مبدأ التناسب في الجزاء الاجرائي الجنائي

إعداد الباحث

سرمد مجيد خضير الجنابى

باحث دكتوراه بقسم القانون الجنائي

إشراف

أ.د/ أكمل يوسف السعيد

أستاذ القانون الجنائي

كلية الحقوق، جامعة المنصورة

٢٠٢٤م

المقدمة

١- ان الشكل في العمل الاجرائي الجنائي يمثل عنصراً في العمل الإجرائي أو ظرفاً له، فمن المنطقي أن يأتي جزاء إهداره أو تجاهله على وفق ذلك أيضاً.

٢- إن تعدد مظاهر الشكلية الإجرائية وأغراضها في الخصومة، مدعاة لتنوع الجزاءات الإجرائية المترتبة على مخالفة تلك الأشكال بل أن أصل مسألة فرض الجزاء من عدمه هي قائمة بالأساس على كون الشكل الإجرائي ثانوياً في العمل الإجرائي أم جوهرياً؟ فلا يفرض الجزاء إلا في الحالة الأخيرة بل ويتدخل الشكل في تحديد نوع الجزاء.

٣- فالبطلان يتناسب بوصفه جزاء مع المخالفة الجسيمة للشكل الجوهري .

٤- في حين يكون "السقوط" هو الجزاء الملائم عندما يتعلق الأمر بالمدد الزمنية أي عندما يكون الشكل ظرفاً زمنياً في الإجراء.

٥- ومما تقدم فالأمر يستدعي الوقوف على ماهية الجزاء الإجرائي , ومبدأ تناسب الجزاء ووسائل اعتماده وذلك في المطالب التالية:-

المطلب الأول: ماهية الجزاء الإجرائي .

المطلب الثاني :.معايير مبدأ تناسب الجزاء الإجرائي .

المطلب الثالث: وسائل اعتماد مبدأ تناسب الجزاء الإجرائي.

المطلب الأول

ماهية الجزاء الإجرائي

لا يتحقق عنصر اللالزام الذي تتطلبه القاعدة القانونية الاجرائية مالم يفرض جزاء عند مخالفتها فهي بدون هذا الجزاء تتحول الى محض نصائح او ارشادات , وبهذا الجزاء الاجرائي يجب ان يكون مكتوب ومنصوص عليه في القانون وخضوع الجزاء لمبدأ (لا جزاء إلا بنص) وهذا مما لا خلاف فيه لكن هل يعني ذلك أنه يشترط أن يكون الجزاء منصوصاً عليه – وعلى سبيل الحصر – نصاً صريحاً مباشراً؟ أم يمكن أن يكتفي بالنص عليه بعبارات "النهي" عن اتخاذ عمل معين؟ ورغم أننا هنا نتناول الجزاء الإجرائي بصفة عامة إلا أن هذا التساؤل سيأخذنا بصورة غير مباشرة إلى موضوع مذاهب البطلان "القانوني والذاتي" ولا ضير في ذلك فالبطلان أجلى صور الجزاءات الإجرائية وله أوثق العرى مع الشكل الإجرائي وعلى وجه الخصوص الجوهرية منها – لذا سيتم تناوله في المواضيع القادمة – وكإجابة على السؤال السابق نقول ((بمقتضى مذهب البطلان القانوني... فإنه في حالة عدم تقرير المشرع للجزاء، يعتبر الإجراء المتخذ صحيحاً حتى لو لم يتم إنجازه في الحدود التي نص عليها القانون... وفي مذهب البطلان الذاتي لا يحدد المشرع الحالات وإنما يرتب الجزاء على مخالفة القاعدة التي يراها جوهرية))[1].

يذهب جمهور الفقه الإيطالي إلى أن "تقرير الجزاء الإجرائي" يحكمه مبدأ "لا جزاء بغير نص" أي أن جميع العيوب والجزاءات محددة سلفاً غير أنه يمكن استثناءً

---

[1]جواد الرهيمي، أحكام البطلان في قانون أصول المحكمات الجزائية , الطبعة الثانية ، نشر وتوزيع المكتبة القانونية , بغداد , ص ٤٧ ..

فرض جزاء البطلان وإن لم يكن هناك نص معين إذا بلغ العيب حداً عالياً من الجسامة[٢].

في قبالة هذا الرأي يذهب أغلب الفقه إلى عدم الحاجة لاشتراط النص لتقرير الجزاء، **ويؤيد الباحث هذا الرأي**، لما يستنبطه من الدلالة على مركزية الشكل في حسم مسألة فرض الجزاء من عدمه بل وتحديد نوع الجزاء الواجب تقريره، وليس الأمر اعتباطاً بل لاعتبارات ترجع لما يتمتع به الشكل الإجرائي من مرونة أو جمود بحسب الأحوال، مسعفاً في ذلك الإجراء من الإهدار ما دعت إليه مصلحة الخصومة.

مذهب المشرع العراقي أيضاً إذ نصت المادة "٢٤٩/أ" من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أنه ((لكل من الادعاء العام والمتهم والمشتكي والمدعي مدنياً والمسؤول مدنياً، أن يطعن لدى محكمة التمييز في الأحكام والقرارات والتدابير الصادرة من محكمة الجزاء... إذا كانت قد بنيت على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله أو إذا وقع خطأ جوهري في الإجراءات الأصولية أو في تقدير الأدلة أو تقدير العقوبة و كان الخطأ مؤثراً في الحكم)). وتقابلها المادة "٣٣١" من قانون الإجراءات المصري التي تنص على أنه ((يترتب البطلان على عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بأي إجراء جوهري)) فإن كلا النصين اعتبرا عدم مراعاة الشكل الجوهري في الإجراءات سبباً لترتيب الجزاء، والاختلاف بينهما كان في أن النص المصري قد نص صراحة على نوع الجزاء الواجب فرضه وهو البطلان.

---

[٢] ((اهتم المشرع الإيطالي بالنظرية العامة للجزاء الإجرائي وذلك متوقعاً، فمن المعروف أن نظرية العمل الإجرائي هي من نتاج هذا الفكر، وخاصة عند الكلام عن الشكلية، أو دور الإرادة أو التصرفات الإجرائية... وغيرها.
وانعكس ذلك على متبنياتهم في النظرية العامة للبطلان والانعدام ...))، ينظر : د. محمد إبراهيم زيد ود. عبد الفتاح الصيفي، تعليق على قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي الجديد، مرجع سابق، ص ٢٠.

ليس شرطاً النص على الجزاء مباشرة وعلى سبيل الحصر، فانتهاك أي إجراء جوهري يرتب الجزاء الإجرائي، أما إن بلغ ذلك حداً عالياً فسيكون "الانعدام" هو الجزاء المناسب، وما يمكن ملاحظته من الأمثلة المتقدمة أن فرض الجزاء يتطلب تدخل القاضي لتكييف ما يعتبر جوهرياً من الإجراءات عن غيرها، إلا أن ذلك ليس مطلقاً فهناك من الإجراءات ما لا تحتاج إلى ذلك التكيف ونعني بها "المدد القانونية أي عندما يكون الشكل ظرفاً زمنياً في الإجراء، فعندما يكون هناك ميعاداً معيناً لاستخدام الحق ولم يتم التقيد به فعندئذ سنكون أمام فرض "جزاء السقوط" وهذه الحالة تحديداً من الأمثلة الواضحة على عدم اشتراط النص على الجزاء نصاً صريحاً على سبيل الحصر فالمشرع يحدد المدد الزمنية وفي حال تخطيها يتقرر الجزاء الملائم.

في الحقيقة، أن عدم النص الصريح والاكتفاء بإيراد عبارات النهي والتوقيتات الزمنية لتقرير الجزاء الإجرائي له ما يبرره، فالمشرع مهما أوتي من علم لا يستطيع مواكبة المستجدات والمتغيرات التي قد يفرزها التطبيق العملي اليومي ((ومن المتعذر أن يوفق المشرع في تحديد أحوال البطلان في قائمة جامعة خالية من الإفراط والتفريط)) [٣] ولهذا الكلام ما يدعمه من أحكام القضاء، فقد جاء في احد القرارات لمحكمة النقض المصرية انه ((ومقتضى هذا النهي أن عدم توقيع مثل هذا المحامي على صحيفة الاستئناف يترتب عليه حتما عدم قبولها، أما القول بأن الشارع لم يرتب البطلان جزاء المخالفة، فمردود بأن النهي يتضمن بذاته هذا الجزاء الإجرائي وأن لم يصرح

[٣] د. جواد الرهيمي، مرجع سابق، ص ٤٦.

به))[٤].وللبحث في مفهوم وجوهر الجزاء الإجرائي و خصائصه وعلاقتها بالشكل لابد من التعرض للخطوط العريضة فيه ونتناول هذا المطلب من خلال الفروع التالية:-

الفرع الأول : مفهوم الجزاء الإجرائي.

الفرع الثاني:. خصائص الجزاء الإجرائي وعلاقته بالشكل.

الفرع الأول

مفهوم الجزاء الإجرائي.

للبحث في مفهوم الجزاء الاجرائي لابد ان نبين تعريفه ثم نبين طبيعته واهدافه وذلك على النحو الاتي :.

اولا – تعريف :.

الجزاء لغة: هو الغناء والكفاية قال تعالى: (وَاتّقُوا يوماً لا تَجْزِي نَفْسَ عَنْ نَفْسٍ شَيْئًا)، وأيضاً الجزاء هو ما فيه الكفاية والمقابلة كقولهم (الناس مجزيون بأعمالِهِمْ أن خَيْرًا فَخَيْرٌ وَإِنْ شَرَا فَشَرَ)، ويقال جازيكَ فُلان أي كافيكَ , وكذلك الحال في مجال التشريع، وإن كان ذلك يعد موقفاً صائباً لأنه ليس من عمل المشرع إيراد التعاريف، بل من اختصاص شراح القانون لذلك تباينت التعاريف الموضوعة للجزاء الإجرائي، وينظر كل اتجاه فقهي إليه من جانب معين، ففقهاء القانون الخاص ينظرون إليه على انه ((تكييف قانوني لعمل يخالف نموذجه القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يرتبها القانون لو كان كاملاً)) ويعرفه فقيه آخر من القانون الخاص بأنه ((وصف قانوني للعمل

---

[٤] ينظر: مجموعة القواعد القانونية المصرية صفحة ٦٦١، قرار محكمة النقض المصرية رقم "٣٤٢ / نقض مدني في ١٩٤٨/١١/٢٥، أشار إليه: د. حسن علي حسين، الجزاء الاجرائي في قانون الاجراءات الجنائية، منشأة المعارف , الاسكندرية , ص ٢٤١.

