



YAKIN DOĐU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĐİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU / ANABİLİM DALI

USUL YASAL VARSAYIMLAR KARŞILAŞTIRMA ÇALIŞMASI

LAVENYA RASHO YOUSIF KHOSHO

Yüksek Lisans Tezi

LEFKOŞA
2023



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

مفترضات الشرعية الاجرائية دراسة مقارنة

لافينيه رشو يوسف خوشو

رسالة ماجستير

USUL YASAL VARSAYIMLAR KARŐILAŐTIRMA ÇALIŐMASI

LAVENYA RASHO YOUSIF KHOSHO

YAKIN DOĐU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĐİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU / ANABİLİM DALI

Yüksek Lisans Tezi

DANIŐMAN

Yrd.Doç.Dr. Ahmad Mustafa Ali

LEFKOŐA
2023

مفترضات الشرعية الاجرائية دراسة مقارنة

لافينيه رشو يوسف خوشو

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

رسالة ماجستير

بإشراف

الاستاذ المساعد الدكتور احمد مصطفى علي

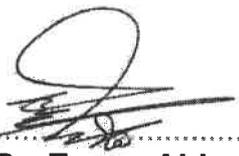
KABUL VE ONAY

Lavenya Rasho Yousif Khosho tarafından hazırlanan "Usul yasal varsayımlar karşılaştırma çalışması" başlıklı bu çalışma, 01/26/2023 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. Tavga 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 لافينييه رشو يوسف خوشو في رسالته الموسومة بـ "مفترضات الشرعية الاجرائية دراسة مقارنة" نشهد بأننا اطلعنا على الرسالة وناقشنا الطالب في محتوياتها بتاريخ 2023/01/26، 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 د. حسنو جان باشير
معهد الدراسات العليا
المدير



BİLDİRİM

Ben **Lavenya Rasho Yousif Khosho** olarak beyan ederim ki “**Usul yasal varsayımlar karşılaştırma çalışması**”, 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.

Date: 26/01/2023

Signature

Lavenya Rasho Yousif Khosho

الاعلان

أنى لافينييه رشو يوسف خوشو، أعلن بأن رسالتي الماجستير بعنوان " مفترضات الشرعية الاجرائية 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. وأكد 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: 26/01/2023

التوقيع:

لافينييه رشو يوسف خوشو

TEŞEKKÜR

Bu işi güç, irade ve sabırla başarmamızı sağlayan başarısı ve lütfu için Allah'a hamd olsun.

Hayattaki en büyük arzumuz olan bilimde yüksek lisans yapmak olan Allah'a hamd olsun.

Devam etmeden önce, hayattaki en kutsal mesajı taşıyanlara en büyük teşekkürlerimizi ve takdirlerimizi sunuyoruz.

Bize öğrenmenin ve bilmenin yolunu açanlara...

Bu tezi yürüten ve emeğini esirgemeyen kıymetli hocalarıma ve özellikle yardımcı doçent Dr.

Ayrıca bu araştırmayı değerlendirmek ve değerlendirmek için büyük emek harcayan tartışma komitesi üyelerine de teşekkürü borç bilirim.

Bana yüksek lisans yapma fırsatı verdiği için Yakın Doğu Üniversitesi'ne teşekkür ve takdirlerimi sunuyorum.

Ayrıca bu mektubun tamamlanması için yardım eli uzatan herkese teşekkür ediyorum, Allah onları en güzel mükafatla mükafatlandırısın

شكر وتقدير

الحمد لله على توفيقه ونعمته بأن وفقنا لإنجاز هذا العمل بقوة وإرادة وصبر
والحمد لله الذي حقق لنا أكبر طموح في الحياة وهو نيل درجة الماجستير في العلم
وقبل أن نمضي نقدم أسمى آيات الشكر والتقدير إلى الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة
إلى الذين مهدوا لنا طريق العلم والمعرفة...

إلى أساتذتي الأفاضل وعلى وجه الخصوص الاستاذ المساعد الدكتور (أحمد مصطفى علي) الذي تفضل
بالإشراف على هذه الرسالة ولم يدخر وقتا ولا جهدا فجزاه الله على كل خير وله مني كل الشكر
والاحترام والتقدير.

كما اشكر أعضاء لجنة المناقشة الذين جهدوا في قراءة هذا البحث من أجل تقويمه وتثمينه.

وكل الشكر والتقدير لجامعة الشرق الادنى لإتاحة الفرصة لي في دراسة الماجستير.

كما اشكر المحامي المستشار الأستاذ (اشتي خيري رمضان) وكل من دعمني وشجعني فجزاهم الله خير
جزاء.

ABSTRACT

Assumptions of procedural legitimacy, a comparative study

Objective criminal legitimacy alone is not sufficient to protect human rights and freedoms if measures are taken against the accused that affect his freedom, such as arrest, detention, search, or necessary measures to prosecute him with the assumption of his guilt, because every action taken against a person without presuming his innocence will lead to burdening him with proving his innocence of the crime that he committed. attributed to him, and if he is unable to prove his innocence, he is considered responsible for a crime he did not commit, and this leads to a deficiency in the protection guaranteed by the principle of objective criminal legitimacy (the principle of no crime and no punishment except by text), as long as it is possible to prejudice the freedom of the accused without through the law or it was from It is easy to assign crimes to people and their perpetration has not been proven by assuming their guilt, so it was necessary to complete the objective criminal legality with another stage that governs the organization of the procedures taken before the accused in a manner that guarantees respect for personal freedom. In man is innocence, and that every human being is innocent unless proven otherwise, because the principle is innocence, and that the presumption of innocence of the accused has become a preliminary, procedural, criminal and constitutional presumption that the charters boast of. And laws, and this principle was considered a basic principle in the criminal procedural system, and it is not permissible to deviate from it, and it corresponds in its importance to the principle of legality of crimes and penalties. It is respected by those addressed by the rules of criminal procedures. This law should not be left to the legal effort from a technical point of view for drafting and practical. Rather, it must be taken into account that the nature of this law is that it is a regulator of rights and freedoms. Therefore, its rules must be developed and applied within the framework of procedural legitimacy through the legislative tools represented in the constitution by virtue of it being the supreme document. And binding on the legislator, in addition to the existence of judicial oversight, especially oversight by the Supreme Constitutional Court.

Accordingly, this principle has become more than one rule, as the principle that the person is innocent is innocence, and the accused is innocent until proven guilty, and doubt is explained in order to reconcile the accused, and the judgment is based on certainty, certainty, and other rules. Innocence and its relationship to human rights and freedoms.

Keywords: Assumptions of legitimacy, presumption of innocence, rights and freedoms, guarantees of the accused, arrest and detention.

ÖZ

Usul yasal varsayımlar karşılaştırma çalışması

Tutuklama, tutuklama, arama gibi sanığa karşı özgürlüğünü etkileyen tedbirler alındığında veya suçlu olduğu varsayımıyla kovuşturulması için gerekli tedbirler alındığında, nesnel cezai meşruiyet tek başına insan hak ve özgürlüklerinin korunması için yeterli değildir. Masumiyet karinesi olmaksızın bir kişiye karşı karşı, işlediği suçtan dolayı suçsuzluğunu ispat yüküne yol açacaksa, suçsuzluğunu ispat edemezse işlemediği bir suçtan sorumlu sayılır ve bu durum, sanığın özgürlüğüne kanun olmaksızın zarar verilmesi mümkün olduğu sürece, nesnel cezai meşruiyet ilkesinin (metin dışında suç ve ceza olmaması ilkesi) güvence altına aldığı korumada bir eksikliğe yol açar. Kişilere suç atamanın kolay olması ve suçlarının üstlenilmesi ile işlemlerinin ispat edilememiş olması nedeniyle objektif ceza kanunuluğunun, sanık nezdinde yürütülen işlemlerin teminat altına alınmasını sağlayacak şekilde düzenlenmesini düzenleyen başka bir aşama ile tamamlanması gerekmektedir. kişisel özgürlüğe saygı İnsanlık masumiyet olduğu ve aksi ispatlanmadıkça her insanın masum olduğu, çünkü ilkenin masumiyet olduğu ve sanığın masumiyet karinesinin, Şartların öngördüğü bir ön, usuli, cezai ve anayasal karine haline geldiği övünmek Ve yasalar ve bu ilke, ceza muhakemesi sisteminde temel bir ilke olarak kabul edildi ve ondan sapmaya izin verilmez ve önemi bakımından suçların ve cezaların yasallığı ilkesine tekabül eder. ceza muhakemesi kuralları. Bu kanunun hazırlanması ve uygulanması için teknik açıdan hukuki çabaya bırakılmamalı, bilakis bu kanunun mahiyetinin hak ve hukuk düzenleyici olması olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle, kurallarının en üst belge olması ve yasa koyucu üzerinde bağlayıcı olması nedeniyle anayasada temsil edilen yasama araçları aracılığıyla usul meşruiyeti çerçevesinde geliştirilmesi ve uygulanması gerekir. Yüksek Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenir.

Buna göre, kişinin masum olduğu ilkesinin masum olduğu ve sanığın suçu sabit oluncaya kadar masum olduğu, sanığı uzlaştırmak için şüphenin açıklandığı ve kesin hükme dayandığı için bu ilke birden fazla kural haline gelmiştir. kesinlik ve diğer kurallar Masumiyet ve insan hak ve özgürlükleriyle ilişkisi.

Anahtar kelimeler: Meşruiyet varsayımları, masumiyet karinesi, hak ve özgürlükler, sanığın güvenceleri, tutuklama ve tutuklama.

ملخص

مفترضات الشرعية الاجرائية دراسة مقارنة

ان الشرعية الجنائية الموضوعية وحدها لا تكفي لحماية حقوق وحرريات الانسان اذا اتخذت بحق المتهم إجراءات تمس حريته كالقبض او الحبس او التفتيش او إجراءات لازمة لمحاكمته مع افتراض ادانته اذ ان كل اجراء يتخذ ضد انسان دون ان يفترض براءته سيؤدي الى تحميله عبء اثبات براءته من الجريمة التي نسبت اليه ، فاذا عجز عن اثبات براءته اعتبر مسؤولا عن جريمة لم يقترفها ، وهذا يؤدي الى قصور الحماية التي يكفلها مبدأ الشرعية الموضوعية الجنائية (مبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بنص) ، طالما ان من السهل المساس بحقوق وحرية المتهم من غير تطبيق القانون او كان اسناد الجرائم للناس سهلا ، حتى وان لم يثبت ارتكابهم لها بافتراض ادانتهم ، لذلك يجب استكمال الشرعية الموضوعية الجنائية بمرحلة أخرى تسيطر على تنظيم الإجراءات التي تتخذ ضد المتهم حتى يتم ضمان احترام الحرية الشخصية وتدعى هذه المرحلة بالشرعية الجنائية الإجرائية او مبدأ قرينة البراءة ، وتفرض ان الأصل في الانسان هو البراءة وان كل انسان برئ مالم يثبت العكس لان الأصل براءة الذمة ، وان افتراض براءة المتهم أصبحت قرينة ابتدائية إجرائية جنائية ودستورية تتفاخر بها المواثيق والقوانين ، واعتبر هذا المبدأ أصلا أساسيا في النظام الاجرائي الجنائي لا يجوز الخروج عنه ويقابل في أهميته مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات فكما ان (مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات) هو أساس الذي يبنى عليه قانون العقوبات فان (مبدأ الشرعية الإجرائية) هو الأساس الذي يجب ان يلتزم به المشرع، ويضع الاطار الذي يجب ان يحترمه المخاطبون بقواعد الإجراءات الجنائية فلا يجوز ان يترك هذا القانون للجهد القانوني من الناحية الفنية للصياغة والعملية وانما يجب ان يراعى بان طبيعة هذا القانون كونه منظما للحقوق والحرريات لذلك يجب وضع قواعده وتطبيقه في اطار الشرعية الإجرائية من خلال الأدوات التشريعية المتمثلة في الدستور بحكم كونه الوثيقة العليا والملزمة للمشرع فضلا عن وجود الرقابة القضائية لاسيما رقابة المحكمة الدستورية العليا .

وعليه ان هذا المبدأ صارت له اكثر من قاعدة، كقاعدة الأصل في الانسان البراءة وقاعدة المتهم بريء حتى تثبت ادانته والشك يفسر لمصلحة المتهم ،وبناء الحكم على الجرم واليقين وقواعد أخرى ، ومن هنا تتبين لنا أهمية هذا المبدأ هو تيرئة المتهم تكمن في اتصالها بأصل الانسان هو البراءة وصلتها بالحقوق وحرريات الانسان .

الكلمات المفتاحية: مفترضات الشرعية ، قرينة البراءة ،الحقوق والحرريات ، ضمانات المتهم ، القبض والتوقيف.

قائمة المحتويات

.....	قرار لجنة المناقشة
iii	TEŞEKKÜR
ج	شكر وتقدير
iv	ABSTRACT
v	ÖZ
د	ملخص
ه	قائمة المحتويات
1	مقدمة
13	الفصل الأول
13	مفترض البراءة:
13	1.1: ماهية البراءة:
14	1.1.1: مفهوم افتراض البراءة:
14	1.1.1.1: معنى افتراض البراءة في الاصطلاح القانوني:
16	2.1.1.1: معنى الافتراض كقرينة قانونية بسيطة:
17	3.1.1.1: معنى الافتراض كحق واجب الاحترام:
18	2.1.1: طبيعة البراءة ومبرراتها:
18	1.2.1.1: طبيعة البراءة:
23	2.2.1.1: المبررات والانتقادات الموجهة لقرينة البراءة:
27	2.1: اساس ومضمون البراءة:
27	1.2.1: اساس البراءة:
27	1.1.2.1: افتراض البراءة في الشريعة الإسلامية:

29	2.1.2.1: افتراض البراءة في إعلانات حقوق الانسان والدساتير المقارنة:
35	2.2.1: مضمون البراءة ونطاق تطبيقها:
35	1.2.2.1: مضمون البراءة:
36	2.2.2.1: نطاق تطبيق قرينة البراءة:
40	3.1: اثار البراءة:
40	1.3.1: عدم الزام المتهم بأثبات براءته:
42	2.3.1: الجزم واليقين في الحكم:
46	3.3.1: الشك يفسر لصالح المتهم:
48	الفصل الثاني
48	مفترض الحقوق والحريات:
49	1.2: ماهية الحقوق والحريات:
49	1.1.2: التعريف بالحقوق:
49	1.1.1.2: مفهوم الحق في اللغة:
50	2.1.1.2: مفهوم الحق في الاصطلاح:
52	2.1.2: تعريف الحريات:
53	1.2.1.2: الحرية في الاصطلاح اللغوي:
54	2.2.1.2: الحرية في الاصطلاح القانوني:
55	2.2: صور الحقوق والحريات:
56	1.2.2: الحقوق والحريات الشخصية:
56	1.1.2.2: الحق في الحياة:
58	2.1.2.2: الحق في الكرامة والحرية والسلامة الشخصية:
60	3.1.2.2: الحق في الخصوصية:

61	4.1.2.2: "حرية التنقل والإقامة":
63	5.1.2.2: حق الجنسية:
66	2.2.2: الحقوق والحريات الفكرية:
66	1.2.2.2: حرية العقيدة والدين:
68	2.2.2.2: حرية الرأي والتعبير:
70	3.2.2.2: حق التجمع او الاجتماع:
72	4.2.2.2: حرية الصحافة:
74	5.2.2.2: حرية التعليم:
76	6.2.2.2: حق تكوين الجمعيات والأحزاب السياسية:
78	3.2.2: حق المشاركة في إدارة شؤون العامة:
78	1.3.2.2: الحقوق السياسية:
82	2.3.2.2: حق تولي الوظائف العامة:
84	3.3.2.2: حق مخاطبة السلطات العامة:
86	4.2.2: الحق في المساواة:
91	5.2.2: الحقوق والحريات الاقتصادية والاجتماعية:
91	1.5.2.2: الحريات الاقتصادية:
94	2.5.2.2: الحقوق والحريات الاجتماعية:
98	3.2: تطبيقات الحقوق والحريات:
98	1.3.2: القبض والتوقيف:
99	2.1.3.2: القبض:
107	3.1.3.2: التوقيف:
115	2.3.2: التفتيش:
115	1.2.3.2: مفهوم التفتيش:

2.2.3.2: ضمانات المتهم في التفتيش: 116

الفصل الثالث 121

مفترض الاشراف القضائي: 121

1.3: أهمية الاشراف القضائي على المشروعية الإجرائية: 121

1.1.3: أهمية الاشراف القضائي: 122

2.1.3: ركائز الاشراف القضائي: 124

3.1.3: موقف القوانين الاستثنائية من الاشراف القضائي على المشروعية الاجرائية: 130

2.3: الرقابة على مشروعية الاجراءات الجنائية: 136

1.2.3: الرقابة التشريعية: 137

2.2.3: الرقابة القضائية على سلطات الطوارئ: 143

3.2.3: رقابة الرأي العام: 152

الخاتمة: 155

قائمة المصادر والمراجع: 160

تقرير الانتحال: 179

مقدمة

مدخل تعريفى بموضوع الدراسة:

يكتسب موضوع (مفترضات الشرعية الإجرائية) فائدته القانونية، لانه يمثل تعرض خطير بأهم حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، بداية بحقه في الحياة وسلامة بدنه وصولاً إلى حقه في كرامته الإنسانية، وإن حرية الإنسان الشخصية هي أعز ما يملك، وتعتبر قوام حياته ووجوده، وأساس في بناء مجتمع صحيح وسليم، وان هذه الحرية كلما كانت مكفولة ومحفوظة، كان لها ضمانات وجودها الأصولية المقررة، كلما ازدهر المجتمع، وان كانت هناك بعض القيود على حرية الفرد، فإن القاعدة أن الأصل في الإنسان البراءة، والأصل في الأشياء الإباحة، وأن الضرورات تقدر بقدرها، وأن هذا الاستثناء لا يقاس عليه وهي قواعد من الجدير احترامها، عندما يتم وضع القواعد التنظيمية للحريات، حتى لا يتم مس تلك الحريات إلا بالضرورة، فقد وضعت ضمانات لاحترام ممارسة الإنسان لهذه الحقوق، حيث تكون صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، فلا يقبض على أي شخص أو يتم توقيفه أو يفتش هو أو مسكنه إلا في الأحوال التي ينص عليها صراحة في القانون، وبناءً على أوامر صادرة من موظفين يوفرون فيها ضمانات خاصة تكفل استقلالهم وسلامة تصرفاتهم؛ لذا نحن بحاجة إلى توفيق بين مصلحتين متناقضتين، الأولى: مصلحة المجتمع في الوصول إلى الحقيقة وبالتالي معاقبة مرتكب الجريمة، والثانية مصلحة الفرد في عدم المساس بحريته وحقوقه، لذا يجب أن يحاط المتهم بضمائن قانونية، والتي تحافظ على قرينة البراءة المفترضة فيه، وتكفل أن تكون الإجراءات المتخذة بحقه ضمن الحدود المرسومة قانوناً، وأن تعكس الإجراءات التي يتم تطبيقها قانوناً حقيقياً، يحفظ لسلطات التحقيق سلامة إجراءاتها في تتبع الجرائم، وايضا يحفظ الرغبة المشروعة للمتهم البريء، في ان لا يناله عند تتبع الحقيقة تعسف أو ارهاق، فالغاية المشروعة ينبغي ان تحققها الوسيلة المشروعة.

ثانيا : أهمية الدراسة :

ان مفترضات الشرعية الإجرائية ومبدأ البراءة، يعتبران الدرع الذي يحول دون الحيف بحقوق الانسان وضمائنه، اذ تعد الشرعية الإجرائية ركنا أساسيا من اركان الشرعية الجنائية حيث تهدف الى حماية المتهم سواء اكان ذلك يتعلق بالمعاملة التي يخضع لها، ام فيما يتعلق بأثبات ادانته، واذا كانت التهمة مبنية على الشك والاحتمال فان الأدلة يكون نصيبها الضعف لذا تلجأ المحاكم الى اصدار قرارها بالأفراج عن المتهم، ولخطورة هذا الموضوع وحساسيته ولما القت عليه المحاكم من اصدار قرارها بالأفراج عن المتهم حتى عند عدم وجود نص عقابي يحكم الفعل المرتكب في الوقت الذي يفترض فيه ان تصدر المحكمة حكمها في مثل الحالات بالبراءة لأنه يتفق مع الأصل ولما كان هذا الموضوع ذو صلة وثيقة بحقوق الإنسان أي

تلك الحقوق التي أجمعت الدول على تبنيها وصيانتها، ولا يمكن أن يصبح احترام حقوق الإنسان حقيقة واقعة ما لم يكن الأشخاص المعنيون على وعي بهذه الحقوق ، بحيث تثبت كرامة الافراد في اذهان ممثلي السلطة ، لذلك فقد ارتأينا البحث في موضوع مفترضات الشرعية الإجرائية من اجل بيان ماهية الشرعية الإجرائية ومفهوم مبدأ البراءة وطبيعة البراءة ونطاق تطبيقها والنتائج المترتبة عليها ومدى تأثيرها عند المساس بحقوق وحرريات الانسان مع بيان أهمية الاشراف القضائي وركائزه واهم ضمانات تطبيق المشروعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية .

ثالثاً: إشكالية الدراسة وتساؤلاتها:

تبرز معضلة (مشكلة البحث) من خلال التساؤلات التي سنطرحها والتي يمكننا الإجابة عليها والوقوف عندها وإيجاد الحلول بشأنها:

1-ماهو الأساس القانوني لمبدأ البراءة وهل توجد أسس قانونية لقرينة البراءة المفترضة في التشريع المقارن.

2-هل لقرينة البراءة مبررات و ضمانات تكفل تطبيقها وحمايتها.

3-ماهو واقع حماية الحقوق والحريات العامة في دستور العراق 2005 النافذ والداستير الأجنبية والعربية المقارنة.

4-هل ان الدستور العراقي 2005 النافذ راعى في نصوصه كل المبادئ المتعلقة بحقوق الانسان والتي نصت عليها جميع المواثيق الدولية.

5-ماهي الضمانات الدستورية والتشريعية المقررة للمتهم في مرحلة القبض او التوقيف او التفتيش.

6-ماهو دور الاشراف القضائي من تحقيق مبدأ افتراض براءة المتهم في الظروف العادية والاستثنائية.

7- ما هو موقف القوانين الاستثنائية المقارنة من الاشراف القضائي.

8-ماهي ضمانات تطبيق المشروعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية.

رابعاً: اهداف الدراسة:

ان الهدف الرئيسي من وراء هذا البحث هو معرفة ماهي الشرعية الاجرائية ومبدأ البراءة المفترضة وأيضاً الوقوف لمعرفة ماهي القرينة القانونية للبراءة وطبيعتها وعرض القواعد القانونية لمفهوم البراءة التي تواجه واقع الحياة القانونية، التي سنها المشرع وموقف دستور العراق النافذ والداستير المقارنة منها

، وكذلك بغية التعمق في دراسة قواعد واحكام ضمانات المتهم عند اتخاذ إجراءات التحقيق (التوقيف والقبض والتفتيش) في القانون العراقي والمقارن لكونها إجراءات تمس بشكل مباشر حريات الافراد وحرمة مساكنهم وهي تتعلق بصميم نفس الانسان وكرامته , وأيضا معرفة أهمية ودور الاشراف القضائي من مبدأ افتراض البراءة في الظروف الاستثنائية مع بيان موقف القوانين الاستثنائية منه , وأيضا توضيح دور الرقابة التشريعية والقضائية ودور الرأي العام من تطبيق المشروعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية, كونها تعتبر من اهم ضمانات تطبيق المشروعية الإجرائية ..

خامسا: فرضية الدراسة:

تنطلق الدراسة من الفرضية التي نحاول اثباتها وهي ان افتراض براءة المتهم بوصفها قرينة قانونية دستورية تلزم المحكمة باحترامها ومراعاتها، وتترتب عليها اثار قانونية بحيث توقع المسؤولية الجزائية عند اختراقها.

سادسا: منهجية البحث:

تستند هذه الدراسة على المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية محل الدراسة للوصول الى النص الاكمل فضلا عن تحليل الآراء الفقهية والاحكام القضائية، كما استندت هذه الدراسة على المنهج المقارن من خلال مقارنة موقف المشرع العراقي بموقف بعض التشريعات المقارنة العربية والأجنبية.

سابعا: هيكلية الدراسة:

تم بحث الموضوع وفق خطة مقسمة الى ثلاث فصول تسبقها مقدمة ومبحث تمهيدي بعنوان ماهية الشرعية الإجرائية مقسما الى مطلبين الأول تناولنا فيه مدلول الشرعية الإجرائية والمطلب الثاني تناولنا فيه اهداف الشرعية الإجرائية ،والفصل الأول بعنوان مفترض البراءة حيث تناولنا في المبحث الاول دراسة ماهية البراءة من خلال تعريفها وبيان طبيعتها ومبرراتها ،وفي المبحث الثاني أساس ومضمون البراءة ونطاق تطبيقها ، والمبحث الثالث تناولنا في دراسة اهم اثار البراءة ، اما الفصل الثاني كان تحت عنوان مفترض الحقوق والحريات مقسم الى ثلاث مباحث الأول بينا فيه ماهية الحقوق والحريات من خلال تعريف الحقوق لغة واصطلاحا وتعريف الحريات لغة واصطلاحا ، اما المبحث الثاني تناولنا فيه دراسة صور الحقوق والحريات ، اما المبحث الثالث تناولنا فيها تطبيقات الحقوق والحريات من خلال بيان ماهية القبض والتوقيف والتفتيش واهم ضماناتها, والفصل الثالث كان تحت عنوان مفترض الاشراف القضائي حيث تم تقسيمه الى مبحثين , فالأول تحدثنا فيه عن أهمية الاشراف القضائي وركائزه مع بيان موقف القوانين الاستثنائية من الاشراف القضائي , اما المبحث الثاني تناولنا فيه موضوع ضمانات تطبيق

المشروعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية من خلال بيان الرقابة التشريعية والقضائية وأخيرا رقابة الرأي العام , وخاتمة تتضمن نتائج الدراسة وتوصياتها.

مبحث تمهيدي

ماهية الشرعية الإجرائية

بغية الإحاطة بهذا الموضوع -وقدر تعلق الأمر بهذا المبحث، فإنه ينبغي تعريف الشرعية الإجرائية وبيان أهدافها، لذلك فإنّ هذا المبحث ينقسم الى مطلبين: الأول لبيان مدلول الشرعية الإجرائية، والثاني لتوضيح أهداف هذه الشرعية:

المطلب الأول / مدلول الشرعية الإجرائية

ان الشرعية في مجال القانون الجنائي لا تخرج عن التنظيم القانوني للشرعية بوجه عام، من حيث كونها تعني: الخضوع للقانون والاحتكام إلى نصوصه في كل ما يتعلق بحقوق وحرّيات الأفراد بل يمكن القول بأن الميدان الرّحب للشرعية يكمن في هذا القانون، لمساسه المباشر بهذه الحقوق والحرّيات مما يتطلب معه أن تتفّيد السلطة في جميع تصرفاتها بأحكام القانون. فالقانون الجنائي يتتبع بالخطى الواقعة الإجرامية منذ تجريمها، ويعاقب على ارتكابها وايضا يلاحق المتهم بالإجراءات الملزمة حتى تنفيذ العقوبة، وتقرير حق الدولة في العقاب. وفي جميع هذه المراحل يوضع القانون هذا نصوص التي تمس بحرية الإنسان سواء ما تعلق منها بالتجريم والعقاب، أم بالإجراءات التي تباشر قبل المتهم ، مما يقتضي معه أن تخضع تصرفات الأشخاص القائمين على تنفيذ هذا القانون لأحكامه لضمان عدم الاعتداء على حقوق وحرّيات الأفراد بدون مسوغ قانوني (1)، وان الشرعية الجزائية لها حلقتان رئيسيتان (2) وقد ظهرت الحلقة الأولى

(1) ينظر د. جميل عبد الباقي الصغير، الشرعية الجنائية، (دراسة تاريخية وفلسفية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص9؛ طلال عبد حسين البدراني ، الشرعية الجزائية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعه الموصل، 2002، ص1

(2) يرى البعض بان للشرعية الجنائية حلقة ثالثة، وهي شرعية التنفيذ، بمعنى أن يكون تنفيذ العقوبة على وفق الكيفية التي يحددها القانون، بهدف تقويم المحكوم عليه وتحت إشراف القضاء. ينظر؛ د. احمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية (طبعة معدلة دار النهضة العربية ، القاهرة، 1995، ص 128 ؛ د. عصام عفيفي حسني عبد البصير، مبدأ الشرعية الجنائية (دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي)، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2003 ، ص 17 . ومن الأمثلة على ذلك ضرورة تأجيل تنفيذ العقوبة في حالة المرض، أو الحمل، أو الحرب، أو غير ذلك من الحالات التي ينص عليها بعض القوانين الإجرائية، طالما أن هدف العقوبة هو الإصلاح وليس الانتقام ، لذا فإن تنفيذ العقوبة في مثل هذه الحالات يعني خرقاً لشرعية التنفيذ للمزيد حول هذا الموضوع ينظر: وعدي سليمان علي وعلي عدنان الفيل ، تأجيل تنفيذ الجزاء الجنائي (دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة جامعة دهوك، المجلد التاسع ، ع 1 ، 2006 ، ص 309-329 : أشار اليه ؛ وعدي سليمان علي ، الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية ، دراسة مقارنة ، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه فلسفة في القانون الجنائي ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2007م، ص16.

منهما في نطاق القانون الجنائي الموضوعي ممثلة بمبدأ (شرعية الجرائم والعقوبات) حتى تقوم بحماية الفرد من خطر التجريم والعقاب من غير الأداة التشريعية التي تعبر عن رغبة وإرادة الشعب، وهي القانون، لذا فهو يعني ضرورة تقيّد القاضي بنصوص قانون العقوبات ،حتى لا يكون بمقدوره تجريم فعل مباح، واثان بعقوبة لم ينص عليها القانون، وهو بذلك يكون وسيلة ضرورية لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم . ويترتب فقط على هذا المبدأ وجوب حصر مصادر التجريم والعقاب بالتشريع فقط(3) ، وعدم جواز رجعية القانون الذي يحدد هذا التجريم والعقاب إلى الماضي إلا إذا كان أصلح للمتهم، وكذلك حظر القياس في نطاق القانون العقابي(4).

على أن الشرعية الجزائية بهذا الشق لا تكفي لإسباغ الحماية على حقوق الفرد وحرياته ما اذ لم يكتمل الشق الثاني لها، والذي يمنع انتهاكها، وهو ما يعبر عنه بمصطلح (الشرعية الإجرائية، والذي يعد أصلاً أساسياً في النظام الإجرائي الجنائي ، لا يجوز الخروج عنه، ويقابل في أهميته مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات فكما أنّ هذا الأخير هو أساس قانون العقوبات فإن الشرعية الإجرائية تحدد الإطار الذي يجب أن يلتزم به القائلون بالقواعد الإجرائية، حيث يقوم المبدأ على أنّ أصل كل إجراء أتخذ قبل المتهم ليتم تقييد به من حريته، أو محاكمته يجب أن يبنى على أساس افتراض براءته، ويجب أن يعامل على وفق ذلك، اما ما قيل بعكس ذلك سوف يؤدي إلى قصور الحماية التي يوفرها مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات مادام انه من الممكن التعرض لحرية الفرد بغير سبيل القانون، أو كان باستطاعة إسناد الجرائم للأفراد ولو لم يبرهن ارتكابهم لها بافتراض اتهامهم(5).

عليه فإذا كان مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يعني (ألا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون)، فإن مبدأ الشرعية الإجرائية يعني (لا عقوبة بدون حكم قضائي صادر عن محكمة مختصة وفقاً للقانون)(6). ومن البديهي

(3) مع ملاحظة الحالات التي يفوض فيها المشرع السلطة التنفيذية صلاحية تحديد بعض عناصر التجريم والعقاب في بعض الجرائم، كما هو الحال في نطاق الجرائم الاقتصادية للمزيد ينظر؛ د. نائل عبد الرحمن صالح ، الجرائم الاقتصادية في القانون الأردني ، ط1، دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان ، 1990 ، ص 46-47 ؛ وعدي سليمان علي ، الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، المصدر السابق، ص 16.

(4) يرى البعض أنّه يترتب على ذلك أيضاً ضرورة توافق النصوص المثبتة للجرائم والعقوبات مع الحقوق والحرريات العامة على الوجه الذي يكفل الممارسة الطبيعية لها، والتوافق معناه : إنتفاء التعارض بين هذه النصوص، وتلك الحقوق والحرريات عن طريق إلتزام المشرع عند التقنين بالغاية من التجريم والعقاب. للمزيد ينظر؛ د. نظام توفيق المجالي، الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحرية الفردية (دراسة في التشريع الأردني) بحث منشور في مجلة الحقوق ، ع ، السنة (22) ، 1998 ، ص 181 وما بعدها؛ وعدي سليمان علي ، الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، المصدر السابق، ص 17.

(5) ينظر: د. احمد فتحي سرور ،الشرعية والإجراءات الجزائية ،دار النهضة العربية،القاهرة،1977،ص105؛جميل عبد الباقي الصغير ،الشرعية الجنائية ،مرجع سابق،ص7.

(6) ينظر : د. احمد فتحي سرور ،الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية،المجلد الأول،ط4،دار النهضة العربية،القاهرة،1981،ص79.

أنه لا يتصور أن يصدر أي حكم قضائي دون أن تسبقه دعوى تقام على أساس مجموعة من الإجراءات، تتخذ قبل المتهم ابتداء من لحظة وقوع الجريمة، ومروراً بالتحقيق والمحاكمة، وانتهاء بصدور الحكم. هذه الإجراءات يجب أن تتخذ على أساس افتراض براءة المتهم وأن يعامل على هذا الأساس في جميع مراحل الدعوى الجزائية حتى تأتي هذه الإجراءات صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية ومن ثم يكون الحكم الصادر في الدعوى صحيحاً. ويتأتى ذلك كله من خلال مراعاة الضمانات الأساسية التي ينص عليها القانون، والتي تمثل في الوقت نفسه قيوداً من أجل سلامة الإجراءات على أن يُشرف القضاء على هذه الإجراءات لضمان صحتها. ولذلك جاءت التعاريف الموضوعية للشرعية الإجرائية لتؤكد المعاني المتقدمة، فقد عرفها جانب من الفقه أنها: (هي احترام حرية المتهم الشخصية عند اشتراط ان يكون المصدر للتنظيم الإجرائي هو القانون، وأن تفترض براءة المتهم في كل الإجراءات التي تتخذ، وأن يتوافر في كل الإجراءات الضمان القضائي) (7) كما عرفها آخرون أنها: (الأصل في المتهم هي البراءة، ولا يجوز اتخاذ إجراء جنائي قبل المتهم إلا بقانون، ويكون تحت الإشراف القضائي، في حدود الضمانات المقررة بناءً على قرينة البراءة) (8). وقيل أيضاً أنها: (افتراض براءة المتهم الذي يقتضي قانونية الإجراءات المتخذة حياله، على أن يكون تحت إشراف قضائي وفي حدود الضمانات التي يحتمها هذا الافتراض) (9)، وأخيراً عُرفت أيضاً أنها القيود التي تقيد المشرع الإجرائي، لكفالة احترام الحرية الشخصية في مواجهة السلطة (10).

يستشف من التعاريف الثلاثة الأولى أنها وإن كانت تختلف في المبنى إلا أنها متفقة في المعنى وهي أن كل إجراء يتخذ قبل المتهم في أية مرحلة في الدعوى الجزائية، فإنه يلزم ان يبني على قرينة البراءة من خلال مراعاة الضمانات التي توفرها هذه القرينة بالنسبة لكل إجراء من إجراءات بعد الدعوى والمنصوص عليها في القانون الإجرائي، على أن يخضع اتخاذ هذا شامل الإجراءات للرقابة القضائية لضمان سلامته ومطابقته للقانون، وتوقيع الجزاء المناسب عند تعارضه مع القانون. وبذلك يتضح أن الشرعية الإجرائية

(7) د. عصام عفيفي حسيني عبد البصير ، ازمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها (دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي) ، ط1 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2004، ص33.

(8) د. محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجنائية، ط1، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص43.

(9) عبد الستار سالم الكبيسي، ضمانات المتهم قبل واثناء المحاكمة (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1981، ص153.

(10) حسن يوسف مقابلة، الشرعية في الإجراءات الجزائية، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان، 2003، ص57؛ وعدي سليمان علي، الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، المصدر السابق، ص19.

في نطاق القانون الجنائي لا تخرج عن مدلول الشرعية بوجه عام، والذي يتفق عليه غالبية الفقهاء - كما سبق بيانه - من حيث كونه خضوع التصرفات لحكم القانون.

أما التعريف الأخير فلا نؤيده، ويبدو أنه لا يتوافق مع مضمون الشرعية أصلاً. فهذه الأخيرة ليست (قيوداً) كما ورد في التعريف، بل هي في جوهرها تعني الخضوع والتقيد بهذه القيود هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فلو سلمنا جداً بأن الشرعية تعني القيود فليس معنى هذا أن هذه القيود تقيد المشرع الجنائي طبقاً لما ورد في التعريف مع أنّ هذه القيود واردة في القانون الإجرائي الجنائي الذي وضعه المشرع نفسه، فكيف يُفقد المشرع نفسه بنفسه في هذه الحالة؟ فالمفروض بهذه القيود أنها تلزم الأشخاص الإجرائيين عند قيامهم بالأعمال الإجرائية في نطاق الدعوى الجزائية، فهؤلاء هم المكلفون بمراعاة هذه القيود، لأن القاعدة الإجرائية تتوجه بخطابها إليهم، وليس إلى المشرع، وأخيراً فإن مما يؤخذ على هذا التعريف أنه لا يشير إلى الأركان التي تقوم عليها الشرعية الإجرائية، عكس التعاريف الأخرى التي نتفق معها، إذ أنها جاءت متوافقة مع معنى الشرعية، ويمكن للمرء من خلالها أن يستنتج بأن للشرعية الإجرائية ثلاثة أركان، الأول: افتراض براءة المتهم، الثاني: أن يكون القانون مصدراً للإجراءات الجزائية، والثالث: الإشراف القضائي.

مما تقدم يتضح أن فحوى الشرعية الإجرائية تقوم على أساس مطابقة الإجراءات المتخذة قبل المتهم مع القواعد الإجرائية التي تنظمها، من خلال مراعاة الضمانات التي تنص عليها هذه القواعد لكل إجراء من هذه الإجراءات، والتي تختلف باختلاف الإجراء ذاته، فضمانات المتهم في القبض مثلاً تختلف عن ضماناته في الاستجواب، أو التفتيش، أو التوقيف... الخ (11)، وذلك استناداً إلى قرينة البراءة، وعلى أن يكون مباشرة واتخاذ هذه الإجراءات تحت إشراف القضاء حماية للحرية الفردية.

المطلب الثاني/ أهداف الشرعية الإجرائية

تحدد وظيفة الشرعية الإجرائية في الأهداف والغايات التي ترمي إليها، وتتداخل هذه الأهداف في بعض الأحيان مع الأهداف التي يرمي إليها القانون الجنائي بوجه عام، وفي أحيان أخرى تنفرد الشرعية الإجرائية ببعض الأهداف التي قد تتفق كثيراً مع بعضها في المضمون والوسائل وقد تختلف. وهذا ما يمكن ملاحظته من خلال عرض هذه الأهداف والتي تتمثل بضمان الاحترام الفعال للقواعد الإجرائية،

(11) تجدر الإشارة إلى أن هذه الضمانات تعد بمثابة قيود، أو شروط لصحة الأعمال الجرائية التي تعد أدوات لسير وإدارة الخصومة الجزائية، إذ أن هذه الأعمال هي المحل الذي ترد عليه الشرعية الإجرائية. ؛ وعدي سليمان علي، الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، المصدر السابق، ص 20.

ضمان الحرية الشخصية للمتهم وأخيراً التطبيق الفعال لقانون العقوبات، والتي سيتم بحثها تباعاً في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: ضمان الاحترام الفعّال للقواعد الإجرائية: القواعد الإجرائية هي تلك القواعد الواردة في قانون الإجراءات الجزائية أو أي قانون إجرائي آخر مكمل لها. فهذه القواعد شأنها شأن أية قواعد قانونية تخاطب بعض الأشخاص، وتفرض عليهم الالتزام بالأحكام التي تنص عليها من خلال ضرورة تطابق الإجراءات التي يقوم بها هؤلاء الأشخاص لشروط مباشرتها والمنصوص عليها في هذه القواعد حتى تنتج هذه الإجراءات آثارها القانونية والتي أرادها المشرع⁽¹²⁾. فالقاعدة الإجرائية بوصفها قاعدة قانونية تتألف من شقين: تكليف وجزاء⁽¹³⁾، وشق التكليف يتولى تنظيم نشاط الأشخاص الذين تتوجه القاعدة الإجرائية بخطابها إليهم، وهؤلاء يصطلح على تسميتهم بالأشخاص الإجراءيين. فهذا الشق فضلاً عن إيضاحه أهلية القاضي و تشكيل المحكمة واختصاصاتها، وتحديد حقوق وسلطات أطراف الدعوى والالتزامات التي تقع عليهم، فإنّه يحدد كذلك الشروط الموضوعية والشكلية التي يجب مراعاتها في الإجراءات أو الأعمال الإجرائية التي يباشرها أي شخص في إطار الخصومة الجزائية، كي تكون صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية، وفي حالة مخالفة هذه الشروط فإنّ ذلك يؤدي إلى فرض الجزاء الإجرائي المناسب على هذه الإجراءات، والمتمثل بالبطلان، وهذا هو الشق الثاني للقاعدة الإجرائية (شقّ الجزاء) و الذي يؤدي إلى حرمان الإجراء المخالف لشقّ التكليف من إنتاج، آثاره، وذلك كله بسبب عدم احترام القاعدة الإجرائية أثناء مباشرة الإجراء ومن ثم خرق الشرعية الإجرائية.

يتضح مما تقدم أنّ الشرعية الإجرائية التي توجب مطابقة كل إجراء يُتخذ ضمن إطار الدعوى الجزائية لشروطه القانونيّة، تهدف في أحد جوانبها إلى فرض الاحترام الواجب للقاعدة الإجرائية، فهذه الأخيرة كأصل لا تختلف عن أية قاعدة قانونيّة أخرى لا من حيث المصدر ولا المضمون فمن المعلوم أنّ مصدر القاعدة الإجرائية هو القانون الصادر من السلطة التشريعية، كما هو الحال فيما يخص القواعد القانونية الأخرى لذا فهي واجبة الاحترام، بل أبعد من ذلك فإنّ الركن الثاني للشرعية الإجرائية قانونية الإجراءات الجنائية) يقضي بعدم جواز تنظيم الخصومة الجنائية بغير القانون الصادر من هذه السلطة - كما سبق القول، وذلك لمساس هذه الإجراءات بحقوق الأفراد وحرّياتهم، في حين أنّ القواعد القانونية الأخرى قد

(12) بهذا المعنى ينظر: د. رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، الجزء (303)، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، 1987، ص53؛ وعدي سليمان علي، الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، المصدر السابق، ص23.

(13) ينظر: د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، النظرية العامة للقاعدة الإجرائية الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بلا سنة طبع، ص49 وما بعدها.؛ المصدر السابق، ص23.

يكون مصدرها التشريع أو غيره من المصادر مما يعطي أهمية خاصةً للشرعية الإجرائية بهذا الخصوص(14). أما من حيث المضمون فقد اتضح بأن القاعدة الإجرائية كأية قاعدة قانونية لا تخلو من عنصر الجزاء الذي يكفل احترام المخاطبين لهذه القاعدة عند قيامهم بأي إجراء تنظمه القاعدة، وبذلك يمكن القول إن الشرعية الإجرائية تهدف ومن خلال شق الجزاء الموجود في القاعدة الإجرائية إلى إلزام الأشخاص المخاطبين بهذه القاعدة بضمان الاحترام اللازم لها(15).

الفرع الثاني: ضمان الحرية الشخصية للمتهم: من المعلوم أن أهمية القانون الإجرائي تكون في القصد من تشريعه، وهي الوصول إلى الصواب أو الحقيقة وهذا بصورة عامة (16)، وذلك يتم بتقديم الشخص الذي قام بخرق قواعد وعادات المجتمع المنظم لمحاكمته قضائياً حيث تضمن للمجتمع حماية جميع مصالحه من خطر الجريمة، من خلال تنظيم إجراءات معينة، لكشف الحقيقة ووصول إلى سلطة الدولة لإقرار العقاب. غير أن استهداف التنظيم الإجرائي في تحقيق مساعي الدولة للكشف عن الحقيقة لإقرار العقاب، مضحية بالحرية الشخصية للمتهم، يعني أنّ مصلحة المجتمع تكون قد بلغت ذروتها في التفوق ولكن على حساب مصالح الأفراد وحقوقهم (17)، لذلك كان لا بد من إجراء التوازن بين هاتين المصلحتين (المصلحة العامة ومصلحة المتهم)، للحيلولة دون تفوق إحداها على الأخرى

هنا يبرز دورُ الشرعية الإجرائية بوصفها الحصن الحصين لضمان الحرية الشخصية للمتهم وصيانة كرامته كإنسان بحماية هذه الحرية من الإجراءات التعسفية التي قد تتخذ ضده. وتتأتى هذه الحماية

(14) الشخص الإجرائي في نطاق الخصومة الجزائية إما يكون عاماً وهو كل شخص يباشر العمل الإجرائي بإسم الدولة و لمصلحتها ويشمل: القاضي وأعدائه من محققين وكتاب ضبط، أعضاء الضبط القضائي، الإدعاء العام، الخبراء من الموظفين وغيرهم من الأشخاص الذين يباشرون العمل الإجرائي وممن يصدق عليهم وصف الموظف العام أما الشخص الإجرائي الخاص فهو كل من يباشر العمل الإجرائي باسمه، ولمصلحته، أو لمصلحة الغير. ويشمل كل من: المشتكي، المتهم المجني عليه المدعي بالحقوق المدنية، المسؤول مدنياً، الخبراء من غير الموظفين) والمحامي. للمزيد ينظر: د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطالان في قانون الإجراءات الجنائية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1959، ص 311 وما بعدها: المصدر السابق، ص 23.

(15) على الرغم من وجود الجزاء في القاعدة الإجرائية، إلا أنه على درجة أقل وضوحاً من ورود الجزاء العقابي القاعدة الموضوعية، إذ أنّ هذه الأخيرة تبين السلوك المحظور شقُّ التكليف، وتحدّد الجزاء المناسب عند إتيان هذا السلوك (شقُّ الجزاء) وذلك في القاعدة نفسها، لذا فهذه القاعدة تستوعبها مادة واحدة في قانون العقوبات في حين أنّ القاعدة الإجرائية موزعة بين أكثر من مادة إذ تتولى مادة أو أكثر تحديد شقُّ التكليف في حين تتولى سواها تحديد شقُّ الجزاء الإجرائي المترتب على مخالفة المكلف بالتكليف للمزيد ينظر: د. جلال ثروت أصول المحاكمات الجزائية، ج 1، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت 1982، ص 28، د. رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، مرجع سابق، ص 72 وما بعدها.

(16) ينظر: عبد الكاظم فارس، وسام صبار وأدم وهيب الندوي، المرافعات و اصول المحاكمات الجزائية، مطبعة زارة التعليم العالي، بغداد، بلا سنة طبع، ص 114.

(17) وهذا ما يمكن ملاحظته في الحكومة الاستبدادية التي لا تلتزم بالقوانين المنظمة لحقوق الأفراد للمزيد. ينظر: د. أحمد فتحي سرور القانون الجنائي الدستوري، ط 3، دار الشروق، القاهرة، 2006، ص 269 وما بعدها.

بطريقتين: إحداها، وقائية والأخرى علاجية. فالأولى تظهر من خلال تقييد هذه الإجراءات بمجموعة من الضمانات، لتلافي خطر التحكم في اتخاذها طبقاً لقرينة البراءة التي تحدد نطاق إي إجراء جزائي من خلال الضمانات المقيدة لها (18). لذلك جاء القانون الجنائي ونص على هذه الضمانات بالنسبة لكل إجراء من إجراءات الدعوى، بوصفها شروطاً لصحتها استناداً إلى مبدأ الشرعية الإجرائية، لذا فأي إجراء يُتخذ يجب ألا يتم بعيداً عن هذه الشرعية. ومن ذلك يتضح بأن هذه الطريقة تهدف إلى وقاية الحرية الشخصية للمتهم من خطر الانتهاك، وذلك بضرورة مراعاة الضمانات التي أقرها المشرع عند اتخاذ الإجراءات الماسة بهذه الحرية .

أما الطريقة الثانية فهي علاجية، وتتمثل بفرض جزاء البطلان على الإجراء الذي اتخذ قبل المتهم بالمخالفة للضمانات المقررة قانوناً، ومن ثم عدم قابلية هذا الإجراء من إنتاج آثاره التي كان سينتجها لو جاء متقيداً بهذه الضمانات فمثلاً ينص القانون على عدم جواز الضغط على إرادة المتهم عند استجوابه كضمانة من ضماناته (19)، فإذا اعترف المتهم بالتهمة الموجهة إليه وكان ذلك وليد إرادة حرة فإن هذا الإجراء الاستجواب وما يتمخض عنه من دليل الاعتراف يكون صحيحاً، ومن ثم يصح الاستناد إليه إذا ما اقتنعت به المحكمة، إما إذا جاء الاعتراف نتيجة الإكراه أو الوعد أو الوعيد مثلاً فإن المحكمة ستفرض جزاء البطلان على هذا الاستجواب لعدم مراعاته ضمانات المتهم، كما ستحكم ببطلان الاعتراف لأنه نتج عن إجراء باطل، ومن ثم لا يصح التعويل عليه لإدانة المتهم .

يتضح مما تقدم أنّ للشرعية وسيلتين في كفالة الحرية الشخصية للمتهم: إحداها بيد المشرع حينما ينص على ضمانات المتهم في كل إجراء من الإجراءات التي يمكن أن تتخذ ضده كشرط لصحتها، والثانية بيد القضاء عندما يقرر فرض البطلان على الإجراء الذي يخرق فيه هذه الضمانات.

الفرع الثالث: كفالة تطبيق قانون العقوبات: قد يلتقي هذا الهدف للشرعية الإجرائية مع وظيفة القانون الإجرائي الجنائي. معلوم أن هذا الأخير قد وضع بغية ضمان تنفيذ القانون الموضوعي والمتمثل بقانون العقوبات إذ يظل هذا القانون في حالة سكون ما لم يأت القانون الإجرائي، وينقله إلى الواقع التطبيق (20)

(18) ينظر: د. أحمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجنائية. مرجع سابق، ص 127
(19) إذ تنص المادة (127/ أصول عراقي) على أنه: (لا يجوز استعمال أية وسيلة غير مشروعة للتأثير على المتهم للحصول على إقراره الخ). كما تقضي المادة (128) من القانون ذاته على بنه: يشترط في الإقرار أن لا يكون قد صدر نتيجة إكراه). وتجدر الإشارة إلى أنّ المادة (128) من هذا القانون أصبح نصها هكذا بعد التعديل الذي أجرته على القانون سلطة الإنتلاف المؤقتة في العراق، وذلك بموجب الأمر رقم (3) في 18/6/2003 والمنشور في الوقائع العراقية ذي العدد (3978) بتاريخ 2003/17/8
؛ وعدي سليمان علي، الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، المصدر السابق، ص 23 ومابعداها .
(20) ينظر: د. محمد سعيد نمور، مرجع سابق، ص 11.

، ولكن هدف الشرعية يتعدى في هذا المجال، إذ أنه لا يهدف إلى مجرد تطبيق قانون العقوبات بأية كيفية كانت بل أنه يرمي إلى إعطاء فاعلية و قوة لهذا التطبيق ومن ثم الوصول إلى العدالة الحقّة. فالشرعية الإجرائية تفترض وجود دعوى جزائية تنظم الخصومة الجزائية من خلال إجراءات معينة بغية استيفاء حق الدولة في العقاب. فهذه الدعوى هي الوسط الإجرائي الذي يعيش بداخله مشروع القرار الفاصل في النزاع والذي يعلن عن هذا الحق إلا أنّ عملية استيفاء حق الدولة لن تتأتى ما لم يتم الالتزام التام بالشروط التي يضعها القانون الإجرائي لمباشرة الإجراءات التي تقوم عليها الدعوى الجزائية، وما لم تقترن بجزاء يفرض على كل مخالفة تقع عليها تحقيقاً للعدالة. إذ كثيراً ما تتخذ الإجراءات بشكل الموقع مخالف للقانون مما يؤدي إلى وقوع الأبرياء ضحايا لهذه الإجراءات المخالفة. ففي أحيان كثيرة يعترف بالجريمة أشخاص لا علاقة لهم بها وكل ما هنالك أنه استخدمت ضدّهم وسائل غير مشروعة في الاستجواب والتي حملتهم على الاعتراف خلافاً للحقيقة، ففي هذه الحالة والحالات الأخرى التي لا تتبع فيها الإجراءات بشكلها الصحيح لا يمكن معها القول: إنّ حق الدولة في العقاب قد تم استيفائه، بل إنّ هذا الحق قد أصبح لغواً، فالمتهم الحقيقي أصبح طليقاً في حين أنّ البريء قد وقع أسير الاتهام مما يُعد ذلك شرخاً للعدالة ، وفي مثل هذه الحالات يُفترض فرض البطلان على هذه الإجراءات تحقيقاً لهذه العدالة، ولو أن العدالة الحقيقية تظهرُ بأسمى معانيها من خلال صحة الإجراءات ابتداءً وتطابقها مع القانون (21) ومن ناحية أخرى فإذا كانت الدعوى الجزائية التي تفترضها الشرعية الجزائية ترمي ومن خلال الحكم الصادر فيها إلى إظهار الحقيقة، فإنّ ذات الشرعية تتطلب أن تكون هذه الحقيقة مطلقة أو واقعية فيما يتعلق بالإدانة ، وذلك بأن تؤسس قناعة المحكمة على الجزم واليقين وليس الشك والاحتمال (22) خلال إستناد المحكمة إلى أدلة ذات مصدر شرعي، أي أن تكون مستقاة من إجراءات صحيحة ومطابقة للقانون. ويبدو أن قاعدة: (الشك يفسر لمصلحة المتهم) تتجلى في أحد مظاهرها بأن المتهم الذي يحاكم قد لا يكون هو المتهم الحقيقي نتيجة الشك في الأدلة المتوفرة ضده، إما لضعفها، أو لعدم صحة الإجراءات التي نتجت عنها هذه الأدلة ، ولهذا السبب لا يجوز الاستناد إليها، لأنّ القول بخلاف ذلك يعني أن الحقيقة التي انتهت إليها المحكمة هي حقيقة فرضية وليست مطلقة، ومن ثم فإنّ عمليّة اقتضاء حق الدولة في العقاب قد أصابها خلل .

(21) ينظر:

3eme ، .Penal cujas Traite de Droit Criminal Procedure.Voir.R.Merle et A. Vitu p191.،1979،edition

(22) ينظر : د. مأمون محمد سلامة ، قانون الإجراءات . ، قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه و احكام النقض ، ج2، ط2، بلا مكان طبع ،2005،ص1002. ؛ وعدي سليمان علي ، الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة،المصدر السابق،ص 27.

من كل ما تقدّم يتضح بأنّ الشرعية الإجرائية فضلاً عن كونها أداة لضمان احترام القواعد الإجرائية وضمان الحرية الفردية فإنها تُعد كذلك خير وسيلة لضمان التطبيق الفعال لقانون العقوبات عن طريق التنظيم السليم لعملية اقتضاء حق الدولة في العقاب.

الفصل الأول

مفترض البراءة:

يُعد هذا المفترض أحد أبرز مفترضات المشروعية الاجرائية ومن مقتضاه ان المتهم بارتكاب سلوك اجرامي غير مشروع في ظل مختلف الظروف ومهما بلغ من جسامة فعله يجب ان تتم معاملته بوصفه انساناً بريئاً حتى يثبت العكس بحقه من خلال صدور حكم قضائي بات.

وخلال سير الاجراءات الجنائية بحق المتهم ابتداءً من لحظة تحريك الدعوى الجزائية ولحين النطق بالحكم فان وصف البراءة ينبغي بل يجب ان يبقى ملازماً له في جميع الإجراءات المتخذة بحقه , فاذا لم يتوفر دليلاً قاطعاً يستطيع القاضي الركون اليه في بناء قناعته فيجب على القاضي الحكم بالبراءة لان الادلة في الاثبات الجنائي تُبنى على الجزم واليقين لا على الشك بينما يمكن ان تكون تلك الأدلة مبنية على الشك فيما يتعلق في البراءة لان الشك يُفسر لصالح المتهم وهذا ما يُعد ضماناً اساسية من ضمانات حماية الحقوق والحريات التي يجب ان يتمتع بها المتهم وذلك لان الجريمة هي أمرٌ شاذ وغير مألوف وخارج عن الوضع الطبيعي وعليه فان من يدعي وقوع جريمة فعليه ان يثبت صحة دعواه لانه خلاف الأصل حيث من الثابت ان الأصل في الانسان البراءة وان هذا الاصل يجب ان يبقى قائماً في ظل القانون الجنائي مهما أثرت من حوله شبهات، على ان هذا الاصل يمكن دحضه بحكم قضائي بات لان عنوان الحقيقة تغيرت من البراءة إلى ثبوت الفعل بحق المتهم الذي اصبح غير بريء بصدور هذا الحكم البات .

وبناء على ما تقدم سوف نقسم هذا الفصل الى ثلاث مباحث ونتكلم فيه عن ماهية البراءة وطبيعتها في (المبحث الأول)، وايضا بيان أسسها ومضمونها في (المبحث الثاني) وكذلك بتتبع آثاره وخاصة فيما يتعلق بعبء إثبات الاتهام ، والجزم واليقين في الحكم ، والشك يفسر لصالح المتهم في (المبحث الثالث)

1.1: ماهية البراءة:

ان هذا المبدأ يعتبر ان من اهم ضمانات الحرية الشخصية للمتهم هي حق ان يتمتع بقريضة البراءة الأصلية ويعني ان كل ممن اتهم بجريمة مهما كانت جسامتها يستوجب ان يعامل الشخص المتهم بوصفه بريئاً حتى يتم اثبات ادانته ويجب اثباتها بصورة قطعية⁽²³⁾ وان قريضة البراءة هي مفترضة لمصلحة كل انسان

(23) ينظر الدكتور محمود نجيب حسني: "شرح قانون الإجراءات الجنائية" دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية ، 1987 ، ص422؛ الدكتور /مروان محمد: " الحماية الدستورية للحريات الشخصية وحقوق الدفاع في المتابعة الجنائية " مقال منشور في موسوعة الفكر القانوني ، دار الهلال للخدمات الإسلامية ، مركز الدراسات والبحوث القانونية ، الموسوعة القضائية ، العدد الثاني ، بدون سنة نشر ، الجزائر ، ص 5.

اذ تعد له ضمانات بعدم المساس بحقوقه او حرিতে من قبل السلطات العامة , وأيضا تؤكد على توافر ضمانات للمتهم خلال مرحلة الاستدلال (24) حيث ان هذا المبدأ يعتبر هو السياج الامن للحرية الشخصية للمتهم او المشتبه به ، وعلى كل من يدعى خلاف الأصل عليه أن يثبت ، فالأصل هو ان كل شخص يعتبر بريء مهما بلغت جسامة الجريمة أو كيفما حدثت ويجب أن يتم معاملته كشخص بريء الى أن يصدر حكم قضائي قطعي بات ضده .

وبناء على ما تقدم يتعين علينا ان نكشف مفهوم البراءة من خلال بيان معناها في الاصطلاح القانوني وكقرينة قانونية بسيطة وكحق واجب الاحترام مروراً ببيان طبيعتها واهم مبرراتها ومن هنا يقتضي تقسيمه هذا المبحث الى مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم افتراض البراءة.

المطلب الثاني: طبيعة قرينة البراءة ومبرراتها.

1.1.1: مفهوم افتراض البراءة:

سنتناول هنا مفهوم افتراض البراءة مبينين رأي الفقه والقضاء من هذا الافتراض الذي يرد على قرينة البراءة مقسمين هذا المطلب الى ثلاث فروع :

الأول : معنى افتراض البراءة في الاصطلاح القانوني.

الثاني: معنى افتراض البراءة كقرينة قانونية .

الثالث : معنى افتراض البراءة كحق واجب الاحترام .

1.1.1.1: معنى افتراض البراءة في الاصطلاح القانوني:

خلت التشريعات الإجرائية الجنائية ومن ضمنها التشريع العراقي والتشريعات المقارنة محل الدراسة من ايراد تعريف صريح وواضح لمصطلح البراءة على اعتبار ان البراءة هي وصف ملازم للإنسان لا يتجرد عنه إلا بموجب حكم قضائي اكتسب درجة البتات لذلك نجد ان التشريعات الاجرائية قد اشارت اليه كحق لصيق بالإنسان في الدساتير والتشريعات الاجرائية.

(24) ينظر د. احمد فتحي سرور ، " الضمانات الدستورية للحرية الشخصية في الخصومة الجنائية "مجلة مصر المعاصرة " ،س63 ، ع 148 ، ابريل 1972 ، ص 364 وما بعدها .

ولكن الفقه الجنائي يكاد يجمع على ان المدلول القانوني للبراءة هو "ان كل شخص تقام ضده الدعوى الجنائية بصفته مرتكباً لجريمة أو شريكاً فيها يعد بريئاً حتى تثبت ادانته بحكم بات يصدر وفقاً لمحاكمة قانونية ومنصفة تتوافر فيها ضمانات الدفاع عن نفسه وان تتم معاملته على اساس انه بريء اثناء سير الاجراءات الجنائية ولا يتأثر هذا المبدأ بجسامة الجرم وحجم الادلة والقرائن المتوافرة ضده أو الاعتراف الصادر منه أو حتى ضبطه متلبساً بالجريمة فكل ذلك لا ينال من اصل البراءة فيه ولا ينقض ذلك كله سوى الحكم البات الصادر بالادانة (25).

ولا يختلف الأمر بالنسبة للقضاء، فالحال واحد وفي هذا السياق، حيث أقرت محكمة النقض المصرية انه " يكفي في المحكمة الجنائية أن يتشكك القاضي في صحة أسناد التهمة الى المتهم كي يقضي بالبراءة " (26). لاشك أن مبدأ افتراض براءة المتهم ضماناً مهمة من ضمانات المحاكمة العادلة للمتهم، وأصل من أصول حقوق الانسان (27). ويسهم هذا المبدأ في خلق قواعد قانونية تضمن حقوق المتهم، ومن بينها الحصول على محاكمة عادلة وسريعة في سائر إجراءاتها. والمقصود بمبدأ افتراض البراءة، وجوب التعامل مع المتهم على أساس أنه لم يرتكب الجريمة التي توجه التهمة اليه بموجبها ما يترتب عليه من أنه لا يجوز إدانة المتهم إلا بعد ثبوت ارتكابه الجريمة بوسائل قانونية مشروعة، وإن خروج المحكمة عن هذا المبدأ يُفضي الى بطلان الاجراءات التي اتخذتها (28). والمتهم حتى في حالة إدانته يتعين التعامل معه بصورة قانونية تتسجم مع كرامة الانسان وحقوقه وحياته ويعد مبدأ افتراض البراءة قاعدة أصولية ودعامة أساسية لحماية الحريات الفردية في مواجهة الدعوى الجزائية وبدون مراعاة هذا المبدأ يفقد القانون شرعيته ودستوريته (29).

(25) د. محمد زكي ابو عامر، الاثبات في المواد الجنائية، الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، 1983، ص 439؛ د. محمود محمود مصطفى، الاثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن، ج1، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1977، ص 455؛ د. مصطفى فهمي الجوهري، الوجه براءة المتهم، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1981، ص 233؛ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 422. الثاني للشرعية الجنائية، قرينة البراءة، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1990، ص 10؛ د. احمد ادريس احمد، افتراض براءة المتهم، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1981، ص 233؛ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 422.

(26) المصدر نفسه، ص422 وما بعدها.

(27) oxford university press without ، principles of criminal law، Andrew A shworth. p27، press year

(28) عبد الستار سالم الكبيسي، ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة اطروحة دكتوراه جامعة القاهرة 1981، ص 31.

(29) سردار علي عزيز ضمانات المحاكمة العادلة للمتهم، دار الكتب القانونية، مصر 2010، ص 197. وينظر للمزيد د. كمال عبد الواحد الجوهري، ضوابط حرية القاضي الجنائي في تكوين اقتناعه والمحاكمة الجنائية العادلة، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2015، ص298.

والخلاصة أن مبدأ افتراض البراءة في مفهومه البسيط يعني أن الاصل في الانسان هو البراءة، ومن ثم فالمتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة عادلة تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه. ويُستخلص من هذا التعريف مفاهيم ثلاث تعد بمثابة نتائج لتطبيقه :

أولها : ذلك المفهوم الموضوعي الذي بمقتضاه يلقي عبء الاثبات على عاتق سلطات الاتهام، ولا يكلف المتهم بإثبات براءته .

وثانيها: فهو ذلك المفهوم الشخصي، الذي يعني التزام كافة السلطات المعنية بأمر الدعوى الجزائية ضرورة اعتبار المتهم بريئاً ومعاملته دائماً على هذا الاساس.

وثالثها: فهو ذو طبيعة نفسية أي الحالة النفسية التي يجب ان يوضع فيها المتهم، فيشعر بكامل حقوقه وتماح حريته بوصفه بريئاً غير منقوص منها بسبب اتجاه الشكوك اليه، والتي يجب أن لا تقل بأي حال عن حالته قبل اتهامه. وإن كان ذلك لن يتحقق بالتأكيد إلا من الوجهة النظرية بسبب ما ينال المتهم في الحقيقة من اجراءات احتياطية تحد كثيراً من تلك الحرية (30).

2.1.1.1: معنى الافتراض قرينة قانونية بسيطة:

ان افتراض البراءة هي قرينة من القرائن البسيطة حيث ان القرينة تعرف هي: " استنتاج مجهول من معلوم والمعلوم هو أن الأصل في الأشياء الإباحة مالم يتقرر ذلك بحكم قضائي وبناء على نص قانوني يبين فيه وقوع الجريمة واستحقاق العقاب والمجهول المستنتج من هذا الأصل هو براءة الأنسان حتى تثبت أدانته بحكم قضائي " (31).

وان هذه القرينة بسيطة، لذلك هي تعني انها قابلة لإثبات العكس لكن بموجب حكم قضائي نهائي ويجب ان يكون قائم على أدلة قاطعة الدلالة والإثبات، وعندها فقط تقوم قرينة قاطعة قانونية معاكسة بالإدانة تظهر فيها حقيقة يصلح فيها إهدار حق المتهم في ان يتمسك بقرينة البراءة، حيث ان لا تصلح عند ذاك قرينة البراءة المفترضة لدحض حقيقة الأدانة المثبتة (32). لكن المحكمة الدستورية العليا في مصر تخالف هذا الاتجاه في قرار لها قالت فيه : " أن افتراض البراءة لا يتمخض عن قرينة قانونية، ولا هو من صورها، ذلك إن القرينة القانونية تقوم على تحويل الإثبات من محله الأصلي - ممثلاً في الواقعة مصدر

(30) د. احمد ضياء الدين محمد، المصدر السابق، ص 180؛ أ.د.مجيد خضر احمد السبعوي و أ.بشرى يحيى حسين الزبياري، الحماية الجنائية لقرينة البراءة بأبعاد دولية دستورية، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر، 2017، ص 22.

(31) د. احمد فتحي سرور الشرعية والإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية 1977، ص 124.

(32) د. احمد فتحي سرور الشرعية الدستورية وحقوق الانسان، دار النهضة العربية 1993 ص 178.

الحق المدعى به - الى واقعة أخرى قريبة منها متصلة بها. وهذه الواقعة البديلة هي التي يعتبر إثباتها إثباتاً للواقعة الأولى بحكم القانون. وليس الأمر كذلك بالنسبة لقريضة البراءة التي افترضها الدستور... وإنما يؤسس افتراض البراءة على الفطرة التي جبل الله الانسان عليها..." (33)

وجدير بالذكر إن هذه البراءة لا تدحض بتوافر أدله الإثبات التي تقدمها النيابة العامة ضد المتهم في القضية بل يظل هذا الأصل قائماً حتى صدور الحكم في الموضوع وعندئذ ان الحكم القضائي الذي يصدر يكون هو عنوان الحقيقة التي هي محل الاعتبار. وهذا لا يعني ان خطر أي إجراء قد يتم اتخاذه ضد المتهم، فان كل إجراء يسمح القانون به يستوجب أن يقيد هذه الضمانات، وإلا اعتبر هذا الأجراء اعتداء على الشرعية الدستورية والتفريد بالضمانات أي (ضمانات المتهم التي أقرته القوانين والديساتير) وألا اعتبر عمله مخلاً قد يفقده قيمته وعلى هذا فإنه يجب ان يفسر كل شك في دليل الإدانة لصالح المتهم لأن الأصل فيه هو البراءة(34).

لذلك ان البعض يرى في هذا الافتراض وجهاً آخر للشرعية الجنائية وأيضاً هناك من يراه ركناً من أركانها ونهجاً للأنظمة الديمقراطية المتقدمة وافتراضاً من مفترضات المحاكمة العادلة ، وان مجلس اللوردات البريطاني حقا يصفها بأنها (خيط ذهبي في نسيج ثوب القانون الجنائي) ، وهي في الختام من اهم الضمانات لحقوق الانسان وهي تعتبر درعاً فولاذياً يحمي حريات الأشخاص في جميع الأحيان (35).

3.1.1.1: معنى الافتراض كحق واجب الاحترام:

ان افتراض براءة المتهم حتى يتم اثبات إدانته يقيناً وبحكم قضائي بات ونهائي وهو أيضاً حق دستوري للمتهم وقانوني حيث يتم فرضه على كل السلطات التي تطبق القانون او تقوم بتنفيذه، وأيضاً يتم فرض على كل القنوات الإعلامية والصحفية احترام اصل البراءة في الانسان وافتراض البراءة في شخص المتهم لأنها تعتبر ضماناً شخصية ترافقه في كل الإجراءات التي يتخذها القاضي او المحكمة ضده في مرحلة التحقيق او مرحلة المحاكمة(36). من هنا يجب أن لا يوجه التحقيق ضده ابتداءً ويجب ان لا يعامل بإهانة أو ضغط ولا يجبر على الصمت أو الإجابة، ويجب اطلاق كل ضمانات الدفاع، ويجب ان لا تذاع أخبار تحقيقاته وأيضاً تفاصيل المحاكمة ولا تنشر قبل ان يصدر حكم بات بالإدانة، إذ من باب أولى أن تلتزم

(33) د. خالد رمضان عبد العال المسؤولية الجنائية في جرائم الصحافة رسالة دكتوراه كلية الحقوق ،جامعه الحلوان ،2002،ص533.

(34) . السيد محمد حسن شريف، النظرية العامة لأثبات الجنائي، دار النهضة العربية، 2002، ص 445 .

(35) د. احمد فتحي سرور القانون الجنائي الدستوري، ط2، دار الشروق القاهرة 2002، ص 271 وينظر:د. جلال، ثروت أصول المحاكمات الجزائية، القاعدة الإجرائية، الدار الجامعية 1991، ص 203

(36) د. أحمد إدريس احمد المصدر السابق، ص 62.

بهذا الأصل وسائل الإعلام وهي جهات غير قضائية لأن العمل بعكس ذلك يعتبر إدانة غير قانونية وأيضا إساءة شديدة ضد المشتبه به تستحق المسؤولية القانونية واحترام هذا الافتراض يعد من الحقوق الموضوعية للإنسان التي حرصت على إقرارها الإعلانات العالمية في الحقوق والحريات، وأيضا الدساتير والقوانين الداخلية، الأمر الذي يتوجب احترامها من قبل كافة السلطات العامة ومؤسسات الدولة وصحافيتها وجميع مواطنيها (37). ويرى بعض الفقهاء أن الحق في احترام افتراض البراءة هو مقارب من مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي يحدد حصرياً كل الجرائم والعقوبات في نصوص قانونية مكتوبة، على أساس أن الحق في افتراض البراءة هو الآخر يحمي الحقوق الشخصية في كل مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية حتى صدور حكم قضائي نهائي بات ضد المتهم وأن هذان المبدأين هما دعامة أساسية شرعية وقضائية، ودعامة أساسية قانونية دستورية للشرعية الإجرائية (38).

2.1.1: طبيعة البراءة ومبرراتها:

سوف نتناول في هذا المطلب ، فرعين ، نخصص الأول لطبيعة البراءة ، ام الثاني سوف يكون لاهم مبررات والانتقادات التي وجهت الى هذا المبدأ :

1.2.1.1: طبيعة البراءة:

في الكثير من الحالات يتخذ القاضي في التحقيق إجراءات تعتبر خطيرة جدا لأنها تمس كيان قرينة البراءة واتمامها وقد تلغي حق افتراضها واحترامها ، فان القاضي عندما يصدر امرا بالتكليف بالحضور او امرا بالتوقيف او القاء قبض او احضار ، خاصة اذا كانت هذه الإجراءات فاقدة لشرعيتها ، لان هذه الإجراءات تتعلق بالحرية الشخصية للمتهم وسمعته ولعل هذه الإساءة قد تكون بالغة اذا نشرت القضية او إجراءاتها او احكامها عن طريق وسائل الاعلام دون جواز قانوني او اذن قضائي.

