



التعسف في استعمال السلطة الإجرائية في مرحلة التحقيق الابتدائي ومظاهره

## The abuse of procedural power during the preliminary investigation phase and its manifestations

م.م : سيروان شكر سمين

[sirwan.shukr@garmian.edu.krd](mailto:sirwan.shukr@garmian.edu.krd)

قسم القانون جامعة گرميان

أ.م.د: زانا رفيق سعيد

كلية القانون جامعة السليمانية

[Zana.saeed@univsul.edu.iq](mailto:Zana.saeed@univsul.edu.iq)

Sirwan Shukr Samin

[sirwan.shukr@garmian.edu.krd](mailto:sirwan.shukr@garmian.edu.krd)

Department of Law, Garmian University

Assistant Professor Dr. Zana Rafiq Saeed

College of Law, University of Sulaimani

[Zana.saeed@univsul.edu.iq](mailto:Zana.saeed@univsul.edu.iq)



This work is licensed under a

[Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International \(CC BY-NC 4.0\)](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

**المستخلص :** القانون عندما منح السلطة القائمة على التحقيق الابتدائي السلطات اللازمة للكشف عن الجريمة، كانت تتبعي من ورائها حماية حقوق وحرريات الآخرين، وليس التعسف، وهي سلطة منضبطة ومقيدة بضوابط لضمان الاستخدام السليم في الحدود المرسومة لها في إطار الشرعية الإجرائية ولتحقيق العدالة، فمتى ما خرج القائم على التحقيق عن الضوابط المحددة لها كان الجهات الرقابية التمييزية كفيلة بإعادة التحقيق إلى جادتها الصائبة وإلحاق الجزاء الإجرائي بالعمل الإجرائي مع إلحاق الجزاءات الأخرى الجزائية أو التأديبية أو المدنية على الشخص القائم بها إن كان لها مسوغ، وعن طريق الأصول القانونية لها.

**الكلمات المفتاحية:** التحقيق الابتدائي، قاضي التحقيق، التعسف، الجزاء.

**Abstract :** When the law allowed the authorities to be responsible for preliminary investigation the necessary powers to uncover crimes, its underlying purpose was to protect the rights and freedoms of each individual not to let them abuse. These powers are regulated and bound by strict safeguards to ensure their proper utilities within the certain limits of procedural legality achieving of justice. If the investigation authority trespass these limits, the competent judicial oversight bodies are empowered to mend this queries. Procedural binding will be applied to any illegal detection procedures, in addition to other criminal or civil penalties against the direct responsible person, when justified, all formed through due legal process.

**Keywords:** preliminary investigation, investigative judge, abuse, punishment.

**المقدمة :** ينبغي على القائم بالتحقيق العمل على كشف المستور في الواقعة الإجرامية في نطاق الإلتزام بالشرعية الإجرائية مع كفالة الضمانات المقررة للمتهم ولباقي أطراف الخصومة من دون أي تعسف. ومع أن هذه القوانين احتوت في ثناياها الكثير من الضوابط المنضمة للسلطة الإجرائية لقضاة التحقيق، ومع توفيرها اللازم لضمانات وحقوق المتهم وبأقبي الخصوم، ومع ذلك فكثيراً ما نلاحظ التعسف في الاعمال الإجرائية التي يأتيها القضاة.

فالقانون عندما منح السلطة القائمة على التحقيق الابتدائي السلطات اللازمة، الغاية منها كانت حماية حقوق وحرّيات الآخرين، وليس التعسف والتحكم، وهذه السلطة هي سلطة منضبطة ومقيدة بضوابط معينة لضمان الاستخدام السليم لها في الحدود المرسومة لها في إطار الشرعية الإجرائية، فمتى ما خرج القائم على التحقيق عن الضوابط المحددة لها كان الجهات الرقابية التمييزية كفيلة بإعادة التحقيق إلى جادتها الصائبة وإلحاق الجزاء الإجرائي بالعمل الإجرائي مع إلحاق الجزاءات الأخرى الجزائية أو التأديبية أو المدنية على الشخص القائم بها إن كان لها مسوغ، وعن طريق الأصول القانونية لها.

ومن لحظة فتح التحقيق في الواقعة الإجرامية عن طريق الإخبار أو الشكوى، وما تتطوي هذه العملية في ثناياها من أعمال إجرائية من الانتقال ومعاينة مسرح الجريمة وتكليف بالحضور والقبض والاستجواب والتوقيف والتفتيش وتدوين الشهادات وأعمال الخبرة وحجز أموال المتهم الهارب وكذلك قرارات إطلاق السراح بكفالة أو رفضها وغيرها من الأعمال الإجرائية التي يأتي بها قضاة التحقيق إلى نهاية التحقيق إما بغلق التحقيق بالإفراج أو البراءة أو بإحالة الأوراق إلى محكمة الموضوع لتوافر الأدلة فيها، فينبغي على القضاة والمحققين أن يمارسوا السلطة الممنوحة لهم في نطاق هذه الأعمال في سياق ما رسمه المشرع لهم، فأى خرق للشرعية الإجرائية يلحق بها جزاء، فهي تعسف.

**أهمية الدراسة:** تكمن أهمية الدراسة في أهمية الإجراءات الجنائية ذاتها باعتبارها إجراءات تستهدف تحقيق العدالة الجنائية بمعاينة المجرم مع تبرئة البريء، فهي إجراءات تتطوي بطبيعتها على المساس بالحقوق والحرّيات الشخصية، وبالتالي فإن أي تعسف من قبل الجهة القائمة على التحقيق الابتدائي يشكل خرقاً لهذا الهدف. فالتعسف في استعمال السلطة الإجرائية من قبل الجهة القائمة على التحقيق يشكل خرقاً خطيراً لمبدأ الشرعية الإجرائية من قبل جهة يفترض هي صمام أمان لعدم خرقها، وفي نفس الوقت فهي إنتهاك لحقوق وحرّيات الأفراد التي كفلها الدستور، وما يستتبع ذلك من إخلال بحق المساواة للمواطنين وهدم لسلم العدالة في المجتمع.

**هدف الدراسة:** تهدف الدراسة إلى بيان مفهوم التحقيق الابتدائي والسلطة القائمة عليها مع بيان السلطات الممنوحة لهم، وكذلك بيان أهم الاعمال الإجرائية التي يقوم بها قضاة التحقيق. والغاية الرئيسية من هذا البيان هي الكشف عن وجود فكرة التعسف في استعمال السلطة الإجرائية للتحقيق، ولبيان وتوضيح أوجه ومظاهر التعسف في استعمال السلطة الإجرائية للقائم بالتحقيق التي تحدث أثنائها، مع بيان موقف المشرع العراقي من التنظيم القانوني للتعسف في مرحلة التحقيق الابتدائي.

**سبب الدراسة:** هناك أسباب عديدة التي دفع الباحث إلى إختيار هذا الموضوع، لكن أهمها هي ضياع الحقوق وانتهاك الحرّيات الشخصية بسبب التعسف ومن قبل جهة المفترض هي الملجأ لكل المظلومين، فساحات العدالة هي المكان التي

يطمأن فيها المظلوم ويرتاح فيها المقهور، فكيف إذا بالموكل إليها إحقاق الحق وإنصاف المظلومين الحيدة عن جادة العدالة، وهناك سبب آخر هي أن هذا الموضوع لم يلقى إهتمام من قبل الباحثين فلم يدلوا بدلوهم في هذا المضمار. مشكلة الدراسة: تكمن المشكلة في كيفية التوفيق بين المصلحة العامة في التحقيق وما تستوجبه من القيام بإجراءات فيها، وبين المصلحة الخاصة للمتهم، فالتحقيق في الجريمة يستوجب ممارسة إجراءات قد تمس حقوق وحرّيات المتهم، وللتوفيق بين المصلحة العامة والخاصة هنا تتطلب أعمال السلطة التقديرية الواسعة لقضاة التحقيق عند إصدارهم قرارات برفض إجراءات اللازمة، فينبغي أن يكون ممارسة السلطة التقديرية لفرض هذه الإجراءات في أضيق نطاق وعندما تبتغيه المصلحة العامة فقط، وبالعكس ذلك نكون أمام تعسف في استعمال السلطة الإجرائية من قبل قاضي التحقيق. وعلى الرغم من أن المشرع العراقي نظم مسألة التعسف في نطاق القانون المدني إلا أنه أغفل تنظيم هذا الموضوع في إطار قانون الأصول الجزائية. لذلك فإن مشكلة الدراسة تدور حول وقوع التعسف من قبل قضاة التحقيق في استعمال سلطتهم الإجرائية أثناء القيام بالتحقيق، مما يتطلب من المشرع إيجاد الحلول القانونية لضمان حقوق وحرّيات أطراف الخصومة الجنائية من عسف قضاة التحقيق.

**منهج الدراسة:** يعتمد الباحث في إطار معالجة مشكلة الدراسة على منهج الدراسة المقارنة، باعتباره المنهج المناسب والملائم لتناول هذا الموضوع الجدلي بالدراسة. فيتم دراسة المشكلة في إطار قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي وكيفية معالجتها لها، ومن ثم مقارنة بقانون الإجراءات الجنائية المصري واستخلاص النتائج العلمية التي تقيد في حل حُبكة الدراسة.

**هيكلية الدراسة:** اقتضت الدراسة إلى أن نقسم خطة الدراسة إلى مطلبين، فنبين في الأول منها بيان مفهوم التحقيق الابتدائي لبيان السلطة القائمة عليها والإجراءات التي يقوم بها، بينما نبين في الثاني منها أهم مظاهر التعسف في استعمال السلطة الإجرائية في التحقيق الابتدائي، ومن ثم نختم الدراسة بالخاتمة والتي تتضمن استنتاجاتنا حول الموضوع ونقدم توصياتنا في النهاية.

### المطلب الأول: مفهوم التحقيق الابتدائي

التحقيق الابتدائي هي المرحلة الأولى من مراحل سير الدعوى الجنائية، وتستهدف الكشف عن حقيقة الأمر في الدعوى الجنائية والتتقيب عن مختلف الأدلة التي تساعد على معرفة صلاحية عرض الأمر على قضاء الحكم. ولإن هذا التتقيب يتطلب اتخاذ إجراءات التحقيق وهي إجراءات تستهدف البحث عن الأدلة التي تقيد في كشف الحقيقة في حياد وموضوعية يضيفان عليها الصفة القضائية، كان لا بد من إسناد تلك المهمة إلى جهة مؤتمنة على حرّيات الناس ومقدساتهم، وإحاطة التحقيق بشبكة من الضمانات التي يلزم إحترامها<sup>(١)</sup>. فيأتي الحكم مبنياً على أساس متين من الحقيقة الواقعية والقانونية وبعيداً عن التعسف وإساءة استعمال السلطة، ومحققاً للعدالة الجنائية التي هي أساس الحكم وغايته.

