

الفصل الرابع

الضمانات الدستورية والقانونية الواجب توفرها في حفظ حقوق المتهم

المبحث الأول: تمهيد

ما المقصود بضماناته؟ وما المقصود بالمتهم، وكيف يتم التوفيق بين مصلحتين متعارضتين؟ وهما حق المجتمع في متابعة المتهم وتسليط العقاب عليه، وحق المتهم في عدم المساس بحريته الشخصية وحقه في الدفاع عن نفسه، وافترض براءته من التهمة الموجهة إليه وحقه في محاكمة في كنف سلطة قضائية مستقلة ومحيدة وأمام قاضيه الطبيعي؟ وكيف يكون ذلك في غياب بعض الضمانات التي غفل عنها المشرع الدستوري وتعهد عدم النص عنها في الدستور؟ وما مدى تحقيق التوازن بين ما نص عليه الدستور من ضمانات باعتباره القانون الأسمى وما تضمنه قانون الإجراءات الجزائية من ضمانات تكفل هذه الحقوق والحريات، وهل كرس الدستور جميع المبادئ المقررة دولياً في مجال حقوق الإنسان والتي تشكل ضمانات للمتهم في مرحلة محاكمته؟ ومن هنا نعطي لمحة دستورية عن المحاكم العسكرية. لمحة عن دستورية المحاكم العسكرية: يختلف تقييم تنظيم المحاكم العسكرية بحسب النظام السياسي القائم، وسنستعرض هنا بإيجاز ثلاث مراحل لثلاثة أنظمة سياسية.

أولاً: سنبداً بالمرحلة الأولى وهي النظام الملكي حيث نجد أن دستور الاستقلال لم ينص صراحة على مبدأ القاضي الطبيعي إلا أنه بالإمكان أن نستشف وجود هذا المبدأ من الجمع بين أحكام المادتين ٤٣ و ١٨٥ من الدستور الملكي، فقد نصّت المادة ٤٣ على أن (السلطة القضائية تتولاها المحكمة العليا والمحاكم الأخرى التي تصدر أحكامها في حدود الدستور).

وهذا يعني أن السلطة القضائية تتجسد في المحكمة العليا بوصفها سلطة اتحادية ومحاكم محلية في الولايات ولا ثالث لهما، وعلى هدى هذا الفهم، لا يمكن قبول إنشاء المحاكم العسكرية لمخالفة ذلك لأحكام الدستور، إلا إذا اعتمدنا الرأي القائل بأن المحاكم العسكرية محاكم تأديبية تختص بتأديب العسكريين عند مخالفتهم للقوانين المنظمة لعملهم (القوانين العسكرية)، إلا أن هذا الرأي يصطدم بكون هذه المحاكم تصدر أحكاما بعقوبات قاسية تصل لحد الإعدام.

وثانياً: المرحلة الثانية بعد الاستقلال، وهي نظام القضاة الذي لن يكلفنا كثيراً من الحديث نظراً لغياب وثيقة دستورية صادرة بطريقة ديمقراطية يمكن الاعتماد عليها، وبالتالي فالمسألة في تلك الفترة لم تنظم بقاعدة دستورية لا سيما وأن الدستور والتشريع في ظل هذا النظام يصدران عن سلطة واحدة.

ثالثاً: المرحلة الثالثة التي سنتناولها، فهي المرحلة الانتقالية بعد ١٧ فبراير ٢٠١١ من الإعلان الدستوري الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي في ٣/٨/٢٠١١م، فعلى الرغم من تنصيصه في الفقرة الثانية من مادته الثانية والثلاثين على أنه "يحظر إنشاء محاكم استثنائية، فإنه عاد ونص في فقرته الأولى على أن "السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها... الخ، وإذا كان اختلاف الدرجات مفهوماً ومتصوراً في هيكل المحاكم العادية، فإن القول باختلاف الأنواع قد يفتح باباً للقبول بالقضاء العسكري واعتباره قضاء شمله الدستور، ولكن يبقى أن على هذا القضاء في هذه الحالة أن يكون متخصصاً وليس استثنائياً، وما ذكرناه بشأن الإعلان الدستوري المؤقت ينطبق تمام الانطباق على مشروع الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور، فهو أيضاً كرر في المادة ١٣٣ نص الإعلان الدستوري، بعدما نص على حظر المحاكم الاستثنائية في المادة ١٣٥.

المبحث الثاني: التعريف بضمانات المتهم وحقه الدستوري

في القوانين الإجرائية المقارنة، لم تكشف لنا عن تعريف محدد للمتهم، ومع ذلك قد عرف بعض المشرعين في قانون الإجراءات الجنائية بقولهم "المتهم هو كل من اتخذ ضده قراراً بإقامة الدعوى الجنائية"، ولقد اختلفت هذه القوانين في مسلكها فيما يخص التمييز بين المتهم وغيره ممن يتعرضون لإجراءات جنائية، وما هم بمتهمين، بالإضافة إلى أن بعضاً من هذه القوانين قد أعطت تمييزاً اصطلاحاً للمتهم ذاته في مرحلة أو أخرى من مراحل الخصومة الجنائية، ويجدر التنبيه أن هذه التفرقة الاصطلاحية للصفة الواحدة لا تجد لها مكاناً في مرحلة المحاكمة، إذ يكون المتهم حينذاك قد تحددت معالمه ووضحت أدلة الاتهام ضده وعرف بأنه من رفعت الدعوى الجنائية ضده، ونظراً لكون موضوع هذا الفصل يتمحور حول ضمانات المتهم وحقه القانوني والدستوري في مرحلة المحاكمة العادلة حيث وهب لنا القانون الطبيعي للإنسان حقوقاً يصونها ويبررها،^{٢٩٥} حيث لقيت عناية خاصة من المشرع،^{٢٩٦} فعبر عنها بطريقة تقريرية لا إنشائية،^{٢٩٧} والتزم بالتأكيد عليها بصورة تفصيلية في الدستور لتضفي الشرعية على القوانين الجنائية،^{٢٩٨} ولتحول بين هذه الأخيرة وبين العيث بالحریات الشخصية، والإفراط في التجريم أو التفريط بحقوق الفرد، فأصبحت تلك الحقوق ذات قدسية دستورية تفوق بذلك قدسية القوانين العادية الأخرى، فالباحث يرى أن يتناول ماهية هذه الضمانات وتعريفاتها اللغوية والاصطلاحية وطبيعتها الدستورية، وحق المتهم، ولترتيب المبحث تنقسم الدراسة للمطلين الآتين:

٢٩٥ الكبيسي، عبد الستار سالم. المرجع السابق. ص ١٤٣.

٢٩٦ خليفة، أحمد. ١٩٧٤. اتجاهات معاصرة في الفكر الاجتماعي عن الجريمة. مقالة منشورة في مجلة عالم الفكر الكويتية. مجلد ٥ عدد ٣ ص ٧٠٦.

٢٩٧ عطية، نعيم. ١٩٧٢. إعلانات حقوق الإنسان والمواطن في التجربة الدستورية الفرنسية. مجلة إدارة قضايا الحكومة. العدد ٣ يوليو. سبتمبر. د.ط. ص ٦٣٩.

٢٩٨ سرور، أحمد فتحي. المرجع السابق. ص ١١.

المطلب الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي للضمانات المتهم

سنتناول في هذا المطلب تعريف الضمانات لغة وتعريفها في الاصطلاح.

الفرع الأول: تعريف الضمانات في اللغة

إن التعريف اللغوي لكلمة ضمانات أو ضمان هي ضمن المال منه كفل له به وهو ضمينه وهم ضمانؤه وهو في ضمنية وضمانة، ومن المجاز: ضمن الوعاء الشيء وتضمنه وضمنه إياه وهو في ضمنه، ويقال: رجل ضمن وقول ضمني وهو من الضمان ومعناه لزم مكانه كما يلزم الكفيل العهدة أو لزم علته ومن ضمن الشيء "بالكسر" ضمانا كفل به فهو ضامن وضمين وكل شيء جعلته في وعاء فقد ضمنته إياه والمضمن من الشعر ما ضمنته بيتا.^{٢٩٩}

الفرع الثاني: تعريف الضمانات في الاصطلاح

من الحقوق المتعارف عليها التي كفلها القانون لكل إنسان عند مثوله أمام القضاء هي تلك المبادئ التي تحكم المحاكمات عموماً، والتي حرصت عليها المواثيق والمعاهدات الدولية،^{٣٠٠} متمثلة بحقه في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقوقه استناداً إلى مبدأ المساواة أمام القضاء الذي يستدعي المساواة بين الخصوم في جميع الإجراءات المتعلقة بالمحاكمة ونهيئة دفاعه للدفاع، وهذا فضلاً عن ضرورة أن تجري المحاكمات بصورة علنية، إلا إذا تطلب إجراؤها بصورة سرية لأسباب تتعلق بالنظام العام أو المحافظة على الآداب العامة وفي أن يصدر الحكم إثر المحاكمة سواء كانت علنية أو سرية في جلسة علنية، كما يجب أن يكون مسيباً؛ لأن التسبب دليل على الاقتناع الموضوعي للمحكمة، التي تستند على أدلة لها من

٢٩٩ الزمخشري، جار الله أبو القاسم محمد. أساس البلاغة. بيروت. دار المعرفة. ص ٢٧٢.

٣٠٠ تنص المادة الثامنة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بأنه لكل شخص حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة لإنصافه الفعلي من أية أعمال تنتهك الحقوق الأساسية التي يمنحها إياه الدستور أو القانون.

القوة ما يكفي لإقناع أي شخص له ملكة تقدير عادية بأن المتهم مدان، وقبل هذا كله وذلك يجب أن تجري محاكمة المتهم من قبل محكمة مستقلة وغير متحيزة ومختصة طبقاً للقانون الذي أنشأها ونص على تشكيلتها مسبقاً، ومما تجدر الإشارة إليه أن المبادئ التي أشرنا إليها ممثلة بالمساواة أمام القضاء والتطبيق القضائي للعدالة والعلنية وعدم التحيز والاستقلال تحكم جميع المحاكمات مدنية كانت أم جنائية.^{٣٠١} وازد ما تقدم يمكن القول أن العهود والمواثيق الدولية والدساتير والتشريعات الجنائية كافة تهدف من إقرار وتجسيد ضمانات المتهم التي أشرنا إليها إلى تحقيق العدالة وذلك بإعطاء كل ذي حق حقه طبقاً للقانون وعلى قدم المساواة مع الآخرين وبموجب محاكمة عادلة، ولما كانت المحاكمة العادلة تضمن للمتهم كل حقوقه التي كفلها له القانون لذا يمكن تعريف الضمانات بأنها: حق المتهم في أن تتم محاكمته وفقاً لمقومات المحاكمة الجنائية العادلة التي يترتب على الإخلال بها فرض الجزاءات التي من شأنها حماية هذا

الحق ٣٠٢

الفرع الثالث: المفهوم اللغوي والاصطلاحي للمتهم

يعتبر المتهم محور دراستنا أيضاً، لذا يتحتم علينا تعريفه من الناحية اللغوية ثم نتطرق إلى تعريفه من الناحية الاصطلاحية بتناول مختلف تعريفات علماء القانون.

الرجل: صارت به الريبة، واتهمه بكذا: ادخل عليه التهمة وظنها به، فهو متهم وتهم، والتهمة: الشك والريبية، وقد شاع عند الفقهاء استعمال لفظ (المدعى عليه) بدلاً من المتهم أخذاً من الادعاء وهو قول يطلب الإنسان به إثبات حق على الغير، والدعوى في اللغة غير التهمة، فهي الإخبار مطلقاً كما أنه

٣٠١ عوض، محي الدين. ١٩٦٠. المحاكمة الجنائية العادلة وحقوق الإنسان. المجلة العربية للدراسات الأمنية. المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب. الرياض. المملكة العربية السعودية. د ط. ص ١٧.

٣٠٢ - الزبيدي، محمد عباس حمودي. ٢٠١٠. ضمانات المتهم العسكري في مرحلة المحاكمة، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة. د ط. ص

وردت كلمة المتهم في بعض الأحاديث كما في حديث أبي هريرة "انه ال يجوز شهادة خصم ولا ظنين قيل وما الظنين، قال كالمتهم في دينه".^{٣٠٣}

الفرع الرابع: المتهم اصطلاحا

تعددت التعريفات التي أعطيت للمتهم عند علماء القانون فمنهم من عرفه بأنه (الشخص المسؤول الذي تحرك قبله الدعوى الجنائية لتوافر دائل كافية على ارتكاب جريمة أو اشتراكه فيها، وذلك بهدف توقيع العقاب عليه)^{٣٠٤}. وهناك من عرفه الاتهام هو اتخاذ قرار فتح التحقيق من طرف القاضي المفوض لذلك ضد شخص شارك في القيام بجريمة كفاعل أصلي أو شريك.^{٣٠٥} ويمكن تعريف المتهم في اصطلاح الفقه الإسلامي بأنه " من ادعى عليه فعال محرما يوجب عقوبته من عدوان يتعذر إقامة البينة عليه" وقد عرفه بعض الفقهاء بأنه من يظن فيه ما نسب إليه من تهمة، أي من فعل محرم يوجب عقوبته مثل القتل والسرقة.^{٣٠٦}

٣٠٣ ابن منظور، لسان العرب. المجلد الخامس. بيروت: دار صادر. أظن أيضا: طه جابر العلواني. حقوق المتهم في الإسلام خلال مرحلة التحقيق. مجلة المسلم المعاصر. العدد ٣٥. السنة التاسعة. ماي ١٩٨٣. ص ٥٠.

٣٠٤ الأنصاري، عبد الحميد إسماعيل. ٢٠٠٠. حقوق و ضمانات المتهم في الشريعة الإسلامية والقانون. القاهرة، دار الفكر العربي. د ١ ص ٩.

٣٠٥ - القرام، ابتسام. ١٩٩٢. معجم المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري. الجزائر: المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية. د ط. ص ١٥٤.

٣٠٦ عمارة، عبد الحميد. ١٩٩٨. ضمانات المتهم أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي في الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري. دراسة مقارنة. الجزائر: دار المحمدية العامة. ص ١١.

الفرع الخامس: الأساس الدستوري لضمانات المتهم

إن الأساس الدستوري للضمانات، كما يتضح له مبرراته، فما الدستور إلا قانون أساس يترسم خطأ مشرع القوانين الأخرى بلا حيدة عنها، وما الدستور إلا الرقيب الأول أو الركيزة الأولى لمبدأ الشرعية حين تتخلف القوانين الأخرى عن تبنيه، فالدستور أساس قوة القانون الأعلى في الدولة، وجميع القوانين الأخرى يجب أن تصدر على أساسه،^{٣٠٧} كما أن من المبررات الأخرى لدراسة الضمانات الدستورية هو الارتباط الوثيق بين الدساتير والقوانين الإجرائية بصورة أجلى من غيرها من القوانين مما يجعلنا القول غالباً بأن دراسة قانون الإجراءات الجنائية تنتمي إلى القانون الدستوري ودراساته،^{٣٠٨} فهذه الدراسات الجنائية تعطي، من ناحية، الآلية والنشاط لمؤسسات القانون الجنائي، ومن ناحية أخرى فإنها تحمي الفرد من الادعاء غير المنصف والعقاب الذي لا مبرر له، ولذلك وجدنا ضرورياً إعطاء هذه الضمانات الدستورية الأهمية البالغة في دراستنا، تلك الضمانات التي تجعل كل قانون مخالف لها وكل إجراء يقع بالمخالفة لها مصيره البطلان المطلق لتعلقها بالنظام العام، وتختلف هذه الضمانات الدستورية الأساسية فيما بينها من حيث قوة التأكيد عليها بتفاوت أهميتها وتفاوت التفاصيل التي تقدمها النصوص الدستورية الخاصة بكل ضمانات، ولذلك نجد أن معظم الدساتير تؤكد على مبدأ المساواة أمام القانون والقضاء، وعدم رجعية القوانين، ومبدأ شخصية العقوبة، وتحصر على حق المتهم في الدفاع عن نفسه سواء بذاته أو عن طريق الاستعانة بغيره من المحامين في تقديم المعونة القانونية لغير القادر على تحمل نفقاتها، وحقه في المحاكمة العلنية العادلة التي تتوفر فيها كل الضمانات اللازمة للمتهم لتمكينه من نفي التهمة عنه وتفنيد الأدلة القائمة ضده، وقد لا يكفي بإعلان الحقوق بنصوص صامته فقط، بل يضع نواة للمشرع العادي تحمي الحقوق الدستورية من الالتفاف عليها وانتهاكها، الأساس الدستوري في

٣٠٧ وقد أفصحت عن هذا المعنى المادة ١٧٣ من دستور الإتحاد السوفياتي الجديد الصادر في ٧ أكتوبر سنة ١٩٧٧م.

٣٠٨ الكبيسي، عبد الستار سالم. المرجع السابق. ص ١٤٤.

الضمانات، يجب أن تتوفر أمام القضاء أو القاضي بصفة عامة، ينبغي أن تتوفر للمتهم أمام المحكمة الجنائية إلى جانب هذه الضمانات ضمانات وحقوق أخرى خاصة بالقضاء الجنائي كحق المتهم في أن يعد بريئاً حتى تثبت إدانته طبقاً للقانون الجنائي، ويجب أن تقوم هذه الإدانة على الاقتناع الشخصي للقاضي والاقتناع الموضوعي القائم على أدلة طرحت في الجلسة وتناولها الخصوم بالدحض والتفنيد فضلاً عن ضرورة أن لا يعتري هذه الأدلة أي شك معقول يؤيد أصل البراءة في الإنسان،^{٣٠٩} وحق المتهم في عدم تعريضه للعقوبة إلا بناء على نص سابق يجرم الفعل الذي ارتكبه استناداً إلى مبدأ الشرعية، وكذلك حقوق المتهم المتعلقة بالدفاع ومنها إبلاغ المتهم قبل المحاكمة وبالتفصيل عن سبب وطبيعة التهمة والمادة القانونية المحال بموجبها إلى المحكمة مع ضرورة إعطائه الوقت المناسب والتسهيلات الكافية لإعداد دفاعه وحقه في أن تجري محاكمته بسرعة دون أن يخل ذلك بحقوق الدفاع، وفي أن تجري محاكمته في حضوره ويستجوب بنفسه وأن يضمن له إحضار شهوده لنفي التهمة عنه.^{٣١٠}

وإزاء ما يمكن القول به إن العهود والمواثيق الدولية والديساتير والتشريعات الجنائية كافة تهدف من إقرار وتجسيد ضمانات المتهم التي أشرنا إليها إلى تحقيق العدالة وذلك بإعطاء كل ذي حق حقه طبقاً للقانون وعلى قدم المساواة مع الآخرين وبموجب محاكمة عادلة، ولما كانت المحاكمة العادلة تضمن للمتهم في أن تتم محاكمته وفقاً لمقومات المحاكمة الجنائية العادلة التي يترتب على الإخلال بها فرض الجزاءات التي من شأنها حماية هذا الحق،^{٣١١} وتحرص الديساتير في معظم الدول على تكريس مبدأ سيادة القانون، والتي

٣٠٩ الكبيسي، عبد الستار سالم. ١٩٨١. ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة. اطروحة دكتوراه. جامعة القاهرة. كلية الحقوق. د. ط. ص ٦٨٧.

٣١٠ عوض، محمد محي الدين. المرجع السابق. ص ٣٠.

٣١١ الزبيدي، محمد عباس حمودي. ٢٠١٠. ضمانات المتهم العسكري في مرحلة المحاكمة. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. د. ط. ص ٨٥.

تعتبر عن التزامها به من خلال ضمان حقوق الأفراد وحررياتهم بالقوانين التي تصدرها، إلا أن مبدأ سيادة القوانين بحاجة إلى ما يكفل فاعليته، وهذه الفاعلية لا تتحقق إلا عن طريق مبدأ الشرعية الذي يضمن التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع، لذا فالدساتير تشكل أحد الضوابط الشرعية الإجرائية.^{٣١٢}

ولعله ذو أهمية، قبل الحديث عن الضمانات الدستورية تفصيلاً، أن نوجز الكلام عن إعلانات حقوق الإنسان التي أصدرتها بعض الشعوب وسبقت وضع دساتيرها مقتصرين على أهم تلك الإعلانات ممثلة في الإعلانات الفرنسية، والأنجلو أمريكية، ننتقل بعدها إلى دراسة أهم ضمانات تقرها كل الدساتير، لذا نجد أن معظم الدساتير قد نصت على مبدأ قرينة البراءة، وأحاطت المتهم بضمانات تكفل الجانب الإيجابي لهذا المبدأ، كما نصت على عدم جوازية توقيع العقوبات إلا بناء على إجراءات قانونية محددة مسبقاً، ونظراً لأهمية مرحلة المحاكمة فإن أغلب الدساتير ومنها الدستور الجزائري أورد في نصوصه ضرورة احترام مبدأ الشرعية فلا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على نص قانوني سابق لارتكاب الجريمة، واستقلال القضاء، كضمان أساسي لحماية الحقوق والحريات الشخصية والمحاكمة العادلة المشروعة ونختتم دراستنا بالحماية الدستورية التي تفرضها تلك الدساتير ضد خرق أو إهدار تلك الضمانات التي سنتناولها بالتفصيل في المطلب الثاني:

٣١٢ الكبيسي، عبد الستار سالم. المرجع السابق. ص ١٥٢.

المطلب الثاني: الضمانات وحق الدستوري للمتهم

تعد أهمية الضمانات الدستورية والقانونية الواجب توفرها، في حماية حقوق الإنسان وحياته الأساسية وحمايتها مع مراعاة عدم معارضتها لمصلحة المجتمع في الأمن والاستقرار ومكافحة الجريمة، وحقه في معاقبة الجاني وفقاً لقانون العقوبات، ولهذا فإن الدستور قرر جملة من الضمانات الرئيسة التي تكفل للمتهم محاكمته وفقاً لمتطلبات القانون التي نصت على أن كل شخص بريء حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته مع كل الضمانات التي يتطلبها الدستور والقانون، فما نظم القضاء العسكري تفصيلاً، ومنها من أحال هذا التنظيم إلى التشريعات العادية، ولا يخفى ما للوثيقة الدستورية من قدسية وثبات واحترام من سلطات الدولة كافة، وإذا كان الأمر كذلك فما هي حال، ما تضمنته الشرائع والإعلانات والمواثيق المتعلقة بحقوق الإنسان والدساتير وقوانين الإجراءات الجنائية وغيرها من القوانين، إلى الضوابط التي تعمل على حصول المتقاضين على العدالة المنشودة، ذلك باللجوء إلى القضاء والجهات ذات الاختصاص وتعد إطاراً عاماً يضمن لكل طرف في الدعوى الجنائية حقوقه وحيثه حماية للمصلحة العامة والخاصة للمتهم، مما يضفي قيمة وحصانة للأحكام الصادرة من السلطة القضائية، وليتمتع المتهم بهذه الضمانات العامة في مرحلة التحقيق النهائي، والتي هي مرحلة المحاكمة، يجب أن يطرح النزاع ويحاكم أمام قاضيه الطبيعي، تحت غطاء ضمانات لاستقلالية القضاء وحياده، ومبدأ المساواة مما يدل على أن الاتجاه العالمي ذهب نحو إعلاء مبدأ استقلال القضاء واعتباره من المبادئ الدستورية، وبضرورة أن تكون محاكمته علانية تنتهي بحكم يقوم على تسبيب قانوني حتى يكون عنواناً للحقيقة وفقاً للدساتير والقوانين والمواثيق الدولية؛ لأنه مرتبط في الأصل بمبادئ العدالة، وبالتالي النص على هذا المبدأ في الإعلانات والدساتير من شأنه تأكيدها وحمايتها من أي انتهاك، وهناك ضمانات يوفرها القانون للمتهم بصورة غير مباشرة عن طريق تنظيم الهيئات المتولية أعمال التحقيق، وسنطلق عليها الضمانات العامة، وإلى جانب هذه

الضمانات هناك نوع آخر متصل مباشرة بشخص المتهم، كالضمانات المقررة في مواجهة ممارسة سلطات التحقيق إجراءات جمع الأدلة والإجراءات الاحتياطية وسندعوها بالضمانات الخاصة.

