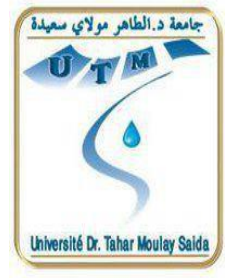


الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الدكتور الطاهر مولاي سعيدة



كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الدفع الشككية في قانون الإجراءات الجزائية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الإجرائي الجزائري

تحت إشراف الدكتور:

نقادي حفيظ

من إعداد الطالب:

بن عودة نبيل

أعضاء لجنة المناقشة:

د. بوكلي حسن شكيب أستاذ محاضر قسم "أ" جامعة دكتور مولاي الطاهر سعيدة رئيسا

د. نقادي حفيظ أستاذ محاضر قسم "أ" جامعة دكتور مولاي الطاهر سعيدة مشرفا و مقررا

د. عثمانى عبد الرحمان أستاذ محاضر قسم "ب" جامعة دكتور مولاي الطاهر سعيدة عضوا مناقشا

د. عمارة فتيحة أستاذة محاضر قسم "ب" جامعة دكتور مولاي الطاهر سعيدة عضوا مناقشا

د. خنفوسي عزيز أستاذ محاضر قسم "ب" جامعة دكتور مولاي الطاهر سعيدة عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2013/2014

قائمة المختصرات:

ق.إ.ج : قانون إجراءات الجزائية

ق.ع :قانون عقوبات

ق.إ.م : قانون إجراءات المدنية

ب.س.ن: بدون ذكر سنة النشر

ج: الجزء

د.ب.ن: دون بلد نشر

د.د.ن: دون دار نشر

ص: صفحة

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة

ط: الطبعة

مقدمة:

إن قانون الإجراءات الجزائية يتضمن القواعد التي يجب أن تتبع للمحافظة على الحريات الفردية أثناء التحقيق والمحاكمة لا سيما ما يتعلق بالتوقيف المؤقت وحقوق الدفاع، فحقوق الإنسان

في الدعوى الجزائية مصانة بالأحكام القانونية التي نص عليها قانون الإجراءات الجزائية المكرس بدوره للنصوص الدستورية الحامية لحرية الإنسان وحقوقه، فهذا القانون يقوم بالتالي بدور مكمل لقانون العقوبات، راسماً الإجراءات الواجب إتباعها لتحقيق العدالة الجنائية موفراً الضمانات الكافية لكي لا يحكم على بريء بجرم لم يرتكبه، وكلي لا يصيب العقاب إلا فاعل الجرم أو من حرض عليه أو اشترك فيه، ومن هنا تبدوا الأهمية الأولى لقانون الإجراءات الجزائية في حماية الحقوق الإنسان من خلال أنه مكمل لقانون العقوبات الذي لا فاعلية له في محاربة الجريمة، وبالتالي حماية حقوق الإنسان، إلا في ضل تفعيل نصوص قانون الإجراءات الجزائية بتحريك الدعوى العمومية.¹

قانون الإجراءات الجزائية و إن كان يحمي مصلحة المجتمع فإنه يقدم خدمة جلية لحقوق الإنسان، وذلك من خلال أمرين مهمين: ينصب الأول على كونه يضع قيود على سلطة الدولة في إنزال العقاب، فلا تستطيع هذه الأخيرة بأجهزتها المختلفة أن تمارس سلطتها في الحبس و القبض و التفتيش والضبط و تنفيذ العقاب دون قيد أو شروط، وإنما جاء قانون الإجراءات الجزائية ليضع الضوابط على حق الدولة في العقاب، وتضعه في إطار من المشروعية و الإنسانية والتحضر، أما الأمر الثاني فإن أي إنسان ليس ببعيد عن الشبهات أو أي اتهام في الجريمة ما، فقد يكون ذلك لمجرد الكيد أو الانتقام، ولهذا فمن المتصور أن يلاحق بريء، غير أنه من العدالة حتى في ظل وجود أدلة أن يمنح الفرد فرصة الدفاع عن نفسه و إثبات براءته.

قواعد الإجراءات الجزائية تنحو هذا المنحى في توفير كل الضمانات من أجل أن لا يدان بريء أو في أن لا تتجاوز الإدانة الحقيقة لمسؤولية الجاني، وفي هذا عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة²، إذ يأبى العدل أن يؤخذ فرد على جرم لم يرتكبه، بل أن إدانة بريء يؤذي المجتمع أكثر من براءة جان، وفي هذا يقول فيري: إذا كان قانون العقوبات قانون المجرمين، فإن قانون الإجراءات الجزائية هو قانون الشرفاء.³

¹ عبد الحليم بن مشري، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان في ضل العولمة، مذكرة ماجستير في قانون العام، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2003، ص124.

² حديث صحيح، رواه الترمذي.

³ جلال ثرت وسليمان عبد المنعم، أصول المحاكمات الجزائية، بيروت، الدار الجامعية، 1996، ص 6.

يفهم أن قانون الإجراءات الجزائية جاء بالقواعد التي تستهدف كفالة إدانة المذنب وتبرئة البريء وهذه القواعد تكون عديمة الجدوى إذا لم يكن بيد المتهم الوسيلة التي يستظل بها لحماية هذه القواعد، ويستفيد من الضمانات التي تكفله، ويتحقق هذا عن طريق إبداء الدفوع والطلب، وإلزام المحكمة من تلقاء نفسها بالتعرض للدفوع المتصلة بالنظام العام، وبذلك يكون الحق في إبداء الدفوع والطلبات ضمانه للخصوم في الدعوى الجزائية ضمن ضمانات أخرى قد يشتركون فيها جميعاً أو ينفرد بها المتهم بمفرده لتحقيق مصلحة العدالة، وتعتبر الدفوع والطلبات على هذا النحو وسيلة لضمان تحقيق هذه العدالة، فعن طريقها يتمكن الخصوم من العلم بطلبات و دفوع بعضهم البعض وتكون بينهم الوسيلة للرد عليها ويستعملها المتهم بصفة خاصة لكي يثبت براءته و يدلل على عدم نسبة الجريمة إليه وبالأخص في الموضوع، وعليه كذلك أن يدلل على عدم مشروعية ما اتخذ ضده من إجراءات وهذه المكنة تكمن في حقه في إبداء الدفوع، وهذه الأخيرة أنواع فهي قد تكون دفوع موضوعية وقد تكون دفوع شكلية أو ما تسمى بالدفوع الإجرائية فهي وسيلة سلبية بيد أطراف الدعوى العمومية عند كل إخلال بالقواعد الإجرائية التي تنظم سير الدعوى العمومية.

يعتبر هذا الموضوع من الموضوعات الهامة التي لم تحظى بالقدر الكافي من العناية الواجبة من الفقه الجنائي، ولهذا الموضوع ارتباط بصفة عامة بكثير من المبادئ الإجرائية والمبادئ العامة للتقاضي بصفة خاصة، والتي لم تظهر في النظام القانوني إلا مؤخراً باعتبارها أفكار حديثة مثل حق الدفاع و تسبب الأحكام التي يسعى الفقه إلى ضبط حدودها وبيان أساسها وأبعادها، ولذلك فإن دراسة هذا الموضوع لا يمكن إيضاحه إلا بربطه بها فبمعالجة الجوانب المختلفة لهذه الأفكار باعتبارها عماداً لفكرة الحق في إبداء الدفوع وبالتالي يساعد على الإحاطة الشاملة بالموضوع، وإن كانت الدراسات السابقة المتعمقة التي تناولت هذا الموضوع بمنهج متكامل لا تزال محدودة، ويلاحظ كذلك من خلال استقراء القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا أنها تناولت هذا الموضوع باقتضاب شديد وعندما تناولته في قراراتها فإنها تناولت الدفع بوجه عام باعتبارها سبباً من أسباب النقض إذا لم يتم الرد عليه ولهذا ارتأينا أن نستشهد بقرارات محكمة النقض الفرنسية و المصرية و اللبنانية إلى غير ذلك.

واجهت في هذا الموضوع صعوبات لعل أبرزها كما قلنا هو ندرة القرارات القضائية، أيضاً ندرة المراجع الجزائرية التي عالجت موضوع الدفوع الشكلية بصفة خاصة أو الدفوع

والطلبات في المجال الجزائي بصفة عامة، ولهذا تبرز الصعوبة في أنه علينا أن نستشهد بالمراجع المقارنة وأن نحاول إسقاطها على النصوص الجزائرية الجزائية محاولين في ذلك إعطاء نظرة وجيزة وشاملة وعامة حول هذا الموضوع

قد اعتمدنا في الدراسة على المنهج التحليلي وهذا لأننا بصدد تحليل نصوص قانونية وتأسيس فكرة الدفوع وهذا بالبحث في مؤلفات الفقه الجنائي وكذلك الخوض في فقه المرافعات المدنية وهذا لما لاحظناه من الاهتمام الذي أولاه فقهاء قانون المرافعات بهذا الموضوع وحتى أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد أورد لها فصلا خاصا وهو ما ترتب عليه في القانون الجزائري والقوانين الأخرى المقارنة ثرائها بالأبحاث التي ظهرت لتؤسس نظرية الدفوع في المرافعات المدنية، ومن ثم وجب علينا أن نستعرض بعض جوانب هذه الدراسة في المرافعات بالقدر اللازم وذلك باعتبار أن قانون الإجراءات المدنية هو الشريعة العامة التي يستعاض بها عند نقص مسألة إجرائية خلت نصوص قانون الإجراءات الجزائية من التعرض لها.

مما سبق ذكره تراءت لنا إشكالية التالية:

• ماهي الأدوات الفنية التي تمكن المتقاضي من الطعن في صحة العمل الإجرائي و ما المقصود بها؟ وفيما تتمثل الآثار المترتبة على إبداءها؟

يتم معالجة هذه الإشكالية في فصلين تطرقنا في الفصل الأول إلى ماهية الدفع الشكلي الذي تناولنا فيه التعريف المفصل من الناحيتين القانونية و القضائية للدفوع الشكالية و كذا الشروط الواجبة في إبداء هذه الدفوع من شروط عامة و أخرى خاصة، إضافة والى ذلك تطرقنا والى تمييز هذه الدفوع عن غيرها من النظم القانونية المشابهة كالدفع الموضوعي، و أخذنا في آخر مبحث تقسيمات الدفوع الشكالية التي حبذنا فيها الأكثر شيوعا في التطبيق القضائي من دفع بعدم الاختصاص و الدفع بانتفاء حالات التلبس و الدفع ببطلان ورقة التكليف بالحضور.

تناولنا في الفصل الثاني محل الدفع الشكلي و الآثار المترتبة على إبداءه بحيث أخذنا في المبحث الأول آثار مخالفة العمل الإجرائي من مفهوم العمل الناتج عن الجزاء الإجرائي و طبيعته و كذا خصائصه و تنظيمه، و في المبحث الثاني تطرقنا إلى أنواع الجزاءات الناتجة عن تحقق الدفع الشكلي و في آخر مبحث إلى التعامل القضائي عند إبداء الدفع الشكلي.

الفصل الأول: ماهية الدفع الشكلي في قانون الإجراءات الجزائية

قبل أن نتطرق إلى دراسة الدفع الشكلي من حيث الماهية، ومن حيث دراسة أحكامها كان لزاما علينا أن نسلط الضوء على العلاقة التي تربط قانون الإجراءات المدنية مع قانون الإجراءات الجزائية، وبالتالي الوصول إلى ما إذا كان الدفع الشكلي في القانون الجزائي هو نفسه أو يختلف عنه

في الإجراءات المدنية، أو أن هذا الأخير هو الشريعة العامة له، حيث أن التشريعات القديمة لم تكن تفرق بي الإجراءات المدنية والإجراءات الجزائية¹.

كانت الأصول الإجرائية هي ذاتها المتبعة سواء في الدعوى المدنية أو في الدعوى الجزائية ولكن ولأن الدعوى الجزائية تختلف في طبيعتها وغايتها عن الدعوى المدنية لهذا أفرد لها المشرع تنظيماً خاصاً، ورغم ذلك فإن هناك صلة بين القانونين وهناك تشابه تجعلهما يشتركان في مجموعة القواعد الأصولية الأساسية والمتعلقة بسير العدالة وانتظامها وحق حرية الدفاع².

فكلا من القانونين ينظم الهيئات القضائية ويحدد اختصاصاتها حيث تسود في كل منهما قاعدة تحدد درجات التقاضي، أي أن هذين القانونين يشتركان في كونهما قائمين على قواعد شكلية تنظم الخصومة التي يحتكم أطرافها للقضاء، ويترتب على هذا التقارب نشوء قواعد مشتركة تجمع بينهما، غير أن الأستاذ رؤوف عبيد يقول أنه لا يجمع بينهما سوى جامع واحد وهو التنظيم القضائي؛ حيث أن المحاكم التي تفصل في الدعوى الجزائية هي نفسها التي تفصل في الدعوى المدنية مشكلة من نفس القضاة³.

إذا لم يوجد نص معين في قانون الإجراءات الجزائية فإنه من الممكن الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية، وتطبيق الحكم الذي ورد فيه وهذا يعني أنه يجوز للقاضي الجزائي أن يعتمد على مبدأ ورد النص عليه في أصول الإجراءات المدنية، كلما واجهه نقص في قانون الإجراءات الجزائية شريطة أن لا يكون المبدأ متعارض مع القواعد الجوهرية السائدة في الأصول الجزائية⁴، أما إذا وجد نص في قانون الإجراءات الجزائية فإنه يجب إتباعه ولو خالف نصاً في قانون الإجراءات المدنية، وفي حالة ما إذا أحال قانون الإجراءات الجزائية بنص صريح إلى قانون أصول المحاكمات المدنية فإن ذلك يلزم القاضي بالرجوع إلى هذا القانون الأخير مثال على ذلك المادة **439** ق، التي تنص على أنه ((تطبق أحكام قانون الإجراءات المدنية في مواد التكليف

1 عاطف النقيب، أصول المحاكمات الجزائية، دراسة مقارنة، دار المنشورات الحقوقية، لبنان، 1993، ص 17

2 فوزية عبد الستار، شرح أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، 1975، ص 14

3 رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية، دار الجيل للطباعة، القاهرة، 1985، ص 13.

4 محمود محمود مصطفى، شرح الإجراءات الجنائية، مطبعة الشعب، ط 9، القاهرة، 1964، ص 8

بالحضور والتبليغات مالم توجد نصوص مخالفة لذلك في القوانين أو اللوائح.....))، وكذلك مثال آخر المادة 10 مكرر من ق، إ، ج، ج.¹

وعليه فإنه إذا كان للقاضي الجزائري أن يلجأ إلى قانون الإجراءات المدنية إذا لم يجد نصا في قانون الإجراءات الجزائية في بعض الأحيان فإن ذلك لا يعني أن قانون الإجراءات المدنية هو الأصل، كما لا يبرر اعتباره قانون عام بالنسبة للإجراءات الجزائية إذ أن لكل من القانونين مجاله المستقل وأن لجوء القاضي إلى قانون أصول المحاكمات المدنية أمر تقتضيه القواعد العامة في التفسير أو لإكمال نقص في قانون الإجراءات الجزائية وخصوصا فيما يتعلق بالتنظيم القضائي، وهذا لا يجعل من قانون الإجراءات المدنية أصلا لقانون الإجراءات الجزائية واعتبار هذا الأخير فرعا للأول لأن قانون الإجراءات الجزائية له كيانه المستقل والدليل على ذلك أنه لا يمكن الاسترشاد بقاعدة في قانون الإجراءات المدنية إذا كانت لتتوافق مع المبادئ الجوهرية السائدة في قانون الإجراءات الجزائية². ولكن يكاد الفقه يجمع على استعارة أحكام قانون الإجراءات المدنية فيما لم ينص عليه قانون الإجراءات الجزائية وذلك أن القواعد الإجرائية لا تخص قانون المرافعات المدنية وحده وإنما هي ملك للنظرية العامة بوجه عام³، كما أن وحدة النظام القانوني في الدولة تبرر الأخذ بما ينص عليه قانون الإجراءات المدنية فيما سكت عنه قانون الإجراءات الجزائية وبالتالي سوف نحاول في هذا البحث الأخذ بهذا الرأي. وسوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث ففي المبحث الأول سنتناول مفهوم الدفوع الشكلية، وفي المبحث الثاني سنتناول تمييز الدفوع الشكلية عن النظم القانونية، وفي المبحث الثالث سنتناول تقسيمات الدفوع الشكلية.

المبحث الأول: مفهوم الدفع الشكلي

¹ تنص المادة 10 مكرر من الأمر رقم 66 - 155 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 8 يونيو المتضمن قانون الإجراءات الجزائية التي تنص " بعد الفصل في الدعوى العمومية تخص إجراءات التحقيق التي أمر بها القاضي الجزائري في الحقوق المدنية لقواعد إجراءات المدنية "

² محمود سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية، دار الثقافة للنشر، ط1، عمان، 2005، ص 17.

³ MERLE et VITU – traité de droit criminel ، tom 1 problèmes généraux cujus 1984 n°: 7, p22.

من أجل إعطاء مفهوم الدفع الشكلي ارتأينا أن نتطرق إلى مفهوم كل كلمة على حدة، كلمة دفع بصفة عامة في المطلب الأول، ثم تناولنا تعريف الدفع الشكلي في المطلب الثاني، وبعد ذلك إلى مفهوم الدفوع الشكلية من الناحية القانونية و القضائية في المطلب الثالث.

المطلب الأول: تعريف الدفع

وستتناول في هذا المطلب تعريف الدفع لغة في الفرع الأول، ثم نتطرق إلى تعريف الدفع من الناحية الاصطلاحية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الدفع لغة

الدفع لغة : الدفع لغة مادة " دفع " فيقال دفع إليه شيئاً ودفعه فاندفع وتعني قطع و تطلق أيضا كلمة الدفع على عدة معاني منها الإزالة بقوة، ويقال دفع الشيء دفعا أي أعطاه إياه، ويقال دفع القول أي رده بالحجة¹ ومنه المدافعة والدفع ومنه قوله تعالى ((إن الله يدافع على الذين آمنوا))² قرأ ابن كثير وأهل البصرة " : يدفع " ، وقرأ الآخرون : " يدافع " بالألف أي يريد أن يدفع غائلة المشركين عن المؤمنين ويمنعهم عن المؤمنين.

الفرع ثاني: تعريف الدفع اصطلاحا

بعد أن سلمنا بأنه لا غنى لقانون الإجراءات الجزائية عن الإجراءات المدنية وبهذا يمكن اللجوء في تعريف الدفوع إلى بعض الفقهاء في قانون الإجراءات المدنية، بادئ بدأ نذهب إلى تعاريف فقهاء القانون الجزائي فقد عرفها الأستاذ رؤوف عبيد الدفع بأنها كل وسيلة يجيب بها المدعى عليه على طلب المدعي بقصد منع الحكم عليه في نطاق الإجراءات، كما أن تعريف الدفع كأصل عام في قانون الإجراءات الجزائية يطلق علأوجه الدفاع الموضوعية أو القانونية التي يثيرها الخصم لتحقيق غايته من الخصومة في الدعوى³

كما يعرفها أيضا الأستاذ على عوض حسن بأنها كل ما يجيب به المدعى عليه عن الدعوى ويبيني عليه طلب الحكم برفضها، أي أن الدفوع الشكلية هي الدفوع التي توجه إلى إجراءات الخصومة القضائية بقصد استصدار حكم ينهي الدعوى دون المساس بموضوعها - الحق المطالب

1 المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، القاهرة، 1980، ص 230.

2 سورة الحج الآية 38.

3 رؤوف عبيد ، ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية، دار الجيل للطباعة، ط 8، مصر، 1986، ص164.

به - وبالأدنى إرجاء الفصل في الدعوى ، وهو بكل وجه عام كل وسيلة من الوسائل الدفاع moyens ويقصد بها السعي إلى منع الحكم بطلبات المدعي¹

بالمقابل نجد فقهاء قانون الإجراءات المدنية وعلى رأسهم الأستاذ أحمد أبو الوفا يعرف الدفع بقوله إن اصطلاح الدفع exception في معناهما العام يطلق على جميع وسائل الدفاع moyens des defense التي يجوز للخصم أن يستعين بها ليجيب على دعوى خصمه بقصد تفادي الحكم للخصم بما يدعيه ومواجهته في أصل الحق²

المطلب الثاني: تعريف الدفع الشكلي

نتطرق إلى مفهوم الدفع الشكلي من الناحية الاصطلاحية وهذا بإعطاء تعريف الدفع الشكلي اصطلاحا في الفرع الأول، ثم تعريف الدفع الشكلي من الناحية القانونية والقضائية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الدفع الشكلي اصطلاحا

تعرف بأنها عقبة مؤقتة توجه إلى إجراءات الدعوى الأصلية دون أن تتعرض إلى أساس الحق، ومن هنا إن الدفع الإجرائي يشكل وسيلة منازعة في مجرى المحاكمة، ولا يطال أصل الحق المدعى في موضوع هذه الدعوى، إما لأن المحاكمة غير قانونية أو لأنها ساقطة، أو لوجود سبب يستوجب وقف سيرها.³

الفرع الثاني: تعريف الدفع الشكلي من الناحية القانونية و القضائية

من أجل إعطاء مفهوم الدفوع الشكليه من الناحية القانونية كان لزاما علينا ذكر النصوص القانونية التي خصها المشرع الإجرائي عن الدفوع الشكليه في الفرع الأول، وبعد ذلك تطرقنا إلى نظرة القضاء التطبيقية حول مفهوم الدفوع في الفرع الثاني.

أولا: تعريف الدفع الشكلي من الناحية القانونية

لم يرد في القانون الجزائري الجزائري لمفهوم الدفوع الشكليه غير أن المشرع الجزائري ذكر كلمة الدفع بصفة عامة، وهذا ما نجده في المادة 352 ق، ا، ج، ج (يجوز للمتهم ولأطراف الدعوى

¹ علي عوض حسن، الدفع بعدم القبول في المواد المدنية والجنائية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1996، ص 13

² أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفوع في المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 8، 2000، ص 11 .

³ الياس أبو عيد، الدفوع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، د، د، ن، 2004 ، ص 19.

الآخرين ومحاميهم إيداع مذكرات ختامية ويؤشر على هذه المذكرات من الرئيس والكاتب وبنوه الأخير عن هذا لإيداعها بمذكرات الجلسة.

و المحكمة ملزمة بالإجابة عن المذكرات المودعة على هذا الوجه إيداعا قانونيا يتعين عليها ضم المسائل الفرعية والدفع المبداء أمامها للموضوع والفصل فيها بحكم واحد بيت فيه أولا في الدفع ثم بعد ذلك في الموضوع.

لا يجوز لها غير ذلك إلا في حالة الاستحالة المطلقة أو أيضا عندما يتطلب نص متعلق بالنظام العام وإصدار قرار مباشر في مسألة فرعية أو دفع)).¹

حسب ما جاء في نص المادة المادة **352** من ق. ا.ج.ج ، أن المشرع تطرق إلى إجراءات الفصل في الدفع بصفة عامة فالمقصود هنا بكلمة دفع هو الدفع الشكلي والموضوعي، وإن كانت هذه المادة تخص الدفع في مرحلة المحاكمة وبالتحديد محكمة الجرح، وتعتبر هذه القاعدة العامة أمام المحاكم الجزائية، أما في ما يخص محكمة الجنايات جاءت المادة **290** ق. ا.ج.ج بما يلي: «إذا استمسك المتهمون أو محاموهم بوسائل مؤدية إلى المنازعة في صحة الإجراءات التحضيرية المنصوص عليها في الفصل الرابع في هذا الباب تعين عليهم إيداع مذكرة وحيدة قبل البدء في المرافعات وإلا كان دفعهم غير مقبول.

من خلال النصوص السالفة الذكر نجد أن المشرع الجزائي الجزائي لم يعطي تعريف لدفع الشكلي، و إنما قام بذكر الإجراءات المتعلقة بكيفية الفصل فيه ، أما على صعيد قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد قام بتعريف الدفع الشكلي في مادته **49** من ق. ا.م. ا.ج.ج بما يلي: «الدفع الشكلي هي كل وسيلة تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو انقضائها أو وقفها»² وهذا التعريف يتوافق مع مقتضيات قانون الإجراءات الجزائية، وبالتالي يمكن أن نأخذ بهذا التعريف مادام قلنا أن هذا القانون يمكن الرجوع إليه في التخيير عندما لا يتعارض مع قانون الإجراءات الجزائية. وفي القوانين العربية نجد أن المشرع اللبناني في قانون أصول المحاكمات الجزائية اكتفى بالحديث عن أنواع الدفع الشكلي فسامها بالتحديد، ولكنه لم يعط تعريفا لها، ولكنه قام بتعريف الدفع الشكلي'في'exception'في أصول المحاكمات المدنية اللبنانية حيث أنه بالرجوع إلى المادة **25**

¹ الأمر رقم 66 – 155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق لـ 8 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل، الجريدة الرسمية العدد رقم 48 الصادرة في 10 يونيو سنة 1966 ،ص1.

² قانون رقم 08- 09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد رقم 21 الصادرة في 25 فبراير سنة 2008 ،ص2.

من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية نجده ينص على (ان الدفع الإجرائي هو كل سبب يرمي به الخصم إلى إعلان عدم قانونية المحاكمة أو سقوطها أو وقف سيرها).¹

ثانيا: تعريف الدفع الشكلي من الناحية القضائية

من ناحية التطبيقات قضائية على الصعيد العملي، لم يتطرق القضاء إلى تعريف الدفع الشكلي تعريف دقيق، فأهم ما جاء في قرارات المحكمة العليا في هذا الشأن، فقد اعتبرت المحكمة العليا بأن الدفع هي أوجه الدفاع القانونية التي يؤدي الأخذ بها إلى عدم الحكم على المتهم في الدعوى كالدفع بعدم الاختصاص والدفع بتقادم الدعوى العمومية²، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارين صادرين عن الغرفة الجنائية الأولى، الأول يوم 23 نوفمبر 1970 في الطعن رقم 6842 والثاني يوم 22 أبريل 1975 في الطعن رقم 10132 وقرار آخر صادر يوم 9 جويلية 1981 من القسم الثالث الغرفة الجنائية الثانية في الطعن رقم 23301.³

في قرار آخر أقرت المحكمة العليا حيث اعتبرت الطلبات الدفوع وسيلتان أساسيتان لضمان سير العدالة لذلك، كما أقرته المحكمة العليا في قرار صادر يوم: 27 مارس 1990 من الغرفة الجنائية الأولى في الطعن رقم 469473 حيث جاء هذا القرار على ضوء ما أجازته المادة 36 من قانون الإجراءات الجزائية لوكيل الجمهورية أن يبدي أمام الجهات القضائية ما يراه لازما من طلبات، كما تجيز المادة 238 من نفس القانون على أنه يمكن تقديم الطلبات كتابية أو شفوية التي يراها مناسبة لصالح العدالة.

في قرار للمحكمة العليا فيما يتعلق بالدفع بعدم صحة الإجراءات التحضيرية، أقرت أنه يفترض أن الإجراءات التحضيرية لعقد جلسة المحاكمة قد حصلت ما لم يقدم الدفاع طلبات بهذا الشأن أمام محكمة الجنايات وقبل البدء في المرافعات كما تنص على ذلك المادة 290 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية، وبناء على هذه القاعدة إذا لم يتمسك الطاعن بعدم استجوابه على هويته وبعدم تبليغ قرار الإحالة إليه أمام قضاة الموضوع، سقط حقه في إثارة هذا الوجه أمام المجلس الأعلى وهذا ما أقرته المحكمة العليا في القرار الصادر يوم 10 فبراير 1987 من الغرفة الجنائية الأولى

¹ الياس أبو عيد، المرجع السابق، ص 186

² جيلالي بغدادي، الاجتهاد في المواد الجزائية، الجزء الثالث ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2006، ط 1، ص 248، 249.

³ جيلالي بغدادي، نفس المرجع، ص 248 - 249.

⁴ جيلالي بغدادي، المرجع السابق، ص 249

في الطعن رقم 145841، و حسب ما جاء في جل القرارات المحكمة العليا في الجزائر أنها جمعت في تعريفها لدفع مع الطلب أي لم تفرق بين الطلب والدفع وبتالي لم تعطي تعريف لدفع الشكلي، أما على التشريعات المقارنة فقد جاء في لبنان في قرار صادر بتاريخ 1985/04/9 بأن الدفع الشكلي هو منازعة في قانونية المحاكمة وقبل البحث في الأساس، أي أن الدفع هو الوسيلة القانونية التي تبرز عدم صحة الإجراءات المتبعة أثناء سيراً لدعوى العمومية إلى غاية المحاكمة ودون الخوض في الموضوع².

المطلب الثالث: شروط إبداء الدفع الشكلي

في هذا المطلب الذي خصصناه للحديث عن شروط أبداء الدفوع الشكالية، والدفوع الشكالية لها شروط عامة التي يجب توفرها في كل عمل إجرائي وشروط خاصة بالدفع في حد ذاته التي بذاتها تنقسم إلى شروط شكالية وشروط موضوعية.

الفرع الأول: الشروط العامة

باعتبار الدفع الشكلي عمل إجرائي لهذا فهو كغيره لا بد من توفر الشروط العامة وهي الصفة أولاً، الأهلية ثانياً، والسبب ثالثاً، والمصلحة رابعاً.

أولاً: المصلحة

يعرفها البعض بأنها المنفعة المادية أو المعنوية أو الاقتصادية كانت أم اجتماعية التي يدعيها الشخص أمام القضاء كما يدعي طلب حمايتها قانوناً، أي المنفعة التي يجنيها الخصم من الالتجاء إلى القضاء ويذهب أغلب الفقه وأحكام القضاء إلى أنه يجب أن تتوافر في المصلحة في الدعوى القضائية شروطاً وأوصاف معينة لا تُعد قائمة بغيرها، و لقبول الطلب أو الدفع أمام القضاء فيجب أن تكون المصلحة قانونية وأن تكون شخصية ومباشرة وقائمة وهذه الأوصاف يجب أن تتصف بها المصلحة في الدعوى القضائية إلا إذا كانت غير مقبولة ويذهب الفقه إلى أنه لا يكفي وجود مصلحة بل يجب توفر أوصافها وخصائصها لتكون جديرة بالاعتبار³، والمصلحة في الدعوى الجنائية هي مصلحة تهم المجتمع بأسره والتي تهدف إلى استيعاب الأمن والهدوء بالمجتمع من

¹ جيلالي بغدادي، نفس المرجع، ص 257.

² الياس أبو عيد، المرجع السابق، ص 22

³ أمينة النمر، دراسة أوصاف الدعوى القضائية قانون المرافعات، المكتبة القانوني، الإسكندرية، 1992، ص 238.

ناحية وذمة وشرف بل وحياة المتهم من ناحية أخرى¹، والمصلحة في إبداء الدفع الشكلي تتحقق بمجرد حصول المخالفة وعلى ذلك إذا وقعت مخالفة القانون الإجرائي وتمسك الخصم بالجزاء الذي رتبته القانون على ذلك وجب على المحكمة أن تحكم به ولا يجوز لها أن تطلب منه إثبات ضرر خاص مس دفاعه من جراء تلك المخالفة².

ثانياً: الأهلية الإجرائية

يقصد بالأهلية بوصفها أحد شروط صحة الأعمال الإجرائية صلاحية الشخص لمباشرة عمل إجرائي معين³، والقاعدة العامة أن الأهلية الإجرائية ترتبط بأهلية الأداء وتدور معها وجوداً وعدمياً إلا أن ثمة استثناء يرد على تلك القاعدة، فقد يتدخل المشرع مدفوعاً باعتبارات معينة ليحد من الدائرة الأولى بحيث تضيق عن الثانية ومثاله تخويل المشرع المحامين المقبولين أمام المحكمة العليا دون غيرهم حق الترافع وتقديم طعون أمامها⁴،

إن صلاحية الشخص للقيام بالعمل الإجرائي شرط عام ومهم يتعلق بأي طرف من أطراف الخصومة أو الغير فلا بد من توافر تلك الصلاحية أيّاً كان الشخص القائم بالعمل الإجرائي سواء أكان طرف في الخصومة وكان له دور فيها وبناءً على ما سبق فإن الأهلية لازمة لكي يتم اتخاذ العمل الإجرائي صحيحاً وهي من الشروط للصيقة بالعمل الإجرائي وإلى شاب عمله البطلان.

ثالثاً: المحل

فقد عرف بعض الفقه المحل بأنه ما يرد عليه هذا العمل الذي يمكن أن يكون مادياً أو شخصاً من الأشخاص ويقرر الأستاذ فتحي والي سرور بوجود تعريفين لمحل العمل الإجرائي معنى عام ويعني ما يرد عليه العمل وبهذا المعنى يُعد المحل مفترضاً لصحة العمل ومعنى خاص يقصد به مضمون العمل وموضوعه وبهذا المعنى يُعد المحل عنصراً من عناصر العمل مع الوضع في

1 عبد الرؤوف مهدي، الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ص 11 وللتفصيل: أحمد شوقي أبو ختون، الأحكام الجنائية الغيابية، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، بالقاهرة، د، ن ص 21.

2 أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 44.

3 حسن علي حسين علي، الجزء الإجرائي في قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف الإسكندرية، 2008، ص 106.

4 جلال ثروت، النظرية العامة لقانون العقوبات، الجزء الثاني، مطبعة الإشعاع، الإسكندرية، 1994، ص 10.

الحسبان اختلاف المحل باختلاف الأعمال الإجرائية المتخذة ويمكن تعريف المحل العمل بأنه كل ما يرد عليه العمل القانوني أم شخصاً من الأشخاص دون أن يكون هناك مانع مادي أو قانوني¹.

وقد اختلف الفقه حول شروط المحل فقد عدها البعض ثلاثة شروط تتمثل في أن يكون المحل موجوداً أو معيناً وأن يكون صالح لورود العمل عليه وأن يكون ممكناً²، في حين اشترط بعض في المحل شرطين الأول أن يكون محدداً أو قابلاً للتحديد والثاني أن يكون مشروعاً بمعنى أن يكون موافقاً للقانون.

ونظراً لكون العمل الإجرائي عملاً قانونياً فإنه يشترط لصحته وجود المحل بوصفه أمراً ضرورياً لصحة الإجراء وحتى فإن تخلف المحل يؤدي إلى انعدام الإجراء بخلاف تخلف أحد شروطه فإنه يؤدي إلى بطلانه ويجب أن نفرق بين الأهلية والمحل، يعني أن يكون الشخص صالحاً من وجهة نظر القانون لمباشرة إجراء معين فإن المحل ليس عنصراً في الأهلية لكون هذه الأخيرة تتخذ من خلالها الأعمال الإجرائية دون عبرة التي قد يتحدد بها محل هذا العمل مع مراعاة أن الشخص قد يكون أهلاً لمباشرة عمل قانوني معين ولكنه يرد على محل مخالف للقانون فيكون باطلاً ليس لانعدام الأهلية ولكن لعيب في المحل³.

رابعاً: السبب

اختلف الفقهاء حول هذه النقطة ما بين مؤيد ومعارض للاشتراط ، فالاتجاه الأول يذهب إلى إنكار فكرة السبب بوصفها أحد عناصر العمل الإجرائي وأن السبب ليس له أي اعتبار قانوني بالنسبة للأعمال وقد قرن هذا الاتجاه عنصر السبب بسلطان الإرادة وبما أن الأعمال الإجرائية هي أعمال قانونية بالمعنى الضيق فإن السبب ليس عنصراً في العمل القانوني بالمعنى الضيق لأن الإرادة ليس لها فيه أي سلطان، كما أنه ليس للغاية التي يرمى لها الشخص من العمل الإجرائي أي أثر على صحته على أساس أن تلك الغاية لا تغير من الأمر شيئاً.

أما الاتجاه الثاني يرى أهمية وجود السبب بالنسبة للأعمال الإجرائية استناداً إلى تنوع طبيعتها وعدم تمتعها باستغلال ذاتي بل إنها تكتل كلها لتحقيق غاية واحدة هي الغاية من الخصومة ولدى هذا الرأي أن للسبب مفهومين أحدهما موضوعي والآخر شخصي.

1 حسن علي حسين علي، المرجع السابق، ص 110.

2 سليمان عبد المنعم، المرجع السابق ص 186.

3 حسن علي حسين علي، المرجع السابق، ص 113.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة

طبقاً للمادة 290 فإن المتهم يمارس حقه في الدفع بعدم صحة الإجراءات التحضيرية وذلك بتقديم طلبات كتابيه قبل البدء في المدافعات وإلا كان دفاعهم غير مقبول وعندها يجب على المحكمة أن تتأكد من إمكانية قبول الدفع أن تفصل خلال الجلسة نفسها بعد استطلاع رأي النيابة العامة، وتفصل فيه دون اشتراك المحلفين لا في المناقشة ولا في اتخاذ القرار، ولا يجوز للمحكمة أن تضم هذا الدفع إلى الموضوع وتفصل بعد ذلك في الدفع والموضوع معا في وقت واحد وبحكم واحد.

- وعليه إذا قررت محكمة الجنايات قبول الدفع في هذه الحالة تأجيل الفصل في الموضوع الدعوى إلى جلسة لاحقة من تصحيح الإجراء محل المنازعة ثم العودة بقصد الفصل في الموضوع - أما إذا كان الدفع غير سليم قررت المحكمة رفضه فإنه عليها أن تصدر حكماً مسبباً وبذلك حق الرد من طرف النيابة ودفاع الطرف المدني م 304 إ.ج.ج "1".

أولاً: الشروط الشكلية

يقصد بالشكل عامة المظهر الخارجي الذي يصاغ فيه العمل ويظهر من خلاله إلى عالم الوجود المادي وللشكالية دور مهم في فقه القانون العام وخاصة إزاء تصرفات الإدارة التي تستهدف تحقيق المصلحة العامة ويتبين أن الشروط الشكلية اللازمة لطرح الدفع المحكمة الجزائية أربعة شروط:

1. إبداء الدفع قبل إقفال باب المرافعة: المقصود بإقفال باب المرافعة وهو إغلاق الطريق وجميع طرق الدفاع بانتهاء إجراءات المحاكمة الشفوية والكتابية وبالتالي دخول الدعوى في حوزة المحكمة والابتعاد بها تماماً عن الخصوم²، ولا يتسنى ذلك إلا بالقرار الصادر من المحكمة بحجز الدعوى للحكم، الأمر الذي يتعين معه في الغالب أن يتسلم القاضي الدعوى ويقوم بفحصها توصلاً إلى إصدار الحكم فيها، أما عن إبداء الدفع قبل قفل باب المرافعة وبقفل باب المرافعة تتقطع صلة الخصوم بالقضية ولا يكون لها اتصال بها إلا بالقرار الذي تصرح به المحكمة وبناءً على ذلك:

● لا يجوز للخصوم تقديم أي طلب أو دفاع بعد قفل باب المرافعة.

¹حسن علي حسين علي، المرجع السابق، ص 110.

²حامد شريف، المرجع السابق، ص 33.

• لا يجوز تقديم مذكرات أو إبداعات مستندات.

وقد يثور تساؤل حول متى يجوز إعادة فتح باب المرافعة، فبعد صدور القرار بإدخال القضية في المداومة قد يظهر مركز قانوني جديد للمتهم أو لأحد أطراف الدعوى لأنه في هذه الحالة يلجأ إلى المحكمة بعد القرار بحجز الدعوى للحكم وقبل جلسة النطق بالحكم بأن يقدم طلباً لفتح باب المرافعة في الدعوى سواء لإبداء أي أوجه الدفاع أو لتقديم مستندات جديدة لم تكن تحت يديه أثناء نظر الدعوى هذه المستندات تفيده في الدعوى وتجعله في مركز أفضل أو أن نستجد بعض الأمور الواقعية في صالحه فيلجأ إلى طلب فتح باب المرافعة (إرجاع القضية للجدول)¹.

إرجاع القضية للجدول في الدعوى ويقدم هذا الطلب إلى المحكمة وأن المذكرة التي يقدمها طالبا باب المرافعة في الدعوى يجب أن يحوي السبب الجديد الجوهرى بعد إقفال باب المرافعة أو الواقعة الجديدة أو السند الجديد الذي يخضع ذلك كله إلى سلطة المحكمة وتصدر المحكمة قرارها بإعادة الدعوى للمرافعة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم.