وقد تعددت التعريفات الفقهية لمرحلة التحقيق الابتدائي، فمنهم من يرى أن للتحقيق الابتدائي معنيان، أحدهما واسع، يشمل الأعمال التي تجري منذ كشف الجريمة إلى أن تصل القضية إلى محكمة الموضوع، والآخر ضيق، تقتصر على الاعمال التي يجريها قاضي التحقيق، لجمع الأدلة على الجريمة والمجرم، واتخاذ القرار بأحالة المتهم إلى محكمة الموضوع أو عدم

(د. محمد زكي ابو عامر، الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٤، ص ٦٣٩. 1)

إحالاته<sup>(١)</sup>. وذهب رأي آخر للقول بأن التحقيق الابتدائي هو مجموعة الإجراءات التي تباشرها سلطات التحقيق قبل المحاكمة بقصد الوصول إلى الحقيقة عن طريق التثبت من الأدلة القائمة على ارتكاب الجريمة ونسبتها إلى فاعل معين<sup>(٢)</sup>. وبالتدقيق في التعريفين السابقين لمفهوم التحقيق الابتدائي نجد أنهما تدوران حول مضمون واحد وإن اختلفا في ترتيب عناصر هذا المضمون، وعليه يمكننا أن نعرف التحقيق الابتدائي بأنها مجموعة من الإجراءات القضائية تتخذ من قبل السلطة المختصة بها قانوناً، بهدف كشف الحقيقة في جريمة وقعت، وتقدير مدى إحالة الدعوى للجهة القضائية المختصة.

والتحقيق الجنائي نوعان، ابتدائي ونهائي، وينحصر الفرق بينهما في أمرين: الأول فيمن يقوم به، والثاني، في الأثر الذي يترتب عليه. أما التحقيق الابتدائي<sup>(٣)</sup>، فيباشره قاضي التحقيق أساساً، وقد يقوم به غيره استثناءً، وعلى ضوء ما يسفر عنه هذا التحقيق يصدر قاضي التحقيق قراره إما بغلق التحقيق أو بإحالة المتهم إلى المحاكمة. وأما التحقيق النهائي أو القضائي، فتباشره المحكمة التي رفعت إليها الدعوى، وعلى ضوء ما يسفر عنه تحقيقه تصدر حكمها، سواء بالبراءة أو الإفراج أو بالإدانة<sup>(٤)</sup>.

وقد شرعت قواعد التحقيق الابتدائي لجمع الأدلة وحبس المتهم احتياطياً إن خُيفَ تأثيره على التحقيق أو خُيفَ هروبه. وفائدة هذا التحقيق ولو أنه ابتدائي لا يستهان بها، إذ يحصل عَقَبَ حصول الجريمة فلا يترك مجال واسع للتأثير على الشهود أو ليدبر المتهم دفاعاً باطلاً، وهو في الواقع أساس القضية. وتعتمد عليه المحاكم كثيراً لأنه كلما كان التحقيق أقرب إلى وقت حصول الحادثة كلما كان ما قيل فيه أقرب إلى الصدق<sup>(٥)</sup>. ويتصل بذلك أن بعض الأدلة لا يتيسر التتقيب عنها وقت المحاكمة، وإنما يتعين أن يكون ذلك في وقت معاصر لإرتكاب الجريمة، ومن ثم كان دور التحقيق الابتدائي التتقيب عن أدلة الجريمة في الوقت الملائم لذلك<sup>(٦)</sup>.

وتظهر أهمية هذه مرحلة من أنها مرحلة هامة استتهاها المشرع بهدف ألا يحال من الدعاوي على المحاكم المختصة إلا ما كان منها قائماً على سند قوي من الوقائع والقانون، مما يؤدي إلى صيانة المصلحتين العامة والفردية حيث تقضيان عدم أشغال القضاء بدعاوي كيدية أو اعتباطية من شأنها وضع الأبرياء في قفص الاتهام دون قيام أدلة جديّة على ذلك، وهو ما تتادي به العدالة<sup>(٧)</sup>. ومن دواعي أهمية هذه المرحلة ما يتبدى فيها من حاجة ملحة إلى تأكيد التوازن بين حق الدولة في العقاب وما يقتضيه من اتخاذ بعض الإجراءات الماسة بحرية المتهم، وحق هذا الأخير في حرّيته الشخصية وما تستدعيه من إحاطة ما يتعرض له من إجراءات بضمانات عدم التحكم في المساس بحريته وكذا كفالة حقه في الدفاع. كل ذلك

( د. عبدالوهاب حومد، أصول المحاكمات الجزائية، ط٤، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٨٧، ص١٦٧٨ )  
 ( د.إدوار غالي الذهبي، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠، ص٢٣٩ )  
 ( لم يطلق المشرع المصري اسم التحقيق الابتدائي وإنما استعمل كلمة التحقيق مجردة من أي وصف، بينما استعمل المشرع العراقي مصطلح 3 التحقيق الابتدائي في المادة (٥١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية.  
 ( د.عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، ط٢، دار الأهرام للنشر والتوزيع والإصدارات القانونية، دون الإشارة إلى 4 مكان النشر، ٢٠٢٣، ص٤١٧.  
 ( أحمد نشأت بك، شرح قانون تحقيق الجنايات، مطبعة الاعتماد، مصر، ١٩٢٥، ص٣٦ )  
 ( د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مج١، ط٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦، ص٥٥٠ )  
 ( د. حسن جوخدار، أصول المحاكمات الجزائية، ج٢، منشورات جامعة حلب كلية الحقوق، ١٩٩١، ص١٩٢ )

يقتضي أن يضمن القانون سرعة التحقيق ويعهد به إلى جهة تتوافر فيها الحيطة والاستقلال، وهم أعضاء السلطة القضائية<sup>(١)</sup>.

وتتميز إجراءات التحقيق بأنها ذات طبيعة قضائية وليست إدارية، حيث تتحرك بها الدعوى الجزائية، وتعتبر مرحلة أساسية فيها، بما ينتج من أدلة قانونية كاملة<sup>(٢)</sup>. وهذه الطبيعة القضائية لا يكتسبها إجراء التحقيق لمجرد توافر تلك الصفة فيمن يباشره، فيمكن أن يباشر إجراء التحقيق مأمور الضبط القضائي وهو ليس له هذه الصفة. وإنما يقصد بالطبيعة القضائية صفة الحيطة ومكنة تقييم الدليل المستمد منه تقييماً سليماً يستند إلى الواقع. ومن أجل ذلك ميّز القانون هذه الإجراءات بصفة القهر والقسر في مباشرتها كي تقيد في كشف الحقيقة وخصها بخصائص معينة<sup>(٣)</sup>. وتتميز إجراءات التحقيق الابتدائي كذلك بان الغاية من اتخاذها هي لتمحيص الأدلة على وقوع الجريمة ونسبتها إلى فاعلها وذلك لغرض تقدير القائم بالتحقيق على مدى ملائمة هذه الأدلة من حيث إثبات الجريمة أو نفيها<sup>(٤)</sup>.

وليس من الضروري أن تنتهي مرحلة التحقيق إلى إحالة الدعوى الجنائية إلى المحكمة. فسلطة التحقيق هي سلطة محايدة وموضوعية غايتها ليست إلا تمحيص الأدلة ومحاولة الكشف عن حقيقة الجريمة الواقعة، ومدى صحة نسبتها إلى المتهم. وبالتالي فليس ثمة ما يمنع من أن توقف سيرورة الدعوى الجنائية وتصدر قراراً بمنع المحاكمة إذا ما ارتأت أن الأدلة التي بين يديها، وما توفر لها من حقائق بناء على ما اتخذته من إجراءات، لا يؤكدان ثبوت التهمة في مواجهة المتهم<sup>(٥)</sup>.

كما تتميز إجراءات التحقيق بأن ما نتج عنها من أدلة تصلح لأن يعتمد عليها وحدها في إصدار أحكام القضاء الجنائي، بعكس إجراءات الاستدلال التي لا تصلح إلا أن تكون مكملة لأدلة أخرى<sup>(٦)</sup>. وقد أثبتت الوقائع أن التحقيق الابتدائي يلعب دوراً أساسياً في تقرير مصير الدعوى الجزائية، لأن قضاة الموضوع يعتمدون عليه كثيراً، ولو كانوا غير ملزمين به، لأن ضغط العمل عليهم لا يتيح لهم أن يقوموا بأنفسهم دوماً بإجرائه أو بالتوسع فيه<sup>(٧)</sup>.

وغني عن البيان أن إجراءات التحقيق الابتدائي تتسم بالخطورة على الحريات الفردية، لأنها تتضمن إجراءات مقيدة للحرية كالقبض، والتوقيف، والتكليف بالحضور، وإجراءات ماسة بالخصوصية كالتفتيش، وإجراءات ماسة بالملكية كحجز أموال المتهم الهارب، ولذلك أحاطه المشرع بمجموعة من الضمانات والضوابط سواء من حيث الجهوية، ومن حيث المساس بالحقوق والحريات المذكورة<sup>(٨)</sup>.

وللتحقيق الابتدائي مقومات، وأن المشرع عالج الإجراءات التي تتكون منها مقومات التحقيق الابتدائي، وبين نماذجها القانونية، في المواد ٥٦ إلى ١٢٩ من قانون أصول المحاكمات الجزائية، والملاحظ أن المشرع ترك للمحقق مباشرة جميع أعمال التحقيق التي يقدر جدواها في الكشف عن الحقيقة. ولم يفرض المشرع على المحقق ترتيباً معيناً لما يباشره من

- ( د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ط ١٠، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦، ص ١٨٦٢ )  
 ( د. حسني الجندي، قانون الإجراءات الجزائية في دولة الإمارات العربية المتحدة، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٥٧٤ )  
 ( د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٦٤٢ )  
 ( د. ممدوح خليل البحر، التحقيق الابتدائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٦ )  
 ( د. جلال ثروت و د. سليمان عبد المنعم، أصول المحاكمات الجزائية، ط ١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٦، ص ٤٦١ )  
 ( د. عبدالرؤف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، ج ١، دار الأهرام للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٢٤، ص ٤١٠ )  
 ( د. عبدالوهاب حومد، المصدر السابق، ص ٦٧٩ )  
 ( د. محمد رشيد حسن، التنظيم القانوني للشكوى الجزائية، مجلة دراسات قانونية وسياسية التي تصدر عن كلية القانون في جامعة السليمانية، السنة ٨ الأولى، العدد الأول، أيلول، ٢٠١٣، ص ٢٥٩ )

إجراءات، بل ولم يلزمه بمكان معين يباشره فيه، وإنما ترك هذا كله لسلطته التقديرية التي يمارسها في ضوء كل تحقيق على حدة، مستعيناً في ذلك بحسن تقديره للمسائل الإجرائية<sup>(١)</sup>.

والأصل أن يرد عمل المحقق على الماديات الإجرامية المتصلة بارتكاب الجريمة ونسبتها إلى المتهم، ولكن يمكن أن ينصب كذلك على معنويات الجريمة، بل يشمل كافة العناصر كشخصية المتهم وعوامل إجرامه والتي تكفل لقاضي الموضوع استعمال سلطته التقديرية لإصدار حكم سليم ومطابق للقانون، ولا يقتصر عمل المحقق على الوقائع التي تساند الاتهام، بحيث تتجه إلى التنقيب عن أدلة ضد المتهم، وإنما يتناول كذلك الوقائع التي قد تنفي مسؤوليته أو تخفف منها، وتمثل أدلة لمصلحته. فمهمة المحقق أن يتحرى الحقيقة الموضوعية، ويقدم للقضاء صورة كاملة لعناصر الدعوى ما كان منها ضد مصلحة المتهم، وما كان في مصلحته<sup>(٢)</sup>.