ولهذا صار التوفيق بين مصلحتين امرا لازما ، أي بين مصلحة الفرد في عدم اتخاذ تلك الإجراءات ذات المساس بافتراض براءته ، وبين مصلحة المجتمع في اتخاذ تلك الإجراءات ضد المجرمين لتحول دون فرارهم او دون ادانة الفرد او براءته .وهنا ظهرت ثلاث نظريات بخصوص هذا السياق :-

(37) د. خالد رمضان عبد العال، المصدر السابق، ص 534.

(38) د. أحمد إدريس أحمد المصدر السابق، ص 193 وما بعدها؛ د. مجيد خضر أحمد السبعوي و أ. بشري يحيى حسين الزبياري ، الحماية الجنائية لقرينة البراءة بأبعاد دولية دستورية دراسة مقارنة، المصدر السابق، ص 27 وما بعدها..

الأولى : النظرية الفردية المتطرفة : وهذه النظرية تهتم بالفرد وبحريته الشخصية على حساب راحة الجماعة ، وعليه يمنع حبس الأبرياء ومس كرامتهم(39).

الثانية : النظرية الاجتماعية المتطرفة : ومفادها هو ان مصلحة المجتمع في ملاحقة المجرمين تغلب على مصلحة الفرد في افتراض براءته ، لذلك يمكن للدولة هنا اتخاذ إجراءات خطيرة تمس حرية الفرد في حالة الشك والاشتباه ، كما في مصر التي تجمع النيابة العامة فيهما بين سلطتي التحقيق والاتهام.

الثالثة : النظرية الموازنة بين الفرد والمجتمع: ومفاد هذه النظرية هو التوافق على اتخاذ إجراءات القبض والتوقيف ونحوها متى ما كانت هناك ضرورة قانونية وفي الأحوال والحدود التي يرسمها القانون ، وان يصدرها قضاة حياديون نزيهون(40).

وبهذا اثارت الطبيعة القانونية لقرينة البراءة جدلاً كبيراً بين فقهاء القانون وتعددت آرائهم واتجاهاتهم حول تحديد طبيعتها القانونية ، وانقسموا في ذلك إلى أربعة اتجاهات

الاتجاه الأول: ذهب أنصاره إلى اعتبار قرينة البراءة مجرد فن قانوني لجأ إليه المشرع من أجل تحقيق اعتبارات معينة بقصد الانحياز للمتهم، ولكن هذه الفكرة لا يمكن الأخذ بها لأن قرينة البراءة هي قرينة فعلية تستند إلى واقع حقيقي يتمثل في أن الجريمة أمراً شاذاً وغير مألوف في المجتمع.

الاتجاه الثاني: ويرى أنصاره أن قرينة البراءة ما هي إلا مجرد حيلة قانونية للإجراءات الجنائية، على اعتبار أن الحيلة هي احدى وسائل الصياغة القانونية التي تجعل الشئ غير الصحيح في صورة شيء صحيح من أجل ترتيب أثر قانوني معين لا يمكن ترتيبه بدونه، وتظهر بوضوح في حالة التلبس بالجريمة، حيث يبدو واضحاً من الناحية الواقعية أن القانون افترض البراءة في المتهم دون النظر إلى الوقائع والأدلة المنسوبة إليه ، وهذا بقصد ان يرتب آثار قانونية محددة، وان هذه الآثار تبدو في الحرية الشخصية، التي يتمتع بها كل شخص وان كان المتهم خلال المراحل التي تمر بها الخصومة الجنائية، والتي يترجمها القانون إلى ضمانات تمنح للمتهم من أجل توفير محاكمة قانونية عادلة ومنصفة(41).

(39)أ.د مجيد خضر احمد السبعوي و أ.بشرى يحيى حسين الزبياري ، المصدر السابق،ص52.

(40)د. رياض شمس ، حرية الرأي وجرائم الصحافة والنشر ، ج1 و2، مطبعة دار الكتب المصرية، 1974، ص21-24.

(41) . محمد زكي أبو عامر - الإثبات في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص ٥٠ وما بعدها .

وذلك مردود عليه من جانب بعض الفقهاء⁽⁴²⁾ بأن قرينة البراءة هي حق من الحقوق اللصيقة بالإنسان والتي تثبت له منذ ميلاده، وليست حيلة مصطنعة فالحيلة باعتبارها إحدى ذرائع الصياغة القانونية التي تنشئ من الشيء الغير صحيح شيئاً صحيحاً مرتباً أثراً قانونياً معيناً لا يمكن ترتيبه كما سبق بيانه، كما أن هذه الحيلة لا تجد لها أي تطبيق في مجال القانون الجنائي، كما أنها لا تلقي قبولا لدي فقه القانون الجنائي، حيث أن هدف قواعد القانون الجنائي الإجرائي هو إظهار الحقيقة الواقعية⁽⁴³⁾ وأساس افتراض البراءة في المتهم هو الفطرة التي خلق عليها الإنسان منذ ميلاده، فقد خلق الله الإنسان حراً مبرءاً من الخطيئة والمعصية مع افتراض بقاء تلك القرينة، واستمرارها مصاحبة للإنسان طيلة بقائه بإمتداد مراحل حياته العمريه، إلى أن تنقضي هذه القرينة بحكم بات⁽⁴⁴⁾.

الاتجاه الثالث: ذهب أنصاره وهم الغالبية من رجال فقه القانون الجنائي إلى اعتبار - ان قرينة البراءة - هي قرينة قانونية بسيطة وهي قابلة لإثبات عكسها، على سند من القول أن القرينة هي استنتاج مجهول من معلوم والمعلوم هنا هو الإباحة، ما لم يتقرر وقوع الجريمة واستحقاق العقاب بحكم قضائي، بات وبناء على نص قانوني، والمجهول المستنتج من هذا الأصل هو براءة الإنسان حتى يتم اثبات إدانته بحكم بات قضائي⁽⁴⁵⁾، وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه في العديد من أحكامها⁽⁴⁶⁾، ومصدر هذه القرينة هو القانون ذاته الذي قرر وأكد مبدأ الشرعية الإجرائية، فهذا الأصل ليس مجرد (قرينة قضائية من استنتاج القاضي نفسه أثناء نظر الدعوى)، بل هو قرينة تستمد وجودها من القانون نفسه الذي يلتزم به القاضي.

الاتجاه الرابع: إذ يرى أنصاره أن قرينة البراءة هي أصل في الإنسان وحق من الحقوق اللصيقة به، وليست قرينة قانونية بسيطة أو حتى مجرد صورة من صورها⁽⁴⁷⁾، وهو ما قرره المحكمة الدستورية

(42) . د. عطية علي عطية مهنا، الإثبات بالفرائن في المواد الجنائية رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٨م، ص ١٣٥ ؛ د/ محمد زكي أبو عامر ، الإثبات في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص ٤٢ وما بعدها؛ د/ أحمد فتحي سرور - القانون الجنائي الدستوري، المرجع السابق ص ٢٩٧ .؛ د.أحمد إدريس أحمد - افتراض براءة المتهم، مرجع سابق، ص ٦٠ .

(43) د.محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص ٤٣ .؛ د/ السيد محمد حسن شريف - النظرية العامة للإثبات الجنائي، المرجع السابق، ص ٤٥٨ وما بعدها.

(44) .د.أحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص ٥٩٩ وما بعدها.

(45) .د.أحمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص ١٨٦ .

(46) مجموعة أحكام محكمة النقض، نقض ٢١ أكتوبر ، السنة التاسعة، ق ٢٠٦، ص ٨٣٩ .

(47) د. محمود عبد العزيز خليفة، النظرية العامة للفرائن في الإثبات الجنائي في التشريع المصري والمقارن، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس، ١٩٨٧م، ص ٧٤٧ .؛ د.عبد المنعم سالم الشيباني ، الحماية الجنائية لحق المتهم في أصل البراءة، مرجع سابق، ص ٤٢ .

العليا في احكام عديدة (48). وهو ما نؤيده وندفق معه، ويستند أنصار هذا الرأي على أن الإنسان يولد بريئاً منذ نشأته حيث انه لا تزول عنه البراءة إلا بعد صدور حكم قطعي بات، ولا يمكننا القول بأن البراءة هي أمر مجهول استنبط من أمر معلوم على الرغم من أنها هي الأمر المعلوم أصلاً، وأن قرينة البراءة تعد مبدأ من المبادئ العامة للقانون الجنائي التي يفوق نطاقها نطاق القرينة البسيطة، وبشكل ضمانة جوهرية يتمتع بها الأفراد، كما أن افتراض البراءة هي قاعدة قانونية ملزمة للقاضي لا يمكنه الخروج عنها، ولا تنتفي إلا بحكم قضائي بات بالإدانة(49). إضافة إلى أن قاعدة الأصل في الإنسان البراءة، وقاعدة الأصل في الأشياء الإباحة هما قاعدتان متلازمتان تكمل كل منهما الأخرى، والحكم الذي يصدر بالبراءة لا ينشئ مركزاً اخر جديد يكون مجهولاً قبل الحكم ، بل العكس من ذلك فان الحكم بالإدانة هو الذي ينشئ مركزاً جديداً للمتهم، حيث ينقله من الإباحة إلى التجريم.

وفي هذا السياق اشارت المحكمة الدستورية العليا في مصر عن حق احترام قرينة البراءة المفترضة وعن رسم طبيعتها بقولها: "حيث ان اصل البراءة يمتد الى كل فرد سواء كان مشتبهاً به او متهماً ، وباعتباره قاعدة أساسية في النظام الاتهامي ،اقرتها الشرائع جميعاً لا تكفل بموجبها حماية المذنبين، وانما لتدراً بمقتضاها العقوبة عن الفرد اذا كانت التهمة الموجهة اليه قد احاطتها الشبهات بما يحول دون التيقن من مقارفة المتهم للواقعة محل الاتهام ،وذلك ان الاتهام الجنائي في ذاته لا يزحزح اصل البراءة الذي يلزم الفرد دوماً ، سواء في مرحلة التحقيق او المحاكمة او اثنائها وعلى امتداد حلقاتها ، أيا كان الزمن الذي تستغرقه إجراءاتها ، ولا سبيل لدحض أصل البراءة بغير الأدلة التي تبلغ قوتها الإقناعية مبلغ الجزم واليقين بما لا يدع مجالاً معقولاً لشبهة انتفاء التهمة ، وبشرط ان تكون دلالتها قد استقرت حقيقتها بحكم قضائي استنفذ طرق الطعن فيه وصار باتاً"(50).

(48) "..... فليس ثمة واقعة أطلها الدستور محل واقعة أخرى، وأقامها بديلاً عنها، وإنما يؤسس افتراض البراءة على الفطرة التي جبل الإنسان عليها، فقد ولد حراً مبرئاً من الخطيئة أو المعصية، ويفترض على إمتداد مراحل حياته أن أصل البراءة لازال كامناً فيه مصاحباً له فيما يأتيه من أفعال، إلى أن تنقض محكمة الموضوع هذا الإفتراض بقضاء جازم لا رجعة فيه، يصدر على ضوء الأدلة التي تقدمها النيابة العامة، مثبتة بها الجريمة التي نسبتها إليه، في كل ركن من أركانها، وبالنسبة إلى كل واقعة ضرورية لقيامها، بما في ذلك القصد الجنائي بنوعيه إذا كان متطلباً فيها، وبغير ذلك لا ينهدم أصل البراءة". حكم المحكمة الدستوريا العليا في الطعن رقم ١٣ لسنة ١٢ق.دستورية - جلسة ٢/٢/١٩٩٢م، الجزء الخامس، المجلد الأول، ص ١٨١. والطعن رقم ٢٥ لسنة ١٦ق.دستورية - جلسة ٣/٧/١٩٩٥، الجزء السابع، ص ٩٠. والطعن رقم ٢٨ لسنة ١٧ق.دستورية - جلسة ٢/١٢/١٩٩٥ ، الجزء السابع، ص ٢٨٧

(49) د. أحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة ٢٠٠، المصدر السابق، ص 599.

(50) مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا، ج7، القاهرة، 1995، ص87 :أ.د.مجدد خضر احمد السبعلاوي وأ. بشرى يحيى حسين الزبيباري، المصدر السابق، ص 53

ويكاد الفقه الجنائي ان يجمع على اعتبار مبدأ البراءة هو يعتبر قرينة قانونية بسيطة حيث تقبل اثبات العكس بكل طرق الاثبات المشروعة⁽⁵¹⁾، والقرينة هي استنتاج أمر مجهول من أمر معلوم⁽⁵²⁾، والقرينة بوجه عام ، كما يعرفها الفقه ، هي : "الصلة الضرورية التي ينشئها القانون بين وقائع معينة أو هي نتيجة يتحتم على القاضي أن يستنتجها من واقعة معينة" ، وان القرائن نوعين ، قرائن قانونية وقرائن قضائية⁽⁵³⁾.

وأن جوهر التفرقة بين القرائن القانونية والقضائية، هي أن القرائن القانونية ما يستخلصه المشرع من حالات يغلب وقوعها ، وينص عليها ، وهي أما ان تكون قرائن قاطعة ، لا تقبل أثبات العكس مثال ذلك افتراض علم الكافة بالقانون بمجرد نشره في الجريدة الرسمية ، ورتب القانون على هذه القرينة القاطعة عدم الاعتداد بالجهل بالقانون ، وأن المحكمة تكون ملزمة بأعمال حكم القرينة القانونية ، بمجرد اثبات الواقعة الأساسية⁽⁵⁴⁾ .

اما القرائن القانونية البسيطة : فهي تلك القرائن القانونية التي تقبل اثبات عكسها ، بكافة طرق الاثبات المشروعة ، مثال ذلك : مشاهدة الجاني حاملا أسلحة او أدوات ، تعتبر قرينة على أنه ساهم في ارتكاب الجريمة⁽⁵⁵⁾ .

اما القرائن القضائية : فهي تكون في عمل القاضي الذي يستنبطها من واقعة ثابتة في الدعوى المنظورة امامه ، وان القرائن القضائية لا تقع تحت حصر : لأنها تستخلص في كل مرة من ظروف الدعوى ، كما انها تعد ادلة الاثبات ، مثال ذلك ، وجود بقعة دموية من فصيلة دم القتيل على ملابس المتهم ، قرينة على ارتكاب الجريمة⁽⁵⁶⁾ .

وبناء على ذلك ، أن الأصل في المتهم البراءة ، أي هو قرينة قانونية بسيطة , قابلة لأثبات العكس , ومن المعلوم ان الاصل في الأفعال هو الاباحة ، ما لم تقرر بحكم قضائي ، والمجهول المستنتج من هذا الأصل ، هو براءة الانسان حتى تثبت أدانته بحكم قضائي بات⁽⁵⁷⁾ .

(51) راجع د. رؤوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري ، ط 3 ، 1979 ، ص 579.

(52) Reasnable Joubt and Permissive Infernces: the value of ، Charles R. nesson (52) p.1187.6،n،1979، v.92.april،complexity

(53) كريم خميس خصباك البديري ، الخبرة في الاثبات الجزائي ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، 1995م ، ص 38.

(54) د. أدریس احمد أدریس ، افتراض براءة المتهم ، دراسة مقارنة ، رسالة جامعة القاهرة ، 1984م ، ص 65.

(55) م (1/ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ رقم 23 لسنة 1971 المعدل.

(56) راجع (18-20) احكام محكمة النقض المصرية ، أشار اليها في رسالة الدكتور احمد سعيد صوان ، قرينة البراءة واهم نتائجها في المجال الجنائي ، 1980 ، ص 67 ، هامش (1) ، 2، (3)

(57) د. عبد الحكيم دنون يونس ، الحماية الجنائية للحريات الفردية ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، 2003 م ، ص 62..

2.2.1.1: المبررات والانتقادات الموجهة لقرينة البراءة:

لقد انقسمت الاتجاهات الفقهية في شأن قرينة البراءة الى اتجاهين، اتجاه مؤيد وله مبرراته التي استند عليها، واتجاه معارض وله أيضاً أسانيد المؤيدة له، بالإضافة لقيامه بتوجيه العديد من الانتقادات لقرينة البراءة:

أولاً: الرأي المؤيد لقرينة البراءة: اتجه الرأي الغالب من فقهاء القانون إلى تأييد فكرة قرينة البراءة، ومعاملة المتهم على أنه بريء ما لم تثبت إدانته بحكم قضائي بات، ولأنصار هذا الاتجاه مبرراتهم وأسانيدهم التي تؤيد وتدعم رأيهم وتظهر أهمية قرينة البراءة، وهي كما يلي:

1 - أن افتراض البراءة في حق المتهم هو من المسلمات التي لا تحتاج إلى النص عليها، حيث يصعب ويستحيل على المتهم أن يثبت عدم ارتكابه للفعل الإجرامي لعدم توافر الإمكانات التي تساعد في جمع الأدلة، وبالتالي تلتزم سلطة الاتهام بإثبات وقوع الجريمة من المتهم، وقيل في ذلك بأن قرينة البراءة في المتهم هي ما تنفق وطبائع الأمور، وتنفق أيضاً وكافة الشرائع السماوية.⁽⁵⁸⁾

2 - لما كان الإنسان هو أصل الحقوق والحريات التي ولدت معه منذ نشأته، حيث خلق الله الإنسان وكرمه دون تمييز، فكان من الضروري أن تحفظ له كرامته، وأن تصان حقوقه مع فرض العقوبات على كل معندي عليها، ولكن في حدود الشرعية الجنائية التي تتمثل في شرعية التجريم والعقاب أو التي تركز على اعتبار أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته.⁽⁵⁹⁾

3 - أن ضعف موقف المتهم في مواجهة سلطة الإتهام، التي تمتلك من السلطات والإمكانات 3 المادية والفنية ما يمكنها من جمع الأدلة وتقديمها، يعد من أهم المبررات التي دعت إلى الأخذ بقرينة البراءة حفاظاً على التوازن بين طرفي الرابطة الإجرائية، ومنح المتهم كافة حقوقه التي رسمها القانون، مما يمكنه من الوقوف في مواجهة الطرف القوي وهو سلطة الإتهام.⁽⁶⁰⁾

(58) د. محمود محمود مصطفى ، الاثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن ، الطبعة الأولى ، مطبعة جامعة القاهرة

والكتاب الجامعي ، 1977م، ص55

(59) / د. أحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الرابعة ٢٠٠٦، ص ٢٨٤ ؛ د. محمد الدين عوض - حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، طبعة ، ١٩٨٩، ص ٥٩. د. أحمد إدريس أحمد - افتراض براءة المتهم، مرجع سابق، ص ٢٠٩. د. ممدوح إبراهيم السبكي- حدود سلطات مأموري الضبط القضائي في التحقيق، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص ٤٤٦

(60) د. حسن محمد ربيع ، حماية حقوق الإنسان والوسائل المستحدثة للتحقيق الجنائي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، ١٩٨٥ ، ص ٤٩٧. د. علاء محمد الصاوي سلام - حق المتهم في محاكمة عادلة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٤٩٨

4- أنه من المؤكد أن الجريمة في أي مجتمع هي حدث عارض وشاذ، والأصل في الأشياء هو 4- الإباحة، وكل إنسان يتصرف وفقاً لما تقتضيه طبيعة الأمور المتاحة أمامه، والتي خلقه الله عليها، فالأصل أن صفات الخير هي الوضع الغالب والأكثر تأصلاً وعمقاً في الكيان الإنساني، إلا أننا لا نستطيع أن ننكر أن النفس البشرية قابلة بطبيعتها للفساد والميل للبغي والطغيان⁽⁶¹⁾، ولكن ذلك هو أمر شاذ لا يمثل الأصل العام، فهو حالة خارجة غير مألوفة، وحدث عارض في حياة أي فرد، فكان من الطبيعي والمنطقي افتراض البراءة في حق كل إنسان الى ان تثبت ادانته يقينياً بحكم بات .

5- أن قرينة البراءة تعد هي المصدر الأساسي لكافة الحقوق التي تنشأ للمتهم أثناء نظر الدعوى، والتي منها حق المتهم في الدفاع عن نفسه، وحرية في اختيار من يتولى مهمة الدفاع عنه، واختيار وسائل دفاعه،.. الخ⁽⁶²⁾.

6- أنه يمكن من خلال قرينة البراءة تفادي العديد من الأضرار التي قد تصيب المتهم حال 6 افتراض الجرم في حقه، والتي لا يمكن تعويضها إذا ما ثبت براءته، فمما لا شك فيه أن مجرد توجيه اتهام لشخص ما بارتكاب جريمة ما يؤثر سلباً على حالته النفسية، خصوصاً في حال عدم ارتكابه للفعل المنسوب إليه، واقترب ذلك بحبسه، إضافة الى الآثار الاجتماعية الوخيمة التي تتمثل في الريبة والاستهجان التي تجعل من المتهم مجرمًا حقيقياً في نظر المجتمع المحيط به، ويستقر في أذهانهم سوء سلوكه وإجرامه مما يؤدي إلى فتور العلاقات الاجتماعية بينه وبين الآخرين⁽⁶³⁾.

(61) د. عبد الرؤوف ، مهدي ، حدود حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، مؤسسة العين للطباعة، ١٩٨٣، ص ٢٢ وما بعدها ؛د. أحمد الريسوني ، إنسانية الإنسان قبل حقوق الإنسان، بحث منشور في كتاب الأمة الصادر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر تحت عنوان " حقوق الإنسان محور مقاصد الشريعة "، العدد ٨٧ شهر محرم ١٤٢٣ ، السنة الثانية والعشرون. د/السيد محمد حسن شريف - النظرية العامة للإثبات الجنائي، مرجع سابق، ص ٤٧٤ .

(62) د. أحمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق المرجع السابق، ص ٥٩٦ وما بعدها.

(63) وللتدليل على ذلك فقد أجرت لجنة التنقيب التابعة لإدارة العدالة في المواد الجنائية والعقابية في مقاطعة كيبك (Québec) بكندا دراسة إحصائية لتبين موقف المجتمع من الأشخاص الذين سبق حبسهم أو إدانتهم، حيث أكدت الإحصائيات أن 57% من الأمريكيين، 69% من الكنديين الناطقين باللغة الفرنسية، و 60% من الكنديين الناطقين بالإنجليزية يشعرون بالضيق لوجود علاقات مع صديق حميم سبق حبسه، وازدادت هذه النسبة عندما سئلوا عما إذا كانوا يشعرون بالضيق لوجود أبنائهم وصديق مفضل سبق حبسه مما يؤدي بالشخص إلى سلوك الطريق الإجرامي لمواكبة الوضع الذي يراه فيه المجتمع ويعامله على أساسه.

راجع في ذلك: علاقات مع Commission d'enquête sur L' administration de La justice en la justice ، annexes 6، matière Criminelle et pénal au Québec. La société face au crime ،criminelle. Les Québécois S'interroger Criminalité et les mesures correctionnelles p.47، No.25، Question 25، مشار إليه عند مؤلف؛د. هلال عبد اللاه -أحمد الاتهام المتسرع في مرحلة التحقيق الابتدائي و عدالة أوفي لمن وضع موضع الاتهام، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٢، صه وما بعدها

7- أن قرينة البراءة تتفق مع كافة الاعتبارات الدينية والأخلاقية التي تهتم بحماية الأفراد وحررياتهم كما أنها مستمدة من الأديان السماوية.

8- تعمل قرينة البراءة على الوقاية من احتمالية الوقوع في الأخطاء القضائية حال افتراض الجرم في حق متهم برئ ثبتت براءته، فتبرئة مذنبين عديدين لقيام الشك في ثبوت التهمة عليهم حتى وإن كانوا سيفلتون من العقاب أفضل من إدانة برئ واحد ظلماً، لذا فقد أجاز القانون الطعن في الأحكام الصادرة بالإدانة ولم يجرز الطعن في الحكم البات بالبراءة (64).

إذ أن إدانة برئ بحكم خاطئ يؤدي إلى العديد من الأضرار المادية والمعنوية التي تصيب الإنسان في حريته الشخصية، وكرامته الإنسانية، وسمعته الأدبية، جراء الاتهام والإدانة الخاطئة التي لا يمكن جبر وتلافيها حتى ولو عوض ذلك الشخص عما أصابه من أضرار ، مما يفرض على قاضي الموضوع أن يكون حكمه بالإدانة مبنياً على الجزم واليقين لا على الظن والتخمين، وذلك تطبيقاً لقاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم حتى لا نصطدم بأحكام تكون من شأنها إدانة الأبرياء عن جرائم لم يقوموا بارتكابها ، وبالتالي إفلات المجرمين الحقيقيين من قبضة القضاء وتوقيع العقاب عليهم، الأمر الذي يؤدي إلى فقدان المجتمع الثقة في النظام ها القضائي القائم (65).

ثانياً: الرأي المعارض لقرينة البراءة : انتقد البعض هذا المبدأ بسبب ان التطبيق المطلق له يؤدي الى نتائج لا يمكن قبولها , لانها تتعارض مع منفعة المجتمع في ان يدافع عن نفسه من خطر الاجرام , وتتمثل اهم هذه الانتقادات فيما يلي :

1- انه يتعارض مع الاجراءات الماسة بالحرية الشخصية , التي تتخذ في مواجهة المتهم خلال مرحلة التحقيق والمحاكمة , ويرد على هذا الاعتراض ان هذه الإجراءات لا تتخذ بشكل تحكيمي، وانما يكون القانون مصدرها الوحيد ويكون استعمالها في مواجهة المتهم قائماً على المشروعية (66) .

2. ان الواقع العملي أثبت أن غالبية المتهمين تثبت إدانتهم، وبالتالي لا فائدة من إقرار المبدأ، فقد أثبتت الدراسات العملية أنه من بين كل عشرين أو خمسة وعشرين حكم بالإدانة ، يقابلهم حكم واحد فقط

(64) د. عمر الفاروق الحسيني ،مدي تعبير الحكم بالإدانة المرجع السابق، ص ٥٠ وما بعدها.

(65) د.رءوف صادق عبيد ، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، دار الفكر العربي، ١٩٦٣م. ؛ د/ محمود محمود مصطفى - الإثبات في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص ٥٦ وما بعدها. ؛ د/ حسن محمد ربيع - حماية حقوق الإنسان المرجع السابق، ص ٤٩٧

(66) ينظر: حسن بشيت خوين المصدر السابق، ص ٣٧.

بالبراءة، ويرد على هذا القول بأن الأحكام الصادرة ببراءة بعض المتهمين تؤيد صحة هذا المبدأ وتؤكد (67).

3 . إن هذا المبدأ يعط المجرمين نوعاً من الحصانة التي تكون غير مرغوب فيها الامر الذي يلحق المجتمع العديد من الاضرار ، والرد على هذا القول بأن هذه الحصانة ليست مقررة للمجرمين، وإنما للناس كافة، لكل من يوجه إليه اتهام ضد أي تعسف يمكن أن يعصف بحقوقه وحياته الأساسية .

ونحن من جانبنا نتفق مع أصحاب الرأي الأول وهو الإقرار بمبدأ البراءة وان يعامل المتهم على انه بريء الى ان تثبت ادانته بحكم بات ، وهو ما اخذت به معظم الدساتير والتشريعات العالمية والمحلية وأن هذه الانتقادات التي وجهت من أصحاب الرأي الثاني لا تقوم على أسس منطقية ، فهي تستقيم على أساس افتراض الإدانة في المشتبه به حتى تثبت براءته، كما أن وظيفة القضاء في الدعوى الجزائية ليست مكافحة الجريمة فحسب، بل حماية الاشخاص الذين يتعرضون لشبهات الاتهام ، من ذلك حملات الاعتقال الجماعي التي تنفذ بعد حصول التفجيرات أو الخروقات الأمنية أو بناءً على ما جاء بأقوال المخبر السري، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في العراق بالقول : "اذا كانت اقوال المخبرين السريين هي الدليل الوحيد في الدعوى ، ولم تعزز بدليل معتبر او قرينة ، فان ذلك يستدعي الغاء التهمة الموجهة للمتهم والافراج عنه لعدم كفاية الأدلة ضده" (68) .

(67) د. أحمد إدريس احمد ، افتراض براءة المتهم، مصدر سابق، ص ٢٥١.

(68) ينظر : القرار 154/هيئة عامة /2008 في 2009/1/28 ، منشور في مجلة التشريع القضائي ، العدد الرابع (تشرين الأول-تشرين الثاني-كانون الأول) ، 2009م، ص53: القاضي جمعة فرج خلف ، ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق، دراسة مقارنة ، مصدر سابق ، ص24.

2.1: اساس ومضمون البراءة:

ان مبدأ افتراض البراءة باعتباره اصل للإنسان وحق للمتهم وافتراض للقاضي ليس اكثر من فكرة قانونية نظرية تطبيقية , لها مضمونها وطبيعتها التوفيقية بما لا ينال من مصلحة الفرد الأبدية ومصلحة المجتمع الازلية , ولها قبل ذلك أساس طاعن في الازل وخصائص ونتائج لا تنزل (69) .

فيحسن بنا ان نتناول في هذا المبحث :

المطلب الأول : أساس افتراض البراءة .

المطلب الثاني : مضمون ونطاق البراءة .

1.2.1: اساس البراءة:

كان للشريعة الإسلامية دورا هاما وسابقا في ادراج هذا المبدأ بين ثناياها في العديد من المجالات المدنية والجزائية وبعد مدة من الزمن وجد هذا المبدأ في إعلانات حقوق الانسان والقوانين والدساتير التي اقتدت وتأثرت بها , الامر الذي يجعلنا ان نبحت عن افتراض البراءة في الشريعة الإسلامية وفي الإعلانات حقوق الانسان والدساتير والقوانين المقارنة في فرعين كما يلي :

1.1.2.1: افتراض البراءة في الشريعة الإسلامية:

لقد عرفت الشريعة الإسلامية قرينة البراءة قبل ان يعرفها القانون الوضعي الذي لم يقرها إلا في العصر الحديث ، فقد اقرت الشريعة مختلف النتائج التي تترتب على هذه القرينة سواء اكان ذلك فيما يتعلق بمعاملة المتهم ، حيث صانت كرامته وجعلت له ولمسكنه حرمة وحرمت تعذيبه ، ام فيما يخص قواعد الاثبات ، فجعلت البيئة على المدعي وتطلبت اليقين أساساً للحكم بالإدانة ، وقررت قاعدة درء الحدود بالشبهات ففسرت الشك في مصلحة المتهم (70) ، ان قرينة البراءة في الشريعة الإسلامية تجد سندها في عدد من القواعد التي تتمثل في : الاباحة الاصلية ، والاصل براءة الذمة ، واستصحاب الحال ، وقد استنبط الفقهاء هذه القواعد من القرآن الكريم والاحاديث النبوية ، اما قاعدة الاباحة الاصلية فيقصد بها ان الاصل في الاشياء الاباحة فكل فعل او ترك مباح اصلا ما لم يرد بتحريمه نص صريح لذا لا مسؤولية على فاعله او تاركه (71) ، وقد استدل الفقهاء على هذه القاعدة ببعض آيات القرآن الكريم ، منها قوله تعالى: " رُسُلًا

(69) د. مجيد خضر احمد السبعوي و أبشرى يحيى حسين الزبياري ، الحماية الجنائية لقرينة البراءة بأبعاد دولية دستورية دراسة مقارنة، المصدر السابق ، ص37.

(70) د. السيد محمد حسن شريف ، المصدر السابق، ص 413.

(71) المصدر نفسه ، ص383.

مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِنَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةً بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا " (72)، وقوله تعالى : "وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمَمٍ رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَى إِلَّا وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ" (73) ، ومن بعض الاحاديث النبوية ومنها قوله (ﷺ) : "ان الله عز وجل فرض فرائض فلا تضيعوها ، وحد حدودا فلا تعتدوها ، وحرم أشياء فلا تنتهكوها ، وسكت عن أشياء رحمة لكم غير نسيان فلا تبحثوا عنها" (74). ومن الاصول المقررة في الشريعة ان الاصل في الانسان براءة الذمة ، فالمرء يولد خاليا من كل خطيئة ، وقد نتج عن هذا الأصل قاعدة فقهية جنائية مفادها ان (الاصل في الانسان براءة جسده من الحدود والقصاص ، ومن الأقوال كلها ، ومن الافعال باسرها) (75) وفي هذا يقول النبي (ﷺ) : "كل مولود يولد على الفطرة حتى يعرب عنه بلسانه" (76) ، ويعني ذلك اعفاء المتهم من اثبات براءته ، والقاء عبء الاثبات على عاتق المدعي ، اذ الاصل براءة الذمة مدنياً وطهارة اليد واللسان جنائياً ، ومن يدعي خلاف ذلك يقع عليه عبء الاثبات ، فقواعد الاثبات في الشرع لا ترمي الى اثبات ادانة المتهم بقدر ما ترمي الى اثبات براءته ، فصحة الاثبات في صورها المختلفة جنائية ام مدنية لا تثبت مع الشك (77)، لقوله تعالى: "إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا" (78) ، وقول الرسول (ﷺ) : "البينة على من ادعى واليمين على من انكر" (79) . اما الاستصحاب فهو احد الادلة التي يلجأ اليها المجتهد لبيان حكم الشرع في مسألة لم يرد في شأنها نص يدل على الاباحة والتحريم (80)، وعنه يقول الامام ابن القيم الاستصحاب : استفعال من الصحبة ، وهي استدامة اثبات ما كان ثابتاً او نفي ما كان ، وهو ثلاث اقسام : (استصحاب البراءة الاصلية ، واستصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي حتى يثبت خلافه ،

(72)سورة النساء ، الآية (165).

(73)سورة القصص ، الآية (59).

(74) الامام علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني ، سنن الدارقطني ، ج4، دار المعرفة ، بيروت، 1966، ص184 ؛ د. نوفل علي عبد الله الصفو ، قرينة البراءة في القانون الجنائي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية القانون ، مجلد 8، عدد 30، سنة (11) 2006، ص161.

(75) عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام السلمي ، قواعد الاحكام في مصالح الانام ، ج1، مكتبة الكليات الازهرية ، 1388 هـ ، ص32: أشار اليه : المصدر نفسه ، ص161.

(76)جلال الدين السيوطي ، الجامع الصغير في احاديث البشير النذير ، المطبعة الخيرية ، مصر ، ج1 ، 1375 هـ ، رقم 3225 : المصدر نفسه ، ص162.

(77)د. اشرف رمضان عبد الحميد ، حياذ القضاء الجنائي ، ط 1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ١٦٨ ؛ د. عصام عفيفي عبد البصير ، ازمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها ، ط1 ، دار أبو المجد للطباعة ، القاهرة ، 2004، ص 169: المصدر السابق ، ص 162.

(78) سورة يونس ، الآية (36) .

(79) محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الاوطار ، شرح منتقا الاخبار من احاديث سيد الاخيار ، ج8، مطبعة الحلبي ، مصر ، 1953، ص288: المصدر السابق ، ص 162.

(80) أ.د. السيد محمد حسن شريف ، مصدر السابق ، ص390.

واستصحاب حكم الاجماع في محل النزاع) (81)، والذي يخصنا في هذا الموضوع هو القسم الأول منها، فتطبيقه في مجال الاجراءات الجنائية يؤدي الى القول انه ما دامت البراءة ثابتة فأنها تظل كذلك الى ان يثبت ما ينفىها ، وهي لا تنتفي الا بحكم بات ، فهو اصل مستصحب ومستمر ، فاذا اتهم شخص بجريمة فانه يعد بريئاً حتى تنتفي هذه القرينة بالحكم البات بإدانته (82).

2.1.2.1: افتراض البراءة في إعلانات حقوق الانسان والدساتير المقارنة:

سوف نتناول دراسة أساس افتراض مبدا البراءة في الإعلانات العالمية لحقوق الانسان , وكذلك في بعض الدساتير الأجنبية والعربية المقارنة . وكما يلي :

أولاً : أساس افتراض البراءة في إعلانات حقوق الانسان والاتفاقيات الدولية :

يعتبر هذا المبدأ من اهم المبادئ الخاصة بحماية حقوق الانسان ، لذلك فقد نص أول اعلان لحقوق الانسان الصادر عام 1789 في المادة التاسعة منه على ان (كل انسان يفترض انه برئ حتى تثبت ادانته) . (83) كما أسيغ الإعلان العالمي لحقوق الانسان الذي صدر في سنة 1948 الطابع الدولي على هذا المبدأ ، حيث نص عليه في المادة (11) في الفقرة الأولى ، والتي جرى نصها على النحو التالي "ان كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً الى ان تثبت أدانته قانونياً بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع" (84) .

وايضا المادة (6ف2) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان سنة 1950 نصت على هذا المبدأ "كل متهم بجريمة مفترض أنه برئ الى ان تثبت أدانته" وتتميز هذه الاتفاقية بأنها تفرض على الدول الأعضاء التزاماً قانونياً باحترام هذا المبدأ. وأيضا الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية اكدت المبدأ ووافقت عليها أيضا الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1966 ، في نص المادة (14) وأيضا نصت عليه الاتفاقية الأوروبية لسنة 1950 لحماية حقوق وحريات الانسان الأساسية في المادة (6) ، وقواعد الأمم المتحدة بشأن

(81)الإمام شمس الدين محمد بن ابي بكر بن قيم الجوزية ، اعلام الموقعين عن رب العالمين ، تحقيق وتعليق عصام الدين الصبابطي ، ج1 ، ط1، دار الحديث ، القاهرة ، 1993، ص : 290. ؛دينوفل علي عبد الله الصفو ، المصدر السابق ، ص 163.

(82)د. السيد محمد حسن شريف ، مصدر السابق ، ص392.

(83) Jean larguier et anne – marie larguire. "La protection des droits de l homme dans le proces penal. dans le sens de la protection des droits. des personnes suspectes ou poursuivies depuis ienquête jusqu la fin du process "rev. int. pen. 1966. P.95.

(84)وافقت الجمعية العامة للأمم المتحدة على اعلان حقوق الانسان في 10 ديسمبر سنة 1948 ، وعلى الرغم من أهمية هذه الوثيقة ، وماتتبع به من طابع دولي ، الا أنها ليست بهل قوة الزامية قانونية على الدول ، وانما تفرض عليهم مجرد الالتزام الادبي.

حماية الاحداث المجردين من حريتهم اذ نصت المادة (17) على انه : " يفترض ان الاحداث المقبوض عليهم او الذين ينتظرون المحاكمة الذين لم يحاكموا بعد أبرياء ويحاكمون على هذا الأساس " (85) وأيضا المادة (7) من الميثاق العربي لحقوق الانسان (86) كما كان من ضمن القضايا التي بحث فيها المؤتمر الدولي (12) للجمعية الدولية لقانون العقوبات الذي عقد في هامبورج في المانيا في المدة من (16-22) أيلول سنة 1979 البحث في قرينة البراءة ومضمونها ونتائجها ، حيث قرر " ان قرينة البراءة مبدأ أساسي للعدالة الجنائية ، فلا يجوز ادانة أي فرد دون محاكمة قانونية وبمقتضى إجراءات قضائية سليمة ، ولا يمكن توقيع عقوبة جنائية على أي شخص الا بما يتناسب مع الجرم الذي يكون قد تم اثباته قبله ووفقا للشكل المنصوص عليه في القانون ، ولا يجوز ان يطلب من الشخص اثبات براءته ، وان الشك يجب ان يفسر دائما لمصلحة المتهم " .

ثانيا : أساس افتراض البراءة في الدساتير والقوانين الأجنبية و العربية :

وعلى الصعيد الوطني ، كان هذا المبدأ موضع اهتمام غالبية الدول ، فحرصت معظم الدول على النص في دساتيرها على مبدأ براءة المتهم ، مما أضفي عليه قوة إلزامية وقانونية ، ومن الدساتير التي نصت على "افتراض براءة المتهم حتى تثبت أدانته " الدستور الفرنسي لسنة 1958 ، لقد نص في مقدمة الدستور على انه "الشعب الفرنسي بصفة رسمية يعلن تمسكه بحقوق الانسان بالصورة التي حددت بها اعلان 1789" (87) . وأيضا نص في دستور الإيطالي الذي صدر في سنة 1947 في المادة (27) على هذا المبدأ بانه "لا يعد المتهم مذنباً قبل الحكم النهائي". اما الولايات المتحدة الامريكية فان الدستور الفيدرالي لم يتضمن النص على قرينة البراءة صراحة ، بيد ان اهم نتائجه تسود جميع الأنظمة القانونية للولايات المتحدة الواحد والخمسون الموجودون داخل هذا الاتحاد اذ ان المتهم في هذه الأنظمة لا يمكن ان يرغم على ان يشهد ضد نفسه أي ان يسمع كشاهد في دعواه الجنائية بعد ان يقوم بحلف اليمين ، ونص على هذه القاعدة في الدستور الاتحادي بموجب التعديل الخامس له والمتضمن انه في جميع الدعاوى الجنائية لا يمكن ان يكره او يجبر المتهم على ان يسمع كشاهد في دعواه (88).

(85) اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها المرقم (113/45) في 14 ديسمبر 1990.

(86) اعتمده مجلس جامعة الدول العربية بقراره المرقم (5427) في 15 سبتمبر 1997 .

(87) الموسوعة العربية للدساتير العالمية – أصدار مجلس الامة . الجمهورية العربية المتحدة ، عام 1966 ، ص 69.

(88) د.مصطفى فهمي الجوهري: "الوجه الثاني للشرعية الجنائية-قرينة البراءة" ، دار الثقافة الجامعية ، ط1، 1995، ص87.

اما الدساتير العربية التي نصت على هذا المبدأ منها الدستور المصري الصادر 2014 في المادة (96) نص على هذا المبدأ "المتهم بريء حتى تثبت ادانته في محاكمة قانونية عادلة ، تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه" (89) .

وأيضاً الدستور الكويتي الصادر سنة 1962 والذي نص في المادة (34) في الفقرة (أ) على ان "المتهم برئ حتى تثبت أدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع ، ويحظر ايداء المتهم جسمانيا او معنوياً". ونص الدستور التونسي في الفصل الثاني على أن " كل متهم بجريمة يعتبر بريئاً الى ان تثبت ادانته في محاكمة علنية تكفل له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه" (90) . كما ان الدستور السوداني الصادر سنة 1973 ، نص على هذا المبدأ في المادة 69 منه ، الدستور السوري 1973 نص على المبدأ في المادة (28/أ) والدستور الاماراتي لسنة 1971 في المادة (28) ، والدستور التونسي لسنة 1959 في المادة الفصل (12) ، والدستور الليبي في المادة (155) .

اما الدستور العراقي لسنة 2005 النافذ فقد نص في المادة (19) في (ف5) على انه "المتهم برئ حتى تثبت أدانته في محاكمة قانونية عادلة" ، ان المشرع الدستوري لقد اثبت اساس دستوري لهذا المبدأ الذي يرتبط بحرية الناس وكرامتهم ، وبعد ان ثبت المشرع هذا المبدأ قام بذكر الاستثناء عليه وذلك تعزيزاً وضماناً لهذا المبدأ أي (استمرارية البراءة) لحين اثبات عكسها أي الإدانة ، على ان يكون ذلك بموجب محاكمة عادلة وان هذا مسلك محمود من جانب المشرع الدستوري العراقي(91) .

اما موقف التشريعات الأجنبية والعربية المقارنة من هذا المبدأ فالمشرع الفرنسي (92) في المادة (353) من قانون الإجراءات الجنائية الحالي الصادر في(93) 1958 على انه "لا يتطلب القانون من القضاء مساماً بالأدلة التي اقتنعوا بها ولا يفرض قاعدة تتعلق بتمام وكفاية دليل ما وانما يفرض عليهم أن يتساءلون في صمت وتدبر وان يبحثون في صدق ضمانات اي تأثير قد أحدثته الأدلة الراجعة ضد المتهم ووسائل دفاعه وان القانون لا يوجه لهم سوى هذا السؤال الذي يتضمن كل حدود واجباتهم هل لديكم اقتناع داخلي؟" كما

(89) تجدر الإشارة الى ان جميع الدساتير المصرية السابقة عدا دستور 1971 لم تنص على هذا المبدأ.

(90) الموسوعة العربية للدساتير العالمية ، مصدر سابق ، ص 690.

(91) ماجد نجم عبيدات الجبوري، (الشرعية الدستورية للقانون الجنائي دراسة مقارنة في الدستور العراقي والباقياري)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة كركوك ، العراق، 2015، ص 255. (92) محمد حسن شريف/ النظرية العامة للأدلة الجنائية - دراسة مقارنة دراسة لنيل درجة الدكتوراه كلية الحقوق - جامعة المنوفية، سنة 2002 ص 14-15.

(93) STEFANI (Gaston) in، Dalloz Repertoire de darit penal et de procedure tome، v، : p5، 1969

عماد خليل إسماعيل، قرينة البراءة المفترضة في الاثبات الجنائي، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه في فلسفة في القانون الجنائي ، جامعة سانت كلمنتس العالمية ، فرع بغداد، 2013، ص 70.

ان المادة (304) من القانون المذكور نصت على انه: "يحلف المحلفون يمينا بان يحكموا تبعاً لأدله الاتهام ووسائل الدفاع وبناء على ضمائرهم واقتناعهم الداخلي مع الحياد او النزاهة والحزم الذي يتضمن به إنسان حر ومستقيم"، ونصت أيضا المادة (427/1) من القانون ذاته على انه "يجوز أثبات الجرائم بكل طرق الأثبات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، يحكم القاضي وفقا لإقناعه الشخصي"، كذلك المادة (428) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسية الحالي نصت على انه "يخضع للاعتراف ككل عناصر الإثبات يترك لمطلق تقدير القضاء" (94). وان الاعتراف يعتبر شأنه شأن أي دليل حيث يترك تقديره للقاضي. وايضا المشرع الفرنسي ذهب بهذا الصدد بالحكم بالبراءة بشأن ما يتعلق ببيان الأدلة التي يؤسس عليها حكم البراءة أن يكتفي على الشك في هذه الأدلة، وهذا ما جاء في نص المادة (43) من قانون أسس الإجراءات الجنائية السوفيتي الاتي "... لا يجوز أن يكون حكم الإدانة مبنياً على افتراضات ولا يصدر الا بشرط ان تثبت خلال المحاكمة ادانة المتهم في ارتكاب الجريمة" (95).

وتعددت أحكام محكمة النقض (96) الفرنسية على اعتبار أن (قرينة البراءة يظل المتهم ولا تنفك عنه حمايتها ألا بإعلان الإدانة من محكمة مختصة عن حكم مستنفذ بها غير قابل للطعن) (97). يصدر حكم محكمة النقض الفرنسية والذي ورد فيه أنه في شأن جريمة خيانة الأمانة (98) (يخضع أثبات طبيعة العقد لقواعد القانون المدني، بينما يخضع أثبات الاستيلاء على المال لحرية القاضي في الاقتناع القضائي)، اما المشرع السويسري لقد نص في المادة (249) من قانون الإجراءات الجنائية الاتحادي الصادر عام 1934 على ان "تقدر السلطة المنوط بها (القضاء) الأدلة بحرية، ولا تتقيد بالقواعد المتعلقة بنظام الأدلة القانونية" (99)، وتطبق القاعدة هذه على القضاء المحلي أي (قضاء المقاطعات) وهي أيضا تطابق ما تقضي به نص المادة (3/169) من قانون الإجراءات الجنائية الاتحادية بما يتعلق بالقضايا التي تكون من اختصاص المحكمة الجنائية الاتحادية حيث تقول "يقدر القضاء بحرية مدى صدق الشهود والقوة الإقناعية

est Laisse a La Libre appreciation des 'aveu comme tout element de preve.L (94)

juges

: المصدر السابق، ص 70.

(95) د. نبيل حميد البياتي / تسبيب الأحكام الجزائية في القانون العراقي - دراسة مقارنة/ رسالة مقدمة الى كلية القانون السياسية بجامعة بغداد لنيل درجة الماجستير في القانون/ بغداد، آذار 1983م، ص288-290؛ المصدر السابق، ص 71.

(96) Cass. Crim 22 Oct. 1998-Bull. Crim No 369

: عماد خليل إسماعيل، قرينة البراءة المقترضة في الأثبات الجنائي، ص73.

(97) د. سري محمود صيام التفسير القضائي وحماية حقوق المتهم الإجرائية- دراسة مقارنة/ دار النهضة العربية / 22

شارع عبد الخالق ثروت، سنة 2008، ص62-70: المصدر السابق، ص73.

(98) محمد حسن شريف / النظرية العامة للإثبات الجنائي - دراسة مقارنة/ مصدر سابق ص 14 وما بعدها؛ المصدر

السابق، ص73.

VERNIORY (Jean-Marc): "Libre appreciation de La prévue penale et ses (99)

، Vol 118، n04، 2000، p381، المصدر السابق، ص75.

للأدلة المقدمة" (100) اما المشرع الألماني حيث نص في المادة (261) من قانون الإجراءات الجنائية الاتحادي على "تفصل المحكمة فيما يتعلق بالأدلة المقدمة وفقا لأقناعها الحر وتبعاً للمناقشات في مجموعها" (101)، اما بالنسبة للتشريعات العربية ، لقد نص المشرع الأردني في المادة (147) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الصادر بالقانون رقم 9 لسنة 1961 على انه:-

"1-المتهم بريء حتى تثبت ادانته .

2-تقام البيئة في الجنايات والجنح والمخالفات بجميع طرق الإثبات ويحكم القاضي حسب قناعته الشخصية...الخ"

ولا يختلف الأمر بالنسبة لكل من القانون الجزائري والتونسي حيث تضمنت بعض النصوص التي تتشابه في الفاظها المتفقة في احكامها ولذلك نكتفي بأن نذكر واحد منها على سبيل المثال ان قانون المرافعات الجنائية التونسي الصادر بالقانون رقم 23 لسنة 1968 نص في الفصل (150) منه على أنه "يمكن اثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ويقضي الحاكم (القاضي) حسب وجدانه الخالص واذا لم تقم لديه الحجة، فانه يحكم بترك سبيل المتهم" . كما نص في الفصل(151) على انه "لا يمكن للحاكم ان يبني حكمه الا على حجج قدمت أثناء المرافعة وتم التناقش فيها أمامه شفويًا وبحضور جميع الخصوم" ، اما الفصل (152) فقد نص على ان "الإقرار مثل سائر وسائل الإثبات يخص الاجتهاد للحكم المطلق". كما ان قانون الإجراءات الجنائية القطري الصادر بالقانون رقم 15 لسنة 1971 في المادة (121) على ان "يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته ومع ذلك لا يجوز له ان يبني حكمه على اي دليل لم يطرح امامه في الجلسة". وأخيرا قانون الإجراءات والمحاكمات الجنائية الكويتي الصادر بالقانون رقم 17 لسنة 1960 لقد نص على ان "تعتمد المحكمة في اقتناعها على الأدلة المستمدة من التحقيق الذي اجرتة في القضية او من التحقيقات السابقة على المحاكمة، ولها الحرية المطلقة في ترجيح دليل على دليل وتكوين اقتناعها حسبما يوصيه اليه ضميرها. ولا يجوز للقاضي أن يعتمد في حكمه على معلوماته الشخصية" (3).

BENIDICT (Jérôme): "Le sort des preuves illegales dans Le procès pénal. (100)

"These", Lausanne، 1994، p.42، المصدر السابق ، ص75.

HHUNERFLD (Prter): "La prevue en procédure penae compare" (101)

، R.L.D.P. 1992، in، allemande، p.87، المصدر السابق ، ص75.

(102) السيد محمد حسن شريف، النظرية العامة للإثبات الجنائي، المصدر السابق ، ص20-21.

1. تقام البيئة في الجنايات والجنح والمخالفات بجميع طرق الأثبات ويحكم القاضي حسب قناعته الشخصية.

2. إذا نص القانون على طريقة معينة للأثبات وجب التقيد بهذه الطريقة.

3. إذا لم تقوم البيئة على الواقعة قرر القاضي براءة المتهم أو الظنين أو المشتكي عليه من الجريمة المسند إليه.

وأيضاً قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري الصادر بالمرسوم رقم 113 لسنة 1950 نص في المادة (175) على أنه: "1- تقام البيئة في الجنايات والجنح والمخالفات بجميع طرق الإثبات ويحكم القاضي حسب قناعته الشخصية. 2- إذا نص القانون على طريقة معينة للإثبات وجب التقيد بهذه الطريقة. 3- إذا لم تقم البيئة على الواقعة قرر القاضي البراءة". وتنص المادة (176) على أنه " لا يجوز للقاضي أن يعتمد إلا على البيانات التي قدمت أثناء المحاكمة وتناقش فيها الخصوم بصورة علنية". وقد نص المشرع الليبي في المادة (264) من قانون الإجراءات الجنائية الصادرة في نوفمبر 1953 على أنه " للمحكمة أن تأمر ولو من تلقاء نفسها أثناء نظر الدعوى بتقديم اي دليل تراه لازماً لظهور الحقيقة ". ونصت المادة 275 من هذا القانون على أنه: "يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته ومع ذلك لا يجوز له ان يبني حكمه على أي دليل لم يطرح أمامه في الجلسة" كما ان المشرع المغربي نص في الفصل (288) من قانون المسطرة القضائية الصادر رقم 261 لسنة 1958 على "يمكن أثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات ما عدا الأحوال التي يقضي فيها القانون بخلاف ذلك، ويحكم القاضي حسب اعتقاده الصحيح فاذا رأى الإثبات غير قائم قرر عدم إدانة الشخص المتهم، وحكم ببراءته". كما نص أيضاً في الفصل (289) من القانون نفسه على أنه "لا يمكن للقاضي ان يبني قراره الا على حجج عرضت أثناء الإجراءات ونوقشت شفهاياً وحضورياً أمامه". وأخيراً نص في الفصل (291) من القانون نفسه على أنه "المحاضر والتقارير التي يحررها في شأن التثبيت من الحجج والمخالفات ضباط الشرطة القضائية وجنود الدرك يوثق بمضمونها ما لم يثبت ما يخالف ذلك".

وأخيراً نذكر المشرع المصري فقد نصت المادة (302) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه "يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته ومع ذلك لا يجوز له ان يبني حكمه على اي دليل لم يطرح أمامه في الجلسة وكل قول يثبت انه صدر من احد المتهمين او الشهود تحت وطأة الإكراه أو التهديد يهدر ولا يعول عليه". كما نصت المادة (291/1) من القانون نفسه على أنه "للمحكمة أن تأمر، ولو من تلقاء نفسها أثناء نظر الدعوى، بتقديم اي دليل تراه لازماً لظهور الحقيقة"، أما المادة (300) من هذا القانون لقد نصت على أنه: "لا تتقيد المحكمة بما هو مدون في التحقيق الابتدائي

أو في محاضر جمع الا اذا وجد في القانون نص على خلاف ذلك". ونصت المادة (301) من هذا القانون على انه "تعتبر المحاضر المحددة في مواد المخالفات حجة بالنسبة للوقائع التي يثبتها المأمورون المختصون الى أن يثبت بنفيها"، وأيضاً لقد توجهت محكمة النقض المصرية على مبادئ عديدة لحماية البراءة وتدحض أصل البراءة أخذ التفسير القضائي لأصل البراءة في استخلاص مبدأ بناء أحكام الإدانة على الجرم واليقين والافتناع القضائي حسب العقيدة المتكونة لديه بكامل حريته في إطار المشروعية وتحت مظلة القانون، ونجد أيضاً تلك المبادئ واسعة الوجود من خلال قضاء المحكمة الدستورية العليا وصدر عنها العديد من الأحكام أفاضت في مدوناتها في تحصيل هذا المبدأ (103).

2.2.1: مضمون البراءة ونطاق تطبيقها:

نستعرض هنا مضمون البراءة في فرع الأول ثم نكشف عن نطاقها في فرع ثان وكما يلي :

1.2.2.1: مضمون البراءة:

مفاد ذلك ، أن أي متهم حتى وان كانت هناك شكوك قوية تحوم حوله ، ومهما بلغت وزن الأدلة المقامة ضده ، يعد بريئاً ، ويعامل على هذا الأساس ، الى ان تثبت ادانته بحكم بات ، صادر عن القضاء المختص. كما أن مبدأ البراءة مطلق التطبيق ، يستفيد منه أي متهم ، سواء كان مبتدأ او من ارباب السوابق ، فهذه الاعتبارات لا وزن لها بشأن تحديد الجزاء الذي يتناسب مع درجة خطورة المجرم بعد أن تقرر ادانته ، ويعامل المتهم على أساس انه بريء في أي مرحلة من المراحل التي تمر بها الدعوى (104).

وينطوي مبدأ البراءة على نتائج مهمة في محيط الدعوى الجزائية، تتخلص في ضمان معاملة المتهم على أنه بريء منذ تحريك الدعوى حتى اصدار حكم فيها بالإدانة حاز درجة البتات ، وكذلك اعفاء المتهم من عبء اثبات براءته ، كما ينبغي ضرورة بناء احكام الإدانة على الجرم واليقين ، لا على الظن والاحتمال ، ومن ثم فان كل شك يجب أن يفسر لصالح المتهم (105) .

(103) المحكمة الدستورية العليا - جلسته 2 سنة 1993، مجموعة الأحكام الجزء الخامس ص103 و جلسته 5 يوليو سنة 1997 مجموعة الأحكام الجزء الثامن ص731.

(104) ينظر: حسن بشيت خوين ، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية خلال مرحلة التحقيق الابتدائي ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، مايس، 1983م، ص33.

(105) القاضي جمعة فرج خلف ، ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق ، دراسة مقارنة ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2019م ، ص19.

2.2.2.1: نطاق تطبيق قرينة البراءة:

لما كان المجتمع الذي نعيش فيه ينظر إلى الشخص الذي ثبتت عليه التهمة، من منطلق أنه شخص قد وضع نفسه خارج الرباط الاجتماعي، وأصبح خارجاً على القانون لإتيانه أفعال تحرم الآخرين من حقوقهم وحررياتهم، فكان لزاماً علينا أن نتأكد أولاً على وجه الدقة واليقين وبشكل لا لبس فيه أن هذا الشخص مذنب ويستحق العقاب المناسب للفعل الإجرامي، وأن يعامل طوال هذه الفترة وحتى التيقن من ارتكابه للجرم دون أدنى شك على أنه بريء تطبيقاً لقاعدة افتراض البراءة.

لذا ونحن بصدد دراسة قرينة البراءة يتعين علينا تحديد نطاق تطبيق تلك القرينة من حيث الأشخاص المستفيدين منها، ونوعية الجريمة المرتكبة، والمراحل الفرع الأول: نطاق تطبيق قرينة البراءة على الأشخاص المستفيدين. التي تمر بها الدعوى الدعوى كما الاتية:

أولاً: نطاق تطبيق قرينة البراءة على الأشخاص المستفيدين: يقصد بقرينة البراءة أن الشخص يعتبر بريء حتى تثبت إدانته قانوناً وبحكم قضائي بات، وان أصل البراءة يعد مبدأ عاماً يطبق على جميع الأشخاص كأصل عام، سواء أكانوا فاعلين أصليين أم شركاء في الجريمة، وسواء أكان مرتكب الجريمة مجرماً بالصدفة أي لأول مرة أم عائداً، ولا تأثير للخطورة الإجرامية في استفادة المتهم من قرينة البراءة أو عدمه، ولكن ان الذي يحدث في الواقع العملي هو أن السوابق القضائية للمتهم لها دورا كبير في تحديد العقوبة سواء اكان بتخفيفها او بتشديدها وكمبدأ عام ليس هناك قرينة اذئاب بحق المجرم المعتاد او المحترف (106)، ومعنى ذلك أنه لا يمكن تحديد شخص بعينه للاستفادة من قرينة البراءة، فجميع الأشخاص يستفيدون منها سواء اكانوا المتهمين مجرمين مبتدئين أو محترفين وأيضا مهما كانت ديانتهم او سنهم أو نوع جنسهم، والقول بغير ذلك يفقر للسند القانوني، ويشكل اعتداءً جسيماً على كافة الحقوق والحريات للأشخاص التي تكفلها كافة القوانين والدساتير العالمية.

ثانياً: نطاق تطبيق قرينة البراءة على الجريمة المرتكبة حيث ان من غير المستطاع ان يتم تحديد نطاق تطبيق قرينة البراءة عند النظر إلى الجرائم المرتكبة مهما كان نوعها وجسامتها، حيث أنها تسري على كافة الجرائم سواء أكانت (جرائم خطيرة أو جرائم غير خطيرة)، (جنايات جنح مخالقات). كما أنها لا تتوقف على قوة الأدلة المقدمة ضد المتهم أو حتى كون الجريمة في حالة تلبس، أو اعتراف المتهم بارتكابه

(106) "La présomption d'innocence"، p. 97، Op. cit. Mohamed-Jalal.Essaid:

حاتم احمد محمد بطيخ، دور الانترنت في الاثبات امام القاضي الجنائي والإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون الجنائي، جامعة عين الشمس، 2017م، ص249،

للفعل الإجرامي، فكل هذا لا يمثل دليل إدانة مسقط لقرينة البراءة ولا يغني عن صدور حكم قضائي بات بالإدانة يترتب عليه انتفاء قرينة البراءة (107).

ثالثا : نطاق تطبيق قرينة البراءة على مراحل الدعوى: لقد اختلف فقهاء القانون حول تحديد أية مرحلة من مراحل الدعوى التي يمكن من خلالها تطبيق قرينة البراءة، فالبعض منهم قاموا باستبعاد تطبيق قرينة البراءة في مرحلة التحقيق الابتدائي (108)، والحجة في ذلك أنه لا يمكن من الناحية العملية خلال هذه المرحلة إصدار حكم مسبق سواء بالإدانة أو البراءة طالما أن إجراءات الدعوى الجنائية قائمة، فكانت طريقتهم في ذلك هو اقتراح إطار قانوني يكون محايد حيث لا يقوم بالاعتراف بقرينة البراءة مثل تلك التي دعى بها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ولا بقرينة الإذئاب أو الإدانة كتلك التي صرحت بها المدرسة الوضعية بزعامة الفقيهين (فري، ولومبروزو) باستبعاد المجرمين الخطرين من بين المتهمين المستفيدين من قرينة البراءة، وهذا الإطار القانوني المحايد يقوم بحماية المتهم والمجتمع في الوقت ذاته. إلا أن الرأي الغالب في الفقه يرى أن قرينة البراءة يجب أن ترتبط بكافة إجراءات التحقيق التي تؤخذ حيال المتهم وليس بالحكم النهائي فقط، ويرجع ذلك لسببين رئيسيين (109):

السبب الأول: سبب عملي : ومقتضاه أن قاعدة افتراض البراءة في المتهم من القواعد الهامة والضرورية المقررة للمتهم حتى يواجه النيابة العامة خلال التحقيق، فهي ليست قاصره على الإثبات فقط وإنما تجعل الأمر يصل إلى المساس بحقوق الدفاع وأيضا الحريات الفردية وخاصة خلال مرحلة التوقيف ولهذا نشاهد أن الحبس المؤقت يجب أن يؤخذ كإجراء احترازي استثنائي خاصة بعد ان تفشل جميع وسائل الرقابة القضائية التي تكون اقل مساسا بالحريات والحقوق الفردية .

السبب الثاني : هو سبب نظري: اي أن تكون مهمة قاضي التحقيق هي البحث عن الأدلة وإعداد الدعوى حتى يتم عرضها على القضاء لإصدار الحكم، لذلك نجده يأخذ أحد الأمرين: الأول : هو أمر بعدم متابعة المتهم فيخلى سبيله إذا كان في الحبس وهنا ليس هناك اشكالا بالنسبة لأمر تطبيق قرينة البراءة. الثاني: هو أن يتولد لديه قناعة بإرتكاب المتهم للفعل الإجرامي نظراً لما عرض عليه من أدلة، ومن ثم افتراض

(107) p.252، 1976، Tome 2 CUJAS ed، Jean Pradel: Droit Penal et Procedure Penale: المصدر نفسه، ص249.

(108) ان التحقيق الابتدائي يشمل مرحلة التحريات الأولية التي تقوم بها الضبطية القضائية وقاضي التحقيق. يراجع في ذلك د. ممدوح إبراهيم السبكي، حدود سلطات مأموري الضبط القضائي، مرجع سابق، ص ٤٣٦. د. محمد الدين عوض - حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٨٩. د. أحمد إدريس أحمد، افتراض براءة المتهم، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

(109) زوررو ناصر، قرينة البراءة، رسالة ماجستير، قسم القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠٠٠ / ٢٠٠١، ص ٢٦ وما بعدها.

الإدانة لدي المتهم مما يدفعه لاستصدار أمراً بالإحالة إلى محكمة الجناح أو الجنايات، وعندئذ يخلق قرينة الإتهام، أي افتراض الإدانة في المتهم، لذا كان من الحتمي والضروري محاربة هذه القرينة بقرينة معاكسة - وهي قرينة البراءة الأصلية للمتهم - حتى يتم تجنب معاقبة إنسان بالإدانة هو في الأصل بريء قبل أن تثبت إدانته على وجه اليقين بحكم قضائي بات تحققت فيه مقاومات العدل والإنصاف وحتى لا يؤثر ما ارتآه قاضي التحقيق من افتراض الإدانة في المتهم على رأي قاضي الموضوع معنوياً بحكم مسبق صادر عن قاضي التحقيق. والامر نفسه يطلق على ما ينشره الإعلام في وقائع الجرائم المرتكبة قبل أن يتم الفصل فيها من قبل القضاء، وذلك حتى لا تتعارض مع الحقيقة الاجتماعية التي تقول بأن أغلبية الناس هم شرفاء - افتراض البراءة - وأقلية منهم فقط هم المجرمين، ولكن إذا صدر الحكم النهائي بالإدانة وحاز على حجية الشيء المقضي فيه سوف تتحول قرينة البراءة التي يتمتع بها المتهم اثناء سير مراحل الدعوى الجنائية إلى قرينة الإتهام (الاذناب) رغم أنه من الممكن ان يطعن بطريق إعادة النظر في الحكم ولكن ان هذا لا يعطي الحق في ان يستفاد من قرينة البراءة بل يجب عليه ان يثبت براءته أو ان يقوم بتقديم دليل كافي يثبت براءته على عكس ما كان الوضع عليه قبل ان يصدر الحكم الحائز لحجية الشيء المقضي فيه، فالنيابة العامة هي التي تكون مكلفة بتقديم ادلة الادانة (110). وان المحكمة الدستورية العليا قد قضت بعدم دستورية المادة (48) مكرر، من القانون رقم (182) لسنة 1960، في شأن مكافحة المخدرات واستعمالها وتنظيم الإتجار فيها، والمعدل بالقانونين رقمي (40) لسنة 1966، والقانون (122) لسنة 1989 نص على "إن ما قرره النص المطعون فيه من اتخاذ أحد التدابير التي حددها في شأن الأشخاص الذين حكم عليهم أكثر من مرة في جنائية، مما نص عليه القانون رقم 182 لسنة 1960 في شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها..... مؤداه أن المشرع قدر بالنص المطعون فيه أن ثمة خطورة تنجم عن سوابق المتهم التي تمثلها جرائم ارتكبها من قبل، وأدين بها، واكتمل القصاص بشأنها، وأن هذه الخطورة - التي لا تزيد عن أن تكون احتمالاً لأن ينزلق مستقبلاً في جريمة غير معينة - ينبغي التحوط لها صوتاً لمصالح الجماعة، باتخاذ تدابير بعينها تنال من حريته الشخصية، وكانت الجريمة المحتملة التي لم يرتكبها المتهم بعد هي التي أراد المشرع توقيعها من خلال التدابير التي نص عليها، وكان ذلك من المشرع إحداثاً لحالة إجرامية، إفترضها، وكان لا دليل على قيام علاقة حتمية بين انغماس الشخص في جرائم سابقة، وبين ترديه في حماتها، والعودة إليها من جديد، وكان مما يناقض افتراض البراءة أن يدان الشخص - لا عن جريمة أتاها وتحدد عقوبتها بالنظر إلى جسامتها - بل بناء على محض افتراض بالإيغال في الإجرام لا يرتد المذنبون عنه أبداً، وكان لا يجوز وفقاً للدستور أن يتعلق التجريم بخطورة أحدثها المشرع ولو في نفس قابلة لها، ولا يتسم باليقين تعلقها بشخص معين، بل تقوم في بنائها

(110) المادة السادسة من ميثاق الجمعية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان 1950.

على أن الجرائم التي ارتكبتها من قبل هي التي تشهد بحاضره، وينبغي أن تكون محددة مستقبلاً لخطأه، وكان القول بأن مواجهة النزعة الإجرامية الكامنة فيمن حكم عليه أكثر من مرة لازمها اتخاذ تدابير تتوقاها و ترد سواتها الإجرامية - مردود بأن محكمة الموضوع يكفيها أن تقدر بمناسبة الجريمة الأخيرة التي ارتكبتها جزاءه الملائم أخذاً في اعتبارها سجله الإجرامي، وكان لا ينبغي أن يقرر المشرع - بالنص المطعون فيه - عقاباً أكثر من مرة عن فعل واحد بعد أن اكتمل القصاص في شأن الجرائم السابقة جميعها، ودونما جريمة جديدة يدعي وقوعها" (111)

لذا فإننا نتفق والرأي الرافض لفكرة تحديد مرحلة معينة لتطبيق قاعدة البراءة الأصلية، وذلك لكون قرينة البراءة ذاتها قاعدة ثابتة ومستقرة منذ نشأة الإنسان وتستمر معه طيلة حياته، ولا تسقط عنه إلا بالوفاة، حيث أنها تحمي المتهم خلال كافة الإجراءات التي يمر بها بداية من مرحلة التحريات الأولية إلى التحقيق الذي يقوم به قاضي التحقيق إلى الحكم النهائي الذي يقوم بإصداره قاضي الموضوع أي أنها تطبق على كافة الإجراءات تتخذ حيال المتهم وفي أية مرحلة كانت عليها الدعوى. وهو ما أقرته المحكمة الدستورية في العديد من أحكامها من أن أصل البراءة يستفيد منه كل شخص وضع موضع الشبهة والالتهام بارتكابه جريمة ما، أيأ كان مركزه القانوني ومدى جسامة الفعل الإجرامي أو الجريمة المرتكبة أو قوة الأدلة المتوافرة ضده - خلافاً لما نادى به المدرسة الوضعية - حيث يستوي في ذلك أن يكون المتهم مجهول الحال، أم كان من ذوي السوابق الجنائية، فأهمية الإدانة السابقة أو الخطورة الإجرامية تأتي عقب ثبوت الإدانة، وتوقيع الجزاء الجنائي، أما قبل ذلك فلا أهمية لها فيما يتعلق باستفادة المتهم من أصل البراءة(112).

فافتراض البراءة في الإنسان هو أصل لا ينقضي إلا بحكم قضائي بات صادر بالإدانة، ومن حق أي شخص متهم بارتكاب جريمة معينة أن يطالب بمعاقبة من يمس أو يعتدي على حقه في أصل البراءة حال انتهاك هذا الأصل(113).

(111) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٤٩ لسنة ١٧ ق. دستورية - مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء ٧، المجلد الأول، ص ٧٦٠، ٧٦١.

(112) حيث قضت المحكمة الدستورية العليا " بأن أصل البراءة مفترض في كل متهم، فلا يجوز أن يهدم إلا بدليل جازم مستنبط من عيون الأوراق وبموازن الحق، وعن بصر وبصيرة، وأن أصل البراءة يتصل بالتهمة الجنائية من ناحية إثباتها، ولا يتعلق بطبيعة أو خطورة الجريمة موضوعها، ولا بنوع أو قدر عقوبتها، وهذا الأصل ينبسط على الدعوى الجنائية حتى خلال المراحل التي تسبقها وتؤثر فيها القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ ق. دستورية - جلسة ٥ / ١٩٩٧/٧ - بنشور بالجريدة الرسمية العدد ٢٩ بتاريخ ١٩٩٧/٧/١٩

(113) وهو ما أكده المشرع الفرنسي بموجب نص المادة ٩/١ من القانون المدني الفرنسي، حيث اعتبر الاعتداء على أصل البراءة قائم باجتماع ثلاثة شروط وهي وصف الشخص بأنه مذنب وأن يتم ذلك باستخدام وسائل الإعلام، وأن يكون هذا الشخص محلاً للإجراءات الجنائية أي محلاً للمسائلة الجنائية، كما اعتبر الحق في قرينة البراءة الأصلية من الحقوق اللصيقة بالشخصية والتي يترتب عن انتهاكها حق للشخص المتضرر في الحصول على التعويضات المناسبة عن الأضرار المادية والمعنوية التي تعرض لها، كما خول له مجموعة من الآليات والإجراءات التي تكفل له الدفاع عن قرينة براءته وحمايتها،

3.1: اثار البراءة:

يترتب على اصل البراءة المفترضة عدة اثار فيما يتعلق بالإثبات لان الأصل في المتهم هو البراءة حتى يثبت العكس بحكم بات , وهذه هي قاعدة عامة مسلم بها تحكم عملية الاثبات الجنائي حيث انها رافقت الثورة الإنسانية في الحقوق والحريات , وهي أيضا ضمانا للمتهم وقيدا للقاضي والمحكمة , فيجب التعامل مع المتهم على انه برئ حتى لو كان من ارباب السوابق او كانت تحوم حول الشبهات , وهكذا يجب على القاضي ان يبحث عن ادلة البراءة والادانة بكل امانة , ولا يطالب المتهم بأثبات براءته لان البراءة هي الأصل والاصل لا يحتاج الى اثبات , وانما يطالب القاضي بان يثبت الإدانة باعتبارها الاستثناء . لذلك يحق للمتهم الصمت وعدم الكلام وعدم الزامه بالدفاع عن نفسه او اجباره على الكلام وانه لا يدان ولا يلام الا بعد اظهار الأدلة الجازمة والواقعية بحقه .

وهكذا يمكننا الخوض في هذا المبحث بواقع ثلاث مطالب :

المطلب الأول :عدم الزام المتهم بأثبات براءته .

المطلب الثاني : الجزم واليقين في الحكم.

المطلب الثالث : الشك يفسر لصالح المتهم .

1.3.1: عدم الزام المتهم بأثبات براءته:

ينبني على مبدأ " الأصل في كل انسان البراءة " عدم الزام المتهم بأثبات براءته ، ومن يدعي خلاف ذلك عليه ان يثبت ذلك ... لذا يقع على عاتق سلطة الاتهام ان تقدم الدليل الكامل على وجود الجريمة وعلى صحة اسنادها للمتهم بأدلة كافية والمحكمة لا تقضي عليه بالإدانة الا بعد أن يكون القاضي اقتنع من خلال أدلة يقينية تؤكد أدانة المتهم .(114)

وقد جاء بقرار لمحكمة استئناف ميسان الاتحادية بصفتها التمييزية من أنه " لما كان الأصل براءة الذمة ، فعلى القاضي ان يتحرى من الوقائع لغرض استكمال قناعته القانونية ، وخاصة عندما يتعلق الامر بقواعد الاثبات الموضوعية التي تتعلق بالنظام العام ولا يكلف المدعي بأثبات عدم شمول المدعي عليه

وفضلا عن ذلك فقد تم إدراج قاعدة البراءة الأصلية في نص الفقرة الثالثة من المادة التمهيدية من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي المضافة بموجب قانون ١٥ يونيو ٢٠٠٠ باعتبارها مبدأ أساسيا وجوهريا في الخصومة الجزائية: حاتم احمد محمد بطيخ، دور الانترنت في الاثبات امام القاضي الجنائي والإداري ،المصدر السابق ،ص 250 ومابعداها.
(114) ينظر: اللبان ، أسامة السيد ، الشرعية الجنائية الموضوعية والاجرائية بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية: دراسة مبدأ جريمة ولا عقوبة الا بنص ومبدأ الأصل في الانسان البراءة في ضوء الفكرين الوضعي والإسلامي ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، جامعة المنوفية كلية الحقوق ،المجلة ، العدد ج 22 ، 37، مايو ، سنة 2013 ، ص 177

بالموانع القانونية التي تحول دون نقل ملكية العقار ، بل يستوضح عن ذلك من الجهات الرسمية المختصة " (115) .

وبناء على ما تقدم ان المتهم غير ملزم بتقديم أي دليل لأثبات براءته ، وانما يقع عبء الاثبات على عاتق الاتهام والمحكمة كما اشرنا في السابق ، لان البيئة على من ادعى ، وأن جهة الاتهام ملزمة بجمع كافة الأدلة التي تكشف عن الحقيقة ، سواء أكانت ضد المتهم او لصالحه (116) اذ ان وظيفة الادعاء العام ، ليست أثبات التهمة فقط وانما اثبات الحقيقة في كل صورها ، فالادعاء العام نائب عن المجتمع في تحريك السير في اجراءات الدعوى الجزائية ، وصولا الى تحقيق غايتها ، وكما يهم المجتمع أقامه الدليل على من قام بارتكاب الجريمة او ساهمة بها ، يهمله كذلك إقامة الدليل على براءة المتهم ولا يلزم تقديم أي دليل على أثبات براءته ، لان الأصل فيه البراءة وهذا يأتي طبقا لمبدأ البراءة(117).

وقد ثار الخلاف في الفقه حول من يقع عليه عبء اثبات الاباحة وموانع المسؤولية والعقاب او سبب من أسباب انقضاء الدعوى الجزائية ، وقد ذهبت محكمة التمييز في العراق الى أنه "وجد أن دفع المتهم أن الحادث وقع بسبب خارج عن إرادته ، وهو انفجار الاطار من قبل الحادث وانقطاع صوندة البريك ، وقد أيد الكشف الجاري من قبل اللجنة المشكلة في مديرية آليات الشرطة هذه الوقائع ، فلا يسأل المتهم جزائيا عن الحادث لان قوة قاهرة مادية أكرهته على ارتكابها : (118)

وإذا كان الأصل ان عبء الاثبات في الدعوى الجزائية ، يكون على عاتق جهة الاتهام في القانون العراقي ، الا ان هناك استثناءات وهي :

1- المشرع العراقي في المادة (220) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، قد اعتبر ان "محاضر التحقيق ومحاضر جمع الأدلة وما تحويه من إجراءات الكشف والتفتيش ، والمحاضر الرسمية الأخرى من عناصر الاثبات التي تخضع لتقدير المحكمة ، ولكنه أجاز للخصوم ان يناقشوها أو يثبتوا عكس ماورد فيها" .

(115) ينظر: قرار محكمة استئناف ميسان الاتحادية بصفتها التمييزية بالعدد 74: ب:ت:2012 في 17:10:2012 ، مجلة التشريع والقضاء ، تصدر عن مجلس القضاء الأعلى ، السنة الخامسة ، العدد الأول ، كانون الثاني-شباط-آذار 11 ، 2013م ، ص332.

(116) د.احمد فتحي سرور ، مصدر سابق ، ص 147.

(117) د.أكرم نشأت إبراهيم ، القواعد العامة في القانون العقوبات والمقارن ، ط1 ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، 1974م.

(118) د.ينظر: القرار 1102/تمييزية/1973 ، النشرة القضائية ، العدد الثالث ، السنة الخامسة ، ص32.

2- لقد اعتبر القانون المحاضر والتقارير والكتب الرسمية التي يحررها الموظفون المختصون، حجة بالنسبة الى الواقعة التي اشتملت عليها ، ومع ذلك أجاز للمتهم أن يثبت عكس ماورد فيها(119).

ونرى أن نقل عبء الاثبات على عاتق المتهم كما ذكر أعلاه ، يتعارض مع قرينة البراءة الا ان ذلك لا يحد من نطاقها ، غير الحكم الصادر بالإدانة وحده .

2.3.1: الجزم واليقين في الحكم:

ان القاضي الجنائي لا يمكنه ان يصل الى الحقيقة عند اصدار الحكم الجنائي سواء كان الحكم بالإدانة او البراءة اذا لم يكن عنده اليقين، لان اليقين هو مصدر العدالة الإنسانية و اساس الثقة لدى المواطنين .
وان اليقين في اللغة هو (العلم وزوال الشك)(120)، فاليقين (هو العلم الذي لا يعتره شك) وفي القران الكريم قال سبحانه وتعالى "واعبد ربك حتى يأتيك اليقين" (121) ، وقد عرف اليقين بأنه : (الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع الذي لا يزول بتشكيك المشكك، وهو حالة ذهنية تقوم على اطمئنان النفس الى الشيء ، مع الاعتقاد انه كذلك ولا يمكن ان يكون الا كذلك)(122)، فاليقين (عبارة عن حالة ذهنية او عقلانية تؤكد وجود الحقيقة ، ويتم الوصول اليه عن طريق نوعين من المعرفة ، أولها المعرفة الحسية التي تدركها الحواس ، والأخر المعرفة العقلية التي يقوم بها العقل عن طريق التحليل والاستنتاج)(123) ، وان عملية اليقين القضائي تمر بمراحل عديدة ومتتالية ، بها القاضي يقوم بالاستماع الى اطراف الخصومة مع طرح امامه الكثير من الوقائع والدلائل ياما تثبت الجريمة او نفيها ، وقد يقوم القاضي بنفسه تحقيقا حتى يقف على ما يراه لازما لكشف الحقيقة ، ثم يقوم بالبدأ بتفسير كل ما يدركه من وقائع ويتلقاه ، ليسترجع نصوص القانون التي يرشحها ثم يطابقها مع الوقائع المادية ، وعندها يصل القاضي الى يقين ليصدر الحكم العادل(124)، حيث يصل القاضي للطريقة التي حدثت فيها الجريمة وما استخدم بها من اداة ، وأيضا خطوات تنفيذها ومراطها عن طريق التحليل والاستنتاج ،وان اليقين الذي يصل اليه القاضي هو يقين نسبي أي ليس مطلقا ، لان اليقين الذي يجب ان يتوافر ليس اليقين المطلق وانما النسبي، لذلك نذكر ان اليقين له خاصية شخصية وان هذه السمة تؤدي الى خاصية أخرى وهي النسبية ، ان اليقين لا

(119) ينظر المادة (221) من قانون أصول المحامات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1971 المعدل.

(120) محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الرسالة ، الكويت ، 1983 ، ص 743.

(121) سورة الحجر ، الآية(99)

(122) د. جميل صليبا ، المعجم الفلسفي بالالفاظ العربية والفرنسية والإنكليزية واللاتينية ، ج 1 ، دار الكتاب اللبناني ، بيروت ، 1978 ، ص 588.

(123) د. هلالى عبد الله احمد ، الحقيقة بين الفلسفة العامة والإسلامية وفلسفة الاثبات الجنائي ، ط 2 ، دار النهضة العربية ، ص 623.

(124) د. ايمان محمد علي الجابري ، يقين القاضي الجنائي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2005 ، ص 291.

ينشئ الا عن تقدير الضمير والذي يخضع بدوره الى تأثيرات مختلفة كالعادات والخبرات السابقة والأفكار التي يعتنقها الفرد والحالة المزاجية ، لذلك ان نتائج اليقين لا يمكن ان تحسم بالإطلاق بل بالنسبية ، لذلك ان النتائج التي يمكن التوصل اليها تكون متنوعة ومختلفة في تقديرها من قاضي الى اخر ، الا ان هذا لا يسمح للقاضي ان يحكم بالدعوى وفقاً لأهوائه ورغباته الشخصية فاليقين هو البحث عن الحقيقة في أي سبيل يجده القاضي وليس هناك أي رقيب عليه سوى ضميره ، فالقاضي يمكنه ان يوافق على جميع الأدلة المعروضة عليه في الدعوى او يمكنه رفضها اذا كان لا يطمئن اليها حسب قناعته ، وله ان يستخلص من الأدلة كل ما يجده مناسباً حتى يصل الى اليقين لإصدار حكمه ، وهو كذلك الذي يقدر قيمة الدليل وقوته في الاثبات (125) ، وان الاقتناع الذاتي للقاضي بالحقائق الواقعية لا يمكن ان يكون الا تقريبياً ، لانه يستنبط من نتائج إحساس القاضي بهذه الحقائق ، والحقيقة العينية تقابل عند القاضي الحقيقة الذاتية ، وليس من الممكن الا ان تكون هذه النتيجة تقريبية ، والدليل على ذلك ان أي إضافة جديدة لأدلة الاثبات تؤدي الى تحسين الاقتناع ، والعكس صحيح فان أي حذف لجليل من هذه الأدلة سوف يؤدي الى اضعاف الاقتناع ، فالقاضي يتدرج منذ بدء الإجراءات الأولى لنظر الواقعة حتى نهايتها ، وخلال تلك الدورة الإجرائية للأدلة ، يتكامل لديه الاقتناع اما بالإدانة او بالبراءة ، فالقاضي هو ثمرة الوقائع التي يتضمنها ملف الدعوى بعد القيام بدراستها ومعرفة فحواها ، والموازنة بين سلطة الاتهام ومحاولتها اثبات التهمة ، وبين دفاع المتهم في نفس التهمة ، وقيام القاضي بحسم الصراع بإصداره الحكم بالبراءة او الإدانة (126) .

وان الجزم واليقين في الاحكام الجنائية ، كمعيار للأدلة لا يقصد به جزم ويقين مطلقين فذلك لا سبيل الى تحقيقه بالنسبة لأدلة الاثبات عموماً (127) ، والأدلة القولية خصوصاً فالحقيقة القضائية في المواد الجنائية هي حقيقة نسبية ، فاذا كان من المقرر انه اذا كانت الحقيقة في ذاتها مطلقة فأن اكتشافها شيء نسبي بالنظر الى عدم اكتمال الوسائل الإنسانية للمعرفة (128) ، ان الادلة التي يقوم القاضي بالاعتماد عليها ويكون مقتنعاً بها ، احيانا ما تثبت بالتواتر ، وايضا لا يمكن اعتبارها اكثر من مجرد احتمال راجح ،

(125) د. ايمان محمد علي الجابري ، المصدر سابق ، ص 141-142 ، د. هلالى عبد اللاه احمد ، الحقيقة ، المصدر السابق ، ص 625-627.

(126) د. ايمان محمد علي الجابري ، المصدر سابق ، ص 144-146 ، د. هلالى عبد اللاه احمد ، الحقيقة ، المصدر السابق ، ص 610.

(127) يجب الإشارة الى ان الأدلة تقسم الى ادلة عقلية وادلة نقلية ، وهذه الأخيرة تنقسم الى ادلة نقلية يقينية وادلة نقلية غير يقينية من حيث الثبوت ، والأدلة

(128) النقلية يقينية لا تتمحض الا في حالة التواتر ، والتواتر هو ما نقله جمع من الناس في كل عصر عن سمع مباشر او مشاهدة يستحيل معه عادة اتفاهم على الكذب ، راجع د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، الصلة بين علم المنطق والقانون ، مطبعة شفيق ، بغداد ، 1986 ، ص 71.

حيث انها لا تقوم بتقديم يقينا مطلقا (129) ، لان الجزم واليقين المطلق ، انما هو شيء معنوي ونفسي يتحقق عادة في التجارب العلمية في العلوم الطبيعية ، والنظريات الحسائية ، اما الأمور النفسية والمعنوية مثل القناعة والعدالة لا يمكن ان تكون الانسبية(130).

فاليقين المطلوب في احكام الإدانة ، كمعيار الوجوب بناء الاحكام الجزائية على الجزم واليقين ، هو ما يصلح عليه باليقين القضائي(131) ، وهو نوع من أنواع اليقين الادبي ، وهذا الأخير ينقسم الى نوعين هما : اليقين الشخصي واليقين القضائي .

وثمة فرق جوهري بينهما ، لان اليقين الشخصي يكفي لأقناع الشخص نفسه دون غيره ، اما اليقين القضائي فهو يستلزم ان يقنع القاضي نفسه أولا ، ومن ثم يقنع الغير (132) ، فاليقين القضائي يتكون من عنصرين ، الأول : شخصي يتكون لدى القاضي خلال تقدير الأدلة ، مما يولد لديه الاقتناع الموضوعي ، الثاني : يقين يستطيع القاضي ان يقنع الغير بصحة الحكم الذي تولد عنه اقتناعه الشخصي ، واليقين الذي يبنى عليه حكم القاضي بالإدانة ليس هو اليقين الشخصي للقاضي بل اليقين القضائي الذي يمكن ان يصل اليه الجميع ، أي بمعنى اذا طرحت الأدلة الخاصة بأحد الجرائم موضوع الدعوى امام بعض القضاة لدراستها ، يجب ان يصلوا الى ذات النتائج التي وصل اليها قاضي الموضوع ، وحتى يصل القاضي الجنائي لمرحلة اليقين القضائي ، وليس الاحتمالي ، او الشخصي ، ولكي يكون ذلك لابد من شروط ثلاثة هي طرح الادلة للمناقشة، مشروعية الاجراءات واخيراً استخلاص الدليل عقلاً ومنطقاً(133) . اما الشرط الاول فيعني طرح كل دليل تم الحصول عليه في مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية للمناقشة من اجل

(129) د. هلالى عبد الله احمد ، الحقيقة ، مصدر سابق ، ص 598.

(130) د. ياسر باسم ذنون يونس ، نظرية الرجحان وتطبيقها في أدلة الاثبات المدني ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة النهريين ، 2003 ، ص 55.

(131) هناك محاولات عدة جرت من قبل الفقه الجنائي لتقسيم اليقين ، فهناك من فرق بين اليقين البديهي والذي يعتمد على فرق البديهيات او المسلمات المقبولة في الضمير الإنساني ومن أبرز امثلتها اليقين الرياضي ، وبين اليقين الاستقراري وهو الذي يعتمد على الاستدلال بالقياس لاثبات شيء ، وهناك من الفقه من فرق بين اليقين الميتافيزيقي او الغيبي أي الذي يستنبط من أمور غيبية ، واليقين الفيزيقي او الطبيعي وهو الذي يستنبط من ادراك الحواس البشرية ، واليقين المعنوي هو ما يستنبط من نشاط الآخرين ، والفقه المعاصر رجح تقسيم اليقين من حيث مصدره الى يقين قانوني ويقين معنوي ، واليقين القانوني هو الحالة الناجمة من القيمة التي يضيفها القانون للدلالة ويفرضها على القاضي بمقتضى ما يصدر من قواعد قانونية محددة ، فهو نوع من اليقين يتلقاه القاضي عن إرادة المشرع ، أما اليقين المعنوي فهو تلك الحالة الذهنية للشخص الذي يعتقد بحدوث واقعة لم تحدث امام عينيه.

(132) د. محمد زكي أبو عامر ، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1985 ، ص 286 ومابعدا ، د. محمد علي الكيك ، أصول تسبب الاحكام الجنائية في ضوء الفقه والقضاء ، مطبعة الاشعاع ، الإسكندرية ، 1988 ، ص 260-261: د. عزمي عبد الفتاح ، تسبب الاحكام واعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية ، المطبعة العربية الحديثة ، القاهرة ، 1983 ، ص 464.

(133) د. ايمان محمد علي الجابري، يقين القاضي الجنائي- دراسة مقارنة في القوانين المصرية والاماراتية والدول العربية والاجنبية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005، ص 303.

ضمان حق الدفاع وتحاشياً لإصدار القاضي لحكمه بناءً على معلوماته الشخصية بالإضافة الى انه يجب ان يكون للدليل اصل ثابت في اوراق الدعوى ومدوناً في محضر الجلسة وعلى ذلك فالحكم الذي يصدر بناءً على ادلة معينة والمحكمة لم تمكن المتهم مثلاً من مناقشة هذه الادلة او لم يكن لهذه الادلة اصل في الدعوى ولم يسبق الاشارة اليها في محاضر الجلسات فان الحكم الذي يُبنى عليها يكون مَعيباً يستوجب البطلان(134) ، وبهذا الخصوص نص المشرع العراقي على "لا يجوز للمحكمة ان تستند في حكمها في الدعوى الى دليل لم يطرح للمناقشة او لم يُشر اليه في الجلسة ولا الى ورقة قدمها أحد الخصوم دون ان تمكن باقي الخصوم من الاطلاع عليها وليس للقاضي ان يحكم في الدعوى بناءً على علمه الشخصي" (135). اما الشرط الثاني فمعناه يجب ان لا يؤسس القاضي قناعته على دليل لحقه سبب يبطله ويعدم أثره ويتأتى ذلك من عدم مشروعية الاجراء الذي أُستمد منه هذا الدليل كبطلان الاستجواب، مثلاً اذ يبطل معه ايضاً الدليل الذي نتج عنه وهو الاعتراف وهو ما يؤدي بدوره الى بطلان الحكم الذي أُعتمد عليه استناداً الى قاعدة ما بني على باطل فهو باطل مثله(136). اذ ان حرية القاضي في الاقتناع محدودة بحدود لا يجوز له تخطيها وهو مشروعية الدليل اذ يجب ان يكون الدليل قد تم الحصول عليه بطريق مشروع يعني بإجراءات مشروعّة وإلا فان الحكم الذي يؤسس على دليل أُستمد من اجراءات غير مشروعّة لا يمكن وصفه بالحكم اليقيني فعدم مشروعية الدليل ويقين الحكم امران متعارضان لا يجتمعان (137). اما الشرط الأخير ليقينية الحكم فانه يتعلق باستخلاص الدليل عقلاً ومنطقاً اذ تحتاج عملية اليقين من القاضي ان يلتزم في تكوين قناعته بأسلوب عقلي ومنطقي يقوم على الاستقراء والاستنباط كي يتم تجميع صورة ذهنية حقيقية خالية من الشك تراعي المشروعية الاجرائية في قبول الدليل(138).

وهذا ما اخذت به المحاكم ، حيث قررت محكمة النقض المصرية انه : (لا يصح ان تقام الإدانة على الشك والظن ، بل يجب ان تؤسس على الجزم واليقين ...) (139).

وأيضاً هذا ما جاءت به محكمة التمييز العراقية عندما قضت بانه : (عند تناقض الشهادات وعدد الاطلاقات المرمية وعدم تحديد الشهود للشخص القاتل او مشاهدتهم له يقوم بأطلاق النار عمداً او نتيجة خطأ ، فمن

(134) استاذنا د. سعيد حسب الله عبد الله، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، ط2، دار الحكمة للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1998، ص 376.

(135) ينظر: المادة (212) من قانون اصول محاكمات جزائية العراقية.

(136) د. رؤوف عبيد، مبادئ الاجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005، ص 740.

(137) د. احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مصدر سابق، ص 470.

(138) سعيد احمد شعله، قضاء النقض في الادلة الجنائية، ج1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص 179-180.

(139) قرار رقم 17 س 2 جلسة 16/1/1950 ، مجموعة احكام النقض الصادرة من الدائرة الجنائية ، عدد 1 ، سنة 1 ، المطبعة الاميرية ، القاهرة ، 1950 ، ص 40.

محمل الأدلة المتحصلة ، لا يمكن ان تولد القناعة بان المتهم هو الفاعل ، لذلك تكون أدانته مبنية على الشك والاحتمال لا على الجزم واليقين⁽¹⁴⁰⁾.

3.3.1: الشك يفسر لصالح المتهم:

يجب تأويل الشك لصالح المتهم ، وان الأدلة في الدعاوى الجزائية تكون مبنية على الجزم واليقين ، وليس على الظن والاحتمال ، وان ما ثبت بيقين لا يزول الا بيقين مثله ، وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في العراق بالقول: (استنتاج المحكمة من حركات المتهم أثناء المحاكمة مثل قيامه بابتلاع ريقه ، ومن تقاسيم وجهه ، وجحوظ عينيه ، وبروز خديه ، دليلا على كونه قريبا من الجريمة ، لا سند له من القانون)⁽¹⁴¹⁾ ، وجاء في قرار اخر لمحكمة التمييز الاتحادية (تقرر المحكمة الغاء التهمة الموجهة للمتهم والافراج عنه ، اذا وجدت أن اعترافه تحوم حوله الشكوك ، ولا يمكن الاطمئنان له ، خاصة أنه قد تراجع عنه امام محكمة الجنايات ، مدعيا تعرضه لأبشع صور التعذيب عند انتزاع اعترافه ، وأن شهود دفاعه أيدوا تواجده معهم بتواريخ الحوادث ، عليه ان الأدلة تكون في هذه الدعوى غير كافية وغير مقنعة لتجريمه ، وقد ساورها الشك ، والشك يفسر لصالح المتهم)⁽¹⁴²⁾ .

وان قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم هي أحد النتائج التي تترتب على قرينة البراءة ، وأيضا هي من النتائج المنطقية المترتبة على تطلب اليقين للاقتناع القضائي ، فاليقين هو العلم الذي لا يعتره شك ، فمتى ما كان اقتناع القاضي يتأرجح بين ثبوت الواقعة او نفيها او بين مسؤولية او عدم مسؤولية المتهم ، فان هذا الاقتناع المضطرب بين الامرين لا يستطيع نفي ما كان ثابتا في الأصل أي براءة الذمة ، والاقرب للمنطق هو ان يعد هذا الاضطراب عاملا مساعدا حتى يزكي هذا الأصل ويؤكد ، ومن بعدها يتعين على القاضي البقاء على هذا الأصل ، وان يحكم ببراءة المتهم⁽¹⁴³⁾ .

فأحكام البراءة او الافراج يكفي لإصدارها ان يتولد الشك في ذهن القاضي او في دليل الاثبات المقدم في الدعوى، فهي تنبني على أساس من الشك، لا باعتباره حجة وانما باعتباره وسيلة للرجوع الى الأصل

(140) قرار رقم 317 ، الهيئة العامة ، 82 ، بتاريخ 4/10/1982 أورده نبيل حميد البياتي ، تسبب الاحكام الجزائية في القانون العراقي ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ، 1983 ، ص 291.
(141) ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم القرار (200) / هيئة عامة / 2008 في 2009/2/15 : منشور في مجلة حمورابي ، مجلة فصلية ، تصدر عن جمعية القضاء العراقي ، العدد الأول ، 2009 ، ص 56.
(142) ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 756 / الهيئة الموسعة الجزائية / 2016 في 2016/6/27 ، منشور في مجلة التشريع والقضاء ، المجلة النصف سنوية ، السنة التاسعة ، العدد الثاني ، (تموز-أب-أيلول-تشرين الأول- تشرين الثاني- كانون الأول) ، 2017م ، تصدرها جمعية القانون المقارن ، ص 89.
(143) د.إيمان محمد علي الجابري ، المصدر السابق ، ص 344 ، د.أبو العلا علي أبو العلا النمر ، المصدر السابق ، ص

العام وهو براءة المتهم (144) ، الا ان الاكتفاء بمجرد الشك المشروط بان يشتمل الحكم بالبراءة هذا يعني ان المحكمة قد أحاطت بأدلة الثبوت وظروف الدعوى التي قام الاتهام عليها، وأيضا قامت بالموازنة بينهما وبين ادلة النفي جميعها فعندئذ قامت بترجيح دفاع المتهم، او ان الشك ساورها في صحة ادلة الاثبات (145) .

كما قضت محكمة التمييز الاتحادية في العراق بأنه (لا يوجد دليل في الدعوى سوى أقوال المتهم في مرحلة التحقيق والمحاكمة، وان دفع المتهم للفصل العشائري لا يشكل دليلا ضده، وان الاحكام تقوم على الجزم واليقين، وان الشك يفسر في صالح المتهم)(146).

(144) نصت المادة (182) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي المرقم (23) لسنة 1971 على مايلي ب: اذا اقتنعت المحكمة بان المتهم لم يرتكب ما اتهم به او وجدت ان الفعل المسند اليه لا يقع تحت أي نص عقابي فتصدر حكمها ببراءته من التهمة الموجهة اليه. ج- اذا تبين للمحكمة ان الأدلة لا تكفي لادانة المتهم فتصدر قراراً بإلغاء التهمة والافراج عنه.)

(145) نصت هذه المواد على ضرورة تسبيب الاحكام المادة (أ/224) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي ، والمادة (310) من قانون الإجراءات الجنائية المصري المرقم (150) لسنة 1950 ، والمادة (237) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني المرقم (9) لسنة 1961.

(146) رقم القرار 104 / الموسوعة الجزائية /2006م في 11/9/2006 م ، مجلة التشريع والقضاء ، العدد الأول ، (كانون الثاني -شباط-آذار) ، 2009م،ص 147.

الفصل الثاني

مفترض الحقوق والحريات:

إن الحرية هي أعلى ما منحه الخالق عز وجل للإنسان بعد الحياة، إذ من دونها تذلل إنسانيته ويكبل بأغلال الرق كما كان قديماً، ويقيد سلوكه وحركته بغير مبرر فطري، فإذا كانت الحرية هبة من الله تعالى الخالق لكل شيء لم يسهم في خلقها أو منحها أحداً، سواه، لذا كان لها من القداسة ما يفترض معه أنها قانون الله الذي لا يجوز المساس بما خلقه وحصنه وأمر باحترامه، فلا يجوز لأحد البتة تحت ستار الادعاء بفضل له في خلق الحرية أو منحها أن يعترضها بأية عارض تأباه طبيعتها المقدسة، وقوانين الفطرة التي فطر الله الناس عليها، لذا تحظى الحرية من دساتير العالم كافة بأكبر اهتمام وتحتل منزلة رفيعة في أفئدة البشر. لقد أفرده دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ في الباب الثاني منه المواد من ١٤ إلى ٤٦ للحريات والحقوق، وقد استهل هذا الباب بتقرير مبدأ هام وأصيل يهيمن على جميع ما قرره للأفراد من حريات وحقوق وواجبات، وهذا المبدأ هو مبدأ المساواة أمام القانون فنص على "أن العراقيين متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو اللون أو الدين أو المذهب المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي"، وإن الدستور اشارة إلى مبدأ المساواة في بداية الباب الذي تناول الحريات والحقوق بمثابة مؤشراً على شمول هذا المبدأ واحتوائه ليس للحقوق والحريات المذكورة في هذا الدستور فحسب، بل أيضاً لكل ما قد يطرأ على هذه الحريات من عوارض قانونية كتقيدها أو تحديدها أو تجميدها لمدة معينة من الزمن، ففرض أي قيد على الحريات لا يكون مشروعاً ما لم تتحقق المساواة في هذا القيد، على أن إيراد الدستور لصور بعينها يكون التمييز محظوراً فيها، إنما ورده كونها الأكثر شيوعاً في الحياة العملية ولا يدل بالتالي على انحصاره فيها دون غيرها (147).

وحتى يتضح لدينا مفهوم الحقوق والحريات، نرى ان نتعرض أولاً لمفهوم الحق والحرية ونحوه في أعماق هذه الكلمات لنعرف معناها لغة واصطلاحاً، ومن ثم نبين صورها المتعددة وكذلك نبين موقف الدساتير منها وبعدها نبين اهم تطبيقات هذه الحقوق والحريات وذلك وفق التالي :

المبحث الأول: ماهية الحقوق والحريات.

المبحث الثاني: صور الحقوق والحريات.

(147) ليث ذنون حسين، الحماية الدستورية للحقوق والحريات السياسية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الدستوري، جامعة الدول العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2009، 295ص.

المبحث الثالث: تطبيقات الحقوق والحريات.

1.2: ماهية الحقوق والحريات:

سنتناول في هذا المبحث تعريف الحق لغة واصطلاحاً في المطلب الأول ، اما المطلب الثاني سنتناول فيه تعريف الحريات في الاصطلاح اللغوي والقانوني والشرعي .

1.1.2: التعريف بالحقوق:

ان حقوق الانسان يجب ان تثبت للإنسان في كل زمان ومكان وعلى اختلاف أنواعها وذلك لمجرد أنه انسان ، فهي ما يميزه عن غيره من الكائنات الأخرى وان هذه الحقوق يصعب حصرها ، اذ انها حق والزام مقرر له ، وليست مجرد رخصة يمكنه ان يتمتع بها او لا يتمتع بها لأنها قوام حياته ، ومن أجلها يعيش وكلما كانت هذه الحقوق مصانة ومكفول لها الضمانات اللازمة لوجودها والمحافظة عليها كان ذلك في صالح المجتمع وتقدمه وازدهاره ، لانه اذا اهتزت هذه الحقوق اهتزت الثقة للأفراد ، وان هذه المسألة شغلت بال العديد من الفلاسفة والمفكرين وانها كانت مسألة صراع طويل ومحور انتقاد شعوب عانت من الظلم ، وبسببها قد قامت ثورات عديدة ضد الحكام المستبدين على مر العصور .ولغرض الوقوف على مفهوم الحق وتحديد معناه لابد لنا من بيان معناه في اللغة والاصطلاح .وكما يأتي :

1.1.1.2: مفهوم الحق في اللغة:

كلمة حقوق والتي هي جمع كلمة حق ، والحق في اللغة العربية يتسم بمعان كثيرة منها ، (الثبوت واللزوم والوجوب، ونقيض الباطل) (148) وهناك من ربط بين مفهومي الحق والواجب في اللغة ، فالفعل حق له يفيد وجب له كقولنا حق عليه ، أي بمعنى وجب عليه او ثبت عليه (149) .

ويلاحظ ان كلمة الحق استخدمت في معان كثيرة في القرآن الكريم ، فأنت بمعنى الثابت كما قوله تعالى "قال للذين حق عليهم القول" (150) وانت في مكان اخر بمعنى نقيض الباطل ، كقوله تعالى "ولا تلبسوا

(148)د. فاروق السامرائي ، حقوق الانسان في القرآن الكريم ، بحث منشور في مجموعة بحوث (حقوق الانسان في الفكر العربي) مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت، 2002،ص77، محمد بن بكر الرازي ، مختار الصحاح ، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة 1977،ص146.

(149)د.محمد عابد الجابري، حقوق الانسان في الفكر العربي،مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت،ط الأولى،2002،ص25.

(150)سورة القصص الاية 63.

الحق بالباطل وتكتموا الحق وانتم تعلمون" (151) ، او قوله تعالى " بل نقذف بالباطل فيدمغه فاذا هو زاهق " (152) وأيضاً أنت بمعنى الوجوب كما قوله تعالى " ولكن حق القول مني" (153).

2.1.1.2: مفهوم الحق في الاصطلاح:

لقد تعددت الآراء وتباينت في تحديد تعريف او مفهوم للحق ، اذ منهم من انكر فكرة الحق من أساسها ، ومنهم من اتجه الى تأييدها والاعلام من شأنها ، ويعود هذا التفاوت الى تعدد المذاهب والمدارس التي تصدت الى هذا الموضوع فذهب انصار مدرسة القانون الطبيعي والمذهب الفردي الى تأييد التعريف الذي كان شائعاً للحق (بانه مكنة او سلطة يعترف بها القانون للفرد ، او المصلحة التي يحميها القانون) (154).

اما انصار المدارس الاجتماعية كانوا يرون ان هذا الاتجاه تأييد لنزعة فردية ترفضها عقيدتهم ، وحاولوا هدم تلك الفكرة واستبدالها بنموذج اخر، تحل فيه فكرة المركز القانوني محل فكرة الاستثناء او التسلط الفردي ، وقد أثمرت جهود تلك المدارس في الحد من تطرف المذهب الفردي في مفهوم الحقوق الا ان ذلك لم يؤدي الى القضاء على فكرة الحق التي مازالت تمثل حقيقة قانونية أساسية يؤيدها معهم فقهاء القانون (155).

الا ان القول بذلك لا يعني اتفاق الفقهاء المؤيدين ذلك على تعريف واحد للحق ، اذ يلاحظ تعرض تعريفه الى كثير من الجدل بين أنصاره ، فهناك من يدعو الى التوسع في التعريف واخر الى التضييق (156).

درج الفقه القانوني الوضعي المقارن ، والقانون الأوربي اساساً، على التمييز بين اتجاهات او مذاهب ثلاث فيما يتعلق بتعريف الحق (157) :-

الاتجاه الأول: ما يطلق عليه المذهب الشخصي، ويذهب أنصاره الى التيار الفردي أساساً الى تعريف الحق بأنه (قدرة او سلطة ارادية، يخولها القانون شخصاً معيناً ، ويرسم حدودها) ، وهذه الإرادة هي معيار وجود الحق وجوهره ، حيث ان الحق وفقاً لرأي أصحاب هذا الاتجاه هو صفة تلحق بالشخص

(151) سورة البقرة الآية 42.

(152) سورة الأنبياء الآية 18.

(153) سورة السجدة الآية 13.

(154) د. هشام قاسم ، المدخل الى علم الحقوق ، المطبعة العالمية ، دمشق، 1971، ص273.

(155) د.حمدي عبد الرحمن، مبادئ القانون، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، 1974، ص167.

(156) د.حمدي عبد الرحمن، المصدر السابق، ص169.

(157) د. نعمان خليل جمعة ، دروس في المدخل للعلوم القانونية ، دار النهضة العربية ، 1979، ص283.

فيصبح بها قادرا على القيام بأعمال معينة ، تحقق له في الغالب مصلحة يريدتها(158)، وقد اخذ بعض القانونيين على هذا التعريف الأول للحق تعارضه مع المنطق ، فالثابت لديهم ان القدرة او الإرادة التي ينهض عليها التعريف المذكور لا تعد في المقام الأخير الا ان تكون نتيجة لوجود الحق والاقرار به وليست جوهره ، هذا ناهيك عن حقيقة ان الواقع يعرف حالات خاصة تثبت فيها لبعض الافراد حقوق معينة ، دون ان تكون لديهم إرادة ، ومن ذلك مثلا حالات المجنون والصغير الغير مميز(159).

الاتجاه الثاني: اوما يطلق عليه المذهب الموضوعي ،الذي ينسب أساسا في الفقه القانوني الأوروبي الى الفقيه الألماني اهرنج ،ويذهب أنصاره الى تعريف الحق بانه ((مصلحة يحميها القانون)) ، وهذه المصلحة قد تكون مادية كحق الملكية مثلا ، وقد تكون معنوية كالحقوق الشخصية ومنها مثلا الحق في الحرية او في السلامة الشخصية او المحافظة على الشرف، كما ان هذه المصلحة تتحقق بالنسبة الى عموم الافراد ، حتى اذا انعدمت الإرادة او تعطلت لدى البعض ، ووفقا للمعنى السابق فان اصطلاح الحق انما يقوم على عنصرين رئيسيين وهما :-

الأول: موضوعي أو جوهري ، ويتمثل في المصلحة التي تتجسد في الفائدة او الميزة او المكسب الذي يحصل عليه صاحب الحق.

الثاني: شكلي، يتمثل في الحماية القانونية التي تكفل من خلال التشريعات التي ينظمها انجاز هذه المصلحة وتعد هذه الحماية في نظر انصار الاتجاه ضرورية حيث ان تقرير المصلحة ليس كافيا بحد ذاته وانما يتعين وجود غطاء مناسب من الحماية يضمن تحقيقها ، وتاخذ هذه الحماية في تطبيق صوراً عدة، وابرزها صورة الدعوى او حق التقاضي.

الاتجاه الثالث : قوامه ما اطلق عليه بعض القانونيين التعريفات المختلفة ،حيث ان هذه التعريفات تكاد تجمع بين التعريفين اللذين انتهى اليهما الاتجاهان الاولان سالف الذكر(160)،ومن ابرز هذه التعريفات :
-التعريف الأول : الحق :هو سلطة للإرادة الإنسانية ، معترف بها ومحمية من القانون، ومحلها مال او مصلحة.

التعريف الثاني: الحق سلطة مقصود بها خدمة مصلحة ذات صفة اجتماعية .
التعريف الثالث : الحق: هو المال او المصلحة المحمية عن طريق الاعتراف بقدرة إرادة صاحبها .

(158) د.مصطفى كامل السيد، محاضرات في حقوق الانسان، القاهرة، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، 1993-1994، ص9.

(159) د.فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، عمان، دار البشير، 1997، ص251 ومابعدها.

(160) د. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مصدر سابق، ص251.

والواقع ان هذا التباين في الفقه القانوني الأوربي ، فيما يتصل بتعريف الحق ، قد انعكس أيضا على موقف الفقه العربي ، فهنا نجد انفسنا امام تعريفات عديدة للحق ومنها :

الحق هو الصلة التي تربط بين طرفين ، وتقوم على مصلحة مشروعة ، وقد أخذ البعض بهذا التعريف قصوره المتمثلة في عدم اشتماله على الحقوق كافة ، حيث ينطبق على طائفة الحقوق الشخصية التي يتصور فيها وجود علاقة بين شخصين ، تخول احدهم سلطة مطالبة الاخر بالقيام بعمل او الامتناع عن عمل (161) .

والتعريف الثاني أساسه هو ان الحق هو قدرة شخص من الأشخاص ، على ان يقوم بعمل معين ، يمنحها القانون ويحميها، تحقيقا لمصلحة يقرها. والواضح من التعريف هذا هو تأثير الكبير لما ذهب اليه أنصار المذهب الموضوعي السالف الذكر ، وان كان قد استبدل بعنصر المصلحة ، ما سماه عنصر القدرة على التصرف بطريقة معينة(162).

اما التعريف الثالث يعرف الحق بانه (المركز القانوني الذي يتمتع به صاحبه بميزة يستأثر بها ، ويستطيع أن يفرض احترامها على الغير)وقوام هذا التعريف في رأي أصحابه خمسة أمور فهو أولا مركز لان صاحبه يكون في وضع محدد يختلف به عن الاخرين، وهو ثانياً قانوني، لان القانون هو الذي يقره وينظمه، ويضفي عليه الجزاء الذي يضمن احترامه، وهو ثالثا يعطي لصاحبه ميزة سواء اكانت مادية ام معنوية ، وهو أيضا يرتب ميزة لصاحب هذا المركز القانوني مقررة لمصلحته ، وخامساً وأخيراً هو الذي يجعل صاحب هذا المركز القانوني يستأثر وحده بالميزة المشار اليها دون سائر البشر.

ومع ما تقدم يمكن تعريف الحق بأنه سلطة او مكنة يمنحها القانون للشخص من الأشخاص تحقيقاً لمصلحة مشروعة يعترف له بها القانون ويحميها.

2.1.2: تعريف الحريات:

ان الحرية من أصعب المفاهيم التي تواجه الفكر الإنساني واكثرهم تعقيدا على الاطلاق، اذ انها من القيم القليلة التي لها تأثير عظيم على أفئدة البشر على مر العصور، ومع هذا فان الفقهاء لم يتفقوا على تعريف محدد لها (1) ، ولهذا نجد بأن الحرية هي احدى الكلمات العصية على التعريف لان قيمتها اكبر من معناها

(161) د.نعمان خليل جمعة،دروس في المدخل للعلوم القانونية،دار النهضة العربية،1979،ص283 ومابعدها.

(162) د.نعمان خليل جمعه،المصدر السابق،ص283

(163) محمد منيب محمد ، ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الادري ، أطروحة دكتوراه، جامعة عين الشمس ،1981،ص125،

، ولأنها أكثر مما نتحدث، وقد عبر الفقيه مونتسكيو عن ذلك بقوله انه توجد كلمة مستعصية على التعريف مثل الحرية(164).

ومن اجل تحديد تعريف دقيق لمفهوم الحريات سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب الى فرعين ففي الفرع الأول سوف نتحدث عن تعريف الحريات في الاصطلاح اللغوي والفرع الثاني سوف نتحدث عن تعريف الحريات بالاصطلاح القانوني .

1.2.1.2: الحرية في الاصطلاح اللغوي:

اسم من حر فيقال حر الرجل يحر حرية ، اذا صار حرا والحر من الرجال ، خلاف العبد ، وسمي بذلك لأنه خالص من الرق(165). وقال ابن منظور (1232-1311م) في شرح معاني الكلمة (والحر بالضم : نقيض العبد والجمع احرار وحرار ، والحررة نقيض الامة والجمع حرائر. وحرره ، وفي الحديث من فعل كذا وكذا فله عدل محرر أي اجر معتق ، المحرر الذي جعل من العبد حرا فأعتق ، يقال حر العبد يحر حرارة بالفتح أي صار حر(167).

والحرية لغة هي (الخلاص من التقييد والعبودية والظلم والاستبداد وان يكون للفرد القدرة على ان يختار ، وان يفعل ما يريد ، لانه صاحب ارادته وهو أيضا ملك لنفسه، وبالتالي فان الحرية نقيض العبودية(168)). لقد عرفها الأستاذ الطاهر بن عاشور في كتابه المشهور، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام ، على انها "عمل الانسان ما يقدر على عمله حسب مشيئته لا يصرفه عن عمله امر غيره(169).

وأیضا ان الباحث العراقي الشيخ القرشي يقول : (الحرية في اللغة تطلق على الخلاص من العبودية فيقال هو حر أي غير مسترق، وتطلق على الخلوص من القيد والاسر. وفي الإسلام فان الحرية يراد بها الخلاص من العبودية تارة فيقال حر بمعنى غير مملوك ،وتارة أخرى يراد بها الاختيار والرضا فيقال ان فلان حر في تصرفاته أي بمعنى انه غير مجبر او مكره، كما انها يراد منها تخليص النفس من الوهم والخرافات ، فيقال: فلان متحرر من الاوهام(170)).

(164) قاموس الفكر السياسي ، تأليف مجموعة من المختصين، 1994، الجزء الأول، منشورات، وزارة الثقافة، دمشق، ص247. ؛ د.وسام نعمت إبراهيم السعدي ود.محمد يونس يحيى الصائغ، الحريات العامة وضمانات حمايتها دراسة فلسفية تأصيلية مقارنة، الإسكندرية، 2015، ص12.

(165) Verpeaux.m.la liberte ، a.j.d. a ، 1998 p144.

(167) محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، 1982، ص129.

(168) د. عبد المجيد الحفيظ سليمان، الوجيز في النظم السياسية ، دار الثقافة العربية، القاهرة، ص314.

(169) محمد الطاهر ابن عاشور، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، الشركة التونسية للتوزيع، المؤسسة الوطنية للكتاب، الطبعة الثانية، تونس، 1985، ص160.

(170) باقر شريف القرشي ، نظام الإسلام السياسي ، بيروت ، دار المعارف للطبوعات، ط1978، 2م، ص183 و184.

ونستخلص من التعريف اللغوي ان الحرية هي نقيض العبودية ، أي ان الانسان يكون حر غير خاضع لقيود او قهر، فالحر هو الانسان الغير المقيد باي قيود مادية ، والخالص في انسانيته لا تشوبه شائبة ، فهي الخلوص والتحرر من القيود، وعدم الاكراه والجبر على فعل الانسان ما يكره، فيستطيع الانسان ان يتصرف وفقا لطبيعته و ارادته ، والانسان الحر هو الشريف والكريم في خلقه وحسبه.

2.2.1.2: الحرية في الاصطلاح القانوني:

هناك تعاريف فقهية عديدة للحرية وهناك من ينظر الى مفهوم الحريات العامة برؤية تعالج المضمون لهذا المصطلح من خلال القول بان الحريات هي: (ليست مضمون محدد وثابت ،اذ يتحدد مضمونها طبقا لما تقوم السلطات بتحديدته في مجالات يمكن ممارسة الحرية فيها، وان هذه المجالات تختلف باختلاف الزمان والمكان والنظام السائد والمستوى الحضاري لكل مجتمع، ويتحكم في تحديدها اتساعا وضيقا عديد من الظروف السياسية والتاريخية، والاقتصادية(171).

والحرية تعرف على "قدرة الانسان في إتقان كل عمل لا يضر بالآخرين ، وان تكفل له هذه الحرية كل شيء بما فيها حرية التعبير عن الرأي وتقيد بعد اضرار الشخص بغيره(172).

وهناك من عرف الحرية بأنها : (رغبة الفرد في ان يكون سيد نفسه، يسير بموجب غايات واهداف شخصية واعيه(173).

وأیضا عرفها الأستاذ وهبه الزحيلي بانها (هي ما يميز الانسان عن غيره ،ويتمكن بها عن ممارسة افعاله واقواله وتصرفاته بإرادة واختيار ،من غير قسر ولا اكراه ولكن ضمن حدود معينة(174).

وهناك من عرفها بانها : (الملكة الخاصة التي تميز الانسان من حيث هو موجود عاقل يصدر في افعاله عن ارادته هو لا عن أي إرادة أخرى غريبة عنه ، وهي مشكلة الوجود الإنساني ، مادام فهمنا لمعنى الحرية هو الذي يكشف لنا معنى القيم ومعنى القلق(175).

وعرفت الحرية بانها فعل الانسان ما يريد فعله دون مدافع بمقدار إمكانه، والحرية بهذا المعنى حق البشر على الجملة ،لان الله لما خلق للإنسان العقل والإرادة اودع فيه القدرة على العمل فقد

(171)د. عبد العليم علام، دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام واثره على الحريات العامة ، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ،ص 216، محمد حسن دخيل، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، منشورات الحلبي، ط1، بيروت، 2009، ص13.

(172) عماد ملوخية، الحريات العامة ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص6-13.

(173)د.خضر خضر، الحريات العامة وحقوق الانسان، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 1998، ص35.

(174) وهبة الزحيلي ، حق الحرية في العالم ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، دار الفكر ، دمشق ، سوريا، ط2007، ص4، ص39.

(175)د. زكريا إبراهيم ، مشكلة الحرية ، مكتبة مصر، القاهرة ، 1971، ص18.

اكن فيه حقيقة الحرية وخوله استخدامها بالأذن التكويني المستمر في الخلقة⁽¹⁷⁶⁾، فالحرية من حق جميع البشر، فمن حق الانسان فعل ما يريد طالما له إرادة وعقل مستخدم كما منحه الله له ، فمفهوم الحرية في الإسلام هي القدرة على عمل كل شيء دون الاضرار بالغير.

وأخيرا الحرية عند البعض هي " القدرة على التصرف ضمن مجتمع منظم وفقا للتحديد الذاتي وضمن القيود والقواعد القانونية السارية في ذلك المجتمع"⁽¹⁷⁷⁾.

وان اعلان حقوق الانسان 1789 قد عرف الحرية بانها: (حق الفرد في ان يفعل كل ما لا يضر بالآخرين ،ولا يمكن اخضاع ممارسة الحريات الطبيعية لقيود من اجل تمكين أعضاء الجماعة الاخرين من التمتع بحقوقهم وهذه القيود لا يجوز فرضها الا بقانون).

وكلمة الحرية عندما تضاف الى الحق (كحق الحرية) يكون المقصود بها هو عدم جواز الاسترقاق او الاستعباد كما ورد في نص المادة (3) من الإعلان العالمي لحقوق الانسان : (لكل فرد الحق في الحياة والحرية)، وحرمان الرقيق من حريته لا يقل عن حرمانه من حقه في الحياة ، أي حرمانه من كافة حقوقه كإنسان.

2.2: صور الحقوق والحريات:

يحظى موضوع حقوق الانسان وحرياته بأهمية بالغة في العصر الحاضر وهذا لا يعني عدم الاهتمام به في العصور الماضية ، الا ان درجة الأهمية تباينت من عصر الى آخر، وذلك ما ينطبق على مفهوم تلك الحقوق أيضا حيث كان مفهوم الحقوق والحريات ضيقا في العصور الماضية ولا يتعدى المساواة المدنية وحق الحرية وحق الملكية ، ولكن بفضل تطور الحياة أصبح المفهوم واسعا ويضم صورا عديدة من الحقوق والحريات وهو أيضا في أتساع ، وهذا يشير الى ان تلك الحقوق والحريات ليست جامدة وانما هي متغيرة من حيث عددها واشكالها وذلك لأنها تخضع للتطور المستمر بسبب تطور مجالات الحياة .

وان ميثاق الأمم المتحدة أرسى حجر الأساس لتمتع الافراد بمجموعة من الحقوق والحريات، بعد وضع الصلة التي تربط بين السلم والامن الدوليين من جهة، واحترام حقوق الانسان والحريات الأساسية للجميع من دون تمييز من جهة أخرى، وان الأمم المتحدة لم تكتفي بتضمين ميثاقها عددا من النصوص المرتبطة بحقوق الانسان بل أكملت هذه النصوص بعقد العديد من الاتفاقيات الدولية التي كانت تشمل مختلف الحقوق والحريات الأساسية للإنسان، وجاء في مقدمة هذه النصوص ما يطلق عليه " الشرعية الدولية لحقوق الانسان " .

(176) نعيم عطية ،النظرية العامة للحريات الفردية،القااهرة،دار القومية للطباعة والنشر،1965م،ص23.

(177) محمد الطاهر بن عاشور، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام ،المؤسسة الوطنية للكتاب،الجزائر،ط2،ص169.

وأيضاً يجب ان نشير الى ان تعدد أنواع هذه الحقوق والحريات لا يراد به مباشرتها من دون وجود قانون ينظمها ويبين مرادها، وأيضاً لا يعني انها حقوق مطلقة، وانما هي نسبية يتمتع بها الفرد من دون ان يضر بحقوق وحريات الافراد الاخرين.

وانسجاماً مما تقدم ارتأينا دراسة صور الحقوق والحريات للإنسان في هذا المبحث، حيث سوف نتناول دراسة صور الحقوق والحريات في خمسة مطالب مع بيان موقف الدساتير الأجنبية والعربية منها.

1.2.2: الحقوق والحريات الشخصية:

ان هذا النوع يعد من أسمى الحقوق والحريات الأساسية الفردية الذي يكفله جميع الإعلانات العالمية والإقليمية وحتى الوطنية لحقوق الإنسان وأن البشر يسعون لتحقيقها منذ القدم لذلك جهدت معظم الدساتير لتكريسها بنصوص و ضمانات لممارستها وحمايتها، ونستطيع تعريف الحريات الشخصية بأنها (تمتع الفرد بحريته الجسمانية وحقه في الحياة وحرية في التنقل داخل الدولة وخارجها وكذلك حقه في الأمن بعدم جواز القبض عليه أو حبسه أو اعتقاله إلا طبقاً للقانون وفي الحدود ووفق الإجراءات التي يقررها) (178)، ويتضح من خلال التعريف السابق ان الحقوق والحريات الشخصية تشمل صوراً عديدة لهذا سوف نتناولها في عدة فروع .

1.1.2.2: الحق في الحياة:

ان الحق في الحياة هو مبدأ أخلاقي يستند الى ان للإنسان الحق في ان يعيش حياة كريمة مفعمة بالحرية وحماية جسده وروحه من التعرض للقتل من قبل انسان اخر او حمايته من كل تعدي يمس به لانه ولد من اجل صيانة حقه بالحياة ووجوده على هذه الأرض كي يعمر بها ويترك الأثر الإيجابي وصيانة كرامته الإنسانية فمن يتعدى على حق الانسان بالحياة كأنه تعدى على كرامته واهم حقوقه.

وان هذا الحق يتقدم على كافة الحقوق الأخرى من حيث الأهمية لذلك القانون يقوم بحمايته فلا يجوز سلب هذا الحق وحرمان الفرد من حياته بشكل تعسفي، واذا كان القانون ينص على عقوبة الإعدام، فلا يمكن تنفيذها الا بناء على حكم قضائي وبعد ان تتوافر فيه كل الشروط المنصوص عليها في المواثيق الدولية لحقوق الانسان، فلا يمكن لاي سلطة ان تسلب حق الفرد في الحياة. (179)

(178) د. فاروق عبد البر، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، ج ١، مطابع سجل العرب، دون مكان نشر، ١٩٨٨، ص ٢١٩

(179) د. الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الانسان، ذاتيته ومصادره، حقوق الانسان (دراسات حول الوثائق العالمية والإقليمية)، المجلد الثاني دار العلم للملايين، بيروت، 1998، ص 23.

1-موقف الدساتير الأجنبية: لقد كفل التعديل الرابع عشر لسنة 1868 الذي جرى على الدستور الأمريكي في الفقرة الأولى منه هذا الحق ، اذا لم يجيز لاي ولاية ان تحرم شخصا من حقه في الحياة او الحرية او الممتلكات من دون تطبيق القانون على واجه الاكمل .ولا يجوز لها ان تحرم أي شخص في نطاق سلطاتها من المساواة في الحماية امام القانون(180) ، مما يعني ان الدستور الأمريكي لسنة 1787 لم ينص على حق الانسان في الحياة صراحة الا انه أشار عليه في التعديل الذي أجريه على الدستور الأمريكي لسنة 1868 في الفقرة الأولى منه(181).

ولقد نص دستور الاتحاد السويسري الصادر سنة 1999 على ان "لكل انسان الحق في الحياة ، عقوبة الموت ممنوعة " ،اما في فرنسا فان الحق في الحياة يجد أساسه الدستوري في المادة (2) من اعلان حقوق الانسان والمواطن الصادر في 26 أغسطس عام 1789 ، والتي نصت على انه " يكون الهدف من تجمع سياسي هو الحفاظ على الحقوق الطبيعية وغير القابلة للتقادم للإنسان ، وهذه الحقوق هي الحرية والملكية والامن ومقاومة التظلم " فهذه المادة تكفل الحرية بمختلف صورها ، كما يجد أساسه أيضا في المادة (1/66) من الدستور الفرنسي لسنة 1958 والتي نصت على انه "لا يجوز الحكم على أي شخص بعقوبة الإعدام" .

2-موقف الدساتير العربية : ان اغلب الدساتير العربية جاءت خالية من الإشارة الى حق الانسان في الحياة (182)، فقط هناك خمسة دساتير عربية اشارت الى هذا الحق وهي الدستور الصومالي 1969 (183). ودستور جيبوتي لسنة 1992 (184). والدستور السوداني لسنة 1998(185)، والدستور المصري لسنة 2014 النافذ كفل حق الانسان في الحياة وسلامة جسمه بصورة مباشرة حيث نص عليه في المادة (60) "لجسد الانسان حرمة، والاعتداء عليه، أو تشويهه أو التمثيل به ، جريمة يعاقب عليها القانون ، ويحظر الاتجار بأعضائه ، ولا يجوز اجراء أية تجربة طبية ، او علمية عليه بغير رضاه الحر الموثق ، ووفقا

(180)د.احسان المفرجي ود. كطران زعير النعمة ود. رعد الجدة – النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق – دار العاتك للنشر والتوزيع ، ط4، القاهرة، 2011، ص185.

(181)راجع: ف1(جميع الأشخاص المولودين في الولايات المتحدة او المتجنسين بجنسيتها والخاضعين لسلطانها يعتبرون من مواطني الولايات المتحدة ومواطني الولاية التي يقومون فيها. ولا يجوز لاية ولاية ان تضع او تطبق أي قانون ينتقص من امتيازات او حصانات مواطني الولايات المتحدة . كما لا يجوز لاية ولاية ان تحرم شخص من الحياة ، او من الحرية ،او الملكية ،دون مراعاة الإجراءات القانونية الأصولية."....

(182)ينظر نصوص الدستور السوري لسنة 1973، والدستور الأردني لسنة 1952، المغربي لسنة 1996، اللبناني لسنة 1962، النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية رقم 1\90\270\14412هـ.

(183) ينظر المادة (16) من الدستور الصومال لسنة 1969" لكل شخص الحق في الحياة وفي السلامة الشخصية"

(184) نصت المادة (10) من دستور جيبوتي لسنة 1992 على ان "يتمتع كل فرد بالحق في الحياة والحرية والامن وسلامته الشخصية."

(185)نصت المادة (20) من دستور السودان لسنة 1998 على انه "لكل انسان الحق في الحياة والحرية ...الخ."

للأسس المستقرة في مجال العلوم الطبية على النحو الذي ينظمه القانون" وفي المادة (61) من الدستور ذاته نصت على انه "التبرع بالأنسجة والأعضاء هبة للحياة ، .." (186). ولم يقف الامر عند حد الاعتراف الدستوري بحق الانسان في الحياة وسلامة جسده، وانما امتد الى احاطة هذا الحق بسياج من الحماية الجنائية التي تكفل احترامها من عدوان السلطة العامة وعدوان الافراد عليها (187).

وان الدستور العراقي لسنة 2005 النافذ أيضا قد أشار الى هذا الحق بصورة واضحة ومباشرة في صلب الوثيقة الدستورية اذ نص على انه "لكل فرد الحق في الحياة والامن والحرية، ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق او تقييدها الا وفقا للقانون وبناء على قرار صادر من جهة قضائية مختصة". (188) وحرم الدستور العراقي جميع أنواع التعذيب النفسي والجسدي والمعاملة الغير إنسانية في المادة (37 ف|ج)، ولا تنفذ احكام الإعدام الا بالمصادقة عليها من قبل رئيس الجمهورية المادة (73 ف 8).

مما يلاحظ ان الدساتير العربية لم تعطي حق الانسان في الحياة الاهتمام الذي يرتقي الى مستوى أهميته حيث لم تحدد له مادة مستقلة به وانما كفلته ضمن حقوق أخرى مثل حق الامن والحرية في حين ان الدستور السوري والأردني والمغربي واللبناني لم يشير الى حق الانسان في الحياة نهائيا، ولكن ان هذا لا يعني ان هذا الحق مهدرا في هذه الدول وانما التشريعات الجنائية تقوم بحماية هذا الحق.

2.1.2.2: الحق في الكرامة والحرية والسلامة الشخصية:

ان لا قيمة للحياة مع وجود القهر والظلم واهدار الكرامة الشخصية والقيود التي من شأنها ان تقييد حرية الانسان. فليس هنالك قيمة لحياة لا تحظى بالحماية اللازمة لجسد الانسان ونفسيته، لذلك وجب الابتعاد عن التعذيب البدني والنفسي او فرض عقوبات قاسية لا إنسانية مهينة لكرامة الانسان وأيضا منع من لهم السلطة من إساءة استخدامها من خلال التعذيب البدني والنفسي او فرض العقوبات القاسية اللاإنسانية المهينة لكرامة البشر وأيضا منع القبض او الحرمان العشوائي من الحرية.

1-موقف الدساتير الأجنبية : لقد اختلفت الدساتير الأجنبية المقارنة في معالجة هذا الموضوع ، وذلك بسبب عدم ورود عبارة (الحق في الكرامة والحرية وسلامة الشخصية) في الكثير منها، حيث قد تكون

(186) من الجدير بالذكر ان الدساتير المصرية السابقة كانت خالية من أية نص يحمي حق الانسان في الحياة باستثناء مادة واحدة نص عليها دستور سنة 1971 الملغي المادة (43) منه ، التي تناولت فيه هذا الحق ولكن بصورة غير مباشرة .

(187) ينظر قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة 1937 المعدل ، المادة (126) والمادة (127) و(129) .

(188) ينظر: المادة (15) من دستور العراق لسنة 2005 النافذ

وردت بصيغة أخرى ، كما نها وردت في حوالي(180) دستور، اما الحق في الحرية وردت في (16) دستور ، اما التعرض للتعذيب او المعاملة او العقوبة القاسية او اللإنسانية فوردت في (131)دستور(189).

2-موقف الدساتير العربية :-اما بالنسبة للدساتير العربية لورود الحق في الحرية فيها فقد وردت تقريبا في (16) دستور، اما الحق في الامن فورد في (10) دساتير، وورود الحق في عدم التعرض للقبض في (18) دستور، حيث تم حظر القبض او سلب الحرية او الاحتجاز الا في حالات التي يقرها القانون، وهناك بعض الدساتير التي ذهبت الى صياغة كرامة المحتجز وعدم إيذاؤه معنويا او اذلاله او اهانتته(190)، وأيضا هناك بعض الدول العربية التي قامت بتجريم أي خروج على هذا الحظر سواء فيما يتعلق بالتعذيب او التجريم العام على التعدي على الحقوق والحرات الواردة في الدستور مع عدم سقوط الجريمة بالتقادم(191).

وان الدستور المصري لسنة 2014 الحالي قد كفل حق الكرامة الإنسانية حيث أورده في ديباجته بعبارة واضحة للدلالة على احترام الكرامة الإنسانية وانه حق لكل مواطن بقولها "..... الحرية والكرامة الإنسانية والعدالة الاجتماعية حق لكل مواطن، ولنا ولأجيالنا القادمة -السيادة في وطن سيد". وأيضا المادة (51) منه نصت على انه "الكرامة حق لكل انسان ، ولا يجوز المساس بها ...الخ" والمادة (55) نصت على "كل من يقبض عليه او يحبس ، او تقيد حريته تجب معاملته بما يحفظ عليه كرامته ، ولا يجوز تعذيبه ، ولا ترهيبه ، ولا اكرامه ، ولا ايذاؤه بدنيا او معنويا ، ويكون حجزه ، او حبسه الا في أماكن مخصصة لذلك لائقة إنسانيا وصحيا ، وتلتزم الدولة بتوفير وسائل الاتاحة للأشخاص ذوي الإعاقة ، ...الخ"(192). وأيضا نص على حماية الامن الشخصي في المادة (54) منه حيث نصت على انه "الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس ، وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على احد او تفتيشه او حبسه ، او تقييد حريته ...الخ"

اما الدستور العراقي فقد كفل هذا الحق عندما أستهل ديباجته بأية من الذكر الحكيم في تكريم الانسان، فابتدأ بقوله تعالى : "ولقد كرمتنا بني آدم " (193) وأيضا نص في متن الدستور "لكل فرد الحق في الحياة

(189)د. محمود شريف بسيوني، دراسة مقارنة بمعايير الحقوق الدستورية الدولية، المعهد الدولي لحقوق الانسان، جامعة دي بول، 2005،ص695.

(190) راجع: دستور الصومال 1969 المادة (18) ، الكويت لسنة 1962 المادة(31)، مصر لسنة 2014 المادة(55)، الامارات 1971 المادة(26)،جيبوتي 1992 المادة(16)،قطر 2003 المادة(36)، فلسطين 2003 المادة(13)،البحرين 2005 المادة(19)،الجزائر 1996 المادة.(34)

(191) نصت المادة (51) من الدستور المصري لسنة 2014 على انه "الكرامة حق لكل انسان ، ولايجوز المساس بها، وتلتزم الدولة باحترامها وحمايتها."

(192) أيضا راجع المواد (9،17،18،78،82) من نفس الدستور .

(193) سورة الاسراء، الاية رقم 70.

والامن والحرية... الخ" (194)، وأيضا قد نصت المادة (19) منه على حظر الحجز وعدم جواز الحبس او التوقيف في غير الأماكن المخصصة لذلك.. الخ" (195)، وأيضا نص البند (أ) من الفقرة أولا المادة (37) على ان " حرية الانسان وكرامته مصونة " (196).

3.1.2.2: الحق في الخصوصية:

ان الحق في الخصوصية او الحياة الخاصة يعتبر من الحقوق الملازمة لحياة الفرد، وأيضا يعتبر من أبرز الحقوق الملاصقة لشخصيتهم، لما له من اثر كبير في تحقيق الكرامة الإنسانية، وأيضا هذا يصنف ضمن اهم الحريات لاتصاله بكيان الفرد وكرامته، وبقدر تمتعه بهذا الحق يمكنه مباشرة الحقوق والحريات الاخرى.

1-موقف الدساتير الأجنبية: اما بالنسبة للحماية لهذا الحق في الدساتير الأجنبية فان معظمهم قد نص على وجوب احترام حق الانسان في خصوصياته، ففي دستور الولايات المتحدة الامريكية وتحديدًا في التعديل الرابع لسنة 1791 الذي أشار الى "عدم انتهاك حرمة الشعب وان يكون امانا على اشخاصه ودياره واوراقه ومقتنياته ضد اعمال التفتيش او الاعتقال بدون سبب... الخ". أيضا ان دستور المانيا الاتحادية لعام 1949 قد نص على حرمة المنازل وسرية المراسلات، وهذا ما اخذ به الدستور السويسري 1998 ولكنه تميز بالنص على حق الشخص في الحماية من سوء استخدام بياناته الشخصية، وأيضا هذا ما اخذ به الدستور الإيطالي 1947 بحماية حق الخصوصية في المادة (14) منه، اما فيما يتعلق بالدستور الفرنسي فان هذا الحق، وجد في المادة (الثانية) من اعلان حقوق الانسان والمواطن الصادر عام 1789 ، حيث تكفل الحرية بمختلف صورها ، وايضا يجد أساسه في المادة (66) من دستور 1958 النافذ حاليا حيث نصت على انه "لا يجوز حبس أي شخص بطريقة تعسفية ، تكفل السلطة القضائية باعتبارها حامية الحرية الفردية احترام هذا المبدأ وفق الشروط المنصوص عليها في القانون".

حيث كفلت الحرية المدنية، فالمبادئ التي جاءت في ديباجة دستور 1946 ، والتي يؤيدها دستور 1958 قد حرصت على عدم المساس بالحقوق المدنية ، وهذا يعني احترام مجلس الدستوري الفرنسي لحياة

(194) ينظر المادة (15) من الدستور العراقي لسنة 2005 النافذ.

(195) ينظر المادة (19) من الدستور العراقي لسنة 2005 النافذ.

(196) أيضا راجع البند (ج) من نفس المادة ، والمواد 16،25،30،31،33 من الدستور العراقي التي نصت على حماية المقومات الأساسية للعيش الكريم والضمان الاجتماعي والصحي والظروف البيئية السليمة .

الأفراد الخاصة بشكل عام وخصوصاً بعد أن طعن أمامه أكثر من مرة بأن القانون لم يحترم الحق في الحياة الخاصة ، إلا أنه لم يصدر قراراً صريحاً يؤكد القيمة الدستورية للحق في الحياة الخاصة (197).

2-الدساتير العربية: أما الحماية الدستورية لهذا الحق في الدساتير العربية فقد أشار الدستور الأردني لسنة 1952 في المادة(9) منه على "حرمة المساكن فلا يجوز دخولها إلا في الأحوال المبينة في القانون ... " ، وأيضاً في المادة (13) منه نص على "اعتبار جميع المراسلات البريدية والبرقية والمخاطبات الهاتفية سرية...". والدستور المصري لسنة 2014 نصت المادة (57) منه على " للحياة الخاصة حرمة وهي مصونة لا تمس ، وللمراسلات البريدية والبرقية ، والمحادثات الهاتفية ، وغيرها من وسائل الاتصال حرمة ، وسريتها مكفولة ولا تجوز مصادرتها أو الإطلاع عليها، أو رقابتها إلا بأمر قضائي مسبب، ولمدة محددة ، وفي الأحوال التي بينها القانون...".

أما دستور العراق لعام 2005 النافذ فقد أشار في (المادة 17 ف1) الى "لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية بما لا يتنافى مع حقوق الآخرين والأداب العامة" والفقرة الثانية من نفس المادة أشارت أيضاً الى أنه "حرمة المساكن مصونة ولا يجوز دخولها أو تفتيشها... الخ"، وأيضاً في المادة (40) حيث كفل صراحة الحق في سرية المراسلات حيث نصت على أن "حرية الاتصالات والمراسلات البريدية والبرقية والهاتفية والالكترونية وغيرها مكفولة ، ولا يجوز مراقبتها أو التنصت عليها أو الكشف عنها الا لضرورة قانونية وامنية، وبقرار قضائي".

النص أعلاه قد إضافة الى هذه الحرية (الاتصالات الالكترونية) وهذا اتجاه محمود من جانب المشرع العراقي لأنه قد واكب الثورة التكنولوجية التي يشهدها العالم .

4.1.2.2: "حرية التنقل والإقامة":

يقصد بحرية التنقل قدرة الشخص على الذهاب والإياب، أي حرية السفر إلى أي مكان داخل حدود الدولة أو خارجها، وإيضاً حرية العودة إلى الوطن من دون موانع، وإذا اقتضت الضرورة فرض قيود على الشخص أو مجموعة أشخاص، فيجب أن يكون ذلك تحقيقاً للمصلحة العليا للبلاد، أي أن الباعث على ذلك القيد ابتغاء المصلحة العامة للدولة، ويجب أن تكون هذه القيود في أضيق نطاق، ولفترة محدودة(198).

(197)ليث ذنون حسين ، حالة الطوارئ في العراق واثرها على الحقوق والحريات المدنية،دراسة مقارنة ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق ، قسم القانون العام ، جامعة عين الشمس ،2018،ص420.
(198)د. محمد عبد الله الفلاح، الحقوق الدستورية للإنسان في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية "الأحكام الأساسية لحقوق الإنسان آليات حقوق الإنسان، ٢٠١٢، دار الكتب الوطنية، بنغازي ليبيا،

وهناك أنواع للتنقل مثل التنقل البري والجوي وأيضا التنقل البحري ، وان التنقل البري هو اكثر انتشارا وهو بانواع كالسير على الأقدام أو التنقل على ظهر جواد أو سيارة.(199)

1-موقف الدساتير الأجنبية: ان الكثير من الدساتير الأجنبية اقرت حرية الإقامة والتنقل واحالة الى القانون عملية تنظيمه، ومن هذه الدساتير دستور سويسرا (200) المانيا(201)، ايطاليا (202)، اما الدستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1787 لم ينص على تنظيم هذا الحق، اما المجلس الدستوري الفرنسي لقد جعل من حق التنقل من الحريات الشخصية وجعله اعلى من باقي الحقوق والحريات الأخرى التي تتمتع بالذات بالحماية الدستورية(203).

2- موقف الدساتير العربية: تباينت الدساتير العربية في عملية تنظيم هذا الحق فمنها من نصت على حرية الإقامة والتنقل فقط من دون ان تشير الى مغادرة البلاد والعودة اليها، ومنها من نصت على عدم ابعاد المواطن من بلده كدستور المغرب لسنة 1971(204)، وفلسطين لسنة (205)2003، الامارات العربية لسنة 1971(206)، اما الدستور المصري لسنة 2014 أشار في المادة (62) منه على "حرية التنقل والإقامة، والهجرة مكفولة ، ولا يجوز ابعاد أي مواطن عن إقليم الدولة ولا منعه من العودة اليه، ولا يكون منعه من مغادرة إقليم الدولة ،او فرض الإقامة الجبرية عليه، او حظر الإقامة في جهة معينة عليه، الا بأمر قضائي مسبب ولمدة محددة، وفي الأحوال المبينة في القانون". وأيضا نصت المادة (63) على انه " يحظر التهجير القسري التعسفي للمواطنين بجميع صورته واشكاله ومخالفة ذلك جريمة لا تسقط بالتقادم".

اما الدستور العراقي لسنة 2005 النافذ فقد كفل هو الآخر هذا الحق وبنص صريح يقضي بحرية العراقي بالتنقل والإقامة في أي جزء من الإقليم، حيث نصت المادة (44) منه على انه "أولا : للعراقي حرية التنقل والسفر والسكن داخل العراق وخارجه ثانيا : لا يجوز نفي العراقي او ابعاده او حرمانه من العودة

(199)د. محمد سليم محمد عزوي، الوجيز في أثر الاتجاهات السياسية المعاصرة على حقوق ص الإنسان، ١٩٨٥، عمان، ص ٨٣

(200) ينظر: المادة (24) من دستور سويسرا.

(201) ينظر: المادة (11) من دستور المانيا.

(202) ينظر المادة (16) من دستور إيطاليا.

(203)د.فاروق عبد البر، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، ج1، القاهرة، ص224، ياسر عطوي الزبيدي، الحق في حرية التنقل (دراسة دستورية مقارنة)،مقال منشور في الانترنت :

www.fcds.com/mag/issue-4-9.html.

(204) نصت المادة (9ف1) من الدستور المغربي 1996 "يضمن الدستور لجميع المواطنين حرية التجوال وحرية الاستقرار بجميع ارجاء المملكة."

(205) نصت المادة (20) من الدستور الفلسطيني لسنة 2003 "حرية الإقامة والتنقل مكفولة في حدود القانون"

(206) نصت المادة (29) من الدستور الامارات العربية على ان " حرية التنقل والإقامة مكفولة للمواطنين في حدود القانون

الى الوطن". مما يلاحظ من نص السابق ذكره ان المشرع العراقي قد منح هذا الحق فقط للعراقي ولم يكفل هذا الحق للأجنبي، لذا نتأمل من المشرع العراقي ان يجري تعديلا على هذه المادة والاخذ بعين الاعتبار ضمان هذا الحق للعراقي وللأجنبي على السواء .