2- طريقة إبداء: أن يكون الدفع صريحاً، يجب إبداء الدفع في صورة تشتمل على بيان المراد منه فمحكمة الموضوع غير ملزمة بالرد على الدفع الذي لم يُبدِ في عبارة صريحة تشتمل على بيان المراد منه أي أن الدفع الذي يبدي صراحة أمامها دون غيره من القول المرسل الذي يقصد به مجرد التشكيك في مدى ما اطمأنت إليه من أدلة الثبوت.

3- إثارة الدفع في ملف الدعوى بان يكون للدفع أصل ثابت في الأوراق: يجب أن يكون للدفع أصل ثابت في أوراق الدعوى والمقصود بذلك أن يكون الدفع قد أثير بالفعل وأن يوجد في أوراق الدعوى ما يثبت ذلك بحيث يكون تحت بصر المحكمة الفصل فيه أو الحكم في الدعوى. فالعبرة بإبداء الطلبات أن تكون قد أثبتت في مرحلة المحاكمة ومن ثم فإن إثارة الدفع أمام سلطة التحقيق أو في سلطة الإحالة لا تغني عن إثارتها من جديد في مرحلة المحاكمة حتى تلتزم المحكمة بالرد عليها قبولاً أو رفضاً للدفاع القانوني أو الموضوعي الظاهر التعلق بموضوع الدعوى أي أن يكون الفصل فيه لازماً للفصل وإلا فالحكم ليس ملزم بالرد عليه صراحة بل يجوز أن يرفضه ضمناً لأن الخصم الذي يثير دفعاً من هذا القبيل لا يكون صاحب المصلحة في المطالبة بالرد عليه مسبباً الطلب المجهول الهدف أو الغاية منه، الدفع القانوني الظاهر البطلان، الدفع أو الطلب الغير منتج

1 مروان محمد ونبيل صقر، الدفوع الجوهرية في المواد الجزائية، دار الهلال، الجزائر، د،ت،ن، ص 22.

في الدعوى، والرد على الدفع يكون مع جوهريته جدياً في الواقع ويسانده فإذا كان عارياً من دليله و كان الواقع يدحضه فإن المحكمة تكون في حل من الإجابة ولا يعتري سكوتها عن إخلالاً لحق الدفاع¹.

4- عدم التنازل الصريح أو الضمني عن الدفع: إن التنازل عن أي دفع أو طلب لا يكون بصدد الدفوع الغير متعلقة بالنظام العام وذلك لأن الدفع المتعلق بالنظام لا يجوز التنازل عنه أما الدفع الغير متعلق بالنظام العام فإنه يجوز للخصم التنازل عنه².

ثانياً: الشروط الموضوعية

ولتحقق الشروط الشكلية لا بد من توفر أربعة شروط وهي أن يكون صريحاً جازماً يقرع سمع المحكمة وأن يكون الدفع منتجاً في الدعوى وأن يكون الدفع جدياً أن تعتمد عناصر الحكم على هذا الدفع⁴.

1. أن يكون صريحاً جازماً يقرع سمع المحكمة: وهو الذي يشتمل على بيان ما يرمي إليه ويصر عليه مقدمه في طلباته الختامية أما الكلام الذي يلقي في غير مطالب جازمة ولا إصرار فلا تثريب على المحكمة إن هي لم ترد عليه، أما عن عناصر الدفع الجازم لكي يكون الدفع جازماً يجب توافر أربعة شروط هي:

• أن يقرع سمع المحكمة ويقصد بذلك أن يكون إبداء الدفع من القوة بحيث يصم أذان المحكمة ويكون الدفع كذلك متى أبداه صاحبه في جلسة المحاكمة بطريقة تجبر المحكمة على الإنصات إليه وإعطائه من الوقت والاهتمام الكافيين لتحقيق غرض صاحبه من إثارته بحيث لا تستطيع في النهاية أن تلتفت عنه أو تهمله.

• أن يشتمل الدفع على بيان ما يرمي إليه مقدمه ويقصد بذلك أن الدفع في صورة واضحة وأن يصاغ في عبارات مفهومة تعبر عن معناه بحيث لا يختلف أحد عليه أن صاحبه عن إبدائه أو إثارته، فالدفع الواضح العبارات يعبر عن مضمونه بسهولة ويؤدي إلى فهم الغرض منه بدون جهد أو تعطيل لسير الدعوى.

1 مروان محمد ونبيل صقر، المرجع السابق، ص23.

2 نفس المرجع، ص 25

• إصرار مقدم الدفع عليه في مذكراته الختامية أن العبرة بالمذكرة الختامية التي يبديها صاحب الشأن في الدعوى ويحدد القانون الحد الذي تنهي عنده إجراءات الدعوى جزائية أو مدنية وهو قفل باب المرافعة إذ بعد ذلك تختلي المحكمة بنفسها للمداولة ثم يعقب ذلك النطق بالحكم.

• عدم تنازل مقدم الدفع عنه وسواء كان التنازل صراحةً أو ضمناً.

2. أن يكون الدفع منتجاً في الدعوى: وبناءً عليه يكون الدفع منتجاً متى كان ظاهر التعلق

بموضوع الدعوى أي يكون الفصل فيه لازماً للفصل في الموضوع ذاته وحسب ولا يكون الدفع فيه منتجاً في الأحوال التالية:

• إذا كان الدفع لا يتصل مباشرة بالدعوى أو بتحقيق عنصر من عناصرها لاستجلائه حتى يكون منتجاً فيها أي متى كان لا ضرورة منه للفصل في الدعوى.

• الدفع القانوني الظاهر البطلان مثال ذلك يتمسك المتهم بالتصالح في جريمة ارتبطت بجريمة أخرى لا يجوز التصالح فيها.

• الدفع الذي لا يؤثر في الجريمة موضوع الدعوى.

• الدفع المجهول الهدف منه أو الغاية منه.

3. أن يكون الدفع جدياً: يقصد بجدية الدفع أن من يثيره يستند إلى أسباب تبرره ويحمل في

ظاهره مقومات إجابته من المحكمة في الاعتبار عند إصدارها الحكم في الدعوى، والواقع أنه يمكن استخلاص شرط الجدية في الدفع من توافر الشرطين السابقين فلا يكون الدفع جدياً إذا لم يصر عليه مقدمه ولا ينفك عن التمسك به في مذكراته الختامية، كما أن الدفع المنتج يحمل في طبيعته الجدية، أما الدفع غير الجدي فيقصد به الدفع الذي لا يؤيده الظاهر و يدحضه الواقع ويكون الغرض منه هو المماطلة أو التسوية وعرقلة سير الدعوى وتأخير الفصل فيها أو ينحل إلى جدل موضوعي في تقدير أدلة الدعوى.

4. أن تعتمد عناصر الحكم على هذا الدفع: وبشرط لكي يكون الدفع جوهرياً وينتج أثره من

التزام المحكمة بالتعرض له والرد عليه في حالة رفضه بأسباب سائغة أن تكون المحكمة قد اعتمدت على هذا الدفع أو أسندت إلى أحد عناصره أو أسبابه في إصدار حكمها إثباتاً أو نفيًا، أما

إذا كانت المحكمة قد أدانت المتهم استناداً عناصر أو أدلة أخرى مستقلة عن الدفع الذي أثاره فإنه لا يعيب الحكم استيفائه عن الدفع وعدم الرد عليه.

المبحث الثاني: تمييز الدفع الشكلي عن النظم القانونية

من أجل إعطاء مفهوم الدفوع الشكلية كان لزاماً علينا التطرق إلى تمييز الدفوع الشكلية عن بعض النظم المشابهة في المطلب الأول، ثم نتطرق إلى تمييز الدفع الشكلي عن باقي النظم القانونية الأخرى في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تمييز الدفع الشكلي عن بعض النظم المشابهة

حتى يتسنى أن نميز الدفع الشكلي عن بعض النظم القانونية المشابهة له سواء من حيث الهدف أو من حيث الغاية أو من حيث الوظيفة. كان جدير بنا أن نقوم بتمييز الدفع الشكلي عن الدفع الموضوعي في الفرع الأول، ثم تمييز الدفع الشكلي عن الدفع بعدم القبول في الفرع الثاني، ثم بعد ذلك نتناول تمييز الدفع الشكلي عن الدفع الأولي في الفرع الثالث.

الفرع الأول: الفرق بين الدفع الشكلي و الدفع الموضوعي

يمكن أن نفرق الدفع الشكلي عن الدفع الموضوعي من حيث ترتيب إبدائها و آثارها¹، فالدفوع الموضوعية هي التي أصطلح الفقه الفرنسي على تسميتها بـ *moyens* وهي تمثل كل ما يعد سندا لازماً وضروريا لطلب أو لدفع مقدم من أحد خصوم الدعيين الجنائية أو المدنية، وقد تكون قانونية وهذه هي التي يصح أن تحمل بالأدق وصف دفوع، وأوجه الدفاع الموضوعية لا حصر لها وتختلف من دعوى إلى أخرى، وتدور كلها إما حول عدم ثبوت الواقعة أو عدم صحتها، وإما عدم إسنادها إلى المتهم²، و الدفوع الشكلية تتميز عن الدفوع الموضوعية بأنه يمكن حصرها باختصار بما يلي من حيث المساس بأصل الموضوع أولاً، من حيث إبدائها قبل التطرق إلى الموضوع ثانياً، من حيث مراعاة الترتيب ثالثاً، من حيث قضاء المحكمة رابعاً³.

¹ رؤوف عبيد ، ضوابط تسبب أحكام الجزائية، المرجع السابق، ص 164 .

² رؤوف عبيد، نفس المرجع ، ص 164 .

³ حامد الشريف، نظرية الدفوع أمام القضاء الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1996، ص 28.

أولاً: لا يمس الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي أصل الحق المدعى به، فإذا قضى بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى أو ببطلان الإجراء جاز لها تحديد المحكمة المختصة أو إعادتها بإجراءات صحيحة، أما الدفع الموضوعي فإن الحكم الذي يصدر بقبوله ينهي النزاع.

ثانياً: أوجب القانون إبداء الدفوع الشكلية قبل التكلم في موضوع الدعوى وإلا سقط الدفع، أما الدفوع الموضوعية فيجوز إبدؤها في أية حالة تكون عليها الدعوى¹

ثالثاً: عند إبداء الدفوع الشكلية يجب مراعاة الترتيب، أما الدفوع الموضوعية فلا يلزم عند إبدائها مراعاة أي ترتيب خاص².

رابعاً: إذا أبدى الخصم الدفع الشكلي فالأصل أن المحكمة تقضي فيه قبل البحث في الموضوع، ولكن هذا لا يمنعها أن تضم الدفع إلى الموضوع لتتطرهما معاً، وينتج مما تقدم أنه إذا لم تضم المحكمة الدفع الشكلي إلى الموضوع، وقضت في الدفع بقبوله واستؤنف حكمها، فتكون ولاية الغرفة الجزائية بالمجلس القضائي قاصرة على الحكم في الدفع، ولا يجوز لها إذا هي ألغت الحكم المستأنف أن تقضي في موضوع الدعوى بل يجب عليها أن تعيد القضية إلى محكمة الدرجة الأولى لتفصل في موضوعها، أما الدفع الموضوعي فإن الحكم بقبوله يعتبر صادراً في أصل الدعوى فإذا استؤنف هذا الحكم صار موضوع النزاع كله مطروحاً على الغرفة الجزائية بالمجلس القضائي وبالتالي إذا هي ألغت الحكم المستأنف فإنه يكون عليها أن تقضي في موضوع الدعوى³.

الفرع الثاني: الفرق بين الدفع الشكلي و الدفع بعدم القبول

إن عدم القبول *la fin de non recevoir* هو امتناع وأرفض القاضي الفصل في موضوع الدعوى نتيجة عدم توفر الشروط الشكلية أو الموضوعية التي يتطلبها القانون لإخطار المحكمة بموضوع الدعوى، فعدم القبول ليس جزاء يلحق إجراء من الإجراءات لعيب فيه⁴. إنما هو جزاء يرتبه القانون نتيجة تخلف أحد الشروط الإجرائية التي يتطلبها القانون والتي تعطي للعمل الإجرائي الذي يؤسس عليها الشرعية الإجرائية⁵. والقانون قد عمل على اشتراط شروط معينة يجب احترامها

1 على عوض حسن، المرجع السابق، ص 15 .

2 نفس المرجع، ص 15.

3 نفس المرجع، ص 164 .

4 مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الثاني، دار الفكر العربي، مصر، 1980، ص 368.

5 سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية في التشريع والقضاء والفقه، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت 1997، ص 24 .

عند رفع الدعوى وتقديم طلبات فإذا تخلف أحد هذه الشروط امتنع القاضي عن الفصل فيها وتوجب عليه الحكم بعدم قبولها¹.

لا نجد في قانون الإجراءات الجزائية نصا يعرف الدفع بعدم القبول أما فيما يتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية فقد عرفتها المادة 67 بقولها ((الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي كانهتمام الصفة وانعدام المصلحة والتقدم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه وذلك دون النظر في موضوع النزاع)). أما فقهاء الإجراءات المدنية فقد عرفوا الدفع بعدم القبول بأنه دفع لا يوجه إلى إجراءات الخصومة ولا يوجه إلى ذات الحق المدعى عليه، بل يرمي إلى إنكار سلطة المدعي في استعمال الدعوى فهو يوجه إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه وما إذا كان من الجائز استعمالها، وإن شرط الاستعمال يكون غير جائز لعدم توفر شرط من الشروط العامة التي يتعين أن تتوافر لقبول الدعوى أو عدم توافر شرط خاص من الشروط المتعلقة بذات الدعوى المرفوعة².

إن هذا الدفع له طبيعة خاصة تختلف عن طبيعة الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية، تجعله يحتل مركزا وسطا بينهما فهو في بعض الأحوال يتفق مع الدفوع الشكلية فيما يختلف فيه مع الدفوع الموضوعية، ولهذا ذهب الآراء في تحديد أحكامه في مذاهب شتى وشاع الاضطراب في دراسته سواء في الإجراءات المدنية أو الإجراءات الجزائية فالمحكمة تصدر حكما بعدم القبول إذا لاحظت أنها لم تخطر بصفة قانونية³.

مثال عن الدفع بعدم القبول الطعن بالنقض الذي لم تقدم فيه مذكرة تبين أسباب وأوجه الطعن فإن الجزاء يكون هو عدم قبوله شكلا⁴. وكذلك عندما تقوم النيابة بتحريك الدعوى العمومية في بعض الجرائم التي يتطلب فيها القانون شكوى أو إذن أو طلب، لأن سلطة تحريك النيابة للدعوى العمومية مقيدة ومثال عن ذلك جنحة الزنا المادة 339 عقوبات جزائري والسرققة بين الحواشي والأقارب والأصهار حتى الدرجة الرابعة المادة 369 عقوبات جزائري وجريمة النصب وخيانة الأمانة وإخفاء الأشياء المسروقة التي تقع بين الأقارب والحواشي والأصهار حتى الدرجة الرابعة

¹ قرار المحكمة العليا القسم الرابع غرفة الجرح والمخالفات طعن رقم 161462 قرار غير منشور

² زودة عمر، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، EncycLopdiaedition communication الجزائر ص 268

³ أحمد الشافعي، البطلان في قانون الإجراءات الجزائية الجزائية، دراسة المقارنة، دار هومة، الجزائر، 2007، ط4، ص 15.

⁴ غرفة الجرح و المخالفات ملف 55184 صادر بتاريخ 14/03/1989، مجلة قضائية عدد ثاني، 1994، ص 259 .

المواد 269 و 373 و 377 و 189 عقوبات جزائري.وجنحة هجر العائلة المادة 330 عقوبات جزائري.

كل هذه الجرائم تقيد النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية بوجوب أن تحصل على شكوى ممن له صفة، كذلك جرائم التشريع الخاص بالصرف وحركة رؤوس الأموال حيث نصت المادة 09 منه صراحة على أنه ((لا تتم المتابعة الجزائية في مخالفات التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج إلا بناء على شكوى من الوزير المكلف بالمالية أو احد ممثليه المؤهلين لذلك))¹

مما سبق ذكره يتضح لنا أن هناك فرق بين الدفع الشكلي والدفع بعدم القبول وهذا ما ظهر لنا من خلال آراء الفقهاء والنصوص القانونية، ولعل أهم أثر في هذه التفرقة أن الدفع الشكلي يخاطب الإجراءات قبل التطرق إلى الموضوع أما الدفع بعدم القبول فهو يخاطب شروط قبول الدعوى القضائية كالصفة والأهلية و القيود الخاصة بكل إجراء والتي اشترطها المشرع الجزائري لسير الدعوى العمومية، وبالتالي يمكن إثارة الدفع بعدم القبول عند التطرق للموضوع أو بعد مناقشة الموضوع وعلى الرغم من ذلك فإنه لا يسقط الحق في إثارة هذا الدفع.

الفرع الثالث: الفرق بين الدفع الشكلي والدفع الأولي

عرف الفقه الدفع الأولي بأنه ذلك الدفع بمسألة تجعل الحكم القضائي متوقفا على الفصل في هذه المسألة، وتختص بالفصل في هذه المسألة المحكمة المثار أمامها الدفع². واستثناءا محكمة أخرى³.

¹ الأمر رقم 22-96 المؤرخ في 09 يوليو 1996 المتعلق بمخالفات التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج ، الجريدة الرسمية العدد رقم 43 الصادرة في 10 يوليو سنة 1996 ص 10 .

² المادة 330 من الأمر 66 -155 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية

³ المادة 331 من نفس الأمر.

حيث من المتعارف عليه أن القاضي الذي ينظر في أساس القضية يملك حق النظر بالمسائل الفرعية التي تعرض له والتي تؤثر في حل القضية الأصلية، ويعبر عن هذه القاعدة بمبدأ ((قاضي الأصل هو قاض الفرع)) وهذه المسائل التي يعود للقاضي الفصل فيها بصورة فرعية تسمى مسائل أولية *questions préalables*.

إلا أنه قد يصادف القاضي الجزائي مسائل خاصة يستلزم أن تفصل فيها جهة قضائية أخرى بحكم يفصل في المسألة الخاصة وتسمى بالمسائل المعترضة *questions préjudicielles* وهذا الحكم يتوقف عليه مصير الدعوى الأصلية.

إن المبدأ العام الذي يحكم اختصاص المحكمة الجزائية هو أنها تختص بجميع المسائل التي تتعلق بالدعوى الجنائية المرفوعة أمامها وتستوي بعد ذلك أن تكون هذه المسألة ذات طبيعة جنائية أم مدنية وهذه هي القاعدة ((قاضي الأصل هو قاض الفرع))¹، وهذا ما ذكرته المادة 330 من قانون إجراءات جزائية جزائية ((تختص المحكمة المطروحة أمامها الدعوى العمومية بالفصل في جميع الدفوع التي يبيدها المتهم دفاعاً عن نفسه ما لم ينص القانون على غير ذلك)) وهذا ما أكدته المحكمة العليا بقولها أنها قد تثار أمام محكمة الجناح والمخالفات مسائل يتوقف عليها الحكم في الدعوى العمومية، وتكون هذه المسائل ليست من اختصاصها في الأصل، فالقاعدة الواردة في المادة 330 من قانون الإجراءات الجزائية تقضي أن قاض الأصل هو قاض الفرع وأن الدفع يضم للموضوع ويفصل فيهما معاً ما لم ينص القانون صراحة على خلاف ذلك². وتقابلها المادة 368 قانون أصول المحاكمات الجزائية لبنانية حيث جاء في هذه المادة أنه (يدخل في اختصاص القاضي الجزائي الواضع يده على الدعوى العامة أمر البت في كل دفع يثار أمامه ما لم يشكل مسألة معترضة أو ينص القانون على خلاف ذلك) وتضيف المادة 369 من نفس القانون (تعتبر مسألة اعتراضية مستأخرة، قضايا الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية الأخرى، قضايا الجنسية ما خلا تحديد السن، القضايا الإدارية، القضايا المدنية التي يؤثر البت فيها على مدى تحقق عناصر الجريمة المدعى بها بشرط أن تكون معلقة أمام المرجع المدني قبل تحريك الدعوى العامة)³.

ومما قيل يتضح لنا جلياً أن الدفع الأولي هدفه هو إزالة العوارض التي اعترضت سير الدعوى العمومية، والأصل كما قلنا أن يفصل فيها القاضي الذي ينظر في القضية وعليه فإن

¹ عبد الحميد ألسواربي، الدفوع الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 104 .

² جيلالي بغدادي، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 295 .

³ قانون أصول المحاكمات الجزائية الجديد اللبناني القانون رقم 328 بتاريخ 7 آب 2001

المسائل الأولية تشكل قضية أسبقية النظر حيث تقوم المحكمة التي تثار المسألة العارض أمامها بالفصل فيه وفقا لقاعدة قاضي الأصل هو قاضي الدفع ولا استثناء على هذه القاعدة إلا بنص صريح، ولكن نطاق قاضي الدعوى هو قاضي الدفع ليس مطلقا، فقد رأى المشرع ضرورة الخروج عنه في بعض الحالات لاعتبارات معينة بنصوص صريحة سلب من خلالها الاختصاص بالفصل في بعض المسائل من القاضي الجزائي وجعلها من اختصاص جهات قضائية أخرى ونكون هنا بصدد المسائل الفرعية التي تعتبر استثناء على المسائل الأولية.

هذا ما قصده المشرع من نص المادة **330** إجراءات جزائية بقوله (...ما لم ينص القانون على غير ذلك) إذ أنه لا خروج عن القاعدة إلا بنص صريح في القانون.

و المسائل العارضة هي تلك المسائل التي تثور أثناء سير الدعوى الجزائية، والتي لا يختص القاضي الجزائي بحسمها، وإنما يوقف نظر الدعوى حتى تفصل فيها المحكمة المختصة متقيدا بما قرره هذه المحكمة في حكمها، وكثيرا ما يتم الخلط بين المسائل الأولية والمسائل الفرعية نظرا لتشابههما وتداخلهما باعتبار بأن الثانية ما هي إلا استثناء عن الأولى، حيث أن المشرع في المادة 331 إجراءات جزائية نظم المسائل الفرعية مستعملا مصطلح الدفوع الأولية للدلالة على الدفوع الفرعية، وفي النص الفرنسي استعمل لفظ incidents بدلا من مصطلح questions préjudicielles وهنا نلاحظ أن النص باللغة الفرنسية هو الأصح.

إن المسألة الأولية المثارة بشأن حالة الأشخاص لا تسمح لقاضي التحقيق ولا لقاضي الحكم التصريح بعدم الاختصاص أو بإدانة المتهم تلقائيا أو بإبعاد التهمة عن المتهم، و إنما يتعين على الجهة القضائية المعنية أن توجه الطرف المعني، وتكلفه برفع دعوى واستصدار حكم من الجهة القضائية المدنية المختصة، وتمنح له أجلاً ليتم فيه رفع الدعوى وخلال هذه المدة لا يجوز لقاضي التحقيق مواصلة التحقيق الجزائي¹.

من تطبيقات المحكمة العليا نجد أيضا في هذا المجال جريمة التزوير، حيث اعتبرت المحكمة العليا أن الطعن بالتزوير في ورقة رسمية مقدمة في الدعوى الجزائية، يترتب عليه أنه متى رأت الجهة القضائية النازرة في الدعوى داعيا للتحقيق في التزوير، أن تحيل الوثائق المدعى بتزويرها

¹ أحسن بوسقيعة، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، الديون الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002، ص133.

إلى النيابة ولها أن توقف الدعوى، إلى أن يفصل في التزوير من الجهة المختصة، وذلك إذا كان الفصل فيها يتوقف على السندات المطعون فيها بالتزوير.

أما فيما يخص كيفية الفصل في الدفوع، فيجب إبداء الدفوع الأولية قبل المرافعة في الموضوع، وهذا ما أشارت إليه الفقرة الأخيرة من المادة **331** إجراءات جزائية جزائري، ويمكن إثارتها لأول مرة أمام المحكمة أو الغرفة الجزائية بالمجلس، ولكن لا يمكن إثارتها لأول مرة أمام المحكمة العليا لأنها محكمة قانون لا محكمة وقائع، ولا بد من إثارة الدفع في الأصل من المتهم وهذا ما أكدته المادة **330ق، ج،** ولا يشترط إبداء الدفع شفاهة بل يجوز إبداءه كتابة أو شفاهة بينما نصت المادة **290 ق، ج،** إثارة المسائل العارضة المتعلقة بالإجراءات التحضيرية لمحكمة الجنايات في مذكرات كتابية.

لا بد أن يكون الدفع جديا حيث نصت المادة **331** من نفس القانون ((الدفوع لا تكون جائزة إلا إذا أسندت إلى وقائع وأسانيد تصلح أساسا لما يدعيه المتهم)). إذن يفهم من نص المادة أنه من أجل قبول الدفع الأولي يجب أن يكون مضمونه جديا ومن ثمة يجب استبعاد كل الدفوع التي من شأنها التماطل وإهدار الوقت بغرض الإفلات من العقوبة، وعلى المحكمة تسبيب استبعادها للدفع لعدم جديته وإلا تعرض حكمها للنقض، وعليه يجب أن تكون المسألة من شأنها إزالة وصف الجريمة والمقصود بذلك أن يكون الدفع متصلا بركن من أركان الجريمة ومن شأنه أن يفنده وبالتالي انتفاء أحد أركانها وهذا ما أكدته المادة **331** ((الدفوع لا تكون مقبولة إلا إذا كانت بطبيعتها أن تنفي عن الواقعة التي تعتبر المتابعة وصف الجريمة))

قصد المشرع الجزائري بموجب هذا النص وجوب أن يكون الدفع بطبيعته نافيا لوصف الجريمة، أي أن يكون مما يتصل بركن من أركانها، أو بشرط لا يتحقق قيام وجود جريمة إلا بوجوده، ومن ثمة فلا جناح على المحكمة إذا فصلت في الدعوى الجزائية المرفوعة أمامها إذا لم تفصل في دفع أولي أثير بصدها إذا تبين لها أن الفصل فيه لا ينفي عنه وصف الجريمة.

المطلب الثاني: تمييز الدفع الشكلي عن بعض النظم القانونية الأخرى

حتى تتضح الصورة القانونية حول ماهية الدفع الشكلي، كان لزاما علينا أن نميزه عن بعض النظم الإجرائية الأخرى؛ وسنقوم بتمييز الدفع الشكلي عن الطلب القضائي في الفرع الأول، ثم نقوم

بالتفريق بين أحكام الدفع وأحكام محل الدفع الشكلي في الفرع الثاني، ثم نفرق بين الدفع الشكلي والدفاع في الفرع الثالث، ثم نميز الدفع الشكلي عن المركز القانوني الإجرائي في الفرع الرابع.

الفرع الأول: الفرق بين الدفع الشكلي و الطلب القضائي

إن الدفع كما قلنا يطلق على أوجه الدفاع الإجرائية التي تخاطب صحة العمل الإجرائي ويثيرها الخصم لتحقيق غايته من الخصومة في الدعوى، وإن كان الدفع وسيلة سلبية فإن الطلب القضائي هو وسيلة ايجابية يبادر إليها الشخص الذي هو طرف في الخصومة، وهذا بغرض تحقيق هدف معين. ويقصد بالطلب ما يوجه أمام المحكمة من مطالب يلجأ فيها إلى سلطتها بوصفها موضع التقدير لتكون نتيجتها جزءاً من البيانات التي تعرض للمناقشة الشفوية في المحكمة التي تقرر عند الفصل في القضية¹.

من أمثلة الطلبات: طلب التأجيل، طلب التحقيق، طلب ندب خبير، طلب سماع شهود، إلى غير ذلك من الطلبات، وقد تناولت المحكمة العليا الطلب القضائي في عدة قرارات، وهذا دليل أن مصطلح الطلب القضائي ليس قاصراً على قانون الإجراءات المدنية فقط، ومن أمثلة القرارات ما جاء أدناه، حيث جاء في القرار الصادر يوم 27 مارس 1990 عن الغرفة الجنائية الأولى الطعن رقم 69473 ما يلي إن المادة 36 من قانون الإجراءات الجزائية في الفقرة الرابعة تنص على أن لوكيل الجمهورية أن يبدى أمام الجهات القضائية ما يراه لازماً من طلبات من جهتها، وتجزير المادة 238 من نفس القانون لممثل المدعي العمومي تقديم الطلبات الكتابية أو الشفوية التي يراها مناسبة لصالح العدالة².

كما ورد ذكر كلمة طلب قضائي في قرار صادر يوم 29 ماي 1984 عن القسم الأول للغرفة الجنائية الثانية في الطعن رقم 27369³. والطلب القضائي المتعلق بالدفاع قد يكون موضوعي كطلب سماع شاهد نفي مع استدعائه وتبليغ اسمه إلى النيابة بصفة صحيحة⁴. ونضيف أن الطلب القضائي يختلف عن الدفع، بأنه لا يجوز أن تثار الطلبات أمام المحكمة العليا لأن هذه الأخيرة هي محكمة قانون، وليس محكمة وقائع ولا يوجد أمامها تحقيق وقائع بعكس الدفوع الشكلية التي يمكن أن تثار المحكمة العليا

1 حامد الشريف، المرجع السابق، ص 26.

2 جيلالي بغدادي، المرجع سابق، ص 371 .

3 المجلة القضائية، العدد الرابع، سنة 1989، ص 335.

4 جيلالي بغدادي، المرجع سابق، ص 371 .

كذلك إن طلبات التحقيق يجوز التنازل عنها في أي درجة بعكس الدفوع الشكلية، وخاصة التي تكون متعلقة بالنظام العام مثل الدفع بالتقادم، حيث أن الطرف الذي أثار الدفع المتعلق بالتقادم، هنا لا يجوز أن يتنازل عنه لأنه متعلق بالنظام العام. وإن مناط التفرقة يدور كذلك حول مفهومه، ذلك أن كلاً من الدفع والطلب وسيلتان للدفاع إلا أن الطلب وسيلة إيجابية، وأما الدفع الشكلي فهو وسيلة سلبية؛ فتظهر الإيجابية في أن أحد فرقاء الدعوى العمومية يثيره من تلقاء نفسه أو بالأحرى يبادر إلى إثارته على عكس الدفع الشكلي الذي هو وسيلة لدرء ما أثير حول الدعوى العمومية لا تخدم مصلحته.

الفرع الثاني: الفرق بين أحكام الدفع الشكلي وأحكام محل الدفع الشكلي

إنه ومما قيل كان من الضروري علينا أن نظهر الفرق وإن كان وجيزاً بين أحكام الدفع الشكلي أي نظامه القانوني، وبين محل الدفع الشكلي أي موضوعه، إن أحكام الدفع الشكلي تتعلق بالشروط القانونية التي يجب توفرها في الدفع في حد ذاته كالمصلحة الواجب توفرها في الدفع وقت إبدائه وشروط التمسك بالدفع، أما محل الدفع فهو موضوعه أي هذا الأخير يستند إلى نص قانوني ينظم أحكامه¹. وتطبيقاً لذلك فإن الدفع ببطلان حالة التلبس يختلف عن حالة التلبس في حد ذاتها من حيث الشروط اللازمة للتلبس وحالاته، أما الدفع بالبطلان فيخضع بالإضافة إلى النظر وأحكام التلبس من حيث مفهومه وحالاته النظر كذلك للأحكام العامة للبطلان².

الفرع الثالث: الفرق بين الدفع الشكلي والدفاع

إن الدفاع أو بالأحرى حق الدفاع يعتبر من القضايا القديمة التي تشغل حيزاً مهماً في الدراسات المتعلقة بالإجراءات الجزائية، فإذا كانت غاية الإجراءات الجزائية ضمان فعالية العدالة وإن هذه الغاية لا تتحقق إلا بضمان حماية الحقوق الأساسية لكل شخص تتعلق به وخاصة المتهم، فحق الدفاع هو ذلك الحق الذي يكفل لكل شخص حرية إثبات نفي الدعوى، وحرية دفع ما يوجه إليه أمام الجهات القضائية من اتهام³.

1 حامد الشريف، المرجع السابق، ص 28.

2 نفس المرجع، ص 28.

3 احمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة 1995، ص 39

ويتمتع المتهم بحق الدفاع بمجرد توجيه الاتهام إليه قانوناً وعندئذ يصبح الشخص في مركز قانوني معين عند مواجهته بعناصر الاتهام المسند إليه ليتيح له حق الدفاع، وأهمية حق الدفاع لا تتعلق بالمتهم فحسب بل تتعلق بالمشروعية أيضاً والمدافع إنما هو ساعد العدالة، ومن ثم فحرية في الدفاع تحافظ على النظام العام¹. ومن البديهي أن تهتم الحركة الدولية لحقوق الإنسان بضمانات الدفاع فقد نص عليها في المادة 01/11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948 في المادة 14 من الاتفاقية الدولية لحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966². وقد تبنى القضاء الجزائري حق الدفاع في عدة قرارات سوف نقتصر على ذكر أهم القرارات حيث أن المشرع الجزائري نص على إجراءات معينة تكفل للمتهم الدفاع عن نفسه، ومن أهم هذه الإجراءات ما ورد في المادة 292 من قانون الإجراءات الجزائية من وجوب تعيين محام تلقائياً للدفاع عن المتهم أمام محكمة الجنايات إن لم يكن له محام مختار³.

ومن خلال ما سبق ذكره فإنه يظهر لنا جلياً أن الدفع الشكلي ما هو إلا جزء من حق الدفاع، فهذا الأخير هو أوسع من الدفع الشكلي الذي يعتبر وسيلة من بين ما بقي من الوسائل الأخرى التي تكفل محاكمة عادلة للجميع، فالخصم يدافع عن نفسه من الناحية الإجرائية محترماً القواعد القانونية الإجرائية التي جاءت مكرسة للعدالة وحماية الحقوق والحريات الأساسية مطبقة مبدأ الشرعية الإجرائية، وما يميز الدفوع أو الطلبات عن باقي أوجه الدفاع الأخرى بصفة عامة، أن عدم رد المحكمة على أحد طلبات الخصوم أو الدفوع سواء كانت موضوعية أو إجرائية أو بعدم القبول يعتبر عيب في التسبب. حيث أن عدم رد المحكمة على الدفوع يعيب الحكم ويبطله دون تفرقة بين دفع جوهرى ودفع غير جوهرى، عكس أوجه الدفاع

ويفصل الأستاذ أحمد السيد صاوي أن الحكم يعتبر مجموعة من الأحكام الصغيرة، يجيب كل منها على طلب من طلبات الخصوم، وكل وجه من أوجه دفاعهم الجوهرية فيتعين عند رد كل حكم على أحد هذه الطلبات أو أوجه الدفاع الجوهرية فينبغي عند رد كل حكم على أحد هذه الطلبات أو أوجه الدفاع الجوهرية أن يكون مسبباً، فإذا لم يسبب الحكم في نقطة فصل فيها بينما سبب بالنسبة لما فصل فيه في نقطة أخرى فإنه يمكن الطعن فيه بالنسبة للجزء العاري من التسبب⁴.

1 سامي حسن الحسني ضمانات الدفاع، مجلة الحقوق والشريعة جامعة الكويت، 1978، ص 211، 212

2 عمر فخري عبدا لرزاق الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة، دار الثقافة الأردن، 2005، ص 157

3 جبلاي بغدادي، المرجع السابق، ص 65.

4 الأنصاري حسن النيداني، العيوب المبطله للحكم، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص 150

أما بالنسبة لإغفال الحكم لدفاع أبداه الخصم يترتب عنه بطلان الحكم إذا كان هذا الدفاع جوهرياً ومؤثراً في النتيجة التي انتهت إليها المحكمة، إذ يعتبر ذلك قصوراً في أسباب الحكم الواقعية بما يقتضي بطلانه، ومؤدى ذلك أنه إذا طرأ على المحكمة دفاع كان عليها أن تنظر في أثره في الدعوى، فإذا كان منتجاً فعليها النظر في مدى جديته حتى إذا ما رأته يتسم بالجدية مضت في فحصه لتقف على أثره في قضائها، فإن لم تفعل كان حكمها قاصراً، وعليه إذا كان دفاع الخصم غير جوهري أو لا يؤثر في النتيجة التي انتهت إليها المحكمة أو لم يكن له أساس قانوني فإن إغفال المحكمة الرد عليه لا يبطل الحكم¹ وهذه أهم الفروق بين الدفع بصفة عامة وخاصة الدفع الشكلي منه وأوجه الدفاع الأخرى التي تعتبر تحصيل حاصل لحق الدفاع.

المبحث الثالث: تقسيمات الدفع الشكلي

كما أشرنا في مقدمة البحث ان المشرع الجزائري لم يخص الدفوع الشكلية في قانون الإجراءات الجزائية بأي نص ، عكس التشريعات المقارنة التي تطرقت لهذه المسألة، نجد المشرع اللبناني في المادة **73** من قانون أصول المحاكمات اللبناني نص على أنه ((من حق كل من المدعى عليه أو وكيله دون حضور موكله أو النيابة العامة للإدلاء مرة واحدة قبل استجواب المدعي عليه بدفع أو أكثر من الدفوع التالية الدفع بانتفاء الصلاحية، والدفع بسقوط الدعوى العامة بإحدى أسباب السقوط المحددة قانوناً، والدفع بعدم قبول الدعوى لسبب يحول دون سماعها أو السير بها قبل البحث في موضوعها، والدفع يكون الفعل المدعى به لا يشكل جرماً معاقباً عليه في القانون، والدفع بسبق الإدعاء أو بالتلازم والدفع بقوة القضية المحكوم بها، والدفع ببطلان إجراء أو أكثر من إجراءات التحقيق)).²

إن الدفوع المتعلقة بقانون الإجراءات الجزائية هي تلك الدفوع التي ترد على تطبيق قواعد الإجراءات الجزائية و هي تختلف بحسب المرحلة التي تمر بها الخصومة الجنائية³، و التي من مؤداها إما عدم السير في الدعوى من قبل المحكمة كالدفع بعدم الاختصاص أو إما لبطلان الدليل

¹ نفس المرجع ، ص 152.

² عاصم شكيب صعب ، بطلان الحكم الجزائي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، 2007 ، ص 27.

³ محمد علي سكيكر، موسوعة الدفوع الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص 8.

المستمد من إجراء معين يؤثر في الدعوى كالدفع ببطلان إجراء التفتيش أو القبض أو بطلان إجراءات التحقيق¹.

المطلب الأول: الدفع بعدم الاختصاص

عدم الاختصاص هو جزء إجرائي يترتب جراء إهدار قاعدة الاختصاص و تكون إما لان الواقعة لدرجة من الجسامة تفوق تلك التي رعاها القانون، إذ رسم لعمل القاضي حدا يتناسب مع مستوى صلاحية القاضي نفسه للقضاء²، و يعبر عنه بالاختصاص ، و إما لان الواقعة تحققت في مكان خارج النطاق المكاني الذي حدده القانون ليباشر القاضي في حدوده عمل وظيفته و يطلق عليه الاختصاص المحلي.، و كل إهدار لهذا الضابط يترتب عليه عدم الاختصاص فالبطلان ينشأ و يكون مطلقا حيث تنظر محكمة الجنح في جنابة فيجوز للنيابة العامة الطعن في هذا الحكم بالاستئناف، و يجوز التمسك به في أي حالة كانت عليها الدعوى حسب نص المادة 329 من قانون الإجراءات الجزائية، ، أما عن الاختصاص المكاني فقد حددته المادة 331 من قانون الإجراءات الجزائية، و هذا بالنسبة لجريمة عدم دفع النفقة فقد حددته بالمكان الذي وقعت فيه الجريمة أو الذي يقوم فيه المتهم أو الذي يقبض عليه فيه، و البطلان المترتب على هذه القاعدة هو بطلان نسبي³.

فالاختصاص هو أهلية جهة قضائية محددة للنظر أو الفصل في دعوى جزائية محددة⁴، و كل إهدار لهذه القاعدة يترتب عليه عدم الاختصاص، فالبطلان ينشأ و يكون مطلقا و لذلك يجب ذكر اسم المحكمة التي أصدرت الحكم، و هو من البيانات الجوهرية يترتب على إغفاله البطلان المتعلق بالنظام العام.

قد اجمع الفقه و القضاء في فرنسا على اعتبار قوانين و قواعد الاختصاص في المواد الجزائية من النظام العام⁵، سواء التي تتعلق بالاختصاص الشخصي أو الاختصاص المحلي⁶، حيث أن مخالفة قواعد الاختصاص النوعي و المحلي تتعلق بالنظام العام و يترتب عنها البطلان المطلق.

1 حامد الشريف ، نظرية الدفوع أمام القضاء الجنائي، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 1996، ص 11.

2 فرج علواني هليل، الدفوع أما القضاء الجنائي، المجلد الأول، دار المطبوعات الجامعية، 2009، ص 786.

3 فرج علواني هليل، نفس المرجع، ص 786.

4 G. Levasseur, G. Stefani, B. Bouloc, Procédure Pénal, 16ème Edition, Précise Dalloz, 1996, P 430.

5 احمد الشافعي، المرجع السابق، ص 167.

6 سليمان عبد المنعم، بطلان الإجراء الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 86.

بالتالي تعتبر مخالفة قواعد الاختصاص من أسباب بطلان إجراءات المحاكمة و كذلك الحكم الصادر في أعقابها¹، و يترتب على ارتباط هذه القواعد بالنظام العام جواز إبداء الدفع بعدم الاختصاص في أي حالة كانت عليها الدعوى.

وزع المشرع الاختصاص بين مختلف المحاكم الجزائية وراء حكمة قصدها، فيجب أن تكون المحكمة مختصة في الجريمة التي تعرض عليها²، و يتحدد اختصاصها لفصل في الدعوى المعروضة أمامها وفق ثلاث شروط: أن تكون مختصة بالنسبة للمتهم المحال عليها، و أن تكون مختصة بنوع الجريمة التي تنظرها، و أن تكون مختصة بمكان وقوع الجريمة أو محال إقامة المتهم أو مكان القبض عليه³.

الفرع الأول: تعريف الاختصاص

الاختصاص هو السلطة التي يقرها القانون للقضاء في أن ينظر في دعاوى في نوع معين حدده القانون، و يتضح بذلك أن الاختصاص صلاحية لأداء وظيفة قضائية معينة على نحو يعترف فيه القانون بالأعمال التي تمارس بها هذه الوظيفة و مصدر تحديد الاختصاص هو القانون⁴، و الأصل أن ينسب الاختصاص إلى قضاء الحكم و أن يكون موضوعه تخويله سلطة الفصل في الدعوى، و لكن القانون يحدد كذلك اختصاص سلطات الاتهام و التحقيق، بل و سلطات الاستدلال، و من ثم كانت نظرية الاختصاص كانت من أن تنحصر في مجال مرحلة المحاكمة⁵.

الفرع الثاني: المبادئ العامة للاختصاص

لقد تم تناول أولاً الاختصاص الجنائي و الاختصاص الغير جنائي ثم المحاكم الجزائية العادية و الخاصة ثانياً، وثالثاً الطابع الإلزامي للاختصاص.

أولاً: الاختصاص الجنائي و الاختصاص الغير جنائي

¹ سليمان عيد المنعم، المرجع نفسه، ص 119.

² حسن صادق المرصفاوي، شرح قانون الإجراءات و المحاكمات الجزائية الكويتي، جامعة الكويت، ب.ذ.س، ص 357.

³ عمر خوري، شرح قانون الإجراءات الجزائية، ب.د.ن، 2008، ص 102.

⁴ محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 358.

⁵ فرج علواني هليل، المرجع السابق، ص 788.

لم يجعل المشرع القضاء نوعا واحدا و إنما جعله أنواعا متعددة فتم القضاء الإداري و القضاء العادي كما هو معروف بدوره نوعان قضاء مدني و قضاء جنائي¹، و الواضح أن ضابط التمييز بين أنواع القضاء هو "الاختصاص"، و على سبيل المثال فإن ما يميز القضاء الإداري عن القضاء العادي هو اختصاص الأول بدعوى من نوع معين و يغلب ان تنبع عن طبيعة الدعوى التي تختص بها قضاء معين مجموعة من القواعد القانونية تحدد أسلوب عمل هذا القضاء.

ثانيا: المحاكم الجزائية العادية و الخاصة

المحاكم الجزائية العادية هي القضاء العام في الدعاوى الجزائية، فهي التي تختص بكل دعوى جزائية تدخل في نطاق الاختصاص و هي على هذا النحو صاحبة الاختصاص الجزائي الشامل، و هذه المحاكم هي محاكم المخالفات و الجنح و الجنايات.

المحاكم الجزائية الخاصة هي محاكم تختص بمحاكمة أنواع من المجرمين، يتميز أفراد كل نوع منها بخصائص إجرامية معينة من حيث عوامل إجرامهم و مقتضيات المعاملة العقابية الملائمة لهم، مما يقتضي بالضرورة تمييز إجراءات محاكمتهم بقواعد خاصة و ابرز أمثلة للمحاكم الجزائية الخاصة محاكم الأحداث و المحاكم العسكرية... الخ، و يتفق لجوء جميع التشريعات الحديثة إلى إنشاء المحاكم الخاصة هو مساندة التعاليم السياسية الجزائية الحديثة باعتبارها تستهدف الملائمة بين تشكيل القضاء و إجراءات المحاكمة و بين اتصاف عوامل الإجرام لدى فئات من المجرمين بخصائص معينة و اقتضاء مواجهة هذه العوامل بعقوبات و تدابير من نوع معين، و توفر المحاكم الخاصة الضمانات التي يقتضيها حق الدفاع و تمليها المبادئ الأساسية في القانون الحديث.

ثالثا : الطابع الإلزامي للاختصاص

مصدر الاختصاص هو القانون كما قدمنا و من ثم فقد كانت قواعد الاختصاص ذات طابع إلزامي و قواعد الاختصاص إلزامية سواء بالنسبة لأطراف الدعوى أو بالنسبة للقاضي، فالمدعي يلتزم بطرح دعواه على المحكمة التي خول لها القانون النظر فيها، و لا يجوز له أن يرغب المدعى عليه أن يمثل أمام محكمة أخرى²، و لا يقبل من المدعى عليه دفعه بعدم الاختصاص إلى إذا استند

¹ محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية القاهرة، 1998 ط 3، ص 364.

² حتى ولو كان الاختصاص لا يتعلق بالنظام العام ذلك أن مخالفتها تفرض رضاء الطرفين.

على قاعدة قانونية تخرج الدعوى من اختصاص المحكمة، و يعني ذلك انه لا يجوز أن يستند هذا الدفع إلى اعتبارات ملائمة بالنسبة للمدعى عليه.¹

و قواعد الاختصاص إلزامية للقاضي فإذا ثبت له اختصاصه بالدعوى تعين عليه أن يقضي فيها² فإذا امتنع ارتكب جريمة³، و إذا ثبت له انه غير مختص بها تعين عليه أن يقرر ذلك و يخرج الدعوى من حوزته، فان قضى فيها كان قضاؤه باطلا.⁴

الأصل أن المدعي هو الذي يحدد المحكمة التي يعتقد أنها المختصة في طرح الدعوى عليها، و في الدعوى الجزائية فان النيابة العامة هي التي تسبغ على الجريمة تكييفا معيناً (فتصنفها جنائية أو جنحة)، و تطرحها على المحكمة المختصة بناء على هذا التكييف⁵، و في بعض الحالات قد يكون للتكييف الذي ينسبه المدعي إلى الواقعة قوة تحديد القضاء المختص و لو تبين له انه كان تكييفاً غير صحيح، و تطبيقاً لذلك فان محكمة الجنايات تختص بالنظر في الجرح التي أحيلت إليها بوصف جنائية، كما ليس لها الحق أن تقضي بعدم اختصاصها حسب المادة 251 ق.إ.ج.

و الدفع بعدم الاختصاص ينقسم إلى أنواع عدم الاختصاص الشخصي والمكاني والنوعي، وهناك جانب من الفقه يعترض على فكرة الاختصاص النوعي لأن الدفع النوعي حسب رأيهم يجب أن يؤكد بمفهومه الضيق، و المقصود به عدم الاختصاص الشخصي والمكاني أو العادي وذلك أن عدم الاختصاص النوعي يدخل في الاختصاص المطلق⁶، وبالتالي فالإدلاء بعدم الاختصاص لارتداء النزاع الطابع المدني يكون مردوداً لأن هذا الدفع لا يتعلق بالاختصاص بل بمدى توافر عناصر الجرم الجزائي، والقاضي عليه الدخول في موضوع النزاع حتى يعرف الاختصاص النوعي من عدمه، ويعود للقاضي الجزائي أمر البت بمدى توافر هذه العناصر توصلًا للإدانة أو البراءة، وليست العبرة بما يسبغه المتهم من أوصاف الدفع الذي بث تحت عنوان عدم اختصاص القضاء الجزائي إذ أن العبرة هي للمفهوم القانوني لهذا الدفع، وليس للمفهوم الشخصي للضحية، وعليه تلزم المحكمة إذا ما دفع أمامها بعدم اختصاص القضاء الجزائي وفق

1 فرج علواني هليل، المرجع السابق، ص 794.

2 محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 365.

3 فرج علواين هليل، المرجع السابق، ص 794.

4 قضت المحكمة العليا بان مخالفة الاختصاص لا يترتب عليه إلا البطلان الحكم الصادر من محكمة غير مختصة، و ليس من شأنه أن يجعل الحكم منعماً لان اختصاص المحكمة في الدعوى الجزائية يشترط صحة الحكم لا بوجوده قانوناً.

5 فرج علواني هليل، المرجع السابق، ص 795.

6 إلياس أبو عبيد، المرجع السابق، ص 210.

المفهوم السابق بأن ترد على الدفع تحت طائلة النقص¹. ومما قيل وقبل الخوض في أنواع الدفوع ومن بينها الدفع بعدم الاختصاص أن نعرف الدفع بعدم الاختصاص وهو ذلك الدفع الذي قرره القانون لكي ينكر الخصم على المحكمة ولايتها بنظر الدعوى كما حددها القانون، ويطلب بموجبه الفصل فيه². و قانون الإجراءات الجزائية لم يعرف الدفع بعدم الاختصاص ونفس الشيء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلا أن هذا الأخير نظمته في مواد وذلك في فصل مستقل وهو الفصل الثاني القسم الأول³، عكس قانون إجراءات الجزائية التي نظمت في مواد متفرقة وسوف يأتي تفصيل هذه الأخيرة عند الحديث على أنواع الاختصاص.

أ: الاختصاص النوعي

ضابط هذا الاختصاص هو التقسيم الثلاثي للجرائم فتقسم إلى جنائيات وجنح ومخالفات، وهناك نوعين من المحاكم توزع بينهما هذه الأقسام من الجرائم النوع الأول هي المحاكم وتختص بالفصل في المخالفات والجنح. أما النوع الثاني من المحاكم فهي محاكم الجنائيات، وهي تختص أساسا بالجنائيات⁴، ولمحكمة الجنائيات كامل الولاية⁵.

إن قاضي التحقيق وغرفة الاتهام في الدعاوى الجزائية هما اللذان يسبغان على الجريمة تكييفاً معيناً فيصفونها بأنها جنائية أو جنحة أو مخالفة وتطرحها على المحكمة عن طريق قرار الإحالة فيعتقد لها الاختصاص كلياً على أساس هذا التكييف، وإذا كان لمحكمة الجنائيات أن تغير الوصف القانوني للوقائع المطروحة أمامها بشرط أن تلتزم بحدود المادة 306 قانون الإجراءات الجزائية الجزائي وأن تراعى ما يستوجبه حق الدفاع، ولا يجوز لها أن تهمل التهمة الواردة في قرار الإحالة والمتابع من أجلها المتهم ولا أن تسند وقائع أو تهم جديدة لم يجر بشأنها التحقيق ولم ترد في قرار الإحالة⁶.

ب: الاختصاص المحلي

1 عاصم شكيب صعب، المرجع السابق، ص 660.

2 بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادية، الجزائر ط 2009، ص 99.

3 المواد 51.52 من قانون رقم 08،09 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 225 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون إجراءات مدنية وإدارية

4 تنص المادة 248 إ.ج جزائية جزائري ((تعتبر محكمة الجنائيات الجهة القضائية المختصة بالفصل في الأفعال الموصوفة جنائيات وكذا الجنح والمخالفات المرتبطة بها الجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية المحالة إليها بقرار من غرفة الاتهام

5 تنص المادة 249 ((لمحكمة الجنائيات كامل الولاية في الحكم جزائياً على الأشخاص البالغين كما تختص بالحكم على القصر البالغين من العمر ست عشر (16) سنة كاملة الذين ارتكبوا أفعالاً إرهابية أو تخريبية والإحالة إليها بقرار نهائي من غرفة الاتهام))

6 قرار 16،12،1986 ملف رقم 49361 المجلة القضائية 1993 الجزء الثالث ص 243.

الاختصاص المحلي هو ولاية المحكمة مكانيا وقد نص المشرع على الاختصاص المحلي لقضاة التحقيق في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري¹. وقد نصت المادة 329 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على الاختصاص المحلي بالنسبة للمحاكم فتكون المحكمة المختصة محليا بنظر الجرح المحكمة الواقع في اختصاصها محل ارتكاب الجريمة أو محل إقامة احد المتهمين أو شركائهم أو محل القبض عليهم ولو كان هذا القبض قد وقع لسبب آخر، و يجوز تمديد الاختصاص المحلي للمحكمة إلى دائرة اختصاص محاكم أخرى عن طريق التنظيم في جرائم المخدرات والجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف²

و قد نص المشرع بالنسبة لجريمة عدم دفع النفقة المنصوص عليها بالمادة 331 من قانون العقوبات الجزائري على ضابط آخر للاختصاص فبالإضافة إلى اختصاص محكمة بمكان ارتكاب الجريمة أو مكان إقامة المتهم أو مكان القبض عليه ولو كان هذا القبض قد تم لسبب آخر.

كما تختص أيضا بالحكم فيها محكمة موطن أو محل إقامة الشخص المقرر قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة (المادة 03/331 من قانون العقوبات) وذلك من أجل تسهيل دعوى الضحية من الجريمة وهو نفس الحكم الذي نصت عليه المادة 382 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي³.

كما أنه لا يمكن تمديد الاختصاص القضائي إلى الخارج لأن الأصل أن قانون العقوبات الجزائري لا يطبق على الجرائم المرتكبة خارج إقليم الجمهورية، وذلك لانعدام أي إخلال بالنظام العام وهذا عملا بقاعدة إقليمية القوانين الجزائرية، غير أن المشرع الجزائري حاد عن هذه القاعدة

1 تنص المادة 40 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ((يحدد اختصاص قاضي التحقيق محليا مكان وقوع الجريمة أو محل إقامة أحد الأشخاص المشتبه في مساهمتهم في اقترافها أو محل القبض على احد هؤلاء الأشخاص حتى ولو كان هذا القبض قد حصل لسبب آخر.

يجوز تمديد الاختصاص المحلي لقاضي التحقيق إلى دائرة اختصاص محاكم أخرى عن طريق التنظيم في جرائم المخدرات والجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف.

2 نص المرسوم التنفيذي رقم 06،348 المؤرخ في 05 أكتوبر المتضمن تمديد الاختصاص المحلي لبعض المحاكم ولبعض وكلاء الجمهورية وقضاة التحقيق إلى دوائر اختصاص محاكم أخرى كما هو محدد في المواد 2.3.4.5 من هذا المرسوم وذلك في الجرائم المتعلقة بالمناجزة بالمخدرات والجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف.

فقد نصت المادة 02 منه على : يمتد الاختصاص المحلي لحكمة سيدي أحمد وكيل الجمهورية وقاضي التحقيق بها إلى محاكم المجالس القضائية: للجزائر، الشلف، الأغواط، البلدية، تيزي وزو، الجلفة، المدية، المسيلة، بومرداس، تيبازة وعين الدفلى. أما المادة 03 فقد نصت على أن يمتد الاختصاص المحلي لمحكمة قسنطينة ووكيل الجمهورية وقاضي التحقيق بها إلى محاكم المجالس، القضائية قسنطينة، أم البواقي، باتنة، بجاية، بسكرة، تبسة، جيجل، سطيف، سكيكدة، عنابة، قالمة، برجوعيريج، الطارف، الوادي، خنشلة، سوق اهراس وميلة في حين نصت المادة 04 على أن يمتد اختصاص المحلي لمحكمة ورقلة ووكيل الجمهورية وقاضي التحقيق بها إلى مجالس قضائية ورقلة، أدرار، وتامنغست، وإيليزي، وتندوف، وغرداية.

³ نبيل شديد رعد، المرجع السابق، ص 98.

عندما يكون الجاني جزائريا وهذا عملا بمبدأ شخصية النص الجزائي وبمقتضاه يطبق النص الجزائي على كل من يحمل الجنسية الجزائرية وقت ارتكاب الجريمة وهذا ما يستشف من المادة 582 و583 من إ.ج.ج وعليه إذا توافرت الشروط المذكورة في المواد السابقة فان قانون العقوبات يطبق على كل جنائية أو جنحة ارتكبتها جزائري خارج إقليم الجمهورية¹.

يمكن تطبيق تمديد الاختصاص إذا ارتكب الشخص أجنبي جنائية أو جنحة ماسة بالمصالح الأساسية للجزائر أو ما يعرف في الفقه بمبدأ العينية ولا بد لتطبيقه من تحقق الشروط المنصوص عليها في المادة 588 ق.ج.

ج: الاختصاص الشخصي

يحدد هذا الاختصاص بالنظر إلى الحالة الشخصية للمتهم، ويتحدد ذلك بالنظر إلى سن المتهم، أو بحكم انتمائه إلى سلك العسكري، أو بحكم انتمائه إلى مناصب سامية كرئيس الجمهورية، أو بحكم الوظيفة التي يتولاها الشخص.

فالاختصاص الشخصي في القوانين الحديثة هي ما تقتضيه هذه الحالة الشخصية من إجراءات خاصة لإعطائه نوعا من المزايا، من أجل تحقيق محاكمة قادرة على أن توقع الجزاء الجزائي اللازم بحسب شخصية المحكوم عليه ومن أمثلة الحالات التي يرتبها فيها تحديد القضاء المختص بصفة المتهم الجرائم التي يرتكبها الأحداث والعسكريون والقضاة والولاة والوزراء².

1- القضاء المختص بمحاكمة الأحداث: يختص قسم الأحداث الموجود بالمحكمة بالجنح والمخالفات التي يرتكبها الأحداث، في حين يختص قسم الأحداث الموجود بمقر المجلس القضائي بالفصل في الجنايات التي يرتكبها الأحداث، ويكون قسم الأحداث المختص إقليميا هو الذي ارتكبت بدائرة اختصاصه الجريمة أو الذي به مكان إقامة الحدث أو وليه أو وصيه أو الذي به المكان الذي عثر فيه على الحدث سواء بصفة مؤقتة أو بصفة نهائية، وهذا ما نصت عليه المادة 451 فقرة الأخيرة من قانون الإجراءات الجزائية الجزائرية³. وتتولى غرفة الأحداث بالمجلس القضائي الفصل في الاستئناف المرفوع ضد هذه الأحكام سواء تلك التي يصدرها قسم الأحداث الموجود بالمحكمة

¹ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، دار هومه الجزائر 2006، ط 9 ص 93.

² مروان محمد ونبيل صقر، المرجع السابق ص 73.

³ ترجمة الفقرة الأخيرة من المادة 451 من قانون الإجراءات الجزائية غير دقيقة، فقد أستعمل النص المحرر بالفرنسية مصطلح المحكمة في حين أن المادة 24 من الأمر رقم 46، 75 المؤرخ 17 جوان 1975 قد استبدلت عبارة ((محكمة الأحداث)) بعبارة ((قسم الأحداث)) وعليه كان من الواجب الالتزام بهذا التغيير، واستعمال المصطلح الجديد وهو قسم الأحداث.

المختصة بالجنح أو تلك الموجودة بمحكمة مقر المجلس والمختصة بالفصل في الجنايات، وقد حدد الكتاب الثالث من قانون الإجراءات الجزائية القواعد الخاصة بمحاكمة الأحداث الجانحين¹. فإذا أدان القاضي الحدث الذي يبلغ سنه ما بين 13 إلى 18 سنة بحكم جزائي، فإذا كانت العقوبة هي السجن أو الحبس المؤقت فإن الحكم يكون بالحبس لمدة تساوي نصف المدة التي كان يتعين الحكم عليه ما إذا كان بالغاً ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون².

2- القضاء المختص بمحاكمة العسكريين: وهم العسكريون الذين يرتكبون جرائم مدنية أو عسكرية داخل مؤسسات عسكرية أو أثناء تأدية مهامهم، فهؤلاء الأشخاص يخضعون لإجراءات خاصة³. وقد حددت المواد من 24 إلى 31 من قانون القضاء العسكري رقم 28 لسنة 1971 الجرائم والأشخاص الذين يخضعون لاختصاص القضاء ولو ارتكبت من غير العسكريين، وتحدد الصفة العسكرية للمتهم وقت ارتكابه للجريمة وتطبيقاً لذلك يحاكم العسكري أمام القضاء العادي إذا ارتكب جريمته قبل اكتسابه الصفة العسكرية أو ارتكبتها بعد زوال هذه الصفة عنه. وقد نصت المحكمة العليا في حيثياتها أن الجريمة العسكرية التابعة لاختصاص المحكمة العسكرية سواء حصلت في الخدمة أو خارجها، وسواء ارتكبتها في المؤسسة العسكرية أو خارجها .

3- القضاء المختص بمحاكمة رئيس الجمهورية: قضت المادة 158 من دستور 1996 على أن ((تؤسس محكمة عليا للدولة تختص بمحاكمة رئيس الجمهورية عن الأفعال التي يمكن وصفها بالخيانة العظمى ورئيس الحكومة عن الجنايات والجنح التي يرتكبها بمناسبة تأديتهما مهامهما يحدد قانون عضوي تشكيلة المحكمة العليا للدولة وتنظيمها وسيرها وكذلك الإجراءات المطبقة))⁴.

4- الجرائم المرتكبة من طرف أعضاء الحكومة والقضاة وبعض الموظفين: وقد نصت عليها المادة 576.575.754.753 قانون إجراءات جزائية وهذا ما يعرف في الفقه بامتياز التقاضي بالتالي، وقد وردت على سبيل الحصر لهذا كان على قضاة الموضوع احترامها حيث أنه قد يتعرض للنقض القرار الذي يدين رئيس المجلس الشعبي البلدي من أجل وقائع ارتكبتها في دائرة

¹ وهذا ما نصت عليه عدة مواد 442،443،444،445،446 و448 إ.ج.ج.

² مجلة قضائية العدد الثالث، سنة 1991، ملف 53228 بتاريخ 1989/02/14.

³ أحمد حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار هومة، الجزائر، 200 ط، ص 93.

⁴ قرار عن الفرقة الجزائرية 1999، 5، 26، المجلة القضائية 2002، عدد خاص ص 118.

اختصاصه دون مراعاة الإجراءات المنصوص عليها في المادتين 576-577 هذا باعتبار أن رئيس البلدية يعتبر أحد ضباط الشرطة القضائية.

المطلب الثاني: الدفع ببطلان حالة التلبس

فلقد تناولنا الدفع ببطلان حالة التلبس في الفرع الأول، ثم صور التلبس في الجريمة في الفرع الثاني،

الفرع الأول: الدفع ببطلان حالة التلبس

قد تم تسليط الضوء أولاً على تعريف حالة التلبس، وشروط صحة التلبس ثانياً

أولاً: تعريف حالة التلبس

1/ اصطلاحاً: وهي عبارة عن تقارب زمني بين وقوع الجريمة واكتشافها، فالتلبس حالة تلازم الجريمة نفسها لا شخص مرتكبها¹ ولقد تقاربت الآراء حول تعريف التلبس، فقال البعض أن التلبس كما يفهم من ظاهر اللفظ يفيد أن الجريمة واقعة وأدلتها ظاهرة واحتمال الخطأ فيها طفيف².

كما تعرف حالة التلبس على أنها تتعلق باكتشاف الجريمة في وقت معين ولا تتعلق بأركان الجريمة أو مراحل تنفيذها³.

2/ قانوناً: بالرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية فإن المشرع الجزائري لم يورد تعريفاً واضحاً للتلبس بل اكتفى فقط بحصر حالاته: فقد جاء في المادة 41 من ق.إ.ج (توصف الجناية أو الجنحة بأنها حالة تلبس إذا كانت مرتكبة في الحال أو عقب ارتكابها...).

إلا أن الفقه الجنائي أرجع الخروج عن القواعد العامة في حالات التلبس إلى عدة أسباب تبرر فيه خروج رجال الضبطية القضائية عن نشاطهم في إجراءات جمع الاستدلالات والقيام ببعض إجراءات التحقيق هي أصلاً من اختصاصات السلطة أخرى ومن هذه الأسباب لدينا:

¹ جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، الجزء 4، مكتبة العلم للجميع صفحة، 552.

² محمد محدة، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، الجزء 2، دار الهدى، ص

³ احمد شوقي الشلفاوي، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، الجزء 2، ديوان المطبوعات الجامعية ص 178.

1- ردع المجرمين عن ارتكاب مثل هذه الجرائم خاصة وأن مشاهدة الجاني وهو يرتكب جريمته ومفاجئته من طرف رجال الضبط القضائي لدليل قوي على إجرامه وبرهان على خطورته على أمن المجتمع فلا يعتبر انتهاكا للحقوق والحريات بل هو لحماية هذه الحقوق من التعدي.

2- خطورة جرائم التلبس لاسيما وأن ارتكابها أمام الناس هو استهتار بالمجتمع وأمنه وهي خرق لسلامة المجتمع وحياة المواطنين وممتلكاتهم مما يسبب خلا اجتماعيا.

3- انتفاء احتمال الخطأ في التقدير أو الكيد للمشتبه فيه فهي تقع تحت أنظار ضباط الشرطة وتكون معالمها واضحة شاهدة على صحة وقوعها ويبعد احتمال الكيد أو الخطأ في التقدير وهذا ما يبرر اتخاذ الإجراءات اللازمة للقبض على المشتبه فيه وتفتيشه من قبل أعضاء الشرطة القضائية بصورة استثنائية، إذ لا يخشى حينئذ من المساس بحريات الأفراد حيث تنتفي شبهة محاولة الإيقاع بإنسان بريء¹.

4- الإسراع في اتخاذ الإجراءات خشية ضياع الأدلة فأنسب وقت للبحث عن الأدلة الخاصة بالجريمة واتخاذ التحريات اللازمة يكون بعد ارتكابها مباشرة وذلك للمحافظة على أدلة الجريمة دون أن تمس أو تمحى كما أن سماع أقوال الشهود في هذه الفترة يجعلهم يقولون الصدق فلا يمكنهم نسيان بعض ما شاهدوه فالتأخير في الإجراءات قد يؤدي إلى التحريف في الشهادة أو إخفاءها أو التهرب من أداءها خشية استدعائهم لأداء الشهادة فيما بعد².

ثانيا: شروط صحة التلبس

لكي يكون التلبس صحيحا وبالتالي منتجا لآثاره القانونية يجب أن تتوافر فيه شروط نذكر منها:

أ- مشاهدة الجريمة بمعرفة ضباط الشرطة القضائية، فقد خول القانون لهم حق اتخاذ بعض الإجراءات التي لا يملكونها في غير تلك الحالة وذلك لأنه قد تحقق من قيام الجريمة فشاهدها بنفسه وأدركها بإحدى حواسه مما يستبعد احتمال الخطأ أو الاتهام الكاذب³ فقد لا يشاهد ضابط

¹ محمد علي سالم عياد الحلبي - شرح أصول المحاكمات - صفحة 397-398.

² محمد علي سالم عياد الحلبي ، دكتور محمد علي سالم عياد الحلبي، الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، الجزء 3، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 1996، ص 399 .

⁴ احمد شوقي الشلقاني - مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري - صفحة 184

الشرطة القضائية الجريمة بنفسه ولذلك يكفي أن تبلغ الجريمة إليه عقب ارتكابها ببرهنة يسيرة فكان له استعمال السلطة المخولة له في حالة التلبس لضبط الجريمة والمحافظة على آثارها.

ب- اكتشاف الجريمة بطريق مشروع أي وفقا لأعمال مطابقة للقانون، فقد يقع التلبس بطريقة عرضية دون إتيان عمل إيجابي من جانب ضابط الشرطة القضائية ومثال ذلك أن يصادف هذا الأخير شخصا في الطريق العام وهو يحمل سلاحا ناريا ظاهر فيسأله عما إذا كان لديه ترخيص يحمله فيجيب بالنفي فيضبطه ويحرر المحضر اللازم بحالة التلبس التي شاهدها مصادفة⁴

قد يكون اكتشافه عن طريق استخدام حيلة مشروعة ولكن غير مخالفة للقانون كأن يتنكر ضابط الشرطة في زي مدني لكي يشتري مخدر فيتقدم إلى الشخص الذي وصل إلى علمه أنه يبيع المخدرات فيبيعه إياه وبالتالي يضبطه بما يحمله من مخدرات.

ج- أن يكون التلبس سابق على إجراءات التحقيق أي أن يثبت التلبس أولا ثم يكون لضابط الشرطة القضائية كنتيجة له أن يقبض على الشخص أو أن يفتشه أو يفتش منزله ويضبط الأشياء أما في حالة ما إذا اتخذ الضابط أي إجراء من هذه الإجراءات التي لا يملكها أصلا وفي غير الأحوال الجائزة قانونا وأدى إلى ظهور التلبس فيكون الإجراء باطل.

الفرع الثاني: صور التلبس بالجريمة

لقد حدد المشرع الجزائري حالات التلبس بحيث لا يمكن لضابط الشرطة أن يباشر هذه الاختصاصات إلا بصدد حالة من تلك الحالات جاعلا نصب عينيه خطورة ما ترتبه تلك الجرائم من آثار تمس غالبيتها حقوق وحرريات الأفراد، وهذه الحالات واردة في القانون على سبيل الحصر في المادة 41 من ق.إ.ج نتعرض لها فيما يلي:

الحالة الأولى: مشاهدة الجريمة حال ارتكابها

وردت هذه الحالة في الفقرة الأولى من المادة 41 من ق.إ.ج التي جاء فيها "توصف الجناية أو الجنحة بأنها في حالة تلبس إذا كانت مرتكبة في الحال أو عقب ارتكابها"، فيتضح لنا من خلال هذه المادة أن قيام هذه الحالة يتطلب مشاهدة الجريمة لحظة ارتكابها أو مشاهدة المجرم وهو متلبس تلبسا حقيقيا بالجريمة.

فالمشاهدة غالباً ما تكون عن طريق الرؤية غير أن الرؤية ليست بشرط لازم لثبوت حالة التلبس بل يكفي لثبوتها أن يكون الشاهد قد حضر ارتكاب الجريمة وأدرك وقوعها بأية حاسة من حواسه¹ ففي هذه الحالة تكون الجريمة قد شوهدت في حالة تلبس وأن اختلفت وسيلة الإدراك.

الحالة الثانية: مشاهدة الجريمة عقب ارتكابها

جاءت هذه الحالة في الفقرة الأولى من المادة 41 السابق ذكرها وهي مشاهدة الجريمة تكون قد وقعت منذ لحظة أو لحظات قصيرة وأثارها لازالت بادية تنبئ عن وقوعها، ويعبر بعض الفقهاء عن هذه الحالة بأن الجريمة تكون وقتئذ ساخنة فثارها لم تخدم بعد ودخانها لازال يشاهد² وتتحقق هذه الصورة مثلاً بمشاهدة السارق خارجاً بالمسروقات من المسكن فأما المدة الزمنية التي تفصل بين وقت ارتكاب الجريمة ووقت اكتشافها فلم يحددها المشرع الجزائري مكتفياً فقط بقوله (عقب ارتكابها) فالعبرة بأن تكون آثار الجريمة قائمة وتدل على وقوع الجرم منذ وقت قصير وأمر تقديرها متروك إلى القضاة الذين سوف يتولون الفصل في موضوع الدعوى المتعلقة بالجريمة المتلبس بها.

الحالة الثالثة: متابعة المجرم بالصياح

نصت على هذه الحالة الفقرة الثانية من المادة 41 واشترط المشرع الجزائري أن تكون الملاحقة بالصياح وهو شرط مرتبط بعامل الزمن والمكان المتصل بالجريمة، فإذا كان الجاني قد شوهد من طرف العامة عند ارتكابه الجريمة وتوابع بالصياح أو المطاردة عن طريق أشخاص أو بواسطة مركبات وكانت المتابعة مستمرة وصفت الجريمة بحالة تلبس³ هذا بغض النظر عن المكان والزمن الذي ضبط فيها الشخص، فكل ما اشترطه المشرع أن تكون الملاحظة بالصياح أثر وقوع الجريمة.

¹ جيلالي بغدادي - التحقيق دراسة مقارنة نظرية وتطبيقية، الديوان الوطني للأشغال التربوية - صفحة 28

² جيلالي بغدادي، المرجع نفسه، ص 28.

³ - علي جروه- الموسوعة في الإجراءات الجزائية، المجلد الأول في المتابعة القضائية - صفحة 333

الحالة الرابعة: العثور على أشياء في وقت قريب في حوزة الجاني أو دلائل تفترض مساهمته في الجناية أو الجنحة

نصت عليها المادة 41 من ق.إ.ج في فقرتها الثانية (.. أو وجدت في حيازته أشياء أو وجدت آثار أو دلائل تدعو إلى افتراض مساهمته في الجناية أو الجنحة).

فهذه الوسائل والدلائل غير محددة بل متروكة لتقدير القضاء فهي وسائل إثبات الجريمة المتلبس بها التي يعثر عليها لدى الجاني تدعو إلى افتراض مساهمته في الجريمة إذا كان الشخص المشتبه فيه قد ضبط في وقت قريب من وقوع الجريمة وهو شرط أساسي لقيام حالة التلبس بالجريمة، فحالة التلبس تعد مسألة تقديرية تختص بها النيابة العامة تحت رقابة جهات الحكم¹.

الحالة الخامسة: وقوع الجريمة داخل المنزل

جاءت هذه الحالة في الفقرة الأخيرة من المادة 41 من ق.إ.ج ويقصد بها أن تقع الجريمة في وقت غير معلوم ثم يكتشف المجني عليه وقوعها بعد مدة من الزمن والغرض من هذا الشرط هو إعطاء المساكن بصفة عامة حرمتها فالنسبة لتحديد مفهوم المسكن فإن الاجتهاد القضائي يتجه إلى الأخذ بالتفسير الوارد فيما يخص انتهاك حرمة المسكن تماثيا مع المبدأ العام المقرر في الدستور، فقد عرف مفهوم المنزل توسيع كبيرا في التطبيقات القضائية بحيث لم يعد يقتصر على المسكن العادي بل امتد ليشمل: الغرفة المأجورة في نزل، الخيم بما فيها المتنقلة غير أن السيارة لا تعد منزلا²، كما أن هذا المفهوم لا يقتصر على مكان وجود مقر الإقامة الرئيسي وإنما يمتد إلى توابعه مثل الفناء، سطح المنزل... الخ.

يفترض في هذه الصورة أن الجريمة وقعت في وقت غير معلوم داخل المنزل وحال غياب صاحبه وبمجرد اكتشافه لها يبادر بالإبلاغ عنها واستدعاء ضباط الشرطة القضائية لإثبات الواقعة واتخاذ الإجراءات اللازمة، فلا يشترط حصول القبض على الجاني في عين المكان، بل الغرض من التبليغ هو تمكين ضباط الشرطة من العثور على أدلة بغض النظر عن الزمان الذي وقعت فيه الجريمة كأن تقع جريمة السرقة في منزل مثلا ثم يقوم صاحبه بتبليغ الشرطة القضائية فمن واجب هذا الأخير الانتقال في الحال ويحرر محضر بالمعاينة واثبات الأدلة و الآثار التي شاهدها.

¹ علي جروه، مرجع سابق، ص 338.

² أحسن بوسقيعة - التحقيق القضائي - طبعة 2004/ ص 88

ما نخلص إليه بشأن الجريمة المتلبس بها، هو أن حالات التلبس الواردة في المادة 41 هي على سبيل الحصر بحيث لا يجوز لضباط الشرطة القضائية ولا لوكيل الجمهورية أن يتوسعا في تفسير هذه الحالات أو يقيسا عليها بما لديهما من سلطة تقديرية وهذا ما جاء به قرار المحكمة العليا غرفة الجنح والمخالفات بتاريخ: 1991/02/05 تحت رقم 74087 (المجلة القضائية 1/1992 صفحة 206) "ولما كان ثابت أن النيابة قدرت ظروف وقوع الجريمة لقيام حالة التلبس، وهذا يدخل ضمن اختصاصاتها فليس للمتهم مناقشة الإجراء الذي قامت به النيابة".

من ثمة فكل جريمة لا تشكل حالة من الحالات المنصوص عليها لا يمكن اعتبارها جريمة متلبس بها ومنه فلا يجوز لضباط الشرطة القضائية ولا لوكيل الجمهورية ممارسة السلطات المخولة لهم لتنفيذ عمليات التفتيش والتوقيف للنظر... الخ المشار إليها في المواد 41 وما يليها من قانون إج.

المطلب الثالث: الدفع ببطلان التفتيش

إن التفتيش كإجراء من إجراءات التحقيق يعتبر كأبي موضوع من المواضيع الإجرائية، حيث لا يتسنى للقارئ فهم معناه والوصول إلى خباياه إلا إذا أدرك معناه العام والذي بدوره يقودنا إلى معرفة التفتيش الخاص – إن صح التعبير – وهو التفتيش الحقيقي، وما يلاحظ في هذا الصدد أن إجراء التفتيش يتأثر بالنظام التشريعي الذي يحكم بلدا معينا²، كما أنه يتأثر بالظروف السائدة في مجتمع ما وبنظام التحقيق بداخله³.

والتفتيش له معنى عام وآخر خاص ولا تناقض بين عمومية التفتيش وخصوصيته، لأنه لأي موضوع أصل يستقي منه معنيان:

- معناه الخاص، كون له من الخصائص والمميزات ما يجعله موضوعا مستقلا بذاته عن بقية أنواع التفتيش.

1 أحسن بوسقيعة – قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية / ص 24
2 الدكتور صالح عبد الزهرة الحسون: أحكام التفتيش وآثاره في القانون العراقي دراسة مقارنة، ط1، 1989، ص 25. حيث قال في هذا الصدد: فحيث يقوم الحكم الاستبدادي وتهدد الحرية الشخصية يتسع نطاق التفتيش وكذلك حالات استعماله، أما في ظل النظم الديمقراطية فيضيق نطاق استعمال هذا الحق ويعتبر استثناء للقاعدة التي توجب احترام الحرية الشخصية.
3 مثلا في الجزائر ونتيجة لأعمال العنف الأخيرة فقد تأثر التفتيش كإجراء من إجراءات التحقيق بهذه الظروف وشمل الأمر 10/9 المؤرخ في 25 فبراير 1995 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، إذ أضيفت فقرة للمادة 45 من قانون إجراءات جزائية كما يلي "... لا تطبق هذه الأحكام إذا تعلق الأمر بجرائم موصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية باستثناء الأحكام المتعلقة بالحفاظ على السر المهني المذكور أعلاه". كما أضافت فقرتين تتعلق بجرائم موصوفة بأعمال إرهابية حيث مكنت قاضي التحقيق من إجراء عملية التفتيش أو الحجز دون مراعاة الأوقات المنصوص عليها في المادة 47 ق.إ.ج.

• معناه العام هو الإطلاع على محل منحه القانون حرمة خاصة باعتباره مستودع سر صاحبه لضبط ما عسى أن يوجد به، كما يفيد في كشف الحقيقة¹، ولعل الأمر الذي جعلنا ندرج المعنى العام هو لمعرفة ما مدى سعة هذا الموضوع ونطاقه الواسع².