ويلزم لسلامة التحقيق الابتدائي واعتبار إجراءاتها من إجراءات التحقيق أن يكون صادراً من سلطة التحقيق في الشكل الذي حدده القانون، وبالتالي فإن ممارسة الإجراء دون مراعاة للشكل الذي حددها القانون لمباشرة الإجراء يفقد صفتها كإجراء من إجراءات التحقيق ولو تم أمام سلطة التحقيق، كما لو سمع قاضي التحقيق الشاهد دون تحليفه اليمين القانونية. كما يلزم لسلامة التحقيق أيضاً أن يكون الهدف من الإجراء هو البحث عن الأدلة التي تفيد في كشف الحقيقة، بالتنقيب عنها وتمحيصها والكشف عن حقيقة أمرها، وهذه الخصوصية هي التي تميزها عن إجراءات الاستدلال<sup>(٣)</sup>.

واختلفت التشريعات الجزائية في إسناد مهمة ممارسة التحقيق الابتدائي، فبعض التشريعات جعلها من مهام سلطات قضائية بصورة أصلية وإستثناءً أجاز لبعض الجهات الأخرى القيام بهذه المهمة بإعتبارها جهات مكملة للسلطة القضائية، وهذا مسلك المشرع العراقي. بينما قصرّت تشريعات أخرى هذه الإجراءات على سلطات الإتهام بإعتبارها السلطة المختصة بصفة أصلية بالقيام بالتحقيق، وهذا مسلك المشرع المصري الذي جعل النيابة العامة هي السلطة المختصة بإجراءات التحقيق الابتدائي.

فقد حدد المشرع العراقي الجهة التي تتولى التحقيق الابتدائي، فخصّ قاضي التحقيق والمحققين الذين يعملون تحت إشرافه، بتولي مهمة التحقيق، وأعتبرهم الجهة المختصة أصلاً بهذه المهمة<sup>(٤)</sup>. كما منح ذات الحق إلى أي قاضي سواء كان قاضي تحقيق أم جزاء أو قاضي بداءة، وذلك عندما يشهد وقوع جريمة من نوع جنائية أو جنحة، فأجاز له في هذه الحالة، أن يتولى مهمة التحقيق الابتدائي، ولكن شريطة غياب قاضي التحقيق المختص، وأوجب الشارع على من باشر مهمة التحقيق أن يعرض الأوراق التحقيقية وما تم من إجراءات تحقيقية وبأسرع ما يمكن على قاضي التحقيق المختص<sup>(٥)</sup>.

هذا وأن المشرع العراقي أعطى لعضو الادعاء العام الحق في القيام بالتحقيق الابتدائي، ومنحه صلاحية قاضي التحقيق في المكان الذي تقع فيه الجريمة، لكن المشرع جعل إجازة هذا الأمر، معلقاً على شرط غياب قاضي التحقيق المختص، وحدد انتهاء مهمة عضو الادعاء العام في التحقيق بحضور قاضي التحقيق ما لم يطلب هذا الأخير الاستمرار بالتحقيق

( د. عبدالفتاح مصطفى الصيفي، تأصيل الإجراءات الجنائية، دار الهدى للطبوعات، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ١٣١٥).

( د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مج ١، المصدر السابق، ٢٠٠٣، ٢٥٣).

( د. محمد زكي ابو عامر، الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٦٤١).

( ينظر المادة (٥١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي. ٤).

( ينظر المادة (٥١ج) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي. ٥).

كله أو جزء منه<sup>(١)</sup>. وأجاز المشرع العراقي أن يتولى أحد أعضاء الضبط القضائي، القيام بإجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي، إذا ما كلف من قبل قاضي التحقيق<sup>(٢)</sup>.

لكن الملفات للنظر أن المشرع العراقي، قد سمح للمسؤول في مركز الشرطة تولي مهمة التحقيق الابتدائي في الجرائم، ومنحه سلطة محقق، وذلك في حالة إذا ما صدر إليه أمر من قاضي التحقيق أو المحقق، وأيضاً في حالة إذا ما خيف أن في حالة إحالة المخبر على القاضي أو المحقق قد يؤخر إجراء التحقيق مما يؤدي إلى ضياع معالم الجريمة أو الاضرار بسير التحقيق أو هرب المتهم<sup>(٣)</sup>. ومسلك المشرع العراقي هنا محل انتقاد، وخاصة إذا ما علمنا أن التحقيق في الجريمة هو من اختصاص السلطة القضائية والذي يتولاها مختصون في القانون ولهم الدراية الكافية بالقانون.

وأسند قانون الإجراءات الجنائية المصري إلى النيابة العامة، كقاعدة عامة، سلطة مباشرة التحقيق الابتدائي في الدعوى الجنائية وفق المادة (١٩٩) منها. أما قاضي التحقيق فلا يجوز له مباشرة التحقيق في جريمة معينة إلا بناءً على طلب من النيابة العامة أو بناءً على إحالتها إليه من الجهات الأخرى المنصوص عليه في القانون<sup>(٤)</sup>. فالقانون المصري أعطى الحق للنيابة العامة باعتباره الجهة المختصة أصالة بالتحقيق، حق طلب إجراء التحقيق في الجنايات والجنح بمعرفة قاضي التحقيق، إذا ما رأت أن ذلك أكثر ملائمة لظروف الدعوى، ويكون هذا القاضي من بين قضاة المحكمة الابتدائية، كما منحت قانون الإجراءات الجنائية المصري الحق لوزير العدل أن يطلب من محكمة الاستئناف ندب مستشار لتحقيق جريمة معينة أو جرائم من نوع معين<sup>(٥)</sup>.

وهذا معناه استثناء النيابة العامة بالتحقيق الابتدائي كسلطة مختصة أصالة، وأن القانون المصري لا يسمح بوجود قاضي للتحقيق أو مستشار للتحقيق معين بصفة دائمة، وإنما سمح بذلك استثناءً بمناسبة دعوى بذاتها. بالإضافة إلى أن المشرع المصري أعطى الحق لمأموري الضبط القضائي القيام ببعض أعمال التحقيق الابتدائي وذلك عند تكليفه بذلك من قبل قاضي التحقيق أو من قبل النيابة العامة<sup>(٦)</sup>.

وتعتبر إجراءات التحقيق الابتدائي، من أخطر الإجراءات، لأنها الأساس في إثبات الجريمة، أو براءة المتهم منها، لهذا فقد حدد المشرع إجراءات هذه المرحلة بدقة لتجنب الوقوع في الخطأ، ومنعاً من التعسف، ولتوفير الطمأنينة للمتهم بان حريته ومصيره لن يتعرض للخطر بدون حق، وبأن أمامه فرصة مناسبة ومعقولة للدفاع عن نفسه ورد التهمة عنه<sup>(٧)</sup>، فينبغي أن تكون هناك ضمانات تكفل سلامة إجراءات التحقيق الابتدائي.

وأول ضمانات تكفل الوصول إلى الحقيقة هي حياد المحقق القائم على التحقيق، فيجب ألا يكون المحقق طرفاً من أطراف القضية، وإنما حكماً بين أطرافها، فإذا كان طرفاً القضية هما الإتهام والدفاع، فيتعين ألا يكون المحقق أحد هذه الاطراف،

( ينظر المادة (٥/رابعاً) من قانون الادعاء العام العراقي رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧، والمادة (٣) من قانون الادعاء العام العراقي رقم ١٥٩ لسنة ١٩٧٩ )  
والنافذ في إقليم كردستان.

( ينظر المادة(٥٢/١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.2)

( ينظر المادة(٥٠/١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.3)

( ينظر المادة (٦٧) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.4)

( ينظر المواد (٦٤ و ٦٥) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.5)

( ينظر المواد (٧٠ و ٢٠٠) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.6)

( فتحي عبدالرضا الجوادي، تطور القضاء الجنائي العراقي، مطبعة وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٦، ص٢٢٦.7)

ومن هنا جاء مبدأ الفصل بين سلطة التحقيق وسلطة الاتهام<sup>(١)</sup>. إذ لو جمعت جهة واحدة بينهما لجمعت بين صفتين متعارضتين هما صفتا الخصم والحكم في آن واحد. وتعدرت عليها من ثم الحيادة والموضوعية التي تمكنها من الموازنة بين أدلة الاتهام وأدلة الدفاع على وجه تضييع معه الحقيقة وتتأذى به العدالة.

وأخذاً بمبدأ حياد التحقيق، اتجهت بعض التشريعات إلى الفصل بين سلطة التحقيق وسلطة الاتهام، فجعلت سلطة التحقيق بيد قاضي يسمى بقاضي التحقيق، بينما جعلت سلطة الاتهام بيد هيئة أخرى هي الادعاء العام ومن هذه التشريعات القانون العراقي. بينما أتجهت تشريعات أخرى إلى الجمع بين سلطتي التحقيق والإتهام بيد جهة واحدة هي النيابة العامة، ومن هذه التشريعات القانون المصري.

**ونرى أن الفصل بين سلطتي التحقيق والاتهام يمنع من التعسف في استعمال السلطة ويحقق العدالة والتي هي هدف القانون في النهاية،** لأن مثل هذا الفصل يمنع جمع الإدعاء العام بين هاتين السلطتين الذي يجعل منها خصماً وحكماً في آن واحد، وهذا أمر منتقد، كما يخشى الخطأ في الإتهام من قبل الإدعاء العام أن يستمر عند التحقيق الذي يجدر لهذه السلطة الأخيرة أن تتلافاه.

ومن الضمانات العامة للتحقيق الابتدائي ينبغي أن تكون علنياً للخصوم وسرياً للجمهور، فمباشرة التحقيق بحضور الخصوم يعتبر ضماناً هامة لهم لأنه يغرس الثقة والاطمئنان في نفوسهم ويمنحهم الفرصة لمعرفة سير التحقيق وفيما إذا كان لهم اعتراض عليه أم لا، لأن جميع أطراف الدعوى يحضرون هذا التحقيق سواء من الادعاء العام أم المشتكي أو المتهم أو المدعي بالحق المدني أو المسؤول مدنياً عن المتهم أو وكلائهم، ولا يحق لغير هؤلاء الحضور والإطلاع على مجريات التحقيق. ورغم ذلك فإن للسلطة القائمة بالتحقيق القيام التحقيق في غيبتهم ومن دون حضور الخصوم في الحالات التي حددها القانون، وهي حالة الضرورة والاستعجال<sup>(٢)</sup>.

