وعلى هذا الأساس قد لا ينص عليها المشرع في نصوصه بشكل مباشر وانما تظهر بشكل غير مباشر من خلال القيود والشروط والضوابط التي يضعها المشرع فيما يتعلق بالإجراءات الجنائية لذلك يظهر هذا العيب بشكل جزاء إجرائي جزائي مراد مباشر عند مخالفة اجهزة العدالة الجنائية^(١)، والمحاكم

^١ - ونعني بأجهزة العدالة الجنائية هي الجهات التي تتولى تطبيق القانون في المنازعات الجزائية والتي ترسي العدالة الجنائية، وتشمل جهاز القضاء والادعاء العام وجهاز الشرطة ودائرة الاصلاح العراقية.

لذلك يكتفي المشرع بالعيب الظاهرية للجزاءات الإجرائية، ويقوم القضاء بتقريرها، ولإحاطة بهذا الموضوع سنقسمه على فرعين: حيث سنتناول في الفرع الأول: موقف القانون الجنائي من الانعدام في الدول المقارنة، بينما سنتناول في الفرع الثاني: موقف القضاء الجنائي من الانعدام في العراق.

الفرع الأول

موقف القانون المقارن من الانعدام

في حقيقة الأمر ان القانون الجنائي لا يخلو من فكرة الانعدام او الشيء المنعدم او المدوم، حيث توجد هذه الفكرة بشكل كبير ومتجذرة في نصوص القواعد الجنائية الموضوعية، ففي القانون الجنائي يتم الاعتراف فقط بالإرادة التي لها قيمة قانونية اما التي ليس لها قيمة قانونية لسبب او لآخر فأن المسؤولية التي تدور وجوداً وهدماً مع هذه القيمة تنتفي، وقد أشارت قوانين الدول المقارنة إلى انعدام المسؤولية الجنائية، إذا كان هنالك عارض أمام الإرادة كما في فقدان الإدراك والإرادة وكذلك صغر السن، اضافة إلى الاكراه الذي يقع على الاشخاص ويعدمهم ارادتهم وكذلك حالة الضرورة^(١).

فالمشرع الفرنسي قد نص بشكل مباشر على موضوع الانعدام في قانون العقوبات إذ إن فكرة الانعدام متحققة الوقوع وذلك على النحو الآتي: ((لا يسأل جنائياً من كان وقت ارتكاب الفعل مصاباً باضطراب عقلي او عيب افقده التمييز او السيطرة على افعاله، وإذا كان الشخص مصاباً وقت ارتكاب الفعل باضطراب عقلي او عصبي او ضعف تمييزه او قلة من قدرته على

^١ - د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات (القسم العام)، ط٦، دار النهضة العربية القاهرة، جمهورية مصر العربية، ٢٠١٥، ص ٨٦٣ وما بعدها.

التحكم في أفعاله فإنه يظل مستحقاً للعقاب وعلى ذلك على المحكمة ان تراعي هذا الظرف عند تقدير العقوبة وتحديد نطاقها^(١)، وبناء على هذه المادة فإن فكرة الانعدام قائمة من خلال عبارة (لا يسأل جنائياً...) اي ان المسؤولية الجنائية هنا تكون منعدمة وليس لها اي وجود لأنها فقدت الجوهر الذي تستند اليه وهو الإدراك.

اما فيما يتعلق بقانون العقوبات المصري كذلك فإنه اخذ فكرة الانعدام فيما يتعلق بالمسؤولية الجنائية^(٢).

ومن هذا يتبين ان فكرة الانعدام في التشريعات الجنائية ليست فكرة جديدة بل هي متجذرة بشكل كبير وتعد من النظريات المهمة في القواعد العامة لقوانين العقوبات، حيث ظهرت مع ظهور المسؤولية الجنائية، ومن ثم لا يمكن الاستغناء عنها، إذ إن وجود امور تؤدي إلى إقامة المسؤولية الجنائية في المقابل هنالك امور تؤدي إلى حجب هذه المسؤولية عن الأفراد بغض النظر عن طبيعة هذا الانعدام^(٣).

^١ - ينظر: المادة (١٢٢-١) من قانون العقوبات الفرنسي لسنة ١٩٩٤. وكذلك أشارت المادة (١٢٢-٢) على دور الاكراه في انعدام المسؤولية الجنائية وكذلك المادة (١٢٢_٧) نصت على حالة الضرورة، وكذلك حالة صغر السن في المادة (١٢٢-٨)، ولكن ما تجدر الإشارة اليه هو ان المشرع الفرنسي وضع حالة اخرى لانعدام المسؤولية الجنائية وهي حالة اداء الواجب الذي يفرضه القانون وفق المادة (١٢٢-٤)، وبناء على ذلك فإن المشرع الفرنسي توسع بشكل كبير فيما يتعلق نظرية الانعدام في الجانب الموضوعي من القانون الجنائي: ينظر حول تفاصيل قانون العقوبات الفرنسي الموقع الالكتروني للحكومة الفرنسية (legifrance):

www.legifrance.gouv.fr

^٢ - ينظر: المواد (٦٠-٦٣) من قانون العقوبات الفرنسي لسنة ١٩٩٤. وتجدر الإشارة إلى ان المشرع المصري لم يوضح الشروط التي تقوم بها المسؤولية الجنائية، بل أشار في هذه النصوص فقط إلى الحالات التي تتعدم بها هذه المسؤولية.

^٣ - وليد سعد الدين محمد، نحو نظرية عامة لانعدام المسؤولية الجنائية، اطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق/الدراسات العليا، جمهورية مصر العربية، ٢٠١٧، ص ١٢١ وما بعدها.

ان التطرق إلى الانعدام في الجانب الموضوعي من القانون الجنائي؛ هو لبيان أهمية هذه الفكرة فلما ان المسؤولية تقوم بتوافر حالات فأنها تفقد بتوافر حالات معين، وكذلك الحال بالنسبة إلى القانون الجنائي الإجرائي، فلما كانت الإجراءات الجنائية تقوم على امور معينة فأنها تكون منعدمة إذا خالفت ما يفرضه القانون او إذا انتقت منها الأمور الجوهرية التي يتطلبها القانون، ولما كانت القاعدة الجنائية الموضوعية والقاعدة الجنائية الإجرائية تنتمي إلى القانون الجنائي فمن المفترض ان تسري المبادئ والنظريات على شقي القانون الجنائي وعلى المشرع ان يراعي ذلك في التشريعات ذات الطابع الجنائي، إذ إن الإجراءات الجنائية تتسم بالطبيعة التبعية فهي تتبع القواعد الموضوعية ولا تتفصل عنها بأية صورة كانت الا ما استثني منها تبعاً لطبيعة ونطاق القانونين قانون الإجراءات الجنائية وقانون العقوبات اذ ان هذه التبعية منطقية وليست تبعية موضوعية ومن ثم فأن ذلك لا يتعارض مع ذاتية قانون العقوبات، ومن ثم لا يتصور وجود قوانين إجرائية قائمة بذاتها بدون وجود قوانين موضوعية^(١).

وقد اخذ المشرع في هذا الأمر في القانون المدني، إذ إن المشرع المدني الفرنسي اخذ بفكرة الانعدام وهذه الفكرة جاءت لتقدم الحلول إلى مشكلة عقد الزواج الفاسد الذي يكون بين زوجين من جنس واحد، إذ إن المشرع الفرنسي لم يشر إلى "الانعدام" بصورة صريحة هنا، بل ان العقد هذا بما فيه من مخالفة خطيرة لا يكون البطلان كافي للتصدي له^(٢)، ولما كانت القواعد التي أشارت إلى الانعدام بصورة غير مباشرة هي قواعد موضوعية؛ لذلك فأن المشرع الفرنسي

^١ - ينظر حول ذلك: فاضل زيدان محمد، فلسفة الإجراءات الجنائية (أهميتها واسسها وخصائصها)، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، مجلة دورية تصدر عن جمعية القانون المقارن العراقية، العدد الثامن والثلاثون، بغداد، العراق، ٢٠٠٥، ص ٢ وما بعدها.

^٢ - ينظر: د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، ج ١، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٢، ص ١٠١٧. و د. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١٤٤.

اردف هذه القاعدة الموضوعية بقاعدة إجرائية تنص بشكل صريح على "الانعدام" حتى تكون هذه النظرية متكاملة في القانون الفرنسي، حيث أشار قانون المرافعات المدنية الفرنسي إلى عبارة "...والا كانت منعدمة..." "sinon elle sera inexistante"، ولكن المشرع الفرنسي لم يضع ركاز متكاملة لهذه النظرية ولكمه قد أشار إليها^(١).

وإذا كان الأمر كذلك في اتباع القاعدة الإجرائية للقاعدة الموضوعية، بالشكل الذي اعترف به المشرع الفرنسي في قانون المرافعات وورد الانعدام في القواعد الإجرائية اضافة إلى القواعد الموضوعية، هذا يحتم وجود الانعدام في القواعد الإجرائية الجزائية اضافة إلى القواعد الموضوعية الجنائية لان التشريع الجنائي وحدة متكاملة، فلما كان المشرع الجنائي الموضوعي يأخذ فكرة الانعدام فأن من المنطق القانوني ان يردف المشرع الجنائي هذه الفكرة في القانون الجنائي الإجرائي.

والمشرع بصورة عامة لم ينص على فكرة الانعدام الإجرائي بل ترك الأمر إلى الفقه والقضاء لإرساء معالم هذه الفكرة من خلال بيان الأحكام التي تخصه والقواعد التي يركز عليها والآثار التي تترتب عليه، لذلك فأن المشرع لم يصرح بأي نص من نصوصه سواء في مصر او فرنسا بفكرة الانعدام، ولكنه امرأ موجود في جوهر التشريع وليس في ظاهره فلا يكاد اي تشريع ان يخلو منه حتى وان لم ينص عليه المشرع؛ والسبب في ذلك ان هو ما يفترضه العقل والمنطق من ان كل اجراء في هذه التشريعات ينطوي على مقومات وجود، ومن ثم فأن غياب هذه

^١ - ينظر: المادة (١٦٢) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي.

المقومات سيؤدي إلى انعدام هذا الاجراء بصورة مباشرة وهذا الأمر موجود في جوهر كل تشريع إجرائي حتى وان لم يظهره في نصوصه^(١).

وفي الحقيقة ان المشرع الجنائي سواء في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي لسنة ١٩٨٦ المعدل، ام في قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل، ينص بشكل صريح على اعتبار جزاء الانعدام هو احد الجزاءات التي ترد على الإجراءات الجنائية، وبناء على فقدان المعيار والضوابط التي تحدد جزاء الانعدام، فإن المعيار المتبع نتيجة ذلك هو معيار فقهي وليس معيار تشريعي^(٢).

ولكن السؤال الذي يُطرح هل فعلاً التشريعات الجنائية لم تتضمن جزاء الانعدام على الرغم انها لم تنص عليه بصورة صريحة؟

في الحقيقة ان الجواب على ذلك بالإيجاب يجافي الحقيقة والواقع والمنطق القانوني؛ لان الإجراءات الجنائية تقوم على مفترضات قانونية تعطي للعلاقات الإجرائية التي نصت عليها القوانين الإجرائية الجنائية وجوداً قانونياً^(٣)، وان انتفاء هذه المقومات او المفترضات التي نص عليها بصراحة القانون لا يعني ذلك سوى "العدم" وهذا يعتبر من المسلمات ويتوافق مع المنطق القانوني السليم، وعلى هذا الأساس ان عدم ذكر المشرع هذا الأمر بصورة صريحة لا يغير من الأمر شيء لان تدخل المشرع بالنسبة إلى هذا الأمر هو تدخل تنظيمي فقط، اي انه تدخل كاشف وليس منشئ^(٤)، إذ إن الانعدام يقوم على الضرورة الإجرائية، ومن ثم فهو موجود في

^١ - د. عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، ٢٠١٢، ص ٥٦٧ وما بعدها.

^٢ - احمد محمد عبد الرؤوف غندور، الحكم المنعدم وآثاره القانونية، المصدر السابق، ص ٦٠، ٦١.

^٣ - د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ج ٢، المصدر السابق، ص ٣٦٠.

^٤ - د. محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٥٩.

القوانين الجنائية الإجرائية، إذ ان الاجراء المنعدم ليس له اية اثر في الحيز القانوني^(١)، لذلك فأن قانون الإجراءات الجنائية ينطوي في جوهره على جزاء الانعدام.

لذلك ذهب بعض الفقه الجنائي إلى ان عدم التصريح بفكرة الانعدام لا يعني عدم وجود هذه الفكرة في النطاق الإجراءات الجنائية، ما دام ان هذه الفكرة سندها واضح وموجود في القواعد العامة، إذ إن هذه القواعد قد استتدت عليها الكثير الأحكام القضائية لتقرير الانعدام على الرغم عدم تنظيمه من قبل المشرع في قانون الإجراءات الجنائية^(٢).

يتضح مما سبق ذكره، ان موقف القانون الجنائي من فكرة الانعدام يتضح بشكل دقيق في القانون الجنائي الموضوعي اما فيما يتعلق بالقانون الجنائي الإجرائي فأن المشرع في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي والمصري لم ينص عليه، ولكن هذا الجزاء موجود فعلاً ولا يمكن كترانه، كونه لصيق بجوهر الإجراءات الجنائية، لذلك نقول ان جزاء الانعدام في قانون القوانين الإجرائية الجنائية في الدول المقارنة يعتبر من الجزاءات الإجرائية ولكن المشرع لم يقم بتنظيمه بشكل صريح في القانون حيث ترك تحديد معياره إلى الفقه والقضاء، ونرى ان سبب هذا الموقف التشريعي هو ان الانعدام مرتبط بالنظام العام وبضرورة الإجراءات الجنائية ولما كانت هذه المفاهيم غير منضبطة فمن غير الصحيح تحديد الانعدام بحالات معينة تؤدي إلى افلات العديد من الإجراءات من جزاء الانعدام، اي صعوبة تحريز حالات الانعدام بنصوص محددة في القوانين الإجرائية الجنائية لذلك فأن المشرع الجنائي في الدول المقارنة منح هذا التحديد إلى الفقه والقضاء.

^١ - علياء طه محمود، الضرورة والتناسب في النصوص الإجرائية الجزائية، اطروحة دكتوراه، جامعة النهريين كلية الحقوق، بغداد، العراق، ٢٠٢٠، ص ٢٣٤.

^٢ - ينظر: د. غنام محمد غنام، نظرية الانعدام في الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٢٣.

الفرع الثاني

موقف التشريع العراقي من الانعدام

تتكون الكتلة التشريعية للقاعدة الجزائية الإجرائية في العراق من عدة قوانين وهي قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١، وهو القانون الجزائي الإجرائي الام في العراق، وكذلك قانون أصول المحاكمات العسكرية رقم (٢٢) لسنة ٢٠١٦، وقانون أصول المحاكمات الجزائية لقوى الأمن الداخلي رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٨، فلم نجد حسب اطلاعنا على هذه القوانين ان المشرع العراقي استخدم كلمة انعدام، وهذا يقتضي ان نبحت ضمناً حول هذا الجزاء الإجرائي في التشريعات الجزائية الإجرائية العراقية.

ان القوانين الجزائية الإجرائية وضعت أحكام معينة لكل تصرف قانونية وقد قيدته بقيود لا يجوز الخروج عليها، فعلى سبيل المثال الزم قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، ان يكون التحقيق الابتدائي من قبل قاضي التحقيق او من قبل المحققون، وعلى هذا الأساس فأن قيام الأفراد العاديين بإجراءات التحقيق الابتدائي يعتبر اجرائهم معدوم ولا يتعدت به ولا يرتب اثر من حيث الواقع والقانون^(١).

كما ان قانون أصول المحاكمات الجزائية لقوى الأمن الداخلي العراقي رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٨، بين الآلية التي من خلالها يتم اجراء التحقيق مع رجل قوى الأمن^(٢)، وهي ان يقوم امر

^١ - ينظر: المادة (٥١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١، المعدل.

^٢ - يعرف قوى الأمن: ((مجموعة من الأفراد، أو الأجهزة الحكومية لها سلطة فرض النظام العام والنظام الاجتماعي من خلال وسائل الإكراه والتي تشمل الاستعمال المشروع للقوة بما يحقق استقرار المجتمع واستتباب الأمن فيه)). ينظر: د. عدي سمير الحساني، المبادئ العامة للعقود الانضباطية في القوانين الوظيفية وقوانين الشرطة، ط١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠١٩، ص ٦١.

الضبط بالتحقيق بنفسه او يقوم بتكليف ضابطاً للقيام بهذا التحقيق، او يصدر امراً بتشكيل مجلس تحقيقي^(١)، فالتحقيق الذي يقوم به شخص لا يحمل اية صفة امنية او ان قرار تشكيل المجلس التحقيقي مزور يعتبر اجراء التحقيق الذي نص عليه القانون منعدماً.

كما ان التحقيق المنصوص عليه في قانون أصول المحاكمات الجزائية لقوى الأمن الداخلي ليس في ذاته غاية بل هو وسيلة وفي مجال التحقيق في هذا القانون يوجد إحالة من الجهات التي يرتكب أمامها رجل قوى الأمن الفعل المجرم إلى التحقيق، حيث يجب ان يكون لاتهام جدياً لما للمجلس التحقيقي اثر كبير على سمعة رجل قوى الأمن^(٢)، وعلى هذا الأساس فأن الإحالة إذا كانت من جهة لا تملك توجيه الاتهام على رجل قوى الأمن فأن التحقيق يقع منعدماً باعتباره وسيلة.

كما نجد المشرع العراقي حظر اجبار المتهم على الكلام وعلى الاجابة على الأسئلة كما منع تحليف المتهم اليمين إذا لم يكف في موضع الشاهد^(٣) كذلك عاد المشرع العراقي مرة اخرى ومنع استعمال وسائل غير مشروعة للتأثير على حرية إرادة المتهم وذلك لأجل الحصول على اقراره^٤، وقد حدد المشرع الوسائل التي من خلالها يتم التأثير على ارادة المتهم وهي اساءة

^١ - ينظر: المادة (٥) من قانون أصول المحاكمات الجزائية لقوى الأمن الداخلي العراقي رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٨.

^٢ - د. نغم حمد علي الشاوي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية لقوى الأمن الداخلي، ط١، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٢١، ص٥٢.

^٣ - ينظر: المادة (١٢٦) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.

^٤ - تجدر الإشارة إلى ان المشرع العراقي في قانون أصول المحاكمات الجزائية استخدم مصطلح الاقرار وان هذه التسمية تستخدم في المجال الاثبات المدني وليس في المجال الاثبات الجزائي، والتسمية الدقيقة هو استخدام مصطلح الاعتراف وليس الاقرار ولذلك بمسايرة التشريعات الجزائية الاخرى التي استخدمت هذا المصطلح اضافة إلى مصطلح الاعتراف هو ادق من مصطلح الاقرار. ينظر: د. وعدي سليمان المزوري، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، المصدر السابق، ص٢٨٢، ٢٨٣.

المعاملة أثناء التحقيق مع المتهم بغية حملة على الاقرار للتخلص من هذه المعاملة السيئة، كما قد تستخدم السلطات التحقيقية وسيلة التهديد او الايذاء او الاغراء او تستخدم وسائل الوعد والوعيد وكذلك التأثير النفسي على المتهم، وقد تذهب السلطات التحقيقية إلى البعد من ذلك حيث تستخدم المخدرات والمسكرات والعقاقير المخدرة بهدف التأثير على إرادة المتهم وحملة على الاقرار بغير إرادته^(١)، وفي الحقيقة ان استعمال هذه الاساليب مع المتهم يجعل الاقرار المقدم إلى السلطات التحقيقية اقراراً منعدماً لا يترتب اية اثر، حيث تبلغ المخالفة الإجرائية ذروتها هنا حيث من الممكن إقامة الدعوى الجزائية ضد الجهات التي انتزعت الاعتراف بهذه الطرق لأنها تشكل بحد ذاتها جرائم يعاقب عليها القانون^(٢).

وقد اشترط قانون أصول المحاكمات الجزائية العسكرية العراقي لسنة ٢٠١٦، كذلك ام يكون الاقرار خالي من الاكراه المادي او الادبي او الوعد والوعيد^(٣)، فالإقرار الذي يكون نتيجة هذا الاكراه بنوعية او الوعد او الوعيد يكون منعدماً ولا يترتب عليه اي اثر، وهذا اعتراف ضمني من قبل المشرع العراقي بعيب الانعدام، والملاحظ ام المشرع العراقي توسع في بيان الوسائل التي تتحقق انعدام الاقرار في قانون أصول المحاكمات الجزائية، ولكنه قلص هذه الوسائل في قانون أصول المحاكمات الجزائية العسكرية، وفي الحقيقة ان التوجه الأول هو الذي نؤيده على العلى الرغم من انه يضيق نطاق الانعدام، ولكننا نؤيده لسبب مقنع وهو ان الانعدام لم ينص عليه المشرع بصورة صريحة بل بصورة ضمنية ولما كان القاضي الجنائي يتقيد بظاهر النصوص فإن تقليل الوسائل تجعل القضاء الجنائي يلجئ اليه في حدود هذه الوسائل القليلة في حالة مخالفتها

^١ - ينظر: المادة (١٢٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.

^٢ - د. وعدي سليمان علي المزوري، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، المصدر السابق، ص ٢١٨.

^٣ - ينظر: المادة (٥٩/ثامناً) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العسكرية العراقي رقم (٢٢) لسنة ٢٠١٦.

من قبل اجهزة العدالة الجنائية اما إذا كانت هذه الوسائل اكثر فأقاضي الجنائي يلجئ إلى الانعدام في كل حالة يتم مخالفة هذه الشروط، لذلك نرى توجه المشرع في قانون أصول المحاكمات الجزائية الام هو الاكثر نجاعة وفاعلية فيما يتعلق بعيب الانعدام على مستوى التشريعات الجزائية الإجرائية في العراق.

كما تجدر الإشارة إلى ان الاعتراف الذي يقع من شخص لم يتم التاسعة عشر من عمره يكون منعماً ولا يعتد به، حيث بين قانون الاحداث العراقي لسنة ١٩٨٣، السن الذي يعتد به في مجال الإجراءات الجنائية^(١)، ويكون صدور الاقرار من الحدث بهذا السن بحكم صدوره من الشخص المريض عقلياً او نفسياً ومن ثم يكون اقراراً منعماً لا يعتد به^(٢).

وتجدر الإشارة إلى ان الانعدام في مسألة الإجراءات والمحاكمة بصورة عامة من الممكن وقوعه في التشريعات الجزائية الإجرائية، ففيما يتعلق بقانون أصول المحاكمات الجزائية لقوى الأمن الداخلي العراقي حدد الفئات التي تخاطبها القاعدة القانونية في هذا القانون وهذه الفئة هم رجال الشرطة^(٣)، وقد بين قانون عقوبات قوى الأمن الداخلي هذه الفئات وهم ضباط ومنتسبي قوى الأمن الداخلي المستمرين بالخدمة، وكذلك طلاب كلية الشرطة والمعاهد والمدارس الخاصة

^١ - نصت المادة (٤٧) من قانون رعاية الاحداث العراقي رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣، المعدل على: ((أولاً - لا تقام الدعوى الجزائية على من لم يكن وقت ارتكاب الجريمة قد أتم التاسعة من عمره. ثانياً - إذا ارتكب الصغير فعلاً يعاقب عليه القانون فعلى المحكمة أن تقرر تسليمه إلى وليه ليقوم بتنفيذ ما تقررره المحكمة من توصيات للمحافظة على حسن سلوكه بموجب تعهد مقترن بضمان مالي لا يقل عن مائتي دينار ولا يزيد على خمسمائة دينار لمدة لا تقل عن سنتين ولا تزيد على خمس سنوات)).

^٢ - د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٩، ص ٣٨٦.

^٣ - نصت المادة (١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية لقوى الأمن الداخلي العراقي رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٨، على: ((تسري أحكام هذا القانون على رجل الشرطة المشمول بأحكام قانون قوى الأمن الداخلي)).

بتدريب قوى الأمن الداخلي وكذلك المتقاعدين او المتخرجين او المطرودين او المفصولين او المعارة خدماتهم اضافة إلى المستقلين من منتسبي قوى الأمن الداخلي إذا كان ارتكابهم للجريمة أثناء الخدمة^(١)، ومن ثم تطبيق الأحكام الإجرائية على الاشخاص الذين لا يحملون هذه الصفة كأن يكونوا اشخاص عسكريين او مدنيين او موظفين مدنيين او اشخاص عاديين تكون الإجراءات كلها معدومة اي كأنها لم تكن اضافة إلى ان صدور الحكم بناء على هذه الإجراءات يكون منعماً كذلك.

ويتحقق الانعدام أيضا في الأمر الجزائي^(٢)، إذ إن القانون حدد وحصر نطاقه بنصوص قانونية محددة ومن ثم فأن وقوع اي تجاوز للحدود التي بينها القانون أو وجود خلل أو عيب في الإجراءات عند اصدار الأمر الجزائي يؤدي إلى إيقاع جزاء يتناسب مع العيب الذي يعتري الأمر الجزائي^(٣)، وقد بين قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي أحكام الأمر الجزائي، ومن خلال هذه الأحكام نستشف الحالات التي يكون فيها انعدام لهذا الأمر، فالحالة الاولى هي انعدام الأمر الجزائي بسبب إصداره من غير الجهة التي حددها القانون، حيث أشار قانون أصول المحاكمات الجزائية إلى إصدار الأمر الجزائي من قبل المحكمة في حالة كون المخالفة لا

^١ - ينظر: المادة (١) من قانون عقوبات قوى الأمن الداخلي العراقي رقم (٣٨) لسنة ٢٠١٥.

^٢ - يعرف الأمر الجزائي بأنه: يعرف الأمر الجزائي بأنه القرار الذي يصدر من محكمة الجناح بالإدانة أو بالأفراج، دون اتباع الإجراءات العادية الخاصة بالمحاكمة، وأن إصداره غير ممكن الا إذا كان الفعل ثابت على المتهم، وليس فيه طلب تعويض، ولا رد مال. ينظر: د. سعيد حسب الله عبد الله، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط٢، دار الحكمة للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٩٨، ص ٣٣٠.

^٣ - ينظر حول ذلك: د. مدحت محمد عبد العزيز ابراهيم، الأمر الجنائي (دراسة تحليلية مقارنة بين التشريعين الصري والفرنسي طبقاً لأحدث التعديلات المدخلة بالقانون رقم (١٧٤) لسنة ١٩٩٨، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٢٦٧، ٢٦٨.

يتطلب فيها القانون إصدار الحبس أو طلب مال أو رد تعويض وكذلك ان الفعل ثابت بشكل قطعي على المتهم^(١)، كما منح قانون أصول المحاكمات الجزائية لقاضي التحقيق ان يفصل بشكل فوري في المخالفة في حالة عدم وجود فيها تعويض أو رد مال دون الحاجة لإحالتها إلى محكمة الجنح^(٢)، وفي حال مخالفة هذه الآلية التي نص عليها المشرع العراقي وإصدار الأمر الجزائي من شخص عادي لا يملك ولاية إصدار الأمر الجزائي فهنا يكون الأمر الجزائي منعدم، وهذا تصريح ضمنى من قبل المشرع العراقي بالانعدام.

اما الحالة الثانية فأن المشرع حدد الإجراءات التي يصدر بها الأمر الجزائي حيث يجب أن يصدر هذا الأمر بالكتابة على الأوراق^(٣)، فإذا صدر الأمر شفاهه دون الكتابة والتوقيع من قبل السلطة المختصة يكون الأمر الجزائي منعدمًا.

اما فيما يتعلق بانعدام الحكم، فله حالات متعددة ضمنية في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي^(٤)، فقد يكون الحكم منعدم في حالة قيام القاضي بإصدار حكم استنادا على علمه الشخصي^(٥)، وقد يكون الحكم منعدم في حالة صدور الحكم من محكمة لا تملك ولاية إصدار هذا الحكم كأن يصدر حكم جزائي من محكمة مدنية أو إدارية تز يصدر حكم بعقوبة

^١ - ينظر: المادة (٢٠٥) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

^٢ - ينظر: المادة (١٣٤/د) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

^٣ - ينظر: المادة (٢٠٦) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

^٤ - تناول المشرع العراقي الحكم فب المواد (٢٢٢-٢٢٦) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

^٥ - إذ إن هنالك شروط للحكم الجنائي وهي: ان يصدر بصورة نهائية، ويجب ان يصدر من جهة قضائية وبصورة تامة، كما يجب ان ينطوي على كافة المعلومات التي لا بد توافرها في ورقة الحكم القضائي. ينظر: د. سليم ابراهيم حربة و عبد الأمير العكيلي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، المصدر السابق، ص ١٧٦ وما بعدها.

جنائية من محكمة جنح، أو يقوم قاضي التحقيق بإصدار الحكم، أو قد يصدر الحكم من جهة لا تملك اية ولاية قضائية كأن يصدر من جهة ادارية أو شخص عادي، وفي الحقيقة ان وقوع الانعدام في الحكم القضائي كثيرة وذلك بسبب الحدود الواضحة التي بينها القانون حول إصدار الأحكام الجزائية^(١).

وهناك عدة معايير يستفاد منها للوقوف على كون الحكم لابد من صدوره من محكمة في حدود ولايتها القضائية، كما يجب ان يصدر الحكم القضائي من خصومة منعقدة، اضافة إلى وجوب صدور هذا الحكم وفق الشكل الذي نص عليه القانون وحدده^(٢).

يتضح مما سبق ذكره، ان المشرع العراقي لم ينص بصورة صريحة على الانعدام في التشريع الجنائي الإجرائي ولكن هذا لا يعني ان المشرع العراقي لم يأخذ بالانعدام في المجال الجنائي، إذ يفهم من العديد من النصوص الجنائية الإجرائية في قانون أصول المحاكمات الجزائية أو القوانين الإجرائية الجزائية الأخرى ان المشرع اخذ ضمنا بهذا العيب، فعند صدور الإجراء بشكل غير مألوف للقواعد المنظمة له يجعله كأن لم يكن ولا يترتب عليه اي اثر من الجانب الواقعي والقانوني.

^١ - ينظر حول ذلك: أحمد عيد جمعة حليس الكعبي، الحكم القضائي المنعدم بين الفقه والقضاء، المصدر السابق، ص ٦٥ وما بعدها.

^٢ - د. رمضان ابراهيم علام، الحكم القضائي المعدوم، المصدر السابق، ص ٤٩ وما بعدها.

المطلب الثاني

موقف القضاء الجنائي من الانعدام

لا يمكن التحدث عن فكرة الانعدام بدون موقف القضاء، ففي الحقيقة ان فكرة الانعدام ليست فكرة نظرية خالصة في بطون الكتب فقط، بل لها اساس قضائي قوي إذ إن مواقف القضاء الجنائي هي من ازلت الستار عن هذه الفكرة في الكثير من الحالات، على العلى الرغم من تباين قوة هذه الموقف من قضاء جنائي إلى اخر في الدول المقارنة والعراق، فعلى العلى الرغم من عدم التصريح لهذه الفكرة بشكل مباشر إلا أنها يستدل عليها بشكل واضح إذا ما علمنا ان الانعدام يجعل الإجراءات والأحكام غير موجودة وكأن لم تكن إذا خالفت العديد من المعايير في القوانين الإجرائية والأصول الجوهرية، وعلى هذا الأساس لكي نحيط بهذا الموضوع سنقسمه على فرعين: حيث سنتناول في الفرع الأول: موقف القضاء الجنائي في الدول المقارنة من الانعدام، بينما سنتناول في الفرع الثاني: موقف القضاء الجنائي في العراق من الانعدام.

الفرع الأول

موقف القضاء الجنائي في الدول المقارنة من الانعدام

اختلفت مواقف القضاء اتجاه الانعدام في الدول المقارنة إلا أن هذا لا يؤدي بالقول عدم اعتراف القضاء في تلك الدول بالانعدام، بل قد اعتراف به وقد صرح في أحكامه بشكل واضح حول الانعدام، ولكن هذا الموقف متباين من حيث الشدة والضعف، ففيما يتعلق بالقضاء الجنائي المصري فقد اعتراف بصراحه في العديد من أحكامه بعيب الانعدام، ولكن كان القضاء الجنائي المصري في بادئ الأمر مقتصر على عيب الانعدام المتعلق بفقدان توقيع القاضي على

الحكم^(١)، وفقدان احد عناصره الجوهرية، ثم بعد ذلك توسع في بيان الاحالات التي يقع فيها الانعدام، وهذا يعني ان القضاء الجنائي كان يضيق من نطاق الانعدام بشكل كبير ثم بعد ذلك اتجه نحو توسيعه، كما قضت محكمة النقض المصرية في ان عدم وجود توقيع القاضي على الحكم الصادر يؤدي إلى انعدامه وكأنه غير موجود^(٢)، كما اقر القضاء الجنائي في مصر بانعدام الحكم الذي يخلو من اسم الامة، إذ إن الحكم القضائي يستند في صدوره إلى اسم الامة وهذا يعتبر من مقومات وجوده، ولهذا اعتبرت محكمة النقض المصرية فقدان اسم الامة في الحكم فاقد لمقومات وجوده^(٣).

ولم يقتصر القضاء الجنائي المصري في بيان موقفه من الانعدام على هذه الامور فقط، بل اخذ بالانعدام في حالة فقدان الصفة حيث قالت ان الخلل في تشكيل المحكمة لا يجعل الحكم منعدماً بل انه موجود والخلل لا يتعلق بالحكم بل فقط في المحكمة، اما إذا كانت المحكمة فقدت الصفة القضائية من إصداره يكون الحكم الجنائي في هذه الحالة منعدماً^(٤)، وقد سبق وبين موقفه القضاء الجنائي المصري من هذه الحالة حيث اعتبر الحكم منعدم في حالة صدوره من شخص لا يمتلك صفة قاضي، حيث صدر قرار لمحكمة النقض المصري أشار إلى ان فقدان

^١ - ينظر: قرار محكمة النقض المصرية رقم (٣٣/نقض/جنائي/١٩٠٨) في ١٣/٦/١٩٠٨. أشار اليه: د. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١٤٧.

^٢ - ينظر: قرار محكمة النقض المصرية رقم (١٣١/نقض/جنائي/١٩٦٨)، في تاريخ ٣/٦/١٩٦٨. أشار اليه: د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، المصدر السابق، ص ٣٦٢.

^٣ - ينظر: قرار محكمة النقض المصرية رقم (٧٧/نقض/جنائي/١٩٥٤) في ١١/١/١٩٥٤. أشار اليه: د. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١٤٧.

^٤ - ينظر: قرار محكمة النقض المصرية رقم (٧٧/نقض/جنائي/١٩٦٠) في ٢٦/٤/١٩٦٠. أشار اليه: د. محمد محمود عليوه، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٨٨.

القاضي الصفة القضائية وقيام بإكمال الحكم وكتابة اسباب الحكم والتوقيع عليه لا يجعل الحكم موجودا، حيث تعتبر الدعوى كأنها لا حكم فيها^(١).

وفي أحكام اخرى لمحكمة النقض المصرية، اعتبرت في بعضها ان عدم ورود التأريخ في الحكم كأن لا وجود له^(٢)، وفي جوانب اخرى اعتبرت خلو الحكم من المحكمة التي اصدرته يؤدي بهذا الحكم إلى الجهالة، وجعله معدوم لا وجود له من الناحية القانونية، حيث تعتبر هذه الأمور من الأمور الجوهرية التي يتوقف عليها وجود الحكم^(٣).

كما رتبت محكمة النقض المصرية على الامور الشكلية الانعدام، حيث اعتبرت محكمة النقض عدم كتابة الحكمة يعتبر غير موجود اي منعما^(٤)، وهذا يعني ان القضاء الجنائي المصري اعتبر عدم الكتابة من بين الأمور الجوهرية والتي يترتب عليها الانعدام سواء في الاجراء او الحكم، كما اعتبر القضاء الجنائي المصري ان التوقيع هو احد مكونات الوجود القانوني للحكم ومن ثم فإن فقدان التوقيع يؤدي إلى فقدان وجود الحكم^(٥).

^١ - ينظر: قرار محكمة النقض المصرية رقم (١٦٣/نقض/جنائي/١٩٤٦) في ٢١/٥/١٩٤٦. أشار اليه: د. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١٤٧.

^٢ - ينظر: قرار محكمة النقض المصرية رقم (٩٧٣٣/نقض/جنائي/ ٢٠١٤) في ١٣/١١/٢٠١٤. أشار اليه: د. احمد فتحي سرور، الوسيط في النقض الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٨، ص ٢٨٤، هامش (٣).

^٣ - ينظر: قرار محكمة النقض المصرية رقم (١١/نقض/جنائي/١٩٧١) في تأريخ ١٠/١/١٩٧١. أشار اليه: د. احمد فتحي سرور، الوسيط في النقض الجنائي، المصدر السابق، ص ٢٨٤، هامش (٢).

^٤ - ينظر: قرار محكمة النقض المصرية رقم (١٨٤/نقض/جنائي/١٩٦٤) في ٢٧/٥/١٩٤٦. أشار اليه: د. محمد محمود عليوه، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٨٩.

^٥ - ينظر: قرار محكمة النقض المصرية رقم (٢٥٣/نقض/جنائي/١٩٥٧) في ٢٥/١١/١٩٥٧. أشار اليه: د. محمد محمود عليوه، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٨٩.

وفي قرار اخر لها في نفس الموضوع قضت بأن توقيع القاضي على ورقة الحكم الذي صدر عنه يعتبر شرطاً اساسياً لوجوده، فإذا تخلف هذا التوقيع تخلف وجود الحكم واصبح كأن لم يكن اي معدوم من الناحية القانونية^(١).

كما جاء في احد قراراتها: ((انه من المقرر ان القانون اوجب ان يكون الحكم موقعاً عليه بإمضاء رئيس المحكمة إلا أنه لم يرسم شكلاً خاصاً لهذا التوقيع مادام موقعاً عليه فعلاً ممن اصدره، وهو مالم يناع فيه الطاعن في صفته، وكون الحكم ممهوراً بتوقيع غير مقروء لا يفصح عن شخص مصدره ليس فيه مخالفة للقانون))^(٢)، لان وضع القاضي توقيعه على ورقة الحكم يعتبر شرطاً لوجود هذا الحكم، لان هذه الورقة هي الدليل الوحيد على وجود القانوني وبناءه على الاسباب التي تم الاستناد اليها في إصداره.

وبعد ذلك فإن القضاء الجنائي المصري اتجه نحو التوسع في عيب الانعدام، إلا أنه اخذ يخلط في الكثير من الأحيان بين الانعدام والبطلان، حيث اخذ القضاء الجنائي المصري يستخدم العديد من المصطلحات والالفاظ الملتبسة المختلطة وهي مصطلح (كأن لم يكن) ومصطلح (معدم الوجود) و مصطلح (كأن الدعوى لا حكم فيها)، إذ إن القضاء الجنائي يستخدم هذه المصطلحات في بعض الأحيان للإشارة إلى البطلان، وان هذا الاختلاط في استخدام المصطلحات في غير موضعها من قبل القضاء الجنائي المصري، يجعلنا نقول ان فكرة الانعدام

^١ - ينظر: قرار محكمة النقض المصرية رقم (٦٥١/نقض/جنائي/١٩٦٨) في ٣/٦/١٩٦٨. أشار اليه د.

ادوار غالي الذهبي، مجموعة بحوث قانونية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٧٨، ص٤٤٧.

^٢ - ينظر: قرار محكمة النقض المصرية رقم (١٥٧٢٩/نقض/جنائي/٢٠١٤) في تاريخ ١٥/٧/٢٠١٤. أشار

اليه: د. احمد فتحي سرور، الوسيط في النقض الجنائي، المصدر السابق، ص٢٨٣، هامش رقم (١).

لا زالت لم تتبلور بشكل عميق في مواقف القضاء الجنائي المصري، على العلى الرغم من كثرة الأحكام المتعلقة بهذا الموضوع من قبله^(١).

وموقف محكمة النقض المصرية استقر في الكثير من أحكامها على بيان الانعدام، وقد تدخلت وقررت الانعدام في حالات كثيرة من تلقاء نفسها، وهذا يدل على رسوخ عيب الانعدام في ذهن قضاة محكمة النقض المصرية، ومن خلال الاطلاع على أحكام هذه المحكمة نجدها تستند في اغلب الأحيان على الامور الواردة على سبيل الحصر في قانون الإجراءات الجنائية في تقرير عيب الانعدام حيث تشير إلى ذلك بشكل صريح، ومنها القرار الصادر منها فيما يتعلق بتقرير انعدام الحكم لخلوه من اسم الامه باعتبار هذا الأمر من الامور الجوهرية التي لا يمكن اغفالها^(٢).

وفي مواطن اخرى صرحت محكمة النقض المصرية بشكل صريح فيما يتعلق بتقرير الانعدام لمخالفات الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية، حيث قضت في احد قراراتها: ((من المقرر قانوناً انه يترتب على تقديم طلب الرد وقف الدعوى إلى حين الفصل فيه نهائياً، وان هذا الوقف يفع وجوباً بقوة القانون بمجرد تقديم طلب الرد ويترتب على ذلك أنه إذا اتخذ القاضي المطلوب رده إجراءات الدعوى على العلى الرغم من تقديم طلب رده واصر

^١ - د. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١٤٧.

^٢ - ينظر: قرار محكمة النقض المصرية رقم (٢٥٧/نقض/جنائي/١٩٥٦) بتاريخ ٢٦/٦/١٩٥٦. أشار اليه د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٢٠٢.

حكماً كانت إجراءاته باطلة وكذلك حكمه بل ومنعدماً لتعلقه بأصل من أصول المحاكمة تقرر لاعتبارات تتصل بالاطمئنان إلى تحقيق العدالة...^(١).

كما وقد اقرت محكمة النقض المصرية انعدام الإجراءات حيث قالت بأن الاستمرار في الإجراءات في حالا وفاة المتهم تعتبر هذه الإجراءات معدومة^(٢)، ويبدو ان القضاء الجنائي المصري قد توسع في الاخذ بالانعدام حتى وان لم يكن هنالك شروط يحددها المشرع لهذا الاجراء، ففيما يتعلق بهذا القرار لا يوجد نص صريح يلزم المحكمة بعدم الاستمرار في حالة وفاة المتهم^(٣).

اما فيما يتعلق بمحكمة النقض الفرنسية فهي الاخرى اتضح موقفها فيما يتعلق بالانعدام، فالخلل الجوهرى في الإجراءات الجنائية او في الحكم يجعلها كأن لم تكن (non avenss)، اي منعدمة، زمن هذا القبيل اتخاذ إجراءات جزائية اتجاه شخص متوفي، إذ إن هذه الإجراءات وما يبنى عليها من حكم تعتبر باطلة^(٤).

^١ - ينظر: قرار محكمة النقض المصرية، الدائرة الجزائية رقم (٢١٢٨٣/نقض/جنائي/١٩٩٨) في ١٢/٥/١٩٩٨، وكذلك قرارها المرقم (١٥٠٧٦/نقض/جنائي/١٩٩٧) في ١٢/٢/١٩٩٧، وكذلك قرارها المرقم (١٥١٨٠/نقض/جنائي/١٩٧٢) في ١٣/٣/١٩٧٢. أشار إلى هذه القرارات: احمد محمد عبد الرؤوف غندور، الحكم المنعدم وآثاره القانونية، المصدر السابق، ص ٧١،٧٠ هامش رقم (١).

^٢ - ينظر: قرار محكمة النقض المصرية رقم (١٨٩/نقض/جنائي/١٩٦٢) في ٤/٢/١٩٦٢. أشار إليه د. غنام محمد غنام، نظرية الانعدام في الإجراءات الجزائية، المصدر السابق، ص ١٧١.

^٣ - وتجدر الإشارة إلى ان القضاء الجنائي الايطالي كان له موقف واضح ومحدد من الانعدام، فلم تتفاوت أحكامه في تقرير هذا العيب، حيث وضع في اول أحكامه ثلاثة حالات يقوم على اساسها الانعدام في قانون الإجراءات الجنائية، وهذه الحالات هي: انعدام المتهم، والحالة الثانية انعدام ولاية القضاء والحالة الثالثة هي انعدام الحكم القضائي. ينظر: قرار محكمة النقض الايطالية الصادر في ٣٠/٤/١٩٥٦. أشار إليه: د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، المصدر السابق، ص ٣٦٢، هامش رقم (١).

^٤ - شار إليه: د. عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٦٩.

كما كان لمحكمة النقض الفرنسية موقف اخر فيما يتعلق بالانعدام فيما يخص الإجراءات الجوهريّة والأمر الأساسيّة التي يجب ان ينطوي عليها الحكم، حيث قضت محكمة النقض الفرنسيّة بأن عدم تضمين الحكم القضائي التوقيع عليه او عدم صدوره من شخص قاضي اي شخص عادي يجعل هذ الحكم عبارة عن ورقة عادية ليس لها اي وجود قانوني^(١)، حيث تعتبر هذه الأحكام التي صدرت من محكمة النقض الفرنسيّة من اوضح الأحكام التي قررت بشكل واضح لجوء المحكمة واعترافها بعيب الانعدام.

وكان للقضاء الجنائي الفرنسي موقف اخر فيما يتعلق بتقرير عيب الانعدام، حيث استخدم مصطلح (Linexistence) والذي يعني الانعدام، ولم تستخدم مصطلح (La nullite)، وذلك في الكثير من أحكامه فيما يتعلق بعيب الانعدام، ومن ذلك قرار محكمة النقض الفرنسيّة الذي قضت فيه: ((ان تجديد امر الحبس الاحتياطي في مواجهة المتهم على نحو متأخر دونما احترام للمهلة القانونيّة يعتبر هذا العمل الإجرائي منعدماً))^(٢).

كما اعتبرت محكمة النقض ان الامر المتعلق بتعيين خبير منعدماً إذا لم يكن موقعاً عليه من قبل قاضي التحقيق، حيث أشارت المحكمة في هذا القرار إلى كلمة الانعدام وليس

^١ - أشار اليه: د. خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، نظرية الانعدام الإجرائي، المصدر السابق، ص ٥١. وتجدر الإشارة إلى ان المحكمة العليا العمانيّة قد كان لها وقف واضح من عيب الانعدام، حيث جاء في احد أحكامها: ((ان المقرر في الحكم المعدوم ان يتجرد من أركانه الأساسيّة التي تتمثل في صدوره من قاضي ليس له ولاية الاختصاص، ويصدر في ظل خصومة غير مستكملة المقومات، اطرافاً ومحلاً وسبباً وفقاً للقانون، وإذ إن تخلف شرط انعقاد الخصومة انعقاداً صحيحاً في حق الطاعن بعد إعلانه اصلاً ومثوله أمام المحكمة يجعل الحكم مشوباً بعيب جوهري يصيب كيانه ويفقده صفته كحكم منذ ولادته))، حيث يعتبر هذا القرار من ابرز المواقف الواضحة للقضاء الجنائي في اعترافه بعيب الانعدام، اضافة إلى ان هذا القرار أشار إلى الانعدام بصورة صريحة. ينظر: قرار المحكمة العليا العمانيّة رقم (١١٩/نقض/جنائي/٢٠٠٣) في تاريخ ٢٤/٦/٢٠٠٣. أشار اليه: د. ماهر جعفر عبيد، شرح قانون الإجراءات الجزئية العماني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٠٩، ص ٦١، ٦٠.

^٢ - V.cass.Crim.4janvier 1984.D.1983. p.562. note. Roger: J.C.P.1984, II,N20203, note, Chambon.

أشار اليه: د. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١٤٦.

البطلان^(١)، كما الصقت القضاء الجنائي الفرنسي وصف الانعدام وليس وصف البطلان، وذلك في قرار محكمة النقض الفرنسية الذي اعتبرت فيه محضر الانتقال منعم وليس له اي اثر من الناحية القانونية او وجود قانوني، حيث قام المحقق بتدوين هذا المحضر وهو في مكتبة ولم ينتقل إلى محل الحادث وفق الأصول للقيام بإعداد محضر الكشف، ولم يتضمن هذا المحضر توقيع الشخص المعني بل تضمن فقط الامور التي استند اليها المحقق وفق تسجيل صوتي وصل اليه وهو في مكتبة، الامر الذي حدى بمحكمة النقض الفرنسية ان تقول بأن هذا الاجراء هو اجراء منعدم^(٢).

يتضح مما سبق ذكره، ان موقف القضاء الجنائي المقارن واضح فميما يتعلق بالانعدام، حيث قرر الانعدام في الكثير من أحكامه، وان كانت اغلب الأحكام لا يشير مصطلح الانعدام إلا أن الانعدام بما يمتلكه من قوة على هدم الأعمال الإجرائية والأحكام يفرض نفسه بقوة على القضاء الجنائي، ولاحظنا من خلال استعراض مواقف القضاء الجنائي اتجاه هذا الأمر ان محكمة النقض الفرنسية كانت اوضح في تقريرها للانعدام اكثر من محكمة النقض المصرية، إذ إن الاخيرة الكثير ما تستخدم مصطلحات تتداخل فيها مدلول الانعدام والبطلان، كما انها في الكثير من الأحيان إلى تشري إلى مصطلح الانعدام في أحكامها.

¹ -V.Cass. Crim. 22 October, 1986, B.C.N,301.

أشار اليه د. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١٤٦.

² - V.Cass.Crim.28 fevrier 1974. J.C.P. 1974. II, N, 17774, note Chambon, Rev. S. crim. 1975, P.162.

أشار اليه د. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١٤٦.

الفرع الثاني

موقف القضاء الجنائي في العراق من الانعدام

ان قوة عيب الانعدام في الإجراءات الجزائية فرضت نفسها في مجال القضاء الجنائي العراقي، ولكن موقف هذا القضاء لا يختلف كثيراً عن موقف المشرع العراقي من حيث عدم تصريحه بشكل مباشر إلى الانعدام في أحكامه، كما ان موقف القضاء الجنائي العراقي لا يبتعد كثيراً عن موقف القضاء الجنائي المصري من حيث عدم استخدامه مصطلحات محددة تبين ذاتية الانعدام، وأشار إلى الانعدام بشكل ضمني بواسطة عبارات يحتمل معها عيب البطلان وعيب الانعدام في ان واحد، كما ان القضاء الجنائي العراقي اعتمد في الكثير من الأحيان على الصياغة التشريعية الحصرية وعلى الشروط التي يضعها المشرع في عدم ايراد إجراءات او أعمال إجرائية بخلاف هذه الشروط وعلى اساس هذا الأمر تبين موقفه من حيث تقرير الانعدام، إلا أن في الحقيقة هذا الموقف يجعل الانعدام يختلط بعيب البطلان، ولكن الاستناد إلى المبادئ العامة التي تحكم الانعدام في الإجراءات الجزائية يمكن ان نستدل على توجه القضاء الجنائي العراقي في تقرير هذا العيب، وهذا يتضح في العديد من الأحكام والقرارات الصادرة من محاكم الموضوع الجنائية العراقية وكذلك محكمة التمييز العراقية.

حيث اعتبر القضاء الجنائي العراقي إجراءات التحقيق كأن لم يكن إذا تمت بغياب المحامي والمدعي العام، حيث جاء في احد قرارات محكمة التمييز الاتحادية العراقية ما يلي: ((لدى التدقيق والمداولة وجد ان اعتراف المتهم أثناء التحقيق قد تم تدوينه دون حضور عضو الادعاء العام ومحامي للدفاع عنه وثبت من التقرير الطبي الصادر من اللجنة الطبية المثبتة في دائرة صحة محافظة واسط تعرضه للإصابات المثبتة فيه تتزامن مع تأريخ تدوين أقواله التي

تتناقض مع اقوال الشاهد الوحيد في القضية (ع.ع.ح) مما يجعل الادلة المتوفرة في القضية غير كافية لإدانة المتهم لذا قرر نقض كافة القرارات الصادرة في القضية والغاء التهمة الموجهة اليه وفق المادة ٤٠٦/١-أ-ج-هـ من قانون العقوبات وبدلالة المواد ٤٧ و ٤٨ و ٤٩ منه واستدلالاً بأمر مجلس الوزراء رقم ٣ لسنة ٢٠٠٤، والافراج عنه واخلاء سبيله عن هذه القضية حالاً ما لم يكن مطلوب عن قضية اخرى...^(١).

كما اعتبر القضاء الجنائي العراقي ان المخالفة الجوهرية للنصوص التشريعية في الأحكام الفضائية والأخطاء الجوهرية تؤدي إلى انعدام الإجراءات التي بنيت على هذه المخالفة ومن ثم اعتبار الحكم كأن لم يكن، وهذا ما جاء في قضاء محكمة استئناف بغداد: ((لدى التدقيق والمداولة وجد ان طلب التدخل التمييزي بقرار محكمة جنح بغداد الجديدة المرقم ٣٥/ج/٢٠٠٧ والمؤرخ في ٢٠٠٧/٧/٢٢، غير وارد قانوناً إذ لم ينص على مثل هذا الطعن في الكتاب الرابع المتعلق بطرق الطعن في الأحكام قرر رد الطلب شكلاً، وإذ إن القرار الصادر من محكمة جنح بغداد الجديدة المشار إليه أعلاه قد بني على مخالفة للقانون وخطأ جوهري في تطبيقه وذلك أن الجريمة المنسوبة للمتهمين من الجرائم التي تتعلق بالحق العام ولا يجوز قبول الصلح فيها ط، لذا تقرر التدخل تمييزاً بقرار محكمة جنح بغداد الجديدة لإعادة المحاكمة مجدداً...^(٢).

ومن القرارات التي يفهم من موقف القضاء الجنائي العراقي انه التجأ إلى الانعدام فيها القرارات الصادرة على الأحكام التي انطوت فيها إجراءات الدعوى على خروقات عديدة وجوهرية،

^١ - ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم (٦٤/هيئة عامة/٢٠٠٧) في ٣٠/٥/٢٠٠٧. (غير منشور).

^٢ - ينظر: قرار محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية/ بصفتها التمييزية، رقم (١٠٧/جزاء/٢٠٠٧) في ٣٠/١٢/٢٠٠٧. (غير منشور).

ومن هذه القرارات هو قرار محكمة استئناف ميسان الاتحادية الذي قررت فيه نقض كل القرارات والإجراءات المتخذة في الدعوى وطلب إعادة المحاكمة حيث جاء فيه: ((لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون وذلك لان محكمة جناح العمارة حررت ورقة التهمة خلافاً لأحكام المادة (١٨٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائية حيث لم تتضمن مكان وقوع الجريمة ووصفها القانوني والوسيلة التي ارتكبت بها كما انها تلت اقوال المشتكين والشهود أثناء التحقيق الابتدائي دون ان يتم تبليغهم في اليوم المعين للمحاكمة خلافاً لأحكام المادة (١٤٢)، كما انها لم تفتح الجهات المعنية لغرض استكمال إجراءات التحقيق... كما ان قرار الادانة جاء مبسّر و غير مسبب ولم يناقش الادلة والاسباب التي استندت اليها في ادانة المتهم خلافاً لأحكام المادة (٢٢٤/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية...))^(١).

كما اعتبر القضاء الجنائي العراقي الحكم القضائي الجنائي كأن لم يكن إذا انطوى على عدة مخالفات إجرائية جوهرية اشترطها قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، ومن هذه القرارات قرار محكمة استئناف بغداد حيث قررت المحكمة ما يلي: ((لدى التدقيق والمداولة بأن الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً وذلك أن المحكمة لم تثبت في محاضر جلساتها أن المشتكي قد تبلغ بموعد المرافعة وإنما اكتفت في المحضر المؤرخ ٧/٥/٢٠٠٦، بأن المتهمين قد تبلغوا بالإعلان الداخلي ولم تشر إلى تبلغ المشتكي من عدمه، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن المتهمين قد تبلغوا بالإعلان الداخلي عن التهمة وفق

^١ - ينظر: قرار محكمة جبايات ميسان بصفتها التمييزية رقم (٧٣/ج-ت/٢٠١٣) في ١/٩/٢٠١٣، (غير منشور).

المادة ٤٥٣ ق.ع وهي من الجرح المهمة التي ينبغي تبليغ المتهم بموجبها إعلانا بصحيفتين يوميتين حسب أحكام المادة ١٣٤/ج من قانون أصول المحاكمات الجزائية، كما لوحظ أن المحكمة لم تنظم محضراً ختامياً عند إصدارها القرار.... ولوحظ أيضاً أن القرار المميز جاء مبتسر وحالياً من أسبابه خلافاً للمادة ٢٢٢/أ من قانون أصول المحاكمات الجزائية^(١)، كما اعتبر القضاء الجنائي العراقي ان القرارات التي تبني على نواقص أصولية جوهرية والخطأ في التطبيق السليم للقانون تعتبر الإجراءات المتخذة كأن لم تكن^(٢).

كما ان القضاء الجنائي العراقي اخذ بالانعدام عند صدور الحكم بغير الصيغة التي حددها القانون عند وجود الفعل المسند إلى المتهم لا يعاقب عليه القانون، حيث جاء في احد قرارات محكمة جنايات ميسان بصفتها التمييزية ما يلي: ((لدى التدقيق والمداولة...ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون وذلك ان محكمة جنح العمارة عندما وجدت ان الفعل المنسوب إلى المتهم ارتكابه لا يوجب عقاب المشتكي او احتقاره عند اهل وطنه كونه جاء تنفيذاً لما ورد بكتابي هيئة النزاهة/دائرة التحقيقات/مكتب تحقيقات ميسان بالعدد ١٨٨/ق/٥/٢٠١٢ في ١٦/٧/٢٠١٢ و ١٨٨/ق/٥/٢٠١٢/٥ في ٢٥/٧/٢٠١٢، اللذان يتعلقان ببيان معلومات وتبليغ الشاهدين ولشقيق الشاهد ومن ثم فإن الشكوى بهذا الوصف تكون خالية من العنصر الجزائي وان الفعل المستند إلى المتهم لا يقع تحت اي نص عقابي فكان

^١ - ينظر: قرار محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية/ بصفتها التمييزية، رقم (١٥٩/جزاء/٢٠٠٦) في ٣/١٠/٢٠٠٦. (غير منشور).

^٢ - ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (١٩٧/هيئة عامة/٢٠٠٨) في ٢٥/٣/٢٠٠٨. (غير منشور).

يجب عليها ان تحكم ببراءة المتهم من التهمة الموجهة اليه استناداً لأحكام الفقرة (ب) من المادة (١٨٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية...))^(١).

كما اعتبر القضاء الجنائي العراقي ان الأحكام الجنائية التي تكون خالية من أسبابها تعتبر كأن لم تكن ويلحقها عيب الانعدام، حيث جاء في أحد قرارات محكمة استئناف بغداد ما يلي: ((قرار التجريم الصادر عن محكمة الجناح خالياً من أسبابه يكون مخالفاً لنص المادة ٢٢٤ الأصولية))^(٢).

كما أن للقضاء الجنائي العراقي كان له موقف فيما يتعلق بانعدام الإجراءات التي يتم اتخاذها من قبل المحاكم على خلاف لأحكام القانون حيث يفضي ذلك إلى إلغاء كافة الإجراءات ومن ثم إلغاء سقوط التحقيق القضائي واعتبار الحكم كأن لم يكن، حيث جاء في أحد قراراته: ((...وذلك أن المتهم (ه.م.ش) قد أحيل لمحاكمته عن تهمة وفق المادة ٣٣١ ق.ع تتعلق بأعمال وظيفة دون موافقة مرجعه كما تستلزمه المادة ١٣٦/ب من قانون أصول المحاكمات الجزائية، لذا تكون كافة القرارات والإجراءات الصادرة في الدعوى غير صحيحة وعليه تقرر نقض القرار المميز وإعادة الدعوى لمحاكمتها لإعادة المحاكمة والتحقيق القضائي مجدداً...))^(٣).

كما اعتبر القضاء الجنائي العراقي ان الالهال الجسيم في الإجراءات الجزائية تعتبر كأن لم تكن ويكون هذا الأمر مدعاة إلى نقض الحكم واهمال الإجراءات المتبعة، حيث جاء في احد

^١ - ينظر: قرار محكمة جنايات ميسان بصفتها التمييزية رقم (٦٨/ج-ت/٢٠١٣) في ٤/٨/٢٠١٣، (غير منشور).

^٢ - ينظر: قرار محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية/ بصفتها التمييزية، رقم (١٨٩/جزاء/٢٠٠٦) في ١٧/١٢/٢٠٠٦. (غير منشور).

^٣ - ينظر: قرار محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية/ بصفتها التمييزية، رقم (٥٦/جزاء/٢٠٠٦) في ٣/٤/٢٠٠٦. (غير منشور).

قرارات محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية ما يلي: ((لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون وذلك ان محكمة جنح بغداد الجديدة قد حسمت الدعوى دون ان تطلع على المجلس التحقيقي المشكل بحق المتهم (ع.ه.م) بموجب كتاب مديرية شرطة بغداد-الرصافة المرقم د/ق/٢٧/٢٠٠٥، وكذلك لم ترد الموافقة على احالته المتهم المذكور والمشار اليه...))^(١).

كما كان للقضاء العراقي موقف في تقرير الانعدام فيما يتعلق بعدم اختصاص المحاكم حيث يترتب على ذلك انعدام كافة الإجراءات وانعدام الحكم كذلك، فقيام المحكمة بإصدار حكم لا يدخل ضمن اختصاصها يعتبر هذا الحكم معدوم وفق القواعد العامة لنظرية الانعدام في الإجراءات الجزائية، حيث جاء في أحد قراراته: ((لدى التدقيق والمداولة...ولدى عطف النظر على القرارات الصادرة في الدعوى وجد أنها غير صحيحة ومخالفة للقانون ذلك أن قانون جوازات السفر رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٩ تطبق أحكامه على المواطنين العراقيين اما المواطنين غير العراقيين فإنهم مشمولين بقانون إقامة الأجانب الاجانب رقم ١١٨ لسنة ١٩٨٧، ولدى الرجوع إلى أحكام القانون المذكور فإنه استثنى من أحكامه بموجب المادة ٢/١، العربي الذي يدخل العراق لكن قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٢٤٦ لسنة ٨٣، قد حدد مسؤولية المواطن العربي بخصوص عدم تجديد جواز سفره، إلا أن قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٥، قد أناط ذلك بجهاز المخابرات ومن ثم تكون المحاكم غير مختصة بموضوع الدعوى، و محاسبة

^١ - ينظر: قرار محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية رقم (١٢/جزء/٢٠٠٧) في ٢٠٠٧/٢/٨. (غير منشور).

المواطن العربي بخصوص فقدان آت تجديد جواز سفره منوط بالجهة الإدارية وعليه قرر نقض كافة القرارات الصادرة في الدعوى وإعادة مبلغ الغرامة المستوفاة من المتهم إليه، والتدخل تمييزاً بقرار الإحالة ونقضه وإعادة الأوراق التحقيقية إلى محكمة التحقيق لإحالتها على الجهة الإدارية المختصة لتتولى تطبيق القانون...^(١).

كما كان للقضاء الجنائي العراقي موقف اخر مختلف فيما يتعلق بتقرير الانعدام حيث اعتبر الإجراءات كأن لم تكن والقرارات الصادرة منعدمة في حالة بناء الإجراءات أو القرارات على شهادة شاهد أو رأي خبير أو سند ثم صدر بعد ذلك حكم على الشهادة والخبير بقضية شهادة زور عن هذه القضية وصدر حكم بثبوت تزوير السند، إذ إن ذلك يبرر طلب إعادة المحاكمة^(٢).

كما كان للقضاء الجنائي العراقي موقف من المخالفة الجوهرية للإجراءات المتعلقة بالدعوى واعتبرت هذه الإجراءات كأن لم تكن اضافة إلى نقض كافة القرارات المتخذة من قبل المحكمة، وذلك في احد قرارات محكمة جنايات ميسان بصفتها التمييزية، حيث جاء فيه: ((ان محكمة الجرح م تلاحظ النواقص الجوهرية المؤثرة في موضوع الدعوى وذلك لأن محكمة التحقيق اتخذت الإجراءات وأحالت المتهمين بدعوى واحدة على العلى الرغم من تعدد الجرائم التي نسبت

^١ - ينظر: قرار محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية/ بصفتها التمييزية، رقم (٣١/جزء/٢٠٠٦) في ٢٠/٢/٢٠٠٦. (غير منشور).

^٢ - ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٣٩٤/هيئة عامة/ ٢٠٠٩) في ٢٧/١/٢٠٠٩. (غير منشور).

إلى المتهمين ومن ثم توجيه ثلاثة تهم وليس تهمة واحدة، عليه قرر نقض كافة القرارات الصادرة في الدعوى والتدخل تمييزاً بقرار محكمتها بغية إيداعها إلى محكمة التحقيق لأتباع ما تقدم^(١).

كما اعتبر القضاء الجنائي العراقي ان استناد المحكمة على أمور غير موجوده في الدعوى وتثبيت حالة لم تكن موجوده مثل تثبيت اعتراف المتهم على الرغم انه لم يعترف في اي مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية أن القرار يكون منعدا بسبب الخطأ الفاحش والاخلال الجسيم في قراراتها التي أصدرتها^(٢).

كما اعتبر القضاء الجنائي العراقي عدم ذكر اسم القاضي والتوقيع الاجراء الجزائي ليس له وجود، حيث جاء احد قراراته: ((لدى التدقيق والمداولة قرر نقض كافة القرارات الصادرة في الدعوى والتدخل تمييزاً بقرار الإحالة المرقم (٤١٨) ونقض واعادة اضبارة الدعوى إلى محكمتها بغية ايداعها لدى محكمة التحقيق المختصة لتنظيم سير التحقيق حول عدم توقيع قاضي التحقيق على افادة المتهم مع بيان اسم القاضي المختص والتحقق فيما إذا كانت افادة المتهم مدونة من قبل قاضي التحقيق من عدمه واستكمال الإجراءات التحقيقية في الدعوى بشكل أصولي وتنظيم قرار إحالة جديد بغية محاكمة المتهم مجدداً وصدور القرار استناداً لأحكام المادة ٢٥٩/أ-٨ من قانون أصول المحاكمات الجزائية...))^(٣).

كما اعتبرت محكمة التمييز الاتحادية العراقية ان القرار الذي يفرض ان يصدر من هيئة قضائية ويوقع من قبل رئيس المحكمة فقط دون ان يتضمن توقيع باقي الاعضاء عليه يعتبر

^١ - ينظر: قرار محكمة جنايات ميسان بصفتها التمييزية رقم (٢٤/ج-ت/٢٠١٥) في ٢٧١/٤/٢٠١٥. (غير منشور).

^٢ - ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (١٢١/هيئة عامة/٢٠٠٩) في ٢٥/٣/٢٠٠٩. (غير منشور).

^٣ - ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم (٤٥/هيئة عامة/٢٠٠٧) في ٢٥/٤/٢٠٠٧. (غير منشور).

كأن لم يكن ولا يعتبر صادر من هيئة قضائية، حيث شملت محكمة التمييز هذه الحالة ضمن حالات الانعدام، والحقيقة ان هذا الأمر ليس قرار واحد للمحكمة بل هو موقف يتكون من قرارين متعاقبين^(١).

يتضح مما سبق ذكره، ان موقف المشرع القضاء الجنائي العراقي يقهم ضمناً من فكرة الانعدام، ولكن هذا الفهم الضمني لا يعني ان القضاء العراقي ضيق من نطاق الانعدام في الأحكام والقرارات القضائية، فعلى عكس المشرع العراقي كان للقضاء الجنائي العراقي موقف قوي من الانعدام على العلى الرغم ما يؤخذ على موقفه فيما يتعلق بتصريحه بشكل مباشر في الاخذ بفكرة الانعدام كما في القضاء الجنائي الفرنسي حيث رأينا محكمة النقض الفرنسية أشارت إلى مصطلح الانعدام او العدم، لذلك نأمل من القضاء الجنائي العراقي من التصريح بمصطلح الانعدام او الإشارة إلى كلمة (كأن لم يكن) او غيرها من المصطلحات التي تدل على ان القضاء الجنائي العراقي كان له موقف واضح من فكرة الانعدام في أصول المحاكمات الجزائية والابتعاد عن التداخل والالتباس مع عيب البطلان.

^١ - ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم (٨٩/الهيئة الموسعة الرابعة/١٩٩٩) في ١٢/٨/١٩٩٩. والقرار رقم (١٦٦/الهيئة الموسعة الرابعة/١٩٩٩) في ٢١/٨/١٩٩٩، (غير منشوران). أشار اليهما: د. وعدي سليمان علي المزوري، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، المصدر السابق، ٢٠١١، هامش رقم (١).

الفصل الثاني

الأحكام العامة للانعدام في الإجراءات الجزائية

تمهيد وتقسيم:

ترتبط أهمية الانعدام في أهمية الإجراءات الجزائية التي يعترتها إذ انه يهدم الاجراء تارة من الناحية القانونية فيبقى الآثار المادية وتارة من الناحية المادية وفي هذه الحالة لا يكون للأجراء المنعدم اية وجود، ومن ثم للانعدام الكثير من الحالات وهذه وفي كل حالة معينة تكون له آثار متعلقة بها، إذ إن الانعدام يمتد مع الإجراءات الجزائية فمخالفة الأركان التي يجب ان تتسم بها إجراءات التحقيق الابتدائي يتكون لنا انعدام وكذلك مخالفة الأركان والشروط الوجود في المحاكمة يترتب على ذلك انعدام، بغض النظر عن مفترضات وجود الاجراء سواء كانت ذات طبيعة شكلية ام موضوعية، وان تحقق هذه الحالات في كل مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية ترتب آثار متعلقة بالإجراءات المتخذة وهذه الآثار كذلك تكون مختلفة، إذ إن الآثار التي تنعكس على عيب الانعدام في المراحل السابقة لإصدار الحكم تختلف عن الآثار المترتبة على الحكم نفسه، إذ إن الإجراءات تنهدم ولم يكن لها وجوداً الا فيما يتعلق بالوجود المادي لهذه الإجراءات وهذا الامر متعلق فقط بالانعدام القانوني وليس المادي، كما ان الانعدام له اثر كبير على الحكم الجزائي حيث لا يحوز الحكم الجزائي حجية الامر المقضي به، وبما ان لكل مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية يكون الانعدام وكذلك يترتب آثاره في كل هذه المرحل، فمن المفترض ان وسائل تقريره تختلف باختلاف المراحل التي يتحقق فيها الانعدام وكذلك الآثار التي تترتب عليه، إذ إن تحقق الانعدام في مرحلة التحقيق تكون الوسيلة التي يتم التمسك بها لتقرير الانعدام تختلف عن المحاكمة، حيث يكون التمسك بالانعدام في هذه الحالة عن طريق الدفع به أمام المحكمة التي

تنظر الدعوى بغض النظر عن طبيعتها حيث يكون للانعدام استثناء في هذا المجال، كما ان التمسك به بعد صدور الحكم الجزائي من خلال الركون إلى طرق الطعن المعروفة وإذا لم تكمن هذه الطرق لها فاعلية او لم يتمكن المحكوم عليه من اللجوء لها يتم الركون إلى إقامة دعوى الامتناع الاصلية إذ إن الخيارات التي تكون أمام المحكوم عيه او صاحب المصلحة في الطعن كثيرة جداً، والسبب في ذلك ان الاجراء المنعدم او الحكم لا يكون له أي وجود في النطاق القانوني وإذا نفذ الحكم الجزائي من كل هذه الوسائل يمكن للمحكوم عليه اللجوء الاشكال على تنفيذ الحكم الجزائي الذي لحقه الانعدام، وبناء على ذلك حتى نحيط بتفاصيل الأحكام العامة للانعدام ينبغي تقسيم هذا الفصل على مبحثين كما يلي:

المبحث الأول

حالات الانعدام وآثاره

يعتبر عيب الانعدام من اخطر العيوب الإجرائية التي ترد على الاجراء بصورة عامة والاجراء الجزائي بصورة خاصة، والسبب في ذلك انه يهدم الاجراء الذي يلحقه من الناحية المادية والقانونية ويجعله كأن لم يكن ولا يرتب اي اثر، وذلك لأنه ليس متعلق بإجراء معين او مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية، فهو ممتد على طول إجراءاتها يتحقق متى ما تمت مخالفة مفترضات الاجراء التي يقوم عليها كيانه ومخالفة أركانه، ومن ثم فإن الانعدام هو كالأجراءات الجزائية الاخرى، ونتيجة خطورة هذا العيب تكون الآثار المترتبة عليه بنفس درجة الأهمية، لذلك يقتضي البحث في هذا الموضوع المهم التطرق إلى الحالات التي يكون فيها الاجراء الجزائي منعدم وكذلك الآثار التي ترد على هذا الانعدام، لذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين: حيث سنتناول في المطلب الأول: حالات الانعدام، بينما سنتناول في المطلب الثاني : آثار الانعدام.

المطلب الأول

حالات الانعدام

ان عيب الانعدام كونه يرتبط بالإجراءات الجزائية من ناحية مخالفتها للشروط الجوهرية التي تجعلها غير موجودة من الناحية القانونية والواقعية لا يتوقف على مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية، حيث يمتد هذا العيب على طول الإجراءات التي تمر بها الدعوى ولكل اجراء مقيد بضوابط وقيود وشروط جوهرية للمصلحة العامة او المصلحة الخاصة بالأفراد، لذلك يمكن ان يكون هنالك انعدام في إجراءات التحقيق الابتدائي ويمكن ان يكون هنالك انعدام في إجراءات المحاكمة، وعلى هذا الأساس تقسم هذا المطلب على فرعين: حيث سنتناول في الفرع الأول: الانعدام في إجراءات التحقيق الابتدائي، بينما سنتناول في الفرع الثاني: الانعدام في إجراءات المحاكمة.

الفرع الأول

الانعدام في إجراءات التحقيق الابتدائي

ويعرف التحقيق الابتدائي بأنه: جملة من الإجراءات التي تقوم بها السلطات التي حددها القانون وذلك بغية التتقيب عن كل الادلة التي تتعلق بالجريمة المرتكبة والمنسوبة إلى المتهم، وجمع هذه الادلة وكشف ملبساتها ومن ثم ترجيح الاتهام نحو شخص معين ومن ثم إحالة هذا الشخص إلى القضاء^(١).

^١ - د. محمد علي سالم الحلبي، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، ط١، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص١٣٩.

وللتحقيق الابتدائي^(١) أهمية كبيرة في الدعوى الجزائية بوصفه ممثلاً لمرحلة اعداد الدليل القانوني تتمثل هذه الأهمية نواحٍ عديدة، فهو يتضمن حماية مصلحة الدولة اي المصلحة العامة ومصلحة الفرد اي المصلحة الخاصة على حد سواء، حيث تعد مرحلة مستقلة عن مرحلة المحاكمة ومن شأنها فقط إعداد الأدلة قبل الإحالة لتقدير قيمتها واستبعاد الضعيف منها، كما لا تحال إلا الدعوى التي تستند على أساس متين من الواقع والقانون، حيث تستطيع المحكمة أن تنتظر في الدعوى الجزائية المحالة اليها وقد اتضحت عناصرها وتكشف أهم أدلتها فيدعم ذلك الاحتمال في أن يكون حكمها أقرب إلى الحقيقة والعدالة^(٢).

وان القانون في اطار تنظيم الإجراءات الجزائية التي من خلالها يتم استيفاء حق الدولة في العقاب، فإن القانون رسم الطريق الذي من خلاله يتم اتصال المحكمة المختصة بالدعوى بشكل صحيح، وقرينة هذه الصحة وجود شرطين لهذا الاتصال وهما: الشرط الأول يتمثل في القيام بهذا التحقيق من قبل الجهات التي حددها القانون، اما الشرط الثاني، ان يتم التحقيق وفق الضوابط والقيود التي حددها القانون ومن ثم لا يجوز الخروج عليها؛ والا لحق التحقيق عيب يهدم مشروعيته وصحته ووجوده^(٣).

^١ - نتناول هنا فقط التحقيق والذي يعني هو التحقيق الذي يقوم به قضاة التحقيق والمحققون تحت اشرافهم، في الاصل اما في الاستثناء فيقوم به قاضي المنطقة بغياب قاضي التحقيق وكذلك عضو الادعاء العام، ويخرج من موضوعنا التحقيق الاولي والذي يقصد منه ما يقوم به اعضاء الضبط القضائي من إجراءات تحقيقية قبل عرضها على قاضي التحقيق او المحقق، كذلك يخرج من موضوعنا التحقيق القضائي وهو تقوم به المحكمة بعد إحالة الدعوى اليها بغية الوصول إلى الحقيقة وذلك أثناء جلسة المحكمة، وتجدر الإشارة إلى ان التحقيق سواء كان ابتدائي ام اولي يخضع إلى السلطة التقديرية للمحكمة. ينظر: القاضي عبد السلام موعد الاعرجي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية في العراق، ط ١، المكتبة القانونية للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠٢٠، ص ٩١.

^٢ - د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٥٥٠.

^٣ - د. غنام محمد غنام، نظرية الانعدام في الإجراءات الجزائية، المصدر السابق، ص ١٥٧.

وهناك جملة من الضوابط التي على أساسها يتم التحقيق الابتدائي وأن مخالفة هذه

الضوابط يترتب عليها انعدام إجراءاته، وهي على النحو الآتي:

أولاً/ الانحراف في غاية التحقيق:

ان غاية التحقيق الابتدائي هي الوصول إلى الحقيقة التي على أساسها يتم محاكمة الجناة من خلال إحالتهم إلى المحكمة المختصة بعد التثبت من وقوع الجريمة، فعلى الجهات التي تقوم بالتحقيق ان تحافظ على هذه الغاية، لكون هذه المرحلة تنطوي على إجراءات تمثل مساساً بحقوق وحرية الأفراد، كما في القبض والتوقيف و كذلك حجز أموال المتهم، فإذا كان المساس بالحرية يكون مبرره في السعي للكشف عن الحقيقة التي ترتبط بغاية التحقيق الابتدائي؛ فإن هذا المساس يجب ان يكون في نطاق ضيق جداً، ويجب ان يقتصر فقط على القدر الضروري واللازم لكشف الحقيقة التي ينشدها التحقيق الابتدائي، وعلى هذا الأساس فإن غاية التحقيق بحاجة ماسة إيجاد نوعاً من التوازن بين حق الدولة في العقاب وحماية الحرية الشخصية التي يقتضي إحاطتها بما تتعرض له من إجراءات بضمانات تكفل عدم التحكم بالمساس بها، إضافة إلى كفالة حقه في الدفاع، وكل ذلك يقتضي ان تتوفر من يقوم بالتحقيق الاستقلال والحيادة والمهنية والنزاهة^(١).

ومن ثم لا يجوز للجهات التحقيقية ان تخرج على هذه الغاية عند التحقيق فلا يجوز لها

ان تستخدم الاكراه بغض النظر عن الاكراه المادي او المعنوي او اللجوء إلى الاساليب الحديثة

^١ - ينظر حول ذلك: د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٧٣٤.

التي تحمل المتهم على التكلم دون ارادته إذ إن الغاية الاساسية في هذه الحالة قد تشوهت فلم تقوم الجهات التحقيقية بمد القضاء بالحقيقة الشخصية التي تريدها^(١).

وعلى هذا الأساس فإن الخروج عن غاية التحقيق الابتدائي ولجوء السلطات إلى القسوة والتكيل بالمتهم بدون ضوابط قانونية وذلك من اجل دوافع شخصية تعتبر إجراءات التحقيق الابتدائي في هذه الحالة منعدمة وكأنها لم تكن، فقد أشار قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي إلى عدم جواز اجبار المتهم على الاجوبة التي توجه اليه^(٢)، فإجبار المتهم على الكلام يعتبر هذا الكلام كأن لم يكن ولا يؤخذ به ولا يعتد به، كما أشار قانون الإجراءات الجنائية المصري إلى ان الاقوال التي تصدر تحت وطأة الاكراه والتكيل او التهديد من قبل المتهمين او الشهود تهدر هذه الاقوال ولا يعتد بها ولا يعول عليها^(٣)، وقد أشار قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي لسنة ١٩٨٣ المعدل، إلى ذلك في مقدمة هذا القانون، حيث اتت فيها عدم النيل من كرامة المتهم او المشتبه وان تكون الإجراءات المتبعة في التحقيق متناسبة مع خطورة الجريمة ومن ثم لا يجوز اجبار المتهم على شيء لا يجيزه القانون، حيث يجب ان تقتصر الإجراءات على الضرورة التي يتطلبها التحقيق^(٤).

وقد ادرج القضاء العراقي على عدم التعويل على الاعتراف المتأتي من الاكراه والقوة من قبل الجهات القضائية، حيث صرحت مراراً محكمة التمييز الاتحادية على عدم التعويل على

^١ - د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٦٦٠.

^٢ - ينظر: المادة (١٢٦/ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.

^٣ - ينظر: المادة (٣٠٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠، اخر تعديل لهذا القانوني هو تعديل رقم (١٨٩) لسنة ٢٠٢٠، في تاريخ ٢٠٢٠/٩/٥.

^٤ - ينظر: قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي لسنة ١٩٨٣ المعدل، ترجمة: علي عبد الجبار رحيم المشهدي، جامعة الكوفة، كلية القانون، العراق، ٢٠٢٠، ص ٢.

الاعتراف الذي ينتزع بالإكراه، من ذلك قرار لها جاء فيه: ((لدى التدقيق والمداولة وجد أن القرار الصادر.... من محكمة جنايات صلاح الدين القاضي بإلغاء التهمة والإفراج عن المتهم (ع) للأسباب التي اعتمدها المحكمة صحيح وموافق للقانون، إذ إن الأدلة ضد المتهم انحصرت باعترافه في دور التحقيق، والتي تراجع عنها أمام محكمة الجنايات، وذكر أنه أورد تلك الاعترافات من جراء تعرضه للتعذيب، وأيد ذلك التقرير الطبي المرقم ١٣ في ٦/٤/٢٠١١م والصادر من مستشفى سامراء العام.... لذا قرر تصديقه))^(١).

كما قضت محكمة النقض المصرية ما يلي: ((لا يمكن التعويل عن الاعتراف ولو كان صادقاً متى ما كان وليد إكراه أو تهديد كائناً ما كان قدره، ولا يصح التعويل على الاعتراف كذلك إذا كان وليد وعد أو اغراء...))^(٢).

وعلى هذا الأساس فإن هدر الغاية الأساسية من التحقيق والانحراف به لأجل الانتقام أو غايات شخصية أو ارتكاب خطأ جوهري في الضمانات التي أوردها القانوني، تعتبر إجراءات التحقيق منعدمه.

ثانياً/مخالفة قواعد الاختصاص:

ان أهمية التحقيق الابتدائي تقتضي وجود ضابط اخر اضافة إلى الأهمية والغاية منه حيث لا بد من ممارسة هذا التحقيق من جهات معينة تبعاً للسياسة التشريعية التي يتبعها المشرع في قانون الإجراءات الجزائية وتارة يمنح هذه السلطات إلى جهات معينة بشكل اصيل وتارة يمنح

^١ - ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم (١٠١٦١/الهيئة الجزائية الأولى/٢٠١٢) في ٢٤/٦/٢٠١٢ (غير منشور).

^٢ - ينظر: قرار محكمة النقض المصرية الطعن رقم ٩٥١ لسنة ٥٣ في عام ١٩٨٣، مجموعة أحكام محكمة النقض لسنة ٥٣ ق، ص ٧٣٠.

هذا الاختصاص إلى جهات أخرى على سبيل الاستثناء، إذ إن المشرع عندما يحصر الأصل في التحقيق بالقضاة والمحققون فهو يستهدف من ذلك الثقة الخاصة التي يتمتع بها هؤلاء إضافة إلى الخبرة الشخصية التي يتمتع بها القضاة المُعين للتحقيق من خلال ممارسته للوظيفة القضائية، إضافة إلى هنالك مسوغ تشريعي آخر في هذا الأمر الا وهو استقلال القضاة حيث يتبع المشرع السياسة التشريعية المتمثلة بحصر سلطة التحقيق بقاضي التحقيق نتيجة ما يتمتع به القاضي من استقلال إضافة إلى الضمانات القانونية التي تحمي هذا الاستقلال ولما لها الاستقلال من انعكاس ايجابي كبير على التحقيق الابتدائي^(١).

اما الاختصاص الإجرائي الحصري الآخر للقيام بالتحقيق الابتدائي فهو ممنوح بشكل استثنائي إلى جهات أخرى وهي الادعاء العام وكذلك أي قاضي حضر عند ارتكاب الجريمة يمكن له اتخاذ الإجراءات الفورية عندما يصادف عدم وجود قاضي التحقيق في دائرة اختصاصه حتى وان كان هذا الوجود غير دائم، وان المسوغات التشريعية التي حدثت بالمشرع في تحديد هذا الاختصاص الحصري الإجرائي على سبيل الاستثناء يكمن في الضرورة الإجرائية التي تفرض على المشرع ايراد هكذا استثناء وهي عدم وجود قاضي تحقيق كما تكمن المسوغات التشريعية في اتخاذ الإجراءات بشكل فوري ومراعاة عامل الوقت^(٢).

^١ - رعد فجر فتيح الراوي، الأصل والاستثناء في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، اطروحة دكتوراه، جامعة تكريت، كلية الحقوق، العراق، ٢٠١٤، ص ٦١ وما بعدها.

^٢ - للمزيد حول المصالح المعتبرة للاستثناء من الاختصاص في مجال التحقيق الابتدائي ينظر: د. احمد كيلان عبد الله و جواد كاظم حسين، المصالح المعتبرة للاستثناء في النص الإجرائي (دراسة مقارنة معمقة في أصول المحاكمات الجزائية)، ط ١، دار المسلة للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠٢١، ص ١٧٨ وما بعدها.

وسنورد اوجه الانعدام الذي يتحقق في مخالفة الاختصاص الحصري لجهة التحقيق، وهي

على النحو الآتي :-

١- حيث تعتبر إجراءات التحقيق الابتدائي منعمة في حالة انتداب شخص للتحقيق ليس من ضمن الأشخاص الذين منهم القانون هذه الصفة كما لو تم انتداب شرطي للتحقيق في جريمة معينة، إذ إن كل عمل يقوم به هذا الشخص او هذه الجهة تعتبر منعماً وكأن لم يكن ولا يكون له اي اعتبار قانوني^(١).

٢- كما يتحقق الانعدام في حالة قيام شخص عادي، حيث يقوم هذا الشخص بإقحام نفسه في الإجراءات التحقيقية وعلى هذا الاساس لا يكون لهذه الإجراءات التي يقوم بها اي اعتبار وتكون منعمة.

٣- كما يتحقق الانعدام في حالة قيام قاضي التحقيق قبل صدور الأمر له في التكليف بالقيام بالتحقيق الابتدائي، حيث تعتبر الإجراءات التي يقوم بها منعمة.

٤- كما يتحقق الانعدام في حالة زوال ولاية الجهات التحقيقية بالتصرف في التحقيق، كما لو تم احواله على التقاعد او تم فصله او نقله إلى مكان بعيد، حيث تعتبر الإجراءات التي يقوم بها في التحقيق كأن لم تكن ولا يعول عليها.

١- د. مأمون محمد سلامة، قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ج ١، ص ٥٣٩.

٥- كذلك يتحقق الانعدام في حالة كون السلطات التحقيقية المختصة وقامت بالتحقيق في حدود ولايتها المكانية والنوعية ولكن هذا التحقيق لم يراعي القيود التي ترد على تحريك الدعوى الجزائية التي حددها القانون وهي (الشكوى والطلب والاذن)^(١).

وهناك من يرى ان الانعدام لا يصيب كل حالات مخالفة الاختصاص في التحقيق الابتدائي بل انه يقتصر فقط على مخالفة الاختصاص الولائي وليس الاختصاص المكاني، إذ إن الأخير يحقق البطلان وليس الانعدام^(٢).

وبدورنا لا نؤيد الرأي اعلاه لان الاختصاص في التحقيق الابتدائي سواء كان ولائياً ام مكانياً يعتبر من الاختصاصات التشريعية الحصرية التي يجب عدم مخالفتها والا اعتبر الاجراء كأن لم يكن، إذ إن الجهات التحقيقية يجب عليها ان تلتزم فقط بالتحقيق في حدود الشكوى والابلاغ ويحدود ما رسمه القانون دون ان تمتد سلطتهم إلى افعال اجرامية اخرى او القيام بأمر خارج الحدود القانونية والضوابط التشريعية^(٣).

ثالثاً/عدم تدوين إجراءات التحقيق:

وان الانعدام الذي يرد على مخالفة التدوين هو موضوع طبيعي إذا ما علمنا المسوغات التشريعية التي تقف راء التدوين في إجراءات التحقيق الابتدائي حيث يسهل التدوين الرجوع إلى الإجراءات المتخذة وهذا يحقق جزء من الأمن القضائي في الإجراءات الجزائية كما تتمثل

^١ - احمد عبد الحميد احمد عبد الكريم، نظرية الانعدام في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٢٢٤.

^٢ - د. غنام محمد غنام، نظرية الانعدام في الإجراءات الجزائية، المصدر السابق، ص ١٥٨.

^٣ - كاثرين ايليوت، القانون الجزائي الفرنسي، ط١، تعريب د. حمزة محمد ابو عيسى و د. محمد شبلي الشبلي العنوم، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٢٠، ص ٦٥.

المسوغات التشريعية في فحص صحة الإجراءات المتخذة كما انها تعتبر حجة ومن هنا تتعاضد أهمية التدوين، اضافة إلى ان التدوين في مرحلة التحقيق الابتدائي يعتبر وسيلة من وسائل الاثبات حيث يتم اثبات الإجراءات المتخذة من قبل السلطات التحقيقية^(١)، لذلك يعتبر التدوين الركيزة الاساسية في التحقيق الابتدائي والتي تقوم على قاعدة (اثبات الاجراء بالكتابة) فغاية الإجراءات التحقيقية هي مد السلطات اللاحقة بالمعلومات وهذا يتطلب ان تكون هذه المعلومات مدونة بشكل وافي وتفصيلي ومن ثم تنعدم الإجراءات بدون هذا التدوين^(٢)، حيث تعتبر قواعده جوهرية يترتب على مخالفتها عدم الاعتداد بالإجراءات وتكون بمثابة العدم^(٣).

فإجراءات التحقيق التي لا تكون مدونة لا تعتبر موجوده من الناحية الواقعية والقانونية ومن ثم كأن لم تكون وتعتبر منعدمه ولا يمكن الاستناد او التعويل عليها^(٤)، كما تعتبر من صور

^١ - ينظر حول ذلك: د. سليم حربية و عبد الأمير العكيلي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ج ١، المكتبة القانونية للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١٠، ص ١١٢، ١١٣. ونظراً لأهمية التدوين فقد اصدر مجلس القضاء الاعلى العراقي اعمام بهذا الشأن، حيث ورد فيه: ((لوحظ في الأونة الاخيرة قيام بعض السادة قضاة التحقيق باستخدام نماذج معدة سلفاً لغرض تدوين افادات المشتكين والشهود وغيرهم وتكون خالية من الاسم والتولد وباقي المعلومات خلافاً لما نصت عليه الأحكام العامة في قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١، والتي اوجبت على قاضي التحقيق ان يقوم بتدوين الاقوال بصورة تفصيلية وبأسلوب السرد والاسترسال لا بطريقة السؤال والجواب وملء الفراغات كون تلك الطريقة تؤدي إلى ضياع وفقدان العديد من التفاصيل التي تؤثر على سير التحقيق ولا تعطي صورة واضحة وكاملة عن ما تم تدوينه باعتباره مختصرة ولا تليي طموحات المواطنين كما انها قد تؤدي إلى ضياع الحقوق وسهولة الشطب والتحبير والإضافة عليها وتحديد ما تم ملأه بخط اليد خلافاً للإفادات المطبوعة بصورة كاملة، وان الضبط الالكتروني بواسطة الحاسبة لا يعطي نماذج او نموذج لكافة الإفادات كون ذلك غير صحيح ولا يعطي المعنى الصحيح للضبط الالكتروني)). ينظر: إعمام مجلس القضاء الاعلى العراقي: ذو العدد (ق. ت/٤/٢٠١٧) في: ٢٠١٧/٢/٦.

^٢ - د. أحمد عبد الظاهر، العدالة الجنائية الذكية.. التدوين الذكي، ص ١، مقال منشور على الموقع الرسمي

لنقابة المحامين المصري في ١٨/١٠/٢٠٢٠، الموقع الالكتروني: <https://egyils.com/>

تأريخ الزيارة ٢٠/٦/٢٠٢٢.

^٣ - د. نبيل مدحت سالم، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط٤، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٠، ص ٢٦١.

^٤ - د. مأمون محمد سلامة، قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ج ١، ص ٥٩١.

الانعدام فيما يتعلق بالتدوين هي عدم التدوين في محضر رسمي، كما يكون من صور الانعدام عدم التوقيع بمعرفة الجهات القائمة بالتحقيق^(١).

يتضح مما سبق ذكره، ان الانعدام في إجراءات التحقيق الابتدائي يتحقق بالمخالفة الجوهرية للشروط التي تطلبها القانون في العمل الإجرائي خلال مرحلة التحقيق الابتدائي كما لو تمت مخالفة القواعد المتعلقة بالقواعد الشكلية وكذلك القواعد المتعلقة بالاختصاص وغيرها، ويترتب على هذا الأمر ان الاجراء المخالف لشروط العمل الإجرائي الجوهرية يصرف النظر عنه، ويكون بمثابة العدم.

الفرع الثاني

الانعدام في إجراءات المحاكمة

ان انتهاء التحقيق الابتدائي وإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة لا يعني ذلك ختام الإجراءات بشكل عام والإجراءات الاستقصائية^(٢)، بشكل خاص بل ان الإحالة تعد استمراراً لهذه الإجراءات عندما تكون الحصيلة توافرت من عناصر اتهام شخص محدد بارتكابه للجريمة تكون هذه العناصر كافية لطرق باب القضاء لمجازاته عن فعله وذلك بتوقيع الجزاء عليه، لذلك فإن الإجراءات الاستقصائية تستمر إلى ما بعد الإحالة^(٣)، ولما كانت هذه الإجراءات تمس بحرية وحقوق الأفراد وتهدف إلى تحقيق مصالح عامة، لذلك فإن المشرع قيدها بالعديد من الضوابط والقيود، ومخالفة هذه القيود الجوهرية يترتب على الاجراء عيب الانعدام حيث يفقد وجوده من

^١ - احمد عبد الحميد احمد عبد الكريم، نظرية الانعدام في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٢٣٢.

^٢ - إجراءات التحري وجمع الأدلة.

^٣ - نعم حمد علي موسى الشاوي، الفلسفة الإجرائية في الدعوى الجزائية، المصدر السابق، ص ١٦٦.

الناحية الواقعية ومن الناحية القانونية، لذلك هنالك العديد من الإجراءات التي يلحقها عيب الانعدام في مرحلة إجراءات المحاكمة، وهي كالآتي:-

أولاً/ الانعدام المتعلق بقواعد الاختصاص في إجراءات المحاكمة:

يوجب القانون ضرورة مراعاة القواعد والشروط المتعلقة بتشكيل المحاكم الجزائية حتى تكون الإجراءات التي تصدر منها صحيحة وتكون منتجة لآثارها، حيث حدد القانون ثلاثة معايير تحكم تحديد الاختصاص وهي المعيار الشخصي وهذا المعيار يحدد الاختصاص على أساس شخص معين أو شخص المتهم أو المجني عليه، وأن الأصل في التشريعات الجنائية هو عدم الاعتداد بشخص المجني عليه في تحديد الاختصاص وهذا الأمر يكمن في المساواة بين الناس وعدم التمييز فيما بينهم، ولكن هناك اعتبارات معينة أوجب الخروج على هذا الأمر حيث تم الاعتداد بصفة المجني عليه كما في حالة تحديد القضاء المختص بالأحداث^(١).

أما النوع الثاني من المعايير التي تحدد اختصاص المحاكم فهو المعيار المتعلق بالاختصاص النوعي حيث يتم تقسيم المحاكم تبعاً لجرائم معينة أي بحسب نوع كل جريمة ودرجة جسامتها^(٢)، أما المعيار الآخر هو حيث يتم تقسيم المحاكم حسب المناطق الجغرافية^(٣).

أما فيما يتعلق بالمشروع المصري حيث أجاز التخصص بعد مضي (أربع سنوات على الأقل) من تأريخ تعيين القاضي في وظيفته، وأوجب التخصص بالنسبة لمن يكون من القضاة قد مضى على تعيينه ثماني سنوات المادة (١٢ / ١) من قانون السلطة القضائية العراقي رقم (٤٣)

^١ - د. أمال عبد الرحيم، الخبرة في المسائل الجنائية، الناشر جامعة المنصورة، مصر، ١٩٦٤، ص ٢٦.

^٢ - د. أمال عبد الرحيم، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، بلا سنة نشر، ص ٢٨٦، ٢٨٧.

^٣ - د. محمود سليمان كبش، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٣٢.

عام (١٩٦٥)، إلا أن هذا القانون المذكور قد علق الفقرة الثانية من المادة المشار إليها، صدور قرار من وزير العدل بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى للهيئات القضائية بقيود معينة ولم يصدر القرار من وزير العدل لغرض تنفيذ النظام الخاص بتخصص القاضي^(١).

وقد اتبع المشرع الفرنسي تقسيم المحاكم الجنائية تبعاً للجرائم حيث خص محاكم الجنايات بالنظر في جرائم الجنايات وخص المحاكم الابتدائية بالنظر في جرائم الجرح، أما فيما يتعلق بجرائم المخالفات حيث جعلها من اختصاص محاكم الشرطة، بينما وضع محاكم خاصة للأحداث^(٢).

ويتحقق الانعدام هنا في حالات عديدة أهمها مخالفة التخصص^(٣)، كما في حالة قيام محكمة الجرح بمخالفة معيار تقسيم المحاكم كما بو نظرت في دعوى متهم راشد حيث يكون إجراءات المحكمة منعدمة، وكذلك تتحقق حالة الانعدام في حالة قيام إحدى المحاكم بالنظر في دعوى مقدمة على حدث، وكذلك يتحقق الانعدام هنا في حالة نظر محكمة الجرح دعوى من

^١ - د. محمود محمود مصطفى، تطور قانون الإجراءات الجنائية في مصر وغيرها من الدول العربية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص ١٠٧.

^٢ - د. سليم إبراهيم حربة و عبد الأمير العكيلي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ج٢، المصدر السابق، ص ٥٨.

^٣ - على العلى الرغم من أن المشرع العراقي لم ينص على تخصيص القضاة للدعاوى الجزائية إلا أن من الناحية الواقعية يوجد هنالك تخصص إذ إن هنالك قضاة اشتغلوا في مجال القضايا الجزائية وبهم باع طويل في هذا المجال حيث يؤدي هذا الأمر إلى التخصص الواقعي د، كما أن تقسيم المحاكم إلى محاكم تحقيق وحكايات وجرح وتنسيق العمل لكل محكمة وفصلها من حيث الصلاحيات والواجبات ومواعيد العمل أوجد نوع من التخصص اضافة إلى تخصص قضاة الأحداث. ينظر: د. سليم إبراهيم حربة و عبد الأمير العكيلي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ج٢، المصدر السابق، ص ٥.

النوع الجنائيات، اوجب قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي بعدم حق هذه المحاكم بالنظر في الجنائيات^(١).

ثانيا/الانعدام المتعلق بقواعد تشكيل المحكمة:

وكذلك ألزمت التشريعات بضرورة مراعاة القيود القانونية في تشكيل المحكمة فمثلا قانون التنظيم القضائي العراقي أشار إلى انعقاد محكمة الجنائيات من ثلاثة قضاة برئاسة رئيس محكمة الاستئناف أو أحد نوابه، وعضوية نائبين آخرين أو أحدهما وقاض، وعضوية قاضيين على أن لا يقل صنف أحدهما عن الصنف الثاني، كما أشار القانون إلى أن محكمة الجنج تتشكل من قاض واحد، كما أشار هذا القانون إلى أن محكمة الأحداث تتعد من هيئة تكون برئاسة قاضي محكمة الأحداث وتتكون كذلك من عضوية اثنين من المحكمين وتتنظر في الجنائيات وتصدر أحكامها فيها وفق قانون الأحداث^(٢). حيث يتحقق الانعدام في حالات الاختصاص وفق ما يلي:

١- كذلك يكون الانعدام في التشكيل في حالة انعقاد الهيئة من قاض واحد أو تشكيلها على خلاف ما نص عليه القانون.

٢- يتحقق الانعدام في التشكيل في حالة تكوين هيئة قضائية في محكمة الجنج. إذ إن فلسفة وجود هيئة قضائية في الجنائيات وعدم ضرورتها في الجنج تكمن في أن هذه الجرائم فيها خطورة كبيرة توجب عرضها أمام محكمة جزائية تتشكل من هيئة لا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة قضاة، وهذا الأم على العكس تماماً من الجرائم الاخرى و التي تعرض في عادة أمام محكمة

^١ - ينظر: المادة (١٣٨/١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي. تجدر الإشارة إلى أن محكمة الجنج يمكن لها تتنظر في قضايا الشروع في بعض الجنائيات. ينظر: د. سليم إبراهيم حربة وعبد الأمير العكيلي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ج٢، المصدر السابق، ص٣٣.

^٢ - ينظر: المواد (٣١-٣٣) من قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩.

تتشكل من قاضي منفرد وذلك لقلّة خطورتها على أمن المجتمع وسلامته وقله خطر مرتكبين هذه الجرائم على امن وسلامة الأفراد في المجتمع^(١).

٣- كما يتحقق الانعدام في حالة تشكيل محكمة الأحداث على خلاف النصوص القانونية، كما لو تشكلت من أشخاص باحثين اجتماعيين لا يملكون الصفة القضائية.

٤- كما يتحقق الانعدام في صحة تشكيل المحكمة في حالة عدم حضور المدعي العام حيث تعتبر كل الجلسات غير صحيحة وفق المادة (٨) من قانون الادعاء العام العراقي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٧، ونفس الحالة في مصر حيث أوجب قانون الإجراءات الجنائية المصري على وجوب حضور احد اعضاء النيابة لجلسات المحاكم الجنائية والزم هذا القانون المحكمة سماع أقواله والفصل في طلباته^(٢).

ثالثاً/انعدام إجراءات المحاكمة في حالة مخالفة سرية محاكمة الحدث:

على العلى الرغم من ان المبدأ العام هو علانية المحاكمة إلا أن في بعض الأحيان يوجب القانون جعلها سرية ولم يترك للمحكمة سلطة تقديرية في هذا الشأن، إذ إن حماية الحدث في بعض الأحيان وحماية حق الخصوصية لديه وتوقي الاثر النفسي الذي يترتب على علانية المحاكمة، وتجنب التشهير به في الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة، حيث تعتبر السرية

^١ - الااء ناصر حسن البعاج، تنازع الاختصاص في الإجراءات الجزائية، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، العراق، ٢٠٠١، ص ٣٢ وما بعدها.

^٢ - ينظر: المادة (٢٦٩) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

من اهم ضمانات الحدث وتعتبر من الامور الجوهرية التي على محاكم الاحداث مراعاتها، وعدم التقريط بها^(١).

وقد نصت المادة (٣١) من القانون رقم (٣١) لعام (١٩٧٤) المصري بشأن الأحداث على أنه : ((لا يجوز أن يحضر محاكمة الحدث إلا اقاربه و الشهود والمحامين والمراقبون الاجتماعيون ومن تجيز له المحكمة الحضور بإذن خاص) ، وكذلك نص قانون الإجراءات المصري على هذه السرية في المادة (٣٥٢)، وكذلك تنص المادة (٢٣٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي على أنه : (أ_ تجري محاكمة الحدث في جلسة سرية لا يحضرها غير اعضاء المحكمة وموظفيها أو ذوي العلاقة بالدعوى واقارب الحدث والمدافع عنه والشهود))، ونصت المادة (٥٨) من قانون رعاية الاحداث العراقي على أنه : ((تجري محاكمة الحدث في جلسة سرية بحضور وليه أو أحد أقاربه إن وجد ومن ترى المحكمة حضورهم من المعنيين بشؤون الأحداث)).

إذ إن مخالفة السرية في محاكمة الاحداث تعتبر إجراءات المحاكمة منعدمة ولا يكون لها اي أثر من الناحية القانونية والواقعية، إذ إن ضمانة السرية الممنوحة للحدث تعتبر من الأمور الجوهرية التي أشارت اليها المواثيق والصكوك الدولية والتشريعات الداخلية، إذ إن مخالفتها يجعل الإجراءات كأن لم تكن. فالسرية هي ضمانة جوهرية يمنحها القانون إلى الأفراد بينما العلانية تكون الغاية منها المصلحة العامة^(٢).

^١ - غسان عبد السادة حسن الحميداوي، ضمانات الحدث في الدعوى الجزائية، رسالة ماجستير، جامعة ذي قار، كلية القانون، العراق، ٢٠١٦، ص ١٣٢ وما بعدها.

^٢ - mohamed mentalechta , " les droits de la defense", la revue de sciences juridiques ,economiques et politiques, partie 39 ,2002, p90.

رابعاً/انعدام إجراءات المحاكمة لأخلال بقواعد المواجهة:

يقصد بمبدأ المواجهة: ((حق الخصم أن يعلم علماً تاماً وفي وقت مفيد بكافة إجراءات الخصومة وما تحتويه من عناصر واقعية وقانونية يمكن أن تكون أساساً في تكوين اقتناع القاضي))^(١)، حيث تعتبر المواجهة من المبادئ الجوهرية التي تقوم عليها المحاكمة حيث لا يجوز للقاضي الجزائي ان يقوم ببناء الحكم الذي اصدره على إجراءات اتخذها بغير علم الخصوم، كما لا يجوز للقاضي اتخاذ إجراءات بدون حضور الادعاء العام، كما لا يجوز للقاضي المضي بالإجراءات دون تمكين الخصوم من مناقشتها كما لا يجوز ان تقوم المحكمة باتخاذ إجراءات او الاطلاع على الاوراق بعد انتهاء المرافعة إذ إن قيامها بهذه الامور تجعل المحاكمة معيبة وغير صحيحة وكأنها لم تكن^(٢).

فقيام المحكمة بالاستناد إلى اقوال شهود في غير القضية التي تحاكم عليها المتهم يعتبر هذا الاجراء كأن لم يكن وليس له اي محل للاعتبار، حيث خالف مبدأ جوهرية المحاكمة وهو المواجهة^(٣)، وعلى هذا الأساس فإن الانعدام يتحقق في حالة مخالفة مبدأ العلم والمواجهة بين الخصوم إذ إن هذا الأمر سيهدم ضمانات مكفولة للخصوم ومن ثم تُبنى إجراءات المحاكمة على امور فيها اخلال جسيم للقواعد والمبادئ القانونية.

^١ - د. محمود نجيب حسني، شرح الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٩٦٣

^٢ - بسمه معن محمد ثابت، مبدأ المواجهة بين الخصوم في الإجراءات الجنائية، ط ١، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥، ص ١٢٢-١٢٥.

^٣ - عبد الحميد الشواربي، النطلان الجنائي، المصدر السابق، ص ٢٨٦.

خامساً/انعدام الشهادة في إجراءات المحاكمة:

هناك فئة من الأشخاص منع المشرع أداء الشهادة من قبلهم، حيث أوجد أن المصلحة في إعفائهم من الالتزام بالشهادة ترجح على ادائها وذلك لاعتبارات اجتماعية، حيث اورد المشرع العراقي في قانون أصول المحاكمات الجزائية على منع شهادة أحد الزوجين على الآخر وعدم جواز شهادة الأصول على الفروع ولا الفروع على الأصول^(١)، أما المشرع المصري فنلاحظ أنه كذلك مد نطاق المنع إلى الأقارب من الدرجة الثانية وكذلك شمل الأخوة والأخوات، ويلاحظ على موقفه أنه جعل المنع جوازي، حيث تكون حرية للشاهد إن شاء ادلى بها وإن شاء أدلى وإن شاء امتنع، حيث ساير المشرع المصري المصلحة العامة؛ وذلك بغية بالابتعاد عن كل ما يؤدي إلى الخلاف و الكراهية والانتشاق داخل الحياة الأسرية^(٢)، وعلى هذا الأساس نأمل من المشرع العراقي السير على خطى المشرع المصري في هذا الأمر من خلال مد المنع إلى الأقارب من الدرجة الثانية مع الإبقاء على المنع وجوبياً.

ففي حالة الاعتداء بالشهادة من الاشخاص التي حظر القانون اخذ شهادتهم يعتبر الاجراء كأن لم يكن ولا يعتد به ويعتبر معدوم، حيث ليس له اي اثر من الجانب الواقعي والقانوني، وإن ما يُبنى عليه من إجراءات تكون معدومة كذلك، حيث يعتبر ذلك مخالفة جوهرية لما اوردته المشرع.

كما يتحقق الانعدام في الشهادة في حالة الاكراه عليها اي ادلاء الشهادة بالقوة او بالتهديد حيث تكون هذه الشهادة منعدمة، إذ إن الارادة هي المناط في كون العمل يعتد به من الناحية

^١ - ينظر: المادة (٦٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

^٢ - ينظر: المادة (٢٨٦) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

القانونية وله وجود من حيث نظرة القانون اليه، فأن انعدام هذه الارادة لا محل للقول بأن الاجراء باطل بل هو منعدم، والسبب في ذلك ان البطلان يفترض وجود الاجراء في الواقع والقانون بينما غياب الارادة تجعل الاجراء مجرد عن الوجود من الناحية الواقعية والقانونية، فالإرادة عنصر جوهري في العمل الإجرائي فأن مخالفة هذا العنصر الجوهري يفقد الاجراء اي وجود من الجانب الواقعي والقانوني، والأمر لا يتوقف فقط على الاكراه، بل يمتد كذلك إلى عاهة العقل والسكر، او استعمال عقار الحقيقية^(١)؛ حيث كل هذه الأمور تجعل من الشهادة منعدمة.

سادساً/انعدام الاعتراف خلال إجراءات المحاكمة:

يعرف الاعتراف بأنه: ((عمل إرادي يصدر من المتهم على نفسه بواقعة تتعلق بشخصه لا بشخص غيره، فإذا اعترف المتهم بجرائم صدرت عن غيره فلا يسمى ذلك اعترافاً بل يعد من قبيل الاستدلالات التي يجوز للمحكمة أن تعزز بها ما لديها من أدلة))^(٢).

ويجب ان يكون الاعتراف ناتج عن إجراءات صحيحة والا صرف النظر عنه ولم يعتد به، حيث يجب ان يصدر عن حرية وتمييز حيث يعتبر الاعتراف منعدماً في حالة صدوره عن متهم فقد قواه العقلية وكذلك يعتبر الاعتراف منعدماً في حالة صدوره عن متهم تحت تأثير المخدرات او التتويم المغناطيسي، كما لا يكون للاعتراف اي وجود من الجانب القانوني والواقعي في حالة صدوره تحت تأثير الاكراه المادي والادبي، كما ان الاعتراف إذا صدر نتيجة إجراءات منعدمه

^١ - د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١٩٥، ١٩٦.

^٢ - عبد المجيد عبد الهادي السعدون، اعتراف المتهم وأثره في الإثبات الجزائي، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، العراق، ١٩٨٨، ص ٣٩.

يعتبر منعماً وكذلك في حالة صدوره كون الاعتراف خارج السلطة القضائية، حيث لا يتم التعويل على هكذا اعتراف ويعتبر هو والعدم سواء^(١).

يتضح مما سبق ذكره، ان مخالفة الشروط الجوهرية التي تلزم لوجود الاجراء الجزائي يترتب عليه عدم الاعتداد بهذا الاجراء ويكون كأن لم يكن سواء من الناحية الواقعية او الناحية القانونية، وعيب الانعدام لا يتوقف على مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية، فكلما كانت هنالك إجراءات تضع القواعد الموضوعية موضع النفاذ تمس بالحرية الشخصية وتهدف إلى تحقيق المصالح العامة، فأنها عندما تخالف الشروط الجوهرية التي تتعلق بالنظام العام التي يضعها المشرع تكون الإجراءات منعدمة.

المطلب الثاني

آثار الانعدام

ان الانعدام يجعل الاجراء بغض النظر عن طبيعته غير موجود ومن ثم لا يمكن التعويل عليه بأي اجراء اخر، لان الانعدام يجعل الاجراء لا يترتب أي آثار، فإذا تعلق الانعدام بإجراء منفصل اصبح هذا الاجراء هو والعدم سواء، وإذا كان هذا الاجراء مرتبط بكتلة إجرائية سيؤثر بشكل مباشر على الإجراءات اللاحقة وحتى الإجراءات السابقة سيهدمها، ومن ثم لا يمكن التعويل عليها، ويؤدي الانعدام آثار كبيرة في الحكم الجزائي باعتباره الاجراء الالهم في الدعوى الجزائية ومنتهى الخصومة الجزائية، فطبيعة الانعدام تجعل الحكم الجزائي غير منتج الأثره ومن ثم غير مكتسب لحيية الامر المقضي به، وعلى هذا الأساس سنقسم هذا المطلب على

^١ - د. نبيل مدحت سالم، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٤٤٥-٤٤٨.

فرعين: حيث سنتناول في الفرع الأول: آثار الانعدام على الإجراءات، بينما سنتناول في الفرع الثاني: أثر الانعدام على حجية الحكم.

الفرع الأول

آثار الانعدام على الإجراءات

أن الانعدام كغيره من الجزاءات الإجرائية التي وضعت لغرض الالتزام بالضوابط والقيود التي وضعها المشرع للعمل الإجرائي بصورة عام، إذ إن الأثر المرتد لهذه الجزاءات تتمثل بالحرمان من الحقوق الإجرائية وتنتهي فاعلية الإجراء في إنتاج أي أثر، ويكمن ذلك في مخالفة شق التكليف الوارد في القاعدة الإجرائية الجزائية^(١)، فالإجراءات الجزائية وضعت وفق الموازنة بين الحقوق والحريات إضافة إلى حق الدولة في استيفاء العقاب من المذنبين من خلال معرفة الجريمة وكذلك معرفة الجاني وصولاً إلى إنزال العقاب الملائم^(٢).

والانعدام الإجرائي في أصله أثر؛ لكونه يترتب على فقدان العمل الإجرائي الجنائي أحد الأركان الأساسية التي لا يقوم بدونها ومن ثم يكون على درجة واحدة وبصورة تلقائية^(٣)، وهذا الأثر يترتب عليه العديد من الآثار المتفرعة عنه، وعلى هذا الأساس تترتب العديد من الآثار على الانعدام فيما يتعلق بالإجراءات الجزائية، والتي سنبينها على النحو الآتي:

^١ - احمد حسوني العيثاوي، التكليف بالحضور في الدعوى الجزائية، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، العراق، ١٩٩٠، ص ٢٨٠.

^٢ - د. عبد الوهاب حومد، الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتي، ط ٢، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٧٧، ص ٢٥٧.

^٣ - د. محمد يحيى احمد عطية، العيب الإجرائي وأثره على صحة إجراءات الخصومة القضائية، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، المجلد الرابع، العدد الرابع والثلاثين، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٨، ص ٦٠٨.

أولاً/ الأثر الهادم لعيب الانعدام:

إذ أن النتيجة المترتبة على الانعدام في إجراءات الدعوى الجزائية بصورة عامة هي عدم فاعليتها وانتاجها للآثار القانونية التي كان من المفترض أن تتولد عن أي إجراء لو كان خالياً من عيب الانعدام^(١).

ومن هذه الآثار الانعدام الوارد على الاعتراف نتيجة صدوره عن إكراه حيث يعتبر كأن لم يكن وليس له وجود من الناحية القانونية أو من الناحية المادية فلا يعتبر صادر عن المتهم ومن ثم لا يمكن إدانته على أساس هذا الاعتراف وأن هذا الأثر يمتد على كل الإجراءات اللاحقة بصورة تلقائية أي أن كل الإجراءات التي تلي الاعتراف المنعدم تعتبر منعدمة كما لو صدر حكم بالإدانة بناء على هذا الاعتراف حيث يكون هو الآخر منعدماً وليس له وجود قانوني أو مادي^(٢).

فالآثر المترتب على الانعدام يؤدي إلى فقدان القيمة القانونية ومن ثم إلى عدم إقامة أي رابطة إجرائية، وقد بين المشرع العراقي هذا الأثر في المادة (١٢٧) المتعلقة باستخدام وسائل غير مشروعة للتأثير على ارادة المتهم، وكذلك في المادة (٢١٨) المتعلقة بصدور الإقرار عن الإكراه، إذ إن المشرع رتب آثار الانعدام في هذه الأحوال على العلى الرغم من عدم تصريحه بهذا العيب بشكل مباشر^(٣)، كما أن المشرع المصري أشار إلى هذا الأثر في المادة (٣٠٢/٢) حظر المشرع تحليف المتهم اليمين، وحمایته من الإكراه حال إدلائه بأقواله.

^١ - د. احمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٢.
^٢ - د. رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٤، ص ١٠٥.
^٣ - د. يوسف مصطفى رسول، التوازن في الإجراءات الجزائية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، مصر- الإمارات، ٢٠١٧، ص ٣٠٤.

أما المشرع الفرنسي كذلك أشار إلى هذا الأثر من خلال اعترافه بحق المتهم في الصمت في مرحلة جمع الاستدلالات بنص صريح بعد تعديل المادة (١/٦٣) من قانون الإجراءات الجنائية بموجب القانون رقم (٥١٦) لسنة ٢٠٠٠ الصادر في ١٥ يونيو ٢٠٠٠، حيث نص هذا التعديل الجديد على ضرورة إخبار الشخص المحتجز بوليسياً بحقه في عدم الإجابة على أية الأسئلة التي يتم توجيهها إليه من قبل المحققين، وكذلك أشار المشرع الفرنسي إلى هذا الأثر من خلال تطبيق الحق في الصمت في مرحلة التحقيق الابتدائي استناداً للمادة (٣/١١٦) والمتعلقة بالحضور الأول أمام قاضي التحقيق، حيث تنص هذه المادة على عدم جواز استجواب محل الملاحظة (المتهم) إلا برضاه^(١).

وعلى هذا الأساس أن الانعدام يترتب آثار مرتدة على جميع الإجراءات التي تتخذ على أساس الإجراء المنعدم وهذا يمثل قوة هذا العيب وقد أشارت التشريع العراقي والمصري والفرنسي إلى ما يترتب على هذا الأثر من قوة.

ثانياً/الأثر المرتد لعيب الانعدام:

إن أثر الانعدام لا ينصرف إلى إجراء معين بل يترد إلى كل العلاقة الإجرائية أو مرحلة من مراحلها إذ أن مخالفة الضوابط الجوهرية يؤدي إلى هدم الكتلة الإجرائية المتخذة في مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية، لذا فإن الانعدام يؤثر على نشوء الروابط الإجرائية ذاتها بحيث

^١ - ينظر: د. عبد المنعم الأحول، قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، ج ١، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦، ص ٣٨.

يجعلها منعدمة الوجود كما أن أثر الانعدام يرتد على الإجراءات السابقة التي بنيت على الإجراء المنعدم^(١).

إذ أن أثر الانعدام يرتد بشكل فوري على كل الإجراءات السابقة التي ترتبط مع برابطة وثيقة سواء كانت الإجراءات المتعلقة بهذا الإجراء المنعدم سابقة أم لاحقة^(٢).

ونرى أن هذا الأثر مشروط باتصال الإجراء بغيره أما إذا كان منفصل ولا يرتبط الإجراء بإجراء آخر سابق أو لاحق يحقق هذا الأثر وأبرز مثال ذلك هو انعدام الحكم فإن أثر الانعدام يقتصر على هذا الإجراء من إجراءات الخصومة ومن ثم فإنه لا يهدم كل إجراءات الخصومة الجزائية.

ولم نجد أية إشارة في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي إلى هذا الأثر بينما أشار قانون الإجراءات الجنائية المصري إليه في المادة (٣٣٦)، حيث نصت على: ((إذا تقرر بطلان أي إجراء فإنه يتناول جميع الآثار التي تترتب عليه مباشرة...))، وكذلك أشار إليه قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي في المادة (١٧٢/٢) حيث نصت على: ((على غرفة الاتهام متى وقع البطلان أن تحدد ما إذا كان هذا البطلان يجب أن يحدد نطاقه بالإجراء العيب أو يمتد إلى جميع أو بعض الإجراءات التالية)).

ولكن القضاء الجنائي العراقي أشار إلى هذا الأثر، حيث جاء في أحد القرارات: ((لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون لان القرار التمييزي

^١ - د. أمال عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٩١، ص ٣٩٣، ٣٩٤.

^٢ - د. خيري عبد الفتاح السيد البتانوتي، نظرية الانعدام الإجرائي، المصدر السابق، ص ١٤٤ وما بعدها.

تضمن رد الاعتراض المقدم من قبل المحكوم (المميز) شكلاً واعتبار الحكم الغيابي الصادر بحقه بمنزلة الحكم الوجاهي ولدى تدقيق اضبارة الحكم الغيابي موضوع الاعتراض وجد ان المميز قد أحيل على محكمة (جرح الرميثة) لإجراء محاكمته غيابياً بدعوى غير موجزة وفق أحكام المادة ٤٥٩ عقوبات، وأن المحكمة المذكورة بلغت المتهم بالإعلان في لوحة إعلانات المحكمة وحكم عليه غيابياً بتاريخ ٢٩/١١/٢٠١٠، وبلغته بنفس الطريقة وتكون المحكمة بإجراءات تبليغها قد خالفت أحكام المادة ٤٣/ج، من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي لأن جريمة إعطاء صك دون رصيد من الجرح المهمة التي اوجبت المادة المذكورة تبليغ المتهم فيها بصحيفتين محليتين ولما تقدم ولكون قرار الحكم الغيابي الاعتراضي بني على إجراءات باطلة قانوناً لذلك قرر نقض كافة القرارات الصادرة في الدعوى وإعادتها إلى محكمتها بغية إجراء المحاكمة مجدداً، وصدر القرار بالاتفاق على أن يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة في ٢٠١٣/٨/٢٧))^(١).

ثالثاً/ الأثر المؤيد لعيب الانعدام من حيث عدم إمكانية التصحيح:

أن الفلسفة التي تقوم عليها فكرة التحول في الإجراء المعيب أو فكرة تصحيح الإجراء المعيب هي العلاج القانوني للإجراءات التي تكون معيبة، إذ إن هذا الأمر يوسع من دائرة الإجراء الصحيح و يضيق من نطاق حالات العيب الإجرائي، ومن ثم فإن التشريعات التي تتبنى هذه الفكرة تكون غايتها الحد من توقيع الجزاءات الإجرائية بشكل عام، كما تكمن فلسفة فكرة التحول أو التصحيح هي التبسيط وتقليل الجهد والوقت ومن ثم الاقتصاد في الإجراء الجزائي

^١ - ينظر: قرار محكمة استئناف المثنى بصفتها التمييزية رقم (١٠٨/ت/ج/٢٠١٣) في ٢٦/٨/٢٠١٣، (غير منشور).

الذي يقوم على تصحيح هذه الإجراءات المعيبة بدلاً من الاعتماد على جزاءات إجرائية، ومن ثم الحد من آثارها المختلفة الخطيرة^(١).

والتصحيح ليست مجرد فكرة اعتباطية خالية من الضوابط حيث تفرضها الضرورة ومن ثم يجب أن تقدر بقدرها، فلا يمكن الإفراط في اللجوء إلى هذه الفكرة في جميع الحالات، حتى لا يتحول الدواء إلى داء وفي المقابل يجب عدم التفريط بهذه الفكرة والتقليص من نطاقها^(٢).

لذلك فإن هذه الفكرة لا يتم اللجوء إليها بجميع الحالات وخصوصاً فيما يتعلق بعيب الانعدام إذ إن هذا العيب يعتبر من أقسى العيوب التي ترد على الإجراءات الجنائية إذ إن هكذا إجراء لا يحتاج إلى تصحيح أو إعدام فهو كأن غير موجود يكفي فقط أن يتم التمسك بانعدامه^(٣).

وهناك من يساوي بين الانعدام والبطلان ويرى أن الأجراء المعيب بغض النظر عن كونه باطل أو معدوم يبقى كما هو ويتحول إلى عمل صحيح آخر معمول به في النظام القانوني حيث يبقى الإجراء موجود لكنه يرتب آثار تختلف عن آثار الإجراء الأصلي^(٤).

ونحن لا نؤيد الرأي سالف الذكر لان التحول يقتضي إجراء جنائي موجود من الناحية المادية والقانونية ولكنه غير صحيح، أما الإجراء المنعدم فهو اصلاً غير موجود سواء من

^١ - د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١٧١.

^٢ - عبد الحكيم عباس عكاشة، الصفة في العمل الإجرائي، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، مصر، ١٩٩٥، ص ٣٤٤.

^٣ - د. عبد الحميد الشواربي، نظرية البطلان، المصدر السابق، ص ١٨.

^٤ - حسن علي حسين، النظرية العامة لجزاءات الإجراءات الجنائية في قانون الإجراءات، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، مصر، ٢٠٠٤، ص ٢٧.

الناحية القانونية أما من الناحية المادية^(١)، كما أن التصحيح يقتضي تحقيق الغاية من الإجراء على الرغم ما به من عيب وهذا ما أشار إليه المشرع المصري: ((يزول أثر البطلان إذا كان الإجراء قد تحققت الغاية منه بالنسبة لجميع ذوي الشأن على الرغم ما به من عيب))^(٢)، وهذا لا الأمر لا ينطبق على عيب الانعدام لكونه غير موجود ومن ثم لا يحقق الغرض من التصحيح. كما أن التصحيح غير ممكن في عيب الانعدام والسبب في ذلك هو أن هذا العيب يؤدي إلى عدم الصلاحية المطلقة للأعمال الإجرائية بشكل كامل للدخول في الرابطة الإجرائية، حيث لا يقتصر الانعدام على إجراء معين بل يمتد إلى كل الرابطة الإجرائية أو مرحلة كاملة منها ولو اقتصر هذا العيب في مصدره على عمل إجرائي فقط^(٣).

رابعاً/أثر انعدام الدعوى الجزائية على الدعوى المدنية:

إن انعدام الدعوى الجزائية يمتد بشكل طبيعي إلى انعدام الدعوى المدنية، إذ أن انعدام اختصاص المحكمة الجنائية بالدعوى الجزائية يترتب على ذلك بصورة تلقائية عدم اختصاصها بالدعوى المدنية، فإن انعدام ولاية المحكمة بالدعوى الجزائية يستتبعه انعدام ولايتها في الدعوى المدنية بشكل تلقائي، ومن آثار الانعدام على الدعوى المدنية في هذا الصدد هو أن عدم قبول الدعوى الجزائية بسبب الانعدام يترتب عليه بصورة تلقائية انعدام قبول الدعوى المدنية التابعة إلى

^١ - علياء طه محمود، الضرورة والتناسب في النصوص الإجرائية الجزائية، المصدر السابق، ص ٢٣٩.
^٢ - ينظر: المادة (٣٢٣) من قانون الإجراءات الجنائية المصري. وهذا ما أشارت له محكمة النقض المصرية: ((أن بطلان ورقة التكليف بالحضور يصح بتحقيق الغاية من الإجراء، فتصح بحضور المعلن إليه أو بإيداعه ويعتبر الإعلان صحيحاً منذ صدوره وليس من وقت الحضور)). ينظر قرار محكمة النقض المصرية رقم (٢٠٩٠ لسنة ٥٤ق، جلسة ١٣/١٢/١٩٩٠، أشار إليه د. احمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٦٦٥.
^٣ - د. عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٥٣.

الدعوى الجزائية، ومن الآثار أيضا للانعدام في هذه الحالة هو وفاة المتهم بعد وقبل رفع الدعوى الجزائية يكون الاتصال الإجرائي بهذه الدعوى معدوما سواء بصورة طبيعية عند وفاة المتهم قبل رفعها أو أداة فنية للانعدام عند وفاة المتهم بعد رفعها، وهذا بطبيعة الحال سيؤدي إلى انعدام الاتصال الإجرائي بالدعوى المدنية^(١).

وقد أخذ المشرع العراقي بهذا الأثر في الماد (٢٧٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي التي نصت على: ((يترتب على الغاء الحكم زوال آثاره الجزائية والمدنية كلا او جزءا ورد الغرامة والتعويض والأشياء والأموال المسلمة او المصادرة عينا إن وجدت او دفع قيمتها إن لم تكن موجودة ما لم تكن المصادرة واجبة قانونا)) كما أخذ بهذا الأثر قانون الإجراءات الجنائية المصري في نص المادة(٤٥١)، وكذلك قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي في المادة (٦٢٧)، إذ إن هذه المواد تقابل ما جاء به قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي^(٢).

وقد أشارت محكمة النقض المصرية إلى هذا الأثر حيث جاء في قرارها: ((... فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدفع استناداً إلى أن الحكم في الدعوى الجنائية قد أصبح نهائياً بعدم استئنافه من المتهم والنيابة العامة، على العلى الرغم من تسليمه بأن الدعوى الجنائية أقيمت ممن لا يملك إقامتها يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يعيبه ويوجب نقضه وتصحيحه والقضاء بعدم قبول الدعوى المدنية وحدها بالنسبة إلى المسؤول عن الحقوق المدنية))^(٣).

^١ - احمد عبد الحميد احمد عبد الكريم، المصدر السابق، ص ٤٨٣، ٤٨٤.

^٢ - د. وعدي سليمان علي المزوري، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، المصدر السابق، ص ٢٦١.

^٣ - قرار محكمة النقض المصرية (نقض جنائي ١٩٦٦/١١/١٥)، أشار إليه احمد عبد الحميد احمد عبد الكريم، المصدر السابق، ص ٤٨٧.

يتضح مما سبق ذكره، أن الانعدام يترتب آثار كبيرة على الإجراءات الجزائية ومن ثم فإن هذه الآثار هي كفيلة ببيان أهمية عيب الانعدام ومكانته بين العيوب الإجرائية التي تعترى الإجراءات الجزائية، إذ إن عيب الانعدام يؤدي إلى إنهاء الإجراء من الناحية المادية والقانوني وكذلك يترد على الإجراءات السابقة واللاحقة إضافة إلى أنه لا يقبل التحول والتصحيح، كما أن عيب الانعدام يؤدي إلى التأثير المباشر على الدعوى المدنية التابعة إلى الدعوى الجزائية.

الفرع الثاني

أثر الانعدام على حجية الحكم

إن معنى حجية الأمر المقضي أن تترتب على الحكم حجية بين الخصوم و بالنسبة إلى صاحب الحق من حيث المحل والسبب، ولا تندحض هذه الحجية للأمر المقضي به^(١)، إلا عن طريق إحدى طرق الطعن المقررة قانوناً في الحكم، ومن ثم تبقى للحكم حجيته إلى أن يزول أو يتم الغائه بالاستئناف أو بواسطة حكم ينقضه، والمقصود بشكل عام بحجية الحكم القضائي أن تترتب على هذا الحكم آثاراً ملزمة لكافة المتخاصمين وبالنسبة لذات الحق من حيث المحل و السبب^(٢).

^١ - تجدر الإشارة إلى الاختلاف بين حجية الشيء المقضي فيه وقوة الشيء المقضي به حيث تثبت الحجية لكل الأحكام القطعية الفاصلة في موضوع الدعوى بالإدانة أو البراءة ابتدائية كانت ام نهائية حتى ولو كانت خاضعة للطعن بها قانوناً، أما قوة الشيء المقضي به فهي اعلى مرتبة من الاولى بحيث تعد الأولى درجة من درجات الثانية ولا ينال الحكم هذه القوة إلا إذا كان باتاً بأن استنفذ كافة طرق الطعن أو انقضت مواعيدها دون استخدامها أو كان الحكم غير قابل للطعن فيه اصلاً، للمزيد من التفاصيل ينظر د. احمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٧، ص ٣٣١.

^٢ - حاكم جبير حنون الفرطوسي، حجية الحكم الأجنبي المقضي فيه، رسالة ماجستير، جامعة القادسية، كلية القانون، العراق، ٢٠١٦، ص٧.

وقد استقر قضاء محكمة التمييز العراقية على تطبيق فكرة "حجية الأمر المقضي به" على النحو الذي نظمته المادة (١٠٥)^(١)، من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩، ولعل من أحدث التطبيقات لهذا الأمر في عام ٢٠٢٠، والذي أكدت فيه المبدأ (الأحكام الصادرة في المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق إذا اتحدت أطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً ولا يجوز قبول دليل ينقض حجية الأحكام الباتة وتكون دعوى المدعي واجبة الرد)^(٢).

إذ إن الحجية الحكم تتوفر بشكل عام عند فصل القاضي في موضوع معين عندما يرفع أحد دعوى ضد آخر على الوجه الصحيح^(٣)، وتتطلع حجية الأمر المقضي به عدة شروط، وهي وجوب أن يكون الحكم قضائياً، أي أن يصدر من جهة قضائية مختصة قانوناً بذلك، كما يجب أن يكون الحكم نهائياً أي أن يفصل في الموضوع بشكل نهائي، يجب أن يفصل الحكم في منطوقه لان الحجية تقتصر على المنطوق دون الأسباب بصورة عامة، ومن الشروط الأخرى

^١ - نصت هذه المادة من قانون الإثبات العراقي على: ((للأحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق إذا اتحد اطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً)).

^٢ - ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم (٣٥/ الهيئة الموسعة المدنية/ ٢٠٢٠) في ٢٥ / ٢ / ٢٠٢٠، (غير منشور).

^٣ - د. وحيد محمود ابراهيم، حجية الحكم الجنائي على الدعوى التأديبية، ادارة تبادل المطبوعات للنشر، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١٧١.

لهذه الحجية هي اتحاد الدعيين في الموضوع والأسباب والخصوم، لأن هذه الحجية تقوم على عدم الادعاء مرة أخرى^(١).

ومن تطبيقات القضاء الجنائي العراقي حول حجية الأمر المقضي به والمتعلق بشرط صدور الحكم من جهة مختصة هو ما قضت به محكمة استئناف بابل بصفقتها التمييزية، حيث قضت بأن صدور الحكم الجزائي من سلطة غير مختصة تجعله معيباً ولا يكتسب حجية الشيء المقضي به، وهذا مشروط بتوافر المفترض الخاص بالقاضي وإلا أصبح القرار الشكلي معدوم كذلك ولن تكون له حجية الأمر المقضي به^(٢).

كما ويترتب على الانعدام هدم حجية الأمر المقضي به حيث يظل الحكم على هذا الحال لحين الطعن به من قبل ذوي الشأن، أو بصدور حكم شكلي يثبت انعدام ذلك الحكم، أو بصدور قرار بعدم قبول الدعوى وتعتبر هذه الوسيلة كأداة فنية للانعدام^(٣).

اذ ان الحجية تبقى قائمة حتى لو قبل الطعن بالحكم بشرط أن يكون لهذا الحكم الوجود المادي والقانوني أي أن يكون صحيحاً أو باطلاً وليس منعدماً؛ إذ أن الحكم المنعدم ليس له أية وجود ومن ثم يكون منعدم الحجية ومن ثم لا يستنفذ ولاية المحكمة التي قامت بإصداره، فالحكم المنعدم لا يترتب عليه أي أثر قانوني ولا يلزم كذلك الطعن فيه التمسك بانعدامه، حيث يكفي

^١ - د. محمد وأصل و د. أيمن أبو العيال، أصول المحاكمات (نظرية الأحكام، الطعن في الأحكام، خصومات متنوعة، أصول الإثبات وإجراءاته)، الكتاب الأول، ج ٢، منشورات جامعة دمشق-مركز التعليم المفتوح، دمشق، سوريا، ٢٠٠٨، ص ٨٥.

^٢ - ينظر: قرار محكمة استئناف بابل بصفقتها التمييزية رقم (٧٠/ت/جزائية/٢٠١٤) في ١١/٢/٢٠١٤، (غير منشور).

^٣ - احمد عبد الحميد احمد عبد الكريم، المصدر السابق، ص ٤٦٠، ٤٦١.

إنكار هذا الحكم عند التمسك بما اشتغل عليه من قضاء، كذلك يمكن رفع دعوى مبتدأه لطلب انعدامه^(١).

وإذا كان في الأصل عدم جواز إهدار هذه الحجية إلا بالطرق المقررة قانوناً، إلا أن هنالك استثناء يرد على هذا الأصل وهو أن الانعدام يؤدي بشكل فوري إلى هدم حجية الأمر المقضي به، لأن وجود الحجية مرتبط بوجود الحكم فإذا كان الحكم غير موجود فمن غير المنطقي أن توجد هذه الحجية^(٢).

وقد أشار المشرع العراقي لهذا الأمر في ذيل المادة (٢٢٧/ج) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، حيث جاء فيها: ((لا ترتبط المحكمة المدنية بالحكم أو القرار الجزائي البات أو النهائي في المسائل والوقائع التي لم يفصل فيها أو التي فصل فيها دون ضرورة)).

كما أشار قانون الإجراءات الجنائية المصري على هذا الأمر في المادة (٤٥٦) حيث جاء فيها: ((يكون للحكم الجنائي الصادر من المحكمة الجنائية في موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو بالإدانة قوة الشيء المحكوم به أمام المحاكم المدنية في الدعاوى التي لم يكن قد فصل فيها نهائياً فيما يتعلق بوقوع الجريمة وبوصفها القانوني ونسبتها إلى فاعلها، ويكون للحكم بالبراءة هذه القوة سواء بني على انتفاء التهمة أو عدم كفاية الأدلة، ولا تكون له هذه القوة إذا كان مبني على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون))، وبطبيعة الحال فإن هذا الأمر لا يشمل الحكم المنعدم كذلك، حيث لا يحوز الحجية أمام المحاكم المدنية.

^١ - احمد محمد عبد الرؤوف غندور، المصدر السابق، ص ٢٩٦، ٢٩٧.

^٢ - د. خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، المصدر السابق، ص ١٣٥، ١٣٦.

أما فيما يتعلق بالمشرع الفرنسي فلم ينص على هذا الأمر بشكل صريح في المادة (٤) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، التي تتعلق بموضوع الجنائي يوقف المدني، إلا أن القضاء الجنائي الفرنسي استخلص هذا الأمر من هذه المادة، فمادام الحكم الجزائي يلزم المحكمة المدنية، فإن بمفهوم المخالفة انعدام الحكم الجزائي لا يترتب عليه هذا الالتزام لأن الانعدام يعني عدم وجود الحكم ومن ثم عدم حجية الأمر المقضي به للحكم^(١)، لأن الانعدام يهدم حصانة الحكم القضائي ويجعله واقعة مجردة من كل صفته القضائية ومن ثم لا يتمتع بأي حرمة ولا يصبح لترتيب أي أثر^(٢).

يتضح مما سبق ذكره، أن من المعلوم جميع التشريعات الجزائية تضع قاعدة الأمر المقضي به للأحكام حتى لا تعاد الخصومة مرة أخرى ومن ثم يؤثر على الأمن القضائي وحقوق وحرية الأفراد، وحتى لا يترك اللجوء إلى القضاء على أهواء الخصوم، وقاعدة الأمر المقضي به تشترط وجود حكم صحيح من كل جوانبه فإذا انعدم هذا الحكم بفقدان ركن من أركانه أو مفترضات وجوده يؤدي هذا الأمر بصورة تلقائية إلى انهيار قاعدة الأمر المقضي به؛ إذ إن هذه القاعدة تستوجب حكم موجود بينما الانعدام يعدم وجود الحكم ويجعله كأنه لم يكن.

^١ - د. وعدي سليمان علي المزوري، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، المصدر السابق، ص ٢٤٩.

^٢ - احمد صباح غدير حسن، الحكم القضائي المنعدم، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، ج ٢، المجلد الثاني، العدد الأول، السنة الثانية، العراق، ٢٠١٧، ص ٣٥٩.

المبحث الثاني

وسائل التمسك بالانعدام

ان فكرة الانعدام ال يكون لها اي حيز في النطاق الواقعي وتبقى مجرد فكرة إذا ما تم تطبيقها على ارض الواقع، فعلى العلى الرغم من ان المشرع لم ينص على عيب الانعدام بكونه احد العيوب الإجرائية التي تلحق الإجراءات والحكم الجزائي، إلا أن هذا العيب فرض وجوده من خلال ما تنطوي عليه الإجراءات الجزائية من مخالفات جسيمة للقواعد القانونية، وعلى العلى الرغم من ان هذا الامر واضح في الجانب الفقهي والجانب القضائي إلا أن الانعدام لا يكون له حيز قانوني واضح الا من خلال النظرة إلى هذا الامر من الناحية الواقعية، وهذا الامر لا يكون الا من خلال تقريره والتمسك به وردة الفعل التي تترتب على الآثار الذي يربتها الحكم المنعدم او الانعدام القانوني على الاقل باعتبار الانعدام المادي ليس له اية مظهر خارجي، وان عيب الانعدام لا يقتصر على مرحلة دون اخرى في الدعوى الجزائية حيث يمتد من بداية تحريكها إلى صدور الحكم وتنفيذه، ولكل مرحلة طبيعية معينة للانعدام ومن ثم لكل انعدم في هذه المراحل وسيلة معينة يتم من خلالها التمسك به ومن ثم تقرير هذا الانعدام وقوع الانعدام إلى مراحل ولكل مرحلة وسيلة للتمسك به إذ إن في مرحلة التحري والتحقيق تختلف عن الدفع عند المحاكمة والاخيرة تختلف عن التمسك به عن طريق اللجوء إلى طرق الطعن المتعارف عليها في قانون أصول المحاكمات الجزائية وهذه تختلف عن إقامة دعوى مستقلة وهي دعوى الانعدام الاصلية، والاخيرة تختلف عن التمسك به عند تنفيذ الحكم الجزائي عن طريق الاستشكال على التنفيذ، وعلى هذا الاساس سنقسم هذا المبحث على مطلبين، حيث سنتناول في المطلب الأول: الدفع بالانعدام قبل صدور الحكم، بينما سنتناول في المطلب الثاني: الدفع بالانعدام بعد صدور الحكم.

المطلب الأول

الدفع بالانعدام قبل صدور الحكم

سبق وبيننا ان عيب الانعدام هو عيب ذاتي يعتبر الاجراء الجزائي ويفقده كيانه ووجوده ويصبح كأن لم يكن من خلال هدم احد أركانه، إذ إن هذا العيب يجرّد الاجراء من اي اثر يرد عليه ويجعله اجراءً غير منتج، فليس له اي وجود من الناحية القانونية ولا يمكن تصحيحه ولا يتحول إلى اجراء صحيح، حيث يعتبر من اشد العيوب الإجرائية الجزائية جسامة، وعلى هذا الاساس سقع الفعل منعدم دون حاجة إلى تقرير او التمسك بهذا العيب فهو غير موجود اصلاً ولكن لأجل مصلحة الخصوم ومصلحة اجهزة العدالة الجنائية فيما يتعلق بالحفاظ على الوقت والجهد ينظم لها العيب إجراءات خاصة بالتمسك به من الناحية الفقهية او يتم الاستعانة بالنصوص القانونية التي ترد على العيوب الإجرائية الاخرى، وذلك لحماية الوقت والجهد والآثار المادية الخطيرة التي ربما تترتب في حالة تم المضي بالاجراء المنعدم، وعلى هذا الأساس للإحاطة بمتطلبات هذا الموضوع ينبغي تقسيمه على فرعين: حيث سيكون الفرع الأول بعنوان: الدفع في الانعدام في مرحلة التحري والتحقيق، بينما سيكون الفرع الثاني بعنوان: الدفع بالانعدام في مرحلة المحاكمة.

الفرع الأول

الدفع بالانعدام في إجراءات التحري والتحقيق

عرف من الناحية الفقيه بانه: (القانون الجنائي بأنه الطلبات الموضوعية أو الشكلية التي يقدمها الخصم لتحقيق غايته في الدعوى المتمثلة بالكشف عن الحقيقة كالدفع بأن الدعوى قد رفعت إلى جهة غير مختصة أو أنها رفعت بأجراء باطل)^(١).

وبالدفع عبارة عن اصطلاح يطلق على كل وسائل الدفاع التي يستعين بها للخصم للإجابة على دعوى خصومه ومن ثم تقادي الحكم له، بغض النظر عن طبيعة هذه الوسائل سواء كانت موجهة إلى الدعوى او بعض إجراءاتها ام إلى موضوعها الذي يدعيه الخصم او إلى سلطته في استعمالها منكرة لها، والدفع في القانون الخاص هي مكنات او وسائل يتم الاستعانة بها من قبل الخصم بعد رفع الدعوى عليه وذلك طعنًا واعتراضاً على صحة إجراءات الخصومة من دون الاعتراض على اصل الحق التي تدور حوله الخصومة والغاية من هذا الدفع تقادي صدور حكم وفق طلبات الخصم^(٢)، وللدفع صوراً متعددة فهي تقسم من حيث مصدرها إلى دفع مرابطة بقانون العقوبات، كالدفع بتوافر احد اسباب الاباحة او موانع المسؤولية ودفع متعلقة بقانون الإجراءات كالدفع بالانعدام او بالبطلان او الدفع بعدم صحة الاختصاص، كما تقسم من حيث طبيعتها إلى دفع ذات طبيعة موضوعية توجه إلى ذات الحق المدعى به ودفع

^١ - د. معوض عبد التواب، الدفع الجنائية، ط٢، دار المجد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧، ص ١٢.

^٢ - حبيب عبيد مرزة العماري، الخصم في الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، ٢٠٠٩، ص ١١٨.

ذات طبيعة شكلية توجه إلى إجراءات الدعوى، كما تقسم بالاستناد إلى غايتها إلى دفع متعلقة بالنظام العام واخرى متعلقة بمصلحة الخصوم^(١).

ولم يتطرق قانون أصول المحاكمات الجزائية إلى الدفع، ولكن هذا لا يعني عدم وجود أشار إلى الدفع، حيث تضمن قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١، أشار إلى الدفع الموضوعي، حيث هذا القانون إلى حق أبداء الدفع في المادة (١٨١) منه، إلى: ((... فتجري محاكمته عنها، وتسمع شهود دفاعه وباقي الادلة التي طلب استماعها لنفي التهمة عنه...)) وكذلك من خلال مضمون مواد اخرى كالمادة (٦٤)^(٢).

ويمكن لأصحاب العلاقة التمسك بالانعدام في اي مرحلة من مراحل التقاضي وبناء على ذلك يمكن لهم التمسك بالانعدام في مرحلة التحري والتحقيق، إذ إن الجهة التي تختص بالفصل في الدفع، فهي تكون مختلفة، بحسب اختلاف المرحلة في الدعوى التي يحصل فيها الانعدام، إذ إن تحقق الانعدام في مرحلة التحري يكون قاضي التحقيق هو المختص حيث يتم أمامه التمسك بالانعدام، اما في حالة حصول الانعدام في مرحلة التحقيق الابتدائي فإن قاضي التحقيق لا يملك سلطة الفصل فيه؛ بل ان الأمر يكون من سلطة اعلى منه وهي محكمة الموضوع، قاضي التحقيق لا يجوز له ان يخرق مبدأ الفصل بين السلطات الإجرائية ويكون خصماً وقاضياً في

^١ - د. ضياء شيت الخطاب، نظرية الدفع أمام القضاء، بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد الثاني، السنة الأولى، وزارة العدل، بغداد، العراق، ١٩٦٢، ص ٢١.

^٢ - نصت هذه المادة على: ((١ - لا يجوز توجيه اي سؤال إلى الشاهد الا بأذن القاضي او المحقق ولا يجوز توجيه اسئلة اليه غير متعلقة بالدعوى او اسئلة فيها مساس بالغير ولا توجيه كلام إلى الشاهد تصريحاً او تلميحاً او توجيه إشارة مما يبني عليه تخوفه او اضطراب افكاره.

ب - لا يجوز منع الشاهد من الادلاء بالشهادة التي يرغب فيها ولا مقاطعته أثناء ادائها الا إذا استرسل في ذكر وقائع غير متعلقة بالدعوى او وقائع فيها مساس بالغير او مخلفة بالأداب او الأمن)).

نفس الوقت^(١)، حيث يمكن للخصوم إعلان هذا الدفع بعد دخول العوى في حوزة المحكمة وانما يمكن للخصوم ان يبدوا ما يعن لهم من الدفوع ببطلان إجراءات التحقيق بعد دخول الدعوى في حوزتها وتقوم المحكمة بذلك ليس باعتبارها محكمة موضوع في هذا الشأن بل يكون وفق سلطتها الممنوحة لها في قبول الدليل الصحيح وصرف النظر عن الدليل غير الصحيح وبما ان الانعدام يقع تحت طائلة عدم الصحة فأن الاجراء والدليل المنعدم تثبت به هذه المحكمة من خلال حريتها في^(٢).

اما من حيث الجهات التي تمتلك الدفع بالانعدام فهم الاشخاص الإجرائية ودائرة التمسك بالدفع بالانعدام تتسع بالنسبة إلى هذا العيب بالمقارنة مع العيوب الإجرائية الاخرى، حيث تتيح جسامه عيب الانعدام هذا الامر وذلك لكونه هذا العيب يمس بالنظام العام، وبذلك يزداد نطاق رخصة الدفع بالانعدام ليشمل الخصوم والجهات التحقيقية والقاضي نفسه اذ يكون على القاضي الزام بالكشف عن اهدر جميع الآثار التي تترتب على الاجراء المعيب بعيب الانعدام، وهذا على

^١ - مقتضى مبدأ الفصل بين سلطتي التحقيق والحكم أنه لا يجوز للقاضي في الدعوى نفسها مباشرة وظائف التحقيق والحكم، ويحكم هذا المبدأ ثلاث قواعد: الأولى قاعدة التشكيل وتعني أنه لا يجوز لمن باشر وظيفة التحقيق في دعوى معروضة أن يكون ضمن تشكيل القضاء المتخصص بالفصل فيها، والثانية قاعدة التخصص: تعني أنه لا يجوز للقاضي أن يباشر أكثر من وظيفة في الدعوى الجزائية، أما الثالثة فهي قاعدة الاستقلال في أداء العمل: والتي تنص على استقلال قاضي التحقيق في أداء وظيفته عن سلطة الحكم في الدعوى، فلا يجوز أن يخضع لأي جهة في إدارته للتحقيق، كما أن هذا المبدأ يهدف إلى منع القاضي المتخصص بالفصل في الدعوى من تكوين رأي شخصي عنها من خلال مباشرته إجراءات التحقيق الابتدائي فيها، ومن ثم يُعدُّ هذا الفصل ضماناً لمبدأ الحياد للقائمين على كل سلطة منها، وضماناً لقرينة البراءة. ينظر: حسن فالح حسن الهاشمي، حق التصدي في الدعوى الجزائية في التشريع العراقي، رسالة ماجستير، جامعة البصرة، كلية القانون، العراق، ٢٠١٥، ص ٦١.

^٢ - د. عبد الحكيم فودة، البطلان في الإجراءات الجنائية المصدر السابق، ص ٢٧١-٢٧٥.

خلاف الإجراءات العيوب الأخرى التي لا تستطيع أغلب هذه الجهات بالتصدي إلى العيوب من تلقاء نفسها لأنها عيوب متعلقة بالصالح الخاص لذلك يجب على ذو الشأن أو كل من توجه الإجراء لصالحه التمسك بهذا العيب لذلك فإن عيب الانعدام لا يكون مرهوناً بتمسك صاحب المصلحة كما في العيوب الأخرى^(١).

والحقيقة أن هذا الأمر ينفرد به الانعدام عن بقية الإجراءات الجزائية، من حيث عدم اشتراطه التمسك به في حينها، إذ إن وقوع الانعدام يبقى قائم حتى وإن لم التمسك به وقت وقوعه وبذلك يكون الانعدام على خلاف للقاعدة العامة في الجزاءات الإجرائية التي تقتضي عدم صحة بناء الطعن على وجه معين من أوجه عيوب الإجراء هذه إلا إذا دفع به أولاً أمام المحكمة - محكمة الموضوع- وإن عدم مراعاة ذلك لا يقبل الطعن به بعد ذلك أمام محكمة التمييز لأول مرة إذ إن وظيفة هذه المحكمة هي مراقبة عمل محاكم الموضوع إزاء الدفع^(٢).

حيث يباشر قاضي التحقيق إجراءات التحقيق الابتدائي وهذا التحقيق إما أن يكون على صورة أوامر كالأمر بالتوقيف أو الإفراج أو بعدم الاختصاص أو بالإحالة أو تكون عبارة عن أعمال تنفيذية كما في سماع الشهود وإجراء المعاينة وكذلك استجواب المتهمين، فلو كان هنالك انعدام في هذه الأوامر والأعمال جاز إلى ذو الشأن بالدفع أمام محكمة الموضوع.

وعلى هذا الأساس فإن التمسك بالانعدام تكمن أهميته بالنسبة إلى الأحكام الجزائية، بالدرجة الأساسية والسبب في ذلك يكمن أن انعدام الإجراءات سواء في مرحلة التحري أو التحقيق يكون الدفع بشكل فوري ومأم قاضي التحقيق أو المحكمة، والسبب في ذلك أن الانعدام

^١ - أحمد عبد الحميد أحمد عبد الكريم، المصدر السابق، ص ٥٠٣-٥٠٤.

^٢ - د. رؤوف عبيد، الإجراءات الجنائية، مصدر سابق، ص ٧٩٤.

لا يحتاج إلى الدفع بحينه حتى يثبت اعتراض الخصم وعدم قبوله على الاجراء المعيب؛ لان الانعدام تبعاً لطبيعته يتقرر بموجب القانون ولا يحتاج إلى تثبيت الاعتراض عليه^(١)، إذ إن الانعدام جزء لا يرتب أي اثر والمعدوم لا ينتج اية آثار ولا يتحصن ولا يلحقه اية تصحيح بغض النظر سواء اعترض الخصم على الاجراء المنعم ام لم يعترض.

لذلك فإن الدفع بالانعدام في مرحلة التحري والتحقيق يمتاز بالديمومة والثبات لذلك لا يتأثر الدفع بالانعدام بعامل الوقت على خلاف البطلان، اذ ان عدم مراعاة الوقت في العيوب الاخرى يؤدي إلى عدم قبول الدفع، بغض النظر عن الدفع المتعلق بهذه العيوب سواء تعلق بالنظام العام ام تعلق بمصلحة الخصوم، اما عيب الانعدام فإنه لا ينظر اليه كونه متعلق بالنظام العام من عدمه، كما ان الانعدام في الكثير من الأحيان لا يشترط صفة معينة في القائم بالدفع اما فيما يخص العيوب الاخرى يجب ان تتوفر بمن يقوم بالدفع صفة معينة^(٢).

وسبب هذه الديمومة والثبات ان الانعدام لا يرتب الا عدم حيث يكون لكل ذو مصلحة ان يتصرف على اساس ان الاجراء المنعدم ليس موجود، وهذا التصرف قائم على اساس افتراض ان الاجراء المنعدم لم يصدر على عكس العيوب الإجرائية الاخرى^(٣).

وهناك من يرى ان الدفع بالانعدام في مرحلة التحري والتحقيق ليس له أهمية بالمقارنة مع الدفع بالانعدام فيما يتعلق بالأحكام المنعدمة، والسبب في ذلك ان الانعدام في التحري والتحقيق يمكن الدفع به أمام قاضي التحقيق او أمام محكمة الموضوع والسبب في ذلك على العلى الرغم

^١ - د. وعدي سليمان علي، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، المصدر السابق، ص ٢١٣ .

^٢ - ينظر شروط الدفع في العيوب الإجرائية: رائد صبار عباس، مبدأ تحول الاجراء الجزائي المعيب، اطروحة دكتوراه، معهد العلمين للدراسات العليا-قسم القانون، النجف الاشرف، العراق، ٢٠٢١، ص ٤١.

^٣ - د. محمد سعيد نمور، المصدر السابق، ص ٥٨.

من ان الحكم منعدم اصلا ولا يحتاج إلى دفع بالانعدام في الكثير من الأحيان، إلا أن انطواء الحكم على المساس بالمراكز القانونية يحتاج إلى الطعن به من خلال الدعوى الاصلية^(١).

وفي الحقيقة اننا لا نتفق مع هذا الرأي لان هذا الدفع له أهمية كبيرة لا تقل عن أهمية التمسك بانعدام الأحكام بدعوى اصلية بل قد يكون أكثر أهمية، والسبب في هذه الأهمية ان الكثير من الأحيان يتم السهو من قبل السلطات القائمة بالتحري والتحقيق وحتى من قبل ذوو الشأن وتستمر الإجراءات إلى حد صدور الحكم إذ إن هذا الجهد والوقت يتم هدمه بدفع الانعدام بالحكم الجزائي على عكس لو تم الدفع بانعدام التحري والتحقيق وتم قطع ذلك الامر قبل الوصول إلى الحكم واعادة الإجراءات مرة اخرى.

وعلى العلى الرغم من عدم وجود الدفع بالانعدام قبل المحاكمة بشكل صريح في النصوص القانونية لا يعني ذلك صرف النظر عن هذه الفكرة استناداً إلى القاعدة التي تحكم العيوب الإجرائية وهي (لا بطلان بغير نص) والسبب في ذلك ان فكرة الانعدام اوجدتها الضروريات العملية وفرضتها الظروف الواقعية اذ لا تدور مع القاعدة اعلاه، وفي الحقيقة ان الضرورات العملية ادت إلى تصدع هذه القاعدة واضمحلالها في الوقت الحالي في معظم النظم القانونية حيث اصبح تقرير البطلان لا يتوقف على هذه القاعدة بل بمخالفة قاعدة جوهرية، دون الحاجة إلى نص قانوني يشير إلى ذلك فما بالك بالانعدام الذي يعتبر اشد انواع الجزاءات الإجرائية^(٢).

^١ - باسم مهول بخيت العارضي، الجزاء الإجرائي الجنائي المرتد، رسالة ماجستير، جامعة الكوفة كلية القانون، العراق، ٢٠١٨، ص ١٠٨.

^٢ - د. سليمان عبد المنعم، المصدر السابق، ص ١٤٥.

وفي العراق فأن هنالك العديد من النصوص التي يمكن الاستناد عليها في تقرير الانعدام بالنسبة إلى الإجراءات التي تتم في مرحلة التحري، ومن هذه النصوص هي نص المادة (٤٠/ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي حيث اشارت إلى : ((يخضع اعضاء الضبط القضائي لرقابة قاضي التحقيق وله ان يطلب من الجهة التابعين لها النظر في امر من تقع منه مخالفة لواجباته او تقصير في عمله ومحاكمته انضباطيا ولا يخل ذلك بمحاكمتهم جزائيا إذا وقع منهم ما يشكل جريمة))، ومن هذه النصوص أيضاً نص المادة (٤١) حيث نصت على : ((اعضاء الضبط القضائي مكلفون في جهات اختصاصهم بالتحري عن الجرائم وقبول الاخبارات والشكاوى التي ترد اليهم بشأنها وعليهم تقديم المساعدة لحكام التحقيق والمحققين وضباط الشرطة ومفوضيها وتزويدهم بما يصل اليهم من المعلومات عن الجرائم وضبط مرتكبيها وتسليمهم إلى السلطات المختصة، وعليهم ان يثبتوا جميع الإجراءات التي يقومون بها في محاضر موقعة منهم ومن الحاضرين يبين فيها الوقت الذي اتخذت فيه الإجراءات ومكانها ويرسلوا الاخبارات والشكاوى والمحاضر والاوراق الاخرى والمواد المضبوطة إلى قاضي التحقيق فوراً))، حيث من خلال رقابة قاضي التحقيق على الجهات التي تقوم بالتحري يمكن تقرير الانعدام في حالة الدفع من قبل صاحب الشأن بذلك.

اضافة إلى ان إجراءات التحري والتحقيق التي تقوم بها الشرطة سواء بصفتها العادية ام بكونها سلطة قاضي تحقيق^(١)، حيث تكون كذلك في هذه الحالة سلطة تقرير الانعدام إلى قاضي التحقيق أيضاً.

^١ - اشارت المادة (٥٠/ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية إلى ان للمسؤول في مركز الشرطة سلطة محقق، استناداً إلى الاحوال التي بيبتها الفقرة (أ) من هذه المادة والتي نصت على: ((استثناء من الفقرة الاولى

كما ان انتهاء مهمة عضو الضبط القضائي عند حضور قاضي التحقيق في حالة اجراء التحري والتحقيق في حالة الجريمة المشهودة تكون لقاضي التحقيق في هذه الحالة تقرير عيب الانعدام^(١)، وفي الحقيقة نرى ان النصوص التي تخول القاضي الرقابة على التحري والتحقيق والتي من خلالها يستطيع تقرير الانعدام، يمكن الاستناد اليها في حالة انطباقها على المدعي العام، فلما له من سلطة رقابة على الجهات التي تقوم بالتحري والتحقيق تكون له سلطة تقرير انعدام الإجراءات في حالة دفع صاحب مصلحة بذلك.

بينما التحقيق الابتدائي والتي بينت الجهات التي تقوم به المادة (٤٩) من قانون أصول الجزائية وهذه الجهات هي قاضي التحقيق والمحققون تحت اشراف قاضي التحقيق، وكذلك قاضي التحقيق المنصوص عليه في المادة (٥١/ب، ج) وفي المادة (٥٣/ج) التي تنص على عدم صلاحية قاضي التحقيق، فان الأعمال والأوامر التي تم اتخاذها والتي تنطوي على عيب الانعدام تخضع إلى رقابة محكمة الموضوع .

يتضح مما تقدم، ان الدفع بالانعدام في مرحلة التحري والتحقيق يتم أمام قاضي التحقيق محكمة الموضوع، حيث يتم الدفع بالانعدام في إجراءات التحري أمام قاضي التحقيق، اما الإجراءات المتخذة من قاضي التحقيق يتم أمام محكمة الموضوع.

من المادة ٤٩ يقوم المسؤول في مركز الشرطة بالتحقيق في اية جريمة إذا صدر اليه امر من قاضي التحقيق او المحقق او إذا اعتقد ان إحالة المخبر على القاضي او المحقق تؤخر به الإجراءات مما يؤدي إلى ضياع معالم الجريمة او الاضرار بسير التحقيق او هرب المتهم على ان يعرض الاوراق التحقيقية على القاضي او المحقق حال فراغه منها)).

^١ - ينظر: المادة (٤٦) من قانون أصول المحاكمات العراقي.

الفرع الثاني

الدفع بالانعدام في مرحلة المحاكمة

لما كان عيب الانعدام يجعل الاجراء غير موجود ومن ثم لا يمكن التعويل عليه يمكن التمسك به في اي مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية حتى أثناء المحاكمة، إذ إن الاجراء يبلغ درجة كبيرة من الجسامة تصل في بعض الأحيان إلى تدخل المحكمة لتقريره بشكل مباشر دون انتظار الدفع من قبل صاحب المصلحة.

والدفع أثناء المحاكمة يستمد مضمونه من الدفع بالدعوى، حيث يعرف بأنه: (جميع الوسائل القانونية المتعلقة بالدفاع التي اقراها القانون للخصم حيث يستعين بها لكي يجيب على دعوى خصمه وذلك لتفادي الحكم لخصمه بما يدعيه هذا الخصم، بغض النظر عن طبيعة هذه الوسائل سواء كانت موجهة للدعوى او إلى بعض إجراءاتها او إلى المدعي به او إلى سلطة الخصم)^(١).

اذ يمكن التمسك بالانعدام خلال المحاكمة وذلك عن طريق الدفع المقدم من صاحب المصلحة على ان الاجراء او الحكم الذي تروم المحكمة إصداره معدوم وغير موجود كما لا يحوز قوة الشيء المقضي به ولا يستنفذ ولاية المحكمة التبت اصدرته، والدفع بالانعدام على خلاف الدفع بالبطلان في هذا الحالة ولا يخضع إلى قواعده، حيث يمكن التمسك به ولا يتقيد

^١ - د. احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٢، ص ٥.

التمسك بوقت معين ويحق لكل ذي مصلحة^(١)، ان يتمسك به، إذ إن هذا الدفع أثناء المحاكمة هو دفع خارج عن القواعد التي تنظم الدفوع الإجرائية حيث يمكن ان يتمسك به صاحب المصلحة في اي مرحلة تكون عليها المحاكمة وأمام اية محكمة سواء كانت محكمة استئناف او محكمة نقض إذ إن هذا الدفع غير قابل للتنازل^(٢).

كما يكمن لذوي المصلحة الدفع بالانعدام بالإجراءات التي تتخذ أثناء المحاكمة أثناء النظر في دعوى الموضوع او أثناء النظر في الطعون المقدمة على الأحكام الصادرة من محكمة الموضوع كما لو وجدت المحكمة ان الطلب القضائي مقدم على شخص توفي قبل رفع الدعوى حيث تقضي بانعدام هذا الطلب وعدم قبوله، كما لجوز للمحكمة ان تتصدى نتيجة الدفوع أثناء المحاكمة بشأن انعدام الإجراءات حيث يخضع حكمها في شأن هذا التقرير، وتعتبر مسألة تقرير الانعدام من المسائل التي تباشرها في هذه المرحلة من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى تقديم دفوع لتقرير الانعدام^(٣).

ومن ثم فإن الانعدام أثناء المحاكمة يتميز بجملة من الخصائص وهي كون هذا الانعدام يمكن التمسك به أمام اي محكمة سواء محكمة الموضوع او الاستئناف او النقض، كما يمكن

^١ - يقصد هنا بالمصلحة بأنها: (وهي المنفعة التي يسعى المدعي الحصول عليها من خلال طلباته ودفوعه لحماية حقه من الاعتداء). ينظر: د. قديري عبد الفتاح الشهاوي، ضوابط التفتيش في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٠٣.

^٢ - د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص ٤٠٧-٤٠٨.

^٣ - د. سيد احمد محمود، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات وتعديلاته الحديثة وأحكام القضاء واره الفقه، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٤٦٦.

لأي صاحب مصلحة التمسك بعوار الانعدام اي مجرد مصلحة دون الحاجة إلى صفة معينة^(١)، حتى يتم التمسك به، والتمسك بالانعدام أثناء المحاكمة ومن ثم تقريره لا يحتاج إلى تحقيقاً موضوعياً به، كما ان عيب الانعدام لا يصح اتفاق الاطراف على خلاف قواعده ومن ثم لا يمكن التنازل عنه^(٢).

وقد أشارت محكمة النقض المصرية في حكم لها عام ٢٠١٤، إلى جواز التمسك بالانعدام أمام المحكمة بشكل مباشر، كما يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها ان تقرر الانعدام دون الحاجة إلى تقديم دفع من الخصوم^(٣).

حيث تفصل المحكمة في صحة الدفع المقدم اليها حول عوار الانعدام الذي شاب حكم سابق صادر او اجراء او قرار قبل المحاكمة وذلك عندما يتبين لها سلامة الوجه الذي تم بناء الدفع عليه، اضافة إلى السلطة التلقائية للمحكمة في تقرير الانعدام إذا تبين لها هذا العيب من خلال الاوراق المعروضة أمامها، خصوصاً إذا كان الانعدام من السهل اكتشافه ولا يحتاج إلى دفع من قبل صاحب المصلحة^(٤).

^١ - يقصد بالصفة: صفو طرفي الخصومة حيث يكون المدعي هو صاحب الحق الذي يرفع الدعوى بغية حماية حقه من اعتداء وقع عليه او يخشى من وقوعه، اما المدعى عليه فهو من يوجد لديه الحق محل الدعوى إذ إن الحق محل الدعوى له جانبان، الجانب الاول هو الجانب الشخصي هو صاحبه والمعتدى عليه، والجانب الموضوعي يتمثل في موضوعه ومضمونه المطالب به، إذ إن اطراف الدعوى تتعلق الصفة بهما فإذا انتفى احدهما او كلاهما انتفت الصفة تبعاً لهذا الانتفاء، والتي تكون احد شروط الدعوى. ينظر: د. عبد الحكيم فودة، الدفع بانتفاء الصفة او المصلحة في المنازعات المدنية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٦.

^٢ - د. غنام محمد غنام، المصدر السابق، ص ٢٧٦ وما بعدها.

^٣ - ينظر: قرار محكمة النقض المصرية رقم : (٣٥٥٥/لسنة ٧٤ ق) في ٢٠١٤/٦/٢. أشار اليه: احمد محمد عبد الرؤوف غندور، المصدر السابق، ص ٢٤٨.

^٤ - د. رمضان ابراهيم علام، المصدر السابق، ص ٢٥٧.

ولكن ليس في جميع الاحوال يكون الدفع بالانعدام واضح، حيث يحتاج في بعض الامور إلى التدقيق من قبل المحكمة والتثبت منه قبل تقريره كما في حالة الانعدام نتيجة التزوير^(١)، وهذا ما أشارت اليه محكمة التمييز الاتحادية العراقية: ((لم يحدد قانون العقوبات وقانون الاثبات طريقة اثبات معينة، فللقاضي ان يكون اعتقاده فيها دون التقيد بدليل معين ولا حرج على المحكمة في ذلك ان هي اخذت الصورة الضوئية للمحرر المزور كدليل في الدعوى ما دامت قد اطمأنت إلى صحتها، ومن ثم فأن الطعن في هذا الخصوص يكون في غير محله))^(٢).

وتجدر الإشارة إلى ان الدفع بالتزوير يعتبر من حيث طبيعته الإجرائية من الدفع الفرعية حيث على المحكمة إذا اخذت به ان توقف الدعوى الاصلية حتى يتم الفصل بهذا الدفع، كما ان جهة نظره محكمة اخرى غير المحكمة المختصة بالدعوى الاصلية وبناء على ذلك لا يعتبر من الدفع المتعلقة بالنظام العام لذلك لا يمكن آثاره أمام محكمة التمييز لأول مرة مالم يثار لأول مرة أمام محكمة الموضوع^(٣). وفي الحقيقة ان هذا الكلام لا يستقيم مع طبيعة عيب الانعدام إذ إن عيب الانعدام له استقلالية فيما يتعلق بالقواعد التي تحكم الدفع الجنائية، حيث تتعلق بالنظام العام فلو تم الدفع بانعدام اجراء قام على سند مزور تفصل محكمة الموضوع بهذا الدفع ويمكن

^١ - عرف قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩، التزوير في المادة (٢٨٦) بأنه: ((التزوير هو تغيير الحقيقة بقصد الغش في سند او وثيقة او اي محرر اخر بإحدى الطرق العادية والمعنوية التي يبينها القانون، تغييرا من شأنه احداث ضرر بالمصلحة العامة او بشخص من الاشخاص)).

^٢ - ينظر: قرار محكمة التمييز العراقية رقم: (١٦٨/١٦٨ طعن جنائي) في ٣٠/٦/١٩٨٩، منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة العاشرة، العراق، ١٩٩٣، ص ١٨٥.

^٣ - ياسر عواد شعبان داود، الدفع الموضوعية أمام القاضي الجنائي، رسالة ماجستير، جامعة تكريت، كلية الحقوق، العراق، ٢٠١١، ص ١٠٣.

آثارته أمام ام محكمة، ولكن الإجراءات المتعلقة بالتحقق من عيب الانعدام تنطبق عليه اسوة بالدفع المتعلقة بالتزوير بصورة عامة.

ويكمن السبب في ذلك ان عيب الانعدام يحتل أهمية كبيرة في مجالات المحاكمة والسبب في ذلك ان هذا العيب يمكن التمسك به بأية طريقة، ومن هنا تتوسع الوسائل التي من خلالها التمسك بهذا العيب وتتمتع بالمرونة الكبيرة حيث يمكن الاستناد إلى الطلب العارض او إلى الدفع أثناء المحاكمة لتقريره^(١).

والدفع في الانعدام لا يقتصر على حدوث هذا العيب بالإجراءات التي تسبق المحاكمة ومن ثم الدفع بها أمامها. حيث يمكن الدفع بالعيوب التي تصيب الإجراءات المتعلقة بالمحاكمة نفسها، حيث اهتم المشرع بشكل كبير ببيان الإجراءات التي من خلالها تُنظر المحكمة الدعوى باعتبار المحاكم الجنائية عند نظرها للدعوى تكون محاكم اول درجة حيث يوجب عليها القانون التحقق من ادلة الدعوى ومن استيفائها لشروط الصحة، حيث تبدأ الجلسة بالمناداة على الخصوم وكذلك الشهود اضافة إلى سؤال المتهم عن العديد من التفاصيل تتعلق باسمه وسنه ولقبه وحل اقامته وغيرها من الامور...، كما يسأل المتهم عن كونه معترف بالجريمة ام لا اضافة إلى سماع الشهود وتوجيه الاسئلة واشراك النيابة العامة في ذلك، إذ إن خلال هذه الإجراءات يمكن وقوع العيوب الإجرائية والدفع بها من قبل صاحب المصلحة^(٢). لذلك فأن وقوع عوار الانعدام في اي اجراء يجعله كأن لم يكن ويوجب على المحكمة رفع هذا العيب الجسيم في إجراءاتها كما لو قامت المحكمة مثلا بأخذ شهادة شهود الاثبات على انهم شهود نفي وأخذ شهود النفي على انهم

^١ - ١ - د. وجدي راغب فهمي، المصدر السابق، ص ٤٠٤.

^٢ - د. محمد محمود عليوه، المصدر السابق، ص ٤٠٢.

شهود اثبات على خلاف الشهادة التي ادلو بها، إذ إن صاحب المصلحة يستطيع ان يدفع أمام المحكمة بهذا الأمر.

كما ان هنالك العديد من الصور للدفع التي يمكن صاحب المصلحة الدفع بها أمام محكمة الموضوع وهذه الدفع المتعلقة بعيب الانعدام تتقارب مع الدفع المستمدة من البطلان من حيث اجراء الدفع لا جوهره. حيث يمكن لصاحب المصلحة ان يدفع بعدم صحة القبض والتفتيش اذ تعتبر هذه الدفع من الدفع الشاعة في الإجراءات الجنائية حيث يترتب على الطعن بصحة هذه الإجراءات انهيار الدليل المستمد منها، ناهيك عد الدفع بعد صحة الاعتراف^(١). حيث يمكن لصاحب المصلحة آثارة الدفع بانعدام اية اجراء سابق على المحاكمة.

يتضح مما تقدم، ان الدفع بالانعدام لا يتوقف على الإجراءات التي تقع منعمة أثناء مرحلة التحري والتحقيق، إذ إن الإجراءات التي تتخذ أثناء فترة المحاكمة كذلك يصيبها عوار الانعدام ومن ثم يمكن لذوي المصلحة التمسك بها أمام المحكمة، ومن ثم الدفع به لما يهذه العيب من خصوصية يخرج عن قواعد الدفع المتعارف عليها في النظام الإجرائي ككل حيث يمكن التمسك به أمام اي محكمة وبأي مرحلة من مراحل المحاكمة كما يكمن للمحكمة تقريره من خلال التصدي له بشكل مباشر دون الحاجة إلى الدفع به من قبل ذوو المصلحة.

^١ - ياسر عواد شعبان داود، المصدر السابق، ص ٩٦-١٠٠.

المطلب الثاني

الدفع بالانعدام بعد صدور الحكم

تنتهي إجراءات الدعوى الجزائية بصدور الحكم الجزائي، اذ لا يمكن بعد ذلك بالتمسك بالإجراءات التي سبقت صدور هذا الحكم بشكل مستقل كما في حالة انطواء الاجراء على عوار الانعدام خلال مرحلة التحري والتحقيق او خلال المحاكمة، اذ ان نتيجة هذه الإجراءات هو الحكم الجزائي، حيث يصار الأمر إلى هذا الحكم فلكونه أنبنى على حكم فيه شائبة الانعدام يتم التمسك بعيب انعدام بهذا الحكم لما يتميز به عيب الانعدام من امتداد إلى الإجراءات اللاحقة، وفي هذه الحالة يتم اللجوء إلى الطعن المباشر بعيب الانعدام الذي اصاب الحكم الجزائي إذا كانت وسيلة الطعن لا تزال مباحة، وإذا انتفت هذه الوسيلة يتم اللجوء إلى دعوى الانعدام الاصلية لتقرير هذا العيب، وبناء على ذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين: حيث سنتناول في الفرع الأول: الدفع بالانعدام عن طريق الطعن بالحكم الجزائي، بينما سنتناول في الفرع الثاني: الدفع بالانعدام عن طريق دعوى الانعدام الاصلية والاشكال على تنفيذ الحكم الجزائي.

الفرع الأول

الدفع بالانعدام عن طريق الطعن بالحكم الجزائي

يعتبر الطعن في الأحكام الجزائية الوسيلة الفاعلة بغية تصحيح ما يشوب الحكم الجزائي من اخطاء مختلفة إجرائية وموضوعية وذلك للوصول إلى الحقيقة وحسن تطبيق القانون لأجل ان يكون الحكم الذي انهى الدعوى الجزائية اقرب إلى الحقيقة القانونية والواقعية وتفادياً للأضرار

الاجتماعية المتمثلة بالاعتراف بالأحكام المعيبة وتنفيذها، إذ إن ترتيب الحقوق على أحكام غير صحيحة سيفقد الثقة بالعدالة القضائية^(١).

والملاحظ من ان غالبية التشريعات الجزائية قد جاءت خالية من ذكر تعريف محدد لمدلول الطعن واقتصرت على تحديد انواعه وأحكامه^(٢)، اما على صعيد الجانب الفقهي فعلى العلى الرغم من ان الآراء مختلفة حول تعريف الطعن إلا أنها متفقة من حيث المضمون، ومن هذه التعاريف التي اعتبرت الطعن بالحكم الجزائي: ((بانه حق مقرر لأطراف الدعوى لاستظهار عيوب الحكم الصادر عن المحكمة والمطالبة لدى القضاء المختص بإلغائه او تعديله على الوجه الذي يزيل عنه عيوبه))^(٣).

أو ان الطعن بالحكم الجزائي وسيلة علاجية قانونية تمارس بواسطة الطعن بالحكم القضائي جديد من خلال جهة قضائية تأتي بعد المحكمة التي اصدرته في درجة^(٤)، ومن خلال هذه التعاريف يتبين ان جميعها تؤكد على ان الطعن بالحكم الجزائي هو عبارة عن الوسيلة الإجرائية يقررها المشرع الجزائي للخصوم في الدعوى الجزائية بغية ازالة الاخطاء التي تعترى

^١ - د. مصطفى فهمي الجوهري، شرح قانون الإجراءات الجنائية، منشورات جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر، ٢٠٠٨، ص ٢٧٧.

^٢ - إذ إن من المتعارف عليه التشريعات لا تورد التعاريف في نصوصها وهذا الامر جداً طبيعي إذ إن التعاريف تكون بتراكيب لفظية محددة تعني اموراً محددة ذاتها، ومن ثم فإن الركون إلى هذه الصياغة التشريعية يكون بقصد اضافة نوع من المرونة على النصوص التشريعية وابعادها عن الجمود اضافة إلى صعوبة مواكبتها للتطورات الواقعية المتلاحقة. ينظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٤، ص ١٧٤.

^٣ - د. سيد حسين بغال، طرق الطعن في التنفيذ الجنائي واشكالات التنفيذ فقهاً وقضاء، ط٢، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٦٣، ص ٢٨.

^٤ - علي عادل كاشف الغطاء، وقف الإجراءات القانونية، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، العراق، ١٩٩٩، ص ٨٥.

الحكم الجزائي المطعون به وذلك عن طريق الغاء هذا الحكم او تعديله وان ذلك يرجع إلى إمكانية وقوع القاضي الجزائي في الخطأ عند إصدار الحكم او مجابته للحق عند اجتهاده، إذ إن الخطأ في تحقيق العدالة الجزائية هو امراً متوقعا الحصول ما دام من يقوم بالفصل في الدعوى الجزائية هو بشر إذ إنه قد يصيب او يخطأ، وهذا القول ينطبق على العيوب الاخرى التي ينطوي عليها الحكم الجزائي بينما الحكم الجزائي المنعدم لا يتعلق فقط بالخطأ الوارد من القاضي كما رأينا إذ إن امور كثيرة سابقة لإصدار الحكم او معاصرة له خلال الإجراءات الجزائية تجعل هذا الحكم ليس له وجود من الناحية القانونية فمن غير الممكن بناء العدالة القضائية على أحكام منعدمة ليس لها وجود.

حيث سنتنى الحكم الجزائي المنعدم من القواعد السابقة حالة إذ إن الحكم الجزائي المعدوم حكم فقد ركنا من أركانه، فحيث يكون الحكم معدوما فهو في النهاية حكم قضائي صادر في خصومة، فإذا لم تتوافر فيه الأركان التي تمنح وجود وصحة الحكم القضائي يمكن اللجوء إلى اية وسيلة يمكن من خلالها تقرير انعدام هذا الحكم بغض النظر عن هذه الوسيلة سواء كانت صرف النظر عن الحكم المعدوم او الدفع بالانعدام او رفع دعوى اصلية او اللجوء إلى طرق الطعن التي حددها القانون^(١)، إذ إن الطعن بالحكم هو رخصة منحها القانون إلى اطراف الدعوى تتم بموجبها مطالبة القضاء المختص بالتصرف وفق العيوب الموجودة بالحكم الجزائي وفق صلاحياته^(٢).

^١ - د. رمضان ابراهيم علام، المصدر السابق، ص ٢٧٨.

^٢ - د. محمود نجيب حسني، المصدر السابق، ص ٩٨٤.

ويكون اللجوء إلى أسلوب الطعن بالحكم الجزائي في حالة لم تنتهي طرق الطعن في الأحكام الجزائية التي قررها القانون، إذ بإمكان الجهة التي يتم رفع اليها الطعن بالحكم الجزائي ان تقرر انعدامه إذا ما رأته انطوائه على عيب الانعدام، وقد يطرح تساؤل مفاده، ان هذا الطعن بالحكم الجزائي يقتضي وجود هذا الحكم، ولما كان عوار الانعدام يجعل من الحكم غير موجود فبالتالي كيف يمكن القبول بالطعن في هذه الحالة؟

انقسم الفقه في الجواب على هذا السؤال إلى عدة توجهات، إذ إن هنالك من يرى بأن الحكم المعدوم لا التمسك بانعدامه عن طريق الطعن به، والسبب في ذلك يكمن في ان المحكمة التي اصدرت الحكم المعدوم لا يزال في عهدها ولم يخرج من ولايتها، ومن ثم كيف يتم الطعن في حكم ولا يزال تحت ولاية المحكمة المختصة، كما ان الحكم المعدوم في هذه الحالة ووفقاً لهذا التصور انه غير موجود من الناحية القانونية ومن ثم كيف يمكن الطعن بحكم غير موجود من الناحية القانونية، حيث لا يكون الحكم الجزائي هنا محلاً للطعن إذ ان المعدوم لا مجال للطعن فيه بأية صورة من الصور وهذا الأمر ينطبق على الحكم الجزائي بغض النظر عن طبيعته بكونها مادياً او قانونياً وسواء انقضت مدد الطعن ام لم تنقضي، إذ إن الطعن يكون فقط في الحكم الجزائي الموجود من ناحية قانونية أمام غير الموجود قانوناً لا يمكن الطعن به، حيث لا يوجد محكوم له ومحكوم له حتى يطعن بالحكم إذ لا حاجة لانعدام الحكم، كما يتعين على الحكمة التي اصدرته إلى عدم قبول الطعن والسبب في ذلك انها لم تستنفذ ولايتها به، كما ان المحكمة التي الطعن أمامها بالحكم الجزائي المنعدم يتعين عليها عدم قبوله والسبب هنا يكمن

في عاك نوافر مصلحة في طلب الانعدام اضافة إلى ان محل الطعن غير موجود اصلاً حيث يعتبر الطعن هنا هو معدوم وليس فقط الحكم الجزائي^(١).

وهناك من ذهب إلى التمييز بين ما إذا كان الانعدام للحكم الجزائي بسبب الانعدام الفعلي او قانوني، فبالنسبة للأول يكون كذلك من حيث عدم كتابته او عدم مباشرته اصلاً، إذ إن في يكون محل الطعن على فراغ لان الحكم غير موجود ومن ثم عدم فاعلية الطعن، اما في حالة كون الانعدام الذي لحق بالحكم الجزائي ذات طبيعة قانونية فيمكن الركون إلى طرق الطعن لان للحكم في هذه الحالة مظهر مادي او كيان شكلي يجيز استعمال طرق الطعن^٢، إذ إن صحة هذا الحكم تحدد وفق مظهره الخارجي الذي اتخذه لا جوهره، حيث تكون المصلحة هنا من خلال ازالة شبهة المظهر وذلك بتقرير انعدامه، فليس من المعقول حماية المتقاضين من الأحكام الباطلة من قبل محكمة التمييز او النقض ودون حمايتهم من الأحكام المنعدمة التي تنطوي على عيوب اشد بشاعة حيث لا يوجد مانع من الطعن بالحكم المنعدم إذا كان باب الطعن لا يزال مفتوحاً، اضافة إلى ان هذا الاتجاه يضيف ان اللجوء إلى طرق الطعن للتمسك بالانعدام يحقق مصلحة اكبر بالنسبة إلى المتقاضين من اللجوء إلى دعوى البطلان الاصلية، حيث من غير المعقول جواز دعوى البطلان الاصلية وهي دعوى احتياطية وعدم جواز التوجه نحو طرق

^١ - د. عبد الحكيم فودة، المصدر السابق، ص ٦٧. و د. خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، المصدر السابق، ص ١٠٤.

^٢ - يرى الدكتور (محمود نجيب حسني) ان هذا المظهر الخارجي هو الذي ينال النصيب من الطعن لا الحكم الجزائي المنعدم والسبب في ذلك ان الناس اصبحت لديهم ثقة في بغض العناصر الظاهرة في الواقع، ومن ثم يجب احترام هذه الثقة من خلال اباحة طرق الطعن. ينظر: د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١٥١.

الطعن، إذ إن الأولى يتم اللجوء إليها في حالة عدم إمكانية التمسك بالانعدام الذي أصاب الحكم الجزائي عن طريق طرق الطعن^(١).

ووفقاً لهذا الرأي فإن جميع التطبيقات القضائية المتعلقة بانعدام الأحكام كانت نتيجة الطعن أمام محكمة النقض، لذا يمكن الطعن في الاحكم المنعومة وان انتهت مواعيد الطعن بالأحكام، اذ لا يزول عنه العيب ويبقى حتى بعد فوات ميعاد الطعن فيه، كما لا يغلق أي طريق للتمسك بعيب الانعدام اضافة إلى انه لا يكتسب درجة البتات، وإذا كان بالإمكان رفع دعوى بطلان أصلية مبدئية، فمن باب أولى إمكانية الطعن في الحكم المنعوم ولو بعد فوات مواعيد الطعن فيها وهذا استثناء من حتمية مواعيد الطعن؛ والسبب في ذلك ان الأحكام المنعومة تكون غير موجودة من الناحية القانونية، كما لا تمتع بحجية الأمر المقضي للأحكام، اضافة إلى لا تُستنفد ولاية المحكمة التي أصدرتها، ولا تلحقها اية حصانة، فمن الظلم البين الذي ينافي العدالة إبقاء العدم نتيجة فوات ميعاد الطعن، وعلى هذا الاساس يجوز الطعن في الأحكام المنعومة في أي وقت لأنها غير موجودة من الناحية القانونية، كما ليس من المعقول القول بإمكانية تحصين الأحكام المنعومة لفوات ميعاد الطعن فيها إذ إن المعدوم معدوم ومن ثم لا يمكن رأب صدعه او اصلاحه مهما طال عليه الزمن^(٢).

ونحن نرجح الحكم المعدوم من الناحية القانونية وليس من الناحية المادية، اذ ان الوجود المادي للحكم المعدوم يرتب بعض الآثار اذ قد يرتبون الأفراد بعض تصرفاتهم بناء على الثقة التي يولونها بالسلطة القضائية والأحكام التي تصدر منها، على خلاف الحكم المعدوم من

^١ - د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان، المصدر السابق، ص ٢٠١١. و د. وعدي سليمان علي المزوري، المصدر السابق، ص ٢١٣.

^٢ - د. خيري عبد الفتاح السيد البتاتوني، المصدر السابق، ص ١٠٦.

الناحية المادية إذ إن الطعن ذاته يكون معدوم علاوة على انعدام الحكم وفقدان محل الطعن ذاته.

ومن خلال وسائل الطعن بالأحكام يمكن الطعن في الحكم الجزائي المنعدم، وقد تجتمع وسيلتان للطعن بهذا الحكم أو أكثر في آن واحد بدون تفضيل وسيلة على الأخرى، وإزاء هذا الوضع يفضل إذا تم اللجوء إلى إحدى الوسائل وليس كل الوسائل للطعن المقررة في القانون إذ إن الطريق الآخر ينغلق تلقائياً، والغاية من هذا الانغلاق التلقائي هي الحيلولة دون حدوث تناقض في الأحكام المختلفة التي تصدر في مسألة واحدة أو في مواضيع مرتبطة بها^(١)، وإذا قام الخصم بتجاهل هذه القاعدة وآثار مسألة انعدام الحكم أمام جهات متعددة -على فرض اختصاصها- فهذا يعني قيام مسألة واحدة أمام عدة جهات مختصة به، ويؤدي ذلك إلى صدور أحكام ذات طبيعة متناقضة فيما بينها وهذا الأمر لا يرغب القانون به، إذ إن المشرع حاول بشكل كبير للحد من تناقض الأحكام وذلك عن طريق نظام الإحالة، وفي حالة عدم اجتماع المكينات التي من خلالها يتم الطعن بالحكم المنعدم فإن صاحب المصلحة يلجأ إلى الوسيلة التي يراها مناسبة وأن اخفاقه بهذه الوسيلة لا يمنعه من اللجوء إلى وسيلة أخرى جديد يستطيع من خلالها الطعن بالانعدام^(٢).

وتنقسم طرق الطعن إلى طرق عادية وطرق غير عادية، فبالنسبة إلى طرق الطعن العادية وهي الاعتراض على الحكم الغيابي ان هذا الطريق يمكن سوكة من قبل اي من الخصوم ولأي سبب بغض النظر عن طبيعته سواء كانت موضوعية او قانونية، حيث يترتب على هذا الطريق

^١ - د. رمضان ابراهيم علام، المصدر السابق، ص ٢٧٨، ٢٧٩.

^٢ - احمد عيد جمعة حليس الكعبي، المصدر السابق، ص ١٢٤.

وقف تنفيذ الحكم الجزائي المطعون فيه و إعادة بحث الدعوى مرة اخرى اي من جديد أمام المحكمة التي تم الطعن أمامها بالحكم مالم ينص القانون على خلاف ذلك^(١).

ويتمثل هذا الطريق في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي بطريق الاعتراض على الاحكم الغيابية اذ بموجب هذا الطريق يقدم الطعن بالحكم الجزائي إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم الجزائي المطعون فيه، وبعد ان تنتهي المحكمة من المحاكمة الاعتراضية الثانية تصدر حكمها اما بتأييد الحكم الغيابي الاول أو تقوم بتعديله أو إلغائه اضافة إلى ان للمحكمة لها سلطة توجيه تهمة جديدة بعد ان تقوم بسحب التهمة الأولى أو إي قرار اخر تقوم بإصداره ولكن القرار الثاني مشروط بعدم تضمنه لعقوبة اشد من الاولى استناداً إلى قاعدة عدم جواز اضرار الطاعن بطعنه^(٢).

اما فيما يتعلق بطرق الطعن الاخرى وهي الطرق غير العادية، فهذه لا تجيز نقل الدعوى إلى من المحكمة التي اصدرت الحكم إلى محكمة الطعن الا في حالة كون الخصم ينعى على الحكم عيباً محدداً من العيوب التي ذكرها القانون و يطلق على هذه الطرق تسمية الطرق الاستثنائية، وسبب هذه التسمية لهذه الطرق هي لا يمكن اللجوء اليها الا بتوافر الاسباب التي نص عليها القانون على خلاف طرق الطعن العادية^(٣)، وهذه الطرق هي التمييز وتصحيح القرار التمييزي واعادة المحاكمة، ويهدف الطريق الاول التمييز إلى التحقق من كافة الاخطاء او العيوب القانونية التي تعتري الحكم الجزائي، ويتم بتقديم عريضة طعن من المميز نفسه او من

^١ - د. سليم حربة و عبد الأمير العكيلي، المصدر السابق، ص ١٩٤.

^٢ - ينظر: المواد (٢٤٥/ج، ٢٥١/ج) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

^٣ - د. وعدي سليمان علي المزوري، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، المصدر السابق، ص ٣٠٧. و د. سعيد حسب الله عبد الله، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، المصدر السابق، ص ٤٢٣.

ينوب عنه وفق القانون إلى المحكمة التي اصدرت الحكم المطعون فيه او إلى أي محكمة جزائية اخرى او إلى محكمة التمييز الاتحادية بشكل مباشر وذلك خلال مدة ثلاثين يوماً تبدأ من اليوم التالي للنطق بالحكم الجزائي^(١)، وذلك عندما تتحقق احدى الحالات التي أشارت إليها المادة (٢٤٩/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي^(٢).

ونرى في مجال الطعن في الاحكام الجزائية عن طريق التمييز في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي يوجد قصور تشريعي يجب تداركه، حيث منع القانون الطعن بالأحكام الصادرة من محاكم الجنايات بصفتها التمييزية وذلك في المادة (٢٦٥/د) منه والتي تنص ((تكون لمحكمة الجنايات... السلطات المقررة لمحكمة التمييز... وتكون قراراتها في ذلك باثة))، وهذا الامر لا يستقيم مع فكرة الانعدام حيث قد تقع الأحكام الجزائية منعدمة في حالة صدورها من محكمة الجنايات بصفتها التمييزية ومن ثم من غير المعقول تحصين أحكام منعدمة من الناحية القانونية وليس لها اية وجود من الناحية القانونية، فكان من الاولى بالمشرع العراقي ان يمنح محكمة التمييز باعتبارها الهيئة العليا الرقابة على أحكام محاكم الجنايات بصفتها التمييزية لسد الثغرات التي من خلالها تنفذ أحكام بعضها تتطوي على عيوب شديدة الجسامه كما في عيب الانعدام، كما انه ليس من الصحيح وصف أحكام هذه المحاكم بالبائة لطالما ان

^١ ينظر: المادة (٢٥٢/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

^٢ حيث أشارت المادة (٢٤٩/أ) على: ((لكل من الادعاء العام والمتهم والمشتكي والمدعي المدني والمسؤول مدنيا ان يطعن لدى محكمة التمييز في الأحكام والقرارات والتدابير الصادرة من محكمة الجنايات او محكمة الجنايات في جناية إذا كانت قد بنيت على مخالفة للقانون او خطأ في تطبيقه او تأويله او إذا وقع خطأ جوهري في الإجراءات الأصولية او في تقدير الادلة او تقدير العقوبة وكان الخطأ مؤثرا في الحكم)).

لمحكمة التمييز الاتحادية حق التدخل التمييز وفق أحكام المادة (٢٦٤/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي^(١).

كما تجدر الإشارة ان محكمة التمييز اعترفت لنفسها بسلطة التدخل التمييزي على قرارات محاكم الجنايات بصفتها التمييزية^(٢).

^١ - أشارت المادة (٢٦٤/أ) إلى: ((إضافة إلى الأحكام المتقدمة يجوز لمحكمة التمييز ان تطلب اية دعوى جزائية لتدقيق ما صدر فيها من أحكام وقرارات وتدابير واوامر من تلقاء نفسها او بناء على طلب الادعاء العام او اي ذي علاقة ويكون لها في هذه الحالة السلطات التمييزية المنصوص عليها في هذا الفصل، غير انه ليس لها ان تقرر اعادة اوراق الدعوى لإدانة المتهم او تشديد عقوبته الا إذا طلبتها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور القرار او الحكم)).

^٢ - ومن تطبيقات القضاء العراقي بخصوص التدخل التمييزي التلقائي من محكمة التمييز الاتحادية القرار التالي والخاص بالتدخل التمييزي التلقائي من قبل الهيئة العامة لمحكمة التمييز الاتحادية في القرار الصادر من محكمة جنايات الرصافة الاولى والذي جاء فيه ((لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية وجد أن محكمة جنايات الرصافة / الهيئة الأولى قررت تجريم المتهمين كلاً من أ . ج و ع . ح و ن . م وفق أحكام م ٤ / ١ وبدلالة م ٢ / ١ و ٣ من قانون مكافحة الإرهاب رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ لقيامهم بالاتفاق والاشتراك بدخول دار المدعي بالحق الشخصي وقتل المجني عليهم س . ع وزوجته وأولاده بالطعن بواسطة سكاكين وسرقة مبالغ مالية وحكمت على كل واحد منهم بالإعدام شنقاً حتى الموت ولدى إجراء التدقيقات التمييزية من قبل محكمة التمييز الاتحادية وجد أن محكمة الجنايات قد أخطأت في قرارها في تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً إذ إنها لم ترسل المتهم ن . ع إلى الطلب العدلي لغرض فحصه لادعائه على لسان وكيله بتعرضه لتعذيب أثناء التحقيق على الرغم موافقتها على الطلب المقدم منه وهي ضمانته من ضمانات المتهم هذا من جهة ومن جهة أخرى فأن الجريمة ليست ذات طابع إرهابي لإفصاح المتهمين في اعترافاتهم بقصدهم الجرمي وهو ارتكاب الجريمة بقصد الحصول على المال ووقعت جريمة القتل كجريمة محتملة لجريمة السرقة وأن فعلهم يشكل أربع جرائم كل واحدة منها وفق م ٤٠٦ / ١ / أ / ج / ح من قانون العقوبات المرقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل وبدلالة مواد الاشتراك ٤٧ و ٤٨ و ٤٩ منه وإذ إن المحكمة قضت بخلاف ذلك مما أخل بصحة قراراتها الصادرة عليه ولما تقدم قرر نقضها والتدخل تمييزاً بقرار الإحالة ونقضه استناداً لأحكام م ٢٥٩ / أ / ٧ وم ٢٦٤ من قانون أصول المحاكمات الجزائية وإعادة الإضبارة إلى محكمتها للتأشير وإعادتها إلى محكمة التحقيق المختصة للسير فيها وفق ما تقدم وصدور بالأكثرية في ٢٥ / ٢ / ٢٠١٤)). ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم (١٧٧/الهيئة العامة/٢٠١٣) في ٢٥/٢/٢٠١٤، (غير منشور).

اما الطريق الثاني من طرق الطعن الاستثنائية فهو تصحيح القرار التمييزي حيث يكون بموجب طلب يقدم من قبل ذوي العلاقة إلى محكمة التمييز بصورة مباشرة او عن طريق محكمة الموضوع وذلك بغية تصحيح الاخطاء القانونية التي ممكن ان تقع بها محكمة التمييز^(١)، وفي الحقيقة نرى ان هذا الطريق يحتاج إلى تعديل تشريعي لكي تكون هنالك فاعلية في فكرة الانعدام، إذ إن الطعن عن طريق تصحيح القرار التمييزي لا يكون الا في القرارات التي تصدرها محكمة التمييز بدون القرارات التي تصدرها محكمة الجنايات بصفتها التمييزية وهذا ما نصت عليه المادة (٢٦٦/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، حيث أشارت إلى: ((للدعاء العام وللحكوم عليه ولبقية ذوي العلاقة في الدعوى الجزائية طلب تصحيح الخطأ القانوني في القرار الصادر من محكمة التمييز))، حيث نقترح ان يكون هنالك تعديل تشريعي لهذه المادة وشمول القرارات التي تصدر من محكمة الجنايات بصفتها التمييزية بهذا الطعن اسوة بمحكمة التمييز .

أما فيما يخص الطريق الاخير من طرق الطعن الاستثنائية وهو (اعادة المحاكمة) فهو يتمتع بذاتية تميزه عن طرق الطعن السابقة حيث لا يمكن الركون اليه الا إذا كان الحكم المطعون فيه حاز على حجية الشيء المقضي فيه^(٢)، حيث أشارت إلى ذلك المادة (٢٧٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي: ((يجوز طلب اعادة المحاكمة في الدعاوي التي صدر فيها حكم بات بعقوبة او تدبير، ...)).

^١ - د. فخري عبد الرزاق صلبي الحديثي، المصدر السابق، ص ٤٨٣.

^٢ - د. براء منذر كمال عبد اللطيف، المصدر السابق، ص ٣٧٥.

وفي الحقيقة ان من الممكن وقوع انعدام قانوني في الحكم الجزائي فعلى العلى الرغم من ان هذا الطرق يقتضي على حيازة الحكم على حجية الشيء المقضي به إلا أنه في الكثير من الحالات^(١) التي من خلالها تتم اعادة المحاكمة تصلح لكونها انعدام قانوني للحكم الجزائي كما في حالة صدور حكم على شخص لقيامه بقتل اخر، ثم تبين بعد ذلك ان المجني عليه على قيد الحياة إذ إن الحكم قد صدر على شخص بريء^(٢)، إذ إن الحكم هنا يكون منعدم من الناحية القانونية.

يتضح مما تقدم، ان صدور الحكم الجزائي وهو منعدم سواء تم بناءه على إجراءات منعدمة كانهاء الرابطة الإجرائية كلها او عند صدوره كان منعدم يكمن التمسك بهذا الانعدام من خلال الطعن به، ويتم ذلك بالاستعانة بطرق الطعن العادية، وان طرق الطعن هذه لا تستقيم مع بعض انواع الانعدام كما في الانعدام المادي حيث لا وجود إلى الحكم الجزائي هنا واطرق الطعن تقتضي وجود الحكم الجزائي، وبناء على ذلك فأن الطعن يقتصر فقط على الطعن بالحكم الجزائي المنعدم من الناحية القانونية حيث يكون له مظهر خارجي يوتر في مراكز الأفراد ومن

^١ - أشارت المادة (٢٧٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي إلى هذه الحالات وهي كالاتي: ((يجوز طلب اعادة المحاكمة في الدعاوى التي صدر فيها حكم بات بعقوبة او تدبير في جنائية او جنحة في الاحوال الاتية :-

- ١ - إذا حكم على المتهم بجريمة قتل ثم وجد المدعى بقتله حيا.
- ٢ - إذا كان قد حكم على شخص لارتكابه جريمة ثم صدر حكم بات على شخص اخر لارتكابه الجريمة نفسها وكان بين الحكمين تناقض من مقتضاه براءة احد المحكوم عليهما
- ٣ - إذا حكم على شخص استنادا إلى شهادة شاهد او رأي خبير او سند ثم صدر حكم بات على الشاهد او الخبير بعقوبة شهادة الزور عن هذه الشهادة او الرأي او صدر حكم بات بتزوير السند.
- ٤ - إذا ظهرت بعد الحكم وقائع او قدمت مستندات كانت مجهولة وقت المحاكمة وكان من شأنها ثبوت براءة المحكوم عليه.
- ٥ - إذا كان الحكم مبني على حكم نقض او الغي بعد ذلك بالطرق المقررة قانونا.
- ٦ - إذا كان قد صدر حكم بالإدانة او البراءة او قرار نهائي بالإفراج او ما في حكمهما عن الفعل نفسه سواء كون الفعل جريمة مستقلة او ظرفا لها.
- ٧ - إذا كانت قد سقطت الجريمة او العقوبة عن المتهم لأي سبب قانوني)).

^٢ - د. ادوار غالي الذهبي، اعادة النظر في الأحكام الجزائية، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٧٠، ص ١٢١.

خلال هذا المظهر يتم الاستعانة بطرق الطعن العادية والاستثنائية التي نص عليها قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي للطعن به.

الفرع الثاني

الدفع بالانعدام عن طريق دعوى الانعدام الأصلية والأشكال على تنفيذ الحكم

المنعدم

في بعض الأحيان لا نكون طرق الطعن كافية لتقرير انعدام الأحكام الجزائية او قد يكون صاحب المصلحة مخير بين العديد من الطرق لتقرير الحكم او القرار المنعدم وقد يتم تنفيذ الحكم المنعدم فيكون المحكوم عليه أمام امر الواقع، لذلك يلجأ إلى طرق اخرى لتقرير الانعدام حيث طرح المشرع بشكل ضمني والقضاء والفقهاء وسائل اخرى يمكن ان يركن اليه المحكوم عليه في التخلص من آثار الحكم المنعدم مادياً وهذه الوسائل هي الدفع بالانعدام عن طريق دعوى الانعدام الاصلية وكذلك الأشكال في تنفيذ الحكم المنعدم، وهي كالآتي:-

اولاً/الدفع بالانعدام عن طريق دعوى الانعدام الاصلية:

أن الشائع في الفقه أن هذه الدعوى تسمى بدعوى البطلان إذ إن هذه التسمية توحي بأنها تقتصر على البطلان دون الانعدام حيث نها في الحقيقة ترفع على الأحكام المنعدمة وليس الباطلة، لذلك تمت تسميتها بالشكل الذي يتطابق مع طبيعتها وهي دعوى الانعدام الأصلية، إضافة إلى كونها مرتبطة بالانعدام وكذلك ترفع بشكل مستقل وليست طريق مستقل من طرق الطعن^(١)، ونحن بدورنا نفضل تسمية دعوى الانعدام الأصلية.

^١ - احمد عبد الحميد احمد عبد الكريم، المصدر السابق، ص ٦٠٤، ٦٠٥.

دعوى الانعدام الأصلية هي ((دعوى ترفع في حالات انعدام الحكم - إذا بلغ العيب المنسوب للحكم درجة الانعدام جاز إقامة هذه الدعوى أما إذا لم يبلغ هذه الدرجة فلا تجوز إقامتها احتراماً لما للأحكام من حجية - هذه الدعوى لها طبيعة خاصة و توجه ضد أحكام نهائية لا يجوز المساس بحجيتها وبذلك تقترب من طرق الطعن غير العادية كالتماس إعادة النظر - إذا كانت القاعدة هي عدم جواز الطعن بالالتماس في حكم سبق الطعن فيه بهذا الطريق فهذه القاعدة مهيأة للتطبيق بالنسبة لدعوى البطلان الأصلية و لو لم يجر بها نص خاص - لا وجه للقول بأن دعوى البطلان الأصلية هي دعوى وليست طعنًا فالغرض من القاعدة السابقة هو تحقيق الاستقرار في الأحكام و وضع حد للنقاضي سواء تعلق الأمر بدعوى أو بطعن كما أن تطبيق هذه القاعدة جائز سواء جرى بها نص خاص أو لم يجر))^(١).

وان دعوى الانعدام الأصلية هي دعوى لها طبيعة ذاتية خاصة حيث توجه إلى الأحكام التي تصدر بصفة باتة وهذه الدعوى هي طريق طعن ذات طبيعة استثنائية، إذ إن غلق باب طرق الطعن وانتهائها لا يحول ذلك دون وجود وسيلة أخرى لتقرير الانعدام ولما كانت الإجراءات القضائية المختلفة هدفها الأول هو أنها جاءت لحماية الحقوق الموضوعية وعدم إهدار قواعد العدالة، إذ يهدف القضاء لحمايتها وذلك من خلال أحكامه التي يصدرها، والقاضي في النهاية غير منزه عن الخطأ وعلى هذا الأساس وجدت طرق الطعن لإرساء قواعد العدالة وحكم القانون ومنها دعوى الانعدام الأصلية^(٢).

^١ - ينظر: قرار محكمة النقض المصرية الطعن رقم ٢٥١٢ لسنة ٣٤ ق، جلسة ٢٤/٢/١٩٩٠. (غير منشور).

^٢ - د. محمد علي عبد السلام، دعوى البطلان الأصلية، بحث منشور في مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الرابع والأربعين، ٢٠٢١، ص ٣٥٢.

كما يقصد بدعوى الانعدام الأصلية : هي الدعوى من خلالها يتم الإعلان عن انعدام القرار القضائي أو الحكم ابتداءً وذلك عن طريق دعوى جديدة مختلفة و منفصلة عن الدعوى الأساسية التي صدر فيها الحكم المنعدم، حيث يتم من خلالها الإعلان عن انعدام الحكم كما أن هذه الدعوى تسمى بالانعدام الأصلية، والسبب في ذلك لأنها ليست جزءاً من الدعوى التي من خلالها صدر القرار المنعدم، بل هي يتم من خلالها النظر في دعوى جديدة من البداية وذلك بعد التأكد من كون الحكم السابق وقع منعماً وذلك لفقدانه ركناً من أركانه الأساسية حيث لم يرتب أي أثر قانوني^(١).

وان إجراءات هذه الدعوى هي نفس إجراءات اية دعوى عادية إذ إن الخصوم يخاصمون في هذه الدعوى الحكم الجزائي المعدوم حيث تقام بالإجراءات المعتادة المتعارف عليها ومن ثم تتميز هذه الدعوى بطبيعتها الموضوعية^(٢).

فإذا كان الحكم الجزائي مستغرقاً لكل طرق الطعن، فإن الوسيلة التي من خلالها يتم تقرير انعدامه تكون عن طريق رفع دعوى أصلية من قبل الخصوم بهذا الشأن، وقد يتم الاعتراض على ذلك من خلال أن هذه الدعوى ينص عليها القانون ولم يتولى تنظيمها لذا لا يمكن اللجوء إليها، أو أنها تنطوي على المساس بحجية الأحكام المقررة بموجب القانون، إلا أن في الحقيقة هذا الاعتراض ليس له أية قيمة، إذ إن القانون لم ينص على عيب الانعدام أصلاً، فبالتالي لا حاجة لكي ينص على إمكانية رفع هذه بغية الوصول إلى تقرير الانعدام إذ إن هذا

^١ - د. محمد محرم العازمي، الحالات التي تبرر دعوى البطلان الأصلية في القانون الكويتي والأمريكي، بحث منشور في مجلة جامعة الكويت، المجلد الخامس والأربعون، العدد الرابع، الكويت، ٢٠٢١، ص ٣٢٥.

^٢ - د. رمضان إبراهيم علام، المصدر السابق، ص ٢٦٩.

الأمر منطقي، إضافة إلى أن الحكم حتى يحوز حجية الأمر المقضي فيه لابد أن يكون موجوداً وهذا الفرض لا يمكن الركون إليه في حالة الحكم المنعدم لأنه غير موجود^(١).

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه اختلف فيما يتعلق بتحديد المحكمة التي تُرفع أمامها الدعوى الاصلية، حيث هناك من ذهب إلى أن هذه المحكمة المختصة بذلك هي محكمة التمييز (النقض) باعتبار هذه المحكمة تتولى الرقابة والإشراف على حسن تطبيق القانون، لذلك لا يكون هنالك مانع من ان دعوى الانعدام الأصلية تُرفع إليها بغية تقرير الانعدام^(٢).

في حين أن هناك من يرى أن المحكمة المختصة بهذه الدعوى هي محكمة الدرجة الأولى بغض النظر عن جهة صدور الحكم المنعدم حتى وإن كان صادراً من محكمة ثاني درجة كمحكمة الاستئناف ويكمن أساس ذلك إلى عدم حرمان الخصوم من أي درجة من درجات التقاضي^(٣).

والرأي الأخير يذهب إلى أن المحكمة المختصة بهذه الدعوى هي نفس المحكمة التي أصدرت الحكم الجزائي المعدوم إذ لا يتقيد رفع دعوى الانعدام الأصلية أمامها بميعاد معين لأنه لا غير مكتسبة الدرجة القطعية إذ إن هذا طبيعة الحكم يجعل من المحكمة سلطتها مستمرة وباقية عليها وهذا الأمر يتناسب مع طبيعة فكرة الانعدام لأن رفع هذه الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى معناها نعطيتها سلطة الرقابة والإشراف على محاكم أعلى درجة منها وهذا لا يستقيم مع المنطق القانوني السليم، حيث يقوم الخصوم برفع الدعوى أمام هذه المحكمة وتقوم بإعادة النظر في هذا الحكم من حيث سحبه أو الغائه كما يمكن لها أن تعيد النظر بالدعوى مرة

^١ - د. وعدي سليمان علي المزوري، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، المصدر السابق، ص ٢١٤.
^٢ - د. محمد علي عبد السلام، المصدر السابق، ص ٤٧٥-٤٧٩. و د. مأمون محمد سلامة، المصدر السابق، ص ٣٦٥.
^٣ - د. فتحي والي، المصدر السابق، ص ٨٦. محمود نجيب حسني، المصدر السابق، ص ١٥٢.

أخرى وهذه السلطة لا يمكن الاعتراض عليها بكون الدعوى خرجت من المحكمة لأن خروجها من المحكمة يتطلب وجود قانوني للحكم وكما هو معروف أن الحكم الجزائي ليس له أي وجود من الناحية القانونية ومن ثم فإن المحكمة هنا لم تتجاوز سلطتها وقرار المحكمة بتقرير الانعدام يكون له أثر كاشف وليس منشئ لأن الانعدام هو حالة موجودة منذ صدور الحكم إذ إن ولاية المحكمة لا تزال مستمرة على هذا الحكم^(١).

ونحن نؤيد هذا الرأي فإضافة إلى الأسباب التي ذكرت أن هذه المحكمة هي الأكثر قدرة على الإلمام بهذا العيب لكون أن الحكم المعلومات صدر منها، إذ إن هذا الأمر يوجد له أساس ولكن بشكل غير مباشر في القانون العراقي إذ إن المشرع نفسه يعطي لمحكمة الموضوع سلطة إلغاء قراراتها التي أصدرتها بصورة غير قانونية وأن اكتسبت هذه القرارات الدرجة القطعية، فكيف لا يكون هذا الأمر بالنسبة إلى الأحكام المنعدمة والتي ليس لها وجود من الناحية القانونية ولا تحوز حجية الأمر المقضي به، حيث أشار قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩، إلى: ((يصدر الحكم بالإلغاء بناء على طلب الادعاء العام من المحكمة التي أصدرت الحكم بالعقوبة التي ترتب عليها إلغاء إيقاف التنفيذ أو التي ثبت أمامها سبب الإلغاء مع عدم الإخلال بحق الطعن ولا في درجات التقاضي))^(٢)، إذ إن المحكمة التي تقرر إلغاء القرار هي ذاتها التي قامت بإصداره، ومن ثم فإن من الممكن لمحكمة الموضوع أن تلغي از تسحب الحكم المنعدم الصادر منها.

كما يكون سند آخر في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي حيث أجازت تصحيح الخطأ المادي الذي يقع منها، حيث عالج المشرع العراقي مسألة الخطأ المادي في الأحكام

^١ - د. احمد فتحي سرور، نظرية البطلان، المصدر السابق، ص ٢١٣-٢١٥.

^٢ - ينظر: المادة (١٤٧/٢) من قانون العقوبات العراقي.

الجزائية، وذلك وفق المادة (٢٢٥) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، حيث نصت على: ((لا يجوز للمحكمة أن ترجع عن الحكم أو القرار الذي أصدرته أو تغيره أو تبديل فيه إلا لتصحيح مادي على أن يدون أن يدون ذلك حاشية له ويعتبر جزء منه)).

والأجراء العملي لتصحيح الأخطاء مادية تكون وفق طريقتين: الاولى يكون من قبل الخصوم بناء على طلب يقدم من أحدهم، ويكون هذا التصحيح واجب على المحكمة، وهذا ما أشارت إليه المادة (١٦٧/١) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ، أما فيما يتعلق بالطريقة الثانية: فتكون من قبل المحكمة نفسها التي أصدرت الحكم الجزائي أي محكمة الموضوع ويكون ذلك من تلقاء نفسها وليس بطلب من الخصوم، بغض النظر شواذ كانت الدعوى بحوزتها أو أنها قد أعيدت لها من محكمة التمييز عند الطعن بالأحكام ففي هذه الحالة يكون التصحيح جوازي وليس وجوبي، وهذا ما أكدته المادة (١٦٧/٢) قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ^(١).

كما أن محكمة الموضوع يمكن لها أن تفصل في قرار أصدرته وتطبيق ذلك موجود في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي حيث أجاز المشرع لمن صدر عليه أمر جزائي ويرى أنه مجحف بحقه يمكن له أن يعترض عليه أمام المحكمة التي أصدرته، حيث أشار هذا القانون إلى: ((للمتهم الاعتراض على الأمر الجزائي بعريضة يقدمها للمحكمة خلال سبعة أيام من تاريخ التبليغ به وتعين المحكمة يوماً للمحاكمة تبلغ به المتهم وفق الأصول))^(٢).

^١ - رياض حامد جابيش الزبيدي، الخطأ المادي في الحكم الجزائي، رسالة ماجستير، معهد العلمين للدراسات العليا-قسم القانون، العراق، ٢٠١٩، ص ٦٣.

^٢ - بنظر: المادة (٢٠٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

وبنفس الأساس استند إليه الكتاب في مصر بغية لوضع سند إلى دعوى الانعدام وذلك من خلال نص المادة (٥٧/١) من قانون العقوبات المصري التي أشارت إلى إلغاء وقف التنفيذ من المحكمة التي أصدرت القرار، وكذلك المادة (٣٣٣٧) من قانون الإجراءات الجنائية المصري التي أشارت إلى تصحيح الخطأ المادي من قبل المحكمة التي أصدرت الحكم، وكذلك أن القاضي الذي أصدر الأمر الجزائي هو المختص فيما يقدم إليه من طلب تنطوي على إشكالات في تنفيذه^(١).

ويتمثل نطاق دعوى الانعدام الأصلية في بالأحكام المنعدمة فقط فإذا صدر الحكم منعماً أجاز رفع هذه الدعوى عليه اما فيما يتعلق بالحكم الباطل فلا يجوز رفع هذا دعوى عليه حيث يتم اللجوء إلى طرق الطعن للوصول إلى بطلانه دون الحاجة إلى اللجوء إلى دعوى الانعدام الأصلية، إذ إن عدم الطعن في الحكم الباطل خلال المدة التي يحددها القانون فإنه يحوز حجية الامر المقضي به ويتحصن من الطعن وهذا على خلال الحكم المنعدم الذي يمكن تقرير بأية وسيلة ممكنة لأنه ليس له وجود من الناحية القانونية^(٢).

يتضح مما سبق أن دعوى الانعدام الأصلية لها دور فعال في معالجة مشكلة الأحكام المنعدمة التي لا يمكن الطعن بها وكذلك تحديد الجهة التي يتم رفع أمامها هذه الدعوى، حيث تؤدي هذه الدعوى إلى تقرير الانعدام بكل بساطة ويسر إذا علمنا أنها تقدم إلى المحكمة التي أصدرت الحكم الأول وهذا ليس بالأمر الغريب في القانون الجنائي العراقي إذ من الممكن اللجوء إلى ذات المحكمة التي أصدرت القرار لتقوم بإلغائه أو سحبه.

^١ - احمد عبد الحميد احمد عبد الكريم، المصدر السابق، ص ٦٢٨.

^٢ - د. رمضان ابراهيم علام، المصدر السابق، ص ٢٧١، ٢٧٢.

ثانياً/الدفع بالانعدام عن طريق عدم تنفيذ الحكم المنعدم:

يعرف الدفع بعد تنفيذ الحكم المنعدم بأنه: ((نزاع في شأن القوة التنفيذية للحكم الجزائي من حيث وجود هذه القوة او من حيث الكيفية التي يتعين يجري فيها التعيين))^(١).

فإذا كان الاصل في الحكم المنعدم انه لا يحتاج إلى تقرير فعلى العلى الرغم من إمكانية الدفع بالانعدام أمام المحكمة التي اصدرت الحكم او اللجوء إلى طرق الطعن المتعارف عليها للطعن بهذا الحكم المعدوم كما ان الركون إلى دعوى الانعدام الاصلية أمام المحكمة التي اصدرت الحكم المعدوم لكشف عن الانعدام لا يعني ان ليس هنالك وسائل اخرى يتم اللجوء اليها في تقرير الانعدام اذ ان هذه الوسائل ليست السبيل الوحيد لتقرير هذا الانعدام وبعبارة اخرى ان الانعدام لا يحتاج إلى تقرير، حيث من الممكن ان يستشكل المحكوم عليه على تنفيذ الحكم الجزائي المنعدم الصادر ضده والمراد تنفيذه عليه ومن ثم على المحكمة التي رفع لها هذا الاشكال ان تقضي بوقف تنفيذ الحكم الجزائي الذي ينطوي على عوار الانعدام^(٢).

كما يمكن للنيابة أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم الذي استشكل، و كما يمكن للنيابة العامة أن تتجاهل صدور الحكم المعدوم وتقوم برفع الدعوى الجزائية مرة اخرى على المحكوم عليه لطالما ان المحكمة التي اصدرته لا زالت ولايتها عليه ولم تُستنفذ بغض النظر سواء صدر الحكم عليه بالبراءة او بالإدانة وتعيد رفع الدعوى الجنائية على المتهم طالما أن المحكمة لم تستنفذ ولايتها بنظر الدعوى سواء حكم عليه بالبراءة أو بالإدانة، ولا يمكن مجابهة طلب من استشكل على

^١- د. محمود نجيب حسني، المصدر السابق، ١٠٣٠.

^٢- د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان، المصدر السابق، ص ٢١٦.

التنفيذ او طلب النيابة العامة بناء على ان الحكم حاز على حجية الامر المقضي به، إذ إن هذا الامر لا يستقيم مع الحكم المنعدم لأنه ليس له وجود^(١).

وإذا كان في الاصل أن منازعة التنفيذ للحكم الجزائي المنعدم انها وسيلة قد شرعت بغية التمسك بالعيوب الإجرائية التي تشوب تنفيذ الحكم، ولم يستهدف المشرع من خلالها التمسك بالعيوب المتعلقة بذات الحكم المراد تنفيذه وانما تقتصر فقد على الإجراءات التي تلي الحكم الجزائي المعدوم اي الإجراءات التي تعاصر تنفيذه واللاحقة لصدوره، أما الحكم في ذاته وما سبقته من إجراءات مختلفة ممهدة لصدوره حيث التمسك بعيوبه والعيوب التي تعترى هذه الإجراءات من خلال طرق الطعن المقررة بموجب القانون، ومن ثم فإن الاشكال الوارد على تنفيذ الحكم ليس طريق من طرق الطعن بل هو نعي على التنفيذ وإجراءاته فقط دون الحكم المراد تنفيذه^(٢).

إلا أن في مجال الانعدام الامر يكون مختلفاً حيث يكون استثناء من الاصل التمسك الاشكال على تنفيذ الحكم ذاته وليس على التنفيذ إذا انطوى الحكم الجزائي على عيب الانعدام، والسبب في ذلك ان الحكم المنعدم لا يتمتع باي وجود قانوني فهو والعدم سواء، حيث يكون التنفيذ في هذه الحالة خالي من السند التنفيذي بغياب الحكم، كما ان الذي ينفذ ضده الحكم يستشكل على ان التنفيذ خالي من السند القانوني الذي يستند عليه، وبناء على ذلك فإن الاشكال

^١ - د. عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون الإجراءات الجزائية، المصدر السابق، ص ٧٢.

^٢ - د. أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ٢٢٣.

على تنفيذ الحكم المنعدم يعتبر من الوسائل العملية المهمة التي يمكن من خلالها التمسك بانعدام الأحكام الجزائية^(١).

وقد اشترط قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي تنفيذ الأحكام والقرارات ان تكون واجبة التنفيذ وكذلك صدورها من محكمة مختصة: حيث أشار إلى: ((لا يجوز تنفيذ العقوبات والتدابير المقررة بالقانون لأية جريمة الا بمقتضى حكم واجب التنفيذ صادر من محكمة مختصة))^(٢).

ولما كان الحكم الجزائي المنعدم غير واجب التنفيذ كما ان المشرع أشار إلى حالة من حالات الانعدام وهي الانعدام المترتب على مخالفة قواعد الاختصاص، وبناء على ذلك يمكن الاستناد على هذه المادة في الركون إلى الاشكال على تنفيذ الحكم المنعم كوسيلة عملية مهمة للتمسك بانعدام الأحكام الجزائية.

اما في قانون الإجراءات الجنائية المصري فقد توسف بشكل كبير في هذا الامر اكثر من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، حيث أشار إلى: ((كل اشكال من المحكوم عليه في التنفيذ يرفع إلى محكمة الجنايات إذا كان الحكم صادراً منها او إلى محكمة الجناح المستأنفة فيما عدا ذلك، وينعقد الاختصاص في الحالتين إلى للمحكمة التي تختص محلياً بنظر الدعوى المستشكل في تنفيذ الحكم الصادر فيها))^(٣)، وكذلك أشار هذا القانون إلى: ((يقدم النزاع إلى المحكمة بواسطة النيابة العامة على وجه السرعة ويعلن ذوو الشأن بالجلسة التي تحدد لنظره، وتفصل المحكمة فيه في غرفة المشورة بعد سماع النيابة العامة وذوى الشأن، وللمحكمة أن

^١ - د. محمود كبش، الاشكال في تنفيذ الأحكام الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٣٨.

^٢ - ينظر: المادة (٢٨٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

^٣ - ينظر: المادة (٥٢٤) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

تجرى التحقيقات التي ترى لزومها ولها في كل الأحوال أن تأمر بوقف التنفيذ حتي يفصل في النزاع - وللنيابة العامة عند الاقتضاء وقبل تقديم النزاع إلى المحكمة أن توقف تنفيذ الحكم مؤقتاً^(١)، كما أشار هذا القانون إلى: ((إذا حصل نزاع في شخصية المحكوم عليه يفصل في ذلك النزاع بالكيفية والأوضاع المقررة في المادتين السابقتين))^(٢)، وكذلك أشار هذا القانون إلى: ((ي حالة تنفيذ الأحكام المالية على أموال المحكوم عليه إذا قام نزاع من غير المتهم بشأن الأموال المطلوب التنفيذ عليها يرفع الأمر إلى المحكمة المدنية طبقاً لما هو مقرر في قانون المرافعات))^(٣).

ومن خلال هذه النصوص يتبين ان المشرع المصري في قانون الإجراءات الجنائية وضع الأحكام الكافية فيما يتعلق بالأشكال على تنفيذ الحكم الجزائي المنعدم، اضافة إلى ان القانون المصري أشار بشكل واضح إلى الجهة التي يقدم لها طلب الاشكال على الأحكام المنعدمة وهي محكمة الجنايات ومحكمة الجناح المستأنفة، ولم نجد ذلك في قانون أصول المحاكمات الجزائية وهذا الامر يعتبر قصور تشريعي يحتاج إلى تدخل تشريعي من قبل المشرع.

كما ان المشرع المصري بين الجهات التي تقوم برفع هذه الاشكال وهي جهتين المحكوم عليه وكذلك النيابة العامة، أمام العراق لم يشر إلى ذلك، وتجدر الإشارة إلى ان قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي حل هذه المسألة حيث منح النيابة العامة ترفع دعوى الاشكال إلى المحكمة المختصة من تلقاء نفسها او عن طريق طلب يقدمه المحكوم عليه لها^(٤).

^١ - ينظر: المادة (٥٢٥) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

^٢ - ينظر: المادة (٥٢٦) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

^٣ - ينظر: المادة (٥٢٧) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

^٤ - ينظر: المادة (١/٧٧١) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.

وان المعالجة الواقعية لهذه المشكلة في العراق يتم من خلال تقديم طلب الاشكال على الحكم الجزائي إلى المحكمة التي صدرت هذا الحكم بكونه منعدم ولم يخرج من ولايتها، لذلك فإن الطلب يقدم اليها فهي أكثر دراية بحیثيات الحكم او القرار الذي وقع منعدمًا، الجهة التي تقدم الطلب فتكون من قبل المحكوم عليه او من قبل الجهة التي تقوم بتنفيذ الحكم المنعدم.

يتضح مما سبق ذكره، ان الاشكال على تنفيذ الاحكام يعتبر وسيلة عملية مهمة لتقرير انعدام الأحكام الجزائية حيث لا تحتاج إلى جهد ووقت كبيرين اضافة إلى انها مسألة تقتضيها طبيعة الانعدام إذ إنه الحكم المنعدم غير قابل للتنفيذ وبذلك تترتب مسؤولية على من يقوم بتنفيذه مع علمه بانعدامه (١).

^١ - للمزيد حول المسؤولية المترتبة على العيوب الإجرائية ينظر: وعدي سليمان علي المزوري، ضمانات المتهم، المصدر السابق، ص ٢٦٥ وما بعدها.

الخاتمة

بعد ان انتهينا من دراستنا توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات وهي على النحو

الآتي: -

أولاً: النتائج

١-الانعدام هو عدم وجود العمل الإجرائي سواء من الناحية القانونية او من الناحية المادية وعلى

هذا الاساس يقسم إلى انعدام قانوني وانعدام واقعي.

٢-يتعلق الانعدام بمفترضات وجود العمل الإجرائي وأركانه ولا يتعلق بشروط الصحة التي تكون

في الجزاءات الإجرائية الأخرى.

٣-تبين لنا ان المشرع العراقي في قانون أصول المحاكمات الجزائية لم ينص على عيب

الانعدام.

٤-من خلال الاطلاع على الأحكام القضائية تبين لنا ان القضاء لم يصرح بوجود عيب الانعدام

وانما يقتصر على القول بان الحكم غير صحيح او انه باطل، وهذا الامر لا يستقيم مع

عيب الانعدام الذي يهدم وجود العمل الإجرائي.

٥-تبين لنا ان جزاء الانعدام يعتبر الوسيلة الوحيدة التي من خلالها يتم تلافي الأحكام غير

المشروعة ومن ثم هدم حجية الامر المقضي به لان عيب الانعدام لا يتقرر بحكم القضاء

وانما بالقانون حيث يعتبر الحكم القضائي كاشفاً لا منشئاً له.

٦- ان المحكمة لا تستنفذ ولايتها في حالة عيب الانعدام لان الاجراء المعدوم كأن لم يكن فأن التعرض إلى موضوع الدعوى التي حصل فيها الانعدام لا يصطدم بأي أصل من أصول التقاضي.

٧- ان عيب الانعدام فكرة املتها الضرورة حيث لا يمكن رفع آثار هذا العيب من منظور منطق البطلان، فلا بد من بناء هذه الفكرة في قانون أصول المحاكمات الجزائية، لكونها الوسيلة الوحيدة للتخلص من آثار العمل الإجرائي الذي يفتقد مفترضات الوجود.

٨- يعتبر الانعدام الوسيلة الفعالة للتخلص من المحاكمة الصورية إذ إن في الكثير من الأحيان يقوم الاشخاص بافتعال أكثر من خصومة جزائية سورية ولا يكمن تلافى آثارها الا من خلال جزاء الانعدام.

٩- ان عيب الانعدام يختلف بشكل كلي عن العيوب الإجرائية الاخرى فهو لا يلحقه التصحيح والا الاجازة، لان عيب الانعدام يعتبر واقعة مادية لا يرتب اية آثار قانونية.

١٠- من خلال دراستنا لهذا الموضوع تبين لنا ان صور عيب الانعدام لا يمكن ان تنحصر بصور محددة بل انه من الممكن ان يلحق كل اجراء في الدعوى الجزائية وكل عمل إجرائي مهما كانت طبيعته.

١١- ان الانعدام الواقع في الدعوى الجزائية فيما يتعلق بإثبات الواقعة نسبتها إلى فاعلها ووصفها القانوني يؤدي إلى انعدام الدعوى المدنية بشكل تلقائي.

١٢- ان الدفع بالانعدام في مرحلة التحقيق والتحقيق يتم أمام قاضي التحقيق محكمة الموضوع، حيث يتم الدفع بالانعدام في إجراءات التحري أمام قاضي التحقيق، اما الإجراءات المتخذة من قاضي التحقيق يتم أمام محكمة الموضوع.

١٣- يمكن لذوي المصلحة التمسك بالدفع بالانعدام أمام المحكمة، لما يهذ العيب من خصوصية يخرج عن قواعد الدفوع المتعارف عليها في النظام الإجرائي ككل حيث يمكن التمسك به أمام اي محكمة وبأي مرحلة من مراحل المحاكمة كما يكمن للمحكمة تقريره من خلال التصدي له بشكل مباشر دون الحاجة إلى الدفع به من قبل ذوو المصلحة.

١٤- ان صدور الحكم الجزائي وهو منعدم سواء تم بناءه على إجراءات منعدمة كانعدام الرابطة الإجرائية كلها او عند صدوره كان منعدم يكمن التمسك بهذا الانعدام من خلال الطعن به، ويتم ذلك بالاستعانة بطرق الطعن العادية، وان طرق الطعن هذه لا تستقيم مع بعض انواع الانعدام كما في الانعدام المادي حيث لا وجود إلى الحكم الجزائي هنا واطرق الطعن تقتضي وجود الحكم الجزائي، وبناء على ذلك فأن الطعن يقتصر فقط على الطعن بالحكم الجزائي المنعدم من الناحية القانونية حيث يكون له مظهر خارجي يوثر في مراكز الأفراد ومن خلال هذا المظهر يتم الاستعانة بطرق الطعن العادية والاستثنائية التي نص عليها قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي للطعن به.

١٥- أن دعوى الانعدام الأصلية لها دور فعال في معالجة مشكلة الأحكام المنعدمة التي لا يمكن الطعن بها وكذلك تحديد الجهة التي يتم رفع أمامها هذه الدعوى، حيث تؤدي هذه الدعوى إلى تقرير الانعدام بكل بساطة ويسر إذا علمنا أنها تقدم إلى المحكمة التي أصدرت الحكم

الأول وهذا ليس بالأمر الغريب في القانون الجنائي العراقي إذ من الممكن اللجوء إلى ذات المحكمة التي أصدرت القرار لتقوم بإلغائه أو سحبه.

ثانياً: التوصيات

١- لما لعب الانعدام من خطورة كبيرة على حقوق وحريات الأفراد ولما يشكله من مساس خطير بالمراكز القانونية، ان اللجوء إلى المحاكم للحفاظ على هذه المراكز يكلف جهد ومال اضافة إلى ان عيب الانعدام هو اجنبي على العيوب الإجرائية فان ذلك يؤدي إلى اشغال القضاء، لذا نقترح على المشرع الجزائي العراقي ضرورة تنظيم هذا العيب في نصوص صريحة في قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١، اضافة إلى القوانين الإجرائية الجزائية الخاصة في العراق، او الاكتفاء بالقانون الاول لأنه يعتبر المرجع للقوانين الجزائية الإجرائية.

٢- ان القضاء الجنائي حاول الاجتهاد في ابراز هذه الفكرة في أحكامه إلا أنه لم يضع ضابطاً محدداً لهذا العيب يتضمن الحالات التي يقع بها مما يؤدي الخط بين عيب الانعدام والجزاءات الإجرائية الاخرى، لذلك نقترح على المشرع ايراد هذه الحالات في نصوص تشريعية واضحة لرفع اللبس والغموض والتداخل بين عيب الانعدام والعيوب الإجرائية الاخرى، لتجنب احلال القضاء محل المشرع في وضع معايير مختلفة في كل توجه.

٣- نأمل من القضاء الجنائي العراقي من التصريح بمصطلح الانعدام او الإشارة إلى كلمة (كأن لم يكن) او غيرها من المصطلحات التي تدل على ان القضاء الجنائي العراقي كان له

موقف واضح من فكرة الانعدام في أصول المحاكمات الجزائية والابتعاد عن التداخل والالتباس مع عيب البطلان.

٤- نقترح تعديل نص المادة (٢٦٥/د) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي التي تعتبر قرارات محكمة الجنايات باثة اسوة بقرارات محكمة التمييز دون التعقيب عليها، إذ إن من الممكن وقوع عيب الانعدام بالأحكام الصادرة منها او الإجراءات التي تقوم بها ومن ثم فإن ذلك يؤدي إلى صدور أحكام جزائية منعدمة من الناحية القانونية، وهذا يمثل تهديداً خطيراً للحقوق والحريات.

٥- نقترح تعديل نص المادة (٢٦٦/أ) التي تنص على إمكانية طلب تصحيح الحكم الصادر من محكمة التمييز وشمول الأحكام الصادرة من محكمة الجنايات بصفقتها التمييزية بذلك، لتلافي إجراءات تقرير الانعدام الاخرى المطولة.

٦- نوصي عند تنظيم أحكام الانعدام بمنح المحكمة التي اصدرت العمل الإجرائي المعدم او اصدرت الحكم المنعدم ان تقوم بتقريره بنفسها مع مراعاة الأصول المرعية بالتنظيم القضائي.

٧- نقترح اضافة النص الاتي إلى قانون أصول المحاكمات الجزائية: (يترتب الانعدام في حالة إهدار النظام القانوني للدولة وحالة فقد الخصومة الإجرائية مفترضات انعقادها وحالة فقد العمل الإجرائي ركنا من أركانه الأساسية التي لا يقوم بدونها).

٨- نقترح اضافة النص الاتي: (يكون الحكم الجزائي منعدماً، إذا انتفت ولاية المحكمة التي اصدرته، أو إذا صدر في خصومه غير منعقدة، أو إذا انتفت فيه ارادة القاضي أو القانون).

٩-نقترح اضافة النص الاتي: (الانعدام يؤدي إلى العجز الدائم للإجراء الجنائي عن إنتاج أي أثر قانوني، ويجوز التمسك به في أي حالة كانت عليها الدعوى، وتقضي به المحكمة ولو بغير طلب ، وتجوز آثاره ولو لأول مرة أمام محكمة النقض ، كما يجوز رفع دعوى أصلية لتقريره أمام محكمة النقض من كل ذي صفة ومصلة سواء أكان طرفاً في الخصومة الأصلية أم كان خارجاً عنها وفقاً للإجراءات المعتادة).

١٠-نقترح اضافة النص الاتي إلى قانون أصول المحاكمات الجزائية: (لا يجوز للقاضي أن يصحح ولو من تلقاء نفسه، كل إجراء يتبين له انعدامه، ولا يجوز أن يعول عليه على أي وجه، كما لا يجوز للخصوم التنازل عنه).

١١-نقترح اضافة النص الاتي إلى قانون أصول المحاكمات الجزائية: (إذا تقرر انعدام أي إجراء فإنه يتناول جميع الآثار التي تترتب عليه مباشرة، ولزم إعادته متى أمكن ذلك . أما إذا تقرر انعدام الخصومة الجنائية أو مرحلة من مراحلها فإنه يتناول جميع الإجراءات الداخلة فيهما، ولزم إعادتهما متى أمكن ذلك).

١٢-نقترح تعديل نص المادة (٢٤٩/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية بحيث تصبح على النحو الاتي: (...إذا كانت قد بنيت على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله أو إذا وقع خطأ جوهري في الإجراءات الأصولية أو في تقدير الأدلة أو تقدير العقوبة وكان الخطأ مؤثراً في الحكم، أو إذا كانت الأحكام والقرارات منعدمة).

١٣-نقترح تعديل نص المادة (٢٥٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، بحيث تصبح على النحو الاتي: (يترتب على الطعن في الحكم أو القرار الفاصل في الدعوى شموله جميع

الأحكام والقرارات التي سبقت صدوره إذا كانت ذات علاقة به، أما إذا كان الحكم أو القرار لحقه عيب الانعدام فإنه الأثر يشمل جميع الأحكام والقرارات السابقة واللاحقة المرتبطة بالحكم المنعدم سواء كان العلاقة مباشرة ام غير مباشرة).

١٤-نقترح اضافة طريق آخر إلى طرق الطعن المنصوص عليها في الكتاب الرابع من قانون أصول المحاكمات الجزائية وهذا الطريق هو الدعوى الأصولية المتعلقة بعيب الانعدام.

١٥-نقترح تعديل نص المادة (٢٥٦) من قانون أصول المحاكمات الجزائية بإضافة ما يلي:
(...ألا إذا نص القانون على ذلك أو كانت الأحكام والقرارات منعدمة).

١٦-نقترح اضافة النص الاتي إلى قانون أصول المحاكمات الجزائية: (على المحكمة التي يقدم لها الطعن إذا ما رأته أن هنالك انعداماً في الإجراءات أو الحكم فيجب عليها أن تعيد القضية لمحكمة اول درجة لكي تحكم بها من جديد).

المصادر والمراجع

١- القرآن الكريم : سورة الانسان : الآية ١ .

اولاً: المعاجم اللغوية

١- ابن دريد، جمهرة اللغة، ج١، مادة (عدم)، مكتبة دار العلوم، بلا مكان نشر، ١٩٨٣ .

ثانياً: الكتب

١- احمد جمال الدين، معجم المصطلحات القانونية والجزائية في الأحكام والإجراءات والمحاکمات، المكتبة العصرية، بيروت، بلا سنة طبع.

٢- احمد عيد جمعه حليس الكعبي، الحكم القضائي المنعدم بين الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١٦ .

٣- بسمة معن محمد ثابت، مبدأ المواجهة بين الخصوم في الإجراءات الجنائية، ط١، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٥ .

٤- د. احمد ابو الوفاء، نظرية الدفع في قانون المرافعات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٢ .

٥- د. احمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٧ .

٦- د. احمد فتحي سرور، الوسيط في النقص الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،
٢٠١٨.

٧- د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الكتاب الأول، ط١٠، دار
النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١٦.

٨- د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات (القسم العام)، ط٦، دار النهضة العربية
القاهرة، جمهورية مصر العربية، ٢٠١٥.

٩- د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية،
القاهرة، مصر، ١٩٥٩.

١٠- د. احمد كيلان عبد الله و جواد كاظم حسين، المصالح المعتبرة للاستثناء في النص
الإجرائي (دراسة مقارنة معمقة في أصول المحاكمات الجزائية)، ط١، دار المسلة للنشر
والتوزيع، بغداد، العراق، ٢٠٢١.

١١- د. أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية،
مصر، ١٩٩٩.

١٢- د. احمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،
١٩٩٨.

١٣- د. ادوار غالي الذهبي، مجموعة بحوث قانونية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،
١٩٧٨.

١٤- د. ادوار غالي الذهبي، اعادة النظر في الأحكام الجزائية، عالم الكتب، القاهرة، مصر، ١٩٧٠.

١٥- د. الهام محمد حسن العاقل، البطلان في الإجراءات الجزائية اليمني، ط١، الناشر مركز المعلومات والتأهيل لحقوق الأتسان، تعز، الجمهورية اليمنية، ٢٠٠٦.

١٦- د. آمال عبد الرحيم عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، بلا سنة نشر.

١٧- د. آمال عبد الرحيم، الخبرة في المسائل الجنائية، الناشر جامعة المنصورة، مصر، ١٩٦٤.

١٨- د. آمال عبد الرحيم، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، بلا سنة نشر.

١٩- د. آمال عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٩١.

٢٠- د. براء منذر كمال عبد اللطيف، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط٥، مطبعة يادكار، السلبيمانية، العراق، ٢٠١٦.

٢١- د. جميل الشراوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، ١٩٥٦.

٢٢- د. حسن عبد الخالق، أصول الإجراءات الجنائية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٩.

- ٢٣- د. خيرى بعد الفتاح السيد البتانونى، نظرية الانعدام الإجرائى فى قانون المرافعات، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١٢.
- ٢٤- د. رهاب عمر سالم و د. عمر سالم، الوجيز فى شرح قانون الإجراءات الجنائية، ج١، الناشر جامعة الفيوم-كلية الحقوق، مصر، ٢٠١٧.
- ٢٥- د. رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ١٩٧٧.
- ٢٦- د. رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ١٩٨٤.
- ٢٧- د. رمضان ابراهيم علام، الحكم القضائى المردوم، ط١، دار الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٣.
- ٢٨- د. رمضان ابراهيم علام، الحكم القضائى المردوم، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٣.
- ٢٩- د. سعيد حسب الله عبد الله، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط٢، دار الحكمة للطباعة والنشر، الموصل، العراق، ١٩٩٨.
- ٣٠- د. سليم حرية و عبد الأمير العكيلي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ج١، المكتبة القانونية للنشر والتوزيع، بغداد، العراق، ٢٠١٠.

- ٣١- د. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٨.
- ٣٢- د. سيد احمد محمود، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات وتعديلاته الحديثة وأحكام القضاء وراء الفقه، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٩.
- ٣٣- د. سيد حسين بغال، طرق الطعن في التنفيذ الجنائي واشكالات التنفيذ فقهاً وقضاء، ط٢، عالم الكتب، القاهرة، مصر، ١٩٦٣.
- ٣٤- د. طلال ابو عفيفة، الوجيز في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، ط١، دار الثقافة والنشر، عمان، المملكة الاردنية الهاشمية، ٢٠١١.
- ٣٥- د. عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٦.
- ٣٦- د. عبد الحكيم فودة، الدفع بانتفاء الصفة او المصلحة في المنازعات المدنية. منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٧.
- ٣٧- د. عبد الحميد الشواربي، ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٠.
- ٣٨- د. عبد الحميد فودة، الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٣.

- ٣٩-د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، ج ١، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٢.
- ٤٠-د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٢، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بلا سنة نشر.
- ٤١-د. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٠.
- ٤٢-د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، النظرية العامة للقاعدة الإجرائية الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، بلا سنة نشر.
- ٤٣-د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، مصر، بلا سنة نشر، ص ١٢٠.
- ٤٤-د. عبد المنعم الأحول، قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، ج ١، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١٦.
- ٤٥-د. عبد الوهاب حومد، الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتي، ط ٢، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٧٧.
- ٤٦-د. عدي سمير الحساني، المبادئ العامة للعقود الانضباطية في القوانين الوظيفية وقوانين الشرطة، ط ١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، العراق، ٢٠١٩.

٤٧-د. عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان،

٢٠١٤.

٤٨-د. عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات

الجامعية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، ٢٠١٢.

٤٩-د. غنام محمد غنام، نظرية الانعدام في الإجراءات الجزائية مقارنة بالانعدام في قانون

المرافعات المدنية والتجارية: دراسة في القانونين الكويتي والمصري، ط١، لجنة التأليف

والتعريب والنشر-مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، كلية الحقوق، الكويت، ١٩٩٩.

٥٠-د. فتحي والي الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،

١٩٨٧.

٥١-د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية،

بيروت، لبنان، ١٩٩٧.

٥٢-د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، المكتبة

القانونية، بغداد، العراق، ٢٠١٩.

٥٣-د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، ضوابط التفنيش في التشريع المصري والمقارن، منشأة

المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٥.

- ٥٤-د. كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية (دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في القوانين الاردنية والمصرية والسورية وغيرها)، ط٣، دار الثقافة والنشر، عمان، المملكة الاردنية الهاشمية، ٢٠١٠.
- ٥٥-د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ج٢، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٢.
- ٥٦-د. محمد حلمي نجم، قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٠.
- ٥٧-د. محمد علي الكيك، تحول الإجراءات الجنائية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، ٢٠٠٧.
- ٥٨-د. محمد علي سالم الحلبي، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، ط١، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠٩.
- ٥٩-د. محمد وأصل و د. أيمن أبو العيال، أصول المحاكمات (نظرية الأحكام، الطعن في الأحكام، خصومات متنوعة، أصول الإثبات وإجراءاته)، الكتاب الأول، ج٢، منشورات جامعة دمشق-مركز التعليم المفتوح، دمشق، سوريا، ٢٠٠٨.
- ٦٠-د. محمود سليمان كبيش، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٧.
- ٦١-د. محمود كبيش، الاشكال في تنفيذ الأحكام الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٧.

- ٦٢- د. محمود محمود مصطفى، تطور قانون الإجراءات الجنائية في مصر وغيرها من الدول العربية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٦٩.
- ٦٣- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، ط٤، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١١.
- ٦٤- د. مدحت محمد سعد الدين، نظرية الدفع في قانون الإجراءات الجنائية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٣.
- ٦٥- د. مدحت محمد عبد العزيز ابراهيم، الأمر الجنائي (دراسة تحليلية مقارنة بين التشريعين الصري والفرنسي طبقاً لأحدث التعديلات المدخلة بالقانون رقم (١٧٤) لسنة ١٩٩٨، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٦.
- ٦٦- د. مزهر جعفر عبيد، شرح قانون الإجراءات الجزئية العماني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٠٩.
- ٦٧- د. مصطفى فهمي الجوهري، شرح قانون الإجراءات الجنائية، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، مصر، ٢٠٠٨.
- ٦٨- د. معوض عبد التواب، الدفع الجنائية، ط٢، دار المجد للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠٧.
- ٦٩- د. نبيل مدحت سالم، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط٤، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، مصر، ١٩٩٠.

- ٧٠-د. نغم حمد علي الشاوي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية لقوى الأمن الداخلي، ط١، المكتبة القانونية، بغداد، العراق، ٢٠٢١.
- ٧١-د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ١٩٧٤.
- ٧٢-د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ١٩٧٤.
- ٧٣-د. وحيد محمود ابراهيم، حجية الحكم الجنائي على الدعوى التأديبية، ادارة تبادل المطبوعات للنشر، القاهرة، مصر، ٢٠٠٧.
- ٧٤-د. وسام صبار العاني، القضاء الإداري، ط١، مكتبة السنهوري، بيروت، لبنان، ٢٠١٥.
- ٧٥-د. وعدي سليمان علي المزوري، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية (الجزاءات الإجرائية)، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط١، عمان، المملكة الاردنية الهاشمية، ٢٠٠٩.
- ٧٦-د. يوسف مصطفى رسول، التوازن في الإجراءات الجزائية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، مصر-الإمارات، ٢٠١٧.
- ٧٧-سيد احمد محمد، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، ط١، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٩.
- ٧٨-القاضي عبد الرحمن علام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، ج١، ط٢، المكتبة القانون، بغداد، العراق، ٢٠٠٩.

٧٩- القاضي عبد السلام موعد الاعرجي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية في العراق،

ط١، المكتبة القانونية للنشر والتوزيع، بغداد، العراق، ٢٠٢٠.

٨٠- قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي لسنة ١٩٨٣ المعدل، ترجمة: علي عبد الجبار رحيم

المشهدي، جامعة الكوفة، كلية القانون، العراق، ٢٠٢٠.

٨١- كاثرين ايليوت، القانون الجزائي الفرنسي، ط١، تعريب د. حمزة محمد ابو عيسى و د. محمد

شبلي الشبلي العتوم، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٢٠.

ثانياً: الرسائل والاطاريح

١- الاء ناصر حسن البعاج، تنازع الاختصاص في الإجراءات الجزائية، اطروحة دكتوراه، جامعة

بغداد، كلية القانون، العراق، ٢٠٠١.

٢- احمد حسوني العيثاوي، التكليف بالحضور في الدعوى الجزائية، أطروحة دكتوراه، جامعة

بغداد، كلية القانون، العراق، ١٩٩٠.

٣- احمد عبد الحميد احمد عبد الكريم، نظرية الانعدام في الإجراءات الجنائية، اطروحة دكتوراه،

جامعة الزقازيق، كلية الحقوق-قسم القانون الجنائي، مصر، ٢٠١٥.

٤- احمد محمد عبد الرؤوف غندور، الحكم المنعدم وآثاره القانونية، اطروحة دكتوراه، جامعة

الاسكندرية، كلية الحقوق، مصر، ٢٠١٨.

٥- باسم مهول بخيت العارضي، الجزاء الإجرائي الجنائي المرتد، رسالة ماجستير، جامعة الكوفة

كلية القانون، العراق، ٢٠١٨.

- ٦- حاكم جبير حنون الفرطوسي، حجية الحكم الأجنبي المقضي فيه، رسالة ماجستير، جامعة القادسية، كلية القانون، العراق، ٢٠١٦.
- ٧- حبيب عبيد مرزة العماري، الخصم في الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، ٢٠٠٩.
- ٨- حسن علي حسين، النظرية العامة الجزاءات الإجرائية في قانون الإجراءات، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، مصر، ٢٠٠٤.
- ٩- حسن فالح حسن الهاشمي، حق التصدي في الدعوى الجزائية في التشريع العراقي، رسالة ماجستير، جامعة البصرة، كلية القانون، العراق، ٢٠١٥.
- ١٠- رائد صبار عباس، مبدأ تحول الاجراء الجزائي المعيب، اطروحة دكتوراه، معهد العلمين للدراسات العليا-قسم القانون، النجف الاشرف، العراق، ٢٠٢١.
- ١١- رعد فجر فتيح الراوي، الاصل والاستثناء في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، اطروحة دكتوراه، جامعة تكريت، كلية الحقوق، العراق، ٢٠١٤.
- ١٢- رياض حامد جايش الزيايدي، الخطأ المادي في الحكم الجزائي، رسالة ماجستير، معهد العلمين للدراسات العليا-قسم القانون، العراق، ٢٠١٩.
- ١٣- عبد الحكيم عباس عكاشة، الصفة في العمل الإجرائي، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، مصر، ١٩٩٥.

- ١٤- عبد المجيد عبد الهادي السعدون، اعتراف المتهم وأثره في الإثبات الجزائي، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، العراق، ١٩٨٨.
- ١٥- علي عادل كاشف الغطاء، وقف الإجراءات القانونية، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، العراق، ١٩٩٩.
- ١٦- علي محمد عزيز، المقاصد التشريعية في القيود الزمنية للإجراءات الجزائية، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، كلية الحقوق-قسم القانون العام، العراق، ٢٠١٩.
- ١٧- علياء طه محمود، الضرورة والتناسب في النصوص الإجرائية الجزائية، اطروحة دكتوراه، جامعة النهرين كلية الحقوق، بغداد، العراق، ٢٠٢٠.
- ١٨- غسان عبد السادة حسن الحميداوي، ضمانات الحدث في الدعوى الجزائية، رسالة ماجستير، جامعة ذي قار، كلية القانون، العراق، ٢٠١٦.
- ١٩- محمد جبار اتويه النصراوي، فلسفة العدالة في القانون الجنائي العراقي، اطروحة دكتوراه، جامعة النهرين، كلية الحقوق، العراق، ٢٠١٩.
- ٢٠- وليد سعد الدين محمد، نحو نظرية عامة لانعدام المسؤولية الجنائية، اطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق/الدراسات العليا، جمهورية مصر العربية، ٢٠١٧.
- ٢١- ياسر عواد شعبان داود، الدفع الموضوعية أمام القاضي الجنائي، رسالة ماجستير، جامعة تكريت، كلية الحقوق، العراق، ٢٠١١.

ثالثاً: البحوث المنشورة

- ١- احمد صباح غدير حسن، الحكم القضائي المنعدم، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، ج٢، المجلد الثاني، العدد الأول، السنة الثانية، العراق، ٢٠١٧.
- ٢- د. ضياء شيت الخطاب، نظرية الدفع أمام القضاء، بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد الثاني، السنة الأولى، وزارة العدل، بغداد، العراق، ١٩٦٢.
- ٣- د. فراس علي عمر، سقوط الحق في مباشرة الاجراء القضائي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد، الثاني، العدد الخامس والعشرين، السنة العاشرة، العراق، ٢٠٠٥.
- ٤- د. محمد علي عبد السلام، دعوى البطلان الأصلية، بحث منشور في مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الرابع والأربعين، مصر، ٢٠٢١.
- ٥- د. محمد محرم العازمي، الحالات التي تبرر دعوى البطلان الأصلية في القانون الكويتي والأمريكي، بحث منشور في مجلة جامعة الكويت، المجلد الخامس والأربعون، العدد الرابع، الكويت، ٢٠٢١.
- ٦- فاضل زيدان محمد، فلسفة الإجراءات الجنائية (أهميتها واسسها وخصائصها)، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، مجلة دورية تصدر عن جمعية القانون المقارن العراقية، العدد الثامن والثلاثون، بغداد، العراق، ٢٠٠٥.

رابعاً: التشريعات

- ١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

- ٢- قانون المرافعات المدنية الفرنسي.
- ٣- قانون العقوبات الفرنسي لسنة ١٩٩٤.
- ٤- قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.
- ٥- قانون السلطة القضائية العراقي رقم (٤٣) لعام (١٩٦٥).
- ٦- قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩.
- ٧- قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١، المعدل.
- ٨- من قانون رعاية الاحداث العراقي رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣، المعدل.
- ٩- قانون عقوبات قوى الأمن الداخلي العراقي رقم (٣٨) لسنة ٢٠١٥.
- ١٠- قانون أصول المحاكمات الجزائية العسكرية رقم (٢٢) لسنة ٢٠١٦.
- ١١- قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل.
- ١٢- قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي لسنة ١٩٨٣ المعدل.
- ١٣- إمام مجلس القضاء الاعلى العراقي: ذو العدد (ق. ت/١٤/٢٠١٧) في: ٢٠١٧/٢/٦.

خامساً: القرارات والأحكام القضائية

- ١- قرار محكمة النقض المصرية رقم (٣٣/نقض/جنائي/١٩٠٨) في ١٣/٦/١٩٠٨.
- ٢- قرار محكمة النقض المصرية رقم (١٣١/نقض/جنائي/١٩٦٨)، في تاريخ ٣/٦/١٩٦٨.

- ٣-قرار محكمة النقض المصرية رقم (٧٧/نقض/جنائي/١٩٥٤) في ١١/١/١٩٥٤.
- ٤-قرار محكمة النقض المصرية رقم (٧٧/نقض/جنائي/١٩٦٠) في ٢٦/٤/١٩٦٠.
- ٥-قرار محكمة النقض المصرية رقم (١٦٣/نقض/جنائي/١٩٤٦) في ٢١/٥/١٩٤٦.
- ٦-قرار محكمة النقض المصرية رقم (٩٧٣٣/نقض/جنائي/ ٢٠١٤) في ١٣/١١/٢٠١٤.
- ٧-قرار محكمة النقض المصرية رقم (١١/نقض/جنائي/١٩٧١) في تاريخ ١٠/١/١٩٧١.
- ٨-قرار محكمة النقض المصرية رقم (١٨٤/نقض/جنائي/١٩٦٤) في ٢٧/٥/١٩٤٦.
- ٩-قرار محكمة النقض المصرية رقم (٩٧٣٣/نقض/جنائي/ ٢٠١٤) في ١٣/١١/٢٠١٤.
- ١٠-قرار محكمة النقض المصرية رقم (١١/نقض/جنائي/١٩٧١) في تاريخ ١٠/١/١٩٧١.
- ١١-قرار محكمة النقض المصرية رقم (١٨٤/نقض/جنائي/١٩٦٤) في ٢٧/٥/١٩٤٦.
- ١٢-قرار محكمة النقض المصرية رقم (٢٥٣/نقض/جنائي/١٩٥٧) في ٢٥/١١/١٩٥٧.
- ١٣-قرار محكمة النقض المصرية رقم (٦٥١/نقض/جنائي/ ١٩٦٨) في ٣/٦/١٩٦٨.
- ١٤-قرار محكمة النقض المصرية رقم (١٥٧٢٩/نقض/جنائي/٢٠١٤) في تاريخ ١٥/٧/٢٠١٤.
- ١٥-قرار محكمة النقض المصرية رقم (٢٥٧/نقض/جنائي/١٩٥٦) بتاريخ ٢٦/٦/١٩٥٦.
- ١٦-قرار محكمة النقض المصرية، الدائرة الجزائية رقم (٢١٢٨٣/نقض/جنائي/١٩٩٨) في ١٢/٥/١٩٩٨.

- ١٧- قرار محكمة النقض المصرية رقم (١٥٠٧٦/نقض/جنائي/١٩٩٧) في ١٢/٢/١٩٩٧.
- ١٨- قرار محكمة النقض المصرية رقم (١٥١٨٠/نقض/جنائي/١٩٧٢) في ١٣/٣/١٩٧٢.
- ١٩- قرار محكمة النقض المصرية رقم (١٨٩/نقض/جنائي/١٩٦٢) في ٤/٢/١٩٦٢.
- ٢٠- قرار محكمة النقض المصرية الطعن رقم ٢٥١٢ لسنة ٣٤ ق، جلسة ٢٤/٢/١٩٩٠. (غير منشور).
- ٢١- قرار محكمة النقض المصرية رقم : (٣٥٥٥/لسنة ٧٤ ق) في ٢/٦/٢٠١٤.
- ٢٢- قرار محكمة النقض المصرية (نقض جنائي ١٥/١١/١٩٦٦).
- ٢٣- قرار محكمة النقض المصرية رقم (٢٠٩٠ لسنة ٥٤ ق، جلسة ١٣/١٢/١٩٩٠).
- ٢٤- قرار محكمة النقض المصرية الطعن رقم ٩٥١ لسنة ٥٣ في عام ١٩٨٣.
- ٢٥- قرار المحكمة العليا العمانية رقم (١١٩/نقض/جنائي/٢٠٠٣) في تاريخ ٢٤/٦/٢٠٠٣.
- ٢٦- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم (٦٤/هيئة عامة/٢٠٠٧) في ٣٠/٥/٢٠٠٧. (غير منشور).
- ٢٧- قرار محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية/بصفتها التمييزية، رقم (١٠٧/جزاء/٢٠٠٧) في ٣٠/١٢/٢٠٠٧. (غير منشور).
- ٢٨- قرار محكمة جنايات ميسان بصفتها التمييزية رقم (٧٣/ج-ت/٢٠١٣) في ١/٩/٢٠١٣، (غير منشور).

٢٩-قرار محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية/ بصفقتها التمييزية، رقم (١٥٩/جزء/٢٠٠٦)

في ٣/١٠/٢٠٠٦. (غير منشور).

٣٠-قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم (٨٩/الهيئة الموسعة الرابعة/١٩٩٩) في

١٢/٨/١٩٩٩. (غير منشور).

٣١-قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم (١٦٦/الهيئة الموسعة الرابعة/١٩٩٩) في

٢١/٨/١٩٩٩، (غير منشور).

٣٢-قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم (٤٥/هيئة عامة/٢٠٠٧) في ٢٥/٤/٢٠٠٧.

(غير منشور).

٣٣-قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (١٢١/هيئة عامة/ ٢٠٠٩) في ٢٥/٣/٢٠٠٩. (غير

منشور).

٣٤-قرار محكمة جنايات ميسان بصفقتها التمييزية رقم (٢٤/ج-ت/٢٠١٥) في

٢٧١/٤/٢٠١٥. (غير منشور).

٣٥-قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٣٩٤/هيئة عامة/ ٢٠٠٩) في ٢٧/١/٢٠٠٩. (غير

منشور).

٣٦-قرار محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية/ بصفقتها التمييزية، رقم (٣١/جزء/٢٠٠٦)

في ٢٠/٢/٢٠٠٦. (غير منشور).

٣٧-قرار محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية رقم (١٢/جزاء/٢٠٠٧) في

٢٠٠٧/٢/٨. (غير منشور).

٣٨-قرار محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية/ بصفتها التمييزية، رقم (٥٦/جزاء/٢٠٠٦)

في ٢٠٠٦/٤/٣. (غير منشور).

٣٩-قرار محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية/ بصفتها التمييزية، رقم (١٨٩/جزاء/٢٠٠٦)

في ٢٠٠٦/١٢/١٧. (غير منشور).

٤٠-قرار محكمة جنايات ميسان بصفتها التمييزية رقم (٦٨/ج-ت/٢٠١٣) في ٢٠١٣/٨/٤،

(غير منشور).

٤١-قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (١٩٧/هيئة عامة/ ٢٠٠٨) في ٢٠٠٨/٣/٢٥. (غير

منشور).

٤٢-قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم (١٧٧/الهيئة العامة/٢٠١٣) في ٢٠١٤/٢/٢٥،

(غير منشور).

٤٣-قرار محكمة التمييز العراقية رقم: (١٦٨/طعن جنائي) في ١٩٨٩/٦/٣٠.

٤٤-قرار محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية رقم (٧٠/ت/جزائية/٢٠١٤) في

٢٠١٤/٢/١١، (غير منشور).

٤٥-قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم (٣٥/ الهيئة الموسعة المدنية/ ٢٠٢٠) في ٢٥/

٢/٢٠٢٠، (غير منشور).

٤٦-قرار محكمة استئناف المثني بصفقتها التمييزية رقم (١٠٨/ت ج/٢٠١٣) في ٢٦/٨/٢٠١٣، (غير منشور).

٤٧-قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم (١٠١٦١/الهيئة الجزائية الأولى/٢٠١٢) في ٢٤/٦/٢٠١٢ (غير منشور).

٤٨- V.Cass.Crim.28 fevrier 1974. J.C.P. 1974. II, N, 17774, note Chambon, Rev. S. crim. 1975

٤٩- V.Cass. Crim. 22 October, 1986, B.C.N,301.

٥٠- V.cass.Crim.4janvier 1984.D.1983. p.562. note. Roger: J.C.P.1984, II,N20203, note, Chambon.

سادساً: المواقع الالكترونية

١- الموقع الرسمي الالكتروني للحكومة الفرنسية (legifrance):

www.legifrance.gouv.fr

٢- د. أحمد عبد الظاهر، العدالة الجنائية الذكية.. التدوين الذكي، ص١، مقال منشور على الموقع الرسمي لنقابة المحامين المصري في ١٨/١٠/٢٠٢٠، الموقع الالكتروني:

<https://egyils.com/>

سابعاً: المصادر الاجنبية

-
- 1- mohamed mentalechta , " les droits de la defense", la revue de sciences juridiques ,economiques et politiques, partie 39 ,2002.

Abstract

Abstract

This study deals with an important defect attached to the penal procedures, which is the defect of non-existence, as this defect makes the procedural work non-existent from the actual or legal point of view, and this defect results in the case of the loss of the procedural work assumptions and quality or its loss of one of its pillars that make it exist, and therefore it gains Self-direction towards other procedural defects that follow the condition of validity and not existence, and that the defect of non-existence was not regulated by the Iraqi legislator in the Code of Criminal Procedure, as jurisprudence considers that it is a penalty that entails automatically without the need to stipulate it by the penal legislator, and judicial decisions and rulings represented the vital field for defect Absence, however, judicial rulings do not create this defect when it decides it, but rather reveal it only as it destroys the existence of the procedural work, and the defect of absence has great effects in penal procedures, as it is not followed by correction, as there is a reverse effect that destroys the entire procedural bond, and this study touched on the defect of absence according to The Iraqi Code of Criminal Procedure, as well as the Egyptian Code of Criminal Procedure and the French Code of Criminal Procedure. This study also sheds light on the means The through which this defect is determined, since the lack of it differs from the penalties and other defects that follow the penal procedural work, as it may be in the investigation stage and may be in the trial stage and the penal ruling

Abstract

may be attached to the procedures related to the implementation of the ruling, as long as there is a procedure with which there is no On this basis, the means of adhering to non-existence are different according to each stage in which the defect of non-existence occurs, in addition to the fact that the authorities before which the non-existence is determined are different accordingly. The study dealt with this topic in two chapters. The position of legislation on this defect, as well as the position of the criminal judiciary towards it, and this study showed in the second chapter the provisions related to the defect of non-existence, whether in terms of its effects, in terms of its occurrence, or in terms of cases of its determination.

**The Republic of Iraq
Ministry of Higher Education and
Scientific Research
University of Misan
School of Law**



The principle of nullity in the Iraqi Criminal Procedures Law No. 23 of 1971

(Comparative study)

Letter submitted by the student

Raghad Abbas Jared

To the Council of the College of Law – Maysan University

It is part of the requirements for a master's degree in public law

Supervised by

Assistant Professor Dr

Haider is a musty wedding

2023 A.D

1443 A.H