الإجرائي الذي لا يتطابق مع نموذجه، إما لعدم اتخاذه أصلاً أو لاتخاذه بشكل معيب)) [٥] هناك من يعرف الجزاء الاجرائي في الفقه الجنائي، بأنه إهدار الأثر القانوني للإجراء المخالف للقاعدة الإجرائية ((بما يؤدي إلى سلب العمل الإجراء المعيب آثاره القانونية))[٦].وهناك من الفقهاء من نظر إلى الجزاء الإجرائي بما يتسم بالدقة والإتقان فعرفه بأنه ((تجاهل للإجراء وعدم الاكتراث به وتفويت الغرض المقصود منه على من قام به وذلك لأحد الأسباب التالية:

إن الإجراء لم يتبع فيه الأسلوب الذي حدده القانون، وإما لأنه اتخذ في غير الوقت الذي يتطلب القانون، وإما لأنه فاقد المقدمات التي حددها القانون كشرط لنشأة الحق في اتخاذه، وإما لأنه مسبوق بمقدمه من شأنها قانوناً أن تمنع اتخاذه))[٧] وعلى الرغم من أن هذا التعريف أحاط بأغلب عناصر الجزاء الإجرائي وهي " النتيجة والمحل والسبب" إلا أنه ليس كلها، لذا يمكن إيراد تعريف آخر أكثر تبسيطاً وشمولاً فنعرف الجزاء الإجرائي بأنه ((الأثر القانوني المترتب على مخالفة العمل الإجرائي للنموذج القانوني المحدد في القاعدة الإجرائية الجزائية، بما يؤدي إلى عدم توليد ذلك العمل للآثار التي يمكن توليدها لو نشأ صحيحاً، وتفرضه إحدى الجهات القضائية))[٨].

و تختلف أنواع الجزاءات الإجرائية باختلاف العيوب التي يمكن أن تصيب العمل الإجرائي وإن كان هناك قاسم مشترك بين معظم تلك الأنواع من حيث "الأثر الذي

---

[٥]انظر : د. عبد اللطيف يوسف، زبدة المفردات مختصر المفردات في غريب القرآن للأصفهاني، دار المعرفة للنشر، بيروت ١٩٩٨، ص ٩٧. ، د. وعدي سليمان المزروي، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، مرجع سابق، ص ٢٢. انظر : د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص ٢٥.

[٦] د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٥، ص ٤١٥.

[٧] د. رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية، تأصيلاً وتحليلاً الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٧٧، ص ٦٥.

[٨] د. وعدي سليمان المزروي، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، مرجع سابق، ص ٢٤.

يرتبه" وهو أن الجزاء الإجرائي يؤدي بالضرورة إلى إهدار العمل الإجرائي وعدم الاكتراث به[٩] ((فإذا تخلفت الشروط الشكلية والموضوعية التي يتطلبها المشرع لصحة العمل، أصبح معيباً مما ينعكس على فاعليته القانونية وتختلف العيوب الإجرائية من حيث جسامتها طبقاً لمدى تأثيرها على الرابطة الإجرائية، ويتحدد على هذا النحو نطاق تأثيرها على النتائج القانونية للعمل الإجرائي ذاته، فبعض العيوب تؤدي إلى انعدام الرابطة الإجرائية برمتها، وعيوباً أخرى يترتب عليه البطلان المطلق للإجراء، كما أن هناك عيوباً أقل جسامة تؤدي إلى البطلان النسبي فقط))[١٠].

بالرجوع إلى التعاريف التي أوردناها سابقاً للجزاء الإجرائي، نجد أحدهم أورد تعداداً للأسباب المؤدية إلى تجاهل العمل الإجرائي، تصلح معياراً للوقوف على أنواع الجزاءات الإجرائية ((فعند توافر السبب الأول منها تتوافر إجمالاً من بين صور الجزاء الإجرائي صورة "البطلان" وصورة "عدم الاختصاص"، وفي حالة السبب الثاني تتوافر إجمالاً صورة السقوط"، أما السبب الثالث فتنشأ عنها صورة "عدم القبول" أما السبب الرابع فتترتب عليه صورة "عدم الجواز" أو "امتناع النظر)) [١١].

خلصنا الى أن الجزاء الإجرائي ينشأ بمناسبة مخالفة العمل الإجرائي للشروط القانونية الشكلية والموضوعية التي حددها المشرع لمباشرته (وهذان هما عنصرا السبب والمحل في الجزاء) فكل عمل لا يطابق هذه الشروط سواء كانت موضوعية متعلقة بالشخص

---

[٩] د. رمسيس بهنام، مرجع سابق، ص ٦٥.

[١٠] د. أمال عبد الرحيم عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة ١٩٩١، ص ٢٨١.

[١١] ونعني بها الأسباب الآتية: ((١ أما لأن الإجراء لم يتبع فيه الأسلوب الذي حدده القانون ٢ وإما لأنه اتخذه في غير الوقت الذي يتطلب القانون اتخاذه ٣ وأما لأنه فاقد المقدمات التي حددها القانون الإجرائي كشرط لنشأة الحق في اتخاذه ٤ وأما لأنه مسبوق بمقدمه من شأنها قانوناً أن تمنع اتخاذه))، ينظر : د. رمسيس بهنام، مرجع سابق نفسه.

الإجرائي، أم شكلية كالظروف الزمانية والمكانية، يكون معيباً ومن ثم يفقد مكنة[١٢] توليد الأثار، والجزاء هنا بوصفه عنصراً في القاعدة الإجرائية يمثل الجانب السلبي فيها أي "وصم العمل الإجرائي بالعيب" وإفقاده لقيمته القانونية، لكن بعد أن يقرر القضاء ذلك (وهذان هما عنصرا السلطة والنتيجة في الجزاء)[١٣].

ثانيا – طبيعة الجزاء الإجرائي :. تتميز القواعد الإجرائية بانطوائها على جزاءات "ذات طبيعة خاصة" إذ تتصف تلك الجزاءات بأنها "موضوعية الأثر" بمعنى أنها لا تنال من شخص من باشر العمل الإجرائي، وإنما ترد على العمل ذاته أو على الحق في مباشرته، بخلاف بقية أنواع الجزاءات الأخرى التي تتصف بأنها "شخصية الأثر" أي تنال من شخص من باشر الفعل سواء في نفسه أو في ماله [١٤]، وهذه الطائفة من الجزاءات تحددها النصوص القانونية، فليس هو جزاءً اتفاقياً يرجع به للاتفاق ولا جزاء قضائي بمعنى ينفرد القضاء في صنعه وتقريره، بل هو "جزاء تنفيذي" محله العمل الإجرائي يستهدف إعادة الوضع الإجرائي إلى واقعه الصحيح، ومن الممكن أن ننعته بـــ "الجزاء التقويمي" إذا كان محله شخص القائم بالإجراء لأنه عندئذ سوف يستهدف ردعه للحيلولة دون مباشرة العمل الإجرائي المعيب[١٥]، فالجزاء الإجرائي عموماً يهدف من وراء حماية القواعد الإجرائية "ضمان حسن إدارة العدالة" وتحقيق الغرض من الخصومة الإجرائية بإيقاع العقوبة بالجاني، فالقاعدة الإجرائية من دون عنصر الجزاء

---

[١٢] يقصد بالـــ "مكنة": مصطلح قانوني تندرج تحته ثلاثة مفاهيم هي "السطلة والرخصة والحق الشخصي"، ينظر: د. حســن علــي حسين، مرجع سابق، ص ٥٨ وما بعدها.

[١٣] د. نبيل إسماعيل عمر , عدم فعالية الجزاءات الاجرائية , دار الجامعة الجديدة للنشر , الاسكندرية ، ٢٠٠٢ , ص ٥١.

[١٤] د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٤١٥.

[١٥] د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص ٦٩.

تتجرد من صفة الإلزام وتصبح مجرد نصائح وإرشادات طاعتها من وحي الضمير وحده[١٦].

ثالثا- أهداف الجزاء الاجرائي :. تتحدد وظيفة الجزاءات الاجرائية بالأهداف أو الغايات التي ترمي الى تحقيقها . وقبل الدخول في شرح الأهداف لا بد من القول أن اهمية القانون الاجرائي تكمن في الغاية من تشريعه وهي بصورة عامة الوصول الى الحقيقة وذلك بتقديم الشخص الذي خرق قواعد المجتمع المنظم لمحاكمة قضائية تضمن للمجتمع حماية مصالحه من خطر الجريمة من خلال ما يتظمه من اجراءات معينة لكشف الحقيقة والوصول الى اقرار سلطة الدولة في العقاب .

ويتنازع مع مصلحة المجتمع مصلحة أخرى جديرة بالاعتبار وهي مصلحة الجاني عند الاتهام واتخاذ الاجراءات القانونية بحقه والذي يقتضي ضرورة صيانة كرامته كانسان بحمايه الشخصية من الاجراءات التعسفية وتتأتى هذه الحماية عن طريق الضمانات التي يقررها القانون لحرية المتهم التي تتعرض للخطر من جراء بعض الاجراءات غير القانونية التي تتخذ بحقه , ومن خلال التوفيق بين اجراءات الكشف والتحري عن الجريمة والتحقيق فيها وبين ضمانات المتهم يوازن القانون الاجرائي بين هاتين المصلحتين . الا انه قد يختل هذا التوازن لمصلحة المجتمع على حساب مصلحة الجاني وذلك يخرق هذه الضمانات في الاجراءات المتخذة ضده والتي يفترض أن تكون قانونية استنادا الى مبدأ الشرعية الاجرائية التي تقرر ضمانا لحرية المتهم الشخصية , وهنا تبرز أهمية الجزاء الاجرائي بوصفه وسيلة لحماية الشرعية الاجرائية . وأن هدف الجزاء الإجرائي بالمحصلة هو ذات الهدف من القاعدة الإجرائية فالمشرع قصد

---

[١٦] د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٤١٥.

بنصوص قانون الإجراءات الجنائية "صيانة مصلحة معتبرة" لا يتأتى تحقيقها إذا لم يكن هناك جزاء مرتب على مخالفة تلك النصوص، لذلك يولي القانون اهتمامه بجزاءات معينة كبطلان العمل المخالف لأحكامه [١٧].

ويهدف الجزاء الإجرائي إلى "ضمان حسن أداء الجهاز القضائي" فعندما يتيقن متخذ الإجراء أن العمل المعيب قد يثير جانب توقيع الجزاء بل ومحتمل يرتب جزاءات أخرى اقسى حال كان تعيب العمل جسيماً، فسيضع نصب عينيه حتماً أمر الالتزام والتقيد بجميع الضوابط ومن ثم فإن سير الخصومة سوف يتوالى في سلاسة ويسر، بما من شأنه الوصول إلى ترشيد الإجراءات وعدم إطالتها وصولاً إلى العدالة الفاعلة أو ما يعرف بـــ "الاقتصاد الإجرائي))[١٨].

و خلصنا مما تقدم أن أهداف الجزاء الإجرائي تظهر في صورتين , الأولى هي حماية الشرعية الاجرائية اما الثانية فهي احترام القواعد الاجرائية .

الفرع الثاني
خصائص الجزاء الإجرائي وعلاقتها بالشكل

بعد ان بينا ماهية الجزاء الإجرائي لا بد من بيان خصائصه **وعلاقتها بالشكل** التي يتصف بها وتميزه عن غيره من الجزاءات، بعبارة أخرى جميع العوامل اللصيقة بالنظام القانوني الذي يعمل في نطاقه الجزاء الإجرائي وكما يلي: –

---

[١٧] د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية الجزء الأول، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية عشر، القـــاهرة ١٩٨٨، ص ٢٨.

[١٨] د. سليمان عبد المنعم، بطلان الإجراء الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ١٩٩٩، ص ١٢، أشار إليـــه: د. حســـن علي حسين، مرجع سابق، ص ٢٤٧.

نتناول هذا المطلب من خلال الفروع التالية:-

الفرع الأول :. جزاء يوصف بأنه تنفيذي وشكلي

الفرع الثاني:. نسبية الجزاء الاجرائي

الفرع الثالث:. شمولية الجزاء الاجرائي

الفرع الاول

جزاء يوصف بأنه تنفيذي وشكلي

الجزاء الاجرائي الجنائي ينتمي الى الجزاء التنفيذي، لأن أثره ينحصر في إزالة الخلل الذي يلحق بنتيجة السلوك المعيب المنتهك "لأحد عناصر الوجود أو الصحة" اللازمة لاتخاذ الإجراء، من ثم فإن الجزاء لا شأن له بالعنصر النفسي لمن أحدث الخلل، وإنما يستهدف إعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل اتخاذ الإجراء المعيب, وفي عبارة اخرى فالجزاء الاجرائي يستهدف حرمان الشخص الاجرائي المخالف من الاثار القانونية التي يرتبها المشرع على الاجراء الصحيح , كما الجزاء الأجرائي يوصف بانه جزاء شكلي، فمرجعه إلى أن الأصل في العمل الإجرائي أنه شكلي أي يشترط لصحته أن يفرغ في "الشكل الذي يقرره القانون"، وإن الجزاء ناجم عن الاعتداء على أحد تلك الأعمال التي تنظمها قواعد الإجراءات الجزائية، والتي في حقيقتها "قواعد شكلية " نظراً لوظيفتها هذه في العمل الإجرائي[١٩].

الفرع الثاني

[١٩]د. حسن على حسين، مرجع سابق نفسه ص ٢٤٢، وانظر د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائيـــة، مرجع سابق، ص٢٢٢.

الجزاء الإجرائي نسبي وشمولي

نعني بالنسبية أن قواعد القانون الموضوعي تحدد الأفعال مع بيان العقوبات وتخاطب بها جميع المواطنين بوصفها أصلاً عاماً عكس قواعد الإجراءات الجزائية فلا يتوجه فيها بالخطاب الى جميع أفراد المجتمع فهي غير مختصة بتنظيم سلوكهم , وانما تختص بتنظيم اعمال طائفة معينة منهم وهم الاشخاص المكلفين بالقاعدة القانونية الجنائية فالبعض منهم يتصف بصفة الموظف كالقاضي , وعضو الادعاء العام (النيابة العامة) ومعاونيهم من محققين وكتاب ضبط وغيرهم , ومنهم من لا يتصف بهذه الصفة : كالمتهم , والمشتكي , والمدعي بالحق الشخصي , والمسؤول مدنيا , وما يطلق عليهم جميعا بالأشخاص الاجرائين .اما الشمولية هنا نقصد بها من حيث الأهداف لا الشمولية من حيث التطبيق، إذ تعد الجزاءات الإجرائية ذات أهداف أوسع من أهداف جزاءات القانون الموضوعي المتمثلة بتحقيق الردع وحماية المجتمع من الجريمة، فالجزاء الإجرائي يرمي إلى حماية الحقوق والحريات والتنظيم الأسلم والأدق لعملية اقتضاء حق الدولة في العقاب، أي إن هدف القانون الموضوعي مشمولاً ضمناً بأهداف الجزاء الإجرائي وليس العكس.

على سبيل المثال، لو ارتكبت جريمة معينة وفُرضت على المتهم العقوبة المقررة فيكون هدف القانون الموضوعي قد تحقق باقتضاء حق الدولة في العقاب، لكن لو كان المتهم ليس هو الجاني وقد اُنتزع منه الاعتراف بالإكراه فمعنى ذلك أن المجرم الحقيقي قد أفلت من العقاب ولم تحقق العقوبة هدفها، أما لو حكم على ذلك الإجراء المعيب – أي الاعتراف تحت الإكراه – بجزاء الانعدام، فسوف ينجو الشخص البريء وتلتزم

السلطات القائمة بالتحري بتكثيف البحث والكشف عن المتهم الحقيقي[٢٠]، وهذا بالضبط هو معنى المقولة التي أوردناها أن "الشكل توأم الحرية"[٢١] .

المطلب الثاني

معايير مبدأ تناسب الجزاء الإجرائي

لما كانت مخالفة قواعد الإجراءات الجزائية والخروج عليها أمراً متصوراً، فيتحتم أن تقترن تلك القواعد بجزاءات تنسجم معها، لكن ليس الأمر جزافاً وإنما على درجات متفاوتة حتى يضمن الفاعلية والاحترام لتلك القواعد، فليس بصحيح أن يكون الجزاء مجرد ردة فعل على المخالفة لا حكمة فيه، وإنما يجب أن يكون لتلك الجزاءات دور إيجابي ينسجم مع مضمون السياسة الحديثة للقوانين الإجرائية، وهو ما بات يعرف بـــ " مبدأ تناسب الجزاء"[٢٢]، وسنتولى بيان مفهومه، والمعايير المتطلبة لتحقيقه وكما يلي: – –

وسنتناول هذا المطلب من خلال الفروع التالية:–

الفرع الأول : مبدأ تناسب الجزاء مع الإجراء المخالف.

---

[٢٠] د. وعدي سليمان المزروي، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، مرجع سابق، ص ٣١.

[٢١] فهذه الحقيقة سارية وحاكمة على كل ما له صلة بالإجراءات من كبريات الأمور إلى صغائرها، حتى باتت الإجراءات المخالفة يعاب عليها تحت هذا العنوان. فقد كتب أحدهم عن طريقة تعاطي القضاة في المملكة المغربية مع مسألة النطق بالأحكام في جلسة علنية مبيناً أنهم باتوا ((يقتصرون على ذكر أرقام الملفات مع نتيجة الحكم، دون المناداة على أطراف الخصومة والنطق بتفاصيله أمامهم، متجاوزين في ذلك نص المادة "٥٠ من ظهر المسطرة المدنية، وحجتهم كثرة الملفات المنطوق بها والضغط الزمني، مع أن ذلك لا يعفيهم من وجوب احترام المتقاضين واحترام شكليات النطق بالأحكام بتأني وفصاحة وبصوت مسموع، تطبيقاً للقانون ورحمة بالمتقاضين فإن الشكل توأم الحرية)) ونقول: أجل هذه هي فلسفة الشكل وراء علنية الأحكام حتى يعرف كل ذي حق حقه فلا يقع "ظلم ولا هضم" الأمران المنافيان للحرية التي يحميها الشكل، وهو توأمها. ينظر : عبد الملك زعزاع، بعض قضاة المملكة لا ينطقون بالأحكام في الجلسات العلنية مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

http://www.pjd.ma/node/3726.

[٢٢] د. فارس علي عمر الجرجري وزياد محمد شحاذة الطائي، مبدأ التناسب في إعمال الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات المدنية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق السنة الثانية، المجلد (٢)، العدد (٢)، الجزء الأول، كانون الأول/ سنة ٢٠١٧، ص ١٦٨.

الفرع الثاني: معايير إعمال مبدأ التناسب بيـــن الجراء والجزاء.

الفرع الأول

مبدأ تناسب الجزاء مع الإجراء المخالف

التناسب في لغة: فأصلها من "النسب" والتي تعني القرابة، فناسبهُ أي شاركهُ في نسبه ومن المجاز المناسبة: هي المشاكلة، يقال بين شيئين مناسبة أي مشاكلة وتشاكل، وكذا قولهم: لا نسبة بينهما، أو بينهما نسبة قريبة , [٢٣] ويعتبر التناسب من اهم المبادئ التي تساهم في فاعلية الجزاء الإجرائي، لما يضفيه على الجزاء من خاصية التوازن والمرونة وصولاً إلى تحقيق مقاصده، ومن الواضح أن مرجع ذلك يعود إلى الطبيعة الشكلية للأعمال الإجرائية محل الجزاءات، فمناط تطبيق هذه المبدأ إذن هو تنوع وظائف الشكل في تلك الأعمال من ناحية، واتصاف أغلب تلك الأشكال بصفة المرونة من ناحية أخرى، فتصبح إمكانية الاختيار متاحة بين يدي المشرع يعالجها بحسب المصالح كيف يشاء، وبما يسهم في تطبيق سياسته الإجرائية وسيتضح المعنى اكثر عندما نقف على معنى هذه المفردة في الاصطلاح , فعرف احدهم التناسب بأنه ((علاقة منطقية بين عناصر القاعدة القانونية الواحدة تتحقق من خلال مجموعة من الأفكار القائمة على المنطق والتجانس والتوازن وعدم التحكم))[٢٤]. وآخر عرفه بأنه ((الملائمة

---

[٢٣] الإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب المجلد الأول، دار صـــادر، بيروت بلا سنة طبع، ص ٧٥٦ . محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس الجزء الرابـــع، سلســـلة "التراث العربي" تصدر عن وزارة الإعلام الكويتية، مطبعة حكومة الكويت، سنة ١٩٨٧، ص ٢٦٥.

[٢٤] د. فارس علي عمر الجرجري وزياد محمد شحاذة الطائي، مرجع سابق، ص ١٧٣.

التي يتخذها المشرع بين جسامة الجريمة وألم العقوبة وصولاً إلى الهدف المطلوب))[٢٥].

من الواضح أن هذا التعريف وارد في مجال تناسب الجزاء في القانون الموضوعي[٢٦]، أما في نطاق التشريع فيقصد به ((العلاقة بين سبب التشريع ومحله، أي مدى التوافق والتقارب بين الحالة الواقعية والقانونية التي تدفع المشرع لإصدار التشريع، وبين محل التشريع ذاته أو الأثر من وراء إصداره، وهي تحقيق المصلحة العامة)) [٢٧].

هذه التعاريف متفقة في أن غاية "مبدأ تناسب الجزاء" تحقيق الملائمة التي تعتبر جوهر نفعية الجزاء الإجرائي وفقدانها يولد الشك حول طبيعة العدالة وجدية الوظيفة القضائية، فالتناسب هو توازن بين ردة الفعل – أي الجزاء – وبين العمل الإجرائي الشكلي المعيب فهو يُضفي على الجزاء الإجرائي صفة العدالة والقبول النفسي[٢٨].

---

[٢٥] حسن محمد سليمان التويجري، مبدأ تناسب العقوبة مع الجريمة دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الدراسات العليا "قسم العدالة الجنائية" في جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالمملكة للعربية السعودية، الرياض ٢٠١٠، ص٨.

[٢٦] ما تجدر الإشارة إليه: أن مبدأ تناسب الجزاء له وجوده في مجال القانون الجنائي الموضوعي أيضاً، بل قد يكون أثره هناك أخطر ونطاقه أوسع، فمن اهم المبادئ التي تقوم عليها العقوبة في قانون العقوبات هو مبدأ التناسب بين العقوبة والجريمة المرتكبة، كما وتوجد علاقة مهمة بين سياسة" تفريد العقاب" وبين "تناسب العقوبة مع الجريمة" فالمشرع يحاول قدر المستطاع أن تكون العقوبة التي يرصدها للجريمة متناسبة من حيث "النوع" و"المقدار" مع خطر الجريمة أو مدى خطورة الجاني، ينظر حسن محمد التويجري، مرجع سابق نفسه، ص١٢٨.

[٢٧] د. تميم طاهر أحمد الجادر وسيف صالح مهدي العكيلي، الضرورة والتناسب في القاعدة الجنائية، بحث منشور على صفحة المجلات العراقية الأكاديمية العلمية، في المجلة السياسية والدولية، العدد (٢٤) لسنة ٢٠١٤، ص ١٨٦.

[٢٨] د. فارس علي عمر الجرجري وزياد محمد شحاذة الطائي، مرجع سابق، ص١٧٣.

عن فلسفة ومبررات تبني مبدأ التناسب بين الجزاء والعمل الإجرائي المخالف، فيرجع بعضها إلى حماية الحقوق الموضوعية لأطراف الدعوى، ويرتبط بعضها الآخر بتقييد سلطة القاضي التقديرية في فرض الجزاءات، كما يلي:-

وجود ثمة علاقة عكسية بين كل من الإجراء المعيب المتخذ والجزاء المترتبة عليه من ناحية، وبين الحقوق الموضوعية التي تحميها تلك الإجراءات من ناحية أخرى، فالإسراف في تطبيق الجزاء الإجرائي على أدنى مخالفة للشكل ولو كان غير جوهري من شأنه إضعاف الحق بل وضياعه، فكان موت الحق كامن في وسيلة حمايته، والإجراءات هي وسائل حماية الحقوق[٢٩].

القول بعدم اعتداد المشرع بمبدأ تناسب الجزاء ضمن إطار سياسته الإجرائية وعند تنظيمه لأحكام الجزاء الإجرائي، يُشَرعِن حتماً إلى سلطة القاضي التقديرية، بل أحياناً إلى التعسف أو حتى الانحراف في إعمال تلك الجزاءات بما يخالف مقاصد التشريع [٣٠].

---

[٢٩] د. نبيل إسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الاجرائية , دار الجامعة الجديدة للنشر , الاسكندرية , ٢٠٠٢، ص ٢٤.

[٣٠] د. فارس على عمر الجرجري وزياد محمد شحاذة الطائي، مرجع سابق، ص ١٧٤ .

الفرع الثاني
معايير إعمال مبدأ التناسب بين الأجراء والجزاء

لغرض الاعتداد بمبدأ تناسب الجزاء مع الإجراء المعيب، لابد من الركون إلى معايير معينة تضمن تحقق الغاية من هذا المبدأ من خلال تبنيها من قبل المشرع في سياسته الإجرائية وأهم تلك المعايير التي يمكن أعمالها في هذا الخصوص هي: –

معيار إرادة الشخص القائم بالإجراء المخالف , على الرغم من أن نطاق الإرادة في مجال الإجراءات الجزائية ينحصر في تحقيق الواقعة الإجرائية من عدمها دون التدخل بما يترتب على تلك الواقعة من آثار – وكما أوضحنا ذلك مراراً – إلا أن ذلك لا يعني أن الإرادة عديمة الأثر فالإجراء الجزائي هو عمل قانوني يُشترط فيه توافر الإرادة بل لا يتصور غير ذلك، حتى أن هناك من ذهب إلى أن ((مجرد اتباع الشخص للشكل المقرر قانونا يعد دليلاً على توافر الإرادة)) [٣١] فإن كان توافر الإرادة ضروري في وجود الإجراء ذاته، فمعنى ذلك أن له ذات الأهمية في صحته أيضاً، بعبارة أخرى للإرادة أهمية في ارتكاب المخالفة الإجرائية باعتبارها شرطاً لازماً لإعمال مبدأ تناسب الجزاء مع طبيعة المخالفة. يستوي في ذلك أن تكون المخالفة بغير سوء نية، أي بارتكابها عن طريق الإهمال أو أي صورة أخرى من صور الخطأ. وأن يرتكبها الشخص بصورة عمدية، بقصد المماطلة والتسويف في حسم الدعوى من أجل استنزاف

---

[٣١] د. إبراهيم نجيب سعد، مرجع سابق، ص ٦٧٥ .

الجهد والوقت لزرع اليأس في نفس الخصم[٣٢] عن إرادة وعلم وتعرف الإرادة بأنها ((النشاط المتولد عن وعي وحرية اختيار جوهرها ملكة الإتيان بأفعال يترتب عليها آثار مادية، وبواسطتها يتمكن الإنسان من إشباع حاجاته))[٣٣]. هذا يعني أن نية الإنسان تؤدي دوراً كبيراً في تطويع إرادته للقيام بالفعل، بمعنى آخر أن الإرادة قائمة بالنية إن خيراً فخير وإن شراً فشر، لكن سوء النية لدى من باشر الإجراء قد لا تبدو ظاهرة للعيان لأن من خصائص النية أنها داخلية حتى عُرِفت بأنها ((أمر باطني يضمره الجاني في نفسه وإنما يستدل عليها من الأمور الظاهرة والأفعال المادية التي يأتيها الجاني أو من ظروف ارتكاب الفعل))[٣٤].

المحكمة قد تلاحظ من مُجريات الأمور سوء النية في الإرادة، وتستظهر من ذلك قصد الإضرار والمماطلة وتبني عليه حكمها في بطلان العمل الإجرائي[٣٥].

---

[٣٢] ويبين أحد الفقهاء المقصود بالتسويف بأنه ((الحصول على أكبر قدر ممكن من الآجال عن طريق دفوع مجرده من الأساس أمام المحكمة والتزامها بالفصل فيها، بهدف تأخير الفصل في الدعوى)) ينظر: د. عزمي عبد الفتاح، نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدني، نشر جامعة الكويت، الكويت ١٩٨٦، ص ٢٤٨؛ أشار له: د. فارس علي عمر الجرجري وزياد محمد شحاذة الطائي، مرجع سابق، ص ١٧٥.

[٣٣] د. دلال لطيف مطشر، الاعتداد بالنية في قانون العقوبات دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة بابل سنة ٢٠١٥، ص ٦٥.

[٣٤] د. دلال لطيف مطشر، مرجع سابق نفسه.

[٣٥] فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية أنه ((لدى التدقيق والمداولة، وجد أن طالب التدخل التمييزي المتهم المكفل (أ. ص. هـ) طلب التدخل تمييزاً على القرار المرقم ١٤٥٨/ت/٢٠١٣ والذي يُعزى صدوره إلى محكمة جنايات القادسية، وحين تدقيق إضبارة الدعوى لم نجد ما يشير إلى صدور القرار المذكور من المحكمة أعلاه كذلك اتضح لهذه الهيئة أن المتهم (أ. ص. هـ) كثير الطعون وأنه يهدف من وراء تقديمه الطعون التمييزية هو تأخير حسم الدعوى ضمن سقفها الزمني، ولما تقدم يفهم المتهم بأن القضاء ساحة لإحقاق الحق وليس للعبث. لذا قرر رد طلب التدخل التمييزي شكلاً من هذه الجهة، وإن بإمكان محكمتكم إلغاء كفالة المتهم وإيداعه التوقيف بغية حسم الدعوى وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠١٤/١٠/٣٠)) ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١١٦٥٩ / الهيئة الجزائية /٢٠١٤ تسلسل ٥٧٤١ (قرار غير منشور).

معيار الضرر الناتج عن المخالفة الإجرائية , إن عرض الإجراء المخالف أو المعيب للجزاء الإجرائي أمر محفوف بالمخاطر لارتباطه كما أسلفنا بالمراكز القانونية للخصوم، فليس من الصحيح المبالغة في ترتيب الجزاء على أية مخالفة كانت لأن ذلك مما يأباه حسن سير القضاء، ولا العكس صحيح أيضاً بأن يتم التساهل مع المخالفات المؤثرة، لأن عدم ترتيب الجزاء على المخالفة يجعل أوامر القانون ونواهيه في مهب الريح وعبث العابثين، ما يستدعي تبني مبدأ التناسب في إعمال الجزاء الإجرائي والاستناد على تحقق الضرر معياراً لتطبيق مبدأ التناسب[٣٦]، لكن ماذا يقصد بالضرر في مجال الإجراءات الجزائية؟ .

يجيب أحد الفقهاء بأن المقصود بالضرر من الناحية الإجرائية هو عيب يترتب عليه فقدان الغرض الذي قصده المشرع من الإجراء، وبعبارة أخرى عيب من شأنه أن يُفقد الإجراء إحدى صفاته الخاصة والمميزة له عن غيره، فلا يتحقق الغرض المقصود منه على الوجه الذي يريده القانون، وتفوت المصلحة التي يقصد تحقيقها من الشكل، فتُهدر الضمانة التي يحققها الشكل للخصم[٣٧] أي فوات المصلحة من وجود الشروط الموضوعية والشكلية للإجراء، كالضرر والمواعيد المقررة كظروف زمنية شكلية فهذا العيب مبرر كاف لفرض مخالفة المدد الناتج عن الجزاء الإجرائي لان فيها إهدار لمهلة ممنوحة أو ضمانة مكفولة.

الضرر يتحقق بمجرد تخلف الغاية من الإجراء ((فالمشرع يفترض تحقق الضرر بمجرد تخلف الغاية من الشكل القانوني، فالبطلان لا يحكم به كتعويض عن الضرر وإنما هو جزاء إجرائي لعدم احترام مقتضيات عمل القضائي))[٣٨] فالبطلان بأي حال ليس تعويضاً، وإن كان هناك من يرى (أن أساس مذهب "لا بطلان بدون ضرر"، يعتبر البطلان تعويضاً لا يمكن تقريره إلا لمن أصابه الضرر، فإن كانت المخالفة التي تعتري

---

[٣٦] د. فارس علي عمر الجرجري وزياد محمد شحاذة الطائي، مرجع سابق، ص١٧٧ .

[٣٧] د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني , دار الفكر العربي , القاهرة ، ص ٣٥٨.

[٣٨] د. فتحي والي ود. أحمد ماهر، زغلول مرجع سابق، ص ٣٥٢.

عملاً معيناً لا يترتب عليها ضرر، فإن إبطاله فيه معارضة لإرادة المُنظم [أي المُشرع] ومجافاة لروح العدالة))[٣٩].

ويرى الباحث : إن ثمة مسألة ترتبط بالضرر لابد من الوقوف عليها ولو إجمالاً، فلا يكاد يثار موضوع التميز بين الأشكال الجوهرية وغير الجوهرية إلا وطرح موضوع الضرر معياراً للتفريق بينهما، على الرغم من أن الاعتداد بالضرر بوصفه معياراً – تحت هذه التسمية – ليس محل اتفاق بين الشراح، لكن إذا ما علمنا أن الضرر يفهم منه معنى "الغاية" فلا يكون هناك اختلاف ونصبح أمام إجماع على أن "الغاية من الشكل الإجرائي" يمثل المعيار المختار للتمييز بين جوهرية الشكل من عدمه[٤٠].

على هذا الأساس فإن إعمال مبدأ التناسب بين الجزاء والإجراء المخالف وفقاً لمعيار الضرر يقصد منه الضرر المتمثل بإهدار الغاية المتوخاة من الإجراء، وإن كان ذلك لا يمنع من وجود تطبيقات لحالة إعمال مبدأ تناسب الجزاء على أساس الضرر بالمعنى المتقرر له في القانون الموضوعي[٤١] فمن الممكن أن يتقرر البطلان بناء على فوات مصلحة خاصة بالمتهم أو لحوق ضرر به كإجباره على حلف اليمين ((لأن تحليف المتهم اليمين هو إكراه معنوي[٤٢] يضع المتهم بين خيارين أحلاهما مر، (كلاهما

---

[٣٩] وإن كان هذا الفقيه بالأساس لا يتبنى هذا المذهب بل وثبت انتقاده له، ينظر: د. عويد مهدي، نظرية البطلان في نظام الإجراءات السعودي دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الطبعة الأولى، الرياض ٢٠١٣، ص ١٥٧.

[٤٠] د. أحمد حسوني جاسم العيثاوي، بطلان اجراءات التحقيق الجنائي في مرحلة التحقيق الابتدائي ,المكتبة القانونية ، هامش صفحة ٢٢٢ وما بعدها.

[٤١] والذي يقصد به ((الأذى الذي يصيب المتضرر في حق من حقوقه، أو في مصلحة من مصالحه المشروعة))، ينظر: د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الطبعة الأولى، بغداد ١٩٨٨، ص٣١.

[٤٢] وفي هذا السياق يمكن الحديث عن "ضمانة عدم تجريم الذات" فرغم أن أحد من الدساتير العربية لم يذكر ضمانة "الحق في عدم تجريم الذات" صراحة بألفاظها، إلا أن خمسة من الدساتير العربية أورد صراحة إهدار الاعتراف المتحصل بطريقة الإكراه

ضرر) إما أن يحلف صادقاً فيدين نفسه أو يحلف كاذباً ليخلص نفسه من الإدانة والعقاب في حين من المفترض أن تستمع المحكمة لأقواله على أساس أنها دفاع عن نفسه، تخضع لاحقاً للفحص والتمحيص))[٤٣].

المطلب الثالث

وسائل اعتماد مبدأ تناسب الجزاء مع الإجراء المعيب

إن الإدراك الواعي لخطورة الجزاء الإجرائي على الحقوق الموضوعية وفهم فلسفة الإجراءات وأهميتها في تطبيق العدالة، هو السبب وراء تبني المشرع لمبدأ تناسب الجزاء الإجرائي، لكن لابد من وسائل تنطوي عليها السياسة التشريعية لنجاح هذا المبدأ في منح الفاعلية للجزاء الإجرائي، أولها اتصاف النصوص الإجرائية بالمرونة، وثانيها اعتماد التدرج في تقرير الجزاء الإجرائي.

نتناول هذا المطلب من خلال الفروع التالية:-

الفرع الأول: اتصاف النصوص الإجرائية بالمرونة

الفرع الثاني: اعتماد التدرج في تقرير الجزاء الإجرائي.

الفرع الأول

أو استخدام العنف أو حتى الإغراء، هو ما ينطوي على "الحق في عدم تجريم الذات")) ينظر: د. محمود شريف بسيوني، ضمانات العدالة في الإجراءات الجنائية – دراسة مقارنة للمعايير الدولية والإقليمية والدستورية، ص ٧٠٩، بحث منشور في شبكة الإنترنت على الموقع الإلكتروني:

http://constitutionnet.org/vl/item/dmntldlfyljrtljnyydrsmqrnllmyyrldwlywlqlymywldstwrylstdhldktwrmhmwdshryf .

وقد نظمت المادة "٢١٨" الأصولية أحكام هذا الموضوع بأنه ((يشترط في الإقرار أن لا يكون نتيجة إكراه مادي أو أدبي، أو وعد أو وعيد..)). وتناولته المادة "٣٧/ أولاً/ج" من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ النافذ.

[٤٣] د. جواد الرهيمي، مرجع سابق، ص ٢٥٠ .

اتصاف النصوص الإجرائية بالمرونة

إن موضوع اتصاف النص الجزائي الإجرائي بالمرونة يعيدنا إلى ما سبق تناوله في الصياغة التشريعية المرنة منها والجامدة، إذ قلنا في حينها أن الصياغة القانونية هي بمنزلة تحويل المادة الأولية إلى نصوص قابلة للتنفيذ العملي من خلال إعطائها الشكل القانوني الذي تصلح فيه للتطبيق في الخارج، ويكمن وجه الارتباط بين مرونة النص وبين مبدأ تناسب الجزاء الإجرائي في منح القاضي صلاحية اختيار الحلول المناسبة بحسب كل حالة، لاسيما في مواجهة الوقائع الجديدة ومسايرة المتغيرات الاجتماعية، على خلاف الصياغة الجامدة إذ يجد القاضي نفسه أمامها مضطراً لتطبيق الحكم بشأن الإجراءات المخالفة بطريقة صارمة، تتعارض مع مضمون مبدأ تناسب الجزاء الإجرائي[٤٤] .

ويرى الباحث : إن العبارة الأخيرة محل نظر فإذا صح القول أن الصياغة الجامدة تتعارض مع مبدأ التناسب الجزاء فذلك ظاهرياً فقط وعند التطبيق تحديداً، وإلا ففي حقيقة الأمر يفترض أن المشرع قد راعى مبدأ تناسب الجزاء سلفاً، آخذاً بنظر الاعتبار مبررات صياغة الجزاء وتقريره في نص جامد لأسباب تتعلق بالسياسة التشريعية، لكن تبقى الصياغة المرنة هي الأقرب لتطبيق هذا المبدأ من دون أن يصطدم تقرير الجزاء من عدمه بموانع قانونية، كعدم مواكبة التشريع لبعض الوقائع المستحدثة.

الفرع الثاني
اعتماد التدرج في تقرير الجزاء الإجرائي

قد يتبادر إلى الذهن للوهلة الأولى عدم قابلية الجزاء الإجرائي على التدرج، وهذا صحيح إذا ما قصدنا به التدرج بالمعنى الموجود في "الجزاء الجنائي الموضوعي" فليس

---

[٤٤] د. فارس علي عمر الجرجري وزياد محمد شحاذة الطائي، مرجع سابق، ص ١٨٤.

للجزاء الإجرائي حدان، حد أعلى وحد أدنى يمكن للقاضي التحرك خلالهما، كما لا يمكن التشديد بإضافة جزاء آخر لأنه لا يمكن الجمع بين نوعين أو أكثر منه، لخصوصية المحل الذي يرد عليه كل نوع من أنواع الجزاءات الإجرائية[٤٥]. يمكن الركون إليه إذن في معنى "تدرج الجزاء الإجرائي" هو استنفاذ كافة الخطوات الإجرائية الممكنة قبل الذهاب لفرض الجزاء الإجرائي، وذلك للحيلولة دون إهدار آثار الأعمال الإجرائية ما أمكن إلى ذلك سبيلاً.

يتناول الفقه هذه الفكرة تحت عنوان "وسائل منع تعيب العمل الإجرائي" ويقصدون بها تصحيح العمل الإجرائي المعيب، ويُرجعون مبرراتها إلى "تحقيق السرعة والاقتصاد بالإجراءات" إضافة إلى احترام إرادة من باشر العمل في حال تناسبه وتوافقه مع النموذج الشكلي القانوني[٤٦]، لأن وجه الخطورة في الجزاء الإجرائي أنه يؤدي إلى هدم العمل الإجرائي كاملاً، لذلك لا يجوز الإفراط فيه وبالتالي يتجاوز دوره بوصفه علاجاً ويصبح هو الداء، أو أن يصبح الشكل غالب على المضمون، وبالمقابل يجب عدم تضييق حالات الأخذ بالجزاء حتى لا يهدر الشكل لصالح المضمون[٤٧]، وليست كل الإجراءات تقبل المعالجة أو التصحيح وإنما فقط تلك التي تكون درجة المخالفة فيها يسيرة، والمعالجة منها ما يقبل ذلك داخلياً وبشكل ذاتي، ومنها ما لا يقبل التصحيح إلا بتدخل عامل خارجي[٤٨] . بقدر تعلق الأمر بالشكل الإجرائي سوف نقتصر على إيراد

---

[٤٥] د. فارس علي عمر الجرجري وزياد محمد شحاذة الطائي، مرجع سابق نفسه.

[٤٦] د. سليمان عبد المنعم، بطلان الإجراء الجنائي، مرجع سابق، ص٢.

[٤٧] د. حسن علي حسين، مرجع سابق، ص ١٧١.

[٤٨] يقصد بطرق معالجة العمل الإجرائي المعيب التي لا تحتاج إلى تدخل عامل خارجي "أي الذاتية" هي: ((١ تحول العمل الإجرائي المعيب. ٢ تحقيق الغاية الشكل. ٣ اكتساب الحكم المعيب لقوة الأمر المقضي به)) أما الطرق التي تحتاج إلى تدخل

تطبيق واحد على وسائل منع تعيب العمل الإجرائي، ألا وهو قاعدة ((تحقق الغاية من الشكل)) والتي هي وسيلة ذاتية لتصحيح البطلان بوصفه جزاءً إجرائياً، بنوعيه – أي البطلان– سواء أكان متعلقاً بالنظام العام أم متعلقاً بمصلحة الخصوم[٤٩].

قاعدة تحقق الغاية من الشكل الإجرائي, صلب هذا الموضوع هو النظرة الفلسفية المعمقة للشكل الجوهري، والتي أبدى أحد الفقهاء فيها رأيه إذ أوجز ذلك قائلاً ((عند تعريفنا للشكل الجوهري، قلنا بأنه الشكل الذي يوجب القانون مراعاته بحيث يترتب على تخلفه عدم تحقق الغاية، وحرصنا على بيان أن المقصود بـــ "الغاية كسبب للبطلان" هي الغاية من الشكل من "الناحية المجردة" دون عبرة بظروف الدعوى، أما بصدد تصحيح البطلان فالمقصود بـــ "الغاية كسبب للتصحيح" هو تحققها في ظروف الدعوى.

هنا يبدو جلياً كيف ميزنا بين "أسباب البطلان عن أسباب التصحيح"، فعدم تحقق الغاية – من الناحية المجردة – هو مناط جوهرية الشكل، أما عدم تحقق الغاية – من الناحية العملية – فهو مناط تصحيح أو عدم تصحيح البطلان))[٥٠] وهذا في الواقع تحقيق لما سبق للباحث إيراده استخلاصاً من آراء الفقهاء من أن الأخذ بفكرة "الشكل الجوهري" يتمثل بالأخذ بتحقق الغاية من عدمها ونبذ الأخذ بفكرة "الضرر" إلا اذا كان يُقصد منه معنى "عدم تحقق الغاية من الشكل"، وهو ما سنبينه في أساس هذه القاعدة وأثارها .

عامل خارجي لمعالجة العمل الإجرائي المعيب فهي: ((١ التنازل عن التمسك بالعيب. ٢ سقوط الحق فـــي التمســـك بالعيـــب ٣ تصحيح الخطأ المادي))، د. حسن علي حسين، مرجع سابق، ص ١٧٤ وما بعدها.

[٤٩] د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٤١٤.

[٥٠] د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق نفسه، ص ٤١٥.

أساس قاعدة تحقق الغاية من الشكل, إن أساس هذه القاعدة في تصحيح البطلان بوصفها جزاءً إجرائياً أو وسيلة لتجنب فرض الجزاء وإهدار أثر العمل الإجرائي، يرجع في الواقع إلى وجود غايات عملية معينة شرعت من أجلها تلك الأشكال الإجرائية، وإنما قرر البطلان أساساً لحمايتها، ((فإذا تحققت تلك الغايات التي شرعت من أجلها الأشكال، كان التمسك بالبطلان مجافياً للقانون – بل وغير مشروع))[٥١]. هل مجرد الاستمرار في في التمسك بالبطلان بالرغم من تحقق الغاية من الشكل يجعله عملاً غير مشروع؟ وهل يصلح ذلك سنداً لهذه القاعدة في مجال القانون الجنائي؟

يجيب الفقيه على ذلك بالقول ((أساس القاعدة يكمن في "نظرية التعسف في استعمال الحق" المنصوص عليها في القانون الخاص، ومبناها هو التطور الحاصل على فكرة الحق ذاته.

قد ثار الخلاف بين فقهاء القانون الجنائي حول مدى الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق من دون أن يكون ذلك التعسف "جريمة بحد ذاته" ينص عليها القانون... لكن الرأي الراجح، يذهب إلى تطبيق "نظرية التعسف باستعمال الحق" في مجال القانون الجنائي باعتبارها من النظريات العامة في القانون))[٥٢].

أثر تطبيق قاعدة تحقق الغاية من الأشكال , يتجسد أثر هذه القاعدة في "انقلاب العمل المعيب" إلى عمل إجرائي آخر صحيح ومنتج لجميع آثاره[٥٣]، وتنطبق على العيوب التي تصيب الأعمال الإجرائية سواء ما تعلق منها بالنظام العام أو بمصلحة الخصوم بيد

---

[٥١] د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ٤١٦.

[٥٢] د. أحمد فتحي سرور مرجع سابق نفسه، ص ٤١٦ وما بعدها.

[٥٣] د. عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٩، ص ١٠٠؛ أشار له: د. حسن علي حسين، مرجع سابق، ص١٨٢.

أن انطباقها ينحصر في العيوب الشكلية فقط دون العيوب الموضوعية التي تشمل الأركان والشروط الأخرى المتطلبة لصحة الإجراء[٥٤].

و يري الباحث أن من المهم تسجيل ثمة ملاحظة بهذا الصدد، أن هذه القاعدة كانت أحد أهم الأهداف وراء تناولنا للجزاء الإجرائي من زاوية تناسبه مع الشكل. وذلك لخصوصية العلاقة بينهما، فلو تناولنا عموم أحكام الجزاء لخرجنا في العديد من المواطن عن إطار بحثنا هذا من ناحية، ولما أُتيح لنا تسليط الضوء على نقاط تعد من صميم العلاقة بين الشكل والجزاء الإجرائي من ناحية أخرى. فلا مجال لإثارة هذه القاعدة مثلاً دون التمهيد لها بمعظم تفاصيل الشكل الإجرائي، ففكرة "الغاية من الشكل" لها مجالها المهم في الفقه الجنائي الإجرائي، فضلاً عن مساحتها المتميزة في واقع التطبيق العملي، فهي تنطوي إذن على كلا الجانبين "العملي والعلمي" ويسعفنا في ذلك صريح النصوص التشريعية.

على سبيل المثال، تنص المادة "١٨٧ / ب" على ((لا تتقيد المحكمة في تحديد الوصف القانوني للجريمة بالوصف الوارد في أمر القبض أو ورقة التكليف بالحضور أو قرار الإحالة)) أما المادة "١٩٠" فتنص على ((أ إذا تبين أن الجريمة المسندة إلى المتهم أشد العقوبة من الجريمة التي وجهت إليه التهمة عنها، أو كانت تختلف عنها في الوصف فعليها سحب التهمة وتوجيه تهمة جديدة تحاكمه عنها، ب – تنبه المحكمة المتهم إلى كل تغيير أو تعديل تجريه في التهمة بمقتضى الفقرة "أ" وتمنحه مهلة لتقديم دفاعه عن التهمة الجديدة أن طلب بذالك)) وتقابلهما المادة ٣٠٨ من قانون الإجراءات الجنائية المصري. إن للمحكمة أن تغير في حكمها الوصف القانوني المسند للمتهم، ولها تعديل التهمة ولو كانت لم تذكر في قرار الإحالة أو ورقة التكليف بالحضور)) وعليه

---

[٥٤] د. حسن علي حسين، مرجع سابق نفسه.

في هذه الحالة أن تنبه المتهم إلى هذا التغيير وهو شكل جوهري يمس حقوق الدفاع، لكن هنا قد تحقق هذا الشكل الجوهري –أي تنبيه – من خلال تمكين المتهم من إبداء دفوعه على أساس التعديل الذي أجرته المحكمة، وبالتالي "صُحح البطلان" المترتب على إغفال المحكمة مراعاة ذلك))[٥٥]، جاء في أحد قراراتها أنه ((لدى التدقيق و المداولة وجد أن محكمة جنايات "الكرخ" بقرارها الصادر في الدعوى المرقمة ١٣٩٠/ج٢/٢٠١٤ بتاريخ ٢٠١٤/١٢/١٤ قد أخطأت في التكييف القانوني للجريمة ووصفها وفق المادة ٤٠٦/١/أ" من قانون العقوبات، ذلك أن الثابت من وقائع الدعوى المستخلصة من إدانتها، فإن فعل المتهم (ط . ع . ي) يُشكل جريمة تنطبق وأحكام المادة ٤٠٥ من قانون العقوبات، عليه واستناداً إلى أحكام المادة ٢٦٠ من قانون أصول المحاكمات الجزائية، قُرر تبديل الوصف القانوني للجريمة إلى المادة "٤٠٥" من قانون العقوبات وإدانته بموجبها وحيث أن العقوبة المفروضة بحقه أصبحت مناسبة . قُرر تصديقها وتنظيم مذكرة جديدة بالوصف الجديد ورد الطعن التمييزي، وصدر القرار بـــ "الاتفاق" بتاريخ ٢٠١٥/٣/٣)) هذا واقع عمل محكمة التمييز الاتحادية عند نظرها للقضايا المعروضة عليها فإنها تكتفي بتغيير "الوصف القانوني" دون الالتفات للنص على تنبيه المتهم، وذلك للمبررات المتقدمة، [٥٦].

---

[٥٥] ينظر: جواد الرهيمي، مرجع سابق، ص ٨١ وما بعدها.

[٥٦]ينظر : قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢١٩٥ / الهيئة الجزائية/ ٢٠١٥ تسلسل ٩٧٢ ((قرار غير منشور)).

الخاتمة

توصلنا من خلال البحث في هذا الموضوع الى عدد من النتائج والمقترحات.

النتائج

١- من خلال هذه الدراسة توصلنا بان مبدأ التناسب بين الجزاء الاجرائي وبين الاعمال الاجرائية المخالفة ,يستهدف تحقيق الملائمة التي تعتبر جوهر نفعية الجزاء الاجرائي .

٢- من خلال هذه الدراسة توصلنا بانه لا يتحقق عنصر اللزام الذي تتطلبه القاعدة القانونية الاجرائية مالم يفرض جزاء عند مخالفتها فهي بدون هذا الجزاء تتحول الى محض نصائح او ارشادات .

٣- ومن خلال هذه الدراسة توصلنا الى ان الجزاء الاجرائي يجب ان يكون مكتوب ومنصوص عليه في القانون وخضوع الجزاء لمبدأ (لا جزاء إلا بنص) .

٤- ومن خلال هذه الدراسة توصلنا بان أنواع الجزاءات الإجرائية تختلف باختلاف العيوب التي يمكن أن تصيب العمل الإجرائي ، ، فبعض العيوب تؤدي إلى انعدام الرابطة الإجرائية برمتها، وعيوباً أخرى يترتب عليه البطلان المطلق للإجراء، كما أن هناك عيوباً أقل جسامة تؤدي إلى البطلان النسبي فقط .

٥- ومن خلال هذه الدراسة توصلنا ان الارتباط بين مرونة النص وبين مبدأ تناسب الجزاء الإجرائي في منح القاضي صلاحية اختيار الحلول المناسبة بحسب كل حالة، لاسيما في مواجهة الوقائع الجديدة ومسايرة المتغيرات الاجتماعية، على خلاف الصياغة الجامدة إذ يجد القاضي نفسه أمامها مضطراً لتطبيق الحكم بشأن الإجراءات المخالفة بطريقة صارمة، تتعارض مع مضمون مبدأ تناسب الجزاء الإجرائي .

٦- ومن خلال هذه الدراسة توصلنا ان "تدرج الجزاء الإجرائي" هو استنفاذ كافة الخطوات الإجرائية الممكنة قبل الذهاب لفرض الجزاء الإجرائي، وذلك للحيلولة دون إهدار آثار الأعمال الإجرائية ما أمكن إلى ذلك سبيلاً.

المقترحات

١- نقترح أن ينظم نص المادة "٢٤٩/أ" من قانون أصول المحاكمات الجزائية التي نصت ((لكل من الادعاء العام والمتهم والمشتكي والمدعي مدنياً والمسؤول مدنياً، أن يطعن لدى محكمة التمييز في الأحكام والقرارات والتدابير الصادرة من محكمة الجزاء... إذا كانت قد بنيت على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله أو إذا وقع خطأ جوهري في الإجراءات الأصولية أو في تقدير الأدلة أو تقدير العقوبة و كان الخطأ مؤثراً في الحكم)) بان ينص صراحة على انواع الجزاء الواجب فرضه وهو البطلان كما نص عليه المشرع المصري في المادة "٣٣١" من قانون الإجراءات المصري التي

تنص على أنه ((يترتب البطلان على عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بأي إجراء جوهري)).

٢- نقترح أن ينظم المشرع مبدأ تناسب الجزاء ضمن إطار سياسته الإجرائية وعند تنظيمه لأحكام الجزاء الإجرائي، كون عدم اعتداد بمبدأ تناسب الجزاء يُشَرعِن حتماً إلى سلطة القاضي التقديرية، بل أحياناً إلى التعسف أو حتى الانحراف في إعمال تلك الجزاءات بما يخالف مقاصد التشريع .

٣- نقترح أن ينظم المشرع لغرض الاعتداد بمبدأ تناسب الجزاء مع الإجراء المعيب، لابد من الركون إلى معايير معينة تضمن تحقق الغاية من هذا المبدأ من خلال تبنيها من قبل المشرع في سياسته الإجرائية مثال ذلك تحديد معيار إرادة الشخص القائم بالإجراء المخالف , و معيار الضرر الناتج عن المخالفة الإجرائية ..

المراجع :

١- جواد الرهيمي، أحكام البطلان في قانون أصول المحكمات الجزائية , الطبعة الثانية ، نشر وتوزيع المكتبة القانونية , بغداد , ص ٤٧ .

٢- ((اهتم المشرع الإيطالي بالنظرية العامة للجزاء الإجرائي وذلك متوقعاً، فمن المعروف أن نظرية العمل الإجرائي هي من نتاج هذا الفكر، وخاصة عند الكلام عن الشكلية، أو دور الإرادة أو التصرفات الإجرائية... وغيرها , وانعكس ذلك على متبنياتهم في النظرية العامة للبطلان والانعدام ...))، ينظر : د. محمد إبراهيم زيد ود. عبد الفتاح الصيفي، تعليق على قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي الجديد، مرجع سابق، ص ٢٠.

٣- د. جواد الرهيمي، مرجع سابق، ص ٤٦.

٤- ينظر: مجموعة القواعد القانونية المصرية صفحة ٦٦١، قرار محكمة النقض المصرية رقم "٣٤٢ / نقض مدني في ١٩٤٨/١١/٢٥، أشار إليه: د. حسن علي

حسين، الجزاء الاجرائي في قانون الاجراءات الجنائية، منشأة المعارف , الاسكندرية , ص ٢٤١.

٥- انظر : د. عبد اللطيف يوسف، زبدة المفردات مختصر المفردات في غريب القرآن للأصفهاني، دار المعرفة للنشر، بيروت ١٩٩٨، ص ٩٧.

٦- د. وعدي سليمان المزروي، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، مرجع سابق، ص ٢٢. انظر : د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص ٢٥.

٧- د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٥، ص ٤١٥.

٨- د. رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية، تأصيلاً وتحليلاً الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٧٧، ص ٦٥.

٩- د. وعدي سليمان المزروي، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، مرجع سابق، ص ٢٤.وينظر رمسيس بهنام، مرجع سابق، ص ٦٥.

١٠- د. أمال عبد الرحيم عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة ١٩٩١، ص ٢٨١.

١١- ونعني بها الأسباب الآتية: ((١ أما لأن الإجراء لم يتبع فيه الأسلوب الذي حدده القانون ٢ وإما لأنه اتخذه في غير الوقت الذي يتطلب القانون اتخاذه ٣ وأما لأنه فاقد المقدمات التي حددها القانون الإجرائي كشرط لنشأة الحق في اتخاذه ٤ وأما لأنه مسبوق بمقدمه من شأنها قانوناً أن تمنع اتخاذه))، ينظر : د. رمسيس بهنام، مرجع سابق نفسه.

١٢- يقصد بالـــ "مكنة": مصطلح قانوني تندرج تحته ثلاثة مفاهيم هي "السطلة والرخصة والحق الشخصي"، ينظر: د. حسن علي حسين، مرجع سابق، ص ٥٨ وما بعدها.

١٣- د. نبيل إسماعيل عمر مرجع، سابق، ص ٥١.

١٤- د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٤١٥.

١٥- د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص ٦٩.

١٦- د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٤١٥.

١٧- د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية الجزء الأول، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية عشر، القاهرة ١٩٨٨، ص ٢٨.

١٨- د. سليمان عبد المنعم، بطلان الإجراء الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ١٩٩٩، ص ١٢، أشار إليه: د. حسن علي حسين، مرجع سابق، ص ٢٤٧.

١٩- انظر د. حسن على حسين، مرجع سابق نفسه ص ٢٤٢، ود. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص٢٢٢.

٢٠- د. وعدي سليمان المزروي، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، مرجع سابق، ص ٣١.

٢١- فهذه الحقيقة سارية وحاكمة على كل ما له صلة بالإجراءات من كبريات الأمور إلى صغائرها، حتى باتت الإجراءات المخالفة يعاب عليها تحت هذا العنوان. فقد كتب أحدهم عن طريقة تعاطي القضاة في المملكة المغربية مع مسألة النطق بالأحكام في جلسة علنية مبيناً أنهم باتوا ((يقتصرون على ذكر أرقام الملفات مع نتيجة الحكم، دون المناداة على أطراف الخصومة والنطق بتفاصيله أمامهم، متجاوزين في ذلك نص المادة "٥٠ من ظهر المسطرة المدنية، وحجتهم كثرة الملفات المنطوق بها والضغط الزمني، مع أن ذلك لا يعفيهم من وجوب احترام المتقاضين واحترام شكليات النطق بالأحكام بتأني وفصاحة وبصوت مسموع، تطبيقاً للقانون ورحمة بالمتقاضين فإن الشكل توأم الحرية)) ونقول: أجل هذه هي فلسفة الشكل وراء علنية الأحكام حتى يعرف كل ذي حق حقه فلا يقع "ظلم ولا هضم" الأمران المنافيان للحرية التي يحميها الشكل، وهو توأمها.

ينظر : عبد الملك زعزاع، بعض قضاة المملكة لا ينطقون بالأحكام في الجلسات العلنية مقال منشور على الموقع الإلكتروني: http://www.pjd.ma/node/3726.

٢٢- د. فارس علي عمر الجرجري وزياد محمد شحاذة الطائي، مبدأ التناسب في إعمال الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات المدنية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق السنة الثانية، المجلد (٢)، العدد (٢)، الجزء الأول، كانون الأول/ سنة ٢٠١٧، ص ١٦٨.

٢٣- الإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب المجلد الأول، دار صادر، بيروت بلا سنة طبع، ص ٧٥٦ . محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس الجزء الرابع، سلسلة "التراث العربي" تصدر عن وزارة الإعلام الكويتية، مطبعة حكومة الكويت، سنة ١٩٨٧، ص ٢٦٥.

٢٤- د. فارس علي عمر الجرجري وزياد محمد شحاذة الطائي، مرجع سابق، ص ١٧٣.

٢٥- حسن محمد سليمان التويجري، مبدأ تناسب العقوبة مع الجريمة دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الدراسات العليا "قسم العدالة الجنائية" في جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالمملكة للعربية السعودية، الرياض ٢٠١٠، ص٨.

٢٦- ما تجدر الإشارة إليه: أن مبدأ تناسب الجزاء له وجوده في مجال القانون الجنائي الموضوعي أيضاً، بل قد يكون أثره هناك أخطر ونطاقه أوسع، فمن اهم المبادئ التي تقوم عليها العقوبة في قانون العقوبات هو مبدأ التناسب بين العقوبة والجريمة المرتكبة، كما وتوجد علاقة مهمة بين سياسة" تفريد العقاب" وبين "تناسب العقوبة مع الجريمة" فالمشرع يحاول قدر المستطاع أن تكون العقوبة التي يرصدها للجريمة متناسبة من حيث "النوع" و"المقدار" مع خطر الجريمة أو مدى خطورة الجاني، ينظر حسن محمد التويجري، مرجع سابق نفسه، ص١٢٨.

٢٧- د. تميم طاهر أحمد الجادر وسيف صالح مهدي العكيلي، الضرورة والتناسب في القاعدة الجنائية، بحث منشور على صفحة المجلات العراقية الأكاديمية العلمية، في المجلة السياسية والدولية، العدد (٢٤) لسنة ٢٠١٤، ص ١٨٦.

٢٨- د. فارس علي عمر الجرجري وزياد محمد شحاذة الطائي، مرجع سابق، ص١٧٣.

٢٩- د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص ٢٤.

٣٠- د. فارس على عمر الجرجري وزياد محمد شحاذة الطائي، مرجع سابق، ص ١٧٤ .

٣١- د. إبراهيم نجيب سعد، مرجع سابق، ص ٦٧٥ .

٣٢- ويبين أحد الفقهاء المقصود بالتسويف بأنه ((الحصول على أكبر قدر ممكن من الآجال عن طريق دفوع مجرده من الأساس أمام المحكمة والتزامها بالفصل فيها، بهدف تأخير الفصل في الدعوى)) ينظر: د. عزمي عبد الفتاح، نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدني، نشر جامعة الكويت، الكويت ١٩٨٦، ص ٢٤٨؛ أشار له: د. فارس علي عمر الجرجري وزياد محمد شحاذة الطائي، مرجع سابق، ص ١٧٥.

٣٣- د. دلال لطيف مطشر، الاعتداد بالنية في قانون العقوبات دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة بابل سنة ٢٠١٥، ص ٦٥.

٣٤- د. دلال لطيف مطشر، مرجع سابق نفسه.

٣٥- فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية أنه ((لدى التدقيق والمداولة، وجد أن طالب التدخل التمييزي المتهم المكفل (أ. ص. هـ) طلب التدخل تمييزاً على القرار المرقم ١٤٥٨/ت/٢٠١٣ والذي يُعزى صدوره إلى محكمة جنايات القادسية، وحين تدقيق إضبارة الدعوى لم نجد ما يشير إلى صدور القرار المذكور من المحكمة أعلاه كذلك اتضح لهذه الهيئة أن المتهم (أ. ص. هـ) كثير الطعون وأنه يهدف من وراء تقديمه الطعون التمييزية هو تأخير حسم الدعوى

ضمن سقفها الزمني، ولما تقدم يفهم المتهم بأن القضاء ساحة لإحقاق الحق وليس للعبث. لذا قرر رد طلب التدخل التمييزي شكلاً من هذه الجهة، وإن بإمكان محكمتكم إلغاء كفالة المتهم وإيداعه التوقيف بغية حسم الدعوى وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠١٤/١٠/٣٠)) ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١١٦٥٩ / الهيئة الجزائية /٢٠١٤ تسلسل ٥٧٤١ (قرار غير منشور).

٣٦- د. فارس علي عمر الجرجري وزياد محمد شحاذة الطائي، مرجع سابق، ص١٧٧ .

٣٧- د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص ٣٥٨.

٣٨- د. فتحي والي ود. أحمد ماهر، زغلول مرجع سابق، ص ٣٥٢.

٣٩- وإن كان هذا الفقيه بالأساس لا يتبنى هذا المذهب بل وثبت انتقاده له، ينظر: د. عويد مهدي، نظرية البطلان في نظام الإجراءات السعودي دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الطبعة الأولى، الرياض ٢٠١٣، ص ١٥٧.

٤٠- د. أحمد حسوني جاسم العيثاوي، بطلان اجراءات التحقيق الجنائي في مرحلة التحقيق الابتدائي ,المكتبة القانونية ، هامش صفحة ٢٢٢ وما بعدها

٤١- والذي يقصد به ((الأذى الذي يصيب المتضرر في حق من حقوقه، أو في مصلحة من مصالحه المشروعة))، ينظر: د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الطبعة الأولى، بغداد ١٩٨٨، ص٣١.

٤٢- وفي هذا السياق يمكن الحديث عن "ضمانة عدم تجريم الذات" فرغم أن أحد من الدساتير العربية لم يذكر ضمانة "الحق في عدم تجريم الذات" صراحة بألفاظها، إلا أن خمسة من الدساتير العربية أورد صراحة إهدار الاعتراف المتحصل بطريقة الإكراه أو استخدام العنف أو حتى الإغراء، هو ما ينطوي على "الحق في عدم تجريم الذات")) ينظر: د. محمود شريف بسيوني، ضمانات العدالة في الإجراءات الجنائية – دراسة مقارنة للمعايير الدولية والإقليمية والدستورية، ص ٧٠٩، بحث منشور في شبكة الإنترنت . وقد نظمت المادة "٢١٨" الأصولية

أحكام هذا الموضوع بأنه ((يشترط في الإقرار أن لا يكون نتيجة إكراه مادي أو أدبي، أو وعد أو وعيد..)). وتناولته المادة "٣٧/ أولاً/ج" من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ النافذ.

٤٣- د. جواد الرهيمي، مرجع سابق، ص ٢٥٠ .

٤٤- د. فارس علي عمر الجرجري وزياد محمد شحاذة الطائي، مرجع سابق، ص ١٨٤.

٤٥- د. فارس علي عمر الجرجري وزياد محمد شحاذة الطائي، مرجع سابق نفسه.

٤٦- د. سليمان عبد المنعم، بطلان الإجراء الجنائي، مرجع سابق، ص٢.

٤٧- د. حسن علي حسين، مرجع سابق، ص ١٧١.

٤٨- يقصد بطرق معالجة العمل الإجرائي المعيب التي لا تحتاج إلى تدخل عامل خارجي "أي الذاتية" هي: ((١ تحول العمل الإجرائي المعيب. ٢ تحقيق الغاية الشكل. ٣ اكتساب الحكم المعيب لقوة الأمر المقضي به)) أما الطرق التي تحتاج إلى تدخل عامل خارجي لمعالجة العمل الإجرائي المعيب فهي: ((١ التنازل عن التمسك بالعيب. ٢ سقوط الحق في التمسك بالعيب ٣ تصحيح الخطأ المادي))، د. حسن علي حسين، مرجع سابق، ص ١٧٤ وما بعدها.

٤٩- د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٤١٤.

٥٠- د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق نفسه، ص ٤١٥.

٥١- د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ٤١٦.

٥٢- د. أحمد فتحي سرور مرجع سابق نفسه، ص ٤١٦ وما بعدها.

٥٣- د. عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٩، ص ١٠٠؛ أشار له: د.حسن علي حسين، مرجع سابق، ص١٨٢.

٥٤- د. حسن علي حسين، مرجع سابق نفسه.

٥٥- جواد الرهيمي، مرجع سابق، ص ٨١ وما بعدها.