



YAKIN DOĐU ÜNİVERSİTESİ  
LİSANSÜSTÜ EĐİTİM ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU / ANABİLİM DALI

**IRAK CEZA HUKUKUNDA YASAL ARAMA KONTROLLER  
KARŞILAŞTIRMALI ÇALIŞMA**

HALKAWT ISMAEL MOHAMMED

Yüksek Lisans Tezi

LEFKOŞA  
2021



جامعة الشرق الأدنى  
معهد الدراسات العليا  
كلية الحقوق / قسم القانون العام

الضوابط القانونية للتفتيش في القانون الجنائي العراقي  
دراسة مقارنة

هه لكه وت اسماعيل محمد

رسالة ماجستير

**IRAK CEZA HUKUKUNDA YASAL ARAMA KONTROLLER  
KARŞILAŞTIRMALI ÇALIŞMA**

HALKAWT ISMAEL MOHAMMED

YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ  
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU / ANABİLİM DALI

Yüksek Lisans Tezi

**DANIŞMAN**

**YRD.DOÇ.DR.AHMAD MUSTAFA ALİ**

NICOSIA  
2021

الضوابط القانونية للتفتيش في القانون الجنائي العراقي  
دراسة مقارنة

هه لكه وت اسماعيل محمد

جامعة الشرق الأدنى  
معهد الدراسات العليا  
كلية الحقوق / قسم القانون العام

رسالة ماجستير

بإشراف


الاستاذ المساعد الدكتور احمد مصطفى علي

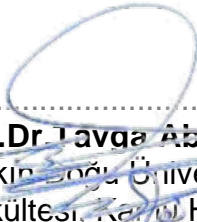
## KABUL VE ONAY

Halkawt Ismael Mohammed tarafından hazırlanan "Irak Ceza Hukukunda Yasal Arama Kontroller - Karşılaştırmalı Çalışma" başlıklı bu çalışma, 14/08/2021 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir

### JÜRİ ÜYELERİ

  
.....  
**Yrd.Doç.Dr.Ahmad Mustafa Ali** (Danışman)  
Yakın Doğu Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü

  
.....  
**Prof.Dr.Sangar Dawood Mohammed Amri** (Başkan)  
Yakın Doğu Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü

  
.....  
**Yrd.Doç.Dr. Lavga Abbas Towfiq**  
Yakın Doğu Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü

.....  
**Prof. Dr. K. Hüsnü Can Başer**  
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü  
Müdürü

## قرار لجنة المناقشة

نحن كأعضاء لجنة مناقشة طالب الماجستير هه لكة وت اسماعيل محمد في رسالته الموسومة بـ " الضوابط القانونية للتفتيش في القانون الجنائي العراقي - دراسة مقارنة" نشهد بأننا اطلعنا على الرسالة وناقشنا الطالب في محتوياتها بتاريخ 2021/08/14، ونشهد بأنها جديرة لنيل درجة الماجستير

### أعضاء لجنة المناقشة

.....  
الاستاذ المساعد الدكتور احمد مصطفى علي (المشرف)  
جامعة الشرق الادنى  
كلية الحقوق، قسم القانون العام

.....  
الاستاذ الدكتور سه نكه ر داود محمد عمرى (رئيس لجنة المناقشة)  
جامعة الشرق الادنى  
كلية الحقوق، قسم القانون العام

.....  
الاستاذ المساعد الدكتورة تافكه عباس توفيق  
جامعة الشرق الادنى  
كلية الحقوق، قسم القانون العام

.....  
الاستاذ الدكتور ك. حسنو جان باشير  
معهد الدراسات العليا  
المدير

## BİLDİRİM

Ben **HALKAWT ISMAEL MOHAMMED** olarak beyan ederim ki **Irak Ceza Hukukunda Yasal Arama Kontroller - Karşılaştırmalı Çalışma**, başlıklı tezi 'Yrd.Doç.Dr.Ahmad Mustafa Ali' nin denetimi ve danışmanlığında hazırladığımı,tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya Sosyal Bilimler Enstitüsünün tez yazım kurallarına bağlı kalarak yaptığımı taahhüt ederim. Tezimin kağıt ve elektronik kopyalarının Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde saklanmasına izin verdiğimi onaylarım.

Bu Tez benim kendi çalışmamdır. Bu tezde yer alan tüm iddia, fikir, yorum, öneri ve çevirilerin sorumluluğu yazar olarak bana aittir.

Bağlı olduğum Sosyal Bilimler Enstitüsü hiçbir koşul veya şart altında, tezin içeriğini ve bilimsel sorumluluğunu taşımamaktadır. Yapılan ve yayınlanan çalışmaların tüm sorumlulukları yazar olarak bana aittir.

- Tezimin tüm içeriğine heryerden erişilebilir.
- Tezimin içeriğine Sadece Yakın Doğu Üniversitesinde erişilebilir.
- Tezimin içeriğine iki yıl boyunca hiçkimse tarafından erişilemez, eğer bu sürenin sonunda sürenin uzatılmasını talep etmezsem, sürenin sonunda tezimin tüm içeriğine heryerden erişilebilir.

Tarih : 14/08/2021

İmza :

Adı ve Soyadı: HALKAWT ISMAEL MOHAMMED

## الاعلان

أنا هه لكه وت اسماعيل محمد، أعلن بأن رسالتي الماجستير بعنوان الضوابط القانونية للتفتيش في القانون الجنائي العراقي - دراسة مقارنة، كانت تحت إشراف وتوجيهات الاستاذ المساعد الدكتور احمد مصطفى علي، ولقد أعددتها بنفسني تماماً، وكل اقتباس كان مقيداً بموجب الالتزامات والقواعد المتبعة في كتابة الرسالة في معهد العلوم الاجتماعية. أؤكد بأنني أسمح بوجود النسخ الورقية والإلكترونية لرسالتي في محفوظات معهد العلوم الاجتماعية بجامعة الشرق الأدنى. هذه الرسالة هي من عملي الخاص، وأتحمل مسؤولية كل الادعاءات والأفكار والتعليقات والاقتراحات والنصوص المترجمة في هذه الرسالة هي مسؤولية المؤلف. معهد العلوم الاجتماعية الذي أنتمي إليه ليس له أي تبعية أو مسؤولية علمية تحت أي ظرف من الظروف، جميع مسؤوليات المصنفات المنشورة المنشورة تخصني كمؤلف.

- المحتوى الكامل لرسالتي يمكن الوصول اليها من أي مكان.
- رسالتي يمكن الوصول اليها فقط من جامعة الشرق الأدنى.
- لا يمكن أن تكون رسالتي قابلة للوصول اليها لمدة عامين (2). إذا لم أتقدم بطلب للحصول على الامتداد في نهاية هذه الفترة، فسيكون المحتوى الكامل لرسالتي مسموح الوصول اليها من أي مكان.

تاريخ: 2021/08/14

التوقيع:

الاسم واللقب: هه لكه وت اسماعيل محمد



## TEŞEKKÜR

Beni bu mesajı tamamlamaya muktedir kılan Allah'a hamd olsun, O'nun celâlinin azametine, O'nun büyüklüğüne ve lütfuna lââyık bir hamd O'na hamd olsun ve O'na hamd olsun. Kredi halkına şükran teşekkürü. (Dr. / Ahmed Mustafa Ali)'ye tezimin güzel denetiminden, bu yolda başarılı olmamda en büyük etkisi olan mübarek çabalarından ve bana verdiği rehberlik ve tavsiyelerden dolayı en içten teşekkürlerimi ve takdirlerimi sunarım. yol.

Ayrıca, kullandığım bazı kaynakların elde edilmesindeki yardımları için sevgili arkadaşım (Hirsh Hama Gharib), avukat ve danışmanım (Ghazi Hamid Al-Zantana) ve avukatım (Salah Farouk Nasreddin)'e en derin teşekkürlerimi ve şükranlarımı sunmaktan onur duyarım. bu mektubu yazarken.

Ayrıca arkadaşşıma (Dr. Hauri Kamal) ve Selahaddin ve Kerkük'teki üniversitelerdeki hukuk fakülteleri kütüphanelerinin kütüphanecilerine ve Kuzey Irak Hükümeti Adalet Bakanlığı Kütüphanesine en içten teşekkürlerimi ve gururumu sunuyorum. , gerekli kaynakları sağlamadaki büyük işbirliği ve yardımları için ve ayrıca eğitimim sırasında tavsiye, bilgi, yardım, destek veya rehberlik olsun, bana bir iyilik yapan herkese teşekkür ederim..

## شكر وتقدير

الحمد لله الذي وفقني لأتمام هذه الرسالة فله الحمد وله الشكر، حمداً يليق بجلال وجهه وعظيم منه وفضله. اعترافاً بالفضل لأهل الفضل. فأنتي أقدم خالص شكري وتقديري لأستاذي الدكتور (الدكتور/ احمد مصطفى علي) لما تفضل به من إشراف على رسالتي وما بذله من جهد مبارك وما أفادني به من توجيهات ونصائح كان لها أبلغ الأثر في إنجازها بهذه الصورة.

كما يشرفني أن أتقدم بفائق الشكر والعرفان الى كل من صديقي العزيز (هيرش حمه غريب) والمحامي المستشار (غازي حميد الزنطنة) والمحامي (صلاح فاروق نصرالدين) لمساعدتهم في الحصول على بعض المصادر التي استعنت بها في كتابة رسالتي هذه.

وكما أوجه بخالص شكري وإعترازي الى صديقي (د. هاوري كمال) والقائمين على مكتبات كليات القانون في الجامعات صلاح الدين وكركوك ومكتبة وزارة العدل في حكومة إقليم شمال العراق، لما أبدوه من تعاون كبير ومساعدة في توفير المصادر اللازمة، وأشكر ايضاً كل من أسدى الى معروفاً أثناء دراستي سواء كان نصيحة أو معلومة أو مساعدة أو دعماً أو توجيهاً

## ÖZ

### IRAK CEZA HUKUKUNDA YASAL ARAMA KONTROLLER KARŞILAŞTIRMALI ÇALIŞMA

Bu araştırmada, 1978 yılı (23) sayılı Irak ceza usul muhakemesi kanunundaki arama konusunun ele alınması bakımından adli kontroller açısından suç araştırma konusu, Mısır, Suriye ve Ürdün dahil olmak üzere Arap ülkelerindeki mevzuatlar ele alınmıştır. Ayrıca araştırmada sanığın arama konusunda yararlandığı hukuki güvencelerin yanı sıra kişi ve yerlerin aranması, özellikle de kadınların aranması konusuna değinilmiştir. Ayrıca araştırmada telefon mesajları ve görüşmelerine el konulmasına da değinilmiştir. Araştırmada bazı sonuçlara ulaşılmıştır. Bu sonuçların en önemlileri şunlardır: Irak hukukunda dar sınırlar içinde ve ciddi suçlarla sınırlı olmak kaydıyla telefon görüşmeleri ve mesajlarına el konulabileceği konusunda hukukçular arasında ortak mutabakat vardır. Çünkü buna bir sınır konulmaması bireylerin özel hürriyetinin ihlal edilmesine neden olur. Ayrıca Irak hukukunda arama için belli bir zaman belirtilmediği görülmüştür. Buna göre arama gece, gündüz, resmi veya bayram tatil günlerinde yapılabilir. Ayrıca Irak hukukunda arama çalışmalarının nasıl yapılacağını düzenleyen Irak ceza usul muhakemeleri kanununun (72 ve 76.) maddelerinde belirtilen genel kurallar dikkate alınmadan yapılan arama çalışmalarının doğruluk derecesi açıklanmamıştır. Araştırmada soruşturma hakimine Mısır ve Suriye hukukunda olduğu gibi bir suç veya kabahatte gerçeğin ortaya çıkarılmasında faydalı olursa postanelerdeki mektup, mesaj ve kolilere el koyması, kablolu ve kablosuz konuşmaları dinleme veya özel bir mekandan yapılan konuşmaların kayda geçirilmesi talimatı vermesine izin verilmesi önerilmiştir. Ayrıca ceza usul muhakemeleri kanununun (75.) madde metninin arama kararını gerekçelendirme koşulunu içerecek şekilde değiştirilmesi, hukuki farklılıkları ve çelişkili yargı uygulamalarını ortadan kaldırmak için Irak hukukundaki ceza usul muhakemeleri kanununa bu konuyu doğru şekilde açıklayan bir madde eklenmesi önerisinde bulunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Teftiş İçin Yasal Kontroller, Muayene Prosedürleri, Prosedürel Koruma, Sanık Teminatları, Adli Denetleme Organı

## ABSTRACT

### LEGAL CONTROLS FOR INSPECTION IN THE IRAQI CRIMINAL LAW COMPARATIVE STUDY

This research deals with the subject of criminal inspection in terms of legal controls, where the study dealt with the subject of inspection in the Iraqi Code of Criminal Procedure No. (23) of 1978, and Arab legislation, including Egyptian, Syrian and Jordanian, as well as the legal guarantees enjoyed by the accused in the subject of inspection, as well as the search of persons and places, in particular the subject of inspection of females, and the study looked at the seizure of letters and telephone calls. The study reached several conclusions, the most important of which is that Iraqi jurisprudence combines the possibility of controlling telephone calls and letters, provided that this is within narrow limits and limited to serious crimes, since its release is an infringement of the freedom of private individuals, and it turns out that the Iraqi legislator did not provide for a specific time for inspection. It may therefore take place at night, day and on any day off or Eid, and the Iraqi legislator has also not indicated the validity of the inspection procedures, which are carried out without taking into account the general provisions of articles (72,76) of the Iraqi Code of Criminal Procedure, which show how these procedures are regulated. The study recommended that the investigating judge be allowed to seize letters, letters and parcels at the offices of the land hand like the Egyptian and Syrian legislators, and order the monitoring of telecommunications talks or recordings of conversations that took place from a private place if it was useful to show the truth in a felony or misdemeanor, and recommended amending the text of article (75) of the Law He also suggested to the Iraqi legislator to add an article in the Code of Criminal Procedure that would accurately clarify this issue in order to put an end to the jurisprudence differences and conflicting judicial applications.

**Keywords:** Legal Controls for Inspection, Inspection Procedures, Procedural Protection, Defendant's Guarantees, Judicial Supervision Body.

## الملخص

### الضوابط القانونية للتفتيش في القانون الجنائي العراقي دراسة مقارنة

يتناول هذا البحث موضوع التفتيش الجنائي من ناحية الضوابط القانونية، حيث تناول الدراسة موضوع التفتيش في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقية رقم (23) لسنة 1978، والتشريعات العربية منها المصرية والسورية والاردنية، كما وتطرق البحث الى الضمانات القانونية التي يتمتع بها المتهم في موضوع التفتيش، وايضا تفتيش الاشخاص والاماكن، وبشكل خاص تطرق لموضوع تفتيش الانثى، كما وبحثت الدراسة عن ضبط الرسائل والمكالمات الهاتفية. وتوصلت الدراسة الى عدة نتائج أهمها: أن الفقه العراقي يجمع على جواز ضبط المكالمات الهاتفية والرسائل، على أن يكون ذلك في حدود ضيقة ومقتصرة على الجرائم الخطيرة نظراً لأن في إطلاقها مساس بحرية الأفراد الخاصة، كما تبين أن المشرع العراقي لم ينص على وقت محدد للتفتيش وعليه يجوز أن يجري في الليل أو النهار وفي أي يوم عطلة أو عيد، وايضا لم يبين المشرع العراقي مدى صحة إجراءات التفتيش التي تتم بدون مراعاة الأحكام العامة التي نصت عليها المادتين (72، 76) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي والتي تبين كيفية تنظيم هذه الإجراءات. وأوصت الدراسة بأن يجيز لقاضي التحقيق بضبط الخطابات والرسائل والطرود لدى مكاتب البريد على غرار المشرعين المصري والسوري، وأن يأمر بمراقبة المحادثات السلوكية واللاسلكية أو إجراء تسجيلات لأحاديث جرت من مكان خاص إذا كان في ذلك فائدة لإظهار الحقيقة في جنائية أو جنحة، كما وأوصت بتعديل نص المادة (75) من قانون أصول المحاكمات الجزائية وجعلها متضمنة شرط تسبب أمر التفتيش، وايضا اقترح على المشرع العراقي إضافة مادة في قانون أصول المحاكمات الجزائية توضح بشكل دقيق هذه المسألة حتى تضع حداً للخلافات الفقهية والتطبيقات القضائية المتضاربة. التفتيش، قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقية، قانون العقوبات العراقي، التحقيق، المحاكم الجزائية.

الكلمات المفتاحية: الضوابط القانونية للتفتيش، إجراءات التفتيش، الحماية الاجرائية، ضمانات المتهم، جهاز الاشراف القضاء

## İÇİNDEKİLER

<b>KABUL VE ONAY</b> .....	
<b>BİLDİRİM</b> .....	
<b>TEŞEKKÜR</b> .....	iii
<b>ÖZ</b> .....	iv
<b>ABSTRACT</b> .....	vi
<b>İÇİNDEKİLER</b> .....	vi
<b>GİRİŞ</b> .....	1
<b>BÖLÜM 1</b> .....	4
Muayene nedir? .....	4
1.1: Denetimin tanımı ve kavramı .....	4
1.1.1: muayenenin tanımı .....	4
1.1.2: Genel muayene ilkeleri.....	6
1.2: Resimler ve muayene amacı.....	9
1.2.1: Muayene resimleri.....	9
1.2.2: Muayenenin amacı.....	12
<b>BÖLÜM 2</b> .....	14
muayene dükkanı .....	14
2.1: insan arama .....	14
2.1.1: vücut muayenesi .....	15
2.1.2: kadın muayene .....	18
2.2: Yerlerin denetimi ve mesajların ve telefon görüşmelerinin kontrolü .....	20
2.2.1: yerleri teftiş .....	20
2.2.2: Mesajları ve telefon denemelerini ayarlama .....	26
2.2.3: Elektronik suçta teftiş .....	28
<b>BÖLÜM 3</b> .....	31
muayenenin geçersiz kılınması .....	31

3.1: Denetimin geçersizliği kavramı, türleri ve prosedürleri .....	31
3.1.1: Geçersizlik denetimi kavramı .....	31
3.1.2: Geçersizlik Denetimi Türleri (Geçerlilik Teorisi) .....	33
3.1.3: Denetimi geçersiz kılma prosedürleri .....	37
3.2: Denetimin geçersizliği ve feragat için ödeme koşulları .....	39
3.2.1: Ödeme koşulları geçersiz denetim prosedürleri .....	39
3.2.2: Geçersizlik incelemesinden feragat.....	41
3.2.3: Arama emrinin sona ermesi .....	42
<b>BÖLÜM 4</b> .....	<b>44</b>
Aramada sanıkların teminatları .....	44
4.1: Sanığın teminatı kavramı .....	44
4.1.1: garanti kavramı .....	44
4.1.2: Sanıktaki menşe kavramı masumiyet ve etkileridir. ....	47
4.1.3: Masumiyet ilkesinin sanıklara etkileri .....	49
4.2: Muayene garantileri .....	51
4.2.1: Resmi denetim garantileri .....	52
4.2.2: Objektif muayene garantileri .....	55
<b>SON</b> .....	<b>58</b>
<b>KAYNAKÇA</b> .....	<b>60</b>
<b>İNTİHAL RAPORU</b> .....	<b>65</b>

## قائمة المحتويات

.....	قرار لجنة المناقشة
.....	الاعلان
ج.....	شكر وتقدير
د.....	الملخص
ه.....	قائمة المحتويات
1.....	المقدمة
4.....	الفصل الاول
4.....	ماهية التفتيش
4.....	1.1: تعريف ومفهوم التفتيش
4.....	1.1.1: تعريف التفتيش
6.....	2.1.1: مبادئ التفتيش العامة
9.....	2.1: صور وغرض التفتيش
9.....	1.2.1: صور التفتيش
12.....	2.2.1: الغرض من التفتيش
14.....	الفصل الثاني
14.....	محل التفتيش
14.....	1.2: تفتيش الاشخاص
15.....	1.1.2: تفتيش الجسم
18.....	2.1.2: تفتيش الانثى



20.....2.2: تفتيش الاماكن وضبط الرسائل والمكالمات الهاتفية

20.....1.2.2: تفتيش الاماكن

26.....2.2.2: ضبط الرسائل والمحادثات الهاتفية

28.....3.2.2: تفتيش في جريمة الالكترونية

**31.....الفصل الثالث**

**31.....بطلان التفتيش**

31.....1.3: مفهوم وانواع واجراءات بطلان التفتيش

31.....1.1.3: مفهوم بطلان التفتيش

33.....2.1.3: أنواع بطلان التفتيش (نظرية البطلان)

37.....3.1.3: اجراءات بطلان التفتيش

39.....2.3: شروط الدفع ببطلان التفتيش والتنازل عنها

39.....1.2.3: شروط الدفع ببطلان إجراءات التفتيش

41.....2.2.3: التنازل عن بطلان التفتيش

42.....3.2.3: انتهاء الامر الصادر بالتفتيش

**44.....الفصل الرابع**

**44.....ضمانات المتهم في التفتيش**

44.....1.4: مفهوم ضمانات المتهم

44.....1.1.4: مفهوم الضمانات

47.....2.1.4: مفهوم الأصل في المتهم البراءة وآثاره

49.....3.1.4: آثار مبدأ الأصل براءة المتهم

51.....	2.4: ضمانات التفتيش
52.....	1.2.4: ضمانات التفتيش الشكلية
55.....	2.2.4: الضمانات الموضوعية للتفتيش
58.....	الخاتمة
60.....	المصادر
65.....	تقرير الاستيلاء

## المقدمة

أولاً: مدخل تعريفي بموضوع الدراسة:

من أكثر المشكلات المتعلقة بكشف الجريمة ومرتكبها هي مشكلة التفتيش وكيفية اجرائها من ناحية العملية، لذلك تحتكم هذه الدراسة الحالية الى إجراء دراسة رصينة ومعقدة حول موضوع التفتيش وكيفية تبني حلول وحيثيات لمشاكل الموجودة حول التفتيش من ناحية افتقار النصوص لقانونية في هذا المجال، والمقصود بالافتقار هنا ليس عدم وجود تشريع أو تشريعات خاصة بموضوع التفتيش وإنما عدم تغطية جميع الجوانب المتعلقة بهذا الموضوع، خاصة من ناحية تعريف شامل وواضح للتفتيش، حيث لم تعرف أغلب لقوانين الإجرائية التفتيش ومنها قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقية رقم (23) لسنة 1978 وأغلب التشريعات العربية، كالتشريع السوري والأردني وهو نفس الموقف بالنسبة للمشرع الفرنسي، حيث يعتبر البحث عن الأشخاص أو الأماكن عملاً من أعمال التحقيق، ولا يجوز اتخاذ مثل هذا الفعل أو الجنحة إلا بأمر من قاضي التحقيق ثم بناءً على تهمة ارتكاب جنائية أو المشاركة في ارتكاب جنائية ضد من يعيش في المنزل محل التفتيش. ، بمعنى آخر إذا كانت هناك طرق أخرى يمكن بواسطتها الحصول على الأشخاص المراد الحصول عليها فيجب سلوك هذه الطرق المسودة فيجب أولاً الأمر بتسليم هذه الأشياء والامتنال طوعية وعدم الامتنال يجوز الأمر بالتفتيش، لذا أجرت محاولات عديدة من قبل المختصين في مجال التشريع لأيجاد إطار قانوني لموضوع التفتيش حيث بدء المشرع العراقي الى وضع خطوات تدريجية لدرج تفتيش كأحد من مراحل عن كشف الجريمة، فالنصوص في القانون اصول المحاكمات الجزائية التي تم رصدها من قبل هؤلاء المشرعون بلورت حالة من الافادة في مضامينها إصدار فصل خاص أو قانون خاص بالتفتيش، فضلاً عن إصدار قوانين مغايرة تعالج الكثير من المشاكل مرحلة تحقيق، لأن بعد ازدياد حجد ونوع الجرائم في سنوات الأخيرة من الضروري إيجاد حلول لمشاكل العالقة في مرحلة التحقيق ومنها التفتيش.

ثانياً: مبررات اختيار موضوع الدراسة:

قمنا باختيار هذا الموضوع لكونه من المواضيع المهمة ذات الصلة مباشرة بحقوق الافراد الشخصية، وعادة يستغل التفتيش على نحو سئ من قبل السلطات في الدول المتخلفة أو الدول التي ليس لها نظام قانوني صارم، ويعتبر العراق من الدول التي لا يوجد فيه نظام قضائي مستقل بسبب تدخلات السلطة التنفيذية وذلك بسبب الظروف السياسية التي مر بها العراق عبر فترات مختلفة.

ثالثاً: أهمية موضوع الدراسة:

تكمن أهمية موضوع هذه الدراسة في ان التفتيش تمس جوانب انسانية وقانونية مهمة في حياة المواطنين والسلطة القضائية والجهات التنفيذية ايضا، فهو حلقة وصل بين هذه الجهات الثلاثة، لذا كان من الضروري البحث في هذا الموضوع.

رابعاً: أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى البحث في موضوع الضوابط القانونية للتفتيش في القانون الجنائي العراقي، ومعرفة مدى تطبيق القانون في التفتيش من الناحية الشكلية والموضوعية في العراق والدول المقارنة (الاردن، مصر، وسوريا)

خامساً: إشكالية الدراسة:

تكمن إشكالية الدراسة في ان هل في التفتيش ضمانات للمتهم؟ وهل ان هناك فرق بين التفتيش للذكر والانثى في القانون العراقي؟ وما هي الاجراءات الشكلية والموضوعية للتفتيش في القانون الجنائي العراقي؟

سادساً: نطاق الدراسة:

هناك نطاق زمني ومكاني للدراسة، في النطاق الزمني قمنا بدراسة الحالة العراقية من سنة 1971 وذلك استنادا الى قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1971، أما النطاق المكاني، فقمنا بدراسة العراق كموضوع الدراسة الاساسية بالمقارنة مع مصر والاردن وسوريا.