أما المعنى الخاص للتفتيش وهو المقصود في هذا الصدد وهو المراد بنص المادة 44 من قانون الإجراءات الجزائية وما بعدها وقد عرفه العديد من الفقهاء بتعريفات تكاد تكون واحدة لولا اختلاف الألفاظ، فهو الإطلاع على محل منحه القانون حرمة خاصة باعتباره مستودع سر صاحبه لضبط ما قد يحتوي عليه من أدلة في كشف الجريمة³، وهو البحث عن الحقيقة في مستودع السر⁴، وهو نفس المعنى الذي ذكره العديد منهم⁵، وينصب التفتيش على جميع الأماكن التي يمكن العثور فيها على أشياء يكون كشفها مفيداً لإظهار الحقيقة⁶ بغض النظر عن أن هذه الأماكن تابعة للمتهم أو غيره، فالمعيار الذي يستند إليه التفتيش هو مدى إمكانية الحصول على دليل مادي يفيد أو يعين على كشف الحقيقة.

ولذلك سأعتمد إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، متناولاً في الفرع الأول تعريف التفتيش وفي الفرع الثاني خصائص التفتيش.

الفرع الأول: تعريف التفتيش

بالرغم من أن المشرع الجزائري لم يتعرض لتعريف التفتيش ولعل حجته في ذلك ترك مثل هذه المسائل للفقهاء ليتولى شرحها، وكذلك المشرع الفرنسي لم يورد تعريفاً للتفتيش، فإننا نرى أنه من الواجب علينا التنويه بما ذهب إليه الشريعة الإسلامية والتي أكدت على صيانة حرمة الإنسان في شخصه ومسكنه وحياته الخاصة بوجه عام فالآيات القرآنية والأحاديث النبوية الدالة على ذلك كثيرة ونكتفي بما سنورده فحسب حيث قال تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا

1 الدكتور صالح عبد الزهرة الحسون: المرجع السابق، ص 36.

2 أحمد عبد الحكيم عثمان: تفتيش الأشخاص وحالات بطلانه، دار المعارف الإسكندرية، 2002.

3 الدكتور سليمان بارش: شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار الشهاب، باتنة، ص 185.

4 عبد الحميد عمارة: ضمانات المتهم أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي في الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري دراسة مقارنة، دار المحمدية العامة، الجزائر، 1988، ص 347.

5 الدكتور مأمون محمد سلامة: قانون الإجراءات الجزائية معلقاً عليه بأحكام الفقه وأحكام النقض، دار الفكر العربي، ط1، 1980، ص 244.

6 وهو المعنى الذي أشارت إليه المادة 81 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، حيث نصت على أنه " يباشر التفتيش في جميع الأماكن التي يمكن العثور فيها على أشياء يكون كشفها مفيداً لإظهار الحقيقة ".

فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ (12))¹، وقوله صلى الله عليه وسلم (إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث)².

بناء على ما سبق، فإن حرمان الإنسان كلها واجبة الصيانة حتى يظهر ما يقتضي الانتقاص منها إذا توافرت الأسباب والمبررات لذلك وهو ما يستفاد من الآية السابقة الذكر حيث قصر الإثم على بعض الظن ولم يبسطه على ما سره بحيث أن المفسرين أولوا كلمة الظن في الآية بالتهمة³.

بالرغم من أن القلم ينساب انسيابا بتحولنا في مجال الشريعة الإسلامية إلا أن المقام لا يسمح بذلك، ونكتفي بما ذكرناه.

مهما يكن من أمر، وسواء قام بالتفتيش قاضي التحقيق أو ناب غيره فالتفتيش كقاعدة عامة يخضع إلى شروط حتى يكون صحيحا سنوردها كالتالي:

1- أن تكون هناك جريمة: أي أن التفتيش لا يكون إلا إذا كانت قد وقعت جريمة فعلا ولا يجوز التفتيش بالنسبة لجريمة ستقع مستقبلا كما أن المشرع الجزائي بين نوع الجريمة التي يقع التفتيش بشأنها، فليس كل جريمة تقع يجري حولها التفتيش، بل يقصد بها تلك التي تأخذ وصف الجنحة أو الجناية فحسب⁴.

لعل الأمر هنا مرده إلى أن حرمة الشخص الذاتية أو حرمة السكن أكثر بكثير من أن تنتهك بسبب شك وقوع جريمة معينة، أو أن جريمة وقعت حقا ولكنها يجب أن ترقى إلى وصف الجنحة أو الجناية، فالأمر ليس من السهولة بمكان للقيام بهذا الإجراء، لأن هذه الحرمات لها من القداسة القانونية ما جعل المشرع ينظمها على مستوى أسمى النصوص القانونية ألا وهو الدستور⁵.

¹ سورة الحجرات وهي سورة مدنية، الآية 12.

² وهو حديث صحيح جاء في رواية عن أبي هريرة رضي الله عنه.

³ أنظر الإمام الحافظ عماد الدين أبو الفدا إسماعيل بن كثير: تفسير القرآن الكريم، دار المعرفة، بيروت، 1982، ص 212. أنظر كذلك محمد علي الصابوني: صفوة التفاسير، طه، دار القرآن الكريم، بيروت، 1982م، ص 235.

⁴ هذا ما تبينه المادتان 55 و 82 من قانون الإجراءات الجزائية إذ جاء في المادة 55 على أنه تطبيق أحكام المواد 42 إلى 54 في حالة الجنحة المتلبس بها، كما نصت المادة 81 على الجناية بقولها " غير أنه يجوز له وحده قاضي التحقيق أو في مواد الجنايات أن يقوم بتفتيش منزل المتهم... ".

⁵ تضمن جميع دساتير العالم تقريبا هذه الحرمات وأحاطتها بعناية كبيرة فقد نص دستور 1989 في المادة 39 والمادة 40 على تفتيش الشخص ومسكنه حين نصت المادة 39 على " لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه يحميها القانون " كما نصت المادة 40 منه على " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن فلا تفتيش إلا بمقتضى قانون وفي إطار احترامه " وتقابلها المادة 44 من الدستور المصري.

2- صاحب محل التفتيش فاعلا أو شريكا في الجريمة: إضافة إلى أن الجريمة توصف بأنها جنحة أو جنائية , حتى يقع التفتيش بل لا بد أن تقوم قرائن ودلائل قوية على أن صاحب حق السر فاعلا أو شريكا فيها أو بحيازته أشياء ذات صلة بالجريمة¹.

3- أن يكون الغرض من التفتيش هو البحث عن الأشياء الخاصة بالجريمة²: أي جمع استدلالات بشأنها ومع ذلك إذا ظهر عرضا أثناء التفتيش وجود أشياء تعد حيازتها جريمة جاز للقائم بالتفتيش أن يضبطها إذ يكون بصدد جريمة في حالة تلبس³ أو نكون بصدد تطبيق المادة 47 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية ولقد أضافها المشرع بالقانون 06 - 22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 وجاء فيها أنه إذا كان التحقيق بشأن جريمة متلبس بها أو جرائم المخدرات أو الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية أو الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات أو تبييض الأموال والإرهاب أو المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف وكان الشخص المراد تفتيش مسكنه موقوفا للنظر أو محبوسا في مكان آخر وأن الحال يقتضي عدم نقله إلى ذلك المكان بسبب مخاطر جسيمة قد تمس بالنظام العام أو احتمال فراره أو اختفاء الأدلة خلال المدة اللازمة لنقله فهنا يمكن أن يجري التفتيش بعد الموافقة المسبقة لوكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق أو بحضور شاهدين مسخرين طبقا لأحكام المادة 45 من هذا القانون أو بحضور ممثل يعينه صاحب المسكن .

بعد استكمالنا لتعريف التفتيش ارتأيت أنه من الضرورة التمييز بين التفتيش الذي يهمننا هنا وهو التفتيش التحقيقي وبين غيره من الصور المشابهة له كالاتي

أولا : التمييز بين التفتيش التحقيقي والتفتيش الوقائي

إن التفتيش في الواقع لا يكون دائما غاية الوصول إلى أدلة تساعد على كشف الجريمة كما رأينا بالنسبة للتفتيش التحقيقي، فقد يكون الغرض من حماية الجاني من أن يرتكب أي عمل ضد نفسه أو غيره.

1 هذا ما نصت عليه المادة 44 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري " ...الأشخاص الذين يظهر أنهم ساهموا في الجنائية أو أنهم يحوزون أوراقا أو أشياء متعلقة بأفعال الجنائية المرتبكة لإجراء التفتيش " .

2 هو ما يستفاد من نص المادة 81 من قانون الإجراءات الجزائية.

3 كأن يعثر مثلا، وهو بصدد تفتيش على قطعة من المواد المخدرة أو على سلاح بدون رخصة...الخ.

بالرجوع إلى القضاء المصري نجده تصدى لهذه الثغرة كعادته. وقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه (ما يستلزمه القبض من بحث في ملابس المتهم لتجريده مما يحتمل أن يكون معه سلاح، خشية أن يستعمله في المقاومة أو الاعتداء على نفسه أو على من يقبض عليه)¹.

الهدف إذا من التفتيش الوقائي هو قبل ارتكاب الجرائم والحيلولة، دون وقوعها وقد يصاحبه القبض على الأشخاص²، ومما لا شك فيه أن التفتيش الوقائي لا يستدعي تقديره بنص قانوني أو يشترط في من يقوم به صفة الضبطية القضائية إذ هو إجراء تقتضيه الضرورة³، وأما حكم المشرع من إجازة القيام به فلأنه راعى خطورة المتهم، تلك الخطورة التي تبرر اتخاذ إجراء لتقييد حرية المشتبه به⁴.

ثانيا: التمييز بين التفتيش التحقيقي والتفتيش الإداري

التفتيش الإداري إجراء تقوم به السلطات الإدارية تحقيقاً لأغراض إدارية متعددة دون الحاجة إلى النص عليه قانوناً ودون حاجة أيضاً إلى صفة الضبط القضائي فيمن يقوم به كما أنه لا يهدف إلى البحث عن أدلة الجريمة⁵.

مادام الأمر كذلك فإنه لا يستدعي للقيام به أن تسبقه دلائل وأمارات قوية للشك في شخص معين أو مكان منعزل. ومثال ذلك التفتيش الذي يقوم به أعوان الجمارك في المطارات والموانئ من تفتيش للمتاع والحقائب.

كما يهدف التفتيش الإداري إلى تنظيم المرافق العامة وضمان السير الحسن والمطرد للمؤسسات كقيام حارس السجن بتفتيش من سيأتي من زوار المؤسسة العقابية، وعند قيام شرطي مثلاً في المطار بتفتيش شخص ووجد بحوزته مادة مخدرة، فهل يعد هذا التفتيش تحقيقاً أم إدارياً تقتضيه المهمة المنوط بها؟

¹ الدكتور صالح عبد الزهرة الحسون: المرجع السابق، ص 58.

² وإذا كان المشرع الجزائري لم ينص على القبض فقد نص على ذلك قانون الإجراءات الجنائية العراقي في مادته 50 فقال " لكل من قبض قانوناً على شخص أن يجرده من الأسلحة التي يحملها وعليه أن يسلمها في الحال إلى من أصدر الأمر بالقبض أو إلى أقرب مركز شرطة أو أي فرد من أفراد الشرطة ".

³ تضمن جميع دساتير العالم تقريباً هذه الحرمات وأحاطتها بعناية كبيرة فقد نص دستور 1989 في المادة 39 والمادة 40 على تفتيش الشخص ومسكنه حين نصت المادة 39 على " لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه يحميها القانون " كما نصت المادة 40 منه على " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن فلا تفتيش إلا بمقتضى قانون وفي إطار احترامه " وتقابلها المادة 44 من الدستور المصري.

⁴ الدكتور رؤوف عبيد: المشكلات العملية الهامة في قانون الإجراءات الجنائية، ج1، ط3، دار الفكر العربي، 1980، ص 93.

⁵ الدكتور صالح عبد الزهرة الحسون: المرجع السابق، ص 48.

إن الأمر بسيط للغاية، فهذا التفتيش إذا قام به شرطي بنية التحقق من شك أو ريب ناب فكره فنعتبره تحقيقاً، أما إذا قام به الشرطي نفسه في إطار وظيفته العادية ووجد هذه المادة المخدرة فتعد من قبيل الجرائم المتلبس بها.

لا جرم إذا ذكرنا كيف تم ذلك؟ فهويته أي تحقق صورة التلبس بما يوجه القانون لضابط الشرطة القضائية وأعوانها من سلطات استثنائية ورضا من فتش هنا ليس شرطاً في هذه الأحوال لصحة الإجراء¹.

كما تجدر الإشارة هنا أنه توجد أنواع أخرى من التفتيش لا يتسع المجال لذكرها وهي خارجة عن موضوع بحثنا كالتفتيش في المادة الجمركية والتفتيش في قانون السجون².

الفرع الثاني: خصائص التفتيش

إن التفتيش كما سبق بيانه هو الإطلاع على محل منحه القانون حرمة خاصة باعتباره مستودع سر صاحبه لضبط ما قد يحتوي عليه من أدلة في كشف الجريمة³ ومن ثمة فإن التفتيش له خصائص تميزه وتجعل منه موضوعاً خاصاً بذاته وأهم هذه الخصائص ثلاثة.

أولاً: الجبر والإكراه

إن أية دولة، لا تعد ديمقراطية إلا إذا ضمنت حريات أفرادها من خلال تنظيمها ضمن نصوص تحمي هذه الحريات لاسيما حرمة الشخص الفردية وحرمة مأواه، وإذا كانت حرمة الشخص تتمتع بحماية قانونية عالية، فإنها كثيراً ما تصطدم بمصلحة عامة، تكون الغلبة في الأخير لمصلحة المجتمع.

1 الدكتور رؤوف عبيد: المرجع السابق، ص 110.

2 قانون 04-05 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق لـ: 6 فبراير سنة 2005 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة إدماج المحبوسين،

3 الدكتور سليمان بارش: المرجع السابق، ص 185.

القانون إذن يوازن بين حق المجتمع في العقاب دفاعا عن مصالحه التي تنتهك بارتكاب الجرائم وبين تمتع الفرد بحريته أمام هذا الحق وأمام هذه الموازنة يبيح القانون إجراء التفتيش جبرا وبالرغم عن أنف صاحب الشأن وذلك متى توفرت وروعت ضمانات معينة¹.

قد وفر القانون الجزائري جميع الظروف لقاضي التحقيق وضابط الشرطة القضائية من أجل القيام بهذا الإجراء على أكمل وجه، وهذا دون الإخلال بالإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية حماية لحرمة الشخص ومسكنه².

ثانيا: المساس بحق السر

إن التفتيش هو الإطلاع على مستودع السر، ومن ثم فهو يعتبر بمثابة مساس بحرمة الشخص إذا وقع التفتيش على شخصه، وهو قيد أيضا وانتهاك للمسكن إذا كان هذا الأخير محلا للتفتيش.

التفتيش إذن قيد واستثناء يرد على حرمة الشخص والمسكن، ولما كان الأمر كذلك فإنه يترتب عليه أنه يخرج عن نطاقه كل إجراء لا يمس سرا لأحد، فلا يعد تفتيشا الإجراء الذي يمس شيئا مكشوفاً، ظاهراً للعيان، وإذا تخلى صاحب المسكن عن الحفاظ على سره، فكشف عن خبيئته، فإن قواعد التفتيش لا تحميه³.

إذا كان التفتيش إجراء يمس بحق السر من أجل مصلحة المجتمع في الدفاع ضد الجريمة، فإنه لا يمكن المساس بهذا الحق إلا إذا وجدت المصلحة الاجتماعية التي تحرك وجوب المساس به وهي وقوع جريمة ووجود قرائن وأمارات قوية على أن صاحب حق السر فاعلا أو شريكا فيها، وبعبارة أخرى فإن التفتيش يجعل من السر مكانا معلوما.

¹ مصطفى مجدي هرجة: المشكلات العملية في القبض والتفتيش والدفع والبطان، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص 350.

² وأهم النصوص التي تهيئ للقائم بإجراء التفتيش جميع الظروف المادة 81 من قانون الإجراءات الجزائية حيث نصت على أنه " يباشر التفتيش في جميع الأماكن التي يمكن العثور فيها على أشياء يكون كشفها مفيدا لإظهار الحقيقة ".
المادة 49 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على " إذا اقتضى الأمر إجراء معاينات لا يمكن تأخيرها فضايط الشرطة أن يستعين بأشخاص مؤهلين لذلك... "

³ محمد صبحي نجم: رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجزائية، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، 1993، ص 351.

لكن ليس لدى جميع من يقوم به خاصة إذا تعلق الأمر بمستندات أو وثائق معينة إذ يقتصر العلم على قاضي التحقيق أو ضابط الشرطة القضائية¹.

إذا حدث أمر يخالف هذه الإجراءات فإن الموظف القائم بإجراء التفتيش يكون بذلك مرتكب لجريمة إفشاء السر المعاقب عليها بموجب نصوص قانون العقوبات².

فضلا عن ذلك يتعرض من قام بإفشاء هذا السر إلى عقوبات إدارية كإنزاله من الرتبة ونقله أو توقيفه لمدة معينة، أو عزله نهائيا إذا كان الخطأ من الجسامه بمكان، حيث يتناسب مع الخطأ الذي ارتكبه والضرر المترتب عنه³.

ثالثا: البحث عن الأدلة المادية للجرائم

لا يكفي أن يكون التفتيش متصفا بالجبر وإطلاعه على مستودع السر، ليكون تفتيشا تحقيقيا خالصا، بل أن يكون الغرض منه هو البحث عن أدلة مادية للجريمة.

لتحقيق هذا الغرض، أي الوصول إلى الدليل، أمر حيوي في التحقيق الجنائي فلا يدان الشخص دون دليل فلا عقوبة ولا جريمة إلا بنص، ونظرا لأن الأمر يتعلق بمبدأ الشرعية فإن القانون حول اتخاذ جميع الإجراءات بما فيها إجراء التفتيش لما ينطوي عليه من مساس بحرية المتهم وخاصة عبء الإثبات يقع على عاتق سلطة الاتهام، وإذ أن الأصل في الإنسان البراءة، ومن ثم فإن إسناد الجريمة إلى شخص معين تقتضي إقامة الدليل على صلته بها.

التفتيش إذن هو وسيلة للبحث عن الأدلة المادية للجريمة وضبطها⁴، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يخضع تقرير ملائمة التفتيش لسلطة قاضي التحقيق تحت رقابة محكمة الموضوع وما تجدر الإشارة إليه هو أن التفتيش التحقيقي يهدف دائما إلى جمع الأدلة على وقوع جريمة معينة ونسبتها

1 المادة 46 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أنه " يعاقب بالحبس شهرين إلى سنتين وبغرامة مالية تتراوح بين 2000 إلى 20.000 دج كل من أفشى مستندا ناتجا من التفتيش واطلع عليه شخصا لا صلة له قانونا في الإطلاع عليه وذلك بغير إذن من المتهم أو من يؤدي حقوقه أو من الموقع على هذا المستند أو من المرسل إليه ما لم تدع ضرورات التحقيق إلى غير ذلك "

2 ويخضع ضباط الشرطة القضائية في أعمالهم لرقابة غرفة الاتهام ولها أن تصدر قرارات إدارية أو تأديبية دون جواز الطعن فيها قانونا، بالإضافة إلى إمكانية تطبيق المادة 301 من قانون العقوبات التي تنص على " يعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة مالية من 500 إلى 5000 دج. جميع الأشخاص المؤتمنين بحكمة القانون أو المهنة

3 أنظر المجلة القضائية، العدد الأول، 1994، ملف رقم 105717 قرار صادر بتاريخ 1993/01/05.

4 الدكتور عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 351.

إلى المتهم وذلك بضبط الأشياء التي وقعت عليها الجريمة أو استخدمت في ارتكابها أو المبحوث عنها¹.

هذا سواء قام به قاضي التحقيق أو السلطة المفوضة (ضابط الشرطة القضائية) ولو زاغت الغاية من التفتيش عما سبق بيانه اعتبر هذا سببا من أسباب بطلانه، كما أنه ومما لا شك فيه أن التفتيش يمس حرمة الحياة الخاصة كما يمس حرمة المسكن الذي يجري فيه، إلا أنه كثيرا ما يكون ضروريا لكشف الحقيقة بشأن الجريمة وفاعلها، والأصل أن من يقوم بالتفتيش هو قاضي التحقيق.

إلا أن القانون خوله سلطة تفويض مأموري الضبط القضائي للقيام به، وهو ما جرى عليه العمل في الواقع، فنادرا ما ينتقل قاضي التحقيق رفقة كاتبه لمكان الجريمة للقيام بالتفتيش، خاصة وأن التفتيش لا يكون إلا في الجرائم التي تبلغ حدا معيناً من الخطورة، وتأخذ وصف الجنحة أو الجنائية فلا غنى إذن عن انتقال قاضي التحقيق إلى مكان وقوع الجريمة للقيام بمهامه، إلا أن هذا القول لا نقصد به إنقاص العمل وجهد مأموري الضبط القضائي، أو عدم الثقة بما يرد بمحاضرهم بل أن الغاية من قولنا هذا هو الوصول إلى الحقيقة الواقعية ومطابقتها للحقيقة القضائية والتي تكون إلى حال أفضل، وتصل إلى نتيجة أدق لو قام بها قاضي التحقيق أو وكيل الجمهورية.

الفرع الثالث: محل التفتيش

إن التفتيش كما سبق الذكر هو إجراء تحقيقي يقوم به في الأصل قاضي التحقيق باعتباره اختصاصا من اختصاصاته، كما تقوم به الضبطية القضائية عن طريق الإذن بالتفتيش كما هو معمول به واقعا.

كما قد يقوم بالتفتيش ضابط الشرطة القضائية في حالة حصوله على إذن مسبق بناء على إجراء صادر من السلطة القضائية المختصة، من وكيل الجمهورية أو في حالة تفويضهم من قبل قاضي التحقيق، وذلك وفقا لأحكام الإنابة القضائية طبقا لما أشارت إليه المادة 138 و المادة 139 من قانون الإجراءات الجزائية، حيث تنص في الفقرة الأولى (يجوز لقاضي التحقيق أن يكلف بطريق الإنابة القضائية أي قاضي من قضاة محكمته أو أي ضابط من الشرطة القضائية المختصة بالعمل في تلك الدائرة أو أي قاضي من قضاة التحقيق بالقيام بما يراه لازما من إجراءات التحقيق في الأماكن الخاضعة للجهة القضائية التي يتبعها كل منهم).

¹ أحمد شوقي: مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ج2، 1999، ص 240.

كما قد يقومون به بدون الحاجة إلى إذن أو تفويض وذلك في حالة الجنحة أو الجناية المتلبس بها¹ طبقاً للمادتين 41 و55 من قانون الإجراءات الجزائية، وإذا كان المشرع قد أعطى هذه السلطة لضابط الشرطة القضائية بهذه الطريقة فذلك لأن هناك من الظروف ما يستدعي التدخل المباشر والسريع بإجراء من إجراءات التحقيق ضماناً للمحافظة على أدلة الجريمة كما هو الشأن في حالة التلبس، ومما لا جدل فيه كفكرة تمهيدية لتفتيش الأشخاص، يقوم ضابط الشرطة القضائية بتفتيش الشخص إذا تم القبض عليه²، ذلك أن إجراء القبض هو أكثر خطورة من التفتيش، فإذا تم القبض على شخص ما، جاز تفتيشه، كما أنه قد يسبق التفتيش القبض عليه.

لذلك فمادام القانون قد أباح لمأمور الضبط القضائي إجراء القبض فلا غضاضة في منحه حق التفتيش، نظراً لما فيه من قيمة بالنسبة للتحقيق وذلك بالكشف عن جسم الجريمة أو الأدوات التي استخدمت فيها حتى لا يتمكن المقبوض عليه من إخفائها أو إعدامها³.

لما كان التفتيش عملاً من أعمال التحقيق وليس مجرد إجراء استقصائي فإن مؤدى هذا أنه لا يجوز الالتجاء إليه إلا بناء على تهمة موجهة إلى شخص مقيم في المنزل المراد تفتيشه بارتكاب جناية أو جنحة أو باشتراكه في ارتكابها، أو إذا وجدت قرائن على أدلة حائزة لأشياء تتعلق بالجريمة، كما يشترط دائماً موافقة صاحب السكن على تفتيش مسكنه⁴، كما يجب أن يكون الأمر بالتفتيش مسبباً ومهما يكن من أمر فإن محل التفتيش لا يعدو في العادة أن يكون واقعا إلا على شخص أو سكن معين وما في حكمهما، سنقتصر على دراسة تفتيش الأشخاص، المساكن وسنتداول كل جزئية على حدى مبينين من خلاله شروط تفتيش كل منهما وقواعده، والاستثناءات الواردة في هذا الصدد.

أولاً: تفتيش المنازل

1 المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية: توصف الجناية أو الجنحة بأنها في حالة تلبس إذا كانت مرتكبة في الحال أو عقب ارتكابها. كما تعتبر الجناية أو الجنحة متلبساً بها إذا كان الشخص المشتبه في ارتكابه إياها في وقت قريب جداً من وقت وقوع الجريمة قد تبعه العامة بصياح أو وجدت في حيازته شياء أو وجدت آثار أو دلائل تدعو إلى افتراض مساهمته في الجناية أو الجنحة. وتتسم بصفة التلبس كل جنحة أو جنحة وقعت ولو في غير الظروف المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين، إذا كانت قد ارتكبت في منزل أو كشف صاحب المنزل عنها عقب وقوعها وبادر في الحال باستدعاء أحد ضباط الشرطة القضائية لإثباتها.

2 جلال ثروت: أصول المحاكمات الجزائية، الدار الجامعية، 1988، ص 54.

3 مأموم محمد سلامة: قانون الإجراءات الجزائية معلق عليه بأحكام الفقه وأحكام النقض، دار الفكر العربي، ط1، 1980، ص 246.

4 عبد الله أوهايبية: ضمانات الحرية الشخصية أثناء مرحلة البحث التمهيدي والاستدلال، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2004، ص 419.

مما ينبغي علينا بيانه أولاً، ونحن بصدد هذا المقام هو معرفة ما تعنيه كلمة مسكن فلا يتصور أن نتحدث عن إجراء التفتيش الواقع على المساكن ونحن لا نعرف معنى هذه الكلمة ونطاقها، وما يعتبر في حكمها؟

إن المنزل الذي يقصده المشرع ليس المسكن بالمفهوم المدني الضيق أو مكان الإقامة، بل يقصد به أي مكان يشغله المرء، ولقد عرف مفهوم المنزل توسيعاً كبيراً في التطبيقات القضائية، حيث لم يعد يقتصر على المسكن العادي، بل امتد ليشمل الغرفة المأجورة في نزل، الشقة المفروشة، الحجرة الخاصة بالوزير أو برئيس المؤسسة في مقر الوزارة أو الإدارة، الخيم المتنقلة غير أن السيارة لا تعد منزلاً¹ كما يعتبر مسكناً ذلك المكان الذي يقطن فيه الشخص عادة ولا يباح لأي فرد الدخول إليه إلا بإذن منه، وتتحقق الحماية القانونية سواء كان المسكن مسكوناً فعلاً أو خالاً من السكان² وفي هذا الصدد تقول المادة 355 من قانون العقوبات (المنزل المسكون هو كل مبنى أو دار أو غرفة أو كشك ولو متنقلاً متى كان معداً للسكن وإن لم يكن مسكوناً وقتذاك وكافة توابعه مثل الأحواش وحظائر الدواجن ومخازن الغلال والاصطبلات والمباني التي توجد بداخلها مهما كان استعمالها ولو كانت محاطة بسيياج خاص داخل السياج أو السور العمومي).

يعد من قبيل المساكن أيضاً المحلات المسكونة بالفعل أو المعدة للسكن وملحقاتها، كالمنازل والأكوخ، السفن والحجرات في الفنادق المستأجرة للإقامة تعتبر مساكن، وتدخل في حكم المساكن والمحلات التي يباح للجمهور الدخول إليها بدون إذن كما كتب الأطباء والمحامين³.

خلاصة القول هو أنه كل مكان لا يمكن للغير الدخول إليه بدون إذن صاحبه يعد مسكناً، أسبق عليه المشرع حماية قانونية وتلحق بالمسكن من حيث تقرير الحماية القانونية، كمكاتب المحامين وعيادات الأطباء، لأنه تعتبر كذلك مستودع السر، إذ لا يباح لأي فرد الإطلاع على ما بداخله، والدخول إليها إلا في أوقات العمل يباح لأفراد معينين يقصدونها ابتغاء الاستفادة من خدماتها. وعليه سأتناول هذا الفرع من خلال بتفتيش منزل المتهم الأول وثانياً بتفتيش منزل غير المتهم.

أ: تفتيش منزل المتهم

1 الدكتور أحسن بوسقيعة: التحقيق القضائي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2006، ص 90.

2 الدكتور سليمان بارش: المرجع السابق، ص 185.

3 الأستاذ جيلالي بغدادي: التحقيق دراسة مقارنة نظرية وتطبيقية، ط1، ديوان الأشغال التربوية، 1999، ص 172.

ما تجدر الإشارة إليه أنه يجب التفرقة بين تفتيش السكن ودخوله، فقد يكون دخول المسكن لغرض آخر غير التفتيش، كأن يكون دخول المسكن بقصد تنفيذ أمر صادر بالقبض على المتهم في جريمة دون تفتيش السكن¹.

يقصد بمنزل المتهم، السكن الذي يقيم فيه وملحقاته التابعة له والمقصود بالملحقات، المنافع التابعة له والتي تعتبر جزءا مكتملا للمنزل مثال ذلك الحديقة الملحقة بالمنزل، وغير ذلك من المنافع الملحقة بالمسكن ولا يشترط لكي يعتبر المكان مسكنا أن يكون مقيما فيه بصفة دائمة، بل يكفي أن يكون معدا لإقامته سواء قصرت هذه الإقامة أم طالته ومثال ذلك: استئجار شقة بالفندق فهي منزل الشخص حتى ولو كانت إقامته بها لمدة يوم واحد².

كما للشخص حرمة، فللمسكن حرمة، ومن أجل ذلك قيد المشرع تفتيشها فوضع قيودا ترد على تفتيش المساكن لأنها مكان خاص بإقامته وبها مستودع سره فإذا انتفت عن المكان صفة الخصوصية هذه بأن كان لأي شخص أن يرتاد المكان، فقد أصبح بذلك محلا عاما ولا يكون هناك قيد على دخوله، وتفتيشه كما هو الشأن في المساكن، بل أن الاجتهاد المصري ذهب إلى أبعد من هذا ووصف المنزل بكل دقة فاعتبره منزل للمتهم ذلك الجزء الخاص به فقط.

لذلك فقد قرر الدستور الجزائري كغيره من الدساتير الأخرى حمايته حيث نصت المادة 40 من دستور 1996 على أنه (تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن، فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون، وفي إطار احترامه) وهذا ما جسده المادة 45 من قانون الإجراءات الجزائية الفقرة الأولى³.

يقوم بتفتيش منزل المتهم إما قاضي التحقيق طبقا للمادة 79 من قانون الإجراءات الجزائية، أو من طرف الضبطية القضائية بأمر من وكيل الجمهورية، أو من طرف قاضي التحقيق وفي رضا المتهم، بموجب المادة 64 من قانون الإجراءات الجزائية.

¹ جلال ثروت: المرجع السابق، ص 50.

² مأمون محمد سلامة: المرجع السابق، ص 255.

³ فحفاظا على هذه الحرمة أوجب المشرع الجزائري معينة تحت طائلة البطلان، حيث نصت المادة 01/45 على أنه " إذا وقع التفتيش في مسكن شخص يشتبه في أنه ساهم في ارتكاب الجناية فإنه يجب أن يحصل على التفتيش بحضوره، فإذا تعذر عليه الحضور وقت إجراء التفتيش فإن ضابط الشرطة القضائية ملزم بأن يكلفه بتعيين ممثل له، وإذا امتنع عن ذلك أو كان هاربا استدعي ضابط الشرطة القضائية بحضور تلك العملية شاهدين من غير الموظفين الخاضعين لسلطته "

في كل الحالات السابقة، يقرر القانون وجوب احترام الضمانات المقررة في المواد من 44 إلى 47 من قانون الإجراءات الجزائية.

ما تجدر الإشارة إليه أن التفتيش الذي يقوم به قاضي التحقيق في منزل المتهم يخضع لنفس الشروط المقررة لضباط الشرطة القضائية والمتمثلة في المواد 45-47 من قانون الإجراءات الجزائية، و يكون هناك نوعان: الشروط الموضوعية والشروط الشكلية.

1- الشروط الموضوعية

1-1 - إجراء التحقيق: يجب أن يكون الهدف من التفتيش هو إجراء التحقيق للوصول إلى أدلة نفي كشف الجريمة المرتكبة، ومعنى ذلك أن التفتيش لا يصح من الناحية القانونية إلا بعد ارتكاب الجريمة، ولو قامت الدلائل والتحريات على أنها ستقع بالفعل¹، ويستفاد هذا الشرط من نص المادة 81 من قانون الإجراءات الجزائية، التي تنص على أنه (يباشر التفتيش في جميع الأماكن التي يمكن العثور فيها على الأشياء يكون كشفها مفيدا لإظهار الحقيقة)، والحالة المقصودة في النص هي حقيقة الجريمة المرتكبة.

2-1 - أن تكون هناك فائدة من التفتيش: الفائدة المراد الحصول عليها تمثل في كشف الحقيقة طبقا للمادة 81 من قانون الإجراءات الجزائية السابق ذكرها.

فإذا لم تكن هناك فائدة من وراء التفتيش فإن دخول البيت وتفتيشه يعد عملا غير قانونيا بل اعتبره البعض غير لازم في هذه الحالة وتعسفيا².

3-1 اتهام شخص معين: يجب أن يكون هناك اتهام موجه للشخص المراد تفتيش مسكنه أو وجدت قرائن على حيازته لأشياء تتعلق بالجريمة، فالسكن موضوع التفتيش يجب أن يكون يقيم به الشخص الموجه إليه تهمة ارتكاب جنحة أو جناية بوصفه فاعلا أو شريكا يجب أن يكون الاتهام جديا، فإذا كان مستندا إلى مجرد الإخبار أو الشكاوي فلا يكفي لصحة التفتيش، وإذا كان الاتهام جديا يستوي أن يكون المتهم فاعلا أو شريكا، بل يكفي أن تقوم قرائن على أن في حوزته أشياء لها علاقة بالجريمة، غير أن تقدير مدى كفاية الدلائل أمر متروك لتقدير القاضي المحقق تحت رقابة

1 سليمان بارش: المرجع السابق، ص 186.

2 عبد الحميد عمارة: المرجع السابق، ص 180.

محكمة الموضوع التي إذا تبين لها عدم جدية الدلائل، كان لها اعتبار التفتيش باطلا، وعدم الأخذ بالدليل المستمد منه.

4-1 - أن يكون التفتيش بخصوص جرائم معينة: لا يوجد في قانون الإجراءات الجزائية نص صريح يقصر التفتيش على جرائم معينة، غير أن الفقه استقر على أن التفتيش باعتباره إجراء يمس حرمة المنزل يجب أن ينصب على الجرائم ذات الجسامة كالجنح والجنايات¹، ولا يحق تفتيش السكن بحثا عن أدلة لكشف مخالفة لأنها من البساطة التي لا يجوز معها إهدار حرمة المسكن.

5-1 - أن يكون المسكن محددًا تحديداً نافيا للجهالة: لا بد أن يقع التفتيش على مسكن الشخص الذي قامت ضده دلائل قوية على مساهمته في الجريمة أو حيازته لأشياء لها علاقة بالجريمة، ولذا يشترط أن يكون هذا المسكن محددًا تحديداً كافياً لا يحتمل الخطأ أو اللبس² وتحديد المكان هو أمر يستفاد من الظروف التي صدر فيها الإذن بالتفتيش، فقد يتحدد بملكية المنزل لشخص معين أو برقمه في الطريق المتواجد به أو بتحديدته بالنسبة لما يحيط به من أمكنة أخرى، ومما ينبغي ذكره، هو أنه إذا كان للمتعم أكثر من مسكن، و صدر الإذن بالتفتيش لمسكن المتعم، كان صحيحاً إجراء التفتيش في جميع المنازل التي يقيم بها، كما يشمل محل تجارته أو مكان مباشرته لأعماله الخاصة كالمكتب الهندسي، أو مكتب المحاماة أو غيره من الأماكن المتعلقة بالشخص وبالتالي تستمد حرمتها إما باتصالها بشخصية صاحبها، أو اتصالها بمسكنه³.

يلاحظ أن هناك بعض الأماكن التي لا يجوز تفتيشها احتراماً لقواعد العرف الدولي، وهي المساكن الخاصة بأعضاء البعثات الدبلوماسية، حيث لا يتم ذلك إلا بموافقة من يمثلها، كسفيرها أو رئيس البعثة مثلاً⁴. ولكن ارتكاب جريمة داخل الدار (القنصلية) من شخص لا يتمتع بالحصانة الدبلوماسية، لا يمنع الأجهزة القضائية من التحقيق في هذه الجريمة، بشرط أن يأذن السفير أو من

¹ طاهري حسين: الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار المحمدية العامة، 1996، ص 110.

² سليمان بارش: المرجع السابق، ص 187.

³ مأمون محمد سلامة: المرجع السابق، ص 352.

⁴ Juraiss classeur 16 (Si la perquisition vise les archives diplomatiques et consulaires d'un pays étranger, il ne peut y être procédé qu'avec l'autorisation du gouvernement de ce pays).

يقوم مقامه للدخول إليها ومباشرة الإجراءات الجزائية داخلها¹ ويتمتع المنزل الخاص الذي يقطنه المبعوث الدبلوماسي بنفس الحرمة التي تتمتع بها السفارة².

2- الشروط الشكلية

في مجال الشروط الشكلية لم يستلزم المشرع لصحة تفتيش المنازل سوى حضور المتهم أو من ينوبه إن أمكن، وذلك إذا كان التفتيش واقعا على منزل المتهم ولمزيد من الإيضاح فإن الأمر يستدعي منا التفرقة بين حالتين، حيث يجب توافر شروط معينة في كل حالة من حالات التفتيش وذلك بالنظر إلى صفة القائم به.

الحالة الأولى: قيام قاضي التحقيق بالتفتيش بنفسه

في هذه الحالة يجب التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: إذا تعلق الأمر بجنحة، فيجب على قاضي التحقيق مراعاة الإجراءات المنصوص عليها في المادتين 45 و 47 من قانون الإجراءات الجزائية على النحو التالي:

أ- مراعاة الإجراءات المنصوص عليها في نص المادة 45 من قانون الإجراءات الجزائية على النحو الآتي: أن يتم التفتيش بحضور صاحب البيت، فإذا تعذر عليه الحضور يكلفه قاضي التحقيق بتعيين من يمثله، فإذا امتنع عن ذلك أو كان هاربا، يتم التفتيش بحضور شاهدين ممن لا يخضعون لسلطته.

ب- مراعاة الإجراءات المنصوص عليها في المادة 47 بحيث يتم التفتيش فيما بين الخامسة صباحا والثامنة مساء³.

الفرض الثاني: إذا تعلق الأمر بجنائية، خولت المادة 82 لقاضي التحقيق صلاحيته تفتيش مسكن المتهم في غير الأوقات المنصوص عليها في المادة 47 وإذا تعلق الأمر بجنائية مع مراعاة الإجراءات التالية:

* أن يجري قاضي التحقيق التفتيش بنفسه لا بطريق الإنابة القضائية.

¹ جيلالي بغدادي: المرجع السابق، ص 173.

² المادة 20 من اتفاقية فينا.

³ جديدي معراج: الوجيز في الإجراءات الجزائية دليل عملي، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2000 ص 10.

* أن يتم التفتيش بحضور وكيل الجمهورية.

* أن ينصب على مسكن المتهم فقط.

الحالة الثانية: قيام ضابط الشرطة القضائية بالتفتيش بناء على الإنابة

في هذه الحالة يجب أن يكون ضابط الشرطة القضائية مدعما بالسند القانوني ويجب أن يتضمن إذن التفتيش ساعة وتاريخ صدوره واسم من أصدره واسم المأذون له بالتفتيش، واسم المأذون بتفتيش مسكنه، عنوان المسكن والمهمة الخاصة المقصودة من وراء التفتيش والمهلة المحددة لإجرائه¹.

أما بالنسبة لمكتب المحامي وما في حكمه فقد منع المشرع الجزائي التعدي على حرمة مكتب المحامي ولم يجز إجراء أي تفتيش أو حجز من غير حضور النقيب أو ممثله وبعد إخطارهما شخصيا وبصفة قانونية، ويرتب القانون على مخالفة تلك الأحكام المنصوص عليها في المادة 80 من قانون المحاماة الجزائي البطلان المطلق² وإذا قامت حالة التلبس بجناية أو جنحة كما ذكرنا سابقا طبقا للمادتين 41 و55 من قانون الإجراءات الجزائية فإنه يجب على ضابط الشرطة القضائية أن يحصل على إذن مسبق صادر من السلطة القضائية المختصة، وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق طبقا للمادة 44 من قانون الإجراءات الجزائية³.

ب- تفتيش منزل غير المتهم

أجازت المادة 83 من قانون الإجراءات الجزائية لقاضي التحقيق أو ضابط الشرطة القضائية تفتيش مسكن المتهم مع مراعاة إجراءات خاصة.

1/ استدعاء صاحب المنزل ليكون حاضرا وقت التفتيش وفي حالة غيابه لأي سبب كان⁴.

¹ مجدي محمود محب حافظ: إذن بالتفتيش دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، ص 50.

² تنص المادة 80 من قانون رقم 04/91 المؤرخ في 22 جمادى الثانية 1411 الموافق لـ 08 يناير 1991 والمتضمن تنظيم مهنة المحاماة على " يمنع التعدي على حرمة مكتب المحامي ولا يجوز إجراء أي تفتيش أو حجز من غير حضور النقيب أو من يمثلته، وبعد إخطارهما شخصيا وبصفة قانونية أي كل الإجراءات والتصرفات المخالفة".

³ وهو ما جسده القضاء الجزائي، حيث اعتبر الحكم المؤسس على محضر لرجال الدرك الوطني الذين لم يحصلوا على ترخيص من وكيل الجمهورية يخول لهم تفتيش مسكن المواطن، يعد باطلا مجلس قضاء سطيف ملف رقم 406 قرار بتاريخ: 09-03-1986 نشرة القضاء، وزارة العدل الجزائرية، العدد 03. أنظر عبد الحميد عمارة، المرجع السابق، ص 356.

⁴ وذلك سواء كان السبب في الغياب هو الرفض للحضور أو هروبه أو لعذر قانوني كالفرض أو القوة القاهرة.

2/ يجري التفتيش بحضور اثنين من أقاربه أو أصهاره الحاضرين بمكان التفتيش، وإذا لم يوجد أحد منهم يجري التفتيش بحضور شاهدين لا تمت بينهم وبين سلطات القضاء تبعية.

3/ الالتزام بأحكام المواد 45-47 من قانون الإجراءات الجزائية، فضلا عن ذلك اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لضمان احترام سر المهنة وحقوق الدفاع¹.

4/ حضور محامي المتهم إجراءات الاستجواب، حيث أجازت المادة 105 من قانون الإجراءات الجزائية، كقاعدة عامة حضور محامي المتهم إجراءات الاستجواب والمواجهة التي يقوم بها قاضي التحقيق، غير أنه فيما يتعلق بالتفتيش فلا داعي إلى استدعاء المحامي اللهم إذا اقتضى الأمر من قاضي التحقيق استجواب المتهم أثناء عملية التفتيش فإن المشرع الجزائري أفرد استثناءات بالنسبة للقيود الواردة على تفتيش المساكن، حيث يجوز لقاضي التحقيق وضابط الشرطة القضائية، أن يقوم بتفتيش المساكن دون مراعاة الشروط المنصوص عليها في المادتين 45 و47 من قانون الإجراءات الجزائية وذلك إذا تعلق بالحالات التي أضافها الأمر رقم 95-10 المؤرخ في 25/02/1995 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية في مادته 47 الفقرة الثانية ويتعلق الأمر هنا بجواز تفتيش المساكن في كل ساعات الليل والنهار عندما يتعلق الشأن بالجرائم الموصوفة أعمالا إرهابية وتخريبية وكذا الجرائم المعاقب عليها في المواد من 342 إلى 348 من قانون العقوبات وكذلك إذا كانت داخل منزل مفروش أو فندق عائلي أو محل لبيع المشروبات أو نادي أو منتدى أو مرقص أو أماكن المشاهدة العامة أو ملحقاتها وفي أي مكان مفتوح للعموم أو يرتاده الجمهور إذا تحقق أن الأشخاص يستقبلون فيه عادة لممارسة الدعارة وكذلك جرائم المخدرات والجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية وتبييض الأموال والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف².

5/ ضمان احترام السر المهني، ويجب على الجهة القضائية بالتفتيش اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لضمان السر المهني وحقوق الدفاع وفقا للمادتين: 45 و83 من قانون الإجراءات

¹ تنص المادة 83 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه عند حصول التفتيش في مسكن المتهم استدعي صاحب المنزل الذي يجري فيه التفتيش ليكون حاضرا وقت التفتيش فإذا كان ذلك الشخص غائبا أو رفض الحضور أجرى التفتيش بحضور اثنين من أقاربه أو أصهاره الحاضرين بمكان التفتيش فإذا لم يوجد أحد منهم فيحضر شاهدين لا تكون ثمة بينهم وبين سلطات القضاء أو الشرطة تبعية وعلى قاضي التحقيق أن يقوم بتطبيق المادتين 45 و47 ولكن عليه أن يتخذ مقدا جميع الإجراءات اللازمة كضمان احترام السر المهني وحقوق الدفاع.

² وقد أدرجت الأحكام المتعلقة بالأعمال الإرهابية وأعمال التخريب في قانون العقوبات بموجب أمر 11/95 المؤرخ في 25/02/1995 المعدل لقانون العقوبات.

الجزائية، فيما يتعلق الأمر مثلا بتفتيش مكتب محامي وجب بتبليغ نقيب المحامين ليحضر التفتيش ويعد هذا الإجراء ضمانا لحماية السر المهني الشيء الذي يقدر حسن سلطات قاضي التحقيق.

من خلال ما سبق يمكن القول أن مصلحة المجتمع للوصول لحقيقة جريمة معينة والوصول إلى مرتكبيها تقتضي الإنقاص من مصلحة الفرد والمتمثلة في حماية حرمة مسكنه ، إلا أن المشرع الجزائري لم يترك الأمر على إطلاقه وإنما وضع قيودا يجب مراعاتها تحت طائلة البطلان¹.

ثانيا: تفتيش الأشخاص

لم يرد نص في القانون الجزائري ينظم مسألة تفتيش الأشخاص فقد اكتفى المشرع بالحديث عن تفتيش المساكن دون أن يشير إلى الأحكام التي تنظم تفتيش الأشخاص شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي، ولكن الاجتهاد الفرنسي لم يترك هذه الثغرة، فلقد قضت محكمة النقض الفرنسية (بأن ضابط الشرطة القضائية لا سلطة له في التفتيش أو القبض على المتهم بغير إذن من قاضي التحقيق في حالة التلبس بالجريمة)²، ويشبه تفتيش الشخص تفتيش المكان من حيث أحكامه³.

يقصد بالتفتيش الأشخاص ذلك الإجراء الذي يقصد به ضبط ما يحوزه الشخص من أشياء تفيده في كشف الحقيقة⁴.

إذا كان تفتيش المساكن جائز في مطلق الجناية وفي مطلق الجنحة المتلبس بها ولو كانت الجنحة مما يعاقب بالغرامة فقط. فإن الأمر يختلف بالنسبة لتفتيش الأشخاص، حيث لا يجوز لضابط الشرطة القضائية التفتيش، إلا إذا كان الضبط جائز له في أن يقبض على الشخص ذاته⁵.

بخلاف المشرع الجزائري فقد نظم المشرع المصري أحكام تفتيش الأشخاص، وتفتيش الشخص يشمل أيضا تفتيش الأمتعة.

¹ حيث أنه " حتى كان من المقرر قانونا أن غرفة الاتهام تنظر في صحة الإجراءات المرفوضة إليها إذا ما تبين لها من سبب من الأسباب البطلان قضت ببطلان الإجراءات المنسوب به وعن الاقتضاء ببطلان الإجراءات التالية لها كلها أو بعضها ولها بعد الإبطال أن تتصدى لموضوع الإجراء... ". أنظر المجلة القضائية، العدد الثاني، 1989، ملف 170/19 قرار بتاريخ 1989/04/14.

² Juris Classeur : procédure pénal transport perquisition par pierre Escand art 92. 98 commentaire 6, 1984.

³ محمود مروان: نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ج2، ص 352.

⁴ مأمون محمد سلامة: المرجع السابق، ص 354.

⁵ عبد العزيز سعد: مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص 30.

أ: تفتيش شخص المتهم

إذا كان القانون قد أعطى لضابط الشرطة القضائية سلطة تفتيش الشخص عند القبض عليه على سبيل الاحتياط والوقاية، وذلك لحماية من يتولى القبض من أي اعتداء قد يقوم به المقبوض عليه في سبيل استرداد جريمة فإن التفتيش الذي يقوم به قاضي التحقيق يهدف من وراءه إلى كشف أدلة مادية من الجريمة ويصح التفتيش بمجرد اتهام الشخص في مساهمته في جناية أو جنحة و يكون ذلك بشروط و هي:

- أن يكون الشخص المراد تفتيشه معيناً تعييناً كافياً.
- أن يكون الهدف من التفتيش الكشف عن الحقيقة بمناسبة جريمة وقعت فعلاً.
- وجود شبهات تبرر توجيه الاتهام لهذا الشخص.

ب: تفتيش شخص غير المتهم

هو الشخص الذي توافرت فيه دلائل وأمارات قوية حوله بالنسبة لجنحة أو جناية معينة¹ وقد أجاز المشرع المصري تفتيشه في المادة 94 من قانون الإجراءات الجزائية المصري، أما المشرع الجزائري فلم يشير إلى ذلك على الإطلاق شأنه في ذلك شأن القانون الفرنسي والقانون العراقي.

ما تجدر الإشارة إليه أن قاضي التحقيق لا يملك سلطة تفتيش الشخص إذا لم يكن متهماً ما لم يتوافر مجموعة من الشروط و هي:

- 1- أن تقوم دلائل وأمارات قوية وكافية على حيازته الأشياء ذات علاقة بالجريمة، لكن بشرط ألا يكون على علم بأن تلك الأشياء التي في حوزته لها صلة أو علاقة بالجريمة المرتكبة.

¹ جلال ثروت: المرجع السابق، ص 422.

2- أن تكون هذه الدلائل جدية وعلى شيء من الخطورة، ومن ثم فلا يجوز تفتيش الشخص لمجرد شبهات تقوم ضده¹، ويترك أمر تقدير مدة كفاية الدلائل لقاضي التحقيق تحت رقابة محكمة الموضوع.

ما تجدر الإشارة إليه أن عزوف المشرع عن تنظيم أحكام تفتيش الأشخاص تثير إشكالات جديدة وهذا بالرغم من تفسير بعض فقهاء القانون نية المشرع في تنظيم إجراء تفتيش المساكن بأنها تنصرف إلى إجراء تفتيش الأشخاص، إلا أن هذا التفسير لا يعني عن الحقيقة شيئاً، حقيقة أن تفتيش الأشخاص لخصوصياته ولا يكون مطابقاً لأحكام تفتيش الأماكن في كثير من الأحوال، فإنه يجب على المشرع الجزائري أو حتى على الأقل القضاء أن يتداول هذا النقص ويضع نصوصاً تتماشى وطبيعة الشخص.

أما بالنسبة لتفتيش الأنثى بالرغم من عدم النص على إجراءات تفتيشها إلا أن الفقه أجمع على ألا يقوم بتفتيشها رجل، لأن الواجب والضمير الخلقي يفرضان ذلك إلا أن تفتيشها في جيوبها مثلاً أو حذائها أو في أصابع يدها إذا كان الشيء المراد البحث عنه قابلاً للإخفاء في اليد كقطعة مخدرات مثلاً، فكل هذا لا يعد بصحة التفتيش أما بالنسبة لأطراف التي تخدش حياتها أو كرامتها فلا يجوز أن يفتشها رجلاً بل أجمع الفقهاء على ندب أنثى للقيام بذلك ولنا في هذا الصدد أروع الأمثلة وهي قضية حاطب بن بلقعة².

الفرع الرابع: الدفع ببطلان إجراء التفتيش

لقد نصت المادة 48 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه يجب مراعاة الإجراءات التي تستوجبها المادتان 45 و47 وإلا ترتب على مخالفتها البطلان³ فلا يصح إدانة المتهم على ما

¹ طاهري حسين: الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار المحمدية.

² حيث أكدت السيرة النبوية أن رسول الله - عليه الصلاة والسلام - لما هم بفتح مكة وأعلم الناس بذلك حاطب وهو من مكة خوفاً على أهله كتاباً يخبرهم فيه بعزم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وأنفذه إليهم مع امرأة ينثق بها، ولما علم الرسول بما فعل عن طريق الوحي بعث علياً بن أبي طالب والزبير والمقداد في أثرها وأمرهم أن يدركوها ويأخذوا الكتاب منها فأدركوها على بغير لها حيث قال رسول الله فطلبوا منها الكتاب فقال: ما هي بكتاب فأنا حوا على بغير وفتشوه فلم يجدوا الكتاب فقالوا لها ما كذب رسول الله لتخرجن الكتاب أو لنجردنك فلما رأت أهوت إلى حجرتها أي حزامها وفي رواية على عقامها أي ظفيرتها فأخرجته، ودلالة الواقعة أن الصحابة الثلاثة لم يبتدروا المرأة بتفتيش شخصها، بل بدأوا بتفتيش متاعها ثم توقفوا عندما اقتضى الأمر تفتيشها، وبعد ذلك أخرجت الكتاب بنفسها دون أن يمسه أحد من عورتها أو يكشف عليها وقفاً عند حدود الشرع الذي تنهي تعاليمه عن الفحشاء والمنكر والبغى. أنظر عبد الحميد عمارة: المرجع السابق، ص 324-325.

³ سعد عبد العزيز: المرجع السابق، ص 56.

أنظر أيضاً سليمان بارش: المرجع السابق، ص 189.

أنظر أيضاً عبد الحميد عمارة: المرجع السابق، ص 375.

يستقر عنه التفتيش الباطل (فكل ما يبني على باطل باطل) ¹ وإذا كانت معظم القوانين أجمعت على بطلان التفتيش وما تبعه من إجراءات فإن الشريعة الإسلامية هي الأخرى لم تشذ عن هذا الاتجاه ولو أنها كانت هي السابقة لذلك كما هو وارد في حادثة عمر بن الخطاب². وقد اختلف فقهاء القانون حول تعلق بالتفتيش بالنظام العام، فمنهم من قال بأنه من النظام العام ومن ثمة يجوز الدفع به في أية مرحلة من مراحل الدعوى وللمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها، ومنهم من نزع عليه هذه الصفة وبغض النظر عن تعلقه بالنظام العام أو عدمه فإننا نرى بأنه من حق أي شخص انتهكت حرمة أو لم تراعى بشأنه الإجراءات المنصوص عليها أن يدفع ببطلان التفتيش وعلى الجهة المختصة أن ترد على الدفع رداً مسبباً.

بالرغم من أن المشرع الجزائري لم يتعرض لمسألة الدفع ببطلان إجراءات التفتيش لا بشكل ضمني أو صريح إلا أنه إذا رأى أي شخص بأنه قد وقع عليه اعتداء على حرمة مسكنه من قبل قاضي التحقيق أو ضابط الشرطة القائم بإجراء التفتيش، أو أنهم قاموا بتفتيش مسكن تعسفاً فإن له الحق في أن يطعن في الإجراءات ويدفع بذلك أمام الجهات المختصة وعلى ذلك يترتب على التفتيش الباطل أو الذي تم خرقاً للأحكام المنصوص عليها جزاءات إما إجرائية أو جزائية كما أنه توجد بعض الاستثناءات المقررة خلافاً للقواعد العامة للتفتيش.

أولاً: الجزاء الإجرائي

إذا قام قاضي التحقيق أو ضابط الشرطة القضائية بإجراء التفتيش مخالفاً في ذلك أحكام المواد 45، 47 و 83 من قانون الإجراءات الجزائية فإن المشرع الجزائري قرر بطلان التفتيش وهو ما ذهب إليه المادة 348³

كما أن القضاء الجزائري استقر على أن بطلان عملية التفتيش يترتب عليه بطلان جميع الإجراءات اللاحقة إذا كانت هناك علاقة سببية بين عملية التفتيش الباطلة والعمليات التي تتبعها،

¹ جلال ثروت: المرجع السابق، ص 55.

² فقد روي عن عمر - رضي الله عنه - كان يمشي في المدينة فتيانا داخل ديارهما يزجون ويتصايحون فنظر خلصة من فتحة لباب فوجدهم يحسون الخمر، خشي عمر أن يطرق الباب عليهم فيخبئون الأقداح والشرب فتسور جدار الدار ولما أراد أن يتقادم لإقامة الحد عليهم حلجوه بكتاب الله قائلين له: يا أمير المؤمنين عصينا الله في واحدة وأنت عصيته في ثلاث فإله يقول " ولا تجسسوا " وقد تجسست علينا، والله يقول " ليس البر أن تأتوا البيوت من ظهورها، ولكن البر من اتقى وأتوا البيوت من أبوابها " وأنت قد تسلقت الجدار ونزلت، والله يقول " ولا تدخلوا بيوتا غير =

³ سعد عبد العزيز: المرجع السابق، ص 58.

وقد قضت إحدى المحاكم الفرنسية بأن للتفتيش الباطل يترتب عليه عدم نسبة الأشياء المضبوطة إلى المتهم.

فلأي شخص إذا قام بتفتيشه أو بتفتيش مسكنه تعسفا الحق في أن يطعن في هذه الإجراءات وأن يدفع سواء أمام جهة التحقيق أو جهة الحكم بأن مسكنه أو هو ذاته قد وقع تفتيشه بغير سبب قانوني دون أي مبرر شرعي وبشكل مخالف للقانون¹.

من ثم له الحق في أن يطلب من القضاء إبطال هذا التفتيش اعتبارا لكل ما نتج عنه من حجج وأدلة إثبات الجريمة المنسوبة إليه باطلا بطلانا مطلقا وذلك لكل ما تبين له أن إجراء واحد أو أكثر من الإجراءات التي تتضمنها المادتين 45 و 47 لم تراخ ولم تحترم وعلى عاتق جهة الحكم التي تنظر الدعوى أن تفصل في هذا الدفع.

ثانيا: الجزاء الجنائي

نظرا للحرمة التي تحظى بها حرية الأشخاص ومساكنهم فإن المشرع الجزائري لم يكتف بإبطال إجراء التفتيش في حالة مخالفة القائم به القواعد المنصوص عليها في المواد 45، 47 و 83 من قانون الإجراءات الجزائية، بل رتب على ذلك إجراءات أخرى تتمثل في المسؤولية الجنائية، فإذا لم يراع قاضي التحقيق أو ضابط الشرطة القضائية إجراءات التفتيش فإنه يتعرض لجزاء جنائي على أساس:

- أ- انتهاك حرمة المنزل وهي الجريمة المعاقب عليها في المادة 295 من قانون العقوبات.
- ب- إساءة استعمال السلطة وهي الجريمة المعاقب عليها بموجب المادة 135 من قانون العقوبات².
- ج- المساس بسر المهن وهي الجريمة المنصوص عليها في نص المادة 301 من قانون العقوبات³.

1 سعد عبد العزيز: المرجع السابق، ص 58.

2 تنص المادة 135 على " كل موظف في السلك الإداري أو القضائي، كل ضابط شرطة وكل قائد أو أحد رجال القوة العمومية، دخل بصفته المذكورة منزل أحد المواطنين بغير رضاه وفي غير الحالات المقررة في القانون وبغير الإجراءات المنصوص عليها حيث يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 3000 دج دون الإخلال بتطبيق المادة 107 من قانون العقوبات ".

3 تنص المادة 301 على " " .

ثالثا: الاستثناءات الواردة على تطبيق القواعد العامة للتفتيش

إضافة للأمر رقم 10/95 المؤرخ في 25 فبراير 1995 المتمم والمعدل من قانون الإجراءات الجزائية الذي تضمن الاستثناءات المتعلقة بالمسائل التي توصف بأنها أعمالا إرهابية حيث أجاز لقاضي التحقيق أن يقوم بعملية التفتيش أو الحجز ليلا أو نهارا وفي أي مكان على امتداد التراب الوطني¹ كما استثنى أيضا بموجب هذا الأمر الإجراءات المنصوص عليها في المادة 45 من قانون الإجراءات الجزائية، ضف إلى ذلك إجازة المشرع لإجراء التفتيش في كل ساعة من ساعات الليل أو النهار إذا تعلق الأمر بجرائم المخدرات والجرائم المعاقب عليها في المواد 342 و 348 من قانون العقوبات وكذلك الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وتبييض الأموال والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف، كما نص أيضا على استثناءات أخرى ويتعلق الأمر هذا بحالة توجيه نداءات من الداخل ورضا صاحب الشأن.

1/ **الاستجداد من الداخل:** كثيرا ما تحدث في المساكن أمور لم يكن الشخص يفكر في وقوعها، لذلك اعتبر القانون هذه الحالة من الحالات التي لا تحتل التأخر وسمح بحصول التفتيش بدون إذن صاحبه لأن الضرورة أباحت ذلك كما يقول المثل (إذا رأيت بيتا يحترق فلا تنتظر دعوة) أما إذا لم يكن هناك استغاثة وطلب مساعدة من الداخل في حالة المرض أو الحريق أو السرقة أو المشاجرة فلا يجوز دخولها إلا طبقا للحالات المقررة قانونا.

2/ **الرضا بالتفتيش:** من المتفق عليه فقها وقانونا أن صاحب الحق له أن يتنازل عنه مادام قد وضع ضمانات لحماية حرمة الشخص وحرمة مسكنه، فإن على هذا الأخير أن يتنازل عن هذه الضمانات ويكون التفتيش في هذه الحالة صحيحا لا يشوبه أي عيب لأنه يعتبر في هذه الصورة إطلاع عادي لا يخضع للضمانات التي يحميها القانون في التفتيش². ويشترط لصحة الرضا:

أ- أن يكون الرضا قد صدر عن إدارة حرة وواعية³ فلا يعتد بالرضا الذي صدر خوفا من ضابط الشرطة القضائية أو تحت تهديده.

¹ نص المادة 07 من أمر 10/95 على " عندما يتعلق الأمر بجرائم موصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية يمكن لقاضي التحقيق أن يقوم بأية عملية تفتيش أو حجز ليلا أو نهارا وفي أي مكان على امتداد التراب الوطني أو بأمر ضابط الشرطة القضائية المختصة للقيام بذلك ".

² أحمد الشافعي، **البطان في قانون الإجراءات الجزائية، ديوان الوطني للأشغال التربوية، 2004، ص 357.**

³ مأمون محمد سلامة، المرجع السابق، ص 369.

ب- أن يكون الرضا قد صدر من صاحب الحق فيه بالنسبة للشخص يجب أن يصدر الرضا منه، في هذه الحالة يجب الإشارة إلى أنه إذا كان الشخص فاقدا الأهلية أو ناقصا لها فلا يصح التفتيش برضاه، كما لا يجوز أن يصدر الرضا بالتفتيش عن ممثله أو وصية لأن الرضا يعتبر تنازلا عن الحرية الشخصية والتي بدورها تعتبر لصيقة بذات الشخص، وبالنسبة لتفتيش المسكن فيجب أن يصدر الرضا من حائزه وفي حالة غيابه يصدر ممن يقيمون معه كزوجته مثلا أو والديه إذا كانا يقيمان معه باستمرار¹.

ج- أن يكون صريحا وقبل التفتيش² وهذا ما أقرته المادة 64 من قانون الإجراءات الجزائية بقولها (إلا برضا من الشخص الذي ستتخذ لديه هذه الإجراءات).

د- يجب أن يكون الرضا بتصريح مكتوب بخط يد صاحبه، إذ أن الكتابة واجبة في الرضا ولا ينبغي أن يكون ضمنيا وهذا ما أشارت إليه المادة السابقة (ويجب أن يكون الرضا بتصريح مكتوب بخط يد صاحب الشأن).

أما إذا كان الشخص لا يجيد الكتابة فيمكن الاستعانة بشخص آخر، وهذا كله يكون قبل التفتيش أما إذا حصل التفتيش ثم تلاه الرضا فلا يعتد بهذا التفتيش وما نتج عنه.

ما تجدر الإشارة إليه أن تقدير توافر شروط التفتيش أو عدمها من اختصاص محكمة الموضوع، وتستخلص من الظروف والوقائع المطروحة أمامها، كما أن رضا الشخص بتفتيشه لا يبرر تفتيش منزله³ فالتفتيش الأول صحيح لأنه حصل برضا صاحبه أما الثاني فهو انتهاك لحرمة المنزل وهو باطل لانعدام الرضا به.

إن قانون الإجراءات الجزائية المتأثر بالقانون الفرنسي لم يتضمن من النصوص المتعلقة بالتفتيش القدر الكافي بالمواد من 79 إلى 81 وما بعدها والتي منحت قاضي التحقيق سلطة القيام بإجراء التفتيش غير أن هذا القانون لم يتضمن أية قاعدة خاصة تنظم تفتيش الأشخاص، هذا بالرغم من اجتهاد البعض وقيامه بتفتيش الأماكن التي لا تشبهها بل وتتناقض معها في كثير من الأحيان.

1 مأمون محمد سلامة: المرجع نفسه، ص 270.

2 سليمان بارش: المرجع السابق، ص 192.

3 محمد صبحي نجم: رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجزائية دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، 1993، ص 288.

كما لم يشر المشرع الجزائري إلى تفتيش الأنثى، باعتبار أنها لها من الخصوصيات ما يبرر النص مع أحكام تخصصها.

لذلك فإن خلو قانوننا من قواعد واضحة لتنظيم طرق تفتيش الأشخاص كيفية تعامل رجال الضبطية القضائية مع الأشخاص الشيء الذي أعاقهم من أداء الدور الفعال الموجه إليهم.

المطلب الرابع: الدفع ببطلان المتعلق بورقة التّكليف بالحضور

نظرا لأهميّة وخطورة مرحلة المحاكمة في سير الدّعى الجزائيّة، والتي بموجبها يتحدّد مصير الشّخص المتهم إما الإدانة أو البراءة، فقد أولاها المشرع عناية خاصة وأحاطها بضمانات، وأولى هذه الضمانات هي سلامة وصحة استدعاء الخصوم أمام الجهة القضائية الفاصلة في الدّعى وهو، ما يطلق عليه التّكليف بالحضور، هذا الأخير الذي يعدّ من بين طرق إخطار المحكمة (الجنح والمخالفات)، وقد حرص المشرع على وجوب صحة وسلامة تكليف الأطراف بالحضور أمام الجهة القضائية الفاصلة في الدّعى، لذلك سوف نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف وبيانات التّكليف بالحضور ثم إلى حالات بطلان التّكليف بالحضور.

الفرع الأول: تعريف وبيانات ورقة التّكليف بالحضور

نتناول في هذا الفرع المقصود بالتّكليف بالحضور في نقطة أولى، ثمّ نتطرق لبيانات ورقة التّكليف بالحضور في نقطة ثانية.

أولا: تعريف التّكليف بالحضور

التّكليف بالحضور هو ذلك الإخطار أو الإعلان الذي يوجّهه وكيل الجمهورية إلى المتهم يدعوه فيه إلى الحضور إلى المحكمة في التاريخ المحدد للمحاكمة¹.

يعد التّكليف بالحضور وسيلة فنية لإخطار الجهة القضائية الخاصة بالحكم بطريقة قانونية، واستدعاء المتهم أمامها² إلى جانب أمر أو قرار الإحالة من الجهة القضائية المنوط بها إجراء

1 علي جروة، الموسوعة في الإجراءات الجزائية، المجلد الثالث في المحاكمة، ص 294.

2 أحمد الشافعي، البطلان في قانون الإجراءات الجزائية، دراسة مقارنة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2007، ص 180، نبيل صقر، الموسوعة القضائية الجزائرية، البطلان في المواد الجزائية، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2003، ص 100.

التحقيق، وإما بحضور الأطراف بإرادتهم بالأوضاع المنصوص عليها في المادة 334 من قانون الإجراءات الجزائية وإما بتطبيق إجراء التلبس المنصوص عليه في المادة 338 وما بعدها من قانون الإجراءات الجزائية وهذا ما نصت عليه المادة 333 من قانون الإجراءات الجزائية.

التكليف بالحضور يستعمل فقط بالنسبة لمحكمة الجناح والمخالفات ولا يطبق بالنسبة للجنايات، لأن التحقيق فيها وجوبي طبقاً للمادة 66 من قانون الإجراءات الجزائية، كما لا يستعمل بالنسبة لإخطار قسم الأحداث¹، ويسلم التكليف بالحضور بناء على طلب النيابة وكل إدارة مؤهلة قانوناً (المادة 440 من قانون الإجراءات الجزائية).

تجدر الإشارة إلى أنّ قانون الإجراءات الجزائية أجاز للطرف المدني أن يكلف مباشرة المتهم بالحضور أمام المحكمة في بعض الجرائم محدّدة على سبيل الحصر في المادة 337 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية²، والمتمثلة في: ترك الأسرة، عدم تسليم طفل، انتهاك حرمة منزل، جرائم القذف، وإصدار شيك بدون رصيد، أما الحالات الأخرى فينبغي الحصول على موافقة النيابة لإجراء هذا التكليف وهنا يتم التكليف بمعرفة المحضر القضائي.

ثانياً: بيانات ورقة التكليف بالحضور

أمّا بالنسبة لبيانات التكليف بالحضور فقد نصّت المادة 335 من قانون الإجراءات الجزائية على أن يسلم التكليف بالحضور في الأجال وبالأشكال المنصوص عليها بالمواد 439 وما بعدها وبالرجوع إلى المادة 439 من قانون الإجراءات الجزائية نصت على أن تطبق أحكام قانون الإجراءات المدنية في مواد التكليف بالحضور والتبليغات ما لم توجد أحكام مخالفة لذلك في القوانين أو اللوائح. أما المادة 440 من قانون الإجراءات الجزائية فقد نصت على أن يتضمن التكليف بالحضور نوع الجريمة محل المتابعة مع الإشارة إلى النصوص القانونية التي تحكمها وتعاقب عليها، ولا بد من ذكر كل ظرف من الظروف المشدّدة التي يمكن أن توجّه للمتهم³، والمحكمة التي تنظر الدعوى مع تحديد مكان وزمان وتاريخ الجلسة، بالإضافة إلى اسم الشخص ولقبه، وتحديد صفته كمتهم أو طرف مدني أو مسئول مدني، أو شاهد.

1 نبيل صقر، المرجع السابق، ص 100

2 حكم رقم 07/01381 صادر بتاريخ: 2007/12/02 عن محكمة زيغود يوسف مجلس قضاء قسنطينة الذي قضى ببطلان إجراءات المتابعة لعدم اختيار المدعي المدني لموطن له بدائرة اختصاص المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى.

3 - أحمد الشافعي، المرجع السابق، ص 187.

بالنسبة للتكليف بالحضور المسلم للشاهد وجب أن يتضمن أن عدم المثول أو رفض الإدلاء بالشهادة أو الشهادة المزورة يعاقب عليها القانون، وإذا كان المتهم محبوسا حبسا مؤقتا وجب تبليغه عن طريق مدير المؤسسة العقابية في الأجل القانوني¹.

الفرع الثاني: حالات بطلان ورقة التكليف بالحضور

إن أسباب بطلان التكليف بالحضور عموما تنشأ عن الحالات التالية :

1- حالة عدم ذكر تاريخ الجلسة أو الخطأ في تحديده : يعتبر التكليف بالحضور باطلا إذا لم يذكر تاريخ الجلسة، غير أنه يمكن تصحيح هذا الإجراء إذا حضر المتهم إراديا يوم الجلسة وأبدى استعدادا للمحاكمة دون تحفظات وفي هذا الشأن ترى محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا تبين للقاضي وجود خلل من شأنه أن يؤدي إلى بطلان التكليف بالحضور وجب عليه تنبيه المتهم إذا كان مستعدا للمحاكمة بالرغم من عدم صحة التكليف مع ضرورة إثبات رضائه في الحكم².

2- حالة الخطأ في الهوية: بمعنى أن المعلومات المتعلقة بالمتهم والواردة في التكليف بالحضور لم تكن صحيحة، ومع ذلك فإن الدفع ببطلان التكليف بالحضور لا يمكن التمسك به إلا إذا أدى ذلك إلى تفويت الفرصة في تقديم دفعا أو ترتيب حقا قد ينشأ عن عدم الحضور الشخصي.

3- حالة عدم ذكر التهمة الموجهة للمتهم في التكليف بالحضور: فهنا أيضا يجعل من التكليف بالحضور مشوبا بعيب البطلان الذي يمكن إثارته من قبل صاحب المصلحة، وهذا البطلان لا يؤدي حتما إعادة التكليف بالحضور إذا حضر صاحبه شخصا للجلسة، إنما يرتب له الحق في طلب التأجيل لتحضير دفاعه بعد تبليغه بالتهمة المنسوبة إليه³.

4- المهلة: وهي المدة التي تمنح للشخص المكلف بالحضور لجلسة المحاكمة وهي محددة بـ 10 أيام قبل الجلسة طبقا لنص المادة 26 من قانون الإجراءات المدنية، وبالنسبة للشخص المقيم بتونس أو المغرب فيمدد هذا الأجل إلى شهر واحد وشهرين إذا كان يقيم في بلاد أخرى، وإذا لم يحترم هذا الأجل فإنه يجب التمييز بين حالتين إذا لم يمثل الطرف المعني بالتكليف بالحضور، فإنه

1 - علي جروة، المرجع السابق، ص 294.

2 - علي جروة، نفس المرجع ، ص 302.

3 - علي جروة، نفس المرجع ، ص 303.

يجب التصريح ببطلان التكليف بالحضور، أما إذا حضر الشخص المكلف بالحضور فإن التكليف لا يعتبر باطلاً، ولكن على المحكمة بناء على الطلب الذي يقدمه المعني قبل أي دفاع في الموضوع، أن تأمر بتأجيل القضية للجلسة المقبلة¹.

هذا ويعد بطلان التكليف بالحضور بطلاناً نسبياً ليس من النظام العام²،³ إذ يمكن التنازل عنه ضمناً أو صراحة، كما يمكن تصحيحه، فإذا حضر المتهم الجلسة، فله إما أن يتنازل صراحة عن التمسك ببطلان ورقة التكليف بالحضور، أو يتنازل ضمناً وذلك بقبول السير في إجراءات المحاكمة دون التطرق للعيوب الواردة بالتكليف بالحضور، كما يجوز له التمسك ببطلان ورقة التكليف بالحضور، وفي هذه الحالة الأخيرة يطلب تصحيح العيوب الواردة بها وإتمام النقائص الموجودة، ويجب إبداء هذه الدفوع قبل البدء في مناقشة الموضوع وسماع الأطراف ويتوجب على المحكمة أن تستجيب لطلبه وإلا اعتبر حكمها باطلاً لخرقها حقوق الدفاع⁴.

تجدر الإشارة إلى أنه لا يمكن لقضاة الموضوع إثارة بطلان التكليف بالحضور تلقائياً بل على صاحب المصلحة هو الذي يثيره، ويجب إثارة حالات بطلان التكليف بالحضور في بداية التقاضي وقبل أي دفاع في الموضوع⁵.

في هذا الخصوص فإن المشرع لم ينص على ترتيب البطلان على عدم مراعاة الشروط والشكليات التي يجب أن تتوفر في التكليف المباشر بالحضور⁶.

1 - أحمد الشافعي، المرجع السابق، ص 189.

2 - معوض عبد التواب، الدفوع الجنائية، توزيع دار الكتاب الحديث، مصر، 1995، ص 268

3 - من المقرر قانوناً أن أوجه البطلان المتعلقة بإجراءات التكليف بالحضور ليست من النظام العام ويسقط الحق في الدفع بها بحضور المتهم في الجلسة بنفسه وإنما له أن يطلب تصحيح التكليف أو استيفاء أي نقص فيه ومنعه أجلاً لتحضير دفاعه قبل البدء في سماع الدعوى، ولما كان الطاعن قد حضر جلسة المحاكمة وسمعت المحكمة شهادة الشاهد الحاضر، وحضور المدافع عنه دون أن يدفع أيهما ببطلان إجراءات التكليف بالحضور فلا يقبل أن يتمسك لأول مرة أمام محكمة النقض ببطلان إجراء إعلانه الذي صححه حضوره جلسة المحاكمة، نقض مصري، معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 271.

4 - نبيل صقر، المرجع السابق، ص 101.

5 - أحمد الشافعي، نفس المرجع، ص 191.

6 - أحمد الشافعي، نفس المرجع، ص 191.

الفصل الثاني : محل الدفع الشكلي وأثار إبداءه

بعد دراستنا لمفهوم الدفع الشكلي ومجالاته نتطرق إلى المرحلة الثانية وهي عندما يتم طرح الدفوع الشكلية على الجهة القضائية، ويكون هذا بالتحدث عن فكرة العمل الإجرائي الناتج عن الدفع الشكلي وهذا ما سيتم علاجه في هذا الفصل، وذلك بالتطرق بآثار مخالفة العمل الإجرائي في المبحث الأول، ثم نتطرق إلى أنواع الجزاءات الناتجة عن تحقق الدفع الشكلي في المبحث الثاني، ثم إلى تعامل القضاء عند إبداء الدفع الشكلي في المبحث الثالث.

المبحث الأول: آثار مخالفة العمل الإجرائي

إنه قبل الدخول إلى الجزاء الإجرائي الناتج عن الدفع الشكلي كان لزاما التطرق إلى ماهية الجزاء الإجرائي من حيث مفهومه في المطلب الأول، ومن حيث طبيعته في المطلب الثاني، ومن حيث خصائصه وأهدافه في المطلب الثالث، ومن حيث تنظيمه وأهميته في المطلب الرابع.

المطلب الأول: مفهوم الجزاء الناتج عن العمل الإجرائي

إن الجزاء الإجرائي حتى يتم البحث والتعمق في مفهومه لا بد من دراسة تعريفه في الفرع الأول، ثم دراسة صورته في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الجزاء الإجرائي

لإعطاء تعريف الجزاء كان لزاما علينا التطرق إلى التعريف اللغوي أولا، ثم التطرق إلى التعريف الاصطلاحي ثانيا.

أولا: تعريف الجزاء لغة

هو الثواب والعقاب وجزاه بمعنى كافأه والجزاء المكافأة على الشيء¹. وتعني كلمة الجزاء بالمعنى الواسع كل صور رد الفعل التي تصدر من شخص أو هيئة نتيجة للإخلال بوضع معين فهو وسيلة من وسائل الضبط والرقابة الاجتماعية على سلوك الأفراد². وقد عرفه البعض أنه الأثر الذي يترتب القانون على مخالفة القواعد القانونية للأمر والنهي الوارد بها³ ويهدف الجزاء عامة إلى تحقيق الردع للأعمال المخلة وإعادة النظام والاستقرار في الجماعة⁴ فضلا عن أن الذي يميز الجزاء هو عنصر الإكراه والقوة الذي يستخدم ضد الخاضع له⁵.

من خلال ما قيل نستنتج أن الجزاء سواء بمعناه الواسع أو الضيق يمتاز بصفة الإلزام و له طابع ردعي.

1 - ابن المنصور، المرجع السابق، ص 556

2 - 1 حسن على حسين علي، الجزاء الإجرائي في قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف الإسكندرية، 2008 ص 205.

3 - الأنصار حسن النيداني، القاضي والجزاء الإجرائي، ط 1، د، د، ن و د.س.ن، ص 1.

4 - محمد زكي ابو عامر علم الاجرام و العقاب دار المطبوعات الجامعية، مصر 1985 ص 401.

5 - عبد الفتاح الصيفي، حق الدولة في العقاب د، د، ن، ب، ن، السنة، 1985 ص 7.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي

ويتم دراسة التعريف الاصطلاحي ويكون ذلك في القانون الخاص ، وبعد ذلك نتطرق
التعريف الاصطلاحي في الفقه الإجرائي الجنائي.