أما سرية التحقيق الابتدائي للجمهور فتعني مباشرة إجراءاته في غير حضور الجمهور، فلا يسمح لأحد بدخول المكان الذي يجري فيه التحقيق. وعلّة عدم علانية التحقيق بالنسبة للجمهور هي الحرص على سمعة المتهم وإعتباره وحمايته من التشهير الذي قد يتعرض له بسبب التحقيق الذي قد ينتهي بإصدار قرار ببرائته لعدم صحة التهمة المنسوبة إليه. ويعلل ذلك بالحرص على حماية الجمهور نفسه من التأثير السيء لنشر تفاصيل ارتكاب الجرائم، وتنوع الأساليب الإجرامية في ارتكابها، كما أن سرية التحقيق ينطوي على ضمان تحقيق العدالة والكشف عن الحقيقة وذلك بتجنب التأثير على أقوال الشهود وتقادي محاولة بعض المتهمين الذين لم يتناولهم التحقيق بعد من إخفاء الأدلة أو تشويهها<sup>(٣)</sup>.

ومن الضمانات الأساسية للتحقيق الابتدائي وجوب تدوينه، أي إثبات إجراءاته بالكتابة لكي تبقى حجة على القائمين بها وعلى كافة الخصوم في الدعوى الجنائية. والعلّة في ذلك أنها أعمال إجرائية قانونية يمكن البناء عليها عند التصرف في التحقيق الابتدائي وفي مرحلة المحاكمة أيضاً<sup>(٤)</sup>. فلا يجوز إجراء التحقيق من قبل قاضي التحقيق أو المحقق إلا بعد فتح محضر للدعوى الجزائية، يدون فيه البلاغ الوارد، وأسباب تكليف المتهم بالحضور، أو إلقاء القبض عليه، وتاريخه، وأقوال

(١) د. عبدالرؤف مهدي، المصدر السابق، ص ١٥٤.

(٢) ينظر المادة (٥٧) من الأصول الجزائية العراقي والمادة (٧٧) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

(٣) د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المبادئ العامة لقانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٢١، ص ٣٧٩.

(٤) د. عبدالرحمن محمد أبو توتة، شرح قانون الإجراءات الجنائية الليبي، ج ١، دار الرواد، طرابلس، ٢٠١٧، ص ٢٩٧.

المشتكي، وشهادات الشهود، وأقوال المتهم واستجوابه، وشهادات النفي<sup>(١)</sup>. مع العلم أن القانون المصري لم يكتفي بتدوين التحقيق فقط، وإنما اشترط حضور كاتب مختص لذلك، وعلة هذا الشرط هو توفير الجو اللازم للمحقق لممارسة أصول التحقيق القانوني والفني، بعدم إشغاله بالكتابة وتحضير الإجراءات<sup>(٢)</sup>.

**ويرى الباحث** أن مرحلة التحقيق الابتدائي هي أكثر المراحل التي تحدث فيه التعسف في استعمال السلطة الإجرائية، ففي هذه المرحلة بالذات تتور مشكلة التوفيق بين حماية حقوق المتهم وحرياته والدفاع عن مصالح المجتمع، حيث يعمد المحقق في كثير من الأحوال إلى المساس بحرية المتهم وحقوقه سواء بالقبض والتوقيف أو تفتيش مسكنه، إلى غير ذلك من القيود التي تمس الحرية. فكل تعسف في استعمال السلطة الإجرائية من قبل القائم بالتحقيق في هذه المرحلة قد يؤثر في الأدلة ويؤدي كرامة المتهم وإعتباره، مما يصعب معه إصلاحه، ويتأذى بالنتيجة العدالة الجنائية.

**ولكل هذا** كان سير التحقيق الابتدائي أمراً بالغ الحساسية في تمهيد الطريق نحو الوصول إلى الحقيقة وعدم التضحية والإفراط بحرية المتهم وحقوقه في الدفاع. والذي يركز على نقطة التوازن بين حماية المصلحة العامة والمجتمع من الجريمة وضرورة الدفاع عن حقوق وحرية المتهم. ومن أجل الوصول إلى هذه النقطة ينبغي أن تكون صياغة النصوص الإجرائية الجزائية بشكل توفر الضمانات الكافية للمتهم التي تحفظ كرامته وتحميه ولا تسمح للدولة بتضييق الخناق على هذه الحرية الفردية إلا لضرورة حماية أمن وسلامة المجتمع، هذا من جهة، ومن جهة أخرى تمنع التعسف في استعمال السلطة الإجرائية من قبل القائم بالتحقيق الابتدائي من خلال تنظيم عمل الرقابة على أعمال السلطة التحقيقية وبيان نوع الجزاءات الفعالة على الأعمال المخالفة للقانون. فالمشرع عندما يضع للتحقيق ضمانات هامة، ينبغي من ورؤاها عدم تعسف قاضي التحقيق والاستبداد برأيه ويتصرف تصرف غير حميد.

فليس من العدالة ولا من حسن سير التحقيق أن يعتقد المحقق أن شخصاً معيناً هو المرتكب للجريمة ويكون همه جمع الأدلة عليه، بل يجب أن تكون مهمة المحقق إثبات إدانة المجرم وإظهار براءة البريء على السواء، فلا يصح للمحقق الحيد عن طريق العدالة، لأن ذلك يقيم الشبهات حول عمل المحقق ويسئ الظن في تحقيقاته وفي عمل القضاء في النهاية. ومن العدالة أن يسمع المحقق أقوال المتهم بصدر واسع وأن يسمع دفاعه وما يقدمه من الأدلة لنفي التهمة عنه، فإذا آانس المتهم من المحقق عدم الارتياح إلى سماع دفاعه، ففي هذه الحالة إما أن يؤدي بإلّا يحسن المتهم الدفاع عن نفسه فيكون المحقق أساء إلى العدالة، وإما أن لا يفضي المتهم بإدلته للمحقق لدفع التهمة عن نفسه ومن ثم الافضاء بها أمام محكمة الموضوع، فإن لم تكن النتيجة دفع التهمة عنه تكون على الأقل سبباً في إضعاف أدلة الإثبات وتطرق الشك إليها فيكون المحقق في هذه الحالة أساء إلى العدالة متعسفاً.

### المطلب الثاني: مظاهر التعسف في استعمال السلطة الإجرائية في مرحلة التحقيق الابتدائي

تعسف القاضي تنطوي على خطورة لا تخفى بالنسبة للمواطنين والمجتمع والدولة على حد سواء، وتزداد هذه الخطورة درجة في حالة عدم توفر الإمكانية لتلافي آثارها، بل أن بعض من هذا التعسف تلحق أضراراً مادية ومعنوية بحق من ترتكب بحقه، ويمكن أن تمتد آثار هذا التعسف إلى عائلته، لذلك تعمل الدولة على اعتماد آليات لاستبعاد التعسف في

( ينظر بصريح نصوص المواد (٤٣ و ٤٩ و ٥٠ و ٥٤ و ٥٥ و ٥٧ و ٥٨ و ٦١ و ٦٢ و ٦٣) والعديد من النصوص الأخرى في قانون أصول 1)

( ينظر المادة (٧٣) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.2)

العمل القضائي، والتي تتمثل في الكشف عن وجودها، أو اللجوء إلى الوسائل الكفيلة بردعها قبل حصولها، من أجل تجنب النتائج المترتبة عليها<sup>(١)</sup>، ومن هذا المنطلق من أجل الكشف عن الاعمال التي تتطوي على التعسف في عمل القاضي في مرحلة التحقيق الابتدائي، نعمل من أجل بيان أهم مظاهر التعسف في استعمال السلطة الإجرائية المختصة بالتحقيق الابتدائي والتي تبدو في:

**الفرع الأول: عدم حياد المحقق والإبتعاد عن الغاية الأساسية في التحقيق:** بما أن القضاء يتولى إقامة العدالة بين المتخاصمين ينبغي أن يكون بعيداً عن كل المؤثرات التي تأتي من خارج الخصومة الجنائية المعروضة أمامه، لكل ذلك يجب أن يتحلّى بالنزاهة والاستقامة والتي هي من الفضائل التي تتحلّى بها النفوس الزكية والصالحة عند قيامها بالقضاء في الخصومة الجنائية وموازنتها للمصالح المتعارضة، كل ذلك في سبيل الوصول إلى العدالة المنشودة. فليس أحوج من القضاء إلى الحياد والنزاهة وهو ميزان العدالة الجنائية، وتقتضي هذا الميزان أن يكون مجرداً عن التأثير بالمصالح أو العواطف الشخصية. إذ أن حياد القاضي هو الدعامة الأساسية التي تكفل الحيولة دون الإخلال بمساواة المتقاضين أمام القضاء الجنائي<sup>(٢)</sup>.

وتماشياً مع القاعدة السابقة يجب إسناد التحقيق الابتدائي إلى شخص محايد يعنى بتقصي الحقيقة الخالصة بدون تحيز، ويتوافر فيها من الخصائص ما يبعث على الاطمئنان إلى عنایتها بتحقيق دفاع المتهم كما تعني بأدلة الإتهام<sup>(٣)</sup>، ولا تسمح لأي طرف بأن يطغى على الآخر، وتتوخى التكافؤ المناسب بين أطراف الخصومة، وأن يكون سلوكها في التحقيق بعيداً عن كل ما لديها من خلفيات ضد المتهم أو لصالحه، وبغير ذلك فإن سلطة التحقيق تفقد حيادها واستقلالها<sup>(٤)</sup>.  
فينبغي أن يتوافر في المحقق الحياد التام في مباشرة مهامه، وهو من ضمانات القضاء، ويقضي هذا الحياد إبعاد سلطة التحقيق عن المواقف التي تعرضها لخطر التحكم أو الخطأ الجسيم أو الإنحراف عن المصلحة العامة وذلك بإساءة استعمال السلطة الممنوحة لها<sup>(٥)</sup>. فلا يجوز له أن يتحيز ضد المتهم ويعتبر أن واجبه مقتصر على استظهار أدلة ضده، وإنما عليه - كي يقدم إلى القضاء صورة كاملة للدعوى - أن يستظهر كذلك الأدلة التي في مصلحة المتهم. فيتعين على المحقق أن يلتزم نزاهة مطلقة في عمله، فلا يجوز أن يلجأ إلى أسلوب خداع، كأن يقدم سنداً يعلم أنه مزور ليحملة على الاعتراف، أو يحرص شخصاً على شهادة زور ضد المتهم، أو يقلد - في اتصال تليفوني - صوت شخص يثق فيه المتهم، ليحصل منه على معلومات تفيد التحقيق<sup>(٦)</sup>. فعدم حياد القاضي تعني قيامه بإجراء أو عمل تتعارض مع الوظيفة الأساسية التي يتولاها، أو إرتباطه بعمل قد يخلق لديه معلومات عن القضية المنظورة، فيثير شبهة الظن في عدم استطاعته وزن حجج الخصوم في حيدة وتجرد.

( د. حسين عبد علي عيسى، الأخطاء القضائية، مجلة دراسات قانونية وسياسية التي تصدر عن كلية القانون في جامعة السليمانية، السنة الأولى، 1 العدد(الثاني)، كانون أول، ٢٠١٣، ص ٤٩.

( د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المساواة في القانون الجنائي، ط ٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٨٢.

( د. محمد صبحي نجم، قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠، ص ٢٣٦.

( د. محمد محمود الشركسي، ضمانات المتهم خلال مرحلة التحقيق الابتدائي والمحاكمة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٩٩.

( د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٨٧٣.

( د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مج ١، المصدر السابق، ٦٠٥٤.