سابعاً: فرضية الدراسة:

نفرض الدراسة بأن التفتيش في العراق فيه نواقص وثغرات قانونية مما يجعله مشوباً بعيوب اجرائية والتي تجعل من هذه الاجراءات سبباً لخرق الحقوق الشخصية للأفراد.

ثامناً: الدراسات السابقة:

في مجال هذا الموضوع هناك مجموعة من الدراسات نذكر منها:

1. دراسة: أحمد محمد فهد الطويلة، بعنوان: بطلان إجراءات التفتيش في القانونين الاردني والكويتي، دراسة مقدمة الى جامعة الشرق الاوسط، الأردن، 2011.

2. دراسة: ره ندان خليل إسماعيل، بعنوان: احكام التفتيش في القانون العراقي، دراسة مقدمة الى جامعة صلاح الدين، كلية القانون والعلوم السياسية، أربيل، العراق، 2010.

**3.** دراسة: زينب ابراهيم حسين، بعنوان: احكام التفتيش في التشريع العراقي، دراسة مقدمة الى جامعة صلاح الدين، كلية القانون والعلوم السياسية، أربيل، العراق، 2017.

تاسعا: منهجية الدراسة:

اتبعنا المنهجية المقارنة وذلك بمقارنة الضوابط القانونية للتفتيش بعدة دول عربية كمصر والاردن وسوريا، كذلك تبيننا المنهجية التحليلية وذلك بتحليل النصوص القانونية في موضوع التفتيش.

عاشرا: خطة الدراسة:

قمنا بتقسيم الدراسة بالشكل الرقمي وذلك بتقسيمها الى مقدمة واربعة فصول رئيسية، في الاول منها تكلمنا عن ماهية التفتيش، وفي الفصل الثاني تناولنا محل التفتيش، أما في الفصل الثالث فقمنا بالبحث في موضوع بطلان التفتيش، وفي الفصل الرابع تحدثنا عن ضمانات المتهم في التفتيش.

## الفصل الاول

### ماهية التفتيش

التفتيش هو أحد الإجراءات المتخذة من قبل جهة مخولة قانونياً للاطلاع على الأدلة أو البيانات التي يخلفها عادة المجرمون في مسرح الجريمة. وبما أن التفتيش يحدث في مكان له حرمة خاصة فلذلك يستوجب الحصول على إذن قانوني لغرض تنفيذه. نستعرض في هذا الفصل مطلبين، المطلب الأول تعريف التفتيش والمطلب الثاني المبادئ العامة للتفتيش.

#### 1.1: تعريف ومفهوم التفتيش

لا شك أن العلماء والمشرعين القانونيين لديهم مجموعة من التعريفات للتفتيش، تمامًا مثل المبادئ العامة للتفتيش، لذلك قمنا بتسليط الضوء على هذين الموضوعين في فرعين منفصلين..

##### 1.1.1: تعريف التفتيش

هناك العديد من التعريفات والسوابق القانونية للتفتيش، وعلى الرغم من اختلاف صياغة هذه التعريفات، إلا أن المعنى هو نفسه تقريباً، لأن منطلق التعريف هو بالطبع مفهوم عميق وفهم للإجراء، وهو أحد أهم إجراءات التحقيق. وللحصول على تعريف شامل وكامل للتفتيش الجزائي:

أولاً: تعريفه لغةً واصطلاحاً: تفتيش (مصدر) فعله (فَتَّشَ / فَتَّشَ عَلَى / فَتَّشَ عَنْ / فَتَّشَ فِي)، والتفتيش يعني الطلب والبحث (1).

ثانياً: التعريف الفقهي للتفتيش:

(1). ابن منظور، لسان العرب، ج10، ط3، دت، ص157.

تعددت اجتهادات الفقه في تعريف التفتيش، حيث عرف على أنه: إجراءات التحقيق التي تنفذها الهيئات المنصوص عليها في القانون إلى إيجاد أدلة مادية على جريمة أو جنحة مؤكدة في مكان معين.، يتمتع بالحرمة وبغض النظر عن إرادة صاحبه. وجادل آخرون بأن هذا أحد إجراءات التحقيق المصممة لإيجاد أدلة على جرائم فعلية من خلال البحث عن أدلة في محطة المرور، سواء كانت ضد المتهم نفسه أو في منزله، دون منعه من أداء الإدارة، كما عرف بأنه إجراء تحقيق يقوم به موظف مختص للبحث عن أدلة مادية لجناية أو جنحة وذلك في محل خاص أو لدى شخص وفقاً للأحكام المترددة قانوناً وعرف بأنه إجراء من إجراءات التحقيق يباشر من مختص عند وقوع جنائية أو جنحة للبحث عن أدلة الجريمة متى استلزمت ضرورة التحقيق ذلك ويباشر في محل له حرمة سواء رضي به من يباشر حياله أو لم يرضى ونجد أن التعاريف المذكورة أبرزت العناصر الجوهرية التي يقوم عليها التفتيش من حيث طبيعته في أنه إجراءات التحقيق يهدف إلى التوصل إلى أدلة إجرامية وقد يقوم به موظف مختص أو أي سلطة يحددها القانون والغرض منه العثور على أدلة مادية على جنائية أو جنحة في مكان خاص أو لدى شخص وفقاً للقانون. (2).

ثالثاً: تعريف التفتيش اصطلاحاً:

لم تُعرف أغلب القوانين الإجرائية التفتيش، ومنها قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقية رقم (23) لسنة 1978 وأغلب التشريعات العربية، كالتشريع السوري والأردني، وهو نفس الموقف بالنسبة للمشرع الفرنسي، إلا إن المشرع المصري قد عرف التفتيش أنه قد تم ذكر التفتيش الخاص بالمنازل في قانون الاجراءات الجنائية وذلك في نص المادة (91) بأن ( تفتيش المنازل عمل من أعمال التحقيق ولا يجوز الإلتجاء إليه إلا بمقتضى أمر قاضي التحقيق بناءً على إتهام موجه إلى شخص يقيم في المنزل المراد تفتيشه بارتكاب جنائية او جنحة أو بإشتراكه في ارتكابها أو إذا وجدت قرائن تدل على أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة...) وأمام خلو معظم التشريعات الإجرائية من تعريف للتفتيش، فقد تعددت التعريفات التي أوردها الفقه له. وعرف ايضاً بأنه (إجراءات التحقيق تقوم به سلطة مختصة قانوناً بهدف أو لدى شخص وفقاً لأحكام القانون). وعرفه البعض الآخر بأنه (إن التفتيش يعد إجراء من ضمن إجراءات التحقيق والذي يهدف للحصول على أدلة لجريمة تم ارتكابها، وهذا البحث الذي أجرى على المتهم أو في منزله) (3).

(2). أحمد محمد فهد الطويلة، بطلان إجراءات التفتيش في القانونين الاردني والكويتي، جامعة الشرق الاوسط، 2011، ص 43.

(3). د. طلال البدراني، أسراء هادي، التفتيش واحكامه في قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي، السنة 2009، ص 251.

(لقد منح القانون الأشخاص ومنازل أو أي محل تحت حيازتهم كالمكتب ومحل التجارة والبستان والحضيرة والمحل والسيارة والقارب... الخ)، وكل الخصوصيات الأخرى حماية ضد التفتيش الا فيما ينص عليه القانون، فلا يجوز دخول ملك الغير إلا بأذنه (4).

ونحن نرى ان التفتيش هو استكشاف في محل أو إنسان أو مكان أو شيء مادي أو غير مادي - كالمكالمات الهاتفية والرسائل الإلكترونية - والاطلاع على ما يحتويه، والقصد منه في التحقيق الابتدائي هو الكشف عن أدلة جريمة وقعت أو القبض على فاعلها أو تفادي جريمة قد تقع أو إنقاذ شخص أو حماية مال أو استرداده.

### 2.1.1: مبادئ التفتيش العامة

هناك عدد من القواعد والمبادئ العامة في التفتيش خصصها المشرع للتحكم بها، والتفتيش يجب أن يحتوي على ضمانات تمنع التعسف فيه. ويتم بشروط تؤمن فيها حقوق الآخرين وتراعى بقدر الإمكان حرمة الأشخاص والمسكن. ومن هذه القواعد التي وضعها المشرع:

"لابد لإجراء التفتيش أن يكون هناك جريمة قد وقعت بالفعل، وأن يكون هناك دلالات تكفي لتوجيه الاتهام الى شخص ما، فهو اجراء يتم اجراءه فقط اذا استند على اسباب قوية وقرائن واضحة تسمح بهتك حرمة المسكن أو حرية الشخص " (5).

إن المشرع العراقي منفق مع المشرع المصري والأردني اذ اجاز التفتيش في جرائم الجنايات والجنح فقط ولم يجيز إجراءات التفتيش في المخالفات والجرائم البسيطة كما تنص المادة 79 من قانون الإجراءات الجنائية على أنه: "يجوز للمفتشين أو ضباط الضبط القضائي تفتيش الأشخاص المقبوض عليهم في القضايا التي يمكن القبض عليهم بموجب القانون في حالة الجناية أو الجنحة العمدية بشكل صارخ، يمكنه أن يفتش منزل المدعى عليه أو أي مكان يمتلكه ويصادر الأشخاص أو المستندات أو الأشياء التي تساعد في الكشف عن الحقيقة، إذا كان هناك قرينة قوية واضحة" (6). ومن شروط هذه المادة وقوع الجريمة من نوع الجنايات والجنح بموجب هذه المادة لا يجوز إجراء التفتيش في جرائم المخالفة. فلا يجوز تفتيش أي شخص أو تفتيش منزل أو تفتيش أي ملكية إلا في الحالات التي قد بينها القانون، ويجب أن يقوم بالتفتيش المحقق أو يقوم به قاضي التحقيق أو الشخص الذي مخول بأمر من القاضي او مخول من القانون بإجراء التفتيش. ولكن يلاحظ أن القانون أجاز

(4) عمار حسن مهوال الفتلاوي، اختصاصاته في قانون اصول المحاكمات الجزائية، العراق كربلاء المقدس سنة 2015، ص126.

(5) ره ندان خليل اسماعيل، احكام التفتيش في القانون العراقي، جامعة صلاح الدين، كلية القانون والعلوم السياسية، 2010 – اربيل، ص8

(6) قانون رقم (23) لسنة 1971 المعدل في قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقية .



التفتيش لأي مكان دون الرجوع للشروط السابقة في حالة حدوث حريق أو حدوث غرق أو ما شابه من ضرورة. ونعتقد إن الدخول إلى منزل ما من أجل تقديم المساعدة في حالة الضرورة لا علاقة له بمسألة التفتيش القضائي وتخرج عن مفهومها اصلاً<sup>(7)</sup>.

وتنص مادة (73) في قانون أصول المحاكمات الجزائية أنه لا يتم تفتيش أي شخص أو تفتيش منزله أو أي مكان يملكه الشخص إلا بعد الحصول على أمر من السلطة القانونية.

3. الأشخاص أو الأماكن التي يجوز تفتيشها: يجوز دخول المنزل وتفتيشه في حالة إذا كان الشخص مشتبه فيه بفعل لجرم مثل ما هو مبين في المواد (75) كما أن للقاضي المسؤول عن التحقيق أن يقرر تفتيش أي شخص أو تفتيش منزله أو تفتيش أي مكان آخر في حيازته إذا كان متهما بارتكاب جريمة<sup>(8)</sup>.

لقد أجاز المشرع في هذه المادة تفتيش أي شخص سواء كان متهماً بالقضية التي يجري التفتيش من أجلها أم لا، إذا كان من الممكن أن يؤدي بحثه إلى وجود وثائق أو أسلحة أو معدات أو أي أشياء لها علاقة بالجريمة التي يجري التحقيق فيها. كما أجاز في هذه المادة تفتيش أي منزل سواء كان ذلك المنزل عائداً للمتهم نفسه أو منزل أي شخص آخر أو أي مكان في حيازتهم إذا كان تفتيش ذلك المنزل أو المكان من الممكن أن ينتج عنه وجود أوراق أو أسلحة أو آلات أو أي أشياء لها علاقة بالجريمة التي يجري التحقيق فيها أو وجود أشخاص مشتركين في الجريمة تم حجزهم دون حق كالمختطفين مثلاً.

المادة (76) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي تنص على ما يلي: "إذا رأى قاضي التحقيق، بناء على معلومات أو افتراض، أن المنزل أو أي مكان آخر يستخدم لتخزين أو بيع الأموال المسروقة، أو أن هناك أشياء تم ارتكاب جريمة بها، أو أن هناك شخص بريء تم القبض عليه أو شخص ارتكب جريمة، فيمكنه أن يقرر تفتيش المكان واتخاذ الإجراءات القانونية بشأن هذه الأموال والأشخاص، بغض النظر عما إذا كان المكان محاذ من قبل المدعى عليه أو شخص آخر".

فالمسكن: يمكن تعريفه بأنه بيت الأشخاص أو محل المخصص لسكن عائلته أو أحد ملحقاته، فهو مكان يقيم فيه الشخص سواء لوحده أو مع عائلته ويمارس فيه حياته، وخصوصياته، وهو المكان الذي تم إعداده لهذا الغرض ولا يشترط الإقامة الدائمة فيه<sup>(9)</sup>.

(7) د. وعدي سليمان علي المزوري، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية نظرياً وعملياً، ص137

(8) قانون رقم (23) في قانون اصول المحاكمات الجزائية لسنة 1971.

(9) عبد السلام موعد الاعرجي، شرح اصول المحاكمات الجزائية العراقي، طبعة الاولى، بغداد، لسنة 2020 ص138-139.

4. لا يجوز اللجوء إلى التفتيش ابتداءً: ونقصد بذلك إنه إذا كانت هناك طرق أخرى يمكن بواسطتها الحصول على الأشياء المراد الحصول عليها فيجب سلوك هذه الطرق المسدودة فيجب أولاً الأمر بتسليم هذه الأشياء والامتنال طوعياً وعدم الامتنال يجوز الأمر بالتفتيش. تنص المادة (74) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي على ما يلي: "إذا وجد قاضي التحقيق أن لدى شخص ما شيئاً أو مستندات مواتية للتحقيق، يجوز له أن يأمر كتابياً بتقديمها في موعد محدد، إذا اعتقد أنه لن يفعل ذلك". الامتنال للأمر أو يشعر بالقلق من تهريبهم، فيجوز له تقدير إجراءات البحث.. ومن أسباب طلب البحث، البحث عن الأدلة والأشياء التي لها أساس أو علاقة بالجريمة المرتكبة وضبطها واعتبارها أدلة تسهل التحقيقات ولها تأثير على مراجعة قضايا الملاءمة. وتبين الأدلة المقدمة إلى المحكمة المختصة أنه لا يكفي اتخاذ القرار المناسب بناءً على الظروف المحددة، لذلك وحسب نص هذه المادة إذا وجد قاضي التحقيق أن لدى شخص ما أشياء أو مستندات قد تكون مفيدة للتحقيق فله ان يأمر كتابياً بموجب قرار يسطر كتابياً في الدعوى بتقديمها في ميعاد معين يحدده له قاضي التحقيق فإذا اعتقد القاضي إذا لم يمتثل الشخص للأمر أو كان خائفاً من التهريب، فيمكنه أن يقرر التحقق وفقاً للبنود التالية والتي سوف يتم شرحها لاحقاً وضبط تلك الأشياء أو الأوراق لما لها من أهمية في حسن سير التحقيق خوفاً من عدم إمكانية ضبطها لاحقاً(10).

5. يجب هناك فوائد محتملة يتم الحصول عليها من خلال التفتيش، وإلا فإن الفحص تعسفي، والقاضي هو الذي يقدر هذه الفائدة غير إن عليه ألا يغالي في التعسف باستعمال هذا الحق أو التوسع فيه مالم يكون هناك سبب جدوى لاستعماله أي إجراء التفتيش قد يعود بالفائدة على التحقيق. ويصبح عملاً تعسفياً إن كان لا يجدي منه أي نفع (11).

6. يجب عليه أن يهدف التفتيش إلى مصادرة المواد أو الأشياء المتعلقة بالجريمة التي تساعد في كشف الحقيقة، إذا كان البحث مسموحاً فقط بتفتيش العناصر التي يتم البحث عنها. فإذا أصدر القاضي أمره بتفتيش منزل المتهم للبحث عن السلاح الذي قتل به المجنى عليه فعلى القائم بالتفتيش والبحث والتحري عن هذا السلاح غير إن القانون أجاز ضبط الأشياء التي تشكل بحد ذاتها جريمة ما أو التي تفيد في اكتشاف جريمة أخرى فيما لو تم العثور عليها من قبل القائم بالتفتيش عرضها (12).

(10)المصدر نفسه،137-138.

(11)زينب ابراهيم حسين، احكام التفتيش في التشريع العراقي، جامعة صلاح الدين كلية القانون والعلوم السياسية، 2017 – اربيل، ص706.

(12) . رزكار قادر، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية2003، ص193-194.

ورد هذا الموضوع في المادة (79) من قانون أصول المحاكمات الجزائية (يمكن للمحققين أو الشخص المخول بأمر قضائي إجراء تفتيش في الحالات التي يمكن فيها توقيف الشخص المقبوض عليه وفقاً للقانون. في حالة الجناية أو الجنحة العمدية بشكل صارخ، يمكنه تفتيش منزل المدعى عليه أو أي مكان يمتلكه ومصادرة الأشخاص أو المستندات أو الأشياء التي تساعد في الكشف عن الحقيقة، إذا كان واضحاً من الافتراض).<sup>(13)</sup>.

أجاز القانون في هذه المادة للمحقق أو القائم بالتحقيق من أعضاء الضبط القضائي الذين يقومون بتفتيش المقبوض عليه في الأحوال التي قد أجاز فيها القانون القبض عليه وهي الحالات التي كلف بها أعضاء الضبط القضائي بالقبض على من تم إصدار أمر بالقبض عليه من سلطه مختصه أو كان حاملاً سلاحاً ظاهراً أو مخبأً خلافاً وذلك وفقاً لأحكام القانون، كما أنه قد أجاز القانون حسب نص هذه المادة في حال وقوع الجناية أو الجنحة العمدية المشهوددة أن يتم تفتيش المنزل أو أي مكان يتم فيه ضبط الأشخاص أو الأشياء التي تساعد في الكشف عن حقيقة الجريمة، هنا، تتشابه عمليات الاعتقال والتفتيش بشكل طبيعي لمنع المدعى عليه من الخطر والقبض على الأشياء المتعلقة بالجريمة.<sup>(14)</sup>.

## 2.1: صور وغرض التفتيش

يمكن تقسيم هذا المبحث الى مطلبين في المطلب الأول صور عامة للتفتيش وفي المطلب الثاني غرض التفتيش، على النحو التالي

### 1.2.1: صور التفتيش

أولاً: التفتيش الجنائي:

هو البحث عن الجريمة وأدلتها ومرتكبها في الأماكن التي لها حرمة ويعتبر من أعمال التحقيق الابتدائي بقدر ما يجب تسجيلها أو إبقائها سرية عن الجمهور، فإن ذلك يعتمد على جميع الميزات التي تحكم إجراء التحقيق الابتدائي فهي تخص بالقيام به سلطة التحقيق الابتدائي وفق ضوابط وشروط فهو وسيلة الغاية منها كشف جريمة وقعت وإثبات دلالتها وليس وسيلة لمنع وقوع الجريمة. ولذا لا يجوز إجراؤه في مخالفة. هو إجراء تقوم به سلطة التحقيق بقرار قضائي بقصد الكشف عن أي شيء له علاقة بالجريمة المرتكبة، ويكون التفتيش أما دخول المنزل أو تفتيشه والفرق بينهما دخول المنزل بقصد النجدة من الجريمة أو قد يكون بقصد القبض

(13). قانون (23) مادة رقم (79) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي لسنة 1971 .

(14). عبد السلام موعد الاعرجي، مصدر سابق - ص 140-141.

على المتهم. فهو البحث عن الأدلة والحقيقة ولا يجوز التفتيش إلا بوجود جريمة. يجب على المحققين اتخاذ الاحتياطات قبل بدء البحث لمنع إخفاء العناصر المطلوبة:

1. تقديم عملية التفتيش في سرية تامة واختيار الوقت المناسب.
2. مراقبة المكان المراد تفتيشه من الخارج ومن جميع الجهات، ولا يوجد مصور يساعد في ضبط الأشياء لتجنب التهريب.
3. منع الأشخاص من دخول وخروج الموقع الذي يتم البحث عنه.
4. ترتيب الأشخاص الموجودين في مكان واحد للتحضير للتفتيش (15)

ثانياً: التفتيش الإداري:

وهو الذي يهدف إلى تحقيق أغراض إدارية الغرض من السلوك ليس له علاقة بكل أدلة جريمة معينة، ولا يدخل في نطاق التحقيق، ولا يعتبر تفتيشاً بالمعنى القانوني. ولا يشترط لاتخاذ جريمة معينة كما إنه لا يشترط صفة قاضي تحقيق أو المحقق أو عضو الضبط القضائي فمن يقوم له ولكنه متى يؤثر صحيحاً و اسفر عن دليل صح الاستناد اليه (16).

التفتيش الإداري هو تفويض المشرع للموظفين العموميين بتفتيش شخص في ظروف معينة للتحقيق فيما إذا كان قد ارتكب جريمة، وبالتالي فهو إجراء وقائي لتحقيق أغراض إدارية معينة تنص عليها القوانين أو اللوائح. إن إدارة التفتيش، التي أنشأها صاحب العمل، لا تعتبر تفتيشاً بالمعنى الدقيق للكلمة، والغرض منها ليس العثور على أدلة، ولكن تنفيذ العمل بشكل صحيح (17).

ويجوز تعريف التفتيش الإداري بنص القانون على أنه نوع من التدبير الاحترازي لمنع وقوع الجرائم أو ضبطها، إذا كانت قد وقعت، وقد تمليه الظروف ذلك بالضرورة. ومن أمثلة التفتيش الذي نص عليه قانون تنظيم السجون العراقي رقم 151 لسنة 1969 وبموجب هذا القانون، يحق لمسؤولي السجون وحراسهم تفتيش أي سجين في أي وقت، وتفتيش ملابسه وأمتعته وغرفته، ومصادرة أي أشياء ممنوعة أو مواد أو أشياء قد تكون بحوزته ولا تجيز له نظم و تعليمات السجون حيازتها أو إحرازها وكذلك تفتيش زوار السجناء

(15) ازاد احمد محمد، مند عثمان ابراهيم، الوجيز في الاجراءات القانونية للدعوي الجزائية والتطبيقات القضائية، مكتبة تباي، اربيل، 2021، ص156.

(16) قيس التميمي، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971، ص180.

(17) د. مأمون محمد سلامة، اجراءات الجنائية في التشريع المصري ، ص297.

ويعتبر من التفتيش الإداري ما يجريه أعضاء الضبط القضائي العسكري كل في دائرة اختصاصه من عمليات تفتيش الأشخاص الذين يدخلون أو يغادرون المناطق العسكرية، وتفتيش الأشخاص والأمتعة في الدوائر الجمركية عند الدخول والمرور عبر الجمارك وفقاً للوائح الجمركية فقد قضت محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها : "يعتبر المسؤولون الذين يقومون بتفتيش الأشخاص الذين يغادرون البلاد بحثاً عن أسلحة وذخائر ومتفجرات للتأكد من سلامة الطائرة وركابها من الحوادث الإرهابية إجراءات إدارية وقائية وليس عملية تحقيق. الاعتماد على الأدلة الناتجة يسمح بالكشف عن أدلة الجرائم المعاقب عليها بموجب القانون العام من هذا التفتيش" (18).

ثالثاً: التفتيش الوقائي:

التفتيش، كإجراء تحقيق، يختلف عن التفتيش الوقائي، لأن الغرض من الأول هو العثور على أدلة على جريمة معينة، في حين أن التفتيش الوقائي هو إجراء للشرطة يهدف إلى حرمان شخص ما من الأسلحة أو الأدوات التي قد تكون بحوزته. لمهاجمة الآخرين أو الاعتداء على نفسه. عمليات التفتيش الوقائي ذات طبيعة خاصة وهي مصممة لتجريد الأفراد من ما يحملوه أو يكون في حوزتهم. كما يجب إجراء التفتيش الوقائي من قبل الموظفين القضائيين عند إحضار المتهم إلى مركز الشرطة، وذلك حسب الحالة، وهو يقوم به في مواجهة الأشخاص، ممن يتعرض للمساس بحريتهم الشخصية، وهي تقوم على فكرة الضرورة، وطالما بقيت في حدود الغرفة، فإنها تظل قانونية. أي أنه يقتصر على التحقيق في وجود الخطر، وبالتالي إذا تسبب هذا الموقف في ارتكاب جريمة على الفور، فقد لا يكون للمأمور القضائي أي نوايا أخرى غير نزع السلاح الهجومي. وفي مثل هذا الوضع تكون وسيلة مأمور الضبط القضائي التي كشفت عن الجريمة المتلبس بها وسيلة المشروعة (19). في الواقع، يبحث الأشخاص عن هدف من غرضين. يمكن استخدامه كواحد من إجراءات التحقيق لأدلة جنائية محددة، أو يمكن أن يكون إجراء تم اتخاذه من منطلق الاحتياجات الأمنية للحفاظ على سلامة الشخص الذي يتم تفتيشه أو الأشخاص الآخرين الذين يستخدمونه للاعتداء على أنفسهم أو على الآخرين. (20).

(18) قيس التميمي، مصدر سابق، ص181.

(19) . احمد محمد فهد الطويلة، مصدر سابق، ص 38.

(20). د. سامي الحسني، النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن، 1972م، ص73.

عندما يتعامل القانون مع أحكام التفتيش، يتم توفير عمليات التفتيش بشكل منفصل للغرض الأول. أما التفتيش بالمعنى الثاني فهو نطاق لا يختلط بالقانون. التفتيش، لأنه ليس عملاً استقصائياً، بل إجراء وقائي للتغلب على مقاومة من يقعون عليه، ولهذا يستخدم المصطلح على تسميته بالتفتيش الوقائي (21).

يعتبر التفتيش الوقائي قانونياً، فإذا نتج عنه ضبط مواد ممنوعة كمخدرات، أو أسلحة نارية غير مصرح بها، فعندئذ يكون الحجز نافذاً لأنه تم في مسرح الجريمة (في حالة تلبس). ويستند التفتيش من حيث الأصل إلى فكرة الضرورة، باستثناء غياب الأسلحة الهجومية، لا يُسمح لمسؤولي الوقاية والمكافحة بأي معنى آخر. ومع ذلك، إذا وجد التفتيش الوقائي عن طريق الخطأ أي دليل أو عناصر محظورة أو تساعد في الكشف عن الحقيقة، فسيقوم ضابط الرقابة الوقائية بمصادرتها. (22).

#### رابعاً: التفتيش الاستثنائي

الأصل هو أن أجهزة الرقابة القضائية ليس لها الحق في إجراء عمليات التفتيش، لكن المشرعين يسمحون لها بإجراء عمليات التفتيش في نطاق ضيق، فالمادة 33 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني تسمح للمدعي العام بأن يكون مسؤولاً قضائياً، باستثناء رئيس المركز الأمني والشرطة في المركز دون وكيل نيابة، الحق في تفتيش مسكن المتهم دون سكن أشخاص آخرين، وكذلك الجنايات المشينة وغيرها من الجرائم، كما يسمح له ولأعضاء الضبط القضائي المذكورين بالقبض على كل من كان في مكان ارتكاب جريمة يعاقب عليها القانون، بشرط وجود قرينة قوية ضده، ويمكنه تفتيش المتهم المقبوض عليه وفق القواعد العامة (23).

### 2.2.1: الغرض من التفتيش

للتفتيش عدة أغراض منها ضبط الأشياء المنقولة التي توجد عرضاً أثناء التحقيق حيث تُعرّف المادة (62/2) من القانون المدني العراقي (40) لسنة 1951 الممتلكات المنقولة بأنها جميع الأشياء التي يمكن نقلها ونقلها دون ضرر، بما في ذلك النقود والعروض والحيوانات والأوزان والأشياء الثقيلة وغيرها من الأشياء المنقولة.. ومن أغراضه أيضاً ضبط ما في الأشياء العقارية مع مراعاة أحكام المادة (62/1) من القانون المدني العراقي، فإن العقار هو كل ما هو مستقر ومستقر بحيث لا يمكن نقله أو نقله دون ضرر، بما في ذلك الأراضي والمباني والمزارع والجسور والسدود والمناجم وغيرها من الأماكن العقارية. وايضا يهدف التفتيش إلى ضبط

(21). د. أكرم إبراهيم، التفتيش التحقيقي في قوانين الدول العربية، بغداد، 1999، ص 22.

(22). د. صالح عبد الزهرة الحسون، أحكام التفتيش واثاره في قانون العراقي، بغداد 1979م، ص 58.

(23). احمد محمد فهد الطويلة، مصدر سابق، ص 39.

المكالمات الهاتفية والرسائل إذ أن الاستمتاع سراً لمكالمات الناس التي تتضمن أدق أسرارهم عندما يبثها المتحدث مطمئناً من عدم إصغاء غيره إلى حديثه يعد من الطرائق المحرمة قانوناً لأن فيها انتهاك واعتداء على الإنسان في سرية مراسلاته إذ أن الاتجاه الحالي مُنصّب على استعمال أحدث الوسائل العلمية للكشف عن الجريمة وتعقب مرتكبيها للقبض عليها مع اتساع نطاق الجريمة المنظمة وغير المنظمة فالحاجة ضرورية لاستعمال أحدث ما توصلت إليه علوم الكيمياء والفيزياء والتشريح وغيرها من العلوم في إثبات الدليل المادي للجريمة . ويجب الملاحظة أن قانون أصول المحاكمات الجزائية لم يتعرض لموضوع ضبط الرسائل والمكالمات الهاتفية بخلاف عدد من القوانين العربية كقانون الإجراءات الجنائية المصري وقانون أصول المحاكمات الجزائية السوري، وهي تتيح لقاضي التحقيق أن يأمر بمصادرة جميع الرسائل والرسائل والصحف والطرود من مكتب البريد، وجميع البرقيات من مكتب التلغراف، وأن يأمر بمراقبة المكالمات السلوكية واللاسلكية أو التحكم فيها خلال ثلاثة أشهر ما دامت تساعد على كشف الحقيقة في المكان الخاص بالجريمة.

لذا ندعو مشرعنا العراقي أن يحذو حذو التشريعات العربية السالفة الذكر وذلك بأن يأمر بمراقبة المكالمات الهاتفية وضبط الرسائل، أما الفقه العراقي فيكاد يجمع على جواز ضبط المكالمات الهاتفية والرسائل وهذا مبني على نص المادة (23) من الدستور العراقي الانتقالي لسنة 1970، لأنها تنص على أن سرية الاتصالات البريدية والبرقية والهاتفية مكفولة ولا يجوز إفشاؤها إلا إذا اقتضى الأمر ذلك لأغراض قضائية وأمنية وذلك وفقاً للقيود والمبادئ القانونية. وهذا هو الحال عليه أيضاً فيما يتعلق بنص المادة (40) من الدستور العراقي الحالي لعام 2005، فقد نصت على أن حرية الاتصال والبريد والبرق والهاتف والإلكترونيات وغيرها مكفولة ولا يجوز مراقبتها أو التنصت عليها أو الكشف عنها إلا إذا التي يقتضيها القانون والأمن وكذلك بقرار قضائي. غير أن هذا الفقه يذهب أيضاً إلى ضرورة حصر هذا الإجراء في أضيق نطاق وقصره على الجرائم الخطيرة، لأن في إطلاقها مضايقة أفراد المجتمع في حياتهم الخاصة. كما إن سلطة ضبط المراسلات ومراقبة المحادثات الهاتفية لا يجوز أن تمتد إلى ما يجري منها بين المتهم ومحاميه وذلك طبقاً للقواعد العامة وحق الدفاع (24)

(24) طلال عبد حسين البدراني، أسراء يونس هادي، التفتيش واحكامه في قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد (11)، عدد (11)، السنة 2009، ص25.

## الفصل الثاني

### محل التفتيش

ان المحل الذي ينصب عليه التفتيش قد يكون شخصا او مكانا او من الاشياء المنقولة (25) ورسائل الالكترونية، والمكالمات الهاتفية، وتقسم هذا الفصل على ثلاثة المباحث الاتية:

#### 1.2: تفتيش الاشخاص

يجوز لقاضي التحقيق أن يقوم بتفتيش أي شخص يشتبه به، وكذلك يجوز للشخص القائم بالتفتيش أن يقوم بتفتيش أي شخص موجود في مكان الواقعة، وذلك حين اعتقاده بأن هذا الشخص يخفي شيئا، كما أنه يجوز للمحقق أو المفتش أن يقوم بتفتيش الشخص الذي تم القبض عليه قانونياً، يقصد بالحق في الاعتقال الحق في تفتيشه وجميع ملابسه وأعضاء جسده بشكل شامل وسريع، ومصادرة أية أدلة أو أسلحة، وتجريده منها. وإذا كان المتهم أنثى فعند تفتيشها يتم اجراء التفتيش من قبل انثى وذلك بتعد تدوين هويتها بالمحضر، ويجب ان يكون التفتيش شامل وعام، كتفتيش الملابس والاطراف والاسنان والجسد والارجل والاحذية والشعر والربطات والثنايا والسروال وثنايا الاظافر، وكذلك تفتيش ضمادات الدالة على وجود الجروح، ويجب ان يكون الشخص واقفا ويديه الى الاعلى على الحائط وقدماه متباعدان فان تعذر ذلك فيجوز وضع الاوصاد في يده لإبعاد الخطر (26).

(25) .د. رزكار قادر ، مصدر سابق،ص195.

(26) . ازاد احمد محمد، عثمان ابراهيم، مصدر سابق، ص157.



وقد اكد الفقرة. آ - من المادة (72) قانون احوال المحاكمات الجزائية العراقية عدم جواز تفتيش اي شخص الا في احوال المبينة في القانون (27)، وايضا الفقرة . آ. من المادة (73) قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقية اكدت على ذلك، وعلى ان يكون التفتيش بناء على امر صادر من السلطة المختصة قانونياً (28).

لقاضي التحقيق ان يقرر تفتيش اي شخص في الحالات التالية:

1. أن توجد مستندات واوراق مع شخص ما، وإذا رأى قاضي التحقيق وجود اوراق او مستندات تفيد التحقيق فيجوز له الأمر بتقديمها فاذا اعتقد انه لن يمثل لهذا الامر او انه يخشى تهريبها فله ان يقرر تفتيشه، مادة (74) (29) الاصولية، وينطبق هذا النص على الاشياء المادية كالسيارات او الاوراق كالمستندات والهويات وغيرها سواء كان الشخص الحائز متهما بالجريمة او لم يكن.
2. الشخص المتهم بالجريمة، القاضي التحقيق ان يقرر تفتيش الشخص اذا كان متهما بارتكاب جريمة بحثا عن اسلحة او الآت او اوراق.
3. الشخص المشتبه بإخفائه شيئا يجري التفتيش من اجله، فللقائم بالتفتيش، ان يفتيش هذا الشخص اذا كان موجودا في مكان التفتيش بحثا عن الشيء المخفي.
4. تفتيش الشخص المقبوض عليه، فالمحقق او عضو الضبط القضائي أن يقوم بتفتيش الشخص الذي تم القبض عليه في الحالات التي يجوز له ان يتم القبض على الشخص قانونياً (30).

### 1.1.2: تفتيش الجسم

محل التفتيش في الاصل هو جسم الشخص ولا خلاف حيث يتناول التفتيش الخارجية والداخلية للشخص والبحث فيها على نحو دقيق وضبط ما يخفيه في جيوبها وثناياها وداخل بطانتها من اشياء، تفيد في الكشف عن الحقيقة، ولا خلاف كذلك حين ينصرف التفتيش الى الفحص الظاهري لجسم الشخص، لكن البحث يدق عندما يتعلق بالفحص الجسدي للشخص.

(27) . المادة (72) الفقرة(أ) " لا يجوز تفتيش اي شخص او دخول او تفتيش منزله او اي محل تحت حيازته الا في الاحوال المبينة في القانون".

(28) . المادة (73) الفقرة(أ): - "لا يجوز تفتيش اي شخص او دخول او تفتيش منزله او اي مكان تحت حيازته الا بناء على امر من سلطة مختصة قانوناً"

(29) . المادة (74) الاصولية: "اذا تراءى لقاضي تحقيق وجود اشياء او اوراق تفيد التحقيق لدى شخص فله ان يأسره كتابة بتقديمها في ميعاد معين، واذا اعتقد انه لن يمثل لهذا الامر او انه يخشى تهديها فلان يقرر اجراء التفتيش "

(30) . عمار حسن مهوال الفقلوي، مصدر سابق، ص131-131.

## 1. الفحص الخارجي للجسم:

لا خلاف على ان التفتيش يجوز ان يتناول الفحص الخارجي للجسم، ويمتثل في تنقيب في اعضائه الخارجية كاليدين والقدمين والفم والاذنين. ويكون التفتيش صحيحا حتى لو اكره الشخص على فتح فمه او يده او اصابع قدميه، طالما بقي الاكراه في حدود ما يستلزمه ضرورة الشيء المراد ضبطه اما اذا جاوز الاكراه ما تستلزمه الضرورة كان غير مشروع، وترتب بطلان الدليل الذي اسفر عنه الاكراه الزائد. وقد يستلزم تفتيش الشخص تقييد حرته بالقدر اللازم لذلك، ولو لم يكن ثمة امر بالقبض عليه كما يجوز خلع ملابس الشخص للتأكد من وجود الادلة المادية التي يكون قد الصقها بجسمه (31).

## 2. الفحص الداخلي للجسم

واختلف الفقهاء في تفتيش اعضاء جسم المتهم الداخلية كالمعدة والدم والبول، فمن الفقهاء من يجيزه ومنهم من يرفضه، اما المجيزون فلا يرون باسا في ذلك تغلبا لمصلحة العامة الا انهم يشترطون عدم الاضرار بالمتهم صحيحا، وهذا ما ذهب اليه القضاء في مصر، الذي اقرت الشرعية غسيل المعدة وتحليل الدم، والبول، واما الرافضون يرون ان هذا الاجراء ينطوي على نزع الدليل من جسم المتهم قهرا عنه، اي انه اعتداء وحشي على الكيان الانساني وانتهاك صارخ للحقوق الشخصية وامتهان لكرامة الانسان وهتك لعرضه (32).

تجيز الغالبية من الفقهاء التنقيب عن الادلة المادية داخل جسم الشخص اي في اعضائه الداخلية شريطة الا يمس الحقوق التي يقرها القانون لهذا الشخص وان يتم ذلك من قبل خبير تحت اشراف المحقق وعلى ذلك يمكن فحص المعدة والدم والبول واللعاب ومفرزات الجسم الاخرى، وان اقتضى الامر تدخل اجرائي، وتطبيقا لذلك قضى بان: \* "ما يأخذه الضابط له أثناء التفتيش على إجراءات غسل بطن المتهم بعلم طبيب المستشفى ليس أكثر من مقدمة لها إلى الحد الذي يتم فيه تنفيذ مذكرة التفتيش وتوافر حالة تلبس بارتكاب جريمة ضدها بمساعدة ضابط يسمح لها وهي تبتلع المخدر وانبعث رائحة المخدر من فمها".

وقضى ايضا بان "تعريض الدواء في مكان حساس من جسد المستأنف بمعرفة طبيب المستشفى لا يؤثر على سلامة الإجراءات، لأنه أجرى هذا الإجراء كخبير فقط، وما فعله لم يكن أكثر من تعرضه للتعن. بالقدر الذي تتطلبه عملية التدخل الطبي اللازمة لإزالة الدواء من مخبأه في جسم المستأنف"

(31) . حسن الجو خدار-التحقيق الابتدائي في القانون اصول المحاكمات الجزائية- الاردن، 2008، ص147.

(32) . سيروان شكر سمين- ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الجنائي- الطبعة الاولى، ص 179-180.

كما قضي بان " الكشف عن العقار بمعرفة طبيب المستشفى في حالة إخفائه عن جسد المتهم ليس أكثر من تعرضاً، بالقدر الذي يسمح به الفحص نفسه." (33).

### 3. تفتيش توابع الشخص:

من وجهة نظرنا فان انسحاب جواز تفتيش المكاتب والمستودعات باعتبارها من ملحقات للشخص، فيها انعدام للعدالة وتجاوز خطير لاحكام واساسيات القانون. فمن المعقول القول بانسحاب أذن تفتيش على توابع المنزل كالمستودعات او كراج الا ان فكرة انسحاب جواز التفتيش لمستودع شخص على انه من توابعه لا نجد لها أي مبرر القانوني على الاطلاق، فعلى فرض ايقاف شخص يقود سيارة على احد الحواجز الامنية التي نصبت بعد ارتكاب جريمة قتل على سبيل مثال واثناء البحث في هذه السيارة تم العثور على مادة مخدرة يمنع حيازتها فهل يجوز القول هنا بتفتيش مخزن بضاعة تابع لهذا الشخص يقع في ذات المدينة او حتى قريب من المكان الذي توقفت فيه السيارة فان تم ذلك فهو أمر خاطئ متجاوز لكل الاعراف والقوانين. ونمتد حرمة الشخص الى ما في حوزته من منقولات فمادام يجوز تلك منقولات ويبقيها تحت سيطرته فأنها تتمتع بذات الحماية التي يتمتع بها صاحبها فلا يجوز تفتيش حقيبة يحملها الشخص في الطريق، الا اذا تحققت الشروط الذي.

تجيز تفتيش للشخص ذاته، فاذا تخلى هذا الشخص عن الشيء الذي كان في حيازته صح الاطلاع عليها ومعاينتها، فان اسفر ذلك عن ظهور جريمة، كان اكتشافها صحيحا لا بطلان فيه غير انه يشترط في التخلي حيث تم توقيعه طواعية، ولكن إذا كان توقيع تم فرضه بشكل غير قانوني، فإن الدليل الناتج غير صالح وليس له أي تأثير. (34)، وتطبيقا لذلك قضي بأنه اذا كان المتهم لم يتخلى عما معه الا عندما هم المأمور الضبط القضائي بتفتيش دون أن يكون مأمورا بذلك من سلطة التحقيق، فإن التخلي في هذه الحالة يكون قد نتج عن اجراء غير مشروع ومن ثم لا يصح الاستناد الى الدليل الناتج عنه (35).

فان الاماكن الخاصة تعد من وجهة نظر قانونية جزء من توابع الشخص وهي المكان اعتبره صاحبه مستودعا لأسراره وليس لإقامته، ولا يباح للجمهور دخوله بغير تمييز، كمكاتب المحامين ورجال الاعمال وعيادات الاطباء والمستشفيات والمزارع والحدائق المسورة والمستودعات والمخازن وحظائر الماشية ونحوها. ولا يخضع تفتيش المكان الخاص لقواعد تفتيش المساكن، وإنما لقواعد تفتيش الاشخاص فحيث يجوز تفتيش

(33) . حسن الجو خدار، مصدر سابق، ص172-173.

(34) . عبد الحميد الشواربي، اذن التفتيش في الضوء القضاء والفقه، منشأ المعارف بالاسكندرية، 1995، ص81.

(35) . عبدالرؤف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، ص436.

الشخص، كان من الجائز تفتيش المكان الخاص الذي بحوزته، اذ ان جواز تفتيش شخص يرتبط به جواز تفتيش ما بحوزته من الاماكن الخاصة، ويصبح المكان العام مكانا خاصا في الاوقات التي يغلق فيها امام الجمهور، او في الاجراء الخاصة فيه ولوكان ذلك في وقت العمل، كغرفة مدير فندق (36).

## 2.1.2: تفتيش الانثى

المحقق أو المنفذ الذي حوّل له أمر التفتيش يقوم بتفتيش الشخص بنفسه، لكن القانون المقارن نص على شروط خاصة لتفتيش المرأة، ووفقاً لهذا الشرط يتم البحث عن الأنثى للقيام بتفتيش أنثى. أي أنه لا يجوز أن يقوم رجل بتفتيش أنثى. تنص المادة (80) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1971 على هذا الشرط: "إذا كان سيتم تفتيش أنثى فلا يجوز أن يتم تفتيشها إلا من قبل أنثى، يقوم الشخص القائم بالتفتيش بانتدابها، وذلك بعد ان تقوم الانثى موضع التفتيش بتسجيل هويتها في المحضر ".

### 1. تفتيش الانثى بواسطة الانثى:

تقدم أن جسم الانسان يمكن ان يكون محلا للتفتيش، فاذا كان من يجري تفتيشه انثى فلا يجوز لرجل ان يفتيش في جسمها أو في ملابسها التي ترتديها، وعلى هذا الشرط جلبه كل الجلاء: فيعد هذا الشرط من المقتضيات الضرورية لحماية الأداب العامة والقيم الاخلاقية والدينية والانسانية، وهي جميعها تستلزم احترام الحياء العرضي لدى المرأة وحققها في صيانة عرضها وشرفها، والمحافظة على كرامتها الانسانية وهو ما يعد من متطلبات الحفاظ على الخلق والحياء، ويتصل بالمصلحة العليا للمجتمع فلا يجوز للرجل القائم بالتفتيش بحسن نية او بسوء النية، أن ينقب في المواضيع الجسمانية للمرأة والاطلاع على عورتها التي تخدش حياءها العرضي، اذا مست أو شوهدت. ولا يستفيد المخالف لهذا الشرط في اسباب التبرير أو الاباحة التي قررها القانون. بل على العكس من ذلك فهو يعد مرتكبا لجناية هتك العرض المنصوص عليها في القانون العقوبات، وحيث المرأة في صيانة عرضها وشرفها هو من الحقوق التي يتعين احترامها ومراعاتها في الاجراءات الجزائية ولو كانت المرأة موضع، اذ لا يعني ذلك أن الشارع اراد ان تمتهن كرامتها ويمس عرضها وشرفها، فهذه الحقوق اللصيقة بأدمية الانسان يتعين الا تمسها الاجراءات الجزائية سواء كان الشخص متهما او محكوما عليه (37).

(36). حسن الجو خدار، مصدر سابق، ص145.

(37). المصدر نفسه، ص172-173.

والسبب أن تفتيش الأشخاص له خصوصيته، وأن تفتيش الانثى لابد أن يتم من قبل أنثى مثلها، وذلك وفقاً للنظام العام للدولة وللتقاليد والاعراف الاجتماعية، ولكن اذا ان التفتيش لن يشمل الاماكن التي يمنع الرجل من ملامستها فيكون هذا التفتيش سليماً، فإن انتهاك هذه القاعدة قد يؤدي إلى إجراءات باطلة. وعلى القائم بالتفتيش في حالة عدم وجود موظفة مختصة بالتفتيش وكان المطلوب تفتيشه انثى ان يندب انثى لغرض التفتيش بعد تدوين هويتها في المحضر. عين المشرعون العراقيون بعض الموظفين في مناصب ومناصب التحقيق للقيام بمهام التحقيق، بما في ذلك التفتيش والاستجواب للنساء المتهمات. وذلك لأن ثقة المرأة في المرأة أقوى، والسماح لها بأداء بعض مهام التحقيق يمكن أن يسمح لها بالتعامل مع الحقيقة بالسرعة المطلوبة. حقيقة أن المرأة تقوم جزئياً ببعض مهام التحقيق ليست عشوائية، ولكنها تكتمل بعد خضوعها لاختبارات ودورات في العلوم الجنائية المختلفة. حيث تقوم النساء بتفتيش المرأة المتهمة وذلك للتأكد من عدم المساس جسدها. (38).

2. التفتيش الانثى في بعض تشريعات دول كثير من قوانين تختص المادة بالموضوع تفتيش الانثى في قوانين الاجرائي في كثير من دول، وفي 1971، وردت تفتيش الانثى في المادة (80) على انه: "اذا كان المتهم المراد تفتيشه أنثى فإنه لا يجوز تفتيشها إلا أنثى مثلها، وذلك بعد تدوي هويتها في المحضر".

قررت المادة (82) من قانون الاجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي اجراءات تفتيش الانثى، فنصت على أن: "يجب أن يبدأ فحص المرأة من قبل امرأة يتم تعيينها بمعرفة المحقق، وتكون الشهود أيضاً نساء".

وقد ذهب المشرع الاردني الى وجوب هذا الشرط في المادة (86) فقرة 2 من قانون اصول المحاكمات الجزائية في قوله: "إذا كان المفتش امرأة، يجب أن يتم التفتيش من قبل امرأة معينة لذلك".

وقد اوجبت فقرة الثالثة من المادة (82)، اجراءات كويتي، اذا كان المقبوض عليهما امرأة وجب ان يقدم تفتيشها امرأة وبنبغي أن يثبت اسمها في المحضر حتى تؤدي الشهادة بعد أذن عما تكشف لها من التفتيش والتفتيش الانثى بمعرفة انثى المراد به أن يكون مكان التفتيش من الأماكن التي لا يجوز لأفراد الأمن العام تفتيشها.

تنص المادة (86) (فقرة أ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية الأردني على أنه إذا ظهرت دلائل واضحة على أنه أخفى شيئاً يساعد على كشف الحقيقة، فيمكن للمدعي العام أن يفتش المتهم أو غيره. (39).

(38) . قيس التميمي، مصدر سابق، ص 186-187.

(39) . احمد محمد فهد طويلة، مصدر سابق ص 43.

وقد نص قانون الاجراءات الجنائية المصري في المادة (46) من على ان:

"إذا كان المدعى عليه امرأة، فيجب أن تقوم بالتفتيش امرأة منتدبة من مأمور الضبط قضائي.) كما نصت المادة (86) من القانون التونسي على أن: (. أ. على حاكم التحقيق او مأمور الضبطية العدلية، ان يصطحب معه عند مباشرة التفتيش بمحلات السكني امرأة أمينه ان كان ذلك لازماً".

ونصت على ذلك ايضا المادة (94) من القانون السوري حيث يقول " 2 اذا كان المفتش انثى يجب أنثى مثلها قد تم انتدابها لذلك" اما القانون الفرنسي واللبناني فلم يتضمنا نسا بهذا الشأن (40)

## 2.2: تفتيش الاماكن وضبط الرسائل والمكالمات الهاتفية

في هذا المبحث وردت محلين من محل التفتيش على وجه مستقل وتنقسم الى قسمين:

### 1.2.2: تفتيش الاماكن

بالإضافة إلى القانون الجنائي والاتفاقيات الدولية، فقد وضعت معظم الدساتير في العالم ضمانات وقواعد وأسس لإصدار أحكام التفتيش وذلك لمنع الإجراءات التعسفية وحماية الحقوق والحريات الفردية، وحماية حرمة المساكن من الانتهاكات والتجاوزات. وقد أهتمت هذه القوانين والقواعد والاتفاقيات بتشريع نصوص تتعلق بالمساكن عند دخولها وتفتيشها وذلك من أجل حماية حرمة المساكن، ولذلك فقد وضعت الضمانات التي بدورها توازن بين كلاً من تطبيق القانون من جانب وبين حماية حرمة المساكن من جانب. فالمسكن بذلك ليس محصناً بشكل كامل حيث أن التشريعات والاتفاقيات قد اجازت دخول المنازل وتفتيشها احيانا ولكن وفقاً لمقتضيات الضرورة ووفقاً للمصلحة العامة.

حرمة المنزل من أبرز سمات الحق في الحياة الخاصة. إذا كانت حياة الإنسان لا تشمل منزله، فإن قدسيته لا قيمة لها. التفتيش هو أحد الموضوعات التي تشكل تعدياً على الحرية وحقوق الأفراد واعتداءً على أسرارهم، تعتبر الحرية الشخصية للناس، وحماية حقوقهم المادية والروحية، وحماية حرمة منازلهم من أي اعتداء، كلها قواعد دستورية. تشكل عمليات التفتيش على المنازل انتهاكاً للحريات والحقوق الفردية، وتحدياً لحياتهم الخاصة وكنزهم السري الدفين. وعليه، فإن التفتيش لا يدخل في نطاق إجراءات جمع الأدلة، بل هو من إجراءات التحقيق التي أذن بها في الأصل وكالة التحقيق، ولا يجوز للشرطة القضائية أن تمارسه إلا في ظروف خاصة، حيث تتطلب قدسية الحياة الخاصة للإنسان أن يكون له الحق في إخفاء أسرارهِ. لذلك، فإن الحق في السرية

هو جانب غير قابل للتصرف من الحق في الحياة الخاصة. ومع ذلك، فإن الحديث عن الخصوصية وحماية الخصوصية لا يعني عدم إجراء عمليات التفتيش، لأن عمليات التفتيش من أهم عمليات الوقاية والمكافحة الوقائية أثناء التحقيق، وقد يكون لعدم القيام بذلك آثار سلبية. تؤثر على التوازن بين العدالة القضائية والعدالة الاجتماعية. لذلك، من الضروري تنفيذ إجراءات التفتيش في أضيق نطاق، وفي نفس الوقت الالتزام بالقواعد واللوائح الإجرائية التي تتطلبها مختلف الدساتير والقوانين، وتحقيق توازن عادل بين مصالح والتزامات الأفراد والجماعات.

ما المقصود بالمسكن؟

يقصد بالمسكن المكان الذي يعيش فيه المتهم وكذلك ما يتبعه من ملحقات وهي الامكنة المخصصة لمنافعه المتصل بها مباشرة أو يضمها جدار، بحيث تبدو وكأنها جزء لا يتجزأ منها كحديقة المنزل، الكراج، غرفة الغسيل (41)

1. حرمة المسكن في المواثيق الدولية والشريعة الإسلامية:

أ. حرمة المسكن في المواثيق الدولية:

إن حرمة المسكن من الأمور الأساسية التي تحظى باهتمام خاص واهتمام خاص في المواثيق والاتفاقيات الدولية. ويؤكد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ذلك في المادة 12 التي نصت على ما يلي: "لا يجوز التدخل التعسفي في حياة أي شخص أو شؤون أسرته أو تلك الحملات (42) وهذا يعني أن البيان يرى أن دخول المنزل دون اتباع التعليمات القانونية تدخل تعسفي. ومع ذلك، فإن البند لا يحدد عقوبات محددة لمثل هذه الانتهاكات، لكنه يترك المشكلة للتشريعات الوطنية، تنص المادة 17 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على ما يلي:

- لا تخضع خصوصية أي شخص أو شؤون أسرته أو منزله أو اتصالاته لتدخل تعسفي أو غير قانوني، ولا يتأثر بأي نشاط غير قانوني يؤثر على شرفه أو سمعته.
- لكل فرد الحق في أن يحميه القانون من مثل هذا التدخل أو الإساءة (43).

(41). عمر سعيد رمضان، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية، 1968، ص249.

(42). اعتمد ونشر بقرار الجمعية العامة 1948.

(43). اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق بقرار الجمعية الدولية واصبح نافذا في 23أذار 1976.

تعترف المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بهذا الحق، مع الأخذ في الاعتبار أن لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة والعائلية والأسرة والاتصالات، وأن هذا الحق لا يمكن أن تمارسه السلطات العامة. بالإضافة إلى الأحكام القانونية، وكذلك الحقوق المنصوص عليها في مصلحة الأمن القومي والأمن العام في مجتمع ديمقراطي أو ازدهار اقتصادي للمجتمع، أو حفظ النظام ومنع الجريمة، أو حماية الصحة العامة والأخلاق، أو حماية حقوق الآخرين وحياتهم..

الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان في المادة (11) تكرر التأكيد على ذلك: "لا تخضع الحياة الخاصة لأي شخص أو شؤون أسرته أو اتصالاته لتدخل تعسفي، ولا يجوز مهاجمة شرفه أو سمعته بشكل غير قانوني. ولكل فرد الحق في الحماية بموجب القانون من مثل هذا التدخل أو مثل هذه الهجمات".

تنص المادة السادسة من مشروع الميثاق العربي لحقوق الإنسان على ما يلي: "ان الحياة الخاصة هي حياة مقدسة لا تمس، والمخالفة عليها جريمة تشمل هذه الحياة الخاصة خصوصية الأسرة وحرمة الأسرة وسرية المعاملات وطرق الاتصال الخاصة الأخرى".

ب. حرمة المسكن في التشريعات الإسلامية:

تعتبر حرمة الأسرة في التشريع الإسلامي من أبرز التطبيقات العملية لحقوق الإنسان على قدسية الحياة الخاصة لا وقد وجد هذا الحق مصدره في نصوص القرآن الكريم واحاديث الرسول عليه سلام واقوال الفقهاء. نص القرآن بوضوح على قدسية المنزل، ويمنع دخول المنزل دون إذن صاحبه أو شطب الفراغ أمامه. قال تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ} \* فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ وَإِنْ قِيلَ لَكُمْ ارْجِعُوا فَارْجِعُوا هُوَ أَزْكَى لَكُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ} (44).

الامور هنا ملزمة وهي لكل غريب عن المنزل، بغض النظر عن هويته ومكانته ووضع الاجتماعى. الحكام والناس العاديون متساوون في هذا الصدد؛ فأى هجوم على أسرة شخص ما هو اعتداء على ذلك الشخص، وفي حديث للرسول عليه سلام قال: "من اطلع في بيت قوم بغير اذنهم ففقتوا عينه فلا دية له ولا قصاص" (45).

2. اجراءات تفتيش الاماكن:

(44) . سورة النور، الأيتان (27،28).

(45) . مسند الامام احمد، ج2، المكتب الاسلامى للطباعة والنشر، بيروت، 1978، ص385.



لقاضي التحقيق أن يقرر تفتيش الأماكن مثل المنازل أيا كان نوعها في المدينة أو في القرية والزراعية منها وفي البادية (بيوت الشعر، وغيرها وكذلك أي مكان آخر بحياته الشخص وتحت تصرفه) كالزراعة والبستان وحظائر الحيوانات وحقولها) وكل ما يصدق عليه وصف المكان وذلك في الحالات التالية: (46)

إذا كان صاحب المنزل أو المبنى متهماً بارتكاب جريمة، ومن المرجح أن يوضح التفتيش وجود وثائق أو أسلحة أو آلات أو وجود أشخاص متورطين في الجريمة أو موقوفين بشكل غير قانوني (47).

إذا كان المنزل أو مكان تُستخدم لحفظ أو بيع الأموال المسروقة، أو الأشياء التي بها أعمال إجرامية، فهي جريمة تصل إلى قاضي عملها عن أخبار أو قرينة سواء كان المكان أو منزل للمتهم في الدعوى أو غيره (48).

إذا ورد القاضي أخبار أو قرينة تدل على أن هناك شخص محجوز بغير حق في مسكن أو مكان سواء كان المكان للمتهم في الدعوى أو لغيره (49).

. إذا ارتكبت الشخص الجناية أو جنحة عمدية مشهودة فللمحقق أو عضو ضبط القضائي إذا قام بتفتيش منزله أو أي مكان يمتلكه، فسوف نلتقط الأشخاص أو المستندات أو الأشياء التي تساعد في الكشف عن الحقيقة، إذا كان يعرف مكانهم من فرضية قوية. (50).

كذلك يجوز للمحقق ولعضو الضبط القضائي في حالة وقوع جنائية أو جنحة عمدية المشهودة بالمعنى المحدد لها في المادة 1/ب الاصولية ان تفتيش منزل المتهم مرتكب الجريمة أو أي مكان تحت حيازته لضبط الأشخاص أو الأشياء التي تفيد في كشف الحقيقة الا أنه يشترط لهذا الجواز ان يتضح للقائم بالتفتيش من قرينة قوية ان هذه الأشياء موجودة فيها ويستثنى من ذلك المخالفات المشهورة اذا ليس للقائم بالتفتيش استعماله هذه الصلاحية لعدم النص عليها في المادة (79) اصولية (51).

3. التمييز بين تفتيش المساكن والحالات المشابهة بها:

أ. تمييز بين تفتيش المساكن والدخول فيها:

(46) . عماد حسن مهوال الفلاوي، مصدر سابق، ص131.

(47) . المادة (75) قانون أصول محاكمات الجزائية.

(48) . مادة (76) قانون أصول محاكمات الجزائية.

(49) . مادة (76) قانون أصول محاكمات الجزائية.

(50) . مادة (79) قانون أصول محاكمات الجزائية.

(51) . قيس لطيف التميمي، مصدر سابق، ص186.

تفتيش المساكن والدخول فيها امران غير مرتبطان، لا يجمعهما الا ان التفتيش يسبق الدخول، فالتفتيش بطبيعة يفرض بالضرورة أن يتم دخول المسكن، يعقبه فحص محتويات، ضبط أشياء استخدمت كدليل في الجريمة قيد التحقيق ومفاد ذلك، ان تفتيش المسكن يقوم على ركن اولهما الدخول، و الركن الثاني هو البحث عن الاشياء والاوراق التي تفيد في كشف حقيقة، وقد حكم بأنه لما كان تفتيش المنازل اجراء من الاجراءات التحقيق يخول به مأمور الضبط القضائي ان يدخل مساكن الاشخاص الذين توجه اليهم التهمة بارتكاب جنائية أو جنحة أو اشتراكهم في ارتكابها. متى قام على صحة نسبة ذلك اليهم دلائل كافية. وقد رسم القانون القيام به حدودا لا يصح الا بتحقيقها يجعل البحث يتضمن ركيزتين، الأولى: دخول المنزل، والثانية هي العثور على الأشياء والوثائق التي تساعد على كشف الحقيقة، وكانت ضمانات التي قررها الشارع تنسحب على ركنين جميعا بدرجة ذلك بأن تفتيش المتهم يقوم على جملة اعمال تتعاقب في مجراها وتبدأ بدخول الضابط القضائي في المنزل المراد تفتيشه. وبموجب الشارع في هذه الاعمال المتعاقبة منذ ابتدائها الى النهاية امرها ان تنفذ بالقيود التي جعلها شروطا لصحة التفتيش، وعلى ذلك اذا كان المواطن الذي دخل المنزل غير مأذون من سلطة التحقيق، أو غير مرخص له من الشارع بدخول في الاعمال المخصصة بالنص عليها، بطل دخوله وبطل معه كافة ما يلحق بهذا الدخول من اعمال التفتيش والضبط، لذلك اذا اعتبرنا دخول المسكن ركنا من اركان التفتيش وجب تقيد ذلك الدخول بقيود التفتيش، فأن حصل في غير الحالات التي يوجز فيها التفتيش كان دخولا غير قانوني يترتب عليه بطلان كافة الاعمال اللاحقة ولو صادفت تلك الاعمال سندا اخر غير ذلك الخول، وتابع أن شرط الفعل الإجرامي الذي له أثر قانوني هو أن اكتشافه يأتي من قناة قانونية. إذا تم الكشف عنها من خلال إجراءات غير صحيحة مثل دخول منزل المدعى عليه بشكل غير قانوني، فلن يتم النظر في ذلك. (52).

اما الدخول فيها المراد تميزها عن تفتيش وهي الدخول الذي يمكن ان تسميه بأحد اركان التفتيش قد لا يكون بغرض التفتيش في المسكن. كمثل دخول المسكن لتنفيذ امر قبض تقتصر الاصلاحيات المخولة الرجل ضبط القضائي عند دخول المسكن لتنفيذ امر قبض على اتخاذ الاجراءات خاصة بالقبض على الاشخاص الذي ينص الامر بالقبض عليهم فقط، دون القبض على غيرهم أو اجراء أي تفتيش فيها او التعرف لساكنها. وبهذا يختلف عن التفتيش الا اذا حدث وحصلت حاله تلبس في حضورهم مما يوجب عليهم اتخاذ الاجراءات القانونية لازمة. كذلك ايضا دخول المسكن اثناء المصادرة ان دخول رجل ضبط القضائي لاحد المساكن اثناء مصادرة

متهم معين، يختلف عن دخول بقصد التفتيش لان دخول اثناء المصادرة يكون قد تم لمجرد عمل مادي اقتضته الضرورة المستعجلة دون ان يكون الهدف منه البحث في مستودع السر وكشف مكوناته، بينما يكون الهدف الرئيسي للتفتيش هو بحث عن ادلة الجريمة وآثارها في مستودع السر الا ان دخول المنازل اثناء تعقب احد متهمين يجب ان لا يتم الا عند المطاردة الفورية للمتهم وات يقتصر على القبض عليه دون اجراء أي تفتيش في ذلك المسكن او المساس بحقوق ساكنه وحررياتهم وكذلك ايضا دخول المساكن في حالات الكوارث، ان دخول المساكن في حالات الكوارث أو عند الاستنجد والاستغاثة من داخلها. انما عبارة عن عمل مادي اقتضته حالات الضرورة وليس فيه انتهاك لحرمة هذه المساكن أو اعتداء على حرية اصحابها، لان لمهام والصلاحيات المخولة في مثل هذه الحالات محصورة في مساعدة السكان دون اتخاذ أي اجراء من اجراءات التفتيش الا اذا صادف وجود حالة تلبس بالجريمة، جاز لهم اتخاذ الاجراءات القانونية اللازمة استنادا لحالة التلبس (53).

ب. تمييز بين تفتيش السكن ودخول الاماكن العامة:

في القانون الفرنسي كما هو الحال في القانون المصري. حق الدخول في الاماكن العامة بالتخصيص، قد منح لرجل الشرطة ومن بينهم مأمور والضبط القضائي بهدف مراقبة لتنفيذ القوانين واللوائح الادارية، وهذا الحق قد اعترف به لمأموري الضبط في فرنسا بمقتضى المادة (9) من مرسوم (19) تموز لسنة 1791. وفي مصر اجاز قانون رقم 371 لسنة 1195 الخاص بتنظيم الاماكن العامة، لرجل السلطة الدخول في كافة الاماكن العامة للنفس الهدف، ويمتد دخول هذه الاماكن بأغراض الكشف المخالفات المتعلقة بأنظمة المطبقة دون غيره من الاغراض (54).

يسمح الفقه والقانون المقارن لرجل الضبطية القضائية بدخول المحال العامة للإشراف على تقيدها بالأنظمة واللوائح ومراقبتها والتأكد من احترامها للأخلاق والآداب العامة. أو لأخذ المعلومات الموجودة فيها بصورة دورية، الا ان دخول هذه المحلات ينبغي ان يكون بالقدر المحدد للغرض من الدخول. بحيث لا يجوز لرجل الضبط تفتيشها أو التعرض للموجودين فيها والمساس بحرياتهم وحقوقهم كما انه لا يجوز التعرض للأشياء المغلقة غير الظاهرة الا اذا توافرت احدى حالات التلبس. كما انه لا يجوز لهم دخول هذه المحلات بعد غلق وانتهاء عملها ويقتصر في دخول في الاماكن (55) المصرح للجمهور فيها، وضمن الاوقات المقررة لذلك وتسري عليه الاحكام الخاصة المتعلقة بدخول المساكن، غير تلك الاوقات، حيث لا يجوز لاحد ان يدخل هذه

(53) . محمد علي سالم، ضمانات الحرية الشخصية اثناء التحري والاستدلال في القانون المقارن، ص17-18.

(54) . محمد ابراهيم محمد، مصدر سابق، ص49-50.

(55) . محمد علي سالم ال عباد الحلبي، مصدر سابق، ص17.

الاماكن بعد تفرغ من عملها الا ان يكون ذلك برضاء اصحابها أو لسبب القانوني أو لداعي الضرورة. ولا يعد دخول الاماكن العامة تفتيشها حيث لا يستهدف البحث عن ادلة جريمة معينة. بل هو مجرد اجراء اداري يدخل في نطاق جمع الاستدلالات، فالدخول لا يختلط بالتفتيش الا ان لكل منها احكامه الخاصة، ولا يجوز لمأمور الضبط القضائي عند دخوله التعرض الى الاشخاص، أو استكشاف الاشياء المغلقة غير الظاهرة، ما لم يدرك بحس قل تعرض المساكنة ما فيها من مواد محظورة، مما يجعل احرازها في حالة تلبس، وفي هذه الحالة يجب أن تستند إلى وقائع الجريمة (أي حالة التلبس) وليس على حق الاستيلاء على الأموال العامة أو الإشراف على تنفيذ القوانين والأنظمة. (56)

### 2.2.2: ضبط الرسائل والمحادثات الهاتفية

بخلاف بعض القوانين العربية كقانون الاجراءات المصري وقانون اصول المحاكمات اللبناني وقانون اصول المحاكمات السوري، لم يتعرض قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي لموضوع ضبط الرسائل والمكالمات هاتفية، يسمح القانون السالف للقاضي التحقيق بأن يأمر بمصادرة جميع الرسائل والرسائل والصحف والمطبوعات والطرود من مكتب البريد وجميع البرقيات من مكتب التلغراف. كما يأمر بمراقبة المحادثات السلوكية واللاسلكية، أو تسجيل الأحاديث التي تجري في أماكن خاصة، بشرط أن يساعد ذلك في كشف حقيقة الجناية أو الجنحة. (57). إن لقاضي تحقيق ان يأمر بالتحقيق والتأكيد من هوية مرسلي الرسائل والمكالمات وغيرها من ظواهر التعامل الالكتروني والحكم بجواز كل ذلك بنظرنا هو الاطلاق الوارد في نص المادة(84) اصولية،(58)التي جازت للقاضي أو المحقق (اطلاع على الرسائل والاوراق والاشياء الشخصية العائدة لشخص المقصود أو الموجودة في المكان الذي يجري تفتيشه كما اجازت للقاضي أو المحقق فض المخلف المختوم منها، وان الرسائل الهاتفية الالكترونية وغيرها مما لا يخرج عن المفهوم المتقدم للرسائل والاشياء الشخصية وأن اختلف طريقة ارسالها اضافة الى ذلك فان نصت المادة (40) من دستور جمهورية العراق لسنة (2005) قد منعت مراقبة الاتصالات الا بقرار قضائي اذ نصت (ضمان حرية الاتصال والتواصل عبر البريد والبرق والهاتف والوسائل الإلكترونية وغيرها، ولا يجوز مراقبته أو التنصت عليه أو الكشف عنه إلا لضرورة قانونية أو أمنية وقرارات قضائية).

(56) . محمد ابراهيم محمد ابراهيم، مصدر سابق، ص50.

(57) . المادة(84)1-أ- اذا كان بين الاشياء في الامكان الذي جرى تفتيشه رسائل أو اوراق أو اشياء شخصية اخرى فلا يجوز ان يطلع عليها غير من قام بالتفتيش والقاضي والمحقق وممثل الادعاء العام.

(58) . المادة(84)1-أ- اذا كان بين الاشياء في الامكان الذي جرى تفتيشه رسائل أو اوراق أو اشياء شخصية اخرى فلا يجوز ان يطلع عليها غير من قام بالتفتيش والقاضي والمحقق وممثل الادعاء العام.

الا ان النصوص المتقدمة وان كانت تفي بالغرض المقصود الا انها لا تعني كن ايراد نصوص اصولية تنظم المسألة لتواكب التطور العلمي في هذا المجال (59).

لذلك نجد ان الدستور العراقي وان كان يكفل حرية المراسلات البريدية والبرقية الا انه اجاز كشفها لضرورات العدالة والامن كذلك فعل المشروع المصري، غير ان قانون الاصول الجزائية نافذ جاء خاليا من النص على ضبط المراسلات والمكالمات الهاتفية وهذا يعني انه في حالة ما اذا كانت ضرورات الامن او العدالة تقتضي بمراقبة المكالمات الهاتفية أو الاطلاع على الرسائل والطرود التي تخص المتهم في الجريمة أو بقية ذوي العلاقة فلا نجد ما يمنع ذلك طالما ان الدستور وهو اعلى قانون اجاز افشاء اسرار المراسلات البريدية والبرقية والهاتفية متى ما كانت ضرورة العدالة والامن تقتضي ذلك كما ان نص المادة(74) من اصول اعطي لقاضي التحقيق الحق في ان يأمر كتابة بتقديم الاشياء أو الاوراق الموجودة للشخص والتي تفيد التحقيق في ميعاد معين وهذا يعني ان هذه المراسلات ان لم تقدم طوعيا يجوز اجباره على تقديمها لذلك فمن باب اولى امكانية اطلاع قاضي التحقيق على تلك الاوراق والمراسلات أو يأمر بمراقبة المكالمات الهاتفية لذلك شخص متى ما وجد ان في ذلك فائدة للتحقيق وتسهيل الكشف عن ملابسات الجريمة علما بان المكالمات الهاتفية تعتبر من قبيل الرسائل الشفوية(60)، وهذا يعني من باب اولى امكانية قاضي تحقيق من الاطلاع على المراسلات أو ان يأمر بمراقبة المكالمات الهاتفية لذلك الشخص اذا وجد ان ذلك يفيد التحقيق. كما يجوز لنفس الغرض تسجيل المكالمات الهاتفية والاحاديث الشخصية للمتهم، الا ان هذا الامر يجب ان يكون في حدود الجرائم الخطيرة، لان اطلاقه يؤدي الى مضايقة الناس في حياتهم الخاصة أو انه قد يؤدي الى اساءة استخدام هذا الطريق كوسيلة لكشف عن جريمة(61).

المحكمة الامريكية العليا في قرار لها ذهبت الى تقرير مشروعية المراقبة المحادثات التلغرافية على اساس ان الحماية الدستورية لم تتناول الح العام في السرية، وقد انتقد بعض القضاة هذا الحكم وقالوا بأن التجسس الى على المحادثات الهاتفية امر غير مشروع. لذلك عادت المحكمة الامريكية وقضت بأن تنصت والتجسس الالكتروني اعتداء على الخصوصية، اما الضبط الرسائل فإنه يعتبر ايضا من الامور الشخصية الخاص لا

(59) . عماد حسن مهوال القلاوي، مصدر سابق، ص134.

(60) . العكلي و سليم ابراهيم، حرية اصول المحاكمات الجزائية، ، بغداد، 1989، ص134-135.

(61) . سعيد عبدالله، مصدر سابق، ص208.

يجوز لغير صاحبها الاطلاع عليها أو مصادرتها، معظم الدساتير تنص عليه وتحدد حرمة، لأنه من الحريات وثيقة الصلة بالإنسان، ولا يرتبط به إلا ارتباطاً وثيقاً. (62).

غير ان هنالك بعض المراسلات لا يمكن افشاء اسرارها والاطلاع على ما ورد فيها حتى وان كانت تفيد التحقيق كالرسائل بين الطبيب واحد مرضاه والمحامي وموكلة أوبين الزوجين، لان طبيب والمحامي ملزم بالمحافظة على اسرار المهنة حتى بعد انتهاء المعالجة مثلا أو انتهاء القضية و زوال صفة المحامي او الزواج انتهى بالطلاق ولكن الاسرار فيما تخص الزوجين في الفترة التي سبقت فترة الطلاق، لذلك يجوز بالضافة الى المراقبة المكالمات الهاتفية تسجيلها طالما كان الهدف من وراءها حماية المجتمع وكذلك تسجيل الاحاديث الشخصية للمتعم على ان الجهة القائمة بالتحقيق يجب ان لا تلجأ الى هذه الوسيلة الا في الجرائم الخطيرة لاننا لو بحثنا هذا الامر في الجرح البسيطة مثلا او المخالفات نأنه سوف يؤدي الى مضايقة الناس في حياتهم الخاصة كما انه قد يساء استخدام هذا الطريق كوسيلة للكشف عن حقيقة الجريمة(63).

### 3.2.2: تفتيش في جريمة الالكترونية

في اقليم كردستان –العراق تنظيم استخدام المكالمات الهاتفية حسب قانون رقم (6) لسنة (2008) في اقليم كردستان فممنع بموجب القانون المذكور اساءة استعمال اجهزة الاتصالات. وردت في المادة الاولى: "المكالمات الهاتفية والاتصالات البريدية الإلكترونية من الامور الخاصة لا يجوز انتهاك حرمتها)، ووردت جريمة الالكترونية حسب هذا القانون وعقوباتها في المادتين (2،3)، واذا نشأ عن فعل المرتكب وفق أحكام المادتين (3) و (2) من القانون رقم (6) لسنة (2008)، يكون الجاني شريكاً ويعاقب وفقاً للعقوبات المقررة للجريمة.

تحديات جديدة للقانون الجنائي بشقية الموضوعي والاجرائي، بما يفقد قانون الاجراءات الجنائية اهمية وفعاليتها، فعلى المستوى الموضوعي ظهرت تقنيات جديدة في ارتكاب الجرائم التقليدية. كما ظهرت سلسلة من الجرائم الجديدة من بينها جرائم تكنولوجية ارتكبت بوسائل تكنولوجية مثل تزوير المعلومات للحصول على المال، واستخدام شبكات الاتصال عن بعد لقتل الناس. المعلومات في الشبكات وقواعد البيانات والدخول أو البقاء على قيد الحياة لأنظمة المعلومات غير القانونية. تسبب تطبيق النصوص التقليدية في الجرائم الإلكترونية في العديد من المشاكل، أهمها مسألة الإثبات، لأنه غالباً ما يكون من الصعب العثور على القرائن

(62) . جهاد ما مند حمد، التفتيش، جامعة صلاح الدين، كلية الحقوق سنة 2002-2003، ص11.

(63) . الأستاذ عبدالامير العكيلي وسليم ابراهيم حرية، مصدر سابق، ص135.

الفعلية للجريمة، ويتم اكتشاف هذه القرائن من خلال التفتيش العرضي، على سبيل المثال، وجدنا أن الشركة الضحية نادرًا ما تجد تجسسًا للمعلومات عن طريق نسخ الملفات وسرقة وقت الآلة. يضاف الى ذلك التخزين الالكتروني يجعلها غير مرئية وغير مفهومة بالعين المجردة (Lomeli) ويشكل اعدام الدليل المرئي والمفهوم عقبة كبيرة امام كشف الجرائم (64).

التفتيش في الجريمة الالكترونية بانه اجراء من الاجراءات التحقيق، تقوم به الجهة القائمة بالتحقيق، ويتمثل فلي فحص اجهزة الحاسب الالي للجاني والشبكات التي يرتبط بهدف الحصول على الادلة اتي تساعد في الكشف عن الجريمة الالكترونية ونسبتها الى الجاني.

. وفي الجريمة الالكترونية لا يختلف التفتيش الذي تقوم به سلطة المختصة كإجراء من الاجراءات التحقيق عن التفتيش.

. في الجرائم التقليدية، بحيث يقع التفتيش في هذه الجريمة على الحاسب والانترنت وبما تشمله من مدخلات وتخزين ومخرجات لأجل البحث فيها عن افعال غير مشروعة والتفتيش الذي يقع على هذه البيئة يعد من اهم المراحل حال اتخاذ الاجراءات الجنائية لكون محل التفتيش هنا الحاسب والانترنت، كما ان عملية التفتيش في الجريمة الالكترونية ترد على كل مكونات الحاسب الالي سواء اكانت مادية أو معنوية وكذلك شبكات الاتصالات خاصة به. وهي تشمل جميع المكونات المادية والمكونات غير الملموسة، بما في ذلك برامج النظام والبرامج التطبيقية المعدة مسبقًا وفقًا لاحتياجات العملاء يتطلب فحص الكمبيوتر مجموعة من الأفراد ذوي الخبرة في نظام الكمبيوتر والمهارات الفنية، مثل مشغلي الكمبيوتر وخبراء البرمجيات ومديري نظم المعلومات. (65).

التفتيش في الجريمة الالكترونية يتطلب التفتيش عن جميع الاشياء المتعلقة بالجريمة سواء تعلق هذا الاشياء بالمكونات المادية للحاسب الالي أم مكونات المعنوية لثما البيانات والبرامج والشبكات وكل ما يتعلق بطبيعة هذه الجريمة وكذلك البيئة التي تتعامل معها السلطات المختص بالتفتيش قاضي تحقيق أو محقق أو عضو رقابي قضائي بأمر من القاضي أو مفوض قانونًا (66).

(64) . محمد فتحي، تفتيش شبكة الانترنت لضبط جرائم الاعتداء على الآداب العامة، الطبعة الاولى، القاهرة، 2012، ص504-505.

(65) د. حسين عبد علي عيسى و د. شيلان شريف محمد، التحقيق الابتدائي في الجريمة الاحتيال الالكتروني، المجلة العلمية لجامعة جيهان-سليمانية- المجلد 2، العدد2، كانون الاول، 2028، ص311-312.

(66) المصدر نفسه، ص313.

وايضا تثير الجرائم المتعلقة بالانترنت بعض المشاكل كل في مجال جمع الادلة، حيث توجد صعوبات عملية تتعلق بالتفتيش فقد تكون البيانات التي يجري البحث عنها مشفرة ولا يعرف شفره الدخول الا احد العاملين على الشبكة فيثور هنا التساؤل عن مدى مشروعية اجبارة دليل الاثبات ماديا ملموسا ولكن في محيط الانترنت لا يستطيع المتحري او المحقق تطبيق اجراءات الاثبات التقليدية على المعلومات وهي طبيعة معنوية أو النبضات الالكترونية وذلك لا بد من البحث عن رسائل لحماية المعلومات الملكية الفنية والادبية أو وقف مخاطر الاعتداء على الحريات الشخصية وحرية الحياة الخاصة، وغيرها من الجرائم التي ترتكب عن طريق الانترنت أو بواسطتها وهذه الوسائل تتمثل في الحماية تحفة الفنية، وهذا الجرائم يصعب العثور عليه أو تحديد مصدره، خاصة إذا تم تنفيذه عن بُعد من الخارج، ونظراً لسرعة نشر المعلومات وتسجيلها التلقائي على أجهزة كمبيوتر أجنبية، يصعب إيقافه أيضاً. ولذا فان الجرائم الانترنت غالباً ما تقيد ضد المجهول وفي حالة اكتشاف المجهول فمن الصعب اقامة الدليل عليه ومحاكمته، فالإرهابيون والجواسيس الذين يستخدمون البريد الالكتروني في اصدار تكليفاتهم بارتكاب جرائم الاغتيالات والتخريب وغيرها، يكون من الصعب ان لم يكن من المستحيل مراقبتهم على نحو الذي كان يحدث في الاتصالات السلكية اللاسلكية كذلك فإن من الصعب ملاحقة مرتكب جرائم الانترنت، استحث تحديد هويتهم، سواء كان ذلك عند نقل المعلومات على الشبكة أو عند تلقي المعلومات، فمستخدمي الانترنت كثيراً ما يستخدمون اسماء مستعارة أو يدخلون الى الشبكة من خلال مقاهي الانترنت (67)



## الفصل الثالث

### بطلان التفتيش

البطلان أو الإلغاء هو عقوبة لفشل كل أو بعض شروط صحة الإجراء، مما يؤدي إلى عدم تأثير الإجراء القانوني المعتاد، ونظراً لما للتفتيش من خطورة بسبب مساسه بحرية الفرد وحرمة مساكنهم لذا تطلب بحث كيفية بطلان هذا الإجراء في المطلب الأول مفهوم وانواع واجراءات البطلان التفتيش والمطلب الثاني شروط وتناول الدفع ببطلان التفتيش وكيف ينتهي الأمر الصادر بالتفتيش.

### 1.3: مفهوم وانواع واجراءات بطلان التفتيش

#### 1.1.3: مفهوم بطلان التفتيش

يُعرّف البطلان بأنه: إحدى العقوبات التي تسبب عيوباً إجرائية، أي الإجراءات الإجرائية المتخذة في إطار الإجراءات الجنائية أو قبل وأثناء المرحلة التحضيرية، أي مرحلة الاستدلال، عندما يفتر هذا العمل إلى أحد مكوناته الموضوعية، أو يُحرم من أحد شروطه الشكلية، فإن بطلانه يمنع ترتيب أثره القانوني التي يمكن ترشيحها فيما لو وقع صحيحاً، كما عرف البطلان على أنه: عيب إجرائي يدخل في عداد الجزاءات الإجرائية التي الشخص عن مخالفة الإجراء للقاعدة الجوهرية، ويترتب على ذلك عدم إنتاج الأثار القانونية، كما عرف البطلان على أنه: "جزاء إجرائي يرد على العمل الإجرائي فيهدر اثاره القانونية، كما عرف على أنه: جزاء إجرائي وضع التنفيذ إرادة الشارع في إتمام الأعمال الإجرائية حسب القواعد المعينة في القانون.<sup>(68)</sup>

ان القواعد التي وصفها المشرع للتفتيش انما راعي فيها التوقيف بين كلا من حماية الفرد وحرمة الأشخاص ومساكنهم من ناحية وبين المصلحة العامة في الكشف عن الحقيقة والوصول بالتحقيق إلى غايته من ناحية

(68) . احمد محمد فهد الطويلة، مصدر سابق، ص56.

أخرى. ولذا يتعين على سلطة التحقيق ان تراعي القواعد الموضوعية والشكلية ولهذا الاجراء حتى يتحقق التوفيق الذي حرص عليه المشرع. ويترتب على مخالفة هذه القواعد بطلان التفتيش وما نتج عنه من أثم والبطلان هنا يتعلق بمصلحة جوهرية للخصوم ولا يتعلق بالنظام العام وعليه، يجب على المحكمة الابتدائية أن تصر على أن المحكمة لا تستبعدا بنفسها ولا يمكنها الدفاع عنها في محكمة الاستئناف العليا (النقض). لأول مرة. ويحث التنازل عن التمسك به صراحة وضمنا. ويترتب على الدفع ببطلان التفتيش أن تقضي المحكمة ببطلانه اذا ما تحققت من صحة الدفع. ويترتب على بطلان التفتيش بطلان جميع الإجراءات اللاحقة عليه وكل الأدلة المستفادة منه. ولا ينطبق التحقق من الإبطال إلا على البرنامج الذي تم الحكم على أنه غير صالح وعواقبه المباشرة، دون المرور ببرنامج صالح. ينطبق فحص الإبطال فقط على المستفيد الذي بدأ إجراء المخالفة ولا يقبل الدفع من أشخاص آخرين، حتى لو كان الطرف الثالث هو المستفيد. (69)

اعتبار إجراء التفتيش باطلاً غير صحيح: يشير إلى الموضوعات الموضوعية أو القانونية التي يثيرها الأشخاص المهتمون بالتحقيق والتي تهدف إلى إبطال إجراءات التفتيش بمخالفة الإجراءات الأساسية التي ينص عليها القانون. يستند طلب بطلان إجراء التفتيش إلى أحكام المادة (17 / ثانياً) من دستور جمهورية العراق لعام 2005، لأنها تنص على (المنزل مقدس ومصون، ولا يجوز دخوله أو تفتيشه، مع مراعاة الأحكام القضائية ووفقاً للقانون) ونصت المادة (86) من قانون الإجراءات الجنائية على (للاعتراض على إجراءات التفتيش إخطار قاضي التحقيق بوجوب اتخاذ القاضي قراراً سرياً). وبحسب هذه المادة، يسمح المشرع لكل من يخالف إجراءات التفتيش بتقديمها إلى قاضي التحقيق الذي يتوجب عليه الفصل فيها في أسرع وقت ممكن. ولم يصرح المشرعون العراقيون بفاعلية التفتيش الذي أجري دون التقيد بالشروط، لأن قانون الإجراءات الجنائية لم يحدد القواعد. والقاعدة العامة للدفع ببطلان إجراءات التفتيش مثل أحكامها وشروطها وفعاليتها، ولم يحدد المشرع ما إذا كان البطلان ناشئاً عن النظام العام أو بطلان يخص الأطراف. إلا أن المادة (249 / أ) نصت على أنه (للمدعي العام والمدعى عليه والمشتكي والمدعي المدني المسؤولين المدنيين الطعن أمام محكمة الاستئناف العليا في أحكام وقرارات وإجراءات محكمة التمييز في الاحكام والقرارات الصادرة من محكمة الجنايات أو الجنايات في جنحة أو جناية، إذا كانت تستند إلى عدم الشرعية أو أخطاء التطبيق أو التفسير، أو إذا حدثت أخطاء جوهرية في الإجراءات الأساسية، أو الأدلة المقدرة، أو العقوبات المقدرة، وكان الخطأ يؤثر على الحكم) يتضح من العبارة الواردة في الفقرة أعلاه (الخطأ الجوهرية في الإجراء

الأساسي) أن الهيئة التشريعية نفسها تعتبرها غير صالحة. يشير بطلان الذات إلى انتهاك أي قواعد أساسية أو جوهرية، ويعود الأمر للقاضي ليحكم بنفسه، ويمكنه أن يقرر ما إذا كانت باطلة أو لا. يشار إلى أن المشرع العراقي لم يميز بين الخطأ الجوهري والخطأ غير الجوهري الذي يستهدفه الدفع بالبطلان في المادة 249 / أ، ونتيجة لذلك كان الاختلاف في التكيف مع الخطأ جوهرياً كان أم غير جوهري؟ حيث لا يوجد معيار موثوق للتمييز بينهما. أثر الدفع ببطلان إجراء التفتيش هو إبطال الأدلة التي تم الحصول عليها من إجراء التفتيش، وهذا ما اتبعه المشرع المصري في المادة (336) من قانون الإجراءات الجنائية. أما في العراق، لا يتضمن قانون أصول المحاكمات الجزائية نصاً يستثني الأدلة من التفتيش الكاذب، رغم أنه يسمح لمن يعارض إجراءات البحث الباطل بعرضه على قاضي التحقيق. وعلى القاضي أن يفصل فيه على وجه السرعة.

يُميز القضاء في محكمة الاستئناف العليا في مصر بين انتهاكات الشروط الموضوعية للتفتيش وانتهاكات القواعد الشكلية، بالنسبة لانتهاكات القواعد الموضوعية، تميل محكمة الاستئناف العليا إلى أن تكون باطلة جوهرياً، على أساس أنها جزء من النظام العام ويمكن التمسك بها في أي حالة من حالات القضية. القواعد الأساسية هي القواعد التي يقتضيها القانون. ويؤدي انتهاك هذه القواعد إلى عدم قدرة المدعي العام على التحقق منها أثناء العمل الإجرائي، تشمل الأمثلة اختيار إذن المدعي العام عندما يقتضي القانون ذلك، أو الدفع بأن أمر التفتيش غير صالح بسبب الافتقار إلى تحقيق جاد أو اعتقال خاطئ، ومع ذلك، في القضايا السابقة، غالباً ما لم تعتبر الأجهزة القضائية النقض هذا أمراً عاماً، يجب مراعاته في المحكمة الابتدائية، ويجب عدم تقديمه إلى محكمة النقض لأول مرة. فيما يتعلق بانتهاك قواعد الشكل، لم تنص محكمة النقض على وجه التحديد على أن الترتيب غير صالح على أساس أن الشاهد لم يشارك في إجراءات التفتيش، ثم عادت سلطاتها القضائية، وأثناء التفتيش، لم تجعل الترتيب باطلاً على أساس عدم وجود المدعى عليه أو الأشخاص الآخرين أو الشهود. (70)

### 2.1.3: أنواع بطلان التفتيش (نظرية البطلان)

هناك نوعان من البطلان: البطلان القانوني والبطلان الذاتي: البطلان القانوني يعني أن المشرع يعرف الحالات الباطلة بنص، فبدون النص لا يوجد بطلان (71). دور القاضي في هذه المسألة صامت، لأنه ملزم بتنفيذ النص القانوني دون حكم أو تقدير شخصي، وفي المقابل، لا يمكنه التحكم في بطلان إجراءات معينة لم يتم إبطالها،

(70) . فهد يوسف الكاسبة ومصطفى الطراونة، الضوابط القانونية للتفتيش بغير إذن في القانونين الأردني والمصري، دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد 42، العدد 2015، ص725.

(71) عبد الحميد الشوارب، البطلان الجنائي، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، ص33.

مهما كان حجم المخالفة، هذا لأنها مقيدة بنصوص قانونية تنص على إجراءات محددة، وإذا خالفت القانون، قرروا إبطاله (72).

للبلل القانوني مزايا وإيجابيات فهو واضح ومحدد ويسرد جميع القضايا الباطلة وهذا بلا شك يوفر استقرار الأحكام القضائية. (73)، لكن من عيوب هذه النظرية أن المشرع لا يستطيع التنبؤ بكل القضايا الباطلة، وإن كان القاضي الذي يحقق في القضية قد يعلم أنه لا يوجد سبب لهذا البطلان، ويكفي أن ينفذ عقوبة أخرى أقل من البطلان (74)، في بعض الأحيان، من وجهة نظر الأجهزة القضائية، لبطلان المنطق والمصالح الاجتماعية، من الضروري إبطال الإجراءات دون نص قانوني (75).

وقد أخذ المشرع الفلسطيني بالنظريتين، فنصت المادة 474 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه يعتبر الإجراء باطلاً إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابهه عيب أدى إلى عدم تحقيق الغاية منه". وكذلك نصت المادة 475 من ذات القانون على أنه "ينتج البطلان عن عدم الامتثال لتكوين المحكمة أو اختصاصها أو سلطتها أو الأحكام القانونية الأخرى المتعلقة بالنظام العام، وجاز رفعه من قبل المحكمة في أي مرحلة من مراحل القضية ويكون للمحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها".

أما بالنسبة لعقيدة البطلان الذاتي، فإن المتطلبات الأيديولوجية لهذه العقيدة لا تحتاج إلى تحديد صريح من قبل مؤسسة موثوقة مثل البطلان القانوني. وبدلاً من ذلك، فإنه يمنح القضاة سلطة تقديرية في أهمية القواعد الإجرائية، لذلك، حكم القاضي أنه إذا كان الإجراء ينتهك القواعد الأساسية ولم يكن هناك ترتيب بعد انتهاك القواعد الأخرى، فإن الإجراء غير صالح ويتم اتخاذ القرار فقط على الإثارة والتوجيه، فيحكم ببطلان لإجراء في الحالة الأولى ويمتنع عن الحكم بالبطلان في الحالة الثانية (76)، ومع ذلك، من الخطأ تعريف القواعد الأساسية من تعريف غيرها، لأن المشرعين لم يسمعوها بمعايير التمييز بين القواعد الجوهرية والقواعد غير الجوهرية، يؤدي هذا إلى الإدارة العامة عند إصدار أحكام أو تضارب بناءً على سوابق مختلفة، لأنه من المستحيل تحديد ما إذا كان القاضي سيعلم بطلانه أم لا (77) يعتقد بعض الفقهاء أن المشرع المصري قد تبنى نظرية البطلان الشخصي أو الأساسي، لأن المادة 331 من قانون الإجراءات الجنائية تنص على "أن البطلان ناتج عن عدم

(72) عبد المنعم سليمان، بطلان اجراءات الجنائي، دار جامعة الجيدة للنشر، الاسكندرية، 1999، ص47.

(73) إبراهيم حامد طاوي: سلطات مأمور الضبط القضائي، ط2، دار النهضة العربية، 1997، ص933

(74) محمود نجيب الحسني، احكام قانون اجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، ط3، القايرة، 1998، ص360.

(75) . عبد المنعم سليمان، مصدر سابق، ص47.

(76) المصدر نفسه، ص49.

(77) . محمود نجيب الحسني، احكام قانون اجراءات الجزائية، مصدر سابق، ص361.

الامتثال للأحكام القانونية المتعلقة بأي إجراء جوهري"، حيث ميز بين القواعد الإجرائية الجوهرية وغير الجوهرية، يعتقد بعض الناس أن النظريتين قد تم النظر فيها إلى حد ما، لأن نظرية إبطال الذات مطلوبة في نص المادة 331. وفي أوقات أخرى، يمكن إعلان نظرية الإبطال القانوني علناً بالطريقة التالية: بموجب شروط محددة في المادة 232 ويترتب فيه البطلان، وتعتبر بمثابة نظام عام ويسمح للامتثال لها في أي مرحلة من مراحل التقاضي (78).

أما البطلان المتعلق بالنظام العام والبطلان المتعلق بمصالح الأطراف المعنية، ففي حالة ارتباط هذا البطلان بالنظام العام، فإن الفقه يقوم على رصد البطلان المطلق، وإذا كان البطلان يتعلق بمصالح الطرف الآخر، فإنهم يصفونه بالبطلان النسبي (79)، ووصف البطلان بأنه بطلان مطلق، أي أنه حتى لو تم التخلي عن البطلان فلا يمكن تصحيحه، وحتى لو لم يطلبه الطرفان، يجب على المحكمة أن تقرره من تلقاء نفسها، كما يمكن للخصم أن يصر عليها في أي مرحلة من مراحل الدعوى، حتى في المرة الأولى أمام محكمة النقض (80)، وقد نص المشرع الفلسطيني عند إقراره نظرية البطلان فكرة النظام العام، حيث نصت على تلك المواد ( 478.475 ) من قانون الإجراءات الجزائية، حيث ضرب مشرعنا امثلة على بعض القواعد، التي تعد جوهرية لتعلقها بالنظام العام وذلك في المادة 475 من القانون المذكور، ومنها تلك المتعلقة بتشكيل المحاكم أو بولايتها أو باختصاصها، وقد نصت على البطلان أيضا المادة 52 من ذات القانون والتي نصت على أنه يسري البطلان على عدم مراعاة أي حكم من أحكام هذا الفصل، والمقصود هو المواد من 39.32 من الفصل الرابع و الذي يتناول التفنيش.

وقد بين المشرع العراقي في المادة 478 من قانون الإجراءات الجزائية متى يكون البطلان نسبيا، نصت المادة التي تم ذكرها على أنه في غير البطلان المتعلق بالنظام العام، حيث يكون للمدعى عليه محام وإجراءات، يفقد المدعى عليه حق الدفاع عن بطلان إجراءات جمع الاستدلالات أو التحقيق الأولي أو إجراءات الاستماع، ويسقط حق الدفع بالبطلان بالنسبة للنيابة العامة إذا لم تتمسك به في حينه، يعني البطلان النسبي أن المحكمة لا تستطيع أن تقر من تلقاء نفسها، ويجب على الأطراف الامتثال لها. إذا ادعوا بطلاناً لمصلحتهم الخاصة، فيمكنهم التنازل عن حق الامتثال، ويجوز أن يكون التنازل عن الدفع بالبطلان صريحا أو ضمنيا (81).

(78) . رؤوف عبيد، المشكلات العلمية الهامة في الاجراءات الجنائية، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1963، ص 431.

(79) . قدرى عبد الفتاح الشهاوي، مناهج التفنيش قيوده وضوابطه، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص192.

(80) . عمر سعيد رمضان، مبادئ قانون الاجراءات الجنائية، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص43.

(81) . رؤوف عبيد عبد الفتاح، مصدر سابق، ص 437.

أما القانون المصري فهو يميز بين الإبطال المتعلق بالنظام العام والبطلان بناءً على مصالح الأطراف، مستشهداً بالفئة الأولى من البطلان في المادة 332 من قانون الإجراءات الجنائية المصري، يعود بطلان الأحكام إلى عدم الامتثال للأحكام القانونية المتعلقة بإنشاء المحكمة أو ولايتها القضائية على القضية أو اختصاصها على نوع الجريمة أو المسائل الأخرى المقدمة والمتعلقة بالنظام العام، ويمكن أن يتم التمسك به تحت أي ظرف من الظروف، حتى لو كان بدون طلب، يجب على المحكمة أن تحكم به.

كما نصت المادة 333 من نفس القانون على أنه في غير الأحوال المنصوص عليها في المادة السابقة تسقط إجراءات تقديم الأدلة أو حق الدفع عن بطلان التحقيق الابتدائي أو التحقيق بالجلسة في الجرح والجنائيات إذا كان المتهم محام وحصل الإجراء بحضوره بدون اعتراض منه. وقد سبق البحث في الفصل الثاني في الشروط الموضوعية والشكلية التفتيش من هنة الدراسة، وقد تم القول بأن الله والقضاء مستقر على اعتبار أن القواعد والشروط الموضوعية التفتيش تعد من القواعد المتعلقة بالنظام العام والتي ترتب بطلاناً مطلقاً في حال تمت مخالفتها لأنه متى انعدم أو تعيبت أحد مقومات وجود الحق في الإجراء، كانت مباشرته متعارضة مع الصالح العام والحريات الشخصية)، وقد نصت المادة 475 من قانون الإجراءات الفلسطينية على بطلان الإجراء متى كان من يباشره غير مختص. (82)

إلا أن هناك خلافات حول القواعد الشكلية للتفتيش وعلاقتها بالنظام العام أو بمصالح الأطراف، ولذلك فإن بعض الاجتهادات الفقهية تعتبر أحكام التفتيش من القواعد الأساسية المتعلقة بمصالح الأطراف، والمخالفة لهذه الأحكام باطل نسبياً، وذهب قسم آخر من الفقه إلى أن بطلان التفتيش نسبي إلا في ثلاثة أحوال:

- أ. عدم حضور المتهم أو من ينيبه متى أمكن ذلك.
- ب. إذا صدر التفتيش مخالفاً لقواعد الاختصاص بأن صدر ممن لا يملكه.
- ج. إذا تم البحث في قضية جنائية لم يتم نقلها بشكل صحيح، كأن القانون يقتضي تقديم شكوى أو طلب أو إذن، وهذا القيد لا يتم الالتزام به.