أ - تعريف الجزاء الإجرائي في فقه القانون الخاص: قد انقسم القانون الخاص إلى اتجاهين في تعريفه للجزاء الإجرائي فالأول قد عرفه من خلال معالجته لجزاء البطلان بأنه تكيف أو وصف قانوني للعمل يخالف نموذج القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يرتبها القانون إذا كان كاملاً، أما الاتجاه الثاني فقد عرف الجزاء الإجرائي مباشرة بأنه وصف قانوني أو تكيف قانوني للعمل الجزائي الذي يتم بمخالفة قاعدة إجرائية التي تحدد وجوده وصحته ومناسبة اتخاذ الإجراءات¹

ب- مفهوم الجزاء الإجرائي في الفقه الإجرائي الجنائي: قد عرفه الأستاذ رمسيس بنهام بأنه تجاهل الإجراء وعدم الاكتراث به وتفويت الغرض المقصود على من قام به. وكذلك عرفه الأستاذ عبد الفتاح الصيفي هو حرمان من باشر العمل الإجرائي المخالف لشق التكليف من بلوغه الغاية التي يستهدفها هذا العمل و لهذا فهو جزاء تنفيذي لإجراء تقويمي ويتحقق الحرمان في صورة انعدام الإجراء أو بطلانه أو عدم قبوله أو سقوطه².

الفرع الثاني: صورة الجزاء الإجرائي

تنقسم الجزاءات إلى جزاءات جنائية ومدنية وإدارية وقد قسم البعض الجزاء القانوني الذي رتبته المشرع لمن يخالف التكليف القانوني الذي ينتمي إليه إلى نوعين، الجزاء التنفيذي ومثاله الجزاء العيني والثاني الجزاء التقويمي ومثاله العقوبة³. وهذا وقد قام بعض الفقهاء بمحاولة تعداد صور الجزاء القانوني وهي عدم الدستورية وعدم وجود الانعدام وعدم الصحة (البطلان) وعدم النفاذ وعدم السريان وعدم التنفيذ وعدم رد الشيء (الحبس) وعدم جواز وعدم الاختصاص وعدم ابتداء الحكم القضائي على صحيح القانوني أو تفسيره أو تأويله و جزاء كأن لم يكن وعدم

1 نبيل عمر عدم الفاعلية، المرجع السابق، ص 39 .

2 عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق ، ص 675 .

3- نفس المرجع ، ص 7 .

المشروعية¹. إن الأستاذ حسن علي حسين علي قد عاب عن هذا الرأي على أنه لم يوفق لأنه لم يدرج السقوط ضمن صور الجزاءات بالرغم من أن السقوط هو جزاء قانوني.

المطلب الثاني: طبيعة الجزاء الناتج عن العمل الإجرائي

بعد أن تم عرض المقصود من الجزاء الإجرائي كان لابد من التطرق إلى طبيعة الجزاء الإجرائي في الفرع الأول، ثم دراسة أوجه الاختلاف بين الجزاء الإجرائي والجزاءات الأخرى الفرع الثاني.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للجزاء الناتج عن العمل الإجرائي

إن الجزاء الإجرائي هو جزاء قانوني و ليس جزاء إتفاقياً نابعاً عن اتفاق، كما أنه ليس جزاء قضائي من القضاء فهو جزاء قانوني تنفيذي إذا كان محله العمل الإجرائي لأنه يستهدف إعادة الوضع أو الواقع الإجرائي، وهو جزاء تقويمي إذا كان محله القائم بالإجراء أنه يستهدف دعم القائم بالإجراء للحيلولة دون مباشرته معيناً ابتداءً أو عقابه إذا اقترفت المخالفة الإجرائية إلى حالة كان عليها قبل اتخاذ الإجراء². وعند التعرض لجزاء الإجرائي تثور مسألة هل الجزاء الإجرائي وصف للعمل المعيب أم أثر مترتب عليه؟ وتظهر أهمية هذا التساؤل في أنه إذا كان الجزاء أثر للعمل الإجرائي المعيب فانه لا يلزم أن يتقرر بحكم من القضاء وإنما دور القضاء هنا هو كاشف للحقيقة العمل ومقرر لوجود الجزاء وليس منشأ له أما إذا كان الجزاء الإجرائي ذا طبيعة منشئة ووصفاً لذلك العمل المعيب فهنا الجزاء الإجرائي لا يتقرر إلا بحكم من القضاء و قد انقسم الفقه حول هذه المسألة إلى اتجاهين:

- الأول يرى أن الجزاء الإجرائي وصف للعمل الإجرائي المعيب.

- الثاني يتجه إلى أن الجزاء الإجرائي اثر قانوني يتحقق بمجرد وجود واقعه المنشئة.

بما أن الأصل في القانون التلقائية و بالتالي يترتب عليها نتائج وهو أن دور القاضي لا يتعدى التحقق من وجود الواقعة المنشئة للجزاء ومن ثم الكشف عن وجوده، وبالتالي فإن الجزاء القانوني

1- حسن علي حسين علي المرجع السابق، ص 207 .

2- رمسيس بهنام، المحاكمة والطعن في الأحكام، منشأة المعارف، بالإسكندرية، 1993، ص 47 .

ليس حكماً قضائياً وإن السلطة التنفيذية يقتصر دورها على تنفيذ الحكم القضائي ويضرب الفقيه مثلاً لذلك بأن العقد لا يحتاج إلى حكم القضاء أو تدخل من السلطة التنفيذية¹.

قد ذهب الأستاذ حسين علي حسن علي أنه لا فارق بين الاتجاهين السابقين والراجح أن للجزاء الإجرائي أثر للعمل المعيب وليس وصفاً له.

الفرع الثاني: تمييز الجزاء الإجرائي الناتج عن العمل الإجرائي عن الجزاءات الأخرى

إن الجزاء الإجرائي الناتج عن العمل الإجرائي إذا كان مشوباً بعيب يؤدي إلى سلب هذا الأخير أي العمل الإجرائي أثره القانوني أي ليس لها آثار شخصية أي تمس العمل الإجرائي المعيب أم الجزاءات غير الإجرائية فهي تنطوي على عنصر الألم فهي تنال من شخص من مباشر العمل الإجرائي المعيب سواء في شخصه أو ماله² ولهذا لا بد من تمييز الجزاء الجنائي أولاً، ثم أوجه الجزاء التأديبي ثانياً، وبعد ذلك تمييزه عن الجزاء المدني ثالثاً.

أولاً: تمييز الجزاء الإجرائي عن الجزاء الجنائي

الجزاء الجنائي ناجم عن الاعتداء عن مصلحة من المصالح التي وضعها الشارع الجنائي في الاعتبار و فرض عقوبة على انتهاك و إهدار احد هذه المصالح و مثالها الاعتداء عن الحق في الحياة وحق الملكية وبالإضافة إلى أن العقوبة تهدف إلى الإيلاء والزرع والإصلاح والتهديب³

ثانياً: تمييز الجزاء الإجرائي عن الجزاء التأديبي

أساس تطبيق الجزاء التأديبي اقرار الشخص للجريمة التأديبية وقد أغفلت غالبية التشريعات وضع مفهوم حدد للجريمة التأديبية وقد تعددت تعريفات الفقهاء حول تعريف المقصود بالجريمة التأديبية وجل هذه التعريفات يدور في إطار أنها كل فعل أو تصرف خاطئ سواء أكان ايجابياً أم سلبياً يقع على شخص يقوم بجريمة عامة أو يزاول مهنة إذا كان من شأن هذا الفعل الإخلال بواجبات الوظيفة التي ينتمي إليها المخطئ بما يستوجب عقابه تأديبياً⁴.

1 علي حسن علي حسين، المرجع السابق، ص 219 .

2 نفس المرجع ، ص 222 .

3 نفس المرجع ، ص 223

4 عبدالوهاب البندراوي، الجريمة التأديبية، المطبعة العالمية، القاهرة 1971، ص 25

ثالثاً: تمييز الجزاء الإجرائي عن الجزاء المدني:

يمكن تعريف الجزاء المدني بأنه الجزاء الذي يستهدف إزالة المخالفة و إرجاع الحال إلى ما كانت عليها قبل وقوع المخالفة أو تعويض المضرور¹ عما لحق به من ضرر².

للجزاء المدني صور متعددة نذكر منها على سبيل المثال بطلان التصرف أو إعادة الحال إلى ما كانت عليه من قبل اقرار المخالفة و أن تعذر ذلك تقرر التعويض⁽³⁾.

مما سبق ذكره يمكن تمييز الجزاء الإجرائي عن الجزاء المدني كما يلي :

- يترتب الجزاء الإجرائي بمجرد انتهاك الأعمال الإجرائية، أما الجزاء المدني فبمجرد الإخلال بالشروط الواجب توافرها في اتخاذ الأعمال والتصرفات القانونية أو نظراً للاعتداء على حقوق الآخرين أو لحصول الضرر للغير.

- محل الجزاء الإجرائي يقع مباشرة على العمل الإجرائي أما الجزاء المدني فيقع مباشرة على الذمة المالية للشخص.

- تتعد صور الجزاء الإجرائي ومن أمثلتها الانعدام والبطلان وعدم القبول والسقوط أما الجزاء المدني يستهدف إزالة المخالفة و إرجاع الحال إلى ما كانت عليها قبل وقوع المخالفة أو تعويض المضرور.

الفرع الثالث: مناط تقرير الجزاء الإجرائي

يمثل الجزاء الإجرائي الأثر السلبي للقاعدة الإجرائية بمعنى وصف العمل الإجرائي بالعيب وانتفاء مكنة توليد آثاره نظراً لعدم استفاء العمل الإجرائي لشروطه القانونية لمخالفته وانتهاكه أحد ضوابط اتخاذه⁴ ولذا يرى بعض الفقه أن أسباب تقرير الجزاء تنحصر في:

- عدم انتهاج الإجراء الذي حدده القانون و يتخذ صورتين البطلان أو عدم الاختصاص.

- عدم اتخاذ الإجراء في الوقت الذي تطلب القانون اتخاذه فيه و يترتب جزاء السقوط.

1تنص المادة 124 من القانون المدني على مايلي :

2 سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، دت، ص 75

3 سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ايرني للطباعة، القاهرة، دت، ص 20

4رمسيس بهنام، المرجع السابق، ص 71

- فقدان الإجراء للمقدمات التي حددها شرط النشأة الحق في اتخاذه و هو يترتب جزء عدم القبول.

- أن يسبق الإجراء بمقدمات ما شأنها قانونا أن تمنع اتخاذه و يترتب جزء عدم جواز النظر¹.

- في حين يذهب البعض الآخر إلى أن أسباب توقيع الجزاء الإجرائي هي :

- عدم انعقاد الرابطة الإجرائية (الخصومة الجنائية) و تترتب جزء الانعدام.

- عدم صحة الرابطة الإجرائية لعدم توافر احد شروط صحة العمل الإجرائي سواء أكانت شروط موضوعية أو شكلية و يترتب جزء البطلان.

- عدم استيفاء احد شروط استعمال أو تحريك الدعوى الجنائية أو غيرها من طلبات الخصوم و يترتب جزء عدم القبول².

- عدم قيام صاحب الحق الإجرائي باتخاذ الإجراء خلال فترة زمنية حددها القانون أو لقيامه أو امتناعه عن عمل معين لا يتفق مع الحق الإجرائي المقرر له و هذا يترتب جزء السقوط.

- و يلاحظ أن الأستاذ فتحي سرور لم يعتبر أن جزء عدم الاختصاص من الجزاءات الإجرائية و قد خالفه رمسيس بنهام والأستاذ أحمد المرصفاوي والأستاذ أحمد حشيش. ويتضح من استقراء الأسباب السابقة لتقرير الجزاء الإجرائي و يمكن حصرها في:

- عدم انعقاد الخصومة الجنائية لفقد أحد مقومات الرابطة الإجرائية يترتب جزء الانعدام.

- عدم انتهاج العمل الإجرائي للأسلوب الذي حدده القانون سلفا في طرق اتخاذه لانتهاك أحد شروط صحة الرابطة الإجرائية يستوي أن تكون شروط موضوعية أو شكلية و هي تتأرجح بين جزء البطلان و جزء عدم الاختصاص.

- جزء عدم جواز النظر يترتب في حالة كون العمل الإجرائي المتخذ يكون مسبقا بمقدمات من شأنها قانونا أن تمنع اتخاذه وإن جزء عدم جواز النظر هو لصيق ومرتبب بتلك المقدمات وليس بشخص القائم بالعمل الإجرائي.

- جزء عدم القبول يتقرر نتيجة لافتقاد العمل الإجرائي للمقدمات التي أقرها القانون شرط لنشأة الحق في اتخاذ ذلك الإجراء ومباشرته سواء تعلقت تلك المقدمات بأحد شروط الاستعمال أم تحريك الدعوى الجنائية بأي من طلبات الخصوم القضائية. جزء السقوط يتقرر إعماله في حالة

¹حسن علي حسين علي، المرجع السابق، ص 230

عدم اتخاذ الإجراء خلال الميعاد الذي حدده القانون أو نتيجة لقيام احد أشخاص العمل الإجرائي بواقعة ايجابية أو سلبية تتعارض مع الحق الإجرائي المخول له القيام به و من ثم يسقط الحق في اتخاذ الإجراء.

المطلب الثالث: خصائص الجزاء الإجرائي

إن محاولة تحديد مفهوم الجزاء الإجرائي لا يكفي بل لا بد من تحديد خصائصه، وإن أي جزاء قانوني له سمات تميزه عن غيره من الجزاءات الأخرى و سوف يتم معالجة و ذلك بالتحدث عن خصائص الجزاء القانوني عامة في الفرع الأول، ثم نتعرض لخصائص الجزاء الإجرائي خاصة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: خصائص الجزاء القانوني

- الجزاء حال غير مؤجل يطبق بمجرد ثبوت وقوع المخالفة.
- الجزاء مادي أو حسي أي أن له مظهرا ماديا خارجيا وليس مجرد جزاء معنوي بمعنى انه يلحق مخالف القانون في شخصه أو جسمه أو ماله.
- الجزاء القانوني منظم تنظيما وضعياً و تتجلى أهمية ذلك التنظيم في تحديد صورة الجزاء مقدماً¹.

الفرع الثاني: خصائص الجزاء الإجرائي خاصة

- الجزاء الإجرائي هو جزاء قانوني : ومرجع هذه الخاصية أن الجزاء الإجرائي تطبيق خاص للفكرة العامة للجزاء القانوني إذن فالجزاء الإجرائي جزاء قانوني فهو ليس جزاء اتفاقيا مصدره الاتفاق كما أنه ليس جزاء قضائيا من صناعة القضاء(2).
- الجزاء الإجرائي فكرة معنوية: أن الجزاء القانوني ليس جزاء مادي فقط بل يصح أن يكون فكرة معنوية بمعنى انه ليس جزاء ماديا ملموسا ومحسوسا(3).
- الجزاء الإجرائي لا يتحقق تلقائيا: يذهب البعض إلى أن الجزاء الإجرائي يتحقق تلقائيا استنادا إلى أن الأصل في القانون التلقائية وعلى أساس أن الجزاء قانوني يتحقق بمجرد تحقق واقعته المنشئة(1).

1 حسن كبيرة ، أصول القانون ، دار المعارف القاهرة 1957 ، ص 46

2 علي عوض حسن ، الدفع بعدم جواز النظر لسبق الفصل فيها ، دار محمود للنشر ، القاهرة 1995 ، ص 74

3 حسن علي حسين علي ، المرجع السابق ، ص 236

- الجزاء الإجرائي جزاء مكتوب و منصوص عليه في القانون: نظرا لكون الجزاء القانوني عنصرا لازما لكفالة وجود القانون ولما كان الأصل في العصر الحديث أن يكون الجزاء منصوصا عليه أي مكتوب، إذن فمبدأ لا عقوبة بغير نص و مبدأ لا جزاء إجرائي بغير نص.
- محل الجزاء الإجرائي: يذهب جمهور الفقه إلى أن الجزاء الإجرائي لا يصيب الشخص القائم بالعمل الإجرائي، و إنما يلحق بالعمل ذاته بخلاف الجزاءات الأخرى فهي شخصية الأثر أي تنال من شخص من باشر العمل الإجرائي سواء في ذاته أو ماله(2).
- الجزاءات الإجرائية جزاءات تنفيذية : بمعنى أن أثرها ينحصر في إزالة الخلل الذي يلحق بالإجراء نتيجة للسلوك المعيب المنتهك احد عناصر الوجود أو الصحة اللازم توافرها لاتخاذ العمل الإجرائي ومن ثم فإن الجزاء الإجرائي لا شأن له بنفسية من احدث الخلل وإنما هو يستهدف إعادة الوضع الإجرائي إلى الحالة التي كان عليها قبل اتخاذ الإجراء المعيب(3).
- الجزاءات الإجرائية جزاءات شكلية: و مرجع ذلك أن الأصل في العمل الإجرائي انه عمل شكلي بمعنى انه يشترط لصحته أن يفرغ في الشكل الذي يقدره القانون وأن الجزاء الإجرائي ناتج عن انتهاك احد عناصر الأعمال الإجرائية التي تنظمها قواعد الإجراءات الجنائية و التي تعد في حقيقتها شكلية بالنظر إلى وظيفتها.
- الجزاء الإجرائي يسلب العمل المعيب أثاره: الجزاء الإجرائي يؤدي إلى سلب العمل الإجرائي الذي شابه العيب لآثاره القانونية الايجابية التي يولدها الإجراء الصحيح بخلاف الجزاءات الأخرى التي تنطوي على عنصر الألم و التعويض(4).

المطلب الرابع: تنظيم الجزاء الإجرائي

باعتبار الجزاء الإجرائي من بين القواعد القانونية هذه الأخير التي تمتاز بالتنظيم ولهذا لا بد من دراسة كيفية تنظيم وصياغة الجزاء الإجرائي في الفرع الأول، ثم التطرق إلى أهميته في الفرع الثاني، ثم التطرق إلى أهدافه في الفرع الثالث.

1 نفس المرجع، ص 237

2 محمود نجيب حسني، مرجع السابق، ص 337

3 عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص 15

4 حسن علي حسين علي، المرجع السابق، ص 241

الفرع الأول: تنظيم الجزاء الإجرائي وكيفية صياغته

يسود اغلب التشريعات الحديثة مبدأ تنظيم الجزاء بمعنى أن يكون الجزاء معينا نوعه ومقداره و موكولا تطبيقه إلى السلطة العامة، و بذلك ينتفي عن الأفراد اقتضاء حقوقهم بأنفسهم جبرا ولا يصبح لهم من سبيل سوى اللجوء إلى السلطات العامة التي تقوم باقتضاء الحقوق و عقاب المخطئ⁽¹⁾. إذن يجب عند دراسة تنظيم الجزاء الإجرائي التطرق إلى دراسة مصدر الجزاء الإجرائي أولا، وبعد ذلك كيفية صياغة ثانيا، ثم الاعتبارات الواجب مراعاتها عند صياغة الجزاء ثالثا.

أولا: مصدر الجزاء الإجرائي

للجزاء الإجرائي مصدر مباشر و مصدر غير مباشر و يتمثل المصدر المباشر للجزاء الإجرائي في القاعدة الإجرائية التي تنظم نماذج الأعمال الإجرائية الواجب اتخاذها وذلك هو المصدر المكتوب للجزاء الإجرائي⁽²⁾. أما المصدر الغير مباشر و غير المكتوب فيتمثل في مجموعة المبادئ العامة التي تسود غالبية الأنظمة القانونية و لها صدى عملي في جميع فروع القانون بما فيها القانون الإجرائي و من أمثلة تلك المبادئ مبدأ احترام حقوق الدفاع و مبدأ حسن سير العدالة و مبدأ حسن النية و مبدأ أن الغش يفسد كل تصرف والإخلال بتلك المبادئ يستوجب إعمال الجزاء الكامل فيها⁽³⁾.

ثانياً: كيفية صياغة الجزاء الإجرائي

وسوف نعالج هذه الجزئية من خلال التعرض لضوابط و طرق الصياغة والاعتبارات التي يراعيها المشرع عند صياغته للجزاء الإجرائي.

1 انظر نبيل عمر ،عدم الفاعلية،المرجع السابق ،ص 34 إلى 46

2Garraud René، traite théorique et pratique d'instruction criminelle et procedure pénale،tome III ،paris Sirey 1999،p 327

3Garraud René، p 327

- ضوابط صياغة الجزاء الإجرائي: يخضع الجزاء الإجرائي في صياغته للعديد من الضوابط التي تحكم نشأته لأن المشرع الإجرائي محكوم لعناصر معينة عند صياغته للجزاء لا يستطيع أن ينفك عنها ويعد العمل الإجرائي محور ارتكاز تلك العناصر فهي تدور معه وجوداً وهدماً فمنها ما يتعلق بشروط وجود أو صحته أو نفاذه و منها ما يتصل بكماله سواء أعلق بأشخاص القائمين بالإجراء أم بالإجراء ذاته ومن ثم إذا تخلفت كل هذه العناصر أو بعضها ترتب الجزاء الإجرائي فكأن هناك رباط منطقي وقانوني يربط الإجراء بآثاره و بجزاءاته في لحظة واحدة على أساس أن المشرع يحدد الجزاء في اللحظة ذاتها التي يتم فيها صياغة الإجراء من خلال الأطر التنظيمية التي يضمها قواعده الإجرائية.

- طرق صياغة الجزاء الإجرائي: وفقاً للقواعد العامة يوجد نوعان من الصياغة أحدهما مرناً والآخر جامداً وصياغة الجزاء الإجرائي لا تخرج عن هذا الإطار فهي إما أن تكون مرنة أو جامدة وتعني الصياغة الجامدة للجزاء الإجرائي أن يرتب المشرع جزاءاً لا يختلف باختلاف الظروف التي تمت فيها المخالفة الإجرائية التي تستوجب توقيع الجزاء الإجرائي ومن ثم فإن القاضي يتقيد بإعمال الجزاء إذا استبانته لدية شروط إعماله وتتميز هذه الصياغة بأنها لا تعدد بكل حالة على حده لأنها تواجه فرضاً مجرداً ولذلك فهي تحقق الثبات والاستقرار في المعاملات.

من أمثلتها سقوط الحق في الطعن لفوات الميعاد أما الصياغة المرنة فهي عكس الصياغة الجامدة حيث يترك المشرع للقاضي حرية الاختيار بين أكثر من جزاء وفق لسلطته التقديرية وحسبما يتبين له بالنسبة لمدى جسامة المخالفة وضرب لنا الأستاذ حسن علي حسن مثلاً بالمادة 20 قانون المرافعات المصري نموذجاً للصياغة المرنة.

ثالثاً: الاعتبارات التي يراعيها المشرع عند صياغته للجزاء الإجرائي

إن المشرع الإجرائي لا يصيغ الجزاء مجرداً من أي اعتبارات بل أنه يأخذ في الحسبان مجموعة من العوامل التي لها تأثير مباشر في صياغة الجزاء، ولا يمكن فصلها عن هذه العوامل والاعتبارات التي يجب أن يراعيها المشرع هو الاعتبار القانوني، كذلك الاعتبار العملي، والاعتبار العلمي، واعتبار تعلق الجزاء الإجرائي بالنظام العام.

1- الاعتبار القانوني: يعني أن الجزاء الإجرائي هو جزاء قانوني بالمعنى الفني الدقيق لتقريره حالة تعيب العمل الإجرائي وعدم مطابقته للنموذج القانوني الوارد بالقاعدة الإجرائية نظراً

لفقد أحد عناصر الوجود أو الصحة أو المقدمات المتعين مراعاتها عند اتخاذ الإجراء وبناء على ما سبق يتضح أن الجزاء الإجرائي هو جزاء قانوني مصدره القانون ومن ثم فهو ليس جزاء اتفاقياً نابعاً من الإنفاق وليس قضائياً من صنع القضاء(1).

من ثم لا تستطيع إرادة الأفراد التعديل فيه أو الاتفاق على مخالفته فالقانون وحده هو الذي يتولى تقريره بوصفه جزاء لمخالفة الشروط اللازمة للصحة اتخاذ العمل الإجرائي.

أما بالنسبة للاعتبار الفني فإنه يملى على المشرع الإجرائي مراعاة مجموعة المبادئ العامة كمبدأ التقاضي على درجتين ومبدأ علنية إجراءات المحاكمة واحترام حقوق الدفاع وتبني المشرع لهذه المبادئ له دور مهم التأثير على الجزاء الإجرائي من ناحية التشديد والتخفيف (2).

2- الاعتبار العملي: مناط انصياع لأحكام العمل الإجرائي لا نجد أساسه في الضمير بمفرده مثل ما هو الحال بالنسبة للقواعد الخلقية بل يجد أساسه في وسائل القهر والإجبار المكفولة لتلك الأعمال عند انتهاك ضوابط اتخاذها ومن ثم مخالفته للأطر الإجرائية التي حددها المشرع³.

3- الاعتبار العلمي: يعني أن نشر العدالة وتحقيقها في سهولة ويسر وبأقل إيرادات وبأقل إجراءات أو ما يعبر عنه بمبدأ الاقتصاد في الإجراءات وترشيدها وذلك للوصول إلى النتيجة المرجوة بأقل إجراءات ممكنة مع الوضع في الحسبان الموازنة بين حق الدولة وحقوق الأفراد و يعني أن يراعي عدم الإغراق في الشكليات، بحيث يستخدم إجراءات متعددة للوصول إلى النتيجة نفسها التي يمكن الوصول إليها بإجراءات أقل، كما يتعين على المشرع الإجرائي ألا يقرر الجزاء على كل مخالفة إجرائية حتى ولو كانت بسيطة للحيلولة دون أن يصبح عبداً للشكلية، ومن ثم يضحى بالحقوق الموضوعية التي ما شرعت الأعمال الإجرائية إلا لحمايتها والحفاظ عليها.

4- تعلق الجزاء الإجرائي بالنظام العام في قانون الإجراءات الجنائية: إن الجزاء الإجرائي في قانون الإجراءات يتعلق بالنظام الإجرائي في ذلك النصوص التشريعية و الفحص و أحكام القضاء، فقد نص القانون الإجرائي الجنائي المصري في المادة 332 عن حالات البطلان المتعلق بالنظام العام، أيضاً ذهب جمهور الفقه إلى تعلق معظم الجزاءات الإجرائية بالنظام العام سواء

1 محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 337

2 نبيل عمر، المرجع السابق، ص 36،

3 نبيل عمر المرجع السابق، ص 39.

البطلان المتعلق بالصالح العام أو جزاء عدم جواز النظر و أيضا جزاء السقوط وعدم القبول وعدم الاختصاص، أما أثر تعلق الجزاء الإجرائي بالنظام العام:

- للقاضي إثارته و تقريره من تلقاء نفسه .
 - لا يجوز التنازل عن التمسك بهذا الجزاء صراحة أو ضمنا كوسيلة لتصحيحه.
 - لكل ذي مصلحة الحق في طلب إثارته والتمسك به في أي حالة تكون عليها الدعوى.
- يمكن إثارته لأول مرة سواء أمام المحكمة الإستئنافية أو النقض.

الفرع الثاني: أهمية وجود الجزاء القانوني

يجب دراسة أهمية وجود الجزاء القانوني بصفة عامة أولا، وبصفة خاصة ثانيا.

أولا: أهمية وجود الجزاء عامة

لا جدال في ضرورة وجود الجزاء للقاعدة القانونية بوصفه جوهر القاعدة فالقاعدة بلا جزاء هي والعدم سواء، فهو الذي يميزها عن غيرها من قواعد السلوك، وتعني فكرة الجزاء إمكانية حمل الأفراد جبرا على الانقياد لطاعة القواعد القانونية إن لم يطيعوها اختيارا ومن ثم فجوهر الجزاء يتمثل في الحرمان من مال أو مصلحة قانونية (1).

ثانيا: أهمية وجود الجزاء الإجرائي خاصة

قصد الشارع من تنظيم قواعد الإجراءات الجنائية التي تحوي الأعمال الإجرائية صيانة مصالح معتبرة ولن يأتي تحقيق ذلك الغرض إذا لم يكن هناك جزاء يترتب حال مخالفة تلك النصوص، لأن عدم احترام أحكام القانون والانصياع لضوابط اتخاذ الأعمال الإجرائية من قبل الأفراد المخاطبين بأحكامه يُعَرِّض المجتمع للانهدام، ولذلك يلزم لأداء القانون وظيفته أن تكون أحكامه متبعة ومطاعة سواء كان ذلك باختيار المخاطبين له أم نتيجة إجبارهم على ذلك². وتتجلى أهمية الجزاء الإجرائي كما يقرر البعض في استظهار القيمة العملية لقواعد قانون الإجراءات الجنائية، فهذه القواعد لا يجوز أن تبقى محض قواعد نظرية وإنما يتعين أن يترتب على مخالفتها جزاء يحدد قيمته العمل الذي خالفها ومدى ما يتمتع به من فعالية و دور جزائي في سير الدعوى

1 حسن كيرة، المرجع السابق، ص 44

1 محمود مصطفى، المرجع السابق، ص 38

نحو غايتها المتمثلة في صدور حكم بات وفاصل في موضوعها، و أن قواعد قانون الإجراءات الجنائية التي تنظم الأعمال الإجرائية لها أهداف قانونية اجتماعية تتمثل في كفالة حسن سير عمل القضاء واحترام حقوق الدفاع والحرص على تحقيق هذه الغايات بمقتضى وضع الجزاء الذي يكفل احترام القواعد التي تستهدفها¹.

الفرع الثالث: أهداف الجزاء الإجرائي

يهدف الجزاء الإجرائي إلى حماية الضمانات التي نص عليها القانون للمصلحة العامة ومصالح الخصوم لأنه أجدى وأفضل للعدالة أن تسود للحرية الفردية وتحترم ضمانات المصلحة العامة ولو ترتب عن ذلك إفلات المجرم من العقاب². وإذا كان الجزاء بالمعنى العام يستهدف الضغط على إرادة الأفراد حتى يمتثلوا لأوامر القانون ونواهيته واحتياطيا إزالة الآثار المترتبة على السلوك المعيب أو إصلاحها³. فان الجزاء يستهدف حرمان الشخص الإجرائي المخالف من الآثار القانونية التي يربتها المدعي عن الإجراء الصحيح⁴. ليس ذلك فحسب بل يهدف إلى حماية الأعمال الإجرائية المتخذة إبان الخصومة الجنائية من الأشخاص المنوط لهم اتخاذ الأعمال الإجرائية وبمخاصة ذوي النفوذ والسلطة كمأموري الضبط القضائي وأسبابه العامة وسلطة الحكم ومن ثم حثهم ودفعهم إلى أحسن أداء ذلك العمل للحيلولة دون تعرضه للجزاء⁵ وإن للجزاء الجنائي دور في أنه يعتبر ذو ضمانات هامة للمتهم من تعسف بعض السلطات المنوطة بها اتخاذ الأعمال الإجرائية كمأموري الضبط القضائي والنيابة العامة على أساس أن ذلك الجزاء سيكون وسيلة ناجحة في يد من يكون محلا للاتهام الجنائي وذلك لدرء مخاطر انتهاك ضمانات اتخاذ الأعمال الإجرائية قبله⁽⁶⁾.

مما سبق ذكره يهدف الجزاء الإجرائي إلى حماية الحرية الفردية للإنسان وتنظيم دفاعه وتحقيق العدالة الجنائية عن طريق حماية العمل الإجرائي في العبث و إجبار القائم به على احترام الضوابط و الشروط التي تطلبها القانون عند اتخاذه⁽⁷⁾.

2 صيفي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 35

3Garrand René Op.cit، p 327

4 محمد العيد، قضاء الإحالة بين النظرية والتطبيق، مطبعة المدني، القاهرة 1987، ص 82.

5 عبد المنعم البندرأوي، المرجع السابق 46

6 حسن علي حسين علي، المرجع السابق، ص 249

1 نفس المرجع، ص 250

2 انظر سليمان مرقص، المرجع السابق، ص 24 , 23

المبحث الثاني : أنواع الجزاءات الناتجة عن تحقق الدفع الشكلي

فمتى تحقق الدفع الشكلي ترتب عنه جزاءات إجرائية وسنركز على أهم الجزاءات الإجرائية كجزاء البطلان في المطلب الأول ، وجزاء والسقوط في المطلب الثاني.

المطلب الأول: ماهية البطلان

نستهلّ هذا المطلب بتعريف البطلان، بوصفه أحد صور الجزاءات التي تلحق إجراءات

الخصومة الجزائية فتعييها، وهو ما سنحاول تبيان معناه وتحديد تعريفه و تمييزه في الفرع أول لنتناول في الفرع الثاني تبيان أنواعه.

الفرع الأول: تعريف البطلان

بالرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية وتصفّحنا له، فإننا لا نجد ضمن أيّ نصّ قانوني تعريف للبطلان، إنّما استعمل المشرّع فقط مصطلحات تدلّ عليه مثل: "يعتبر باطلا"، "يترتب البطلان". ولأنّ وضع التعاريف ليست من مهام المشرّع فإنّ الفقه لم يبخل بمحاولاته لإعطاء تعاريف للبطلان ، و تبعا لذلك تعددت التعاريف التي لا يسع المقام لإدراجها كلّها ، غير أنّنا نجد من أهمّها ذلك التعريف الذي عرّف البطلان بأنّه: " تكييف قانوني لعمل يخالف نموذج القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يترتبها عليه القانون إذا كان كاملا"⁽¹⁾ ، أو هو الجزاء الذي يترتبه القانون على مخالفة القواعد والإجراءات التي أوجب على المحاكم مراعاتها بحيث يصير الإجراء عديم الأثر غير مرتّب ما قد يترتب على الإجراء الصّحيح من آثار قانونية"²، في حين نجد من عرّفه بأنّه:

"جزاء إجرائي يستهدف له كلّ عمل إجرائي لا يتوافر فيه عنصر أو أكثر من العناصر الجوهرية التي يستلزمها فيه ويترتب عليه عدم إنتاج الآثار القانونية التي ترتبها القواعد الإجرائية عليه إذا كان كاملا"³

كما يعرف البطلان بأنه ذلك الجزاء الذي يلحق إجراء نتيجة مخالفته أو إغفاله لقاعدة جوهرية في الإجراءات يترتب عنه عدم إنتاجه لأي أثر قانوني⁽¹⁾.

3 فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 1959. ص 54

1 نبيل عمر ،المرجع سابق ،ص 39

2 نبيل عمر ،المرجع سابق ،ص 39

أما عن سبب البطلان قد يكون بسبب ما نص عليه القانون أو ما يعرف بالبطلان القانوني . أي يجب أن ينص قانون الإجراءات الجزائية صراحة على هذا الجزاء أي أن حالات البطلان منصوص عليها في القانون صراحة ويترتب على عدم مراعاة الأحكام التي وضعها أو أغفلها البطلان لان الإجراء لم يتم صحيحا وحسب مقتضيات قانون الإجراءات الجزائية وعليه فلا يكون له الأثر المنتظر منه لعدم توفر الشروط الشكلية التي يستوجبها القانون لمثل هذا الإجراء وعليه فلا يكون لهذا الأخير قيمة قانونية أي أنه مجرد من القيمة القانونية (2). ولكن هناك فريق آخر يأخذ بالبطلان الجوهري أو الذاتي التي يقضي به القضاء و هو مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات ويلاحظ أن القانون الفرنسي يفرق بين البطلان الذي يشوب أعمال التحقيق الابتدائي (وهي التي تستمد منها الأدلة) فهناك البطلان المقرر بمقتضى نصوص صريحة nullités textuelles وفيه يقدر المشرع ابتداء جسامته المخالفة على نحو يؤدي بالبطلان ضرورة وهناك بطلان المقرر كجزاء على مخالفة النصوص الجوهرية وهو ما يطلق عليه البطلان الذاتي nullités substantielles (3).

قد أخذت قوانين كل من مصر، فرنسا، تونس، المغرب والكويت و ليبيا بالمذهبين معا(4). و سوريا ولبنان اللذين ينصان على تطبيقات متفرقة (5). وبالنسبة لأثر البطلان فهو يصيب الإجراء حال فقدته لأحد الشروط الموضوعية أو الشكلية التي يتطلبها القانون لكي يتخذ الإجراء صحيحاً ومرتباً لأثاره وعليه فإن مخالفة الإجراء مخالفة القواعد الجوهرية أو القانونية يهدر ولا يترتب اثر، ومن أمثلة ذلك إذا أصدر القاضي الجنائي حكمه في الدعوى المدنية قبل القضاء في الدعوى الجزائية إلا تبعاً للحكم في الدعوى الجزائية كما أنه يلزم الفصل في الدعويين بحكم واحد وليس في كل دعوى على حده وهو بطلان متعلق بالنظام العام(6). وتجدر الإشارة أنه يجب أن نفرق بين البطلان والانعدام فهما يتفقان في أن كلا الجزاءين لا ينتجان أثرهما القانونية ولكنهما يختلفان في طبيعتهما وفي أسباب كلاً منهما فالعمل الباطل هو الذي يستوفي جميع عناصره التي لا غنى عنها لوجوده القانوني ولكنه يصبح مشوباً بعييب في أحد هذه العناصر أما العمل المنعدم فهو اشد جسامته

3 نبيل عمر، المرجع السابق، ص 39

4 نبيل عمر، المرجع السابق، ص 42

5G.stefani.et G.Bouloc.et le vasseur، procédure Penal 13^{ème} éd, dalloz ,p 31

1 أحمد الشافعي، المرجع السابق ص 29

2 احمد عوض بلال ، قاعدة استبعاد الأدلة المتحصل بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة دار النهضة العربية القاهرة ط2ص111.

6 نبيل عمر، المرجع السابق ص 43

من عيب البطلان إذ يصدر فاقداً لركن من أركان وجوده ما قد يجعل منه عملاً آخر غير العمل المفروض قيامه باكتمال هذه الأركان أو قد يصبح هذا العمل غير موجود(1). لذلك إن أفضل معيار للتفرقة بين الانعدام والبطلان هو معيار الجسامة(2). وقد ميز الأستاذ عاصم شكيب صعب بينهما في عدة نقاط أبرزها:

- الانعدام يعني عدم الوجود أما البطلان يعني عدم صحة الإجراء.
 - بينما الانعدام لا يقبل التصحيح وأما الإجراء الباطل يجوز تصحيحه.
 - إذ صدر الحكم منعدماً فإنه يظل كذلك حتى ولو فات ميعاد الطعن فيه.
 - أما البطلان الذي أثر في الحكم فإنه يلزم الطعن فيه في مواعيد الطعن المحدد قانوناً وإلا أصبح حكماً واجب التنفيذ(3).
- ويلاحظ أنّ البطلان هو وصف يلحق بالإجراء المعيب والمخالف للقانون، أكثر منه جزاء يرتبه القانون، كما يرى أغلب الفقهاء.

ومن خلال كلّ التعاريف السابقة يتّضح لنا بأنّ البطلان يعدّ من أهمّ الجزاءات الإجرائيّة، غير أنّه قد يتشابه أو يختلط مع العديد من المصطلحات أو الأفكار القانونيّة القريبة منه أهمّها: الانعدام، السقوط وعدم القبول لذا ارتأينا أن نميّز بينه وبين مثل هذه الأفكار في النقاط الثلاثة التّالية:

أولاً: تمييز البطلان عن الانعدام

الانعدام يعني أنّ الإجراء ليس له وجود قانوني، فالإجراء المعيب لم يقتصر على نفي أحد شروط صحّته، وإنّما جاوز ذلك إلى نفي أحد مقوّمات وجوده، وهو أمر يختلف عن غيره من أنواع البطلان التي تنجم عن عيب في العمل القانوني دون أن يصل الأمر إلى المساس بوجود هذا العمل. وعلى سبيل المثال: فإنّ قيام شخص غير القاضي المختصّ بنظر الدّعى وبالفصل فيها،

1 نبيل عمر، المرجع السابق، ص44

2 عاصم شكيب صعب، المرجع السابق، ص48

3 سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 36

4 - د/ محمد سعيد نور، أصول الإجراءات الجزائية، شرح لقانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 2005، ص 58.