لتحديد طبيعة الضمانات والحق الدستوري التي يتمتع بها المتهم في مرحلة المحاكمة، ربما تظل هذه الضمانات المختلفة التي تقرها الدساتير التي عرضناها فيما سبق للمتهم، حبراً على ورق، لا تحول دون من تسول له نفسه خرقها والانتقاص منها، وبذلك تكون عقيمة الجدوى بذاتها ولا تحقق غايتها ما لم تكن هي الأخرى مقترنة بأجوبة تنال من يتناول عليها وينتهكها فتكون رادعه للمعتدي نذيرة ومانعة لغيره، ويتحتم علينا تناول طبيعة هذه الضمانات بشكل مفصل، وعلى حسب كونها ضمانات عامة أو خاصة لننتهي إلى طبيعة الضمانات الإجرائية للمتهم في النقاط الثلاث الآتية.

الفرع الأول: الطبيعة العامة للضمانات

بما أن الحقوق والحريات الفردية من القضايا الإنسانية المهمة التي أثارت الجدل بين المفكرين منذ أقدم العصور؛ ذلك لأنها حقوق أصلية للإنسان، نشأت منذ الخلق الأول وتطورات مع الحضارة ثم توالى التشريعات في العصور اللاحقة تنظيمها والنص عليها؛ لأنها تشكل ضمانات مهمة للفرد عند تعرضه للاتهام لصيانة حقوقه الأساسية كإنسان، ولنشر العدل والمساواة باعتبار أن مصلحة المجتمع تكون بالمحافظة على كرامة الفرد وإنسانيته.^{٣١٣}

٣١٣ الزبيدي، محمد عباس حمودي. المرجع السابق. ص ٨٥.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس، فيما ذهب آخرون لبيان طبيعة حق الدفاع المستمد من افتراض براءة المتهم بأنه حق طبيعي للإنسان والذي يستمده تلبية لنداء الغريزة البشرية في صراعها من أجل الوجود والبقاء، هذا فيما عدت قرينة الأصل في المتهم البراءة التي تعد المصدر الرئيس لكل ضمانات المتهم بأنها تتفق والقيم الدينية والخلقية التي تنشده حماية المتهم الضعيف، فالأديان كافة تنادي بحماية الضعفاء والحفاظ على حقوق الإنسان الأساسية كما أنها تستنكر بشدة وتعاقب بصرامة على ظلم الأبرياء، كذلك نجد أن هذه المفاهيم هي مصدر لمبادئ الأخلاق التي تحث وتدعو إليها،^{٣١٤} فيما ذهب جانب آخر من الفقه،^{٣١٥} إلى أن ضمانات حقوق الإنسان لا ينظر إليها بوصفها حقوقاً طبيعية، وإنما هي ذات طبيعة ترتكز على أساسين أولهما أن حماية حقوق الإنسان تمثل قيمة اجتماعية تندمج في الشعور العام لأفراد المجتمع، ويتعين مراعاة هذا الشعور حفاظاً على الكيان الاجتماعي، فيما يرتكز الأساس الآخر على أن احترام حقوق الإنسان هو الوسيلة لضمان تجاوبه الحقيقي مع المجتمع، ولا يتصور هذا التجاوب إلا إذا كانت وسيلته مطابقة لتقاليد المجتمع ومبادئه، الأمر الذي يستدعي إحاطة الفرد بضمانات مهمة عندما يقتضي الأمر المساس بحريته بحيث تكفل هذه الضمانات تقييد المساس بحريته إلى أضيق الحدود وإظهار هذا المساس بمظهر الاستثناء، وأن هذه الضمانات منها ما هو ذو طبيعة موضوعية ويتمثل في الأسباب الموضوعية للمساس بالحرية ومنها ما هو ذو طبيعة شكلية، ويتمثل في الأشكال الجوهرية التي تفرغ فيها جميع إجراءات المساس بالحرية.^{٣١٦}

٣١٤ الكبيسي، عبد الستار سالم. المرجع السابق. ص ٢٤٥.

٣١٥ الشواربي، عبد الحميد. ١٩٨٨. ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الجنائي. الإسكندرية. منشأة المعارف. د. ط. ص ١٠.

٣١٦ الزبيدي، محمد عباس حمودي. المرجع السابق. ص ٨٦.

الفرع الثاني: طبيعة الضمانات تبعا لكونها ضمانات عامة أو خاصة

عندما كانت القوانين الإجرائية تتولى تنظيم الهيئات التي تختص بسلطة اتخاذ الإجراءات الكفيلة بتحريك الدعوى الجزائية والسير فيها، مراعية في ذلك اعتبارات العدالة في سبيل الحفاظ على أمن المجتمع من جهة، وحماية حريات الأفراد وإحاطتهم بإجراءات تضمن عدم استغلال السلطة حقها في تهديد تلك الحريات من جهة أخرى،^{٣١٧} لذا فقد حرصت هذه القوانين الإجرائية على أن توفر للمتهم إزاء الأعمال الإجرائية المتلاحقة من الضمانات ما هو ذات طبيعة مباشرة، وهي التي تتولى تنظيم الأعمال التي تقوم بها هيئات الضبط والالتزام والتحقيق والمحاكمة وتضع شروطا موضوعية وشكلية توجب الالتزام بها من قبل تلك الهيئات، وأن ما يتمخض عنها من ضمانات تدعى بالضمانات الخاصة وهي ما يتصل مباشرة بشخص المتهم وتتجسد هذه الضمانات في مرحلة المحاكمة في مبادئ على رأسها افتراض براءة المتهم ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وكفالة حق الدفاع، وهذه المجموعة من القواعد يعلق عليها الإجراءات البحثية.^{٣١٨} كما توفر هذه القوانين الإجرائية ضمانات أخرى للمتهم ذات طبيعة عامة أو كما يطلق عليها ضمانات أخرى بصورة غير مباشرة، وهي التي تتولى تنظيم هيئات التحقيق والمحاكمة والتي تحيطها بضمانات معينة تمكنها من أداء واجبها بقدر معين من الاستقلال والحيدة والنزاهة، وهي القواعد المتعلقة بالسلطة القضائية وأن ما يتمخض عنها من ضمانات يطلق عليها الضمانات العامة، تتجلى في المحاكمة أمام القضاء الطبيعي المستقل والمحيد، وأن تكون المحاكمة علنية، إضافة إلى علنية النطق بالحكم وأن يكون مسببا.^{٣١٩}

٣١٧ الزبيدي، محمد عباس حمودي. المرجع السابق. ص ٨٩.

٣١٨ الزبيدي، محمد عباس حمودي. المرجع السابق. ص ٨٨.

٣١٩ الكبيسي، عبد الستار سالم. المرجع السابق. ص ٢٤٦.

الفرع الثالث: طبيعة الضمانات تبعا لطبيعة العمل الإجرائي

يعد العمل الإجرائي أحد أهم المرتكزات الثلاثة التي تقوم عليها الخصومة الجزائية التي تتمثل في الدعوى الجزائية، الرابطة الإجرائية، والعمل الإجرائي،^{٣٢٠} وقد عرف العمل الإجرائي بأنه " العمل القانوني الذي يرتب القانون عليه مباشرة أثرا في إنشاء الخصومة أو تبديلها، أو انقضائها سواء كان داخل الخصومة أم ممهدا لها"،^{٣٢١} كما أن الأعمال الإجرائية أثارت خلافا فقهيها حول طبيعتها القانونية وذلك بسبب كثرة وتنوع هذه الأعمال، فالطبيعة القانونية لبعض الأعمال الإجرائية تعد استعمالا لحق، فيما يعد بعضها الآخر أداء لواجب، ومنها ما يمثل استعمالا لوظيفة قضائية كما أن قسما من هذه الأعمال يقوم بها موظف عام وبعضها الآخر تصدر عن فرد عادي أو يقوم بها غيرهم، هذا ولقد تركزت هذه الخلافات الفقهية حول إذا ما كانت الطبيعة القانونية للعمل الإجرائي تعد تصرفا قانونيا أم عملا قانونيا، والذان هما من مصادر الواقعة القانونية، وعليه فالتصرف القانوني يعني اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، أما العمل القانوني فهو كل عمل يرتب عليه القانون أثرا دون أن تنصرف الإرادة إلى تحقيق هذا الأثر.^{٣٢٢}

ويتضح ذلك من هذا التعريف أن العمل الإجرائي هو عمل قانوني وأن القانون هو الذي يرتب آثاره الإجرائية،^{٣٢٣} حيث رأينا أن مهمة قانون الإجراءات الجنائية ثنائية، فهو من ناحية يرسم الطريق القويم الذي يكفل للدولة حقها في معاقبة مرتكب السلوك الإجرامي المناوئ للمجتمع، ومن ناحية أخرى، فهو يكفل للمتهم ما يؤمن له الوصول به إلى برّ السلام من بداية الخصومة الجنائية إلى منتهاها.

٣٢٠ العكيلي، عبد الأمير. ١٩٨٧. أصول المحاكمات الجزائية. ج ١. بغداد. شركة أيد للطباعة الفنية. د. ط. ص ٢٢.

٣٢١ سرور، أحمد فتحي. نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية. القاهرة. مصر. مكتبة النهضة المصرية. د. ط. ص ٤٥.

٣٢٢ السنهوري، عبد الرزاق. ١٩٦٨. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. ج ١. دار الفكر العربي للطباعة والنشر. د. ط. ص ١.

٣٢٣ الزبيدي، محمد عباس حمودي. المرجع السابق. ص ٩٠.

في حين يذهب البعض إلى أن العمل الإجرائي بجميع صوره وأنواعه يعد تصرفاً قانونياً تأسيساً على أن الذي يباشر هذا العمل يقصد من ورائه تحقيق آثار قانونية معينة،^{٣٢٤} إلا أن ما يعيب هذا الرأي هو أن القانون الإجرائي ينطوي على مجموعة من الإجراءات القانونية التي يتولى تنظيمها، لتعلقها بالخصومة الجزائية بقصد الوصول إلى هدف هذه الخصومة، مما يعني بالتالي أن الآثار التي تتولد عن أي إجرائي يتعلق بهذه الخصومة يرتبه القانون، وليس لإرادة من باشره دخل في ذلك، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى إن اعتبار العمل الإجرائي تصرفاً قانونياً يجعل أمر مباشرة هذا الإجراء أو ذاك في إطار الخصومة الجزائية رهناً برغبة ومشئئة الشخص الإجرائي، في حين أن الكثير من الأعمال الإجرائية تتعلق بالنظام العام، مما يجعل مباشرتها من قبل الشخص الإجرائي واجبا يترتب على مخالفته والإخلال به قيام المسؤولية^{٣٢٥}. مما تقدم يمكن القول بأن العمل الإجرائي هو عمل قانوني وليس تصرفاً قانونياً؛ لأن القانون هو الذي يرتب آثاره بصرف النظر عن انصراف إرادة من باشر الإجراء إلى تلك الآثار من عدمه.

المبحث الثالث: الضمانات الدستورية العامة للمتهم في مرحلة المحاكمة

إن الضمانات الدستورية العامة، وما تضمنته الشرائع والإعلانات والمواثيق حقوق الإنسان الدولية والمحلية، والديساتير وقوانين الإجراءات الجنائية وغيرها من القوانين، ورأينا أهمية قانون الإجراءات الجنائية من خلال كتابات الفقهاء والفلاسفة، فوصل الأمر، وبحق، لأن ينعته بأنه التوأم للحرية، ورأينا تلك الأهمية في حرص الديساتير على تنظيم القواعد الأساسية لقانون الإجراءات الجنائية وجعلها ذات سمو دستوري، ومن هذه الضوابط التي تعمل على حصول المتقاضين على العدالة المنشودة من اللجوء إلى القضاء وتعد إطاراً عاماً يضمن لكل طرف في الدعوى الجنائية حقوقه وحرية حمايته للمصلحة العامة

٣٢٤ سعد، ابراهيم نجيب. ١٩٧٤. القانون القضائي الخاص. ج ١. د ط. الإسكندرية. ص ٦٧٣.

٣٢٥ الزبيدي، محمد عباس حمودي. المرجع السابق. ص ٩١.

وللمصلحة الشخصية للمتهم مما يضيف قيمة وحصانة للأحكام الصادرة عن السلطة القضائية، ومبدأ استقلال القضاء واعتباره من المبادئ الدستورية، وبضرورة أن تكون محاكمته علانية تنتهي بحكم يقوم على تسبيب قانوني حتى يكون عنواناً للحقيقة وفقاً للدساتير والقوانين الدولية؛ لأنه مرتبط في الأصل بمبادئ العدالة، وبالتالي النص على هذا المبدأ في الإعلانات والدساتير من شأنه تأكيدها وحمايتها من أي انتهاك،^{٣٢٦} وقد اشتمل هذا المبحث على ثلاثة مطالب وهي كالآتي:

المطلب الأول: الضمانات العامة للمتهم

لنضمن للمتهم ضمانات قانونية ودستورية لمحاكمة عادلة يجب أن تتوفر فيها عناصرها الأساسية، وتتجلى هذه العناصر فيما يأتي:

الفرع الأول: طرح النزاع أمام القضاء والقاضي الطبيعي

لقد رأينا في بحثنا هذا، للدساتير وضماناتها أن هناك نصوصاً دستورية قانونية تقضي بأن أن يتمتع المواطن بحقه في المثل أمام القضاء الطبيعي، ويتجلى مفهوم القضاء الطبيعي في عدم مثل المتهم أمام محكمة غير منشأة بقانون قبل وقوع الجريمة ومحدد اختصاصها، وعلى ذلك فإن انتزاع سلطة نظر الدعوى أمام محكمة تنشأ تالياً لوقوع الجريمة يعد مخالفاً لمبدأ وحق اللجوء إلى القضاء الطبيعي، كما أن مفهوم القضاء الطبيعي يتجلى أيضاً في أن تكون المحكمة دائمة، وأقصد بذلك استبعاد تشكيل المحاكم الوقتية.

٣٢٦ بكار، حاتم. ١٩٩٧. حماية حق المتهم في محاكمة عادلة. الإسكندرية. منشأة المعارف. د. ط. ص ٧٦.

وأساس فكرة اللجوء إلى القضاء الطبيعي مبدأ المساواة أمام القانون الذي لا يسمح بإحالة بعض المتهمين إلى القضاء الخاص سواءً أكانت المحكمة قد أنشئت سابقاً لوقوع الجريمة أم لاحقاً لها، ذلك أن القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة الدائمة جدير بأن ينظر الدعوى مهما كانت صفة المتهم، ومهما كانت طبيعة الجريمة المرتكبة، أما الأخذ بنظر بعض الدعاوى أمام محكمة خاصة، مؤقتة أو دائمة، أو وجوب مثول بعض الأشخاص بصفة خاصة بهم أمام تلك المحاكم، فهو خروج على أهم حقوق الإنسان، وهو الحماية القانونية المتساوية لكل المواطنين.

— موقف القانون العربي، نظرة في كل من النظامين القانونيين المصري والعراقي، نجد أن انتزاع حق المواطن في مثوله أمام قضاؤه الطبيعي واضح في شتى المجالات، فهناك المحاكم الاستثنائية الدائمة والمؤقتة إلى جانب المحاكم العادية، ففي مصر هناك المحاكم العسكرية الدائمة والمؤقتة، فبموجب قانون الأحكام العسكرية رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٦م تختص المحاكم العسكرية بنظر الدعاوى إما بناء على صفة المتهم وإن كانت الجريمة منصوصاً عليها في القانون العقابي العام، أو بناء على طبيعة الجريمة،^{٣٢٧} ومن أمثلة المحاكم الاستثنائية المؤقتة في مصر ما عرفت بالحكمة الخاصة التي أنشئت بالمرسوم بقانون رقم (٣٤٤) لسنة ١٩٥٢م في شأن جريمة الغدر، ومحكمة الثورة التي أنشئت بالأمر الصادر من مجلس قيادة الثورة في ١٦/٩/١٩٥٣م، ومن المحاكم الاستثنائية المؤقتة محاكم أمن الدولة المؤقتة والتي تمارس اختصاصها بإعلان حالة الطوارئ التي ينظمها القانون رقم (١٦٢) لسنة ١٩٥٨م وقانون تدابير أمن الدولة رقم (١١٩) لسنة ١٩٦٤م، والتي تجاوزت اختصاصها الزمني، إذ المفروض أن تتوقف عن مباشرة أعمالها نظراً لانتهاؤ حالة الطوارئ، وإلى جانب المحاكم المؤقتة، فإن محاكم أمن الدولة الدائمة تعد من المحاكم الاستثنائية التي

٣٢٧ سرور أحمد فتحي. المرجع السابق. ص ٢٠٨.

نص عليها الدستور المصري والتي لم يصدر بعد بصدد قانون ينظمها،^{٣٢٨} ويرى البعض أن محاكم الأحداث هي من المحاكم الخاصة الدائمة،^{٣٢٩} نظراً لكون اختصاصها محددًا بأشخاص ذوي صفة معينة تكمن في أنهم دون السن الموجبة لمثولهم أمام المحاكم العادية، بينما يرى آخرون أنها من المحاكم العادية، فهي دائرة من دوائر المحكمة الجزئية ذات طبيعة خاصة من حيث الأشخاص الذين يحاكمون أمامها، ومن حيث الإجراءات المتبعة في نظر الدعاوى المختصة بها،^{٣٣٠} ونحن نرى أن هذه المحاكم وإن كانت من إحدى دوائر المحاكم الجزئية، إلا أنها بسبب تحديد اختصاصها بالأحداث دون غيرهم من المتهمين فإنها تعد محكمة خاصة لها قواعدها الإجرائية الخاصة بها.^{٣٣١}

- أما في النظام القانوني العراقي، فإنه قد أنشئت محاكم ومجالس ولجان متعددة، تعد في رأينا خروجاً على مبدأ المساواة أمام القانون الذي يضمنه الدستور الحالي في مادته التاسعة عشرة، وسابقاً على العهد الحالي فقد كان مرسوم الإدارة العرفية رقم ١٨ لسنة ١٩٣٥م، ينص على أن " المحاكمة عن جميع الأفعال الجرمية، داخل منطقة الإدارة العرفية أو خارجها عندما تكون ذات مساس أو ارتباط بالأفعال الجرمية الحادثة ضمن تلك المنطقة، من اختصاص المجلس العربي " (المادة ١٠)، وبصدور القانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٥٩م، إثر الثورة، فقد تشكلت محكمة أعضاؤها عسكريون فقط، ما لم ير وزير الدفاع إضافة أعضاء مدنيين، وفي سنة ١٩٦٥م صدر قانون السلامة الوطنية رقم ٤، الذي أحل محكمة أمن الدولة محل المجلس العربي العسكري، لتمارس اختصاصها في حالة الطوارئ، ومن المحاكم الخاصة الدائمة محكمة الثورة التي كانت امتداداً وتطوراً للمحكمة العسكرية العليا الخاصة المنشأة بالقانون رقم (٧) لسنة ١٩٥٨م،

٣٢٨ الكبيسي، عبد الستار سالم. المرجع السابق. ص ٦١٧.

٣٢٩ سرور أحمد فتحي. المرجع السابق. ص ٢٠٨.

٣٣٠ سلامة، مأمون. المرجع السابق. ص ٥٣١.

٣٣١ من المحاكم الخاصة سابقاً، محاكم الصحراوات الملغاة بالقانون رقم ٥٩ في ٣١/٧/١٩٣٧م والمحكمة المختصة بمحاكمة مرتكبي جرائم الاسترقاق. وإلى جانب المحاكم الاستثنائية الحالية، هناك لجان إدارية يمنحها القانون حق الفصل في بعض الجرائم. كلجنة الترع والجسور المنشأة بموجب قانون الري والصرف رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣م المعدل. ولجان الجمارك وغيرها.

لمعاقبة المتآمرين على سلامة الوطن ومفسدي نظام الحكم، وهي في واقعها قضاء سياسي، أما الآن فتوجد محكمة الثورة التي تم تشكيلها بالقانون رقم ٨٥ لسنة ١٩٦٩م، وعدد قضاتها ثلاثة سواء أكانوا عسكريين أم مدنيين، ومن المحاكم الخاصة أيضاً المحكمة العسكرية للطوارئ التي شكلت بقانون السلامة الوطنية رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٦م، وهي مؤقتة تتعقد في حالة الحركات العسكرية الفعلية فقط ولنظر الجرائم التي تقع خلالها، وفي ١٢/١/١٩٧٠م صدر قرار مجلس قيادة الثورة رقم (٧٢) بشأن تشكيل محكمة خاصة لمحاكمة المتآمرين على النحو الآتي: عضو مجلس قيادة الثورة" رئيساً، مدير الأمن العام- عضواً، المدير العام بمكتب العلاقات لمجلس قيادة الثورة- عضواً وبموجب هذا القرار، فإن إجراءاتها مستثناة من أحكام قانون أصول المحاكمات الجزائية،^{٣٣٢} بالإضافة إلى المحاكم المشار إليها، فإن قانون أصول المحاكمات الجزائية لسنة ١٩٧١م، يجيز في المادة (١٣٧/ب) منه لوزير العدل، بناء على اقتراح من الوزير المختص، أن يمنح الموظفين المدنيين من غير الحكام سلطة حاكم جزاء لممارسة السلطات الجزائية المنصوص عليها في القوانين الخاصة التي تخول منحهم ذلك.^{٣٣٣} وعرفت سوريا أيضاً المحاكم الاستثنائية وأهمها محاكم الأحداث،^{٣٣٤} والمحاكم العسكرية،^{٣٣٥} فضلاً عن المحاكم التي أنشئت إبان الوحدة سنة ١٩٥٨م^{٣٣٦} وهناك المحكمة العليا لمحاكمة الوزراء عن جرائمهم أثناء الوظيفة^{٣٣٧} والمجلس العدلي.^{٣٣٨}

٣٣٢ العكيلي، عبد الأمير. ١٩٤١. أصول الإجراءات الجنائية في قانون أصول المحاكمات الجزائية ١٩٧٣م. ج ٢. ٧٨. وإلى جانب هذه الاستثناءات العديدة فإن المحاكم العسكرية الدائمة ومحاكم الشرطة الدائمة المنشأة سنة ١٩٦٨م، تمارس اختصاصها وفقاً لقانون أصول المحاكمات العسكرية رقم ٤٤ لسنة ١٩٤١م المعدل.

٣٣٣ هناك اللجان الجمركية ولجان منع تهريب العملة في البنك المركزي تمارس اختصاصاتها الاستثنائية في نظر القضايا المتصلة بالجمارك (قانون الجمارك رقم ٥٦ لسنة ١٩٣١م) أو بمنع تهريب العملة (قانون مراقبة التمويل الخارجي رقم ١٩ لسنة ١٩٦١م المعدل سنة ١٩٧٠م)

٣٣٤ المحاكم أنشئت بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٣م.

٣٣٥ المحاكم أنشئت بالمرسوم التشريعي رقم ٦١ لسنة ١٩٥٠م.

٣٣٦ أنشئت وفقاً لقانون الطوارئ رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨م.

٣٣٧ أنشئت بالقرار بقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٥٨م.

٣٣٨ يختص بنظر في جرائم التعدي على الحريات العامة وجرائم الإخلال بالوظيفة وإساءة السلطة.