وإذا كانت الغاية من التحقيق الابتدائي هي كشف المستور ومعرفة الحقيقة في الجريمة المقترفة والتحقق من مدى نسبتها إلى المتهم. فیتعين على قاضي التحقيق أن يستهدف من إجراءات التحقيق إزاحة الغموض الملتبس بالواقعة والكشف عن حقيقة الأحداث، ولا يتبغي من عمله سوى إظهار الحقيقة المفقودة، فعلى سبيل المثال، إذا استعمل سلطته التقديرية في القبض أو التوقيف أو التفتيش، تعین عليه أن يستهدف بها مجرد الكشف عن الحقيقة، فإن استهدف بها غاية أخرى سوى ذلك، كشفاء حقد شخصي أو خدمة غرض سياسي يكون المحقق أساء استعمال السلطة المخولة لها، فيجب أن تتأى التحقيق ومجريها عن إشباع الهوى أو الانتقام أو التشفي أو التظاهر بمظهر صاحب السلطان، لإن غاية التحقيق هي بيان الحقيقة القانونية والواقعية لا غيرها، فإن لم يكن غاية المحقق ذلك، كان متعسفاً في استعمال سلطته ويلحق إجراؤه البطلان، ويستوجب مسائلة القاضي تأديبياً وجنائياً ومدنياً. وقد نص القانون صراحة على رد قاضي التحقيق لأسباب معينة تؤثر في حياده<sup>(١)</sup>.

**الفرع الثاني: تبني إجراءات غير مشروعة للبحث عن الأدلة:** إن من أدق ما يثار في إجراءات التحقيق الابتدائي ومدى الضمانات التي تمنح للمتهم أثناء هذه المرحلة هي مشروعية تلك الإجراءات، فمن الطبيعي أن كل إجراء غير مشروع يعد محرماً، على أن هذه القاعدة على بساطتها تلقي في العمل صعوبات كبيرة عند وضعها موضع التطبيق، فالأمر يقتضي أولاً وضع مقياس لما يعتبر مشروعاً من الإجراءات وما لا يعد، ومن ثم فهو محرّم. والقاعدة العامة هي أن كل ما حرّمه المشرع يعتبر غير مشروع، أية مخالفة لأوامره أو قعود عن إتباعها يستوجب بطلان الإجراء، هذا إذا لم يستتبع الأمر المسائلة الجنائية والمدنية والتأديبية، كالتوقيف دون وجه حق، وإن كان التشريع يحتمل التغيير من وقت لآخر أو من ظرف لآخر إلا أن هناك قواعد متفق عليها يجب احترامها دوماً مهما اختلف الوقت أو تغيرت الظروف، مثل تحريم الإجراءات التي تنتافي مع الإنسانية والاحترام الواجب للفرد<sup>(٢)</sup>.

فإذا كانت المصلحة العامة تبرر اللجوء إلى اتخاذ بعض الإجراءات ضد المتهم إلا أن أصل البراءة باعتباره جوهر الشرعية الإجرائية يقي المتهم من التعسف، ويفرض التزام على المشرع باحاطة هذه الإجراءات بضمانات حتى لا يساء لشخص قد تظهر برائته فيما بعد ولا يجوز أن يتخذ من الإجراءات إلا ما هو شرعي وضروري لإظهار الحقيقة التي هي هدف كل تحقيق<sup>(٣)</sup>. وإذا كان قانون الإجراءات الجنائية قد منح المحقق سلطة تقديرية في تخير الإجراءات التي يرى ضرورة اتخاذها للبحث عن الحقيقة، فإن سلطة المحقق في هذا الصدد مقيدة بمبدأ مشروعية الإجراء، وبالتالي فإن كل إجراء محظور في القانون لا يجوز للمحقق مباشرته ولو مفيداً في كشف الحقيقة وإلا كان إجراؤه باطلاً لعدم المشروعية<sup>(٤)</sup>.

وإن فحوى الشرعية الإجرائية تقوم على أساس تطابق الإجراءات التي تتخذ بحق المتهم مع القواعد الإجرائية التي ينص عليها قانون الأصول الجزائية، بمعنى مراعاة جميع الضمانات الإجرائية الواردة في قواعد هذا القانون والتي تتعلق بكل إجراء من الإجراءات التي ينص عليها، مثل الاستجواب، والتوقيف، والتفتيش، ونحوها، وتعد الضمانات التي ينص عليها

(١) ينظر نص المادة (٩٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي.1)

(٢) د.حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٠، ص٢٠٩.

(٣) عبد الإله محمد سالم النوايسة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق في جامعة عين شمس، بدون الإشارة إلى سنة التقديم، ص١٤٥.

(٤) د. محمد زكي أبو عامر و د. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٢١٦.

هذا القانون وتتعلق بالإجراءات بمثابة شروط أو قيود ومعيار على صحة الأعمال الإجرائية والتي تعتبر أدوات إدارة الدعوى الجزائية، وتعد هذه الأعمال المحل الذي ترد عليه الشرعية الإجرائية. إذاً الشرعية الإجرائية تعتبر حصناً حصيناً لضمان الحرية الشخصية للمتهم وصيانة كرامته من الإجراءات التعسفية التي قد تتخذ ضده<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ أن الدستور العراقي النافذ قد وضع بالمادة (٣٧) قيوداً دستورياً عاماً على مشروعية الإجراءات الجنائية بتقريره تحريم جميع أنواع التعذيب النفسي والجسدي والمعاملة غير الإنسانية، وقرر بأنه لا عبرة بأي اعتراف انتزاع بالإكراه أو التهديد أو التعذيب، وأعطى الدستور العراقي للمتضرر الحق بالمطالبة بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي أصابه وفقاً للقانون<sup>(٢)</sup>. وقد تبنى قانون أصول المحاكمات الجزائية هذه القيود في المادة (١٢٧) منه.

وأبرز الإجراءات غير المشروعة والإجماع منعقد عليه هو التعذيب ولا يقتصر على الناحية الجسمانية المادية، بل يتناول الناحية النفسية والمعنوية أيضاً. وعليه فإن الأدلة الناجمة عن إجراء يتضمن نوعاً من الإيذاء البدني أو التعذيب النفسي كالتهديد بالإيذاء أو الوعد أو الوعيد، تكون باطلة. كما يقع باطلاً وفقاً للمبادئ العامة للقانون إيقاع المتهم في فخ أو شرك أو خداعه أو ذكر معلومات غير حقيقية كاعتراف آخر عليه، أو خضوعه للاستجواب المطول الذي يستهدف إرهابه لدرجة الاضطراب وقوله ما ليس في صالحه، وكذلك أسلوب التتويم المغناطيسي أو التحليل التخديري لأن من شأن ذلك كله ان يضعف أو يقلل من حرية إرادة المتهم أو شعوره أو ذاكرته<sup>(٣)</sup>.

وتتص الدستور العراقي على أن حرية الاتصالات والمراسلات البريدية والبرقية والإلكترونية مكفولة، ولا يجوز مراقبتها أو التصنت عليها، أو الكشف عنها، إلا لضرورة قانونية وأمنية وبقرار قضائي<sup>(٤)</sup>. وبالإستناد على هذا القيد الدستوري تكون الأدلة الناجمة عن كل إجراء فيه عدوان على الحياة الخاصة للمواطن باطلة، كتسجيل محادثاته الخاصة، أو محادثاته التليفونية، أو مراسلاته البريدية والبرقية في غير الأحوال المقررة قانوناً.

وعليه فإن قاضي التحقيق ملزم باتباع الشرعية الإجرائية في البحث عن الأدلة لكشف الحقيقة الغامضة في الجريمة، وكل أسلوب لم يقره المشرع يعد محرماً على السلطة التحقيقية إبتاعها، فلكي يكون قاضي التحقيق بعيداً عن التعسف في استعمال السلطة ينبغي إبتاع ما قرره المشرع من الوسائل المشروعة للبحث عن الأدلة، وإلا فإن البطلان يلحق عمله الإجرائي، وربما يستتبع المسائلة التأديبية والجنائية والمدنية للقاضي حسب كل حالة على حدة.

**الفرع الثالث: عدم السماح للخصوم بالحضور أثناء مباشرة التحقيق:** القاعدة في التحقيق الابتدائي هي علانيتها بالنسبة للخصوم وسريتها بالنسبة للجمهور، فعلانية التحقيق من المبادئ الأساسية التي تستند في وجودها على حماية الفرد في دفاعه، وذلك من أجل أن لا يفاجأ المتهم بأدلة جديدة لم يكن مهياً للتصدي لها، الأمر الذي يربك موقفه ويضر به كما أنها تعطي للخصوم والأفراد ضمانات التعرف على كل ما يجري في التحقيق، مما يسد الطريق أمام أي تلاعب به أو حرفة عن طريق العدالة<sup>(٥)</sup>. ولا جدال في أن إجراءات التحقيق التي تتم في علانية تكون في وجدان الإنسان أقرب إلى الحقيقة

(١) وعدي سليمان المزوري، الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة بغداد، ٢٠٠٧، ص ٢٢ و ٢٥.

(٢) يقابله نص المادة (٥٥) من دستور مصر لسنة ٢٠١٤.

(٣) ينظر المادة (١٢٧) من قانون الأصول الجزائية العراقي والمادة (٤٠) من الإجراءات الجنائية المصري.

(٤) ينظر نص المادة (٤٠) من دستور العراق النافذ، ويقابلها المادة (٥٧) من دستور مصر لسنة ٢٠١٤ النافذ.

(٥) د. سامي النصاروي، دراسة في أصول المحاكمات الجزائية، ج ١، مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٧٨، ص ٣٨٩.

مما يجري في السر والخفاء. والمتهم له حساسية مرهفة تدخل إلى قلبه الشك في كل ما قد يجري بعيداً عن نظره وفي غيبته، وإحساسه بأن له الحق في معرفة ما يتم من الإجراءات يملأ نفسه بالاطمئنان إلى سلامتها، بعكس التي تتخذ في الخفاء مهما طابقت الحقيقة والواقع، فالسرية تولد الشك إذ توهم بالخضوع للإيحاء والتأثير<sup>(١)</sup>.

ولأجل ذلك أخذ قانون الأصول الجزائية العراقي في المادة (٥٧) بعلانية التحقيق الابتدائي بالنسبة للخصوم، فأجاز للمتهم وباقي أطراف الخصومة الجنائية ووكلائهم حضور جميع إجراءات التحقيق<sup>(٢)</sup>. وعلى الرغم من أن المشرع أخذ بمبدأ علانية التحقيق للخصوم إلا أنه جاء باستثناء، فأجاز لقاضي التحقيق أن يجري التحقيق في غيبة الخصوم ووكلائهم إذا اقتضى ذلك ضرورة في التحقيق. وقد ترك أمر تقدير الضرورة للحالات التي يجري فيها التحقيق بصورة سرية للمحقق ذاته، على خلاف ما فعله المشرع المصري، الذي حدد الحالات التي يجوز فيها إجراء التحقيق الابتدائي بصورة سرية، وذلك في حالتين هما الضرورة والاستعجال.