الرأي الثالث في الفرق بين القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية، وهو أن البطلان ناجم عن مخالفة قواعد التفتيش الموضوعي، ويتعلق بالنظام العام، لأنه أقيم لمصلحة العدالة نفسها أمام الخصوم، أما القواعد الشكلية فهي منظمة لمصلحة الأطراف ولا يجوز المساس بها حتى يتم المساس بالعمل. تم تصميم القواعد الرسمية

لتمكين المدعى عليه من مراقبة سلامة الأدلة والعناية بمصالحه في الدفاع عن نفسه، د. قدرى الشهاوي يرى أن هناك قاعدة رسمية لكن انتهاكها ينقض النظام العام. وهذه قاعدة تفتيش المرأة بواسطة المرأة، وذلك لأن مخالفة هذه القاعدة انتهاك للأداب العامة التي يرغب المشرعون في حمايتها (83).

في هذا الصدد، يعتقد المؤلف أنه يجب علينا أولاً النظر في التمييز بين القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية، فالأولى لكونها من النظام العام فمخالفتها تؤدي إلى بطلان الإجراء بطلاناً مطلقاً، لذا فإن تفتيش النيابة العامة في منزل شخص لإيجاد دليل على جريمة لم ترتكب في المقام الأول هو إجراء باطل إطلاقاً، لأن التفتيش يجب أن يكون له سبب، وهذا السبب هو وقوع جريمة جنائية أو جنحة. ولهذا فهو اعتداء غير قانوني على الحريات العامة وانتهاك للحرية العامة على حرمة السكن.

وبالمثل، إذا أصر المتهم، فإن انتهاك قواعد البحث الرسمية سيؤدي إلى إبطال مفعول لمصلحته، إن التفتيش الذي يجريه المحضر في غياب شاهدين لن يبطل الإجراء، لأن حضور الشهود يمكن أن يقنع المشتبه به بسلامة الأدلة التي قدمها التفتيش، يؤيد ذلك أن نص المادة 478 من قانون الإجراءات الفلسطينية والتي يقابلها المادة 333 من قانون الإجراءات الجنائية المصري لم تتطلب لتصحيح الإجراء حتى التنازل الصريح عن الدفع ببطلانه وإنما اكتفت بسكوت محامي المتهم عن الدفع به إذا تم الإجراء في حضوره وليس بعد ذلك من الأدلة على انصراف النص إلى تقرير نسبية البطلان (84).

### 3.1.3: إجراءات بطلان التفتيش

تعد أحكام التفتيش من القواعد الأساسية التي يترتب على إغفالها أو مخالفتها بطلان إجراءات التفتيش وذلك لأنها وضعت لحماية الأشخاص وحصانة مساكنهم.

لقد نص المشرع العراقي في المادتين (72، 76) من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أحكام عامة تتناول تنظيم إجراءات التفتيش، غير أن المشرع لم يشر في قانون أصول المحاكمات الجزائية السابق أو الحالي إلى مدى صحة التفتيش الذي يجري دون مراعاة هذه الأحكام العامة، وإيضاً لم يكون بعد رأياً واضحاً في الفقه العراقي بهذا الخصوص، فيذهب البعض (85) "أن التفتيش الذي يقوم به المحقق وبغير الشروط التي نص عليها القانون يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا يجوز التمسك بما ورد في محضر التفتيش ولا بما اكتشف

(83) قدرى الشهاوي، مصدر سابق، ص200.

(84) . عبد المهيم بكر، إجراءات الأدلة الجنائية، ج1، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص465.

(85) عبدالجبار العريم، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ج1، مطبعة المعارف، بغداد، 1950، ص443..

فيه أشياء ومبررات جرمية كما لا يجوز للمحكمة أن تعتمد عليه في حكمها". ويرى البعض الآخر (86) من جهة أخرى بأن البطلان يجب أن يثار من جانب من أضر به التفتيش الباطل وعلى ذلك فلا موجب لأن تدفع المحكمة من نفسها بتوفر البطلان إن لم يدفع بالبطلان أمامها في تفتيش قدم التقرير عنه إليها أو المبررات الجرمية عنه.

في حين ذهب رأي آخر إلى أنه يمكن القول بأن التفتيش الذي يجري بدون مراعاة هذه الأحكام يصيبه البطلان النسبي ما دام المشرع قد وضع الأحكام العامة المتعلقة بالتفتيش وأوجب إتباعها سواء كان ذلك من الجهة التي خولت إصدار أوامره أو من الجهة المأذونة بتنفيذه ولا تعفي المحاكم من إغفال هذا المبدأ بحجة عدم وجود نص خاص ينظم البطلان في موضوع يمس حريات الناس العامة التي يحميها الدستور والقوانين الأخرى سيما وأن قواعد قانون أصول المحاكمات الجزائية هي قواعد شكلية غرضها تأمين حسن سير العدالة وضمان الصالح العام في القضاء الجزائي مما لا يمنع معه المحكمة من الأخذ بالتفسير الواسع وبمبدأ الاستنتاج المقصود من باب أولى. وتتفق مع هذا الرأي لانسجامه مع قواعد العدالة.

أما القضاء العراقي فيأخذ بصحة التفتيش الذي يتم بدون مراعاة الأحكام المذكورة أي أنه يأخذ بصحة الدليل الذي يستحصل من تفتيش جرى بدون أمر قانوني وإن كان ذلك لا يعفي الموظف الذي قام بالتفتيش من العقاب المقرر قانوناً (87).

وهذا ما أخذ به القضاء المصري حيث سار على أن البطلان الذي يصيب إجراءات التفتيش لا يعتبر من النظام العام إنما هو بطلان نسبي لا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها إنما يثيره من يريد التمسك به فإذا لم يثره من له الحق بذلك فليس لسواه أن يتمسك به ولو أنه يستفيد منه وذلك لأن الاستفادة لا تلحقه إلا عن طريق التبعية. ونظراً لكون الدفع ببطلان التفتيش يعتبر من الدفوع الموضوعية لذا فإن الطعن فيه يكون أمام محكمة الموضوع دون محكمة النقض (88).

(86) عبدالامير العكلي، مصدر سابق، ص348.

(87) قرار محكمة التمييز رقم (74/ت/229) والمؤرخ في 1974/5/18، مجلة القضاء، العدد الرابع، 1974.

(88) طعن رقم (390) سنة 1921ق جلسة 1951/11/12؛ الطعن رقم (1666) لسنة 27ق جلسة 1957/11/18، ص8، طعن رقم (1394) لسنة 51ق، جلسة

1981/11/10، ص32، ص843.



## 2.3: شروط الدفع ببطلان التفتيش والتنازل عنها

### 1.2.3: شروط الدفع ببطلان إجراءات التفتيش

أولاً: إبداء الدفع قبل أقفال باب المرافعة: يقصد بإغلاق باب التقاضي إغلاق جميع قنوات التقاضي وإنهاء الإجراءات الشفوية والكتابية للمحكمة، وهي خروج الدعوى، والبعد عن الخصوم وحياسة المحكمة، ويكون ذلك من خلال القرار الصادر من المحكمة بحجز الدعوى للنطق بالحكم وفيها يتطلب الأمر استلام القاضي الدعوى ليقوم بتدقيقها وتفحصها وصولاً إلى إصدار الحكم بها، بمعنى آخر، قبل أن تتخذ المحكمة قراراً، يحق للدفاع مصادرة القضية للحكم فيها ورفع أي نوع من أنواع الدفاع القانوني أو الموضوعي أو الجوهري أو غير الجوهري. ومع ذلك، بعد إصدار المحكمة لهذا الإشعار، لا يجوز له أن يقدم الدفع، إلا في حالة إعادة فتح أي جانب من جوانب الشكوى للمحكمة للإعراب عن الدفع أو تقديم مستندات جديدة لم يتمكن من الحصول عليها خلال فترة المداولة، وهذه الوثائق تفيده في القضية فتجعله أفضل من الناحية القانونية أو يجد شيئاً لصالحه؛ لذلك يحق للمتهم أو المدعي بالحق المدني أو المسؤول عن الحق المدني في الدعوى تقديم طلب يفتح المرافعة وهذا الطلب يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة إذ لها أن تقرر فتح باب المرافعة إذا رأت في فتحها يحقق العدالة. كما يمكن للمحكمة أن تعقد جلسة استماع من تلقاء نفسها، وإذا تبين أن لدى الأطراف نقاط غير واضحة تحتاج إلى توضيح، يحق للأطراف رفع دفاعاتهم (89).

ثانياً: أن يكون الدفع صريحة جازمة يقرع سمع المحكمة:

تلتزم المحكمة الابتدائية بقبول الدفاع أو رفضه، والدفاع هو دفاع واضح وحازم يمكنه الاستماع إلى آراء المحكمة وإدراج بيانات موضوعية وعاجلة لمقدم الطلب في طلبه، في حين الكلام الذي يلقي في غير مطالبه جازمة ولا إصرار عليه فلا تثريب على المحكمة أن هي لم ترد عليه، بالإضافة إلى ذلك، يمكن تكرار الطلب المقدم في الاجتماع في محضر الاجتماع التالي، لأن هذا التكرار يظهر أن مقدم الطلب يصر على الطلب، ويجب أن يكون الإصرار حازماً وصريحاً وواضحاً ولا أيس فيه ويكون واضحاً حتى تتمكن المحكمة من الرد على الطلب بقبول الطلب أو رفضه. ومع ذلك، إذا أعلن المدعي عليه أو وكيله فقط أن إجراء البحث باطل في البيان العام المرسل، ولكنه لا يتضمن بيان نيته، فإن المحكمة ليست ملزمة بالرد عليه لأنه من الضروري أن تدفع له بشكل واضح بما في نيته. (90).

(89) . حامد شريف، نظرية الدفوعات امام القضاء الجنائي، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، 2003، ص34.

(90) محمود عبد العزيز محمد، التفتيش الانن\_الاجراء الدليل والتليل فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، بيروت، 2009، ص 390.

ثالثاً: أن يكون للدفع أصل ثابت في الأوراق: والمقصود أن يظهر الدفاع وقت القضية في أوراقه، سواء في محضر الجلسة أو في المذكرة المقدمة من الأطراف، وهذه المستندات جزء من الإجراءات القضائية. لذلك، يتم الاعتماد عليها أو اعتمادها بشرط أن يكون تم إثباتها في المحكمة، والعبرة بإبداء الدفع أنه قد اثبت في مرحلة المحاكمة، لذلك، فإن رفع الدفع قبل الإحالة إلى السلطات لا يعفيهم من رفعها مرة أخرى في مرحلة المحاكمة حتى تضطر المحكمة للرد بقبولها أو رفضها. (91).

رابعاً: أن يكون الدفع منتجاً أي ظاهر التعلق بموضوع الدعوى: يشير الدفاع الظاهر المتعلق بموضوع القضية إلى الدفاع الذي يتطلب حكماً لإصدار حكم في موضوع القضية. وبخلاف ذلك، فإن المحكمة ليست ملزمة بالرد صراحة، ولكن يمكنها أن ترفض ضمناً، لأن الطرف الآخر الذي يقوم بالدفع ليس لديه مصلحة في طلب رد سببي عليه، حكمت المحكمة الآن بأن هناك طلبات ودفعات طويلة الأجل في القضية، والتي لا علاقة لها بموضوع القضية ولا تتطلب من المحكمة الرد، ومنها:

1. الدفع أو الملل، غير المنتج في الدعوى

2. الدفع القانوني طاهر البطلان.

3. المطلب المجهل الهدف أو الغاية منه أو مدى اتصاله بموضوع الدعوى.

قيل للمحكمة العليا أن إبطال الدفاع للتفتيش هو أحد الجوانب المهمة للدفاع التي يجب الرد عليها، لذلك، إذا لم يصدر حكم مثير للجدل استجابة لهذا الطلب ولم يتم الرد عليه، حتى لو اعتمد على إدانة أدت إلى الاستيلاء على قيمة الشيء الجنائي، فهو قاصر (92).

خامساً: عدم التنازل الصريح أو الضمني عن الدفع: التنازل هنا يعني أن له الحق في الإصرار على الإبطال، والا يوقع على بطلان بشكل صريح أو ضمني، بالإضافة إلى ذلك، فإن التنازل عن الدفع بالإبطال لإجراءات التفتيش يتعلق فقط بالدفع التي لا تتعلق بالنظام العام، لأنه لا يجوز التنازل عن الدفع المتعلقة بالنظام، أما الدفع المتعلقة بمصالح الأطراف - المدفوعات غير المتعلقة بالنظام العام - يمكن لصاحب القرار أنه يتنازل عنها. هناك نوعان من التنازل، الأول هو التنازل الصريح عن الدفع الصريح، هذا التنازل له تأثيره أمام الجميع، أي أنه يلغي التأثير غير الصحيح وهو لا رجعة فيه، ومع ذلك، إذا حدث التنازل عن الطلب بالدفع بالبطلان قبل حدوثه، فهو غير صالح لعدم وجود مكانه وسببه. تنشأ الصعوبات في حالة التنازل الضمني عن

(91) . المصدر نفسه، ص 391

(92) حامد شريف، نظرية الدفعات امام القضاء الجنائي، مصدر سابق، ص 38.

الدفع، والذي يتم استخراجها من خلال إجراءات صاحب الحق الذي يصير على الدفع بالبطلان، والذي يكون وفقاً لتقدير المحكمة الابتدائية، دون الإشراف على محكمة الاستئناف العليا، ما لم يكن السبب معقول ويسعى إلى التنازل عن بيان الأدلة، يتمثل أحد أشكال التنازل الضمني في أنه إذا تم اقتراح الدفع في الشكوى بطريقة لا تتوافق مع الدفعة الأولى، يتم تفسير ذلك على أنه تنازل ضمني عن الدفع الأول، وان التنازل بشكل عام يجب أن يقوم افعال باب المرافعة في الدعوى وحجز الدعوى للحكم (93).

### 2.2.3: التنازل عن بطلان التفتيش

هناك نوعين من التنازل عن البطلان هما التنازل عن بطلان التفتيش بصورة صريحة والتنازل عن بطلان التفتيش بصورة ضمنية، وسنوضح مضمون كل واحد منهما وبالشكل الآتي:

#### 1. التنازل عن بطلان التفتيش بصورة صريحة:

التنازل الصريح لا يثير صعوبة تذكر، إذ يتم ذلك في حالة ما إذا تم التفتيش برضا الشخص الذي أجري تفتيشه أو تفتيش منزله على أنه يشترط أن يكون هذا الرضا قد تم عن إرادة حرة وعلم في محضر التفتيش كتابة، كما ويجب على المأذون بالتفتيش أو تفتيش منزله أن يثبت هذا الرضا في محضر التفتيش كتابة وبخط يد ويذيل المحضر وبتوقيع المأذون بالتفتيش وإمضاء شاهدين على وفق ما قرره القانون غير أن رضا المأذون بنفسه المثبت بصورة صريحة في المحضر لا يلزم محكمة الموضوع بصحته فلها إن لم تطمئن إلى حصول الرضا عدم التعويل على المحضر وعليها في هذه الحالة أن تبين رضا المأذون بتفتيشه في وقائع الدعوى وظروفها وتستننتج من دلائل مؤدية إليه ويبقى تقدير هذه الأدلة كمسألة موضوعية خاضعة لها وحدها (94).

#### 2. التنازل عن بطلان التفتيش بصورة ضمنية:

يكون عندما لا يدفع المتضرر من التفتيش ببطلان هذا الإجراء أمام الجهة التي خصها المشرع، إذ ينظر الدفع ببطلان التفتيش وبشرط أن يكون رضا المأذون بنفسه أو تفتيش مسكنه قد صدر منه قبل البدء بإجراءات التفتيش مع علمه بأن القائمين به ليست لهم صفة فيه غير أنه لا يعتبر سكوت المأذون بتفتيش منزله مثابة الرضا بالتفتيش إذا تم تحت تأثير الخوف والإكراه ولا يعد من قبيل الإكراه انتزاع المواد الممنوعة من المتهم وقت التفتيش وبالتالي لا يصيب الإجراء بالبطلان وإذا توفرت الشروط اللازمة للرضا فلا يهم بعد ذلك أن

(93) . جواد الدهيمين، احكام البطلان في قانون اصول المحاكمات الجزائية، ط1، مكتب الباسم، بغداد، 2003، ص83.

(94) د. احمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، أطروحة دكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة، 1959، ص350.

يصدر هذا الرضا من مأذون بنفتيشه أو بتفتيش منزله أو من الأشخاص الذين يسكنون معه كزوجته أو والده وأخيه(95).

### 3.2.3: انتهاء الامر الصادر بالتفتيش

قد يثار تساؤل حول الأمر الصادر بالتفتيش متى ينتهي ويبطل مفعوله القانون، لهذا عند استعراضنا لنصوص المواد (72.86) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي الخاصة بموضوع التفتيش لم نجد فيها أي إشارة أو عبارة تشير إلى تحديد موعد انتهاء مفعول الأمر الصادر بالتفتيش، إلا أنه لدى الرجوع إلى أحكام المادة (94) من القانون السالف الذكر والخاصة بالأمر الصادر بالقبض على المتهم نجد أنها تشير إلى أن أمر القبض الصادر يبقى نافذ المفعول في جميع أنحاء العراق، ويكون واجب التنفيذ لمن وجه إليه، كما ويظل ساري المفعول حتى يتم تنفيذه أو إلغاؤه ممن أصدره، أو من سلطة أعلى منه مخوله بذلك قانوناً.

ونرى أنه إذا طبق هذا النص قياساً وجوازاً على أمر التفتيش أو استخلصنا تصور المشرع ودلالته وغايته من تشريع نصوص المواد القانونية لأمر التفتيش نجد أن أمر التفتيش ينتهي في حالتين اثنتين فقط:

**1- حالة ما إذا نفذ أمر التفتيش من قبل المحقق المكلف بتنفيذه ونفذه فعلاً حسب الأصول فإن مفعوله ينتهي سواء أكان التنفيذ قد أدى إلى تحقق النتيجة المرجوة من إجراءاته أم لم تتحقق هذه النتيجة، وهذا أمر طبيعي لأنه يكون في هذه الحالة قد استوفى الغرض من تنفيذه وبذلك يكون قد انتهى مفعوله وزالت قوته القانونية اللازمة لإجرائه.**

**2- حالة ما إذا كان قد تم إلغاء أمر التفتيش من قبل القاضي الذي أصدره أو أي قاضي آخر يقوم مقامه قانوناً، فإن مفعوله ينتهي بمجرد صدور أمر إلغاؤه، وهذا أمر طبيعي أيضاً لأن القاضي الذي يملك سلطة إصدار أمر التفتيش يملك أيضاً سلطة إلغاؤه وإبطال مفعوله (96).**

وعليه فإذا نفذ أمر التفتيش فإن مفعوله ينتهي بتنفيذ ذلك الأمر ولا يجوز إعادة تنفيذه بعد إلغاؤه مرة أخرى بتاتاً، لأنه نفذ على الدار نفسه أو المحل الذي أجري التفتيش السابق فيه، ولكن إذا أريد تفتيش الدار أو المحل المذكور مرة أخرى وجب على المحقق استحصال أمر جديد بالتفتيش من قبل قاضي التحقيق المختص لتنفيذه وإجراء المقتضى بشأنه.

(95) جواد الدهيمين، مصدر سابق، ص85.

(2) راجع نص المادة (72/ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

ومما يجدر ملاحظته بهذا الخصوص أنه عند إجراء أمر التفتيش يبقى هذا الأمر نافذاً أو معمولاً به من قبل المحقق الذي وجّه إليه أو من يحل محله قانوناً ولا يبطل مفعوله ولا تزول قوته القانونية إطلاقاً وإنما يبقى ساري المفعول حتى إذا تعذر تنفيذه لسبب من الأسباب إلى أن يقرر قاضي التحقيق إلغاءه ويحرر هذا القرار على الأوراق التحقيقية ويبلغ المحقق المختص بالأمر المذكور، فإذا ألغاه فإن مفعوله ينتهي بمجرد صدور أمر الإلغاء وتنعدم قوته القانونية ويصبح كأن لم يكن<sup>(97)</sup>، وعليه فلا يجوز بعد ذلك لأي محقق إجراء التفتيش بعد إلغاء ذلك الأمر، وإذا فعل ذلك يكون التفتيش الذي أجراه باطلاً بطلاناً مطلقاً نظراً لعدم وجود أمر صادر بالتفتيش من القاضي المختص وهو السند القانوني لإجرائه وتنفيذه، كما أن المحقق الذي أجراه بدون مسوغ قانوني سوف يعرض نفسه للعقوبات<sup>(98)</sup>، لأنه يكون قد أجري تفتيش منزل شخص أو محله بغير رضا صاحبه وفي غير الأحوال التي يجيز القانون إجراء ذلك التفتيش وتنفيذه طبقاً لأحكام القوانين المرعية.

(1) جواد الدهيمين، مصدر سابق، ص63.

(2) نصت المادة (326) من قانون العقوبات العراقي على أنه (يعاقب بالحبس وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين : كل موظف أو مكلف بخدمة عامة دخل اعتماداً على وظيفته منزل أحد الأشخاص أو أحد ملحقاته بغير رضا صاحب الشأن أو حمل غيره على الدخول وذلك في غير الأحوال التي يجيز فيها القانون ذلك أو دون مراعاة الإجراءات المقررة فيه)

## الفصل الرابع

### ضمانات المتهم في التفتيش

ترتكز هذه الضمانات على مبدأ التوازن بين مقتضيات المحافظة على النظام العام باستيفاء الحاجة إلى ضبط الجناة ومراعاة مصلحة التحقيق وبين سائر الضمانات التي وفرتها الدساتير والقوانين الإجرائية لحرية المجتمع، ولا ضير أن تتفاوت الضمانات بقدر تفاوت جسامه الجريمة من حيث طبيعتها طالما أنه قد وفر للمتهمين في الجريمة ضمانات تحمي حقوقهم بغض النظر عن تفاوت هذه الضمانات المتهمين في جرائم أخرى، طالما أن هذا التفاوت قد بني على معيار موضوعي بهدف ضمان فعالية التحقيق، وإن لدى الدولة من الوسائل ما تمكنها من محاسبة المجرم متى شاءت وتوقيع الجزاء العادل بحقه، ووفق ضمانات مكفولة في دساتيرها، لذلك فإن من حق المتهم أن يكون بريئاً ويعامل معاملة الأبرياء ليتحقق التكافؤ بين وسائل سلطة الاتهام ووسائل الدفاع.<sup>(99)</sup>

### 1.4: مفهوم ضمانات المتهم

بما أننا نناقش ضمانات المتهم خلال مرحلة التوقيف والاستجواب في القانون العراقي، نعتقد أنه من الضروري فهم مفهوم الضمان وتعريفه من منظور اللغة وثانياً. التعريف الوارد في المعنى المتعارف عليه للضمان، ثم نذهب إلى مفهوم المدعى عليه وأهم شروطه، ثم مناقشة البراءة وأهم تأثير لها في مفهوم المدعى عليه.

### 1.1.4: مفهوم الضمانات

لفهم مفهوم الضمان، يجب أن نفحص معنى الكلمة لغة وتعريفها اصطلاحاً.

(99) جلال حماد عرميط الدليمي، ضمانات المتهم في إجراءات التحقيق الابتدائي المقيدة لحرية والماسة بشخصه - دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015، ص92.

أولاً: المعنى اللغوي للضمانات:

إن كلمة الضمانات، مفردها ضمان، وهي مشتقة من الفعل المتعدي ضمن وتفيد معنى التأكيد أو الجزم بصلاحياته وخلوه مما يعيبه، (100) كما عرفها البعض بأنه أي الضمانات مفردها ضمان مأخوذ من مصدر لفعل ضمن، فمن ضمن الشيء وبه ضمنا وضمانا وأي كفل به، وضمنه إياه أي كفله، والضمين: الكفيل (101)، وكما أن بعض المعاجم تعطي للكلمة أكثر من معنى منها تستخدم تارة بمعنى كفل (102).

ثانياً: المعنى الاصطلاحي للضمان:

لكلمة الضمان معان كثيرة واستخدمات عديدة. المهم هنا هو المعنى القانوني لمرحلتى التحقيق المهمتين. يعرّف البعض مصطلح "ضمان" على أنه: "طرق وأساليب مختلفة يمكن أن تضمن عدم انتهاك الحقوق والحريات من خلال الهيئة التشريعية الوطنية لتنظيم هذه الوسائل والأساليب في النصوص التشريعية". (103) كما يختلف البعض الآخر في تعريفاتهم للحماية "إعلان الحقوق المتمثل في المبادئ التي تقوم عليها المنظمات الاجتماعية والسياسية، ومنع اعتداءات السلطات على الأفراد، وحماية الحقوق، والتي تختلف عنه، مثل اللوائح المضمنة في الدستور الذي ينظم الممارسة الحرة للأنشطة الشخصية" (104)

من هذه التعريفات، يتضح أن المشرعين في إقليم كردستان العراق اتخذوا إجراءات عند إصدار قانون تعويض المعتقلين والمبشرين الأبرياء رقم 15 لعام 2010. والأسباب المقنعة للقانون بمعناه العام مذكورة هناك "من الضمانات الأولى التي يقتضيها مبدأ سيادة القانون ... توفر له جميع الضمانات لممارسة حق الدفاع" (105)، بما أن القانون العراقي يضمن للمدعى عليه خلال مرحلة التحقيق الأولي في شكل معقد بين القانون الجنائي وقانون الإجراءات الجنائية وقانون رعاية الأحداث. وعلى الرغم من أن هذه القوانين تخضع للمراجعة المستمرة، إلا أن المشرعين لم يذكروا بوضوح ومصطلح الحماية أو حقوق المدعى عليه على خلاف المشرع الكردستاني. من هذا المفهوم، يمكننا أن نرى أنه يمكننا تعريف الضمان كوسيلة وطريقة يسن بها المشرعون قوانين لحماية حقوق المدعى عليه المذكورة في الدستور، وبالتالي ضمان عدم انتهاك حريتهم الشخصية.

(100) يعقوب عزيز قادر وضمانات حماية حقوق الإنسان في إقليم كردستان العراق، رسالة ماجستير قدمت إلى كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين، 2003، ص 12.  
(101) هوزان حسن محمد الأتروشي، ضمانات الإجراءات الدستورية للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير قدمت إلى كلية القانون والسياسة، جامعة دهوك، 2008، ص 8.

(102) يعقوب عزيز قادر، مصدر سابق، ص 12؛ د. محمد سعيد مجنوب، الحريات العامة وحقوق الإنسان، ط1، مطبعة جروس برس، لبنان، 1986، ص 9

(103) هوزان حسن محمد الأتروشي، مصدر سابق، ص 8.

(104) أفين خالد عبد الرحمن، ضمانات حقوق الإنسان في ظل قانون الطوارئ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة دهوك 2005، ص 114

(105) منشور نص القانون في وقائع كردستان، مصدر سابق، ص 21.

خلال مرحلة التحقيق، وتعويض المتهم بفرض العقوبة على مرتكب الاعتداء، بغض النظر عما إذا كان الشخص عادياً أو موظفاً حكومياً، وبغض النظر عن رتبته.

كما ورد مصطلح "ضمان" في نص القانون المدني لأنه موضوع حقوق والتزامات، مثل على سبيل المثال لا الحصر مصطلح "ضمان" المذكور في المادتين (6) و (7). المواد (1/260) و (1/614) من القانون المدني العراقي (106).

### مفهوم المتهم والشروط الواجب توافرها فيه

من أجل فهم مفهوم المدعى عليه ومعنى الكلمة يجب أن نفهمه في اللغة وأن نوضح تعريفه في الاصطلاحات، وبعد ذلك سنذكر أهم الشروط التي يجب توافرها ليأخذ صفة المدعى عليه.

تعريف المتهم لغة: مشتق من الفعل (أتهم) أي اتهم الشخص اتهاماً، أي اتهمه، أي رماه بتهمة، واتهمه في قوله أي شك في صدقه (107)، ومعناه أن المتهم هو كل شخص مشكوك به في ارتكابه لجريمة.

تعبير تعريف المتهم: في الواقع لم يحدد المشرع العراقي بدقة المتهم في أحكام قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971، ولم نلاحظ تعريفه في معظم التشريعات الإجرائية العربية. مصطلح المدعى عليه (المتهم) يستخدم للإشارة إلى كل شخص تُتخذ ضده تدابير قانونية، فيما يلي بعض الأمثلة على النص الذي تظهر فيه كلمة "المدعى عليه". نصت المادة 9 من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي على موضوع الشكوى والتنازل عنها في الفقرة (هـ): " في حال تعدد المتهمين لا يشمل تنازل أحد المتهمين الآخرين، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"، كما ورد في نص المادة (43) من القانون المشار إليه واجبات الضابط القضائي بعد إبلاغه بأنه شاهد على جريمة وتم نقله إلى مسرح الجريمة. على أنه ".... ويسال المتهم عن التهمة المنسوبة إليه شفويًا....." (108)، وهذا يعني أن المشرعين العراقيين يستخدمون مصطلح "المدعى عليه" للإشارة إلى أي شخص يمكن استجوابه بشأن جريمة، بغض النظر عما إذا كان في مرحلة التحقيق أو في مرحلة جمع الأدلة.

لقد لاحظنا عدم وجود نص واضح في القانون العراقي ومعظم القوانين العربية لتعريف المتهم وتحديد مفهومه. يحاول الفقهاء من جانبهم تعريف المدعى عليه قانوناً، لذلك سنقوم بتضمين العديد من هذه التعريفات والمفاهيم

(106) ينظر نص المواد أعلاه في القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 وتعديلاته.

(107) هوزان حسن محمد الاتروشى، مصدر سابق، ص 14.

(108) ينظر نص المادة (43) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي المذكور.



هنا من أجل عدم الاطالة بل الافادة. يعرّف الفقهاء المدعى عليه بأنه: "شخص لديه أدلة أو قرينة كافية وقوية لتوجيه التهم إليه ورفع دعوى جنائية أمامه". (109)

يعرف آخرون بان المدعى عليه هو "الشخص الذي تم رفع دعوى جنائية ضده، ووجهت وكالة التحقيق المختصة اتهامات ضده، تقييداً صريحاً أو ضمناً للحرية في جميع الإجراءات بناءً على أدلة كافية ضده أثناء الاستجواب". (110)

كما يعرفه آخرون بتعريف واسع أنه: "كل من يتخذ ضده إجراءات جنائية بمعرفة السلطة المختصة، أو كل من اتهمه أو أبلغ عنه بارتكاب جريمة". (111)، وعلى هذا الأساس أي المفهوم الواسع فقد عرفه الفقه المصري بان المتهم هو كل شخص اتخذت سلطة التحقيق إجراء من إجراءات سلطة التحقيق أو من جهات القضاء أو من المدعي المدني أو أوجد نفسه في حالة أجازت قانونا التحفظ عليه أو القبض عليه أو تفتيشه (112). لا يميز القانون بين المتهم في جميع مراحل الدعوى الجنائية، لأنه يفترض هذه الصفة، بغض النظر عن المرحلة التي وصل إليها، وقضت محكمة الاستئناف العليا المصرية بأن القانون لم يحدد هوية المدعى عليه في القضية. استنادا لأي نص منه، فكل من تم اتهامه بارتكاب جريمة معينة، يجب اعتباره مدعى عليه. نعتقد أنه يمكن تعريف المدعى عليه بأنه: أي شخص تم رفع دعوى جنائية وفقاً للقانون وتم اسناد التهمة إليه من قبل سلطة التحقيق المختصة بناءً على الشكوى، بغض النظر عما إذا كانت الأدلة المنسوبة إليه كافية أو غير كافية. سواء كان بلاغاً أو شكوى شفوية، أو شكوى مكتوبة، أو في حالة الشهادة الجنائية.

#### 2.1.4: مفهوم الأصل في المتهم البراءة وآثاره

وتدعو معظم الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والإقليمية إلى مفهوم مبدأ أصل براءة المتهم، كما هو منصوص عليه في المادة (11) فقرة (1) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: "يُنظر إلى كل شخص متهم بجريمة بريء ما لم تثبت جرمته قانوناً في محاكمة علنية لضمان حصوله على ضمان دفاعه" (113). وهذا ما تؤكدته المادة 14 فقرة (2) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والتي تنص على أن "لكل متهم بتهم

(109) نقلا عن نايف بن محمد السلطان، حقوق المتهم في نظم الإجراءات الجزائية السعودية، دار الثقافة للنشر، 2005، ص 26.

(110) المصدر نفسه، ص 26.

(111) نقلا عن هوزان حسن محمد الأتروشي. مصدر سابق، ص 16.

(112) موفق علي عبيد، حضور المحامي أثناء استجواب المتهم، منشور في موقع المرجع الإلكتروني بتاريخ 2016/1/31 تاريخ اخر زيارة للموقع 2021/7/22. متاح على الرابط

التالي: <https://almerja.net/reading.php?i=0&ida=1296&id=973&idm=36550>

(113) الاعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة 1948 .

جنائية الحق في أن يُعتبر برياً ما لم تثبت إدانته وفقاً للقانون" (114)، والدساتير الداخلية لمعظم الدول ومنها دستور جمهورية العراق لعام 2005 الذي نصت المادة 19 فقرة (5) فيه على أن "المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة، ما لم تظهر أدلة جديدة. وإلا فإن لا يمكن محاكمة المتهم مرة أخرى بنفس التهمة بعد الإفراج عنه" (115) على الرغم من أن معظم قوانين الإجراءات العربية ليس لها نص على هذا المبدأ، باستثناء القانون الأردني الذي يستند إلى المادة 147 فقرة 1 من قانون التعديل رقم 16 لسنة 2001 (المتهم بريء حتى تثبت إدانته). (116)

وما يهنا هذا الطلب من أن القانون رقم 15 لسنة 2010 المشار إليه أكد مضمون الدستور العراقي وأهميته في قانون الإجراءات، حيث أن القانون رقم 15 لسنة 2010 الصادر عن إقليم كردستان العراق يوضح هذا المبدأ ويجعله أحد الضمانات الأساسية لتطبيق سيادة القانون. وينص على "مبدأ سيادة القانون وأحد الضمانات الأساسية لحماية الحقوق المدنية هو الحفاظ على الحرية الشخصية، لأن هذا المبدأ هو أن الإنسان بريء حتى تثبت إدانته بمحاكمة عادلة ...".

على الرغم من الموقف الإيجابي لشرع كردستان وحمايته لحقوق المدعى عليه فمن الأفضل ادراج هذا المبدأ في احد احكام القانون رقم 15 لسنة 2010 بدلا من تقديم اسباب مقنعة. وإذا تضمن القانون عقوبة لمهاجمتها، فوفقاً للتشريع الكردي، فإن هذا المبدأ سيحظى بحماية أكبر لمنع المسؤولين عن تطبيق القانون من انتهاكه أو مهاجمته، لأن هذا المبدأ يعتبر أساساً لضمان الحرية الشخصية للمتهم، لأن كل شخص متهم بجريمة مهما كانت جسيمة قبل الإثبات القضائي النهائي بالذنب، يجب اعتبار الشخص بريئاً في البداية، أي أن الشخص يجب أن يحتفظ بهويته القانونية بالبراءة، ما لم يثبت خلاف ذلك، إذا تم إلقاء اللوم على شخص ما على أنه ارتكب جريمة، فإن مجرد تقديم ادعاء لن يلغي ادعاءه الأصلي بأنه لم يرتكب جريمة قبل أن يثبت بشكل نهائي أنه ارتكب الجريمة بالطرق القانونية، ومن هنا جاء مبدأ افتراض براءة المتهم الى ان تثبت ادانته بحكم قانوني بات .

(114) العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 .

(115) دستور جمهورية العراق الدائم لسنة 2005 .

(116) نقلا عن هوزان حسن الأتروشي، مصدر سابق، ص 65.

### 3.1.4: آثار مبدأ الأصل براءة المتهم

لبراءة المدعى عليه تأثير غير مباشر. والآثار الأخرى المتضمنة في هذه الدراسة مباشرة وأساسية، وتنقسم إلى ثلاثة أنواع من التأثيرات. نحاول تلخيصها على النحو التالي :

أولاً: ضمان الحرية الشخصية للمتهم:

وبحسب نتائج وبيانات هذه التأثيرات، يجب على المتهم أن يضمن حريته الشخصية بشكل كامل، لأنه يجب معاملة المدعى عليه بطريقة خاصة حفاظاً على كرامته وإنسانيته من خلال هذه المعاملة، واعتباره شخصاً بريئاً، لا مهما نسبت إليه الجريمة وكيف ارتكبتها، وبصفتي عضواً في النيابة العامة المكلف بمحكمة التحقيق، فقد وجدت تطورات مهمة في كردستان، خاصة بعد صدور القانون رقم 15 لسنة 2010، حقوقه الأساسية تحمي كرامة المتهم. أحكام المادة 1 وفقراتها المختلفة: الأول. ثانياً. ثالثاً (117)، أروع ما تضمنته من ضمانات، يجب أن يحصل المدعى عليه على جميع الضمانات، وإذا كان بريئاً تضمن أصالته، وفي نفس الوقت يحتفظ بسلطة التحقيق المختصة لمعرفة الحقيقة عند انتهاك الحرية الشخصية للمدعى عليه بشرط ألا تتجاوز الحد المنصوص عليه في القانون.

ثانياً: عبء الإثبات لا يقع على المتهم:

تتحمل سلطة الاتهام عبء الإثبات وتعتقد أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته. وتقع على عاتق الشخص الذي يوجه التهم ضد أي شخص أن يثبت كل عناصر الجريمة ويثبت مسؤوليته. إذا كانت هناك أدلة ضده فيحق له تقديم الأدلة لنفي التهم (118)

إلا أن هناك بعض الاستثناءات، ففي بعض الحالات يقع عبء الإثبات على عاتق المدعى عليه، وهناك أمثلة على هذه الاستثناءات في التشريع العراقي، فإذا تم الفعل لإنفاذ القانون أو لأمر السلطة القانونية، فإن الافتراض هو أن حسن النية دليل؛ إذا نصت المادة (40) من قانون العقوبات على ما يلي: "إذا تم الفعل من قبل موظف أو مسئول عن خدمة عامة فلا يعتبر جريمة.. أولاً: إذا قام بإجراء التنفيذ الذي يقتضيه القانون بحسن نية، أو إذا كان يعتقد أن التنفيذ من اختصاصه، وثانياً: إذا كان سلوكه هو تنفيذ أمر صادر إليه من رؤسائه وجب عليه طاعته، أو إذا كان يعتقد أن من واجبه طاعته". (119)

(117). وقائع كردستان، مصدر سابق، المادة الأولى من القانون. ص 19.

(118) هوزان حسن الأتروشي، مصدر سابق، ص 71.

(119) نص المادة في قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 وتعديلاته الفصل الرابع أسباب الإباحة.

كذلك إذا كان الشخص في حالة الدفاع الشرعي<sup>(120)</sup>، كما يفرض عبء الإثبات من قبل رئيس التحرير أو رئيس التحرير على الجريمة التي ارتكبتها صحيفتهم بشرط أن يثبتوا أن النشر قد تم بغير علمهم كما هو موضح في المادة (81) من القانون الجنائي العراقي.<sup>(121)</sup>

هناك العديد من الأمثلة الأخرى لهذه الاستثناءات، بما في ذلك الإشارة الموجزة للسجلات في المادتين (220 و221) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، لأن عبء الإثبات يتطلب من المدعى عليه تقديم دليل على عكس ذلك<sup>(122)</sup>.

وعليه، واستناداً إلى المثال السابق، يبدو أن المشرع العراقي خالف مبدأ براءة المتهم حتى تثبت براءته، مما جعل عبء الإثبات مسؤولية المتهم، أي أنه يجب عليه تقديم دليل على الرفض إذا رغب. في الواقع، لقد رأينا أن تطوير جمع الأدلة ووسائل المساعدة في الكشف عن الحقيقة وتطوير التحقيقات يتطلبان من وكالة الادعاء أن تتحمل المسؤولية تجاه المدعى عليه من خلال تطبيق مبدأ أصل المتهم غير مذنب بدون استثناء.

ثالثاً: الشك يفسر لمصلحة المتهم :

يشير الشك في الدليل أو القرينة ضد المدعى عليه إلى حالة الأدلة في الدعوى القضائية بعد موازنة جميع الأدلة، لذلك لا يمكن الجزم بأنهم على يقين من أن درجة الإدانة مؤكدة من أجل تحديد الإدانة<sup>(123)</sup>، وهذا يعني أنه ما لم يتم الحصول على الإدانة الكاملة واليقين من الأدلة ضد الشخص، فلا شك في أنه ينبغي النظر، وعندما تكون هناك شكوك حول تقييم الأدلة أو أدلة التهم، يجب على المحكمة الرد على المدعى عليه، في هذه الحالة، يجب على المحكمة الرجوع إلى مبدأ الحكم الأصلي، أي أن المتهم غير مذنب، أي أن الشك يجب أن يفسر من مصلحة المدعى عليه. وهذا ما فعلته محكمة الاستئناف العراقية العليا في أحد قراراتها حيث قررت أن: "إذا أنكر المدعى عليه تهم التحقيق معه ومحاكمته ولم يكن هناك شهود ضده فلا يجوز محاكمته إذا كان للمحكمة الأصلية قرينة واحدة فقط، فلن يتم ترقية الافتراض إلى مستوى الأدلة إلا إذا كان مدعوماً بأدلة أخرى، بالإضافة إلى ذلك، إذا كانت هناك قرائن وأدلة تنفي التهم الموجهة ضده، فلا يمكن استخدام الافتراض

(120) للمزيد ينظر: الباب الثالث، الفصل الرابع أسباب الإباحة، 3 حق الدفاع الشرعي، من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 وتعديلاته.

(121) انظر الباب الرابع، الفصل الثالث: المسؤولية في جرائم النشر من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 وتعديلاته.

(122) ينظر: قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1971 وتعديلاته

(123) هوزان حسن الأتروشي، مصدر سابق، ص78.

وحده كدليل على الإدان، لذلك، إذا صدر مثل هذا الحكم بناءً على الاستنتاج والشبهة، يمكن إبطال الحكم لأن تفسير الاشتباه يعود بالنفع على المدعى عليه". (124)

وايضا في قرار محكمة تمييز العراق المرقم (11/موسعة ثلاثة/2000) والتي جاء فيه بأنه "الشك يفسر لصالح المتهم" المعتمد قبله في القرار على اتجاه نفس الهيئة بقرارها 102/موسعة ثمانية/99 في 99/7/24. (125)

كما أن محكمة الاستئناف العليا لإقليم كردستان العراق تتحرك في هذا الاتجاه، حيث نص حكمها على ما يلي:  
"1. إن أقوال المدعى عليه لمتهم آخر في نفس القضية لا تتطلب ضمانات ما لم تحصل على أدلة أخرى أو افتراضات موثوقة. 2 - الشك يتم تفسيره لصالح المدعى عليه". (126)

يمكن أن نرى بوضوح من هذا أن مبدأ الشك لصالح المدعى عليه يمكن تفسيره بالوقائع التالية: نطاق تطبيقه هو تقييم الأدلة، وليس تفسير القانون، لأن القاضي ملزم بالإشارة إلى أصل براءة المتهم الذي يشك في الدليل، ومن حيث المبدأ فإن أي حكم مبني على الشك يعتبر غير قانوني ويجب نقضه.

#### 2.4: ضمانات التفتيش

للمتهم بوصفه إنساناً له الحق في أن يحيا حياته الخاصة بعيدة عن تدخل الغير، وبمناى عن العلانية، فالحق في الحياة الخاصة هو حق من حقوق الإنسان وقد تضمنت المادة (12) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ذلك، وقد أضفت عليه كثير من الدول قيمة دستورية، فقد نص الدستور الكويتي صراحة على حماية الحق في الحياة الخاصة للأفراد، فقد نصت المادة (31) من الدستور الكويتي على أنه "لا يجوز القبض على إنسان أو حبسه أو تفتيشه أو تحديد إقامته، أو تقييد حريته في الإقامة أو التنقل، إلا وفق أحكام القانون، ولا يعرض أي إنسان للتعذيب أو للمعاملة المحاطة بالكرامة". كما نصت المادة (38) من الدستور الكويتي على أنه للمساكن حرمة، فلا يجوز دخولها بغير إذن أهلها إلا في الأحوال التي يعينها القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه"، كما نصت المادة (39) منه على أن: "حرية المراسلة البريدية والبرقية والهاتفية مصونة وسريتها مكفولة"، فلا يجوز مراقبة الرسائل أو إنشاء سريتها إلا في الأحوال المبينة في القانون، وبالإجراءات المنصوص عليها

(124) قرار محكمة تمييز العراق المرقم 49/هيئة موسعة ثمانية، 1990/منشور في مجلة القضاء العدد الثالث والعدد الرابع والسنة الخامسة والأربعون، سنة 1990، ص 252.

(125) قرار محكمة تمييز العراق المرقم (11) موسعة ثلاثة/2000، منشور في مجلة القضاء والعدد الأول والثاني والسنة الخامسة والخمسون، سنة 2000 ص 137.

(126) قرار محكمة تمييز إقليم كردستان العراق رقم (63/هيئة جزائية/2000، منشور في مجلة باريزه ر، العدد الأول، السنة الأولى، 2001، ص 429.

فيه"، كما نصت المادة السابعة من الدستور الأردني: "الحرية الشخصية مصونة" وهذا يعني وجود توافق مع الدستور الكويتي. (127)

#### 1.2.4: ضمانات التفتيش الشكلية

التفتيش عمل من أعمال التحقيق وتختص به الجهة المخولة لها بالتحقيق، بيد أن المشرع قد منحه للشرطة في صور خاصة ولما كان التفتيش يمس حقوق الفرد سواء حرية الخاصة أم حرمة مسكنه، وقد أجاز لضرورة الوصول إلى وجه الحق فإنه ينبغي أن يقدر بقدره ولا يعدو نطاق الغرض الذي ابتغى منه. (128)

ويعتبر التفتيش من أخطر إجراءات التحقيق الابتدائي الماسة بحقوق وحرية الأفراد، تلك المكفولة بالدستور الكويتي حيث نصت المادة (31/1) على أنه: "لا يجوز القبض على إنسان أو حبسه أو تفتيشه أو تحديد إقامته أو تقييم حرية في الإقامة أو التنقل إلا وفق أحكام القانون". ونصت المادة (39) على أنه: "حرية المراسلة البريدية والبرقية والهاتفية مصونة، وسريتها مكفولة، فلا يجوز مراقبة الرسائل أو إنشاء سريتها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبالإجراءات المنصوص عليها فيه، وقد نص قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي على التفتيش في المواد 88-43. (129)

ونجد أن قانون الإجراءات الجزائية قد أحاط التفتيش بالعديد من الضمانات، وقد تناول المشرع ذلك في المواد من (78-79) من قانون الإجراءات الجزائية الكويتي. (130)

كما تضمنت المادة (80) من ذات القانون أنه: "يجوز تفتيش الشخص أو مسكنه أو وسائله بمعرفة المحقق أو بأمر منه، لضبط الأشياء التي استعملت في الجريمة أو نتجت عنها، أو تعلق بها، متى استلزم ذلك ضرورة التحقيق ولم توجد وسيلة أخرى للحصول عليها"، كما نصت المادة (88) من ذات القانون على أنه: القائم بالتفتيش سواء كان المحقق أو غيره أن يستعين بمن تلزم له معونتهم أثناء قيامه بتنفيذه، سواء أكانوا من رجال الشرطة العامة، أو الصناع، أو غيرهم من ذوي المهن والخبراء، بشرط أن يكون قيامهم بعملهم بحضور القائم بالتفتيش وتحت إشرافه ومسؤوليته. "ونفهم مما سبق أنه يجوز تفتيش الشخص أو مسكنه وملحقاته أو سيارته، ضبط رسائله وتسجيل محادثاته دون موافقته، وذلك إذا تحقق وقوع جريمة فعلا، فالتفتيش باعتباره

(127) أحمد محمد فهد الطويلة، مصدر سابق، ص53.

(128) د. علي فضل البوعينين، مرحلة الاستدلال والأحكام التي يخضع لها التحقيق الابتدائي في التشريع البحريني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004. ص108.

(129) غانم محمد المطيري، شرح الضبطية القضائية في التشريع الكويتي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص171.

(130) المادة (78) من قانون الإجراءات الجنائية الكويتي.

إجراء من إجراءات التحقيق، يلزم أن يكون قد بوشر بغاية معينة، وهي الكشف عن أشياء تتعلق بالجريمة، أو تفيد في إظهار الحقيقة، ومثال ذلك ضبط السلاح المستخدم في جريمة قتل بمسكن المتهم. (131)

وقد أكد المشرع الأردني حرية الأشخاص في المحافظة على أسرارهم الخاصة، فلا يجوز لأي كان أن يتعرض لهذا الحق بأي شكل من الأشكال إلا في الحدود التي أجازها القانون، فقط نصت المادة (10) من الدستور الأردني على أنه: " للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه كما نصت المادة السابعة منه على أن "الحرية الشخصية مصونة". (132)

وقد عرفت المادة الثانية من قانون العقوبات الأردني بيت السكن بقولها: " وتعني عبارة " بيت للسكن " المحل المخصص للسكن أو أي قسم من بداية اتخذه المالك أو الساكن إذ ذاك مسكنا له ولعائلته وضيوفه وخدمه أو لأي منهم وإن لم يكن مسكونا بالفعل وقت ارتكاب الجريمة، وتشمل أيضا توابعه وملحقاته المتصلة التي يضمها معه سور واحد . "ويدخل في مفهوم المنزل أو المسكن وملحقاته وعلى وجه الخصوص فناؤه وحديقته وبلكوناته طالما كانت متصلة به وتشكل امتدادا له أو طالما كانت داخلة في دائرته، ولا يعد مكانة للسكن يمكن أن تنتهك حرمة، الشقة السكنية، الخالية المعدة للإيجار أو المكان الذي تم بناؤه وأصبح معدا للسكن ولكن لم يسكنه أحد. وبات من المعلوم أن السياسة التشريعية لأي تشريع جنائي تحاول جاهدة إقامة نوع من الموازنة بين مصلحة المجتمع في معرفة الحقيقة وبين حقوق الفرد وحياته الخاصة، من هنا عنيت معظم التشريعات ومنها الأردني بالنص على جملة من الضمانات تكفل أن يكون المساس بالحرية الشخصية للأفراد في أضيق نطاق ممكن وفي الحدود الضرورية بهدف تحقيق الموازنة بين مصلحة المجتمع في القصاص وإنزال العقاب على الجناة بعد إقامة الدليل ضدهم. وبين حريات الأفراد من جهة أخرى تعتبر جميع المتطلبات الرسمية ضرورية للأثر القانوني للإجراء؛ هذه الشروط الرسمية ليست لغرض تحقيق مصالح العدالة في ضمان فعالية الجمع الموحد للأدلة، ولكن لإنشاء سياج لحماية الحرية الشخصية وفي جميع الأحوال لن يتجاوز النطاق التالي. (133)

(131) د. حسن صادق المصفاوي، شرح قانون الإجراءات والمحاکمات الجزائية الكويتي، كلية الحقوق، جامعة الكويت، 1970، ص 40.

(132) المادة (7، 10) من الدستور الأردني لعام 1952.

(133) د. محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للحريات الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1979، ص 77.

## أولاً: الشروط الشكلية المطلوبة في إذن التفتيش

بالرغم من تردد المشرع الأردني في توضيح الشروط الشكلية التي يجب توافرها في تصريح المعاينة، إلا أن ذلك يجعل موقفه عرضة للانتقاد لأنه يشكل خللاً واضحاً في اتجاهه، ويجب بذل الجهود لتعويض ذلك لضمان أن عملية التفتيش قائمة. قد تكون ضمن نطاق ضيق وضمن النطاق الضروري (134)، ونظراً لأهمية هذه الشروط والضمانات العديدة التي تنتج عنها، سنناقش بعض الشروط الواردة في القوانين الجزائية المقارنة. الشروط الشكلية لتصاريح التفتيش هذه هي كما يلي: (135)

1. أمر تفتيش صادر وموقع ومؤرخ كتابياً: لا يكفي أن يكون أمر التفتيش شفويًا. يجب أيضًا أن يحتوي على نسخة أصلية مكتوبة وموقعة من قبل المصدر للإقرار بما حدث، وإلا فلن يتم النظر فيه وسيتم اعتباره مجردا مما يفصح عن الشخص الذي يمثل مصدرا له، ذلك لأن وثيقة التصريح وثيقة رسمية، ويجب أن تحتوي في حد ذاتها على مقومات وجودها، والسبب هو أن إجراءات التحقيق يجب أن تثبت خطياً حتى تظل حجة يتعامل معها المسؤولون بينهم وبين المسؤول عنهم بما تتفق معها وتصبح أساساً فعالاً للنتائج المبنية عليها.

2. إصدار أمر تفتيش واضح، بما في ذلك بعض البيانات الأساسية: يجب أن يعبر توزيع إجراءات التفتيش بوضوح عن نية المحقق المسؤول عن تفويض البحث، بحيث لا يمكن استخدامها ضمناً. (136) من ناحية أخرى، يجب أن تتضمن مذكرة التفتيش التهمة أو نوع الجريمة التي تم منح التصريح من أجلها، على سبيل المثال، يتعلق البحث بالبحث عن الأمتعة المسروقة أو أدلة القتل أو المخدرات، ولأن هذا البيان لا غنى عنه في الترخيص، فإنه سيدعم تأكيدات المفتش للشرطة القضائية المتجاوزة سلطاتها لضمان تنفيذ التفتيش إلى النطاق المطلوب دون تعسف

ثانياً: الشروط الشكلية المطلوبة في محضر التفتيش:

لم يطلب المشرع الأردني صراحة استخدام صيغة معينة في تقرير التفتيش، وبالتالي فإن تقرير التفتيش يخضع للقواعد العامة المطبقة على كافة إجراءات التحقيق في منظمته يجب أن يكون محضر التفتيش محرراً باللغة العربية ويجب أن يتضمن كافة الإجراءات المتخذة في هذا الشأن والتواريخ والتوقيعات، حيث نصت المادة

(134) د. عبد الإله النوايسة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي دراسة مقارنة بين التشريعين المصري والأردني، مرجع سابق، ص 310

(135) أيمن سالم الجعافرة، بطلان التفتيش وآثاره في ظل قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، دراسة مقارنة مرجع سابق، ص 16.

(136) حسن الجو خدار، مصدر سابق، ص 161.



23 من قانون الإجراءات الجنائية على ما يلي: "يبادر أعضاء النيابة العامة أو بناءً على أمر من وزير العدل أو أحد رؤسائهم لرفع دعوى قضائية في الجرائم المتعلقة بأخبارهم وعلمهم". (137)

ثالثاً: الحضور الضروري لبعض الأشخاص:

يطالب المشرعون الأردنيون بحضور بعض الأشخاص أثناء التفتيش للتحقق مما إذا كانت العناصر المضبوطة أثناء التفتيش قد تم العثور عليها في مكان الشيء الذي تم تفتيشه، ويبدو أن الغرض من المشرعين الذين يجب أن يستوفوا هذا الشرط عند تفتيش المنازل هو ضمان الثقة في نزاهة الإجراء ومنع تعسف المفتشين.

وجدنا من خلال مراجعتنا للنص التشريعي أن المشرعين الأردنيين رتبوا بعض القضايا المتعلقة بالحضور وهي: الحالة الأولى: قضية تفتيش المنازل بناء على وقوع جرائم صارخة، كما نصت عليه المادة (36) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني: "1. تجري إجراءات التفتيش المنصوص عليها في المادة السابقة بحضور المدعى عليه سواء قبض عليه أو لم يتم القبض عليه. 2. أولئك الذين يرفضون الحضور أو يتعذر عليهم الحضور يجب أن يتم إجراؤهم أمام وكيلهم أو رئيس البلدية المحلي أو اثنين من أفراد الأسرة؛ وإلا، يجب على المدعي العام استدعاء شخصين للحضور" (138). أما الحالة الثانية: حالة التفتيش من قبل السلطة المختصة بإجراء التفتيش "الادعاء العام" أو من قبل أي من موظفي الضابطة العدلية استناداً إلى إذن بإجرائه، حيث نصت المادة (83) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني على ما يلي<sup>(1)</sup>: " إذا كان المتهم موقوفاً يتم التفتيش بحضوره. 2 - إذا رفض المدعى عليه الحضور أو لم يحضر دون إلقاء القبض عليه، أو احتُجز خارج المنطقة التي ينبغي أن يجري فيها التفتيش، أو يجري التفتيش الغيابي بحضور رئيس البلدية في مكانه أو أي شخص من خلفه، أو شاهد تستدعيه النيابة بحضور اثنين من أقاربه". (139)

#### 2.2.4: الضمانات الموضوعية للتفتيش

وبما أن البحث استثناء من القواعد العامة، فهو يحدد حرمة الفرد ومنزله ومكانه الخاص، ولا يُسمح إلا للمالك بمشاهدته، والبحث والاكتشاف من الجرائم المعاقب عليها، ومن المنطقي أن المشرع غير راضٍ عن بيان

(137) المادة (23) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني.

(138) المادة (36) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني.

(139) المادة (83) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني.

الشروط الشكلية للإجراء، لكن المشرع الأردني عزز شروط التفتيش بشروط موضوعية أخرى، وهذه الشروط هي:

أولاً: سبب التفتيش:

والسبب في البحث أن الأساس القانوني لفعالية إجراءات التفتيش مطلوب، لأن المادة (81) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني تنص على أنه "لا يسمح بدخول المنزل وتفتيشه إلا إذا دخل المنزل والاشتباه في أن الشخص الجاري تفتيشه مجرم أو شريك أو متدخل. فيه أو بحوزته أشياء تتعلق بالجريمة أو التستر على المتهم، يتضح من النص أعلاه أن المشرع الأردني اتفق على أن سبب البحث هو التحقيق في وقوع الجريمة دون تحديد نوع الجريمة والاكتفاء باستخدام مصطلح (جريمة) أو (جرم). كما انفقت على أنه يجب أن يكون هناك مؤشر قوي على أن طيران الإمارات تحتاج إلى إثبات العناصر الضرورية لهذه الجريمة للشخص الموجود في المنزل الذي يتم تفتيشه، من ناحية أخرى، في التشريع الأردني، هناك شروط تفتيش موضوعية على أساس الإذن وشروط موضوعية أخرى على أساس حالة التفتيش.

ثانياً: الاختصاص بالتفتيش

تبنى المشرعون الأردنيون مبدأ الجمع بين الادعاء والتحقيق، وفوضوا هاتين السلطتين للنيابة العامة، تنص المادة 2 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني على أن "النيابة العامة هي وكالة النيابة العامة التي لها سلطة مباشرة النيابة العامة، ولا يجوز لأي شخص أن يباشر الملاحظات العامة إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون".

وبناءً عليه يحق للنيابة العامة إجراء تفتيش منزلي في حالة وقوع جريمة فاضحة وهذا ما نصت عليه المادة (33) من قانون الإجراءات الجنائية، فإذا اتضح من طبيعة الجريمة أن المستندات والأشياء المقدمة من ممتلكات المدعى عليه قد تكون أدلة جريمته، حيث تسمح هذه المادة للمدعي العام أو وكيله بالذهاب على الفور إلى منزل المدعى عليه والبحث عن الأشياء التي يعتقد أنها تسببت في كشف الحقيقة، وفقاً للمادة (42) من قانون العدالة الجنائية، بناءً على طلب المالك، يحق للمدعي العام أيضاً تفتيش المنزل عند دخوله. لأن وكالة النيابة التي يمثلها المدعي هي وكالة التفتيش الأصلية في الأردن. (140)

ونصت المادة (28) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني على ما يلي: "1. الجرم المشهود (هو الجرم الذي يشاهد حال ارتكابه أو عند الانتهاء من ارتكابه). 2. وتلحق به ايضاً الجرائم التي يقبض على مرتكبيها بناء على صراخ الناس اثر وقوعها أو يضبط معهم أشياء أو أسلحة أو أوراق يستدل منها أنهم فاعلوا الجرم وذلك في الأربع والعشرين ساعة من وقوع الجرم، أو إذا وجدت بهم في هذا الوقت آثار أو علامات تفيد ذلك"

وعملاً بأحكام المادة (46) من قانون أصول المحاكمات الجزائية فإن للمعدودين في المادة (44) من نفس القانون وهم رؤساء المراكز الأمنية وضباط الشرطة والشرطة أن يمارسوا سلطات المدعي العام في خصوص الجرم المشهود والجرائم داخل المنازل المادة (42) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردنية بسلطات استثنائية مستمدة من القانون مباشرة ومنها مباشرة سلطات التفتيش الذاتية، وعليهم التقيد بالأصول الإجرائية المنصوص عليها في القانون تلك الأصول التي كان يلزم على المدعي العام أن يتقيد بها لو باشر التحقيق بنفسه. وبالرجوع إلى المشرع الكويتي نجد أنه لم يتناول بالنص ما ذهب إليه المشرع الأردني مما يعد قصور لدى المشرع الكويتي، وعليه أن يتلافى هذا النقص بإيراد نص يبين فيه الأشخاص الذين يمكن لهم ممارسة ومباشرة سلطات المدعي العام في خصوص الجرم المشهود والجرائم داخل المنازل. (141)

## الخاتمة

بعد أن أنهينا بعون الله هذه الدراسة، فقد توصلنا إلى جملة من النتائج والاستنتاجات والمقترحات، كما يأتي:  
أولاً – النتائج والاستنتاجات:

1. اتضح أن للتفتيش بصورة عامة صور عدة:
  - أ- التفتيش الوقائي وهو التفتيش الذي تفرضه الضرورة ويستهدف منه الوقاية من الجريمة قبل وقوعها.
  - ب- التفتيش الإداري وهو التفتيش الذي يهدف إلى تنفيذ أوامر ونواهي السلطة، وهذا التفتيش يعتبر من الإجراءات التحقيقية التي تقوم بها السلطات الإدارية في الدولة.
  - ت- التفتيش القضائي وهو التفتيش الذي يقوم به أعضاء الضبط القضائي والمحقق وقاضي التحقيق بحثاً عن دليل يثبت أن المتهم قد ارتكب الجريمة التي قبض بها عليه.
2. ثبت لنا أن الفقه العراقي يجمع على جواز ضبط المكالمات الهاتفية والرسائل وذلك استناداً لنص المادة (23) من الدستور العراقي المؤقت لسنة 1970، وكذلك عليه الحال بالنسبة لنص المادة (38) من الدستور العراقي الدائم لسنة 2005، على أن يكون ذلك في حدود ضيقة ومقتصرة على الجرائم الخطيرة نظراً لأن في إطلاقها مساساً لحرية الأفراد الخاصة.
3. لاحظنا أن المشرع العراقي لم ينص على وقت محدد للتفتيش وعليه يجوز أن يجري في الليل أو النهار وفي أي يوم عطلة أو عيد. على الرغم من أن بعض الفقهاء يذهبون إلى ضرورة الإقلال من إعطاء أوامر التفتيش ليلاً وحصرها في أوقات النهار لما للتفتيش من اعتداء على حق الإنسان في الاحتفاظ بأسراره ولكونه أجزى لضرورة التحقيق.
4. لم يبين المشرع العراقي مدى صحة إجراءات التفتيش التي تتم بدون مراعاة الأحكام العامة التي نصت عليها المادتين (72، 76) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي والتي تبين كيفية تنظيم هذه الإجراءات، كما أن الفقه أيضاً لم يكن له رأي واضح بهذا الخصوص، على الرغم من أن بعض شراح قانون أصول المحاكمات الجزائية الذي يؤيدهم بهذا الخصوص ذهبوا بأن التفتيش الذي يجري بدون مراعاة الأحكام العامة يصيبها البطلان النسبي مادام المشرع قد وضع الأحكام العامة المتعلقة بالتفتيش وأوجب إتباعها.
5. وضع المشرع ضمانات عدة عند إجراء التفتيش حرصاً منه على حرمة المساكن من أن تنتهك منها إنه لا يجوز تفتيش المنازل أو أي مكان آخر إلا بناءً على تهمة موجهة إلى الشخص المقيم في المنزل المراد تفتيشه، وكذلك أن تكون هناك فائدة مرجوة من إجراء التفتيش.

**6.** وضعت غالبية التشريعات ضمانات عدة للمتهم عند إجراء تفتيشه وذلك من أجل تخفيف أثره على حرية الفرد وحقوقه ومن هذه الضمانات عدم الأمر بالتفتيش ما لم تكن هناك جريمة وقعت فعلاً وحضور المتهم أثناء التفتيش وايضا تسبب أمر التفتيش.

**7.** اتضح لنا بأن هناك نوعين من التنازل عن بطلان التفتيش، وهما التنازل بصورة صريحة وذلك إذا ما تم التفتيش برضا الشخص الذي أجري تفتيشه أو تفتيش منزله، وكذلك هناك التنازل بصورة ضمنية ويكون ذلك عندما لا يدفع المتضرر من التفتيش بالبطلان أمام الجهة التي خصها المشرع.

ثانياً. المقترحات:

**1.** ندعو المشرع العراقي وعلى غرار المشرعين المصري والسوري بأن يجيز لقاضي التحقيق بضبط الخطابات والرسائل والطرود لدى مكاتب البريد، وأن يأمر بمراقبة المحادثات السلكية واللاسلكية أو إجراء تسجيلات لأحاديث جرت من مكان خاص إذا كان في ذلك فائدة لإظهار الحقيقة في جناية أو جنحة.

**2.** بما أن المشرع العراقي أغفل تسبب أمر التفتيش والذي يعد من الضمانات المهمة للمتهم عند إجراء التفتيش، وهذا يعد نقصاً تشريعياً ينبغي من مشرنا تلافيه، لذلك نوصي بتعديل نص المادة (75) من قانون أصول المحاكمات الجزائية وجعلها متضمنة شرط تسبب أمر التفتيش.

**3.** نقترح على المشرع العراقي إضافة مادة في قانون أصول المحاكمات الجزائية توضح بشكل دقيق اجراءات التفتيش حتى تضع حداً للخلافات الفقهية والتطبيقات القضائية المتضاربة.

**4.** نقترح على المشرع العراقي ان يراعي القوانين الدولية المتعلقة بحقوق الانسان في موضوع التفتيش.

**5.** نقترح على المشرع العراقي ان ينص صراحة على ايجاز الجهات التنفيذية باستعمال التقنيات المتطورة في التفتيش وذلك حسب التطور للأجهزة التكنولوجية دون الاحتياج الى نص جديد في كل مرة.

## المصادر

أولاً: معاجم اللغة:

1. ابن منظور، لسان العرب، دار احياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، ج10، بيروت، لبنان، 1998.

ثانياً: الكتب القانونية:

2. إبراهيم حامد طاوي، سلطات مأمور الضبط القضائي، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
3. ابراهيم محمد ابراهيم، النظرية العامة لتفتيش المسكن في قانون الاجراءات الجنائية. دراسة مقارنة. دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
4. احمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، أطروحة دكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة، 1959.
5. أحمد محمد فهد الطويلة، بطلان إجراءات التفتيش في القانونين الاردني والكويتي، جامعة الشرق الاوسط، الأردن، 2011.
6. جلال حماد عرميط الدليمي، ضمانات المتهم في إجراءات التحقيق الابتدائي المقيدة لحريته والماسة بشخصه. دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015.
7. جهاد مامند حمد، التفتيش، جامعة صلاح الدين، كلية القانون والسياسة، أربيل، العراق، 2003.
8. جواد الدهيمين، أحكام البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية، مكتب الباسم، بغداد، 2003.
9. حسن الجو خدار. التحقيق الابتدائي في القانون اصول المحاكمات الجزائية. ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2008.
10. حسن صادق المصفاوي، شرح قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، كلية الحقوق، جامعة الكويت، 1970 .
11. حسين عبد علي عيسى، و د. شيلان شريف محمد، التحقيق الابتدائي في الجريمة الاحتيال الالكتروني، المجلة العلمية لجامعة جيهان. سليمانية. المجلد 2، العدد2، كانون الاول، 2008.

12. اكرم نشأت ابراهيم، التفتيش التحقيقي في قوانين الدول العربية، القسم الاول بحث منشور في مجلة العدالة، الصادرة عن وزارة العدل، العدد2، بغداد، 1999.
13. حامد شريف، نظرية الدفوعات امام القضاء الجنائي، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، 2003.
14. رزكار محمد قادر، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، ط1، مطبعة المنارة، أربيل، 2003.
15. ره ندان خليل اسماعيل، احكام التفتيش في القانون العراقي، جامعة صلاح الدين، كلية القانون والعلوم السياسية، أربيل، 2010.
16. زينب ابراهيم حسين، احكام التفتيش في التشريع العراقي، جامعة صلاح الدين، كلية القانون والعلوم السياسية، أربيل، 2017.
17. سامي الحسني، النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972.
18. سيروان شكر سمين. ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الجنائي - دراسة مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2019.
19. صالح عبد الزهرة الحسون، احكام التفتيش واثاره في قانون العراقي، دراسة مقارنة، ط1، مطبعة الأديب البغدادية، بغداد، 1979.
20. طلال عبد حسين البدراني، وأسراء يونس هادي، التفتيش واحكامه في قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد (11)، عدد (11)، السنة 2009.
21. عبدالامير العكلي، سليم إبراهيم، حرية اصول المحاكمات الجزائية، ج1، مكتبة القانونية، بغداد، 1989.
22. عبد الجبار العريم، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ج1، مطبعة المعارف، بغداد، 1950.
23. عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 2007.
24. عبد الحميد الشواربي، اذن التفتيش في الضوء القضاء والفقہ، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1995.
25. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
26. عبد المهيمن بكر، إجراءات الادلة الجنائية، ج1، ط1، بدون ذكر اسم ناشر ومكانه، 1997.

- 27.** علي فضل البوعيين، مرحلة الاستدلال والأحكام التي يخضع لها التحقيق الابتدائي في التشريع البحريني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 28.** عمر سعيد رمضان، مبادئ قانون الاجراءات الجنائية، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- 29.** عمر سعيد رمضان، مبادئ قانون الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
- 30.** ازاد احمد محمد، كمنذ عثمان ابراهيم، الوجيز في الاجراءات القانونية للدعاوي الجزائية والتطبيقات القضائية، مكتبة تبايي، اربيل، 2021.
- 31.** غانم محمد المطيري، شرح الضبطية القضائية في التشريع الكويتي، ط1، بدون ناشر ومكان النشر، 1991.
- 32.** فهد يوسف الكاسبة، مصطفى الطراونة، الضوابط القانونية للتفتيش بغير اذن في قانونين الأردني والمصري، دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد 42، العدد2، 2015.
- 33.** عبد السلام موعد الاعرجي، شرح اصول المحاكمات الجزائية العراقي، ط 1، بغداد، لسنة 2020.
- 34.** عمار حسن مهوال الفتلاوي، اختصاصاته في قانون اصول المحاكمات الجزائية، رقم 23 لسنة 1971، دار الوارث للطباعة والنشر طبع الاولى، العراق، 2015.
- 35.** قدري عبد الفتاح الشهاوي، مناط التفتيش قيوده وضوابطه، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 36.** مأمون محمد سلامه، اجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 37.** المحقق القضائي قيس لطيف التميمي، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971، دار سنهوري، لبنان. بيروت، 2020.
- 38.** محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للحريات الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1979.
- 39.** محمد علي سلم ال عباد الحلبي، ضمانات الحرية الشخصية اثناء التحري والاستدلال في القانون المقارن، بيروت، لبنان، 1981.
- 40.** محمد فتحي، تفتيش شبكة الانترنت لضبط الجرائم الاعتداء على الأداب العامة، ط1، القاهرة، 2012.



41. محمود عبد العزيز محمد، التفتيش الاذن\_ الاجراء الدليل والتدليل\_ فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، بيروت، لبنان، 2009.

42. محمود نجيب الحسني، احكام قانون اجراءات الجزائية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

43. مسند الامام احمد، ج2، المكتب الاسلامي للطباعة والنشر، بيروت، 1978.

44. نايف بن محمد السلطان، حقوق المتهم في نظم الإجراءات الجزائية السعودية، دار الثقافة للنشر، 2005.

45. وعدي سليمان المزوري، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية (نظريا وعمليا)، ط4 – 2019. ثانياً: الرسائل الجامعية:

1. أفين خالد عبد الرحمن، ضمانات حقوق الإنسان في ظل قانون الطوارئ، رسالة ماجستير لكلية القانون جامعة دهوك عام 2005 .

2. هوزان حسن محمد الأتروشي، ضمانات الإجراءات الدستورية للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي دراسة مقارنة، رسالة ماجستير قدمت إلى كلية القانون والسياسة، جامعة دهوك، 2008 .

3. يعقوب عزيز قادر و ضمانات حماية حقوق الإنسان في إقليم كردستان العراق، رسالة ماجستير قدمت إلى كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين، 2009. ثالثاً: الدساتير والتشريعات:

1. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 وتعديلاته.

2. الدستور الأردني لعام 1952 .

3. قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 وتعديلاته.

4. قانون اصول المحاكمات الجزائية عراقية رقم 23 لسنة 1971 معدل.

5. دستور جمهورية العراق الدائم لسنة 2005 .

6. قانون أصول المحاكمات الجزائية الاردني.

رابعاً: الاتفاقيات والمعاهدات الدولية:

1. الاعلان العالمي للحقوق الانسان لسنة 1948.

## 2. العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966.

خامساً: قرارات المحاكم

1. قرار محكمة تمييز العراق المرقم 49/ هيئة موسعة ثانية, 1990/منشور في مجلة القضاء العدد الثالث والعدد الرابع والسنة الخامسة والأربعون، سنة 1990
2. اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق بقرار الجمعية الدولية 2200 المؤرخ في كانون الاول 1966 واصبح نافذا في 23 آذار 1976.
3. اعتمد ونشر على الملا بقرار الجمعية العامة (317 الف المؤرخ في 10 كانوني الاول 1948.
4. قرار محكمة تمييز العراق المرقم (11 موسعة ثالثة, 2000/منشور في مجلة القضاء والعدد الأول والثاني والسنة الخامسة والخمسون، سنة 2000
5. قرار محكمة تمييز اقليم كردستان العراق رقم (63/هيئة جزائية 2000/، منشور في مجلة باريزقر العدد الأول والسنة الأولى 2001.
6. طعن رقم (390) سنة 1921 ق جلسة 1951/11/12؛ الطعن رقم (1666) لسنة 27 ق جلسة 1957/11/18، س8، ص895؛ الطعن رقم (1394) لسنة 51 ق، جلسة 1981/11/10، س32.
7. قرار محكمة التمييز رقم (229/ت/74) والمؤرخ في 1974/5/18، مجلة القضاء، العدد الرابع، 1974.

سادساً: المواقع الالكترونية

1. موفق علي عبيد، حضور المحامي اثناء استجواب المتهم، منشور في موقع المرجع الالكتروني بتاريخ 2016/1/31 تاريخ اخر زيارة للموقع 2021/7/22.: متاح على الرابط التالي:

<https://almerja.net/reading.phd>

## IRAK CEZA HUKUKUNDA YASAL ARAMA KONTROLLER KARŞILAŞTIRMALI ÇALIŞMA

### ORIGINALITY REPORT

19%

SIMILARITY INDEX

17%

INTERNET SOURCES

0%

PUBLICATIONS

12%

STUDENT PAPERS

### PRIMARY SOURCES

1

krjc.org

Internet Source

2%

2

www.uobabylon.edu.iq

Internet Source

1%

3

Submitted to University of Duhok

Student Paper

1%

4

www.shaimaaatalla.com

Internet Source

1%

5

Submitted to Tikrit University

Student Paper

1%

6

www.mohamoon-montada.com

Internet Source

1%

7

9lib.net

Internet Source

1%

8

Submitted to University of Jazeera in Dubai  
UAE

Student Paper

1%

www.radiodijla.com