- نقد بعض النظم العربية فما يتعلق بالمحاكم: يتضح لعرض هذا الأمر من إنشاء المحاكم الاستثنائية والخاصة في بعض الأقطار العربية أنه لم تعد المحاكم الجنائية العادية هي الأصل، بل هي الاستثناء، وهذا الوضع خطير جداً على السلطة القضائية فضلاً عن كونه أخطر على حرية المواطن، لاسيما إذا ما لاحظنا أن بعض المحاكم تخرج في إجراءاتها عن القواعد المقررة في القانون الإجرائي الجنائي العام، متذرة بإسباغ صفة الاستثناء عليها، فضلاً عن أن قرارات بعض هذه المحاكم لا تقبل الطعن بما بأي وجه كان أو تخضع لتصديق من قبل رئيس الجمهورية، ومما لاشك أن في ذلك استبعاداً للضمانة الهامة للمتهم والتي تتركز في وجوب شرعية إجراءات المحاكمة.

لذلك فإننا نرى وجوب إلغاء هذه الأنواع كلها من المحاكم والرجوع إلى القضاء المدني (العادي)، ورب قائل يقول إن الرغبة في تحقيق ضرورات أمنية وحماية لمصالح المواطن والوطن - لا مصالح معينة - وهو المبرر الوحيد لإنشاء بعض هذه المحاكم بغية الإسراع في الفصل في القضايا الماسة بأمن الدولة الداخلي والخارجي، ونرد على ذلك أنه بالإمكان إدخال نص قانوني في القوانين الإجرائية يعطي الأسبقية لنظر مثل هذه القضايا، بل وحتى وقف نظر المحاكم الجنائية العادية للدعاوى المطروحة أمامها ليتسنى لها رؤية الحالات العاجلة، وبذلك نضمن للمتهم مساواته مع الآخرين أمام القانون في مثوله أمام قضاة الطبيعي، ومن جهة أخرى نكون قد حققنا سرعة الفصل في القضايا المشار إليها دون امتهان العدالة الجنائية على حساب الأولى.

- نرى وجوب مثول المتهم أمام قاضيه الطبيعي: كما رأينا ضرورة مثول المتهم أمام القضاء العادي، فإنه نرى أيضاً وجوب أن يمثل المتهم أمام قاضيه الطبيعي الذي يمنحه القانون ضمانات تجعله بمنأى عن التأثير بمؤثرات خارجية، والتي يوفرها له مبدأ الفصل بين السلطات، واستقلال السلطة القضائية، وبالتالي

نكون قد ضمنا للمتهم محكمة عادلة بصورة غير مباشرة. ونظرة في القانون الإجرائي الجنائي العراقي نجد أنه في المادة (١٣٧ / ب) يبيّن أن ينظر موظف مدني، بعد منحه سلطة الحكم، بعض القضايا الجزائية، وعادة في المخالفات المتصلة بقوانين خاصة، ومما لا شك فيه أن ذلك مخالف لضمانة مثول المتهم أمام قاضيه الطبيعي، فهو من جهة يعهد بتلك السلطة إلى شخص لا دراية له حتى بأبسط قواعد الإجراءات القانونية الجنائية، فضلاً عن أن هذا النص يعطي لوزير العدل -وبناء على اقتراح الوزير المختص- سلطة منح سلطة حاكم جزاء للموظف المدني، وفي ذلك إفقاد حيادية الموظف المدني، بسبب تبعيته الوظيفية للوزير المختص، وبالتالي حرمان المتهم المائل أمامه من أهم الضمانات القانونية التي يجب توافرها له.

- ضمانات الحياد القضائي، وانتفاء مصلحة سلطة الحاكم: مما هو معروف، وكمبدأ من أبسط مبادئ المقاضاة، أنه يجب ألا تكون لسلطة الحكم مصلحة في الدعوى المنظورة أمامه، وإلا فإن الحياد القضائي يكون معدوماً، وهذا ما ليس متوافقاً في قانون الجمارك العراقي رقم (٥٦) لسنة ١٩٣١م، إذ تنص المادة (١٦٩) منه على أن تمنح إكرامية لموظفي الجمرک الذين يكتشفون الجريمة الجمركية، والذين قد يكونون ممن سينظرون في الدعوى ذاتها حيث لا قيد في القانون المذكور يمنع هؤلاء من نظرها، كما هو مستفاد من المادة ٣٣٩.١٥٩ وجوب تنحي القاضي وحق رده عن الحكم المنظور: ومن الضمانات الواجب توفيرها للمتهم في مواجهة القاضي ما تقرره معظم القوانين الإجرائية الجنائية، سواء بالنص عليها أو بالإحالة إلى قانون المرافعات المدنية، من وجوب تنحي القاضي ورده عن الحكم، فضماماً لحيدة القاضي ودرءاً للشبهات ينص قانون الإجراءات الجنائية المصري على حالات معينة يتعين معها أن يتنحي القاضي عن نظر الدعوى، بمنعه أو امتناعه على ذلك بالمواد " ٢٤٧ - ٢٤٩"، فضلاً عن الحالات الأخرى التي نص عليها قانون المرافعات المدنية في المادتين " ١٤٦، ١٤٨" أو قانون السلطات القضائية

٣٣٩ الكبيسي، عبد الستار سالم. المرجع سابق. ص ٦٢١.

رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢م في نص المادتين " ٧٥ ، ٨٠ "، إلى جانب محاصمة القضاة التي نظمها قانون المرافعات المدنية.

فالمادة " ٢٤٧ " من قانون الإجراءات المصري تعد ضمانا هامة للمتهم، فهي تحقق له حيادة سلطة الحكم في اتباعها الوسائل القانونية وصولاً إلى الحقيقة من الوقائع المعروضة أمامها دون أن يكون ذهن قاضي المحكمة مشحوناً بمعلومات سابقة أثناء توليه الاتهام أو التحقيق في قضية ما، وفي ذلك نضمن للمتهم مثوله أمام قاضيه الطبيعي فعلاً، لا قاضي متأثر بآراء ضده، وهذا ما يتضح من قولها بأنه يتمتع على القاضي أن يشترك في نظر الدعوى، إذا كان قد قام فيها بعمل مأمور الضبط القضائي أو بوظيفة النيابة العامة أو المدافع عن أحد الخصوم أو أدى فيها شهادة أو باشر عملاً من أعمال الخبرة، كما يتمتع عليه كذلك أن يشترك في الحكم إذا كان قد قام بعمل من أعمال التحقيق أو الإحالة أو أن يشترك في الحكم في الطعن إذا كان الحكم المطعون فيه صادراً عنه.

جاء قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي خلواً من تنظيم حالات تنحي القاضي أو القضاة أو ردهم بصورة واضحة، ولعلنا نتلمس ذلك في المادة (١٤٢) منه، تنص على أنه " يجوز نقل الدعوى من اختصاص محكمة جزائية إلى اختصاص محكمة جزائية أخرى درجتها نفسها بأمر من وزير العدل أو بقرار من محكمة التمييز أو محكمة الجزاء الكبرى ضمن منطقتها إذا اقتضت ذلك ظروف الأمن أو كان النقل يساعد على ظهور الحقيقة"، ومع ذلك فإن نصوصاً خاصة تضمنها قانون المرافعات المدنية العراقي قد نظمت كيفية وأسباب تنحي القاضي و القضاة و ردهم لعدم الصلاحية وعملاً بالمادة (١) منه باعتباره المرجع لقانون الإجراءات الجنائية وتطبيقاً للمادتين (٩١ , ٩٣) منه، فضلاً عن أن قانون السلطة القضائية، رقم ٢٦ لسنة ١٩٦٣م قد تعرض لموضوع محاصمة الحكام حين خروجهم عن تطبيق

نصوص القوانين والقيام بالواجبات المنوطة بهم عند إدارتهم للمحاكمة بالمواد (٨، ٢٩، ٥٣).^{٣٤٠} ومن هنا يأتي الفصل بين سلطي الاتهام والتحقيق وسلطة الحكم: ومن ضمانات حيده القاضي الطبيعي في الفصل بين سلطي الاتهام والتحقيق بين سلطة الحكم، وهذا ما يتجلى في المادة (١١) من القانون المصري مثلاً والتي تقرر أن لمحكمة الجنايات إقامة الدعوى ضد متهمين آخرين غير الذين أحيلوا إليها في الدعوى المنظورة أو ضد المتهمين المحالين إليها عن وقائع أخرى غير المنسوبة إليهم، وتحويل الدعوى إلى النيابة المختصة للتحقيق فيها، وعلى النيابة المختصة عند إحالتها الدعوى بعد انتهاء التحقيق أن تحيلها إلى محكمة أخرى، ولا يجوز أن يشترك في الحكم فيها أحد من المستشارين الذين قرروا إقامة الدعوى، وإذا كانت القضية المحالة مرتبطة بالدعوى الأصلية التي لم يتم الفصل فيها وجب إحالة القضية الأصلية والمحالة إلى محكمة أخرى، وتؤكد نص المادة (١٢) من القانون المذكور مظاهر الفصل بين السلطتين، إذ تقرر أن للدائرة الجنائية بمحكمة النقض عند نظر الموضوع بناء على الطعن في المرة الثانية حق إقامة الدعوى طبقاً لما هو مقرر بالمادة (١١) السابقة، وإذا طعن في الحكم الذي يصدر في الدعوى الجديدة للمرة الثانية فلا يجوز أن يشترك في نظرها أحد المستشارين الذين قرروا إقامتها، وقد أوضح تقرير لجنة القانون في مجلس الشيوخ المصري في تعليقها على المادة (١١) أثناء مناقشته لمشروع القانون الحالي في جلسة ١٩٤٨/٦/٢٤م، بأن إعطاء الحق لمحكمة الجنايات في إقامة الدعوى والحكم فيها بعد تحقيقها مباشرة بنفسها أو عن طريق من تنتدبه لذلك من مستشاريها حرماناً للمتهمين الأصليين في الدعوى فيما يتعلق بالتهمة الجديدة أو حرمان المتهمين الجدد من ضمان التحقيق الابتدائي بمعرفة قاضي التحقيق، كما أنه يؤدي إلى أن تجمع محكمة الجنايات في يدها بين سلطي الاتهام والحكم ويجعلها خصماً وحكماً، ولقد سكت القانون العراقي عن هذه الأحوال، ومع ذلك فللمادة (١٥٥/ب) تقرر بأن

٣٤٠ الكبيسي، عبد الستار سالم. المرجع السابق. ص ٦٢٣.

للمحكمة إذا ما تراءى لها، قبل الفصل في الدعوى، أن هناك أشخاصاً آخرين لهم صلة بالجريمة بصفتهم فاعلين أو شركاء ولم تتخذ الإجراءات ضدهم، أن تنظر الدعوى بالنسبة للمتهم المحال عليها وتطلب من سلطات التحقيق وبتخاذ الإجراءات القانونية ضد الأشخاص الآخرين، أو أن تقرر إعادة الدعوى برمتها إليها لا استكمال التحقيق فيها، ويبدو من مقارنة نصوص القانون المصري والعراقي قوة إظهار الأخير لمبدأ الفصل بين السلطتين سلطة الاتهام وسلطة التحقيق وبين سلطة الحكم، فهو لم يخول المحكمة حتى سلطة رفع الدعوى ضد المتهمين الآخرين أو عن الوقائع الأخرى ضد المتهم المطروحة قضيته أمامها كما فعل القانون المصري في المادتين (١١ و ١٢) منه، بل اكتفى بأن خول المحكمة الطلب إلى سلطات التحقيق اتخاذ كافة الإجراءات القانونية في مثل هذه الأحوال أو إذا شاءت أن تعيد القضية لاستكمال التحقيق فيها، وفي ذلك يكون القانون العراقي قد منع سلطة الحكم من تجاوز اختصاصها إلى اختصاص سلطة الاتهام والتحقيق.

وتحقيقاً لمبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق، وبين سلطة الحكم باعتباره ضماناً غير مباشرة للمتهم، نرى عدم السماح للمحكمة، في أحوال وقوع جنحة أو مخالفة في الجلسة، أن تحكم في الدعوى التي تقيمها على المتهم في الحال، إذ من المعروف أن هذا النوع من المحاكمات الفورية لا يستقيم ومبادئ العدالة التي تتطلب الحيادة في سلطة الحكم، وهذا ما لا يتوافر في هذه الحالة، فضلاً عن مخالفته للقواعد العامة المقررة في المحاكمة الجنائية التي تقتضي إعلان المتهم بالتهمة المنسوبة إليه كاملاً وتعيين موعد للمحاكمة وأن يكون واضحاً وما إلى ذلك من قواعد تمكن المتهم من استعداده للدفاع عن نفسه، كما أن هذا الشذوذ عن القواعد العامة ينطوي على مجافاة للواقع الذي لا يقر بأن يكون الخصوم هم

الحكم،^{٣٤١} وبالإضافة إلى ذلك، فإن القاضي الذي وقع عليه الاعتداء من قبل أشخاص، أو امتهنت هيئته أثناء أداء وظيفته يكون في وضع نفسي مثار يسيطر على عقله ووجدانه، فيحول دون الفصل بين شخصيته الوظيفية وبين شخصيته العادية،^{٣٤٢} مما يدفعه للانتقام بلا شعور منه وتحميل الألفاظ التي وقعت عليه غير ما تحويه من معان وتأويل الواقعة تأويلاً قد يكون مغايراً لو أنها لم تقع عليه، ولذلك فالأفضل ترك مهمة الفصل في الدعوى لغيره.^{٣٤٣}

الفرع الثاني: علانية المحاكمة

- مفهوم العلانية وأهميتها: علانية المحاكمة وأهميتها، أمام كل الجمهور ذات العلاقة، وهي كضمانة عامة لتحقيق المحاكمة العادلة، فهي الرقيب على عدالة الإجراءات القانونية أثناء المحاكمة، ويقصد بالعلانية هنا أن تتم إجراءات المحاكمة بحضور الجمهور فضلاً عن حضور الخصوم، وبذلك فإن نطاقها، خلافاً لعلنية التحقيق، يتجاوز الخصوم إلى كل من يرغب في حضور إجراءاتها، باستثناء المداولة للحكم، سواءً أكانت له مصلحة في حضورها أم لا، ويقصد بالجمهور (الأشخاص الآدميين أو المعنويين) أي ممثلي الصحف والإذاعة والتلفزيون الذين يمكنهم تغطية وقائع الجلسات، سواء ينشرها في الصحف أو نقلها عن طريق الإذاعة والتلفزيون، على أن العلانية لا تنتفي إذا لم يحضر إجراءات المحاكمة جمهور من الناس ما دامت أبواب المحكمة مفتوحة أمامهم، والفرصة متاحة لأي فرد لأن يدخلها، أو يتواجد أثناء مباشرتها لإجراءات أخرى، إذ المحكمة ليست ملزمة باستدعاء الجمهور لذلك.

٣٤١ بك، محمد فتحي. ١٩٤١. المحاكمات الفورية ونفسية القاضي المحني عليه في الجلسة. مجلة القانون والأقتصاد. العدد الأول. ص

.٩٩

٣٤٢ بك، محمد فتحي. المرجع السابق. ص ٩٩-١٠٠.

٣٤٣ بك، محمد فتحي. المرجع السابق. ص ١٠٠.

وفي سبيل تحقيق المحاكمة العادلة عن طريق العلانية يتجلى في التزام القاضي بأحكام القانون، والعمل بحيدة تنأى به عن الوقوع في مهاوي رذيلة التحيز والتأثر بمؤثرات تتعارض وأحكام القانون المختص ومقتضيات العدالة، مما يؤدي بالتالي إلى كفالة احترام حقوق المتهم موضوع دراستنا، ولهذا تعد العلنية من ضمانات الحرية الفردية التي تؤدي إلى تحقيق مصلحة المتهم عن طريق الإدلاء بدفاعه علناً أمام الحاضرين^{٣٤٤}، كما أنها تحول دون تعسف الدولة ضد خصوم من طرف الحكومة والسياسيين في حالة انعقاد المحاكمة وإصدار الأحكام سرّاً.^{٣٤٥}

العلانية في بعض القوانين العربية: تأخذ القوانين العربية، وفضلاً عن دساتيرها كما رأينا،^{٣٤٦} مبدأ علانية المحاكمة المتهمين، فالمادة " ٢٦٨ " من قانون الإجراءات المصرية تنص على أنه (يجب أن تكون الجلسة علنية، كما أن قانون السلطة القضائية لسنة ١٩٦٥م، قد أوجب في المادة (٢٣) منه بأن تكون الجلسات علنية، وبالمثل فإن قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي لسنة ١٩٧١م، قد أوجب في المادة (١٥٢) منه علنية جلسات المحاكمة، فضلاً عن إيجابها في قانون السلطة القضائية رقم ٢٦ لسنة ١٩٦٣م المادة (٦).^{٣٤٧}

- خصوم العلانية والرد عليهم: ومن أهمية العلانية كضمانة لتحقيق المحاكمة العادلة للمتهم أمام المحاكم، فإن البعض يرى لعلها قد تضرر به أحياناً، ويرون أنه وإن كان الأصل في المتهم براءته من التهم الموجهة له حتى ثبوت إدانته بحكم نهائي صادر عن محكمة مختصة، إلا أن وضعه في حالة الاتهام يبقى عالماً في أذهان الجمهور فضلاً عن المتهم، مما يؤدي بالآخرين إلى بناء علاقتهم معه على أساس من الشك الذي يساورهم في ثقتهم به حتى في حالة صدور حكم ببراءته، ويضيفون إلى ذلك بأن أموراً يجذب

٣٤٤ الكبيسي، عبد الستار سالم. المرجع السابق. ص ٢٢٦.

٣٤٥ الكبيسي، عبد الستار سالم. المرجع السابق. ص ٢٢٦.

٣٤٦ انظر المادة "١٧٧" من دستور جمهورية مصر. والمادة ٢٠. من دستور جمهورية العراق لسنة ١٩٧٠م. والمادة ١٦٥ من دستور الكويت.

٣٤٧ وكذلك المادة " ٢٤١ " من قانون الإجراءات الليبي. والمادة ١٩٠ من القانون الإجرائي السوري. والمادة ٢٠٩. من القانون السوداني.

المتهم نفسه عدم كشفها، إلا أن العلنية ربما تميظ اللثام عنها، إلا أننا لا نجد مررًا فيما ذهبوا إليه، إذ لا يضير المتهم وقوفه أمام المحكمة علنًا ليقول فيه القضاء كلمته، أما الادعاء بتعلق موقف الاتهام في ذهن المتهم والجمهور فإنه يتبدد بصدور حكم البراءة علنًا فضلًا عما تقرره المحكمة المختصة من نشر الحكم في الصحف أحيانًا،^{٣٤٨} كما نرى أن هذا التعليق يجب ألا يكون له وجود في مجتمع مؤمن بعدالة قضائية وحصانة أحكامه المبنية على تحقيق قضائي عادل ودقيق.^{٣٤٩}

- **إثبات العلنية:** تكون قواعد الإجراءات الجنائية إثبات العلنية في محاضر الجلسات المحكمة وفي الحكم^{٣٥٠}، على أن إغفال المحكمة عن إثبات ذلك لا يعيب إجراءاتها أو حكمها الصادر عيبًا موجبًا للبطلان، ما لم يثبت أن السرية كانت تحيط بتلك الإجراءات أو في الحكم،^{٣٥١} إذ إن الأصل في الإجراءات صحتها، وعلى من يدعى خلاف ذلك أن يقيم الدليل، ويمكن إقامة الدليل خلاف ما هو ثابت في المحاضر والحكم بطريق الطعن بالتزوير.^{٣٥٢}

- **حجب العلنية:** إذا كانت العلنية تهدف لتحقيق المحاكمة العادلة أثناء الحكم، فإنه وصولًا لهذا الهدف، قد يقتضي الأمر حجب العلنية كليًا أو جزئيًا من الجمهور في أحوال معينة يقررها القانون وجوبًا في بعضها، كما في حالة انعقاد جلسات محاكمة الأحداث ولسات إصدار الأوامر الجنائية، أو يترك تقدير ذلك للمحكمة آخذة في نظر الاعتبار مراعاة النظام العام والمحافظة على الآداب، أو للمحافظة على الأمن كما في صياغة النص القانوني العراقي، أو لمنع الإخلال بلسات المحاكمة واحترام القضاء، وبالمثل فإن المتهم يمكن إخراجه من قاعة المحكمة إذا ما بدر منه ما يعوق هيئة المحكمة من

٣٤٨ المرصفاوي، حسن صادق. ١٩٧٣. ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية. معهد البحوث والدراسات العربية. القاهرة. مصر. د ط. ص ١٠.

٣٤٩ المرصفاوي، حسن صادق. المرجع السابق. ص ١٠.

٣٥٠ سلامة، مأمون. المرجع السابق. ص ٥٧٥.

٣٥١ عبيد، رؤوف. المرجع السابق. ص ٥٢٥.

٣٥٢ المرصفاوي، حسن الصادق. المرجع السابق. ص ١٧.

الوصول إلى وجه الحق في الدعوى المطروحة عليها.^{٣٥٣} وقد اختلفت القوانين العربية في ذلك، فمنها ما وضعت قواعد خاصة بذلك، ومنها ما تأخذ بتطبيق القواعد العامة عند الإخلال بنظام جلسة المحكمة^{٣٥٤}، على أن إخراج بعض أفراد الجمهور أو المتهم من قاعة المحكمة لا يعني تحول إجراءات المحاكمة من العلنية إلى السرية، إذ لا تزال مباحة للآخرين، ومن الضمانات المقررة للمتهم في هذه الأحوال إبلاغه بما دار في الجلسة، ضماناً لحقوقه الدفاعية، وكذلك فإنه يجب ألا تستمر المحاكمة في إبقاء المتهم خارج القاعة إذا ما أبدى اعتذاره لها واقتنعت بزوال المبرر حسب المادة " ٢٧٠ من القانون المصري والمادة (١٥٨) من القانون العراقي وغير ذلك من القوانين الأخرى. وجدير بالذكر أن حجب العلنية يتحدد بإجراءات المحاكمة فعلاً ولا يسري على تلاوة أمر الإحالة أو قرار تقرير الاتهام أو سؤال المتهم عن البيانات الخاصة بشخصه، وذلك لكونها سابقة على التحقيق القضائي الذي تتقرر سرية، فهي إجراءات تمهيدية لا تمس موضوع الدعوى، كما أن السرية لا تسري على النطق بالحكم، إذ يجب أن يصدر علناً في كل الأحوال، والخلل في ذلك يكمن في أن علنية النطق بالحكم لا تؤثر في دواعي السرية، كما أن في ذلك أثراً واضحاً في تحقيق الردع الذي يبتغيه الشارع من العقوبة، فضلاً عن تدعيم الثقة في القضاء والاطمئنان إليه.^{٣٥٥}

٣٥٣ المرصفاوي، حسن الصادق. المرجع السابق. ص ٢٤.

٣٥٤ انظر المادة "٢٤٣" من القانون المصري. والمادة "١٤١" من القانون الأردني. والمادة "١٥٣" من القانون العراقي.

٣٥٥ الكبيسي، عبد الستار سالم. المرجع السابق. ص ٦٢٩.

- ضمانات حق العلانية وتعليل المحكمة لسرية المحاكمة: من الضمانات المقرر للمتهم أثناء المحاكمة، وحفاظاً لحق محاكمته علناً، أن تعلق المحكمة قرارها بجعل إجراءاتها سرية لتتمكن محكمة النقض من رقابة قانونية قرار محكمة الموضوع،^{٣٥٦} سواء أكانت السرية قد اتخذت تلقائياً أم بناء على طلب المتهم، وليتمكن الأخير من التظلم من القرار الذي قد تسبب في الإضرار به.

