تحول الإجـراء الجزائـي المعيب

(دراسة مقارنة)

المدرس الدكتور
حيدر كاظم الطائي
جامعة المثنى ـ كلية القانون
Haidar. 2222@yahoo.com

Defective Penal Procedure Transformation (Comparative Study)

Lect. Dr.
Haider Kazem Al-Taie
Al-Muthanna University - College of Law

ملخص:-

إنصَبَّ هذا البحث على استعراض مفهوم الإجراء الجزائي، وعلى ماهية تحول الإجراء المعيب، وكذلك اجراءات تحول الإجراء المعيب واثاره، وكان الهدف من هذا البحث هو اقرار مبدأ تحول الاجراء الجزائي المعيب إلى اعمال صحيحة. في حالة لجوء المحكمة إلى التحول تلقائياً أو في حالة دفع الخصم بذلك، وذلك من اجل معالجة العيب الذي يخل في صحة الإجراء الجزائي والذي من شأنه ان يؤدي إلى تضييق جزاء البطلان، ذلك الجزاء الذي يجرد اي اجراء جزائي من قيمته واثاره القانونية. وقد توصل البحث إلى مجموعة من النتائج كان من أهمها ضرواة تطبيق فكرة تحول الاجراء في نطاق قانون اصول المحاكمات الجزائية، ذلك ان المشرع العراقي عندما اقر نظرية تحول العقد في القانون المدني انما يخلق في الوقت نفسه وسيلة لإنقاذ الارادة ورفع أثار البطلان عنها وييسر التعامل ويقترب اقتراباً صريحاً من متطلبات الحياة ويسعى إلى تحقيقها، فإذا كان هذا سبباً كافياً لتوضيح التحول في نطاق القانون المدني ومراعاة المصلحة الخاصة، فإنه من باب أولى على المشرع توضيح ذلك في قانون اصول المحاكمات الجزائية ومراعاة المصلحة العامة، فضلاً عن ذلك فإن التحول يقصد به احترام حكم القانون أو مبدأ المشروعية بالقدر الذي يؤدي إلى التوافق بين هذا الاحترام وبين ضرورة استقرار الأوضاع القانونية التي تترتب على الاجراء الجزائي. ومن وجهة اخرى فإن ما للقاضي من سلطة تقديرية في نطاق الاجراء الجزائي يقضي هو الأخر تضييق مجالات البطلان وتحقيق أثاره في نطاق قانون اصول المحاكمات الجزائية. وفي ضوء هذه النتائج صيغت جملة من الاستنتاجات والتوصيات الهادفة.

الكلمات المفتاحية:- الإجراء الجزائي - الإجراء المعيب - المحكمة - الخصم - القانون العراقي - المحاكمات الجزائية.

Abstract:-

This research was focused on the presentation of the concept of Criminal procedure, and the essence of transformation Defective procedure, and also the procedures of transformation defective procedure and its effects, the aim of this research is to apply the principle of transformation Criminal Defective procedure to correct works. In the case of the court resorting on the transformation automatically or in the case of force adversary for that, In order to address the defect that break in the validity of the criminal procedure, which would leads to narrow penalty of nullity, That Penalty, which deprive any Criminal procedure from its value and its legal effects. The research reached to the set of results, the most important was the need to apply the idea of transformation the procedure within the band of the Criminal Procedure Law, So that the Iraqi legislator when passed by the theory of transformation of the contract in civil law but creates at the same time the mean to save will and raise the effects of nullity from it and facilitates the handling and approaching closer explicit from the requirements of life and seeks to achieve it if this is reason enough to explain the transformation in the band of civil law and consideration the special interests, It is more proper the legislator to clarify this in the law of Criminal Procedure and consideration the public interest, Moreover, the transformation is intended to respect the rule of law or principle of legality to the extent that leads to compatibility between this respect and the need for stability of the legal situation that ensue on criminal procedure, on the other hand, what the judge from discretion within the band of the criminal procedure he rule that to narrow areas of nullity and achieve it effects within the band of the Criminal Procedure Act. In light of these results formula a number of conclusions and recommendations aimed.

Key words:- criminal procedure, defective procedure, court, opponent, Iraqi law, criminal trials .

المقدمة:ـ

أهمية موضوع البحث:-

الإجراء الجزائي هو جوهر عمل المحاكم الجنائية، لكونه من الأسس التي تستند اليها المحاكم عند النظر في الدعوى الجزائية، فإقامة الدعوى تبدأ بإجراء وتستمر هذه الإجراءات عند النظر في الدعوى حتى النطق بالحكم واكتساب القرار الدرجة القطعية. لكن قد يعتري بعض إجراءات الدعوى عيب في تطبيقها مما يؤدي إلى تغيير في مسار هذا الاجراء، الأمر الذي قد يؤدي إلى الخلل في صحة ذلك الإجراء الجزائي، ومن ثم نصبح أمام إجراء جزائي معيب من شأنه أن يمس مصلحة أقرها القانون للخصم أو يعد مخالفاً للنظام العام، ومن هنا تفرض المحكمة جزاء البطلان نتيجة العيب الذي صاحب الإجراء الجزائي، عندها يدفع أحد الخصوم بهذا العيب أو تقوم المحكمة بإثارة العيب من تلقاء نفسها، وقد تقوم المحكمة بعملية تحول الإجراء الجزائي إلى اجراء اخر صحيح وفقاً للقانون وهذا ما سيكون محور نطاق بحثنا. كما ان الاسراف في تطبيق جزاء بطلان يتعارض مع نظم المجتمع، لذا بات من الأهمية البالغة الحد من جزاء البطلان، ولذلك سعت النظم القانونية لمحاربة التوسع في تطبيقه ودراسة العديد من النظم والافكار اللازمة لمقاومة التوسع في تطبيق جزاء البطلان، وكان من ضمن هذه النظم اقرار مبدأ تحول الاجراء الجزائي المعيب إلى اعمال صحيحة.

إشكالية البحث:-

تكمن اشكالية البحث في بيان فكرة تحول الإجراء الجزائي فقد حرصت بعض القوانين الاجرائية على الاشارة اليها، ولكن قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي لم ينظم هذه الحالة في نصوصه ولم يعيرها اهتمامه فهو لم يحتوي على قاعدة عامة بشأن العيب التي قد يصاحب الاجراء الجزائي ومن ثم لم ينص على الاجراء المتمثل بتحول الاجراء الجزائي المعيب عكس ما هو موجود في قانون المرافعات المصري وفي العديد من النظم القانونية الاخرى، فضلاً عن ذلك ان الفقه الاجرائي الجنائي في العراق لم يعطيها اهتمامه الكافي ولم يُعنَ بتنظيمها رغم مالها من اهمية في حصر أو التضييق على تطبيق جزاء البطلان. ومن الجدير بالذكر ان قانون المرافعات المدنية العراقي قد أغفل تماماً الإشارة

إلى فكرة تحول الاجراء المعيب.

منهجية البحث: -

سنتبع في هذه الدراسة المنهج التحليلي الذي يقوم بالأساس على الآراء الفقهية ومناقشتها وترجيح الأجدر منها واستخراج الاحكام المناسبة واستخلاص النتائج العلمية منها، وكذلك المنهج المقارن الذي يقوم بمقارنة النصوص القانونية ذات العلاقة مع بقية القوانين الأخرى المقارنة المعتمدة في هذه البحث وهي كل من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة (١٩٧١) المعدل ومقارنته بكل من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل وقانون المرافعات المصري رقم (١٠٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل والقوانين الاخرى ذات العلاقة، بقدر ما تسلط الضوء على بلورة موضوع البحث.

خطة البحث:-

انتظمت الدراسة في ثلاث مباحث أساسية تسبقها مقدمة عن الموضوع نبين فيها أهمية موضوع البحث وما لهذا الموضوع من مشاكل ينبغي حلها ومعالجتها وبيان منهجية البحث، يليها المبحث الأول الذي سيكرس لمفهوم الإجراء الجزائي الذي سندرسهُ من خلال مطلبين، الأول بعنوان تعريف الإجراء الجزائي أما الثاني سنتناول فية خصائص الإجراء الجزائي.

ثم نبين في المبحث الثاني ماهية تحول الإجراء المعيب الذي سنقسمهُ إلى مطلبين، الأول بعنوان تعريف تحول الاجراء المعيب أما الثاني فسنخصصهُ لدراسة شروط تحول الاجراء المعيب، ثم نسلط الضوء على اجراءات تحول الاجراء المعيب واثاره في المبحث الثالث والذي قسمناه إلى مطلبين، الأول بعنوان إجراءات التحول وطبيعته القانونية أما المطلب الثاني فسنتناول فيه أثر تحول الاجراء المعيب.

وأخيراً ستكون خاتمة البحث التي سنتناول فيها أهم النتائج التي توصلنا إليها والتوصيات المقترحة حول موضوع البحث.

المبحث الأول

مفهوم الإجراء الجزائي

تقتضي الإحاطة بمفهوم الاجراء الجزائي أن نعرج على تعريفه ومن ثم نستعرض اهم الخصائص، لذا سنوضح اهم تعريفاته اللغوية والاصطلاحية وذلك في المطلب الاول من هذا البحث. اما المطلب الثاني فسنخصصه لخصائص الاجراء الجزائي الواجب توافرها وحسب التفصيل الآتي:-

المطلب الاول

تعريف الإجراء الجزائي

سنتناول تعريف الاجراء الجزائي من خلال تقسيم هذا المطلب على فرعين نخصص الاول لتعريف الاجراء الجزائي لغة فيما نكرس الثاني لتعريف الإجراء الجزائي اصطلاحاً.

الفرع الأول: تعريف الاجراء الجزائي لغة

الإجراء لغة مأخوذ من جريان الشيء كجريان الماء وجريان السفينة وهكذا[١]، وفعلهُ رباعي هو (أجرى) ويقال (أجرى فلاناً في حاجته: بمعنى ارسل)[٢]، قال تعالى ﴿وَقَالَ ارْكَبُوا فِيهَا بِسْمِ اللَّهِ مَجْرَاهَا وَمُرْسَاهَا إِنَّ رَبِّي لَغَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[٣]، ومجراها في الآية الكريمة من الفعل (أجرى)[٤]، ومعناها جريان السفينة[٥].

أما الجزاء لغةً هو المكافاةُ على الشيء كالجازية، جزاه به وعليه جزاء، وجازاه مجازاه وجزاءً[٦]، وقال تعالى ﴿وَأَمَّا مَنْ آمَنَ وَعَمِلَ صَالِحًا فَلَهُ جَزَاءً الْحُسْنَى﴾[٧]، ومعنى (جزاء) هو (الثواب)[٨]، وقوله تعالى ﴿فَمَا جَزَاؤُهُ إِنْ كُنْتُمْ كَاذِبِينَ﴾[٩]، ومعنى (جزاؤه) عقوبتهُ اي ما عقوبة السرق فالجزاء هنا يكون معناه (عقاباً)، والجزاء يعني القضاء وجزى هذا الامر قضى[١٠]. ومنه قولهُ تعالى ﴿وَاتَّقُوا يَوْمًا لَا تَجْزِي نَفْسٌ عَنْ نَفْسٍ﴾ ومعنى قوله (لا تجزي نفس عن نفس شيئاً) يعني يوم القيامة (لا تقضي فيه نفس عن نفس شيئاً)[١٢].

الفرع الثاني: الإجراء الجزائي اصطلاحا.

لا يوجد في القوانين الاجرائية (حسب اطلاع الباحث) نص يبين فيه معنى الاجراء الجزائي، وليس هناك فرق بين الاجراء الجزائي والعمل الاجرائي فكليهما معنى واحد والإختلاف بينهما في اللفظ فقط.

أما في الفقه، فقد تعددت التعريفات التي تناولت الاجراء الجزائي، وقبل بيان هذه التعريفات لابد من القول ان الدعوى الجزائية والرابطة الاجرائية والاجراء الجزائي هي المرتكزات أو الأعمدة التي يقوم عليها النظام الاجرائي للخصومة الجزائية. فالدعوى الجزائية تتعلق اساساً بالبحث في نشأة الرابطة الاجرائية وتحديد العضو المختص بذلك، والرابطة الاجرائية تحدد هيكل الخصومة وأشخاصها وتوجيه الأنشطة المختلفة في نطاقها، والمقصود من هذه الرابطة تنظيم العلاقة الاجرائية داخل الخصومة. اما الاجراء الجزائي فهو تعبير عن حركة الرابطة الاجرائية اي سلوك أطرافها، فكل طرف له حقوق والتزامات يمارسها من خلال أوجه من السلوك أو يطلق عليها الاجراء الجزائي[١٣].

يتضح مما تقدم ان الإجراء الجزائي هو الذي ينظم الخصومة الجزائية التي هي عبارة عن رابطة اجرائية تبدأ بتحريك الدعوى الجزائية لغرض الوصول إلى اثبات الجريمة ومعاقبة الجاني.

أما الإجراء الجزائي ذاته فقد اختلفت التعريفات الفقهية بشأنه، فذهب اتجاه إلى تعريف الإجراء الجزائي، في المعنى الواسع بأنهُ (العمل القانوني الذي يرتب القانون عليه مباشرة أثراً في إنشاء الخصومة أو تعديلها أو انقضائها سواء كان داخل الخصومة أو ممهدا لها)[١٤]، وذهب اخر إلى تعريف الإجراء الجزائي بأنه (هو كل عمل يتم اتخاذه في نطاق الخصومة الجزائية أو خارجها، ولكنه مؤثر فيها مثل الشكوى والطلب، بل هو نواة الخصومة الجنائية وهو الذي يؤدي إلى نشوئها أو التأثير في سيرها أو تعديلها أو انقضائها)[١٥]، من جهة أخرى هناك من الفقهاء من يتناوله من زاوية العلاقة بينه وبين الخصومة فيعرفه بالمعنى الضيق بأنه (هو العمل الذي يرتب عليه القانون اثراً إجرائياً ويكون جزءاً من الخصومة)[١٦]. وعرفها اخر بالنظر إلى النشاط الذي يباشره القائم به فيعرفه بأنه (عمل قانوني يتمثل في حركة ارادية صادرة عن ذي اهليه اجرائية، تتولى قاعدة إجرائية

تحديد مضمون وتعيين شكله، ويترتب عليه مباشرة انشاء مركز اجرائي أو التأثير على سيره أو تعديله أو انهائه)[١٧]، ويلاحظ على هذا التعريف انه لا يتضمن الاجراء السابق على الخصومة بكونه اجراء جزائي.

وأخيراً فان هناك من يؤسس الإجراء الجزائي على الاثر المترتب عليه، فيقول بأنه (العمل الذي يرتب عليه القانون مباشرة إنشاء أو تسيير أو تعديل أو انهاء الخصومة بوصفها رابطة إجرائية)[١٨]، وهذا التعريف لم يعد الاجراء الجزائي ذلك الاجراء الذي يكون خارج الخصومة، أو التي ليس لها تأثير فوري ومباشر بالنسبة للخصومة أو التي يتخذها الأفراد خارج الرابطة الاجرائية كالشكوى[١٩].

أما الفقه العراقي فقد عرف جانب منه الإجراء الجزائي بانهُ (العمل القانوني الذي يرتب عليه القانون مباشرة اثراً اجرائياً ويكون جزء من الخصومة)[٢٠]، ويؤخذ على هذا التعريف انه حصرا الاجراء الجزائي (العمل الاجرائي) فقط بالإجراء داخل الخصومة اي انه اخذ رأي مضيق للإجراء الجزائي.

والراجح لدينا الاتجاه الموسع للإجراء الجزائي، لأنه يجعل من اجراء التحري والتحقيق عن الجريمة بعد وقوعها يقصد جمع الادلة من الاعمال الاجرائية التي يتولاها اعضاء الضبط القضائي بموجب الصلاحيات التي خولها لهم القانون[٢١].

من خلال ما تناولناهُ من تعاريف في الاجراء الجزائي يمكن ان نعرفهُ بصورة اكثر وضوحا بأنهُ: كل عمل لهُ دوره القانوني في تحريك الدعوى الجزائية ونشأة الخصومة وبعد نشأتها ولحين انتهائها، يقوم به احد الاشخاص الاجرائيين لحظة وقوع الجريمة، ويرتب القانون علية اثراً سواء في انشاء أو سيير أو تعديل أو انقضاء الخصومة.

المطلب الثاني

خصائص الإجراء الجزائي

من المعروف ان الإجراء الجزائي هو الإجراء الذي يؤدي إلى نشأة الخصومة الجزائية أو سيرها أو تعديلها أو انقضائها، ولما كان يشترط لوجود الإجراء الجزائي ان يكون من اعمال الخصومة أو من الاعمال الخارجة عنها بشرط ان يكون مؤثر فيها تأثيراً مباشراً[٢٢]، فانه ينبغي ان يتميز بعدة خصائص أو مقومات وهي كالتالي:

أولاً / ان يكون عملاً قانونياً (بصورة عامة).

يقصد بالعمل القانوني العمل الذي يرتب عليه القانون اثاراً اجرائية بالنسبة للخصومة الجزائية سواء من حيث البدء فيها أو تعديل نطاقها من حيث الموضوع والسبب أو التأثير في سيرها أو انهائها[٢٣]. مثال ذلك رؤية عضو الضبط القضائي اثناء مروره في الطريق العام المتهم متلبساً بجناية تخول له القبض عليه فهذا القبض يعتبر إجراءً جزائياً[٢٤].

ويجب ان يكون الاجراء الجزائي عملاً قانونياً، اما الأعمال المادية المحضة كدراسة القاضي اوراق الدعوى أو دراسة المتهم لها أو قيام المحامي باعداد دفاعه فانها لا تعد اجراءً جزائياً بوصفها عملاً قانونياً وبالتالي لا يرتب عليها القانون اي اثر اجرائي[٢٥].

ثانياً / الإجراء الجزائي جزء من الخصومة أو متعلق بها.

لقد اوضحنا سلفاً تعاريف مختلفة للإجراء الجزائي ووجدنا ان البعض منها تقصر هذا الاجراء على كونه جزء من الخصومة فقط والبعض الاخر اعتبار الاعمال الخارجة عن الخصومة أو متعلقا بها اعمالا اجرائية كتلك التي تكون جزء منها على حد سواء، والواقع أننا نؤيد هذا الرأي الاخير، وحجتنا في ذلك ان اخراج هذه الاعمال من طائفة الاعمال الاجرائية هو امر يتعارض مع وظيفة الجزاءات الاجرائية، حيث انها متعلقة بها وتؤثر فيها مثل أعمال اعضاء الضبط القضائي التي يخولها له القانون بصفة أصلية تجعله ضمن أطراف الرابطة الإجرائية، كجميع اعمال التحري وجمع الأدلة مثل القبض على الاشخاص وتفتيش المنازل، علماً بأن هناك أعمالاً إجرائية يحظر على اعضاء الضبط القضائي القيام بها وهي الاستجواب والتوقيف والتصرف في الدعوى[٢٦].

وحتى ان البعض قسم الإجراء الخارج عن الخصومة إلى قسمين: الإجراء السابق على الخصومة كأعمال التحري وجمع الأدلة، والاجراء المعاصر لها والذي يتم بعد بدء الخصومة دون ان يكون جزاءً منها ومثال ذلك اعتراف المتهم خارج مجلس القضاء[٢٧]، لذا فلابد من اعتبار العمل الخارج عن الخصومة الجزائية عملاً اجرائياً.

ثالثاً: ان يكون عملاً تنظمياً يباشر من قبل الاشخاص الاجرائيين.

إن الاجراء الجزائي التي يباشره الاشخاص الاجرائيين في مرحل الخصومة الإجرائية محافظة بأصول شكلية لا يمكن الخروج عنه كالأصل عام صورته قواعد إجرائية ورسمت

لها الشكل الواجب إتباعه سواء من حيث الزمان والمكان والظروف الواجب لها وقررت لها الضمانات التي تكفل حفظ التوازن بين المصالح العامة والخاصة ومن ثم يمكن القول بأن الاعمال الاجرائية تسعى إلى تنظيم الخصومة الاجرائية[٢٨].

وبناء على ما تقدم يتضح ان الهدف الأساسي للإجراء الجزائي هو تنظيم نشاط الأشخاص الإجرائيين وتحديد صلاحيتهم للقيام بتلك الأعمال داخل الجهاز القضائي خلال المراحل المختلفة للدعوى الجزائية[٢٩].

رابعاً / يؤدي الإجراء الجزائي قانوناً إلى مباشرة التأثير في نشوء الخصومة أو سيرها أو تعديلها أو انقضائها.

لا يكفي لاعتبار العمل إجرائياً ان يكون عملاً تنظيمياً يباشر من قبل الاشخاص الاجرائيين، بل يجب ان تترتب عليه مباشرة التأثير في نشوء الخصومة أو سيرها أو تعديلها أو انقضائها، اما الاعمال الاجرائية المؤدية مباشرة إلى نشأة رابطة الخصومة فمن امثلتها شكوى المجني علية واجراءات التحري وجمع الادلة وتكليف المتهم بالحضور بناء على محضر جمع الادلة فمثل هذه الاعمال تؤدي مباشرة إلى نشوء الخصومة الجزائية ولو لم تنشأ فعلاً[٣٠].

ومن الاعمال الاجرائية المؤثرة في سير الخصومة الجزائية جميع الاجراءات التي تباشر في الدعوى الجزائية خلال مرحلتي التحقيق الابتدائي والقضائي، اما الاعمال الاجرائية المؤثرة مباشرة في تعديل الخصومة، فمثلها قرار المحكمة بوقف الدعوى المنظورة امامها اذا كان الفصل فيها يتوقف على نتيجة الفصل في دعوى اخرى[٣١]، وأخيراً الاعمال الاجرائية المؤدية إلى انقضاء الخصومة الجزائية، فمثلها الحكم الجزائي البات والذي يؤدي إلى انهاء الخصومة الجزائية[٣٢].

والأثر الإجرائي هو الأثر الذي يؤثر في الخصومة الجزائية ويجب ان يكون هو الاثر المباشر للعمل. ولذلك لا تعتبر الأعمال التي ترتب أثراً إجرائياً غير مباشر أعمالاً اجرائية[٣٣]، ومن الامثلة على ذلك في القضاء المصري هو حدوث خصومة شخصية مع المتهم وهو سبب يجوز فيه رده عن الحكم ويرتب على تقديم طلب الرد وقف الخصومة، فان هذه الخصومة الشخصية بين القاضي والمتهم لا تعتبر عملاً إجرائياً لأن اثرها على الخصومة الجزائية هو مجرد أثر غير مباشر[٣٤].

المبحث الثاني

ماهية تحول الإجراء المعيب

عندما يلحق الإجراء الجزائي عيب ولم تجرِ عملية تصحيح الاجراء، فقد يترتب الاثر بتحول الاجراء الجزائي وذلك للاستفادة من العناصر الصحيحة الموجودة في الاجراء المعيب. و بالنسبة لنظرية التحول فإنها اساساً تنتمي إلى نظرية تصحيح الاجراء الجزائي، ويرى البعض ان نظرية التحول ليست حديثة، وانما عرفها القانون الروماني والمنشأ الأصيل لنظرية التحول هو القانون الخاص[٣٥]، فقد نصت عليها المادة ١٤٤ من القانون المدني المصري والمادة ١٤٠ من القانون المدني العراقي. ومن الجدير بالذكر بان راي المشرع المصري في التقنين المدني هو اعتماد نظرية التحول بصفة عامة، وحذا حذوه القانون المدني العراقي[٣٦].

ولقد اعتمد المشرع الاجرائي المصري فكرة التحول في نطاق القانون الاجرائي، وقام بتقنينها في قانون المرافعات في المادة (١/٢٤) التي تنص على انه: (إذا كان الاجراء باطلاً وتوفرت فيه عناصر اجراء أخر فانه يكون صحيحاً باعتباره الاجراء الذي توفرت فيه عناصره).

ويتحقق التحول وفقاً لهذا النص عندما يتضمن الاجراء الجزائي المعيب عناصر لإجراء اخر صحيح فيترتب على ذلك تحول العمل إلى الاجراء الصحيح، ولا يشترط في ذلك ثبوت اتجاه إرادة من قام بالاجراء الجزائي المعيب إلى الاجراء الصحيح الذي تم عن طريق التحول[٣٧]. اما بالنسبة لقانون المرافعات العراقي فان لم ينص على تحول الاجراءات المعيبة، واننا نرى انه من الضروري على المشرع العراقي تضمين قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ احكام تحول الاجراء الجزائي المعيب وان يحذ حذو المشرع المصري بتقنين هذه النظرية في نطاق القانون الإجرائي كونها نظرية عامة يمكن تطبيقها على نطاق القانون الجنائي.

ومن هنا تبرز الحاجة لبيان مفهوم تحول الاجراء المعيب، من خلال تحديد تعريفه، ومن ثم بيان شروطه وسنسعى في بيان ذلك في مطلبين سنأتي على توضيحها على النحو الآتي: -

المطلب الأول

تعريف تحول الاجراء المعيب

سنتناول في هذا المطلب تعريف تحول الاجراء المعيب من خلال فرعين، نفرد الفرع الاول لتعريف تحول الاجراء المعيب لغةً في حين يكون الفرع الثاني لتعريف تحول الاجراء المعيب اصطلاحاً.

الفرع الأول: تحول الاجراء المعيب في اللغة.

التحول لغةً هو تغيير الحال عن حاله اي جعلهُ غير ما كان، وتحول عنه: يعني زوال إلى الغير[٣٨]، ومنة قولة تعالى ﴿لَا يَبْغُونَ عَنْهَا حِوَلًا﴾[٣٩]، والتحول ايضاً هو التنقل من موضع إلى موضع اي من حال إلى حال[٤٠].

الاجراء لغةً فقد ذكرنا سابقاً في موضوع تعريف الاجراء الجزائي. اما المعيب في اللغة فهو مفعول عيب، وعرف العيب بأنه الوصمة كالمعيب والمعابة والمعاب، وعاب لازم متعدَ هو معيب ومعيوب[٤١]، والمعيب يعني مكان العيب وزمانه[٤٢]. وقد ورد مصطلح (معيب) في قولة تعالى ﴿أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا وَكَانَ وَرَاءَهُمْ مَلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا﴾[٤٣]، ومعنى قولة تعالى: ﴿أَنْ أَعِيبَهَا﴾ أي اجعلها معيبة وهذه قرينة على ان المراد بكل سفينة غير معيبة[٤٤].

الفرع الثاني: تحول الاجراء المعيب اصطلاحا

إذا تبين بطلان إجراء جزائي معين لفقدان عنصر من عناصره، فهل يمكن الاستفادة بباقي العناصر الصحيحة بعد استبعاد العنصر المعيب، في تكوين اجراء جزائي سليم، وبتعبير أخر هل يمكن ان يتحول الاجراء الجزائي المعيب إلى اخر صحيح، اذا كان الاخير لا يتطلب لوجوده العنصر الذي تقرر بطلانه؟

الواقع ان القوانين الاجرائية لم تنص على تعريف معين لتحول العيب الاجرائي، ولكن البعض منها نظم حالة تحول العيب الاجرائي والذي يؤدي إلى تحول الاجراء الباطل إلى اجراء اخر صحيح، كما هو الحال في قانون المرافعات المصري الذي يقر التحول صراحةً[٤٥]، الا ان قانون الاجراءات الجنائية التزم الصمت حول هذه المسألة وأغفل تماماً

الاشارة إلى هذه الفكرة، ونحن نؤيد راي الفقه الاجرائي الجنائي المصري الذي يرى من الضروري الاهتمام بتنظيم أو اقامة نظرية عامة بشأن فكرة تحول الاعمال القانونية[٤٦]. اما موقف المشرع العراقي، فان فكرة تحول العيب الاجرائي من الافكار الجديدة في التشريع العراقي إذ جاء خلواً من تنظيم أحكامها، فقد اقر المشرع العراقي نظرية تحول العقد في القانون المدني المادة (١٤٠) وهي نظرية قريبة من فكرة تحول الاجراء الجزائي المعيب[٤٧].

وجرى فريق من فقه الاجراءات الجنائية على بيان المقصود من تحول الاجراء المعيب إلى انه (الاعتداد بالقيمة القانونية للعناصر التي تتواجد في الاجراء الباطل والتي تصلح في تكوين اجراء أخر صحيح، فالإجراء الباطل قد يتحول إلى إجراء صحيح إذا كان يتضمن عناصر وشروط صحة هذا الإجراء الصحيح وتترتب اثار هذا الإجراء الأخير عليه)[٤٨]، وعرف ايضاً بأنهُ (استخلاص العناصر غير المعيبة في الاجراء الجزائي، واعطاء هذه العناصر تكييفاً قانونياً صالحاً لاحداث أثر قانوني منتج في الخصومة التي اتخذ فيها الاجراء الباطل، فإنهُ ينبني على ذلك ان نكون ازاء اجراء جزائي جديد)[٤٩]، ويذهب الفقيهان Sabatini و Satta إلى معنى تحول الاجراء المعيب (هو بقاء الاجراء المعيب وتحوله إلى اجراء أخر صحيح يقر المشرع وجوده، ويكون منتجاً لأثاره القانونية، ولكن الاجراء الجديد يكون مختلفاً ومغايراً للاجراء الاصلي المتخذ)[٥٠]. وذهب اخر إلى انه (تحويل الاجراء الجزائي المعيب يعني بطلان الإجراء لا يحول دون إنتاجه لأثر قانوني إذا أمكن تحويله إلى إجراء أخر توافرات عناصره الموضوعية وشروطه الشكلية، فهناك من الإجراءات ما يحتوى على عناصر عدة وبالتالي فبطلان مثل هذا الإجراء لا يمنع من الإعتداد بما قد تضمنه من عناصر تصلح في ذاتها لأن تكون إجراء أخر له قيمته القانونية)[٥١].

من جهة أخرى فأننا نتفق مع الجانب الفقهي[٥٢]، الذي يقول بضرورة اعتبار تحول الاجراء المعيب كإحدى صور العلاج الذاتي للتوسع في اجراءات الانعدام والبطلان المطلق والنسبي كأداة للحد من الاسراف في توقيع الجزاءات الثلاث سالفة الذكر ومقاومة كل المبالغة في تطبيقه، فكانت ظاهرة محمودة قوامها الإبقاء على الاجراء المعيب بعد تصحيحهُ والعمل على بقائه بدلاً من ازاحته من البناء القانوني، ومن مجمل هذه التعريفات فاننا نستطيع ان نعرف تحول الاجراء المعيب بأنه ذلك الاجراء الذي شابه عيب تضمن بالرغم من بطلانه عناصر اجراء اخر صحيح، فيجرد النشاط المكون لذلك الاجراء المعيب من

وصفه الاول وتحوله إلى اجراء اخر جديد يقر المشرع وجوده، منتجاً لأثاره القانونية.

المطلب الثاني

شروط تحول الإجراء المعيب

يلزم توفر شروط عديدة لنكون أمام تحول الاجراء المعيب إلى اجراء اخر صحيح منتجاً لأثره، وسوف نعنى فيما يلي بإلقاء الضوء على هذه الشروط هلى نحو يكون كافياً للوقوف على العناصر اللازمة لتحقيق عملية التحول في مجال الإجراء الجزائي.

الشرط الأول: تحقق اجراء جزائي قانوني معيب.

لأعمال التحول يجب ان يكون هناك إجراء جزائي معيب لتخلف مقتضى أو اكثر من مقتضياته(٥٣)، فمن دون العيب لا نكون امام فكرة تحول الاجراء، فلا مجال لمناقشة هذه الفكرة وتطبيقها على اي خصومة مطروحة ما لم يكن الاجراء الجزائي فيها قد اكتمل ولكنه صدر معيباً(٥٤).

الشرط الثاني: ان يكون الاجراء الاصلي المعيب بسيطاً وليس مركباً.

يجب ان يكون الاجراء المعيب قد اتخذ أصلاً، فالتحول الإجرائي يتم حيث نكون بصدد الإجراء الباطل وليس المنعدم(٥٥)، والإجراء يكون بسيطاً متى كان يشكل وحدة واحده لا تقبل التجزئة مثال ذلك صحيفة الدعوى وسماع شاهد وأداء الشاهد لليمين امام المحكمة أو سلطة التحقيق فكلها أعمال اجرائية بسيطة، ويكون الاجراء مركباً اذا تكون من عدة وحدات وكان من الممكن تجزئتها إلى عدة أعمال لكل منه ذاتيته الخاصة ولا يؤثر بطلان بعضها على الاخر(٥٦)، والاجراء الجزائي البسيط هو الذي يفتح السبيل امام فكرة التحول بعكس الاجراء الجزائي المركب الذي يفصل الجزء المعيب ويقوم بأعمال الجزء الباقي وبذلك يفتح السبيل أمام فكرة انتقاص الاجراء، وهو امر يختلف تماما عن فكرة التحول، وبالنسبة إلى موقف القانون الاجرائي العراقي من انتقاص الإجراءات الباطلة، فقانون اصول المحاكمات العراقي لم ينص في قاعدة ما على انتقاص الإجراءات المعيبة، والموقف نفسة لقانون المرافعات العراقي، اما بالنسبة لقانون المرافعات المصري فقد نص على هذا الأثر(٥٧). ومن خلال ما تقدم، نقترح على المشرع العراقي ان ينظم عملية تحول

وانتقاص الاجراء الجزائي المعيب معاً في قانون اصول المحاكمات الجزائية لما لها من أهمية في تحديد اثار الإجراء المعيب.

الشرط الثالث: ان يتضمن الاجراء الجزائي المعيب إجراء اخر صحيح.

لا يكفي للتحول ان يكون ثمة اجراء قانوني أصلي بسيط معيب وان يكون هذا العيب الاجرائي صريح أو ضمني بل يجب فوق ذلك ان تكون العناصر أو المقتضيات الباقية من الاجراء الجزائي والتي لم تتعرض للبطلان كافية لتكوين إجراء جزائي اخر يعرفه القانون(٥٨).

الشرط الرابع: ان لا تتعدد الاجراءات المعيبة الباطلة، بل يجب ان نكون بصدد إجراء واحد هو بذاته باطل، وهو بذاته توفرت فيه عناصر تجعل منه اجراءً أخر صحيح فإننا سنكون امام فكرة تحول الاجراء الجزائي المعيب، اما إذا تتعدد الاجراءات وكان احدها معيباً وتلاهُ إجراء اخر صحيح فلا محل هنا للكلام عن التحول بل سنكون بصدد تصحيح الاجراء المعيب(٥٩).

المبحث الثالث

اجراءات تحول الاجراء المعيب واثاره

راينا في المبحث السابق ماهيه تحول الاجراء المعيب، وشروط إعماله ويتعين علينا إكمالاً للبحث أن نتناول في هذا المبحث اجراءات تحول الاجراء المعيب، والأثار القانونية التي تترتب على إعمال التحول، ولذلك سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في الاول منه إجراءات التحول، اما المطلب الثاني فسوف نفرده لبحث أثر تحول الاجراء المعيب.

المطلب الاول

إجراءات التحول وطبيعته القانونية

لإعمال التحول هناك طريقان، أولهما قيام القاضي بنفسه الفصل في دعاوى البطلان والتحول، والأخر بناءً على طلب يقدم إلى المحكمة من الخصوم(٦٠)، ولغرض التمييز بين اجراءات تحول الاجراء المعيب يتعين علينا تحديد الطبيعة القانونية لتحول الاجراء. وعليه فإننا سوف نقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الاول اجراءات التحول اما الفرع الثاني فسوف نعقده لتحديد الطبيعة القانونية لتحول الاجراء.

الفرع الأول: إجراءات تحول الاجراء المعيب.

لا خلاف بين فقهاء القانون الجنائي الذين سلموا بحق القاضي في تحول الاعمال الاجرائية المعيبة حول حق المحكمة التي اصدرت الاجراء المعيب في تحوله إلى إجراء اخر صحيح[٦١]، ومن هنا يتعين القول ان القاعدة العامة في هذا المجال ان السلطة التي أصدرت الاجراء المعيب هي التي تملك تحوله إلى اجراء اخر صحيح، وقد تقوم المحكمة بإجراء التحول تلقائياً من نفسها أو تقوم بإعماله بناءً على طلب يقدم له من الخصوم بتحول الاجراء المعيب. لذلك سوف نوضح هاتين الوسيلتين حسب التفصيل الاتي:

أولاً: لجوء المحكمة إلى التحول تلقائياً

قد تقوم المحكمة التي اصدرت الاجراء المعيب بإعمال التحول من تلقاء نفسها من غير الطعن أمامها ببطلان اجراءها الجزائي المعيب وطلب إجراء التحول عليه. فهنا يقوم القاضي بفرز العناصر المعيبة و إعادة تكييفها من جديد في ضوء الاطار العام للخصومة التي يتخذ الاجراء فيها، ويقع على عاتق القاضي ايضاً البحث عن قاعدة قانونية جديدة متصلة بالخصومة ويحاول ان يدرج مجموع الوقائع المقدمة اليه داخل مفترض هذه القاعدة، فاذا ما أتم هذا التكييف القانوني فان الأثر القانوني للقاعدة التي يتطابق مفترضها مع هذه الوقائع هو الذي سوف يتولد ويرتب الاثار التي تستجيب لها هذه الوقائع[٦٢].

ومن جهة أخرى فان تحول الاجراء المعيب يكون من حق المحكمة إذا تعلق البطلان بالنظام العام فان المحكمة تتصدى ومن تلقاء نفسها للبطلان والتحول كما في بطلان الاستئناف الأصلي وتحول الاستئناف الفرعي إلى استئناف أصلي، حيث ان المحكمة حينما تقضي ببطلان الاستئناف فإنها تقرر تحول الفرعي إلى أصلي، بشروط تحول الاجراء المعيب التي تم ذكرها سابقاً، كذلك فإن لكل ذي مصلحة ان يتمسك بذلك ولو كان المتسبب في البطلان[٦٣]. ومن أمثلة تحول الاجراء الجزائي المعيب إلى اجراء أخر صحيح.

١- ان يأمر قاضي التحقيق بتوقيف المتهم دون استجوابه هذا الأمر صدر باطلاً لتخلف شرط من شروط صحته وهو الأستجواب ولكنه تحول إلى أمر صحيح بالقبض على المتهم[٦٤]، وموجود هذا فعلا في مجال التطبيق القضائي العراقي[٦٥].

٢- بطلان محضر التحقيق البدائي لعدم تدوينه بواسطة الكاتب المختص. هذا التحقيق وقع باطلاً، ولكنه تحول إلى محضر استدلال صحيح لان شروط صحة هذا المحضر متوافرة[٦٦]، وقد أخذت محكمة النقض المصرية بنظرية التحول وأقرتها في العديد من احكامها، وقضت في احد قراراتها ب ((أن المحضر الذي يحرره مأمور الضبط القضائي بانتداب من النيابة العامة بدلاً من كاتب المحكمة، وإن كان ينقصه الشرط اللازم لاعتبار ما يجري تحقيقاً إلا أنه يتحول إلى محضر جمع استدلال))[٦٧].

ثانياً: لجوء المحكمة إلى التحول بناءً على طلب الخصوم

ويتحقق ذلك بناءً على طلب يقدم للمحكمة من الخصوم بإعطاء العناصر الصحيحة في الإجراء المعيب وصفاً قانونياً يتماشى مع العناصر الصحيحة في الاجراء، ومن هنا فليس للخصم ان يمارس عملية تحول الاجراء المعيب بصفة مباشرة منه[٦٨]، وانما يقوم القاضي بإعمال التحول بدعوى مستقلة تقوم على طلب احد الخصوم يمكن تسميتها بدعوى تحول الاجراء قياساً على دعوى تحول العقد المنصوص عليها في المادة (١٤٠) من القانون المدني العراقي. والقرار الصادر بالتحول من عدمه راجع للمحكمة وحدها ولا دخل لإرادة الخصوم في ذلك[٦٩].

ويرى البعض أنه إذا تعلق البطلان بالمصلحة الخاصة للخصوم فإن المحكمة لا تتصدى من تلقاء نفسها للبطلان والتحول، ويتعين عليها الأخذ بالدفع والقضاء ببطلان الإجراء، إلا إذا تمسك مباشر الاجراء بتحوله إلى اجراء أخر صحيح، وحينئذ يلتزم بيان العناصر التي تؤدي إلى ذلك فإن لم يفعل قضت المحكمة ببطلان الاجراء[٧٠]، وعلى ذلك فان التحول إذا كان ناشىء عن بطلان الاجراء الجزائي بطلاناً نسبياً اي كل مخالفة لا تتعلق بالصالح العام، فإن الخصم الذي تقرر لصالحه هذا البطلان هو صاحب الصفة الوحيدة في إثارة التحول دون ان يكون لغيره من الخصوم اثارته كما لا يجوز للمحكمة ان تثيره من تلقاء نفسه، اما اذا كان التحول بسبب بطلان الاجراء الجزائي بطلاناً مطلقا الذي يحرم الاجراء من انتاج اي اثر قانوني، فإن لكل ذي مصلحة الحق في ان يثيره ويكون للمحكمة ان تتصدى له وتقرره من تلقاء نفسها[٧١].

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لتحول الإجراء.

يخضع تحول الاجراء بحكم طبيعته القانونية لسلطة القاضي التقديرية، ذلك لان الحكم بتحول الاجراء تصدره المحكمة بمقتضى وظيفتها القضائية ويحسم على اساس قاعدة قانونية، سواء كان العيب المبطل للإجراء متعلقاً بالمصلحة الخاصة أو بالنظام العام، فضلاً عن ذلك فإنه حتى يكون الحكم بتحول الاجراء قضائياً لا يجوز ان يكون الشخص الذي يتولى الفصل في النزاع خصماً وحكماً في الوقت نفسه[٧٢]، فتحول الاجراء لن يتم الا اذا كان هيكل الخصومة القائمة يتحمل هذا التحول، فهنا يقوم القاضي بالبحث عن قاعدة قانونية جديدة متصلة بالخصومة ويحاول ان يدرج مجموعة الوقائع المقدمة اليه داخل مفترض هذه القاعدة. فاذا ما أتم هذا التكييف القانوني فان الأثر القانوني للقاعدة التي يتطابق مفترضها مع هذه الوقائع هو الذي سوف يتولد ويرتب الاثار التي تستجيب لها هذه الوقائع، كل هذا في معزل عن ارادة الخصوم[٧٣]. فمتى اكتملت شروط التحول ظهر اجراء جديد صحيح لا يستند إلى ارادة إي جهة بل ارادة القاضي الذي يعلنه فالتحول اذن لابد ان يقع بقوة القانون، ومن هنا فان الحكم بتحول الاجراء الذي يصدره القاضي عن اكتمال التحول وظهور الاجراء الجديد هو حكم مقرر وليس منشئاً[٧٤].

المطلب الثاني

أثر تحول الاجراء المعيب

انتهينا في المطلب الأول من هذا المبحث الأخير من بحث ودراسة اجراءات التحول والطبيعة القانونية لتحول الاجراء المعيب ونفرغ في هذا المطلب من دراسة اثر تحول الاجراء المعيب. ومن دراسة فكرة التحول كنظرية عامة تطبق على كافة الوقائع القانونية[٧٥]، فان الامر يكشف أثار تحيط به يمكن توضيحها على النحو الآتي:-

أولاً: زوال الاجراء المعيب ومحو أثاره بأثر رجعي

من المسلم به فقهاً وقضاءً ان اعمال تحول الاجراء المعيب يؤدي إلى إبطال الاجراء إبطالاً ضمنياً وغير مباشر، والابطال له اثر رجعي ينسحب إلى اللحظة التي صدر فيها هذا الاجراء[٧٦]، فالتحول هنا يفترض بقاء الاجراء الجزائي المعيب قائماً ومرتباً اثاره لحين تطبيق نصوص القانون وتقرير انزال التحول منزلة التطبيق العملي اي يبقى الاجراء في عالم

البناء القانوني سواء كان الاجراء المعيب من نفس نوع الاجراء الجديد أو من نوع اخر[٧٧].

والتحول كما ذكرنا سلفاً يتم استناداً إلى طلب يقدم من جانب الخصم إلى المحكمة، اما إذا لم يرغب الخصم في اثارة هذا الاجراء الجديد، فمن حق الخصم ان يستخدم حقه في الترك، ويترتب على ذلك ان الخصم ليس هو الذي يقوم بعملية تحول الاجراء المعيب بطريقة مباشرة، وانما القاضي هو الذي يقوم بذلك، وقيام القاضي بهذا التحول يستند على المعطيات المادية التي طرحها الخصوم امامه[٧٨]. ويتضح مما تقدم ان أثر تحول الاجراء المعيب تترتب عليه وليس من تاريخ تقديم الاجراء المعيب الذي يتحول فيما بعد[٧٩]، اي إن تحول الاجراء باعتباره كذلك وليس باعتباره كما سبق تقديمه اولاً، وهذا الاثر يبدأ سريانه من تاريخ التحول المعيب ينتج أثره بأثر رجعي وليس بأثر حال.

ثانياً: تكوين اجراء جزائي جديد يختلف عن الاجراء الاصلي.

أما الاثر الاخر الذي يترتب على إعمال التحول فهو نشوء اجراء جزائي جديد يختلف عن الاجراء الاصلي الذي شابة البطلان أو قابل للبطلان وهذا الاجراء الجديد يقوم على إرادة افتراضية يكونها القاضي الذي يحكم بالتحول الاجراء المعيب[٨٠]، وإذا كانت عملية التحول تتم بقوة القانون فإن ظهور الاجراء الجديد يتم ايضا بقوة القانون فلا يحتاج إلى نشاط جديد من اي جهة اجرائية، والاجراء الجديد الذي يظهر في سماء العالم القانوني قد يكون اجراءً جزائياً جديداً قريباً من طبيعة الاجراء الاصلي ولكن يخضع لنظام قانوني جديد خلاف ذلك الذي كان يحكم الاجراء الاصلي[٨١]. فإذا كان هناك محاضر التحقيق الابتدائي تتحول إلى محاضر جمع استدلالات صحيحة التي خضعت لنظام قانوني بعيد عن النظام الذي كان يحكم قواعد التحقيق، وهذا ما يبين ان اثار الاجراء الجديد الصحيح تختلف عن اثار الاجراء الاصلي المعيب، إذ ان اثار الاجراء المعيب تزول بأثر رجعي بمجرد إعمال التحول تبعاً لزوال هذا الاجراء، إذ لا يعقل أن يزول الاجراء المعيب وتبقى اثارة نافذة ومنتجة، فضلاً من ذلك ان التحول يؤدي إلى تكوين اجراء جزائي جديد يكتسب الصحة ويصبح له وجود مستقبل وأثار خاصة به[٨٢].

الخاتمة:ـ

بعد ان انهينا بحثنا هذا، سنعرض لأهم ما خلصنا اليه من استنتاجات وتوصيات وكما يأتي:-

أولاً: الاستنتاجات:

١- لوحظ ان المشرع العراقي لم ينظم في قانون اصول المحاكمات الجزائية حالة تحول الاجراء الجزائي الذي يعتري الإجراء المعيب ولم يبين في نظرية عامة العيب التي قد يصاحب الاجراء الجزائي.

٢- يمكن تحول الإجراء الجزائي المعيب إلى إجراء أخر، فإنه يكون صحيحاً في حالة فيه توافر عناصر هذا الأخير في الإجراء الجزائي المعيب، إلا أن المشرع لم يوضح كيفية قيام ذلك وإثارته.

٣- انه من الضروري تطبيق فكرة تحول الاجراء في نطاق قانون اصول المحاكمات الجزائية، ذلك ان المشرع العراقي عندما اقر نظرية تحول العقد في القانون المدني المادة (١٤٠) منه انما يخلق في الوقت نفسه وسيلة لإنقاذ الارادة، ورفع أثار البطلان عنها وييسر التعامل ويقترب اقتراباً صريحاً من متطلبات الحياة ويسعى إلى تحقيقها، فإذا كان هذا سبباً كافياً لتوضيح التحول في نطاق القانون المدني ومراعاة المصلحة الخاصة، فإنه من باب أولى على المشرع توضيح ذلك في قانون اصول المحاكمات ومراعاة المصلحة العامة، فضلاً عن ذلك فإن التحول يقصد به احترام حكم القانون أو مبدأ المشروعية بالقدر الذي يؤدي إلى التوافق بين هذا الاحترام وبين ضرورة استقرار الأوضاع القانونية التي تترتب على الاجراء الجزائي. ومن وجهة اخرى فإن ما للقاضي من سلطة تقديرية في نطاق الاجراء الجزائي يقضي هو الأخر تضييق مجالات البطلان وتحقيق أثاره في نطاق قانون اصول المحاكمات الجزائية.

٤- ان تحول الإجراء المعيب قد يعتري الإجراء الجزائي في عناصره الموضوعية أو الشروط الشكلية.

٥- للمحكمة السلطة في ان تتمسك بتحول الاجراء المعيب المتعلق بالنظام العام وفرض

الجزاء المترتب عنهُ، ولها استخدام سلطتها هذه في اي مرحلة من مراحل الدعوى. وللخصم الحق في ان يطلب بالتحول نتيجة الضرر الذي يصيبه اذا تعلق البطلان بالمصلحة الخاصة للخصوم، إذ يجب الدفع به قبل النظر للموضوع في الدعوى.

٦- يمكن الحد من أثر الإجراء الجزائي المعيب وذلك عن طريق عملية تحول الاجراء الذي يصاحبه عيب، وتختلف الطرق التي من خلالها تحول الاجراء المعيب، علماً ان المشرع العراقي لم يتطرق إلى تحول الإجراء المعيب فكما ذكرنا في النتيجة الأولى أنهُ لو يتناول حالة تحول الاجراءات الجزائية في قواعد عامة تنظم ذلك.

٧- ان من اثار التحول زوال الاجراء المعيب ومحو أثاره بأثر رجعي، فإذا كان البطلان الذي لحق الإجراء الجزائي الاصلي قد شابه من لحظة وجوده وكان ضرورياً ان يزول هذا الإجراء المعيب من وقت ميعاده فإذا حل محله الاجراء الجزائي الجديد كان لابد ان يكتسب تاريخه ويشغل فراغه وينتج أثره بأثر رجعي وليس بأثر حال.

ثانياً: التوصيات:

١- عدم شمول قانون اصول المحاكمات الجزائية أحكام عامة لفكرة تحول الإجراء الذي يعتري الإجراء المعيب، لذا نأمل من المشرع العراقي عند تعديل قانون اصول المحاكمات الجزائية ان ينص على تحول الإجراء المعيب، وتوضيح البطلان المطلق (المتعلق بالنظام العام) عن البطلان النسبي (المتعلق بمصلحة الخصوم)، وان يكون النص المتعلق بالتحول كالاتي: (إذا كان الإجراء معيباً ووجد فيه عناصر إجراء اخر فإنه يكون صحيحاً باعتباره الإجراء الذي توفرت عناصره. وللمحكمة السلطة في تقدير ذلك).

٢- اعطاء المحكمة السلطة في تقدير بيان أمكانية تحول الإجراء المعيب من عدمه بما لا يخالف النظام العام.

٣- نأمل عدم تدخل رضاء صاحب الأثر الإجرائي (الخصم) أو القاضي في تقرير رجعية الإجراء الجزائي المعيب من عدمه بل يتقرر الأثر الرجعي بقوة القانون، لذا نوصي المشرع العراقي بأن يرتب هذه القاعدة من تلقاء نفسة ودون انتظار لرأي اي جهة سواء أكانت من الخصم أو غيره.

هوامش البحث

(١) ينظر: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، اعداد محمد نعيم العرقسوسي، القاموس المحيط، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥، ص ١٢٧٠.

(٢) ينظر: إبراهيم مصطفى، واخرون المعجم الوسيط، المكتبة الاسلامية، استانبول، دون ذكر سنة الطبع، ص١١٩.

(٣) سورة هود، الآية (٤١).

(٤) ينظر: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، مصدر سابق، ص ١٢٧٠.

(٥) ينظر: السيد محمد حسين الطباطبائي، الميزان في تفسير القران، الجزاء العاشر، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، الطبعة الاولى، بيروت، لبنان، ١٩٩٧، ص ٢١٨.

(٦) ينظر: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، مصدر سابق، ص ١٢٧٠.

(٧) سورة الكهف، الآية (٨٨).

(٨) ينظر: السيد محمد حسين الطباطبائي، الميزان في تفسير القران، الجزاء الثالث عشر، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، الطبعة الاولى، بيروت، لبنان، ١٩٩٧، ص ٣٥٧.

(٩) سورة يوسف، الآية (٧٤).

(١٠) ينظر: أبي الفضل جمال الدين محمد أبن مكرم أبن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الاول، الطبعة الأولى، دار المعارف، القاهرة، مصر، دون سنة نشر، ص ٦١٩، ٦٢٠.

(١١) سورة البقرة، الآية (١٢٣).

(١٢) ينظر: محمد بن جرير الطبري، اعداد بشار عواد معروف وعصام فارس الحرستاني، تفسير الطبري من كتابه جامع البيان عن تأويل آي القرآن، المجلد الاول، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٩٩٤، ص ٣٧٢.

(١٣) ينظر: د. عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقة وقضاء النقض، المجلد الرابع، المكتب الفني للموسوعات القانونية، بدون ذكر الطبعة ولا سنة الطبع، القاهرة، مصر، ص ١٧.

(١٤) ينظر: د. احمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مكتبة النهضة المصرية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، ١٩٥٩، ص٤٥.

(١٥) ينظر: د. سليمان عبد المنعم، بطلان الإجراء الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، بدون ذكر الطبعة، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٥، ص٤٤.

(١٦) ينظر: د. ايمن أحمد رمضان، الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديد للنشر، بدون ذكر الطبعة، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٥، ص ١٨٧.

(١٧) ينظر: د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، النظرية العامة للقاعدة الاجرائية الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، بدون ذكر الطبعة، الاسكندرية، مصر، دون سنة طبع، ص ١٠.

(١٨) ينظر: د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الطبعة الاولى الاسكندرية، مصر، ١٩٥٩، ص٦٩.

(١٩) ينظر: د. حسن علي حسين، الجزاء الإجرائي في قانون الاجراءات الجنائية، منشأة المعارف، دون ذكر الطبعة، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٨، ص٣٥.

(٢٠) ينظر: د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، بدون ذكر المطبعة، الطبعة الاولى، بغداد، العراق، ٢٠٠٠، ص١٣١.

(٢١) ينظر: نص المواد (٤١، ٤٢، ٤٣، ٤٤، ٤٩ /أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ.

(٢٢) ينظر: د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، دون ذكر الطبعة، القاهرة، مصر، ١٩٨١، ص٥٣٣.

(٢٣) ينظر: وعدي سليمان علي المزوري ، الجزاءات الإجرائية دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد ، ٢٠٠٠، ص ٦٠.

(٢٤) ينظر: جواد الرهيمي، احكام البطلان في قانون اصول المحاكمات الجزائية، المكتبة القانونية، الطبعة الثانية، بغداد، العراق، ٢٠٠٦، ص ٣٨.

(٢٥) ينظر: د. ايمن أحمد رمضان، مرجع سابق، ص ١٨٧.

(٢٦) ينظر: د. سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 152، ١٥٦.

(٢٧) ينظر: د. احمد فتحي سرور، نظرية البطلان – مرجع سابق، ص ٤٦.

(٢٨) ينظر: د. محمد علي الكيك، تحول الإجراءات الجنائية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الاولى، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٧، ص ٨١.

(٢٩) ينظر: د. حسن علي حسين، مرجع سابق، ص ٧٦.

(٣٠) ينظر: أسامة عبد الله الكيلاني ، البطلان في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، ٢٠٠٨، ص ١٧.

(٣١) ينظر: نص المادة (١٦٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ، والمادة (٢٢٣) من قانون الاجراءات الجنائية المصري النافذ.

(٣٢) ينظر: نص المادة (١/١٣٠) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ، والمادة (١٥٤) من قانون الاجراءات الجنائية المصري النافذ.

(٣٣) ينظر: د. فتحي والي، مرجع سابق، ص ٧١.

(٣٤) ينظر: د. احمد فتحي سرور، نظرية البطلان – مرجع سابق، ص ٥٠.

(٣٥) ينظر: د. حسن علي حسين، مرجع سابق، ص ١٧٤.

(٣٦) ينظر: د. صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الاردن، ١٩٩٧، ص ٢٠.

(٣٧) ينظر: د. احمد فتحي سرور، نظرية البطلان – مرجع سابق، ص ٣٩١.

(٣٨) ينظر: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، مصدر سابق، ص ٤٥٣، ٩٨٩.
(٣٩) سورة الكهف، الآية (١٠٨).
(٤٠) ينظر: إبراهيم مصطفى، مصدر سابق، ص ٢٠٩.
(٤١) ينظر: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، مصدر سابق، ص ١١٨.
(٤٢) ينظر: إبراهيم مصطفى، مصدر سابق، ص ٦٣٩.
(٤٣) سورة الكهف، الآية (٧٩).
(٤٤) ينظر: السيد محمد حسين الطباطبائي، مصدر سابق، ص ٣٤٣.
(٤٥) ينظر: نص المادة (٢٠ إلى ٢٦) من قانون المرافعات المصري رقم (١٠٣) لسنة ١٩٦٩.
(٤٦) ينظر: د. محمد علي الكيك، مرجع سابق، ص ٤.
(٤٧) ينظر: د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، دار السنهوري، الطبعة الاولى، بغداد، العراق، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
(٤٨) ينظر: مدحت محمد الحسيني، البطلان في المواد الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، بدون ذكر الطبعة، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٦، ص ١٨٦.
(٤٩) ينظر: د. نبيل اسماعيل عمر، اعلان الاوراق القضائية، منشأة المعارف، الطبعة الاولى، الاسكندرية، مصر، ١٩٨١، ص ٢٨٥.
(٥٠- ينظر: د. حسن علي حسين، مرجع سابق، ص ١٧٤.
(٥١) ينظر: د. سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص ١٠٣.
(٥٢) ينظر: د. محمد علي الكيك، مرجع سابق، ص ١٧٧، كذلك انظر د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات / المصادر الادارية للألتزام العقد والأرادة المنفردة، الطبعة الاولى، دون ذكر المطبعة، القاهرة، مصر، ١٩٩٩، ص ٤٠٨.
(٥٣) ينظر: د. فتحي والي، مرجع سابق، ص ٦٥١.
(٥٤) ينظر: د. محمد علي الكيك، مرجع سابق، ص ٢٠٠.
(٥٥) ينظر: د. ايمن أحمد رمضان، مرجع سابق، ص ٦٧٦.
(٥٦) ينظر: د. محمد علي الكيك، مرجع سابق، ص ٢٠٤.
(٥٧) ينظر: نص المادة (٢٤ / الفقرة ٢) من قانون المرافعات المصري رقم (١٣٠) لسنة ١٩٦٩.
(٥٨) ينظر: د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص ٢٠٦.
(٥٩) ينظر: علي سعود داخل ثويني، العيب الجوهري في الإجراء القضائي المدني – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٣، ص ١٣١.
(٦٠) ينظر: د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص ٢٠٩.
(٦١) ينظر: د. ايمن أحمد رمضان، مرجع سابق، ص ٦٧٨.
(٦٢) ينظر: د. نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق، ص ٢٨٣.

(٦٣) ينظر: د. ايمن أحمد رمضان، مرجع سابق، ص ٦٧٨.
(٦٤) ينظر: د. عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص ٤٦٦.
(٦٥) ينظر: عبد الخالق عمران الزبيدي، التعويض عن التوقيف التعسفي، بحثاً قدمه إلى المعهد القضائي منشور على الانترنت في موقع مجلة التشريع والقضاء، على الرابط الألكتروني الآتي http://tqmag.net/body.asp?field=news_arabic&id=1304. رأي القاضي هاشم شاكر محمود الخوام، مدعي عام محكمة الحمزة / القادسية، لقاء خاص معه، ٢٠١٦/٧/١٧.
(٦٦) ينظر: د. سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص ١٠٤.
(٦٧) نقض جنائي ٢٥/ ١١/ ١٩٥٢ س ٤ ص ١٤٦ رقم ٤٠. نقض جنائي ٢٠/ ٢ / ١٩٦١ س١٢ ص ٢٣٣ رقم ٤٠. نقلاً عن د. حسن علي حسين، مرجع سابق، ص ١٧٨.
(٦٨) ينظر: د. نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق، ص ٢٨٥.
(٦٩) ينظر: د. محمد علي الكيك، مرجع سابق، ص ٢٢٣.
(٧٠) ينظر: د. ايمن أحمد رمضان، مرجع سابق، ص ٦٧٨.
(٧١) ينظر: د. محمد علي الكيك، مرجع سابق، ص ٢٠٨، ٢٢٤.
(٧٢) ينظر: د. محمد عبد الله حمود الدليمي، تحول القرار الإداري، الدار العلمي الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الاردن، ٢٠٠١، ص ١٣٠.
(٧٣) ينظر: د. نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق، ص ٢٨٣.
(٧٤) ينظر: د. محمد علي الكيك، مرجع سابق، ص ٢٢٣.
(٧٥) ينظر: د. فتحي والي، مرجع سابق، ص ٦٥١.
(٧٦) ينظر: د. محمد عبد الله حمود الدليمي، مرجع سابق، ١٣٩.
(٧٧) ينظر: د. محمد علي الكيك، مرجع سابق، ص ٢٢٤.
(٧٨) ينظر: د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص ٢٠٩.
(٧٩) ينظر: د. نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق، ص ٢٨٥.
(٨٠) ينظر: د. محمد عبد الله حمود الدليمي، مرجع سابق، ١٤٣.
(٨١) ينظر: د. محمد علي الكيك، مرجع سابق، ص ٢٣٦.
(٨٢) ينظر: د. محمد عبد الله حمود الدليمي، مرجع سابق، ١٤٣.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

أولاً: كتب اللغة وتفاسير القرآن

١- أبي الفضل جمال الدين محمد أبن مكرم أبن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الاول، الطبعة الأولى، دار المعارف، القاهرة، مصر، دون سنة نشر.

٢- إبراهيم مصطفى، واخرون المعجم الوسيط، المكتبة الاسلامية، استانبول، دون ذكر سنة الطبع.
٣- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، اعداد محمد نعيم العرقسوسي، القاموس المحيط، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥.
٤- محمد بن جرير الطبري، اعداد بشار عواد معروف وعصام فارس الحرستاني، تفسير الطبري من كتابه جامع البيان عن تأويل آي القرآن، المجلد الاول، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٩٩٤.
٥- محمد حسين الطباطبائي، الميزان في تفسير القران، الجزاء العاشر، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، الطبعة الاولى، بيروت، لبنان، ١٩٩٧.
٦- محمد حسين الطباطبائي، الميزان في تفسير القران، الجزاء الثالث عشر، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، الطبعة الاولى، بيروت، لبنان، ١٩٩٧.

ثانياً: الكتب القانونية

١- احمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مكتبة النهضة المصرية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، ١٩٥٩.
٢- د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، دون ذكر الطبعة، القاهرة، مصر، ١٩٨١.
٣- د. ايمن أحمد رمضان، الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديد للنشر، بدون ذكر الطبعة، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٥.
٤- جواد الرهيمي، احكام البطلان في قانون اصول المحاكمات الجزائية، المكتبة القانونية، الطبعة الثانية، بغداد، العراق، ٢٠٠٦.
٥- د. حسن علي حسين، الجزاء الإجرائي في قانون الاجراءات الجنائية، منشأة المعارف، دون ذكر الطبعة، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٨.
٦- د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات / المصادر الادارية للألتزام العقد والأرادة المنفردة، دون ذكر المطبعة، الطبعة الاولى، القاهرة، مصر، ١٩٩٩.
٧- د. سليمان عبد المنعم، بطلان الإجراء الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، بدون ذكر الطبعة، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٥.
٨- د. صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الاردن، ١٩٩٧.
٩- د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، بدون ذكر المطبعة، الطبعة الاولى، بغداد، العراق، ٢٠٠٠.
١٠- د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، دار السنهوري، الطبعة الاولى، بغداد، العراق، ٢٠١٥.

١١- د. عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقة وقضاء النقض، المجلد الرابع، المكتب الفني للموسوعات القانونية، بدون ذكر الطبعة ولا سنة الطبع، القاهرة، مصر.
١٢- د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، النظرية العامة للقاعدة الاجرائية الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، بدون ذكر الطبعة، الاسكندرية، مصر، دون سنة طبع.
١٣- د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الطبعة الاولى الاسكندرية، مصر، ١٩٥٩.
١٤- د. محمد عبد الله حمود الدليمي، تحول القرار الإداري، الدار العلمي الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الاردن، ٢٠٠١.
١٥- د. محمد علي الكيك، تحول الإجراءات الجنائية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الاولى، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٧.
١٦- مدحت محمد الحسيني، البطلان في المواد الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، بدون ذكر الطبعة، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٦.
١٧- د. نبيل اسماعيل عمر، اعلان الاوراق القضائية، منشأة المعارف، الطبعة الاولى، الاسكندرية، مصر، ١٩٨١.

ثالثاً / القوانين

١- قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.
٢- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
٣- قانون المرافعات المصري رقم (١٣٠) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٤- قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل.
٥- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.

رابعاً / الرسائل والأطاريح

١- أسامة عبد الله الكيلاني ، البطلان في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني - دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، ٢٠٠٨.
٢- علي سعود داخل ثويني، العيب الجوهري في الإجراء القضائي المدني - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٣.
٣- وعدي سليمان علي المزوري ، الجزاءات الإجرائية - دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد ، ٢٠٠٠.

خامساً / المواقع الألكترونية

- عبد الخالق عمران الزبيدي، التعويض عن التوقيف التعسفي، بحثاً قدمه إلى المعهد القضائي منشور على الانترنت في موقع مجلة التشريع والقضاء، على الرابط الألكتروني الآتي .http://tqmag.net/body.asp?field=news_arabic&id=1304