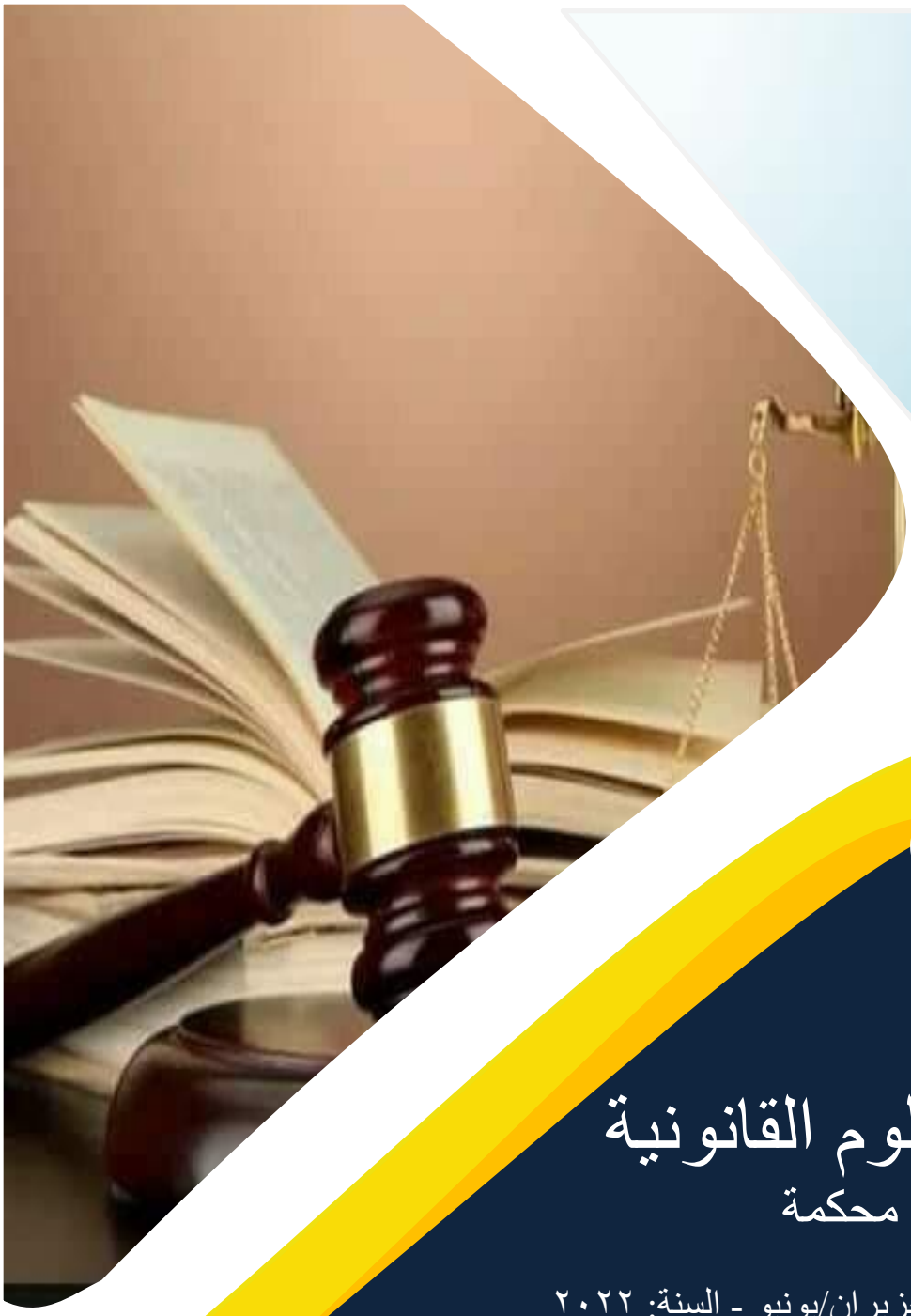

جامعة الفلوجة

كلية القانون

مجلة الباحث للعلوم القانونية

مجلة علمية محكمة

المجلد: الثالث - العدد: الاول- حزيران/يونيو - السنة: ٢٠٢٢

ISSN: 2706-5960
E-ISSN: 2706-5979

رقم الايداع (2409)

جامعة الفلوجة

كلية القانون

مجلة الباحث للعلوم القانونية

المجلد الثالث/العدد الأول/حزيران-يونيو- السنة ٢٠٢٢

ISSN(PRINT) : 2706-5960
ISSN(ONLINE) : 2706-5979
رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (٢٤٠٩) لسنة ٢٠٢٠

مجلة الباحث للعلوم القانونية

مجلة علمية محكمة، تنشر أبحاثاً متخصصة في علم القانون وفروعه، وتصدر بشكل نصف سنوي عن كلية القانون ـ جامعة الفلوجة، في شهر حزيران وشهر كانون الأول من كل عام.

ISSN(PRINT) : 2706-5960
ISSN(ONLINE) : 2706-5979

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (٢٤٠٩) لسنة ٢٠٢٠

العنوان:

جمهورية العراق، الأنبار، جامعة الفلوجة، كلية القانون، مجلة الباحث للعلوم القانونية

البريد الالكتروني:

بريد المراسلة: jrls@uofallujah.edu.iq

بريد الدعم الفني: law.journal@uofallujah.edu.iq

الموقع الالكتروني للمجلة:

/https://uofjls.net

الاشتراك بالمجلة:

يحدد الاشتراك السنوي في المجلة لداخل العراق وخارجه على أساس. (٥٠,٠٠٠) خمسون ألف دينار عراقي للمؤسسات والأشخاص داخل العراق، و(١٠٠$) مئة دولار للمؤسسات والأشخاص خارج العراق.

هيأة تحرير المجلة

رئيس التحرير:

أ. د. رائد ناجي احمد

أعضاء هيأة التحرير:

اسم التدريسي	جهة الانتساب
أ د. سعد حسين عبد الحلبوسي	كلية القانون جامعة الفلوجة– العراق
Pr.Jean–François Riffard	France / Ecole de droit UCA/droit privé
أ.د. محمد حسن علي القاسمي	كلية القانون / جامعة الإمارات/ الإمارات
أ. د. عادل ناصر حسين	كلية القانون / جامعة الفلوجة– العراق
أ.د. ميساء سعيد موسى	كلية القانون / جامعة ال البيت– الأردن
أ. د. سليمان براك دايح	كلية ألقانون جامعة الفلوجة– العراق
ا.د. خلفي عبد الرحمن	كلية القانون / جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية/ الجزائر
أ. د. صدام فيصل كوكز	كلية القانون جامعة الفلوجة– العراق
أ. د. خالد رشيد علي	كلية القانون / جامعة الفلوجة– العراق
أ.د. مصطفى المتولي قنديل	كلية القانون/جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا/ الإمارات
أ.د. احمد خلف الدخيل	كلية الحقوق/ جامعة تكريت – العراق
أ.د. وسن قاسم غني	كلية القانون جامعة بابل– العراق
أ.د. بشير جمعة عبد الجبار	كلية القانون والعلوم السياسية الجامعة العراقية – العراق
أ. د. محمد جياد زيدان	كلية القانون/ جامعة الفلوجة–العراق
أ.م. د. محمد خليل يوسف ابو بكر	كلية الحقوق/ جامعة الزيتونة /الأردن–
أ. م. د. نافع بحر سلطان	كلية القانون/ جامعة الفلوجة– العراق
أ.م.د. أسماعيل فاضل حلواص	كلية القانون/ جامعة الفلوجة– العراق
أ.م.د. عمر عبد الكريم جاسم	حوسبة سحابية / جامعة الفلوجة– العراق

قائمة المحتويات

العنوان	رقم الصفحة
الحماية الجزائية لسمعة الانسان من الاخبار الكاذب وشهادة الزور أ.م. خالد احمد علي احمد أ.د. آدم سميان ذياب الغريري	١٣-٥٢
الموائمة بين الالتزامات الدولية والتشريعات الداخلية للتصدي لجريمة الاتجار بالبشر أ.م.د خالد عواد حمادي العلواني	٥٣-٩٢
الحد من انبعاث الزئبق ومركباته في الغلاف الجوي وفقاً لاتفاقية ميناماتا بشأن الزئبق لسنة ٢٠١٣ أ.م.د. صلاح خيري جابر	٩٣-١٢٧
طبيعة قانون المحكمة الاتحادية العليا وقواعده الموضوعية أ.م.د. محمد عزت فاضل	١٢٩-١٦٣
القيمة القانونية للدليل الجنائي المستند الى إجراء معيب في التشريع العراقي أ.م.د. نغم حمد علي الشاوي	١٦٥-٢٠٩
مشكلة اختلاف الاصطلاحات القانونية في التشريعات التجارية العربية أ.م.د. سحر رشيد النعيمي	٢١١-٢٤٨
دور شركات وصناديق الاستثمار المالي في تكوين محفظة الاوراق المالية "دراسة مقارنة" د. اياد جواد محمد د. نورس عباس العبودي	٢٤٩-٣٠٠
حق المستهلك بالحصول على المعلومات في عقود المعلومات م. إخلاص مخلص إبراهيم	٣٠١-٣٥١
الالتزام بضمان سلامة الشخص الحاصل على تطعيم (كوفيد -١٩) م.م. اسماء عبد محمد	٣٥٣-٣٨٥

القيمة القانونية للدليل الجنائي المستند الى إجراء معيب في التشريع العراقي

أ.م.د. نغم حمد علي الشاوي

كلية القانون–جامعة الفلوجة – العراق

Doi:https://doi.org/10.37940/JRLS.2022.3.1.5

المستخلص

ولضمان صيانة الحقوق والحريات ولضمان الوصول الى الحقيقة المنشودة من وراء وضع القواعد القانونية المناسبة، احيطت تلك القواعد بجملة من الإجراءات الواجب اتخاذها من أجل تطبيق تلك القواعد، فضلاً عن مجموعة من الإجراءات التي وضعت للوصول الى الدليل الذي سيثبت أو ينفي الواقعة، أن يكون قد تم تحصيله عن طريق أحد تلك الإجراءات التي رسمها القانون بشكل واضح و مؤكد وصريح، الاَ أنه في بعض الاحيان قد يتم التوصل الى دليل من خلال اجراء باطل، أي مخالف للقانون، أو أن يكون ذلك الإجراء لم يستوف الشروط اللازمة من أجل اسباغ الصفة المشروعة عليه، فلهذا الموضوع أهمية كبيرة تتمثل في أن هناك عدد كبير من الأدلة التي تفيد في تسيير أو حسم الخصومة في الدعوى الجزائية، من ناحية الإثبات أو نفي التهمة عن المتهم، ولكن تكون متحصلة من إجراء معيب أو مخالف للقانون، أي أنه إجراء غير قانوني، وقد يتعدى هذا الإجراء على حرية الفرد وحقوقه المحمية قانوناً، فالهدف من البحث هو تسليط الضوء على مسألة استناد الدليل الى إجراء معيب، ذلك العيب الذي قد ينتاب تطبيق القواعد الإجرائية، وكيف عالج التشريع العراقي ذلك، وكيف أن القاعدة الإجرائية الخالية من الجزاء الواجب توافره لمواجهة الإجراء المعيب، يمكن أن تعالج العيب الإجرائي، وتوقف مصير الدليل المستند الى هكذا إجراء.

الكلمات المفتاحية: الدليل، اجراء معيب، قيمة قانونية، جزاء إجرائي

The Legal Value Of Criminal Evidence Based on a Defective Procedure in Iraqi legislation

Nagham H. AL Shawi
College of Law/ University of Fallujah

Abstract

for ensuring rights and freedoms and reaching to the truth behind setting appropriate legal rules, there are a set of procedures that should be taken in order to implement those rules, as well as a set of procedures that were developed to reach the evidence that will prove or disprove the incident, the evidence should be obtained through one of those procedures that the law clearly and explicitly drawn up. But, in some cases evidence may be reached through an invalid procedure or if that procedure did not meet the required conditions for making it valid. This issue is of great importance, in that there is a large number of evidences that is useful in conducting or resolving the criminal case in terms of proving or denying the accusation against the accused, but it is obtained from a defective procedure or a violation of the law, that is, it is an illegal procedure, this procedure may infringe on the freedom of the individual and the protected rights. This research highlights issue of reaching evidence through defective procedure and how the Iraqi legislator handled that, and how the procedural rule can assist in confronting and treating the defective procedure and stopping the evidence based on such a procedure.

Keywords: evidence, defective procedure, legal value, procedural penalty.

المقدمة

١. أهمية البحث

أن للفرد العديد من الحقوق والحريات الواجب احترامها من قبل الجميع، والتي يتولى القانون بحكم وظيفته حمايتها من كل ما يهددها بالاعتداء من خلال مجموعة من القوانين الموضوعية التي تحدد الافعال التي تمثل اعتداء يطال حقوق الفرد أو حريته والجزاء المناسب لها، والقوانين الإجرائية التي توضح وتحدد خطوات من الواجب اتخاذها للوصول الى الحقيقة، ولهذا الموضوع أهمية كبيرة تتمثل في أن هناك عددًا كبيرًا من الأدلة التي تفيد في تسيير أو حسم الخصومة في الدعوى الجزائية، من ناحية الإثبات أو نفي التهمة عن المتهم، ولكن تكون متحصلة من إجراء معيب أو مخالف للقانون، أي أنه إجراء غير قانوني، وقد يتعدى هذا الإجراء على حرية الفرد وحقوقه المحمية قانوناً، تلك الحقوق والحريات التي من الضروري المحافظة عليها من أي تعدي، فقد نصت المادة ٣ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام ١٩٤٨م على أن: (لكل فرد الحق في الحياة والحرية وفي الأمان على شخصه، ولكل فرد الحق في حرية التنقل وحرية الفكر والوجدان وحرية الرأي والتعبير)، سواء من قبل أفراد المجتمع أم من أفراد القضاء والجهات الساندة له، ومن أوجه المحافظة على حقوق الفرد وحرياته هـي عـدم استخدام إجراء باطل ضده، من خلال تمرير واعتماد دليل في الدعوى قائم على إجراء باطل.

فعنصر الجزاء يعدَ عنصراً جوهرياً في القاعدة القانونية، وبدونه لا تكون قاعدة قانونية، ذلك لأن تصادم الحقوق وتعارض الحريات ونشوء المنازعات بين الأفراد نتيجة مخالفة قواعد القانون، يوجب تدخل الدولة بسلطاتها لحماية حقوق الأفراد وإقرار حرياتهم وحسم المنازعات عن طريق الجزاء، والدولة اذا تدخلت بما لديها من وسائل إجبار مادي، تقر لكل فرد مصالحه المشروعة وتمكن القانون من فرض سلطانه وممارسة وظيفته وإدراك غرضه من ضبط النظام وتحقيق الاستقرار

والانسجام في الحياة الاجتماعية عن طريق التوفيق بين المصالح وتنسيقها، ولذا ينبغي أن تكون القاعدة القانونية ملزمة عن طريق إجبار مادي تمارسه الدولة في صورة جزاء ظاهر تفرضه السلطة العامة بما اوتيت من قوة، ونحن هنا في محور حديثنا عن شرعية الدليل المستند الى إجراء معيب، نحاول تسليط الضوء على عنصر الالزام في القاعدة الجزائية في التشريع العراقي.

٢. أهداف البحث

ولضمان صيانة الحقوق والحريات من خلال الوصول الى الحقيقة المنشودة من وراء وضع القواعد القانونية المناسبة، احيطت تلك القواعد بجملة من الإجراءات الواجب اتخاذها من أجل تطبيق تلك القواعد، اضافة الى مجموعة من الإجراءات التي وضعت للوصول الى الدليل الذي سيثبت أو ينفي الواقعة، على أن يكون قد تم تحصيله من طريق أحد تلك الإجراءات التي رسمها القانون بشكل واضح ومؤكد وصريح.

الاَ أنه في بعض الاحيان قد يتم التوصل الى دليل من خلال اجراء باطل، أي مخالف للقانون، أو أن يكون ذلك الإجراء لم يستوف الشروط اللازمة من أجل اسباغ الصفة المشروعة عليه، وما نبحث عنه هو مصير ذلك الدليل على وجه الخصوص فيما اذا كان هو الدليل الوحيد في الدعوى المعروضة، أو مع وجود أدلة أخرى تعضده الاَ أنه كان دليلاً مهما في الدعوى، من شأنه إثبات وقوع الجريمة أو نفيها عن المتهم، والذي نستهدفه هنا في هذا البحث هو معرفة موقف القانون العراقي من هذا الدليل، وكيف عالج المشرع العراقي هذه الاشكالية ضمن نصوص القوانين الجزائية، والقوانين الإجرائية تحديداً.

٣. اشكالية البحث

وبعد تسليط الضوء على مسألة استناد الدليل الى إجراء معيب، ذلك العيب الذي قد ينتاب تطبيق القواعد الإجرائية، وكيف عالج التشريع العراقي ذلك، وكيف

أن القاعدة الإجرائية الخالية من الجزاء الواجب توافره لمواجهة الإجراء المعيب، يمكن أن تعالج العيب الإجرائي، وتوقف مصير الدليل المستند الى هكذا إجراء، نلاحظ في بعض الأحيان مخالفة بعض الإجراءات المعتمدة في الدعوى للقانون، وكل إجراء يكون مخالفًا للقانون يكون إجراء معيبًا ولابد من أن يطاله أحد الجزاءات الإجرائية التي سنفصل بيانها في البحث، فاذا أُنهي وجود ذلك الإجراء بأحد الجزاءات تلك فما مصير الدليل المستند اليه، وما مصير الإثبات الذي حققه في الدعوى المعروضة، هل سيبطل الدليل تبعاً لبطلان الإجراء المعيب، أم يضل العمل بالدليل على ما هو عليه وينهى، وجود الإجراء فقط ؟ وما هو موقف المشرع العراقي من ذلك؟ هذا ما سنجيب عليه في فقرات هذا البحث.

٤. منهجية البحث

ولإتمام الفائدة ننتهج المنهج التحليلي، والذي منه سنحاول التوصل الى معرفة موقف المشرع من هذه الاشكالية من خلال تحليل النصوص القانونية التي تخص الموضوع تحليلاً موضوعياً في ظل استقراء النصوص ومقارنتها وتجميعها لتكامل الفكرة والخروج بنتيجة نهائية تمثل رأي المشرع، كما سننتهج المقارنة مع النصوص المماثلة لدى المشرع المصري الذي سبق المشرع العراقي كثيراً في هذا المجال من خلال اشتماله على نظرية شبه متكاملة في الجزاءات التي تطال الإجراء المعيب، لبيان مواضع الخلل من مواضع الصواب في تشريعنا الجزائي، من خلال مقارنة نصوصه الخاصة بهذا الشأن مع نظائره من القواعد في القانون المصري، وايها اكثر سبكاً ورصانة من ناحية معالجة مسألة بطلان الإجراءات الجزائية، من ثم بطلان ما قد يبنى عليها من أدلة.

٥. هيكلية البحث

ارتأينا تقسيم البحث الى ثلاثة مطالب: نتناول في الأول منها: الإطار المفاهيمي للدليل الجنائي والإجراء الجنائي، أما المطلب الثاني فنتناول فيه:

الجزاءات الإجرائية والمشروعية الإجرائية، وفي المطلب الثالث سنتطرق الى : القيمة القانونية للدليل المستند لإجراء معيب.

المطلب الأول

الإطار المفاهيمي للدليل والإجراء الجنائي

تُعرض أغلب القوانين عن ايراد تعريفات توضح ماهية بعض المصطلحات القانونية ذات الاهمية الكبيرة مثل الدليل والاجراء وتحديد المراد منها، تلك المصطلحات التي تمثل جانبًا كبيرًا من الأهمية في تطبيق قواعد القانون الجنائي بشكل عام، كما تبرز اهميتها في القانون الاجرائي بشكل خاص نظراً لتعلق عمل القواعد الإجرائية بوجود تلك المصطلحات، وما نريد من بين تلك المصطلحات هما مصطلحين مهمين ينبغي اعمالهما في مجال القواعد الإجرائية وهما كل من الدليل والإجراء، فما من دعوى تعرض أمام القضاء الاَ وكان لابد من وجود أدلة متحصلة في الدعوى، منها ما يكون من أدلة اثبات، ومنها ما يكون من أدلة النفي، فمحور العمل في القانون الجنائي بشكل عام يدور حول وجود الدليل لإثبات أو نفي التهمة المنسوبة للمتهم في الدعوى، ونسبة التهمة للمتهم أو نفيها عنه ومدى تحمله للمسؤولية الجزائية يدور وجوداً وعدماً مع الدليل.

والجانب المهم الآخر هنا هو ضرورة وجود إجراء معين يتم التوصل من خلاله الى ذلك الدليل المنشود، فالدليل في الدعوى لا يأتي اعتباطاً، بل لابد من أن يُسلك للوصول الى ذلك الدليل طريقٌ محددٌ وفق القانون، يدعى ذلك الطريق بالإجراء، وعليه سنتطرق لتعريف كل منهما ما يأتي من الفروع: –

الفرع الأول: ماهية الدليل الجنائي

ولبيان ماهية الدليل الجنائي سنلجأ الى تعريفه أولاً، ثم نعرج بعد ذلك الى تمييزه مما يشتبه به كالآتي:

أولاً: تعريف الدليل الجنائي

عُرف الدليل الجنائي بأنه :أثر منطبع في نفس أو شيء أو متجسم في شيء ينم عن جريمة وقعت في الماضي او تقع في الحاضر وعن شخص معين تنتمي هذه الجريمة اليه[١].

ومن خلال تعريف الدليل بأنه (أثر منطبع في نفس شخص ما) نستنتج بأنه كان قد تحصل عليه بواسطة إحدى الحواس البشرية التي يتمتع بها، كمن يرى مرتكب الجريمة حال ارتكابها، أو يسمع صوت اطلاق الرصاص، أو أن يكون ذلك الدليل منطبعًا في شيء معين، كتصوير دخول المتهم الى مسرح الجريمة وقت ارتكابها بواسطة كاميرا مراقبة مزروعة بالقرب من موقع ارتكاب الجريمة، أو أن يتجسد ذلك الأثر في شيء معين كوجود بقع من دم الضحية على سلاح المتهم أو ما يفصح عنه تقرير الطب الشرعي، ويقود هذا الأثر الى مرتكب جريمة، والى كيفية ارتكاب تلك الجريمة والى كل ما يتعلق بارتكابها، ويتم التوصل اليه (الدليل) عن طريق احدى الحواس :- فإما ان يُرى ذلك الدليل بالعين، أو يلمس باليد أو بأي جزء من أجزاء الجسد، أو يشم بالأنف، أو يسمع بالأذن، أو حتى أن يتذوق باللسان.

ومن هذا الاثر يمكن ان نقسمه على قسمين: الدليل المشروع، وهو ذلك الدليل الذي يستمد من اجراء مشروع في حين أن الدليل غير مشروع هو ما يستمد من اجراء غير مشروع[٢].

---

١ – د. رمسيس بهنام: الاجراءات الجنائية تاصيلاً وتحليلاً، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، بيروت ١٩٨٥م، ء٦٦٩.

٢ – د. مصطفى يوسف محمد: مشروعية الدليل في المسائل الجنائية ،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية ٢٠١١م، صـ١٥.

فمدى مشروعية الدليل من عدمها ينبع من مشروعية الاجراء الذي تم استحصال الدليل عن طريقه، فالدليل الجنائي هو وليد إجراء جنائي ولا مجال للقول بغير ذلك، ومعنى أن الاجراء مشروع لا يشترط فيه أن يكون ذلك الاجراء مطابق لنص قانوني، أو كان قد اتبع في اتخاذ ذلك الاجراء نصاً قانونيا، ولكن يكفي في مشروعيته أن يكون ذلك الاجراء مباح قانوناً، وغير مخالف لنص من نصوص القانون برأينا.

فالإجراء الجنائي يعد غير مشروع اذا خالف القواعد القانونية، ولم يراع حقوق الإنسان والمواثيق الدولية، فضلاً عن الى المبادئ التي استقرت عليها محاكم الطعن(٣)، وهذا يعني أن الإجراء لكي يصح أن يكون مشروعاً أما أن يراعي قاعدة قانونية تنظمه، أو أن يراعي حقوق الانسان والمواثيق الدولية، أو أن يراعي احكامًا كانت المحاكم العليا قد أقرتها لتصبح بحكم السابقة والعرف القضائي، ومن ثم، اذا اصبح الإجراء مشروعاً وفقاً لذلك، اصبح الدليل تبعاً له مشروعاً.

والدليل من زاوية اخرى يمكن أن يقسم على دليل معنوي ودليل مادي، ويراد بالدليل المعنوي منهما : هو ذلك الذي يترك اثرا في النفس دون أن يكون له أثر مادي ملموس، ومثاله الدليل القولي كالاعتراف والشهادة والدليل القولي يعد دليلاً معنوياً لأنه يتوسط ما بين الواقعة الجرمية وبين الشخص الذي يقودنا الى الجريمة المرتكبة، فهو اما أن يكون شهادة أو اعترافاً لشهادة اثبات شفوي يقدمه الشهود الى المحكمة وينصب على الوقائع المكونة للجريمة، واما اعتراف من المتهم نفسه بصحة ارتكابه للجريمة المسندة اليه، وتعد الشهادة والاعتراف دليلاً تقديرياً في معرفة عناصر النموذج القانوني للجريمة والعناصر المكونة للواقعة ومدى التطابق والتماثل

٣ – د. سامي صادق الملا : اعتراف المتهم، ط٣، كتب عربية، مصر ١٩٨٦م، صـ٢٦.

بينهما، ومن ثم تحديد التكييف القانوني الواجب التطبيق في الدعوى الجزائية، لأن المحكمة هي التي تنزلها المنزلة التي تراها وتكييفها القانوني الذي تطمئن اليه [٤].

بينما يعني الدليل المادي : كل ما يترك اثرا في شيء مادي او متجسم فيه كالبصمة وبقع الدم المتخلفة عن الجريمة[٥]، ويتكون الدليل هنا من عناصر مادية تدرك بالحواس وهو كاف لمعرفة عناصر النموذج القانوني للجريمة والعناصر المكونة للواقعة ومدى التطابق والتماثل بينهما، ومن ثم تحديد التكييف القانوني الواجب التطبيق في الدعوى الجزائية، اذ يتمتع بثقه كبيرة في الاثبات، لذا يجب ان يتسم الدليل المادي بالتحديد والوضوح والاَ اصبح دليلا تقديرياً، ومن امثله الادلة المادية :الاعيرة النارية والمواد المخدرة وآثار الاقدام والبصمات التي يعثر عليها في محل الحادث [٦].

ثانياً: تمييز الدليل الجنائي مما يشتبه به

١ – الدليل والقرائن

يختلف الدليل وفق ما أوضحنا آنفاً عن مفهوم القرينة، وإن كان كلاهما يستخدمان في مجال الإثبات الجنائي، فالدليل يكون اقوى في الإثبات، والقرينة لا ترقى الى مرتبة الدليل من حيث الحجية في الإثبات.

والقرينة هي عملية استنباط عقلي يفترض على اساسها وجود واقعتين متلازمتين في وجودهما غالباً ويستدل من ثبوت احداهما على وجود الأخرى [٧]،

---

٤ – د. حسون عبيد هجيج ومنتظر فيصل كاظم : سلطة المحكمة في التكييف القانوني للدعوى الجزائية – دراسة مقارنة –، ط١، دار السنهوري، بغداد ٢٠١٥م، صـ١٥١.

٥ – د. مصطفى يوسف محمد: مصدر سابق، صـ١٥

٦ – د. رمزي رياض عوض : سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٤م، صـ٢١.

٧ – د. جميل الشرقاوي : الإثبات في المواد المدنية ،دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٢م، صـ١٤٢.

على هذا الأساس نجد أن القرينة هي من أدلة الإثبات غير المباشرة ومهمتها هي أن تقودنا الى دليل يخص الواقعة المعنية.

إذ لا يقع الإثبات على الواقعة محل النزاع، وإنما ينصب على واقعة أخرى اذا ثبتت استخلصت منها الواقعة المراد اثباتها أو نفيها، والقرائن اما أن تكون قانونية أو أن تكون قضائية، وغني عن الذكر أن الاستنباط من اختصاص القاضي الذي ينظر الدعوى، وهذ لا يمنع تدخل المشرع في تحديد هذا الاستنباط في بعض القرائن وهي القرائن القانونية من بينها [٨].

٢ – الدليل والدلائل

يختلف الدليل عن الدلائل كذلك، فالأخيرة وحدها لا تصلح لإصدار الاحكام لكونها تقوم على مجرد الاحتمال، والاحكام الجنائية لا تبنى الاَ على اليقين والجزم، ومن ثم فإن الدلائل يجب أن تتأكد بأدلة أخرى ومن امثلتها تعرف الكلب البوليسي على المتهم [٩]، ففي الدلائل تكون الصلة بين الواقعتين، الواقعة المعينة الثابتة والواقعة الأخرى المراد اثباتها، احتمالية وليست قاطعة، فيكون الاستنتاج منها على سبيل الاحتمال والإمكان، ومن ثم لا يجوز الاعتماد عليها وحدها في الإدانة، ويكون دورها معززاً ومكملاً لأدلة الدعوى فقط، وبعبارة أخرى لا يمكن للدلائل – بحكم هشاشتها أن تؤدي وحدها الى اليقين القضائي، فهي لا تصلح وحدها أن تكون دليلاً على ثبوت التهمة، وإنما تصلح لأن تكون معززة لما ساقته المحكمة من أدلة، أي يصح اتخاذها ضمائم الى الأدلة، لكن قد يعطي القانون للدلائل أثراً اجرائياً

٨ – د. مصطفى يوسف محمد : مصدر سابق، صـ ١٦.

٩ – المصدر ذاته، صـ ٢٣.

يتمثل في جواز الاعتماد عليها لاتخاذ الاجراءات الاحتياطية، مثل اتخاذ اجراء القبض في حالة التلبس بالجريمة [١٠].

الفرع الثاني: ماهية الإجراء الجنائي

ويتطلب منا الوصول الى ماهية الإجراء الجنائي تعريفه وبيان عناصره وخصائصه فيما يأتي من النقاط:

أولاً: تعريف الإجراء الجنائي

يُعرف الإجراء بأنه : كل سلوك انساني يرتب عليه القانون أثراً قانونياً كالقبض والتفتيش والمعاينة والشهادة ويصدر من أطراف الدعوى الجنائية[١١]، أو من الجهات المختصة بالتحقيق والمحاكمة، أو هو العمل الذي يرتب عليه القانون مباشرة إنشاء أو تسيير أو انهاء الخصومة بوصفها رابطة إجرائية، لذا لا تعد أعمالاً إجرائية تلك التي تتخذ خارج الخصومة، أو التي ليس لها تأثير فوري ومباشر بالنسبة للخصومة ، أو تلك التي يتخذها الأفراد خارج الرابطة الإجرائية[١٢].

ونلاحظ على هذه التعاريف انها تصف الإجراء بالسلوك الانساني الاختياري الذي يُترك للشخص تحديده واتخاذه ومن ثم يرتب عليه القانون أثراً قانونياً، فوصفه بالسلوك الانساني له معنيان : المعنى الأول هو ما أشرنا اليه الآن بأن الانسان له الحق أن يبتكر أي إجراء يشاء ويقوم به، ثم يقدم للقانون ما نتج عنه من دليل ليرتب عليه القانون أثراً، والمعنى الثاني هو أن اتخاذ الإجراء الجنائي هو حق محصور بالشخص الطبيعي ولا يمكن أن يُتخذ من قبل الشخص المعنوي، وهذا أبعد

١٠ – د. احمد فتحي سرور : الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية، ط٨، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٢م، صـ ٤١٠–٤١١.

١١ – د. حسن علوب : استعانة المتهم بمحام في القانون المقارن ،دار النشر للجامعات المصرية ،القاهرة ١٩٧٠ م، صـ٤٠٩.

١٢ – د. حسن علي حسين علي : الجزاء الإجرائي في قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الاسكندرية (بدون سنة طبع)، صـ٣٥.

عن الصواب والواقع والقانون، إذ إن اتخاذ بعض الإجراءات الجنائية ليس حقاً مقصورًا على الشخص الطبيعي، بل من الممكن أن يتخذ من الشخص المعنوي ممثلاً ببعض الاشخاص الطبيعيين، وأوضح مثال على ذلك ما تتخذه المحكمة – وهي شخص معنوي– من إجراءات جنائية في الدعوى بواسطة القاضي أو الهيئة الجزائية.

كما وصف التعريف السابق للإجراء الجنائي بأنه لا يمكن أن يقع خارج الخصومة وصف باطل، فهناك بعض الإجراءات كالشكوى تتخذ خارج الرابطة الإجرائية، أي خارج الخصومة، الاَ أن لها تأثيرًا كبيرًا على الدعوى الجزائية يتمثل بإنشاء الخصومة ووضع الدعوى أمام القضاء من أجل تحريكها، وهو ما نص عليه التعريف الثاني السابق ذاته بقوله: (هو العمل الذي يرتب عليه القانون مباشرة إنشاء... الخصومة).

تعريف آخر للإجراء الجنائي بأنه : كل تعبير عن إرادة يهدف الى غاية يحميها القانون وينتج أثراً قانونياً [١٣]، ويرتكز هذا الاتجاه في تعريف العمل الإجرائي على فكرة النشاط الذي يباشره القائم به وعلى الأثر المترتب على ذلك الإجراء، فهو تعبير عن سلوك الأشخاص الإجرائيين، وهو عمل قانوني يتمثل في حركة إرادية صادرة عن ذي اهلية إجرائية، تتولى قاعدة إجرائية تحديد شروطه ويترتب عليه إنشاء أو تعديل أو انهاء مركز إجرائي، ولذلك فإن الأعمال التمهيدية للعمل الإجرائي لا تعد اهمال إجرائية، كدراسة القاضي للقضية أو الجهات التحقيقية لأوراق التحقيق[١٤].

ونلاحظ أن هذا التعريف اقترب للمعنى القانوني، إذ إن التعريف بفحواه يشير الى التصرف القانوني، حيث يعرف التصرف القانوني بأنه : (اتجاه الإرادة

١٣ – د. حسن علوب : مصدر سابق، صـ٤٠٩.

١٤ – د. حسن علي حسين علي : مصدر سابق، صـ ٣٦.

نحو إحداث أثر قانوني معين قد يكون إنشاء حق أو تعديله أو نقله أو انقضاءه)[١٥]، الاَ أنه لم يصب في تعريف الإجراء، فالإجراء ليس تعبيرًا عن إرادة شخص متخذ الإجراء، وانما تعبير عن إرادة القانون في اتخاذ ذلك الإجراء، ولا يحق لأي شخص أن يتخذ أي إجراء جنائي في الدعوى الاَ وفقاً للقانون، وعند ذاك يمكن أن يرتب عليه القانون أثر.

يمكننا أن نعرف الإجراء الجنائي بأنه: كل تصرف يتخذ وفقاً للقانون يهدف للوصول الى دليل في الدعوى ويرتب عليه القانون أثراً قانونياً.

ثانياً: عناصر العمل الإجرائي (الإجراء)

أ- أن يكون عملاً قانونياً : تباينت آراء الفقهاء حول تحديد طبيعة الإجراء، فعدَه البعض من قبيل التصرفات القانونية، على اساس أن القائمين به لا يقصدون من مباشرته سوى الوصول الى غرض معين، في حين اتجه البعض الى القول بأن الاعمال الإجرائية هي أعمال قانونية بالمعنى الضيق، على اساس أن القانون هو الذي يحدد آثارها من حيث نشأتها وسيرها وتعديلها وانقضاؤها دون تدخل من إرادة أحد الأشخاص الإجرائيين، اللهم الاَ اذا اتجهت الإرادة الى اتيان العمل الإجرائي دون امكانية ترتيب أي آثار قانونية، مع مراعاة أنه لا يغير من اعتبار العمل الإجرائي عملاً قانونياً بالمعنى الضيق توافر الحرية فيمن يباشره، لأن الإرادة يقتصر عملها على مجرد اتيان العمل القانوني أو عدم اتيانه دون إرادة تحديد مضمون آثاره القانونية المترتبة على اتخاذ تلك الأعمال ، وبناء عليه فإن الأعمال الإجرائية بوصفها إحدى صور الوقائع القانونية تندرج تحت طائفة الاعمال القانونية بالمعنى الضيق، وهناك اتجاه يتخذ موقفاً وسطاً بينهما ويرى أن الأعمال الإجرائية لا يمكن وضع تكييف واحد ينطبق عليها جميعاً، لأن منها ما يمكن عده تصرفاً قانونياً،

١٥ – د. عبد الباقي البكري و د. زهير البشير : المدخل لدراسة القانون، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة (بدون سنة طبع)، صـ٢٤٥.

ومنها ما لا يعد كذلك، وإنما يعد عملاً قانونياً بالمعنى الضيق([١٦])، ونحن بدورنا نرى أن العمل الإجرائي لا يمكن تكييفه على أنه تصرف قانوني، فالتصرف القانوني يعني : (اتجاه الإرادة نحو إحداث أثر قانوني معين قد يكون إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو انقضائه، والأثر القانوني الذي يترتب في هذه الحالة هو أثر إرادي أي أن الإرادة هي التي اتجهت اليه أرادته كما في عقد البيع مثلاً)[(١٧)]، فالتصرفات القانونية تتخذ بناءً على إرادة الفرد، وأن إرادته هي التي ترتب الآثار التي توجهت نحوها تلك الإرادة من إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو انقضائه، وهذا يعني أن مجال اعمال التصرفات القانونية هو القانون الخاص لا العام من جهة، ومن جهة أخرى فإن الإجراء المتخذ لا يرمي الى إنشاء الحقوق أو تعديلها أو نقلها أو انقضائها، وانما يرمي الى الوصول الى دليل في الدعوى الجزائية وفقاً لشروط قانونية وبناءً على نصوص قانونية، وهذا الدليل هو من سيرتب الآثار القانونية في الدعوى لأطرافها، ولذا فنحن ندور مع الرأي الذي يذهب الى أن الإجراء هو عمل قانوني حيث دار.

ب – أن يترتب على هذا العمل أثر إجرائي مباشر : سواء تعلق بنشأة الخصومة أم بسيرها أم بتعديلها أم بانقضائها [(١٨)]: وهذا أهم ما في الموضوع، إذ لا يتخذ الإجراء الاَ بغية ترتيب أثر قانوني إجرائي عليه، ويكون ذلك الأثر ذا فائدة تعود على الدعوى الجزائية وتحقيق الغرض منها في الوصول الى الحقيقة، اي كانت تلك الفائدة من نشأة للخصومة أو تسيير للدعوى الجزائية أو تعديل فيها أو انقضائها، ويجب أن يكون ذلك الأثر مباشراً في الدعوى المعروضة، أي أن ينصب أثر الإجراء المتخذ في مصلحة الدعوى ومصلحة اطرافها.

١٦ – حسن علي حسين علي : مصدر سابق، صـ٤٠–٤١.

١٧ – الاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ زهير البشير : مصدر سابق، صـ٢٤٥.

١٨ – حسن علي حسين علي : مصدر سابق، صـ٣٨.

ج – أن يكون العمل الإجرائي القانوني جزءًا من الخصومة أو معاصراً لها أو سابقاً عليها : ولا يشترط هنا لاعتبار العمل القانوني عملاً إجرائياً ان تتم مباشرته من أحد أطراف الخصومة الجنائية، حيث يعد عملاً إجرائياً ما يقوم به كاتب الجلسة، وأن كل عمل يباشره أحد أشخاص الخصومة الجنائية لا يعد إجرائياً الاَ اذا توافرت فيه الشروط السالف ذكرها، وأن أي نشاط في الخصومة لا يعد عملاً إجرائياً الاَ اذا كان مطابقاً لنوع النشاط الذي يرخص به الأمر الوارد في القاعدة الإجرائية، سواء أتخذ داخل الخصومة أم خارجها[١٩].

ويراد بهذا الشرط أن يخضع ذلك العمل للقانون ويكون موافقاً لأحكامه، وفي ذلك لا يشترط فيه أن يكون موافقاً تماماً لقاعدة قانونية معينة تعنى بفرضه وتنظيمه، بل يكفي أن يكون وفق القانون وغير مخالف لإحكامه، ومثال ذلك اجراءات أداء الشهادة فقد نصت المادة ٦١ من قانون العقوبات العراقي على كيفية أداء الشهادة من قبل الشاهد، وهي أن يؤدي الشهادة شفاها أو كتابة بواسطة القلم والورقة أو بالإشارة لمن لا يستطيع الكلام، لكن هذا لا يعني حصر طريقة سماع الشهادة بهذه الطرق فقط، وأن القاضي لا يستطيع أن يستفيد من شهادة الشاهد في الدعوى اذا ما خرج عن هذه الطرق، كأن يستخدم بعض الاجهزة أو البرامج الحديثة لتوصيل المعلومة للقاضي في حال عجزه عن الكلام، فلا مانع من ذلك مادام أداء الشهادة لا يكون مخالفاً للأصول القانونية.

١٩ – المصدر ذاته، صـ٣٩.

المطلب الثاني

الجزاءات الإجرائية والمشروعية الإجرائية

شرعت كل قاعدة إجرائية من أجل تحقيق غاية معينة ترتبط بأحد مبادئ الشرعية الإجرائية، فاذا كانت هذه الغاية هي حماية للإجراءات الجنائية – ارتبطت المشروعية الإجرائية بتحقيق هذه الغاية، ويتعين تحقيق التوازن بين كل من حماية المصلحة العامة وحماية الحقوق والحريات، وبهذا التوازن تتحقق فاعلية العدالة الجنائية، وبالمقابل يتوقف عدم المشروعية الإجرائية على تحديد اسباب الجزاء الإجرائي الذي يؤدي الى اهدار الأثر المترتب على الإجراء غير المشروع، ولا يتأتى هذا التحديد الاَ في ضوء التوازن بين المصلحة العامة وحماية الحقوق والحريات، ويتحقق هذا التوازن في ضوء التناسب الذي يتبناه المشرع معياراً لهذا التوازن، لذا سنعرض لأنواع الجزاءات الإجرائية والى عنصر الجزاء في قواعد الإجراءات الجنائية في فرعين آتيين :-

الفرع الأول: أنواع الجزاءات الإجرائية

وعلى هدي مما سبق ذكره يتحكم في التناسب بين المصلحة العامة والمصالح الخاصة نوعان من السياسيات الإجرائية : نوع يرى التوسع في اسباب الجزاءات التي تطال الإجراء المعيب تحيزاً للجانب الذي يرجح الضمانات المنصوص عليها في القانون، ونوع آخر يرى أن التوسع في تلك اسباب يضر بالمصلحة العامة في مواجهة ازدياد الإجرام [٢٠]، ذلك أن التوسع في أسباب الجزاءات سيوسع من جانب المشروعية الإجرائية، ومن ثم سيصبح بمثابة القيد على ممارسة الإجراءات، وفي حدود ضيقة، ومن هذه الآراء نخلص الى مجموعة من الجزاءات التي تطال الإجراء المعيب وبحسب شدة العيب الذي يعتريه، وهي :

أولاً: الانعدام

٢٠ – د. أحمد فتحي سرور : مصدر سابق، صـ٤٨٠-٤٨١.

وهو أشد الجزاءات الإجرائية جسامة من حيث الآثار المترتبة عليه، لذا لابد من أن تكون الاسباب الداعية اليه ذات أهمية كبيرة، تستوجب انزال هذا الجزاء الجسيم بالإجراء المعيب، فهي تكون متعلقة بمكونات العمل الإجرائي، كما لو شاب العيب العنصر المادي أو المعنوي اللازم لإتيان واتمام القيام بالإجراء، أو أن يكون العيب متعلقاً بعدم توافر أحد شروط انعقاد الخصومة، وهو ما يحول دون نشأة الإجراء من الناحية القانونية، ويمتد أثر ذلك الى الخصومة بأكملها أو الى مرحلة منها، وهو ما يؤدي الى انعدام فاعليتها القانونية، وبشكل عام فإن مناط تقرير الانعدام هو عدم توافر العناصر الأساسية اللازمة لوجود العمل الإجرائي[٢١]، ومن الأمثلة على حالات الانعدام : اذا تم تحريك الدعوى الجزائية امام جهة غير القضاء، ففي التشريع العراقي يجب أن تحرك الدعوى أمام القضاء كقاعدة عامة، وإن أجاز قانون أصول المحاكمات الجزائية لبعض الجهات بشكل استثنائي تحريك الدعوى أمامها في بعض الحالات[٢٢]، أو كان المتهم غير مسؤول جزائياً بموجب القانون كأن يكون صغير دون الـ ٩ سنوات من العمر ومع ذلك يتم توجيه التهمة اليه، أو أن لا يتم اعلان المتهم للحضور في موعد المحاكمة ومع ذلك تجرى المحاكمة[٢٣].

---

٢١ – د. آمال عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة ١٩٨٩م، بند٢٤٢ صـ٣٩٤.

٢٢ – اجاز قانون أصول المحاكمات الجزائية في حالات استثنائية أن تحرك الدعوى أمام بعض الجهات المساعدة للقضاء مثل المحقق القضائي والمسؤول في مركز الشرطة واعضاء الضبط القضائي، المادة (١/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

٢٣ – نص قانون رعاية الأحداث العراقي رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣م في المادة (٣/اولاً) على أن: (يعتبر صغيراً من لم يتم التاسعة من عمره)، كما نص قانون تحديد المسؤولية الجنائية في اقليم كردستان رقم ١٤ لسنة ٢٠٠١م في المادة (١/١) على أن: (يعتبر صغيراً من لم يتم الحادية عشرة من عمره).

ويقع الانعدام بقوة القانون، ولا يرد عليه التصحيح أو السقوط، كما أنه لا يرتب أي أثر من الآثار مهما تقادم عليه الزمن ولا تلحقه أي إجازة أو حصانة، وايضاً فإن الأحكام المنعدمة لا تحوز الحجية، لأن العمل المنعدم لا يمكن أن يتحصن بأية وسيلة كانت، والانعدام نوعان : مادي وقانوني، ويكون مادياً اذا لم توجد العناصر المادية اللازمة لوجود العمل الإجرائي ومثاله عدم تحرير القاضي لورقة الحكم، ويكون الانعدام قانونياً في حال فقد العناصر القانونية اللازمة لوجود العمل قانوناً، ومثاله تحريك الدعوى الجزائية ضد متهم متوفى[٢٤].

ثانياً: البطلان

هو جزاء إجرائي يستهدف كل عمل إجرائي لا يتوافر فيه عنصر أو أكثر من العناصر الجوهرية اللازمة لصحته وهو ما يجعل الإجراء عقيماً ويترتب عليه عدم اناج الآثار التي ترتبها القاعدة الإجرائية حال اتخاذه صحيحاً[٢٥]، وفي اطار ذلك ظهرت اربعة مذاهب قانونية في تحديد اسباب البطلان وهي :

أ. مذهب البطلان المطلق

ويسمى بالمذهب الشكلي ايضاً، ومقتضاه أن البطلان يقع نتيجة مخالفة جميع قواعد الإجراءات الجنائية التي تنظم إجراءات الخصومة الجنائية، واساس هذا المذهب أن القانون لا يفرض الشروط والأشكال الاَ مراعاة لأهميتها في تحقيق دور الخصومة، فيتعين تقرير البطلان جزاء تخلفها جميعاً بغير استثناء، وميزة هذا المذهب الوضوح في تحديد اسباب البطلان، لكن التوسع في تقرير البطلان في جميع الأحوال يتجاهل ضرورة التناسب بين هذه الحقوق والحريات والمصلحة

٢٤ – د. حسن علي حسين علي، مصدر سابق، صـ٣١٣-٣١٤.

٢٥ – د. عوض محمد عوض : قانون الإجراءات الجنائية، ج١، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ١٩٩٥م، بند٦٧ صـ٧٥.

العامة[٢٦]، وهذا ما نصت عليه المادة ٣٣٢ من قانون الإجراءات الجنائية المصري بقولها :(اذا كان البطلان راجعاً لعدم مراعاة أحكام 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 أي حالة كانت عليها الدعوى وتقضي به المحكمة ولو بغير طلب)، فهذه المادة تتكلم عن البطلان الذي يترتب على مخالفة قاعدة إجرائية جوهرية تتعلق بالنظام العام، والذي يعد هنا بطلاناً مطلقاً، ووصفه بالمطلق يعني أن هذا البطلان لا يقبل التصحيح بالتنازل عنه، ويجب على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها[٢٧]،

ب. مذهب البطلان المنصوص عليه

ويسمى ايضاً مذهب (لا بطلان بغير نص) ومقتضاه أن المشرع هو الذي يتولى بنفسه تحديد اسباب البطلان، فيذكرها القانون على سبيل الحصر، وعدا تلك الاسباب لا يكون الإجراء باطلًا اذا ما اتخذ بشكل مخالف لغير تلك الاسباب المنصوص عليها قانوناً[٢٨].

ج. مذهب البطلان الذاتي

وينادي هذا المذهب بعدم اشتراط النص على البطلان صراحة، بل يكفي لذلك مجرد عدم مراعاة شروط معينة في الاجراءات، وميزة هذا المذهب أنه يقرر عدم امكان حصر اسباب البطلان مقدماً، ولذلك يترك الأمر للقضاء حتى يقدر مدى التناسب بين جسامة المخالفة والمصلحة العامة أو الحقوق والحريات، بدلاً من أن يكون طوعاً لنصوص جامدة، فيرى العيب الجسيم في الإجراء ولا يستطيع ابطاله لأن القانون لم ينص على هذا البطلان، وعيب هذا المذهب أنه يواجه مشكلة

٢٦ – د. احمد فتحي سرور، مرجع سابق، صـ٤٨٢.

٢٧ – د. مصطفى يوسف، مرجع سابق، صـ٣٣.

٢٨ – د. احمد فتحي سرور، مرجع سابق، صـ٤٨٣.

التمييز بين الشكليات الجوهرية والشكليات غير الجوهرية، وهو أمر من صعب حله، فيترك بذلك الفرصة للخلاف في الآراء وتضارب الأحكام[٢٩].

د. مذهب لا بطلان بغير ضرر

وفي اطار التضييق من اسباب البطلان يرى هذا المذهب عدم القضاء بالبطلان الاَ اذا رأى القاضي أن العيب الإجرائي قد اصاب بالضرر الطرف الذي يطالب بالبطلان ويستوي في ذلك أن يكون القانون قد نص على أحوال البطلان أو ترك للقاضي أمر تحديد هذه الأحوال[٣٠].

ثالثاً: عدم جواز النظر

هو جزاء إجرائي يهدف الى طرح الإجراء وعدم الالتفات اليه لحدوثه على الرغم من وجود سبب قانوني مانع من اتخاذه [٣١]، وسبب تقرير الجزاء ينحصر في عدم الصلاحية المطلقة للإجراء في العرض على قضاء الموضوع لتخلف الحق في مباشرة الإجراء اصلاً، ومرجع ذلك أن القانون يمنع ويحول دون نظر الإجراء لوجود اسباب قانونية تحول دون نظره والبت فيه، ومثال ذلك الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، ويعد الدفع بعدم جواز النظر من الدفوع الشكلية الجوهرية التي تتصل اتصالاً وثيقاً بمبدأ حسن أداء التنظيم القضائي، لذا يجوز أثارته في أي مرحلة من مراحل التقاضي[٣٢].

رابعاً: السقوط

يمكن تعريف جزاء السقوط بأنه جزاء إجرائي يرد على السلطة أو الحق في مباشرة العمل الإجرائي اذا لم يقم به صاحبه خلال الفترة التي حددها القانون، سواء

---

٢٩ – المصدر ذاته، صـ ٤٨٤.

٣٠ – المصدر ذاته، صـ٤٨٥.

٣١ – د. رمسيس بهنام : المحاكمة وطرق الطعن في الأحكام، منشأة المعارف، الاسكندرية ١٩٩٥م، بند ٢٩صـ١٢٤

٣٢ – د. حسن علي حسين علي : مرجع سابق، صـ٣٢٩.

كان ذلك بفوات المدة أو رفع الدعوى الجزاء بعد انتهاء المدة التي حددها القانون لاتخاذ الإجراء كرفع الدعوى الجزائية بعد انتهاء المدة التي حددها القانون لاتخاذ الإجراء، أم باتخاذ واقعة إجرائية من شأنها ان تسقط الحق الإجرائي كرفع الدعوى المدنية امام القضاء المدني بالرغم من كون الطريق الجنائي مفتوحاً[٣٣].

خامساً: الجزاء الجنائي لسبب إجرائي

ويتقرر هذا النوع من الجزاء بسبب وقوع جريمة تتمثل في مخالفة شروط صحة العمل الإجرائي أو الإخلال بواجب اجرائي، وقد يتقرر بقصد المعاقبة على الغش الإجرائي [٣٤].

فبالنسبة للجزاء الجنائي المترتب على مخالفة شروط صحة العمل الإجرائي فيكون عند ارتكاب جريمة يستند اليها من قام بالعمل الإجرائي في تكوين عمله[٣٥]، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة ٢٨٠ من قانون العقوبات المصري النافذ من عقوبة بحق من يقبض على أي شخص أو يحجزه خلافاً للقانون، وهو ما ذهبت اليه المادة ٤٢١ من قانون العقوبات العراقي من عقوبة بحق من يقبض على شخص أو يحجزه أو يحرمه من حريته بأية وسيلة كانت بدون أمر صادر من سلطة مختصة.

ولكن يلاحظ أن ليس كل مخالفة للقواعد المنظمة للقبض وتفتيش المنازل تؤدي حتماً الى توقيع الجزاء الجنائي المنصوص عليه في المواد السالفة الذكر، لان قيام الجريمة بهذه الصور يستلزم قيام عناصر من اهمها القصد الجنائي متمثلاً بالعلم والارادة، واذا ما تخلف احد هذه العناصر صرنا امام صورة أخرى من صور التجريم وفق القانون، ففي حال تخلف عنصر العلم مثلاً في جريمة القبض بغير وجه حق المنصوص عليها في المادة ٤٢١ /عقوبات.عراقي يصار الى تحقق

---

٣٣ – د. حسن علي حسين علي : مرجع سابق، صـ٣٣٣.

٣٤ – المصدر ذاته، صـ٤٧٤.

٣٥ – د. أحمد فتحي سرور: مصدر سابق، صـ٤٧٤.

صورة من صور الإباحة الواردة بنص المادة ٤٠/أولاً [٣٦]، وهو ما يشير الى مسألة تأثير الغلط في الإباحة في نفي القصد الجنائي عن الفاعل، ومن ثم سقوط الجريمة بالكامل عنه وليس تخلف ايقاع الجزاء الجنائي بحقه، بينما لا يمكن أن نجد قاعدة مثيله لهذا في نظرية الجزاء الإجرائي وبطلان الإجراءات، فكما اشرنا سابقاً سواء كان متخذ الإجراء متعمداً أم متوهماً في سلامة الإجراء الذي اتخذه يبطل ذلك الإجراء، لاستقلال الإجراء بكيانه القانوني تماماً عن شخص متخذ الإجراء.

أما بالنسبة للجزاء المترتب على مخالفة واجب إجرائي وهو ذلك الجزاء الذي يفرض نتيجة مخالفة واجبات إجرائية مفروضة على الاشخاص، فالقانون قد يلقي بعض الواجبات الإجرائية على عاتق بعض الأشخاص، ويفرض عليهم القيام بها والاَ تعرضوا للجزاء[٣٧]، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (٢/٢٥٤) من قانون العقوبات العراقي[٣٨]، فالقانون قد يلقي بعض الواجبات الإجرائية على عاتق بعض الأشخاص، ويفرض عليهم القيام بها والاَ تعرضوا للجزاء فالقانون قد يلقي بعض الواجبات الإجرائية على عاتق بعض الأشخاص، ويفرض عليهم القيام بها والاَ تعرضوا للجزاء الجنائي، فالشاهد الذي يمتنع عن الحضور لأداء الشهادة أو أمتنع عن ادائها يكون قد عرض نفسه للعقوبة التي فرضها القانون على شاهد الزور.

وبالنسبة للجزاء الإجرائي المترتب على الغش الإجرائي فيتمثل في أن القانون كان قد فرض على من باشر بالإجراء دوراً معيناً في الدعوى، وواجباً إجرائياً

---

٣٦ – تنص المادة ٤٠/ أولاً من قانون العقوبات العراقي على أن (لا جريمة اذا وقع الفعل من موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة في الحالات التالية: أولاً – اذا قام بسلامة نية بفعل تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو أعتقد أن اجراءه من اختصاصه).

٣٧ – د. احمد فتحي سرور، مصدر سابق، صـ ٤٧٥.

٣٨ – يعاقب بنفس عقوبة شاهد الزور : ١– من اكره أو اغرى بأية وسيلة شاهدا على عدم اداء الشهادة أو الشهادة زوراً ولو لم يبلغ مقصده. ٢– من امتنع عن أداء الشهادة نتيجة لعطية أو وعد أو اغراء.

معيناً، فباشر دوره على نحو غير نزيه، منحرفاً بذلك عن مقتضيات واجبه بقصد تضليل القاضي والعدالة وعدم الوصول الى الحقيقة التي هي الهدف الأساس للدعوى الجزائية [٣٩]، مثال ما نصت عليه المادة ٢٥٥ من قانون العقوبات العراقي من فرض الجزاء على من كلف بأعمال الخبرة أو الترجمة فغير الحقيقة عمداً [٤٠].

الفرع الثاني: عنصر الجزاء في قواعد الإجراءات الجنائية

إن قواعد الإجراءات الجنائية بوجه عام هي قواعد قانونية، وتتميز القاعدة القانونية من غيرها من القواعد التي تحكم نشاط الأفراد بعنصر الجزاء Sanction، فبدون هذا العنصر تتجرد القاعدة من صفة الالزام وتصبح مجرد نصح أو إرشاد وتتبع طاعتها من وحي الضمير وحده، وتتميز قواعد الإجراءات الجنائية من قواعد القانون الموضوعي في انطوائها على جزاء ذي طبيعة خاصة هو الجزاء الإجرائي بالإضافة الى غيره من أنواع الإجراءات الأخرى، ويهدف الجزاء الذي يحمي القواعد الإجرائية الى ضمان حسن إدارة العدالة الجنائية واحترام حقوق المتهم وضماناته وكذلك باقي اطراف الدعوى، وتحكم جميع أنواع هذا الجزاء نظرية عامة هي نظرية الجزاء الجنائي، ويتمثل الجزاء الجنائي اساساً بالبطلان والسقوط وعدم القبول [٤١]، والتي تطال الخطأ الإجرائي، والخطأ لإجرائي هو الخطأ المتعلق بإجراء التقاضي والتحقيق والمحاكمة[٤٢].

---

٣٩ – د. احمد فتحي سرور : مصدر سابق، صـ٤٧٦.

٤٠ – نصت المادة ٢٥٥ من قانون العقوبات العراقي على أن: (يعاقب بنفس عقوبة شاهد الزور : ١– كل من كلف من احدى المحاكم أو الجهات المذكورة في المادة ٢٥١ بأداء أمال الخبرة أو الترجمة فغير الحقيقة عمداً بأية طريقة كانت).

٤١ – د. احمد فتحي سرور ،: مرجع سابق، صـ٤٧٣.

٤٢ – د. بيار اميل طوبيا : الخطأ الإجرائي وطلب استعادة القرار القضائي المبرم، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس ٢٠١٠م، صـ ٢١.

وعلى هذا الأساس سنتطرق الى الخصائص التي تميز الجزاء الإجرائي وهي: –

أولاً: إنه يتصف بموضوعية الأثر : بمعنى أنه لا ينال من شخص من باشر العمل الإجرائي، وانما يرد على العمل الإجرائي ذاته أو على الحق مباشرة [٤٣]، اي أنه منصب على الإجراء المخالف للقانون مباشرة وليس على شخص متخذ الإجراء المخالف للقانون أو الباطل، وهذا يعني، وفق نظرية البطلان، أن الإجراء يعد كياناً قانونياً قائماً بذاته ومستقلاً عن شخص القائم به، فهو إن كان قد أتُخذ من قبل القائم بالإجراء الاً أن كيانه القانوني المادي مستقل عن جسد وحواس مُتخذه، كما أنه يستقل كذلك من الجانب المعنوي عن الأصول النفسية المتخذة، فكيانه القانوني النفسي مستقل عن القائم به، ووقوع الجزاء الإجرائي بالإجراء المخالف أو الباطل يكون أياً كانت نية متخذ ذلك الإجراء عامداً أم غير عامد، عالماً ببطلانه أم جاهل، قاصداً تحقق نتيجة ضارة جراء اتخاذ ذلك الإجراء أم لا، وهو بذلك يختلف عن الكيان القانوني للجريمة والجزاء المترتب عليها، إذ يرتبط الجزاء الجنائي ارتباطاً مباشراً بشخص مرتكب الجريمة، ويترتب وقوع اركان الجريمة بقيام مرتكبها بالسلوك المؤدي لها، ويتحمل المسؤولية الجزائية تبعاً للأصول النفسية التي دفعته الى ارتكابها، ولعل السبب في ذلك هو أن الجريمة حال وقوعها تطال حقاً أو مصلحة يحميها القانون، تتصل تلك المصلحة بجانب موضوعي يتعلق بحقوق الفرد الشخصية والتي تمثل جوانب حياته وممارستها، فيما يتعلق الإجراء بجانب تنظيمي موضوعي يهدف الى تنظيم تسيير الدعوى الجزائية وضمان حقوق اطراف الدعوى والكشف عن الحقيقة وتنفيذ العدالة، وكيفية ممارسة الحق في اثبات أو نفي التهمة فيما يخص الجريمة التي وقعت.

٤٣ – د. احمد فتحي سرور : مصدر سابق، صـ ٣٧٣.

ثانياً: يؤدي الجزاء الجنائي الى سلب العمل الإجرائي المعيب آثاره القانونية: ويرد على المخالف قصده من المخالفة الإجرائية، الأنواع الأخرى التي تنطوي على عنصر الألم أو التعويض، ويترتب على الجزاء الإجرائي وجوب إعادة العمل الإجرائي المعيب على نحو يتفق مع القانون، متى كان ذلك ممكناً، وعلى هذا النحو، فإن الجزاء الإجرائي قد تعقبه عملية أخرى هي العمل الإجرائي اذا امكن تفادي العيب الذي كان سببا في نهوض الجزاء الإجرائي [٤٤]، فاذا ما طال الجزاء الإجرائي اجراءً معيناً فإن ذلك يعني زوال جميع الآثار التي ترتبت على الإجراء المعيب، فلا يحق لاحد أن يتمسك بذلك الإجراء بحجة أنه قد اكتسب حقاً وانه يتمسك بذلك الحق المكتسب، أو أنه كان قد رتب دفاعه وفق هذا الإجراء، ومن حقه التمسك ببعض الآثار التي ترتبت على الإجراء المعيب، كما يجب أن يعاد اتخاذ الإجراء مرة أخرى على نحو يكون فيه مطابقاً للقانون هذه المرة، طالما أن الإجراء المعيب قد طاله الجزاء الإجرائي فاعدمه، مالم يكن بالإمكان تدارك ذلك العيب الذي لحق بالإجراء وتفاديه بحيث يكون بالإمكان قبوله قانوناً.

الفرع الثالث: الإجراء المعيب في التشريع العراقي الجزائي

الإجراء وسيلة للحصول على الدليل الجنائي، والدليل بمثابة النتيجة المترتبة على هذا الإجراء [٤٥]، وقد يتحصل في بعض الأحيان على دليل لإثبات واقعة في دعوى ما أو نفيها، سواء من قبل أحد أطراف الدعوى أم من غيرهم، وكان ذلك الدليل مهماً في الدعوى وذا تأثير كبير في تغيير مجرى التحقيق في الدعوى، ومن ثم على صدور حكم فيها، لكن عن طريق إجراء غير قانوني أو إجراء باطل، كما لو قام شخص بالتنصت على مكالمات المتهم بواسطة بعض البرامج الخاصة، أو

٤٤ – المصدر ذاته، صـ ٤٧٤.

٤٥ – د. مأمون سلامة : قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٨٠م، صـ٧٦٣.

نصب أجهزة تنصت في منزل المتهم خلافاً لأحكام القانون أو دون أخذ أذن من المحكمة المختصة، ، فهل أن تعيب الإجراء سيبطل الدليل تبعاً له وفق التشريع العراقي، أم للمحكمة أن تأخذ به بوصفه دليلاً صحيحاً وإن تحصل عليه من إجراء باطل ؟

لم يكن المشرع العراقي موفقاً في صياغة نظرية شاملة لبطلان الإجراءات، كما فعل المشرع المصري، ولم يتعرض لبطلان الإجراءات الاَ في مواطن محدودة جداً، وعلى نطاق ضيق، ولعل المادة الوحيدة في قانون أصول المحاكمات الجزائية التي تطرقت الى حالة الطعن في الإجراءات الاصولية لوقوع خطأ جوهري فيها هي المادة ٢٤٩/أ من قانون أصول المحاكمات الجزائية، حيث اعطت للادعاء العام والمتهم والمشتكي والمدعي بالحق المدني والمسؤول مدنياً عن فعل المتهم حق الطعن بالإجراء لوجود خطأ جوهري فيه خلافاً للأصول[٤٦].

والخطأ الجوهري في الإجراءات لابد من أن يتعلق بقاعدة جوهرية أوجدها المشرع لتنظيم جانب مهم من جوانب الدعوى الجزائية، قد تكون **قاعدة إجرائية جوهرية متعلقة بالنظام العام** وهي تلك القواعد التي تتعلق بالنظام العام مثل القواعد المتعلقة بتشكيل المحاكم الجزائية واختصاصاتها من حيث نوع الجريمة التي يحق لها أن تنظرها، أو **قاعدة إجرائية جوهرية غير متعلقة بالنظام العام** والقواعد الجوهرية غير المتعلقة بالنظام العام هي تلك القواعد التي يكون الغرض منها تحقيق مصلحة للخصوم ومثالها : القواعد المتعلقة بالتفتيش والضبط والتوقيف والاستجواب،

٤٦ – نصت المادة ٢٤٩/أ على أن : (لكل من الادعاء العام والمتهم والمشتكي والمدعي المدني والمسؤول مدنياً أن يطعن لدى محكمة التمييز في الاحكام والقرارات والتدابير الصادرة من محكمة التمييز أو محكمة الجنايات في جنحة أو جناية اذا كانت قد بنيت على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله أو اذا وقع خطأ جوهري في الإجراءات الاصولية أو في تقدير الادلة أو تقدير العقوبة وكان الخطأ مؤثراً في الحكم).

والسؤال الآن هل أن نص المادة ٢٤٩/ أ تعلق حكمه بقاعدة إجرائية جوهرية متعلقة بالنظام العام أم قاعدة إجرائية غير متعلقة بالنظام العام؟

لقد جاء نص المادة ٢٤٩/أ عاماً (اذا وقع خطأ جوهري في الإجراءات الأصولية) ولم يفصل نوع الإجراءات التي ارادتها المادة، وبما أن النص عام مطلق والمطلق يجري على اطلاقه، فلابد أن يكون شاملاً لجميع أنواع الإجراءات الجوهرية الأصولية، المتعلق بالنظام العام منها وغير المتعلق بالنظام العام، ولكن ما هو معلوم أن الخطأ الذي يطال إجراءَ جوهرياً متعلقاً بالنظام العام لابد من أن يكون مصيره الانعدام، والانعدام كجزاء يلحق بالإجراء المعيب لابد أن (يترتب بقوة القانون لكي يجرده من آثاره القانونية وعلى المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها)، ولكن المادة ٢٤٩/أ علقت ايقاع الجزاء بالإجراء الجوهري المتعلق بالنظام العام المعيب بوقوع طعن من الادعاء العام أو أحد أطراف الخصومة الجزائية، وهذا ما لا يستقيم والدور الخطير الذي تلعبه هذه القواعد في الجانب الإجرائي، إذ إن وضع هذه القواعد يعد تحقيقاً للمصلحة العامة ومصلحة الأفراد على حد سواء، والمصلحة العامة تتمثل في اقرار العدل وتنفيذ القانون والوصول الى الحقيقة وانزال العقاب بالمعتدي وصولاً الى اقرار الأمن والاستقرار في المجتمع، وهذا كله لا يمكن تحقيقه الاَ من خلال قواعد قانونية موضوعية مجردة، وقواعد إجرائية رصينة ومصانة لا يمكن الاجتراء عليها أو التلاعب بها أو الانتقاص منها، وذلك يكون من خلال اقرار الجزاءات الإجرائية التي تصون حرمة هذه الإجراءات، وتضمن اتساق اتباعها وعدم المساس بها، ومن تلك الإجراءات – على سبيل – تشكيل المحاكم واختصاصاتها، والذي يعد من النظام العام الذي لا يمكن مخالفته، لكن سكت قانون أصول المحاكمات عن تفصيل الجزاءات الإجرائية التي تلحق الاخلال بأحد تلك الإجراءات الهامة، كما سكت كذلك قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لعام ١٩٧٩م بوصفه

القانون المختص بتنظيم تشكيل المحاكم الجزائية وتحديد اختصاصاتها عن تنظيم هذه المسألة.

ولكن ماذا إذا لم يطعن بالإجراء المخالف للأصول أحد من هؤلاء الذين سبق ذكرهم، وما مصيره ذلك الإجراء، هل يمرر وكأنه صحيح، ومن ثم يمكن اعتماد الأدلة التي تحصلت من ذلك الإجراء في الدعوى؟

في الحقيقة لم تجب المادة ٢٤٩/أ ولا غيرها من مواد قانون أصول المحاكمات الجزائية عن هذه التساؤلات، كما لم يرد نص يمنح القاضي أو الهيئة الجزائية اختصاص ابعاد الإجراء المعيب أو المخالف للأصول من تلقاء نفسه، فنص المادة ٢٤٩/أ صريح ولا اجتهاد في مورد النص، فاذا ما توصل القاضي أو المحكمة الى أن إجراء ما في الدعوى كان قد اتُخذ خلافاً للأصول، أي وقع فيه خطأ جوهري يجب – ليتم اعمال صلاحية المحكمة في ابطاله وابعاده – أن يقع طعن من أحد الأطراف في الدعوى أو من الادعاء العام، والاَ فلا صلاحية للمحكمة في ابطال ذلك الإجراء من تلقاء نفسها وإن كان من الإجراءات المتعلقة بالنظام العام، كما لا تستطيع المحكمة من تلقاء نفسها إثارة مسألة بطلان الإجراء، الاَ اللهم من خلال التأثير في عضو الادعاء العام ودفعه للطعن بذلك الإجراء.

من جهة أخرى فإن المادة ٢٤٩/أ لم تخول أطراف الدعوى والادعاء العام حق الطعن بالإجراء الباطل المخالف للأصول مباشرة، وانما اعطتهم حق الطعن بالقرارات والأحكام والتدابير الصادرة من المحاكم الجزائية اذا ما بنيت على ذلك الإجراء الباطل المخالف للأصول، وهذا يعني أن الطعن موجه للحكم والقرار والتدبير كفرضية قانونية وليس للإجراء، كما أنه يعني اذا لم يتم الطعن بالحكم أو القرار أو التدبير المبني على الإجراء المخالف للأصول فأن ذلك الإجراء يعد صحيحا قانوناً، سيما اذا ما حاز ما بني عليه من حكم أو قرار أو تدبير درجة البتات وتحصن ضد الطعن، فلا يجوز بعد ذلك الطعن بالإجراء اذا ما تبين مخالفته

للأصول لأنه تحصن تبعاً للحكم أو القرار أو التدبير ولا يمكن الطعن به بشكل مستقل عنه، وبذلك يتحول الى إجراء صحيح بعدما تحول الحكم أو القرار أو التدبير المبني عليه الى بات وأصبح عنواناً للحقيقة، بيد أنه في الأصل إجراء معيب، وهذا خروج على القواعد الأصولية، وعلى النظرية العامة لبطلان الإجراءات، ولا سيما أن الهدف من وضع تلك الإجراءات – كما أسلفنا – هو لتحقيق التوازن بين مصلحة الأفراد والمصلحة العامة

وهذا يقودنا الى القول بأن الإجراء المخالف للأصول ليس باطلاً بذاته في نظر قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، وانما يعد باطلاً اذا ما تنبه أحد اطراف الدعوى أو الادعاء العام لمخالفته للأصول ووجود خطأ جوهري فيه، وطعنوا بالحكم أو القرار أو التدبير الذي بني عليه، وقررت محكمة الطعن بعد ذلك قبول الطعن والنظر فيه، ونقضت ذلك الحكم أو القرار أو التدبير، فلا تنتهي العقبات عند حد الطعن به، فقد ترده محكمة الطعن شكلاً لمرور المدة القانونية المقررة لقبوله، وبعد أن يجتاز كل تلك العقبات يمكن أن يعد إجراءً باطلاً، أما اذا لم يحصل كل ذلك فهو إجراء صحيح قانوناً ويرتب آثاراً قانونية تصل الى صدار حكم من المحكمة الجزائية يحوز على حجية ويصبح عنواناً للحقيقة، على الرغم من انطوائه على عيب اجرائي قد يصل الى درجة العيب الإجرائي الجوهري المتعلق بالنظام العام، وهذا خلل قانوني كبير، واغفال من قبل المشرع لجانب غاية في الأهمية من الجوانب الإجرائية والتنظيمية، يسترعي الالتفات اليه من قبل المشرع وتشريع نصوص تكمل ما نقص منها.

ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد بل أن المادة ٢٤٩/ب لم تعتد بالخطأ الذي يصيب الإجراءات المتخذة في الدعوى إذا لم يكن ذلك الخطأ ضاراً بدفاع المتهم، وهي بذلك قد راعت مصلحة المتهم دون غيره من اطراف الدعوى، فماذا لو أن ذلك

الخطأ الإجرائي كان ضاراً بدفاع المشتكي مثلاً ما الذي يمنع المحكمة من أن تعتد به مراعاة لمصلحة المشتكي؟

إن الجهات التي لها الطعن بالحكم أو القرار أو التدبير المبني على خطأ إجرائي جوهري يجب أن تقدم طعنها أمام إحدى الجهات التالية:

اذا كان الحكم أو القرار أو التدبير صادر من محكمة الجنايات يطعن به أمام محكمة التمييز [٤٧]، كما أن محكمة التمييز لها سلطة التدخل التمييزي في أي دعوى وطلب أوراق الدعوى في أي مرحلة كانت فيها الدعوى [٤٨]، وذلك اذا ما قررت محكمة التمييز رد الطعن شكلاً لئلا يضيع حق الطاعن بسبب فوات مدة الطعن المقررة قانوناً، حيث تمارس محكمة التمييز هنا دوراً موضوعياً تنظر فيه الدعوى المعروضة أمام القضاء وكأنها محكمة موضوع، لتصدر فيها حكماً بعد ذلك، وبالتأكيد لها حق ابطال الإجراء المخالف وابعاده عن الدعوى.

اذا كان الحكم أو القرار أو التدبير صادر من محكمة الجنح بدعوى جنحة فيطعن به أمام محكمة الاستئناف التابعة لها المحكمة التي اصدرته مكانياً، بصفتها التمييزية [٤٩] ،أما اذا كام صادراً من محكمة الجنح بدعوى مخالفة فيطعن به تمييزاً أمام محكمة الجنايات التابعة لها المحكمة التي اصدرت الحكم مكانياً، بصفتها التمييزية [٥٠]، كما يقبل الطعن تمييزاً على انفراد في بعض القرارات غير الفاصلة في الدعوى والتي هي : القبض والتوقيف واطلاق سراح المتهم بكفالة أو بدونها أمام محكمة الجنايات بصفتها التمييزية، سواء كانت صادرة من محكمة الجنح أم من محكمة التحقيق [٥١]، ولا يمكن أن يتوسع في اختصاص محكمة الاستئناف بصفتها

٤٧ – المادة ٢٤٩/أ من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

٤٨ المادة ٢٤٩/ب من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

٤٩ – قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٠٤ لعام ١٩٨٨م.

٥٠ – المادة ٢٦٥/ أ من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

٥١ – المادة ٢٦٥/ج من قانون أصول محاكمات الجزائية.

التمييزية لأنه استثناء ورد في القرار المشار اليه في الهامش، و الاستثناء لا يجوز التوسع فيه، وعليه لا يجوز أن يعطى لها سلطة التدخل التمييزي كما في محكمة الجنح ومحكمة الجنايات بصفتها التمييزية [٥٢]وذلك أن طريق الاستئناف قد الغي من الجانب الجزائي ولا يعد من ضمن المحاكم الجزائية.

المطلب الثالث

القيمة القانونية للدليل المستند لإجراء معيب

ولإتمام الفائدة سنقسم هذا المطلب على الفروع الآتية:

الفرع الأول: القيمة القانونية للدليل المستند الى إجراء يلحقه الانعدام

تبين لنا أن الإجراء المعيب في التشريع العراقي لا يطاله جزاء الانعدام، والانعدام –كما اوضحنا– يعني ذلك الجزاء الذي يقع بقوة القانون، ولا يرد عليه التصحيح أو السقوط، كما أنه لا يرتب أي أثر من الآثار مهما تقادم عليه الزمن ولا تلحقه أي إجازة أو حصانة، وهو ما يحول دون نشأة الإجراء من الناحية القانونية، ويمتد أثر ذلك الى الخصومة بأكملها أو الى مرحلة منها، وهو ما يؤدي الى انعدام فاعليتها القانونية، ومن أمثلتها تلك التي تخل باختصاص المحكمة، أو بتشكيل المحكمة، والمفروض أن ينص القانون صراحة على انعدام أي إجراء يكون معيباً بعيب إجرائي جوهري يتصل بالنظام العام، الاَ أن المشرع العراقي لم يورد هكذا نصوص تقضي بانعدام هكذا إجراء معيب، لا في قانون أصول المحاكمات الجزائية ولا في قانون التنظيم القضائي، ولا أي قانون جزائي آخر، وهذا خلل قانوني كبير، فالمشرع لم ينص حتى على طريق الطعن لمصلحة القانون في حال وقوع إجراء معيب بعيب يمس المصلحة العامة، والطريق الوحيد الذي يستطيع أطراف الخصومة الطعن فيه بـ هكذا إجراء معيب هو الطعن أمام الجهة المختصة بالطعن، وكما بينا تفصيل ذلك في فقرة سابقة، اما بالنسبة للقيمة القانونية للدليل اذا ما استند الى

٥٢ – المادة ٢٦٥/ب من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

إجراء معيب بعيب إجرائي جوهري متصل بالنظام العام فلا شك أنه يرتبط بنفس المصير الذي سيطال الإجراء الباطل وفق قرار محكمة الطعن الذي ستصدره بعد الطعن بالإجراء المعيب.

الفرع الثاني: القيمة القانونية للدليل المستند الى إجراء يلحقه البطلان

لم يأخذ المشرع العراقي بالبطلان المطلق وهو ما يقع نتيجة مخالفة جميع قواعد الإجراءات الجنائية التي تنظم إجراءات الخصومة الجنائية، والذي يحق للمحكمة أن تحكم به في أي حال كانت عليه الدعوى، ولم يأخذ بالبطلان المنصوص عليه في القانون وهو الذي يتولى المشرع بنفسه تحديد اسباب البطلان واذا ما توافرت مقدماته تحققت النتيجة المترتبة عليها الا وهي وقوع البطلان تلقائياً، ولم يأخذ كذلك بالبطلان الذاتي والذي يذهب الى عدم حصر اسباب البطلان مقدماً، وانما يترك الأمر للقضاء حتى يقدر مدى التناسب بين جسامة المخالفة والمصلحة العامة أو الحقوق والحريات وفق القانون.

ولكنه أخذ بالبطلان للضرر فقط، فكما سبق واوضحنا وجه الطعن بالإجراء المعيب الوارد في قانون أصول المحاكمات الجزائية، والذي يقوم على أساس وقوع طعن من قبل الادعاء العام أو أحد أطراف الخصومة، فلا يبطل الإجراء وإن كان معيباً لا بمقتضى القانون، ولا حتى بمقتضى قرار صادر من قاض من تلقاء نفسه، ما لم يتم الطعن به من قبل الادعاء العام أو أحد أطراف الخصومة، ليتم النظر فيه من قبل جهة الطعن المختصة، ثم بعد ذلك تصدر قرارها ببطلان الإجراء المعيب اذا ما ثبت تعيبه، هذا فيما يخص الإجراء الذي يتخذ داخل السلك القضائي وضمن إطار الخصومة القائمة أمام القضاء.

أما فيما يخص الإجراء الذي يتخذ خارج أطار القضاء والمحكمة، أي يتخذ من قبل شخص ضمن الحياة الطبيعية للأفراد، كأن يقوم أحد أعضاء الضبط القضائي بتسجيل مكالمة شخصية للشخص معين لغرض تقديمها بعد ذلك كدليل

للقضاء، أو أن يقوم بالتجسس عليه بشكل مخالف للقانون أو أن ينصب أجهزة للتنصت عليه بشكل يخرق خصوصيته التي يحميها القانون ودون أذن قانوني، من ثم يجمع بعض الأدلة ضده أو ضد غيره ليقدمها للقضاء فيما يخص دعوى معينة أو جريمة معينة، أو أن يقوم بسرقة دليل ما من المقتنيات الشخصية العائدة لشخص معين لاستخدامها كدليل ضده أو ضد غيره أمام القضاء، ففي جميع هذه الأمثلة المتقدمة ما هو موقف المشرع العراقي من هذا الدليل المستند الى إجراء معيب، وربما شكل في نظر القانون جريمة ؟

لم يفطن المشرع العراقي كذلك في هذا الموطن لهذا النقص التشريعي، ولم يعالج مسالة بطلان الإجراء، ولا بطلان الدليل المتحصل من إجراء باطل أو مخالف للقانون، وترك الباب مفتوحاً على مصراعيه، وأوكل الأمر لمشيئة القضاة فيما يخص الأخذ أو عدم الأخذ بهذا الإجراء أو ذاك وفق تقديرهم لأهمية الأمر من عدمها، فمنهم من يقدر الحالة وفق أهمية الدليل في الدعوى وتأثيره في السير فيها وحسمها، مما يجعله يتغاضى عن الإجراء الباطل الذي تحصل الدليل عنه، ويأخذ بالدليل، والبعض الآخر يقدر الأمر وفق مقدار خطورة الإجراء الباطل، الذي يشكل في الأحيان جريمة قد تصل الى الجنحة أو الجنائية، فيطرح الدليل المتحصل عن ذلك الإجراء، ويحيل متخذ الإجراء عن قيامه بذلك الإجراء والذي يشكل جريمة الى القضاء، وفي كل ذلك تبقى المسألة متروكة لمشيئة القاضي دون تنظيم قانوني لها.

ناهيك عن أن ذلك يعد من قبيل الإجبار في انتزاع الدليل من الشخص ولا سيما المتهم والذي يعد الطرف السلبي والاضعف في الدعوى وهذا ما لم يقره القانون، فقد نهت بعض النصوص من قانون أصول المحاكمات الجزائية عن بعض الوسائل في تحصيل الدليل، منها ما نصت عليه المادة ١٢٣/ب–أولاً منه على:(له حق السكوت ولا يستنتج من ممارسته هذا الحق أي قرينة ضده)، وكذلك المادة ١٢٦/ب والتي نصت على أن:(لا يجبر المتهم على الإجابة عن الأسئلة التي توجه

اليه)، ومن هذين النصين نستنتج أنه لا يجوز اجبار المتهم على البوح بما لديه من أدلة، وإن كان يملك أدلة مهمة في الدعوى فله الاحتفاظ بها وعدم طرحها في الدعوى، وايضا ما نصت عليه المادة ١٢٧ من أن:(لا يجوز استعمال أية وسيلة غير مشروعة للتأثير على المتهم للحصول على اقراره. ...) وبرأينا أن أتخاذ أي إجراء مخالف للأصول القانونية، أو استخدام أية وسيلة غير خاضعة للقانون في انتزاع دليل ضد شخص ما يعد من قبيل استخدام وسائل غير مشروعة للتأثير على المتهم أو أي طرف آخر في الدعوى، وإن كانت المادة قد أحاطت المتهم بالحماية القانونية وأغفلت بقية أطراف الخصومة الجزائية، وكان الأولى بها أن تنص على (لا يجوز استعمال أية وسيلة غير مشروعة للتأثير على أي من أطراف الدعوى للحصول على إقراره...) فليس هناك ما يمنع من ممارسة وسائل الضغط المادي والمعنوي ضد أي طرف من أطراف الدعوى على حدٍ سواء مع المتهم.

الفرع الثالث: القيمة القانونية للدليل المستند الى إجراء يلحقه عدم جواز النظر

نص التشريع العراقي في بعض المواطن على جزاء عدم جواز النظر، وهو جزاء إجرائي يهدف الى طرح الإجراء وعدم الالتفات اليه لوجود سبب قانوني مانع من اتخاذه، ومن المواضع التي نص فيها المشرع على هذا الجزاء الإجرائي هو ما نصت عليه المادة (٣٠٢/ ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية من عدم جواز نظر الدعوى ورفض الشكوى في حال ثبت أن تغيب المشتكي في المرة الأولى من تقديم الشكوى كان لعذر غير مشروع، وهذا ما نتوصل اليه من مفهوم المخالفة لنص المادة[٥٣]، فلو أنه قدم عذراً مشروعاً لحق له تقديم الشكوى مرة أخرى فقط، وهذا

٥٣ – نصت الفقرة ب من المادة ٣٠٢ من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أن : (القرار الصادر برفض الشكوى بسبب تغيب المشتكي لا يمنع من تجديد الشكوى مرة واحدة اذا أثبت المشتكي أن تغيبه كان لمعذرة مشروعة).

يعني أنه اذا لم يستطع تقديم عذر مشروع لتغيبه فإن شكواه ترفض ولا تنظرها المحكمة، وكذلك ما نصت عليه المادة (٢٢٧/أ و ب) من القانون نفسه من حجية للحكم البات، وكذلك لقرار الإفراج عند اكتسابه الدرجة النهائية، فلو قدم شخص ما شكوى ضد آخر صدر بحقه حكم نهائي أو قرار بالإفراج واكتسب الدرجة القطعية في نفس الواقعة المكونة للجريمة ونسبتها الى فاعلها ووصفها القانوني[٥٤]، تصدر المحكمة قرارها بعدم جواز نظر الدعوى.

ولكن لو أن المشتكي الذي تغيب عن الحضور للمرة الاولى دون عذر مشروع كما نصت على ذلك المادة (٣٠٢/ب) مع أنه يملك دليلاً قانونياً صحيحاً يؤثر في سير الدعوى، الاَ أن المحكمة قد أصدرت قرارها برفض الشكوى للسبب السابق، فما قيمة ذلك الدليل الذي يملكه المشتكي؟

في الحقيقة أن الدليل هنا صحيح قانوناً ولا غبار عليه، الاَ أنه قد فقد قوته في الإثبات الجنائي تبعاً لسقوط الحق في تقديم الشكوى ضد الفاعل مرة أخرى وصدور قرار المحكمة بعدم جواز النظر في الشكوى مرة أخرى بسبب تغيب المشتكي غير المبرر بعذر مشروع وصدور قرار من المحكمة بعدم جواز نظر الدعوى حين تقديم الشكوى للمرة الثانية، فمن المعروف أن تقديم الأدلة إجراء يتبع تقديم الشكوى أمام القضاء، ومادامت الشكوى لم تعد مقبولة من قبل القضاء فلا فائدة ترجى من وجود دليل يفيد في إثبات أو نفي الواقعة، والتي (أي الواقعة) بعد أن صدر بحق الشكوى من القضاء جزاء عدم جواز النظر اضحت ليست بجريمة في نظر القانون بعد ذلك، ولكن الدليل هذا ما دام صحيحاً قانوناً فلا مانع من تقديمه

٥٤ – نص المادة ٢٢٧: (أ– يكون الحكم الجزائي البات بالإدانة أو بالبراءة حجة في ما يتعلق بتعيين الواقعة ونسبتها الى فاعلها ووصفها القانوني. ٢– يكون لقرار الإفراج الصادر من المحكمة الجزائية أو قاضي التحقيق قوة الحكم بالبراءة عند اكتسابه الدرجة النهائية).

الى القضاء في أي دعوى أخرى معروضة أمام القضاء، اذا كان ذا صلة بها، ويعود بالفائدة على القضية.

أما بالنسبة للحكم أو القرار الحائز على الحجية أو الدرجة القطعية كما ورد بنص المادة (٢٢٧/أ و ب) في السبب نفسه والموضوع والخصوم، والذي لن تقبل المحكمة أي شكوى ضد المتهم بعد صدور حكم أو قرار نهائي بحقه (فلا يجوز للمحكمة أن ترجع عن الحكم أو القرار الذي أصدرته أو تغير أو تبدل فيه الاَ لتصحيح خطأ مادي)[٥٥]، الاَ أن لكل قاعدة استثناء، فقد نصت المادة (٢٧٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية على مجموعة من الحالات التي لو ثبت صحتها من شأنها أن تعيد فتح الدعوى من جديد، وتمس حجية الحكم أو القرار السابق بالإلغاء، ومن تلك الحالات الواردة في الفقرة (٤) من المادة نفسها وهي حالة ظهور أدلة جديدة في الدعوى التي صدر فيها حكم بات [٥٦]، فالدليل هنا سوف يواجه حكم أو قرار حاز درجة البتات، ومن المتوقع قانوناً أن يصدر قرار المحكمة بعدم جواز نظر الدعوى لذلك السبب، الاَ أن القانون اعطى هذا الاستثناء في أن يصحح الدليل المقدم الإجراء المعيب، أي أن إجراء تقديم شكوى ضد المتهم نفسه مع اتحاد الموضوع والسبب كذلك، ومع صيرورة الحكم نهائي، يعد إجراءً معيبًا لا يقبل ويحكم عليه بعدم جواز النظر من قبل أي محكمة جزائياً، الاً أن ظهور دليل جديد في الدعوى من شأنه أن يثبت براءة المحكوم عليه من التهمة التي حكم عليه عنها سيؤدي الى جعل إجراء الشكوى مرة أخرى إجراءً صحيحاً بدلاً من أن كان قبل ذلك معيباً، وبذلك يكون هناك قيمة قانونية كبيرة لهذا الدليل ليس فقط في الإثبات، وانما كذلك في تصحيح إجراء معيب وغير قانوني وجعله إجراء قانوني.

---

٥٥ – المادة ٢٢٥ من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

٥٦ – نصت المادة ٤/٢٧٠ على أنه: (اذا ظهرت بعد الحكم وقائع أو قدمت مستندات كانت مجهولة وقت المحاكمة وكان من شأنها ثبوت براءة المحكوم عليه).

الفرع الرابع: القيمة القانونية للدليل المستند الى جزاء يلحقه السقوط

كما نص المشرع العراقي على جزاء السقوط أيضاً، ولكن في نطاق ضيق جداً، وهو ذلك الجزاء الإجرائي الذي يرد على سلطة الفرد أو حقه في مباشرة العمل الإجرائي، اذا لم يتخذه صاحبه خلال الفترة التي حددها القانون، ومثال ذلك ما ورد في المادة ٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي لمباشرة الشكوى من قبل المجنى عليه فيما يخص جرائم الشكوى الخاصة المنصوص عليها في المادة ٣ من نفس القانون، فاذا مضت المدة القانونية المنصوص عليها في المادة ٦ ولم يقدم المجنى عليه الشكوى سقط حقه قانوناً في المطالبة به بعد ذلك[٥٧]، الآن لو كان لدى المشتكي دليلٌ ولكن هذا الدليل يستند الى إجراء قد طاله جزاء السقوط، كما في المادة السابقة، مثال ذلك لو قدم المشتكي دليلًا الى المحكمة مع تقديمه للشكوى يثبت أن ابنه قد سرق منه أموال، ولكن تبين أن المدة القانونية لتقديم الشكوى كانت قد انتهت، وسقط حق المجنى عليه في تقديم شكواه، فهل لذلك الدليل قيمة قانونية في نظر القانون ؟

والحكم هنا لا يختلف عن الحكم السابق الذي بيناه بالنسبة للدليل الذي يستند الى إجراء قد طاله جزاء عدم جواز النظر، أي أن الدليل هنا صحيح قانوناً، الاً أنه قد فقد قوته في الإثبات الجنائي تبعاً لسقوط الحق في تقديم الشكوى ضد أحد الأشخاص، فتقديم الأدلة إجراء يتبع تقديم الشكوى أمام القضاء، ومادامت الشكوى لم تعد مقبولة من قبل القضاء فلا فائدة ترجى من وجود دليل يفيد في إثبات أو نفي

٥٧ – تنص المادة ٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أن: (لا تقبل الشكوى في الجرائم المبينة بالمادة الثالثة من هذا القانون بعد مضي ثلاثة أشهر من يوم علم المجنى عليه بالجريمة أو زوال العذر القهري الذي حال دون تقديم الشكوى ويسقط الحق في الشكوى بموت المجنى عليه مالم ينص القانون على خلاف ذلك).

الواقعة، والتي بعد أن صدر بحق الشكوى جزاء السقوط اضحت ليست بجريمة في نظر القانون.

الخاتمة

وبعد هذه الوقفة القصيرة على موضوع البحث والنصوص المتعلقة به توصلنا الى جمبة من الاستنتاجات والتوصيات والتي سندرجها في جزئين.

أولاً: الاستنتاجات

١- عُرف الدليل الجنائي بأنه: أثر منطبع في نفس أو شيء أو متجسم في شيء ينم عن جريمة وقعت في الماضي او تقع في الحاضر وعن شخص معين تنتمي هذه الجريمة اليه.

٢- يمكن ان نقسم الدليل على قسمين: الدليل المشروع، وهو ذلك الدليل الذي يستمد من اجراء مشروع في حين ان الدليل غير المشروع هو ما يستمد من اجراء غير مشروع.

٣- والدليل من زاوية اخرى يمكن ان يقسم على دليل نفسي ودليل مادي يراد بالأول ذلك الذي يترك اثرا في النفس كالاعتراف والشهادة بينما يعني الثاني كل ما يترك اثرا في شيء مادي او متجسم فيه كالبصمة وبقع الدم المتخلفة عن الجريمة.

٤- يختلف الدليل من مفهوم القرينة، وإن كان كلاهما يستخدمان في مجال الإثبات الجنائي، فالدليل يكون اقوى في الإثبات، والقرينة لا ترقى الى مرتبة الدليل من حيث الحجية في الإثبات، والقرينة هي عملية استنباط عقلي يفترض على اساسها وجود واقعتين متلازمتين في وجودهما غالباً ويستدل من ثبوت احداهما على وجود الأخرى، على هذا الأساس نجد أن القرينة هي من أدلة الإثبات غير المباشرة ومهمتها هي أن تقودنا الى دليل يخص الواقعة المعنية.

٥- يختلف الدليل عن الدلائل كذلك، فالأخيرة وحدها لا تصلح لإصدار الاحكام لكونها تقوم على مجرد الاحتمال، والاحكام الجنائية لا تبنى الاَ على اليقين والجزم، ومن ثم فإن الدلائل يجب أن تتأكد بأدلة أخرى ومن امثلتها تعرف الكلب البوليسي على المتهم.

٦- يمكننا أن نعرف الإجراء بأنه : كل تصرف يتخذ وفقاً للقانون يهدف للوصول الى دليل في الدعوى ويرتب عليه القانون أثراً قانونياً، وعناصر الإجراء هي : ١- أن يكون قانونياً. ٢- أن يترتب على هذا العمل أثر إجرائي مباشر، سواء تعلق بنشأة الخصومة أم بسيرها أم بتعديلها أم بانقضائها. ٣- أن يكون العمل الإجرائي القانوني جزءً من الخصومة أو معاصراً لها أو سابقاً عليها.

٧- المشروعية الإجرائية تعني أن كل قاعدة إجرائية شرعت من أجل تحقيق غاية معينة ترتبط بأحد مبادئ الشرعية الإجرائية، وكانت هذه الغاية هي حماية للإجراءات الجنائية، فاذا لم تتحقق تلك الغاية اضحى الإجراء غير مشروع، ويطاله أحد الجزاءات الإجرائية.

٨- الانعدام: وهو أشد الجزاءات الإجرائية جسامة من حيث الآثار المترتبة عليه، لذا لابد من أن تكون الاسباب الداعية اليه تكون ذات الأهمية كبيرة تستوجب إنزال هذا الجزاء الجسيم بالإجراء المعيب، فهي تكون متعلقة بمكونات العمل الإجرائي، ويقع الانعدام بقوة القانون، ولا يرد عليه التصحيح أو السقوط، كما أنه لا يرتب أي أثر من الآثار مهما تقادم عليه الزمن ولا تلحقه أي إجازة أو حصانة.

٩- البطلان: هو جزاء إجرائي يستهدف كل عمل إجرائي لا يتوافر فيه عنصر أو أكثر من العناصر الجوهرية اللازمة لصحته وهو ما يجعل

الإجراء عقيماً ويترتب عليه عدم انتاج الآثار التي ترتبها القاعدة الإجرائية حال اتخاذه صحيحا.

١٠- عدم جواز النظر: هو جزاء إجرائي يهدف الى طرح الإجراء وعدم الالتفات اليه لحدوثه على الرغم من وجود سبب قانوني مانع من اتخاذه، وسبب تقرير الجزاء ينحصر في عدم الصلاحية المطلقة للإجراء في العرض على قضاء الموضوع لتخلف الحق في مباشرة الإجراء اصلاً.

١١- السقوط: هو جزاء إجرائي يرد على السلطة أو الحق في مباشرة العمل الإجرائي إذا لم يقم به صاحبه خلال الفترة التي حددها القانون، سواء كان ذلك بفوات المدة أو رفع الدعوى الجزاء بعد انتهاء المدة التي حددها القانون لاتخاذ الإجراء.

١٢- الجزاء الجنائي لسبب إجرائي يختلف عن الجزاء الإجرائي، ويتقرر بسبب وقوع جريمة تتمثل في مخالفة شروط صحة العمل الإجرائي أو الإخلال بواجب اجرائي، وقد يتقرر بعص المعاقبة على الغش الإجرائي.

١٣- لم يكن المشرع العراقي موفقاً في صياغة نظرية شاملة لبطلان الإجراءات، كما فعل المشرع المصري، ولم يتعرض لبطلان الإجراءات الاَ في مواطن محدودة جداً، وعلى نطاق ضيق، ولعل المادة الوحيدة في قانون أصول المحاكمات الجزائية التي تطرقت الى حالة الطعن في الإجراءات الاصولية لوقوع خطأ جوهري فيها هي المادة ٢٤٩/أ من قانون أصول المحاكمات الجزائية، حيث اعطت للادعاء العام والمتهم والمشتكي والمدعي بالحق المدني والمسؤول مدنياً عن فعل المتهم حق الطعن بالإجراء لوجود خطأ جوهري فيه خلافاً للأصول.

١٤- والخطأ الجوهري في الإجراءات لابد من أن يتعلق بقاعدة جوهرية أوجدها المشرع لتنظيم جانب مهم من جوانب الدعوى الجزائية، قد تكون **قاعدة إجرائية جوهرية متعلقة بالنظام العام** وهي تلك القواعد التي تتعلق بالنظام العام مثل القواعد المتعلقة بتشكيل المحاكم الجزائية واختصاصاتها من حيث نوع الجريمة التي يحق لها أن تنظرها، أو **قاعدة إجرائية جوهرية غير متعلقة بالنظام العام** والقواعد الجوهرية غير المتعلقة بالنظام العام هي تلك القواعد التي يكون الغرض منها تحقيق مصلحة للخصوم ومثالها: القواعد المتعلقة بالتفتيش والضبط والتوقيف والاستجواب.

١٥- المشرع العراقي لم يورد أية نصوص تقضي بانعدام الإجراء المعيب بعيب جوهري متصل بالنظام العام، لا في قانون أصول المحاكمات الجزائية ولا في قانون التنظيم القضائي، ولا أي قانون جزائي آخر، وهذا خلل قانوني كبير، فالمشرع لم ينص حتى على طريق الطعن لمصلحة القانون في حال وقوع إجراء معيب بعيب يمس المصلحة العامة.

١٦- لم يأخذ المشرع العراقي بالبطلان المطلق وهو ما يقع نتيجة مخالفة جميع قواعد الإجراءات الجنائية التي تنظم إجراءات الخصومة الجنائية، والذي يحق للمحكمة أن تحكم به في أي حال كانت عليه الدعوى، ولم يأخذ بالبطلان المنصوص عليه في القانون وهو الذي يتولى المشرع بنفسه تحديد اسباب البطلان واذا ما توافرت مقدماته تحققت النتيجة المترتبة عليها الا وهي وقوع البطلان تلقائياً، ولم يأخذ كذلك بالبطلان الذاتي والذي يذهب الى عدم حصر اسباب البطلان مقدماً، وانما يترك الأمر للقضاء حتى يقدر مدى التناسب بين جسامة المخالفة والمصلحة العامة أو الحقوق والحريات وفق القانون، ولكنه أخذ بالبطلان للضرر

فقط، فكما سبق واوضحنا وجه الطعن بالإجراء المعيب الوارد في قانون أصول المحاكمات الجزائية، والذي يقوم على أساس وقوع طعن من قبل الادعاء العام أو أحد أطراف الخصومة.

١٧- نص التشريع العراقي في بعض المواطن على جزاء عدم جواز النظر، ومن المواضع التي نص فيها المشرع على هذا الجزاء الإجرائي هو ما نصت عليه المادة (٣٠٢/ ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية من عدم جواز نظر الدعوى ورفض الشكوى في حال ثبت أن تغيب المشتكي في المرة الأولى من تقديم الشكوى كان لعذر غير مشروع، وهذا ما نتوصل اليه من مفهوم المخالفة لنص المادة.

١٨- كما نص المشرع العراقي على جزاء السقوط أيضاً، ولكن في نطاق ضيق جداً، وهو ذلك الجزاء الإجرائي الذي يرد على سلطة الفرد أو حقه في مباشرة العمل الإجرائي، اذا لم يتخذه صاحبه خلال الفترة التي حددها القانون، ومثال ذلك ما ورد في المادة ٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي لمباشرة الشكوى من قبل المجنى عليه فيما يخص جرائم الشكوى الخاصة المنصوص عليها في المادة ٣ من القانون نفسه، فاذا مضت المدة القانونية المنصوص عليها في المادة ٦ ولم يقدم المجنى عليه الشكوى سقط حقه قانوناً في المطالبة به بعد ذلك.

ثانياً: المقترحات

١- نوصي المشرع العراقي بانتهاج طريق المشرع المصري في صياغة نظرية تخص الإجراء المعيب ابتداءً من تحديد اسباب تعيب الإجراء وانتهاءً بتحديد الجزاءات الملائمة لكل حالة من حالات التعيب التي تصيب الإجراء الجنائي من انعدام وبطلان وعدم جواز النظر وسقوط.

٢- خصت المادة ٢٤٩/أ من قانون أصول المحاكمات الجزائية أطراف الخصومة والاعاء العام بحق الطعن بالإجراء المخالف للأصول، فاذا ما توصل القاضي أو المحكمة الى أن إجراء ما في الدعوى كان قد اتُخذ خلافاً للأصول، أي وقع فيه خطأ جوهري يجب – ليتم اعمال صلاحية المحكمة في ابطاله وابعاده – أن يقع طعن من أحد الأطراف في الدعوى أو من الادعاء العام، والاَ فلا صلاحية للمحكمة في ابطال ذلك الإجراء من تلقاء نفسها وإن كان من الإجراءات المتعلقة بالنظام العام، كما لا تستطيع المحكمة من تلقاء نفسها إثارة مسألة بطلان الإجراء، الاَ اللهم من خلال التأثير في عضو الادعاء العام ودفعه للطعن بذلك الإجراء، وهذا اخفاق قانوني كبير، لذا وجب أن تعطى المحكمة صلاحية ابعاد وابطال الإجراء المعيب من تلقاء نفسها.

٣- من جهة أخرى فإن المادة ٢٤٩/أ لم تخول أطراف الدعوى والادعاء العام حق الطعن بالإجراء الباطل المخالف للأصول مباشرة، وانما اعطتهم حق الطعن بالقرارات والأحكام والتدابير الصادرة من المحاكم الجزائية اذا ما بنيت على ذلك الإجراء الباطل المخالف للأصول، وكان الأولى أن يكون لهم الحق بالطعن مباشرة بالإجراء المعيب وقبل أن يصدر قرار أو حكم أو تدبير مبنياً على ذلك الإجراء المعيب، وتكون الدعوى قد قطعت شوطاً كبيراً واستغرقت وقتاً وجهداً من قبل القضاء وبقية أطراف الدعوى لحين صدور حكم أو قرار فيها، من ثم يطعن بها بسبب إجراء معيب لتعاد كل تلك الإجراءات من جديد.

٤- أن المادة ٢٤٩/ب لم تعتد بالخطأ الذي يصيب الإجراءات المتخذة في الدعوى اذا لم يكن ذلك الخطأ ضاراً بدفاع المتهم، وهي بذلك قد راعت مصلحة المتهم دون غيره من اطراف الدعوى، وكان الأولى بالمادة لو

نصت على أن ذلك (الخطأ الإجرائي كان ضاراً بدفاع أحد أطراف الدعوى) لتشمل بالحماية جميع الأطراف بما فيهم المشتكي، وإن كنا نحبذ لو أن هذه الفقرة من هذه المادة تلغى بالكامل لأن الإجراءات التي صيغت في قانون أصول المحاكمات الجزائية لم تراع مصلحة طرف معين أو لمصلحة أطراف الخصومة فحسب، هي ايضاً وضعت للمصلحة العامة في الوقت ذاته، فما الداعي لأنُ ينص على تمرير إجراء معيب بحجة أنه غير ضار بدفاع المتهم.

المراجع

١- د. احمد فتحي سرور : الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية، ط٨، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٢م.

٢- د.آمال عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة ١٩٨٩م.

٣- د. بيار اميل طوبيا : الخطأ الإجرائي وطلب استعادة القرار القضائي المبرم، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس ٢٠١٠م.

٤- د. جميل الشرقاوي : الإثبات في المواد المدنية ،دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٢م.

٥- د. حسن علوب، استعانة المتهم بمحام في القانون المقارن، رسالة القاهرة ١٩٧٠ م.

٦- د. حسن علي حسين علي : الجزاء الإجرائي في قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الاسكندرية ٢٠٠٨م.

٧- د. حسون عبيد هجيج ومنتظر فيصل كاظم : سلطة المحكمة في التكييف القانوني للدعوى الجزائية – دراسة مقارنة –، ط١، دار السنهوري، بغداد ٢٠١٥م.

٨- د. رمزي رياض عوض : سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٤م.

٩- د. رمسيس بهنام : المحاكمة وطرق الطعن في الأحكام، منشأة المعارف، الاسكندرية ١٩٩٥م.

١٠- د. رمسيس بهنام: الاجراءات الجنائية تاصيلاً وتحليلاً، منشأة المعارف، الاسكندرية١٩٨٤،ء.٦٦٩.

١١- د. سامي صادق الملا : اعتراف المتهم، ط٣، كتب عربية، مصر ١٩٨٦م.

١٢- د. عبد الباقي البكري و د. زهير البشير : المدخل لدراسة القانون، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة ٢٠٠٩م.

١٣- د. عوض محمد عوض : قانون الإجراءات الجنائية، ج١، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ١٩٩٥م.

١٤- د. مأمون سلامة : قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٨٠م.

١٥- د. مصطفى يوسف محمد: مشروعية الدليل في المسائل الجنائية ،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١١م.

القوانين: -

١- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م.

٢- قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١م.

٣- قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠م.