- ومن الضمانات الهامة أيضاً بقاء محامي المتهم أثناء الجلسات، وهي تعد الضمانة في المحاكمة العلنية، و الحفاظ على بقاء محاميه حاضراً جلسات المحاكمة ليتمكن من أداء الواجب المعهود إليه، فإذا ما بدر منه ما يخرجه عن حدود واجبات مهنته، أو عن احترام المحكمة، فإن يد القانون تمتد إليه لمؤاخذته عما ارتكبت يده، وذلك باتخاذ إجراءات خاصة ضده شريطة ألا تمس حق الدفاع، وهذا ما يفيد من تقرير لجنة الشيوخ بشأن قانون الإجراءات الجنائية الحالي، حيث جاء فيه "أن المحامي له مركز خاص يختلف عن مركز الجمهور في الجلسة وهو مركز المدافع عن أحد الخصوم في الدعوى، وقد يوقعه تحمسه من خلال أداء الواجب إلى أن تبدر منه أحياناً كلمة شديدة من غير قصد قد يفسرها القاضي تفسيراً بعيداً عن المعنى الذي يقصده المحامي، والحكم على المحامي وهو يؤدي واجبه يجعل مركز المحامي غاية في الدقة أمام الجمهور، ويمس كرامة مهنة المحاماة نفسها، وعدم الحكم على المحامي في الحال في الجلسة نفسها يجعل الميدان فسيحاً للتوفيق بينه وبين القاضي، وكثيراً ما انتهى التحقيق الذي تجرّبه النيابة المختصة بعد إحالة الأوراق إليها إلى التفاهم التام وإزالة كل أثر لسوء التفاهم بينهما.^{٣٥٧} وعليه نجد أن المادة (٢٤٥) من القانون المصري توجب في أحوال وقوع ما تراه من إخلال بالنظام العام أو ما يستدعي مؤاخذته جنائياً، أن يحرر رئيس الجلسة محضراً بما حدث أو تقرر إحالته من جديد إلى النيابة المختصة

^{٣٥٦} سلامة، مأمون. المرجع السابق. ص ٥٧٧.

^{٣٥٧} المرصفاوي، حسن الصادق. المرجع السابق. ص ٢٦.

لإجراء التحقيق معه في حالة وقوع ما يوجب مساءلته جنائياً، ولم يتعرض القانون العراقي لهذه

المسألة. ٣٥٨

الفرع الثالث: شفوية إجراءات المحاكمة

يعني مبدأ إجراءات المحاكمة وجوب ان تجري هذه الإجراءات شفويًا، أي أن شفوية إجراءات تكون على أساس يتركز في أن القاضي الجنائي لا يقف الموقف السلبي أمام طرفي الخصومة، بل عليه أن يبذل ما في وسعة من أجل التوصل إلى حقيقة الأمر من النشاط الجنائي " المادة (٢٩١) من القانون المصري والمادة (١٦٣) من القانون العراقي"، وهو في سبيل ذلك يحقق أي دليل سواء الذي يطرحه الخصوم أو غيره ما دام سبيله في ذلك مشروعًا وقانونيًا، كما أن القاضي الجنائي يصدر حكمه على أساس ما توصل إليه اقتناعه الواجدي نتيجة دراسته للأدلة المتجمعة لديه من تحقيقاته النهائية " المادة (٣٠٢) من القانون المصري، والمادة (٢١٣) من القانون العراقي، والمادة (١٣٤) من القانون التونسي، والمادة (١٧٥) من القانون السوري"، بعيدًا عما لم يطرح أمامه وبعيدًا عن معلوماته الشخصية. ٣٥٩ المقصود أيضًا بالشفوية أن تجري التحقيقات النهائية شفاهًا، وبحضور جميع الخصوم وأن تطرح الأدلة عليهم للمناقشة، ولهذا تعد ضمانات مهمة للمتهم حيث تحقق له الإلمام بالأدلة المقدمة ضده، وبالتالي تمكينه من إعداد دفاعه بأفضل صوره. وبهذا قد أقرت القوانين العربية هذه الضمانة العامة فهي مستفادة من نص المادة (٣٠٢) من قانون الإجراءات المصري والتي توجب على المحكمة إعادة تحقيق الواقعة في الجلسة وتساءل المتهم عن التهمة المنسوبة إليه، وتسمع أقواله بصددها.

٣٥٨ وخلافًا للقانون العراقي، فإن المادتان ١٤٥ من القانون الأردني و٢١٨ من القانون الليبي تقتربان في حكمهما من القانون المصري، كما أن المادة ٩٦ من قانون المحاماة المصري رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨م قد تعرضت إلى ذلك. وتأخذ المادة ٤٤ من قانون المحاماة السوري لسنة ١٩٥٢م بنفس الحل، فضلًا عن أنها أجازت للمحكمة بذلك دون أن تتخذ أي إجراء مقيد لحرية المحامي.

٣٥٩ الكبيسي، عبد الستار سالم. المرجع السابق. ص ٦٣١.

ولقد أقرت بعض المحاكم في مصر مثل محكمة النقض بأن اقتناع المحكمة بما هو مدون في محاضر التحقيق الابتدائي دون أن تتحقق من صحة الأدلة أمامها إنما هو اقتناع لا سند له من القانون مما يعيب الحكم ويوجب نقضه،^{٣٦٠} والحكمة هنا من إعادة التحقيقات تكمن في أن إجراءات المحاكمة تمكن المتهم بصورة خاصة من مراجعة الأدلة وتدارك ما يكون قد فات أمره على سلطة التحقيق الابتدائي أثناء التحقيق.^{٣٦١} وللأهمية من شفوية الإجراءات، فإن قضاء النقض المصري أقر وجوبية التحقيق النهائي كلما اتصل بوجه مهمة من أوجه إظهار الحق في الدعوى وكان لازماً للفصل فيها على الوجه الصحيح، فقد نصت محكمة النقض بوجوب سماع الشهود من جديد في مواجهة الخصوم بقدر الإمكان ولا يصح إغفال ذلك جملة بدون عذر مبرر وإلا بطلت المحاكمة،^{٣٦٢} كما وقضت ببطان إجراءات المحاكمة والحكم المؤسس على إقرار المتهم في محاضر التحقيق من غير سماعها لاعتزفه أمامها أثناء التحقيق،^{٣٦٣} وإن رفضت المحكمة تلبية طلب المتهم مع إصراره على حضور أحد شهود الإثبات الغائبين يوجب بطلان الحكم المؤسس على أقوال الشاهد المذكور،^{٣٦٤} وإن تمسك المتهم من أجل حضور شهود النفي يوجب تأجيل الدعوى لسماعهم وإلا فإن عدم تلبية طلبه يعد إخلالاً بالقضاء وحق الدفاع للمتهمين.^{٣٦٥}

- الاستثناءات من الشفوية: من خلال الشفوية والإجراءات الواجبة أمام المتهم والاستثناءات الواردة خلال ذلك نوجز أهمها فيما يأتي.

٣٦٠ محكمة النقض المصري بتاريخ ١٨ / ١١ / ١٩٦٨م. ١٩ رقم ١٩٨.

٣٦١ عبيد، رؤوف. المرجع السابق. ص ٥٢٦.

٣٦٢ محكمة نقض ١٠ / ١٢ / ١٠٩١، مجموعة أحكام النقض س ٣. رقم ١٠٠. ٢٦٣. س ٧ رقم ٣٣٩. ١٢٢٦.

٣٦٣ نقض ٣ / ٦ / ١٩٥٧م. مجموعة أحكام محكمة النقض. س ٨. رقم ١٥٩. ص ٥٧٩.

٣٦٤ نقض ٢٠ / ١ / ١٩٥٨م. مجموعة أحكام النقض. س ٩ رقم ١٠. ص ٤٨.

٣٦٥ نقض ١٧ / ٣ / ١٩٥٨م. مجموعة أحكام النقض. س ٩. رقم ٨٠. ص ٢٩١.

- ١- حالة تعذر سماع أقوال الشاهد لأي سبب من الأسباب كوفاته قبل المحاكمة أو سفره إلى خارج الجمهورية أو مرضه عقلياً، هذا ما أقرته المادة (٢٨٩) من القانون المصري والمادة (١٧٢) من القانون العراقي، وما جرى عليه القضاء المصري.^{٣٦٦}
- ٢- تعذر سماع أقوال الشاهد بسبب عدم تذكره لما أدلى به من وقائع أثناء التحقيق الابتدائي حسب المادة (٢٩٠) من القانون المصري، والمادة ١٧٠ من القانون العراقي).
- ٣- عند قبول المتهم أو محاميه الاستغناء عن سماع أقوال شاهد معين حسب (المادة ٢٨٩ من القانون المصري)، ويتوقف الاستغناء عن السماع المذكور على موافقة المحكمة وتحقيقها شفوية المرافعة بسماع شهود آخرين ما لم يكن الشاهد المذكور هو الدليل الوحيد، وخلل في تعليق الاستغناء عن سماع أقوال الشاهد على قبول المحكمة تكمن في أن شفوية المرافعة ليست مقررة لصالح المتهم فحسب، وإنما لحسن سير العدالة التي تنشدها المحكمة للصالح العام.^{٣٦٧}
- ٤- حالة اقتضاء القانون في أحوال معينة، كالمخالفات بوجه عام، اعتبار محضر جمع الاستدلال حجة بالنسبة للوقائع التي أثبتتها المأمور المختص فيه، ما لم يثبت خلافه (المادة ٣٠١ من القانون المصري، والمادتان ٢٢٠، ٢٢١ من القانون العراقي).
- ٥- حالة تعارض شهادتي الشاهد أمام سلطة التحقيق وأمام المحكمة مع بعضها (المادة ٢٩٠ من القانون المصري، والمادة ١٧٠ من القانون العراقي).
- ٦- وهناك حالة أخرى تغيب المتهم عن جلسة المحاكمة، ففي هذه الحالة يجوز الحكم بناء على إطلاع المحكمة على الأوراق (المادة ٢٣٨ من القانون المصري).

٣٦٦ نقض ٢٨/٥/١٩٥١م. مجموعة القواعد القانونية. ج ١. ١٠٤. ١٠٤. رقم ٩٠.

٣٦٧ سلامة. مأمون. المرجع السابق. ص ٥٨١-٥٨٢.

٧- حالة امتناع المتهم عن الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه أو إذا كانت أقواله في الجلسة مخالفة لما في

محاضر التحقيق أو جمع الاستدلال حسب (المادة ١٨٠ من القانون العراقي).^{٣٦٨}

٨- حالة اعتراف المتهم واكتفاء المحكمة به، حيث ينتفي المبرر لسماع الشهود، (المادة ٢٧١ من القانون

المصري، والمواد ١٨١/د، ٢١٣/ج، ٢١٧/أ من القانون العراقي).

٩- حالة عرض الدعوى أمام المحكمة الاستئنافية، فالأخيرة لا تلزم بإجراء التحقيق النهائي إلا إذا

وجدت لذلك مبرراً كاستكمال النقص أو لتدارك الإخلال بحق الدفاع الذي وقع في محكمة أول درجة،

وأيضاً بعض إجراءات التحقيق الابتدائي التي لا تخضع لمبدأ شفوية إجراءات المحاكمة والمعيار في ذلك

هو المحكمة التي من أجلها تقررت قاعدة الشفوية وما إذا كان الإجراء يدخل في أحاسيس ضمير

القاضي، وعلى ذلك فالإجراءات الاحتياطية والتي لا تهدف إلى تحقيق حكمه إقرار قاعدة الشفوية

المتجلية في كشف حقيقة الواقعة المطروحة أمام المحكمة، كما أن إجراء انتقال المحكمة للمعينة لا يقصد

منه سوى نقل صورة حية ودقيقة من محل الحادث، فلا تخضع لقاعدة الشفوية، وبالمثل التفتيش والأدلة

الكتابية.^{٣٦٩}

الفرع الرابع: تدوين إجراءات المحاكمة، واقتضاء القوانين للتدوين

واجب القوانين العربية تدوين جميع إجراءات المحاكمة لتضفي عليها حجيتها في مواجهة الكافة،

فالمادة (٢٧٦) من القانون المصري، تقضي بضرورة حضور كاتب الجلسة المختصة لتحرير محضر التحقيق

بما يجري في كل جلسة من جلسات المحاكمة، كما أن المادة (٢٠٣/أ)، من القانون العراقي تنص على أنه

" تجري المحاكمة بسماع شهادة المشتكي أو تدوين ملخص ذلك كله في المحضر، وبعد ذلك نذهب إلى

^{٣٦٨} الكبيسي، عبد الستار سالم. المرجع السابق. ص ٦٣٤.

^{٣٦٩} المرصفاوي، حسن الصادق. المرجع السابق. ص ٦٦-٦٩.

أهمية التدوين بعد إجراءات قوانين التدوين تتجلى أهمية التدوين بالنسبة للمتهم ومحاميه في أن مجريات جلسات المحاكمة المدونة تيسر لهما الرجوع إليها لإعداد الدفاع على أفضل وجه وبنائه على وقائع ثابتة لا يمكن إنكار صحتها إلا بالطعن فيها بالتزوير، ولهذا فإن على المحكمة تدوين إجراءات المحاكمة والتوقيع على محاضر الجلسات من قبل رئيس جلسة المحكمة والكاتب ليكون حجة على وقوعها، و إلا أمكن المنازعة بعدم وقوع أي منهما، ولكن عدم إثبات بعض إجراءاتها الشكلية بالمحضر لا يفيد الضرورة عدم وقوعها.^{٣٧٠} ومع ذلك فإننا لا نتفق وقضاء النقض بأن خلو محضر الجلسة من إثبات دفاع للمتهم لا يعيب الحكم،^{٣٧١} إذ إن في ذلك مصادرة لحقه في الدفاع الذي هو على جانب كبير من الأهمية في إجراءات المحاكمة، ولا يجوز التعويل فقط على طلب يقدمه المتهم يشير فيه إلى تلك المخالفة، كما أنه إذا كانت محكمة الموضوع تستند في حكمها على الأوراق ومن بينها دفاع المتهم، فكيف نبرر صحة الحكم المنظور أمامه الصادر عنها عندما لا تستند إليه ومناقشته في حيثيات الحكم، أما فما يتعلق بالمادة (٣٠) من قانون النقض رقم (٥٧) لسنة ١٩٥٩م تنص على أن الأصل اعتبار الإجراءات قد روعيت أثناء الدعوى لا يمكن التذرع بها في الأحوال كلها وإلقاء الحبل على غاربه لمحكمة الموضوع فتتمادى في إغفالها وعدم تدوين إجراء هام أثناء المحاكمة، ملقياً باللوم والعبء على ذي العلاقة لإثبات مخالفة الأصل وإهماله، وإن القول بهذا سيؤدي إلى تسرب الإساءات، والتي إذا ما تركنا أمر التنبيه عنها إلى المتهم فلربما يفلت الكثير منها، لا سيما وأن قضاء النقض لا يسمح بإثارة مثل هذه الطعون أمامه،^{٣٧٢} فتهدر للمتهم حقوقاً مهمة كما أنه إذا كان محضر الجلسة والحكم يكمل أحدهما الآخر، فهذا مجاله الإجراءات الشكلية، أما أدلة الدعوى وأقوال الخصوم، فلا بد من أن يكون لها أصل ثابت بالأوراق، ولهذا لا يصح

٣٧٠ نقض ٥/٢٢/١٩٤٤م. ١٢/٣/١٩٥١م. مجموعة القواعد القانونية ج ١. ١٠٠. رقمي ٥٧ و ٥٩.

٣٧١ نقض ٢/٢٧/١٩٦٢م. مجموعة الأحكام. س ١٨. رقم ٥٦.

٣٧٢ نقض ١/٢٠/١٩٦٤م. مجموعة أحكام النقض. س ١٥ رقم ١٣. ص ٦٣.

الاستناد على أقوال ليست ثابتة في المحضر، ومنها في دفاع المتهم، في إصدار الحكم، وعليه لا يجوز إغفال عدالة المحكمة لأقوال لها أهميتها في تدوين حكمها بسبب عدم تدوينها في محضر التحقيق أو في محضر المحاكمة.

الفرع الخامس: تسبيب الحكم أو الأحكام

أولاً: اقتضاء القوانين للتسبيب، وللتسبيب الحكم أو في الأحكام بعد المحاكمة توجب القوانين العربية أن يتضمن الحكم أسباب بنائه" كالمادة (٣١٠) من القانون المصري، والمادة (٢٢٤) من القانون العراقي على سبيل المثال".

ثانياً: أهمية التسبيب: تسبيب الحكم أو الأحكام له أهميته في تدعيم الثقة في القضاء من ناحية، ولتيسير الرقابة على الأحكام من ناحية أخرى،^{٣٧٣} فالتزمام القاضي بإعداد مقدماته تيسر للجهة الرقابية الوصول إلى ما إذا كانت نتائج المحاكمة والحكم منطقية وقانونية بالنسبة لتلك المقدمات، كما أن الحكم على صحة النتيجة لا يمكن بلوغه إلا بمعرفة الأسانيد الواقعية والحجج القانونية التي هيأت للقاضي وصوله إليها، ومما لا شك فيه أن في ذكر الأسباب المحاكمة ما يصون المتهم من الحكم بالإدانة غير السليم، إذ تمكنه من الطعن فيه إذا ما تراءى له ولحاميه أنها أسباب غير واقعية وبراهين غير قانونية. ولهذا فإنه يجب أن يشمل الحكم بالإدانة على بيان الواقعة الموجبة للعقوبة والظروف التي وقعت فيها،^{٣٧٤} وأن يشار فيه إلى النص القانوني الذي استند إليه في إصدار حكمه وأن يتحقق انطباق النص عليه، كما أنه يجب صياغة الدعوى بما فيها الأدلة الثبوتية والردود على طلبات ودفع المتهم أمام المحكمة التي يتأثر الحكم

٣٧٣ سلامة، مأمون. المرجع السابق. ص ٧١١.

٣٧٤ الكبيسي، عبد الستار سالم. المرجع السابق. ٦٣٦.

بنتائج الفصل فيها، وأن تكون هذه الصياغة واضحة ومقبولة عقلاً وموضوعاً، بعيداً عن كل غموض وإبهام وأن تكون الأدلة متساندة مع بعضها وفق القانون المعمول به في المحكمة المختصة.

المطلب الثاني: الضمانات الدستورية للمتهم في مواجهة السلطة القضائية

يعد مبدأ المحاكمة في نظر أي متهم حدثاً مختلفاً، فيجد نفسه مجبراً إلى بحث في مسالك نظام العدالة الجنائية، وبالتالي فهو بحاجة لحماية حقوقه الأساسية التي كفلتها له المواثيق الدولية والداستير والتشريعات، وحتى يتمتع المتهم بالضمانات الكافية واللازمة لمحاكمة عادلة يجب أن تطرح هذه المحاكمة أمام محكمة مشكلة مسبقاً ومحددة اختصاصاتها وفقاً للأشكال القانونية والنظام القضائي المعتمد، تقيدها الاستقلالية ويحكمها الحياد والتزام القاضي بعدم الميل إلى أي جانب من الخصوم التزاماً بمبادئ حقوق الإنسان المكرسة قانونياً دستورياً، فما يتعلق بحق المتهم في محاكمته أمام القاضي الطبيعي وحقه في الدفاع.

الفرع الأول: حق المتهم في محاكمته أمام قاضيه الطبيعي

من خلال الإلمام بهذه الضمانة المهمة يجب التطرق إلى تعريف القاضي الطبيعي وأساس هذا

المبدأ كما يلي:

أ - تعريف القاضي الطبيعي: يقول الفقهاء إن مبدأ القضاء الطبيعي بأنه محاكمة الفرد أو المتهم أمام محكمة عادية مشكلة سلفاً بموجب دستور الدولة وقوانينها والتي لها الولاية العامة في جميع الجرائم وكيانها المستقل عن السلطات المنوطة بالعمل العام، لمحاكمة كافة الأفراد أو المتهمين في المجتمع في جميع الجرائم والمنازعات وليس لنظر دعوى معينة أو فترة زمنية محدودة، كما يرى بعضهم الآخر بأنه من حق جميع أطراف الدعوى الجنائية أن يحاكموا أمام القاضي المختص بهذه المحاكمة وقت ارتكاب الجرم أو أمام قاض

آخر ينتمي إلى النظام القضائي نفس بحيث تتوافر الضمانات التي يكرسها الدستور والقانون،^{٣٧٥} من هنا يعود الاختلاف الفقهي حول تحديد ماهية القاضي الطبيعي إلى عدم عناية الدساتير بتفصيل المبادئ الأساسية التي تقوم عليها السلطة القضائية، وهو الاتجاه الحديث للدساتير المقارنة، برغم ما أورده من شعارات عن استقلال القضاء وحصانته، وعدم تحديد ولاية المحاكم ولا كيفية حل التنازع بينهما، وكذلك عدم النص على الضمانات الخاصة بتشكيل المحاكم، وهذا ما أدى إلى ضرورة إنشاء المحاكم الخاصة والمحاكم الاستثنائية،^{٣٧٦} وقد تمحورت معظم الآراء التي تكلم عليها الفقهاء في تعريف القاضي الطبيعي حول اتجاهين يقوم كل منهما على محور معين وأساس محدد.

الاتجاه الأول: القائم على فكرة النص القانوني: عندما كان القانون هو المختص الأول بإضفاء صفة القضاء الطبيعي على أية محكمة أو هيئة، فإن الهدف من تحديد مفهوم القاضي المختص هو ما يقرره القانون، وبناء على ذلك يعرف أنصار هذا الاتجاه القاضي المختص بأنه: هو من يعينه القانون وذلك بالنص عليه، ومن ثم ينتهي إلى كل ما يقرره القانون" من أنماط ويعهد إليه بالفصل في المنازعات القضائية" يدخل في عداد القضاء الطبيعي، ولقد تعددت الآراء داخل هذا الاتجاه نفسه، وبرغم اختلافها في التفاصيل إلا أن النتيجة التي انتهت إليها واحدة، وهي أن القاضي الطبيعي يتحدد بمقتضى النص القانوني، فذهب رأي إلى أن القاضي المختص هو من يحدده القانون للفصل في خصومة معينة، ولا يؤثر في ذلك كونه من القضاة المتخصصين أو من غيرهم؛ لأن من حق المشرع أن يضفي صفة القاضي الطبيعي على القضاة غير المتخصصين، طالما توافرت لهم الحصانات والضمانات المقررة للقضاة

٣٧٥ البوعينين، على فضل. ٢٠٠٦. ضمانات المتهم في مرحلة المحاكمة. القاهرة. مصر. دار النهضة العربية. د. ط. ص ١٢٠.

٣٧٦ مصطفى، محمود محمود. المرجع السابق. ص ٦٧.

المتخصصين، تطبيقاً لنص الدستور الخاص بإسهام الشعب في إقامة العدالة،^{٣٧٧} في حين يرى فريق آخر إلى أن القاضي الطبيعي هو كل من يعينه القانون لكي يفصل في خصومة معينة أو قضية معينة، على أساس أن المستفاد من نصوص الدستور، أن تعبير القاضي الطبيعي لا يعني المحاكم القضائية فقط، بل يمتد ليشمل أية جهة يعهد إليها القانون سلطة الفصل في الخصومات القضائية، طالما أن هذه الجهة قد حددها القانون سلفاً، وبناء عليه فالقاضي الطبيعي ليس بالضرورة هو القاضي العادي أو المحاكم القضائية التي تنظر النزاعات بين المتقاضين، بل هو من يحدده القانون سلفاً للفصل في خصومة معينة، بينما ذهب رأي ثالث إلى أن القضاء الطبيعي هو كل محكمة منشأة بقانون يحدد اختصاصها وكذلك الإجراءات التي تتبع أمامها سلفاً أي قبل وقوع النزاع لكي تعمل بصفة دائمة على نظر كل ما يقع من منازعات تدخل في اختصاصها.^{٣٧٨} يمكن أن نستخلص من هذا الرأي أنه يشترط لإضفاء صفة القضاء الطبيعي أن تجمع ثلاثة مبادئ مع بعضها وهي:

- ١- أن تؤسس المحكمة بقانون.
- ٢- أن يكون تأسيس المحكمة قبل طرح الدعوى.
- ٣- ألا تؤسس المحكمة مؤقتاً، وإنما لكي تعمل بصفة دائمة، وينتهي هذا الرأي إلى أن المحاكم الخاصة إذا توافرت فيها هذه العناصر تدخل في عداد القضاء الطبيعي.