وأیضا من الجدير بالذكر ان قانون العقوبات العراقي لسنة 1969 قد قيد حرية الإقامة كأحد التدابير الاحترازية التي تفرض على المحكومين عليهم وعرفت بمنع الإقامة(207).

ومن الجدير بالذكر ان هناك دساتير عربية لم تنص على هذا الحق كدستور لبنان والجزائر والكويت والسعودية وعمان والأردن ولكن ان عدم النص عليها في الدستور لا يعني عدم تنظيمه بالتشريعات الداخلية.

5.1.2.2: حق الجنسية:

ان الجنسية تعد من أهم النظم القانونية في الدولة ومظهرا مهما من مظاهر سيادة الدولة(208)، وهي معيار التمييز بين المواطن والأجنبي في الدولة(209)، ومن هنا تبرز أهمية الجنسية التي أعطت الدولة بموجبها كامل الحرية في تنظيم جنسيتها ولا يجوز لأية جهة التدخل او فرض شيء على الدولة تجاه موضوع الجنسية الذي يعتبر من صميم حرية الدولة في تنظيم شأن خاص بها ولحساسية موقف الجنسية فأنها ترتب جملة من الازدواجيات المباشرة التي يتمتع بها حامل الجنسية فبدون الجنسية لا يمكن ممارسة الكثير من الأنشطة والفعاليات وعلى رأسها الحقوق والحريات السياسية في الدولة، إضافة الى تحديد ما يكلف به من التزامات عامة او خاصة(210).

فتبرز أهمية الجنسية في المجال الداخلي من ناحية عدم امكان من لم يجعل الجنسية ممارسة حق الانتخاب والترشيح والتصويت او ممارسة حرية تكوين جمعية او حزب او تمتعه بعقار بدون قيود كحال

(207) عرف قانون العقوبات العراقي في المادة 107 منه منع الإقامة على انها "حرمان المحوم عليه من ان يرتاد بعد انقضاء مدة عقوبته مكانا معينا او املكن معينة لمدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنوات، وتراعي المحكمة في ذلك ظروف المحكوم عليه الصحية والشخصية والاجتماعية.

(208) وهذا ما سار عليه القضاء العراقي في قرار محكمة التمييز العراقية رقم 702، حقوقية، 1967 يراجع في ذلك؛ ياسين السيد طاهر الياسري، الوافي في شرح قانون الجنسية العراقي، الوفاق للطباعة الفنية المحدودة، بغداد، ط2010، ص3، ص47؛ حسين وحيد عبود العيساوي، الحقوق والحريات السياسية في الدستور العراقي لسنة 2005، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 2018، ص108.

(209) راجع د. حفظة السيد الحداد، الموجز في الجنسية ومركز الأجنب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص32، وكذلك د. سعيد يوسف البستاني، الجنسية والقومية في تشريعات الدول العربية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص23؛ حسين وحيد عبود العيساوي، المصدر السابق، ص108.

(210) د. هشام علي صادق الجنسية والمواطن ومركز الأجنب، منشأة المعارف، الإسكندرية، المجلد الأول، 1977، ص20؛ حسين وحيد عبود العيساوي، المصدر السابق، نفس الصفحة.

الوطني(211)، عليه نرى ان الجنسية انما هي فضلا عن كونها احد حقوق السياسية في الدولة فانها البوابة لولوج ممارسة بقية الحقوق والحريات السياسية والدخول في التزامات تجاه المجتمع والدولة.

1- موقف الدساتير الأجنبية: نصت الدساتير الأجنبية المقارنة على حق الجنسية كما انها احالت تنظيمها الى القانون كالدستور الإيطالي في المادة (22) منه(212)، والدستور الألماني في المادة (16)(213)، دستور الأمريكي (214).

2- موقف الدساتير العربية: حيث سارت الدساتير العربية بنفس الاتجاه التي سارت عليها الدساتير الأجنبية حيث أوردت الحق واناظته بالقانون لتنظيم احكامه كما في الدستور الأردني(215)، ومصر(216)، لبنان(217)، وسوريا وفلسطين الصومال(218)، والكويت(219)، عمان(220)، الامارات(221)، الجزائر(222)، السودان(223)، ، ولكن منهم من توسع بأحكامها فنص على حالة اسقاط الجنسية وحالة سحبها مثل الجزائر والسودان ومصر، وهناك من تميز في بيان هذا الحق كالدستور السودان وقطر واليمن الذي منع بشكل مطلق اسقاط الجنسية عن المواطن اليمني مع إجازة سحبها ممن اكتسبها وفقا للقانون المادة (44) اما الدستور العراقي لسنة 2005 النافذ فقد أشار الى حق الجنسية ضمن الباب الثاني للحقوق والحريات في المادة(18) منه وقام بتنظيمه تنظيميا مفصلا نظرا لأهمية هذا الحق.

فنصت المادة (18) على: "أولا: الجنسية العراقية حق لكل عراقي وهي أساس مواطنته.

(211) راجع المادة(3\23أ) من الدستور العراقي 2005 النافذ.

(212) المادة (22) من دستور إيطاليا نصت "لا يجوز حرمان شخص ما من اهليته القانونية ومن جنسيته واسمه لاسباب سياسية".

(213) ينظر: المادة (16) من الدستور الألماني لسنة 1949.

(214) ينظر المادة (8/ف8) من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1789 المعدل 1992.

(215) دستور الاردن المادة (5) : الجنسية الأردنية تحدد بقانون

(216) الجنسية المصرية ينظمها القانون، المادة(6)

(217) ان الجنسية اللبنانية وطريقة اكتسابها وحفظها وفقدانها تحدد بمقتضى القانون.

(218) يحدد القانون طرق اكتساب الجنسية وأسباب فقدانها، ولا تسقط الجنسية عن شخص او تسحب منه لأسباب سياسية المادة.(2)

(219) ينظر: المادة (27) من دستور الكويت لسنة1962.

(220) ينظر المادة(15) من دستور عمان لسنة 1996.

(221) دستور الامارات 1961 المادة (8) نصت على انه "يكون لمواطني الاتحاد جنسية واحدة يحددها القانون، ويتمتعون في الخارج بحماية حكومة الاتحاد وفقاً للأصول الدولية المرعية، ولا يجوز اسقاط الجنسية عن المواطن او سحبها منه ،الا في الحالات الاستثنائية التي ينص عليها القانون.

(222) الجنسية الجزائرية معرفة بالقانون شروطها وكيفية الاحتفاظ بها او فقدانها.

(223) ينظر: المادة (7) من دستور السودان لعام 2005.

ثانياً: يعد عراقياً كل من ولد لآب عراقي أو لآم عراقية، وينظم ذلك بقانون"

فلاحظ ان الدستور العراقي قد اخذ بحق الدم لأنه يمثل الأساس العائلي استناداً الى رابطة البنوة⁽²²⁴⁾. وأيضاً قد جاء بمبدأ حديث بالنسبة للدساتير العراقية السابقة حيث قام بتقرير مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في نقل الجنسية، ومنح الجنسية الاصلية للمولود من أم عراقية⁽²²⁵⁾، ليتماشى هذا المبدأ مع اتجاه معظم تشريعات الجنسية في الدول الاوربية وبعض الدول العربية⁽²²⁶⁾.

وفي الفقرة الثالثة من نفس المادة حظرت اسقاط الجنسية عن العراقي بالولادة لاي سبب كان، واجازت استردادها في حالة اسقاطها، وبهذا الحظر يكون الدستور العراقي قد تخطى الإعلان العالمي لحقوق الانسان الذي يجيز اسقاط الجنسية في الأحوال التي ينص عليها القانون، كما ان المشرع الدستوري كان حريصاً على عدم اغفال من اغتصب منه هذا الحق في ظل الأنظمة السابقة فمنح من اسقطت عنه الجنسية العراقية الحق في استعادتها⁽²²⁷⁾، حيث نصت الفقرة (3/أ) من المادة (18) على انه "يحظر اسقاط الجنسية العراقية عن العراقي بالولادة لاي سبب من الأسباب ويحق لمن اسقطت عنه طلب استعادتها...". ان الحظر في اسقاط الجنسية العراقية يتعلق فقط بحامل الجنسية بالولادة، في حين أجاز المشرع الدستوري في نفس الفقرة (3/ب) "تسحب الجنسية العراقية من المتجنس بها في الحالات التي ينص عليها القانون"، ان حكم هذا النص نراه منطقياً لحماية أمن الدولة وسلامتها من خطر (المتجنس) والذي يثبت عدم ولاءه للعراق بعد منحه الجنسية، اما في الفقرة (رابعا) من المادة (18) نص على "يجوز تعدد الجنسية للعراقي، وعلى من يتولى منصباً سيادياً او امنياً رفيعاً، التخلي عن أية جنسية أخرى مكتسبة، وينظم ذلك بقانون".

هذا وقد صدر قانون الجنسية العراقية رقم (26) لسنة 2006 الذي ألغى قانون الجنسية العراقية رقم (23) لسنة 1963، وقانون منح الجنسية العراقية للعرب رقم (5) لسنة 1975، وأيضاً قد ألغى قرار

(224) د. عكاشة محمد عبد العال، الوسيط في احكام الجنسية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط2002، ص112.

(225) هذا ما أكدته المحكمة العليا في مجموعة من قراراتها، كالقرار المرقم (ج/ اتحادية/تميز/2009) الصادر بتاريخ 2009/1/25 والذي جاء فيه (المولود لام عراقية يعتبر عراقي بحكم القانون، ويمنح الجنسية العراقية حتى وان كان والده غير عراقي..)، والقرار المرقم (30/اتحادية/تميز/2008) الصادر في 2008/7/30 والذي جاء فيه (الحكم الذي يصدر بمنح الجنسية للأولاد المولودين من ام عراقية كاشف للحق وليس منشأ له...)؛ حسين عبود العيساوي، المصدر السابق، ص119.

(226) كقانون الجنسية الفرنسي عام 1973، الألماني 1979، الإيطالي 1983، الجزائري 1970، المصري 2004 رقم 154، الليبي رقم 18 لسنة 1980، الأردني رقم (56) لسنة 1949، البحريني لسنة 1963. (227) حسين وحيد عبود العيساوي، المصدر السابق، ص121.

مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (666) لسنة 1980⁽²²⁸⁾، وعلينا الإشارة الى ان قانون الجنسية العراقية الجديد قد أجاز لوزير الداخلية (سحب الجنسية العراقية من غير العراقي الذي اكتسبها اذا ثبت قيامه او حاول القيام بعمل يعد خطرا على امن الدولة وسلامتها، او قام بتقديم معلومات خاطئة عنه او عن عائلته عند تقديم الطلب أثر صدور حكم قضائي بحقه مكتسب درجة البتات)⁽²²⁹⁾.

2.2.2: الحقوق والحريات الفكرية:

إن الله عز وجل اعطى لبني آدم أهم هبة وهي فكر الانسان، وهو الذي يميز الانسان عن باقي الكائنات الحية ويعتبر فكر الإنسان طريقا للحكمة والمعرفة ، فكلما كان الطريق هذا ممهدا بالحرية وصل الإنسان أسرع إلى قمم المعرفة والرقي والعلوم والثقافة والحضارة، لذلك يتضح لنا مدى أهمية الحقوق والحريات الفكرية التي يعرفها الفقه (بأنها حرية الإنسان باعتناق الفكر أو المعتقد الذي يراه والتعبير عن رأيه سواء كان دينياً أو سياسياً أو اجتماعياً بمختلف وسائل التعبير المسموعة والمقروءة والمرئية)⁽²³⁰⁾، ومن خلال التعريف السابق يتضح لنا ان هذا النوع من الحقوق والحريات يشمل العديد منها لذلك سوف نتطرق اليها بعدة افرع :

1.2.2.2: حرية العقيدة والدين:

ويقصد بالحق في حرية العقيدة والدين هي اعتناق الفرد ما يشاء من أفكار دينية او مبادئ التي يريدها وممارسة الشعارات الدينية التي يؤمن بها سواء كان ذلك في الخفاء او العلانية وسواء بشكل فردي او مع الجماعة، وأيضا تشمل هذه الحرية الحق في تغيير الانتماء الديني للفرد او عدم الانتماء الى أي دين او معتقد، كل ذلك في حدود النظام وعدم مخالفة، الآداب.

وان حق الانسان في حرية الدين والمعتقد تتوفر له حماية كبيرة اذ انه منصوص عليه في عدد كبير من قرارات الأمم المتحدة والمعاهدات الدولية بما فيها ميثاق الأمم المتحدة 1966 وإعلان الأمم المتحدة لعام 1981 للقضاء على التمييز والتعصب على أساس الدين او المعتقد، والاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام 1948.

(228) م(17) من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (666) لسنة 1980 الملغي ، نشر في الوقائع العراقية العدد 4019 لعام 7/3/2006 : (تعاد الجنسية العراقية لكل عراقي اسقطت عنه الجنسية العراقية بموجب هذا القرار وجميع القرارات الصادرة عن مجلس قيادة الثورة المنحل).

(229) راجع: قانون الجنسية العراقية رقم (26) لسنة 2006، المادة(15)

(230) د. ماهر صبري كاظم ، حقوق الإنسان والديمقراطية والحريات العامة، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٠، ص ٩٧

1-موقف الدساتير الأجنبية: ان الدساتير الأجنبية اغلبها قد نص على حرية العقيدة ومنها دستور المانيا الاتحادية حيث نص على "حرية العقيدة وحرية الاعتقاد وكذلك حرية اعتناق مذهب في الدين او احد المذاهب العالمية مصنونة ولا يجوز المساس بها".

وأیضا دستور سويسرا لسنة (1999) نصت المادة (15) منه على حرية الدين والعقيدة "يكفل الدستور حرية الضمير والعقيدة، ولكل شخص الحق في اختيار دينه واعتقاده الفلسفي بحرية، وان يجاهر بهما فرديا او جماعيا"

اما الدستور الفرنسي لسنة 1958 اعلن بوضوح في مادته الأولى على ان "فرنسا هي جمهورية علمانية ديمقراطية اجتماعية وتكفل المساواة امام القانون لجميع المواطنين دون تمييز بسبب الأصل او الجنس او الدين ، وهي تحترم كل المعتقدات"، وهو تكريس لفكرة حيادية الدولة تجاه المعتقدات والعبادات في الدولة الفرنسية ووقوفها على نفس المسافة من كل المواطنين مهما كان معتقدتهم⁽²³¹⁾، ونص الدستور التركي على حرية الضمير والمعتقدات والقناعات الدينية حق للجميع⁽²³²⁾. اما دستور الولايات المتحدة الامريكية نص على انه "لا يجوز للكونغرس ان يصدر أي قانون خاص بإقرار دين من الأديان ، او منع حرية ممارسته .."⁽²³³⁾

2-موقف الدساتير العربية: الدساتير العربية اتجهت العديد منها على النص على انه "الإسلام دين الدولة الرسمي" كالنظام الأساسي للحكم في السعودية "المملكة العربية السعودية دولة عربية إسلامية ذات سيادة تامة، دينها الإسلام ودستورها كتاب الله وسنة رسوله..."⁽²³⁴⁾ ، وأيضا إضافة في مادة أخرى على انه "تحمي الدولة عقيدة الإسلام... الخ"⁽²³⁵⁾ ، وهذا النص يتعارض مع الإعلان العالمي لحقوق الانسان⁽²³⁶⁾ ، وأيضا نلاحظ ان الدستور السوري قد فرض الدين على رئيس الدولة⁽²³⁷⁾.

ومن الدساتير العربية من نصت على حماية الدولة لحرية القيام بشعائر الأديان والمعتقدات على ان لا يخل ذلك بالنظام العام او الآداب العامة مثل دستور الأردن في المادة (14) "تحمي الدولة حرية القيام بشعائر الأديان او العقائد طبقا للعادات المرعية في... الخ" ، ودستور المغرب نصت المادة (6) منه على

(231) ينظر: المادة (1) من الدستور فرنسا 1958.

(232) ينظر: المادة (24) من دستور تركيا 1982.

(233) راجع: التعديل الأول على دستور الولايات المتحدة الامريكية.

(234) المادة الأولى من دستور النظام الأساسي للحكم في السعودية.

(235) المادة (23) من نفس الدستور السابق.

(236) راجع المادة (18) من اعلان العالمي لحقوق الانسان.

(237) راجع المادة (3) من دستور سوريا لسنة 2012.

انه " الدولة تضمن لكل واحد حرية ممارسة شؤونه الدينية " ، ودستور الامارات في المادة (32) منه نصت على انه " حرية القيام بشعائر الدين طبقا للعادات المرعية مصنونة... الخ".

وهناك من الدساتير من نصت على كفالة حرية العقيدة وممارسة الشعائر الدينية مثل دستور الجزائر لعام (1996) في المادة (42)، وكذلك دستور الكويت المادة (35) منه، ودستور سوريا لعام (2012) في المادة (3) منه نصت على انه "تحتزم الدولة جميع الأديان وتكفل حرية القيام بجميع شعائرها على ان لا يخل بالنظام العام" ، ودستور فلسطين لسنة (2003) في المادة (18) منه نص على انه " حرية العقيدة والعبادة وممارسة الشعائر الدينية مكفولة... الخ". ودستور مصر لسنة (2014) نصت المادة (46) منه على ان "تكفل الدولة حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية".

وهناك من الدساتير من أورد نص ينسجم مع كل فئات الشعب مثل دستور السودان (2005) حيث نص في المادة الأولى منه على انه "جمهورية السودان وطن جامع تتألف فيه الأعراق والثقافات وتتسامح الديانات ، والإسلام دين غالب السكان، وللمسيحية والمعتقدات العرفية اتباع"، اما الدستور العراقي 2005 النافذ لقد نص على "الإسلام دين الدولة الرسمي" (238)، وفي المادة (2 ف 2) نص على "يضمن هذا الدستور الحفاظ على الهوية الإسلامية لغالبية الشعب العراقي، كما يتضمن كامل الحقوق الدينية لجميع الافراد في حرية العقيدة والممارسة الدينية، كالمسيحيين والايديين والصائبة المندائيين" (239) ، وكما نص أيضا على ان "لكل فرد حرية الفكر والضمير والعقيدة" (240) ، وأيضا على "اتباع كل دين او مذهب احرار في ممارسة الشعائر الدينية... " (241) ، فمما تقدم يتضح ان الدستور العراقي قد ارسى نظامه الأساسي على دين الغالبية العظمى للأفراد ، وأيضا في نفس الوقت قام بتوفير الحماية وعدم التمييز ضد ممارسين أديان وعقائد مختلفة.

2.2.2.2: حرية الرأي والتعبير:

ان الحق في حرية الرأي والتعبير يعتبر من الحريات الأساسية التي لا يمكن لاي قائمة نظام ديمقراطي من دونها، ان هذا الحق يعني قدرة الانسان على ان يتبنى اراء وأفكار التي يريدونها بدون أي جبر او ضغط، وأيضا بالإضافة الى القدرة قدرة الانسان على التعبير عن اراءه وافكاره باستخدام وسائل مختلفة ، ويفترض وجود شرطين أساسيين كي يمارس الانسان هذه الحرية ، (أولهما هو غياب القيود الخارجية

(238) راجع المادة (2/أولا) من الدستور العراقي 2005 النافذ.

(239) راجع المادة (2/ثانيا) من الدستور السابق.

(240) راجع المادة (42) من الدستور السابق.

(241) راجع المادة (43/أولا /أ) من الدستور السابق.

على النشاط او السلوك الغير مرغوب فيه ، وثانيهما غياب التهديد الخارجي ، أي التهديد الذي لا يمكن لاي أي انسان عاقل ان يقاومه(242).

1-موقف الدساتير الأجنبية :لقد حظت حرية الرأي باهتمام بالغ لما لها أهمية كبيرة في حياة الفرد والمجتمع فذهبت اغلب الدساتير الى النص عليها ومنها دستور سويسرا في المادة (16) منه على انه "يكفل الدستور حرية الرأي والمعلومات ... الخ" ، ودستور المانيا الاتحادية في المادة (5) منه التي نصت "لكل انسان الحق في التعبير عن رأيه ونشر بالقول والكتابة او التصوير ..الخ" ، وأيضا دستور فرنسا حيث نص على "تكفل القوانين حق التعبير عن الآراء المختلفة والمشاركة العادلة للأحزاب والجماعات السياسية في الحياة الديمقراطية للأمة" ، وأيضا دستور إيطاليا نص على ان " للجميع حق ابداء الرأي بحرية قولاً وكتابة وبأي من الوسائل النشر الأخرى ... " (243)، اما دستور الولايات المتحدة الامريكية لسنة 1971 نص على " لا يصدر للكونغرس أي قانون خاص ، يحد من حرية التعبير والصحافة ..."(244) .

2-موقف الدساتير العربية: قد نصت اغلب الدساتير العربية على هذه الحرية ولكن فقط اختلفت في كيفية الصياغة، فهناك من أوردت هذه الحرية دون بيان وسائل التعبير عنها ، وهناك من أوردت حرية الرأي والوسائل التي تعبر عنه ، فالدستور الجزائري (245) السودان (246) والمغربي (257) وردت فيهم هذه الحرية ولكن لم تحدد الوسائل التي تعبر عن الرأي ، اما الدساتير (الأردن (248) ، الكويت (249) ، الامارات(250)

(242)ينظر : اكرام بدر الدين ،الديمقراطية الليبرالية ونماذجها التطبيقية ، دار الجوهرة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1986 ،ص 95 ؛د.وسام نعمت إبراهيم السعدي و د. محمد يونس يحي الصائغ ، المصدر السابق ، ص 135.

(243) راجع المادة (4) من ديباجة الدستور الفرنسي لعام 1958 المعدل.

(244)راجع : المادة (21) من دستور إيطاليا 1947.

(245)دستور الجزائر 1989 المعدل 1996 المادة (41) "حرية التعبير مضمونه للمواطن ..الخ"، والمادة (36) " لا مساس بحرمة المعتقد، وحرمة حرية الرأي"..

(246)ينظر المادة 25 من دستور السودان.

(247) دستور المغرب المادة (9) يضمن الدستور لجميع المواطنين حرية الرأي وحرية التعبير ..الخ"

(248) دستور الأردن 1952 المادة (15ف 1) "تكفل الدولة حرية الرأي ، ولكل اردني ان يعرب بحرية عن رأيه بالقول والكتابة والتصوير وسائر وسائل التعبير بشرط ان لا يتجاوز حدود القانون" ، وفي نفس المادة في (ف 5) منها وضعت قيود على ممارسة حرية الرأي ، حيث نصت على ان "يجوز في حالة اعلان الاحكام العرفية او الطوارئ ان يفرض القانون على الصحف والنشرات والمؤلفات والإذاعة رقابة محدودة في الأمور التي تتصل بالسلامة العامة واغراض الدفاع الوطني."

(249) ينظر دستور الكويت المواد (36) ، 37 ، 54.

(250) ينظر دستور الامارات المادة. (30)

، فلسطين (251) ، لبنان(252)، مصر(253) لقد وردت فيها حرية الرأي والتعبير وأيضا قامت بتحديد الوسائل التي تعبر عنها ، اما الدستور العراقي 2005 النافذ فقد نظم هذه الحرية في المادة (36/أولا) حيث نصت على "تكفل الدولة وبما لا يخل بالنظام العام والاداب : أولا : حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل".

نلاحظ ان الدساتير العربية تضمنت هذا الحق ووضعته في عبارات بسيطة لا تشمل أي تفاصيل او اسهاب لتحديد نطاق تلك الحرية ، كما انها تضع شروطا وتحدد قيودا لها ويتم تنظيمها بمقتضى القانون فنلاحظ انها تنص على ان حرية التعبير مصونة "في القانون" او بما يتفق مع القانون " او "بالشروط التي يحددها القانون"، ونلاحظ ان اشد القيود على هذه الحرية نجدها في القانون الأساسي السعودي ، حيث نصت المادة (36) على ان "تلتزم وسائل الاعلام والنشر وجميع وسائل التعبير بالكلمة الطيبة وبأنظمة الدولة ، وتسهم في تثقيف الامة ودعم وحدتها ، ويحظر ما يؤدي الى الفتنة او الانقسام او يمس بأمن الدولة وعلاقاتها العامة او يسيء الى كرامة الانسان وحقوقه وتبين الأنظمة كيفية ذلك" .

3.2.2.2: حق التجمع او الاجتماع:

ويقصد بها ان يتمتع الفرد في ان يجتمع مع من يريد من الاشخاص ، في مكان وزمان الذي يريده ، كي يعبر عن الآراء ووجهات النظر سواء بالخطب والندوات والمحاضرات ، او بالمناظرات والمناقشات وغيرها من الوسائل ، واستخلاص النتائج وإصدار المنشورات والبيانات التي تتضمن المقررات والتوصيات.(254)

1-موقف الدساتير الأجنبية : لقد نصت ديباجة الدستور الفرنسي 1958 على ان "الشعب يعلن رسميا ارتباطه بحقوق الانسان وبمبادئ السيادة الشعبية كما حددها اعلان حقوق الفرنسي عام 1789 واكدها واكملتها ديباجة عام 1946" وان المادة (55) الدستور الفرنسي ايضا قد اعطى المعاهدات والاتفاقيات التي يتم الموافقة عليها او تصديقها قوة اعلى من قوة القوانين ، لذلك ان الاتفاقية الاوربية لحماية حقوق الانسان والحريات الأساسية الصادرة في روما سنة (1950) والاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1966 اللتان تتضمنان النص على حرية الاجتماعات

(251)دستور فلسطين المادة (19) نصت "لا مساس بحرية الرأي ولكل انسان الحق في التعبير عن رأيه ونشره بالقول او الكتابة" ..

(252)دستور لبنان 1946 المادة (13) نصت على ان " حرية ابداء الرأي قولاً وكتابة وحرية الطباعة وحرية الاجتماع... الخ"

(253)دستور مصر 2014 المادة (47) نصت على "حرية الرأي مكفولة ، ولكل انسان التعبير عن رأيه ونشره بالقول او الكتابة او التصوير او غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون والنقد الذاتي والنقد البناء ضمان لسلامة البناء الوطني." (254) د.وسام نعمت إبراهيم السعدي و د. محمد يونس يحي الصائغ ، المصدر السابق ، ص 142 .

العامّة ، لهما قوة اعلى من قوة القوانين في فرنسا وذلك بعد التصديق عليهما من قبل البرلمان الفرنسي ، حيث لا يمكن للقوانين الفرنسية مخالفتها او الخروج منها.(255)

اما الدستور الولايات المتحدة الامريكية فانه لم يكن يتضمن عندما تم وضعه نص خاصا بحرية الاجتماع ، ولكن بعدما صدر التعديل الدستوري الأول له ، نص في المادة الأولى على ان "لن يصدر الكونغرس أي قانون بأقرار ديانة او بحظر القيام بالشعائر الدينية ، او بتقييد حرية القول او الصحافة ، او حق الشعب في الاجتماع في هدوء وسكينة او حقه في مقاضاة الحكومة ومطالبتها بتعويض عند ضرر لحقه" ، ومما هو واضح ان هذا التعديل في الدستور قد كفل حرية الاجتماع العام وان المشرع قد حظر المساس بها فلا يمكن من اصدار أي قانون يقيد او ينتقصها (256) ، اما الدستور الألماني فقد نصت المادة (8) منه على انه " لجميع الالمان الحق في التجمع سلميا وبدون أسلحة وبدون اشعار مبكر ولا ترخيص " ، اما الدستور السويسري فقد قام بحماية هذه الحرية بالنص عليها في المادة (22) حيث نصت أولا "يكفل الدستور حرية التجمع" . وثانياً "لكل شخص الحق في تنظيم اجتماعات والاشترك فيها او ان يمتنع عن الاشتراك فيها".

2-موقف الدساتير العربية : الدساتير العربية اشارت اغلبها الى حق التجمع ولكن وفقا للقانون منها الدستور الأردن حيث نصت المادة (16) منه على ان "للأردنيين حق الاجتماع ضمن حدود القانون" ، ودستور الجزائر في المادة (41) منه نصت على ان " حريات التعبير ، وانشاء الجمعيات ، والاجتماع ،مصونة للمواطن " ، ودستور الامارات أيضا نص على هذه الحرية في المادة (33) منه في نفس الصياغ ، وهناك دساتير قد فرقت بين الاجتماعات العامة والتجمعات والاجتماعات الخاصة كالدستور فلسطين في المادة (26) منه (257) ، ودستور قطر حيث نص على "حق المواطنين في التجمع مكفول وفقاً لأحكام القانون" (258) ، وهناك دساتير لم يرد فيها نص تبيح هذه الحرية كالدستور السودان والنظام الأساسي السعودي ، اما الدستور المصري فقد نص في المادة (50) منه على ان "للمواطنين حق تنظيم الاجتماعات العامة والمواكب والتظاهرات السلمية ، غير حاملين سلاحا ، ويكون بناءا على اخطار ينظمه القانون ، وحق الاجتماعات الخاصة مكفول دون اخطار ، ولا يجوز لرجال الامن حضورها او التنصت عليها" ،

(255) د. عبد السميع ، أفكار ، حرية الاجتماع، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ،كلية الحقوق، قسم القانون العام ، القاهرة، مصر ، 2002، ص198-199 ؛ مراد تيسير خليف الشوارة ، التنظيم القانوني لحرية الاجتماعات العامة في القانون الأردني ، رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الأوسط ،كلية الحقوق ،قسم القانون العام، 2015، ص50.

(256) د. عطية نعيم ، مساهمة في دراسة النظرية العامة للحرية الفردية ، رسالة دكتوراه ، ص173: عبد السميع ، أفكار ، المصدر السابق، ص210 : مراد تيسير خليفة الشوارة ،التنظيم القانوني لحرية الاجتماع، المصدر السابق، ص96.

(257) راجع المادة (26) من دستور فلسطين. 2002

(258) راجع المادة (44) من دستور قطر 2004

فيوضح لنا من هذا النص ان الاخطار هو شرط أساسي لتنظيم الاجتماعات العامة والمواكب والتظاهرات اما الاجتماعات الخاصة فالأخطار ليس شرطاً فيها .

اما الدستور العراقي فقد نص في المادة (138/ثالثاً) على ان "تكفل الدولة بما لا يخل بالنظام العام والآداب، حرية الاجتماع والتظاهر السلمي وتنظم بقانون"، ونلاحظ ان مشروع هذا القانون لم يرى النور بعد على الرغم من اندلاع ثورات وتظاهرات عديدة في عدد كبير من المحافظات العراقية ويرجع هذا التأخير لأسباب شكلية وموضوعية وسياسية .

4.2.2.2: حرية الصحافة:

ان هذه الحرية تتصل اتصالاً وثيقاً بحرية الرأي والتعبير، وتعني الحق في جمع الانباء ونقلها ونشرها من دون قيود، وان هذه الحرية هي العامل الاساسي للجهد الذي يبذل من اجل تعزيز سلم العالم وتقدمه. وان الإرادة والقدرة على عدم إساءة استخدامها هو من اهم العناصر التي لا يمكن الاستغناء عنها في حرية الاعلام، ويعتبر الالتزام الادبي بتقصي الوقائع دون تعرض ونشر المعلومات دون سوء قصد من قواعدها الاساسية. ولا يمكن تحقيق التفاهم والتعاون بين الدول دون وجود رأي عالمي مستيقظ وسليم، وهذا يعتمد بدوره اعتماداً كلياً على حرية الاعلام. وفي السنوات الأخيرة وجه الاهتمام الرئيسي فيما يتعلق بأعمال الحق في حرية الرأي والتعبير الى تنفيذ البرنامج الدولي لتنمية الاتصال وإقامة نظام عالمي جديد للاعلام والاتصال عن طريق التعاون بين الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة وغيرها من مؤسسات منظومة الأمم المتحدة(259) .

1-موقف الدساتير الأجنبية:

ان حرية الصحافة والتعبير تتمتع بحماية شديدة من القيود بموجب الدستور الولايات المتحدة الامريكية في التعديل الأول حيث نصت على " لا يجوز للكونغرس ان يصدر قانوناً يحد من حرية الكلام او الصحافة .." ، وأيضا ان هذه الحرية مصانها في الدستور الألماني حيث نصت المادة (5) منه على انه "لكل انسان الحق في التعبير عن رأيه بالكلمة او الكتابة او الصورة ، ونشر هذا الرأي ، كما له الحق في الحصول

(259)أعلنت الجمعية العامة في جلستها الأولى (في القرار 1559 بتاريخ 14 كانون الأول 1946) ، (أن حرية الاعلام هي أحد حقوق الإنسان الأساسية ، وهي المعيار الذي تقاس به جميع الحريات التي تكرس الأمم المتحدة جهودها لها) . و تعني حرية الإعلام ضمناً الحق في جمع الأخبار ونقلها ونشرها في أي مكان دون قيود. تشكل هذه الحرية عاملاً أساسياً في أي جهد يبذل لتعزيز سلم العالم وتقدمه ، وأحد العناصر التي لا غنى عنها في حرية الإعلام هو توفر الإرادة والقدرة على عدم إساءة استخدامها ، ومن بين قواعدها الأساسية الالتزام الأخلاقي بالتحقيق بتقصي الحقائق دون تعرض ونشر المعلومات دون سوء قصد.

على المعلومات دون أي عوائق من المصادر المتاحة للعامة ... ولا يوجد للرقابة" , اما الدستور السويسري لسنة 1999 المعدل 2014 فانه "يكفل حرية الصحافة والراديو والتلفزيون .."(260) ، اما الدستور الفرنسي فان حرية الصحافة تعد من الحريات الأساسية التي تتصل بالحرية الشخصية فقد نصت الدساتير الفرنسية السابقة على احترامها ، اما الدستور الحالي لسنة 1958 فان لم ينص على نصوصا خاصة لحرية الصحافة ، وانما احتوى في مقدمته على جملة مبادئ تتضمن الاخذ بما نص عليه دستور عام 1946 ، واذا امعنا النظر في مقدمة هذا الدستور فأننا نجد انه اخذ بما جاء في اعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي لعام 1789 فيما يتعلق بالحقوق والحريات العامة ومن ضمنها حرية الصحافة ، وبالتحديد المادة (11) منه والتي تم تكريسها لهذه الحرية (261).

2-موقف الدساتير العربية: ان الدساتير العربية تتشابه الى حد ما فيما بينها في بعض موادها المخصصة لحرية الصحافة فمنها من اشارت الى هه الحرية ولكن بإحالتها الى القانون كالدستور السوري في م 38 منه حيث نصت على " تكفل الدولة حرية الصحافة والطباعة والنشر وفقاً للقانون". وأيضاً دستور القطري لعام 1979 رقم 8 نصت المادة (48) بانه "حرية الصحافة والطباعة والنشر مكفولة وفقاً للقانون"، اما دستور دولة البحرين 1972 ففي المادة (24) منه اهتمت بحرية الصحافة وأكدت هذه المادة على حرية الصحافة والطبع والنشر مكفولة وفقاً للشروط والأوضاع التي يعينها القانون(262)، وأيضاً دستور سلطنة عمان جاء في نفس السياق حيث نظم هذه الحرية في المادة (31) منه، وأيضاً دستور الكويت 1962(263). كما هناك دساتير قيدت هذه الحرية بشكل ضمني كالدستور الأردني الذي نص في المادة (15/ف2و3و4و5) عليها (264) ، وأيضاً دستور البحرين أشار الى هذه الحرية ولكنه قيدها بعدم المساس بأسس العقيدة الإسلامية ووحدة الشعب في المادة (24) منه والنظام الأساسي السعودي جاء في نفس السياق م (39) .

(260)راجع: المادة (17) من دستور سويسرا 1999 المعدل.

(261) تنص المادة (11) من اعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي على انه "حرية تبادل الآراء والأفكار هي اثن حق من حقوق الانسان لذلك يحق لكل انسان ان يتكلم ويكتب اراءه في صحف مطبوعة بكامل الحرية ، على ان يكون مسؤولاً عن إساءة استعمال هذه الحرية في الأحوال التي يحددها القانون " : ليث ذنون حسين ،الحماية الدستورية للحقوق والحريات السياسية ،دراسة مقارنة ، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الدستوري ، جامعة الدول العربية ، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، 2009م ،ص93.

(262)علاء الدين صالح ، حرية الرأي والتعبير في الدساتير العربية ، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر ،كلية العلوم السياسية والاعلام،قسم الاعلام والاتصال،2011-2012،ص175.

(263)ينظر المادة (37) من دستور الكويت1962.

(264) علاء الدين صالح ، المصدر السابق ،ص168.

اما دستور مصر فنصت المادة (48) منه على حرية الصحافة والطباعة والنشر، ولكنه أجاز في حالة الطوارئ او الحرب فرض رقابة محدودة على الصحف، وهناك دساتير عربية اشارت الى حرية الصحافة بشكل ضمني أي باعتبارها احدى وسائل الرأي والتعبير كالدستور الامارات 1996 في المادة (30) "ان حرية الراي والتعبير عنه بالقول والكتابة وسائر وسائل التعبير..".

اما الدستور العراقي 2005 فقد نص على ان "تكفل الدولة، بما لا يخل بالنظام العام والآداب "حرية الصحافة والطباعة والاعلان والنشر"(265).

وبالرغم من ان الدساتير قد كفلت حرية الصحافة والنشر الا ان هناك قيودا معينة توضع في تشريعات خاصة لضمان ممارستها في اطار صحيح مما يتضح لنا ان حرية الصحافة هي نسبية وليست مطلقة لان تسري عليها بعض القيود التي تتعلق بكيفية اصدار وتداول الصحف او رسم حدود معينة للممارسة العمل الصحفي .

5.2.2.2: حرية التعليم:

وتتضمن الحق في تلقي الانسان العلوم المختلفة، وايضا الحق في تلقين العلم للآخرين وما يتفرع عن ذلك من نشر هذا العلم في الوسائل المختلفة، وحرية اختيار الاساتذة الذين يزاولون تلقين العلم، وفي سياق نفس الموضوع ان المادة (٢٦) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان قد نصت على إن "لكل شخص الحق في التعليم ويجب أن يكون التعليم في مراحله الأولى والأساسية على الأقل بالمجان، وان يكون التعليم الأولي إلزامياً، إن يعمم التعليم الفني والمهني، وان ييسر القبول للتعليم العالي على قدم المساواة التامة للجميع وعلى أساس الكفاءة اجتماعية تعد حرية التعليم من الحقوق الأساسية للإنسان ... " (266)

1-موقف الدساتير الأجنبية: بدأ حق التعليم بأخذ دورا هاما وبصورة متزايدة في المجتمعات المعاصرة ، وان الأهمية هذه قامت على اعتبار ان هذا الحق يعد مقياس لثقافة المجتمع ومدى احترامه لتطبيق القوانين وخاصة التي تتعلق بمبدأ المساواة بين الجنسين ، لذلك نجد ان جملة من الدساتير والقوانين لأغلب الدول تنص على هذا الحق إضافة للمواثيق الدولية الإقليمية (267).

(265)المادة (38/ثانيا)دستور العراق 2005.

(266) د.وسام نعمت إبراهيم الساعدي ود.محمد يونس يحي الصانع،المصدر السابق ، ص 141

(267)عبد الرحمن، الانسان العربي والتنمية حقوق الانسان ركيزة محورية لاي انطلاقة تنموية، حقوق الانسان العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، ط1،بيروت،1999،ص64 ؛ بتول عبد الجبار و حسين التميمي،الضمانات الدستورية لحق التعليم في العراق، دراسة تحليلية مقارنة،رسالة ماجستير ،جامعة النهريين، كلية الحقوق ، 2015م،ص36.

ومن الدساتير الأجنبية أيضا التي اشارت الى حق التعليم الدستور الإيطالي فقد أخذ بإلزامية التعليم الابتدائي ومجانيته (268) ووضع التعليم تحت اشراف الدولة وأيضا قد نص في المادة (33) منه على ان " تضع الجمهورية القواعد العامة للتعليم ، وتنشئ مدارس حكومية لجميع الافرع والصفوف " ، اما حرية التعليم في الدستور السويسري فانه نص عليها في المادتين (19 و 20) حيث كفل حق التعليم الأساسي الكافي والمجاني وأيضا حق التدريس والبحث العلمي ، فنجد ان التعليم في سويسرا هو تعليم متنوع جدا لان الدستور يخول للكانتونات صلاحية تحديد النظام التعليمي .

2-موقف الدساتير العربية: من الدساتير العربية التي اشارت الى الزامية التعليم ومجانيته في مرحلة التعليم الأساسي دستور الامارات حيث جعل الزامية التعليم في المرحلة الأساسية ومجاني في كل مراحل داخل الاتحاد(269). وأيضا الدستور المصري 2014 النافذ حيث نصت المادة (19) منه على الزامية التعليم حتى نهاية المرحلة الثانوية او ما يعادلها وان الدولة تتكفل بمجانية التعليم بمختلف مراحل (270) , وهذا أيضا ما جاء به الدستور الجزائر وليبيا .

اما دستور العراق 2005 فقد نص على هذه الحرية في المادة (34) منه وبأربعة فقرات : "أولا: التعليم عامل أساس لتقدم المجتمع وحق تكفله الدولة ، وهو الزامي في المرحلة الابتدائية ، وتكفل الدولة مكافحة الامية . ثانيا: التعليم المجاني حق لكل العراقيين في مختلف مراحل. ثالثا: تشجع الدولة البحث العلمي للأغراض السلمية بما يخدم الإنسانية وترعى التفوق والابداع والابتكار ومختلف مظاهر النبوغ. رابعا: التعليم الخاص والأهلي مكفول وينظم بقانون".

من خلال ما تقدم نلاحظ ان الدستور العراقي اعتبر التعليم هو العامل الاساسي لتقدم المجتمع وكفله الدولة وجعلته الزاميا في المرحلة الابتدائية التي تكون مدتها ستة سنوات ، ان النص على الزامية التعليم وحدها لا تكفي في التطبيق العملي مالم تقترن بإجراءات أخرى لذلك يرى الباحث من الضروري وضع آلية تضمن تطبيق الدستور وتطبيق احكامه من خلال تشريع قوانين تكفل توفير مقومات الحياة الأساسية لأولياء أمور الطلبة وللطلبة ، وأيضا نلاحظ ان المشرع العراقي قد حرص على حقوق الأطفال في المادة (29/ثانيا) حيث نصت على انه "للأولاد حق على والديهم في التربية والرعاية والتعليم ..". وهنا علينا ان ننوه الى ان حرية التعليم ليست مطلقة للشخص او لأولياء الأمور بل هي حرية مقيدة بشروط تضمن حقوق الطفل، كما يلاحظ ان المشرع العراقي لم يذكر الزامية التعليم في المرحلة الثانوية والجامعية ربما

(268)ينظر: المادة (34) من دستور ايطاليا1947.

(269)ينظر المادتين (17و18) من دستور الامارات لسنة 1971 المعدل سنة 1996.

(270) ينظر: المادة (14) من الإعلان الليبي لسنة 1969.

لان الفرد في هذه المرحلة يكون مدركا لمصالحه الشخصية، ويسهل عليه التمييز بين النفع والضرر، ولكننا نرى الزامية التعليم حتى مرحلة البلوغ. (271)

وأیضا ان المشرع الدستوري قد أشار الى ان التعليم يكون مجاني في كافة مراحل الا بالنسبة للتعليم الخاص او الأهلي الذي نص عليه في المادة (4/34) " ان التعليم الخاص والأهلي مكفول وينظم بقانون ، وهذا النوع من التعليم يخضع لرقابة الدولة واشرفها الفني المباشر، ويستقل بعض الشيء في النواحي المالية والإدارية"(272)

6.2.2.2: حق تكوين الجمعيات والأحزاب السياسية:

وهي حرية تشكيل جماعات منظمة لها وجود مستمر فلا يمكن للمرء دائماً أن يعمل منفرداً في الحقل الاجتماعي او الاقتصادي أو السياسي، بل عليه أن يتعاون ويتشارك في كتل ومنظمات تختلف باختلاف الغاية المقصودة منها، وتتضمن هذه الحرية بان يكون للشخص حرية الانضمام إلى ما يشاء من الجمعيات او الاحزاب مادامت اغراضها سلمية ولا تتنافي مع النظام العام والآداب، وعدم جواز اكرامه على الانضمام إلى جمعية او حزب من الاحزاب(273) .

1- موقف الدساتير الاجنبية من حق تكوين الجمعيات والأحزاب السياسية: ان اغلب الدساتير الاجنبية المقارنة اشارت الى هذا الحق في دساتيرها منها دستور المانيا في المادة (9) منه، ودستور إيطاليا (274)، ودستور سويسرا (275) ، والدستور الفرنسي (276) وهناك من الدساتير لم يتطرق الى هذا الحق، كدستور الولايات المتحدة الامريكية.

(271) وفي تعرف الطفل نورد نص المادة (1) من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989(الطفل هو كل انسان لم يتجاوز الثامنة عشر ،مالم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المطبق عليه).

(272)بتول عبد الجبار حسين التميمي ، رسالة ماجستير، مصدر السابق،ص39-41.

(273)حسين وحيد عبود العيساوي،الحقوق والحريات السياسية في الدستور العراقي لسنة 2005،دراسة مقارنة،المركز العربي للنشر والتوزيع ،مصر، القاهرة ،ط1 ،2018،ص257.

(274)نصت المادة (18) من دستور إيطاليا " ان للمواطنين الحرية في تأليف جمعيات لأغراض لا يحظرها القانون الجنائي على الافراد وذلك دون حاجة لاذن"، ونصت المادة (49) منه أيضا على ان "للمواطنين الحق في ان يجتمعوا بحرية داخل أحزاب ليسهموا".

(275)المادة (23) من دستور سويسرا نصت على "1- يكفل الدستور حرية تكوين الجمعيات. 2- لكل شخص الحق في تكوين الجمعيات او الانضمام او الانتماء اليها وان يشارك في أنشطتها. 3- لا تمارس أي ضغوط على أي شخص للانضمام او الانتماء الى جمعية". وفي المادة (137) من نفس الدستور نصت على "تشارك الأحزاب السياسية في تكوين الرأي والإرادة لدى الشعب".

(276)المادة (4) من دستور الفرنسي 1958 نصت على " تسهم الأحزاب والجماعات السياسية في التعبير عن الراي بالاقتراع ، وهي تتكون وتباشر نشاطها بحرية ، ويجب عليها احترام مبادئ السيادة الوطنية والديمقراطية".

2-موقف الدساتير العربية: اختلفت الدساتير العربية المقارنة في التباين في صياغة النص الدستوري لهذا الحق حيث اشارت بعضها الى حق تكوين الجمعيات فقط والبعض منها جمع بين الجمعيات والأحزاب السياسية، كالدستور الامارات (277) ، ودستور لبنان(278)، عمان(279)، الكويت (280) ،التي نصت فقط على الجمعيات، اما الدساتير التي جمعت بين الجمعيات والأحزاب، الدستور الجزائري (281) ، دستور فلسطين (282) ، المغرب(283)،دستور مصر الذي نص في المادة (5) منه الى النظام السياسي يقوم على تعدد الأحزاب.

اما الدستور العراقي 2005 فقد كفل حرية تأسيس الاحزاب السياسية والجمعيات من خلال المادة (39) والتي نصت على "أولاً: حرية تأسيس الجمعيات والأحزاب السياسية، او الانضمام اليها مكفولة، وينظم ذلك بقانون.ثانياً: لا يجوز اجبار أحد على الانضمام الى أي حزب او جمعية او جهة سياسية، او اجباره على الاستمرار في العضوية فيها". ومن خلال هذا النص يمكننا ان نلاحظ ان دستور 2005 قد كفل حرية تأسيس الجمعيات والأحزاب السياسية مدركا للدور الذي تلعبه في بناء الديمقراطية الحديثة في العراق متبنياً لنظام تعدد الأحزاب باعتباره اكثر من غيره من الأنظمة الحزبية (284) انسجاماً مع مبادئ الديمقراطية التقليدية على أساس انه مادام الحكم للشعب ، فلكل جماعة ان تختار ما تشاء من اتجاهات واءاء، وأفكار ، كما كفلت المادة (39/أولاً) حرية الانضمام الى الأحزاب السياسية والجمعيات باعتبار هذه الحرية متلازمة بشكل واضح مع حرية تكوين الجمعيات وتأسيس الأحزاب السياسية ، وذلك لفسح المجال امام العراقيين في الاختيار بين الانتماء الى احد الأحزاب السياسية من اجل تعزيز المشاركة وحرية التعبير عن الآراء السياسية من خلال الانتخابات والطرق الديمقراطية الأخرى ، او عدم الانتماء الى أي حزب سياسي(285). أيضاً ان المادة (39/ثانياً) قد تضمنت على مبادئ دستورية أخرى وهي عدم جواز اجبار أي مواطن عراقي للانتماء الى أي حزب سياسي ، وأيضاً عدم اجبار المواطن المنتمي لاحد

(277)ينظر: المادة (33) من دستور الامارات.

(278)ينظر: المادة (13) من دستور لبنان.

(279)ينظر: المادة (33) من دستور عمان.

(280)ينظر: المادة (43) من دستور الكويت.

(281)ينظر: المادة (41 و42 و43) من دستور الجزائر

(282)ينظر: المادة (26) من دستور فلسطين.

(283) ينظر: المادة (3 و9) من دستور المغربي.

(284)يتبنى غالبية الفقهاء التقسيم الثلاثي لأنواع النظم الحزبية وهي (نظام الحزب الواحد ،ونظام الحزبين، نظام التعدد الحزبي)، للمزيد من التفاصيل يراجع د.محمد كاظم المشهداني،المصدر السابق،ص228؛ أشار اليه حسين وحيد عبود ، المصدر السابق،ص240.

(285) د.تميم طاهر أحمد و د.فراس ياوز عبد القادر ، الحماية الجنائية للأحزاب السياسية دراسة مقارنة ،مجلة الحقوق ،الجامعة المستنصرية ،كلية القانون،العدد (6،7) ، المجلد (2) ،السنة (4)،2009،ص6؛حسين وحيد عبود العيساوي ، المرجع السابق،ص241.

الأحزاب في الاستمرار في العضوية ، ونلاحظ ان هذه المادة قد جاءت بنظرة جديدة للحريات السياسية لم ينص عليها في الدساتير السابقة ، وهي انعكاسا منطقيًا للأوضاع السابقة التي اتسمت بالقمع والملاحقة لكل من يتحزب او يمارس نشاطا حزبيا خارج تنظيمات الحزب حيث كان يجيز المواطن العراقي على الانضمام له بطرق عديدة ، كما لا يجوز لاي عضو فيه ترك الحزب مهما كانت الظروف والأسباب(286) ، ولكن الباحث يرى ان المشرع الدستوري العراقي كان الاجدر في ان يحدد الضوابط التي تمثل المبادئ الأساسية التي تركز عليها حرية تأسيس الأحزاب كمبدأ المساواة بين الأحزاب السياسية وحظر وقفها او حلها بالطريق الإداري مع ان يمنح هذا الاختصاص الى اعلى سلطة قضائية .

3.2.2: حق المشاركة في إدارة شؤون العامة:

يعتبر حتى المشاركة في إدارة الشؤون العامة من الحقوق الأساسية للصيقة بمواطني الدولة، وانعكاسا حقيقيا للرابطة السياسية والقانونية، وأبرز اثر للتمييز بين الوطني والاجنبي، وهي المنطلقات التي تجعل هذا الحق مكفولة بمقتضى الموائيق والاتفاقيات الدولية قبل التشريعات الوطنية، لأنه المبرز الوحيد الذي يجعل من المواطنين أداة فاعلة في محيطهم (287) وللمشاركة في إدارة الشؤون العامة مظاهر عديدة تتمثل بالحقوق السياسية) (الانتخاب والترشيح والاستفتاء)، والتوظيف في مرافق الدولة و حق التقاضي. وسنتناول كل منها في فرع مستقل وفق الآتي: -

1.3.2.2: الحقوق السياسية:

يعد حق المشاركة في الحياة السياسية من الركائز الأساسية للديمقراطية، لان تطور هذه الديمقراطية يتوقف على مدى توافر فرص المشاركة العمليات السياسية أمام فئات المجتمع، والعمل منها حق دستوري يحض بها الأفراد، وهي بمعنى آخر تعني الحق الذي يخول الأفراد المساهمة والمشاركة في حكم أنفسهم، ويتضمن هذا الحق الاشتراك في الانتخابات المختلفة والاستفتاءات المتنوعة وكذلك حق الترشيح العضوية الهيئات والمجالس المنتخبة(288). لذا سنتناول في هذا الفرع اهم الوسائل المشاركة في الحياة السياسية وهي (الاستفتاء، الترشيح، والانتخاب)

(286) حسين الطحان، الدستور العراقي الجديد، دراسة مقارنة، ط2009، ص1، ص77؛ حسين وحيد عبود العيساوي ، مصدر سابق، ص241.

(287) بو حفيص امال ،حق المشاركة في إدارة شؤون العامة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، كلية الحقوق، 2006-2007، ص8.

(288) د. و صالح جواد كاظم ، و د.علي غالب العاني، الانظمة السياسية، دار الحكمة ، بغداد، 1991، ص29؛ حسين وحيد عبود العيساوي: المصدر السابق ، ص ١٣٢

أولاً : الاستفتاء : يقصد به هو معرفة رأي المواطنين المتمتعين بحق الانتخاب في قضية دستورية سياسية بالتشريعية معينة قبل البت بها نهائياً ، وايضا قد عرفه البعض بانه عبارة عن أخذ رأي الشعب في موضوع من الموضوعات العامة و معرفه اتجاهه في أمر من الأمور سواء كان ذلك بالموافقة او الرفض. من خلال إدلاء الناخبين برأيهم بكلمة (نعم) ام (كلا)، ويكون الموضوع المعروض على الشعب عادة هو مشروع دستور او مشروع قانون أو معاهدة من المعاهدات أو احد التصرفات الهامة التي تقدم عليها الحكومة .(289)

ومن خلال ذلك يتضح لنا أن موضوع الاستفتاء يتسع ليشمل كل موضوع عام دون اعتبار لطبيعية الموضوع، فقد يكون الموضوع المراد معرفة موافقة المواطنين عليه من عدمه. هو إقرار دستور جديد او تعديل دستوري فيكون هذا النوع من الاستفتاء دستورياً (290) . وان كان موضوع الاستفتاء ينصب على شأن من شؤون الحكم فأننا نكون امام استفتاء سياسياً (291)، اما اذا تعلق الاستفتاء بقانون او مشروع قانون سواء ا كان قانوناً عادياً أم تنظيمياً يتعلق بتنظيم السلطات العامة، فأننا نكون امام - استفتاء تشريعياً (292)، ويعد الاستفتاء الشعبي أو كما يسميه البعض بالتصويت الشعبي من اهم مظاهر الديمقراطية شبه المباشرة فبواسطته تتجلى ممارسة الشعب لسيادته، بل ان من اهم مبررات إجراء الاستفتاء هو تأكيد تطبيعي لمبدأ الشعب صاحب السيادة(293).

ثانياً: الانتخاب: يعد الانتخاب دعامة اساسية للحكم الديمقراطي لانه يعتبر الوسيلة للمشاركة في تكوين حكومة نيابية تستمد وجودها واستمراريتها في السلطة من اسنادها للإرادة الشعبية، ومن هنا يظهر الانتخاب كوسيلة للاتصال بين الحكام والمحكومين: أي بين مصدري القرارات السياسية، والمنفذين لها (294) ، وهو يعتبر الوسيلة التي تسمح للشعب صنع القرار السياسي بما يتفق والنظم المعاصرة. وتقود

(289)د. داود الباز ، النظم السياسية - الدولة والحكومة في ضوء الشريعة الاسلامية ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006 ، ص 212 وما بعدها: حسين وحيد عبود العيساوي، مصدر السابق ، نفس الصفحة.

(290)د. ماجد راغب الطلو، الاستفتاء الشعبي بين الانظمة الوضعية والشريعة الاسلامية، مكتبة المنار الاسلامية، الكويت ، ط 1، 1980 ص 18 ؛حسين وحيد عبود العيساوي: المصدر السابق ، نفس الصفحة.

(291)د. محمد كاظم المشهداني ، النظم السياسية ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة 2008،ص27؛حسين وحيد عبود ، المصدر نفسه.

(292)د. على يوسف شكري الاستفتاء الشعبي ، حقوق الإنسان في ظل العولمة، ايتراك، مصر 2007 ، ص 10 ؛حسين وحيد عبود ، المصدر السابق ، ص 133

(293)د.رافع خضر صالح ود. علي هادي حميد الشكراوي ، الاستفتاء وسيادة الدولة العراقية ،ندوة دمشق 2009،ص 131 ومابعدها؛ المصدر السابق ، نفس الصفحة.

(294)د.داود الباز ،حق المشاركة في الحياة السياسية ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ،2006،ص41و42؛ ليث ذنون حسين ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات السياسية ،دراسة مقارنة ،رسالة ماجستير ،جامعة الدول العربية ،معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ،2009،ص33.

اهمية الانتخاب الى انه أصبح التنظيم القانوني لمبدأ المشروعية ممارسة السلطة باسم الشعب، حيث يسمح للناخب بأن يؤيد أو يرفض سياسة ما، في الوقت نفسه الذي يتمخض عنه اختيار فريق من النواب مكلف بتطبيق سياسة معلومة تنبئ عنها برامج المرشحين.

ثالثاً: الترشيح: يعد الترشيح احد اهم وسائل مشاركة المواطن في الحياة السياسية وهو الوجه الآخر لحق الانتخاب، على اعتبار ان الانتخاب والترشيح حقان متكاملان لا تقوم الحياة النيابية بواحد منهما دون الآخر (295) ، والترشيح هو من المبادئ الدستورية التي تحرص الدول على إرسائها في الانتخابات العامة، وهذا المبدأ يتم بمقتضاه فتح باب الترشيح امام المواطنين والمساواة بين الذين تتوفر فيهم شروط الترشيح والراغبين في التنافس للحصول على أصوات الناخبين (296).

1- موقف الدساتير الاجنبية في الحقوق السياسية: اخذت أغلب الدساتير الاجنبية بحق الانتخاب والترشيح منها دستور الولايات المتحدة الامريكية فقد نص في المادة الاولى الفقرة الثانية منه على ان "يتمتع الناخبون في كل ولاية بالمؤهلات التي يجب توافرها في ناخبي أكثر المجالس التشريعية عدداً في البلاد"، فنلاحظ من خلال هذا النص ان الدستور قد اشترط انتخاب اعضاء مجلس النواب من قبل الشعب وفي مختلف ولاياته ولكنه قام بتقيدها إذ ان حق التصويت كان مفتوحاً فقط امام الذكور البالغين ولكن بعد قرنين متتالين تم الغاء هذه القيود الخاصة بالملكية من منتصف القرن (19) ، ولكن التعديل الخامس عشر قام بمنع الولايات من اعتبار. العنصر شرط من شروط التصويت، ولكن بالرغم من هذا منع معظم الجنوبيين من التصويت لقرابة قرن عن طريق مجموعة من الأساليب مثل اشتراط (اللون ومعرفة الكتابة والقراءة ووضعية الأجداد)، ولكن في عام 1920 منح التعديل (19) المرأة حق التصويت ، وفي عام 1964 التعديل (24) الغى ضريبة الاقتراع كشرط للتصويت في أي انتخابات فدرالية. وبعدها ألغي قانون حقوق التصويت معيار معرفة القراءة والكتابة في عام (1965) وسمح لمراقبين الاقتراع الفدراليين بتسجيل الناخبين (297). وبعدها اقر التعديل السادس والعشرون والذي نص على حق كل مواطن أمريكي الذي بلغ سن الثامن عشر في التصويت في كل من انتخابات الولاية والانتخابات القومية وكان السن المطلوب قبل التعديل هو واحد وعشرون عام (298).

(295) سعد مظلوم العبدلي، الانتخابات ضمانات جديتها ونزاهتها -دراسة مقارنة، دار دجلة، عمان الأردن ، ط2009، ص1، ص29 ؛ليث دنون حسين، المصدر السابق، ص33.
(296) د. عصام نعمة إسماعيل، النظم الانتخابية، منشورات زين الحقوقية، بلا مكان طبع، ط2، 2009، ص 26 ؛ حسين وحيد عبود ، المصدر السابق ، ص133.
(297) حسين وحيد عبود ، المصدر السابق ، ص134.
(298) لاري الويتر ،نظام الحكم في الولايات المتحدة الامريكية ، ترجمة جابر سعيد عوض ، القاهرة ، 1996 ، ص 108 ؛حميد حنون خالد ، المصدر السابق ، ص108.

اما دستور ايطاليا فقد نص في المادة (48) منه على الانتخاب وحدد سن الانتخاب ببلوغ سن الرشيد أما المادة (51) منه فقد نصت على حق الترشيح واعطت هذا. الحق لجميع المواطنين، وهذا ما اخذ به ايضاً دستور المانيا في المادة (38) منه حيث نصت على "أولاً: ينتخب اعضاء البوندستاغ الألماني عن طريق انتخابات عامة ومباشرة وحررة ومتساوية وسرية، ويمثل أعضاء البوندستاغ كل فئات الشعب....." ، ثانياً: "ويحق لكل من بلغ الثامنة عشرة من عمره الادلاء بصوته في الانتخابات ، كما يحق لكل من بلغ لسن الرشد القانوني الترشح للانتخاب" . وأيضا في المادة (29 ف 4،3،5'6) نصت على الاستفتاء الشعبي. اما الدستور السويسري فقد نص في المادة (136) الخاصة بالحقوق السياسية (ترشيح والانتخاب). والمادة (141،140) على الاستفتاء الاجباري والاختياري ، اما الدستور الفرنسي لسنة 1958 نص في المادة (3) على انه " الاقتراع يكون دائما عاما ومتساويا وسريا " وأيضا هو يشجع على المساواة بين الرجل والمرأة في الوصول الى النيابيات الانتخابية والى الوظائف التي يتم شغلها بالانتخاب وان المادة (25) منه على حق الترشيح حيث نصت المادة على "يحدد بقانون أساسي مدة كل مجلس وعدد اعضاءه ومكافاتهم وشروط الترشيح وموانعه .." ، وهذا ما يتعلق بالانتخابات البرلمانية ، اما بالنسبة للانتخابات الأخرى فان القوانين العادية هي التي تحدد شروطها وتنظمها (299) .

- موقف الدساتير العربية : اما موقف الدساتير العربية المقارنة فمنهم من نص على هذه الحقوق السياسية بصورة مباشرة كدستور الجزائر(2016) فقد نصت المادة (62) منه على انه "لكل مواطن تتوافر فيه الشروط القانونية ان ينتخب وينتخب" ، وأيضا دستور سوريا نصت المادة (49) منه على ان "الانتخاب والاستفتاء ، حق للمواطنين وواجب عليهم ، وتنظم ممارستهم بقانون" ، والدستور اللبناني نص عليه في المادة (21) ، وايضا الدستور المصري حيث نصت المادة (62) على انه "للمواطن حق الانتخاب والترشيح وابداء الرأي في الاستفتاء وفقاً لأحكام القانون ومساهمته في الحياة العامة واجب وطني". وأيضا المواد (88) و (89) الخاصة بحق الترشيح، اما الدساتير العربية التي اشارت إلى هذا الحق ضمناً كالدستور الاردني (300) . وهناك دساتير لم يرد فيها أن هذا الحق منها الدستور الإماراتي والنظام الاساسي السعودي.

اما الدستور العراقي 2005 النافذ فلقد نظم حق المشاركة في الحياة السياسية من حيث بيان الأساس الذي يستند عليه الحق مع إيضاح وتحديد مجالاته حيث نصت المادة (5) من الدستور على ان "السيادة للقانون، والشعب مصدر السلطات وشرعيتها يمارسها بالاقتراع السري العام المباشر وعبر مؤسساته الدستورية" وبذلك استند هذا الحق على مبدأ سيادة الشعب باعتباره أكثر ديمقراطية وأكثر اتفاقاً مع النظام الجمهوري

(299)ليبث ذنون حسين، الحماية الدستورية للحقوق والحريات السياسية ، المصدر السابق ، ص 58.

(300)ينظر: المادة (67) من دستور الأردن.

(301) وتأكيد على حق المشاركة في الحياة السياسية فقد نصت المادة (20) منه على ان "للمواطنين رجالاً ونساء حق المشاركة في الشؤون العامة، والتمتع بالحقوق السياسية بما فيها حق التصويت والانتخاب والترشيح" ، كما اعتمد الدستور في تنظيم مجالات حق المشاركة في الحياة السياسية من خلال تحديدها بالمشاركة المباشرة تتمثل في صورتين الاولى : الاستفتاء الدستور(302) وثانياً المشاركة في الانتخابات (303) وبالمشاركة الغير مباشرة (304) . والتي تتمثل بمظهرين: الأول المشاركة في انتخاب رئيس الجمهورية (305) ، وثانيا : انتخاب الهيئة الرئاسية لمجلس النواب(306).

ولابد من الإشارة إلى ان الدستور العراقي لسنة2005 النافذ ، قد كفل للمرأة العراقية حق ممارسة حقوقها السياسية على نحو يتلاءم مع مكانتها ودورها في بناء المجتمع بعد أن عجزت او ترددت الاغلبية من الدساتير العربية عن تبني مثل هذا الاتجاه (307) .

2.3.2.2: حق تولي الوظائف العامة:

ان المظهر الأبرز في مشاركة الأفراد في الحياة العامة يتجسد بمساواتهم في تولي إدارة العمل الوظيفي العام في الدولة. حيث يعد تولي الوظائف العامة تجسيدا لإدارة مرافق الدولة العامة، عن طريق الوظيفة العامة، ولأهمية هذا الحق كان المشرع في النظم الدستورية المختلفة حريصا على النص عليه وتنظيمه بالشكل الذي يحقق مبدأ المساواة في تولي الوظائف العامة في البلد (308) ومن المستقر ان الوظيفة العامة

(301)د.محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية ، مصر، 1987، ص 250 ، حسين وحيد عيود العيساوي ، المصدر السابق،ص143.

(302)يقصد بالاستفتاء الدستوري: هو الاستفتاء الذي ينصب على إقرار دستور لدولة او تعديله ، اشارت المادة (144) من الدستور على " يعد هذا الدستور نافذا بعد موافقة الشعب عليه بالاستفتاء العام..."

(303)المشاركة في الانتخابات: تعني اختيار أعضاء مجلس النواب العراقي عن طريق الانتخاب والذي يعد دعامة أساسية لنظام الحكم الديمقراطي باعتباره وسيلة للمشاركة في تكوين حكومة نيابية تستند الى الإرادة الشعبية ؛ للمزيد راجع د.داود الباز ، حق المشاركة في الحياة السياسية ، المصدر السابق،ص41.

(304)نصت المادة (1) من الدستور العراقي على ان " جمهورية العراق دولة اتحادية واحدة مستقلة ذات سيادة كاملة ، نظام الحكم فيها جمهوري نيابي (برلماني) ديمقراطي ، وهذا الدستور ضامن لوحدة العراق " ، أي ان نظام الحكم في العراق يقوم على أساس انتخاب الشعب لممثلين ينوبون عنه في ممارسة السلطة وهؤلاء الممثلين يشكلون مجلس النواب .

(305)المادة (70/أولا) من دستور العراق 2005 نصت على "ينتخب مجلس النواب من بين المرشحين رئيساً للجمهورية بأغلبية ثلثي عدد أعضائه."

(306)المادة (55) من دستور العراق 2005 نصت على " ينتخب مجلس النواب في أول جلسته له رئيساً ، ثم نائباً اول ونائباً ثانياً ، بالأغلبية المطلقة..."

(307)ينظر المادة (4/49) من دستور جمهورية العراق النافذ: وحيد عيود العيساوي ، المصدر السابق ، ص156.

(308)المصدر نفسه،ص185.

هي الخلية الاولى في كل تنظيم إداري، فهي الوحدة الأساسية التي يتكون منها الجهاز الاداري ، ثم يأتي بعدها الموظف العام الذي يشغل تلك الوظيفة (309).

1- موقف الدساتير الاجنبية : إن الدساتير المقارنة تباينت في بيان موقفها من هذا الحق فهناك دساتير قد نصت عليها صراحة وهناك من اغفلت عنها ولم تعالج هذا الحق ، ان الدستور الالمانى اشار إلى هذا الحق في المادة (12) منه " كل الماني له الحق في اختيار مهنته او وظيفته " وايضا نصت المادة (8،73) على ان "العلاقات القانونية للعاملين في الاتحاد، والعاملين في الهيئات الاتحادية بموجب القانون العام" وهذا يعتبر اشارة الى هذا الحق ولكن بصورة غير مباشرة وايضا نظم احالة موظفي الخدمة العامة للتقاعد في المادة (132) منه ، اما الدستور الفرنسى لقد نص في ديباجة الدستور الصادر 1946 ان "كل شخص لديه واجب العمل ، والحق في العمل، لا يجوز ان يعاني اي شخص من الضرر في عمله او في وظيفته بحكم اصله او آرائه او معتقداته" ، اما دستور الولايات المتحدة الامريكية فلم ينص على هذا الحق، وإن الخدمة العامة كانت تخضع لنظام الغنائم في بداية إقامة الدولة و في عام ١٩٧٨ صدر قانون اصلاح الخدمة المدنية وحل مجلس حماية نظم الجدارة محل هيئة الخدمة المدنية ووضعت شروط في المتقدمين للوظيفة العامة ومنها شرط الكفاءة .. اما الدستور السويسري لم يورد به نص صريح يشير الى هذا الحق ولكنه اشار إلى اختصاص المجلس الاتحادي بأجراء التعيينات وايضاً نص على المساواة بين الافراد في تكافؤ الفرص (310)، اما الدستور الايطالي لقد اكد على هذا الحق بتخصيص (القسم الثاني من الباب الثالث) إلى الإدارة العامة، والمادة (97) منه نصت على "تنظيم الوظائف العامة وفقاً لأحكام القانون بطريقة تحقق حسن سير الادارة وحيادها".

2-موقف الدساتير العربية: جاءت دساتير اغلب الدولة العربية بنصوص صريحة تؤكد مبدأ المساواة في تولى الوظائف العامة، حيث أكد الدستور المصري 2014 في المادة (19) منه على أن "تلتزم الدولة بتحقيق تكافؤ الفرص بين جميع المواطنين دون تمييز" وايضاً المادة (14) منه جاءت مؤكدة لهذا الحق حيث نصت على "الوظائف العامة حق للمواطنين على اساس الكفاءة ودون محاباة او وساطة ... " ، ودستور الامارات في المادة (35) منه نص على ان " باب الوظائف العامة مفتوح لجميع المواطنين على اساس المساواة ... الخ" ، ودستور الجزائر حيث نصت المادة (63) منه على "يساوى جميع المواطنين في تقليد المهام والوظائف في الدولة دون اية شروط . . الخ"(311)، ودستور الأردن حيث نصت المادة

(309)المصدر نفسه،ص187.

(310)ينظر:المادة (2) من دستور سويسرا.

(311)المادة (63) من دستور الجزائر1996 المعدل سنة 2016.

(22) منه على هذا الحق وعلى ان التعيين في الوظائف العامة يكون على اساس الكفاءة، ودستور الكويت اشار الى هذا الحق في المادة (26)⁽³¹²⁾ وفلسطين المادة (52)⁽³¹³⁾.

اما دستور العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ لم يتضمن نصاً خاصاً يتعلق بحت تولي الوظائف العامة، وانما اشار الى هذا الحق بصورة ضمنية من خلال النصوص الدستورية من بينها المادة (14) والتي نصت على ان "العراقيون متساوون امام القانون دون تمييز بسبب الجنس او العرق او القومية أو الاصل او اللون او الدين او المذهب او المعتقد...". , والمادة (16) التي نص على "تكافؤ الفرص حق مكفول لجميع العراقيين...". ، والمادة (107) نصت على " يؤسس مجلس ، يسمى مجلس الخدمة العامة الاتحادي، يتولى تنظيم شؤون الوظيفة العامة الاتحادية، بما فيها التعيين والترقية، وينظم تكوينه واختصاصه بقانون".

ومن خلال النصوص اعلاه فان حق تولي الوظائف العامة يفيد في معناه الشامل الاعتراف للجميع بحق التقدم لأشغال الوظائف العامة ، او هو اتاحة الامكانية امام جميع المواطنين لولوج الوظيفة العامة ، وطرق بابها فيمن يتوافر فيه شروط الوظيفة الشاغرة⁽³¹⁴⁾، وان مبدأ المساواة هو الركيزة الاساسية في كل تنظيم ديمقراطي للحقوق والحريات لذا نجد ان المشرع الدستوري العراقي قد اخضع جميع الحقوق والحريات الى مبدأ المساواة امام القانون، الذي يكون بمقتضاه جميع الافراد سواسية في التمتع بالحقوق والحريات واستناداً للمادة (107) التي ذكرناها سابقاً فقد صدر قانون مجلس الخدمة العامة الاتحادي رقم (4) لسنة (2009)⁽³¹⁵⁾، والذي يهدف إلى إتاحة الفرص المتساوية وضمان مبدأ المساواة للمؤهلين لأشغال الوظيفة العامة⁽³¹⁶⁾.

3.3.2.2: حق مخاطبة السلطات العامة:

ويراد به أتاحة هذا الحق لمواطني الدولة وغيرهم من المواطنين المقيمين فيها حق مخاطبة السلطات العامة، لرفع ظلم وقع عليهم ، أو المطالبة بحق لهم ، او المطالبة بتصحيح اوضاع مصابة بشلل التوقف

⁽³¹²⁾دستور الكويت المادة (26) نصت على ان "الوظائف العامة خدمة وطنية تناط بالقائمين بها ويستهدف موظفو الدولة في أداء وظائفهم المصلحة العامة ..الخ."

⁽³¹³⁾دستور فلسطين المادة (52) نصت على ان "تولى الوظائف العامة حق للمواطنين ، وهو تكليف للقائمين بها لخدمة المجتمع ، ويكون توليها قائم على مبدأ المساواة والجدارة وتكافؤ الفرص وفقاً لأحكام القانون."

⁽³¹⁴⁾د. جابر إبراهيم الراوي، حقوق الانسان وحرياته الأساسية ف القانون الدولي والشريعة الإسلامية، مؤسسة وائل للنشر، عمان ، ط1، 1999، ص 204.

⁽³¹⁵⁾نشر القانون في الجريدة الوقائع العراقية بالعدد رقم (4116) الصادر في 6/4/209.

⁽³¹⁶⁾ان على الرغم من اصدار القانون ونشره الا ان المجلس لم يشكل الى الان وبقيت نصوص هذا القانون حبراً على ورق حتى شهر تشرين الأول من عام 2019 حيث تم تشكيل مجلس الخدمة الاتحادي وتم التصويت عليه من قبل مجلس النواب وبموجب القانون يرتبط مجلس الخدمة العامة الاتحادي بمجلس النواب ويتمتع بشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري.

، ويلاحظ ان مباشرة هذا الحق قد يكون ابتغاء مصلحة خاصة مشروعة يطلب المواطن في طلبه رفع ظلم عنه وقد يكون ابتغاء مصلحة عامة كالمطالبة بتحسين اداء مرفق عام ، او تشخيص تقصير بعض الموظفين في مرفق ما (317).

1-موقف الدساتير الاجنبية : اشارت معظم الدساتير الى حق في مخاطبة السلطات العامة، مع تباين واضح في الصياغة ، من حيث الافراد الذين يحق لهم ممارسة هذا الحق او الجهة التي يقدم اليها او من حيث الشكلية المطلوبة لقبول أو الغاية من تقديمه ومن الملاحظ على بعض هذه الدساتير انها ربطت ما بين ممارسة هذا الحق والجنسية فحصرت ممارسته على المواطنين دون غيرهم وهو يعني بمفهوم المخالفة سد الطريق على من اصابه ظلماً او إجحافاً من غير المواطنين، وهو ما نراه بحد ذاته اجحافاً يتنافى مع مبادئ حقوق الانسان ، فدستور الإيطالي لعام ١٩٤٧ قصر هذا الحق على المواطنين مع ايراد تفصيل اكثر من حيث كينونة هذا الخطاب او العريضة حيث نص في المادة (٥٠) منه على انه "جميع المواطنين يمكنهم رفع عرائض إلى البرلمان لطلب اتخاذ اجراءات تشريعية او لعرض احتياجات عامة"، هناك من الدساتير لم يقتصر ممارسة هذا الحق على المواطنين دون سواهم ، فالدستور السويسري لعام ١٩٩٨ نص في المادة (٣٣) منه "1- لكل شخص الحق في ان يتقدم بالتماس إلى السلطات دون ان يتعرض لأية اضرار بسبب ذلك 2- من واجب السلطات ان تحاط علماً بالالتماسات المقدمة". وكذلك الحال مع التعديل الاول للدستور الأمريكي الذي منع الكونغرس من اصدار أي تشريع يحد من حق الناس في مطالبة الحكومة بإنصافهم من الاجحاف، وكذلك هو الحال في الدستور الالمانى لعام (١٩٤٩) (318) .

2- موقف الدساتير العربية: تباينت الدساتير العربية في صياغة هذا الحق فضلا عن التمايز ما بين المواطن والغير المواطن في استخدام هذا الحق، والشكلية المطلوبة والجهة التي يقدم اليها ، فهناك دساتير اعطت هذا الحق للمواطنين دون سواه كالدستور الاردني حيث نصت المادة (١٧) منه على ان "للأردنيين الحق في مخاطبة السلطات العامة فيما ينوبهم من امور شخصيه او فيما له من صلة بالشؤون العامة بالكيفية والشروط التي يحددها القانون" ، وبذات الصيغة قد نص النظام الاساسي لسلطنة عمان في المادة (٣٤) منه ، وهناك دساتير عربية اخرى نجدها قد أقرت هذا الحق ولكن لجميع الأفراد كالدستور الكويتي " (319) وايضاً النظام الاساسي السعودي حيث نصت المادة (٤٣) وايضاً بذات المسار اتجه الدستور المصري حيث نصت المادة (٨٥) منه على "لكل فرد حق مخاطبة السلطات العامة كتابة وبتوقيعه، ولا تكون

(317)د.عابد محمود محمد صباح ، المحكمة الدستورية العليا ودورها في اعلاء حقوق المواطنة وترسيخ واجباتها، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء احكامها وقرارات المجلس الدستوري المغربي ، المصرية للنشر والتوزيع ، ط1، 2019 ، ص (318) ينظر المادة (17) من الدستور الألماني 1949: د.حميد حنون خالد ، المصدر السابق ، ص 113.

(319)الحق في مخاطبة السلطات العامة في ظل دستور جمهورية العراق 2005، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسة، العدد الأول، السنة العاشرة 2018، ص456 وص4457.

مخاطبتها باسم الجماعات إلا للأشخاص الاعتبارية". في حين ان دستور قطر نص على هذا الحق ولكن دون اشتراط شكلية معينة (320)، اما دستور الامارات العربية فنجد انه قد شق لنفسه طريقاً مغايراً للدساتير السابقة، فنجد انه قد جمع بين الحق في مخاطبة السلطات العامة وحق التقاضي رغم اختلاهما(321).

وهناك دساتير عربية لم يرد فيها نص صريح على هذا الحق منها دستور (فلسطين ، الجزائر ، تونس، لبنان ،سوريا) اما دستور العراق 2005 النافذ لم يشر إلى هذا الحق صراحة او حتى ضمناً وان ما جاءت به المادة (٢٠) منه على انه "للمواطنين رجالاً ونساء ، حق المشاركة في الشؤون العامة والتمتع بالحقوق السياسية ، بما فيها حق التصويت والانتخاب والترشيح" وبهذا النص لا نرى اي اشارة ضمنيه لهذا الحق وذلك لأنه يفهم من مجمل نصوص الباب الثاني من الدستور انها لم ترد بشكل مجمل وانما جاءت صريحة ومفصلة ، ولو اراد المشرع الدستوري ان يشير الى هذا فكان قد اشار اليها بذات الطريقة الى اتبعها مع باقي الحقوق والحريات(322).

4.2.2: الحق في المساواة:

لاشك أن مبدأ المساواة العام يعد أهم المبادئ الإنسانية التي تحرص الأمم والشعوب على التمسك به، ودعمه في مختلف نواحي الحياة، فلا ينبغي أن تقوم في المجتمع البشري أي فوارق نابغة من اختلاف الأصل أو الجنس أو الدين، وإذا كان شعار الثورة الفرنسية تبلور في المبادئ الثلاثة هي الحرية والإخاء والمساواة، فلا شك أن مبدأ المساواة كان أقوى تلك المبادئ، وأعمقها أثراً لما يتميز به من وضوح أكثر في المضمون، وبالتالي تؤكد المواثيق الدولية على هذا الحق السامي، فالمساواة القانونية هي المساواة أمام القانون أي المساواة في المعاملة مشروطة بالمساواة في توافر الشروط المقررة قانوناً لانطباقها، وأن الحق في عدم التمييز نابع من المساواة الذي يركز على مبدأ عدم التمييز، ويشكل اليوم قاعدة أمرية وأساسية في قانون حقوق الإنسان وهي النواة الصلبة التي يعتمد عليها قانون حقوق الإنسان، ويعتبر مبدأ المساواة أحد دعائم الدولة القانونية على أساس أن سيادة القانون لا تعلق ما لم يطبق على قدم المساواة(323).

مظاهر الحق في المساواة:

(320) المادة (46) من دستور قطر: " لكل فرد الحق في مخاطبة السلطات العامة."
 (321)المادة (41) من دستور الامارات العربية المتحدة " لكل انسان ان يتقدم بالشكوى الى الجهات المختصة بما في ذلك الجهات القضائية من امتهان الحقوق والحريات المنصوص عليها في هذا الباب."
 (322) الحق في مخاطبة السلطات العامة في ظل دستور جمهورية العراق 2005 ،مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ،المصدر السابق،ص460.
 (323)أ.صالح أحمد الفرجاني ، مبدأ المساواة امام القانون وتطبيقاته في القانون الليبي ،مجلة العلوم القانونية والشرعية ، كلية القانون ،جامعة طرابلس،العدد السادس،ص227.

أولاً: الحق في المساواة أمام الوظائف العامة: بمقتضى ذلك ان يتساوى جميع المواطنين في تولي الوظائف العام وان يفاضلوا العامة، وان يعاملوا نفس المعاملة من حيث المؤهلات والشروط المطلوبة قانوناً لكل وظيفة، ومن حيث المزايا والحقوق والواجبات والمرتبات والمكافئات المحددة لها. (324)

وتتفرع المساواة أمام الوظائف العامة إلى ثلاث فروع:

المساواة بين المرشحين الدخول الوظائف العامة من ناحية ، والمساواة بين الموظفين في المزايا والتزامات الوظيفة العامة من ناحية ثانية، واخيراً، المساواة بين الرجل و المرأة في تولي الوظائف العامة(325)، وان الوظائف العامة لا تعنى فقط الوظائف الحكومية الادارية ، ولكن كذلك الوظائف الحكومية السياسية كالمناصب الوزارية والادارية السياسية كمناصب رؤساء المجالس والأجهزة والامناء العامون وايضاً كالمناصب التأسيسية كالترشيح في مناصب المجالس التشريعية المحلية او الوطنية والتي غالباً ما يطفى عليها العنصر الحزبي ا و المصلحي (326) .

ثانياً: المساواة في الانتفاع بالمرافق العامة: - وتقتضي المساواة أمام المرافق العامة التسوية الكاملة في معاملة الأفراد بغير تمييز أو تفرقة في الانتفاع بخدمات المرافق العامة وفي اداء مقابل هذا الانتفاع(327)، وان اي قانون يخرق الحق في المساواة أمام المرافق العامة ، يقرر تمييزاً بين الأفراد المنتفعين بخدمات المرافق العام هو قانون غير دستوري.

ثالثاً : الحق في المساواة أمام الأعباء العامة : ان الحق في المساواة أمام الاعباء العامة هو نتيجة حتمية للحق في المساواة أمام القانون، وبالتالي فانه يتمتع أيضاً بقيمة دستورية، والاعباء العامة تؤخذ هنا بذات المعنى أمام القاضي الاداري فهي تشمل الضرائب والرسم ، وايه اعباء مالية اخرى مثل التعويضات، ومؤدى الحق في المساواة أمام الاعباء العامة ، المساواة في التضحيات التي تقع على عاتق المواطنين او على مجموعة منهم يجمعهم مركز متماثل(328) ، والمساواة أمام الاعباء العامة تشمل المساواة أمام الاعباء العسكرية من ناحية، وامام التكاليف الضريبة من ناحية أخرى.

(324) د.ثروت بدوي،النظم السياسية،الكتاب الأول تطور الفكر السياسي والنظرية العامة للنظم السياسية،دار النهضة العربية،ط1،1961،ص531.

(325)د. عبد الغني بسيوني عبدالله،النظم السياسية(دراسة لنظرية الدولة والحكومة والحريات العامة في الفكر الإسلامي والفكر الأوربي)،منشأة المعارف بالإسكندرية،طبعة 2002،4،ص383.

(326)ديوسف الحاشي، في النظرية الدستورية ،ابن النديم للنشر والتوزيع ،منشورات الحلبي الحقوقية،ط1،بيروت،2009،ص418.

(327)د. عبد الغني بسيوني عبدالله، المصدر السابق،ص386.

(328)د.محمد عبد اللطيف،التصحيح التشريعي،دار النهضة العربية،القاهرة،1991،ص152.

رابعاً : الحق في المساواة أمام القضاء : المساواة أمام القضاء هي من الاهداف التي تسعى اليها الشعوب لتحقيق العدالة بين أفراد المجتمع ، وتفترن العدالة دائماً بالقضاء وصلة المساواة بالعدالة هي صلة وثيقة ، حيث انه في الكثير من الاحيان يتوقف تحقيق العدالة على تطبيق المساواة بين المتقاضين أو يكون مضمون المساواة متضمنا لمعنى العدالة(329)، وان المساواة أمام القضاء معناه ان القضاء الذي يتقاضى الجميع امامه يكون واحداً ، خال من التفرقة ، حيث لا تتوافر محاكم خاصة او الاستثنائية لأفراد معينين بذاتهم، وان لا تختلف المحاكم باختلاف الاشخاص الذين يتقاضون أمامها وتحقيق المساواة بين المتقاضين فيما يتعلق بلقوانين التي تطبق عليهم والعقوبات الموقعة عليهم وكذلك يجب ان تكون اجراءات التقاضي واحدة(330).

خامساً: ان المساواة امام القانون الجنائي هي نتيجة للمساواة امام القانون ، ويعنى الحق في المساواة في تطبيقه على العقوبة اذ ان العقوبات التي يقررها القانون تسري على كافة الافراد ، فاذا قرر القانون عقوبة من أجل جريمة، فإن الجريمة هذه يجب ان توقع على كل شخص يقوم بارتكاب هذه الجريمة(331) ، وهذه المساواة تعني الخضوع لنص القانون وتقرير العقوبة التي يحددها ، ولكن هذا لا يعني ان يلتزم القاضي بلحكم بذات العقوبة على كل من يرتكبون جريمة محددة، فلدى القاضي سلطة تقديرية، تسمح له في تحديد لكل مجرم عقوبة تتناسب مع ظروفه، ومن ثم فان كل ما يعنيه الحق في المساواة تطبيق ذات النص على جميع من يخالفونه ، ولا يحول هذا المبدأ دون ان تتفاوت حظوظهم تفاوتاً ، لا يخرج على الحدود المرسومة في ذلك النص . وبعد التناسب الواجب توافره في التجريم والعقاب خطوة أساسية ومهمة في سبيل تحقيق المساواة في قانون العقوبات وامام هذا القانون ، ويقوم القضاء الدستوري بدوره في مجال الرقابة على التناسب (332).

1-موقف الدساتير الاجنبية : اقرت أغلب الدساتير على هذا المبدأ ومنها دستور ايطاليا ١٩٤٧ حيث ساوى بين المواطنين وايضا عن منع التمييز بينهم بسبب (الاصل او اللغة او الآراء او الجنس او المراكز الاجتماعية او الظروف)، ان الدستور الألماني 1949 اشار إلى مبدأ المساواة امام القانون في المادة (3) منه ومنع التمييز بين الاشخاص وهذا ما اخذ به أيضا الدستور السويسري 1998 في المادة (8) منه مع نصه بحماية المعاقين، اما دستور الولايات المتحدة الامريكية كان أول من اخذ بمبدأ المساواة حيث نص

(329)د. عبد الغني بسيوني عبدالله، مبدأ المساواة امام القضاء وكفالة حق التقاضي-دراسة مقارنة، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ط2، 2004، ص9 و ص10.

(330)د.شورش حسن عمر، الحق في المساواة وموقف القضاء الدستوري منه ،مجلة العلوم القانونية ،جامعة بغداد ،كلية القانون، المجلد 32، العدد الثاني، 2017، ص105.

(331)د.محمد نجيب حسني،الدستور والقانون الجنائي ،دار النهضة العربية ،القاهرة، 1992، ص22.

(332) د.شورش حسين عمر و د. خاموش عمر عبد الله ، مصدر السابق ، ص 105.

في المادة (3 ف2) على ان "المواطن كل ولاية الحق في جميع الامتيازات والحصانات الممنوحة للمواطنين في جميع الولايات" . وأيضا في المادة الحد (1 ف9) نصت على "لا تمنح الولايات المتحدة اي لقب من ألقاب الشرف..."، حيث ان هذه الالقاب من شأنها أن تميز بين الناس ، واما المشرع الفرنسي فقد نص على هذا في المادة (1) من دستور عام 1789 حيث نص على "يولد الناس ويظلون أحرارا متساوون في الحقوق ويمكن ان تستند الفروق الاجتماعية فقط الى اعتبارات لصالح العام" وأيضا نصت على ان "تضمن الامة التضامن والمساواة لكل الفرنسيين في تحمل الأعباء الناجمة عن الكوارث القومية" اما بالنسبة الى حق التقاضي فان المشرع الفرنسي لم ينص صراحة ومباشرة على هذا الحق ، وانما أشار اليه في المادة (34) من دستور 1958 حيث نص على انه "يحدد القانون القواعد التي تخص المسائل الاتية ... والضمانات الأساسية الممنوحة للمواطنين لممارسة الحريات العامة .." .

2-موقف الدساتير العربية: ان اغلب دساتير الدول العربية قد اقرت هذا الحق ولكنها اختلفت في صياغته فهناك من اشارت إلى المساواة امام الوظائف العامة كما اشرنا اليها سابقاً⁽³³³⁾ ، وايضا هناك من الدساتير من نصت على المساواة امام القضاء. وكفالة حق التقاضي كدستور الجزائر حيث نصت المادة (140) منه على ان " اساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة الكل سواسية امام القضاء ... " ، والدستور المصري الذي نص في المادة (97) على ان "التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة او لكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي" ، وأيضا الدستور السوري⁽³³⁴⁾ والدستور الفلسطيني⁽³³⁵⁾ اتجهوا بهذا الاتجاه ، الا ان هناك دساتير عربية لم تنص على حق المساواة امام القضاء ولكن هذا لا يعني بأنها لم تتكفل هذا الحق حيث هناك قوانين داخلية تنظم هذا الحق.

وأیضا هناك من الدساتير من نصت على مبدأ المساواة امام الواجبات والأعباء العامة كما جاء في دستور الجزائر في المادة (64) ، والدستور المصري في المادة (38) حيث نص على ان "يهدف النظام الضريبي وغيره من التكاليف العامة إلى تنمية موارد الدولة، وتحقيق العدالة الاجتماعية ، والتنمية الاقتصادية..." . اما النظام الاساسي السعودي لقد اشار الى نظام الزكاة في المادة (21) ، وهناك دساتير عربية اشارت إلى وجوب الضريبة، او عدم جواز فرضها الا بقانون، من هذه الدساتير دستور لبنان المادة (81) ودستور سوريا المادة (41) و دستور الامارات المادة (42) .
وهناك دساتير اشارت الى المساواة في إداء الخدمة العسكرية كالدستور المصري المادة(58) منه نصت على "الدفاع عن الوطن وارضه واجب مقدس ، و التجنيد إجباري وفقاً للقانون" ، والدستور الاماراتي

⁽³³³⁾ينظر حق تولي الوظيفة العامة ، ص 72 من بحثنا هذا.

⁽³³⁴⁾ينظر: المادة (28) من دستور سوريا.

⁽³³⁵⁾ينظر: المادة (30) من دستور فلسطين.

في المادة (43) ، والدستور السوري في المادة (40) ، وهناك من الدساتير نصت على أعباء أخرى على المواطنين كالكوارج والمحن العامة والتعويض كالدستور البحرين المادة (12) ، اما بالنسبة للمساواة امام القانون حيث نجد ان اغلب الدساتير العربية قد نصت على هذا الحق ولكن هناك اختلاف من حيث الصيغة فهناك دساتير اشارت على هذا الحق فقط ومن دون الاشارة الى تحمل الواجبات والاعباء كالدستور الجزائري في المادة (29) ، والدستور الفلسطيني في المادة (9) ودستور الامارات في المادة (25) وهناك دساتير اخرى نصت على المساواة امام القانون و اشارت ايضا الى تحمل الواجبات والاعباء في نفس المادة كالدستور اللبناني في المادة (7) ، والدستور السوري المادة (25) والسودان المادة (21) والاردن المادة (6).

اما الدستور العراقي (2005) النافذ فقد اشار الى المساواة امام القانون المادة (14) منه حيث نصت على ان "العراقيون متساوون امام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الاصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي والاجتماعي" وأيضا نصت المادة (3/19) منه على ان "التفاضل حق مصون ومكفول للجميع وأيضا نص الفقرة (6) من نفس المادة المذكورة "لكل فرد الحق في ان يعامل معاملة عادلة في الإجراءات القضائية والإدارية" ، فنجد ان الدستور العراقي قد كفل هذا الحق لأنه نص عليه في صلب الدستور وان هذا الحق بموجب الدستور العراقي مكفول لكل من يتواجد على إقليم الدولة سواء أكان من الوطنيين ام الأجانب اذ جاء النص مطلقا (336) ، اما في ما يتعلق بالمساواة امام الواجبات والاعباء العامة فنجد ان الدستور العراقي قد نص في المادة (28) على "أولا : لا تفرض الضرائب والرسوم ولا تعدل ولا تجبي، ولا يعفي منها، إلا بقانون. ثانيا: يعفي اصحاب الدخل المنخفضة من الضرائب بما يكفل عدم المساس بالحد الأدنى اللازم للمعيشة، وينظم ذلك بقانون، وأيضا نصت المادة (9/ثانيا) على " تنظيم خدمة العلم بقانون" ، ولكن الى يومنا هذا لم يتم الإقرار على مشروع قانون خدمة العلم وإعادة الخدمة العسكرية الإلزامية بعد توقفه لمدة 20 سنة .

(336) ليث ذنون حسين ، حالة الطوارئ في العراق واثرها على الحقوق والحريات المدنية ، دراسة مقارنة ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق ، جامعة عين الشمس ، كلية الحقوق ، قسم القانون ، 2018 ، ص 404 .

5.2.2: الحقوق والحريات الاقتصادية والاجتماعية:

سندرس هذه الحريات والحقوق في فرعين الفرع الأول سنتناول فيه الحريات الاقتصادية والتي تشمل حرية التملك وحرية التجارة والصناعة والفرع الثاني سنتناول دراسة الحقوق والحريات الاجتماعية ومنها حق العمل والضمان الاجتماعي: -

1.5.2.2: الحريات الاقتصادية:

يتضمن هذا النوع من الحريات حرية التملك وحرية التجارة والصناعة:

1- حرية التملك: - يقصد به هو حق الفرد ان يمتلك بشكل قانوني، ولا يحق لاحد المشاركة فيه، لذلك أوليت لهذه الملكية حقوقاً قانونية ومنحت للفرد سلطة الانتفاع بالأصول دون منازعة غير قانونية، لقد مر نظام حق الملكية بعدة مراحل، وقد عرف الكثير من التقلبات، واعتبر العديد من الباحثين أنه النظام الأفضل، والاكثر إفادة للبشر! وانه اقوى عامل للنهوض بالمجتمع، لأنه يشجع الشخص على العمل، ولدية الدافع للكسب، لأنه يمكن ان يتأثر بما يكسبه، وله الحق في استخدام ما حصل عليه، واستغلاله لصالحه، وله الحق في التصرف فيها ونقله الى اولاده من بعده، ويصف الحق في - الملكية كحق من حقوق الاشخاص الطبيعيين فيما يتعلق - بممتلكاتهم العقارية.

2- حرية التجارة والصناعة: وتشتمل على حرية مباشرة الفرد للأنشطة التجارية والصناعية وغيرها وما يتفرع عنها من تبادل ومراسلات وإبرام العقود وعقد الصفقات وغير ذلك من مستلزمات هذه الأنشطة، وتعود جذور هذه الحرية إلى المذهب الفردي الحر الذي يطلق لنشاط الفرد الحرية في العمل التجاري والصناعي دون تقييده بأي قيود. وقد أفضت التطورات الحديثة إلى قيام العديد من النظم السياسية بفرض العديد من القيود على النشاط الفردي بهدف إفساح المجال أمام الدولة لكي تمد نشاطاتها إلى العديد من المجالات التي كانت محظورة عليها قبل ذلك. (337)

1-موقف الدساتير الاجنبية: نصت الدساتير الاجنبية اغلبها على هذا الحق ومنها الدستور الالمانى الذي نص المادة (14) منه على (ان الملكية التزام واستعمالها يجب ان يعاون في تحقيق الخير العام، وايضا لهذا اجاز ان تنتزع الملكية إذا كان الهدف منها هو تحقيق المنفعة العامة ولكن بقانون او بناء عليه ومع التعويض.

(337)سيف فارس تراك، القيود القانونية والاتفاقيات الواردة على حق الملكية في النظام القانوني العراقي واللبناني، رسالة ماجستير في القانون الخاص،الجامعة الإسلامية،كلية الحقوق،القانون الخاص،ص10.

اما دستور الايطالي 1947 لقد نص في المادة (41) على هذا الحق " النشاط الاقتصادي الخاص حر ولا يجوز أن يمارس ضد المصلحة الاجتماعية أو بطريقة تلحق الضرر بالأمن أو الحرية أو الكرامة الانسانية" وايضا في المادة (42) "الملك عامه او خاصة ، قد تعود الأصول الاقتصادية إلى الدولة أو المؤسسات الحكومية او الافراد ، الملكية الخاصة معترف بها ومضمونة في القانون الذي يحدد طرق اكتسابها والتمتع بها وحدودها ، بهدف ضمان دورها الاجتماعي وجعلها في متناول الجميع ، يجوز نزع الملكية الخاصة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة في الاحوال المنصوص عليها في القانون ،شريطة التعويض عنها" ، وايضاً اجاز الدستور للقانون ان ينتزع الملكية أو الشراء الاجباري لتحقيق المنفعة العامة وبتعويض(338) ، اما الدستور الفرنسي فقد سار على نفس المبدأ فورد في المادة (17) من اعلان حقوق الانسان والمواطن الصادر في 1789 " لان حق الملكية مصون و مقدس، لا يجوز حرمان اي شخص منه ، مالم تقتضي الضرورة العامة ذلك، بعد التأكد من الناحية القانونية وبوضوح من ان الامر يتطلب ذلك وأنه قد تم دفع تعويض عادل ومسبق" ، اما دستور الولايات المتحدة الامريكية لم ينص على مثل هذا النوع من الحريرات.

2-موقف الدساتير العربية : هناك دساتير عربية اشارت الى حق الملكية وحسب من دون ان تتطرق الى رأس المال وهناك دساتير أخرى إشارات الى الحقين معا ففيما يخص الحقوق والحريرات الاقتصادية لقد ورد في الدستور المصري النافذ 2014 في الفصل الثاني تحت عنوان "المقومات الاقتصادية " حيث نصت المادة (35) منه على صيانة الملكية الخاصة ولا تنتزع الا للمنفعة العامة ومقابل تعويض يدفعها مقدما وفقا للقانون ، وأيضا الدستور السوري نص على حق الملكية في المادة (14) منه وفي المادة (15) مؤكدا على عدم جواز انتزاع الملكية الفردية الا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقاً للقانون ، والدستور الأردني 1952 أيضا نص في المادة (11) منه على " عدم جواز استملاك ملك احد الا للمنفعة العامة وفي المقابل تعويض عادل حسبما يعين القانون " ، اما الدستور الجزائري لم يبدي بدوره جهدا في النص على الحقوق والاقتصادية فقط في المادة (51) أشار على الملكية الخاصة ، اما الدستور المغربي اقر في الفصل الخامس عشر على حق الملكية على ان يقوم القانون بتنظيم هذا الحق المادة (23) ،وعلى شاكلة الدساتير التي سبق ذكرها فقد اسهب الدستور اللبناني في المادة (15) منه على ان " الملكية في حمى القانون ، ولا يجوز ان ينتزع عن احد ملكه الا لأسباب المنفعة العامة وفقا للقانون وبعد تعويضه تعويضا عادلا" ،وأیضا هذا ما أشار اليه النظام الأساسي للملكة السعودية في المادة (18) ، وفي المادة (19) من نفس الدستور حظر مصادرتها الا بحكم قضائي ، اما المادة (17) نصت على ان " الملكية ورأس المال والعمل مقومات أساسية في الكيان الاقتصادي والاجتماعي للمملكة وهي حقوق خاصة تؤدي وظيفة

(338)ينظر : المادة (43) من دستور إيطاليا 1947.

اجتماعية وفق الشريعة الإسلامية". وأيضاً الدستور الفلسطيني أشار الى هذا الحق في المادة (21) منه. (339)

اما الدستور العراقي فقد نص في المادة (23) من على "أولاً: الملكية الخاصة مصونة ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها في حدود القانون.

ثانياً: لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون.

ثالثاً: للعراقي الحق في التملك في اي مكان في العراق، ولا يجوز لغيره تملك غير المنقول الا ما استثنى بقانون.

يحظر التملك لأغراض التغيير السكاني".

ويلاحظ ان الدستور العراقي 2005 النافذ قد عالج حرية التملك من خلال المادة (23) (340)، ولكنه لم يشير الى الملكية الزراعية وأيضاً لم يحظر مصادرة الأملاك الخاصة، اما فيما يتعلق بحرية التجارة والصناعة فالمشروع قد نص في المادة (25) منه على " تكفل الدولة اصلاح الاقتصاد العراقي وفق أسس اقتصادية حديثة، وبما يضمن استثمار كامل موارده... الخ"، ونصت المادة (26) منه على ان " تكفل الدولة تشجيع الاستثمارات في القطاعات المختلفة، وينظم ذلك بقانون2" (341).

مما يلاحظ ان الدستور العراقي يميل للأخذ بسياسة الاقتصاد الحر لأنه يعتمد اليات السوق الرأس مالي، حيث قد صدر قانون الاستثمار رقم (13) لسنة 2006 (342) ، الذي قام بتحديد الأهداف من خلال المادة (2) منه التي نصت على ان " تشجيع القطاع الخاص العراقي والاجنبي للاستثمار في العراق من خلال توفير التسهيلات اللازمة لتأسيس المشاريع الاستثمارية وتعزيز القدرة التنافسية للمشاريع المشمولة بأحكام هذا القانون في الأسواق المحلية والأجنبية".

(339) هناك دساتير عربية اشارت الى حرية النشاط الاقتصادي والملكية الخاصة كالدستور اليمني في المادتين (7 و10) ودستور الصومالي في المادتين (14 و24) وفلسطين وعمان.

(340) مما يلاحظ ان الفقرة أ/ثالثاً : قد اباحت ان يمتلك العراقي في أي مكان في العراق وفي الفقرة ثالثاً/ب : قد حظرت تملك العقار في أي مكان في العراق اذا كان الغرض التغيير السكاني ، وهذا يشير الى تناقض بين الفقرتين لاجتماعها على نقيضين في مكان واحد (الحظر والاباحة) حيث ان الفقرة (ب) قد نسخت ما ورد في الفقرة (أ) وافقدتها قيمتها القانونية كما ان التطبيق العلمي للفقرة (ب) قد يحرم المواطن العراقي الذي يسكن العاصمة او أي محافظة جنوبية مثلا من شراء عقار في أربيل او في أي محافظة شمالية او العكس ، بحجة التغيير السكاني المبني على أسس عرقية وطائفية.

(341) د.حميد حنون خالد، المصدر السابق، ص229.

(342) منشور في الوقائع العراقية في العدد 4031 في 17 كانون الثاني سنة 2007.

2.5.2.2: الحقوق والحريات الاجتماعية:

تتعلق مختلف الحقوق والحريات الاجتماعية من مبدأ أساسه: تحقيق العدالة الاجتماعية المتمثلة بتحرير الضعفاء اقتصادياً من سيطرة الأغنياء، وذلك بتوافر العمل للقادرين عليه وتنظيمه على وفق شروط إنسانية، وتأمين من لا يقدر على العمل ضد الفقر والمرض والشيخوخة وحماية حقوق الطفل. وهذا يعني أن هذا النوع من الحقوق والحريات يختلف عن بقية الأنواع، حيث يتطلب موقفاً إيجابياً من الدولة من تدخلها المباشر لحماية هذه الحقوق والحريات بعكس موقفها السلبي من بقية الحقوق والحريات التي يقتصر على عدم التدخل بها⁽³⁴³⁾. ويمكن أن تعرف الحقوق والحريات الاجتماعية بأنها قدرة أفراد المجتمع على العيش الكريم من تدخل الدولة لتأمين الحد الأدنى للمعيشة من توفير العمل للقادرين عليه والضمان الاجتماعي لمن لا يقدر عليه. ومن هذا التعريف يتبين لنا أن الحقوق والحريات الاجتماعية تضم حقوق عدة منها:

حق العمل: يعني توافر العمل للقادرين عليه وتحديد شرط العمل من تحديد حدود الأجر المناسب وأوقات العمل المناسبة وأوقات الراحة والإجازات، والتأمين ضد مخاطر العمل وكذلك ضمان الحق في التنظيم النقابي للعمال⁽³⁴⁴⁾.

الضمان الاجتماعي: ويعني تأمين الأفراد غير القادرين على العمل ضد الفقر والمرض والعجز والشيخوخة من ضمان⁽³⁴⁵⁾. مستوى دخل لهم يؤمن مستلزمات الحد الأدنى للمعيشة.

1- موقف الدساتير الأجنبية: ان الدساتير الأجنبية تباينت في النص على الحقوق الاجتماعية من عدمه، فيلاحظ أن الدستور الأمريكي لم ينص على تلك الحقوق، وأن الحكومة الفدرالية لم تتدخل في السياسة الاجتماعية على نحو كبير حتى وقوع الكساد الكبير في ثلاثينات القرن العشرين، ومنذ ذلك الحين أضحى هناك نوعان من البرامج الحكومية هما: ١- برامج المساعدات العامة التي تقدم مزايا للفقراء، ويطلق عليها برامج الرعاية. ٢- برامج التأمينات والتنظيمات الاجتماعية التي تحاول تلبية الاحتياجات الجماهيرية

(343)د. مصطفى عفيفي، الوجيز في المبادئ العامة للقانون الدستوري الكتاب الأول، الطبعة الثانية، دون دار نشر سنة 450: جهاد علي جمعة، دور مجلس شورى الدولة العراقي في حماية الحقوق والحريات العامة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، بغداد، 2017، ص157
(344)فاروق عبد البر، دراسات في حرية التعبير واستقلال القضاء وضمانات التقاضي، دون دار نشر، دون سنة نشر، ص ٤١٠.؛ جهاد علي جمعة، المصدر السابق، ص157
(345)د. خضر خضر، مدخل الى الحريات العامة وحقوق الانسان، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط4، لبنان 2011، ص 423؛ جهاد علي جمعة، المصدر السابق، نفس الصفحة.

بصفة عامة(346). أما دستور إيطاليا فقد أقر الحقوق الاجتماعية في الباب الثالث منه في المواد من (35-40) ، اذ نص الدستور على حماية العمل في كل صورته وتطبيقاته، المادة (35) ، وأقر في المادة (36) " لكل عامل الحق في اجر يتناسب مع كمية ونوع عمله، وأن يكون هذا الأجر على أية حالة كفاياً لأن يكفل لعائلته حياة حرة كريمة. ويحدد القانون الحد الأقصى لفترة العمل اليومي. وللعامل الحق في راحة أسبوعية وإجازات سنوية بأجر ولا يجوز له أن يتنازل عنها". ووفر الدستور الايطالي الحماية للمرأة بنصه في المادة (37) على أن " للمرأة التي تعمل الحقوق والأجور نفسها التي يتقاضاها الرجل في حال اذا قاما بالعمل نفسه ويجب أن تسمح لها ظروف العمل بالقيام بوظيفتها الاجتماعية الجوهرية، وأن تحقق للألم وللأبن حماية خاصة ومناسبة". وأيضا اقر الدستور الضمان الاجتماعي للمواطنين بنصه في المادة (38) على " أن لكل مواطن غير قادر على العمل ولا يملك وسائل المعيشة الضرورية الحق في أن يتحمل المجتمع نفقات معيشتة وأن يساعده اجتماعياً. وللعمال الحق في أحوال الحوادث والمرض والعجز والشيخوخة والبطالة غير الإرادية في أن تكفل لهم الوسائل التي تتناسب مع احتياجاتهم المعيشية. ولغير القادرين والذين يعانون عجزاً الحق في تربية وإعداد مهني. وتنشئ الدولة أو تضم إليها منظمات أو معاهد للإشراف على الإجراءات المنصوص عليها في هذه المادة والمساعدة الخاصة حرة"، وقد أقر الدستور في المادة (39) أيضا ان " يكون التنظيم النقابي حراً، ولا يجوز أن يفرض على النقابات أي التزام آخر سوى التزامها بالتسجيل في مكاتب محلية مركزية وفقاً للقواعد التي يقرها القانون ومن الضروري أن تتضمن القوانين الأساسية للنقابات تنظيماً داخلياً على أساس ديمقراطي"، وأقر الدستور ايضا أن حق الإضراب يكون في نطاق القوانين التي تنظمه.

أما دستور سويسرا، فعالج الحقوق الاجتماعية في عدة مواد، حيث اقر في المادة (41) منه على تمكين كل قادر على العمل من أن يعيل نفسه من خلال عمل يمارسه في ظروف عادلة، وأيضا أقر في المادة (28/ف1) على حق تكوين النقابات لحماية مصالح العاملين، على أن يكون الانضمام لتلك النقابات اختيارياً، وأقر في (فقرة 2) من نفس المادة على حق الإضراب على أن يتفق ذلك مع واجب الحفاظ على السلام في علاقة العمل أو اللجوء إلى الصلح. وفي الفقرة (3و4) أجاز للقانون أن يمنع من الإضراب أشخاصاً ينتمون إلى مجموعات معينة. أما فيما يتعلق بالضمان الاجتماعي فقد أقر في المادة (12) منه على أن " لكل من يتعرض للشدة ولا يتمكن من رعاية نفسه الحق في المساعدة والعناية وتوفير الوسائل

(346) يُصنف ما بين 30 إلى 35 مليون من الشعب الأمريكي كفقراء، وتقع أسرة واحدة من بين كل ثماني أسر تحت مستوى خط الفقر الذي تحدده الحكومة بصفة رسمية، والذي بلغ في عام 1991 أكثر قليلاً من 13000 دولار كدخل سنوي للأسرة المكونة من أربعة أفراد. وهناك برامج رئيسية مخصصة لمساعدة الفقراء تتمثل بالآتي: برنامج مساعدة الأسر التي تعول أطفالاً. برامج الرعاية الصحية. كوبونات الغذاء إعانات تأمين الدخل. راجع تفاصيل ذلك، لاري الويتز ، مصدر سابق، ص 281-286؛ د.حميد حنون خالد، المصدر السابق، ص137.

الضرورية التي تسمح له بحياة كريمة". ونصت المادة (41) "على أن يعمل الاتحاد والمقاطعات على توفير الآتي: مشاركة كل شخص في الضمان الاجتماعي تلقي كل شخص الرعاية الصحية اللازمة حماية ودعم العائلة كتجمع يضم بالغيين وأطفالاً إيجاد الأشخاص مسكناً مناسباً لهم ولأسرهم بشروط يمكن احتمالها". ولقد أشار القسم الثامن من الدستور السويسري إلى الرعاية في حالات الشيخوخة والوفاة والعجز المادة (111) ، والتأمين ضد الشيخوخة والوفاة المادة (115) والعجز المادة (112)، وتأمينات العمل المادة (113) ، والتأمين ضد البطالة المادة (114) ، وإعانة المحتاجين المادة ، وإعانة الأسر وتأمين الأمومة المادة (116) ، والتأمين ضد المرض والحوادث المادة (117)، وحماية الصحة المادة (118). وايضا دستور ألمانيا، لقد أحال إلى القانون تنظيم حق العمل ، في المادة (74) منه ، وتشغيل العمال وحمايتهم وتأمينهم ضد البطالة وكذلك التأمين الاجتماعي. وأقر في المادة (9) منه على حق تكوين النقابات بنصه على أن "تكفل الدولة لجميع أصحاب المهن حق تكوين الجمعيات التي تهدف إلى حماية وتحسين ظروف العمل والأحوال الاقتصادية، وكل اتفاق يقيد هذا الحق أو يعوق مزاولته يعتبر باطلاً". (347)

اما المشرع الفرنسي فقد كفل حق العمل فنص عليه في ديباجة دستور 1946 ان " كل شخص لديه واجب العمل، والحق في العمل . لا يجوز ان يعاني أي شخص من الضرر في عمله او في وظيفته بحكم اصله او آرائه او معتقداته، يجوز لكل شخص ان يدافع عن حقوقه ومصالحه من خلال العمل النقابي والانضمام الى نقابه من اختياره، يمارس حق الاضراب في اطار القوانين التي تنظمه ان تضمن لجميع المواطنين، وخاصة الأطفال والامهات والعمال والمسنين، حماية صحتهم، والامن المادي، والراحة والترفيه... الخ".

2- موقف الدساتير العربية: لقد اتجهت أغلب الدساتير العربية إلى النص على الحقوق الاجتماعية ولكن مع تباين في الصياغة وذكر التفاصيل بعض الحقوق والحريات كما سنبينها وفق الآتي:

1 - حق العمل: هناك دساتير نصت على أن العمل، حق منها دستور العراق حيث نصت المادة (22) على ان " العمل حق لكل العراقيين بما يضمن لهم حياة كريمة" وفي نفس المادة نص على أحال إلى القانون تنظيم العلاقة بين العمال وأصحاب العمل على أسس اقتصادية مع مراعاة قواعد العدالة الاجتماعية، وأيضا دستور الأردن حيث نصت المادة (23) منه على " العمل حق لجميع المواطنين وعلى الدولة ان توفره للأردنيين بتوجيه الاقتصاد الوطني والنهوض به. تحمي الدولة العمل وتضع له تشريعاً يقوم على المبادئ الآتية: اعطاء العامل اجراً يتناسب مع كمية عمله وكيفيته. تحديد ساعات العمل

الاسبوعية ومنح العمال ايام راحة اسبوعية وسنوية مع الاجر".، ودستور الجزائر حيث نصت المادة (66) نص على نفس السياق السابق، وهناك دساتير أخرى نصت على أن العمل حق وواجب أو العمل واجب وحق، منها ودستور مصر المادة (12) " العمل حق، وواجب، وشرف تكفله الدولة. ولا يجوز إلزام أي مواطن بالعمل جبراً، إلا بمقتضى قانون، ولأداء خدمة عامة، لمدة محددة، وبمقابل عادل، ودون إخلال بالحقوق الأساسية للمكلفين بالعمل." وأيضاً كدستور البحرين نصت المادة (13/أ) ، ودستور سوريا في المادة (36) ، ودستور فلسطين المادة (25) ، وأيضاً كالدستور الكويتي المادة (41) .

وهناك دساتير أخرى لم تنص على أن العمل حق أو حق وواجب، ولكنها أشارت إلى العمل بعبارات مختلفة عما سبق كدستور الإمارات في المادة (20) منه نص على " يقدر المجتمع العمل كركن أساسي من أركان تقدمه، ويعمل على توفيره للمواطنين وتأهيلهم له... الخ) ، والنظام الأساسي السعودي في المادة (28) ، والنظام الأساسي لعمان في المادة (12) ، ودستور قطر الذي نص في المادة (30).

2- حق تكوين النقابات أقرت أغلب الدساتير العربية حرية إنشاء النقابات والانضمام إليها من عدمه، ومن هذه الدساتير دستور العراق في المادة (22) حيث كفل الدستور حق تأسيس النقابات والاتحادات المهنية، أو الانضمام إليها، وأحال إلى القانون تنظيم ذلك ، ودستور الأردن في المادة (2/23) ، ودستور والجزائر المادة (69) ، وفلسطين المادة (3/25) ، وأيضاً دستور قطر المادة (45) ، والإمارات المادة (33) .

3-حق الإضراب: لم يقرر حق الإضراب سوى بضعة دساتير عربية⁽³⁴⁹⁾ هي دستور مصر المادة (15) منه نصت "الإضراب السلمي حق ينظمه القانون". ودستور فلسطين المادة (4/25) ، ودستور الصومال المادة (27) ، ودستور الجزائر المادة (57)، ودستور المغرب المادة (14) . هذا ومن الجدير بالذكر أن الدستور العراقي 2005 لقد نص على حق العمل وتأسيس النقابات، ولكنه أغفل على الإشارة إلى حق الإضراب.

4-الضمان الاجتماعي: أقرت أغلب الدساتير العربية الضمان الاجتماعي بصور مختلفة ، فأشار الدستور العراقي في المادة (29/أولاً/ب) منه إلى أن " الدولة تكفل حماية الأمومة والطفولة والشيخوخة وترعى النشء والشباب وتوفر لهم الظروف المناسبة لتنمية ملكاتهم وقدراتهم"، وأيضاً في المادة (30/أولاً) نص على "تكفل الدولة للفرد والأسرة -وبخاصة الطفل والمرأة الضمان الاجتماعي والصحي، والمقومات الأساسية للعيش في حياة حرة كريمة، تؤمن لهم الدخل المناسب، والسكن الملائم"، وكذلك في (30/ثانياً) (" تكفل الدولة الضمان الاجتماعي للعراقيين في حالة الشيخوخة أو المرض أو العجز عن العمل أو

(348)د.حميد حنون خالد، المصدر السابق،ص140.

التشرد أو اليتيم أو البطالة، وتعمل على وقايتهم من الجهل والخوف والفاقة. وتوفر لهم السكن والمناهج الخاصة لتأهيلهم والعناية بهم وينظم ذلك بقانون ". وأيضا فيما يتعلق بالرعاية الصحية فإن الدستور العراقي لقد نص في المادة (31/أولا) على أن " لكل عراقي الحق في الرعاية الصحية، وتعني الدولة بالصحة العامة، وتكفل وسائل الوقاية والعلاج بإنشاء مختلف أنواع المستشفيات والمؤسسات الصحية " ، وان دستور العراق قد نص في المادة (32) على أن (ترعى الدولة المعاقين وذوي الاحتياجات وتكفل تأهيلهم بغية دمجهم في المجتمع، وينظم ذلك بقانون).، وأيضا من الدساتير العربية التي سارت بنفس الاتجاه ، دستور الإمارات المادة (16) على " حماية المجتمع للقصر وغيرهم من الأشخاص العاجزين عن رعاية أنفسهم لسبب من الأسباب، كالمرض أو العجز أو الشيخوخة أو البطالة الإجبارية، .. الخ" . ونصت المادة (19) على أن "يكفل المجتمع للمواطنين الرعاية الصحية، ووسائل الوقاية والعلاج من الأمراض والأوبئة" ، وأخذ بذلك دستور البحرين في المادة (23) منه. ومصر المادة (17) التي نص " تكفل الدولة توفير خدمات التأمين الاجتماعي. ولكل مواطن لا يتمتع بنظام التأمين الاجتماعي الحق في الضمان الاجتماعي، بما يضمن له حياة كريمة، .. الخ".

، وفي الاتجاه نفسه دستور الجزائر، والسعودي والكويتي والسوري وعمان وفلسطين.

3.2: تطبيقات الحقوق والحريات:

بالإضافة إلى حقوق الإنسان التي سبق عرضها التي تثبت لأى إنسان، فإن هناك حقوقاً أخرى بخلاف الحقوق العامة التي يتمتع بها كافة البشر يجب أن يتمتع بها الإنسان في حالة كونه متهماً، وذلك لصون حرياته وحقوقه وحمايته ورعايته ، وبصرف النظر عن الاشتباه أو الاتهام الموجه له لأن المتهم برئ حتى تثبت إدانته وان ثبوت الإدانة يثبت بعد محاكمته وصدور حكم نهائي بات في حقه، ولهذا فان هذا الشخص " المشتبه فيه / المتهم " يجب ان يكون له الدراية التامة بأهم حقوقه في مرحلتي التحري وجمع الاستدلالات و مرحلة التحقيق الابتدائي، وذلك لما يتخلل هذه المراحل من إجراءات تمثل انتهاكاً واعتداء على حرية وحقوق ذلك الشخص . لذلك سوف نتناول في هذا المبحث معنى القبض والتوقيف والتفتيش مع بيان اهم ضمانات التي يتمتع بها المتهم او المشتبه به في هذه المراحل.

1.3.2: القبض والتوقيف:

ان القبض والتوقيف يعتبران من إجراءات التحقيق، ويشتركان في اغلب القواعد الاجرائية المنظمة بينهما، فالأمر بها لا بد أن يكون من سلطة مختصة ، وان كلاهما ينطوي على مساس بحرية المتهم ، ولا يجوز توقيف المتهم الا بموجب قرار قضائي وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا من أنه "لا يجوز

توقيف أحد أو التحقيق معه إلا بموجب قرار قضائي" (349)، إلا أن هناك قواعد خاصة لكل منهما تقتضي المغايرة بينهما ، وللتعرف على اهم الحقوق والضمانات ، لابد ان نستعرض ضمانات وحقوق المتهمين عند القبض عليهم اولاً وعند توقيفهم ثانياً(350).

2.1.3.2: القبض:

ضمانات وحقوق المتهم عند القبض عليه : يعرف القبض ، بأنه الامساك بالمتهم من قبل المكلف بالقبض ووضعه تحت تصرفه لفترة قصيرة من الزمن، تمهيداً لإحضاره أمام سلطة التحقيق لاستجوابه والتصرف بشأنه(351)، ولا يكفي لتحقيق شرعية القبض في ضوء قرينة البراءة التي يتمتع بها المتهم طوال فترة تحقيق الدعوى وحتى صدور حكم إدانة نهائية، وان الدستور العراقي الدائم قد كفل الحرية الشخصية ، حيث لا يجوز تقييدها إلا وفقاً للقانون، وبناء على قرار صادر من جهة قضائية مختصة (352) ، ان المشرع العراقي في قانون أصول المحاكمات الجزائية قد وضع ضوابط قانونية، عند مباشرة هذا الإجراء، تمثل ضمانات مهمة للمتهم ينبغي التقييد بها لضمان شرعية الإجراء، وستتطرق لأهم هذه الضمانات كما يلي:

1-السلطة المختصة بإصدار امر القبض: - ان امر القبض هو اجراء يمس الحرية الشخصية، اذ يؤدي الى سلبها مما يقتضي إن يعهد بإصداره الى السلطة القضائية نظراً لما تتمتع به من استقلال وكفاءة (353) ، فلا يجوز القبض على الاشخاص او توقيفهم الا بمقتضى أمر صادر من قاضي او محكمة ، في الاحوال التي يجيزها القانون ، فأمر القبض يجب أن يصدر من قاضي التحقيق أو من المحكمة الجزائية المختصة (354) ، مما يترتب عليه عدم جواز إصداره من قبل المحقق او ضابط الشرطة، بل عليهم عرض الامر الى المحكمة المختصة لإصدار امر القبض وللمحكمة الخيار في اصداره أو لا ، باستثناء الحالات التي اوجب القانون فيها على المحكمة اصدار أمر القبض على المتهم، وذلك يجب التمييز بين حالتين في هذا الصدد اي يكون في الاولى للقضاء حق الاختيار بين اصدار امر القبض وبين احضار المتهم بواسطة التكليف بالحضور ، و عليه سوف نتناول امر القبض القضائي الوجوبي والجوازي :

(349)ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد 15/اتحادية/2011 في 2011/2/22، منشور في مجلة التشريع والقضاء ، السنة الثالثة، العدد الثالث(تموز-اب-أيلول).

(350)القاضي جمعة فرج خلف ، ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق ،دراسة مقارنة ،المكتبة القانونية ،بغداد،2019،ص104.

(351)ينظر" د. سلطان الشاوي ،أصول التحقيق الاجرامي ، مطبعة الرشاد ،بغداد، 1975م ،ص99.

(352)ينظر: نص المادة (15) من الدستور العراقي 2005 النافذ.

(353)ينظر: أ.حسين جميل ،حقوق الانسان والقانون الجنائي ، معهد البحوث والدراسات العربية ،قم بالبحوث والدراسات

القانونية والشرعية ،1972م،ص146: القاضي جمعة فرج خلف ، المصدر السابق ،ص105

(354)ينظر نصوص المواد (92 ، 157 ، 159 ، 174) من قانون أصول المحاكمات الجزائي العراقي رقم (23) لسنة

1971.

أمر القبض الجوازي: ان المشرع الفرنسي قد حرص على تأكيد الضمانات الخاصة بأمر القبض ، حيث اعطى هذه المهمة لقاضي مختص يسمى بقاضي الحريات ، اختصاصه هو الفصل في الأوامر الماسة بالحريات الفردية المتمثلة في القبض ، إذا خولفت التزامات المراقبة القضائية فيه، ويقتصر دور قاضي التحقيق على طلب إصداره وعرض الطلب على قاضي الحريات(355) ، حيث يكون لقاضي الحريات سلطة الاصدار او عدمه . ايضا قد أجاز المشرع المصري لمأمور الضبط القضائي مباشرة التحفظ على المتهم الذي تجمعت حوله دلائل كافية على اقتراف جريمة محظورة شرعا (356) ، ثم يعرض الأمر على النيابة العامة لتصدر أمراً بالقبض من عدمه، على ان تكون هذه الجريمة من الجرائم التي يجوز فيها الحبس الاحتياطي ، فللمحقق حبس المتهم احتياطياً وإصدار أمراً بالقبض على المتهم اذا رأى ان الجريمة تستوجب ذلك، (357)، أي ان القبض هنا مقدمة للحبس الاحتياطي ، اما المشرع العراقي لقد اعطى لمحكمة الموضوع او للقاضي المختص في إصدار امر القبض على المتهم او الاكتفاء بالتكليف بالحضور(358) ، وذلك اذ خيف هربه أو انه يؤثر على سير التحقيق، أو في حال عدم وجود له دار سكن ثابت ، على ان تراعى كافة الشروط الشكلية والموضوعية بورقة التكليف بالحضور، فاذا ما تم التكليف بالحضور وكان مخالفاً للقانون، او هناك نقص في الإجراءات المتبعة في التبليغ فعلى المحكمة أن لا تلجأ إلى إصدار أمر القبض قبل استيفاء التبليغ للشروط والإجراءات التي اوجب القانون اتباعها ، كما ان محكمة التمييز الاتحادية قد تصدر أمر بالتوقيف في حالة نقض قرار محكمة الجنايات وذلك عندما تقرر محكمة الجنايات المذكورة إلغاء التهمة المنسوبة للمتهم والافراج عنه وإخلاء سبليه (، ولكن حينما تلاحظ محكمة التمييز الاتحادية ان الادلة والقرائن في القضية تكفي لإدانة المتهم فتقرر نقضى القرار وتصدر أمر بالقبض على المتهم المفرج عنه في محكمة الجنايات .(359)

2-امر القبض الوجوبي: ان اغلب التشريعات قد حددت حالات إصدار أمر القبض على سبيل الحصر وذلك نظراً لخطورة امر القبض الذي يؤدي بالفرد الى فقدان حريته ، فالمشرع الفرنسي قد اعطى صلاحية اصدار امر القبض لقاض التحقيق او لغرفة الاتهام في حالة هروب المتهم ، او اذا لم يكن للمتهم

(355)ينظر المادة (1/137) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.

(356)ينظر المادة (2/35) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

(357)ينظر المادة (135) من قانون الإجراءات المصري.

(358)ينظر المادة (97) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

(359)ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 3878/الهيئة الجزائية/2005م في 18/10-2005 ، (القرار غير منشور)؛ القاضي جمعة فرج خلف ،المصدر السابق ، ص105.

اقامة محددة او اذا كان المتهم قد اقررت جريمة جنائية أو جنحة يعاقب عليها بعقوبة الحبس⁽³⁶⁰⁾ ، ويصدر أمر القبض كذلك على المتهم الذي يخل بالتزاماته تجاه المراقبة القضائية له عمداً.

اما المشرع المصري قد حدد حالات القبض الوجوبي على سبيل الحصر ومنها: إذا اقررت المتهم جريمة متلبس بها ، أو اذا تخلف عن الحضور بدون عذر مشروع بعد تكليفه بالحضور ، وايضاً اذا خوف من هروب المتهم اعطى المشرع حق لسلطة التحقيق إصدار أمراً بالقبض، او اذا لم يكن للمتهم محل اقامة معروف حيث اجاز لسلطة التحقيق اصدار امر بالقبض على المتهم ولو كانت الجريمة المتلبس بها من الجرائم التي أجاز بها الحبس الاحتياطي (الجنائيات والجنح التي يعاقب عليها بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة اشهر)⁽³⁶¹⁾.

اما قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي فقد نصت المادة (99)⁽³⁶²⁾، منه على إصدار أمر القبض على المتهم في حالة اتهامه بارتكاب جنائية معاقبا عليها بالإعدام او السجن المؤبد، وهنا لا يكون للمحكمة الخيار في إصدار أمر القبض من عدمه، ولكن يجب عليها احضار المتهم بإصدار أمر القبض عليه او ماجرت عليه العادة وهو اصدار أمر التكليف بالحضور عندما تكون الجريمة جنحة ومعاقب عليها بعقوبة الحبس سنة واكثر⁽³⁶³⁾.

2-تسبب أمر القبض ومدته: لاشك في أن تسبب الأمر الصادر بالقبض على المتهم يعد ضرورة وقيداً على الجهة المصدرة لهذا الأمر، ويعد ضماناً لعدم المساس بحرية المتهم إلا لاسباب جدية تبرر اتخاذ هذا الاجراء ، فلا يمكن اصدار هذا الامر من دون التحقق من المبررات المتوفرة التي يستند إليها في اتخاذ هذا الاجراء الخطير⁽³⁶⁴⁾. إلا أن المشرع العراقي لم ينص على وجوب تسبب أمر القبض ، الا ما استقر عليه القضاء في العراق أن يكون أمر القبض مسبباً ، وحبذا لو انتهج قانون اصول المحاكمات الجزائية ذلك ، للابتعاد عن صدور أوامر قبض قد لا تكون مسببة ، وربما تصدر بشكل كيفي ، أما بالنسبة للمشرع المصري فقد اوردت في المادة (5) منه "الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس ، وفيما عدا

(360) Steeant le vassevr ، 'daloz' ، p.677.

مشار اليه :د.خلف الله أبو الفضل عبد الرزاق ، المصدر السابق ، ص283 : كامل شاكر ناصر ، المصدر السابق ، ص60 (361)د. عبد الرؤوف مهدي ، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية ، ط2، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996، ص565 ؛ كامل شاكر ناصر ، المصدر السابق ، ص60.

(362)نصت المادة (99) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي على " ... غير انه لايجوز اصدار ورقة تكليف بالحضور ، اذا كانت الجريمة معاقبا عليها بلاعدام او السجن المؤبد. " ...

(363)د. عبد الأمير العكلي ، ود. سليم إبراهيم حرية ، اصول المحاكمات الجزائية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2009 ، ص139 : كامل شاكر ناصر ، المصدر السابق ، ص61.

(364)د. إبراهيم محمد إبراهيم ، النظرية العامة للقبض على الأشخاص في قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 ، ص114 :د. أحمد عبد الحميد الدسوقي ، المصدر السابق ، ص631.

حالة التلبس ، لا يجوز القبض على أحد او تفتيشه ، او حبسه ، او تقييد حريته بأي قيد إلا بأمر قضائي مسبب يستلزمه التحقيق" ، اما بالنسبة الى مدة القبض حرصت اغلب التشريعات على عدم اطالت مدة القبض، وذلك لانه يؤثر بشكل سلبي على المتهم وعلى كل من يعيلهم ، والذي غالبا ما يضطرون إلى التعايش معها رغم الصعوبات المالية ، ومن هذه التشريعات المشرع الفرنسي حيث اوجب احضار المقبوض عليه خلال (24) ساعة أمام المحقق لاستجوابه فوراً (365) ، اما المشرع المصري اوجب على مأمور الضبط القضائي الاستماع الى اقوال المتهم حال القبض عليه (366) ، فاذا لم يستطع المتهم دفع التهمة عن نفسه فمأمور الضبط القضائي ان يرسله في مدة (24) ساعة إلى النيابة العامة لاستكمال اجراءات التحقيق (367) ، وعلى هذه الأخيرة ان تستجوبه في ظرف (24) ساعة ثم تأمر بتوقيف أو اخلاء سبيله.

وعلى هذا المنوال سارت اغلب التشريعات العربية(368)، اما المشرع العراقي فهو الاخر اوجب على المحقق او قاضي التحقيق استجوب المتهم خلال (24) ساعه بعد القبض عليه (369) وبعد هذه المدة يقرر اما اطلاق سراحه أو اصدار قرار بتوقيفه ، وأن بقاء المتهم اكثر من هذه المدة دون استجواب يعد قبضاً تعسفياً ، ويستحق فاعله العقوبة اذا لم يكن له عذراً مشروع (370) ، وان تحديد المشرع مدة القبض بالساعات لا بالأيام انما يدل على أهمية هذا الاجراء وخطورته على الحرية الشخصية فلو احتسبت المدة بالأيام لوجب اسقاط يوم القبض كله من الحساب ، اما احتسابها بالساعات فلا يؤدي الا الى اسقاط الساعة التي تم فيها القبض واحتساب ما يليها من ساعات يوم القبض لان هذه المدة يتم حسمها من مدة العقوبة في حالة ما إذا تم إدانة المتهم وبالتالي يعد تعويضا للمتهم عن الفترة التي قبض بها عليه (371)، وذلك حماية للحرية الشخصية للأفراد الذي دعت اليه اغلب التشريعات والمواثيق الدولية والدستورية (372)

3-ابلاغ المتهم بأسباب القبض: صيانة لحق الدفاع للحكم يجب إبلاغه بأسباب القبض عليه. وتقييد حريته لكي يكون على علم بالجريمة التي يجري التحقق فيها والمنسوب إليه ارتكابها ليتمكن من إعداد دفاعه

(365) ينظر المادة (125) من قانون الإجراءات الفرنسي.

(366) ينظر المادة (36) من قانون الإجراءات المصري.

(367) د.حسن صادق المرصفاوي، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1978، ص 349.

(368) ينظر المادة (10) من قانون الإجراءات الأردني والمادة (25) من قانون الإجراءات البحريني.

(369) ينظر: المادة (123) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

(370) د.سردار علي عزيز ، ضمانات المتهم في مواجهة القبض والتوقيف ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2011، ص 61.

(371) ينظر قرار محكمة جنابات الكرخ المرقم 228/ج/2013 في 2013-3/25 المتضمن على (الحكم على المدان بالحبس البسيط لمدة سنة واحدة استناداً لاحكام المادة (2/411) من قانون العقوبات واحتساب مدة موقوفيته لفترة من 2012/6/6 الى غاية 2012/7/10 ، وموقوفيته من 2012/12/6 ولغاية 2013/3/24 (القرار غير منشور).

(372) كامل شاكر ناصر ، امر القبض واثره على حقوق الانسان ، رسالة ماجستير في القانون العام ، جامعة النهرين ، كلية الحقوق ، بغداد ، 2013 ، ص 71-72.

ودحض التهمة الموجهة اليه⁽³⁷³⁾، الى إننا نرى المشرع العراقي لم يشترط في قانون اصول المحاكمات الجزائية تبليغ المتهم بأسباب القبض عليه، في حين نجد أنه نص عليه في قانون المحاكمات الجنائية العراقي العليا رقم (10) لسنة 2005⁽³⁷⁴⁾، حيث اوجب اعلام المتهم بمضمون التهمة الموجهة اليه بكامل تفاصيلها . وهذا ما نصت عليه المادة (9) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة 1948 ف جاء في فقرتها الثانية على إنه "لكل شخص الحق في ان يعلم بأسباب القبض عليه عند إجراء القبض ، وله الحق في انه يعلم بالتهمة المسندة اليه بالسرية الممكنة"⁽³⁷⁵⁾ وذلك حتى يتمكن المتهم اذا كان بريئا من درء الشبهة التي احاطت به.

كما أن المشرع المصري نص على ضرورة ابلاغ كل من يقبض عليه فوراً بأسباب القبض عليه ، كما أكد على حقه بالاتصال على من يريد إبلاغه بما حدث او ان يستعين بمحام المادة (139) اجراءات مصري ،وابلاغ المتهم بأسباب القبض عليه يجب ان يكون فور القبض عليه وعلى وجه السرعة ، وابلغ المتهم بأسباب القبض لا يعنى إحاطته علماً بالتكليف القانوني للجريمة ، بل يكفي إحاطة علماً بمضمون الواقعة المسندة اليه بشكل عام⁽³⁷⁶⁾ وفي فرنسا خول قانون الاجراءات الجنائية لمأمور الضبط القضائي سلطة التحفظ على المشتبه بهم بمقتضى المواد (64،63،65،77،78،154) ويؤخذ من هذه النصوص وجوب اخبار المتحفظ عليه بالأسباب التي دعت الى ذلك⁽³⁷⁷⁾.

4-الحق في سماع اقوال المقبوض عليه : من الضروري بعد ان يتم إبلاغ المتهم بأسباب القبض عليه ان تستمع اقوال عن تلك الواقعة التي كانت سبباً في المساس بحرية الشخصية هذه الدرجة، فتسمح أقواله فور القبض عليه⁽³⁷⁸⁾ وان الاستماع يتم من قبل اعضاء الضبط القضائي في حال القبض دون ان يكون له الحق في استجوابه ، فيكون سؤال المتهم محدد على احاطة علماً بالواقعة المنسوبة اليه ومجمل الأدلة القائمة ضده وسماع اقوال بشأنها بشكل عام دون الدخول معه في مناقشات تفصيلية حول الواقعة وادلتها

⁽³⁷³⁾ينظر البند أ من ف (4) من المادة (19) والفقرة (أولاً) من المادة (20) من قانون المذكور ، المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 4006 في 2005/10/18، ص 17 ، وكذلك ينظر : القانون رقم (13) لسنة 2009 ، قانون تعديل المحكمة الجنائية العليا رقم (10) لسنة (2005).

⁽³⁷⁴⁾ينظر :نص المادة (123) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي.

⁽³⁷⁵⁾أكدت المادة (2/5) من المعاهدة الاوربية لحقوق الانسان والحريات الأساسية لسنة 1950 باحاطة المتهم المقبوض عليه علماً بالتهمة المسندة اليه بلغة يفهمها ، وأيضاً المادة (2/9) من الميثاق الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 نصت على ان لكل فرد يوقف، يبلغ عند توقيفه بأسباب هذا التوقيف ويتلقى اشعاراً ، في اقصر أمد ، بالاتهام الموجه اليه.

⁽³⁷⁶⁾ينظر :د.حسين محمد ربيع "سلطة الشرطة في القبض على الأشخاص بدون اذن من جهة قضائية"، ومايشنتبه به من إجراءات ، دراسة مقارنة ، بدون دار نشر ، بدون سنة نشر ، ص112.

⁽³⁷⁷⁾د.احمد عبد الحميد الدسوقي ، المصدر السابق ، ص632 و ص633.

⁽³⁷⁸⁾المصدر نفسه ، ص633.

(379) فقد جعل المشرع الفرنسي ضمانات عند سماع اقوال المتهم وهذه الضمانات تتمثل في سماع اقواله بمعرفة مأمور الضبط القضائي ، مع مراعاة ان يدون مدة سماع الاقوال ، ويثبت ذلك في المحضر مع توقيع المتحفظ عليه على هذه البيانات(380)، وقد نصت اغلب القوانين على ان يسمع اقوال المتهم ، ومن هذه القوانين قانون الاجراءات الجنائية المصري حيث نص في المادة (36) على ان "يجب على مأموري الضبط القضائي ان يسمع فوراً اقوال المتهم المقبوض " ويقتصر سماع أقواله على سؤاله عن التهمة المنسوبة اليه واثبات افادته في المحضر، ولا يجوز له مناقشته تفصيلاً أو مواجهته بالشهود، او بغيره من المتهمين او بالأدلة القائمة ضده.

الانتهاء به إلى الاعتراف، وبمجرد الانتهاء من سماع الاقوال التي يجب ان تكون فوراً، يتم ارسال المتهم إلى النيابة العامة المختصة(381). اما المشرع العراقي نص في قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي في المادة (٤٣) على سماع اقوال المقبوض عليه حيث اوضحت هذه المادة واجبات عضو الضبط القضائي عند انتقاله إلى محل الحادث يجب ان يسأل المتهم عن التهمة المنسوبة اليه شفهيًا، وان سماع اقوال المتهم بعد ان يتم القبض عليه هو من اعمال الاستدلال التي يقوم بها عضو الضبط القضائي ، وان يتم السؤال المتهم فيما اذا كان قد ارتكب الواقعة المنسوبة اليه دون مناقشته مناقشة تفصيلية في الادلة المتخذة ضده ، اذا كان هناك ادلة في القضية، لأن ذلك يكون ضمن الاستجواب وهو محظور على عضو الضبط القضائي ، واذا اعترف المتهم عند سماع اقواله، فيثبت اعترافه في المحضر . (382)

5-معاملة المتهم بما يحفظ عليه كرامته وعدم جواز ايذائه بدنياً ومعنوياً : المعاملة الانسانية للمقبوض عليه تقتضي حظر التأثير على حريته الجسدية حيث يجب "ان لا يمس حقه في الحياة، ولا يتعرض للتعذيب او المعاملة السيئة التي تحط بكرامته كإنسان"(383) وان اغلب الدساتير والقوانين والمواثيق الدولية تحظر ممارسة أي نوع من انواع التعذيب الجسدي أو النفسي على المتهم ، وذلك لأن التعذيب في التحقيق الجنائي يعد من الأساليب البدائية التي لا تتفق مع العصر الحالي وهذه الأعمال تعتبر ماسة بحريك الانسان وتمس حريته الشخصية وسلامته الجسدية والذهنية(384). لذلك نجد ان اغلب الدساتير حرصت على

(379)د.سعد حماد صالح القبائلي، ضمانات حق المتهم في الدفاع امام القضاء الجنائي ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق ، جامعة عين الشمس ،مصر ،1998،ص426 وما بعدها.

(380)ينظر: نص المادة (64) الفقرتان (الأولى والثانية) من قانون الإجراءات الفرنسي.

(381)د. محمود نجيب حسني ،شرح قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق،ص567.

(382)كامل شاكر ناصر، مصدر سابق،ص40-42.

(383)احمد عبد الحميد الدسوقي ،المصدر السابق،ص635.

(384)د.حاتم محمد صالح العاني ، استخدام القوة من جانب السلطة العامة، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد ،2003،ص145.

ضمان هذا الحق (385) اما التشريعات الجنائية فاعتبرت هذا العمل المساس بحرية الاسنان من الاعمال الغير المشروعة ونصت على معاقبة من يقوم بها، ولا يعتد بأي عذر يبرره .

فان المشرع الفرنسي نص في المادة (186) عقوبات فرنسي على معاقبة الموظف الذي يستخدم العنف أو يأمر باستخدامه ضد الأشخاص دون تسبب قانوني. أثناء ممارسته لوظيفته او بمناسبةها ، وحدد العقوبة تبعاً لجسامة الجريمة التعذيب الذي استخدمه ، اما المشرع المصري فقد نصت المادة (126) عقوبات مصري ، على عقوبة السجن المؤبد او المشدد أو السجن من ثلاث سنوات إلى عشر سنوات (386) ، على كل موظف يستخدم أو يأمر بتعذيب المتهم لحمله على الاعتراف ، وتشدد العقوبة إلى العقوبة المقررة للقتل العمد اذا مات المجنى عليه تحت التعذيب ، وايضاً أوجبت المادة (40) من قانون الاجراءات الجنائية المصري أن يعامل المقبوض عليه أو المحبوس المعاملة التي تحفظ عليه كرامة الانسان وعدم إيذائه بدنياً أو معنوياً ، وقد قضى بأن أقوال المتهم الصادرة عنه ،نتيجة لهجوم كلب الشرطة عليه وتمزيق ملابسه واستناد حكم الإدانة إلى هذه الأقوال يعيب الحكم(387)، لان الاعتراف يجب ان يكون اختيارياً وصادرا عن ارادة حرة ، أما المشرع العراقي ،فوجد ان موقفه يختلف عن بعض التشريعات الجنائية حيث نجده أنه توسع بتحديد نطاق حماية من يقع عليهم فعل التعذيب ، حيث انه لم يقتصر هذا الفعل على المتهم وانما شمل الخبير والشاهد ايضا ، وايضا شمل جواز ان تكون الغاية للأدلاء بأقوال او معلومات أو كتمان أمر من الامور المتعلقة بقضية ما ، وليس فقط انتزاع المعلومات او الاعتراف من المتهم وذلك من خلال نص المادة (33) قانون عقوبات العراقي رقم (111) لسنة (1969) "يعاقب بالسجن أو الحبس كل موظف او مكلف بخدمة عامه عذب امر بتعذيب متهم او شاهد او خبير لحمله على الاعتراف بجريمة او للأدلاء بأقوال او معلومات بشأنها او لكتمان أمر من الأمور أو لإعطاء رأي معين بشأنها ، ويكون بحكم التعذيب استعمال القوى أو التهديد" ،حيث نلاحظ من خلال النص السابق أن المشرع العراقي قد ساوى بين فعل التهديد والتعذيب فأننا لم نجد هذا الاتجاه في التشريع الجنائي المصري ، أو الفرنسي. ومن ناحية اخرى نجد ان المشرع العراقي قد حدد غاية استخدام التعذيب بعض الأمور المعينة، وكان من الاجدر ان

(385) ينظر المادة (37/ج) من دستور العراقي النافذ لسنة (2005) ، والمادة (55) من الدستور المصري 2014 النافذ، والمادة (26) من دستور الاماراتي 1971 ، والمادة (20) من دستور السودان 1998 ، والمادة (13) من الدستور الإيطالي 1949، والمادة (7) من الدستور السويسري 1998.

(386) عدلت هذه الفقرة من المادة (26) بقانون رقم (59) لسنة 2003 الخاص بتعديل بعض احكام قانون العقوبات والإجراءات الجنائية ، وكذلك ينظر: نص المادة (208) والفقرتين (1و2) من قانون العقوبات الأردني ، والمادة (375) من قانون العقوبات السوري : كامل شاكر ناصر ،المصدر السابق ،ص 45.

(387) ينظر: نقض مصري 22 نوفمبر سنة 1949 ،س 1 ،رقم 32، ص 87، ونقض 12 ديسمبر سنة 1957 ،س 8، رقم 246 ،ص 1071، نقض 22 ديسمبر سنة 1972 ،س 23 ،رقم 327،ص 1459 : احمد عبد الحميد الدسوقي ،ص 636.

لا يحدد ذلك لان فعل التعذيب يكون متعدد الاهداف، وذلك لكي تكفل حماية للمقبوض عليه خاصة، والافراد عامة، الذين يمكن ان يتعرضوا لأي شكل من اشكال التعذيب.

7- حق المقبوض عليه في الاتصال بأسرته ومحاميه: السماح للمقبوض عليه بالاتصال بأسرته ومحاميه هو امر اساسي لضمان حقوق المتهم في إثبات براءته، وعدم خضوعه لأي ضغط او وسيلة تؤثر على إرادته ، عندما يكون تحت تصرف سلطة التحقيق او مأمور الضبط القضائي ، فالمتهم منذ الوهلة الأولى ، يكون بحاجة إلى الاتصال بمحام يساعده لفهم الحقوق المنصوصة عليها في القانون، كما أن المتهم يستطيع أن يعلم محامية بكل الظروف التي تحيط به ، والإجراءات التي تتخذ بحقه ، وإذ ما كان هناك إساءة لاستعمال السلطة أو انتهاكات لحقوقه الإنسانية، وبهذا يستطيع ان يكون المحامي رقيباً على تصرفات المحقق او مأمور الضبط القضائي ، وايضا ان من الضروري اتاحة اتصال المقبوض عليه بأسرته ، كي يخبرهم بأمر القبض عليه كي يتم حماية حقوقه والعناية بمصالحه ، وأيضا لتقديم المساعدة الضرورية له (388) . وان وسيلة الاتصال يمكن ان تكون بطريقة مباشرة (المحادثة الهاتفية) او بطريقة غير مباشرة عن طريق (الرسائل او الفاكس أو البريد الالكتروني)، وعموما لا يجوز التجسس على المحادثات الجارية بين المتهم ومحاميه، كما لا يجوز تفتيش مكتب المحامي بحثا عن الاوراق والمستندات التي سعت له لتمكنه في الدفاع عن وكيله(389) . او الاطلاع على المرسلات المتبادلة بينهما، الا انه ليس هناك ما يمنع المقابلة في مكان معين مخصص لها! وليس هناك ما يمنع أن تتم المقابلة على مرأى رجل الشرطة بحيث لا يسمع ما يدور من حديث، وفي فرنسا المشرع لم ينص على استعانة - بالمحام- خلال مرحلة التحري وجمع الاستدلالات إلا انه اجاز للمتهم ان يطلب ذلك بعد استجواب الحضور الاول، ان يتصل بحرية بمحاميه. الى اللحظة التي يصبح فيها قرار الاحالة على محكمة الجنايات نهائياً وهذا ماجاء في نص المادة (116) من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي، ونتيجة لما ذكر في النص السابق لا يلتزم المحقق بالسماح للمتهم بمقابلة محاميه بعد القبض عليه مباشرة الى حين استجواب الحضور الاول (390).

اما قانون الاجراءات الجنائية المصري حيث نص في المادة (139) على انه "يبلغ فوراً كل من يقبض عليه او يحبس احتياطياً بأسباب القبض عليه ، او حبسه ويكون له حق الاتصال بمن يرى ابلاغه بما وقع والاستعانة بمحام". وأيضاً نصت المادة (54) من الدستور المصري 2014 النافذ في الفقرة الثانية على انه " وجب ان يبلغ فوراً كل من تقيده حرته بأسباب ذلك ويحاط بحقوقه كتابية، ويمكن من الاتصال بذويه وبمحاميه فوراً، وان يقدم إلى سلطة التحقيق خلال أربع وعشرون ساعة من وقت تقيده حرته ". وايضا

(388)د. ابراهيم محمد ابراهيم ،المرجع السابق،ص129.

(389)د. روؤف عبيد ، المصدر السابق ،ص636.

(390)د. أحمد عبد الحميد الدسوقي ،المصدر السابق ،نفس الصفحة.

نصت الفقرة التي تليها الى "ولا يبدأ التحقيق معه الا في حضور محاميه، فإن لم يكن له محام، ندب له محام..."

وايضاً ورد هذا الحق في دستور العراق ٢٠٠٥ النافذ في المادة (1/19) "حق الدفاع مقدس ومعقول في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة"، وفي (11/19) نصت على ان "تندب المحكمة محامياً للدفاع عن المتهم بجناية او جنحة من ليس له محام يدافع عنه وعلى نفقة الدولة"، وايضاً نص عليه التعديل الوارد في المادة (123 / ب / ثانياً) من قانون اصول المحاكمات الجزائية والتي نصت على أن "للمتهم الحق في ان يتم تمثيله من محام، وإن لم يكن له القدرة على توكيل محام، تقوم المحكمة بتعيين محام مندوب له دون تحميل المتهم اتعابه". نلاحظ من النص السابق ان المشرع العراقي قد اتاح للمحامي أن يطلع على الدعوى وايضا ان يكون له الحق في ان يطلب منها نسخة على نفقته الخاصة (391)، واستثناء لقاضي التحقيق إن يمنع حضور او اطلاع المتهم او المشتكى او المسؤول مديناً عن فعل المتهم ووكلائهم على مراحل التحقيق إذا كان ذلك يؤثر على سير التحقيق وسريته(392).

3.1.3.2: التوقيف:

يمثل التوقيف (393) أو الحبس الاحتياطي عدواناً على الحرية الشخصية للمتهم تقتضيه وتبرره مصلحة التحقيق (394)، ونظراً إلى ان هذا الإجراء يشترك مع غيره من الاجراءات التي تمثل قيداً على الحرية الشخصية، مما يقتضى منا تحديد مفهوم التوقيف وبيان ضمانات وحقوق المتهم عند صدور الأمر بالتوقيف.

(391) ينظر: نص المادة (27) من قانون المحاماة رقم (137) لسنة 1965 ، المعدل.
(392) نصت المادة (57/أ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي على ان " للمتهم والمشتكى والمدعي بالحق المدني والمسؤول مديناً عن فعل المتهم ووكلائهم ان يحضروا إجراءات التحقيق ، وللقاضي او المحقق ان يمنع أي منهم من الحضور اذا اقتضى الامر ذلك لأسباب يدونها في المحضر على ان يبيح لهم الاطلاع على التحقيق بمجرد زوال هذه الضرورة ولا يجوز لهم الكلام الا اذا اذن لهم ، واذا لم يأذن وجب تدوين ذلك في المحضر."
(393) تجدر الإشارة الى ان التشريعات العربية بل حتى الفقه لم يستقر على استخدام لفظ محدد للدلالة على مصطلح التوقيف ، فاستقرأ نص المادة (134) من قانون الإجراءات الجنائية المصري المعدل رقم (11) لسنة 2017 م نلاحظ ان المشرع المصري استخدمه لفظ الحبس الاحتياطي للدلالة على هذا المعنى ، وايضا المشرع الاماراتي استخدمه نفس اللفظة اما المشرع العراقي وكذلك مشرع الأردن والسوري واللبناني استخدم لفظ التوقيف ، اما المشرع المغربي استخدمه لفظ الاعتقال الاحتياطي.

(394) إبراهيم حامد طنطاوي ، الحبس الاحتياطي ، دراسة مقارنة، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1999م، ط1، ص4.

أولاً: مفهوم التوقيف : التوقيف لغة : والتوقيف أصله وقف ، والوقوف خلاف الجلوس، وقف بالمكان وقفاً ووقوفاً ، فهو واقف(395).

اما التوقيف اصطلاحاً : ان قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1971 وتعديلاته لم يتضمن على تعريفاً للتوقيف ، شأنه شأن سائر التشريعات العربية (396)، الا انه تعددت التعاريف من قبل الفقهاء بهذا الصدد فقد عرفه الدكتور محمد علي سالم الحلبي، بأنه: (التوقيف هو اجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي ، وهو من اخطر الاجراءات التي تمس حقوق المتهم وحياته وهو عبارة عن وضعه في مكان التوقيف دون ان تثبت إدانته بحكم نهائي وقد اجاز المشرع هذا الامر احتياطياً لضرورات التحقيق) ، (397) وايضا قد عرفه بانه : (هو اجراء استثنائي تحفظي، يتم حيال المتهم في إطار اجراءات التحقيق الجنائي وبأمر من السلطة المختصة القائمة بالتحقيق، وهو اختياري فلها ان تستعجله او لا تستعمله كما انه يدخل في نطاق صلاحيتها التقديرية وفقاً للظروف وملابسات كل واقعة على حدة في اطار الغرض الذي شرع من اجله وهو ضرورة التحقيق وامن المجتمع) (398) كما قد عرفه البعض بانه (اجراء بمقتضاه يودع المتهم في السجن خلال فترة التحقيق كلها أو بعضها إلى أن تنتهي محاكته ، مما يلحق به أذى بليغا وصدمة عنيفة ، ويلقى عليه ظلالاً من الشك ، ويقربه من المحكوم عليه)،(399) وعرفه البعض الآخر بأنه (اجراء تحقيقي وقتي تقوم الجهات المختصة مثل الجهات التحقيقية بوضع المتهم في مكان معين مدة من الزمن بعد موافقة القضاء ولمدة محددة قانوناً لمعرفة من هو الجاني)(400)، ونلاحظ مما سبق ذكره من تعريفات للفقهاء ان هناك تعاريف تركز على جانب واحد او اكثر من جانب إجراءات التوقيف كسلب الحرية ومقتضيات التوقيف والجهة المختصة او مدة التوقيف ولم يأت فيها اي تعريف يكون جامع لكافة جوانب التوقيف .

ثانياً : : حقوق وضمانات المتهم عند صدور أمر بالتوقيف :-

1-الجهة المختصة بإصدار أمر التوقيف :- لما كان التوقيف هو من اكثر إجراءات التحقيق مساساً بالحرية الشخصية ، كان لازماً على المشرع احاطته بضمانات تكفل حماية حرية المتهم واستعماله في نطاق الهدف المشروع الذي شرع من أجله ، وأولى هذه الضمانات ان تكون السلطة التي تصدره لها من الكفاءة

(395)ابن منظور لسان العرب ،بيروت ،2002،المجلد (15) ص 263: د.سردار علي العزيز، ضمانات المتهم في مواجهة القبض والتوقيف، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية ،مصر ،ص119.

(396)كالقانون الإجراءات المصري،الفلستيني الليبي ،اللبناني،الأردني.

(397)د.محمد علي سالم الحلبي ،الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، طبعة دار الثقافة،الأردن ،2005،ص178.

(398)المستشار سمير ناجي ،بحوث ودراسات عملية في القانون الجنائي ،مطبعة الاسراء،القااهرة،2005،ص194.

(399)احمد فتحي سرور ،الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ،القااهرة ،دار النهضة العربية ،1979م،ص595.

(400)سعيد حسب الله عبد الله ،شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ، دار الحكمة للطباعة والنشر ،الموصل ،ص215.

والاستقلال ما يطمئن معه لحسن تقديرها لهذا الاجراء، وتكفل للمدعى عليه تحقيق دفاعه (401)، وان قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي قد أكد على عدم جواز التوقيف الا بمقتضى أمر صادر من قاضي او محكمة، وفي الأحوال التي يجيز فيها القانون ذلك. أوجب استثناء هذا على المحقق في الأماكن النائية، عن مركز دائرة القاضي، أن يوقف المتهم في الجنايات (402)، ولم يجز لأعضاء الضبط القضائي اتخاذ مثل هذا الأجراء، وذلك لخطورته على الحرية الشخصية للمتهم (403)، وأن الدستور العراقي 2005 الدائم قد نص في الفقرة (ب) اولاً المادة (37) "على عدم جواز توقيف أحد او التحقيق منه الا بموجب قرار قضائي"، وايضا قد حرص الدستور المصري الصادر سنة 2014 على تحديد السلطة المختصة لإصدار امر الحبس الاحتياطي في المادة (1/54) حيث نصت على "... لا يجوز القبض على احد، او تفتيشه او حبسه ... الا بأمر قضائي مسبب يستلزمه التحقيق ..."، كما نصت المادة (5/45) "وينظم القانون احكام الحبس الاحتياطي، ومدته واسبابه" وان اغلب الدول العربية (404) قد حصرت امر اصدار التوقيف بالجهات القضائية او النيابة العامة او بالادعاء العام، وان القانون لم يجيز ذلك لأعضاء الضبط القضائي بصفتهم سلطة جمع الاستدلالات والتحري (405)، في الوقت الذي اباح لهم حق القبض في حالات محدده وبشروط معينة .

2-تحديد الجريمة التي يصدر بشأنها الأمر: لا يجوز صدور الامر بالتوقيف او الحبس الاحتياطي الا في الجنايات والجنح، ولا يجوز اصدار الامر في الجنح المعاقب عليها بالغرامة، حيث ان العبرة هي في العقوبة المنصوص عليها في القانون وليس فيما يحكم به القاضي، وان المشرع العراقي حدد حالات التوقيف حسب جسامة الجريمة (406).

ومن هذه الجرائم :

أ- الجرائم المعاقب عليها بالحبس مدة تزيد عن ثلاث سنوات أو السجن المؤقت أو المؤبد، فالأصل هنا توقيف المتهم، والاستثناء إطلاق سراحه يتعهد مقرون بكفالة أو بدونها، إذا رأى قاضي التحقيق ان ذلك لا يضر بسير التحقيق أم لا يؤدي الى هروب المتهم.

(401) عمرو واصف، النظرية العامة في التوقيف الاحتياطي، منشورات الحلبي، القاهرة، ط1، 2003م، ص260.

(402) ينظر: نصوص المواد (92، 112) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي.

(403) ينظر: فؤاد علي سليمان، توقيف المتهم في التشريع العراقي، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، 1981م، ص103؛ القاضي جمعة فرج خلف، المصدر السابق، ص110.

(404) كالتشريع الفلسطيني والكويتي والسوري والأردني والاماراتي .. الخ.

(405) د.اسماعيل محمد سلامة، الحبس الاحتياطي دراسة مقارنة، مطابع سجل العرب، القاهرة، 1983، ط2، ص30.

(406) ينظر نصوص المواد (109، 110) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ.

ب - الجرائم المعاقب عليها بالحبس مدة ثلاث سنوات فأقل أو الغرامة، فالأصل إطلاق سراح المتهم، والاستثناء توقيفه، إذا كان إطلاق سراحه يضر بسير التحقيق أو يؤدي إلى هروب المتهم.

ت - الجرائم المعاقب عليها بالإعدام، فهذه، الجرائم توجب توقيف المتهم عند إجراء التحقيق معه ، لحين صدور قرار نهائي فاصل من محكمة الموضوع .

ث - لا يجوز توقيف المتهم لمخالفة (الا اذا لم يكن له محل إقامة معين) .

ج- ولا يجوز توقيف المرأة المتهمة بجريمة غير عمدية خلال مرحلة التحقيق والمحاكمة حتى صدور قرار أو حكم فاصل في الدعوى، بسبب طبيعة ومكانة المرأة في المجتمع ان ذلك له تأثير على سمعة المرأة(407).

وايضاً هذا ما اجاز به المشرع المصري "فلا يجوز صدور الأمر بالحبس الاحتياطي الا في الجنايات والجنح المعاقب عليها بالحبس لمدة لا تقل عن سنة" (م 1/134) من قانون الإجراءات الجنائية المصري معدلة بالقانون رقم 145 لسنة 2006. وان العبرة من ذلك ان الجنح بالحد الاقصى المنصوص عليه في القانون للعقوبة التي يجوز للمحكمة توقيعها على مرتكب الجريمة، فاذا كان من الجائز للقاضي توقيع عقوبة الحبس لمدة سنة جاز للمحقق إصدار الأمر بالحبس الاحتياطي، ويكون هذا الحبس صحيحاً حتى ولو حكم القاضي بعقوبة أقل من هذا الحد بل ولو حكم بالبراءة، إن العبرة بالعقوبة المنصوص عليها في القانون لا بما يحكم به القاضي. وعلى ذلك لا يجوز الحبس الاحتياطي في الجنح المعاقب عليها بالغرامة فقط أو بالحبس الذي يقل عن الحد الاقصى له عن سنة، ولكن يجوز الحبس الاحتياطي عن أية جريمة أخرى معاقب عليها بالحبس ولو بمدة اقل من هذا الحد إذا لم يكن للمتهم محل إقامة ثابت ومعروف في مصر المادة (2/134) إجراءات جنائية، تحوطاً لخشية هروب المتهم(408).

اما التشريع الفرنسي فانه لم يجيز إصدار أمر الحبس الاحتياطي الا في الجرائم التي تصل مدة العقوبة فيها ثلاث سنوات على الاقل.(409)

(407) ينظر: قرار مجلس قيادة الثورة المنحل، المرقم (101) في 1999/6/22 ؛ أشار اليه القاضي جمعة فرج خلف، المصدر السابق، ص111.

(408) د. عبد الرؤوف مهدي، الحبس الاحتياطي في ضوء احكام القانون 45 لسنة 2006 ، والقانونين رقمى 153، 74 لسنة 2007 ، بدون جهة نشر او سنة ، ص66.

(409) د. عبد الرؤوف مهدي، المصدر السابق، ص66.

3-تحديد مدة التوقيف : من المعروف إن توقيف المتهم هو تقييد حريته الشخصية ، وقد أملت الضرورة، لذا يجب أن تقدر هذه الضرورة بقدرها ، بحيث إذا زالت دواعي التوقيف فلا بد من انقضائه، وبالتالي فأن بقاءه في التوقيف لمدة طويلة، يكون له أثره السيء على من يعيلهم.

وان قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ قد حدد (410) مدة التوقيف بحيث لا تزيد عن (15) يوماً (في كل مرة ، ولا يجوز أن لا يزيد مجموع مدة التوقيف على ربع الحد الأقصى للعقوبة ، ولا تزيد أي حال من الاحوال على ستة أشهر ، واذا اقتضى الحال تمديد التوقيف أكثر من ستة اشهر فعلى قاضي التحقيق عرض الأمر على محكمة الجنايات التابع لها ، لتأذن له بتمديد التوقيف مدة مناسبة باستثناء المتهم بجريمة معاقب عليها بالإعدام (411).

اما المشرع المصري فقد حصر آثار الحبس الاحتياطي في نطاق زمني ضيق فقد نصت المادة (١٤٣/٣) إجراءات على انه "لا يجوز أن تزيد مدة الحبس الاحتياطي على ثلاثة أشهر ما لم يكن المتهم قد أعلن بإحاطته إلى المحكمة المختصة قبل انتهاء هذه المدة ... فاذا كانت التهمة المنسوبة اليه جناية فلا يجوز ان تزيد مدة الحبس الاحتياطي على خمسة شهور الا بعد الحصول قبل انقضائها، على امر من المحكمة المختصة بمد الحبس مدة لا تزيد على خمسة واربعين يوماً قابلة للتجديد لمدة او مدد أخرى مماثلة، والا وجب الافراج عن المتهم. وفي جميع الأحوال لا يجوز أن تتجاوز مدة الحبس الاحتياطي في مرحلة التحقيق الابتدائي وسائر مراحل الدعوى الجزائية ثلث الحد الأقصى للعقوبة السالبة للحرية، بحيث لا تتجاوز ستة أشهر في الجرح، او ثمانية عشر شهراً في الجنايات، وستين إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة هي السجن المؤبد والاعدام. وقد حرص قانون الاجراءات على تحديد مدد الحبس الاحتياطي في المواد (٢٠١/١) و (٢٠٢) بالنسبة للنيابة العامة، والمادة (١٤٢/١) و (١٤٣/١) اجراءات بالنسبة لقاضي التحقيق (412).

(410)أ.حسين جميل ،حقوق الانسان والقانون الجنائي ،معهد البحوث والدراسات العربية ،قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية ،1972م ،ص151.

(411) القاضي جمعة فرج خلف، المصدر السابق ص110-111.

(412) أ.د. محمد عيد الغريب ، دور التشريع والقضاء في اعمال النصوص الدستورية في مجال حقوق وضمانات المتهم ،مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ،العدد 60 (أغسطس 2016) ، كلية الحقوق ،جامعة المنصورة ،ص59.

(2)كانت المدة شهرين الا انه لوحظ ان متوسط فترة التحقيق في القضايا العادية هو أربعة اشهر لذلك تم تعديل المادة (139) بلامر رقم 59-529 في 4/6/1960 د.احمد الدسوقي ،المصدر السابق،ص681.

اما قانون الاجراءات الفرنسي فالمادة (١٣٨) منه لا تجيز الامر بالحبس لأكثر من خمسة ايام وذلك في الاحوال التالية :-

- 1- اذا كان المتهم مقيماً في فرنسا .
- 2- اذا كانت التهمة معاقباً عليها بالحبس سنتين أو اقل.
- 3- اذا كان لم يسبق الحكم عليه بالحبس في جناية او جنحة لمدة ثلاثة شهور. وفيما عدا ذلك فإن مدة الحبس الاحتياطي لا ينبغي ان تتجاوز على اربعة اشهر (المادة ١٣٩ في قانون الفرنسي (412) ، مالم تنهض اسباب وجيهه بناء على طلب النيابة او بمبادرة قاضي التحقيق ، فيجوز حبس المتهم لمدة اربعة اشهر أخرى بعد اخذ تعليقات النيابة والمتهم .
- 4- استجواب المتهم قبل توقيفه : - يجب استجواب المتهم من قبل قاضي التحقيق قبل اتخاذ قرار بتوقيفه(413)، لإحاطته علماً بالتهمة المنسوبة إليه ارتكابها ، والأدلة المتوافرة ضده ، وتسمع أقواله بشأنها فاذا ثبت أن هناك دلائل كافية جاز الأمر بتوقيفه (314) ان المشرع العراقي لم يشترط استجواب المتهم قبل الأمر بتوقيفه ، حيث لم يربط توقيف المتهم باستجوابه ، كونه نص على الاستجواب في مادة لاحقة هي (م 123) من قانون أصول المحاكمات الجزائية ، كما ان المواد التي عالجت التوقيف هي (109،110) من القانون المذكور، حيث تشير إلى امكانية توقيف المتهم دون استجوابه ، ولضمان عدم انتهاك حرية المتهم الشخصية لمجرد الاتهام الخالي من الدلائل الكافية على ارتكاب الجريمة، وحصيلة هذا الوضع يدعونا إلى القول بإيراد مثل هذه الضمانة في قانون أصول المحاكمات الجزائية(315). وان غالبية الفقهاء والقضاء السائد في مصر ان الاستجواب ليس وجوبيا الا في الحالات التي نص عليها القانون ، ذلك ان قانون الإجراءات الجنائية المصري قد نص على الاستجواب صراحة في حالتين : الأولى عقب القبض على المتهم فوراً (م ١٣١ ، م ٣٦ اجراءات) ، والحالة الثانية هي تلك التي يقرر فيها قاضي التحقيق وضع المتهم في الحبس الاحتياطي (المادة ١٣٤ اجراءات) أو مد هذا الحبس (316) وفي ذلك قضت محكمة النقص المصرية أن عدم سؤال المتهم في التحقيق لا يترتب عليه بطلان الإجراءات، إذ لا مانع في القانون يمنع من رفع الدعوى العمومية بدون استجواب المتهم، بل يجوز معها في مواد الجرح

(413) قد أكد الإعلان العالمي لحقوق الانسان على هذا ، حيث نص على ضرورة سماع اقوال المتهم ودفاعه فالمادة (10) من الإعلان تنص على ان كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً الى ان يثبت ارتكابه لها! "....
 (414) د. كامل حامد السعيد .شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ،دار الثقافة ،عمان ،2008م، ط1، ص342.
 (415) قاضي جمعة فرج خلف ،المصدر السابق ،ص112.
 (416) د. هلالى عبد الله احمد ،المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي ،مرجع سابق ،ص753.

والمخالفات مباشرة بدون تحقيق ما(417)، والحالة الوحيدة التي يمكن فيها التجاوز عن شرط الاستجواب إذا تعذر اجراؤه لسبب يرجع الى المتهم وهي حالة هروبه المادة (134) اجراءات مصري ، اما قانون الاجرائي الفرنسي ١٩٧٠ قرر ضمانه للمتهم بهذا الصدد ، فلا يجيز اصدار امر الحبس الاحتياطي الا بعد سماع ملاحظات المتهم عن التهمة عند مثوله امام قاضي التحقيق(418).

5-تسبب قرار التوقيف: - لا يكفي ان ينسب للفرد ارتكاب جريمة معنية مهما بلغت خطورتها وجسامه عقوبتها، وان تكون هناك دلائل كافية على ارتكابه لها، وان يستجوب بمعرفة سلطة التحقيق، وانما يجب ان يكون هناك من الأسباب والمبررات ما يجعل من توقيف المتهم أمراً ضرورياً ولازماً، وذلك استناداً إلى أن المتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي وحتى صدور حكم بات ضده بعقوبة مقيدة للحرية لا يزال متمتعاً بقرينة البراءة ، والتوقيف يعد إجراء شاذاً واستثنائياً اقتضته مصلحة التحقيق أو دواعي الامن(419) ، الا أنه لا يوجد في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي ما يشير الى وجوب التسبب (420)، باستثناء المادة (١٥٧) من القانون المذكور التي اوجبت ذكر أسباب التوقيف ، عندما تأمر المحكمة بإعادة توقيفه بعد أن كان مطلق السراح، لذا ندعو المشرع إلى النص على وجوب تسبب قرار التوقيف في القانون أصول المحاكمات الجزائية ، لأنها تشكل ضمانه من ضمانات المتهم وتضيق حالات التوقيف اما المشرع المصري فقد حدد اسباب الحبس الاحتياطي حيث نص عليها في المادة (134) من قانون الاجراءات الجنائية رقم 145 لسنة 2006 المعدل " لقاضي التحقيق، بعد استجواب المتهم او في حالة هربه ، اذا كانت الواقعة جنائية او جنحة معاقبا عليها بالحبس لمدة لا تقل عن سنة ، والدلائل عليها كافية ان يصدر امرا بحبس المتهم احتياطيا ، وذلك اذا توافرت احدي الحالات الاتية :

1- اذا كانت الجريمة في حالة تلبس ، الحكم فيها فور صدوره.

2-خشية من هروب المتهم.

3-خشية الاضرار بمصلحة التحقيق سواء بالتأثير على المجنى عليه او الشهود او بالعبث في الادلة او القرائن المادية ، او بإجراء اتفاقيات مع باقي الجناة لتغيير الحقيقة او طمس معالمها .

(417)نقض 3 ديسمبر سنة 1981،س51،رقم 212، ص 188: د.احمد عبد الحميد الدسوقي ،المصدر السابق،ص643.

(418)ينظر: المواد 144و145و176 من القانون المذكور.

(419)د.احمد عبد الحميد الدسوقي،المصدر السابق،ص642.

(420)أ.عبد الأمير العكيلي،أبحاث في التحري عن الجرائم وجمع الأدلة والتحقيق الابتدائي ،ج2،ط1،مطبعة المعارف،بغداد،1972م.

4-توقي الاخلال الجسيم بالأمن والنظام العام ، الذي قد يترتب على جسامة الجريمة . ومع ذلك يجوز حبس المتهم احتياطياً اذا لم يكن له محل اقامة ثابت في مصر وكانت الجريمة جنائية او جنحة والواقع ان هذه الاسباب تركز على ان الحبس الاحتياطي وسيلة تحويطيه ضد احتمالات الاضرار بحسن سير التحقيق فهو يسهل على المحقق اجراء التحقيق لأنه يمكنه من ان يجد المتهم في اي وقت (421).

اما تسبب الأمر بالتوقيف أو الحبس الاحتياطي في القانون الفرنسي فان المقرر فيه ان يعطى قاضي التحقيق الاسباب الكافية لقراره بالحبس الاحتياطي(422) ، وفي قرار لمحكمة النقض الفرنسية في أكتوبر 1972 أعادت قرار غرفة الاتهام المؤيد لقرار قاضي التحقيق بالحبس الاحتياطي، والسبب بأن ضرورة التحقيق اقتضته وقررت المحكمة ان هذه العبارة لا تكفي بمفردها كمبرر للحبس ويجب ان تعطى التفاصيل بالأسباب كاملة(423) .

6-إخبار الموقوف بأسباب توقيفه: ان إخبار الموقوف المتهم بأسباب صدور أمر التوقيف يعتبر الإجراءات الشكلية الضرورية لإصدار قرار التوقيف، فيجب ابلاغ الموقوف بأسباب توقيفه حتى يتبين ما إذا كانت الواقعة المرتكبة مما يجوز فيها التوقيف من عدمه، وايضا حتى يتسنى للموقوف ان يتصل بمن يرى اطلاعه بما وقع، او الاستعانة بمحام وأن يطعن بأمر التوقيف وأن يطلب تخليه سبيله(424) .

ونلاحظ عدم ورود نص في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي يشير به إلى ضرورة تبليغ المشتكى عليه بأسباب التوقيف، ولكن نستطيع ان نستخلص هذا الامر من نص المادة (123) من قانونا اصول المحاكمات الجزائية العراقي، حيث نصت على " على حاكم التحقيق او المحقق ان يستجوب المتهم خلال أربع وعشرون ساعة من حضوره بعد التأكد من شخصية وإحاطته علماً بالجريمة المنسوبة إليه، ويدون أقواله بشأنها مع بيان ما لديه من أدله لنفيها عنه وله ان يعيد استجواب المتهم فيما يراه لازماً لاستجلاء الحقيقة". مما تقدم نرجوا من المشرع العراقي التدخل لتعديل هذا النقص التشريعي في قانون اصول المحاكمات الجزائية ، وذلك لان اخطار الموقوف بأسباب القبض عليه، يقتضي بيان الجريمة المنسوبة اليه والادلة على اسنادها اليه وكل الوقائع التي يكتمل بها علم الموقوف بأسباب توقيفه وتمكنه من الوقوف على حقيقه التهم الموجهة اليه وتبرر توقيفه.

(421)د.عبد الرؤف مهدي، المصدر السابق،ص67.

(422) " (422) Sheehan" criminal procedure in Scotland and France ،1965،(5) ،p.50-51أشار اليه: د.

احمد عبد الحميد السوقي ،المصدر السابق،ص684.

(423) المصدر نفسه.

(424) عمرو واصف الشريف ،النظرية العامة في التوقيف ،دراسة مقارنة ،منشورات الحلبي ،بيروت ،2004م،ص310.

اما المشرع المصري فقد نص على هذه الضمانة في المادة (1/139) من قانون الاجراءات المصري على " يبلغ فوراً كل من يقبض عليه او يحبس احتياطياً بأسباب القبض عليه او حبسه ، ويكون له حق الاتصال بمن يرى ابلاغه بما وقع والاستعانة بمحام ، ويجب ابلاغه على وجه السرعة بلفتهم الموجه اليه".

2.3.2: التفتيش:

نستعرض هنا مفهوم التفتيش من خلال تعريفه لغة واصطلاحاً في الفرع الأول ، ثم نكشف عن اهم الضمانات التي يتمتع بها المتهم في فرع ثان .وكما يلي

1.2.3.2: مفهوم التفتيش:

أولاً: التعريف اللغوي للتفتيش: ان أصل كلمة تفتيش يرجع الى " فتش " الفاء والتاء والشين كلمة واحدة تدل على البحث عن الشيء، نقول فتشت فتشاً وفتشت تفتيشاً⁽⁴²⁵⁾، كما ويأتي بمعنى الطلب والبحث، وفتشت الشيء وفتشته تفتيشاً⁽⁴²⁶⁾ ، ويراد به من فتش الشيء وتصفحه وعنه سئل وبحث⁽⁴²⁷⁾.

ثانياً : تعريف التفتيش اصطلاحاً: ان اغلب التشريعات الإجرائية لم تعرف التفتيش ومنها قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ ، وهذا هو الموقف نفسه بالنسبة للمشرع الفرنسي، اما المشرع المصري فلقد عرف التفتيش في المادة (91) من قانون الإجراءات الجنائية حيث نصت على "تفتيش المنازل عمل من أعمال التحقيق ولا يجوز الالتجاء اليه الا بمقتضى أمر من قاضي التحقيق بناءً على اتهام موجه الى الشخص يقيم في المنزل المراد تفتيشه بارتكاب جناية او جنحة او باشتراكه في ارتكابها أو اذا وجدت قرائن تدل على أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة ...". ولان معظم التشريعات الإجرائية تخلو من تعريف لمصطلح التفتيش نتطرق الى بعض التعاريف التي أوردها الفقه ، فقد عرف التفتيش هو " اجراء من إجراءات التحقيق، التي تهدف الى ضبط الجريمة موضوع التحقيق وكل ما يفيد في كشف الحقيقة"⁽⁴²⁸⁾ وايضاً قد عرفه الدكتور عمر السعيد بانه " اجراء خطير ينطوي على مساس بحرية الاشخاص وانتهاك لحرمة المسكن أو غيرها من الاماكن الخاصة ولهذا فهو يعد بطبيعته من إجراءات التحقيق ولا يتصور بحال ان يكون من اجراءات الاستدلال"⁽⁴²⁹⁾، اما الدكتور محمود نجيب حسنى فقد عرف التفتيش بانه " احد اهم اجراءات التحقيق الابتدائي فهي ضبط الاشياء المتعلقة بالجريمة

(425)ابن زكريا ،معجم مقاييس اللغة ،دار الاحياء ،التراث العربي ،بيروت ،ص 805

(426)ابن منصور ،لسان العرب ،دار الحديث القاهرة ،ج 7،ص 15.

(427)ينظر قاموس المتجد ،نقلا عن موسوعة القضائية ،د.علي السماك ،مطبعة الجاحظ،1990،ص252: كمال عثمان شنيبة ،التفتيش واثاره في القانون العراقي ،2011،ص2.

(428)د. أحمد فتحي سرور ،المصدر السابق ،ص342.

(429)عمر السعيد رمضان، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية،دار النهضة ،1987،ص375.

والتي تفيد من كشف الحقيقة في شأنها وهذه الأشياء قد تستمد منها اهم ادله الجريمة اذا قد تكون ادله ارتكبتها او موضوعها او متحصلاتها" (430)، وقد عرفه البعض من الفقه بأنه " الاطلاع على محل منحه القانون حرمة خاصة للبحث عما يفيد التحقيق ".(431).

من جعله التعريفات السابقة يتضح لنا ان التفتيش هو اجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي ولا يجوز اتخاذه الا بأمر من السلطات القضائية المختصة، والهدف منه هو البحث عن ادله الجريمة وضبطه في محل منحه القانون حرمة خاصة بقصد التوصل الى كشف الحقيقة في جريمة وقعت بالفعل ، كما أن التفتيش ينصب على محل منحه حرمة خاصة سواء اكان هذا المحل مسكناً او شخصاً أو شيء يتمتع بذات الحرمة كالرسائل الشخصية والمكالمات الهاتفية - مع اشتراط ان تكون الجريمة الجاري التفتيش في شأنها جنائية او جنحة.

2.2.3.2: ضمانات المتهم في التفتيش:

لقد حرصت دساتير العالم وإعلانات حقوق الانسان على وضع الضمانات والقواعد والأسس التي تقوم عليها الاحكام لدخول المنازل وتفتيشها، وذلك لمنع الاجراءات التعسفية والمحافظة على حرمة المساكن، فنصت المادة (12) من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان، على انه "لا يتعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة او اسرته ومسكنه ... "وأكد الدستور المصري فجاء في المادة (44) منه على انه " للمساكن حرمتها فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها الا بأمر قضائي مسبب وفقاً لأحكام القانون". لاشك بان التفتيش حسب طبيعته، يمس حق المتهم في سرية حياته الخاصة، ويتمثل نطاق هذه السرية أما في شخص المتهم او في المكان الذي يقيم فيه او يعمل به، وذلك بالشروط والايضاح المحددة في القانون (432)، وقد نص دستور جمهورية العراق لسنة 2005 في المادة (17ف2) على انه " حرمة المساكن مصونة ولا يجوز دخولها أو تفتيشها أو التعرض لها الا بقرار قضائي ووفقاً للقانون" ، ولما كان اجراء التفتيش يمس حقوق الافراد سواء في حرياتهم أو مساكنهم أو مراسلاتهم لذا سوف نتطرق الى اهم ضمانات المتهم التي وردت في التشريعات :

(430) محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة، 1979، ص 666.
(431) د.حسن جوخدار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، دراسة مقارنة، ج1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1993، ص 366.
(432) ينظر الشافعي محمد بشير، المصدر السابق، ص179: القاضي جمعة فرج خلف ، المصدر السابق، ص96.

1-السلطة المختصة بإصدار أمر التفتيش : ان التفتيش لا يتم الابناء على امر صادر من سلطة مختصة قانوناً(433) ، ولكن التشريعات اختلفت في تحديد هذه السلطة ، فالمشروع العراقي قد حدد هذه السلطة في المادة (72) من قانون اصول المحاكمات الجزائية حيث نص على "لا يجوز تفتيش اي شخص او دخول او تفتيش منزله او اي مكان تحت حيازته الا بناء على امر صادر من سلطة مختصة قانوناً " وقد حصر المشروع حق اصدار أمر التفتيش بقاضي التحقيق باعتباره السلطة المختصة بالتحقيق الابتدائي ، الا ان المشروع اجاز اجراء التفتيش للمحقق او لعضو الضبط القضائي تفتيش المتهم او منزله بدون أمر من السلطة المختصة وذلك في الاحوال التي يجوز فيها القبض القضائي على المتهم او عند وقوع جناية او جنحة مشهودة(434)، اما بالنسبة الى التشريع المصري لقد حدد بموجب نص المادة (64) من قانون الاجراءات الجنائية المصري السلطة المختصة بأمر التفتيش هي النيابة العامة او لا بصفتها الجهة الاصلية بالتحقيق الابتدائي ، الا انه يجوز لقاضي التحقيق او مستشار التحقيق اصدار امر التفتيش وذلك في حالة ندبه للتحقيق ، اما التشريع الفرنسي فان قاضي التحقيق يكون هو المختص بإصدار امر التفتيش مع ملاحظة انه لقاضي الحريات دور مهم في حماية حرمة المسكن اذ يكون له ايضا سلطة الامر بالتفتيش (435).

ثانياً: ان تكون هناك جريمة قد وقعت بالفعل ونسبت إلى المراد تفتيشه: ويعبر عن هذه الضمانة بانه يجب ان يكون الشخص قد اتهم بارتكاب جناية أو جنحة وتوافرت دلائل كافية على نسبتها اليه. فلا يجري التفتيش هكذا على اي شخص بلا قيود بل يجب ان يكون قد اتهم شخص معين في جريمة معينة وأن تفيد الاستدلالات بصحة وقوع الجريمة ونسبها إلى المتهم ويشترط في هذه الاستدلالات التي يبني عليها التفتيش أن تكون مشروعة ، فاذا لم تكن كذلك كان التفتيش باطلاً وذلك اعمالاً بالقاعدة القضائية بان (ما بنى على باطل فهو باطل) (436)، ويجب لاتخاذ أمر بالتفتيش ان تكون هناك جريمة قد وقعت بالفعل، فلا يكفي أنها من المزمع ارتكابها أو سوف تقع مستقبلاً حتى وان كانت التحريات تفيد بوقوع تلك الجريمة حتماً في وقت لا حق لأمر التفتيش (437) ، وأن المشروع العراقي أجاز التفتيش في حالة ارتكاب جريمة (438) مما

(433) عبد المحسن بن محمد الفريح، تفتيش المساكن لايحوز القيام به الا بأمر مسبب من هيئة التحقيق والادعاء العام ، مجلة الرياضي الاقتصادي، العدد 12978 ، السنة 39، منشور على الموقع

www.alrivadh.com

(434) ينظر : نص المادة (79) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ.

(435) ينظر المواد (45،81،93،94) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.

(436) نوال محمد، التفتيش القضائي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنوفية ، مصر ، أكتوبر 2012 ، ص603.

(437) د.مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي ، ج1، ط1، دار الكتب ،بيروت ، ص612.

(438) ينظر المادة (75) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي.

يعني أنه أجاز التفتيش حتى في المخالفات ، وحبذا لو انه قام بتضييق نطاق التفتيش وحصره في الجرائم الخطيرة، إذا أن ارتكاب المتهم الجريمة من نوع مخالفة، لا تبرر انتهاك حرمة ممكنه وخصوصيته ، مما نرى استثناء المخالفة من التفتيش⁽⁴³⁹⁾ لهذا نجد ان عدداً من التشريعات لا تجيز التفتيش الا لغرض الحصول على ادلة لجريمة يعدها القانون جنائية او جنحة⁽⁴⁴⁰⁾.

ثالثاً : وجود اشياء يحتمل الوصول اليها بالتفتيش :- بما ان التفتيش اجراء له خطورته ويتضمن مساساً بحريات الافراد وانتهاك حرمة مساكنهم ، لذلك فإن الغاية من التفتيش تتمثل في ضبط اشياء تتعلق بالجريمة او تفيد في الكشف عن الحقيقة بداخل المكان المراد تفتيشه⁽⁴⁴¹⁾، سواء كانت تلك الأشياء أو الاثار لصالح المتهم ضده واذا ما باشرت السلطة التحقيقية بإجراء التفتيش دون احتمال فائدة مرجوة منه فان هذا الاجراء يكون تحكيمياً كب انتفاء المصلحة فيه⁽⁴⁴²⁾.

رابعاً: تسبب أمر التفتيش: يعد تسبب أمر التفتيش من الضمانات الاساسية لأجراء التفتيش وذلك من اجل تسهيل مراقبة المبررات القانونية للتفتيش ، وايضاً لكي تكون النتائج التي يسفر عنها هذا الاجراء الخطير محل ثقة المحكمة عند الاستناد إليها في الحكم⁽⁴⁴³⁾، وعلى هذا الاساس قد نص المشرع المصري على تسبب امر التفتيش في المادة (91) من قانون الإجراءات الجنائية حيث نصت على ان " وفي جميع الاحوال يجب ان يكون امر التفتيش مسبباً " ، الا ان المشرع العراقي قد اغفل أمر التسبب ، مما يشكل نقصاً تشريعياً يستلزم معالجته وتلافيه

خامساً : عدم جواز التفتيش الا بعد أشعار المتهم كتابة بتقديم الشيء المراد تفتيشه : يجد هذا الضمان أساسه في كون التفتيش إجراء له خطورته ، فإذا ما تيسر تحقيق غرض التفتيش بأجراء اقل خطورة منه ، وجب الالتجاء إليه ، والا كان في مباشرة التفتيش تعسفاً لا مبرر له⁽⁴⁴⁴⁾، في حين تشترط بعض التشريعات عدم جواز اللجوء إلى التفتيش في حالة وجود وسيلة أخرى للحصول على الدليل⁽⁴⁴⁵⁾.

(439)القاضي جمعة فرج خلف ،المصدر السابق ،ص97.

(440)حسن بشيت خوين ،ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية خلال مرحلة التحقيق الابتدائي ،دراسة مقارنة ،أطروحة دكتوراه ،كلية القانون ،جامعة بغداد ،1983

(441) ينظر المادة (74،75) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي ، والمادة (99) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

(442)د.سلطان الشاوي ،أصول التحقيق الاجرامي ،مطبعة الرشاد ،بغداد ،1975م،ص93.

(443)د.طلال عبد حسين البدراني واسراء يونس هادي ،التفتيش واحكامه في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي ،بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ،المجلد (11) ،العدد (41) السنة (2009) ص 266.

(444)حسن بشيت خوين ،المصدر السابق ،ص 151.

(445)د.غازي حسن صباريني ، الوجيز في حقوق الانسان وحرياته الأساسية ،مكتبة دار الثقافة ،عمان ،ط1997،م2،ص63: القاضي جمعة فرج خلف ، المصدر السابق ،ص 100.

سادساً : حضور المتهم اثناء التفتيش :- أن المشرع العراقي قد نص على يجب حضور المتهم اثناء التفتيش حيث نص في المادة (82) من قانون اصول المحاكمات الجزائية على أنه " يجري التفتيش بحضور المتهم وصاحب المنزل او المحل إن وجد وبحضور شاهدين مع المختار أو من يقوم مقامه... " فنلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع أوجب حضور صاحب المنزل او حضور شاهدين مع المختار او من يقوم مقامه ، ان هذا الاجراء يشكل ضمانه مهمة للمتهم إذا ان حضوره عند اجراء التفتيش ، يمكنه الدفاع عن نفسه ومواجهته الادلة المتحصلة ضده والرد عليها ، وايضا حتى يتأكد بنفسه من صحة اجراءات التفتيش " ، كما ان وجود الشاهدين والمختار قد وفر نوعاً من الرقابة المحفزة للقائمين بالتفتيش بان يحرصوا على تنفيذ هذا الاجراء بشكل قانوني سليم بعيد عن اي تعسف (446) ، كما ان اغلب التشريعات قد اقرت بهذه الضمانة اي بحضور المتهم بنفسه او من ينوب عنه اثناء التفتيش الذي يقع على مسكنه ، كالتشريع المصري الذي نص في المادة (92) من قانون الإجراءات الجنائية على انه "يحصل التفتيش بحضور المتهم أو من ينيبه عنه أن أمكن ذلك" ، كما ان المشرع الفرنسي نص في المادة (57) من قانون الاجراءات الجنائية على انه "يجري التفتيش بحضور المتهم ، وان لم يستطع وجب تكليفه بتعين من يمثله ، وفي حالة عدم وجود المتهم فيعين مأمور الضبط القضائي الذي يتولى مهمة التفتيش شاهدين يختارهما من بين الاشخاص من غير الخاضعين لسلطته".

سابعاً : لا يجوز تفتيش المرأة الا بواسطة امرأة : يندب القائم بالتفتيش أمراءه ، لغرض القيام بتفتيش امرأة أخرى ، بعد تدوين هويتها في المحضر ، والسبب في ذلك هو ان التفتيش الواقع على الانثى في مكان من جسمها يعد من العورات التي يجب الا تمس وهي العورات التي لا يجوز للقائم بالتفتيش الاطلاع عليها ومشاهدتها أو ملامستها ؛ وكذلك هي عورات حياء المرأة الواقع عليها التفتيش(447) و ان المشرع المصري قد عالج هذه الضمانة في المادة (146) اجراءات جنائية في الفقرة الثانية على أنه "اذا كان المتهم انثى وجب ان يكون التفتيش بمعرفة انثى ينتدبها لذلك مأمور الضبط القضائي". وأيضا المشرع العراقي نص في المادة (80) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي على ما يلي "اذا كان المراد تفتيشه انثى فلا يجوز تفتيشها الا بواسطة أنثى ينتدبها لذلك القائم بالتفتيش بعد تدوين هويتها في المحضر".

(446)حسن بشيت خوين ،المصدر السابق ،ص 146.

(447)نوال محمد ،المصدر السابق ،ص 605.

ثامناً : ضمانات المتهم عند تفتيش مراسلاته : ان المشرع العراقي قد إحاطة المراسلات بضمانات عدة لحماية حق المتهم في الرسائل(448) وهي كما يأتي:

- 1- ان يكون في ضبط الرسائل فائدة في كشف الحقيقة .
- 2-لا يجوز لغير القاضي أو المحقق فض الاوراق المختومة والمغلقة والاطلاع عليها، ويكون ذلك بحضور المتهم وذوي العلاقة قدر الامكان، على ان يعيدها إذا لم تظهر علاقتها بالدعوى.
- 3-لا يجوز الاطلاع على الرسائل أو الاوراق أو الاشياء الشخصية غير المختومة، الا من قبل القائم بالتفتيش والقاضي والمحقق وممثل الادعاء العام.
- 4-إعطاء صورة من الرسائل أو الاوراق المضبوطة إلى اصحابها، اذا لم يكن في ذلك ضرر بالتحقيق (449).وايضا هذا ما اكده الدستور العراقي 2005 النافذ حيث نصت المادة (40) منه على ان "حرية الاتصالات والمراسلات البريدية والبرقية والهاتف والالكترونية وغيرها مكفولة ، ولا يجوز مراقبتها أو التنصت عليها او الكشف عنها ، الا لضرورة قانونية وأمنيه وبقرار قضائي"، ومن هنا يمكن القول ان الاستثناء هو ما ورد في المادة ذاتها التي اجازت المراقبة والكشف للضرورات القانونية والامنية، وبناءا على قرار قضائي ، وحيث ان المبادئ الدستورية لا بد ان تأخذ طريقا إلى التطبيق العملي من خلال تنظيمها بقانون ولكن بسبب صدور الدستور لسنة 2005 ، لذا فقد جعل قانون اصول المحاكمات الجزائية خالياً من نص يضع ضوابط قانونية يجوز معها كشف ومراقبة الاتصالات بأنواعها المختلفة .

(448)ينظر المادة (84) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي.
(449) القاضي جمعة فرج ، المصدر السابق ،ص102.المصدر نفسه ،ص103.

الفصل الثالث

مفترض الاشراف القضائي:

من المعروف ان النص القانوني هو الاداة التي من خلالها تُنظم حقوق الافراد وحررياتهم وكذلك توفر هذه النصوص الحماية اللازمة لهذه الحقوق والحرريات طالما مُورست ضمن الحدود المرسومة لها قانوناً غير ان هذه الحماية لكي تكون ذات جدوى فلا بد من وجود جهة مختصة لها دراية في فهم روح النصوص ومبتغاها والحكمة منها، وتتمتع هذه الجهة بخصائص تمكنها من ضمان هذه الحماية وهو ما لا يمكن توافره إلا في السلطة القضائية ومن هذا المنطلق تنهض هذه السلطة بواجبها في حماية الحقوق والحرريات المنصوص عليها وهذا الواجب لا يختلف في الظروف العادية عنه في الظروف الاستثنائية فهذه السلطة تكفل احترام الحقوق والحرريات وترد اي اعتداء عليها من اي جهة كانت وبذلك تُجسد تطبيق المشروعية الاجرائية في الواقع العملي وفي ظل الظروف الاستثنائية عليه فان الاشراف القضائي يُعد مفترضاً مهماً من مفترضات المشروعية الاجرائية وبذلك يترأى لنا الارتباط بين المفترضات الثلاثة التي تقوم عليها المشروعية الاجرائية في ظل الظروف الاستثنائية فكل منهم يكمل الآخر ولا يمكن الاستغناء عنه لبناء هذه المفترضات.

فاذا كان الاصل في المتهم البراءة مما يقتضي التعامل معه على اساس هذا الافتراض في كل مراحل الدعوى الجزائية وكل اجراء يمسُ بحقوقه وحرياته يجب ان يكون ضمن نطاق المشروعية الاجرائية فان ما يكمل ذلك هو ان يكون اتخاذ الاجراءات تحت اشراف ومعيّة القضاء الذي له القدرة على رد الاعتداء على هذه الحقوق والحرريات وعليه يجب ان يتمتع هذا القضاء بمؤهلات تمكنه من القيام بواجباته على أكمل وجه ومن اجل بيان ذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في المبحث الاول اهمية الاشراف القضائي على المشروعية الإجرائية وركائزه مع بيان موقف القوانين الاستثنائية المقارنة من الاشراف القضائي على مشروعية الاجراءات، اما المبحث الثاني فسوف نبين فيه اهم ضمانه من ضمانات تطبيق المشروعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية .

1.3: أهمية الاشراف القضائي على المشروعية الإجرائية:

ان مبدأ الشرعية الإجرائية لا يكفي لتحقيق افتراض براءة المتهم مع قانونية الإجراءات التي تتخذ حياله كما اشرنا سابقاً، بل لابد ان يتم ذلك كله تحت اشراف جهة رقابية مختصة استكمالاً لهذا المبدأ، لذلك يتطلب تقسيم هذا المبحث الى ثلاث مطالب ، الأول سوف نبين فيه أهمية الاشراف القضائي ، وأيضاً اهم

ركائز هذا المفترض في المطلب الثاني ، اما في المطلب الثالث سوف نتناول موقف القوانين الاستثنائية من الاشراف القضائي .

1.1.3: اهمية الاشراف القضائي:

ان مجرد تضمين النصوص القانونية للحقوق والحريات الفردية وتنظيم ممارستها لا يكفي لحمايتها بل ان هذه المهمة منوطة بالسلطة القضائية كونها حارسة الحقوق والحريات من اي اعتداء ويتأتى ذلك من خلال قيام هذه السلطة بواجب الاشراف على ما يتخذ من اجراءات جنائية بحق الافراد والذي من شأنه ان يبيث الطمأنينة في نفوس الافراد، ويؤدي إلى احداث نوع من التوازن بين حق الدولة في اقتضاء العقاب وحقوق الافراد وحررياتهم وقد تكفل القانون الاجرائي بهذه الموازنة من خلال نصوصه التي نظمت ممارسة الاجراءات الجنائية وفي ذات الوقت قررت ضمانات لحقوق الافراد وحررياتهم تجاه هذه الاجراءات من خلال محاكمة عادلة ومنصفة يراعى فيها حقوق وحرريات الافراد وفي مقدمة هذه الحقوق هو حق الدفاع وهنا يأتي دور الاشراف القضائي حامياً لهذه الحقوق والحريات ومراقباً لمراعاة التوازن المذكور وكافلاً بتوقيع الجزاء على من يخل بهذا التوازن من القائمين على تطبيق القانون وتنفيذه، وعلى هذا الاساس يلعب الاشراف القضائي دوراً مزدوجاً في المحافظة على التوازن بين الحقوق المتعارضة للدولة والفرد وكذلك في حماية هذا التوازن(2)

وتتبع اهمية الاشراف القضائي في كونه الحارس الطبيعي الذي يسهر على حسن تطبيق القانون وما احتواه من ضمانات لحقوق وحرريات الافراد، ويمارس القضاء هذه المهمة كونه الجهة المستقلة عن باقي سلطات الدولة وفق مبدأ الفصل بين السلطات كما ان احكامه تحوز حجية الشيء المقضي فيه كونها عنواناً للحقيقة وهي واجبة التطبيق والاحترام من قبل الجميع ولما تتمتع به هذه السلطة من مؤهلات لذلك فقد حرصت الكثير من الدساتير والقوانين على اناطة مهمة الاشراف على مشروعية الاجراءات الجنائية في مختلف الظروف العادية والاستثنائية للسلطة القضائية، ومن هذه الدساتير ما جاء في الدستور العراقي النافذ لعام 2005 عل ان الاشراف على الاجراءات ينبغي ان تكون بيد السلطة القضائية كذلك من خلال اشارته إلى ان الحق في الحرية مصان وانه لا يجوز الحرمان منها أو تقييدها إلا وفقاً للقانون وبناءً على قرار قضائي وانه لا يجوز الدخول إلى المساكن أو تفتيشها إلا بناءً على قرار قضائي(3).

(2) د. احمد فتحي سرور، الضمانات الدستورية للحرية الشخصية في الخصومة الجنائية، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، العدد 348، النسخة الثالثة والستون، 1972، ص 47.

(3) ينظر: نص المادتين (15، 2/17) من دستور العراق النافذ لعام 2005.

نستنتج من ذلك ان المشرع الدستوري اوجب ان تتم الاجراءات الجنائية الماسة بالحقوق والحريات تحت اشراف القضاء علماً ان المشرع الدستوري العراقي انتهج هذه السياسة قبل اصدار هذا الدستور وذلك من خلال قانون اصلاح النظام القانوني في العراق حيث بين هذا القانون ان من بين اهم ما تهدف اليه السياسة الجنائية في العراق هو حماية حقوق وحرية وأمن وكرامة المواطنين ضد التجاوزات، ويقع ذلك كله على عاتق السلطة القضائية عن طريق اشرافها على حماية تلك الحقوق والحريات⁽³⁾، وجاء في الدستور المصري ايضاً لسنة 1971 الملغي "تخضع الدولة للقانون واستقلال القضاء وحصانته ضمانتان اساسيتان لحماية الحقوق والحريات"⁽⁴⁾، وجاء في الدستور المصري النافذ لعام 2014 ما نصه "سيادة القانون اساس الحكم في الدولة وتخضع الدولة للقانون واستقلال القضاء وحصانته وحيدته ضمانات اساسية لحماية الحقوق والحريات"⁽⁵⁾.

وقد جاء في الدستور الفرنسي النافذ لعام 1958 ما نصه "السلطة القضائية تحافظ على الحرية الفردية وتضمن احترام هذا المبدأ بالشروط المنصوص عليها في القانون"⁽⁶⁾.

ويترتب على كون القضاء دستورياً وقانونياً في انه الحامي للحقوق والحريات في مختلف الظروف وجوب فسخ المجال اما الافراد في اللجوء اليه دون قيود أو شروط تحد من هذا اللجوء من أجل طلب هذه الحماية في حالة وقوع اي انتهاك أو انتقاص لحقوقهم وحياتهم تحت ذريعة اتخاذ اجراءات جنائية تمس بهذه الحقوق والحريات في ظل ظروف استثنائية الجأت القائمين على اتخاذ هذه الاجراءات ضرورة اللجوء اليها وفي هذا تجسيد لحق الفرد الطبيعي في التقاضي⁽⁷⁾.

يتبين لنا ان الاشراف القضائي على مشروعية الاجراءات الجنائية قد حول المشروعية الاجرائية من نصوص نظرية إلى واقع عملي، وان ذلك لا يتحقق إلا من خلال قيام السلطة القضائية بالأشراف الفعلي على مشروعية الاجراءات الجنائية كما هو الحال في قيام بعض الجهات القضائية بإجراءات التحقيق وخاصة تلك التي تكون على تماس مباشر بالحقوق والحريات كالتوقيف والتفتيش إذ تعد هذه الاجراءات من صميم عمل السلطة القضائية، نظراً لخطورة هذه الاجراءات واهميتها مما اقتضى ان تباشر هذه السلطة تلك الاجراءات بنفسها لضمان تجسيد المشروعية الاجرائية والمحافظة على الحقوق

(3) ينظر: الاسباب الموجبة في قانون اصلاح النظام القانوني في العراق رقم (35) لسنة 1977، منشور في جريدة الوقائع العراقية، بالعدد 2576 في 14/3/1977.

(4) المادة (65) دستور مصر لعام 1971 الملغي.

(5) ينظر: المادة (94) من الدستور المصري النافذ لعام 2014.

(6) ينظر: المادة (2/6) من الدستور الفرنسي النافذ لعام 1958.

(7) د. محمد علي السالم الحلبي، ضمانات الحرية الشخصية اثناء التحري والاستدلال، مطبعة ذات السلاسل، بيروت، 1981، ص 214.

والحريات من انحراف الاجراءات الجنائية عن مسارها الطبيعي وهو السعي إلى كشف الحقيقة والوصول إلى العدالة الجنائية وعدم الاخلال بمبدأ البراءة.

وفي بعض الاحيان تكون مباشرة الاجراءات الجنائية من قبل جهات اخرى غير ان عمل هؤلاء يجب ان يكون تحت اشراف قضائي بمعنى ان اي اجراء يتم مباشرته من قبل هذه الجهات التي لا تنتمي للسلطة القضائية لابد وان يكون ذلك تحت اشراف وتدقيق ومتابعة القضاء وخصوصاً تلك الاجراءات التي فيها مساس بشكل مباشر أو غير مباشر بحقوق وحرريات الافراد خوفاً على تلك الحقوق والحريات من الانتهاك أو التعسف في استخدام الصلاحيات الممنوحة لهم اثناء مباشرة هذه الاجراءات.

2.1.3: ركائز الاشراف القضائي:

لكي يتمكن القضاء من اداء مهمته في الاشراف على مشروعية الاجراءات الجنائية وحسن تطبيق النصوص من قبل القائمين على تنفيذ هذه الاجراءات لابد من وجود دعائم أو ركائز يستند اليها في اداء مهامه نظراً لخطورة هذه الاجراءات لا سيما انها تتعلق بحقوق وحرريات الافراد من جهة وحق الدولة في اقتضاء العقاب من جهة اخرى وأبرز هذه الدعامات هي ان يكون القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون وكذلك اتسامه بالحياد وبكونه قضاءً طبيعياً يركن اليه الجميع وهذا ما سوف نتناوله تباعاً في فقرات ثلاث:

اولاً: استقلال القضاء:

يُعد استقلال القضاء ركيزة مهمة لتحقيق مبدأ سيادة القانون ويعني هذا تجسيدا للمبدأ الدستوري القائل بالفصل بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية بحيث لا يمكن ان يخضع القضاء لغير سلطة القانون، وان تشريع النصوص نابع من ارادة حرة من قبل المشرع وينبغي للقاضي القائم على تطبيق النصوص ان يملك ذات الحرية للوصول إلى الارادة الحقوقية للمشرع الذي ارادها من خلال تشريع هذه النصوص وغير متأثر بفكر معين وغير خاضع لتدخل أحد السلطتين التشريعية أو التنفيذية⁽⁸⁾، ولا يعني هذا الاستقلال للسلطة القضائية التحكم أو الاستبداد وانما يعني الخضوع التام لسلطة القانون، ولا يقدر هذا الخضوع في ان يمنح القاضي سلطة تقديرية في تكوين قناعته نظراً لما يتمتع به القاضي الجنائي من دور ايجابي في مراحل الدعوى الجزائية قياساً بالقاضي المدني ونظراً لأهمية هذا الاستقلال فقد نصت عليه اغلب الدساتير، إلا ان هذا النص بذاته غير كافي لتأكيد هذا الاستقلال ما لم تتوافر ضمانات جدية وفعالة والتي تكفل الاستقلال الحقيقي مثل حسن اختيار القضاة وعدم قابليتهم للعزل وخضوعهم لنظام تأديبي

(8) القاضي مدحت المحمود، استقلال القضاء في العراق ودور الدستور الدائم في حماية استقلال القضاء، ط1، منشورات المعهد الدولي لحقوق الانسان، كلية الحقوق، جامعة ديوبول، 2005، ص 249.

خاص بهم والاستقلال المالي والاداري للقضاة واخيراً التنظيم المهني للقضاة(9)، وفيما يتعلق بالضمانة الاولى والمتمثلة بحسن اختيار القاضي فمن الملاحظ ان الطريقة الافضل لهذا الاختيار والذي ينأى بالسلطة القضائية عن تدخل باقي السلطتين هو ان يكون تعيين القضاة شأن قضائي ينظمه القانون وينظم الامور المتعلقة بالقضاة من تعيين ونقل وترفيح وانتداب وعزل وتقاعد بمعنى ان ادارة شؤون القضاة يكون للقضاء نفسه بعيداً عن تدخل السلطة التنفيذية وهذا الامر يضمن استقلال القضاء وادائه لمهامه على افضل وجه ويجعله بعيداً عن التأثير(10).

أما فيما يخص عدم قابلية القضاة للعزل وخضوعهم لنظام تأديبي خاص فهي تعني في مضمونها المبسط احاطة القضاة بضمانات تحفظ استقلالهم ودفعهم لاداء مهامهم دون خوف أو تأثير مما يجعلهم خاضعين لضمايرهم فقط عند اصدار احكامهم القضائية، وبشكل عام يجب توافر قيدين لإمكانية عزل القضاة اولهما: ضرورة توافر حالة من الحالات التي تستوجب العزل بموجب احكام القانون، وثانيهما: يجب ان تكون اجراءات العزل بمعرفة جهة قضائية مستقلة(11).

واخيراً وفيما يتعلق باستقلال النظام الاداري والمالي للقضاة فيقصد به ضرورة خضوع القضاة لنظام اداري ومالي يحفظ استقلاله ويمكنه من دفع الضغوط التي قد تمارس عليه من هذا الاتجاه اذ يجب ان يكون الخضوع الاداري للقضاة في المحاكم للمحاكم نفسها او مجالس القضاء الاعلى التي هي مرجع القضاة وفقاً لما يقرره القانون حيث لا يجوز لأي سلطة اخرى ان تمارس الشؤون الادارية على القضاة لان ذلك يكفل عدم تأثره بتوجيهات السلطة التنفيذية، وقد احسن المشرع العراقي بفك ارتباط القضاة ادارياً من وزارة العدل وذلك بصدور قانون مجلس القضاء الاعلى رقم (45) لسنة 2017 النافذ وجعل ارتباط القضاة ادارياً ومالياً يخضع للهيكل الاداري لمجلس القضاء الاعلى دون اي تدخل من السلطة التنفيذية وان ما يحقق الاستقلال القضائي في تكامله ومعناه الايجابي هو ضرورة التكوين المهني لرجال القضاء وهو الامر الذي يقع على عاتق الدولة في وضع شروط هذا التكوين وتكفله اذ لم تعد معرفة العلوم القانونية في ظل التطور المستمر لحياة المجتمعات من الامور السهلة وخصوصاً بعد تنوع فروع القانون واختلاف المواضيع التي تعالجها مما أدى الى تضخم التشريعات وخصوصاً تلك التشريعات الخاصة والتي جاءت

(9) د. احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مصدر سابق، ص 358.

(10) ينظر: نص المادة (3/سابعاً وثامناً) من قانون مجلس القضاء الاعلى في العراق رقم (45) لسنة 2017، والمادة (44) من قانون السلطة القضائية المصري رقم (46) لسنة 1972 والمعدل بالقانونين رقم (138) لسنة 1981 و (85) لسنة 1984، والمادة (65) من الدستور الفرنسي النافذ لعام 1958.

(11) المادة (94) من الدستور العراقي النافذ لعام 2005، والمادة (3/ثامناً) من قانون مجلس القضاء الاعلى العراقي رقم (45) لسنة 2017، والمادة (108) من قانون السلطة القضائية المصري رقم (46) لسنة 1972 المعدل، وقد استثنى هذا القانون القضاة ورجال النيابة العامة بما فيهم النائب العام من قابليتهم للعزل، وينظر المادة (67) من القانون رقم (35) لسنة 1984 المعدل لقانون السلطة القضائية في مصر رقم (46) لسنة 1972.

لمعالجة ما نتج عن هذا التطور من مشاكل قانونية اضيف الى ذلك ان حل المشكلات القانونية المعاصرة يستلزم على القضاة ان يحيطون علماً بالمعلومات الاقتصادية والاجتماعية والصناعية والتجارية وغيرها وفق ما يفرضه عليهم المنطق القانوني السليم ولا شك ان هذا الامر مطلوب بشكل خاص في القاضي الجنائي خصوصاً في ظل الجرائم المستحدثة التي انتجتها ثورة المعلومات والاتصالات ويمر تكوين القضاة بمراحل ثلاث، الاولى: هي التكوين الاساسي الذي تتولاه كليات الحقوق وفق مناهجها المعدة سلفاً والمرحلة الثانية وهي التكوين المهني الذي يتلقاه القاضي في معاهد اعداد القضاة، والمرحلة الاخيرة المهمة وهي مرحلة التكوين المتواصل من خلال الدورات التدريبية والتطويرية التي تهدف الى اذكاء الملكة القانونية ومواكبة الاحداث من اجل تفسير النص بروحه للوصول الى ارادة المشرع(12).

ثانياً: حياد القضاء:

لا يمكن وصف القاضي بانه يتمتع بالاستقلال ما لم يكن حيادياً اي غير منحاز لمصلحة أحد من اطراف الدعوى الجزائية او منحازاً لميوله وعواطفه او مصالحه الشخصية اذ يجب ان يكون تطبيقه للنص بهدف كشف الحقيقة والوصول الى العدالة وهو امر لا يمكن بلوغه ما لم يتصف القاضي بالحياد وقد عرف الحياد تعريفات عديدة منها: "نظر القاضي في القضية المعروضة بصورة موضوعية ومجردة بحيث لا يؤثر في المحاكمة مصلحة او اي تأثير يخل بمهامه في احقاق الحق"(13). كما عرف بانه "وقوف القاضي على مسافة واحدة بين الادعاء والدفاع وتشديد بنیان حكمه القضائي متجرداً من اي ميل او هوى او عاطفة"(14)، وهذا ما نراه أقرب الى تجسيد الحياد بمعناه المقصود.

ان حياد القاضي بهذا المعنى وثيق الصلة بمبدأ استقلال القضاء فحيث يكون القاضي مستقلاً يكون محايداً إلا ان حتمية العلاقة بين الاستقلال والحياد تتجلى في الصورة العكسية بحيث يمكن القول ان عدم استقلال القضاء يؤدي حتماً الى فقدان الحياد لذلك قيل وبحق ان حياد القاضي وان كان لا يتصور له وجود دون استقلاله إلا ان استقلال القاضي وحده لا يضمن حياده(15).

لذلك فقد درجت الاعراف والتقاليد القضائية على إبعاد القاضي عن كل عمل او تصرف يجعله عرضة لفقدان حياده فلا يجوز له ان ينتظم في حزب سياسي ولا ان يرشح في المجالس النيابية او الهيئات او التنظيمات السياسية إلا بعد استقالته، كما لا يجوز له كأصل عام القيام باي عمل لا يتفق مع استقلال

(12) د. احمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الاجراءات الجنائية، مصدر سابق، ص 318؛ د. ايمان محمد علي الجابري، مصدر سابق، ص 45.

(13) د. حسين جميل، حقوق الانسان والقانون الجنائي، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1972، ص 167.

(14) حسن بشيت، مصدر سابق، ص 18.

(15) د. عبد الرؤوف مهدي، مصدر سابق، ص 304.

القضاء وكرامته⁽¹⁶⁾، وان كانت الرغبة في سرعة اجراءات العدالة وتبسيطها تسوّغ لدى البعض من المفهوم الصارم من الحياد الى مفهومه الاجتماعي قولاً بان القاضي هو خادم للعدالة باسم المجتمع ولمصلحته⁽¹⁷⁾.

فان التسليم بمثل هذا المنطق سيفضي حتماً الى نتائج خطيرة على العدالة الجنائية لانه ينطلق من مقدمات سياسية فيجب ان يضل القاضي بمنأى عن الانحراف خلفها وان القاضي يجب ان لا ينسى وهو يفصل بالدعوى المعروضة امامه بأن حياده الصارم هي الضمان الأكيد لحسن تطبيق القانون ومن ثم فان القاضي يفقد حيده، ويمكن بشكل عام كفالة هذا الحياد بالفصل بين سلطات التحقيق والاتهام والمحاكمة في اطار الدعوى الجزائية من ناحية وبالنص على تنحي القاضي او رده او التشكي منه عند توافر ما يخل بهذا الحياد من ناحية اخرى⁽¹⁸⁾.

ومن المعروف ان للقضاء الجنائي وظائف ثلاثة: هي التحقيق والاتهام والحكم ولما كان مبتغى هذه الوظائف الثلاثة الوصول الى الحقيقة وتحقيق العدالة فان الحياد هو أحد الوسائل الفعالة للوصول الى تلك الغاية ومن اجل تهيئة مستلزمات هذا الحياد كان لا بد ان لا تجتمع هذه الوظائف الثلاثة بيد واحدة حيث ان حياد القاضي يتطلب ان تستقل سلطة الاتهام عن سلطة التحقيق وهاتين السلطتين بدورهما يجب ان تستقلان عن سلطة الحكم وذلك من اجل حياد الاجراءات فضلاً عن ان الجمع بين هذه السلطات يؤدي الى حدوث خلل في الاشراف والرقابة على هذه الاجراءات، كما ان الفصل بين سلطة الاتهام والتحقيق وقضاء الحكم أمراً لازماً للوصول الى التطبيق الكامل والسليم للحياد ويجد هذا المبدأ بوجود الفصل بين الاختصاصات المذكورة تطبيقه في القاعدة المأثورة لا يصح ان يكون الشخص خصماً وحكماً في آن واحد، فليس من المنطق ان يجلس للحكم على المتهم من افصح عن رأيه صراحة في طلب ادانته⁽¹⁹⁾.

ومما تجدر الاشارة اليه ان المشرعين العراقي والفرنسي قد سارا على اساس الفصل بين سلطة الاتهام والتحقيق في حين اعتنق المشرع المصري الجمع بين سلطتي الاتهام والتحقيق، وقد يتعرض مبدأ الحياد الى بعض المؤثرات الخارجية والتي قد تنال منه واهمها وأوضحها مثلاً ما ينشر في وسائل الاعلام المختلفة كالتواصل الاجتماعي وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة من الامور المتعلقة بالدعوى الجارية التحقيق فيها او في المحاكمة ولاسيما وان هذه الوسائل في الحاضر تجعل من المعلومة متاحة للجميع

(16) ينظر: نص المادة (2/98) من دستور العراق النافذ لسنة 2005، والمادتين (72، 73) من قانون السلطة القضائية المصري.

(17) د. حاتم حسن موسى بكار، حق المتهم في محاكمة عادلة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997، ص 114.

(18) ينظر: نصوص المواد (91، 92، 94) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل ونصوص المواد (من 148 الى 165) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1986 المعدل.

(19) د. احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مصدر سابق، ص 338.

اضف الى ذلك قدرتها على تكوين رأي عام مما يشكل خطراً حقيقياً على الحياد الذي يجب ان يتمتع به القاضي، وقد احسن المشرع العراقي بالنص على "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار او باحدى هاتين العقوبتين من نشر باحدى طرق العلانية اموراً من شأنها التأثير في القضاة الذي أنيط بهم الفصل في دعوى مطروحة امام جهة من جهات القضاء او في رجال القضاء او غيرهم من الموظفين المكلفين بالتحقيق او التأثير في الخبراء او المحكمين او الشهود... فاذا كان القصد من النشر احداث التأثير المذكور او كانت الامور المنشورة كاذبة تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنتين وغرامة لا تزيد على مائتي دينار او احدى هاتين العقوبتين"(20).

وبنفس الاتجاه سار المشرع المصري اذ نص على "يعاقب بنفس العقوبات كل من نشر باحدى الطرق المتقدم ذكرها اموراً من شأنها التأثير في القضاة الذين يناط بهم الفصل في دعوى مطروحة امام أي جهة من جهات القضاء في البلاد او في رجال القضاء او النيابة العامة او غيرهم..."(21).

ثالثاً: القضاء الطبيعي:

ان من الركائز الاساسية او الدعامات التي لا يمكن الاستغناء عنها للاشراف القضائي على مشروعية الاجراءات هو ان يكون القضاء طبيعياً ولا تكمن في شخص القاضي الطبيعي الضمانة الخاصة لهذه الركيزة بل في صفته باعتباره قاضي، فاستقلال القضاء وعدم قابلية القضاة للعزل وتطبيقهم لاحكام النصوص الاجرائية الجنائية وجواز الطعن بتلك الاجراءات والقرارات الصادرة منهم تنفيذاً لتلك الاجراءات امام الجهات المحددة فضلاً عن قيام القضاء الجزائي ومعه ممثل الادعاء العام بعبي اثبات ادانة المتهم المعروض عليه دون ان يكلف المتهم بعبء اثبات برائته وتشكيل الهيئة التي تتولى المحاكمة من قضاة يتبعون السلطة القضائية بكل ما تتميز به تلك السلطة من استقلال وحياد كل ذلك في الحقيقة يشكل ضماناً للقاضي بصفته القضائية ومن ثم عند وقوف المتهم امام القاضي بصفته القضائية يمثل ضماناً للمتهم تجاه جميع الاجراءات الجنائية المتخذة ضده وذلك يمثل للمتهم الطمأنينة والسكينة كونه يمثل امام جهة قضائية مستقلة محايدة متخصصة تحرص على كشف الحقيقة وضمان حقوقه وحرياته الاساسية(22).

واستناداً الى ما تقدم لا يمكن القول بوجود اختلافات جوهرية عميقة بين الفقه حول مفهوم القضاء الطبيعي فالجميع يرون ان القضاء الطبيعي هو مجموعة من الشروط او المفترضات اذا ما توافرت في

(20) ينظر: المادة (235) من قانون العقوبات العراقي النافذ رقم(111) لسنة 1969 المعدل ومن الجدير بالذكر ان مبالغ الغرامات الواردة بهذا القانون قد عدلت بمقتضى قانون رقم (6) لسنة 2008 المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (4149) في 2010/4/5.

(21) ينظر: المادة (187) من قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة 1937 المعدل.

(22) د. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، دار الفكر، القاهرة، ب. س، ص 570.

القاضي المختص بنظر الدعوى كان بالنسبة لهذه الدعوى هو قاضيها الطبيعي واذا ما تخلفت عنه هذه الشروط كلها او بعضها لم يعد قاضياً طبيعياً بالنسبة لهذه الدعوى، وانما يكمن الاختلاف بين الفقهاء في مقدار او عدد هذه الشروط او المفترضات التي يجب ان تتوفر في القاضي الطبيعي، فمن الفقهاء من يرى بان القضاء الطبيعي مناطه ان يكون انشاء المحكمة وتحديد اختصاصها بقانون وبوقت سابق قبل نشوء الدعوى وان تكون هذه المحكمة لها صفة الدوام وان تكون مستقلة وحيادية وتضمن حقوق الدفاع وضمائنه كاملة وان يكون تشكيلها من قضاة مهنيين يتوفر فيهم العلم بالقانون الناتج عن التكوين المهني ويتحصنون بعدم القابلية للعزل(23).

ويرى جانب آخر تحت مسمى حق المتهم في محاكمة عادلة ان القضاء الطبيعي هو المكنة التي تستوجب المقاضاة بشأن الاتهام الجنائي الموجه الى المتهم امام محكمة مستقلة محايدة منشأة بحكم القانون بحكم اتهامه طبقاً لاجراءات علنية يتاح له من خلالها الدفاع عن نفسه مع تمكنه من مراجعة الحكم الصادر ضده من قبل قضاء اكثر علواً من المحكمة التي حكمت عليه(24).

وهناك من يرى ان القاضي الطبيعي يُدرك بالبداية قبل ان يُدرك بالاجتهاد، اذ هو القضاء صاحب الولاية اصلاً في نظر الدعوى وقت ارتكاب الجريمة والذي يقدم اليه المتهم بارتكاب السلوك الاجرامي غير المشروع محاطاً بكل الضمانات التي كفلتها القوانين السارية بقصد تحقيق محاكمة عادلة له(25). وقد ذهب جانب آخر الى تحديد الشروط والمفترضات حول مفهوم القضاء الطبيعي بناءً على استخلاص فكر القضاء الطبيعي من مبادئ استقلال القضاء وحياده وذلك من خلال ثلاثة امور:

اولهما: ان يكون انشاء المحكمة وتحديد اختصاصها بنصوص قانونية وذلك من اجل استبعاد كل ما تنشأ السلطة التنفيذية من مسميات من اجل الفصل في الدعاوى اذ لا يمكن ان تعد تلك المسميات قضاءً طبيعياً، **وثانيهما:** ان يكون نشوء المحكمة وتحديد اختصاصها قبل وقوع السلوك الاجرامي وذلك لان المحاكم التي تنشأ لمناسبة وقوع هذا السلوك لا يمكن الاطمئنان لاستقلالها وحياديتها واخيراً ان تتصف تلك المحكمة بالدوام، بمعنى انها لم تنشأ لفترة زمنية محددة او مقترنة بظروف مؤقتة(26).

ومما تقدم ومن خلال الاراء المشار اليها يمكن ان نخلص الى ان المفترضات او الشروط التي يجب توافرها لكي يكون القضاء طبيعياً هي ان يكون انشاء المحكمة واختصاصها بموجب القانون وان تشكيلها من قضاة مهنيين غير قابلين للعزل وغير محددة بزمن او ظرف معين وان تتوافر فيها كل

(23) د. سري صيام، القضاء الطبيعي والمساواة امام القضاء، دراسة مقدمة الى المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، القاهرة، 1991، ص 85.

(24) د. حاتم حسن بكار، مصدر سابق، ص 49.

(25) د. جلال ثروت، نظم الاجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 1997، ص 384.

(26) د. احمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان، مصدر سابق، ص 204.

الضمانات التي يجب ان يتمتع بها المتهم واهمها حق الدفاع وان يتاح لأطراف الخصومة الجنائية حق الطعن بالقرارات الصادرة عنها.

المطلب الثالث

3.1.3: موقف القوانين الاستثنائية من الاشراف القضائي على المشروعية الاجرائية:

ان الحقوق والحريات مصانة سواءً في الظروف العادية او الاستثنائية، ويُعدّ الاشراف القضائي على مشروعية الاجراءات الماسة بها خير حارس لها وسوف نستعرض القوانين الاستثنائية المقارنة محل الدراسة لبيان حدود ودرجة وفاعلية الاشراف القضائي في ظل القوانين الاستثنائية على مشروعية الاجراءات الجنائية المتخذة في ظل سريانها.

موقف قانون السلامة الوطنية العراقي:

لقد اوجبت المادة (4) من هذا القانون عرض القرارات الخاصة بتوقيف الاشخاص وحجزهم على قاضي التحقيق خلال (24) ساعة من اتخاذها وذلك لكي يقرر مدى توافق هذا الاجراء مع المشروعية ويبدو ان ذلك يعد تجسيداً لمقولة ان القضاء هو الحارس الطبيعي للحقوق والحريات وفيما يخص التحقيق بشكل عام في الجرائم المرتكبة خلال فترة سريان قانون السلامة الوطنية رقم 1 لسنة 2004 نلاحظ ان هذا القانون اوجب ان يتولى قضاة التحقيق كل حسب منطقتهم، واختصاصه المكاني والنوعي التحقيق فوراً في الجرائم التي حددتها الفقرتين: اولاً وثانياً من نفس القانون (27).

اما التحقيق القضائي او المحاكمة فيوزع الاختصاص فيها بين المحكمة الجنائية المركزية فيما يتعلق بالجرائم الكبرى كالقتل والتسليب والاعتصاب والخطف وتخريب او تفجير او احراق او اتلاف الاموال العامة والخاصة وحياسة الاسلحة الحربية وعتادها او صنعها او نقلها او تهريبها والمتاجرة بها وبين المحاكم الجزائية الاخرى للنظر في الجرائم الاخرى غير المذكورة (28).

او ما يحيله عليها القاضي المختص ضمن اختصاصه المكاني (29) وبالرجوع الى الشروط والمفترضات الواجب توافرها لكي يوسم القضاء انه قضاءً طبيعياً فاننا نجد المشرع العراقي في قانون السلامة الوطنية قد راعى هذه الشروط من خلال تشكيله المحكمة العادية المشكلة بقانون وقيل وقوع الجريمة وهي محددة الاختصاص واقاراره بسريان قانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ على الجرائم المشار اليها في الفقرتين (اولاً وثانياً) من المادة السابعة من هذا القانون وذلك يعني ضمناً ان ما ورد من

(27) ينظر: نص المادة (7) فقرة (3) من قانون السلامة الوطنية رقم 1 لسنة 2004 .

(28) ينظر: نص المادة (7) فقرة (1) من القانون نفسه.

(29) ينظر: نص المادة (7) فقرة (2) من القانون نفسه..

ضمانات في قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي وفي مقدمتها حق الدفاع واجبة الاتباع في ظل سريان هذا القانون.

كما يلاحظ ان المحكمة الجنائية المركزية قد تم تشكيلها قبل صدور قانون السلامة الوطنية بثلاثة اشهر بمعنى ان هذه المحكمة شكلت قبل وقوع الجرائم التي تدخل في اختصاصاتها وتتمتع بضمانات الاستقلال والحياد⁽³⁰⁾. فالقسم (6) من امر تشكيل هذه المحكمة ينص على ان يؤدي قضاة هذه المحكمة مهامهم باستقلالية وتجرد ووفقاً للقوانين المطبقة في العراق ذات الصلة ويراعون في ذلك قسم المهنة او اليمين الرسمي الذي يحلفونه وذلك حسب ما جاء في الفقرة (1) من هذا القسم في حين ان الفقرة (2) اوجبت ان يمارس القضاة مهامهم على اساس المساواة بين من يمثلون امامهم ودون تمييز ويصدرون احكامهم وفقاً لتقييمهم غير المتحيز للحقائق وفهمهم للقانون دون الخضوع لأي تأثير عليهم واوضحت الفقرة (3) بانه يجب ان لا يؤثر اي تنظيم هرمي للقضاة او اي تفاوت بينهم في الصنف على اداء أي منهم لمهامه سواء كان يمارس سلطاته بصورة منفردة ام كعضو في هيئة المحكمة ومن اجل الحفاظ على استقلال وحياد قضاة المحكمة انه يحظر عليهم اثناء فترة عملهم في المحكمة قبول تولي اي منصب سياسي او منصب حكومي او أية وظيفة اخرى إلا اذا كان بدون أجر وكان المنصب فخرياً هذا ما نصت عليه الفقرة (4)، علماً ان قضاة هذه المحكمة لا بد ان يكونوا من المهنيين الذين اظهروا مستوى رفيع من الكفاءة القضائية⁽³¹⁾.

ولكن ملاحظتنا على الفقرة (2) من القسم الخامس من هذا القانون انها اجازت للمدير الاداري لسلطة الائتلاف التي ادارت الدولة العراقية خلال فترة الاحتلال سلطة عزل قضاة هذه المحكمة وفق شروط معينة يراها دون اذار مسبق ومما لا شك فيه ان هذا الامر يشكل خطورة كبيرة على مبدأ استقلال القضاء اذ يفترض ان يكون عند توافر شروطه الصحية والمحددة قانوناً ان يكون من قبل جهة قضائية مختصة وليس اي جهة اخرى حرصاً على ركيزة اساسية من ركائز الاشراف القضائي وهي استقلالية القضاء وقد نص القسم (21) من امر تشكيل هذه المحكمة على جواز الطعن باجراءات هذه المحكمة وقراراتها امام محكمة التمييز وفقاً لما هو مقرر في القوانين النافذة.

وعند امعان النظر بالفقرة (ثانياً) من المادة (9) من قانون السلامة يتراءى لنا ان هذا القانون قد جاء بضمانة للحيلولة دون افلات القرارات او الاجراءات المتخذة في ظله لمواجهة خطر الظروف الاستثنائية من الاشراف القضائي على هذه الاجراءات عندما أوجب خضوع جميع قرارات واجراءات

(30) تم تشكيل المحكمة الجنائية المركزية بتاريخ 2004/4/22 بموجب امر سلطة الاحتلال رقم (13) لسنة 2004، والمنشور في الوقائع العراقية بالعدد (3987) في 2003/8/17.

(31) ينظر نص الفقرة (4) من أمر تشكيل هذه المحكمة رقم (13) لسنة 2004.

رئيس الوزراء لرقابة محكمة التمييز ومحكمة التمييز في اقليم كردستان فيما يتعلق بإجراءات الطوارئ في نطاق الاقليم وانتهاءً بالمحكمة الاتحادية العليا وللمحاكم المذكورة تقدير الغاء تلك القرارات والاجراءات وتقرير بطلانها وعدم مشروعيتها او اقرارها مع مراعاة الظروف الاستثنائية التي صدرت في ظلها تلك القرارات والاجراءات وهذا يعني ان هذا القانون قد جاء بتعدد درجات التفاضل على خلاف ما هو موجود في القوانين السارية.

ولكن الاشارة الى وجود درجة تفاضلية تحت عنوان المحكمة الاتحادية العليا فضلاً عن وجود محكمة التمييز في الرقابة على قرارات واجراءات رئيس الوزراء المشار اليها أمر يثير الغرابة فبعد نفاذ دستور العراق الدائم لسنة 2005 والذي نص في المادة (92) منه بفقرتها الاولى على "المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة مالياً وادارياً" اما الفقرة الثانية فقد نصت على "تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة وخبراء الفقه الاسلامي وفقهاء القانون يحدد عددهم وتنظيم طريقة اختيارهم وعمل المحكمة بقانون يسن بأغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب".

وحيث ان ذلك القانون لم يسن إلا في الايام الاخيرة يبقى التساؤل قائماً عن مدى جدية اعتبار المحكمة درجة من درجات التفاضل للفترة من 2005 ولغاية اقرار قانون المحكمة.

موقف قانون الطوارئ المصري:

أما فيما يتعلق بقانون الطوارئ المصري فقد اجازت المادة (1/3) منه القبض على المشتبه فيهم او الخطرين على النظام العام واعتقالهم والترخيص في تفتيشهم وتفتيش الاماكن دون التقيد بنصوص قانون الاجراءات الجنائية وكما هو معلوم فانه من بين هذه الاحكام هو الاشراف القضائي على هذه الاجراءات عن طريق المباشرة الفعلية من قبل القضاء على بعض من هذه الاجراءات الخطيرة كالقبض والاعتقال والحبس الاحتياطي وبذلك حرم القضاء من واجب الاشراف عليها ومن ناحية اخرى نجد ان المادتان (3 مكرر/ أ، 6) من هذا القانون قد اجازتا للمقبوض عليه او المعتقل الطعن في قرار القبض عليه او اعتقاله جاءتا معيبتان في هذا الصدد من ناحيتين وهو قصر الطعن بموجب المادة (6) على القبض الذي يكون في غير الجرائم المضرة بأمن الدولة الداخلي او الخارجي والجرائم التي يصدر بتعيينها امر من رئيس الجمهورية او من يقوم مقامه، اما من الناحية الثانية فهي ان الطعن الذي اجازته هاتان المادتان يكون امام محكمة لا يتوافر لها صفة القضاء الطبيعي في بعض الاحيان اذ ان تشكيلها قد يكون احياناً بأمر من رئيس الجمهورية كما سوف يتضح فيما بعد.

ولا شك ان قصر الطعن على بعض الاجراءات الماسة بالحرية الشخصية وحضر الطعن فيما يخص الكثير من الاجراءات الاخرى امر ينطوي على المساس بالشرعية الاجرائية والذي يُعد ضماناً من الضمانات التي يقوم عليها القضاء الطبيعي⁽³²⁾.

كما يلاحظ ان هذا القانون أجاز تشكيل المحاكم التي تختص بالنظر في الجرائم المرتكبة خلال فترة الطوارئ وتسمى بمحاكم امن الدولة وذلك بأمر من رئيس الجمهورية وتتكون من قاضٍ واثنين من ضباط القوات المسلحة بالنسبة لمحاكم امن الدولة وثلاثة مستشارين وضابطين من الضباط القادة بالنسبة لمحاكم أمن الدولة العليا وذلك بعد اخذ رأي وزير العدل والحربية⁽³³⁾.

كما اجاز هذا القانون لرئيس الجمهورية في المناطق التي تخضع لنظام قضائي خاص او بالنسبة لقضايا معينة ان يأمر بتشكيل محاكم أمن الدولة من ثلاثة من الضباط القادة حصراً وأحد اعضاء النيابة العامة للقيام بوظيفة النيابة العامة وتطبق هذه المحاكم في هذه الحالة الاجراءات التي ينص عليها رئيس الجمهورية في تشكيلها⁽³⁴⁾.

وقد انتقد جانب من الفقه المصري هذا الامر على اعتبار ان تلك الاجراءات تخل بفكرة القضاء الطبيعي وان من شأن ذلك ان يولد اثاراً سلبية في مجملها على مبدأ المشروعية الاجرائية فمن ناحية يؤدي هذا الوضع الى التدخل في شؤون المحكمة وتشكيلها من قبل سلطة تنفيذية وكذلك في احالة الجرائم التي يعاقب عليها هذا القانون الى هذه المحكمة اذ يفترض ان سلطة الاحالة منوطة بصلاحيات قاضي التحقيق او مستشار الاحالة يضاف الى ذلك ينبغي ان يكون تشكيل المحاكم من القضاة حصراً لان ذلك يعني الحفاظ على استقلالية القضاء وحياده وطبيعته⁽³⁵⁾. كما يلاحظ من نص المادة (12) من هذا القانون انه لا يجوز الطعن باي وجه من وجوده الطعن في الاحكام الصادرة من محاكم أمن الدولة ولا تكون هذه الاحكام النهائية إلا بعد التصديق عليها من رئيس الجمهورية الأمر الذي وعلى حسب رأي البعض⁽³⁶⁾ يعني اهمال ضمانات حق الضمانات في الدفاع وهو حقه في الطعن والمراجعة ومن ثم حال دون تعدد درجات التقاضي في الظروف الاستثنائية.

موقف قانون الطوارئ الفرنسي:

أما بخصوص قانون الطوارئ الفرنسي فيتضح موقفه بهذا الصدد من خلال قانونين هما الأحكام العرفية وقانون الطوارئ على اعتبار ان القانون الاول ما زال نافذاً على الرغم من صدور القانون الثاني

(32) د. رمسيس بهنام، الاجراءات الجنائية تحليلاً وتأصيلاً، مصدر سابق، ص 460.

(33) ينظر: المادة (7) الفقرة الاخيرة من قانون الطوارئ المصري.

(34) ينظر: نص المادة (8) من قانون الطوارئ المصري.

(35) د. حاتم حسن بكار، مصدر سابق، ص 146.

(36) د. محمد الوكيل، مصدر سابق، ص 379.

وهو قانون الطوارئ وفيما يتعلق بقانون الاحكام العرفية يلاحظ انه اجاز تشكيل محاكم استثنائية او مؤقتة من غير القضاة المهنيين من اجل النظر في الجرائم المرتكبة خلال فترة اعلان هذه الاحكام ودون ان تتوفر في هذه المحاكم ضمانات المحاكمة العادلة اذ كان الغرض منها هو اعطاء مرونة في توجيه الاتهام مع تخويلها للسلطات في تقرير العقوبة لمواجهة الاوضاع السياسية التي كانت تمر بها فرنسا من اجل ذلك صدرت مراسيم جمهورية عديدة لتشكيل هذه المحاكم كمحكمة الدولة والتي تتألف من قضاة عسكريين وكذلك محكمة العدل ومحاكم جرائم الاستهانة بالكرامة الوطنية وجميع هذه المحاكم لم تكن تتوفر فيها ضمانات كافية للمتقاضين امامها واهمها حق الطعن اذ كانت الاحكام التي تصدرها قطعية ولم تكن قابلة للطعن امام اي جهة اخرى باستثناء محكمة العدل حيث انها كانت اكثر احتراماً للحق في التقاضي والطعن اذ كانت احكامها قابلة للاستئناف والنقض⁽³⁷⁾.

فضلاً عن كونها محاكم ذات صفة غير قضائية اذ لا يتوافر في هيئاتها المؤهلات المهنية التي يجب ان يتصف بها القضاء الطبيعي كما انها لم تكن تتمتع بالاستقلالية لكونها كانت تشكل بمراسيم جمهورية وليست بقوانين وقسم منها كان لها اختصاص ينسحب الى الماضي اي فيما يخص الجرائم المرتكبة قبل تشكيلها الامر الذي يخل بالشروط التي يجب ان تكون متوافرة في القضاء الطبيعي، هذه الامور جميعها أدت الى عدم امكانية قيام هذه المحاكم بمهامها في الاشراف على مشروعية الاجراءات الجنائية كما يجب، الامر الذي شكل خرقاً واخلالاً لهذا المبدأ مما دعى مجلس الدولة الفرنسي الى الاقرار بعدم شرعيتها وعلى اثر ذلك ألغيت قسم من هذه المحاكم سنة 1949 والغي القسم الآخر من هذه المحاكم سنة 1962 وحلت محلها محاكم امن الدولة بموجب القانون المرقم (23/63) لسنة 1963 وتتألف هذه المحكمة من رئيس واربعة مستشارين⁽³⁸⁾.

أما فيما يتعلق بقانون الطوارئ الفرنسي فقد سمح هو الآخر في بداية صدوره سنة 1955 بوجود قضاء عسكري باشر اختصاصاً قضائياً استثنائياً إبان فترة الطوارئ مما اتاح لغير القضاة المتخصصين القيام بمهام الاشراف على المشروعية الاجرائية آنذاك ثم صدر قانون 1963 المشار اليه آنفاً والخاص بتشكيل محاكم امن الدولة وذلك في ظل قانوني الاحكام العرفية وقانون الطوارئ.

ومن الجدير بالذكر ان هذه المحاكم لم تكن تتمتع بالاستقلالية لوجود عناصر غير قضائية فيها مما فسح المجال للسلطة التنفيذية ان تتدخل في شؤون القضاء وتقوم فيه اشخاصاً غير متخصصين للمشاركة في تشكيل المحكمة واصدار احكام في جرائم شديدة الخطورة الأمر الذي يُعد اهداراً صارخاً لمبدأ

، Lib Armand colin، Droit penal et procedure penal، Q.Levasseur et A.chavanne (37)
p. 105، 1972،parise

p106.،،Op.cit، Q.Levasseur et A.chavanne (38)

المشروعية الاجرائية في أحد أهم ركائزها وهو الاشراف القضائي على مشروعية الاجراءات الجنائية في ظل الظروف الاستثنائية، وهو ما دعى المشرع الفرنسي الى اصدار القانون رقم (737/81) بتاريخ 1981/8/4 الذي ألغى بموجبه محكمة أمن الدولة فيما يتعلق بحالة الطوارئ واضحى منذ ذلك التاريخ في انه من غير المسموح به ان يحاكم المتهم امام غير قاضيه الطبيعي⁽³⁹⁾.

وإذا كان هذا القانون الاخير قد اوجد الضمان المتعلق بالأشراف القضائي على اجراءات محاكمة الاشخاص بالنسبة للجرائم التي ترتكب اثناء فترة سريان قانون الطوارئ والاشرف كذلك على الاحكام التي تصدر من المحاكم فان الامر لا يخرج عن هذا الاطار فيما يخص الضمانات المتعلقة بالإجراءات الجنائية التي تتخذ ضد اي شخص اثناء مرحلة التحقيق وقبل صدور الحكم تطبيقاً لصلاحيات سلطة الطوارئ اذ يلاحظ ان قانون الطوارئ الفرنسي وفي المادة (7) منه قد اوجد ثلاثة طرق للأشراف على مشروعية الاجراءات الجنائية ومدى توافقها مع القانون وهذه الطرق احداها غير قضائي وطريقتين قضائيتين اذ يجوز للشخص الذي يتخذ ضده اي اجراء جنائي ان يتظلم من هذا الاجراء امام لجنة ادارية تشكل خصيصاً لغرض فحص مدى مشروعية هذا الاجراء بموجب قانون الطوارئ وهو ما يُعد طريقاً غير قضائي للأشراف فضلاً عن ذلك يستطيع هذا الشخص وفي ذات الوقت ان يقدم طعناً ضد هذا الاجراء امام المحكمة الادارية المختصة والتي عليها ان تفصل في هذا الطعن خلال الشهر الذي يقدم فيه كما انه يجوز وفقاً لهذه المادة ان يُستأنف قرار المحكمة المذكورة امام محكمة الاستئناف الادارية ويجب على هذه المحكمة ان تصدر قرارها حول هذا الاستئناف خلال ثلاثة اشهر من تاريخ تقديم الطعن عن طريقه⁽⁴⁰⁾، وبذلك يكون قانون الطوارئ الفرنسي قد وفر ضمانات لحماية الحريات العامة والتي تتمثل في اهم صورها وهو الاشراف القضائي على الاجراءات التي قد تنتهك هذه الحريات وبذلك يكون قد أكد على قاعدة ان القضاء هو الحارس الطبيعي للحقوق والحريات وهو ما يعني في نهاية الامر حماية الشرعية الاجرائية ذاتها.

خاتمة القول: ان ما يمكن استنتاجه بخصوص حدود الاشراف القضائي على المشروعية الاجرائية في الظروف الاستثنائية انه رغم وجود بعض النصوص في القوانين الاستثنائية المقارنة محل الدراسة تجيز التخفيف ولو بصورة جزئية من بعض اركان هذه المشروعية إلا انه ليس معنى ذلك انه لا وجود للمشروعية الاجرائية في ظل الظروف الاستثنائية كآثر لهذا التخفيف.

، de La cour de sarete de'l، 1981 portant supporession، Loi no 81- 737 dau Aout ⁽³⁹⁾ journal officiel de La Republique.،Etat
499- 500.، E.M. paris 1988، Rene chapus: Proit p dministratif general ⁽⁴⁰⁾

لذلك نجد ان هذه القوانين الاستثنائية قد راعت مسألة الاشراف القضائي على المشروعية الاجرائية في جانب كبير منها مما قد تقترب عنها في الظروف العادية، وفي ذات الوقت نجد التخفيف الى حد ما بالمفترضات والشروط الواجب توافرها لفاعلية الاشراف القضائي على هذه المشروعية مما يدفعنا الى القول ان المشرعين قد حاولوا في ظل الظرف الاستثنائي ايجاد حالة من التوازن بين المصلحة العامة المعرضة للخطر في ظل الظرف الاستثنائي وبين حماية حقوق وحرريات الافراد التي تتأثر بالاجراءات الجنائية في ظل هذه الظروف الامر الذي يجعلنا نطمح ان يكون تفعيل دور الاشراف القضائي اكبر لكي يصل الى موازنة حقيقية بين حق الدولة وحقوق وحرريات الافراد في ظل ظروف استثنائية غير عادية بحيث يطمئن اليها الافراد.

2.3: الرقابة على مشروعية الاجراءات الجنائية:

لا شك ان المشرع الجنائي قد راعى عند تشريعه للقوانين التي تعالج الظروف الاستثنائية ما يجب ان تحاط به المشروعية الاجرائية من ضمانات لحسن تطبيقها وصولاً إلى الغايات التي يستهدفها المشرع في ظل هذه الظروف ولعل ذلك يتجسد بما تطلبه المشرع الاجرائي من شروط وضوابط يجب مراعاتها عند اتخاذ هذه الاجراءات من قبل القائمين على تطبيقها غير ان تلك الضمانات لا يمكن القطع بكفايتها لضمان المحافظة على الحقوق والحرريات إذ انه في بعض الاحيان قد لا تراعى هذه الشروط والضوابط المطلوبة ومن ثم لا تتطابق هذه الاعمال الاجرائية مع شروطها القانونية فلا بد ان يضاف إلى ذلك ضمانات اخرى تكفل حسن تطبيق هذه المشروعية الاجرائية ويأتي في مقدمة هذه الضمانات الرقابة على المحل الذي ترد عليه هذه المشروعية من اجل التأكد من تطابقها مع احكام القانون وضمان مشروعية الاجراء في ظل الظروف غير العادية التي شرعت في ظلها ولعل اولى هذه الرقابة هي الرقابة التشريعية وتليها الرقابة القضائية بنوعها القضاء العادي والاداري، ولا يمكن تجاهل الرأي العام بوصفه ضماناً لحسن تطبيق مشروعية الاجراءات الجنائية ولا سيما في ظل الظروف الاستثنائية، ولا يمكن لدولة تعد نفسها دولة ديمقراطية وقانونية ان تتجاهل الرأي العام بوصفه وسيلة لضمان تطبيق العمل الاجرائي حفاظاً على الحقوق والحرريات التي تسعى للمحافظة عليها والحد من انتهاكها ، وبناءً على ما تقدم سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب ، في المطلب الأول سوف نتطرق الى الرقابة على مشروعية الاجراءات الجنائية من خلال الرقابة التشريعية ، اما المطلب الثاني فسوف نتناول الرقابة القضائية على سلطات الطوارئ ، واخيراً سوف نتناول رقابة الراي العام في المطلب الثالث.

1.2.3: الرقابة التشريعية:

مما لا شك فيه ان المشروعية الاجرائية في الظروف الاستثنائية تعد من الخطورة بمكان كونها تتضمن تقييداً للحقوق والحريات الفردية خصوصاً في ظل تطبيق مشروعية بديلة عن المشروعية المطبقة في الظروف العادية ومما ينبغي ملاحظته أن ممارسة هذه المشروعية في ظل الظروف الاستثنائية يستلزم موافقة السلطة التشريعية التي تعد ارادة الأمة وصوتها وهي مصدر جميع السلطات، هذه السلطة التي يعد اولى اختصاصاتها هي الرقابة على اعمال الحكومة بصفة عامة عن طريق الرقابة البرلمانية وفق الاساليب التي حددها الدستور، ومنها السؤال والاستجواب وطرح الثقة وتشكيل اللجان البرلمانية للرقابة والتدقيق وغيرها من الاساليب الاخرى ولا شك ان من اهم الامور التي يختص بها البرلمان هو الرقابة على قوانين الطوارئ التي تلجأ اليها الحكومة في ظل ظروف استثنائية، فهي ترى عدم قدرة القوانين العادية وأمنها المجتمعي وبالتالي يبرز دور البرلمان في الرقابة على اصدار قانون الطوارئ لمعالجة الظرف الاستثنائي، وسوف نتناول هذه الرقابة البرلمانية في العراق والقوانين المقارنة محل الدراسة.

أولاً: الرقابة البرلمانية في القانون العراقي

أقر دستور العراق لعام 2005 مبدأ الرقابة البرلمانية على قرار اعلان حالة الطوارئ إذ استلزم الدستور حصول موافقة مسبقة من مجلس النواب وبأغلبية الثلثين، ورفض ان تستأثر السلطة التنفيذية بالانفراد بإعلان حالة الطوارئ⁽⁴¹⁾، كما اشترط المشرع الدستوري موافقة مجلس النواب على تمديد العمل بحالة الطوارئ⁽⁴²⁾. وقد قيد الدستور رئيس الوزراء بمدة محددة وهي (15) يوماً من تاريخ انتهاء حالة الطوارئ لعرض الاجراءات المتخذة والنتائج في اثناء مدة اعلان حالة الطوارئ على مجلس النواب⁽⁴³⁾، ويتوجب مراعاة هذه المدة من قبل رئيس الوزراء وبخلافه فإن بإمكان مجلس النواب اثاره المسؤولية السياسية والتي قد تصل إلى سحب الثقة منه⁽⁴⁴⁾. وعليه، فلم يترك الدستور الامر إلى السلطة التنفيذية وانما إلى البرلمان، ولا تتوقف صلاحيات البرلمان عند حد اقرار اعلان الطوارئ أو انهاؤها، وانما تمتد إلى رقابة الاجراءات المتخذة والنتائج في اثناء مدة اعلان حالة الطوارئ، بحيث يمكن للبرلمان اجراء مناقشات برلمانية حول الاعمال المتعلقة بسلطة الطوارئ، وتوجيه الاسئلة إلى رئيس الوزراء حول

(41) المادة (61/تاسعاً/أ) من الدستور العراقي النافذ اذ نصت على "يختص مجلس النواب، ..، بالموافقة على اعلان الحرب وحالة الطوارئ باغلبية الثلثين بناءً على طلب مشترك من رئيس الجمهورية، ورئيس مجلس الوزراء".

(42) المادة (61/تاسعاً/ب) من الدستور العراقي النافذ ونصت على "أ-...، تعلن حالة الطوارئ لمدة ثلاثين يوماً قابلة للتمديد، وبموافقة عليها في كل مرة".

(43) المادة (61/تاسعاً/د) من الدستور العراقي النافذ.

(44) مالك منسي الحسيني، مصدق عادل طالب، التنظيم الدستوري والقانوني لاعلان الحرب وحالة الطوارئ في العراق، مجلة الحقوق، جامعة المستنصرية، المجلد الثالث، العددان (8-9)، 2010، ص 264.

الصلاحيات الاستثنائية التي مارسها خلال تلك المدة، وله الحق في تشكيل لجان برلمانية مؤقتة للتحقيق في أعمال سلطة الطوارئ، ويجب ان تملك هذه اللجان صلاحيات واسعة في الدخول إلى المناطق ذات الصلة بمهامها، والحصول على الوثائق، وتوجيه الاسئلة إلى اعضاء سلطة الطوارئ، وفي نهاية عملها ترفع تقريراً بذلك إلى البرلمان يتضمن التوصيات(45).

وفي قانون السلامة الوطنية رقم (1) لسنة 2004، لم يقر رقابة البرلمان على قرار اعلان حالة الطوارئ واقرها على الاجراءات المتخذة خلال هذه الفترة، حيث تعلن حالة الطوارئ من قبل رئيس الوزراء بعد موافقة هيئة الرئاسة بالأجماع(46)، إذ تعلن حالة الطوارئ بعد موافقة هيئة الرئاسة لانها كانت مرحلة انتقالية، وللجمعية الوطنية الاستشارية الحق في مراقبة تنفيذ هذه الاجراءات(47). ونص في المادة (2) من هذا القانون على جواز تمديد حالة الطوارئ ببيان تحريري من رئيس الوزراء وهيئة الرئاسة ولم ينص على ان يكون التمديد بعد موافقة الجمعية الوطنية وهذا مخالف لدستور 2005 الذي نص في المادة (61/تاسعاً/ب) على ان التمديد يكون بعد موافقة مجلس النواب، لذا يجب تعديل قانون السلامة الوطنية ليكون متوافقاً مع نص المادة (61) من الدستور وان ينص على ان يكون التمديد لمدة ثلاثين يوماً بعد موافقة مجلس النواب. وقد جرى العمل على تمديد اعلان حالة الطوارئ بعد أخذ موافقة مجلس النواب ولمدة (30) يوماً لكل مرة يتم فيها تمديد حالة الطوارئ(48). وبهذا نرى ان قانون السلامة الوطنية قد اتفق مع احكام دستور 2005 في تقييد السلطة التنفيذية من خلال فرض الرقابة البرلمانية على الاجراءات المتخذة اثناء اعلان حالة الطوارئ، إلا انه لم ينص على رقابة البرلمان على اعلان حالة الطوارئ ويجب على المشرع ان ينص في قانون الطوارئ على ان يقدم طلب اعلان حالة الطوارئ إلى مجلس النواب من قبل رئيس الوزراء للنظر فيه وبالتالي اصدار قرار من المجلس المذكور بالموافقة على اعلانها في خلال فترة قصيرة من الزمن.

(45) د. فالأ فريد، حماية الحقوق والحريات الدستورية في ضوء المسؤولية السياسية والجنائية للسلطة التنفيذية- النظام البرلماني أنموذجاً، ط1، مطبعة شهاب، اربيل، 2009، ص 189.

(46) المادة (1) من امر الدفاع عن السلامة الوطنية العراقي رقم (1) لسنة 2004.

(47) الفقرة (اولاً) من المادة (9) من القانون نفسه.

(48) وقد صدرت في العراق العديد من البيانات لتمديد حالة الطوارئ في جميع انحاء العراق لمدة (30 يوماً) عدا اقليم كردستان ومنها: 1- بيان رقم (12) لسنة 2005 منشور في الوقائع العراقية رقم 4003 في 2005/8/30، 2- بيان رقم (17) لسنة 2005 منشور في الوقائع العراقية رقم 4007 في 2005/10/25، بيان رقم (18) لسنة 2005 منشور في الوقائع العراقية رقم 4011 في 2005/12/22، 4-بيان (19) لسنة 2005 منشور في الوقائع العراقية رقم 4015 في 2006/1/17.

واخيراً فان الرقابة البرلمانية لها فاعلية تظهر في الانظمة السياسية البرلمانية، اما في دول الانظمة الاخرى تبدو ضعيفة(49).

وعلى الرغم من اهمية هذه الرقابة وخاصة في الانظمة البرلمانية إلا انها قاصرة عن حماية مبدأ المشروعية والدفاع عن حقوق وحرية الافراد في ظل الظروف الاستثنائية، حيث ان لها طابعها السياسي فلا يصل اثرها إلى حد الغاء العمل المخالف للقانون أو تعويض الضرر الناجم عنه، كما ان الاعتبارات الحزبية كثيراً ما تؤدي إلى تعطيلها لا سيما حينما تكون الوزارة ممثلة للاغلبية البرلمانية فيصبح بقاؤها مرتبط بمصلحة هذه الاغلبية، وقد يسعى البرلمان إلى اضعاف المشروعية على انحرافات الادارة حتى لا تحجب الثقة عنها(50).

ثانياً: الرقابة البرلمانية في القانون المصري

أكد الدستور المصري لسنة 1971 الملغى على رقابة البرلمان من خلال المادة (148) حيث اشار الى المدة التي يجب على رئيس الجمهورية ان يعرض خلالها على البرلمان قراره بإعلان حالة الطوارئ وهي الخمسة عشر يوماً التالية لتاريخ صدوره، ومن ثم يخضع تقدير رئيس الجمهورية للاضطرابات أو الكوارث أو الاوبئة لرقابة مجلس الشعب للتأكد من انها تعرض الأمن والنظام العام للخطر من عدمه وتتعلق هذه الرقابة بمدى ملائمة حالة الطوارئ لمواجهة ذلك، وان هذه الرقابة تجد مبررها فيما ينجم عن هذا القرار من آثار خطيرة تتمثل بتدخل رئيس الدولة بوصفه ممثلاً للسلطة التنفيذية بوضع القيود على حريات الاشخاص تطبيقاً لقانون الطوارئ(51).

ويتخذ مجلس الشعب بصدور القرار الصادر باعلان حالة الطوارئ أحد المواقف الثلاثة الآتية:

أ- الموافقة على اعلان حالة الطوارئ:

إن اعلان حالة الطوارئ يكون بقرار من رئيس الجمهورية، ومتى ما عرض هذا القرار على مجلس الشعب، فان الاخير يتولى البحث في مدى مراعاة شروط اعلانها، فاذا توافرت هذه الشروط وافق عليها، وان لم تتوافر يستطيع مجلس الشعب ان يوقف سريانها، وذلك اعمالاً للدستور حيث تضمنت المادة

(49) د. وسام صبار العاني، القضاء الاداري، ط1، دار السنهوري، بغداد، 2015، ص 76.

(50) د. وسام صبار العاني، مصدر سابق، ص 76.

(51) هند كامل عبد زيد المرشدي، هيمنة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2012، ص 223.

(148) عبارة (مايراه بشأنه). وإذا كان لرئيس الجمهورية سلطة اعلان حالة الطوارئ إلا انه محظور عليه وفقاً للدستور ان يمد العمل بها إلا بموافقة صريحة من مجلس الشعب(52).

وان كان هناك ثمة مبرر لذلك يتمثل في استمرار الظروف الاستثنائية التي استوجبتها، فمجلس الشعب هو صاحب الاختصاص الاصيل بتقرير مدّة تلك الفترة(53).

ب- رفض الموافقة على اعلان حالة الطوارئ:

الاصل هنا ان القرار الصريح الصادر عن البرلمان يرفض الموافقة على اعلان حالة الطوارئ يقتصر على المستقبل دون ان ينسحب إلى الماضي ودون ان يؤثر في سلامة اعلان السلطة التنفيذية لحالة الطوارئ عن المدة السابقة على صدور قرار البرلمان، وبفرض ان الاعلان مشروع ومطابق لاحكام القانون والدستور، فان ما اتخذته الحكومة من اجراءات خلال هذه الفترة يكون صحيحاً وذلك لتوافر السند الشرعي الصحيح طالما انها صدرت بصفة مؤقتة حتى يبيت البرلمان في الاعلان برأي نهائي. ومع ذلك فللبرلمان في حالة رفض الموافقة على اعلان حالة الطوارئ ان يقرر سريان هذا الالغاء بأثر رجعي، وفي هذه الحالة يعد ذلك الاعلان باطلاً وبالتالي تكون جميع الاجراءات التي اتخذت بناءً عليه حتى صدور قرار البرلمان باطله(54).

ج- صمت البرلمان:

قد يتخذ البرلمان موقفاً سلبياً يتمثل في صمته فلا يوافق ولا يرفض هذا الاعلان، ويرى بعض الفقه ان صمت مجلس الشعب يعد بمثابة رفض لقرار اعلان حالة الطوارئ وذلك لان هذا الصمت قد يترتب على عدم طرح قرار الاعلان للمناقشة امام المجلس، أو عدم موافقة المجلس على قرار الاعلان وتحرجه في الوقت نفسه من ابداء رأيه صراحة لأسباب سياسية(55)، ولا يمكن ان يكون الصمت بمثابة موافقة لما في ذلك من مساس بالحقوق والحريات، فمن الافضل اعتباره رفضاً لاستمرار حالة

(52) د. احمد سلامة بدر، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 659.

(53) د. عاصم رمضان مرسي يونس، الحريات العامة في الظروف الاستثنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009 ص 324.

(54) د. سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية عليها، مصدر سابق، ص 352.

(55) المصدر نفسه، ص 352-353؛ د. احمد سلامة بدر، مصدر سابق، ص 664.

الطوارئ⁽⁵⁶⁾. وعلى الرغم من ان الدستور المصري اعترف بالدور الرقابي لمجلس الشعب على قرار اعلان حالة الطوارئ أو مدّ العمل بها، إلا ان الواقع العملي اثبت ان ما يدور داخل مجلس الشعب من مناقشات خاصة بحالة الطوارئ لا تنتهي عادة بعدم الموافقة⁽⁵⁷⁾، وهذا يدل- وبتفوق مع هذا الرأي- على ان الرقابة البرلمانية على قرار اعلان حالة الطوارئ رقابة عديمة الجدوى وانها تأتي مراعاة لجانب الشكل الذي نص عليها الدستور والقانون⁽⁵⁸⁾.

أما في دستور مصر لعام 2014 فان المادة (154) منه اوجبت على رئيس الجمهورية عرض اعلان حالة الطوارئ على مجلس النواب خلال الايام السبعة التالية ليقرر ما يراه بشأنه، ويجب ان يوافق اغلبية عدد اعضاء مجلس النواب على حالة الطوارئ، وان حالة الطوارئ قابلة للتمديد لمدة مماثلة لمدة اعلانها وهي ثلاثة اشهر بعد موافقة ثلثي عدد اعضاء مجلس النواب.

ولعل ابرز اوجه الاختلاف بين المادة (154) من دستور 2014 والمادة (148) من دستور 1971 الملغي، هو ان المادة (154) قد قللت الفترة التي يجب خلالها عرض الاعلان على مجلس النواب من خمسة عشر يوماً إلى سبعة ايام، وبهذا لا يكون هناك تأخير لقيام الرقابة البرلمانية على حالة الطوارئ. اما بالنسبة للرقابة البرلمانية على السلطات الاستثنائية المخولة لرئيس الجمهورية في حالة الطوارئ فلم يتضمن الدستور الإشارة إليها، وقد اشار قانون الطوارئ إلى رقابة البرلمان، إذ نص على "يجوز بقرار من رئيس الجمهورية توسيع دائرة الحقوق المبينة في المادة السابقة على ان يعرض هذا القرار على مجلس الامة في اول اجتماع له"⁽⁵⁹⁾.

ويتضح من هذه المادة من القانون ان ما يعرض على البرلمان ليتولى رقابته هو قرار رئيس الجمهورية المتضمن زيادة السلطات الاستثنائية المخولة اليه عن الواردة في المادة السابقة، ومن ثم لا يتولى البرلمان رقابة السلطات الاستثنائية المنصوص عليها في المادة الثالثة من ذات القانون رغم ما تشكله من خطورة على الحقوق والحريات.

(56) د. احمد سلامة بدر، مصدر سابق، ص 662.

(57) ففي حالات كثيرة تم اعلان حالة الطوارئ وتمديد العمل بها وذلك اعتباراً من عام 1939 عندما اعلنت الاحكام العرفية بمناسبة اعلان الحرب العالمية الثانية، وفي عام 1948 حيث اعلنت حالة الطوارئ =بمناسبة حرب فلسطين ثم اعلنت نتيجة العدوان الثلاثي على مصر عام 1956، وكذلك عام 1981 اعلنت حالة الطوارئ على اثر اغتيال الرئيس السادات، ومدّ العمل بها عام 1982 لاستمرار مظاهر الخطورة، ومدّ العمل بها عام 1983 للقضاء على ظواهر الارهاب، ومدّ العمل بها ايضاً عام 1988 بهدف مواجهة جرائم مهربي المخدرات وتجار العملة، واستمرار العمل بها حتى عام 1991، ومدّ العمل بها مرة اخرى عام 1994 للسبب نفسه. هند كامل عبد زيد المرشدي، مصدر سابق، ص 224-225؛ د. سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، ط2، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005، ص 318.

(58) د. احمد سلامة بدر، مصدر سابق، ص 663.

(59) المادة الثالثة من القانون رقم (162) لسنة 1958.

ورئيس الجمهورية ملزم بعرض قرار توسيع اختصاصاته على البرلمان، وعدم عرضها على البرلمان يؤدي إلى بطلان تلك القرارات⁽⁶⁰⁾. وبالرغم من عدم وجود نص يشير إلى رقابة البرلمان على السلطات الاستثنائية التي يمارسها رئيس الدولة اثناء حالة الطوارئ، فان هذه الرقابة تعد موجودة ضمناً لاسباب عدة:

- أ- يتولى البرلمان وفقاً لصراحة النص رقابة قرار اعلان حالة الطوارئ، ومد العمل بها، وبالتالي لا يمكن ان ننكر حقه في رقابة السلطات التي تمارسها خلال تطبيق هذه الحالة.
- ب- ان البرلمان يملك وسائل رقابية على السلطات التنفيذية تتمثل في حق توجيه السؤال أو طرح موضوع عام للمناقشة أو الاستجواب، وهو يملك بمقتضى هذه الوسائل رقابة ما تقوم به السلطة التنفيذية من اعمال اثناء حالة الطوارئ.
- ج- ان نظام الطوارئ نظام استثنائي لا يجوز التوسع فيه عن طريق اعطاء رئيس الجمهورية سلطة التشريع دون رقابة من صاحب الاختصاص الاصيل في التشريع وهو البرلمان لان ذلك يؤدي إلى دمج السلطين التشريعية والتنفيذية في يد واحدة مما يشكل اهداراً لمبدأ فصل السلطات⁽⁶¹⁾.

ثالثاً: الرقابة البرلمانية في القانون الفرنسي

تضمن الدستور وقانونا الطوارئ الفرنسيين بيان دور البرلمان تجاه قرار اعلان حالة الطوارئ⁽⁶²⁾، فقد حدد دستور سنة 1958 في المادة (36) منه دور البرلمان بالنسبة لقرار اعلان حالة الطوارئ إذ نصت على ان "... يكون اعلان حالة الطوارئ لمدة لا تتجاوز اثني عشر يوماً من يوم صدور مرسوم اعلانها، ولا يتجاوز مدتها إلا بموافقة البرلمان" وفي المادة الثالثة من قانون الاحكام العرفية الصادر في 9 اغسطس عام 1849 على ان "...تنتهي عطلة البرلمان بقوة القانون ليقرر فور انعقاده الاستمرار في حالة الطوارئ أو رفعها...".

أما المادة الثانية عشر من ذات القانون فقد نصت على ان "البرلمان وحده صاحب الحق في رفع حالة الطوارئ، طالما انه هو الذي اعلنها أو اقر اعلانها، ومع ذلك ففي غيبة البرلمان يمكن لرئيس الجمهورية انهاء نظام الطوارئ وذلك في الحالات التي يكون له فيها حق اعلانها، طالما ان البرلمان لم يقر اعلانها بعد".

(60) محمد عصام عبد المنعم اسماعيل عمر، حماية حقوق الانسان في حالة الطوارئ- دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2012، ص 386.

(61) هاني علي محمود عويس، أثر الظروف الاستثنائية على تمتع الافراد بحقوقهم وحررياتهم الاساسية وعلى سلطات الضبط الاداري - دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة اسيوط، 2013، ص 518.

(62) د. احمد سلامة بدر، مصدر سابق، ص 664.

وفي قانون 3 ابريل 1955 وحسب المادة الثانية من القانون يتم اعلان حالة الطوارئ من قبل مجلس الوزراء بمرسوم ولا يجوز ان يمتد العمل به لاكثر من اثني عشر يوماً، إلا بعد الحصول على موافقة البرلمان، وهنا يلاحظ ان رقابة البرلمان تبدأ إذا ارادت السلطة التنفيذية مدتها لأكثر من اثني عشر يوماً لما يشكله قانون الطوارئ من تقييد للحريات والحقوق.

مما سبق يتضح ان دور البرلمان يتعلق باستمرار العمل بحالة الطوارئ، وهذا يعني انه متى وافق البرلمان على ذلك فانه يصدر قانوناً لمد العمل بها، وبالتالي تنتهي حالة الطوارئ إما بانقضاء المدة المحددة لها، أو بموجب قانون إذا اعلنت عن طريق البرلمان أو اعلنت عن طريق آخر غير البرلمان ولم يصادق عليها الاخير⁽⁶³⁾. وإذا كان مرسوم اعلان الاحكام العرفية في فرنسا يخضع لرقابة البرلمان على النحو السالف ذكره، فان الامر يختلف بالنسبة للاختصاصات الاستثنائية للسلطة القائمة على هذه الحالة حيث ان النصوص الواردة في قانون الطوارئ الصادر في 9 اغسطس 1849 وخاصة في المادتين السابعة والتاسعة منه لم يرد فيها اي اشارة إلى رقابة البرلمان للسلطات الاستثنائية الواردة بهما- وكذلك الحال للسلطات الاستثنائية الواردة في المادة الخامسة من قانون 3 ابريل 1955-، مما يوحي بعدم وجود الرقابة البرلمانية، إلا ان هذه الرقابة ليست في حاجة إلى نص يؤكد وجودها، وذلك لانها تعد مظهراً من مظاهر النظام البرلماني⁽⁶⁴⁾.

ومن خلال ما تقدم يتبين لنا ان دور البرلمان الفرنسي بشأن الرقابة على قرار اعلان حالة الطوارئ يتعلق بمد حالة الطوارئ دون البحث في الاسباب التي دعت إلى اعلانها، وبهذا يختلف عن دور البرلمان المصري الذي يمتد دوره إلى البحث في اسباب اعلان حالة الطوارئ ثم يقرر بعد ذلك استمرارها أو عدم استمرارها وهذا واضح من خلال عبارة (ليقرر ما يراه بشأنه) الواردة في دستور 1971 الملغي ودستور 2014، اما دور البرلمان في العراق يتفق مع دور البرلمان في مصر حيث حدد دستور العراق لسنة 2005 دور البرلمان في الموافقة على اعلان حالة الطوارئ باغلبية الثلثين، وهذا يتضمن البحث في اسباب اعلانها فاذا توفرت الاسباب الداعية لذلك تتم الموافقة.

2.2.3: الرقابة القضائية على سلطات الطوارئ:

القضاء هو الرقيب على التوازن في حالة الاختلالات غير المشروعة الناجمة عن حالة اعلان الظروف الاستثنائية، وهذا الاعلان وجميع التدابير المتخذة يجب ان تكون متناسقة ومتناغمة مع جسامه

(63) د. احمد سلامة بدر، مصدر سابق، ص 665.

(64) حيث ان هناك رقابة متبادلة بين السلطين التشريعية والتنفيذية، وما تملكه الاولى من وسائل رقابية تستطيع بموجبها رقابة اعمال السلطة القائمة على حالة الطوارئ خلال فترة تطبيق هذه الحالة وذلك كالسؤال او طرح موضوع عام للمناقشة او الاستجواب، د. احمد بدر سلامة، المصدر نفسه، ص 687-588.

المخاطر الناشئة عن الظروف الاستثنائية، وهذا يستدعي القضاء القيام بواجباته على اكمل وجه(65)،
وستتناول الرقابة القضائية في القوانين محل الدراسة وذلك من خلال ثلاث فقرات:

اولاً: الرقابة القضائية في القانون العراقي

بالرجوع إلى الدساتير السابقة نرى ان قرار اعلان حالة الطوارئ في ظل القانون الاساسي العراقي لعام 1925 يعد من اعمال السيادة التي لا تخضع لرقابة القضاء ففي ظل القانون الاساسي لم يكن اختصاص المحاكم المدنية يمتد إلى مراقبة اعمال الحكومة السياسية ومدى انطباقها على القانون وبالتالي اقرارها إذا كانت موافقة للقانون والغاؤها في حالة عدم الموافقة، لان هذه الاعمال لا تخضع لرقابة السلطة القضائية وذلك عملاً بمبدأ الفصل بين السلطات(66)، وفي ظل قانون السلامة الوطنية لعام 1965 والذي ظل نافذاً في دستور 1970 فانه يعد من اعمال السيادة(67)، وهو ما استقرت عليه محكمة التمييز في حكمها الصادر في 1966/5/9 جاء فيه "ان اعمال السيادة حسبما جرى به الفقه والقضاء، هي تلك الاعمال التي تصدر عن الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة ادارة، فتباشرها بمقتضى هذه السلطة العليا، لتنظيم علاقتها بالسلطات العامة الاخرى داخلية كانت ام خارجية، أو تتخذها اضطراراً للمحافظة على كيان الدولة في الداخل، أو الذود عن سيادتها في الخارج، ومن ثم يغلب عليها ان تكون تدابير تتخذ في النطاق الداخلي أو في النطاق الخارجي، اما لتنظيم علاقة الحكومة بالسلطات العامة، واما لدفع الاذى والشر عن الدولة في الداخل أو الخارج، وهي تارة تكون اعمالاً منظمة لعلاقة الحكومة بالمجلس الوطني أو مجلس الدفاع الاعلى، وهي تارة اخرى تكون تدابير تتخذ للدفاع عن الامن العام من اضطراب داخلي باعلان الاحكام العرفية وحالة الطوارئ(68).

فهذا الحكم يكشف بصراحة عن اتجاه المحكمة في اعتبار قرار اعلان حالة الطوارئ من اعمال السيادة، باعتباره من القرارات المتعلقة بالمحافظة على امن الدولة وكيانها في الداخل والخارج، طبقاً للمعيار الموضوعي الذي اعتمدته المحكمة، للتمييز بين عمل السيادة والاعمال الحكومية الاخرى(69).

(65) د. اسامة احمد الحناينة، صلاحيات الملك الاستثنائية في الدستور الاردني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، 2010، ص 341.

(66) علي سعيد عمران، ظاهرة تقوية مركز رئيس الدولة في بعض النظم الدستورية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2006، ص 198-200.

(67) المصدر نفسه، ص 200.

(68) محكمة التمييز العراقية، حكمها في القضية رقم 1948 ح/66، بتاريخ 1966/5/9، منشور بمجموعة احكام محكمة التمييز لسنة 1967، ص 47. اشار اليه: د. حقي اسماعيل بربوتي، الرقابة على اعمال السلطة القائمة على حالة الطوارئ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 475.

(69) المصدر نفسه، ص 475.

وبعد صدور قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة رقم (106) لسنة 1989 الذي انشأ قضاءً ادارياً في العراق والمفترض فيه ان يكون حصناً لحماية الحقوق والحريات إلا ان القانون عدّ قرار اعلان حالة الطوارئ من اعمال السيادة وذلك استناداً إلى نص البند (خامساً) من المادة السابعة(70)، وبذلك فان قرار اعلان حالة الطوارئ لا يطعن فيه لانه يصدر عن رئيس الجمهورية الذي تعد جميع قراراته من اعمال السيادة وهذا المسلك لا يتفق مع حماية حقوق وحريات المواطنين من تعسف السلطة، وكان محلاً لانتقاد الفقه الذي اشار إلى ان القضاء في فرنسا ومصر قد بسط رقابته على قرارات ومراسيم صدرت عن رئيس الجمهورية، وان من المتفق عليه في الفقه ان القضاء هو الذي يضيف على العمل صفة السيادة لا المشرع، وعلى ذلك يكون لرئيس الدولة ان يعلن حالة الطوارئ دون الاستناد إلى اي سبب وفي اي وقت لان قراره هذا سيكون بمنأى عن الطعن، وهذا ما يزيد في هيمنته(71).

اما بشأن الاجراءات والتدابير التي تتخذ تنفيذاً لقانون الطوارئ فان القضاء العراقي- قبل عام 2003- لم يمارس قضاء الالغاء بل اكتفى بالتعويض عن الاضرار التي تصيب الافراد من جراء التدابير التي تتخذ في حالة الطوارئ(72)، وقد صدر حكم لمحكمة تمييز العراق بتاريخ 18/3/1957- في القضية التي سبق الاشارة اليها- والتي قضت فيها بالتعويض إلا انها لم تقرر الغاء الحكم(73).

وفي امر الدفاع عن السلامة الوطنية العراقي رقم (1) لسنة 2004، فهو وان كان يشكل قانوناً استثنائياً من شأنه تقييد حريات الافراد والمساس بها اثناء فرض حالة الطوارئ إلا انه قد راعى قدر الامكان كفاية الحد الأدنى من الضمانات لهذه الحريات ومن اهم هذه الضمانات هو اخضاع قرارات واجراءات رئيس الوزراء التي يتخذها اثناء سريان حالة الطوارئ للرقابة القضائية(74)، فقد جاء فيه على ان اعلان حالة الطوارئ خاضع للرقابة القضائية، ونص على انه "تخضع قرارات واجراءات رئيس الوزراء لرقابة محكمة التمييز..." (75)، إذ تخضع جميع قرارات رئيس الوزراء لرقابة القضاء وبضمنها قرار اعلان حالة الطوارئ، وهذا موافق لما جاء في الاسباب الموجبة لاعلان حالة الطوارئ في امر الدفاع عن السلامة الوطنية الذي اكد على سيادة دولة القانون واستقلالية القضاء وفاعليته ورقابته، ومنعاً

(70) نصت المادة السابعة من ذات القانون على ان "لا تختص محكمة القضاء الاداري بالنظر في الطعون المتعلقة بما يلي:
أ- اعمال السيادة وتعد من اعمال السيادة المراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية".

(71) علي سعيد عمران، مصدر سابق، ص 200-201.

(72) علي نجيب حمزة، سلطات الضبط الاداري في الظروف الاستثنائية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2001، ص 161.

(73) د. حقي اسماعيل بربوتي، مصدر سابق، ص 643.

(74) احمد طلال عبد الحميد، أثر حالة الطوارئ في توسيع صلاحيات السلطة التنفيذية، ط1، دون دار نشر، بغداد، 2013، ص 23.

(75) المادة (9) الفقرة (ثانياً) من امر الدفاع عن السلامة الوطنية العراقي رقم (1) لسنة 2004.

للتعسف في استعمال القوة في الظروف الاستثنائية، وغيرها من الاسباب. وبهذا فان قيام المشرع بتنظيم اعلان حالة الطوارئ في امر الدفاع عن السلامة الوطنية من حيث الاسباب والمدة والاجراءات سيكون عديم الفائدة إذا لم تكن هناك جهة فعالة للرقابة على قرار الاعلان، فعدم وجود رقابة أو وجود رقابة ضعيفة يجعل تنظيم اعلان حالة الطوارئ من قبل المشرع لا قيمة له(76).

اما الرقابة القضائية على الاجراءات والتدابير المتخذة اثناء حالة الطوارئ، فقد جاء في امر الدفاع عن السلامة الوطنية العراقي رقم (1) لسنة 2004 على انه "تخضع قرارات واجراءات رئيس الوزراء لرقابة محكمة التمييز، ومحكمة التمييز في اقليم كردستان فيما يتعلق باجراءات الطوارئ في نطاق الاقليم، وانتهاءً بالمحكمة الاتحادية العليا، وللمحاكم المذكورة تقرير الغاء تلك القرارات والاجراءات وتقرير بطلانها وعدم مشروعيتها أو اقرارها، مع مراعاة الظروف الاستثنائية التي صدرت في ظلها تلك القرارات والاجراءات"(77). فالرقابة القضائية هنا تتمثل برقابة محكمة التمييز لقرارات واجراءات رئيس الوزراء ومن ثم رقابة المحكمة الاتحادية العليا والتي لها الحق في تقرير الغاء تلك القرارات والاجراءات في حالة عدم مشروعيتها أو تصديقها في حالة مطابقتها للقانون، ونص هذه المادة موافق لنص المادة (100) من دستور العراق الدائم لسنة 2005 ونص على انه "يحظر النص في القوانين على تحصين اي عمل أو قرار اداري من الطعن"، ولم يكن هناك نص مثير لهذا النص في التشريعات الاستثنائية التي صدرت في العراق سابقاً(78)، وقد كان المشرع موفقاً في اخضاع قرارات واجراءات رئيس الوزراء للرقابة القضائية حتى لا تنتهك حقوق المواطنين وحررياتهم. وقد وردت ملاحظات وتساؤلات عدة حول الفقرة الثانية من المادة التاسعة من قانون السلامة الوطنية لسنة 2004 وهي:

1- لقد جاء في هذه الفقرة بان "قرارات واجراءات رئيس الوزراء تخضع لرقابة محكمة التمييز ومحكمة التمييز في اقليم كردستان فيما يتعلق باجراءات الطوارئ في نطاق الاقليم،...". وهنا فان الاجراءات الصادرة عن رئيس الوزراء داخل نطاق اقليم كردستان يخضع لرقابة محكمة التمييز في الاقليم دون محكمة التمييز الاتحادية في بغداد. وهنا من الضروري ان تكون السلطة الاتحادية صاحبة السيادة على كل تراب الوطن(79).

(76) فارس عبد الرحيم حاتم و سنان طالب عبد الشهيد، حالة الطوارئ بموجب امر الدفاع عن السلامة الوطنية العراقي رقم (1) لسنة 2004، والرقابة القضائية عليها، مجلة جامعة الكوفة، العدد 9، 2008، ص 187.

(77) المادة (9) الفقرة (ثانياً) من امر الدفاع عن السلامة الوطنية العراقي رقم (1) لسنة 2004.

(78) فارس عبد الرحيم حاتم، سنان طالب عبد الشهيد، مصدر سابق، ص 187، وفي قانون السلامة الوطنية رقم (4) لسنة 1965 نص صراحة في المادة (32) على ان "لا يكون لانتهاج حالة الاحكام العرفية أو حالة الطوارئ اي اثر على ما اتخذ من اجراءات خلال فترة اعلانها ولا يجوز سماع اي دعوى بشأن هذه الاجراءات امام المحاكم".

(79) فارس عبد الرحيم حاتم، سنان طالب عبد الشهيد، مصدر سابق، ص 188.

2- لقد جاء في هذه الفقرة من المادة نفسها بان قرارات واجراءات رئيس الوزراء تخضع لرقابة محكمة التمييز، والعراق من الدول التي تطبق النظام القضائي المزدوج وذلك بعد صدور قانون التعديل الثاني رقم (106) لسنة 1989 لقانون مجلس شوري الدولة رقم (65) لسنة 1979، إذ تم بموجبه انشاء محكمة القضاء الاداري في العراق المختصة بالرقابة على القرارات الادارية⁽⁸⁰⁾. فالمشرع هنا جعل منازعة ادارية من اختصاص القضاء العادي في الوقت الذي يوجد فيه القضاء المختص بهذه المنازعات وهو القضاء الاداري، بالتالي سلب عمل القضاء الاداري في مسألة هي من صلب اختصاصه، وعلى المشرع ان يجعل القضاء الاداري هو المختص بالرقابة على سلطة الطوارئ كما هو الحال في فرنسا ومصر⁽⁸¹⁾.

3- لقد جاء في الفقرة الثانية من المادة نفسها على ان "...للمحاكم المذكورة تقرير الغاء تلك القرارات والاجراءات وتقرير بطلانها وعدم مشروعيتها أو اقرارها...". وحسب النص فان المشرع أقر الالغاء والابطال للقرارات والاجراءات الصادرة عن رئيس الوزراء ولم ينص على التعويض عن الاضرار التي يمكن ان تنتج عن اعمال الادارة غير المشروعة، فالقرارات والاجراءات المتخذة هنا استثنائية لذا يجب ذكر التعويض بشكل صريح حتى لا يترك مجالاً للتأويل والتفسير⁽⁸²⁾.

4- لقد جاءت الفقرة الثانية من المادة نفسها معيبة في صياغتها، فلم يبين المشرع اختصاص المحكمتين، المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة التمييز الاتحادية، حيث توحى عبارات الفقرة المذكورة بان كلتا المحكمتين تمارسان الرقابة على قرارات واجراءات سلطة الطوارئ وهذا يؤدي إلى تضارب بالاحكام وصعوبات تطبيقية منها، من هي المحكمة التي ينبغي ان تمارس هذه الرقابة اولاً، ثم أي محكمة تكون احكامها قطعية، فعلى المشرع اعادة صياغة هذه المادة بالشكل الذي يبين اختصاص كل منها، وان يكون اختصاص المحكمة الاتحادية العليا صلاحية فرض جزاء الالغاء على القرارات المخالفة للمشروعية، اما فرض جزاء البطلان على الاجراءات غير المشروعة يتعلق بسلطة محكمة التمييز الاتحادية- وتنفق مع هذا الرأي- وذلك لانه مع ورود اسم المحكمة الاتحادية العليا وجزاء (الالغاء) في المادة المذكورة، ورد ايضاً ذكر اسم محكمة التمييز مع جزاء (البطلان) وان لم تربط هذه المادة

(80) د. وسام صبار العاني، مصدر سابق، ص 139، وطبقاً لنص المادة (7/رابعاً) من قانون التعديل الخامس رقم (17) لسنة 2013 لقانون مجلس شوري الدولة رقم (65) لسنة 1979، والذي تولى تحديد نطاق محكمة القضاء الاداري إذ يقضي النص المعدل بان تختص محكمة القضاء الاداري: "بالفصل في صحة الاوامر والقرارات الادارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام التي لم يعين مرجعاً للطعن فيها بناءً على طلب من ذي مصلحة معلومة وحالة وممكنة...".

(81) ان البلد الام للقضاء الاداري هي فرنسا تخضع فيها اعمال سلطة الطوارئ لرقابة القضاء الاداري، ومصر هي ابرز بلد عربي طبق النظام القضائي المزدوج والاكثر تقدماً في هذا المجال من العراق. فارس عبد الرحيم حاتم، سنان طالب عبد الشهيد، مصدر سابق، ص 188-189.

(82) المصدر نفسه، ص 190.

صراحة الالغاء بالقرارات، والبطلان بالاجراءات، والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى جعل رقابة المحكمة الاتحادية ضمن رقابة المحاكم الجزائية والذي يؤدي إلى ان تكون المحكمة الاتحادية العليا سلطة تمارس الرقابة على محكمة التمييز، وهذا خلاف نص المادة (93) من الدستور إذ لم يرد هذا الامر ضمن صلاحيات المحكمة الاتحادية⁽⁸³⁾.

ثانياً: الرقابة القضائية في القانون المصري

أثار موضوع الرقابة القضائية على اعلان حالة الطوارئ جدلاً فقهيًا في مصر⁽⁸⁴⁾، وقد كان لفقته رأياً في مسألة الرقابة القضائية على قرار اعلان حالة الطوارئ، أما رأيه في الرقابة على تدابيرها واجراءاتها فهو يتفق مع وجهة نظر القضاء⁽⁸⁵⁾. فقد ذهب البعض إلى ان هذا الاعلان يعد عملاً من اعمال السيادة لتعلقه بالامن والنظام العام داخل الدولة لما له من قوة تعادل قوة القانون فيخضع لرقابة البرلمان ولا محل لرقابة القضاء⁽⁸⁶⁾.

في حين يذهب الاتجاه الآخر وهو الرأي الغالب من الفقه الحديث إلى ان قرار اعلان حالة الطوارئ يخضع لرقابة القضاء إذا ما طعن فيه امامه، لصدوره على غير الوجه الذي اوجبه القانون، أو في غير الحالات التي يجب توافرها لاعلان حالة الطوارئ، ولا وجه لإضفاء صفة اعمال السيادة عليه لعدم وجود ما يبرر ذلك⁽⁸⁷⁾. ورغم أن هذا الرأي الغالب في الفقه، إلا ان المحكمة العليا- المحكمة الدستورية العليا (حالياً)- قضت في حكم لها في عام 1977 بان "القرار المطعون فيه والخاص باعلان حالة الطوارئ يعد من اعمال السيادة التي تتحسر عنها رقابة المحكمة العليا على دستورية القوانين..."⁽⁸⁸⁾،

(83) وعدي سليمان علي، مصدر سابق، ص 210، وتنص المادة (93) من دستور 2005 على ان "تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي: أولاً- الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة. ثانياً- تفسير نصوص الدستور. ثالثاً- الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية، والقرارات والانظمة والتعليمات، والاجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية..."

(84) د. محمد احمد ابراهيم، ضمانات الافراد في ظل الظروف الاستثنائية في المجالين الدولي والاداري- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 442.

(85) د. احمد عودة الغويري، اعلان العمل بقانون الدفاع الاردني (قانون الطوارئ) رقم (13) لسنة 1992- دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، العدد (4)، جامعة الكويت، 2000، ص 378.

(86) د. عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1956، ص 468؛ د. حافظ محمد ابراهيم، القضاء الاداري وحق الطعن في القرارات الادارية، مجلة المحاماة، السنة 29، عدد 3 و 4، ص 452. نقلاً عن د. محمد احمد ابراهيم عبد الرسول، مصدر سابق، ص 447.

(87) د. ابراهيم درويش، نظرية الظروف الاستثنائية، مجلة ادارة قضايا الحكومة، العدد 1، السنة 11، 1967، ص 1023. وقد ايد هذا الاتجاه الدكتور سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، مصدر سابق، ص 338؛ د. زكريا محمد عبد الحميد محفوظ، حالة الطوارئ في القانون المقارن وفي تشريع الجمهورية العربية المتحدة، ط 1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1966، ص 469-474.

(88) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بتاريخ 1977/2/5 والمنشور بمجلة المحاماة، السنة 57، عدد 5 و 6، 1977، ص 14-17. حكم اشار اليه: د. احمد سلامة بدر، مصدر سابق، ص 675-677.

وكذلك قضت في حكم آخر لها بان "ان قرار رئيس الجمهورية الصادر باعلان حالة الطوارئ يدخل في نطاق الاعمال السياسية التي تنحسر عنها الرقابة القضائية باعتبارها من الاعمال التي تتخذها الدولة في حدود وظيفتها السياسية التي تنحسر عنها الرقابة القضائية للمحافظة على سلامتها وامنها..." (89). وقد بسط القضاء المصري رقابته على جميع الاجراءات المتخذة من رئيس الجمهورية في ظل حالة الطوارئ وتطبيقاً لذلك سارت المحكمة الادارية العليا لتؤكد هذه الرقابة القضائية على سلطة الادارة في حالة الطوارئ، ففي حكم لها عام 1957 قضت بان "إذا كان القانون يخوّل الحاكم العسكري سلطة تقديرية واسعة يواجه بها ما تقتضيه الحالات الاستثنائية التي تعرض له من اتخاذ تدابير سريعة حاسمة، إلا انه ينبغي ألا تتجاوز سلطته التقديرية الحدود الدستورية المرسومة، وألا تخل بالتزاماته القانونية، وألا تتغول بوجه خاص على الحريات العامة بدون مبرر قانوني، وإلا شاب تصرفاته عدم المشروعية، وانبسطت عليها رقابة القضاء الاداري الغاءً وتعويضاً" (90)، وقد سلك مجلس الدولة المصري مسلك مجلس الدولة الفرنسي، واخضع الاعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية اثناء حالة الطوارئ لرقابته، إذ قضت محكمة القضاء الاداري بان "نظام الطوارئ في مصر وان كان نظاماً استثنائياً إلا انه ليس بالنظام المطلق، بل هو نظام خاضع للقانون، وضع الدستور اساسه، وبين القانون اصوله واحكامه، ورسم حدوده وضوابطه، فوجب ان يكون اجراؤه على مقتضى هذه الاصول والاحكام، وفي نطاق هذه الحدود والضوابط وإلا كان ما يتخذ من التدابير والاجراءات مجاوزاً لهذه الحدود أو منحرفاً عنها عملاً مخالفاً للقانون فتنبسط عليه رقابة هذه المحكمة" (91).

اما المحكمة الدستورية العليا فقد فرضت رقابتها على السلطات الاستثنائية الواردة في قانون الطوارئ وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 5 فبراير سنة 1983 والذي قضت فيه "باختصاصها بنظر دعوى موجهة ضد المادة الثامنة من الامر رقم (1) لسنة 1967 الصادر من رئيس الجمهورية استناداً إلى قانون الطوارئ الذي حظر رفع أية دعاوى ضد الاعمال الصادرة عن السلطات التي تتولى الرقابة على الكتابات والمطبوعات والصور والطرود التي ترد إلى مصر أو ترسل منها أو تمر بها أو تتداول

(89) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 5 لسنة 5 ق دستورية عليا جلسة 1976/7/3، اشار اليه: هاني علي محمود عويس، مصدر سابق، ص 530.

(90) حكم بتاريخ 13 ابريل 1957، اشار اليه: د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ واحكام القانون الاداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 266.

(91) الحكم الصادر في 30 يونيو سنة 1952، في الدعوى رقم 568 لسنة 3 ق، اشار اليه: د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الاداري، ط5، بدون دار نشر، القاهرة، 2010، ص 54.

داخل البلاد، وانتهت المحكمة إلى عدم دستورية النص المطعون فيه لتعارضه مع الدستور الذي يحظر في المادة (68) تحصين اي عمل اداري من رقابة القضاء"⁽⁹²⁾.

ثالثاً: الرقابة القضائية في فرنسا

ذهب رأي في الفقه الفرنسي إلى ان قرار اعلان حالة الطوارئ الصادر عن السلطة التنفيذية، يعد من اعمال السيادة طالما ان هذا الاعلان يتعلق بأمن الدولة وصادر في حدود السلطة التي خولها القانون للسلطة التنفيذية وبالتالي لا يجوز الطعن فيه امام القضاء خاصة وان الرقابة القضائية على هذا الاعلان هي أمر غير مجد نظراً لخضوعه لرقابة البرلمان بعد عرضه عليه مما يكون معه الطعن على هذا الاعلان طعناً في تصديق البرلمان عليه وذلك امر متعذر لعدم وجود صاحب مصلحة في مثل هذا الطعن إذ ان حقوق الافراد ومصالحهم لا يلحقها الضرر نتيجة هذا الاعلان وانما يترتب الضرر على الاجراءات التنفيذية التي تعقبه⁽⁹³⁾. فيما ذهب رأي آخر⁽⁹⁴⁾ وهو الغالب في الفقه الفرنسي إلى اعتبار قرار اعلان العمل بنظام حالة الطوارئ يعد عملاً ادارياً يخضع لرقابة القضاء، ويخرج عن طائفة اعمال السيادة إعمالاً لمبدأ المشروعية بخضوع جميع قرارات السلطة التنفيذية للرقابة القضائية وذلك لما يترتب على قرار اعلان العمل بحالة الطوارئ من منح السلطة التنفيذية صلاحية اتخاذ تدابير واجراءات تشكل مساساً بالحقوق والحريات العامة⁽⁹⁵⁾. وقد أيد مجلس الدولة الفرنسي بان "اعلان حالة الطوارئ لا يعد من اعمال السيادة" فقد قرر القضاء الاداري الفرنسي ومحكمة التنازع، ان مرسوم اعلان حالة الطوارئ لا يعد من اعمال السيادة، وانما هو قرار اداري شأنه شأن القرارات الادارية العادية التي تخضع لرقابة القضاء من مختلف جوانبها⁽⁹⁶⁾. إذ قضى مجلس الدولة الفرنسي في احد احكامه باختصاصه في نظر الطعن تأسيساً

(92) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 7 لسنة 2 ق عليا، مجموعة الاحكام الدستورية- الجزء الثاني، ص 86. اثار اليه: د. احمد سلامة بدر، مصدر سابق، ص 699-700.

(93) R.D.P. ، BOSC A. Les actes de gouvernement et la theorie de pouvoirs de guerre (1996). P. 208.

(94) ويتزعم هذا الاتجاه الذي يرى ان قرار الاعلان هو قرار اداري يخضع لرقابة مجلس الدولة Waline، Vedel·Berghelemy يراجع في ذلك:

– (G) Vedel، Cours de droit administrative، ed 1953، p. 247.

– Berhelemy، Traite de droit administratif، ed 1933، p. 132.

– (M) Waline، Traite de droit administrative، G (M) ed 1951، p. 105.

نقلاً عن: د. محمد الوكيل، حالة الطوارئ وسلطات الضبط الاداري- دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 451.

(95) د. عاصم رمضان مرسي يونس، مصدر سابق، ص 326.

(96) Colliard C-A. Liberetes publiques. Dalloz (1989)، paris، p. 127.

على ان قرار الحاكم الفرنسي باعلان حالة الطوارئ صادر عنه بصفته سلطة ادارية وهو بطبيعته هذه قابل للطعن فيه امام القضاء(97).

وقد اخضع القضاء الفرنسي التدابير والاجراءات التي اتخذتها سلطة الطوارئ لرقابة محاكمها، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Gillet) بمشروعية القرار الصادر عن الحاكم العسكري بنقل احد اللاجئين من بلدة إلى اخرى لما يسببه من خطورة على حفظ النظام العام في المدينة وذلك باثارة الرأي العام ضد المسؤولين نتيجة لنقد تصرفاتهم في تلك الظروف(98). وكذلك فرض مجلس الدولة الفرنسي رقابته على جميع الاجراءات المتخذة في ظل قانون الاستعجال (الطوارئ) حيث قرر بطلان جميع الاجراءات الاستثنائية المتخذة بموجب سلطة الاستعجال من تاريخ مد حالة الاستعجال 26 اكتوبر 1962 وحتى 31 مايو 1963 لعدم مشروعية مد حالة الاستعجال(99). وقد اتجهت احكام مجلس الدولة الفرنسي مؤيدة باحكام محكمة التنازع إلى النظر في طلبات التعويض فيا يتعلق بالاعتداء على حق الملكية وباعمال الاعتداء المادي على الحرية الشخصية في ظل الظروف الاستثنائية والاقرار باختصاص القضاء الاداري بالنظر في تلك الطلبات والتي يختص القضاء العادي بحسب الاصل، إذ قضى المجلس بالتعويض في حكمه الشهير في قضية (Alex is et Wolff) (100).

(97) حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Huckel) الصادر في 23 اكتوبر 1953، حيث طعن امام مجلس الدولة الفرنسي في شرعية اعلان الحاكم الفرنسي لحالة الطوارئ في الهند الصينية وسيام الشمالية بالأمر الصادر بتاريخ 21 ديسمبر سنة 1945 وفقاً للمواد 4 و 5 و 6 من قانون الطوارئ لسنة 1849 (التي تجيز له اعلان حالة الطوارئ في المناطق الخاضعة له بشرط ابلاغ الحكومة الفرنسية بذلك فوراً فإن لم توافق عليها هذه الاخيرة وجب عليها عرض الامر على البرلمان ليبيت في الامر). اثار اليه: د. زكريا محمد عبد الحميد محفوظ، مصدر سابق، ص 219-220.

(98) د. احمد سلامة بدر، مصدر سابق، ص 703.

(99) لقد طبقت حالة الاستعجال في الفترة من 22 ابريل 1961 وحتى استقلال الجزائر في 5 يوليو 1962 على الجزائر والعاصمة الفرنسية باريس، ثم طبقت بعد ذلك على باريس فقط حتى نهايتها 31 مايو 1963، وتمثلت اسباب اعلان تلك الحالة في مواجهة الخطر الناتج عن التمرد في صفوف الجيش الفرنسي في الجزائر، ثم مد تلك الحالة بعد استقلال الجزائر لمواجهة الخطر الناتج عن العناصر المخربة التي تعارض استقلال الجزائر، وذلك تطبيقاً لنص المادة الاولى من قانون 3 ابريل 1955، وقد اثار تطبيق تلك الحالة =بعد حل البرلمان في 9 اكتوبر 1962 وصدور قانون رقم (63-23) في 15 يناير 1963 مشاكل قانونية حول شرعية الاجراءات المتخذة بناءً على سلطة الاستعجال حتى 31 مايو 1963 (المدة المحددة لنهاية حالة الاستعجال في القرار التنظيمي الصادر في 13 يوليو 1962) وذلك لبطلان تلك الاجراءات بقوة القانون بناءً على نص المادة (4) من القرار بقانون الصادر في 15 ابريل 1960. د. محمد الوكيل، مصدر سابق، ص 289-290.

(100) د. محمود حلمي، القضاء الاداري، القاهرة، دار الفكر العربي، 1974، ص 15. وتتخلص وقائع القضية بان السيدين اليكس وولف كانا على التوالي الرئيس والمدير العام لشركة (Daks et entrepot Demarrseille) وكانا قد حصلوا على اوسمة ونياشين عدة نظراً لانشطتهم الهامة واخلاصهم في العمل من اجل المصلحة، وفي 5 اكتوبر 1944 اصدر حاكم الاقليم قراراً بالاستيلاء على شركتهم ووقفهم عن مباشرة وظائفهم وحرمانهم من المرتبات الخاصة بهم وفي 25 نوفمبر 1944 صدر قرار شفوي باعتقالهم من اللجنة المركزية للأمن التي شكلت في مرسيليا عقب تحريرها من الاحتلال الالمانى وتعرض للتعذيب بوحشية وقد قررت اللجنة الافراج عنهما في 7 مارس 1945، وتقدم السيدان أليكس وولف برفع دعوى التعويض عن اعتقالهم بدون امر قضائي او اوامر اعتقال اداري وقضى

3.2.3: رقابة الرأي العام:

يتكون رقابة الرأي العام على المشروعية الاجرائية في ظل الظروف الاستثنائية من خلال نوعين من الإجراءات، نصت عليها المادتين (74 / الدستور المصري الملغى لسنة 1971) (*) و (16/الدستور الفرنسي) (101). فالنوع الأول يتمثل بضرورة قيام رئيس الجمهورية بتوجيه رسالة إلى الشعب أي بيان إلى الأمة، يوضح فيها ما اتخذ من تدابير مع تبيان الهدف منها، وهو إجراء مهم، لأنه يعد نوعاً من مشاركة الرأي العام التي لا بد منها، لإعطاء الرأي العام فرصة كافية لممارسة الرقابة على أعمال وقرارات رئيس الجمهورية، إذ قد يترتب على هذه الأعمال أو القرارات ردود فعل معينة في الاوساط الحزبية والسياسية، مما يستدعي مشاركة كل القوى السياسية، على الأقل بالعلم بتلك القرارات ودوافعها. ومن ناحية أخرى فإن هذه الرسالة تمثل فاصلاً بين مرحلتين زمنيتين، ونظامين قانونين، فإذا كان رئيس الجمهورية في جميع الظروف يلتزم بالقانون والمشروعية، فإن قرارات الضرورة التي تتناولها الرسالة عادة ما تمثل خرقاً جائراً لبعض قواعد المشروعية، مما يوجب على الأقل علم الشعب بالقواعد التي تحكم الأوضاع والظروف الجديدة، خصوصاً في مجال الحقوق والحريات العامة(102).

أما النوع الثاني فيتجسد في إجراء الاستفتاء على ما اتخذ رئيس الجمهورية من إجراءات، وقد نصت على هذا النوع من الرقابة المادة (74 / الدستور المصري)، في حين لم يستلزم الدستور الفرنسي ذلك في المادة (16) منه، وهذا الاستفتاء ينبغي أن يجري خلال سنتين يوماً من تاريخ أول إجراء يتخذ، وتشمل عرض جميع التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية للاستفتاء الشعبي، سواء أكانت ذات طابع عام أم فردي(103)، وفي هذه الحالة يمارس الرأي العام دوره الرقابي عن طريق رفض أو إقرار الإجراءات

مجلس الدولة الفرنسي بالتعويض عن الاضرار التي لحقت بهما والتي تشكل اعتداءً مادياً على الحرية الشخصية إلا ان الظروف الاستثنائية التي واكبت ظروف القضية جعلت من الاعتداء المادي عملاً ادارياً مشوباً بعدم المشروعية مما يدخل في اختصاصه. ايمان عبد الكاظم عواد البوطيفي، الرقابة القضائية على اعمال الادارة في الظروف الاستثنائية، رسالة ماجستير، كلية النهريين للحقوق، جامعة النهريين، 2007، ص 89.

(*) علماً انه لا يوجد ما يناظر هذه المادة في الدستور المصري النافذ لسنة 2014.

(101) لم نشر الى الموقف في العراق بشأن رقابة الرأي العام، لأن الدستور العراقي الدائم لم يأخذ أصلاً بالأحكام العامة للظروف الاستثنائية بشكل لوائح الضرورة أو اللوائح التفويضية، وعلى هذا لم ينص على هذه الرقابة، ونفس الحال بالنسبة لقانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية.

(102) ينظر: د. وجدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية طبقاً للمادة (74) من الدستور المصري والرقابة عليها، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1988، ص 151.

(103) ينظر: د. سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، مصدر سابق، ص 164. مع أن هناك من يذهب إلى أنه ينبغي أن تعرض فقط القرارات ذات الطابع العام دون الفردي، على أساس أنه لا يتصور أن يعرض على الاستفتاء مثلاً قرار القبض على شخص أو اعتقاله، إذ ليس من المقبول أن يطلب من الملايين أن يدلوا برأيهم حول هذا القرار الفردي، ينظر: د. احمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1978، ص 76. إلا أننا نرى بان هذا الرأي لا يمكن التسليم به نظراً لعمومية نص المادة (74)، إذ لم تميز

التي قام بها الرئيس وفقاً للمادة (74)، انفة الذكر، وذلك حسبما يراه متفقاً أو متعارضاً مع الدستور ومع مصلحته، ويرى جانب من الشراح أن إقرار الرأي العام لهذه الإجراءات يضيف المشروعية عليها، حتى وإن كانت غير كذلك قبل الاستفتاء عليها، أما لو كانت في الأصل مشروعة فإن هذا الإقرار هو استمرار لمشروعيتها بقوة جديدة، وينطلق هذا الرأي من كون الاستفتاء له قيمة دستورية، وعلى أساس ذلك فإن إقرار الرأي العام لهذه الإجراءات هي بمثابة تحصين لها من الإلغاء بطريق آخر غير الطريق المضاد، أي باستفتاء شعبي آخر، استناداً إلى قاعدة توازي الإجراءات⁽¹⁰⁴⁾. إلا أن هذا الرأي، وكما يذهب، إلى ذلك بحق جانب آخر من الشراح، تعوزه الدقة، إذ أن ما يوافق عليه الرأي العام في رقابته التي يمارسها عن طريق الاستفتاء ليست له سوى قيمة سياسية، ولا يتعدى الموافقة على السياسة العامة التي اتبعها رئيس الجمهورية في مواجهة الظروف الاستثنائية، فهو لا يضيف شيئاً إلى الإجراءات الصادرة في إطار المادة (74) آنفة الذكر وليس من شأنه أن يغير من الطبيعة القانونية لها، فلا تتحول إلى إجراءات مشروعة إذا كانت في الأصل غير مشروعة، ومن ثم لا يسلب ولاية القضاء في إقرار عدم المشروعية هذه إذا تبين له ذلك، طالما أنه استفتاء سياسي هدفه وجوهه إبداء الثقة في شخص رئيس الجمهورية ومدى الموافقة على سياسته ليس إلا⁽¹⁰⁵⁾.

ويبدو أنه قد اتيح للقضاء الإداري في مصر أن يقرر هذا المفهوم، إذ قضى في أحد أحكامه أنه "لا يغير من الطبيعة الإدارية للقرار المطعون فيه عرضه على الشعب في الاستفتاء على مثل هذا القرار وغيره من الإجراءات التي اتخذت، ولا يعدو أن يكون إلا دوراً سياسياً من شأنه التعبير عن طبيعتها القانونية ومدى مشروعيتها، فإذا كانت لها الطبيعة اللائحة قبل الاستفتاء، ظلت لها هذه الطبيعة بعده، وإذا كانت قد صدرت مشروعة ظلت بعد الاستفتاء كذلك، أما إذا كانت قد صدرت غير مشروعة ظلت بعد الاستفتاء مشوبة بذات العيوب، فلا يظهرها من هذه العيوب موافقة الشعب عليها، ذلك أن الدور السياسي للشعب والذي يمارسه بالإستفتاء لا ينقلب إلى دور تشريعي مؤدي إلى التغيير من طبيعة الأعمال⁽¹⁰⁶⁾. إن ما يمكن أن يستنتج مما تقدم كله بشأن الرقابة غير القضائية ألا وهي رقابة الرأي العام أنه على الرغم

في هذا الشأن بين القرارات العامة أو الخاصة، ومن ناحية أخرى يلاحظ أن من الإجراءات الفردية ما هو أشد تأثيراً على الرأي العام من الإجراءات ذات الطابع العام، بل إن من الإجراءات الفردية ما يمكن أن تمس مصالح عدد كبير من أفراد الشعب، ويمكن أن تهدد الحقوق والحريات الفردية، وهذا أدعى لمعرفة رأي الشعب في تلك الإجراءات.

(104) ينظر: د. يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة- دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص 210.

(105) من ناحية أخرى فإن عدم إقرار الشعب لهذه الإجراءات يؤدي إلى عدم إمكانية توليدها لأثارها فيما يتعلق بالمستقبل، أما الآثار التي أنتجت قبل نتيجة الإستفتاء، فالمفروض أن القضاء هو الذي يتولى ازالته. ينظر: د. مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985، ص 422.

(106) ينظر: قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم 1657 لسنة 36 ق في 1982/6/29. أشار إليه: د. وجدي ثابت غبريال، مصدر سابق، ص 160.

من أهمية هذه الرقابة، لكونها تجعل من الشعب رقيباً على التدابير الخطيرة التي تتخذ في أحلك الظروف، مما يضيف ذلك ضماناً أخرى على تطبيق المشروعية الاجرائية في هذه الظروف، ومع ذلك فهي رقابة ضعيفة ولا يمكن مقارنتها بالرقابة القضائية التي تعد المجال الطبيعي لحماية هذه المشروعية في جميع الظروف، لما يتميز به القضاء من خصائص تجعله مؤهلاً لهذه المهمة وأهمها إستقلاليته التي تضيف على رقابته القوة والمصادقية، فضلاً عن أن القضاء في رقابته هذه إنما يتفحص وبدقة الشروط اللازم توافرها في كل قرار أو إجراء، ومن ثم لا يتردد في إلغائه أو إبطاله، إذا ثبت لديه مخالفته لهذه الشروط، حماية للمشروعية. بعكس الحال فيما يخص الرقابة البرلمانية فهي رقابة شكلية في معظم الأحوال، بالنظر لطبيعتها، إذ يبدو انها تراقب مدى توافر شروط اللجوء إلى القوانين الإستثنائية من قبل السلطة التنفيذية دون أن تتعدى إلى فحص الإجراءات المتخذة على أساس هذه القوانين، من حيث توافر شروطها من عدمه، على أساس أن ذلك من وظيفة القضاء أصلاً، بل أن البرلمان حتى في رقابته الشكلية هذه قد يتردد كثيراً في أعمال رقابة حقيقية تنطوي على فرض الجزاءات التي نص عليها الدستور ضد السلطة التنفيذية، في حال مخالفتها لضوابط اللجوء إلى هذه القوانين، نظراً لعدم إستقلالية البرلمان في كثير من الأحيان، وسيطرة الإتجاهات الحزبية والسياسية عليه، الأمر الذي قد يضعف رقابته في هذا الصدد، ومع ذلك فإنه ينبغي عدم التقليل من شأن الرقابة البرلمانية في جميع الأحوال، فهي على الأقل قد تؤدي في كثير من الأحيان إلى تأليب الرأي العام ضد تصرفات السلطة التنفيذية الخاطئة، الأمر الذي قد يجبر هذه السلطة على الإلتزام بالمشروعية الاجرائية سواء كان ذلك في الظروف العادية ام الظروف الاستثنائية

الخاتمة:

في ختام هذا البحث توصلنا الى عدة نتائج ومقترحات نلخصها في الاتي:

اولا: الاستنتاجات:

1- هناك اختلاف بين الفقهاء والكتاب حول مفهوم الشرعية بشكل عام في بعض تفاصيلها ولكن على الرغم من ذلك الاختلاف، أن المتفق عليه هو أنها تعني الخضوع والمطابقة مع أحكام القانون أيًا كان نوع الشيء المراد معرفة شرعيته، والشرعية في مجال قانون الجنائي لا تخرج عن هذا التنظيم بوجه عام من حيث كونها تعني الخضوع للقانون والاحتكام إلى نصوصه في كل ما يتعلق بحقوق وحرريات الأفراد، لذلك فإن الشرعية الإجرائية تعني: افتراض براءة المتهم والذي يقتضي قانونية الإجراءات المتخذة ضده على أن يكون تحت إشراف قضائي.

2- من أهم أهداف الشرعية الإجرائية هو ضمان الحرية الشخصية للمتهم، ويأتي هذا الضمان عن طريق تقييد الإجراءات التي ينص عليها المشرع بجملة من الشروط اللازمة لصحتها بكونها ضمانات لهذه الحرية، وذلك استناداً إلى أصل البراءة بكونه ركناً من أركان هذه الشرعية، ويمكن التأكد على هذا الضمان بطريق آخر وهو فرض جزاء البطلان على كل إجراء اتخذ بالمخالفة للشروط أو الضمانات على أساس أن هذا الجزاء هو وسيلة هذه الشرعية لضمان الحرية الشخصية للمتهم ومن ثم الحفاظ على الشرعية ذاتها.

3- إن قرينة البراءة تعني أن كل متهم بجريمة مهما بلغت جسامتها يعد بريئاً حتى تثبت ادانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، ولقرينة البراءة سندها المنطقي والقانوني، ومن أهم الاعتبارات التي تظهر أهميتها، أنها تحمي أمن الأفراد وحريتهم الفردية ضد تحكم السلطة، وكذلك أيضاً تفادي الأضرار التي لا يمكن تعويضها إذا ما ثبتت براءة المتهم الذي افترض فيه الجرم وعومل على هذا الأساس.

4- إن طبيعة مبدأ الأصل في المتهم البراءة، يكاد أن يجمع الفقه على أن الأصل في المتهم براءة الذمة، وهي قرينة قانونية بسيطة قابلة لأثبات العكس بكافة طرق الإثبات المشروعة.

5- يترتب على قرينة البراءة العديد من الآثار أهمها القاء عبء الإثبات على عاتق سلطة الاتهام، إذ تتحمل سلطة الاتهام عبء اثبات التهمة المسندة للمتهم، في حين لا يلتزم المتهم بتقديم أي دليل لأثبات براءته لأن تكليفه بأثبات براءته يتناقض مع افتراض البراءة، وقد ثار الخلاف حول من يتحمل عبء اثبات وسائل دفع المسؤولية الجنائية.

6- ان نطاق تطبيق قرينة البراءة، يستفيد منه جميع المتهمين، شركاء كانوا ام فاعلين، بغض النظر عما اذا كان المتهم مبتدئاً ام عائداً ، ولا تتوقف استفادة المتهم منها على جسامه الجريمة او على قوة الادلة المتوافرة ضده وان ضبط متلبساً بالجريمة او اعترف اعترافاً تفصيلياً بارتكاب الجريمة ، كما انها تظل قائمة طوال المراحل التي تمر بها الدعوى الجنائية سواء في مرحلة جمع الاستدلالات او التحقيق او المحاكمة، حيث لا يهدمها سوى الحكم البات بالإدانة.

7- كان للشريعة الإسلامية فضل السبق في اقرار قرينة البراءة والنتائج المترتبة عليها ومن اهمها قاعدة درء الحدود بالشبهات، قبل ان يعرفها القانون الوضعي، ولقرينة البراءة في الشريعة الإسلامية سندها الشرعي سواء اكان ذلك من القرآن الكريم ام من السنة النبوية ، وتمثل ذلك في مبدأ الاباحة الاصلية ، واصل براءة الذمة ، وقاعدة استصحاب.

8- يُعتبر دستور العراق الدائم لعام 2005 من اهم الدساتير العراقية التي تناولت بالتفصيل كل المبادئ المتعلقة بحقوق الانسان والتي نصت عليها الاعلانات والمواثيق الدولية، لذا فإنّ المواطن العراقي في ظل أحكام هذا الدستور يتمتع بقدر لا بأس به من الحقوق التي كفلها له واحاطها بمجموعة من الضمانات التي تم النص عليها صراحة.

9- إن التوقيف والحبس الاحتياطي هو أمر ذو طبيعة مؤقتة وإجراء من إجراءات التحقيق يتم بموجبه سلب حرية المتهم بوضعه في المكان المخصص للتوقيف مدة من الزمن تحددها مقتضيات التحقيق وفقاً لضوابط يقررها القانون سلفاً ، وذلك بموجب قرار قضائي يصدر عن السلطة المختصة.

10- ان الأصل في الانسان البراءة، وهذا اليقين لا يزول الا بيقين مثله او اقوى منه ، وعليه فالحكم الصادر بالإدانة يجب ان يكون أساسه اليقين حتى يمكن اثبات عكس هذا الأصل ، لان الحكم الصادر بالإدانة امر خطير يؤثر تأثيراً مباشراً في شخص المتهم ، وماله واسرته ، فيصيبه بضرر بالغ ، مما يتعين على القاضي التأكيد بشكل جازم مبني على اليقين ، لا على الظن والاحتمال .

11- ان على الرغم من وجود بعض النصوص في القوانين الاستثنائية المقارنة محل الدراسة تجيز التخفيف ولو بصورة جزئية من بعض اركان المشروعية إلا انه ليس معنى ذلك انه لا وجود للمشروعية الاجرائية في ظل الظروف الاستثنائية كآثر لهذا التخفيف.

12- ان اهمية الاشراف القضائي تنبع في كونه الحارس الطبيعي الذي يسهر على حسن تطبيق القانون وما احتواه من ضمانات لحقوق وحريات الافراد، ويمارس القضاء هذه المهمة كونه الجهة المستقلة عن باقي سلطات الدولة وفق مبدأ الفصل بين السلطات كما ان احكامه تحوز حجية الشيء المقضي فيه كونها

عنواناً للحقيقة وهي واجبة التطبيق والاحترام من قبل الجميع , ولما تتمتع به هذه السلطة من مؤهلات لذلك فقد حرصت الكثير من الدساتير والقوانين على اناطة مهمة الاشراف على مشروعية الاجراءات الجنائية في مختلف الظروف العادية والاستثنائية للسلطة القضائية.

13- ان الركن الأخير للشرعية الإجرائية والمتعلق بالإشراف القضائي ، فقد ثبت لهذه الدراسة أنّ القانون العراقي هو أفضل القوانين المقارنة في هذه الصدد، حيث ان المشرع في قانون السلامة الوطنية رقم 1 لسنة 2004 ، لم يخرج عن هذا الركن بل نصّ وبشكلٍ صريحٍ على تولي القضاء الجزائي بدرجاته المختلفة مهمة الإشراف على الإجراءات المتخذة في ظلّه.

14- نجد ان القوانين الاستثنائية قد راعت مسألة الاشراف القضائي على المشروعية الاجرائية في جانب كبير منها مما قد تقترب عنها في الظروف العادية، وفي ذات الوقت نجد التخفيف الى حدٍ ما بالمفترضات والشروط الواجب توافرها لفاعلية الاشراف القضائي بمعنى ان المشرعين قد حاولوا في ظل الظروف الاستثنائية ايجاد حالة من التوازن بين المصلحة العامة المعرضة للخطر في وبين حماية حقوق وحرريات الافراد التي تتأثر بالإجراءات الجنائية في ظل الظروف الاستثنائية الامر الذي يجعلنا نطمح ان يكون تفعيل دور الاشراف القضائي اكبر لكي يصل الى موازنة حقيقية بين حق الدولة وحقوق وحرريات الافراد في ظل ظروف استثنائية غير عادية بحيث يطمئن اليها الافراد.

15- ان المشرع العراقي في قانون السلامة الوطنية رقم 1 لسنة 2004 ، قد اوجد درجة أخرى من درجات التقاضي غير معروفة في قانون أصول المحاكمات الجزائية، وهي الطعن لدى المحكمة الاتحادية العليا.

16- ان قانون الطوارئ المصري، لم يكن بالمستوى المطلوب وظهر ذلك من خلال إجازته لاتخاذ الإجراءات الجزائية ضد المتهم من قبض، وتفتيش، واعتقال، وغيرها دون التقيد بأحكام قانون الإجراءات الجنائية، وأيضاً بمصادرته لحق المتهم في الطعن بالنسبة للجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي والخارجي، فضلاً عن تشكيل محاكم من عناصر غير قضائية ولا تنتمي إلى فكرة القضاء الطبيعي وهي محاكم أمن الدولة، وأخيراً عدم جواز الطعن بالإحكام الصادرة من هذه المحاكم. أمّا القانون الفرنسي ، فأصبح موقفه مقارباً لموقف قانون السلامة الوطنية العراقي فقد أوجب وبعد تعديله أن تتولى المحاكم العادية المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية مهمة الإشراف على الإجراءات الجزائية التي تم إتخاذها بموجب قانون الطوارئ.

17- لم يبين قانون السلامة الوطنية العراقي في المادة (9/أولا) منه الآثار المترتبة على رقابة البرلمان للإجراءات الاستثنائية المتخذة خلال حالة الطوارئ، فهل هي رقابة شكلية، أم أنه يحق للبرلمان إلغاء أو إبطال هذه الإجراءات إذا أتضح له أنها غير قانونية؟

18- ان قانون السلامة الوطنية العراقي قد اتفق مع احكام دستور 2005 في تقييد السلطة التنفيذية من خلال فرض الرقابة البرلمانية على الاجراءات المتخذة اثناء اعلان حالة الطوارئ، إلا انه لم ينص على رقابة البرلمان على اعلان حالة الطوارئ.

ثانيا: المقترحات:

1- ندعو المشرع العراقي الى النص صراحة في قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي على قرينة البراءة فضلا عن النص الوارد في الدستور، نظرا لأهميتها في القانون الجنائي لخطورة الإجراءات التي يتعرض لها المتهم، وخاصة الإجراءات التي تتعلق بالتفتيش والتوقيف والقبض، بحيث يعامل المتهم على أساس اعتباره بريئا طوال المدة التي يستغرقها في النظر في الدعوى الجنائية وحتى يتم الفصل فيها. وان اثبات البراءة يجب ان يتصدى لها الجهات المختصة ولا يتحمل المتهم وحده عبء الاثبات .

2- ندعو المشرع العراقي الى النص صراحة في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي على تحمل سلطة الاتهام عبء اثبات عناصر المسؤولية الجنائية للمتهم، لنفي مسؤوليته او تخفيفها، لان ذلك يؤدي الى تحقيق المصلحة العامة ويتفق مع قرينة البراءة، وتؤدي بالنتيجة الى ادانة المجرم الحقيقي وبراءة كل بريء.

3- نوصي المشرع بأفراد نص خاص يوجب تسبب قرار التوقيف، وكذلك النص على استجواب المتهم قبل اتخاذ القرار بتوقيفه، حيث يستطيع المتهم البريء من نفي التهمة المسندة اليه عند استجوابه.

4- ندعو المشرع العراقي أن يتبع في ذلك ما نهجه المشرع المصري الذي قد ضيق من نطاق الجرائم التي يجوز التوقيف فيها، ليكون فقط في الجنايات والجنح ذات الخطورة والتي تزيد عقوبتها عن ستة أشهر ويوردها على سبيل الحصر.

5- ندعو المشرع العراقي الى تعديل المادة (180) من قانون اصول المحاكمات الجزائية بالنص الى عدم جواز الاعتداء على المتهم الى حد قتله لان هذا مناف للمعايير الدولية لحقوق الانسان، وأيضا النص على تبليغ المتهم بأسباب القبض عليه.

6- ضرورة التأكيد على مبدأ تعويض المتهم الذي يصدر بحقه قرار بات ببراءته عما يصيبه من اضرار مادية ونفسية وبدنية نتيجة القبض او التوقيف.

7- ان خلو دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ من النص على الحق في مخاطبة السلطات العامة ، يعتبر موقف غير محمود وقصور ينبغي تلافيه.

8- نقترح على المشرع تعديل نص المادة (17) أولاً، من دستور جمهورية العراق 2005 النافذ وذلك بإضافة ضمانات اخرى لحرمة المسكن ليصبح النص(حرمة المسكن مصونة، ولا يجوز دخولها او تفتيشها الا في الاحوال المبينة في القانون، وبقرار قضائي مسبب، يحدد فيه المكان والتوقيت والغرض، وتنبيه من في المسكن قبل دخوله او تفتيشه).

9- نقترح تعديل نص المادة (40) من دستور جمهورية العراق 2005 النافذ لتكون كالآتي (حرية الاتصالات والمراسلات مكفولة ولا يجوز مراقبتها أو التنصت عليها، الا بقرار قضائي مسبب ولمدة محددة وفقا لأحكام القانون).

10- بما ان الاعتداءات على حقوق والحريات الشخصية غالباً ما تكون من السلطات العامة لذلك نقترح اضافة نص للدستور العراقي يتضمن اعتبار كل اعتداء على هذا الحق هو جريمة تكفل الدولة تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء.

قائمة المصادر والمراجع:

من بعد القرآن الكريم

أولاً : كتب اللغة العربية والشرعية :

1. احمد بن الرازي الجصاص، احكام القران، تحقيق محمد، الصادق قمحاوي، ج2، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1405هـ
2. الامام شمس الدين محمد بن ابي بكر بن قيم الجوزية ، اعلام الموقعين عن رب العالمين ، تحقيق وتعليق عصام الدين الصباطي ، ج1 ، ط1، دار الحديث ، القاهرة ، 1993
3. ابن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، دار الاحياء ، التراث العربي ، بيروت ، بدون سنة نشر .
4. ابن منصور ، لسان العرب ، دار الحديث القاهرة ، ج 7
5. باقر شريف القرشي ، نظام الإسلام السياسي ، بيروت ، دار المعارف للمطبوعات ، ط1978، 2م
6. جلال الدين السيوطي ، الجامع الصغير في احاديث البشير النذير ، المطبعة الخيرية ، مصر ، ج 1 ، 1375 هـ ، رقم 3225
7. الامام علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني ، سنن الدارقطني ، ج4، دار المعرفة ، بيروت، 1966
8. د. جميل صليبا ، المعجم الفلسفي بالالفاظ العربية والفرنسية والإنكليزية واللاتينية ، ج 1 ، دار الكتاب اللبناني ، بيروت ، 1978

ثانياً : الكتب القانونية :

1. أحسين جميل ، حقوق الانسان والقانون الجنائي ، معهد البحوث والدراسات العربية ، قم البحوث والدراسات القانونية والشرعية ، 1972م
2. أ.د. حميد حنون خالد، حقوق الانسان ، مكتبة السنهوري، بغداد، 2012.
3. إبراهيم حامد طنطاوي ، الحبس الاحتياطي ، دراسة مقارنة، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1999م، ط1
4. احمد طلال عبد الحميد، أثر حالة الطوارئ في توسيع صلاحيات السلطة التنفيذية، ط1، دون دار نشر، بغداد، 2013
5. اكرام بدر الدين ، الديمقراطية الليبرالية ونماذجها التطبيقية ، دار الجوهرة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1986
6. حسن يوسف مقابلة ، الشرعية في الإجراءات الجزائية ، ط1، دار الثقافة للنشر ، عمان ، 2003
7. حسين الطحان، الدستور العراقي الجديد ، دراسة مقارنة، ط1، 2009، 1

8. حسين وحيد عبود العيساوي ،الحقوق والحريات السياسية في الدستور العراقي لسنة 2005،دراسة مقارنة،المركز العربي للنشر والتوزيع،القاهرة، ط1، 2018
9. د. داود الباز ، النظم السياسية - الدولة والحكومة في ضوء الشريعة الاسلامية ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006
10. د. محمد كاظم المشهداني ، النظم السياسية ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة 2008
11. د. احمد سلامة بدر، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003
12. د. احمد فتحي سرور ،الشرعية والإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977،
13. د. أحمد فتحي سرور ،القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الرابعة ٢٠٠٦
14. د. احمد فتحي سرور ،الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المجلد الأول ،ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981،
15. د. احمد فتحي سرور الشرعية الدستورية وحقوق الانسان، دار النهضة العربية 1993
16. د. احمد فتحي سرور الشرعية والإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية 1977
17. د. أحمد فتحي سرور القانون الجنائي الدستوري ، ط3، دار الشروق ، القاهرة، 2006
18. د. احمد فتحي سرور القانون الجنائي الدستوري، ط2، دار الشروق القاهرة 2002
19. د. احمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ،طبعة معدلة دار النهضة العربية ، القاهرة، 1995
20. د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1959
21. د. احمد لطفي السيد ، الشرعية الإجرائية وحقوق الانسان ،كلية الحقوق ،جامعة المنصورة ،2004
22. د. اشرف رمضان عبد الحميد ، حياد القضاء الجنائي ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤
23. د. الشافعي محمد بشير ،قانون حقوق الانسان ،ذاتيته ومصادره، حقوق الانسان(دراسات حول الوثائق العالمية والإقليمية)، المجلد الثاني دار العلم للملايين،بيروت، 1998
24. د. ايمان محمد علي الجابري ، يقين القاضي الجنائي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2005
25. د. جلال ،ثروت أصول المحاكمات الجزائية، القاعدة الإجرائية، الدار الجامعية 1991
26. د. جلال ثروت أصول المحاكمات الجزائية ، ج 1 ، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت 1982
27. د. جلال ثروت، نظم الاجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 1997
28. د. جميل عبد الباقي الصغير ،الشرعية الجنائية،(دراسة تاريخية وفلسفية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994،

29. د. حاتم حسن موسى بكار، حق المتهم في محاكمة عادلة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997
30. د. حسين جميل، حقوق الانسان والقانون الجنائي، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1972
31. د. حقي اسماعيل بربوتي، الرقابة على اعمال السلطة القائمة على حالة الطوارئ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981
32. د. خضر خضر، مدخل الى الحريات العامة وحقوق الانسان ، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط4، لبنان 2011
33. د. رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً ، موسوعة القضاء والفقهاء للدول العربية ، الجزء (303) ، الدار العربية للموسوعات ، القاهرة، 1987
34. د. رؤوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري ، ط 3 ، 1979
35. د. رياض شمس ، حرية الرأي وجرائم الصحافة والنشر ، ج1 و2، مطبعة دار الكتب المصرية، 1974
36. د. زكريا إبراهيم ، مشكلة الحرية ، مكتبة مصر ، القاهرة ، 1971
37. د. زكريا محمد عبد الحميد محفوظ، حالة الطوارئ في القانون المقارن وفي تشريع الجمهورية العربية المتحدة، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1966
38. د. سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، ط2، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005
39. د. سري محمود صيام التفسير القضائي وحماية حقوق المتهم الإجرائية- دراسة مقارنة/ دار النهضة العربية / 22 شارع عبد الخالق ثروت، سنة 2008
40. د. سلطان الشاوي ، أصول التحقيق الاجرامي ، مطبعة الرشاد ، بغداد ، 1975م
41. د. عاصم رمضان مرسي يونس، الحريات العامة في الظروف الاستثنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009
42. د. عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1956
43. د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الاداري، ط5، بدون دار نشر، القاهرة، 2010
44. د. عبد الغني بسيوني عبدالله، مبدأ المساواة امام القضاء وكفالة حق التقاضي-دراسة مقارنة ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ط2، 2004
45. د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، النظرية العامة للقاعدة الإجرائية الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، بلا سنة طبع
46. د. عبد المجيد الحفيظ سليمان، الوجيز في النظم السياسية ، دار الثقافة العربية، القاهرة، بدون سنة.
47. د. عزمي عبد الفتاح ، تسبيب الاحكام واعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية ، المطبعة العربية الحديثة ، القاهرة ، 1983

48. د. عصام عفيفي حسني عبد البصير، مبدأ الشرعية الجنائية (دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003
49. د. عصام عفيفي حسيني عبد البصير ، ازمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها (دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقہ الجنائي الإسلامي)، ط1، دار الفكر العربي ، القاهرة، 2004
50. د. عصام عفيفي عبد البصير ، ازمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها ، ط1، دار أبو المجد للطباعة ، القاهرة، 2004
51. د. عطية علي عطية مهنا، الإثبات بالقرائن في المواد الجنائية رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1988م
52. د. عكاشة محمد عبد العال، الوسيط في احكام الجنسية ، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط2، 2002، 1
53. د. علاء محمد الصاوي سلام – حق المتهم في محاكمة عادلة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001
54. د. على يوسف شكري الاستفتاء الشعبي ، حقوق الإنسان في ظل العولمة، ايتراك، مصر 2007
55. د. فاروق عبد البر، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، ج 1، مطابع سجل العرب، دون مكان نشر، 1988
56. د. فالأ فريد، حماية الحقوق والحريات الدستورية في ضوء المسؤولية السياسية والجنائية للسلطة التنفيذية- النظام البرلماني أنموذجاً، ط1، مطبعة شهاب، اربيل، 2009
57. د. كمال عبد الواحد الجوهري، ضوابط حرية القاضي الجنائي في تكوين اقتناعه والمحاكمة الجنائية العادلة، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2015
58. د. ماجد راغب الحلوة، الاستفتاء الشعبي بين الانظمة الوضعية والشريعة الاسلامية، مكتبة المنار الاسلامية، الكويت، ط1، 1980
59. د. مأمون محمد سلامة ، قانون الإجراءات . ، قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقہ و احكام النقص ، ج2، ط2، بلا مكان طبع، 2005
60. د. ماهر صبري كاظم ، حقوق الإنسان والديمقراطية والحريات العامة، مطبعة الكتاب، بغداد، 2010
61. د. مجيد خضر احمد السبعواوي و أ. بشرى يحيى حسين الزبياري، الحماية الجنائية لقرينة البراءة بأبعاد دولية دستورية، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ، مصر، 2017
62. د. محمد احمد ابراهيم، ضمانات الافراد في ظل الظروف الاستثنائية في المجالين الدولي والاداري- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008
63. د. محمد الدين عوض - حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، طبعة 1، 1989
64. د. محمد الوكيل، حالة الطوارئ وسلطات الضبط الاداري- دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005

65. د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ واحكام القانون الاداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005
66. د. محمد زكي أبو عامر ، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1985
67. د. محمد سعيد نور، أصول الإجراءات الجنائية، ط1، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان، 2005
68. د. محمد سليم محمد غزوي، الوجيز في أثر الاتجاهات السياسية المعاصرة على حقوق ص الإنسان، عمان، ١٩٨٥ .
69. د. محمد عبد الله الفلاح، الحقوق الدستورية للإنسان في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية "الأحكام الأساسية لحقوق الإنسان آليات حقوق الإنسان، دار الكتب الوطنية، بنغازي ليبيا، ٢٠١٢ .
70. د. محمد علي السالم الحلبي، ضمانات الحرية الشخصية اثناء التحري والاستدلال، مطبعة ذات السلاسل، بيروت، 1981
71. د. محمد علي الكيك ، أصول تسبيب الاحكام الجنائية في ضوء الفقه والقضاء ، مطبعة الاشعاع ، الإسكندرية، 1988
72. د. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، دار الفكر، القاهرة، ب. س
73. د. محمد لبيب شنب ، المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967
74. د. محمود حلمي، القضاء الاداري، القاهرة، دار الفكر العربي، 1974
75. د. محمود شريف بسيوني، دراسة مقارنة بمعايير الحقوق الدستورية الدولية، المعهد الدولي لحقوق الانسان ،جامعة دي بول، 2005،
76. د. مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985
77. د. مصطفى عفيفي، الوجيز في المبادئ العامة للقانون الدستوري الكتاب الأول، الطبعة الثانية، دون دار نشر دون سنة
78. د. مصطفى فهمي الجوهري: "الوجه الثاني للشرعية الجنائية-قرينة البراءة" ، دار الثقافة الجامعية ، ط1، 1995،
79. د. ممدوح إبراهيم السبكي- حدود سلطات مأموري الضبط القضائي في التحقيق، دار النهضة العربية، ١٩٩٨
80. د. نائل عبد الرحمن صالح ، الجرائم الاقتصادية في القانون الأردني ، ط1، دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان ، 1990
81. د. نعمان خليل جمعة ، دروس في المدخل للعلوم القانونية ، دار النهضة العربية ، 1979

82. د. هشام قاسم ، المدخل الى علم الحقوق ، المطبعة العالمية ، دمشق، 1971
83. د. و صالح جواد كاظم ، و د. على غالب العاني، الانظمة السياسية، دار الحكمة ، بغداد، 1991
84. د. وجدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية طبقاً للمادة (74) من الدستور المصري والرقابة عليها، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1988
85. د. وسام صبار العاني، القضاء الاداري، ط1، دار السنهوري، بغداد، 2015
86. د. ابراهيم محمد إبراهيم ، النظرية العامة للقبض على الأشخاص في قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1996،
87. د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري – الشرعية الدستورية في القانون العقوبات-الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية ، دار الشروق، مصر، 2006
88. د. اسماعيل محمد سلامة، الحبس الاحتياطي دراسة مقارنة ، مطابع سجل العرب ، القاهرة، 1983، ط2
89. د. أكرم نشأت إبراهيم ، القواعد العامة في القانون العقوبات والمقارن ، ط1 ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، 1974 م.
90. د. السيد محمد حسن شريف، النظرية العامة لأثبات الجنائي، دار النهضة العربية، 2002،
91. د. ثروت بدوي، النظم السياسية، الكتاب الأول تطور الفكر السياسي والنظرية العامة للنظم السياسية، دار النهضة العربية ، ط1، 1961،
92. د. حسن جوخدار ، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني ، دراسة مقارنة، ج1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1993
93. د. حسن صادق المرصفاوي، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1978
94. د. حسين محمد ربيع "سلطة الشرطة في القبض على الأشخاص بدون اذن من جهة قضائية" ، وما يشته به من إجراءات ، دراسة مقارنة ، بدون دار نشر ، بدون سنة نشر
95. د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005
96. د. حمدي عبد الرحمن، مبادئ القانون، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية ، 1974
97. د. حمدي عبد الرحمن، مبادئ القانون، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، 1974
98. د. خضر خضر، الحريات العامة وحقوق الانسان، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 1998
99. د. داود الباز ، حق المشاركة في الحياة السياسية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006
100. د. ر. عوف صادق عبيد ، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، دار الفكر العربي، ١٩٦٣ م
101. د. رافع خضر صالح و د. علي هادي حميد الشكراوي ، الاستفتاء وسيادة الدولة العراقية ، ندوة دمشق 2009

102. د. سردار علي عزيز ، ضمانات المتهم في مواجهة القبض والتوقيف ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2011،
103. د. سعيد يوسف البستاني، الجنسية والقومية في تشريعات الدول العربية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2003
104. د. سلطان الشاوي ، أصول التحقيق الاجرامي ، مطبعة الرشاد ، بغداد ، 1975م
105. د. عابد محمود محمد صباح ، المحكمة الدستورية العليا ودورها في اعلاء حقوق المواطنة وترسيخ واجباتها، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء احكامها وقرارات المجلس الدستوري المغربي ، المصرية للنشر والتوزيع ، ط1، 2019
106. د. عبد الأمير العكيلي ، أبحاث في التحري عن الجرائم وجمع الأدلة والتحقيق الابتدائي ، ج2، ط1، مطبعة المعارف، بغداد ، 1972م
107. د. عبد الرؤوف ، مهدي ، حدود حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، مؤسسة العين للطباعة، ١٩٨٣
108. د. عبد السميع ، أفكار، حرية الاجتماع، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق، قسم القانون العام ، القاهرة، مصر ، 2002
109. د. عبد الغني بسيوني عبدالله ، النظم السياسية (دراسة لنظرية الدولة والحكومة والحقوق والحريات العامة في الفكر الإسلامي والفكر الأوربي) ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، طبعة 2002، 4
110. د. عصام نعمة إسماعيل ، النظم الانتخابية، منشورات زين الحقوقية ، بلا مكان طبع، ط2، 2009
111. د. غازي حسن صباريني ، الوجيز في حقوق الانسان وحياته الأساسية ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ط2، 1997م
112. د. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، عمان، دار البشير، 1997
113. د. كامل حامد السعيد . شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ، دار الثقافة ، عمان ، 2008م، ط1
114. د. مأمون محمد سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي ، ج1، ط1، دار الكتب ، بيروت
115. د. محسن خليل ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، مصر ، 1987
116. د. محمد طلعت الغنيمي ، دروس في أصول القانون الوضعي، دار الجامعات المصرية ، الإسكندرية
117. د. محمد عابد الجابري، حقوق الانسان في الفكر العربي، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت، ط الأولى، 2002
118. د. محمد عبد اللطيف ، التصحيح التشريعي ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991
119. د. محمد علي سالم الحلبي ، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية ، طبعة دار الثقافة، الأردن ، 2005،

120. د.محمد نجيب حسني،الدستور والقانون الجنائي،دار النهضة العربية،القاهرة،1992
121. د.محمود محمود مصطفى ، الاثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن ،الطبعة الأولى ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ،1977م
122. د.محمود نجيب حسني ،شرح قانون الإجراءات الجنائية ،ط2،مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ،1988
123. د.مصطفى كامل السيد، محاضرات في حقوق الانسان،القاهرة، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية ،1993-1994،
124. د.نعمان خليل جمعة،دروس في المدخل للعلوم القانونية،دار النهضة العربية،1979
125. د.هاشم القاسم،المدخل الى علم الحقوق،المطبعة العالمية،دمشق،1971
126. د.هلاي عبد اللاه احمد ، الحقيقة بين الفلسفة العامة والإسلامية وفلسفة الاثبات الجنائي ، ط 2 ، دار النهضة العربية
127. د.هلاي عبد اللاه -أحمد الاتهام المتسرع في مرحلة التحقيق الإبتدائي وعدالة أوفي لمن وضع موضع الإتهام، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٢،
128. د.وسام نعمت إبراهيم السعدي ود.محمد يونس يحيى الصائغ،الحريات العامة و ضمانات حمايتها دراسة فلسفية تأصيلية مقارنة،الإسكندرية،2015
129. د.يوسف الحاشي، في النظرية الدستورية ،ابن النديم للنشر والتوزيع ،منشورات الحلبي الحقوقية ،ط1،بيروت،2009
130. الدكتور محمود نجيب حسني : "شرح قانون الإجراءات الجنائية " دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية ، 1987
131. سردار علي عزيز ضمانات المحاكمة العادلة للمتهم، دار الكتب القانونية، مصر 2010
132. سعد مظلوم العبدلي، الانتخابات ضمانات جديتها ونزاهتها -دراسة مقارنة، دار دجلة ،عمان الأردن ، ط2009،1
133. سعيد حسب الله عبد الله ،شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ، دار الحكمة للطباعة والنشر ،الموصل.
134. عبد الرحمن ،الانسان العربي والتنمية حقوق الانسان ركيزة محورية لاي انطلاقة تنموية ،حقوق الانسان العربي ،مركز دراسات الوحدة العربية ،ط1،بيروت،1999
135. عبد الكاظم فارس ، وسام صبار وآدم وهيب النداوي، المرافعات و اصول المحاكمات الجزائية ، مطبعة وزارة التعليم العالي، بغداد ، بلا سنة طبع

136. عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام السلمي ، قواعد الاحكام في مصالح الانام ، ج1، مكتبة الكليات الازهرية، 1388 هـ
137. عماد ملوخية ،الحريات العامة ،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،2012،
138. عمر السعيد رمضان، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية،دار النهضة ،1987
139. عمرو واصف ،النظرية العامة في التوقيف الاحتياطي ،منشورات الحلبي ،القاهرة ،ط1، 2003م
140. عمرو واصف الشريف ،النظرية العامة في التوقيف ،دراسة مقارنة ،منشورات الحلبي ،بيروت ،2004م
141. فاروق عبد البر، دراسات في حرية التعبير واستقلال القضاء وضمانات التقاضي ،دون دار نشر ،دون سنة نشر
142. فتحي الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، عمان،دار البشير،1997
143. القاضي جمعة فرج خلف ، ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق ، دراسة مقارنة ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2019م
144. القاضي مدحت المحمود، استقلال القضاء في العراق ودور الدستور الدائم في حماية استقلال القضاء، ط1، منشورات المعهد الدولي لحقوق الانسان، كلية الحقوق، جامعة ديبول، 2005
145. لاري الويتر ،نظام الحكم في الولايات المتحدة الامريكية ، ترجمة جابر سعيد عوض ، القاهرة ، 1996
146. محمد الطاهر ابن عاشور ،أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، الشركة التونسية للتوزيع، المؤسسة الوطنية للكتاب ،الطبعة الثانية ،تونس،1985
147. محمد الطاهر بن عاشور، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام ،المؤسسة الوطنية للكتاب،الجزائر،ط2
148. محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الرسالة ، الكويت ، 1983
149. محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت،1982
150. محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الاوطار ،شرح منتقا الاخبار من احاديث سيد الاخيار ، ج8، مطبعة الحلبي ، مصر ، 1953
151. محمد حسن دخيل،الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، منشورات الحلبي،ط1،بيروت،2009
152. محمود نجيب حسني ،شرح قانون الإجراءات الجنائية ،دار النهضة ،1979،
153. المستشار سمير ناجي ،بحوث ودراسات عملية في القانون الجنائي ،مطبعة الاسراء،القاهرة،2005

154. نعيم عطية ، النظرية العامة للحريات الفردية، القاهرة، دار القومية للطباعة والنشر، 1965م
155. نوال محمد، التفنيش القضائي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنوفية، مصر، أكتوبر 2012
156. وهبة الزحيلي ، حق الحرية في العالم ، دار الفكر، بيروت ، لبنان ، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط4، 2007
157. ياسين السيد طاهر الياسري، الوافي في شرح قانون الجنسية العراقي، الوفاق للطباعة الفنية المحدودة، بغداد، ط3، 2010

ثالثا : الرسائل والاطاريح الجامعية :

1. . خالد رمضان عبد العال المسؤولية الجنائية في جرائم الصحافة رسالة دكتوراه كلية الحقوق ،جامعه الحلوان ، 2002
2. . محمود عبد العزيز خليفة ، النظرية العامة للقرائن في الإثبات الجنائي في التشريع المصري والمقارن، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس، ١٩٨٧م
3. ايمان عبد الكاظم عواد البوطيفي، الرقابة القضائية على اعمال الادارة في الظروف الاستثنائية، رسالة ماجستير، كلية النهريين للحقوق، جامعة النهريين، 2007
4. بتول عبد الجبار و حسين التميمي ، الضمانات الدستورية لحق التعليم في العراق، دراسة تحليلية مقارنة ،رسالة ماجستير ،جامعة النهريين، كلية الحقوق ، 2015م
5. بو حفيص امال ، حق المشاركة في إدارة شؤون العامة ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام،جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان ،كلية الحقوق ،2006-2007
6. جهاد علي جمعة ، دور مجلس شورى الدولة العراقي في حماية الحقوق والحريات العامة ،دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، بغداد، 2017
7. حاتم احمد محمد بطيخ، دور الانترنت في الاثبات امام القاضي الجنائي والإداري ،دراسة مقارنة ،رسالة دكتوراه في الحقوق ،كلية الحقوق، قسم القانون الجنائي ،جامعة عين الشمس ،2017م
8. حسن بشيت خوين ، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية خلال مرحلة التحقيق الابتدائي ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، مايس، 1983م
9. د. أدريس احمد أدريس ، افتراض براءة المتهم ، دراسة مقارنة ، رسالة جامعة القاهرة ، 1984م
10. د. حسن محمد ربيع ، حماية حقوق الإنسان والوسائل المستحدثة للتحقيق الجنائي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، ١٩٨٥

11. د. عبد الحكيم دنون يونس ، الحماية الجنائية للحريات الفردية ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، 2003 م
12. د. عبد العليم علام، دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام واثره على الحريات العامة ، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة
13. د. نبيل حميد البياتي / تسبب الأحكام الجزائية في القانون العراقي - دراسة مقارنة/ رسالة مقدمة الى كلية القانون السياسية بجامعة بغداد لنيل درجة الماجستير في القانون/ بغداد، آذار 1983م
14. د.حاتم محمد صالح العاني ، استخدام القوة من جانب السلطة العامة، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد 2003،
15. د.سعد حماد صالح القبائلي ، ضمانات حق المتهم في الدفاع امام القضاء الجنائي ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق ، جامعة عين الشمس ، مصر ، 1998
16. زوررو ناصر ، قرينة البراءة ، رسالة ماجستير ، قسم القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠٠٠ / ٢٠٠١
17. سيف فارس تراك ، القيود القانونية والاتفاقيات الواردة على حق الملكية في النظام القانوني العراقي واللبناني ، رسالة ماجستير في القانون الخاص، الجامعة الإسلامية ،كلية الحقوق، القانون الخاص
18. طلال عبد حسين البدراني ، الشرعية الجزائية(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعه الموصل، 2002
19. عبد الستار سالم الكبيسي ، ضمانات المتهم قبل واثناء المحاكمة (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه ، مقدمة الى كلية الحقوق ،جامعة القاهرة ، 1981
20. عبد الستار سالم الكبيسي، ضمانات المتهم قبل واثناء المحاكمة اطروحة دكتوراه جامعة القاهرة 1981
21. علاء الدين صالح ، حرية الرأي والتعبير في الدساتير العربية ، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر ،كلية العلوم السياسية والاعلام، قسم الاعلام والاتصال، 2011-2012
22. علي سعيد عمران، ظاهرة تقوية مركز رئيس الدولة في بعض النظم الدستورية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2006
23. علي نجيب حمزة، سلطات الضبط الاداري في الظروف الاستثنائية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2001
24. عماد خليل إسماعيل ، قرينة البراءة المفترضة في الاثبات الجنائي ،دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه في فلسفة في القانون الجنائي ، جامعة سانت كلمنتس العالمية ، فرع بغداد، 2013

25. فؤاد علي سليمان ،توقيف المتهم في التشريع العراقي ، رسالة ماجستير ،جامعة بغداد،كلية القانون،1981م
26. كامل شاكر ناصر ،امر القبض واثره على حقوق الانسان ،رسالة ماجستير في القانون العام ، جامعة النهرين ، كلية الحقوق ، بغداد ،2013
27. كريم خميس خصباك البديري ، الخبرة في الاثبات الجزائي ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد ، كلية القانون ،1995م
28. ليث ذنون حسين ، حالة الطوارئ في العراق واثرها على الحقوق والحريات المدنية ،دراسة مقارنة ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق ،قسم القانون العام ، جامعة عين الشمس ،2018
29. ليث ذنون حسين ،الحماية الدستورية للحقوق والحريات السياسية ،دراسة مقارنة ، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الدستوري ، جامعة الدول العربية ، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، 2009
30. محمد حسن شريف/ النظرية العامة للأثبات الجنائي - دراسة مقارنة دراسة لنيل درجة الدكتوراه كلية الحقوق - جامعة المنوفية، سنة 2002
31. محمد عصام عبد المنعم اسماعيل عمر، حماية حقوق الانسان في حالة الطوارئ- دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2012
32. محمد منيب محمد ، ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الادري ، أطروحة دكتوراه، جامعة عين الشمس ،1981
33. مراد تيسير خليف الشواورة ، التنظيم القانوني لحرية الاجتماعات العامة في القانون الأردني ، رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الأوسط،كلية الحقوق،قسم القانون العام،2015
34. نبيل حميد البياتي ، تسبيب الاحكام الجزائية في القانون العراقي ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ،1983
35. هاني علي محمود عويس، أثر الظروف الاستثنائية على تمتع الافراد بحقوقهم وحررياتهم الاساسية وعلى سلطات الضبط الاداري – دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة اسبوط، 2013
36. هند كامل عبد زيد المرشدي، هيمنة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2012
37. وعدي سليمان علي ، الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية ،دراسة مقارنة ،أطروحة لنيل درجة الدكتوراه فلسفة في القانون الجنائي ،كلية القانون ، جامعة بغداد ،2007م

38. ياسر باسم ذنون يونس ، نظرية الرجحان وتطبيقها في أدلة الاثبات المدني ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة النهرين ، 2003

رابعاً : الدوريات والبحوث:

1. أ.د.محمد عيد الغريب ، دور التشريع والقضاء في اعمال النصوص الدستورية في مجال حقوق وضمانات المتهم ،مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ،العدد 60 (أغسطس 2016) ، كلية الحقوق ،جامعة المنصورة
2. بطلال عبد حسين البدراني واسراء يونس هادي ،التفتيش واحكامه في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي ،بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ،المجلد (11) ،العدد (41) السنة (2009)
3. أ.صالح أحمد الفرجاني ، مبدأ المساواة امام القانون وتطبيقاته في القانون الليبي ،مجلة العلوم القانونية والشرعية ، كلية القانون ،جامعة طرابلس،العدد السادس
4. الحق في مخاطبة السلطات العامة في ظل دستور جمهورية العراق 2005، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسة، العدد الأول، السنة العاشرة 2018.
5. د .احمد فتحي سرور ،" الضمانات الدستورية للحرية الشخصية في الخصومة الجنائية "مجلة مصر المعاصرة " ،س63 ،ع 148، ابريل 1972.
6. د. ابراهيم درويش، نظرية الظروف الاستثنائية، مجلة ادارة قضايا الحكومة، العدد1، السنة 11، 1967.
7. د. أحمد الريسوني ، إنسانية الإنسان قبل حقوق الإنسان، بحث منشور في كتاب الأمة الصادر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر تحت عنوان " حقوق الإنسان محور مقاصد الشريعة "، العدد ٨٧ شهر محرم ١٤٢٣ ، السنة الثانية والعشرون
8. د. احمد عودة الغويري، اعلان العمل بقانون الدفاع الاردني (قانون الطوارئ) رقم (13) لسنة 1992- دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، العدد (4)، جامعة الكويت، 2000
9. د. احمد فتحي سرور، الضمانات الدستورية للحرية الشخصية في الخصومة الجنائية، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، العدد 348، النسخة الثالثة والستون، 1972
10. د. اسامة احمد الحناينة، صلاحيات الملك الاستثنائية في الدستور الاردني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، 2010
11. د. حافظ محمد ابراهيم، القضاء الاداري وحق الطعن في القرارات الادارية، مجلة المحاماة، السنة 29، عدد 3 و 4

12. د. سري صيام، القضاء الطبيعي والمساواة امام القضاء، دراسة مقدمة الى المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، القاهرة، 1991
13. د. فاروق السامرائي، حقوق الانسان في القران الكريم، بحث منشور في مجموعة بحوث (حقوق الانسان في الفكر العربي) مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2002
14. د. محمد سليم العوا، مبدأ الشرعية في القانون الجنائي، مجلة القضاء والتشريع، وزارة العدل التونسية، العدد 3، س 21، 1979
15. د. نوفل علي عبد الله الصفو، قرينة البراءة في القانون الجنائي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدرها كلية القانون، مجلد 8، عدد 30، سنة (11) 2006،
16. د.تميم طاهر أحمد و د.فراس ياوز عبد القادر، الحماية الجنائية للأحزاب السياسية دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، كلية القانون، العدد (7،6)، المجلد (2)، السنة (4)، 2009،
17. د.شورش حسن عمر، الحق في المساواة وموقف القضاء الدستوري منه، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، كلية القانون، المجلد 32، العدد الثاني، 2017،
18. دراسة في التشريع الأردني) بحث منشور في مجلة الحقوق، ع، السنة (22)، 1998
19. الدكتور /مروان محمد: " الحماية الدستورية للحريات الشخصية وحقوق الدفاع في المتابعة الجنائية " مقال منشور في موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإسلامية، مركز الدراسات والبحوث القانونية، الموسوعة القضائية، العدد الثاني، بدون سنة نشر، الجزائر
20. رافع ابن عاشور، الحريات العامة في النظم الديمقراطية، مجلة التسامح، العدد الخامسة والعشرون، تونس، 2009
21. فارس عبد الرحيم حاتم و سنان طالب عبد الشهيد، حالة الطوارئ بموجب امر الدفاع عن السلامة الوطنية العراقي رقم (1) لسنة 2004، والرقابة القضائية عليها، مجلة جامعة الكوفة، العدد 9، 2008
22. اللبان، أسامة السيد، الشرعية الجنائية الموضوعية والاجرائية بين القانون الوضعي والتشريعة الإسلامية: دراسة مبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بنص ومبدأ الأصل في الانسان البراءة في ضوء الفكرين الوضعي والإسلامي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنوفية كلية الحقوق، المجلة، العدد ج 22، 37، مايو، سنة 2013
23. ماجد نجم عبيدات الجبوري، (الشرعية الدستورية للقانون الجنائي دراسة مقارنة في الدستور العراقي والبنفاري)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة كركوك، العراق، 2015

24. مالك منسي الحسيني، مصدق عادل طالب، التنظيم الدستوري والقانوني لإعلان الحرب وحالة الطوارئ في العراق، مجلة الحقوق، جامعة المستنصرية، المجلد الثالث، العددان (8-9)، 2010
25. مجلة التشريع القضائي ، العدد الرابع (تشرين الأول-تشرين الثاني-كانون الأول)، 2009م،
26. مجلة التشريع والقضاء ، السنة الثالثة ، العدد الثالث (تموز-أب-أيلول).
27. مجلة التشريع والقضاء ، العدد الأول ، (كانون الثاني -شباط-آذار) ، 2009م
28. مجلة التشريع والقضاء ، المجلد النصف سنوية ، السنة التاسعة ، العدد الثاني ، (تموز-أب-أيلول-تشرين الأول-تشرين الثاني-كانون الأول)، 2017م، تصدرها جمعية القانون المقارن
29. مجلة التشريع والقضاء ، تصدر عن مجلس القضاء الأعلى ، السنة الخامسة ، العدد الأول ، كانون الثاني-شباط-آذار 11 ، 2013م .
30. مجلة حمورابي ، مجلة فصلية ، تصدر عن جمعية القضاء العراقي ، العدد الأول ، 2009،
31. وعدي سليمان علي وعلي عدنان الفيل ، تأجيل تنفيذ الجزاء الجنائي (دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة جامعة دهوك، المجلد التاسع، ع 1 ، 2006
32. جريدة الوقائع العراقية بالعدد 4006 في 2005/10/18 .
33. جريدة الوقائع العراقية، بالعدد 2576 في 1977/3/14.
34. موسوعة التشريعات العربية ،محفوظات جامعة الدول العربية،القاهرة.
35. الموسوعة العربية للدساتير العالمية،محفوظات جامعة الدول العربية،القاهرة.
36. الموسوعة العربية للدساتير العالمية – إصدار مجلس الامة . الجمهورية العربية المتحدة ، عام 1966 .

خامسا:الدساتير ومجموعة القوانين والأنظمة:

أ-الدساتير :

1. دستور الولايات المتحدة الأمريكي لسنة 1787.
2. دستور إيطاليا 1947.
3. دستور الألماني لسنة 1949.
4. ميثاق الجمعية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان 1950.
5. دستور الأردن لسنة 1952.
6. دستور فرنسا 1958 .
7. دستور اللبناني لسنة 1962.

8. دستور الكويت لسنة 1962.
9. الإعلان الليبي لسنة 1969.
10. دستور الصومال لسنة 1969.
11. دستور الامارات 1971.
12. دستور مصر لعام 1971 الملغى.
13. دستور السوري لسنة 1973.
14. دستور تركيا 1982.
15. دستور جيبوتي لسنة 1992.
16. دستور الجزائر 1996 .
17. دستور المغربي لسنة 1996.
18. دستور عمان لسنة 1996.
19. دستور السودان لسنة 1998.
20. دستور سويسرا السنة 1999.
21. دستور فلسطين 2003 .
22. دستور قطر 2003.
23. دستور البحرين 2005 .
24. دستور العراق لسنة 2005 .
25. دستور مصر لسنة 2014.

ب-القوانين:

1. قانون الاحكام العرفية الصادر في 9 اغسطس عام 1849
2. القانون الاساسي العراقي لعام 1925
3. قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة 1937 المعدل.
4. قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1944.
5. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 المعدل.
6. قانون الإجراءات الجنائية المصري المرقم (150) لسنة 1950
7. قانون الطوارئ الفرنسي لسنة 1955.

8. قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي لسنة 1958 المعدل.
9. قانون الطوارئ المصري لسنة 1958.
10. قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (150) لسنة 1959 المعدل.
11. قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني المرقم (9) لسنة 1961.
12. قانون السلامة الوطنية العراقي لعام 1965.
13. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1968 المعدل.
14. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل.
15. قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.
16. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ رقم 23 لسنة 1971 المعدل.
17. قانون السلطة القضائية المصري رقم (46) لسنة 1972
18. قانون السلطة القضائية المصري رقم (46) لسنة 1972 المعدل
19. قانون المرافعات المدنية الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم (1123-75) لسنة 1975.
20. قانون اصلاح النظام القانوني في العراق رقم (35) لسنة 1977.
21. قانون تأديب العاملين المدنيين في الدولة والقطاع العام المصري رقم (47،48) لسنة 1978
22. قانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979.
23. قانون رقم (35) لسنة 1984 المعدل لقانون السلطة القضائية في مصر رقم (46) لسنة 1972.
24. قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (106) لسنة 1989.
25. قرار مجلس قيادة الثورة المنحل، المرقم (101) في 1999/6/22
26. قانون امر الدفاع عن السلامة الوطنية العراقي رقم (1) لسنة 2004
27. قانون تعديل المحكمة الجنائية العليا رقم (10) لسنة (2005).
28. قانون الجنسية العراقية رقم (26) لسنة 2006.
29. قانون الإجراءات الجنائية المصري المعدل رقم (11) لسنة 2017
30. قانون مجلس القضاء الاعلى العراقي رقم (45) لسنة 2017

سادسا : مجموعة المبادئ والاحكام القضائية:

1. احكام المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 5 لسنة 5 ق دستورية عليا جلسة 1976/7/3
2. مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا، ج7، القاهرة، 1995
3. مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء ٧، المجلد الأول.

4. مجموعة احكام النقض الصادرة من الدائرة الجنائية ، عدد 1 ، سنة 1 ، المطبعة الاميرية ، القاهرة ، 1950
5. مجموعة أحكام محكمة النقض، نقض ٢١ أكتوبر ، السنة التاسعة، ق ٢٠٦ ، ص ٨٣٩.
6. احكام المحكمة الدستورية العليا.
7. مجموعة احكام محكمة النقض، الدائرة الجنائية ،المكتب الفني.
8. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في المواد الجنائية خلال خمسة وعشرون سنة ،المكتب الفني لمحكمة النقض.

سابعاً: الإعلانات والمواثيق الدولية:

1. اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.
2. اعلان العالمي لحقوق الانسان 1948.
3. الإعلان الفرنسي لحقوق الانسان والمواطن لسنة 1789.
4. الميثاق العربي لحقوق الانسان الصادر عام 2004.
5. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.
6. الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب الصادر عام 1981.
7. العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الصادر عام 1966.
8. المعاهدة الاوربية لحقوق الانسان والحريات الأساسية لسنة 1950.
9. ميثاق الأمم المتحدة لسنة 1945.

ثامناً : المصادر الالكترونية :

1. ياسر عطويبي الزبيدي، الحق في حرية التنقل (دراسة دستورية مقارنة)،مقال منشور في الانترنت www.alrivadh.com :تاريخ الزيارة 2022/11/1
2. عبد المحسن بن محمد الفريخ، تفتيش المساكن لايحوز القيام به الا بأمر مسبب من هيئة التحقيق والادعاء العام ، مجلة الرياضي الاقتصادي ،العدد 12978 ،السنة 39، منشور على الموقع www.fcds.com/mag/issue-4-9-html. تاريخ الزيارة 2022/11/25

تاسعا: المصادر الاجنبية :

1. Andrew A shworth, principles of criminal law, oxford university press without press year
2. BENIDICT (Jérôme): "Le sort des preuves illegales dans Le procès pénal. "These, Lausanne, 1994
3. Charles R. nesson ,Reasonable Joubt and Permissive Infernces : the value of complexity, v.92.april,1979
4. Commission d'enquête sur L' administration de La justice en matière Criminelle et pénal au Québec. La société face au crime, annexes 6, la justice criminelle. Les Québécois S'interroger Criminalité et les mesures correctionnelles, Question, No.25
5. HHUNERFLD (Prter): "La prevue en procédure penae compare",droit allemande, in, R.L.D.P.1992
6. Jean larguier et anne – marie larguire . "la protection des droits de l homme dans le proces penal . dans le sens de la protection des droits . des personnes suspectes ou poursuivies depuis ienquête jusqu la fin du process " rev. int . pen . 1966
7. Jean Pradel: Droit Penal et Procedure Penale, Tome 2 CUJAS ed, 1976
8. K. Vasak, La Convention européenne des droits de l'homme, Paris, 1964
9. Michael Taylor,community,Anarchy,and liberty,Cambridge University Press,London,1982
10. Sheehan" criminal procedure in Scotland and France " ,1965
11. Steeant le vassevr , procedure penale 1990 ,daloz
12. STEFANI (Gaston), in, Daloz Repertoire de darit penal et de procedure tome, v, 1969
13. VERNIORY (Jean-Marc): "Libre appreciation de La prévue penale et ses Limites", in Revue penale Suisse, Vol 118, n04, 2000

مفترضات الشرعية الاجرائية دراسة مقارنة

ORIGINALITY REPORT

17 %	15 %	1 %	7 %
SIMILARITY INDEX	INTERNET SOURCES	PUBLICATIONS	STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1	www.mecsj.com Internet Source	1 %
2	lawadelmoawed.blogspot.com Internet Source	< 1 %
3	dspace.univ-setif2.dz Internet Source	< 1 %
4	boulemkahel.yolasite.com Internet Source	< 1 %
5	Submitted to Emirates Canadian University College Student Paper	< 1 %
6	Submitted to University of Bahrain Student Paper	< 1 %
7	utq.edu.iq Internet Source	< 1 %
8	rooad.net Internet Source	< 1 %
9	Submitted to Amman Arab University for Graduate Studies	< 1 %