فالقانون وإن أجاز للقاضي التحقيق في غيبة الخصوم، إلا أنه مقرر بموجب ضرورة تستدعي ذلك، تلك الحالة التي يجب أن يدون القاضي أسبابها، والتي يجب أن تكون مقبولة ومنطقية، وأن لا يظهر للتعسف فيها أي أثر، وإن تنتهي بانتهاج حالة الضرورة. ولما كان حضور الخصوم من المبادئ الأساسية لصحة الرابطة الإجرائية، لذلك فإن إجراء التحقيق في غيبة الخصوم وفي غير الأحوال المحددة قانوناً فهو تعسف في استعمال السلطة القضائية، وبالتالي يترتب عليه البطلان، وهو بطلان متعلق بالنظام العام، فيجوز التمسك به في أي حالة كانت عليها الدعوى وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ولو بغير طلب<sup>(٣)</sup>.

**الفرع الرابع: عدم تحقيق دفاع المتهم:** حق المتهم في الدفاع هي من الضمانات الدستورية للمتهم<sup>(٤)</sup>، والتي ينبغي على السلطة القائمة بالتحقيق توفير هذا الحق له، حتى يستطيع الدفاع عن نفسه والرد على ما هو منسوب إليه ويحض الإتهام عن نفسه. ولكي يضمن هذا الحق من أن يخدش، وحتى لا يعتبر السلطة القائمة بالتحقيق متعسفاً في سلطته، لا بد من مراعاة جميع عناصره.

فلكي يتهيأ المتهم نفسياً ويعد العدة لمواجهة المصير المحتوم بشأن ما أسند إليه، فلا بد أن يحاط بالتهمة المنسوبة إليه، فلن يستقيم التحقيق إذا كان المتهم جاهلاً لطبيعة التهمة التي يحقق معه بسببها. ولأجل ذلك فرض المشرع على عاتق القائم بالتحقيق إلزاماً جوهرياً إحتراماً لحق الدفاع وكفالاته بما لا يسوغ حرمان المتهم منه، فقرر عند مثول المتهم أمام المحقق لاستجوابه إحاطته علماً بالتهمة المسندة إليه بأسلوب سهل يفهمه ويدرك معناه<sup>(٥)</sup>. وترتيباً على ذلك إذا ما تم الاستجواب دون إعلام المتهم بالمعطيات الماثلة ضده، أو جاء هذا الإعلام يشوبه القصور بحيث لا يستوعبه المتهم ولا يفهم مقصوده، يعد ذلك إخلالاً بحق الدفاع لمخالفته لصريح القانون الذي فرض على المحقق إحاطة المتهم علماً بالتهمة المنسوبة إليه<sup>(٦)</sup>.

(١) د. حسن صادق المرصفاوي، المصدر السابق، ص ١٤٠٢.

(٢) يقابلها المادة (٧٧) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

(٣) د. فوزية عبدالستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٣٢٨.

(٤) ينظر المادة (١٩/أربعاً) من الدستور العراقي النافذ.

(٥) ينظر المادة (١٢٣/أ) من قانون الأصول الجزائية العراقي والمادة (١٢٣) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

(٦) د. محمد خميس، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، ط ٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٢٠٢.

هذا لا بد وأن يُمكن المتهم من الاستعانة بمدافع ليحقق دفاعه، فإن حضور المحامي مع المتهم أثناء التحقيق فيه ضماناً لسلامة الإجراءات من ناحية ولعدم استعمال الوسائل الممنوعة مع المتهم، ومن ناحية أخرى فإن حضور المدافع يهدئ من رَوْع المتهم ويساعده على الإلتزام والمحافظة على رباطة الجأش والهدوء في إجاباته للمحقق. ولأجل ذلك نصّ الدستور على ضرورة أن تنتدب المحكمة محامياً للدفاع عن المتهم بجناية أو جنحة لمن ليس له محامي يدافع عنه، وعلى نفقة الدولة<sup>(١)</sup>، وقد طبق القانون الإجرائي الجزائي هذا الحق الدستوري<sup>(٢)</sup>.

ويحظر على سلطة التحقيق أن يمنع اتصال المتهم الموقوف بمحاميه، فهذا عين التعسف لحق الدفاع الذي كفله الدستور والقانون، ولا ينبغي على المحقق أغفال دعوة محامي المتهم لحضور الاستجواب أو المواجهة بين المتهم وغيره، فإذا ما تم ذلك دون دعوة محامي المتهم يعد ذلك تعسفاً وإخلاقاً بحق المتهم في الدفاع، ويؤدي إلى أمكانية بطلان الإجراءات لإغفال إجراء جوهري يتعلق بحرية الدفاع.

ومن مستلزمات حق الدفاع هي أن لا يحلف المتهم اليمين القانونية إلا إذا كان في مقام الشهادة على غيره من المتهمين، فلا يجوز للمحقق عند استجوابه للمتهم أن يحلفه اليمين بأن يقول الحق، لأن ذلك فيه اعتداء على حريته في الدفاع عن نفسه، كما يضعه في موضع حرج، ومن القسوة أن نضع المتهم بين أمرين أحلاهما مر، فإما أن يحلف اليمين كذباً ويخالف بذلك ضميره الديني والأخلاقي، وإما أن يقر بالحقيقة فيدين ذاته ويعرض نفسه للعقوبة<sup>(٣)</sup>. وفي كلتا الحالتين تكون إرادته مقيدة وحريته مشلولة، فمن هنا تظهر حكمة المشرع من وضع هذا القيد على سلطة التحقيق، بعدم السماح لها بالتعسف في استعمال سلطتها، بتحليفه المتهم اليمين القانونية مهما كانت خطورة الجريمة المرتكبة ووحشيتها.

وكذلك من مفترضات حق الدفاع للمتهم والتي هي من نتائج حق البراءة الكامن في النفس البشرية، حقه في التزام بالصمت وعدم الإجابة لسؤال المحقق<sup>(٤)</sup>. فإذا أخذ المتهم من الصمت موقفاً أثناء التحقيق فلا يجوز إجباره على الكلام، أو أن يتخذ من صمته قرينة على إدانته، فلا يجوز أن ينسب لساكت قول أو أن يتخذ من سكوته أية استنتاجات في غير مصلحته<sup>(٥)</sup>. فحق الصمت تعتبر قاعدة جوهرية وأساسية وتلزم السلطة باحترام حرية وكرامة الإنسان، وتشكل توازناً بينه وبين السلطة بحيث لا يمكن انتزاع أدلة الإدانة من فم المتهم وضد إرادته، بل عليها ان تقوم بواجبها في إثبات الحقيقة<sup>(٦)</sup>. ومن صور تعسف القضاة في عدم تمكين المتهم من تحقيق دفاعه، هي رفض طلب المتهم بسماع شهود نفي التهمة عنه، وكذلك رفض طلبه مناقشة شهود إثبات الجريمة. فهنا أن رفض قاضي التحقيق طلب المتهم بسماع شهوده أو مناقشة الشهود ضده بحجة أنّ ذلك سيؤدي إلى تأخير مجريات التحقيق من دون فائدة تذكر، تعسف واضح في استعمال السلطة التقديرية الممنوحة له، ومصادرة لحق المتهم في الاستعانة بشهود نفي التهمة المنسوبة إليه، ويلحق ضرر بموقف المتهم لحرمانه من وسيلة دفاعية تدفع التهمة عنه، وقد تفيد في كشف الحقيقة في الجريمة.

(١) ينظر المادة (١٩/حادي عشر) من الدستور العراقي النافذ والمادة (٥٤) من دستور مصر لسنة ٢٠١٤ النافذ. 1  
(٢) ينظر المادة (١٢٣/ب، ج) من الأصول الجزائية العراقي والمادة (١٢٤) من قانون الإجراءات الجنائية المصري. 2  
(٣) د. سعد صالح حماد القبائلي، ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٢٩٧. 3  
(٤) ينظر المادة (١٢٦) من قانون الأصول الجزائية العراقي. 4  
(٥) عبد الإله محمد سالم النوايسة، المصدر السابق، ص ١٥٦. 5  
(٦) د. مصطفى العوجي، حقوق الانسان في الدعوى الجزائية، مؤسسة نوفل، دون الإشارة إلى مكان وسنة النشر، ص ٥٧٦. 6

ومن صور تعسف القضاة في عدم تمكين المتهم من تحقيق دفاعه، هي رفض طلب المتهم بنذب الخبير، إذا كانت مسألة نفي التهمة في تقدير المسائل الفنية يحتاج إلى معرفة فنية أو دراية علمية لا تتوافر لدى قاضي التحقيق، إذ أن وجود مسألة فنية في الخصومة الجنائية المعروضة أمام قاضي التحقيق بحاجة إلى رأي خبير تخضع للسلطة التقديرية الممنوحة له. فعندما يطلب المتهم من قاضي التحقيق نذب خبير لإبداء رأي فني في موضوع الجريمة التي تجري التحقيق فيها، وذلك لدفع التهمة عن نفسه، ومع ذلك فإن قاضي التحقيق يستبد برأيه بأن هذه المسألة قانونية وليست فنية ولا تحتاج إلى نذب الخبير فيها، هي تعسف في استعمال السلطة التقديرية الممنوحة له، وتحرم المتهم من فرصة لدحض التهمة عن نفسه ربما بالاستناد إلى رأي خبير فني.

**الفرع الخامس: القبض والتوقيف التعسفي:** كقاعدة عامة، أن الأصل أنه لا يجوز القبض على الأفراد في غير حالة التلبس إلا بأمر من السلطة القضائية المختصة<sup>(١)</sup>، والقضاء لا يصدر هذا الأمر إلا إذا توافر في حق شخص المراد القبض عليه دلائل خطيرة ومترابطة تبرر إتهامه. وأن إناطة إصدار أمر القبض بسلطة قضائية مستقلة وبالأخص قاضي التحقيق ومحكمة الموضوع يمثل الضمانة المثلى للحريات الفردية في القانون الوضعي<sup>(٢)</sup>.

على الرغم من أن الأصل في الإنسان التمتع الكامل بالحرية فلا يجوز المساس بها إلا بعد تقرير إدانته بحكم قضائي بات، إلا أن مصلحة المجتمع قد تقتضي اتخاذ مثل هذا الإجراء قبل صدور حكم قضائي بات بالإدانة، ومن ثم فنحن بين مواجهة بين مصلحتين متعارضتين الأولى هي مصلحة المتهم في الحفاظ على قرينة البراءة بعدم اتخاذ أي إجراء من شأنها تقييد حريته، والثانية هي مصلحة المجتمع في مكافحة الجريمة والتي قد تبرر اتخاذ بعض الإجراءات المقيدة للحرية<sup>(٣)</sup>. وللتوفيق بين هاتين المصلحتين تظهر الشرعية الدستورية في الإجراءات الجنائية والتي تقوم بالموازنة بين الحقوق والحريات الأساسية وكفالة ضمانات الحرية الشخصية عند اتخاذ أي إجراء جنائي ضد المتهم، فكل إجراء جنائي يسمح به القانون يجب أن يكون مقيداً بهذه الضمانات درءاً للخطر في مباشرته وإلا كان مخالفاً لأصل البراءة<sup>(٤)</sup>.

والقبض من الإجراءات الخطيرة الماسة بحقوق الإنسان لما يسببه من إنتهاك لحرية المقبوض عليه ومصادرتها وحرمانه من حركته، كما تكمن خطورته على المقبوض عليه من خلال نظرات الإزدراء والاحتقار التي يتعرض لها من مجتمعه، بالإضافة إلى ضياع مصالحه المادية بالقبض عليه، ونظراً لخطورة الإجراء فقد أحاطه المشرع بالضمانات القانونية الكافية، ضمانات لحقوق الأفراد، ومحافظة على حرمتهم وحرياتهم، وحتى لا يقعوا ضحية إجراء ضار أو تعسفي<sup>(٥)</sup>. ولأجل ذلك حدد المشرع الأحوال الجائزة فيها إصدار أمر القبض.

ومن صور تعسف القضاة في القبض، إصدار مذكرة القبض في الجرائم الجائز فيها استقدام المتهم عن طريق التكليف بالحضور، والأخيرة يكون بتوجيه كتاب إلى المتهم أو أي ذي علاقة، يطلب فيه حضوره في مكان وزمان معينين وقد سماه قانون الأصول الجزائية ب( ورقة التكليف بالحضور)، وهذه المذكرة لا تتضمن الإيجاب على الحضور بالقوة، وإنما

( ينظر المادة (٩٢) من الأصول الجزائية العراقي 1.

( د. هلالى عبدالله أحمد، ضمانات المتهم في مواجهة القبض، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٢٨٦.

( كمال الدين مصطفى توفيق شعيب، ضمانات حقوق الإنسان في مرحلة التحقيق الابتدائي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق في 3 جامعة القاهرة، ٢٠١١، ص ٢٦٠.

( د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط٢، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٦٠٣.

( د. محمد محمود الشركسي، المصدر السابق، ص ٣٠٦.

يجوز له أن يحضر بموجبها أو أن يمتنع<sup>(١)</sup>. فيتعسف قاضي التحقيق في استعمال سلطته بإصدار مذكرة قبض في جرائم معاقب عليها بالحبس مدة أقل من سنة، ربما لغايات أحقاد شخصية أو سياسية أو أي سبب آخر، على الرغم من القانون قد أجاز له إحضاره بورقة التكليف بالحضور<sup>(٢)</sup>.

كذلك أعطى قانون أصول الجزائية العراقي الحق لقاضي التحقيق اصدار مذكرة القبض بحق الشخص الذي وجه له ورقة التكليف بالحضور ولم يحضر دون عذر مشروع، وأعطى له الحق أيضاً بالقبض في حال إذا خيف هربه أو تأثيره على سير التحقيق أو لم يكن له محل سكنى معين<sup>(٣)</sup>.

فالقاضي هنا يملك سلطة تقديرية ومن الممكن التعسف في استعمال هذه السلطة بإصدار مذكرة القبض بحق الشخص الذي قدم عذر مشروع ولكن لم يقبله القاضي ظلماً، أو أن يصدر مذكرة القبض تعسفاً بحق الشخص الذي لا يوجد دليل على هروبه باعتباره صاحب مكانة مرموقة في المجتمع، وكذلك يتعسف القاضي بإصدار أمر القبض بدلاً من تكليفه بالحضور إذا كان المتهم له سكن معلوم أو ان إصدار أمر تكليفه بالحضور لا تؤثر على سير مجريات التحقيق ورغم ذلك يصدر بحقه مذكرة قبض تعسفاً.

أما التوقيف فهو إجراء خطير من إجراءات التحقيق، إذ بمقتضاه تقييد حرية المتهم ويودع السجن قبل الحكم بإدانته، ولكن قد تقتضيه مصلحة التحقيق لمنع المتهم من الاتصال بالشهود ومحاولة العبث بأدلة الإثبات، كما أن حماية المجتمع قد تتطلب حبس المتهمين الخطيرين درءاً لإخلالهم بالأمن أو بطشهم بالشهود، يضاف إلى ذلك أن التوقيف يحول دون هروب المتهم ويضمن تنفيذ الحكم المحتمل صدوره ضده<sup>(٤)</sup>. وبالرغم من هذه المبررات فيجب مراعاة ذلك أن التوقيف يتنافى مع قرينة أن الأصل في المتهم البراءة، ولذلك يجب عدم اللجوء إليه إلا في أضيق حدود.

ومن صور وحالات تعسف قضاة التحقيق في استعمال السلطة الممنوحة لهم في التوقيف، تبدو ذلك جلياً من خلال إساءة استعمال السلطة التقديرية الممنوحة لهم بموجب المادة (١٠٩) من الأصول الجزائية العراقي، فإذا كان الشخص المقبوض عليه متهماً بجريمة معاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاث سنوات أو السجن المؤقت أو المؤبد فللقاضي أن يأمر بتوقيفه. بينما إذا رأى قاضي التحقيق أن إطلاق سراح المتهم لا يؤدي إلى هروبه ولا يضر بسير التحقيق، فله إطلاق سراحه بتعهد مقرون بكفالة شخص ضامن أو بدونها أن يحضر متى طلب منه ذلك.

فهنا على قاضي التحقيق استعمال سلطتها التقديرية لعمل نوع من التوازن بين مصلحة التحقيق وحماية الحرية الفردية للمتهم، فإذا كان من مصلحة الخصومة الجنائية إيداع المتهم التوقيف فينبغي على قاضي التحقيق القيام به، بينما إذا كانت مصلحة التحقيق والخصومة لا تتأثر ولا تضار من بقاء المتهم طليقاً، فنرى على قاضي التحقيق إصدار القرار بإطلاق سراحه بكفالة بناءً على سلطته التقديرية، وبخلاف ذلك فإذا اتخذ القرار بتوقيف المتهم على الرغم من عدم تأثير بقاءه طليقاً على مجريات الخصومة الجنائية والتحقيق يعد متعسفاً بحق المتهم بإيداعه التوقيف.

(١) عبدالامير العكلي، أصول الإجراءات الجنائية، ج ١، ط ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٥، ص ٣٥٣. 1  
(٢) ينظر المادة (٩٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي. 2  
(٣) ينظر المادة (٩٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي. 3  
(٤) د. إدوار غالي الدهبي، المصدر السابق، ص ٣٩٠. 4

وأباح القانون لقاضي التحقيق إطلاق سراح المقبوض عليه بكفالة شخص ضامن أو بدونها، إذا كان متهماً بجريمة معاقب عليها بالحبس مدة ثلاث سنوات فأقل أو بالغرامة، إذا رأى من مجريات التحقيق أن إطلاق سراحه لا يضر بسير التحقيق ولا يؤدي إلى هروبه<sup>(١)</sup>، بينما إذا لم يفعل ذلك قاضي التحقيق يكون متعسفاً باستعمال سلطته القضائية.

ومن حالات التعسف أيضاً أن المشرع حدد لقاضي التحقيق مدة زمنية لتوقيف المتهم هي أن لا تزيد على خمسة عشرة يوماً في كل مرة، وعلى أن لا تزيد مجموع مدد التوقيف على ربع الحد الأقصى للعقوبة ولا يزيد بأية حالة على ستة أشهر<sup>(٢)</sup>. فينبغي على قاضي التحقيق الالتزام بالمواعيد والمدد التي حددها المشرع له في تحديد مدة التوقيف وأخذ بنظر الاعتبار عند تجديد التوقيف في كل مرة وأن لا يتجاوز هذه المدة وفي حال التجاوز أخذ موافقة محكمة الجنايات وإلا سوف يكون متعسفاً في استعمال سلطته بتجاوزه الصريح على نص القانون، فيلحق عمله البطلان.

ومن صور التعسف في التوقيف أن القانون لم يسمح لقاضي التحقيق بتوقيف المتهم في جرائم المخالفات إذا كان له محل إقامة معين<sup>(٣)</sup>، فلو كان المتهم بارتكاب المخالفة محل إقامة معروفة ومعينة، فلا يجوز توقيفه، وينبغي على قاضي التحقيق إطلاق سراحه بكفالة، وبعبارة أخرى يكون قاضي التحقيق متعسفاً باستعمال سلطته ومتجاوزاً على نص قانوني صريح لو قرر توقيفه.

**الفرع السادس: التعسف في إصدار قرار إحالة الدعوى الجزائية:** الإحالة عبارة عن قرار قضائي يصدر من قبل سلطة التحقيق بنقل الدعوى الجزائية من مرحلة التحقيق الابتدائي إلى مرحلة المحاكمة، وذلك إذا ما ترجحت لديها أدلة الإثبات، أي أن التهمة كانت ثابتة قبل المتهم ثبوتاً كافياً وأن أركان الجريمة متحققة وليس هناك أي مانع من قبول الدعوى أمام المحكمة المختصة<sup>(٤)</sup>. وتستمد الإحالة أهميتها من كونها عملاً إجرائياً يستهدف المشرع من ورائها غاية معينة هي تقرير إتهام فرد ما عن واقعة معينة، ويتم إحالة الدعوى الجزائية أمام المحكمة المختصة لكشف الحقيقة الواقعية في أمر الجرم الواقع ومدى صحة إسناده قانوناً للمتهم. ولكي تحقق الإحالة هذه الغاية الإجرائية فقد أخضعها المشرع لمجموعة من الأحكام الموضوعية والشكلية التي تكفل أداء هذه الغاية وتمنع التعسف في إتخاذها<sup>(٥)</sup>.

وتظهر وجه التعسف في قرار الإحالة من ناحية السلطة التقديرية الممنوحة لقاضي التحقيق عند إنتهاء من التحقيق الابتدائي، فعلى الرغم من أن الإتجاه الغالب فقهاً وقضاءً يذهب إلى أن قاضي التحقيق لا يناقش الأدلة لأن ذلك ليس من اختصاصه، فهو يجمع الأدلة ويدققها ثم يفحصها إن كانت تصلح لإستمرار الدعوى فيحيلها إلى محكمة الموضوع، وإن لم تصلح فيقرر غلقها. ولكن هناك من يرى<sup>(٦)</sup> أن هذا الأمر غير دقيق فهو يفرض على قاضي التحقيق نوعاً من الجمود الفكري ويفرض عليه العمل ضمن قالب معين وهو ما يتجافى مع طبيعة القاضي الجنائي عموماً من الإيجابية وتحري الحقيقة ومناقشة كل ما موجود في إطار الدعوى الجنائية. فإذاً قاضي التحقيق يتمتع بسلطة التقديرية عندما يوازن الأدلة المتوفرة في الدعوى لكي يقرر على ضوءها إحالتها إلى محكمة الموضوع من عدمها.

(١) ينظر المادة (١١٠/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.1

(٢) ينظر المادة (١٠٩/ج) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.2

(٣) ينظر المادة (١١٠/ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.3

(٤) د. ممدوح خليل البحر، التحقيق الابتدائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٢٠١.4

(٥) د. سليمان عبدالمنعم، إحالة الدعوى الجنائية من سلطة التحقيق إلى قضاء الحكم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٩.5

(٦) د. وعدي سليمان المزوري، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط٢، مكتبة تباي، أربيل، ٢٠١٥، ص ١٧٢.6

ووجه تعسف قاضي التحقيق تظهر عند إصداره قرار إحالة الدعوى إلى قضاء الحكم، على الرغم من أن الأدلة غير متوفرة أو غير كافية لإحالة الدعوى، لكنه يصدر قراره تعسفاً بإحالة الأوراق إلى ساحة قضاء الحكم. فقاضي التحقيق وإن كان لديها الحرية في موازنة الأدلة، إلا أنها لا تعني التحكم والاستبداد، فهو محكوم بتطبيق القانون على نحو سليم بعيد عن التعسف، وعلى نحو يضمن ترجيح دليل الإدانة والتي يكون جديراً بالاستناد عليه في إصدار قرار الإحالة، وبخلافه يكون قد أخل بواجبه وأساء إلى العدالة الذي هو حارسها. ومن هنا تظهر أهمية تسبب قرار الأحالة بالنسبة للعدالة، فمن شأنه أن يسهل من مهمة الجهة المختصة بنظر الطعون ويمكنها من أداء واجبها بشكل تام، وتمنع السلطة القائمة على التحقيق من التعسف في استعمال سلطتها بإحالة أوراق إلى قضاء الحكم دون توافر أدلة كافية لذلك، فتقوم بإلغاء قرار الإحالة.

### الخاتمة

وفي نهاية دراستنا عن التعسف في استعمال السلطة الإجرائية في مرحلة التحقيق الابتدائي ومظاهره، فقد توصلنا إلى عدة استنتاجات ونقدم توصياتنا والتي سنبيّنها وفق الآتي:

#### أولاً: الاستنتاجات:

١. إن منح المشرع السلطة القائمة على التحقيق الابتدائي الصلاحيات الكافية، كانت تبتغي من ورائها غاية معينة وهي حماية حقوق وحريات الآخرين، وليس التعسف والتحكم، وهذه السلطة ليست مطلقة بل هي سلطة منضبطة ومقيدة بضوابط وحدود معينة لضمان الاستخدام السليم لها في الحدود المرسومة لها في إطار الشرعية الإجرائية ولتحقيق العدالة.
٢. تبين لنا أن المشرع العراقي لم يورد نصوص في قانون أصول المحاكمات الجزائية وخاصة بتنظيم نظرية التعسف في استعمال السلطة الإجرائية في نطاق الدعوى الجزائية بصورة عامة وفي نطاق التحقيق الابتدائي بصورة خاصة.
٣. تبين لنا أن بيان حالات وصور التعسف في استعمال السلطة الإجرائية ترتبط بتحقيق العدالة الجنائية في المجتمع، فكلما كان السلطة القضائية واعية ومدركة بأهم حالات التعسف مسبقاً، كان لها اليد الطولى لتحقيق تلك العدالة، وبالعكس كلما كانت السلطة القضائية متعسفة في استعمال سلطتها كانت سبباً لهدم سلم العدالة الجنائية.
٤. كانت لتوجهات الفقه الجنائي الحديث دور في تنوير القضاة ببيان حالات التعسف في استعمال السلطة الإجرائية، بالإضافة إلى الدور الكبير الذي لعبته الجهات الرقابية التمييزية باعتبارها الرقيب على أعمال السلطة القائمة على التحقيق الابتدائي، فكانت المبادئ التي أقرتها وفي غياب نظرية التعسف في نطاق قانون الأصول الجزائية كفيلة بتقليل حالات تعسف قضاة التحقيق.
٥. تبين لنا أن التعسف في استعمال السلطة الإجرائية من قبل قضاة التحقيق يتعلق وإلى حد كبير بمبدأ أعمال السلطة التقديرية، بما أن القاضي الجنائي له دور إيجابي في الدعوى الجزائية وله سلطة تقديرية واسعة لكشف ملامح الجريمة فإن أكثر حالات التعسف تحدث عند إعمال السلطة التقديرية لهم.
٦. إن منح المسؤول في مركز الشرطة سلطة المحقق كاستثناء أورده المشرع العراقي إن كانت له مبرراته وقت إقرار القانون، إلا أن مبرراته في الوقت الحاضر تلاشى، وهي في الحقيقة قد تكون سبب لتعسف السلطة الإجرائية من

قبلهم وخاصة أنهم ليس لديهم الخبرة القضائية الكافية ويتعاملون مع المتهمين بصورة تجردهم من حقوقهم وضماناتهم.

٧. توصلنا إلى نتيجة مفادها أن للتعسف في استعمال السلطة الإجرائية الجزائية مظاهر مختلفة وتطبيقات عديدة، لكن أشدها وأخطرها تبني إجراءات غير مشروعة لجمع الأدلة من قبل قاضي التحقيق، المفترض أنه أعرف الناس بالقانون.

#### التوصيات:

١. نرى من الضروري قيام المُشرِّع الكريم بتبني نظرية التعسف في استعمال السلطة الإجرائية الجزائية، بإيرادها بنص في متن قانون أصول المحاكمات الجزائية، وأن يبيِّن المُشرِّع الكريم الجزء المناسب وينص صريح على كل ممارسة للسلطة الإجرائية الجزائية فيها انحراف وتعسف.
٢. نقدم توصيتنا إلى المشرع الكريم بإلغاء المادة (٥٠) والخاصة بمنح سلطة المحقق للمسؤول في مركز الشرطة، من قانون أصول المحاكمات الجزائية، وذلك للأحتمالات الكبيرة عند استعمالها بالتعسف وسوء استخدامها.
٣. بما أن أكثر حالات التعسف ترتبط بأعمال السلطة التقديرية للقضاة، نقترح على المشرع الكريم إلزام قضاة التحقيق بتسبب جميع قراراتهم دون استثناء، وذلك لضمان اعمال الرقابة على أعمالهم الإجرائية من قبل الهيئات الرقابية التمييزية وإلغاء القرارات المتعسفة فيها.
٤. نقترح استحداث هيئة قضائية تسمى بهيئة الإحالة، تتولى تدقيق قرارات قاضي التحقيق في جرائم من نوع الجنايات قبل إحالة الأوراق إلى محكمة الجنايات، فيتولى قاضي التحقيق، التحقيق في الجريمة، بينما تتولى هيئة مكونة من ثلاث قضاة مهمة بيان مدى ملائمة الأدلة للإحالة، وكل ذلك لضمان عدم التعسف بإحالة قضايا لا تتوفر فيها الأدلة الكافية إنصافاً للمتهم في هذه الحالة من جهة، ولعدم اشغال محاكم الجنايات بقضايا تكون نتائجها الإفراج أو البراءة من جهة أخرى.
٥. ندعو المشرع الكريم إلى إعادة العمل بنظام رد الاعتبار في إطار قانون أصول المحاكمات الجزائية، وذلك لإنصاف الذين حوكموا تعسفاً، مسايرة للتوجهات الحديثة في التشريعات المعاصرة التي توسعت في حالات رد الاعتبار.

#### المصادر

#### أولاً: الكتب القانونية:

١. أحمد نشأت بك، شرح قانون تحقيق الجنايات، مطبعة الاعتماد، مصر، ١٩٢٥.
٢. د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المبادئ العامة لقانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٢١.
٣. د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المساواة في القانون الجنائي، ط٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
٤. د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط٢، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٠.
٥. د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ط١٠، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦.
٦. د. إدوار غالي الذهبي، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠.
٧. د. جلال ثروت و د. سليمان عبدالمعنى، أصول المحاكمات الجزائية، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٦.

٨. د. حسن جوخدار، أصول المحاكمات الجزائية، ج١، منشورات جامعة حلب، سوريا، ١٩٩١.
٩. د. حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، ٢٠٠٠.
١٠. د. حسني الجندي، قانون الإجراءات الجزائية في دولة الإمارات العربية المتحدة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
١١. د. سامي النصاروي، دراسة في أصول المحاكمات الجزائية، ج١، مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٧٨.
١٢. د. سعد صالح حماد القبائلي، ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
١٣. د. سليمان عبدالمنعم، إحالة الدعوى الجنائية من سلطة التحقيق إلى قضاء الحكم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
١٤. د. عبدالرحمن محمد أبو توتة، شرح قانون الإجراءات الجنائية الليبي، ج١، ط١، دار الرواد، طرابلس، ليبيا، ٢٠١٧.
١٥. د. عبدالوهاب حومد، أصول المحاكمات الجزائية، ط٤، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٨٧.
١٦. د. عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، ط٢، دار الأهرام للنشر والتوزيع والإصدارات القانونية، دون الإشارة إلى مكان النشر، ٢٠٢٣.
١٧. د. فوزية عبدالستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.
١٨. د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
١٩. د. محمد خميس، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، ط٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
٢٠. د. محمد زكي أبو عامر و د. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١.
٢١. د. محمد زكي ابو عامر، الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٤.
٢٢. د. محمد محمود الشركسي، ضمانات المتهم خلال مرحلة التحقيق الابتدائي والمحاكمة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
٢٣. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مج١، ط٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦.
٢٤. د. مصطفى العوجي، حقوق الانسان في الدعوى الجزائية، مؤسسة نوفل، بلا مكان وسنة النشر.
٢٥. د. ممدوح خليل البحر، التحقيق الابتدائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢.
٢٦. د. هلالى عبدالله أحمد، ضمانات المتهم في مواجهة القبض بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
٢٧. د. عبدالرؤف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، ج١، دار الأهرام للنشر والتوزيع والإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٢٤.
٢٨. د. عبدالفتاح الصيفي، تأصيل الإجراءات الجنائية، دار الهدى للمطبوعات، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
٢٩. د. محمد صبحي نجم، قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠٠٠.
٣٠. د. وعدي سليمان المزوري، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مكتبة تباي، أربيل، ٢٠١٥.
٣١. د. عبدالامير العكلي، أصول الإجراءات الجنائية، ج١، ط١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٥.
٣٢. فتحي عبدالرضا الجوادي، تطور القضاء الجنائي العراقي، مطبعة وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٦.
- ثانياً: الرسائل والأطاريح الجامعية:**
١. عبد الإله سالم النوايسة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق في جامعة عين شمس، بدون الإشارة إلى سنة التقديم.
٢. كمال الدين مصطفى توفيق شعيب، ضمانات حقوق الإنسان في مرحلة التحقيق الابتدائي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق في جامعة القاهرة، ٢٠١١.

٣. وعدي سليمان المزوري، الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة بغداد، ٢٠٠٧.

#### ثالثاً: المجالات والدوريات:

١. د. حسين عبد علي عيسى، الأخطاء القضائية، مجلة دراسات قانونية وسياسية التي تصدر عن كلية القانون في جامعة السليمانية، السنة الأولى، العدد(الثاني)، كانون أول، ٢٠١٣.
٢. د. محمد رشيد حسن، التنظيم القانوني للشكوى الجزائية، مجلة دراسات قانونية وسياسية التي تصدر عن كلية القانون في جامعة السليمانية، السنة الأولى، العدد(الأول)، أيلول، ٢٠١٣.

#### رابعاً: الدساتير و القوانين:

١. دستور جمهورية العراق الإتحادي لسنة ٢٠٠٥.
٢. دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٤.
٣. قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ المعدل.
٤. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٥. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.
٦. قانون الادعاء العام العراقي رقم ١٥٩ لسنة ١٩٧٩ والنافذ في إقليم كردستان.
٧. قانون الادعاء العام العراقي رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧.