



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة ميسان
كلية القانون

**النقص التشريعي في صياغة القاعدة الإجرائية الجزائية
(قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١
المعدل انموذجاً)**

رسالة تقدمت بها الطالب

دينا عطية ماشاف

إلى مجلس كلية القانون - جامعة ميسان

وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون العام

بإشراف

أ. م. د. أميل جبار عاشور

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿إِنْ أُرِيدُ إِلَّا الْإِصْلَاحَ مَا اسْتَطَعْتُ وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ

تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ﴾

صدق الله العلي العظيم

(سورة هود: الآية/٨٨)

الإهداء

إلى

من أوقد لدي جذوة الطموح والعزم

من منحني الحب والحنان والعطف

من دفعني نحو الإنجاز والبذل

من اقتبس من عيونهم الأمل والتفائل

أبي وأمي وأخوتي وزوجي وأبنتي

الباحث

شكر وعرفان

إلزاماً بالفضل وعرفاناً بالجميل لمن يستحقه عملاً بالأدب الإسلامي الرفيع في شكر المحسن على احسانه، اتوجه بخالص الشكر والعرفان إلى الاب والاساتاذ (الدكتور اميل جبار عاشور) دكتور القانون الجنائي - كلية القانون جامعة ميسان- والذي زادني فخراً لقبول الاشراف على رسالتي، حيث يعجز اللسان عن شكره لما اثقلني به من فضل في اعداد هذه الرسالة، إذ لم يدخر جهداً إلا بذله في سبيل أخراجها لما وصلت إليه ناصحاً وموجهاً ومرشداً، فكان له بالغ الأثر في رسم ابعاد هذه الرسالة فجزاه الله عني خير الجزاء واسأله سبحانه أن يمن عليه دائماً وابدأ بالعافية والتوفيق.

وانتهز الفرصة لأسجل اسمي وازكى آيات الشكر والاعتزاز بأساتذتي الأجلاء ممن تتلمذت على ايديهم في - كلية القانون جامعة ميسان - لمرحلتين من مراحل دراستي: البكالوريوس والماجستير ولا ننسى أن يكون من ضمنهم المرحوم الدكتور محمد عبد الرضا والمرحوم الأستاذ سعود عويد لما لهم من فضل كبير لا يمكن أن أنساه مهما حبيبت وما تركوه في النفس من احترام للعلم والجد في طلبه، فكانوا فخراً لي وشرفاً لا يدانيه شرف فاسأل الله أن يمن عليهم بالصحة والعمر الطويل وعلماً تنتفع به الأجيال القادمة، ويرحم الله الأموات منهم ويسكنهم فسيح جناته.

ويدعوني الواجب والعرفان أن اعرب عن احترامي وتقديري إلى من كانوا رمزاً للأخوة والاصالة والمحبة والأخلاق اخواني وزملائي في مرحلة الماجستير (دفعة اخلاقنا سر نجاحنا) لكم مني خالص الحب والاحترام عن كل ذكرى جميلة تركت اثراً في النفس لا يفنى، كما اتقدم بالشكر والتقدير إلى صديقتي واختي (الاستاذة مروة سامي) لما قدمته لي من دعم وفضل لا ينسى فجزاك الله خير الجزاء.

ولا يفوتني ما دمت في معرض العرفان بالجميل إلا أن اتقدم بجزيل الشكر إلى جميع منتسبي مكتبة كلية القانون (جامعة ميسان، جامعة النهدين، جامعة المستنصرية، جامعة بغداد، جامعة كربلاء) والى منتسبي مكتبة المعهد القضائي لما أبدوه من تسهيلات ومساعدة في تزويدي بالمصادر لإتمام هذه الرسالة.

الباحث

المخلص

إن القاعدة الإجرائية الجزائرية من القواعد التي تحكم مجالات مختلفة في المجتمع، لذا فإن نجاح النظام الإجرائي لأي بلد يعتمد بالدرجة الأساس على استيعاب هذه القواعد لمجريات التطور السريع، على أن يكون هذا النظام قائم على مبدأ الشرعية الإجرائية الذي يشكل الدعامة الأساسية لمصالح المجتمع بشكل عام وحقوق وحرريات الأفراد بشكل خاص، واستناداً إلى ذلك فإن أي نقص تشريعي يعترى هذه القواعد سيؤدي إلى إهدار الغرض الذي وضعت من أجله هذه القواعد والتقليل من فعاليتها.

انطلاقاً مما سبق فإن موضوع البحث يهدف إلى تسليط الضوء على مشكلة النقص التشريعي في القاعدة الإجرائية الجزائرية وعلى وجه التحديد قواعد قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل، على الرغم أن هذا القانون جرت عليه العديد من التعديلات، لكن لم تعالج مشكلة النقص التشريعي، لكون المشرع قد اتبع سياسة التعديل الجزئي للنصوص، وهذا جعل من القواعد الإجرائية غير قادرة مواكب على ما يطرأ على المجتمع من تطورات، وسواء كان هذا النقص التشريعي في القانون نفسه أي انه لم يتطرق إلى موضوع معين وينظم ابعاده أو كان نقصاً تشريعياً في صياغة نصوصه، بالإضافة إلى حالات التعارض التي تقع في نصوصه أو بينه وبين نصوص أخرى.

وفي المقابل إن ما وصلت إليه الظاهرة الإجرامية من تطور تقني وفني عابر للحدود وما طرأ من تحولات على الصعيد المحلي والدولي ولدت الحاجة إلى إعادة النظر بالقانون كله وإصدار قانون إجرائي جديد يأخذ بعين الاعتبار تطوير قواعد هذا القانون سواء كان من ناحية السلطات الممنوحة للجهات القضائية أو من ناحية الإجراءات والآليات المتبعة لمكافحة هذه الجرائم ومواكبة توجهات السياسة الإجرائية المعاصرة.

لذا لابد من وضع إطار عام مبني على معطيات صحيحة تمكن المشرع من وضع وتطوير السياسة الإجرائية من خلال إتباع الأسس السليمة في صياغة القواعد الإجرائية الجزائرية ومواكبة توجهات السياسة المعاصرة والتوجه إلى سبل تطوير البدائل في القاعدة الإجرائية الجزائرية، فضلاً عن دور التفسير في معالجة النقص التشريعي الذي يعترىها.

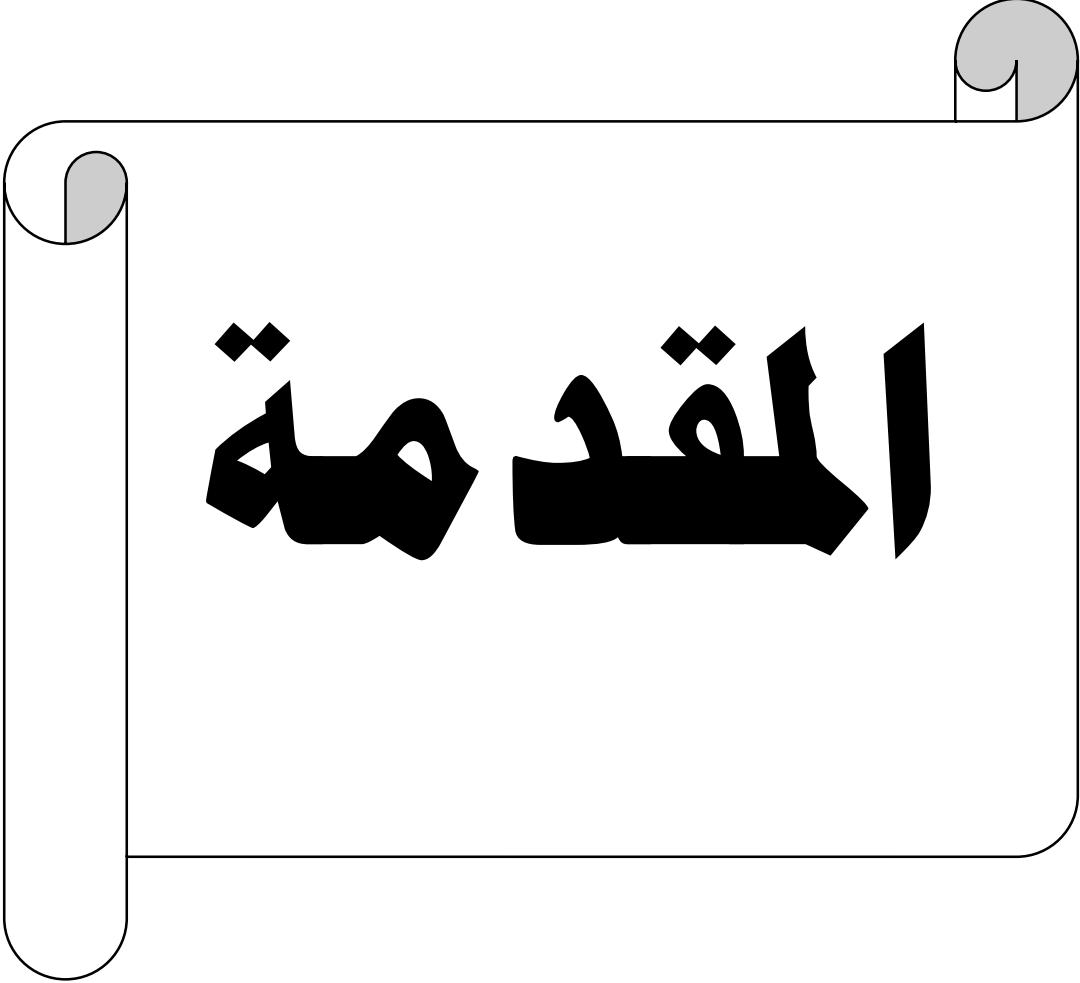
لقد حاول الباحث تسليط الضوء على كل هذه الجوانب من خلال تقسيم الخطة إلى ثلاثة فصول، تسبقها مقدمة وانهيها بحثنا بخاتمة متضمنة النتائج والتوصيات.

المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
٤-١	المقدمة
٥٥-٥	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للقاعدة الإجرائية الجزائية والنقص التشريعي فيها
٣١-٥	المبحث الأول: مفهوم القاعدة الإجرائية الجزائية
١٥-٦	المطلب الأول: تعريف القاعدة الإجرائية الجزائية وخصائصها
٩-٦	الفرع الأول: تعريف القاعدة الإجرائية الجزائية
١٥-٩	الفرع الثاني: خصائص القاعدة الإجرائية الجزائية
٣٠-١٥	المطلب الثاني: ذاتية القاعدة الإجرائية الجزائية
٢٥-١٥	الفرع الأول: ذاتية القاعدة الإجرائية الجزائية اتجاه القاعدة الموضوعية
٣٠-٢٥	الفرع الثاني: ذاتية القاعدة الإجرائية الجزائية اتجاه القاعدة الإجرائية المدنية
٥٥-٣١	المبحث الثاني: النقص التشريعي في القاعدة الإجرائية الجزائية والمصلحة المعتبرة في معالجته
٤٣-٣٢	المطلب الأول: التعريف بالنقص التشريعي وأنواعه
٣٨-٣٢	الفرع الأول: التعريف بالنقص التشريعي
٤٣-٣٨	الفرع الثاني: أنواع النقص التشريعي في القاعدة الإجرائية الجزائية
٥٥-٤٣	المطلب الثاني: المصلحة المعتبرة من معالجة النقص في القاعدة الإجرائية الجزائية
٥٢-٤٤	الفرع الأول: المصلحة الخاصة في القاعدة الإجرائية الجزائية

٥٥ - ٥٢	الفرع الثاني: المصلحة العامة في القاعدة الإجرائية الجزائية
١٢٥ - ٥٦	الفصل الثاني: تطبيقات عن النقص التشريعي في القاعدة الإجرائية الجزائية
٩٩ - ٥٧	المبحث الأول: النقص التشريعي في الجزاءات الإجرائية
٧٧-٥٨	المطلب الأول: البطلان في الإجراءات الجزائية
٦٩ - ٥٨	الفرع الأول: مفهوم البطلان في الإجراءات الجزائية وانواعه
٧٧ - ٦٩	الفرع الثاني: بطلان إجراءات الشهادة
٩٩-٧٨	المطلب الثاني: الإنعدام في الإجراءات الجزائية
٨٨ - ٧٩	الفرع الأول: مفهوم الانعدام
٩٩ - ٨٨	الفرع الثاني: إنعدام الحكم الجزائي
١٢٥ - ١٠٠	المبحث الثاني: النقص التشريعي في الجانب الاجرائي للجريمة المعلوماتية
١٠٩ - ١٠١	المطلب الاول: تعريف الجريمة المعلوماتية وخصائصها
١٠٣ - ١٠١	الفرع الاول: تعريف الجريمة المعلوماتية
١٠٩ - ١٠٣	الفرع الثاني: خصائص الجريمة المعلوماتية
١٢٥ - ١٠٩	المطلب الثاني: الصعوبات الإجرائية التي تثيرها الجريمة المعلوماتية
١١٩-١٠٩	الفرع الاول: الصعوبات المتعلقة بضبط الجريمة المعلوماتية واثباتها
١٢٥ - ١١٩	الفرع الثاني: الصعوبات المتعلقة بجهات التحقيق
١٨٥-١٢٦	الفصل الثالث: سبل معالجة النقص التشريعي في صياغة القاعدة الإجرائية الجزائية
١٦٧-١٢٧	المبحث الأول: متطلبات الصياغة التشريعية السليمة للقاعدة الإجرائية الجزائية
١٣٨ - ١٢٧	المطلب الأول: الاسس السليمة في الصياغة التشريعية للقاعدة الإجرائية الجزائية

١٣٣ - ١٢٨	الفرع الأول: مراعاة الاسس السليمة في صياغة القاعدة الاجرائية الجزائية
١٣٨ - ١٣٣	الفرع الثاني: مراعاة الاسس السليمة لمعالجة التعارض في القاعدة الاجرائية الجزائية
١٥٢ - ١٣٨	المطلب الثاني: السياسة الجنائية الإجرائية ودورها في معالجة النقص التشريعي
١٤٦ - ١٤٠	الفرع الأول: تطوير السياسة الإجرائية وفقاً للمفاهيم العملية الحديثة
١٥٢ - ١٤٦	الفرع الثاني: تطوير السياسة الإجرائية على الصعيد الدولي
١٦٧ - ١٥٢	المطلب الثالث: سبل تطوير البدائل في الدعوى الاجرائية
١٥٨ - ١٥٣	الفرع الأول: مفهوم بدائل الدعوى الجزائية
١٦٧ - ١٥٨	الفرع الثاني: صور بدائل الدعوى الجزائية
١٨٥ - ١٦٨	المبحث الثاني: التفسير ودوره في معالجة النقص التشريعي في القاعدة الاجرائية الجزائية
١٧٢ - ١٦٨	المطلب الأول: مدى ضرورة التفسير لمعالجة النقص التشريعي في القاعدة الإجرائية الجزائية
١٨٥ - ١٧٣	المطلب الثاني: أنواع التفسير في القاعدة الإجرائية الجزائية
١٧٦ - ١٧٣	الفرع الأول: التفسير التشريعي
١٨٠ - ١٧٦	الفرع الثاني: التفسير القضائي
١٨٥ - ١٨١	الفرع الثالث: التفسير الفقهي
١٨٩ - ١٨٦	الخاتمة
٢١٥ - ١٩٠	المصادر
A-B	Abstract



المقدمة

المقدمة

أولاً: التعريف بالموضوع.

ان أول واجبات الدولة هو حماية المجتمع ضد أي خطر يهدد امن واستقرار هذا المجتمع، وعلى هذا الأساس تتدخل الدول لوضع القواعد القانونية بغية حماية هذه المصالح، والتي تتمثل بقواعد التجريم والعقاب، وغاية هذه القواعد هي تحديد الجزاء المناسب للجرم المرتكب، فهذه الغاية لا يمكن تحقيقها إلا من خلال القاعدة الإجرائية الجزائية، التي يكون هدفها هو الوصول للحقيقة من خلال مجموعة من الإجراءات تحدد كيفية إثبات الجريمة ومدى إسنادها إلى مرتكبها وإيقاع الجزاء به، على أن تتم هذه الإجراءات في ضوء الحدود التي يفرضها مبدأ الشرعية الإجرائية القائمة على احترام الحقوق والحريات وعدم المساس بها، ووضع حد فاصل بين حق الدولة في العقاب، وبين احترام حقوق وحريات الأفراد.

بيد إن تطور الحياة وإيقاعها السريع وتنوع الحقوق واختلاف مصالح الأفراد قد زاد من الصراع بين مقتضيات الضبط الاجتماعي ومتطلبات حق الفرد في الحرية، وإن الإعتداء على تلك الحقوق والمصالح الجديرة بالحماية أخذ صوراً لم تكن معروفة من قبل بحيث امتد إلى أبعد من التحديد التشريعي المكتوب، صاحبته الحاجة إلى تطور القوانين السائدة وذلك لأن هذه القوانين قد يشوبها نوع من النقص التشريعي نظراً لحاجات المجتمع، وأن عدم ملائمة القاعدة الإجرائية الجزائية للواقع الاجتماعي والسياسي السائد وعدم تضمين القاعدة الإجرائية لما تتطلبه الحاجة من أحكام تفصيلية أو جزئية في ظل تغيرات جوهرية يشهدها المجتمع، يجعلها عاجزة عن تحقيق الأهداف والغايات التي وجدت من أجلها، ولا نلمس من خلال الواقع نهجاً واضحاً من قبل المشرع للتغلب على تلك المشكلات التي تواجه التشريعات الجزائية وعلى وجه التحديد الإجرائية منها، حيث تجرّدت قواعدها من كل ملامح التطور الحاصل في مواجهة الظواهر الإجرامية المستحدثة وفي ضوء ما يبديه المجرمون من أساليب إجرامية حديثة تجعلهم في أغلب الحالات بعيدين عن المحاسبة القانونية.

ولأهمية القوانين الإجرائية الجزائية لابد من تطويرها تبعاً للمتغيرات التي تطرأ على المجتمع وفي ضوء توجهات السياسة الإجرائية الحديثة التي تفرض ضرورة معالجة النقص التشريعي في القاعدة

الإجرائية الجزائرية سواء كان على الصعيد الداخلي أو الخارجي من خلال إتباع الأسس السليمة في صياغة التشريعات الإجرائية.

ثانياً: أهمية الدراسة.

يعدّ موضوع النقص التشريعي في القاعدة الإجرائية الجزائرية من الموضوعات المهمة بحكم أثره الكبير في رسم الآليات الحديثة المتبعة في تطوير القوانين الإجرائية الجزائرية التي أوجدت لحماية المصالح العامة والحقوق والحريات والمصالح الخاصة التي تتعلق بالأفراد، لأن نجاح أي نظام إجرائي في أي بلد يعتمد بالدرجة الأساس على استيعاب هذه القواعد لمجريات التطور السريع، لذا فإن أي نقص تشريعي يعترى هذه القواعد سيؤدي إلى اهداء الغرض الذي وضعت من أجله، وتطبيقاً لذلك بينا أنواع النقص التشريعي في القاعدة الإجرائية الجزائرية وعلى وجه التحديد قانون أصول المحاكمات الجزائرية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل، وبيان الأسس الواجب على المشرع مراعاتها عند صياغة هذه القواعد وبيان اساليب معالجة النقص التشريعي ليتسنى تطبيقها تطبيقاً سليماً.

ثالثاً: مشكلة الدراسة.

تتمحور مشكلة الدراسة التي نبغي أن يتم ايجاد الحلول المناسبة لها في عدة جوانب وهي:

١- كثرة التعديلات التي طرأت على قانون أصول المحاكمات الجزائرية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ ومع ذلك قد يشوبه نقص تشريعي سواء كان في القانون نفسه أو في طريقة صياغة القاعدة الإجرائية بشكل يؤدي إلى عدم إدراك الإرادة الحقيقية للمشرع، وهذا بدوره سيؤدي إلى التطبيق غير السليم لتلك القواعد.

٢- هناك عيوب قد تعترى صياغة القاعدة الإجرائية الجزائرية، كالتعارض الذي يأتي نتيجة سوء الصياغة التشريعية لهذه القواعد بشكل يؤدي إلى عدم توافق بين قواعد هذا القانون وبين قواعد تشريعية أخرى.

٣- عدم دقة المعالجات التشريعية للنقص التشريعي الموجود في قواعد قانون أصول المحاكمات الجزائرية وعدم وجود سبل لمعالجة ذلك سواء كان باتباع ما توصلت إليه السياسة الإجرائية الحديثة أو تبني أسلوب التفسير المتطور لإظهار مضمون القاعدة الإجرائية الجزائرية

رابعاً: نطاق الدراسة.

من سياق عنوان الرسالة (النقص التشريعي في صياغة القاعدة الإجرائية الجزائية - قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ انموذجاً) سيكون محور بحثنا في ضوء القوانين الوطنية بشكل أساسي في قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل كما اشيرنا إلى قوانين أخرى داعمة لموضوع البحث كقانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل، وقانون التنظيم القضائي العراقي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل وقانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل وغيرها، وفي ضوء قوانين الإجراءات الجزائية المقارنة كقانون الإجراءات الجزائية الفرنسي ١٩٩٣ وقانون العقوبات الفرنسي ١٩٩٢، وقانون الإجراءات الجزائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل، وقانون الإجراءات الجزائية الجزائري رقم (٦٦-١٥٥) لسنة ١٩٦٦ المعدل والمتمم وغيرها، وقوانين أخرى تم التطرق لها وفق ما يتطلبه كل الموضوع، وفي ضوء ذلك سيتم تحديد مواضع النقص التشريعي والتعارض في قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي، ليتسنى لنا دعوة المشرع لمعالجته ليتناسب مع حاجة المجتمع ووضع قانون قادر على استيعاب التطورات الحاصلة فيه.

خامساً: منهج الدراسة

نظراً لتشعب المسائل التي تطرق لها موضوع الدراسة، اعتمدنا على المنهج التحليلي النقدي المقارن، وذلك بتحليل قواعد قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل، وبيان أنواع النقص التشريعي في القاعدة الإجرائية الجزائية، اضافة إلى القرارات القضائية المتعلقة بجوانب الموضوع، وبيان موقف القوانين والتوجهات القضائية المقارنة من أجل تدعيم الأفكار النظرية التي تم التطرق إليها، وعرض آراء الفقه حول الموضوع وترجيح الرأي الصائب مع بيان الأسباب والمبررات التي استند إليها، كما اتبعنا المنهج المقارن بين قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي مع القوانين الإجرائية الجزائية المقارنة والقوانين ذات الصلة بالموضوع محل البحث، لبيان موقف هذه القوانين وصولاً إلى انساب الحلول لمعالجة النقص التشريعي دون التقيد بتحديد قانون معين للمقارنة قد لا يفي بالغرض الذي نحاول الوصول إليه.

سادساً: خطة الدراسة.

في ضوء المشكلة التي تسعى الدراسة إلى بحثها، ستكون هيكلية البحث مقسمة إلى ثلاثة فصول، ففي الفصل الأول نتناول الإطار المفاهيمي للقاعدة الإجرائية الجزائية والنقص التشريعي فيها، حيث نقسمه إلى مبحثين، ففي المبحث الأول نتطرق إلى مفهوم القاعدة الإجرائية الجزائية، بينما المبحث الثاني نتطرق فيه إلى النقص التشريعي في القاعدة الإجرائية الجزائية والمصلحة المعتمدة من معالجته، أمّا الفصل الثاني فنتناول فيه تطبيقات عن النقص التشريعي في القاعدة الإجرائية الجزائية، ونقسمه إلى مبحثين، في المبحث الأول نتطرق إلى النقص التشريعي في الجزاءات الإجرائية، أمّا المبحث الثاني سنتناول النقص التشريعي في الجانب الإجرائي للجريمة المعلوماتية، في حين خصصنا الفصل الثالث إلى سبل معالجة النقص التشريعي في صياغة القاعدة الإجرائية الجزائية، وذلك في مبحثين، نتطرق في المبحث الأول إلى متطلبات الصياغة التشريعية السليمة، أمّا المبحث الثاني سنتطرق إلى التفسير ودوره في معالجة النقص التشريعي بالقاعدة الإجرائية الجزائية.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للقاعدة الإجرائية

الجزائية والنقص التشريعي فيها

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للقاعدة الإجرائية الجزائية والنقص التشريعي فيها

إن قواعد قانون الإجراءات الجزائية لها أهمية كبيرة، وذلك لأنها تعد الضمانة الأساسية للحقوق والحريات الفردية، فهي تحاول دائماً التوفيق بين مصلحتين، هما مصلحة الدولة في تحقيق الأمن والاستقرار ومصلحة الأفراد في حماية حقوقهم وحرياتهم فضلاً عن أنها تعد وسيلة ضرورية لتطبيق قانون العقوبات ونقله من حالة السكون إلى حالة الحركة.

وإن قانون الإجراءات الجزائية كغيره من القوانين لا يستطيع بطبيعته أن يواكب جميع التطورات التي تحصل بالمجتمع، أو أن يكون صالحاً في جميع الأزمنة دون أن يعترضه نوع من النقص التشريعي الذي قد يأتي على شكل نقصٍ في صياغة القاعدة الإجرائية الجزائية أو قد يأتي على شكل نقص في قانون الإجراءات الجزائية، وهذا ما سوف نتناوله في هذا الفصل الذي سيقسم بدوره إلى بحثين، حيث يتضمن المبحث الأول مفهوم القاعدة الإجرائية الجزائية، أما المبحث الثاني سيشتمل على النقص التشريعي في القاعدة الإجرائية الجزائية والمصلحة المعتبرة من معالجته.

المبحث الأول

مفهوم القاعدة الإجرائية الجزائية

تنظم الدولة حقها في العقاب في مجموعتين من القواعد، تتمثل المجموعة الأولى بقواعد قانون العقوبات الذي يضم مجموعة من القواعد الموضوعية التي تحدد الجريمة (التي تتمثل في فعل أو امتناع عن فعل يجرمه القانون) والجزاء المحددة لها، وهذه القواعد تمثل إنذاراً موجهاً للكافة بالامتثال إليها تحت طائلة تطبيق الجزاء المقرر فيها، أما المجموعة الثانية تتمثل بقواعد قانون الإجراءات الجزائية، الذي يبدأ دورها عند حدوث مخالفة لقاعدة من القواعد الموضوعية تتمثل في وقوع الجريمة^(١)، حيث تحدد الإجراءات التي تتخذ من ضبط الجريمة والتحقيق ومحاكمة مرتكبها وتنفيذ العقوبات بحقه، بالإضافة إلى تحديد السلطات المختصة التي تباشر هذه الإجراءات، وهذه القواعد هي التي تبعث الحركة في قانون العقوبات فتضع نصوصه موضع التفعيل تطبيقاً وتنفيذاً من خلال الدعوى الجزائية التي تعد مرحلة لازمة تتوسط بين الجريمة والجزاء، ومن أبرز خصائص هذا الجزاء

(١) د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، ط٤، دار النهضة، القاهرة، ١٩٨١، ص٦.

أن يكون قضائياً، وهذا يعني أن الجزاء لا يُنفذ بدون حكم قضائي حتى لو توافرت الأدلة القاطعة على ارتكابه للفعل الذي يشكل جريمة، مما يدل على أهمية القواعد الإجرائية الجزائية باعتبارها قواعد مكملة لقانون العقوبات ولا يوجد احدهما دون الآخر، وبناءً على ذلك ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين لبيان مفهوم القاعدة الإجرائية الجزائية، تُبيّن في المطلب الأول تعريف القواعد الإجرائية الجزائية وخصائصها، ونخصص المطلب الثاني لبيان ذاتية القاعدة الإجرائية الجزائية.

المطلب الأول

تعريف القاعدة الإجرائية الجزائية وخصائصها

لبيان مفهوم القاعدة الإجرائية الجزائية لابد من التطرق إلى تعريفها وهذا ما سنتطرق له كفرع أول من هذا المطلب، إما الفرع الثاني سيتم بيان خصائص القاعدة الإجرائية الجزائية.

الفرع الأول

تعريف القاعدة الإجرائية الجزائية

أولاً: تعريف القاعدة الإجرائية لغةً.

إن أصل كلمة (قاعدة) في اللغة العربية يرجع إلى الفعل الثلاثي (قعد) بمعنى القعود نقيض القيام، قعد، يَفْعُدُ، قعوداً، مقعداً، والقاعدة هي مؤنث القاعد، وكذلك تأتي القاعدة بمعنى آخر وهي الأساس، حين نقول قواعد البيت إي أساسه، القواعد أساطين^(١) البيت التي تعمده^(٢).

وقد ورد ذكرها في القرآن الكريم بمعنى قواعد البناء بقوله تعالى: ﴿قَدْ مَكَرَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ فَاتَى اللَّهَ بُنْيَانُهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ فَخَرَّ عَلَيْهِمُ السَّمَاءُ مِنْ فَوْقِهِمْ وَأَنآهُمُ الْعَذَابُ مِنْ حَيْثُ لَا يَشْعُرُونَ﴾^(٣).

أمّا كلمة إجرائية اسم مؤنث منسوب إلى إجراء، والإجراء لغة مأخوذ من جريان الشيء كجريان الماء وجريان السفينة، وهكذا ترجع للفعل الرباعي (أجرى)^(٤)، كما وردت في القرآن الكريم بعدة

(١) أساطين: جمع اسطوانة وتعني دعامة أو عمود ينهض عليها البناء.

(٢) جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج ١، طبعة منقحة، دار المعارف، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٣٦٨٦-٣٦٨٩.

(٣) سورة النحل/ الآية (٢٦).

(٤) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، إعداد محمد نعيم العرقسوسي، القاموس المحيط، الطبعة الثامنة،

مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٠٠٥، ص ١٢٧٠.

معانٍ منها الجري والسريان كقوله تعالى: ﴿لَمْ تَرَ أَنَّ اللَّهَ سَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ وَأَلْفَكَ تُجْرِي فِي الْبَحْرِ بِأَمْرِهِ﴾^(١)، وكلمة تجري في الآية الكريمة جاءت من الفعل (جرى)، إي جريان السفينة^(٢).

أمّا كلمة جزائية مؤنث منسوب إلى كلمة جزاء، أي بمعنى ما يكافئ التصرف من خير أو شر، كذلك وردت في القرآن الكريم بعدة معانٍ ومنها المكافأة على الشيء كقوله تعالى: ﴿ذَلِكَ جَزَاءُ الْمُحْسِنِينَ﴾^(٣)، وقد تأتي بمعنى العقاب كقوله تعالى: ﴿فَتَكُونُ مِنْ أَصْحَابِ النَّارِ وَذَلِكَ جَزَاءُ الظَّالِمِينَ﴾^(٤).

ثانياً: تعريف القاعدة الإجرائية اصطلاحاً

نظراً لاختلاف القواعد الإجرائية الجزائية عن القواعد القانونية الأخرى، لا بد من التعريف بها ولكن اغلب القوانين الجزائية لم تتطرق للتعريف ولم تضع تعريفاً محدداً لها، والقوانين غالباً ما تتجنب ذلك لان القانون بطبيعته لا يستطيع الإلمام بكل الجوانب، لأن الحياة في تطور مستمر وتظهر حالات مستجدة لم تكن في حسابان المشرع وقت وضع القانون فضلاً عن أن القانون ليس مجالاً لذكر التعريف أو بيان ماهية الشيء، لذا فإن القانون الجزائي ترك المجال للفقهاء للخوض في ماهية القواعد الإجرائية الجزائية، وبناءً على ذلك نرى تعدد المفاهيم الفقهية لشرح القانون الجزائي في التعبير عن المقصود بالقاعدة الإجرائية الجزائية، حيث عرفت بأنها (القواعد التي يجب مراعاتها في تنظيم سير الإجراءات التي تتعلق بالكشف عن الجريمة وتجرى مرتكبها وتحديد اختصاص الأجهزة التي تقوم بتطبيق هذه الإجراءات)^(٥).

في حين عرفها أحد من الفقهاء بأنها (مجموعة من القواعد التي تحكم نشاط السلطة القضائية في كل ما يفيد نسبة الجريمة إلى محدثها والعقاب عليه)^(٦)، نلاحظ التعريفين السابقين قد اغفلا النظر في إجراءات الدعوى المدنية وإجراءات الطعن بالأحكام واقتصر فقط على إجراءات تحدد اختصاص السلطة القضائية من ارتكاب الجريمة لحين توقيع الجزاء عليه، وتطابقت في إغفالها لحق المتهم في

(١) سورة الحج/ الآية (٦٥).

(٢) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، القاموس المحيط، المصدر السابق، ص ١٢٧٠.

(٣) سورة المائدة/ الآية (٨٥).

(٤) سورة المائدة/ الآية (٢٩).

(٥) د. سامي النصراني، دراسة في أصول المحاكمات الجزائية، ج ١، مطبعة السلام، بغداد، ١٩٧٦، ص ٥.

(٦) د. جلال ثروت، أصول المحاكمات الجزائية، ج ١، ط ١، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٣، ص ١٧.

الدفاع عن نفسه، بينما أكدت على حق الدولة في العقاب، وقد تناست إن الهدف الأساسي من القواعد الإجرائية الجزائية هو الموازنة بين الحقين، أي لا نهمل حق الدولة في ملاحقة مرتكب الجريمة، ولا نغالي في حق الفرد في الدفاع عن نفسه بحيث يؤدي إلى إهدار حق الدولة.

بينما عرفها آخر بأنها (القاعدة التي تضع الإجراءات اللازمة لكشف الحقيقة سواء تعلقت هذه الإجراءات بشخص المتهم أو بالجريمة وتحديد الجهات القضائية المختصة بتطبيق قانون العقوبات وتعويض المجني عليه عن طريق المحكمة الجنائية المختصة)^(١)، يؤخذ على هذا التعريف أن الجهات القضائية ليست مقتصرة على تطبيق قانون العقوبات فقط، وإنما تأخذ بتطبيق قانون العقوبات وقانون أصول المحاكمات الجزائية أيضاً، إن التعويض لا يتم عن طريق المحاكم الجزائية فقط وإنما يتم عن طريق المحاكم المدنية أيضاً، ويرجع الخيار للمدعي المدني في اختيار احد الطريقتين.

وعرفت أيضاً بأنها (مجموعة من القواعد القانونية التي تتولى تنظيم ممارسة السلطة القضائية لنشاطها في مجال التيقن من وقوع الجريمة، والتثبت من معرفة مرتكبها، وإخضاعه للجزاء الجنائي فضلاً عن شغل ذمته المدنية عن الضرر الذي قد ترتبه الجريمة)^(٢).

بينما عرفها أحد من الفقه بأنها (القواعد التي تحدد طرق الاستدلال على المتهم والتحقيق معه ومحاكمته، وذلك بهدف تقرير إدانته أو براءته من دون انتهاك حرية الأفراد أو انتقاص من حقهم بالدفاع)^(٣).

في حين أحد من الفقه ذهب إلى أن القاعدة الإجرائية الجزائية هي (القاعدة التي تنظم الإجراءات المتعلقة بالكشف عن الجريمة وضبط مرتكبها والتحقيق معه ومحاكمته وتوقيع الجزاء الجنائي عليه وتعويض المدعي المدني على الجريمة وتنفيذ الأحكام الجنائية عليه)^(٤)، هذه التعريفات الثلاثة الأخيرة قد عالجت نوعاً ما جوانب الإغفال التي عرضناها سابقاً، ولكن ليس بالشكل الذي يعطي صورة واضحة عن القواعد الإجرائية الجزائية.

(١) د. احمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧، ص ١٣٥.

(٢) د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، النظرية العامة للقاعدة الإجرائية الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ٤٩.

(٣) د. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ١٥.

(٤) د. محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، ط ٧، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢١.

ومن خلال ما تقدم إن القواعد الإجرائية هي القواعد التي تبين الأجهزة والهيئات التي تعهد إليها الدولة مباشرة تلك الإجراءات وتنظيم عملها، وهذه القواعد تنتوع باختلاف المرحلة التي بلغتها الإجراءات، وأساس هذا التنوع يكمن باختلاف هدف كل مرحلة^(١)، وعليه فالقانون الإجرائي الجزائي يتكون من مجموعة من القواعد الإجرائية الشكلية، التي تبيّن الإجراءات القانونية التي تطبق على المتهم من لحظة وقوع الجريمة ابتداءً مروراً بالتحقيق الابتدائي ثم المحاكمة وانتهاءً بصور الحكم وآلية الطعن فيه، كما يشمل أيضاً القواعد التي توضح كيفية أداء السلطة القضائية لنشاطها القضائي، ويحدد اختصاص كل جهة من جهات القضاء، بالإضافة إلى بيان ضمانات العمل القضائي كالاتقلال والحياد^(٢).

وأخيراً يمكن تعريف القاعدة الإجرائية الجزائية (بأنها القاعدة التي تنظم نشاط الأجهزة القضائية المختصة من لحظة وقوع الجريمة إلى محاكمة الجاني وفرض الجزاء عليه، دون انتهاك حقه في الدفاع، والفصل في الدعوى المدنية، وتنظيم إجراءات الطعن بالأحكام والقرارات وتنفيذها).

الفرع الثاني

خصائص القاعدة الإجرائية الجزائية

هناك مجموعة من الخصائص التي تميّز القاعدة الإجرائية الجزائية عن غيرها من القواعد القانونية الأخرى وهي:

١- **قانونية ملزمة** : إن القاعدة الإجرائية الجزائية تخضع لمبدأ الشرعية حيث يقتضي وجود نص قانوني يقرر تلك القاعدة^(٣)، وتتحقق قانونية القاعدة الإجرائية الجزائية لأنها قاعدة أمره فهي تتضمن مباشرة عمل أو النهي عن سلوك معين، ولكن من الملاحظ أنها لا تشترط فرض جزاء دائماً كما هو الحال بالنسبة لبعض القواعد القانونية الأخرى، وإنما يمكن إن تتوافر صفة الإلزام عن طريق القهر المادي والذي يتمثل في القواعد التي تنظم إجراءات ضبط المتهم وإحضاره بالقوة إمام السلطة المختصة بالتحقيق في حالة رفضه الحضور من تلقاء نفسه بعد تبليغه بالحضور^(٤).

(١) د. فاضل زيدان محمد، فلسفة الإجراءات الجنائية (أهميتها وأساسها وخصائصها)، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، جمعية القانون المقارن العراقية، جامعة بغداد، العدد (٣٨)، السنة ٢٠٠٥، ص ٥٦.

(٢) د. جلال ثروت، نظم الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص ١٣.

(٣) هدى عباس محمد رضا، الإسناد في القاعدة الجنائية الإجرائية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٩، ص ٤٨.

(٤) د. أمال عبد الرحيم عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٩١، ص ١٧.

وقد تترتب صورة الإلزام في القاعدة الإجرائية عن طريق هدر الأثر القانوني للإجراءات التي تخالف أحكام القاعدة الإجرائية الجزائية والتي قد تكون في صورة البطلان أو عدم القبول أو سقوط العمل الإجرائي، وقد يأتي الإلزام في صورة الجزاء العقابي كما هو الحال بالنسبة للقواعد الإجرائية الجزائية التي تنص على معاقبة الشاهد عند امتناعه عن الحضور لأداء الشهادة، وقد يكون الإلزام الموجود في القاعدة الإجرائية الجزائية في صورة جزاء مدني، كما هو الحال عند الحكم بصادرة مبلغ الكفالة الذي يودعه الطاعن لدى المحكمة في حال لم يقبل طعنه لأسباب معينة، أو قد يأتي هذا الإلزام في صورة جزاء إداري وذلك في حال مخالفة الموظف لإحدى القواعد الإجرائية الجزائية فهذا يعرضه لجزاءات إدارية^(١).

لذا فإنَّ القواعد الإجرائية تتضمن ثلاثة جوانب: الأول العمل الإجرائي المطلوب اتخاذه، والجانب الثاني هو الشكل الذي ينصب في العمل ليصبح ذا فاعلية، أمَّا الجانب الأخير هو الجزاء الذي يترتب على عدم اتخاذه الشكل المرسوم له سابقاً، ولكون القاعدة الإجرائية قاعدة قانونية، فإنَّها تتسم بالتجريد والعمومية، حتى وأن خاطبت فئات معينة هم القضاة والإدعاء العام وأعضاء الضبط القضائي وكل من يتدخل في الخصومة الجزائية لتحقيق العدالة كالخبراء والشهود، إلا أن ذلك لا يحمو عنها صفة كونها قواعد عامة ومجردة فهي ليست موجهة إلى أشخاص معينين بل إلى فئات غير محدد أشخاصها^(٢)، إي إن العمومية والتجريد التي تتسم بها تسمح بأن تستوعب جميع الحالات والفروض غير المتناهية^(٣).

أما من حيث كونها ملزمة للجانبين فإنَّ الحياد والموضوعية من أهم سمات هذه القواعد، فالقاعدة الإجرائية تقرر سلطة لأحد الأفراد كإلقاء القبض أو التوقيف أو التفتيش، يقابلها التزام يقع على عاتق غيره في ذات الوقت كالتزام المطلوب إلقاء القبض عليه بالانقياد إلى السلطة المختصة، التي أمرت بالقبض عليه، وإذعان من يراد تفتيش مسكنه أو شخصه أو محله، بإتاحة المجال لهذا التفتيش دون ممانعة أو وضع عقبات تحول دون إجرائه^(٤).

(١) د. احمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٦٣-٦٤

(٢) د. فاضل زيدان، فلسفة الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٥٩.

(٣) د. عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مطبعة دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٨٩، ص ٣٦.

(٤) د. فاضل زيدان، فلسفة الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٦١.

من خلال ما تقدم يتضح أن القاعدة الإجرائية الجزائية كغيرها من القواعد القانونية لها غاية محددة في إطار الخصوصية التي تمتاز بها، إذ تهدف إلى إقامة النظام داخل المجتمع بصورة غير مباشرة من خلال ضبط سلوك الأفراد، وهذه الغاية لا يمكن تحقيقها إذا تم ترك الأمر لرغبة المعنيين بالقاعدة الإجرائية الجزائية، بل يجب إن يعلموا بالزامية هذه القاعدة وإن إبي مخالفه لها ستعرضهم لجزاء المحدد قانوناً.

٢- من النظام القانوني العام: باعتبار إن قانون الإجراءات الجزائية قانوناً عاماً، فإن قواعد متعلقة بالنظام العام، فهي تنظم نشاط السلطات العامة للمحافظة على مصلحة عامة للمجتمع في مكافحة الجريمة وملاحقة المجرمين، وأهم النتائج التي تترتب على كونها من النظام العام، يكون الادعاء العام جهة من بين عدة جهات تملك سلطة تحريك الدعوى الجزائية، حيث يختص الادعاء العام بإقامة الدعوى ومباشرتها، ولا تقام من غيره إلا في الحالات التي بينها القانون، ولا تنقيد حرية الادعاء العام في هذا المجال بتنازل المجني عليه عن حقوقه وصقحه عن الجاني إلا في الأحوال المبينة في القانون^(١)، فالدعوى الجزائية تتعلق بالنظام العام، وإن تم مخالفة هذه القواعد، فإن الدفع بهذه المخالفة يمكن إثارته في إي مرحلة كانت بها الدعوى، ولو لأول مرة إمام محكمة التمييز الاتحادية، وبمقدور القاضي أن يقرر هذه المخالفة من تلقاء نفسه^(٢).

وعليه فإن القاعدة الإجرائية الجزائية باعتبارها من القواعد المتعلقة بالنظام العام سيتكفل بتنظيم العلاقة التي تكون الدولة طرفاً فيها، كما تتولى التوفيق بين المصالح المتعارضة إلا أنها تعطي الأولوية للمصلحة الأجدر بالحماية.

(١) لا بد من الإشارة إلى أن المشرع العراقي قد وضع قيوداً على حرية الادعاء العام في إقامة دعوى الحق العام وهي الشكوى والطلب والأذن، وهذه القيود تتعلق بالنظام العام، وإنها من طبيعة واحدة (قيود جزائية)، إلا أن بينها وجوه اختلاف عديدة أهمها أن الشكوى تكون شفوية أو كتابية، أما الطلب فيجب أن يكون كتابياً ويحيط القانون بالأذن بإجراءات خاصة وتصدر الشكوى عن المجني عليه وهو في الغالب فرد عادي، أما الطلب والأذن فيصدران من سلطة عامة، ولا يتقيد الطلب والأذن بمدة سقوط؛ وذلك خلافاً للشكوى التي اشترط القانون تقديمها خلال (٣) أشهر من يوم علم المجني عليه بالجريمة وبمرتكبها، ولا تسري على الطلب والأذن أحكام السقوط بوفاة المجني عليه خلافاً للشكوى التي ينقضي الحق في تقديمها بوفاة المجني عليه، كما يجوز التنازل عن الشكوى والرجوع في الطلب، أما الأذن فلا رجوع فيه، ينظر: د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٩، ص ٦٦-٦٧.

(٢) د. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٤٨-٤٩.

٣- ذات طبيعة إجرائية: إن القواعد الإجرائية الجزائية هي ذات طبيعة شكلية، إي تقتصر على تنظيم العملية الإجرائية وتحديد ضمانات يجب احترامها عند تطبيق هذه القواعد، كما أنها لا تتعلق بالتجريم ولا تقرر عقوبات كما هو الحال بالنسبة للقواعد الموضوعية والتي لا يمكن تطبيقها بدون القواعد الإجرائية^(١)، ولكن هذا لا يمنع من وجود قواعد ذات صفة موضوعية إلى جانب القواعد الشكلية، مثال على ذلك المادة (١٤٤) أصولية الخاصة بمعاينة المحامي^(٢)، ومن خصائص القواعد الإجرائية الجزائية (قانون الإجراءات الجزائية) أنها تابعة فهي تفترض وجود قواعد موضوعية (قانون العقوبات)، حيث تنظم القواعد الإجرائية كيفية تفعيلها وجعلها موضع التطبيق، فوظيفة القاعدة الإجرائية تنظيمية، إذ إنها وسيلة لتطبيق القواعد الموضوعية^(٣)، وبمعنى آخر إن قانون العقوبات بما يتضمنه من نصوص تجريم وعقاب لا يتصور تطبيقه بغير إجراءات تكشف الحقيقة في شأن جرائم ارتكبت وتحدد المسؤولين عنها وتنزل بهم العقوبات، ومن ثم ساع القول بأنه إذا لم يوجد قانون الإجراءات الجزائية فإن نصوص قانون العقوبات تبقى نظرية لا تجد السبيل إلى تطبيقها، وإذا لم يوجد قانون العقوبات فلا يتصور وجود لقانون الإجراءات الجزائية^(٤)، غير أن هذه التبعية لا تتعارض ذاتية القانونين، فهي تبعية منطقية وليست تبعية موضوعية^(٥).

إذاً إن الشكلية التي تتصف بها القاعدة الإجرائية الجزائية ليست شكلية بحتة وإنما هي الصفة الغالبة على قواعدهما، كما إن وجود بعض القواعد الموضوعية دلالة على أن هذا القانون (قانون الإجراءات الجزائية) بقواعده الشكلية والموضوعية له ذاتية خاصة به تميزه عن القوانين الموضوعية (قانون العقوبات)، ولو كان غير ذلك لما وضع المشرع الجزائي أي قاعدة موضوعية في قانون الإجراءات الجزائية.

(١) فاضل عواد محييد الدليمي، ذاتية القانون الجنائي، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٦، ص ١٦٣.

(٢) ينظر: نص المادة (١٤٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل والتي تنص على (ب- على المحامي المنتدب إن يحضر المرافعة.... وإلا فرضت عليه غرامة لا تتجاوز خمسين ديناراً تحصل منه تنفيذاً بمذكرة يحررها رئيس محكمة إلى دائرة التنفيذ مع عدم الإخلال بمحاكمته انضباطياً وفق قانون المحاماة....).

(٣) د. فاضل زيدان، فلسفة الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٦٠.

(٤) د. محمود نجيب حسني، شرح الإجراءات الجنائية، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٣-٤.

(٥) د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٢.

٤- موزعة على أكثر من نص: إن القاعدة القانونية بشكل عام تتكون من شقين، الشق الأول: يتمثل بالتكليف (الحكم) وهو الأمر بممارسة السلوك على نحو معين، أما الشق الثاني: هو شق الجزاء وهو كأثر قانوني يترتب على مخالفة التكليف^(١)، حيث لا يمكن أن توجد قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح بدون توفر عناصر القاعدة القانونية، إلا أن القاعدة الإجرائية الجزائية توصف بأنها قاعدة موزعة على أكثر من نص^(٢)، ويتحقق ذلك عندما يعمد المشرع الجزائي إلى توزيع شقي القاعدة الإجرائية الجزائية (التكليف والجزاء) على نصين، قد يكونان في قانون واحد وقد يكونان في قوانين مختلفة ولكنها وإن كانت مختلفة يشترط بها إن تكون قوانين معاصرة إي أن يكون صدورها في وقت واحد ومحددة وسارية المفعول إي أن تكون موجودة وغير ملغية^(٣)، وهذا ما يطلق عليه ب(القواعد الموزعة)^(٤).

ومن القوانين المقارنة التي تبنت فكرة إن تكون القاعدة الإجرائية الجزائية موزعة على أكثر من نص هو قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي في نص المادة (١٧١) التي تم تعديلها بموجب القانون رقم (١٠١٣-٩٣) في ٢٤ أغسطس ١٩٩٣ والذي جاء فيه (هناك بطلان عندما يؤدي تجاهل اجراء شكلي منصوص عليه في احد احكام هذا القانون أو أي حكم آخر من أحكام الإجراءات الجنائية إلى الاضرار بمصالح الطرف المعني)^(٥).

(١) د. عودة يوسف سلمان الموسوي، جريمة استهداف إثارة الحرب الأهلية عبر وسائل الإعلام (دراسة مقارنة)، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨، ص ٩١.

(٢) فاضل عواد محييد الدليمي، ذاتية القانون الجنائي، المصدر السابق، ص ١٦٦.

(٣) د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية، ط١، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٦٧، ص ٤٠.

(٤) الجدير بالإشارة إلى إن هذه الصورة للقاعدة الجزائية (القاعدة الجزائية الموزعة أو المجزأة) تختلف عن صورة أخرى للقاعدة الجزائية وهي (القاعدة الجنائية على بياض) والتي تأتي في نص جزائي يتضمن عنصر الجزاء فقط، إما عنصر التجريم والتكليف فيتم تحديده في نص جزائي آخر لم يقدر له الصدور بعد، ولا فرق فيما إذا كان النص الذي يتضمن عنصر التكليف (النص المكمل) هو نص جنائي أو غير جنائي، ولا فرق فيما إذا كان (النص المكمل) هو قانون أو لائحة أو قرار، طالما انه قد صدر بناءً على قانون. ينظر: د. عصام عفيفي حسين عبد البصير، تجزئة القاعدة الجنائية دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقهاء الجنائي الإسلامي، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ١١٠. و د. عادل يوسف أشكري، الأحكام العامة لإلغاء النص العقابي (دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة)، ط١، منشورات زين الحقوقية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠١٧، ص ١٠٥.

(5) LOIN (93-1013) du. 24 aout 1993 modifiant la loi 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la code de procedure penale fraicaise.

وكمثال على خصيصة القاعدة الموزعة على أكثر من نص في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل نص المادة (١٢٧) والتي جاء فيها (لا يجوز استعمال أية وسيلة غير مشروعة للتأثير على المتهم للحصول على إقراره، ويعتبر من الوسائل غير المشروعة إساءة المعاملة والتهديد بالإيذاء أو الإغراء والوعد والوعيد والتأثير النفسي واستعمال المخدرات والمسكرات والعقاقير) وهذه المادة قد جاءت بشق التكليف دون الجزاء، في حين نصت المادة (٢١٨) على شق الجزاء كما يلي (يشترط في الإقرار إن لا يكون قد صدر نتيجة إكراه مادي)^(١)، إن الجزاء هنا هو عدم الأخذ بإقرار صادر من غير إرادة حرة، ولا بد من التنويه إلى أن القاعدة الإجرائية الجزائية قد جاءت عناصرها (التكليف والجزاء) موزعة على نصين ضمن قانون واحد وهو قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

في حين قد يأتي شق التكليف في قانون معين، أمّا شق الجزاء فينص عليه في قانون آخر، ومثال على ذلك نص المادة (٧٢/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية والذي جاء فيه شق التكليف ونصت على (لا يجوز تفتيش إي شخص أو دخول أو تفتيش منزله أو إي محل تحت حيازته إلا في الأحوال المبينة في القانون)، في حين جاء شق الجزاء في قانون آخر وهو قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل في المادة (٤٢٨/١/أ) والتي جاء فيها (١-يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين : أ- من دخل محلاً مسكوناً أو معداً للسكنى أو إحدى ملحقاته وكان بدون رضاه صاحبه وفي غير الأحوال التي يخصص فيها القانون بذلك ...).

إن شق التكليف (الحكم) في القاعدة الإجرائية باعتباره شقاً واصفاً لأساليب وإجراءات عديدة، كثيراً ما يتشعب على قدر تشعب هذه المراسم والأساليب في الموضوع الواحد، ومن ثم يتوزع على أكثر من نص، ولذا فإن اكتشاف الجزاء المستحق على مخالفة القاعدة الإجرائية الجزائية قد لا يخلو من صعوبة لعدم بيانه في إلقاء الأسلوب الواجب إتباعه والمبين في شق الحكم بهذه القاعدة، وكنتيجة لإغفال السير على هذا الأسلوب فيما اتخذ من إجراء، يمكن التعبير عن ذلك بأنه ظاهرة النص غير المستوعب للقاعدة، والذي لا يحتوي إلا واحداً من شقيها تاركاً الشق الآخر يحتويه نص آخر، وهذا الأمر يعدّ أكثر شيوعاً في مجال القواعد الإجرائية الجزائية منه في مجال القواعد

(١) تم تعديل هذه المادة بموجب البند (ل) من القسم (٤) من مذكرة سلطة الائتلاف (المنحلة) رقم (٣) لسنة ٢٠٠٣.

الموضوعية التي يغلب أن يكون نص كل قاعدة منها مشتملاً على شقيها معاً في ذات الموضوع وبالتالي مستوعباً لمحتواها كاملاً^(١).

ونرى أن القاعدة الإجرائية الجزائية سواء قد صيغت بصورة النص التام أو المستوعب الذي يحوي عناصرها وهو التكليف والجزاء، أم قد صيغت بصورة موزعة أو ما يسمى النص غير المستوعب، فأنها في كلا الحالتين سوف نكون إمام نص كامل مادام أن عناصر القاعدة الإجرائية الجزائية متوافرة عند تطبيق القانون.

وأخيراً، إن خصائص القاعدة الإجرائية الجزائية التي سبق الإشارة إليها، قد تشترك في بعض منها مع غيرها من القواعد القانونية، من حيث كونها قاعدة ملزمة وقانونية وقاعدة من النظام القانوني العام، أما من حيث كونها قاعدة تبعية وإجرائية (شكلية) وموزعة على أكثر من نص، هذه الخصائص تعطي للقواعد الإجرائية الجزائية كيان مستقل له ذاتيته التي تميزه عن القواعد القانونية الأخرى.

المطلب الثاني

ذاتية القاعدة الإجرائية الجزائية

إن خصوصية القواعد الإجرائية الجزائية التي يتضمنها قانون الإجراءات الجزائية تتمثل في غاية هذا القانون، التي تتمثل في الوصول إلى الحقيقة، من خلال إجراءات تقررها هذه القواعد تميّزها عن قواعد أخرى، وفي هذا الإطار سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول ذاتية القواعد الإجرائية الجزائية تجاه القاعدة الموضوعية، أما الفرع الثاني سنبين ذاتية القاعدة الإجرائية الجزائية تجاه القواعد الإجرائية المدنية.

الفرع الأول

ذاتية القاعدة الإجرائية الجزائية تجاه القاعدة الموضوعية

عبّر الفقه بمصطلح القانون الجزائي، عن قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية باعتبارهما إنهما ينتميان إلى ذات القانون، يمكن القول إن لهما ذات الهدف وهو مكافحة الإجرام في إطار الشرعية، على أنه وإن كان من شأن وحدة الهدف إيجاد قواعد مشتركة بينهما إلا أنه لا بد من الاعتراف إنّ لكل

(١) د. رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصلاً وتحليلاً، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٧، ص ٤٥-٤٦.

منهما ذاتيته وأحكامه وقواعده الخاصة^(١)، وبالرغم من الارتباط القائم بين القانونين فإن كل منهما يختلف عن الآخر بسبب طبيعة القواعد التي يشتمل عليها، لذا لا بد من وضع ضابط للترقية بينهما، إن قانون العقوبات يضم القواعد الموضوعية التي تحدد ما يعد من الأفعال جرائم والجزاء المقرر لها، فإن قانون أصول المحاكمات الجزائية ينطوي على قواعد إجرائية (شكلية) والتي يلزم إتباعها لتطبيق قانون العقوبات^(٢).

ولابد من الإشارة إلى إن موضوع النص في أي من القانونين لا يحدد طبيعته إذ إن كثيراً ما يتضمن قانون العقوبات قواعد شكلية (أصولية) مثال ذلك القواعد المتعلقة بتحريك الدعوى في الجرائم الماسة بالأسرة^(٣)، وكذلك القواعد الإجرائية المتعلقة بوقف الإجراءات القانونية في الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة والجرائم الماسة بحرية الإنسان وحرمة وغيرها^(٤)، كما قد ترد قواعد موضوعية في قانون أصول المحاكمات الجزائية كما هو الحال بالنسبة للقواعد المتعلقة بجرائم الجلسات^(٥) وجرائم الامتناع إمام المحاكم^(٦).

حيث إن التفرقة بينهما لا تكمن في وجود هذه القواعد في أي من المجموعتين، فقد ذكرنا أن من القواعد الشكلية ما يجد ملاذاً له في قانون العقوبات، في نفس الوقت هناك قواعد موضوعية تجد مكانها في قانون الإجراءات الجزائية، إلا أن هناك من يرى أن التفرقة الحقيقية التي تكمن في تحليل

-
- (١) د. كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠، ص ١٠.
- (٢) د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، المصدر السابق، ص ٧.
- (٣) ينظر: نص المادة (٣٧٨) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل (لا يجوز تحريك دعوى الزنا ضد أي من الزوجين أو اتخاذ أي إجراء فيها إلا بناء على شكوى الزوج الآخر....).
- (٤) ينظر: نص المادة (٤٢٧) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل (إذا عقد زواج صحيح بين مرتكب إحدى الجرائم الواردة في هذا الفصل وبين المجني عليها أوقف تحريك الدعوى والتحقيق فيها والإجراءات الأخرى وإذا كان صدر حكم في الدعوى أوقف تنفيذ الحكم، وتستأنف إجراءات الدعوى أو التنفيذ بحسب الأحوال إذا انتهى بطلاق صادر من الزوج بغير سبب مشروع أو بطلاق حكمت به المحكمة لأسباب متعلقة بخطأ الزوج..).
- (٥) ينظر: نص المادة (١٥٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل (أ- إذا ارتكب شخص في قاعة المحكمة ... جاز للمحكمة إن تقيم الدعوى عليه في الحال ولو توقفت إقامتها على شكوى...).
- (٦) ينظر: نص المادة (١٧٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل (إذا لم يحضر الشاهد للمحكمة رغم تبليغه جاز لها إعادة تكليفه بالحضور... ولها إن تحكم عليه بالعقوبة المقررة قانوناً بسبب تخلفه عن الحضور).

كل من قواعد هذين القانونين^(١). لذا يُرى أن هناك عدة جوانب تتخلف فيها القاعدة الإجرائية عن القاعدة الموضوعية ومنها:

أولاً- من حيث نطاق السريان الزمني: إن مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات لا يجيز أن يكون للقانون أثر رجعي، أي أن نص التجريم لا يسري إلا على الأفعال التي ترتكب بعد لحظة نفاذه بمعنى آخر، لا يسري النص الجديد على فعل كان مباحاً قبل صدوره أو كان معاقباً عليه بعقوبة أخف مما قضى به هذا النص، هذا المبدأ له علاقة مباشرة بحقوق وحرّيات الأفراد^(٢)، فقد نصت عليه الكثير من الدساتير، ومنها الدستور المصري الذي نص على هذا المبدأ بما يلي: (... لا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون)^(٣)، ودستور جمهورية العراق النافذ حيث جاء فيه انه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، ولا عقوبة إلا على الفعل الذي يعدها القانون وقت اقترافه جريمة، يستثنى عادة من هذه القاعدة إذا ما كان النص الجديد هو الأصلح للمتهم، وجاء في هذا الخصوص (لا يسري القانون الجزائي بأثر رجعي إلا إذا كان أصلح للمتهم)^(٤)، إلا إن جانب من الفقه يرى إن مبدأ رجعية القوانين على الماضي يطبق فقط على القواعد الموضوعية إذا كان القانون أصلح للمتهم، لان القاعدة الإجرائية تطبق بأثر فوري ومباشر، إما قاعدة القانون الأصلح للمتهم لا يشمل القاعدة الإجرائية لكونها وجدت من اجل السير الحسن للعدالة، فتطبيق بغض النظر عما إذا كان لمصلحة المتهم أو لغير مصلحته^(٥).

في حين إن هناك جانب آخر من الفقه يرى أن ما جاء به في الدستور العراقي النافذ لا يسمح بالتأويل، وذلك لأنه استخدم عبارة القانون الجزائي ولم يذكر أي من قانون العقوبات أو قانون أصول المحاكمات الجزائية ويرى إن القانون الجزائي بشقيه العقوبات والأصول الجزائية مشمولة بحكمه^(٦).

(١) د. كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، المصدر السابق، ص ١٢.

(٢) د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، ج ١، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٢، ص ٤٣٤.

(٣) ينظر: نص المادة (٩٥) من دستور جمهورية مصر العربية ٢٠١٤.

(٤) ينظر: نص المادة (١٩/ ثانياً) من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥.

(٥) د. عبد الله اوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائي (التحري والتحقيق)، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٤، ص ١٦.

(٦) د. براء منذر كمال، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٧، ص ١٢.

إلا أننا نرجح الرأي الأول وهو سريان القواعد الإجرائية الجزائية بأثر فوري ومباشر، لأنها قواعد إجرائية تبين إجراءات الدعوى وصولاً للحكم فيها وتنفيذه، أي لا يترتب عليها تجريم وعقاب كما هو الحال بالنسبة للقواعد الموضوعية، وفي حال صدور قانون يخفف أو يعفي من العقاب، فإنه يترتب عليه اثر رجعي، لأنه يكون أصلح للمتهم.

ثانياً- من حيث نطاق السريان المكاني: هناك ما يسمى بمبدأ الإقليمية الذي يعدّ كنتيجة حتمية لسيادة الدولة على إقليمها، وهو من المبادئ المهمة في القانون الجزائري، ولما كان القانون الجزائري أحد مظاهر سيادة الدولة، لكونه صادراً من إحدى السلطات فيها وهي السلطة التشريعية^(١)، أي أن الدولة وحدها تختص بالعقاب، وتطبيق القانون الجزائري على جميع الأفراد المتواجدين على إقليم تلك الدولة، سواء كانوا مقيمين على ارض تلك الدولة أصلاً أو تواجدوا فيها عرضاً، وأغلب الدول قد نصت عليه في قوانينها، ومنهم المشرّع الكويتي الذي نص عليه في قانون العقوبات رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ وجاء فيه (تسري أحكام هذا القانون على كل شخص يرتكب في إقليم الكويت وتوابعها جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه. تسري على كل شخص يرتكب خارج إقليم الكويت فعلا يجعله فاعلاً أصلياً أو شريكاً في جريمة وقعت كلها أو بعضها في إقليم الكويت)^(٢)، وهذا ما أشار إليه أيضاً المشرّع العراقي في قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل وجاء فيه (تسري أحكام هذا القانون على جميع الجرائم التي ترتكب في العراق... يسري هذا القانون على كل من ساهم في الجريمة وقعت كلها أو بعضها في العراق ولو كانت مساهمته في الخارج سواء كان فاعلاً أو شريكاً)^(٣).

أمّا بخصوص الاختصاص المكاني لقانون الإجراءات الجزائية فما دام هذا القانون هو الوسيلة الوحيدة لتطبيق قانون العقوبات، فلا بد إن يرتبط تطبيقه بالنطاق المكاني لهذا الأخير والقاعدة الإقليمية المقررة في قانون العقوبات تعكس بدورها النطاق المكاني لقانون الإجراءات الجزائية^(٤)، كما أن الإجراءات الجزائية تنطوي في أغلبها على زجر، وبالتالي فهي تتضمن بحكم الضرورة تعبيراً عن سيادة الدولة التي اتخذتها ويجب لذلك حصرها في نطاق الإقليم الذي تمارس فيه سيادتها، إمّا

(١) جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج٥، ط١، دار المؤلفات القانونية، القاهرة، ١٩٤٢، ص٥٩٢.

(٢) ينظر: نص المادة (١١) من قانون العقوبات الكويتي رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠.

(٣) ينظر: نص المادة (٦) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٤) د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، المصدر السابق، ص ٣٩ - ٤٠.

مباشرتها في إقليم يخضع لسيادة دولة أخرى فيعد خرقاً واضحاً لهذه السيادة، إذ إن مبررات (مبدأ الإقليمية) بالنسبة لقانون الإجراءات الجزائية أقوى منها بالنسبة لقانون العقوبات^(١).

ثالثاً- من حيث الأشخاص المخاطبين بإحكامها: في قانون الإجراءات الجزائية كما هو الحال في قانون العقوبات قاعدة تقضي بسريان أحكامه على جميع الأشخاص الموجودين في إقليم الدولة وهذه القاعدة حكيمية لا تحتاج إلى نص^(٢).

أي إن الأفراد سواء كانوا من المقيمين أو غير المقيمين ووطنيون أو أجنبي، على أن هذا الأصل ليس مطلقاً هناك بعض الأفراد الذين يتواجدون في إقليم الدولة ولا يخضعون لما يخضع لهم غيرهم من المكلفين، ويرجع امتياز هؤلاء الأشخاص لعدة مصادر، فقد يكون القانون الدولي هو مصدر الامتياز، وقد أقرت بهذا الامتياز أغلب قوانين الدول، مثال ذلك قانون العقوبات السوري رقم (١٤٨) لسنة ١٩٤٩ المعدل وجاء فيه (لا يطبق القانون السوري في الأرض السورية على الجرائم التي يقترفها موظفو السلك الخارجي والقناصل الأجنبي وما تمتعوا بالحصانة التي يخولهم إياها القانون الدولي)^(٣)، وهذا ما نص عليه المشرع العراقي في قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل وجاء فيه (لا يسري هذا القانون على الجرائم التي تقع في العراق من الأشخاص المتمتعين بحصانة مقررة بمقتضى الاتفاقيات الدولية أو القانون الدولي أو القانون الداخلي)^(٤)، وقد يكون مصدر الالتزام القانون الداخلي، كما هو الحال بالنسبة لرئيس الدولة، وللوزراء ولأعضاء المجلس النيابي (البرلمان)^(٥).

(١) لا بد من الإشارة إلى إن تطبيق النص الإجرائي في صورة مطلقة يشكل عقبة في طريق التعاون الدولي في مكافحة الإجرام، لهذا السبب تورد الدول بعض القيود، وأهم نظامين يتحقق بهما ذلك نظام الاتابات القضائية (عندما تنيب الدولة المختصة بالمحاكمة دولة أخرى لتباشر بعض الإجراءات التي تمت على يد سلطات أجنبية) ونظام تسليم المجرمين. انظر: د فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، طبعة منقحة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٩، ص ٢٥-٢٦.

(٢) د. براء منذر كمال، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، المصدر السابق، ص ١٣.

(٣) ينظر: نص المادة (٢٢) من قانون العقوبات السوري رقم (١٤٨) لسنة ١٩٤٩ المعدل.

(٤) ينظر: نص المادة (١١) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٥) د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، النظرية العامة للقاعدة الإجرائية الجنائية، المصدر السابق، ص ٥٦.

ومع ذلك لاعتبارات خاصة يستثنى بعض الأشخاص من أحكام قانون أصول المحاكمات الجزائية كلها أو بعضها^(١)، ومنهم طائفة الإحداث، حيث تخصص لهم محاكم خاصة، وتحدد إجراءات التحقيق والمحاكمة وتشكيلها بقانون خاص هو قانون رعاية الإحداث رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣ المعدل، فالمعول عليه أولاً هو القانون الخاص فإن لم يجد القاضي نصاً يعالج مسألة ما، فعليه في هذه الحالة الرجوع إلى قانون أصول المحاكمات الجزائية وقانون العقوبات^(٢).

رابعاً- من حيث الأثر المترتب على مخالفتها: الأصل أن القاعدة القانونية لكي تكون ملزمة لابد لها من جزاء يترتب كأثر على مخالفه القاعدة القانونية، والجزاء هنا هو ركن أساسي في وجود القاعدة لأنها لو ترك بدون جزاء فإنه لا يوجد ما يجعل الناس يتبعونها في علاقاتهم بدرجة كافية للقيام بالإعمال التي يقتضيه الصالح العام، أو الامتناع عن أعمال تضر المجتمع^(٣)، أمّا بالنسبة لقواعد قانون العقوبات فإن الأثر المترتب على مخالفتها هي العقوبات المقررة والتدابير الاحترازية، فإنّ هذه العقوبات شخصية الأثر، إي تنال من شخص من قام بفعل من الأفعال التي تعدّ جريمة وفق قانون العقوبات^(٤).

أمّا قانون الإجراءات الجزائية فإنّ هذه القواعد تنطوي على قواعد شكلية تقرر الإجراءات التي تتبع عند وقوع الجريمة من جمع الاستدلالات والتحقيق ومحاكمة مرتكبها إلى حين توقيع الجزاء العادل عليه بعد ثبوت ارتكابها من قبله ومسؤوليته عنها، وبناءً على ذلك يجب أن تحقق قواعد الإجراءات الجزائية توازناً بين المصلحتين بينهما وهي مصلحة المتهم و مصلحة المجتمع، فإذا تصرف جانب منهم تصرفاً بخلاف قاعدة شكلية بحيث اخل بمصلحة الأخر، فيجب أن يكون هناك جزاء إجرائي يعيد التوازن بين المصلحتين، والجزاء الإجرائي يصيب العمل الإجرائي فيقضي ببطلانه أو يسقطه أو

(١) كذلك يستثنى أفراد القوات العسكرية بقانون خاص لأصول محاكمات هو قانون أصول المحاكمات الجزائية العسكري رقم (٣٠) لسنة ٢٠١٧، وقانون خاص بالعقوبات وهو قانون العقوبات العسكري رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٧، وكذلك يستثنى أفراد قوى الأمن الداخلي بقانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٩) لسنة ٢٠٠٨ وقانون عقوبات قوى الأمن الداخلي رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٨.

(٢) د. براء مندر كمال، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، المصدر السابق، ص ١٣.

(٣) د. اسحق إبراهيم منصور، موجز في علم الإجرام وعلم العقاب، ط ٢، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩١، ص ١٠.

(٤) د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦، ص ١.

يقرر عدم قبوله أي أنه جزء موضوعي الأثر بمعنى أنه لا ينال من شخص من باشر العمل وإنما يرد على العمل ذاته^(١).

خامساً- من حيث التفسير ومدى جواز الأخذ به في كلا القانونين: التفسير عملية ذهنية يقوم بها واضعو النص أو مطبقوه أو شارحوه باستعمال كل الوسائل اللازمة للوصول إلى انطباقه على الواقع عن طريق توضيح ما أبهم فيه وتخصيص ما فيه من معنى عام، وتقويم عيوب الصياغة وتكييفه ورفع ما فيه من تناقض وتوسيع نطاقه للوصول إلى إرادة المشرع الحقيقية في القاعدة القانونية المراد تفسيرها^(٢).

يتنوع التفسير بحسب مصدره إلى تفسير تشريعي وقضائي وفقهي، وبحسب أسلوبه إلى تفسير لغوي وآخر منطقي، وبحسب نتائجه إلى تفسير مقرر أو كاشف، والتفسير أياً كان نوعه يهدف إلى الكشف عن مضمون الإرادة الحقيقية للمشرع من خلال ألفاظ وعبارات النص المراد تفسيره، وكل ذلك حسبما يستخلص من النص، متخذاً الغاية منه المعيار الذي يهتدي به^(٣)، أن النص الجزائي بشكل عام يحتاج إلى التفسير إذا كان غامضاً أو ناقصاً، وأسلوب تفسيره هو ذات أسلوب تفسير النصوص القانونية الأخرى فهو على مرحلتين تحليل ألفاظ النص وتحديد علة النص وهدف التفسير دائماً هو الكشف عن قصد الشارع، ولكن ثمة فارق أساسي بين تفسير النصوص في قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية^(٤)، بالنسبة لقانون العقوبات المحكوم بمبدأ شرعية الجرائم والعقاب الذي يترتب عليه عدم التوسع في تفسير نصوصه حتى لا يؤدي ذلك لخلق جرائم وعقوبات غير منصوص عليها في القانون^(٥)، وهذا ما أشار إليه المشرع الفرنسي صراحة في المادة (٤-١١١) من قانون العقوبات الجديد بنصها على أن قانون العقوبات يحكمه مبدأ التفسير الصارم^(٦) وأكد على إن القاضي عليه إن يلتزم بالتفسير المحدد والدقيق لنصوص التجريم والعقاب، إلا أنه من الناحية التطبيقية عرف مبدأ التفسير الضيق للنصوص الجزائية صعوبات تختلف باختلاف طبيعة النص فيما إذا

(١) جواد الرهيمي، أحكام البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط٢، المكتب القانونية، بغداد، ٢٠٠٦، ص٢٩.

(٢) طلال عبد الحسين البدراني، الشرعية الجزائية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٢، ص٢١٦.

(٣) يسر أنور علي، القاعدة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص١١٢.

(٤) محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص٢٠.

(٥) د. عبد اللطيف دحيه، د. عبد اللطيف والي، الجهود الدولية لإرساء عدالة جنائية دولية، دار الجنان للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٢٠، ص٣٦.

(6) Article (4-111) de lu code penal fransais 1993.

كان النص واضحاً أو غامضاً^(١)، كما أكد الدستور العراقي ٢٠٠٥ على مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون)^(٢)، وكذلك نص عليه قانون العقوبات العراقي^(٣).

إنّ التفسير الضيق لا يعني التقيد بحروف النص وعباراته، وإنما التفسير الذي يستظهر غرض المشرّع من التجريم والعقاب، ويحاول الوقوف على إرادته الحقيقية التي يعد النص تعبيراً عنها^(٤)، ويؤيد ذلك قول المحكمة الدستورية العليا المصرية في إحدى الدعاوى الموجهة ضد النصوص الجزائية تتضمن قواعد التجريم والعقاب، قررت فيها المحكمة أنّه (من المقرر قانوناً، أن العبارة التي يفرغ المشرّع فيها أحد النصوص القانونية إنما يتعين فهمها على ضوء المعنى الذي يستخلص منها عادة، وفق موضوعها وبمراعاة سياقها، وبالنظر إلى الاغراض التي توخاها المشرّع من مجموع النصوص التي أتى بها)^(٥).

أمّا قانون الإجراءات الجزائية فإنّه يخضع في تفسيرها للقاعدة العامة في تفسير القاعدة القانونية، لأنه على خلاف قواعد قانون العقوبات ويعطي مجالاً أوسع للقضاة لاعتماد طرق التفسير المنطقي من منطلق أن البعض يرى أن مبدأ الشرعية الجزائية يشمل فقط الجرائم والعقوبات ولا يشمل النصوص الإجرائية التي تحكم سير الدعوى الجزائية، وعليه فإنّ القضاة ليس عليهم التقيد في التفسير النصوص الإجرائية بالطريقة الضيقة، وإنما يمكنهم اعتماد أسلوب المنطق في التفسير إي اعتماد التفسير الواسع شريطة أنّ لا يؤدي هذا التفسير للنصوص الإجرائية إلى الإضرار بالمتهمين^(٦).

وهذا ما أيدته كذلك محكمة التمييز الاتحادية في اغلب قراراتها ومنها قرار رقم (١٣٢٦) لسنة ٢٠٠٥ والذي جاء فيه (ومن المقرر أن القاضي مطالب أساساً بالرجوع للنص القانوني الذي ينطبق على واقعة النزاع في الدعوى وفي حدود النص، فإذا كانت واضحة الدلالة، فلا يجوز الأخذ بما يخالفها أو تقييدها أو يزيد عليها، لما في ذلك من استحداث لحكم جديد مغاير لمراد الشارع، عن طريق التفسير والتأويل، بما لا

(١) عثمانية لخميسي، التفسير في المادة الجنائية وأثره على حركة التشريع، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر - بسكرة، الجزائر، المجلد (٥)، العدد ٧، ٢٠٠٥، ص ١٣.

(٢) ينظر: نص المادة (١٩/ثانياً) من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥ وجاء فيه (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص...).

(٣) ينظر: نص المادة (١) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل التي تنص (لا عقاب على فعل أو امتناع إلا بناء على قانون ينص على تجريمه، ولا يجوز توقيع عقوبات أو تدابير احترازية لم ينص عليها القانون).

(٤) د. عبد اللطيف دحيه وآخرون، الجهود الدولية لإرساء عدالة جنائية دولية، المصدر السابق، ص ٣٦.

(٥) تفسير النصوص الجنائية (قواعد تفسير نصوص التجريم والعقاب)، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: (<https://www.criminallaw.site/2020/10/lawinterpretation.html>)، تاريخ الزيارة ١/١١/٢٠٢٠، الساعة ٣٢:٣٢ص.

(٦) عثمانية لخميسي، التفسير في المادة الجنائية وأثره على حركة التشريع، المصدر السابق، ص ١٥.

تحتمله عباراته الصريحة الواضحة، وأنه لا مجال للاجتهاد مع وضوح العبارة أو البحث عن حكمته أو حكمة التشريع ودواعيه إلا عند غموض النص أو وجود لبس في عبارته، إذ العبرة بالدلالة في مقابل التصريح، كما أن التفسير مشروط الا يكون فيه خروج عن عبارة النص أو تشويه لحقيقة معناه^(١).

سادساً: من حيث جواز الأخذ بالقياس^(٢): أهم النتائج التي جاء بها مبدأ الشرعية أن القياس محظور في مجال القاعدة الجزائية المنشئة للجرائم والعقوبات، فهذا المبدأ يحقق الردع فضلاً عن الثبات والاستقرار القانوني^(٣)، ويكاد يجمع فقهاء و شراح القانون على أمرين، فيما يتعلق بمسألة اللجوء إلى القياس في قانون العقوبات، الأمر الأول هو جواز اللجوء للقياس إذا كان في مصلحة المتهم كالقياس على أسباب الإباحة وموانع المسؤولية أو العقاب، والآخر هو حظر القياس إذا كان في غير مصلحة المتهم كأن تكون نتيجة القياس هي إضافة عقوبات جديدة أو أوصاف تجريرية لم يكن يستوعبها نص معين ولو كانت علة التجريم والعقاب واحده^(٤).

وهذا أيضاً ما سارت عليه محاكم النقض في الدول المقارنة، ومنها محكمة النقض المصرية وذهبت للقول إن القياس لا يصح في قانون العقوبات^(٥)، كما أكدت على أنه لا يجوز أن يؤخذ في تفسير قانون العقوبات بطريق القياس ضد مصلحة المتهم لأنه من المقرر لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص^(٦)، وفي نفس الاتجاه قد سارت محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية عندما أشارت في أحد قراراتها إلى (حظر القياس في الجريمة والعقاب لان ذلك يؤدي إلى المساس بمبدأ دستوري عقابي عتيق إلا وهو مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)^(٧).

(١) د. كمال عبد الواحد الجوهري، موسوعة مقومات التمييز والكفاءة في أداء أعمال المحاماة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٢٤٩.

(٢) القياس: هو إلحاق واقعة لا نص على حكمها بواقعة ورد نص بحكمها لتساوي الواقعتين في علة الحكم. ينظر: علي عثمان نجرادي، باب الوصول إلى علم الأصول، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٨، ص ٧٢.

(٣) د. رمسيس بنهام، النظرية العامة في القانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ٢٨٨.

(٤) د. مصطفى إبراهيم العربي خالد، القياس في مسائل التجريم والجزاء (نظرة في حقيقة القياس ودوره في استنباط الأحكام)، بحث منشور في مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد (١٢)، العدد (٢٢)، ٢٠٢٠، ص ٦.

(٥) ينظر: قرارات محكمة النقض المصرية، الطعن رقم (٤٣) لسنة (٢٦) قضائية، المؤرخ ١٩٥٦/٣/٢٠، مكتب فني، س ٧، ق ١٢٢، ص ٤٢٢.

(٦) ينظر: قرارات محكمة النقض المصرية، الطعن رقم (١٧٧٩) لسنة (٣٧) قضائية، المؤرخ ١٩٦٧/١٢/٤، مكتب فني، س ١٨، ق ٢٥٤، ص ١٢٠٨.

(٧) ينظر: قرار محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية، رقم ٢٠٠ /ت/جزائية، المؤرخ ٢٠١٢/٥/٢٤، منشور على الموقع الالكتروني: (<https://www.mohamah.net>) تاريخ الزيارة ١/٥/٢٠٢٠، الساعة ٣٩:٠٣ ص.

أمّا بخصوص القواعد الإجرائية الجزائية، فقد اتجه جانب من الفقه إلى القول بجواز تفسيرها بطريق القياس، لأنها تستهدف حسن سير العدالة الجزائية وإدراك الحقيقة بأسرع وقت دون المساس بالقواعد المتعلقة بالتجريم والعقاب^(١) هذا من جانب، ومن جانب آخر فإنّ انتفاء علة حضره يرجع إلى أنّ النظام الإجرائي يجب إن يستكمل كل عناصره كي يصلح للتطبيق المحقق أهدافه، فإذا كان فيه نقص، فمن المتعين إكماله، والقياس هو الوسيلة الوحيد إلى ذلك^(٢).

إن قضاء بعض الدول لم يتردد في إعمال القياس وهو بصدد تفسيره بعض النصوص الإجرائية حيث تخضع لمنهج تفسير مختلف ويرى هذا النوع من التفسير فيها مسموح ولا ضرر منه، ومثال على ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية أن القيد الوارد في قانون العقوبات على سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية الناشئة عن جريمة السرقة بين الأزواج أو بين الأصول والفروع المتمثلة بتقديم الشكوى من المجني عليه، مثل هذا القيد يمتد بطريق القياس إلى جريمتي النصب وخيانة الأمانة، وهذا أيضاً ما أخذت به محكمة التمييز الاتحادية اللبنانية بخصوص تحليف الخبراء والأطباء قبل القيام بمهامهم، هذا يسري أيضاً على الخبراء الذين تعينهم المحكمة والهيئات القضائية الأخرى^(٣).

إمّا بالنسبة لمحكمة التمييز الاتحادية العراقية فقد أجازت الأخذ بالقياس بالقواعد الإجرائية الجزائية، حين نصت في قرار لها (قرار رقم ٥٠١/جزائية/٢٠١٥) على أن يعدّ التشخيص إجراء تكملياً لتعزيز الأدلة، على الرغم من أن قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل لم ينص عليه^(٤)، وجاء في قرارها (عزز اعترافه بأقوال المشتكين ومحضر كشف الدلالة وعملية التشخيص)^(٥).

(١) د. محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٣٧.

(٢) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٢١.

(٣) د. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٥٠.

(٤) إن المادة (١٦٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل قد أعطت صلاحية للمحكمة في إن تأمر باتخاذ إي إجراء يفيد في الوصول للحقيقة، وذلك عندما نصت على إن (للمحكمة إن تأمر باتخاذ إي أجزاء من إجراءات التحقيق.... إذا رأّت إن ذلك يفيد في كشف الحقيقة...).

(٥) احمد برهم رسول ومجيد خضر احمد السبعوي، دور القياس والعرف لإتمام الأدلة الناقصة في الإثبات الجنائي على الصعيد الوطني والدولي، بحث منشور في مجلة جامعة جيهان-اربييل للعلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد(٤)، العدد(٢)، ٢٠١٩، ص ٧٧.

استناداً لما تقدم فإنَّ الإجراءات الجزائية كأى قانون يمكن أن يعترضه بعض الثغرات التي قد تأتي في صورة نقص تشريعي، لذا تتطلب التدخل من المشرع بأسرع وقت لتلافيه، إلا أن هذا التدخل غالباً ما يأتي في صورة تعديل للقانون وإن كثرة التعديلات على القانون يؤدي به عدم الاستقرار القانوني، لذا فإنَّ القياس في الإجراءات الجزائية لا يضرها بقدر ما يؤدي إلى إيضاح غموض أو تكملة نقص والكشف عن قصد المشرع من وضعها، كما لا يمس ذلك مبدأ الشرعية ولا يؤدي إلى خلق جرائم أو عقوبات غير منصوص عليها، وإنما الكشف عن إجراءات أوجدتها تطورت الحياة لتتلاءم مع ما هو قائم أو مستجد.

وأخيراً، على الرغم من اختلاف كل من قانون الإجراءات الجزائية وقانون العقوبات، إلا أن هذه الفروق التي تم التطرق إليها كانت بمثابة المعيار الذي يعطي كل منهما ذاتيته ويميّز بينهما، إلا أنَّه في الواقع وعند تطبيق كلا القانونين، تظهر أن هناك صلة وثيقة تصل إلى حد التلازم.

الفرع الثاني

ذاتية القاعدة الإجرائية الجزائية اتجاه القاعدة الإجرائية المدنية

يشترك كلُّ من قانون الإجراءات الجزائية وقانون الإجراءات المدنية (قانون المرافعات المدنية) في إنهما من قوانين التنظيم القضائي، التي تتولى تنظيم ممارسة الدولة بصفقتها شخصاً معنوياً لسلطتها القضائية^(١)، ومع ذلك فكل منهما يتميز عن الآخر بالهدف الذي يتوخاه، فقانون الإجراءات الجزائية لا يهدف إلى حل النزاع بين المتقاضيين عن طريق إقرار حق أحدهما قبل الآخر، كما هو الحال في قانون الإجراءات المدنية، وإنما يهدف إلى حل النزاع يتعلق بتطبيق قانون العقوبات وهو مسألة ترتبط بمصلحة الدولة، فضلاً عن حماية الحرية الشخصية للمتهم، فضلاً عن أن هذا القانون يوجه اهتماماً أساسياً نحو كشف الحقيقة بالشكل الذي يضمن التطبيق السليم والفعال لقانون العقوبات، مع ضمان حقوق هذا الفرد في الحرية في مواجهة الإجراءات الجزائية التي تباشر ضده^(٢).

يوضح هذا الاختلاف الأساسي بين قواعد قانون الإجراءات الجزائية وقواعد قانون الإجراءات المدنية مدى ذاتية قواعد القانون الأول في مواجهة الأخير، فالأولى تعالج المصلحة العامة، والثانية

(١) د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، النظرية العامة للقاعدة الإجرائية الجزائية، المصدر السابق، ص ٨٠.

(٢) جواد الرهيمي، أحكام البطالان في قانون أصول المحاكمات الجزائية، المصدر السابق، ص ١٣.

تعالج المصلحة الشخصية بين الأفراد، وعلى الرغم من تمييز كل من القانونين عن الآخر، فلا يجوز الاعتقاد بإنعدام العلاقة بين الاثنين، لذا فإنَّ قواعد القانونين يشتركان مع بعضهما في عدة مظاهر، وتختلف عنه اختلافاً جوهرياً في عدة أوجه:

أولاً: أوجه الشبه بين القاعدة الإجرائية الجزائية والقاعدة الإجرائية المدنية

يتفق هذين القانونين في طبيعة قواعدهما، حيث تعدّ من القواعد الشكلية الغرض من وجودها العمل على تطبيق قواعد موضوعية، فإنَّ قانون الإجراءات الجزائية يعمل على تطبيق قانون العقوبات، أمّا قانون الإجراءات المدنية فيعمل على تطبيق القانون المدني بشكل عام^(١)، بالإضافة إلى إن قانون المرافعات قد اخذ بآليات سبق لقانون الإجراءات الجزائية الأخذ بها، ومن بينها جواز الاستعانة بذوي الخبرة من جانب الخصوم، وقاضي التحقيق في الدعوى المدنية، كما أن هذا القانون اعطى القاضي المدني سلطة واسعة يستخدمها في كشف الحقيقة، ومنها تفتيش الأشخاص والأشياء، أو يطلب من الإدارة العامة الإيضاحات اللازمة... الخ^(٢).

ومن مظاهر الارتباط بين القانونين أنَّ المحاكم الجزائية تتبع في المسائل غير الجزائية التي تفصل فيها تبعاً للدعوى الجزائية طرق الإثبات المقررة في القانون الخاص بتلك المسائل، ومما يؤكد الصلة بين القانونين إن بينهما أفكاراً عامة مشتركة، مثل فكرة الأعمال الإجرائية والدعوى والخصومة والطعن والجزاءات الإجرائية وبعض المبادئ المشتركة، مثل الجلسات والنطق بالأحكام وشفوية المحاكمة وخضوع الأحكام لرقابة محكمة التمييز الاتحادية، يضاف إلى ذلك أن القضاء المدني والجزائي تجمعهما وحدة التنظيم القضائي ويختلفان في هذا الشأن عن القضاء الإداري، وكذلك مسألة الشكوى من القضاء وردة القضاة وشروط تعيينهم بالانتخاب لا تختلف في الجهتين، بل قد ينتقل القاضي الواحد بين المحاكم المدنية والجزائية^(٣)، كما يشتركان في تحديد الجهات التي تقوم بتطبيق الإجراءات واختصاص كل منها ودرجات التقاضي^(٤).

(١) د. عبد الله اوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائي، المصدر السابق، ص ١٩.

(٢) د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، النظرية العامة للقاعدة الإجرائية الجزائية، المصدر السابق، ص ٨١.

(٣) د. أمال عبد الرحيم عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١١.

(٤) د. مصطفى عبد الباقي، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية، بيرزيت وحدة البحث والنشر، فلسطين،

ثانياً: أوجه الاختلاف بين القاعدة الإجرائية الجزائية والقاعدة الإجرائية المدنية.

رغم التقارب والتشابه بين قواعد قانون الإجراءات الجزائية وقواعد قانون الإجراءات المدنية، إلا أنه يجب أن يبقى لكل منهما ذاتيته واستقلاله، فكل من القانونين له اتجاه وهدف مختلف طبقاً لطبيعة القانون الموضوعي الذي يتبعه، وهو ما يفترض بحكم الضرورة اختلافاً في طبيعة القواعد التي قد ينص عليها كل منهما، ومنها اللجوء إلى قانون الإجراءات الجزائية حتمي لتطبيق قانون العقوبات، كما أن الدعوى الجزائية تهدف إلى حماية المصلحة العامة هي الوسيلة الوحيدة لإنزال العقوبة على كل من يخل بأمنها واستقرارها، أمّا قانون الإجراءات المدنية فينظم الدعوى المدنية التي تحمي مصالح خاصة للمدعي المدني والحصول على حقه من المدعى عليه^(١)، كما أنها ليست الوسيلة الوحيدة لحل النزاعات المدنية، وإنما قد يلجأ الطرفان للتراضي أو التحكيم، وفي الحالتين لا يحتاج إلى رفع الدعوى المدنية^(٢).

ومن جهة أخرى أن الدعوى الجزائية تقوم في أغلب الأحوال على عدة مراحل تبدأ بالتحري وجمع الاستدلالات والتحقيق الابتدائي لكشف ملبسات الجريمة ثم إصدار الحكم، أمّا الدعوى المدنية فتقوم على مرحلة واحدة منذ بدايتها حتى نهايتها وان تعددت إجراءاتها باستثناء بعض الحالات التي يكون للمحكمة ان تستجوب من ترى موجباً لاستجوابه من أطراف الدعوى^(٣)، وأن تعرض على المحاكم مباشرة^(٤).

اختلاف دور القاضي الذي يترتب عليه اختلاف دور الخصوم في الدعيين، فالقاضي الجزائي له دور مهم باعتباره يتصدى لقيام حق الدولة في معاقبة المجرم، أمّا دور القاضي في الدعوى المدنية فيكون مقيداً نوعاً ما لكونه أكثر التزاماً بطلبات ودفع الخصوم وأساس الدعوى المقدم في لوائح وعريضة الدعوى^(٥)، أمّا دور الخصوم في هذه الدعوى الجزائية يكون أقل مما عليه في الدعوى المدنية ولا يحق لهم التنازل أو الترك وتنتهي بإصدار حكم بالإدانة أو تعرض بحسب الأصل على المحاكم

(١) د. آمال عبد الرحيم عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١٢.

(٢) د. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٣٥.

(٣) ينظر: نص المادة (٧١) من قانون الأثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

(٤) فاضل عواد محمد الدليمي، تمييز الدعوى الجنائية عن غيرها من الدعاوى، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

(<https://www.almerja.com>) تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٥/٥، الساعة ١٢:٥١م.

(٥) أيمن صباح جواد راضي اللامي، مدى سلطة المحكمة في تعديل نطاق الدعوى الجزائية (دراسة مقارنة)، رسالة

ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٧، ص ٢٣-٢٤.

مباشرة، إما دور الخصوم في هذه الدعوى المدنية أكثر فعالية من دور نظائرهم في الدعوى الجزائية، فالمبادرة برفع الدعوى تكون متروكة للخصوم أنفسهم، كذلك أن الدعوى الجزائية ترتكز بالدرجة الأساس على الجانب النفسي، أي إن القاضي الجزائي في سبيل الوصول إلى الحقيقة مضطر إلى الاعتداد بنفسية المتهم على مستويين، الأول: مدى توافر الركن المعنوي؛ وقيام عنصر المسؤولية الجزائية التي قوامها الوعي والإرادة، والثاني: اختيار الجزاء الملائم لشخصية المتهم إعمالاً لمبدأ تفريد الجزاء الجنائي الذي يقوم على أساس ظروف كل متهم سواء كانت النفسية أو العائلية أو الاجتماعية، أمّا الدعوى المدنية بالنسبة لإطرافها فهي لا تهتم إلا بالجانب الموضوعي^(١).

أمّا الإثبات في الدعويين الجزائية والمدنية فلا يخفى على أحد أهميته ودوره الأساسي في تكوين قناعة القاضي للبت في الدعوى بناءً على الأدلة المقدمة له، إلا أن نظام الإثبات الجزائي يختلف عن نظام الإثبات المدني في عدة فروق جوهرية تتعلق بعبء الإثبات و نوع الأدلة المقبولة، بالنسبة إلى عبء الإثبات فإنّ الدعوى المدنية يقع على المدعي، وإن كان الأصل براءة ذمة كل شخص، وكل من يدعي خلاف هذا الأصل الثابت يتوجب عليه إن يثبت عكسه، إلا أن القاضي المدني بحسب الأصل يقف موقفاً سلبياً فلا يلتزم في البحث عن الحقيقة وجمع الدليل للوصول إليها، فالحقيقة التي يتبعها القاضي المدني نسبية محضة، لأنها تتحدد بوجه عام في ضوء ما يقدم إليه الخصوم من أدلة^(٢).

أمّا عبء الإثبات في الدعوى الجزائية التي تحرك عادةً من قبل شخص تفترض براءته وعدم مطالبته بتقديم أدلة براءته، وتقرير عبء الإثبات يقع على الأجهزة القضائية وما تقوم به من إجراءات التحري والتحقيق وجمع الأدلة للوصول إلى الحقيقة، ويجب على القاضي الجزائي اتخاذ الإجراءات الكفيلة بجمع الأدلة التي تفيد في كشف الحقيقة إثباتاً ونفيّاً، ومع ذلك لا يعني وقوف المتهم دائماً موقفاً سلبياً وعدم مطالبته بتقديم دليل براءته، فقد تتوافر أدلة تفيد الجريمة ثبوت حقه ومن واجبه إن يقدم ما يدحض هذه الأدلة حتى لا يترك مسرح التحقيق والمحاكمة لأدلة الاتهام وحدها^(٣)، أمّا بالنسبة لنوع الأدلة المقبولة فلا ينقيد الإثبات الجزائي العام بأدلة معينة، للقاضي أن يكون اقتناعه من إي دليل

(١) د. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٣٨.

(٢) د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥، ص ١٦.

(٣) نصر الدين مروك، عب الإثبات في المسائل الجنائية، بحث منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، جامعة بن يوسف بن خده الجزائر، المجلد (٣٨)، العدد (٣)، ٢٠٠١، ص ٦١.

يقدم إليه ولا حجية لاعتراف المتهم فقد يطرحه أو يجزئه، وهذا بخلاف الحال في الإثبات المدني فإن القاضي يتقيد من الاقتناع إذا قدمت إليه أدلة معينة للإقرار واليمين الحاسمة^(١).

فضلاً عن ذلك اختلاف الحكم الصادر في نهاية الدعوى الجزائية عن الدعوى المدنية من حيث طبيعته وآلية تنفيذه، فالحكم الجزائي يصدر بعقوبة تتعلق بحياة المحكوم عليه كالإعدام أو بحريته كالسجن أو بدمته المالية كالغرامة، أمّا الحكم المدني فينصب بالمقام الأول على الذمة المالية للشخص المحكوم عليه، إما آلية تنفيذ الحكم الجزائي بالإكراه أي بالقوة الجبرية عن طريق السلطات العامة باعتبارها ممثلة عن مصلحة المجتمع، فقد يتم تنفيذه بالتراضي أي يقوم به المدين مختاراً أو قد يتم اللجوء إلى الاجبار وحبس المدين تنفيذاً أو تحجز على أمواله^(٢).

أمّا بالنسبة إلى حدود العلاقة بين قانون الإجراءات الجزائية وقانون الإجراءات المدنية حيث تبرز أهمية هذا الموضوع في حال ما إذا خلا أحد القانونين من نص يعالج مسألة معينة، ففي هذه الحالة يكمن البحث في مدى إمكانية تكملة النقص من خلال القانون الأخر، لقد ذهب البعض إلى إن قانون الإجراءات المدنية هو القانون العام في المسائل الإجرائية، لذلك يجوز الاعتماد عليه لدى أي نقص في قانون الإجراءات الجزائية، وأساس هذا الرأي يرجع إلى أن الدعويين قد تقتربان في بعض الإجراءات ويتشابهان في الفن القضائي مما يسمح في حدود معينة بتطبيق ذات القواعد التي تحكم الدعوى المدنية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية على الدعوى الجزائية، ويرى جانب من الرأي السابق أن الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية لسد النقص أو الغموض لا يجب إن يكون مطلقاً في كل حالة لا يتوافر فيها حكم في قانون الإجراءات الجزائية، وإنما يجب النص على ذلك بشرط إلا تتعارض قواعد الإجراءات المدنية مع المبادئ العامة المستقرة في الإجراءات الجزائية^(٣).

(١) د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١٦.

(٢) عماد عبد الله، الأصول الجزائية والمرافعات المدنية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني لمجلس القضاء الأعلى: <https://www.hjc.iq> تاريخ الزيارة ١٠/٧/٢٠٢٠، الساعة ١٠:١٠ ص.

(٣) وفي نفس الاتجاه قد ذهبت اغلب محاكم النقص في الدول المقارنة ومنها محكمة النقض السورية التي ذهبت إلى (إن قانون أصول المحاكمات الجزائية هو القانون الوحيد الذي يجب تطبيقه إثناء رؤية الدعويين-الجزائية-والمدنية ولا يصار إلى الأصول المدنية إلا في حال فقدان النص في الأصول الجزائية. ينظر: د. علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية (دراسة مقارنة)، ج ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص ١٩-٢٠.

إنَّ بعض قوانين الدول المقارنة قد نصت على أنَّ يتم تنظيم بعض الإجراءات الخاصة بقانون الإجراءات الجزائية وفقاً لما هو منصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية، وهذا ما أشار إليه قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل الذي أشار إلى (تعلم ورقة التكليف بالحضور لشخص المعلن إليه، أو في محل إقامته، بالطرق المقررة في قانون المرافعات في المواد المدنية)..^(١)، إما قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل الذي نص على إجازة الإحالة على قانون المرافعات وذلك عندما نص على (يجري تبليغ الأشخاص الموجودين خارج العراق والأشخاص المعنوية بورقة التكليف بالحضور طبقاً للإجراءات المبينة في قانون المرافعات المدنية)^(٢)، وبالمقابل فإنَّ هناك بعض قوانين الدول المقارنة قد جاءت خالية من أي إحالة على قانون المرافعات المدنية كقانون الإجراءات الجنائية الفرنسي الجديد وقانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني^(٣).

وبناءً على ما تقدم فإنَّ القانونين وإن اتفقا ببعض المبادئ العامة، فهذا لا يعني أن نعطي الأولوية لقانون الإجراءات المدنية على حساب قانون الإجراءات الجزائية، لأن كل قانون له ذاتيته واستقلاله وأن لم يكن ذلك فما الحاجة لسن قانون خاص بالإجراءات الجزائية، لذا فإنَّ مدى إمكانية الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية لسد النقص الذي يعتري قانون الإجراءات الجزائية مرهون بوجود نص يجيز هذا الإجراء، وأن تكون القاعدة المستعارة قاعدة عامه تصلح أن تطبق على الإجراءات الجزائية والمدنية.

أن هذا التوجه نجده في أغلب قرارات محكمة النقض المصرية، حيث قضت (أن المحكمة الجنائية لا ترجع إلى قانون المرافعات المدنية إلا عند إحالة صريحة وردت في قانون الإجراءات الجنائية أو عند إحالة هذا القانون على قاعدة من القواعد العامة الواردة في قانون المرافعات)^(٤).

(١) ينظر: نص المادة (١/٢٣٤) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٢) ينظر: نص المادة (٩٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.

(٣) د. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٤١.

(٤) د. حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون أصول المحاكمات الجنائية، ج ١، منشأة المعارف،

الإسكندرية، ١٩٨١، ص ١٢.

المبحث الثاني

النقص التشريعي في القاعدة الإجرائية الجزائية والمصلحة المعتبرة في معالجته

ينكون البنيان القانوني للقواعد الإجرائية الجزائية من عنصرين الأول: هو المضمون أو الجوهر ويعد بمثابة المادة الأولية لتلك القواعد ويتمثل بالقيم التي يهدف المشرع حمايتها تحقيقاً للمصلحة المرجوة منها ولا يمكن ذلك إلا من خلال وضع ذلك المضمون أو الجوهر بقوالب^(١)، وهذه القوالب تتمثل بالعنصر الثاني هو الصياغة التشريعية التي تعمل على إخراج ذلك المضمون أو الجوهر إلى حيز الوجود عن طريق الوسائل الفنية ومن خلالها يكتمل البناء القانوني للقواعد الإجرائية الجزائية وتظهر في صورتها النهائية وتصبح قابلة للتطبيق العملي^(٢).

وعليه فلا يمكن تصور وجود قاعدة إجرائية جزائية بدون هذين العنصرين، إلا أنه قد يحدث في بعض الأحيان نتيجة لسهو أو عدم انتباه أو عدم ملائمة النص الإجرائي الجزائي وقت تطبيقه ليأتي مضمون القاعدة الإجرائية أو الصياغة التشريعية لها مشوباً بعيوب ومن ضمنها النقص التشريعي لتجعلها غير مؤهلة لأن يتم تطبيقها أو إن تأتي قاصرة عن مواجهة المتغيرات وبالنتيجة سيؤثر سلباً على حقوق الأفراد وحررياتهم.

لذا فإنَّ النقص التشريعي يكون وارد الحصول في أي قانون مهما بلغت درجة الحيطة من الوقوع في شباكه، وللخوض في موضوع النقص التشريعي في القاعدة الإجرائية الجزائية لابد من التعريف به وبيان أنواعه وذلك في المطلب الأول، أمَّا المطلب الثاني سنبحث فيه موضوع المصلحة المعتبرة في معالجة النقص التشريعي.

(١) د. كاظم عبد الله حسين و شاكِر نوري إسماعيل، أصول الصياغة التشريعية للقاعدة الإجرائية الجزائية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، المجلد (٣٤)، العدد (٦)، ٢٠١٩، ص ١٧٩.

(٢) مروة أبو العلا، الصياغة القانونية في التشريع المصري، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: (<https://www.mohamah.net>)

تاريخ الزيارة ٦/٣١/٢٠٢٠، الساعة ٠٩:٠٤ م

المطلب الأول

التعريف بالنقص التشريعي وأنواعه

تقتضي منهجية البحث تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، يخصص الفرع الأول لتعريف النقص التشريعي، أمّا الفرع الثاني سيتم بيان أنواع النقص التشريعي في القاعدة الإجرائية الجزائية.

الفرع الأول

التعريف بالنقص التشريعي

إن مصطلح النقص التشريعي له تعاريف ومعانٍ محددة، تتباين وتختلف حسب وجهة نظر مصدرها سواء كان من فقهاء الشريعة الإسلامية أو فقهاء القانون الوضعي، لذا سوف يتم بيان أولاً تعريف النقص التشريعي لغةً، ومن ثم بيان تعريفه اصطلاحاً.

أولاً: تعريف النقص التشريعي لغةً.

أن أصل كلمة (نقص) في اللغة العربية يرجع الفعل الثلاثي (نَقَصَ) بمعنى خَسَّ وَقَلَّ، عكس زاد، نَقَصَ، يَنْقُصُ، نَقْصًا وَنُقْصَانًا، والمفعول منقوص - للمتعدّي، وكذلك تأتي كلمة النقص بمعنى آخر وهو الضَعْفُ حين نقول: نَقَصَ عقله أو دينه، و(النُقْصَانُ): المِقْدَارُ الذاهب من المنقوص^(١).

وقد ورد ذكرها في القرآن الكريم بمعنى قَلَّ أو تَضَاعَلَّ عندما تمت الإشارة إلى الثمرات بقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ أَخَذْنَا آلَ فِرْعَوْنَ بِالسِّنِينَ وَنَقَصْنَا مِنَ الثَّمَرَاتِ لَعَلَّهُمْ يَذَكَّرُونَ﴾^(٢)، وجاءت في نفس المعنى عند الإشارة إلى الاموال بقوله تعالى: ﴿وَلَتَبْلُوكُمْ بِشَيْءٍ مِنَ الْخَوْفِ وَالْجُوعِ وَنَقْصٍ مِنَ الْأَمْوَالِ وَالْأَنْفُسِ وَالثَّمَرَاتِ وَبَشِّرِ الصَّابِرِينَ﴾^(٣).

(١) معجم اللغة العربية، المعجم الوجيز، دار التحرير للطبع والنشر، مصر، ١٩٨٩، ص ٣٦٠.

(٢) سورة الأعراف/ الآية (١٣٠).

(٣) سورة البقرة/ الآية (١٥٥).

أما كلمة تشريعي ترجع إلى تشريع وهو اسم منسوب إلى كلمة شَرَعَ أي بمعنى سن القوانين^(١)، وقد وردت في القرآن الكريم بهذا المعنى بقوله تعالى ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ﴾^(٢)، أي بمعنى بين و سن لكم طريقاً واضحاً.

ثانياً: تعريف النقص التشريعي اصطلاحاً

يواجه القاضي عند تطبيق القانون مشكلات كثيرة، هذه المشكلات قد تفرزها القاعدة القانونية ذاتها لعيب في صياغتها أو لتعدد القواعد القانونية التي تحكم نفس الموضوع، وتتمثل هذه المشكلات في غموض النصوص القانونية والتضخم التشريعي، وهناك مشكلات يفرزها الواقع في مرحلة التطبيق القانوني تتمثل في عدم وجود قانون يحكم الواقعة المعروضة، ففي هذه الحالة توجد مشكلة نطلق عليها النقص التشريعي^(٣)، وهناك عدة مصطلحات لتعبير عن النقص التشريعي مثل النقص في القانون، الفراغ في القانون، القصور في القانون، الإغفال التشريعي^(٤)، فهذه المصطلحات تؤدي إلى معنى واحد إلا وهو النقص التشريعي.

أما تعريف النقص التشريعي فقد اختلف الفقهاء في هذا الجانب، فذهب البعض منهم إلى أن النقص التشريعي يراد به (إغفال لفظ في النص التشريعي بالشكل الذي يجعله غير مستقيم بدونه أو

(١) معجم اللغة العربية المعاصر منشور على موقع المعاني الإلكتروني (<https://www.almaany>)، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٦/١٥، الساعة ٩:٣٧م.

(٢) سورة الشورى/ الآية (١٣).

(٣) النقص في القانون اعتاد الفقه دراسته تحت مصطلح "الثغرات في القانون" على الرغم إن هناك جانب من الفقه يرى إن مصطلح "النقص" أدق وأشمل من مصطلح "الثغرة"، وذلك إن لفظ النقص يعني عدم الكمال، إما لفظ الثغرة فيقصد به لغوياً التحايل، كما يذهب هذا الاتجاه إلى إن النقص يصلح استخدامه في كافة النظم القانونية، إلا إن مصطلح "الثغرة" يصلح استخدامه في بعض النظم القانونية كالقانون الجزائي بقسميه العام والخاص، وذلك لان مقيد بمبدأ الشرعية الجزائية وبالتالي ليس من شأنه سد النقص وإنما العمل بالنص الموجود إمامه، إما القانون المدني فيستقيم معه مصطلح "النقص" فالقاضي المدني ملزم بالفصل بالنزاع المعروف إمامه وسد النقص الموجود في القانون. ينظر: حسن منديل عبد الله السرياوي، الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي (دراسة مقارنة)، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٩، ص ٢٣٢.

(٤) د. عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة)، ط١، دار الكتب العلمية، لبنان، ٢٠١٤، ص ٤٠٧.

هو عدم تمكن القاضي من إيجاد نص في التشريع لكي يطبقه على النزاع المعروض عليه^(١)، أن ما يؤخذ على هذا التعريف هو أن النقص في التشريع لا يحدث بمجرد إغفال لفظ معين، إنما قد يكون النص موجوداً لكنه عاجز عن الإلمام التام بالمسألة المطروحة، أي أن المشرع قد عالج الموضوع لكن قد اغفل جانب من جوانب الحالة أو الواقعة.

في حين إن جانباً من الفقه قد عرف النقص التشريعي بأنه (وهي الحالة التي تقوم على أساس عدم كفاية النص القانوني الموجود لمعالجة وتغطية الموضوع أو المسألة محل التنظيم التشريعي بشكل جيد من حيث فن الصياغة القانونية)^(٢)، أن هذا التعريف قد جاء معالماً لما نوهنا له في التعريف السابق إلا أنه جاء قاصراً على حالة واحدة من حالات النقص التشريعي، بمعنى أنه لم يتطرق إلى حالة الإغفال الكلي التي تحدث عندما لا يعالج المشرع الموضوع أو المسألة بشكل كلي ولا جانب منها فقط.

إلا أن هناك فئة من الفقه قد أوردت تعريفاً معالماً لأوجه النقص التي ذكرناها سابقاً، حيث ذهب إلى أن النقص التشريعي يراد به (هو عدم وجود نصوص تشريعية تعالج النزاع المعروض أمام القاضي أو وجود نصوص تشريعية لكنها غير كاملة، لحل مسألة يفترض فيها أن تنظم بقاعدة قانونية)^(٣).

بناءً على ما تقدم يمكن تعريف النقص التشريعي في القاعدة الإجرائية الجزائية (وهي الحالة التي لا يجد فيها القاضي نصاً يطبقه على الواقعة المعروضة أمامه أو وجود نص غير مستوعب لكل مفردات الواقعة).

أمّا أسباب النقص التشريعي في القاعدة الإجرائية الجزائية فهناك أسباب عدة منها، عدم إلمام المشرع بكافة جوانب الموضوع محل القاعدة الإجرائية، كذلك طبيعة الواقعة محل النزاع، فربما تكون

(١) د. حيدر ادهم عبد الهادي، أصول الصياغة القانونية، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص ١٠٣.

(٢) خالد بالجيلالي، الاختصاص السلبي للمشرع والرقابة الدستورية عليه (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة ابن خلدون - تيارت، الجزائر، المجلد (٢)، العدد (٦)، ٢٠١٧، ص ٧٨.

(٣) د. سعد جبار السوداني، القصور في الصياغة التشريعية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة المستنصرية، المجلد (٤) العدد (١٨)، ٢٠١٢، ص ٧.

مستجدة ولم تكن معروفة لدى المشرع وقت سن القاعدة الإجرائية الجزائية، أو قد تكون نتيجة قصور اللغة لدى المشرع مما يؤدي إلى نقص في صياغة القاعدة الإجرائية الجزائية ترتبط بمدى قدرة المشرع على التنظيم الفني^(١)، ويمكن إسناد النقص في القانون إلى توجهات المشرع بالاقتباس من القانون الأجنبي، فليس صحيحاً إن ينتزع القانون من بيئة وينقل إلى بيئة أخرى لم تألفه ولم تتعود تطبيقه، فالقانون ابن البيئة ووليد التقاليد الطويلة المتعاقبة^(٢).

أيّاً كانت الأسباب التي جعلت من القوانين الإجرائية الجزائية غير كاملة أو منقوصة، إلا أنها تؤثر سلباً بالدرجة الأساس على الحقوق وحرّيات الأفراد المنصوص عليها بالدستور، وبالتالي سنشكل مخالفة دستورية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ هذا النقص التشريعي في مثل هذه القواعد سيؤثر ويحد من دور القاضي لأنه لم يضع حلاً مباشراً للنزاعات المعروضة عليه^(٣)، وبالأخص القاضي الجزائري فإنّ دوره يكون مقيداً ولا يتعدى إجراءات بسيطة لاتصل إلى حد مخالفة القاعدة الإجرائية الجزائية أو عدم تطبيقها لأنه يتعارض مع مبدأ مهم وهو مبدأ الشرعية الجزائية لأن القانون الجزائري يخضع بمختلف فروعها سواء القانون الجزائري الموضوعي أو القانون الجزائري الإجرائي لمبدأ الشرعية^(٤).

أن مبدأ الشرعية الإجرائية يحدد النهج الذي يجب أن يسلكه المشرع ويضع الإطار الواجب الالتزام به من قبل المخاطبين بقواعد هذه الإجراءات، لذا فإنّ مهمة المشرع في هذا القانون دقيقة جداً،

(١) د. وائل عبد الحسن الشافي، مشكلة النقص في القانون بين المذاهب الفلسفية والشرائع القانونية (دراسة مقارنة)، المكتب الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ١٠ - ١١.

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات إعداد التشريع وصياغته، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد الأول، ٢٠١٣، ص ٨٧.

(٣) د. سلام عبد الزهرة عبد الله وأمنة فارس حامد، المعايير العامة للصياغة التشريعية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، المجلد (٩)، العدد (٤)، ٢٠١٧، ص ١٠٠.

(٤) أن التعبير عن مبدأ الشرعية الجزائية بقاعدة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" يحمل على الاعتقاد بأن مبدأ الشرعية لا يتعلق إلا بالقانون الجزائري الموضوعي فقط، حيث يوجد ثلاث حلقات لمبدأ الشرعية: الأولى تتعلق بشرعية الجرائم والعقوبات، والثانية تتعلق بالشرعية الإجرائية، أما الثالثة فهي تخص شرعية التنفيذ العقابي، وما نحن بصدد توضيحه هو الشرعية الإجرائية، حيث تقوم الشرعية الإجرائية بدورها على عناصر ثلاثة، الأول: الأصل في المتهم براءة المتهم، حيث لا يجوز تقييد حرّيته إلا في إطار الضمانات الدستورية اللازمة لحمايتها، وكما هو الثابت في قانون العقوبات بأنه " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، فإنّ الثابت في قانون الإجراءات الجزائية أنّه لا إجراء إلا بنص، هذا العنصر الثاني من عناصر الشرعية الإجرائية، أمّا العنصر الثالث فيتبلور في ضرورة إشراف القضاء على جميع الإجراءات باعتباره الحارس الطبيعي للحقوق والحرّيات. ينظر: د. عصام عفيفي حسين عبد البصير، تجزئة القاعدة الجنائية، المصدر السابق، ص ١٧٠-١٧١.

فهي تحقيق التوازن بين اعتبارين: اشتراط أن يكون القانون مصدر الإجراء ذاته ومن حيث شروطه، والاعتراف للهيئة المنوط بها اتخاذ الإجراء بالمجال التقديري الملائم، لأنَّ جوهر الإجراءات هو الكشف عن الحقيقة ومن ثم يتعين أن يتم اتخاذ الإجراء الملائم لكل حالة^(١).

أمّا موقف الفقه قد تباين بصدده وصف التشريع بالكمال فذهب رأي إلى أن التشريع كامل ولا يمكن أن يكون ناقصاً، وذهب آخرون إلى أن النقص أمر طبيعي في التشريع وظهر مذهبان في ذلك، وهما:

المذهب الأول: مذهب كمال التشريع

يرى أنصار هذا المذهب أن التشريع كامل لا نقص فيه، وإن التشريع محيط بكل ما يتطلب منه، بحيث لا يضل القاضي فيه ضالته، بل يجدها ماثلة نصب عينيه فيقع على النص متى طرحت عليه واقعة، وكل من الفقيه والقاضي دائر في حدود النصوص لا يتجاوز ظواهر معانيها، وفي حال جد أمر لا نص فيه أو احتاج النص إلى تفسير رجع القاضي في ذلك كله إلى السلطة التشريعية لتتولاه بنفسها عند نهاية المطاف، وقد استندت فكرة كمال التشريع على نظريتين تختلفان في بعض الجوانب وتتفقان من حيث الأثر^(٢) وهما:

١- نظرية الحيز القانوني الخالي

يرى أنصار هذه النظرية انه يمكن تقسيم مجال النشاط الاجتماعي إلى قسمين، أحدهما يكون خاضعاً إلى القواعد القانونية ويسمى بالقسم المليء، أمّا القسم الآخر فيكون خاضعاً لنشاط الأفراد، ويسمى بالقسم الخالي، أي بمعنى مسلك كل فرد أمّا أن ينتمي إلى القسم الخاضع للقواعد القانونية أو أن يعمل حراً في المجال الآخر، فإنّ انتمى مسلكه إلى القسم المليء كان ذا أهمية، وإن انتمى إلى القسم الخالي فليست له أهمية من الناحية القانونية إذ لا تحكمه قواعد قانونية، ومن ثم لا يمكن وفقاً لهذه النظرية أن يوجد نقص في التشريع^(٣).

(١) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ١٩-٢٠.

(٢) محمد سالم لهيمص، الفراغ التشريعي في إحكام المناقصات العامة في العراق، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة المستنصرية، ٢٠١٥، ص ١٢.

(٣) د. عادل يوسف الشكري، فن صياغة النص العقابي، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧، ص ٣١٥.

وقد نادى بها الفقيه (رادبروخ) في كتابه (فلسفة القانون) الذي ينكر وجود نقص في القانون بحجة أن النظام القانوني يجب أن يكون عالمياً، وانه حتى إذا اختار جزءاً فقط من العلاقات الإنسانية لينظمه فقد أراد كذلك بالنسبة إلى الباقي، وأن الباقي ليس خالياً من القانون، بل الأحرى أنه نظم بطريقة سلبية، فالقانون حتى لو أراد لا شيء فإنه مع ذلك قد أراد ذلك لأنه من قبيل النقيضة اللفظية أن يكون النظام القانوني قد أراد إلا يريد^(١).

٢- نظرية القاعدة العامة المانعة

مؤدى هذه النظرية أن كل نظام قانوني وضعي إنما يشتمل بالضرورة إلى جوار القواعد الخاصة على قاعدة عامة تبين الحل الذي يجب إعطاؤه للحالات التي لا تشملها النصوص التشريعية، فأما أن تكون الحالة قد ورد بها نص تشريعي وأما أن لا تكون قد ورد بشأنها أي نص، وعندئذ لا تكون محل أي تكليف من جانب الشارع ومن ثم يكون للشخص بالضرورة كامل حريته، ومن اشد المدافعين عن هذه النظرية "هانز كلسن" حيث يعتبر أنه من الممكن دائماً من الناحية المنطقية تطبيق النظام القانوني وقت الحكم القضائي، أي أما أن يقبل القاضي الدعوى استناداً إلى نص قانوني، وأما أن لا يقبلها لعدم وجود نص وفي كلتا الحالتين يوجد حل أي أن التشريع يوجد فيه حل يسعف جميع الحالات التي تقع ولذلك فإنه لا يمكن تبعاً لهذه النظرية أن يوجد نقص^(٢).

المذهب الثاني: مذهب النقص في التشريع

ذهب اصحاب هذا الاتجاه إلى إنكار كمال التشريع، فالمشرع مهما كان حذقاً فلا يستطيع أن يحيط بكل خافقة أو سكون من الروابط الاجتماعية، فلا يستطيع أن يقم بالتنظيم كل تغيير أو تحول سوف يحصل أو ثبات من الروابط الاجتماعية^(٣)، كما أن التشريع من صنع البشر، وعقل الإنسان مهما بلغ من الذكاء وحسن التقدير، فإنه يبقى غير قادر على جمع متكامل لعالمنا، وقد جوبهت نظرية (كمال التشريع) باعتراض شديد من اللاوعيين في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين اللذين ذهبوا إلى القول (ما من تشريع يخلو من النقص) أي أنه ليس هناك علم نظري ولا علم

(١) محمد سالم لهيمص، الفراغ التشريعي في أحكام المناقصات العامة في العراق، المصدر السابق، ص ١٣.

(٢) عواد حسين ياسين العبيدي، إلزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون، ط ١، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٦، ص ٣٥.

(٣) د. عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع، المصدر السابق، ص ٢٠٩.

عملي يمكن له حل المشاكل جميعها، لذلك لا يمكن لعلم القانون ادعائه بالكمال وانه يستطيع حل كل مشاكله^(١)، ومن أنصار هذا المذهب الفقيه الفرنسي (جيني) والذي يرى أن التشريع لا يتضمن كل الحلول القانونية للمسائل التي تعرض على القاضي، بل أن بعض المشكلات القانونية تجد حلاً لها في المصادر الأخرى للقانون الوضعي^(٢).

الفرع الثاني

أنواع النقص التشريعي في القاعدة الإجرائية الجزائية

هناك نوعان للنقص التشريعي في القاعدة الإجرائية الجزائية، النوع الأول يكون في صورة نقص في قانون الإجراءات الجزائية، أمّا النوع الثاني فيأتي في صورة نقص في صياغة القاعدة الإجرائية الجزائية، وهذا ما سوف نوضحه بشي من التفصيل كما يلي:

النوع الأول: النقص التشريعي في قانون الإجراءات الجزائية

إن التنظيم الناقص من جانب المشرع لموضوع ما يؤدي إلى المساس والانتفاص من الضمانات المقررة في الدستور أو في القوانين السابقة أو نقل من فعاليتها^(٣)، أي بمعنى عدم كفاية القاعدة الإجرائية الجزائية لمعالجة حالة قانونية معينة^(٤) أو أن يوجد موضوع ليس له أحكام تضبطه بشكل متكامل أو حكم يتطلب واقع الحال وجوده، نتيجة لتطورات وتغيرات المجتمع المتسارعة^(٥).

إن النقص التشريعي يعد أحد العيوب التي تؤدي إلى زيادة الفجوة بين القانون والواقع، إلا أن إكمال هذا النقص من قبل المشرع يأتي في أغلب حالاته عن طريق التعديل المتكرر للقانون وهذا بحد ذاته يمثل تهديداً لفكرة الاستقرار القانوني الذي يعد من أهم خصائص القاعدة القانونية بشكل عام

(١) عواد حسين ياسين العبيدي، إلزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون، المصدر السابق، ص ٣٥.

(٢) د. عادل يوسف الشكري، فن صياغة النص العقابي، المصدر السابق، ص ٣١٦.

(٣) د. حيدر طالب الإمارة و سري حارث عبد الكريم، ضوابط الرقابة على الإغفال التشريعي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العدد (٤)، ٢٠١٩، ص ٤٩.

(٤) د. سمير داود سلمان، الإغفال التشريعي وإمكانية فرض الرقابة القضائية عليه في العراق، بحث منشور في مجلة كلية القانون، جامعة النهرين، المجلد (٢١)، العدد (٤)، ٢٠١٩، ص ٩٢.

(٥) د. ليث كمال نصرأوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الإصلاح القانوني، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع (القانون... أداة للإصلاح والتطوير)، العدد (٢)، ٢٠١٧، ص ٤١٩.

والقاعدة الإجرائية الجزائية بشكل خاص، حيث تحتل فكرة الاستقرار القانوني حيزاً أساسياً عند وضع التشريع، ولتحقيق هذا الاستقرار فعلى المشرّع أن لا يترك للقاضي تنظيم العلاقات بين الأفراد حسب كل حالة، بل يضع قاعدة عامة تنظم حالة نموذجية تندرج تحتها كل الحالات التي تتفق في الطبيعة والنوع من تلك الحالة النموذجية، ومن جانب آخر أن حياة التشريع تنتهي بكثرة التعديلات المتوالية والتفسير على نصوصه عن طريق التشريع، فعند ذلك يبلغ هذا التعديل وذاك التحوير حتى يكون طبقة كثيفة يتعذر معها رؤية التشريع الأصلي في سهولته ووضوحه اللذين كانا من أهم مميزاته، وعندئذ تظهر الحاجة إلى مراجعة التشريع لإصلاح ما فيه من عيوب، وتضمينه ما استجد من القواعد والنظم القانونية وتغييره بتشريع أكثر ملائمة لروح العصر^(١).

ولابد من التنويه أيضاً إلى مسألة مهمة وهي أن النقص التشريعي في قانون الإجراءات الجزائية سواء كان سهواً أو عمداً من جانب المشرع يعد مخالفة دستورية إذا تم المساس بجانب من جوانب حقوق وحريات الأفراد التي نص عليها الدستور، وهذا الأمر يعرضه للرقابة الدستورية غير المباشرة على مسألة النقص التشريعي، حيث لا ترد هذه الرقابة على سكوت المشرع وإنما ترد على النصوص التي أصدرها في مجال تنظيم مسألة أو موضوع معين، بحيث إذا ترتب على طريقة التنظيم نقص أو إهمال جانب من جوانب الموضوع لا يكتمل التنظيم إلا بها، كان ذلك مخالفاً للدستور ويوصف النص بعدم الدستورية^(٢).

وأخيراً، أن النقص التشريعي في قانون الإجراءات الجزائية قد يكون حدث طارئ وفجائي ولم يكن بحسبان المشرّع عند وضع النصوص الإجرائية لذا لا يمكن التنبؤ به مسبقاً قبل وقوعه، وعليه لا بد من المشرع إن يضع حداً للتعديلات المتكررة وذلك بأن يوحد أحكام التشريع المراد إعداده مع التشريع النافذ وتعديلاته في تشريع واحد، على أن يأخذ بنظر الاعتبار محاكاة نصوص القانون الجديد المستقبل البعيد على قدر الإمكان لكي يضمن نوع من الاستقرار.

ثانياً: النقص التشريعي في صياغة القاعدة الإجرائية الجزائية

إن الصياغة التشريعية لها أهمية كبيرة في إنشاء القاعدة القانونية، لأنها الصورة الواضحة لجوهرها وهي الوسيلة الأساس التي تحدد معناها وتضبط مضمونه، بمعنى إذا كان مضمون القاعدة

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع، المصدر السابق، ص ٦١-٦٢.

(٢) حيدر طالب الامارة وآخرون، ضوابط الرقابة على الإغفال التشريعي، المصدر السابق، ص ٥٠.

الإجرائية الجزائية هو الغاية فأن الصياغة التشريعية لها هي الوسيلة لإدراك هذه الغاية وبلوغها^(١)، وتستخدم لصياغة الأفكار والنصوص التشريعية بطريقة تسهم في تطبيق القانون من الناحية العملية، وذلك باستيعاب وقائع الحياة في قوالب لفظية لتحقيق الغرض الذي تنشده السياسة القانونية^(٢).

أن صياغة النصوص الإجرائية الجزائية هي عملية صعبة ومعقدة لأن هذه النصوص محكومة بمبدأ الشرعية الإجرائية، فهذا المبدأ لا يشترط أن يكون التشريع مصدرها فحسب، بل أنها تتطلب كذلك أن يحدد القانون بوضوح الشروط الشكلية والموضوعية المطلوبة لاتخاذ الإجراء بحيث لو أغفلت هذه الشروط لصار الإجراء معيباً^(٣)، لذلك لا يجوز أن يترك هذا القانون للجهد القانوني من الناحية الفنية للصياغة أو من الزاوية العملية للتطبيق، وإنما يجب أن نضع بالحسبان طبيعة هذا القانون من حيث كونه منظماً للحقوق والحريات وفي هذا الضوء تتم صياغة قواعده^(٤).

ولكن قد يحدث أحياناً أن تصاب الصياغة التشريعية للنص ببعض العيوب الموضوعية الناتجة عن عدم توظيف الأفكار بشكل لغوي سليم مما يجعلها تخرج عن المضمون أو المراد منها^(٥)، وتأتي في صور عدة ومن ضمنها النقص التشريعي في صياغة القاعدة الإجرائية الجزائية، الذي يتجسد في صورة إغفال حرف أو كلمة أو أكثر في النص الإجرائي مما يفضي إلى اختلال في المعنى الوارد به، وبالنتيجة سيؤدي إلى عدم اكتمال النص الإجرائي بالصورة التي ينبغي أن يكون عليها، وبمعنى آخر هو عدم فهم الحكم المستتب من النص والمراد منه عند تشريعه^(٦).

ومن جهة أخرى أن هناك سبباً آخر لحدوث النقص في صياغة القاعدة الإجرائية الجزائية فالقواعد القانونية بشكل عام والقواعد الإجرائية الجزائية بشكل خاص تقسم من حيث صياغتها إلى قواعد قانونية مرنة وقواعد قانونية جامدة، فإذا كنا بصدد قواعد قانونية جامدة فلا يملك أحد سلطة تقديرية في تطبيقها، بخلاف القواعد القانونية المرنة وهي التي تعبر عن ثقة المشرع في القاضي المطبق للقانون، وفي هذا الصدد يجب أن نقف عند أمر هام وهو أن القاعدة القانونية تحلل إلى

- (١) د. عبد القادر الشخلي، فن الصياغة القانونية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥، ص ١٤.
- (٢) د. ليث كمال نصرابين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة، المصدر السابق، ص ٣٨٩.
- (٣) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١٩.
- (٤) جواد الرهيمي، التكييف القانوني للدعوى الجنائية، ط ٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٦، ص ٢٩.
- (٥) د. سلام عبد الزهرة عبد الله وآخرون، المعايير العامة للصياغة التشريعية، المصدر السابق، ص ٩٨.
- (٦) د. عادل يوسف الشكري، فن صياغة النص العقابي، المصدر السابق، ص ٣١١.

عنصرين، العنصر الأول هو الفرض، والعنصر الثاني هو الحل، وهذا الأمر له أثره في تطبيق القانون، حيث أن تطبيق القانون ينقسم إلى معاينه وقرار، ويقصد بالمعاينة إدخال المسألة المعروضة في الغرض الخاص بقاعدة معينة، القرار هو إخضاع المسألة للحل الخاص بهذه القاعدة ذاتها، ويتطبيق ذلك على القانون الجزائي نجد أن القاعدة الجزائية في فرضها جامدة، مرنة في حلها، مما يرتب عليه ظهور نقص في القانون^(١)، وبالأخص صفة الجمود التي تغلب على القوانين الإجرائية بشكل عام وقانون أصول المحاكمات الجزائية بشكل خاص لتعلق الأمر بإجراءات محددة ومواعيد وشكليات لا يمكن أن تصاغ إلا بصوره محددة تحديداً دقيقاً^(٢).

إن ما يؤخذ على الصياغة الجامدة للقاعدة الإجرائية الجزائية، أنها لا تحقق إلا فكرة العدل المجرد، لأنها لا توجه إلا فرضاً مجرداً، فلا تملك بالتبعية إلا إعطاء حل مجرد، فمثل هذه الصياغة لا تدخل في اعتبارها ما يميز كل حالة فردية من خصوصيات، وأن تجمع الحالات الفردية التي تندرج تحت فرض معين في نموذج واحد مجرد، رغم اختلاف هذه الحالات في الظروف والملابسات^(٣)، ومن جهة أخرى فإن الصياغة الجامدة للقاعدة الإجرائية الجزائية تحقق الثبات والاستقرار في المعاملات، ومعرفة الأفراد لحقوقهم وواجباتهم لوضوحها وسهولة الاطلاع عليها^(٤).

بناءً على ما تقدم فإن الصياغة التشريعية للقاعدة الإجرائية الجزائية لا بد أن تكون موقفة وسليمة، فالصياغة المعيبة تجعل من القاعدة الإجرائية الجزائية معرضاً للنقص وبالتالي سوف يؤثر سلباً على الحقوق والحريات من جهة، وتضع معوقات وعراقيل أمام الجهات التي تطبق القانون، ولا بد للمشرع أن يولي العناية اللازمة بالصياغة التشريعية وأن يوازن بين الصياغة الجامدة والصياغة المرنة في القاعدة الإجرائية الجزائية لان هناك بعض الموضوعات التي تحتاج إلى مرونة لكي تمكن السلطات المختصة من التعامل مع كل حالة وفق معطياتها والظروف المحيطة بها.

(١) د. وائل حسن عبد الشافي، مشكلة النقص في القانون، المصدر السابق، ص ٣٥٨.

(٢) صابرين ناجي المشهداني، البنيان القانوني للنص الإجرائي الجزائي، أطروحة مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة تكريت، ٢٠١٩، ص ٦٧.

(٣) د. عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع، المصدر السابق، ص ١٧٠.

(٤) د. محمد جمال مطلق، المخل لدراسة القانون (دراسة مقارنة)، ط ١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٢، ص ٤٣.

كما أن هناك صورة أخرى للنقص في صياغة القاعدة الإجرائية الجزائية الذي يأتي نتيجة سوء الصياغة التشريعية للقاعدة الإجرائية الجزائية، وهي التعارض بين النصوص، وبالنتيجة سيكون سبباً في اضطراب فهم النص وتطبيقه وهذا بدوره سيؤدي إلى النقص في صياغة القاعدة الإجرائية الجزائية، والتعارض يكون عندما يصطدم نص إجرائي مع نص آخر بشكل يجعل الجمع بينهما أمراً غير ممكن نظراً لتعارض أحدهما مع الآخر رغم وضوحهما إذا ما تم النظر إلى كل واحد على حدة، وقد يحصل التعارض في تشريع واحد^(١) أو قد يحصل التعارض في تشريعات مختلفة^(٢)، ولا يخرج التعارض عن أحد الفروض الآتية:

١- أن يقع التعارض بين نصوص تشريعية متفاوتة بالدرجة، وعليه يغلب التشريع الأعلى على التشريع الأدنى وفقاً لقاعدة تدرج التشريعات.

٢- أن يقع التعارض بين نصوص تشريعية متحدة الدرجة، ومتفاوتة التأريخ، وعليه يغلب التشريع اللاحق على السابق وفقاً لقاعدة اللاحق ينسخ السابق.

٣- إن يقع التعارض بين نصوص تشريعية متحدة الدرجة والتأريخ، وعليه يأخذ بالمعنى المستقى من دلالة العبارة متغلباً على المعنى المستقى من دلالة الإشارة، لأن دلالة العبارة أقوى من الإشارة.

٤- إن يقع التعارض بين نصوص تشريعية متحدة الدرجة والتأريخ وقوة الاستدلال، وفي هذه الحالة النادرة إذا استحال التوافق بينها تهافتت النصوص، وامتنع تطبيقها جميعاً^(٣)، وهذا بدوره يؤدي إلى مشكلة النقص التشريعي.

خلاصة القول، أن المشرع مهما كان حذقاً في صياغة النص الإجرائي الجزائي ومراعياً مبدأ ملائمة القوانين لجميع الظروف، إلا أن تطورات الحياة السريعة والتغيرات السياسية أو الاجتماعية أو

(١) أشار الفقه الفرنسي (جيني) إلى حل معين في حال وجود تعارض بين النصوص في التشريع الواحد إلى إمكانية رفع هذا التعارض بالكشف إن كل نص منها يواجه فرضاً مختلفاً أو باكتشاف إن احد النصين يكون استثناءً من الآخر، وإذا لم تتييسر إزالة هذا التعارض فلا بد من حسمه نهائياً، حيث لا يجوز إن ينسب إلى المشرع تناقض في إرادته، عن طريق إن النص اللاحق يلغي النص السابق. ينظر: د. محمد شريف احمد، تفسير النصوص المدنية (دراسة مقارنة بين الفقهاء المدني والإسلامي)، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد، ١٩٨٢، ص ١٤٠.

(٢) د. حيدر ادهم عبد الهادي، أصول الصياغة القانونية، المصدر السابق، ص ١٠١.

(٣) د. عبد القادر الشخيلي، الصياغة القانونية (تشريعاً، فقهاً، قضاءً، محاماة)، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٤، ص ١١٩.

الاقتصادية تحول دون ذلك، وبالتالي سيؤدي هذا إلى ظهور النقص التشريعي الذي يكون في صورة نقصٍ في قانون الإجراءات الجزائية، بمعنى أن هناك حالة معينة استجذت ولم يكن في حسابان المشرع وضعها مسبقاً، أو إن يكون النقص التشريعي عبارة عن خلل بصياغة النص الإجرائي وهي الحالة التي قد عالجها المشرع إلا أنه أن معالجته جاءت منقوصة من حيث الصياغة التشريعية واللغوية، أو قد يأتي في صورة تعارض بين النصوص نتيجة لسوء الصياغة التشريعية، لذلك لا بد أن تكون الصياغة التشريعية للنص الإجرائي الجزائي ممزوجة بين الأهداف المراد الوصول إليها وبين ما هو حاصل في الواقع العملي المراد تطبيق القانون فيه، إي وضع النص الإجرائي ضمن الإطار الذي أريد له أن ينظمه ويضبطه حتى لا يكون أداة دون فائدة، ويجب إن تكون صياغته بطريقة تراعى فيه الدقة واعتماد المعايير المرنة، لكي تواكب تطورات المجتمع، وأن يكون المصطلح المستخدم موزوناً، محدد المعنى، بسيطاً واضحاً وذا طبيعة يفهمها المخاطبون بالقاعدة الإجرائية الجزائية، كما يسهل ذلك على القاضي الاسترشاد بها، ليصل إلى حلول تختلف باختلاف النزاع المعروض عليه.

المطلب الثاني

المصلحة المعتبرة من معالجة النقص في القاعدة الإجرائية الجزائية

إن قانون الإجراءات الجزائية يهدف إلى حماية مصلحتين وهما، المصلحة العامة التي تمس كيان الدولة والمجتمع، والمصالح الخاصة بالأفراد^(١)، وبما أن الحق هو مصدر المصلحة، وأنه لا مصلحة أن لم يكن هنالك حق، فالمصالح لا تستقر ولا تقترن بفائدة ما لم يكن هناك نص يضيفي الحماية القانونية عليها، فلكي تكون المصالح جديرة بالحماية لا بد أن تكون هنالك نصوص تمكن صاحب المصلحة من المطالبة عند وقوع عدوان على حق من الحقوق، وهذه الحماية تأتي عن طريق وجود نص صريح على الإجراء المتخذ عملاً بمبدأ الشرعية الإجرائية^(٢).

إن الشرعية الإجرائية هي الأساس في المحافظة على هذه الحقوق أو المصالح لما لها من أساس دستوري، فقانون الإجراءات الجزائية وما يفرضه من تنظيم لعمل القضاء وتحديد لأسلوب عمله، هو وفاء

(١) د. نوفل علي عبد الله الصفور، الحماية الجنائية للحقوق والحريات، مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

(<https://portal.arid.my/ar-ly/posts/details>) تاريخ الزيارة ١٣/٩/٢٠٢٠ في الساعة ١٠:٠٠ ص.

(٢) محمد مردان علي محمد البياتي، المصلحة المعتبرة في التجريم، أطروحة مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٢، ص ٢٢.

لالتزام تفرضه على الدولة المبادئ الدستورية العامة، في حين أن اهتمام قانون الإجراءات الجزائية بكفالة حقوق الدفاع وحماية كرامة المتهم وحقوقه الأساسية هو وفاء بالالتزام الدستوري بصيانة الحريات العامة، بمعنى أن الدستور قد نص على هذه المصالح في حين أن قانون الإجراءات الجزائية جاء ليحقق هذا التنسيق فيما بين المصلحتين، ووسيلة هذا التنسيق أن يضع المشرع الحدود التي تقف عندها سلطة الدولة لكي يبدأ مجال من الكرامة البشرية وحقوق الدفاع التي لا يجوز للدولة أن تنتهكها^(١).

أن واجب المشرع بالتنسيق بين هذه المصالح المتعارضة مبني على أن يكون عمله ضمن العناصر الأساسية للمصلحة وهي (الهدف والمنفعة والشرعية)^(٢)، وعند تطبيق مفهوم المصلحة في معالجة النقص التشريعي في القاعدة الإجرائية الجزائية، فالمشرع عند وضع النصوص الإجرائية الجزائية له هدف معين، وعند الوصول إلى هذا الهدف تتحقق المنفعة من الإجراء المتخذ في إطار الشرعية، أمّا في حال وجود نقص في قانون الإجراءات الجزائية والذي بدوره سيعدم العناصر الأساسية للمصلحة، مما يؤدي إلى عدم الموازنة والتعارض بين المصالح العامة والمصالح الخاصة.

لإحاطة بموضوع المصلحة المعتبرة في معالجة النقص التشريعي في القاعدة الإجرائية الجزائية لا بد أن نبين المصالح التي تحميها القاعدة الإجرائية الجزائية في فرعين من هذا المطلب، الفرع الأول نتناول فيه المصلحة الخاصة في القاعدة الإجرائية الجزائية، ونتطرق في الفرع الثاني إلى المصلحة العامة في القاعدة الإجرائية الجزائية ومن ضمنها الفلسفة المؤسسة للمصالح المقصودة في بعض الإجراءات.

الفرع الأول

المصلحة الخاصة في القاعدة الإجرائية الجزائية

عندما يحرم المشرع فعلاً أو إجراء معيناً وينص على جزاء لكل من يخالف هذا الإجراء إنما يسعى بالدرجة الأساس لحماية المصلحة الخاصة لكل فرد، ولكن فيما وراء هذه الحماية للفرد التي تخص حياة الإنسان يسعى المشرع إلى ضمان وبقاء ودوام المجتمع^(٣)، لذا تعدّ القواعد الإجرائية من

(١) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٥ وما بعدها.

(٢) صابرين ناجي المشهداني، البيان القانوني للنص الإجرائي الجزائي، المصدر السابق، ص ٨٨.

(٣) د. عامر عادل، المصلحة الاجتماعية هي درء المفاصد والوقاية، مقال منشور في الصحيفة الإلكترونية دنيا الوطن على الموقع الإلكتروني: (<https://pulpit.alwatanvoice.com>)، تاريخ الزيارة ٢٨/١٢/٢٠١٩، الساعة ٢٢:٠٦ م.

أدق القوانين في حياة الدولة القانونية ففي هذه القوانين يتعين على المشرع تحقيق التوازن بين مصلحتين متعارضتين غالباً ما يحدث توتر في العلاقة بين هاتين المصلحتين^(١).

أن الإجراءات الجزائية في الدولة ما هي إلا الصورة الدقيقة للحريات في البلد، لأنّ هذه الإجراءات بكل ما تحملها من معاني الشبهة والاتهام وبكل ما تستهدفه من جمع الأدلة لكشف الحقيقة تمس حرية المتهم أو تعرضها للخطر، فإذا كان هدف التنظيم الإجرائي تحقيق مصلحة الدولة في الكشف عن الحقيقة لإقرار سلطتها في العقاب مضمحياً بالحرية الشخصية للمتهم، فإنّ سلطة الدولة قد بلغت ذروتها في التفوق على مصالح الأفراد، وهذا بخلاف النظم الديمقراطية الحرة فإنّ التنظيم الإجرائي فيها يضمن حرية المتهم ويوازن بينها وبين مصلحة الفرد، وعلى هذا الأساس يعدّ قانون الإجراءات الجزائية من القوانين المنظمة للحريات، لذلك يتعرض هذا القانون لازمة شديدة كلما تعرضت الحريات في الدولة للأزمات^(٢).

تأسيساً على ذلك، فإنّ المشرع قد أحاط الإجراءات الجزائية التي تمس الحقوق الخاصة بالأفراد بمجموعة من الضمانات التي تحول دون المساس بها ووضعها في إطار دستوري حرصاً منه على عدم المساس بها، حيث توجد ضمانات تشمل جميع مراحل الخصومة الجزائية (الاتهام، التحقيق، المحاكمة)، وهي كالتالي:

١- مبدأ البراءة: يعد مبدأ البراءة ركناً أساسياً في شرعية الإجراءات الجزائية، ومقتضى هذا المبدأ هو أن كل شخص متهم بجريمة مهما كانت درجة جسامتها وخطورتها، وأياً كانت الأدلة التي تقام ضده، يجب إن يعامل معاملة الشخص البريء في جميع مراحل الدعوى الجزائية^(٣)، أن هدف قانون الإجراءات الجزائية هو تقرير حماية للبريء وإدانة ظالمه، فحماية الحرية الشخصية التي كفلتها الدساتير والمواثيق الدولية لا يتسنى بلوغها إلا إذا افترض براءة من خضع لاتهام جزائي إلى أن تثبت إدانته في محاكمة عادلة تتوافر فيها كافة الضمانات^(٤).

(١) د. عبد المجيد محمود عبد المجيد، المواجهة الجنائية للفساد في ضوء اتفاقية الأمم المتحدة والتشريع المصري (الجوانب الإجرائية والتعاون الدولي)، ج ٣، ط ٢، دار النهضة للنشر، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٤.

(٢) د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٢١.

(٣) د. نجيب السلطاني، معايير إجراءات التحري والاستدلال عن الجريمة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، ط ١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٤، ص ١١٧.

(٤) عبد الجليل مفتاح، مبادئ المحاكمة العادلة في دساتير المغرب العربي، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

(<https://revues.univ.ouargla.dz>) تاريخ الزيارة ١٩/١٠/٢٠٢٠، الساعة ١٠:٥٥ ص.

حرص المشرع على الارتقاء بالشرعية الإجرائية إلى مستوى القوة الملزمة، من خلال صياغتها في إطار دستوري، وتضمنين الدستور مبدأ براءة المتهم ومن هذه الدساتير هو الدستور الفرنسي^(١)، كما نص على هذا المبدأ الدستور العراقي^(٢)، باعتبار الدستور الأساس الذي تتبثق عنه معظم ضمانات حقوق وحرّيات الأفراد في الإجراءات الجزائية، إلا أن قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي لم ينص بصورة صريحة على هذا المبدأ، وأن كان قد نص عليه بصورة غير مباشرة في بعض مواده، حيث نص على (إذا تبين للمحكمة إن الأدلة لا تكفي لإدانة المتهم فتصدر قراراً بإلغاء التهمة والإفراج عنه)^(٣).

٢- مبدأ قانونية الإجراءات الجزائية: الذي يقصد به بوصفه عنصراً من عناصر الشرعية الإجرائية أي أن المشرع هو وحده صاحب الاختصاص في وضع القواعد والإجراءات الجزائية ولا يجوز التنازل عن اختصاصه، لأنّ هذه الإجراءات تمثل ضماناً أساسياً للحرّيات الفردية تحول دون المساس أو الانتقاص منها، كما يترتب على هذا المبدأ أن يحدد المشرع بنفسه قواعد الإجراءات الجزائية ولا يجوز تفويض ذلك إلى السلطة التنفيذية أو السلطة القضائية، وأن التطبيقات التشريعية لمبدأ قانونية الإجراءات الجزائية يمكن الاستدلال عليها من خلال الضمانات التي أوردها المشرع الإجرائي في إجراءات التحري وجمع الأدلة والتحقيق الابتدائي، بالإضافة إلى الضمانات التي حددها المشرع لمرحلة المحاكمة، وهذه الضمانات قد وضعت أصلاً لكي تؤدي ضمان حقوق المتهم والمجني عليه أمام القضاء الجزائي والتي لا تبغي غير تحقيق الصالح العام^(٤).

ومن دساتير الدول المقارنة التي أشارت إلى مبدأ قانونية الإجراءات الجزائية هو الدستور المصري^(٥)، وهذا ما اخذ به الدستور العراقي وأكد على عدم جواز الحرمان من أي حق إلا وفقاً للقانون^(٦)،

(١) ينظر: نص المادة (٩) من الدستور الفرنسي ١٩٥٨ وتعديلاته وجاء فيها (بما أن كل إنسان بريء حتى تثبت إدانته...).

(٢) ينظر: نص المادة (١٩) من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥ وجاء فيها (خامساً: إن المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة).

(٣) ينظر: نص المادة (١٨٢/ج) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٧ المعدل.

(٤) إبرار محمد حسين، الموازنة بين المصلحة الخاصة والعامة في ضوء القانون الجنائي والدستوري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة، جامعة البصرة، ٢٠١٤، ص ٨٦.

(٥) ينظر: نص المادة (٥٤) من الدستور المصري ٢٠١٤ وجاء فيها (الحرية حق طبيعي، وهي مصونة لا تمس، وفيما عدا التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد إلا بأمر قضائي سبب يستلزمه التحقيق... وفقاً للإجراءات المقررة في القانون...).

(٦) ينظر: نص المادة (١٥) من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥ وجاء فيها (لكل فرد الحق في الحياة والأمن والحرية ولا يجوز حرمان من هذه الحقوق أو تقييدها إلا وفقاً للقانون...).

وأشار إليه قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي في أكثر من نص من خلال التأكيد على عدم اتخاذ أي إجراء إلا بموجب القانون وبالأخص الإجراءات التي تمس حرية الأفراد وحقوقهم^(١).

٣- **ضمانات المحاكمة العادلة:** تعدّ هذه الضمانات من أهم المعايير التي تحدد مدى عدالة إجراءات المحاكمة، وحرص المشرع الدستوري في اغلب الدول تضمين الدساتير الحق بالمحاكمة العادلة لكي يؤكد أهميتها، ومن هذه الدساتير التي نصت على ذلك هو الدستور الفلسطيني^(٢)، كما نص عليها أيضا الدستور العراقي^(٣)، وجوهر المحاكمة العادلة يقوم على أساس مبدأ المساواة بين طرفي الدعوى أي مبدأ المساواة بين الدفاع والإدعاء، وأن يعاملا على قدم المساواة من الناحية الإجرائية أثناء المحاكمة وأن يتمتعا بحق متساوي في عرض أدلتها والاطلاع على المعلومات اللازمة^(٤).

ومن أهم ضمانات المحاكمة العادلة هو احترام الحرية الشخصية وعدم المساس بها تحت طائلة الاتهام وبالنتيجة سوف يمسه ضرراً بعيداً عن المجرم الحقيقي^(٥)، لان كثيراً من الإجراءات الجزائية تقف حائلاً بين الإنسان وممارسته لكثير من حقوقه الشخصية كالاستقدام والقبض والتوقيف والتفتيش وضبط الأشياء ومراقبة المراسلات والاتصالات التليفونية، حيث تمثل كلها إجراءات تمس حرية الأفراد في حرية التنقل أو الملكية أو الحياة الخاصة^(٦).

كما يعد حق الدفاع الركيزة الجوهرية للمحاكمة العادلة، حيث يرتبط بأكثر من حق من الحقوق الدستورية فهو لصيق الصلة بالأصل في المتهم البراءة، فهو حق لا بد من توفيره لتحقيق التوازن المنشود بين الحقوق والحریات والمصلحة العامة، واحترام هذا الحق يتطلب توفير عدد من الضمانات التي تؤكد وتحمي عليه أولى هذه الضمانات هي الإحاطة بالتهمة وأدلتها، أما الضمان الثاني هو

(١) مثال على ذلك نص المادة (٧٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل وجاء فيه (لا يجوز تفتيش أي شخص أو دخول أو تفتيش منزله أو إي محل تحت حيازته إلا في الأحوال المبينة في القانون).

(٢) ينظر: نص المادة (١٤) من الدستور الفلسطيني ٢٠٠٣ وتعديلاته وجاء فيها (المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له ضمانات الدفاع عن نفسه، وكل متهم في جنائية يجب ان يكون له محام يدافع عنه).

(٣) ينظر: نص المادة (١٩/سادساً) من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥ وجاء فيها (لكل فرد الحق في إن يعامل معاملة عادلة في الإجراءات القضائية والإدارية).

(٤) د. هناء الحميد إبراهيم بدر، حق النقاضي بين الضمانات والقيود الإجرائية من منظور العدالة والمساواة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، العدد (١)، ٢٠١٣، ص ١٦٨-١٦٩.

(٥) د. شاكر نوري إسماعيل، النموذج القانوني للقاعدة الإجرائية الجزائية، المصدر السابق، ص ١٣٨.

(٦) د. عبد المجيد محمود عبد المجيد، المواجهة الجنائية للفساد، المصدر السابق، ص ٤.

مبدأ المواجهة يعد هذا المبدأ أصلاً إجرائياً من أصول حقوق الدفاع، أمّا الضمان الثالث من حقوق الدفاع هو حق المتهم في إبداء أقواله بحرية وان يقدم ما يشاء من دفاع شفوي أو كتابي وله يقدم المستندات المدعمة لدفاعه دون قيد، أمّا الضمان الرابع وهو الحق في الاستعانة بمحامي لكل متهم بجناية أو جنحة في حال ليس للمتهم محام يدافع عنه فالمحكمة ملزمة بأن تنتدب محامياً يدافع عنه وعلى نفقة الدولة^(١).

ومن دساتير الدول المقارنة التي أشارت إلى حق الدفاع هو الدستور الجزائري^(٢)، والدستور العراقي حين أشار إلى أن حق الدفاع مقدس ومكفول في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة^(٣)، كما أكد عليه قانون أصول المحاكمات الجزائية في نصوص عديدة ومنها الإحاطة بالتهمة وتوكيل محام في المادة (١٢٣)، وحق المتهم في إبداء أقواله بحرية وعدم إجباره على الكلام المادة (١٢٤، ١٢٦)، أمّا بخصوص الضمانات الخاصة بالحريّة الشخصية في المواد (٧٢، ٩٢، ١٠٩).

إن هذه الضمانات التي سبق ذكرها تسري على الخصومة الجزائية بجميع مراحلها (الالتهام، التحقيق، المحاكمة)، إلا أن هناك ضمانات أخرى لا بد من توافرها إثناء مرحلة المحاكمة بالذات، فهذه تعزز وتضفي حماية بشكل أوسع على حقوق الأفراد وحرياتهم عند تطبيق القواعد الإجرائية الجزائية أثناء المحاكمة، وهذه الضمانات هي:

١- **علانية إجراءات المحاكمة:** وهي محاكمة الفرد محل الاتهام في جلسة علنية يحضرها من يشاء من الأفراد ولهم الحق في الاطلاع على كافة الإجراءات أثناء المحاكمة بلا قيد إلا ما قد يقتضيه ضبط النظام الغاية من مبدأ علانية المحاكمة هو إدخال الطمأنينة إلى نفس أطراف الدعوى من خلال سلامة الإجراءات الجزائية دون المساس بحقوق وحريات الأفراد^(٤)، فضلاً عن تعريف الرأي العام بما يجري من محاكمات، كما أن العلانية تحول دون انحراف الحاكم عن القانون أو إصدار قرارات بغير ما تقضي به العدالة^(٥).

(١) د. احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط٢، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٤٧٦-٤٧٧.

(٢) ينظر: نص المادة (١٥١) من دستور الجمهورية الجزائرية الشعبية ١٩٩٦ وجاء فيها (الحق في الدفاع معترف به. الحق في الدفاع مضمون في القضايا الجزائية).

(٣) ينظر: نص المادة (١٩/حادي عشر) من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥.

(٤) د. شادية إبراهيم مصطفى و د. احمد محروس علي، الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان في مرحلة المحاكمة، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٢، ص ١٦٢.

(٥) عبد الأمير العكيلي ود. سليم إبراهيم حربة، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ج١، دار السنهوري، بغداد، ٢٠٠٨، ص ١٠٠.

ولأهمية هذا المبدأ فقد نصت عليه دساتير الدول المقارنة ومنها الدستور المصري حيث أشار إلى علنية جلسات المحاكمة ما لم تقرر المحكمة سريتها^(١)، وأيضاً الدستور العراقي قد أكد على أهمية مبدأ علنية جلسات المحاكم كما نص عليه أيضاً قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي^(٢).

٢- **سرعة المحاكمة:** تعرف السرعة في المحاكمة هو إتمام الإجراءات الجزائية التي تتخذ في شأن الجرائم في أسرع وقت ممكن دون الإخلال بالضمانات الجوهرية المقررة في التشريعات الجزائية والتي تهدف إلى ضمان احترام الحقوق والحريات الشخصية^(٣)، فالمصلحة العامة تقتضي سرعة الانتهاء من المحاكمة الجزائية تحقيقاً للردع العام، أما المصلحة الخاصة للمتهم فتتوفر في وضع حدٍ للآلام التي يتعرض لها بسبب وضعه موضع الاتهام مما يمس شرفه واعتباره وقدره بين الناس^(٤)، لذلك عمدت الدساتير ومنها الدستور المصري إلى سرعة المحاكمة أي يتم الفصل في الدعوى طبقاً لظروفها في مدة معقولة^(٥)، إلا أننا لم نجد لا في الدستور العراقي ولا في قانون أصول المحاكمات الجزائية نصاً يذكر هذا المبدأ.

٣- **تسبب الأحكام الجزائية:** وهو بيان الأدلة والأسانيد الواقعية والقانونية التي تبرر النتيجة التي انتهى إليها الحكم، وهو من أهم ضمانات التقاضي، فهو يضمن احترام حقوق الدفاع، ويعدّ وسيلة لإقناع الخصوم بصحة وعدالة الحكم وحمائتهم من خطأ القاضي، ويؤدي إلى إقناع الرأي العام بعدالة القضاء^(٦)، ولأهمية هذا المبدأ فقد حرصت أغلب التشريعات الإجرائية على النص عليه منها قانون

(١) ينظر: نص المادة (١٨٧) من الدستور المصري ٢٠١٤ وجاء فيه (جلسات المحاكم علنية، إلا إذا قررت المحكمة سريتها مراعاة للنظام العام أو الآداب وفي جميع الأحوال يكون النطق بالحكم في جلسة علنية).

(٢) ينظر: نص المادة (١٩/سابعاً) من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥ وجاء فيه (جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية)، في حين أشار قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ في المادة (١٥٢) على (يجب إن تكون جلسات المحاكمة علنية ما لم تقرر المحكمة إن تكون كلها أو بعضها سرية...).

(٣) لفظة هامل العجيلي، حق السرعة في الإجراءات الجزائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢، ص ٣٧-٣٨.

(٤) د. احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، المصدر السابق، ص ٤٩١.

(٥) ينظر: نص المادة (٩٧) من الدستور المصري ٢٠١٤ وجاء فيه (التقاضي حق مصون للكافة، وتلتزم الدولة بتقريب جهات التقاضي وتعمل على سرعة الفصل في القضايا...).

(٦) عزمي عبد الفتاح، تسبب الأحكام وإعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ط٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٢٠ وما بعدها.

أصول المحاكمات الجزائية السوري عندما نص على ضرورة ذكر الأسباب في الأحكام^(١)، ونص على ذلك قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي^(٢).

٤- **عدم جواز محاكمة المتهم عن فعل واحد أكثر من مرة واحدة:** وهو ما يسمى حجية الأمر المقضي فيه، واقع الأمر أن عدم جواز محاكمة المتهم عن فعل واحد أكثر من مرة سوف يحول دون تعرضه لعدة عقوبات بسبب ارتكاب هذا الفعل، ولهذا فإنّ هذا الضمان يركز في ذات الوقت على تأسيس التجريم والعقاب على مبدأ الضرورة والتناسب، حيث يتطلب احترام مبدأ التناسب في العقوبات مراعاة عدم تعدد العقوبات دون حدود كون الفعل الواحد جرائم متعددة (حالة التعدد المعنوي) أو وقوع جرائم عدة لغرض واحد وكانت مرتبطة ببعضها بحيث لا تقبل التجزئة (التعدد المادي)^(٣)، وقد نص على هذا المبدأ بعض الدساتير^(٤)، وأكد عليه الدستور العراقي^(٥) وقانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي حين أشار إلى أن يكون الحكم الجزائي البات بالإدانة أو بالبراءة حجة فيما يتعلق بتعيين الواقعة المكونة للجريمة ونسبتها إلى فاعلها ووصفها القانوني^(٦).

٥- **الإشراف القضائي على الإجراءات الجزائية:** أن القضاء هو الحارس الحقيقي للحقوق والحريات الفردية وهو الذي يسهر على حسن تطبيق القانون وتأكيد سيادته عن طريق إشرافه على جميع الإجراءات الجزائية، أما القانون فهو الأداة التي تنظم استعمال الحرية فهو الذي يوفر الضمانات اللازمة لحمايتها في مواجهة السلطة من خطر التحكم والتعسف، لان هذه الضمانات تبقى عديمة الجدوى ما لم تكن هناك جهة مختصة لها دراية في فهم روح القانون وتتمتع بالحيادة والاستقلال

(١) ينظر: نص المادة (٢٠٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري رقم (١١٢) لسنة ١٩٥٠ المعدل وجاء فيه (يجب أن يشتمل الحكم النهائي على العلل والأسباب الموجبة له ...)

(٢) ينظر: نص المادة (٢٢٤/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل وجاء فيه (يشتمل الحكم أو القرار ... والأسباب التي استندت إليها المحكمة في إصدار حكمها أو قرارها).

(٣) د. احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، المصدر السابق، ص ٥١٥-٥١٦.

(٤) مثال ذلك ما نص التعديل الخامس من دستور الولايات المتحدة الأمريكية ١٧٨٩ المعدل وجاء فيه (... لا يجوز اتهام أي شخص بنفس الجرم مرتين فتنعرض حياته أو أعضاء بدنه للخطر).

(٥) ينظر: نص المادة (١٩/خامساً) من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥ وجاء فيه (... ولا يحاكم المتهم عن التهمة ذاتها مرة أخرى بعد الإفراج، إلا إذا ظهرت أدلة جديدة).

(٦) ينظر: نص المادة (٢٢٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل. تقابلها المادة (٣١١) من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري والتي تنص على (... لا يجوز ان يعاد أخذ شخص قد برئ قانوناً أو اتهمه بسبب الوقائع نفسها حتى ولو صيغت بتكليف مختلف).

بحيث تضمن توفير الحماية لهذه الضمانات، ومن هذا المنطلق تنهض السلطة القضائية بواجبها كحارس لحماية الحريات التي يقرها القانون، فهي تكفل احترامها وتضمن مراعاة ضماناتها وترد الاعتداء الواقع عليها بما يؤمن انتقال الشرعية الإجرائية من النطاق النظري إلى المجال العملي، ولهذا السبب يعد الإشراف القضائي على الإجراءات الجزائية عنصراً مهماً من عناصر الشرعية الإجرائية^(١).

حيث حرصت اغلب الدول على إدراج هذا المبدأ سواء في الدستور أو التشريعات الإجرائية الجزائية وهو أن تكون هنالك رقابة من قبل القضاء على الإجراءات، ومن ضمنها الدستور الفرنسي^(٢)، أمّا على مستوى التشريعات فقد وضع المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات الجنائية نصاً تحت مسمى (الأولوية في المسألة الدستورية) في الباب الأول من القانون نص في المادة (LO630) على (الشروط التي بموجبها يمكن أن يثار الدفع بالإدعاء بإن نصاً تشريعياً ينتهك الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور في الإجراءات الجزائية وكذلك الشروط التي يمكن بموجبها عرض محكمة النقض على المجلس الدستوري في مسألة الأولوية الدستورية يجب الامتنال للقواعد المحددة في المواد (٢٣-١) إلى (٢٣-٧) بشأن القانون الأساس للمجلس الدستوري^(٣)، أمّا في العراق من بين ما تهدف إليه السياسة الجزائية هو حماية الحريات ضد أي اعتداء من شأنه المساس بها ويقع ذلك على عاتق محكمة التمييز الاتحادية بالإشراف على الإجراءات الجزائية^(٤).

وأخيراً، فإنّ المصلحة الخاصة في القاعدة الإجرائية الجزائية عبارة عن مبادئ دستورية قبل أن تكون تشريعية، لذا فإنّ أي نقص في القاعدة الإجرائية الجزائية أو عدم الالتزام سواء من المشرع خلال تنظيمه للنصوص الإجرائية أو القضاء خلال تطبيقه للقانون، سوف يجعل هذه المبادئ مجرد حبر على ورق، لذا لا بد للمشرع أن يكرس الضمانات التي تضيفي الحماية على المصلحة الخاصة

(١) إبرار محمد حسين، الموازنة بين المصلحة الخاصة والعامة، المصدر السابق، ص ٨٣-٨٤.

(٢) ينظر: نص المادة (٦٦) من الدستور الفرنسي ١٩٥٨ وتعديلاته وجاء فيها (... تكفل السلطة القضائية، باعتبارها حامية الحرية الفردية، احترام هذا المبدأ وفق الشروط المنصوص عليها في القانون).

(3) Article (lo 630), De la procedure penale francaise 1993.

(٤) ينظر: نص المادة (١٢) من قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل وجاء فيها (محكمة التمييز الاتحادية هي الهيئة العليا التي تمارس الرقابة القضائية على جميع المحاكم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك).

بنصوص كافية تحاكي الحاضر والمستقبل، مما يسهم في عدم تجاوز السلطات الإجرائية الحدود التي يضعها المشرع وتكفل عدم المساس بها عند تطبيق قانون الإجراءات الجزائية.

الفرع الثاني

المصلحة العامة في القاعدة الإجرائية الجزائية

أن الضمانات التي تم ذكرها لحماية حقوق وحرريات الأفراد وأن كانت مكفولة دستورياً إلا أنها ليست مطلقة بل لا بد من وجود قيود وضوابط تكبحها، إذ أن الفرد وهو يمارس حقه أو حريته قد يذهب إلى الحد الذي يطغى فيه على حقوق وحرريات غيره وهذا الأمر غير جائز، لذلك كان لا بد من ضمان عدم الاعتداء على حقوق وحرريات الغير عند ممارسة هذه الحقوق من خلال إعطاء الدول الحق بعقاب كل من يتعدى على الصالح العام^(١).

عند وقوع الجريمة ينشأ للدولة حق في عقاب مرتكب هذه الجريمة، فمجرد وقوع الجريمة تنشأ بين الدولة بوصفها نظاماً قانونياً وبين الجاني رابطة العقاب، وعندئذ يكون على هذا الجاني واجب قانوني بالخضوع للعقاب وتمكين الدولة من تنفيذه^(٢)، أي تبدأ مرحلة تطبيق قانون العقوبات ولكن يتعين البدء بكشف الحقيقة من خلال إجراءات معينة تبدأ بتحريك الدعوى الجزائية وهو نقطة البداية، حيث يتم تحريك الدعوى الجزائية من قبل جهات محددة قانوناً ومنها الشكوى والإخبار أو تحريك الدعوى الجزائية بقرار من المحاكم أو بطلب أو إخبار من جهات الإدارة، ومتى حركت الدعوى الجزائية من قبل هذه الجهات، فإن الدعوى يجب أن تستمر حتى صدور القرار أو الحكم فيها بالطريق النهائي أو البات^(٣).

(١) د. تميم طاهر احمد الجادر وسيف صالح مهدي العكلي، الضرورة والتناسب في القاعدة الجنائية، مجلة السياسة والدولية، الجامعة المستنصرية، العدد (٢٤)، ٢٠١٤، ص ٨.

(٢) د. جمال شديد علي الخرباوي، حق المجني عليه في التنازل عن الدعوى الجنائية، ط ١، المركز الوطني للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٢٤٩.

(٣) منح المشرع الإدارة في قوانين عديدة صلاحية تحريك الدعوى الجزائية مثال ذلك قانون مكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب رقم (٣٩) لسنة ٢٠١٥، وقانون الصحة العامة رقم (٨٩) لسنة ١٩٨١ المعدل، وقانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ المعدل. ينظر: عبد الأمير العكلي، أصول الإجراءات الجنائية في قانون أصول المحاكمات الجزائية، ج ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٥، ص ٧٥. و د. براء منذر كمال عبد اللطيف، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، المصدر السابق، ص ٢٨-٢٩.

من خلال الحكم النهائي يتم تحديد مضمون حق الدولة في العقاب بواسطة الحكم الجزائي، وحق الدولة في العقاب أو ما يعبر عنه بقضائية العقوبة هو الحق الذي يتمثل بمبدأ سيادة القانون في البلاد وهو أيضا المقابل الجزائي لحق المجني عليه في التعويض، وبناءً على هذا المبدأ فإنَّ الجريمة والعقاب يرتبطان بعلاقة سببية تفرضها مبادئ العدل ويلتزم القانون باحترامها ومراعاتها لان تلك العلاقة الجامعة بين الجريمة وحق الدولة بالعقاب هي في أصلها نتاج المشرّع نفسه، فهو الذي منح الدولة حق الردع وفق مبادئ الإنسانية الضامنة لحقوق الإنسان كافة المتقاضين أو المتهمين المقدمين للعدالة، ولا بد من الإشارة إلى إن حق الدولة في العقاب ليس مطلقاً وإنما مقيد بقيود لا بد من مراعاتها، وبالحدود التي يجيزها القانون بالتشديد أو التخفيف، لذلك فإنَّ العقوبة تأخذ وصفها القانوني من كونها المقابل العادل في القانون الجزائي لآتيان الفعل الذي يمنع ذلك القانون إبتائه^(١).

أن استقرار الحقوق على هذا النحو يكون للمصلحة العامة لا لمجرد حماية الفرد، ولهذا نجد أن القانون لا يعترف بتنازل المجني عليه كأصل عام ويعدّ هذا التنازل صادراً ممن ليس له صفة فيه باعتبار أن الدعوى الجزائية ليست ملكاً لهذا المجني عليه وإنما تمس الصالح العام، وأن اغلب القوانين الإجرائية الجزائية قد نصت على عدم التنازل عن الدعوى الجزائية أو التصرف بأي شكل من الأشكال باعتبار أنها تتعلق بالمصلحة العامة ومنها قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠١ الذي نص على عدم جواز وقف الدعوى أو التنازل عنها أو تركها أو تعطيل سيرها، إلا في الحالات الواردة في القانون^(٢)، كما نص على ذلك قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي عندما تطرق إلى عدم جواز وقف الدعوى أو تعطيل سيرها أو التنازل عنها أو عن الحكم الصادر فيها أو وقف تنفيذه إلا في الأحوال المبينة في القانون^(٣)، ويقصد الدعوى الجزائية حصراً عكس الدعوى المدنية، وذلك لأن الدعوى ملك المجتمع وما الإدعاء العام إلا وكيل في هذه الدعوى عن المجتمع فقط، وعلى أساس ذلك فإنَّ الادعاء العام لا يملك المصالحة مع المتهم ولا يمكنه أن يتنازل عن حق تحريك الدعوى ضده، فليس له أن يسحبها بعد أن رفعها، أو أن يقوم بأي إجراء يؤدي إلى منع المحكمة المختصة أن تحكم فيها^(٤).

(١) د. محمد ناجي، حق الدولة بالعقاب أصل في مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: (<https://www.maghress.com/cawalisse/67461>) تاريخ الزيارة ١٩/١٠/٢٠٢٠، الساعة ١١:٤٥ م.

(٢) ينظر: نص المادة (١) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠١.

(٣) ينظر: نص المادة (٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.

(٤) د. عبد الأمير العكيلي، أصول الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٧٥ .

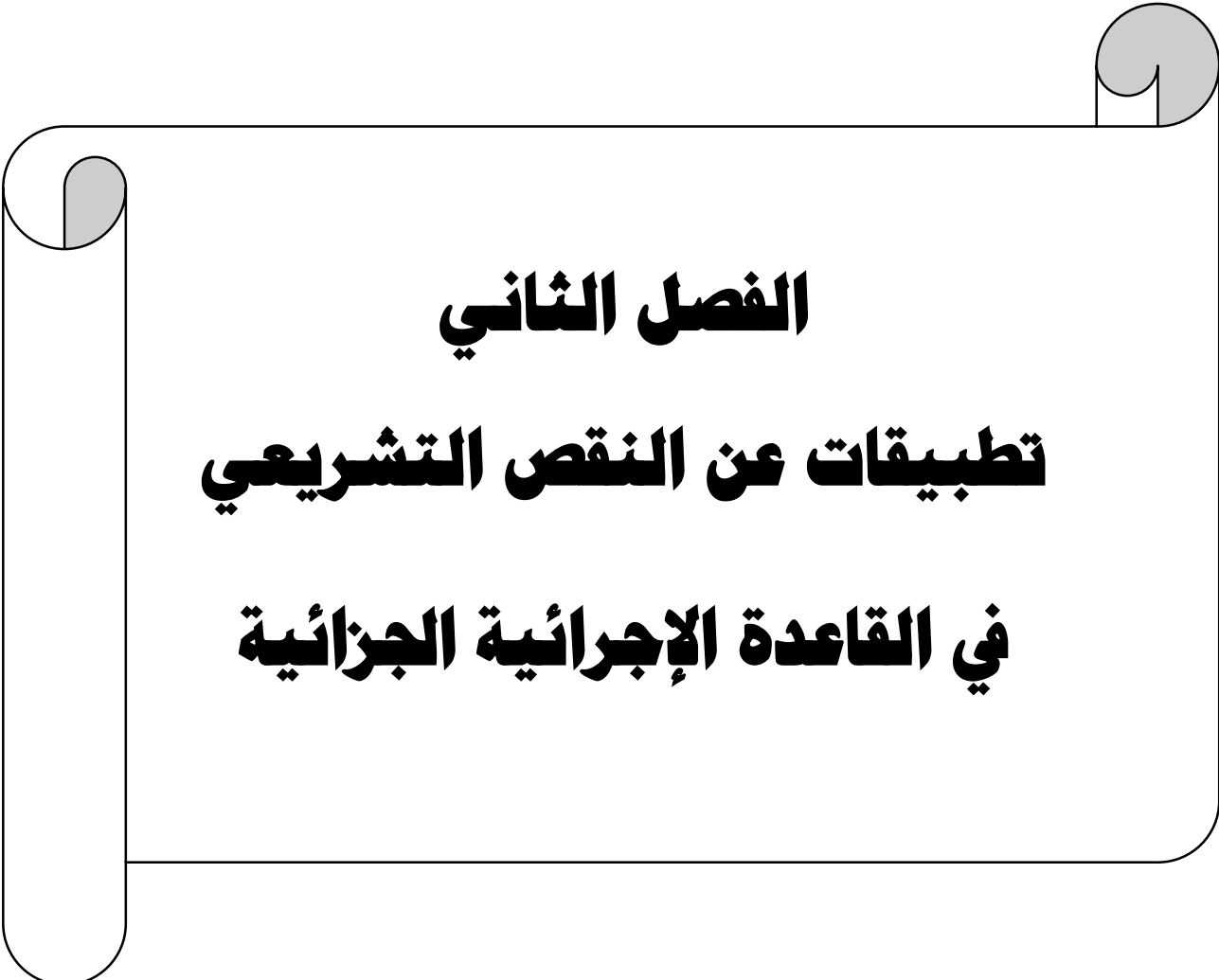
استناداً إلى ما سبق هناك فرق بين "حق الدولة بالعقاب" وهو حق موضوعي مضمونه تمكين الدولة من تنفيذ الآثار القانونية التي يرتبها قانون العقوبات على عاتق من يرتكب الجريمة، وبين "الحق في الدعوى" كحق إجرائي مضمونه تمكين الدولة من الالتجاء للقضاء للحصول على حكم يثبت أو ينفي وجود حقها الموضوعي في عقاب من اتهمته بارتكاب الجريمة، فإذا حدث اعتداء على الحق المكفول بحماية التشريع الجزائي نشأ هذا الاعتداء حق آخر وهو الحق في العقاب، طرفاه الدولة والجاني، والتطور العقابي قد انتهى إلى رفض فكرة اقتضاء الشخص حقه بنفسه وإناطة هذا الاقتضاء بالدولة، وأن حق الدولة في العقاب يتحلل إلى عنصرين الحق في الحكم بالعقوبة والحق في تنفيذها^(١)، وبين هذا الحق وذاك هناك إجراءات مهمة تمس الصالح العام لذا لا يجوز أن يتم التصرف بها من قبل أي جهة إلا وفق ما ينص عليه القانون.

ومن خلال ما تقدم يتبين لنا عند تطبيق موضوع النقص التشريعي على المصلحة العامة في القاعدة الإجرائية الجزائية نجد أن أي نقص أو قصور تتعرض له هذه القاعدة، سوف يمس بالدرجة الأساس المصلحة العامة، لأنه حتى لو وجد نص يعاقب على فعل معين ضمن إطار قانون العقوبات، إلا أن عدم وجود قاعدة إجرائية جزائية سواء كانت تتعلق بالتحري أو التحقيق أو المحاكمة ستعتبر بمثابة ثغرات فيها، يستغلها من له مصلحة من الإفلات من العقاب عن طريق غفلة أو سهو أو تباطؤ من المشرع حيال إجراء جزائي لم يعالج أو جاءت معالجته منقوصة.

ومن جانب آخر إن القاعدة الإجرائية الجزائية تنشئ عدة روابط قانونية بين عدة أطراف، منها رابطة بين الدولة كسلطة قانونية والمخاطب بالقاعدة الإجرائية الجزائية، ورابطة بين الدولة وبين صاحب المصلحة المحمية جزائياً، ورابطة ثالثة بين المخاطب بالقاعدة وصاحب المصلحة المذكور، فعند قيام التعارض بين مصلحتين سيؤدي إلى أن تغليب أحدها سواء المصلحة الخاصة للأفراد أو المصلحة العامة، وليس للمشرع أن يُعلق إحدى المصلحتين وينزع الحماية عنها ويرجح الأخرى ويحميها، أو أن يضع المصلحتين في نفس مستوى الحماية بالشكل الذي يجعل مطبق القانون في حيرة من أمره، لكن في سبيل الوصول لحسم هذا التعارض لا بد أن يتجه المشرع إلى أن يوازن بين المصلحتين مع ترجيح المصلحة الأجدر بالحماية، واغلب الأحيان يكون الدور البارز في تطبيق ذلك للقاضي الجزائي وفقاً لمعطيات القضية المعروضة أمامه.

(١) د. جمال شديد علي الخرباوي، حق المجني عليه في التنازل عن الدعوى الجنائية، المصدر السابق، ص ٢٥٨-٢٥٩.

وأخيراً يتضح لنا أن القاعدة الإجرائية تعكس السياسة الإجرائية التي يتبناها المجتمع الذي تطبق فيه، وهذه السياسة هي المسؤولة عن مواجهة العصيان أو التمرد الفردي في حال عدم الرضوخ للإجراءات الجزائية في ضوء الضمانات الأساسية التي يضعها المشرع، وبهذا تتحقق الأهداف من خلال سن قوانين منظمة بشكل متقن والتطبيق السليم لها، إلا أنّ إي نقص قد يعترى القواعد الإجرائية الجزائية سوف يعطي صوره مشوهة عن النظام القانوني السائد في الدولة المعنية، لذا لا بد للمشرع أن يولي اهتماماً كبيراً بقانون الإجراءات الجزائية لكونه يضمن التطبيق الفعلي لقانون العقوبات، ومن جهة أخرى فإنّ هذا النقص قد يمس حقوق وحرّيات الأفراد التي لها أساس دستوري يترتب على مخالفتها انتهاك صريح لأهم المبادئ التي أشار إليها.



الفصل الثاني
تطبيقات عن النقص التشريعي
في القاعدة الإجرائية الجزائية

الفصل الثاني

تطبيقات عن النقص التشريعي في القاعدة الإجرائية الجزائية

نظراً لأهمية التشريعات الجزائية عموماً، والقوانين الإجرائية منها على وجه الدقة، فإنّ الحديث عن النقص في القاعدة الإجرائية الجزائية بات ضرورياً في ظل التطورات المتسارعة للحياة، وبطبيعة الحال ما من تشريع إلا ويسجل عليه قصور أو نقص، أما بسبب إغفال بعض المسائل من قبل القائمين عليه أو نتيجة لظهور أمور مستجدة بعد ذلك، ولا ننسى أن المشرّع سواء كان فرداً أو لجنة فهو إنسان والنقص من طبيعة البشر^(١).

وسوف نقتصر على بعض تطبيقات النقص التشريعي في القاعدة الإجرائية الجزائية، ومنها الحديث عن نظام الجزاء في ميدان القاعدة الإجرائية، وهذا الجانب ينطلق من فرضية قائمة على وجود نقص حقيقي في نظر المشرّع لقواعد وأسس هذا النظام، وكذلك الحديث عن الإشكالات الإجرائية التي تثيرها الجريمة المعلوماتية التي تتخطى آثارها حدود الدولة، ومن ثم أفرزت جملة من التحديات القانونية على الصعيد الإجرائي، كصعوبة إثباتها باعتبار إن مثل هكذا جرائم لا تترك أثراً مادياً، فضلاً عن العقوبات التي تواجه الأجهزة القضائية والأمنية.

وللوقوف على جوانب هذا الموضوع ارتأينا أن نتحدث عنه في مبحثين من هذا الفصل، نتطرق في المبحث الأول إلى النقص التشريعي في الجزاءات الإجرائية، في حين سنتناول في المبحث الثاني النقص التشريعي في الجانب الإجرائي للجريمة المعلوماتية.

(١) شامل حافظ شنان الموسوي، تعديل الدستور وأثره على نظام الحكم في الدولة، ط١، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، ٢٠١٧، ص٤٦.

المبحث الأول

النقص التشريعي في الجزاءات الإجرائية

إنَّ المشرِّعَ عندما تطلب أشكالاً معينة في الأعمال الإجرائية المكونة للخصومة، أراد أن يضبط المسار الذي تسير فيه الخصومة الجزائية بالنسبة لكافة أطرافها، على نحو يحول دون تحكم أحدهم أو انحرافه عنها، مما يجعلها قادرة على تحقيق أهدافها المرسومة لها، فضلاً عن هذه الأشكال هي وسيلة لتحقيق غاية، فهي تعمل على ضبط إجراءات الخصومة بدون تأثير من أطرافها بحيث تصل إلى النهاية الطبيعية والتمثلة في صدور الحكم الحاسم للنزاع في موضوعها، فالعمل الإجرائي يستلزم ضرورة استيفائه لمقتضيات معينة تلزم لوجود العمل وصحته، ومن ثم ترتيب الآثار القانونية عليه، وهذا بدوره يهدف إلى تحقيق ضمانات التقاضي وحسن سير القضاء وأدائه لوظيفته المتمثلة في تحقيق العدالة المنشودة، حفاظاً على النظام القانوني برمته من ناحية، وحفاظاً على مصالح أطراف النزاع من ناحية أخرى^(١).

وانطلاقاً مما تقدم، أن المشرِّعَ لم يكتفِ بوضع الضمانات السابقة وإنما قام بوضع مجموعة من الجزاءات التي تكفل احترام الإجراءات والضمانات التي تقررها على أرض الواقع، وهذه الجزاءات هي البطلان والإنعدام والسقوط وعدم القبول، فإذا تبين أن هناك عيباً أصاب العمل الإجرائي وقرر القضاء فرض إحدى الجزاءات الإجرائية، الذي يعمل كعلاج فعال للعيوب التي تصيب الأعمال الإجرائية هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى قد يترتب على الجزاءات الإجرائية نشوء مسؤولية الشخص الإجرائي عن العيوب الإجرائية التي استوجبت فرض هذه الجزاءات^(٢).

كما أن الشرعية الإجرائية تقتضي معاملة المتهم على أساس أنه بريء، فضلاً عن الضمانات التي من شأنها المحافظة على حقوق المتهم، وهنا يأتي دور الجزاءات الإجرائية كعلاج للعيوب الذي يصيب الإجراء، فالجزاء الإجرائي وسيلة لرقابة القضاء على الشرعية الإجرائية، ويتخذ الجزاء الإجرائي

(١) د. محمد يحيى أحمد عطيه، العيب الإجرائي وأثره على صحة إجراءات الخصومة القضائية "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، جامعة الأزهر، المجلد (٣٤)، العدد (٣٤)، ٢٠١٨، ص ٥٨٩.

(٢) د. وعدي سليمان علي المزوري، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية "الجزاءات الإجرائية"، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص ٢٤٣.

في هذا المجال صورتين هما البطلان والإنعدام، كما أنه يختلف عن الجزاءات الأخرى كونه يعدم أثر أي إجراء مخالف للشرعية الإجرائية^(١).

ولأهمية وخطورة هذا الموضوع سنقتصر في هذا المبحث بحث جزاء البطلان والإنعدام، لكون المشرع العراقي لم يعالج هذه الجزاءات بشكل كافٍ، لذا سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتطرق في المطلب الأول إلى البطلان، أمّا المطلب الثاني سنتطرق إلى الإنعدام.

المطلب الأول

البطلان في الإجراءات الجزائية

أن الخوض في موضوع البطلان كجزء إجرائي، يتطلب التطرق إلى مفهوم البطلان في الفرع الأول من هذا المطلب، أمّا الفرع الثاني سنتناول فيه تطبيق من تطبيقات البطلان وهو بطلان إجراءات الشهادة.

الفرع الأول

مفهوم البطلان في الإجراءات الجزائية وأنواعه

أن لجزاء البطلان أهمية بالغة في مختلف النظم القانونية وبالأخص في نطاق الإجراءات الجزائية، حيث يسعى هذا الجزاء إلى ضمان احترام القواعد الإجرائية من خلال إصابة الجزاء المخالف لنموذج القاعدة الإجرائية بالعيب الذي يؤثر فيه ويجعله غير قادر على إنتاج آثاره^(٢)، ولأهمية هذا الموضوع لابد من تعريف البطلان وبيان أنواعه أولاً، ومن ثم التطرق إلى مذاهب البطلان ونوضح موقف المشرع العراقي منها.

أولاً: تعريف البطلان:

قد تنوعت آراء الفقه في وضع مفهوم محدد للبطلان، فعرفه بعضهم بأنه (تكليف قانوني لعمل يخالف نمودجه القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يرتبها عليه القانون إذا كان كاملاً)^(٣).

(١) د. وعدي سليمان علي المزوري، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، المصدر السابق، ص ٦١.

(٢) د. حسين عبد القادر معروف، بطلان التبليغات القضائية في قانون المرافعات المدنية العراقي، بحث منشور في مجلة الخليج العربي، المجلد (٣٧)، العدد (٣-٤)، ٢٠٠٩، ص ٦٨.

(٣) د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط ٢، منشورات الحلبي الحقوقية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٨.

في حين يُعرّفه بعضهم بأنه (جزء إجرائي يرد على العمل المخالف لبعض القواعد الإجرائية فيهدر آثاره القانونية)^(١).

بينما يرى آخرون بأنه (وصف يلحق تصرفاً قانونياً معيباً لنتشأته مخالفاً لقاعدة قانونية تؤدي إلى عدم نفوذه وعدم ترتيب آثاره)^(٢).

أنّ الملاحظ لهذه التعريفات السابقة التي أوردها الفقه قد اختلفت في تسمية البطلان، سواء كان جزءاً أو تكييفاً قانونياً أو وصفاً، إلا أن المضمون الذي يركز عليه بالدرجة الأساس هو وجود عيب (عدم تطابق الإجراء المتخذ مع نموذج القانوني) وهذا العيب مهما كانت طبيعته يؤدي إلى عدم ترتيب الآثار القانونية للإجراء المتخذ.

إلا أن هناك جانباً من الفقه يرى (أنّ ابطال أي عمل إجرائي لمخالفته الشروط القانونية وأياً كانت نوع المخالفة، فإنّ ذلك مدعاة للمغالاة في الشكلية وهو أمر ترفضه العدالة وحسن سير الخصومة)، وبالمقابل لا يمكن الاستغناء عن هكذا جزاءات ضرورية لتنفيذ ما أمر به المشرع حيث يؤدي إلى وضع عقبات تقف حائلاً أمام السير الطبيعي للعمل الإجرائي^(٣)، لذا جاء هذا الاتجاه بتعريف أكثر تحديداً، عندما اشترط أن يكون الإجراء المخالف جوهرياً، وهذا الشرط ضروري لأن الإجراء لو لم يكن جوهرياً لما ترتب البطلان، ويذهب في تعريف البطلان بأنه (جزء إجرائي يستهدف كل عمل إجرائي لا يتوافر فيه عنصر أو أكثر من العناصر الجوهرية التي يستلزمها فيه، تترتب عليه عدم انتاجه الآثار القانونية التي ترتبها القاعدة الإجرائية عليه إذا كان كاملاً)^(٤).

مما تقدم يتضح أن المحور الذي يدور عليه البطلان وجوداً أو عدماً هو أن يكون الإجراء المخالف جوهرياً^(٥)، وهذا ما عبر عنه قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي الجديد بالقواعد الجوهرية

(١) د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٣٦٧.

(٢) جميل الشراوي، بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٥٦، ص ١٤٠.

(٣) د. أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، ط ٣، مكتبة مكاوي، بيروت، ١٩٧٩، ص ٤٤٧.

(٤) د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، النظرية العامة في الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١٤٣.

(٥) قد سكتت غالبية التشريعات عن تحديد المقصود بالشكل الجوهري، وتركت العبء على عاتق الفقه والقضاء الذي يبذل جهداً في محاولة الوصول إلى معيار للتمييز بين الأشكال الجوهرية وغير الجوهرية، إلا أن أغلبية الفقه يأخذ بمعيار تخلف الغاية من الشكل للتمييز بينهما، وذهبت محكمة النقض المصرية في عام ١٩٥٢ في تحديد جوهرية =

وخاصة فيما يتعلق بحقوق الدفاع في المادة (١٧١)^(١) وهذا ما نص عليه أيضاً المشرع المصري في قانون الإجراءات الجنائية رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل عندما رتب البطلان على عدم مراعاة احكام القانون المتعلقة بأي إجراء جوهري^(٢)، أمّا المشرع العراقي فلم ينص في قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل على بطلان الإجراء الجوهري المخالف لنصوصه بصورة مباشرة وإنما ذكر عبارة خطأ جوهري في الإجراءات الأصولية فيكون للإدعاء العام والخصوم الحق بالطعن أمام محكمة التمييز الاتحادية، وسوف نتناول ذلك بشيء من التفصيل لاحقاً^(٣).

ثانياً: أنواع البطلان:

ينقسم البطلان من حيث أسبابه البطلان إلى بطلان شكلي وهو الذي يترتب عند مخالفته الشروط الشكلية لصحة العمل الإجرائي، وبطلان موضوعي هو الذي يترتب على مخالفة الشروط الموضوعية في العمل الإجرائي، أمّا من حيث التمسك بالبطلان وإمكانية تصحيحه، فينقسم إلى بطلان مطلق (بطلان متعلق بالنظام العام)، وبطلان نسبي (بطلان متعلق بمصلحة الخصوم)^(٤)، إلا أن التقسيم المهم للبطلان والذي جرى العمل به في هذا النطاق، هو تقسيمه إلى بطلان مطلق وبطلان نسبي وهو كالتالي:

أ- البطلان المطلق

وهو البطلان الذي يتقرر كجزاء للعمل الإجرائي المخالف للإجراءات الجوهرية التي تحمي المصلحة العامة والمتعلقة بالنظام العام^(٥)، إلا أن فكرة النظام العام لا يمكن حصرها بنص قانوني أو

=الإجراء من عدمه إلى (أن الإجراء يعتبر جوهرياً إذا كان الغرض منه المحافظة على المصلحة العامة أو مصلحة المتهم أو أحد الخصوم، أما إذا كان الغرض من الإجراء ليس إلا إرشاد أو توجيه فلا يكون جوهرياً ولا يترتب على عدم مراعاته البطلان). ينظر: د. فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٣٣.

(١) وجاء أي نص المادة (١٧١) ان (هنالك بطلان عندما يؤدي تجاهل اجراء شكلي أساسي منصوص عليه ... إلى الاضرار بمصالح الطرف المعني)، ينظر:

Loin (93-1013) du 24 aout 1993 modifiant la loi 93-2 du 4 janvier 1993 portant reforme de la code de procedure penale francaise.

(٢) ينظر: نص المادة (٣٣١) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل.

(٣) ينظر: نص المادة (٢٤٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.

(٤) د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٩، ص ١٣٩.

(٥) د. عاصم شكيب صعب، بطلان الحكم الجزائي نظرياً وعملياً (دراسة مقارنة). ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص ١٢٠.

أكثر لكي يتم تحديد حالات البطلان المطلق؛ لأنها فكرة مرنة يصعب على المشرع الإحاطة بجميع حالاتها، فما هو مقرر اليوم من النظام العام، قد لا يكون كذلك في وقت آخر، كما ان هذا النوع من البطلان يثير مشكلة تحديد معيار للنظام العام، إذ على أساس ذلك يمكن القول بأن هذا البطلان مطلق أو نسبي وما يترتب على ذلك من نتائج، وهذا المعيار يترك تحديده للفقهاء والقضاء لأنه يصعب على المشرع أن يحصر جميع المسائل المتعلقة بالنظام العام^(١)، وهذا ما فعله المشرع المصري في قانون الإجراءات الجنائية رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ عندما ذكر حالات البطلان المتعلقة بالنظام العام على سبيل المثال لا الحصر^(٢).

ومن هذه القواعد التي يتقرر البطلان كجزء إجرائي عند مخالفتها هي تلك المتعلقة بتشكيل المحكمة، أو بولايتها بالحكم في الدعوى أو باختصاصها النوعي^(٣)، وأي قواعد وضعت لضمان حسن سير الجهاز القضائي ومنها القواعد التي تنظم تحريك الدعوى الجزائية واستعمالها أو عدم مراعاة الشكل الإجرائي على نحو يهدد حسن سير العدالة (كعدم اجراء المحاكمة العلنية وعدم مراعاة شفوية الإجراءات وعدم تسبب الاحكام) أو إذا كانت المخالفة الإجرائية قد وقعت عند انتهاء العمل الإجرائي لأحد مقوماته (كالمحل والسبب وأطراف الرابطة الإجرائية)^(٤)، كما يتميز البطلان المطلق بعدة خصائص منها:

- ١- يجوز التمسك به في كل طور من أطوار المحاكمة، وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى طلب من الخصوم.
- ٢- يجوز التمسك به أو الدفع من قبل أي خصم دون اشتراط قيام المصلحة كأساس للدفع، بمعنى أنه يجوز للخصم الدفع به وإن لم تكن له مصلحة مباشرة من تقرير البطلان.

(١) د. وعدي سليمان علي المزوري، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، المصدر السابق، ص ١٥٩.

(٢) ينظر: نص المادة (٣٣٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل والتي جاء فيها: (إذا كان البطلان راجعاً لعدم مراعاة احكام القانون المتعلقة بتشكيل المحكمة أو بولايتها بالحكم في الدعوى أو باختصاصها من حيث نوع الجريمة المعروضة عليها أو بغير ذلك مما هو متعلق بالنظام العام، جاز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى، وتقضي به المحكمة ولو بغير طلب).

(٣) د. إيهاب عبد المطلب، الموسوعة الجنائية الحديثة في جرائم المخدرات (الدفع في جرائم المخدرات)، ط ١، المركز القومي للإجراءات القانونية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٤٢٢.

(٤) د. عاصم شكيب، بطلان الحكم الجزائي نظرياً وعملياً، المصدر السابق، ص ١٢١.

٣- عدم قابليته للتصحيح عن طريق رضا الخصم الصريح أو الضمني بالإجراء الباطل، غير أنّ البطلان المطلق رغم ذلك يصحح إذا كان الإجراء الباطل قد حقق الغرض المقصود منه رغم عدم مراعاة أحكامه.

٤- لا يجوز الدفع بالبطلان المطلق إذا كان سبب البطلان راجعاً إلى خطأ الخصم أو كان قد ساهم فيه^(١).

ب- **البطلان النسبي**: هو البطلان الذي لا يتعلق بالنظام العام ويقرره القضاء لمصلحة الخصم اذا تمسك به من شرع لمصلحته في حال وجود عيب في تطبيق إجراء ما لا يمس النظام العام، انما يتعلق بمصلحة الخصوم الذين تمسكوا به، لان المعيار المعتمد عليه في تحديد البطلان النسبي عندما ينال الإجراء المخالف مصلحة يقرر القضاء انها ذات أهمية أقل، من أن تبرر الحكم بالبطلان المطلق^(٢).

ومن الدول المقارنة التي نصت على البطلان النسبي غير المشرّع المصري^(٣)، هو قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠١ حيث ذهب إلى أنّه باستثناء الحالات التي يتعلق منها البطلان بالنظام العام، لا يجوز الدفع بالبطلان إلا ممن شرع لمصلحته ما لم يكن قد تسبب فيه أو تنازل عنه صراحة أو ضمناً^(٤)، هناك عدة خصائص يتميز بها البطلان النسبي عن البطلان المطلق وهي:

١- لا يجوز اثاره البطلان النسبي الا ممن أضر العمل الإجرائي المخالف بمصلحته، بشرط أن لا يكون متسبباً في حدوثه.

٢- الدفع والتمسك به امام محكمة الموضوع، ولا يجوز إثارته أمام محكمة التمييز الاتحادية لأول مرة.

(١) د. عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٠، ص ٤٠.

(٢) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٣٥٠.

(٣) حيث نص المشرّع المصري على البطلان النسبي في قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل، وجاء في نص المادة (٣٣٣) بما يلي (في غير الأحوال المشار إليها في المادة السابقة (٣٣٢) يسقط الحق في الدفع ببطلان الإجراءات الخاصة لجمع الاستدلالات او التحقيق الابتدائي او التحقيق بالجلسة. اما في المخالفات فيعتبر الإجراء صحيحاً، اذا لم يعترض عليه المتهم ولو لم يحضر معه محام في الجلسة، كذلك يسقط حق الدفع بالبطلان بالنسبة للنيابة العامة اذا لم تتمسك به في حينه)، ولا بد من الإشارة ان هذا القانون قد اعتنق مذهب البطلان المختلط أي نص على البطلان القانوني في المادة (٣١٢، ٣٣٢)، ومن جهة أخرى قد نص على مذهب البطلان الذاتي في المادة (٣٣١) المتعلق بترتب البطلان عند عدم مراعاة احكام القانون المتعلقة بأي اجراء جوهري.

(٤) ينظر: نص المادة (٤٧٦) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠١.

٣- إن البطلان النسبي يندثر بعدم التمسك به فيصبح الإجراء الباطل صحيحاً لا معقب عليه، إذ ليس على المحكمة ان تراعي البطلان من تلقاء نفسها (وان كان يجوز لها ذلك)^(١).

٤- البطلان النسبي يجوز تصحيحه ويكون ذلك بطريقتين: الأولى: هو القبول الصريح أو الضمني بالإجراء المخالف من قبل من تقرر البطلان لمصلحته. أمّا الطريقة الثانية هو تحقيق الغرض من الإجراء الباطل^(٢).

ثالثاً: مذاهب البطلان

اختلفت القوانين الإجرائية في كل دولة من حيث الاخذ بمذاهب البطلان على الرغم من تنوعها الا أن هذه المذاهب تنطلق من نظريتين: أحدهما مبنية ومؤسسة على أهمية النصوص القانونية التي وضعها المشرع والواجب احترامها، والأخرى ترى أن الاسراف في تقرير البطلان له اضرار كبيرة على فاعلية العدالة الجنائية، وبالتالي لا بد من تقييد حالات البطلان فيما قصده المشرع من اعمال إجرائية جوهرية، بالإضافة إلى مذهب البطلان الشكلي الذي ساد في القوانين القديمة، لذا فإن هذه المذاهب تعطي طابعاً تاريخياً متسلسلاً تعبر عن الفلسفة التشريعية لكل دولة^(٣)، ويكاد يستقر الفقه الإجرائي على ثلاثة مذاهب رئيسية وهي:

١- **مذهب البطلان الشكلي**: وهو المذهب الذي يرتب جزاء البطلان على كل عيب شكلي يشوب الإجراءات ولو كان تافهاً، فالخطأ البسيط في كلمة معينة أو إشارة واجبة قانوناً يؤدي إلى خسارة الدعوى^(٤)، وهذا المذهب كان شائعاً في الشرائع القديمة كالقانون الروماني وفي عصور الاقطاع حيث تخضع الإجراءات لشروط واشكال معينة تؤدي مخالفتها إلى التأثير على موضوع الدعوى^(٥)، ويؤخذ على هذا المذهب المبالغة بالشكليات مما يؤدي إلى التعقيد وضياح الحقوق والوقت وتفضيل الشكل على الموضوع^(٦).

(١) د. رمسيس بنهام، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، المصدر السابق، ص ٧٧-٧٨.

(٢) د. عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، المصدر السابق، ص ٤١-٤٢.

(٣) د. عويد مهدي، نظرية البطلان في نظام الإجراءات الجزائية السعودي (دراسة مقارنة)، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٣، ص ١٥٣.

(٤) د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، دار المعارف، مصر، ١٩٥٦، ص ٣٦٢.

(٥) د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٤٢٠.

(٦) فرج علواني هليل، الدفوع في المواد المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٢٩٢.

٢- مذهب البطلان القانوني: بمقتضى هذه النظرية أن البطلان لا يترتب إلا بنص صريح في القانون، أي ان المشرّع قد حدد على سبيل الحصر حالات البطلان، ففي حال توفر حالة من هذه الحالات المحددة، وجب على القاضي تقرير البطلان^(١)، بمفهوم المخالفة، فإنّ عدم تقرير المشرّع جزء للبطلان يعتبر الإجراء المتخذ صحيحاً، حتى لو لم يتم إنجازه ضمن ما حدده القانون، فالمشرّع وحده صاحب السلطة في فرض الجزاء بهذا الشأن، فلا يملك القاضي أن يقضي بالبطلان ما دام المشرّع لم ينص عليه، كما لا يملك عدم القضاء به عند النص، وما يعيب هذا المذهب انه يقوم على تنبؤ المشرّع سلفاً بأحوال البطلان، مع أنّه من المعتذر أن يوفق المشرّع في تحديد أحوال البطلان في قائمة جامعة خالية من الافراط^(٢).

ومن القوانين التي اخذت بمذهب البطلان القانوني هو القانون الإيطالي^(٣)، حيث نص صراحة في المادة (١٨٤) من قانون الإجراءات الجنائية الإيطالية (لا يترتب البطلان على مخالفة الاشكال المقررة للأعمال الإجرائية الا في الحالات التي ينص عليها القانون صراحة)، كما أن المشرّع الإيطالي قد اخذ بهذا المذهب حتى بعد تعديل قانون الإجراءات الجنائية في عام ١٩٨٨، حيث نص على الحالات التي يترتب فيها البطلان دائماً^(٤)، كما أنّه نص على عدم جواز تصحيح البطلان الذي ينص عليه في هذه المادة، ويجب أن يحكم به القاضي في أي مرحلة من مراحل المحاكمة^(٥).

٣- مذهب البطلان الذاتي: جوهر هذا المذهب يقوم على أساس إعطاء القاضي سلطة تقديرية له في تحديد الحالات التي يترتب عليها جزاء البطلان في حال مخالفتها^(٦)، ولا يشترط أن ينص على

(١) الياس ابو عيد، أصول المحاكمات الجزائية بين النص والاجتهاد والفقہ (دراسة مقارنة)، ج٢، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٣، ص٤٨٦.

(٢) جواد الرهيمي، احكام البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية، المصدر السابق، ص٤٦.

(٣) ضو القابسي، البطلان والفسخ والسقوط والإنعدام، مجمع الأطرش للنشر والتوزيع، تونس، ٢٠١٧، ص٢٠٥.

(٤) حيث نصت المادة (١٨٥) من قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي على: (يترتب البطلان عند عدم احترام النصوص المتعلقة بالحالات الاتية: ١- تعيين القاضي وشروط اهليته التي تنص عليها قوانين التنظيم القضائي والعدد اللازم لتشكيل الدوائر القضائية. ٢- تدخل النيابة العامة في استعمال الدعوى الجنائية واشتراكها في الخصومة وفي كل عمل يوجب القانون اشتراكها. ٣- تدخل المتهم ومساعديه وممثليه في الحالات التي ينص عليها القانون). ينظر: جواد الرهيمي، البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية، المصدر السابق، ص٤٨.

(٥) د. عاصم شكيب صعب، بطلان الحكم الجزائي نظرياً وعملياً، المصدر السابق، ص٧٠-٧١.

(٦) عبد الحكم فودة، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٠، ص١٠٧.

البطلان صراحة بل يكفي لذلك أن يضع المشرع قاعدة عامة تنص عليه كجزء للإجراء المخالف لقاعدة جوهرية^(١)، إذاً فالمعول الأساسي يقوم على أساس التفرقة بين ما هو جوهرى وغير جوهرى من القواعد الإجرائية الجزائية للحكم بالبطلان.

حيث يعتمد هذا المذهب بالدرجة الأساس على حكمة القاضي وفطنته، باعتبار انه اقرب إلى الحياة العلمية من المشرع واقدر على جعل الجزاء يناسب كل حالة، إلا أن ما يؤخذ على هذا المذهب أنه يعطي سلطة واسعة قد يساء استخدامها، ولكن هذا الاحتمال يمكن تلافيه بتوخي الحذر والحيطه في اختيار القضاة، فضلاً عن طرق الطعن في احكامهم وهو ما يحد من إساءة استعمال السلطة المخولة للقضاة^(٢).

من القوانين الإجرائية المقارنة التي اخذت بهذا المذهب قانون المرافعات الجنائية التونسي رقم (٢٣) لسنة ١٩٦٨ المعدل الذي نص في القسم العاشر تحت عنوان (في المبطلات) على أن تبطل كل الاعمال والاحكام المنافية للنصوص المتعلقة بالنظام العام أو للقواعد الإجرائية الأساسية أو لمصلحة المتهم الشرعية، والحكم الذي يصدر بالبطلان يعين نطاق مرماه^(٣)، من خلال النص المتقدم ذكره فإن المشرع التونسي قد وضع معياراً عاماً يحدد بموجبه الإجراء الجوهرى المتعلق بالنظام العام أو القواعد الجوهرية التي تحمي مصالح المتهم الشرعية، وبموجب ذلك يكون للقاضي السلطة التقديرية في تقدير تلك الإجراءات وفق المعيار المحدد.

كما يجدر الإشارة إلى أن بعض القوانين قد تبنت المذهب المختلط للبطلان، أي أنها قد أخذت بالمذهب القانوني حيث نصت على حالات معينة للبطلان، وفي نفس الوقت قد أعطت هذه القوانين سلطة تقديرية للقاضي في تحديد الإجراءات الجوهرية التي يترتب على مخالفتها البطلان، ومن هذه القوانين قانون الإجراءات الجزائية الجزائري حيث نص على بطلان إجراءات التحقيق في القسم العاشر من الفصل الأول للباب الثالث، وقد اخذ هذا القانون بمذهب البطلان المختلط، حيث أشار للبطلان القانوني ونص عليه صراحة في حالات وهي نص المادة (٤٨) من هذا القانون الذي جاء فيه على ترتيب البطلان اذا لم تراخ الاحكام الخاصة بالتفتيش، حيث أشار القانون إلى وجوب إجراء التفتيش

(١) عبد الحميد حميد الزرقة، قواعد البطلان بين النص والتطبيق، ط١، مكتب النيابة العامة، صنعاء، ٢٠٠٧، ص٦.

(٢) د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المصدر السابق، ص٢١٧.

(٣) ينظر: نص المادة (١٩٩) من قانون المرافعات الجنائية التونسي رقم (٢٣) لسنة ١٩٦٨ المعدل.

بحضور صاحب السكن أو من ينوب عنه أو بحضور شاهدين^(١)، كذلك يرتب البطلان عند عدم مراعاة ميعاد التفتيش الذي يوجب القانون أن يكون بين الساعة الخامسة صباحاً والساعة الثامنة مساءً^(٢).

كما نصت المادة (١٥٧) من هذا القانون على ترتيب البطلان إذ لم تراعى الاحكام المتعلقة بمصلحة المتهم وهي احاطة المتهم بالتهمة الموجهة اليه، ويجب تنبيهه عند سماعه لأول مرة بأن له الحرية بالكلام وله الحق بعد الادلاء بأي معلومة (حق الصمت)، وابلاغه بأن له الحق في اختيار محام^(٣)، ويزترتب البطلان عند عدم مراعاة الاحكام المقررة لمصلحة المدعي المدني وهي سماع المدعي المدني بحضور محاميه أو بعد دعوته قانوناً أن يتم استدعاء المحامي بكتاب يرسل اليه قبل الموعد المحدد لسماع المدعي المدني بيومين على الأكثر ووجوب وضع ملف الإجراءات تحت طلب محامي المدعي بأربع وعشرين ساعة قبل كل استجواب^(٤).

أما موقف المشرع العراقي من البطلان كجزء إجرائي فإنه لم يتطرق إلى نظرية متكاملة حول البطلان في كافة القوانين الإجرائية السابقة والحالية، ومن ضمنها قانون أصول المحاكمات الجزائية الحالي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل، الذي لم يتضمن نصاً يوحي بأن المشرع العراقي قد تبنى أحد مذاهب البطلان، على الرغم من أهمية البطلان ودوره في حماية الشرعية الإجرائية سواء كان ذلك للمصلحة العامة أو مصلحة المتهم أو مصلحة الخصوم.

لذا فإن هذا الموضوع كان محل خلاف بين الفقهاء، حيث يرى جانب من الفقه أن المشرع العراقي قد اخذ بمذهب البطلان الذاتي، أي أنه قد ترك تقدير جوهرية الإجراءات من عدمها إلى سلطة القاضي، وترتب جزاء البطلان في حال عدم مراعاة أحد الإجراءات الجوهرية، وقد استندوا في ذلك إلى نص المادة (٢٤٩/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل، وقد جاء فيها (لكل من الإدعاء العام والمتهم والمشتكي والمدعي المدني والمسؤول مدنياً ان يطعن لدى محكمة التمييز الاتحادية في الأحكام والقرارات والتدابير الصادرة من محكمة الجرح أو محكمة

(١) ينظر: نص المادة (٤٥) من قانون الإجراءات الجنائية الجزائري رقم (٦٦ - ١٥٥) المؤرخ في ٨ يونيو ١٩٦٦ المعدل والمتمم.

(٢) ينظر: نص المادة (٤٧) من قانون الإجراءات الجنائية الجزائري.

(٣) ينظر: نص المادة (١٠٠) من قانون الإجراءات الجنائية الجزائري.

(٤) ينظر: نص المادة (١٠٥) من قانون الإجراءات الجنائية الجزائري.

الجنایات في جنحة أو جنایة اذا 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) وبناءً على عبارة (خطأ جوهري في الإجراءات) فقد رأى هذا الاتجاه أن المشرع العراقي قد أخذ بمذهب البطلان الذاتي، إذ لا يمكن أن يتصور عدم وجود جزاء إجرائي على مخالفة القواعد الأساسية^(١)، أمّا الاتجاه الآخر فقد ذهب أن المشرع العراقي أخذ أيضاً بنظرية البطلان القانوني قد استندوا في ذلك على ان هناك حالات محددة قد نظمها المشرع بشكل يوحي أو تدل على البطلان باستخدامه عبارات النهي^(٢).

إلا ان من وجهة نظر الباحث ان نص المادة (٢٤٩/أ) لا يمكن الاستناد عليها لتقرير توجه المشرع العراقي بتبني أحد مذاهب البطلان، لأننا لو قلنا بأنه تبنى مذهب البطلان الذاتي فإن المشرع العراقي لم ينص بصورة صريحة على ترتيب البطلان كجزاء لعدم مراعاة أحد الإجراءات الجوهرية، ومن جهة أخرى أن المشرع جعل سلطة النظر في البطلان بيد محكمة التمييز الاتحادية حصراً، في حين أن ما جرى العمل عليه في الدول المقارنة التي تأخذ بمذهب البطلان الذاتي أن تضع نصاً فيه قاعدة عامة ترتب البطلان عند عدم مراعاة الإجراءات الجوهرية ولا تحدد بالعادة المحكمة المختصة بنظر البطلان لان ذلك راجع لسلطة القاضي التقديرية حسب نوع البطلان سواء كان بطلاناً مطلقاً أو نسبياً، بينما قد جعل المشرع في هذه المادة سلطة النظر في البطلان من اختصاص محكمة التمييز الاتحادية، على الرغم أن البطلان النسبي لا بد من الدفع به أمام محكمة الموضوع، ولا يجوز التمسك به أو إثارته امام محكمة التمييز الاتحادية لأول مرة، ولو قلنا بما ذهبت اليه المادة (٢٤٩/أ) وهو أن يتم الطعن أمام محكمة التمييز الاتحادية حصراً، فما مدى صحة القرارات التي تصدرها محكمة الموضوع سواء بالإدانة أو البراءة إذا تم الدفع أمامها ببطلان إجراء من إجراءات التحقيق؟ جواباً على هذا السؤال فإن محكمة الموضوع ملزمة أن تثبت بهذا الطلب لأنها لا تستطيع أن تصدر حكماً في الدعوى سواء بالإدانة أو البراءة ما لم تقرر بطلان أو عدم بطلان هذا الإجراء.

ومن جهة اخرى، قد نصت المادة (٢٤٩/أ) ان لكل من الإدعاء العام والخصوم أن يطعنوا أمام محكمة التمييز الاتحادية، وقد جاءت صياغة هذه المادة بصورة جوازية أي أن لهم حرية الاختيار في تقديم الطعن من عدمه، إلا أنها في الوقت نفسه لم تنص على سلطة المحكمة سواء محكمة

(١) جواد الرهيمي، احكام البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية، المصدر السابق، ص ٥٠.

(٢) د. وعدي سليمان، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، المصدر السابق، ص ١٥٧.

الموضوع أو محكمة التمييز الاتحادية في التدخل من تلقاء نفسها في حال اذا كان البطلان مطلقاً ومتعلقاً بالنظام العام، فكيف يترك تقدير ذلك للدعاء العام والخصوم؟ على الرغم أن الإدعاء العام هو طرف محايد ويسعى إلى تطبيق القانون بالشكل الصحيح سواء كان لمصلحة المتهم أو للمصلحة العامة، إلا أن القواعد العامة للبطلان وبناءً على ما سارت عليه القوانين المقارنة ان المحكمة وحدها من تملك الحق في اثارته إذا كان متعلقاً بالنظام العام.

إلا أن المشرع العراقي بالمقابل قد أشار إلى أنه يجوز لمحكمة التمييز الاتحادية أن تطلب أية دعوى جزائية لتدقيق ما صدر فيها من أحكام وقرارات وتدابير من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الإدعاء العام أو أي ذي علاقة ولها في هذه الحالة السلطات التمييزية المنصوص عليها في القانون، غير أنه ليس لها ان تقرر إعادة أوراق الدعوى لإدانة المتهم أو تشديد العقوبة الا اذا طلبتها خلال (٣٠) يوماً من تاريخ صدور القرار أو الحكم ولها سلطة التدخل التمييزي في الدعاوى التي سبق وإن نظرتها وأصدرت قراراً بالرد شكلاً لعدم تقديمه في مدته القانونية بموجب الفقرة (أ) المادة (٢٥٨)^(١).

إلا أن هذا النص لا يمكن التعويل عليه، والقول بأن المشرع العراقي قد اخذ بمذهب البطلان الذاتي لعدة أسباب وهي ان المشرع لم يحدد الحالات التي تستوجب تدخلها، كما جعلت تدخلها جوازياً أي يرجع ذلك لتقدير محكمة التمييز الاتحادية، وكان في المفترض أن يكون هذا التدخل وجوبياً في حال كان البطلان مطلقاً متعلقاً بالنظام العام، فضلاً عن ان البطلان المطلق تقضي به المحكمة أو القاضي من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى طلب من الخصوم، وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى، وهذا ما قضت به القواعد العامة للبطلان وقوانين الدول المقارنة، ولا يقتصر الطعن به أمام محكمة التمييز الاتحادية فقط كما فصل المشرع العراقي في المادتين (٢٤٩/أ) و (٢٦٤/أ).

أمّا بالنسبة لموقف القضاء العراقي فلم يحدد موقفه من الأخذ بجزاء البطلان من عدمه، حيث يذكر في بعض قراراته كلمة البطلان صراحة في قرار الحكم^(٢)، إلا أنه في أحيان كثيرة ينفذ الإجراء المتخذ في

(١) ينظر: نص المادة (٢٦٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.
(٢) حيث جاء في أحد قراراتها ((بعد التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم في مدته القانونية فنقرر قبوله شكلاً، وعند عطف النظر على القرار المميز المؤرخ ٢٠١٢/٥/٢ تبين انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان الحكم المميز قد شابه عيب البطلان لخلوه من الديباجة التي ينبغي احتوائها على البيانات الجوهرية كإسماء ذوي العلاقة المتهم في الدعوى وصفاتهم وبيان الأوراق التي تليت والطلبات التي قدمت والإجراءات التي تمت وخلاصة القرارات التي صدرت اثناء سر التحقيق والمحاكمة ووصف الجريمة المسندة ومادتها القانونية وزمان ومكان وقوعها وخلاصة=

حال جاء مخالفاً لما حدده القانون، وقد يكون ذلك من باب عدم الخروج عن ما جاء في القانون وهو عدم انتاج الإجراء الجزائي لآثاره التي حددها القانون.

ولابد من الإشارة إلى قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل، باعتباره المرجع لكافة القوانين الإجرائية إذا لم يكن فيها نص يتعارض معه صراحة^(١)، فنجدُهُ قد تطرق إلى جزاء البطلان بصورة موجزة وفي نصوص متفرقة من هذا القانون ولم يحدد الأطر الأساسية لهذا الموضوع^(٢)، لذا كان على المشرع العراقي الالتفات وسد النقص الذي يعتري قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل تنظيم نظرية البطلان بصورة كاملة والاختذ بالمذهب المختلط الذي يجمع بين مذهب البطلان القانوني ومذهب البطلان الذاتي اسوة بالقوانين المقارنة بحيث يتلافى الانتقادات الموجهة إلى كل منها في حال الاختذ بأحدهما.

الفرع الثاني

بطلان إجراءات الشهادة

تؤدي الشهادة دوراً خطيراً في المسائل الجزائية، ولها قوة في الاثبات الجزائي، خاصة اذا لم يضع المشرع قيوداً على الاثبات بالبينة ولم يشترط في الشاهد سوى أن يكون مميزاً كما أنه لم

=طلبات الادعاء وكذلك وكلاء اطراف الدعوى كما أن الحكم المميز قد خلا من الاسباب إذ يجب ان يشتمل كل حكم جزائي على الاسباب التي يبنى عليها... تقرر نقض الحكم المميز واعادة اضبارة الدعوى لمحكمتها لمراعاة ما تقدم وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠١٣/٥/١٩ ينظر: قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم (١٥٧/جنح/٢٠١٣) المؤرخ ٢٠١٣/١١/٢٨ غير منشور.

(١) ينظر: نص المادة (١) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
(٢) والمواد التي نصت على البطلان في قانون المرافعات المدنية العراقية هي: المادة (٢٧) الخاصة ببطلان التبليغ، والمادة (٥٠) التي تقرر البطلان لعريضة الدعوى اذا تعذر تبليغ المدعي لوجود نقص او خطأ في البيانات الواجب ذكرها في العريضة، والمادة (٥٤) الخاصة ببطلان عريضة الدعوى في حال تركها لمدة (١٠) أيام دون مراجعة، والمادة (٧٣) الخاصة بالدفع بالبطلان، والمادة (٧٦) ابطال عريضة الدعوى اذا أقيمت لدى اكثر من محكمة، والمادة (٨٢) تبطل عريضة الدعوى في حال عدم المراجعة من قبل احد الطرفين خلال (١٥) يوم لنهاية الاجل، والمادة (٨٦) الخاصة ببطلان كل الإجراءات التي تحصل اثناء الانتطاع، والمادة (٨٩) في حال تنازل الخصم اثناء الدعوى عن اجراء او ورقة من أوراق الدعوى صراحة اعتبر الإجراء كأنه لم يكن، والمادة (٩٢) يترتب فسخ الحكم او نقضه في حال نظر القاضي الدعوى في الأحوال المذكورة في المادة (٩١)، المادة (١٩٠) الخاصة ببطلان عريضة الدعوى الاستئنافية في حال تركها (٣٠) يوم، المادة (٢٣٧) الخاصة ببطلان الحجز الاحتياطي، المادة (٢٧٣) التي تتعلق ببطلان قرار المحكمين.

يضع نصاباً معيناً للشهادة، لذلك فهي تخضع لسلطة القاضي التقديرية، باعتبارها دليلاً اقناعياً وليس الزامياً للقاضي^(١)، حيث ينظر القاضي لحالة الشاهد النفسية والأدبية ومركزه في الهيئة الاجتماعية وكفاءته الحسية والعقلية وعلاقته بالخصوم، ومدى إمكانية التأثير عليه ولما له مصلحة في أداء الشهادة... الخ^(٢).

لقد نظمت أغلب التشريعات الإجرائية المقارنة احكام الشهادة وحرصت على إجرائها بشروط وإشكال معينة لا بد من مراعاتها، الغاية منها الوصول إلى ضمانات أساسية للشخص ضد التعسف والإساءة بقصد أو بدون قصد، وهذه الضمانات يتطلبها القانون في أي عمل إجرائي تتمثل بالشروط الشكلية والموضوعية للإجراء، إلا ان الملاحظ لهذه التشريعات ومنها قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل لم ترتب البطلان بصورة صريحة عند مخالفة القواعد الخاصة بإجراءات سماع الشهود على الرغم من أهميتها ليست محل شك لارتباطها الوثيق بحقوق الدفاع وهذه الحقوق تعدّ من القواعد الجوهرية التي يترتب على مخالفتها البطلان.

إذاً هناك إجراءات خاصة بسماع الشهود لا بد من مراعاتها باعتبارها إجراءات أساسية لا يمكن اغفالها والا كانت محلاً للبطلان وهي:

١- أن يكون تكليف الشهود بالحضور بواسطة السلطة العامة في الوقت والمكان المحددين للأداء بمعلوماتهم حيث يتم استدعائهم بورقة التكليف بالحضور^(٣)، وأغلب القوانين الإجرائية قد نصت على هذا الامر ومن ضمنها قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠١ والذي جاء فيه (يقوم وكيل النيابة بتكليف الجهات المختصة باستدعاء الشهود بمذكرات دعوة تبلغ إليهم قبل الموعد المحدد لسماع أقوالهم بأربع وعشرين ساعة على الأقل)^(٤).

(١) خالد عبد العظيم أبو غابه، كمال محمد عواد عوض، كرم مصطفى خلف الله، مدى حجية الشهادة والقرائن وضوابط مشروعيتها في الاثبات (دراسة مقارنة بين الأنظمة الإسلامية والأنظمة الوضعية)، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص٦٣.

(٢) د. محمود نجيب حسني، الاختصاص والاثبات في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص١٠٤.

(٣) د. سعد صالح شكصي، سهى حميد سليم، دور الشاهد في حسم الدعوى الجزائية، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العدد (١٣)، ٢٠١٥، ص٣٤٨.

(٤) ينظر: نص المادة (٧٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠١.

في حين جاء النص في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل على أن يتم دعوة الشاهد من قبل القاضي أو المحقق بموجب ورقة التكليف بالحضور حيث يتم تبليغهم بواسطة الشرطة أو أحد المستخدمين في الدائرة التي أصدرتها أو المختار أو أي شخص آخر يكلف بموجب القانون^(١)، بناءً على ما تقدم لا بد أن يكون استدعائهم بواسطة ورقة التكليف بالحضور لكون هذا الإجراء أساسياً لا بد أن يتم بإعلان خاص يؤشر عليه من قلم المحكمة ويتضمن موضوع الشهادة، وهذا ما أكده جانب من الفقه على اعتبار أن الشاهد لا يمكن دعوته ببرقية أو شفاهة وإلا كان التكليف بالحضور باطلاً بطلاناً نسبياً متعلق بمصلحة الخصوم^(٢)، وقد يترتب على ورقة التكليف بالحضور بطلان مطلق في حال صدورها مثلاً من شخص غير مختص قانوناً بإصدارها^(٣).

٢- بطلان الشهادة بدون حلف اليمين حيث يعتبر اليمين ركن من اركان الشهادة من الناحية القانونية^(٤)، باعتبارها ضماناً هامة تقوي الثقة في الشهادة كوسيلة اثبات، كما أنها تعتبر من أهم الشكليات التي تلفت انتباه الشاهد إلى أهمية ما يقوله^(٥)، لأنه يمثل دافعاً دينياً إلى قول الحقيقة، وعلى أساس ذلك يجب أن يتم أداء القسم قبل الشروع في أداء الشهادة، أما إذا تمت الشهادة قبل أداء القسم ثم يطلب بعد ذلك أن يتم أداء القسم، قد يدفعه إلى حلف اليمين كذباً^(٦).

يعتبر حلف اليمين أحد الإجراءات الجوهرية التي تؤدي إلى البطلان في حال مخالفتها، وهذا ما اخذ به المشرع الفرنسي حيث اوجب على الشاهد الذي يمثل امام قاضي التحقيق أداء اليمين، ويقسم على قول الحقيقة كاملة ولا شيء سوى الحقيقة^(٧)، أما التطبيقات القضائية لمحكمة النقض

(١) ينظر: نص المادة (٥٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.

(٢) د. محمد يوسف علام، شهادة الشهود كوسيلة اثبات امام القضاء الإداري بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٢، ص٢٥٤.

(٣) د. احمد حسوني جاسم العيثاوي، التكليف بالحضور (الاستخدام في الدعوى الجزائية)، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٢، ص٤١١.

(٤) سلطان عبد القادر الشاوي، أصول التحقيق الاجرامي، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩، ص٩٩.

(٥) د. محمد يوسف علام، شهادة الشهود كوسيلة اثبات امام القضاء الإداري، المصدر السابق، ص٢٥٦.

(٦) أن تحليف اليمين يميز الشهادة باعتبارها دليل قانوني يتم عن طريق أداء القسم، أما من غير القسم فهي لا تعد الا اجراء من إجراءات الاستدلال التي يقوم بها موظفي الضبط القضائي. ينظر: د. فوزية عبد الستار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبنانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧، ص٤٧١.

(7) Article (103) de la code de procedure penale francais 1993.

الفرنسية، فقد اعتبرت من النظام العام البطان المترتب على مخالفة القاعدة التي تحتم تحليف الشهود اليمين^(١).

أمّا المشرّع العراقي فقد نص في قانون أصول المحاكمات العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل، على تحليف اليمين للشاهد الذي اتم الخامسة عشرة من عمره قبل أداء شهادته، أمّا من لم يتم السن المذكورة فيجوز سماعهم على سبيل الاستدلال من غير يمين^(٢)، إنّ الملاحظ لنصوص هذا القانون لا يجد فيه نصاً يتكلم عن جوهرية حلف اليمين إلاّ أنّ الآثار التي ترتب في حال شهادة الزور أو الامتناع عن أداء الشهادة أو الامتناع بغير عذر مشروع عن حلف اليمين^(٣)، يعاقب كلّ منهم بالحبس أو الغرامة، وقد تصل إلى الحكم بالعقوبة المقررة للجريمة التي تدين بها المتهم في حال ترتب على شهادة الزور الحكم على المتهم^(٤)، بناءً على ذلك يستشف أن حلف اليمين إجراء جوهري، وبالتالي سيؤدي إلى بطلان الشهادة في حال تخلف حلف اليمين.

٣- أنّ أغلب القوانين الإجرائية قد نصت على فئات معينة لا يجوز لها أداء الشهادة، لأنّ أدائها من قبل هذه الفئات يؤدي إلى التعارض بين المصالح في الدعوى، ولقد نصت أغلب القوانين الإجرائية المقارنة على موانع الشهادة، ومنها المشرّع المصري في قانون الإجراءات الجنائية رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل على منع الشهادة بين الأزواج ولو بعد انقضاء الرابطة الزوجية والأصول والفروع كما أنّ المشرّع قد مد المنع إلى الدرجة الثانية من الأقارب ليشمل الأخوة والأخوات^(٥)، إلاّ ان المشرّع العراقي في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل قد نص على منع سماع شهادة أحد الزوجين ضد الزوج الآخر أو شهادة أحد الأصول والفروع على الآخر مع استثناء الحالات التي نص عليها القانون^(٦)، اقتصر على الدرجة الأولى من الأقارب وكان الأجدر أن يمتد المنع للدرجة الثانية حماية للمصلحة العامة.

(١) د. رؤوف عبيد، نظرية المصلحة في الطعن الجنائي (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديد، مصر، ٢٠١٠، ص ٣٧-٣٨.

(٢) ينظر: نص المادة (٦٠/ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.

(٣) ينظر: نص المواد (٢٥١-٢٥٩) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٤) ينظر: نص المادة (٢٥٢) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٥) ينظر: نص المادة (٢٨٦) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل.

(٦) هنالك صورتين فقط أجاز المشرّع العراقي ان يكون الزوج شاهداً على الآخر وهي الشهادة في جريمة الزنا او اذا وقعت جريمة ضد شخص الزوج المشتكي او ماله او ولد احدهما، انظر: نص المادة (٦٨) من قانون أصول=

كما قد يكون مانع أداء الشهادة بموجب القانون، ذلك حيث يقوم الشخص بإفشاء المعلومات التي حصل عليها بواسطة مهنته أو وظيفته، ونص على ذلك أيضاً المشرع المصري حين منع الموظفون والمكلفون بخدمة عامة من الإدلاء بشهاداتهم ولو بعد ترك الوظيفة ما قد وصل اليهم من معلومات الا بأذن السلطة وبطلب من المحكمة^(١)، وهذا ما فعله المشرع العراقي عندما وضع عقوبة الحبس أو الغرامة لكل من علم بسر عن طريق وظيفته أو مهنته أو صناعته أو فنه، بإفشاء في غير الأحوال المصرح بها قانوناً، اما الحالات المصرح بها قانوناً وهي إذا أذن صاحب السر بإفشاءه، أو كان الإفشاء المقصود منه الاخبار عن جنائية أو جنحة أو منع ارتكابها^(٢)، أو في حال إذا أذنت الجهة المختصة بناءً على طلب المحكمة أو أحد الخصوم من الموظف أو المكلف بخدمة عامة بأداء الشهادة حتى ولو تركوا العمل^(٣)

إلا أنّ المشرع المصري قد وسع من هذا المنع ليشمل القضاة وأعضاء النيابة العامة ومساعدتهم من كتاب وخبراء وغيرهم ممن يتصل بالتحقيق أو يحضرونه بسبب وظيفتهم أو مهنتهم، حيث يترتب عليهم عدم افشاء الأمور التي تقع ضمن إجراءات التحقيق والنتائج التي تسفر عنها، لأنها تعد من الاسرار ومن يخالف ذلك المنع يعاقب طبقاً للمادة (٣١٠) من قانون العقوبات^(٤).

أمّا المشرع العراقي فقد اقتصر هذا النوع من المنع على القضاة والإدعاء العام، وقد جاء ذلك في نصوص متفرقة في قانونين وهما قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل الذي نص على المنع الذي يشمل القضاة بكتمان الأمور والمعلومات والوثائق التي يطلع عليها بحكم وظيفتهم أو خلاها اذا كانت سرية أو أن إفشائها يلحق ضرر بالدولة أو الأشخاص، ويظل هذا الواجب قائماً حتى بعد انتهاء الخدمة^(٥)، وقانون الإدعاء العام رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٧ الذي أشار إلى ان الأحوال التي لم يرد بشأنها نص في هذا القانون تطبق احكام قانون التنظيم القضائي

=المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل. وبدلالة المادة (٨٧) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٥٧) لسنة ١٩٧٩ التي وسعت من نطاق المنع حتى بعد انقضاء الرابطة الزوجية والتي تنص (لا يجوز لاحد الزوجين ان يفشي بغير رضا الاخر ما ابلغه اليه اثناء قيام الزوجية او بعد انتهائها).

(١) ينظر: نص المادة (٥٦) من قانون الاثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨.

(٢) ينظر: نص المادة (٤٣٧) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٣) ينظر: نص المادة (٨٨) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

(٤) ينظر: نص المادة (٧٥) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل.

(٥) ينظر: نص المادة (٧) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل

رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩...^(١)، ومن خلال هذه النصوص يستدل على أن الحظر المنصوص عليه في قانون التنظيم القضائي يشمل الإدعاء العام أيضاً، وكان الأجدر بالمشرع العراقي أن يتوسع بالمنع ليشمل كل من يتصل بالتحقيق أو يحضرونه اسوةً بالمشرع المصري وحمايةً للصالح العام من أن يتم كشف أسرار التحقيق فيما لو تم الإدلاء بهذه المعلومات ضمن شهادة الشهود.

نستنتج مما تقدم أنه إذا تم سماع الشهود في الأحوال المتقدمة رغم هذا المنع كان الإجراء باطلاً ولا يمكن الاستناد إليه كدليل، لذا كان الأحوط من المشرع العراقي أن ينص على بطلان إجراءات الشهادة في حال تمت ضمن حالات المنع المنصوص عليها.

٤- أن تدوين إجراءات التحقيق تعد من المبادئ الأساسية في الإجراءات الجزائية، لأنّ هذا التدوين يمثل الدليل الذي يثبت حصول الإجراءات^(٢)، ويعتبر مرجعاً يرجع إليه إذا ما ثار النزاع حول حصول إجراء معين من عدمه سواء كان ذلك اثناء اتخاذ الإجراءات أو بعد طرح الدعوى على القضاء^(٣).

من جهة أخرى يجب أن يكون للأدلة التي يعتمدها القاضي في تكوين قناعته أصل في أوراق الدعوى^(٤)، فكل دليل لم يكتب في أوراق الدعوى لم يحصل في نظر القانون^(٥)، استناداً إلى مبدأ ضرورة تدوين إجراءات التحقيق والمحاكمة^(٦).

ومن إجراءات التحقيق التي اوجب القانون تدوينها هي شهادة الشهود، وقد اقرت معظم النظم العربية هذا المبدأ في قوانينها الإجرائية، ومن ضمنها قانون الإجراءات الجنائية الجزائري الذي نص على وجوب أن يحرر الكاتب محضراً بأقوال الشهود أمام قاضي التحقيق^(٧)، على أن يتم تدوين معلومات الشاهد من اسمه

(١) ينظر: نص المادة (١٥) من قانون الادعاء العام رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٧.

(٢) د. احمد فتحي سرور، أصول الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص ٥٧.

(٣) د. عبد الله سعيد فهد، المحاكم الخاصة والاستثنائية وأثرها على حقوق المتهم (دراسة تأصيلية مقارنة بالقوانين والمواثيق الدولية)، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٢، ص ٦٠.

(٤) مشاري عادل، المنطق القضائي ودوره في ضمان سلامة الحكم الجزائي، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكرة، الجزائر، ٢٠١٠، ص ٤١.

(٥) د. احمد فتحي سرور، أصول الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٥٧.

(٦) ينظر: قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ٢٥ شباط، مجموعة احكام محكمة النقض، العدد ٥٩، ص ١٩٥٨، ص ٢٠٦.

(٧) ينظر: نص المادة (٩٠) من قانون الإجراءات الجنائية الجزائري رقم (٦٦-١٥٥) المؤرخ في ٠٨ يونيو ١٩٦٦ المعدل والمتمم.

ولقبه وعمره ومهنته وسكنه وعلاقته بالخصوم^(١)، ويتم بعد ذلك التوقيع من قبل القاضي والكااتب والشاهد على كل صفحة من صفحات المحضر بعد الانتهاء من تدوين الشهادة^(٢)، كما أوجب القانون التوقيع ممن سبق ذكرهم على كل شطب أو تخريج بخلاف ذلك يعتبر كل شطب أو تخريج ملغاة^(٣).

بناءً على ما سبق ذكره هناك إجراءات جوهرية لا بد من مراعاتها عند الاستماع لشهادة الشهود، وهي تدوين كل البيانات الشخصية للشهود بالإضافة إلى توقيع كل من القاضي والكااتب والشاهد باعتبار ان التوقيع يعتبر الدليل المثبت للشخص الذي باشر الإجراء على اعتبار أن ما تم تدوينه في محضر الشهود قد تم بمعرفة الشخص المسؤول (قاضي التحقيق أو المحقق) مما يضيفي الصفة الرسمية على المحضر^(٤)، ومن ناحية أخرى فإن توقيع الشاهد على شهادته فإن ذلك يمثل إقراراً بصحة ما صدر منه^(٥).

كذلك هناك شرط جوهرى آخر يترتب على تخلفه البطلان، وهو تاريخ تحرير المحضر والساعة التي حرر فيها^(٦)، على الرغم من ان القوانين الإجرائية لم تنص عليه ما عدا قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري رقم (١١٢) لسنة ١٩٥٠ الذي نص عند انتهاء التحقيق ينظم جدول بأسماء الأشخاص المتسمعين وتاريخ سماعهم وعدد صفحات محاضر افادتهم^(٧)، ولضرورة تحديد تاريخ تحرير الإجراءات التي قد يرتب القانون على تاريخ مباشرتها أثراً معيناً، فان تدوينه يؤدي إلى تحقيق عنصر المعاصرة أي قيام السلطة المختصة بمهامها مع اكتشاف الجريمة، كما انه يبسر معرفة تحرير المحضر والظروف المحيطة به والمحافظة على حقوق الدفاع^(٨).

أما بالنسبة للمشرع العراقي فلم ينص صراحةً على بطلان الشهادة في حال عدم تدوينها في قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل وإنما نص إلى وجوب تدوين

(١) ينظر: نص المادة (٩٣) من قانون الإجراءات الجنائية الجزائري.

(٢) ينظر: نص المادة (٩٤) من قانون الإجراءات الجنائية الجزائري.

(٣) ينظر: نص المادة (٩٥) من قانون الإجراءات الجنائية الجزائري.

(٤) إيهاب عبد المطلب، الموسوعة الجنائية في شرح الإجراءات الجنائية، ط٧، المركز القومي للإجراءات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٥٩٩.

(٥) د. اسرار جاسم العمران، التحقيق الابتدائي، مركز الكتاب الاكاديمي، عمان، ٢٠١٥، ص ٨٨.

(٦) د. سليمان عبد المنعم، بطلان الإجراء الجنائي، المصدر السابق، ص ٢٥٩.

(٧) ينظر: نص المادة (٥/٧٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري رقم (١١٢) لسنة ١٩٥٠ المعدل.

(٨) د. اسرار جاسم العمران، التحقيق الابتدائي، المصدر السابق، ص ٨٨.

معلومات الشاهد من اسم ولقب وعمل ومحل اقامته وعلاقته بالخصوم في محضر التحقيق^(١)، كما أوجب تدوين اقوال الشاهد في المحضر نفسه دون شطب أو تعديل أو إضافة، إشارة إلى توقيع الشاهد ومن قام بتدوينها، كما اشارت نفس المادة إلى وجوب ان يوقع كل من القاضي أو المحقق والشاهد على كل تصحيح أو تغيير في المحضر الخاص بالشهادة وبخلافه فسيؤدي إلى عدم الأخذ به^(٢).

بناءً على ما سبق ذكره فإنَّ المشرِّع العراقي نص على وجوب التدوين لمعلومات ولأقوال الشهود، والتوقيع عليها من قبل قاضي التحقيق أو المحقق ولم يشترط كاتب لذلك كإجراء مهم للأخذ بشهادة الشهود كغيره من القوانين الإجرائية المقارنة، وأوكل ذلك للقاضي أو المحقق إلا أنَّ هناك بعض الملاحظات لابد من الإشارة إليها وهي: أن المشرِّع العراقي في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل لم يشر في المادة (٦٣) على جزاء معين في حال تخلف شرط التدوين والتوقيع من قبل قاضي التحقيق أو المحقق أو تخلف توقيع الشاهد على شهادته المدونة في محضر التحقيق، وعلى العموم فإنَّ هذا الكلام يطبق ايضاً على الإجراءات الأخرى كحلف اليمين وتكليف الشهود بواسطة السلطة العامة وموانع الشهادة، حيث كان الاجدر من المشرِّع العراقي أن يرتب جزاء البطلان في حال تخلفها وعدم الأخذ بها، باعتبارها إجراءات جوهرية ماسة بحقوق الدفاع وهي حقوق المتهم في الدفاع عن نفسه ودفع التهم الموجهة اليه، وهذا المساس يمثل انتهاكاً لمبدأ الشرعية الإجرائية يوجب بطلان الإجراء المعيب، ومن جانب آخر قد نص المشرِّع العراقي في نفس المادة في الفقرة الثانية، بعد تدوين الشهادة فإنَّ للمتهم وباقي الخصوم ابداء ملاحظاتهم على الشهادة^(٣)، وهذا ما أكد عليه الفقه عندما نادى بضرورة أن تكون الشهادة بحضور المشهود عليه أو وكيله وذلك عملاً بمبدأ المواجهة بالأدلة^(٤)، وقد أخذت بهذا المبدأ التشريعات الإجرائية المقارنة كقانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل والذي أكد بدوره على مبدأ المواجهة بين الخصوم والشاهد لإبداء ملاحظاتهم على الشهادة^(٥)، وجاء موقف محكمة النقض المصرية مؤيداً لهذا

(١) ينظر: نص المادة (٦٠/أ) من قانون أصول المحاكمات العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.

(٢) ينظر: نص المادة (٦٣/أ) من قانون أصول المحاكمات العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.

(٣) ينظر: نص المادة (٦٣/ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.

(٤) عبد الله علي الخياري، حجية الشهادة في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، مركز الامن للنشر والتوزيع، عمان، ص ٣٢١-٣٢٢.

(٥) ينظر: نص المادة (١١٥) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل.

التوجه حيث اشارت إلى أن سماع الشهود في غيبة المتهم يعد اخلاً بحق الدفاع^(١)، أي اعتبرت هذا الإجراء من الإجراءات الجوهرية لمساسها بحق الدفاع، لكن عند الرجوع لموقف المحاكم العراقية لا نجد التطبيق الفعلي لهذا النص على الرغم من أهمية هذا الإجراء في الكشف السريع للجريمة، فهذه المواجهة تكشف أي الاقوال اقرب إلى الحقيقة والواقع.

ونسند كلامنا برأي القاضي رحيم العكيلي الرئيس السابق لهيئة النزاهة في معرض تعليقه على مبدأ المواجهة بين المتهم والشهود في مرحلة التحقيق، حيث أشار إلى أن المحاكم في العراق تتبنى تدوين شهادات الشهود ضد المتهم بدون حضوره ولا يبلغ حتى بنسخة منه بعد تدوينها، وهو عرف تحقيقي مستقر لدينا منذ مدة طويلة على الرغم من أن ذلك مخالف للمعايير الدولية التي توجب حضور المتهم حين تدوين اقوال الشهود ضده كون ان هذا الإجراء يعد من أبسط مقتضيات حقوق دفاع المتهم عن نفسه، ولان نص المادة (٦٣/ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل تنص على (للمتهم وباقي الخصوم ابداء ملاحظاتهم على الشهادة...) فكيف يبدي المتهم ملاحظاته وهو غير موجود حين تدوينها ولم يحضر إذا كان موقوفاً^(٢).

وفي نهاية كلامنا عن الجزاء الإجرائي البطلان نهيب بالمشرع العراقي أن يلتفت إلى نظرية البطلان وأن يتم صياغتها بشكل متكامل فجزاء البطلان لا يترتب فقط على تخلف الإجراءات الجوهرية للشهادة فقط والتي تم تناولها كتطبيق من تطبيقات البطلان، وإنما تتسع هذه النظرية لتشمل كل الإجراءات الجوهرية الموجودة في قانون أصول المحاكمات العراقية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل كون هذا القانون بالذات له خصوصية ينفرد بها عن باقي القوانين الإجرائية الأخرى لان قواعده قد تمس حقوق وحرريات الافراد اذ لم يتم تطبيقها بالشكل الصحيح.

(١) ينظر: قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٨ تشرين الأول، مجموعة القواعد القانونية، س٣، ١٩٥١، ص٣٢.

(٢) رحيم العكيلي، شهادات الشهود بمواجهة المتهم وحضوره، مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

<https://facebook.com/story.php?story-fbid=333894>

المطلب الثاني

الإنعدام في الإجراءات الجزائية

تقوم نظرية الإنعدام على فكرة أن العمل القانوني لكي يتصف بالصحة أو عدم الصحة يجب أن يوجد، فإذا لم يوجد لا يمكن منطقياً ان نطلق هذين التكييفين عليه، والعمل القانوني في هذه الناحية مثل الكائن الحي، فالشخص الطبيعي لا يمكن أن يوصف بالصحة أو المرض إلا إذا كان حياً وبغير رجوع الحياة من غير المعقول أن يقال صحيح أو مريض فالوجود مفترض ضروري، لان القانون قبل أن يترتب نتائج معينة (آثار قانونية) على عمل ما أو يحرم هذا العمل من إنتاج هذه الآثار يفترض وجوده، ومن هذه الفكرة المنطقية نشأ القول بوجود التفرقة بين العناصر اللازمة لوجود العمل، والعناصر اللازمة لصحته وإنتاج آثاره القانونية، فإن تخلف أحد العناصر اللازمة لوجوده يعني أن العمل الإجرائي منعدماً^(١).

انطلاقاً مما سبق فإن الإنعدام هو نقص المفترضات القانونية الإجرائية التي تعطي العلاقة الإجرائية وجوداً قانونياً^(٢)، أي إن إنعدام العمل الإجرائي يعني عدم وجوده، وهو أمر يختلف عن غيره من أنواع البطلان التي تتجم عن عيب في العمل الإجرائي، دون أن يصل الأمر إلى المساس بوجود هذا العمل، والاختلاف بين الإنعدام والبطلان مصدره التباين بين عدم الوجود وعدم الصحة، فمظهر عدم الوجود هو الإنعدام وجزء عدم الصحة هو البطلان^(٣)، ومن جهة أخرى فهما وأن تلاقيا في تعطيل آثار العمل الإجرائي، إلا أنهما يختلفان في سبب هذا التعطيل، فالإنعدام بحكم طبيعته يعني أن العمل غير موجود وبالتالي فلا أثر له، أمّا البطلان فإنه يعني أن العمل يجب أن يتجرد من آثاره القانونية بناءً على أمر قضائي^(٤).

(١) د. عبد الله سعيد علي الذبحاني، الإنعدام وموقف الفقه القانوني العربي، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.ypcl.org>، تاريخ الزيارة ٣٠/٨/٢٠٢٠، الساعة ٨:١١ م.

(٢) د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ج ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٣٦٠.

(٣) حمد علي الدباني النعيمي، بطلان اجراءات التحقيق الابتدائي في قانون الإجراءات الجزائية في دولة الامارات والنظام السعودي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى الدراسات العليا قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، ٢٠٠٥، ص ٥٦.

(٤) محمد كامل إبراهيم، النظرية العامة للبطلان في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص ٢١.

والإنعدام كأحد الجزاءات الإجرائية له شأن خطير، حيث يترتب عليه زوال الإجراء وعدّه غير موجود من بدايته^(١)، حيث يعدّ من أهم الجزاءات التي عكست التطور الفقهي والقضائي في الواقع العلمي، على الرغم من عدم نص المشرّع عليه إلا أنّ من وضع أسس هذه النظرية هو الفقه ومن طورها هو القضاء، الذي تبنى وجوده كجزاء على مخالفة مقتضيات وجود العمل الإجرائي^(٢).

لذلك فإنّ دراسة نظرية الإنعدام في قانون الإجراءات الجزائية تستلزم تحديد دقيق لمفهوم الإنعدام ومن ثم تحديد حالات الإنعدام، وهذا ما دفعنا إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، خصصنا الفرع الأول إلى مفهوم الإنعدام، أما الفرع الثاني نتناول فيه إنعدام الاحكام الجزائية.

الفرع الأول

مفهوم الإنعدام

لقد عرف القانون المدني نظرية إنعدام الأعمال القانونية ومنه انتقلت إلى فروع القوانين الأخرى^(٣)، لأن هذه النظرية ليست لصيقة بفرع من فروع القانون، لأن الإنعدام غير مرتبط بقانون معين وإنما مرتبط بالقانون بأسره^(٤)، ومع هذا لم تجد هذه النظرية كثيراً من الاهتمام في مجال قانون الإجراءات الجزائية.

تجد نظرية الإنعدام الإجرائي أساسها في فكرة مبادئ وقواعد العدالة والانصاف التي تعد احد مصادر القانون، والإنعدام حالة بديهية تفرضها طبيعة الأشياء دون الحاجة إلى نصوص تشريعية تقررها، بل وجدت من اجل حل التناقض الظاهري بين القيود التشريعية على البطلان وما تقتضيه البداهة وطبيعة الأشياء^(٥)، ومناطق تقرير الإنعدام هو عدم توافر الأركان الأساسية اللازمة لوجود العمل

(١) د. طلعت يوسف خاطر، نظرية الإنعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٥، ص ٤.

(٢) كمال جنيات، نظرية الإنعدام وحالاته، مقال منشور على الموقع الالكتروني: (<https://znopia.com>)، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٨/٣٠، الساعة ٣:٠٩ ص.

(٣) طرحت هذه النظرية على بساط البحث بوجه خاص في ايطاليا والمانيا الاتحادية، وقد اخذها القضاء الايطالي الذي توجه حكم الدوائر المجتمعية لمحكمة النقض الايطالية في يونيو ١٩٥٠، الذي اقر التفرقة بين الحكم الباطل والحكم المنعقد ينظر: د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٤٣٢.

(٤) د. احمد فتحي سرور، اصول قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٣٩٢.

(٥) رزوق حكيم، الفرق بين البطلان وبين غيره من الجزاءات في قانون الإجراءات المدنية، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة بليده، الجزائر، المجلد (٥)، العدد (١٠)، ٢٠١٦، ص ١٣٨.

الإجرائي، كما أنه جزء إجرائي يقع بقوة القانون ولا يرد عليه التصحيح ولا السقوط ولا الإجازة^(١)، حيث يحول دون حجية الأمر المقضي فيه وتجرد الأحكام القضائية من قاعدة عدم جواز المساس بها في حال فقدان أحد أركان وجودها^(٢)، وجزء الإنعدام على الرغم من عدم النص عليه تشريعياً إلا أنه تم تبنيه كجزء على مخالفة مقتضيات وجود العمل الإجرائي، مسلم به بين جمهور الفقهاء وأحكام القضاء^(٣)، ولغرض الإلمام بمفهوم الإنعدام لابد أولاً من تعريف الإنعدام والتطرق إلى المعيار الذي ينقرر بموجبه الإنعدام، وبعد ذلك سنوضح ما يميزه عن الجزاءات الإجرائية الأخرى ثانياً.

أولاً: تعريف الإنعدام ومعياره

أ- تعريف الإنعدام

إن الفقه قد اتفق في جانب كون الإنعدام جزءاً إجرائياً إلا أنهم قد اختلفوا في جانب التعريف به، وتم تعريفه حسب وجهة نظر كل جانب، وهذا ما نجده عند البحث عن تعريف الإنعدام، حيث عرفه أحد من الفقه بأنه (وصف يلحق بالتصرف القانوني نتيجة لوجود عيب شديد الجسامة مصاحب لنشأته يجعله مشكلاً لاعتداء بالغ الجسامة على الشرعية ولا يترتب عليه أي آثار قانونية)^(٤).

في حين عرفه جانب آخر بأنه (عدم الصلاحية المطلقة للأعمال الإجرائية بأكملها للدخول في إطار رابطة إجرائية، ولا يقتصر اثر الإنعدام على عمل إجرائي معين بل يمتد إلى الرابطة الإجرائية أو مرحلة منها ولو اقتصر في مصدره على عمل إجرائي فقط)^(٥).

أن مما يؤخذ على هذين التعريفين هو عدم توخي الدقة في الصياغة، فهو لم يبين ما هو العيب الخطير الذي يفقد الإجراء صفته ولم يضع معياراً معيناً لذلك، ومن ناحية أخرى فإن الإنعدام ليس وصفاً يكتسبه الإجراء المعيب أو صلاحية يتم اعطاؤها للأعمال الإجرائية، بقدر كونه جزءاً يترتب بموجب القانون ولا يحتاج حتى لحكم قضائي لكي يتم ترشيحه، وإنما هو تحصيل حاصل لعدم

(١) د. خيرى عبد الفتاح السيد البتاتوني، نظرية الإنعدام الإجرائي في قانون المرافعات، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية، العدد (١)، ٢٠١٢، ص ١٢٦.

(٢) رزوق حكيم، الفرق بين البطلان وغيره من الجزاءات، المصدر السابق، ص ١٣٨.

(٣) كمال جينات، نظرية الإنعدام وحالاته، المصدر السابق، ص ١.

(٤) د. طلعت يوسف خاطر، نظرية الإنعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، المصدر السابق، ص ٨.

(٥) د. مفيد عبد الجليل الصلاحي، البطلان في قانون الإجراءات الجزائية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني

(<https://m.facebook.com/story.php?stor-fbid=189>)، تاريخ الزيارة ١٦/١٠/٢٠٢٠، الساعة ٣:٣٠م

توافر ركن من الاركان الأساسية اللازمة لوجود العمل الإجرائي، في حين جاء تعريف المحكمة الإدارية العليا المصرية للإنعدام في معرض دعوى أكثر دقة، وذلك في قرارها رقم (٧٣١٨) الصادر في ٢١/١/٢٠٠٦، والذي جاء فيه (الإنعدام هو عيب جسيم يمثل اهداراً للعدالة على نحو يفقد الحكم وظيفته وبه تتزعزع قرينة الصحة التي تلازمه، ويجب أن يكون الخطأ الذي شاب الحكم ثمرة غلط فاضح يكشف بذاته عن أمره، ويقلب ميزان العدالة على نحو لا تستقيم معه سوى بصدور حكم يعيد الأمور إلى نصابها)^(١).

الملاحظ لهذا التعريف الذي انتهى بعبارة (على نحو لا تستقيم معه العدالة سوى بصدور حكم يعيد الأمور إلى نصابها) بمعنى أن المحكمة لا تستنفذ ولايتها بتقرير الإنعدام، بل عليها أن تثبت بالنزاع حتى تستقيم العدالة عكس الحكم الباطل الذي يصحح بالحكم البات، ومن جهة أخرى فإن تعريف المحكمة قد حدد الإنعدام في نطاق الأحكام فقط، ووفقاً لحديثيات القضية المعروضة أمام المحكمة الإدارية العليا، في حين أن الإنعدام قد يرد على اجراء معين وقد يرد على الرابطة الإجرائية بأكملها.

ولعل انسب ما ذهب إليه الفقه في تعريفه للإنعدام بأنه (هو الذي يترتب عندما يلحق العيب الإجرائي بأي من العناصر الأساسية التكوينية للعمل الإجرائي، فيحول دون نشأته من الوجهة القانونية، ويمتد أثر ذلك إلى الرابطة الإجرائية بأكملها أو مرحلة منها أو رابطة أخرى قانونية متفرعة عن الرابطة الأصلية، بحيث يؤدي ذلك إلى إنعدام فاعليتها)^(٢).

من خلال ما تقدم يمكن تعريف جزاء الإنعدام بأنه (جزاء إجرائي يقع على الرابطة الإجرائية المعيبة سواء كان ذلك في مرحلة من المراحل أو في جميع مراحلها لعدم توافر أحد الاركان الأساسية التي يؤدي فقدانها إلى إعدام الإجراء المتخذ أي يكون غير قائم أصلاً).

ب- معيار الإنعدام

لم يتفق الفقهاء الذين تبناوا نظرية الإنعدام على رأي موحد فيما يخص الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية، ولقد ذهب البعض منهم إلى تبني نظرية الإنعدام المادي، في حين تبني القسم الآخر نظرية الإنعدام القانوني، وهذا ما سنبينه تباعاً:-

(١) د. غنام محمد غنام، نظرية الإنعدام في الإجراءات الجنائية (في القانون المصري والقانون الكويتي)، بحث منشور عن الموقع على الموقع الالكتروني: (<https://www.shaimaatalla.com>)، تاريخ الزيارة ٢٩/٩/٢٠٢٠، الساعة ١١:٢٦م.

(٢) عبد الحكم فوده، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٦، ص ٥٤.

(١) نظرية الإنعدام المادي: يعني أن العمل القانوني يعد منعدماً إذا تخلف أحد عناصره التي لا يتصور وجوده من الناحية المنطقية بغيرها، فأساس هذه النظرية يعود إلى المنطق وليس إلى نصوص القانون^(١)، وتظهر هذه الفكرة في تعريف للعمل المنعدم بأنه (العمل الذي لا يشتمل على عناصر واقعية تفترضها طبيعته وموضوعه وبغيرها من المستحيل منطقياً تصور وجوده)^(٢)، ويتحقق هذا الإنعدام في حالتين:

أ- عدم مباشرة أي نشاط إجرائي: ويتحقق ذلك عند عدم التعبير عن الإرادة في مباشرة العمل الإجرائي^(٣)، ومن امثلة ذلك عدم توقيع القاضي على الحكم الذي اصدره أو صدور حكم من شخص ليس له صفة القاضي، ففي هذه الحالات لا يمكن للإجراء أن يوجد في العالم الواقعي، والإنعدام هنا ينصرف إلى الإجراء الذي يجب مباشرته لا الإجراء المترتب عليه^(٤).

ب- عدم الكتابة: تعتبر الكتابة في العمل الإجرائي السبيل الذي يدل على حصوله، وبواسطتها يتم التحقيق من مدى موافقة العمل للقانون ومعرفة مضمونه، لأن عدم ثبوت العمل الإجرائي بواسطة الكتابة يفترض عدم مباشرته، وهو ما يعبر عنه بقاعدة (ما لم يكتب لم يحصل)^(٥).

لقد لقيت هذه النظرية عدة انتقادات مؤداها أن الإنعدام كجزء إجرائي سببه مخالفة المنطق لا القانون أمراً غير وارد وغير مستساغ، لان النموذج القانوني للعمل الإجرائي يتطلبه القانون بنص صريح، فالأمر يتعلق بمشكلة قانونية وليس مشكلة منطقية، وأن العمل الإجرائي يرتب آثاره أولاً وفقاً لنص قانوني وليس وفق المنطق، والقول بالمنطق يؤدي حتماً إلى حلول شخصية لا قانونية، لأن المنطق يختلف من شخص إلى آخر، كما أنه لا يمكن ربط إجراء غير موجود بجزء إجرائي معين^(٦).

(١) احمد صباح غدير حسن، الحكم القضائي المنعدم، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، جامعة تكريت، المجلد (٢)، العدد (١)، ٢٠١٧، ص ٣٣٩.

(٢) د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المصدر السابق، ص ٥١٢.

(٣) د. احمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١٨٨.

(٤) رزوق حكيم، الفرق بين البطلان وغيره من الجزاءات، المصدر السابق، ص ١٣٨.

(٥) د. احمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١٨٨.

(٦) رزوق حكيم، الفرق بين البطلان وبين غيره من الجزاءات، المصدر السابق، ص ١٣٩.

(٢) نظرية الإنعدام القانوني: وفقاً لهذا النوع من الإنعدام فإنّ البحث لا يتم في العناصر اللازمة لوجود العمل من الناحية المنطقية، وإنما في العناصر اللازمة لوجوده من الناحية القانونية، فالقانون - لا المنطق - هو الذي يحدد عناصر الوجود التي إذا تخلف احدها يعدّ العمل منعدمًا، ولكن إذا وجب الرجوع إلى النصوص القانونية لتعديل عناصر الوجود فإنّ هذه النصوص هي التي يرجع إليها أيضاً لتحديد عناصر الصحة، ولما كان القانون لم يبين ما هي عناصر الوجود وما هي عناصر الصحة^(١)، فإنّ جانب من الفقه يرى أن العبرة في ذلك بالكيان القانوني للإجراء لا بكيانه المادي^(٢)، إذاً متى يكون الإجراء الكائن مادياً منعدم الوجود قانوناً؟

بناءً على هذا الاتجاه فإنّ معيار الإنعدام القانوني يتركز على مصدره القانوني الذي توجبه الشرعية الإجرائية، وعلى جوهره في الخصومة الجزائية وهي كالاتي:

أ- من حيث الشرعية الإجرائية يجب أن يكون العمل الإجرائي مصدره القانون، أي إن السلطة التشريعية وحدها التي تحدد الإجراءات الجزائية التي يجوز اتخاذها، وهكذا فإنّ الوجود القانوني للعمل الإجرائي يتركز على القانون كمصدر له، ويعتبر الإجراء منعدمًا إذا كانت مباشرته مشوبة باغتصاب السلطة التشريعية، أي يكون العمل الإجرائي منعدمًا قانوناً إذا لم يسمح به القانون، كأن ينشأ عن طريق قرار وزاري أو تستحدثه محكمة، في مثل هذه الأحوال يحدث اغتصاب لاختصاص السلطة التشريعية حين تباشر جهة أخرى هذا الاختصاص، وهو ما يرتب عليه الإنعدام القانوني للإجراء، باعتبار أن القانون لا يعترف به فيكون منعدمًا في نظره^(٣).

ب- لا يقوم العمل الإجرائي بوظيفته إلا في ظل خصومة قائمة، ولذلك فإنّه يفترض تحريك الدعوى الجزائية لدى القضاء ضد متهم معين، والخصومة الجزائية لا تتعدّد إلا داخل رابطة قانونية إجرائية، وهي تحريك الدعوى والمتهم والقاضي الجزائي، والعنصر الثالث ضروري بحكم الإشراف القضائي

(١) لم يتفق الفقهاء من أنصار هذه النظرية على عناصر الوجود التي تمثل معياراً في حال تخلفه يعتبر العمل منعدمًا، فذهب البعض إلى أن عناصر الوجود وهي العناصر المميزة للعمل، أي المكونة لهيكله الخاص، في حين يرى البعض الآخر أن العمل يعتبر منعدمًا من الناحية القانونية إذا خالف قاعدة من القواعد المتعلقة بالنظام العام، ويحدد البعض الآخر عناصر الوجود بأنها عناصر العمل المنشئة، والتي بغيرها يعتبر مجرد واقعة ليس له مظهر العمل القانوني.

ينظر: د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المصدر السابق، ص ٥١٣-٥١٤.

(٢) د. رمسيس بنهام، الإجراءات الجنائية تأصلاً وتحليلاً، المصدر السابق، ص ٩١.

(٣) د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٤٣٤.

على كافة الإجراءات الجزائية^(١)، وقد قضت محكمة النقض المصرية في ذلك بأنه: (لما كان الثابت أن الحكم المطعون فيه صدر من محكمة جنائيات مشكلة من أربعة من المستشارين، فأثمة يكون قد صدر من محكمة غير مشكلة وفق أحكام القانون، الأمر الذي يهيمه بالبطلان الذي ينحدر به إلى درجة الإنعدام)^(٢)، أي أن في حال تخلف شرط من شروطه فإنَّ الخصومة لا تتعد وتنفقد الأعمال الداخلة في تكوين اساسها، لأنها تدور في تلك الخصومة وتستند في وجوده إليها^(٣).

ثانياً: تمييز الإنعدام عن الجزاءات الإجرائية الأخرى

في كثير من الأحيان يصعب التفرقة بين نظام الإنعدام والأنظمة الأخرى المشابهة مثل البطلان والسقوط وعدم القبول، لذا سوف نوضح ما يميّز الإنعدام عن غيره من الجزاءات الأخرى.

١- الفرق بين الإنعدام والبطلان

أن الإنعدام والبطلان جزاءان إجرائيان يترتبان على مخالفة مقتضيات العمل الإجرائي، وتعد التفرقة بينهما من الأمور الدقيقة التي يجب الحذر من الخلط فيها، لأن كل منهما يلتقيان في ان الأثنين يعدان من العيوب التي تشوب العمل الإجرائي، ويترتب على ذلك عدم إنتاج أي منهما لأي أثر قانوني^(٤)، إلا أن هناك بعض الأمور التي يمكن على أساسها التفرقة بينهما، وهي:

- أ- إن الإنعدام يتوافر حينما تفقد الرابطة الإجرائية شرطاً من شروط نشأتها ووجودها، أمّا البطلان فإن الرابطة الإجرائية تنشأ وتتواجد بشكل معيب رغم ذلك تظل تنتج آثارها القانونية^(٥).
- ب- يترتب الإنعدام بقوة القانون فلا حاجة لإعدام المعدوم، لأنه نتيجة منطقية لتخلف جوهر العمل الإجرائي أو مصدر القانوني^(٦)، بخلاف البطلان الذي يتوقف على تنظيم المشرع ويحتاج إلى حكم قضائي يقرره بخلاف الإنعدام^(٧).

(١) د. احمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١٩٤-١٩٥.

(٢) ينظر: نقض جنائي، الطعن رقم (٩٨٧٠) لسنة ٨٠ قضائية، المؤرخ ١٢/١/٢٠١١، المكتب الفني، س ٦٢، ص ١٩.

(٣) عبد الحكم فوده، بطلان القبض على المتهم، دار الهدى للطبوعات، الاسكندرية، ١٩٩٥، ص ٤٥٤.

(٤) أحمد صباح غدير حسن، الحكم القضائي المنعدم، المصدر السابق، ص ٣٤٥.

(٥) عبد العزيز محمد العبد اللطيف، أحكام البطلان في نظام المرافعات السعودي على ضوء الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى الدراسات العليا قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٤، ص ٧٤.

(٦) د. عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، المصدر السابق، ص ١٨.

(٧) أحمد صباح غدير حسن، الحكم القضائي المنعدم، المصدر السابق، ص ٣٤٦.

ج- الإنعدام على درجة واحدة، في حين البطلان يكون أما مطلقاً أو نسبياً والعمل المنعدم مجرد من البداية، بخلاف العمل الباطل موجود ولكنه مهدد بالزوال إذا ما تقرر بطلانه^(١).

د- الإنعدام لا يقبل التصحيح فهو شيء غير موجود لا يقبل الافتراض، هذا بخلاف البطلان وأن مقتضيات الاستقرار القانوني قد تسمح بالتعاضد عنه وافتراض صحة العمل القانوني^(٢).

هـ- إن الإنعدام إذا لحق الحكم يفقد هذا الأخير حجية الشيء المقضي فيه، بينما هذه الحجية تكون للحكم إذا كان باطلاً ويتحصن الحكم الباطل بفوات ميعاد الطعن فيه، على خلاف الحكم المنعدم فلا يتحصن بفوات ميعاد الطعن، كما أن الحكم المنعدم لا يستتفد ولاية القاضي الذي أصدره^(٣).

و- أن الحكم المنعدم هو العدم سواء لا يترتب عليه أي آثار قانونية ولا يلزم الطعن فيه التمسك بإنعدامه يكفي إنكار وجوده ويمكن رفع دعوى جديدة بموضوع الحكم المعدوم ويمكن لكل ذي مصلحة التصرف مفترضاً أن هذا الإجراء لم يصدر^(٤)، أما الحكم الباطل يعد موجوداً عند التمسك به مرتباً كل آثاره إلى أن يحكم ببطلانه باتباع إحدى طرق الطعن المقررة قانوناً^(٥).

٢- الفرق بين الإنعدام والسقوط:

يلتقي الإنعدام بالسقوط من حيث أن كلاهما لا يقبلان التصحيح، حيث أن الإنعدام هو والعدم سواء، ولا يمكن منطقياً تصحيح المعدوم، كما أن كلا الجزاءين لا يحتاج الأمر إلى تقريرهما فهما يترتبان بقوة القانون^(٦)، إلا أنهما يختلفان في ذات الوقت في نواحي عدة وهي:-

- (١) د. وعدي سليمان علي المزوري، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، المصدر السابق، ص ٢٠٧.
- (٢) د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٤٣٣.
- (٣) د. احمد أبو الوفا، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المصدر السابق، ص ٥١٧.
- (٤) د. الهام عبد حسن العاقل، البطلان في قانون الإجراءات الجزائية اليمني (دراسة مقارنة)، ط١، مركز المعلومات والتأهيل لحقوق الإنسان، الجمهورية اليمنية، ٢٠٠٦، ص ٦٩.
- (٥) كافي زعير شنون البديري، إنعدام الأحكام، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، المجلد (١٦)، العدد (١)، ٢٠١٤، ص ٣١٨. لا بد من الإشارة إلى أن الطاعن في بعض الحالات يقوم بعدة إجراءات قبل تقديم دعواه أما القاضي وبدون هذه الإجراءات تكون الدعوى مردودة شكلاً، أما بالنسبة لجزاء الإنعدام فإن الطاعن يتحلل من الإجراءات التي تسبق الطعن القضائي على عكس جزاء البطلان. ينظر: برهان شلال، القرار الإداري المنعدم، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي، الجزائر، ٢٠١٧، ص ٣٢.
- (٦) د. فارس علي عمر، سقوط الحق في مباشرة الإجراء القضائي "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، المجلد (٢)، العدد (٢٥)، ٢٠٠٥، ص ٢١٢.

أ- إن الإندعام جزاء إجرائي يترتب في حال عدم وجود العمل الإجرائي لتخلف عناصر وجوده^(١)، أمّا السقوط جزاء إجرائي يترتب عليه فقدان الحق في حال عدم استخدامه في الوقت الذي حدده القانون، أو عدم اتخاذ الإجراءات الضرورية للاحتفاظ به^(٢).

ب- ينصب الإندعام على عمل إجرائي معين أو على الرابطة الإجرائية ككل أو مرحلة منها مما يحول ذلك دون ترتيب آثارها القانونية^(٣)، أمّا السقوط فيرد على الحق في مباشرة الإجراء مما يحول دون مباشرته مطلقاً أو القيام به مجدداً^(٤).

ج- الإندعام كجزاء إجرائي لا يقتصر على مخالفة بعض الشروط الموضوعية أو الشكلية لقبول الدعوى، كما انه لا يقتصر أثره على عدم القبول بل يعدّ الإجراء هو العدم سواء^(٥)، أما السقوط فيؤدي إلى عدم القبول، فإذا سقط الحق في الطعن لفوات الميعاد فإنّ الطعن يكون غير مقبول أمام المحكمة^(٦).

د- يرد جزاء الإندعام على كل الأعمال الإجرائية التي تصدر من اطراف الخصومة الجزائية، في حين أن السقوط يرد على السلطة أو الحق في مباشرة الأعمال الإجرائية التي يباشرها الخصوم وغيرهم دون الأعمال التي يقوم بها القاضي فإذا حدد القانون للقاضي ميعداً معيناً للفصل في الدعوى فإنّ فوات هذا الميعاد لا يمنع المحكمة من وجوب الحكم في الدعوى، وسبب ذلك أن القانون لا يهدف من هذا الميعاد إلا حسن سير العدالة وليس سلب سلطة القاضي في الحكم بعد فوات الميعاد لان الفصل في الدعوى واجب فرضه القانون على القاضي، وفي حالة امتناعه فإنّ ذلك يعد جريمة وهي الامتناع عن القضاء^(٧).

هـ- الإندعام يتعلق بالمصلحة العامة، لذلك تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، في حين أن السقوط قد يتعلق بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة، أي إن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها أو

(١) د. لؤي عبد الله نوح، مدى مشروعية المراقبة الالكترونية في الإثبات الجنائي، ط١، مركز الدراسات العربية، مصر، ٢٠١٨، ص٢١٣.

(٢) د. محمود عبد علي حميد الزبيدي، النظام القانوني لانقضاء الدعوى الإدارية من دون الحكم بالموضوع (دراسة مقارنة)، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨، ص٣١٥.

(٣) د. عويد مهدي، نظرية البطلان في نظام الإجراءات الجنائية السعودي، المصدر السابق، ص١٧٩.

(٤) د. فارس علي عمر، سقوط الحق في مباشرة الإجراء القضائي، المصدر السابق، ص١٩٧.

(٥) د. غنام محمد غنام، نظرية الإندعام في الإجراءات الجزائية، ط١، مجلس النشر العلمي (التأليف والتعريب والنشر)، الكويت، ١٩٩٩، ص٣٣.

(٦) د. طلعت يوسف خاطر، نظرية الإندعام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، المصدر السابق، ص٢٤.

(٧) د. الهام محمد حسن العاقل، البطلان في قانون الإجراءات الجزائية اليمني، المصدر السابق، ص٥١-٥٢.

يجوز الدفع به من قبل الخصوم في أي مرحلة من مراحل الدعوى لأول مرة أمام محكمة التمييز الاتحادية إذا كان الدفع لا يحتاج إلى تحقيق موضوعي^(١).

٣- الفرق بين الإنعدام وعدم القبول:

إن الدفع بعدم القبول يعتبر من الجزاءات ذات النطاق العام، فعدم قبول الدعوى أو الطلب أو الدفع أو الطعن هو وصف لعمل إجرائي لا يتطابق مع نموذج القانوني، ويترتب على وصف العمل الإجرائي بأنه فاقد لشروط قبوله في صورة حكم بعدم القبول زوال الآثار التي كان من الممكن أن يولدها هذا العمل لو كان مقبولاً^(٢)، إلا أن هناك بعض أوجه الاختلاف بين جزاء عدم القبول وجزاء الإنعدام لا بد من التطرق إليها، وهي:-

أ- إن الإنعدام يرد على العمل الإجرائي بسبب فقدانه مقومات وجوده الفعلي أو القانوني، بينما عدم القبول يرد على نوع معين من الأعمال الإجرائية الذي يترتب عليه امتناع القضاء عن النظر في موضوع الطلب لعدم توافر الشروط القانونية اللازمة لصحة هذا الطلب^(٣).

ب- إن العمل الإجرائي المنعدم ليس له وجود من حيث الأصل لذا لا حاجة إلى أن يتم تقرير الإنعدام من قبل المحكمة، أما جزاء عدم القبول فيجب أن يصدر من القاضي أو المحكمة^(٤).

ج- إن الإنعدام يمكن التمسك به من قبل صاحب المصلحة في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز الاتحادية وللمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها دون شرط أو قيد^(٥)، أما الدفع بعدم القبول المتعلق بالنظام العام يمكن للقاضي اثارته من تلقاء نفسه حتى لو امتنع الخصوم عن التمسك به، ويجب ابداء الدفع بعدم القبول لأول مرة أمام محكمة التمييز الاتحادية بشرط ألا يحتاج إلى تحقيق موضوعي^(٦).

(١) جواد الرهيمي، أحكام البطلان في قانون اصول المحاكمات الجزائية، المصدر السابق، ص ٩١.

(٢) لا بد من الإشارة إلى أن المقصود بعمومية نطاق الجزاء الإجرائي هي أن مجال اعمال هذا الجزاء يكون غير قاصر على حالة بعينها او نظام إجرائي معين، أي انه صالح للأعمال في نطاق نظرية الدعوى والخصومة والطعن في الأحكام، ومع ذلك يراعى أن نظام الدفع بعدم القبول قد يستعمل احياناً كأداة فنية جرى العرف أو العمل القضائي على استعمالها لأعمال جزاءات أخرى كالبطلان أو الإنعدام أو السقوط، فكل منهم قد يشكل سبباً أو مصدر لجزاء عدم القبول. ينظر: د. نبيل اسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات، ط ١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٧٧ - ٧٨.

(٣) د. خيرى عبد الفتاح السيد البتاتوني، نظرية الإنعدام الإجرائي في قانون المرافعات، المصدر السابق، ص ١٨٣.

(٤) د. شاكر نوري اسماعيل، النموذج القانوني للقاعدة الإجرائية الجزائية، المصدر السابق، ص ٨٥.

(٥) د. مفيد عبد الجليل الصلاحي، البطلان في قانون الإجراءات الجزائية، المصدر السابق، ص ١.

(٦) محمد سالم محمود، الدفع بعدم القبول في الدعوى المدنية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القدس، فلسطين، ٢٠١٧، ص ٨٠.

د- لا يجوز تجديد بعض الإجراءات التي قضى بإنعدامها كما هو الحال عند إقامة دعوى ضد شخص متوفى فإن الخصومة لا تتعد أصلاً ولا تنتج أي آثار ولا يصححها إجراء لاحق^(١)، في حين أن جزم عدم القبول عند الحكم يترتب عليه انقضاء الخصومة أمام المحكمة، ويجوز تجديد الخصومة بمراعاة الإجراءات الصحيحة إذا صححت إجراءاتها أو توافرت شروط قبولها^(٢).

الفرع الثاني

إنعدام الحكم الجزائية

كفلت التشريعات القانونية المختلفة للحكم القضائي بشكل عام قوة وحجية رفعته لمرتبة اسمي وأعلى من القرارات الأخرى كافة الصادرة عن هيئات الدولة المختلفة، وتلك الحجية منحت للحكم القضائي لاعتبارات عدة تمثلت في كونه يمثل عنوان الحقيقة والعدالة المطلقة^(٣)، إن الحكم الجزائي كغيره من الأحكام له شروط وأحكام يجب أن تتوافر في ببيان الحكم حتى يؤدي وظيفته النهائية في حسم المنازعات وتحقيق العدالة^(٤)، ومتى صدر يظل مرتباً لآثاره وأهمها حجية الأمر المقضي فيه مالم يتم الغاؤه بإحدى طرق الطعن المقررة قانوناً، فإذا كان الحكم مما لا يجوز الطعن فيه أصلاً واستنفذ طرق الطعن فيه صار صحيحاً بصورة نهائية وفقاً لقاعدة عدم جواز المساس بالحكم ولا يمكن التمسك ببطلانه عن طريق الدعوى أو الدفع أو المنازعة في تنفيذه، ومع هذا فمن المسلم أن هناك عيوب جسيمة إذا شاب الحكم الجزائي تمنع مع اعتباره موجوداً منذ صدوره، لذا لا تستنفذ سلطة القاضي ولن يترتب حجية الأمر المقضي به وفي هذه الحالة يكون غير قابل للتصحيح لأن غير الموجود لا يمكن تصحيحه، لذا يمكن التمسك بهذا العيب، بأي طريق سواء بطريق الدعوى الأصلية أو بالطلب العارض أو الدفع أو بالمنازعة في تنفيذه، كما يمكن استخدام طرق الطعن القانونية للتمسك بهذه العيوب ويمكن للقاضي أن يقرر إنعدامه من تلقاء نفسه إذا جرى التمسك بالحكم أمامه، ويطلق على الأمر الذي ترتبه هذه العيوب (الإنعدام) تمييزاً له عن البطلان القابل للتصحيح^(٥).

(١) علاء رضوان، مدى قانونية رفع الدعوى على شخص متوفى، مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

(<https://www.youm7.com>) تاريخ الزيارة ١٠/١٠/٢٠٢٠، الساعة ٩:٢٠ ص.

(٢) محمد سالم محمود، الدفع بعدم القبول في الدعوى المدنية، المصدر السابق، ص ٦٣.

(٣) د. كافي زغير شنون البدري، إنعدام الأحكام، المصدر السابق، ص ٣١٨.

(٤) احمد صباح غدير حسن، الحكم القضائي المنعدم، المصدر السابق، ص ٣٣٥.

(٥) روان الشامي، إنعدام الأحكام، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: (<https://law-esaw.y007.com>).

تاريخ الزيارة ١٥/١١/٢٠٢٠، الساعة ٨:٢٢ ص.

ونظراً لصعوبة حصر حالات الإنعدام اتجهت بعض القوانين الإجرائية الجزائية المقارنة إلى عدم تقنين الإنعدام في نصوص قانونية وترك الأمر للاجتهاد، فالإنعدام ليس حالة تشريعية وإنما هو حالة فقهية أوجدها الفقه وطورها، ويمكن استخلاص حالات إنعدام الأحكام من خلال معرفة أركان الأحكام الأساسية ففي حال فقد احدها يؤدي ذلك إلى فقدان مقومات وجوده ويكون حكماً معدوماً^(١)، ولقد ذهب الفقه والقضاء في تحديد أركان الحكم من خلال تعريف الحكم الجزائي، حيث ذهب جانب من الفقه في تعريفه بأنه: (هو القرار الصادر من محكمة تشكله تشكيلاً صحيحاً ومختصة في خصومة رفعت إليها ووفق القواعد الإجرائية، سواء أكان صادراً في موضوع الخصومة أم في شق منه أو مسألة متفرعة عنه ووفقاً للشكل المقرر قانوناً)^(٢). وفقاً للتعريف السابق فإنّ للحكم ثلاث أساسيات إذا تجرد منها الحكم فانه يكون مشوباً بعيب جوهري جسيم وبالتالي يفقد صفته كحكم، وتتمثل أركان الحكم الأساسية التي إذا تخلف أحدها يعد معدوماً في الآتي:

- ١- صدور الحكم الجزائي من المحكمة في حدود ولايتها.
- ٢- أن يصدر الحكم الجزائي بموجب خصومة بين طرفين أمام القضاء^(٣).
- ٣- أن يصدر الحكم الجزائي بموجب الشكل المقرر قانوناً^(٤).

أولاً- صدور الحكم الجزائي من المحكمة في حدود ولايتها

لا يكفي لوجود الحكم الجزائي أن يكون صادراً من محكمة، بل لابد من أن يصدر منها في حدود ولايتها القضائية^(٥)، في حين إذا كانت الجهة غير قضائية وفصلت في نزاع قضائي دون أن يخولها أو يقرر لها المشرع ولاية في هذا الخصوص، فإنّ القرار الصادر يعدّ منعدماً لا أثر يترتب عليه من الآثار التي يترتبها القانون على الأحكام الجزائية الصحيحة^(٦).

(١) محمد انور حلمي، إنعدام الحكم القضائي باختصار وسلاسة، ص ١، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: (<https://lawerdotolog.wordpress.com>)، تاريخ الزيارة ١٥/١٠/٢٠٢٠، الساعة ٣٠:٧ص.

(٢) د. احمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٣٤-٣٥.

(٣) سالم روضان الموسوي، ماهية الأحكام والقرارات في القضاء الدستوري (قرارات المحكمة الاتحادية العليا في العراق انموذجاً)، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: (<https://www.iraqfsc.ig>)، تاريخ الزيارة ١٨/١٠/٢٠٢٠، الساعة ١٥:١ص.

(٤) محمد انور حلمي، إنعدام الحكم القضائي باختصار وسلاسة، المصدر السابق، ص ١.

(٥) علي عبد الحسين منصور، فكرة الحكم المنعدم في قانون المرافعات، رسالة ماجستير قدمت إلى كلية القانون والسياسة، جامعة البصرة، ٢٠١٥، ص ٢٨.

(٦) د. غنام محمد غنام، نظرية الإنعدام في قانون الإجراءات الجزائية، المصدر السابق، ص ٣٩.

إنَّ المقصود بالولاية القضائية هي الصلاحية المجردة لمباشرة الأعمال الإجرائية بموجب القانون، فإنَّ المحاكم لها أنواع مختلفة كلٌّ حسب اختصاصها وولايتها^(١)، كمحاكم الجزاء والبداءة والاحوال الشخصية والادارية... الخ، والحكم الذي يصدر من محاكم الجزاء مثلاً للفصل في دعوى شرعية يعد منعماً لإنعدام ولاية المحاكم الجزائية بالفصل في الدعوى الشرعية^(٢).

وانتفاء الولاية على نوعين انتفاء الولاية المطلق والنسبي، فيكون انتفاء الولاية مطلقاً في حال كانت الدعوى المنظورة أمام القضاء تخرج عن حدود الولاية العامة للقضاء، أي يكون انتفاء الولاية ليس في مواجهة المحاكم، وإنما في مواجهة جميع جهات القضاء في الدولة ولعل من الأمثلة الواضحة على الانتفاء المطلق للولاية القضائية هي اعمال السيادة^(٣)، والحصانة القضائية^(٤)، أمّا فيما يتعلق بانتفاء الولاية النسبي فيحدث عندما يدخل في نطاق اختصاص جهة قضائية أخرى أو جهة قضاء خاصة^(٥).

(١) لا بد من توضيح الفرق بين الاختصاص والولاية، فالاختصاص يقوم على أساس توزيع العمل القضائي بين جهات القضاء، بمعنى ان مسألة الاختصاص تلي مسألة الولاية، ويمكن القول ان فكرة الاختصاص قيد على الولاية؛ لأن أي جهة قضائية لها ولاية القضاء العامة، ولها اختصاص يحدد لها جزء من هذه الولاية، وفي حالة مخالفة قواعد الاختصاص فإنَّ ذلك يترتب عليه البطلان، أما الولاية تقوم على اختصاص الجهات القضائية دون غيرها بالفصل في المنازعات، أي القدرة على إصدار حكم قانوني صحيح وانتفائها يعني فقدان القدرة وإنعدام الحكم الصادر من المحكمة. ينظر: أشرف خليل رويه، تداخل الولاية القضائية مع الاختصاص القضائي بالمملكة، مقال منشور على الموقع الإلكتروني (<http://www.mohamoon-montada.com>) تاريخ الزيارة ١٨/١٠/٢٠٢٠، الساعة ٣٣:٥٠م.

(٢) د. وعدي سليمان المزوري، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، المصدر السابق، ص ٢٠٨.

(٣) أن المقصود بأعمال السيادة هي تلك الاعمال الصادرة من السلطة التنفيذية والمتعلقة بسيادة الدول الداخلية أو الخارجية وتكون غير قابلة لأي طعن امام القضاء وقد نص المشرع العراقي على هذا الحظر في قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل في نص المادة (٤)، إلا ان الدستور العراقي ٢٠٠٥ قد اسقط هذا التحصين عندما نص في المادة (١٠٠) على ان (يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن) أي بمعنى امتداد ولاية القضاء على مثل هكذا اعمال.

(٤) يتمتع بالحصانة القضائية فئة من الاشخاص وفق القانون الدولي كالأشخاص الاعتبارية (الدولة والمنظمات الدولية) والاشخاص الطبيعية كرؤساء الدول الاجنبية وممثليها الدبلوماسيين. ينظر: علي عبد الحسين منصور، فكرة الحكم المنعدم في قانون المرافعات، المصدر السابق، ص ٢٩ - ٣٠.

(٥) د. علي رمضان علي بركات، الوسيط في شرح نظام القضاء السعودي الجديد رقم (٧٨) لسنة ١٤٢٨، ط ١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٢، ص ٣١٧.

فضلاً عن ذلك لا بد ان يكون صادر ممن له ولاية القضاء، أي ان تتوفر صفة القاضي، وقد يعتري هذه الصفة في بعض الحالات عيب يؤدي إلى إنعدام الحكم أو بطلانه حسب جسامه العيب، وتكتسب صفة القاضي بصدور قرار تعيينه بهذه الوظيفة وان يكون القرار الصادر من القاضي موجوداً وسليماً من العيوب الجوهرية^(١)، إنَّ ما يجعل القرار الصادر من القاضي منعدماً ولا يجوز الاعتداد به إذا صدر من شخص لا يعد قاضياً أو قاضٍ زالت عنه ولاية القضاء بسبب العزل أو الاستقالة أو النقل أو الإحالة إلى التقاعد أو كان موقوفاً عن العمل بصورة مؤقتة^(٢).

لا بد من الإشارة إلى أنه لا يوجد سند تشريعي صحيح لإنعدام الأحكام الجزائية لا في تشريعات الدول المقارنة ولا في التشريع العراقي، على الرغم من ذلك فإنَّ قضاء الدول المقارنة كان له الدور البارز في ترسيخ نظرية الإنعدام واعتماده كجزء إجرائي ومنها القضاء الايطالي، حيث جاء حكم محكمة النقض الايطالي بدوائرها المجتمعة في ١٩ أكتوبر ١٩٥١ أن (... عدم احترام القاعدة الإجرائية يمكن أن يؤدي ليس فقط إلى القابلية للإبطال أو للبطلان، وإنما أيضاً إلى ... الإنعدام... والشكوك التي قامت ضد فصل هذه الفكرة عن البطلان والقابلية للإبطال ليس لها على الأقل في المسائل الإجرائية أي مبرر)^(٣).

أما محكمة التمييز الاتحادية الاتحادية في العراق فإنَّ اغلب الأحكام والتي تقرر الإنعدام اغلب الأحيان تأتي في صورة نقض أو عدم القبول عدا بعض قراراتها التي ذهبت بصورة صريحة على الإنعدام، حيث ذهبت الهيئة الموسعة الجزائية في محكمة التمييز الاتحادية إلى (... وحيث أن المدة المعينة لمرافعة طرق الطعن في القرارات حتمية، يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن، وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها برد عريضة الطعن إذا حصل بعد انقضاء المدة القانونية، استناداً لأحكام المادة (١٧١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل، وحيث أن القانون المذكور هو المرجح لكافة قوانين المرافعات والإجراءات إذا لم يكن فيها نص يتعارض معها صراحة، وحيث أن القرار المطلوب تصحيحه اغفل مراعاة هذه الجهة، حيث كان مقتضى رد الطعن التمييزي للإدعاء العام شكلاً بوقوعه خارج

(١) كافي زغير شنون البدري، إنعدام الاحكام، المصدر السابق، ص ٣٢٣.

(٢) احمد ابو الزين، حالات إنعدام القرار مع الاجهادات للهيئة العامة الناظمة حول دعوى الإنعدام، بحث منشور على الموقع الالكتروني (https://m.facebook.com/story.php?story_fbid=53068)، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١٢/٣، الساعة ٤:٤٤م.

(٣) د. احمد أبو الوفا، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المصدر السابق، ص ٥١٩.

المدة القانونية، وحيث أن مدة الطعن حتمية أو لتعلقه بالنظام العام، قرر قبول طلب التصحيح واعتبار القرار التمييزي الصادر من محكمة التمييز الاتحادية... معدوماً ولا يرتب أي اثر قانوني^(١).

يستشف من هذا القرار التمييزي أن الإنعدام كجزاء إجرائي له وجوده الفعلي في قانون اصول المحاكمات الجزائية، وعلى الرغم من أن المشرع الجزائي لم ينص عليه لذا لا بد من وضع نصوص تبين حالات إنعدام الأحكام الجزائية، ومن جهة أخرى فإنّ القرار السابق قد استند إلى المادة (١٧١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل، وعند الرجوع إلى هذا القانون كونه المرجع لكافة القوانين الإجرائية تجده قد نص على ضرورة توافر الاركان الأساسية للحكم، وان مخالفة هذه الأحكام تجعل الحكم معرضاً للفسخ أو النقص، واول هذه الاركان هو صحة انعقاد وتشكيل المحكمة في المواد (٩١، ٩٢، ٩٣) الركن الثاني صحه انعقاد الخصومة في المادة (٣) والركن الثالث هو كتابة الحكم والتوقيع عليه في المواد (١٦٠-١٦١).

أمّا موقف محكمة التمييز الاتحادية بهيئتها المدنية فقد صدرت عدة قرارات في هذا الخصوص ومنها وبرزها هو القرار رقم (٣٤٧/٣٤٦) الهيئة الموسعة المدنية ٢٠١٦، والذي نص مبدأ الحكم فيه على (الحكم المعدوم هو الذي يكون فاقداً عنصراً هاماً من عناصر تكوينه ولا يحتاج إلى اعلان قضائي لان المعدوم ليس بحاجة إلى من يعدمه)^(٢)، كما اصدرت محكمة التمييز الاتحادية قراراً آخر بخصوص الأحكام القضائية رقم (١٣/الهيئة العامة/٢٠٢٠) ونصت في مبدأ الحكم على (أن الأحكام القضائية تبقى مرعية ومعتبرة مالم تبطل أو تعدل من قبل محكمة اعلى وفقاً لطرق الطعن القانونية (م.٣/١٦٠) مرافعات مدنية، والقول بخلاف ذلك معناه ايجاد طرق طعن جديدة في الأحكام والقرارات لم ينص عليها، وهذا الأمر محظور قانوناً ولهذا لا يجوز تقديم طلب باعتبار (الحكم معدوماً) بصورة مجردة، بل ينبغي تقديم ذلك من خلال ممارسة الخصم حقه في الطعن في الأحكام وفقاً لطرق الطعن القانونية المنصوص عليها حصراً في المادة (١٦٨) من قانون المرافعات المدنية، والتي ليس من ضمنها ما يسمى (طلب إنعدام الحكم)^(٣).

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (١٦٥/موسعة جزائية/٢٠٠٦) المؤرخ في ٢٠٠٧/٣/١٢، غير منشور، ينظر: دريد داوود سلمان الجنابي، النشرة القضائية، العدد (٢٨)، ٢٠١٠، ص١٩-٢٠.
 (٢) ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٣٤٧/٣٤٦) الهيئة الموسعة المدنية المؤرخ ٢٠١٦/١١/٢٨، منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى، قرارات تمييزية: (<https://www.hic.iq>)، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١٢/١٥، الساعة ٤٣:٤٣م.
 (٣) ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (١٣/الهيئة العامة)، المؤرخ ٢٠٢٠/٦/٣، منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى، قرارات تمييزية: (<https://www.hic.iq>)، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١٢/١٥، الساعة ١٠:١٠م.

أن الملاحظ لهذين القرارين يجد فيهما تناقضاً، فالقرار الأول يقرر بأن الحكم المعدوم لا يحتاج إلى اعلان قضائي لان المعدوم ليس بحاجة إلى من يعدمه، أما القرار الآخر لمحكمة التمييز الاتحادية يوجب أتباع إحدى طرق الطعن المنصوص عليها في المادة (١٦٨) من قانون المرافعات المرقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل^(١)، ولا بد من التتويه إلى أن الأحكام المنعدمة لا تقبل الطعن بطرق الطعن العادية إلا في حالات معينة وطرق محدودة^(٢)، لان هذه الأحكام لا وجود لها من الأساس وتكون معدومة بقوة القانون، وكما بينا مسبقاً أن الأحكام المنعدمة تكون غير محصنة ولا تحوز حجية الشيء المقضي فيه، ولا تلحقها أي حصانة، إذاً فكيف يتم قبول الطعن في حكم غير موجود أصلاً؟

من خلال ما تقدم نهيب بالمشرع العراقي أن يتولى وضع نصوص واضحة يحدد فيها حالات إنعدام الأحكام الآلية لتقرير إنعدامها، ومن جهة أخرى يمنع ذلك الالتباس والغموض الذي قد تقع فيه المحاكم عند تطبيق القانون.

ثانياً- ان يصدر الحكم الجزائي بموجب خصومة بين طرفين امام القضاء.

إن الخصومة الجزائية قد تضم أكثر من رابطة إجرائية إذا تعددت أوجه الاتهام أو إذا شملت رابطة تبعية إلى جانب الرابطة الأصلية كما هو الحال في رفع الدعوى المدنية التبعية^(٣)، فالخصومة الجزائية مجموعة من الأعمال الإجرائية المتتابعة لأطراف العلاقة المشتكي والمتهم، والتي تبدأ بتحريك الدعوى الجزائية وتنتهي بصدور حكم أو بسبب آخر من أسباب انقضاء الخصومة^(٤).

(١) تنص المادة (١٦٨) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل على (بيان الطرق القانونية للطعن في الأحكام هي: ١- الاعتراض على الحكم الغيابي. ٢- الاستئناف. ٣- اعادة المحاكمة. ٤- التمييز. ٥- تصحيح القرار التمييزي. ٦- اعتراض الغير)، والطرق الطعن هذه نفسها موجودة في قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ ما عدا الاستئناف واعتراض الغير في المواد (٢٤٣-٢٧٨).

(٢) يرى الفقه أن هنالك وسيلتين لتقرير الإنعدام وهي الطعن في الحكم (يمكن سلوك هذا الطريق في حال إذا كان إنعدام الحكم قانونياً وليس فعلياً أي تكون للحكم كيان مادي وازالة شبهة هذا الكيان بتقرير إنعدامه، وكذلك يمكن سلوك طريق اعادة المحاكمة بالنسبة للحكم المنعدم الذي يصدر استناداً إلى اعتراض منعدم) أو رفع دعوى تقرير الإنعدام الأصلي. ينظر: وعدي سليمان، الجزاءات الإجرائية، المصدر السابق، ص ١٧٣.

(٣) د. امال عبد الرحيم عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٢٦٠.

(٤) أن فكرة الخصومة الجزائية هي مدنية الأساس تم نقلها إلى المجال الجزائي من قبل الفقه لإلزام ممثل المجتمع أي النيابة العامة (الادعاء العام) بتحريك الدعوى فقط، والخصومة ليست ملك هذا الممثل بل هي ملك الشعب. ينظر: ايمن صباح جواد راضي اللامي، مدى سلطة المحكمة في تعديل نطاق الدعوى الجزائية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٧، ص ٢١-٢٢.

إذن فالخصومة الجزائية الصراع الذي ينشأ بتحريك الدعوى الجزائية بين الدولة (التي لها مصلحة في العقاب) والمتهم (الذي له الحق في حماية حريته) والادعاء العام كطرف في الخصومة الإجرائية يمثل الدول في إثبات سلطتها في العقاب، وهذا الصراع منظم تحكمه قواعد قانون الإجراءات الجزائية ويفصل فيه القاضي بحكم يتفق مع العدالة والقانون ولا يتقيد بطلبات الخصوم^(١)، وبناءً على ما تقدم أن انعقاد الخصومة يحتاج إلى الأمور الآتية:

أ- هيئة قضائية يناط بها الفصل في الخصومة.

ب- تحريك الدعوى الجزائية من قبل الادعاء العام.

ج- وجود المتهم وإعلانه بالحضور^(٢).

إن في حال تخلف احد المفترضات الثلاثة فإنه يحول دون انعقاد الخصومة الجزائية، فإذا صدر حكم رغم عدم انعقادها فذلك سيؤدي إلى أن يكون سبباً في إنعدام الحكم^(٣)، ولا بد من التنويه إلى أن المفترض الأول (هيئة قضائية يناط بها الفصل في الخصومة) قد تم التطرق إليه في بداية هذا الفرع، على الرغم أنه يعتبر من المقدمات الأساسية للخصومة الجزائية الصحيحة، وذلك لكون هذا المفترض بالذات يصلح أن يكون وحده سبباً كافياً لإنعدام الحكم، وعليه سوف يتم تسليط الضوء في الموضوع لإنعدام الخصومة الجزائية أمام القضاء على مفترضين الآخرين وهما:

أ- **عدم تحريك الدعوى الجزائية من قبل الادعاء العام:** إن الدعوى الجزائية تعدّ أول وسيلة تعمل على افتتاح الخصومة الجزائية، من حيث إنها أول عمل إجرائي يمكن أن يتوسل به القانون الإجرائي الجزائي في تحقيق مبتغاه^(٤)، إنَّ هناك جرائم تحرك الدعوى فيها بلا شكوى لذلك يكون الادعاء العام هو من يتولى تحريكها بحسب الأصل مالم يتطلب تحريكها شكوى أو إذن من مرجع خاص، وهذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي^(٥)، الذي أعطى للإدعاء العام الحق

(١) د. امال عبد الرحيم عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٢٦٠.

(٢) د. عبد الحميد الشواربي، الدفوع الجنائية، ط ١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٨٢٠.

(٣) د. غنام محمد غنام، نظرية الإنعدام في الإجراءات الجزائية، المصدر السابق، ص ١٦٧.

(٤) عمار رجب معيش الكبيسي، المصلحة المعتبرة في قواعد واجراءات الخصومة الجزائية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة تكريت، ٢٠١٥، ص ٥٣.

(٥) حيث قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي على (أما في إطار تحريك الدعوى العمومية بواسطة النيابة العامة أو عن طريق الاستدعاء المباشر تكتب الوقائع للمثول أمام المحكمة المختصة أو تقديم شكوى أمام قاضي التحقيق). ينظر:

Artiele (10-2) de la code de procedure penale francais 1993.

في تحريك الدعوى ومباشرتها^(١)، كما نص عليه المشرع العراقي في قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل في المادة (١)، حيث أعطى للإدعاء العام وجهات أخرى كالمجنى عليه ومن علم بوقوع الجريمة الحق في تحريك الدعوى الجزائية باعتبار أن الإدعاء العام يمثل المجتمع.

وبناءً على ذلك فإنَّ تحريك الدعوى ومباشرتها من قبل الإدعاء العام يعد من المفترضات الأساسية لوجود خصومة جزائية صحيحة، فإنَّ في حال تم تحريك الدعوى الجزائية من دون علم النيابة العامة في الاحوال التي اوجب القانون تحريكها من قبل النيابة العامة، ما يؤدي إلى إنعدام الخصومة الجزائية بسبب تخلف أحد مفترضاتها، وبالتالي إنعدام الحكم الذي صدر بناءً على هذه الخصومة^(٢).

ب- **عدم وجود المتهم:** من المسلمات أن الخصومة لا تتعقد إلا في وجود متخاصمين وطرفا الخصومة في الدعوى الجزائية هما من ناحية سلطة الاتهام (الإدعاء العام) ومن ناحية أخرى المتهم، فإذا لم ترفع الدعوى من سلطة الاتهام فإنَّ الخصومة لا تتعقد، كما أن إذا رفعت على شخص غير موجود أو شخص متوفى فإنَّ ما يتبع ذلك من إجراءات يكون معدوماً^(٣).

إن عدم وجود المتهم أو عدم حضوره بسبب عدم تبليغه وقد قدمت الدعوى على المحكمة دون أن يعلم المتهم بورقة التكليف بالحضور، ولم يحضر نتيجة لذلك يوم الجلسة ومع ذلك فصلت المحكمة في موضوع الدعوى سواء بالإدانة أو البراءة فإنَّ الحكم يكون معدوماً، لأنَّه صدر في دعوى لم تتصل بها المحكمة على الوجه المقرر قانوناً، ولأنَّ اتصال المحكمة بالدعوى الجزائية لم يتقرر لمصلحة المتهمين وإنما لمصلحة العدالة^(٤).

ولقد أكد قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل على ضرورة تبليغ المتهم بجلسة المحاكمة وجاء فيه (إذا رأيت النيابة العامة بعد التحقيق أن الواقعة جنائية أو جنحة أو مخالفة وان الأدلة على المتهم كافية، رفعت الدعوى إلى المحكمة المختصة ويكون ذلك في مواد

(١) عبد الأمير العكيلي وآخرون، شرح اصول المحاكمات الجزائية، المصدر السابق، ص ٢٣ - ٢٤.

(٢) د. امال عبد الرحيم عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٢٦٣.

(٣) د. غنام محمد غنام، نظرية الإنعدام في قانون الإجراءات الجزائية، المصدر السابق، ص ١٦٦ - ١٦٧.

(٤) د. عوض محمد، تعليقات على أحكام القضاء (دراسة مقارنة نقدية لبعض أحكام محكمة النقض)، دار الشروق، القاهرة، ٢٠١٧، ص ٧.

المخالفات والجنح بطريق تكليف المتهم بالحضور أمام المحكمة الجزائية، مالم تكن الجريمة من الجنح التي تقع بواسطة الصحف أو غيرها من طرق النشر عدا الجنح المضرة بأفراد الناس، فتحيلها النيابة العامة إلى الجنايات مباشرة^(١)، كما أن النقص المصري في قرار لها على أهمية التكليف بالحضور حيث ذهبت بأنّ التكليف بالحضور هو الإجراء الذي يتم به رفع الدعوى ويترتب عليه كافة الأحكام، وبدون إعلان هذا التكليف لا تدخل الدعوى في حوزة المحكمة^(٢).

أما المشرّع العراقي فقد نص قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل على وجوب تبليغ المتهم وذوي العلاقة والإدعاء العام عند ورود اضباره الدعوى إلى المحكمة، بورقة التكليف بالحضور^(٣)، كما نص وجوب حضور المتهم المحاكمة الوجيهة ولا يغنى عن ذلك حضور وكيله^(٤)، وهذا أن دل فإنّ يدل على ضرورة تبليغ المتهم بجلسة المحاكمة كونه أحد أطراف الخصومة الجزائية، إلا أن محكمة التمييز الاتحادية الاتحادية لم تبد موقفاً من نظرية الإنعدام ولم تجد قراراً تمييزاً في هذا الخصوص، أما في حال وفاة المتهم المعروف أن الخصومة الجزائية تقوم بين أشخاص موجودين على قيد الحياة وإلا كانت معدومة لا ترتب أي اثر ولا يحملها اجراء لاحق^(٥).

وطبقاً لمبدأ شخصية العقوبة فإنّ وفاة المتهم تؤدي إلى انقضاء الدعوى الجزائية واستحالة تنفيذ العقوبة المقررة، سواء حصلت الوفاة بعد الحكم عليه وقبل التنفيذ واثاء التنفيذ، وذلك لسبب ينطلق محل هذه العقوبة الذي يرتكز على الشخص المحكوم عليه، وهذا المحل يزول بالوفاة وبزواله يتعذر تنفيذها^(٦).

ومن القوانين المقارنة التي نصت على ذلك قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل والذي جاء فيه (تنقض الدعوى الجنائية بوفاة المتهم...)^(٧)، كما نص على هذه الفقرة

(١) ينظر: نص المادة (٢١٤) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل.

(٢) ينظر: قرار محكمة النقض المصرية الطعن رقم (٣٢) المؤرخ ١١ شباط مجموعة أحكام محكمة النقض، ١٩٩١.

(٣) ينظر: نص المادة (١٤٣) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.

(٤) ينظر: نص المادة (١٤٦) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.

(٥) مجدي احمد عزم، حالات إنعدام الأحكام ويطلائها، مقال منشور على الموقع الالكتروني:

(<https://www.mohamoon-montada.com>) تاريخ الزيارة ١٧/١٢/٢٠٢٠، الساعة ١٥:٠٩م.

(٦) عباس حكمت فرحان الدركزلي، القوة التنفيذية للأحكام الجزائية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٣، ص ٩٧ وما بعدها.

(٧) ينظر: نص المادة (١٤) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل.

قانون اصول المحاكمات العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل الذي نص على أن الدعوى الجزائية تنتقض بوفاة المتهم متى كانت الدعوى الجزائية لم تحرك قبل الوفاة^(١)، أما في حال تم تحريك الدعوى قبل وفاته ففي هذه الحالة يجب أن توقف الإجراءات المتخذة سواء كانت في مرحلة التحقيق أو مرحلة المحاكمة، وسواء كانت الجريمة المرتكبة جنائية أو جنحة أو مخالفة^(٢).

ثالثاً- أن يصدر الحكم الجزائي بموجب الشكل المقرر قانوناً: أن وجود الحكم والاعتداء والاعتراف به لا يكفي فقط أن يكون صادراً من محكمة مختصة في حدود ولايتها، وفي خصومة منعقدة على نحو صحيح قانوناً، بل لابد أن يتوافر ركن ثالث بوجود الحكم وهو صدوره بالشكل الذي نص عليه القانون، أما القاضي في اصداره للحكم يكون مقيداً بتطبيق قواعد القانون واتباع إجراءات التقاضي، كما يجب أن يصدر الحكم بالشكل المحدد وفقاً لما نص عليه القانون^(٣).

ولكي يصدر الحكم بهذا الشكل لابد أن يحتوي على مجموعة من البيانات، وإن إغفال بعض هذه البيانات يؤدي إلى إنعدام الحكم الجزائي^(٤)، وتعد إشارة الحكم والتوقيع عليه ركناً أساسياً في الحكم، وهذا ما سوف نوضحه كما يلي:

١- عدم تحرير الحكم

إن الكتابة في العمل الإجرائي هو السند الدال على حصوله، فهي التي تمكن من التحقيق من مدى موافقة العمل للقانون ومعرفة مضمونه، وعدم ثبوت العمل الإجرائي كتابة يؤدي إلى افتراض عدم مباشرته، فإن لم يكتب الحكم كان منعدماً^(٥)، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصري حيث ذهبت إلى (أن الحكم الذي نطق به ولم يحرر ابداً يعدّ حكماً منعدماً، إذا لم يتح له أداء دوره القانوني من حيث التنفيذ وانتهاء الدعوى)^(٦).

(١) ينظر: نص المادة (٣٠٠) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل. وبدلالة المادة (١٥٠) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٢) ينظر: نص المادة (٣٠٤) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.

(٣) علي عبد الحسين منصور، فكرة الحكم المنعدم في قانون المرافعات المدنية، المصدر السابق، ص ٤١.

(٤) د. طلعت يوسف خاطر، نظرية الإنعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، المصدر السابق، ص ١٢٧.

(٥) د. احمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجزائية، المصدر السابق، ص ١٨٩.

(٦) قرار محكمة النقض المصرية، رقم (١٤٣)، المؤرخ في ١١ نوفمبر، مجموعة القواعد القانونية، ١٩٤٠، ص ٢٧٠.

ينظر: د. غنام محمد غنام، نظرية الإنعدام في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٢٠٨.

كما أن قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل قد نص على ضرورة أن يتم تحرير محضر للحكم وأن يشتمل على الأسباب التي بنى عليها وكل حكم بالإدانة يجب أن يشتمل على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة والظروف التي وقعت فيها، وأن يشير إلى نص القانون الذي حكم بموجبه^(١)، وهذا أيضاً ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية حيث قضت (إن كل حكم يجب أن يكون مكتوباً ويوقعه القاضي الذي أصدره ولا يعتبر غير موجود)^(٢).

أما المشرع العراقي، فقد نص قانون اصول المحاكمات رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل على ضرورة أن يتم تحرير الإجراءات التي تتم في المحاكمة في محضر وإن يشتمل على تاريخ كل جلسة أمام القاضي أو القضاة والكتاب وممثل الادعاء واسماء المتهمين وباقي الخصوم ووكلائهم واسماء الشهود وبيان الأوراق التي تكتب والطلبات والإجراءات التي تثبت وخالصة القرارات التي صدرت، وغير ذلك مما يكون قد جرى في المحاكمة^(٣).

ومن خلال ما تقدم نرى ضرورة واهمية كتابة محضر المحاكمة لما فيه من بيانات مهمة ما لم يمكن أن يصدر الحكم ما لم تدون، وتكون بمقام السند الدال على حصول الإجراءات، لذا كان الأحوط أن يتم النص على ترتيب جزاء الإنعدام في حال عدم تدوينه.

٢- عدم التوقيع

لا يمكن أن يسمى الحكم الجزائي حكماً إلا بعد التوقيع على مسودته من قبل القاضي الذي أصدرها، لأن توقيع القاضي على مسودة الحكم يدل على عقيدته التي كونها في الدعوى وقد اصدر حكمه فيها بصورة مكتوبة، فإذا بقيت هذه المسودة بدون توقيع فإن الكتابة تبقى مجرد مشروع حكم لا يرقى إلى نطاق الأحكام، أما التوقيع هو الركن الجوهري للحكم الذي يصدره القاضي وغياب هذا الركن الجوهري يؤدي إلى إنعدام الحكم القضائي^(٤).

(١) ينظر: نص المادة (٣١٠) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل.

(٢) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (٣٨١) المؤرخ ١٦ يونيه ١٩٤٧، مجموعة ج ٩، ص ٢٦٠؛ ينظر: د. ماهر ابو العينين، دعوى البطلان الاصلية، بحث منشور في مجلة المحاماة تصدرها نقابة المحامين، جمهورية مصر العربية، العدد (١)، ٢٠٠١، ص ٦٣٢.

(٣) ينظر: نص المادة (٢٢٢) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.

(٤) احمد أبو الزين، إنعدام الحكم القضائي، بحث منشور على الموقع الالكتروني: ==

حيث تذهب محكمة النقض المصرية إلى القول بأنه إذا كان مجرد عدم توقيع القاضي على محضر الجلسة لا يترتب عليه البطلان، فإنَّ توقيعَه على ورقة الحكم الذي اصدره يعدّ شرطاً لقيامه وصحته، ومتى تخلف هذا الشرط اعتبر الحكم معدوماً^(١)، كما أشار المشرع المصري في قانون الإجراءات المصرية رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل إلى أهمية التوقيع ولا بد من أن يتم من قبل رئيس المحكمة وكتبتها وعلى نسخة الحكم الأصلية^(٢).

أما المشرع العراقي فقد نص في قانون أصول المحاكمات الجزائية على أهمية أن يتم تحرير المحضر والتوقيع على جميع صفحاته من قبل القاضي أو رئيس المحكمة^(٣)، اشترطت محكمة التمييز الاتحادية العراقية توقيع القضاة الذين أصدروا الحكم على مسودته وكذلك على الأحكام والقرارات الصادرة في الدعوى^(٤).

وبناءً على ما سبق ذكره فإنَّ كتابة الحكم والتوقيع عليه يعد من المبادئ التي يترتب على عدم الاخذ بها إنعدام الحكم، لأنها تثبت وجود الحكم وتعبّر عن إرادة مصدره من الناحية القانونية، إلا أن محكمة التمييز الاتحادية لم ترتب الإنعدام على مخالفة هذه الشروط وإنما اكتفت في أغلب قراراتها على نقض الحكم، لذا كان الاجدر بالمشرع العراقي أن يدرج جزاء الإنعدام ضمن الجزاءات الأخرى التي نص عليه في قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل، تلافياً لعدم اختلاط آثار هذا الجزاء مع الجزاءات الأخرى ولمنع الالتباس على الجهات المعنية.

==(<https://m.facebook.com/keswalawyers/post3/5306828>)==

تاريخ الزيارة في ١/١٢/٢٠٢٠، الساعة ١٩:١٢ص.

(١) د. مجيد خضر احمد السبعوي وكوفند جوتيار محمد، الافراج عن المتهم في الدعوى الجزائية (دراسة مقارنة)،

ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٧، ص١٢٠.

(٢) ينظر: نص المادة (٣١٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصرية رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل.

(٣) ينظر: نص المادة (٢٢٢) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.

(٤) د. مجيد خضر احمد السبعوي واخرون، الافراج عن المتهم في الدعوى الجزائية، المصدر السابق، ص١٢٠.

المبحث الثاني

النقص التشريعي في الجانب الإجرائي للجريمة المعلوماتية

لقد تطورت الظاهرة الاجرامية في العصر الحديث تطوراً ملحوظاً سواء في أشخاص مرتكبيها أو في اسلوب ووسائل ارتكابها، والذي يتمثل في استخدام آخر ما توصلت اليه العلوم التقنية والتكنولوجية وتطويعها في خدمة الجريمة^(١).

ولما كانت الجرائم المعلوماتية تتسم بالحدائث من حيث اسلوب ارتكابها، وسرعة تنفيذها واخفاء معالمها، لذا فمن الطبيعي أن يثير البحث عن هذه الجرائم مشاكل وصعوبات في استخلاص الأدلة التي تثبت وقوع الجريمة والتي تدين مرتكبيها، كونها تختلف عن الجرائم التقليدية الأخرى، من حيث نوع الدليل وخصائصه وطرق استخلاصه ومكان ارتكاب مثل هكذا جرائم، مما يعرقل عمل أجهزة القضاء ولاسيما أجهزة البحث والتحري والتي لها دور فعال ورئيسي في كشف وإثبات الدليل الإلكتروني، إلا أنها تواجه صعوبات ومشاكل إجرائية أثناء رحلة البحث عن هذا النوع من الجرائم هذا من ناحية^(٢)، ومن ناحية أخرى، فإن المحكمة تحكم في القضية الماثلة امامها بناءً على الدليل المقدم اليها، وهذا ما يمكن تطبيقه على الجرائم التقليدية مما يجعل قواعد القانون الجزائي تبدو قاصرة عن معالجة الجرائم المعلوماتية من الناحية الإجرائية، مما يشكل نقصاً تشريعياً في القاعدة الإجرائية الجزائية، لذا سوف يتم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، نتناول في المطلب الأول تعريف الجريمة المعلوماتية وخصائصها، أما المطلب الثاني سيتناول الصعوبات الإجرائية التي تثيرها الجريمة المعلوماتية.

(١) عادل يوسف عبد النبي الشكري، الجريمة المعلوماتية وأزمة الشرعية الجنائية، بحث منشور في مجلة دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، المجلد (١)، العدد (٧)، ٢٠٠٨، ص ١١١.

(٢) د. ميسون خلف محمد الحمداني، مشروعية الأدلة الإلكترونية في الإثبات الجنائي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العدد (٢)، ٢٠١٦، ص ١٩٥-١٩٦.

المطلب الاول

تعريف الجريمة المعلوماتية وخصائصها

لتسليط الضوء على الجريمة المعلوماتية كونها ظاهرة حديثة في اغلب جوانبها سوف يتم تقسيم هذا المطلب الى فرعين، نخصص الفرع الاول منه لتعريف الجريمة المعلوماتية ونتطرق في الفرع الثاني إلى خصائص الجريمة المعلوماتية.

الفرع الاول

تعريف الجريمة المعلوماتية

في البدء لابد من الاشارة الى أن الفقه الجزائري لم يتفق على إيراد تسمية موحده للجريمة المعلوماتية، إذ ان هناك العديد من المصطلحات شاع استخدامها على مستوى الفقه كل حسب نظرته للموضوع، فهناك من يطلق عليها جرائم اساءة استعمال الحاسوب او جرائم الحاسوب^(١)، في حين يطلق عليها جانب آخر جريمة الاختلاس المعلوماتي او الاحتيال المعلوماتي^(٢)، وايضا تدعى بالجريمة المعلوماتية^(٣)، حيث يرى الفقه هذه المصطلحات ينبغي ان لا تعامل حرفياً، بل انها مصطلحات وصفية على نحو واسع تشدد على دور التكنولوجيا في ارتكاب الجريمة، على الرغم من انه لا يوجد مصطلح واحد متفق عليه، إلا أنّ المصطلح الأكثر شيوعاً وأكثر دقة هو الجريمة المعلوماتية كون هذه الجريمة لا تتم الا باستخدام جهاز الحاسوب الذي يرتكز عمله على البرامج المعلوماتية^(٤).

(١) د. هلاي عبد اللاه احمد. الجوانب الموضوعية والإجرائية للجرائم المعلوماتية على ضوء اتفاقية بودابست الموقعه في ٢٣ نوفمبر ٢٠٠١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٣٣.

(٢) نهلة عبد القادر المؤمني، الجرائم المعلوماتية، ط٢، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص ٤٦.

(٣) المعلوماتية:- هي كلمة مكونه من مقطعين، المقطع الاول information والمقطع الثاني Automatique، ينظر: نور الهدى محمودي، حجية الدليل الرقمي في اثبات الجريمة المعلوماتية، بحث منشور في مجلة الباحث في الدراسات الاكاديمية، جامعة باتنة، العدد (١١)، ٢٠١٧ ص ٩١٥.

(٤) أن اغلبية الفقه الفرنسي والمصري قد اخذ مصطلح الجريمة المعلوماتية على اعتبار انها تمثل صورة السلوك التي تشكل جرائم يعاقب عليها القانون. ينظر: مشتاق طالب وهيب، مفهوم الجريمة المعلوماتية ودور الحاسوب في ارتكابها، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة ديالى، المجلد (٣٠)، العدد (١)، ٢٠١٤، ص ٣٣٧.

أما من حيث تعريفها فلم يتفق الفقه على تعريف محدد لجريمة المعلوماتية، وتم تعريفها من جوانب مختلفة، كل جانب ينظر إليها من زاوية، الاتجاه الأول اعتمد في تعريفه للجريمة المعلوماتية على أساس وسيلة ارتكاب الجريمة (كل فعل إجرامي يستخدم الحاسب الآلي في ارتكابه كأداة رئيسية أو هي كل أشكال السلوك غير المشروع الضار بالمجتمع الذي يرتكب باستخدام الحاسب الآلي)^(١)، ان هذا الاتجاه قد اعتمد بالدرجة الأساس على الوسيلة التي تستخدم في ارتكابها، الا اننا لا يمكن أن نطلق عليها الجريمة المعلوماتية لمجرد ان الجاني قد استخدم الحاسوب، إذ لابد من الرجوع الى الفعل الأساسي المكون للجريمة ومحل الاعتداء وليس فقط الوسيلة، بالإضافة الى ان المشرع في الغالب لا ينظر الى الوسيلة التي ارتكبت بها الجريمة، وانما الى المصالح المحمية وما يلحقها من ضرر.

أما الاتجاه الثاني فقد اعتمد على المعيار الموضوعي، واستناداً الى هذا المعيار تعد من الجرائم المعلوماتية اذا وقعت على الحاسب الآلي أو قد وقعت على نظامه المعلوماتي، حيث تعرف الجريمة المعلوماتية وفق هذا الاتجاه بأنها (كل نشاط غير مشروع لنسخ أو تغيير أو حذف أو الوصول الى المعلومات المخزونة داخل الحاسب الآلي او التي تحول عن طريقه)^(٢)، وهذا الاتجاه قد تعرض للانتقاد لكونه لم يبين محل الاعتداء الى جانب أنه بدأ صائباً وانتهى معيباً، حيث حقق اسس فكرة الشرعية من خلال بيان الجرائم المعلوماتية لما لها من خصوصية، وانتهى الى التوسيع غير المبرر عندما قال ان الجريمة المعلوماتية يمكن ان تنتج من اي فعل غير مشروع يتعلق بالمعلومات التي يمكن ان تحول عن طريقه، ثم يبين طبيعة هذا التحول، ففتح الباب واسعاً أمام التفسيرات التي تعصف بمبدأ الشرعية^(٣).

وتبنى الاتجاه الثالث من الفقه المعرفة بتقنية المعلومات كأساس يستند اليه في تعريفه للجريمة المعلوماتية، أي أن الجريمة تتحقق إذا قام الشخص بفعل غير قانوني تكون المعرفة بتكنولوجيا الحاسوب أساسية في ارتكابها، وبناءً على هذا الاتجاه تعرف الجريمة المعلوماتية بانها (الجريمة التي يتم ارتكابها اذا قام الشخص باستخدام معرفته بالحاسوب لإنجاز عمل غير قانوني)^(٤) قد اعتمد هذا

(١) د. محمد مرهج الهيتي، الجريمة المعلوماتية (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٤، ص ١١٣.

(٢) عادل يوسف عبد النبي الشكري، الجريمة المعلوماتية وازمة الشرعية الجنائية، المصدر السابق، ص ١١٣.

(٣) د. محمد مرهج الهيتي، الجريمة المعلوماتية، المصدر السابق، ص ١٣٧.

(٤) د. نائلة عادل محمد فريد قوره، جرائم الحاسب الاقتصادية (دراسة نظرية وتطبيقية)، دار النهضة العربية، القاهرة،

الاتجاه على المعرفة بتقنية المعلومات كوسيلة أو هدف لتنفيذ الجريمة، وهذا المعيار لا يمكن الإستناد إليه لكي ينطلق وصف الجريمة المعلوماتية كونه معياراً غامضاً يحتاج إلى تحديد، بالإضافة الى أنه لا يعطي جميع انماط السلوك التي يمكن أن تتدرج تحت وصف هذه الجريمة.

أما الاتجاه الرابع الذي اعتمد أكثر من معيار، وتعرف الجريمة المعلوماتية بناءً على هذا الاتجاه (كل نشاط ايجابي أو سلبي من شأنه الاتصال دون وجه حق بالكيان المعنوي للحاسب الآلي، أو بنظام المعلومات العالمية (الإنترنت) أو الإبقاء عليه عند تحققه أو التأثير عليه بتعطيله أو إضعاف قدرته على وظائفه أو الاعتداء على نظام معلوماته أو قاعدة بيانات معلوماتية بأي وسيلة كانت)^(١)، ونحن من جانبنا نتفق مع هذا التعريف لكونه حاول تجنب الانتقادات التي وجهت للإتجاهات السابقة، وذلك عن طريق الإحاطة والإلمام على قدر الامكان بجميع جوانب الجريمة المعلوماتية وحاول عدم حصرها في نطاق ضيق.

وبناءً على ما تقدم يمكن تعريف الجريمة المعلوماتية بأنها (كل فعل أو امتناع يقوم به شخص معرفة بالقدر اللازم من شأنها تعطيل أو تحريف أو محو بيانات او معلومات تابعة للغير لغرض الاعتداء على الأموال المادية أو المعنوية عن طريق الحاسب الآلي).

الفرع الثاني

خصائص الجريمة المعلوماتية

إن ارتباط الجريمة المعلوماتية بجهاز الحاسوب وشبكة الانترنت أضيف عليها مجموعة من الخصائص التي تجعلها مختلفة عن الجرائم الاعتيادية الأخرى وهي كما يلي:

١- توسع في الاركان العامة للجريمة المعلوماتية:

لقد استقر الفكر القانوني على ضرورة وجود نصوص خاصة ومستحدثة تتسع قوالبها لتشمل الجريمة المعلوماتية، والجريمة المعلوماتية كغيرها من الجرائم الاعتيادية تحتاج إلى شرط مفترض وهو

(١) د. سومية عكور، الجرائم المعلوماتية وطرق مواجهتها (قراءة في المشهد القانوني والامني)، بحث منشور في الملتقى العلمي للجرائم المستحدثة في ظل المتغيرات والتحويلات الاقليمية والدولية، كلية العلوم الاستراتيجية، عمان، ٢٠١٤، ص٤.

توافر جهاز الحاسوب الآلي، والشبكة المعلوماتية ووجود معلومات معالجة آلياً، حيث يفترض القانون توافر هذا الشرط وقت مباشرة الجاني لفعله وبدونه لا يتصف هذا النشاط بأي جريمة، لذا فإنَّ الركن المادي والمعنوي والشرعي في الجريمة المعلوماتية لا بد أن يكون في اطار هذا الشرط المفترض، وهذا ما يميزها عن الجرائم الاعتيادية الأخرى^(١).

٢- من حيث سمات المجرم المعلوماتي:

تتطلب الجرائم المعلوماتية على غرار الجرائم التقليدية حرفة عالية سواء عند ارتكابها أو عند اكتشافها من قبل الشخص الذي يرتكبها، أي يجب يكون ذلك الشخص لديه معرفة بالقدر اللازم والكافي بأمر الحاسب الآلي والانترنت^(٢)، لذلك نجد أنَّ معظم من يرتكبون تلك الجرائم يكونون بدرجة عالية من المهارة والاطلاع وتكريس الكثير من الوقت في البحث والاعداد لإرتكاب جرائمهم حيث لا يمكن للشخص المبتدئ إلا في حالات نادرة أن يرتكب جريمة بطريق هذه التقنية، فالأمر يبدو انه يحتاج إلى الدقة والتخصص في هذا المجال للتغلب على هذه القضايا التي أوجدها المتخصصون لحماية أنظمة الحاسوب^(٣)، وهناك بعض الطرق التي تساعد الجناة على التخفي وعدم الكشف عن هويتهم ومنها استخدام كلمات المرور أو كلمات السر لحماية اجهزتهم الخاصة حيث يمكنهم إستعمالها حول مواقعهم الإلكترونية مما يمنع الوصول إليها، ومن ثم تمنع التفتيش المتوقع الذي يكون القصد منه البحث عن أدلة، كما يستخدم الجناة اسلوب الترميز والتشفير الذي يمنع من قراءة المعلومات إلا من قبل من يحمل المفتاح الثاني الذي تحل به الشفرة، بل أنَّ الجناة وحسب ما يذهب البعض يلجؤون إلى اساليب تصل إلى منع ضبطهم والإيقاع بهم^(٤)، وإنَّ الفاعل قد لا يتواجد على مسرح الجريمة بل يرتكب جريمته عن بعد وهو ما يعني عدم التواجد المادي للمجرم المعلوماتي، فقد يوجد الجاني في بلد ما ويستطيع الدخول إلى ذاكرة الحاسب الآلي الموجود في بلد آخر^(٥).

(١) نداء نائل فايز المصري، خصوصية الجرائم المعلوماتية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠١٧، ص ١٠-١١.

(٢) د. جاسم خريبط خلف، نحو تطورات في الإجراءات الجزائية، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧، ص ١٩.

(٣) مشتاق طالب وهيب، مفهوم الجريمة المعلوماتية ودور الحاسوب بارتكابها، المصدر السابق، ص ٣٥٢.

(٤) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الحاسب الآلي والانترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٤٨.

(٥) خالد ممدوح ابراهيم، الجرائم المعلوماتية، ط١، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٩، ص ٨٨.

٣- الهدف او الدافع في الجرائم المعلوماتية:

تهدف أكثر الجرائم المعلوماتية عند الإقدام على إرتكابها الاستيلاء على المال وتحقيق المكسب السريع، وقد ترتكب احياناً لمجرد غرض فني بقهر نظام الحاسب الالي وتخطي حواجز الحماية المقامة حوله أو بدافع الانتقام^(١)، كما قد تدفع بعض المنشآت أو حتى بعض الدول إلى الاتصال بالأفراد الذين يشتغلون في اماكن حساسة في إحدى المنشآت كي يعملوا لصالح منشآت أخرى منافسة بهدف الاطلاع على بعض المعلومات والتقنيات المتوفرة لديها للإستفادة منها، وتستخدم في ذلك عدة أساليب منها الرشوة أو الإقناع والإغراء المقترن بالتهديد أو يكون لدافع جنون العظمة أو الطبيعة التنافسية التي تدفع بعض العاملين في المنشآت، فيفضي ذلك إلى ارتكاب مثل هذه الجرائم حتى ينافس زملائه للوصول إلى أعلى المراكز المرموقة وقد يكون دافع الانتقام من رب العمل أو أحد زملائه من بين البواعث الدافعة لارتكاب الجريمة^(٢).

٤- ارتكاب الجريمة المعلوماتية في مراحل تشغيل نظام المعالجة الآلية للبيانات:

يمكن أن تُرتكب هذه الجرائم في أي مرحلة من مراحل الإدخال أو المعالجة أو الاخراج، ففي مرحلة المدخلات يمكن ترجمة المعلومات الى لغة مفهومه من قبل الحاسب وبهذا يمكن إدخال معلومات غير صحيحة وعدم إدخال وثائق اساسية مما يسبب ارتكاب الجانب الأكبر من الجرائم المعلوماتية خلال هذه المرحلة، أما مرحلة المعالجة يمكن ادخال تعديلات لتحقيق هدف إجرامي عن طريق التلاعب في برامج الحاسب خلال هذه المرحلة كتشغيل برامج جديده أو دس تعليمات غير مصرح بها، ويتطلب التشغيل في مرحلة المعالجة توافر معرفة فنية عميقة لدى الفاعل، والجرائم التي ترتكب في هذه المرحلة نادراً ما تكتشف، وقد يكون عامل المصادفة هو سبب اكتشافها، أما مرحلة الإخراج فهنا يقع التلاعب في النتائج التي يخرجه الحاسوب عن طريق إدخال بيانات صحيحة وتعالج فيه بطريقة غير صحيحة^(٣).

(١) د. فواز عبابنه، وقف التنفيذ في القانون الجنائي، مركز الكتاب الاكاديمي، عمان، ٢٠١٦، ص ٦٦.

(٢) ماهية الجريمة المعلوماتية وخصائصها، بحث منشور على الموقع الالكتروني: (<https://www.universitylifestyle.net>)، تاريخ الزيارة ١٥/٩/٢٠٢٠، الساعة ٢٦:٧م.

(٣) محمد علي سكيكر، الجريمة المعلوماتية وكيفية التصدي لها، كتاب الجمهورية، مصر، ٢٠١٠، ص ٤٥.

٥ - جريمة عابرة للحدود:

إنَّ أهم ما يميز المعلوماتية هي إنَّها غير مقيدة برقعة جغرافية معينة، إنَّ البيئة المعلوماتية التي تحصل فيها هذه الجرائم لا تعترف بالحدود الجغرافية للدول حيث لا حدود مرئية أو ملموسة تعرقل نقل المعلومات عبر الدول المختلفة بعد ظهور شبكة الاتصالات^(١)، ولقد انعكس ذلك على طبيعة الاعمال الإجرامية التي يعمد فيها المجرمون الى استخدام هذه التقنيات في انتهاكاتهم للقانون، وهو ما يعني ان مساحة مسرح الجريمة المعلوماتية لم تعد محلية أي أنَّها أصبحت عالمية، ولكون هذه الجريمة عابرة للحدود خلقت العديد من المشاكل حول تحديد الدولة صاحبة الاختصاص القضائي لهذه الجريمة وكذلك القانون الواجب التطبيق وغير ذلك من النقاط التي تثيرها الجرائم العابرة للحدود بشكل عام، الأمر الذي يكشف عن الحاجة الملحة الى التعاون الدولي في مجال هذه الجريمة والحد منها والقبض على مرتكبيها^(٢).

فعدم تحديد مكان الجناة يشكل صعوبة تضاف إلى صعوبات تعقب مرتكبي هذه الجرائم ومحاسبتهم، لاسيما إذا وضعنا بعين الاعتبار الاختلاف القائم بين التشريعات بشأن مكافحة هذا النمط من الجرائم، ومن جانب آخر فإنَّ الجرائم المعلوماتية تضع التشريعات التقليدية كقانون الإجراءات الجزائية أمام معضلة حقيقية وخاصة التشريعات التي تنص على مبدأ الاختصاص الشامل للقانون الجزائي^(٣)، حيث يثار السؤال عما إذا كان بالإمكان إعمال مبدأ الإقليمية في نطاق هذه الجرائم؟ وهل تكفي النصوص الحالية لمعالجة مثل هذه الطائفة من الجرائم التي تُرتكب من وراء

(١) نبيلة هبه هروال، الجوانب الإجرائية لجرائم الانترنت في مرحلة جمع الاستدلالات (دراسة مقارنة)، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص٣٨.

(٢) قصي علي عباس، مدى امكانية تطبيق نصوص القانون الجنائي على الجرائم المعلوماتية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، المجلد (٢١)، العدد (٢)، ٢٠١٩، ص٣٥٣.

(٣) نص المشرع العراقي على مبدأ الاختصاص الشامل وجاء في نص المادة (١٣) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل (في غير الاحوال المنصوص عليها في المادة ٩، ١٠، ١١ تسري احكام هذا القانون على كل من وجد في العراق بعد ان ارتكب في الخارج بوصفه فاعل أو شريكاً جريمة من الجرائم التالية: تخريب أو تعطيل وسائل المخابرات والمواصلات الدولية والاتجار بالنساء أو بالصغار أو بالرقيق أو بالمخدرات). تقابلها نص المادة (٦-١١٣) من قانون العقوبات الفرنسي والتي نصت على (ينطبق القانون الجنائي الفرنسي على أي جريمة يرتكبها شخص فرنسي خارج اراضي الجمهورية...)، ينظر:

حدود الدولة؟ فإنّ عدم معالجة الدول لهذا النمط من الجرائم يجعل الجناة يستغلون النقص التشريعي في الدول كسبيل للخلاص من الملاحقة الجزائية^(١).

٦- صعوبة اكتشاف الجريمة وإثباتها:

الدليل الجنائي لإثبات الجريمة المعلوماتية يختلف تماماً عن الدليل في الجريمة التقليدية، وذلك من حيث البيانات والمعلومات المدونة في جهاز الحاسوب وكيفية إثباتها، سواء من حيث وسيلة الإثبات أو القائم به، وما إذا كانت تتوافر لديه الخبرة الكافية أم لا، فالصعوبات التي تعترض تحصيل الدليل في هذه الجرائم كثيرة ومتنوعة منها ما يتعلق بالدليل نفسه أو ما يتعلق بموضوع الجريمة أو ما يتعلق بجهات الضبط القضائي أو التحقيق^(٢)، بالإضافة إلى أنّ الكثير من البيانات المطلوب تدقيقها تفوق القدرات البشرية عند مرجعتها، فذاكرة الحاسب تحوي الكثير من المعطيات بمختلف أنواعها، وقد تلجأ سلطات التحقيق في اغلب الأحيان إما لحجز هذه المعطيات لتدقيقها ومراجعتها في سبيل الوصول إلى الدليل وهو أمر فيه الكثير من الصعوبة، أو التغاضي عن المعطيات كلياً على أمل الحصول على إقرار من المتهم والإستعانة بالخبرات الفنية على أبعاد حد^(٣).

يستعصي إثبات هذه الجريمة بالطرق التقليدية وتستلزم طرقاً خاصة مستحدثة للإثبات قوامها التعليم والتدريب المتخصص المستمر لعلوم الحاسب الآلي، لذا فإنها تقتضي وجود رجل شرطة معلوماتي ومحقق معلوماتي وقاضٍ معلوماتي فضلاً عن الخبير المعلوماتي حتى يتم كشف الجريمة وتعقب الجناة فيها ومحاكمتهم، لذا فإنّ عملية الإستعانة بالخبرة الفنية المتخصصة المؤهلة والمدرية تصبح حتمية، لكشف وتحليل وتفسير الدليل الجنائي الذي يقدم للمحكمة لتقرير البراءة أو الإدانة فضلاً عن حتمية تدريب رجال الضبط القضائي والمحققين، والقضاة على نظم وتكنولوجيا المعلومات وكيفية ضبط وتداول وفهم الأدلة المتخلفة عن هذه الجرائم^(٤).

(١) د. محمد وهج الهيتي، الجريمة المعلوماتية، المصدر السابق، ص ٩٩-١٠٢.

(٢) عبد الفتاح بيومي حجازي، الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الحاسب الآلي والانترنت، المصدر السابق، ص ٩-١٠.

(٣) مشتاق طالب وهيب، مفهوم الجريمة المعلوماتية، المصدر السابق، ص ٣٤٥.

(٤) عبد الناصر محمد محمود ومحمد عبيد سيف سعيد، الإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية من الناحيتين القانونية والفنية (دراسة تطبيقية مقارنة)، بحث مقدم الى المؤتمر العربي الاول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، ٢٠٠٧، ص ١٠.

٧- جريمة أقل عنفاً في التنفيذ:

تتميز جرائم الإنترنت بأنها جرائم هادئة ولا تحتاج بطبيعتها الى العنف، لأنها لا تتطلب عنفاً لتنفيذها او مجهوداً كبيراً فهي تنفذ بأقل جهد ممكن مقارنة بالجرائم التقليدية التي تتطلب نوعاً من المجهود العضلي الذي قد يكون في صورة ممارسة العنف أو الإيذاء، كما هو الحال في جريمة القتل أو الاختطاف أو في صورة الخلع أو الكسر، إن كل ما يحتاج إليه لكي تتحقق الجريمة المعلوماتية، هو القدرة على التعامل مع جهاز الحاسوب بمستوى تقني يوظف في ارتكاب الأفعال غير المشروعة، ويحتاج إلى وجود شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت)، مع وجود مجرم يوظف خبرته أو قدرته على التعامل مع الشبكة للقيام بجرائم مختلفة كالتجسس أو إختراق خصوصيات الغير أو التغيرير بالقاصرين وغيرها، فمن هذا المنطلق تعد الجريمة المعلوماتية من الجرائم النظيفة فلا آثار دماء أو عنف وإنما مجرد أرقام وبيانات يتم تغييرها من السجلات المخزونة في ذاكرة الحاسبات الآلية وليس لها أثر خارجي مادي^(١).

٨- قلة الإبلاغ عن الجريمة المعلوماتية

نظراً لحساسية هذا النوع من الجرائم وما يتعرض له المجني عليه من خطر التشهير في حال قام بالإبلاغ عنها، فإن الإبلاغ عن هذا النوع من الجرائم نادر؛ لأن معظم جرائم الإنترنت يتم اكتشافها مصادفة وقد يكون هذا الإكتشاف بعد مدة طويلة من ارتكاب الجريمة. وهذا يدل على إن الجرائم التي لم تكتشف أكثر بكثير من الجرائم التي تم اكتشافها^(٢)؛ وذلك بسبب ردود الأفعال السلبية لضحايا هذه الأفعال وسكوت وسلبية هؤلاء الضحايا يعد خير معين لمرتكبي تلك الأفعال؛ لأن القليل منهم هو الذي يكشف عن أفعال الغش التي وقعوا ضحية لها، أمّا البعض الآخر وهم الأغلبية العظمى من الضحايا يميلون إلى الحفاظ على سمعتهم التجارية ورغبة منهم في عدم زعزعة ثقة العملاء^(٣) أو الظهور بمظهر مشين امام الآخرين؛ لأن تلك الجرائم التي ارتكبت ضدهم مما قد يترك انطباعاً باهمالهم أو قلة خبرتهم أو عدم وعيهم الأمني ولن تتخذ الاحتياطات الأمنية اللازمة

(١) صغير يوسف، الجريمة المرتكبة عبر الإنترنت، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، ٢٠١٣، ص ١٦.

(٢) د. خالد ممدوح ابراهيم، الجرائم المعلوماتية، ط ١، دار الفكر العربي، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٨٦.

(٣) سامي علي حامد، الجريمة المعلوماتية واجرام الإنترنت، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٦٣.

لحماية معلوماتهم، الأمر الذي يجعلهم يفضلون الترضية المالية لعملائهم حتى لا يفقدونهم ولا تتأثر سمعتهم المالية بدلاً من البحث عن الجناة، كما قد يكون الإحجام عن الإبلاغ عن هذا النوع من الجرائم من أجل إخفاء أساليب ارتكابها للحيلولة دون تقليد الآخرين للجناة ومحاكاتهم في جرائمهم، كما قد يتوخى بعض المجني عليهم من وراء العزوف عن الإبلاغ عدم إتاحة الفرصة للأجهزة الأمنية للاطلاع على معلومات لم يتم الإبلاغ عنها، وربما يظهر ذلك بصورة أكبر في نطاق الجرائم التي تستهدف شركات التأمين أو البنوك رغبة توخي الخسائر التي يتوقع تحقيقها نتيجة هذا الإبلاغ^(١).

المطلب الثاني

الصعوبات الإجرائية التي تثيرها الجريمة المعلوماتية

سنتطرق في هذا المطلب الى الصعوبات الإجرائية التي تواجهها جهات التحري والتحقيق عند حدوث الجريمة المعلوماتية، لذا سوف نبين في الفرع الأول الصعوبات المتعلقة بضبط الجريمة المعلوماتية وإثباتها، أمّا الفرع الثاني سنتطرق الى الصعوبات المتعلقة بجهات التحقيق.

الفرع الاول

الصعوبات المتعلقة بضبط الجريمة المعلوماتية وإثباتها

تلعب بيئة ارتكاب الجريمة المعلوماتية دوراً هاماً في إمكانية اخفائها، فهذه البيئة ذات طابع خاص وداخل عالم افتراضي^(٢)، تمنح إمكانات لا محدودة في ارتكاب الجرائم ومحو آثارها في الوقت نفسه، كما إنّ الأهداف وراء ارتكاب مثل هذه الجرائم تدفع مرتكبيها الى التفكير في

(١) بثينه حبيباتي، معوقات مكافحة الجريمة المعلوماتية، بحث منشور في مجلة العلوم الانسانية، جامعة الاخوة منتوري، الجزائر، المجلد (أ)، العدد (٥٠)، ٢٠١٨، ص ٨٦.

(٢) أن البيئة المعلوماتية غالباً ما تكون مؤلفة من شبكات منتشرة في انحاء المعمورة، ومرتبطة ببعضها البعض عن طريق شبكة الانترنت، حيث تكون عبارة عن نبضات الكترونية يمكن استقبالها أو اشعاعات كهرومغناطيسية يمكن التقاطها من كابلات الربط، بحيث تتيح الفرصة امام مجرمي المعلوماتية للولوج عن بعد الى البيانات الالكترونية المخزونة في اي مكان في العالم تمكن الجاني من فرض تدابير امنية تمنع اكتشافها ومن ثم تمنع الحصول على أي دليل ضده، ينظر: د. عادل عامر: الجريمة المعلوماتية وسيادة الدولة، مقال منشور على الموقع الالكتروني: <https://www.alfaraena.com> تاريخ الزيارة ٢٨ / ٤ / ٢٠٢٠، الساعة ٧:٠٠ م. و د. محمد مرهج الهيتي،

الجريمة المعلوماتية، المصدر السابق، ص ١٠٣.

طرق اخفائها قبل الاقدام على ارتكابها^(١)، حيث ان الصعوبة تكمن في إثباتها، لأن الجرائم المعلوماتية حتى في حالة توافر الدليل يتمكن الجاني من طمس الدليل وفي حضور أجهزة العدالة غير المتخصصة، لذلك أن اغلبية الجرائم المعلوماتية تكشف مصادفة وليس عن طريق الإبلاغ عنها^(٢)، كما إنَّ الدليل في مثل هذه البيئة يمتاز بكونه غير مرئي كباقي الأدلة التقليدية، فهو في الاغلب عبارة عن بيانات غير مرئية مسجلة بطريقة الكترونية، ويمكن للمجرم إعطاء إيعاز للحاسوب في أيَّة لحظة تعديلها أو اخفائها أو أن يجعل ذلك بصورة تلقائية دون إيعاز منه في وقت معين^(٣).

يعتمد ضبط الجريمة المعلوماتية وإثباتها على الأدلة المتحصلة منها عن طريق وسائل الإثبات الجزائي للمعاينة والتفتيش والخبرة والشهادة، لذا سوف نبين أهم المشكلات القانونية التي يثيرها اثبات هذه الجرائم وهي كالآتي:

١- **المعاينة:** تعد من أساليب وطرق جمع الاستدلالات في الجرائم المعلوماتية معاينة مسرح الجريمة الألكتروني والحصول على الإيضاحات، فعند تلقي بلاغ عن وقوع إحدى الجرائم المعلوماتية وهذا بعد التأكيد من البيانات الضرورية في البلاغ يتم الانتقال إلى مسرح الجريمة لمعاينته، وتعرف المعاينة عموماً بأنها الإجراء الذي يتضمن وصف مكان الحادث بما فيه من أشياء وأشخاص والفحص الدقيق لكافة المحتويات بهدف كشف مخالفات وآثار الجاني في المكان والتي تشير إلى شخصيته أو شركائه وما قد يفيد في إثبات ارتكاب الجريمة وتوضيح قدرٍ من الإستنتاجات المنطقية تشكل في حد ذاتها الاساس التي تقام عليه عملية التحقيق والبحث، إلا أنَّ الأمر يكون محل خلاف عند تطبيق المعاينة في الجرائم المعلوماتية لأن معاينة مسرح هذه الجريمة يكون في العالم الافتراضي، أمَّا المعاينة في الجرائم التقليدية يكون في العالم الواقعي، وبناءً على ذلك تعرف المعاينة في الجرائم المعلوماتية بأنها معاينة الآثار التي يتركها مستخدم الشبكة المعلوماتية أو الإنترنت وتشمل الرسائل المرسلة منه أو التي يستقبلها وكافة الإتصالات التي تمت من خلال الكمبيوتر والشبكة العالمية^(٤).

(١) محمد عبد الله ابو بكر سلامة، جرائم الكمبيوتر والانترنت، منشأه المعارف، الاسكندرية ٢٠٠٦، ص ١١٥.

(٢) د. جاسم خريط خلف، نحو تطورات في الإجراءات الجزائية، المصدر السابق، ص ١٥.

(٣) موطئ مسعود رحومة، الاشكاليات الإجرائية التي تثيرها الجريمة المعلوماتية غير الوطنية، مقال مقدم الى المؤتمر

المغربي الاول حول المعلوماتية والقانون، اكااديمية الدراسات العليا، ليبيا، ٢٠٠٩، ص ٣.

(٤) ابراهيم محمد حمود الزيداني، اجراءات الاستدلال والتحقيق الابتدائي في الجرائم الالكترونية واثرها على حجية ادلة

الاثبات (دراسة شرعية وقانونية مقارنة)، جامعة فطاني، تايلند، ٢٠١٩، ص ٩٢.

يرى البعض أن أهمية المعاينة في الجريمة المعلوماتية تتضاءل، وذلك لتخلف الآثار المادية لهذه الجريمة، كما أن طول الفترة بين وقوع الجريمة وبين إكتشافها يكون له الأثر السلبي عليها، لإمكانية محو أو تلف تلك الآثار^(١)، بالإضافة إلى أن القائم بالتحقيق يجب أن يتعامل مع مكان وقوع الجريمة المعلوماتية على أنها تتكون من مكانين أحدهما تقليدي والآخر افتراضي حيث إن الأول كغيره من أماكن وقوع الجريمة المعلوماتية يتكون من أشياء مادية ملموسة مثل أجهزة الكمبيوتر وملحقاتها فضلاً عن آثار الجاني المادية، أمّا المكان الثاني فإنه يقع داخل البيئة الالكترونية ويتألف من بيانات الكترونية موجودة داخل أجهزة الكمبيوتر أو على شبكة الإنترنت وهو الذي يثير الجانب الأكبر من المشاكل في مجال التحقيق بالجرائم المعلوماتية^(٢)، وعند إجراء المعاينة في الجريمة المعلوماتية لا بد من مراعاة ضوابط معينة منها:

١- تصوير الحاسب والأجهزة المتصلة به والأجزاء الخلفية للحاسب مع تدوين وقت وتاريخ ومكان التقاط الصور.

٢- العناية البالغة في ملاحظة الطريقة التي يتم بها إعداد النظام والآثار الالكترونية، وبوجه خاص السجلات الالكترونية التي تزود بها شبكات المعلومات لمعرفة موقع الاتصال ونوع الجهاز الذي تم عن طريق الولوج إلى النظام أو الموقع.

٣- ملاحظة وإثبات حالة التوصيلات والكابلات المتصلة بكل مكونات النظام حتى يمكن إجراء عملية المقارنة والتحليل عند عرض الأمر فيما بعد على القضاء.

٤- التحفظ على محتويات سلة المهملات من الأوراق الملقاة أو الممزقة وأوراق الكربون المستعملة والشرائط والأقراص الممغنطة غير السليمة أو المحطمة وفحصها ورفع البصمات التي قد تكون لها صلة بالجريمة المرتكبة^(٣).

(١) طاهري عبد المطلب، الاثبات الجنائي بالأدلة الرقمية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، الجزائر، ٢٠١٥ ص ٣٢.

(٢) د. عادل عامر، فقدان اثار الجريمة الالكترونية، مقال منشور على الموقع الالكتروني: (<https://elsada.net190805>) تاريخ الزيارة ١/٥/٢٠٢٠، الساعة ١٢:٤٥ ص.

(٣) د. عبد العال الديري ومحمد صادق اسماعيل، الجرائم الالكترونية (دراسة قانونية قضائية مقارنة)، ط١، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٢٩٦.

٥- التأكد من خلو المحيط الخارجي لموقع الحاسب من أي مجال لقوى مغناطيسية يمكن أن تتسبب في محو البيانات المسجلة أي لا بد من توافر القدرة على اتقان العمل الذي يقوم به دون تدمير أو إتلاف للأدلة المتحصلة من الوسائل الإلكترونية.

٦- التحفظ على مستندات الإدخال والمخرجات الورقية للحاسب ذات الصلة بالجريمة وتحويل المخلفات الرقمية الى أدلة مادية مقروءة.

٧- قصر مباشرة المعاينة على الباحثين والمحققين الذين تتوفر فيهم الكفاءة العلمية والخبرة، على ان تتم هذه الإجراءات وفق مبدأ المشروعية وفي إطار ما تنص عليه القوانين الجزائية^(١).

٨- يحتاج خبراء الأدلة الجنائية الرقمية لتأدية أعمالهم التقنية إلى أجهزة وأنظمة وبرمجيات، مثل أجهزة التحليل وتخزين المعطيات وبرامج الضغط وفك الضغط، وبرامج التشفير وفك التشفير، وبرامج كشف الأجهزة المخفية، وبرامج إستعادة الملفات المحذوفة وبرامج التتبع وتحديد عناوين Ip وعناوين البريد الإلكتروني المستعمل في ارتكاب الجريمة، بالإضافة الى إستخدام تقنيات التخفي عن طريق نظام البروكسي، وهذه التقنية تتيح للخبراء الدخول الى المنظومة المعلوماتية دون أن يلاحظه أحد^(٢).

واستناداً إلى ما سبق فإنّ التطورات السريعة للظاهرة الإجرامية وبالأخص الجرائم التي تقع عن طريق الحاسب الآلي، نظراً لطبيعتها المتطورة، فقد انعكست سلباً على التدخلات التشريعية لأغلب الدول، لذا كان على المشرّع مسايرة هذه التطورات والإسراع لسد النقص التشريعي في القاعدة الإجرائية الجزائية إحتراماً لمبدأ الشرعية الجزائية وخلق أساس قانوني واضح وصريح يمكن لجهات التحقيق والقضاء من متابعة مرتكبي هذه الافعال ومحاسبتهم.

٢. **التفتيش:** هو إجراء من إجراءات التحقيق تقوم به سلطة حددها القانون، ويستهدف البحث عن الأدلة المادية لجناية أو جنحة تحقق وقوعها في محل خاص يتمتع بالحرمة بغض النظر عن ارادة صاحبها^(٣)، والتفتيش في مدلوله القانوني بالنسبة للجريمة المعلوماتية لا يختلف عن مدلوله السائد في

(١) نبيلة هبه هروال، الجوانب الإجرائية لجرائم الانترنت، المصدر السابق، ص ٢٢٠.

(٢) ابتسام بغو، اجراءات المتابعة الجزائية في الجريمة المعلوماتية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي، الجزائر، ٢٠١٦، ص ١٢.

(٣) رمزي رياض عوض، الحقوق الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٠٩.

فقه الإجراءات الجزائية ويقصد به كل إجراء من إجراءات التحقيق، تقوم به سلطه مختصة لأجل الدخول الى نظم المعالجة الآلية للبيانات بما تشمله من مدخلات وتخزين ومخرجات، لأجل البحث فيها عن أفعال غير مشروعة تكون مرتكبة وتشكل جنائية أو جنحة للتوصل من خلال ذلك إلى أدلة تفيد في اثبات الجريمة ونسبتها للفاعل^(١).

إنّ اجراءات التفتيش في هذا النمط من الجرائم يتم عادة على شبكات المعلومات، وقد يتجاوز النظام المشتبه له إلى أنظمة أخرى مرتبطة، وهذا هو الوضع الغالب في ظل شيوع الشبكات الداخلية على مستوى الشركات أو المؤسسات والشبكات المحلية والإقليمية والدولية، ويعدّ امتداد نطاق التفتيش إلى نظام غير النظام محل الإشتباه محل تحديات كبيرة أولها مدى قانونية هذا الإجراء ومدى مساهمه بحقوق الخصوصية المعلوماتية لأصحاب النظم التي يمتد إليها التفتيش^(٢).

أي إنّ المحل الذي ينصب عليه النشاط الإجرامي في الجرائم المعلوماتية يقع على المعلومات التي تحتويه، إنّ ما يحتويه الحاسب الآلي من معلومات لا يمكن النظر إليه بمعزل عن الوسيط المادي الذي يمكن أن تتدمج فيه، لذا فإنّ هذا الامر كان محل خلاف عند الفقه، فذهب الإتجاه الاول إنّه متى كانت الغاية من التفتيش هي ضبط الأدلة المادية التي تفيد في كشف الحقيقة، فإنّ هذا المفهوم يمتد ليشمل البيانات الإلكترونية بمختلف أشكالها، أمّا الإتجاه الآخر فيرى إنّه اذا كانت الغاية من التفتيش هي ضبط الادلة المادية التي تفيد في كشف الحقيقة فإنّ هذا المفهوم لا ينطبق على بيانات الحاسوب الآلي غير المحسوسة أو المحسوسة، لذلك يقترح هذا الجانب الفقهي ازاء النقص التشريعي ضرورة أن يضاف الى هذه الغاية التقليدية للتفتيش إمكانية البحث وضبط المواد المعالجة عن طريق الحاسب الآلي^(٣).

إنّ ما يؤيد ما ذهب إليه الإتجاه الثاني ايضاً اتفاقية بودابست^(٤) حيث قضت المادة (١٩/١) بوجود ان تتبنى كل دولة طرف تشريعات تخول السلطة المختصة إختصاص التفتيش أو الدخول

(١) احمد هلالى عبد اللاه، تفتيش نظم الحاسب الالى وضمانات المتهم المعلوماتي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص٧٣.

(٢) عبد الله عبد الكريم، جرائم المعلوماتية والانترنت (دراسة مقارنة)، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص٤٦.

(٣) جاسم خريبط خلف، التفتيش في الجرائم المعلوماتية، بحث منشور في مجلة الخليج العربي، جامعة البصرة، المجلد (٤١)، العدد(٤٣)، ٢٠١٤، ص٢٤٣.

(٤) تقدمت اللجنة الاوربية لمشكلات الجريمة CDDB و لجنه الخبراء في حقل جرائم التقنية CYBERIME بمشروع اتفاقية جرائم الكمبيوتر بتاريخ ٢٠ نوفمبر ٢٠٠٠ وتم اقرار هذه الاتفاقية في بودابست رقم (١٨٥) لسنة ٢٠٠١، حيث=

المشابه، وان مصطلح التفتيش لا يثير ي صعوبة، إذ يقصد به البحث والتفتيش عن أدلة الجريمة لفحص البيانات لمعرفة محتواها أو خط سيرها، أما المصطلح الجديد هنا هو الدخول وما يعبر عنه أحياناً بالولوج فهو مصطلح خاص ينظم التكنولوجيا والإتصال يحقق الوصول إلى البيانات المخزونة، ويقتضي بطبيعة الحال إجراء التفتيش والحصول على الأدلة، ولهذا يوجد فرق بين الإثنين، فالدخول إجراء التفتيش، والتفتيش وسيلة لجمع الأدلة، ورغم هذه التفرقة فإنهما يعدان من إجراءات التحقيق الماسة بحقوق الافراد، لذا يجب ان يستند اتخاذهما الى نص قانوني^(١).

وبناءً على ذلك فإن إجراءات الضبط لا تتوقف على جهاز الكمبيوتر فقط يعتد من ناحية ضبط المكونات المادية إلى مختلف أجزاء النظام، الأهم أن الضبط ينصب على المعطيات والبيانات والبرامج المخزنة في النظام أو النظم المرتبطة بالنظام محل الإشتباه، وأي ادوات دفع الكترونية وأي اشياء ذات طبيعة معرضة بسهولة للتغيير والإتلاف، وهذه الحقائق تثير مشكلات متعددة منها المعايير المقبولة للضبط المعلوماتي ومعايير التحريز، إضافة إلى مدى مساس إجراءات ضبط محتويات نظام ما بخصوصية صاحبه عندما تتعدى أنشطة الضبط إلى كل محتويات النظام التي تضم عادة معلومات وبيانات سرية أو تكون محل حماية بحكم القانون أو تعلقها بجهات معينة^(٢).

أما موقف التشريعات المقارنة فذهبت لتأكيد ذلك، ومنها قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي أن نظام التفتيش الذي نصت عليه اتفاقية "بودابست" كوسيلة للحصول على المعلومات والبيانات في جرائم الكمبيوتر والإنترنت لإضفاء صفة المشروعية على الإجراءات المتخذة للبحث عن أدلة الجريمة، حيث جاء في نص المادة (١/٥٧) انه يمكن لمأموري الضبط القضائي أو لوكلاء الضبطية القضائية أثناء التفتيش، الوصول بواسطة نظام الكمبيوتر الموجود بالأماكن محل التفتيش الى بيانات ذات أهمية للتحقيق، مخزونة في النظام المذكور أو في نظام كمبيوتر اخر، ويمكن الوصول بواسطة الكمبيوتر الموجود في أماكن خدمة أو وحدة الشرطة أو الدرك الى البيانات ذات الأهمية المخزونة في نظام

تم توقيع (٣٠) دولة على الاتفاقية بمجرد فتح مجال التوقيع وهو أمر لا سابق له، إلا ان العراق لم ينظم لهذه الاتفاقية حتى الآن، حيث قدمت إلى مجلس الوزراء سنة ٢٠١٩ للتوقيع عليها إلا ان مجلس الوزراء قد صوت على التريث في انضمام جمهورية العراق إلى هذه الاتفاقية في الوقت الحاضر لحين توفر الظروف الملائمة.

(١) د. وليد طه، التنظيم التشريعي للجرائم الالكترونية في اتفاقية بودابست، بحث منشور على الموقع الالكتروني:

(<https://www.lasportal.Org>) تاريخ الزيارة ١/٥/٢٠٢٠، الساعة ١٢:١٥م.

(٢) عبد الله عبد الكريم، جرائم المعلوماتية والإنترنت، المصدر السابق، ص ٤٦-٤٧.

كمبيوتر آخر^(١)، أمّا قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل لم نجد له نص مماثل سوى القواعد الخاصة بالجرائم التقليدية.

من خلال ما تقدم أن المشرّع العراقي لم يتطرق لمثل هذه الإجراءات المهمة إسوة بالدول المقارنة ومواكبة آخر التطورات التي انعكست بالدرجة الأساس على تطور قوانينها الإجرائية الجزائية، لذا لا بد من وضع نص إجرائي يعالج هذه المسألة في التشريع العراقي سواء كان على مستوى قانون أصول المحاكمات الجزائية أو قانون خاص بالجرائم المعلوماتية ينص فيه على الجانب الإجرائي، نظراً لما تتمتع به هذه الإجراءات من خصوصية ترتبط بحقوق الأفراد، كما على المشرّع العراقي الالتفات إلى مسألة مهمة وهي سرعة حذف الدليل المعلوماتي وبالمقابل فإنّ إجراءات اخذ الإذن من الجهات المختصة لإجراء التفتيش قد تطول مما يؤدي إلى حذف أو إتلاف الأدلة المهمة، بناءً على ذلك لا بد من استثناء بعض حالات التفتيش أو إعطاء سلطة تقديرية للجهات المعنية.

٣. الخبرة: يقصد بها مساعدة فنية تقدم للقاضي أو المحقق في مجال الإثبات لمساعدته في تكوين عقيدته نحو المسائل التي يحتاج تقريرها إلى معرفه فقهية أو دراية علمية لا تتوافر لديه^(٢)، تكسب الخبرة في مجال الجريمة المعلوماتية أهمية بالغة نظراً لأن الحاسبات وشبكات الاتصال فيها أنواع ونماذج متعددة قابلة للتطور السريع^(٣)، فضلاً عن أنّ عملية استخلاص الأدلة الجزائية الرقمية تتطلب مهارة ودراية كبيره في مجال الحاسوب الآلي، ونظراً لطبيعة هذه الجريمة لا بد أنّ يكون خبير ملماً بكل جوانبها ويشترط بذلك:

أولاً: الإلمام بتركيب الحاسب الآلي وصناعته وطرزته، ونوع نظام التشغيل وأهم الأنظمة التي تستخدمها، بالإضافة إلى إنّ الأجهزة الطرفية الملحقة به وكلمات المرور أو السر ونظام التشفير... الخ.

ثانياً: الإحاطة بطبيعة بيئة الحاسوب أو الشبكة من حيث تنظيم ومدى تركيز أو توزيع عمل المعالجة الآلية ونمط وسائل الاتصالات وتردد موجات البث وإمكانية خزنها.

(1) Article (57-1) de la code de procedure penale francais 1993.

(٢) صغير يوسف، الجريمة المرتكبة عبر الانترنت، المصدر السابق، ص ٨٨.

(٣) محمد امين احمد الشوابكة، جرائم الحاسوب والانترنت، ط٤، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص ٦٥.

ثالثاً: التمكن من نقل أدلة الإثبات إلى أوعية ملائمة دون أن يلحقها تلف، فضلاً عن قدرته على عزل نظام معلوماتي دون تلف الأدلة أو تدميرها أو إلحاق الضرر بالأجهزة^(١).

رابعاً: من المهم التنسيق ما بين الخبير المعلوماتي والمحقق الجنائي قبل محاكمة الجاني في الجريمة المعلوماتية للتوصل إلى حصر الأدلة المتوفرة وترتيبها حسب أهميتها، وربط الأدلة والخبرة العلمية بعناصر اركان الجريمة محل التحقيق^(٢).

أمّا بالنسبة لموقف الدول المقارنة حيث اهتم المشرع الجزائري بتنظيم أعمال الخبرة وكيفية اللجوء إليها وقد نص في قانون الإجراءات الجزائية على أنّ لجهات التحقيق أو الحكم عندما تعرض لها مسألة ذات طابع فني أنّ تأمر بندب خبير أما بطلب النيابة العامة أو من تلقاء نفسها^(٣)، كما نص المشرع الجزائري في قانون الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال على (يمكن للسلطات المكلفة بالتفتيش أن تسخر أي شخص له دراية في عمل المنظومة المعلوماتية أو له دراية في التدابير التي تتخذ لحرية المعطيات التي تنظمها بقصد مساعدة السلطات المكلفة بالتفتيش لإنجاز مهامها)^(٤).

أمّا المشرع العراقي فقد اكتفى بذكر القواعد العامة لندب الخبراء ولم يتطرق في قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ إلى موضوع ندب الخبراء في الجرائم المعلوماتية، وندب الخبير هو إجراء من إجراءات التحقيق تختص به سلطة التحقيق (القاضي أو المحقق)، أي إنّ هذه الإجراءات تأتي بعد مرحلة التحري وجمع الأدلة التي يقوم بها اعضاء الضبط القضائي وهم غير مؤهلين لعدم المامهم بهذا النوع من الجرائم، مما يؤدي الى ضياع الأدلة المهمة، لذا لا بد من الإلتفات إلى هذا الموضوع إما بإعطاء صلاحية لأعضاء الضبط القضائي صلاحية إستدعاء الخبراء، كما فعل المشرع المصري في قانون الإجراءات الجنائية المصري عندما أعطى صلاحية لمأموري الضبط

(١) عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذجي (دراسة قانونية متعمقة في القانون المعلوماتي)، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٣٠٤-٣٠٥.

(٢) خالد مرزوق سراج العتيبي، الجوانب الإجرائية في الشروع في الجرائم المعلوماتية (دراسة مقارنة)، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٤، ص ٩٧.

(٣) ينظر: نص المادة (١٤٣) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (٦٦-١٥٥) المؤرخ ٨ يونيو لسنة ١٩٦٦ المعدل والمتمم.

(٤) ينظر: نص المادة (٥) من قانون الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الاعلام والاتصال ومكافحتها الجزائري رقم (٠٩-٠٤) لسنة ٢٠٠٩.

القضائي أثناء جمع الإستدلالات أن يستعينوا بأهل الخبرة ويطلبوا رأيهم شفاهاً أو كتابةً^(١)، أو ينص المشرع على نذب الخبراء في الجرائم المعلوماتية خلال مرحلة التحري والتحقيق نظراً لطبيعة هذه الجريمة وصعوبة التعامل معها من قبل أعضاء الضبط القضائي غير المختصين.

٤. **الشهادة:** ويقصد بالشاهد في الجريمة المعلوماتية الفني صاحب الخبرة والتخصص في تقنية وعلوم الحاسب الآلي، والذي تكون لديه معلومات جوهرية أو هامة لازمة للولوج في نظام الحاسب الآلي للبيانات إذا كانت مصلحة التحقيق تقتضي التفتيش عن أدلة الجريمة داخله، ويطلق على هذا النوع من الشهود مصطلح الشاهد المعلوماتي، وذلك تمييز له عن الشاهد التقليدي، ويشمل الشاهد المعلوماتي بهذا المفهوم عدة طوائف من أهمها:-

١- **القائم على تشغيل الحاسب الآلي:** وهو المسؤول عن تشغيل الحاسب الآلي والمعدات المتصلة به ويجب أن يكون لديه خبرة كبيرة في تشغيل الجهاز، واستخدام لوحة المفاتيح في إدخال البيانات كما يجب أن تكون لديه معلومات عن قواعد كتاب البرامج.

٢- **المبرمجون:** هم المختصون في كتابة أوامر البرنامج وهم على فئتين: الأولى مخطو برامج التطبيقات، والثاني مخطو برنامج النظام، حيث يقوم مخطو برامج التطبيقات بالحصول على خصائص ومواصفات النظام المطلوب من محلل النظم ثم يقوم بتحويلها إلى برامج دقيقة موثقة لتحقيق هذه المواصفات أما مخطو النظم فيقومون بالإختيار والتعديل عليها^(٢).

٣- **المحللون:** المحلل هو من يقوم بتجميع ودراسة وتحليل بيانات نظام معين ثم تقسيمه إلى وحدات منفصلة واستنساخ العلاقات الوظيفية من هذه الوحدات، كما يقوم بتتبع البيانات داخل النظم عن طريق ما يسمى بمخطط تدفق البيانات واستنتاج الأماكن التي يمكن معالجتها بواسطة الكمبيوتر.

٤- **مهندسو الصيانة والاتصالات:** وهم المسؤولون عن أعمال الصيانة الخاصة بتقنيات الحاسبة وبمكوناتها وشبكات الإتصالات المتعلقة بها^(٣).

(١) ينظر: نص المادة (٢٩) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل.

(٢) د. عبد العال الديري وآخرون، الجرائم الالكترونية، المصدر السابق، ص ٣١٣.

(٣) د. هلالى عبد اللاه احمد، التزام الشاهد بالأعلام في الجريمة المعلوماتية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٢٣ - ٢٤.

٥- مدير النظم: وهو الذي يوكل له أعمال الإدارة في النظم المعلوماتية، حيث يعمل على وضع خطة الحماية للأنشطة الرئيسية على تتضمن هذه الخطة إدخال وسائل الرقابة التي من ضمنها الوقاية من الاخطار غير المتعمدة وإعاقة الأعمال التخريبية، واكتشاف المشاكل بشكل مبكر قدر الإمكان والمساعدة في تصحيح الأعمال وأسترجاع النظام^(١).

ويتعين على الشاهد المعلوماتي أن يقدم إلى سلطات التحقيق ما يحوزه من معلومات جوهرية لازمه للولوج في نظام المعالجة الآلية للبيانات، بغية الحصول على أدلة تفيد الجهات المختصة تتطلبها مصلحة التحقيق، فإنّه يكون مطالب بتزويد سلطات التحري والتحقيق بالمعلومات الأساسية على سبيل الإلزام، وبخلافه سيتعرض للعقوبات المقررة في القانون عند الإمتناع عن الشهادة^(٢)، لذلك فإنّ هنالك التزامات معينة قد تقع على الشاهد المعلوماتي وهي:

١- إلتزام الشاهد بالإعلام عن الجرائم المعلوماتية، لا بد من أن يقوم المهنيين والحرفين وغيرهم من مستخدمي الحاسب بالإعلام عن المعلومات الجوهرية التي لديهم، ولا بد أن يكون لهذا الإلزام سند تشريعي وقانون لأنه التزم مستقل عن بقية إلتزامات الشاهد التقليدية في الجرائم الإعتيادية، وخاصة هذا الإستقلال تستوجب وضع نصوص خاصة تتميز عن باقي أنواع الشهادة حيث يمثل جانب الإلزام سمة أساسية فيه.

٢- تمكين السلطات من الإطلاع على ملفات البيانات المخزنة في ذاكرة الحاسب الآلي أو الإفصاح عن كلمات المرور أو الكشف عن الشفرات المدون لها الأوامر الخاصة بتنفيذ البرامج، ذلك ان هذا العمل يتجاوز نطاق الشهادة التقليدية الأمر الذي يوجب البحث عن وسيلة قانونية جديدة تتدارك أوجه القصور والعجز الذي يصيب تلك الوسائل التقليدية.

٣- يشترط لإلتزام الشاهد بالإعلام عن الجريمة المعلوماتية أن يكون هناك جريمة معلوماتية وقعت بالفعل سواء كانت جنائية أو جنحة حتى يلتزم الشاهد بالتبليغ عنها، ولا بد أن يكون الشاهد المعلوماتي على علم ومعرفة بالمعلومات الجوهرية المتصلة بالنظام محل الواقعة، وهذا يمثل شرطاً هاماً لنشأة

(١) عبد الصبور عبد القوي علي، منال عبد اللاه عبد الرحمن، المحكمة الرقمية والجريمة المعلوماتية (دراسة مقارنة)، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٢، ص٤٧.

(٢) د. خالد ممدوح إبراهيم، الاثبات الالكتروني في المواد الجنائية والمدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٢٠، ص١٧٧.

وميلاذ الالتزام، وأن تقتضي مصلحة التحقيق الحصول على هذه المعلومات خاصة إذا كان الأمر يتطلب اختراق النظام المعلوماتي لأجل البحث عن أدلة الجريمة الكائنة بداخله.

٤- يشترط بالاعلام الخاص بالجرائم المعلوماتية أن يكون مفهوماً لكي يتمكن غير المختصين من فهم دلالات المصطلحات والتفاصيل العملية والفنية المعقدة، ولا بد أن يكون دقيق محدد بحيث يحقق الغاية المرجوة منه^(١).

وهذا ما أكد عليه المشرع السوري في قانون التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية، حيث عاقب بالحبس من ثلاث أشهر إلى سنتين، والغرامة كل من اعاق أو منع قصداً بأي وسيلة كانت للدخول إلى المنظومة المعلوماتية أو الشبكة أو عطّلها أو وقفها عن العمل أو أعاق أو منع قصداً بأي وسيلة كانت للوصول إلى الخدمات أو البرامج أو المواقع الإلكترونية ومصادر البيانات أو البيانات المخزونة عليها^(٢)، على كل صاحب أو مدير أي منظومة معلوماتية ترتكب جريمة معلوماتية بإستخدام منظومته أن يتيح للضابطة العدلية تفتيش وضبط البيانات والمعلومات والبرمجيات الحاسوبية والحصول على نسخة منها، وبخلافه يعاقب بالحبس أو الغرامة^(٣).

أما في العراق لم يعالج المشرع العراقي في قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل هذا الموضوع ولا يوجد قانون تطرق للجريمة المعلوماتية بشكل عام من الناحيتين الموضوعية والإجرائية، وبناءً على ما تقدم لا بد من الالتفات السريع من جانب المشرع لسد هذا النقص في القانون لأن الجريمة المعلوماتية ذات طبيعة تختلف عن الجرائم التقليدية، وبالأخص في وسائل الإثبات.

(١) ان المقصود بالمعلومات الجوهرية (هي ملفات البيانات المخزنة في ذاكرة الحاسب الآلي أو حاملات البيانات الثانوية وكلمات المرور السرية والشفرات المدونة بها الأوامر الخاصة بتنفيذ البرامج المختلفة) ينظر: خالد مرزوق سراج العتيبي، الجوانب الإجرائية في الشروع، المصدر السابق، ص ١٠١ - ١٠٥.

(٢) ينظر: نص المادة (١٧) من قانون التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية السوري رقم (١٧) لسنة ٢٠١٢.

(٣) ينظر: نص المادة (٢٦) من قانون التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية السوري رقم (١٧) لسنة ٢٠١٢.

الفرع الثاني

الصعوبات المتعلقة بجهات التحقيق

أن اكتشاف الجرائم عموماً ومن ضمنها الجرائم المعلوماتية بعد وقوعها يدخل ضمن المفهوم العام للتحريات التي تعدّ من إجراءات الاستدلال والتي تدخل ضمن مهام أعضاء الضبط القضائي^(١)، واستناداً إلى ما جاء بأصول المحاكمات الجزائية العراقية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ تشتمل مهامهم بالتحري عن الجرائم والكشف عنها وضبط مرتكبيها، فضلاً عن قبول الأخبار وتقديم المعلومات والمساعدة لحكام التحقيق والمحققين وتثبيت الإجراءات كافة التي يقومون بها في إعداد المحاضر، وترسل المحاضر والاوراق والمواد المضبوطة كافة الى قاضي التحقيق^(٢).

إلا أن هذه المهام لأعضاء الضبط القضائي في ظل التطور الحاصل للجريمة، أصبحت مقصورة على محاكاة الواقع العملي وبالأخص عند التحري عن الجريمة المعلوماتية، ومن المسائل التي تفت عائقاً أمام عمليات البحث والتحقيق في مثل هذه الجرائم هي نقص المعرفة التقنية لدى رجال الضبط القضائي أو أجهزة الأمن بصفة عامة، وكذلك لدى أجهزة العدالة الجزائية ممثلة في سلطات الاتهام والتحقيق الجزائي، فيما يتعلق بتقنية الحاسب الآلي وكيفية التعامل معها^(٣).

ويظهر ذلك بشكل واضح في البلدان العربية، نظراً لأنّ تجربة الاعتماد على الحاسب الآلي وتقنياته وانتشاره في هذه البلدان جاء متأخراً عن الدول المتقدمة، وإن أجهزة العدالة المكافحة للجرائم المرتبطة بهذه التقنية تبدأ في التكوين والتشكيل عقب ظهور هذه الجرائم، وهو أمر يستغرق وقتاً أكثر من وقت انتشار الجريمة، لأنّ الجريمة المعلوماتية تتقدم بسرعة هائلة توازي تقدم التقنية ذاتها، وحتى الآن فإنّ الحركة التشريعية أو الثقافة الأمنية أو القانونية بخصوص هذه الجرائم لا تسير بذات المعدل، وهذا الفارق بالتقدم أو التطور ينعكس سلباً على فنية إجراء الاستدلالات والتحقيقات في الدعوى الجزائية الخاصه بالجرائم المعلوماتية^(٤).

(١) جاسم خريبط خلف، نحو تطورات في الإجراءات الجزائية، المصدر السابق، ص ٢٩.

(٢) ينظر: نص المادة (٤١) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.

(٣) رضا محمد هلال، الجرائم الالكترونية تتحدى عصر العولمة، فعال منشور على الموقع الالكتروني:

(<https://www.alkhaleej.ae>) تاريخ الزيارة ١٧/٥/٢٠٢٠، الساعة ٣:١٥ م.

(٤) د. ميسون خلف محمد الحمداني، مشروعية الادلة الالكترونية في اثبات الجنائي، المصدر السابق، ص ٢٢٣.

إنَّ عدم الإلمام والخبرة بهذه التقنيات أدى في كثير من الأحيان ان يتسبب اعضاء الضبط القضائي في أتلان آثار الجريمة المعلوماتية نتيجة الإهمال أو الخطأ، فضلاً عن انهم اعانوا مجرمي المعلوماتية في بعض الحالات على ارتكاب جرائمهم بدلاً من ضبطها دون قصد، وذلك لان اكتشاف مثل هذه الجرائم تتطلب مهارات فنية وتدريبات خاصة لتفهم التقنيات المعلوماتية ونظمها واساليب ارتكاب جرائمها، وهو ما لا يتوفر لدى اغلب جهات الضبط القضائي^(١).

إذ يرى بعض المختصين في مكافحة الجرائم المعلوماتية أن الانظمة المعلوماتية تعد تحدياً هائلاً لأجهزة العدالة الجنائية غير المختصة، والتي انحصرت معلومات أفرادها على الإجراءات الجزائية التقليدية، لذلك لا بد ان تقوم الأجهزة الأمنية من استقطاب المختصين في مجال الحاسب الالي ليكونوا ضمن كوادرها، بالإضافة إلى تدريب الأجهزة والهيئات التي تباشر هذه الإجراءات على استخدام الحواسيب وتكنولوجيا المعلومات^(٢)، وعلى الرغم من ذلك لا بد أن نضع بعين الاعتبار إن بعض التقنيات الحديثة العهد لن تصمد أمام التطور السريع في مجال تكنولوجيا المعلومات، ولا بد من مواكبة هذا التطور أولاً بأول أو ان يضع قواعد مرنة تساعد على استيعاب حالات لم ينص عليها القانون^(٣).

واستناداً إلى ما تقدم يجب على الدولة أن تقوم بوضع برنامج التدريب وتأهيل جهات التحري والتحقيق كافة على اساليب الوقاية من جرائم الحاسب الآلي ووضع التدابير المانعة لوقوعها، وكيفية التعامل مع الادلة الرقمية وضبطها، أو إنشاء وحدات متخصصة وقد وجدت مثل هذه الوحدات أو المكاتب في العراق لكن بشكل لا يتناسب وخطورة هذه الجريمة، وهذا ما قامت به المملكة الاردنية الهاشمية حيث انشأت مديرية الامن العام قسماً خاصاً بجرائم الحاسوب والانترنت منذ عام ١٩٨٨، يتولى إجراءات المكافحة والاستدلال والتحقيق في الجرائم المرتكبة بواسطة الحاسوب هدفاً أو بيئة لها، ويرفد هذا القسم بالمختصين في مجال علوم هندسة الحاسوب، ويزود بما يلزم من أجهزة ومعدات

(١) جاسم خريط خلف، نحو تطورات في لاجراءات الجزائية، المصدر السابق، ص ٣٠.

(٢) محمد امين البشري، التحقيق في جرائم الحاسب الالي، بحث مقدم الى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، الامارات العربية المتحدة، ٢٠٠٤، ص ١٠٧.

(3)April, pattavina, information Technology and the criminal Justice System. 2nd ed. (uk: sage publications, 2004),8.

وبرمجيات تساعد في إجراءات التحري والتحقيق وفي فحص الأجهزة المضبوطة في الجريمة والمحافظة على الأدلة^(١).

في حين ذهبت بعض الدول إلى إعطاء صفة مأموري الضبط القضائي لموظفين يعملون في مجال المعلوماتية والاتصالات بالنسبة لجرائم المعلوماتية التي ترتكب ضمن دوائرهم، وتتعلق بأعمال وظيفتهم، وهذا ما فعله المشرع الإماراتي في قانون الإجراءات الجنائية رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢، ونص على جواز تخويل بعض الموظفين صفة مأموري الضبط القضائي، بشرط أن يكون ذلك بقرار من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص أو السلطة المختصة^(٢).

كما أن المشرع الإماراتي قد أعطى سلطة لمأموري الضبط القضائي أن يستعينوا بأهل الخبرة^(٣)، وهذه الصلاحية مهمة في مرحلة جمع الأدلة وبخاصة في الجرائم المعلوماتية لكي يتمكنوا من الحفاظ على الأدلة الرقمية من الضياع أو الإتلاف، لقدرة خبراء تقنية المعلومات على التعامل معها بالشكل الذي يضمن تلافي الأخطاء التي قد يقع بها مأموري الضبط القضائي غير المختصين.

ومن جانب آخر، فإنّ هناك صعوبات أخرى تواجه جهات التحري والتحقيق ومنها، ضعف التعاون الدولي في مواجهة الجريمة المعلوماتية على الرغم من وجود الاتفاقيات خاصة بمكافحة هذا النوع من الجرائم، وهذا بحد ذاته يمثل إشكالية كبيرة لا بد من إيجاد حل لها، وبالأخص في هذا النوع من الجرائم لأنها جرائم ذات طبيعة عالمية ولا تستطيع أي دولة السيطرة عليها بمفردها، وأن تتحمل بمفردها مسؤولية حل مشاكل الامن المعلوماتي وبالتالي هناك حاجة ملحة للتعاون بين الدول الأخرى لأنّ خطر الجريمة المعلوماتية يتميز بطبيعته الشاملة وتأثيره العابر للحدود بين الدول أو يتم ارتكاب هذه الجرائم في أي زمان أو مكان، مما يستدعي وجود ائتلاف دولي لمواجهة هذا الخطر^(٤).

(١) في الولايات المتحدة تم انشاء مكتب التحقيقات الفدرالي FBI ادارة متخصصة لمتابعة جرائم تقنية المعلومات، ويتم تدريب عناصر هذه الوحدات بشكل مستمر لكي يواكب تطور جرائم الحاسوب والانترنت، ينظر: د. كريم منشد خنياب، جرائم النصب والاحتيال وعلاقتها بالجرائم المشابهة لهما في القانون الجنائي (دراسة قانونية مقارنة)، دار عن للنشر، عمان، ٢٠١٥، ص ٢٠٢ - ٢٠٣.

(٢) ينظر: نص المادة (٣٤) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي رقم (٣٥) لسنة ١٩٩٢، تقابلها نص المادة (٢٣/ب) من قانون الإجراءات الجزائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠.

(٣) ينظر: نص المادة (٤٠) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي رقم (٣٥) لسنة ١٩٩٢.

(٤) نبيل عبد الفتاح، الارهاب الالكتروني والقوة في العلاقات الدولية، مركز الدراسات السياسية والاستراتيجيات، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٣٨٥.

لذا فإنَّ التعاون الدولي يعد من أهم الأهداف المرجوة والتي تسعى إليها غالبية الدول إلا أن هناك بعض المعوقات التي تقف حائلاً دون تحقيقها ومنها:

١. تحفظ بعض الدول في التعاون الفني أو التقني الدولي خوفاً من اختراق الآخرين لأمنها القومي، لذا تسعى الدول إلى تسخير امكانياتها التقنية من أجل حماية الأنظمة المعلوماتية الخاصة بها دون أي تعاون مشترك^(١).

٢. غياب التنسيق على مستوى الإجراءات الجزائية بسبب اختلاف النظم القانونية الإجرائية، فقد تكون طرق التحري والتحقيق والمحاكمة مشروعة وقانونية وفعاله في دولة ما، بينما إذا اتبعت في دولة أخرى تكون غير مشروعة كما هو الحال بالنسبة للمراقبة الالكترونية وتسليم المراقب^(٢).

٣. عدم وجود نموذج موحد فيما يتعلق بالنشاط الإجرامي ذلك لأنَّ الأنظمة القانونية في العالم أجمع لم تتفق على صورة محددة يندرج في اطارها ما يسمى صور أو نماذج اساءة استخدام النظم المعلوماتية الواجب اتباعها^(٣)، حيث أن الاختلاف في تعريف الفعل المجرم يعد سبباً في فشل الجهود الدولية في مكافحة هذا النوع من الإجرام المستحدث، كما أن الفعل الذي يكون مباحاً في أحد الأنظمة قد يكون مجرمًا وغير مباح في نظام آخر ويرجع سبب ذلك إلى طبيعة النظام القانوني السائد في الدولة أو اختلاف العادات والتقاليد والثقافات من دولة إلى أخرى، وبالتالي اختلاف السياسة التشريعية، ولعل هذا الاختلاف قد أتاح الفرصة لمرتكبي الجرائم المعلوماتية لتنظيم انفسهم وارتكاب الجرائم بشكل عابر للحدود الجغرافية^(٤).

٤. عدم وجود معاهدات للتسليم أو للمعاونة الثنائية أو الجماعية بين الدول، يسمح بالتعاون الدولي وعدم كفايتها ان وجدت لمواجهة المتطلبات الخاصة بالحرمة المعلوماتية لأنها لا تستطيع مواكبة التطور السريع لنظم وبرامج الحاسب الالي وشبكة الانترنت.

(١) د. عمر ابو الفتوح عبد العظيم، الحماية الجنائية للمعلومات المسجلة إلكترونياً، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٤٣٨.

(٢) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مبادئ الإجراءات الجنائية في جرائم الكمبيوتر والانترنت، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ١٤٢.

(٣) علي جبار صالح الحسيناوي، جرائم الحاسوب والانترنت، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٨، ص ١٨.

(٤) بثينة حبيباتي، معوقات مكافحة الجريمة المعلوماتية، المصدر السابق، ص ٩٠.

٥. التباطؤ في الرد على طلبات المساعدة القضائية الدولية حيث يحول ذلك دون تحقيق التعاون المنشود ويرجع إلى قلة الموظفين المتدربين او نتيجة لصعوبة التواصل بسبب الاختلاف اللغوي على الصعيد الدولي او غير ذلك من الأسباب.

٦. عدم رغبة بعض الدول بتنفيذ الاتفاقية لأنها قد تكون أما متواطئة في الجريمة أو لأنها وقعت فقط لتحقيق غايات سياسية دولية فقط أو عدم قدرة بعض الدول على تنفيذ الاتفاقية المبرمة، لأنها قد تكون غير قادرة على التدخل جزئياً بشكل فعال أو لأنها لا تستطيع تحمل عبء مكافحة النشاط الاجرامي مادياً ومعنوياً، او لكونها مقترنه مع بعض التنظيمات الإجرامية^(١).

٧. عدم وجود قنوات اتصال لغرض جمع المعلومات والبيانات المتعلقة بالجريمة والمجرمين والتي تعد الغاية الرئيسية التي تسعى اليها الدول لتسهيل مهمة الحصول على المعلومات اللازمة لكشف الجرائم والمعلومات الخطيرة التي تهدد امن وسلامة المجتمع الدولي، ولتحقيق ذلك كان لزاماً أن يكون هنالك نظام اتصال يسمح لجهات التحري والتحقيق بالاتصال بجهات أجنبية لجمع الأدلة المهمة فعدم وجود هذا النظام يمثل إعاقة أمام جهات جمع الأدلة الخاصة بالجريمة المعلوماتية وبالتالي سوف تنعدم الفائدة من هذا التعاون^(٢).

٨. أن اختلاف التشريعات والنظم القانونية غالباً ما ينتج عنه تنازع في الاختصاص بين الدول وخاصة في الجرائم المعلوماتية لكونها جريمة عابرة للحدود، لذا فإن مسألة الاختصاص لا تثير أي أشكال عندما يتعلق الامر بالجريمة التي يرتكبها شخص داخل اقليم الوطن، وإنما لصعوبة تظهر عندما تمتد مجريات التحري والتحقيق خارج أرض الوطن أو عندما ترتكب جريمة لها امتداد وهذه المسألة لا تحضى بالوضوح على المستوى الدولي مما يؤدي الى ظهور اشكاليات، توجب تكاتف المجتمع الدولي من خلال عقد الاتفاقيات اللازمة لحلها^(٣).

(١) نور الدين هشام، التصدي الاجرائي للجريمة الالكترونية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، ٢٠١٦، ص ٤٩.

(٢) براء مندر كمال عبد اللطيف وناظر احمد منديل، التعاون القضائي الدولي في مواجهة جرائم الانترنت، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الاول تحولات القانون العام في مطلع الالفية الثالثة، كلية القانون، جامعة تكريت، ٢٠٠٩، ص ١٢.

(٣) وردى طيب، الاختصاص القضائي في جرائم الانترنت، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة د. طاهر مولاي، الجزائر، ٢٠١٥، ص ٥٠.

بناءً على ما سبق يبد أن محاربة هذه الجريمة سواء على المستوى الدولي أو الوطني لا يتم الا بإيجاد اساس تشريعي موحد متفق عليه ومعترف به من قبل اغلبية الدول، فعلى الصعيد الوطني لا بد للمشرّع العراقي أن يواكب التطور في مجال مكافحة الجريمة المعلوماتية وتعديل قانون أصول المحاكمات العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل، يسهل على جهات التحري التحقيق التعامل مع الأدلة الرقمية سواء عن طريق اعطائهم صلاحية انتداب الخبراء من قبل اعضاء الضبط القضائي او انشاء فرق متخصصة بالتحري والتحقيق في الجرائم المعلوماتية، كما لا بد أن ينص المشرّع على الأدلة المستخرجة من الحاسب الآلي وكيفية اعتمادها بالإثبات، أمّا على المستوى الدولي لا بد من عقد اتفاقيات ثنائية أو جماعية لمكافحة الجريمة المعلوماتية وتطوير التعاون الدولي القضائي والسعي إلى تفعيل الاتفاقيات الخاصة بالإنبابة القضائية أو تسليم المجرمين أو تسليم المراقب وغيرها، إلا أن هذه الإجراءات لا تأتي بثمارها إذا لم يكن هناك تعاون دولي جاد ومثمر.

الفصل الثالث
سبل معالجة النقص التشريعي
في صياغة القاعدة الإجرائية الجزائية

الفصل الثالث

سبل معالجة النقص التشريعي في صياغة القاعدة الإجرائية الجزائية

لا ينهض قانون الإجراءات الجزائية لمجرد وضع التنظيم القضائي لاستعمال حق الدولة بالعقاب، لأنَّ الإجراءات التي ينظمها هذا القانون ليست مجرد وسائل فنية بحتة، بل هي أعمال تمس حرية الشخص عند مباشرتها في مواجهة المتهم^(١)، لذا فإنَّ فعالية القواعد الإجرائية الجزائية وجودتها تعتمد على مدى استجابتها للواقع السياسي والاجتماعي والاقتصادي والأخلاقي، ولا تقتصر على احترافية الصياغة التشريعية وإنما تعتمد على واقعية القواعد الإجرائية الجزائية وإمكانية قبولها وتطبيقها لذلك فإنَّ أي نقص في هذه القواعد يجعلها منفصلة عن الواقع.

وعليه فإنَّ نجاح هذه القواعد يتوقف على عاملين أساسيين وهما: الأول فاعلية هذه القواعد ومحاكاتها للواقع، أما العامل الآخر هو ضمان استمرار هذه الفعالية بشكل يجعلها قادرة على مواجهة ما يستجد في المستقبل، تماشياً مع تطور وظيفة القانون الجزائي الذي اتجه إلى عدم التقييد بإنزال العقاب للتصدي للجريمة، وإنما الأخذ بالمفهوم المعاصر للمكافحة والوقاية منها عن طريق سبل وآليات تتماشى مع ما تهدف إليه السياسة الإجرائية الحديثة، وبالمقابل فإنَّ القواعد الإجرائية الجزائية مهما بلغت من الكمال والوضوح والدقة، فلن تصمد أمام التطورات السريعة للظاهرة الإجرامية وبالتالي يؤدي ذلك إلى ظهور النقص التشريعي فيها، وهنا يبرز دور التفسير في معالجة ذلك على أن يتم في حدود الفاظ النص التشريعي^(٢).

واستناداً إلى ذلك سوف يتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول متطلبات الصياغة التشريعية السليمة، ونخصص المبحث الثاني لبيان سبل تطوير البدائل في القاعدة الإجرائية الجزائية ودور التفسير في معالجة النقص التشريعي.

(١) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٢١.

(٢) المصدر أعلاه، ص ٢١.

المبحث الأول

متطلبات الصياغة التشريعية السليمة للقاعدة الإجرائية الجزائرية

إنَّ الصياغة التشريعية للقواعد الإجرائية الجزائرية هي عملية تعبير عن القيم القانونية لتلبية الحاجة المبتغاة منها والتي يصبها المشرِّع في قوالب معينة وهي النصوص القانونية بوصفه أوعية للمعاني^(١)، وهذه العملية لا تسير على وتيرة واحدة وإنما تكون عرضة للتغيير لكونها مرتبطة بتحقيق غاية معينة وهي الاستمرارية في الانطباق على كافة الاوصاف والمراكز القانونية، وهذه الغاية لا تتحقق إذا لم تكن القواعد الإجرائية الجزائرية تتناسب مع اتجاهات السياسة الإجرائية المعاصرة، التي تهدف بشكل أساس إلى وضع قواعد إجرائية ملمة على قدر الإمكان بكل ماديات الواقع العملي لضمان بقائها لأطول فترة ممكنة، وإرساء لأهم المبادئ التي تنص عليها السياسة الإجرائية التي من ضمنها مفاهيم العدالة التصالحية.

واستناداً إلى ما ذكر، تتطلب الإحاطة بهذا الموضوع أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول الأسس السليمة في الصياغة التشريعية للقواعد الإجرائية الجزائرية، أما المطلب الثاني فنبين فيه السياسة الإجرائية ودورها في معالجة النقص التشريعي.

المطلب الأول

الاسس السليمة في الصياغة التشريعية للقاعدة الإجرائية الجزائرية

إن الصياغة التشريعية لها أهمية كبيرة في إنشاء القاعدة الإجرائية، فهي الصورة الواضحة لجوهرها، إذ انها الوسيلة الاساس التي تحدد معناها وتضبط مضمونها، كما تسهم في تطوير النظام القانوني الإجرائي وتيسر للعاملين في مجال القانون الجزائري من قضاة ومحامين وغيرهم من إدراك المقصود بالأحكام التي وجدت لتنظيمها^(٢)، لذا فإنَّ الصياغة التشريعية للقواعد الإجرائية الجزائرية كلما

(١) د. كاظم عبد الله حسين وآخرون، أصول الصياغة التشريعية للقاعدة الإجرائية الجزائرية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، المجلد (٣٤)، العدد (٥) ٢٠١٩، ص ١٨٥.

(٢) د. كاظم عبد الله حسين وشاكر نوري اسماعيل، أصول الصياغة التشريعية للقاعدة الإجرائية الجزائرية، المصدر السابق، ص ١٩٩.

كانت دقيقة وواضحة وقابلة للتطبيق باستيعابها وقائع الحياة المختلفة، فإن ذلك ينعكس على تحقيق الغاية التي شرعت القاعدة الإجرائية من أجلها.

وفي المقابل فإن الصياغة التشريعية للقاعدة الإجرائية الجزائرية قد تأتي معيبة والتي لها الأثر الواضح في التطبيق العملي، وتظهر بصورة نقص تشريعي في صياغة القاعدة الإجرائية، أي ان هناك عيب في اختيار الألفاظ والعبارات التي يقيم منها أهل التشريع مضمون النص التشريعي، أو أن تظهر بصورة تعارض مواد من نصوص القانون نفسه أو بين تشريعات مختلفة^(١)، واستناداً إلى ذلك سنتناول في هذا المطلب مراعاة الأسس السليمة ودورها في معالجة النقص التشريعي في صياغة القاعدة الإجرائية الجزائرية والتعارض الذي يقع فيها، وسنقسمه إلى فرعين، الفرع الأول نتطرق إلى مراعاة الاسس السليمة في صياغة القاعدة الإجرائية الجزائرية، أما الفرع الثاني فنبين فيه مراعاة الأسس السليمة لمعالجة التعارض في القاعدة الإجرائية الجزائرية.

الفرع الأول

مراعاة الاسس السليمة في صياغة القاعدة الإجرائية الجزائرية

سنعرض في هذا الموضوع أهم الملاحظات المتعلقة ببعض نصوص قانون أصول المحاكمات الجزائرية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل ومقارنتها بالدول الاخرى سواء بالإضافة أو بالحذف بما يضمن التطبيق السليم لها وذلك في الفقرات الآتية:

- قضت المادة (٤٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائرية العراقي بما يلي: (أ- يقوم اعضاء الضبط القضائي بأعمالهم، كل في حدود اختصاصه تحت اشراف الإدعاء العام وطبقاً لأحكام القانون. ب- يخضع اعضاء الضبط القضائي لرقابة قاضي التحقيق، وله أن يطلب من الجهة التابعين لها النظر في أمر من تقع منه مخالفة لواجباته أو تقصير في عمله ومحاكمته انضباطياً، ولا يخل ذلك بمحاكمتهم جزائياً اذا وقع منهم ما يشكل جريمة).

نرى أن هذا النص قد جاء غير دقيق وأن سوء الصياغة التشريعية للنص الإجرائي يعد أحد أوجه النقص التشريعي، حيث لم يفرق المشرع بين سلطة الإشراف وسلطة الرقابة، على الرغم من أن

(١) د. خالد وزاني، تفسير النصوص، المصدر السابق، ص ٦٣٣.

كل منهما يعمل على تصيد الأخطاء، إلا أن الإشراف يعني اصلاح الأخطاء وتوجيه بصورة صحيحة، أمّا الرقابة فتعني المعاقبة على الأخطاء، لذا فإنّ قاضي التحقيق على حسب ما ورد في النص لا يملك سلطة معاقبة أعضاء الضبط القضائي وإنما دوره يقتصر على أن يطلب من الجهة التابعين لها معاقبة المقصر في واجبه أو المخالف، لذا فإنّ دور قاضي التحقيق هنا هو مجرد حلقة وصل لا مبرر لها مما ينعكس ذلك على سير الإجراءات الجزائية ويتسبب ببطئها والإرباك الذي سيصيب عمل الاجهزة القضائية، لذلك لا بد من إعادة صياغة الفقرة (ب) من المادة (٤٠) على النحو التالي: (للإدعاء العام أن يطلب من الجهة التي يتبعها أعضاء الضبط القضائي النظر في أمر من تقع منه مخالفة لواجباته أو تقصير في عمله ومحاكمته انضباطياً، ولا يخل ذلك بمحاكمتهم جزائياً إذا وقع منهم ما يشكل جريمة) وهذا ما سار عليه المشرع المصري في قانون الإجراءات الجنائية^(١).

- وتقضي المادة (٩٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية بأن (لا يجوز القبض على أي شخص أو توقيفه إلا بمقتضى أمر صادر من قاضٍ أو محكمة وفي الاحوال التي يجيز فيها القانون ذلك).

قد يحدث احياناً أن يتم الإفراط في استخدام القوة دون وجه حق على الشخص المراد القبض عليه، ويؤدي ذلك إلى المساس بأهم الحقوق الأساسية للإنسان ويعد انتهاكاً لحق نص عليه الدستور^(٢)، دون أن يكون هناك ما يضمن حقّه، ولأهمية الموضوع اتجهت اغلب التشريعات المقارنة بالتأكيد على المعاملة الحسنة بما يحفظ كرامته ولا يجوز إيذاؤه بدنياً أو معنوياً ومن ضمنها قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني^(٣)، ولا بد أن يكون القبض بأمر قضائي مسبباً أي مبنيّ على مبررات واقعية وصحيحة لأن وجودها يعتبر من الضمانات الاساسية للمتهم والتأكيد على مسؤولية الدولة على القبض، لذا وتلافياً للنقص التشريعي في صياغة المادة (٩٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي لا بد من إعادة صياغة هذه المادة بالشكل الآتي:

(١) تنظر: نص المادة (٢٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل وجاء فيها (يكون مأمورو الضبط القضائي تابعين للنائب العام وخاضعين لإشرافه فيما يتعلق بأعمال وظيفتهم وللنائب العام أن يطلب إلى الجهة المختصة النظر في أمر كل من تقع منه مخالفة لواجباته، أو تقصير في عمله، وله أن يطلب رفع الدعوى التأديبية عليه، وهذا كله لا يمنع من رفع الدعوى الجنائية).

(٢) تنظر المادة (٣٧/أولاً) من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥ النافذ وجاء فيها (حرية الانسان وكرامته مصونة).

(٣) تنظر: نص المادة (٢٩) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠١ وجاء فيها (لا يجوز القبض على احد أو حبسه إلا بأمر من الجهة المختصة بذلك قانوناً، كما تجب معاملته بما يحفظ كرامته ولا يجوز إيذاؤه بدنياً أو معنوياً).

(لا يجوز القبض على أي شخص أو توقيفه إلا بمقتضى أمر مسبب صادر من قاضي التحقيق أو المحكمة وفي الأحوال التي يجيز فيها القانون ذلك، كما تجب معاملته بما يحفظ كرامته ولا يجوز إيذاؤه بدنياً أو معنوياً، وللمتضرر المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه وفقاً للقانون)^(١).

وضماماً لذلك فلا بد من إدراج عيب القصور في التسبب كأحد أسباب الطعن تمييزاً بالإجراء إذا لم يتضمن سبباً مقنع فإن ذلك من شأنه أن يجعل الإجراء المتخذ باطلاً لذلك لا بد من النص على جزاء البطلان بصورة صريحة وحالاته أو أن يتم إدراج عيب القصور في التسبب ضمن أوجه الطعن المنصوص عليها في المادة (٢٤٩/أ) لتكون صياغتها بالشكل الآتي: (لكل من الإدعاء العام والمتهم والمشتكي والمدعي المدني والمسؤول مدنياً ان يطعن لدى محكمة التمييز في الأحكام والقرارات والتدابير الصادرة من محكمة الجرح أو محكمة الجنايات في جنحة أو جناية إذا كانت قد بنيت على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله، أو إذا شابه قصور في التسبب أو إذا وقع خطأ جوهري في الإجراءات الأصولية...).

- وتقضي المادة (١٥٥) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي بأنه (أ- لا تجوز محاكمة غير المتهم الذي احيل على المحاكمة. ب- اذا تبين للمحكمة قبل الفصل في الدعوى أن هناك اشخاصاً آخرين لهم صلة بالجريمة فاعلين أو شركاء ولم تتخذ الإجراءات ضدهم؛ فلها أن تنتظر الدعوى بالنسبة إلى لمتهم المحال عليها وتطلب إلى سلطات التحقيق اتخاذ الإجراءات القانونية ضد الأشخاص الآخرين أو أن تقرر إعادة الدعوى برمتها إليها لاستكمال التحقيق فيها).

إن الملاحظ لهذا نجد النص انه اقتصر على الحدود الشخصية دون الحدود العينية للدعوى، بينما القاعدة العامة تقضي بأن على المحكمة أن تتقيد بالحدود الشخصية والعينية للدعوى، مع الأخذ بعين الاعتبار أن لا يتعارض ذلك مع مبدأ سرعة الفصل في الدعوى، فمتى رفعت الدعوى ضد متهم معين وبوقائع محددة فلا تمتلك المحكمة أيأ كانت درجتها سوى أن تنتظر في الدعوى التي رسم حدودها في قرار الاحالة أو ورقة التكليف بالحضور، وهذا ما نص عليه قانون الإجراءات الجنائية

(١) لا بد من الإشارة إلى ان قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي جاء خالياً من النص على التعويض عن القبض أو التوقيف التعسفي على الرغم أن الدستور قد نص بصورة صريحة على ذلك في نص المادة (٣٧/أولاً/ج) حيث جاء فيها (يحرم جميع انواع التعذيب النفسي والجسدي... وللمتضرر المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي اصابه وفقاً للقانون).

المصري وجاء فيه (لا تجوز معاقبة المتهم عن واقعة غير التي وردت بأمر الاحالة أو طلب التكليف بالحضور، كما لا يجوز الحكم على غير المتهم المقامة عليه الدعوى)^(١)، إلا أن المشرع قد وضع استثناءً على هذه القاعدة وهو في حال ظهور متهمين جدد أو اضافة وقائع جديدة للمتهم أو جنائية أو جنحة مرتبطة بالتهمة الاصلية وهذا الاستثناء نص عليه المشرع المصري عندما اشار إلى (إذا رأت محكمة الجنايات في دعوى مرفوعة أمامها أن هناك متهمين غير من أقيمت الدعوى عليهم أو وقائع اخرى غير المسندة فيها إليهم أو أن هناك جنائية أو جنحة مرتبطة بالتهمة المعروضة عليها فلها أن تقيم الدعوى على هؤلاء الأشخاص أو بالنسبة لهذه الوقائع وتحيلها إلى النيابة العامة لتحقيقها أو التصرف فيها...)^(٢).

استناداً لما سبق وعند المقارنة بين القانونين المصري والعراقي نجد أن هناك نقصاً تشريعياً في صياغة المادة (١٥٥) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي لابد من إعادة صياغتها بالشكل الآتي: (أ- لا تجوز محاكمة المتهم عن واقعة غير التي وردت في أمر الاحالة أو ورقة التكليف بالحضور. ب- اذا تبين للمحكمة قبل الفصل في الدعوى أن هناك متهمين غير من اقيمت الدعوى عليهم أو وقائع اخرى غير المسندة فيها إليهم فلها أن تقيم الدعوى على هؤلاء الأشخاص أو بالنسبة لهذه الوقائع وتطلب من سلطات التحقيق اتخاذ الإجراءات القانونية أو أن تقرر إعادة الدعوى برمتها إليها لاستكمال التحقيق فيها)^(٣).

- فضلاً عن أن المشرع العراقي لم يحدد الجزاء الإجرائي، الذي يترتب في حال إذا جرت المحاكمة بصورة سرية ولم يكن هناك سبب يستعدي ذلك، على الرغم من كون مبدأ علانية المحاكمة مبدأ دستورياً، فما هو الجزاء الذي يترتب في حال تم مخالفته دون عذر قانوني؟

(١) ينظر: نص المادة (٣٠٧) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل.

(٢) ينظر: نص المادة (١١) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

(٣) لايد من الاشارة أن عبارة (تنظر الدعوى) الواردة في المادة (١٥٥/ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي كانت غير دقيقة في حين جاءت عبارة (تقيم الدعوى) في المادة (١٥٩) على الرغم أن المادتين تنص على حق المحكمة بالتصدي، الذي يعني أن تقييم محكمة الموضوع الدعوى الجزائية على غير المتهمين الذين اقيمت الدعوى عليهم أو عن وقائع اخرى غير المسندة فيها إليهم، لذا فعبارة (تنظر الدعوى) تعني انها موجودة مسبقاً وقد تم تحريكها، اما عبارة (تقيم الدعوى) نجد لها ادق واوضح واكثر ملائمة مع موضوع النص.

نص المشرع السوري في قانون أصول المحاكمات الجزائية على (تجري المحاكمة علانية والا تعتبر باطلّة ما لم تقرر المحكمة إجرائها سراً بداعي المحافظة على النظام العام أو الاخلاق...^(١))، لذا لا بد من تقرير إجراء البطلان في حال مخالفته لأهمية هذا المبدأ ولكونه يحقق العدالة ويعطي الحق للجمهور بمراقبة ما يدور في جلسات المحاكم وهذا بدوره يدعم ثقتهم في عدالة القضاء ويحقق غاية الردع، لذا ندعو المشرع العراقي إلى إعادة صياغة المادة (١٥٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية بالشكل الآتي: (يجب أن تكون جلسات المحاكمة علنية وإلا تعتبر باطلّة ما لم تقرر المحكمة أن تكون كلها أو بعضها سرية...).

- وتعديل المادة (٦٣/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي (تدوين اقوال الشاهد في محضر... ويوقع الشاهد عليها عند الانتهاء...) كان الاجدر أن يتم صياغة هذه الفقرة بشكل ادق وهو أن يتم توقيع الشاهد والقاضي والكاتب على كل صفحة من صفحات المحضر، لأن هذا التوقيع يمثل اثباتاً لصحة إجراءات الشهادة والموافق عليها، وهذا ما أشارت إليه اغلب التشريعات المقارنة ومنها قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي الذي نص على (يتم توقيع كل صفحة من صفحات: المحضر من قبل القاضي والكاتب والشاهد...^(٢)).

- كما قضت المادة (٦١/ج) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي (إذا كان الشاهد لا يفهم اللغة التي يجري بها التحقيق أو كان اصم أو ابكم وجب تعيين من يترجم اقواله أو إشارته بعد تحليفه اليمين بأن يترجم بصدق وامانه).

كان الأجدر بالمشرع أن يشير إلى إجراء الاستعانة بمترجم لكل مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية اذا اقتضت الحاجة إليه ولا يقصر ذلك على إجراءات الشهادة فقط، ولا بد من إعادة صياغة هذه المادة بالشكل الذي يمكن من خلاله أن يشمل كل الإجراءات الجزائية.

- كما قضت المادة (٥) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي بأنه انه (اذا تعارضت مصلحة المجني عليه مع مصلحة من يمثله أو لم يكن له من يمثله؛ فعلى قاضي التحقيق أو المحكمة تعيين ممثل له) نجد إن هذا النص قد جاء كنتيجة لإجراء لم يذكر وكان مع الأولى ان تكون الفقرة الأولى لهذه

(١) تنظر: نص المادة (١٩٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري رقم (١١٢) لسنة ١٩٥٠ المعدل.

(2) Article (106) de la code de procedure penale francaise 1993.

المادة ما نص عليه قانون الإجراءات الجنائية المصري (إذا كان المجني عليه في الجريمة لم يبلغ خمس عشرة سنة كاملة أو مصاباً بعاهة في عقله تقدم الشكوى ممن له الولاية عليه)^(١).

ومن جهة أخرى فإن القانون لم يذكر صفات الممثل الذي يختاره قاضي التحقيق أو المحكمة المختصة، وما يجرى عليه العمل هو أن يختار أحد المعاونين القضائيين من موظفي المحكمة لهذه المهمة^(٢)، وكان الأجدر بالمشرع أنه في حالة تعارض المصالح بين المجني عليه ومن يمثله أن يقوم الإدعاء العام مقامه وهذا ما سارت عليه القوانين المقارنة كقانون الإجراءات الجنائية المصري في المادة (٦) وجاء فيها (إذا تعارضت مصلحة المجني عليه مع مصلحة من يمثله أو لم يكن له من يمثله، تقوم النيابة العامة مقامه).

وتأكيداً على ذلك أن المشرع قد اشار إلى أن من مهام الإدعاء العام الاسهام في حماية الأسرة والطفولة^(٣)، لذا نقترح أن تكون صياغة النص بالشكل الآتي: (أ- إذا كان المجني عليه في الجريمة لم يبلغ خمس عشرة سنة كاملة أو مصاباً بعاهة في عقله تقوم الشكوى ممن له الولاية عليه. ب- إذا تعارضت مصلحة المجني عليه مع مصلحة من يمثله أو لم يكن له من يمثله، يقوم الإدعاء العام مقامه).

الفرع الثاني

مراعاة الاسس السليمة لمعالجة التعارض في القاعدة الإجرائية الجزائية

أشرنا سابقاً إلى أن التعارض بين النصوص التشريعية يأتي نتيجة سوء الصياغة التشريعية، مما يسبب اضطراب في فهم النصوص محل التطبيق والذي ينعكس بدوره على ما تصدره المحاكم المختصة لقرارات متضاربة ومتناقضة مع بعضها البعض، وقد يقع التعارض في التشريع الواحد أو قد يحصل التعارض في تشريعات مختلفة وقد تكون نصوص تشريعية متفاوتة في الدرجة، أو قد يقع التعارض بين نصوص تشريعية متحدة في الدرجة، لذا سوف نستعرض بعض الملاحظات حول التعارض سواء كان بين نصوص قانون أصول المحاكمات الجزائية أو بينها وبين الدستور أو بين نصوص قانون أصول المحاكمات الجزائية ونصوص قانون العقوبات، وذلك في الفقرات الآتية:

(١) تنظر: نص المادة (٥) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل.

(٢) د. براء منذر عبد اللطيف، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، المصدر السابق، ص ٢٢.

(٣) ينظر: نص المادة (٢/٢) سادساً من قانون الإدعاء العام العراقي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٧.

- نصت المادة (١٢٣/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي على: (على قاضي التحقيق أو المحقق ان يستجوب المتهم خلال (٢٤) ساعة من حضوره بعد التثبيت من شخصيته وإحاطته علماً بالجريمة المنسوبة إليه...).

الملاحظ لهذا النص والتطبيق العملي له أن أغلب الحالات يتم فيها استجواب المتهم بعد أربع وعشرين ساعة وقد يحدث أن يتم توقيفه لأشهر دون استجوابه، وهذا بحد ذاته يعد مخالفة لنص دستوري صريح وهو ما جاء في دستور جمهورية العراق: (تعرض أوراق التحقيق الابتدائي على القاضي المختص خلال مدة لا تتجاوز اربعاً وعشرين ساعة من حين القبض على المتهم ولا يجوز تمديدها الا مرة واحدة وللمدة ذاتها)^(١)، لذلك فإنّ هناك تعارضاً بين النصين من حيث حرفية النص والتطبيق العملي له، كما أن المشرّع لم يرتب جزاء إجرائي في حال تم تجاوز المدة المحددة حتى بعد تمديدها، لذا لا بد من إعادة صياغتها بالشكل الذي لا يخالف النص الدستوري أي أن يتم استجوابه خلال (٤٨) ساعة من القبض عليه ويرتب بطلان الاستجواب في حال تجاوز المدة المقررة له لأنه يمثل انتهاكاً لحقوق المتهم وحرية.

- فضلاً عن التعارض بين نص المادة (١٠٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي والنصوص الواردة في الدستور التي تحمي الحق في الحياة مع مبدأ البراءة، حيث جاء في هذه المادة أنه (إذا قاوم المتهم القبض عليه أو حاول الهرب فيجوز لمن كان مأذوناً بالقبض عليه قانوناً أن يستعمل القوة المناسبة التي تمكنه من القبض عليه وتحول دون هربه على أن لا يؤدي بأي حال إلى موته ما لم يكن متهماً بجريمة معاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد)، إلا أن عبارة (ما لم يكن متهماً بجريمة معاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد)، أي بمعنى أن هذه المادة تجيز أن يصل أمر القبض إلى موت المتهم الذي لم تتم محاكمته اصلاً وهذا ما يتعارض مع الحق في الحياة الذي اقره الدستور العراقي النافذ والذي جاء فيه (لكل فرد الحق في الحياة والأمن والحرية ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق أو تقييدها إلا وفقاً للقانون وبناءً على قرار صادر من جهة قضائية مختصة)^(٢)، كما يتعارض مع مبدأ البراءة حيث جاء فيه (المتهم بريء حتى تثبت ادانته في محاكمة قانونية عادلة...)^(٣)، حيث أن المادة (١٠٨) من قانون أصول

(١) تنظر: المادة (١٩/ثالث عشر) من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥.

(٢) تنظر: نص المادة (١٥) من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥.

(٣) تنظر: نص المادة (١٩/خامساً) من دستور جمهورية العراق.

المحاكمات الجزائية العراقي قد أجازت أن يصل أمر القبض إلى موت المتهم قبل محاكمته، كما أكد الدستور في حال تم تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في الدستور لا بد أن لا يمس هذا التقييد جوهر الحق والحرية^(١).

وبناءً على ذلك لا بد من إعادة صياغة هذه المادة بما يتناسب مع عدم المساس بحقه في الحياة أو بمبدأ البراءة، لأن هذه الحقوق هي من تحدد صحة إجراء القبض أو قد يترتب بطلانه في حال مخالفة نصوص دستورية صريحة.

- بالإضافة إلى أن المشرع العراقي قد بادر بتعويض من حكم عليه بعقوبة سالبة للحرية أو بالغرامة بتتزيل مدة القبض والتوقيف من مدة الحكم^(٢)، إلا أنه حرم من حكم عليه بالبراءة أو تقرر الافراج عنه، وهذا يتعارض مع نص المشرع العراقي في نظريته بتعويض المتهم حتى النهاية^(٣).

- هناك لغط كبير حول حقوق المتهم الهارب في مرحلتي التحقيق والمحاكمة ناتج عن تعارض النصوص في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، الذي انعكس على تباين آراء القضاة حول احقية المتهم الهارب في تعيين محام للدفاع عنه في مرحلة التحقيق، حيث نص قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل على (إذا لم يحضر المتهم أمام قاضي التحقيق أو المحقق ولم يتسن القبض عليه رغم استنفاد طرق الاجبار على الحضور المنصوص عليها في هذا القانون أو فرّ بعد القبض عليه أو توقيفه وكانت الأدلة تكفي لأحاليته على المحاكمة؛ فيصدر قاضي التحقيق قراراً بإحاليته على المحكمة المختصة لإجراء محاكمته غيابياً)^(٤).

أي أن المشرع قد أعطى الحق لقاضي التحقيق بإحاليته على المحكمة المختصة لمحاكمته غيابياً دون الحاجة لحضور المتهم أو وكيل المتهم الهارب ليدافع عنه، في حين أن قانون أصول المحاكمات الجزائية قد أجاز للمتهم أن يطعن تمييزاً بقرار القبض الصادر بحقه وهذا بطبيعة

(١) تنظر: نص المادة (٤٦) من دستور جمهورية العراق النافذ وجاء فيها (لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناء عليه، على إلا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية).

(٢) تنظر: نص المادة (٢٤٤/ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل وجاء فيها (تسب للمحكوم عليه المدة التي يقضيها في التوقيف).

(٣) د. كاظم عبد الله الشمري، تفسير النصوص الجزائية، المصدر السابق، ص ١٦٤.

(٤) تنظر: نص المادة (١٣٥) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.

الحال يستتبع ان يتم هذا الإجراء عن طريق محام حيث نص القانون على: (لا يقبل الطعن تمييزاً على انفراد في القرارات الصادرة في مسائل الاختصاص والقرارات الاعدادية والإدارية وأي قرار اخر غير فاصل في الدعوى إلا إذا ترتب عليها منع السير في الدعوى، ويستثنى من ذلك قرارات القبض والتوقيف واطلاق السراح بكفالة أو بدونها)^(١)، وبالمقابل فإن عدم توكيل محامٍ يدافع عن المتهم الهارب في مرحلة التحقيق يمثل مساساً بحقوق الدفاع ويخالف ما ورد في الدستور العراقي الذي نص على (حق الدفاع مقدس ومكفول في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة)^(٢).

كما أوجب القانون على المحكمة أن تنتدب محامياً للمتهم أن لم يكن له محامٍ^(٣)، على أن تتم محاكمة المتهم الغائب والهرب وفق القواعد التي تجري فيها محاكمة المتهم الحاضر^(٤) أي بمعنى أن يتم الاستماع لشهادات الاثبات وطلبات الإدعاء العام والإدعاء المدني وسماع دفاع وكيل المتهم الهارب أو المتهم الغائب، لذا لا بد من توفير هذه الحقوق بشكل كامل للمتهم بغض النظر إن كان متواجداً أو هارباً سواء في مرحلة التحقيق أو المحاكمة، وهذا لا يعني التشجيع على الهروب من التهمة بقدر ما هو توجيه لتطوير العمل التحقيقي والإرتقاء به، لأنّ اروقة القضاء أسمى من أن تنتهك فيها حقوق الإنسان وحرياته.

- كما أن المشرّع العراقي قد وقع في تناقض بين نص المادة (١٨٢/ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية التي تنص على (إذا اقتنعت المحكمة بأن المتهم لم يرتكب ما اتهم به أو وجدت أن الفعل المسند إليه لا يقع تحت أي نص عقابي فتصدر حكمها ببراءته من التهمة الموجهة إليه)، بينما جاء في المادة (٢٠٣/ج) منه (إذا اقتنعت المحكمة بأن المتهم لم يرتكب الجريمة المسندة إليه أو أن الأدلة لا تكفي لإدانته عنها أو أن الفعل الذي ارتكبه لا يقع تحت أي نص عقابي؛ فتصدر قراراً بالإفراج عنه)، على الرغم من تحقق القناعة لدى المحكمة في كلا الحالتين كما أن أسباب الحكم بالبراءة في الفقرة (ب) هي ذات الاسباب في الفقرة (ج) وهي كون المتهم لم يرتكب الجريمة المسندة إليه أو كان الفعل لا يقع تحت أي نص عقابي، فالمعيار الذي اعتمده المشرّع العراقي في التمييز بين الحالتين

(١) تنظر: نص المادة (٢٤٩/ج) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

(٢) تنظر: نص المادة (١٩/رابعاً) من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥.

(٣) تنظر: نص المادة (١٤٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.

(٤) تنظر: نص المادة (١٤٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقية.

غير كاف وهو معيار توجيه التهمة في الدعوى غير الموجزة وعدم توجيهها في الدعوى الموجزة^(١)، كما لا بد من الإشارة إلى أن مسألة أن الدعوى الموجزة لا يوجد فيها متهمة بري على خلاف الدعوى الغير موجزة.

- الاصل هو عدم جواز إبعاد اي خصم من قاعة المحكمة اثناء النظر في الدعوى، لأنّ هذا يشكل اعتداء على حقه في الدفاع غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة، فقد نصت المادة(١٥٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي منه (لا يجوز إبعاد المتهم عن قاعة المحاكمة اثناء نظر الدعوى إلا اذا وقع منه ما يخل بنظام المحاكمة وتستمر الإجراءات في هذه الحالة إلى أن يمكن السير فيها بحضوره، وعلى المحكمة ان تحيطه علماً بما تم في غيابه من هذه الإجراءات)، وإذا كان إبعاد المتهم عن الجلسة مقيداً بأن يكون ذلك لازماً لمنع تشويش الجلسة، فإنّه يتعين إعادته إلى الجلسة كلما انتفى سبب الابعاد، ومن جهة اخرى لا يجوز للمحكمة أن تقفل باب المرافعة والمتهم مبعّد عن الجلسة، كما أن ذلك يتعارض مع ما يقره بأن المتهم يكون آخر من يتكلم في الدعوى قبل إقفال باب المرافعة وهذا ما أشارت إليه المادة (١٨١/هـ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية^(٢)، وعليه لا بد من وجود نص يحمي حق المتهم وينص على عدم إبعاد المتهم إلا للضرورة على أن لا يستمر هذا الإبعاد لحين اقفال باب المرافعة مما يشكل ذلك المساس بأهم حقوقه وهي حق الدفاع.

- بالإضافة إلى ان هناك تعارض واضح بين نصين احدهما في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي والذي ينص على (أ- لا تجوز احالة المتهم على المحاكمة أمام المحاكم الجزائية المنصوص عليها في هذا القانون إلا بأذن من رئيس مجلس القضاء الأعلى...)^(٣)، في حين جاء النص الآخر في قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل وجاء فيه (لا تجري التعقيبات القانونية على من ارتكب جريمة خارج الجمهورية إلا بإذن من رئيس مجلس القضاء الأعلى...)^(٤). نجد أن النص الأول قد أوجب أخذ الأذن قبل أن تجري أي تعقيبات قانونية على مرتكب الجريمة أي قبل تحريك الدعوى الجزائية، في حين أن النص الآخر قد أوجب أخذ الأذن

(١) د. حيدر غازي فيصل، القصور التشريعي، المصدر السابق، ص ٣٧.

(٢) مؤيد عبد حسن العزي، حق المتهم في محاكمة عادلة (دراسة مقارنة وتطبيقية)، ط ١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٢٠، ص ١٤١.

(٣) تنظر: نص المادة (١٣٦/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.

(٤) تنظر: نص المادة (١٤/أ) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

عند احالة المتهم على المحاكمة وهنا يثار السؤال، هل أن المقصود من فحوى النصين أن يتم اخذ الاذن مرتين الأول قبل اتخاذ التعقيبات القانونية والثاني قبل الاحالة إلى المحاكمة، أم إن المشرع قد قصد أخذ الاذن في احدهما دون الآخر؟ لذلك لابد من توضيح ذلك من قبل المشرع الجزائي وازالة هذا التعارض القائم بين النصين، لأنّ هذا الإرباك الذي اصاب النص قد ينعكس على عمل الجهات القضائية بالشكل الذي يؤدي إلى التباطؤ في اتخاذ الإجراء مما يسهل من هروب المتهم المطلوب للعدالة.

المطلب الثاني

السياسة الإجرائية الحديثة ودورها في معالجة النقص التشريعي

إن السياسة الجنائية هي انعكاس للسياسة العامة للدولة بل هي إحدى صورها، لذا فهي تختلف من بلد لآخر كما نجد تجسيدها بشكل خاص من خلال السياسة التشريعية المتبعة فيما يتعلق بالتشريعات الجزائية، لأنّ كل نظام للقانون الجزائي لأي دولة يمتلك بالضرورة سياسة جنائية معينة وهذا ما يجعل اغلبية الفقهاء تحصر السياسة الجنائية بالفكر القانوني الجنائي على وجه الخصوص، إلا أن الرابط الوثيق بينهما لا يمكن أن يقيد السياسة الجنائية بقانون العقوبات وحده لأنّ هذا القانون ليس إلا أحد ادواتها لتحقيق أهدافها، وفي ذات الوقت تعدّ السياسة الجنائية مرشداً يستهدي به المشرع في اختيار ما يتخذه من تدابير، أي أن السياسة الجنائية هي التي تحدد الهدف من القانون الجنائي بجميع فروعها، فهي كما يشير المختصون ليست مجرد تصور فكري وخيالي، بل مجموعة اهداف يتوخاها المشرع من خلال التجريم والعقاب والمنع^(١).

لذا يقصد بالسياسة الجنائية بأنها: (السبل التي يتبعها المشرع في مجتمع ما لرسم وتحديد القواعد الموضوعية والشكلية التي يبنى عليها القانون الجزائي)^(٢)، وبناءً على ذلك فإنّ السياسة الجنائية تقسم من ناحية المبادئ إلى قسمين أحدهما موضوعي يتعلق بالتجريم والعقاب والمنع، والآخر إجرائي يتعلق

(١) د. حسين عبد علي عيسى، المبادئ الدستورية للسياسة الجنائية، بحث منشور في مجلة كوفاري زانكوى سليمانى به شي، جامعة سليمانية، العدد (١٧)، ٢٠٠٦، ص ٩-١٠.

(٢) بدري العلام، الوقاية من الإجرام في السياسة الجنائية المعاصرة، بحث منشور في المجلة العربية للفقهاء والقضاء، العدد (٢٢)، ١٩٩٩، ص ١٠٨.

بالإجراءات التي تنظم اثبات الجريمة أو نسبتها إلى المتهم وأسلوب العقوبة أو المنع^(١)، وتقسم السياسة الجنائية من حيث وظيفتها إلى أربعة فروع وهي:

١- السياسة القانونية الجنائية: التي تتمثل في سن التشريعات العقابية وتعديلها وتطبيقها، وذلك على ضوء تحديد أسس ومبادئ التجريم ومنع الجريمة.

٢- السياسة الجنائية الإجرائية: والتي تنحصر في دراسة أداء أجهزة العدالة (أجهزة الشرطة، النيابة العامة، جهات التحقيق، المحاكم الجزائية على اختلاف درجاتها والأجهزة المختصة بتنفيذ التدابير العقابية) ومدى فعاليتها في مكافحة الإجرام وتحديد القواعد الإجرائية التي تحكم نشاطها.

٣- السياسة الجنائية التنفيذية: والتي تتضمن دراسة أنواع التدابير الجزائية وجدواها على الصعيد التطبيقي وأساليب تنفيذها والمعاملة الجزائية لدى تنفيذ العقوبات، وكذلك بحث أداء المؤسسات العقابية المعنية بذلك، وتقديم التوصيات بصدد تطويرها.

٤- السياسة الجنائية الوقائية: تتجلى في الإهتمام بتدابير الوقاية من الإجرام سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة بما في ذلك إيلاء العناية بالتدابير العقابية المعمول بها لتحديد جدواها على الصعيد الوقائي، مع دراسة النتائج التي حققتها خطط الدولة للوقاية من الإجرام وطرح التوصيات والمقترحات بصدد تطويرها، وذلك في ضوء المنجزات المتحققة في إطار السياسة الجنائية الوقائية^(٢).

وبناءً على ذلك فإنَّ السياسة الجنائية ليست مقتصرة فقط على سياسة التجريم والعقاب وإنما لها فروع عدة، وفي ضوء بحثنا سنتطرق إلى السياسة الجنائية الإجرائية ودورها في معالجة النقص التشريعي الذي يعترى القاعدة الإجرائية الجزائية، لذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع

(١) يرى الدكتور أحمد فتحي سرور أن السياسة الجنائية تقسم من حيث وظيفتها إلى ثلاث فروع سياسة التجريم وسياسة العقاب وسياسة المنع، بالنسبة لسياسة التجريم تعمل على بيان المصالح الجديرة بالحماية، أمَّا سياسة العقاب تحدد بثلاثة مجالات الأول تشريعي بحت ويقتصر على بيان الصورة المجردة للعقوبات، أمَّا الثاني مجال قضائي مكون من شقين أحدهما موضوعي يتناول الأسس الواجب اتباعها عند تطبيق العقوبات المنصوص عليها، وأمَّا الآخر إجرائي يتناول اثبات حق الدولة في العقاب وإجراءات تطبيق العقوبات وتنفيذها، أما الثالث مجال تنفيذي وهو يتكون من شقين أحدهما موضوعي يتناول الأسس الواجب مراعاتها عند التنفيذ، والآخر إجرائي يبين الإجراءات الواجب اتباعها لتنفيذ العقوبات وفقاً لهذه الأسس. ينظر: د. أحمد فتحي سرور، السياسة الجنائية (فكرتها ومذهبها وتخطيطها)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص ١٨-٢٠.

(٢) د. حسين عبد علي عيسى، المبادئ الدستورية للسياسة الجنائية، المصدر السابق، ص ١٠-١١.

الأول تطوير السياسة الإجرائية وفقاً للمفاهيم العلمية الحديثة، أمّا الفرع الثاني فسيتم تخصيصه لبحث موضوع تطوير السياسة الإجرائية على الصعيد الدولي.

الفرع الأول

تطوير السياسة الإجرائية وفقاً للمفاهيم العملية الحديثة

يتوقف تحديد ملامح قانون الإجراءات الجزائية في بلد ما على سياسته الإجرائية فيما يتعلق بكشف الحقيقة وما يتبعه من رد الفعل القانوني الاجتماعي ضد الجريمة، وحماية الحرية الشخصية للمتهم من خلال الإجراءات الجزائية التي تباشر ضده^(١)، وفي نفس الوقت إن الإجراءات الجزائية تعدّ واحدة من العناصر الأساسية التي تشكل أو تكوّن حقل السياسة الجنائية، فالتنفيذ الإداري للسياسات الحكومية يشكل الجزء الأساسي من السياسات الجنائية^(٢).

إن ما تقدم يستتبع بالضرورة اختلاف مواقف الدول في رسم سياستها في مواجهة الجريمة تراخياً أو حزمياً حسبما تسمح به ظروفها الاجتماعية وانظمتها السياسية والقانونية، لأنّ السياسة الإجرائية بشكل خاص تتأثر بالنظام السياسي للدولة ففي النظم الدكتاتورية يسود الفكر التسلطي للدولة على الفرد بهدف المحافظة على النظام وديمومته عن طريق استعمال القوة والقسر، بخلاف النظم الديمقراطية التي تهتم بحقوق الفرد فلكل نظام من هذه الأنظمة سياسته الإجرائية التي تستمد أسسها من أوضاع المجتمع^(٣)، وبما إن السياسة الإجرائية غايتها تحقيق أمرين: وهما كشف الحقيقة واحترام الحرية الشخصية، وبين هذا الهدف وذاك توجد الكثير من العراقيل التي تحول دون تحقيق ما يصبو إليه المشرّع من غايات واهداف على صعيد التطبيق العملي للقاعدة الإجرائية الجزائية، ومن ضمن هذه العراقيل النقص التشريعي سواء كان في القاعدة الإجرائية أو في صياغتها وهذا بدوره سيعرقل أو يحجم من دور السياسة الإجرائية لتحقيق ما تهدف إليه، ومن بين الأسباب التي تساهم في حدوث النقص التشريعي في القاعدة الإجرائية الجزائية نتيجة السياسة المتبعة هي:

(١) د. احمد فتحي سرور، المشكلات المعاصرة للسياسة الجنائية، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، جامعة

القاهرة، مصر، المجلد (٢٦)، عدد خاص، ١٩٨٣، ص ٥٠.

(٢) د. واثبة داود السعدي، الأسس النظرية لعلمي الإجرام والسياسة الجنائية، مطبعة ديانا، بغداد، ١٩٩٠، ص ١١٧.

(٣) بدري علام، الوقاية من الإجرام، المصدر السابق، ص ١٠٨.

١- وجود دستور قائم على قواعد وقيم ومبادئ مع بقاء القوانين القائمة قبل نفاذه على حالها من دون ان يمسهما التعديل أو الإلغاء، وفي هذه الحال يصبح الدستور الجديد غير ذي قيمة قانونية أو اجتماعية مالم نترجم النصوص والمبادئ التي جاء بها إلى قوانين، باستثناء الفترات الانتقالية في حياة الشعوب فإن تدخل المشرع ليس أمراً مرغوباً دون مبرر للمصلحة العامة^(١).

٢- إن وضع الخطة لدراسة وتقييم التشريعات الجزائية بفروعها الموضوعية والإجرائية يعد من أهم مهام الهيئة التشريعية بالدولة، إلا أن كثرة الأعباء الملقاة على عاتقها (سواء في مجال وضع مشاريع التشريعات أو تدقيق المشاريع الواردة من مختلف الوزارات) تعيق أداء مهامها فيما يتعلق بتقييم التشريعات الجزائية النافذة وبالتالي سوف تقدم اناطة هذه المهمة إلى لجنة مستقلة وهذا الأمر قد يكون سبباً لحالات النقص التشريعية^(٢)، ومن ناحية أخرى أن العملية التشريعية لا تحكمها قواعد رسمية بل تحكمها سياسات وشخصيات، وهذا بدوره سيؤثر على شكل وأسلوب مشروع القانون^(٣).

٣- إن بعض التشريعات الإجرائية النافذة تعبر في كثير من نصوصها عن حقبة زمنية، فضلاً عما تمثله من تناقض واضح مع المبادئ العامة للسياسة الإجرائية الحديثة وما يتعلق بحقوق الانسان أو يرجع ذلك إلى أن معظم هذه التشريعات قد صيغت من قبل هيئات تشريعية اعتمدت في نصوصها على المبادئ التقليدية للسياسة الإجرائية لغرض مواجهة الجرائم والتصدي لها في شكلها التقليدي والتي كانت تنتشر في تلك الحقبة وعلى هذا النحو يؤرخ القانون مسيرة العدالة^(٤).

وعلى هذا الأساس يبرز دور السياسة الإجرائية لأنها تحدد ما يجب أن يضعه القانون وما يجب ان يستثنى منه^(٥)، بشكل يعمل على أن تكون القاعدة الإجرائية الجزائية قادرة على أن تتعامل

(١) فارس حامد عبد الكريم، القصور التشريعي (بحث في فلسفة القانون الوضعي)، بحث منشور على الموقع الإلكتروني (<https://hifati.yoo7.com/ty4519:topic>) تاريخ الزيارة: ٢٠٢١/١/١٥، الساعة ١٠:٤٥ م
(٢) د. خالد رمزي محمود، مستقبل السياسة الجنائية التشريعية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، ٢٠١٦، ص ٢٠٣.

(3) Jassim,Abdaul Saheb, The impact of criminal Policy in drafting The criminal rule (Acomparative study) Palarchs Journal of Archaeology of Egypt/Egyptology.17.7 (2020) 16212-16213.

(٤) د. خالد رمزي محمود، مستقبل السياسة الجنائية التشريعية، المصدر السابق، ص ١٩٧.

(5) Jassim,Abdaul Saheb, The impact of criminal Policy in drafting The criminal rule, 16212-16213.

مع المستجدات أو التطورات الحاصلة بشكل يؤدي إلى وضع افضل الآليات للتصدي لأي ظاهرة إجرامية وفي هذا الخصوص نتطرق إلى اهم المنطلقات العلمية في مجال التخطيط للسياسة الإجرائية وهي:

١- النهوض بالسياسة الإجرائية عن طريق منهج البحث العلمي:

لاشك إن البحث العلمي وما يسفر عنه من نتائج تثري السياسة الإجرائية وتعين على دقة صياغة نظرياتها مع مراعاة مقتضيات السياسة الجنائية التي تتبعها الدولة، وتفترض إن ينحصر البحث في مدى توافق الإجراءات المقترحة لمكافحة الجريمة في النظام القانوني مع قيم المجتمع والغرض الذي تستهدفه لدراسة أفضل النظم الإجرائية التي تحقق أهداف السياسة الإجرائية^(١)، وهذا بدوره يقتضي ان يتم توجيه البحث العلمي في مجالاته كافة نحو الهدف من السياسة الإجرائية، لذا لابد من وضع برنامج علمي يوفي بالاحتياجات العاجلة لهذا البحث وفي مقدمتها:

١- مدى كفاية القوانين الجزائية بشكل عام والقوانين الإجرائية على وجه الخصوص وملائمتها للتغيرات الاجتماعية والقيم الاجتماعية الجديدة التي تسود المجتمع.

٢- العلاقة بين التغيرات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية وظاهرة الجريمة.

٣- فاعلية القوانين الإجرائية سواء من الناحية التشريعية أو من ناحية التطبيق القضائي أو بالنسبة إلى آليات تنفيذها.

٤- دراسة نظم وأجهزة العدالة الجنائية ممثلة في مأمور الضبط القضائي والنيابة العامة (الإدعاء العام والمحاكم والإدارة العقابية لتحديد مدى فاعليتها وتجاربها مع أهداف السياسة الإجرائية.

٥- دراسة الوسائل الفعالة التي تضمن تجاوب المجتمع بأفراده وجماعته مع السياسة الإجرائية للاسهام مع سلطات الدولة في منع الجريمة ومكافحتها^(٢).

كما ينصب البحث على متابعة السياسة الإجرائية كما هي مطبقة بشكل فعلي في بلدان مختلفة بحيث تكون مدروسة كحقيقة اجتماعية، وفي هذا الصدد يكون البحث المتعلق بالسياسة

(١) د. حسين عبد علي حسين، المبادئ الدستورية للسياسة الجنائية، المصدر السابق، ص ٨-٩.

(٢) د. أحمد فتحي سرور، السياسة الجنائية، المصدر السابق، ص ٣٠٨-٣٠٩.

الإجرائية متمماً بسمه علم الملاحظة، كما يؤخذ البحث بنظر الاعتبار المعلومات والاحصائيات المتعلقة بالمتابعة ويحاول البحث عن افضل الشروط للوقاية الاجتماعية من الظاهرة الإجرامية، ومنها يمكن اعتبار السياسة الإجرائية استراتيجية منهجية لرد الفعل المناهض للجريمة^(١).

وعليه فإنّ البحث العلمي ليس مجرد كشف الحقائق العملية وإنما يتجه إلى تحديد وسائل الانتفاع بها وضمان فاعلية هذه الوسائل، لأنّ البحث في السياسة الإجرائية ليس بحثاً نظرياً فحسب، وإنما يجب أن يمتد إلى مشاكلها التطبيقية لتدعيم نظرياتها وإثباتها، فالبحوث التطبيقية قد تكشف عيوب النظرية المعمول بها، مما يتجه إلى ضرورة إعادة النظر في الأساس النظري للسياسة الإجرائية ببحوث أخرى^(٢)، لذلك فإنّ السياسة الإجرائية تبدأ من حيث انتهى البحث العلمي فتبلور نتائجها وتتوالى صياغتها في صورة اقتراحات محددة ذات طبيعة قاعدية تخاطب بها المشرع^(٣)، ومن هنا يبرز الدور الفعال للسياسة الإجرائية في معالجة النقص التشريعي للقاعدة الإجرائية الجزائية ومواكبتها لأحدث التطورات والأسس الحديثة.

٢- وضع التشريعات الإجرائية الجزائية وفقاً لمعايير حقوق الانسان:

إن السياسة الإجرائية مهما تعدد نظمها تكفل هذه الحماية وان اختلفت فلسفتها، وعند طرح قضية حقوق الانسان على بساط البحث في السياسة الإجرائية يبرز مبدأ الشرعية الإجرائية ليحدد النطاق الواجب مراعاته عند مباشرة الإجراءات الجزائية، ويعدّ هذا المبدأ أصلاً أساسياً في النظام الإجرائي الجزائي لا يجوز الخروج عنه حيث يحدد هذا المبدأ الخط الذي يجب أن ينتهجه المشرع ويضع الإطار الذي يتعين الالتزام به، فلا يجوز ان يترك قانون الإجراءات الجزائية للجهد القانوني من الناحية الفنية للصياغة أو من الزاوية العملية للتطبيق وإنما يجب ان تحكمه دائماً سياسة إجرائية تعطي لحقوق الانسان وحرية مكانتها كهدف أصيل لها، وتحقيقاً لهذا الهدف توضع قوانين الإجراءات الجزائية ويتم تطبيقها^(٤)، بمعنى أن يتم احترام كرامة الإنسان وحرية وحقوقه في كل مراحل التحقيق

(١) د. واثبة داود السعدي، الأسس النظرية لعلمي الإجرام والسياسة، المصدر السابق، ص ١١٨.

(٢) د. أحمد فتحي سرور، السياسة الجنائية، المصدر السابق، ص ٢٨٦.

(٣) د. سليمان عبد المنعم، أصول علم الإجرام والجزاء، ط ١، المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٦، ص ١٦٨.

(٤) د. أحمد فتحي سرور، المشكلات المعاصرة للسياسة الجنائية، المصدر السابق، ص ٥٦.

والمحاكمة وعدم جواز تخويله أو تعذيبه أو حرمانه من حقوق الدفاع، وهذا ما أكدت عليه لجنة مكافحة الجريمة حيث قامت بإعداد دليل عمل بشأن التناول العادل للقضايا الجزائية يتضمن بيان الإجراءات العادلة في تناول هذه القضايا في إطار النظام القضائي والضمانات الواجب توافرها في مرحلة التحقيق أو الاستدلال^(١)، في هذا المجال فقد كانت هذا الحقوق محور اهتمام عدد من المواثيق الدولية وقد تجلّى ذلك في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة ١٩٤٨، وفي الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ١٩٥٠ والاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية سنة ١٩٦٦، والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لسنة ١٩٦٩^(٢).

٣- الاعتماد على مبادئ علم الإجرام والعقاب في تطوير الإجراءات الجزائية:

كما بيّنا سابقاً إن قانون الإجراءات الجزائية هو الذي ينظم الخصومة الجنائية منذ نشوء حق الدولة في العقاب، أي منذ ارتكاب الجاني الجريمة حتى انتهاء هذه الخصومة بصدور حكم بات في الدعوى ثم تنفيذ الحكم ان كان بالإدانة أو البراءة، فهو علم قاعدي يرسم به المشرّع الحدود الفاصلة بين ضمانات حق الدولة في توقيع العقاب على الجاني وضمان حقوق المتهم في محاكمة عادلة دون انتهاك لحقوقه الفردية، على الرغم ما يبدو من اختلاف بين علمي الإجرام والعقاب وبين قانون الإجراءات الجزائية، إلا أن كل منهما يعدّ من العلوم التي تسهم في رسم السياسة الإجرائية^(٣).

بالنسبة لصلة قانون الإجراءات الجزائية بعلم الإجرام، فإنّ قانون الإجراءات الجزائية لا يمكنه أن يحقق أهدافه في مكافحة الجريمة إلا بمعاونة القاضي والإدارة العقابية، وهنا يبرز دور علم الإجرام وأهميته من خلال وجوب أن تكون هذه الجهات تستطيع التعرف على شخصية الجاني للوقوف على خطورته واستظهار الأسباب الحقيقية التي دفعته إلى الإجرام، لكي يمكن تطبيق قانون العقوبات بشكل سليم من خلال قانون الإجراءات الجزائية في ضوء أبحاث ودراسات علم الإجرام^(٤)، وإن هذه الأبحاث كانت الدافع وراء العديد من النظم القانونية التي تضمنتها الإجراءات الجزائية وهي:

(١) د. نادرة محمود سالم، السياسة المعاصرة ومبادئ الدفاع الاجتماعي من منظور إسلامي مع تطبيقات من الشريعة الإسلامية في مكافحة الجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٣٧.

(٢) د. احمد فتحي سرور، المشكلات المعاصرة للسياسة الجنائية، المصدر السابق، ص ٥٥.

(٣) صخري محمد، بحث شامل حول ماهية علم الإجرام، بحث منشور على الموقع الموسوعة الجزائرية للدراسات السياسية والاستراتيجية: (<https://www.politics.dz.com>) تاريخ الزيارة ١٦/١٢/٢٠٢٠، الساعة ١٦:٣٠م.

(٤) د. عمار عباس الحسيني، موجز علم الإجرام وعلم العقاب، ط ١، دار المرئضى، لبنان، ٢٠١٦، ص ١٨.

١- نظام الفحص السابق: وهو أن يقوم القاضي بفحص أكبر قدر ممكن من المعلومات عن المتهم سواء ما تعلقت بظروفه الاجتماعية أو حالته النفسية أو البيئية، تمهيداً لمعرفة الأسباب الدافعة لارتكاب الجريمة وتحديد الخطورة الكامنة في نفسه، وبالتالي يتم اختيار العقوبة أو التدابير الملائمة للحد من هذه الخطورة وإعادة الإدماج والتأهيل ليكون هذا الفحص دقيقاً وفعالاً، والقاضي ملزم أن يستعين بأصحاب الاختصاص من أطباء وعلماء نفس واجتماع، وهذا النظام هو ثمرة من ثمرات أبحاث علم الإجرام ويطبق في العديد من الدول الأوروبية^(١).

٢- نظام قاضي التنفيذ: وهذا النظام يهدف إلى وضع قاضي متخصص في مرحلة التنفيذ العقابي اللاحقة لصدور الحكم بالإدانة، وهذه المرحلة ذات أهمية بالغة حيث يمكن من خلالها متابعة بل وتعديل الجزاءات المحكوم بها بما يتوافق مع تطور شخصية المجرم أثناء تنفيذه للعقوبة، حيث تعدّ هذه النظم هو نتاجاً لدراسات علم الإجرام القانوني^(٢).

أما بالنسبة لعلاقة علم العقاب بقانون الإجراءات الجزائية فإنّ الأبحاث العلمية التي تجري في إطار علم العقاب يعد مصدرراً هاماً يمد قانون الإجراءات الجزائية بأفضل الوسائل الملائمة لتنفيذ الإجراءات بالشكل الصحيح، كما يكشف عن عيوب التشريع ويرسم معالم التطور الذي ينبغي أن يسلكه المشرّع لاصلاح هذه العيوب، كما تساعد أبحاث علم العقاب على توجيه المشرّع لاختيار افضل جزاء لمكافحة الإجرام بما يحقق الهدف من ذلك الجزاء^(٣).

ولابد من الإشارة إلى علم آخر يساعد في رسم السياسة الإجرائية وهو علم التحقيق الجزائي العلمي والفني وهذا العلم يبحث في الوسائل التي تساعد على كشف الجريمة ومرتكبها وتحديد الوسيلة التي ارتكبت بها، ويعدّ التطبيق العلمي (الشرعي) اهم وسائل هذا العلم حيث يحدد الأضرار البدنية والآلة المستعملة في أحداث الجروح والرضوض وأسباب الوفاة ان حصلت، فضلاً عن أمور أخرى من التحري عن السموم الموجودة في جسم المجني عليه، وتحديد وقائع الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة^(٤)، كل هذه العلوم لها دور في ان تجعل إجراءات التحقيق والمحاكمة اكثر تطوراً بما يتناسب مع كل الظواهر الإجرامية المستحدثة.

(١) صخري محمد، بحث شامل حول علم الإجرام، المصدر السابق، ص ٣.

(٢) د. سليمان عبد المنعم، أصول علم الإجرام والجزاء، المصدر السابق، ص ١٦٦.

(٣) د. عمار عباس الحسيني، موجز علم الإجرام وعلم العقاب، المصدر السابق، ص ١١٥.

(٤) بدري العلام، الوقاية من الإجرام، المصدر السابق، ص ١٠٩-١١٠.

واخيراً، لا بد من وجود سياسة إجرائية قادرة على أن تتصدى لأي نقص تشريعي يعتري القاعدة الإجرائية الجزائية، وان تكون سياسة متطورة بما يكفي لمواجهة الإجرام المتطور، حيث اصبح ذلك من المهام العاجلة لمخططي السياسة الإجرائية بما يضمن وجود نموذج لقواعد إجرائية فعالة في الأثر تحظى باحترام المجتمع وتضمن حقوق الإنسان.

الفرع الثاني

تطوير السياسة الإجرائية على الصعيد الدولي

إن التطور الذي وصلت إليه الجريمة بصفة عامة والجريمة المنظمة^(١) بصفة خاصة، وتنامي معدلاتها بشتى صورها جعلت الدول غير قادرة على مواجهتها، وذلك لان اغلب وسائل مكافحة التي تعتمد عليها هذه الدول تتسم بالطابع الوطني أو المحلي، وإن اختلاف التشريعات الإجرائية الوطنية المقررة لمواجهة الجريمة المنظمة يعد أحد الصعوبات التي تواجه المجتمع الدولي والوطني^(٢)، لذلك فإنّ الاتجاه الحديث في مكافحة هذه الجريمة قائم على اتباع منهج يرمي لوضع سياسة وقائية قائمة على التخطيط والبرمجة المبنيين على معطيات علمية وفرتها العلوم الإنسانية الاجتماعية، حيث أصبح التصدي للجرائم يتسم بنظرة استراتيجية أكثر واقعية مدعمة بالإنجازات والإمكانات الميدانية^(٣).

وبطبيعة الحال فإنّ الحديث عن مكافحة الجريمة المنظمة يبرز دور القواعد الإجرائية الجزائية لما لها من أهمية كبيرة في التصدي لهذه الجريمة وخطورتها على الأمن القومي والأمن الدولي، إلا أن هناك عدة صعوبات تقف حائلاً دون وجود آليات فعالة تتناسب مع مستوى التحديات التي تفرضها الجريمة، فالقواعد الإجرائية الجزائية التقليدية ليست على قدر كافي من الفعالية بشكل يمكن تطبيقها على جرائم تقع خارج حدود الدولة، لما فيها من نقص تشريعي ناتج

(١) تعريف الجريمة المنظمة بأنها: (تنظيم إجرامي يعمل خارج اطار الشعب والحكومة ويضم في طياته الآلاف من المجرمين المحترفين الذي يعملون وفق نظام بالغ التعقيد والدقة ويلتزمون بإداء أنشطة إجرامية بخطط دقيقة ومدروسة غايتها كسب الأرباح الطائلة والقيام بأعمال غير مشروعة كالتجارة الدولية للسلاح وتصنيع وترويج المخدرات، وغسل الأموال وتجارة الرقيق، وغيرها). ينظر: د. عبد المجيد محمود عبد المجيد، الفساد (تعريفه، صوره، علاقته بالأنشطة الإجرامية الأخرى)، ط١، ج١، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٤، ص٣٥.

(٢) د. محمد عبد اللطيف فرج، السياسة الجنائية المعاصرة واتجاهات تطوير القانون الجنائي ودعم التعاون الدولي، ط١، مطبعة الشرطة، القاهرة، ٢٠١٣، ص٨١-٩٢.

(٣) ذنايب آسيه، الآليات الدولية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الاخوة منقوري- قسنطينة، الجزائر، ٢٠١٠، ص٩٥.

عن عدم مواكبة حركة التطور التشريعي التي يفرضها الواقع الحالي وتنامي الظاهرة الإجرامية العابرة للحدود، ومن جهة أخرى فإن ذلك قد يؤدي بطريقة أو بأخرى إلى المساس بحقوق الإنسان التي تقرها المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات الجزائية، لذا لا بد أن يكون الخروج عن هذه المبادئ استثناءً لمكافحة الجريمة المنظمة تحقيقاً للمصلحة العامة، وتأسيساً على ذلك سنتطرق إلى أهم الوسائل التي تجعل من القواعد الإجرائية الجزائية أكثر فعالية وتعزز من دورها في مكافحة هذه الجريمة، هي:

أولاً: التوسع في إجراءات الاستدلال والتحقيق الابتدائي

من أكثر الصعوبات التي تواجه الجهات المختصة بالتحري والتحقيق إن الإجراءات الجزائية لمكافحة الجريمة قد لا تتناسب مع ما تملكه المنظمات الإجرامية، لأن ما يتم غسله من أموال في ظرف ثوانٍ يعجز التحري والتحقيق لمدة شهور بل حتى سنوات، فإن ما يتم مزاولته من أنشطة إجرامية أسهل من منعها وملاحقتها قضائياً طالما أن الهدف الرئيس لمثل هذه المنظمات هو تعظيم المكسب المالي، بينما ينبغي على السلطات المعنية بالمكافحة أن تراعي في إجراءاتها طائفة من الاعتبارات والأهداف وأن تهتم بإحترام حقوق الإنسان وحياته، وهذا بدوره سيشكل عائقاً أمام الجهات المختصة بشكل يجعلها غير قادرة على اتخاذ التدابير المناسبة بالسرعة اللازمة^(١)، لذا اتجهت أغلب الدول إلى استحداث إجراءات تتناسب مع طبيعة الجريمة المنظمة، أو أن يتم التوسع في الإجراءات الجزائية التقليدية وفقاً لما تتطلبه الظروف المحيطة بكل جريمة، وبناءً على ذلك فإن هناك نوعين من الإجراءات الجزائية وهي:

أ- الإجراءات السابقة على ارتكاب الجريمة المنظمة.

تفترض أعمال الاستدلال التي يقوم بها مأمور الضبط القضائي أن هناك جريمة قد وقعت، فوظيفة الضبط لاحقة على ارتكاب الجريمة إلا أن البناء الهيكلي للتنظيمات الإجرامية وتعدد نشاطها أدى إلى ظهور فكرة الاستدلال أو التحقيق الذي يسبق ارتكاب الجريمة من قبل السلطات المختصة^(٢)، فقد يأخذ الاستدلال السابق على وقوع الجريمة صورة تدخل مأموري الضبط القضائي في ارتكاب

(١) ذنايب آسيه، الآليات الدولية لمكافحة الجريمة المنظمة، المصدر السابق، ص ١٠٦.

(٢) جهاد محمد البريزات، الجريمة المنظمة (دراسة تحليلية)، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠،

الجريمة ليس بقصد ارتكابها وإنما للقبض على مرتكبها متلبساً بها^(١).

وهذا الأسلوب يسمى التحريض السوري وتبناه المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات الجزائية في المادة (٧٠٦-٨١) حيث جاء فيها (إذا كانت مقتضيات التحقيق أو الأمر المتعلق بإحدى الجرائم أو الجرح التي تدخل في نطاق المادة (٧٠٦-٧٣)^(٢) تبرر ذلك يجوز للمدعي أو لقاضي التحقيق بعد اخذ رأي هذا القاضي أن يأذن بإجراءات عملية سرية تحت اشراف كل منهما تتمثل بالاختراق، بالنسبة لضابط أو وكيل شرطة قضائية مخول بشكل خاص... لمراقبة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جريمة من خلال انتحال شخصية واحدة من شركائهم الجناة أو المتواطئين أو المتلقين لهؤلاء الأشخاص، ولهذا يحق لمأموري الضابطة العدلية أو وكيلها استخدام هوية منتخبة والقيام عند الاقتضاء بالأفعال المذكورة في المادة (٧٠٦-٨٢)^(٣) ولا يمكن ان تشكل هذه الأفعال تحريضاً على ارتكاب الجرائم)^(٤).

(١) د. براء منذر كمال عبد اللطيف وعثمان غازي صالح، أنواع تسليم المراقب وصلته بالتحريض السوري، مجلة جامعة تكريت للحقوق، جامعة تكريت، المجلد (٢)، العدد (٢)، ٢٠١٨، ص ١٦.

(٢) نص المادة (٧٣-٧٠٦) على عدد من الجرائم وهي (١- جريمة القتل العمد المرتكب في عصابة منظمة ٢- جريمة التعذيب والهمجية المرتكبة في عصابة منظمة. ٣- جرائم الاتجار بالمخدرات. ٤- جرائم الخطف والحبس القسري المرتكبة في عصابة منظمة. ٥- جرائم الاتجار بالبشر. ٦- جرائم القوادة المشددة. ٧- جريمة السرقة المرتكبة في عصابة منظمة. ٨- جرائم الابتزاز المشددة وجرائم الاحتيال في عصابة منظمة. ٩- جريمة ائتلاف الممتلكات المرتكبة في اطار عصابة منظمة. ١٠- الجرائم المتعلقة بالنقود المزورة. ١١- الجرائم والجرح التي تشكل اعمالاً إرهابية. ١٢- الجرائم المتعلقة بالأسلحة والمتفجرات التي ترتكبها عصابة منظمة. ١٣- جرائم المساعدة في الدخول غير القانوني والتنقل والإقامة لاجنبي في فرنسا المرتكبة في عصابة منظمة. ١٤- جرائم غسل الأموال أو الاخفاء للعائدات والدخل والاشياء من الجرائم المذكورة في المادتين (٣٢٤-١/٣٢٤-٢) من قانون العقوبات. ١٥- جرائم الارتباط الجنائي عندما يكون هدفها التحضير لاحدى الجرائم في المادة (٤٥٠-١) من قانون العقوبات. ١٦- جريمة عدم تبرير الموارد المتوافقة مع مستوى المعيشة. ١٧- جريمة اختطاف طائرة أو سفينة أو أي وسيلة نقل أخرى ترتكبها عصابة منظمة. ١٨- الجرائم والجرح التي يعاقب عليها بالسجن عشر سنوات والتي تساهم في انتشار أسلحة الدمار الشامل). ينظر:

Article (706-73) de al code de procedure penale francais 1993.

(٣) تنص المادة (٧٠٦-٨٢) على: (يجوز لضابط أو أعوان الشرطة القضائية المخولين بتنفيذ عملية سرية في جميع انحاء الإقليم الوطني دون ان يكونوا مسؤولين جنائياً عن هذه الاعمال: ١- الحصول أو الاحتفاظ أو نقل أو تسليم المواد أو السلع أو المنتجات أو المستندات أو المعلومات التي تم الحصول عليها في ارتكاب الجرائم أو العمل على ارتكاب هذه الجرائم. ٢- استخدام أو اتاحة وسائل قانونية أو مالية للأشخاص الضالعين في هذه الجرائم وكذلك وسائل النقل أو التخزين والإقامة والحفظ والاتصالات...). ينظر:

Article (706-82) de al code de procedure penale francais 1993.

(4) Article (706-81) de al code de procedure penale francais 1993.

وقد يأخذ الاستدلال أو التحقيق السابق على وقوع الجريمة صورة أن تقوم السلطات المختصة بالسماح لشاحنات غير مشروعة أو مشبوهة بالخروج من الإقليم الوطني أو المرور عبره أو دخوله بعلمها وتحت مراقبتها بغية التحري عن الجرائم وكشف هوية الأشخاص الضالعين في ارتكابها^(١) ويسمى هذا الأسلوب التسليم المراقب وقد تبناه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات الجزائية وجاء فيه: (يمكن لضباط الشرطة القضائية وتحت سلطتهم أعوان الشرطة القضائية ما لم يعترض على ذلك وكيل الجمهورية المختص بعد إخباره، أن يمددوا عبر كامل الإقليم الوطني عمليه مراقبة الأشخاص الذي يوجد ضدهم مبرر مقبول أو أكثر يحمل على الاشتباه فيهم بارتكاب الجرائم المبينة في المادة (١٦) أو مراقبة وجهة أو نقل أشياء أو أموال أو متحصلات من ارتكاب هذه الجرائم أو قد يستعمل في ارتكابها)^(٢).

ب- الإجراءات بعد ارتكاب الجريمة المنظمة

تتجه بعض التشريعات الحديثة إلى التوسع في السلطات الممنوحة لمأموري الضبط القضائي في مرحلة البحث والتحري، وفي الصلاحيات المخولة للسلطات المختصة بالتحقيق الابتدائي^(٣)، وهذا الاتجاه قد تبناه المشرع الجزائري حين وسع ببعض الإجراءات التقليدية لتدعيم سياسة مكافحة الجريمة المنظمة، حيث عمل على تمديد الاختصاص المحلي لمأموري الضبط القانوني ليمتد إلى كامل الإقليم الوطني دون الحاجة إلى إذن بتمديد الاختصاص، وتمديد عملية مراقبة الأشخاص الذين يوجد ضدهم دليل بارتكاب الجريمة المنظمة ليشمل كامل الإقليم الوطني^(٤)، كذلك فيما يتعلق بإجراءات تفتيش المساكن والمحلات فيمكن إجراءه بدون حضور المشتبه به اثناء التفتيش أو ممثل له أو شاهد وأن يتم في أي وقت سواء كان ذلك ليلاً ام نهاراً بشرط اعلام وكيل الجمهورية المختص اقليمياً^(٥)، أمّا فيما يتعلق بإجراءات التوقيف يمكن ان تمدد مدة التوقيف ثلاث مرات في كل مرة (٤٨) ساعة إذا تعلق الأمر بالجريمة المنظمة^(٦).

(١) د. شنين صالح، التسليم المراقب في التشريع الجزائري، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن، الجزائر، المجلد (١٢)، العدد (٠٢)، ٢٠١٥، ص ٢٠٠.

(٢) تنظر: نص المادة (١٦ مكرر) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (٦٦-١٥٥) المؤرخ في ٨ يونيو ١٩٦٦ اضيفت بالقانون رقم (٠٦-٢٢) المؤرخ في ٢٠ ديسمبر ٢٠٠٦.

(٣) جهاد محمد البريزات، الجريمة المنظمة، المصدر السابق، ١١٩.

(٤) تنظر: نص المادة (١٦) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (٦٦-١٥٥) المؤرخ في ٨ يونيو ١٩٦٦ المعدل والمتمم.

(٥) تنظر: نص المادة (٤٥) من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

(٦) تنظر: نص المادة (٥١) من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

بالإضافة إلى ما تم ذكره، فقد تطلب تطور الجريمة بصفة عامة والجريمة المنظمة بصفة خاصة، استهداف سياسة وقائية تخفف من حدة التمسك ببعض المبادئ والقواعد الإجرائية التقليدية لصالح العدالة، على الرغم من أن هذه القواعد التقليدية وإن كانت تعدّ كافية إلا أنها في بعض الحالات المتعلقة بالجريمة المنظمة قد تتطلب النص على بعض الأحكام الخاصة لمواجهة هذا النوع من الإجرام على أن تظل هذه الإجراءات منصفة، لذلك فرضت الجريمة المنظمة واقعاً جديداً يتمثل في اتجاه الفقهاء والقوانين الجزائية إلى إلزام المتهم بإثبات براءته أي نقل عبء الإثبات من جهة الإدعاء إلى المتهم، وهذا ما أخذ به التشريع الفرنسي في مواجهة جريمة غسل الأموال ومكافحة المخدرات من خلال قلب عبء الإثبات وذلك بافتراض قرينة العلم في كل حائر لبضاعة مستوردة من الخارج بما فيها المخدرات إذا عجز المصدر أو المستورد عن إثبات مركزها الشرعي^(١).

ثانياً: تخصص سلطات مكافحة الجريمة المنظمة.

هناك الكثير من الدول عملت على إنشاء وحدات تحري وتحقيق خاصة وتزويدها بالمعلومات اللازمة لمعرفة الخصائص الهيكلية للجماعات الإجرامية المنظمة وأساليب عملها ومحاكم متخصصة للفصل في هذه الجرائم، ومن هذه الدول فرنسا حيث توجد إدارة مركزية في الشرطة القضائية لمواجهة الأشكال المختلفة للجريمة المنظمة، وتضم أقساماً فرعية متعددة تتخصص بعضها بمكافحة الاتجار في المخدرات وغسل الأموال وقد دعم القانون رقم (٢٠٤-٢٠٠٤) الصادر في مارس ٢٠٠٤ بشأن ملاءمة العدالة لتطورات الجريمة مبدأ تخصص السلطات المعنية لمكافحة الجريمة المنظمة حيث نص على إنشاء محاكم متخصصة للنظر في الجرائم المنظمة المنصوص عليها (٧٥-٧٠٦/ من قانون الإجراءات الجزائية^(٢)).

بالإضافة إلى ما سبق يلزم توفير ما أمكن من التدريب والموارد والأسلحة غير التقليدية وضرورة التسليح بالسّمات التي تعرفها الجماعات المنظمة والتفوق عليها بالوسائل والإمكانات لكي تتمكن من التصدي لها والحيلولة دون استفحالها، ولا بد أيضاً الاهتمام بالعنصر البشري المنوط به مكافحة الجريمة لكونه العنصر الخلاق القادر على استخدام العناصر الأخرى من أجهزة مادية

(١) دنايب آسيه، الآليات الدولية لمكافحة الجريمة، المصدر السابق، ١١٠-١١٢.

(٢) د. محمد عبد اللطيف فرج، السياسة الجنائية المعاصرة، المصدر السابق، ص ٨٩-٩٠.

وتنظيمية، فتأهيل وتدريب مأموري الضبط القضائي وقضاة التحقيق تأهيلاً جيداً ومتخصصاً أصبح من أهم محصنات الأمن الوطني والاجتماعي في أي مجتمع من المجتمعات^(١).

أمّا موقف المشرّع العراقي من مكافحة الجريمة المنظمة فلم يتطرق في قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل إلى أي إجراءات مخصصة لمكافحة الجريمة المنظمة، ولم يعالج هذا النقص التشريعي المهم في أي من التعديلات التي طرأت على هذا القانون، وبالمقابل نرى الانتشار الواسع للجريمة المنظمة في العراق بسبب الأوضاع التي مر بها من سنة ٢٠٠٣ وإلى الوقت الحالي والأنظمة القانونية المطبقة وعلى وجه الخصوص القوانين الإجرائية الجزائية التي تجري وفق مسار لا يزال متخلفاً عن مواكبة الأساليب الحديثة التي اعتمدها الدول المقارنة.

كما لا بد من التنويه إلى أن اسلوبي التسليم والمراقب والتحريض الصوري لم يتم التطرق لهما في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، ولكن المشرّع العراقي قد أشار إلى أسلوب التسليم المراقب دون التحريض الصوري في قانون المخدرات والمؤثرات العقلية رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٧^(٢)، وكان الأولى ان ينص على أسلوب التسليم المراقب والتحريض الصوري في قانون أصول المحاكمات الجزائية اسوة بما سارت عليه الدول المقارنة لكون هذه الأساليب لا تنحصر بجرائم معينة كالمخدرات مثلاً، وإنما تشمل جمع الاعمال الإجرامية التي تقع تحت ما يسمى بالجريمة المنظمة كتجارة وتهريب السلاح وغسل الأموال والاتجار بالبشر والجرائم المعلوماتية وغيرها الكثير.

كما لا بد من المشرّع اتخاذ إجراءات سريعة بشأن انشاء أجهزة متخصصة لمكافحة الجريمة المنظمة وإن يمتد هذا التخصص ليشمل إلى جانب ذلك أعضاء الضبط القضائي وقضاة التحقيق والإدعاء العام وقضاة الحكم على ان يكون اختصاصهم عاماً في جميع انحاء البلاد، لأنّ الأساليب والمهارات والتقنيات التي تتعامل بها الجماعات المنظمة لا يمكن اكتسابها دون تدريب تخصصي منظم، فضلاً عن التوسيع في الإجراءات الجزائية التقليدية وبالأخص في مرحلة التحري والتحقيق، لأنّ هاتين المرحلتين تحتاج إلى السرعة في الأداء والتعامل المتقن مع تلك الجماعات المنظمة لكونها

(١) ذناب آسيه، الآليات الدولية لمكافحة الجريمة، المصدر السابق، ٩٣-٩٤.

(٢) نصت المادة (٤٥) من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٧ على : (لوزير الداخلية بالتنسيق مع وزير الصحة ووزير المالية بناء على اذن قاضي التحقيق استخدام أسلوب التسليم المراقب للمخدرات والمؤثرات العقلية والسلائف الكيميائية بغية كشف العصابات الإجرامية المتعاملة في تلك المواد).

ذات قدرة عالية وسرعة في تنفيذ الجرائم ومحو آثارها، لذا لا بد من اتخاذ التدابير التشريعية اللازمة في هذا الخصوص، وما يؤيد ذلك هو انضمام العراق إلى أهم الاتفاقيات الدولية المنعقدة في هذا المجال، وهما اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لسنة ٢٠٠٠^(١)، واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة ٢٠٠٣^(٢)، وهذا بدوره يرتب على العراق تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في هذه الاتفاقيات^(٣)، وتبني أساليب التحري الخاصة التي نصت عليها وهما التسليم المراقب والتحريض الصوري واتخاذ كل ما يلزم من الإجراءات لمكافحة الجريمة المنظمة^(٤).

وأخيراً تبين من خلال ما تم التطرق إليه في هذا المبحث أهمية السياسة الإجرائية ودورها في تطوير القاعدة الإجرائية الجزائية في ضوء ما يمر به المجتمع من تغيرات اجتماعية وتزايد الأنشطة الإجرامية سواء كانت داخل البلاد أو خارجها، وهذا بدوره يتطلب إجراءات جزائية مواكبة للاتجاهات العلمية الحديثة والأساليب الفنية المتقدمة كأحد أهم محصنات الأمن الوطني ومواكبة الدول المتطورة في هذا المجال، وهذا بدوره سيزيل أهم الصعوبات التي تقف عائقاً أمام التعاون الدولي لمكافحة الأنشطة الإجرامية المنظمة وهو اختلاف التشريعات الإجرائية.

المطلب الثالث

سبل تطوير البدائل في الدعوى الجزائية

يتطلب تحقيق أهداف القاعدة الإجرائية الجزائية في بعض الأحيان إيجاز في الإجراءات لتدارك التضخم الكمي للجرائم وتقليل الخطورة في إطار توجهات السياسة الإجرائية الحديثة، والإيجاز في الإجراءات يعني الاختصار والاسراع فيها وهذا يتطلب تبسيطها بتجاوز الشكليات المقررة في الأحوال

(١) صادق عليها العراق بموجب قانون انضمام جمهورية العراق إلى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والبروتوكولين الملحقين بها رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٧.

(٢) صادق عليها العراق بموجب قانون انضمام جمهورية العراق إلى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والبروتوكولين الملحقين بها رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٧.

(٣) تنص المادة (١/٣٤) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لسنة ٢٠٠٠ على: (تتخذ كل دولة طرف ما يلزم من التدابير بما في ذلك التدابير التشريعية والإدارية... لضمان تنفيذ التزاماتها بمقتضى هذه الاتفاقية) تقابلها نص المادة (٢/٧) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة ٢٠٠٣.

(٤) تنظر: نص المادة (٢٠) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية وتقابلها نص المادة

(٥٠) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة ٢٠٠٣.

العادية^(١)، لأن القضايا في تزايد مستمر وتأجيل نظرها إلى جلسات متعددة أصبحت السمة الغالبة على عمل الجهاز القضائي، فأصبح عاجزاً عن القيام بدوره في تحقيق العدالة الجنائية وظهور أسباب عديدة منها ظاهرة التضخم التشريعي وظاهرة الحبس قصير المدة وانتشار سياسة الأغراق في الشكليات الإجرائية، فيما قلل من فعالية العدالة الجنائية، وبالنتيجة كان ذلك سبباً للبطء بالإجراءات الجزائية وحفظ الملفات والاخلال بمبدأ المساواة والحد من قدرة الجهاز القضائي في مواجهة الجريمة^(٢).

ومن جهة أخرى بعد أن أصبح رد الفعل الإجرائي التقليدي عائقاً يحول دون فعاليته، فإن ذلك سيؤثر بشكل سلبي على الحقوق الأساسية للمتهم التي نص عليها المشرع في الدستور قبل قانون الإجراءات الجزائية لأهميتها، لذا فإن التحول عن الدعوى الجزائية بات ضرورة ملحة لإيجاد آليات إجرائية بديلة في إطار السياسة الإجرائية الحديثة متى ما كانت المتابعة الجزائية بالطرق العادية من شأنها أن تنقل كاهل العدالة وتحول دون فعاليتها^(٣)، واستناداً إلى ما سبق سوف يتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول مفهوم البدائل في الدعوى الجزائية، أمّا الفرع الثاني من هذا المطلب فنبين صور بدائل الدعوى الجزائية.

الفرع الأول

مفهوم بدائل الدعوى الجزائية

لبيان مفهوم البدائل في القاعدة الإجرائية الجزائية لابد من بيان تعريفها أولاً، ومن ثم بيان الأهداف التي يمكن تحقيقها عند العمل بهذه البدائل ثانياً.

أولاً: تعريف بدائل الدعوى الجزائية.

لم تتعرض التشريعات المقارنة لتعريف البدائل تاركة الموضوع للفقهاء، واكتفت بالنص على بعض مظاهر هذه البدائل، ومع بداية القرن العشرين بدأت الاجتهادات الفقهية تتسع في هذا المجال

(١) لوز عواطف، الإجراءات الجزائية الموجزة في ميزان مبادئ المحاكمة العادلة (الأمر الجزائي انموذجاً)، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة الإخوة، منتوري - قسنطينة، الجزائر، العدد (١)، ٢٠٢٠، ص ٣٧٩.

(٢) احمد أبو زنت، وسائل قانونية بديلة ومستحدثة لمواجهة أزمة العدالة الجنائية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: (<https://www.mohamah.net>)، تاريخ الزيارة ١٥/١/٢٠٢١، الساعة ٤:٢٨م.

(٣) لوز عواطف، الإجراءات الجزائية الموجزة، المصدر السابق، ٣٧٩-٣٨٠.

أكثر ويرجع السبب في ذلك إلى الحاجة الملحة لمثل تلك البدائل في ظل الازمة الخانقة التي تحيط بأروقة القضاء^(١)، وفلسفة هذه البدائل تهدف بالدرجة الأساس إلى تجنب تبعات إقامة الدعوى الجزائية وما تلحقها من إجراءات مطوّلة والتي تكون في أغلب حالاتها قائمة على الردع والعقاب، في حين أن هذه البدائل تقوم على جبر الضرر اللاحق بالضحية إلى جانب إعادة تأهيل وإصلاح الجاني^(٢)، وهذه أهم النقاط التي اعتمدها الفقه حين عرف بدائل الدعوى الجزائية على الرغم من اختلاف وجهة نظر كل فقيه، من حيث الزاوية التي اعتمدها في التعريف، إلّا أنّها بالنهاية كل وجهات النظر السائدة حول هذا الموضوع قائمة على فكرة ايجاز أو اختصار إجراءات الدعوى الجزائية.

حيث ذهب أصحاب الاتجاه الأول في تعريفه للبدائل على أنّها (مجموعة من الوسائل التشريعية التي تؤدي في مجال جرائم معينة إلى انقضاء الدعوى الجزائية خلال مدة أقصر من المدة التي يستغرقها تطبيق الإجراءات العادية كالصلح الجزائي والوساطة والتسوية والأمر الجزائي)^(٣)، إلا أن الملاحظ لهذا التعريف إنه اقتصر على الجانب الموضوعي فقط دون أن يتطرق إلى الجهات التي تقوم مقام المحكمة في حسم النزاع تحت إشراف الجهات القضائية واقتصر على ذكر تلك الوسائل، أي إن هذا الجانب من الفقه قد رأى في البدائل مجرد وسيلة لتحقيق غاية وهو الإيجاز بالإجراءات في حين أن هذه الغاية لا يمكن تحقيقها مالم يكن لأطراف الدعوى دور أساسي في ذلك.

بينما ذهب الاتجاه الآخر من الفقه إلى تلافي ما اغفله أصحاب الاتجاه السابق، حيث عرّف هذه البدائل على أنّها (إعطاء دور اكبر لأطراف الدعوى الجزائية من الجاني والمجني عليه والنيابة العامة ومؤسسات المجتمع المدني في إنهاء الخصومة الجنائية والسيطرة على مجريات الدعوى لمواجهة ازدياد وتنامي الظاهرة الإجرامية في العصر الحديث)^(٤).

(١) جميلة مصطفى احمد زيد، بدائل الدعوى الجزائية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة القدس، فلسطين، ٢٠١١، ص ٣.

(٢) رشيد عبيد الرحمن، بدائل الدعوى العمومية، مقال منشور على موقع العلوم القانونية الالكتروني:

(<https://www.marocdroit.com>) تاريخ الزيارة ١٥/١٠/٢٠٢١، الساعة ١٥:١١م.

(٣) جميلة مصطفى احمد زيد، بدائل الدعوى الجزائية، المصدر السابق، ص ٣.

(٤) علي عدنان الفيل، بدائل الدعوى الجزائية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة اريد للبحوث والدراسات، جامعة اريد الاهلية، المجلد (١٥)، العدد (١)، ٢٠١١، ص ٧٦.

كما تم تعريف بدائل الدعوى الجزائية في مؤتمر الأمم المتحدة الحادي عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية، بأنها (عملية تتيح للضحية والجاني أو أي أشخاص آخرين متأثرين بالجريمة أن يشاركوا في تسوية المسائل الناشئة عن الجريمة الغاية منها تلبية الاحتياجات الفردية والجماعية وإعادة ادماج الضحية والجاني في المجتمع)^(١).

وبناءً على ما تقدم يمكن تعريف بدائل الدعوى الجزائية (هي مجموعة من الإجراءات الجزائية الموجزة التي تقوم مقام الدعوى الجزائية في حسم النزاع ضمن جرائم معينة عن طريق اطراف الدعوى أو أي أشخاص آخرين يحدددهم القانون الغاية منها مواجهة الظاهرة الإجرامية والحد منها بوقت أقصر من الخصومة بإجراءات مطولة).

ثانياً: مبررات بدائل الجزائية

إن بدائل الدعوى الجزائية كمظهر حديث لفض النزاعات الجزائية قد لاقت قبولاً في أغلب التشريعات المقارنة، لأنها قد جاءت بأساليب رضائية قائمة على معالجة مخلفات الجريمة وإعادة اندماج الضحية والجاني في المجتمع، واعتبرت حل مناسب لتلافي سياسة العدالة الجنائية التقليدية القائمة على العقاب وسلب الحرية، وهناك العديد من الاسباب التي استدعت الأخذ بها وتبنيها وهي:

١ - ظاهرة التضخم التشريعي.

لقد أدى التوسع في التجريم والعقاب إلى الإسراف في استخدام الدعوى الجزائية لتحقيق سلطة الدولة بالعقاب، وواكب هذا الاسراف طول الإجراءات الجزائية من اجل كشف الحقيقة، فأصبحت المعاناة بسبب النظام الجزائي القائم ذات وجهين، وجه عقابي بسبب التوسع في التجريم وملاحمه تتجلى في العقوبة المقيدة للحرية، ووجه إجرائي سببه الدعوى الجزائية بإجراءاتها الطويلة، وهذا بدوره سيؤدي إلى عدم فعالية سياسة التجريم والعقاب وحدها في مواجهة الظاهرة الإجرامية، لذلك اتجهت السياسة الإجرائية الحديثة إلى ترشيد عدم الإسراف في استخدام سياسة العقاب من أجل العقاب، بل لا بد من أن تكون هناك وسائل بديلة غايتها التصدي للجريمة والحد من تفاقمها^(٢).

(١) مؤتمر الأمم المتحدة الحادي عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية بتاريخ ١٨/نيسان/٢٠٠٥، بانكوك، ص ٧٦.

(٢) ماجد احمد الزامل، تأثير العدالة الجنائية على الأمن الاجتماعي، مقال منشور على الموقع الالكتروني:

(<https://m.ahewar.org>) تاريخ الزيارة ١٤/٢/٢٠٢١، الساعة ٣٠:٨م.

٢- ازمة العقوبة الجزائرية.

إن عدم تناسب حجم الأضرار التي تصيب المحكوم عليه مع الجزاء المقرر له، وما يخلفه ذلك من اثار نفسية واجتماعية واقتصادية وتزايد معدلات العود ومعدلات التكديس داخل السجون، كل ذلك قد اسهم في جعل سياسة التجريم والعقاب غير فعالة في تحقيق الإصلاح والردع الخاص والردع العام^(١)، فعلى مستوى الردع الخاص للجزاء اصبحت الجريمة في تزايد مستمر والمتهم المحكوم عليه يعود مرة أخرى لارتكاب ذات الجريمة أو مثيلاتها، أمّا على مستوى الردع العام للجزاء فقد ساد الاعتقاد لدى العامة أن الجزاء قد افرغ من محتواه ولم يعد يحقق الغرض المعد من أجله، ولأدلى على ذلك قد انتقلت العدوى إلى أفراد اخرين حيث أصبح لديهم نوع من الاستعداد النفسي للمتابعة الجزائرية ولا يهابون حتى الجزاء المترتب^(٢).

٣- سياسة الإغراق في الشكليات الإجرائية

إن الهدف العام لقانون الإجراءات الجزائرية في إطار الشرعية الإجرائية هو تحقيق التوازن بين مصلحتين، وهي مصلحة المجتمع التي تتمثل ضمان فعالية العقوبة وتحقيق أغراضها عن طريق الكشف السريع عن الحقيقة بشأن الجرائم المرتكبة، ومصلحة المتهم التي تتمثل بوضع حد للآلام التي يتعرض لها بسبب وضعه موضع الاتهام، مما يمس شرفه واعتباره وقدره بين الناس^(٣)، وبناءً على ذلك فإن قيمة أي تشريع إجرائي يتوقف على مدى نجاحه في التوفيق بين الضمانات التي تكفل صحة الحكم والإجراءات التي تضمن عدم الابطاء في اصداره، فالعوامل التي تعرقل سير العدالة الجنائية تتعدد وتتضاعف يوماً بعد يوم، مما يسبب التعقيد في الإجراءات وإغراقاً في الشكليات ووحدة السلاح الإجرائي، على الرغم من الظاهرة الإجرامية متعددة ومتنوعة، كل هذا سيؤدي إلى الإخلال بهذا التوازن ويشل حركة الجهاز القضائي^(٤).

(١) د. ايمن رمضان الزيني، العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة وبدائلها (دراسة مقارنة)، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٤٣-٤٧.

(٢) د. إبراهيم مزعاد، الوساطة في المادة الجزائرية، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحيى فارس، الجزائر، المجلد (٣)، العدد (١)، ٢٠١٥، ص٤٢.

(٣) لفتة هامل العجيلي، حق السرعة في الإجراءات الجزائرية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢، ص٦٩-٧٢.

(٤) د. احمد براك، ازمة العدالة الجزائرية (الاسباب وسبل العلاج)، بحث منشور على الموقع الالكتروني:

(<https://www.ahmadbarak.p5>) تاريخ الزيارة ٢٣/٢/٢٠٢١، الساعة ٣٠:٩ص.

٤- ظهور انماط لجرائم مستحدثة.

إن المقصود بالجرائم المستحدثة هو ما ظهر على الساحة في الفترة الأخيرة من تداعيات حديثة للإجرام أو أساليب حديثة لارتكاب جرائم غير معروفة من قبل، وكيفية الفرار من العدالة عن طريق تلك الأساليب، حيث أصبحت هذه الأنواع من الجرائم هاجساً أمنياً ليس فقط في الدول الأجنبية ولكن أيضاً في الدول العربية، حيث بدأت معظم هذه الظواهر الإجرامية ليست محلية الطابع وإنما هي بطبيعتها عابرة للدول، أو أن التقنية الحديثة جعلتها كذلك، كجرائم الاتجار بالبشر وجرائم الياقات البيضاء وجرائم غسيل الأموال والجرائم المعلوماتية وغيرها، وبناءً على ذلك فإن زيادة عدد القضايا المنظورة عن الحد المعقول أمام القضاء سيشكل عبئاً كبيراً يحول دون الدراسة الكافية لكل قضية وسيرهق أجهزة الشرطة والقضاء والمؤسسات العقابية التي أصبحت عاجزة عن التصدي لها، هنا يبرز دور البدائل في تخفيف العبء عن كاهل المحاكم بدعاوى تتميز بضالة أهميتها وتستغرق الوقت والجهد بدون مبرر قوي^(١).

٥- قصور المؤسسات الإصلاحية في دورها الإصلاحي وارتفاع تكلفة الجريمة.

هناك الكثير من الدراسات التي أثبتت أن المؤسسة الإصلاحية (السجن) لم تستطع القيام بمهامها الأساسية التي وجدت من أجلها، إلا وهي الحد والوقاية من الجريمة والاندماج الاجتماعي للأفراد المنحرفين في المجتمع، فقد ثبتت الدراسات أن السجن هو أحد العوامل الدافعة إلى ارتكاب الجريمة لأن السجن يفسد المبتدئين في الغالب بدلاً من إصلاحهم، ولا يكفل إزالة الميول الإجرامية المتأصلة لدى المعتادين من المجرمين، ولعل هذا ما جعل أغلبية الفقهاء يشكك بقيمة السجن كجزاء واستبداله ببدائل أخرى تجنب المحكوم عليه العيش في بيئة السجن وتؤهله بشكل يضمن إصلاحه وعدم عودته للجريمة، فقد اشارت الدراسات أن أغلبية ما يسمى بجرائم الصدفة يتحول إلى جرائم الاحتراف، فعلى سبيل المثال إن ٢٩% من اصحاب الجناح الأخلاقية تحولوا إلى جرائم السرقة وجرائم المخدرات، و ٤٠% منهم تحولوا من جرائم القتل إلى السرقة، وكل ذلك يعود إلى مجتمع السجن وثقافته السفلية، فتكدس اعداد كبيرة من المجرمين في السجون ما يصاحب ذلك من مضرار ليس من الناحية الصحية فحسب بل يضاف إلى

(١) د. مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم، الأمر الجنائي (دراسة تحليلية مقارنة بين التشريع المصري والفرنسي طبقاً لأحداث التعديلات المدخلة بالقانون رقم (١٧٤) لسنة ١٩٩٨)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٨-٩.

ذلك ما يتطلبه ذلك الازدحام من زيادة الجهد والوقت وزيادة الأعباء المالية، التي تتعكس بصورة اساسية على ميزانية الدولة وهو ما يعود بالنهاية إلى الحاق أشد الأضرار بالمجتمع^(١).

الفرع الثاني

صور بدائل الدعوى الجزائية

شهدت الإجراءات البديلة ازدهاراً غير مسبوق على مدار العشرين عاماً الماضية، كان ذلك ناتجاً من نقاط الضعف التي سيطرت على نظام القضاء التقليدي، وعلى هذا الأساس تم ادخال إجراءات بديلة للملاحقة القضائية الهدف منها تنظيم وتنويع الرد الجزائي على نطاق أوسع، وسرعان ما لاقى هذا النهج الإجرائي الجديد نجاحاً لم يتم انكاره حتى الآن^(٢).

وأن صور بدائل الدعوى الإجرائية عديدة منها الصلح والأمر الجزائي والتنازل والوساطة والتسوية والتفاوض على الاعتراف، وسيتم بحث البدائل التي لم يتطرق لها المشرع العراقي بوصفها أحد سبل معالجة النقص في القاعدة الإجرائية الجزائية لأن المشرع العراقي لم يتطرق إلى كل من نظام الوساطة الجزائية والتسوية والتفاوض على الاعتراف هذا من جهة، ومن جهة أخرى هذه البدائل لم تعد مجرد خيار ثانوي وإنما أصبحت ضرورة ملحة لمعالجة عجز القضاء أمام الكم الهائل من القضايا المتراكمة، لذا لا بد من الالتجاء إلى هذه البدائل بدلاً من إجراءات الدعوى الجزائية المطولة؛ وهي:

أولاً: الوساطة الجزائية.

تمثل الوساطة الجزائية أحد أهم الوسائل المستحدثة التي افرزتها السياسة الإجرائية المعاصرة لتسهم في علاج الزيادة الهائلة والمستمرة في عدد القضايا التي تنظرها المحاكم الجزائية ولا يقتصر دور الوساطة على هذا فحسب، بل أنها احدى الوسائل الهادفة إلى تنمية روح الصلح بين الجاني والمجني عليه من جراء جريمته، دون أن يتكبد في ذلك مشاق التقاضي وطول الإجراءات^(٣).

(١) د. احمد براك، ازمة العدالة الجزائية، المصدر السابق، ص ١.

(2) Giacopelli, Muriel. "Les procedures alternatives aux poursuites" Revuede science criminelle et de droit penal compare 3(2012), 505-521.

(٣) د. فيصل كرامات، الوساطة الجنائية على ضوء التشريعات المقارنة، بحث منشور على موقع مجلة القانون والاعمال الدولية: (<https://www.droitentreprise.com>) تاريخ الزيارة ٢٤/٣/٢٠٢١، الساعة ١١:٣٠ م.

فالوساطة الجزائية هي (إجراء يتم قبل تحريك الدعوى الجزائية وبمقتضاه تخول النيابة العامة جهة وساطة أو شخص تتوافر فيه شروط خاصة، وبموافقة الاطراف الاتصال بالجاني والمجني عليه والالتقاء بهم لتسوية الآثار الناجمة عن الجريمة ويترتب على نجاحها عدم تحريك الدعوى الجزائية)^(١)، استناداً إلى هذا التعريف فإن الوساطة الجزائية تتم بعيداً عن الأطر التقليدية للدعوى الجزائية مثل خرق النظام العام والعقوبة وضرورة احترام المواعيد التي قررها القانون والمسؤولية الجزائية... الخ فالوساطة تنهض على مفاهيم جديدة ذات اساس اجتماعي أو انساني وتسمح لطرفي الدعوى بالتفاوض ومناقشة اسباب النزاع بعيداً عن المحاكم ولكن بُعد الوساطة عن القضاء لا يعني عدم خضوعها لهذا الأخير، فالإدعاء العام هو المحرك للوساطة ابتداءً وهي التي تقدر ما إذا كانت من الملائم اللجوء إليها أم لا^(٢).

كما تركز الوساطة الجزائية على وجود أطراف يلزم أن تتوافر حتى يمكن تطبيقها كبديل للدعوى الجزائية وتتمثل بالوسيط والجاني والمجني عليه، ويكون جوهر مهمة الوسيط هو عقد لقاء مشترك بين الجاني والمجني عليه حيث يدعو كل منهما إلى التشاور والتفاوض وصولاً لحل يرضي الطرفين من دون أي ضغط من جانب الوسيط^(٣).

اما على صعيد الدول المقارنة التي تبنت نظام الوساطة الجزائية منها قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي عندما أصدر المشرع قانون (٩٣-٢) في ٤ يناير ١٩٩٣ ومن خلاله أضاف فقرة جديدة للمادة (٤١-١) من قانون الإجراءات الجزائية والتي جاء فيها (يجوز للمدعي العام قبل قراره في الدعوى العامة وبموافقة الأطراف أن يقرر اللجوء إلى الوساطة اذا بدا له أن مثل هذا الإجراء المرجح أن يضمن التعويض عن الضرر الذي لحق بالمجني عليه لوضع حدّ للاضطراب الناتج عن الجريمة والاسهام في إعادة تأهيل الجاني)^(٤). وبناءً على ما سبق ذكره فإن تطبيق نظام الوساطة الجزائية يتوجب توفر شروط معينة وهي:

(١) رامي متولي القاضي، الوساطة كبديل على الدعوى الجنائية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٠، ص ٦٥.

(٢) د. محمد فوزي ابراهيم، دور الرضا في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٢٩٢.

(٣) هناء محمد الجبوري، التسوية الجزائية طريقة مستحدثة في حسم الدعوى الجزائية، بحث منشور في مجلة الكلية الاسلامية الجامعة، النجف، المجلد (٢)، العدد (٤٠)، ٢٠١٦، ص ٣٦٧.

(4) Article (41-1) de la code de procedur penale fracaise, 1993.

١- وجود نص قانوني للوساطة الجزائية.

من المعلوم أن أي إجراء لابد من أن يستند إلى نص قانوني ينظم كيفية مباشرته وعلى سبيل المثال أن المشرع الفرنسي كان يستند إلى نص المادة (٤٠) من قانون الإجراءات الجزائية عند تطبيق أحد الإجراءات البديلة قبل اقرار نظام الوساطة الجزائية بموجب القانون (٩٣-٢) لسنة ١٩٩٣، وجاء في هذه المادة (للمدعي العام أن يباشر: ١- الملاحقات القضائية ٢- أو تنفيذ إجراء بديل عن المقاضاة تطبيقاً للمادة (٤١-١) (٤١-٢) من قانون الإجراءات الجنائية أو وقف الإجراءات بمجرد أن تبرره الظروف الخاصة)^(١) حيث اراد المشرع الفرنسي أن يضيف الشرعية على نظام الوساطة الجزائية من خلال النص عليها دون أن يدع مجالاً للشك أو التأويل من خلال بيان الأطر العامة لها.

٢- أن تكون الدعوى بحوزة الإدعاء العام.

يشترط لإمكان إجراء الوساطة أن يكون ذلك قبل أي متابعة جزائية، وعليه لو أن الدعوى حركت فلا يجوز عندئذ للإدعاء العام أن يتراجع في قراره، لأنّ الدعوى قد خرجت من سلطته، ولم يعد بإمكانه التصرف فيها^(٢).

٣- قبول أطراف النزاع بالوساطة.

إن الوساطة الجزائية تعد إحدى صور العدالة الجنائية الرضائية، والرضاء يجب أن يشمل طرفي النزاع والإدعاء العام، لذلك يجب أن يتم إحاطة طرفي النزاع بأبعاد الوساطة وأحكامها والآثار التي تترتب عليها حتى يكون رضاء الاطراف قد صادف محله، بل أن اعتراض أحد اطراف النزاع على الوساطة يحول دون الاستمرار بها، ويستوجب العودة إلى الإجراءات العادية^(٣).

٤- ملائمة اللجوء إلى الوساطة الجزائية.

إن الإدعاء العام له سلطة تقدير ملائمة اللجوء للوساطة بعد أن يتحقق من مدى توافر شروطها ويكون له مطلق الحرية في ملائمة اللجوء للوساطة، فلا يجوز للأطراف إجبار الادعاء العام

(1) Article (40-1) de la code de procedur penale fracaise, modife par lol n 2016-1691 du gdecember 2016.

(٢) د. ابراهيم مزعاد، الوساطة في المادة الجزائية، المصدر السابق، ص ٤٥.

(٣) د. محمد فوزي ابراهيم، دور الرضا في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٣٠٩.

على قبول الوساطة، ولا يجوز احالة النزاع للوساطة دون موافقة النيابة العامة، أو يخضع قرارها بقبول الوساطة لمعيارين: الأول موضوعي، يتعلق بالضرر الواقع على المجني عليه واثره الاجتماعي، والثاني يتعلق بشخص الجاني وظروفه الاجتماعية، فإذا ثبت للإدعاء بساطة الضرر الواقع على المجني عليه وامكانية اصلاحه وعدم خطورة الجاني وامكان اصلاحه، فإنّه في الغالب يلجأ إلى إجراء الوساطة، ففي القانون الفرنسي فإنّ النيابة لا تلجأ إلى الوساطة إلا إذا رأت امكانية تحقيق الأهداف المنصوص عليها في المادة (٤١-١) من قانون الإجراءات الفرنسية^(١).

٥- نوع الجرائم التي يجوز فيها الوساطة الجزائية.

إنّ المشرّع الفرنسي لم يحدد نوع الجرائم التي يجوز فيها الوساطة في تعديل المادة (٤١-١) من قانون الإجراءات الجنائية، وإنما ترك ذلك لتقدير الإدعاء العام، لأنّ هناك تشريعات أخرى مثل قانون الإجراءات الجنائية الجزائري قد حدد نوع الجرائم التي يجوز فيها الوساطة، إذ يمكن أن تطبق في مواد الجرح والمخالفات المادة (٣٧ مكرر ٢) على: (يمكن تطبيق الوساطة في مواد الجرح على جرائم السب والقذف والاعتداء على الحياة الخاصة والتهديد والوشاية الكاذبة... كما ويمكن تصنيف الوساطة في المخالفات)^(٢).

إمّا بالنسبة لموقف المشرّع العراقي فلم نجد نصاً في قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل يجيز الاخذ بنظام الوساطة الجزائية كإجراء بديل عن إجراءات الدعوى الجزائية المطولة، إلا أن المشرّع العراقي قد تطرق لنظام الوساطة ضمن مشروع قانون حماية الطفل في المواد (١٣٣-١٤٤) حين نظم المشرّع الوساطة بشكل مفصل من حيث الغاية منها وكيفية رفع طلب الوساطة وشروط الوسيط، وقد أجازها في الجرح والمخالفات دون الجنائيات وعلى أن يتم حسم اعمال الوساطة خلال مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر، وقد جاء في نص المادة (١٣٤/١) من مشروع القانون لبيان ماهية الوساطة (الوساطة هي وسيلة اختيارية وودية وسرية فهي إجراء بديل للدعوى الجزائية بموجبه يحاول شخص من الغير بناءً على اتفاق الأطراف وضع حد ونهاية لحالة الاضطراب التي أحدثتها الجريمة عن طريق اعتذار الطفل الجانح للمجني عليه أو حصول المجني عليه على

(١) رامي متولي القاضي، الوساطة كبديل عن الدعوى الجنائية، المصدر السابق، ص ٢٢٦.

(٢) تنظر: نص المادة (٣٧ مكرر ٢) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (٦٦-١٥٥) المؤرخ في ٨ يونيو ١٩٦٦ المعدل والمتمم أضيفت بالقانون رقم (١٥-٠٢)..

تعويض مناسب عن الضرر الذي أحدثه الطفل الجانح فضلاً عن إعادة تأهيل الطفل، وهي آلية ترمي إلى إبرام صلح بين الطفل الجانح ومن يمثله قانوناً وبين المتضرر من فعل الطفل أو من ينوب عنه وتهدف إلى إيقاف سير الإجراءات الجزائية أو المحاكمة أو التنفيذ في القضايا التي لا تصل حد الجنايات الخطيرة^(١).

واخيراً ندعو المشرع العراقي إلى تنظيم الوساطة الجزائرية في قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل للحاجة الماسة لمثل هكذا بدائل أسوة بالدول المقارنة التي تبنت هذا النظام، لما لها من دور في تقوية العلاقات الاجتماعية وتنمية ثقافة الحوار والتسامح بين أبناء المجتمع.

ثانياً: التسوية الجزائرية.

تعد التسوية الجزائرية أحد الآليات البديلة التي أوجدتها السياسة الإجرائية الحديثة، الغاية منها تدعيم فعالية الإجراءات الجزائرية وضمان سرعتها لمواجهة مشكلة تزايد المنازعات الجزائرية، حيث تعرف التسوية على أنها (الإجراء الذي تقوم فيه النيابة العامة بالاقترح على المتهم القيام بإعمال معينة في جرائم محددة قانوناً، ويخضع هذا الإجراء للتصديق عليه من أحد القضاة، وينحصر أثره في انقضاء الدعوى الجزائرية)^(٢).

من خلال التعريف المتقدم فإنَّ للتسوية الجزائرية نطاقين، الأول هو النطاق الشكلي ويكون ثلاثي التركيب، أي يشمل الاطراف المعنية بالتسوية وهم الإدعاء العام والمتهم والقاضي، على الرغم أنَّها ثلاثية الاطراف لكنها تعتمد بالدرجة الاساس على مشيئة النيابة العامة من حيث قرار اللجوء إليها أو من حيث شروط، أمَّا المتهم فعلى الرغم من ضرورة رضائه إلا أنه يتجرد من أية سلطة تفاوضية في مواجهة النيابة العامة بخصوص العرض المقدم إليه، فهو اما أن يقبله كله أو يرفضه بمجملته^(٣).

(١) ينظر: مشروع قانون حماية الطفل العراقي منشور على الموقع الالكتروني: (<https://shakirycharity.org>)، تاريخ الزيارة ٢٤/٣/٢٠٢١، الساعة ٣:٤٠ م.

(٢) د. عماد الفقي، الاتجاهات الحديثة في ادارة الدعوى الجنائية (دراسة في النظام الإجرائي الفرنسي)، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة مدينة السادات، مصر، المجلد (٢)، العدد (١)، ٢٠١٦، ص ٧٨.

(٣) هناء محمد الجبوري، التسوية الجزائرية طريقة مستحدثة في حسم الدعوى الجزائرية، المصدر السابق، ص ٣٦٧.

أمّا بالنسبة للنطاق الموضوعي فيتركز على الجرائم التي تشملها التسوية الجزائية، فمثلاً إن المشرع الفرنسي في المادة (٤١-٢) و(٤١-٣) من قانون الإجراءات الجزائية قد حدد نطاق التسوية الجزائية ضمن جرائم الجرح والمخالفات، واستناداً إلى المادة (٤١-٢) يمكن للنيابة العامة طالما لم يتم تحريك الدعوى العامة أن يقترح مباشرةً أو من خلال شخص مخول على شخص طبيعي يعترف بارتكاب جريمة أو أكثر يعاقب عليها بعقوبة رئيسية بغرامة أو بالسجن لمدة تقل عن خمس سنوات أو تساوي خمس سنوات، وكذلك عند الاقتضاء، واحدة أو أكثر من الجرائم ذات الصلة بأن ينفذ واحداً أو أكثر من التدابير المحددة في المادة، ويتم اعتماد الاقتراح من قبل القاضي المختص^(١).

والملاحظ لهذه التدابير التي نص عليها المشرع الفرنسي سواء كانت غرامة أو أحد التدابير يتم تحديدها أو تقديرها على ضوء ما أصاب النظام العام من اضطراب على عكس نظام الوساطة الجزائية التي يتم تقدير التعويض فيها وفقاً للضرر الذي أصاب المجني عليه لأنها ذات صفة اصلاحية تعويضية بعكس التسوية التي تكون ذات صفة جزائية^(٢).

استناداً على ما سبق يتطلب إجراء التسوية الجزائية عدد من الشروط التي لا بد أن يتم توافرها وفق المادة (٤١-٢) وهي كالآتي:-

(١) أن التدابير التي نصت عليها المادة (٤١-٢) من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي هي: (١) دفع غرامة مالية لخزينة الدولة (٢) التجريد لمصلحة الدولة من الشيء الذي ارتكب به الجريمة أو ما نتج عنها... (٣) يتم تسليم سيارته لأغراض تجميد الحركة. (٤) تقديم رخصة قيادته... وإعادة تأهيل وتوعية (٥) تسليم رخصة الصيد الخاصة به... (٦) القيام بعمل غير مدفوع الاجر لصالح المجتمع... (٧) متابعة دورة أو تدريب في منظمة صحية أو اجتماعية... (٨) عدم اصدار شيكات لمدة ٦ اشهر أو أكثر (٩) عدم الظهور في الاماكن التي ارتكب بها الجريمة أو يقيم بها الضحية... (١٠) عدم مقابلة أو استقبال ضحية الجريمة لمدة لا تتجاوز ٦ اشهر (١١) عدم المقابلة أو استقبال الشركاء أو المتواطئين في الجريمة... (١٢) عدم مغادرة الاقليم... (١٣) إجراء دورة المواطنة... (١٤) في حال ارتكاب جريمة ضد زوجته أو شريكته... الامتناع عن الظهور في المنطقة المجاورة له اذا لزم الأمر الخضوع للرعاية الصحية أو الاجتماعية (١٥) القيام بدورة تدريبية للتوعية بمخاطر المواد المخدرة... (١٦) تقديم تدبير نشاط يوحى بتكوين من تنفيذ أنشطة الادماج المهني أو رفع مستوى التعليم... (١٧) الخضوع لإجراء قضائي علاجي...، والقيام بدورة للتوعية بمكافحة الافعال الجنسية (١٨) دورة تدريبية حول منع ومكافحة العنف الاسري... (١٩) القيام بدور مكافحة العنف بين الزوجين وزيادة الوعي بالمساواة بين المرأة والرجل تنظر:

Article(41-2) de la code de procedur penale francaise, 1993.

(٢) رامي متولي القاضي، الوساطة كبديل عن الدعوى الجنائية، المصدر السابق، ص ١٣٧.

(١) ألا تكون الدعوى الجزائية قد حركت، فإذا كانت النيابة العامة (الإدعاء العام) حركت الدعوى الجزائية أو حركها المجني عليه بطريق الإدعاء المباشر أو بالإدعاء بحقوق مدنية أمام قاضي التحقيق، فلا يجوز اللجوء إلى إجراء التسوية.

(٢) أن يكون الجاني بالغا- ويرجح عدم تطبيق إجراء التسوية الجزائية على الجناة القصر إلى خضوع هؤلاء لنظام خاص بهم.

(٣) أن تكون الجريمة أو الجرائم المرتكبة جنحة أو مخالفة المنصوص عليها حصراً (٤١-٢) من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي.

(٤) أعتراف المتهم بالجريمة أو الجرائم المنسوبة إليه، إذ يفترض اللجوء إلى التسوية تجنب جلسات المحكمة ومن ثم لا فائدة من اللجوء إليها في حالة عدم الاعتراف أو غموضه.

(٥) أن تقرر النيابة العامة (الإدعاء العام) اللجوء إلى إجراء التسوية الجزائية، أو لها أن تختار ما بين السير في إجراءات الملاحقة الجزائية أو التسوية أو حفظ الدعوى^(١).

أما بالنسبة للمشرع العراقي فلم ترد أي إشارة في قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل تدل على انه قد تبنى نظام التسوية الجزائية لذا نهيب بالمشرع الجزائي الالتفات والإسراع بسد النقص الموجود لأهمية تلك البدائل التي تعد أحد سبل المعالجة التي من شأنها التقليل من عدد القضايا المنظورة أمام القضاء كما أنها تقدم خيارات عديدة ومرضية لأطراف النزاع بوقت أقصر مما قد تستغرقه الدعوى الجزائية وأقل تكلفة.

ثالثاً: التفاوض على الاعتراف.

يقصد بالتفاوض على الاعتراف بأنه (اتفاق متفاوض عليه بين النيابة العامة (الإدعاء العام) والمتهم والذي بمقتضاه يعترف المتهم ويقر بذنبه بشأن جريمة أو اتهام مقابل وعد من طرف النيابة العامة بتخفيف العقوبة أو إسقاط تهمة أخرى ضده)^(٢).

(١) د. محمد عبد اللطيف عبد العال، مفهوم المجني عليه في الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٨٦-٨٧.

(٢) هناك عدة تسميات تطلق على نظام التفاوض على الاعتراف منها الاعتراف بالذنب، والاعتراف تحت المساومة، الاعتراف تحت المفاوضة، الترافع على اساس الاعتراف، الاقرار بالذنب في فرنسا، ينظر: د. فردوس الروشي، =

الأصل أن تتولى النيابة العامة (الإدعاء العام) التحقيق الابتدائي ابتداءً ابتغاء الوصول إلى المتهم وإقامة الدليل على نسبة الجريمة إليه، ومن ثم إحالة الدعوى إلى المحكمة أو التوصل إلى أن المتهم لم يرتكب الجريمة، وبالتالي إصدار أمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية، ولا شك أن النيابة العامة أو سلطة التحقيق تجد مشقة كبيرة في الوصول إلى الحقيقة، لذلك تلجأ بعض الأنظمة الإجرائية وخاصة النظم الإجرائية الانجلوسكسونية إلى وسائل متعددة لتخفيف العبء على سلطة التحقيق، ومن بين الوسائل التي يتم اللجوء إليها في هذا الشأن نظام التفاوض على الاعتراف^(١)، وجوهر هذا النظام هو مفاوضات تتم بين السلطة القضائية والمتهم (يتطلب ايجاباً وقبول بين الطرفين) بأن يعترف المتهم بالتهمة المنسوبة إليه مقابل استفاذته من بعض المزايا أو يكشف عن شركائه أو تقوم النيابة العامة بتغيير وصف التهمة إلى وصف آخر أو اسقاط الظروف المشددة لجريمة السرقة مثلاً، أو أن تقف النيابة العامة (الإدعاء العام) في حق المتهم بأن يطلب من القاضي تخفيف الحكم دون تغيير في وصف التهمة أو أي مزايا أخرى ضمن الحدود التي يرسمها القانون^(٢).

إن هذا النظام يهدف بالدرجة الأساس إلى تبسيط الإجراءات والتخفيف من الزيادة في اعداد المجرمين وهذا بدوره يخفف العبء الذي يقع على الجهاز القضائي، كما يهدف إلى تجنب المواجهة المؤلمة مع العدالة الجنائية لأنّ هذا الإجراء يوفر الوقت والجهد الكبير الذي سيبدل حتى يتم الفصل في القضية الواحدة من بين اعداد كبيرة من القضايا، لعدم وجود نقاشٍ حول الذنب المرتكب؛ لأنّ المجرم قد اعترف به ابتداءً^(٣).

ان نظام التفاوض على الاعتراف يعد صورة من صور العدالة الجنائية الرضائية وتمثل نموذجاً لإرادة المتهم في إدارة العدالة الجنائية، وهذه الصورة على الرغم من اقترابها من نظام التسوية الجنائية إلا أنّها تختلف عنها بعدة نواحي منها:

=التسوية والتفاوض في قانون الإجراءات الجنائية (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٣، ص ٢١٤-٢١٧.

(١) د. محمد فوزي ابراهيم، دور الرضا في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١٠٧.

(٢) جبل العيد، التفاوض على الاعتراف، بحث منشور في مجلة الدراسات والبحوث، جامعة الجزائر، المجلد (٣)، العدد (١)، ٢٠١٨، ص ١٧٠.

(3) Leturmy Lanrece and derome Bossan. La comparution sur Re connaissance prealable de culpaabilite, diss Mission de recherchedroit et justice 2019. 4.

١- إن في حال التفاوض على الاعتراف يجب حضور محام مع المتهم في جميع الإجراءات التي تتخذ وفقاً لهذا النظام، خاصة فيما يتعلق بالعقوبات التي توقع على المتهم وموافقته عليها، وكذلك مسألة اعترافه بالجريمة المنسوبة إليه، وهذا عكس التسوية حيث يجوز للمتهم التنازل عن حقه في الاستعانة بمحام بعد إعلانه بحقه في الاستعانة بهذا الأخير.

٢- يتم النطق بالعقوبة في مجال التفاوض على الاعتراف في جلسة علنية مع وجوب تسبيب الحكم، أمّا في حالة التسوية الجنائية فإنّ القاضي له أن يرفض أو يوافق دون تسبيب، ودون لزوم أن يكون في جلسة علنية.

٣- إن الذي يقرب بين التفاوض على الاعتراف والحكم، ويباعد بينه وبين التسوية الجنائية، إن هذه الأخيرة لا تتمتع بأية قوة تنفيذية؛ وذلك عكس التفاوض على الاعتراف حيث يتمتع الحكم الصادر استناداً إليه بقوة الأمر المقضي به، فضلاً عن قوته التنفيذية مع ما يعنيه ذلك من وجوب القاء القبض على المتهم لتنفيذ الحكم أو إحالته إلى قاضي لتطبيق العقوبات^(١).

أمّا بالنسبة لموقف الدول المقارنة من هذا النظام، فقد أخذ به المشرّع الفرنسي في قانون الإجراءات الجنائية بموجب القانون رقم (٩٦-٥١٥) لسنة ١٩٩٩، ثم تم إعادة تنظيمه بموجب القانون رقم (٢٠٠٤-٢٠١٤) لسنة ٢٠٠٤ الذي حدد نطاق نظام التفاوض على الاعتراف ببعض الجناح المعاقب عليها بالغرامة أو الحبس أقل أو لا تزيد على خمس سنوات^(٢)، بعد ذلك تم إصدار قانون آخر رقم (١٨٦٢) لسنة ٢٠١١ في ١٣ ديسمبر ٢٠١١، ليوسع من نطاق هذا القانون ليشمل جميع الجناح باستثناء الجناح التي تفرض بطبيعتها وخطورتها استثناءها من نطاقه، حيث نصت المادة (١٨٠-١) على (إذا رأى قاضي التحقيق ان الوقائع تشكل جريمة وإنّ المتهم اعترف بالوقائع وقبل الصفة الجنائية المحتفظ بها، فيجوز بناءً على طلب المدعي العام والمتهم والمدعي الشخصي أو بموافقته أن يأمر بإحالة القضية إلى المدعي العام لغرض المثول أمام الاعتراف المسبق بالذنب وفقاً للقسم (٨) من الفصل الأول من العنوان الثاني من الكتاب)^(٣).

(١) د. محمد فوزي إبراهيم، دور الرضا في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١١٠-١١١.

(٢) المصدر اعلاه، ص ١٠٩.

(3) Article (180-1) de la code de procedure penale francais, 1993.

في حين جاءت المادة (٧/٤٩٥) لتحدد الجرائم المشمولة بهذا النظام ونصت على (الجميع الجرائم باستثناء تلك المذكورة في المادة (٤٩٥-١٦)^(١)) وجرائم الاعتداء المتعمد وغير المتعمد على سلامة الأشخاص والاعتداء الجنسي المنصوص عليها في المواد (٩-٢٢٢) - (٢-٣١-٢٢٢) من قانون العقوبات عند وقوعها يعاقب بالسجن لمدة تزيد على خمس سنوات، يجوز للمدعي العام بحكم منصبه أو بناءً على طلب الشخص المعني أو محاميه اللجوء إلى إجراءات المثل عند الاعتراف المسبق بالذنب وفقاً لأحكام هذا القسم في حق أي شخص ثم استدعائه لهذا الغرض أو المثل أمامه بموجب المادة (٣٩٣) من هذا القانون عندما يقر الشخص بالوقائع المتهم بها^(٢).

أما المشرع العراقي فلم يتطرق إلى موضوع التفاوض على الاعتراف في قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل كأحد الأنظمة البديلة عن إجراءات الدعوى الجزائية المطولة، في حين جاء نص المادة (١٢٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الذي منح لقاضي التحقيق ان يعرض العفو على المتهم بجناية بقصد الحصول على شهادته ضد مرتكبيها... إلا ان هذه المادة لا تعدّ تفاوض على الاعتراف، وذلك لأنّ هذا النظام يختلف عن الاعتراف أو الإبلاغ عن الجريمة الذي يؤدي إلى امتناع العقاب، كما هو الحال بالنسبة لجريمة الرشوة حيث أشارت المادة (٣١١) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل على (يعفى الراشي أو الوسيط من العقوبة إذا بادر بإبلاغ السلطات..)، لأنّ الامتناع عن العقاب يتم وفق اعتبارات أساسها هو مصلحة المجتمع أي أنه نظام موضوعي أكثر من كونه إجرائي بعكس نظام التفاوض على الاعتراف الذي يكون نظام إجرائي الغاية منه تبسيط الإجراءات الجزائية وبتحديد جرائم معينة.

(١) نصت المادة (٤٩٥-١٦) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي على (لا تطبق احكام هذا القسم على القاصرين البالغين من العمر ثمانية عشر عاماً أو في قضايا الجرائم الصحفية وجرائم القتل العمد والجرائم السياسية أو الجرائم التي ينص قانون خاص على إجراءات الملاحقة القضائية) تنظر:

Article (495-16) de la code de procedure penale francais, 1993.

(2) Article (495-7) de la code de procedure penale francais, 1993.

المبحث الثاني

التفسير ودوره في معالجة النقص التشريعي بالقاعدة الإجرائية الجزائرية

كل نص قانوني يتكون من الفاظ هي هيكله ومبناه، ومن اغراض ومقاصد هي معناه، فحين يوفق المشرع في صياغة النص مهما حاول أن يكون دقيقاً وواضحاً، فيأتي غامضاً أو متعارضاً أو مشوباً بغلط مادي أو نقص في الصياغة نتيجة لسهو أو نسيان، وبالتالي سيولد خلاف حول المقصود منها^(١)، مما يتطلب إزالة هذه العيوب التي تفت حائلاً دون الوصول إلى التطبيق السليم للنص الإجرائي الجزائري وحسم الخلاف في حكمها يتم عن طريق التفسير.

ومن جهة اخرى فإن الحاجة للتفسير قد تبرز أيضاً بشكل ملح ومطلوب عند تكرار اختلاف المحاكم بمختلف مستوياتها في تفسير نص إجرائي أو قد يأخذ هذا الاختلاف منحاً خطيراً عندما يبتعد المفسرون كثيراً عن المعنى الذي يقصده المشرع مما يتطلب تدخل من المشرع بشكل أساسي أو القضاء أو الفقه لتفسير القاعدة الإجرائية التي لم يتفقوا على تفسيرٍ محددٍ لمعناها^(٢)، ولأجل الإحاطة بهذا الموضوع لابد من تقسيمه إلى مطلبين نتطرق في المطلب الأول الى مدى ضرورة التفسير لمعالجة النقص التشريعي في القاعدة الإجرائية الجزائرية، اما المطلب الثاني سنخصصه إلى أنواع التفسير في القاعدة الإجرائية الجزائرية.

المطلب الأول

مدى ضرورة التفسير لمعالجة النقص التشريعي في القاعدة الإجرائية الجزائرية

التفسير لغة هو البيان وايضاح المراد، أي الكشف عن المقصود^(٣)، أما التفسير القانوني فيهدف إلى توضيح ما أبهم من ألفاظه وتكميل ما اقتضب من نصوصه وتخريج ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزاءه عند حدوث تناقض أو تعارض فيما بينها^(٤)، حيث يعرفه الفقه بأنه (عبارة عن

(١) د. غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص ٢٣٥.

(٢) صاحب عبيد الفتلاوي، السهل في شرح القانوني المدني (مدخل لدراسة علم القانون)، ج ١، ط ١، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠١١، ص ٢٥٣.

(٣) د. أحمد عبد السلام الريسوني، التجديد الأصولي نحو صياغة تجديدية لعلم أصول الفقه، ط ١، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الاردن، ٢٠١٤، ص ٥٤٦.

(٤) د. غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، المصدر السابق، ص ٢٣٥.

البحث عن المعنى الحقيقي لقاعدة قانونية معينة وتعيين هذا المعنى للوصول إلى إرادة المشرع الموضوعية في هذه القواعد^(١).

ولقد اختلف الفقه في مدى اللجوء إلى التفسير وهل يقتصر على حالات النقص في الصياغة أو تعارضها أو تناقضها أو يمتد كذلك إلى جميع حالات فهم النص واستقصاء نية المشرع عند وضعها واستتباط المعنى من دلالاتها المختلفة؟

انقسم الفقه في الإجابة على هذا التساؤل إلى اتجاهين، الاتجاه الأول ذهب إلى أن التفسير لا محل له حيث يكون النص واضحاً لأنه لا يحتاج إلى التفسير إلا إذا كان النص ناقصاً أو متناقضاً، أمّا النص الواضح فلا يثير إلا مسألة كيفية تطبيقه، أمّا الاتجاه الآخر فقد انتقد ما ذهب إليه الاتجاه الأول، وعدوا ذلك مصدره على المطلوب، وذلك لأنه في حال الجدل على معنى نص معين، إنما يدور السؤال على معرفة ما إذا كان النص واضحاً أو لا، والتفسير وحده هو الذي يوضح هذه المسألة^(٢).

بناءً على ما تقدم نرى أن الاتجاه الثاني هو الأصوب، وذلك لأنّ وضوح النص من عدمه يعتمد بالدرجة الأساس على نباهة القاضي وفطنته وهو معيار شخصي يختلف من قاضي إلى آخر، ومن جهة أخرى فإنّ اختلاف الآراء حول نص معين فهذا يحتم اللجوء إلى التفسير لتحديد مضمونه الحقيقي.

عند تطبيق مفهوم التفسير لمعالجة النقص التشريعي في القاعدة الإجرائية الجزائية يثير التساؤل حول مدى اللجوء إلى التفسير عند تطبيقه على أنواع النقص التشريعي، هل يقتصر على النقص في صياغة القاعدة الإجرائية أم يتعدى ذلك بأن يشمل النقص في قانون الإجراءات الجزائية (حالة سكوت المشرع عن تنظيم حالة معينة)؟

أكد جانب من الفقه على ضرورة أن تتم عملية التفسير في حالة عدم وجود نص معين، لأنّ القاضي لا يمكنه التوصل إلى أن هذه الحالة المعروض أمامه لم ينص عليها القانون، إلا بعد أن

(١) د. حسون عبد هجيج ومنتظر فيصل كاظم، سلطة المحكمة في التكييف القانوني للدعوى الجزائية (دراسة مقارنة)، ط١، دار السنهوري، بغداد، ص ٢٠١٥، ص ١٣١.

(٢) د. عباس الصراف وجورج حزبون، المدخل إلى علم القانون (نظرية القانون - نظرية الحق)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص ٧١.

يحاول البحث عن قاعدة أو قواعد يرى أنها من الممكن أن تطبق على الحالة المعروضة عليه، ثم تتم عملية المطابقة بين الحالة الواقعية المعروضة عليه والحالة الواقعة النموذجية الواردة بالقاعدة أو القواعد القانونية التي اختارها، فيتوصل إلى أن الحالة الواقعية لا تتطابق مع أي واقعه نموذجية واردة في النصوص المرشحة الموجودة بالقانون، فيتوصل إلى قناعة ذاتية بأن هذه الحالة مسكوت عنها أي إنه أمام حالة عدم وجود نص تشريعي^(١)، ومن جهة أخرى يرى جانب من الفقه أن قانون الإجراءات الجزائية نظراً لطبيعة قواعده التي ترمي إلى حسن سير العدالة وإقامة التوازن بين المصالح المتعارضة، وتضع الضمانات التي تكفل للمتهم الدفاع عن نفسه لذلك يجوز اللجوء في تفسيره للتفسير الواسع أي البحث عن ارادة المشرع عن طريق القياس^(٢).

وقد طبق القضاء في كل من مصر وفرنسا قاعدة التفسير الواسع على نصوص قانون الإجراءات الجزائية، ففي فرنسا قضى بالتزام الخبير بأداء اليمين قبل القيام بمهمته التي نصت عليها المادة (١٦٠) من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي بالنسبة لحالة التلبس بالجريمة يمكن أن يمتد إلى جميع أهل الخبرة غير المنصوص عليهم عن طريق التفسير الواسع، أمّا في مصر فقد عهدت محكمة النقض المصرية إلى التفسير الواسع حيث قيدت سلطة النيابة العامة (الإدعاء العام) في رفع الدعوى الجزائية في جرمي النصب وخيانة الأمانة بتقديم شكوى من المجني عليه، اذا وقعت احدى الجرمين اضراً بزواج الجاني أو أحد أصوله أو فروعهم وذلك قياساً على تقييد سلطتها بتقديم شكوى المجنى عليه في جريمة السرقة اذا ارتكبت اضراً بالزوج أو أحد أصوله أو فروعهم^(٣).

أمّا في العراق فقد لمس القضاء من خلال تطبيقه القانون أصول المحاكمات الجزائية أن الحاجة تدعو بعض الأحيان إلى ادخال مبادئ جديدة تقتضيها العدالة عن طريق تنبيه المشرع من قبل الفقه والقضاء إلى ما قد يصيب النص من نقص في صياغته أو نقص في القانون (أي أن هناك حالة

(١) د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩، ص ٤٠.

(٢) ففي القياس يبحث المفسر عن الحكمة الجامعة المشتركة بين حكم النص الموجود والواقعة الجديدة، أي أنه يبحث عن أصل يقاس عليه الوضع الجديد كفرع له، أي أن القياس يفترض استعمال نص تشريعي موجود لاستخلاص حكم منه، ينظر: د. مصطفى احمد سعفان، تفسير النصوص الجنائية في ضوء احكام القضاء المصري، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٧٢٥.

(٣) د. فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات، ج ١، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٢٤-٢٥.

لم يعالجها القانون) وهذا ما يتم ملاحظته من خلال التعديلات التي طرأت على قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل وهي على نوعين:

١- في حالة وجود نقص تشريعي في صياغة القاعدة الإجرائية الجزائية:

تم تعديل المواد (٢٧١-٢٧٥) بموجب القانون رقم (١٨) لسنة ٢٠١٦^(١)، فمثلاً ما نصت عليه المادة (٢٧١) (يقدم طلب إعادة المحاكمة إلى الإدعاء العام من المحكوم عليه أو من يمثله قانوناً وإذا كان المحكوم عليه متوفى فيقدم الطلب من زوجته أو أحد اقاربه على أن يبين في الطلب موضوعه والاسباب التي يستند إليها ويرفق به المستندات التي تؤيده، (بضمنها الحكم الصادر بالعقوبة أو التدابير)، نلاحظ أن هناك نقصاً في صياغة هذه المادة مما استدعى إضافة الفقرة (بضمنها الحكم الصادر بالعقوبة أو التدابير) وكذلك الحال بالنسبة لبقية المواد حيث تم إضافة عدد من الفقرات لمعالجة النقص التشريعي في صياغتها.

٢- في حال وجود نقص تشريعي في قانون أصول المحاكمات الجزائية، وهذا ما نلاحظه عند الغاء عقوبة الإعدام المنصوص عليها في المواد (٢٨٥-٢٩٣) بموجب الفقرة (ن) من القسم (٤) من مذكرة سلطة الائتلاف الموقفة رقم (٢٠٠٣/١٣)، وبعد ذلك تم اصدار أمر من رئاسة الوزراء بمثابة تشريع برقم (٣) لسنة ٢٠٠٤^(٢) قضى بإعادة العمل بها بموجب التعديل رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٧^(٣) لتلافي النقص التشريعي في قانون أصول المحاكمات الجزائية لذا استدعى العمل بهذه المواد.

ولابد من الإشارة أن قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل لم يرد فيه لفظ التفسير، وإنما نص المشرع العراقي على مصطلح التأويل في المادة (١/٢٤٩) حسب ما جاء فيها (... أو خطأ في تطبيقه أو تأويله...) وكذلك ما جاء في المادة (٢١٩) ضمن الكلام عن الإقرار وعدم تجزئته أو تأويله وجاء فيها (... غير أنه لا يجوز تأويله أو تجزئته إذا كان هو الدليل الوحيد في الدعوى).

(١) نشر في الوقائع العراقية بالعدد (٤٤١٠) في ١٨/٧/٢٠١٦.

(٢) نشر في الوقائع العراقية رقم (٣٩٨٧) في أيلول/ ٢٠٠٤.

(٣) نشر في الوقائع العراقية رقم (٤٠٣٩) في ١٩/٤/٢٠٠٧.

نرى أن المشرّع لم يفرق بين تأويل النص وتفسيره على من الرغم أن المصطلحين يختلفان في عدة نواحي:-

(١) إن مجال التفسير هو أوسع من مجال التأويل عند التطبيق العملي، لأن التفسير وفق المفهوم الواسع يتناول ما غمض من الفاظ النص وتقويم عيوبه واستكمال ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه المتعارضة وتكييفه على نحو يجاري متطلبات المجتمع وروح العصر، أمّا مجال التأويل في التطبيق العملي فينحصر غالباً في مجال النصوص الظنية، أن التأويل يتضمن عدولاً عن المعنى الظاهر للنص إلى معناه غير الظاهر لدليل يفي بذلك، ويكون التطبيق العملي ينحصر غالباً في مجال النصوص الظنية، وهذا بلا شك سيجعل التأويل أقل مساحة في التفسير.

(٢) إن التفسير قد يؤدي إلى توسيع النص الجزائي فيما إذا كانت الوسيلة المستعملة به قياساً أو غيره دون أن يؤدي إلى استحداث إجراء لم ينص عليه القانون، بخلاف التأويل فإنّه لا يؤدي إلى توسيع النص المؤول لأنه خلاف الاصل، والاستثناء يكون لضرورة والضرورات تقدر بقدرها.

(٣) التفسير قد يصدر من الشارع أو المشرّع ويسمى تفسيراً تشريعياً، وقد يصدر من القاضي ويسمى تفسيراً قضائياً وقد يصدر من الفقيه فيسمى تفسيراً فقهيّاً، أمّا التأويل فلا يتصور أن يصدر من المشرّع، لأنه ليس من المتعمد أن يلجأ الشارع أو المشرّع إلى تأويل كلامه وإنما يصدر من الفقه أو القضاء^(١).

(٤) إن التفسير يجعل النص المفسر قطعي الدلالة، أمّا التأويل فإنّه يبين المراد من الكلام على سبيل الظن^(٢).

من خلال ما تقدم نرى أن هناك فرقاً واضحاً بين التفسير والتأويل، وإن المشرّع العراقي لم يشير إلى التفسير في قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل، لذا لا بد من إعادة صياغة المادتين (٢٤٩/أ) و(٢١٩) بما يتناسب مع المعنى الاصطلاحي لكل من التأويل والتفسير لتجنب الالتباس والخلط عند التطبيق العملي لهما.

(١) د. حسون عبيد هجيج و منتظر فيصل كاظم، تأويل النصوص الجزائية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في كلية المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، المجلد (٩)، العدد (٤)، ٢٠١٧، ص ٦٤-٦٣.

(٢) د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشرعية الاسلامية، المصدر السابق، ص ٤٨٨.

المطلب الثاني

أنواع التفسير في القاعدة الإجرائية الجزائية

ان تفسير القواعد الإجرائية الجزائية ينقسم إلى ثلاثة أنواع: وهي التفسير التشريعي، والتفسير القضائي، والتفسير الفقهي، وبناءً على ذلك سيتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، نخصص الفرع الأول لبيان التفسير التشريعي، أما الفرع الثاني فنتطرق إلى التفسير القضائي، أما الفرع الثالث فنبين فيه التفسير الفقهي.

الفرع الأول

التفسير التشريعي

يقصد بالتفسير التشريعي هو التفسير الذي يقوم به المشرع أو من يفوضه لجلاء غموض النص التشريعي لعيب اعترى صياغته أو شاب عملية تطبيقه على نحو حال دون ظهور قصد المشرع الحقيقي^(١)، أي بمعنى أن يقوم المشرع ببيان حقيقة معنى الحكم الوارد في تشريع سابق اصدره لتوضيح غموضه أو تكملة نقصه، والتفسير التشريعي حق للمشرع لا يؤثر فيه استتالة الزمن بين قانونين (القانون المراد تفسيره والقانون المفسر) ولا استقرار أحكام القضاء فيما فصلت فيه من قضايا مماثلة، فعندما يصدر تشريع ويؤثر الخلاف حول المعنى المقصود في مسألة أو اكثر من المسائل التي تناولها هذا التشريع فعندما يفهم بعض القضاة القاعدة الإجرائية الجزائية على نحو، ويفهمها البعض الآخر على نحو آخر، بناءً على ذلك يرى المشرع ضرورة التدخل لحسم الخلاف عن طريق تفسير القاعدة الإجرائية الجزائية المعيبة وإصدار تشريع آخر يوضح فيه حقيقة معناها^(٢).

وقد اختلف بعض الفقهاء والكتاب في مدى صحة التفسير التشريعي وطبيعته حيث ذهب الاتجاه الأول إلى أن التفسير التشريعي ليس تفسيراً بالمعنى الدقيق ومنهم الدكتور جلال ثروت الذي يرى أن التفسير هو (تلك العملية الذهنية التي تجري على قواعد القانون لاستخلاص قصد المشرع فيها وهو بهذا أمر لازم في كل فروع القانون لأن هناك حاجة دائماً إلى إيضاح الغامض أو تكملة الناقص

(١) د. محمد حسام محمود لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء الفقه واحكام القضاء، ط ٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٢٣٣.

(٢) د. غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، المصدر السابق، ص ٢٣٦.

أو بيان العلة أو تأصيل القاعدة بردها إلى المبدأ التي تتحدر منه أو تحليلها إلى عناصرها التي تألفت منها^(١)، والتفسير ينقسم بحسب مصادره إلى أنواع ثلاثة (فقهية، وقضائية، وتشريعية) لذا فإنّ التفسير التشريعي هو ليس تفسيراً بالمعنى الدقيق لأنّه ليس عملية ذهنية لاستخلاص قصد المشرّع وإنما (هو إفصاح عن قصد المشرّع بواسطة المشرّع نفسه في قواعد قانونية لها صفة الإلزام أي لا تكون بصدد تفسير للقاعدة وإنما بصدد قاعدة مفسرة أخرى هي التي تعرف في نظرية القانون بالقواعد الشارحة، وإنّ البحث عن قصد المشرّع في قواعد القانون إنما يتم بواسطة التفسير الفقهي أو القضائي)^(٢).

وأما الاتجاه الآخر فيرى أنّ المشرّع بما له من سلطة في التشريع فمن باب أولى فهو يملك الحق في تفسيره وتعديله عن طريق إصدار تفسير تشريعي يبين التشريع الغامض أو الناقص ثم يوضح معناه^(٣)، ومن جهة أخرى أنّ التفسير التشريعي يستند إلى فكرة الفصل بين السلطات فالقضاء عليهم واجب تطبيق التشريع فقط فإذا وجدوا غموضاً فيه فعليهم اللجوء إلى المشرّع الذي وضعه ليفسره لهم، لا أنّ يقوموا بتفسير قد يتضمن انحرافاً عن المعنى المقصود من قبل المشرّع الذي وضعه^(٤).

إلا أنّنا نرى الرأي الأول هو أكثر دقة من الثاني لأنّ تفسيره يقتصر فقط على توضيح ما أبهم في التشريع المراد تفسيره، أمّا إذا تجاوز حدود التفسير وهو أن يضمن قواعد جديدة أو تعديل للقواعد الموجودة فإنّ ذلك لم يعد تفسيراً وإنما تعديل للقانون، ولأدّل على ذلك فإنّ التفسير التشريعي يكون له اثر رجعي إذا كان مجرد تفسير لقانون سابق، أمّا إذا تضمن التفسير قواعد تشريعية جديدة لم ينص عليها القانون المراد تفسيره، فيكون سريان هذه القواعد من تاريخ إصدارها لأنّها تعدّ تعديلاً للتشريع السابق، وأكدت على ذلك محكمة التمييز الاتحادية في العراق حيث جاء في أحد قراراتها (إنّ القواعد المفسرة تجرى على ما سبق من الوقائع بدون أن ينص صراحة على سريانها على الماضي)^(٥).

(١) خليل البنا، بين القانون والمجتمع، ط ١، دار أمواج للطباعة والنشر، عمان، ٢٠١٢، ص ٨٩.

(٢) خليل البنا، بين القانون والمجتمع، المصدر السابق، ص ٨٩.

(٣) د. غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، المصدر السابق، ص ٢٣٦.

(٤) صاحب عبيد الفتلاوي، السهل في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص ٢٥٥.

(٥) قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (٥٩٠)، المؤرخ ١٨/١/١٩٥٥، ينظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع، المصدر السابق، ص ٢٨١.

ولعل من قبيل الدقة فيما ذهبنا إليه أن القانون الجديد المفسر للقانون القديم له أثر رجعي ويستند في ذلك إلى تاريخ نفاذ القانون القديم، أي أن القانون الجديد يطبق بأثر فوري باستثناء حالات معينة يسري فيها على الوقائع التي نشأت بعد نفاذ القانون القديم، ما دامت هذه الوقائع قد استمرت ولم يجري الحكم النهائي في أي منها بعد، أمّا إذا تم الحكم فيها واكتسبت الدرجة النهائية قبل صدور القانون الجديد فلا يمكن لأحد ان يقول بإمكان إعادة النظر في هذه الأحكام بناءً على صدورها قبل نفاذه، وهذه هي الحالة الوحيدة على فرض تحققها هي التي يكون من شأن حصولها أن يكون للقانون الجديد أثر رجعي^(١).

- أمّا بالنسبة لأنواع التفسير التشريعي فهي تكون نوعين:

أولاً: إن يقوم المشرّع بإصدار القاعدة المفسرة مع النص الاصيل فيوضح المشرّع المقصود بالنص ومعانيه وكأنه هنا يتوقع الخروج على هذا النص عند التطبيق العملي وهو ما يشكل خطراً يريد المشرّع التصدي له ابتداءً.

الثاني: عندما يصدر المشرّع القاعدة المفسرة للنص التشريعي في وقت لاحق، ويلاحظ المشرّع الخلاف البين الذي ثار بين القضاة عند تفسير المقصود بهذا النص مما أدى إلى الابتعاد كثيراً عما اراده المشرّع من مرامي وغايات التشريع وهذا بدوره استدعى وضع حدٍ وحسم الخلاف وايضاح النص^(٢).

وقد يحدث أن يصدر التفسير من سلطة مفوضة في التفسير بناءً على تفويض من المشرّع ففي هذه الحال يعتبر تفسيرها تفسيراً رسمياً صادراً من السلطة الاصلية وله نفس الآثار، ويكون ملزماً للقاضي ولكن مهمة السلطة المفوضة تقتصر على التفسير وليس لها حق التعديل أو الاضافة لأن ذلك من اختصاص السلطة التشريعية، وفي حال تضمن التفسير أي تعديل أو إضافة فإنه لا يطبق لان السلطة التي إصدارته غير مختصة وتكون بذلك قد خرقت المهمة الموكلة إليها ولا قيمة بما تصدره ولا يلزم القضاء بتطبيقه بمقتضى ما له من سلطة مراقبة لصحة التشريع^(٣).

(١) د. عباس الصراف وآخرون، المدخل إلى علم القانون، المصدر السابق، ص ٧٢.

(٢) صاحب عبيد الفتلاوي، السهل في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص ٢٥٤.

(٣) محمد حسن منصور، نظرية القانون، مطبعة الانتصار، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٤١٣.

وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية حيث اشارت إلى (صحة القرار الصادر بموجب التفويض التشريعي رهينة بعدم وجود تعارض بينه وبين نص القانون المحدد لأوضاعه وشروطه: وجوب تطبيق نص القانون عند التعارض بينه وبين نص وارد في لائحة أو قرار)^(١).

الفرع الثاني

التفسير القضائي

يقصد بالتفسير القضائي هو أن يقوم القاضي بفهم لمضمون النص الجزائي اثناء الفصل في الواقعة المعروضة أمامه هادفاً إلى تطبيق القانون على هذه الواقعة^(٢)، فالتفسير هو من صميم عمل القضاة بحكم وظيفته بالفصل بالمنازعات والتزامه بالحكم فيها، حيث يواجه عملياً غموض النص وعبويه عند التطبيق، مما يتطلب بذل قصارى جهده من أجل كشف واستخلاص إرادة المشرع من النص الذي هو بصدد تطبيقه، فالقاضي هو الذي يطبق النص وهو الذي يبعث الحياة فيه، فيجعله يحيى ويتطور ويصقله يطبعه بطابع العصر الذي وجد فيه، وهذه المهمة تقتضي من القاضي أن يحصن نفسه بنزاهة مطلقة وثقافة عميقة ومعرفة تامة بمقتضيات الوجدان العام والغاية التي قصدها المشرع، وأن يبتعد عن المواقف التي تجعله موضع الشبهة في حياده^(٣).

إن وظيفة القضاء تقتصر بالعادة على تطبيق القانون، ولا يمكن تطبيق القانون قبل تفسيره، وأن كل تطبيق للقانون يتحلل إلى عنصرين: المعاينة والقرار، أمّا المعاينة هي (ادخال النزاع المعروض أمام القاضي في الفرض الخاص بإحدى القواعد القانونية)، أمّا القرار فهو (اعمال الحل الموجود في هذه القاعدة على النزاع المذكور)، المرحلة الأولى من مرحلتي التطبيق هي مرحلة المعاينة لا بد أن تسبقها عملية تفسير للفروض الخاصة بكل القواعد القانونية، ولا بد من أن تسبقها عملية تكييف للنزاع المعروض أمام القاضي ربما يسمح ادخال هذا النزاع في الفرض الخاص بإحدى القواعد المذكورة بحسب ما انتهى إليه القاضي في تفسير هذا الفرض أو غيره^(٤).

(١) قرار محكمة النقض المصرية رقم (١٢٣) المؤرخ ١٩٧٥/٦/٢٢، س ٢٦، ص ٥٢٨، ينظر: جواد الرهيمي، التكييف القانوني للدعوى الجنائية، المصدر السابق، ص ١٥٣-١٥٤.

(٢) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، ط٦، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص ٨٧.

(٣) د. كاظم عبد الله الشمري، تفسير النصوص الجزائية (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص ٩٤-٩٥.

(٤) جواد الرهيمي، التكييف القانوني للدعوى الجنائية، المصدر السابق، ص ٨١.

لذلك فإنّ التفسير القضائي يتسم بطبيعته العملية، فالقضاة يفسرون القانون بمناسبة ما يعرض عليهم من خصومات، حيث ينزل القضاة إلى معترك الحياة ويتأثرون بالظروف المحيطة بهم، ويعمل على أن تصدر احكامهم متفقة مع الظروف الواقعية للمجتمع الذي يعيشون فيه، هذا بدوره يعمل على تطوير القانون دون المساس بالنص أو وضع نص جديد^(١)، تثار المشكلة عند الشك في تحديد معنى النص الإجرائي الجزائي فإذا اتضح للقاضي معنى النص فلا يجوز له أن يؤوله أو يفسره بحجة منافاته للعدالة أو يدخل فيه اعتبارات خارجية، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية حيث اشارت إلى أن (الامتناع عن تطبيق القانون على المتهم بحجة أنه غامض لا يصلح أن يكون عذراً)^(٢)، كما أكدت على هذا محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها حيث اشارت إلى (صياغة النص في عبارات واضحة جلية اعتبارها تعبيراً صادقاً عن ارادة المشرّع بعدم جواز الاعتراض عليها عن طريق التفسير أو التأويل أو بدعوى ، الاستهداء بحكمة التشريع ودواعيه لا تكون إلا عند غموض النص، والأحكام تدور مع علتها لا مع حكمتها)^(٣).

أمّا في حالة غموض النص الإجرائي الجزائي، فهنا يلجأ القاضي إلى التفسير من خلال استخلاص المعنى الذي قصده المشرّع من الفاظ النص، فإذا اقتنع بأن ما يقوله يطابق ذلك القصد فلا اهمية بعد ذلك لكون هذا التفسير قد جاء ضيقاً أو واسعاً، فما طابق هذا القصد هو التفسير الصحيح للنص، فالنص الإجرائي الجزائي هو مجموعة من الالفاظ، وهذه الالفاظ رموز يريد بها الشارع التعبير عن المعنى ولذلك تكون أولى خطوات التفسير هي الكشف عن مدلول الالفاظ، وتفترض هذه المرحلة تحديد كل لفظ على حدة، وبعد ذلك تحديد المعنى الإجمالي لها، والأداة الأولى للمفسر هي اللغة، فاذا توصل للمعنى من ألفاظ النص وجب تطبيقه على الواقعة المعروضة^(٤)، إلا أن القاضي قد يرى أن هناك بعض الالفاظ لها معنى لغوي وآخر اصطلاحي، ففي هذه الحالة يجب أن يعمل اللفظ على معناه الاصطلاحي أي المعنى الذي يستخدم في لغة القانون وصياغته^(٥).

(١) د. غالب علي الداوودي، المدخل إلى علم القانون، المصدر السابق، ص ٢٣٩-٢٤٠.

(٢) د. احمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١٤٤.

(٣) جواد الرهيمي، التكييف القانوني للدعوى الجنائية، المصدر السابق، ص ١٥٣.

(٤) د. عبد الحميد الشواربي، رسالة القضاء، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٣، ص ٢١٩-٢٢٣.

(٥) د. رمضان ابو السعود، المدخل إلى القانون وبخاصة المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٦، ص

قد يحدث في بعض الحالات أن الاستعانة بالأسلوب اللغوي لا يجدي نفعاً ويبقى النص غامضاً، فيلجأ القاضي إلى وسائل أخرى، لأن مجرد الاعتماد على الوضوح اللغوي فقط قد يضع المفسر في اشكالات أخرى ومنها عدم الاتفاق مع الفكر الحقيقي للقانون كما تبدو من مجموع نصوصه، وتاريخه واعماله التحضيرية وتطورهُ الفلسفي والعلمي والاجتماعي، فأطار القانون لا يتحدد بالشكل الجامد وذلك باعتبار أنه قد وضع من أجل المستقبل^(١). وهذه الوسائل التي يلجأ القاضي ليفسر بها النص حيث تكون بمجموعها ما يعرف بالتفسير المنطقي حيث يلجأ إليه القاضي في حالة عجز التفسير اللغوي من الوصول إلى المعنى المناسب للنص الإجرائي الجزائي، ولإزالة العيب الذي يشوب النص والوصول إلى قصد المشرع، واهم هذه الوسائل:

١- تقريب النصوص:

يستطيع المفسر استجلاء مضمون النص المعيب عن طريق المقارنة والتقريب بين اللفظ الغامض وباقي الفاظ النص أو تقريب النص الغامض من النصوص الأخرى، خصوصاً إذا كانت تتعلق بتشريع واحد، ويمكن إجماع غموضه بتقريبه من نصوص تشريع آخر متى كانا من نفس الموضوع، فالقاعدة القانونية بشكل عام والإجرائية الجزائية بشكل خاص لا تبدو مستقلة أو منفصلة عن غيرها من القواعد، فألفاظ النص والنصوص المختلفة في النظام القانوني الواحد ترتبط ببعضها وتتكامل فيما بينها ويمكن الاستدلال على النص الغامض من خلال نص آخر أو بالمقارنة بينهما، ويتضح مراد الشارع من خلال الجمع بين نصين أو عدة نصوص سواء في قانون واحد أو في عدة قوانين^(٢).

٢- الاعمال التحضيرية:

ويقصد بذلك مجموعة الوثائق الرسمية التي تتضمن المناقشات التي دارت حول مشروع القانون، والمذكرات الايضاحية أو التفسيرية وتقارير اللجان الفنية التي فحصت المشروع، حيث يمكن الاستعانة بالاعمال التحضيرية لمعرفة قصد المشرع ويلزم مع ذلك الحذر إذ قد تكون الآراء الواردة فيها تتضمن اجتهاداً شخصياً من اصحابها لا تعبر عن قصد المشرع، كما أنها قد تتعلق بنصوص في المشروع، تم حذفها أو تعديلها عند الصياغة النهائية^(٣).

(١) د. أحمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ١٤٣.

(٢) د. محمد حسن منصور، نظرية القانون، المصدر السابق، ص ٤٣٠-٤٣١.

(٣) د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٨٢.

٣- المصادر التاريخية للنص الإجرائي الجزائري:

ويقصد بها المصادر التي نهل منها المشرع أحكامه فهي ينبوعه الأول، وتتكون هذه المصادر من نصوص تشريع سابق أو قائم، وطني أو اجنبي أو عرف أو قضاء أو حتى آراء لبعض الفقهاء، ويعد الرجوع إلى هذه المصادر أصل مسلم من أصول التفسير، ومن المؤكد أن كل نص تشريعي ينبغي أن يعيش في البيئة التي يطبق فيها توثق صلته بما يحيط من ملاسبات، وما يخضع له من مقتضيات، أي أن ذاتية النصوص واستقلاليتها لا تمنع الرجوع إلى المصادر التاريخية لها حتى تضمن المفسر لتفسيره أقصى درجات الصحة والوضوح^(١).

٤- حكمة التشريع:

يستعين المفسر في فهم المقصود بالنص بحكمة التشريع، أي المصلحة الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية أو الخلقية التي قصد المشرع تحقيقها من وراء هذا النص^(٢)، ويطلق على حكمة التشريع عبارة روح التشريع التي تعين في تحديد معنى النص، إذ يفسر التشريع في ضوء الغاية منه أو حكمته، وعلى ذلك يجب إدراك الحكمة التشريعية من النص، ليتمكن المفسر من معرفة المصالح المراد حمايتها، والغاية السياسية والاجتماعية والاخلاقية التي يرمي إلى تحقيقها^(٣).

إن تحديد الحكمة من التشريع أمر ضروري لمعرفة ما تعرضت له من تعديل في ظل تطوير ظروف المجتمع وما جد على فلسفة القانون من تبديل، فإذا اتضح أن ظروف المجتمع لم تتغير أو أنّ مثل وقيم المجتمع لم تتبدل، فهنا يتم تطبيق القاعدة دون أي تعديل عليها، أمّا إذا تغيرت الظروف بين الامس واطواع اليوم أو بين افكار الماضي وآمال الحاضر، وجب على القاضي تطوير القانون بعد الموازنة بين اعتبارات الاستقرار وضرورات القيام بالتجديد في اتجاه التطور الاجتماعي، فالمفسر الذي يبحث عن قاعدة قد وضعت منذ زمن بعيد يتعين عليه أن يبحث عن الاسباب التي دفعت المشرع إلى وضع القاعدة الموجودة حالياً، ولا بد من البحث عن أساسها العقلي وقت تفسيرها فالحكمة التشريعية هي القوة المحركة التي تبعث الحياة في النص طيلة فترة العمل به، وبناءً على ذلك يستطيع المفسر أن يضع للنص معنى جديداً أو ينطبق على حالات مستجدة، وهذا المبدأ هو أساس التفسير المتطور^(٤).

(١) د. محمد حسام محمود لطفي، المدخل لدراسة القانون، المصدر السابق، ص ٢٧٥-٢٧٦.

(٢) د. صالح طليس، المنهجية في دراسة القانون، ط ١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ١١٦.

(٣) د. عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع، المصدر السابق، ص ٣٩٥.

(٤) د. ميثم فالح حسين، القصور التشريعي في قانون العقوبات، المصدر السابق، ص ٥٤٧-٥٤٨.

بناءً على ما تقدم يتضح لنا ما للتفسير القضائي من أهمية كبيرة لكونه مبنياً على ربط بين القاعدة الإجرائية الجزائية وبين الواقعة المعروضة في ظل الظروف المستحدثة بما لا يمس من أصل القاعدة أو النص الذي وضعه المشرع الجزائري، حيث يكون تفسيراً قائماً على التطبيق والخبرة العملية للقاضي بشكل يعالج ما يعترى القاعدة الإجرائية الجزائية من نقص دون الحاجة إلى سن قواعد إجرائية جديدة تحاكي الأمور المستجدة.

لكن السؤال الذي يثار هنا هو عند تفسير القاعدة الإجرائية الجزائية من القاضي فما مدى إلزام هذا التفسير للقاضي نفسه في دعاوى مماثلة أو لمحاكم أخرى؟

إن التفسير القضائي الذي يصدر عن المحكمة بصدد دعوى معينة لا يلزم المحكمة ذاتها في دعوى أخرى مماثلة، إذ يكون لها الحق أن تعدل عن هذا التفسير إلى تفسير آخر تجد أنه أكثر مناسبة في تطبيق القواعد الإجرائية ذاتها على وقائع الدعوى الجديدة، ومن باب أولى فإن هذه التفسير ولو كان صادراً من محكمة النقض (التمييز)، لا يلزم سائر المحاكم^(١).

فقضاء محكمة النقض (التمييز) في فرنسا أو مصر أو العراق لا يتمتع بقوة التزام قانوني لا بالنسبة لها ولا بالنسبة لما دونها في المحاكم، فلا يوجد مانع قانوني يحول دون ان ترجع عن تفسير سابق في قضية مشابهة حتى لو استقرت عليه، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بعدم تقييد المحكمة التي تعاد إليها الدعوى بعد نقض الحكم ما قضت به محكمة النقض^(٢).

(١) لا بد من الإشارة إلى أن قرارات محكمة التمييز العراقية فيها التزام ادبي بالنسبة إلى المحاكم الأدنى درجة ولاسيما في نطاق ما تتواتر عليه قضاء محكمة التمييز الاتحادية في تفسير معين لقواعد معينة، إلا أن هنالك حالة يكون فيها حكم محكمة التمييز ملزماً للمحكمة الأدنى، وهذا الإلزام مصدره نص قانوني، ويكون ذلك حينما تصدر محكمة التمييز حكماً بنقض الحكم المطعون فيه وإعادة الدعوى إلى المحكمة التي صدر عنها ذلك الحكم، فتتصر محكمة الموضوع على قرارها السابق، فهنا تصدر الهيئة الموسعة في محكمة التمييز قرارها وفق الصلاحيات المنصوص عليها في المادة (٢٥٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، ويكون هذا القرار واجب الاتباع حسب حكم المادة (٢٦٣/ج) من القانون نفسه، ينظر: د. عادل يوسف الشكري، فن صياغة النص العقابي، المصدر السابق، ص ٣٣٣-٣٣٤.

(٢) وهذا عكس ما سار عليه النظام الانجلوأمريكي الذي جعل القاضي صانعاً للقانون فيأخذ بنظام السوابق القضائية الذي يجعل الحكم القضائي سابقة يلتزم بها سائر القضاة المساوين له في الدرجة أو الأدنى منه في هذا الشأن، ينظر: د. كاظم عبد الله الشمري، تفسير النصوص الجزائية، المصدر السابق، ص ١٠٠، و د. محمد حسام محمود لطفى، المدخل لدراسة القانون، المصدر السابق، ص ٣٤٤.

الفرع الثالث

التفسير الفقهي

الفقه لغة: هو العلم بالشيء، فقهِت عنك فقهاً: بمعنى فهمت، فالفقه في اللغة يعني دقة الفهم والحدق فيه والفتنة حتى يصبح الفهم غريزة نفسية^(١). أمّا تعريف التفسير الفقهي اصطلاحاً فيقصد به (هو التفسير الذي يضطلع به الفقهاء من رجال القانون واساندة الجامعات في مؤلفاتهم وأبحاثهم ومقالاتهم وفتاويهم عن طريق استخلاص حكم القانون الذي قصدّه المشرّع بغض النظر عن الظروف الواقعية)^(٢).

إن التفسير الفقهي يصدر عن الفقهاء بمناسبة دراستهم للنصوص في مختلف فروع القانون، وهذا التفسير يعد عملاً ذا طبيعة علمية ذلك أن الفقيه يقوم بدراسة النصوص التشريعية والأحكام القضائية دراسة علمية تستهدف رد القواعد القانونية إلى أصولها التي اشتقت منها، وهذه الأصول تتضمن النظريات الاجتماعية والدينية والسياسية والأقتصادية فضلاً عن المذاهب الفلسفية المختلفة، بغية الربط بين تطبيقات هذه القواعد في القضاء، كما أن بطبيعة العملية للتفسير الفقهي تتبع من الأسلوب العقلي المنظم الذي يتسم بالطابع النظري التجريدي القائم على الحجج العلمية والإقيسة المحكمة والصفاء والتجريد، وهذا كله ناتج من اتباع قواعد المنطق الدقيق والقياس المحكم وتستهدي إليه مكنته القانونية بالفحص والتحليل بعيداً عن ظروف واعتبارات الواقعة العلمية^(٣).

واستناداً إلى ما تقدم فإنّ التفسير الفقهي يعتمد على المنطق التجريدي في استظهار إرادة القانون الكامنة في نصوصه، وبهذا الأسلوب يمر التفسير الفقهي بثلاث مراحل:

المرحلة الأولى: يتم استخلاص المعاني المختلفة التي يتضمنها النص القانوني، ويتولى تحليل هذا النص ويكرر ذات الأمر بالنسبة لكل نص على حدة، حتى ينكشف أمامه ما يربط بين نص قانوني وآخر من روابط كانت خفية عليه أول الأمر وتسمى هذه بالطريقة الكاشفة.

المرحلة الثانية: وفيها يعمد الفقيه إلى تنظيم المرحلة الأولى فينسق بينها ويعتمد عليها في إقامة بناء متكامل، يسمى بالمنظمة القانونية، حيث يحدد موضوع الرابطة القانونية أو أطرافها والسبب المنشئ لها أو المعدل أو القاضي عليها وآثارها... الخ.

(١) زين العابدين بن غرم الله الغامدي، فقه التعامل مع الفتن، دار الهدى النبوي، مصر، ٢٠٠٦، ص ٣٣.

(٢) د. خالد وزاني، مناهج تفسير النصوص بين علماء الشريعة وفقهاء القانون، دار الجامعة الجديد للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ١٠٩.

(٣) د. عادل يوسف الشكري، فن صياغة النص العقابي، المصدر السابق، ص ٣٣٥.

المرحلة الثالثة: أمّا في هذه المرحلة فيتم الانتقال من الجزئيات إلى الكليات ومن الخصوصيات إلى العموميات، وهي مرحلة تحتاج بلا شك إلى التركيز والتأهيل، فيحدد الفقيه ما يعدّ خاصاً بالمنظمات وما يعدّ عاماً منها وبين ما يعدّ أصلاً فيها أو استثناءً عليها، ثم يتولى توزيع المحتوى على أبواب وفصول... حتى ينتهي إلى أن ينشئ من مجموعها ما يسمى بـ (النظام القانوني)^(١).

إلا أن دور الفقيه لا يقتصر على التجميع والتنسيق والتحليل بل كثيراً ما يوجه الفقيه انتقادات إلى التشريع أو القضاء وهي انتقادات قد تؤدي إلى تعديل موقف المشرّع أو الرجوع في أحكام القضاء كما أنه بين هذا وذاك يسعى دائماً إلى الكشف عن ارادة المشرّع الحقيقية^(٢)، لذا فإنّ التفسير الفقهي للنصوص القانونية أهمية كبيرة من ناحيتين:

الأولى: إن الفقه يقوم بتوجيه النص القانوني إلى تحقيق الغرض الذي قصده المشرّع، فمثلاً إذا كان النص صحيحاً يؤيدونه، أمّا إذا كان النص فيه نقصاً واضحاً ولكنه جاء خالياً من أي عيب من العيوب الأخرى كالغموض والتزيد والقصور، عرضوا الحكمة من ذلك وبينوا أحوال تطبيقه والحكمة التي توخاها المشرّع من وضعه، وإذا كان النص غامضاً أو فيه غلط أو زائداً أو قاصراً أوضحوا وجه العيب فيه وأعطوا رأيهم في كيفية تفسيره واقترحوا على المشرّع إعادة النظر فيه، بل الفقيه والشارح لا يقتصر على ما ذكر وإنما يعمل على توجيه المشرّع في المستقبل إلى ما ينبغي ان يكون عليه التشريع.

أمّا الناحية الأخرى: فإنّ الفقيه يقدم مساعدة قيمة للقاضي فيما يعرضه عليه من الحلول للنصوص التي تكون موضع التطبيق للقضايا التي تعرض أمامه كل يوم لإصدار الأحكام بشأنها، حيث إن مسؤوليات القاضي تمنعه في أغلب الحالات من الدراسة النظرية للقوانين المختلفة ويكون في هذه الحالة مضطراً إلى الأخذ مباشرة عن الفقيه أو شارح القانون، لذلك نجد أن أغلب النظريات العامة في أي نظام قانوني ليست سوى من خلق وعمل الفقهاء^(٣).

لابد من التنويه إلى أن التفسير الفقهي يعدّ أوسع أنواع التفسير لأنّه لا يتقيد بواقعة معينة كما هو الحال في التفسير القضائي الذي لا يلجأ إليه القاضي إلاّ بمناسبة ما يعرض عليه من منازعات

(١) د. عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٩، ص ٥٥.

(٢) جواد الرهيمي، التكييف القانوني للدعوى الجزائية، المصدر السابق، ص ٨٦.

(٣) د. عباس الصراف، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، المصدر السابق، ص ٩٠.

واقعية لهدف حسنها، أمّا الفقه فإنّه غير مقيد بقضية معينة وإنما يتناول القواعد القانونية بالشرح والنقد والتفسير بوجه عام دون أن تكون هناك منازعات معروضة عليه، فالهدف الأساسي للفقهاء هو استخلاص قواعد عامة ويستعين في تفسيره بالبحث النظري، ويتجه نحو النزعة الفلسفية أكثر من الاعتبارات العملية متأثراً بالأصول النظرية^(١).

لكن هذا لا يعني أن القضاء لا دور له في التفسير الفقهي، حيث يكون التفسير القضائي محلاً لعناية كبرى من جانب الفقه ويحاول الوصول إلى مختلف الأحكام القضائية واستخلاص الاتجاهات العامة للقضاء، وقد تمد الأحكام القضائية الفقه بفروض عملية لم يكن يتصورها في المجال التجريدي للبحث، وهذا ما يدعو إلى إعادة النظر فيما سبق من تفسيره أو إلى تضيق شق الخلاف بين مختلف التفسيرات الفقهية^(٢)، لذلك قيل في هذا الخصوص (إذا كان الفقه هو المظهر العلمي للقانون، فالقضاء هو المظهر العملي، فإذا تجرد القانون من مظهره فلا يتبقى منه شيء الكثير)^(٣).

ويحدث في بعض الأحيان أن يقترح الفقه حلولاً للفروض التي ليس لها حلول في مصادر القانون وكثيراً ما يأخذ القضاء بهذه الحلول، لذلك نستطيع القول أن الفقه يسهم اسهاماً كبيراً في تطوير القانون ووضع الكثير من المبادئ والنظريات القانونية التي يستند إليها المشرع في وضع القانون كما يستند إليها القاضي في تطبيق القانون، حتى إن الكثير من الآراء الفقهية تحولت إلى نصوص تشريعية^(٤)، ومع ذلك فإنّ التفسير الفقهي ليس له أية صيغة الزامية ولا يعدو أثره سوى أن يكون عنصر من العناصر التي تستأنس بها المحاكم عند تفسيرها للقانون، دون أن تلتزم بتطبيقها لأنّ الفقه لا يعد من المصادر التفسيرية له^(٥).

(١) جواد الرهيمي، التكييف القانوني للدعوى الجزائية، المصدر السابق، ص ٨٦.

(٢) د. رمضان ابو السعود، المدخل إلى القانون، المصدر السابق، ص ١٩٢.

(٣) د. كاظم عبد الله الشمري، تفسير النصوص الجزائية، المصدر السابق، ص ٩٥.

(٤) لقد كان الفقيه يعتبر مصدراً رسمياً من مصادر القانون كما يدل على ذلك القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم، وكذلك تاريخ الشريعة الإسلامية حتى قفل باب الاجتهاد وظهور عصر المقلدين، ينظر: د. زهير شكر، المنهجية في دراسة القانون، المصدر السابق، ص ١٠٤، و جواد الرهيمي، المصدر السابق، ص ٨٤-٨٦، و د. غالب علي الداوودي، المدخل إلى علم القانون، المصدر السابق، ص ٢٤١.

(٥) د. غالب علي الداوودي، المدخل إلى علم القانون، المصدر السابق، ص ٢٤١.

بمعنى أنه لا يجوز أن تبنى أحكام القضاء على آراء الفقهاء أياً كانت مكانتهم، حتى ولو انعقد اجتماعهم كما لا بد في حال إذا استند حكم معين على الآراء الفقهية أن يقترن هذا الاستناد بأسباب أخرى مستمدة من مصادر القانون، وبالتالي فإنّه لا يجوز الطعن في حكم أمام محكمة النقض (التمييز) لمجرد أنه خالف آراء الفقهاء أو لمجرد أنه خرج على أحكامهم^(١)، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية العراقية، حيث أشارت في أحد أحكامها إلى (لا يصح التعديل على النظريات العامة وشرح الشراح إذا كانت لا تتفق ونص القانون الواجب التطبيق).

واخيراً إن ما قد سبق ذكره حول التفسير الفقهي للقواعد القانونية بشكل عام وآلية العمل به والقواعد التي تحكمه والمراحل التي يمر بها، كلها تنطبق على القواعد الإجرائية الجزائية، بما يعكس الدور الإيجابي والبارز للتفسير الفقهي في معالجة النقص التشريعي الذي يعترى هذه القواعد بالذات سواء كان ذلك من خلال تنبيه المشرّع حول ما يعترى قانون أصول المحاكمات الجزائية من نقص في القانون أو نقصاً في صياغة نصوصه أو تعارض فيما بينها، وخير دليل على ذلك ولأهمية التفسير الفقهي فقد كان أحد المصادر التي استند إليها المشرّع الجزائري عند صياغة قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل، ولقد عالج من خلال آراء الفقهاء ما يعترى قانون أصول المحاكمات الجزائية البغدادي من نقص تشريعي بالإضافة إلى مصادر أخرى، حيث جاء في المذكرة الايضاحية لقانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي (...فاتجهت النية إلى وضع قانون موحد يحقق الاغراض، فشكّلت لجان في أوقات مختلفة أعدت لوائح متعددة، آخرها هذه اللائحة التي اعتمدت اللجنة في وضعها على ما ثبت صلاحه من أحكام القانون النافذ وعلى تراث الفقه الجزائري لدى القضاء العراقي وقضاء القانون، واقتبست كثيراً من أحكامها من لائحة أعدت في وزارة العدل سنة ١٩٥٧ ومن القوانين الجزائية السورية واللبيبية والكويتية والصومالية ولائحة قانون الإجراءات الجنائية (المصري)....^(٢)).

وخلاصة ما تقدم ذكره يتبين لنا أن كل أنواع التفسير سواء كان تفسيراً تشريعياً أم قضائياً أم فقهي فهو يعالج النقص التشريعي في القاعدة الإجرائية الجزائية بطريقته الخاصة، ففي ظل

(١) قرار رقم (٧٢٣) المؤرخ ١٩/٤/١٩٤٢، منشور في مجلة القضاء العدان الأول والثاني، السنة (٣٠)، ١٩٧٥، ص ١٦٢، ينظر: د. عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية، المصدر السابق، ص ٥٧.

(٢) تنظر: المذكرة الايضاحية لقانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.

المستجدات والحاجات البشرية المتطورة في كافة المجالات قد تنتج حقوق وتثار منازعات بشأنها أو قد تمس بحريات الأفراد بأي شكل من الأشكال، وهذا سوف يجعل من نصوص القانون عاجزة عن معالجة هذه التطورات، ومن جهة أخرى لا يمكن للمشرع أن يعدل القانون بشكل شبه يومي لكي يناسب ما هو مستجد، لذا يبرز هنا دور التفسير بأنواعه في سد الفراغ التشريعي أو معالجة ما يعتري قانون الإجراءات الجزائية من عيوب بشكل يجعله صالحاً للتطبيق في كل زمان ومكان، ويحقق أهداف هذا القانون دون المساس به وبشكل يجعله يحاكي الظروف الواقعية للمجتمع.



الخاتمة

الخاتمة

وفي الختام، نبين ما توصلنا من النتائج والمقترحات التي نأمل من المشرع الكريم إن يأخذ بها رفاً للمسيرة القانونية وتقويماً لما شذ عنها، ويمكن إجمالها على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

١- تعدّ القاعدة الإجرائية الجزائية هي الوسيلة الوحيدة لتطبيق القاعدة الموضوعية (قاعدة التجريم والعقاب)، بحيث تضعها موضع التطبيق والتفعيل من خلال البحث عن مدى توافر شروط التجريم من أجل تطبيق العقاب، وذلك بتحديد الإجراءات المتعلقة بالكشف عن الجريمة وضبط مرتكبها وتوقيع العقوبة وإصدار الحكم، بالإضافة إلى تحديد الجهات التي تباشر هذه الإجراءات.

٢- هناك عدة خصائص تتميز بها القاعدة الإجرائية الجزائية من حيث كونها قاعدة إجرائية تبعية ملزمة ومن النظام العام وموزعة على أكثر من نص، كل هذه الخصائص جعلت لها كياناً مستقلاً وذاتية تميزها عن باقي القواعد القانونية الأخرى، كالقاعدة الموضوعية سواء من حيث موضوعها أو طبيعتها أو الأشخاص المخاطبين بها ومن حيث التفسير، كما تختلف عن القاعدة الإجرائية المدنية من حيث دور القاضي وعبء الإثبات ومن حيث طبيعة الحكم والية تنفيذه.

٣- إن القواعد الإجرائية الجزائية كغيرها من القواعد القانونية يتم صياغتها وفق عامل زمني قائم على الرؤى التنظيرية الناتجة من التطبيق العملي، لذا فإنّ هذه القواعد بعد فتره من الزمن تكون عاجزة عن حصر وقائع الحياة المستجدة، مما يشكل نقصاً تشريعياً في هذه القواعد.

٤- إن النقص التشريعي في القاعدة الإجرائية الجزائية يتمثل بالحالة التي لا يجد فيها القاضي نصاً يطبقه على الواقعة المعروضة أمامه أو جود نص غير مستوعب لكل مفردات الواقعة، استناداً إلى ذلك إن النقص التشريعي في القواعد الإجرائية الجزائية يكون على نوعين، الأول: النقص التشريعي في قانون الإجراءات الجزائية هو السكوت على تنظيم مسألة ما، أمّا النوع الثاني: هو النقص التشريعي في صياغة القاعدة الإجرائية الجزائية أي إغفال كلمة أو أكثر من النص الإجرائي بشكل يؤدي إلى اختلال في معنى النص، بالإضافة إلى أن سوء الصياغة التشريعية قد ينتج عنها التعارض عندما يصطدم نص إجرائي مع آخر سواء كان نص دستورياً أو نصاً موضوعياً أو نصاً إجرائياً بشكل يجعل الجمع بينهما غير ممكن مسبباً نقصاً تشريعياً لا بد من إعادة النظر فيه.

٥- إن المصالح المحمية هي الأساس الذي اعتمده المشرع في بناء القاعدة الإجرائية الجزائية وفق أسس منطقية قائمة على التوازن بين مصلحتين متعارضتين، وهما المصلحة العامة والتي تتمثل في حق الدولة في العقاب، والمصلحة الخاصة وهي حقوق المتهم خلال مرحلة التحقيق والمحاكمة، وواجب المشرع التنسيق بين هاتين المصلحتين عند صياغة القواعد الإجرائية الجزائية، وإن أي نقص تشريعي في القاعدة الإجرائية يخل بهذا التوازن، مما يشكل انتهاكاً لأهم المبادئ الدستورية، لذا فإن مشكلة النقص التشريعي تستوجب معالجة مدروسة وسريعة.

٦- تبين من خلال البحث أن المشرع العراقي لم يتطرق لكل من جزاء البطلان وجزاء الإنعدام في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، فجزاء البطلان على الرغم من أغلب دول المقارنة قد نصت عليه، فلم نرى نصاً صريحاً عليه في هذا القانون على الرغم من أن محكمة التمييز الاتحادية قد تبنت هذا الجزاء في بعض قراراتها، كذلك بالنسبة إلى الإنعدام ومصدره الأساسي في الإجراءات الجزائية هو أحكام القضاء، على الرغم من أن جزاء الإنعدام له وجوده الفعلي في فروع القانون الأخرى.

٧- اظهرت الدراسة أن هناك نقصاً تشريعياً في القاعدة الإجرائية الجزائية عند التعامل مع الجريمة المعلوماتية من حيث ضبط الجريمة وإثباتها، كإجراءات المعاينة والتفتيش والشهادة والخبرة، فهذه الجرائم لها خصوصية عند التعامل مع الأدلة المتحصلة منها، وبالتالي لا بد من وجود خصوصية لإجراءات ضبطها وإثباتها تفرضها طبيعة هذه الجريمة، فضلاً عن صعوبات أخرى تواجه أجهزة التحري والتحقيق من حيث نقص الخبرة الفنية والتقنية عند التعامل مع هذه الجرائم مستحدثة.

٨- هناك نقص تشريعي يعتري صياغة بعض النصوص في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، بالإضافة لبعض أوجه التعارض سواء كان ذلك فيما بين نصوص القانون نفسه أو بينها ونصوص الدستور أو بينها وقانون العقوبات، لذا لا بد من إتباع الأسس السليمة عند صياغة القاعدة الإجرائية الجزائية لتلافي حالات النقص التشريعي والتعارض في هذا القانون.

٩- إن للسياسة الإجرائية لها دوراً كبيراً في تطوير القاعدة الإجرائية الجزائية ومعالجه النقص التشريعي أو تلافي حصوله، باتباع طرق البحث العلمي الذي يحدد مدى كفاية القوانين الإجرائية وملاءمتها، ودراسة نظم وأجهزه العدالة الجنائية لتحديد فعاليتها وتجاوبها مع أهداف السياسة الإجرائية المبنية على الأسس العلمية الحديثة سواء كان ذلك على المستوى الداخلي أو الخارجي.

١٠- تبيين أهمية العدالة التصالحية كتوجه جديد ومستحدث نحو تبنى اطر ووسائل بديله عن آليات المتابعة التقليدية، والتي تهدف إلى فض النزاعات بدون اللجوء إلى القضاء ومن ضمنها الوساطة الجزائية والتسوية الجزائية والتفاوض على الاعتراف.

١١- للتفسير أهمية كبيرة بوصفه احد سبل معالجة النقص التشريعي للقاعدة الإجرائية الجزائية إذ يمكن من خلاله تلافي حالات النقص، لأنّ الغاية منه ليس إنشاء قاعدة إجرائية جديدة لم ينص عليها القانون، وإنما هو إظهار مضمون القاعدة الإجرائية ومقصد المشرّع منها.

ثانياً: المقترحات

١- نقترح على المشرّع سن قانون إجرائي جزائي جديد، ووضع حداً للتعديلات المتكررة التي تخل بالتماسك الموضوعي والشكلي لنصوص القانون، على أن تتم صياغتها بشكل يمكن تلافي صور النقص التشريعي الذي يعتري قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.

٢- لغرض توخي الدقه عند صياغة النصوص الإجرائية الجزائية، لا بد من الأخذ بنظر الاعتبار النظام القانوني بمجموعه، لتجنب حدوث التعارض بين النصوص الإجرائية والنصوص الأخرى ذات الصلة، ولتعزيز ذلك لا بد من إدخال مفهوم الاستشارة العامة كمرحلة أساسية من مراحل سن القوانين الجزائية عن طريق عرض مشروع القانون الجديد على الرأي العام والمتخصصين في مجال القانون الجزائي والقضاة، وعرضه كذلك على جهات متخصصة باللغة القانونية لضبط صياغتها.

٣- ندعو المشرّع العراقي إلى وضع نظرية متكاملة حول البطلان والإنعدام أسوة بما ذهبت إليه بعض الدول المقارنة، لأهمية هذه الجزاءات بشكل يعزز مظاهر الطبيعة الإلزامية للقاعدة الإجرائية الجزائية، ويعزز دور الرقابة القضائية في حال وجود إجراءات مخالفة لما يقرره في القانون.

٤- نقترح أن يتم تضمين قانون أصول المحاكمات الجزائية بدائل عن إجراءات الدعوى الجزائية المطولة تماشياً مع توجه العدالة التصالحية، لما لها من أهمية في توفير الوقت والجهد على المحاكم، كما تضمن إعادته تأهيل المجرم واندماجه في المجتمع وإبعاده عن السقوط في مستنقع الجريمة مرة أخرى.

٥- نقترح على المشرّع إنشاء هيئة مركزية لرسم السياسة الجنائية للدولة تتشكل بالتعاون مع الجهات المختصة، تكون مهمتها وضع الأطر العامة للسياسة الجنائية بشكل عام سواء كان على مستوى

سياسة التجريم والعقاب أو على مستوى السياسة الإجرائية أو على مستوى السياسة الوقائية لتكون المنظومة الجزائية قادرة على التعامل مع ما يستجد في المستقبل وتلافي أي نقص تشريعي فيها.

٦- إصدار قانون خاص بمكافحة الجرائم المعلوماتية مع مراعاة الأبعاد المستقبلية عند وضع نصوصه، لأنَّ هذه الأنماط من الجرائم تتطور بشكل يفوق التصور مهما كانت درجة استيعاب النصوص لها، مع مراعاة خصوصية إجراءات مكافحة هذه الجرائم وما يحتاجه المختصين في هذا المجال من توفير أجهزة وأنظمة وبرامج وغيرها من التقنيات الحديثة التي لا بد من أن تتوفر من قبل الدولة، لتكون هذه الجهات مؤهلة للتصدي لها قبل فوات الأوان.

٧- عقد دورات تدريبية تخصصية لأعضاء الضبط القضائي والجهات التحقيقية والقضاء بشكل دوري لإحاطتهم بأهم الوسائل والتقنيات والمهارات المتطورة التي يمكن استخدامها أثناء عملهم أو العمل على إنشاء هيئات متخصصة قادرة على التعامل مع الجرائم المستحدثة، على أن تمنح تلك الهيئات ما يلزم من الاستقلالية التي تمكنهم من أداء مهامهم.

٨- الحاجة إلى تحديث آليات القاعدة الإجرائية عن طريق فسخ مجال أكثر أمام القضاء عند تفسير القاعدة الإجرائية الجزائية من خلال اتباع التفسير المتطور للنصوص وتنظيم دورات أو ندوات بأهم السبل الحديثة المتبعة في الدول المتطورة في هذا الخصوص، فضلاً عن الأخذ بآراء الفقهاء؛ كون التفسير الصادر منهم له الدور الأكبر في تشخيص مواطن النقص التشريعي في هذه القواعد.

المصادر

المصادر

✪ القرآن الكريم

أولاً: المعاجم اللغوية

- ١- جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج ١، طبعة منقحة، دار المعارف، القاهرة، ٢٠٠٧.
- ٢- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، إعداد محمد نعيم العرقسوسي، القاموس المحيط، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٠٠٥.
- ٣- معجم اللغة العربية، المعجم الوجيز، دار التحرير للطبع والنشر، مصر، ١٩٨٩.

ثانياً: الكتب

- ١- د. احمد ابو الوفا، اصول المحاكمات المدنية، ط٣، مكتبة مكاوي، بيروت، ١٩٧٩.
- ٢- د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، دار المعارف، مصر، ١٩٥٦.
- ٣- د. احمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٠.
- ٤- د. احمد حسوني جاسم العيثاوي، التكاليف بالحضور (الاستقدام في الدعوى الجزائية)، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٢.
- ٥- د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
- ٦- د. أحمد عبد السلام الريسوني، التجديد الاصولي نحو صياغة تجديدية لعلم اصول الفقه، ط١، المعهد العالمي للفكر الاسلامي، الاردن، ٢٠١٤.
- ٧- د. احمد فتحي سرور، أصول الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.
- ٨- د. احمد فتحي سرور، السياسة الجنائية (فكرتها ومذاهبها وتخطيطها)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.
- ٩- د. احمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧.

- ١٠- د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
- ١١- د. احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط٢، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢.
- ١٢- د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، ط٤، دار النهضة، القاهرة، ١٩٨١.
- ١٣- د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥.
- ١٤- د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٩.
- ١٥- احمد هلاي عبد اللاه، تفتيش نظم الحاسب الالي وضمانات المتهم المعلوماتي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
- ١٦- د. اسحق إبراهيم منصور، موجز في علم الإجرام وعلم العقاب، ط٢، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩١.
- ١٧- د. اسرار جاسم العمران، التحقيق الابتدائي، مركز الكتاب الاكاديمي، عمان، ٢٠١٥.
- ١٨- الياس ابو عيد، أصول المحاكمات الجزائية بين النص والاجتهاد والفقہ (دراسة مقارنة)، ج٢، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٣.
- ١٩- د. الهام عبد حسن العاقل، البطلان في قانون الاجراءات الجزائية اليمني (دراسة مقارنة)، ط١، مركز المعلومات والتأهيل لحقوق الإنسان، الجمهورية اليمنية، ٢٠٠٦.
- ٢٠- د. أمال عبد الرحيم عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٩١.
- ٢١- د. ايمن رمضان الزيني، العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة وبدائلها (دراسة مقارنة)، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
- ٢٢- د. إيهاب عبد المطلب، الموسوعة الجنائية الحديثة في جرائم المخدرات (الدفع في جرائم المخدرات)، ط١، المركز القومي للإجراءات القانونية، القاهرة، ٢٠١١.

- ٢٣- إيهاب عبد المطلب، الموسوعة الجنائية في شرح الإجراءات الجنائية، ط٧، المركز القومي للإجراءات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥.
- ٢٤- د. براء منذر كمال، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٧.
- ٢٥- د. جاسم خريبط خلف، نحو تطورات في الإجراءات الجزائية، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧.
- ٢٦- د. جلال ثروت، أصول المحاكمات الجزائية، ج١، ط١، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٣.
- ٢٧- د. جلال ثروت، نظم الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٧.
- ٢٨- د. جمال شديد علي الخرباوي، حق المجني عليه في التنازل عن الدعوى الجنائية، ط١، المركز الوطني للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١١.
- ٢٩- جميل الشرقاوي، بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٥٦.
- ٣٠- جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج٥، ط١، دار المؤلفات القانونية، القاهرة، ١٩٤٢.
- ٣١- د. جواد الرهيمي، إحكام البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط٢، المكتب القانونية، بغداد، ٢٠٠٦.
- ٣٢- جواد الرهيمي، التكييف القانوني للدعوى الجنائية، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٦.
- ٣٣- جهاد محمد البريزات، الجريمة المنظمة (دراسة تحليلية)، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.
- ٣٤- د. حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون أصول المحاكمات الجنائية، ج١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨١.
- ٣٥- حسن منديل عبد الله السرياوي، الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي (دراسة مقارنة)، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٩.
- ٣٦- د. حسون عبد هجيج ومنتظر فيصل كاظم، سلطة المحكمة في التكييف القانوني للدعوى الجزائية (دراسة مقارنة)، ط١، دار السنهوري، بغداد، ص ٢٠١٥.

- ٣٧- د. حيدر ادهم عبد الهادي، أصول الصياغة القانونية، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.
- ٣٨- خالد عبد العظيم أبو غابه، كمال محمد عواد عوض، كرم مصطفى خلف الله، مدى حجية الشهادة والقرائن وضوابط مشروعيتها في الاثبات (دراسة مقارنة بين الأنظمة الإسلامية والأنظمة الوضعية)، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٣.
- ٣٩- خالد مرزوق سراج العتيبي، الجوانب الاجرائية في الشروع في الجرائم المعلوماتية (دراسة مقارنة)، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٤.
- ٤٠- د. خالد ممدوح إبراهيم، الاثبات الالكتروني في المواد الجنائية والمدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٢٠.
- ٤١- خالد ممدوح ابراهيم، الجرائم المعلوماتية، ط١، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٩.
- ٤٢- د. خالد وزاني، مناهج تفسير النصوص بين علماء الشريعة وفقهاء القانون، دار الجامعة الجديد للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٨.
- ٤٣- خليل البناء، بين القانون والمجتمع، ط١، دار امواج للطباعة والنشر، عمان، ٢٠١٢.
- ٤٤- رامي متولي القاضي، الوساطة كبديل على الدعوى الجنائية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٠.
- ٤٥- رمزي رياض عوض، الحقوق الدستورية في قانون الاجراءات الجنائية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
- ٤٦- د. رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصلاً وتحليلاً، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٧.
- ٤٧- د. رمسيس بهنام، النظرية العامة في القانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦.
- ٤٨- د. رمضان ابو السعود، المدخل إلى القانون وبخاصة المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٦.
- ٤٩- د. رؤوف عبيد، نظرية المصلحة في الطعن الجنائي (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديد، مصر، ٢٠١٠.

- ٥٠- زين العابدين بن غرم الله الغامدي، فقه التعامل مع الفتن، دار الهدى النبوي، مصر، ٢٠٠٦.
- ٥١- د. سامي النصرأوي، دراسة في أصول المحاكمات الجزائية، ج١، مطبعة السلام، بغداد، ١٩٧٦.
- ٥٢- سامي علي حامد، الجريمة المعلوماتية واجرام الانترنت، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٦.
- ٥٣- سلطان عبد القادر الشاوي، أصول التحقيق الاجرامي، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩.
- ٥٤- د. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١.
- ٥٥- د. سليمان عبد المنعم، أصول علم الاجرام والجزاء، ط١، المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٦.
- ٥٦- د. شادية إبراهيم مصطفى و د. احمد محروس علي، الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان في مرحلة المحاكمة، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٢.
- ٥٧- شامل حافظ شنان الموسوي، تعديل الدستور وأثره على نظام الحكم في الدولة، ط١، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، ٢٠١٧.
- ٥٨- صاحب عبيد الفتلاوي، السهل في شرح القانوني المدني (مدخل لدراسة علم القانون)، ج١، ط١، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠١١.
- ٥٩- د. صالح طليس، المنهجية في دراسة القانون، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.
- ٦٠- ضو القابسي، البطلان والفسخ والسقوط والانعدام، مجمع الأطرش للنشر والتوزيع، تونس، ٢٠١٧.
- ٦١- د. عادل يوسف الشكري، الأحكام العامة لإلغاء النص العقابي (دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة)، ط١، منشورات زين الحقوقية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠١٧.
- ٦٢- د. عادل يوسف الشكري، فن صياغة النص العقابي، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧.

- ٦٣- د. عاصم شكيب صعب، بطلان الحكم الجزائي نظرياً وعملياً (دراسة مقارنة). ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧.
- ٦٤- د. عباس الصراف وجورج حزبون، المدخل إلى علم القانون (نظرية القانون - نظرية الحق)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١.
- ٦٥- عبد الأمير العكيلي، أصول الإجراءات الجنائية في قانون أصول المحاكمات الجزائية، ج١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٥.
- ٦٦- عبد الأمير العكيلي ود. سليم إبراهيم حربة، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ج١، دار السنهوري، بغداد، ٢٠٠٨.
- ٦٧- د. عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مطبعة دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٨٩.
- ٦٨- عبد الحكم فودة، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٠.
- ٦٩- عبد الحكم فوده، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٦.
- ٧٠- عبد الحكم فوده، بطلان القبض على المتهم، دار الهدى للمطبوعات، الإسكندرية، ١٩٩٥.
- ٧١- عبد الحميد حميد الزرقة، قواعد البطلان بين النص والتطبيق، ط١، مكتب النيابة العامة، صنعاء، ٢٠٠٧.
- ٧٢- د. عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٠.
- ٧٣- د. عبد الحميد الشواربي، الدفع الجنائية، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
- ٧٤- د. عبد الحميد الشواربي، رسالة القضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٣.
- ٧٥- د. عبد العال الديربي ومحمد صادق اسماعيل، الجرائم الالكترونية (دراسة قانونية قضائية مقارنة)، ط١، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٢.
- ٧٦- عبد الصبور عبد القوي علي، منال عبد اللاه عبد الرحمن، المحكمة الرقمية والجريمة المعلوماتية (دراسة مقارنة)، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٢.

- ٧٧- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الحاسب الآلي والانترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٥.
- ٧٨- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مبادئ الاجراءات الجنائية في جرائم الكمبيوتر والانترنت، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٦.
- ٧٩- عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذجي (دراسة قانونية متعمقة في القانون المعلوماتي)، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٦.
- ٨٠- د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية، ط١، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٦٧.
- ٨١- د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، النظرية العامة للقاعدة الإجرائية الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨.
- ٨٢- د. عبد القادر الشخلي، الصياغة القانونية (تشريعاً، فقهاً، قضاءً، محاماة)، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٤.
- ٨٣- د. عبد القادر الشخلي، فن الصياغة القانونية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥.
- ٨٤- د. عبد اللطيف دحيه، د. عبد اللطيف والي، الجهود الدولية لإرساء عدالة جنائية دولية، دار الجنان للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٢٠.
- ٨٥- د. عبد الله علي الخياري، حجية الشهادة في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، مركز الامن للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦.
- ٨٦- د. عبد الله اوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري (التحري والتحقيق)، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٤.
- ٨٧- د. عبد الله سعيد فهد، المحاكم الخاصة والاستثنائية وأثرها على حقوق المتهم (دراسة تأصيلية مقارنة بالقوانين والمواثيق الدولية)، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٢.
- ٨٨- د. عبد الله عبد الكريم، جرائم المعلوماتية والانترنت (دراسة مقارنة)، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧.

- ٨٩- د. عبد المجيد محمود عبد المجيد، الفساد (تعريفه، صورته، علاقته بالأنشطة الاجرامية الاخرى)، ط١، ج١، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٤.
- ٩٠- د. عبد المجيد محمود عبد المجيد، المواجهة الجنائية للفساد في ضوء اتفاقية الأمم المتحدة والتشريع المصري (الجوانب الإجرائية والتعاون الدولي)، ج٣، ط٢، دار النهضة للنشر، القاهرة، ٢٠١٥.
- ٩١- عزمي عبد الفتاح، تسبب الإحكام وإعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ط٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
- ٩٢- د. عصام عفيفي حسين عبد البصير، تجزئة القاعدة الجنائية دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقہ الجنائي الإسلامي، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.
- ٩٣- د. عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة)، ط١، دار الكتب العلمية، لبنان، ٢٠١٤.
- ٩٤- علي جبار صالح الحسيناوي، جرائم الحاسوب والانترنت، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٨.
- ٩٥- د. علي رمضان علي بركات، الوسيط في شرح نظام القضاء السعودي الجديد رقم (٧٨) لسنة ١٤٢٨، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٢.
- ٩٦- د. علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية (دراسة مقارنة)، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧.
- ٩٧- علي عثمان نجرادي، باب الوصول إلى علم الأصول، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٨.
- ٩٨- د. عمار عباس الحسيني، موجز علم الاجرام وعلم العقاب، ط١، دار المرتضى، لبنان، ٢٠١٦.
- ٩٩- د. عمر ابو الفتوح عبد العظيم، الحماية الجنائية للمعلومات المسجلة إلكترونياً، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
- ١٠٠- عواد حسين ياسين العبيدي، إلزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون، ط١، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٦.

- ١٠١- د. عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية بأتباع الحكمة التشريعية من النصوص، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٩.
- ١٠٢- د. عودة يوسف سلمان الموسوي، جريمة استهداف إثارة الحرب الأهلية عبر وسائل الإعلام (دراسة مقارنة)، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨.
- ١٠٣- د. عوض محمد، تعليقات على أحكام القضاء (دراسة مقارنة نقدية لبعض أحكام محكمة النقض)، دار الشروق، القاهرة، ٢٠١٧.
- ١٠٤- د. عويد مهدي، نظرية البطلان في نظام الإجراءات الجزائية السعودي (دراسة مقارنة)، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٣.
- ١٠٥- د. غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١.
- ١٠٦- د. غنام محمد غنام، نظرية الانعدام في الاجراءات الجزائية، ط١، مجلس النشر العلمي - التأليف والتعريب والنشر، الكويت، ١٩٩٩.
- ١٠٧- طلال عبد الحسين البدراني، الشرعية الجزائية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٢.
- ١٠٨- د. طلعت يوسف خاطر، نظرية الانعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٥.
- ١٩- د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، القاهرة، ١٩٩٧.
- ١١٠- د. فخري عبد الرزاق صلبى الحديثي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٩.
- ١١١- فرج علواني هليل، الدفوع في المواد المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
- ١١٢- د. فواز عبابنه، وقف التنفيذ في القانون الجنائي، مركز الكتاب الاكاديمي، عمان، ٢٠١٦.
- ١١٣- فوزية عبد الستار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبنانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧.

- ١١٤- د. فوزية عبد الستار، شرح قانون الاجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات، ج ١، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
- ١١٥- د. كريم منشد خنياب، جرائم النصب والاحتيال وعلاقتها بالجرائم المشابهة لهما في القانون الجنائي (دراسة قانونية مقارنة)، دار علق للنشر، عمان، ٢٠١٥.
- ١١٦- د. كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠.
- ١١٧- د. كمال عبد الواحد الجوهري، موسوعة مقومات التمييز والكفاءة في أداء أعمال المحاماة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥.
- ١١٨- لفتة هامل العجيلي، حق السرعة في الاجراءات الجزائية، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢.
- ١١٩- د. لؤي عبد الله نوح، مدى مشروعية المراقبة الالكترونية في الإثبات الجنائي، ط ١، مركز الدراسات العربية، مصر، ٢٠١٨.
- ١٢٠- د. مأمون محمد سلامة، الاجراءات الجنائية في التشريع المصري، ج ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
- ١٢١- د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- ١٢٢- د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، ج ١، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٢.
- ١٢٣- د. مجيد خضر احمد السبعواوي وكوفند جوتيار محمد، الافراج عن المتهم في الدعوى الجزائية (دراسة مقارنة)، ط ١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٧.
- ١٢٤- محمد امين احمد الشوابكة، جرائم الحاسوب والانترنت، ط ٤، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١.
- ١٢٥- د. محمد جمال مطلق، المخل لدراسة القانون (دراسة مقارنة)، ط ١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٢.

- ١٢٦- د. محمد حسام محمود لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء الفقه واحكام القضاء، ط ٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
- ١٢٧- محمد حسن منصور، نظرية القانون، مطبعة الانتصار، الاسكندرية، ٢٠٠٢.
- ١٢٨- محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، ط٧، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
- ١٢٩- د. محمد شريف احمد، تفسير النصوص المدنية (دراسة مقارنة بين الفقهاء المدني والإسلامي)، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد، ١٩٨٢.
- ١٣٠- د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩.
- ١٣١- د. محمد عبد اللطيف فرج، السياسة الجنائية المعاصرة واتجاهات تطوير القانون الجنائي ودعم التعاون الدولي، ط١، مطبعة الشرطة، القاهرة، ٢٠١٣.
- ١٣٢- د. محمد عبد اللطيف عبد العال، مفهوم المجني عليه في الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
- ١٣٣- محمد عبد الله ابو بكر سلامة، جرائم الكمبيوتر والانترنت، منشأ المعارف، الاسكندرية ٢٠٠٦.
- ١٣٤- محمد علي سكيكر، الجريمة المعلوماتية وكيفية التصدي لها، كتاب الجمهورية، مصر، ٢٠١٠.
- ١٣٥- د. محمد فوزي ابراهيم، دور الرضا في قانون الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤.
- ١٣٦- محمد كامل إبراهيم، النظرية العامة للبطلان في قانون الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩.
- ١٣٧- د. محمد مرهج الهيتي، الجريمة المعلوماتية (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٤.

- ١٣٨- د. محمد يوسف علام، شهادة الشهود كوسيلة اثبات امام القضاء الإداري بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٢.
- ١٣٩- د. محمود عبد علي حميد الزبيدي، النظام القانوني لانقضاء الدعوى الإدارية من دون الحكم بالموضوع (دراسة مقارنة)، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨.
- ١٤٠- د. محمود نجيب حسني، الاختصاص والاثبات في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
- ١٤١- د. محمود نجيب حسني، شرح الإجراءات الجنائية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
- ١٤٢- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، ط٦، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩.
- ١٤٣- د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦.
- ١٤٤- د. مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم، الأمر الجنائي (دراسة تحليلية مقارنة بين التشريع المصري والفرنسي طبقاً لأحداث التعديلات المدخلة بالقانون رقم (١٧٤) لسنة ١٩٩٨)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
- ١٤٥- د. مصطفى عبد الباقي، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، بيرزيت وحدة البحث والنشر، فلسطين، ٢٠١٥.
- ١٤٦- مؤيد عبد حسن العزي، حق المتهم في محاكمة عادلة (دراسة مقارنة وتطبيقية)، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٢٠.
- ١٤٧- د. نائلة عادل محمد فريد قوره، جرائم الحاسب الاقتصادية (دراسة نظرية وتطبيقية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ١٤٨- د. نادرة محمود سالم، السياسة المعاصرة ومبادئ الدفاع الاجتماعي من منظور إسلامي مع تطبيقات من الشريعة الإسلامية في مكافحة الجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
- ١٤٩- د. نبيل اسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الاجرائية في قانون المرافعات، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٠.

- ١٥٠- نبيل عبد الفتاح، الارهاب الالكتروني والقوة في العلاقات الدولية، مركز الدراسات السياسية والاستراتيجيات، القاهرة، ٢٠٠٩.
- ١٥١- نبيلة هبه هروال، الجوانب الاجرائية لجرائم الانترنت في مرحلة جمع الاستدلالات (دراسة مقارنة)، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧.
- ١٥٢- د. نجيب السلطاني، معايير إجراءات التحري والاستدلال عن الجريمة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٤.
- ١٥٣- نهلة عبد القادر المؤمني، الجرائم المعلوماتية، ط٢، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.
- ١٥٤- د. هلاي عبد اللاه احمد، التزام الشاهد بالأعلام في الجريمة المعلوماتية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
- ١٥٥- د. هلاي عبد اللاه احمد، الجوانب الموضوعية والاجرائية للجرائم المعلوماتية على ضوء اتفاقية بودابست الموقعه في ٢٣ نوفمبر ٢٠٠١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
- ١٥٦- د. وائل عبد الحسن الشافي، مشكلة النقص في القانون بين المذاهب الفلسفية والشرائع القانونية (دراسة مقارنة)، المكتب الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٩.
- ١٥٧- د. واثبة داود السعدي، الأسس النظرية لعلمي الاجرام والسياسة الجنائية، مطبعة ديانا، بغداد، ١٩٩٠.
- ١٥٨- د. وعدي سليمان علي المزوري، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية "الجزاءات الإجرائية"، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.
- ١٥٩- يسر أنور علي، القاعدة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.

ثالثاً: الرسائل والاطاريح الجامعية

- ١- ابتسام بغو، اجراءات المتابعة الجزائية في الجريمة المعلوماتية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي، الجزائر، ٢٠١٦.
- ٢- إبرار محمد حسين، الموازنة بين المصلحة الخاصة والعامة في ضوء القانون الجنائي والدستوري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة، جامعة البصرة، ٢٠١٤.

- ٣- ابراهيم محمد حمود الزيداني، اجراءات الاستدلال والتحقيق الابتدائي في الجرائم الالكترونية واثرها على حجية ادلة الاثبات (دراسة شرعية وقانونية مقارنة)، اطروحة دكتوراه، جامعة فطاني، تايلند، ٢٠١٩.
- ٤- أيمن صباح جواد راضي اللامي، مدى سلطة المحكمة في تعديل نطاق الدعوى الجزائية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٧.
- ٥- برهان شلال، القرار الإداري المنعدم، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي، الجزائر، ٢٠١٧.
- ٦- جميلة مصطفى احمد زيد، بدائل الدعوى الجزائية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة القدس، فلسطين، ٢٠١١.
- ٧- حمد علي الدباني النعيمي، بطلان اجراءات التحقيق الابتدائي في قانون الاجراءات الجزائية في دولة الامارات والنظام السعودي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى الدراسات العليا قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، ٢٠٠٥.
- ٨- خالد رمزي محمود، مستقبل السياسة الجنائية التشريعية، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٦.
- ٩- ذنايب آسيه، الآليات الدولية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الاخوة منقوري- قسنطينة، الجزائر، ٢٠١٠.
- ١٠- صابرين ناجي المشهداني، البنيان القانوني للنص الإجرائي الجزائي، أطروحة مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة تكريت، ٢٠١٩.
- ١١- صغير يوسف، الجريمة المرتكبة عبر الانترنت، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، ٢٠١٣.
- ١٢- عباس حكمت فرحان الدركلي، القوة التنفيذية للأحكام الجزائية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٣.
- ١٣- طاهري عبد المطلب، الاثبات الجنائي بالأدلة الرقمية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، الجزائر، ٢٠١٥.

- ١٤- عبد العزيز محمد العبد اللطيف، أحكام البطلان في نظام المرافعات السعودي على ضوء الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى الدراسات العليا قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٤.
- ١٥- علي عبد الحسين منصور، فكرة الحكم المنعدم في قانون المرافعات، رسالة ماجستير قدمت إلى كلية القانون والسياسة، جامعة البصرة، ٢٠١٥.
- ١٦- عمار رجب معيش الكبيسي، المصلحة المعتبرة في قواعد واجراءات الخصومة الجزائية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة تكريت، ٢٠١٥.
- ١٧- فاضل عواد محييد الدليمي، ذاتية القانون الجنائي، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٦.
- ١٨- فردوس الروشي، التسوية والتفاوض في قانون الاجراءات الجنائية (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٣.
- ١٩- كاظم عبد الله الشمري، تفسير النصوص الجزائية (دراسة مقارن بالفقه الاسلامي)، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١.
- ٢٠- ماهر ابو العينين، دعوى البطلان الاصلية، مجلة المحاماة تصدرها نقابة المحامين، جمهورية مصر العربية، العدد (١)، ٢٠٠١.
- ٢١- محمد سالم لهيمص، الفراغ التشريعي في إحكام المناقصات العامة في العراق، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة المستنصرية، ٢٠١٥.
- ٢٢- محمد سالم محمود، الدفع بعدم القبول في الدعوى المدنية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القدس، فلسطين، ٢٠١٧.
- ٢٣- محمد مردان علي محمد البياتي، المصلحة المعتبرة في التجريم، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٢.
- ٢٤- مشاري عادل، المنطق القضائي ودوره في ضمان سلامة الحكم الجزائي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكرة، الجزائر، ٢٠١٠.

- ٢٥- مصطفى احمد سغفان، تفسير النصوص الجنائية في ضوء احكام القضاء المصري، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٢.
- ٢٦- ميثم فالح حسين، القصور التشريعي في قانون العقوبات العراقي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهريين، ٢٠١٨.
- ٢٧- نداء نائل فايز المصري، خصوصية الجرائم المعلوماتية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠١٧.
- ٢٨- نور الدين هشام، التصدي الإجرائي للجريمة الالكترونية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي غياض، مراكش، ٢٠١٦.
- ٢٩- هدى عباس محمد رضا، الإسناد في القاعدة الجنائية الإجرائية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٩.
- ٣٠- وردى طيب، الاختصاص القضائي في جرائم الانترنت، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة دكتور مولاي الطاهر، الجزائر، ٢٠١٥.

رابعاً: البحوث العلمية

- ١- د. إبراهيم مزعد، الوساطة في المادة الجزائية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحيى فارس، الجزائر، المجلد (٣)، العدد (١)، ٢٠١٥.
- ٢- احمد برهم رسول ومجيد خضر احمد السبعوي، دور القياس والعرف لإتمام الأدلة الناقصة في الإثبات الجنائي على الصعيد الوطني والدولي، مجلة جامعة جيهان-أربيل للعلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد (٤)، العدد (٢)، ٢٠١٩.
- ٣- احمد صباح غدير حسن، الحكم القضائي المنعدم، مجلة جامعة تكريت للحقوق، جامعة تكريت، المجلد (٢)، العدد (١)، ٢٠١٧.
- ٤- د. احمد فتحي سرور، المشكلات المعاصرة للسياسة الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، مصر، المجلد (٢٦)، عدد خاص، ١٩٨٣.
- ٥- أمنة فارس حامد و د. سلام عبد الزهرة عبد الله، المعايير العامة للصياغة التشريعية (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد (٤)، ٢٠١٧.

- ٦- بئينه حبيباتي، معوقات مكافحة الجريمة المعلوماتية، مجلة العلوم الانسانية، جامعة الاخوة منتوري، الجزائر، المجلد (أ)، العدد (٥٠)، ٢٠١٨.
- ٧- براء منذر كمال عبد اللطيف وناظر احمد منديل، التعاون القضائي الدولي في مواجهة جرائم الانترنت، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الاول تحولات القانون العام في مطلع الالفية الثالثة، كلية القانون، جامعة تكريت، ٢٠٠٩.
- ٨- د. براء منذر كمال عبد اللطيف وعثمان غازي صالح، أنواع تسليم المراقب وصلته بالتحريض السوري، مجلة جامعة تكريت للحقوق، جامعة تكريت، المجلد (٢)، العدد (٢)، ٢٠١٨.
- ٩- بدري العلام، الوقاية من الاجرام في السياسة الجنائية المعاصرة، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، العدد (٢٢)، ١٩٩٩.
- ١٠- د. تميم طاهر احمد الجادر وسيف صالح مهدي العكيلي، الضرورة والتناسب في القاعدة الجنائية، مجلة السياسة والدولية، الجامعة المستنصرية، العدد ٢٤، ٢٠١٤.
- ١١- جاسم خريبط خلف، التفتيش في الجرائم المعلوماتية، مجلة الخليج العربي، جامعة البصرة، المجلد (٤١)، العدد (٤٣)، ٢٠١٤.
- ١٢- جبل العيد، التفاوض على الاعتراف، مجلة الدراسات والبحوث، جامعة الجزائر، المجلد (٣)، العدد (١)، ٢٠١٨.
- ١٣- د. حسين عبد القادر معروف، بطلان التبليغات القضائية في قانون المرافعات المدنية العراقي، مجلة الخليج العربي، المجلد (٣٧)، العدد (٤-٣)، ٢٠٠٩.
- ١٤- د. حسين عبد علي عيسى، المبادئ الدستورية للسياسة الجنائية، مجلة كوفاري زانكوي سليمان به شي، جامعة سليمان، العدد (١٧)، ٢٠٠٦.
- ١٥- خالد بالجيلالي، الاختصاص السلبي للمشرع والرقابة الدستورية عليه (دراسة مقارنة)، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة ابن خلدون- تيارت، العدد (٦)، ٢٠١٧.
- ١٦- د. خيري عبد الفتاح السيد البتاتوني، نظرية الانعدام الاجرائي في قانون المرافعات، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية، العدد (١)، ٢٠١٢.

- ١٧- رزوق حكيم، الفرق بين البطلان وبين غيره من الجزاءات في قانون الاجراءات المدنية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة بليده، الجزائر، المجلد (٥)، العدد (١٠)، ٢٠١٦.
- ١٨- سرى حارث عبد الكريم و د. حيدر طالب الإمارة، ضوابط الرقابة على الإغفال التشريعي (دراسة مقارنة)، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العدد (٤)، ٢٠١٩.
- ١٩- د. سعد جبار السوداني، القصور في الصياغة التشريعية (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق، جامعة المستنصرية، العدد (١١)، ٢٠١٢.
- ٢٠- د. سعد صالح شكصي، سهى حميد سليم، دور الشاهد في حسم الدعوى الجزائية، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العدد (١٣)، ٢٠١٥.
- ٢١- د. سمير داود سلمان، الإغفال التشريعي وإمكانية فرض الرقابة القضائية عليه في العراق، مجلة كلية القانون، جامعة النهرين، العدد (٤)، ٢٠١٩.
- ٢٢- د. سومية عكور، الجرائم المعلوماتية وطرق مواجهتها (قراءة في المشهد القانوني والامنّي)، بحث منشور في الملتقى العلمي للجرائم المستحدثة في ظل المتغيرات والتحويلات الاقليمية والدولية، كلية العلوم الاستراتيجية، عمان، ٢٠١٤.
- ٢٣- شاکر نوري إسماعيل، أصول الصياغة التشريعية للقاعدة الإجرائية الجزائية، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العدد (٦)، ٢٠١٩.
- ٢٤- د. شنين صالح التسليم المراقب في التشريع الجزائري، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن، الجزائر، المجلد (١٢)، العدد (٠٢)، ٢٠١٥.
- ٢٥- عادل يوسف عبد النبي الشكري، الجريمة المعلوماتية وأزمة الشرعية الجنائية، مجلة دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، المجلد (١)، العدد (٧)، ٢٠٠٨.
- ٢٦- عبد الناصر محمد محمود ومحمد عبيد سيف سعيد، الاثبات الجنائي بالأدلة الرقمية من الناحيتين القانونية والفنية (دراسة تطبيقية مقارنة)، بحث مقدم الى المؤتمر العربي الاول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، ٢٠٠٧.
- ٢٧- عثمانية لخميسي، التفسير في المادة الجنائية وأثره على حركة التشريع، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر - بسكرة، العدد (٧)، ٢٠٠٥.

- ٢٨- د. عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات إعداد التشريع وصياغته، مجلة التشريع والقضاء، العدد الأول، ٢٠١٣.
- ٢٩- علي عدنان الفيل، بدائل الدعوى الجزائية (دراسة مقارنة)، مجلة اريد للبحوث والدراسات، جامعة اريد الاهلية، المجلد (١٥)، العدد (١)، ٢٠١١.
- ٣٠- د. عماد الفقي، الاتجاهات الحديثة في ادارة الدعوى الجنائية (دراسة في النظام الاجرائي الفرنسي)، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة مدينة السادات، مصر، المجلد (٢)، العدد (١)، ٢٠١٦.
- ٣١- د. فاضل زيدان محمد، فلسفة الإجراءات الجنائية (أهميتها وأساسها وخصائصها)، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، جمعية القانون المقارن العراقية، جامعة بغداد، العدد ٣٨، السنة ٢٠٠٥.
- ٣٢- د. فارس علي عمر، سقوط الحق في مباشرة الإجراء القضائي "دراسة مقارنة"، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، مجلد (٢)، العدد (٢٥)، ٢٠٠٥.
- ٣٣- قصي علي عباس، مدى امكانية تطبيق نصوص القانون الجنائي على الجرائم المعلوماتية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلد (٢١)، العدد (٢)، ٢٠١٩.
- ٣٤- د. كاظم عبد الله حسين وشاكر نوري اسماعيل، اصول الصياغة التشريعية للقاعدة الاجرائية الجزائية، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، المجلد (٣٤)، العدد (٥)، ٢٠١٩.
- ٣٥- كافي زعير شنون البدري، انعدام الأحكام، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلد (١٦)، العدد (١).
- ٣٦- لوز عواطف، الاجراءات الجزائية الموجزة في ميزان مبادئ المحاكمة العادلة (الأمر الجزائي انموذجاً)، مجلة دفاثر السياسة والقانون، جامعة الإخوة، منتوري - قسنطينة، الجزائر، العدد (١)، ٢٠٢٠.
- ٣٧- د. ليث كمال نصرالدين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الإصلاح القانوني، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع (القانون... أداة للإصلاح والتطوير)، العدد (٢)، ٢٠١٧.
- ٣٨- محمد امين البشري، التحقيق في جرائم الحاسب الالي، بحث مقدم الى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، الامارات العربية المتحدة، ٢٠٠٤.
- ٣٩- د. محمد يحيى أحمد عطيه، العيب الإجرائي وأثره على صحة إجراءات الخصومة القضائية "دراسة مقارنة"، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، جامعة الأزهر، المجلد (٣٤)، العدد (٣٤)، ٢٠١٨.

- ٤٠- مشتاق طالب وهيب، مفهوم الجريمة المعلوماتية ودور الحاسوب في ارتكابها، مجلة العلوم القانونية، جامعة ديالى، المجلد (٣٠)، العدد (١)، ٢٠١٤.
- ٤١- د. مصطفى إبراهيم العربي خالد، القياس في مسائل التجريم والجزاء (نظرة في حقيقة القياس ودوره في استنباط الأحكام)، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد (٢٢)، ٢٠٢٠.
- ٤٢- منتظر فيصل كاظم، د. حسون عبيد هجيج، تأويل النصوص الجزائية (دراسة مقارنة) كلية المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، المجلد (٩)، العدد (٤)، ٢٠١٧.
- ٤٣- موطئ مسعود رحومة، الاشكاليات الاجرائية التي تثيرها الجريمة المعلوماتية غير الوطنية، مقال مقدم الى المؤتمر المغاربي الاول حول المعلوماتية والقانون، اكااديمية الدراسات العليا، ليبيا، ٢٠٠٩.
- ٤٤- د. ميسون خلف محمد الحمداني، مشروعية الأدلة الالكترونية في الاثبات الجنائي، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العدد (٢)، ٢٠١٦.
- ٤٥- نصر الدين مروك، عب الإثبات في المسائل الجنائية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، جامعة بن يوسف بن خده الجزائر، العدد (٣)، ٢٠٠١.
- ٤٦- نور الهدى محمودي، حجية الدليل الرقمي في اثبات الجريمة المعلوماتية، مجلة الباحث في الدراسات الاكاديمية، جامعة باتنة، العدد (١١)، ٢٠١٧.
- ٤٧- هناء الحميد إبراهيم بدر، حق التقاضي بين الضمانات والقيود الإجرائية من منظور العدالة والمساواة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، العدد (١)، ٢٠١٣.
- ٤٨- هناء محمد الجبوري، التسوية الجزائية طريقة مستحدثة في حسم الدعوى الجزائية، مجلة الكلية الاسلامية الجامعة، النجف، المجلد (٢)، العدد (٤٠)، ٢٠١٦.

خامساً: المواقع الالكترونية

- ١- احمد أبو الزين، انعدام الحكم القضائي، بحث منشور على الموقع الالكتروني: <https://m.facebook.com/keswalawyers/post3/5306828>.
- ٢- احمد ابو الزين، حالات انعدام القرار مع الاجهادات للهيئة العامة الناظمة حول دعوى الانعدام، بحث منشور على الموقع الالكتروني (<https://m.facebook.com/story.php2 php? stor fbid=53068>).

- ٣- احمد أبو زنت، وسائل قانونية بديلة ومستحدثة لمواجهة ازمة العدالة الجنائية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: (<https://www.mohamah.net>).
- ٤- د. احمد براك، ازمة العدالة الجزائية (الاسباب وسبل العلاج)، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: (<https://www.ahmadbarak.p5>).
- ٥- أشرف خليل رويه، تداخل الولاية القضائية مع الاختصاص القضائي بالمملكة، مقال منشور على الموقع الإلكتروني (<http://www.mohamoon-montada.com>).
- ٦- تفسير النصوص الجنائية (قواعد تفسير نصوص التجريم والعقاب)، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: (<http://lawinterpretation.html/https://www.criminallaw.site/20/2020>).
- ٧- رحيم العكيلي، شهادات الشهود بمواجهة المتهم وحضوره، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: (<https://facebook.com/story.php?story-fbid=333894>).
- ٨- رشيد عبيد الرحمن، بدائل الدعوى العمومية، مقال منشور على موقع العلوم القانونية الإلكتروني: (<https://www.marocdroit.com>).
- ٩- رضا محمد هلال، الجرائم الإلكترونية تتحدى عصر العولمة، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: (<https://www.alkhaleej.ae>).
- ١٠- روان الشامي، انعدام الأحكام، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: (<https://law-esaw.y007.com>).
- ١١- سالم روضان الموسوي، ماهية الأحكام والقرارات في القضاء الدستوري (قرارات المحكمة الاتحادية العليا في العراق انموذجاً)، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: (<https://www.iraqfsc.ig>).
- ١٢- صخري محمد، بحث شامل حول ماهية علم الاجرام، بحث منشور على الموقع الموسوعة الجزائرية للدراسات السياسية والاستراتيجية: (<https://www.politics.dz.com>).
- ١٣- د. عادل عامر: الجريمة المعلوماتية وسيادة الدولة، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: (<https://www.alfaraena.com>).

- ١٤- د. عادل عامر، المصلحة الاجتماعية هي درء المفسدات والوقاية، مقال منشور في الصحيفة الإلكترونية دنيا الوطن على الموقع الإلكتروني: (<https://pulpit.alwatanvoice.com>).
- ١٥- د. عادل عامر، فقدان آثار الجريمة الإلكترونية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: (<https://elsada.net190805>)
- ١٦- عبد الجليل مفتاح، مبادئ المحاكمة العادلة في دساتير المغرب العربي، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: (<https://revues.univ.ouargla.dz>).
- ١٧- د. عبد الله سعيد علي الذبحاني، الانعدام وموقف الفقه القانوني العربي، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: (<http://www.ypcla.org>).
- ١٨- علاء رضوان، مدى قانونية رفع الدعوى على شخص متوفي، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: (<https://www.youm7.com>).
- ١٩- عماد عبد الله، الأصول الجزائية والمرافعات المدنية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني لمجلس القضاء الأعلى: (<https://www.hjc.iq>).
- ٢٠- د. غنام محمد غنام، نظرية الانعدام في الإجراءات الجنائية (في القانون المصري والقانون الكويتي)، بحث منشور عن الموقع على الموقع الإلكتروني: (<https://www.shaimaaatalla.com>).
- ٢١- فارس حامد عبد الكريم، القصور التشريعي (بحث في فلسفة القانون الوضعي)، بحث منشور على الموقع الإلكتروني (<https://hifati.yoo7.com/ty4519:topic>)
- ٢٢- فاضل عواد محمد الدليمي، تمييز الدعوى الجنائية عن غيرها من الدعاوى، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: (<https://www.almerja.com>).
- ٢٣- د. فيصل كرامات، الوساطة الجنائية على ضوء التشريعات المقارنة، بحث منشور على موقع مجلة القانون والاعمال الدولية: (<https://www.droitentreprise.com>).
- ٢٤- كمال جنيات، نظرية الانعدام وحالاته، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: (<https://www.znopia.com>).
- ٢٥- ماجد احمد الزامل، تأثير العدالة الجنائية على الأمن الاجتماعي، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: (<https://m.ahewar.org>).

٢٦- ماهية الجريمة المعلوماتية وخصائصها، بحث منشور على الموقع الإلكتروني [. \(https://universitylifestyle.net\)](https://universitylifestyle.net).

٢٧- مروة أبو العلا، الصياغة القانونية في التشريع المصري، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: [. \(https://www.mohamah.net\)](https://www.mohamah.net).

٢٨- مجدي احمد عزام، حالات انعدام الأحكام وبطلانها، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: [. \(https://www.mohamoon-montada.com\)](https://www.mohamoon-montada.com).

٢٩- محمد انور حلمي، انعدام الحكم القضائي باختصار وسلسلة، ص ١، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: [. \(https://lawerdotolog.wordpress.com\)](https://lawerdotolog.wordpress.com).

٣٠- د. محمد ناجي، حق الدولة بالعقاب أصل في مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، مقال منشور على الموقع الإلكتروني [. \(https://www.maghress.com/cawalisse/67461\)](https://www.maghress.com/cawalisse/67461).

٣١- مشروع قانون حماية الطفل العراقي منشور على الموقع الإلكتروني: [. \(https://shakirycharity.org\)](https://shakirycharity.org).
معجم اللغة العربية المعاصر، منشور على الموقع الإلكتروني [. \(https://www.alaany.com\)](https://www.alaany.com).

٣٢- د. مفيد عبد الجليل الصلاحي، البطلان في قانون الاجراءات الجزائية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني [. \(https://m.facebook.com/story.php?stor-fbid=189\)](https://m.facebook.com/story.php?stor-fbid=189).

٣٣- د. نوفل علي عبد الله الصفو، الحماية الجنائية للحقوق والحريات، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: [. \(https://portal.arid.my/ar-ly/posts/details\)](https://portal.arid.my/ar-ly/posts/details).

٣٤- د. وليد طه، التنظيم التشريعي للجرائم الإلكترونية في اتفاقية بودابست، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: [. \(https://www.lasportal.Org\)](https://www.lasportal.Org).

سادساً: القرارات القضائية

- ١- قرار محكمة النقض المصرية، رقم (١٤٣)، المؤرخ في ١١ نوفمبر، مجموعة القواعد القانونية، ١٩٤٠.
- ٢- قرار محكمة النقض المصرية المرقم (٣٨١) المؤرخ ١٦ يونيو ١٩٤٧، مجموعة ج ٩.
- ٣- قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٨ تشرين الأول، مجموعة القواعد القانونية، س ٣، ١٩٥١.
- ٤- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٥٩٠) المؤرخ ١٨/١/١٩٥٥.

- ٥- قرارات محكمة النقض المصرية، الطعن رقم (٤٣) لسنة (٢٦) قضائية، المؤرخ ١٩٥٦/٣/٢٠، مكتب فني، س ٧، ق ١٢٢.
- ٦- قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ٢٥ شباط، مجموعة احكام محكمة النقض، العدد ٥٩، ١٩٥٨.
- ٧- قرارات محكمة النقض المصرية، الطعن رقم (١٧٧٩) لسنة (٣٧) قضائية، المؤرخ ١٩٦٧/١٢/٤، مكتب فني، س ١٨، ق ٢٥٤.
- ٨- قرار محكمة النقض المصرية رقم (١٢٣) المؤرخ ١٩٧٥/٦/٢٢، س ٢٦.
- ٩- قرار محكمة النقض المصرية الطعن رقم (٣٢) المؤرخ ١١ شباط مجموعة أحكام محكمة النقض، ١٩٩١.
- ١٠- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (١٦٥ / موسعة جزائية / ٢٠٠٦) المؤرخ في ٢٠٠٧/٣/١٢.
- ١١- نقض جنائي، الطعن رقم (٩٨٧٠) لسنة ٨٠ قضائية، المؤرخ ٢٠١١/١/١٢، المكتب الفني، س ٦٢.
- ١٢- قرار محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية، رقم ٢٠٠ / ت/ جزائية، المؤرخ ٢٠١٢/٥/٢٤.
- ١٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٣٤٧/٣٤٦) الهيئة الموسعة المدنية المؤرخ ٢٠١٦/١١/٢٨.
- ١٤- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (١٣/ الهيئة العامة)، المؤرخ ٢٠٢٠/٦/٣.

سابعاً: التشريعات

أ- الدساتير

- ١- دستور الولايات المتحدة الأمريكية ١٧٨٩ المعدل.
- ٢- الدستور الفرنسي ١٩٨٥ وتعديلاته.
- ٣- دستور الجمهورية الجزائرية الشعبية ١٩٩٦.
- ٤- دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥.
- ٥- الدستور الفلسطيني ٢٠٠٣ وتعديلاته.
- ٦- دستور جمهورية مصر العربية ٢٠١٤.

ب- القوانين العربية

- ١- قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.
- ٢- قانون العقوبات السوري رقم (١٤٨) لسنة ١٩٤٩ المعدل.
- ٣- قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري رقم (١١٢) لسنة ١٩٥٠ المعدل.
- ٤- قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل.
- ٥- قانون العقوبات الكويتي رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠.
- ٦- قانون الإجراءات الجنائية الجزائري رقم (٦٦-١٥٥) المؤرخ في ٨ يونيو ١٩٦٦ المعدل والمتمم.
- ٧- قانون المرافعات الجنائية التونسي رقم (٢٣) لسنة ١٩٦٨ المعدل.
- ٨- قانون الاثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨.
- ٩- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
- ١٠- قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
- ١١- قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.
- ١٢- قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
- ١٣- قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ المعدل.
- ١٤- قانون الصحة العامة رقم (٨٩) لسنة ١٩٨١ المعدل.
- ١٥- قانون الاجراءات الجزائية الاماراتي رقم (٣٥) لسنة ١٩٩٢.
- ١٦- قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠١.
- ١٧- قانون العقوبات العسكري رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٧.
- ١٨- قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٩) لسنة ٢٠٠٨.
- ١٩- قانون عقوبات قوى الأمن الداخلي رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٨.
- ٢٠- قانون الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الاعلام والاتصال ومكافحتها رقم (٠٩-٠٤) لسنة ٢٠٠٩.

- ٢١- قانون التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية السوري رقم (١٧) لسنة ٢٠١٢.
- ٢٢- قانون مكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب رقم (٣٩) لسنة ٢٠١٥.
- ٢٣- قانون أصول المحاكمات الجزائية العسكري رقم (٣٠) لسنة ٢٠١٧.
- ٢٤- قانون الادعاء العام رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٧.
- ٢٥- قانون المخدرات والمؤثرات العقلية رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٧.

ج- القوانين الأجنبية

- 1- Code de procedure penale francaise 1993.
- 2- Code penale francaise 1992.

د- الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية

- ١- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لسنة ٢٠٠٠
- ٢- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة ٢٠٠٣.
- ٣- مؤتمر الأمم المتحدة الحادي عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية بتاريخ ١٨/نيسان/٢٠٠٥، بانكوك.

ثامناً: المصادر الأجنبية

- 1- April, pattavina, information Technology and the criminal Justice System. 2nd ed. uk: sage publications, 2004.
- 2- Giacopelli, Muriel. "Les procedures alternatives aux poursuites" Revuede science criminelle et de droit penal compare 3(2012).
- 3- Jassim, Abdaul Saheb, The impact of criminal Policy in drafting The criminal rule (A comparative study) Palarchs Journal of Archaeology of Egypt/Egyptology. 17.7 (2020).
- 4- Leturmy Lanrece and derome Bossan. La comparution sur Re connaissance prealable de culpaabilite, diss Mission de recherchedroit et justice 2019.

The Republic of Iraq
Ministry of Higher Education and scientific Research
University of Misan
College of Law



Legislative deficiency in drafting the penal procedural rule

(Code of Criminal Procedure No. (23) of 1971, as amended as a model)

A thesis

*Submitted to the council of college of Law/ Misan University, in partial
fulfillment of the Requirements for obtaining Master's degree in public law*

By the Student

Dina Atiya Mashaf

Under the supervisor:

Dr. Ameel Jabbar Ashour

2021 A.D

1442 A.H

Summary

Summary

The criminal procedural rule is one of the rules that govern different areas of society, so the success of the procedural system for any country depends primarily on the absorption of these rules for the course of rapid development, provided that this system is based on the principle of procedural legitimacy, which constitutes the mainstay of the interests of society in general and the rights of and the freedoms of individuals in particular, and based on that, any legislative deficiency in these rules will lead to wasting the purpose for which they were set and reducing their effectiveness.

Based on the foregoing, the topic of the research aims to shed light on the problem of the legislative deficiency in the penal procedural rules, specifically the Code of Criminal Procedure No. 23 of 1971, which was amended, although many amendments have been made to this law, but it did not address the problem of the legislative deficiency because the legislator is He has followed the policy of partial amendment of the texts, and this in turn made the procedural rules unable to keep pace with developments in society, and whether this legislative deficiency was in the law itself, that is, it did not address a specific topic, regulating and its dimensions, or a legislative deficiency in the formulation of its texts, in addition To cases of conflict that occur in its texts or between it and other texts.

On the other hand, the cross-border technical and technical development of the criminal phenomenon and the transformations that took place at the local and international levels, generated the need to reconsider the law as a whole and to issue a new procedural law that takes into account the evolution of the rules of this law, whether it is in terms of the powers granted to the judicial authorities I believe in the procedures and mechanisms used to combat these crimes and keep pace with the trends of contemporary procedural policy.

Summary

Therefore, it is necessary to develop a general framework based on correct data that enables the legislator to set and develop the procedural policy, by following the sound foundations in formulating the penal procedural rules and keeping pace with the trends of contemporary politics and going to ways to develop alternatives in the penal procedural base, in addition to the role of interpretation in addressing the legislative deficiency. The researcher tried to shed light on all these aspects by dividing the plan into three chapters preceded by an introduction and we ended our research with a conclusion including the results and recommendations.