الاتجاه الثاني: القائم على إلزامية تحقق مقومات وضمانات لإضفاء الصفة الطبيعية: يذهب معظم الفقهاء إلى أن تحقق مفهوم القاضي الطبيعي لا يكون بمجرد النص عليه في القانون فقط، كما ذهب أنصار الاتجاه الأول، بل يجب أن تتوافر له كافة الضمانات التي يقرها الدستور والقانون، ومن ثم يتحدد

^{٣٧٧} حسين، سليم محمد سليم. ٢٠٠٩. حق المتهم في المحاكمة أمام قاضيه الطبيعي. دار النهضة العربية. القاهرة. د. ط. ص ٢٧.

^{٣٧٨} عمر، محمد عبد الخالق. ١٩٨٧. قانون المرافعات. دار النهضة العربية. د. ط. ص ٤٥.

مفهوم القاضي الطبيعي وفقا لهذا الاتجاه بالنص عليه قانونا بالإضافة إلى تحقيق مقومات وضمانات لازمة لإضفاء الصفة الطبيعية عليه.^{٣٧٩} وبالرغم من تعدد الآراء التي تنتمي إلى هذا الاتجاه، إلا أنها جميعها تعبر عن فكرة واحدة تستند إلى أساس واحد برغم الاختلاف في التفاصيل، وذلك على النحو الآتي: إذ يذهب البعض إلى أن القاضي العادي أو الطبيعي هو من يتمتع بالولاية العامة ويخوله القانون سلطة الفصل في جميع الدعاوي الناشئة عن أفعال مكونة لجريمة من الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات أيا كان شخص مرتكبها، والذي يعينه القانون سلفا ويتم اختياره وفقا لأحكام قانون السلطة القضائية، ويتمتع بكافة الضمانات الدستورية والقانونية والتي تكفل له تأدية عمله باستقلالية وحيدة.^{٣٨٠} وذهب رأي آخر إلى أن المعيار في تحقق مفهوم القاضي هو أن يجرى تحديده وفق قواعد قانونية مجردة في وقت سابق على نشوء الدعوى، وأن تتوافر فيه الضمانات التي قررها الدستور والقانون، وفي مقدمتها أن يكون من الأخصائيين في العمل القضائي المتفرغين له، ويتمتع بالاستقلال وعدم القابلية للعزل، وأن تتحقق فيه متطلبات الحيدة وأن يكفل لأطراف الدعوى جميعا كافة حقوق الدفاع وضماناته كاملة، بينما ذهب رأي إلى أن القاضي الطبيعي هو من يتم تحديده في وقت سابق على نشوء الدعوى، والذي يعين وفقا لأحكام قانون السلطة القضائية ويتحصن بعدم القابلية للعزل ويتمتع بالاستقلال ويطبق قواعد قانون الإجراءات الجنائية، في حين ذهب رأي رابع إلى أن القاضي الطبيعي هو من يعين وفقا لأحكام قانون السلطة القضائية ويتمتع بالاستقلال ويتحصن بعدم القابلية للعزل ويطبق قواعد قانون الإجراءات الجنائية على إجراءات الدعوى بدون استثناء، أي أن يجاز الطعن في قراراته وأحكامه بالطرق المقررة في هذا القانون،^{٣٨١} ويتضح بعد عرض هذه الآراء أنها لا تختلف فيما بينها حول تعريف

٣٧٩ جودة، صلاح سالم. ١٩٩٧. القاضي الطبيعي. دار النهضة العربية. القاهرة. د. ط. ص ٧.

٣٨٠ ثروت، جلال. ٢٠٠٠. نظم الإجراءات الجنائية. مطبعة السعدني. الإسكندرية. د. ط. ص ٢٧٣.

٣٨١ حسين، سليم محمد سليم. المرجع السابق. ص ٣٢.

القاضي الطبيعي، ولكنها تتفاوت في تفاصيل العناصر والشروط التي تقوم عليها الفكرة، وبرغم ذلك فإنها في مجملها تسعى إلى تعريف القاضي الطبيعي من خلال بيان المقومات اللازمة لتحقيق ذلك الوصف وكذلك الضمانات التي تصونه وتضمن فاعليته.

وفي ضوء ما سبق يمكن تعريف القاضي الطبيعي بأنه كل قضاء ينشأ ويحدد اختصاصه بقانون في وقت سابق على نشوء الدعوى وفق معايير موضوعية مجردة وبصفة دائمة، ومشكل من قضاة مهنيين يتوافر لهم العلم بالقانون والدراية بأحكامه، وتحقق فيهم كافة الشروط والضمانات القانونية، وعلى الأخص الاستقلال المحصن بعدم القابلية للعزل، ويطبق القانون العادي على إجراءات وموضوع الدعوى وتكفل أمامه كافة حقوق الدفاع وضمانيته كاملة، وكذلك الطعن في أحكامه بالطرق المقررة قانوناً.

ويأتي هذا التعريف من منطلق أن القاضي الطبيعي حق من حقوق الإنسان وليس مجرد فكرة قانونية أو ضمانات قضائية غايته تحقيق المحاكمة العادلة كما ذهب البعض، لذلك فهو لا يقتصر على قضاء بعينه بل يشمل سائر أنواع القضاء الجنائي والمدني والتجاري، كما أنه غير قاصر على الوطنيين، بل يشمل من دون ذلك بحيث ركزت على أهم المقومات التي يقوم عليها القاضي الطبيعي، من حيث ضوابط إنشائه والشروط والضمانات الواجب توافرها للقاضي والحقوق والضمانات التي يتعين كفالتها لأطراف الدعوى، والربط بين تحقق هذا المفهوم وتطبيق القانون العادي والعسكري على إجراءات الدعوى وموضوعها شرط أساسي لتحقيق هذا المفهوم، كذلك الطعن في أحكامه وفق القواعد العامة المقررة قانوناً.^{٣٨٢}

٣٨٢ حسين، سليم محمد سليم. المرجع السابق. ص ٣٥.

المطلب الثالث: أساس مبدأ القاضي الطبيعي

يتنازع الحق في المحاكمة أمام القاضي الطبيعي اتجاهان: الأول يعد المحاكمة أمام القاضي الطبيعي يجد أساسه في المساواة أمام القضاء، والآخر يعد المحاكمة أمام القاضي الطبيعي مبدأ قائما بذاته ومتميزا عن مبدأ المساواة وذلك لصراحة النص عليه في صلب الدستور، ومن هنا سوف نتحدث عن هذين الاتجاهين وذلك على النحو الآتي:

الاتجاه الأول: اتجاه القانون الفرنسي: ويمثل هذا الاتجاه القانون الفرنسي حيث يعد الفقه والقضاء أن الحق في المحاكمة أمام القاضي الطبيعي والذي نصت عليه المادتان (١٧/١٦) من قانون ٢٤/١٦ أغسطس ١٧٩٠م، هو نتيجة لمبدأ المساواة أمام القضاء والذي يدخل ضمن مبدأ المساواة أمام القانون المنصوص عليه في المادة الثانية من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في ٢٤ أغسطس لسنة ١٧٨٩م والذي أكدته الدستور الحالي لسنة ١٩٥٨م في ديباجته، ولقد عد المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر في ٢٣ يوليو ١٩٧٥م "قضية القاضي الوحيد" إن الحق من القاضي الطبيعي ينبع من مبدأ المساواة أمام القضاء، والذي ينبع من المبدأ الأكثر عمومية والقابل للتطبيق على كل قاعدة قانونية وهو المساواة أمام القانون و الدستور.^{٣٨٣} ولقد ذهب فريق آخر من الفقه الفرنسي إلى تبرير اعتبار المساواة أمام القضاء كأساس للحق في المحاكمة أمام القاضي الطبيعي بثلاثة دوافع رئيسة هي:

أولا: القيمة التاريخية لمبدأ المساواة في القانون الفرنسي: بما أن هذا المبدأ في المساواة، أحد أهم مكتسبات القانون الوضعي في مرحلة ما بعد الثورة الفرنسية، والذي على ضوءه سن قانون الوظيفة العامة، والتعيين عن طريق المسابقة، كما أضفى أيضا المشروعية على الدور المركزي للدولة بما يؤكد

Renoux Thierry, le droit Au juge naturel, droit fundamental, revue droit civil, Paris. NRI, ٣٨٣
1993, p 3.

الشرعية ويضمن وحدة القانون والقضاء، بالمقابل كان النظام الفرنسي القديم والسائد قبل الثورة الفرنسية يعمل على تكريس عدم المساواة، والتمييز والتفاوت بين الطبقات، حيث ساد عدم المساواة في الحقوق فكان المواطن يتفاوت حظه بحسب ما إذا كان ينتمي إلى عامة الشعب أو النبلاء أو رجال الدين، وكذلك المتهم يختلف حظه حسب الضوابط نفسها ويختلف نظام محاكمته والإجراءات المتبعة وفقاً لوضعه وانتمائه لطبقة من الطبقات، فإذا كان من رجال الدين يحاكم أمام المحاكم الإقطاعية، وعندما جاءت الثورة الفرنسية ألغت هذا التمييز وجاءت بمبدأ المساواة وجعلته من المبادئ الدستورية وهو ما يفسر لنا مدى الولوج الفرنسي بمبدأ المساواة، ومن ثم فالمساواة في الحقوق والمساواة أمام القانون تفترض المساواة أمام القضاء المنوط به تطبيق القانون والذي كان من نتائجه اختفاء الامتيازات القضائية وتقرير مبدأ القاضي الطبيعي.^{٣٨٤}

ثانياً: عدم النص عنه في الدستور الفرنسي الحالي: صممت إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩م، من قبل الأمم المتحدة، وكذلك دستور ١٩٥٨م تجاه القضاء الطبيعي، إذ لا يوجد نص صريح في الدستور الفرنسي الحالي يخصص الحق في القاضي الطبيعي، وبالرغم من أن المادة (١٦) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩م والتي تقرر الفصل بين السلطات، وكذلك ضمان حقوق المتهم لم تعط أي بيان بخصوص السلطة القضائية، إلا أن الفقه يستند إلى نص المادة (١٦) سالف الذكر في إبراز دور القاضي خاصة وإن هذا النص مستوحى من مذهب القانون الطبيعي، وذلك بمقولة "أن القاضي لا يعاني الغياب الكامل في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة ١٧٨٩م لأن الأمر لا يتعلق بإنشاء حق وإنما بإعلان حقوق موجودة من قبل، ومن ثم لا يخلق القانون حقاً؛ لأنه موجود من

Renoux Thierry, le droit Au juge naturel, droit fundamental, revue droit civil, Paris. NRI, ٣٨٤
1993, p 36.

قبل بل يقوم فقط بنقله وعرضه من القانون الطبيعي إلى القاضي الطبيعي المكلف؛ بضمان احترام هذا

الحق وهو ما تقرر عن طريق القانون.^{٣٨٥}

ثالثاً: ارتباط الحق من القاضي الطبيعي بمبدأ المساواة: وهو التصور القضائي لمبدأ المساواة أمام القانون

بشكل واسع ليشمل القوانين الموضوعية والقوانين الإجرائية، وهو حق مقرر لكافة المتقاضين من وطنيين

وأجانب، بالنظر إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩ " المادة (٢) ودستور سنة

١٩٥٨ (المادة ٣)، وهو ما يعني مساواة المتقاضين في الالتجاء إلى القضاء والمساواة في المعاملة أمام المحاكم

والتي هي غاية القاضي الطبيعي في ذلك.^{٣٨٦}

رابعاً: اتجاه القوانين الوضعية في المحاكمة: حيث يعد الحق في المحاكمة أمام القاضي الطبيعي مبدأ متميزاً

وقائماً بذاته ويستند إلى النصوص الدستورية مباشرة، ففي الدستور الإيطالي الصادر لسنة ١٩٤٧ م تنص

المادة (٢٥) على أنه " لا يجوز أن يحرم شخص من القاضي الطبيعي الذي يعينه القانون"، والجدير

بالذكر أن الحق في القاضي الطبيعي قد نال اهتمام الفقه الإيطالي خاصة وأن الدستور لم يطلق يد المشرع

العادي في تحديد مفهوم القاضي الطبيعي، بل تصدى لبيان هذا المفهوم بأن وضع الضوابط التي يتعين

على المشرع الالتزام بها وهو بصدد ممارسته لوظيفته التشريعية، وذلك عند تحديد ماهية القاضي الطبيعي

وبيان مفهومه، حيث نصت المادة (١٠٢) على أنه " يباشر الوظيفة القضائية قضاة عاديون يختارون

وفقاً للوائح التنظيم القضائي التي تنظم نشاطهم، ولا يجوز أن يعين قضاة استثنائيون أو خاصون..."

ومن ثم يكون المشرع الدستوري الإيطالي قد حظر المساس بحق المتهم في المحاكمة أمام القاضي الطبيعي.

.Renoux Thierry ٣٨٥

.Renoux Thierry ٣٨٦

المبحث الثالث: الضمانات الدستورية الخاصة للمتهم في مرحلة المحاكمة

العديد من الضمانات التي كفلتها المواثيق الدولية والديساتير والقوانين المحلية المتعارف عليه للمتهم بصفة خاصة في مرحلة المحاكمة وهي لصيقة بذات المتهم تضمن له محاكمة عادلة وقانونية، وتتجسد أهم هذه الضمانات في أعمال مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي يعد من الركائز الأساسية التي تقوم عليها القوانين العقابية في التشريعات الجنائية، وتطبيق مبدأ الأصل في المتهم البراءة وما يترتب عليه من نتائج متعلقة بعبء الإثبات وتفسير الشك لصالح المتهم، وحظر القياس، وكذا بناء الأحكام الجزائية على الجرم واليقين، وسنتناول في ذلك ضماناً هاماً من الضمانات الخاصة والأساسية للمتهم وهو حق الدفاع الذي تم إقراره دولياً ودستورياً وتشريعياً، وركائزه التي يقوم عليها. ومن هنا سنتناول ضمانات حق المتهم في محاكمة عادلة والتي لم يقرها المشرع دستورياً، لكن تطرق لها سواء صراحة أو ضمناً في قانون الإجراءات الجزائية، وذلك من خلال تطرقنا لحق المتهم في عدم محاكمته مرتين وحق المتهم في محاكمة سريعة وفي مبدأ المواجهة، عن طريق إحاطته بالتهمة المنسوبة إليه، كما تناولنا حق المتهم في حمايته من تعسف القاضي في تقدير أدلة الإثبات، وفي تقدير العقوبة المسلطة عليه، وتطرقنا إلى حقه في الطعن في الحكم الصادر ضده، وعليه تم تقسيم هذا المبحث وفق المطالب الآتية:

المطلب الأول: الضمانات الدستورية للمتهم أثناء المحاكمة

لما كانت ضمانات المتهم في مرحلة ما قبل المحاكمة قد احتلت المركز المهم في الديساتير، فهذا لا يعني أن مركز المتهم وحمايته أثناء المحاكمة لم يحظا بالعناية الدستورية اللازمة. في الواقع، لا يمكن إنكار أهمية المرحلة الأولى بالنسبة للمتهم، إذ فيها تتجسد القضية المثارة ضده ويدفع بها إلى المحكمة إكمالاً لسير الخصومة الجنائية، ومع ذلك فالمحاكمة تؤدي دوراً مهماً في تحديد حالة المتهم ومستقبله في حكم

يصدر عن المحكمة سواء بالبراءة أو الإدانة: وستتناول هذا المطلب من خلال ثلاث فقرات، الأولى مبدأ الشرعية الجنائية، وماهية الشرعية الجنائية، الأساس الدستوري لمبدأ الشرعية، والثالث النتائج المترتبة على مبدأ الشرعية.

الفرع الأول: مبدأ الشرعية الجنائية

لأهمية مرحلة المحاكمة فإن معظم الدساتير في العالم تبادر إلى إرساء مبدأ الشرعية الجنائية أو شرعية الجرائم والعقوبات من الركائز الأساسية التي تقوم عليها القوانين العقابية في التشريعات الجنائية الحديثة، سواء كانت الإجراءات الجنائية المدنية أو العسكرية، وتجسد في عبارة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون ولا عقوبة إلا بحكم قضائي)، ويرمي هذا المبدأ إلى وجوب قيام المشرع بتحديد النموذج القانوني لكل جريمة مما يحدد عقوبتها، وبالتالي يعمل على حماية الإنسان من خطر التجريم والعقاب بغير نص قانوني، ورجعية القانون وكذا تحميه من القياس في التجريم والعقاب، لذا فهو يشكل حماية للحرية الفردية من تعسف القاضي.

فموجب المادة (٢٦) من دستور بعض الدول من بينهم دستور أفغانستان لا يعد أي فعل جريمة إلا بموجب قانون يكون نافذاً قبل ارتكابه،^{٣٨٧} ويقرر الدستور البلجيكي لسنة ١٨٣١م في مادته التاسعة بأنه " لا يجوز تقرير عقوبة أو تطبيقها إلا بموجب قانون"، وتنص المادة (١٦٠) من دستور الاتحاد

٣٨٧ أنظر كذلك المادة ٣٩ من دستور اليابان. ١٣٥ من دستور ألمانيا الديمقراطية. و ٢٥ من دستور إيطاليا. ٢/١٠٣ من دستور ألمانيا الاتحادية. ٣٠ من دستور تشيكوسلوفاكيا. ودياجة دستور مدغشقر الفقرة الثالثة. والمادة ٤٢ من دستور الصومال. ٢/١/٢٠ من دستور الهند. ٥٠ و٤٩ من دستور يوغوسلافيا. ١٧ من دستور ليبيا السابق. ١٠/١٠ من دستور سوريا سنة ١٩٥٠م. ٦٦ من دستور مصر. و ٢٠ من دستور العراق سنة ١٩٦٤م. والمادة ٣٢ من دستور الكويت. ٨ من دستور لبنان. ٣٣ من دستور تركيا.

السوفياتي الحالي أنه " لا تجوز إدانة أحد في اعتراف جريمة ولا يجوز إنزال العقوبة الجنائية به إلا بحكم محكمة وبموجب القانون"، ولا يجوز تطبيق عقوبة أشد من العقوبة النافذة أثناء ارتكابه.^{٣٨٨}

الفرع الثاني: مفهوم الشرعية الجنائية بوجه عام

الشرعية الجنائية في اللغة مصدرها شرع، وشرع الدين: سنه وبينه، وفي القرآن الكريم: ((شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا))^{٣٨٩} وشرع الأمر جعله مسنوناً، والشرع ما شرعه الله تعالى، والشرعية هي المبادئ التي يتعين مراعاتها، في كل الأفعال والأقوال.^{٣٩٠} والشرعية الإسلامية قد أقرت مبدأ العدالة الجنائية، وجعلت منه ركيزة أساسية لقيام الدولة واستمرارها، فقد أثبتت من خلال النص على مبدأ الشرعية، لما يوفره من حماية شرعية للفرد وما يحسه بتكريس هذا المبدأ من أمن وضمأن للحد من تحكم السلطة وتعسفها في توقيع العقاب على أفعال كانت مباحة،^{٣٩١} لذا فقد كرسّت الشرعية الإسلامية مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وطبقته تطبيقاً دقيقاً في جرائم الحدود والقصاص، تتضمن الحفاظ على حقوق الأشخاص وحرّياتهم، فمنحت لولي الأمر حق التشريع وأوجبت عليه أن يكون ذلك متفقاً مع أصولها العامة، وأحكامها الكلية،^{٣٩٢} لا يختلف معنى الشرعية في اللغة عن مقصدها لدى فقهاء القانون، إذ

٣٨٨ يأخذ دستور إيرلندا بمبدأ عدم رجعية الجزاء الجنائي. وذلك بالأعلى بأن فعلاً يكون جريمة بعد أن يكون قد ارتكب (المادة ٤٣ من دستور سنة ١٩٢٢م) أما المادة ٥/١٥ من دستورها الحالي فتقرر بعدم جواز إعلان الهيئة التشريعية عن أعمال تكون خرقاً للقانون أو التي لم تكن كذلك عند تاريخ ارتكابها.

٣٨٩ القرآن. الشورى. ١١. ٤٢.

٣٩٠ مجمع اللغة العربية، ٢٠٠١. المعجم الوسيط. طبعة إدارة إحياء التراث الإسلامي. قطر. د. ط. ص ٤٧٩.

٣٩١ البيهقي، البكري محمد إسماعيل. ١٩٨٢م. وسائل الشرعية الإسلامية لتحقيق العدالة للمتهم. الندوة العلمية الأولى الخاصة بالمتهم وحقوقه في الشرعية الإسلامية، طبعة المركز العربي للدراسات الأجنبية والتدريب. الرياض.

٣٩٢ الشاري، توفيق. ١٩٨٧. سيادة الشرعية الإسلامية في مصر. القاهرة. الزهراء للإعلام العربي. د. ط. ص ١٤.

يقصد بها تلك المبادئ التي تكفل احترام حقوق الإنسان وإقامة التوازن بينها وبين المصلحة العامة والتي

يتعين على الدولة عند ممارسة وظائفها التقيد بها.^{٣٩٣}

المؤتمر الدولي لرجال القانون المنعقد في نيودلهي سنة ١٩٥٩م، إلى أن مبدأ الشرعية هذا، اصطلاح يرمز إلى المثل والخبرة القانونية العلمية التي تعارف عليها جميع رجال القانون في جزء كبير من العالم، وأن هذا المبدأ، يقوم على ركنين: الركن الأول، أنه مهما كان فحوى القانون فإن كل سلطة في الدولة هي نتاج القانون وتعمل وفقا للقانون، والركن الآخر: افتراض أن القانون نفسه يعتمد على مبدأ أساسي هو احترام حقوق الإنسان، ومن نتائج هذا المؤتمر هو التوصل إلى تعريف لمبدأ الشرعية وهو " ذلك الذي يعبر عن القواعد والنظم والإجراءات الأساسية لحماية الفرد في مواجهة السلطة، ولتمكينه من التمتع بكرامته الإنسانية،"^{٣٩٤} كما يعني من جهة أخرى أن كل جريمة قابلة للمساءلة عنها استقلالاً عن أية إرادة أخرى عن إرادة سلطة التحقيق، يتعين لزوماً تحريك إجراءات التحقيق فيها والمحكمة عليها متى كانت متوافرة فيها الأدلة الكافية لإدانة موقوفها.^{٣٩٥} ويختلف مضمون هذا المبدأ من دولة إلى أخرى وذلك بالنظر إلى اختلاف نظامها السياسي والاقتصادي، كما يختلف مدى احترامه بقدر سلامة التطبيق واحترام الدولة للقانون.^{٣٩٦}

^{٣٩٣} سرور، أحمد فتحي. المرجع السابق. ص ٢٠.

^{٣٩٤} عبد البصير، عصام عفيفي حسين. ٢٠٠٣. تجزئة القاعدة الجنائية. دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقهاء الجنائي الإسلامي. القاهرة. دار النهضة العربية. ط ١. ص ١٦٩.

^{٣٩٥} عبد الفتاح، محمود سمير. ٢٠٠٣. النيابة العمومية وسلطاتها في إنهاء الدعوى الجنائية بدون محاكمة. الإسكندرية. المكتب الجامعي الحديث. ط ١. ص ١٢٨.

^{٣٩٦} عبد البصير، عصام عفيفي حسين. المرجع السابق. ص ١٦٩.

الفرع الثالث: الأساس الدستوري لمبدأ الشرعية

إن من اختصاص المشرع بوضع الجرائم والعقوبات ليس مطلقاً، إذ يجب أن تكون هناك رقابة على تصرفاته في هذا المجال، وألا تترك سلطته في التجريم والعقاب دون قيد، وهذا يعني عدم جواز تجاوز أحكام القانون الدستوري،^{٣٩٧} ذلك أن الشرعية الدستورية تكفل وضع المبادئ التي تتعلق بالحقوق والحريات، والتي تدخل في دائرة اهتمام قانون العقوبات في أداء وظيفته الجزائية حماية لهذه الحقوق^{٣٩٨}، والشرعية الدستورية تؤثر في قانون العقوبات من خلال ثلاثة محاور أساسية هي:

أ- بما أن القانون الدستوري يعد عاملاً أساسياً في تحديد شرعية الجرائم والعقوبات، فهو يحدد أداة التجريم من خلال مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وما يترتب عليه من ضرورة توافر صفات خاصة في نصوص التجريم والعقاب.^{٣٩٩}

ب- كما أن القانون الدستوري يعد عاملاً في توجيه قانون العقوبات، حيث يسهم الدستور من خلال الحقوق والحريات التي يكفلها، والمقومات الأساسية للمجتمع التي يضعها، في تحديد محل الحماية الجنائية.^{٤٠٠}

ج- ويسهم الدستور أيضاً في تحديد نطاق قانون العقوبات من حيث تحديد بعض الجرائم، وكذلك في العفو عن العقوبة أو تخفيفها، حيث يجيز ذلك لرئيس الجمهورية، أما العفو الشامل فلا يكون إلا بقانون.^{٤٠١}

^{٣٩٧} صدقي عبد الرحيم، المرجع السابق. ص ١١٩.

^{٣٩٨} حسني، محمود نجيب. ١٩٩٦. الدستور والقانون الجنائي. دار النهضة العربية. القاهرة. مصر. د. ط. ص ٠٠٣.

^{٣٩٩} سرور، أحمد فتحي. المرجع السابق. ص ٣٧٦.

^{٤٠٠} الدسوقي، إبراهيم. المرجع السابق. ص ١٦١.

^{٤٠١} شرون، حسينة. ٢٠٠٥. العفو العام وأثاره القانونية في التشريع الجزائري. مجلة المنتدى القانوني. العدد الأول. جامعة بسكرة. الجزائر.

د. ط. ص ٣١.

وشرعية الجرائم والعقوبات ما هي إلا حلقة من حلقات الشرعية الجنائية التي يخضع لها القانون الجنائي، فهي لا تكفي وحدها لحماية حرية الإنسان إذا أمكن القبض عليه أو حبسه أو اتخاذ الإجراءات اللازمة لمحاكمته مع افتراض إدانته، فكل إجراء يتخذ ضد الإنسان دون افتراض براءته سوف يؤدي إلى تحميله عبء إثبات براءته من الجريمة المنسوبة إليه، فإذا عجز عن إثبات هذه البراءة عد مسؤولاً عن جريمة لم تصدر منه، ويؤدي هذا الوضع إلى قصور الحماية التي تكفلها قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون)، طالما كان من الممكن المساس بجريمة المتهم من غير طريق القانون، أو كان من الممكن إسناد الجرائم للناس، ولو لم يثبت ارتكابهم لها عن طريق افتراض إدانتهم،^{٤٠٢} وحتى يتم ضمان الحرية الشخصية، كان لا بد من استكمال حلقات الشرعية الجنائية، بلحقة ثانية تحكم تنظيم الإجراءات التي تتخذ في مواجهة المتهم، وتسمي هذه الحلقة بالشرعية الإجرائية. هنا المشرع الجزائري أكد على احترام المبدأ والعمل بمقتضاه من خلال النصوص الدستورية ونصوص قانون العقوبات أيضاً: فالتعديل الدستوري ٩٦ كرس هذا المبدأ في عدة نصوص وهي المادة (٤٦): " لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم"، المادة ٤٧: " لا يتابع أحد، ولا يوقف أو يحتجز إلا في الحالات المحددة، بالقانون، وطبقاً للأشكال التي نص عليها"، (١٤٠): " أسس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة"، المادة (١٤٢): " تخضع العقوبات الجزائية إلى مبادئ الشرعية والشخصية". أما في فرنسا فقد سطرت الثورة الفرنسية- التي قامت عام ١٧٨٩م- هذا المبدأ كواحد من أهم المبادئ التي تضمنها إعلان حقوق الإنسان والمواطن الذي صدرته عام ١٧٨٩م فنصت المادة الثامنة منه على أنه: " لا يمكن أن يعاقب أحد إلا بناء على قانون يصدر سابقاً على ارتكاب الجريمة"، ونص الدستور الفرنسي الصادر في ١٨٩٣ في المادة (١٤) هذا المبدأ.

٤٠٢ سرور، أحمد فتحي. المرجع السابق. ص ١٢٨.

وبالنسبة للدستور المصري فقد عني بالنص على سيادة القانون وبأنها أساس الحكم في الدولة وذلك في المادة (٦٤) منه وأكد صراحة على هذا المبدأ في المادة (٦٦) منه، يمكن القول هنا بأن مبدأ الشرعية يتمتع بقيمة دستورية، بل ويعد من مقومات الشرعية الدستورية، وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر مضمون هذا المبدأ وأعلنت قيمته الدستورية في العديد من أحكامها،^{٤٠٣} وهو ما انتهجه المشرع الجزائري عند نصه على المبدأ في العديد من مواد الدستور كما رأينا سابقاً، وبالتالي يمكن القول بأنه ارتفع بالمبدأ من مبدأ قانوني إلى مطاف المبادئ الدستورية التي تتمتع بجملة من الضمانات الدستورية.^{٤٠٤} بالرجوع إلى المشرع الفرنسي، وبالرغم من عدم النص على هذا المبدأ في الدستور الفرنسي القديم، إلا أن الفقه الجنائي أكد على قيمته الدستورية استناداً إلى أنه جزء لا يتجزأ من القانون العام العربي في فرنسا.

كما أنه يعد قانوناً أسمى من التشريع ولا يمكن المساس به، وخلص العميد دي. جي إلى النتيجة نفسها اعتماداً على أن إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩م أكد قيمته الدستورية مع كل المبادئ المترتبة عليه،^{٤٠٥} ليأتي بعد ذلك دستور ١٩٥٨م وقبله دستور ١٩٤٦م، ليؤكد بصفة رسمية في ديباجة كل منهما بأن إعلان ١٧٨٩م يحتل مكاناً رفيعاً في قمة البناء القانوني الفرنسي، ويأخذ موقع القلب من الكتلة الدستورية التي تحتوي على الحقوق والحريات التي تتمتع بالقيم الدستورية، وقد أكد المجلس الدستوري هذا المعنى في حكمه الصادر في ١٦ يوليو ١٩٧١م، كما أنه مارس رقابته الدستورية

٤٠٣ الحكم الصادر في ٢٢/٠٢/١٩٣٧م. وفي القضية رقم ٤٨. دستورية عليا في ٠٩/٠٥/١٩٨١م. القضية رقم ٥. مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٢. ص ٤٥.

٤٠٤ سليمان، عبد الله. شرح قانون العقوبات. القسم العام "الجريمة" الجزء ١. دار الهدى. الجزائر. د. ط. ص ٧٧.

٤٠٥. Dugite, T raita de droit Constitutionnel, Tome 2, Paris, 1928, p 998.

السابقة لمراقبة مدى مطابقة التشريع لهذا المبدأ الدستوري،^{٤٠٦} والاعتراف بقيمة دستورية لمبدأ الشرعية يعني أن تقييد السلطة التشريعية ذاتها بهذا المبدأ، وهو ما يترتب نتائج مهمة لعل أبرزها أنه لا يجوز للسلطة التشريعية أن تصدر تشريعاً يخالف أحكام الدستور.^{٤٠٧}

١- مضمون الشرعية الجنائية: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" مما يعكس الظن بأن مبدأ الشرعية يتعلق بالقانون الجنائي الموضوعي وحده دون القانون الجنائي الإجرائي، بيد أن القانون الجنائي بمختلف فروعته يخضع لمبدأ الشرعية، فهذا القانون ينص على الفعل الجرمي منذ تجريمه والمعاقبة على القيام به إلى غاية متابعة المتهم به، وفقاً للإجراءات اللازمة، لتقرير مدى سلطة الدولة في معاقبته حتى تنفيذ العقوبة المحكوم بها عليه، وفي كل هذه المراحل يضع القانون الجنائي النصوص التي تمس حرية الإنسان سواء عن طريق التجريم والعقاب أم عن طريق الإجراءات التي تتخذ ضده أو حتى إجراءات تنفيذ العقوبة عليه.^{٤٠٨}

أ- الشرعية الجنائية الموضوعية: يقصد هنا بالشرعية الجنائية الموضوعية عدم إمكانية توجيه الاتهام لأي شخص بسبب ارتكابه أي فعل إلا بناء على قانون صادر سابقاً لاتخاذ أي إجراءات ضده قانوناً، وهذا ضمان لحيته، وحماية له من أي تعسف، وبالتالي فإنه لا تحديد للإجراءات الجنائية إلا بقانون يكفل الضمانات للحرية الشخصية تحت إشراف القضاء.^{٤٠٩} كرس قانون العقوبات الجزائري مثلاً، الصادر بموجب الأمر ٦٦ / ١٥٦ المؤرخ في ١٨ صفر ١٣٨٦ الموافق ٠٨ يونيو ١٩٦٦م المعدل والمتمم لهذا المبدأ في المادة الأولى منه بعبارة " لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون"، لذا فمبدأ قانونية الجريمة

٤٠٦ الشاعر، رمزي. ٢٠٠١. قضاء التعويض. القاهرة. مطبعة جامعة عين شمس. د. ط. ص ١٧.

٤٠٧ أبو عامر، محمد زكي. ٢٠٠٢. القسم العام من قانون العقوبات. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. د. ط. ص ١٥٠.

٤٠٨ الصغير، جميل عبد الباقي. ١٩٩٤. الشرعية الجنائية. دراسة تاريخية وفلسفية. القاهرة. دار النهضة العربية. د. ط. ص ٦.

٤٠٩ كشاكش، كريم يوسف أحمد. ١٩٨٧. الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة. اطروحة دكتوراه. الإسكندرية. منشأة المعارف.

د. ط. ص ٤٣٧.

والعقوبة المنصوص عليه في قانون العقوبات الجزائري لا يقوم بغير نص قانوني، وبالتالي لا يعد الفعل جريمة ما لم يوجد نص ينهي عنه أو يأمر به في القوانين العقابية.^{٤١٠}

وتعد كل قاعدة قانونية مكتوبة صادرة عن السلطة المختصة بذلك نصا تشريعيا، وبالتالي لا يمكن اعتبار النص التشريعي الصادر عن السلطة التشريعية وحده نصا تشريعيا، بل يكفي أن يكون النص صادرا عن السلطة المختصة بذلك، كالسلطة التنفيذية التي يجوز لها استثناءا تشريع نصوص فحواها التجريم والعقاب، والتي يطلق عليها "القوانين واللوائح" ولكن يشترط فيها أن يكون النص التشريعي كاملا بحيث يجب أن يتضمن الفعل غير المشروع والعقوبة الواجبة التطبيق عليه،^{٤١١} وهو ما نستشفه لدى المشرع المصري، بحيث ظهرت الحلقة الأولى من الشرعية الجنائية ممثلة في قاعدة " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون"، لكي تحمي الإنسان من خطر التجريم والعقاب بغير الأداة التشريعية المعبرة عن إرادة الشعب وهي القانون، ولكي تجعله محميا من رجعية القانون، ومن خطر القياس في التجريم والعقاب، وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن حكم نص المادة (٦٦) من الدستور المصري، بشأن مبدأ " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون"، ما هو إلا تأكيد لما جرى عليه العمل من قيام المشرع بإسناد الاختصاص إلى السلطة التنفيذية، بإصدار قرارات ولوائح تحدد بها بعض جوانب التجريم والعقاب، وذلك لاعتبارات تقدرها السلطة التنفيذية بهذا الاختصاص، فإن عمله لا يعد من فيل اللوائح التفويضية المنصوص عليها في المادة (١٠٨) من الدستور المصري، ولا يندرج كذلك تحت اللوائح

٤١٠ جمال الدين، عبد الأحد. ١٩٧٤. الشرعية الجنائية. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية. القاهرة. العدد الثاني. د. ط. ص ٤٧٠.

٤١١ جمال الدين عبد الأحد. المرجع السابق. ص ٤٧٤.

التنفيذية التي نظمها المادة (١٤٤) من الدستور، وإنما مرد الأمر في تقرير هذا الاختصاص إلى نص المادة

(٦٦) من الدستور والتي تنطوي على تفويض بالتشريع يتناول بعض جوانب التجريم والعقاب.^{٤١٢}

ومن هنا يؤكد الفقه والقضاء على وجوب ضمان احترام مبدأ الشرعية الجنائية، بحيث ألا تتنازل

السلطة التشريعية إلا بقدر محدود عن سلطتها الأصلية في إصدار التشريعات الجنائية، كما يترتب على

ذلك بالضرورة ألا يعد العرف أو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مصدرا للتجريم.^{٤١٣}

ب- الشرعية الجنائية الإجرائية: تعد الشرعية الجنائية الإجرائية هي امتداد طبيعي لشرعية الجرائم

والعقوبات، بل هي أكثر خطورة منها وأعلى مرتبة؛ لأنها تعد الإطار الخارجي الذي لا يمكن تطبيق

القاعدة الموضوعية تطبيقا سليما إلا عن طريقه.^{٤١٤} أنه يبدو أن مبدأ الشرعية الجنائية لا تندرج ضمنه

القوانين الجنائية، بسبب الطبيعة الخاصة التي تتميز بها، لكون الهدف الأساس للقواعد الإجرائية تتمثل في

تحقيق العدالة الجنائية للمتهم، وتحقيق التوازن بين الحقوق المقررة له وبين مصلحة المجتمع في مراحل المتابعة

الجنائية كافة، هذا إضافة إلى أن قواعد الإجراءات الجنائية تقوم كذلك بتنظيم المحاكم الجنائية على

اختلاف درجاتها.^{٤١٥}

٤١٢ حكم الدستورية العليا في ٧ مارس ١٩٩٢. الدعوى رقم ٤٣. الجريدة الرسمية. العدد ١٤. ٧ أبريل ١٩٩٢.

٤١٣ مصطفى، السعيد. ١٩٦٢. الأحكام العامة في قانون العقوبات. ط ١. ص ٨٤.

٤١٤ الصغير، جميل عبد الباقي. المرجع السابق. ص ٧.

٤١٥ عمارة، عبد الحميد. ١٩٩٨. ضمانات المتهم أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي في الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري. دراسة

مقارنة. الجزائر. دار المحمدية. د. ط. ص ١٧٨-١٧٩.

مما سبق يتضح لنا أن الشرعية الإجرائية تقوم على عناصر ثلاثة، تتجسد في العنصر الأول:
الأصل في المتهم البراءة، بحيث لا يجوز تقييد حريته إلا في إطار من الضمانات الدستورية اللازمة
لحمايتها، واستنادا إلى نص في قانون الإجراءات الجنائية، فإذا كان قانون العقوبات يقوم على " لا جريمة
ولا عقوبة إلا بنص" فإن قانون الإجراءات الجنائية يقوم كذلك على: " لا إجراء إلا بنص" وهذا هو
العنصر الثاني من عناصر الشرعية الإجرائية، وبالنسبة للعنصر الثالث، فيتجسد في إلزامية إشراف القضاء
على جميع الإجراءات باعتباره الحارس الطبيعي للحقوق والحريات.^{٤١٦} بالنسبة للمشرع، فيما يتعلق
بشرعية الإجراءات فهناك العديد من النصوص القانونية التي تكلمت عن الحريات الشخصية، فوجد أن
المواد من (٤٥) إلى (٤٩) ومن ثم المواد (١٣٨، ١٤٢، ١٤٠، ١٤٧) تتكلم عن الحريات المتعلقة
بالشرعية الإجرائية، وبها أكمل الدستور حلقة الشرعية الجنائية.

وفي هذا الصدد أن القانون وحده من يقوم بتنظيم الحريات، ويعد نص المادة (٤٧) من الدستور
النص الذي اعتمد الشرعية الإجرائية، بحيث أكد تأكيذا دقيقا وضيقا على إطار الشرعية ونطاقها، لذا
صار حكمها أكثر من شرعية الجرائم والعقوبات التي تم النص عليها دستورا وقانونا، فبإجراء مقارنة بين
نصوص المواد (٤٧) المتعلقة بالشرعية الإجرائية، والمادة (٤٦) المتعلقة بشرعية الجرائم، والمادة (١٤٢)
المتعلقة بشرعية العقوبات، نلاحظ هنا أن الأولى تناولت الشرعية الإجرائية، وحصرت مصدرها في
القانون، الذي هو من اختصاص السلطة التشريعية، أما المواد (٤٦ و ١٤٢) فتناولت شرعية الجرائم
والعقوبات واستلزمت خضوع التجريم والعقاب لمبدأ الشرعية، وبالتالي فإن السلطة التنفيذية لا تملك عن
عن طريق اللوائح أن تستحدث إجراءات جنائية، أو أن تجر أي تعديل على التشريع الساري العمل به،

٤١٦ سرور، أحمد فتحي. المرجع السابق. ص ٥٥٣.

وكل تنظيم لائحي يصدر في هذا الشأن يجب أن يكون في نطاق القواعد التشريعية للحريات، دون

المساس بها أو الانتقاص منها، واللائحة تلتزم باحترام المبادئ العامة للقانون فضلا عن الدستور.^{٤١٧}

ج- **الشرعية الجنائية المتعلقة بالعقوبة:** العقوبة جزاء يوقع باسم المجتمع على الشخص تنفيذاً لحكم

قضائي على من تثبت مسئوليته عن الجريمة، والعقوبة وهي الذي يخرق حرمة قانون من القوانين الجزائية

التي تسنها الدولة، وبعد أن يكون قد أذره المجتمع بصورة صريحة بما سيناله إذا اقترف الجريمة، وحرمان

المحكوم عليه من حق من حقوقه، كحقه في الحياة أو الحرية أو في مباشرة نشاطه السياسي، وما إلى

ذلك، وأيا كان أسلوب العقاب فإنه يهدف إلى مكافحة الجريمة، وهي غاية تقررت لصالح الجماعة، بذكر

العقوبة التي يتضمنها القانون،^{٤١٨} وتتجلى أبرز مظاهر القواعد الموضوعية للمحاكمة الجنائية الواردة في

الدستور التونسي في شأن النظرية العامة للعقوبة في خضوع العقوبات إلى مبادئ الشرعية والشخصية

حسب نص المادة (١٤٢) من التعديل دستوري سنة ١٩٩٦.

أولاً: مبدأ شرعية العقوبة: يقصد بشرعية العقوبة استنادها إلى قانون يقرها، فكما أنه لا جريمة إلا بناء

على نص في القانون، يضيفي على الفعل صفة عدم المشروعية، فإنه لا يجوز توقيع عقوبة ما لم تكن مقررة

نوعاً، ومقداراً بنص قانوني كأثر لارتكاب الجريمة، وهذا ما يعرف في القانون الجنائي الحديث بمبدأ

الشرعية الجنائية أو شرعية الجرائم والعقوبات، ويعني مبدأ الشرعية الجنائية في شقه المتعلق بالعقاب حصر

الاختصاص بتقرير العقوبات في السلطة التشريعية، وتحديد دور القاضي في مجرد تطبيق العقوبة التي ينص

عليها القانون على من ارتكب الجريمة في الحدود التي يسمح بها القانون،^{٤١٩} وهذا المبدأ له قيمة دستورية

في معظم الدول، بحيث تفرد الدساتير نصوصاً خاصة تقرره. ففي الدستور المصري نصت المادة (٦٦)

٤١٧ jacqueRobert, *Libertes, publique*, paris: Montchrestien,1982, pp 103-111.

٤١٨ حومد، عبد الوهاب. ١٩٩٠. *المفصل في شرح قانون العقوبات*. القسم العام. المطبعة الجديدة. دمشق. سوريا. د. ط. ص ٧٣٧.

٤١٩ الشاذلي، فتوح عبد الله. ٢٠٠١. *شرح قانون العقوبات النظرية العامة للجريمة*. دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية. د. ط.

منه على أنه (العقوبة شخصية ولا جرمية ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون)، ولهذا المبدأ قيمة دستورية في فرنسا، وهذا ما أكده المجلس الدستوري الفرنسي في العديد من أحكامه، واستند في ذلك إلى نص المادة الثامنة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩م، الذي يعد جزءاً من الدستور الفرنسي،^{٤٢٠} أما بالنسبة للدستور الجزائري فقد نصت المادة (١٤٢) منه على وجوب خضوع العقوبات الجزائية إلى مبدأ الشرعية، فلا عقوبة بغير قانون، ويحدد المشرع العقوبة ويجعلها متراوحة بين أدنى وأقصى، ويترك للقاضي حرية التقدير والنطق بالعقوبة بين هذين الحدين فلا تتجاوز الحد الأقصى ولا تنزل عن الحد الأدنى إلا ما استثناه القانون كما في حالة التشديد أو التخفيف من العقوبة،^{٤٢١} ويترتب على إقرار مبدأ شرعية العقوبات ضرورة التسليم من نتائج هامة تتفرع عنه وهي:

أ- عدم جواز تطبيق نص التجريم والعقاب بأثر رجعي، إلا إذا كان ذلك في صالح المتهم.
ب- ضرورة تفسير قواعد التجريم والعقاب تفسيراً ضيقاً، فليس للقاضي أن يتوسع في تفسير نصوص التجريم والعقاب ليجرم فعلاً لم ينص المشرع على تجريمه، أو ليوقع على فعل مجرم عقوبة غير مقررة في القانون، ويتفرع عن هذه النتيجة حظر القياس في مجال التجريم والعقاب؛ لأن إجازة القياس في هذا المجال معناه جواز تجريم فعل والعقاب عليه بدون نص قياساً على فعل آخر منصوص على تجريمه والعقاب عليه لاتحاد العلة في الحالتين.

ج- اختصاص السلطة التشريعية بتقرير العقوبات، ويعني ذلك أنه لا يجوز للسلطة التنفيذية بحسب الأصل أن تقر جرائم وعقوبات غير المنصوص عليها في القانون، كما أن مهمة القاضي تنحصر في

٤٢٠ كامل، شريف سيد. ١٩٩٨. تعليق على قانون العقوبات الفرنسي الجديد القسم العام. القاهرة. دار النهضة العربية. ط ١. ص ٤٠.

٤٢١ بوسقيعة، أحسن. ٢٠٠٣م. الوجيز في القانون الجزائري العام. الجزائر. دار هومة. د ط. ص ١٩٧.

تطبيق النصوص القانونية المقررة للعقوبات على من اتهم بجريمة معينة، وتحديد العقوبة الملائمة في الحدود التي يعترف له القانون بالسلطة التقديرية.

د- ضرورة تحديد العقوبات من حيث نوعها ومقدارها، ويختص المشرع بهذا التحديد ويترك للقاضي اختيار العقوبة بين حديها الأدنى والأقصى.^{٤٢٢}

ثانياً: مبدأ شخصية العقوبة: تقرر معظم الدساتير ضرورة وجوب صدور العقوبة من جهة قضائية مختصة، وشخصية العقوبة تعني أن العقوبة يجب أن تصيب المجرم وحده دون سواه؛ لأنه لا نيابة في العقوبات كما يقال، وبالتالي يقتضي أذاها على الشخص المسؤول عن الجريمة فاعلاً كان أو شريكاً، فلا يتجاوز إلى غيره مهما كانت صلة هذا الغير به.

ومبدأ شخصية العقوبة يعد من المبادئ الأساسية التي لا تقبل استثناء في النظام القانوني الجنائي الحديث، فالقوانين الحديثة لا تعترف بالمسؤولية الجنائية عن فعل الغير وبعض الحالات التي يبدو من ظاهرها أن المشرع يقرر مسؤولية شخص عن فعل غيره ليست كذلك في حقيقتها؛ لأن القانون يجعل الشخص مسؤولاً على أساس أن الفعل الذي وقع من الغير ما كان يمكن أن يقع، لو أن المسؤول عن رقبته لم يقصر في الرقابة على نحو يجعل الخطأ الشخصي متحققاً في جانبه، ويكون أساس مساءلته عند ارتكاب المشمول برقبته لفعل يجرمه القانون هو الخطأ الشخصي وليس المسؤولية عن فعل الغير،^{٤٢٣} وورد النص على هذا المبدأ في طرحه الفقرة الأولى من المادة (٦٦) من الدستور المصري بقولها " العقوبة الشخصية".

^{٤٢٢} الشاذلي، فتوح عبد الله. ١٩٩٧. شرح قانون العقوبات. القسم العام. المسؤولية والجزاء. القاهرة. دار المطبوعات الجامعية. د. ط. ص

.٢٢٨

^{٤٢٣} الشاذلي، فتوح عبد الله. المرجع السابق. ص ٢٢٢.

ثالثاً: مبدأ المساواة: نقصد بالمساواة بين المواطنين كافة أمام القوانين في تحمل العقوبات، وهذه الصفة للعقوبات تعني أن الشخص المائل أمام القضاء يجب أن يجرّد من كل اعتبار إلا اعتبار جرمته التي تفرض على أساسها العقوبة،^{٤٢٤} وتكون العقوبة مقررة لجميع الناس بغير تفرّيق بينهم تبعاً لمراكزهم الاجتماعية، وهذا هو مفهوم المساواة القانونية التي تحرص الدساتير على تأكيده، ومنها الدستور الجزائري في نص المادة ١٤٠ منه، "أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة، الكل سواسية أمام القضاء وهو في متناول الجميع ويجسده احترام القانون" لكن هذه المساواة ليس معناها أن يحكم القاضي بعقوبة واحدة على جميع من يرتكبون جريمة من نوع معين، فالقاضي له سلطة تقديرية، تخوله أن يحدّد لكل مجرم القدر من العقوبة الذي يتناسب مع ظروفه وفقاً للحدود التي يقرها القانون، وليس في ذلك خروج على قاعدة المساواة في العقوبة طالما كانت العقوبات مقررة لجميع الناس على السواء مهما اختلفت مراكزهم الاجتماعية.^{٤٢٥} ولكن يرى الباحث أن ما نلمسه في واقعنا القضائي مخالف لهذا المبدأ؛ لأن العقوبة أصبحت تخضع لشخصية القاضي وليس لسلطته التقديرية التي قررها القانون، فنجد متهمين بالظروف الشخصية نفسها يعاقبون بعقوبات متفاوتة من حيث المدة المحكوم بها تفاوتاً ملحوظاً، وهذا راجع لطبيعة وشخصية كل قاضي.

رابعاً: العفو الشامل: ينص العفو الشامل في المادة (١٤٩) من الدستور المصري، وفي المادة (١٢٢) من الدستور الجزائري التي تنص: (يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية: قواعد قانون العقوبات، والإجراءات الجزائية، لا سيما تحديد الجنايات والجنح، والعقوبات المختلفة، المطابقة لها، والعفو الشامل). كما ورد النص في المادة (٧٧) على أنه: "يضطلع رئيس الدولة

٤٢٤ حومد، عبد الوهاب. المرجع السابق. ص ٧٦٦.

٤٢٥ الشاذلي، فتوح عبد الله. المرجع السابق. ص ٢٣٥.

بالإضافة إلى السلطات التي تخولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور بالسلطات والصلاحيات الآتية، له حق إصدار العفو وحق تخفيض العقوبات أو استبدالها،" ولكن على رئيس الجمهورية أن يستشير المجلس الأعلى للقضاء قبل ممارسة حق العفو وهو ما أكدته المادة (١٥٦) من الدستور بنصها: "بيدي المجلس الأعلى للقضاء رأيا استشاريا قبلها في ممارسة رئيس الجمهورية حق العفو". ومن هنا يعرف مفهوم العفو الشامل هو إسدال ستار من النسيان على جرائم سابقة، وذلك بتجريد بعض الأفعال من الصفة الإجرامية بأثر رجعي، فيصبح الفعل كما لو كان مباحا، وعندها لا يجوز اتخاذ أية إجراءات جزائية بشأنه، أو رفع الدعوى الجزائية بصدده،^{٤٦} ويمكن تعريف العفو الشامل بأنه "إجراء تشريعي يقصد به إزالة الصفة الإجرامية عن الفعل المرتكب، بحيث يصبح في حكم الأفعال المباحة التي لم يجرمها القانون أصلا"،^{٤٧} والعفو الشامل يأخذ في الاعتبار صورتين: الأولى عفو حقيقي، يعني منح عفو على الجرائم التي شملها سواء كان من ارتكبها بالغا أم حدثا، متبداً أم عائداً، وطنياً كان أو أجنبياً، فاعلا أصليا أو مساهما، والأخرى عفو شخصي، وهو أن يأخذ العفو الشامل طبيعة شخصية عامة، بأن يكون ممنوحا لفئة معينة من الأشخاص الذين يشهد لهم ماضيهم باستحقاقهم لهذا العفو، كأن يكونوا ذوي ماضي مشرف لقيامهم بأعمال لصالح الوطن كالمجاهدين ومعطوي الحرب، كما قد يستفيد من هذا العفو أولياء أو أزواج أو أبناء المحاربين ضد الأعداء.

٤٦٦ سليمان، عبد الله. ١٩٩٠. النظرية العامة للتدابير الاحترازية دراسة مقارنة. الجزائر. المؤسسة الوطنية للكتاب. د. ط. ص ٥٢٣.

٤٦٧ حسني، محمود نجيب. ١٩٧٩. شرح قانون العقوبات. القاهرة. دار النهضة العربية. د. ط. ص ١٣٢.

المطلب الثاني: الضمانات القانونية للمتهم أثناء المحاكمة

إن الضمانات القانونية لمحاكمات العادلة، وهي من استقلال القضاء فبرغم مبدأ الاستقلالية المنصوص عليه في المادة (٧٢)، يضع قانون الإجراءات الجنائية العسكرية، كما ذكر أعلاه، الهيئة العامة للقضاء العسكري تحت سيطرة وزير الدفاع والقيادات العسكرية، حيث تشمل الهيئة العامة للقضاء العسكري النظام القضائي العسكري بكليته، من المحكمة العليا العسكرية إلى المحاكم الدائمة، من تم النيابة العسكرية، ولا يتضمن القانون أي مادة تنص على تبعية أعضاء القضاء العسكري لهيئة مدنية مستقلة كالمجلس الأعلى للقضاء، ينظم القرار رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٠ الصادر عن وزارة الدفاع (المادة ١٩) إدارات التفتيش وإجراءات التأديب في ما يتعلق بأعضاء السلطة القضائية العسكرية، وما يعطي دوراً واضحاً للهرمية العسكرية ولأحد أعضاء السلطة التنفيذية في اتخاذ القرارات الخاصة بالمسيرة المهنية لأعضاء الهيئات القضائية العسكرية هذا أمر أساسي لحماية حقوق الإنسان وتحقيقها من ناحية الضمانات القانونية، وإحلال شروط ملائمة للمساءلة العادلة، وهذا ما يتطرق اليه القانون الدولي الحق في السلطة القضائية مستقلة وغير منحازة، والقضاء المستقل والعاقل هو جانب أساسي من جوانب سيادة القانون عموماً، ومبدأ الفصل بين السلطات على وجه الخصوص، كما أنه أساسي للحق في محاكمة عادلة، كما ينص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وسائر الاتفاقيات الأخرى التي انضمت إليها ليبيا كدولة طرف^{٢٨} كذلك، فإن الميثاق العربي لحقوق الإنسان (الميثاق العربي)، فضلاً عن ضمان الحق في محكمة مستقلة ومحيدة ومختصة في ما يتعلق بالحق في المحاكمة العادلة ، ينص أيضاً على ما يلي : " تضمن الدول الأطراف استقلال القضاء وحماية القضاة من أي تدخل أو ضغوط

٢٨ المادة ١٤ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. وقد انضمت إليه ليبيا كدولة طرف في ١٥ أيار / مايو ١٩٧٠.

أو تهديدات،^{٤٢٩} وينص الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب (الميثاق الأفريقي) بدوره على الحق في المحاكمة عن طريق محكمة " محايدة"،^{٤٣٠} وأكدت موثيق وآليات دولية أخرى على التزام الدول بضمان الاستقلالية القضائية والقانونية والإدارية لجهاز القضاء العسكري وحياده في القانون والدستور، تتحدّد ذلك بمجموعة من الحقوق والضمانات التي يجب أن يتمتع بها القاضي والقضاة العسكريون وللقيام برسالته على، ألا وهي إيصال الحقوق لأصحابها وتحقيق العدالة الجزائية، إلا أن شرعية الضمانات القانونية لا تتعلق بالقوانين الجنائية وحدها، بل يمتد إلى القانون الجنائي الإجرائي، وأن الشرعية الجنائية الإجرائية هي امتداد طبيعي لشرعية الجرائم والعقوبات المنصوص عليها، كما اتضح لنا أن الشرعية القانونية الجنائية تقوم على عناصر تتجسد في الأصل في المتهم البراءة، بحيث يكون إشراف القضاء على جميع الإجراءات القانونية باعتباره الحارس الطبيعي للحقوق وحرّيات الأفراد.

ومن خلال هذه الضمانات التي وضعت لصالح القضاء والقضاة العسكريين صلب القوانين والدساتير المعمول بها في الدول من حيث ضمانات استقلال القضاء واستقلال القاضي العسكري منذ المراحل الأولى في مساره المهني وهي مرحلة الانتداب والتسمية، وهي مرحلة مهمة تتم فيها تعيين القاضي وفقا لتخصّصه ومدى كفاءته العلمية في المجال، كما يجب أن يتصف القاضي بالتوازن في الأخلاق والنفس ومدى انتماء القاضي إلى جهة سياسية معينة حتى لا يقع في فخ عدم الحياد.

٤٢٩ المادة ١٢ من الميثاق العربي لحقوق الإنسان تنص المادة ١٢ فقرة (١) بجزء منها على ما يلي: " لكل شخص الحق في محاكمة عادلة تتوافر فيها ضمانات كافية وتجربها محكمة مختصة ومستقلة ونزيهة ومنشأة سابقا بحكم القانون. وذلك في مواجهة أية تهمة جزائية توجه إليه أو لبلب في حقوقه أو التزاماته" انضمت ليبيا كدولة طرف إلى الميثاق العربي لحقوق الإنسان سنة ٢٠٠٦.

٤٣٠ المادة ٧ من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب. صادقت ليبيا على الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب في ١٩ تموز/ يوليو ١٩٨٦.

المطلب الثالث: الأساس القانوني لضمانات المتهم في مرحلة المحاكمة العادلة

إن القوانين الإجرائية وبسبب طبيعتها المزدوجة، كونها من قوانين النظام القضائي من ناحية ومن القوانين المنظمة للحرية من ناحية ثانية، ولذلك نجد أنها كانت و لا تزال تلك القوانين - أوثقها صلة ببحث سير العدالة، وتحقيق مبدأ سيادة القانون، ذلك أنها تكفل للدولة حقها في معاقبة الجاني، دون الإخلال بالضمانات الجوهرية التي تمكن ذلك البريء من إثبات براءته. وبالرغم مما يستلزم مبدأ المساواة في الإجراءات الجنائية من تمتع أي متهم بالضمانات الضرورية التي تمكنه من الدفاع عن نفسه، وبما يحفظ له آدميته و باعتباره مواطناً قبل كل شيء. غير أن المتهم العسكري والذي تسري بحقه أحكام القانون الجنائي العام والعسكري يخضع لاختصاص القضاء العسكري وبسبب طبيعة العلاقة الوظيفية وخصوصية وأهمية المصلحة العسكرية التي أنيط بالتشريعات العسكرية على وجه التحديد حمايتها، قد ألفت بظلالها على التشريعات الجنائية العسكرية وبشقيها الإجرائي والموضوعي وبالذات على التنظيم الواقع على تلك المحاكم العسكرية وإجراءات المحاكمة فيها، ذلك على أساس حماية تلك المصلحة استجابة لمتطلبات وطبيعة الحياة العسكرية الشريفة الأمر الذي من شأنه أن يؤدي إلى المساس بشكل أو بآخر بضمانات المتهم أو انتهاكها.

ونظرًا لعموض الضمانات وعدم تناول المشروع والقضاء والفقهاء الأساس القانوني، لتلك الفكرة الخاصة أثناء مرحلة الاستدلال بالقدر الكافي من العناية، وذلك بوضع تعريف لها يجعلها متميزة ومستقلة عن غيرها من المصطلحات والمبادئ التي تحكم إقامة العدل عن طريق المحاكم العسكرية عددا من الأحكام المتعلقة بضمانات المحاكمة العادلة في الدعاوى المرفوعة أمام المحاكم العسكرية، التي تتفق من حيث المضمون ففي رأينا أن الضمانات هي الوسائل التي يمنحها القانون للشخص لكي يتمتع بموجبها

بحقوقه، ويكون له الحرية في أن يستغل هذه الوسائل، أو لا يستغلها، دون أن يترتب على ذلك إخلال بالالتزام قانوني، ويشترط فيها أن تشمل على الالتزام يقع على الطرف الآخر في الرابطة الجنائية، وهذا نص المبدأ رقم ٢ على وجوب أن تحترم المحاكم العسكرية وتطبق، في جميع الظروف، مبادئ القانون الدولي المتصلة بالمحاكمة العادلة، على النحو المنصوص عليه في المادة (١٤) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والأحكام المقابلة لها في المعاهدات الإقليمية لحقوق الإنسان، وتشير مبادئ أخرى إلى الحق في المشول أمام محكمة مختصة ومستقلة ومحيدة (المبدأ رقم ١٣)، والحق في محاكمة علنية (المبدأ رقم ١٤)، وحق الدفاع والحق في محاكمة عادلة ومنصفة (المبدأ ١٥)، والحق في الاستئناف أمام المحاكم المدنية (المبدأ رقم ١٧)، وتعرب آليات حقوق الإنسان في كثير من الأحيان عن قلقها إزاء انتهاك الحق في المحاكمة العادلة، أو فقدان الضمانات التي تكفلها في الدعاوى المرفوعة أمام المحاكم العسكرية، حيث أعرب المقرر الخاص المعني بتعزيز وحماية حقوق الإنسان في سياق مكافحة الإرهاب، عن قلقه إزاء تديني ضمانات المحاكمة العادلة الذي كثيراً ما تتصف به ممارسات المحاكم العسكرية والمحاكم الخاصة، والذي يعزى إلى طول فترات الاحتجاز قبل المحاكمة، هذا يعد المخالفة قانونية مع عدم إتاحة الفرصة الكافية للاستعانة بمستشار قانوني أو محام أيضاً، مع التغول في سرية المعلومات بين المحامي وموكله، وفرض قيود صارمة على الحق في الاستئناف والإفراج بكفالة وإعطائه حق الدفاع للمتهمين.

الفرع الأول: حق الدفاع

إن حق الدفاع بوجه عام هو من الحقوق المستقرة في معظم دساتير دول العالم والصكوك والمواثيق الدولية وإعلانات حقوق الإنسان باعتباره من الحقوق الشخصية، وحق الإنسان في الدفاع عن نفسه هو حق طبيعي لصيق بالصفة الإنسانية وقد تطور هذا المفهوم وخصوصاً على صعيد القانون الجنائي وأصبح من الركائز المهمة والضمانات الأساسية التي يجب أن يتمتع بها المتهم للحصول على محاكمة عادلة ويترتب على الإخلال بحق المتهم في الدفاع بطلان الإجراءات المشوبة بإخلال وانتهاك لهذا الحق، ومن هنا يكتسب المتهم حق من حقوق الدفاع، في أن يكون له ممثل قانوني يختاره بنفسه ولما له من أهمية خاصة فيما يتعلق بالدعوى المرفوعة أمام المحاكم العسكرية، وهو يعتبر الحق في المحاكمة العادلة من حقوق الإنسان الأساسية، فنص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة ١٠ منه، كما نص عليه العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في المادة ١٤ منه التي فصلت معنى الحق الدفاع والمحاكمة العادلة، وتفصل هذه المادة شروط المحاكمة العادلة التي تتضمن الحق في القضاء المختص المستقل الحيادي، بالإضافة إلى كفالة حقوق الدفاع الكاملة للمتهم، وضمانات لسير المحاكمة، كما تعتبر قرينة البراءة من مكونات المحاكمة العادلة، ومن أهم انعكاسات هذا المبدأ هو أن يكون القضاء مختصاً مستقلاً حياً مما يستوجب رفض القضاء الاستثنائي على اعتبار أنه قضاء غير مستقل ولا يتمتع بالحياد اللازم لإصدار أحكام عادلة، ومن أهم صور القضاء الاستثنائي، القضاء العسكري الذي يعتبر قضاءً خاصاً في ما يتعلق بمحاكمته لأفراد القوات المسلحة، وقضاء استثنائياً في ما يتعلق بمحاكمة المدنيين أمامه، أو نظره لقضايا تتعلق بجرائم القانون العام، وتمشيا مع العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، تنص الفقرة هـ في المبدأ رقم (١٥) من مشروع المبادئ التي تحكم إقامة العدل عن طريق المحاكم العسكرية، على أنه لكل شخص اتهم بارتكاب جريمة ما له الحق في أن يدافع عن نفسه بشخصه أو عن طريق محام من

اختياره، وله الحق في أن يُخطر بحقه في وجود من يدافع عنه، والحق في الحصول على المساعدة القانونية، إذا لم يكن قادرًا على توفيرها بنفسه واقتضت مصلحة العدالة ذلك، ويشير المبدأ رقم (١٥) إلى أن مبدأ حرية اختيار محام للدفاع تتضمن حق المتهمين في أن يكون بمقدورهم الاستعانة بمحام من اختيارهم إن لم يرغبوا في الاستفادة من مساعدة محام عسكري، وتشير الفقرة (٥٣) أيضاً من المبادئ لوحظ أن مشاركة مستشار قانوني من اختيار المتهم تصبح مقيدة أو تستبعد في ظروف معينة، كأن تمارس المحكمة العسكرية اختصاصها خارج إقليم البلد،^{٤٣١} وفي هذا الصدد، ترغب المقررة الخاصة في أن تؤكد وجوب كفالة حرية اختيار محامي الدفاع في جميع الظروف، وعلى أن يكون فرض أي نوع من القيود على هذا الحق حالة استثنائية للغاية، تفادياً للمساس بمصادقية نظام القضاء العسكري.

وفي بعض البلدان، يكون للأشخاص المتهمين بارتكاب أفعال جنائية ذات طبيعة عسكرية الحق في الاختيار ما بين الحصول على مساعدة محام مدني أو محام عسكري، يبدو أنه لا يوجد محامون عسكريون في كثير من الدول، ففي فنلندا مثلاً، لا يجوز أن يؤدي أحد أفراد القوات المسلحة دور محامي الدفاع؛ لأنه يخطر على المسؤولين الحكوميين شغل مناصب أو القيام بأعمال على نحو قد يؤدي إلى تضارب في المصالح، وفي بعض الدول، قد يكون حق الدفاع في الاختيار الشخصي للمستشار القانوني مقيداً أو مستبعداً بحكم الواقع في بعض الظروف الاستثنائية، مثل ارتكاب الجريمة المدعى بها وإجراء المحاكمة عليها خارج إقليم الدولة، وقد يكون من الضروري في هاتين الحالتين أن يتولى الدفاع عن المتهم محام عسكري مستقل وذو كفاءة، وعلاوة على ذلك، قد يُستبعد الحق في الحصول على مساعدة

٤٣١ انظر، على سبيل المثال، أرتيكو ضد إيطاليا. ١٩٨٠. المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. رقم ٤. الفقرة ٣٣. وإمبروسكيا ضد سويسرا. ١٩٩٣. المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. رقم ٥٦. الفقرة ٣٨. وداوود ضد البرتغال. ١٩٩٨. المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. رقم ٢٧. الفقرة ٣٨.

مستشار قانوني في حالة المحاكمة بإجراءات موجزة على جنحة بسيطة تتعلق بالانضباط، أي من نوع الجرائم غير ذات السمة الجنائية بالمعنى المقصود في الفقرة (٣) من المادة (١٤) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وتؤكد المقررة الخاصة، وفقا لما ورد في المبدأ رقم (١٥) من مشروع المبادئ التي تحكم إقامة العدل عن طريق المحاكم العسكرية، وجوب أن تُكفل بالكامل للشخص الذي يواجه تهما أمام محكمة عسكرية، إمكانية اختيار الاستعانة بمحام مدني حتى في حالة توفير محام عسكري له، ويجب علاوة على ذلك، في حالة قبول الشخص أن يكون مستشاره أحد المحامين العسكريين، أن تُكفل للمحامي العسكري ذات الضمانات المتاحة للمستشار القانوني المدني، كي يتسنى له العمل بروح من الموضوعية والكفاءة والاستقلال، ويتوفر بذلك، قدر كاف من عدم التحامل في عمله، وبالإضافة إلى ذلك، يتطلب حق المتهم في الاتصال بمستشاره القانوني وأن يتاح له كذلك الاتصال الفوري بالمحامي الخاص به، وأن يكون المحامي حاضراً في جميع مراحل سير الدعوى، بما في ذلك مرحلة الاستجواب وقبل المثل أمام المحكمة، وأن تكون الاتصالات مع المحامي سرية ومميزة، وأن تتاح خدمات المترجم شفويًا كلما دعت الحاجة، حيث في معظم البلدان العالم، يكون للمتهم الحق في الحصول على الاستشارة القانونية عقب القبض عليه مباشرة، وفي بعض البلدان الأخرى، يستطيع المتهم ممارسة حقه في الالتقاء بمحاميه على انفراد فقط عقب مثوله أمام قاض، وفي هذا السياق، نود الإشارة إليه في المبدأ رقم ٧ من مبادئ الأمم المتحدة الأساسية بشأن دور المحامين، الذي ينص على أن تكفل الحكومات أيضا لجميع الأشخاص المقبوض عليهم أو المحتجزين، بتهمة جنائية أو بدون تهمة جنائية، إمكانية الاستعانة بمحام بشكل فوري، وخلال مهلة لا تزيد عن ثمان وأربعين ساعة من وقت القبض عليهم أو احتجازهم، في جميع الأحوال بطريقة قانونية طبقاً لقانون الإجراءات والعقوبات الجنائية.

الفرع الثاني: تكافؤ الفرص في حالة الدفاع

من خلال المعايير المهمة للمحاكمة العادلة في المسائل الجنائية احترام مبدأ تكافؤ الفرص بين الادعاء والدفاع، ويتطلب هذا المبدأ، في جملة أمور، أن يُمنح كل طرف الفرصة لتقديم مرافعته في ظروف لا تنتقص كثيرا من امتيازاته بالمقارنة مع خصمه، ويعني هذا حصول جميع الأطراف على حقوق إجرائية متساوية ما لم تميز هذه الحقوق، بموجب القانون وعلى نحو له مبررات موضوعية معقولة، ويجب في حالة وجود تمييز، وأن يكون التمييز نسبياً وأن يقابله مكافئ مناسب من أجل كفالة حصول المتهم على محاكمة عادلة، كما يجب ألا يتسبب في ضرر فعلي للمدعى عليه أو إجحاف في حقه، وقد يُنتهك هذا المبدأ في الدعاوى الجنائية المعروضة أمام المحاكم العسكرية، عندما يحجم الادعاء مثلاً، عن كشف جميع الأدلة المادية التي في حوزته للدفاع، سواء لصالح المدعى عليه أو ضده بحجة أنها معلومات ذات طبيعة سرية، وفي هذا الصدد، ينص المبدأ رقم (١٠) من مشروع مبادئ القانون التي تحكم إقامة العدل عن طريق المحاكم العسكرية على أنه يجوز التذرع بسرية المعلومات العسكرية فقط إذا كانت هناك ضرورة قصوى لحماية معلومات تتعلق بالدفاع الوطني، ولا يجوز مطلقاً التذرع بها لإعاقة سير العدالة أو المساس بحقوق الإنسان، حيث إن عدم الكشف عن المعلومات قد يؤثر على نزاهة المحاكمة في مجملها. ويجب أن تكون المحكمة هي التي تبت في ضرورة عدم الكشف عن المعلومات، وليس الادعاء، بغرض كفالة احترام مبدأ تكافؤ الفرص، واحترام حق المدعى عليه في إعداد دفاعه.^{٤٣٢}

٤٣٢ انظر راو وديفيس ضد المملكة المتحدة "٢٨٩٠١/٩٥". هيئة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (٢٠٠٠م). الأجزاء ٥٣-٦٨. ومك كيون ضد المملكة المتحدة "٥/٦٦٨٤". الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (٢٠١١م). الأجزاء ٤٥-٥٥. وميرنا ماك تشانغ اضد غواتيمالا. محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان (٢٠٠٣م). الجزء ١٧٩. وجاسبر ضد مملكة المتحدة (٢٧٠٥٢/٩٥). هيئة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (٢٠٠٠م). الأجزاء ٤٢-٥٨. وبوتمي والعلمي ضد المملكة المتحدة (١٥١٨٧/٠٣). الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (٢٠٠٧م). الأجزاء ٤١-٤٥.

ومن هنا يجب على السلطات والمحاكم عن عدم الكشف عن المعلومات قيد الاستعراض طوال

فترة سير الدعوى في المحكمة، في ضوء درجة أهمية المعلومات ومدى كفاية الضمانات وتأثير ذلك كله على نزاهة إجراءات الدعوى في مجملها.^{٤٣٣}

الفرع الثالث: حق الاستئناف

من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية للأمم المتحدة، (تنص الفقرة ٥ من المادة ١٤ على أن يكون لكل شخص أدين بجريمة حق اللجوء، وفقاً للقانون)، إلى محكمة أعلى كيما تعيد النظر في قرار إدانته وفي العقاب الذي حكم به عليه، حيث حددت اللجنة الخاصة بحقوق الإنسان، في تعليقها العام رقم (٣٢)، الملامح الأساسية لهذا الحق، وهي: الاستعراض الموضوعي للإدانة والعقاب، وإمكانية اللجوء الفعال إلى نظام الاستئناف، ورأت اللجنة، في الفقرة (٤٥) من التعليق العام، أن عبارة، وفقاً للقانون، يقصد بها تحديد طرائق إعادة النظر من قبل هيئة قضائية أعلى، فضلاً عن تحديد المحكمة المسؤولة عن إعادة النظر وفقاً للعهد الدولي. ويتعين أن يتاح حق الاستئناف لجميع الأشخاص المدانين بارتكاب جرائم، بمن فيهم الذين تتم إدانتهم في محاكم عسكرية، وفي "قضية مانساراج وآخرين ضد سيراليون"، رأت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أن إعدام ١٢ فرداً من أفراد قوات سيراليون المسلحة السابقين، بعد أسبوع واحد فقط من إدانتهم في محكمة عسكرية، دون أي حق في الاستئناف وفي تجاهل لأمر اللجنة القاضي بأن تتخذ تدابير مؤقتة، يمثل انتهاكاً صارخاً لحق الاستئناف، وينص مشروع المبادئ التي تحكم إقامة العدل عن طريق المحاكم العسكرية على أن اختصاص المحاكم العسكرية يجب أن يقتصر

^{٤٣٣} انظر راو ويفيز ضد المملكة المتحدة " ٩٥/٢٨٩٠١". هيئة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (٢٠٠٠م) الأجزاء ٦٠-٦٧. وانظر أيضاً المواد ٨١-٨٤ من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات للمحكمة الجنائية الدولية. والمدعي العام ضد كاتانغا ونغودجولو (م ج د - ٠١ / ٠٤ - ٠١ / ٠٧ - ٤٧٠). المحكمة الجنائية الدولية دائرة الاستئناف. الحكم في الاستئناف من المدعي العام ضد قرار الدائرة التمهيدية الأولى بعنوان، أول قرار بشأن طلب الادعاء اذن لتتقيق الشهود. (١٣ أيار/ مايو ٢٠٠٨م). الأجزاء ٦٠-٧٣.

على قرارات المحاكم الابتدائية، وأن تُباشَر إجراءات التظلم، وبخاصة الاستئنافات، أمام المحاكم المدنية (المبدأ رقم ١٧)، ويتمثل الأساس المنطقي لهذا الحكم في كفاءة دمج المحاكم العسكرية في السلك القضائي العام، تفادياً لأن تشكل نظاماً قضائياً موازياً يخرج عن رقابة السلطة القضائية، حيث إن معظم البلدان التي يوجد فيها نظام للعدالة العسكرية، يتمتع الأشخاص المدانين بجرائم ذات طبيعة عسكرية بالحق في استئناف قرار إدانتهم أمام محكمة أعلى، سواء كانت محكمة استئناف عسكرية أو مدنية، ويمكن الطعن في الأحكام التي تصدرها محاكم الاستئناف أمام المحكمة العليا، التي تضم عضويتها أفراداً عسكريين في بعض الحالات، وفي بعض البلدان، لا يمكن استئناف قرارات المحاكم العسكرية، ويتمثل سبيل الانتصاف الوحيد المتاح في اللجوء إلى محكمة النقض، حال وجودها.

المطلب الرابع: الضمانات المتعلقة بالحق في الدفاع والأسس القانونية

الدفاع القانوني، هو الحق الجوهري للمحاكمة العادلة وهو وضع حجر الأساس الذي بدونه لا يمكن أن نحصل على محاكمة عادلة فكيف يمكن أن تكون المحاكمة عادلة إن غاب فيها لسان الدفاع وهو المحامي الذي قيل عنه " هو الذي نجده عندما لا نجد أحداً"، وهذا الحق في الاستعانة بمحامٍ يمكن أن يكون قبل المحاكمة فلكل شخص يُحتجز، أو يُتَهم أن تُنسب له تهمة، الحق في الحصول على مساعدة من محامٍ يختاره لحماية حقوقه ومساعدته في الدفاع عن نفسه، وإذا كان غير قادر على دفع النفقات اللازمة لتوكيل محامٍ، فيتعين انتداب محامٍ كفوٍّ مؤهل للدفاع عنه، ويجب أن يُمنح هذا الشخص مساحة زمنية وتسهيلات كافية للاتصال بمحاميه ويجب أن يمنح فوراً الحق في الاتصال به.^{٤٣٤}

٤٣٤ أحمد، عبد الله. ٢٠٠٩. " الحق في الاستعانة بمحامٍ من مقومات المحاكمة العادلة". مجلة الأخبار القانونية مجلة القانون عدد ٧٤

الفرع الأول: الأسس القانونية لحقوق الدفاع

أولاً: حق أممي للدفاع: تنص المادة (١٤) من العهد الدولي الخاص على أنه لكل متهم بجرمة الحق أثناء النظر في قضيته في " أن تزوده المحكمة، كلما كانت مصلحة العدالة تقتضي ذلك، بمحام يدافع عنه، دون تحميله أجراً على ذلك إذا كان لا يملك الوسائل الكافية لدفع هذا الأجر، كما تنص المادة (٦) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على " حق كل شخص لا يملك الوسائل الكافية لدفع أجره المساعدة القانونية أن يمنح هذه المساعدة مجاناً حيثما كانت مصالح العدالة تقتضي ذلك"، وتتضمن المادة (٢) من الاتفاقية الأمريكية الإحالة إلى أحكام القانون الوطني في هذا الصدد في حين أن الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لا يتناول مسألة توفير المساعدة القانونية المجانية.

وتنص المادة (٢٠) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية " الجنائية الدولية الخاصة برواندا"، والمادة (٢١) من المحكمة الخاصة بيوغوسلافيا السابقة على أحكام مشابهة لتلك الواردة في المادة (١٤) من العهد الدولي، ولكي تتمح المساعدة القانونية المجانية تضع المادة (١٤) من العهد الدولي والمادة (٦) من الاتفاقية الأوروبية شرطين اثنين هما: أولاً عدم توافر الأموال التي تكفي لدفع أجره المحامي وثانياً أن تقتضي مصلحة العدالة تلك المساعدة حيث لاحظت المحكمة الأوروبية فيما يخص المادة (٦) من الاتفاقية الأوروبية أن " حق المتهم في أن يزود، في بعض الظروف، بالمساعدة القانونية المجانية يشكل جانباً من جوانب مفهوم المحاكمة العادلة في الإجراءات الجنائية"، وفي تحديد ما إذا كانت مصالح العدالة تقتضي منح مساعدة قانونية مجانية، رأيت المحكمة الأوروبية معايير متنوعة من قبيل " مدى خطورة الجريمة " المقترفة و" شدة العقوبة" التي يمكن إنزالها بالمتهم و" مدى تعقيد القضية"، أي نظر المحكمة

الأوروبية أن حضور صاحب الدعوى شخصيا لا يمكن أن يعوز عن غياب محام يقوم بفحص القضايا القانونية الناشئة التي تتعلق بأمر منها تطبيق الصيغة الجديدة لقانون الإجراءات الجنائية.

ثانياً: حق دستوري قانوني وتشريعي في الدفاع: الحق في الدفاع في القانون الداخلي للدولة هو حق دستوري وتشريعي،^{٤٣٥} لذلك تقع تحت طائلة البطلان كل الأعمال والأحكام المنافية للنصوص المتعلقة بالحق في الدفاع ومصالحة المتهم الشرعية فأكد فقه القضاء ذلك في العديد من قرارات محكمة التعقيب وعد أن حرمان المتهم من إحضار وسائل دفاعه يشكل خلافاً لحقوق الدفاع ويوجب النقض أمام محكمة التعقيب،^{٤٣٦} حيث أقرت محكمة التعقيب أن " تأخير القضية لجلسة معينة ثم البت فيها بجلسة سابقة فيه مساس بحقوق المتهم الشرعية " الدفاع" كذلك طلب التأخير وعدم القبول فيه يشكل خلافاً لحقوق الدفاع.

ثالثاً: المبادئ العامة لحقوق الدفاع:

١- مبدأ المواجهة للدفاع: إن مبدأ المواجهة هو تمكين كل طرف من الدفاع عن مصالحه وذلك بسماع وجهة نظره والاطلاع على الوثائق المدلى بها ومناقشتها لإبداء ما له من دفوعات وملحوظات في إجراءات الأبحاث وخاصة حضور أعمال التحقيق ومبدأ المواجهة بهذا المعنى يعد إحدى أهم المبادئ الأساسية المسيطرة على مادة الإجراءات والكفيل بتحقيق قضاء عادل ونزيه وإن لم يكن هو الضامن الوحيد لحقوق الدفاع إلا أنه الضامن لها بامتياز.

٤٣٥ الفصل ١٢ من الدستور فقرة الثانية: كل متهم بريء إلى أن تثبت إدانته في محاكمة تكفل له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه. الفصول ٦٨ و ٦٩ و ٧٢ و ٧٠ مجلة إجراءات جزائية. الأمر عدد ٢١٢٧ لسنة ١٩٩٤ مؤرخ في ١٠/١٠/١٩٩٤م المتعلق بمنحة التسخير لفائدة المحامين المتميزين والمسخرين في قضايا جنائية.

٤٣٦ قرار محكمة التعقيب عدد ١٨٨٤ مؤرخ في جوان ١٩٦٢ ن م ت قانون جنائي لسنة ١٩٦٣ م ص ١٢٨.

يقتضي مبدأ المواجهة ضرورة استدعاء المتهم سواء من طرف النيابة أو قاضي التحقيق إذا أوجب الفصل ٦٨ (م إ ج) أن يستدعي ذا الشبهة بالطريقة الإدارية أو عن طريق عدل منفذ كما ألزم الفصل ١٣٤ (م إ ج) استدعاء المتهم مع ضرورة التنصيص في الاستدعاء على الأفعال المنسوبة له والنص القانوني المنطبق عليها، كما يقتضي مبدأ المواجهة ضرورة منح المتهم الوقت الكافي للجواب، فهذا المبدأ يفقد نجاعته إذا لم يمكن المتهم من الوقت الكافي للتأمل في موضوع الادعاء الموجه ضده وإعداد جوابه ومؤيداته في شأنه. ويعني مبدأ المواجهة حضور جميع الخصوم في جميع إجراءات المحاكمة، ولا بد من أن يتم استدعاء جميع الخصوم للحضور وذلك يتيح للمتهم أن يطلع على الأدلة وييدي رأيه فيها فيعترف بها أو ينكرها، ويتاح له كذلك أن يسمع ويحاط علما بكل الاتهامات، وبالتالي يدافع عن نفسه،^{٤٣٧} وينشق من مبدأ المواجهة مبدأ المساواة في الأسلحة أي أسلحة الدفاع والاتهام بهذا المبدأ يجعل من المساواة الإجرائية وجوبية بين وسائل الدفاع والاتهام وهذا هو أساس وجوه حقوق الدفاع.

الفرع الثاني: مبدأ الحق في الاستعانة بمحام في جميع مراحل المحاكمة

لكل شخص يقبض عليه أو محتجز " سواء بتهمة جنائية أم غير جنائية " ولكل شخص يواجه تهمة جنائية" سواء أكان محتجزاً أم محتجزاً " الحق في الاستعانة بمحام. تنص الفقرة ١ من المبادئ الأساسية الخاصة بدور المحامين على الحق في الحصول على المساعدة القانونية في جميع مراحل الإجراءات الجنائية، بما في ذلك الاستجوابات، وقد أرسى المشرع في صلب مجلة الإجراءات الجزائية عدة أحكام تتعلق بحق الدفاع عند مرحلة التحقيق، فعلى قاضي التحقيق عند أول استنطاق أن ينبه المشبوه فيه إلى أن له الحق في ألا يجيب إلا بحضور محام يختاره كما عليه أن ينص على ذلك بمحضر التحقيق وهو ما

٤٣٧ الأحمدي عبد الله، ٢٠٠٧. المحاكمة العادلة في المادة الجزائية. الأخبار القانونية. مجلة القانون. عدد ٢٦ - ٢٧.

نص عليه الفصل ٦٩ (م ا ج)، وإذا رفض المشبوه فيه اختيار محام أو لم يقيم المحامي بالحضور عند استدعائه حينها تجري الأعمال دون توقف على حضوره، وإذا كانت التهمة جنائية ولم يختار المتهم محامياً وطلب تعيين من يدافع عنه وجب تعيين من يدافع عنه وجب تعيين محام له الفصل ٦٩ (م ا ج)، وللمحامي أن يطلع على إجراءات التحقيق قبل تاريخ كل عقد بيوم على الأقل، وله ان يتصل بمحام بدون أي تضيق، ولا يمكن النظر في القضية إن كانت جزائية بدون محام وهو الحق في الدفاع الذي يجعل من المحامي وجوبياً في المادة الجزائية وهو ما نص عليه الفصل ٦٩ (م ا ج)، كما أصبحت نيابة المحامي وجوبية في الطعن أمام المحكمة العليا في الأحكام الجزائية وهو التعديل الإيجابي من شأنه أن يدعم حقوق الدفاع ويكسبها مزيداً من النجاعة والضمانات.

الفرع الثالث: مبدأ توفير الضمانات للمحامي أثناء الدفاع

الحق في الاستعانة بمحام حق محوري أثناء المحاكمة وهي أيضاً من شروط المحاكمة العادلة والإشكال المطروح ليس في تعيين محام ولكن في تمكين المحامي من القيام بمهامه في إطار قانوني وواقعي مريح أو مقبول، لذا فإن الاتفاقيات الدولية عندما تنص على شروط المحاكمة العادلة مؤكدة على حضور محام وعلى ألا يقتصر ذلك الحضور على الشكل المادي بقدر ما يعني توفير إمكانية تقديم إجراءات الدفاع في ظروف صحيحة ومقبولة. لذلك يجب أن تتوفر عدة ضمانات للمحامي عند تأدية عمله بما أنه مساعد للقضاء وهدفه تحقيق العدالة والمساعدة على إقامة العدل وحتى يقوم بواجب الدفاع على أكمل وجه فقد أقر الفصل الأول من القانون المؤرخ في ٧ سبتمبر ١٩٨٩م والمنظم لمهنة المحاماة " المحاماة مهنة حرة ومستقلة غايتها المساعدة على إقامة العدل. كما جاء بالفصل ٤٦ من القانون: لا يترتب على المرافعات الواقعة أمام المحاكم أية دعوى من أجل السب، أو القذف، أو النميمة، إلا إذا ثبت سوء النية.

في هذا الشأن نلاحظ محدودية الضمانات الممنوحة للمحامي بمناسبة أداء دوره في الدفاع وعلى المستوى العلمي فإن حصانة المحامي كشرط للمحاكمة العادلة يمثل مطلباً أكيداً لمعظم المحامين في تونس ولختلف هياكل المهنة المستقلة، مما يجعل تدعيم درجتها غاية يسعى إلى تحقيقها معظم هؤلاء وربما تمثل استباحة مكاتب المحاماة إشكالية كبرى يعاني منها المحامون في تونس أمام ضعف ومحدودية الضمانات القانونية والواقعية لمكاتب المحاماة وثائقه ومراسلاته واتصالاته. فإذا عدنا إلى التشريع فإننا لا نجد إلا ضمانات شكلية محدودة إلى حد بعيد تتمثل فيما نص عليه الفصل ٤٥ من قانون ١٩٨٩م في فقرته الثانية من أنه "لا يجوز تفتيش محام بدون حضور القاضي المختص قانوناً".^{٤٣٨} يرى الباحث في ذلك أن البحث في طبيعة الحصانة التي يتمتع بها المحامي في القانون التونسي تفضي إلى القول بنسبيتها وهشاشتها الكبيرة، كما أن التمتع بهذه الحصانة ورد مشروطاً في الفصل ٤٦ من قانون المحاماة لسنة ١٩٨٩م، وبالتالي فهي مجموعة ضمانات لا ترتقي إلى درجة الحصانة.

الفرع الرابع: مسألة الدفاع عن الغائب

لا يمكن الحديث عن محاكمة عادلة إذا كان المتهم غائباً عنها خاصة أنه لم يستطع حق الدفاع عن نفسه وذلك ضد المبدأ الدستوري القائل "كل متهم بريء إلى أن تثبت إدانته في محاكمة تكفل له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه"، ويقول المثل الفرنسي إن الغائبين دائماً مخطئون، فهل ينطبق هذا المثل على المتهم الغائب فيحرم من حق الاستعانة بمحام للدفاع عنه، لقد أجاب فقه القضاء التونسي بنعم إذ دأب عمل المحاكم التونسية على حرمان المتهم الغائب من حق الاستعانة بمحام لا لشيء سوى أنه غائب وفي هذه الحالة يكتفي المحامي بتسجيل حضوره وفي هذا السياق صدر قرار تعقيبي

٤٣٨ الغزواني. ربيعة. ٢٠٠٦. حصانة المحامي كآلية من آليات المحاكمة العادلة. بحث خاص بالهيئة الوطنية للمحامين.

جزائي عدد ٥٦٥٧ بتاريخ ٢٤/١٠/١٩٨١م، تضمن أنه إذا حضر المتهم بالجلسة وأجاب عن التهمة الموجهة اليه بالإنكار وتغيب عن الجلسة الموالية فلا يسوغ عندئذ لمحامي المرافعة فيها،^{٤٣٩} إلا أنه بالرجوع إلى محلة الإجراءات الجزائية يتبين أنه لا وجود لأي نص صريح في هذا الاتجاه وبالتالي فإنه لا وجود لأي نص يجرم المتهم الغائب من حقه في الاستعانة بمحام يدافع عنه، وفي اعتقادنا حان الوقت لكي يغير فقه القضاء التونسي موقفه من هذه المسألة ويقر إمكانية الترافع عن المتهم الغائب والدفاع عنه تحقيقاً لمحاكمة عادلة أمام القضاء.

المبحث الرابع: خلاصة الفصل الرابع

تناول الباحث هذا الفصل، الضمانات الدستورية والقانونية العامة للمحاكم العسكرية، حيث حرصت معظم الوثائق الدستورية والقانونية للعديد من دول العالم، على تناول وجود القضاء العسكري في متنها، ليرتفع بهذا القضاء إلى مصاف الشرعية الدستورية لوجوده، في المبحث الأول ذكر الباحث التعريف بضمانات المتهم وحقه الدستوري، أن تتم محاكمة أي شخص ارتكب فعلاً مجرماً أمام قاضيه الطبيعي تطبيقاً لمبدأ المساواة بين المواطنين أمام القضاء والمحاكم بضمانات دستورية قانونية، وهذه من أساسيات المحاكمة العادلة أن يمثل جميع الأفراد إلى محكمة واحدة دون تمييز وتفرقة وبإجراءات موحدة، والأصل في الدستور وحدة القضاء واستقلاله، تطرق الباحث في المبحث الثاني من هذا الفصل، الضمانات الدستورية العامة للمتهم في مرحلة المحاكمة، وأمام المحاكم من حيث المبدأ يجب أن تكون محاكم عادية "طبيعية" وبضمانات؛ لأنها صاحبة الولاية العامة والاختصاص الأصيل بحيث يتقاضى الأفراد لديها ويكونوا على إلمام مسبق بوجودها وقانونيتها وأصول التقاضي فيها، والقاضي الطبيعي هو

٤٣٩ الأحمدي، عبد الله. المرجع السابق. ص ٢٠.

القاضي الذي يتبع لأجهزة القضاء العادي في الدولة، هنا يرى الباحث في المبحث الثالث، الضمانات الدستورية الخاصة للمتهم في مرحلة المحاكمة، في القضاء يجوز إنشاء محاكم متخصصة وفقاً للدستور، لأشخاص أو طائفة من الشعب حيث تكون لهم ضمانات خاصة في مرحلة المحاكمة، مثل محكمة الطفل ومحكمة جرائم الفساد ومحكمة العمل وغيرها، وينحصر اختصاص هذه المحاكم في مجال واحد من مجالات القانون إعمالاً لمبدأ التخصصية والخبرة؛ لأن هذه المحاكم تقوم على مسائل فنية خاصة، تتطلب معرفة تخصص غير موجودة في قضاء المحاكم العادية، ويجوز أن تكون المحكمة المتخصصة مستقلة بذاتها أو تكون جزءاً من المحاكم العامة وتتبع لها إدارياً، ويرى الباحث لا بد من وجود ضمانات دستورية وقانونية عامة وخاصة أمام المحاكم الاستثنائية، التي لا تدخل في نطاق المحاكم العادية، وتشكل من عناصر غير قضائية للفصل في نزاعات طائفة محددة من الناس بإجراءات وضمائم تختلف في الغالب عن الإجراءات العادية للتقاضي المتعارف عليها، بعض الدول نصت في دساتيرها على حظر إنشاء مثل هذا النوع من المحاكم، ودول أخرى لم تحظر ذلك بل وظفت المحاكم الاستثنائية لتطبيق إجراءات استثنائية لا تتفق مع المعايير الدولية، ولمعرفة مدى سلامة الإجراءات المتخذة في كل من المحاكم العادية أو الاستثنائية وفق القانون الدولي يجب النظر ابتداءً إلى ما إذا كانت المحكمة مشكلة وفقاً للقانون والدستور، وأنها لا تنطوي على طابع تمييزي وإن قضاتها مستقلون عن السلطة التنفيذية والتشريعية وما إذا كانت جميع إجراءاتها تتفق مع المعايير الدولية، لذلك نجد أن هناك فارقاً بين القضاء المتخصص الذي تتوفر فيه ضمانات المحاكمة العادلة والقضاء الاستثنائي الذي لا تتوفر فيه هذه الضمانات، وبالطبع فإن القضاء الذي لا تتوفر فيه ضمانات المحاكمة العادلة يؤثر على العدالة الجنائية ويقدم في استقلالية السلطة القضائية . لذلك يجب الاستعاضة بمثل هذا النوع بإنشاء محاكم ودوائر متخصصة داخل منظومة القضاء العادي تكون ذات طبيعة مرنة لسرعة الفصل في الدعاوى حتى نتفادى القضاء الاستثنائي، علماً بأن

المحاكم المتخصصة مطلوبة في حال اقتضت الضرورة ذلك، في الفصل القادم سنرى كيف يتم وضع آليات تسمح إلى تطوير القضاء العسكري من حيث القوانين التي تتماشى مع القضاء والدستور، وفقاً للقوانين والمعايير الدولية.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA