جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة كربلاء ـ كلية القانون

الرقابة على الضمير القضائي

(دراسة مقارنة)

أطروحة مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في فلسفة القانون العام

كتبت بواسطة الطالبة

زينب محمد مهدي

بإشراف

الأستاذ الدكتور علي حمزة عسل الخفاجي

استاذ القانون الجنائي

أذار / 2022م

شعبان / 1443هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ﴾

صدق الله العلي العظيم

﴿سورة النساء- الآية 58﴾

إقرار المقوم اللغوي

أشهد أني قرأت أطروحة الدكتوراه الموسومة بـ((**الرقابة على الضمير القضائي (دراسة مقارنة)**)) المقدمة من قبل الطالبة (**زينب محمد مهدي**) إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء, وقد وجدتها صالحة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية, بعد أن أخذت الطالبة بالملاحظات المسجلة على متن الأطروحة.

مع التقدير...

التوقيع:

الاسم: أ. م. د. علاء ناجي جاسم المولى

الاختصاص العام: لغة عربية

الاختصاص الدقيق: اللغة

إقرار لجنة مناقشة دكتوراه

نحن رئيس لجنة المناقشة وأعضائها نُقر أننا اطلعنا على هذه الاطروحة الموسومة بـ (الرقابة على الضمير القضائي "دراسة مقارنة ")،و ناقشنا الطالبة (زينب محمد مهدي) في محتواها، وفيما لها علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الدكتوراه في القانون / فرع القانون العام وبدرجة (جيد جداً) .

التوقيع :

الاسم: أ.د. ضياء عبد الله عبود

(رئيساً)

التاريخ: ١٥/ ٦/ 2022

التوقيع :

الاسم: أ.د. عادل يوسف عبد النبي

(عضواً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.د عادل كاظم سعـــود

(عضواً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.د عبد الرزاق طلال جاسم

(عضواً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع :

الاسم : أ.م.د.منى محمد عبد الرزاق

(عضواً)

التاريخ : / / 2022

التوقيع :

الاسم : أ.د علي حـــــمزة عسل

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ : / / 2022

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:

أ.د. ضياء عبدالله عبود الجابر

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: ١٥/ ٦/ 2022

الإهداء

إلى: وليد قلبي "مصطفى"

التماساً للمعذرة على تقصيري خلال سنوات الدراسة

وامتناناً على كل شيء جميل انغرس في داخلي بسببك

الباحثة

شكر وامتنان

الشكر لله دائماً وأبداً على توفيقي في حياتي. ولعائلتي الحبيبة لصبرها وتحملها ومساندتها في كل الظروف.

وبعد...

يشرفني أن أتقدم بفائق الشكر وعظيم الامتنان لكل من مد لي يد العون سواء بنصيحة أو رأي ساعدتني في كتابة اطروحتي...

فأبدأ أولاً بخالص الشكر والاعتزاز إلى الأنسان والأب والمعلم الأستاذ الدكتور ((علي حمزة عسل الخفاجي)) لما حباني من الرعاية والاهتمام والنصح والارشاد والذي ساعدني في تصويب خطاي فجزاه الله عني خير الجزاء.

ومن باب الإخلاص والوفاء أتقدم بالشكر والإمتنان إلى اساتذتي بدءً من عمادة كلية القانون في جامعة كربلاء وجميع الأساتذة الاجلاء الذين كان لهم الدور الفاعل في اتمام متطلبات السنة التحضيرية لما قدموا لي من وقتهم ووافر علمهم برحابة صدر وطيب نفس.

ولا يفوتني أن اخص بالشكر الجزيل زميليّ اصحاب المواقف النبيلة ((د. أحمد جبر محيسن)) و((د. جمال عبد الأمير حسان) لرفقتهم الطيبة ومساعدتهم الدائمة.

والشكر موصول كذلك إلى كادر كل من: مكتبة كلية القانون- جامعة كربلاء. ومكتبة كلية القانون – جامعة الكوفة. ومكتبة معهد العلمين للدراسات العليا. وقناة "الفكر القانوني" في التلكرام لما أبدوه من رحابة صدر وتعاون معنا. فجزاهم الله عني خير جزاء المحسنين ووفقهم وسدد خطاهم.

الباحثة

المستخلص

"تبنى الأحكام الجنائية على الجزم واليقين لا على الظن والتخمين". فاليقين هو حالة ذهنية أو عقلانية تؤكد وجود الحقيقة. ولكن، هذا لا يعني أن رأي القاضي في الوقائع متروك لمطلق حريته وتحكمه دون ضابط او رقيب. فالاقتناع هو اتجاه نفسي لشخص، ولكنه يختلف عن مجرد الاعتقاد الشخصي القائم على المشاعر والانطباعات العابرة. إذ يبدأ الاقتناع من مقدمات موضوعية يفترض بحثها وتمحيصها وتقديرها لاستخلاص نتائجها المنطقية، أي أنه يقوم على تفكير منطقي لإيجاد رابطة عقلية بين وقائع معلومة وأخرى مجهولة. وعلى الرغم من ذلك، فالاقتناع ليس بعملية منطقية آليه بحته، قوامها وجود مقدمات معينة تفيد الجزم بأمر معين، بل يظل لهُ طابعه - النفسي - الشخصي النسبي- الذي يعتمد في النهاية عند اصدار حكمه على ضمير صاحبه، وما يحتويه من دوافع ونزعات شخصية.

وفي ظل سيادة نظام الأدلة الإقناعية في انظمة الاثبات الجنائي، ونظراً لطبيعته المميزة، فإن القيود المتعلقة بتطبيق مبدأ الاقتناع القضائي بما من شأنها ضبط مساره تحقيقاً للهدف الذي وجد من أجله وهو معرفة الحقيقة لا تعد كافية، ما دام يشوبه صفتا الذاتية(لتعلقه بضمير القاضي)، والنسبية(لاختلافه من قاض إلى آخر)، مما سيجعله مهدداً للحريات الشخصية بشكل واضح خاصة في حالة الوقائع الاجرامية ذات الخطورة الكبيرة والتي تؤدي الى عقوبات جسيمة كالإعدام أو السجن، بما يكفي لوحده في فتح المجال للحديث عن الرقابة التي يجب أن تسلط بصفة أساسية على احكام القضاة الصادرة من منطلق ضمائرهم.

ولأن الاقتناع هو منهج موضوعي في تكوين رأي شخصي، لذا فأن الرقابة التي ستمارس عليه يجب أن تنصب حول الأثر الذي يحدثه الدليل في ضمير القاضي الجزائي، ويكون ذلك بعرض الدعوى والحكم فيها على هيأة قضائية أخرى، لوضع درجة اليقين التي توصل إليها قضاة أول درجة تحت الفحص، فإذا تطابقت نتيجة الاختبار مع ما انتهى إليه القضاة ناظري الدعوى لأول مرة، بمعنى توحد الأثر الذي يتركه الدليل في الضمير لدى اكثر من قاضي، تنتفي حينها صفتا الذاتية والنسبية والتي تعد مكمن الخطر في اقرار هذا النظام (الأدلة الاقناعية)، فنكون أمام ما يسمى بـ(اليقين الثابت) وهو ما يجب أن يتقاسمه جميع القضاة أو على الأقل أكبر عدد منهم، وللوصول إلى هذا النوع من اليقين نحن بحاجة إلى اقرار مبدأ التقاضي على درجتين في التشريع العراقي ضماناً لتحقيق العدالة الجنائية في الاحكام القضائية.

قائمة المحتويات

الـمـوضـــــوع	رقم الصفحة
المقدمة	1 - 5
اولاً: موضوع الدراسة	1 - 2
ثانياً: اهمية موضوع الدراسة	2
ثالثاً: مشكلة موضوع الدراسة	3
رابعاً: نطاق موضوع الدراسة	3
خامساً: منهجية موضوع الدراسة	4
سادساً: تقسيم خطة الدراسة	4 – 5
سابعاً : تقسيم خطة الدراسة	5
الباب الأول- التعريف بفكرة الرقابة على الضمير القضائي	6 - 91
الفصل الأول- التعريف بالضمير القضائي	7 - 49
المبحث الأول: مفهوم الضمير القضائي	8 - 24
المطلب الأول: تعريف الضمير القضائي	9 - 19
الفرع الأول: مدلول الضمير القضائي	9 - 12
الفرع الثاني: عناصر الضمير القضائي	12 - 15
المطلب الثاني: انواع الضمير القضائي.	15 - 24
الفرع الأول: الضمير القضائي الابتدائي	16 – 19
الفرع الثاني: الضمير القضائي النهائي	20 - 24
المبحث الثاني: وعاء الضمير القضائي	24 - 49
المطلب الأول: اختيار الأكفاء لوظيفة القضاء	25 - 36
الفرع الأول: نظم اختيار القضاة	25 – 29
الفرع الثاني: شروط اختيار القضاة	29 - 36
المطلب الثاني: استقلال السلطة القضائية	36 - 49
الفرع الأول: مفهوم استقلال القضاء	36 - 40

الفرع الثاني: اجراءات استقلال القضاء	40 - 49
الفصل الثاني- بناء الضمير القضائي وأسس الرقابة عليه	50 - 91
المبحث الأول: بناء ضمير القاضي الجزائي	51 - 72
المطلب الأول: مصادر ضمير القاضي الجزائي	51 - 62
الفرع الأول: مصادر ضمير القاضي الجزائي في اثبات الجريمة المرتكبة	52 - 56
الفرع الثاني: مصادر ضمير القاضي الجزائي في تقدير العقوبة الملائمة	56 - 62
المطلب الثاني: تكوين ضمير القاضي الجزائي	62 - 71
الفرع الأول: فحص وعاء الدليل	63 - 67
الفرع الثاني: فحص محتوى الدليل	67 - 71
المبحث الثاني: صور الانحراف في ضمير القاضي الجزائي وآلية الرقابة عليه	72 - 91
المطلب الأول: صور الانحراف في ضمير القاضي الجزائي	72 - 82
الفرع الأول: الخطأ في ضمير القاضي الجزائي	73 - 79
الفرع الثاني: الغلط في ضمير القاضي الجزائي	79 - 82
المطلب الثاني: وسائل الرقابة على ضمير القاضي الجزائي	83 - 91
الفرع الأول: الطعن في الحكم	83 - 87
الفرع الثاني: التدخل التمييزي	87 - 91
الباب الثاني- صور الرقابة على الضمير القضائي	92 - 185
الفصل الأول- الرقابة المباشرة على ضمير القاضي الجزائي	93 - 131
المبحث الأول: الاطار النظري للرقابة المباشرة على ضمير القاضي الجزائي	95 - 114
المطلب الأول: مفهوم نظام التقاضي على درجتين	95 - 104
الفرع الأول: تعريف نظام التقاضي على درجتين	96- 98
الفرع الثاني: متطلبات تطبيق نظام التقاضي على درجتين	98 - 104
المطلب الثاني: أساس نظام التقاضي على درجتين	105 - 114
الفرع الأول: الأساس الفلسفي لنظام التقاضي على درجتين	105 - 108
الفرع الثاني: الأساس القانوني لنظام التقاضي على درجتين	108 - 114
المبحث الثاني: الاطار التطبيقي للرقابة المباشرة على ضمير القاضي الجزائي	115 - 131

المطلب الأول: خصومة الطعن الاستئنافي أمام محكمة الدرجة الثانية	115- 127
الفرع الأول: حدود الدعوى أمام المحكمة الاستئنافية	116 – 118
الفرع الثاني: صلاحيات المحكمة الاستئنافية على ضمير القاضي الجزائي	118 - 127
المطلب الثاني: الأثر المترتب للرقابة المباشرة على ضمير القاضي الجزائي	127 - 131
الفرع الأول: الأمن القضائي	128 - 131
الفرع الثاني: دعم لحجية الشيء المقضي فيه	131
الفصل الثاني- الرقابة غير المباشرة على ضمير القاضي الجزائي	132 - 185
المبحث الأول: الاطار النظري للرقابة غير المباشرة على ضمير القاضي الجزائي	133 - 150
المطلب الأول: أساس رقابة محكمة التمييز على ضمير القاضي الجزائي	133 - 142
الفرع الأول: الأساس الفلسفي لرقابة محكمة التمييز على ضمير القاضي الجزائي	134 – 137
الفرع الثاني: الأساس القانوني لرقابة محكمة التمييز على ضمير القاضي الجزائي	137 - 142
المطلب الثاني: حدود رقابة محكمة التمييز على ضمير القاضي الجزائي	142 - 150
الفرع الأول: التقدير الواقعي الخاضع لرقابة محكمة التمييز	144 - 149
الفرع الثاني: التقدير الواقعي المستثنى من رقابة محكمة التمييز	149 - 150
المبحث الثاني: الاطار التطبيقي للرقابة غير المباشرة على ضمير القاضي الجزائي	151 - 185
المطلب الأول: خصومة الطعن التمييزي امام محكمة التمييز	153 - 161
الفرع الأول: إجراءات الطعن امام محكمة التمييز	153 – 158
الفرع الثاني: القواعد العامة لصدور احكام محكمة التمييز	158 - 161
المطلب الثاني: صلاحيات محكمة التمييز على ضمير القاضي الجزائي والأثر المترتب عليها	162 - 185
الفرع الأول: صلاحيات محكمة التمييز على ضمير القاضي الجزائي	162 - 177
الفرع الثاني: الأثر المترتب على رقابة محكمة التمييز على ضمير القاضي الجزائي	178 - 185
الخاتمة:	186 - 189
قائمة المراجع:	190 - 209
Abstract	B - C

المقدمة

اولاً- موضوع الدراسة:

يقول أرسطو: "عندما يحدث خلاف بين الناس فأنهم يلجأون إلى القاضي، فالذهاب إليه هو ذهاب إلى العدالة _لأن القاضي أن جاز التعبير_ هو تجسيد للعدالة، وفي شخص القاضي يبحث الأنسان عن شخص ثالث غير متحيز، فالقاضي يمسك بالميزان بين الطرفين".

اقامة العدل بين الناس من اهداف الرسالات السماوية، وهي من صفات الله سبحانه وتعالى، وإحدى الغايات من ارسال الرسل وانزال الكتب عليهم كما قال الله تعالى محكم كتابة ((لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ))[1]. وإن صيانته واحترامه أرث تتوارثه الدول وتقيم لهُ الضمانات من أجل أن يرسخ ويستقر. فالعدالة البشرية هي عدالة الحضارات وهدف الشعوب على مر الزمان، ومن أجل ذلك انشأت المحاكم على اختلاف درجاتها لتحقيق العدالة بين المواطنين، فالقضاء مهمة شاقة ومسؤولية كبيرة، من خلاله تسعى الدولة التي تحقيق العدالة واحقاق الحقوق وحمايتها لأنه الملاذ الآمن لمن ضامته آلام الجريمة، والضمانة الفعالة لحماية المتهم من ادانة ظالمة. ولتحقيق ذلك يسعى قاضي الجزاء جاهداً الى انزال حكم القانون عبر اتباعه اجراءات ومراحل متعددة، ابتداءً بتحريك الدعوى الجزائية ومباشرة التحقيق وصولاً إلى المحاكمة واصدار الحكم الفاصل فيها وذلك عبر عملية عقلية ذهنية لتحليل وتقييم الأدلة المطروحة امامه، ليخرج منها بمحصلة نهائية عن حقيقتها ومبلغ اثرها في براءة المتهم او ادانته. وذلك حتى يصل القضاء إلى غايته الأساسية وهي (الكمال) والذي يعد غاية الغايات التي يسعى إليها الإنسان، ولكن ينأى نقصه عن بلوغ تلك الغاية، فمهما اغدق الأنسان على علمه علماً وصبراً، ومهما خلصت نيته، فلن يبلغ هذا الكمال.

ولذلك يغدو الشك ملازماً لنا حيال امكانية المحاكم الوضعية من تحقيق المثل الأعلى للعدالة الانسانية، على الرغم من الدور الايجابي الممنوح للقاضي الجنائي من قبل المشرع، تمكيناً لهُ من تحقيق العدالة الحقيقية لا الشكلية، وذلك بتعليق صدور الحكم القضائي على اطمئنان ضميره، والذي هو بمثابة اخضاع قناعته لرقابة داخلية(ذاتية). فكما يوجد في نطاق العمل الاداري رقابة داخلية يمارسها الرئيس على شخص المرؤوس وعمله لتعديل مساره أن شذ، فضلاً عن الرقابة الخارجية التي تمارسها الجهات العليا، كذلك الحال في نطاق المحاكمات الجنائية، فالضمير هو بمثابة الرئيس الأعلى الذي يتولى الرقابة والتدقيق على الاعمال التي تصدر عن شخص القاضي استناداً الى سلطته التقديرية.

---

(1) سورة الحديد، آية(25).

ولما كانت الأحكام صادرة عن القضاة وهم "بشر" لذلك كانت احكامهم عرضة للبعد عن الصواب والوقوع في الخطأ، لأنهم بطبيعتهم عرضة للزلل مهما بلغوا من سعة في العلم واتساع في المدارك، ولذا اضحت الصفة _النسبية_ ملازمة للعدالة البشرية، ومن أجل ذلك كان من الطبيعي أن تُوجد الأنظمة القانونية آلية لمراجعته هذه الأحكام ضماناً لصحتها وعدالتها، لإزالة ما يشوبها من عيوب. فكانت هذه الوسيلة هي بإتاحة الطعن في الأحكام.

ثانياً- اهمية موضوع الدراسة:

مهما أوتي الأنسان من علم وفصاحة وحكمة فستظل احكامهُ على ما يعرض عليه من وقائع عرضة للخطأ، ولا شك أن احتمال الخطأ سيكون أكثر حدوثاً والظلم أكثر فداحة إذا كان ناتجاً من تعسف أو حتى من تسرع أو جهل.

ولما كانت اغلب القوانين قد اجمعت على أن قضاء القاضي بعلمه غير صحيح، لأن النزاهة المطلقة والاستقلال المطلق ليست من طبيعة الأنسان على الدوام، فكيف لنا أن نبيح القضاء بضمير المحكمة بلا مراجع او رقيب؟ إذ من المفترض أن لضمير المحكمة سلطان قاهر لا تستطيع أي سلطة أن تتعرض لهُ بالطعن او بالتجريح، ما دام أنه غير قابل للطعن بطريق الاعتراض على الحكم الغيابي او الاستئناف. اضف الى ذلك فأن ما تعارفت عليه مختلف النظم القانونية من أن "مضمون ضمير القاضي" بمنأى عن رقابة المحكمة العليا(التمييز- النقض).

وإذا كان من المقرر بأننا لا نستطيع أن نأمر القاضي بأن يحكم بغير ما يقتنع به، فما هو الحل لنطمئن إلى صحة هذا الاقتناع في زمان عم فيه الفساد وطم. إذ لا يخفى على أحد الأخطار المحدقة بالمتهمين في القضايا الجنائية في ظل مبدأ حرية القاضي في تكوين اقتناعه الذي يهيمن على عملية الأثبات، إذ من يتولى تحديد مصيرهم بشر، وهم كغيرهم غير معصومين من الخطأ أو النسيان _وهذا ليس بمنقص من قدرة القضاة وكفاءتهم_ ومن أجل ذلك فأن مواجهة التنظيم القضائي لهذه المشكلة يجب أن تنطلق من الاعتراف الكامل بقابلية القائمين على ادارة مرفق العدالة للوقوع في الزلل.

أن هذه الاخطاء في مجال العمل الجنائي شديدة الوقع في النفس البشرية، إذ يترتب عليها اضرار تهدد الافراد في حياتهم أو حرياتهم أو اموالهم. وفي الحقيقة فأن الواقع العملي يؤكد لنا يوماً بعد آخر أن خطأ المحاكم ليس من قبيل الافتراض النظري أو التصور العقلي البحت، وانما هو واقع ملموس يشهد بمرارته وقسوته المحكوم عليهم بالذات المقمعون في غياهب السجون، لذا فنحن بحاجة إلى مراجعة ضمير القاضي الجزائي لمعرفة هل اصاب الحقيقة في حكمه أم أخطأ.

ثالثاً- مشكلة موضوع الدراسة:

الحاجة إلى البحث عن الحقيقة لهو مطلب دائم، فمنذ العصور الأولى بحث الإنسان عن الوسائل التي يقنع بها نفسه وعقله بما يعتقده، أو يشعر بهِ، وفي مرحلة لاحقة تطور الأمر إلى محاولة تأكيد ذلك الاقتناع الذاتي، فلجأ إلى غيره ليتأكد عن طريقه أن ما يعتقده هو أمر واقع وصحيح، وذلك بيت القصيد من دراستي "الرقابة على الضمير القضائي" فبلحاظ طبيعة الضمير بكونه مسألة نفسية وجدانية غير ملموسة فكيف يتم الرقابة عليه؟ خاصة وأن قدرات الأفراد(القضاة الذين يشكلون المحاكم الرقابية) محدودة بمعنى أن لها ظاهر الأمور فقط، أما بواطنها فهو خفيٌ عنها. من ذلك تتولد المشكلة البحثية والتي سنوضحها في الأسئلة الرئيسية الآتية:

1- هل يوجد تنظيم تشريعي وضعي للرقابة على ضمير القاضي الجزائي؟
2- وإذا كان اجابة ما تقدم بالإيجاب، فهل كان هذا التنظيم التشريعي مقام وفقاً لأسس قانونية صحيحة؟
3- ما مدى فاعلية هذا التنظيم التشريعي في الرقابة على ضمير القاضي الجزائي، بمعنى هل كان تنظيم رقابي شكلي أم حقيقي؟

وينبثق عن هذه التساؤلات الرئيسية أخرى فرعية نوجزها بالآتي:

- ما هو الضمير القضائي؟ وما هي حدوده وآلية إعماله؟
- ما مدى معالجة التشريع العراقي لموضوع الرقابة على الضمير القضائي؟
- هل هناك رقابة للمحاكم العليا على الضمير القضائي؟
- وإذا كان اجابة ما تقدم بالإيجاب، فما نطاق تلك الرقابة الممارسة من قبلها؟ وما انواعها، ومن ثم هل هناك تنظيم قانوني لها؟
- ما هو الأثر المترتب على ممارسة تلك الرقابة؟
- ما هو موقف القضاء الجزائي العراقي من هذه الرقابة في ظل قانون أصول المحاكمات الجزائية البغدادي؟

رابعاً- أهداف الدراسة:

بلحاظ ما تقدم آنفاً، فأن دراستنا ستستهدف ما يأتي:

1- بيان التنظيم التشريعي الوضعي للرقابة على ضمير القاضي الجزائي.
2- بيان الأسس القانونية للتنظيم التشريعي الوضعي للرقابة على ضمير القاضي الجزائي.
3- بيان مدى فاعلية التنظيم التشريعي الوضعي في الرقابة على ضمير القاضي الجزائي.

خامساً- نطاق موضوع الدراسة:

تأسيساً على تقدم فقد حرصت الأنظمة القانونية على ايجاد وسائل تعالج بها قدر الإمكان ما يشوب الأحكام من اخطاء، ضماناً لصحتها وعدالتها، وكان ذلك بإتاحة الطعن في الحكم بعدة طرق منها العادي(الاعتراض على الحكم الغيابي، والاستئناف) ومنها غير العادي(التمييز، وتصحيح القرار التمييزي، واعادة المحاكمة) بحسب نوع الخطأ (واقعي – قانوني).

وبالنظر لطبيعة موضوع دراستنا ومدى تعلقه بالجانب النفسي للحكم وما يشوبه من خطأ واقعي، فإننا سنركز محور بحثنا على (الاستئناف) كطريق طعن عادي، بعده وسيلة رقابية على ضمير القاضي الجزائي لأنها ستتولى اعادة فحص وتقدير الوقائع من جديد امام جهة اخرى اعلى من الجهة التي اصدرت الحكم المطعون في صحته بمعنى(واقعية الضمير القضائي)، وهو ما يحقق فاعلية الرقابة الممارسة عليه.

ونركز كذلك على (التمييز أو النقض) كطريق طعن غير عادي، على اعتبار أن الضمير متكون من منهج ومضمون، فالمنهج هو القواعد القانونية الخاصة بالإثبات التي وضعها المشرع والزم القاضي بالسير على هداها للظفر بقناعته بمعنى (قانونية الضمير القضائي)، وهو صميم عمل محكمة التمييز لتعلقها بالأخطاء القانونية ذات الصلة بالضمير القضائي. وهو ما سنتولى دراسته في التشريع العراقي والمقارن وتحديداً التشريعان(المصري والأردني) ولكن هذا لا يعني عدم التطرق إلى تشريعات دول اخرى للاستزادة واغناء بحثنا فيما تضمنته من احكام كالتشريع الاماراتي والجزائري وغيرها من القوانين.

وبذلك فأننا سنستبعد من نطاق دراستنا طريقي: الاعتراض على الحكم الغيابي، واعادة المحاكمة. فالأول، وإن كان يعيد احياء الدعوى من جديد وتقدير الوقائع والأدلة مرة ثانية، لكنه لا يحقق فاعلية الرقابة، لأن اعادة نظر القضية يتم أمام ذات المحكمة التي اصدرت الحكم المطعون فيه، وهو ما لا يلائم موضوع دراستنا. أما الثاني، فأنه يعالج عيوب تتعلق بإرادة القاضي عند اصدار الحكم، والتي خفيت على قاضي الموضوع عند إصدار الحكم ولكنها ظهرت لاحقاً مما ترتب عليها تغيير الرأي في الدعوى. أي انها لا تتعلق بضمير القاضي الجزائي، اضافة الى ذلك فأن اعادة المحاكمة تكون أمام ذات الجهة مصدرة الحكم، وهو كما تقدم لا يوصلنا الى قناعة بصحة الرأي الأول، لعدم اتفاق اكثر من رأي في ذات الموضوع.

سادساً- منهجية الدراسة:

إنَّ المنهج الذي سيتم اتباعه في معالجة موضوع دراستنا هو: المنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي القائم على انتقال الفكر من الجزئيات إلى الكليات، مكوناً قاعدة عامة يصلح تطبيقها على الاجزاء كافة والمنهج المقارن، متخذين من تحليل النصوص القانونية العراقية والمقارنة والتوجهات

القضائية اساساً لبلورة فكرة الرقابة الممارسة من قبل جهة الطعن على الضمير القضائي لمحكمة الموضوع.

سابعاً- تقسيم خطة الدراسة:

في سبيل الوصول إلى الغاية المبتغاة من الدراسة، سنعتمد أسلوب التقسيم الثنائي، فتكون خطة البحث مقسمه إلى: بابين تسبقهما مقدمة وتليهما خاتمة.

سنتطرق في الباب الأول إلى: التعريف بفكرة الرقابة على الضمير القضائي. عبر تقسيمه إلى فصلين، سيكون الأول تحت عنوان: التعريف بالضمير القضائي. اما الفصل الثاني فسنخصصه لدراسة آلية بناء الضمير القضائي وأسس الرقابة عليه.

اما الباب الثاني فسنستعرض فيه صور الرقابة على الضمير القضائي. وذلك عبر تقسيمه إلى فصلين، سنخصص الفصل الأول لبحث: صورة الرقابة المباشرة على ضمير القاضي الجزائي، أما الفصل الثاني فسنتطرق من خلاله إلى بيان صورة الرقابة غير المباشرة على ضمير القاضي الجزائي.

أما الخاتمة، فستتضمن أهم الاستنتاجات التي سنتوصل إليها في ثنايا الدراسة، كما سنعرض فيها أهم المقترحات التي يمكن أن تغني الدراسة وتخرجها بالصورة المناسبة.

الباحثة

الباب الأول
التعريف بفكرة الرقابة على الضمير القضائي

يتأسس الأثبات في المواد الجنائية على تقديم الأدلة إلى القاضي مع افساح المجال لهُ لتكوين عقيدته من خلالها بناءً على ما يستقر في وجدانه وضميره من تأثير قبالها.

ولقد فتح القانون باب الأثبات امام القاضي الجنائي حتى يختار ما يرشده إلى كشف الحقيقة، ليوازن بين قوة الأثبات المستمدة من كل عنصر، ويقدر القاضي ما يعرض عليه في كل حالة، ليستفاد من الوقائع وظروفها هادفاً بذلك ادراك الحقيقة، وحتى يصل إليها فأنه يسلك أي طريق يراه مؤدياً إليها، ولا رقيب عليه في ذلك غير ضميره وحده.

وعلى الرغم من ذلك فأنه لا يتم بصورة تحّكمية، لأن ذلك سيؤدي إلى اهدار العدالة واعتداء على حقوق الأفراد وحرياتهم والتي ما وجد مبدأ حرية القاضي في الاقتناع إلا من أجل حمايتها، وعلى ذلك، فلا غرابة اذن أن يتقيد القاضي بمبادئ عامة اثناء نظره الدعوى، ليأتي حكمه مطابقاً للحقيقة محققاً للعدالة، وذلك بإخضاعه لرقابة ضميره ووجدانه، تحقيقاً لواجبه القضائي. ولذا سادت القاعدة في الأثبات الجنائي وبالذات احكام الإدانة، أن "الاحكام تبنى على الجزم واليقين لا الظن والترجيح".

وبناءً على ما تقدم سنخصص محور دراستنا في الباب الأول لبحث ما يأتي:

الفصل الأول: التعريف بالضمير القضائي.

الفصل الثاني: بناء الضمير القضائي وأسس الرقابة عليه.

الفصل الأول

التعريف بالضمير القضائي

العدالة تعبير انساني لفضيلة سامية توجبها المبادئ الاخلاقية وتأمر بها الاديان السماوية، ينشدها الكثيرون بالحق فيسعون في يقظة ضمائرهم وإحساسهم بالمسؤولية إلى تحقيق قواعدها، والقضاء هو من يمثل المجتمع ونائبه في القيام بمعاقبة من يعصي اوامره ونواهيه ويخرج عن نظمه وتعاليمه، والقضاء العادل المنزه عن الاهواء والغايات هو من اقوى البواعث لحمل الفرد على الاذعان لنظام الجماعة واحترام قوانينها.

ولما كان موضوع دراستنا هو الرقابة على الضمير القضائي بكينونته رجاء المظلوم في تحقيق العدل كان لازماً علينا ابتداءً التعرف على كنه "الضمير القضائي" وهو ما سنعقد العزم على بحثه في هذا الجزء من الدراسة عبر تقسيمها إلى مبحثين: نخصص الأول منهما لإيضاح مفهوم الضمير القضائي. ونبين في المبحث الثاني وعاء الضمير القضائي وكما يأتي:

المبحث الأول: مفهوم الضمير القضائي

المبحث الثاني: وعاء الضمير القضائي

المبحث الأول
مفهوم الضمير القضائي

اقتناع القاضي، مُحصلة علمية عملية عن طريق استخدام السلطة تقديرية الممنوحة لهُ والتي يمارسها وفقاً لحدود قانونية ومنطقية وضمير حي متجرد، يستطيع بمقتضاها أن يقبل بكامل حريته قيمة الأدلة المتحصلة في الدعوى الجزائية. ومعنى ذلك أن لقناعة القاضي عنصران: الأول، موضوعي وهو حصيلة التفاعل بين "وقائع القضية" الثابتة أمام القاضي، وما تقدم به أطراف الخصومة من الأدلة التي تنفي أو تثبت حصول الواقعة، وبين" عقل القاضي" من ناحيه اخرى، ومعنى ذلك أن هذا العنصر من عنصري عقيدة القاضي، يتألف من مجمل العمليات العقلية والمنطقية التي يجريها القاضي، ومتى تجلى في ذهن القاضي صورة تمثل حقيقة ما حدث في الواقع" العالم الخارجي" سواء أكانت تفيد ثبوت أو نفي مسؤولية المتهم عنها، عندها فقط يستقر هذا العنصر من مكونات قناعة القاضي[1].

اما العنصر الثاني فهو شخصي، إذ يمثل حالة ارتياح الضمير واستقراره إلى ما تم التوصل إليه من استنتاج عقلي ومنطقي، والذي من خلاله تكون العنصر الأول في اقتناعه، أي أنه يمثل درجة اقتناع القاضي، وكنتيجة لوصوله إلى هذه الدرجة فإنه لا يشعر في هذه الحالة بضرورة معاودة التقصي والتفكير، إذ لا توجد في قناعته أي فروض اخرى تتعارض مع الفرض الذي تكون لديه في حدوث أو عدم حدوث الواقعة[2]. وهو بهذا يصل إلى مرحلة تحكيم ضميره فيما اصدره من حكم.

وتأسيساً على ما تقدم سنخصص محور دراستنا لبيان ما يأتي:

المطلب الأول: تعريف الضمير القضائي.

المطلب الثاني: انواع الضمير القضائي.

---

(1)ينظر: د. كمال عبد الواحد الجوهري، تأسيس الاقتناع القضائي والمحاكمة الجنائية العادلة، دار محمود، القاهرة، مصر،1999. ص19.

(2)ينظر: د. كمال عبد الواحد الجوهري، اصول مبدأ حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2010، ص21.

المطلب الأول
تعريف الضمير القضائي

يروى أن "فولتير"[1] كان يبدأ المناقشة دائماً بقول:(حدد الفاظك)، فالعلم بمعاني الألفاظ علماً صحيحاً لا يستغنى عنه للتفكير الصحيح والحكم الصحيح[2].

ومن هذا المنطلق سنخصص دراستنا لبحث ما يأتي:

الفرع الأول: مدلول الضمير القضائي.

الفرع الثاني: عناصر الضمير القضائي.

الفرع الأول
مدلول الضمير القضائي

الانسان: مادة وروح. اما المادة فهي ما نراه ظاهراً من الانسان، يدين، ورجلين وعينين وشفتين وإلى آخر ما نراه من اجزاء هذه المادة. وأما الروح فمن أمر ربي لا نراها ولكن نشعر بها عن طريق آثارها بكينونتها داخل انفسنا، اي شهواتنا ، انفعالاتنا، شعورنا ومن جزء لهُ الرئاسة على كل ما سلف وهو "ضميرنا"[3] .

فالضمير هو الرئيس الأعلى، أو ينبغي ان تكون لهُ هذه الرئاسة العليا المطلقة على هذه الاجزاء المكونة لروح الانسان. فالضمير احساس، والضمير قوة من غريب أمرها أنها تجمع بين سلطات ثلاث: سلطة تشريعية تصدر قانون يضع قواعد للتمييز بين الصواب و الخطأ. وهو سلطة تنفيذية تطبق ما تسنه من قواعد لتسعدنا بنتيجة الفعل الحسن وتؤلمنا بنتيجة الفعل السيء. وهو سلطة قضائية لأنه يحكم بالحق بين اقوالنا وافعالنا. وقد يكون هذا

---

(1)فولتير(Voltaire) فيلسوف وشاعر فرنسي(1668-1694) كتب روايات كثيرة وله شهرة فائقة في الأدب والروايات التمثيلية. وكان لكتاباته أثراً عظيماً في افكار الأوربيين. ينظر: أزسزرابوبرت، مبادئ الفلسفة، ترجمة: احمد امين، ط1، دار طيبة للطباعة، القاهرة، مصر، 2015، ص144.

(2)ينظر: المرجع نفسه، ص31.

(3)ينظر: رضا الصدر، الفلسفة العليا، ط1، دار الكتاب اللبناني، بيروت، لبنان، 1986، ص99. ينصرف معنى الضمير في اللغة إلى السر وداخل الخاطر ويدل على المضمر في النفس، أي الموجود فعلاً ولكن مستور، وأطلق على العقل؛ لأنه مستوراً، والضمير الشيء الذي تضمره في قلبك، والاسم الضمير، والجمع ضمائر، والضمير في النحو ما كُني به عن متكلم أو مخاطب غائب. وقد يأتي بمعنى فكر، ذمة، وجدان، نية. ينظر: د. سعدي الضناوي، و جوزيف مالك، معجم المترادفات والاضداد، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب ناشرون، طرابلس، لبنان، 2010، ص390. وفي ذات المعنى ينظر: سعيد الخوري الشرتوني اللبناني، معجم أقرب الموارد في فصيح العربية والشواذ، ج2، منشورات مكتبة المرعشي النجفية، ايران، قم، 403، ص690. وايضاً عُرف بأنه: مستوى معين من الوعي الاخلاقي تكون نتيجته خبرات الفرد الشخصية والجماعية، يسمح له بالشعور بدلالة ما يدور في داخله وخارجه وفق عناصر ومحددات موضوعية وذاتية. ينظر: د. سمير سعيد حجازي، معجم المصطلحات الحديثة في علم النفس والاجتماع ونظرية المعرفة(عربي- فرنسي)،ط1، دار الكتب العالمية، بيروت، لبنان، 2005، ص216.

الصوت "شاكياً" أو "شاهداً" أو "زاجراً" او "واعضاً"، إن هذا الصوت الكامن في نفوسنا على هذا النحو، والمستقر في عقولنا يسمى الضمير[1].

ولما كانت المحكمة تتألف من (قاضي) و(محامي) و(مدعي) و(شاهد) و(منفذ) وغيرهم، وبانطباق هذه العناصر على ما تقدم، يعرف الضمير حينها بأنه: محكمة كبرى ترجع إليها كل اعمال الأنسان الخارجية[2]. أو هو مركب من الخبرات العاطفية القائمة على اساس فهم الإنسان للمسؤولية الاخلاقية لسلوكه في المجتمع، وتقدير الفرد الخاص لأفعاله، وهكذا يرتبط الضمير ارتباطاً وثيقاً بالواجب، ويشعر المرء بوعيه وقد انجز واجبه تماماً بأنه صافي الضمير، اما انتهاك الواجب فيكون مصحوباً بوخزات التأنيب وهو في استجابته لمتطلبات المجتمع قوة دافعة للتهذيب الاخلاقي للفرد[3].

---

(1)ينظر: محمد باقر الصدر، فلسفتنا، ط3، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، لبنان، 2009، ص441.

(2)ينظر: د. منصور علي رجب، تأملات في فلسفة الأخلاق، ط1، مطبعة مخيمرة، القاهرة، مصر، 1953، ص104.

(3)ينظر: الموسوعة الفلسفية(وضعه لجنة من العلماء الاكاديميين السوفياتيين)، ط1، ترجمة: سمير كرم، دار الطليعة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1974، ص282. واذا كان الضمير "محكمة تنظر اعمالنا الخارجية"، فما هي طبيعة تلك المحكمة، هل هي حاسة فطرية كالنظر أو السمع مثلاً بمعنى اننا نستطيع بفطرتنا ان نميز بين الحق والباطل، كما تميز العين بين الألوان والأذن بين الأنغام؟ أو هو ثمرة مكتسبة تخلقها التربية؟ عند البحث في تلك المسألة من قبل ذوي الاختصاص من الفلاسفة طرح رأيان وفي ضوئهما عرفوا الضمير. ذهب الاتجاه الأول: بزعامة "جان جاك روسو" أن ابن آدم مزود بغريزة فطرية، وهي من المنح الالهية يفرق بها بين الخير والشر، كما تفرق العين بين الابيض والاسود،، وهذه الغريزة الفطرية، أو هذه البصيرة التي بها يميز الانسان طريق الخير والشر هي "الضمير" ولذلك عُرف بأنه:(استعداد نفسي لإدراك الحسن والقبيح من الأفعال مصحوباً بالقدرة على اصدار احكام اخلاقية على قيمة بعض الافعال الضرورية) أو (هو ملكة تحدد موقف المرء بإزاء سلوكه أو تتنبأ بما يترتب على هذا السلوك من نتائج ادبية واجتماعية، فأن تضمن الضمير حكماً على افعال المستقبل كان صوتاً داخلياً آمراً أو ناهياً، وأن تضمن حكماً على الافعال الماضية كان مصحوباً باللذة أو بالألم. وما يمكن استخلاصه من ذلك، أن لا حاجة الى العلم للتمييز بين الخير والشر، إذ ندرك ذلك بفطرتنا عن طريق احساس يوحى الينا. ويقابل هذا الرأي بأخر يرى أن الضمير قوة مكتسبة، تنتج عن تظافر عوامل اجتماعية في خلقة وتكوينه، ويسندون رأيهم في ذلك إلى واقع الحال، إذ إن الناس في جميع العصور وفي جميع انحاء المعمورة، يستشيرون ضمائرهم ولكنها لا تسمعهم لحناً واحد، فيختلف اللحن في كل بقعة وفي كل زمان، فما يبدو لبعض النفوس انهُ خير وعدل في عصر او مكان، لا يبدوا كذلك في عصر أو مكان آخر. واستناداً لذلك عرفوا الضمير بأنه:(مركب من الخبرات العاطفية القائمة على اساس فهم الأنسان للمسؤولية الأخلاقية لسلوكه في المجتمع، وتقدير الفرد الخاص لأفعاله وسلوكه، وليس الضمير صفة ولادية انما يحدده وضع الأنسان في المجتمع وظروف حياته وتربيته). ونستخلص من ذلك أن الضمير وفقاً لرأيهم يتماشى مع لحظية ومكان نشأته. وبعد ما تقدم لنا ان نسأل: ما هو موقف الشريعة الاسلامية من هذه المسألة؟ إن الاسلام لا ينكر "الضمير" بل يعترف به، ودليلنا على ذلك ما جاء في القرآن الكريم. إذ يقول الله في محكم كتابة العزيز((وَلَقَدْ خَلَقْنَا الإِنسَانَ وَنَعْلَمُ مَا تُوَسْوِسُ بِهِ نَفْسُهُ وَنَحْنُ أَقْرَبُ إِلَيْهِ مِنْ حَبْلِ الْوَرِيدِ)) سورة (ق) الآية (16). وقوله تعالى((وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى)) سورة(الانعام) الآية (152) .وقوله تعالي((وَإِمَّا يَنْزَغَنَّكَ مِنَ الشَّيْطَانِ نَزْغٌ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ إِنَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ)) سورة(الاعراف) الآية(200). أن "الوسوسة" و "النزغ" و"الأمر بالعدل" كل تلك الامور من طبيعة عمل الضمير، اصوات تهتف بنا قائلة: كن عادلاً. أحترم الآخرين. هذب نفسك. وهو ما اشار إليه القرآن الكريم في هذه الآيات البينات. وأما مسألة طبيعة الضمير بكونه حاسة فطرية أو قوة مكتسبة، فأن حديث رسول الله صلوات الله عليه وآله يؤيد الرأي الأول، فقد ورد عن وابصة بن معبد ذهب إلى رسول الله فقال له صلوات الله عليه وآله : جئت تسأل عن البر؟ فقال لهُ وابعة: نعم يا رسول الله. فقال:(البر ما اطمأنت إليه النفس واطمأن إليه القلب، والأثم ما حاك في النفس وتردد في الصدر وإن أفتاك الناس وأفتوك) اشار إليه: د. منصور علي رجب، مرجع سابق، ص230-231- و ص237- 238.

ولكي يكون لنا ضمير يجب ان يسبق ذلك وجود "الشعور"، ومن اجل تحديد معنى الشعور فيجب تمييزه عن "المعرفة" فالشعور هو وميض يصاحب ويضيء السبيل أمام كل عملية عقلية سواء كان ذلك يختص بمعرفة (كالأدراك الحسي أو الحكم) أو بسلوك تحدده الارادة أو بأحساس جمالي أو عاطفي[1]. اما المعرفة فهي الشعور حين يتخذ موقفاً خاصاً حيال الاشياء، اي حين يمكن لهذه الاشياء التي تعرض للفعل ليحللها ويفهمها، ومعنى ذلك أن الشعور بمعناه العام يشمل كل عمليات العقل ومنها المعرفة[2].

اما القضاء فيذكر لها اللغويين معانٍ متعددة لكنها متقاربة في مجملها ومرجعيتها، فهو مصدر للفعل قضى يقضي، أي حكم يحكم، ومعناه إلزام أطراف الدعوى بأمر يفرض عليها فرضاً في سبيل فض الخصومة[3]. وفي معنى مقارب هو: الحكم والفصل والقطع يقال : قضى يقضي إذا حكم مفصل[4]. وقد استعمل اللفظ في الكتاب الكريم في كثير من المعاني منها ما يقارب موضوع دراستنا، إذ ورد بمعنى الوجوب والوقوع : كقوله تعالى " قضى الأمر الذي فيه تستفتيان "[5].

أما في الاصطلاح الفقهي فهو قول ملزم يصدر عن ولاية عامة وهو في حقيقته الأخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام[6]. والقضاء كمصطلح لاتيني(jurigdicere) متكون من مقطعين (jurig) ومعناه الحق و(dicere) ومعناه قال يقول، وهو مصدر الفعل. وعند دمج المقطعين يكون لهذا اللفظ معنى "قول الحق" وهو ابلغ وأشمل من اللفظ العربي، لأحتوائه دون الأخير على معنى توخي العدالة. في حين أن لفظ القضاء في اللغة العربية لا يعبر في ذاته وبذاته، أي لا توجد الكفاية الذاتية في التعبير عنه دون اضافة لكلمة أخرى تُردف بها مثل مفردة "الحق" أو "العدل"[7].

---

(1)ينظر: د. عبد الوهاب جعفر، مذكرة في فلسفة الأخلاق، بدون ذكر لمطبعة مكان النشر، 1991، ص34.

(2)ينظر: د. محمد البدوي، الأخلاق بين الفلسفة وعلم الاجتماع، دار المعرفة الجامعية، الاسكندرية، 2000، ص123.

(3)ينظر: محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، معجم مختار الصحاح، ط1، دار صادر، بيروت، لبنان، 2008، ص334.

(4)ينظر: أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب ، المجلد الخامس ، دار الكتاب المصري، القاهرة، مصر، دون ذكر لسنة النشر، ص 3665.

(5)سورة يوسف أية (41) ، كما وردت بمعنى الاتمام والأعمال في قوله تعالى " فلما قضى موسى الأجل " سورة القصص ، أية (29) ، العهد والايفاء في قوله تعالى " إذا قضينا إلى موسى الأمر " سورة القصص ، أية (44) ، والأمر في قوله تعالى " وقضى ربك إلا تعبد إلا أياه " سورة الأمراء ، أية (23)، الخلق والتدبير في قوله تعالى " فقضاهن سبع سموات " سورة فصلت أية رقم (12) ، والأمر في قوله تعالى " فاقضِ ما أنت قاضٍ" سورة طه الآية (72) ، والأداء في قوله تعالى " وقضينا أليك الأمر " سورة الحجرً (66) ، والفراغ والانتهاء في قوله تعالى " فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها " سورة الأحزاب ، الآية (37).

(6)ينظر: ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، مؤسسة الخليج للطباعة والنشر ، بغداد ، 1984 ، ص 13 .

(7)نقلاً عن: د. رمسيس بهنام، علم النفس القضائي، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، دون ذكر لسنة النشر، ص25.

والحق هو من ناحية ادراك الحقيقة الواقعية لموضوع النزاع، وهو من ناحية اخرى تعديل لهذه الحقيقة عن ما هي عليه من تعارض مع حاسة العدالة، لتغدوا متطابقة مع ما تمليه هذه الحاسة، بصرف النظر عما شاءه الطرفان المتنازعان، لذا فالحق هو أدراك الحقيقة واقامة العدالة في آن واحد، وهو ما يرتسم بالتجاوب الوجداني واطمئنان الضمير لعودة الحق إلى نصابه(1).

وختام القول: إن حاسة العدالة المتوخى توافرها عند أي قاضي هي "لب الضمير البشري".

فاللجوء إلى الضمير لمعرفة الحقيقة والحصول على الاقتناع، هو عبارة عن اللجوء إلى القواعد الأخلاقية الفطرية الكامنة في داخلنا. فهو المظهر الاسمى للطبيعة البشرية ومهبط وحي العدالة المنزهة عن كل مجاملة أو محاباة، وإن القانون يقيم ضمير القاضي كميزان أعلى يقوم بوزن الوقائع ومن ثَّمَ يستلهم عن طريقها الحقائق(2).

إن ضمير القاضي العادل يدفعهُ إلى وضع احكامه بما يقره المنطق، مجردة عن الأهواء والمصالح الشخصية، بعيدة كل البعد عن الظنون والشكوك والريب. ولكن الأنسان لن يكون منزهاً في كل هذا، فهناك عوامل قد تؤدي إلى وجود ثغرات تشوب حكمه، لضعف الضمير، وقلة المعلومات، ومستوى الادراك خاصة إذا ما وضعنا في اعتبارنا ما للعوامل الخارجية مادية كانت، أم معنوية من أثر كبير على اقتناع القاضي، وهنا يأتي دور الضمير في الموازنة بين هذه العوامل الخارجية والوقائع التي تعرض على القاضي، فيحدث حينها الصراع إلى أن ينتصر بعضها على بعض في نفسه. وبهذا يصبح الاقتناع عبارة عن نتيجة طبيعية ضرورية للدوافع التي تكشف عنها. ومع ذلك يبقى الأسلوب الأمثل الذي يرضي الضمير الانساني، لأن العدالة التي يقتنع بها الأنسان هي العدالة التي يتقبلها العقل والمنطق(3).

نستنتج مما تقدم بيانه ان مفهوم الضمير القضائي محل الدراسة يعرف بأنه:(ضابط نفسي ووسيلة رقابة ذاتية من القاضي على نفسه، لضمان ممارسة سلطته على نحو عادل وسليم).

---

(1)ينظر: محمد علي سكيكر، تحقيق الدعوى الجنائية واثباتها، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2006، ص463

(2)ينظر: محمد بك فتحي المستشار، نفسية القاضي(بعض العوامل اللاشعورية التي تؤثر في وجدان القاضي ونزاهة عدالته)، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد(يصدرها اساتذة كلية الحقوق جامعة القاهرة)، العدد(1و2) السنة الثالثة عشر، لعام 1943، ص365.

(3)ينظر: محمد ثروت محمد عبد الشافعي، فلسفة اليقين القضائي في ضوء قواعد المنطق وعلم النفس الجنائي، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2019، ص142-143.

الفرع الثاني
عناصر الضمير القضائي

للإنسان نوعان من الأفعال: أحدهما ظاهر ويسمي (السلوك)، والأخر باطن ويسمى (الأخلاق). فالسلوك اذن: هو اعمال الانسان الإرادية المتجهة نحو غاية معينة مقصودة. وفي ضوء هذا التعريف فأنه يمنع أن يدخل فيه اعمال الحيوان، لأنه وأن كان يتصور الغاية من سلوكه، إلا انه لا يشعر بها ولا يفكر فيها[1]. وهاتين الاخيرتين(الشعور والادراك) تمثل جوهر النشاط المعرفي لدى الانسان[2]. وهي المقدمات الضرورية لنشأة الضمير الانساني[3].

إن كل دعوى مهما كان بناءها القانوني تخفي في اعماقها مزيج من العاطفة والارادة في توجيه الفكر من جهة، ومزيج لأكثر من حدس[4] في التعليلات والاستدلالات للسياقات الفكرية التي تهيء المبادئ القانونية، تمهيداً لاتخاذ القرارات من جهة اخرى، وهذا الدور لعوامل الأدراك السامية لا يحول دون احتفاظ القضاء بالطابع العقلاني الذي يحتفظ بموضوعه، من خلال تطبيق المبادئ القانونية التي تسرد في حيثيات القرار، فلا تكون قناعته مجرد انطباع شخصي أو اعتقاد أعمى، بل نتيجة تشخيص جدي وخال من الشوائب، وغير شخصي، ولعل ما يساعده على بلوغ ذلك أن تكون القناعة نتيجة مداولة بين ثلاثة قضاة، إذ يدلي كل واحد منهم برأيه، ويصدر القرار بالأغلبية وبصفة مشتركة تحت طائلة العدالة، وضمن هذه الشروط يمكن أن يطرح القرار كحقيقة قضائية[5].

ولنهوض القاضي برسالته لابد لهُ أن يمتلك حاسة قياسية يدرك بها الحقيقة الواقعية تمهيداً لإزالة الانحراف وجعلها متطابقة مع العدالة، فالقضاء ملكة إرادة تسبقها ملكتا فكر وشعور[6] وهو ما سنوضحه آنفاً:

---

(1)ينظر: د. منصور علي رجب، مرجع سابق، ص180-181

(2)ينظر: د. عبد الهادي الفضلي، أصول البحث، مطبعة شرعت، قم، ايران، 2000، ص31

(3) وضمير القاضي كضمير اي انسان عادي، لا يفترق عنه إلا من حيث اكتسابه ما للقانون من قوة جبرية.

(4) ينصرف معنى الحدس الى انهُ طريق المعرفة المباشرة. ولهُ انواع مختلفة اهمها:

- الحدس الحسي: هو الاطلاع المباشر على ما تعرضه علينا الحواس من لون، وصوت، ورائحة وغير ذلك.
- الحدس النفسي: هو الاطلاع المباشر على الحوادث النفسية، كالعواطف، والرغبات، والذكريات. ويسمى ايضاً بالوجدان او الشعور.
- الحدس العقلي: هو الأدراك العفوي والمباشر للبديهيات الرياضية والأوليات العقلية، مثل ادراكنا معنى النقطة التي لا عرض لها ولا طول ولا عمق. ينظر: د. جميل صلبيا، ود. كامل عياد، المنطق وطرائق العلم العامة، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، 1948، ص92-93.

(5)ينظر: د. فرانسوا جورف، احكام القضاء(دراسة قانونية ونفسية في سياق العملية القضائية) ترجمة: د. عبد الرسول الجصاني، بدون ذكر مطبعة مكان النشر، 2006، ص41-42

(6) د. رمسيس بهنام، علم النفس القضائي، مرجع سابق، ص27-28.

أولاً- الاحساس:

الاحساس: هو ابسط العمليات النفسية، ينشأ كنتيجة لتأثير الوقائع المتواترة في العالم الخارجي على اعضاء الحس، كالسمع والبصر وغيرها، فبفضلها يتلقى الانسان معلومات مختلفة عن حالة الوسط الخارجي، فالحواس اذن مصدر معارفنا عن العالم، لما توفره من مادة للعمليات المعرفية الأخرى في عقل الأنسان[1].

والوقائع بصفة عامة: هي الحدث الذي وقع في الماضِ، في زمان ومكان محددين، وكان لهَ بذلك كيان ذاتي يتكون من مجموعة العناصر المادية التي شكلت وجودة[2] .

اما في نطاق القانون الجنائي: فهي الجريمة التي يرتكبها احد الأفراد اعتداء على حقوق الآخرين، وعلى حق المجتمع بصفة اصلية في العيش بأمان وفقاً للنظم القانونية الملزمة للجميع. وتلك الجريمة بما تحتويه من مجموعة احداث مادية تتضمن ما هيتها، وكيفية حدوثها، والأدوات المستخدمة في الحادث والنتيجة التي ادت إليها، وما تخلف من ادعاءات الجاني والمجنى عليه، ادلة ثبوت ونفي الجريمة كالاعتراف، الشهادة، الخبرة الفنية، القرائن بنوعيها القانونية والقضائية وغيرها من الأدلة التي يدركها القاضي بحواسه بعد تقديمها إليه لتكوين اقتناعه بادعاء أحد اطراف الخصومة الجنائية[3].

وموقف القاضي الجنائي تجاه الوقائع ينبغي أن يكون وضعياً ومحايداً، وضعياً لا تثبت عنده إلا الوقائع التي استقامت امامه بدليل مقبول ومعقول. وبهذا يتم ابعاد الأدلة والبراهين التي ليس لها علاقة بفهم الواقعة أو اثباتها. اما المحايدة تجاه الوقائع فتكون باستقباله للوقائع وهو متخلصاً من كل نزعات الاتهام أو العاطفة. إلا أنه من الناحية العملية لا يمكن الغاء الجانب الانساني للقاضي فهو ليس بآلة. ومن هنا يبرز التقدير واعمال الضمير في فهم الوقائع. وبهذا تختلف الاحكام باختلاف اساليب القضاة[4].

ثانياً- الإدراك:

الإدراك: عملية عقلية معرفية تنظيمية، نستطيع بها معرفة الأشياء في هويتها الملائمة، فهو في جوهرة فهم للموقف الحالي في ضوء الخبرة السابقة[5].

---

(1)ينظر: د. طلعت منصور، و د. انور الشرقاوي وآخرون، أسس علم النفس العام، مطبعة اطلس، القاهرة، مصر، 1978، ص159-160.

(2)ينظر: د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص133.

(3)ينظر: د. كمال عبد الواحد الجوهري، تأسيس الاقتناع القضائي والمحاكمة الجنائية، مرجع سابق ، ص39.

(4) ينظر: هدى سالم محمد الأطرقجي، التكييف القانوني للجرائم في قانون العقوبات العراقي(دراسة مقارنة)، اطروحة اطروحة دكتوراه، كلية القانون- جامعة الموصل، 2000، ص66.

(5)ينظر: د.طلعت منصور، و د. انور الشرقاوي، مرجع سابق، ص168.

وفي نطاق البحث عن العدالة، فإن الحقيقة كما حدثت في الواقع لها وجه واحد، لكن حين دخولها حيز التفكير البشري تتعدد صورها (الحقيقة كما يدركها الأنسان، والحقيقة كما يعبر عنها الأنسان)[1]. ولبلوغ قناعة القاضي درجة من الرصانة، الناتجة عن تحليل الدليل من جوانبه كافة ومضاهاته بالأدلة الأخرى إن وجدت، لمعرفة مدى اتساقه معها وملائمته للوقائع والظروف المحيطة به والتي وجد فيها، يتطلب أن يكون ذا قدر عال من الأدراك والتفكير الناضج، والعقل المتئد، والدقة والتروي والذكاء الحاد، والمنطق السليم للتحليل الموضوعي الناقد[2].

وقد تلعب عوامل اخرى كالتجارب والعادات، والخبرات السابقة، والذكاء الشخصي، والاستعداد الذهني في وقت معين، اضافة إلى المحيط الأسري والاجتماعي، والتعاليم الدينية والاخلاقية دوراً في ادراك القاضي للوقائع والأدلة، وهو ما سيؤدي حتماً إلى التأثير على ضميره واقتناعه في تقييمه وتفسيره للمعاني المختلفة[3]. ولذلك فمن الطبيعي النتيجة التي يتوصل إليها القاضي في حكمه، من خلال استقراء وتحليل واستنتاج ما توافر لدية من ادلة بين دفتي ملف الدعوى، سوف تتباين من قاضٍ إلى آخر، ومن ثم اكتساء قناعة القاضي الجزائي بصبغة نسبية لا مطلقة، وهذا ما يبرر العلة التشريعية[4] من الاكتفاء بالأغلبية دون الأجماع عند اصدار الأحكام الجزائية[5].

المطلب الثاني
انواع الضمير القضائي

للإنسان ميل طبيعي للمعرفة، فهو يرغب منذ نعومة اضفاره في استكشاف طبيعة ما يحيط به من الاشياء، وما يجري حوله من الحوادث، وبسرعة يكتسب معرفة كثيرة متنوعة عن طريق المشاهدة مرة، والتلقين والارشاد من قبل الابوين والمعلمين مرة اخرى، ليكّون تصورات اولية للمعرفة. وهو لا يكتفي بهذا فقط، بل يسعى إلى تعليل الاشياء

(1)ينظر: آندريه لالاند، موسوعة لالاند الفلسفية(معجم مصطلحات الفلسفة النقدية والتقنية)، المجلد3، ترجمة: خليل احمد خليل، عويدات للنشر والطباعة، بيروت، لبنان، 2008، ص1539.

(2) ينظر: د. هلالي عبد اللاه احمد، الحقيقة بين الفلسفة العامة والاسلامية وفلسفة الإثبات الجنائي، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون ذكر لسنة النشر، ص611.

(3) ينظر: د. اشرف جمال قنديل، حرية القاضي في تكوين اقتناعه، (دراسة تحليلية وتطبيقية مقارنة بين النظام القانوني المصري والفرنسي)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2012، ص93.

(4) تنص المادة(224/ب) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ والمعدل رقم(23) لسنة 1971:(تصدر الأحكام والقرارات باتفاق الآراء أو اكثريتها، وعلى العضو المخالف من الهيئة أن يشرح رأيه تحريراً)

(5) ينظر: د. محمد زكي ابو عامر، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، 2011، ص323.

والحوادث وكشف اسبابها، ليدرك العلاقة بين الاسباب والنتائج ،الوسائل والغايات ، ليتمكن حينها من تصديق تلك المعارف ليطلق عليها الاحكام[1] .

وهذا يوصلنا إلى نتيجة مفادها أن الوصول إلى معرفة صادقة يتطلب منا الخوض في مراحل متتابعة تصل بنا إلى مصب واحد هو "الحقيقة" وهذه الاخيرة هي غاية العملية الاثباتية في القضاء الجنائي.

إن ضمير القاضي في اصله من الامور النفسية، وهي غالباً ما يصعب الكشف عنها، لأنها وليدة انطباعات تمخضت عن عملية ذهنية منطقية تختلج في نفسه تحت تأثير ما يعرض من وقائع وما تخلفه تلك الاخيرة من تصورات ونماذج للحقيقة الواقعية، فيصل في نهاية تلك العملية إلى اصدار قرار أو حكم مبني على اطمئنان الضمير لتحديد مصير المتهم الماثل امامة.

وإذا كان التعبير عن الحقيقة القضائية لا يظهر إلا في مرحلة الحكم، إلا أنه في الواقع يبدأ البحث عنها في وقت مبكر قبل مرحلة المحاكمة وهي مرحلة التحقيق الابتدائي، بلحاظ تباين درجة اطمئنان ضمير القاضي الجزائي عند اصدار حكمه، وهو ما سيكون محور بحثنا في هذا الجزء من الدراسة عبر تقسيمه إلى فرعين وكما يأتي:

الفرع الأول: الضمير القضائي الابتدائي.

الفرع الثاني: الضمير القضائي النهائي.

الفرع الأول
الضمير القضائي الابتدائي

تحتاج الدعوى قبل دخولها حوزة المحكمة إلى جمع المعلومات عنها، من حيث نوع الفعل المرتكب، ومن الذي ارتكبه، والأدلة التي تثبت نسبة الفعل إلى مرتكبه، وكل هذه المعلومات يتم تحصيلها خلال مرحلة التحقيق الابتدائي[2]. وبلحاظ الطبيعة الخاصة للتحقيق بعده بحثاً وتمحيصاً عن الأدلة التي تفيد في كشف الحقيقة، كان لابد من اسناد تلك المهمة إلى سلطة موضوعية محايدة، تتحرى حقيقة ارتكاب الجريمة ومدى نسبتها إلى المتهم، متخلصة من كل نزعات الميل والانحراف، فلا تعتد إلا بالأدلة الكافية لتوجيه الاتهام والمباشرة بإجراءات التحقيق النهائي، بعده حكماً محايداً بين سلطة الاتهام المتمثلة بالادعاء العام،

(1)ينظر: د. جميل صليبا، د. كامل عياد، مرجع سابق، ص25.

(2)ينظر: د. براء منذر كمال عبد اللطيف، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، دار السنهوري، بيروت، لبنان، 2017، ص95.

والتي يقع على عاتقها تقديم الأدلة ضد المتهم، وبين سلطة الدفاع المتمثلة بالمتهم الذي يفند ادلة الاتهام[1].

وعليه فقد خولت اغلب التشريعات الاجرائية لقاضي التحقيق سلطات واسعة ليتمكن من الوصول إلى الحقيقة، سواء لصالح المتهم ام ضده وفقاً لسلطته التقديرية، والتي تستشف من خلال الصياغة التشريعية لنصوص بعض المواد والمتضمنة كلمات أو عبارات افتتاحية تُعد مؤشراً على تلك السلطة التقديرية. كأن يصوغ المشرع بداية النص القانوني بكلمة(يجوز) أو (إذا تراءى) أو (لقاضي التحقيق) أو (يقدر). ومثالها ما نصت عليه المادة(134) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم(150) لسنة 1950:(يجوز لقاضي التحقيق بعد استجواب المتهم أو في حالة هروبه، إذا كانت الواقعة جناية أو جنحة معاقباً عليها بالحبس لمدة لا تقل عن سنة، والدلائل عليها كافية، إن يصدر أمراً بحبس المتهم احتياطياً...). وكذلك ما نصت عليه المادة(88) من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني رقم(9) لسنة 1961:(للمدعي العام ان يضبط لدى مكاتب البريد كافة الخطابات والرسائل... متى كان لذلك فائدة في اظهار الحقيقة). وايضاً ما نصت عليه المادة(74) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم(23) لسنة 1971:(إذا تراءى لقاضي التحقيق وجود أشياء أو اوراق تفيد التحقيق لدى شخص فله أن يأمره كتابة بتقديمها في ميعاد معين...).

وعند الانتهاء من الاجراءات التحقيقية المتخذة بمعرفته، لأبد وأن يصدر القرار الفاصل في موضوع الاتهام، ذلك القرار المبني على اطمئنان الضمير، وهذا ما يفهم من النصوص القانونية المنظمة لسلطة القاضي في مرحلة التحقيق الابتدائي سواء في القانون العراقي أم المقارن. إذ نصت المادة(154) من قانون الاجراءات الجنائية المصري رقم(150) لسنة 1950:(إذا رأى قاضي التحقيق أن الواقعة لا يعاقب عليها القانون، أو أن الادلة غير كافية، يصدر أمراً بأن لا وجه لإقامة الدعوى). والمادة(158) من القانون ذاته:(إذا رأى قاضي التحقيق أن الواقعة جناية وأن الأدلة على المتهم كافية يحيل الدعوى إلى محكمة الجنايات...). والمادة(132) من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني رقم(9) لسنة 1961 بنصها:(...إذا تبين للمدعي العام أن الفعل يؤلف جرماً جنحوياً وأن الأدلة كافية لإحالته الى المحكمة يقرر الظن عليه بذلك الجرم...). والمادة(133) من القانون ذاته:(إذا تبين للمدعي العام أن الفعل يؤلف جرماً جنائياً، وأن الأدلة كافية لإحالة المشتكي عليه للمحكمة يقرر الظن عليه بذلك الجرم...). وقد تضمن قانون اصول المحاكمات الجزائية

(1)ينظر: د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1977، ص499.

العراقي رقم(23) لسنة 1971 النافذ والمعدل اشارة إلى ذلك في القرارات التي يصدرها قاضي التحقيق بعد الانتهاء من التحقيق، إذ نصت المادة(130/ب):(إذا كان الفعل معاقباً عليه ووجد القاضي أن الأدلة تكفي لمحاكمة المتهم فيصدر قرار بإحالته على المحكمة المختصة، أما إذا كانت الأدلة لا تكفي لإحالته فيصدر قراراً بالإفراج عنه وغلق الدعوى مؤقتاً مع بيان أسباب ذلك).

عند استقراء النصوص التشريعية المتعلقة بسلطة قاضي التحقيق، نجد أن المشرع قد افصح عن معيار القناعة المطلوبة وهي "كفاية الدليل". فما هو المقصود من كفاية الدليل؟ وكيف يمكن تحقيقها؟

للإجابة على ذلك، فقد ذهب رأي من الفقه الجنائي[1] إلى أن الأدلة الكافية تستعمل في مرحلة الحكم بمعنى يغاير استعمالها في التحقيق الابتدائي، وأن المقصود بها في الأخير، هي الأدلة التي تسمح بتقديم المتهم إلى المحاكمة ورفع الدعوى عليه، مع رجحان الحكم بالإدانة.

واستناداً إلى ذلك فأن معيار كفاية الدليل تعني "رجحان الدليل" والذي قيل في تعريفه بأنه:(تقديم دليل على دليل آخر يعارضه، لأقتران الأول بما يقويه)[2]. أو هو:(تقوية دليلين ظنيين من النصوص والبينات والقرائن بمرجح قانوني للعمل بالراجح واهمال المرجوح لحصول القناعة بالراجح ثم الحكم بما يصل ويطمئن إليه قلبه)[3].

إن ترجيح الدليل في هذه المرحلة يستلزم وجود الوقائع والظروف التي تقود سلطة الاتهام لتكوين اعتقادها بمعقولية الأدلة للإحالة، وعليه فأن كفاية الدليل تقوم على أساس الموازنة بين الاتهام والبراءة، ومن ثم يبني القاضي قناعته على أساس معقوليتها بما يفوق الشك[4]، أي وصوله إلى درجة "الظن" في المتهم.

---

(1)قال بهذا الرأي د. محمود محمود مصطفى، محضر لجنة تعديل قانون الاجراءات الجنائية المصري، محضر الجلسة الخامسة، المنعقدة في 7/مايو/1959، نقلاً عن: د. هلالي عبد اللاه احمد، الحقيقة(بين الفلسفة العامة والاسلامية وفلسفة الاثبات الجنائي)، مرجع سابق، ص617-618.

(2)ينظر: علي بن محمد بن علي الجرجاني، كتاب التعريفات، تحقيق: عادل انور خضر، ط1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1993، ص56.

(3)ينظر: د مصطفى ابراهيم الزلمي، الصلة بين المنطق والقانون، مطبعة الشفق، بغداد، 1986، ص111

(4)ينظر: د. رمزي رياض عوض، الاجراءات الجنائية في القانون الانجلو امريكي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص411.

ويُعرف الظن بأنهُ: الطرف الراجح من مدركات الإنسان، ايـاً كان سبب الترجيح. أو هو اعتقاد الاحتمال الراجح الذي ظهر رجحانه على نقيضه بدليل معتبر[1].

وتعزيزاً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية في العديد من احكامها :((إن تقدير الدلائل من حق مأمور الضبط القضائي، يرجع فيه إلى نفسه بشرط أن يكون ما أرتكن إليه يؤدي عقلاً إلى صحة الاتهام، ولا يختلف الحال فيما يتعلق بتطبيق هذا المبدأ أمام سلطة التحقيق، إذ إن تقديرهم لكفاية الأدلة أو عدم كفايتها لرفع الدعوى الجنائية إلى المحكمة المختصة أو اصدار أمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى، إنما يعود في الحقيقة إلى مدى اقتناعهم الشخصي بكفاية هذه الأدلة ام عدم كفايتها، وهذا يعني أنهم يخضعون في تقديرهم هذا إلى رقابة ضمائرهم واقتناعهم الشخصي فحسب))[2]، وقضت في حكم آخر لها:((إن جهة الإحالة تحيل الدعوى إلى محكمة الجنايات إذا تبين أن الدعوى جناية وأن الدلائل التي ترجحت لديها كافية لإدانة المتهم، ولها بناء على ذلك أن تمحص واقعة الدعوى والأدلة المطروحة أمامها وأن تأخذ في سبيل تكوين عقيدتها بقول دون آخر وأن ترجح رأيا فنياً على آخر ثم تصدر أمرها وفقاً لما تراه مقن كفاية الأدلة أو عدم كفايتها))[3]. وقضت كذلك:(إن المقصود من كفاية الأدلة في قضاء الإحالة انها تسمح بتقديم المتهم للمحاكمة مع رجحان الحكم بإدانته وهو المعنى الذي يتفق ووظيفة ذلك القضاء كمرحلة من مراحل الدعوى الجنائية)[4]. وفي ذلك ايضاً قضت محكمة التمييز العراقية في حكم لها تقول فيه :((يقوم حاكم التحقيق بجمع الأدلة وتقدير كفايتها للمحاكمة...))[5].

---

(1)ينظر: جميل صلبيا، المعجم الفلسفي بالألفاظ العربية والفرنسية والانكليزية واللاتينية، ج1،دار الكتاب اللبناني، بيروت، لبنان، 1978، ص34.

(2)ينظر: حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتأريخ 20 كانون الاول/ديسمبر/1937، رقم النقض 131، مجموعة القواعد القانونية، ج4، ص121. أشار إليه: د. أشرف جمال قنديل، مرجع سابق، ص 152.

(3)ينظر: حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتأريخ 17 نيسان/ابريل/1979، رقم النقض 85، مجموعة احكام محكمة النقض، ص67، حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتأريخ 14 ايار/مايو/2001، رقم النقض87، مجموعة احكام محكمة النقض، ص493 أشار إليه: د. اشرف جمال قنديل، المرجع نفسه، ص162.

(4)ينظر: حكم محكمة النقض المصرية رقم الطعن(113) لسنة 18 قضائية، الصادر بتاريخ 25 ابريل 1967، مجموعة الأحكام، ص569. اشار إلية: د. هلالي عبد اللاه احمد، الحقيقة، مرجع سابق، ص618.

(5)ينظر: حكم محكمة التمييز العراقية الصادر بتأريخ 30 تشرين الاول/1975، رقم التمييز 882/تمييزية/1975، مجموعة الأحكام العدلية(يصدرها قسم الإعلام القانوني في وزارة العدل)، العدد الرابع، السنة السادسة، 1975، ص213.

الفرع الثاني
الضمير القضائي النهائي

"تبنى الاحكام الجنائية على الجزم واليقين لا على الظن والتخمين" قاعدة تواترت الاحكام القضائية في مجال الاثبات الجنائي على ايرادها في ثناياها، وعلى سبيل المثال ما قضت به محكمة النقض المصرية في احدى احكامها:(وجوب بناء الأحكام على الجزم واليقين على الوقائع التي تثبت بالدليل المعتبر، لا على الظن والاحتمال من الفروض والاعتبارات المجردة)[1]. وايضاً ما قضت بهِ محكمة التمييز العراقية في حكم لها تقول فيه: (أن الأدلة التي تصلح لتجريم المتهم يجب أن تبنى على الجزم واليقين، لا على الظن والتخمين)[2].

ولم يغفل المختصون في القانون الجنائي عن أثراء مؤلفاتهم بها[3]، ويؤسس الفقه والقضاء فلسفة هذه القاعدة على قاعدة اخرى تعلوها هي: "قرينة البراءة" والتي تقوم على اساس افتراض أن كل متهم بريء مهما كانت الأدلة المتوفرة ضده، إلى أن تثبت مسؤوليته بحكم يكون عنوان للحقيقة، عند ذلك تسقط هذه القرينة التي تعد من الضمانات الاساسية للحرية الشخصية، إذ تشمل بمداها المتهمين كافة سواء كانوا مجرمين أم لا[4].

ولما كانت العقوبات المفروضة في نطاق المسؤولية الجنائية تؤدي إلى المساس بشخص المتهم في جسده أو ماله أو الاثنين معاً، الأمر الذي لعب دوراً كبيراً في تحديد نظام الاثبات المتبع في الدعوى الجنائية، إذ تبنت معظم التشريعات الحديثة نظام الأدلة

---

(1) ينظر: حكم محكمة النقض المصرية، رقم الطعن(20533) لسنة 86 قضائية، الصادر بتأريخ 2018/10/14. منشور على الرابط الالكتروني الخاص بمحكمة النقض المصرية : www.cc.gov.eg . آخر زيارة 2020/8/26.

(2) ينظر: حكم محكمة التمييز الاتحادية في العراق، رقم الطعن(1329)/ جزائي، لسنة 2016، منشور على الرابط الالكتروني الخاص بمحكمة التمييز الاتحادية: www.hjc.iq . آخر زيارة 2020/8/27.

(3)على سبيل المثال: الأستاذ عبد الامير العكيلي، ابحاث في اجراءات التحري وجمع الأدلة والتحقيق، ط1، مطبعة المعارف، بغداد، 1971، ص132-133، و د. عبد الحكم فوده، حجية الدليل الفني في المواد الجنائية والمدنية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2014، ص23-25، د. محمد عيد الغريب، حرية القاضي الجنائي في الاقتناع اليقيني واثره في تسبيب الاحكام الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص12.

(4) ينظر: طه خضير القيسي، حرية القاضي في الاقتناع، ط1، دار الشؤون الثقافية العامة "افاق عربية"، بغداد، 2001، ص95.

المعنوية[1]، ومنها ما هو محل لدراستنا إذ نص عليه المشرع المصري في قانون الاجراءات الجنائية رقم(150) لسنة 1950 النافذ والمعدل في المادة(302):((يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته، ومع ذلك لا يجوز له ان يبني حكمه على دليل لم يطرح امامه في الجلسة، وكل قول يثبت أنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود تحت وطأة الاكراه أو التهديد به يهدر ولا يعول عليه)). وكذلك المشرع الاردني في المادة(2/147) من قانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ رقم(9) لسنة 1961 بنصها:(تقام البينات في الجنايات والجنح والمخالفات بجميع طرق الاثبات ويحكم القاضي حسب قناعته الشخصية).

وعلى المنهج ذاته في غالبية التشريعات الجنائية المعاصرة، فقد حذا المشرع العراقي حذوها بتبنيه لنظام الادلة المعنوية في قانون اصول لمحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971 النافذ والمعدل في المادة(213/أ) بنصها:((تحكم المحكمة في الدعوى بناءً على اقتناعها الذي تكون لديها من الأدلة المقدمة في أي دور من ادوار التحقيق أو المحاكمة وهي الاقرار وشهادة الشهود ومحاضر التحقيق والمحاضر والكشوف الرسمية الأخرى وتقارير الخبراء والفنيين والقرائن والأدلة الأخرى المقررة قانوناً)) أي حرية القاضي في تكوين اقتناعه، وهو ما يعني أن المحكمة تبني عقيدتها على ما تطمئن إليه من ادلة وعناصر الدعوى، طالما كانت موافقة للأنموذج القانوني الذي وضعه المشرع. وهو ما نجده جلياً في تطبيقات القضاء منها ما قضت به محكمة النقض المصرية في احدى احكامها:(الأصل في المحاكمات الجنائية هو اقتناع القاضي بناءً على الأدلة المطروحة عليه، فلهُ تكوين عقيدة من أي دليل او قرينة يرتاح اليها إلا اذا قيده القانون بدليل معين ينص عليه)[2]. وما قضت بهِ محكمة التمييز في العراق :(الأدلة التي يساورها الشك لا تبعث على الاطمئنان الوجداني في اعتمادها ادلة للتجريم)[3].

ومن نتائج "قرينة البراءة" إن الشك يفسر لمصلحة المتهم، فإذا كان القاضي الجنائي حراً في تكوين اقتناعه، إلا انه لا يستطيع أن يقضي بالإدانة الا اذا وصلت قناعته على حد تعبير الفقه والقضاء الجنائي إلى الجزم واليقين، وعلى هذا الاساس فأن كل شك في ثبوت

---

(1)ومنها على سبيل المثال المشرع الجزائري في قانون الاجراءات الجزائية رقم(155/66) لسنة 1966 في المادة(307) بنصها:((إن القانون لا يطلب من القضاة أن يقدموا حساباً عن الوسائل التي بها قد توصلوا الى تكوين اقتناعهم، ولا يرسم لهم قواعد بها يتعين عليهم أن يخضعوا لها على الأخص تقدير تمام أو كفاية دليل ما، ولكنه يأمرهم أن يسألوا انفسهم في صمت وتدبر، وأن يبحثوا بإخلاص ضمائرهم، في أي تأثير قد احدثته في ادراكهم الأدلة المسندة إلى المتهم، وأوجه الدفاع عنها، ولم يضع لهم القانون سوى هذا السؤال الذي يتضمن كل نطاق واجباتهم "هل لديكم اقتناع شخصي"))

(2)ينظر حكم محكمة النقض المصرية، رقم الطعن(13563) لسنة 87 قضائية، الصادر بتأريخ 2019/11/3. منشور على الرابط الالكتروني الخاص بمحكمة النقض المصرية : www.cc.gov.eg . آخر زيارة 2020/8/28.

(3)ينظر: حكم محكمة التمييز الاتحادية في العراق رقم(554) الصادر بتأريخ 2016/4/25(غير منشور)

التهمة قبل المتهم يجب ان يفسر لصالحه، فهذا الشك يعني اسقاط ادلة الإدانة والعودة الى الأصل العام وهو البراءة[1].

وفي هذا الصدد يثار التساؤل الآتي: ما معنى وجوب بناء الاحكام الجنائية على الجزم واليقين؟ وما هي الدرجة المطلوبة لإصدار هذه الاحكام؟

ابتداءً، يعرف اليقين بأنه: (الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع، الذي لا يزول بتشكيك المشكك وهو حالة ذهنية تقوم على اطمئنان النفس إلى الشيء مع الاعتقاد انه كذا ولا يمكن ان يكون الا كذا)[2]. وهذا ما يحقق العلم اليقيني والذي يعرف بأنهُ:(ما استقر عليه الانسان من تصديق بحقيقة شيء لا مجال لقبول احتمال الشك أو الخطأ فيه حتى لو إن ذلك الطعن بالتصديق جاء من إنسان موثوق بعلمه وصدقه)[3].

واليقين نقيض الشك والذي يعرف بأنه التردد بين نقيضين، لا يرجح العقل احدهما على الآخر، نظراً لوجود امارات متساوية في الحكمين أو هو ما استوى طرفاه وهو الوقوف بين شيئين لا يميل القلب إلى احدهما، فإذا رجح اي طرف منهما دون ان يطرح او يستبعد الآخر فهو الظن، اما إذا رجح احد الطرفين مع استبعاد الطرف الآخر أو طرحه، فعندها يسمى الظن الغالب، بمعنى ان النفس تطمأن لترجيح احدهما[4].

وعند النظر إلى المعلومات التي تقدم إلى القاضي من اقامة الدعوى إلى اصدار الحكم منها سمعية كإفادة الشهود وإفادات اطراف النزاع وإقرار المتهم وتقارير الخبراء الفنيين ومطالعات هيأة الادعاء العام. ومنها مقروءة كتقارير الطب العدلي والتحقيقات الجنائية. ومنها مرئية كمشاهدة أثار الجريمة التي سبق بيانها في البرهان الأني، فجميع هذه المعلومات باستثناء المرئية هي اخبار وكل خبر يحتمل الصدق والكذب ويحتمل الحق والباطل. لذا تعدّ أدلة ظنية ويحق للقاضي أن يحكم بالظن الغالب وبقناعته الشخصية المكتسبة من تلك المعلومات[5].

اما ما درج عليه الفقه والقضاء من وجوب بناء الاحكام الجنائية على الجزم واليقين كمعيار للإثبات، فهو لا ينصرف إلى الجزم واليقين المطلقين، فذلك لا سبيل إليه بالنسبة

---

(1)ينظر: د. محمد عيد الغريب، حرية القاضي الجنائي في الاقتناع اليقيني واثره في تسبيب الاحكام الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص12.

(2)ينظر: جميل صلبيا، مرجع سابق، ص588.

(3)ينظر: د. محمد محمود رحيم الكبيسي، نظرية العلم عند الغزالي، ط1، منشورات بيت الحكمة، بغداد، 2002، ص36.

(4)ينظر: علي بن محمد بن علي الجرجاني، مرجع سابق، ص231.

(5)ينظر: د. مصطفى ابراهيم الزلمي، مرجع سابق، ص120.

لأدلة الاثبات عموماً، لأن الجزم واليقين المطلق شيء معنوي ونفسي يتحقق في الأمور التي لها تكييف مادي بالأرقام، أو التحليل أو الاحصاء، فهو يتحقق عادة في التجارب العلمية في العلوم الطبيعية والنظريات الحسابية في العلوم الرياضية. اما الامور المعنوية والنفسية كالعدالة والقناعة، فإنها لا تكون إلا نسبية. ومن ثم فأن النتائج التي يمكن التوصل إليها تكون عرضة للتنوع والاختلاف في التقدير من قاضٍ لآخر، لأن الجزم واليقين المراد توافره في مجال الاثبات الجنائي هو اليقين النسبي القائم على التدليل والتسبيب، لا اليقين المطلق المبني على الجزم، لأن ذلك ليس بمقدور البشر[1].

ويعلل جانب من الفقه انه، "كيف من الممكن أن نطلب من القاضي حكماً يقينياً مطلقاً بينما هو يعتمد على مقدمات(الأدلة) مهما اقتنع بصدقها فإنها بذاتها تشير إلى احتمالات ولا تقدم يقيناً مطلقاً(في نظر الكافة). نعم ان القاضي يجب أن يبني حكمه على أساس اليقين لا الاحتمال، ولكن المقصود بهذا اليقين هو الاقتناع الذاتي الأكيد المبني على الاستدلال المنطقي، وهو ما يكفي لسلامة الحكم. وهذا يعني ان اليقين المطلوب هو ثمرة الاستدلال المنطقي، ولكن ذلك لا يعني أن هذه الثمرة هي حقيقة مطلقة واكيدة لدى الكافة، لأن الأدلة نفسها مهما قويت تشير في مجموعها إلى مجرد احتمالات"[2]

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في المانيا في احدى احكامها:(استحالة الحصول على معرفة اكيدة على وجه الاطلاق بحقيقة وجود الواقعة، يجعلنا نكتفي كما هو الحال في الحياة العملية بدرجة عالية من فرضية الترجيح التي نحصل عليها من تطبيق اساليبنا الأكثر تقدماً في المعرفة والدراية، كما نكتفي بالحقيقة نفسها مع شعور عالٍ منا بالحقيقة نفسها)[3].

وقيل في الحكم المتقدم" إن الفرض الراجح، يكون على خلاف الحقيقة، فالأول يتردد بين حدين، في حين أنه ليس للحقيقة غير درجة واحدة، وأن محاولة استبدال المعنى العلمي المسلم به، تؤدي إلى الارتباك. وإذا كان هناك مفهوم يقول بهِ علماء الفلسفة والنفس في الوقت الحاضر، فإنما هو ذاتية اليقين، أي الحالة العقلية المناهضة للشك. وهذا المفهوم يتفق تماماً مع ما هو معمول بهِ داخل المحاكم"[4].

نخلص مما تقدم أن اليقين القضائي اللازم لإصدار الأحكام وبالذات الإدانة منها، يقوم على أساس الفرض الراجح. وهذا الأخير مرادف للظن في علم المنطق وتحديداً الظن

(1)ينظر: د. هلالي عبد اللاه احمد، الحقيقة، ص625-627.

(2)ينظر: د. احمد فتحي سرور، النقض في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997، ص261

(3)نقلاً عن : فرانسوا غورف، قناعة المحكمة، بحث منشور في مجلة الحقوقي(تصدرها جمعية الحقوقيين العراقيين)، ترجمة: د. عبد الرسول الجصاني، العدد الرابع، السنة الثالثة، 1971،ص64.

(4)ينظر: فرانسوا غورف، قناعة المحكمة، المرجع نفسه، ص65.

الغالب كما تقدم، وهو الجانب الراجح للأدراك من الوجود والعدم لمرجح ثابت لدى المدرك، كظن القاضي بثبوت التهمة ضد المتهم لتوافر الأدلة ضدة، غير أن هذه الأدلة لم تصل إلى حد اليقين، بل تحمل الصدق والكذب. كما هو الحال في شهادة الشهود، واعتراف المتهم، لذا فأن ادلة الأثبات لا تقدم أكثر من الاحتمال الراجح، وما قد يعزز ذلك قرار قديم لمحكمة النقض المصرية جاء فيه:(إذا سردت المحكمة في حكمها أدلة الإدانة، ثم ذكرت بعد ذلك أن هذه الأدلة ترجح إدانة المتهم، كان حكمها صحيحاً وأن افاد أن المحكمة اعتبرت الإدانة بطريق الترجيح وغلبة الظن. إذ ليست مكلفة ببناء اعتقادها على اكثر من ذلك. اذن لا يصح الطعن في الحكم بزعم أنه بني على الترجيح، وأن الترجيح لا يرفع الشك الذي يجب أن يؤول لمصلحة المتهم)[1]. واشار إلى ذلك ايضاً حكم قضائي صادر عن المحكمة الاتحادية العليا في دولة الأمارات جاء فيه:(سلطة محكمة الموضوع في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة والترجيح بينها والأخذ بما تراه راجحاً منها، إلا ان ذلك مشروط بإحاطتها بواقعة الدعوى وأدلتها عن بصر وبصيرة، وتبيان الحقيقة المقتنعة واقامة قضائها على اسباب سائغة)[2] .

هذا ويرى جانب من الفقه أن اليقين مهما كان ذاتياً، أو نسبياً، إلا انه ما زال مرضياً للعقل البشري، لأن كل ما يمكن ان ننشده من العدالة البشرية هو اليقين المعقول. فضمير القاضي العادل يملي عليه احكام مقرها المنطق والعقل، لأنها مجردة من الاهواء والمصالح الشخصية، ولأنه وصل إليها عن طريق نشاط ذهني طبيعي[3].

المبحث الثاني
وعاء الضمير القضائي

ينصرف القصد من موضع الدراسة إلى المحل الذي ينشأ من خلاله الضمير وهو "القاضي" ذلك لأنه المحور الذي يدور حوله تحقيق العدالة ، إذ كثيراً ما يخفق القانون

---

(1)ينظر: حكم محكمة النقض المصرية، رقم(2133) سنة1933، منشور في مجموعة القواعد القانونية التي اقرتها محكمة النقض والابرام في المواد الجنائية، راجعها واقرها الاستاذ حامد فهمي بك، ج1، ط1، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، 1934، ص354.

(2)ينظر حكم المحكمة الاتحادية العليا في دولة الامارات، رقم الطعن(283) لسنة 28 قضائية/شرعي جزائي، الصادر بتاريخ 2007/5/8، منشور في المبادئ القضائية في الإثبات الجنائي(القواعد المستخلصة من المحاكم العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة)، اصدار معهد دبي القضائي، 2013، ص10.

(3)ينظر: د. فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة(دراسة مقارنة)،ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2006، ص107-108.

الجيد في تحقيق الغاية التي شرع من اجلها، إذا ما تولى الحكم فيه من ليس أهله، لذلك لا يصح تولية شخص الحكم ما لم يكن مؤهلاً، وهو لا يكون إلا إذا توافرت فيه عدة شروط ، منها ما يرتبط بالجانب السلوكي، ومنها ما يرتبط بالجانب الفكري أو الذهني، ومنها ما يتعلق بجنسيته وغيرها من الصفات التي يجب أن يحتويها والتي يتأهل من خلالها لتولي هذه الوظيفة. إلا أن وجود قاضي مؤهل لا يكفي لإصدار احكام عادلة بضمير حي متجرد، إذ يجب أن تتوفر لهؤلاء القضاة الاستقلال في الرأي والخبرة في الحكم، وذلك بتوفير الضمانات التي تكفل لهم هذا الاستقلال. وهذا ما سنخصص محور بحثنا عليه في هذا الجزء من الدراسة وذلك بتقسيمها الى مطلبين:

المطلب الأول: اختيار الأكفاء لوظيفة القضاء.

المطلب الثاني: استقلال السلطة القضائية.

المطلب الأول
اختيار الأكفاء لوظيفة القضاء

إن عظمة وثقل المهام التي يضطلع بها القضاة تجعل من اللازم التدقيق في اختيارهم، بأن تكون هناك قواعد وصفات معينة فيمن يتولى مهمة القضاء، وهي ضرورية لضمان اخلاص ضميره في تحقيق عدالة الاحكام الجنائية.

الفرع الأول
نظم اختيار القضاة

اختلفت التشريعات في تحديد نظم اختيار القضاة إلى طريقتين أساسيتين وهما اختيار القضاة بالانتخاب واختيار القضاة بالتعيين. وهو ما سنتولى ايضاحه فيما يأتي:

أولاً- اختيار القضاة بالانتخاب:

مقتضى هذا النظام أن يتم اختيار القضاة بالانتخاب العام المباشر أو الانتخاب غير المباشر أو من قبل هيأة معينة. فالانتخاب المباشر يكون من قبل الشعب مباشرةً كقضاة المحاكم الشعبية ذات الاختصاص العام في الاتحاد السوفيتي. ويجري هذا الانتخاب بطريق الاقتراع السري العام بوساطة مواطني الدائرة التي تقع فيها المحكمة ويكون انتخاب القاضي لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد لمدد أخرى. أما الانتخاب غير المباشر فيكون عن طريق

مجالس ينتخبها الشعب وتتولى هذه المجالس اختيار القضاة فينتخب هنا القضاة من قبل الشعب ولكن بطريقة غير مباشرة كقضاة المحكمة العليا في الاتحاد السوفيتي[1].

ويدافع أنصار فكرة اختيار القضاة بالانتخاب عن رأيهم بأن هذا النظام يتماشى مع المبدأ القائل بأن الأمة مصدر السلطات، فكما أن الأمة بوصفها مصدر للسلطات تختار رجال السلطات التشريعية فيجب أن يختاروا رجال السلطة القضائية[2]. فالشعب يختار قضاته كما يختار ممثليه في المجالس التشريعية مما يؤدي إلى زيادة اهتمام الشعب بالقضاء وإلى زيادة الصلة بين القاضي والشعب، ويكفل هذا النظام استقلال القضاء عن السلطة التنفيذية[3]، وأنه يؤدي بالضرورة إلى تيسير إجراءات التقاضي وتبسيطها حتى يستطيع القاضي المنتخب تطبيقها[4].

على الرغم من هذه المزايا التي يتمتع بها هذا النظام فقد تعرض للانتقاد، وذلك لأن نظام اختيار القضاة بالانتخاب وأن كان يكفل استقلال القضاء عن السلطة التنفيذية فهو يصيبهم بما هو أسوء وأكثر خطورة وهو تدخل الناخبين، فلكي يضمن القضاة تجديد انتخابهم فأنهم يعملون على ارضاء جموع الناخبين، فلا شك ان تتطلب عمليات الانتخاب من القضاة أن يخوضوا حملات دعاية لهم معولين على المسائل القانونية ، وينفقوا أموالاً عليها وهذا يعرضهم إلى ضغط سياسي وبذلك يصعب عليهم أن يكونوا محايدين[5].

وأنه لا يضمن اختيار أحسن العناصر لتولي منصب القضاء، إذ يجب أن يراعي جمهور الناخبين الكفاءة والصلاحية في انتخابهم بقدر ما يراعون الاعتبارات السياسية أو الحزبية واعتبارات الصداقة والقرابة. وأنه يؤدي إلى توقيت مناصب القضاء مما ينفر الأكفاء من رجال القانون من ترشيح أنفسهم لهذه المناصب. زد على ذلك أن هذا النظام لا يحقق حسن سير القضاء لأنه يتطلب خبرة ومهارة لا تكتسب إلا باحترافه والانقطاع له . وهو ما لا يتوفر في هذا النظام، إذ ربما لا يفوز نفس القضاة السابقين انفسهم الذين اكتسبوا

---

(1)ينظر: د. فتحي والي ، قانون القضاء المدني ، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1973، ص317.

(2)ينظر: د. رمزي سيف ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية، بدون ذكر لسنة الطبع، ص41.

(3)ينظر: د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1973، ص 247-248.

(4)ينظر: د. ياسين عمر يوسف، استقلال السلطة القضائية في النظامين الوضعي والاسلامي، ط1، دار الهلال، بيروت، لبنان، 1995، ص34.

(5)ينظر: الطيب الفصايلي، التنظيم القضائي في المغرب، دار البديع، مراكش، المغرب، بدون ذكر لسنة النشر، ص63.

الخبرة التي تعوز الأشخاص الذين يفوزون بالمنصب لأول مرة[1]. لذلك فقد ذهبت اغلب التشريعات[2]إلى طريقة أخرى وهي التعيين.

ثانياً- نظام اختيار القضاة بالتعيين:

مقتضى هذا النظام أن تتولى احدى السلطات في الدولة (التشريعية- التنفيذية- القضائية) اختيار القضاة، أو قد تشترك سلطتان منها في هذا الاختيار. إلا أن الأكثر شيوعاً هو منح السلطة التنفيذية اختيار القضاة، أو على الأقل منحها الدور الرئيسي في ذلك، وهذا يرجع الى أن القضاء مرفق من المرافق العامة في الدولة فمن الطبيعي أن يُعين القضاة من الحكومة على اساس أن الحكومة أقدر من جمهور الناخبين في التعرف على الكفاءات التي يجب توافرها فيمن يتولى تلك المناصب[2].

ومن جانب أخر فأن الأحكام التي يصدرها القضاة يصدرونها باسم الشعب، ورئيس الدولة بوصفه ممثلاً لهذا الشعب فهو أصلح من يعينهم[3]، ونظام التعيين يتفق مع طبيعة الوظيفة القضائية التي تقتضي الدوام، الأمر الذي يكفل للقاضي استقراره ويؤدي بحسن سير القضاء، إذ تؤدي طول الخبرة في العمل القضائي إلى حسن تطبيق القانون[4].

وأن كان هذا النظام هو المتخذ من قبل أغلب التشريعات إلا أنه يعاب عليه بأنه يؤدي إلى خضوع القضاة للسلطة التنفيذية التي تعينهم مما يمثل أخلالاً بمبدأ الفصل بين السلطات، وهو ما قد يؤدي بشكل أو بآخر إلى خضوع السلطة القضائية للسلطة التنفيذية فالأخيرة تستطيع التحكم في ضوابط وشروط تعيين القضاة بما يضمن تحقيق رغباتها وسياساتها، ويكفل عدم وصول خصومها او الذين لا يدينون لها بالولاء إلى المناصب القضائية، وهذا ما يسهم في زعزعة الثقة بالقضاء واضعاف استقلاله وحياده[5].

وإذا كان النقد الأساسي الذي يوجه الى هذا النظام هو خضوع القضاة إلى السلطة التنفيذية فأن هذا الأمر يمكن معالجته بالطرق الآتية :

---

(1)ينظر: ياسين عمر يوسف، مرجع سابق، ص35.
(2)ومنها على سبيل المشرع المصري في المادة(44) من قانون السلطة القضائية المصري رقم 46 لسنة 1972. والمشرع الأردني في المادة (13) من قانون استقلال القضاء الأردني رقم (29) لسنة2014. والمشرع الكويتي في المادة (31) من قانون التنظيم القضائي الكويتي. والمشرع الجزائري في المادة(3) من القانون الاساسي للقضاء رقم(04-11) لسنة 2004. والمشرع الاماراتي في المادة(21) من قانون السلطة القضائية الاتحادي رقم(3) لسنة 1983. والمشرع العراقي في المادة(36) من قانون التنظيم القضائي العراقي المعدل رقم (160) لسنة 1979.
(2)ينظر: د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 319 .
(3)نصت المادة(6) من قانون التنظيم القضائي العراقي رقم(160) لسنة 1979 النافذ والمعدل على:(تصدر الاحكام وتنفذ باسم الشعب).
(4)ينظر: سليم محمد سليم حسين، حق المتهم في المحاكمة امام قاضيه الطبيعي، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة- كلية الحقوق، 2009، ص86.
(5)ينظر: سليم محمد سليم حسين، المرجع نفسه، ص87-90.

الطريقة الأولى : وبمقتضاها تقوم السلطة التنفيذية باختيار القضاة من بين أشخاص ترشحهم الهيئات القضائية نفسها .

الطريقة الثانية : وبمقتضاها تقوم السلطة التنفيذية بتعيين القضاة ولكن يُحَد من سلطة الحكومة بما استلزمه القانون من ضرورة توافر شروط موضوعية معينة فيمن يراد تعيينه، فضلاً عن ذلك تحديد شروط اختيار القاضي وواجباته بما يضمن له بعد تعيينه استقلاله عن السلطة التنفيذية[1].

وهذا ما اتبعته اغلب التشريعات العربية كما ذكرت سابقاً، ومنها مصر حيث يجري تعيين القضاة في مصر من قبل السلطة التنفيذية وذلك ما بينه المشرع في المادة(1/44) من قانون السلطة القضائية المصري رقم (46) لسنة 1972 بنصها:(يكون شغل الوظائف القضائية سواء بالتعيين أم بالترقية يكون بقرار من رئيس الجمهورية)، على أن سلطة رئيس الجمهورية في ذلك ليست مطلقة فلا بد من توافر مجموعة من الشروط فيمن يتولى القضاء، وعدم استئثار الحكومة باختيار القضاة الذين يعيّنون وإنما يشاركهم في ذلك العضو القضائي ذاته فلا بد من موافقة مجلس القضاء الأعلى عند شغل المناصب القضائية فتقيّد سلطة رئيس الدولة بموافقة مجلس القضاء الأعلى وينحصر دوره في مجرد إصدار قرار التعيين فحسب وهو ما اشار إليه المشرع في عجز المادة(44) بنصه:(ويعتبر تاريخ التعيين أو الترقية من تاريخ موافقة أو أخذ رأي مجلس القضاء الأعلى بحسب الأحوال).

وكذلك المشرع الأردني إذ يجري التعيين في الوظائف القضائية في الأردن بناءً على تنسيب من رئيس المجلس القضائي وقرار مشترك من المجلس القضائي والإرادة الملكية السامية وذلك استناداً إلى المادة (13/ أ) من قانون استقلال القضاء الأردني رقم (29) لسنة2014[2]، فهنا نلاحظ أن تعيين القضاة في الأردن يكون من قبل الإرادة الملكية وللحد من هيمنة الملك واستئثاره في تعيين القضاة فقد اشترط المشرع الأردني أن يكون التعيين بتنسيب من الرئيس وموافقة المجلس القضائي الأردني . ولم يترك الأمر لمطلق تقديرهما، بل تدارك المشرع هذا الأمر بوضع شروط موضوعية معينة يجب مراعاتها عند التنسيب بتعيين القضاة وهذه الشروط تضمنتها المادة (9) من قانون استقلال القضاء الأردني.

وأما في العراق فأن اختيار القضاة يكون بالتعيين من قبل مجلس القضاء الاعلى بعد توافر الشروط التي وضعها المشرع لأشغال تلك الوظيفة وهي ما نصت عليه المادة(36) من قانون التنظيم القضائي رقم(160) لسنة 1979 ومن ثم صدور مرسوم جمهوري بأمر

---

(1)ينظر: د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 42.

(2)نصت المادة(13/أ) على:(يجري التعيين في الوظائف القضائية بقرار من المجلس بناء على تنسيب الرئيس على أن يقترن القرار بالإرادة الملكية السامية على أن ينسب اكثر من شخص للوظيفة الشاغرة كل ما امكن ذلك).

التعيين وذلك في المادة (37/اولاً) بنصها:(يحدد رئيس مجلس القضاء الأعلى المحكمة التي يباشر القاضي عمله فيها، بعد صدور المرسوم الجمهوري بتعيينه قاضياً). اي إنها صلاحية مشتركة بين السلطة التشريعية التي تتولى تحديد شروط تولي المنصب، والسلطة القضائية التي تتولى اختيار الشخص المؤهل، والسلطة التنفيذية التي تقوم بإصدار مرسوم التعيين.

الفرع الثاني
شروط اختيار القضاة

يلزم أن تتوافر في الشخص المرشح لتولي منصب القضاء شروط عدة تهدف إلى اختيار من يتمتع بالخبرة الفنية والعملية والصفات الخلقية لمباشرة وظيفة القضاء. وهو ما سنبينه فيما يأتي:

أولاً- الجنسية:

يجب أن يكون الشخص المطلوب تعيينه قاضياً متمتعاً بجنسية الدولة التي سيعين فيها، إذ لا يجوز تعيين الأجنبي في منصب القضاء، فهي وظيفة عامة ومظهر من مظاهر سيادة الدولة وعليه لا يمكن توليتها إلا من كان من رعايا الدولة وعضواً فيها ومرتبطاً بها برابطة الجنسية[1]. وهذا ما يفسر اعتناقه من قبل اغلب التشريعات ومنها التشريع العراقي، إذ نصت المادة(36/اولاً) من قانون التنظيم القضائي العراقي النافذ على:(يشترط فيمن يعين قاضياً بعد نفاذ هذا القانون ان يكون عراقيا بالولادة ومن اصل غير اجنبي...). والمادة(7/اولاً/أ) من قانون المعهد القضائي رقم 33 لسنة 1976بنصها:(إن يكون عراقياً بالولادة). ويثير تطبيق هذا الشرط مسألتين هما:

(1)ينظر:د. مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن، 2004 ، ص 80 .

المسألة الأولى : وهي متعلقة بالجنسية المكتسبة[1]، إذ لم يجوّز المشرع العراقي تولية القضاء للأجنبي حتى ولو أكتسب الجنسية العراقية[2] وحصرها فقط بصاحب الجنسية الأصلية[3] في حين اجازت القوانين المقارنة ذلك. فنلاحظ مثلاً أن المشرع المصري في المادة (1/38) من قانون السلطة القضائية المصري رقم 46 لسنة 1972 بنصها:(إن يكون متمتعاً بجنسية جمهورية مصر العربية...). وكذلك المشرع الأردني حيث أشترط ايضاً أن يكون القاضي متمتعاً بالجنسية الأردنية الأصلية أو التبعية وذلك في المادة(9/أ/1) بنصها:(أردني الجنسية ولا يحمل جنسية دولة أخرى) ولكنه اضاف على التشريع المصري شرط عدم تمتعه بحماية دولة أجنبية، بمعنى أن لا يكون مزدوج الجنسية اي يحمل الجنسية الأردنية وجنسية دولة أجنبية. وبذلك لم تفرق أي من التشريعات آنفة البيان بين الجنسية الأصلية والمكتسبة في المرشح لوظيفة القضاء.

اما المسألة الثانية: فهي اشتراط المشرع أن يكون المرشح لوظيفة القضاء من ابوين عراقيين بالولادة ومن اصل غير اجنبي، فهذا النص الذي لا نظير لهُ في القوانين المقارنة يحرم من كان احد والديه اجنبياً من تولي القضاء حتى وان كان المرشح عراقي بالولادة، الأمر الذي يشكل مساساً بمبدأ المساواة الذي نص عليه المشرع في المادة(14) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 بنصه:(العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز...)، وهو حق مهم من حقوق الانسان[4].

---

(1)تعرف الجنسية المكتسبة: هي الجنسية اللاحقة التي يحصل عليها الفرد بعد الولادة، ويطلق عليها بالجنسية الطارئة او الثانوية، وسميت بالمكتسبة لأنها تكتسب ولا تفرض. للمزيد من التفصيل ينظر: د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص، ط1 ، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1977م، ص 56 .

(2)يعد عراقياً كل من ولد لأب عراقي أو لأم عراقية. ومن ولد في العراق من أبوين مجهولين ويعد اللقيط الذي يعثر عليه في العراق مولوداً فيه يقم الدليل على خلاف ذلك . وللوزير أن يعد من ولد خارج العراق من أم عراقية وأب مجهول أو لا جنسية له عراقي الجنسية إذا أختارها خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد إلا إذا حالت الظروف الصعبة دون ذلك بشرط أن يكون مقيماً في العراق وقت تقديمه طلب الحصول على الجنسية العراقية . كما ويجوز للوزير أن يعد عراقياً من ولد في العراق وبلغ سن الرشد فيه من أب غير عراقي مولود فيه أيضاً وكان مقيماً فيه بصورة معتادة عند ولادة ولده . بشرط أن يقدم الولد طلباً بمنحه الجنسية . لمزيد من التفصيل راجع المواد (3-4-5-6-7-11) من قانون الجنسية العراقي رقم 26 لسنة 2006 .

(3)تعرف الجنسية الأصلية بإنها: تلك الجنسية التي تثبت للإنسان ولأول مرة لحظة الولادة وذلك أما بسبب أصله العائلي ، أو بسبب صلته بالإقليم الذي ولد فيه ولهذا يطلق عليها الجنسية الأصلية، أي المتعلقة " بأصله . وتسمى بالجنسية المفروضة ولأنها تفرض عليه من دون أخذ موافقته أو رأيه ، وتسمى الجنسية الممنوحة لأنها تمنح له من الدولة ، وتسمى بجنسية الميلاد لأنها تكتسب سنة الميلاد وتتحقق لحظة الولادة. ينظر: د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الجنسية العراقية رقم(26) لسنة 2006(دراسة مقارنة)، مكتبة السنهوري، بغداد، العراق، 2012، ص79.

(4)ينظر: د. حيدر حسين علي، و د. صباح عريس عبد الرؤوف، مقتضيات اصلاح قانون التنظيم القضائي النافذ، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، مجلد(1) العدد(11)، عدد خاص بالمؤتمر العلمي الثاني في جامعة الكوفة- كلية القانون، ص238.

لـذا نقتـرح بتعـديل نـص المـادة(36/اولاً) مـن قـانون التنظـيم القضـائي العراقـي بحـذف موضـع الخلـل لتكـون بالصـيغة الآتية:(يشـترط فـي مـن يعـين قاضـياً بعـد نفـاذ هـذا القـانون أن يكون عراقي الجنسية...).

ثانياً- الحالة الاجتماعية(ان يكون متزوجاً):

انفـرد المشـرع العراقـي فـي المـادة(36/اولاً) مـن قـانون التنظـيم القضـائي العراقـي النافـذ عــن غيــره مــن التشــريعات ســواء محــل المقارنة(مصــر- الأردن) أو غيرهــا[1] باشــتراط "الـزواج" علـى المرشـح لتـولي وظيفـة القضـاء بنصها:(يشـترط فـيمن يعـين قاضـياً بعـد نفـاذ هـذا القـانون ...متزوجـاً ومتخرجـاً مـن المعهـد القضـائي). ولعـل مـا قـد يفسـر فـرض هـذا الشـرط علـى المتقـدم لتـولي وظيفـة القضـاء رغبـة المشـرع فـي تحقيـق الاسـتقرار النفسـي للقاضـي لتحصـينه مـن الوقـوع فـي الخطـأ وهـو مـا يمكنـه مـن أداء مهـام عملـه بجديـة واخـلاص. وهـو مـا يـدعونا إلـى طـرح التسـاؤل الآتـي: هـل أن كـل متـزوج مسـتقر نفسـياً، وبعكسـه كـل اعـزب غيـر مسـتقر نفسـياً؟ والإجابــة علــى ذلــك قطعــاً بــالنفي، فالاســتقرار مســألة نســبية متفاوتــة مــن شــخص إلــى آخــر، بحسـب رغباتـه واحتياجاتـه الخاصـة. ومـن ثـم مـاذا لـو تـم تعيـين القاضـي بنـاءً علـى تـوافر هـذا الشـرط ومـن ثـم فُقـد سـواء بـالطلاق او الترمـل؟ هـل مـن المعقـول أن يـتم تخييـر القاضـي بـين الـزواج مـرة اخـرى أو فقدانـه لوظيفتـه، ألا يُعـد ذلـك اكراهـاً معنويـاً يـتم ممارسـته عليـه وتقييـداً لحريتـه. ام سـيتم التغاضـي عـن اسـتمرار تـوافر هـذا الشـرط عقـب توليـه المنصـب ولـو كـان الأمـر كذلك فأن هذه الغاية ستنتفي ابتداءً.

اضـافة إلـى ذلـك فـأن فـرض هـذا الشـرط هـو مخالفـة دسـتورية صـريحة للمـادة(14) مـن دسـتور جمهوريـة العـراق لسـنة 2005 والتـي بينـت أن العـراقيين متسـاوون امـام القـانون دون النظــر لأي اعتبــارات ومــن ضــمنها الحالــة الاجتماعيــة[2]. ولــذا نــرى بضــرورة حــذف هــذا الشرط لتولي منصب القضاء.

ثالثاً- كمال الأهلية المدنية:

يجــب أن يكــون الشــخص المتقــدم للقضــاء متمتعــاً بالأهليــة المدنيــة فــلا يجــوز تعيــين نـاقص الأهليـة أو عـديمها ، لأن نـاقص أو عـديم الأهليـة لا يؤخـذ بقولـه علـى نفسـه ، فكيـف يؤخـذ

(1)ومنها على سبيل المثال المادة(57) من قانون السلطة القضائية اليمني رقم(1) لسنة 1991. والمادة(19) من قانون الهيأة القضائية السوداني لسنة 1986. والمادة(70) من قانون السلطة القضائية السوري رقم(98) لسنة 1961. والمادة(19) من قانون تنظيم القضاء الكويتي رقم(23) لسنة 1990. والمادة(35) من قانون التنظيم القضائي لإقليم كردستان رقم(23) لسنة 2007.

(2)نصت المادة(14) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 على:(العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل او اللون أو الدين او المذهب أو المعتقد او الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي).

بقوله على غيره، إذ يجب أن يكون ناضج العقل، صحيح الإدراك ، جيد الفطنة حتى يتمكن من الفصل في المنازعات، والتغلب على ما يعترضه من مشاكل وصعوبات قانونية[1]. ومن البديهي أن تشترط ذلك التشريعات جميعها ومنها ما جاء به المشرع المصري إذ أشترط ذلك في المادة(1/38) من قانون السلطة القضائية المصري بنصها:(...وكامل الاهلية المدنية). كذلك المشرع الاردني في المادة(9/أ) من قانون استقلال السلطة القضائية بنصها:(متمتعاً بالأهلية...). وبالرجوع الى القانون العراقي سواء قانون التنظيم القضائي أو قانون المعهد القضائي نراه لم يتضمن هذا الشرط! وهو ما يثير الدهشة في ذلك، لما لهُ من أثر عظيم في جودة الاحكام القضائية

رابعاً- شرط الاعتبار الشخصي:

يشترط في من يتولى منصب القضاء أن لا يكون محكوم عليه من محكمة أو مجلس تأديبي لأمر مخل بالشرف، ليحترم الناس قضاءه لأن فاقد الشيء لا يعطيه[2]، وكذلك لاعتبار أن منصب القضاء ذا طبيعة خاصة لا يمكن أن يتولاه من كان من أرباب السوابق في جرائم مخلة بالشرف[3]. وقد اشترطت ذلك أغلب التشريعات من ضمنها المشرع المصري في قانون السلطة القضائية في المادة(4/38) بنصها:(ألا يكون قد حكم عليه من المحاكم أو مجالس التأديب لأمر مخل بالشرف ولو كان قد رد إليه اعتباره).

ونص المشرع الاردني في المادة(10/أ/):(غير محكوم من محكمة أو مجلس تأديبي لأمر مخل بالشرف ولو رد اعتباره أو شمله العفو).

وقد أخذ المشرع العراقي بهذا الشرط فيمن يقبل في المعهد القضائي لتأهيله لتولي منصب القضاء في المادة(7/اولاً/ج) من قانون المعهد القضائي بنصها:(إن لا يكون محكوماً عليه بجناية غير سياسية أو جنحة مخلة بالشرف).

خامساً- شرط المؤهل العلمي:

يشترط لمن يكون متقدماً لوظيفة القضاء أن يكون حاصلاً على الشهادة العلمية التي تؤهله للفصل في القضايا المعروضة عليه على وفق قواعد القانون[4].

ولقد اشترطت ذلك أغلب التشريعات ومنها المشرع المصري فقد أشترط في قانون السلطة القضائية فيمن يتولى وظيفة القضاء ذلك في المادة(3/38) بنصها:(إن يكون حاصلاً على اجازة الحقوق من أحدى كليات الحقوق في جامعات جمهورية مصر العربية أو على

---

(1)ينظر: د. عوض أحمد زغبي ، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني ، ط1، دار وائل للنشر، عمان، الاردن، 2007، ص40.
(2)ينظر: د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 89 .
(3)ينظر: د. أدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، بدون ذكر لمطبعة ومكان النشر، 1985، ص 37 .
(4)ينظر: د. فتحي والي ، مرجع سابق، ص 322.

شهادة أجنبية معادلة وفي الحالة الأخيرة فأنه يلزم أن ينجح في امتحان المعادلة على وفق قوانين اللوائح الخاصة بذلك).

واشترط المشرع الاردني ذات الأمر لتولي منصب القضاء وذلك في المادة(10/أ) من قانون السلطة القضائية بنصها:(حاصلاً على الشهادة الجامعية الأولى في الحقوق من احدى كليات الحقوق في الجامعة الاردنية، أو على شهادة معادلة لها في الحقوق...).

ولقد تبنى المشرع العراقي ذلك ايضاً، إذ اشترط في أن يكون المتقدم للدراسة في المعهد القضائي لتأهيله لتولي منصب القضاء متخرجاً من كلية قانون عراقية أو غير عراقية بشرط أن يكون معترف بها، وأن يجتاز امتحاناً في القوانين العراقية يحدده المعهد القضائي وذلك في المادة(7/اولاً/و) من قانون المعهد القضائي رقم 33 لسنة 1971 حيث نصت على:(إن يكون متخرجاً في أحدى كليات القانون والسياسة (قسم القانون) في العراق ، أو كلية قانون معترف بها، بشرط اجتيازه امتحاناً بالقوانين العراقية ، يحدد مجلس المعهد مواده، وكيفية إجرائه).

سادساً- شرط أهلية القضاء :

اشترطت التشريعات القضائية سن معينة لتولي القضاء وذلك لما تتطلبه هذه الوظيفة من نضج الفكر وقوة الشخصية وخبرة في أمور الحياة، ولذلك فأن التباين في تحديد هذا السن مختلف بين المحاكم حتى تتوافر لكل قاضي الخبرة التي تتناسب وأهمية ما يعرض عليه من منازعات [1]. وهو ما كان متبع من قبل تشريعات عدة[2] فالمشرع المصري مثلاً في المادة (2/38) من قانون السلطة القضائية اشترط فيمن يعين قاضياً سناً معينة بحسب المحكمة التي سيعمل فيها وذلك بنصها:(ألا تقل سنه عن ثلاثين سنة إذا كان التعيين في المحاكم الابتدائية، وإن لا تقل عن ثمان وثلاثين سنة إذا كان التعيين في محاكم الاستئناف ولا تقل عن ثلاث وأربعين سنة إذا كان التعيين في محكمة النقض).

بينما لم يفرق المشرع الأردني والعراقي في سن القاضي بحسب نوع المحكمة التي يتولى القضاء فيها، بل جعل هذا السن محدد من دون تمييز بين المحاكم المختلفة، إذ حدد المشرع الاردني في المادة(2/أ/9) حد ادنى فقط للتعيين بنصها:(بلغ الثلاثين من عمره وتتوافر فيه الشروط الصحية للتعيين) اما بالنسبة للمشرع العراقي فقد وضع حدان أعلى

---

(1)ينظر: د. وجدي راغب فهمي ، مبادئ القضاء المدني ، ط1، دار الفكر العربي، 1986، ص 186.

(2)ومنها على سبيل المثال قانون السلطة القضائية الاماراتي رقم(39) لسنة 1983 فقد ميز في السن بالنسبة للمتقدم لشغل منصب القاضي بحسب نوع المحكمة وذلك في المادة(3/18) بنصها:(ان لا يقل سنة عن ثلاثين سنة بالنسبة إلى رؤساء وقضاة المحاكم الاتحادية الابتدائية، وخمس وثلاثين سنة بالنسبة الى قضاة المحاكم الاتحادية الاستئنافية واربعين سنة بالنسبة إلى رؤساء المحاكم الاتحادية الاستئنافية ورئيس وقضاة المحكمة الاتحادية العليا).

وادنى للقبول في المعهد وهو ما بينته المادة(7/اولاً/ب) بنصها:(إن لا يزيد عمره، عند قبوله في المعهد على اربعين سنة، ولا يقل عن ثمان وعشرين سنة...).

سابعاً- شرط الكفاءة الخلقية:

يشترط فيمن يراد تعيينه قاضياً أن يكون محمود السيرة ، حسن السمعة فهو أمر ضروري حتى يكون لقضائه الاحترام اللازم، وللناس فيه الثقة الواجبة لأحكام القضاء[1]، ومن ثم لا يجوز توليتها لمن ساءت سمعته بين الناس وأشتهر بخروجه على قواعد الأخلاق والفضيلة. من اجل ذلك فقد نص على هذا الشرط المشرع المصري في قانون السلطة القضائية وذلك في المادة(5/38) بنصها:(إن يكون محمود السيرة وحسن السمعة). واشترطها المشرع الاردني في المادة(5/أ/9) من قانون استقلال السلطة القضائية بنصها:(محمود السيرة وحسن السمعة والسلوك). ونص عليها ايضاً مشرعنا العراقي في قانون المعهد القضائي في المادة(7/اولاً/د) بنصها:(إن يكون المرشح محمود السيرة وحسن السمعة).

ثامناً- شرط الخبرة:

يجب أن يكون المرشح لتولي القضاء قد مارس عملاً قانونياً مدة معينة قبل اشتغاله في القضاء ، حتى يكتسب خبرة ودراية في فهم قواعد القانون في اثناء هذه المدة ، الأمر الذي يسهل عليه القيام بالقضاء بعد ذلك، وتأتي هذه الخبرة من الممارسة الفعلية للمحاماة أو في وظيفة قضائية أو قانونية في دوائر ومؤسسات الدولة التي سيعين فيها، أو يكون حاصلاً على شهادة علمية تكسبه الخبرة لممارسة العمل القضائي[2].

وقد اشترطت أغلب التشريعات[3] ذلك ومنها ما هو محل لدراستنا التشريع المصري، إذ راعى في قانون السلطة القضائية الخبرة القانونية التي يلزم توافرها في كل قاضي بحسب الدرجة التي سيعين فيها وتتحقق هذه الخبرة عنده من ممارسة إعمال النيابة العامة في مصر إذ يتم تعيين أعضاء النيابة العامة عن طريق ترقية القضاة في المحكمة

---

(1)ينظر: د. رمزي سيف ، مرجع سابق، ص 44.
(2)ينظر: د. خالد سليمان شبكة ، كفالة حق التقاضي ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 121.
(3) ومنها على سبيل المثال المشرع الاماراتي في المادة(5/18) بنصها:(إن يكون قد امضى في الاعمال القضائية أو القانونية بإحدى المحاكم أو ما يقابلها من وظائف النيابة العامة أو الفتوى والتشريع وقضايا الدولة او في تدريس الشريعة الاسلامية او القانون في احدى الجامعات أو المعاهد العليا المعترف بها أو في مهنة المحاماة أو في غير ذلك من الاعمال القانونية التي تعد نظيراً للعمل في القضاء وفقاً لما يحدده المجلس الأعلى للقضاء الاتحادي مدداً لا تقل عن المدد الآتية: أ- عشرين سنة للتعيين في وظائف رئيس المحكمة الاتحادية العليا وقضاتها ورؤساء محاكم الاستئناف. ب- اربع عشرة سنة للتعيين في وظائف قضاة محاكم الاستئناف. ج- عشرة سنوات للتعيين في وظائف قضاة المحاكم الابتدائية).

الابتدائية وهي بداية السلم القضائي وكذلك تتحقق هذه الخبرة في أعضاء الهيأة التدريسية في كليات الحقوق ورجال مجلس الدولة وهيأة قضايا الدولة وأعضاء النيابة الإدارية والمحامين[1].

وايضاً فقد اشترط المشرع الاردني توافر الخبرة كشرط للتعيين وذلك في المادة(9/أ/7) بنصها:(ان يكون قد عمل محامياً لمدة لا تقل عن خمس سنوات للحاصل على الدرجة الجامعية الأولى، أو لمدة لا تقل عن اربع سنوات للحاصل على درجة الجامعية الثانية(الماجستير) في الحقوق او لمدة ثلاث سنوات للحاصل على الشهادة الجامعية الثالثة(الدكتوراه) في الحقوق).

اما بالنسبة للمشرع العراقي ايضاً فقد اشترط توافر الخبرة ليس للتعيين في الوظيفة القضائية مباشرةً، بل للقبول في المعهد القضائي الذي يتولى اعداد القضاة تمهيداً لتوليهم المنصب وذلك في المادة(7/اولاً/ك) من قانون المعهد القضائي بنصها:(إن يكون قد مارس المحاماة ممارسة فعلية مدة لا تقل عن ثلاث سنوات وليس في مرافعاته خلل على حساب الحق والعدالة والقانون أو أن يكون قد مارس وظيفة قضائية او قانونية في دوائر الدولة او القطاع الاشتراكي للمدة المذكورة او اقل).

واستثناءً من ذلك أجاز المشرع العراقي في الفقرة الثانية من المادة 36 من قانون التنظيم القضائي تعيين المحامي والموظف قاضياً بمرسوم جمهوري بنصها:(يجوز تعيين المحامي والموظف من حملة شهادة البكالوريوس في القانون قاضياً بمرسوم جمهوري إذا امضى مدة لا تقل عن عشر سنوات في مهنة المحاماة أو العمل بالمحاكم ولم يتجاوز عمره خمسين سنة استثناء من شرط التخرج من المعهد القضائي).

ولمّا كان شرط الخبرة ضرورياً في القاضي إلا أن هذا الاستثناء الذي وضعه المشرع العراقي يعني فرض أعداد فقط لا استزادة في الكفاءات، فهي تفتح أبواب خلفية للتعيين في القضاء ، وذلك من شأنه التأثير في مستوى أداء المؤسسة القضائية، وقد أثبتت التجربة أن الخبرة القانونية في المحاماة أو غيرها من المجالات القانونية المناظرة للعمل القضائي لا تكفي للاشتغال في القضاء ما لم يتميز صاحب هذه الخبرة أصلاً بكفاءة علمية عالية متحصلة من جهة مختصة بذلك(المعهد القضائي) وهو ما يشكل ضمانة مهمة للمتقاضين، ومن ثم لا يصح أن يجلس على منصة القضاء إلا من كان أهلاً لذلك حتى لا تضيع حقوق المتقاضين نتيجة نقصان الخبرة بالعمل القضائي فلا بد من إعداد القضاة إعداداً

(1)ينظر: د. عيد محمد القصاص، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط1، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر، 2005، ص 29–30. وينظر المواد: المادة(39) و(40) و(41)و(42) و(43) و(44) من قانون السلطة القضائية المصري النافذ رقم(46) لسنة 1972 النافذ والمعدل.

خاصاً واكتسابهم كفاءة متميزة. حتى يكون حكمهم محل ثقة المتقاضين من جانب، وحتى يتحقق حسن سير القضاء من جانب أخر، وذلك لأن كفاءة القاضي تسهل عليه أداء مهمته وتقلل أخطاءه وتجعله عضواً فعالاً بين زملائه[1].ولذا نقترح بحذف هذه الفقرة لأن من الاهمية بمكان اعداد القاضي علمياً ومهنياً بإتمامه مدة الدراسة في المعهد القضائي.

المطلب الثاني
استقلال السلطة القضائية

استقلال القضاء هدف خالد لتحقيق العدالة في المجتمع، إذ يؤدي إلى احلال الطمأنينة في نفوس المتقاضين، وبه يرتفع العمل القضائي فوق الشبهة والتحكم، لذا فهو من الضمانات الأساسية للأفراد في حصولهم على احكام قضائية عادلة.

الفرع الأول
مفهوم استقلال القضاء

"استقلال القضاء" مصطلح يراد بهِ أن تتحرر سلطته من أي تدخل من جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية ، وعدم خضوع القضاة لغير القانون[2]. لذا فأن هذا المصطلح يرتبط بمبدأ الفصل بين السلطات. وبناءً على ذلك سنخصص محور دراستنا لبحثهما وكما يأتي:

أولاً- تعريف استقلال القضاء

يُعرف استقلال القضاء بصورة عامة بأنه: عدم تدخل السلطات الأخرى في شؤون القضاة وفرض إرادتهم عليه فلا سلطان لأحد أياً كان على القضاء سوى مقتضيات العدالة[3].

ويرى جانب من الفقه بأن لاستقلال القضاء مفهومان : الأول الواسع وهو استقلال القضاء بصفته سلطة من سلطات الدولة الثلاث ، وهو يقف على قدم المساواة مع كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية. أما المفهوم الضيق فيتمثل باستقلال القضاة كأفراد في أثناء

---

(1)ينظر: د. أحمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر، 1997، ص 87 .

(2)ينظر: د . محمد عصفور، استقلال السلطات القضائية، بحث منشور في مجلة العدالة، العدد الثالث، دون ذكر لسنة النشر، ص210.

(3)ينظر:د. سعدون القشطيني ، شرح أحكام المرافعات ، الجزء الأول ،ط1 ، مطبعة المعارف ، بغداد، 1979، ص79.

اضطلاعهم بمهام وظائفهم بحيث يمارس القاضي واجبه دون تأثير أو تدخل من أية جهة كانت[1].

وقد يتبادر إلى الذهن السؤال الآتي: ماهي الطبيعة القانونية لمنصب القاضي، هل هي وظيفة أم سلطة؟

وللإجابة على ذلك فقد اختلف الفقه والقضاء الى اتجاهين: يرى الأول بأنها وظيفة. في حين يرى الثاني بأنها سلطة. وسنوضح كلاهما فيما يأتي:

1- الاتجاه الأول: القضاء وظيفة:

يرى أصحاب هذا الرأي بأن القضاء وظيفة. ويستندون بذلك إلى أن الاتجاهات الحديثة كلها في تنظيم الدولة ترى أن الدولة عبارة عن عدة وظائف وأن هذه الوظائف توزع على أجهزتها المختلفة، ومنها وظيفة القضاء والتي يتولها الجهاز القضائي. وينكرون بالتالي أن القضاء سلطة مستقلة، ويعدّونه جزءً من السلطة التنفيذية أي انهُ خاضع لها. فلا يوجد فارق بين وظيفة القضاء ووظيفة التنفيذ، إذ أنها لا تعدو أن تكون مظهراً مؤقتاً لوظيفة التنفيذ، فلا تعترف دساتير هذه الدول بأن القضاء سلطة من سلطات الدولة الثلاث لأنها لا تعترف بمبدأ الفصل بين السلطات، ولذا فأن الأخذ بهذا الاتجاه وأنكار صفة السلطة على القضاء هو التمهيد الطبيعي لإهدار استقلال القضاء[2].

الاتجاه الثاني: القضاء سلطة:

يرى أصحاب هذا الرأي بأن القضاء سلطة ، ولا بد من الفصل بين السلطات حيث أنهُ مظهر من مظاهر سيادة الدولة ، إذ تكون مستقلة عن السلطتين التنفيذية والتشريعية[3]، وليس وظيفة فحسب تتولاها المحاكم، لأن طبيعة العمل القضائي في حسمه للمنازعات بين الأفراد بتطبيق القانون، يقتضي أن لا تمارسه سوى سلطة مستقلة عن باقي السلطات في الدولة، وتطبق إجراءات معينة لا يشاركها في ذلك أية سلطة أو جهة أخرى، لضمان بسط حكم القانون في المجتمع[4]، ولضمان أداء الوظيفة القضائية من دون تدخل أو تهديد أو خوف، لأن سلطة القاضي ليست ميزة شخصية وإنما ليكون أساس لدولة القانون وهو جزء أساسي للحالة القانونية للقاضي وهي تمنع المشرع من تحديد وظائفه واختصاصاته وتضيقها وتوسيعها كما يريد وما دام القضاء سلطة لا يجوز أن يزاحمها في أمرها مزاحم[5].

---

(1)ينظر:د. فاروق الكيلاني ، استقلال القضاء، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص 6.
(2)ينظر: د. محمد عصفور، مرجع سابق ، ص 4
(3)ينظر: د . محمد عصفور، المرجع نفسه، ص14.
(4)ينظر: د . فاروق الكيلاني، مرجع سابق، ص 18 .
(5)ينظر: د . حسن نجيب سعد ، مذكرات في استقلال القضاء ، دون ذكر لمطبعة وسنة النشر، القاهرة، مصر،ص7.

وقد حُسم النزاع من خلال التوجه التشريعي لمعظم دساتير دول العالم، وذلك بعدها سلطة، ومنها الدساتير الغربية كالدستور الألماني عام 1949 في المادة (92) منه على أن:(تفوض السلطة القضائية إلى القضاة ...). وقد أكد الدستور الايطالي النافذ والمعدل لسنة 1947 على ذلك في المادة(104) بنصها:(تشكل السلطة القضائية نظام منفصل ومستقل عن أي سلطات اخرى...). والمادة(64) من الدستور الفرنسي النافذ والمعدل لسنة 1958 بنصها:(يتعين على رئيس الجمهورية أن يكون الضامن لاستقلال السلطة القضائية...).

فقد ذهبت اغلب التشريعات العربية إلى ذلك منها ما هو محل دراستنا كالدستور المصري النافذ لسنة 2014 في المادة(184) بنصها:(السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وتصدر إحكامها وفقاً للقانون...). والدستور الاردني النافذ لسنة 1952 في المادة(97) بنصها:(القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون).

وفي العراق فقد تناول الدستور العراقي لعام 2005[1] في الفصل الثالث منه السلطة القضائية وما يتعلق بها حيث تطرق في المادة (85) منه إلى استقلال القضاء والمحاكم بمختلف أنواعها بنصها:(السلطة القضائية مستقلة ، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، وتصدر إحكامها وفقا للقانون) وهذا يعني استقلال القضاء الوظيفي أي من ناحية ممارسته لوظيفته ، ثم يتطرق الدستور إلى ما هو أهم في المادة التي تليه والتي تنص:(القضاة مستقلون ، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ، ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة)[2] وهذا تأكيد على مبدأ استقلال القضاء بعدم جواز الضغط على القضاة من أية جهة كانت تنفيذية أو تشريعية تعترض على إصدار قرارات قضائية معينة أو الامتناع عن إصدار قرارات أخرى.

ومن خلال تلك النصوص الدستورية يتضح لنا بأن المشرع العراقي أراد للقضاء أن يكون محترماً مصاناً ومستقلاً بأموره الوظيفية والمالية كافة لا سلطان لأحد عليه.

2- مبدأ الفصل بين السلطات

يرتبط استقلال القضاء في نشأته بمبدأ الفصل بين السلطات[1] الذي لم يعرف في التشريعات القديمة ، إذ كانت السلطة حقاً شخصياً للحاكم ، تتجمع في يده فيمارس

---

(1)كما أكد ذلك قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية الصادر في 8 / آذار / 2004 م حيث جاء في القسم (6) منه بأن " القضاء مستقل ولا يدار بأي شكل من الأشكال من السلطة التنفيذية وبضمنها وزارة العدل ويتمتع القاضي بالصلاحية التامة حصداً لتقرير براءة المتهم أو إدانته وفقاً للقانون من دون تدخل من السلطتين التشريعية ولتنفيذية ".

(2) المادة 86 من الدستور العراقي لسنة 2005

اختصاصاتها كافة ويستأثر امتيازاتها جميعها، ولذلك لم تكن هناك سلطة قضائية متميزة تتمتع بأي استقلال ومن القرنين السادس والسابع عشر ، ظهرت محاولات للحد من السلطة المطلقة وتوزيع السلطات على هيئات متعددة تمارس عملها بالاشتراك، لأن تركيز السلطات في يد الحاكم يؤدي إلى الاستبداد والطغيان. ولكن الأمر اختلف ابتداءً من القرنين السادس والسابع عشر ، إذ ظهرت محاولات للحد من السلطة المطلقة وتوزيع السلطات على هيئات متعددة تمارس عملها بالاشتراك، لأن تركيز السلطات في يد الحاكم يؤدي إلى الاستبداد والطغيان[1].

وقد ساعدت هذه الاتجاهات في ظهور مبادئ الديمقراطية التي تهدف إلى ضمان الحريات الأساسية للإنسان ومقاومة الظلم والاستبداد ، ففي القرن السابع العشر هاجم عدد من الفلاسفة والمفكرين وعلى رأسهم مونتسيكيو فكرة تجميع السلطات في يد واحدة ، وظهر نتيجة لذلك مبدأ الفصل بين السلطات الذي يستهدف الفصل بين الهيئات الحاكمة فصلاً عضوياً بحيث تختص كل هيأة بوظيفة من وظائف الدولة الثلاث. ومبدأ الفصل بين السلطات لا محل له إلا في النظم النيابية، وذلك لصون الحرية ، وقمع الاستبداد، وتحقيق شرعية الدولة. وهذا المبدأ في مقدمة المبادئ الدستورية الأساسية التي تقوم على أساسها النظم الديمقراطية الحديثة، فهو كسلاح من أسلحة الكفاح ضد السلطة المطلقة. وإذا كان مبدأ الفصل بين السلطات يعني تقسيم السلطات إلى ثلاثة: تشريعية وتنفيذية وقضائية، إلا أنه يبدو أحياناً أن الفصل بينها مسألة نظرية أكثر منها عملية، لأن الواقع يظهر هذه السلطات متشابكة الأواصر، وعلى الرغم من ذلك فأن هذا لا يعني أن هذا المبدأ غير عملي ، فهذا التشابك ليس إلا مظهر للتعاون القائم بين السلطات جميعاً. فالسلطة التشريعية تضع القوانين، في حين أن للسلطة التنفيذية الحق أيضاً في اقتراح القوانين، ثم سلطة التصديق عليها. وللسلطة القضائية استقلالها كذلك، بينما السلطة التنفيذية هي التي تنفذ أحكامها وتعيّن قضاتها. كل هذا لا يشكل تناقضاً في مبدأ الفصل بين السلطات أنما يشكل التعاون الحتمي بينها[2].

ونخلص مما تقدم آنفاً أن مبدأ الفصل بين السلطات يرتكز على أسس عدة هي:

أ- ضرورة وجود ثلاث سلطات أساسية في النظام السياسي للدولة وهي السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية والسلطة القضائية.

ب- تمتع كل سلطة فيها بصلاحيات واختصاصات أصيلة ومحددة في القانون الأساسي(الدستور).

---

(1) ينظر: د . وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص183. و د. أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص 51 .
(2)ينظر: د . فاروق الكيلاني ، مرجع سابق، ص 17 .

ت- إن الفصل المقصود بين السلطات هو الفصل المتوازن في توزيع الصلاحيات والمسؤوليات مع توافر قدر من التعاون فيما بينها لتنفيذ وظائفها في توافق وانسجام.

ث- لا يجوز منح أية سلطة من السلطات الثلاث صلاحيات مطلقة في تنفيذها للمهام الموكلة لها، إذ يكون تعاون نسبي فيما بينها، وذلك للحيلولة من الاحتكار المطلق للسلطة في أي مجال من المجالات حتى لا يحصل الاستبداد في استعمالها.

ونتيجة لمبدأ الفصل بين السلطات فقد أخذت فكرة استقلال القضاء تتبوء مواثيق حقوق الإنسان التي نصت على وضع ضمانات للقضاة إذ نصت المادة (10) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[1] بنصها:(لكل إنسان الحق على قدم المساواة مع الآخرين، في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة ...). وتكرر النص على ذات المضمون في المادة(1/14) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية[2] بنصها:(الناس جميعاً سواء أمام القضاء. ومن حق كل فرد لدى الفصل في أية تهمة جزائية توجه إليه وفي حقوقه والتزاماته في أية دعوى مدنية، أن تكون قضية محل نظر منصف وعادل من قبل محكمة مختصة مستقلة ...).

ولذا فقد جاءت هذه النصوص بوصفها تعبيراً صادقاً عن الأماني والآمال التي تخالج الافراد بوصفها تشكل الضمانة الأولى للحياة الأمنه الحرة الكريمة، وبوصفها مثال للجهود الحقيقية التي بذلتها الإنسانية عبر التأريخ لانتزاع حقوقها من أيدي الطغاة وكفالتها من أي اعتداء.

الفرع الثاني
إجراءات استقلال القضاء

ليكون هناك استقلال للسلطة القضائية لا بد من أتباع إجراءات محددة تُبعد بالمحاكم عن بقية السلطات ضماناً لاستقلالها في آداء وظيفتها. وهي كما يأتي:

أولاً- استقلال المحاكم عن تدخل السلطة التنفيذية:

إن استقلال القضاء لا يتحقق على وجهه الاتم إلا إذا احيطت المحاكم بضمانات قوية تحميها من تدخل السلطات الأخرى ومنها السلطة التنفيذية[3]. إذ من المقرر أنه ليس لأي سلطة في الدولة أن تملي على المحكمة أو توحي إليها بوجه الحكم في قضية ما . ومن باب

---

(1)اعتمد هذا الإعلان ونشر على الملأ بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 217 (د – 3) في كانون الأول عام 1948.

(2)اعتمد هذا العهد وعرض للتوقيع عليه والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة رقم 2200 المؤرخ في 16 كانون الأول 1966 م والنافذ في 23 آذار عام 1976.

(3)ينظر: صلاح الدين عبد اللطيف الناهي ، الوجيز في مبادئ التنظيم القضائي والتقاضي والمرافعات ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 1996، ص38 .

أولى ليس لها أن تنتزع قضية ما من القضاء للحيلولة بينها وبين الحكم فيها أو تعدل في الحكم الذي أصدره القضاء أو توقف تنفيذه. فليس لأي شخص من أشخاص هذه السلطة مهما علا مركزه ولو كان وزيراً أو رئيس الدولة أن يتدخل لدى القضاء بشأن قضية معروضة عليه، أياً كان نوع هذا التدخل[1] وقد ذكرت دساتير أكثر الدول نصوصا لضمان مبدأ استقلال القضاء . وأكدت ذلك أيضاً بضمانات في قوانين أخرى كقانون العقوبات لضمان احترام هذا المبدأ .

فنلاحظ مثلاً المشرع المصري لم يكتفِ بتأكيد مبدأ استقلال القضاء في الدستور المصري لسنة 2014 في المادة(184) بنصها:(السلطة القضائية مستقلة...). بل أورد ضماناً للاستقلال ومنعاً للتدخل وذلك بفرض عقوبة على كل من يخل بهذا المبدأ في قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 في المادة (120) بنصها:(كل موظف توسط لدى قاض أو محكمة لصالح أحد الخصوم أو إضراراً به سواء بطريق الأمر أو الطلب او الرجاء او التوصية يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر او غرامة...). وكذلك المادة(123) بنصها:(يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته في وقف تنفيذ...حكم أو أمر صادر من المحكمة أو أية جهة مختصة. كذلك يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي امتنع عمداً عن تنفيذ حكم أو أمر مما ذكر بعد مضي ثمانية ايام من إنذاره على يد مُحضر إذا كان تنفيذ الحكم أو الأمر داخلاً في اختصاص الموظف).

كذلك المشرع الاردني فقد ضمن هذا الاستقلال في قانون العقوبات رقم(16) لسنة 1960 النافذ والمعدل في المادة(223) بنصها:(كل من وجه إلى قاض كتابة أم مشافهة محاولاً بذلك أن يؤثر بوجه غير مشروع في نتيجة اجراءات قضائية عوقب بالحبس لمدة لا تتجاوز ستة اشهر...). والمادة(182) بنصها:(كل موظف يستعمل سلطة وظيفته مباشرة أو بطريق غير مباشر يعوق أو يأخر...تنفيذ قرار قضائي...يعاقب بالحبس من اسبوع إلى سنة).

وايضاً فأن المشرع العراقي لم يكتف بذكر الاستقلال في الدستور أو قانون التنظيم القضائي بل حرص على تدعيمه بتجريم عدة سلوكيات تؤثر فيه منها المادة(233) من قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 بنصها:(يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة واحدة...كل موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة توسط لدى حاكم أو قاض أو محكمة لصالح احد الخصوم او الاضرار به). والمادة (329/ثانياً) بنصها:(يعاقب بالحبس أو بالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين كل موظف أو مكلف بخدمة عامة أمتنع من تنفيذ حكم أو أمر صادر من

(1)ينظر: د . احمد مسلم ، أصول المرافعات والتنظيم القضائي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1969، ص40-41.

أحدى المحاكم أو من أية سلطة عامة مختصة بعد مضي ثمانية أيام من إنذاره رسمياً بالتنفيذ متى كان تنفيذ الحكم أو الأمر داخلاً في اختصاصه). وكذلك حمى قانون العقوبات القاضي بوصفه موظف فنصت المادة (229) على:(أن يعاقب بالحبس أو بالغرامة كل من أهان أو هدد موظفاً أو أي شخص مكلف بخدمة عامة. أو مجلس أو هيأة رسمية أو محكمة قضائية أو إدارية أثناء تأديتهم واجباتهم أو بسبب ذلك).

ثانياً- استقلال المحاكم عن تدخل السلطة التشريعية:

يَدقُ الأمر بالنسبة لعلاقة السلطة التشريعية بالمحاكم، إذ أن هذه السلطة هي من تصنع القوانين التي تطبقها المحاكم بل تنظم القضاء نفسه وبالتالي تنظم المحاكم، وتبدو كما لو كانت تملك كل أنواع التصرفات إزاءها. إلا أن الصحيح في ذلك أن هذا لا يعد تدخلاً في أداءها لعملها إصدار تشريعات عامة ،وإن ترتب عليها وبطريق غير مباشر تعديل ولاية القضاء أو تغيير وجه الحكم في القضايا المعروضة عليه، ما دام ذلك غير مقصود به تلك القضايا بالذات[1]، بل قصد به التشريع بصفة عامة تحقيقاً للمصلحة العامة. وعلى الرغم من ذلك فأن السلطة التشريعية عادةً ما تمتنع عند إصدارها لمثل تلك التشريعات المساس بالقضايا المعروضة فعلاً على القضاء، إذ نص على ذلك صراحةً في ثنايا القانون.

لذا يترتب على أن السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية، إن الأخيرة لا تستطيع الفصل في الخصومات، ولا تعديل حكم صادر عن القضاء، ولا إصدار قانون ببيان وجه الحكم في قضية معينة بذاتها[2]، وفي الوقت ذاته ليس للمحاكم أن تمتنع عن تطبيق القانون أو تعدل من إحكامه أو أن تنشئ قواعد قانونية تمنحها صفة التشريع . إذ أنها ملزمة بتطبيق القوانين التي يصدرها المشرع فحسب[3].

ثالثاً- عدم قابلية القضاة للعزل:

من أقوى الضمانات التي تكفل استقلال السلطة القضائية هو مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل. فالأخير سلاح خطير يمكن بواسطته التخلص من أي قاض غير مرغوب فيه لأي سبب من الأسباب[4]. وقد قيل بحق هذا المبدأ أنه ليس ضماناً للقاضي بقدر ما هو ضماناً للمتقاضين. ذلك أن القاضي لا يستطيع بغير هذه الحصانة أن يعلي كلمة القانون في مواجهة الظلم والتعسف فينصف المظلوم أو يحمي صاحب رأي حُر. فإذا ما عُيّن القاضي في وظيفته

---

(1)ينظر:د. احمد مسلم ، مرجع سابق، ص41-42.

(2)ينظر:د. عبد المنعم الشرقاوي، شرح المرافعات المدنية والتجارية ، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، 1950، ص115-116.

(3)ينظر:د. أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، ط4، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1968، ص 51.

(4)ينظر: د. فاروق الكيلاني، مرجع سابق، ص33.

فأنه لا يجوز فصله أو عزله أو إحالته على التقاعد أو وقفه عن العمل إلا على وفق ضوابط محددة بالقانون[1]. وهو ما سيوفر للقاضي آمنا واطمئناناً على رزقه، ومن ثم يحكم بما يمليه عليه ضميره دون خوف أو قلق[2].

ولقد استقر العمل على عده من المبادئ الاساسية الضامنة لاستقلال السلطة القضائية، حتى أن البعض رفعه إلى مستوى القواعد الدستورية حتى لا تجوز مخالفته بتشريع عادي[3]. ومن هذه الدساتير، الدستور المصري النافذ لسنة 2014 إذ نصت المادة(186) على:(القضاة مستقلون غير قابلين للعزل...). وأعمالاً لهذا المبدأ بسط قانون السلطة القضائية المصري رقم 46 لسنة 1972 م نطاق هذه الحصانة ليشمل جميع القضاة، منذ بدء تعينهم في القضاء استناداً للمادة (67) بنصها:(رجال القضاء والنيابة العامة-عدا معاوني النيابة- غير قابلين للعزل...).

وقد رفع المشرع الأردني هذا المبدأ وجعله مبدأ دستورياً ومرتبط بالإرادة الملكية، ونصت المادة(1/98) من الدستور الأردني النافذ لسنة 1952 على:(يعين قضاة المحاكم النظامية والشرعية ويعزلون بإرادة ملكية وفق أحكام القوانين). ثم جاء المشرع الأردني وأكد هذا المبدأ من جديد في المادة (26) من قانون استقلال السلطة القضائية رقم(29) لسنة 2014 بنصها :(لا يجوز عزل القاضي أو الاستغناء عن خدمته إلا بقرار من المجلس وإرادة ملكية سامية). لذا فأن نص المشرع الأردني على هذا المبدأ في الدستور وربطه بالإرادة الملكية ثم النص عليه في قانون استقلال القضاء يمثل أكبر ضمانة للقاضي في مواجهة أي سلطة.

وفي العراق نص المشرع العراقي على هذا المبدأ في دستور 2005 لما لهُ من تأثير في حسن سير العدالة، ليكون القضاة مستقرين في عملهم من جهة وضمان لحقوق المتقاضين من جهة اخرى. إذ نصت المادة (97) منه على:(أن القضاة غير قابلين للعزل إلا في الحالات التي يحددها القانون).

ولكن مبدأ عدم القابلية للعزل لا يعني أن يبقى القاضي مدى الحياة في منصبه بل توجد هناك ضوابط محددة لإنهاء خدمته تتمثل فيما يأتي:

1- إنهاء خدمة القاضي لعدم أهليته للقضاء

يحدد القانون سن معينة لإنهاء خدمة القاضي. فإذا ما وصل إلى هذا السن يجوز في مثل هذه الحالة إنهاء خدمته وإحالته على التقاعد أو إذا ثَبتت عدم أهليته لأسباب تتعلق

---

(1)ينظر: د. عيد محمد القصاص، مرجع سابق، ص 164.
(2)ينظر: د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص3.
(3)ينظر: د. محمد عصفور، مرجع سابق، ص164.

بصحته وقد ذهبت إلى ذلك أغلب التشريعات، إذ أجاز المشرع المصري في المادة (69) من قانون السلطة القضائية احالة القاضي على التقاعد عند بلوغه السن القانوني وذلك بنصها:(...لا يجوز أن يبقى في وظيفة القضاء أو يعين فيها من جاوز عمره سبعين عاماً ميلادية...). والمادة(91) في حالة العجز الصحي بنصها:(إذا لم يستطيع القاضي بسبب مرضه مباشرة عمله...على الوجه اللائق فإنه يحال إلى المعاش بقرار جمهوري يصدر بناءً على طلب وزير العدل وبعد موافقة مجلس القضاء الأعلى).

وكذلك المشرع الأردني في المادة (15/ج) من قانون استقلال السلطة القضائية الأردني النافذ لسنة 2014 فقد أجازت هذه المادة للمجلس القضائي فقط ، إحالة أي قاضٍ على الاستيداع أو إنهاء خدمته إذ لم يكن مستكملاً مدة الخدمة اللازمة لإحالته على التقاعد. إذ نصت على:(للمجلس بناءً على تنسيب الرئيس المستند إلى توصية اللجنة المشكلة بموجب الفقرة (أ) من هذه المادة احالة اي قاض امضى مدة خدمة لا تقل عن عشرين سنة إلى التقاعد وإلى الاستيداع إذا امضى مدة خدمة لا تقل عن خمس عشرة سنة أو انهاء خدمته إذا لم يكن مستكملاً مدة خدمته اللازمة لإحالته على الاستيداع أو التقاعد). وبينت الفقرة(د) من المادة ذاتها حالة انهاء خدمة القاضي غير المستكمل لمدة الخدمة اللازمة لإحالته على الاستيداع أو التقاعد بنصها:(للمجلس بناء على تنسيب الرئيس انهاء خدمة اي قاض لم يكن مستكملاً مدة التقاعد أو الاستيداع لعدم الكفاءة فقط، إذا كان تقريره السنوي الصادر عن المفتشين لمدة سنتين متتاليتين اقل من جيد).

أما المشرع العراقي فقد بيّن في قانون التقاعد الموحد رقم(27) لسنة 2006 حالتين لإحالة الموظف على التقاعد وذلك في المادة(1/ثانياً) بنصها:(تتحتم احالة الموظف إلى التقاعد في احدى الحالتين الآتيتين: أ- عند اكمال سن الـ(63) من العمر وهي السن القانونية للتقاعد بغض النظر عن مدة خدمته ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. ب- إذا قررت اللجنة الطبية الرسمية المختصة عدم صلاحيته للخدمة). وإلى ذات المضمون أشار قانون التنظيم القضائي رقم 160 لسنة 1979، إذ لم يختلف عن ما ورد في قانون التقاعد إذ بينت المادة(42/اولاً) إحالة القاضي على التقاعد عند إكماله الثالثة والستين من عمره ، وأجاز في هذه المادة أحالته على التقاعد قبل بلوغه السن المقرر عند طلب القاضي ذلك على وفق قانون التقاعد المدني.

2- إنهاء خدمة القاضي لأسباب تتعلق بسلوكه وتصرفاته الشخصية

القضاء مهنة عظيمة الشرف وهي مرتبطة في مخيلة كل الافراد ليس بالعدل فقط، وانما بالوقار والهيبة. ومن اجل صيانة وادامة هذا الاعتبار فقد تضمنت التشريعات نصوصاً

قانونية تنهي خدمة القاضي كعقوبة تأديبية لهُ على ارتكابه لسلوكيات لا تليق بما يؤديه من عمل. ومنها المشرع المصري في قانون السلطة القضائية في المادة(104) بنصها:(تنقضي الدعوى التأديبية باستقالة القاضي أو إحالته إلى المعاش...).

كذلك المشرع الاردني في قانون استقلال السلطة القضائية النافذ، إذ بيّن في المادة(36/أ) هذه الحالة بنصها:(كل إخلال بواجبات الوظيفة وكل عمل يمس الشرف أو الكرامة أو اللياقة يشكل خطأ يعاقب عليه القاضي تأديبياً). وحدد المادة(37) العقوبات التي يفرضها المجلس التأديبي بنصها:(...د- الاستغناء عن الخدمة. هـ- العزل)

وايضاً فأن المشرع العراقي في قانون التنظيم القضائي رقم 160 لسنة 1979 تضمن حالة انهاء خدمة القاضي لارتكابه سلوكيات لا تتلائم وشرف الوظيفة وإوكلها الى لجنة شؤون القضاة وذلك في المادة(58) بنصها:(تصدر لجنة شؤون القضاة المشكلة بموجب قانون مجلس القضاء الاعلى في الدعاوى الانضباطية المقامة على القاضي احدى العقوبات الآتية: ...ثالثاً- انهاء الخدمة: وتفرض هذه العقوبة على القاضي إذا صدر عليه حكم بات بعقوبة من محكمة مختصة عن فعل لا يأتلف وشرف الوظيفة القضائية، أو إذا ثبت عن محاكمة تجريها اللجنة عدم اهليته للاستمرار في الخدمة القضائية ويتخذ مجلس القضاء قراراً بسحب يده إلى حين صدور المرسوم الجمهوري بإنهاء خدمته).

رابعاً- عدم جواز نقل القضاة أو ندبهم أو ترقيتهم إلا وفق ضوابط محددة:

أوجدت التشريعات التي حرصت على تأكيد استقلال القضاء ضوابط محددة يُنقل على أساسها القضاة أو يجري ندبهم أو ترقيتهم وعدم تركها مطلقة دون قيد أو شرط لتصبح سيفاً مسلطاً على رقاب القضاة، مما يكون له أثر سيء على العدالة.

ومن الضوابط التي اشترطتها التشريعات لإمكانية نقل القضاة من فئات معينة هو موافقة القاضي التحريرية واشترط البعض موافقة جهات معينة كذلك. ومنها التشريع المصري في المادة(52) من قانون السلطة القضائية بنصها:(لا يجوز نقل القضاة أو ندبهم أو اعارتهم إلا في الاحوال وبالكيفية المبينة بهذا القانون) ومن الشروط التي فرضها المشرع لنقل القضاة ما ورد في المادة(53) والتي تنص على:(يكون نقل الرؤساء والقضاة بالمحاكم الابتدائية بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس القضاء الاعلى...) وايضاً في مادة اخرى وتحديداً(54) اشترط موافقة القاضي نفسه:(رؤساء دوائر محكمة استئناف القاهرة وقضاتها لا يجوز نقلهم إلى محكمة اخرى إلا برضائهم وموافقة مجلس القضاء الأعلى...).

اما التشريع الاردني فقد نص في المادة(21/أ) من قانون استقلال السلطة القضائية على مسألة النقل بنصها:(ينقل القاضي من وظيفة إلى اخرى ضمن الجهاز القضائي بقرار

من المجلس مع مراعاة الدوران الوظيفي ما أمكن ذلك) بذلك فأن المشرع الاردني قد ارجى اتخاذ مثل هذا القرار إلى ارادة المجلس القضائي فقط دون غيرها ولم يقيدها الا في مسألة مراعاة سنوات العمل عند النقل لمحاكم معينة ومنها على سبيل المثال الفقرة(ب) من المادة ذاتها بنصها:(لا يجوز نقل أي قاضٍ إلى محكمة التمييز الا إذا عمل في محكمة استئناف مدة لا تقل عن ثلاث سنوات)

وايضاً فقد اشار المشرع العراقي في قانون التنظيم القضائي النافذ إلى مسألة نقل القاضي وذلك في المادة(49/اولاً/أ) بنصها:(لا يجوز نقل القاضي إلى وظيفة غير قضائية الا بموافقته التحريرية) وكان الاجدر بالمشرع أن لا يحدد مسألة النقل من وظيفة قضائية إلى وظيفة غير قضائية فحسب، إذ إن ذلك لا يشكل ضمانه كافية للقاضي، وكان الأجدر بهِ ان ينظم نقل القاضي بصورة ادق ضماناً لحسن سير العدالة من الانحراف تحت تأثير الضغط على القاضي من قبل جهة اعلى منه كأن تكون محكمة استئناف أو تمييز، من اجل أن لا تكون مسألة النقل ورقة ضغط تستخدم ضد القاضي، لذا كان الافضل لو اشترط المشرع كما فعلت غيره من التشريعات لإتمام عملية النقل بالإضافة إلى موافقة القاضي _في الحالات العادية ودونها في حالات الضرورة_ أن تستحصل موافقة جهة اخرى، سواء موافقة رئيس الجمهورية على اعتبار ان القاضي لا يمارس عمله الا بعد صدور مرسوم جمهوري بذلك. أو مجلس القضاء الأعلى بعدّه الجهة المسؤولة عن تسيير شؤون القضاء وهو من يحدد مكان عمله ابتداءً بعد صدور المرسوم الجمهوري بتعيينه.

أما ندب القاضي فيقصد به تكليفه بأداء عمل غير عمله الأصلي أو بأداء نفس عمله في مكان آخر[1]. ومن الضوابط التي وضعتها التشريعات للحرص دون التحايل على ندب القضاة من أجل التأثير في استقلالهم هو اشتراط موافقة القاضي التحريرية أو موافقة جهة معينة.

ومن هذه التشريعات قانون السلطة القضائية المصري، إذ نصت المادة(62) على:(يجوز ندب القاضي مؤقتاً للقيام بأعمال قضائية أو قانونية...وذلك بقرار من وزير العدل بعد أخذ رأي الجمعية العامة التابع لها وموافقة مجلس القضاء الاعلى...).

اما التشريع الاردني فحصر مسألة الانتداب بموافقة رئيس المجلس القضائي فقط وذلك في المادة(22/أ) من قانون استقلال السلطة القضائية النافذ بنصها:(للرئيس أن ينتدب في حالة الضرورة أي قاض من غير اعضاء المجلس لأي محكمة نظامية أو خاصة أو لتولي احدى وظائف النيابة العامة او للقيام بمهام التفتيش لمدة لا تزيد على ثلاثة اشهر في

(1)ينظر: د. عيد محمد القصاص، مرجع سابق، ص 52.

السنة الواحدة). واشترطت في الندب مراعاة الدرجة الوظيفية للقاضي المنتدب وذلك في الفقرة(ج) من المادة ذاتها بنصها:(يراعى في الانتداب أن لا تكون الوظيفة أو العمل الذي انتدب إليه القاضي ادنى درجة من درجته أو العمل المنوط به)

وكذلك التشريع العراقي فقد نظم مسألة انتداب القاضي بنصوص تشريعية واضحة بيّن فيها شروط هذا الاجراء، إذ اجاز ابتداءً القيام بهِ في المادة(49/اولاً/ب) بنصها:(يجوز انتداب القاضي في محكمة التمييز، بموافقته التحريرية وبأمر من رئيس مجلس القضاء الأعلى...على أن يحتفظ بصفته القضائية وحقوقه فيها). ومن ثم منع انتداب القاضي إلى وظيفة ليس لها علاقة بالأمور القضائية وذلك في المادة(49/ثانياً/ب) بنصها:(لا يجوز انتداب القاضي إلى وظيفة في الدوائر الرسمية ومؤسسات القطاع العام...). واخيراً فأن المشرع لم يجعل انتداب القاضي لمدة مفتوحة، بل جعلها محددة بفترة زمنية، وذلك في المادة(49/ثالثاً) بنصها:(لا تتجاوز مدة الانتداب المنصوص عليه في الفقرتين "اولاً" و "ثانياً" من هذه المادة ثلاثة سنوات قابلة للتجديد سنة اخرى).

وكذلك ترقية القضاة، فقد وضعت التشريعات نظام خاص لترقيتهم، يقوم على أساس المفاضلة الموضوعية بينهم، إذ تعتمد فيها النزاهة ومدى تمسك القاضي وحرصه على الاستقلال في صنع القرار القضائي، ومراعاة الأقدمية، فضلا عن الكفاءة والخبرة العلمية وما بذل من جهد في الارتقاء. واشترط بعضها تقديم بحث لغرض الترقية لهُ علاقة بالاختصاصات القضائية.

ومن هذه التشريعات هو قانون السلطة القضائية المصري النافذ إذ بينت المادة(49) شروط الترقية وذلك بنصها:(يكون اختيار قضاة المحاكم الابتدائية بطريق الترقية من واقع أعمالهم وتقارير التفتيش عنهم. وتكون ترقية القضاة والرؤساء بالمحاكم الابتدائية من الفئتين(ب، أ) على أساس الأقدمية مع الأهلية. ويجوز ترقيتهم للكفاية الممتازة ولو لم يحل دورهم في الترقية متى امضوا في وظائفهم سنتين على الأقل...وفيما عدا ذلك يجري الاختيار في الوظائف الاخرى على اساس درجة الاهلية وعند التساوي تراعى الاقدمية).

وكذلك التشريع الاردني وذلك في المادة(18/أ) من قانون استقلال السلطة القضائية بنصها:(يجري ترفيع القضاة من درجة إلى درجة اعلى على اساس من الجدارة والكفاءة المستمدتين من تقدير المجلس وتقارير المفتشين الواردة عنهم ومن واقع اعمالهم مع مراعاة العقوبات التأديبية المفروضة عليهم وعند التساوي في الدرجة يرجح القاضي الاقدم على أن يقترن قرار الترفيع للدرجة العليا بإرادة ملكية سامية).

وايضاً فأن المشرع العراقي قد نظّم ترقية القضاة وذلك عند استيفاء الشروط التي فرضها في قانون التنظيم القضائي النافذ في المادة(45/ثانياً) بنصها:(يرقى القاضي من صنف إلى آخر، بقرار من مجلس القضاء بناء على طلب يتقدم به إلى مجلس القضاء الأعلى بشرط أن يكون: 1- قد نال راتب الحد الأدنى للصنف المراد ترقيته إليه. قد اعد بحثاً في موضوع له علاقة بالاختصاصات القضائية او العدلية...). اما عن آلية المفاضلة لاستحقاق الترقية فقد بينتها المادة(46/ثالثاً):(يستعين مجلس القضاء في تقدير اهلية القاضي للترقية بالمطالعات المبينة في الفقرتين "أولاً" و "ثانياً" من هذه المادة، وبالتقارير السنوية المرفوعة من رؤسائه، وبتقارير المشرفين العدليين والبحث القانوني المقدم من قبله، والاحكام التي بذل القاض في اصدارها جهداً طيباً أو ضمنها آراء قانونية تؤيد متابعته للنشاط الفقهي والقضائي، ويصدر قراره بترقيته إذا كان أهلاً لها وبخلافه تؤجل ترقيته لمدة لا تقل عن ستة أشهر...)

خامساً- الرقابة على عمل القضاة:

أن تطبيق مبدأ استقلال القضاء لا يعني عدم خضوعهم لأي رقابة على أعمالهم، وإنما تخضع أعمالهم لرقابة ذات طابع ثنائي تتمثل في الرقابة التي يتولاها الشعب بنفسه عن طريق مبدأ علانية الجلسات، فضلاً عن رقابة تتولاها هيأة قضائية عليا، تكون المرجع في مراقبة قيام السلطة القضائية بأداء وظيفتها[1].

ويتولى هذه الرقابة في مصر مجلس القضاء الأعلى الذي يهيمن على كل المسائل المتعلقة بشؤون القضاة من تعيين ونقل وترقيه وذلك بحسب ما ورد في المادة(77) من قانون السلطة القضائية بنصها:(يختص مجلس القضاء الأعلى بنظر كل ما يتعلق بتعيين وترقية ونقل وندب وإعارة رجال القضاء والنيابة العامة وكذلك سائر شؤونهم على النحو المبين في القانون...)

اما في التشريع الاردني فبموجب المادة(6) من قانون استقلال السلطة القضائية فقد خولها للمجلس القضائي بنصها:(يتولى المجلس جميع الشؤون المتعلقة بالقضاة النظاميين بما في ذلك: أ- النظر في شؤون القضاة وتعيينهم وترفيعهم وترقيتهم وتأديبهم ونقلهم وانتدابهم واعارتهم وانهاء خدماتهم وفق احكام هذا القانون...).

اما في العراق فقد أعطى القانون لرئيس مجلس القضاء الأعلى سلطة الأشراف على المحاكم والقضاة والمخولين سلطات قضائية من موظفين وهيئات ولجان، ومراقبة حسن إدارة المحاكم وتصرفات القائمين بإعمالها وسلوكهم الشخصي والرسمي ، ومراقبة

(1)ينظر: د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون اصول المرافعات المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 2006، ص 45.

التـزام القضـاة بواجبـاتهم المنصـوص عليهـا فـي المـادة (7) مـن قـانون التنظـيم القضـائي فـي المـادة(55/اولاً/أ)[1]. وهـو يمارسـها بواسـطة "هيـأة الاشـراف القضـائي" إذ نصـت المـادة(3) مـن قـانون هيـأة الاشـراف القضـائي رقـم(29) لسـنة 2016 على:(تتـولى الهيـأة المهـام الاتيـة: أولاً- الرقابـة والاشـراف علـى حسـن الاداء فـي المحـاكم الاتحاديـة عـدا المحكمـة الاتحاديـة العليـا... ثالثـاً- الرقابـة علـى حسـن قيـام القضـاة واعضـاء الادعـاء العـام بمهـامهم القضـائية والاداريـة المنصـوص عليهـا فـي القـانون. رابعـاً- تقيـيم كفـاءة اداء القضـاة وأعضـاء الادعـاء العام وتقديم تقارير دورية بذلك...).

(1)نصت المادة(55/اولاً/أ) من قانون التنظيم القضائي العراقي النافذ رقم(160) لسنة 1979:(لرئيس مجلس القضاء الأعلى حق الاشراف على جميع المحاكم والقضاة المخولين سلطات قضائية من موظفين وهيئات ولجان، ومراقبة حسن ادارة المحاكم وتصرفات القائمين بأعمالها وسلوكهم الشخصي والرسمي وانتظام سجلاتها وحساباتها ودوام العاملين فيها ومراقبة التزام القضاة بواجباتهم المنصوص عليها في المادة(7) من هذا القانون).

الفصل الثاني
بناء الضمير القضائي وأسس الرقابة عليه

اليقين- كدرجة لاطمئنان ضمير القاضي-عبارة حالة ذهنية أو عقلانية تؤكد وجود الحقيقة، ويتم الوصول إليه عن طريق نوعين من المعرفة: اولهما، المعرفة الحسية التي تدركها الحواس. اما الثاني، فهي المعرفة العقلية التي يقوم بها العقل عن طريق التحليل والاستنتاج [1] وهو المعمول به في المواد الجنائية. فالمحقق أو القاضي الذي يعاين جسم الجريمة عن طريق حواسه لا يمكنه معاينة السلوك الاجرامي لحظة وقوعه، بل يعاين فقط النتائج التي تترتب عليه، إذ عن طريق التحليل والاستنتاج يمكنه التوصل إلى الكيفية التي تمت بها الجريمة والأداة التي استخدمت والأثار التي تدل على شخصية مرتكبها ومراحل تنفيذها من قبل فاعليها كما حدثت على ارض الواقع.

وبناءً على ما تقدم سنخصص محور دراستنا لبحث ما يأتي:

المبحث الأول: بناء ضمير القاضي الجزائي

المبحث الثاني: صور الانحراف في ضمير القاضي الجزائي وآلية الرقابة عليه

(1)ينظر: مفيدة سعد سويدان، نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي(دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة- كلية الحقوق، القاهرة، مصر، 1985، ص387-388.

المبحث الأول
بناء ضمير القاضي الجزائي

تتبلور عند وقوع الجريمة رابطة قانونية بين الدولة ومرتكب الفعل غير المشروع(الجريمة)، وما يتمخض عن هذه الرابطة تقرير حق الدولة في العقاب، والذي تقتصه بوسيلة قانونية هي الدعوى الجزائية، والتي لا صالح للدولة من ورائها إلا معرفة الحقيقة، فالأخيرة كما قيل عنها "لا تخرج على الناس عارية من بئرها" فهي بحاجة إلى من يكشف سرها حتى تستقر وتبدوا ظاهرة، ومن اجل ذلك لابد لها من تحقيق قوامه البحث الشاق والمتابعة الفكرية والانتقاء الذهني وصولاً إلى الحكم بضمير يميز بين ما هو حقيقة وما هو خيال. وبناءً على ذلك سنخصص محور بحثنا في هذا الجزء من الدراسة لبيان آلية بناء الضمير القضائي، من ذلك سيتحدد أطار البحث بمطلبين وكما يأتي:

المطلب الأول: مصادر ضمير القاضي الجزائي.

المطلب الثاني: تكوين ضمير القاضي الجزائي.

المطلب الأول
مصادر ضمير القاضي الجزائي

رغم أن الاقتناع يأتي من خلال مصادر محددة(ما يتضمنه ملف الدعوى) يستقي منها الذهن حيثيات وجودها، إلا أن تلك المصادر لا عبرة لها ما لم تكن طريقاً لإثبات حقيقة معينة، وصولاً الى حالة الاقتناع، فالإثبات هو مغزى وسبيل الاقتناع ومحور سائر الإجراءات الجزائية[1] الاخرى التي يسلكها القاضي بهدف الوصول إلى ذلك الاقتناع.

فمن اهم مميزات نظام الاثبات في العصر الراهن هو الركون إلى الأدلة الاقناعية، إذ بموجبها اصبح القاضي حراً في التقدير، يحكم بما يطمئن إليه ضميره من دون أن يتقيد في ذلك بوسائل معينة. وتركز الاهتمام كذلك بالحصول على الأدلة العلمية، وبمقتضاها لا يقتصر عمل الدليل على اثبات الجريمة بل يتعداه إلى تحليلها تحليلاً علمياً، وذلك بالرجوع إلى تقارير الخبراء والاستعانة بالوسائل الفنية والعلمية كالأبحاث النفسية والعقلية والكيميائية

(1)يعرف الأجراء الجزائي بأنه:(هو كل عمل يتم اتخاذه في نطاق الرابطة الإجرائية أو خارجها متى كان مؤثراً فيها، ويتخذ في سبيل بلوغ الدعوى غايتها في الكشف عن الحقيقة، والبت في أمر الجرم المسند للمشتكي ومدى نسبته إليه عن طريق حكم صادر بالإدانة أو البراءة). ينظر: د. سميح عبد القادر المجالي، أثر الاجراء الجزائي الباطل في المركز القانوني للمتهم، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 2006، ص60.

وغيرها من الوسائل المهمة التي تمكن سلطة التحقيق للوصول إلى الحقيقة وضمان سير العدالة[1].

وبناءً على ما تقدم، سنخصص دراستنا لبحث تكوين ضمير القاضي الجزائي عبر تقسيمه إلى فرعين وكما يأتي:

الفرع الأول: مصادر ضمير القاضي الجزائي في اثبات الجريمة المرتكبة.

الفرع الثاني: مصادر ضمير القاضي الجزائي في تقدير العقوبة الملائمة.

الفرع الأول

مصادر ضمير القاضي الجزائي في اثبات الجريمة المرتكبة

تستهدف التحقيقات الجنائية غاية اساسية هي اثبات إدانة المتهم أو براءته من التهمة المسندة إليه، ولا يمكن أن تتوصل الجهة المختصة بالتحقيق الى تلك الغاية ما لم تستند إلى أدلة من شأنها إقناع القاضي بإدانة المتهم أو براءته، نظراً لما لها من تأثير في وجدانه وقناعته. ولذلك فقد عُرف الدليل بأنه: كل ما يؤدي إلى اظهار الحقيقة[2].

وتقسم الأدلة الجنائية من حيث صلتها بالجريمة إلى أدلة مباشرة و أدلة غير مباشرة. وسنبينها بشيء من الإيجاز فيما يأتي:

أولاً- الأدلة المباشرة:

وهي الأدلة التي تنصب مباشرةً على الواقعة المراد إثباتها[3]. وتنقسم إلى:

1- **المصادر المادية:**

وهي الأدلة التي تستخلص من عناصر مادية ناطقة بنفسها، وتؤثر في اقتناع القاضي بطريق مباشر ومثل هذه الأدلة تدرك بالحواس وتَعّد كافية للوصول إلى إثبات الواقعة دون حاجة إلى أن يضاف إليها دليل آخر، ويصفها بعض الدارسين بأنها "شاهد صامت يتكلم بصوت غير مسموع"[4]. ومثالها وجود الشيء المسروق في حيازة الجاني أو ضبط الجاني حاملاً سلاحاً استخدم في تنفيذ الجريمة أو آثار الأقدام أو بصمات الأصابع التي يعثر عليها

---

(1)ينظر: د. محمد ظاهر معروف، المبادئ الأولية في أصول الإجراءات الجنائية، ج1، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، 1972، ص151-152.

(2)ينظر: د. سلطان الشاوي، اصول التحقيق الإجرامي، المكتبة القانونية، بغداد، العراق، 2009، ص37.

(3)ينظر: د. كمال عبد الواحد الجوهري، أصول مبدأ حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، مرجع سابق، ص27.

(4)ينظر: د. محمد محمد عنب، استخدام التكنولوجيا الحديثة في الإثبات الجنائي، مطبعة السلام الحديثة، القاهرة، مصر، 2007، ص98-99.

في محل الحادث. ويمكن الحصول على هذه الأدلة بواسطة مجموعة من الإجراءات التحقيقية كالكشف على محل الحادث والتفتيش والاستعانة بالخبراء من ذوي الاختصاص[1].

2- مصادر معنوية: وهي الأدلة التي ليس لها مظهر مادي ملموس، ويعبر عنها قولاً أو بالإيماء أو بالكتابة، وتبرز من خلال شهادة الشهود واعتراف المتهم. وسنبينهما فيما يأتي:

أ- الشهادة:

منذ ادعاء الإنسان أن في قدرته آداء العدالة للناس كانت "شهاد الشهود" ولمَا تزل تشغل مكاناً فسيحاً في علم الأثبات الجنائي، حتى ان العالم الانكليزي بنتام- bentham وصفها في كتابه "شرح عن الأثبات" بأنها "اعين وآذان العدالة"، لكونها تنصب على وقائع مادية ومن هنا نفهم ان وظيفة القاضي اصبحت شرفاً ثقيلاً، لأنه ملزم قبل ان يحكم بعقوبة جنائية ان يدقق في فحص الشهادة فحصاً علمياً فنياً، لا أن يستعجل الحكم في القضايا، فيسمع الشاهد سماعاً خاطفاً آلياً في جلسة صاخبة مضطربة، ولاسيما وأن الخطأ في تقدير الوقائع لا علاج لهُ، لأنه لا يدخل في رقابة محكمة الطعن[2]. ولقد ائتَلَفَ الفقه الجنائي في تعريفها بأنها:(التعبير عن مضمون الادراك الحسي للشاهد بالنسبة للواقعة التي يشهد عليها)[3]. فالشاهد انسان عاين الواقعة الاجرامية بالبصر، أو السمع أو اللمس، أو الذوق، أو الشم بحسب نوعية الواقعة، وما يقع على عاتقه اتجاه العدالة هو الالتزام بالإفصاح عن ما تلقاه من انطباع عن تلك الواقعة[4].

ب- الاعتراف:

الأصل في المواد الجنائية هو براءة المتهم حتى تثبت ادانته، وفي غمار البحث عن ادلة الجريمة بما يكتنفه من صعوبات، قد يتقدم المتهم طائعاً مختاراً ليقر على نفسه بأرتكاب الجريمة، وهنا سيسقط بنفسه قرينة البراءة الأصلية عن طريق احدى أدلة الأثبات وهو الاعتراف. والذي قيل في بيان مضمونه بأنه:(اقرار المتهم على نفسه في مجلس القضاء عن ارادة حرة بصحة التهمة المسندة إليه)[5]. وفي تعريف أخر :(هو اقرار المتهم على نفسه بصحة ارتكابه للتهمة المنسوبة إليه، وهو سيد الأدلة واقواها تأثيراً في نفس القاضي وأدعاها

---

(1)ينظر: د. احسان الناصري، أصول التحقيق الجنائي، مطبعة الأهالي، بغداد، العراق، 1941، ص62.
(2)ينظر: تادرس ميخائيل تادرس، القواعد العلمية لفحص وتحليل شهادة الشهود(في علم النفس والقانون المقارن)،مكتبة الانجلو المصرية، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر، ص1.
(3)ينظر: د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص441.
(4)ينظر: د. رمسيس بهنام، علم النفس القضائي، مرجع سابق، ص82.
(5)ينظر: د. محمد زكي ابو عامر، الاجراءات الجنائية، ط7، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2005، ص863.

إلى اتجاهه نحو الادانة)[1]. وقال ثالث بأنه:(تسليم المتهم بأرتكاب الجريمة المنسوبة إليه كلها أو بعضها)[2].

من ذلك فأن الاعتراف يقوم على ركنين:

1- اقرار المتهم على نفسه، اي إنه يتعلق بشخصه لا بشخص غيره، فإذا ما تطرق الاعتراف إلى جرائم صدرت عن الغير، فهنا يسمى شهادة على الغير لا اعتراف.

2- ينصب على الوقائع المكونة للجريمة كلها او بعضها، وما سيخرج من نطاق الاعتراف الوقائع التي يعتزم المتهم على ارتكابها مستقبلاً، إذ لا يُعد اعترافاً ما يعزم المتهم على ارتكابه مستقبلاً ولو وقعت هذه الأفعال بعد ذلك[3].

وكذلك يخرج من نطاقه الاعتراف بالوقائع التي لا تدخل في ارتكاب الجريمة لا يعد دليل للأثبات بالمعنى الذي قصده المشرع، ألا ان ذلك لا يحول دون ان تستند إليه المحكمة كقرينة لأثبات ظروف ارتكاب الجريمة[4] فمثلاً لو اعترف المتهم أنه كان يطلب المجنى عليه مبلغاً من المال، ورفض الأخير سداده على الرغم من المطالبة المتكررة بهِ من قبل المتهم، ولكنه لم يعترف بقتله، ولكن استخلصت المحكمة من ادلة اخرى بأنه هو من ارتكب جريمة القتل، فللمحكمة أن تستند على اقراره بأن المطالبة المتكررة من قبله وعدم استجابة المجنى عليه كان باعثاً على قتله، ودون ن تعدّ ذلك اعترافاً بالمعنى القانوني.

ثانياً- الأدلة غير المباشرة:

وهي الأدلة التي تنصب على واقعة أخرى تؤدي إلى استخلاص قرار معين بالنسبة للواقعة المراد إثباتها[5]. ويُعَدُّ من قبيل الأدلة غير المباشرة **(القرائن)**: والتي تعرف بأنها:(استنباط واقعة مجهولة من أخرى معلومة)[6]. أو هي الصلة الضرورية التي ينشئوها

---

(1)ينظر: د .رؤوف عبيد، مبادئ الاجراءات الجنائية،ط5، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، 1973، ص696.

(2) nokes,g.d,an introducation toevidence,third edition,London, 1962,p,292.

(3)ينظر: د. سامي صادق الملا، اعتراف المتهم، ط2، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، 1975، ص10.

(4)ينظر: د. سامي صادق الملا، المرجع نفسه، ص9.

(5)ينظر: د. كمال محمد عواد، الضوابط الشرعية والقانونية للأدلة الجنائية(في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي)، ط1، دار الفكر العربي، الاسكندرية، مصر، 2011، ص51. و د. كمال عبد الواحد الجوهري، ضوابط حرية القاضي الجنائي في تكوين اقتناعه والمحاكمة الجنائية العادلة، مرجع سابق، ص53.

(6)ينظر: حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج4، مطبعة الفجر، بيروت، لبنان، 1977، ص10.

القانون بين وقائع معينة فتسمى حينئذ "القرائن القانونية". أما النتيجة التي يتحتم على القاضي أن يستخلصها من وقائع معينة فتسمى عندئذ "القرائن القضائية أو الدلائل"[1].

والقرائن نوعان: الأول، القرائن القانونية: وهي النتائج الحتمية المقررة بموجب القانون[2] وتكون إما قاطعة أو غير قاطعة، فالأولى(القاطعة) هي التي لا يمكن منازعتها بدليل آخر ومثالها قرينة عدم المسؤولية الجزائية للصغير غير المميز الواردة في المادة(64)[3] من قانون العقوبات العراقي النافذ رقم(111) لسنة 1969 بدلالة المادة(3/أولاً)[4] من قانون رعاية الأحداث رقم(76) لسنة 1983. اما الثانية(غير القاطعة) فهي ما يمكن منازعته بدليل آخر ومثالها افتراض علم الشريك في جريمة الزنا بقيام الزوجية ما لم يثبت أنه لم يكن بمقدوره بحال العلم بها م(377/أ)[5] من قانون العقوبات العراقي النافذ.

أمّا النوع الثاني من القرائن فيستنبطها القاضي من وقائع الدعوى وظروفها لما لديه من سلطة واسعة في التقدير. كشهادة الشاهد المتضمنة تشخيصه المتهم في ليلة مقمرة وثبت للقاضي كذب اقوال الشاهد المذكور، إذ كان القمر في ذلك التأريخ محاقاً[6].

ومن ناحية أخرى تنقسم القرائن تبعاً لمدى قوتها في الأثبات الجنائي إلى ثلاثة أقسام[7]هي:

1- القرينة القاطعة: وهي التي تكون دليلاً في ذاتها وترتبط بمدلولها(أي بالفعل الأصلي المطلوب اثباته) مباشرة وتكون من لوازمه كالقبض على المتهم عقب الحادث في جريمة قتل ويديه وملابسه ملوثة بالدماء.

---

(1)ينظر: د. سعد إبراهيم الأعظمي، موسوعة مصطلحات القانون الجنائي، ج2، ط1، دار الشؤون الثقافية العامة(آفاق عربية)، بغداد، العراق، 2002، ص288. و محمد علي سكيكر، تحقيق الدعوى الجنائية وإثباتها، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2008، ص306-307.

(2)ينظر: مهدي صالح محمد أمين، الإثبات بالقرائن أمام القضاء، بحث منشور في مجلة القضاء(تصدرها نقابة المحامين في جمهورية العراق)، العدد2، السنة42، مطبعة الشعب، بغداد، العراق، 1987، ص52.

(3)تنص المادة(64):(لا تقام الدعوى الجزائية على من لم يكن وقت ارتكاب الجريمة قد أتم السابعة من عمره)

(4)تنص المادة(3/أولاً):(يعتبر صغيراً من لم يتم التاسعة من عمره)

(5)تنص المادة(377/أ) من قانون العقوبات العرقي النافذ على أنه:((تعاقب بالحبس الزوجة الزانية ومن زنا بها ويفترض علم الجاني بقيام الزوجية ما لم يثبت من جانبه أنه لم يكن بمقدوره بحال العلم بها).

(6)ينظر: د. أسامة عبد الله قايد، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص746-747، مصطفى مجدي هرجة، موسوعة هرجة في الإثبات المدني والجنائي، ج3، دار محمود، القاهرة، مصر، 2006، ص555.

(7)ينظر: د. احمد محمد خليفة، اصول علم النفس الجنائي و القضائي، بغداد، 1949، ص64.

2- القرينة الراجحة: هي التي ترتبط بمدلولها مباشرة، وتكون من لوازمه كوجود سوابق أو قيود للمتهم تشير إلى ارتكابه الجريمة بنفس الكيفية أو الأسلوب أو وجود آثار لأقدامه في محل الحادث.

3- قرينة الشبهة: هي التي ترتبط بمدلولها ارتباطاً بعيداً فهي مجرد شبهة. كوجود عداء سابق بين المتهم والمجنى عليه.

الفرع الثاني

مصادر ضمير القاضي الجزائي في تقدير العقوبة الملائمة

العدالة قيمة اخلاقية في وجدان المجتمع، وحاسة فطرت عليها الطبيعة الانسانية، ومن ثم فهي قائمة في باطن كل أنسان ولو كان مجرماً، والعدالة بالمعنى المتقدم هي الانصاف[1]، وهو شعور كامن في النفس يمليه الضمير النقي والعقل السليم ويوحي بحلول تسري على الاشخاص والحالات، مراعية دقائق الظروف والجزئيات، هادفة إلى إيفاء كل ذي حق حقه[2].

ولذلك فأنه يكفي لتحقيق العدل اصدار حكم واحد بالنسبة للمراكز المتماثلة، في حين لا يكفي ذلك لتحقيق العدالة، لأنها تتطلب تفريد هذا الحكم الواحد الذي قرره النص، تبعاً لاختلاف الظروف القانونية والواقعية التي تتميز بها كل حالة[3]. وتبرير ذلك، أن قوة الردع في الأحكام الجنائية لا تكون لها قيمة إلا اذا بدت العقوبة عادلة، فإذا كانت العقوبة قاسية ظهر المحكوم عليه في عين الجميع بأنه ضحية، وهذا ما يفقدها قيمتها الردعية، لتصبح بذلك جائرة. وعلى العكس من ذلك، إذا كانت العقوبة خفيفة لا تناسب جسامة الجريمة وخطورة المجرم، تؤدي إلى النيل من اعتبار العدالة الجنائية بتثبيط همم جميع من اشتركوا في ملاحقة الجاني، وترك مرارة في نفوس ضحايا الجريمة، الذين يتولد لديهم شعور بعدم العدالة[4].

وإذا كان النظام الاجرائي التقليدي قد أهتم بالبحث في حقيقة الجريمة بعدها كياناً قانونياً مجرداً، فأن النظام الاجرائي الحديث يركز جل اهتمامه على البحث في حقيقة المجرم، وما تنطوي عليه شخصيته من خطورة اجرامية[5].

---

(1)ينظر: سعيد الخوري الشرتوني اللبناني، مرجع سابق، ص753.

(2)ينظر: د. عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، 1972، ص184.

(3)ينظر: د. اكرم نشأت ابراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة(دراسة مقارنة)، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، 1965، ص27.

(4)ينظر: عبد الفتاح عبد العزيز خضر، الاوجه الاجرائية للتفريد القضائي، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق- الحقوق- جامعة القاهرة، 1975، ص9.

(5)ينظر: د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط2، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1968، ص990.

اما عن دور القاضي في النظامين فهو مختلف إلى حد بعيد، إذ لا يهتم القاضي في ظل النظام الاجرائي التقليدي بأكثر من إصدار حكم موافق لنصوص القانون وللأسس الموضوعية المجردة، وتنتهي مهمته عند هذا الحد، بل قد يندر أن يلتقي القاضي بالمتهم قبل اصدار حكمه، إذ غالباً ما يكتفي بسماع اقوال الدفاع والادعاء، والاطلاع على اوراق القضية فيما يتعلق بالواقع والقانون لإصدار حكمه، اما في ظل النظام الاجرائي الحديث، فأن القاضي الجنائي فضلاً عن مهمته القانونية القضائية، يؤدي دوراً هاماً يتسم بالطابع الاجتماعي، إذ يقوم بمهمة التفريد العلمي الواقعي لاختيار الجزاء الملائم لدرجة خطورة الجاني[1].

ومما لا شك فيه ما لشخصية المجرم من دور هام في عملية اختيار الجزاء الجنائي وفقاً للسياسة الجنائية الحديثة، فهذه الشخصية تبين بما لا يدع مجالاً للشك ما لدى المجرم من استعداد للأجرام مستقبلاً، ودرجة هذا الاستعداد، كما وأنها تبين ما بهِ من خطورة اجرامية في قرارة نفسه، ودرجتها حتى يستطيع أن يقرر الجزاء الجنائي الملائم لشخصية المجرم واصلاحه[2].

ولما كانت الخطورة الاجرامية حالة نفسية لصيقة بشخص الجاني، فأن اثبات هذه الحالة يؤدي إلى صعوبة عملية كبيرة، لأنها ترد على مجموعة من العوامل الداخلية والخارجية، وهذا ما يتطلبه الوعي العام والادراك بمجموعة كبيرة من المعارف والعلوم الطبيعية والنفسية من أجل تقدير تلك الحالة، وهذا بدوره يصعب من مهمة القاضي الذي لا يسمح تكوينه العلمي بالإحاطة بكل المعارف المطلوبة للقيام بهذا العمل الشاق، ونظراً للصعوبة الظاهرة في اثبات الخطورة الاجرامية فقد لجأت القوانين إلى إحدى وسيلتين للتخلص من هذه الصعوبة: الأولى، افتراض الخطورة الاجرامية في بعض الحالات افتراضاً غير قابل لأثبات العكس[3].

---

(1)ينظر: عبد الفتاح عبد العزيز خضر، مرجع سابق، ص11.

(2)ينظر: محمد ثروت محمد عبد الشافعي، مرجع سابق، ص355.

(3)ينصرف القصد من الخطورة الاجرامية المفترضة إلى استبعاد السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير الخطورة أو نفيها، لرغبة المشرع في التخلص من صعوبات الاثبات، ولذا قد يعمد المشرع إلى تعليق وصف الحالة بأنها تنطوي على خطورة اجرامية بمجرد ارتكاب المجرم لجريمة من نوع وطبيعة معينة أو بشخص الفاعل كسوابقه الاجرامية، وظروف حياته العائلية والاجتماعية، ومن مقتضى ذلك، افتراض الخطورة فتراضاً غير قابل لأثبات العكس بمجرد توافر الواقعة محل الافتراض، دون ان يكون للقاضي سلطة التقدير. ينظر: د. رمضان سيد الألفي، نظرية الخطورة الاجرامية(دراسة مقارنة)، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، 1996، ص132. ومثالها في التشريع العراقي المادة(140) من قانون العقوبات النافذ رقم 111 لسنة 1969 بنصها:(يجوز للمحكمة في حالة العود المنصوص عليه في المادة السابقة أن تحكم بأكثر من الحد الأقصى المقررة للجريمة قانوناً بشرط عدم تجاوز ضعف هذا الحد وعلى أن لا تزيد مدة الحبس على عشرة سنين...) من ذلك فأن المشرع قد افترض الخطورة الاجرامية على العائد لارتكاب جريمة معينة سواء كان العود عاماً ام خاصاً، إلا انه ليس افتراضاً غير قابل لأثبات العكس وانما يجوز الحكم بخلاف الخطورة الاجرامية، ومن

اما الطريقة الثانية، فهي تحديد مجموعة من الأمارات يؤدي توافرها إلى اثبات وجود الخطورة الاجرامية[1]. ويتضح الفرق بين الوسيلتين من حيث السلطة الممنوحة لقاضي الموضوع في الحكم على وجود الخطورة الاجرامية لدى شخص من الاشخاص دون غيره، ففي الوقت الذي يكون فيه لهذه السلطة مجال واسع بالنسبة للوسيلة الثانية المتمثلة بالأمارات الكاشفة للخطورة الاجرامية، نجد أن هذه السلطة تنحسر بالنسبة لما يتعلق بالوسيلة الأولى، لأن المشرع يأخذ على عاتقة مسألة تحديد وجود الخطورة من عدمها في الحالات المعروضة امام القاضي والذي سيقتصر دوره فقط على افتراض الخطورة الاجرامية بالنسبة للأشخاص الذين تنطبق عليهم الحالات التي حددها المشرع[2].

وبناءً على ما تقدم، سيتحدد اطار البحث في هذا الجزء من الدراسة على الوسيلة التي تفسح للقاضي مجالاً رحباً لإعمال سلطته في بناء قناعته المؤدية الى اطمئنان ضميره حول عدالة العقوبة ومدى ملائمتها للمجرم وهي(تحديد الامارات الكاشفة عن الخطورة الاجرامية).

تلعب شخصية المجرم دوراً هاماً في عملية اختيار الجزاء الجنائي وفقاً للسياسة الجنائية الحديثة، فهذه الشخصية تبين مدى استعداد الشخص للأجرام مستقبلاً، لذلك اتجهت بعض التشريعات إلى وضع امارات وقرائن يستدل من وجودها في شخصية الجاني على وجود الخطورة الاجرامية ومن طلائعها قانون العقوبات الايطالي، إذ حددت في المادة(133) مجموعة من الأمارات يستدل منها القاضي على مدى خطورة الجاني الماثل امامه مما يساعده في تقدير الجزاء الملائم لحالته، بنصها:(عند استعمال القاضي لسلطته التقديرية يجب أن يراعي جسامة الجريمة المستمدة من: 1- طبيعتها ونوعها ووسائلها وموضوعها ووقتها ومكانها وكافة ملابساتها. 2- جسامة الضرر أو الخطر المترتب عليها للمجنى عليه)[3] ، إذ عدت المنطلق للآراء الفقهية التي تناولت بالبحث والتفصيل الامارات الكاشفة عن الخطورة الاجرامية.

ومن ثم تبنت العديد من التشريعات توجه المشرع الايطالي ومنها قانون العقوبات المصري رقم(58) لسنة 1937 في المادة(52) بنصها:(...إن تقرر اعتبار العائد مجرماً اعتاد الاجرام متى تبين لها من ظروف الجريمة وبواعثها ومن أحوال المتهم وماضيه، أن

=هذا المنطلق اجاز المشرع للمحكمة الحكم بتشديد العقوبة إذا رأت ضرورة لذلك وهذا ما يستخلص من عبارة "يجوز" التي افتتح بها المشرع المادة القانونية.

(1)ينظر: د. حاتم حسن بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية(محاولة لرسم معالم نظرية عامة)، منشأة المعرف، الاسكندرية، مصر، 2002، ص407.

(2)ينظر: صلاح هادي صالح الفتلاوي، الخطورة الاجرامية وأثرها في تحديد الجزاء الجنائي، اطروحة دكتوراه، كلية القانون- جامعة بغداد، 2004، ص60.

(3)نقلاً عن: عبد الفتاح عبد العزيز خضر، مرجع سابق، ص248 هامش رقم (1).

هنـاك احتمـالاً جـدياً لإقدامـه علـى اقتـراف جريمـة جديـدة...). وكـذلك حـال مشـرعنا العراقـي إذ نـص علـى تلـك الأمـارات فـي المـادة(103) مـن قـانون العقوبـات العراقـي النافـذ رقـم(111) لسـنة 1969 بصـياغة مقاربـة لمـا سـبق:(... وتعتبـر حالـة المجـرم خطـرة علـى سـلامة المجتمـع إذا تبـين مـن أحوالـه وماضـيه وسـلوكه و مـن ظـروف الجريمـة وبواعثهـا أن هنـاك احتمـالاً جـدياً لأقدامه على اقتراف جريمة أخرى).

ومـن ذلـك فقـد انحصـرت الامـارات الكاشـفة عـن الخطـورة الاجراميـة فـي امـارتين رئيسيتين هما:

أولاً- الجريمـة المرتكبـة: اهـم الامـارات الكاشـفة عـن وجـود الخطـورة الاجراميـة فـي شـخص مـا هـي الجريمـة التـي ارتكبهـا، بوصـفها اسـتعداداً أو مـيلاً للأجـرام، وهـي لا تُعـد كـذلك إلا اذا كانـت علـى درجـة مـن الجسـامة، تـؤدي إلـى ابـراز الخطـورة التـي عليهـا هـذا الشخص[1] .

وينسب الايطاليون إلى الجريمة المرتكبة دلالتين[2]:

1- دلالـة سـببية: ويشـمل اثـر مباشـر للجريمـة، ويظهـر فـي الموضـوع المـادي لسـلوك مرتكبهـا، إذ قـد يكـون اضـراراً بحـق الغيـر أو تعريضـه للخطـر. وأثـر غيـر مباشـر يتمثـل بالمسـاس بمـال تُعـد حمايتـه الموضـوع القـانون للجريمـة، ويتعلـق بـه حـق المجتمـع فـي الكيـان والبقـاء. وعلـى ذلـك فالدلالـة السـببية لصـيقة علـى مـا يبـدوا بمـادة الفعـل فـي ذاتـه ومبينه لجوهر هذه المادة.

2- دلالـة كشـفية: وهـي لصـيقة بشـخص فاعلهـا ومبينـة لجـوهر نفسـيته، فالجريمـة بعـدها سلوكاً يحدث تغييراً في العالم الخارجي، فأنها تكشف عن نفسية من سلكه.

ولمـا كـان مـن المحتمـل فـيمن اجـرم أن يصـبح مصـدراً للجريمـة مـرة أخـرى، فمـن وجهـة نظـر علـم الـنفس أن ارتكـاب فعـل معـين يقلـل مـن قـدرة الشـخص علـى منـع تكـراره، بـل يوجـد فـي الـنفس الميـل بهـذا التكـرار والاعـادة، ويسـتخلص مـن ذلـك أنـه متـى مـا وقعـت الجريمـة وكانـت امـارة كاشـفة مـن الخطـورة الاجراميـة لفاعلهـا[3]، وهـو مـا يسـتند إليـه القاضـي عنـد تحديـد الجـزاء الجنـائي الملائـم لشخصـية المجـرم، وعليـه فـأن جسـامة العقوبـة تتناسـب طرديـاً مـع جسـامة

(1)ينظر: د. حاتم حسن موسى بكار، مرجع سابق، ص408.
(2)ينظر: د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص46-47.
(3)ينظر: د. رمضان سيد الألفي، مرجع سابق، ص139-140.

الخطورة الاجرامية، والتي من الممكن أن يستخلص من مجموعة العناصر الموضوعية والشخصية التي تتكون منها الجريمة[1] وهي:

أ- جسامة الفعل وشكل ارتكاب الجريمة، وهي ناتجة من الوسائل المستخدمة في ارتكابها، وطبيعة ونوعية السلوك الاجرامي والموضوع المادي لهذا السلوك وزمان ومكان ارتكابه.

ب- جسامة النتيجة المتخلفة عن الركن المادي، ويستخلص ذلك من حجم الضرر الناشئ عن الجريمة، أو حجم الخطر الذي يهدد بهِ المجنى عليه.

ت- درجة جسامة القصد الجرمي والخطأ غير العمدي بوصفهما الصورتين اللتين يتشكل عليهما الركن المعنوي للجريمة ويتوقف عليها جسامة الاثم، فمن يتوفر لديه قصد مباشر يكون ذا خطورة اجرامية أشد ممن تتوافر لديه قصد احتمالي، وكذلك فأن من يتوفر لديه خطأ واعٍ تكون شخصيته أكثر خطورة ممن يتوافر لديه خطأ غير واعٍ.

ثانياً- شخصية الجاني: وهي امارات ذات طابع شخصي، تكشف عن مدى خطورة الجاني وتتصل بشخصه وأهمها:

1- **طباع الجاني**: الطبع، هو النظام المتسق الذي تعودت الارادة على التزامه فيما تتخذه من قرارات، والذي يستند الى العوامل الكامنة في نفسه كافة[2]، ولا ريب أن طبع المجرم لهُ أهميته في الكشف عن خطورة المجرم، لأنها تشمل الصفات التي تشكل استعداداً لنمو السلوك الاجرامي، ولذا فالقاضي الحديث مطالب بأن يكون لديه الثقافة الكافية للوقوف على سمات شخصية الجاني الماثل امامه[3]. ويتم تقييم صفات الفرد على ضوء الرجل المتوسط في الجماعة التي ينتسب إليها، لتأثيرها البالغ في عملية تشكيل الطابع وتطوره، كذلك فأن اكتشاف الخصيصة النفسية للمجرم في سن مبكرة يعد دليلاً على كونها موروثة وليست مكتسبة، وبصفة عامة يمكن على أساس الطبع تقسيم المجرمين إلى فئات وفصائل، إذ يختلف الطبع باختلاف الجرائم والمجرمين[4].

2- **الماضي الاجتماعي والاجرامي للجاني**: إن تنقيب القاضي عن الماضي الاجتماعي والاجرامي للجاني لهُ اهميته في تقدير الجزاء الملائم لشخصية الجاني، وفي صدد الماضي الاجتماعي يتعين عليه أن يلم بحياة المتهم من الوجهة الاجتماعية، وما يؤثر فيها من عوامل اهمها العوامل الوجدانية التي تؤدي إلى اضعاف روح الفرد الاجتماعية

---

(1)ينظر: محمد ثروت محمد عبد الشافعي، مرجع سابق، ص355-360.
(2)ينظر: د. رمسيس بهنام، محاضرات في علم الاجرام(علم طبائع المجرم- علم الاجتماع الجنائي)، ج2، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1960، ص325.
(3)ينظر: عبد الفتاح عبد العزيز خضر، مرجع سابق، ص259.
(4)ينظر: ينظر: صلاح هادي صالح الفتلاوي، مرجع سابق، ص66

ومن ابرزها اضطراب حياته العاطفية في طفولته، والشعور بالدونية بالنسبة للكبار والنزعة إلى التساوي بهم دون الثقة في المستقبل والاطمئنان إليه، وذلك نتيجة الاصابة بنقص بدني، أو صحي، أو عقلي، ويجب أن يدخل في تقدير القاضي مدى ما تلقاه الجاني من العلم، هل قطع به شوطاً كبيراً أم انه لم يستطع المضي في اكماله، وظروف الحياة الفردية، ونوع العمل الذي يؤديه، ومهاراته فيه، وايضاً الطبقة الاجتماعية التي تنتمي إليها اسرته، وحالته الاقتصادية من الكساد والرخاء[1].

اما عن الماضي الاجرامي للجاني والمستدل عليه من السجل الاجرامي لهُ، فيعد دليلاً كاشفاً يمكن من خلاله بيان شخصية المجرم بصورة كاملة وواضحة، بما يتضمنه من سوابق اجرامية وقضائية، إذ تمثل السوابق الجنائية الاحكام النهائية السابق صدورها على الشخص، بسبب اجرامه في الماضي، وهذه السوابق يمكن الاستفادة منها في تشديد العقوبة، من أجل الجريمة اللاحقة، ولهذه السوابق وزن آخر في مرحلة لاحقة لمرحلة العود، ومتجاوزة اياها، ومحتله قدراً من الخطورة، وهذه المرحلة تمثل مرحلة اكتشاف الاعتياد على الاجرام أو احترافه أو الميل إليه[2]. اما بصدد السوابق القضائية الأخرى غير الجنائية كالأحكام السابق صدورها من محكمة الموضوع ثم تلاها صدور عفو أو الأحكام الصادرة بالبراءة والمبنية على عدم كفاية الأدلة أو التقادم، فينبغي على القاضي أن ينظر اليها بعين الاعتبار وهو بصدد تفريد وتقدير الجزاء الجنائي[3].

3- **سلوك الجاني المعاصر واللاحق لارتكاب الجريمة**: واخيراً لا ينبغي أن تقف نظرة القاضي عند حد ارتكاب الجريمة وما ترتب عليها من اضرار مباشرة فحسب، بل يجب أن تمتد هذه النظرة إلى ما قد يحدث من اعتبارات اثناء وبعد ارتكابها، يمكن التعويل عليها لتخفيف العقاب أو تشديده، ومن هذه الاعتبارات، السلوك المعاصر للجريمة والمتمثل في الطريقة التي اتبعها المجرم في ارتكاب جريمته[4]، فتكون الخطورة الاجرامية أكبر كلما كان السلوك ينم عن عدم اكتراث أو فظاظة أو قد يصل إلى التمثيل بالضحية، وهذا ما دفع المشرع إلى تشديد عقوبة الجريمة في مثل هذه الحالات، ومنها على سبيل المثال المادة(406/ج) من قانون العقوبات العراقي رقم(111) لسنة 1969 بنصها:(يعاقب بالإعدام من قتل نفساً عمداً في إحدى الحالات التالية... ج- إذا كان القتل لدافع دنيء أو مقابل أجر، أو إذا استعمل الجاني طرقاً وحشية في ارتكاب الفعل).

---

(1)ينظر: د. رمضان سيد الالفي، مرجع سابق، ص144-145.
(2)ينظر: صلاح هادي صالح الفتلاوي، مرجع سابق، ص66
(3)ينظر: عبد الفتاح عبد العزيز خضر، مرجع سابق، ص260.
(4)ينظر: محمد ثروت محمد عبد الشافعي، مرجع سابق، ص365.

ويمكن للقاضي أن يستدل على خطورته الاجرامية من خلال سلوكه اللاحق لارتكاب الجريمة، فالأخبار عن وقوعها أو الاعتراف بها، ينم عن شخصية خطورتها قليلة أو محدودة، إذ لو كان الجاني خطراً لما تصرف كذلك، كما ومن القرائن ما يشير إلى الخطورة وعدم الندم على ارتكاب الجريمة ومثالها تصرفه اثناء التحقيق والمحاكمة بصورة يتضح منها محاولة تضليل المحكمة واقصاء معالم جريمته، كقيامه بإرهاب شهود الاثبات، ومراوغته في اقواله واصراره على الانكار واساءة الأدب في مجلس القضاء[1].

المطلب الثاني
تكوين ضمير القاضي الجزائي

منذ عام 1791[2] تآلف الرأي في أن للقاضي كامل الحرية في أن يستمد اقتناعه من أي دليل يطمأن إليه من الادلة التي تقدم إليه في الدعوى دون تقييده بدليل معين مالم ينص القانون على خلاف ذلك. ولما كانت التجارب الانسانية قد دلت على قصور الانسان، وعلى احتمال وقوعه في الزلل وأي زلل اعظم من زلل القاضي الجنائي، لفرضه العقاب على آدمي مثله أو المساس بحريته وحقوقه، ولذا كان من الضروري حين يُعهد إليه بمهمة دقيقة وحساسة أن توضع لمسلكه طرقاً معينة يلتزمها تكفل حسن ادائه هذه المهمة، خاصة في ظل نظام حرية الاثبات والذي يفترض أن القاضي حي الضمير يقتنع ويقنع ويدرك الحق ويسعى اليه.

ولما تقدم بيانه، فقد وضع المشرع الاجرائي لأدلة الاثبات في المواد الجنائية قواعد وأصول تتحقق بها ثقة القاضي ناظر الدعوى ليستند إليه في حكمه، تبرره الرغبة في تأمين الحريات الفردية التي تكفلها الدساتير كافة.

---

(1)ينظر: د. سامي صادق الملا، مرجع سابق، ص367.

(2)رجوعاً إلى الثورة الفرنسية، وإلى اجتماع الجمعية التأسيسية في 18 يناير سنة 1791، وإلى الأصل التأريخي الذي أخذت عنه المادة(342) من قانون تحقيق الجنايات الفرنسي الصادر سنة 1808، نجد أن ما تقرر في حينها يقوم على الغاء نظام الادلة القانونية ودون اي تخصيص أو تحديد لنطاق هذا الالغاء، وتقرر ايضاً ادخال نظام المحلفين في مسائل الجنايات فقط، والأخذ بمبدأ الشفوية في المرافعة والعلنية في الجلسات، وادخال نظام الادلة الادبية(الحرة) والاخذ بنظام الاقتناع الذاتي، للقاضي ولم يذكر في اي مجال الأخذ بهذا النظام حيث جاءت النصوص عامة شاملة. وغني عن البيان أن الدافع لذلك ما كانت عليه فرنسا من معاناة قاسية في العصر السابق على ثورة، من تحكم السلطات والحكام، والسيطرة على القضاء، وما كانت عليه اساليب وانظمة الاثبات، وقد اسفرت عن استخدام وسائل التعذيب والقهر بصورة لا تحتمل ولا يتقبله العقل في جميع المسائل، وعلى الاخص في بعض انواع من الجرائم التي عقوبتها الاعدام، كل ذلك من اجل انتزاع الاعتراف، إذ كان يعتبر سيد الادلة، والذي كان لا بد منه على الرغم من توافر ادلة اخرى في الاثبات. ينظر: د. اشرف جمال قنديل، حرية القاضي الجنائي في تكوين اقتناعه، مرجع سابق، ص68.

ودلالة الدليل تتفاوت من حيث القوة الدامغة، فتكون هذه القوة أوفر في الدليل المادي منها في الدليل النفسي، وعلة ذلك أن الاخير هو عبارة عن مدركات منطبعة في نفس من يحملها، لذا فهو معيب على قدر العيوب التي تشوب الوعاء النفسي المحتوي عليه. ولقد اقام القانون وزناً لمثل هذه العيوب، ولذا اشترط في الوعاء الحامل للدليل النفسي الادراك وحرية الاختيار ورتب جزاء البطلان على تخلفها. وهذا الذي يوجد في الدليل النفسي أو المعنوي لا وجود لمثلة وبذات القدر في الدليل المادي، إذ يغلب أن يكون دامغاً إلى حد لا يقبل المناقضة، ولذا قيل بصدده أنه شيء ينطق بذاته وبدون لسان[1]. وأن ما قد يشوبه من اخطاء تكون نتاج التعامل معه من قبل المختصين الفنيين.

من ذلك نخصص هذا الجزء لبحث طرق تحري صحة الأدلة النفسية. ولقد سبق لنا التنويه فيما تقدم، إن الدليل النفسي عبارة عن الأثر المنطبع في النفس، أي انه متكون من وعاء حامل(النفس) ومدركات محسوسة(مضمون الدليل)، لذا فلتحري صدق هكذا نوع من الأدلة ينبغي تمحيص وعاءها ومضمونها، وهو ما سنعمد الى بيانه فيما يأتي:

الفرع الأول
فحص وعاء الدليل

فرض المشرع سمتان في الشخص حامل الدليل لمنحه فيزة العبور إلى عقل القاضي كخطوة أولية لفحص وتدقيق ما في جعبته، هما:

أولاً- الإدراك:

عملية تمكن مقارنتها بالتمييز والتعريف والملاحظة. وتستعمل الكلمة في المعتاد للدلالة على عمليات عصبية موجودة في اساس انتباهنا لذواتنا وعالمنا الخارجي، وهذا الانتباه او الشعور هو ما يسمى بالأدراك. وعلى الرغم من قصره معناه على الخبرة الشعورية فأنها على صلة وثيقة بالسلوك، إذ كما تناها إلى مداركنا وجود الفوارق بين الأشياء، فأن سلوكنا ازاءها يظهر بصورة مختلفة[2]. ولما كان الدليل النفسي عبارة عن مضمون الادراك الحسي للإنسان عن الوقائع التي سيشهد عليها أو يعترف بها، وهذه الحواس مردها إلى العقل، إذ يقوم بتسجيل المدركات وتقدير نوعها ومعناها وتمييزها عن غيرها، لأن العضو المُدرك يسجل الواقعة المدركة تسجيلاً مؤقتاً، ثم تنتقل هذه المدركات إلى العقل الذي يمثل الجزء

(1)ينظر: د. عبد الستار الجميلي، و محمد عزيز، علم التحقيق الجنائي الحديث(بين النظريات والتطبيق)، مطبعة دار السلام، بغداد، العراق، 1977، ص43-44.

(2)ينظر: د. فاخر عاقل، علم النفس العام(دراسة التكيف البشري)، ج1، مطبعة الجامعة السورية، دمشق، سوريا، 1955، ص242.

الرئيسي في الجهاز العصبي المركزي[1]، من ذلك فقد اشترط المشرع أن يكون وعاء الدليل النفسي ((مالكاً لعقله)).

وهناك امور كثيرة تؤثر على العقل ومدركاته فتجعله في لحظة من اللحظات غير قادر على التمييز وهو ما سنحاول توضيحه فيما يأتي:

1- **المؤثرات الطبيعية في الأدراك**: وهذا النوع يكون لصيق بشخص الانسان أو حدث له فيما بعد اثناء حياته، ومن صور هذا النوع هي: صغر السن، الجنون او عاهة العقل، والاعاقة الجسدية.

أ- **صغر السن:** هو عدم قدرة الانسان على فهم ماهية افعاله وطبيعتها وتوقع آثارها، وليس المقصود فهم ماهية التكييف القانوني للفعل، فالشخص يُسأل عن فعله ولو كان يجهل بأن القانون يعاقب عليه، بل المقصود أن يكون العقل على جانب من الذكاء يكفي لتفهم الفعل وما يترتب عليه من نتائج[2]. والسؤال الذي قد يطرق ابواب الخواطر بعد هذا العرض هو: هل يشترط أن يبلغ المتهم(كحامل لدليل) سناً معينة حتى يؤخذ باعترافه؟

وللإجابة على ذلك نفرق بين حالتين: الأولى، الصغير عديم التمييز وهذا لا يقبل اعترافه البته. اما الحال الثانية، فهي الصغير ناقص الاهلية[3]، فهذا من الممكن أن يكون اهلاً لصدور اعتراف صحيح منه، على أن يخضع في نهاية المطاف إلى تقدير محكمة الموضوع[4]. اما بالنسبة لصغر السن كمانع من اداء الشهادة فذلك يرجع إلى أن صغر الشخص وحداثة سنة تُعد من اكبر المعوقات الطبيعية للإدراك عنده، فالطفل لا ينظر إلى الناس والاشياء نظرة فهم وتحليل ليربط النتيجة بسببها، بل نظرة اجمالية عامة، زد على ذلك، فهو لا يملك القدرة الكافية على التمييز بشكل قطعي بين ما هو حقيقة وخيال، فالصغير يختلط عليه الأمر، فلا يفرق بين ما حدث بالفعل وما تخيله، فالقصص التي يسمعها تترجم

---

(1)ينظر: د. يوسف كرم، العقل والوجود(دور العقل في ادراك الموجودات)،ط1، منشورات البندقية، القاهرة، مصر، 2018، ص91.

(2)ينظر: د. هلالي عبد اللاه احمد، النظرية العامة في الاثبات الجنائي(دراسة مقارنة بين النظم اللاتينية والانكلوسكسونية والشريعة الاسلامية)، المجلد2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011، ص938.

(3)بالنسبة لصغر السن كمانع من سماع اعتراف حامله نجد أن سن التمييز يختلف من قانون لآخر، فقانون العقوبات الجزائري رقم(156/66) لسنة 1966 النافذ والمعدل في المادة(49)، يعفي الصغير الذي لم يكمل(10 سنوات) من تحمل تبعات قيام المسؤولية الجزائية، ويعتبر الصغير ناقصاً الاهلية من سن التمييز الى(13 سنة). في حين أن قانون رعاية الاحداث في مصر رقم(31) لسنة 1974 أن الصغير من لم يتم(7 سنوات) من عمره، واعتبر من اكتمالها(اي 7 سنوات) الى اتمام(15 سنة) من عمرة يكون ناقصاً الأهلية. وايضاً فأن قانون رعاية الاحداث العراقي رقم(76) لسنة 1983 في المادة(3) ان سن التمييز هو اتمام(9 سنوات) ومن اتمام سن التمييز الى اتمام(18 سنة) من عمره يكون خلالها ناقصاً للأهلية. وكذلك فأن قانون العقوبات الاتحادي لدولة الاماراتي رقم(3) لسنة 1987 في المادة(62) اعتبرت اتمام(7 سنوات) قرينة على التمييز لدى الطفل، وما بين سن التمييز الى اتمام(18 سنة) من عمره يكون خلالها ناقصاً للأهلية. وكذلك قانون العقوبات الاردني رقم(16) لسنة 1960 في المادة(94) حددت سن التمييز بتمام(7) سنوات وعفت من تحمل تبعات المسؤولية الجزائية كل من لم يتم(12) سنة من عمره

(4)ينظر: د. سامي صادق الملا، مرجع سابق، ص47.

في خياله إلى واقع، لذا يراها تحدث امامه، فخيال الطفل قوي لدرجة تجعله اقوى من الواقع نفسه، ومن المعروف ايضاً أن الطفل قابل للتلقين والتأثير بطريق الايحاء والايعاز، فكثيراً ما يردد رواية لقنت له دون أن تكون صادرة منه، لهذا ذهبت اغلب التشريعات إلى اعفاءهم من حلف اليمين حتى سن(15) سنة، ولا تسمع اقواله قبلها الا على سبيل الاستدلال ومنها مشرعنا العراقي في قانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ رقم(23) لسنة 1971 في المادة(60/ب)[1].

ب- الجنون و العاهة العقلية: الجنون بمعناه الطبي هو خلل يصيب القوى الذهنية بعد اكتمال نموها فيؤدي إلى انحراف نشاطها على النحو الطبيعي المألوف، وهو انواع متعددة، فهناك الجنون العام المطبق الذي ينال ملكتي التمييز والاختيار معاً. وهناك الجنون المنقطع أو الدوري الذي يتخذ صورة نوبات تعتري المريض بصفة دورية، وتفصل بينهما فترات افاقة تكون فيها قواه العقلية طبيعية خلالها. ويوجد الجنون المتخصص المتمثل في عقيدة وهمية تسيطر على المريض وتجعل ملكاته الذهنية فيما يتصل بها مختلة، بينما تكون طبيعية في نواحي أخرى. اما العاهة العقلية، فينصرف معناها إلى كل مرض يؤثر في حالة المخ أو الجهاز العصبي بعد نموه نمواً طبيعياً عادياً، فيؤثر على وظيفتها تأثيراً لا يصل إلى حد الجنون بمعناه المعروف طبياً، بل يشمل ملكة الادراك عند الشخص بحيث لا يستطيع السيطرة على افعاله بصورة دائمة أو مؤقته ومثالها الصرع والهيستيريا واليقظة النومية[2]. وبعد ما تقدم فأن مدركات الشاهد المجنون او المصاب بعاهة عقلية لا يمكن للقاض أن يطمئن إليها ويتخذ مخرجاتها ذريعة للحكم. والحال ذاته في الاعتراف المرضي أو الوهمي الصادر عن المتهم المصاب بمرض عقلي أو نفسي أو نتيجة وهم يعيشه أو إيحاء يسيطر عليه، إذ من الطبيعي أن هؤلاء المرضى قد يعترفون بارتكابهم لجرائم معينة كونهم مطالبين نفسياً بأن يوقع عليهم العقاب، لذا فهم يعترفون كذباً[3]. والعلة في عدم الاعتداد بهكذا اعترافات إن شعور

---

(1)تنص المادة(60/ب):(يحلف الشاهد الذي أتم الخامسة عشرة من عمره قبل أداء شهادته يميناً بأن يشهد بالحق، أما من لم يتم السن المذكورة فيجوز سماعه على سبيل الاستدلال من غير يمين).

(2)ينظر: د. علي حسين الخلف و د. سلطان الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطابع الرسالة، الكويت، 1982، ص362 .

(3)وقد روى الاستاذ (هوجو منستربرج) استاذ علم النفس في جامعة هارفرد في امريكا بكتابه(فوق منصة الشهادة) حالة اعتراف مرضي صدر تحت تأثير النزم الصناعي الناشئ عن أشعة خاطفة للبصر، ملخصها أن فتاة قتلت وعثر رجال الشرطة على جثتها في الطريق، وحصرت الشبهة في شاب كان له اتصال قديم بها، فاستدعاه المحققون الى غرفة التحقيق حيث توجد جثة الفتاة ثم كشفوا له الغطاء عنها فبدا للشاب وجهها المخضب بالدماء فباعته المحققون على الفور بسؤاله: "أين رأيتها ؟" فخر الفتى جاثياً على ركبتيه ثم وضع كفيه على وجهه لتحجبا رؤيتها، إلا أن المحققين جذبوه بغلظة نحو جثة الفتاة وأمروه بأن يضع يده فوق جبينها فأطاع كرهاً، ولكنه لم يلبث أن سحب يده عن بدنها مقشعراً، وسرعان ما جروه عنوة اليها وأرغموه على أن يضع يده ثانية عليها وفي خلال ذلك القوا عليه السؤال تلو السؤال، فسقط منهوك القوى واعترف

الانسان سواء كان شاهداً أو متهماً وادراكه ومقدرته على استيعاب الوقائع التي تحصل في العالم الخارجي وتفسيرها لا يكون بطريقة تنسجم مع الواقع وهذا بحد ذاته مدعاة لعدم الوثوق والاطمئنان إلى صحتها[1].

ت- **الاعاقات الجسدية:** الاعاقة الجسدية عارض مرضي يصيب الانسان في عضو من اعضائه فيفقده الاحساس بهِ. فالصم إعاقة والبكم اعاقة، وعدم الرؤية إعاقة، فقد تتوافر هذه الاعاقات في الشخص منذ ميلاده أو في سن مبكرة بحيث لا تتاح لهُ فرصة تنمية مداركه العقلية، كما قد تكون الاصابة بهما في سن متأخرة بعد اكتمال هذه المدارك، بل قد تدل ظروف الحال على أن الأصم أو الابكم على الرغم من اصابته بهاتين العاهتين في سن مبكرة قد اتيح لهُ بفضل الاساليب العلمية الحديثة أن ينمي قدراته الذهنية[2].

2- **المؤثرات المفتعلة في الأدراك**: وهذه المؤثرات اما تكون نتيجة لاستعمال المواد المسكرة أو المخدرة. أو التنويم المغناطيسي.

أ- **استعمال العقاقير المخدرة والمسكرات**: السكر أو المواد المخدرة من العوامل التي تفقد الشعور والادراك أو تضعف سيطرة الشخص على ملكة الانتباه لديه، وعليه تجعله اكثر قابلية للإيحاء والانقياد، بحيث يستطيع الشخص المستجوب سواء كان شاهداً أو متهم الادلاء بأقوال أو معلومات ما كان ليدلي بها لو لم يستعمل العقار المخدر او المادة المسكرة، لذا فأن هؤلاء لا يكونون اهلاً لحمل دليل الاثبات[3].

ب- **التنويم المغناطيسي:** هي طريقة لتنويم العقل الظاهر والتأثير في العقل الباطن عن طريق الايحاء، إذ تبقى ذات الانسان اللاشعورية تحت سيطرة المنوم المغناطيسي فتختفي ذاته الشعورية وتبقى ذاته اللاشعورية خاضعة لسيطرة المنوم، ومن ثم قد

=بقتلها في الحال، وهو شارد الفكر، مضطرب البال. ولقد اطاع الشاب المحققين في كل ما طلبوا منه الاقرار به، بل ابتدع لهم الاسباب وانتحل المعاذير، واضاف من بنات افكاره الى الوقائع بعض التفاصيل. وصدر الحكم عليه بالاعدام. وعند ذلك نشر الاستاذ منستربرج بعد أن اطلع على ظروف القضية وملابساتها اطلاعاً دقيقاً، أنه مؤمن ببراءة الفتى كل الايمان، وأن الاقرار صدر منه في حالة انفصال عقلي، ولكنه كان يرى أنه ما زالت هناك حلقة مفقودة في ظروف القضية لم تظهر بعد، على الرغم من أن الاقرار كان ناطقاً بأنه صادر عن حالة انفصال عقلي، إلا أنه لم يكن يبدو أن ما تعرض له المتهم من ضغط في ادوار التحقيق كان كافياً لأحداث هذه الحالة. وقبل تنفيذ حكم الاعدام في الفتى بعدة ايام اعلن فجأة أنه بريء مما نسب إليه، وكتب تقريراً جاء فيه أنه لا يذكر صدور أي اقرار منه اثناء التحقيق، وأن كل ما يذكره مما حدث له أنه رأى مسدساً مصوباً نحوه وقد انعكست عليه أشعة الشمس، فشعر بصدمة الاشعة في عينيه ثم لم يعلم ما حدث بعد ذلك، وفي هذا التقرير الذي كتبه الشاب قد وجد منستربرج الحلقة التي كان يفتقدها: إن صدمة الاشعة هي التي اوقعت الفتى في حالة الانفصال العقلي، ولم يكن الفتى ليعرف هذه الحقيقة العلمية العميقة واثرها، ولكنها جاءت بتقريره حقيقة مرسلة تؤيدها كل تفاصيل القضية. ومع ذلك لم تفلح الجهود التي بذلت في انقاذ الفتى من الاعدام. اشار إليها: د. سامي صادق الملا، اعتراف المتهم، مرجع سابق، ص54-55.

(1)ينظر: د. سامي صادق الملا، اعتراف المتهم، المرجع نفسه، ص60.

(2)ينظر: د. فخري عبد الرزاق صلبي الحديثي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار السنهوري، بيروت، لبنان، 2018، ص

(3)ينظر: د. هلالي عبد اللاه احمد، النظرية العامة في الاثبات الجنائي، مرجع سابق، ص945.

يوحي إليه الأخير بحصول وقائع لا اساس لها من الصحة[1]. ولذا لا يؤخذ اقوال الشاهد او المتهم في هذه الحالة كدليل اثبات.

ثانياً- حرية الاختيار:

ينصرف القصد من "حرية الاختيار" الى قدرة الانسان على توجيه نفسه إلى عمل معين أو الامتناع عنه، وهذه القدرة لا تتوافر لدى أي انسان الا إذا انعدمت المؤثرات التي تعمل على توجيه ارادته إلى وجهة خاصة[2]. وامتثالاً لذلك فأن الاقوال الصادرة عن الشاهد أو المتهم يجب أن يدلي بها بإرادة حرة بعيداً عن الوسائل المعدمة لهذه القدرة سواء كانت تقليدية أم مستحدثة. ومن اقدم الوسائل التقليدية تأثيراً على ارادة المتهم هي الاكراه وبنوعيه المادي كاستخدام العنف، او ارهاق المستجوب لفترات طوال متصلة بالليل والنهار لتحطيم اعصابه وتضييق الخناق عليه، ومن ثم الاقرار بما ينسب إليه بصرف النظر عن مدى حقيقتها[3]. والاكراه المعنوي كالوعد والوعيد، فهذا النوع من الاكراه لا يختلف عن المادي في شيء الا من ناحية الوسيلة المؤثرة على الارادة، فبينما تكون هذه الوسيلة مباشرة في الاكراه المادي، فإنها تكون غير مباشرة في الاكراه المعنوي. من ذلك فأن أي قول صادر عن انسان تحت تأثير الاكراه سواء المادي أو المعنوي يقع باطلاً غير اهلاً للاعتداد بهِ، ويعود السبب في ذلك أن الانسان عندما يكون مقيد الحرية سواء بالترهيب أو الترغيب فأنه لا يذكر الحقيقة ومن ثم يتعمد تحريفها[4].

الفرع الثاني

فحص محتوى الدليل

يهدف التحقيق النهائي إلى تحري الأدلة القاطعة والقرائن الحاسمة في اظهار الحقيقة الخالصة، لاقتضاء حق الدولة في العقاب بإدانة المتهم أو تبرئته، ولذا أورد المشرع الاجرائي عدة قواعد لضبط المحاكمة لتطمئن الجماعة من خلال تنفيذها على مسيرة العدل

---

(1)ينظر: د. سلطان الشاوي، مرجع سابق، ص245.

(2)ينظر: د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، ط10، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، 1983، ص416.

(3)ينظر: د. توفيق محمد الشاوي، بطلان التحقيق الابتدائي بسبب التعذيب، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد(يصدرها اساتذة كلية الحقوق في جامعة القاهرة) السنة(11)، 1951، ص250.

(4)ينظر: عباس فاضل سعيد العبادي، الاكراه في القانون الجنائي العراقي(دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية القانون- جامعة الموصل، 2005، ص162-163.

ويسلم قاضي الدعوى من مظنة الهوى ومورد الاستبداد، وأكد على احترامها والامتثال لمعطياتها، ورتب على مخالفتها جزاء البطلان[1].

وبعض هذه القواعد كانت العلة من تشريعها هو تمكين القاضي من تحري صحة الادلة التي يعول عليها في بناء احكامه ومنها قاعدة "شفوية الاجراءات"، وهي من المبادئ الأساسية التي تسود الأنظمة الاجرائية المعاصرة، وتعني أن كل الاجراءات التي تجريها هيأة المحكمة اثناء انعقادها تلقى على مسمع اطراف الخصومة الجنائية وجميع الحاضرين[2].

وتهدف قاعدة شفوية الاجراءات إلى تمكين القاضي من تكوين قناعته على نحو صحيح، اعتماداً على ما يطرح امامهُ في المناقشة العلنية داخل جلسات المحاكمة من أجل أن يحكم بما يقع تحت بصره ويصل إلى سمعه من أقوال الشهود والخصوم ومساجلاتهم، دون الاكتفاء بأوراق التحقيق الابتدائي ومحاضر الضبط القضائي[3].

فتطبيق هذه القاعدة يؤدي إلى مخاطبة ضمير القاضي توخياً في تحقيق العدالة لحكمه، إذ تساعده في تكوين اقتناعه عن بينه، لأنه سيعمد بصفة اساسية على التحقيقات التي يجريها في الجلسة بنفسه، سواء مع الخصوم أم وكلائهم أم شهود الاثبات أم شهود النفي، وبصرف النظر عما لو كانوا ادلو بها في التحقيق الابتدائي السابق على مرحلة المحاكمة[4]، إذ ليس هنالك اي دليل لا يصلح للمناقشة الشفوية قبل أن يوضع موضع الاعتبار عند الادانة أو البراءة، وبغير ذلك لا يستقيم عدلاً صحيحاً، وفي ذلك قضت محكمة استئناف بغداد- الرصافة بصفتها التمييزية في حكم لها تقول فيه:(كان على المحكمة تبليغ الشاهد بالموعد المحدد للمحاكمة، للاستماع الى شهادته ومناقشته حول ما ورد فيها... كما كان على المحكمة الاستماع إلى شهادة كل من اشترك في "الجمعية السلفية" وصولاً إلى الحكم العادل في القضية المنظورة)[5].

ولتؤتي هذه القاعدة أوكلها، وجب أن يُشدّ عضدّها بقاعدة أخرى، وهي "الاستجواب" فهو علم وفن يعتمد على دراسة سيكولوجية البشر للعمل على استخراج

---

(1)ينظر: د. مصطفى محمد عبد المحسن، الحكم الجنائي(المبادئ والمفترضات)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص50.

(2)ينظر:د. كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية(دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 2005، ص576.

(3)ينظر: د. رؤوف عبيد، مرجع سابق، ص642.

(4)ينظر:د. حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون الاجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1996، ص908-909.

(5)ينظر: حكم محكمة استئناف بغداد-الرصافة- بصفتها التمييزية، الصادر بتأريخ 2013/3/13، رقم التمييز 75/جنح/2013، اشار اليه: خالد محمد جلال الاعرجي، المبادئ القانونية لقضاء محكمة التمييز الاتحادية ومحاكم الاستئناف بصفتها التمييزية، القسم الجنائي، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، بغداد، 2015، ص128.

الحقيقة من أقوال المشتبه فيهم والشهود، والتعرف على الحقائق التي تؤدي إلى استخراج أدلة وقرائن تؤيد نتائج الأبحاث العلمية في المعامل الجنائية، لذا فأن الاستجواب هو الوسيلة للحصول على الأدلة القولية التي تساند الأدلة المادية، أو تكون الوسيلة للبحث عن الدليل المادي ثم فحصه[1].

ويلجأ القاضي للاستجواب كأداة قانونية ثانية لتحري صدق الأدلة لوزنها وتقدير قيمتها الاثباتية، فبعد استماع القائم بالتحقيق سواء كان قاضي تحقيق أم قاضي موضوع الى اقوال الشاهد أو المتهم يلقي إليه الاسئلة التي يراها لازمة لاستكمال رأيه في اقواله. ولا يشعر القاضي بحاجة إلى هذا الاستجواب، إلا عندما يشك ولو قليلاً في صحة ما تناهى إلى مسامعه من اقوال، فتدفعه غيرته على الحقيقة إلى استقصاء الوقائع الصحيحة، فيسأل مثلاً أين كان؟ مع من كان؟ ماذا قالو؟ كما قد يطلب منه ان يصف شيئاً او شخصاً او مكاناً معين[2].

ولقد خولت التشريعات الاجرائية لقاضيها استخدام تلك الأداة لفحص وتقييم الادلة الجنائية، وهم في ذلك على مسلكين: الأول كالتشريع الانجلو امريكي، تعطي للمدعي الحرية الكاملة في أن يحضر شهوده ويناقشهم بنفسه امام المحكمة والنيابة والمحلفين وهو ما يسمى بـ(الاستجواب المباشر)، وبعد ذلك يحق للخصم أن يستجوب الشاهد بنفسه ويسمى هذا بـ(الاستجواب المضاد)، ويجوز للمدعي أن يعيد استجواب شاهده ولخصمه أن يفعل ذلك ايضاً[3]. وما يعيب هذه الطريقة، انها كثيراً ما تؤدي إلى احراج الشاهد وذلك بسؤاله عن امور لا شأن لها بالقضية بصورة مباشرة، وأن الخصوم يلقون الأسئلة بطريقة لا تتفق مع الحياد الطلق، كما لو طرحوا اسئلة تحمل في طياتها الجواب المطلوب تسجيله[4].

اما المنحى الآخر، فهو ما سارت عليه معظم التشريعات كالقانون المصري، والاردني، والعراقي، هو تولي هيأة المحكمة قيادة زمام عملية الاستجواب، إذ تقوم أولاً بمناقشة كل من المتهم والشاهد في اقواله عن طريق توجيه الاسئلة للاستيضاح عن النقاط الغامضة واللازمة في الشهادة أو الاعتراف لظهور الحقيقة وهو ما يسمى بـ(الاستجواب المباشر)[5]، مع ضرورة مراعاة المحكمة للأسلوب المنطقي في توجيه الأسئلة، بغية استدراج الشاهد أو المتهم إلى قول الحقيقة، ومن ثم تتيح للخصم الآخر استجوابهم ومناقشتهم

---

(1)ينظر: عبد الفتاح رياض، الأدلة الجنائية المادية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص33.
(2)ينظر: كريشنا فاسديف، شهادة الشهود وطرق الأدلاء بها، ترجمة: عبد العزيز صفوت و هنري رياض، ط1، دار ومكتبة الهلال، بيروت، لبنان، 1993، ص50.
(3)ينظر: د. رمزي رياض عوض، مرجع سابق، ص77.
(4)ينظر: ميخائيل تادرس ميخائيل، مرجع سابق، ص80-81.
(5)ينظر: المادة (175) و(179) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم(23) لسنة 1971.

بواسطتها وهو ما يسمى بـ(الاستجواب المضاد)، وهو من انجح الوسائل لانتزاع الحقيقة وهتك الأكاذيب، إذ أنه يسعف الخصم في الحصول على اقوال أو توضيح لحقائق تكون في صالحة.

ويقيناً أن مصلحة العدالة تقتضي ممارسة حق الاستجواب المضاد بشكل لا يطيل أمد النزاع بغير ضرورة، إذ ليس من مهمة الخصوم أثارة مسائل عقيمة لا فائدة منها، لذا فقد تمنع المحكمة توجيه سؤال غير منتج اوذي صفة خاصة مالم يكن متصلاً مباشرة بالوقائع الجوهرية التي تؤدي إلى ايضاح معالم القضية[1] .

والفكرة في هذا التوسع من قبل المشرع هي أن "ليس للكذب أرجل" كما يقول المثل الدارج، فإذا كان الشاهد أو المتهم كاذباً ورأى نفسه محرجاً أمام وابل من الأسئلة التي ترمي الى بيان التفاصيل حاول أن يخرج من المأزق، بأن يتظاهر بالإجابة على كل شيء، وفي ذلك مشقة كبيرة لا يستهان بها، وهو ما قد يؤدي إلى الخطأ حتماً في أحدى التفاصيل، كأن ترى المحكمة أن الأقوال متناقضة مع اقوال سابقة له[2] ، أو انها تتعارض مع اقوال شاهد آخر أو ادلة اخرى أو تصطدم مع المنطق السليم، إذ لا يجوز تأثيم شخص ولو بناءً على اعترافه متى ما كان ذلك الاعتراف مخالفاً للحقيقة، ومن البديهي أن لا سبيل أمام القاضي في معرفة كون الاعتراف أو الشهادة هل يتطابق فعلاً مع الحقيقة من عدمه، إلا عن طريق مناقشته فيه[3].

كذلك فأن المناقشة تسمح للقاضي بدراسة الملامح الجسمية والنفسية والخلقية للشخص الماثل أمامه وهو ما قد نسميه مجازاً بـ"وعاء الدليل" لأنه حامل له، سواء كان الدليل شهادة الشهود، أم اعتراف المتهم، وهذا بدورة ما قد يمهد للقاضي في حالة ارتيابه من ذلك الشخص بعرضه على ذوي الخبرة والاختصاص لدراسة وفحص شخصيته كإحدى طرق تحري صحة الدليل الجنائي.

ويمكننا أن نلاحظ مجرد الاكتفاء في المحاكمة الجزائية باطلاع القاضي على الأوراق مثلما يكتفي به القاضي المدني، يخشى معه نقص أو سوء التقدير من جانب القاضي مما يبعده عن جادة الصواب، وهو ما يكون أنكى على العدالة وأشد في المجال الجنائي منه في المجال المدني، بلحاظ أن المجال الأول هو مجال كرامة المتهم كإنسان، فضلاً عن شرفه وحريته الشخصية[4]. وفي ذلك قضت محكمة استئناف واسط بصفتها التمييزية في حكم لها

---

(1)ينظر: المادة(154) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم(23) لسنة 1971المعدل.
(2)ينظر: د. سلطان الشاوي، مرجع سابق، ص105-106.
(3)ينظر: د. حاتم حسن بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1997، ص213.
(4)ينظر: د. رمسيس بهنام، علم النفس القضائي، مرجع سابق، ص145.

قالت فيه:((أقوال الشهود تعززت بشهادة الشهود العيانية والتي كان على محكمة الموضوع إحضارهم والاستماع إلى أقوالهم لأهمية القضية لا أن تكتفي بتلاوة شهاداتهم...))[1]. وفي كل ذلك سيتبين للمحكمة زيف الحقائق من صدقها، لتأخذ بعد ذلك بما يطمأن إليه ضميرها.

(1)ينظر: حكم محكمة استئناف واسط بصفتها التمييزية الصادر بتأريخ2013/2/27، رقم التمييز73/ت/جنح/2013. المبادئ القانونية لقضاء محكمة التمييز الاتحادية ومحاكم الاستئناف بصفتها التمييزية، مرجع سابق ، ص219.

المبحث الثاني
صور الانحراف في ضمير القاضي الجزائي و آلية الرقابة عليه

إنصرف قصد الفقه من ايرادهم لمفردة "الرقابة" في ثنايا نتاجهم العلمي إلى:(متابعة أمر معين) بمعنى أن الرقابة على شيء هو متابعته للوقوف على صحته من عدمه[1]. وبإسقاط هذا المفهوم على موضوع بحثنا، فالرقابة على الضمير القضائي تعني وجود جهة رقابية عليا[2]، تتولى فحص مدى صحة ضمير القاضي الجزائي في الاحكام التي يصدرها عند الانتهاء من نظر الدعوى.

وتجيز جميع التشريعات الجزائية المعاصرة الطعن في الأحكام، للاستيثاق من صحتها، وإن اختلفت في صور الطعن وأحكامه أحياناً. غير أن المهم في الطعن إنه يقوم على أساس احتمال الخطأ في الأحكام والقرارات، فالقضاة بشر، والخطأ خلة بشرية، الأمر الذي أدى إلى إقرار فكرة أن يكون القضاء على درجات أملاً في ضمان الحقوق لأطراف الدعوى من أجل الوصول إلى أحكام عادلة[3].

ولغرض دراسة رقابة المحكمة العليا على ضمير القاضي الجزائي سنقوم بتقسيم هذا الجزء من الدراسة إلى مطلبين:

المطلب الأول: صور الانحراف في ضمير القاضي الجزائي

المطلب الثاني: وسائل الرقابة على ضمير القاضي الجزائي.

المطلب الأول
صور الانحراف في ضمير القاضي الجزائي

المفترض الأساس لإعادة النظر في الحكم القضائي الفاصل في الموضوع هو أن ينسب إليه انحراف، على أثره يُطلب من القاضي المختص بالمراقبة ازالته من أجل أن يعيد للحكم عدالته وللقانون صحة تطبيقه وانتظامه.

ولما كان العمل القضائي ينبني على مجموعة من العمليات يمكن تصنيفها إلى: (تقديرية- غير تقديرية) فأن محل الانحراف الذي قد يصيب الضمير القضائي قطعاً سيكون في مجال السلطة التقديرية للقاضي عند اصداره للحكم، كونه يؤدي مجموعة من العمليات

---

(1)ينظر: هاني يونس احمد جوادي، رقابة محكمة التمييز على سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون- جامعة الموصل، 2005، ص17.

(2)وهو شرط مفترض، إذ تكون عليا من ناحية عدد القضاة وخبرتهم، وذلك بالنظر إلى دقة وصعوبة وظيفتها.

(3)ينظر: د. براء منذر كمال عبد اللطيف، مرجع سابق، ص355.

المنطقية والتقديرات التي تمكنه من استخلاص الحلول القانونية للمسألة المطروحة عليه، ولذا يظل احتمال خطأ القاضي في التقدير قائماً سواء من ناحية الوقائع أو القانون كعناصر مكونه لضميره القضائي.

وللتحقق من سلامة هذا النشاط الذهني من الانحراف يستلزم اخضاعه لرقابة المحكمة العليا، إذ تنصب رقابتها على محورين: الرقابة على (قانونية الضمير)، بمعنى الرقابة على مشروعية العناصر التي استند إليها القاضي في تكوين ما خلص إليه من رأي فيما عُرض عليه من وقائع، وهو ما يشكل عند عدم توافر ما تطلبه القانون في تلك العناصر ما يسمى بـ(الخطأ القضائي).

أما محور الرقابة الثاني فهو(واقعية الضمير)، أي الرقابة على فهم القاضي لوقائع وأدلة الدعوى وما استخلصه من نتائج، ومدى اتساق هذه الحقيقة القضائية مع الحقيقة الواقعية، وهو ما يشكل عند عدم توافرها ما يسمى بـ(الغلط القضائي). وهو ما سيكون محور بحثنا في هذا الجزء من الدراسة:

الفرع الأول- الخطأ في ضمير القاضي الجزائي

الفرع الثاني- الغلط في ضمير القاضي الجزائي

الفرع الأول
الخطأ في ضمير القاضي الجزائي

الخطأ في اللغة يراد به ثلاثة معانٍ: الأول هو: نقيض الصواب، يقال أخطأ إذا تعدى الصواب، أي إن المخطئ من أراد الصواب فصار إلى غيره[1]. اما الثاني هو: ضد العمد، فيقال خطئ إذا تعمد، وأخطأ إذا لم يتعمد. اما المعنى الثالث فهو: الذنب والإثم، يقال خَطِئتُ إذا أثمتُ، فأنا أخطأ وأنا خاطئ. والخطء الذنب [2].

وخلاصة ما تقدم: أن معنى الخطأ في اللغة والذي يستقيم مع مراد الدراسة هو المعنى الأول، أي الخطأ الذي هو نقيض الصواب.

الأصل هو تمتع القاضي بالسلطة عند مباشرة وظائفه، والأصل أن هذه السلطة ليست مطلقة ولا كاملة، فإذا كان القاضي يملك أن يقّيم ويختار، فأنه لا يملك الحرية في أن يختار كيفما شاء، فما مُنح من سلطة ليس لمباشرتها على هواه، بل لمباشرة ما أسند إليه من

(1)ينظر: سعيد الخوري الشرتوني اللبناني، مرجع سابق، ص283.
(2)ينظر: محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، 1983، ص180

وظيفة على نحو مناسب وصحيح، فالقانون الاجرائي عندما يضع معياراً لصحة عمل القاضي، فهو يرمي إلى أن يجعل من نشاطه وسيلة ملائمة لبلوغ غايته[1].

وبالنظر لما تقدم، نرى بأن المشرع قد فرض على القاضي عدة قواعد واوجب عليه اتباعها عند ممارسة عملية الأثبات الجنائي، وما يترتب على مخالفتها اصابة ما بُني عليها بشائبة البطلان وهذه القواعد هي:

أولاً- مشروعية الدليل الجنائي:

أن التزام كل من الحاكم والمحكوم بالقواعد القانونية التي تصدرها السلطات المختصة يعرف بمبدأ (سيادة القانون)[2]، وهو من الدعائم الثابتة لترسيخ دولة القانون وهو ما يميزها عن الدولة البوليسية او الدكتاتورية والتي لا توجد في ظلها حريات بمعناها الصحيح، لأن الاستبداد يؤدي إلى إهدار حريات المواطنين[3].

وعندما تباشر الدولة الاجراءات اللازمة لكشف الحقيقة وتقرير سلطتها في العقاب، يتجلى خطر المساس بالحريات الفردية من خلال مباشرة هذه الاجراءات، فعندما تعرض قضية الحرية على بساط البحث، يبرز مبدأ الشرعية ليحدد النطاق المسموح به عند معالجة حرية الانسان في هذه الاحوال، ولقد ظهرت الحلقة الأولى من الشرعية الجنائية تحت أسم(لا جريمة ولا عقوبة الا بقانون)، لكي تحمي الانسان من خطر التجريم والعقاب بغير الاداة التشريعية المعبرة عن ارادة الشعب وهو القانون، ولكي تجعله في مأمن من رجعية القانون، وبعيداً عن خطر القياس في التجريم والعقاب، إلا أن ذلك لا يكفي بمفردة لحماية حرية الأنسان، إذ كان من الممكن حبسه أو اتخاذ الاجراءات اللازمة لمحاكمته مع افتراض ادانته، فكل اجراء يتخذ ضد الانسان دون افتراض براءته سوف يؤدي إلى تجشيمه عبء اثبات براءته من الجريمة المنسوبة إليه، فإذا عجز عن اثبات هذه البراءة عُدّ مسؤولاً عن جريمة لم تصدر عنه[4].

وبالتأكيد فأن ذلك سيؤدي إلى قصور الحماية التي يكفلها مبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بقانون، طالما كان من الممكن المساس بحرية المتهم من غير طريق القانون، أو كان من الممكن اسناد الجرائم للناس ولو لم يثبت ارتكابهم لها، عن طريق افتراض ادانتهم. لذا كان

---

(1)ينظر: د.عزمي عبد الفتاح، تسبيب الاحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص194-195.

(2)يطلق على هذا المبدأ في فرنسا "preeminence du droit" أي سيادة القانون. ويطلق عليه في انكلترا principal of rule of law بمعنى حكم القانون أو سلطانه. ويطلق عليه في الولايات المتحدة الأمريكية تسمية the limited government أي مبدأ الحكومة المقيدة. ينظر: د. هلالي عبد اللاه احمد، النظرية العامة في الاثبات الجنائي(دراسة مقارنة)، مج(1)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011، ص496.

(3)ينظر: د. عدنان عاجل عبيد، القانون الدستوري(النظرية العامة والنظام الدستوري في العراق)، ط2، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر، النجف، العراق، 2013، ص23.

(4)ينظر: د. مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص1000.

يجب تعضيد الحلقة الأولى للشرعية الجنائية بأخرى تحكم تنظيم الاجراءات التي تتخذ قبل المتهم على نحو يضمن احترام الحرية الشخصية وهي ما تعرف بـ(الشرعية الاجرائية)، إذ تكفل احترام الحرية الشخصية للمتهم باشتراطها أن يكون القانون هو المصدر للتنظيم الاجرائي، وإن تخضع هذه الاجراءات إلى اشراف القضاء[1].

من ذلك فأن الخصومة الجنائية لا تقوم على مجرد اثبات حق الدولة في العقاب، بل وضمان حرية المتهم، ولذا تعين على القاضي ألا يعول على أي دليل الا إذا تمخض عن اجراءات مشروعة، تحترم فيها الحريات والضمانات التي رسمها القانون، فعدم المشروعية المبني على تجاهل الضمانات لا يمكن أن يترتب عليها مشروعية الدليل المنبثق عنها، ولذا لا يجوز للمحكمة الاستناد إلى اعتراف المتهم الصادر في التحقيق الابتدائي إذا ما تأكدت إن ارادته كانت معيبة وقت صدوره، وكذلك الدليل المستمد من اجراء تفتيش باطل[2].

فالمشروعية شرطاً جوهرياً ذا طبيعة عامة للأدلة الجنائية، يلزم توافره لإمكان الحصول على دليل صحيح يمكن قبوله والتعويل عليه، وذلك بعدها قيداً على مبدأ قضاء القاضي بمحض اقتناعه، أي ضرورة الاقتصار على المصادر المشروعة فقط لتكوين عقيدته منها، الأمر الذي يحتم عليه عدم جواز التعويل في حكمه على دليل غير مشروع[3]، وذلك بعدها الوعاء الأساسي الذي يجب أن يحوي إجراءات الدعوى الجنائية بصفة عامة، ومراحل الإجراء الإثباتي بصفة خاصة.

من الملاحظ فيما تقدم آنفاً أن سياق الكلام حول مشروعية الدليل المكون لقناعة القاضي قد دار في فلك الحكم الصادر بالإدانة فحسب، فهل هذا يعني أن الحكم الصادر بالبراءة من الجائز استناده إلى دليل غير مشروع ؟

آثار الفقه المصري النقاش حول هذه المسألة عُقب ما قضت بهِ محكمة النقض المصرية في العديد من احكمها ومنها على سبيل المثال ما قضت بأنه:(من المقرر أنه و إن كان يشترط في دليل الإدانة أن يكون مشروعاً إذ لا يجوز أن تبنى إدانة صحيحة على دليل باطل في القانون ، إلا أن المشروعية ليست بشرط واجب في دليل البراءة ، ذلك بأنه من المبادئ الأساسية في الإجراءات الجنائية أن كل متهم يتمتع بقرينة البراءة إلى أن يحكم بإدانته بحكم نهائي وإلى أن يصدر هذا الحكم له الحرية الكاملة في اختيار وسائل دفاعه بقدر ما يسعفه مركزه في الدعوى و ما تحيط نفسه من عوامل الخوف و الحرص و الحذر و غيرها من

---

(1)ينظر: د. احمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1977، ص105-106.

(2)ينظر: د. رؤوف عبيد، ضوابط تسبيب الاحكام الجنائية،ط2، مطبعة الاستقلال الكبرى، القاهرة، مصر، 1977، ص352.

(3)ينظر: د. اشرف جمال قنديل، مرجع سابق، ص207.

العوارض الطبيعية لضعف النفوس البشرية ، و قد قام على هدى هذه المبادئ حق المتهم في الدفاع عن نفسه و أصبح حقاً مقدساً يعلو على حقوق الهيأة الاجتماعية التي لا يضيرها تبرئة مذنب بقدر ما يؤذيها و يؤذى العدالة معاً إدانة برئ)[1].

وفي حكم آخر:(وإن كان يشترط في دليل الإدانة أن يكون مشروعاً ، إذ لا يجوز أن تبنى إدانة صحيحة على دليل باطل في القانون ، إلا أن المشروعية ليست بشرط واجب في دليل البراءة ، ذلك بأنه من المبادئ الأساسية في الإجراءات الجنائية أن كل متهم يتمتع بقرينة البراءة إلى أن يحكم بإدانته بحكم بات ، وإلى أن يصدر هذ الحكم له الحرية الكاملة في اختيار وسائل دفاعه بقدر ما يسعفه مركزه في الدعوى و ما تحيط نفسه من عوامل الخوف و الحرص و الحذر و غيرها من العوارض الطبيعية لضعف النفوس البشرية ، و قد قام على هدى هذه المبادئ حق المتهم في الدفاع عن نفسه و أصبح حقاً مقدساً يعلو على حقوق الهيأة الاجتماعية التي لا يضيرها تبرئة مذنب بقدر ما يؤذيها و يؤذى العدالة معاً ، إدانة برئ ، هذا إلى ما هو مقرر أن القانون - فيما عدا ما استلزمه من وسائل خاصة للإثبات - فتح بابه أمام القضاء الجنائي على مصراعيه يختار من كل طرقه ما يراه موصلاً إلى الكشف عن الحقيقة و يزن قوة الإثبات المستمدة من كل عنصر ، مع حرية مطلقة في تقدير ما يعرض عليه و وزن قوته التدليلية في كل حالة حسبما يستفاد من وقائع الدعوى و ظروفها ، مما لا يقبل معه تقييد حرية المحكمة في دليل البراءة باشتراط مماثل لما هو مطلوب في دليل الإدانة ، وعليه يكون منعى الطاعنين في هذا الصدد ، على غير سند)[2] .

وقد آثار هذا المسلك لمحكمة النقض خلافاً كبيراً لدى الفقه، ويمكن بلورته إلى ثلاثة اتجاهات رئيسة:

الاتجاه الأول: جواز استناد الحكم بالبراءة على دليل غير مشروع، وهو رأي غالبية الفقه المصري، ويستندون في ذلك على أساس أن الأصل في الانسان البراءة، ولا حاجة للمحكمة في أن تثبت براءته، وكل ما تحتاج إليه هو أن تشكك في إدانته، بالإضافة إلى أن بطلان دليل الإدانة الذي تولد عن إجراء غير مشروع، انما شُرّعَ لضمان حرية المتهم، وعليه لا يجوز أن ينقلب هذا الأمر وبالاً عليه[3].

الاتجاه الثاني: في حين يرى هذا الاتجاه الفقهي بعدم رجاحة توجه محكمة النقض في التفرقة بين دليل الادانة والبراءة من ناحية تطلب عنصر المشروعية للاستناد عليه عند

---

(1)ينظر: حكم محكمة النقض المصرية رقم ١١٧٢ لسنة ٣٦ قضائية، الصادر في تاريخ 1967/1/31. منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية على الرابط الآتي: www.cc.gov.eg . آخر زيارة 2021/6/1.

(2)ينظر: حكم محكمة النقض المصرية رقم ٦٠٩٧ لسنة ٥٣ قضائية الصادر في تاريخ 1984/2/15. منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية على الرابط الآتي: www.cc.gov.eg . آخر زيارة 2021/6/6.

(3)ينظر: د. هلالي عبد اللاه احمد ، نظرية الاثبات، مرجع سابق ، ص503

اصدار الحكم وحجتهم في ذلك ما نصت عليه المادة(336) من قانون الاجراءات الجنائية:(إذا تقرر بطلان أي إجراء فإنه يتناول جميع الآثار التي تترتب عليه مباشرة، ولزوم إعادته متى أمكن)، إذ لم يفرق المشرع في البطلان الذي تسبب بهِ عدم مشروعية الدليل سواء الإدانة أو البراءة. وعليه فليس للقضاء أن يقرر مبدأ "الغاية تبرر الوسيلة" كمبدأ قانوني صحيح، إذ قد ينتهي إلى منطق خاطئ ويجلب تبعات خطيرة منها تبرير فكرة ارهاب الشهود الذين عدلوا عن شهادتهم، أو التزوير في الشهادة بحجة اثبات البراءة، اضافة إلى ذلك فأن الدليل الواحد قد يفيد الاثبات والنفي في وقت واحد، وذلك بحسب الذي يستند إليه صاحب المصلحة في تقديم، أو الزاوية التي ينظر إليه في العمل، فهل صحيح التعامل معه بازدواجية، بمعنى إذا كان هذه الدليل الباطل يراد بهِ اثبات الإدانة فيرفض، في حين لو اريد بهِ اثبات البراءة يقبل ويستند عليه! وينتهي هذا الرأي إلى أن اثبات البراءة ينبغي أن لا يفلت من قيد شرعية الدليل، وإلا فإن البنيان الاجرائي كله يكون مختلاً متداعياً، فهو شرط اساسي في أي تشريع لكل اقتناع قانوني سليم[1].

الاتجاه الثالث: ويتوسط الاتجاهين سالفي البيان رأي يتجه إلى تأييد قضاء محكمة النقض في حدود معينة، إذ يرى أن دليل البراءة لا يلحقه البطلان احياناً ولو كان الحصول عليه بطريق غير مشروع، غير أن لا مناص من القول بضرورة اهدار دليل البراءة في احيان اخرى رعاية لمصلحة أولى من مصلحة المتهم، إذ أن نظرية البطلان جزاء فعّال ضد الاعتداء على الحرية الفردية، وفي ضوء الحكمة من تشريع البطلان، ينبغي أن ينظر القاضي إلى الدليل المطروح عليه، فإن كان القضاء ببطلانه يحقق قصد الشارع، وجب القضاء بإبطاله، وأن كان لا يحققه، ما تسنى القول بالبطلان، وعليه فدليل الإدانة إذا كان باطلاً فأن الاستناد إليه يتضمن اعتداء على الحرية الفردية، فإهدار الدليل يتفق وقصد الشارع من تقرير جزاء البطلان. أما دليل البراءة، فهو وأن كان باطلاً فأن الأخذ بهِ يحقق مراد الشارع، ولذا ينبغي الاستناد إليه، وإلا لما كان لنظرية البطلان هدف تبغيه، ولأضحى تقرير البطلان جزاء نظري بحت[2].

وفي مقام الموازنة بين الاتجاهات الثلاثة، فأننا نؤيد الرأي القائل بترجيح الأول على ما دونه، وذلك انطلاقاً من تفسير قاعدة قرينة البراءة والتي من نتائجها أن الشك يفسر لصالح المتهم، فإن من باب أولى أن الشخص الذي توافر في حقه دليل على براءته لا مجرد شك في إدانته، إذ لا يستساغ عقلاً ومنطقاً أن يلتزم القاضي بأن يحكم ببراءة المتهم لمجرد الشك،

---

(1)ينظر: د .رؤوف عبيد، مبادئ الاجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص623.
(2)ينظر: د. سامي حسني الحسيني، النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1972، ص471.

وفي نفس الوقت يحكم بإدانة انسان قد ثبتت براءته بالدليل-وأن كان غير مشروع- إلا أن هذا الشخص لم يرتكب ما اسند إليه من جريمة، والقول بغير ذلك سيؤدي إلى تحمل المجتمع ضررين: الأول عقاب انسان قام الدليل على براءته. والثاني افلات مجرم من العقاب[1].

ثانياً- إن يكون للدليل أصل ثابت في أوراق الدعوى:

لما كانت محكمة الموضوع تمتلك تقديراً مطلقاً على الإثبات المادي للأدلة وما تشير إليه بشأن واقعة الدعوى، ومن ثم فهي تستقل بالاقتناع بالأدلة واستخلاص الصورة الصحيحة لواقعة الدعوى، وأساس هذا المبدأ هو عدم جواز المجادلة فيما استقر في وجدان محكمة الموضوع بالدليل الصحيح المشروع، مع ملاحظة أن نطاق هذه القاعدة يقتصر على الوقائع الموضوعية دون الوقائع الاجرائية فالقاضي عند إصداره للأحكام ليس حراً في تكوين إرادته القضائية، إذ إنه مقيد بتطبيق قواعد القانون واتباع إجراءات التقاضي[2].

وهذه الاجراءات تفرض عليه قواعد ينبغي اتباعها، وإلا تعرض حكمه للبطلان. منها ما نصت عليه المادة(302) من قانون الاجراءات الجنائية المصري:(...لا يجوز له أن يبني حكمه على دليل لم يطرح أمامه في الجلسة...) وكذلك المادة(1/148) من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني بنصها:(لا يجوز للقاضي أن يعتمد الا على البينات التي قدمت اثناء المحاكمة وتناقش بها الخصوم بصورة علنية...).وايضاً المادة(212) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي بنصها:(لا يجوز للمحكمة أن تستند في الدعوى إلى دليل لم يطرح للمناقشة أو لم يشر إليه في الجلسة ولا إلى ورقة قدمها أحد الخصوم دون أن يمكّن باقي الخصوم من الاطلاع عليها، وليس للقاضي أن يحكم في الدعوى بناء على علمه الشخصي).

من خلال استقراء النصوص القانونية المتقدم نراها تشير إلى عدة قواعد قانونية يجب مراعاتها من قبل القاضي أولها: قاعدة الاسناد، بمعنى أن ما استند إليه القاضي في اصدار حكمه لهُ أصل ثابت في اوراق الدعوى، وإلا سنكون أمام الخطأ في الأسناد[3]، أي

---

(1)ينظر: د. هلالي عبد اللاه احمد، نظرية الاثبات، مرجع سابق، ص505-506.

(2)ينظر: د. محمد الزحيلي، الإجراءات الجنائية الشرعية(دراسة مقارنة بين الانظمة والقوانين المعاصرة)، ج1، ط1، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان،2015، ص414.

(3)قد يتداخل مصطلح الخطأ في الاسناد مع مصطلحات ثانية منها الخطأ في مصدر الدليل(كأن يورد الحكم بأن المحكمة استخلصت صورة الواقعة من التحقيقات التي تمت بمعرفة قاضي التحقيق وما اجرته من تحقيق بالجلسة، في حين أن المحكمة لم تسمع الشهود بنفسها وانما تُليت اقوالهم عليها، فهذا خطأ مادي لا يعتد به طالما كان ما تم اسناده إلى الشهود من اقوال ثابتة في التحقيقات التي اجريت في الدعوى، وعليه فأن الخطأ في تحديد مصدر الدليل لا يقدح سلامة الحكم باعتبار أنه لا يضيع أثره طالما كان لهُ أصل صحيح في الأوراق) والخطأ في وصف الدليل(كأن توصف المحكمة بأن ما نسب من اقوال إلى المتهم في محضر التحقيق الابتدائي انه اعتراف، في حين أن ما ورد من اسباب في حكمها يوضح أن المحكمة كانت على بينة من حقيقة الدليل الذي تستند عليه وله اصل في الاوراق، وان ما ذكر مجرد =عدم دقة في التعبير، وعليه فأن الخطأ في وصف الدليل لا يقدح بالحكم ويعيبه، على خلاف الخطأ في الاسناد) لذا ارتأينا التوضيح. ينظر: د. أحمد عوض بلال، قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص50.

أن ما احتواه الحكم مخالفاً لما تضمنته أوراق الدعوى، ويتحقق ذلك إذا استند الحكم إلى واقعة أساسية عدتها محكمة الموضوع صحيحة قائمة وهي لا وجود لها، كما إذا اسند الحكم اعترافاً إلى المتهم لم يصدر عنه، أو اقوالاً إلى شاهد لم يقلها، أو عبارة هامة في تقرير طبي لم ترد به. ولذا فالمعيار في تقدير خطأ الاسناد يكون بالرجوع إلى أوراق الدعوى والتحقيق الذي جرى بمعرفة محكمة الموضوع[1]. وهذا يقودنا إلى القاعدة الثانية التي يجب مراعاتها من قبل القاضي وهي(شفوية الاجراءات).

وما يمكن استنتاجه من ذلك: إن حكم القاضي غير المستند إلى دليل صحيح في أوراق الدعوى، أو إلى دليل موجود ضمنها لكنه لم يطرح للمناقشة وتحري حقيقته على بساط البحث، ما هو إلا حكماً مستند إلى علم القاضي الشخصي، وهو ما مُنع القاضي من الاستناد إليه عند اصدار حكمه.

وخلاصة ما تقدم: إن الخطأ في الضمير القضائي هو كل سلوك مخالف للقانون صادر عن السلطة القضائية عند اصدارها الحكم. وتطرقنا فيما سبق إلى أن جوهر هذا الخطأ هو مخالفة القاضي للقواعد التي اوجبها عليه المشرع عند اصدار حكمه، وعليه فهو خطأ اجرائي، يستتبع بالضرورة جزاء اجرائي مرتد وهو بطلان الحكم.

الفرع الثاني
الغلط في ضمير القاضي الجزائي

ينصرف معنى مفردة "الغلط" في اللغة إلى: غَلِطَ غلطاً في الأمر أي لم يعرف وجه الصواب فيه[2]. وقيل: غلط في الأمر من باب طَرِب، وهو خاص بالمنطق[3]. و(أغلطه) بمعنى غيره، والعرب تقول: غلط في منطقه وغَلِتَ في الحساب[4].

وانطلاقاً مما تقدم، يمكن تصور الغلط القضائي بعدم التطابق بين الحقيقة والتصور الصادر عن القضاء، أي اختلاف الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية، مما يجعله يدين بريئاً أو يبرئ شخصاً مدان، وعليه فأن الغلط لهُ ارتباط بذات الشخص ويتكون لديه بفعل الخلط بين فكرة وأخرى مشابهة لها، أي أن الغلط القضائي يتم تحديده انطلاقاً من تقديرات

(1)ينظر: د. محمد علي سويلم، الإسناد في المواد الجنائية(دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2006، ص150-151.
(2)ينظر: المنجد في اللغة، ط35، دار المشرق، بيروت، لبنان، 1996، ص557، و عبد الحسين محمد علي بقال، المعجم المجمعي، ج5، مؤسسة الطباعة والنشر لجامعة طهران، ايران، دون ذكر لسنة النشر، ص501.
(3)ينظر: سعيد الخوري الشرتوني اللبناني، مرجع سابق، ص881.
(4)ينظر: محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي، مرجع سابق، ص478.

شخصية ذاتيه تدخل ضمن قناعات القاضي الوجدانية، على العكس من الخطأ القضائي، فهو موضوعي مرتبط بالشيء ذاته، إذ إن تقديره معتمد على عدة معايير محددة سلفاً كما هو الشأن في الخطأ الطبي الذي يفترض ضرورة العلم بالأعمال الفنية للمهنة واستعمال أحدث التقنيات من طرف الطبيب المعالج، كحال الخطأ في الضمير القضائي إذ يفترض من القاضي العلم بالقواعد القانونية التي فرضها المشرع لغرض اتباعها عند اصدار الحكم، وعليه فهي مسألة موضوعية موحدة[1]، يجب أن يشترك كل القضاة فيها عند اصدارهم الحكم، وفي حالة مخالفة ذلك سيخضعون لرقابة محكمة التمييز (النقض) لأن جوهر عملها الرقابة على سلامة تطبيق القانون.

اما الغلط القضائي فهو غير موحد، إذ يختلف من قاضٍ إلى آخر، لأنه يتعلق بتكوين قناعات شخصية، ولما كانت تلك القناعات محصلة للنشاط الذهني الذي يقوم بهِ القاضي فأن الفهم الصحيح لحقيقة الواقعة والأدلة القائمة فيها، ولطلبات الخصوم ودفوعهم الجوهرية مفتاح الحكم الصحيح في الدعوى، ولكي يأتي ذلك الفهم متفقاً مع حقيقته يجب عليه اتباع القواعد التي يضعها علم المنطق لضبط هذا النشاط الذهني، وسنتطرق إلى هذه القواعد بشيء من الايجاز فيما يأتي:

أولاً- قاعدة الاستدلال الجدلي:

وهي أولى القواعد المنطقية المستخدمة من قبل القاضي الجزائي، تقوم على أساس دراسة جميع الأدلة المقدمة في الدعوى سواء المؤيدة أو المنفية للتهمة، أي دراستها بشكل حيادي وموضوعي دونما تسرع في إصدار حكمه[2].

ثانياً- قاعدة الاستدلال الاستقرائي:

الاستقراء: (هو كل استدلال تكون النتيجة فيه أكبر من المقدمات التي ساهمت في تكوين ذلك الاستدلال)[3]. فالاستدلال الاستقرائي قاعدة اساسية من قواعد علم المنطق الموضوعي، وهي تطبق في العلوم الانسانية، وخاصة تلك التي تعتمد على المشاهدة، وتقوم هذه القاعدة على الاستنباط من الجزئيات عن طريق تحليلها وصولاً الى الكليات والقواعد العامة[4].

---

(1)ينظر: لمكي رشيد، الخطأ القضائي، رسالة ماجستير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- جامعة محمد الخامس- اكدال، الرباط، الجزائر، 2015، ص16.

(2)ينظر: د. ياسر باسم ذنون السبعاوي، دور الاستدلال المنطقي لفهم الواقع والأدلة في الدعوى المدنية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد(9)، السنة(12)، العدد(33)، سنة 2007، ص115.

(3)ينظر: محمد باقر الصدر، الأسس المنطقية للاستقراء، ط1، مؤسسة العارف للمطبوعات، بيروت، لبنان، 2008، ص5-6.

(4)ينظر: احلام مجلي شحيل الشبلي، الاستدلال في فكر الغزالي المنطقي، رسالة ماجستير، كلية الاداب- جامعة الكوفة، 2000، ص79.

ويمر الاستقراء بثلاثة مراحل: يتم في الأولى منها جمع المعلومات وفحصها مستعيناً بمنهج الملاحظة والتجربة، اما في الثانية بحث سبب الظاهرة أو افتراض الفروض، بمعنى ظن أو تخمين معين لتفسير واقعة ما، أو ايجاد علاقة بين مجموعة وقائع، اما في الثالثة فبحث صحة الفروض للتأكد منها[1].

لذا فأن القاضي لا ينظر إلى الوقائع والأدلة القائمة في الدعوى نظرة شمولية، بل يقوم بتجزئة هذه الوقائع إلى عناصرها المادية والقانونية المختلفة وهو ما يسمى بعملية "التحليل"، إذ يتيح اتباع هذه القاعدة جمع ملاحظات مختلفة عن الوقائع الجزئية التي تسفر عنها الأدلة ومن ثم تصنيفها على نحو تبرز معه صفاتها المشتركة وتمييز العناصر الاساسية من الثانوية فيما عُرض عليه من الوقائع، وعليه تساهم في استيعاب القاضي لكل دليل او واقعة على حدة، ليقف على حقيقته ومدى صدقه، وما إذا كان يرقى إلى أن يكون مصدراً يستقي منه قناعته أم لا[2].

إن اعتماد القاضي على المنهج الاستقرائي في فهم مصادر الاقتناع يشكل درعاً قوياً يمنعه من إطلاق الصدق المبكر على هذه المصادر قبل أن يُوليها تمحيصاً وتدقيقاً ليرى وجه الصواب فيها، فإخلاص القاضي لمهنته يدعوه أن يظل باحثاً عن الحقيقة حتى يصل إليها أنى كانت، ويقيناً أن أمراً كهذا لن يتحقق إلا إذا استطاع القاضي أن يجعل من الدليل كأنه لسان حالٍ يتكلم، وإصبع يشير بأن هذا هو مرتكب الجريمة[3].

ولذا فأن الوظيفة الاساسية للاستقراء في الدعوى الجزائية هي استعماله أداة لفهم الادلة والوقائع، وتتمثل طريقة استعماله باستخلاص اعمامات كلية من جزئيات فردية، وهو ما يتحقق عن طريق التحليل والتركيب، ويراد بالتحليل أن يبدأ القاضي بدراسة جزئية للواقعة والأدلة من أجل الوقوف على حقيقتها، فيجزئها إلى عناصرها المادية والقانونية أولاً، ثم يبحث في الأدلة ليفهم مدى صحتها ومصداقيتها، وبعد ادراكه للواقعة والدليل ينتقل إلى مرحلة التقييم، أي استعمال ملكة الحكم لتقييم الدليل على ضوء ما علمته التجربة والخبرة، ليقرر بعدها ما اذا كان مضمون الدليل والمعنى الذي يحمله يدل على الجريمة

---

(1)ينظر: الطيب السنوسي احمد، الاستقراء وأثره في القواعد الأصولية والفقهية، ط3، دار التدمرية، السعودية، الرياض، 2009، ص84.

(2)ينظر: د. ياسر باسم ذنون السبعاوي، و اجياد ثامر نايف الدليمي، بحوث ودراسات في القانون الخاص، ج(4)، ط1، 2009، ص247-248.

(3)ينظر: د. علي محمود علي حمودة، الأصول المنطقية لفهم الواقع والقانون في الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص16-17.

ومقترفها ام لا. وهذه المرحلة لا يصل إليها القاضي الا من خلال تركيب تلك الجزئيات ليكون رأياً كلياً لاقتناعه والمصدر لبناء مقدمات حكمه[1].

ثالثاً- قاعدة الاستدلال الاستنباطي:

الاستنباط هو:(إخراج الشيء المغيب من شيء آخر كان فيه) فهو عملية فكرية ينتقل فيها الذهن من المجهول إلى المعلوم، أي من الوقائع الجزئية إلى النتيجة النهائية[2]. فبعد أن تكون العناصر الواقعية مع أدلتها التي تثبتها أو تنفيها، قد استقرت في ذهن القاضي طبقاً لقاعدة الاستدلال الاستقرائي، فإن هذا لا يكفي لسلامة اقتناعه، وإنما يلزم أن يعزز تلك الصورة بنتائج صحيحة مستمدة من تلك الوقائع الثابتة في ذهنه تتفق مع طبيعتها ويصح وفق اللزوم العقلي أن تؤدي إليها وهو ما يتحقق بقاعدة الاستدلال الاستنباطي[3].

ولذلك لا يمكن للقاضي أن يلجأ إلى الاستدلال عن الحقيقة من فروض لم يقتنع بصحتها، فالفروض المحتملة أو غير الثابتة لا تصلح أن تكون مصدراً للاستنباط، فهو يستمد اقتناعه بالفروض من الأدلة التي تطرح أمامه في الدعوى، إذ تعمل في اطار نفسي تخاطب ضمير القاضي ووجدانه، فإذا وصل تأثيرها في نفسيته إلى درجة الاقتناع كان بإمكانه البدء باستنباط الحقيقة وفقاً لعملية عقلية يصل من خلالها إلى نتيجة تتفق مع الوقائع التي استقرئها[4].

ولما كانت قاعدة الاستدلال الاستقرائي تعتمد على التحليل كما سبق وأن اوضحنا، فأن قاعدة الاستدلال الاستنباطي تعتمد على عملية التركيب، فهو عملية عقلية يستعين بها المرء للتأكد من صحة النتائج التي انتهى إليها التحليل، لأنه حلل الواقعة المدعاة إلى عناصرها الاساسية ثم أعاد تأليفها من جديد، فأنه سيرى ما اذا كان التأليف بينها مؤدياً إلى نفس المركب الكلي الذي سبق تحليله أم لا، ويتم الاستنباط من خلال التأليف بين مختلف العناصر الواقعية التي تثبت لدى المحكمة لكي تؤدي إلى مركب كلي وهو الواقعة النهائية التي ارتسمت في ذهنها[5].

---

(1)ينظر: علي عبد اليمة جعفر، ذاتية الإثبات الجنائي، اطروحة دكتوراه، كلية القانون- جامعة بغداد، 2017،ص11.
(2)ينظر: مستاري عادل، مرجع سابق، ص79.
(3)ينظر: د. علي محمود علي حمودة، مرجع سابق، ص18.
(4)ينظر: جواد الرهيمي، التكييف القانوني للدعوى الجنائية، ط2، المكتبة القانونية، بغداد، العراق، 2006، ص25-256.
(5)ينظر: د. احمد فتحي سرور، سلطة محكمة النقض في الرقابة لضمان حسن تطبيق القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون ذكر لسنة النشر، ص32-33.

المطلب الثاني
وسائل الرقابة على ضمير القاضي الجزائي

لكي تباشر المحكمة العليا وظيفتها في الرقابة على الضمير القضائي لا بد من وجود وسيلة تقوم من خلالها بمباشرة رقابتها هذه، إذ لم يعطِ لها المشرع هذا الحق لتباشره آنى شاءت، بل من خلال طرق محددة قانوناً تستطيع بموجبها أن تفرض ولايتها في الرقابة وهي:(الطعن في الحكم) و (التدخل التمييزي). وهو ما سيكون محور دراستنا وكما يأتي:

الفرع الأول
الطعن في الحكم

يُعد حق الطعن في الاحكام من الضمانات التي تكفل فاعلية منح المتهم حق الدفاع عن نفسه ضد التهمة الموجه إليه، كونه يهدف إلى تدارك الأخطاء والعيوب التي قد تشوب الحكم الجنائي، وذلك تحقيقاً للعدالة المتوقفة على سلامة تلك الأحكام. فالأخيرة عرضة لأن تنطوي على ادانة خاطئة، وهو ما يؤدي إلى عدم تمتع المتهم بالحق في محاكمة عادلة، لأن المحكمة قد احلت الإدانة الخاطئة محل الأصل وهو البراءة، ولذا من الضروري اصلاح هذا الخطأ من قبل محكمة أعلى درجة، فلا تستقل محكمة واحدة في تقرير مصيره، مما يزيد بذلك اطمئنانه ويقوي قناعته في الحكم الصادر بحقه[1].

ويعرف الطعن في الاحكام الجزائية بأنه:(الرخصة المقررة لأطراف الدعوى لاستظهار عيوب الحكم فيها، والمطالبة لدى القضاء المختص بإلغائه أو تعديله على الوجه الذي يزيل عنه تلك العيوب)[2]. ويعرف بأنهُ:(مكنة مراجعة الحكم القضائي الصادر والتظلم منه، بإحدى طرق الطعن التي يقررها القانون)[3]. وعرفه ثالث بأنه:(مجموعة من الإجراءات التي تستهدف إعادة طرح موضوع الدعوى على القضاء، لتقدير قيمة الحكم في ذاته، وذلك بإلغائه أو تعديله)[4].

---

(1)ينظر: فهد نشمي الخرينج الرشيدي، الحق في محاكمة عادلة في قضاء المحكمة الأوربية لحقوق الانسان والمحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة المنصورة، مصر، 2015، ص50-51.
(2)ينظر: د. فخري عبد الرزاق صلبي الحديثي، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، دار السنهوري، بيروت، لبنان، 2015، ص507. و د. حاتم حسن بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص283.
(3)ينظر: د. عمر السعيد رمضان، أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، الدار المصرية للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 1971، ص199.
(4)ينظر: د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص1091.

وتتفق اغلب التشريعات على أن طرق الطعن في الاحكام اربعة هي: المعارضة أو الاعتراض على الحكم الغيابي كما يصفه مشرعنا العراقي، والاستئناف[1]، والنقض أو التمييز كمصطلح مرادف في التشريع العراقي، واعادة النظر أو اعادة المحاكمة كما آلفناه في التشريع العراقي. ويضيف الأخير طريقاً للطعن هو تصحيح القرار التمييزي. وتصنف التشريعات تلك الطرق إلى صنفين هي: طرق طعن عادية:(الاعتراض على الحكم الغيابي– الاستئناف)، وطرق طعن غير عادية:(التمييز– تصحيح القرار التمييزي-واعادة المحاكمة).

وبناءً على هذا التوجه التشريعي فقد أقام الفقه تفرقة بينهما من حيث الأسباب وسلطة المحكمة وتنفيذ الحكم[2]:

فمن ناحية الأسباب، فالطعن بالطرق العادية غير محددة ولا تتقيد بأسباب حددها القانون. وذلك بخلاف الطعن بالطرق غير العادية التي تكون لأسباب محددة قانوناً على سبيل الحصر.

اما من ناحية سلطة المحكمة على الحكم المطعون فيه، فالطرق العادية لها أثر ناقل للدعوى أمام المحكمة ناظرة الدعوى، بمعنى ان لها صلاحيات معادلة لصلاحيات المحكمة التي اصدرته ابتداءً أي تنظر الحكم المطعون فيه كمحكمة أو درجة، في حين تقتصر سلطة المحكمة في الطرق غير العادية على نظر الدعوى من خلال أسباب الطعن التي حددها القانون فقط.

واخيراً، من ناحية تنفيذ الحكم المطعون فيه، فأن طرق الطعن العادية من شأنها بحسب الأصل أن تحول دون تنفيذ الحكم، بينما لا يحول الطعن بالنقض دون تنفيذ الحكم المطعون فيه.

وأقرب ما قيل من تعريف لموضوع دراستنا هو من عرف الحق في الطعن بأنهُ:(وسيلة علاج قانوني تُمارس عن طريق حكم قضائي جديد من جهة قضائية عادة ما تكون التالية في الدرجة لتلك الجهة التي أصدرت الحكم المطعون فيه)[3].

والسبب في ذلك أن ليس كل طرق الطعن في الاحكام تصلح لممارسة الرقابة على ضمير القاضي الجزائي، فالاعتراض على الحكم الغيابي لا يفي بالغرض كونه يعرض الحكم على ذات المحكمة التي اصدرته ابتداءً، وهو ما لا يحقق الفائدة منه بالنظر إلى طبيعته

---

(1)كان هذا الطريق من طرق الطعن مستخدم في ظل قانون اصول المحاكمات الجزائية البغدادي(الملغي) اما في ظل قانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ رقم(23) لسنة 1971 تم حذف هذا الطريق.

(2)ينظر: د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2014، ص7.

(3)ينظر: د. علي فضل البوعينين، ضمانات المتهم في مرحلة المحاكمة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص486.

النسبية كونه متصل بوجدان الشخص، بناءً على احساسه وادراكه الشخصي لعناصر نشاءته، وعليه فهناك احتمال كبير بأن يكون الحكم مطابقاً لما سبق. وما يعزز وجهة النظر هذه هو الوقت الفاصل ما بين اصدار الحكم والطعن فيه امام ذات المحكمة إذ لا يزيد غالباً عن ثلاثون يوماً، وهي فترة قصيرة نسبياً، إذ قد لا تسمح بتغير وتطور مدركات الانسان اتجاه أمر معين، ومن ثم قد تأتي نتيجة الاعتراض مطابقة. ولذا قلنا بأنه اقرب التعاريف إلى مضمون الموضوع، لأنه يجعل الرقابة تتم من قبل محكمة مغايرة أعلى درجة من المحكمة مصدرة الحكم المطعون بصحته. وهو ما سيكون محور بحثنا في الباب الثاني من هذه الدراسة.

واشترط القانون عند تقديم طلب للطعن في الأحكام الجزائية توافر عدة شروط منها أن يكون الحكم المطعون فيه فاصلاً في موضوع النزاع. والذي يعرف بأنه:(الحكم الذي يؤدي إلى إنهاء الخصومة برمتها من أمام المحكمة التي أصدرته، بأن يكون قد فصل في كل طلبات ودفوع الخصوم بالقبول أو بالرفض، أو يكون فاصلاً في مسألة إجرائية أنهى بالحكم فيها الخصومة أمام المحكمة التي أصدرته)[1] . وبالمقابل فإن الحكم غير الفاصل في موضوع النزاع هو ما لا تنتهي به الخصومة أمام المحكمة التي أصدرته، لصدورها في شق من موضوعها، أو في مسألة موضوعية متفرعة عنه، أو في مسألة إجرائية لا يؤدي الحكم فيها إلى إنهاء الخصومة أمام هذه المحكمة[2] .

فالأصل أنّ الأحكام القضائية التي تصدر في أثناء السير في الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة لا يمكن الطعن بها بصورة مستقلة إلاّ مع الحكم المنهي للخصومة كلها، إنّ مثل هذه الأحكام ليس لها حجية الشيء المحكوم به، لأنّها غير نهائية ولا تفصل في اصل الدعوى إنّما هي تتعلق بدفع أُثير في الدعوى أو بمسألة متفرعة عنها [3]. وأمثلة هذه الأحكام عديدة كالقرارات الاعدادية التي تمهد لحسم الدعوى الجزائية ومنها انتداب الخبراء[4]، أو تكليف الاشخاص بتقديم ما لديهم من مستندات واوراق تفيد في اظهار الحقيقة[5] .

---

(1)ينظر:احمد مسلم، أصول المرافعات التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1969، ص675

(2)ينظر: د. محمود مصطفى يونس، نظرية الطعن المباشر، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص20

(3)ينظر: د. محمد جابر الدوري، الصيغ القانونية بمقتضى أحكام قانون المرافعات، مطبعة الشعب، بغداد، 1990،ص134.

(4)نصت المادة(166) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ على:(للمحكمة أن تعين خبيراً أو أكثر في المسائل التي تحتاج إلى رأي وأن تقدر أجوره بلا مغالاة تتحملها الخزينة).

(5)نصت المادة(163) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ على:(للمحكمة أن تأمر باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق أو تكلف أي شخص بتقديم ما لديه من معلومات أو اوراق أو اشياء، إذ رأت ان ذلك يفيد في كشف الحقيقة...).

والعلة في عدم قابلية هذه الأحكام للطعن بها على وجه الاستقلال قبل الفصل بالدعوى، لأن ذلك يؤدي إلى تأخير في حسم الدعوى اضراراً ونكاية بالمتهم الموقوف[1]، واشغال المحكمة المختصة بنظر الطعون بالنظر في مثل هذه القرارات الذي لا يظهر غالباً مدى صوابها أو مجانبتها للصواب إلاّ بعد حسم الدعوى، لكن يجوز الطعن في مثل هذه القرارات مع الحكم النهائي الذي تصدره المحكمة في الدعوى إذا كان يترتب على إلغاء مثل هذا القرار إلغاء القرار النهائي الحاسم للدعوى، أو يؤثر عليه بوجه من الوجوه[2].

واشترط المشرع لقبول طلب الطعن توافر الصفة والمصلحة. والمراد بالصفة أن يكون طالب الطعن طرفاً في الدعوى التي صدر الحكم المطلوب الطعن فيه، وعليه لا يقبل الطلب ممن لم يكن من اطراف الدعوى بصرف النظر عن مراحلها ولو كان على صلة وثيقة بأحد الخصوم[3]، على ذلك فانه لا يقبل الطلب المقدم من أم أو زوجة المحكوم عليه' إذ يفترض ان يكون الطاعن خصماً في الحكم الصادر من محكمة الموضوع[4].

اما شرط المصلحة الذي يلزم توافره في الطعن فهو أن يكون مقدم الطلب له فائدة في ذلك الطلب، إذ لا يكفي توافر الصفة. وينصرف مفهوم المصلحة إلى: الفائدة المادية أو الأدبية دون المصلحة(الفائدة) النظرية من الطعن. أي ما يحصل عليه المميز من فائدة جراء استصدار حكم من محكمة التمييز في مسألة قانونية معينة اياً كانت قيمة هذه الفائدة[5]، أي ان يكون له مصلحة في تعديل او الغاء الحكم الذي اضر به. وبمفهوم المخالفة فأن المصلحة النظرية البحته لا تكون سبباً لقبول الطعن في الحكم الجنائي[6] وهو ما يُفهم من صياغة المشرع لنص المادة(249/ب) من قانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ والتي جاء فيها:(لا يعتد بالخطأ في الإجراءات إذا لم يكن ضاراً بدفاع

---

(1)ينظر: د. عادل يوسف الشكري، ضمانات حق المتهم في محاكمة عادلة في ضوء المواثيق والصكوك والإعلانات الدولية المعنية بحقوق الانسان(دراسة مقارنة)، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018، ص732.

(2)ينظر: مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية وتطبيقاته العملية، ط 1، بغداد، 2005، ص233.

(3)في هذا السياق قرار محكمة النقض المصرية بأن (المادة (192) من قانون الاجراءات الجنائية قبل تعديلها بالقانون رقم 170 لسنة 1980 اذ اجازت للمجني عليه الطعن امام محكمة النقض في الامر الصادر من غرفة الاتهام بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى لم تنص على اجازة هذا الطعن لورثته في حالة وفاته، ومن ثم فلا ينتقل الحق في الطعن بوفاته لورثته) (نقض 10/فبراير /1953) .اشار إليه د. احمد فتحي سرور، النقض في المواد الجنائية، كتب دار النهضة العربية، القاهرة ، 1997، ص 65 .

(4)ينظر: مجدي الجندي، اصول النقض الجنائي وتسبيب الاحكام، الطبعة الثالثة،2003، ص32 .

(5)ينظر: د. فوزية عبد الستار، شرح قانون الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1977، ص737. و د.عادل يوسف الشكري، مرجع سابق، ص734.

(6)ينظر: د. محمد عبد الحميد مكي، تصدي المحكمة الاستئنافية للفصل في موضوع الدعوى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص133. و د. محمود السيد تحيوي، الطعن في الأحكام القضائية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2007، ص26 .

المتهم) ومن ثم لا يقبل الطعن من المتهم في حكم البراءة لاشتمال الحكم على عبارات لا ترضي الطاعن، أو كون الحكم بالبراءة لم يرجع الحادث إلى وصف قانوني معين[1].

إذ تمثل المصلحة مناط الحق في الدعوى ومناط الحق في الطعن سواء بسواء فلا دعوى بغير مصلحة. وتتميز المصلحة في الطعن عن المصلحة في الالتجاء إلى القضاء بأنها تتحدد بالنظر إلى الحكم المطعون فيه لا بالنظر إلى ادعاء الخصم امام القضاء، فالمصلحة تتحدد في ضوء الفائدة التي تتعلق بصفته التي طلب التدخل بمقتضاها[2].

الفرع الثاني
التدخل التمييزي

قد يحجم اطراف الدعوى عن الطعن في الحكم ولم يكن الاخير مما يستلزم الطعن فيه وجوباً[3] فيحول ذلك دون تدقيقه والوقوف على عيوبه، ولذا فقد حرصت بعض التشريعات على تلافي هذا النقص من خلال منح محكمة التمييز أو النقض سلطة التدخل التمييزي.

ويعرف التدخل التمييزي بأنه: طلب محكمة التمييز للدعوى الجزائية لتدقيق احكام المحاكم الجزائية وقرارات واجراءات محاكم التحقيق من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الادعاء العام أو أي ذي صفة بالدعوى ويكون لمحكمة التمييز في هذه الحالة السلطات التمييزية المقررة قانوناً لممارسة وظيفتها في الرقابة[4].

ويتوافر هذا الحق لمحكمة الطعن في حالة صدور حكم فاصل من محكمة الموضوع، وكان متضمناً لعيوب تخل بصحته، وبخلاف ذلك لا يكون لمحاكم الطعن أن تتخذ أي اجراء إذا كانت محكمة الموضوع لم تفصل فيه، لأن ذلك يعني أن الخصومة لم تنعقد قانوناً، وما يصدر عنها لا يتعدى الحكم

---

(1)ينظر: د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص1098.

(2)ينظر: د. رؤوف عبيد، المشكلات العملية في الاجراءات الجنائية، الجزء الثاني، 1963، ص20. و د. احمد فتحي سرور، النقض في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص88.

(3)نظراً لخطورة الاحكام الصادرة في بعض الجرائم ولتلافي ما قد يحصل فيها من اخطاء لا يمكن اصلاحها اوجد المشرع وسيلة رقابية إلزامية وذلك في المادة(254/أ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ بموجبها الزام محكمة الجنايات في حال أن تصدر حكماً وجاهياً بالإعدام او السجن المؤبد بأن ترسل اضبارة الدعوى الى محكمة التمييز خلال عشرة ايام من تاريخ صدور الحكم بغية النظر فيه تمييزاً بنصها:(إذا اصدرت محكمة الجنايات حكماً وجاهياً بالإعدام او السجن المؤبد، فعليها أن ترسل اضبارة الدعوى الى محكمة التمييز خلال عشرة ايام من تاريخ صدور الحكم للنظر فيه تمييزاً ولو لم يقدم طعن فيه). وكذلك المادة(46) من قانون حالات واجراءات الطعن امام محكمة النقض المصرية بنصها:(مع عدم الاخلال بالأحكام المتقدمة إذا كان الحكم صادراً حضورياً بعقوبة الاعدام يجب على النيابة العامة أن تعرض القضية على محكمة النقض مشفوعة بمذكرة برأيها في الحكم...). وكذلك المادة(2/275) من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني بنصها:(اما احكام الاعدام والاشغال المؤبدة والاعتقال المؤبد فأنها تابعة للتمييز بدون طلب المحكوم عليه...).

(4)ينظر: د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص557.

المنعدم، أو يسقط الحق بالتدخل التمييزي إذا كانت المحكمة قد قضت بعدم الاختصاص أو عدم القبول[1].

والغاية من التدخل التمييزي هو تخويل محاكم الطعن سلطة الرقابة على اعمال القضاة إذا ما ظهر هنالك تقصير في العمل، فهو يعد قيداً على السلطة التقديرية الممنوحة لهم ويخول محكمة الطعن نقض القرارات والاحكام المعيبة كافة إذا ما انقطعت المدة دون أن يتم الطعن فيها، وهو بذلك يوسع من سلطات المحكمة الرقابية[2].

ولقد تضمنت العديد من التشريعات الجنائية الاجرائية نصوصاً قانونية تبيح لمحكمة التمييز(النقض) سلطة التدخل التمييزي منها المشرع المصري في قانون حالات واجراءات الطعن امام محكمة النقض رقم(57) لسنة 1959، إذ سمح للمحكمة أن تتدخل من تلقاء نفسها، وتنقض الحكم إذا كان فيه ما يستوجب النقض، تحقيقاً لمصلحة المتهم وذلك في المادة (35) بنصها:(...ومع ذلك فللمحكمة أن تنقض الحكم لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها إذا تبين لها مما هو ثابت فيه أنه مبني على مخالفة القانون أو على خطأ في تطبيقه أو في تأويله أو أن المحكمة التي اصدرته لم تكن مشكلة وفقاً للقانون ولا ولاية لها بالفصل في الدعوى، أو إذا صدر بعد الحكم المطعون فيه قانون يسري على واقعة الدعوى). وبهذا يكون المشرع قد ادرج وسيلة من شأنها أن تعين محكمة النقض على حسن أداء وظيفتها الرقابية.

وكذلك المشرع الاردني في قانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ رقم(9) لسنة 1961 في المادة(291). إذ اشار إلى حالتين للتدخل التمييزي: الأولى: اذا تلقى رئيس النيابة العامة بعده الجهة المخولة قانوناً بإقامة دعوى الحق العام ومباشرتها امراً خطياً من وزير العدل لكونه تابع لهُ ادارياً بعرض اضبارة الدعوى على محكمة التمييز لتدقيقها. اما الثانية: فلرئيس النيابة العامة من تلقاء نفسه بناء على طلب المحكوم عليه أو المسؤول بالمال في قضايا الجنح فقط.

واشترط المشرع في كلا الحالتين أن يكون الحكم قطعي أو بات اي مستنفذ جميع طرق الطعن. ولم يسبق تدقيقه من قبل محكمة التمييز. وأن يكون الحكم الصادر بعد التدقيق لصالح المحكوم عليه أو المسؤول بالمال وذلك بنصها:(1- اذا تلقى رئيس النيابة العامة امراً خطياً من وزير العدل بعرض اضبارة دعوى على محكمة التمييز لوقوع اجراء فيها مخالف للقانون او لصدور حكم او قرار فيها مخالف للقانون، وكان الحكم او القرار مكتسب الدرجة القطعية ولم يسبق لمحكمة التمييز التدقيق في الاجراء او الحكم او القرار المطعون فيه فعليه ان يقدم الاضبارة الى محكمة التمييز مرفقة بالأمر

(1)ينظر: مدحت الدبيسي، محكمة الجنح المستأنفة، ط1، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، 2007، ص436.
(2)ينظر: حيدر عرس عفن و حسن فالح حسن، التدخل التمييزي في قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم(23) لسنة 1971، بحث منشور في مجلة دراسات البصرة(يصدرها مركز دراسات البصرة والخليج العربي في جامعة البصرة)، السنة(3) العدد(30) لسنة 2018، ص308.

الخطي وان يطلب بالاستناد الى الاسباب الواردة فيه ابطال الاجراء او نقض الحكم او القرار.2- ويحق لرئيس النيابة العامة اذا طلب منه ذلك المحكوم عليه او المسؤول بالمال ان يميز الاحكام والقرارات القطعية الصادرة في القضايا الجنحوية عن محكمة الاستئناف لنفس الاسباب والشروط المبينة في الفقرة السابقة...4- ليس للنقض الصادر عملاً بأحكام الفقرة(1) او الفقرة(2) من هذه المادة أي أثر إلا إذا وقع لصالح المسؤول بالمال او المحكوم عليه).

اما في العراق فأن الأساس القانوني الذي منحت بموجبه محكمة التمييز والمحاكم ذات الصفة التمييزية حقها في التدخل بالدعوى الجزائية المادة(264/أ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم(23) لسنة 1971 بنصها:(أضافة إلى الاحكام المتقدمة يجوز لمحكمة التمييز ان تطلب أي دعوى جزائية لتدقيق ما صدر فيها من احكام وقرارات وتدابير واوامر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من الادعاء العام أو أي ذي علاقة وتكون لها في هذه الحالة السلطات التمييزية المنصوص عليها في هذا الفصل، غير أنه ليس لها ان تقرر اعادة اوراق الدعوى لإدانة المتهم أو تشديد عقوبته الا إذا طلبتها خلال ثلاثين يوماً من تأريخ صدور الحكم).

إن هذا النص يشير إلى سلطة محكمة التمييز الاتحادية في تدقيق الاحكام والقرارات والتدابير إذا ما بنيت على مخالفة للقانون ولم يطعن فيها بطريق التمييز من قبل اطراف الدعوى الجزائية، ولمحكمة التمييز إذا ما قررت رد الطعن شكلاً لتقديمه بعد فوات مدته القانونية أن تتدخل فيه تمييزاً لتصحيح الاخطاء القانونية التي شابته فالتدخل في هذه الحالة ليس طعناً بالأحكام والقرارات وانما طلب لتصحيح خطأ قانوني وهذا الطلب يخضع في قبوله وتصحيح الخطأ فيه أو رفضه لسلطة المحكمة التي تنظر الطلب.

واشترط المشرع لممارسة هذه الصلاحية عدم نظر الحكم تدقيقاً فيما سبق من قبل محكمة التمييز سواء بطريق التمييز الوجوبي أم الجوازي[1] باستثناء ما اشارت إليه المادة (264/ب)بنصها :

(لمحكمة التمييز سلطة التدخل تمييزاً بموجب الفقرة (أ) إذا قررت رد الطعن وفق المادة "258")[2]

وعلى غرار سلطة محكمة التمييز فقد جاءت المادة (265) اصولية بفقراتها (ب/ج/د)[3]

ونصت على منح محكمة الجنايات سلطة التدخل التمييزي في القرارات والاحكام والتدابير الصادرة

---

(1)نصت المادة(264/ج) على:(لا يجوز لمحكمة التمييز أن تمارس سلطتها بموجب هذه المادة في الدعاوى التي سبق أن نظرتها تمييزاً عدا ما نص عليه في الفقرة "ب").

(2)نصت المادة(258/أ) على:(إذا تبين لمحكمة التمييز أن الطعن في حكم او قرار صادر من المحكمة الجزائية لم يقدم في مدته القانونية فتقرر رده شكلاً).

(3)نصت المادة(265) على:(...ب-اضافة الى احكام الفقرة "أ" يجوز لمحكمة الجنايات أن تجلب أية دعوى مما ذكر في الفقرة المذكورة او أي محضر تحقيق في جريمة وفق الاحكام المنصوص عليها في المادة 264. ج- تراعى احكام

من محكمة الجنح في دعاوى المخالفات وفي القرارات الصادرة من قاضي التحقيق في حالة انتهاء المدد القانونية المقررة للطعن التمييزي فيها.

وكذلك فقد منح محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية سلطة التدخل التمييزي في الاحكام والقرارات والتدابير التي تصدرها محاكم الجنح ومحاكم الاحداث في دعاوى الجنح استناداً الى قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم(104) لسنة 1988[1] حيث تكون لمحكمة الاستئناف بصفتها التمييزية ذات الصلاحيات المقررة لمحكمة التمييز. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية بأنه (عند النظر في قرار محكمة جنح الاعظمية وجد ان الطعن مقدم خارج المدة القانونية فقررت رده شكلاً الا ان المحكمة واستناداً للصلاحية المخولة لها بموجب المادة (264/ ب) اصولية ولوجود اسباب تدعو للتدخل التمييزي اخلت بصحته وجعلته موجبه لنقضه حيث ان محكمة الجنح وفي الجلسة الختامية لم تفهم ختام المحاكمة واصدرت قرارها في الدعوى من دون ان تقوم بتفهيمه علناً وفق ما نصت عليه (223/أ)اصولية وكذلك لوجود نقص في البيانات التي اوجبت المادة (224/أ) اصولية عند كتابتها للقرار المميز من حيث وصف الجريمة المسندة وكذلك المادة القانونية والاسباب التي استندت اليها عند اتخاذها للقرار المذكور، وان المحكمة قد اخطأت في تطبيق القانون تطبيقاً سليماً عند اتخاذها القرار بإلغاء التهمة والافراج رغم توافر الادلة الكافية للإدانة وحيث ان المحكمة لم تراعي ذلك في قرارها مما اخل بصحته لذلك قررت التدخل التمييزي ونقض كافة القرارات واعادة القضية الى محكمتها لأجراء المحاكمة مجدداً)[2].

ولقد منح المشرع لمحكمة التمييز والاستئناف والجنايات في حالة تدخلها تمييزاً السلطات المنصوص عليها كافة في المادة(259) اصولية اذا كان تدخلها خلال ثلاثين يوماً من تأريخ صدور الحكم أو القرار، وكذلك بعد مرور هذه المدة الا أنه ليس لها في الحالة الاخيرة أن تطلب من محكمة الموضوع إدانة المتهم الذي برئته أو تشديد عقوبته، إذ اشترط في تدخلها بعد مرور المدة التي حددها المشرع للطعن فيها أن يكون لمصلحة المتهم.

=الفقرة "ج" من المادة 249 في ما لا يجوز الطعن فيه تمييزاً على انفراد من احكام وقرارات محكمة الجنح وقاضي التحقيق. د- يكون لمحكمة الجنايات في الحالات المبينة في هذه المادة السلطات المقررة لمحكمة التمييز بما يتلائم مع هذه الاحكام والقرارات وتكون قراراتها في ذلك باتة).

(1)نصت المادة (1) من قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم(104) لسنة 1988 على:(تختص محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية بالنظر بالطعن في الاحكام والقرارات الصادرة من محاكم الجنح ومحاكم الاحداث في دعاوى الجنح). ونصت المادة(2) من القرار ذاته على:(تكون لمحكمة الاستئناف بصفتها التمييزية عند النظر في الاحكام والقرارات المذكورة في الفقرة اولاً من هذا القرار الصلاحيات المقررة لمحكمة التمييز بموجب قانون اصول المحاكمات الجزائية). القرار منشور في الموقع الالكتروني لقاعدة التشريعات العراقية عبر الرابط الآتي: https://iraqld.hjc.iq/ آخر زيارة 2020/3/15.

(2)ينظر: حكم محكمة التمييز الاتحادية في العراق رقم(146)هيئة جزائية/ الصادر في تاريخ2012/6/20 (غير منشور) .

وتقوم محكمة التمييز بممارسة سلطاتها الرقابية على الاحكام والقرارات الجزائية من خلال طلب يقدم إليها من الادعاء العام[1] أو ذوي العلاقة في الدعوى وهم من حددتهم المادة(249) من قانون اصول المحاكمات الجزائية كل من المتهم والمشتكي والمدعي المدني والمسؤول مدنياً بالمال. ولها بعد تدقيق هذه الاحكام والقرارات ان ترفض التدخل التمييزي إذا لم تكن هنالك اسباب تدعو لهذا التدخل[2].

ولكن في بعض الاحيان قد تشوب الاحكام اخطاء القانونية ولم يتم الطعن فيها أو تقديم طلب التدخل إلى المحكمة سواء من الادعاء العام أو ذوي العلاقة لتصحيحها، لذلك فقد اجاز القانون لمحكمة التمييز والمحاكم ذات الصفة التمييزية أن تطلب أي دعوى للتأكد من قانونية الاحكام والقرارات الصادرة فيها حتى لو لم يقدم إليها طلب بذلك، إذا ما لاحظت من خلال اطلاعها أو بناء على اخبار وجود مخالفة قانونية تستوجب هذا التدخل[3] . بمعنى أن التدخل التمييزي اما ان يكون بشكل تلقائي، أو بناء على طلب وفي كلتا الحالتين يستوجب وجود اسباب ومبررات لهذا التدخل وهو تصحيح الاخطاء التي شابت الاحكام والقرارات والتدابير.

---

(1)بينت المادة(5/ثالثاً) من قانون الادعاء العام رقم(49) لسنة 2017 على حق عضو الادعاء العام بتقديم الطعون والطلبات الى محكمة التمييز او محكمة الجنايات بصفتها التمييزية اوالى محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية حسب الاختصاص، وان حق عضو الادعاء العام بالطعن في الاحكام مقيد خلال مدة زمنية معينة ويحصل في بعض الاحيان مرور هذه المدة ولم يتم الطعن بها على الرغم من وجود بعض الاخطاء القانونية التي شابت الحكم او القرار، لذا فقد نصت المادة(7/اولاً) من قانون الادعاء العام على حق عضو الادعاء العام باتخاذ الاجراءات التي تكفل تلافي خرق القانون او انتهاكه وذلك بالطعن لمصلحة القانون في اي قرار صادر عن اي لجنة او اي حكم صادر من محكمة عدى المحاكم الجزائية وذلك في المادة(7/ثانياً) إذ يستطيع ممارسة وظيفته المحددة بالمادة(7/اولاً) في احكام المحاكم الجزائية من خلال طلب التدخل التمييزي من محكمة التمييز والمحاكم ذات الصفة التمييزية بأن يلفت نظرها الى الخرق القانوني وضرورة اصلاحه.

(2)ينظر: د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص557 .

(3)ينظر: أ. عبد الأمير العكيلي و د. سليم ابراهيم حربة، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية،ج2، دار العربية للقانون، القاهرة، مصر، 2010، ص223 .

الباب الثاني
صور الرقابة على الضمير القضائي

انتهينا فيما تقدم من دراستنا إلى نقطتين: الأولى تمثلت في: إن ضمير القاضي الجزائي شكلاً ذا مضمون، قوامه الالتزام بالقواعد القانونية التي فرضها المشرع في الاثبات الجنائي(الشكل). والفهم الصحيح للوقائع والادلة القائمة في الدعوى(المضمون). اما الثانية فهي: إن الطعن في الحكم والتدخل التمييزي وهما الوسيلتان اللتان يتم من خلالهما الرقابة على ضمير القاضي الجزائي، إذ تقرر مختلف التشريعات عدة طرق للطعن يمكن للمحكوم عليه أن يستعين بها، وهي تمثل مرحلة سابقة على تنفيذ الحكم، فهي ضرورية كونها تتصل بحقوق الأنسان واهمها أصل البراءة، ومبادئ العدل والأنصاف. إذ يتم بواسطة الطعن في الحكم استئنافاً الرقابة على فهم القاضي لوقائع وأدلة الدعوى بمعنى العنصر الواقعي وهو ما يشكل رقابة مباشرة على الضمير القضائي. في حين يتم بواسطة الطعن في الحكم تمييزاً الرقابة على الجانب القانوني وهو ما يشكل رقابة غير مباشرة على الضمير القضائي.

وإذا كان الطعن ينصرف إلى مراجعة الأحكام لتنقيتها من الشوائب التي قد يقع فيها القاضي سواء كان خطأ أو غلط في الضمير القضائي كما اوضحنا فيما تقدم من صفحات دراستنا، فإن من شأن هذه المراجعة تقوية الاحكام وضمان صحتها وسلامتها، وإن لم يكن هناك خطأ قد اعتراها فعلاً، إذ أن أهمية الطعن تبقى قائمة، وذلك عن طريق إرضاء الخصوم وطمأنتهم إلى جدية المحاكم وعدالتها.

وتأسيساً على ما تقدم، فأن محاولة التعرض إلى صور الرقابة على الضمير القضائي يقتضي منا أن نقسم هذا الجزء من الدراسة إلى فصلين تماشياً مع صور الانحراف في الضمير القضائي، والاسلوب الأمثل لكشف واصلاح كل صورة من صور الانحراف وكما يأتي:

الفصل الأول: الرقابة المباشرة على ضمير القاضي الجزائي.

الفصل الثاني: الرقابة غير المباشرة على ضمير القاضي الجزائي.

الفصل الأول

الرقابة المباشرة على ضمير القاضي الجزائي

الاقتناع هو حالة ذهنية تتمثل في استنتاج احتمالات ذات درجة عالية من التأكيد من خلال الوقائع المعروضة للبحث، وبالنظر إلى ذلك فهو لا ينطبق تماماً مع اليقين، لأنه من نتاج الضمير الانساني، الذي يتأثر بمدى بقابلية الفرد واستجابته للدوافع والبواعث المختلفة، إذ لا بد في هذا الصدد أن ندخل في حساباتنا التجارب والعادات والخبرات السابقة والأفكار التي يعتنقها الفرد، والاستعداد الذهني والحالة المزاجية في وقت معين، فالأنسان قد يتخذ موقفاً معين دون وعي منه نتيجة لتأثره بموقف معين، أو قد يرفض دون وعي منه الانصات لأي معلومات لا تتفق مع تجاربه وخبراته السابقة، ولذا فأنه محصلة هذه العملية الذهنية تتسم بصفة النسبية لأن النتائج التي يتوصل إليها تكون لا تكون مطلقة، بل عرضة للتنوع والاختلاف في التقدير من قاض لأخر[1].

وفي ظل سيادة نظام الأدلة الاقناعية في المواد الجنائية، وضرورة التعويل عليه في مراحل الدعوى كافة أمام جميع الجهات القضائية ونظراً للطبيعة المميزة للقضايا الجنائية، فأن القيود المتعلقة بتطبيق مبدأ الاقتناع القضائي بما من شأنه سلوك مساره الصحيح لتحقيق الهدف الذي وجد من أجله، وهو التوصل لمعرفة الحقيقة لا تعد كافية، ما دام يكتسيه صفتا الذاتية(لتعلقه بضمير القاضي)، والنسبية(لاختلافه من قاض لأخر). ولأن التنظيم القضائي ما هو إلا تنظيم بشري، وإن احتمال الخطأ فيه أمر وارد، ولما كانت وسائل القاضي الذاتية قاصرة عن الوصول إلى اليقين المطلق، وهو ما يكفي لوحده في فتح المجال للحديث عن الرقابة التي يجب أن تسلط بصفة أساسية على أحكام القضاة الصادرة من منطلق ضمائرهم.

فالحل ازاء طبيعة الاقتناع(حالة نفسية) وصفته(الذاتية والنسبية) فأن وسيلة رقابته تكون بعرض الدعوى والحكم فيها على هيأة قضائية أخرى، لوضع درجة اليقين التي وصل إليها قضاة أول درجة تحت الاختبار عن طريق فحص وقائع الدعوى من جديد، فإذا ما تطابقت نتيجة الاختبار مع ما انتهى إليه القضاة ناظري الدعوى لأول مرة، تنتفي حينها صفتا الذاتية والنسبية ونكون أمام "اليقين الثابت" وهو ما يجب أن يقتسمه جميع القضاة أو على الأقل اكبر عدد منهم إذا ما عرضت عليهم الوقائع ذاتها[2].

---

(1)ينظر: محمد بك فتحي المستشار، مرجع سابق، ص375-377.
(2)ينظر: د. هلالي عبد اللاه أحمد، الحقيقة، مرجع سابق، ص627.

وللوصول إلى هذا النوع من اليقين فأن أكثر الوسائل صلاحية هو اقرار مبدأ التقاضي على درجتين، إذ ليس من المنطق الاكتفاء بدرجة واحدة للتقاضي، وانما يجب أن تتعدد الضمانات الواجبة ضد فرص الخطأ، وإن تتوافر التنظيمات القادرة على مواجهة هذا الخطأ بالتصحيح. والاستئناف ابلغ وسيلة لذلك.

وتأسيساً على ما تقدم سنخصص دراستنا لبحث صورة الرقابة المباشرة على الضمير القضائي بواسطة نظام التقاضي على درجتين وفقاً للتقسيم الآتي:

المبحث الأول: الإطار النظري للرقابة المباشرة على ضمير القاضي الجزائي.

المبحث الثاني: الإطار التطبيقي للرقابة المباشرة على ضمير القاضي الجزائي.

المبحث الأول

الاطار النظري للرقابة المباشرة على ضمير القاضي الجزائي

إن تحقيق العدالة أحد أهم مظاهر دولة القانون، فالعدل أساس الملك كما قيل، وتحقيق العدالة هو ما سيشعر المتقاضين بالثقة في جهاز القضاء، إذ تُعد من المهام الرئيسة للدولة تحقيق الأمن بمختلف مناحيه، ومن ضمن ذلك تحقيق الأمن القضائي عن طريق السلطة القضائية بمختلف درجاتها.

ويعد مبدأ التقاضي على درجتين إحدى المبادئ الأساسية لنظام القضاء وإحدى أهم الضمانات لتحقيق المحاكمة العادلة، فالشخص حين يرفع دعواه امام القضاء فإن على القاضي أن يفصل في تلك الدعوى من خلال النظر في الوقائع والأدلة المقدمة فيها، وبما أن القاضي معرض للخطأ بحكم طبيعته البشرية سواء في فهم وقائع النزاع أو في تطبيق القانون، لذا اتاح القانون للخصوم فرصة طرح النزاع مجدداً للفصل فيه أمام محكمة أعلى واكثر خبرة، لتصحح الخطأ إن وجد، والطعن بالاستئناف هو الترجمة العملية لهذا المبدأ وهو ما سيكون محور بحثنا في هذا الجزء من الدراسة عبر تقسيمه إلى مطلبين وكما يأتي:

المطلب الأول: مفهوم نظام التقاضي على درجتين.

المطلب الثاني: أساس نظام التقاضي على درجتين

المطلب الأول

مفهوم نظام التقاضي على درجتين

ازدواج درجات التقاضي من المبادئ التي تستهدف حماية الافراد مما عساه أن يقع من خلل في الاحكام القضائية، وذلك بغية الوصول إلى عدالة سليمة لا يشوبها زلل قدر الامكان، فالحكم الجنائي قد ينطوي على إدانة خاطئة أو أن الفعل المجرم الذي جرت المحاكمة بشأنه لم يقع على النحو الوارد في القانون، أو إن المحاكمة قد تمت دون مراعاة لما يتطلبه القانون من ضمانات للمتهم أو الضحية أو لأحد الاطراف، فلم تسمع طلباته أو دفوعه ولم تتح لهُ فرص الدفاع عن النفس والمطالبة بحقوقه، ولذا فأن اعتبارات العدالة تقتضي أن يفتح السبل أمام أطراف الدعوى لإعادة النظر فيها ومراجعة الحكم امام جهة ثانية أعلى منها املاً في تصحيح الخطأ وتدارك وتدارك ما يشوب الحكم من عيب، إذ تنظر

القضية مرتين من طرف قضاة مختلفين ومن محكمة اعلى درجة من الأولى وهو ما يعرف بمبدأ التقاضي على درجتين[1].

وتطبيقاً لما تقدم، سيكون محور دراستنا في فرعين:

الفرع الأول: تعريف نظام التقاضي على درجتين.

الفرع الثاني: متطلبات تطبيق نظام التقاضي على درجتين.

الفرع الأول
تعريف نظام التقاضي على درجتين

عادة ما يتم الربط بين التقاضي على درجتين وحق الاستئناف من منطلق كونهما مترادفان يدلان على المعنى القانوني نفسه، إلا أن الأمر غير ذلك، إذ إن كل تقاضي على درجتين هو استئناف، في حين أن العكس ليس كذلك، أي ليس كل استئناف هو تقاضي على درجتين، فالاستئناف في المسائل الجزائية على نوعين: إما تدرجي عالي I'appelsuperieure أو دائري I'appelcirculaire إذ يرتبط الأول بفكرة التقاضي على درجتين، في حين ينطوي الثاني على فكرة إعادة النظر القضائي في القضية وكأنها تعرض لأول مرة، فلا يستند إلى الحكم الصادر أول مرة قبل نقضه واعادته، اضافة إلى ذلك فأنها تعرض على ذات الجهة التي نظرت القضية لأول مرة[2].

ولقد عرفت منظمة العفو الدولية التقاضي على درجتين بأنه:(حق كل متهم يدان بارتكاب فعل جنائي أن يلجأ إلى محكمة أعلى درجة لمراجعة حكم الادانة الصادر ضده والعقوبة المقررة عليه)[3].

ويعرف جانب من الفقه الجنائي هذا المبدأ بأنه :(إمكانية الفحص المزدوج والمتعاقب لذات الدعوى من ناحيتي الوقائع والقانون امام درجتي قضاء مختلفتين، إذ تعد الثانية على درجة من الأولى، بغية تدارك ما عساه يكون قد شاب قضاء الدرجة الأولى من اخطاء وعليه الحصول على حكم اكثر ما يكون متطابقاً مع الحقيقة)[4]. ويعرف ايضاً بأنه:(إعطاء المجال

---

(1)ينظر: بوصيدة امحمد، ازدواج درجات التقاضي في الجنايات بين المبدأ والاستثناء، بحث منشور في المجلة الاكاديمية للبحث القانوني(تصدرها جامعة عبد الرحمان ميره بجاية- كلية الحقوق والعلوم السياسية في الجزائر)، العدد(1) لسنة 2019، ص221.

(2)GARE THIERRY et GINESTET CATHERINE, Droit penal procedure penal, Imprime par I.M.E, France, 2012, p 393.

(3)ينظر: دليل المحاكمة العادلة، ط2، مطبوعات منظمة العفو الدولية، 2014، ص182.

(4)ينظر: د. جلال ثروت، نظم الاجراءات الجنائية، مطابع السعدني، الاسكندرية، مصر، 2004، ص282.

للمحكوم عليه غير القانع بالحكم البدائي أن يراجع محكمة أخرى أعلى من المحكمة التي خسر دعواه فيها، وذلك يقتضي أن تكون المحكمة الثانية راجحة عن المحكمة الأولى بصحة الحكم، وهذا الرجحان يكون بزيادة العدد وبتفوق الحكام وسعة خبرتهم وتجربتهم)[1].

ومعنى ما تقدم أنه حين يرفع شخص دعوى أمام محكمة أول درجة يجب على هذه المحكمة أن تنظر هذه الدعوى وتفصل في موضوعها بصورة نهائية، وبعد ذلك يطرح موضوع الدعوى من جديد أمام محكمة أعلى درجة، وهي المحكمة الاستئنافية كي تعيد هذه المحكمة النظر في موضوع الدعوى مرة اخرى لتتأكد مما إذا كان الحكم الصادر من أول درجة قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً فتؤيده، أو أنه لم يفصل في موضوع الدعوى بصورة صحيحة، لتقوم بإلغاءه وتصدر حكماً آخر بدلاً عنه[2].

ولمبدأ التقاضي على درجتين وفقاً للمعنى المتقدم وجهان، أحدهما سلبي والآخر ايجابي[3]:

اولاً- الوجه الايجابي للمبدأ: يتمثل في الفحص الجديد من حيث الوقائع والقانون، بمعرفة قضاة أعلى درجة من قضاة الدرجة الأولى، وهذه الأعلوية ينبغي فهمها في نطاق واسع، فهي أولاً اعلوية(عددية) لأن قضاة الدرجة الثانية بصفة عامة يكونون أكثر عدداً من قضاة الدرجة الأولى، وهي ثانياً اعلوية(وظيفية)، لأن قضاة الدرجة الثانية يكونون في السلم الوظيفي أعلى مرتبة من قضاة الدرجة الأولى.

ثانياً- الوجه السلبي للمبدأ: يتمثل في انحسار التقاضي في درجتين فحسب، بمعنى أن جريان المحاكمة يتوقف بعد الدرجة الثانية، فلا استئناف للأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف. وهذا يستلزم أن يكون حكم الدرجة الثانية منهياً للنزاع المطروح عليها مرة واحدة وبالنسبة لجميع المسائل دونما حاجة للعودة مرة ثانية أمام محكمة أول درجة، لذا كانت احكام المحاكم الاستئنافية غير قابلة للاستئناف.

ويقوم مبدأ التقاضي على درجتين على فكرتين هما "الحكم الأسلم" و "الخطأ المحتمل" ويتحقق ذلك نتيجة الفحص المتعاقب لذات الادعاء، فالتحقيقان المتعاقبان لنفس الواقعة والفحص المزدوج لذات الاجراءات والحكمان الصادران واحداً بعد الآخر في نفس الادعاء هما السبب الوحيد الذي يقوم عليه مبدأ التقاضي على درجتين، وذلك لمنع اكتساب

---

(1)ينظر: د. فارس الخوري، أصول المحاكمات الحقوقية، الدار العربية للنشر، عمان، الأردن، 1987، ص536.
(2)ينظر: د. احمد عوض هندي، مبدأ التقاضي على درجتين(حدوده وتطبيقاته في القانون المصري والفرنسي)، مطبعة الاشعاع الفنية، الاسكندرية، مصر، 1992، ص3-4.
(3)ينظر: د. إبراهيم إبراهيم محمد عبد الصمد، مبدأ التقاضي على درجتين في القضاء الجنائي، منشاة المعارف، الاسكندرية، مصر،2015، ص83-84.

الحكم الصادر من أول درجة قوة الأمر المقضي فيه، سواء كان ذلك بإعادة نظر موضوع الحكم، أو الوقوف عند مراقبة سلامته، والتأكد من أنه صدر مطابقاً للقانون، وذلك كضمانة بالغة الفعالية في ادراك عدالة اكثر يقيناً وحكماً أكثر سلامة[1].

الفرع الثاني
متطلبات تطبيق نظام التقاضي على درجتين

تتعدد المحاكم داخل الدولة تعدداً رأسياً وتعدداً أفقياً، ويرجع هذا التعدد إلى أن المحاكم تتألف من طبقات، وأن الطبقة الواحدة تتألف من عدة محاكم، وذلك نتيجة لأتساع إقليم الدولة أو بسبب اختلاف نوع الدعوى جنايات أو جنح أو مخالفات. وتتفق اغلب التشريعات الوضعية الحديثة على تقسيم محاكمها إلى ثلاث طبقات هي: محاكم أول درجة(ابتدائية)، ومحاكم ثاني درجة(استئنافية) ومحكمة نقض واحدة[2].

وما يطرح من تساؤل في هذا الصدد: هل تعدد المحاكم يستتبع حتماً تعدداً مماثلاً في درجات التقاضي؟

وجواباً على ذلك، فأن التعدد الكمي الافقي للمحاكم مهما بلغت لا يشير على تعدد درجات التقاضي، وما يتفرع عن هذا الفهم أن وحدة درجة التقاضي او ثنائيتها او تعددها يتوقف على توافر شرطين:

فالشرط الأول: لتطبيق مبدأ التقاضي على درجتين هو ضرورة الالتزام بالتدرج القضائي لمحاكم الدرجة الأولى والثانية عند عرض النزاع، من ذلك فأن المقصود بدرجة التقاضي الأولى هي وجود محاكم تحتل الدرجة الأولى في ترتيب السلم القضائي، وتكون لها ولاية الفصل في النزاع المراد عرضه على القضاء لأول مرة، أما درجة التقاضي الثانية فيقصد بها وجود محاكم تحتل الطبقة الثانية للأولى وتعلوها، وذلك لتفصل مرة ثانية في ذات النزاع الذي سبق طرحه على محكمة أول درجة بحسب ما إذا كان الطعن في الحكم بشكل كلي أم جزئي، وهو ما يعني ضرورة الالتزام بدرجات السلم القضائي في عرض النزاع[3].

أما **الشرط الثاني**: فهو أن يكون لمحكمة الدرجة الأعلى مكنة الفصل في ذات النزاع من جديد في جوانبه القانونية والواقعية كافة، وهو ما يُعد اعمالاً لحق اللجوء إلى القضاء أو الحق في التقاضي، بوصفه من الحقوق الاساسية للأفراد وهو ما نصت عليه المادة(19/ثالثاً)

---

(1)ينظر: د. محمد زكي ابو عامر، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، مرجع سابق، ص164.
(2)ينظر: فتحي والي، مرجع سابق، ص205.
(3)ينظر: د. حاتم عبد الرحمان منصور الشحات، استئناف احكام الجنايات بين مقتضيات العدالة وصعوبات الواقع(دراسة مقارنة)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص20.

من دستور جمهورية العراق لسنة 2005:(التقاضي حقّ مصون ومكفول للجميع)، ومفاد ذلك هو اتاحة الفرصة لكل من يرغب في النفاذ إلى القضاء للحصول على العدالة، ليس فقط فيما يقتضيه ابتداءً بل وايضاً ما لا يرتضيه من الحكم انتهاءً بصدور حكم من محكمة الموضوع، على اعتبار أن ذلك أحد اهم الحلقات لاستكمال مستلزمات الحق في التقاضي كدعامة اساسية في النظام القضائي[1].

ولتفعيل ما تقدم، نحن بحاجة إلى أن تحتوي الدرجة الثانية من درجات التقاضي على محكمة استئنافية، كونها الوسيلة الفنية التي يتحقق بها مبدأ التقاضي على درجتين، فتتيح للمتقاضين بالتالي إمكانية بحث ودراسة القضية مرة أخرى أي الحق في الاستئناف.

ويعرف الاستئناف[2] كطريق للطعن في الحكم الجزائي بأنه:(وسيلة للتظلم لإعادة نظر الدعوى من جديد أمام محكمة أعلى درجة من تلك التي أصدرت الحكم، بغية إصلاح أو تدارك الاخطاء التي وقعت أمام محكمة الدرجة الأولى)[3]. وفي معنى مقارب عُرف بأنه:(طريق عادي من طرق الطعن في الأحكام الصادرة عن محكمة الدرجة الأولى، من شانه أن يجدد النزاع أمام محكمة أعلى منها توصلاً إلى إلغاء الحكم المطعون فيه أو تعديله، لهذا فالاستئناف يتضمن طعناً حقيقياً على الأحكام، استناداً إلى أن حكم الدرجة الأولى ليس بحق ولا بعدل)[4].

وفي أطار هذه المفاهيم، يمكن تصور قضاء الدرجة الثانية إما كوسيلة لمراقبة حكم قاضي أول درجة، وبهذا ينتهي الحكم الصادر عن محكمة ثاني درجة بتأييد أو عدم تأييد ذلك الحكم، وإما كوسيلة لإعادة نظر نفس القضية بنفس السلطات التي كان يتمتع بها قاضي أول درجة. وقد نشأ التنظيم القانوني للطعن بالاستئناف تأريخياً على مقتضى الأساس الأول، إذ كان لهُ طابعاً رقابياً. فيراقب سلامة القضاء الصادر عن المحكمة الابتدائية أو عدم سلامته من ناحيتي الواقع والقانوني، ومن ثم يعمد إلى اجازته بتأييده وتصديقه إذا كان صحيحاً. وبخلاف ذلك لا يجيزه ويقوم بنقضه واعادته إلى المحكمة التي اصدرته، بمعنى لم يكن في مكنة محكمة الدرجة الثانية إعادة الفصل في النزاع المطروح أمامها، أي أن الاستئناف كان

---

(1)ينظر: د. بن احمد محمد، محكمة الجنايات الاستئنافية ودورها في تحقيق العدالة الجنائية(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، مصر، 2020، ص24.

(2)ينصرف القصد من مفردة "الاستئناف" في اللغة إلى (أَنَف) والجمع أَنَف وأنافٌ، ويقصد بالاستئناف الابتداء، أي استئناف الشيء إبتدأه. ينظر: أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، مرجع سابق، ص14-15.

(3)ينظر: د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص121.

(4)ينظر: د. جلال ثروت، مرجع سابق، ص605.

مجرداً من أثره الساحب(التصدي) وأثره الناقل، فالدور الرقابي البحت هو ما كان يعهد بهِ قديماً لنظام الاستئناف[1] .

ولتتجلى الفكرة بصورة أوضح سنتطرق إلى ايضاح المقصود بكل من الأثر الناقل والساحب بعدهما الادوات الفنية للاستئناف من أجل بلوغ غايته الحقيقية.

أولاً- الأثر الناقل للاستئناف:

لمّا كان مضمون اقتناع القاضي الجزائي بناءً على اطمئنان ضميره لا ترد عليها فكرة الخطأ في القانون، بل في العملية التركيبية السابقة عليه والتي تتخذ صورة الخطأ المنطقي كلما تجافى مع قواعد المنطق أو العدل. ولذا فالاستئناف ينفرد من بين جميع طرق الطعن بإجراء تصحيح لتلك الاخطاء الصادرة عن قضاء أول درجة، فمهمة درجة التقاضي الثانية تبدوا كوسيلة تقويمية، اكثر من كونها وسيلة لنظر القضية، وما ذلك إلا نتيجة منطقية لتطبيق مبدأ التقاضي على درجتين[2] .

إن الاستئناف بعدّه تظلماً من الحكم الصادر في الدعوى، يدعي به المستأنف أن محكمة الدرجة الأولى لم تحسن الفصل في دعواه، ويطلب من المحكمة الاستئنافية أن تمعن النظر في الدعوى لتصلح اخطاء الحكم المستأنف، فهي فرصة اتاحها القانون للمحكوم عليه في المرحلة الأولى ليعاود الدفاع عن حقه بما سبق أن طرحه من أدلة وأوجه دفاع على محكمة أول درجة، وبما قد يتوافر من أدلة جديدة وأوجه دفاع جديدة. فهو يكون ناقلاً، بمعنى أنه بدءً من اللحظة التي يُرفع فيها فإن الاختصاص بالنزاع يُسند إلى قاضي أعلى، وأمام هذا القاضي يعاد عرض النزاع بكل ما يتضمنه من مسائل الواقع والقانون، والتي تجادل حولها الخصوم وصدر فيها حكم من قاضي أول درجة وتم الطعن فيها بالاستئناف، وما يترتب على ذلك إن الاخير يتمثل في نوع من نقل السلطات من أول درجة والتي استنفدت ولايتها، إلى محكمة الدرجة الثانية التي تتمتع بسلطة الفصل في الدعوى[3].

ثانياً- الأثر الساحب للاستئناف (حق التصدي):

عُرف حق التصدي بأنه:(التزام المحكمة الاستئنافية بنظر الموضوع إذا كان الحكم الابتدائي باطلاً في ذاته، أو مبنياً على اجراءات باطلة)[4] . وعُرف ايضاً بأنه:(حق المحكمة

---

(1)ينظر: عبد الحليم محمد عبد الحليم عنانبه، التقاضي على درجة واحدة أمام محكمة الاستئناف(دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، جامعة بيروت العربية- كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016، ص75-76.

(2)ينظر: د. محمد عبد الكريم العبادي، القناعة الوجدانية للقاضي الجزائي ورقابة القضاء عليها، (دراسة تحليلية مقارنة)، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2010، ص221.

(3)ينظر: د. احمد عوض هندي، مرجع سابق، ص196-197.

(4)ينظر: د. احمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الاجراءات الجنائية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة القاهرة، 1959، ص409.

الاستئنافية في أن تقضي من تلقاء نفسها في موضوع الدعوى بعد فسخ الحكم المستأنف، بسبب مخالفة القانون أو لأي سبب آخر دون اعادتها إلى محكمة الدرجة الأولى التي أصدرت ذلك الحكم)[1]. وقيل في تعريفه كذلك بأنه:(الالتزام الواقع على عاتق المحكمة الاستئنافية في أن تفصل في موضوع الدعوى دون أن تعيده إلى القاضي الابتدائي، في الحالات التي يكون فيها الحكم باطلاً بسبب مخالفة أو عدم مراعاة الأشكال المنصوص عليها في القانون والتي يترتب عليها البطلان)[2].

من خلال استقراء المفاهيم التي طرحت لإيضاح حق التصدي المخول للمحكمة الاستئنافية، نستطيع أن نستخلص شرطان من أجل إعمال صلاحيتها لنظر موضوع الدعوى مرة أخرى وهما:

1-استنفاد محكمة أول درجة لولايتها بالفصل في موضوع الدعوى وهو بإصدارها لحكم فاصل فيما عُرض عليها من وقائع.

2-اتسام الحكم الصادر من محكمة أول درجة بشائبة البطلان سواء في ذاته أو في إجراءات الوصول إليه.

وبعد ما تقدم، قد يتبادر إلى الأذهان استفهام مفاده: لماذا تم منح محكمة الدرجة الثانية ولاية الفصل في وقائع الدعوى بعد ممارستها لدورها الرقابي على ضمير القاضي الجزائي بالتدقيق والتمحيص في قناعته، لماذا لم يكتفي بهذا فقط، أي الرقابة على الجانب الواقعي من الحكم، فإذا ما توصلت إلى خطأ القاضي في ذلك تكتفي بنقض الحكم وإعادته إلى محكمة الموضوع لتصحح ما شاب حكمها من بطلان؟

إن اجابة ما تقدم من استفهام مرتبط بالعلة من التصدي في ذاته، إذ أن محكمة الدرجة الأولى قد استنفدت ولايتها بالفصل في موضوع الدعوى، فأصدرت فيه حكماً حاسماً ينهي النزاع المطروح أمامها. فبمجرد النطق بالحكم تخرج الدعوى من حوزة المحكمة، ويصبح الحكم الصادر منها حقاً للخصوم، فلا يجوز للمحكمة العدول عنه أو تعديله. وما ذلك إلا أحد الآثار الناتجة عن تطبيق قاعدة حجية الأمر المقضي فيه، إذ يكون للحكم أثر مانع من إعادة

(1)ينظر: د. محمد علي سالم عياد الحلبي، الوسيط في شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني، ج3، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1996، ص313.

(2)Roger Merle et Andre Vitu, traite de droit criminal, T.11, procedure penale cujas 1979, p.828.

نظر الموضوع مرة أخرى بين نفس الخصوم والوقائع، وأمام المحكمة ذاتها أو محكمة أخرى بدرجة مناضرة[1].

وتقوم حجية الأمر المقضي فيه على أساس قرينة قانونية قاطعة، بافتراض لا يقبل اثبات العكس أن الحكم الصادر في الخصومة عنواناً للحقيقة، وإن الحقيقة القضائية قرينة قاطعة على الحقيقة الواقعية، وتقوم هذه القرينة على اعتبارين: الأول، إن الحكم الفاصل في الخصومة يتعين الوقوف عنده، وعدم إعادة عرض الواقعة على محكمة بنفس الدرجة، منعاً لتأبيد الخصومات القضائية، وإنما يجوز إعادة طرحها بطريقة الطعن العادي أو غير العادي. أما الاعتبار الثاني، فهو بالأثر المترتب على اجازة طرح نفس الموضوع امام محكمتين مختلفتين بذات الدرجة، إذ يؤدي إلى تضارب الاحكام بين الادانة والبراءة، وهو أمر يؤثر على هيبة القضاء ويفقده احترامه في نفوس الافراد[2].

وما يُفهم مما تقدم، إن إعادة نظر الدعوى مرة أخرى تكون بممارسة حق الطعن سواء الطريق العادي أو غير العادي لنظرها مرة اخرى من قبل محكمة بدرجة مغايرة (أعلى) من درجة المحكمة التي اصدرت الحكم فيها لأول مرة، إذ بإصدار الأخيرة لحكمها تكون قد استنفدت ولايتها بالفصل في موضوع الدعوى، ومن ثم يتعين على المحكمة الاستئنافية مباشرة حقها في التصدي، لمراجعة حكم محكمة الدرجة الأولى وإصلاح ما قد وقع فيه من خطأ، لتطبيق القانون بصورة صحيحة.

ويعلل التصدي بالرغبة في الاقتصاد بالوقت والجهد والنفقات، وسرعة البت في الموضوع وحسمه، هذا فضلاً عن المحافظة على مشاعر قضاة محاكم الدرجة الأولى، إذ لا يمكن السيطرة عليها باعتبارهم بشر، حين ينظرون في موضوع الدعوى، إذ قد يشعرون بالحرج الشديد حين يفصلون في الموضوع للمرة الثانية خلافاً لما تم فصله في بادئ الأمر، وربما يخالفون ما انتهى إليه قضاة المحكمة الاستئنافية عند تدقيقهم لحكم محكمة الموضوع. لذا رأى المشرع أنه من الأفضل عدم إعادة الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لتفصل فيها من جديد، حتى لا يطول امد المحاكمة وتتكرر الاجراءات، ويهدر وقت القضاة والخصوم وهو ما يساهم في تحقيق متطلبات العدالة[3].

---

(1)ينظر: د. عبد الحكم فوده، البراءة وعدم العقاب في الدعوى الجنائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2000، ص95.

(2)ينظر: د. عبد الحكم فوده، المرجع نفسه، ص97.

(3)ينظر: د. محمد عبد الحميد مكي، تصدي المحكمة الاستئنافية للفصل في موضوع الدعوى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص34.

وبناءً على ذلك، فأن نظر الدعوى من قبل المحكمة الاستئنافية ذو طبيعة الزامية ولا يمكن للأخيرة أن تنقض الحكم وتعيده إلى محكمة الدرجة الأولى، استناداً إلى قاعدة حجية الأمر المقضي فيه، والتي تعد من الدفوع المتعلقة بالنظام العام، ولذا ينبغي على محكمة الموضوع أن تتصدى لهُ من تلقاء نفسها.

ونخلص مما تقدم، إن الاستئناف ينقل الدعوى إلى المحكمة الاستئنافية لكي تفحص من جديد جميع المسائل الموضوعية والقانونية التي سبق أن فصلت فيها محكمة الدرجة الأولى، وذلك في حدود ما قضت بهِ وتم الطعن فيه.

ولكل من الأثران الناقل والساحب للاستئناف قواسم مشتركة، إذ يتفق في أن كلاهما تُعد من آثار استئناف الأحكام الفاصلة في موضوع الدعوى فقط دون غيرها من الأحكام. كما ويتفقان في أن كلاهما يخولان المحكمة الاستئنافية بأن تأمر بما ترى لزومه من إجراء تحقيقات جديدة لازمة للفصل في موضوع الدعوى بصورة نهائية دون اعادتها إلى محكمة أول درجة. كذلك فأنها ملزمة بهذا الفصل، إذا لا تملك أي سلطة تقديرية في قبول أو عدم قبول النظر في الدعوى، إذ لهُ طابع الزامي، فهم يختصون بقوة القانون في نظر الدعوى والفصل فيها بكل ما تشتمل عليه من عناصر واقعية وقانونية[1].

ومع ذلك فهما يفترقان في عدة نقاط جوهرية ومنها، إن في حالة التصدي يكون الحكم الابتدائي الفاصل في الموضوع باطلاً، أو مبنياً على اجراءات باطلة، وهنا يكون للمحكمة الاستئنافية بعد تصحيح البطلان أن تنظر في موضوع الدعوى وتحكم فيه بقضاء جديد مستوف لشرائط صحته.

اما في حالة الأثر الناقل للاستئناف فيشترط أن يكون الحكم الابتدائي صحيحاً من حيث إجراءات نشوئه، وإجراءات المحاكمة التي استند إليها، وهنا لا جدال في حق المحكمة الاستئنافية نظر موضوع الدعوى بناء على الأثر المباشر للاستئناف، فيكون لها أن تقضي بتأييد الحكم الابتدائي أو الغائه أو تعديله. أي أنه يطرح من جديد جميع المسائل الموضوعية والقانونية التي سبق أن فصلت فيها محكمة أول درجة.

ويفترقان من ناحية النطاق، فمن المقرر أن التصدي يخول المحكمة الاستئنافية حق انتزاع الدعوى من محكمة الدرجة الأولى والحكم في موضوعها، وذلك في حالة ما إذا نظرت محكمة الدرجة الأولى في موضوع الدعوى فأصدرت حكماً بالإدانة أو البراءة ثم استؤنف حكمها وتبين للمحكمة الاستئنافية أنه مشوب بالبطلان سواء في ذاته أو في اجراءات الوصول إليه، ولذا فأنها تصحح البطلان وتفصل في الموضوع.

---

(1)ينظر: د. محمد عبد الحميد مكي، مرجع سابق ، ص65.

بينما نجد في حالة الأثر الناقل للاستئناف، إن المحكمة الاستئنافية لا تختص إلا بما رفع عنه الاستئناف فقط من قضاء محكمة الدرجة الأولى، فلا تتعرض لما يتجاوز ذلك من مسائل، بمعنى أن نطاق سلطة المحكمة الاستئنافية يقتصر على ما تم نقله إليها من موضوع النزاع بواسطة الطعن بالاستئناف[1].

وبعد أن اصبحت المحكمة الاستئنافية مكلفة بإصلاح قضاء أول درجة الذي تجده باطلاً وخالفاً للقانون، ومن ثم استبداله بقضاء آخر جديد، فقد احتاج ذلك إلى أدوات فنية إجرائية لإعماله، بهدف التوصل إلى غايته، ولذا اوجد كلاً من الأثر الناقل والساحب للاستئناف، كما وزود قاضي الاستئناف بسلطات معادلة للسلطات التي يمتلكها قاضي أول درجة، فأضحت بذلك محكمة الدرجة الثانية كمحكمة الدرجة الأولى تنظر في القضية المستأنفة من ناحيتي الواقع والقانون، بل أن إجراءات محكمة الاستئناف كانت هي الاجراءات المعمول بها أمام محكمة أول درجة، مع اجراء ما يلزم من تغيير آخذاً في نظر الاعتبار هذا المستوى من مستويات التقاضي[2].

ويترتب على عدّ الاستئناف تطبيقاً لمبدأ التقاضي على درجتين ما يأتي[3]:

1- لا تقف وظيفة الاستئناف كترجمة لمبدأ التقاضي على درجتين عند مراقبة صحة الحكم المستأنف، بل أنه يرمي إلى طرح الدعوى وإعادة الفصل فيها من جديد، من حيث الوقائع والقانون أمام محكمة الدرجة الثانية، بذات السلطات التي كانت تمتلكها محكمة الدرجة الأولى، إذ لا تقف سلطة المحكمة الاستئنافية عند تأييد أو عدم تأييد ذلك الحكم، بل لها أن تلغيه وتقوم بإصدار حكم جديد. أو قد تقوم بنقض الحكم بصورة جزئية وتصحح أو تعدله لمصلحة الطاعن، إذ ليس بالضرورة أن يكون الحكم الصادر من محكمة الدرجة الثانية أن يلغي حكم الدرجة الأولى، ومن ثم فأن للاستئناف دور في اصلاح الخطأ الذي شاب الحكم الابتدائي، وذلك قبل أن يصبح نهائياً وعنواناً للحقيقة، وعليه الحيلولة دون حيازة الحكم المعيب قوة الأمر المقضي فيه.

2- لا يجوز استئناف الاستئناف بمعنى لا يجوز استئناف الحكم إلا مرة واحدة، فالتقاضي على درجتين فقط، وذلك تحقيقاً لدواعي الاستقرار القانون، ولذا اكتفت التشريعات الإجرائية المقارنة بدرجتين للتقاضي، تحقيقاً لقدر معقول من العدالة في الحكم، فلا يجوز استئناف الحكم الصادر من محكمة الدرجة الثانية، ولا يجوز اللجوء مباشرةً إلى محكمة الدرجة الثانية، فهي لا تنظر إلا قضية سبق نظرها من محكمة أول درجة.

---

(1)ينظر: د. محمد عبد الحميد مكي ، مرجع سابق ، ص68-69.
(2)ينظر: عبد الحليم محمد عبد الحليم عنانبه، مرجع سابق، ص77.
(3)ينظر: د. إبراهيم إبراهيم محمد عبد الصمد، مرجع سابق، ص88 و ص91.

المطلب الثاني
أساس نظام التقاضي على درجتين

يجب أن يكفل النظام القضائي في كل بلد للخصوم وسائل للتظلم من الأحكام ، توصلاً لإصلاح ما تضمنته من اخطاء، قبل أن تصبح عنواناً للحقيقة، ومانعة من أعادة طرح النزاع أمام القضاء. فقد يحيد القضاة عن جادة الصواب ، تحيزاً منهم ، أو لقلة العناية بتمحيص الوقائع ، أو لقلة الإلمام بقواعد القانون، وكيفية تطبيقها، ومن الخطر ترك الخصوم يتحملون نتائج هذا كله، بغير أن يفتح أمامهم الطريق ، للوصول إلى حماية أنفسهم من هذا الخطر ، ومقتضى هذا النظام إتاحة الفرصة في أعادة طرح النزاع بعد الحكم فيه مرة أخرى أمام محكمة أعلى درجة لتفصل فيه من جديد[1] .

وتأسيساً على ما تقدم فأن لإقرار نظام التقاضي على درجتين أساسين: احدهما فلسفي والآخر قانوني سنوضحهما فيما يأتي:

الفرع الأول
الأساس الفلسفي لنظام التقاضي على درجتين

يوجب المنطق الذي يتسق والعدالة أن يجعل سبيل الوصول إلى الحكم النهائي في الدعوى عن طريق يطمئن معه إلى صحة ما قضت بهِ، ومن بين الوسائل التي تحقق هذا الغرض فتح باب التظلم من الحكم الصادر في الدعوى، لطرح الموضوع من جديد على هيئة لها من تشكيلها وخبرتها ما يزيد الاطمئنان إلى كلمة القضاء، وتلك هي حكمة اباحة الطعن بطريق الاستئناف[2].

بيد أن فتح باب الطعن بهذه الوسيلة كان مثاراً لجدل فقهي بين مؤيد ومعارض لهُ، إذ هل من الأفضل للسياسة الجنائية الاجرائية في دولة ما أن تتولى المحاكمة درجة واحدة من درجات القضاء، تفصل في موضوع الدعوى، ويكون حكمها نهائياً، أم أن الأدنى إلى تحقيق العدالة، إن يطرح الموضوع ثانية أمام درجة قضائية أخرى أعلى من الدرجة الأولى؟

ولذا تنوعت الانظمة القانونية بين نظم لم تتبناه بشكل مطلق كالعراق مثلاً في ظل قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم(23) لسنة 1971 النافذ والمعدل. وبين من تبناه بشكل

---

(1)ينظر: د. أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على موضوع الدعوى في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون ذكر لسنة النشر، ص64.

(2)ينظر: محمد بجاق، مبدأ التقاضي على درجتين ودوره في تحقيق الأمن القضائي، بحث منشور في مجلة مخبر الدراسات الفقهية والقضائية(تصدرها جامعة الوادي- الجزائر) العدد(4) لسنة2017، ص74-75.

جزئي إذ اقتصر على الجنايات فقط كمصر في ظل دستور 2014 النافذ. وقانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني رقم(9) لسنة 1961.

فالاتجاه المؤيد لقاعدة عدم جواز استئناف الأحكام، يؤسس موقفه الرافض لهذا المبدأ على أن التقاضي على درجتين يؤدي إلى زيادة نفقات التقاضي والبطء في الإجراءات وإطالة أمد الخصومة وما يترتب على ذلك من إرهاق للخصوم[1] ، وبالتالي تعطيل سير العدالة، لأن الاستئناف يؤخر صدور الحكم النهائي، ويفتح الباب على مصراعيه للمماطلة والتحايل من جانب المحكوم عليه، وهذا من شأنه أن ينال من فكرة الزجر التي تتصف بها العقوبة. والافراد غالباً ما يفضلون أن يروا تطبيق القانون على المجرم بأنزال العقاب الذي يستحقه في أسرع وقت ممكن[2].

ويرد على هذه الانتقاد ، إن التقاضي على درجتين ، وإن كان يطيل أمد النزاع فأن حسن سير العدالة يقتضيه، ذلك أنه لا يتصور أن يحرم المتقاضين من فرصة تصحيح أخطاء قاضي الدرجة الأولى فقط لأن اجراءات التقاضي ستطول[3]. اضافة إلى أن سرعة الإدانة، ليست بذاتها هدفاً في القانون الجنائي، إذ ينبغي أن تُفهم على أن المقصود بها سرعة تحقيق الهدف أي الوصول إلى الحقيقة وتلافي الأخطاء، ولذا فأن القضاء العادل البطيء، خير من القضاء السريع المعرض للخطأ، كما أن بطء الاجراءات ذاتها لا تعود إلى تعدد درجات التقاضي بدرجة اساسية، بقدر ما ينبع من طول الاجراءات ذاتها وعنت الخصوم في بعض الاحيان وقصور اعوان القضاء وادواته في احيان أخرى[4].

وقيل في نقد هذا النظام، إذا كان هدف الاستئناف هو إصلاح ذلك الخطأ الذي قد وقعت فيه محكمة الدرجة الأولى، فأن هذا الخطأ قد تقع فيه أو في غيره محكمة الدرجة الثانية، وعلى فرض أن الحكم الذي سيصدر من محكمة الدرجة الثانية سيكون أفضل من محكمة الدرجة الأولى ، فلماذا لا يسمح للمتقاضين بالاتجاه مباشرة إلى محاكم الدرجة الثانية ، ولماذا نلزمهم بتضييع وقتهم وأموالهم أمام محاكم الدرجة الأولى[5]. ويضيف ايضاً ولو

---

(1)ينظر: د. عباس زبون العبودي ،شرح أحكام المرافعات المدنية ، طبع جامعة الموصل ، 2000، ص 49 .
(2)ينظر: د. مصطفى القللي، طرق الطعن في الاحكام في مشروع الاجراءات الجنائية، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد(يصدرها اساتذة كلية الحقوق- جامعة القاهرة)، العدد(1) السنة(16)، 1946، ص13.
(3)ينظر: د. مفلح عواد القضاة ، مرجع سابق، ص 51.
(4)ينظر: د. محمد زكي ابو عامر، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، مرجع سابق، ص168.
(5)ينظر: د. عبد المنعم الشرقاوي ، شرح أحكام المرافعات المدنية والتجارية ، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة ، مصر، 1950، ص 119.

صحت الاعتبارات التي يقوم عليها نظام التقاضي على درجتين، فلماذا لا ينظم المشرع للمتقاضين درجة ثالثة أو رابعة للتقاضي للوصول إلى حكم أكثر عدالة[1].

ويرد على ما تقدم من انتقاد بأن هذا المبدأ لا يضمن صدور أحكام من الدرجة الثانية أفضل من أحكام الدرجة الأولى، قول لا يستند إلى منطق سليم، إذ لا مراء في أن محكمة الدرجة الثانية عادة ما تكون أقدر من الدرجة الأولى، نظراً لتكوينها من قضاة أكثر عدداً وأعمق خبرة، وأعلى مركزاً في التدرج القضائي، وما يترتب على ذلك أن احتمالات خطئها أقل من احتمالات خطأ محكمة أول درجة[2]. وعلى فرض خطئهم فالمشرع أتاح للخصوم وسيلة تجنب هذا الخطأ بسلوك طريق الطعن بالتمييز إذا توفرت حالاته[3].

وأما القول بالتجاء المتقاضي مباشرة إلى محاكم الدرجة الثانية ، فهو قول تعوزه الدقة، ذلك إن قيمة وفائدة أحكام محاكم الدرجة الثانية لا تأتي فقط من وصفها صادرة من محاكم أعلى درجة، وإنما أيضاً من كونها تصدر في خصومة سبق مناقشتها ودراستها وبحثها أمام محاكم أول درجة، أي أن مصدر قوة أحكام محاكم الدرجة الثانية تأتي بعد دراستين للقضية[4]. فضلاً عن أن بحث القضية أمام محكمة الدرجة الأولى تفيد قضاة محكمة الدرجة الثانية وتيسر لهم مهمتهم، هذا بالإضافة إلى أن بحث الدعوى أمام محكمتين من درجتين مختلفتين يقلل فرصة الوقوع في الخطأ ويمنح المتقاضين ضمانة تحقيق العدالة[5].

وأما عن عدم وجود درجة ثالثة أو رابعة للتقاضي طالما كان للتعدد هذه الميزة، فأنه إذا كان يؤخذ على مبدأ التقاضي على درجتين أنه يؤدي إلى اطالة أمد النزاع فأن هذا القول من شأنه تأبيد المنازعات[6]. ولذا فهو من قبيل الاغراق في الجدل، إذ لا يسوغ للوقاية من الخطأ الإفراط في التحوط إلى ما لا نهاية[7].

وبعد ما تقدم من عرض لأهم الانتقادات التي اصابت نظام التقاضي على درجتين فأنها لم تثني التشريعات الحديثة على تبنيه، إذ استقرت انظمتها القانونية على مبدأ التقاضي

---

(1)ينظر: د. مفلح عواد القضاة ،مرجع سابق ، ص 51 .
(2)ينظر: د. ابراهيم ابراهيم محمد عبد الصمد، مرجع سابق، ص206.
(3)ينظر: د. مفلح عواد القضاة ،مرجع سابق ، ص 51 .
(4)ينظر: د. أحمد السيد صاوي ، نطاق رقابة محكمة النقض على موضوع الدعوى، مرجع سابق، ص 63 .
(5)ينظر: د. محمد زكي ابو عامر، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، مرجع سابق، ص164.
(6)ينظر: د. عبد المنعم الشرقاوي ، المصدر السابق ، ص 120
(7)ينظر: د. ابراهيم ابراهيم محمد عبد الصمد، مرجع سابق، ص209.

على درجتين بعدّه ضرورة لتحقيق العدالة، فهو يدعمها ويؤكدها من خلال أعادة النظر في الأحكام[1].

إذ يمكّن المتقاضين من تصحيح الأحكام التي تصدرها محاكم الدرجة الأولى وتخطأ فيها بحسب جهل قضاتها أو تقصيرهم. فالقضاة بشر وهم غير معصومين من الخطأ ، مهما حسن اختيارهم ، وتعددت ضماناتهم فلن يخلو الأمر من صدور أحكام يجانبها الصواب ، وقد تأتي هذه الأحكام المعيبة نتيجة قصور في البحث، أو غموض للحقيقة لم تتهيأ الفرصة كاملة لاستجلائها، أو ميل وهوى لم تعف عنه نفس من أصدر الحكم ، فهذه كلها فروض جائزة ومتوقعة ، وإذا ما تحققت فعلاً وانعدمت وسيلة علاجها لم يكن للمتقاضين من العدالة إلا اسمها وضاعت الغاية من القضاء برمته ، لذلك كان لابد من إتاحة الفرصة أمام الخصوم لإعادة طرح النزاع أمام محكمة أعلى تضم خبرة أرقى وعدداً أوفر من القضاة، تستطيع معاودة بحث الخصومة من كل جوانبها، وتحقيق ما ينعيه الطاعن إلى الحكم من عيوب لكي تقيم قضاءها في النهاية نتيجة هذا البحث المتعاقب والمستفيض إلى تأييد الحكم الابتدائي إذا ما تأكدت سلامته، أو الغاء أو تعديل له إذ ثبتت سلامة ما نسب إليه من عيوب[2]. ولذا فأنه يوفق بين فكرة العدالة ومبدأ الاستقرار القانوني الذي يقضي بأن تستقر الأمور نهائياً بما هي وفقاً للحكم[3].

فضلاً عن ذلك أن هذا النظام يتيح الفرصة الكافية للخصم الذي خسر الدعوى لأعداد أدلته والدفاع عن حقه من أجل تحقيق العدالة القضائية بين الخصوم[4] . وكذلك فأن المحكمة التي تصدر حكمها وهي تعلم أنه يمكن أن يعاد النظر فيه بمناقشة حيثياته ومنطوقة تكون أكثر عناية بدراسة الموضوع، وأكثر أناة في إصدار الحكم الفاصل فيه، وأدق في تحرير أسبابه[5].

الفرع الثاني
الاساس القانوني لنظام التقاضي على درجتين

إن نظر القضية الواحدة أمام محكمتين فكرة قديمة تمتد جذورها إلى القانون الروماني، إذ عرف الأخير مبدأ التدرج القضائي، وكان ذلك وسيلة لاستئثار الامبراطور بممارسة السلطات التي كانت للشعب من قبل تفويض الإمبراطور في مزاولتها، وكان القضاة يحلون محله في ممارستها تحت إشرافه، فقام التدرج وبدأ القضاء يأخذ شكلاً منظماً،

(1)ينظر: د. أحمد عوض هندي ، مرجع سابق، ص 3.
(2)ينظر: د. خالد سليمان شبكة، كفالة حق التقاضي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص35.
(3)ينظر: د. محمد عبد الخالق عمر ، النظام القضائي المدني ، الجزء الأول ، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، 1976، ص 47.
(4)ينظر: د. عباس العبودي ، مرجع سابق، ص 48.
(5)ينظر: د. عبد المنعم الشرقاوي ، مرجع سابق، ص 119.

ومع ذلك فلم يكن هذا المبدأ في النظام الفرنسي القديم يشكل ضمانة للمتهم ضد الاخطاء المحتمل وقوعها من قضاة الدرجة الأولى، إذ كانت الغاية منه جمع السلطات القضائية المتفرقة في المقاطعة الواحدة، إلى مركز يضمها ثم اخضاعها للقضاء الملكي. وبقيام الثورة الفرنسية سنة 1789 تقرر التقاضي على درجتين فقط، وهو المبدأ الذي تأخذ به اغلبية التشريعات الحديثة[1].

ويُعد مبدأ إعادة فحص الأحكام القضائية من حيث الموضوع أمام محكمة اعلى درجة، أو بعبارة اخرى كفالة حق الطعن هو ضرورة أساسية تطلبتها غالبية المواثيق والاتفاقيات والعهود الدولية المعنية بحقوق الانسان[2]، ولا سيما في مجال الأحكام الجنائية ذات الخطورة على الحريات والحقوق الفردية، فقد تأكد هذا المبدأ في العديد من المواثيق الدولية والاقليمية بوصفه أحد الضمانات الهامة لحقوق الانسان في الإجراءات الجنائية، بل وأحد وسائل الرقابة على مشروعية عدالة المحاكمة.

فعلى الصعيد الدولي نجد أن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1966، قد حرص على تكريس حق المحكوم عليه جنائياً في درجة ثانية للتقاضي وذلك في المادة(14) الفقرة(5) بنصها: (لكل شخص أدين بجريمة حق اللجوء وفقاً للقانون إلى محكمة أعلى، كيما تعيد النظر في قرار إدانته وفي العقاب الذي حكم به عليه). وما يستشف من ذلك هو الاعتراف الدولي الصريح بمبدأ التقاضي على درجتين في الاحكام كافة بغض النظر عن مدى خطورتها، وذلك بعدّه ضمانة اساسية من ضمانات حقوق الأنسان.

والأصل أن المواثيق والاتفاقات الدولية بعد التصديق عليه من قبل الدول الراغبة في الانضمام إليه يصبح ملزماً لها وذلك ما نصت عليه المادة(1/2) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بنصها:(تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد باحترام الحقوق المعترف بها فيه، وبكفالة هذه الحقوق لجميع الافراد الموجودين في اقليمها...). ولضمان تنفيذ هذا الالتزام الدولي فقد نص المشرع في المادة(2/2) على:(تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد، إذا كانت تدابيرها التشريعية أو غير التشريعية القائمة لا تكفل فعلا إعمال الحقوق المعترف بها في هذا العهد بأن تتخذ طبقاً لإجراءاتها الدستورية ولأحكام هذا العهد ما يكون ضرورياً لهذا الاعمال من تدابير تشريعية أو غير تشريعية).

---

(1)ينظر: د. احمد عوض هندي، مرجع سابق، ص8.

(2)ومثالها الاتفاقية الاوربية لحقوق الانسان لعام 1950. والاتفاقية الامريكية لحقوق الانسان لعام 1969. والميثاق الافريقي لحقوق الانسان لعام 1981. والميثاق العربي لحقوق الانسان لعام 1994.

ومن ثم فقد اصبح مبدأ التقاضي على درجتين وجوبي ولا يجوز للمشرع مخالفة هذا الالتزام الدولي الصريح إلا بالانسحاب من المعاهدة أو في حالة وجود تحفظ صريح من جانب الدولة الطرف على ذلك النص.

ولقد صادقت اغلبية دول العالم على هذه المعاهدة ومنها مصر سنة 1982، والاردن سنة 1975، والعراق سنة 1971. وبناءً على ذلك اصبح جزءً لا يتجزأ من النظام القانوني الداخلي لها وملزم للكافة.

أولاً- التشريع المقارن

تلبية لدعوة المجتمع الدولي فقد تبنى المشرع المصري مبدأ التقاضي على درجتين لأول مرة في دستور 2012 وذلك في المادة(77) بنصها:(...وينظم القانون استئناف الاحكام الصادرة في جنحة أو جناية...)، ولذا فقد احسن صنعاً بالنص على هذه الضمانة الدستورية في الجنح والجنايات على حدٍ سواء، في حين أن دستورها لعام 2014 قد حجب هذه الضمانة في الجنح وقصرها على الجنايات فقط ، وهو ما نص عليه في المادة(96) منه:(...وينظم القانون استئناف الاحكام الصادرة في الجنايات...). ولقد اورد المشرع في المادة(240) من الدستور ذاته نصاً يوضح سريان استئناف أحكام الجنايات وذلك بنصها:(تكفل الدولة توفير الامكانيات المادية والبشرية المتعلقة باستئناف الاحكام الصادرة في الجنايات، وذلك خلال عشر سنوات من تاريخ العمل بهذا الدستور، وينظم القانون ذلك). ويبدو أن قصد المشرع الدستوري من ذلك بعيداً عن الاعتبارات القانونية البحتة، وذلك بإتاحة الفرصة أمام الدولة ممثلة في وزارة العدل، حتى تتمكن من تخصيص ميزانية كافية قبل التنظيم التشريعي لاستئناف احكام الجنايات، من أجل أن تؤتي النتائج المأمولة منها[1].

وتنفيذاً لهذا الالتزام فقد اباح المشرع الاجرائي المصري في قانون الاجراءات الجنائية المصري النافذ رقم(150) لسنة 1950 الحق في استئناف الاحكام، ولكن ليس بصورة مطلقة بل قصرها على الاحكام الصادرة في الجنح والمخالفات فقط دون الجنايات وكما موضح في المواد(402-419). فقد نصت المادة(402) منه على:(لكل من المتهم والنيابة العامة أن يستأنف الاحكام الصادرة في الدعوى الجنائية من المحكمة الجزائية في مواد الجنح... أما الاحكام الصادرة منها في مواد المخالفات فيجوز استئنافها من المتهم إذا حكم عليه بغير الغرامة والمصاريف. ومن النيابة العامة إذا طلبت الحكم بغير الغرامة والمصاريف وحكم ببراءة المتهم او لم يحكم بما طلبته...) اما الاحكام الصادرة في الجنايات فلا يجوز استئنافها. ولكن بصدور دستور 2012 فأنه اعطى الحق بالاستئناف لأحكام

(1)ينظر: د. إبراهيم إبراهيم محمد عبد الصمد، مرجع سابق، ص128.

الجنايات والجنح والمخالفات دون استثناء تماشياً مع ما دعت إليه المواثيق الدولية، ولكن بصدور دستور 2014 فقد خص الاستئناف بالأحكام الصادرة من محكمة الجنايات فقط، وهو ما يشكل عدة تناقضات في توجه المشرع المصري حول نطاق تطبيق مبدأ التقاضي على درجتين.

اما بالنسبة للتشريع الأردني فلقد تبنى المشرع نظام التقاضي على درجتين في المنظومة القضائية الجنائية في الجنايات والجنح على حد سواء، وذلك بالنص عليه في قانون الإجراءات الجنائية النافذ رقم(9) لسنة 1961 في المادة(256) بنصها:(تقبل الطعن بطريق الاستئناف: 1- الاحكام الصادرة من اية محكمة بدائية بصفتها الجنائية او البدائية...).

ثانياً- التشريع العراقي:

منذ ولادة قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ رقم(23) لسنة 1971 فأنه جاء متجرداً من نظام التقاضي على درجتين، وهو ما يدعونا إلى التساؤل عن موقف القانون الجنائي العراقي منه، وهو ما يدفعنا للتعرض إلى ماضيه البعيد والقريب بخصوص هذا النظام لعلنا نتلمس أثراً لهُ.

وبالرجوع إلى النظام القضائي الجنائي في العراق القديم، نجد أن رجال الدين في سومر هم القضاة، وكان أي نزاع قبل عرضه عليهم، يعرض على محكّم عام واجبه تسويته بطريقة ودية قبل عرضه على القضاء[1].

اما في عهد حمورابي تم انتزاع وظيفة القضاء من الكهنة، وكان قصد حمورابي من ذلك هو حصر الوظيفة بالقضاة الذين يعينهم هو فقط، لضمان تطبيق قوانينه بشكل فعال، وهكذا أصبحت المحاكم في عهد حمورابي يديرها قضاة محترفون يعينهم الملك، وكانت المحاكم آنذاك مكونة من ثلاث درجات: فمحاكم الدرجة الأولى، كان يجلس قضاتها منفردين أو مجتمعين، ويصل عددهم في بعض الجلسات إلى أربعة أو ستة قضاة. اما محاكم الدرجة الثانية أو ما يعرف بمحاكم المقاطعات، فكان يأمر بانعقادها ويترأسها حكام المقاطعات وقد شبهها البعض بمحاكم الاستئناف الحالية. اما محاكم الدرجة الثالثة او ما تعرف بالمحاكم الملكية، وهي اعلى المحاكم الموجودة في التشكيلات القضائية، وكان يدعو الملك قضاة بابل لتشكيلها، وكانت تعقد للنظر في دعاوى انكار العدالة[2].

وبعد احتلال العراق من قبل الدولة العثمانية عام (1534) تم تطبيق قانون اصول المحاكمات الجزائية العثماني، وكانت محاكم الجزاء العثمانية على درجتين هما: محكمة

(1)ينظر: د. فؤاد عبد المنعم، حكم الاسلام في القضاء الشعبي، شركة الاسكندرية للطباعة والنشر، الاسكندرية، مصر، 1973 ، ص17.

(2)ينظر: د. هاشم الحافظ، تاريخ القانون، ط2، مطبعة العاني، بغداد، العراق، 1967، ص143.

البداءة ومحكمة الاستئناف، وتعلوهما محكمة التمييز في الاستانة وكانت دعاوى الجنح والمخالفات تنظر على درجتين أي بداءة واستئناف، أما دعاوى الجنايات فكانت غير قابلة للاستئناف، بل كانت تنظر تمييزاً فقط[1].

وبعد احتلال بغداد من قبل بريطانيا في (1917/3/7) غادرها القضاة مع بقية موظفي الحكومة العثمانية، فتقرر ايقاف العمل بقانون اصول المحاكمات الجزائية العثماني[2]. وبعد استقرار الاوضاع نسبياً تم تشريع قانون اصول المحاكمات الجزائية البغدادي وبدأ تطبيقه في تأريخ (1919/1/1) وقد جاء هذا القانون بتأسيس جديد للمحاكم، وكان مصدره في ذلك قانون تحقيق الجنايات السوداني، والقانون الهندي، وقانون اصول المحاكمات الجزائية العثماني الذي شرع على الأسس العامة لقانون الاجراءات الجنائية الفرنسي[3].

فكانت المحاكم مقسمة إلى اربعة اقسام هي: محاكم الدرجة الأولى، فكان لها حق النظر في الجنح وبعض الجنايات. اما محاكم الدرجة الثانية، فكانت تنظر قضايا الجنح، في حين أن محاكم الدرجة الثالثة كانت تتولى حسم دعاوى المخالفات، وآخر نوع من المحاكم في اطار هذا التقسيم الرباعي المتبنى من قبل قانون اصول المحاكمات البغدادي هي محاكم الجزاء الكبرى، إذ كان لها صلاحية الفصل في الجنايات الهامة[4].

بالنسبة لمبدأ التقاضي على درجتين في قانون اصول المحاكمات الجزائية البغدادي، فأن الاحكام الخاضعة للاستئناف هي طبقاً لنص المادة(1/225) من قانون اصول المحاكمات الجزائية البغدادي لسنة 1919:(إن الاحكام الصادرة في دعاوى الجنح من محاكم الدرجة الأولى أو الثانية أو الثالثة، او محاكم مؤلفة من عدة حكام مما لها صلاحية حكام الدرجة الأولى أو الثانية أو الثالثة، تستأنف أمام المحكمة الكبرى لمركز اللواء الذي جلس فيه ذلك الحاكم أو تلك المحكمة، أو أمام غيرها من المحاكم الكبرى حسبما يأمر به وزير العدلية بأمر خاص أو عام)[5] . والقصد من الحكم هنا هو الحكم الصادر بالبراءة أو الإدانة،

---

(1)ينظر: عبد الحميد كبة، التنظيمات القضائية والحركة التشريعية في العراق، مطبعة دار التضامن، بغداد، العراق، 1973، ص14-15.

(2)ينظر: عبد الرحمن خضر، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية البغدادي وتعديلاته وذيوله إلى سنة 1949، ج1، ط4، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر، دون ذكر لسنة النشر، ص6.

(3)ينظر: سلمان بيات، القضاء الجنائي العراقي، ج2، مطبعة النفيض، بغداد، العراق، 1948، ص3. والمذكرة الايضاحية لقانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ رقم(23) لسنة 1971.

(4)ينظر: عبد الجليل برتو، اصول المحاكمات الجزائية، ط3، مطبعة العاني، بغداد، العراق، 1955، ص19.

(5)ينظر: عبد الرحمن خضر، مرجع سابق، ص74-75.

امـا قـرارات الافـراج أو رفـض الشـكوى والغـاء التهمـة وغيرهـا مـن الاوامـر فإنهـا لا تقبـل الاستئناف ولو صدرت في دعاوى الجنح، بل تميز أمام المحكمة الكبرى[1] .

وبصـدور قـانون تعـديل قـانون اصـول المحاكمـات الجزائيـة البغـدادي رقـم(63) لسـنة 1950 فقـد شـمل حـق الاسـتئناف قضـايا الجنايـات واحكامهـا التـي تصـدرها محـاكم الدرجـة الأولى[2].

مـن خـلال مـا تقـدم لاحظنـا أن مبـدأ التقاضـي علـى درجتـين لـه جـذور وامتـدادات فـي ماضي القضاء الجنائي العراقي، وهو من التقنينات السباقة في هذا الصدد.

وفـي تـأريخ 1969/2/18 اقـدم العـراق علـى التوقيـع والانضـمام إلـى العهـد الـدولي الخـاص بـالحقوق المدنيـة والسياسـية، والـذي يتضـمن كمـا سـبق وأن بينـا فـي المـادة(5/14) الـنص علـى مبـدأ التقاضـي علـى درجتـين بعـدّه مـن الحقـوق الاساسـية للمـواطنين لضـمان محاكمـة عادلـة ومنصـفة وذلـك بنصـها:(لكـل شـخص أديـن بجريمـة حـق اللجـوء، وفقـا للقـانون، إلـى محكمة أعلى كيما تعيد النظر في قرار إدانته وفى العقاب الذي حكم به عليه).

وفـي تـاريخ 1971/1/25 تـم المصـادقة عليـه ولـذا اصـبح جـزء مـن تشـريعاتها الداخليـة، ومـا يتوجـب علـى الدولـة بعـد انضـمامها إليـه، الالتـزام بتنفيـذ بنـوده وتجسـيدها فـي تشـريعاتها الداخليـة وطبقـاً لمـا تقـدم مـن ايضـاح حـول موقـف المشـرع العراقـي مـن هـذا النظـام فـأن العـراق بتـاريخ توقيعـه للانضـمام إلـى العهـد الـدولي للحقـوق المدنيـة والسياسـية وعنـد مصـادقته عليـه كان معترف بهذا الحق أي أنه كان منفذاً لهذا الالتزام سلفاً قبل النص عليه.

ولكـن عنـد الغـاء قـانون اصـول المحاكمـات الجزائيـة البغـدادي وتشـريع قـانون اصـول المحاكمـات الجزائيـة النافـذ رقـم(23) لسـنة 1971 فـي تـأريخ 1971/2/4 ونفـاذه 1971/7/1، فإنـه قـد خـالف التزامـه الـدولي، وذلـك بإلغـاء اسـتئناف الاحكـام كأحـد طـرق الطعـن فـي الحكـم الجزائـي، بحجـة أن الأخـذ بـه غيـر منطقـي خاصـة بعـد الغـاء سـلطة محكمـة الجـنح فـي نظـر بعض قضـايا الجنايـات، ممـا يجعـل والحالـة هـذه الحكـم الصـادر فـي جنحـة أفضـل حـالاً مـن الحكـم الصـادر فـي جنايـة، إذ أن الاسـتئناف يقـع لـدى محكمـة الجنايـات التـي يكـون قرارهـا تابعـاً للتمييـز، فـي حـين الحكـم الصـادر مـن محكمـة جنايـات فـي جنايـة، لا يكـون قـابلاً للطعـن فيـه الا تمييـزاً لـدى محكمـة التمييـز، إذ لـيس مـن الميسـور أن ينـاط بمحكمـة التمييـز النظـر فـي اسـتئناف

(1)ينظر، عبد الرحمن خضر، المرجع نفسه، ص72.

(2)نصت المادة(2) من قانون تعديل قانون اصول المحاكمات الجزائية البغدادي رقم(63) لسنة 1950 على:(تضاف عبارة الجنايات بعد عبارة ان الاحكام الصادرة في دعاوي المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 225 من الاصول). منشور في قاعدة التشريعات العراقية على الرابط الالكتروني الآتي: http://iraqld.hjc.iq آخر زيارة 2021/2/20.

الاحكام، لذلك يكون للقرار الصادر في جنحة طريقان، وللقرار الصادر في جناية طريق واحد[1].

تلك هي التبريرات التي ساقها المشرع العراقي لتبرير الغاء استئناف الاحكام الجزائية، إلا اني اضم صوتي إلى من دعا بضرورة وجود هذا الطريق من طرق الطعن في المنظومة القضائية الجنائية، لكونه مدعاة إلى تريث القاضي وحثه على تحري وجه الحق وإعمال حكم القانون بتبصر وحكمة، وذلك لتفادي الاخطاء القضائية التي قد يصعب اصلاحها بنظام التقاضي على درجة واحدة وهو ما يشكل ضمانه مهمة من ضمانات المحاكمة العادلة التي نصت عليها المادة(19/خامساً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 بنصها:(المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة...).

كما وليس من المقبول أن يتم نظر القضايا المدنية بدرجتين(بداءة – استئناف) على الرغم من تعلقها بالأموال، ولا يعطى الاهتمام ذاته إلى القضايا التي تمس حرية الانسان وكرامته بل وحياته ايضاً، فلو وضعناهما في كفتي ميزان ايهما سيرجح، المال أم حياة الانسان وحريته وكرامته؟

وإذا كان في استئناف الاحكام اطالة في اجراءات التقاضي، فلماذا لا يتم الغاءه في الدعاوى المدنية، أليس فيه اطالة للإجراءات؟ ومن ثم إذا كان في اطالة الاجراءات نوعاً من الضمان لتفادي أن يفقد الانسان حياته أو حريته نتيجة خطأ قضائي يمكن اكتشافه بإطالة الاجراءات، فإذن أن تلك الإطالة مبررة ونافعة.

كما وأن قانون اصلاح النظام القانوني رقم(35) لسنة(1977)[2] قد دعا إلى أن يتم الطعن تمييزاً في الاحكام الصادرة في الدعاوى الجنح أمام المحاكم الكبرى(محكمة الجنايات في الوقت الحاضر)، ويكون قرار الاخير قابل للطعن تمييزاً أمام محكمة التمييز، ومضمون هذه الدعوة ما هي الا عودة إلى طريق الاستئناف مرة اخرى.

---

(1)المذكرة الايضاحية لقانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ رقم(23) لسنة 1971.
(2)منشور في قاعدة التشريعات العراقية على الرابط الالكتروني الآتي: http://iraqld.hjc.iq. آخر زيارة 2021/2/20

المبحث الثاني

الاطار التطبيقي للرقابة المباشرة على ضمير القاضي الجزائي

إذا قضى القاضي في الدعوى وجب أن يكون حكمه نافذاً ومبرماً، وليس لقاض أخر أن ينقض حكمه ويعيد نظر الدعوى مرة اخرى، وما ذلك إلا تطبيقاً لأصلٍ سائد، وهو أن التقاضي على درجة واحدة[1]. ولكن ما انتهى إليه التطور القانوني قَلَقَلَ ذلك الأصل، إذ جعل التقاضي على درجتين، وهو ما اضحى الأصل العام في نظام التقاضي لمعظم دول العالم[2].

أن وجود عدة طبقات للمحاكم تعلو أحداهما الأخرى في أي دولة لا يشير كما سبق وبيّنا إلى تعدد درجات التقاضي إلا إذا كان من الممكن أن يتم الفصل مرة اخرى في ذات النزاع الذي فصلت فيه محاكم الدرجة الأولى أمام محاكم الدرجة الثانية، بمعنى وجود نظام التدرج القضائي العالي. فالالتزام بالتدرج القضائي للمحاكم واستنفاده بحيث إن النزاع الذي يراد عرضه على القضاء لأول مرة إنما يكون من نصيب محاكم الطبقة الأولى، ثم يكون من نصيب محاكم الطبقة الثانية إعادة الفصل في هذا النزاع، ودون الفصل في نزاع جديد[3].

أما إذا اختل هذا الشرط كأن سمح المشرع بأن يكون التقاضي أمام محاكم الدرجة الثانية مباشرةً دون المرور بالطبقة الأدنى أولاً، فلن نكون امام تعدد لدرجات التقاضي.

وتأسيساً على ما تقدم، سنقسم محور بحثنا في هذا الجزء من الدراسة على مطلبين:

المطلب الأول: خصومة الطعن الاستئنافي امام محكمة الدرجة الثانية.

المطلب الثاني: الأثر المترتب للرقابة المباشرة على ضمير القاضي الجزائي.

المطلب الأول

خصومة الطعن الاستئنافي أمام محكمة الدرجة الثانية

تسير أغلب التشريعات الجنائية الاجرائية على ذات النهج في فتح باب الطعن بالاستئناف في الحكم الجزائي، مما يفتح باب الرقابة الموسعة على ضمير القاضي الجزائي. وتأسيساً على ما تقدم سنخصص دراستنا لبحث خصومة الطعن الاستئنافي أمام

---

(1)ينظر: د. احمد علي السيد خليل، التقاضي على درجة واحدة وعلى ثلاث درجات في القانون اللبناني، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية(تصدر عن كلية الحقوق- جامعة الاسكندرية)، المجلد(1-2) لسنة 1994، ص16.

(2)ينظر: د. احمد عوض هندي، مرجع سابق، ص3.

(3)ينظر: د. خيري أحمد الكباش، اخلاقيات العدالة في المحاكمات، دار الفتح للطباعة، الاسكندرية، مصر، 2017، ص235-236.

محكمة الاستئناف عبر تقسيمه إلى فرعين: نبحث في الأول منهما: حدود الدعوى أمام محكمة الاستئناف. ونوضح في الثاني صلاحيات المحكمة الاستئنافية على ضمير القاضي الجزائي.

الفرع الأول
حدود الدعوى أمام المحكمة الاستئنافية

أولاً- تقييد المحكمة الاستئنافية بالحدود الشخصية والعينية للدعوى:

تتقيد المحكمة الاستئنافية بنطاق الدعوى التي رفعت أمام محكمة أول درجة من حيث الوقائع ومن حيث الأشخاص. فبالنسبة للأشخاص، فمن المقرر أن نطاق الاستئناف يتحدد بصفة رافعة[1]، استناداً إلى القاعدة العامة الحاكمة في هذا المجال أن الاستئناف نسبي الأثر، وعليه يتقيد بصفة الخصم المستأنف، ويقتصر أثره عليه وحده فلا يتعداه إلى غيره ممن لم يطعن من الخصوم، ولو كان هناك وحده في الواقعة أو كانت أسباب الغاء الحكم أو تعديله متصلة بغير الخصم الذي استأنف الحكم، ومن باب أولى لا تملك محكمة الاستئناف أدخال اشخاص آخرين لم تسبق محاكمتهم أمام محكمة الدرجة الأولى[2].

وتتقيد المحكمة الاستئنافية بالوقائع التي طرحت على محكمة الدرجة الأولى، وبتعبير آخر لا يجوز لها أن تنسب إلى المحكوم عليه واقعة لم تكن مسندة إليه أمام محكمة الدرجة الأولى، أي ليس لها أن تحدث تغييراً في أساس الدعوى نفسه، بإضافة وقائع جديدة لم ترفع بها الدعوى ولم يتناولها التحقيق والمحاكمة[3].

والحكمة من هذا المبدأ هي تفادي المفاجآت، والعمل على أن تتاح لكل أنسان وجه إليه اتهام بجريمة فرصة الوقوف على حدود هذا الاتهام، حتى يرسم لنفسه الدفاع اللازم فلا يؤخذ على غرة بصدور حكم عليه لم يكن مسبوقاً بتلك الفرصة[4].

---

(1)فقد حددت المادة(402) من قانون الاجراءات الجنائية المصري النافذ رقم(150) لسنة 1950 الفئات التي يسمح لها بالطعن استئنافاً في الحكم وهما كل من المتهم والنيابة العامة بنصها:(لكل من المتهم والنيابة العامة أن يستأنف الأحكام...). والمشرع الاردني في المادة(2/260) من قانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ رقم(9) لسنة 1961 إذ حدد الفئات التي يجوز لها الطعن بالاستئناف بنصها:(الاستئناف من حق النيابة والمدعي الشخصي، والمحكوم عليه والمسؤول بالمال).

(2)ينظر: د. محمد زكي ابو عامر، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، مرجع سابق، ص220.

(3)ينظر: د. براء منذر كمال عبد اللطيف، مرجع سابق، ص273.

(4)ينظر: د. رمسيس بهنام، الاجراءات الجنائية(تأصيلاً وتحليلاً)، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1984، ص647.

وأساس هذه القاعدة هو مبدأ التقاضي على درجتين، باعتبار أن محاكمة شخص لم يسبق محاكمته أمام محكمة أول درجة أو الفصل في واقعة لم تعرض عليها هو حرمان للمتهم من درجة من درجات التقاضي وإخلال خطير بحق الدفاع مما يسلب المحكمة الاستئنافية اختصاصها ويجعل حكمها باطلاً ولا يصححه قبول المتهم، لأنه من قواعد النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها[1].

فالاستئناف إذن هو وسيلة لمراقبة عدالة الأحكام وإصلاح ما يشوبها من عيوب، ومن ثم لا يجوز للخصوم تقديم طلبات جديدة في الاستئناف، فعدالة الحكم يجب تقديرها في ظل الظروف ذاتها التي صدر فيها، وعليه فمن غير المنطقي أن يوصم الحكم بعدم العدالة طالما أن ظروف نظره للمرة الثانية قد تغيرت وذلك بتقديم طلبات جديدة. ومن ثم تلتزم محكمة الدرجة الثانية ببحث ما رفع عنه الاستئناف فقط، وفي حدود الحكم المستأنف، أي أن محكمة الاستئناف لا تتناول بالبحث أجزاء الحكم التي لم يطعن فيها ولا الطلبات التي لم تكن محلاً لحكم محكمة أول درجة[2].

وإذا كانت المحكمة الاستئنافية مقيدة بالوقائع التي سبق طرحها على محكمة أول درجة، إلا أنها غير مقيدة بالدفاع وبطرق هذا الدفاع، فلها أن تعرض لجميع ما يعرضه الخصوم أمامها تأييداً للتهمة، أو دفعاً لها، ولو كان جديداً[3]، بمعنى أن أخذ المحكمة الاستئنافية بدليل جديد لم يكن مطروحاً على محكمة أول درجة، أو أن تعدّ دليلاً صحيحاً ما اعتبرته هذه المحكمة دليلاً باطلاً، لأنه هذه هي المهمة التي نشأ من أجلها التقاضي على درجتين[4].

ثانياً- تقيد المحكمة الاستئنافية بما فصلت فيه محكمة أول درجة:

من المقرر أن المناط في قيام سلطة المحكمة الاستئنافية في التصدي لموضوع الدعوى، يتمثل _كما قدمنا_ في سبق النظر والفصل فيها أمام محكمة أول درجة. وما يترتب على ذلك أنه مهما اتسع نطاق سلطة محكمة الاستئناف بعدها محكمة موضوع وقانون، إلا انها تبقى درجة ثانية، ولا يعقل بالتالي أن تتسع لما لم تتسع لهُ محكمة الدرجة الأولى[5].

وعليه فأن مهمتها تنحصر في إقرار أو عدم إقرار ما قضى به قاضي الدرجة الأولى، فإذا أغفلت محكمة أول درجة الفصل في جزء من الدعوى، فلا تكون المحكمة الاستئنافية

---

(1)ينظر: د. محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص544.
(2)ينظر: د. علي عبد الحميد تركي، نطاق القضية في الاستئناف(دراسة تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص22.
(3)ينظر: د. سامح جابر البلتاجي، التصدي في الإجراءات الجنائية(دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون ذكر لسنة النشر، ص337.
(4)ينظر: د. رمسيس بهنام، الاجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص748.
(5)ينظر: د. محمد عبد الكريم العبادي، مرجع سابق، ص229.

مختصة بالفصل فيه لأول مرة، بل يجب أن تترك الفصل فيه للقاضي الابتدائي، وهو ما يعرف بمبدأ "حظر الطلبات الجديدة في الاستئناف" فلا يستطيع قضاة الاستئناف النظر في طلبات جديدة، بل التقيد في النقاط التي كانت محل الخصومة أمام قضاة الدرجة الأولى[1].

ويستند هذا القيد إلى احترام مبدأ التقاضي على درجتين كونه مبدأ أساس في حماية الحريات، وذلك لأن الفصل في واقعة لم تفصل بها محكمة الدرجة الأولى هو حرمان للمحكوم عليه من درجة من درجات التقاضي، فضلاً عن الاخلال بحقه في الدفاع. وهي قاعدة واجبة الأتباع ولا يجوز الخروج عنها حتى لو قبل المتهم، لارتباطها بالنظام العام، وعليه إذا اغفلت محكمة أول درجة الفصل في بعض الطلبات والوقائع فلا يجوز للمحكمة الاستئنافية التعرض لنظرها والفصل فيها، لما في ذلك من حرمان للمتهم من التقاضي على درجتين، ولكن استبعاد محكمة أول درجة لبعض الوقائع ليس معناه حرمان المحكمة الاستئنافية من التعرض لها، لأن الاستبعاد في ذاته يعد فصلاً في الوقائع، وبناءً على ذلك يجوز للمحكمة الاستئنافية أن تتعرض لهذه الوقائع وتفصل فيها من جديد[2].

الفرع الثاني

صلاحيات المحكمة الاستئنافية على ضمير القاضي الجزائي

لمحكمة الدرجة الثانية(الاستئناف) عند نظرها الطعن في الحكم المقدم إليها صلاحيتان هما: إيقاف تنفيذ الحكم أولاً، ثم نظر موضوع الدعوى ثانياً وهو ما سيكون محور دراستنا فيما يأتي:

أولاً- ايقاف تنفيذ الحكم:

لقد تسالمت التشريعات الجنائية الاجرائية المقارنة التي تبنت مبدأ التقاضي على درجتين على أصل ثابت وهو أن الطعن استئنافاً في الحكم يؤدي إلى وقف تنفيذه، وهي ضمانة تتفق مع علة جعل التقاضي على درجتين، إذ لو كان الحكم الابتدائي ملزماً واجب التنفيذ فور صدوره حتى مع اعتراض أحد أطراف الدعوى عليه لكان مبدأ الطعن بالاستئناف غير مفيد وغير جاد[3].

---

(1)ينظر: د. سامح جابر البلتاجي، مرجع سابق، ص333.
(2)ينظر: د. إبراهيم إبراهيم محمد عبد الصمد، مرجع سابق، ص180-181.
(3)ينظر: د. علي حسن الشرفي، حق الطعن بالاستئناف في الأحكام القضائية، بحث منشور في مركز البحوث والدراسات، (تصدرها جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية)، الرياض، السعودية، 2005، ص33-34.

وهو ما يُعد تطبيقاً للمبدأ السائد في الاحكام الجنائية بأنه لا يجوز تنفيذها ما لم تكن نهائية، ومقتضى ذلك أن مجرد رفع الطعن ممن له صفة ومصلحة فيه من شأنه أن يؤدي إلى ايقاف تنفيذ الحكم المطعون فيه، وعلة هذه الضمانة هي أن الحكم الذي رفع فيه الطعن هو حكم تشوبه شائبة الخطأ في نظر الخصم الذي تضرر منه، فيكون تنفيذه عليه وهو بهذه الصورة أمر غير منصف[1].

وتطبيقاً لذلك فقد نص المشرع المصري في قانون الاجراءات الجنائية النافذ في المادة(460) على أنه:(لا تنفذ الأحكام الصادرة من المحاكم الجنائية إلا متى صارت نهائية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك). والمادة(5/261) من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني النافذ بنصها:(إذا قررت محكمة الاستئناف قبول الاستئناف شكلاً فتتولى الفصل فيه موضوعاً، وفي حال تصديق الحكم بالطعن فأن الطعن للمرة الثانية لا يوقف التنفيذ)، وهذا يعني أن الطعن بالاستئناف لأول مرة يؤدي إلى ايقاف تنفيذ الحكم.

ولم يتخلف عن ذلك المبدأ قانون اصول المحاكمات الجزائية البغدادي، فيعد من التشريعات التي تبنت مبدأ التقاضي على درجتين، إذ نصت المادة(236):(1- إلى أن ينتهي استئناف المحكوم عليه في المحكمة الكبرى حسب المادة(225) وإلى أن يتم تصديق الحكم من محكمة التمييز، يجوز للمحكمة الكبرى ولمحكمة التمييز أن تأمرا بتأجيل تنفيذ الحكم أو القرار المستأنف أو المقدم للتصديق، وذلك بناء على اسباب، ويجب تدوينها في المحضر. ويجوز لهما أيضاً أن تأمر بالإفراج عن المتهم بكفالة أو بتعهد، إذا كان محبوساً. 2- جميع الأحكام، غير احكام الاعدام وما جاء ذكرها في الفقرة السابقة تنفذ وأن كانت قد استؤنفت أو قدمت للتدقيق).

وما يلاحظ على موقف المشرع العراقي في هذا الصدد أنه اجاز ولم يوجب ذلك على القاضي، إذ منحه سلطة تقديرية في التنفيذ او تأجيل التنفيذ. وعلة ذلك، ان مبدأ تأجيل التنفيذ إلى ما بعد اكتساب الحكم النهائي درجة البتات قد يؤدي إلى الاسراف من جانب المحكوم عليه باستعمال جميع طرق الطعن، ولو اعتقد بفشلها في النتيجة، لأجل عرقلة التنفيذ أو تأجيله أي الحالات التي يرجح فيها عدم جدية الاستئناف أو بسبب أن يكون احتمالات تعديل الحكم المستأنف ضعيفة، فجاء هذا الاستثناء تغليباً لمصلحة المجتمع على

(1)ينظر: د. منصوري المبروك، و العزاوي أحمد، التقاضي على درجتين في مواد الجنايات، بحث منشور في مجلة آفاق علمية(مجلة دورية محكمة يصدرها المركز الجامعي لتامنغست- الجزائر)، العدد(2) لسنة 2018،ص288.

مصلحة المتهم، في موازنة الأصل الذي يحمل معنى تغليب مصلحة المتهم(المحكوم عليه ابتدائياً) على مصلحة المجتمع[1].

وعلى خلاف ذلك فقد نص المشرع العراقي في المادة(282) من قانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ رقم(23) لسنة 1971 على مبدأ التنفيذ الفوري باستثناء احكام الاعدام كونها خاضعة للتمييز الوجوبي وكذلك ارجى تنفيذ الاحكام الصادرة في المخالفات الى اكتسابها درجة البتات اما ما عداها فأنها تنفذ فوراً بنصها:(تنفذ الأحكام الجزائية فور صدورها وجاهاً أو اعتبارها بمنزلة الحكم الوجاهي ويستثنى من ذلك أحكام الإعدام فلا تنفذ إلا وفق القواعد المنصوص عليها في الباب الخاص بها من هذا القانون كذلك الاحكام الصادرة في المخالفات فلا تنفذ إلا بعد اكتسابها درجة البتات...).

وفي رأينا فأن توجه المشرع العراقي في هذا الصدد لا يتسم بالمعقولية، إذ أن صدور الحكم الابتدائي لا يشكل سوى اجراء من اجراءات الدعوى، ولا يكون له أي قوة تنفيذ إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، ومن ذلك فمرحلة المحاكمة تبقى قائمة حتى صدور حكم نهائي مكتسب الدرجة القطعية، والعلة من ذلك هو أن الحكم الابتدائي قد يُلغى أو يُعَدل، فإذن من العدالة ارجاء تنفيذ الحكم إلى حين الفصل فيه، حتى لا يضار من ينفذ ضده، إذ قد يصعب إصلاحه أو تداركه.

ثانياً- إعادة نظر الدعوى من قبل المحكمة الاستئنافية:

يتخلف عن ممارسة حق الطعن استئنافاً في الأحكام، أن تنتقل الدعوى إلى محكمة أعلى درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم، لكي تفحص من جديد جميع المسائل الموضوعية والقانونية التي سبق وأن فصلت فيها محكمة أول درجة.

وهو أهم أثر يترتب عليه، والذي من خلاله نميز بين طريق الاعتراض على الحكم الغيابي أو المعارضة كما تطلق عليه تشريعات الدول المقارنة، فهذه الأخير يترتب عليه عند حضور المعارض الغاء الحكم الغيابي، وعرض الدعوى برمتها على ذات القاضي الذي أصدر الحكم المعترض عليه، وعليه تلتزم المحكمة المعارضة بإعادة تحقيق الدعوى من جديد وهو ما اوضحته النصوص التشريعية المنظ44مة لهُ ومنها قانون الاجراءات الجنائية المصري النافذ وذلك في المادة(401) بنصها:(يترتب على المعارضة إعادة نظر الدعوى بالنسبة إلى المعارض أمام المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي...). والمادة(245/ج) من

(1)ينظر: عبد الرحمن خضر، مرجع سابق، ص116.

قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ بنصها:(إذا حضر المعترض وكان الاعتراض مقدماً في مدته القانونية تقرر المحكمة قبوله وتنظر الدعوى مجدداً بالنسبة للمعترض...).

في حين أن الطعن بالاستئناف ينظر من قبل محكمة ثانية اعلى درجة من المحكمة التي اصدرت الحكم الأول، وتقتصر عند نظرها الدعوى على النقاط التي تم الطعن بها.

والاستئناف كطريق مخصص للتحقق من سلامة الحكم من جوانبه الواقعية والقانونية لرفع ما قد يحتمل فيه من اخطاء، ينقل الدعوى إلى المحكمة الاستئنافية بالحالة التي كانت عليها امام المحكمة الجزائية، ومن ذلك فالالتزام بإعادة نظر القضية يتطلب أن تتمتع محكمة الدرجة الثانية بالسلطات كافة التي كانت تتمتع بها محكمة أول درجة بشأن النزاع، إذ يقع على عاتقها مواجهتهُ بكل ما اشتمل عليه من أدلة ودفاع ودفوع، فلها أن تبحث في وقائع الدعوى، وأن تأمر باتخاذ ما تراه مناسباً من الاجراءات التي كان يمكن لمحكمة أول درجة أن تأمر بها، سواء فعلت هذه الأخيرة أم لم تفعل[1].

وبذلك يختلف الطعن بالاستئناف عن الطعن بالتمييز أو النقض بصورة جوهرية، فقضاة الاستئناف ليس لهم أن يقتصروا فقط كقضاة التمييز على تقرير ما إذا ما كان قضاة أول درجة قد فصلوا في النزاع على نحو صحيح، وما إذا كانوا قد طبقوا القانون بصورة سليمة أم خاطئة، إذ أنهم يفصلون بأنفسهم في النزاع ويحلون تماماً محل قضاة أول درجة في الفصل في النزاع المعروض[2].

فإذا ما التزمت المحكمة الاستئنافية حدود الدعوى، كان لها في هذا النطاق أن تباشر سلطة كاملة في استظهار الحقيقة الواقعية والقانونية في الدعوى، فالطعن بالاستئناف بحسبانه التجربة العملية لمبدأ التقاضي على درجتين، يستجيب لمجموعة من الأهداف، ويتأسس على مجموعة افكار تتعلق بفلسفة القانون وفكرة العدالة ذاتها، فإهمال هذا المبدأ يتيح المجال لمن تضرر من قضاء الدرجة الأولى بإعادة طرح النزاع من جديد أمام محكمة الدرجة الثانية بهدف تمحيصه من لدن قاضي اعلى درجة واكثر خبرة ودراية، ليقوم بإصلاح ما شابه من عيوب واخطاء سواء تعلقت بإجراءات صدور الحكم أم، في الحكم ذاته، ام في تقدير الأدلة وهو ما يشكل جوهر الأثران الساحب والناقل للاستئناف.

فبالنسبة للأثر الساحب للاستئناف فهو ينشط كما سبق وأن بينا عند صدور الحكم وهو مخضب بشائبة البطلان في الحكم بذاته او في اجراءات صدوره، فيكون لمحكمة الدرجة الثانية فحصه، فإذا كانت الإجراءات التي تمخض عنها صدور الحكم باطلة قامت بإصلاحها والحكم في الدعوى. وهذا ما يستنتج من النصوص التشريعية الإجرائية والتي في مقدمتها

(1)ينظر: د. رمزي رياض عوض، التفاوت في تقدير العقوبة المشكلة والحل(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص114.
(2)ينظر: د. احمد عوض هندي، مرجع سابق، ص198.

قانون الاجراءات الجنائية المصري وذلك في المادة(1/419) بنصها:(إذا حكمت محكمة أول درجة في الموضوع، ورأت المحكمة الاستئنافية أن هناك بطلاناً في الإجراءات أو في الحكم، أن تصحح البطلان وتحكم في الدعوى).

أما إذا كانت ناقصة فأنها تأمر باستيفائها ومن ثم الحكم في الدعوى وهذا ما اشارت إليه المادة(413) من قانون الاجراءات الجنائية المصري بنصها:(تسمع المحكمة الاستئنافية بنفسها، أو بواسطة أحد القضاة تندبه لذلك، الشهود الذين كان يجب سماعهم أمام محكمة أول درجة وتستوفي كل نقص آخر في إجراءات التحقيق...). فهي توجب على محكمة الاستئناف استكمال كل ما غفلت عن اتخاذه محكمة الدرجة الأولى من اجراءات لازمة لصدور الحكم أي استكمال النقص ومن ثم تتولى الفصل في موضوع الدعوى.

وما يمكن أن نلاحظه في ممارسة محكمة الاستئناف لدورها الرقابي في التشريع المصري، هي رقابة تدقيقية على الشكل القانوني للحكم الصادر من محكمة أول درجة. وهو ما لا يشكل مقصداً لبحثنا في هذا الجزء من الدراسة، إذ ما يعنينا هو الرقابة على الجانب الموضوعي من الحكم أي الرقابة على تقدير الدليل الذي اطمأن إليه قاضي الدرجة الأولى والذي على اساسه اصدر حكمه. اما في حالة التصدي فالأمر غير ذلك، إذ أن محكمة الدرجة الثانية تقوم بالفصل مرة اخرى في الدعوى عند اكتشافها وجود بطلان في الاجراءات قد اثرت في الحكم، فهي تعمد إلى اصلاحها والحكم من جديد وكأن شيءً لم يكن. في حين أن ما نبحث عنه في هذا المقام هو دور محكمة لاستئناف في الرقابة على تقدير الدليل وهو ما يتحقق في الأثر الناقل للاستئناف والذي لم يتبناه المشرع المصري كإحدى صلاحيات قضاء الدرجة الثانية.

وبالتعمق في فكرة الأثر الناقل للاستئناف عند الطعن بالحكم ككل لا جزءً منه، فأنه ينقل النزاع إلى محكمة الاستئناف بكل ما اشتمل عليه من مسائل واقعية، مضافاً إليها جميع ما اثير من طلبات وحجج ودفوع وبينات أمام محكمة الاستئناف، فهو ينقل جميع هذه المسائل إليها وليس جزءً، وذلك حتى تتاح لمحكمة الاستئناف سلطة إعادة تقدير الدعوى وإبداء رأيها القانوني بموضوع النزاع كاملاً، إذ يمتد إلى شكل الدعوى وتكييفها القانوني. ويمتد إلى تصحيح الاخطاء المادية التي شابت حكم الدرجة الأولى.

وما يعنينا في هذا المقام سواء كان الطعن موجه على الحكم كاملاً أو جزءً منه هو امتداد الأثر الناقل للاستئناف إلى تقدير الدليل، فإذا كان لمحكمة الدرجة الأولى بعدها محكمة موضوع سلطة تقدير الأدلة المطروحة عليها، وترجيح بعضها على البعض الآخر، إلا أن للمحكمة الاستئنافية الحق في مراقبتها في ذلك، وفقاً لامتداد الأثر الناقل للاستئناف إلى تقدير

الدليل ومن ثم يجب أن يكون استخلاص الأدلة والقرائن سائغاً ولهُ أصل ثابت في الأوراق وإلا اهدرت المحكمة تلك الأدلة، وإذا طرحت محكمة الدرجة الأولى الأدلة والقرائن واخطأت في تقديرها، كان للمحكمة الاستئنافية الأخذ بها، والحكم في الاستئناف على هدي ما تخلص إليه عند نظرها الدعوى[1].

ونتيجة لذلك، يجوز للخصوم تقديم اوجه دفاع ودفوع وأدلة إثبات غير تلك التي قدمت أمام محكمة الدرجة الأولى، وهو ما يعد لازماً ليؤتي هذا الطريق من طرق الطعن أكلهُ، وهو بتمكين المحكوم عليه من ابداء ما يعينه من وسائل الدفاع الجديدة واستدراك ما سها عنه أو اخطأ في عرضه عند نظر الدعوى لأول مرة[2]، فيكون لها سماع الشهود، أو إجراء تحقيق جديد أو الاستعانة بخبير أو الانتقال للمعاينة، ولها أن تلزم أي شخص يحمل معلومات تساعدها في الوصول إلى الحقيقة أن يدلي بها، وإلى غير ذلك من السلطات الممنوحة لمحكمة الدرجة الأولى[3].

ولمّا كانت محكمة الاستئناف ملزمة باستعمال هذه السلطات للوصول إلى الحقيقة، لذا فهي تُعد مخطئة إذا ما اكتفت في أمر يقوم على التقدير الشخصي كتقدير الاعتراف أو اقوال الشهود وغيرها من الأدلة الاثباتية على تأييد رأي محكمة أول درجة دون أن تقوم هي بهِ، إذ يجب أن تسلط رقابتها على أعمال محكمة أول درجة لسلطتها التقديرية، وذلك قطعاً لا يتم بالتأييد أو عدم التأييد النابع من نظرة سطحية أي باكتفائها بالاطلاع على ملف الدعوى وتدقيقه كحال محكمة التمييز (النقض)، بل بإعادة فحص وتحري صدق الادلة التي بنت في ضوئها محكمة أول درجة حكمها الفاصل في موضوع الدعوى.

ولذا فأن الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف يجب ان يكون ناتج عن مرافعة طرحت فيها كل البينات التي استندت إليها محكمة الدرجة الأولى، لإخضاعه للاختبار لمعرفة مدى مطابقتها للحقيقة التي عبرت عنها، وهذا ما تنبهت إليه بعض التشريعات ومنها المشرع الاردني في قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني لسنة 1961 النافذ والمعدل في المادة(1/264، 2) بنصها:(1- مع مراعاة ما تقدم في المادة(261) من هذا القانون تجري المحاكمات الاستئنافية مرافعة اذا كان الحكم بالإعدام أو الاشغال المؤبدة او الاعتقال المؤبد، وفيما عدا ذلك من الاحكام الجنائية والجنحية الصادرة عن محاكم البداية ينظر فيها

---

(1)ينظر: د. أشرف رمضان عبد الحميد، مبدأ التحقيق على درجتين(دراسة تحليلية مقارنة)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص65.

(2)ينظر: بوصيدة امحمد، مرجع سابق، ص226-227.

(3)ينظر: منير بن نايف الشيباني، تعدد درجات التقاضي في الفقه الاسلامي والقانوني، رسالة ماجستير، اكاديمية نايف للعلوم الأمنية- كلية الدراسات العليا- قسم العدالة الجنائية، الرياض، السعودية، 2002، ص46.

تدقيقاً...وفيما عدا الحكم بالإعدام والاشغال المؤبدة والاعتقال المؤبد لا يشترط في المرافعة سماع البينات مجدداً الا اذا رأت المحكمة لزوماً لذلك. 2- لا يجوز فسخ الحكم القاضي ببراءة المتهم او الظنين او المشتكي عليه وادانته الا بعد اجراء المحاكمة مرافعة وسماع بينات)

إذ اجاز المشرع أن تمارس محكمة الاستئناف رقابتها بالتدخل في قناعة محكمة الدرجة الأولى، والذي استؤنف حكمها شرط أن تنظر القضية مرافعة وتقوم بسماع البينات مجدداً، وذلك حتى يكون تقديرها أسلم وتكون قناعتها مستمدة من تحقيقها التي توصلت إليه بنفسها وخالفت فيه ما توصلت إليها محكمة الدرجة الأولى، وبمفهوم المخالفة لا يجوز لها التدخل في هذه القناعة إذا لم تسمع بنفسها البينات مجدداً[1].

اما دون ما تقدم آنفاً من التزام قد حصره المشرع في اربع حالات، فيترك للسلطة التقديرية للمحكمة، إذ لها أن تنظر القضية تدقيقاً أو مرافعة دون معقب عليها.

على أن اختيارها أو الزامها طبقاً للمادة(264) أن تنظر القضية مرافعة يحتم عليها اتباع القواعد القانونية المطبقة في المحاكمات امام محكمة الدرجة الأولى من حيث العلانية والشفوية والمواجهة وهو ما عبر عنه المشرع في المادة(266) بنصها:(تجري في المحاكمة الاستئنافية احكام المواد السابقة المتعلقة بعلانية المحاكمة واجراءاتها وبصيغة الحكم النهائي...)، إذ انها محكمة موضوع بالإضافة إلى أنها محكمة قانون، وانها تتبع في تحقيق الدعوى الاستئنافية ما تتبعه محكمة الدرجة الأولى من حيث تبليغ الخصوم مواعيد الجلسات والسماح لهم بتقديم البينات، لا فرق في ذلك بين بينات الاثبات والنفي، بما في ذلك الافادة والبينة الدفاعية، وإن يكون المتهم هو آخر من يتكلم، بمعنى أن يكون للخصوم أمام محكمة الدرجة الثانية، للحقوق والواجبات كافة التي تكون لهم أمام محكمة الدرجة الأولى[2].

اما بالنسبة للتشريع المصري، فالأصل أن محكمة الدرجة الثانية غير ملزمة بإجراء مرافعة وسماع البينات مجدداً بغية تحري مدى صدقها، إذ انها تبني قضاءها على ما تسمعه من الخصوم وعلى مقتضى الاوراق، وهو ما تجلى في نص المادة(411) من قانون الاجراءات الجنائية المصري النافذ:(يضع أحد أعضاء الدائرة المنوط بها الحكم في الاستئناف تقريراً موقعاً عليه منه، ويجب أن يشمل هذا التقرير ملخص وقائع الدعوى وظروفها وأدلة الثبوت والنفي...وبعد تلاوة هذا التقرير وقبل إبداء الرأي في الدعوى من واضع التقرير أو بقية الاعضاء، تسمع أقوال المستأنف والأوجه المستند إليها في استئنافه،

(1)ينظر: د. محمد عبد الكريم العبادي، مرجع سابق، ص235.
(2)ينظر: د. محمد عبد الكريم العبادي، المرجع نفسه، ص236-237.

ثم يتكلم بعد ذلك باقي الخصوم ويكون المتهم آخر من يتكلم ثم تصدر المحكمة حكمها بعد اطلاعها على الأوراق).

وما يؤيد ذلك هو ما افصحت عنه المذكرة الايضاحية لقانون الاجراءات الجنائية المصري النافذ في بيانها لعلة اشتراط حصول الاجماع عند الحكم بتشديد العقوبة المحكوم بها او الغاء الحكم الصادر بالبراءة وذلك في المادة(417)[1]، لأن الاغلبية لصدور هكذا احكام من قبل محكمة الدرجة الثانية التزاماً بالقاعدة العامة عند اصدار الاحكام وهي بتطلب الاغلبية دون الاجماع لا تكفي، على اساس أن رأي قاضي اول درجة يجب أن يكون محل اعتبار عند الفصل في الدعوى استئنافاً، فإذا لم يتطابق رأي أحد قضاة الاستئناف مع رأيه في حالة عدم توافر الاجماع، وجب ترجيح رأي قاضي أول درجة، لأنه من اجرى التحقيق في الدعوى وسمع الشهود[2].

نستنتج مما تقدم، بأن رقابة محكمة الدرجة الثانية على ضمير القاضي الجزائي في التشريع المصري شكلية غير حقيقية، وعليه لا تحقق الغاية من فرضها.

اما بالنسبة للتشريع العراقي، فعند تصفح قانون اصول المحاكمات الجزائية البغدادي الملغي نجده ينص في المادة(228) على :(وفي اليوم المعين للنظر في الاستئناف يقرأ محضر الدعوى واستدعاء الاستئناف وبعد سماع المتهم او محاميه(إن حضر أحدهما) والمسؤولين عن الضرر او محاميهم(إن حضروا) والمدعي الشخصي أو محاميه(إن حضر أحدهما) ومعاون النائب العمومي(إن حضر) ترد المحكمة الكبرى الاستئناف، إن لم تر أسباباً توجب تدخلها، وإلا فلها أن تستعمل من السلطات ما يأتي...).

وما يتبين لنا من خلال النص المتقدم هو عدم وجود مرافعة عند نظر القضية استئنافاً، إذ أن الحكم يصدر بناءً على تدقيقها لملف الدعوى وما يليه من سماع لأطرافها، وهو ما يشير إلى ذات التوجه في الأصل العام لمحكمة الدرجة الثانية عند التشريع المصري، وهو عدم اعادة النظر في تقدير الأدلة مرة أخرى.

ولهذا الأصل استثناء في التشريع البغدادي، وذلك في اعطاء سلطة تقديرية لمحكمة الاستئناف في أن تستمع لشهود اضافيين لأثبات امراً ما او لتوضيح واقعة معينة وذلك في المادة(1/229) بنصها:(عند النظر في الاستئناف حسب هذا الباب، إن رأت المحكمة الكبرى من اللازم استجواب شهود اضافيين فلها أن تستجوب من تريد منه بنفسها او تكلف حاكماً او

---

(1)تنص المادة(417) من قانون الاجراءات الجنائية المصري النافذ على:(...لا يجوز تشديد العقوبة المحكوم بها ولا الغاء الحكم الصادر بالبراءة إلا بإجماع آراء قضاة المحكمة...). وفي توجه مشابه لهذا نص عليه المشرع الاماراتي في المادة(241):(...لا يجوز إلغاء الحكم الصادر بالبراءة الا بالأجماع).

(2)ينظر: د. مصطفى محمد عبد المحسن، مرجع سابق، ص416.

هيئة حكام باستجوابه). ولذا فهي تحكم بالاستناد الى تدقيق ملف الدعوى وتلاوة تقرير الاستئناف لا عن طريق المرافعة والتحقيق الذي تجريه بنفسها، بل بالاعتماد على التحقيقات التي تجريها محكمة أول درجة.

اما بالنسبة لحدود سلطتها عند نظر الحكم المستأنف فهي واسعة ومطلقة تمتد إلى التدخل في قناعة قاضي محكمة الموضوع، بل إلى الحكم برمته، فتطبيقاً للمادة(226)[1]، إذا وجدت المحكمة الاستئنافية أن حكم محكمة الدرجة الأولى صحيحاً من الناحيتين الشكلية والموضوعية، أي عدم وجود سبباً موجباً لتدخلها، فتقرر رد الاستئناف.

وبخلاف ذلك عندما ترى أن هناك سبباً موجباً لتدخلها فتطبيقاً للمادة(227)[2] فلها عند نظر الحكم عدة صلاحيات، لأن لها صفة مزدوجة قبالها فهي محكمة قانون وموضوع في آن واحد، ولذا فهي تفرض رقابتها على شقي الحكم الواقعي والقانوني. وما يعنينا في أطار بحثنا هو الجانب الواقعي فقط كونه المعني في مسألة الرقابة على الضمير القضائي في هذا الجزء.

وعند تدخل محكمة الدرجة الثانية في قناعة محكمة الدرجة الأولى، فأن الأمر لا يخلو من إحدى الحالتين:

1- إن يكون الحكم المستأنف متضمناً البراءة، فللمحكمة بحسب السلطات التي تمتلكها تطبيقاً للمادة(1/228)[3] ثلاث صلاحيات عند تدخلها في قناعة المحكمة التي اصدرت الحكم بالبراءة، فهي أما أن تأمر بمتابعة التحقيقات أن وجدت أن الأدلة ناقصة وتحتاج إلى استكمال. أو تأمر بإعادة محاكمة المتهم وذلك إذا رأت أن المحاكمة الأولية لم تستجمع الدلائل ولم تجرِ فيها مناقشة الشهود الأصليين كما يجب، وبقيت الحقيقة غير واضحة وذلك أمام ذات المحكمة التي اصدرت الحكم الأصلي او غيره بحسب ما ترى المحكمة الكبرى. أو أن تقوم بنقض قرار البراءة وتقرر تجريم المتهم وتحكم عليه بنفسها وفقاً للقانون إذا ما رأت أن الدلائل الأصلية كافية للتجريم.

---

(1)تنص المادة(226) من قانون اصول المحاكمات الجزائية البغدادي:(متى أخذت المحكمة محضر الدعوى واستدعاء الاستئناف تطالعهما فإذا لم تر سبباً لتدخلها ترد الاستئناف بصورة جزئية. ويشترط أن لا يرد الاستئناف ما لم يتيسر تيسراً معقولاً للمستأنف أو محاميه فرصة يتكلم فيها)

(2)تنص المادة(227) من قانون اصول المحاكمات الجزائية البغدادي:(إذا لم ترد المحكمة الكبرى الاستئناف بصور جزئية فيبلغ المتهم أو محاميه ومعاون النائب العمومي والمسؤولون عن ضرر(إن وجدوا) أو محاموهم والمدعي الشخص(إن وجد) أو محاميه بالوقت والمحل المعينين للنظر في الاستئناف)

(3) تنص المادة(1/228) من قانون اصول المحاكمات الجزائية البغدادي بنصها:(إذا كان القرار المستأنف يتضمن التبرئة فللمحكمة أن تنقضه وتأمر بمتابعة التحقيقات أو بإعادة محاكمة المتهم أو بإحالته على المحكمة حسبما تقتضيه الحال، أو هي تقرر إدانته وتحكم عليه وفق القانون).

2- إن يكون الحكم المستأنف متضمناً الإدانة، فللمحكمة بحسب السلطات التي تمتلكها تطبيقاً للمادة(2/228)[1] عدة صلاحيات: فلها أن تنقض الحكم الصادر بالإدانة وتقرر براءة المتهم وتخلي سبيله، فيما إذا كانت الأدلة لا تكفي لإدانته، أو كان الفعل غير مجرم قانوناً[2]. او قد ترى بأن الأدلة كافية لإدانة المتهم، لكن العقوبة غير ملائمة لجسامة الفعل، ولذا فتقرر تصديق الحكم بالإدانة مع تعديل مقدار العقوبة سواء بالتشديد أو التخفيف.

المطلب الثاني
الأثر المترتب للرقابة المباشرة على ضمير القاضي الجزائي

الدعوى القضائية وسيلة المجتمع في اقتضاء حقه في العقاب، وذلك بإصدار حكمها بالبراءة أو الإدانة. غير أن الأحكام الصادرة في الدعوى بصفة عامة قد تكون معيبة، إذ قد تشوبها الأخطاء، ووفقاً لمقتضيات حسن سير العدالة الجنائية لابد من إيجاد وسيلة لمراقبة صحة الأحكام و شرعيتها، وهذا ما كان مدعاة لبروز فكرة اعطاء الحق للخصم في نظر وفحص دعواه أمام محكمة ثانية تكون أعلى من الأولى. وهو ما تم تجسيده في مبدأ التقاضي على درجتين[3].

ويجد هذا المبدأ سنده في اعتبارات تحقيق العدالة، لأن حكم القاضي هو من قبيل الأعمال البشرية، ولذا فهو عرضة للأخطاء، فالقاضي مهما تراكمت خبرته إلا أنه قد يخطئ تارة ويصيب تارة أخرى، وهو ما يعزى إلى التضليل في بعض الأدلة، أو عدم الإحاطة بعناصر الدعوى عن بصر وبصيرة، أو الخطأ في تكييف وقائعها. ومن ثم فإن إعمال مبدأ التقاضي على درجتين يتيح الفرصة بأن تطرح الدعوى من جديد على محكمة أخرى من أجل مراجعتها وتدارك ما شابها من اخطاء، حتى يطمئن الافراد أن الحكم عندما يصبح باتاً يكون مطابقاً للحقيقة[4].

---

(1)تنص المادة(2/228) من قانون اصول المحاكمات الجزائية البغدادي(الملغي) بنصها:(أ- تنقض قرار المجرمية والحكم وتبرئ المتهم او تأمر بإعادة محاكمته أمام محكمة ذات صلاحية. أو بإحالته على المحاكمة أمام محكمة كبرى. ب- تغيير قرار المجرمية مع إبقاء الحكم أو تشدد الحكم أو تخففه مع تغيير قرار المجرمية أو بدون تغييره. ج- تغيير نوع الحكم سواء أوجب ذلك تشديداً أو تخفيفاً في الحكم أو تغييراً في قرار المجرمية أو لم يوجب...).

(2)وما ينبغي الاشارة إليه، أذا وجدت محكمة الاستئناف أن الحكم بالإدانة قد صدر من محكمة غير مختصة قانوناً، فتقوم بنقض الحكم واحالة الدعوى إلى محكمة ذات صلاحية لتعيد محاكمته أمامها قانوناً وذلك تطبيقاً لنص المادة(2/228) بنصها:(أ- ...أو تأمر بإعادة محاكمته أمام محكمة ذات صلاحية...).

(3)ينظر: الأمن القضائي وجودة الأحكام، مؤلف صادر عن جمعية عدالة (من اجل الحق في محاكمة عادلة) في دولة المغرب، مطبعة دار القلم، الرباط، المغرب، 2013، ص28-29.

(4)ينظر: د. منصوري المبروك، و العزاوي أحمد، مرجع سابق، ص275.

ومن خلال ما تقدم، نجد أن مبدأ التقاضي على درجتين كأحد المبادئ الحاكمة للتنظيم القضائي الجنائي، يؤدي دوراً مزدوجاً في أرساء قواعد العدالة الجنائية. اولهما: قضائي، يتمثل في الرقابة على التطبيق القضائي لضمانات المحاكمة العادلة وهو ما يحقق مبدأ الأمن القضائي. وثانيهما: قانوني يرتكز على التوفيق بين فكرة العدالة ومبدأ الاستقرار القانوني وهو ما يتجسد في دعم حجية الشيء المقضي فيه. وهو ما سنركز جُلَ بحثنا عليه وكما يأتي :

الفرع الأول
الأمن القضائي

الأمن القضائي كمفهوم عام يقصد بهِ الثقة التي يوليها الأفراد للمؤسسة القضائية، والاطمئنان إلى ما ينتج عنها، وهي تقوم بمهمتها المتجلية في تطبيق القانون على القضايا والملفات التي تعرض عليها[1].

إذ يُعد مبدأ التقاضي على درجتين أحد أهم مرتكزات الأمن القضائي[2] كونه يؤدي دوراً قضائياً مرموقاً في المجال الجنائي، يتجلى في الدور الرقابي للمبدأ عن طريق بسط محكمة الدرجة الثانية رقابتها على الأحكام التي تصدرها محكمة أول درجة، مما يضمن صحة هذه الأحكام وعدالتها، فهذا المبدأ يكفل للخصوم عدالة المحاكمة وحُسن القضاء، إذ يتيح نظر الدعوى برمتها أمام محكمة أعلى أي استئناف تدرجي عالي، ووجه الضمانة تكمن في ذلك، فالمحكمة التي يرفع إليها الطعن تتكون من قضاة أكثر عدداً وخبرة، ولديهم إلمام كبير بالعمل القضائي، فالأخذ بالمبدأ بالتالي يتيح لمحكمة الدرجة الثانية إعادة بحث القضية موضوعياً من كل جوانبها، وهو ما يقلل بلا شك من فرص الوقوع في الخطأ، كما يضاعف من احتمالات الوصول إلى الحقيقة، وهذا ما يكون مدعاة إلى تأكيد كلمة القضاء، وبث الطمأنينة في نفوس الأفراد[3].

---

(1)ينظر: د. عبد المجيد لخذاري، وفطيمة بن جدو، الأمن القانوني والأمن القضائي علاقة تكامل، بحث منشور في مجلة الشهاب(يصدرها معهد العلوم الاسلامية- جامعة الوادي)، الجزائر، المجلد(4)، العدد(2) لسنة 2018، ص394.
(2)ينظر: د. إبراهيم رحماني وآخرون، الأمن القضائي في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، دراسة صادرة عن مخبر الدراسات الفقهية والقضائية(جامعة الوادي- الجزائر)، ط1، 2019، ص70.
(3)ينظر: د. إبراهيم إبراهيم محمد عبد الصمد، مرجع سابق، ص138-139.

وعلى هذا النحو، فأن التقاضي على درجتين يقدم ميزة مزدوجة، إذ يدعم الثقة والعدالة ليس فقط في نفوس المتقاضين، بل لدى الرأي العام، لقناعتهم بأن هذا المبدأ يكفل قدر المستطاع إصدار أحكام صحيحة وعادلة في آن واحد[1].

وما يترتب على إعمال مبدأ التقاضي على درجتين كإحدى مقومات الأمن القضائي هو كفالة ممارسة حق التقاضي، ومفاده هو إتاحة الفرصة للنفاذ إلى القضاء للحصول على العدالة، وهو ما يقتضي ابتداءً، ليس فقط الحق في قاض أول ذو اختصاص كامل لنظر النزاع، بل الحق في قاض ثاني(أي الحق في استئناف الحكم)، مما يستلزم النص على وجود محاكم طعن لمراجعة الأحكام الصادرة عن قاضي أول درجة، على اعتبار أن ذلك أحدى الحلقات الهامة لاستكمال حق التقاضي كدعامة اساسية للأمن القضائي[2].

فمن خلاله يمكن للشخص المتضرر أن يقوم بعرض دعواه أمام جهة قضائية أعلى، تتميز بكونها أكثر خبرة من محكمة الدرجة الأولى، للتأكد من سلامة الحكم الصادر عنها، وخلوه من الأخطاء خاصة إذا تعلق الأمر بأحكام جزائية تمس حياة المحكوم عليه أو حريته أو شرفه واعتباره[3].

فالحكم الجنائي عرضة لأن ينطوي على إدانة خاطئة، وهو ما يؤدي إلى عدم تمتع المتهم بالحق في الحكم العادل، لأن المحكمة قد أحلت الإدانة الخاطئة محل الأصل وهي البراءة او العكس. فالقضاء والأحكام الصادرة عنه كما هو معلوم تجري بحسب الظاهر، وقد تخفي البواطن أشياء كثيرة، كما وأن القاضي لا يستطيع أن يطلع على الخفايا ويستخرج الأسرار، اضافة إلى أن المتهم أو المجنى عليه قد يعجز عن إثبات أقواله ودفوعه أمام القاضي، ومحصلة ذلك كله أن لا وسيلة أمام القاضي سوى الحكم بالظاهر الذي يقتنع ويطمئن له ضميره، بصرف النظر أن كان مطابقاً للحقيقة الواقعية أم لا، ومن ثم فأن هذا الحكم قد يكون منافياً للحق، مخالفاً للواقع.

ومما لا شك فيه أن تدعيم العدالة بتصحيح ما يقع في الأحكام من أخطاء، من شأنه أن يدعم ثقة المواطنين في المؤسسة القضائية، ولذا حرصت التشريعات على كفالة حق الطعن في الأحكام، والتي تُعد من الضمانات التي تكفل فعالية الحق في الدفاع، لأنه يهدف إلى تدارك الأخطاء التي قد تشوب الحكم الجنائي، وذلك تحقيقاً للعدالة المتوقفة على سلامة تلك الأحكام، ولن يكون ذلك إلا بتكريس مبدأ التقاضي على درجتين، لكونه وسيلة رقابية

---

(1)ينظر: د. أحمد عوض هندي، مرجع سابق، ص35.
(2)ينظر: د. بن احمد محمد، مرجع سابق، ص24.
(3)ينظر: د. حاتم عبد الرحمن منصور الشحات، استئناف احكام الجنايات في القانون الفرنسي، بحث منشور في مجلة الحقوق(يصدرها مجلس النشر العلمي- جامعة الكويت)، العدد(3)، السنة(30)، لسنة 2006، ص20.

مباشرة على الضمير القضائي لقضاة محاكم الدرجة الأولى، إذ تفرض رقابتها على قناعة المحكمة بصورة مباشرة لبحث مدى صحة تقديرها للأدلة التي استندت عليها في اصدار حكمها. ولذا فأن الاقتصار على درجة تقاضي واحدة سيؤدي حتماً إلى الوقوع في كثير من الأحكام الجائرة والمخالفة للقانون، على اعتبار أن من يقوم بالفصل في الدعاوى هم بشر وعليه فهم معرضون للخطأ سهواً أو عمداً[1].

وما يترتب على اتاحة الفرصة أمام الخصوم للطعن في الحكم هو كفالة لحق الدفاع ودعمه، إذ يؤدي مبدأ التقاضي على درجتين دوراً بارزاً في تأمين وضمان فعالية حق الدفاع، فمن ناحية يفتح الباب على مصراعيه أمام المتهم لممارسة دفاعه، خاصة في حالة إخلال موكله في الحضور لتقديم دفاعه، ومن ناحية أخرى عندما تكون المحكمة قد حرمته من الضمانات التي تكفل له الاستعداد للدفاع، أو تكون قد تجاهلت له طلباً أو أمتنعت عن الرد على دفوعه الجوهرية، ولذا يستطيع من خلال الاستئناف أن يعيد طرح الدعوى أمام جهة أعلى حتى يمكنها تدارك ما فات الفحص الذي اجرته المحكمة الأدنى[2].

وأخيراً فأن لتطبيق مبدأ التقاضي على درجتين اثراً في ضمان حياد القاضي ونزاهته وهو يعدّ كإحدى مقومات الأمن القضائي. وحياد القاضي قد يبدو ولأول وهلة بأنه عدم التحيز من قبل القاضي، ولكن في حقيقة الأمر هناك اختلاف واضح بين المفهومين، فالتحيز ينصرف إلى: وقوف القاضي بجانب أحد الخصوم على حساب الآخر، وهو بلا شك يؤدي إلى التعارض مع مبدأ المساواة والأنصاف بين الخصوم. في حين أن الحياد يعني وقوف القاضي موقف الحكم الذي يزن المصالح القانونية للخصوم بالعدل[3]. وهذا ما يتحقق عند تطبيق مبدأ التقاضي على درجتين، لأنه يحظر على القاضي الذي حكم في الدعوى ابتدائياً أن يشترك في نظرها مرة أخرى أمام المحكمة الاستئنافية، أي بصفة قاض استئناف، الأمر الذي يضمن عدم تكوين رأي مسبق في الدعوى، وهو ما يكفل لقاضي الدرجة الثانية الحرية في التعبير عن رأيه بكل تجرد وموضوعية[4].

ومن ذلك فأن ازدواج درجات التقاضي يحقق ضمانة الحكم مرة أخرى في القضية بغير تحيز، إذ عادة ما يضمن حق المتهم في الحصول على فرصة أخرى لتقييم الحكم الصادر ضده من قضاة أكثر حيدة وأعمق خبرة، وكل ذلك من شأنه إشباع حاجة المتقاضين

---

(1)ينظر: محمد بجاق، مرجع سابق، ص75.
(2)ينظر: د. بن احمد محمد، مرجع سابق، ص26.
(3)ينظر: د. فارس علي عمر الجرجري، مبدأ حياد القاضي المدني، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2012، ص13.
(4)ينظر: د. إبراهيم إبراهيم محمد عبد الصمد، مرجع سابق، ص159.

للعدالـة، فالفرصـة المتاحـة للمتقاضـي فـي عـرض دعـواه علـى قضـاة آخـرين تزيـل أيـة شـبهة حول قضاة محكمة أول درجة[1].

الفرع الثاني
دعم لحجية الشيء المقضي فيه

وعلـى الـرغم مـن التحـوط الـذي اتخـذه المشـرع، إلا أنـه وكمـا تقـدم بنـا القـول بـأن العدالـة الانسـانية ليسـت كاملـة، والقضـاة ككـل البشـر غيـر معصـومين مـن الخطـأ ولـذا فـأن احكـامهم لـن تبلـغ الكمـال، ومـن أجـل ذلـك تقـرر عـدم تنفيـذ الحكـم الصـادر مـن محكمـة أول درجـة كقاعـدة عامـة طالمـا بقـي اسـتئنافه جـائزاً، لعـدم انقضـاء ميعـاده أو الطعـن فيـه فعـلاً، ولـم يفصـل فيـه بعـد، وعليـه يكـون مـن المحتمـل الغائـه أو تعديلـه، فـإذا نفـذ الحكـم علـى الـرغم مـن هـذا الاحتمـال فقـد يلحـق ضـرراً بـالمحكوم عليـه قـد يصـعب تداركـه، ولـذلك فالأصـل العـام هـو عـدم تنفيـذ الحكـم الصـادر مـن المحكمـة الجزائيـة، طالمـا كـان اسـتئنافه جـائزاً، وهـو مـا يعمـل علـى الاسـتقرار القـانوني، ليصـبح الحكـم عنوانـاً للحقيقـة فيمـا قضـى فيـه، وللتوفيـق بـين فكرتـي العدالـة والاستقرار القانوني ظهر مبدأ التقاضي على درجتين[2].

الحكـم الصـادر مـن المحكمـة الجنائيـة يفتـرض فيـه أنـه عنوانـاً للحقيقـة، فهـو حجـة علـى الكافـة وبالـذات الخصـوم[3]، ولا شـك أن مـا يعـزز الاسـتقرار الواجـب لحجيـة الشـيء المقضـي فيه، هو ضمان صدور الحقيقة على درجتين قضائيتين.

فالاسـتئناف يعطـي لهـذه الحجيـة قـوة أكبـر، لأنـه يـدعم الثقـة فـي الحكـم، فـالفحص الثـاني بحكـم ترتيبـه الزمنـي ونوعيـة القـائمين بـه يـوفر فرصـة أكبـر فـي إدراك أقـرب وأدق للحقيقـة، واسـتبعاد الأخطـاء المحتملـة فـي الحكـم، فـإذا مـا تأييـد الحكـم أمـام محكمـة الاسـتئناف، فـأن ذلـك يضـفي عليـه يقينـاً أقـوى، وحجيـة أكبـر فـي نظـر العامـة، وفـي الوقـت ذاتـه فـأن الغـاء الحكـم مـن جانب القضاء الأعلى وتصحيح ما فيه من اخطاء يقلل بلا شك من فرص الخطأ فيه[4].

---

(1)ينظر: : د. إبراهيم إبراهيم محمد عبد الصمد، مرجع سابق ، ص162.
(2)ينظر: د. رمزي رياض عوض، الرقابة على التطبيق القضائي لضمانات المحاكمة المنصفة(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005-2006، ص144.
(3)ينظر: د. عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص96.
(4)ينظر: د. محمد زكي ابو عامر، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، مرجع سابق، ص179-180.

الفصل الثاني

الرقابة غير المباشرة على ضمير القاضي الجزائي

إن قضاء القاضي بمحض اقتناعه المبني على اطمئنان ضميره كان يهدف إلى ارساء عدالة اجتماعية تتساوى فيها ضمانات الحقوق الفردية ضد الجور والتعسف مع الاحتفاظ للمجتمع بحقه في حماية كيانه عن طريق معاقبة كل مجرم يثبت ارتكابه للفعل المجرم بموجب القانون، وكل ذلك في حدود رسمها المشرع سلفاً.

نعم هي سلطة مميزة تعطي للقاضي دوراً ايجابياً في استقصائه للحقيقة الواقعية عن طريق ملكاته الحسية وقدرته على التحليل والاستنتاج السليم المبني على العقل والمنطق، ولكن الله - سبحانه وتعالى- هو الحاكم المطلق المعصوم عن الخطيئة والزلل والموسوم بالكمال والفضيلة، أما البشر فأنهم معرضون للمخالفة والخطأ، فالقضاة الذين يحسمون الدعاوى ويحكمون بين الناس قد يتعرضون إلى الزلل عند تطبيق القانون، أو قد يتجاوزون على بعض الإجراءات الماسة بحقوق المتهم اثناء المحاكمة، ومن هنا فأن الرقابة على ضمير القاضي الجزائي من الضمانات الإجرائية المهمة التي يتمتع بها الخصوم في الدعاوى، لما تنطوي عليه من تدارك اخطاء القضاة وانحرافهم للوصول إلى التطبيق الأمثل للقانون.

وتأسيساً على ما تقدم سنقسم دراستنا كما يأتي:

المبحث الأول: الإطار النظري للرقابة غير المباشرة على ضمير القاضي الجزائي

المبحث الثاني: الإطار التطبيقي للرقابة غير المباشرة على ضمير القاضي الجزائي

المبحث الأول

الاطار النظري للرقابة غير المباشرة على ضمير القاضي الجزائي

الطعن بالتمييز (او بالنقض) طريق غير عادي من طرق الطعن في الاحكام، ووصف كذلك، لأنه لا يجوز ولوجه إلا في حالات محددة بينها المشرع بيان حصر، إذ ليس للطاعن امام محكمة التمييز أن يبدي ما يعنِ لهُ من أوجه الطعن في الحكم، بل أن من واجبه أن يقيم الدليل على قيام وجه من أوجه الطعن التي نص عليها القانون والمتعلقة بالجانب القانوني من الحكم فحسب. وعليه فهي تحاكم الحكم المطعون فيه في شقه القانوني الشكلي فقط دون الواقعي الموضوعي[1].

على أن ذلك لا يعني أن مسائل الواقع بمنأى تام عن رقابة محكمة التمييز، إذ إن الأخيرة وهي بصدد كشفها عن مدى مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون، قد تبسط رقابتها على العنصر الواقعي من الحكم، ولكن هذا لا يعني أنها تعيد بحث أو اثبات الوقائع، إذ أن ذلك يندرج في سلطة قاضي الموضوع، وإنما هي تسلم بالوقائع كما أثبتها الحكم المطعون فيه، وتقتصر مهمتها على مراقبة ما اذا كانت الوقائع كافيه لتبرير ما انتهى إليه الحكم وما إذا كان استخلاصه للنتائج التي توصل إليها في تكوين اقتناعه مستساغة وتتماشى مع ما يقتضيه العقل والمنطق السليم، وفي سبيل التحقق من هذا القيد(المنطق القضائي السليم) فتكون محلاً للرقابة[2].

وتأسيساً على ما تقدم سنقسم دراستنا كما يأتي:

المطلب الأول: أساس رقابة محكمة التمييز على ضمير القاضي الجزائي

المطلب الثاني: حدود رقابة محكمة التمييز على الضمير القاضي الجزائي

المطلب الأول

أساس رقابة محكمة التمييز على ضمير القاضي الجزائي

لكل شيء أساس يستند إليه ليدعمه ويقومه، من ذلك فأن محكمة التمييز الاتحادية في إعمالها لرقابتها على ضمير القاضي الجزائي تستند إلى أساسين احدهما فلسفي والآخر قانوني وهو ما سنخصص دراستنا لبيانه وكما يأتي:

---

(1)ينظر: د. احمد مليجي، أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1991، ص21.

(2)ينظر: د. احمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على موضوع الدعوى، مرجع سابق، ص123.

الفرع الأول

الأساس الفلسفي لرقابة محكمة التمييز على ضمير القاضي الجزائي

يسلم الفقه برقابة محكمة التمييز (النقض) على القانون، بحكم أن الهدف الذي من أجله أنشأت المحكمة يكمن في المحافظة على وحدة القانون ومنع تعارض الاحكام التي تصدر بتطبيقه. أما فيما يتعلق برقابتها على عنصر الواقع، فإن هذه المسألة أثارت في الفقه خلافات عديدة بين مؤيدٍ ومعارض لتلك الرقابة[1].

فيذهب الرأي المعارض لفرض الرقابة على نشاط قاضي الموضوع في العنصر الواقعي من الحكم (الضمير القضائي) الى أن طبيعة الأثبات في المواد الجنائية خاضعة لمبدأ اقناعية الدليل، بمعنى أن القانون قد ترك للقاضي الجنائي حرية الوصول إلى الحقيقة وتكوين اقتناعه بطرق الأثبات كافة ومن جميع ظروف الدعوى المطروحة أمام القضاء ببراءة المتهم أو بإدانته، من غير أن تكون لمحكمة التمييز (النقض) أي رقابة عليه من هذه الناحية، لذلك فهو غير ملزم ببيان الأدلة التي بني عليها حكمه، فهذه الأدلة تُعد مسائل موضوعية يرجع تقديرها لقاضي الموضوع وحده، فهي ليست لازمة لها في أداء وظيفتها[2].

والحكمة وراء عدم رقابتها على نشاط قاضي الموضوع في المجال الواقعي من الحكم الجنائي يعود إلى الهدف من نشأتها هو توحيد احكام القضاء في قول كلمة القانون، اما المسائل الموضوعية فهي متغيرة وغير ثابتة ولا تقبل من ثم النشاط التوحيدي لقضاء محكمة التمييز (النقض)، وإن هذه الوحدة تحقق اهدافاً للنظام القضائي والقانوني للدولة لا يتحقق مثلها إذا ما قلنا بامتداد رقابتها على العنصر الواقعي[3].

فالشعور النفسي للإنسان بصفة عامة، وللقاضي بصفة خاصة والذي هو مزيج من خبراته العامة وما يتولد لديه من إحساس نتيجة لسماعه المرافعات وأقوال الشهود وقراءة التحقيقات والتقارير الفنية كل ذلك مؤثر في عقيدته النهائية بالإدانة أو البراءة وهذا الاحساس شيء والتعبير عنه بدقة الشعور ذاته شيء آخر، ذلك أن مكنات اللغة وتعبيرات الألفاظ كثيراً ما لا تسعف في التعبير عن مكنون النفس البشرية لأجل ذلك لا يُلزم القضاة

---

(1)نظر: د. علي محمود علي حمودة، النظرية العامة في تسبيب الحكم الجنائي في مراحلة المختلفة، ط2، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، 2003، ص258.

(2)ينظر: د. حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي في تقدير العقوبة، مرجع سابق، ص122-124.

(3)ينظر: د. أمين مصطفى محمد، التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2010، ص18.

بتبرير عقيدتهم ويكفي إثبات أن مصدر تلك العقيدة قانوني سليم لهُ أصل ثابت في ملف الدعوى[1].

ومن ناحية أخرى، فأن ما يسطره القاضي لهُ قوة إقناع نسبية تتفاوت درجتها من قاضي إلى آخر، وعند القاضي ذاته من مدة إلى اخرى ولذلك اكتفى المشرع لصدور الاحكام توافر اغلبية الاصوات دون الاجماع[2]، ومن ثم فأن الالزام بإيراد مؤدى الأدلة يحقق مزية للحكم الجنائي أو للقاضي مصدر الحكم، لأنه في جميع الحالات سوف تتفاوت درجة التقدير والاقتناع بما هو مكتوب، وبذلك فأن الالتزام بهذا الشكل فضلاً عن المجهود والمشقة في تسطيره فإنه سوف يفتح الباب لمزيد من الانتقاد والتعرض للأحكام، لأنه كما سبق أن اوضحنا أنه قد تكون عقيدة القاضي صحيحة ولكن مفردات اللغة لا تسعفه في التعبير عن مكنون اقتناعه[3].

في حين نحى الرأي المؤيد لفرض الرقابة على نشاط قاضي الموضوع في العنصر الواقعي من الحكم (الضمير القضائي) بالنظر إلى طبيعة عمل محكمة التمييز(النقض) أو من طبيعة تلك الرقابة وأهدافها، فطبيعة عمل المحكمة فرضت عليها ممارسة الوظيفة التأديبية على القضاء الأدنى، لتمكين الخصوم من الحصول على حقوقهم عن طريق تحقيق العدالة ورفع الظلم، وكانت نقطة الانطلاق في ذلك هو مكانة محكمة التمييز(النقض) واعلويتها على سائر درجات التقاضي، إضافة إلى مكانة قضاتها بين رجال القضاء وهم لهذه الصفة الأخيرة، فأن الشعور بالعدل والانصاف غالب لديهم، وإذا كان الهدف الأسمى لأية نظام قضائي في أصوله ونتائجه هو تحقيق العدل ورفع الظلم فإنه لتلك الأسباب يبرر الفقهاء رقابتها على المنطق القضائي في استخلاص النتائج من الوقائع المادية الثابتة في الحكم[4].

ومن ناحية ثانية، فإذا كان على القاضي التزام بتسبيب حكمه فإن هناك نوعاً من الأسباب الموضوعية يتوقف عليها قول كلمة القانون في الدعوى، وهي المتعلقة باستخلاص المنطق القضائي في موضوع الدعوى، وهو ما يتعلق بالنتيجة النهائية من ثبوت الواقعة وإدانة المتهم أو عدم ثبوتها وبراءته فتلك الأسباب الموضوعية تشكل الوعاء الذي يرتكز عليه البنيان القانوني، سواء من حيث التكييف القانوني أو من حيث الفصل في الدعوى طبقاً

---

(1)ينظر: علي زكي العرابي، تسبيب الاحكام الجنائية، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد(يصدرها اساتذة كلية الحقوق- جامعة القاهرة)، العدد(1)، السنة(1) 1931، ص404

(2)نصت المادة(224/ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ:(تصدر الاحكام والقرارات باتفاق الآراء او اكثريتها وعلى العضو المخالف من الهيئة أن يشرح رأيه تحريراً).

(3)ينظر: نبيل حميد البياتي، تسبيب الاحكام الجزائية في القانون العراقي(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون- جامعة بغداد، 1983، ص174- 178.

(4) ينظر: د. محمد زكي ابو عامر، الأثبات في المواد الجنائية، الفنية للطباعة، الاسكندرية، مصر، دون ذكر لسنة النشر، ص149.

للقانون، ومن ثم فأن الخطأ في تلك الأسباب الموضوعية يترتب عليه بشكل مباشر الخطأ في تطبيق القانون ومن هنا كان لازماً فرض تلك الرقابة غير المباشرة على الاسباب الموضوعية لضمان رقابة محكمة التمييز (النقض) على حسن تطبيق القانون، كذلك فأن طبيعة تلك الأسباب الموضوعية تصلح معه للخضوع إلى النشاط التوحيدي للمحكمة. لأن استخلاص النتائج من المقدمات هو عملية علمية عقلية لذا فمن الممكن خضوعها لأسس ثابتة، هذه الأسس يمكن الكشف عنها من خلال فرض رقابتها عليه، مما يسمح في النهاية بضمان وحدة المنطق القضائي كخطوة لازمة نحو توحيد أحكام القضاء[1].

وايضاً فأن القيود المفروضة على القاضي الجنائي عند تكوين اقتناعة وهي وجوب بناء حكمه على اليقين في حالة الإدانة ولا يكتفي بمجرد الظن أو الترجيح، يستلزم ذلك فرض الرقابة على عمل القاضي لتحديد كيفية وصوله إلى درجة اليقين، الأمر الذي يجب معه مراقبة أسباب القاضي الموضوعية التي سطر فيها اسباب اقتناعه واستخلاصه للنتائج من المقدمات، فبدون هذه الرقابة يصبح الأمر خطيراً، إذ نكون قد اعطينا للقاضي سلطاناً بلا حدود واختصاصات بلا رقابة، وهو ما يكون التعسف بعينة، ولكن فرض هذه الرقابة يضع الأمور في نصابها الصحيح، للتحقق من صحة عقيدة القاضي في الدعوى، فإن كان ما شاب الحكم هو استنتاج خاطئ أو استدلال فاسد وجب نقض الحكم، وإلا فأنه من الناحية الفنية البحتة هل يمكن أن تمر الدعوى على مرحلة الطعن بالنقض ويصبح الحكم القضائي عنواناً للحقيقة، وتكون اسبابه الموضوعية واضحة الخطأ أو الفساد أو قامت على استنتاج غير حقيقي؟ الجواب على ذلك قطعاً بالنفي، إذ لن يقبل أحد أن تقف المحكمة عاجزة أمام ذلك القصور والذي سيؤدي حتماً وبالتبعية إلى الخطأ في القانون، من ذلك فأن الالتزام بإيراد مؤدى الأدلة لم يكن الهدف منه إلا وضعها موضع الرقابة القانونية تحقيقاً لذات الأهداف[2].

وباستقراء ما تقدم، نذهب إلى تأييد رقابة محكمة التمييز، على اعتبار أن جانب من ضمير القاضي هو من صميم عمل محكمة التمييز، فالضمير القضائي متكون من منهج ومضمون كما اوضحنا، فالمنهج هو القواعد التي وضعها المشرع في الاثبات، لضبط نشاط القاضي ووضعه في اطار قانوني منظم حماية للحقوق والحريات من التعسف والاستبداد. وهي ما نصت عليه المادة(212)[3] من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ،

---

(1)ينظر: د. احمد فتحي سرور، النقض في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص173.
(2)ينظر: د. رؤوف عبيد، ضوابط تسبيب الاحكام الجنائية، مرجع سابق، ص454.
(3)نصت المادة(212):(لا يجوز للمحكمة أن تستند في الدعوى في حكمها إلى دليل لم يطرح للمناقشة أو لم يشر إليه في الجلسة ولا إلى ورقة قدمها أحد الخصوم دون أن يمكن باقي الخصوم من الاطلاع عليها، وليس للقاضي أن يحكم في الدعوى بناء على علمه الشخصي).

والتي اوردها المشرع من قبل حتى أن يمنح القاضي السلطة في الاثبات طبقاً للمادة(213)[1]. وطالما أن قواعد الاثبات محددة في نصوص قانونية واضحة وصريحة، اذن فهي خاضعة للرقابة من قبل محكمة التمييز للتأكد من اتباعها من قبل القاضي في طريقة تكوين مضمون اقتناعه ضماناً لحسن تطبيق القانون. ولذا قلنا بأنها رقابة غير مباشرة كونها لا تنصب مباشرة على الأثر الذي يتركه الدليل في ضمير القاضي، بل خارجية تنصب على شكل الدليل المقبول قانوناً في عملية الاثبات، فهي وأن كانت لا تستهدف فهم مضمون الدليل من قبل القاضي، وعلى الرغم من ذلك فهي اساسية في صحة الحكم وقابلية للتنفيذ، إذ لو كان الاثر المنطبع صحيح لكن الوصول إليه كان بطريق غير صحيح فلا يمكن الاعتداد بهِ وصيرورته حكماً نهائياً فاصلاً في موضوع الدعوى وقابلاً للتنفيذ.

وبعد ما تقدم عرضه من خلاصة لأبرز الآراء الفقهية المؤيدة والمعارضة لخضوع ضمير القاضي الجزائي إلى رقابة محكمة التمييز، نصل إلى بيان رأي المشرع في ذلك إذ تتحقق بنصوصه كلمة الفصل فيما كانوا فيه يختلفون.

الفرع الثاني

الاساس القانوني لرقابة محكمة التمييز على ضمير القاضي الجزائي

تقرر نظام الطعن في الأحكام الجنائية تحقيقاً لغرضين أساسيين: أولهما: ضماناً لوحدة القانون ومنعاً لتعارض الاحكام القضائية، وهذا يتحقق من خلال رقابة محكمة التمييز(النقض) على الأسباب القانونية لهذه الأحكام اما الغرض الثاني، فيبدو فيما تقوم به هذه المحكمة من فرض رقابتها على الاسباب الواقعية من حيث كفايتها ومنطقيتها لأن تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها قاضي الموضوع أم لا[2].

إذ اقتضى اعتراف المشرع بسلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة والأخذ بمبدأ اقناعية الدليل وجعله القاعدة العامة التي تحكم عملية الأثبات الجنائي، إن اصبح للقاضي أن يستخلص عقيدته من جميع الأدلة المطروحة على بساط البحث دون التقيد بدليل معين، فالقاضي حين يستعمل سلطته هذه فهو يفسر ويؤول ويقّيم الأدلة ويزنها ليستخلص عقيدته منها. وإن هذه الحرية وإن كانت وليدة النصوص القانونية الواردة في التشريعات الجنائية، إلا أنها يجب أن توضع في إطارها الصحيح، أي

---

(1)نصت المادة(213):(تحكم المحكمة في الدعوى بناءً على اقتناعها الذي تكون لديها من الأدلة المقدمة في أي دور من أدوار التحقيق أو المحاكمة وهي الإقرار وشهادة الشهود ومحاضر التحقيق والمحاضر والكشوف الرسمية الأخرى وتقارير الخبراء والفنيين والقرائن والأدلة الأخرى المقررة قانوناً).

(2)ينظر: د. حامد شريف، النقض الجنائي(دراسة تحليلية تطبيقية)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2018، ص74-77.

في إطار الضمانات التي حددها القانون مسبقاً، وهي ضمانات تهدف إلى تحقيق الحقيقة القضائية ودفع الهوى والشطط عن الأحكام الجنائية ومن اهم هذه الضمانات هو التزام القاضي بأن يبني قناعته من دليل مقبول قانوناً.

فإذا كان الحكم الجنائي بعد استنفاده طرق الطعن يصبح باتاً وحائزاً لقوة الأمر المقضي به وعنواناً للحقيقة، فأن مقتضيات العدالة تستوجب أن يكون هذا الحكم اهلاً لذلك، ولن يتأتى هذا إلا اذا كان خالياً من الأخطاء، وأن يكون- على قدر المستطاع- مطابقاً للحقيقة الواقعية، ولذا تضمن فرض مثل هذه الرقابة ابتعاد الاحكام القضائية عن الاخطاء [1].

ومن أجل تحقيق ما تقدم من غاية، فقد فرض عليه المشرع الالتزام بتسبيب حكمه. فهو من اهم الضمانات المقررة لمصلحة الخصوم والقاضي معاً، لذا فأن قصد المشرع من ضرورة اشتمال الاحكام على اسبابها ليس لمجرد استيفاءها شكلاً معيناً أياً كانت الاسباب التي اشتملت عليها سليمة ام خاطئة. وانما يقصد به بناء الاحكام على اسباب تكفي لتبرير ما خلصت إليه في منطوقها سواء كانت صادرة بالإدانة ام البراءة فالأسباب السائغة والكاملة هي الدعامة الاساسية التي تستند اليها الاحكام[2].

ولذا نصت المادة(310) من قانون الاجراءات الجنائية المصري رقم(150) لسنة 1950:(يجب أن يشتمل الحكم على الاسباب التي بني عليه، وكل حكم بالإدانة يجب أن يتضمن بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة والظروف التي وقعت فيها وأن يشير إلى نص القانون الذي حكم بموجبه). وايضاً المشرع الاردني في قانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ والمعدل رقم(9) لسنة 1961 في المادة(1/237) بنصها:(يشمل القرار على ملخص الوقائع الواردة في قرار الاتهام والمحاكمة وعلى ...الادلة والاسباب الموجبة للتجريم من عدمه...). والحال في التشريع العراقي إذ نصت المادة(224) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم(23) لسنة 1971:(...ووصف الجريمة المسندة إلى المتهم ومادتها القانونية والأسباب التي استندت إليها المحكمة في إصدار حكمها أو قرارها وأسباب تخفيف العقوبة أو تشديدها وأن يشتمل الحكم بالعقوبة على العقوبات الأصلية والفرعية التي فرضتها المحكمة...).

وينصرف مفهوم اسباب الحكم إلى: مجموعة من الاسانيد والمقدمات المنطقية التي تكون اقتناع القاضي، من خلال استدلاله القانوني واستنتاجه القضائي والمنتهي اما بالحكم

---

(1)ينظر: عدنان زيدان، طرق الطعن في الاحكام الجزائية، دار السنهوري، بيروت، لبنان، 2016، ص48.
(2) ينظر: نسرين محسن نعمة الحسيني ، بطلان الحكم الجزائي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2005، ص110.

بالإدانة أو البراءة[1]. أو هي مجموعة من الاسانيد والادلة الواقعية والحجج القانونية التي بنت المحكمة على اساسها منطوق الحكم بالإدانة او البراءة[2].

اما قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ فقد جاء في الاسباب الموجبة له بأن اسباب الحكم هي: الدلائل التي تستند إليها المحكمة في اصدار حكمها بالإدانة وقد حددتها م(213)[3].

ولذلك فأن الأساس القانوني لامتداد رقابة محكمة التمييز(النقض) على ضمير القاضي الجزائي يعود إلى النصوص التشريعية التي اعطتها حق الرقابة. فالقانون الإجرائي يفرض على قاضي الموضوع أن يبحث في وقائع الدعوى بحثاً كافياً ومنطقياً، وما تراقبه محكمة التمييز(النقض) هو مدى إخلال القاضي بهذا الواجب، ونتيجة لذلك تكون رقابتها على الأسباب الواقعية مسألة قانونية يمكنها التعرض لها[4]. وذلك من حيث مدى مطابقتها للشكل المحدد قانوناً وكفايتها لتبرير الحكم الصادر استناداً لها دون أن تمتد إلى فحص الواقع بهدف الفصل فيه[5].

وآية ذلك هو بالاطلاع على الاسباب التي اباح القانون عند توافرها الطعن تمييزاً بالحكم نجدها تشير لما تقدم، فأولى حالات الطعن في الحكم التي لها صلة بموضوع دراستنا هي حالة مخالفة القانون، أي ترك العمل بالنص القانوني. وهو ما أشارت إليه المادة(1/30) من قانون حالات واجراءات الطعن أمام محكمة النقض المصرية بنصها:(إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة القانون...). والمادة(274/ثانياً) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم(9) لسنة 1961، بنصها:(مخالفة القانون...). وايضاً المشرع العراقي في قانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ في المادة(249) بنصها:(...إذا كانت قد بنيت على مخالفة القانون...).

---

(1)ينظر: قرين اكرم، ضوابط تسبيب الحكم الجزائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2014، ص5.

(2)ينظر: د. رؤوف عبيد، ضوابط تسبيب الاحكام الجنائية، مرجع سابق، ص13.

(3)هنالك من يرى ونحن نتفق معه أن المشرع العراقي لم يكن موفقاً في التعريف السابق لأسباب الحكم وذلك لان استخدامه لمصطلح الدلائل في غير معناه اللغوي فالدلائل طبقاً لما وردت في معجم اللغة العربية تعني وجود علاقة بين الدال والمدلول عليه كدلالة اللفظ على المعنى المراد منه ويكون الاستنتاج منها على سبيل الاحتمال، اما الدليل فهو الحجة او البرهان او هو ما يستدل به على وجه الجزم بثبوت التهمة ونسبتها الى المتهم أي يكون على سبيل اليقين وليس الاحتمال ،وكذلك ذكر المشرع أن اسباب الحكم هي الدلائل في حين أن اسباب الحكم لا تقتصر على الادلة فقط بل تتكون من الاسباب القانونية وتتمثل بالجريمة وظروفها والنص المنطبق عليها واسباب واقعية وتتمثل بالأدلة والرد على الطلبات والدفوع الجوهرية المقدمة من الخصوم والتي تمثل جزء من اسباب الحكم، ينظر. نسرين محسن نعمة الحسيني، مرجع سابق، ص110.

(4)ينظر: د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1974، ص520.

(5)ينظر: قندوز عبد الجبار، رقابة المحكمة العليا على تسبيب الاحكام الجزائية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، الجزائر، 2015، ص 36.

فلو كون القاضي قناعته دون مراعاة الضوابط التي وضعها المشرع لتنظيم سلطته وعلى سبيل المثال الاستناد إلى دليل متحصل بطريقة غير مشروعة كالاعتراف تحت وطأة التهديد، فهنا نكون امام مخالفة صريحة لقاعدة قانونية توجب على القاضي أن يكون اعتراف المتهم المستند عليه في الاثبات خالي من الاكراه سواء المادي او المعنوي وذلك طبقاً للمادة(218) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ بنصها:(يشترط في الاقرار أن لا يكون قد صدر نتيجة إكراه مادي أو أدبي أو وعد أو وعيد...). وعليه فأن مخالفة هذه القاعدة القانونية سيخضعه لرقابة محكمة التمييز(النقض).

اما السبب الثاني للطعن امام محكمة التمييز(النقض) فهي مخالفة الاجراءات الاصولية اللازمة لصدور الاحكام كما نص عليها المشرع المصري في المادة(3/30) من القانون ذاته بنصها:(إذا وقع في الاجراءات بطلان أثر في الحكم). والمادة(274/اولاً/أ) بنصها:(مخالفة الإجراءات التي اوجب القانون مراعاتها تحت طائلة البطلان). وايضاً مشرعنا العراقي في المادة(249) بنصها:(...أو إذا وقع خطأ جوهري في الإجراءات الأصولية...وكان الخطأ مؤثراً في الحكم).

إن الوظيفة الأساسية للنصوص الجنائية الاجرائية هي: وضع النصوص العقابية موضع التطبيق، ونقلها من حالة السكون إلى حالة الحركة والفاعلية[1]. وهذه الوظيفة للنص الاجرائي ترجمت إلى مجموعة من القواعد منها قواعد اجرائية شكلية للحكم: وهي القواعد التي تكون المظهر الخارجي الذي يصاغ فيه العمل، وينتقل من خلاله إلى الوجود المادي ومنها مبدأ الشفوية والمواجهة بالأدلة بين الخصوم كقواعد متعلقة بموضوع دراستنا[2]. أو قد تكون قواعد اجرائية موضوعية للحكم: ويقصد بها كل ما يحتويه الحكم من بيانات وعناصر تتعلق بجوهرة ومضمونه، وتكون جزءً لا يتجزأ منه، ولازمة لوجوده قانوناً. وهي تتمثل بديباجة الحكم وأسبابه ومنطوقه[3].

لقد تشدد المشرع اتجاه تلك الاشكال ورتب جزاء البطلان في حالة الاخلال بها ومخالفتها. وذلك لأن المشرع عندما يتطلب مباشرة الإجراءات الجزائية في اطار شكل قانوني معين، إنما يبتغي من وراء ذلك تنظيم سير الخصومة الجزائية، وتحقيق مصلحة

---

(1)ينظر: عمار علي عبد الله الموسوي، التسبيب وأثره في سلامة الحكم الجزائي في التشريع الإجرائي العراقي، رسالة ماجستير، كلية القانون- جامعة الكوفة، 2019، ص109.

(2)ينظر: د. محمود صالح العادلي، النظرية العامة في حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2005، ص609.

(3)ينظر: د. حاتم حسن بكار، اصول الاجراءات الجزائية، منشأة المعرف، الاسكندرية، مصر، 2005، ص923.

المتهم من خلال اتباع اجراءات قانونية معينة تستهدف متابعة المتهم ومعاقبته دون الاخلال بحقوقه وحريته[1].

لذلك فأن كل مخالفة ترتكبها محكمة الموضوع في هذه الاجراءات المؤثرة في الحكم تكون سبباً للطعن فيه، وتستطيع محكمة التمييز(النقض) اكتشاف ذلك من خلال فرض الرقابة على تسبيب الحكم .

وما يعنينا بالرقابة على تسبيب الحكم انسجاماً مع دراستنا هو الرقابة من ناحية الكفاية والمنطقية وليست من ناحية الوجود والعدم، إذ أن انعدام الاسباب هو عيب شكلي في حين عدم كفاية الاسباب هو عيب يمس صميم موضوع الحكم، ومن ثم لا يمكن بحثه إلا إذا كان صحيحاً من حيث الشكل. ولذا فأن نشاط محكمة التمييز في كلا الحالتين مختلف، فبينما في حالة الانعدام فأن سلطتها تنحصر في بيان أن الحكم غير مسبب كلياً أو جزئياً، ومن ثم تقوم بنقضه دون أن تبدي رأيها في قيمته القانونية. في حين عند الطعن في الحكم لعدم كفاية الأسباب الواقعية للحكم فأنها تتعرض لنشاط القاضي من الجانب الواقعي للحكم مبينة اوجه القصور فيه[2].

وتأسيساً على ذلك فأن عدم كفاية ومنطقية الاسباب هي من العيوب التي تمس تسبيب الاحكام، وإن الأخير ما هو إلا اجراء من اجراءات اصدارها، وعليه فأن ما يصيبه من عيوب تشكل مخالفة للإجراءات الأصولية التي نص عليها القانون ،ومن ثم فأن مخالفتها تكون مدعاة لنقض الحكم من قبل محكمة التمييز(النقض). وهو ما ائتلف عليه كل من التشريع العراقي والمصري كما بينا آنفاً، في حين أن المشرع الأردني بالإضافة إلى ذلك فقد افرد نصاً قانونياً خاصاً بعيوب التسبيب ومن ضمنها هذا العيب وذلك في المادة(274/سادساً) بنصها:(خلو الحكم من اسبابه الموجبة أو عدم كفايتها أو غموضها).

ونخلص مما تقدم الى: أن الرقابة التي تقوم بها محكمة التمييز(النقض) لا تمتد الى اقتناع القاضي ذاته في موضوع الدعوى، وانما تمتد لمراقبة المنطق القضائي الذي استند اليه في الوصول إلى هذا الاقتناع، ويتم ذلك عن طريق رقابتها لمكونات هذا الاستدلال اي الاسباب الواقعية والقانونية للتحقق من مدى كفايتها ومنطقيتها لأن تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها. وهو ما يحقق الرقابة غير المباشرة على ضمير القاضي الجزائي.

---

(1)ينظر: علي جبار صالح الحسيناوي، محكمة التمييز ودورها في الرقابة على الاحكام الجزائية، اطروحة دكتوراه، كلية القانون- جامعة بغداد، 1998، ص59.

(2)ينظر: د. احمد مليجي، مرجع سابق، ص137-138.

غيـر أن ذلـك إذا كـان يصـدق علـى غالبيـة التشـريعات الجنائيـة الإجرائيـة ومنهـا مـا هـو محـلاً لدراستنا(المصـري- الاردنـي)، فهـو لـيس كـذلك فـي التشـريع العراقـي، إذ اورد بالإضـافة إلـى مـا تقـدم سـببين آخـرين للطعـن فـي صـحة الحكـم امـام محكمـة التمييـز(النقض) هما:(الخطـأ فـي تقدير الأدلـة والخطـأ فـي تقدير العقوبـة). ومـا يطـرح مـن تسـاؤل فـي هـذا الصـدد هـو: مـا غايـة المشرع من ادراجهما كأسباب للطعن في الحكم أمام محكمة التمييز وهي محكمة قانون؟

فـإذا كـان يقصـد بـهِ الخطـأ القـانوني فـي تقـدير الـدليل، أي مخالفـة قواعـد الاثبـات. والخطـأ فـي تقـدير العقوبـة أي تجـاوز الحـدود الـدنيا والعليـا التـي فرضـها المشـرع لتقـدير العقوبـة. فهـذه الحالات تندرج ضمن عيب مخالفة القانون وبالتالي لا داعي لذكرهما مرة اخرى.

امـا إذا كـان يقصـد بهـا الرقابـة علـى القـوة الاثباتيـة للـدليل، ومـدى ملائمـة العقوبـة لجسـامة لخطـورة الفاعـل وجسـامة الفعـل المرتكـب فهنـا نكـون أمـا تعـارض تشـريعي واضـح بـين النصـوص القانونيـة وتحديـداً نصـي المـادة(213) والمـادة(249) مـن قـانون اصـول المحاكمـات الجزائيـة. إذ مـن نتـائج تبنـي مبـدأ الاقتنـاع القضـائي فـي المـادة(213) هـو حريـة القاضـي فـي تقـدير كفايـة الـدليل وملائمـة العقوبـة. وبالتـالي عـدم خضـوع هـذا الجانـب مـن الحكـم لرقابـة محكمة التمييز(النقض).

وهـو مـا يقودنـا إلـى تسـاؤل آخـر مفـاده: هـل اعطـى المشـرع العراقـي لمحكمـة التمييـز الاتحاديـة صـلاحية الرقابـة المباشـرة وغيـر المباشـرة علـى ضـمير القاضـي الجزائـي، أي عـدها احدى درجات التقاضي؟ وهو ما سنحاول الاجابة عليه في المبحث القادم من الدراسة.

المطلب الثاني
حدود رقابة محكمة التمييز على ضمير القاضي الجزائي

تتكـون كـل دعـوى مـن جميـع مـا يثيـره الخصـوم مـن نـزاع فـي مسـائلها الواقعيـة والقانونيـة، ومهمـة القاضـي لكـي يفصـل فيهـا تتمثـل فـي أن يتأكـد مـن صـدق وقائعهـا، ثـم يطبـق مـا ثبـت صـدقه منهـا علـى القاعـدة القانونيـة الملائمـة لهـا. والوقـائع تعنـي الاحـداث، أي مـا حصـل وكـان لـهُ كيـان ذاتـي وصـار منتمياً إلـى الماضـي، ويُعـد هـذا الجـزء مـن الـدعوى كقاعـدة عامـة مـن اطلاقات محكمة الموضوع، فلا تخضع لرقابة محكمة التمييز(النقض)[1].

(1)ينظر: د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص1180.

بيد أن التمييز بين مسائل الواقع ومسائل القانون ليس بالأمر اليسير، فالتفرقة بينهما من أكثر المسائل غموضاً وصعوبة، ولا توجد قاعدة او معيار عام يمكن بواسطته تحديد ما يعدُ واقع وما يعدُ قانون في نزاع معين، وللفقه مذاهب شتى للتمييز بين الواقع والقانون[1].

(1)ومن المعايير التي وضعت في هذا الصدد هي: 1- معيار المسائل البسيطة والمعقدة: يقوم هذا المعيار على اساس التفرقة بين المسائل البسيطة أي المسائل العامة التي لا تحتاج في تفسيرها او تطبيقها لغير نص القانون ذاته الى ادراجها ضمن مسائل القانون، اما المسائل المعقدة اي الخاصة التي تحتاج في تفسيرها علاوة على نص القانون بل الى ظروف خارجية عنه تدخل في نطاق سلطات قاضي الموضوع فانها تندرج ضمن مسائل الواقع. ولقد انتقد هذا المعيار من قبل الفقه الفرنسي وذلك لسهولة الخلط بين مسائل الواقع والقانون كونها مقامه على اساس درجة بساطة او تعقيد المسائل. 2- معيار المعاني في النصوص القانونية: يتمثل مضمون هذا المعيار في أن القانون قد عني بتحديد معاني بعض الأوصاف مثل الفاعل الأصلي والشريك والشروع والسرقة، إلا انه قد ترك بعض الاوصاف دون تحديد مثل علاقة السببية وجسامة الخطأ العمدي، من ذلك خلصوا الى ان خطأ القاضي في تطبيق ما حدده المشرع من أوصاف يعد خطأ في القانون وبدوره يخضع لرقابة المحكمة الأعلى درجة. اما الخطأ فيما لم يضع له المشرع وصفاً فهو خطأ واقعي يدخل في نطاق سلطات قاضي الموضوع ولا رقابة عليه. وعلة ذلك أنه مادام المشرع لم يعطي وصفاً قانونياً لها معنى ذلك أن قد فوض القاضي بإعطائها الوصف المناسب من دون إخضاعه لرقابته. ولقد ثبت عدم جدوى هذا المعيار للتفرقة بين الجانب الواقعي والقانوني للحكم ووجهت له عدة انتقادات منها، أن كل الأوصاف التي نص عليها المشرع في القانون لها معنى سواء عبر عنها صراحة او لم يعبر، وذلك لأن الأفكار التي وردت في القانون هي محددة طالما أن المشرع اراد لها معنى معيناً، وهذا الأخير تارة يكشف عنه وتارة أخرى يفوض القاضي في الكشف عنه بلحاظ الفكرة القانونية السائدة، معنى ذلك أن تحديد المعنى يدخل في جانب القانون سواء كانت محددة سلفاً او لم تكن كذلك، إضافة إلى ذلك فأن هذا المعيار يعبر عن فكرة تاريخية قديمة مرتبطة بوظيفة محكمة النقض الفرنسية سابقاً، مؤداها هو اقتصار رقابة هذه المحكمة على المخالفة المباشرة للقانون فقط اي الصريحة، وهو ما لا يتفق مع الوظيفة الحالية للمحكمة والتي تمتد إلى الرقابة على الخطأ في تطبيق القانون وتأويله. 3- معيار الاستخلاص المنطقي المجرد: يرتكز هذا المعيار على وجوب التمييز بين الأفكار التي يمكن تحديد معناها ابتداءً مثل السب، القتل وغيرها من الأفكار ويكون تحديدها بطريق التقدير القانوني وبذلك فهو يندرج ضمن الجانب القانوني للحكم وعندها سيخضع لرقابة المحكمة الأعلى درجة. وبين تلك التي لا يمكن تحديد معناها سلفاً، إذ يتباين معناه تبعاً لإختلاف القضايا التي تعرض على القاضي، ولذلك وجب على الأخير أن يستخلص هذا المعنى في كل قضية تعرض على حده بطريق الإحساس الخاص له وهو ما يطلق عليه بالتقدير الأدبي مثل البدء بالتنفيذ في الشروع وجسامة الضرر وهو بذلك يدخل ضمن الجانب الواقعي للحكم الجزائي الذي يخرج عن دائرة رقابة المحكمة العليا. وانتقد هذا المعيار لتجاهله لعملية تكييف القانون الذي يخضع لرقابة محكمة التمييز، كون التكييف يتطلب الانتقال من وقائع محدده في الدعوى الى افكار عامة مجردة، أي يجب على القاضي أن يقابل بين الوقائع التي يتثبت من صحتها بعد فحص ادلة الإثبات وبين الأنموذج القانوني الذي تضمنته نص المادة العقابية واجبة التطبيق على تلك الوقائع. 4- معيار الغرض: يقوم هذا المعيار على اساس الغاية المتوخاة من رقابة المحكمة الأعلى درجة على التكييف القانوني للواقعة هو ضمان وحدة تطبيق القانون، لذلك تم التمييز بين مسائل التكييف العام والتي تدخل في نطاق الجانب القانوني للحكم، و بين مسائل التكييف الخاص الذي يندرج ضمن الجانب الواقعي للحكم، وكانت نقطة انطلاقهم في التمييز بينهما كسابقيه يعتمد على ارادة المشرع فمتى ما قرر المشرع أن تكييفاً قانونياً معيناً يصلح للتطبيق على جميع الوقائع فأنه يعد من مسائل التكييف العام، وعلى العكس من ذلك متى كان التكييف مرتبطاً بوقائع كل دعوى على حده ولا ينفصل عنها فأنه يعد من مسائل التكييف الخاص ، واستناداً الى تلك التفرقة فإذا ارادت المحكمة الأعلى درجة ان تباشر وظيفتها في ضمان توحيد تطبيق القانون، فيجب ان تنحصر سلطتها في الرقابة على مسائل التكييف العام بسبب إرتباطها الضيق بالقانون. وقد وجهت لهذا المعيار انتقادات منها، أن التكييف العام في حقيقته ليس الا تحديداً للمعنى القانوني المجرد للقاعدة القانونية ، ومحكمة النقض لا يمكنها في نطاق التزامها بالتقيد في حدود الدعوى المطروحة امامها أن تقدم بطريقة عامة سائر الآثار التي تترتب على التحديد القضائي المبذول للاصطلاح القانوني الذي لم يحدد المشرع معناه. وايضاً فإن التكييف الخاص ليس إلا تطبيقاً للقاعدة القانونية على الوقائع التي أثبتها القاضي وفقاً لمفهومه وبالتالي فأن افلات هذا التكييف من دائرة الحكم القانوني أي افلاته من الرقابة انما هو افلات لعمل معياري يباشر تأثيره في الأحكام التي تصدر في حالات مشابهة. نخلص مما تقدم الى عدم استطاعة الفقه من خلال ما طرحه من معايير في الوصول الى مضمون محدد يمكن لرجال القانون استخدامه في التمييز بين الواقع والقانون خاصة ان تلك المعايير اصطبغت بطابع تجريبي بحت لا يصلح للتطبيق العملي، ولذلك فنحن نميل الى الاتجاه القائل بأن المعيار الفاصل يتمثل في أن كل ما يخضع للإعتقاد الذاتي للقاضي الجزائي، كتقديره لقيمة الدليل او الأعتماد على دليل معين بالنظر الى اطمأنانه له وطرح ما عداه يعد من الجانب الواقعي للحكم ويخرج عن نطاق الرقابة، وبالعكس من ذلك فأن كل ما يخرج عن نطاق دائرة اقتناع القاضي الجزائي كضرورة ان يستمد

ولكن حتماً لا تؤدي صعوبة التمييز بينهما إلى افساح المجال امام محكمة التمييز (النقض) الى بسط رقابتها على كل ما يتصل بمسائل الواقع، وإلا لتحولت إلى درجة للتقاضي وهو ما لا يتلائم مع وظيفتها كمحكمة قانون، والقول كذلك لا يعني أن واقع الدعوى ككل بمنأى عن رقابتها، على الرغم من أنها محكمة قانون، إلا أن رقابتها لا تقتصر على كل مسائل القانون فقط، بل تمتد ايضاً لتشمل بعض مسائل الواقع، وذلك لارتباطها بوظيفتها كمحكمة قانون فهي تتولى الرقابة على حسن تطبيقه.

وتأسيساً على ما تقدم سنركز محور دراستنا لبحث حدود رقابة محكمة التمييز على ضمير القاضي الجزائي وذلك ببيان ما يخضع وما لا يخضع لرقابتها في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

التقدير الواقعي الخاضع لرقابة محكمة التمييز

التقدير الواقعي للحكم يقوم على ركيزتين: تتمثل الأول في: التحقق من الوجود المادي للوقائع المدعاة. اما الثانية فهي الاثبات القانوني لها. أي اثبات الواقع وفقاً لقواعد القانون في الاثبات.

فالأول يعني فهم القاضي لوقائع الدعوى. والأصل العام هو الا تتعرض محكمة التمييز (النقض) لرقابته، إذ لا يعد سبباً للطعن ما يشوب الحكم من عيوب تتعلق بتقديرات قاضي الموضوع الواقعية. فسلطته في تحصيل فهم الواقع تامة، ورأيه فيه قطعي لا يحتمل الطعن بالخطأ أمام محكمة التمييز (النقض)، ولكن وأن كان لا يخضع للرقابة من حيث التحقق من الوجود المادي للوقائع، إلا أنه يخضع لرقابتها من حيث ضرورة أن يتم ذلك "الفهم" وفقاً لقواعد الاثبات القانونية وهنا بالضبط تتجلى حدود الرقابة، إذ أن رقابتها ذات طابع قانوني كونها تنصب على قواعد وضعها المشرع والزم القاضي باتباعها وأن كانت تتصل بالوقائع[1].

ويبرز دور محكمة التمييز (النقض) في رقابة وقائع الدعوى في مجالين: الأول: قانونية الحكم. والثاني: منطقية الحكم. وسنبينهما فيما يأتي:

=القاضي اقتناعه من دليل مشروع له اصل في اوراق الدعوى وتم طرحة للمناقشة في جلسات المحاكمة فإنه يدخل ضمن الجانب القانوني للحكم ومن ثم يخضع للرقابة. وبناءً على ذلك يخرج من دائرة القانون كل ما يتعلق بكيفية اقتناع القاضي كون القاضي غير مطالب بتعليل لماذا اقتنع، ولكنه مطالب بإيراد بماذا اقتنع. ينظر: د. أحمد فتحي سرور، النقض الجنائي، مرجع سابق، ص342-346، و د. محمد زكي أبو عامر، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، مرجع سابق، ص280-329 ، و رقية فالح حسين، مرجع سابق، ص86-94. ورسالتنا للماجستير: الاقتناع القضائي وأثره في صحة الحكم الجزائي، جامعة الكوفة، كلية القانون، 2018، ص101-102.

(1)ينظر: احمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض، مرجع سابق، ص123.

أولاً- قانونية الحكم:

على الرغم من أن لقاضي الموضوع سلطته في اثبات الوقائع، إلا أن هذه السلطة معلقة على شرط احترامه لقواعد الاثبات وطرق التحقيق المبينة في القانون[1]. فإذا كان القاضي حراً في تقدير الأدلة المقدمة وفي تحصيل فهم الواقع، فأنه ليس حراً في عدم اتباع القانون فيما جاء به من قواعد أي أن هذه السلطة يجب إعمالها وفقاً للإجراءات التي نص عليها القانون.

وهي وجوب أن يكون اقتناع القاضي متحصل من دليل، وإن يكون هذا الدليل الذي استند عليه في حكمه متحصل بطريقة مشروعة، وتم تحقيقه بصورة شفويه اثناء المحاكمة في مواجهة الخصوم فخضع حينها لمساجلاتهم واوجه الرد والدفاع ضده، وإن يصل من خلال هذه الادلة إلى مرتبة الجزم واليقين فيما يصدره من احكام فاصلة في موضوع الدعوى[2]. فأن هو خالفها أو اخطأ في تطبيقها أو تأويلها فسد رأيه في فهم الواقع ومن ثم يسري الفساد إلى حكمه في الدعوى، ومن ثم كان لمحكمة التمييز (النقض) إن تقّوم انحرافه لتعيده إلى نصابه الصحيح[3].

وتأسيساً على ما تقدم، لا اعتداد بحكم استند القاضي في اصداره على دليل معين، وتبين من وقائع الدعوى أنه غير موجود او يخالف هذه الصورة، أو لا يتفق مع حقيقتها التي تنطق بها الأوراق، أو أن الدليل الذي استند إليه وارد في محضر معين من أوراق الدعوى، ويتبين من الاطلاع على هذا المحضر خطأ هذا الأسناد[4]. فلا يمكن الاعتداد بدليل أسندته المحكمة إلى مصدر معين وهو خلاف الحقيقة، كأن يسند الحكم اقوالاً الى شاهد معين لم يقلها، أو يسند اعترافاً الى متهم لم يصدر عنه، أو إلى نتيجة معينة في تقرير خبير فني لم ترد فيه.

والمعيار في تقدير ذلك هو بالرجوع إلى أوراق الدعوى والتحقيق الذي يجري في داخل جلسات المحاكمة، لمعرفة ما إذا كانت العبارة التي أخطأ الحكم في أسنادها إلى مصدر معين وارادة فيما ثبت على لسان هذا المصدر أم لا، ويراعى في هذا الشأن أن الحكم يعدّ مكملاً لمحضر الجلسة في الاجراءات دون أدلة الدعوى التي يلزم دائماً أن يكون لها مصدر ثابت في الأوراق، وبالتالي مأخذ ثابت منها[5]. لذا فأن الخطأ في الأسناد يتحقق عندما يكون

---

(1)ينظر: د. احمد ابو الوفا، نظرية الاحكام في قانون المرافعات، ط4، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، دون ذكر لسنة النشر، ص292.

(2)ينظر: ايمان محمد علي الجابري، يقين القاضي الجنائي، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2003، ص339-3340.

(3)ينظر: د. احمد مليجي، مرجع سابق، ص77-78.

(4)ينظر: د. اشرف جمال قنديل، مرجع سابق، ص624.

(5)ينظر: نبيل حميد البياتي، مرجع سابق، ص191.

الحكم مستنداً إلى أدلة لا أصل لها في أوراق القضية وهذا يعني أن المحكمة قد أستندت إلى أدلة وهمية مما يؤدي إلى بطلان الحكم لخلوه من أسباب حقيقية، ومن ثم انتفاء قيامه على أساس قانوني سليم مما يستوجب نقضه[1].

وفي هذا الصدد يجب التمييز بين الخطأ في وصف الدليل والخطأ في مصدر الدليل، فالأول كما تقدم ذكره يعيب الحكم الجنائي، في حين أن الخطأ في مصدر الدليل لا يقدح في سلامة الحكم، وذلك على اعتبار أنه لا يضيع أثره طالما لهُ أصل صحيح في أوراق الدعوى، ومثالها أن تذكر المحكمة أنها استخلصت الواقعة من مجموعة التحقيقات التي تمت بمعرفة الشرطة وقاضي التحقيق ومن التحقيقات التي تمت في جلسات المحاكمة، في حين أن المحكمة في الواقع لم تسمع الشهود بنفسها وانما تليت عليها أقوالهم، فذلك خطأ مادي لا يعتد به متى كان ما أسنده الحكم إلى الشهود من أقوال ثابته في التحقيقات التي أجريت في الدعوى[2].

والحكمة في اشتراط ثبوت الدليل في أوراق الدعوى هي احترام مبدأ شفوية المحاكمات وقاعدة المواجهة بين الخصوم حتى تستطيع محكمة التمييز مباشرة وظيفتها في الرقابة على تسبيب الحكم الجزائي[3].

وخلاصة القول: إن فهم الواقع في الدعوى يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالأدلة المقدمة فيها، فقاضي الموضوع مقيد بقواعد الأثبات الجنائي التي فرضها عليه المشرع، وعليه فأن الخطأ فيها يُعد من قبيل الخطأ في القانون، فمخالفة قواعد الاثبات أو الخطأ في تطبيقها يؤدي بالضرورة إلى الخطأ في تحصيل الواقع، ما يترتب عليه الخطأ في التكييف القانوني للواقع، ونتيجة لذلك تراقب محكمة التمييز (النقض) قاضي الموضوع في مصادر اقتناعه الموضوعي.

ثانياً- منطقية الحكم:

على فرض أن قاضي محكمة الموضوع لم يخطئ في قواعد الاثبات عند فصله في وقائع الدعوى. فأن هذا لا يعني أن الوقائع تكون بمنأى عن رقابة محكمة التمييز (النقض)، وانما تخضع هذه الوقائع للرقابة من زاوية مدى منطقيتها. ويتم ذلك من خلال الرقابة على الاسباب الواقعية للحكم هل كانت كافية لأن تؤدي عقلاً إلى ما رتبه القاضي في حكمه أم لا؟

ولذا ينبغي أن تشتمل هذه الاخيرة على:

---

(1)ينظر: د. رؤوف عبيد، ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية، مرجع سابق، ص488.
(2)ينظر: د. حسن صادق المرصفاوي، مرجع سابق، ص767.
(3)ينظر: رقية فالح حسين، طرق الرقابة على سلطة القاضي الجنائي ووسائلها ومجالات تطبيقها(دراسة مقارنة)، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2016، ص219.

1- **بيـان الواقعـة:** وهـو مـا يظهـره قاضـي الموضـوع فـي أسـباب حكمـه بالتفصـيل، أي بيـان اركانهـا وعناصـرها وظروفهـا بشـكل كـافي، وإن الخطـأ فـي ذلـك سـيؤدي إلـى الخطـأ فـي التكييـف القـانوني لهـا، وهـو مـا يجعـل الحكـم مشـوباً بالخطـأ فـي القـانون. ويُعَلـل الـزام المشـرع لقاضـي الموضـوع بهـذا البيـان، لأنـه الوسـيلة التـي مـن خلالـه تسـتطيع المحكمـة العليـا الكاشـف عـن مـدى صـحة فهـم القاضـي للـدعوى وحقيقـة ادلتهـا، إذ تراقـب هـذا الفهـم للوصـول إلـى التطبيـق الصـحيح للقـانون، كونهـا تبـدأ مـن حيـث انتهـى قاضـي محكمـة الموضوع لتنطلق في رقابتها وعليه فهي لا تعيد نظر موضوع الدعوى من جديد[1].

2- **بيـان الطلبـات والـدفوع الجوهريـة التـي لهـا تـأثير علـى الفصـل فـي الـدعوى:** ويقصـد بالـدفع هـو كـل مـا انصـب علـى اوجـه الـدفاع القانونيـة التـي يتقـدم بهـا احـد الخصـوم لنفـي القـوة الثبوتيـة للأدلـة القائمـة فـي الـدعوى، وهـذه الطلبـات المهمـة والـدفوع الجوهريـة امـا ان تكـون موضـوعية او قانونيـة وهـي تختلـف مـن دعـوى إلـى اخـرى بحسـب وقائعهـا وظروفهـا. وتكـون جوهريـة متـى كانـت منتجـة فـي الـدعوى فقـد يترتـب عليهـا الغـاء التهمـة كليـاً وانتفـاء سـندها ممـا يوجـب الافـراج عـن المـتهم أو تبرئتـه كالـدفع بانتفـاء ركـن مـن اركـان الجريمـة كانعـدام العلانيـة فـي جريمـة القـذف والـدفع بعـدم تحقـق الظـرف القـانوني المشـدد فيهـا كالـدفع بانعـدام الاكـراه فـي جـرائم السـرقة وكـذلك مـن الـدفوع الجوهريـة الـدفع بتـوفر سـبب مـن اسـباب الاباحـة كحـق الـدفاع الشـرعي او اداء الواجـب[2]. امـا إذا رأت محكمـة الموضـوع ان الطلـب أو الـدفع المقـدم امامهـا غيـر جـوهري وغيـر منـتج فـي الـدعوى وأن مـن شـأنه التـأخير فـي حسـم الـدعوى فلهـا عـدم الاسـتجابة اليـه علـى ان تبـرر ذلـك فـي حكمهـا، وذلـك بـالرد عليـه رداً سـائغاً وكافيـاً فـي حـال عـدم قبولـه، وإلا تعرضـت محكمـة التمييـز (النقض) للحكـم سـواء أكـان الحكـم فـي ذلـك البيـان قـد شـابه القصـور فـي الـرد أو عنـد عـدم التسـبيب أو إهماله لها[3].

فالرقابـة القضـائية علـى تسـبيب الاحكـام معناهـا رقابـة محكمـة التمييـز علـى محكمـة الموضـوع فـي بيانهـا لمـؤدى مصـدر اقتناعهـا وتواجـده ضـمن وقـائع الـدعوى وصـحة اعمـال القـانون علـى الوقـائع، وبيـان دلالتهـا فـي الحكـم مـن دون الزامـه ببيـان النشـاط الـذهني الـذي ادى اقـام فيـه سـلطته التقديريـة أو كيفيـة اقتناعـه، فـإذا كـان قاضـي الموضـوع سـيداً كأصـل عـام إلـى

(1)ينظر: د. عبد الحميد الشواربي، أوجه الطعن بالنقض في تسبيب الاحكام المدنية والجنائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2004، ص611.
(2)ينظر: د. حاتم حسن بكار، اصول الاجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص953.
(3)ينظر: د. عادل يوسف الشكري، مرجع سابق، ص531.

إثبات الوقائع، إذ لهُ السلطة المطلقة في تقديرها، إلا أنها تراقب على الأقل حقيقة هذا الوزن وصحة الميزان[1].

ويتم ذلك من خلال الرقابة على منهج قاضي الموضوع أي الرقابة على العملية العقلية التي وصل من خلالها قاضي الموضوع إلى الحكم الذي انتهى إليه. وذلك ببيان الكيفية التي انتهى بها إلى استخلاص حقيقة الواقعة وفهمها، هي والأدلة المحيطة بها سواء المثبتة أو المنفية، والفهم السائغ والصحيح الذي يؤدي وفق قواعد المنطق وأصول التفكير السليم إلى النتيجة التي انتهى إليها. ولهذا لا تشفع أي اسباب يوردها القاضي لنجاة حكمه من قبضة محكمة التمييز (النقض) ما لم تكن كافية ومنطقية، وإلا أبطل وتم نقضه من قبلها لكونه مشوباً بالفساد في الاستدلال[2].

ويكون حكم القاضي مشوباً بعدم المنطقية، عندما يقوم على واقعة أو دليل مشوه أو محرف، ويتحقق ذلك في صورتين: أولهما ايجابية ذات مظهر مادي، وتتم حيث يتجاهل القاضي حقيقة الواقعة أو مضمون الدليل المطروح ويعمد إلى اضافة امور جديدة لأي منها أو حذف أي من عناصره، وقد تكون ذات مظهر معنوي(تحريف ذهني) ويتحقق ذلك بتحميل عبارات الواقعة او الدليل اموراً لا يتسع لاستيعابها. أما الصورة الثانية من صور التحريف السلبي ويقع بالترك أو الاسقاط، من ذلك فأن الخطأ في منطقية التقدير للدليل الجنائي المكون لقناعة القاضي هو استخلاص خاطئ لنتيجة معينة من دليل صحيح في القانون[3].

وتؤدي وظيفة المنطقية إلى الربط بين الأسباب(المقدمات) والمنطوق(النتيجة) التي تفضي إليها، وتبرهن على مدى كفاية هذه المقدمة لكي تؤدي إلى النتيجة المترتبة عليها أم لا، فالمنطقية عمادها الاستدلال وقوامها الاستقراء والتحليل والتركيب، ولذا فهي تهدف إلى الاستخلاص السائغ للمقدمات والتدليل على أنها تؤدي بالضرورة واللزوم العقلي إلى النتيجة التي انتهت إليها محكمة الموضوع[4]. فهي الوسيلة لإقناع الخصوم وجمهور الناس بعدالة الحكم الصادر، فضلاً عن أن أثر الحكم الجنائي في الردع العام والخاص عند الإدانة تتوقف على ذلك الاقناع، من هنا تبدو اهمية اتصاف الحكم بالمنطقية، بالإضافة إلى ذلك فإن

---

(1)ينظر: ايوب المساوي، اشكالية الاثبات في المادة الجنائية وتأثيرها على القناعة الشخصية للقاضي الجنائي، رسالة ماجستير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، المملكة المغربية، 2017، ص108.

(2)ينظر: د. انوسنس احمد الدسوقي عبد السلام، قضائية توقيع العقوبة الجنائية ، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص 232

(3)ينظر: هاني يونس احمد جوادي، مرجع سابق، ص88-89.

(4)ينظر: آندريه لاند، العقل والمعايير، ترجمة: د. نظمي لوفا، الهيئة العامة للكتاب، القاهرة، مصر، 1979، ص105.

المحكمة تواجه عدداً من الوقائع والأدلة المتناقضة ويؤدي النشاط القضائي دوراً واضحاً في شأنها وبقدر حجم هذا النشاط وسلامته يمكن استخلاص القاعدة القانونية المناسبة[1].

من خلال ما تقدم يمكن القول أن التسبيب جوهر الحكم الجنائي واهم جزء فيه إذ يبرز فيه النشاط الذهني للقاضي والجهد المبذول منه للوصول إلى النتيجة التي انتهى إليها في الحكم. كذلك فأنه يكشف عن حياد القاضي واهتمامه بقضائه لإصدار الحكم السليم [2].

الفرع الثاني

التقدير الواقعي المستثنى من رقابة محكمة التمييز

يستثنى من الخضوع لرقابة محكمة التمييز ما يأتي:

أولاً- بحث أدلة اثبات جديدة:

لا تمتلك محكمة التمييز (النقض) سواء من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الخصوم الأمر باتخاذ أي اجراء من اجراءات التحقيق التي تهدف إلى البحث عن أدلة اثبات جديدة للواقعة المعروضة امامها، كسماع افادة الشهود أو المتهم أو المشتكي أو الأمر بإجراء معاينة أو التفتيش، لأن ذلك من صميم عمل قاضي محكمة الموضوع نظراً لما منحهُ المشرع من دور ايجابي في الاستقصاء بحثاً عن الحقيقة[3].

ثانياً- اعادة تقدير كفاية الدليل في عملية الأثبات الجنائي:

قبل أن يصدر القاضي حكمه في الدعوى المعروضة عليه، يقوم بنشاط اجرائي عقلي يتمثل في فهم وقائع الدعوى ومحاولة الوصول إلى استخلاص حقيقتها، وتحديد الأدلة التي تثبتها وتنسبها إلى المتهم. وتتميز مرحلة بحث القاضي عن الحقيقة الواقعية وادلة اثباتها بكونها مرحلة قلقة تعتمد على الموازنة والترجيح بين الأدلة، ويكون اقتناعه غير مستقر ولم يصل بعد إلى مرحلة الاقتناع الذي يؤهله لأن يصدر الحكم في الدعوى، لذلك فأن مثل هذه الاسباب التي تعتمد على التقدير الشخصي لقاضي الموضوع للأدلة والموازنة بينها والتيقن من صدقها، تُعد اسباباً نفسية يختلط فيها إحساس القاضي ووجدانه، ومن ثم يصعب عليه تسطيرها وابرازها من عالم الوجدان أو الحدس إلى العالم الحسي، ومن ثم فإن الالتزام

---

(1)ينظر: د. احمد ابو الوفا، تسبيب الأحكام، بحث منشور في مجلة الحقوق(يصدرها مجلس النشر العلمي- جامعة الكويت)، السنة السابعة، 1957، ص84.

(2)ينظر: د. كامل السعيد، دراسات جنائية معمقة في الفقه والقانون والقضاء المقارن، 2002، ص317، مرزوق محمد، الحق في المحاكمة العادلة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بالقايد، 2006، ص333.

(3)ينظر: د. احمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض، مرجع سابق، ص134.

بالتسبيب لا ينصرف إلى مثل هذه الاسباب التي تعتمد على اطمئنان قاضي الموضوع لدليل دون آخر، إذ يتوقف على بيان مصادر اقتناعه الموضوعي ذلك الاقتناع الذي افضى إليه الاقتناع الشخصي وكان بمثابة الاسباب التي أدت إليه[1].

ونتيجة لذلك فاطمئنان قاضي الموضوع لشهادة شاهد وطرحه لشهادة آخر وترجيحه لشهادة واحدة وطرحه لشهادة عدة شهود من مسائل الواقع التي لا تمتد رقابة المحكمة العليا عليها، إذ لا يرد عليها فكرة الخطأ في القانون[2]، إذ أن مرحلة الأثبات المادي للوقائع تحوز حجيتها النهائية أمام محاكم الموضوع، فلا يجوز إثبات وقائع جديدة أمام المحكمة العليا، ولا يجوز للمحكمة العليا إجراء تحقيق موضوعي لإثبات أدلة جديدة، ولا يجوز لها ايضاً الموازنة بين وقائع الدعوى إثباتاً ونفياً، فكل تلك المسائل مما يتصل بالسلطان النهائي لقاضي محكمة الموضوع[3].

ثالثاُ- اعادة تقدير ملائمة العقوبة للفعل المرتكب:

إن توقيع العقوبة في حدود النص المطبق هو من اطلاقات قاضي الموضوع، لأنها تُعد من مسائل الواقع البحت في حدود السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا يجوز لمحكمة النقض أن تتدخل في ذلك التقدير[4]، كما وأن الأمر بوقف تنفيذ العقوبة هو كتقدير نوعها ومقدارها من صميم عمل قاضي الموضوع، ومن حقه أن يأمر أو لا يأمر بتنفيذ العقوبة التي يحكم بها على المتهم وهذا الحق لم يجعل الشارع للمتهم شأناً فيه، بل خص بهِ قاضي الموضوع، ولم يلزمه باستعماله، بل رخص له ذلك وتركه لمشيئته وما صير إليه رأيه، ومن ثم فأن الأمر بوقف تنفيذ العقوبة هو من مسائل الواقع التي لا ولاية للمحكمة العليا عليها[5].

---

(1)ينظر: د. علي محمود علي حمودة، النظرية العامة في تسبيب الحكم الجنائي في مراحلة المختلفة، مرجع سابق، ص264.
(2)ينظر: د. محمد زكي ابو عامر، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، مرجع سابق، ص266-267.
(3)ينظر: د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص417.
(4)ينظر: د. أمين مصطفى محمد، مرجع سابق، ص22.
(5)ينظر: د. سمير الجنزوري، السلطة التقديرية للقاضي في تقدير العقوبة، بحث منشور في المجلة الجنائية القومية(يصدرها المركز القومي للبحوث الجنائية والاجتماعية)، العدد(1) المجلد(11)، لسنة 1968، ص171.

المبحث الثاني

الاطار التطبيقي للرقابة غير المباشرة على ضمير القاضي الجزائي

إذا كانت وظيفة القضاء في الدولة هي تطبيق القانون لمنح الحماية القضائية، ولما كانت المحاكم متعددة، فمن الطبيعي أن يقترن هذا التعدد باحتمال اختلافها في فهم القواعد القانونية وتطبيقها ومن ثم اختلاف ما يصدر عنها من احكام حول تطبيق هذه القواعد وتفسيرها، فضلاً عن التفاوت بين القضاة في الفهم والاستيعاب لوقائع الدعوى وظروفها بقدر تفاوتهم في العلم والخبرة[1]. ولذلك فأن حسن سير العدالة يقتضي أن توجد محكمة عليا -يكون لها كيان ثابت مستقل- تتولى رقابة الأحكام الصادرة من المحاكم المختلفة التي تتولى القضاء في الدولة، بحيث تضمن أن يكون فهم تلك المحاكم للقانون الذي تطبقه واحداً، وإن يكون هذا التطبيق سليماً سواء من الناحية الموضوعية أو الإجرائية عن طريق الفصل فيما يعرض عليها من طعون في الأحكام[2].

ويطلق على هذه "المحكمة العليا" مسميات متعددة، فمثلاً تسمى في مصر وفرنسا بمحكمة النقض، وتسمى في الولايات المتحدة الأمريكية وكندا والأتحاد السوفيتي والجزائر بالمحكمة العليا، ويسميها المشرع الأماراتي بالمحكمة الاتحادية العليا، في حين يطلق عليها كل من المشرع الكويتي، والسوري، والاردني، واللبناني والعراقي بمحكمة التمييز.

وعلى الرغم من تعدد المسميات التي من الممكن أن تطلق على المحكمة العليا التي توجد على قمة النظام القضائي، فإن الوضع القانوني لتلك المحكمة يرتد إلى نظامين رئيسيين هما:

الأول: تأخذ به الدول التي يسود فيها النظام الأنجلو أمريكي، كانجلترا والولايات المتحدة الأمريكية، إذ تُعد المحكمة العليا في هذه الدول درجة أخيرة من درجات التقاضي، فهي محكمة تنظر الدعوى لآخر مرة، وتصدر حكمها في خصومة الطعن من حيث الواقع والقانون مثلها في ذلك مثل محكمة الموضوع. اما الثاني: تأخذ به الدول التي يسود فيها النظام اللاتيني، كفرنسا وبعض الدول التي سارت على نهجها كمصر والجزائر، والامارات و الأردن، إذ ينحصر اختصاص المحكمة العليا في مراقبة مدى مطابقة الحكم المطعون فيه للقانون، دون بحث في مسائل الواقع، لسيادة مبدأ الاقتناع القضائي وعليه تعد من اطلاقات

---

(1)ينظر: د. هلالي عبد اللاه احمد، الحقيقة، مرجع سابق، ص523.

(2)ينظر: منذر ضو محمد قايد، إلزامية مبادئ المحكمة العليا في الميزان، رسالة ماجستير، جامعة طرابلس- كلية القانون، 2020، ص2.

قاضي الموضوع. ويتميز هذا النظام عن سابقه من ناحيتين: الأولى، انحصار أختصاص المحكمة العليا في نظر مسائل القانون دون مسائل الواقع. والثاني، اقتصار المحكمة العليا على نقض الحكم المخالف للقانون دون الأختصاص بالفصل في الموضوع، ومن ثم لا تعد درجة من درجات التقاضي، إذ إن القاعدة السائدة في هذه الدول هي قاعدة التقاضي على درجتين[1].

وما يترتب على عدّ المحكمة العليا بأنها محكمة قانون إذا رأت أن الحكم المطعون فيه جاء مخالفاً للقانون، فإنها تنقضه ويمتنع عليها الفصل في موضوع الدعوى، وعندئذ تحيلها الى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه أو الى محكمة أخرى لتفصل فيه من جديد وفقاً لما تراه المحكمة العليا بالنسبة للقانون، وهو ما يعبر عن القاعدة التقليدية التي تحكم أداءها لوظيفتها[2]. غير أن هذا الأساس لم يعد قائماً، إذ بدأت بعض التشريعات تعدل عن مبدأ منع المحكمة العليا من الفصل في موضوع الدعوى بعد نقض الحكم المطعون فيه في حالات محددة، وذلك على أساس أن منعها من الحكم في الموضوع يتعارض مع مبدأ الاقتصاد في الإجراءات وادخار الوقت والجهد والنفقات[3].

وتأسيساً على ما تقدم، فأن المحكمة العليا تصبح درجة تقاضي عند قيامها بالفصل في موضوع الدعوى من ناحية الواقع والقانون بعد نقض الحكم المطعون فيه. أو قد تكون مرحلة من مراحل التقاضي عندما تمارس دورها كمحكمة قانون، مهمتها تدقيق الأحكام القضائية في الجانب القانوني فقط.

وفي ضوء ذلك سيتحدد تقسيمنا لهذا الجزء من الدراسة:

المطلب الأول: خصومة الطعن التمييزي امام محكمة التمييز

المطلب الثاني: صلاحيات محكمة التمييز على ضمير القاضي الجزائي والأثر المترتب عليها.

---

(1)ينظر: د. احمد فتحي سرور، النقض في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص15-18.

(2)ينظر: د. مستاري عادل، الدور الرقابي للمحكمة العليا لضمانات المحاكمة العادلة، بحث منشور في مجلة الاجتهاد القضائي(يصدرها مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع- جامعة محمد خيضر بسكرة)، العدد(13)، لسنة 2016، ص124

(3)ينظر: د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني(المرافعات المدنية والتجارية)، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، 2009، ص766.

المطلب الأول
خصومة الطعن التمييزي أمام محكمة التمييز

اباح القانون للخصم الذي صدر حكم ضده أن يطعن في صحته تمييزاً كلاً أو جزءً[1] إذا ما كان قابلاً للتمييز، فالطعن تمييزاً اجراء مهم من اجراءات الدعوى الجزائية لمرحلة ما بعد المحاكمة، إذ يجب أن تتوافر فيه جميع الشروط الموضوعية والشكلية اللازمة ليؤتي ثماره وهو ما سيكون محور دراستنا فيما يأتي:

الفرع الأول
إجراءات الطعن أمام محكمة التمييز

تضمنت التشريعات الجنائية الإجرائية نصوص قانونية تحدد كيفية البدء بعملية الطعن بالقرارات أمام محكمة التمييز(النقض). إذ أشار المشرع العراقي في المادة(253/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ بنصها:(يحصل الطعن بعريضة تقدم من المميز أو من ينوب عنه قانوناً...)، بينما يوضح المشرع المصري في المادة:(34) من قانون حالات واجراءات الطعن أمام محكمة النقض :(يحصل الطعن بتقرير في قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم...). في حين ينص المشرع الأردني في المادة(276) من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم(9) لسنة 1961 على أن :(يقدم التمييز باستدعاء يسجل في ديوان المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه...). لذا سندرس العريضة التمييزية بعدها أول إجراء من إجراءات المحاكمة أمام محكمة التمييز(النقض) وكما يأتي:

أولاً- متطلبات قبول العريضة التمييزية:

يطلق جانب من الفقه الجنائي في العراق تسمية(وسيلة الطعن تمييزاً) على العريضة التمييزية[2]. ويسميها جانب آخر من الفقه المصري (شكل الطعن)[3]. وتنحصر متطلبات قبول العريضة التمييزية

---

(1)وكذلك بإمكان المحكمة الطعن تمييزاً بالحكم من تلقاء نفسها دون الحاجة لانتظار من صدر الحكم ضده بالطعن وهو ما يسمى بالتمييز الوجوبي وذلك في المادة(254/أ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ بنصها:(إذا أصدرت محكمة الجنايات حكماً وجاهياً بالإعدام أو السجن المؤبد فعليها أن ترسل إضبارة الدعوى إلى محكمة التمييز خلال عشرة أيام من تاريخ صدور الحكم للنظر فيه تمييزاً ولو لم يقدم طعن فيه) ويرجع السبب في ذلك إلى خطورة مثل هذه الاحكام وتجنباً لمرور مدة الطعن في الاحكام على المتهم من دون أن يقوم بالطعن في الحكم الصادر بحقه.

(2)ينظر: أ. عبد الأمير العكيلي، و د. سليم ابراهيم حربة، مرجع سابق، ص141.

(3)ينظر: علي زكي العرابي، المبادئ الأساسية للتحقيقات والاجراءات الجنائية، ج2، مطبعة الاعتماد، القاهرة، مصر، 1939، ص507.

بالجهة التي يقدم منها، والجهة التي يقدم إليها ومحتويات تلك العريضة وهو ما سنتولاه بالبحث تباعاً فيما يأتي:

1- الجهة التي تقدم منها العريضة التمييزية:

حدد المشرع الاجرائي الفئات التي يحق لها الطعن تمييزاً(أو بالنقض) في الحكم. فحددهم المشرع المصري في المادة(30) من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض وهم كل من النيابة العامة، والمحكوم عليه والمسؤول عن الحقوق المدنية والمدعي بها. والمادة(273) من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني النافذ بتحديدها كل من المحكوم عليه والمسؤول مدنياً عن المال، والمدعي الشخصي فيما يتعلق بالالتزامات المدنية حصراً، واخيراً النائب العام او رئيس الادعاء العام. وايضاً فقد اشار المشرع العراقي إليهم في المادة(249/أ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ بأنهم كل من الادعاء العام والمتهم والمشتكي والمدعي المدني والمسؤول مدنياً.

2- الجهة التي تقدم إليها العريضة التمييزية:

تباينت التشريعات الاجرائية في تحديد الجهة المخولة لقبول عريضة الطعن المقدمة من قبل الطاعن في الحكم. إذ حدد المشرع المصري في المادة(34) من قانون حالات واجراءات الطعن أمام محكمة النقض المحكمة التي اصدرت الحكم كجهة وحيدة لقبول الطعن التمييزي(أو بالنقض) إذا تم تقديمه خلال ستين يوماً من تاريخ اصداره إذا كان حضورياً، أو من تأريخ انقضاء ميعاد المعارضة أو من تأريخ الحكم الصادر في المعارضة. في حين خول المشرع الاردني في قانون اصول المحاكمات الجزائية في المادة(1/276) جهتين لقبول الطعن هما: المحكمة التي اصدرت الحكم ومحكمة التمييز. اما بالنسبة للمشرع العراقي فقد خول في المادة(252/أ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية ثلاث جهات لقبول الطعن هي: المحكمة الجزائية التي اصدرت الحكم، أو محكمة التمييز، أو أي محكمة جزائية أخرى. ونلاحظ مما تقدم أن المشرع العراقي قد عدد الجهات المخولة لقبول الطعن في الحكم تمييزاً، ويذهب رأي من الفقه[1] وهو ما نؤيده إلى أن من الأفضل أن تكون هناك جهة واحدة تقدم إليها العريضة التمييزية وهي المحكمة التي اصدرت الحكم المراد الطعن فيه، لكي تقوم بتسجيل طلب الطعن في قلم المحكمة ويؤشر عليه من قبل رئيس المحكمة، لأن تأريخ التسجيل هو المعول عليه في حساب مدة الطعن، وقد يقوم رئيس المحكمة

(1)ينظر: علي جبار صالح الحسيناوي، مرجع سابق، ص71.

التـي اصـدرت القـرار المطعـون فيـه بـإبلاغ الطـاعن بوجـوب اكمـال النـواقص خـلال ميعـاد الطعـن. أي أن فـي حالـة السـماح للمميـز بتقـديم الطلـب إلـى محكمـة أخـرى فيـه ضـياع للوقـت، لـذا كـان مـن الافضـل أن يـتم حصـر الجهـة التـي تقبـل الطلـب امـا المحكمـة مصدرة الحكم أو محكمة التمييز.

3- محتويات العريضة التمييزية:

الطعـن تمييـزاً مـن التصـرفات الاراديـة التـي يقـوم بهـا الطـاعن تعبيـراً عـن رغبتـه فـي مباشـرة اجـراء مـن إجـراءات الـدعوى الجزائيـة، ويفصـح عـن إرادتـه فـي اتبـاع طريـق حـدده القـانون وهـو التمييـز[1]. وعليـه تُعـد العريضـة التمييزيـة ورقـة شـكلية مـن اوراق الإجـراءات التـي يجـب أن تحمـل مقومـات صـحتها بـذاتها. وهـو مـا بينتـه المـادة(252/ج) مـن قـانون أصـول المحاكمـات الجزائيـة النافـذ بنصـها:(تشـمل عريضـة الطعـن علـى أسـم المميـز والمميـز عليـه وخلاصـة الحكـم وتاريخـه وأسـم المحكمـة التـي أصـدرته والأسـباب التـي يسـتند إليهـا فـي الطعـن ونتيجـة المطالب).

من ذلك فأن البيانات اللازم توافرها هي:

أ- أسـم المميـز والمميـز عليـه: فبالنسـبة لأسـم المميـز وهـو الطـاعن يشـترط فيـه أن تكـون لـهُ صـفة فـي الـدعوى، أي أن يكـون الحكـم صـادراً ضـده بالإدانـة، ويشـترط ايضـاً أن يكـون لـهُ مصـلحة فـي الطعـن، ففـي حالـة صـدور الحكـم بـالبراءة لصـالحه، أو عنـد صـدور قـرار الافراج عنه فلا يقبل الطعن منه. اما بالنسبة للمميز عليه فهو من صدر الحكم لصالحه.

ب- خلاصـة الحكـم وتاريخـه: والغـرض مـن بيـان خلاصـة الحكـم المطعـون فيـه هـو تعيـين أو تحديـد المحـور الـذي يـدور حولـه التمييـز، وذلـك بسـرد مـوجز لوقـائع القضـية والتكييـف القـانوني لهـا مـن قبـل المحكمـة. امـا تـأريخ الحكـم فهـو يفيـد فـي معرفـة مـدة التمييـز الـذي استفاد منهـا المميـز عنـد طعنـه فـي الحكـم، إذ اشـترط المشـرع فـي المـادة(252/أ):(...خـلال ثلاثـين يومـاً تبـدأ مـن اليـوم التـالي لتـاريخ النطـق بـالحكم إذا كـان وجاهيـاً أو مـن تـأريخ اعتبـاره بمنزلـة الحكـم الوجـاهي إن كـان غيابيـاً) وذلـك لمعرفـة مـا إذا كـان المميـز قـد قـدم طلبه في المدة القانونية أم لا.

ت- أسـم المحكمـة التـي أصـدرت الحكـم المـراد الطعـن فيـه: وذلـك مـن أجـل أن تـتمكن المحكمـة مـن الاطـلاع علـى نـوع الحكـم المـراد نقضـه، وفيمـا إذا كـان مـن الممكـن الطعـن فيـه، ومـدى اختصاص المحكمة التي أصدرته.

---

(1)ينظر: د. مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص357.

ث- نتيجة مطالب المميز: أي أن يوضح هدفه من التمييز

ج- الأسباب التي يستند إليها الطاعن: إذ يُعد ايداع الأسباب من الإجراءات الجوهرية لقبول الطعن، فالعريضة التمييزية يجب أن تحتوي على الأسباب التي يعتمد عليها المميز في طعنه م(252/ج) أصولية. والعلة من تقديم الأسباب هي للتأكد من جدية الطعن ببيان الأوجه التي يستند إليها المميز والتي يجب أن تتطابق مع احدى الحالات المحددة قانوناً والواردة في المادة (249/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

ولقد اجاز المشرع العراقي قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ للمميز أن يقدم أسباب للطعن في عريضة مستقلة أي في لوائح بأقوالهم وطلباتهم إلى ما قبل إصدار محكمة التمييز قراراً في الطعن المقدم إليها، وذلك في المادتان(252/ج) بنصها:(يجوز للمميز أن يبدي أسباب الطعن في عريضة مستقلة أو يقدم اسباباً جديدة إلى ما قبل الفصل فيه...) و(254/ج) بنصها:(تقبل محكمة التمييز اللوائح المقدمة من المتهم وذوي العلاقة الى ما قبل إصدار قرارها بالدعوى)، وهو ما يختلف بهِ عن اقرانه من المشرعين، إذ لم يجيز المشرع المصري في المادة(35) من قانون حالات واجراءات الطعن أمام محكمة النقض بنصها:(لا يجوز إبداء أسباب أخرى أمام المحكمة غير الأسباب التي سبق بيانها في الميعاد المذكور...). وكذلك المشرع الاردني في المادة(4/276) من قانون اصول المحاكمات الجزائية بنصها:(لا يقبل ابداء اسباب للنقض امام محكمة التمييز غير التي قدمت خلال الميعاد).

ولقد اشترطت بعض التشريعات الاجرائية أن تكون هذه الأسباب موقعة من قبل محامي مقبول للمرافعة أمام محكمة التمييز(النقض). والحكمة من ذلك توفير الجدية في الطعن تحقيقاً للصالح العام لذا اقتصر الحق على من كان لهُ تجربة ومران وخبرة في ذلك وأغلق أمام غيره[1]. ومن هذه التشريعات[2] قانون حالات واجراءات الطعن أمام محكمة النقض المصرية في المادة(34) بنصها:(...اذا كان الطعن مرفوعاً من غيرهما فيجب أن يوقع اسبابه محام مقبول امام محكمة النقض). وعند رجوعنا إلى قانون أصول المحاكمات

(1)ينظر: د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون الاجراءات الجنائية، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، 1988، ص632.

(2)وكذلك المادة(505) من قانون الاجراءات الجنائية الجزائري رقم(155/66) لسنة 1966 بنصها:(...ويتعين حتماً التوقيع على هذه المذكرة من محام معتمد لدى المحكمة العليا...). وايضاً المادة(245) من قانون الاجراءات الجنائية الاماراتي رقم(35) لسنة 1992 بنصها:(...وإذا كان مرفوعاً من غيرهما فيجب أن يوقع اسبابه محام مقبول أمام المحكمة...).

الجزائية العراقي والاردني لم نجده يشير إلى وجوب تقديم العريضة التمييزية من محام يتمتع بصلاحية مطلقة.

ثانياً- سير الخصومة أمام محكمة التمييز(النقض):

تقوم المحكمة العليا بتدقيق أوراق الدعوى بعد أن ترد العريضة الجوابية على طعن المميز للتأكد إذا كان الحكم موافقاً للقانون أم لا، وهذا هو الأصل العام كونها هيأة تدقيقه عليا وعليه هي محكمة أوراق تحاكم الحكم المطعون فيه فقط بعيداً عن الجدل الموضوعي المثار أمام محكمة الموضوع عند تواجد اطراف الدعوى ومواجهتهم بأدلة الأثبات والنفي، وهذا يعني أنها تفصل في الطعن دون أن يتم الجمع بين اطراف الدعوى. وهذا ما عبر عنه المشرع الاردني بشكل واضح في المادة(1/280) من قانون اصول الحاكمات الجزائية بنصها:(اذا كان الاستدعاء مقبولاً شكلاً فلا حاجة لإصدار قرار خاص بذلك بل تدقق المحكمة في اسباب النقض وتفصل بالرد او القبول)[1]. والمشرع المصري في قانون حالات واجراءات الطعن امام محكمة النقض في المادة(37) بنصها:(تحكم المحكمة في الطعن بعد تلاوة التقرير الذي يضعه احد اعضائها...).

إلا أن المشرع العراقي خرج عن هذا الأصل في المادة(258/ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية بنصها:(لمحكمة التمييز إحضار المتهم أو المشتكي أو المدعي المدني أو المسؤول مدنياً أو وكلائهم أو ممثل الادعاء العام للاستماع إلى اقوالهم أو لأي غرض يقتضيه التوصل إلى الحقيقة).

ونفهم من ذلك أن لها أن تتخذ أي أجراء يمكنها عن طريقة التوصل إلى الحقيقة، كأن تقوم بدعوة الخصوم ووكلائهم للحضور أمام المحكمة لتستفسر منهم عن الامور الغامضة لكي تتمكن من حسم القضية، ولها في سبيل ذلك أن تأذن لهم بأن يقدموا أي بيانات تؤيد طلباتهم أو دفوعهم وهو ما نصت عليه المادة(254/ج) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي:(تقبل محكمة التمييز اللوائح المقدمة من المتهم وذوي العلاقة إلى ما قبل إصدار قرارها بالدعوى)[2].

---

(1)وبالصياغة ذاتها اورد المشرع السوري نص مماثل في قانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ رقم(112) لسنة 1950 في المادة(352).

(2)وهذا ما انفرد به مشرعنا العراقي عن اغلبية التشريعات الجنائية الاجرائية منها ما كان محل الدراسة والمقارنة وهو التشريع المصري في المادة(35) من قانون حالات واجراءات الطعن بنصها:(لا يجوز إبداء اسباب أخرى أمام المحكمة غير الاسباب التي سبق بيانها في الميعاد المذكور...) والتشريع الاردني في المادة(4/276) بنصها:(لا يقبل ابداء اسباب للنقض امام محكمة التمييز غير التي قدمت خلال الميعاد).

والسؤال هنا، عندما تقوم محكمة التمييز بالاستماع إلى الخصوم للاستيضاح منهم عن أي نقطة غامضة بغية الوصول إلى الحقيقة وتسمح لهم بأن يقدموا البيانات الضرورية لذلك، هل أن هذه المسائل متعلقة بالقانون أم بالواقع؟ قطعاً متعلقة بالواقع، إذ ان تقديم الوقائع وتوضيحها يقع على عاتق الخصوم كأصل عام، ولا يمكنهم التدخل في مسائل القانون، وحتى لو أن الخصوم قدموا تكييفاً للوقائع التي عرضوها فهذا التكييف لا يكون ملزم للمحكمة، ولذلك فأن المشرع عندما سمح لمحكمة التمييز في المادة(254/ج) أن تستمع لأقوال الخصوم وتسمح لهم بتقديم لوائحهم فهو يمنحها صلاحية لأعمال سلطتها على عنصر الواقع في الحكم الجزائي.

الفرع الثاني
القواعد العامة لصدور احكام محكمة التمييز

من خلال استقراؤنا للنصوص التشريعية الجنائية الاجرائية محل الدراسة نستطيع أن نتوصل إلى بعض القواعد التي تحكم إصدار احكام محكمة التمييز(النقض) والتي تفاوتت التشريعات فيما بينها بتبني بعضها دون الآخر وهي :

اولاً- علانية الحكم التمييزي:

نصت المادة(5) من قانون التنظيم القضائي العراقي رقم(160) لسنة 1979 بنصها:(جلسات المحاكم علنية، إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية، محافظة على النظام العام أو مراعاة للآداب أو لحرمة الأسرة ويتلى منطوق الحكم علناً) وبما أن نطاق تطبيق قانون التنظيم القضائي بحسب ما ورد في المادة(9) يشمل جميع المحاكم وذلك بنصها:(يسري هذا القانون على جميع المحاكم التي تتناولها أحكامه وعلى جميع القضاة والعاملين فيها). ولقد تناول المشرع في ثنايا هذا القانون التنظيم التشريعي لمحكمة التمييز الاتحادية وذلك في المواد(12-16). ولذلك فأن قاعدة العلانية تشملها كذلك[1].

(1)ومن التشريعات التي نصت صراحة على هذه القاعدة التشريع الجزائري ولكن اقتصرتها على النطق بالحكم فقط وهو ما اشارت إليه المادة(7/521) من قانون الاجراءات الجنائية الجزائري بنصها:(النطق بالحكم في جلسة علنية) والمادة(522) من ذات القانون بنصها:(ينطق بأحكام المحكمة العليا في جلسة علنية مالم توجد أحكام قانونية مخالفة لذلك...).

ثانياً- تسبيب الحكم التمييزي:

أشترط المشرع العراقي في قانون اصول المحاكمات الجزائية أن تكون احكام محكمة التمييز الصادرة بتصديق حكم محكمة الموضوع أو نقضه مسببة، بمعنى أن تبين المحكمة في قرارها الأسباب التي استندت اليها في اصدار حكمها. وهو ما اوضحته المادة(259/ب) من القانون بنصها:(تبين محكمة التمييز في قرارها الأسباب التي استندت إليها في إصداره). وبتصفح النصوص التشريعية للدول محل المقارنة(مصر- الأردن) وغيرها من الدول[1] لم نجد نص مماثل لما جاء بهِ التشريع العراقي. وهو ما كان مدعاة لأثارة الاستفهام حول جدوى تطلب المشرع من القاضي التمييزي تسبيب حكمه؟

ثالثاً- الزامية ونهائية الحكم التمييزي:

تواتر النص في التشريعات الجنائية الاجرائية للدول على قاعدة الزامية ونهائية الحكم الصادر من محكمة التمييز(النقض). أي أن قرارها ملزم للجهات القضائية الأدنى منها. وهذا أمر طبيعي، إذ لا جدوى من الرقابة في حالة أصرار المحكمة الأدنى على احكامها التي اصدرتها. ألا أن ذلك لا يؤخذ على اطلاقه، إذ يتضمن شيء من التفصيل مفاده: إن الحكم الجنائي ذا شقين هما: واقعي وقانوني. فأن نقض الحكم من قبل محكمة التمييز(النقض) وأعيد الى محكمة الموضوع أول مرة فأن عنصر الإلزام سيكون في الجانب القانوني فقط فهو من صميم عمل محكمة التمييز دون الواقعي، لسيادة مبدأ الاقتناع القضائي. وهو ما راعته اغلب التشريعات[2] ومنها محل الدراسة المقارنة، إذ نص المشرع المصري في المادة(39) من قانون حالات واجراءات الطعن أمام محكمة النقض المصرية:(...لا يجوز

---

(1)ومنها على سبيل المثال قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري رقم(112) لسنة 1950. وقانون اصول المحاكمات الجزائية اللبناني رقم(328) لسنة 2001. قانون الاجراءات الجزائية اليمني رقم(12) لسنة 1994، قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني رقم(3) لسنة 2001، و قانون الاجراءات الجنائية الاماراتي رقم(35) لسنة 1992.

(2)ومنها على سبيل المثال المادة(524) من قانون الاجراءات الجنائية الجزائري:(يتعين على الجهة القضائية التي تحال إليها القضية بعد النقض أن تخضع لحكم الإحالة فيما يتعلق بالنقطة القانونية التي قطعت فيها المحكمة العليا...). وايضاً المادة(249) من قانون الاجراءات الجنائية الاماراتي بنصها:(...2- وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بحكم النقض في النقاط التي فصل فيها. 3- وتسري الفقرة الثانية من هذه المادة على الأحكام المنقوضة استناداً إلى الفقرة الثانية من المادة 246) وبالرجوع الى المادة(2/246) نراها تنص على:(ومع ذلك فللمحكمة أن تنقض الحكم لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها إذ تبين لها مما هو ثابت بالأوراق أن الحكم المطعون فيه مشوب بعيب يتعلق بالنظام العام أو مبني على مخالفة القانون أو على الخطأ في تطبيقه أو تأويله أو أن المحكمة التي أصدرته لم تكم مشكلة وفقاً للقانون أو لم تكن لها ولاية الفصل في الدعوى أو إذا صدر بعد الحكم المطعون فيه قانون أصلح للمتهم يسري على واقعة الدعوى). أي أن الزامية قرار النقض متعلق بالجانب القانوني من الحكم.

للمحكمة التي أعيدت إليها القضية أن تحكم خلاف الحكم الصادر في الطعن وذلك في المسألة القانونية التي فصلت فيها...). والمادة(288) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني بنصها:(على المحكمة اتباع النقض اذا كان حكمها المنقوض متضمناً رد الدعوى لعدم الاختصاص أو سقوطها بالتقادم أو لمانع قانوني يحول دون السير بها) وعليه فأن عنصر الإلزام ليس مطلقاً بل محصوراً في الجانب القانوني فقط. ولكن في حالة الطعن في الحكم للمرة الثانية تقوم محكمة التمييز (النقض) بالفصل في الموضوع ومن ثم يكون الحكم بات وملزماً وغير قابل للطعن مرة اخرى بأي طريق باستثناء طريق اعادة المحاكمة اذا توافرت احدى حالاتها. وهذا ما نصت عليه المادة(47) من قانون حالات واجراءات الطعن امام محكمة النقض المصرية:(لا يجوز الطعن في احكام محكمة النقض... بأي طريق من طرق الطعن إلا إذا توافرت حالة من حالات إعادة النظر...). والمادة(286) من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني بنصها:(يترتب على رد استدعاء التمييز صيرورة الحكم المميز مبرماً بحق مقدمه، ولا يجوز له بأي حال أن يميزه مرة ثانية).

اما بالنسبة للمشرع العراقي، فبحسب ما جاء في المادة(262) فأن قرار محكمة التمييز ملزم لمحكمة الموضوع بشكل مطلق سواء من ناحية الوقائع او من ناحية القانون وذلك بنصها:(إذا نقض الحكم وأعيد لإجراء المحاكمة فتجري المحكمة المحاكمة مجدداً في الدعوى كلها او في الجزء المنقوض منها ويتبع في ذلك ما ورد في قرار النقض...). وهو ما نراه يخالف وظيفتها الاساسية بكونها محكمة قانون تقوم بتدقيق الاحكام وفحص مدى مطابقتها للنص القانوني ومن ثم في حالة عدم امتثال محكمة الموضوع لقرار محكمة التمييز تقوم الأخيرة بإجراء اللازم من تعديلات في الحكم وهو ما عبرت عنه المادة(263) بفقراتها الثلاث. وبذلك يصبح الحكم باتاً وغير قابل للطعن في الجانب الواقعي فقط[1]، لأن المشرع العراقي انفرد عن غيره من التشريعات[2] بإيراد طريق طعن(تصحيح القرار التمييزي) الذي

(1)باستثناء طريق الطعن بإعادة المحاكمة إذ توافرت حالاتها التي نصت عليها المادة(270) من قانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ رقم(23) لسنة 1971.

(2)سواء التشريعات محل المقارنة وهي: قانون الاجراءات الجنائية المصري رقم(150) لسنة 1950 وقانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني رقم(9) لسنة 1961 التي حددت طرق الطعن بـ(المعارضة - الاستئناف- النقض او التمييز- اعادة النظر) او غيرها من التشريعات ومنها على سبيل المثال قانون اصول المحاكمات الجزائية السوري رقم(112) لسنة 1950 الذي حدد طرق الطعن بـ(المعارضة- الاستئناف- النقض- اعادة المحاكمة). وقانون اصول المحاكمات الجزائية اللبناني رقم(328) لسنة 2001 والذي حددها بـ(الاستئناف- التمييز- اعادة المحاكمة). وقانون الاجراءات الجزائية اليمني رقم(13) لسنة 1994 والذي حددها بـ(الاستئناف- النقض- اعادة النظر). قانون الاجراءات الجنائية البحريني رقم(46) لسنة 2002 والذي حددها بـ(المعارضة- الاستئناف- التمييز- اعادة النظر). وقانون الاجراءات الجزائية العماني رقم(99/97) والذي حددها بـ(المعارضة- الاستئناف- الطعن امام المحكمة العليا- اعادة النظر). وقانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني رقم(3) لسنة 2001 والذي حددها بـ(المعارضة- الاستئناف-

اقتصر على اخطاء الجانب القانوني فقط بنصها في المادة(266/أ):(للادعاء العام وللمحكوم عليه ولبقية ذوي العلاقة بالدعوى الجزائية طلب تصحيح الخطأ القانوني الصادر من محكمة التمييز...) واستثناء اخطاء الجانب الواقعي من شموله بالطعن بهذا الطريق وذلك في المادة(267) بنصها:(لا يقبل طلب التصحيح في القرارات التالية: 1-القرار الصادر بالنقض واجراء المحاكمة او التحقيق القضائي مجدداً. 2- القرار الصادر بإعادة أوراق الدعوى لإعادة النظر في الحكم. 3- القرار او الحكم الصادر من الهيئة العامة لمحكمة التمييز). فبالتدقيق في هذه الحالات نلاحظ بأنها تتعلق بإخطاء الجانب الواقعي من الحكم[1]، وهو ما قد يفسر لنا تطلب المشرع من محكمة التمييز تسبيب حكمها. فمن ضمن فوائد تسبيب الحكم هو افساح المجال للجهات الرقابية بإعمال وظيفتها وهي الرقابة على الحكم.

ولكن ما يلتبس علينا هو تبني المشرع لمثل هذا الطريق. فكما هو معلوم أن محكمة التمييز تراقب صحة وحسن تطبيق القانون، لذا فأن المفترض الأساس أنها الحامي الأمين والسد الحصين للقانون. ولذا نعتقد بأنه ليس من المقبول أن توضع هكذا فرضية لاحتمال خطاءها والقيام بالطعن في موضوع هو من صميم اختصاصها من جهة ولمكانة المحكمة وقضاتها في التنظيم القضائي من جهة اخرى. ومن ثم تقوم هي بنفسها بمعالجة هذا الخطأ وذلك بحسب ما ورد في المادة(268/أ) بنصها:(تنظر هيئة الجزاء طلب تصحيح القرار الصادر منها ما لم يقرر رئيس محكمة التمييز نظره من قبل الهيئة العامة).

ونرى بالنظر لما تقدم بأن المشرع العراقي في قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ لم يكن موفقاً في استحداثه لمثل هذا الطريق والذي لم نجد له مثيل في قانون اصول المحاكمات الجزائية البغدادي (الملغي) والقوانين الإجرائية لمختلف دول العالم، إذ اكتفت بطرق(الاعتراض على الحكم الغيابي، والاستئناف، التمييز، اعادة المحاكمة) للطعن في الحكم الجزائي.

=النقض- اعادة المحاكمة). وقانون الاجراءات الجزائية الاماراتي رقم(35) لسنة 1992 والذي حددها بـ(المعارضة- الاستئناف- النقض- اعادة النظر). وقانون الإجراءات الجزائية الجزائري رقم(66-155) لسنة 1966 والذي حددها بـ(المعارضة- الاستئناف- النقض- اعادة النظر).

(1)وسنبينه بشكل أكثر تفصيلاً في المطلب الثاني "صلاحيات محكمة التمييز على ضمير القاضي الجزائي والأثر المترتب عليها"

المطلب الثاني

صلاحيات محكمة التمييز على ضمير القاضي الجزائي والاثر المترتب عليها

قصرت القاعدة التقليدية المحددة لوظيفة محكمة التمييز(النقض) على العنصر القانوني من الحكم دون الواقعي، والعلة من ذلك تكمن في خطورة الخطأ في القانون. فبسبب ما للأحكام القضائية من قوة يمكن لهذا الخطأ أن ينتقل من حكم إلى آخر، وهو احتمال لا يقوم بالنسبة للخطأ في الواقع، إذ يقتصر ضرره على القضية التي صدر فيها الحكم[1].

لكن ما حدث من تطورات تشريعية ادت إلى التنازل عن هذه القاعدة (التقليدية) في بعض الحالات لتفسح المجال لمحكمة التمييز(النقض) لتمارس صلاحياتها على عنصر الواقع من الحكم. وهذا ما يثير عدة تساؤلات منها: هل أن ممارسة محكمة التمييز سلطة الفصل في موضوع الدعوى مسألة جوازيه تخضع لمحض تقديرها، أم مسألة وجوبية يتعين عليها القيام بها ؟ ومن ثم ما طبيعة وظيفة محكمة التمييز عند قيامها بالفصل في موضوع الدعوى بعد نقض الحكم المطعون فيه ؟ واخيراً نتساءل أما زالت محكمة التمييز على الرغم من هذا التطور التشريعي محتفظة بوظيفتها الأساسية كمحكمة قانون، أم بدأت انسجاماً مع هذا التطور التشريعي بتحولها إلى محكمة موضوع؟ ومن ثم هل يتلاءم هذا الدور مع وظيفتها الأساسية أم ينبغي الغاءه؟ واجابة هذه الأسئلة سيكون محور بحثنا في هذا الجزاء من الدراسة وكما يأتي:

الفرع الأول

صلاحيات محكمة التمييز على ضمير القاضي الجزائي

منحت التشريعات الإجرائية لمحكمة التمييز(النقض) نوعين من الصلاحيات عند توليها الرقابة على ضمير القاضي الجزائي، وهي: صلاحيتها الأصلية كمحكمة قانون تتولى الرقابة التدقيقية على احكام القضاء لضمان التطبيق الموحد والسليم للقانون أي مرحلة للتقاضي. وصلاحيات استثنائية وهي الفصل في موضوع الدعوى وعليه درجة للتقاضي وهذا ما سيكون محور بحثنا في هذا الجزء من الدراسة وكما يأتي:

---

(1)ينظر: د. فتحي والي، الوسيط في قانون المرافعات المدنية، بدون ذكر لمطبعة مكان النشر، 1986، ص778.

أولاً- المحكمة العليا مرحلة من مراحل التقاضي:

تقضي حدود وظيفة محكمة التمييز (النقض) إنها إذا ما رأت أن الحكم المطعون فيه جاء موافقاً للقانون فإنها تصادق عليه. أما إذا كان مخالفاً للقانون، فإنها تنقضه ويمتنع عليها الفصل في موضوع الدعوى، وعندئذ تحيل هذه الدعوى إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لتفصل فيه من جديد وفقاً لما تراه محكمة التمييز (النقض) بالنسبة لعنصر القانون فقط أما عنصر الواقع فتفصل فيه محكمة الموضوع.

1- المصادقة على الحكم:

ينصرف القصد من صلاحية محكمة التمييز (النقض) في "المصادقة على الحكم" هو تأييدها لوجهة نظر المحكمة التي أصدرت القرار المطعون فيه وموافقتها لهُ، لأن الحكم الجزائي جاء صحيحاً ومطابقاً لأحكام القانون، ولا يوجد فيه أي سبب يدعوا إلى نقضه استناداً إلى احكام المادة (30) من قانون رقم(57) لسنة 1959 بشأن حالات واجراءات الطعن أمام محكمة النقض المصرية. والمادة (274) من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني رقم(9) لسنة 1961. والمادة (249/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، أي أن الحكم الجزائي قد تم تسبيبه بشكل كافي ومنطقي يظهر فيه سلامة الاجراءات، وفهم الواقعة والأدلة بشكل سائغ ومقبول عندها تصدر قرارها بتصديق الحكم الجزائي وهذا ما يستفاد من نص المادة(38) من قانون حالات واجراءات الطعن امام محكمة النقض المصرية :(إذا رفض الطعن موضوعاً فلا يجوز بأية حال لمن رفعه أن يرفع طعناً آخر عن الحكم ذاته لأي سبب ما). والمادة(281) من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني بنصها:(اذا ردت جميع اسباب النقض ولم تجد المحكمة سبباً للنقض...ترد استدعاء التمييز في الموضوع) فأن رد الطعن أو رفض الاستدعاء هو بمثابة تصديق للحكم. والمادة (259/ 1 و2) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ بنصها:(1- تصديق الحكم بالإدانة والعقوبات الأصلية والفرعية وأية فقرة حكمية. 2- تصديق الحكم بالبراءة أو الصلح أو عدم المسؤولية أو القرار بالإفراج أو أي حكم آخر في الدعوى).

ومما لا شك فيه إن معيار ممارسة هذا النوع من الرقابة هو تعرض محكمة التمييز (النقض) للحكم المطروح امامها، فكلما تناولته وناقشت أوجه الطعن التي وجهت إليه، وانتهت إلى رفضها كنا بصدد رقابة التصديق على الحكم[1]. وإنّ الموقف الذي تتخذه المحكمة من الحكم هو موقف سلبي، إذ لا تنقضه ولا تتدخل في تصحيحه، بل تتحقق من

(1)ينظر: عمار علي عبد الله الموسوي، مرجع سابق، ص160.

صحته وتبقي عليه من خلال الوقوف على الاسباب الواقعية والقانونية المتكون منها. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في العراق:(...مما تكون الأدلة المتحصلة ضد المتهم غير كافية وغير مقنعة للتجريم والحكم، ويكون القرار الصادر بإلغاء التهم الثلاث الموجهة إلى المتهم والافراج عنه لعدم كفاية الأدلة صحيحاً وموافقاً للقانون قرر تصديقه)[1]. وقضت كذلك:(القرار الصادر من محكمة الجنايات بإدانة المتهم بموجب المادة القانونية المذكورة وما اتخذ في القضية من قرارات أخرى لها سند من حكم القانون لذلك قرر تصديقها لموافقتها للقانون)[2].

وعليه فأن رد الطعن لعدم توافر شروط قبوله كأن قدم المميز طعنه بعد فوات الميعاد المحدد للطعن، أو دون توقيع الطعن من قبل محام مخول للترافع أمام المحكمة العليا كشرط لقبول الطعن في بعض التشريعات، ففي هذه الحالات وغيرها لا يعد تصديقاً للحكم، بل هو سقوط للحق في الطعن[3].

2- النقض والإحالة:

يُعد النقض والإحالة الصورة المثلى لرقابة محكمة التمييز(النقض) على ضمير القاضي الجزائي، فمن خلاله تقوم بنقض الحكم وإعادته إلى محكمة الموضوع التي اصدرته لإجراء المحاكمة من جديد، فهي ليست وفقاً للأصل العام من درجات التقاضي، ولهذا لا يجوز لها أن تفصل في الخصومة، إذ هي محكمة قانون لا محكمة موضوع، تختص بالعمل على توحيد أحكامه وتفسير نصوصه وإرساء المبادئ القانونية التي تسير على هديها جميع المحاكم[4].

ويعد النقض والإحالة الأصل في اغلبية التشريعات ومنها التشريع المصري والاردني، إذ نص المشرع المصري في المادة(39) من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض:(...وإذا كان الطعن مبنياً على بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات، تنقض المحكمة الحكم وتعيد الدعوى إلى المحكمة التي أصدرته لتحكم فيها من

---

(1)ينظر: حكم محكمة التمييز الاتحادية في العراق رقم(648) الهيئة الموسعة الجزائية، الصادر في تأريخ 2014/7/22. منشور في الموقع الرسمي لمجلس القضاء الأعلى على الرابط الآتي: www.iragja.ig ، آخر زيارة 2021/1/2

(2)ينظر: حكم محكمة التمييز الاتحادية في العراق رقم(120) الهيئة العامة، الصادر في تاريخ 1986/3/16. إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز(قسم الاثبات)،ج2، مطبعة الجاحظ، بغداد، 1994، ص5.

(3)ينظر: هاني يونس احمد جوادي، مرجع سابق، ص99.

(4)ينظر: د. احمد فتحي سرور، النقض في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص516.

جديد مشكلة من قضاة آخرين...)[1]. والمادة(284) من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني بنصها:(اذا قبلت المحكمة سبباً من اسباب النقض...قررت نقض الحكم المميز واعادة الاوراق الى المحكمة التي اصدرت الحكم المنقوض لتحكم في الدعوى من جديد).ولم يكن المشرع العراقي ببعيد عن هذا النوع من الرقابة إذ نجد أن المادة(7,8/259) نصت على ذلك :(7- نقض الحكم الصادر بالإدانة والعقوبة وإعادة الأوراق إلى المحكمة لإجراء المحاكمة مجدداً كلاً او جزءاً. 8- نقض الحكم الصادر بالبراءة أو الصلح أو عدم المسؤولية أو القرار بالإفراج أو أي حكم أو قرار آخر في الدعوى وإعادة الأوراق لإجراء المحاكمة أو التحقيق القضائي مجدداً).

ومن خلال استقراؤنا لموقف التشريعات، نجد أن المشرع المصري والاردني قد أوردا ضابطاً تشريعياً لتحديد نطاق النقض والإحالة، فكلما كان هناك ثمة بطلان في الحكم المطعون فيه كالبطلان الناشئ عن عيوب التسبيب(انعدام التسبيب، قصور التسبيب، فساد الاستدلال)، أو كان البطلان في الإجراءات المؤثرة فيه بالنسبة للمشرع المصري. او توافر احد اسباب النقض المبينة في المادة(274) بالنسبة للمشرع الاردني تعّين على محكمة التمييز(النقض) أن تقضي بالنقض والإحالة.

أما بالنسبة للتشريع العراقي، فلم نلتمس معياراً محدداً لنقض الحكم وإحالته إلى محكمة الموضوع أو عدم إحالته، إذ منحها متسعاً من التقدير في ذلك، ففي الوقت الذي ترى فيه ضرورة إجراء تحقيق موضوعي تنقض الحكم وتحيله إلى محكمته لإجراء ذلك، وأما في حالة البطلان، فلا يسعها إلا نقض الحكم وإعادته إلى محكمة الموضوع، إذ لا يمكنها تصحيح البطلان من جهة ولا تصديق الحكم الباطل من جهة أخرى[2].

ويترتب على إعمال رقابة نقض الحكم وإعادة الاوراق إلى محكمتها لإعادة المحاكمة مجدداً استعادة محكمة الموضوع ولايتها من جديد، فلا تقف عند مجرد تصحيح العيوب التي شابت الحكم المطعون فيه، بل تتصدى للدعوى في مختلف جوانبها القانونية

---

(1)واستثناءً من هذا الاصل العام فقد نص المشرع في عجز المادة(39) على حالة النقض دون الاحالة وهي:(...ومع ذلك إذا حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه بحالته، فيجوز لها أن تحدد جلسة تاليه لنظره والحكم فيه...) وينصرف القصد من "صلاحية الموضوع للفصل فيه" الى امكانية حسم النزاع بغير اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق، ويحدث ذلك إذا كان التأكيد الواقعي الذي سبق تقريره من محكمة الموضوع صحيحاً وكاملاً، ولا مجال أمام محكمة الموضوع فيما لو أحيل النزاع إليها بعد نقض الحكم إلى تغيير أو إضافة، أي أن نقض الحكم لا يؤثر ولا يمس الوقائع الثابتة والتي كانت محلاً لتقدير محكمة الموضوع، بحيث لا يقتضي الأمر أكثر من إنزال حكم القانون على هذه الوقائع دون حاجة إلى إثباتها من جديد أو إجراء تحقيق بشأنها. ينظر: د. فتحي والي، الوسيط في قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص766. وبذلك فأن نقض الحكم والفصل فيه دون احالته الى محكمة الموضوع في هذه الحالة لا يؤثر في طبيعة عملها كونها مرحلة للتقاضي.

(2)ينظر: عمار علي عبد الله الموسوي، مرجع سابق، ص171.

والموضوعية على حد سواء كما لو كانت القضية لم يفصل فيها، فتفصل في الدفوع والطلبات كافة التي يطرحها الخصوم سواء كانت مثارة سابقاً ام جديدة عُرضت على محكمة الاحالة بعد النقض. وتتسع سلطتها كذلك إلى ايراد تقديرات وأسباب جديدة لحكمها ولو انتهت إلى تأييد الحكم المنقوض، إذ أنها ليست مقيدة بأسباب الحكم القديم، فلها تعديلها أو تغييرها أو الاضافة لها، وفي كل ذلك يجب على محكمة الاحالة أن تلتزم بنطاق النقض، أي الجزء المنقوض من الحكم فقط دون المساس بالقرارات والاجراءات التي لم يتعرض لها الحكم المنقوض[1].

أما بالنسبة إلى المحكمة التي يُحال إليها الحكم بعد نقضه، فكما موضح آنفاً بالنسبة للتشريع المصري فأن المحكمة المحال عليها أما ذاتها التي نقض حكمها لكن بتشكيل مغاير، أو محكمة أخرى بذات درجة المحكمة المنقوض حكمها.

أما بالنسبة للتشريع الاردني والعراقي، فقد كان لهما التوجه ذاته إذ حددتها بالمحكمة التي اصدرت الحكم المنقوض وذلك في المادة(284) من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني بنصها :(اذا قبلت المحكمة سبباً من اسباب النقض...قررت نقض الحكم المميز واعادة الاوراق الى المحكمة التي اصدرت الحكم المنقوض لتحكم في الدعوى من جديد). وكذلك الحال في التشريع العراقي، إذ نصت المادة(263/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ:(إذا أعيدت الدعوى لإعادة النظر في الحكم فيجب أن تنظر من نفس القاضي أو هيئة المحكمة التي أصدرت الحكم إلا إذا تعذر ذلك)، والسؤال المثار في هذا الصدد: لماذا تعاد أوراق الدعوى إلى ذات القاضي أو الهيأة، ألا يؤدي ذلك إلى اطالة أمد النظر في الطعن الجزائي، لأنه غالباً ما تصر المحكمة على قرارها السابق المطعون فيه، مما يؤدي إلى عرض النزاع على الهيأة الموسعة لمحكمة التمييز لإصدار القرار الحاسم. وتجنباً لما سبق نفضل أن تكون إحالة الحكم المطعون فيه أما إلى محكمة أخرى بذات درجة المحكمة المنقوض حكمها، أو إلى ذات المحكمة لكن بتشكيل مغاير لما سبق.

ثانياً- المحكمة العليا درجة من درجات التقاضي:

الأصل العام أنه يتعين على محكمة التمييز(النقض) بعد نقض الحكم المطعون فيه أن تحيل ملف الدعوى إلى المحكمة التي اصدرته بالتشكيل نفسه أو بتشكيل مغاير لتفصل فيه من جديد، لأن دورها الرئيس كهيأة قضائية عليا يتمثل في الرقابة على الأحكام لضمان

(1)ينظر: د. محمد حسن مرعي، أثر الرقابة التمييزية على الحكم الجنائي(دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة(4)، المجلد(4)، العدد(4)، الجزء(2) لسنة 2020، ص211-212.

التطبيق السليم والموحد لأحكام القانون لا الفصل في موضوع المنازعات المطروحة أمامها. غير أن هذا الأصل العام قد تغير جزئياً لدرجة يمكن معه القول إن هذه المحكمة تُعد في بعض التشريعات وفي حالات محددة درجة ثانية أو ثالثة من درجات التقاضي، إذ تقوم في هذه الأحوال -المحددة قانوناً- وبعد نقض الحكم المطعون فيه بالفصل في موضوع الدعوى، دون إحالة القضية أمام محكمة الموضوع التي أصدرت الحكم المنقوض. وهذا ما سنبينه تباعاً:

1- الحالات في التشريع المقارن:

اوردت التشريعات المقارنة حالة واحدة بمقتضاها تتحول محكمة التمييز (النقض) من كونها مرحلة للتقاضي الى عدّها درجة من درجات التقاضي وهي حالة تكرار الطعن بالنقض في الحكم. ولكنه لم يترك معيار ممارسة هذا النوع من الرقابة (الفصل في موضوع الدعوى) عرضة لاجتهاد القضاء، بل حرص على تحديده بنصوص قانونية صريحة وواضحة.

فعلى صعيد التشريع المصري فقد أقر قانون تحقيق الجنايات الملغي هذه الرقابة في المادة(2/232)، إذ اجاز لمحكمة النقض مواجهة موضوع النزاع والفصل فيه إذا طعن أمامها في الحكم للمرة الثانية، وبصدور قانون الإجراءات الجنائية الحالي رقم(150) لسنة 1950 تبنى المشرع التوجه ذاته، إذ اجاز هذه الرقابة وأشار إليها في المادة(438) والتي نصت على أنه:(إذا طعن مرة ثانية في الحكم الصادر من المحكمة المحال إليها الدعوى تحكم محكمة النقض في الموضوع)، وبصدور القانون رقم(57) لسنة 1959 بشأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض أعاد المشرع إقرار هذه القاعدة، إذ نصت المادة(45) منه على أنه:(إذا طعن مرة ثانية في الحكم الصادر من محكمة الاعادة المحال إليها الدعوى تحكم محكمة النقض في الموضوع...).

كان يشترط المشرع في بادئ الأمر لقيام المحكمة بالفصل في الموضوع في المرة الثانية أن يكون الحكم المطعون فيه قد نقض لذات السبب الذي نقض من أجله أول مرة، وبمفهوم المخالفة إذا كان سبب النقض مختلفاً، فلم يكن للمحكمة الفصل في الموضوع بعد نقض الحكم المطعون فيه، وإنما كان يتعين عليها أن تقضي بالإحالة، وذلك ما لم يكن الموضوع صالحاً للفصل فيه. إلا أن المشرع تدخل بعد ذلك بصدور قانون رقم(74) لسنة 2007 المعدل لقانون حالات واجراءات الطعن امام محكمة النقض رقم(57) لسنة 1959 وذلك رغبة منه في حسم النزاع، إذ الغى المادة(45) وعدل المادة(39) المتعلقة بصلاحيات محكمة النقض عند نظر الحكم المطعون فيه أمامها بنصها:(...إذا قضت المحكمة بنقض

الحكم الصادر من محكمة الإعادة وجب عليها نظر الموضوع أياً كان سبب الطعن، وفي هذه الحالة تتبع الإجراءات المقررة للمحكمة عن الجريمة التي وقعت ويكون الحكم الصادر في جميع الأحوال حضورياً).

اما بالنسبة للمشرع الاردني فقد كان يشترط في الطعن للمرة الثانية كشرط للسماح لمحكمة التمييز (النقض) لإعمال رقابة الفصل في موضوع الدعوى أن يكون الطعن للسبب ذاته الذي نقض بموجبه الحكم أول مرة وهو ما أشارت إليه المادة(289) من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني بنصها:(...اذا خالفت محكمة الاستئناف التي اعيد اليها الحكم منقوضاً ما ورد في قرار النقض وميز الحكم للمرة الثانية للأسباب نفسها التي قبلتها محكمة التمييز في قرار النقض تعيد محكمة التمييز النظر في القضية، فإذا قررت نقض الحكم للمرة الثانية للأسباب التي اوجبت النقض الأول فيجوز لها...) وعند ذلك فلمحكمة التمييز خياران: اما أن تعيد الدعوى إلى محكمة الموضوع مع توجيهها بما يجب عليها أن تقوم به سواء من ناحية الواقع او القانون . او أن تقوم محكمة التمييز بنفسها بالفصل في الحكم وفقاً للعدل والقانون[1]. اما في حالة الطعن لأسباب مغايرة للطعن أول مرة فعندها تمارس محكمة التمييز رقابة التصديق أو النقض اي بعدّها مرحلة للتقاضي فقط وهو ما عبرت عنه المادة(290) بنصها:(اذا ميز الحكم الصادر بعد النقض لأسباب غير تلك المبحوث عنها في المادة السابقة تنظر محكمة التمييز فيه وفق احكام الفصل الرابع من هذا الباب).

والحكمة التي ابتغى المشرع تحقيقها من اعطاء هكذا صلاحية لمحكمة التمييز (النقض) تتمثل من ناحية أولى، بعدم وجود جدوى من الإحالة إن تمت، لأن النقض كان للمرة الثانية، إذ إنه بمجرد نقض الحكم المطعون فيه فإن الأمر يحتاج إلى حكم جديد، غير أن محكمة الإحالة لم تحترم القانون وصدر حكمها معيباً مرة أخرى سواء بالعيب السابق نفسه، أو مغاير له، ومن ناحية ثانية، فإن المشرع استهدف قطع دابر النزاع عند حد معين، وحسمه بحكم يصدر من المحكمة العليا في موضوعه[2].

2- الحالات في التشريع العراقي:

انفرد المشرع العراقي في قانون أصول محاكمات الجزائية النافذ رقم(23) لسنة 1971 النافذ والمعدل بحالات تتيح لمحكمة التمييز أثناء ممارسة وظيفتها في الرقابة على

---

(1)نصت المادة(289) من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني رقم(9) لسنة 1961:(...1- ان تعيد القضية الى المحكمة التي اصدرت الحكم فيها وعندئذ يترتب عليها ان تمتثل لقرار النقض. 2- ان تفصل محكمة التمييز نفسها في الدعوى بالوجه الذي تراه موافقاً للعدل والقانون)

(2)ينظر: د. احمد عوض هندي، آثار محكمة النقض وقوتها(دراسة تحليلية في القانونين المصري والفرنسي)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 1998، ص214

صحة الحكم الجزائي أن تراقب تقديرات قاضي الموضوع في عنصر الواقع من الحكم من ناحية كفاية الدليل أو عدم كفايته للإدانة أو البراءة، وتقدير مدى ملائمة العقوبة لشخصية المتهم، واخيراً الفصل في موضوع الدعوى في حالة اصرار محكمة الاحالة على رأيها السابق وما يترتب على ممارستها لهذه الصور من الرقابة تحولها الى درجة للتقاضي وعليه خروجها عن الأصل العام الحاكم في آدائها لعملها، وهو ما لم نجد لهُ اصلاً تشريعياً عند استقراؤنا للنصوص المنظمة لعمل محكمة التمييز (النقض) سواء في التشريعات محل المقارنة(مصر- الأردن) او في غيرها[1]. وهو ما سنعمد إلى توضيحه فيما يأتي:

أ- الرقابة على كفاية الدليل:

إذا كان الحكم القضائي وفقاً لقواعد المنطق يتكون من قاعدتين ونتيجة تترتب عليهما قاعدة كبرى تتمثل في النص القانوني الذي تخضع له الواقعة، وقاعدة صغرى تتمثل في اثبات الواقعة محل النظر في الدعوى. اما النتيجة فهي التي تكون حاصل تطبيق القانون على الواقعة[2]. فأن ذلك الحكم القضائي يخضع لرقابة محكمة التمييز بجوانبه القانونية وبالنتيجة التي تكون حاصل تطبيق القانون على الواقع[3] والتي تتمثل بالتكييف القانوني لواقعة الدعوى، لأن التكييف غير الصحيح يؤدي إلى خطأ في تطبيق القانون ومن هنا تبدو أهمية التكييف الصحيح[4].

فبإعمال محكمة التمييز الاتحادية لرقابتها على تسبيب الحكم الجزائي، قد تتوصل إلى سلامة الحكم ومن ثم تعمد إلى تصديقه سواء تطلب الأمر تدخلها في تصحيحه أو لا، وفي الوقت ذاته قد تجد أن الحكم مشوب بمخالفات قانونية لا يمكن أن يرقى معها لأن يكون حكماً حاسماً في موضوع النزاع، مما يدفعها الى نقض الحكم وإحالته الى محكمة الموضوع، أو نقض الحكم من دون إحالته، وما يعنينا في هذا الجزء من الدراسة هو الحالة الأخيرة فقط.

---

(1)ومنها على سبيل المثال قانون اصول المحاكمات الجزائية السوري رقم(112) لسنة 1950 في المواد(336 الى 367). وقانون اصول المحاكمات الجزائية اللبناني رقم(328) لسنة 2001 في المواد(295 الى 326). وقانون الاجراءات الجزائية اليمني رقم(13) لسنة 1994 في المواد(431 الى 454) . قانون محكمة التمييز البحريني رقم(8) لسنة 1989 في المواد(27 الى 42). وقانون الاجراءات الجزائية العماني رقم(99/97) في المواد(245 الى 266). وقانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني رقم(3) لسنة 2001 في المواد(346 الى 374). وقانون الاجراءات الجزائية الاماراتي رقم(35) لسنة 1992 في المواد(244 الى 256). وقانون اصول المحاكمات الجزائية الجزائري رقم(66-155) لسنة 1966 في المواد(495 الى 531).

(2)ينظر. د. ياسر باسم ذنون، دور الاستدلال المنطقي لفهم الواقع والادلة في الدعوى المدنية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مجلد التاسع، السنة الثانية عشر، العدد الثالث والثلاثين، 2007، ص112.

(3)ينظر: د. علي محمود علي حمودة، الاصول المنطقية لفهم الواقع والقانون في الدعوى الجزائية، مرجع سابق، ص8.

(4)ينظر: د. عبد الفتاح مراد، موسوعة النيابات والتحقيق الجنائي التطبيقي والفني والتصرف في التحقيق، ط4، بدون ذكر لمطبعة وسنة النشر، ص21.

فقد تبنى المشرع في قانون أصول المحاكمات الجزائية نقض الحكم دون إحالته إلى محكمة الموضوع المختصة، فقد نصت المادة(6/259):(نقض الحكم الصادر بالإدانة والعقوبات الأصلية والفرعية وأية فقرة حكمية أخرى وبراءة المتهم أو إلغاء التهمة والإفراج عنه وإخلاء سبيله)، وبذلك نجد أن المشرع قد منح محكمة التمييز الاتحادية صلاحية نقض قرار الإدانة والعقوبة دون الحاجة إلى اعادة إوراق الدعوى إلى محكمة الموضوع، بل هي من تقرر بملء سلطانها براءة المتهم، أو إلغاء التهمة الموجهة إليه والأفراج عنه وإخلاء سبيله.

وبالرجوع إلى المادة(182)[1] من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي نجد أن البراءة تصدر عند عدم وقوع الفعل تحت طائلة أي نص عقابي، أو انعدام الأدلة المؤيدة لوجود العلاقة بين المتهم والواقعة، أما الغاء التهمة والأفراج فيصدر عند عدم كفاية الأدلة.

ولما كان توجه المشرع العراقي في مسائل الأثبات الجنائي هو اعتناقه لمبدأ حرية القاضي في تكوين اقتناعه وهو المستفاد من نص المادة(1/213):(تحكم المحكمة في الدعوى بناء على اقتناعها الذي تكون لديها من الادلة المقدمة في أي دور من ادوار التحقيق او المحاكمة ...). ويترتب على حرية القاضي الجنائي في الاقتناع نتيجتان: تتمثل الأولى: بمنحه سلطة واسعة في الاستناد إلى الدليل الذي يرتاح اليه ضميره ويستقر في وجدانه دون تحديد او تقييد، اما النتيجة الثانية: فتكمن في عدم تدخل محكمة التمييز في اقتناعه[2]، فمن المقرر أن القاضي يملك تقديراً مطلقاً على الاثبات المادي للأدلة وما تشير إليه بشان الواقعة فهو يستقل بالاقتناع وباستخلاص الصورة الصحيحة لواقعة الدعوى وأن محكمة التمييز لا تملك التدخل في اقتناع محكمة الموضوع ما دامت البينات التي اعتمدت عليها تؤدي إلى النتيجة التي استخلصت منها وأن تكون قدمت اثناء المحاكمة وتم مواجهة الخصوم بها

---

(1)تنص المادة(182):(أ – اذا اقتنعت المحكمة بعد اجراء المحاكمة على الوجه المتقدم بان المتهم ارتكب ما اتهم به فتصدر حكمها بإدانته وبالعقوبة التي تفرضها عليه.ب – اذا اقتنعت المحكمة بان المتهم لم يرتكب ما اتهم به او وجدت ان الفعل المسند اله لا يقع تحت أي نص عقابي فتصدر حكمها ببراءته من التهمة الموجهة اليه.جـ – اذا تبين للمحكمة ان الادلة لا تكفي لإدانة المتهم فتصدر قراراً بإلغاء التهمة والافراج عنه.د – اذا تبين للمحكمة ان المتهم غير مسؤول عن فعله فتصدر حكمها بعدم مسؤوليته مع اتخاذ التدابير التي ينص عليها القانون.هـ – يخلى سبيل المتهم الموقوف عند صدور القرار ببراءته او عدم مسؤوليته او الافراج او رفض الشكوى عنه ان لم يكن موقوفاً عن سبب آخر).

(2)ينظر: د. محمد علي سالم عياد الحلبي، حرية القاضي الجنائي في الاقتناع الذاتي في قوانين مصر والاردن والكويت، بحث منشور في مجلة الحقوق(يصدرها مجلس النشر العلمي- جامعة الكويت)، العدد الثالث، السنة الحادية والثلاثون، 2007، ص351. د. رؤوف عبيد، تكييف الواقعة وما يثيره من مشكلات في نطاق التقسيم الثلاثي للجرائم، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2012، ص184.

ومناقشتهم لها، وعليه لا يجوز معارضة قاضي الموضوع في اعتقاده ولا مجادلته ما دام علل قضاءه تعليلاً سائغاً لا يشوبه قصور أو تناقض ويؤدي إلى النتيجة التي انتهى اليها[1].

ومن ناحية أخرى فأن ذلك لا يعني أن تتجاهل محكمة التمييز وقائع الدعوى بشكل كلي، بل أنها تراقب بناء القاضي لحكمه على الادلة المطروحة امامه في الدعوى فلا يجوز للقاضي أن يبني حكمه على دليل لم يطرح للمناقشة أو يحكم في الدعوى بناء على علمه الشخصي[2].

ولما كان معيار تحقق كفاية الدليل من عدمه لإدانة المتهم طبقاً للنظام الحاكم في الأثبات الجنائي هو ليس بمعيار عددي أو كمي، بل منطقي وجداني، بمعنى صلاحية تلك الأدلة لأن تولد القناعة القضائية طبقاً للعقل، مما يؤدي إلى اطمئنان ضمير القاضي[3].

ومما تقدم، فأن نقض الحكم من قبل الجهة الرقابية(محكمة التمييز) يكمن في حالتين: الأولى، إدانة المتهم عن فعل غير معاقب عليه، فتقرير البراءة في هذه الحالة عين الصواب، إذ لا توجد قاعدة يمكن تطبيقها من قبل محكمة الموضوع فيما لو اعيدت الدعوى إليها إذ لا جريمة ولا عقوبة الا بنص.

اما الحالة الثانية، فهي الفساد في الاستدلال الذي قامت به المحكمة وانتهت من خلاله إلى اصدار الحكم المنقوض من قبل محكمة التمييز نتيجة لبناءه على أدلة غير كافية، ولقد تقدم بنا القول ان معيار كفاية الدليل هي مدى اقناعيته لقاضي محكمة الموضوع دون تعسف او تنافر مع مقتضيات العقل والمنطق، ولذا فأن خضوع تقديرات قاضي محكمة الموضوع الخاصة بهذا الجانب لرقابة محكمة التمييز ونقضها للحكم دون احالته إلى المحكمة المختصة لتعيد النظر في استدلالها الفاسد لتصححه، وتوليها عوضاً عن ذلك الاستدلال الصحيح في منطقة من المفترض انها مستثناة من نطاق الرقابة يخرجها عن وظيفتها كونها محكمة قانون تتولى التحقق من سلامة الاستدلال، فإن وجدته منسجماً مع العقل والمنطق ومستوفياً للشروط القانونية صدقته، أما أن كان قد بني على أدلة غير كافية أي أن التسبيب ليس من شأنه أن يؤدي إلى الإدانة يفترض نقض الحكم وإعادته الى محكمته[4].

---

(1)ينظر: د. محمد حماد الهيتي، الموسوعة الجنائية في البحث والتحقيق الجنائي، دار الكتب القانونية، 2008، ص 223. د. أمين مصطفى محمد، التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010، ص17.

(2)في هذا الخصوص نصت المادة(212) من قانون اصول المحاكمات العراقي على انه: (لا يجوز للمحكمة ان تستند في الدعوى في حكمها الى دليل لم يطرح للمناقشة ولم يشر اليه في الجلسة ولا الى ورقة قدمها احد الخصوم دون ان يمكن باقي الخصوم من الاطلاع عليها، وليس للقاضي ان يحكم في الدعوى بناء على علمه الشخصي).

(3)ينظر: د. كمال عبد الواحد الجواهري، تأسيس الاقتناع والمحاكمة الجنائية العادلة، مرجع سابق، ص17.

(4)ينظر: عمار علي عبد الله الموسوي، مرجع سابق، ص168-169.

وبتقديرنا فأن ما يترتب على ممارسة هذه الصورة من الرقابة هو انقلاب محكمة التمييز من كونها مرحلة من مراحل التقاضي الى عدّها درجة ثانية للتقاضي وهذا ما يستنتج من نص القانون والتطبيق القضائي. إذ قضت في معرض نظرها للطعون المقدمة إليها في بعض الأحكام الجزائية: ((... تكون الأدلة المتقدمة غير كافية وغير مقنعة لبناء حكم قانوني سليم))[1]. وكذلك:((فإن هذه الأقوال أصبحت بوضع لا يمكن الاطمئنان إليها ولم تتولد القناعة الوجدانية والقانونية بها))[2]. وقضت في طعن ثالث:((لا يطمئن إلى الأدلة إذا وجدت خصومة بين المتهمة وبين المشتكية وشاهدي الإثبات...))[3]. وايضاً:((إن الشهادات المدونة فور وقوع الحادثة تكون أقرب للحقيقة وأدعى للقناعة لبعدها عن التأثير والتحوير))[4].

ب-الرقابة على ملائمة العقوبة:

بعد قيام قاضي الموضوع بتكييف وقائع الدعوى يتعين عليه أن يرتب على هذا التكييف نتائجه القانونية(العقوبة)، وهنا يكون القاضي أمام فرضين: الأول، عندما ينص القانون على وجه واحد للحل القانوني، أي عقوبة من نوع واحد، فيتعين على القاضي الالتزام بها في حكمه وإلا ترتب على ذلك خطأ في تطبيق القانون، لأن المشرع لم يضع خياراً لقاضي الموضوع فما عليه إلا الالتزام بهذا الأثر دون أن تكون لديه ادنى سلطة تقديرية في ذلك. أما الفرض الثاني، فهو عند نص القانون على نوعين للعقوبة ويفسح المشرع للقاضي المجال بتطبيق احداهما أو كلاهما، أو أن يضع للعقوبة حدين اعلى وأدنى ويترك للقاضي السلطة في اختيار العقوبة الملائم لكل حالة معروضة أمامه(التفريد العقابي).

لذلك فقد اتجه بعض الفقه المصري[5] إلى أن اختيار الجزاء المناسب للواقعة المنظورة في حدود النص المنطبق من اطلاقات قاضي الموضوع، دون أن تُفرض الرقابة عليه فيما

---

(1)ينظر: حكم محكمة التمييز الاتحادية الصادر بتاريخ2014/5/4، رقم التمييز5385/الهيئة الجزائية الأولى/2014، خالد محمد جلال الاعرجي، المبادئ القانونية لقضاء محكمة التمييز الاتحادية ومحاكم الاستئناف بصفتها التمييزية، القسم الجنائي، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، بغداد، 2015، ص83.

(2)ينظر: حكم محكمة التمييز الاتحادية الصادر بتاريخ 24 نيسان/2006، رقم التمييز17/هيئة عامة/2006 ، سلمان عبيد عبدالله، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم الجنائي، ج2، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، بغداد، 2009، ص4.

(3)ينظر: حكم محكمة التمييز الصادر بتاريخ 17 كانون الثاني/1974، رقم التمييز 2082/ جنايات/973 ،النشرة القضائية(يصدرها المكتب الفني في محكمة تمييز العراق)، العدد الأول، السنة الخامسة، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1976، ص366.

(4)ينظر: حكم محكمة التمييز العراقية الصادر بتاريخ 26 كانون الثاني/1969، رقم التمييز 2096/جنايات/1968/، قضاء محكمة تمييز العراق(القرارات الصادرة سنة 1969)، المجلد السادس، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1972، ص663.

(5)ينظر: د. أمين مصطفى محمد، مرجع سابق، ص22. و د. رؤوف عبيد، ضوابط تسبيب الاحكام الجنائية، مرجع سابق، ص579، و د. علي محمود علي حمودة، النظرية العامة في تسبيب الحكم الجنائي، مرجع سابق، ص281، د. محمد زكي ابو عامر، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، مرجع سابق، ص297-298.

ارتـأه مـن عقوبـة، خصوصـاً وإن المشـرع لـم يـورد أي ضـابط لتقـدير الجـزاء المناسـب بـل تركهـا للاعتبـارات الواقعيـة البحتـه والتـي تلعـب دوراً فـي شـأنها، وإن هـذا التقـدير يخلـو مـن قواعـد المنطـق القضـائي، إذ لا توجـد بـه المقـدمتان الكبـرى و الصـغرى، والنتيجـة التـي تترتـب مـن اجتماعهمـا معـاً، ولـذلك لا تفـرض المحكمـة العليـا رقابتهـا علـى قاضـي الموضـوع فـي تقـديره للعقوبـة بـين حـديها الأدنـى والأقصـى علـى عـدّها سـلطة مطلقـة، ولكـن تفـرض رقابتهـا علـى مـدى التزام القاضي بالحدود القانونية للعقوبة.

والأسـاس القـانوني فـي عـدم رقابـة محكمـة التمييـز (النقض) علـى تقـدير القاضـي للعقوبـة بـين حـديها الأعلـى والأدنـى هـو أن المشـرع قـدر جسـامة الفعـل سـلفاً وقـرر لـهُ عقوبـة تناسـب ذلـك الجـرم، وعليـه فـأن اختيـار القاضـي للعقوبـة مـن بـين تلـك الحـدود لهـو تطبيقـاً لإرادة المشـرع، وهـو مـا يُعـد مـن الأمـور الموضـوعية التـي تعتمـد علـى سـلطة قاضـي الموضـوع التقديريـة ومـدى تـأثره النفسـي والوجـداني بالجريمـة والظـروف المحيطـة بهـا وبالجـاني ومـدى خطورتـه وهـو مـا يصـعب تسـطيره لـذا فقـد اعفـاه المشـرع مـن أن يبـين سـبب هـذا التقـدير فـي حكمـه[1]، وأكتفـى باشـتراط ايـراد الاسـباب التـي بنـي عليهـا حكمـه، وايـراد الواقعـة المسـتوجبة للعقوبـة والظـروف التـي وقعـت فيهـا، ونـص القـانون الـذي حكـم بموجبـه[2]، وعليـه لا يلتـزم القاضـي ببيـان أسـباب اختياره لمقدار العقوبة[3].

ونحـن نتفـق مـع مـن ذهـب إلـى إن امتـداد رقابـة محكمـة التمييـز (النقض) علـى سـلطة القاضـي فـي تحديـد الجـزاء يجـب أن لا يكـون تـدخلاً فـي جـوهر اقتنـاع القاضـي، ذلـك أن نطـاق هـذه الرقابـة يتحـدد بـالنظر فـي مسـألة اختيـار الجـزاء الجنـائي مـن زوايـا قانونيـة معينـة، لا تهـدف المحكمـة مـن ورائهـا إلا التأكـد مـن حـدود تطبيـق نصـوص القـانون، أي انهـا لـن تتعـرض لمسـألة

---

(1)في حين نحت بعض التشريعات الى الزام قاضي الموضوع بإيراد اسباب اختياره للعقوبة قانون الاجراءات الجزائية اليمني رقم(13) لسنة 1994 النافذ وذلك في المادة(372) بنصها:(يجب أن يشمل الحكم على الأسباب التي بني عليها، وكل حكم بالإدانة يجب أن يشتمل على الأدلة التي تثبت صحة الواقعة الجزائية ونسبتها الى المتهم، ويتعين أن يتضمن الحكم بتوقيع العقوبة نص التجريم والاسباب التي قدرت العقوبة على أساسها ويترتب البطلان على مخالفة ذلك) ولذلك فأن مقدار العقوبة يخضع لرقابة محكمة التمييز عن طريق الرقابة على تسبيب الحكم، وبالتالي إذا ما اهمل القاضي ايراد اسباب اختياره للعقوبة سيكون حكمه باطل لتعرضه لشائبة القصور في التسبيب.

(2)نصت المادة(224) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم(23) لسنة 1971:(...ووصف الجريمة المسندة إلى المتهم ومادتها القانونية والأسباب التي استندت إليها المحكمة في إصدار حكمها أو قرارها وأسباب تخفيف العقوبة أو تشديدها وأن يشتمل الحكم بالعقوبة على العقوبات الأصلية والفرعية التي فرضتها المحكمة...). وايضاً نص المادة(310) من قانون الاجراءات الجنائية المصري رقم(150) لسنة 1950:(يجب أن يشتمل الحكم على الاسباب التي بني عليه، وكل حكم بالإدانة يجب أن يتضمن بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة والظروف التي وقعت فيها وأن يشير الى نص القانون الذي حكم بموجبه). وايضاً المشرع الاردني في قانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ والمعدل رقم(9) لسنة 1961 في المادة(1/237) بنصها:(يشمل القرار على ملخص الوقائع الواردة في قرار الاتهام والمحاكمة وعلى ...الادلة والاسباب الموجبة للتجريم من عدمه اما قرار الحكم فيجب ان يشتمل على المادة القانونية المنطبق عليها الفعل في حالة التجريم وعلى تحديد العقوبة...).

(3)ينظر: د. محمد زكي ابو عامر، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، مرجع سابق، ص297.

اختيار الجزاء الجنائي من زاوية الملائمة، إذ أن ذلك من صميم اختصاص قاضي الموضوع.

وبالعودة إلى صلاحيات محكمة التمييز الاتحادية من جانب بحثها مدى ملائمة العقوبة لجسامة الفعل المرتكب، فقد منح لها المشرع صلاحية بحث ملائمة العقوبة في المادة(3/259) بنصها:(تصديق الحكم بالإدانة مع تخفيف العقوبة)، وهو ما انعكس صداه على التطبيق القضائي في هذا الجانب، إذ قضت في حكم لها:(ان قرار الإدانة صحيح وموافق للقانون ولكنه وجد أن العقوبة شديدة بالنسبة للمتهم. لذلك قرر استناداً الى المادة(3/259) من الأصول الجزائية تخفيف العقوبة. وتصديق بقية القرارات الفرعية لموافقتها للقانون)[1]. وقضت في حكم آخر الى أنه:(اذا كانت العقوبة المقضي بها شديدة لا تتناسب مع الجريمة وظروف ارتكابها وكانت صحيفة المحكوم عليه لم تلوثها أية محكومية سابقة فأن ذلك يعتبر نصيراً له في تخفيف العقوبة عملاً بحكم المادة(3/259) من قانون أصول المحاكمات الجزائية قرر تخفيف العقوبة وابدال عقوبة الاعدام شنقاً حتى الموت بحق كل منهما بعقوبة السجن المؤبد)[2].

ونعتقد إن اعطاء هكذا صلاحية لمحكمة التمييز الاتحادية يشغلها عن آداء وظيفتها الأساسية كمحكمة قانون تتولى الرقابة على حسن تطبيق القانون، لتنقلب الى مجرد درجة للتقاضي تتولى البحث في ظروف الجريمة وشخصية المجرم لملائمة العقوبة المفروضة عليه في ضوء ذلك، اضافة إلى التزام القاضي بحدود العقوبة المنصوص عليها قانوناً. وهو ما تنبهت إليه تشريعات الدول محل المقارنة، أو غيرها، إذ لم تمنح هكذا صلاحية الى المحكمة العليا التي تتولى الرقابة على الاحكام، واكتفت بتصديق الحكم أو نقضه كلاً أو جزءً واحالته إلى محكمة الموضوع.

ت- اصرار محكمة الاحالة على حكمها المنقوض:

عُرف الإصرار في مثل هذه الحالة بأنه:(تمسك محكمة الموضوع بحكمها المنقوض مجدداً لنفس الأسباب التي استندت إليها في حكمها المنقوض)[3].

---

(1)ينظر: حكم محكمة التمييز الاتحادية في العراق رقم/64/الهيئة العامة/ الصادر في تاريخ 1990/10/15. اشار إليه: ابراهيم المشاهدي، مرجع سابق، ص79.

(2)ينظر: حكم محكمة التمييز الاتحادية في العراق رقم/94/ الهيئة العامة/ الصادر في تاريخ 1990/12/16. اشار إليه: ابراهيم المشاهدي، المرجع نفسه، ص51.

(3)ينظر: عدنان كاظم عسكر، إصرار المحكمة على الحكم المنقوض(دراسة مقارنة)، دار السنهوري، بيروت، لبنان، 2020، ص24.

يرتكز نظام الإصرار على منح محكمة الموضوع قدراً من الحرية لتمرير قناعتها، والتي ربما تكون على صواب في مخالفتها لقرار محكمة النقض(التمييز)، تحقيقاً لمقتضيات العدالة بغية الوصول إلى الحكم العادل.

فبعد إعادة الدعوى المنقوضة من قبل الهيأة الجزائية في محكمة التمييز الاتحادية إلى محكمة الموضوع، يتعين عليها الاطلاع على الحكم المنقوض والتأمل فيه مجدداً، فإذا رأت أن الرأي القانوني الذي تضمنه القرار التمييزي لا ينسجم مع الواقعة محل النزاع لخلل ما، وإن الأسباب التي استندت إليها في قرارها المنقوض كانت صحيحة، كان لها مخالفة حكم النقض وإعمال قناعتها فهي الأكثر اطلاعاً ودراية وصاحبة الاختصاص الأصيل في نظر الدعوى. ومن ثم عند عدم الطعن مرة اخرى في الحكم سيحوز حكم الاصرار درجة البتات. وهذا ما سارت عليه العديد من التشريعات ومنها محل المقارنة.

وبالعودة إلى التشريع العراقي فقد اتجه المشرع إلى منح محكمة التمييز الاتحادية سلطة الفصل في موضوع الدعوى، في المادة(259/أ) بفقرتيها(4-5) بنصها:(4- تصديق الحكم بالإدانة مع إعادة الأوراق لإعادة النظر مرة واحدة في العقوبة بغية تشديدها. 5- إعادة الأوراق إلى المحكمة مرة واحدة لإعادة النظر في الحكم بالبراءة بغية إدانة المتهم)[1]. وذلك عند تحقق الشرط المنصوص عليه في المادة(263/ب) بنصها:(إذا أصدرت المحكمة حكماً بعد إعادة النظر ثم رفعت الدعوى إلى محكمة التمييز فلهيئة الجزاء فيها أن تصدق الحكم إذا وجدته موافقاً للقانون أو تخفف العقوبة أما إذا تراءى لها لزوم صدور قرار بإدانة المتهم الذي برأته المحكمة أو زيادة العقوبة التي فرضتها عليه فتحيل الدعوى على الهيئة العامة[2] لمحكمة التمييز ولهذه الهيئة إصدار القرار بالإدانة وبالعقوبة التي تفرضها أو تصديق الحكم الصادر من محكمة الموضوع). والمادة(263/ج) بنصها:(اذا اصرت محكمة الموضوع على قرارها السابق في غير الحالتين المذكورتين في الفقرة (ب) من هذه المادة فتصدر

(1)وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة التمييز في احدى احكامها بـ(لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية...اصدرت قراراً...يتضمن تصديق قرار الإدانة الصادر بحق المتهم إلا أن العقوبة المقضي بها وجد انها خفيفة ولا تتناسب مع وقائع الجريمة وظروف ارتكابها وقررت اعادة الدعوى الى محكمتها بغية اعادة النظر في العقوبة بغية تشديدها وابلاغها الحد المناسب...واتباعاً لما جاء بقرار محكمة التمييز فقد اصدرت محكمة الجنايات المركزية حكماً على المجرم بالإعدام شنقاً حتى الموت...وحيث ان هذا الحكم جاء اتباعاً لقرار محكمة التمييز الاتحادية ولكون العقوبة المقضي بها جاءت عادلة ومناسبة مع خطورة الجريمة لذا قرر تصديقها...). ينظر حكم محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم(31) الهيئة العامة/ الصادر في تاريخ 2006/6/27. اشار إليه: سلمان عبيد عبد الله، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، القسم الجنائي، ج1، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، بغداد، 2009، ص21.

(2)بموجب المادة(1/اولاً/ب) من تعديل قانون التنظيم القضائي رقم(8) لسنة 2014 اصبحت الهيئة الموسعة في محكمة التمييز صاحبة الاختصاص بالفصل في موضوع الدعوى عند إصرار محكمة الجنايات على قرارها المنقوض بدلاً من الهيئة العامة.

الهيئة الموسعة في محكمة التمييز القرار وفق الصلاحيات المنصوص عليها في المادة 259 من هذا القانون ويكون قرارها واجب الاتباع).

ومن ذلك يكون لمحكمة التمييز الاتحادية سلطة الفصل في موضوع الدعوى عند تحقق الشروط الآتية:

1- نقض الحكم وإعادته مرة واحدة إلى محكمة الموضوع مع توجيهها بما يجب عليها اتخاذه للفصل في موضوع الدعوى.
2- إصرار محكمة الاحالة(محكمة الموضوع) على قرارها السابق وعدم الامتثال إلى القرار التمييزي.
3- عرض الحكم على الهيأة الجزائية لمحكمة التمييز لتقرر اما تصديق الحكم أو نقضه.
4- رفض التصديق وإحالة الدعوى إلى الهيأة الموسعة في محكمة التمييز الاتحادية لتتولى الفصل في موضوع الدعوى بتقرير الإدانة أو تشديد العقوبة او تصديق حكم محكمة الموضوع.

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة التمييز في حكم لها:(لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة وجد أنه سبق وقررت محكمة جنايات كركوك بتاريخ 2005/3/8 الغاء التهمة الموجهة للمتهم...لعدم كفاية الأدلة ضده عن قتل المجنى عليه...ولدى اجراء التدقيقات التمييزية على القرار المذكور قررت محكمة التمييز نقض كافة القرارات الصادرة في الدعوى واجراء المحاكمة مجدداً حيث أن الأدلة بوضعها كافية للإدانة والحكم وفق مادة التهمة، واتباعاً لهذا القرار قررت محكمة جنايات كركوك...الاصرار على قراراها بإلغاء التهمة الموجهة للمتهم والإفراج عنه واطلاق سراحه...وعند عرض القضية على هذه الهيئة ووضع الاضبارة موضع التدقيق والمداولة وجد أن ذهاب محكمة جنايات كركوك والإصرار على قرارها السابق...ذهاب غير صحيح، حيث أن ما توافر في القضية من أدلة...تشير بشكل قاطع على قيام المتهم بارتكاب الحادث عليه قرر نقض حكم محكمة جنايات كركوك واعادة الدعوى الى محكمتها لأتباع قرار النقض الصادر عن محكمة التمييز...)[1].

(1)ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم(124) الهيئة الموسعة الصادر في تاريخ 2006/3/14. اشار اليه: سلمان عبيد عبد الله، مرجع سابق، ص33-34.

ويعلل المشرع العراقي في المذكرة الايضاحية لقانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ هذا التوجه لغرض منع إفلات المجرمين من العقاب، ولتجنب فرض عقوبات لا تتناسب مع جسامة الأفعال المرتكبة[1].

وما يمكن تسجيله من ملاحظات على تنظيم المشرع العراقي لحالة " الإصرار" هو أنهُ: ليس من المعقول الركون إلى قناعة قاضي محكمة التمييز _وهي محكمة قانون_ للحكم بالإدانة أو الارتفاع بالعقوبة أو تصديق الحكم وهي جاءت وليدة عمل " تدقيقي" لأوراق الدعوى، واهدار قناعة قاضي محكمة الموضوع التي جاءت وليدة الاجراءات التحقيقية المتعددة ومواجهة اطراف الدعوى، ومناقشة الأدلة الاثباتية في حضورهم. وما قد ينجم عن اعطاء هكذا صلاحيات ابتعاد الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية.

وتأسيساً على ما تقدم: نرى أن المشرع لم يوفق في اختيار الوسيلة أو الطريقة التي يحقق بها غايته التي نوه عنها في المذكرة الايضاحية لقانون اصول المحاكمات الجزائية، إذ كان الأولى بهِ لإعطاء هكذا صلاحيات لمحكمة التمييز ولضمان حصول قناعة حقيقة لا شكلية أن يكون النقض دون توجيه محكمة الموضوع بما يجب أن تقوم بهِ هذا من جهة. ومن جهة أخرى أن يتم الطعن في الحكم للمرة الثانية وهو كمبرر لخروج محكمة التمييز عن الأصل العام بكونها محكمة قانون ليس وظيفتها الفصل في الموضوع، وذلك اقتصاداً في الإجراءات وقطع دابر النزاع.

وللتأكد من مطابقة الحكم للحقيقة الواقعية قدر الإمكان، ومن ثم فأن منح هكذا صلاحية يجب أن تمارس وفقاً لأصولها أي اتباع اجراءات المحاكمة عن الجريمة محل النظر في الدعوى، لا مجرد اجراء شكلي بتدقيق أوراق الدعوى.

---

(1)ينظر: الفقرة(31) من المذكرة الايضاحية لقانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم(23) لسنة 1971.

الفرع الثاني
الأثر المترتب على رقابة محكمة التمييز على ضمير القاضي الجزائي

نبحث في هذا الجزء من الدراسة، الأثر المترتب على ممارسة محكمة التمييز رقابتها على ضمير القاضي الجزائي بمحورين تماشياً مع صلاحيتها، وكما يأتي:

أولاً- الأثر المترتب على عدّ محكمة التمييز مرحلة للتقاضي:

1- الأثر المترتب على تصديق الحكم الجزائي:

فور إعمال رقابة التصديق على الحكم يكتسب منطوقه وأسبابه قوة الأمر المقضي فيه، فلا يجوز لأي من أطراف الدعوى العودة للطعن فيه مرة أخرى، ولو أقيم على أوجه تخالف تلك التي أثيرت بشأن الطعن الأول كأصل عام[1]، ولا يبقى أمام الخصوم إلا الطعن بطريق إعادة المحاكمة أن توافرت شروطه[2].

2- الأثر المترتب على نقض الحكم الجزائي:

يترتب على إعمال رقابة النقض على الحكم الجزائي زوال المنطوق وعَدّه كأنه لم يكن، فتزول بذلك حجية الشيء المقضي فيه التي لحقت به عند صدوره، وتتحقق هذه النتيجة سواء الغي الحكم لسبب من الأسباب التي أثارها الطاعن طبقاً للمادة(249) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، أو من تلقاء نفسها طبقاً لما نص عليه المشرع في المادة(264/أ):(إضافة إلى الأحكام المتقدمة يجوز لمحكمة التمييز أن تطلب أية دعوى جزائية لتدقيق ما صدر فيها من أحكام وقرارات وتدابير وأوامر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الادعاء العام أو أي ذي علاقة ويكون في هذه الحالة السلطات التمييزية المنصوص عليها في هذا الفصل...).

---

(1)ينظر: د. محمد زكي أبو عامر، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، مرجع سابق، ص492.

(2)تنص المادة(270) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ:(يجوز طلب اعادة المحاكمة في الدعاوى التي صدر فيها حكم بات بعقوبة او تدبير في جناية او جنحة في الاحوال الاتية :1- ذا حكم على المتهم بجريمة قتل ثم وجد المدعى بقتله حيا .2- اذا كان قد حكم على شخص لارتكابه جريمة ثم صدر حكم بات على شخص اخر لارتكابه الجريمة نفسها وكان بين الحكمين تناقض من مقتضاه براءة احد المحكوم عليهما.3- اذا حكم على شخص استنادا الى شهادة شاهد او راي خبير او سند ثم صدر حكم بات على الشاهد او الخبير بعقوبة شهادة الزور عن هذه الشهادة او الراي او صدر حكم بات بتزوير السند.4- اذا ظهرت بعد الحكم وقائع او قدمت مستندات كانت مجهولة وقت المحاكمة وكان من شانها ثبوت براءة المحكوم عليه .5- اذا كان الحكم مبنيا على حكم نقض او الغي بعد ذلك بالطرق المقررة قانونا .6- اذا كان قد صدر حكم بالإدانة او البراءة او قرار نهائي بالإفراج او ما في حكمهما عن الفعل نفسه سواء كون الفعل جريمة مستقلة او ظرفا لها.7- اذا كانت قد سقطت الجريمة او العقوبة عن المتهم لأي سبب قانوني.

كذلك فأن أثر حكم النقض لا يقف على الغاء الحكم المطعون فيه فقط، بل يمتد ليشمل الأحكام اللاحقة به والتابعة إليه، أي كانت نتيجة مترتبة عليه، فمثلاً إذا انتهت المحكمة الى إلغاء اسباب الحكم الصادر باختصاص المحكمة بنظر الدعوى، فأن ذلك الإلغاء يؤدي بالضرورة إلى الغاء الحكم الصادر في موضوعها بحسبانه لاحقاً للحكم الملغي ومترتباً عليه[1].

مع ملاحظة أن رقابة النقض قد لا تؤدي إلى الغاء الحكم برمته، بل يتوقف الأمر على كون الرقابة كلية أم جزئية. وهو ما نص عليه المشرع بشكل واضح وجلي في المادة(262) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي بنصها:(إذا نقض الحكم وأعيد لإجراء المحاكمة فتجري المحكمة المحاكمة مجدداً في الدعوى كلها، أو في الجزء المنقوض منها ويتبع في ذلك ما ورد في قرار النقض دون مساس بالقرارات والإجراءات التي لم يتناولها قرار النقض وتصدر حكماً جديداً في الدعوى أو الجزء المنقوض منها فقط).

ولما كان الطعن تمييزاً في الحكم لا يترتب عليه ايقاف تنفيذ الحكم المطعون فيه طبقاً لما نص عليه المشرع في المادة(256) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي:(لا يترتب على الطعن تمييزاً في الأحكام والقرارات وقف تنفيذها إلا إذا نص القانون على ذلك)، وهذا يعني أن نقض الحكم المطعون فيه يترتب عليه فقدان صلاحية الحكم المطعون فيه بأثر رجعي، أي عدّ ما تم من اجراءات التنفيذ المستندة له كأن لم تكن، دون الحاجة إلى تقرير ذلك في حكم النقض[2].

ثانياً- الأثر المترتب على اعتبار محكمة التمييز درجة للتقاضي:

يترتب على قيام محكمة التمييز بالفصل في موضوع الدعوى عند تحقق أي حالة مما ذكر آنفاً، إن يتم تصفية موضوع الدعوى ويحسم بصفة نهائية بين الخصوم بحكم بات، ومن ثم لا يجوز إعادة طرح هذا النزاع بجميع عناصره أمام القضاء مرة أخرى في صورة دعوى مبتدأه أو عن طريق الطعن في هذا الحكم من جديد[3]. وبما أنه بات لصدوره من المحكمة العليا، فأن قوة الأمر المقضي كامنة فيه، ولا يمكن أن تمس فيما بعد بأي طريق من طرق الطعن، فالحكم الصادر من محكمة التمييز أياً كان مضمونه لا يقبل الطعن بأي طريق آخر.

---

(1)ينظر: د. احمد فتحي سرور، النقض في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص536.
(2)ينظر: د. أشرف جمال قنديل، مرجع سابق، ص746.
(3)ينظر: د. احمد عوض هندي، آثار احكام محكمة النقض، مرجع سابق، ص228.

وأن ما قد ينجم عن ذلك، هو صعوبة تحقيق التوازن في حالة ممارسة الدورين، أي قيامها بالفصل في موضوع الدعوى عند نقض الحكم المطعون فيه، بمعنى أنها ستكون محكمة قانون وموضوع في ذات الوقت، وهو ما قد يترتب عليه ضياع وقت وجهد قضاة المحكمة، ولربما عدم فلاحها في نهاية الأمر بأي من الوظيفتين على أتم وجه[1]. ولذا فأننا

(1)وما يعزز مخاوفنا من مخاطر اداءها الدورين على عدالة الاحكام عند استقراء عدد من الأحكام منها على سبيل المثال الحكم الجزائي الصادر عن محكمة التمييز رقم 1329/ 2016:((لدى التدقيق والمداولة من الهيئة الموسعة الجزائية لمحكمة التمييز الاتحادية وجد ان محكمة جنايات الرصافة هـ3 قررت بتاريخ 2015/10/7 وبالدعوى المرقمة 2206/ج/2015 إلغاء التهمة الموجهة إلى المتهم (ن ح غ خ) وفق أحكام المادة الرابعة فـ1 وبدلالة المادة الثانية فـ1، 3 من قانون مكافحة الإرهاب وذلك لعدم كفاية الأدلة ضده عن جريمة قيامه بالاشتراك مع متهمين مفرقة قضاياهم بقتل المجنى عليه (ف م خ) تنفيذاً لمشروع إرهابي والإفراج عنه ولدى عرض الاضبارة على محكمة التمييز الاتحادية/ الهيئة الجزائية وتدقيقها تمييزاً وأصدرت قرارها المرقم 14075/هـ.ج/2016 والمؤرخ 2016/2/23 والمتضمن نقض كافة القرارات كون ان الأدلة المتحصلة بالدعوى كافية لتجريم المتهم ناهض حامد غيدان وفق أحكام المادة المشار إليها آنفاً للأسباب الواردة في قرار النقض وحين إعادة اضبارة الدعوى إلى محكمتها لغرض إجراء محاكمة المتهم مجدداً وتجريمه على وفق ما ورد في قرار النقض وقد حضر المتهم أمام محكمة جنايات الرصافة هـ3 والتي أصدرت قرارها بتاريخ 2016/6/20 وبذات الدعوى حيث قررت إلغاء التهمة والإفراج عن المتهم المذكور لعدم كفاية الأدلة المتحصلة ضده وبذلك فان محكمة جنايات الرصافة قد أصرت على قرارها السابق لذا تمت إحالة الدعوى على الهيئة الموسعة الجزائية ولدى التأمل من قبل هذه الهيئة فقد اتضح ان اعتراف المتهم المذكور هو الدليل الوحيد وان هذا الاعتراف قد جاء متناقضاً مع واقع الحال حيث ذكر المتهم بأنه أطلق على المجنى عليه اطلاقتين في رأسه في حين ان المجنى عليه قد أصيب بأربعة اطلاقات نارية في الرقبة والوجه والصدر كما ان المتهم اعترف بأن الحادث حصل في عام 2013 في حين ان الحادث حصل في 2012/2/28 كما ان المتهم حصل على التقرير الطبي العدلي الصادر من معهد الطب العدلي المرقم 13265 في 2015/5/3 والثابت فيه تعرض المتهم (ن ح غ) إلى التعذيب الذي أدى إلى خلع خلفي للمفصل ومن كل ما تقدم تجد هذه الهيئة ان ما تحصل من أدلة ضد المتهم المذكور لا يرقى إلى مستوى الدليل الكافي لإيقاع العقاب عليه عن جريمة خطرة تصل عقوبتها إلى الإعدام كما ان الأدلة التي تصلح لتجريم المتهم يجب ان تبنى على الجزم واليقين لا على الظن والتخمين ولما كانت المحكمة قد قررت إلغاء التهمة والإفراج عن المتهم تكون قد خلصت الى قرارات صحيحة وموافقة لاحكام القانون لذا قرر تصديقها عملاً بحكم المادة (259/أ-2) من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971 المعدل وصدر القرار بالاتفاق في 30/محرم/1438هـ الموافق 2016/10/31م)). الحكم منشور على الرابط الآتي: www.hjc.iq . فمن الثابت طبقاً للنصوص القانونية وتواتر الاحكام القضائية أن الاحكام الجزائية تبنى على الجزم واليقين لا على الظن والتخمين. وهو ما يستند يستند على مبدأ ان الاصل في الانسان البراءة، ولذا متى ما شاب الأدلة المتوافرة في الدعوى المنظورة امام القاضي الجزائي الشك فأنه يفسر لصالح المتهم لا ضده وبالتالي تهدر تلك الأدلة، وفي هذه الحالة لا يستطيع القاضي الجزائي ان يتمسك بالسلطة التقديرية الممنوحة لهُ من قبل المشرع الاجرائي الواردة في المادة(213) اصولية والحكم في الدعوى بالاستناد الى

نـتحفظ علـى توجـه المشـرع العراقـي فـي مـنح هكـذا صـلاحيات لمحكمـة التمييـز الاتحاديـة، إذ أن اعطاءها مثل هذه الصلاحيات ترتب عليه تحولها إلى درجة ثانية للتقاضي في واقع الأمر.

وبـالعودة إلـى مـا تقـدم مـن صـفحات دراسـتنا وتحديـداً المتعلقـة بصـلاحيات محكمـة (الاسـتئناف) عنـد مباشـرتها الرقابـة علـى ضـمير القاضـي الجزائـي فـي ظـل قـانون اصـول المحاكمـات الجزائيـة البغـدادي (الملغـي)[1]، يتبـين لنـا بأنهـا ذاتهـا الصـلاحيات الشـاذة التـي منحهـا المشـرع لمحكمـة التمييـز فـي ظـل قـانون اصـول المحاكمـات الجزائيـة النافـذ إذ لهـا الرقابـة علـى كفايـة الـدليل فـي الاثبـات سـواء فـي حالـة الإدانـة أو البـراءة والرقابـة علـى ملائمـة العقوبـة للفعـل المرتكب.

ومـا نستخلصـه مـن كـل مـا تقـدم هـو: قيـام مشـرع قـانون اصـول المحاكمـات الجزائيـة النافـذ _ باسـتيراد_ صـلاحيات المحكمـة الاسـتئنافية(وهي درجـة للتقاضـي) فـي قـانون اصـول المحاكمـات الجزائيـة البغـدادي ومنحهـا لمحكمـة التمييز(وهـي هيـأة تدقيقيـة) وهـو مـا لا يليـق مـن حيـث الأصـل العـام وبمـا اسـتقرت عليـه المبـادئ القانونيـة مـن مكانـة محكمـة التمييـز(النقض) فـي النظام القضائي لأي دولة.

=هكذا ادلة، صحيح ان المشرع اعطى للقاضي سلطة الحكم وفقاً لاقتناعه ولكن قيده بكون الدليل الذي يبني عليه تلك القناعة مستمداً من ادلة قانونية اي ان يكون اقتناعه موضوعي لا شخصي. ولذا كان قرار محكمة الموضوع بإلغاء التهمة والافراج عن المتهم لعدم كفاية الأدلة تطبيقاً حرفياً لما تقدم، إذ أن الأدلة المتوفرة في الدعوى كانت عبارة عن اعتراف مشوب من ناحيتين: اولهما: أنه مأخوذ بطريق الاكراه من المتهم وهو ما اثبته تقرير الطب العدلي المرفق مع اوراق الدعوى وبالتالي اصبح دليل غير مشروع ولا يمكن الاستناد إليه طبقاً للمادة(218) من قانون اصول المحاكمات الجزائية بنصها:(يشترط في الاقرار أن لا يكون قد صدر نتيجة إكراه مادي أو أدبي او وعد أو وعيد...). اما الثاني: فأن هذا الاعتراف لم يكن متطابقاً مع وقائع الدعوى والتي من المفروض أنه يؤكدها ولذا لا يمكن لمحكمة الموضوع ان تطمأن إليه وتأخذ به كدليل إدانة طبقاً للمادة(213/ج) بنصها:(للمحكمة أن تأخذ بالإقرار وحده إذا ما اطمأنت إليه ولم يثبت كذبه بدليل آخر). ولكن ما يثير الدهشة بعد كل ما ذكر آنفاً هو موقف محكمة التمييز عند الطعن امامها في الحكم، إذ قررت نقض كافة قرارات محكمة الموضوع لأن الأدلة المتحصلة في الدعوى كافية لتجريم المتهم ! فهل من المعقول أن قضاة بثقلهم وخبرتهم وهم يعتلون اعلى منصة للقضاء في الدولة وهي محكمة التمييز يرتكبون مثل هذه الاخطاء؟ وجواباً على ذلك قطعاً بالنفي، إذ إن زخم القضايا وتعدد المهام هو ما اوقعهم في الخطأ، والذي تم معالجته هذه المرة بإصرار محكمة الموضوع على حكمها السابق وعدم الانصياع لقرار محكمة التمييز وتأييد الهيئة الموسعة لقرار الأخيرة(محكمة الموضوع). ولكن ما العمل ازاء المرات السابقة او المرات التي ستليها !

(1)ينظر: ص124 من هذه الدراسة.

وما يعضد ما تقدم من طرح هو بالرجوع إلى صلاحيات محكمة التمييز في ظل قانون اصول المحاكمات الجزائية البغدادي وذلك بحسب ما حددته المادة(233)، نجد ان لها صلاحيات محدودة في قبال محكمة الدرجة الأولى، إذ يكون لها التصديق على الحكم والعقوبة إذا وجدته موافقاً للقانون. أو تصديق الحكم دون العقوبة إذا ما وجدتها غير ملائمة للفعل فتعمد بصفتها التمييزية إلى تخفيف العقوبة فقط وهي صلاحية مشتركة في كلا التشريعين، السابق والحالي.

اما تشديد العقوبة فيكون لها ذلك في حالة اعادة اوراق الدعوى إلى محكمة الموضوع لإعادة النظر في العقوبة واصرار الاخيرة على رأيها، فيكون لها بحسب القانون الحالي وبصفتها التمييزية صلاحية الحكم بالعقوبة التي تراها مناسبة، في حين أن المشرع البغدادي قد راعى تلك المسألة ولم يمنحها صلاحية تشديد العقوبة بصفتها الاصلية أي كمحكمة تمييز وهي محكمة قانون فقط، بل خول لها ذلك(أي تشديد العقوبة) بصفتها الاستئنافية أي محكمة قانون وموضوع في آن واحد، ليتسنى لها مباشرة تلك الصلاحية وهو ما عبر عنه في المادة(234) بنصها:(متى أعادت محكمة التمييز الحكم إلى المحكمة التي أصدرته لإعادة النظر فيه ثم قدم إليها ثانية للتصديق بعد أن أعيد النظر فيه، فيكون لها إذ ذاك سلطة محكمة استئنافية مما نص عليه في الفقرتين(2 و 3) من المادة (228)...) وبالرجوع للمادة المنوه عنها نجد أن الفقرة(2) تشير إلى صلاحية المحكمة الاستئنافية عند النظر في الحكم أن تشدد العقوبة او تخففها او تبقيه على ما هو عليه.

كذلك الحال في الرقابة على كفاية الدليل في الاثبات، إذ نجد بأن التشريع البغدادي قد راعى خصوصية محكمة التمييز، فحصر وظيفتها الأصلية بتدقيق الحكم من الناحية القانونية، دونما تدخلها في العنصر الواقعي من الحكم كأصل عام، فلها عند نظر الحكم تدقيقاً إذا ما وجدت أن لها رأياً او قناعة تختلف عن قناعة المحكمة التي اصدرت الحكم، إن تقرر اعادة ملف الدعوى إلى المحكمة التي اصدرت الحكم محل النظر، وللأخيرة أن تصدر حكماً جديداً أو الاصرار على رأيها السابق، إذ ليس عليها اتباع ما ورد في قرار محكمة التمييز، وذلك عند توافر الأسباب الكافية والمؤيدة لذلك[1].

---

(1)وفي سياق الكلام عن صلاحيات محكمة التمييز في ظل قانون اصول المحاكمات الجزائية البغدادي نورد ما قاله رئيس محكمة التمييز في بلاغه الموجه الى المحاكم الجزائية بتاريخ 1924/3/12 في معرض تعليقه على قضية جزائية وردت إلى محكمة التمييز لأجراء التدقيق عليها:((...إن قرار محكمة التمييز بوجوب إعادة النظر في أي قرار كان سواء كان من جهة التجريم أو من جهة العقوبة لا يجعل تبديل المحكمة الكبرى قرارها السابق أمراً محتماً عليها، بل يترك ذلك لاختيارها. فإما أن تصر عليه أو تعدله أو تبدله، حسب اقتضاء الحال، فإذا أصرت عليه فلمحكمة التمييز حينئذ أن تصدر قرارها اللازم وفق المادتين(223 و234) المعدلتين من الأصول الجزائية. وأما إذا ابدلته فيجب أن تبين الأسباب الداعية لذلك. وعلى كلٍّ سواء كان قرارها الثاني الإصرار أو المتابعة لرأي محكمة التمييز فيلزم أن تبين

وربطاً على ما تقدم، فأن لمحكمة التمييز في ظل قانون اصول المحاكمات الجزائية البغدادي كذلك صلاحية الامتناع عن تصديق الحكم طبقاً للمادة(3/233)[1] عندما تجد أن الدلائل غامضة او غير كافية للحكم، ولذا تمتنع عن التصديق وتعيد أوراق الدعوى إلى المحكمة مصدرة الحكم لإعادة المحاكمة مجدداً، أو تقرر الافراج عن المتهم إذا كان مسجوناً هذه حدود صلاحيتها عند الامتناع عن تصديق الحكم، أي لم يمنحها صلاحية تبرئة المتهم، لأن هذا القرار يعتمد على تقدير مدى كفاية الدليل في الاثبات، وهي مسألة موضوعية لا تختص بها محكمة التمييز كأصل عام.

وإذا ما ارادت صدور هكذا قرار(البراءة) أن تعيد الدعوى إلى محكمة الموضوع لإعادة النظر فيه من قبلها، فأن وافقت وقررت براءة المتهم فبها، وإلا فبإمكان محكمة التمييز في حال اصرار محكمة الموضوع على حكمها أن تستخدم صلاحياتها الاستئنافية المنوه عنها في المادة(234) والتي سبق الاشارة إليها بمعنى لا يمكنها أن تصدر الحكم بالبراءة إلا عند تحولها إلى محكمة موضوع ويتم ذلك بتفعيلها للمادة(234)[2].

ويعلل الفقهاء توجه غالبية القوانين العالمية عدم اعطاء محكمة التمييز حق التعرض لقرار البراءة الصادر عن محكمة الموضوع بأن المحكمة التي جرت المحاكمة امامها وشاهدت الشهود واستمعت إلى الدلائل بنفسها تكون اقدر على تقدير قوة الدليل واستنتاج القناعة من محكمة التمييز التي تقتصر وظيفتها على تدقيق الأوراق[3].

وهذا يكشف لنا فارقاً آخر في حدود الصلاحيات الممنوحة لمحكمة التمييز في ظل القانون الملغي والنافذ، فبالرجوع إلى المادة(6/259)[4] من قانون اصول المحاكمات النافذ ، نرى أن المشرع قد منح محكمة التمييز ابتداءً صلاحية تبرئة المتهم وبدون مواجهتها عناء اصرار محكمة الموضوع على حكمها السابق كما فعل المشرع البغدادي، بمعنى أن

=الأسباب الموجبة لذلك. ولا يكتفي ببيانها أنها "قد رأت قرار محكمة التمييز وارداً ولازم الاتباع"... والخلاصة أن الغاية من كل ذلك هي أن المحاكم يجب أن تدون قراراتها حسبما يحصل لديها من القناعة الوجدانية وأنها مطلقة الرأي فيها دائماً)). أشار اليه: عبد الرحمن خضر، مرجع سابق، ص99-100.

(1)تنص المادة(3/233) من قانون اصول المحاكمات الجزائية البغدادي على أنه:(ولها أن تمتنع عن تصديق قرار المجرمية وهذا الامتناع يبطل من المعاملات كل ما يعود إلى قرار المجرمية وفي الوقت نفسه يجوز للمحكمة أن تأمر بما تراه مناسباً في إعادة محاكمة المتهم أو القبض عليه أو توقيفه من جديد. وإذا كان المتهم مسجوناً فيلزم الإفراج عنه إلا إذا أمر بخلافه، على أن هذا الإفراج لا يمنع القبض عليه ومحاكمته بعد ذلك فيما إذا أمرت به سلطة ذات صلاحية).

(2)تنص المادة(234) من قانون اصول المحاكمات الجزائية البغدادي على أنه:(متى أعادت محكمة التمييز الحكم إلى المحكمة التي أصدرته لإعادة النظر فيه ثم قدم إليها ثانية للتصديق. بعد أن أعيد النظر فيه فيكون لها إذ ذاك سلطة محكمة استئنافية مما نص عليها في الفقرتين(2 و3) من المادة(228) علاوة على مالها من السلطات حسب الفقرات(1 و 2 و 3) من المادة(233).

(3)ينظر: عبد الرحمن خضر، مرجع سابق، ص108.

(4)تنص المادة(6/259) من قانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ رقم(23) لسنة 1971 بنصها:(نقض الحكم الصادر بالإدانة والعقوبات الأصلية والفرعية وأية فقرة حكمية أخرى وبراءة المتهم أو الغاء التهمة والإفراج عنه وإخلاء سبيله).

الصلاحية التي تعدّ استثنائية لدى الأخير، عدّها الأول(التشريع الحالي) صلاحية عادية تمارسها أنّى شاءت.

ونستنتج مما تقدم: أن محكمة التمييز الاتحادية اضحت محكمة استئناف وتمييز في آن واحد، بمعنى درجة ومرحلة للتقاضي في نفس ذات الوقت وهما نقيضان لا يجتمعان.

وإذا كان في نية المشرع بحسب ما ورد في المذكرة الايضاحية لقانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ عند منح محكمة التمييز سلطة الفصل في موضوع الدعوى هو لمنع افلات المجرمين من قبضة العدالة، وهذه الغاية المشروعة هي قوام العملية القضائية من ألفها إلى ياءها، لكنه اخطأ في اختيار الوسيلة التي تحقق ما يصبوا إليه، إذ كان الأولى به عوضاً عن اقحام محكمة التمييز بصلاحيات تتجاوز وظيفتها، إن يبقي الدرجة الثانية من درجات التقاضي(الاستئناف) واعطاءها هذه الصلاحيات لضمان صحة الحكم وعدالته. وما يثير الدهشة والاستغراب في هذا التوجه، إن المشرع العراقي قد جعل التقاضي في المسائل المدنية على درجتين، في حين أن التقاضي في المسائل الجنائية على درجة واحدة، على الرغم من تعلقها بحياة وحريات الأفراد وأن الخطأ فيها لا يمكن تداركه أو تعويضه بخلاف المسائل المدنية، إذ من الممكن إعادة الحال إلى ما كان عليه أو التعويض عن ما اصابه من ضرر جراء الخطأ في الحكم.

ولذا أن جاز لنا القول من خلال استقراؤنا وتحليلنا للنصوص القانونية المنظمة للحكم فأن آلية صدوره وفقاً للتنظيم القضائي الجنائي العراقي تكون بالصورة الآتية: صدور الحكم من محكمة الجنايات أو الجنح بعدّها محكمة موضوع، مروراً بمحكمة التمييز او محكمة الجنايات بصفتها التمييزية[1] بعدّها محكمة استئناف(تنظر الواقع والقانون معاً كمحكمة الموضوع) في حالة الطعن في الحكم تمييزاً، وانتهاءً بعرض الحكم على محكمة التمييز بواسطة الطعن بطريق(تصحيح القرار التمييزي) وهنا يظهر دورها كمحكمة قانون وظيفتها تدقيق الحكم وتصحيح الخطأ القانوني[2].

---

(1)نصت المادة(265) من قانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ على:(أ- يجوز الطعن تمييزاً أمام محكمة الجنايات من ذوي العلاقة المنصوص عليهم في المادة 249 في الاحكام والقرارات والتدابير الصادرة من محكمة الجنح في دعاوى المخالفات وفي القرارات الصادرة من قاضي التحقيق خلال ثلاثين يوماً... د. يكون لمحكمة الجنايات في الحالات المبينة في هذه المادة السلطات المقررة لمحكمة التمييز بما يتلائم مع هذه الاحكام...).

(2)والملاحظ على طريقة تعامل المشرع مع الحكم المشوب بالخطأ في القانون هي ذات الطريقة المتبعة في تصحيح الخطأ في عنصر الواقع من الحكم، وذلك في المادة(263/أ) بنصها:(إذا اعيدت الدعوى لإعادة النظر في الحكم فيجب أن تنظر من نفس القاضي او هيئة المحكمة التي اصدرت الحكم إلا اذا تعذر ذلك) وايضاً المادة(268/أ) فيما يتعلق بالخطأ القانوني بنصها:(تنظر هيئة الجزاء طلب تصحيح القرار الصادر منها ما لم يقرر رئيس محكمة التمييز نظره من قبل الهيئة العامة) أي بإعادتها الى ذات الهيئة التي اصدرتها لتقوم بإصلاح الخلل.

وختاماً: أن ما سلكه المشرع من نهج عند تنظيم اختصاصات محكمة التمييز الاتحادية أدى الى خروجها عن حدود وظيفتها المتعارف عليها كمحكمة قانون وظيفتها مراقبة صحة تطبيق وتفسير القاعدة القانونية، وهذا ما هو الا اعتراف صريح بلسان حال المشرع بأن التنظيم القضائي الجنائي العراقي بحاجة إلى تبني نظام التقاضي على درجتين مرة اخرى.

الخاتمة

بعد أن واجه الأنسان حقيقة الكون بالعقل وظاهرة الزمن بالوعي، فهو مفطور بطبعه على البحث عن الحقيقة والسعي إلى المعرفة. وها نحن الآن قد طوينا صفحات البحث لنصل إلى خاتمة المطاف بنقطتين: تتضمن أولهما: الإستنتاجات. اما الثانية: المقترحات. ولكن لا نزعم اطلاقاً أننا بريؤون من الأخطاء، فالأنسان يطلب العلم من المهد إلى اللحد، ثم لا ينال منه في النهاية إلا قسطاً ضئيلاً من بحره الواسع، فلعل جهدي المتواضع في دراستي هذه من قواعد واحكام استعرضناها، وتفاسير وايضاحات قدمناها اتاحت لي ولو بمقدار قطرة من ذلك البحر.

أولاً- الإستنتاجات:

1- أن تعليق صدور الحكم القضائي على اطمئنان ضمير قاضي الموضوع هو بمثابة اخضاع قناعته لرقابة ذاتية أولاً، تنشأ في داخل الهيأة مصدرة القرار او القاضي الفرد لذا فأن الضمير القضائي هو:(ضابط نفسي ووسيلة رقابة ذاتية من القاضي على نفسه، لضمان ممارسة سلطته على نحو عادل وسليم).

2- إن قاعدة بناء الأحكام الجنائية على الجزم واليقين لا الظن والتخمين ملزمة في الأحكام الصادرة بالإدانة فقط، أما احكام البراءة أو الافراج فيكفي رجحان التهمة للحكم استناداً إلى قاعدة أن الشك يفسر لصالح المتهم لوجود قرينة البراءة.

3- على الرغم من امتداد نطاق تطبيق مبدأ الاقتناع القضائي مرحلتي التحقيق الابتدائي والنهائي(المحاكمة)، إلا أن وظيفة القاضي في كل من هاتين المرحلتين مغايرة للأخرى، فبينما يسعى قاضي محكمة التحقيق إلى ترجيح الظن، فأن مسعى قاضي محكمة الموضوع يتجه نحو تأكيد ذلك الظن ببلوغ اليقين. وشتان بين الأثنين

4- إذا كانت الأدلة التي بنى عليها القاضي اقتناعه غير مشروعة فهنا نكون أمام خطأ في العمل القضائي المؤدي الى تكوين الضمير. اما إذا كانت الأدلة مشروعة لكن فهم مضمون الدليل غير صائب، فهنا نكون أمام غلط في السلطة التقديرية، لذا يجب عدم الخلط بين الرقابة على العمل القضائي والرقابة على السلطة التقديرية للقاضي.

5- إن حدود رقابة المحكمة العليا(تمييز- نقض) على الضمير القضائي تنصب حول المنطق القضائي المكون لقناعة المحكمة. أي أنها رقابة غير مباشرة، لأنها تراقب الناحية الشكلية في تكوين الضمير القضائي فأن كان موافقاً للقانون صدقته. أما أن كان مخالفاً نقضته وهو ما يتماشى مع وظيفتها كمحكمة قانون.

6- انفراد الهيأة الرقابية العليا في العراق(محكمة التمييز الاتحادية) عن غيرها من الهيئات الرقابية في الدول الأخرى بوظيفتين: الأولى، محكمة قانون. والثانية، محكمة موضوع.

7- تبني التشريعات القانونية محل المقارنة(مصر- الأردن) نظاماً للرقابة على ضمير القاضي الجزائي، وذلك بإقرارها مبدأ التقاضي على درجتين، لكن الأولى نظمته بطريقة افقدته الفاعلية، فغدا نظاماً رقابياً شكلياً خالياً من المضمون. اما الثانية فكان نظامها الرقابي حقيقي، لأنه اعتمد على اعادة تقدير الأدلة والوقائع مرة ثانية امام قضاة الدرجة الثانية.

8- يظهر التنظيم القضائي العراقي في المسائل الجنائية من الناحية الشكلية أن التقاضي فيه على درجة واحدة. في حين أن مضمون النصوص القانونية تبين غير ذلك، فالتقاضي في المسائل الجنائية على درجتين.

9- بصدور قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ رقم(23) لسنة 1971 قام بحذف الاستئناف كأحد طرق الطعن في الاحكام كمظهر خارجي. في حين أن مضمون هذا الطريق(الصلاحيات) قد احالها جميعاً إلى محكمة التمييز، وبذلك اضحت الأخيرة محكمة استئناف وتمييز في آن واحد. بمعنى درجة ومرحلة للتقاضي في ذات الوقت.

10- انفرد المشرع العراقي بآلية معينة للرقابة على ضمير القاضي الجزائي. قوامها انحراف تشريعي بمخالفة نص المادة(12) من قانون التنظيم القضائي رقم(160) لسنة 1979 بتخويل محكمة التمييز وهي هيأة تدقيقية صلاحيات محكمة الموضوع برقابتها على القوة الاقناعية للدليل المكون لقناعة المحكمة ومدى ملائمة العقوبة لجسامة الجريمة وخطورة المجرم.

ثانياً- المقترحات:

1- المقترحات الخاصة بقانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ رقم(23) لسنة 1971:

أ- **نقترح تعديل المادة(249/أ)** بحذف عبارة(...او في تقدير الأدلة أو تقدير العقوبة...).

ب- **نقترح بتعديل نص فقرات المادة(259)** الخاصة بصلاحيات محكمة التمييز لتتلائم مع وظيفتها بكونها مرحلة وليست درجة للتقاضي وكما يأتي:

- المادة(3/259) الغاء هذه الفقرة.
- الفقرة(4/259) لتكون بالصورة الآتية:(تصديق الحكم بالإدانة مع اعادة الأوراق مرة واحدة، لإعادة النظر في العقوبة).
- الفقرة(5/259) لتكون بالصورة الآتية:(إعادة الأوراق إلى المحكمة مرة واحدة لإعادة النظر في الحكم).

- المـادة(6/259) لتكـون بالصـورة الآتيـة:(نقض الحكـم الصـادر بالإدانـة والعقوبـات الأصـلية والفرعيـة وأيـة فقـرة حكميـة اخـرى وبـراءة المـتهم إذا كـان الفعـل غيـر معاقـب عليه قانوناً أو انعدمت الأدلة التي تثبت علاقة المتهم بالواقعة).
- المـادة(9/259) لتكـون بالصـورة الآتية:(تصـديق الحكـم الصـادر فـي الـدعوى المدنيـة أو نقضه كلاً او جزءً وإعادته إلى المحكمة لإعادة النظر فيه مرة واحدة).

ت- نقتـرح تعـديل المـادة(262) لتكـون بالصـورة الآتيـة:(إذا نقـض الحكـم وأعيـد لأجـراء المحاكمـة فتجـري المحكمـة المحاكمـة مجـدداً فـي الـدعوى كلهـا او فـي الجـزء المنقـوض منهـا ويتبـع فـي ذلـك مـا ورد فـي قـرار الـنقض فـي المسـائل القانونيـة التـي فصـل فيهـا دون المسـاس بـالقرارات والإجـراءات التـي لـم يتناولهـا قـرار الـنقض وتصـدر حكمـاً جديـداً فـي الدعوى او في الجزء المنقوض منها فقط).

ث- نقتـرح تعـديل المـادة(263) لتكـون بالصـورة الآتيـة:(**أ-** إذا أعيـدت الـدعوى لإعـادة النظـر فـي الحكـم فيجـب أن تنظـر مـن قبـل محكمـة أخـرى بـذات درجـة المحكمـة المنقـوض حكمهـا أو ذات المحكمـة لكـن بتشـكيل مغـاير. **ب-** إذا طعـن فـي الحكـم للمـرة الثانيـة ولـذات الاسـباب، فتحـال الـدعوى الـى الهيـأة الموسـعة لمحكمـة التمييـز لنظـر موضـوع الطعـن، وفي هذه الحالة تتبع الإجراءات المقررة للمحاكمة عن الجريمة التي وقعت).

2- نقتـرح بإعـادة اسـتحداث نظـام التقاضـي علـى درجتـين فـي النظـام القضـائي - الجنـائي- العراقي. ونقترح أن يتضمن هذا النظام بعض من النصوص الآتية:

أ- المـادة(الأولى):(يجوز اسـتئناف الأحكـام الجنائيـة الفاصـلة الصـادرة مـن محكمـة الموضوع).

ب- المادة(الثانية):

1- يقـدم طلـب الاسـتئناف مـن الادعـاء العـام أو المـتهم أو المشـتكي أو مـن ينـوب عنهمـا أو المـدعي المـدني أو المسـؤول مـدنياً فـي الحقـوق أو مـن ينـوب عنهمـا علـى أن يخـتص الاستئناف بما لهُ من حقوق دون غيرها.

2- يقـدم طلـب الاسـتئناف بعريضـة موقعـة مـن قبـل الخصـم المسـتأنف أو مـن ينـوب عنـه خـلال مـدة خمسـة عشـر يومـاً مـن تـأريخ صـدور الحكـم أو تفهيمـه الـى ذات المحكمـة التـي اصـدرت الحكـم، وتقـوم الأخيـرة بإرسـاله الـى محكمـة الاسـتئناف خـلال مـدة ثلاثـة ايـام من تأريخ تقديم الطلب.

3- إذا كان المستأنف محبوساً فيقدم اعتراضه بواسطة مأمور السجن.

4- تشمل عريضة الاستئناف بياناً كاملاً بالحكم المستأنف، والدعوى التي صدر بشأنها، وصفة المستأنف والمستأنف ضده، والأسباب التي يستند إليها المستأنف والطلبات التي يتقدم بها).

ت- المادة(الثالثة):(إذا قررت محكمة الاستئناف قبول الاستئناف شكلاً فتتولى الفصل فيه موضوعاً، وتصدر حكمها خلال تسعون يوماً من ورود اضبارة الدعوى إليها).

ث- المادة(الرابعة):(تجري المحاكمات الاستئنافية مرافعة وسماع للبينات مجدداً).

ج- المادة(الخامسة):(بعد أن تنتهي محكمة الاستئناف اجراءات التحقيق في الحكم المطعون فيه، تصدر قرارها بتصديق الحكم المستأنف أو تعديله أو نقضه واصدار حكم جديد).

قائمة المراجع

القرآن الكريم

اولاً- المعاجم والقواميس:

أ- المعاجم والقواميس اللغوية

1- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب ، المجلد الخامس ، دار الكتاب المصري، القاهرة، مصر، دون ذكر لسنة النشر.

2- المنجد في اللغة، ط35، دار المشرق، بيروت، لبنان، 1996.

3- د. سعدي الضناوي، و جوزيف مالك، معجم المترادفات والاضداد، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب ناشرون، طرابلس، لبنان، 2010.

4- سعيد الخوري الشرتوني اللبناني، معجم أقرب الموارد في فصيح العربية والشواذ، ج2، منشورات مكتبة المرعشي النجفية، ايران، قم، 403.

5- عبد الحسين محمد علي بقال، المعجم المجمعي، ج5، مؤسسة الطباعة والنشر لجامعة طهران، ايران، دون ذكر لسنة النشر.

6- محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، معجم مختار الصحاح، ط1، دار صادر، بيروت، لبنان، 2008.

ب- المعاجم والقواميس الفلسفية

1- آندريه لالاند، موسوعة لالاند الفلسفية(معجم مصطلحات الفلسفة النقدية والتقنية)، المجلد3، ترجمة: خليل احمد خليل، عويدات للنشر والطباعة، بيروت، لبنان، 2008.

2- الموسوعة الفلسفية(وضعه لجنة من العلماء الاكاديميين السوفياتيين)، ط1، ترجمة: سمير كرم، دار الطليعة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1974.

3- جميل صليبا، المعجم الفلسفي بالألفاظ العربية والفرنسية والانكليزية واللاتينية، ج1،دار الكتاب اللبناني، بيروت، لبنان، 1978.

4- د. سمير سعيد حجازي، معجم المصطلحات الحديثة في علم النفس والاجتماع ونظرية المعرفة(عربي- فرنسي)،ط1، دار الكتب العالمية، بيروت، لبنان، 2005.

ثانياً- الكتب الفلسفية والعامة:

1- أزسزرابوبرت، مبادئ الفلسفة، ترجمة: احمد امين، ط1، دار طيبة للطباعة، القاهرة، مصر، 2015.

2- آندريه لاند، العقل والمعايير، ترجمة: د. نظمي لوفا، الهيئة العامة للكتاب، القاهرة، مصر، 1979.

3- د. جميل صلبيا، د. كامل عياد، المنطق وطرائق العلم العامة، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، 1948.

4- رضا الصدر، الفلسفة العليا، ط1، دار الكتاب اللبناني، بيروت، لبنان، 1986.

5- د. سمير سعيد حجازي، معجم المصطلحات الحديثة في علم النفس والاجتماع ونظرية المعرفة(عربي- فرنسي)،ط1، دار الكتب العالمية، بيروت، لبنان، 2005.

6- د. طلعت منصور، و د. انور الشرقاوي وآخرون، أسس علم النفس العام، مطبعة اطلس، القاهرة، مصر، 1978.

7- د. عبد الهادي الفضلي، أصول البحث، مطبعة شرعت، قم، ايران، 2000.

8- د. عبد الوهاب جعفر، مذكرة في فلسفة الأخلاق، بدون ذكر لمطبعة مكان النشر، 1991.

9- علي بن محمد بن علي الجرجاني، كتاب التعريفات، تحقيق: عادل انور خضر، ط1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1993.

10- د. فاخر عاقل، علم النفس العام(دراسة التكيف البشري)، ج1، مطبعة الجامعة السورية، دمشق، سوريا، 1955.

11- د. محمد البدوي، الأخلاق بين الفلسفة وعلم الاجتماع، دار المعرفة الجامعية، الاسكندرية، 2000.

12- محمد باقر الصدر، الأسس المنطقية للاستقراء، ط1، مؤسسة العارف للمطبوعات، بيروت، لبنان، 2008.

13- محمد باقر الصدر، فلسفتنا، ط3، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، لبنان، 2009.

14- د. محمد محمود رحيم الكبيسي، نظرية العلم عند الغزالي، ط1، منشورات بيت الحكمة، بغداد، 2002.

15- د. منصور علي رجب، تأملات في فلسفة الأخلاق، ط1، مطبعة مخيمرة، القاهرة، مصر، 1953

16- د. يوسف كرم، العقل والوجود(دور العقل في ادراك الموجودات)،ط1، منشورات البندقية، القاهرة، مصر، 2018.

ثالثاً- الكتب القانونية:

1- د. إبراهيم إبراهيم محمد عبد الصمد، مبدأ التقاضي على درجتين في القضاء الجنائي، منشاة المعارف، الاسكندرية، مصر،2015.

2- د. إبراهيم رحماني وآخرون، الأمن القضائي في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، دراسة صادرة عن مخبر الدراسات الفقهية والقضائية(جامعة الوادي- الجزائر)، ط1، 2019.

3- د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1973.

4- د. أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة الرابعة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1968.

5- د. احمد ابو الوفا، نظرية الاحكام في قانون المرافعات، ط4، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، دون ذكر لسنة النشر.

6- د. أحمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997.

7- د. أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على موضوع الدعوى في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون ذكر لسنة النشر.

8- د. أحمد عوض بلال، قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.

9- د. احمد عوض هندي، مبدأ التقاضي على درجتين(حدوده وتطبيقاته في القانون المصري والفرنسي)، مطبعة الاشعاع الفنية، الاسكندرية، مصر، 1992.

10- د. احمد عوض هندي، آثار محكمة النقض وقوتها(دراسة تحليلية في القانونين المصري والفرنسي)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 1998.

11- د. احمد فتحي سرور، سلطة محكمة النقض في الرقابة لضمان حسن تطبيق القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون ذكر لسنة النشر.

12- د. احمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1977.

13- د. احمد فتحي سرور، النقض في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997.

14- د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2014.

15- احمد مسلم، أصول المرافعات التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1969.

16- د. احمد مليجي، أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1991.

17- د. احمد محمد خليفة، اصول علم النفس الجنائي و القضائي، بغداد، 1949.

18- د. احسان الناصري، أصول التحقيق الجنائي، مطبعة الأهالي، بغداد، العراق، 1941.

19- د. أدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، بدون ذكر لمطبعة ومكان النشر، 1985.

20- د. أسامة عبد الله قايد، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.

21- د. اشرف جمال قنديل، حرية القاضي في تكوين اقتناعه، (دراسة تحليلية وتطبيقية مقارنة بين النظام القانوني المصري والفرنسي)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2012.

22- د. أشرف رمضان عبد الحميد، مبدأ التحقيق على درجتين(دراسة تحليلية مقارنة)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.

23- د. اكرم نشأت ابراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة(دراسة مقارنة)، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، 1965.

24- الأمن القضائي وجودة الأحكام، مؤلف صادر عن جمعية عدالة (من اجل الحق في محاكمة عادلة) في دولة المغرب، مطبعة دار القلم، الرباط، المغرب، 2013.

25- الطيب الفصايلي، التنظيم القضائي في المغرب، دار البديع، مراكش، المغرب، بدون ذكر لسنة النشر.

26- الطيب السنوسي احمد، الاستقراء وأثره في القواعد الأصولية والفقهية، ط3، دار التدمرية، السعودية، الرياض، 2009.

27- د. أمين مصطفى محمد، التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2010.

28- د. انوسنس احمد الدسوقي عبد السلام، قضائية توقيع العقوبة الجنائية ، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.

29- د. براء منذر كمال عبد اللطيف، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، دار السنهوري، بيروت، لبنان، 2017.

30- د. بن احمد محمد، محكمة الجنايات الاستئنافية ودورها في تحقيق العدالة الجنائية(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، مصر، 2020.

31- تادرس ميخائيل تادرس، القواعد العلمية لفحص وتحليل شهادة الشهود(في علم النفس والقانون المقارن)،مكتبة الانجلو المصرية، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر.

32- د. جلال ثروت، نظم الاجراءات الجنائية، مطابع السعدني، الاسكندرية، مصر، 2004.

33- جواد الرهيمي، التكييف القانوني للدعوى الجنائية، ط2، المكتبة القانونية، بغداد، العراق، 2006.

34- د. حاتم حسن بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1997.

35- د. حاتم حسن بكار، اصول الاجراءات الجزائية، منشأة المعرف، الاسكندرية، مصر، 2005.

36- د. حاتم حسن بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية(محاولة لرسم معالم نظرية عامة)، منشأة المعرف، الاسكندرية، مصر، 2002.

37- د. حاتم عبد الرحمان منصور الشحات، استئناف احكام الجنايات بين مقتضيات العدالة وصعوبات الواقع(دراسة مقارنة)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.

38- د. حامد شريف، النقض الجنائي(دراسة تحليلية تطبيقية)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2018.

39- د. حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون الاجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1996.

40- د. حسن نجيب سعد ، مذكرات في استقلال القضاء ، دون ذكر لمطبعة وسنة النشر، القاهرة.

41- حسين المؤمن، نظرية الإثبات(القرائن وحجية الاحكام والكشف والمعاينة والخبرة مدنياً وجزائياً شرعاً وقانوناً شكلاً وموضوعاً علماً وعملاً)، ج4، مطبعة الفجر، بيروت، لبنان، 1977.

42- د. حسين علي محمد علي الناعور النقبي، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،2007.

43- د. خالد سليمان شبكة ، كفالة حق التقاضي ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2005.

44- د. خيري أحمد الكباش، اخلاقيات العدالة في المحاكمات، دار الفتح للطباعة، الاسكندرية، مصر، 2017.

45- دليل المحاكمة العادلة، ط2، مطبوعات منظمة العفو الدولية، 2014.

46- رقية فالح حسين، طرق الرقابة على سلطة القاضي الجنائي ووسائلها ومجالات تطبيقها(دراسة مقارنة)، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2016.

47- د. رمزي رياض عوض، الاجراءات الجنائية في القانون الانجلو امريكي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.

48- د. رمزي رياض عوض، التفاوت في تقدير العقوبة المشكلة والحل(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.

49- د. رمزي رياض عوض، الرقابة على التطبيق القضائي لضمانات المحاكمة المنصفة(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005-2006.

50- د. رمزي رياض عوض، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010.

51- د. رمزي سيف ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية، بدون ذكر لسنة الطبع.

52- د. رمسيس بهنام، الاجراءات الجنائية(تأصيلاً وتحليلاً)، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1984.

53- د. رمسيس بهنام، علم النفس القضائي، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، دون ذكر لسنة النشر.

54- د. رمسيس بهنام، محاضرات في علم الاجرام(علم طبائع المجرم- علم الاجتماع الجنائي)، ج2، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1960.

55- د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط2، منشأة المعرف، الاسكندرية، مصر، 1968.

56- د. رمضان سيد الألفي، نظرية الخطورة الاجرامية(دراسة مقارنة)، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، 1996.

57- د. رؤوف عبيد، تكييف الواقعة وما يثيره من مشكلات في نطاق التقسيم الثلاثي للجرائم، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2012.

58- د. رؤوف عبيد، ضوابط تسبيب الاحكام الجنائية،ط2، مطبعة الاستقلال الكبرى، القاهرة، مصر، 1977.

59- د. رؤوف عبيد، المشكلات العملية في الاجراءات الجنائية، الجزء الثاني، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، 1963.

60- د .رؤوف عبيد، مبادئ الاجراءات الجنائية،ط5، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، 1973.

61- د. سامح جابر البلتاجي، التصدي في الإجراءات الجنائية(دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون ذكر لسنة النشر.

62- د. سامي حسني الحسيني، النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1972.

63- د. سامي صادق الملا، اعتراف المتهم، ط2، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، 1975.

64- سعد إبراهيم الأعظمي، موسوعة مصطلحات القانون الجنائي، ج2، ط1، دار الشؤون الثقافية العامة(آفاق عربية)، بغداد، العراق، 2002.

65- د. سعدون القشطيني ، شرح أحكام المرافعات ، الجزء الأول ،ط1 ، مطبعة المعارف ، بغداد ، العراق، 1979.

66- أ. عبد الأمير العكيلي، و د. سليم ابراهيم حربة، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية،ج2، دار العربية للقانون، القاهرة، مصر، 2010.

67- د. سلطان الشاوي، اصول التحقيق الإجرامي، المكتبة القانونية، بغداد، العراق، 2009.

68- د. سميح عبد القادر المجالي، أثر الاجراء الجزائي الباطل في المركز القانوني للمتهم، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 2006.

69- د. صالح محسوب، الخبرة النفسية في مجال المحاكمة الجزائية، مطبعة العاني، بغداد، العراق، 1993.

70- صلاح الدين عبد اللطيف الناهي ، الوجيز في مبادئ التنظيم القضائي والتقاضي والمرافعات ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 1996.

71- ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، مؤسسة الخليج للطباعة والنشر ، بغداد ، 1984 .

72- طه خضير القيسي، حرية القاضي في الاقتناع، ط1، دار الشؤون الثقافية العامة "افاق عربية"، بغداد، 2001.

73- د. عادل يوسف الشكري، ضمانات حق المتهم في محاكمة عادلة في ضوء المواثيق والصكوك والإعلانات الدولية المعنية بحقوق الانسان(دراسة مقارنة)، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018.

74- د. عباس زبون العبودي ، شرح أحكام قانون اصول المرافعات المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 2006.

75- د. عباس زبون العبودي، شرح احكام قانون الجنسية العراقية رقم(26) لسنة 2006(دراسة مقارنة)، مكتبة السنهوري، بغداد، العراق، 2012.

76- عبد الامير العكيلي، ابحاث في اجراءات التحري وجمع الأدلة والتحقيق، ط1، مطبعة المعارف، بغداد، 1971.

77- د. عبد الباقي البكري، لمدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، 1972

78- عبد الجليل برتو، اصول المحاكمات الجزائية، ط3، مطبعة العاني، بغداد، العراق، 1955.

79- د. عبد الحكم فوده، البراءة وعدم العقاب في الدعوى الجنائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2000.

80- د. عبد الحكم فوده، حجية الدليل الفني في المواد الجنائية والمدنية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2014.

81- د. عبد الحميد الشواربي، أوجه الطعن بالنقض في تسبيب الاحكام المدنية والجنائية، منشأ المعارف، الاسكندرية، مصر، 2004.

82- د. عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، بدون ذكر لسنة النشر.

83- د. عبد الحميد الشواربي، الطعن الجنائي في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1988.

84- عبد الحميد كبة، التنظيمات القضائية والحركة التشريعية في العراق، مطبعة دار التضامن، بغداد، العراق، 1973.

85- عبد الرحمن خضر، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية البغدادي وتعديلاته وذيوله الى سنة 1949، ج1، ط4، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر، دون ذكر لسنة النشر.

86- د. عبد الستار الجميلي، و محمد عزيز، علم التحقيق الجنائي الحديث(بين النظريات والتطبيق)، مطبعة دار السلام، بغداد، العراق، 1977.

87- عبد الفتاح رياض، الأدلة الجنائية المادية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.

88- د. عبد الفتاح مراد، موسوعة البينات والتحقيق الجنائي التطبيقي والفني والتصرف في التحقيق، الجزء الرابع، بدون ذكر لمطبعة وسنة النشر.

89- د. عبد المنعم الشرقاوي ، شرح أحكام المرافعات المدنية والتجارية ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1950.

90- عدنان زيدان، طرق الطعن في الاحكام الجزائية، دار السنهوري، بيروت، لبنان، 2016.

91- د. عدنان عاجل عبيد، القانون الدستوري(النظرية العامة والنظام الدستوري في العراق)، ط2، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر، النجف، العراق، 2013.

92- عدنان كاظم عسكر، إصرار المحكمة على الحكم المنقوض(دراسة مقارنة)، دار السنهوري، بيروت، لبنان، 2020.

93- د. عزمي عبد الفتاح، تسبيب الاحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.

94- د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول المرافعات المدنية، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، اربيل، العراق، 2013.

95- د. علي حسين الخلف و د. سلطان الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطابع الرسالة، الكويت، 1982.

96- علي زكي العرابي، المبادئ الأساسية للتحقيقات والاجراءات الجنائية، ج2، مطبعة الاعتماد، القاهرة، مصر، 1939.

97- د. علي عبد الحميد تركي، نطاق القضية في الاستئناف(دراسة تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.

98- د. علي فضل البوعينين، ضمانات المتهم في مرحلة المحاكمة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.

99- د. علي محمود علي حمودة، النظرية العامة في تسبيب الحكم الجنائي في مراحلة المختلفة، ط2، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، 2003.

100- د. علي محمود علي حمودة، الأصول المنطقية لفهم الواقع والقانون في الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.

101- د. عمر السعيد رمضان، أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، الدار المصرية للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 1971.

102- د. عوض أحمد زغبي ، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني ، الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر ، 2007.

103- د. عيد محمد القصاص ، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005.

104- د. فارس الخوري، أصول المحاكمات الحقوقية، الدار العربية للنشر، عمان، الأردن، 1987.

105- د. فارس علي عمر الجرجري، مبدأ حياد القاضي المدني، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصرة 2012.

106- د. فاروق الكيلاني ، استقلال القضاء ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1977 .

107- د. فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة(دراسة مقارنة)،ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2006.

108- د. فتحي والي ، قانون القضاء المدني ، الجزء الأول ، ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1973.

109- د. فخري عبد الرزاق صلبي الحديثي، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، دار السنهوري، بيروت، لبنان، 2015.

110- د. فخري عبد الرزاق صلبي الحديثي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار السنهوري، بيروت، لبنان، 2018.

111- فرانسوا جورف، احكام القضاء(دراسة قانونية ونفسية في سياق العملية القضائية) ترجمة: د. عبد الرسول الجصاني، بدون ذكر مطبعة مكان النشر، 2006.

112- د. فؤاد عبد المنعم، حكم الاسلام في القضاء الشعبي، شركة الاسكندرية للطباعة والنشر، الاسكندرية، مصر، 1973.

113- د. فوزية عبد الستار، شرح قانون الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1977.

114- د. كامل السعيد، دراسات جنائية معمقة في الفقه والقانون والقضاء المقارن، 2002.

115- د. كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية(دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 2005.

116- كريشنا فاسديف، شهادة الشهود وطرق الأدلاء بها، ترجمة: عبد العزيز صفوت و هنري رياض، ط1، دار ومكتبة الهلال، بيروت، لبنان، 1993.

117- د. كمال عبد الواحد الجوهري، اصول مبدأ حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2010،.

118- د. كمال عبد الواحد الجوهري، تأسيس الاقتناع القضائي والمحاكمة الجنائية العادلة، دار محمود، القاهرة، مصر،1999.

119- د. كمال عبد الواحد الجوهري، حكم البراءة في القضايا الجنائية، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1999.

120- د. كمال عبد الواحد الجوهري، ضوابط حرية القاضي الجنائي في تكوين اقتناعه والمحاكمة الجنائية العادلة، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2015.

121- د. كمال محمد عواد، الضوابط الشرعية والقانونية للأدلة الجنائية(في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي)، ط1، دار الفكر العربي، الأسكندرية، مصر، 2011.

122- د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1977.

123- د. محمد الزحيلي، الإجراءات الجنائية الشرعية(دراسة مقارنة بين الانظمة والقوانين المعاصرة)، ج1، ط1، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان،2015.

124- د. محمد جابر الدوري، الصيغ القانونية بمقتضى أحكام قانون المرافعات، مطبعة الشعب، بغداد، العراق، 1990.

125- د. محمد حماد مرهج الهيتى، الموسوعة الجنائية في البحث والتحقيق الجنائي، دار الكتب القانونية، 2008.

126- د. محمد زكي ابو عامر، الاجراءات الجنائية، ط7، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2005.

127- د. محمد زكي ابو عامر، الأثبات في المواد الجنائية، الفنية للطباعة، الاسكندرية، مصر، دون ذكر لسنة النشر

128- د. محمد زكي ابو عامر، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.

129- د. محمد عبد الحميد مكي، تصدي المحكمة الاستئنافية للفصل في موضوع الدعوى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.

130- د. محمد عبد الخالق عمر، النظام القضائي المدني، الجزء الأول، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، 1976.

131- د. محمد عبد الكريم العبادي، القناعة الوجدانية للقاضي الجزائي ورقابة القضاء عليها، (دراسة تحليلية مقارنة)، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2010.

132- د. محمد علي سالم عياد الحلبي، الوسيط في شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني، ج3، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1996.

133- محمد علي سكيكر، تحقيق الدعوى الجنائية واثباتها، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2006.

134- د. محمد علي سويلم، الإسناد في المواد الجنائية(دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2006.

135- د. محمد عيد الغريب، حرية القاضي الجنائي في الاقتناع اليقيني واثره في تسبيب الاحكام الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.

136- د. محمد محمد عنب، استخدام التكنولوجيا الحديثة في الإثبات الجنائي، مطبعة السلام الحديثة، القاهرة، مصر، 2007.

137- د. محمود صالح العادلي، النظرية العامة في حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2005.

138- د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون الاجراءات الجنائية، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، 1988.

139- د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، ط10، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، 1983.

140- د. محمود مصطفى يونس، نظرية الطعن المباشر، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

141- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995.

142- مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية وتطبيقاته العملية، ط 1، بغداد، 2005.

143- د. مصطفى ابراهيم الزلمي، الصلة بين المنطق والقانون، مطبعة الشفق، بغداد، 1986.

144- د. مصطفى مجدي هرجة، طرق الطعن غير العادية في الأحكام الجنائية والمدنية في ضوء الآراء الفقهية وأحكام النقض، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2004.

145- د. مصطفى مجدي هرجة، موسوعة هرجة في الإثبات المدني والجنائي، ج3، دار محمود، القاهرة، مصر، 2006.

146- د. مصطفى محمد عبد المحسن، الحكم الجنائي(المبادئ والمفترضات)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.

147- د. مفلح عواد القضاة ، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، الأردن، 2004.

148- د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص، ط1، دار الحرية للطباعة، بغداد، العراق، 1977.

149- مهدي صالح محمد امين، أدلة القانون غير المباشرة، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، بغداد، العراق، 1987.

150- د. هاشم الحافظ، تاريخ القانون، ط2، مطبعة العاني، بغداد، العراق، 1967.

151- د. هلالي عبد اللاه احمد، الحقيقة بين الفلسفة العامة والاسلامية وفلسفة الإثبات الجنائي، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون ذكر لسنة النشر.

152- د. هلالي عبد اللاه احمد، النظرية العامة في الاثبات الجنائي(دراسة مقارنة بين النظم اللاتينية والانكلوسكسونية والشريعة الاسلامية)، المجلد2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011.

153- د. محمد ظاهر معروف، المبادئ الأولية في أصول الإجراءات الجنائية، ج1، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، 1972

154- د. محمود السيد تحيوي، الطعن في الأحكام القضائية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2007.

155- مجدي الجندي، اصول النقض الجنائي وتسبيب الاحكام، الطبعة الثالثة،2003.

156- مدحت الدبيسي، محكمة الجنح المستأنفة، ط1، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، 2007.

157- د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني ، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1986.

158- د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1974.

159- د. ياسر باسم ذنون السبعاوي، و اجياد ثامر نايف الدليمي، بحوث ودراسات في القانون الخاص، ج(4)، ط1، 2009.

160- د. ياسين عمر يوسف، استقلال السلطة القضائية في النظامين الوضعي والاسلامي، ط1، دار الهلال، بيروت، لبنان، 1995.

رابعاً- الأطاريح والرسائل الجامعية:

أ- الاطاريح الجامعية:

1- احمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الاجراءات الجنائية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة القاهرة، 1959.

2- ايمان محمد علي الجابري، يقين القاضي الجنائي، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2003.

3- سليم محمد سليم حسين، حق المتهم في المحاكمة امام قاضيه الطبيعي، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة- كلية الحقوق، 2009.

4- صلاح هادي صالح الفتلاوي، الخطورة الاجرامية وأثرها في تحديد الجزاء الجنائي، اطروحة دكتوراه، كلية القانون- جامعة بغداد، 2004.

5- عباس فاضل سعيد العبادي، الاكراه في القانون الجنائي العراقي(دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية القانون- جامعة الموصل، 2005.

6- عبد الحليم محمد عبد الحليم عنانبه، التقاضي على درجة واحدة أمام محكمة الاستئناف(دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، جامعة بيروت العربية- كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016.

7- عبد الفتاح عبد العزيز خضر، الاوجه الاجرائية للتفريد القضائي، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة القاهرة، 1975.

8- علي جبار صالح الحسيناوي، محكمة التمييز ودورها في الرقابة على الاحكام الجزائية، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون- جامعة بغداد، 1998.

9- علي عبد اليمة جعفر، ذاتية الإثبات الجنائي، اطروحة دكتوراه، كلية القانون- جامعة بغداد، 2017.

10- فهد نشمي الخرينج الرشيدي، الحق في محاكمة عادلة في قضاء المحكمة الأوربية لحقوق الانسان والمحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة المنصورة، مصر، 2015.

11- محمد ثروت محمد عبد الشافعي، فلسفة اليقين القضائي في ضوء قواعد المنطق وعلم النفس الجنائي، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة- كلية الحقوق، 2019.

12- مرزوق محمد، الحق في المحاكمة العادلة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بالقايد، الجزائر، 2006.

13- مفيدة سعد سويدان، نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي(دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة- كلية الحقوق، القاهرة، مصر، 1985.

14- هدى سالم محمد الأطرقجي، التكييف القانوني للجرائم في قانون العقوبات العراقي(دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية القانون- جامعة الموصل، 2000.

ب- الرسائل الجامعية:

1- احلام مجلي شحيل الشبلي، الاستدلال في فكر الغزالي المنطقي، رسالة ماجستير، كلية الاداب- جامعة الكوفة، 2000.

2- ايوب المساوي، اشكالية الاثبات في المادة الجنائية وتأثيرها على القناعة الشخصية للقاضي الجنائي، رسالة ماجستير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، المملكة المغربية، 2017.

3- زينب محمد مهدي، الاقتناع القضائي وأثره في صحة الحكم الجزائي، رسالة ماجستير، جامعة الكوفة- كلية القانون، 2018.

4- عمار علي عبد الله الموسوي، التسبيب وأثره في سلامة الحكم الجزائي في التشريع الإجرائي العراقي، رسالة ماجستير، كلية القانون- جامعة الكوفة، 2019.

5- قرين اكرم، ضوابط تسبيب الحكم الجزائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2014.

6- قندوز عبد الجبار، رقابة المحكمة العليا على تسبيب الاحكام الجزائية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، الجزائر، 2015.

7- لمكي رشيد، الخطأ القضائي، رسالة ماجستير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- جامعة محمد الخامس- اكدال، الرباط، الجزائر، 2015.

8- منذر ضو محمد قايد، إلزامية مبادئ المحكمة العليا في الميزان، رسالة ماجستير، جامعة طرابلس- كلية القانون، ليبيا، 2020.

9- منير بن نايف الشيباني، تعدد درجات التقاضي في الفقه الاسلامي والقانوني، رسالة ماجستير، اكاديمية نايف للعلوم الأمنية- كلية الدراسات العليا- قسم العدالة الجنائية، الرياض، السعودية، 2002.

10- نبيل حميد البياتي، تسبيب الاحكام الجزائية في القانون العراقي(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون- جامعة بغداد، 1983.

11- نسرين محسن نعمة الحسيني ، بطلان الحكم الجزائي، رسالة ماجستير، كلية القانون- جامعة بابل، 2005.

12- هاني يونس احمد جوادي، رقابة محكمة التمييز على سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون- جامعة الموصل، 2005.

خامساً- الأبحاث والدراسات القانونية:

1- د. احمد ابو الوفا، تسبيب الأحكام، بحث منشور في مجلة الحقوق(يصدرها مجلس النشر العلمي- جامعة الكويت)، السنة السابعة، 1957.

2- د. احمد علي السيد خليل، التقاضي على درجة واحدة وعلى ثلاث درجات في القانون اللبناني، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية(تصدر عن كلية الحقوق- جامعة الاسكندرية)، المجلد(1-2) لسنة 1994.

3- بوصيدة امحمد، ازدواج درجات التقاضي في الجنايات بين المبدأ والاستثناء، بحث منشور في المجلة الاكاديمية للبحث القانوني(تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية في الجزائر)، العدد(1) لسنة 2019.

4- توفيق محمد الشاوي، بطلان التحقيق الابتدائي بسبب التعذيب، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد(يصدرها اساتذة كلية الحقوق في جامعة القاهرة) السنة(11)، 1951.

5- د. حاتم عبد الرحمن منصور الشحات، استئناف احكام الجنايات في القانون الفرنسي، بحث منشور في مجلة الحقوق(يصدرها مجلس النشر العلمي- جامعة الكويت)، العدد(3)، السنة(30)، لسنة 2006.

6- د. حيدر حسين علي، و د. صباح عريس عبد الرؤوف، مقتضيات اصلاح قانون التنظيم القضائي النافذ، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية(تصدرها كلية القانون- جامعة الكوفة)، مجلد(1) العدد(11)، عدد خاص بالمؤتمر العلمي الثاني.

7- حيدر عرس عفن و حسن فالح حسن، التدخل التمييزي في قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم(23) لسنة 1971، بحث منشور في مجلة دراسات البصرة(يصدرها مركز دراسات البصرة والخليج العربي في جامعة البصرة)، السنة(3) العدد(30) لسنة 2018.

8- د. سمير الجنزوري، السلطة التقديرية للقاضي في تقدير العقوبة، بحث منشور في المجلة الجنائية القومية(يصدرها المركز القومي للبحوث الجنائية والاجتماعية)، العدد(1) المجلد(11)، لسنة 1968.

9- د. عادل مستاري، الدور الرقابي للمحكمة العليا لضمانات المحاكمة العادلة، بحث منشور في مجلة الاجتهاد القضائي(يصدرها مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع- جامعة محمد خيضر بسكرة في الجزائر)، العدد(13)، 2016.

10- د. عبد المجيد لخذاري، وفطيمة بن جدو، لأمن القانوني والأمن القضائي علاقة تكامل، بحث منشور في مجلة الشهاب(يصدرها معهد العلوم الاسلامية- جامعة الوادي في الجزائر)، المجلد(4)، العدد(2) لسنة 2018.

11- علي زكي العرابي، تسبيب الاحكام الجنائية، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد(يصدرها اساتذة كلية الحقوق في جامعة القاهرة)، العدد(1)، السنة(1) 1931.

12- د. علي حسن الشرفي، حق الطعن بالاستئناف في الأحكام القضائية، بحث منشور في مركز البحوث والدراسات، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2005.

13- فرانسوا جورف، قناعة المحكمة، بحث منشور في مجلة الحقوقي(تصدرها جمعية الحقوقيين العراقيين)، ترجمة: د. عبد الرسول الجصاني، العدد الرابع، السنة الثالثة، 1971.

14- محمد بجاق، مبدأ التقاضي على درجتين ودوره في تحقيق الأمن القضائي، بحث منشور في مجلة مخبر الدراسات الفقهية والقضائية(تصدرها جامعة الوادي- الجزائر) العدد(4)، 2017 .

15- محمد بك فتحي المستشار، نفسة القاضي(بعض العوامل اللاشعورية التي تؤثر في وجدان القاضي ونزاهة عدالته)، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد(يصدرها اساتذة كلية الحقوق جامعة القاهرة)، العدد(1و2) السنة الثالثة عشر، 1943.

16- د. محمد حسن مرعي، أثر الرقابة التمييزية على الحكم الجنائي(دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق(تصدرها كلية الحقوق- جامعة تكريت)، السنة(4)، المجلد(4)، العدد(4)، الجزء(2) لسنة 2020.

17- د. محمد علي سالم عياد الحلبي، حرية القاضي الجنائي في الاقتناع الذاتي في قوانين مصر والاردن والكويت، بحث منشور في مجلة الحقوق(يصدرها مجلس النشر العلمي- جامعة الكويت)، العدد الثالث، السنة الحادية والثلاثون، 2007.

18- د. مصطفى القللي، طرق الطعن في الاحكام في مشروع الاجراءات الجنائية، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد(يصدرها اساتذة كلية الحقوق- جامعة القاهرة)، العدد(1) السنة(16)، 1946.

19- د. منصوري المبروك، و العزاوي أحمد، التقاضي على درجتين في مواد الجنايات، بحث منشور في مجلة آفاق علمية(مجلة دورية محكمة يصدرها المركز الجامعي لتامنغست- الجزائر)، العدد(2) لسنة 2018.

20- مهدي صالح محمد أمين، الإثبات بالقرائن أمام القضاء، بحث منشور في مجلة القضاء(تصدرها نقابة المحامين في جمهورية العراق)، العدد2، السنة42، مطبعة الشعب، بغداد، العراق، 1987.

21- د. ياسر باسم ذنون السبعاوي، دور الاستدلال المنطقي لفهم الواقع والأدلة في الدعوى المدنية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق(تصدرها كلية الحقوق- جامعة الموصل)، المجلد(9)، السنة(12)، العدد(33)، سنة 2007.

سادساً- التشريعات الوطنية والعربية

أ- التشريعات الوطنية:

1- قانون المرافعات المدنية رقم(83) لسنة1969.
2- قانون العقوبات العراقي رقم(111) لسنة 1969.
3- قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم(23) لسنة 1971.
4- قانون المعهد القضائي رقم 33 لسنة1976.
5- قانون اصلاح النظام القانوني رقم(35) لسنة(1977)(الملغي).
6- قانون التنظيم القضائي العراقي رقم(160) لسنة 1979المعدل.
7- قانون رعاية الأحداث رقم(76) لسنة 1983.
8- قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم(104) لسنة 1988.
9- قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية 2004(الملغي).
10- دستور جمهورية العراق لسنة 2005.
11- قانون الجنسية العراقي رقم (26) لسنة 2006.
12- قانون التقاعد الموحد رقم(9) لسنة2014.
13- قانون التنظيم القضائي لإقليم كردستان رقم(23) لسنة 2007.
14- قانون هيئة الاشراف القضائي رقم(29) لسنة 2016.

ب- التشريعات العربية والاجنبية:

1- قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة 1937.
2- الدستور الايطالي النافذ والمعدل لسنة 1947.
3- الدستور الألماني النافذ والمعدل لسنة 1949.
4- قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم(150) لسنة 1950.
5- قانون اصول المحاكمات الجزائية السوري رقم(112) لسنة1950.
6- الدستور الأردني النافذ لسنة 1952.
7- الدستور الفرنسي النافذ والمعدل لسنة 1958.
8- قانون حالات واجراءات الطعن امام محكمة النقض في مصر رقم(57) لسنة1959.

9- قانون العقوبات الاردني رقم(16) لسنة1960.

10- قانون اصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم(9) لسنة 1961

11- قانون السلطة القضائية السوري رقم(98) لسنة 1961.

12- قانون الاجراءات الجزائية الجزائري رقم(155/66) لسنة 1966

13- الدستور الاماراتي النافذ لسنة 1971.

14- قانون السلطة القضائية المصري رقم (46) لسنة 1972.

15- قانون السلطة القضائية الاماراتي رقم(39) لسنة 1983

16- قانون الهيئة القضائية السوداني لسنة 1986.

17- قانون العقوبات الاماراتي رقم(3) لسنة 1987.

18- قانون تنظيم القضاء الكويتي رقم(23) لسنة 1990.

19- قانون السلطة القضائية اليمني رقم(1) لسنة 1991.

20- قانون الاجراءات الجزائية اليمني رقم(13) لسنة 1994.

21- قانون استقلال السلطة القضائية الاردني رقم(29) لسنة 2014.

22- الدستور المصري النافذ لسنة 2014.

سابعاً- الموسوعات والدوريات والقرارات غير المنشورة:

1- إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز(قسم الاثبات)،ج2، مطبعة الجاحظ، بغداد، 1994.

2- خالد محمد جلال الاعرجي، المبادئ القانونية لقضاء محكمة التمييز الاتحادية ومحاكم الاستئناف بصفتها التمييزية، القسم الجنائي، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، بغداد، 2015.

3- سلمان بيات، القضاء الجنائي العراقي، ج2، مطبعة النفيض، بغداد، العراق، 1948.

4- سلمان عبيد عبدالله، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم الجنائي،(ج1- ج2)، دون ذكر لمطبعة مكان النشر، بغداد، 2009.

5- قضاء محكمة تمييز العراق(القرارات الصادرة سنة 1969)، المجلد السادس، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1972.

6- المبادئ القضائية في الإثبات الجنائي(القواعد المستخلصة من المحاكم العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة)، اصدار معهد دبي القضائي، 2013

7- مجموعة الأحكام العدلية(يصدرها قسم الاعلام القانوني في وزارة العدل)، العدد الرابع، السنة السادسة، 1975 النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الأولى، 1971.

8- مجموعة القواعد القانونية التي اقرتها محكمة النقض والابرام في المواد الجنائية، راجعها واقرها الاستاذ حامد فهمي بك، ج1، ط1، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهر، 1934.

9- النشرة القضائية(يصدرها المكتب الفني في محكمة تمييز العراق))، العدد(4) السنة(1)، مطبعة الادارة المحلية، بغداد، العراق، 1971.

10- النشرة القضائية(يصدرها المكتب الفني في محكمة تمييز العراق)، العدد الأول، السنة الخامسة، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1976.

11- حكم محكمة التمييز رقم(146) هيئة جزائية/ الصادر في تاريخ2012/6/20(غير منشور).

12- حكم محكمة التمييز العراقية رقم(554) الصادر بتاريخ 2016/4/25(غير منشور).

ثامناً- المراجع الاجنبية:

1- nokes,g.d,an introducation toevidence,third edition,London, 1962

2- GARE THIERRY et GINESTET CATHERINE, Droit penal procedure penal, Imprime par I.M.E, France, 2012.

3- Roger Merle et Andre Vitu, traite de droit criminal, T.11, procedure penale cujas 1979.

تاسعاً- المواقع الالكترونية:

1- قاعدة التشريعات العراقية على الرابط الالكتروني التالي: http://iraqld.hjc.iq

2- الموقع الرسمي للجريدة الرسمية لدولة الجزائر على الرابط التالي:
https://www.joradp.dz/har/consti.htm

3- الموقع الرسمي لمجلس القضاء الأعلى على الرابط التالي: www.iragja.ig

4- الرابط الالكتروني الخاص بمحكمة التمييز الاتحادية: www.hjc.iq

5- الرابط الالكتروني الخاص بمحكمة النقض المصرية : www.cc.gov.eg

Abstract

Criminal judgments are based on both assurance and certainty, not on the conjecture and speculation." Certainty is a state of mind or rationality that confirms the existence of the truth. However, this implies monitoring the judge's opinion. Conviction is a psychological tendency of a person. Still, it differs from just personal view based on their feelings and impressions. The conviction begins with factual premises that should be researched, scrutinized, and evaluated to derive logical conclusions. In other words, it is based on rational thinking to find a mental link between known and unknown facts. Despite that, conviction is not a purely automatic logical process based on certain premises that benefit certainty in a specific matter. Instead, it still has its own psychological and relative personal - who ultimately depends on when issuing his judgment on the conscience of its owner and what it contains personal motives and tendencies.

Due to the distinctive nature of the persuasive evidence system that dominates the criminal evidence. The restrictions of applying the principle of judicial conviction, including what would control its course to achieve its goal to discover the truth, are not sufficiently covered as its rigidly related to the judge's conscience, and relativism as it differs from one judge to another at which point it could pose a significant threat to personal freedoms, especially in criminal incidents of great danger that lead to severe penalties such as death or imprisonment. Its clear evidence to start a discussion of the censorship of the Judges' sentences issued out of conscience.

Conviction is an objective method in forming a personal opinion, so the control exercised over it must focus on the effect posed by the evidence on the conscience of the criminal judge, thereby presenting the case to another judicial committee. Such an approach investigates the degree of certainty

achieved by the primary judges. Suppose the investigation outcome coincides with the conclusion of the preliminary judges indicating the unification of the effect that the evidence leaves on the conscience of more than one judge. At that time, the subjective and relativistic attributes, considered the source of danger in approving this system (persuasive evidence), are negated, which is called firm certainty, which must share by all judges, or at least the majority of them. To achieve such strong confidence, we need to adopt the principle of two-stage litigation within Iraqi legislation to ensure criminal justice in judicial rulings.

Republic of Iraq

Ministry of High Education and Scientific Research

Kerbala University -Collage of Law

Oversight of Judicial Conscience

(A comparative study)

To the Council of the College of Law-University of Karbala/As partial fulfillment of the requirements to have Degree of Doctor of Philosophy In Public Law

Thesis submitted by the student

Zainab Muhammad Mahdi abo sebaa

Supervised by

Prof. Dr. Ali Hamza asall Al-Khafaji

1443 A.H. Shaban **March/ 2022 A.D .**