فيكون ما توصل إليه من قرار هو قرار منعدم، والقاعدة أنّ الإجراء المنعدم لا يترتب عليه أي أثر مهما طال الزمن، والانعدام يتقرر بقوة القانون¹.

والاختلاف بين الانعدام والبطلان يكمن في عدم الوجود وعدم الصّحة، فمظهر عدم الوجود هو الانعدام وجزاء عدم الصّحة هو البطلان²، وقد عرّف القانون المدني نظريّة انعدام الأعمال القانونيّة ومنه انتقلت الفكرة إلى سائر فروع القانون³ إلا أنّ قانون الإجراءات الجزائيّة لم ينص عليه⁴.

ثانياً: تمييز البطلان عن السقوط

السقوط هو جزاء إجرائي ينصبّ على حقّ معيّن للخصم في مباشرة الإجراء لمخالفة أحكام القانون المتعلقة بالميعاد الذي يجب أن يباشر خلاله الإجراء⁵، وبعبارة أخرى هو جزاء عدم احترام شرط الوقت أي لم يتّخذ خلال الآجال المحدّدة قانوناً، ويبقى الإجراء رغم ذلك صحيحاً لا يشوبه أيّ عيب⁶، وهناك رأي يقول بأنّ هناك علاقة بين البطلان والسقوط بحيث يترتب الأوّل عن الثّاني؛ ويتمثّل ذلك في أنّ سقوط الحقّ في القيام بالعمل الإجرائي يترتب عنه بطلان هذا العمل أو الإجراء إذا ما اتخذ رغم سقوط الحقّ فيه⁷.

ويختلف البطلان عن السقوط في أن الأوّل يمكن تجديده وتصحيحه إذا كان ذلك ممكناً أما الثّاني فلا يتصور معه تجديده⁹. وعلى ذلك فالبطلان جزاء يرد على الإجراء فيهدر آثاره، أما السقوط فهو يرد على الحق في مباشرة الإجراء¹⁰.

ثالثاً: تمييز البطلان عن عدم القبول

- 1 - محمد سعيد نمور، المرجع السابق، ص 58.
- 3 - مدحت محمد الحسيني، المرجع السابق، ص 7.
- 4 - نبيل صقر، الموسوعة القضائية الجزائرية، البطلان في المواد الجزائية، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، 2003، ص 20.
- 5 - أحمد الشافعي، البطلان في قانون الإجراءات الجزائية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2007، ص 25.
- 5 - مدحت محمد الحسيني، نفس المرجع، ص 11.
- 6 - أحمد الشافعي، نفس المرجع، ص 13.
- 7 - أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1959، ص 74.
- 8 - نبيل صقر، المرجع السابق، ص 28.
- 9 - أحمد الشافعي، المرجع السابق، ص 44.
- 10 - محمد سعيد نمور، المرجع السابق، ص 59.

عدم القبول هو جزء إجرائي يرتبه القانون على مخالفة أحكامه المتعلقة بشروط صحة نوع معين من الأعمال الإجرائية، يسمى بالطلبات ويترتب عليه الامتناع عن الفصل في موضوعها¹.

والعلاقة بين البطلان وعدم القبول؛ هي أنّ الأول يعتبر خطوة أولى للثاني، فإذا كانت عريضة الاستئناف باطلة، فإن المجلس يقضي بعدم القبول. كما يتشابه البطلان مع عدم القبول في أن البطلان النسبي يمكن تجديده، فإنه يمكن أيضاً تجديد الإجراء الذي على أساسه حكم بعدم قبول الدعوى أو الطعن إذا اجتمعت الشروط التي يتطلبها القانون 2 . وأغلب ما يرد عليه عدم القبول هو الدعوى وطرق الطعن فيها ومثاله: أن ترفع الدعوى دون تقديم الشكوى أو الطلب أو صدور الإذن في الحالات التي يتطلب القانون فيها ذلك³.

الفرع الثاني : أنواع البطلان

جرى الرأي في ميدان البطلان على التمييز بين نوعين من البطلان: المطلق والنسبي، كما جرى الفقه والقضاء على إطلاق وصف المطلق على البطلان المتعلق بالنظام العام، و النسبي على ذلك المتعلق بمصلحة الخصوم. والتمييز بين هذين النوعين تعد مسألة بالغة الأهمية من الناحية العملية في إجراءات التقاضي الجنائي، ولذلك سنتناول كل منهما على حدة :

أولاً: البطلان المطلق

ويقصد به البطلان المتعلق بالنظام العام؛ أي هو البطلان الذي يترتب على مخالفة القواعد الخاصة بالإجراءات الجوهرية المتعلقة بالنظام العام⁴، ولو أدى ذلك إلى تحقيق مصلحة الخصوم⁵.

ومن القواعد الخاصة بالإجراءات الجوهرية المتعلقة بالنظام العام؛ القواعد المتعلقة بتشكيل المحكمة⁶ أو بولايتها للحكم في الدعوى أو باختصاصها من حيث نوع الجريمة المعروضة عليها⁷.

1 - مدحت محمد الحسيني، المرجع السابق، ص 13.

2 - أحمد الشافعي، نفس المرجع، ص 44

3 - انظر الملحق رقم (01) حكم صادر عن محكمة البويرة قسم الجرح، بتاريخ 2008/10/27 تحت رقم 2008/10201 الذي قضى ببطلان إجراءات المتابعة، لعدم تقديم الشكوى

4 - د/ مأمون محمد سلامة، الإجراءات في التشريع المصري، الجزء الثاني، دار الفكر العربي مصر، طبعة 1977، ص 986.

5 - د/ طه زكي صافي، الاتجاهات الحديثة للمحاكمات الجزائية (بين القديم والجديد)، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر

والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2003

6 - انظر الملحق رقم (02)، قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1988/03/01، ملف رقم 47507، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، 1990، ص 296 ومايليها.

7 - نبيل صقر، المرجع السابق، ص 59.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية فإنه لم يشر ضمن نصوصه لا إلى البطلان النسبي ولا إلى البطلان المتعلق بالنظام العام، لكن قضاء المحكمة العليا يستعمل في قراراته مصطلح البطلان المتعلق بالنظام العام بدلا من البطلان المطلق¹، وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا بأن عدم القيام بالإجراءات اللازم اتخاذها ضدّ المتهم المتخلف عن الحضور أمام محكمة الجنايات فيه إهدار لحقوق الدفاع والمجتمع معا لذلك يترتب البطلان المطلق وذلك لتمكين المحكمة من تصحيح الإجراءات.

ويتميز البطلان المطلق بعدة خصائص منها؛ أنه يجوز الدفع به في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، بشرط ألا يكون الدفع به محتاجا إلى تحقيق موضوعي، كما أنه يثار من كل ذي مصلحة فيه، وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، ولو بغير طلب من أطراف الخصومة، كما لا يجوز التنازل عنه صراحة أو ضمنا، فلا يصححه التنازل من جانب صاحب المصلحة التي يستهدف الإجراء حمايتها³.

ومن حالات البطلان المطلق - رغم أنّ المشرع الجزائري لم ينص عليها وإنما هي مستقاة من الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا- البطلان الذي يلحق القواعد المتعلقة بتشكيل الجهات القضائية، البطلان الذي يلحق القواعد المتعلقة بالاختصاص في المادة الجزائية، وكذلك القواعد المتعلقة بتحريك الدعوى العمومية⁴

ثانيا: البطلان النسبي

ويقصد به البطلان المترتب عن عدم مراعاة أحكام الإجراءات غير المتعلقة بالنظام العام، وإنما متعلقة بمصلحة الخصوم⁵، أو بعبارة أخرى مصلحة الأطراف.

والمصلحة المحمية هي التي تحدّد حالات البطلان المتعلق بمصلحة الأطراف، ويرجع للقضاء تقدير أنّ الإجراء الجوهري المخالف يمس بالمصلحة الخاصة لأطراف الدعوى الجزائية أو لا. وقد أشار المشرع الجزائري في المادة 159 فقرة أولى من قانون الإجراءات الجزائية إلى البطلان

1- أحمد الشافعي، المرجع السابق، ص 53.

2 - قرار صادر عن الغرفة الجنائية للمحكمة العليا بتاريخ 1990/03/27، طعن رقم 64.473، جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، ص 123.

3 - رءوف عبيد، المرجع السابق، ص 247، ومحدث محمد الحسيني، المرجع السابق، ص 35.

4 - جيلالي بغدادي، المرجع السابق، ص 117 ومايليها.

5 - مأمون محمد سلامة، المرجع السابق، ص 988 وطفه زكي صافي، المرجع السابق، ص 336.

المتعلق بمصلحة الأطراف فنصّ على أنّه يترتّب البطلان أيضا على مخالفة الأحكام الجوهرية المقرّرة في باب التّحقيق خلاف الأحكام المقرّرة في المادتين 100 و105، إذا ترتّب على مخالفتها إخلال بحقوق الدّفاع أو حقوق أيّ خصم في الدّعى¹.

ويتميّز هذا البطلان بأنّه قابل للتّصحيح، ويتمّ هذا الأخير بطريقتين: إما بقبول الإجراء الباطل من قبل من تقرّر هذا البطلان لمصلحته، سواء كان هذا القبول صريحا أو ضمّنيا، وفي هذا الصّدّد نشير إلى قرار المجلس الأعلى - المحكمة العليا حاليا - الصّادر بتاريخ 1981/01/27 الذي قضى بأنّه يصحّ البطلان النسبي بالقبول الصّريح أو الضّمّني للإجراء الباطل من طرف من تقرّر البطلان لمصلحته، فالدّفع بعدم صحّة التّكليف بالحضور، يجب أن يقدّم إلى قضاة الموضوع قبل البدء في المرافعات وطبقا للشّروط المنصوص عليها في المادّة 352 من قانون الإجراءات الجزائية، فإن لم يفعل اعتبر سكوته نزولا ضمّنيا عن الدّفع بالبطلان واستحال عليه من بعد ذلك إثارة هذا الوجه لأول مرّة أمام المجلس الأعلى²، وإمّا بتحقيق الغرض من الإجراء الباطل حيث يصحّ ويتمّ ذلك عن طريق التّصرف أو القيام بإجراء لاحق من شأنه أن يعدم أثر البطلان³.

بالإضافة إلى ما سبق ذكره، فالبطلان النسبي يجب الدّفع به أمام محكمة الموضوع، ولا يجوز إثارته لأول مرّة أمام المحكمة العليا، ولا تقض به المحكمة من تلقاء نفسها، ولا يجوز التّمسك به إلاّ من قبل الخصم صاحب المصلحة المباشرة من الحكم ببطلان الإجراء لعدم مراعاة القواعد القانونية المقرّرة لمصلحته، إذ لا يجوز لغيره من المتّهمين الدّفع به، كما أنّ عدم الدّفع به من المتّهم أو الطّرف المدني يترتّب عليه تصحيحه، وفي كافة الأحوال يجب ألاّ يكون التّمسك به ممن تسبّب في حصوله سواء بنفسه أو بواسطة محامية⁴.

وتجدر الملاحظة هنا إلى أنّ للبطلان حالات نصّ عليها القانون صراحة ورتّب على عدم مراعاة الأحكام التي وضعها البطلان، وهو ما يسمّى بالبطلان القانوني استنادا للقاعدة العامّة "لا بطلان بدون نص"، بمعنى أنّ القانون هو الذي يحدّد وحده فقط حالات البطلان مسبقا كجزاء لعدم مراعاة القواعد الإجرائية التي نصّ عليها القانون.

1 - أحمد الشافعي، المرجع السابق، ص 62 و63

2 - قرار صادر يوم 1981/01/27 من القسم الأول للغرفة الجنائية الثانية في الطعن رقم 21.643، وقرار صادر يوم 1983/01/14 من الغرفة الجنائية الأولى في الطعن رقم 27.584، جيلالي بغداداي، المرجع السابق، ص 177.

3 - مدحت محمد الحسيني، المرجع السابق، ص 37 و38.

4 - نبيل صقر، المرجع السابق، ص 67.

كما شارك القضاء بإنشاء حالات جديدة للبطلان لم ينص عليها القانون، وهذا عندما يكون الإجراء المعيب ينطوي على خرق صارخ للقواعد الإجرائية وماساً بحقوق الدفاع والحريات الفردية وهو ما يطلق عليه بالبطلان الجوهرية¹، ولذلك تعتبر إجراءات جوهرية تلك التي تحدّد ضمانات الحرية الشخصية للمتّهم وتكفل الإشراف القضائي على الإجراءات، كما تعدّ الإجراءات المتعلقة بضمان الحرية الشخصية بناء على قرينة البراءة من الإجراءات الجوهرية وتشمل ضمانات الدفاع التي تواجه التّهمة².

الفرع الثالث: جزاء السقوط

يمكن تعريف جزاء السقوط أنه جزاء إجرائي يرد على السلطة أو الحق في مباشرة العمل الإجرائي إذا لم يقم به صاحبه خلال الفترة التي حددها القانون سواء كان ذلك بفوات الميعاد أم باتخاذ واقعة إجرائية من شأنها أن تسقط الحق الإجرائي كرفع الدعوى المدنية أمام القضاء المدني بالرغم من كون الطريق الجنائي مفتوحاً.

إن جزاء السقوط يؤدي إلى عدم قابليته للتصحيح ويمكن إثارته في أي حال كانت عليه الدعوى فضلاً على أنه يؤدي إلى سقوط الحق في اتخاذ الإجراء ومن ثم عدم إمكانية القيام بالعمل مرة أخرى إضافة إلى انه يثار من تلقاء نفس القاضي ولا يستطيع أن يرفض توقيعه حال تحقّقه ويتم تقريره بقطع النظر عن وجود الضرر أو لا وأخيراً يترتب على اتخاذ العمل الإجرائي بالرغم من سقوط الحق في إتيانه يؤدي إلى البطلان أو الانعدام أو عدم القبول⁽³⁾.

أم عن محل جزاء السقوط فانه لا يرد إلا على الحق الإجرائي الموجود فعلاً الذي لم يباشر خلال الميعاد الذي حدده القانون وليس على الحق الإجرائي وفقاً للنصوص القانونية المنظمة له أو النظام القانوني المستخلص⁽⁴⁾. ومن هنا يظهر لنا شروط الجزاء وهو عدم ممارسة الحق الإجرائي وفقاً للشروط والقيود القانونية عن طريق اتخاذ صاحب الحق موقفاً سلباً بعدم إتيانه الحق المخول له خلال المواعيد القانونية التي حددها القانون أما عن أثر جزاء السقوط هو زوال وانتهاء حق الإجرائي في مباشرة واتخاذ الإجراء وان جزاء السقوط يسري بأثر رجعي

1 - أحمد الشافعي، المرجع السابق، ص 28.

2 - نبيل صقر، نفس المرجع، ص 28.

1 حسن علي حسين، المرجع السابق، ص 334

2 نفس المرجع، ص 340

المبحث الثالث: التعامل القضائي عند إبداء الدفع الشكلي

بعد إبداء الدفع الشكلي أمام جهات الحكم يكون له أثر ومن خلال هذا سوف ندرس في هذا المبحث مرحلة تقديم الدفع الشكلي أمام القضائي الجزائي في المطلب الأول، وموقف أسباب الحكم من الدفوع الشكلية في المطلب الثاني .

المطلب الأول : مرحلة تقديم الدفع الشكلي أمام القاضي الجزائي

تناولنا في الفرع الأول تقديم الدفع الشكلي أمام محكمة أول درجة و في الفرع الثاني تقديم الدفع الشكلي أمام جهة الاستئناف.

الفرع الأول : تقديم الدفع الشكلي أمام محكمة أول درجة

يجب على المحكمة ان تعني بالرد على الدفع القانوني الجوهري .وإلا شاب حكمها الإخلال بحق الدفاع والقصور في التسبيب .

فيجب على المحكمة ان تورد الدفع القانوني في أسباب حكمها ،وترد عليه بما يفنده إيجابا أو سلبا ،تنتهي إلى قبوله أو رفضه ،بأسباب سائغة تكفي لحمل النتيجة التي انتهت إليها المحكمة .

فإذا جاء الحكم رغم توافر كافة شرائط إبداء الدفع القانوني أو الدفاع قاصرا معيبا وجب نقضه ولكن بشرط ان يكون هذا القصور قد أضر بالطاعن ،فإذا انتفى الضرر لأن الدفع الذي أبداه ما كان سيؤثر في توافر مسؤليته من جهة ،وفي عقوبته نوعا أو مقدرا من جهة أخرى ،فقد انتفت المصلحة ،ويكون ذلك إذا كانت العقوبة المقضي بها يمكن تبريها حتى مع افتراض صحة الدفع قانونا وثبوته موضوعا .

وما يصدق على الحكم المطعون فيه،إذا أخطأ في تطبيق قانون العقوبات أو في تأويله على الدفع القانوني المقدم ،يصدق أيضا بنفس ضوابطه وقواعده على نفس الحكم عندما يجئ قاصرا فحسب في الرد على أي دفع من هذه الدفوع .

ذلك لأن المحكمة غير ملزمة بتعقب المتهم في دفاعه في كل جزئية يثيرها لأن اطمئنانها إلى الأدلة التي عولت عليها يدل على إطراحها لجميع الاعتبارات التي ساقها الدفاع لحمل المحكمة على عدم الأخذ بها .

وهذا القول يصدق أيضا على الدفوع الإجرائية الشائعة المختلفة . كما سبق ذكره في الفصل الأول في تقسيمات الدفوع كالدفع ببطلان التفتيش والدفع بانتفاء حالة التلبس أو التكليف بالحضور . فإنه متى أثير أي دفع من هذا القبيل وجب على المحكمة الرد عليه بشرط أن يكون الدفع الجوهري مرتبا على قبوله مرتبا على قبوله وجوب القضاء ببطلان الأجراء، فيصير عديم الأثر غير مرتب ما قد يترتب على الأجراء الصحيح من آثار قانونية ، وبشرط أن يكون بطلان الأجراء تود بدوره على التأثير في مصير الدعوى على وجه متفق مع الخصم المتمسك ببطلان الأجراء .

وإلا فلا جدوى له من وراء طعنه على الحكم بالقصور في تسبيب الرد المطلوب .

وتنتفي مصلحة المتهم إذا أسند إليه الحكم الصادر في الدعوى دفاعا لم يقله ما دام إن إسناد هذا الدفاع إليه لم يلحق به ضرر . كذلك الشأن إذا أسند الحكم المستأنف فيه دفاعا لم يتمسك به ، إذ ليس مما يعيب الحكم أن يتعرض لدفاع أبداه المتهم أمام محكمة أول درجة وإن لم يردده بعد ذلك في الاستئناف .

وفي جميع الأحوال يراعي أنه متى قدرت المحكمة جدية طلب من طلبات الدفاع فاستجابت له ، فليس لها أن تعدل عن تحقيقه إلا لسبب سائغ يبرر هذا العدول ويخضع بالتالي لرقابة المحكمة العليا . ومن ذلك مثلا أن تؤجل المحكمة نظر الدعوى كطلب الدفاع لضم قضية مدنية ، ثم تنظرها دون إجابة هذا الطلب فإن ذلك منها يعد إخلالا بحق الدفاع . ولكن بشرط أن لا يكون قد تنازل المتهم عن ذلك صراحة أو ضمنا .

الفرع الثاني : تقديم الدفع الشكلي أمام جهات الاستئناف

يجوز أن تثار أمام الجهات الإستئنافية ولو لأول مرة جميع طلبات التحقيق ، والدفوع الموضوعية والقانونية . سواء استندت إلى قانون العقوبات أم إلى قانون الاجراءات الجزائية ، بل إن إثارة أي دفع قانوني أو موضوعي أما القاضي الجزائي لا يغني عن إثارته أي دفع قانوني أو موضوعي أمام درجات الاستئناف أو على حد تعبير القضاء النقض أن طلبات التحقيق التي يترتب

على عدم إجابتها أو الرد عليها بطلان الحكم هي التي تقدم إلى المحكمة¹ . فالتمسك بطلب من هذا القبيل لدى محكمة الدرجة الأولى وعدم إجابة المحكمة إليه وعدم الإصرار على هذا الطلب لدى محكمة الاستئناف .

وعلى ذلك إذا أبدى الدفاع أمام درجة الاستئناف وتوافرت له شرائطه فقد تعين على هذه الأخيرة أن ترد عليه . فإذا أيدت درجات الاستئناف حكم أول درجة لأسبابه دون أن تعني ببحث الحقيقة إليها، يترتب عليه لو صح تغيير وجه الرأي في الدعوى . فان حكمها يكون قاصراً يعرض إلى النقض .

المطلب الثاني : ماهية تسبب الأحكام القضائية

لما كان إصلاح التسبب إصلاحاً حديثاً نسبياً فإن دراسته تقتضي الإحاطة التامة بمعرفة مدلوله اللغوي والإصلاحي في الفرع الأول، وأهمية في النظام القانوني في الفرع الثاني، والتعريف بالتسبب وأهمية لا يكفي لبيان ماهيته فهي تكتمل إلا بيان حقيقته في الفرع الثالث، ثم نتكلم عن وظائف التسبب في الفرع الرابع، وجوده كالتزام قانوني.

الفرع الأول: مفهوم التسبب

لابد لإعطاء لمحة عن التسبب القيام بالتعريف اللغوي أولاً، ثم التطرق إلى المعنى الاصطلاحي ثانياً، وبعد ذلك التطرق إلى مفهوم التسبب في العمل القضائي ثالثاً.

أولاً: التعريف اللغوي

على اعتبار أن اصطلاح التسبب مصطلح حديث اختلط هذا المفهوم مع بعض المفاهيم الأخرى التي يستخدمها الفقهاء والقضاة وهم بصدد التعبير عن هذا الموضوع وذلك لتعدد المعاني ومنها:

1 رؤوف عبيد - المرجع السابق - ص 673 وما بعدها.

الدفع والتحرك والحث والدوافع المباشرة، وهذه المعاني منها ما هو مادي خاص بالتحريك والدفع الواقعي، وما هو معنوي خاص بالحث والدفع النفسي.

انعكست هذه المعاني اللغوية على المعنى الاصطلاحي للتسبيب، فيمكن أن يفهم تارة بأنه استقراء الأسباب التي تحرك الحكم وتدفعه إلى الصدور في الواقع، وتارة أخرى بأنه استقراء البواعث السيكولوجية المحركة الدافعة للقرار¹.

أصل كلمة السبب في اللغة العربية "الحبل" فالسبب يطلق على كل حبل تحدر من فوق ولا يدعى الحبل سبباً ويصعد به وينحدر به، وهو أيضاً الحبل الذي يوصل به إلى الماء ثم استعير لكل ما به إلى شيء، فالسبب شيء يتوصل به إلى غيره والجمع أسباب، فالسبب في العربية اسم يتوصل به إلى المقصود².

ثانياً: المعنى الاصطلاحي

التسبيب هو تضمين الحكم الأسباب الضرورية التي أدت إلى وجوده، وقد اكتسب هذا اللفظ منذ ميلاده مدلولاً قانونياً و لفظ آخر هو لفظ مسبب أي اشتمال الحكم فعلاً على الأسباب التي أدت إلى صدوره.

أما في الفقه والقضاء فيقصد بكلمة يسبب احتواء الحكم على الأسباب الواقعية والقانونية التي أدت إلى صدوره، وإذا كانت الإصلاحات السابقة (أسباب ويسبب ومسبب)، قد ظهرت منذ عدة قرون فإن إصلاح التسبيب هو إصلاح حديث لم يظهر إلا في القرن العشرين³.

أما الأصوليون فيقولون السبب عند تقسيم الحكم الشرعي إلى تكليفي ووضعي، والمراد بالحكم الوضعي عندهم جعل الشيء سبباً لآخر أو شرطاً له أو مانعاً منه.

لما كان الحكم الشرعي هو إثبات أمر أو نفيه عنه بطريق الشرع، فقد أطلق الفقهاء، هذا المعنى على المحكوم به في القضايا الشرعية، سواء كان محكوماً في الحكم التكليفي أو كان محكوماً به في الحكم الوضعي، وهو كون الشيء سبباً لآخر أو شوطاً له أو مانعاً منه، ومنهم من

1 عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983 ص 15.
2 الطيب براءة، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية، دار النشر المعرفة، مصر 1996، ص 325.
3 انظر عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 14، 15.

فرق بين العلة والسبب، اعتبروا العلة وصف مناسب للحكم، والسبب لم يلاحظ فيه ذلك، وأضافوا أن السبب لا ينتج أثره إلا مع وجود الشرط وانتقاء المانع¹.

يتضح من التعريفات السابقة أن مجرد وجود الأسباب هو أمر شكلي، أما القول بأن يكون الحكم مسبباً فليس معناه أي وجود للأسباب مهما كان، ولكنه يعني أن يتضمن الحكم الأسباب الضرورية والكافية التي تبرر صدوره.

أما اصطلاح التسبب فهو لا يختلف في جوهره عن اصطلاح مسبب فكلاهما اصطلاح مركب يتضمن عرض الأسباب والوصول إلى نتائج معينة، وغاية الأمر أن استعمال اصطلاح التسبب يتميز بإبراز دور القاضي في ممارسته لوظيفته، ويبرز أيضاً فكرة رقابته في ممارسته لسلطاته.

من خلال هذا يمكن تعريف التسبب كالاتي: هو بيان الأسس الواقعية والقانونية التي بنى عليها القاضي منطوقه الصادر عند إصدار الحكم القضائي، إذ أنه ليس عملية تلقائية تتم نتيجة عمل إجرائي وحيد بل هو نتيجة للعديد من الأعمال الإجرائية التي تتخذ في خصومة معينة والتي الهدف منها الحصول على هذا الحكم، وأن صحيفة الدعوى تحمل الأسس الواقعي وأحياناً القانوني لما يريده المدعي من تأكيد لمركزه الموضوعي وإزالة الشك والتجهيل عنه، ثم يأتي دور المدعي عليه الذي يقدم دفوعه التي يحاول بها دحض إدعاءات المدعي حتى لا يستجاب لطلبه، ويستمر على هذا المنوال على حين الفصل في الدعوى بحكم يحسم النزاع، إما بحكم فاصل في الموضوع، أو بالحماية الوقتية المستعجلة، ونفس الدور يقوم به كل من يدخل أو يتدخل في الخصوم طبقاً للقواعد العامة.

ثالثاً: مفهوم التسبب في العمل القضائي

إزاء الوقائع التي يطرحها الخصوم، يقوم القاضي بفرزها فيأخذ بما هو منتج في الدعوى، ويستبعد منها غير المنتج فيها، وغير المتنازع فيها، والتي لا يجوز إثباتها، ثم يحصر النزاع من حيث الوقائع في الباقي مما أورده الخصوم، بعد حصر النزاع ثم يقوم بإثبات هذه الوقائع بعدها يقوم بالتكييف القانوني عن طريق مطابقة المجموع الواقعي مع القاعدة القانونية².

1 الطيب برادة، المرجع السابق ، ص 326.
2 نبيل إسماعيل عمر، تسبب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية 2001 ، ص 3.

من خلال النصوص القانونية يتضح أن المشرع الجزائري قد حرص على وجوب تسبیب الأحكام القضائية "أي يجب أن تشتمل على الأسباب التي بنيت عليها".

يتضح مما تقدم أن الصياغة الفنية الدقيقة التي تحقق الهدف من إلزام القاضي بذكر أسباب أحكامه أو أوامره هي التي لا تكفي بمجرد إلزام القاضي بذكر الأسباب على النحو القائم في التشريع الإجرائي حالياً، ولكنها تلك الصيغة التي تؤدي إلى التعبير عن المضمون الحقيقي لهذا الالتزام كالنص على أن الأحكام يجب أن تكون مسببة التي طبقتها".

يتضمن التسبیب الذي يجريه القاضي أمرين في وقت واحد:

أولها هو أن يعرض القاضي في حكمه مجموعة الأسباب الواقعية والقانونية التي قادتته إلى التقرير وإصدار حكمه أو قراره على نحو معين، ويعد التسبیب عند هذا الحد ركناً شكلياً في الحكم باعتباره النموذج الذي لا خوف على تسببيه.

الأمر الثاني هو أن تعبر هذه الأسباب عن العملية التي وصل القاضي إلى نتيجة معينة، وبذلك يكون التسبیب إجراء ونتيجة في ذات الوقت، ويكون بذلك أيضاً جزءاً من موضوع العمل الذي استلزم القانون تسببيه، وينبغي أن يجري القاضي التسبیب وفقاً للفكرة التي تعتد بالأسباب المحددة بمعنى أن تجيء الأسباب التي يعرضها القاضي في الحالة التي فصل فيها مطابقة لإرادة القانون.

من جهة أخرى فإن سائر الأعمال التي يقوم بها القاضي بصفة عامة، وما يصدره من أحكام بصفة خاصة هي التعبير عن العدالة، لذلك فالتسبیب الذي يجريه القاضي يجب أن يتضمن تفسيراً يبين به للكافة أسباب اتخاذ القرار على نحو معين، ويجب أيضاً أن يضمن التحقيق من أن القاضي قد أتقن وأحسن الاختيار الذي انتهى إليه من بين الاختيارات المختلفة التي كانت مطروحة أمامه قبل اتخاذ الحكم أو القرار، وبذلك يحمل الحكم أو القرار في طياته الدليل والبرهان على أن القاضي لم يضمنه إجراءات سرية، وإنما يتضمن حكمه أو قراره الإيضاح الحقيقي لإرادته، وهو ما ينتفي معه أي احتمال للغموض أو اللبس أو التحكم أو عدم الإلتقان، وبذلك يؤدي التسبیب دوره في الحماية الاجتماعية باعتباره إجراء يستهدف تحقق مصلحة عامة¹.

الفرع الثاني: أهمية التسبیب

1 عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 19.

إن لتسبيب الأحكام القضائية عدة فوائد فمنها ما هو عائد على الحكم أولاً، ومنه ما هو عائد على المتخاصمين ثانياً، ومنها ما هو عائد على القاضي نفسه ثالثاً، وهناك فوائد عائدة على الجهات القضائية رابعاً، وكذلك توجد فوائد العائدة على الفقه والقضاء نفسه خامساً، هذه الفوائد الكثيرة تعطي دلالة واضحة على أهمية التسبيب في الحكم القضائي.

أولاً: الفوائد العائدة على الحكم نفسه

التسبيب الأحكام القضائية فوائد ترجع على الحكم القضائي فيعد أداة مؤثرة في إبراز عدالة الأحكام وصحتها، توضيح الحكم القضائي الذي يصدر في أي قضية.

1. أن التسبيب يعد أداة مؤثرة في إبراز عدالة الأحكام وصحتها: تكون الأحكام محل ثقة عند الخصوم وغيرهم، وتعطي الحكم قوة وهيبة¹، وهذا مطلب مهم من الأحكام القضائية أن تكون محل قناعة من جميع الأطراف ولا يكون ذلك إلا إذا ظهرت عدالة الحكم الصادر، ومن أبرز وسائل إظهار عدالة الحكم عند الخصوم هو التسبيب في الحكم القضائي، ولكي يتم معرفة أسباب حكم القاضي وعلى ماذا بنى حكمه؟

2. توضيح الحكم القضائي: يعد التسبيب للأحكام من أقوى وسائل معرفة وتوضيح مقصود الحكم، ولذلك فإن القاضي إذا بين سبب حكمه والدافع إليه، فإنه يجعله أوضح، لأنه في حالة الإبهام يمكن أن يلتمس التوضيح – التفسير – من أسباب الحكم إذ أن من أهم وسائل معرفة مراد المتكلم من كلامه الرجوع إلى الدوافع التي أفضت إلى صدور الكلام عنه.

ثانياً: الفوائد العائدة على المتخاصمين

الحكم القضائي يطيب نفس المحكوم عليه، ويمكن المحكوم عليهم من الاعتراض على الحكم أو إبداء القناعة به، ويعد التسبيب مظهراً للعدالة وتوثيقاً لها بين المتخاصمين.

1- يطيب نفس المحكوم عليه: إن التسبيب أطيب لنفس المحكوم عليه، ليعلم أن القاضي قد فهم حجته، وإنما حكم عليه بعد الفهم عنه، ويدفع عن القاضي الريبة، وتهمة الميل إلى أحد

2 محمد الكيك ، رقابة محكمة النقض على تسبيب الأحكام الجنائية، الإسكندرية، 1988، ص 59.

الخصوم، أو التشكي من جور القاضي وظلمه بزعم القائل، ومع ذلك فمتى أمكن إقامة الحق مع انتفاء هذه الظنون والتشكي فهو أتم وأكمل.¹

2- تمكين المحكوم عليهم من الاعتراض على الحكم أو إبداء القناعة به: وهو وسيلة

الخصوم من التحقق من عدالة الأحكام الصادرة ضدّهم والتطبيق الصحيح للقانون، فمتى كانت الأحكام عادلة قبلوها ورضوا بها، ومتى كانت جائرة ومخالفة للقانون رفضوها وذلك بالطعن فيها أمام المحكمة العليا، لذلك لا بد من وجود تسببب وضوابط لها يسير عليها القضاة في أحكامهم ويرجع إليها الخصوم.²

إذ يجب بيان الأسباب التي بنى عليها القاضي حكمه، حتى يقف المحكوم عليه على تلك الأسباب، فلا يظهر أن القاضي قد جار عليه وظلمه، لأن العامة كثير ما تخل بشرف القاضي ونزاهته مع كونه براء الذمة، لذلك يجب على القاضي أن يتحرز من أن يطعن الناس في أحكامه، وأن لا يقوم بالأعمال التي توجب نقض حكمه.

3- التسببب يعد مظهراً للعدالة وتوثيقاً لها بين المتخاصمين: ويساعد على إظهار الأحكام

بين الناس بطريقة قضائية منضبطة، وبهذا يضمن الخصمين حسن عمل القاضي ومعرفة علة الأحكام الصادرة لهم أو عليهم، وأسباب الحكم، وبه تتحقق قناعة الرأي العام الذي له الحق في حضور الجلسات عملاً بمبدأ علنية الجلسات والتي هي وسيلة من وسائل الرقابة على الأعمال القضائية.

التسببب هو وسيلة الخصوم للرقابة على الحكم القضائي الذي انتهى إليه القاضي، للتأكد من صحته وعدالته، فإذا كان حق الخصوم معرفة أسباب الحكم الصادر سواء كان ضدّهم أو لصالحهم، فالأسباب هي الوسيلة الوحيدة التي تكفل لهم التحقق من أن المحكمة قد أملت بوجهة نظرهم في الدعوى والإلمام الكافي أم لا، كما أن الأسباب هي وسيلة علم الخصم لماذا حكم له أو عليه؟

من جهة أخرى فإن تسببب الأحكام يعد ضماناً هامة لإعمال المبادئ الإجرائية المقررة لصالح الخصوم واحترامها، فعن طريق أسباب الحكم يتمكن الخصوم من التأكد من أن الإجراءات التي طبّقها القاضي في الدعوى لا تتضمن أي خرق أو مخالفة لحق الدفاع أو لمبدأ المواجهة بين

1 السرخسي محمد بن أحمد، المبسوط، دار المعرفة، بيروت 1406هـ ص 107.

2 يوسف المصاورة، تسببب الأحكام الجنائية، دار العالمية، عمان، 2002 ط 1 ص 26.

الخصوم ومبدأ حياد القاضي والتي تعد مبادئ رئيسة يركز عليها القضاء التقاضي تحقيقاً للعدالة والمساواة بين الخصوم¹.

ثالثاً: الفوائد العائدة على القاضي

الحكم القضائي يؤدي إلى قلة انتقاد القاضي وإبعاد التهمة عنه، وهو ضماناً للقاضي وحماية له، ويعين القاضي على الاجتهاد والدقة والتحري في الحكم، وبواسطته يطلع القاضي على القضايا بدقة.

1. قلة انتقاد القاضي وإبعاد التهمة عنه: لا بد أن يحرص القاضي على ألا يجعل نفسه محلاً للانتقاد وخاصة من الخصوم ولا يضع نفسه في موضع شبهة بل عليه أن يبرز موقفه وحكمه وخاصة في مجلس الحكم، وذلك للتشاحن بين الخصوم، فالقاضي إذا وضع حكمه وسببه فإن هذا بياناً لوجهة الحكم القضائي كما يعد دفاعاً عنه، فإذا صدرت الأسباب وجيهة فإنها تزيل الريبة من نفس كل من يطلع على الحكم، إذ يُعلم أن القاضي إنما قضى عن علم وبموجب قوي، وليس لمجرد الهوى، لذلك تحصل الثقة بالقاضي ويترفع عن الشبهات.

2. ضمانات للقاضي وحماية له: إن تسبب الأحكام من أعظم الضمانات التي جعلها القانون على القضاة، وهو وسيلة مؤثرة لحماية القاضي مما قد يواجهه من ضغوط لإصدار حكمه على نحو لا يتفق مع العدالة، وبذلك يكون التسبب ضماناً لحياد القاضي وفصله في الدعوى وفقاً لما يترجح عنده وبراہ صحيحاً².

3. يعين القاضي على الاجتهاد والدقة والتحري في الحكم: يحمل التسبب القاضي على بذل الوسع في تقدير حكمه وقلة السوء من القضاة بالجهل والظعن فيه⁽³⁾، وأنه يدفعه إلى الحرص والفتنة عند إصدار الأحكام فتكسب بذلك أحكامه قوة ومتانة⁴.

4. إطلاع القاضي على القضايا بدقة: ذلك أن التسبب يؤدي بالقاضي إلى التحقق والإطلاع على كل وقائع الدعوى المعروضة عليه والمستندات والأوراق المقدمة فيها، واتصال علمه

1 يوسف المصاورة ، المرجع السابق ص 77.

2 محمد الكيك ، المرجع السابق ، ص 60.

3 السرخسي ، المرجع السابق، ص 107.

4 يوسف المصاورة ، المرجع السابق ، ص 27.

وإطلاعه بطلبات الخصوم ودفعهم، وأنه استخلاص الوقائع الصحيحة في الدعوى من واقع حدده القانون، وأنه يكييف القانوني الصحيح والسليم ورتب عليها آثارها القانونية¹.

إن التزام القاضي بتسبيب الأحكام تسبيباً كافياً ومنطقياً من شأنه أن يدفعه إلى الاعتناء بحكمه وتمحيص رأيه التحيص الكافي، ولأن يحسن دراسة ملف الدعوى بما يتضمنه من وقائع ومستندات وأدلة إثبات، وذلك ليكون حكمه مقنعاً للخصوم ولكل من يطلع عليه، وأنه لا ينقض أمام الجهات الأعلى درجة عند ولوج طرق الطعن فيه، وهذا مما يؤدي إلى تقوية الحكم وينأى به عن الخطأ، ومن جانب آخر فإن ذكر القاضي للأسباب الواقعية والقانونية التي أدت إلى الحكم الذي خلص إليه من شأنه إثراء الأنظمة القضائية، إذ من خلالها يمكن الوقوف على التفسير القضائي للقوانين².

من خلاله يلتزم القاضي ببيان المسوغات والدوافع التي قادت إلى النتيجة التي خلص إليها في قضائه، وبذلك يمثل التسبيب ضماناً في مواجهة ما عسى أن يقع فيه القاضي من هوى أو ميل شخصي إلى جانب أحد الخصوم، ولا شك في أن مثل هذه الفائدة مع فوائد التسبيب المتعددة لها أهميتها القصوى في سلامة الأحكام واستقرارها واطمئنان الأفراد إليها³.

رابعاً: الفوائد العائدة على الجهات القضائية

إن تمتع القاضي بسلطات الفصل في المنازعات فإنه يبقى للجهات العليا المختصة أن تراقب أحكامه، وتطمئن على صحتها، وسلامتها، ومطابقتها للواقع، وهذا من مسؤولياتها وواجباتها، وأنها تمارس هذه المهمة عن طريق المفتشيات التابعة لها أو عن طريق المحكمة العليا في حالة الطعن لصالح القانون من طرف النيابة العامة.

تسبب القاضي لحكمه يُمكن ويساعد الجهات المختصة على تقييم ودراسة الأحكام القضائية الصادرة ومعرفة مدى صحتها وتسهيل دراسة أحكام القضاة وتدقيقها، فيسهل عليها أداء مهمتها في مراجعة الأحكام وتمييزها.

تكون هناك مراقبة للمحاكم وأحكامها ولن تؤدي هذه الرقابة ثمارها إلا إذا كانت الأحكام مسببة تسبباً كافياً، فبدون تسبب للأحكام سوف تضعف المحكمة العليا عن أداء دورها في الرقابة على

1 أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 304.

2 يوسف المصاورة، المرجع السابق، ص 71.

3 محمد الكيك، المرجع السابق، ص 61.

صحة الأحكام، ومما يشار إليه هنا أن قضاة المحكمة العليا يستطيعون أن يقوموا بتقييم الأحكام القضائية الغير مسببة أيضاً، لأن المفترض فيهم الخبرة والعلم والإطلاع وبذلك يعرفون الخلل الذي يرد على الحكم القضائي حتى ولو كان غير مسبب ولكن تظهر وتزداد ملاحظاتهم إذا كان الحكم مسبباً.

خامساً: الفوائد العائدة على الفقه والقضاء نفسه

يؤدي إلى تنشيط الاجتهاد القضائي، وإثراء المنظومة القانونية .

1. تنشيط الاجتهاد القضائي: من المعلوم أن القاضي في القضايا والوقائع بالأحكام الحاسمة، مستنداً في ذلك على النصوص القانونية الإجرائية والموضوعية التي يدونها في أسباب حكمه، وتداول هذه المحاكم يفتح آفاقاً للبحث والدراسة من خلال مقارنة ما يدرس في المعاهد والجامعات، وما يطبق في المحاكم من الوقائع القضائية، ومما يعين على الاستفادة من هذه المقارنة أسباب الحكم التي تظهر فيها العلاقة بين أحكام القانون والوقائع القضائية.

2. إثراء المنظومة القانونية: إن لتسبيب الأحكام دوراً مهماً في إثراء الفكر القانوني وتقدمه، ذلك أن الفقه يحلل أحكام القضاة ليصل على التفسير القضائي، وهذا لا يكون إلا إذا كانت الأحكام قد سببت تسبباً كافياً يمكن من خلاله الوقوف على التفسير الذي اعتمده المحكمة للنص القانوني المطبق على الواقعة محل النزاع، والتفسير القضائي للتشريع في سد النقص في الأنظمة والقوانين من جهة، وتحديثها من جهة ثانية¹.

لاشك في أن تسبيب الأحكام يحقق إثراء الفكر القانوني وتطويره، فمن ناحية يقوم الفقه بدراسة أسباب الأحكام وتحليلها، وهو ما يسهم في ذاته في إثراء الفكر القانوني وتطويره، ويسمح باستخلاص وإيضاح القواعد القانونية، ومن ناحية أخرى فمن خلال التسبيب ودراسة الأحكام ظهرت العديد من النظريات والأفكار القانونية التي كشفت عنها أسباب الأحكام، كنظرية الظروف الطارئة، وفكرة حسن النية في تفسير العقود، ونظرية المسؤولية عن الأشياء، ومنه يمكن تلخيص هذه الفوائد فيما يلي²:

1 يوسف المصاورة ، المرجع السابق ، ص 28.

2 انظر عزمي عبد الفتاح ، المرجع السابق ، ص 21.24.

- إن التسبب ضمان لعدم القضاء بناءً على هوى أو ميل شخصي من جانب القاضي، فهو بذلك يُعدُّ ضماناً لما قد يحدث من تحكم من القاضي.

- إن التسبب يؤدي إلى احترام حقوق الدفاع، ذلك الحق الذي يعد مبدأً إجرائياً عاماً وحقاً يقرره القانون الطبيعي، فمظاهر حق الدفاع لا تقتصر على مبدأ الوجاهية بين الخصوم وحياد القاضي ... إلخ، ولكنها تشمل أيضاً تسبب الأحكام باعتباره وسيلة غير مباشرة لتحقيق حق الدفاع.

- إن التسبب يعني حلول الاستدلال محل التأكيدات ويصبح الحكم وسيلة للإقناع، وليس مجرد ممارسة للسلطة التي يتمتع بها القاضي، وبذلك يلعب التسبب دوراً أساسياً في تحقيق التوازن القانوني والأخلاقي في المجتمع.

- إن التسبب يؤدي إلى إقناع الرأي العام بعدالة القضاء، وهو ما يكسب الأحكام ثقة المتقاضين، ويدفع عنها مظنة الريبة والشك، وبذلك يؤدي التسبب أثراً نفسياً هاماً بالنسبة للكافة وبالنسبة للمحكوم عليه بصفة خاصة لاقتناعه بعدالة القضاء.

- إن التسبب هو وسيلة لحماية القاضي مما قد يقع عليه من ضغوط، وهو يسهم بذلك في تحقيق ضمانات ذات أهمية كبرى للقضاة.

- إن التسبب باعتباره قيداً على سلطة القضاء بدفعه إلى الحرص والفتنة عند اتخاذ قراراتهم، وهو في الوقت يكسبها القوة، فهو قيد بواسطة في ذات الوقت.

- إن التسبب ضروري لاستعمال الحق في الطعن، فعن طريق الأسباب الواقعية والقانونية يستطيع المحكوم عليه معرفة ما شاب الحكم من عيوب، كما يسهل على المحكمة العليا مراقبة الحكم المطعون فيه.

- إن التسبب هو الوسيلة التي تستطيع بها المحكمة العليا مراقبة المحاكم الأدنى في كيفية فهمها لمضمون قاعدة القانون ومحتواها، ولا تستطيع المحكمة العليا مهمة توحيد القانون إذا لم يكن الحكم مسبباً.

- إن التسبب يؤدي إلى ثراء الفكر القانوني وتقدمه لأن الفقه يحل أحكام القضاء كي يعرف التفسير القاضي للتشريع ويصل الفقه إلى هذا التفسير عن طريق التسبب، وهذا التحليل العلمي

لأحكام القضاء يؤدي إلى تقدم القانون وتطوره، ويسمح باستخلاص وتوضيح القواعد القانونية سواء كان مصدره التشريع أو غيره من مصادر القانون، مما يساهم في سد النقص في القانون وتحديثه، ويؤدي هذا التحليل دوره ولو كان القانون يتسم بعدم التناسق أو كان مشوباً ببعض التناقص.

الفرع الثالث: حقيقة التسبب

لمعرفة حقيقة التسبب لابد من دراسة طبيعة الالتزام أولاً، ثم التطرق للتسبب باعتباره مبدأ إجرائي عام وفن قانوني ثانياً.

تختلف حقيقة التسبب حسب الأنظمة القانونية المختلفة، فقد يكون التزام قانوني أو التزام دستوري يتعين التعبير عنه في شكل معين، وهو أيضاً مبدأ إجرائي عام وفن قانوني لابد من إجرائه على نحو معين حتى تتحقق الغاية من هذا الالتزام القانوني.

أولاً: طبيعة الالتزام بالتسبب

إن الأحكام قديماً كانت مظهراً لما يتمتع به القضاة من سلطة مطلقة ومن ثم لم يكن تسببياً لازماً، وقد درج بعض القضاة عن تسبب أحكامهم دون التزام قانوني يلزمهم بذلك حتى يبدأ يظهر هذا الالتزام في بداية القرن السادس عشر، وحسب الأنظمة القانونية فإن التسبب يمكن أن يكون التزام دستوري أو التزام قانوني ويترتب على هذا التكييف لطبيعة الالتزام بالتسبب النتائج التالية:

1- أن القواعد التي تنظم التسبب من حيث لزومه وشروطه هي قواعد عامة لا يختلف مدلولها من قانون لآخر وتنطبق على سائر القوانين الإجرائية، فالتسبب ليس نسبياً سواء في مجال تطبيقه أو في مضمونه أو في محتواه.

2- أن التسبب باعتباره قاعدة وليس مبدأ لا يكون لازماً إلا إذا وجد نص مكتوب يستوجبه ويحدد شروطه.

3- أن التسبب كقاعدة إجرائية عامة يكون قاعدة تفسيرية يوجه فيها الخطاب إلى القضاة وليس إلى الأفراد ولا يكون لهذه القاعدة قيمة قاعدية.

يعتبر البعض الآخر أن التسبب مبدأ إجرائي عام وليس مجرد قاعدة إجرائية عامة، فالتسبب يوجد داخل النظام القانوني باعتباره مبدأ من مبادئ القانون الطبيعي، ولا ينشأ المشرع هذا الالتزام

لكنه يقرره، لأن التسبب مبدأ من مبادئ النظام القانوني الداخلي لأنه يستهدف احترام حقوق الدفاع.

يترتب على هذا التكيف لطبيعة التسبب أن الالتزام به لا يحتاج إلى نص صريح يقرره، فالقاضي يكون ملزماً بإجرائه في كل الحالات دون نص، ويترتب على ذلك أيضاً⁽¹⁾. والإعفاء من التسبب لا يكون إلا بنص صريح.

الرأي الراجح الأخير لأن التسبب مرتبط بحق الدفاع وهو أحد مظاهره، وهذا الحق الأخير مبدأ إجرائي عام ولا حاجة لنص خاص يؤكد، ويعد مبدأ قانونياً عاماً، وهذا التحليل لطبيعة الالتزام بالتسبب هو الذي يتفق مع الفكر الإجرائي الحديث الذي اعتمدته التشريعات الإجرائية المختلفة والذي اختار فكرة العدالة المفسرة والمبررة ورفض فكرة العدالة المتحكمة والغامضة.

هناك دول تأخذ بنظام التسبب الموجز، وهناك دول تأخذ بأسلوب وسط في التسبب، والنماذج المختلفة للتسبب.

الواقع أن العبرة ليست بالإيجاز في التسبب أو الإطناب فيه، ولكن العبرة دائماً بوجود التسبب بشكل واضح وخال من الغموض بحيث يكشف عن منهج القاضي في اقتناعه وكيفية هذا الاقتناع، ويسهل على المحكمة العليا على فهم هذا المنهج مما يسهل عليها مهمتها في الرقابة، فالعبرة ليست بكم الأسباب التي عرضها القاضي في حكمه وإنما العبرة بالكيف الذي يحق الغاية من وجود التزام القانون بالتسبب.

ثانياً: التسبب كمبدأ إجرائي عام، وكفّن قانوني

نبدأ بدراسة التسبب كمبدأ إجرائي عام، ثم نتطرق إلى التسبب كإجراء فني يرتبط بالفن القانوني.

إن التسبب في حقيقته هو التزام قانوني في الغالب من التشريعات، والتسبب كمبدأ إجرائي عام يسود كافة القوانين الإجرائية، والتسبب باعتباره إجراءً فنياً وأداة للتعبير عن كيفية تحقيق القانون.

1 عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 58، 60.

1. التسبب كمبدأ إجرائي عام: يرد الالتزام القانوني بالتسبب أيضاً في قانون المرافعات باعتباره الشريعة العامة لكافة القوانين الإجرائية، ومن ثم فإنه يثور أي خلاف حول وجوب تسبب كافة الأحكام الصادرة في المواد المدنية والإدارية يجب أن تسبب هي الأخرى، ونص المشرع الجزائري على مبدأ تسبب الأحكام في الدستور – دستور 1996.

يجب تسبب الأحكام الصادرة من المحاكم والمجالس القضائية والمحكمة العليا، مما جعل التسبب أمر يتعلق بالنظام العام وأن المحاكم ملزمة بتسبب أحكامها..

2. التسبب كإجراء فني يرتبط بالفن القانوني: يعتبر التسبب إجراءً فنياً لا بد أن يجري على نحو معين حتى يحقق الهدف من وجوده، فالتسبب يرتبط بالفكر السياسي السائد وبالأفكار السائدة عن التشريع:

إن التسبب يقتضي وجود نظام قانوني يسود فيه فكر صحيح عن ماهية التشريع، وعن وظيفة القاضي ودوره ومهامه، فإذا كان القاضي يتمتع بسلطة تقديرية غير محدودة فإن هذا يؤدي إلى اختفاء التسبب، أما وجود التسبب فيتوافق مع عدالة تفسر قراراتها وتخضع للرقابة، أن عدم التسبب يتفق مع نظام تحكيمي وعدالة لا تفسر أحكامها ولا تراقبها سلطة أعلى¹.

إن المشرع لما وضع قاعدة قانونية فإنه يبتغي منها تحقيق أهدافاً معينة من وضعها، تتجلى في تطبيقها من طرف المكلفين بتطبيقها وهم القضاة وكيف طبقت، وتنفيذ القانون والتسبب هو فن التعبير عن كيفية تحقيق القانون أي حسن فهمه وحسن تطبيقه، ومعرفة هذا الأمر مسألة هو ما يعبر عنه بفن قانوني، وهذا الفن القانوني لا يظهر فقط عند بناء القاعدة القانونية ولكنه يظهر أيضاً عند حركتها أي عند تفسيرها بواسطة الفقه والقضاء، وعند تطبيقها بمعرفة القضاء.

هذه هي صورة التسبب كإجراء فني : وتتجلى في صور الحكم بشكل مناسب وصحيح عند إتباع القاضي خطوات معينة من أجل الوصول إلى هذه النتيجة، فالقاضي يقوم بالتسبب من أجل تحقيق الأهداف المبتغاة من مبدأ التسبب ذاته باعتباره ضماناً للخصوم وللرأي العام وأدت لتحقيق القانون بشكل صحيح، والتسبب كإجراء فني يحقق هدفين:

الهدف الأول : ضمان الوجود الفعلي لمبدأ الالتزام القانوني للتسبب، ويعني ذلك تجنب كل ما من شأنه أن يؤدي إلى تخلف التسبب وانعدامه ويكون التسبب عند هذا الحد مجرد إجراء شكلي.

1 عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 60، 58.

أما الهدف الثاني : فهو كفاية التسبب، وهذه الكفاية هي التي تجعل التسبب موجوداً بشكل فعال يحقق وظائف التسبب فهذا الأمر لا يتحقق إلا بكفاية الأسباب، ومنه يمكن للمحكمة العليا أن تبسط رقابتها على الأحكام، فالتسبب كفنٍ يلعب دوراً في خدمة مبدأ الالتزام بالتسبب، ويكون التسبب بذلك إجراء ونتيجة في ذات الوقت (1).

الفرع الرابع : وظائف التسبب

نتكلم عن وظيفة التسبب باعتباره وسيلة للرقابة على الأحكام أولاً. ثم وظيفة التسبب كوسيلة لحماية المصالح الخاصة ثانياً

يتمتع القاضي بسلطة، ولكنها سلطة محدودة، وأنه مهما كان العمل الصادر منه فإنه يجب إخضاعه للرقابة، وذلك للطبيعة التي تتسم بالقوة التنفيذية والتسبب هو الوسيلة التي تسمح بإمكان تحقيق الرقابة على عمل القاضي، ومن جهة أخرى يحقق التسبب تقوية عمل القاضي ويمنحه نوعاً معيناً من القوة.

أولاً: وظيفة التسبب باعتباره وسيلة للرقابة على الأحكام

نظراً لتعارض مصالح الأفراد في المجتمع فإن القانون يمنع الأفراد اقتضاء وحماية حقوقهم وأنفسهم وأموالهم بطرقهم الخاصة، فتدخلت الدولة وجعلت ذلك مناصباً بسلطاتها، نظمت طريق الحصول على الحقوق وذلك بالالتجاء إلى القضاء للحصول على هذه الحماية القانونية وذلك عن طريق الدعوى، وعندما يصدر القاضي حكمه في المنازعة فإنه ينبغي عليه يكفل تحقيق أمرين، الأمر الأول هو حماية المصالح الخاصة للخصوم وجوهرها حق الدفاع، والأمر الثاني هو حماية المصلحة العامة التي تتمثل في صدور حكمه أو قراره على نحو مطابق للقانون.

ثانياً: وظيفة التسبب كوسيلة لحماية المصالح الخاصة

قد يكون التسبب وسيلة للرقابة على حياد القاضي، ووسيلة للرقابة على التزام القاضي بتحقيق المواجهة بين الخصوم، وهو وسيلة لإعلام الرأي العام، وهو كذلك وسيلة لحماية حقوق الإنسان.

2 نفس المرجع ، ص 64،62.

تختص السلطة القضائية بالحكم بمقتضى القانون في المنازعات التي ترفع إليهم، ومن أجل حسن سير أداء العدالة فإن المشرع قد ضمن للمتقاضين مبادئ أساسية عند الالتجاء إلى القضاء ومنها احترام حقوق الدفاع الذي هو المبدأ الرئيسي الذي تدور حوله المبادئ الإجرائية الأخرى في قانون الإجراءات، ويتضمن حق الدفاع مجموعة من الحقوق التي تتفرع عنه أهمها مبدأ حصول الإجراءات في مواجهة الخصوم، وحياد القاضي ومبدأ حرية الدفاع، والحق في الإثبات، وعلانية الجلسات، ووجود طرق الطعن وتسبيب الأحكام، فوجود التسبيب هو الذي يسمح للأفراد بالتأكد من أن الإجراء الذي اتخذته القاضي لم يتضمن مخالفة لحق الدفاع ويمكن المحكمة العليا من مزاوله مهمتها في الرقابة اللازمة للتأكد من احترام هذا الحق.

1- التسبيب كوسيلة للرقابة على حياد القاضي: من المبادئ الأساسية المسلم بها في القاضي مبدأ "حياد القاضي" وهذا المبدأ يستوجب أن تكون الجلسات علنية حتى يشرف الشعب مباشرة على حسن أداء العدالة، وعلى وزن مصالح الخصوم بالعدل ومعاملتهم على قدم المساواة وحياد القاضي ليس معناه أن يقف من الدعوى المدنية وفقاً سلبياً، بل يمكنه أن يصحح شكل الدعوى وأن يأمر بما يرى اتخاذ من إجراءات إثباتها.

إنما معنى حياد القاضي أن يزن المصالح القانونية للخصوم بالعدل، ويظهر حياد القاضي بتحديد موضوع النزاع وتتعلق الثانية بتجميع أدلة الإثبات، ولا يتطلب المشرع حياد القاضي، وإنما يتطلب من حماية مظهر الحيادة الذي يجب أن يتحلى به. ومن متطلبات مبدأ حياد القاضي أو حماية مظهر هذه الحياد – أو هما معاً:

-ألا يكون للقاضي مصلحة في الدعوى التي ينظرها - مادية كانت أو معنوية – حتى لا يجمع بين صفتي الخصم والحكم.

-ألا يكون للقاضي رأي مسبق في الدعوى التي ينظرها، فهذا الرأي قد يشل تقديره الصحيح، وبالتالي لا يقضي القاضي بعمله الشخصي حتى لا يجمع بين صفتي الحكم والشاهد.

-ألا يخل القاضي بحق الدفاع، وهو الحق الذي يستوجب اتخاذ الإجراءات في مواجهة الخصوم، ويستوجب بدهة المساواة بينهم في المعاملة على وجه العموم، ومنحهم جميعاً فرصاً متكافئة على وجه الخصوص.

يتجلى دور التسبيب في مراقبة حياد القاضي على النحو الآتي:

- عند مناقشة الخصوم لوقائع الدعوى وما أبدوه فيه من طلبات ودفع من الوصول إلى إثبات الحقوق أو نفيها، وما قدموه من أدلة إثبات فيها، كل ذلك من أجل التوضيح والتبيين للقاضي من أجل أن يُكوّن إقتناعه ويؤسس حكمه بناءً على الوقائع الثابتة، فالتسبيب هو الوسيلة التي يمكن بها التأكد من أن القاضي أسس إقتناعه على هذه الوقائع، وأن القاضي لم يفصل إلا فيما قدمه الخصوم من إدعاءات تكون لها قيمة الطلبات، أنه قد رد على كل عناصر الطلبات الختامية التي قدمها الخصوم.

- عندما تراقب المحكمة العليا مدى تفسير القاضي للطلبات التي قدمها الخصوم تفسيراً صحيحاً، فإنه يتسنى لها ذلك من خلال التسبيب الذي قام به.

- أن عدم انحراف القاضي أو انحيازه لأحد الخصوم أثناء إجراءات الاستجواب يتبين من خلال التسبيب.

ويكشف التسبيب عن كل هذه العيوب بمقارنة ما جاء بالأسباب التي ذكرها الخصوم في طلباتهم مع ما جاء بأسباب الحكم.

2- التسبيب كوسيلة للرقابة على التزام القاضي بتحقيق المواجهة بين الخصوم: من المبادئ

الأساسية وجوب حصول الإجراءات في مواجهة الخصوم، أي يجب إخبار كل خصم بما يجريه الآخر لكي يتمكن من الدفاع عن مصالحه، وأن يمكنه من الإطلاع على الأوراق التي قدمها تأييداً لدعواه، حتى يتجادل بشأنها، فاحترام حق الدفاع وحده لا يكفي، إذ على القاضي الالتزام بالأمانة بين الخصوم، ويعني هذا الالتزام أن يُعلم القاضي الخصوم بكل ما يتعلق بالدعوى من حيث الواقع أو القانون، وألاً يفاجئ القاضي الخصوم بتقرير حل للنزاع لا يستند إلى العناصر الواقعية والقانونية التي لم يعلمها الخصوم.

يتخذ الالتزام باحترام الوجاهية مظهرين فهو يلزم القاضي بمراقبة أعمال الخصوم لهذا المبدأ، ويلزمه أيضاً عند تكون عقيدته فلا يُكوّنُها إلا فيما تجادل بشأنه الخصوم.

من نتائج مبدأ الوجاهية عدم البحث عن الحقيقة خارج نطاق الوقائع، وعدم إقامة القاضي لاستدلاله خارج نطاق الطلبات التي عرضت عليه.

ينطبق مبدأ الوجاهية بالنسبة للواقع وبالنسبة للقانون، فمع أن التكييف من صميم عمل القاضي إلا أن عمله في هذا الشأن ينبغي أن يقع تحت نظر الخصوم، فمبدأ الوجاهية يقتضي عدم مفاجئة الخصوم بتكييف جديد للوقائع وإلا على القاضي إعادة فتح باب المرافعة ووضع هذا التكييف تحت نظر الخصوم¹.

3- إعلام الرأي العام: ويؤدي التسبب دوراً هاماً في إعلام الرأي العام والخصوم والمحاكم الأخرى بما قضى به، وهذا الإعلام هو الوسيلة الوحيدة التي تضمن احترام حقوق الدفاع، وتضمن السماح لمحكمة النقض برقابة قانونية الأحكام، لأن القاضي مقيد بمبدأ سرية المداولة، ولا يمكن الكشف كيف كونه القاضي قناعته إلا من خلال التسبب².

4- حماية حقوق الإنسان: يتمثل في أنه الوسيلة الفعالة لتمكين كل الخصوم من مراقبة النشاط الإجرائي للقاضي ومدى احترامه لحقوق الدفاع وكذلك فتح المجال للمحكمة الإستئنافية من تقدير قيمة الحكم والفصل في الطعن على نحو معين، فالطعن يوجه أساساً إلى أسباب الحكم، وأن للتسبب دور في مراقبة حياد القاضي ويقصد بالحياد عدم انحياز القاضي بغير مبرر إلى أحد الأطراف وبالتالي فإن التسبب وظيفة في كفالة حق الدفاع التي تقوم عليها المحاكمة العادلة فهو يتعلق بالنظام العام متعلقة بثقة الجمهور بعدالة القضاء، كما أن حق الدفاع يشمل حركة المتهم في مواجهة أدلة الإثبات ويبين وجهة نظر القاضي من الأدلة المطروحة في الدعوى³.

1 عزمي عبد الفتاح،، المرجع السابق، ص 214 و5،

2 نفس المرجع، ص 215، 216.

3 خيرى أحمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان دراسة مقارنة، الدار الجامعية، القاهرة، د، ت، ن، ص 617.

الخاتمة:

بعد الغوص في بطون الكتب الخاصة بنظرية الدفوع الشكلية من اجل جمع ولو قليل من المعلومات لعرض هذا الموضوع اتضح لنا جليا أن مسألة الدفوع الشكلية لم تحظ بالقدر الوافر من الدراسة والعناية من قبل المشرع الجزائري في الجزائري على عكس المواد المدنية بالرغم من ان مسألة الدفوع في قانون الاجراءات الجزائية هي تكريس و تجسيد لفكرة حق الدفاع و حماية حقوق الإنسان، و كما هو معلوم ان قانون الاجراءات الجزائية جاء لحماية و صون مصلحة المجتمع.

من خلال هذا الموضوع لجانا إلى الاستعانة ببعض النصوص القانونية والقرارات القضائية و ثارت أخرى اعتمدنا على المنهج المقارن لإثراء هذه الدراسة الخاصة بمسألة الدفوع.

و من أهم النتائج التي توصلنا إليها كانت كالتالي:

- المشرع الجزائري لم يكتفي بإبطال إجراءات التفتيش بالقواعد المنصوص عليها في المواد 45، 47، 83 من قانون الاجراءات الجزائية بل رتب على ذلك مسؤولية جزائية على الأشخاص القائمين على هذا الإجراء.
- ان الجزاءات الإجرائية جزاءات شكلية و بالتالي فان الأصل في العمل الإجرائي هو عمل شكلي يشترط لصحته ان يفرغ في الشكل الذي يقدره القانون حتى يكون صحيحا.
- بالنسبة لأثر البطلان فهو يصيب الإجراء حالة فقدانه لأحد الشروط الشكلية و الموضوعية التي يتطلبها القانون لكي يتخذ الإجراء صحيحا و يرتب آثار و عليه فان مخالفة الإجراء يهدر ولا يرتب اثر، أما إذا أصيب العمل الإجرائي بعيب يتيح فرصة لأطراف الدعوى إبداء دفوع.

قد لاحظنا أن الدفوع الشكلية متواجدة في مواقع متناثرة أو بالأحرى مواد متفرقة غير متتابعة فمثلا الدفع بالبطلان نجد المشرع الجزائري قد وضعه في باب التحقيق المادة 157 وما يليها على الرغم من أن هذا الدفع يمكن إثارته في مرحلة المحاكمة فالقارئ لأول وهلة.

عند تفسيره الحرفي سوف يستثني هذا الدفع عن طرحه في مرحلة المحاكمة، وكذلك بالنسبة للدفع بالارتباط نجد أن المشرع الجزائري قد وضعه في الفصل المتعلق بغرفة الاتهام على الرغم من أن الدفع بالارتباط يمكن إثارته في مرحلة التحقيق والمحاكمة كذا الدفع بالسقوط المادة:6قانون الإجراءات الجزائية قد وضعه المشرع في باب الأحكام العامة للدعوى العمومية .

قد لاحظنا أن قرارات المحكمة العليا جاءت ضئيلة فيما يتعلق بالدفع الشكالية وحتى أن المحكمة العليا لم تفرق بين الدفع الشكلي والدفع الأولي بحيث جاءت قراراتها غامضة في هذه المسألة. بالتالي فإن موقف أسباب الحكم تكاد تكون قليلة في هذه المسألة على الرغم من أن رجال القانون كالمحاميين دائما يثيرون في مرافعاتهم الدفع الشكالية إذن كخلاصة يتضح أن سير المشرع الإجرائي في هذه النقطة لم يبنى على خطى واضحة ومعالم ظاهرة.

في الأخير نشير إلى أنه على المشرع الجزائري أن يقوم بتعديل قانون الإجراءات الجزائية بما يتناسب وتطور الشريعة الإنسانية وهذا لحماية حقوق جميع أطراف الدعوى العمومية، وذلك بوضع عدة تعديلات في هذا القانون ولعل أبرزها أن يقوم المشرع الجزائري بوضع فصل خاص بالدفع الشكالية في قانون الاجراءات الجزائية.

إذن كما قلنا فعلى المشرع الجزائري أن يضع فصل خاص يبين فيه أنواع الدفع الشكالية وكذلك الجزاء الناتج عن تحقق هذا الدفع وهذا ولإثراء النظرية العامة لحماية حقوق الدفاع.

إذن مما تم التطرق إليه في هذا الموضوع اتضح لنا أهمية الدفع الشكالية في المادة الجزائية وأهمية إيلاء المشرع الجزائري العناية الواجب توخيها لهذا الموضوع من خلال إجراء تعديلات قانونية وهذا لتحقيق محاكمة عادلة .

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

1 - المعاجم:

- المعجم الوجيز ، مجمع اللغة العربية، القاهرة ، 1980 ط 1 ، القاموس المحيط، محمد بن يعقوب الفيروز أبادي الجزء 4 ،

- محمد بن بكر بن منظور ، لسان العرب، دار بيروت للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت

2- الكتب العامة :

1- الأنصاري حسن النيداني ، العيوب المبطله للحكم ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2009 ،

2- أبو منصور محمد بن الأزهرى، تهذيب اللغة، الجزء 6 ، الدار المصرية للتأليف والترجمة ، القاهرة ، دت، ن

3- ابن القيم الجوزية ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، المطبعة المحمدية القاهرة دت، ن

4- أحمد أبو الوفاء ، نظرية الدفع في المرافعات ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 8 ، دت، ن

نظرية الأحكام، - منشأة المعارف - ، الإسكندرية - ، 2002 -

5- أحمد بسيوني أبو الروس ، المتهم ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، دت، ن

6- أحمد شوقي أبو ختون، الأحكام الجنائية الغيابية، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، دت ن

7- أحمد الشافعي، البطلان في قانون الإجراءات الجزائرية، دراسة المقارنة دار هومة، الجزائر، 2007، ط4

8- أحمد بن تيمية ، الحسبة في الإسلام ، مطبعة دار الأرقم، الكويت، دت، ن

9-أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية ، مكتبة النهضة العربية، القاهرة 1959 ،

الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية القاهرة 1995،
، الوسيط في شرح قانون إجراءات الجنائية، ، دار النهضة العربية القاهرة ، 1980

10-احمد عوض بلال - قاعدة استبعاد الأدلة المتحصل بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة ، دار النهضة العربية

11-إدوار غالي الذهبي ، مجموعة البحوث القانونية، القاهرة 1978 ،

، الإجراءات الجنائية، مطبعة غريب ، د، ت، ن القاهرة ،

12-إسحاق إبراهيم منصور ، ممارسة السلطة و آثارها في قانون العقوبات 1974 ،

13-الحافظ احمد بن حجر العسقلاني و فتح الباري شرح صحيح البخاري، الدار السلفية، القاهرة، د، ت، ن

14-السرخسي محمد بن احمد -، المبسوط -، دار المعرفة -، بيروت - 1406هـ -

15-الطيب برادة، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية ، دار النشر المعرفة ، مصر 1996،

16-العوجي مصطفى، حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، ، مكتبة الحلبي الحقوقية بيروت
1989 ط1

17-إلياس أبو عيد ، الدفوع والإجرائية في أصول المحاكمات المدنية والجزائية د، د، ط، 2004 ،

18-أمينة النمر، دراسة أوصاف الدعوى القضائية قانون المرافعات، المكتبة القانوني، الإسكندرية، 1992،

19-أبو عبد الله بن أحمد القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر بيروت

20-بارش سليمان ، شرح قانون الإجراءات الجزائية ، مطبعة عمار قرفي ، الجزائر ، 1992

21-بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادية، الجزائر ط 1، 2009

22-بوسقيعة أحسن ، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية ، الديون الوطني للأشغال التربوية،الجزائر، 02 ،

الوجيز في القانون الجنائي العام، ، دار هومة ، الجزائر 2009 ط 9

23-جلال ثروت، النظرية العامة لقانون العقوبات، الجزء الثاني، مطبعة الإشعاع، الإسكندرية، 1994،

24-جيلالي بغدادية ، الاجتهاد في المواد الجزائية ، الجزء الثالث ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 2006 ، ط 1

25-حامد الشريف ، نظرية الدفوع أمام القضاء الجنائي، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 1996 ،

26-حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998

27-حسن على حسين علي، الجزء الإجرائي في قانون الإجراءات الجنائية ، منشأة المعارف الإسكندرية، 2008

28-الأنصار حسن النيداني، القاي والجزاء الإجرائي ، ط 1 ، د،د،ن و دت ،

29-حسن كيرة ، أصول القانون ، دار المعارف القاهرة 1957

30-خيرى أحمد الكباش،الحماية الجنائية لحقوق الإنسان دراسة مقارنة،الدار الجامعية، القاهرة،د،ت،ن

31-رؤوف عبيد ، ضوابط تسبب الأحكام الجنائية، دار الجيل للطباعة، مصر ، ط 8، 1986

، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق،

مبادئ الإجراءات الجنائية المرجع السابق،

- 33-رمسيس بهنام ،المحاكمة والطعن في الاحكام ، منشأة المعارف ، بالإسكندرية ، 1993 ،
- 34-زودة عمر، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء ، EncyeLopdia edition communication الجزائر
- 35-زيدومة درياس، حماية الاحداث في قانون الاجراءات الجزائية الجزائري ،دار الفجر الجزائر، 2007، ط1
- 36-سعد عبد العزيز ، شروط ممارسة الدعوى المدنية أمام المحاكم الجزائية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992
- 37-سليمان عبد المنعم ، أصول الإجراءات الجنائية في التشريع والقضاء والفقہ ،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،بيروت 1997
- 38-سليمان عبد المنعم ،بطلان الإجراء الجنائي ، دار الجامعة الجديد للنشر -، الإسكندرية -، 2002
- 3-سليمان مرقص ، الوافي في شرح القانون المدني ، ايرني للطباعة، القاهرة ، دت، ن
- 40-سماتي الطيب، حماية حقوق الضحية خلال الدعوى الجزائية في التشريع الجزائري، ط 1، دار البديع للنشر والخدمات الإعلامية،
- 41-سمير تناغو، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الإس-عاصم شكيب صعب ، بطلان الحكم الجزائي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، 2007 ،
- 43-عبد الحميد الشواربي ،الدفع الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1995 ،
- 44-عبد الرؤوف مهدي،الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة،
- 45-عبد الصيفي عبد الفتاح ،حق الدولة في العقاب د،د،ن و م، 1985،
- 46-عبد الله سليمان ، شرح قانون الإجراءات الجزائية ، دار هومة ، الجزائر ، 2005 ،
- 4-عبد الوهاب البندراوي، الجريمة التأديبية ،المطبعة العالمية، القاهرة 1971 ،
- 48-عدلي خليل ، استجواب المتهم ، دار النهضة العربية ،القاهرة، 1989،

49-عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية،- دار الفكر العربي، القاهرة ، 1983

50-على عوض حسن ، الدفع بعدم القبول في المواد المدنية والجنائية ، دار المطبوعات الجامعية لإسكندرية ، 1996

، الدفع بعدم جواز النظر لسبق الفصل فيها ،دار محمود للنشر ،اقاهرة 1995

51-عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة، دار الثقافة الأردن ، 2005

52-فتحي سرور الوسيط لفي قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية القاهرة، 1996 ط 7،

53-كامل سعيد شرح أصول محاكمات الجزائية، دار الثقافة ، عمان ، 2008 ، ط 1

54-مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، الجزء الثاني ، دار الفكر العربي ، مصر د،ت،ن

55-محمد فاضل، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الأول ، د،د،ن ،دم،ن سنة 1961

56-محمد الكيك ، رقابة محكمة النض على تسبيب الأحكام الجنائية - الإسكندرية، 1988

57-محمد العيد ، قضاء الإحالة بين النظرية والتطبيق ، مطبعة امدني ، القاهرة 1987

58-محمد الفاضل، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، دمشق - د،د،ن وت،ن ط 4

59-محمد حزيط ، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، 200 ط

60-محمد زكي أبو عامر علم الإجرام و العقاب دار المطبوعات الجامعية ،مصر 1985

الاجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994،

61-محمود محمود مصطفى، شرح الإجراءات الجنائية ، مطبعة الشعب ،القاهرة، ط 9 1964،

62-محمود سعيد نمور ،أصول الإجراءات الجزائية ،دار الثقافة للنشر ،عمان 2005 ، ط 1

63-محمود مصطفى السعيد، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة 1990،

64-محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية القاهرة ، 1998 ط 3 ،

65-محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية القاهرة ، 1988 ط

66-مروان محمد ونبيل صقر، الدفوع الجوهريّة في المواد الجنائية ، دار الهلال ،الجزائر ، د،ت،ن

6-مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية ،الجزء الثاني ،دار النهضة العربية ،مصر ، 1992 ،

68-نبيل إسماعيل عمر،تسبيب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية ،دار الامعة الجديدة ،الإسكندرية

، سقوط الحق في اتخاذ الإجراء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008،

، عدم فاعلية الجزاءات الإجرائية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2006 ،

69- نبيل شديد رعد ،الدفوع الشكلية ،المؤسسة الحديثة للكتاب ، بيروت ، 2005،

70-يوسف المصاورة ،تسبيب الأحكام الجنائية ، دار العالمية ،عمان ، 2002 ط 1

3-المقالات العلمية :

-بوسقيعة أحسن، مقالة منشورة في مجلة المحكمة العليا، العدد الأول ،سنة 2009 ، ص 30 ،

31

2- بلحاج العربي ، دور النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية ، مجلة الفكر القانوني العدد 5

، 198

3-سامي حسن الحسني، ضمانات الدفاع ، مجلة الحقوق والشرعية جامعة الكويت، 1978

4-محفوظ غزالي تعليق على القرار الصادر عن الغرفة الجنائية في تاريخ 1986/02/04

مجلس قضاء الجزائر، الغرفة الإدارية في 1972/04/17المجلة الجزائرية رقم 1 لسنة 1978

5- نجيب حسني، قوة الحكم الجنائي في إنهاء الدعوى الجنائية،مقالة منشورة في مجلة القانون والاقتصاد ، عدد 01 سنة 33.

4- النصوص القانونية:

- قانون رقم 08 – 09 – المؤرخ في 18 صفر الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

- الأمر رقم 66 -156 – المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق ل 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات

- الأمر 66 – 155 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق ل 8 يونيو 1966

المتضمن قانون الإجراءات الجزائية

- الأمر رم 66-133 – المؤرخ في 2 جوان 1966 المتضمن قانون الوظيف العمومي

- الأمر رقم 69 – 27 بتاريخ 13 ماي 1989 والمتضمن القانون الأساسي للقضاء الملغى بمقتضى الأمر 89 – 21 المؤرخ في 12 ديسمبر 1989 , والمعدل والمتمم بموجب المرسوم التشريعي رقم 92 -05 المؤرخ في 24 - 10 - 1992

- قانون رقم 17 لسنة 1960 المتضمن قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية لدولة الكويت

- قانون أصول المحاكمات الجزائية الجديد اللبناني القانون رقم 328 بتاريخ 7 أب 2001

قانون المسطرة المغرب

- قانون رقم 90-07 المؤرخ في 26 شعبان 1399 الموافق ل 21 يوليو المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 98-10 المؤرخ في 20 ربيع الثاني 1419 الموافق ل 22 اغسطس 1998 المتضمن قانون الجمارك

- القانون رقم 90-36 المؤرخ في 31-12-1993 المتضمن قانون المالية لسنة 1991.

- الأمر رقم 76-104 المؤرخ في 9-12-1976 المتضمن قانون الضرائب الغير مباشر

- القانون رقم 91-25 المؤرخ في 18-12-1991 المضمن قانون الرسوم على رقم الأعمال
- الأمر رقم 76-103 المؤرخ في 9-12-1976 المتضمن قانون الطابع
- الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 9-12-1976 المتضمن قانون التسجيل.

5- المجالات القضائية:

- 1- مجموعة قرارات الغرفة الجنائية قرار 08 ماي 1981
- 2-المجلة قضائية، العدد 01 ،سنة 1989
- 3-المجلة قضائية ، العدد 04 ، سنة 1989
- 4-المجلة القضائية العدد 03 – 199
- 5-المجلة القضائية للمحكمة العليا ،الع-دد الرابع ،سنة 1990
- 6-الجلة القضائية العدد 03 – 1991
- 7-المجلة قضائية، العدد 01 ، 1992،
- 8-المجلة قضائية، العدد 02 ، سنة 1992،
- 9-المجلة القضائية، لعدد 02، 1994
- 10-المجلة القضائية، الجزء الأول، عدد خاص، لسنة 2002

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية

- 1- Gourraud René ، traité d'instruction criminelle ، tome III ، traité théorique et pratique d'instruction criminelle et procédure pénal tome III ،paris Sirey 1912.
- 2-Gstefaniet Gboulocet le vasseur، procédure Penal – 13 éme éd, dall
- 3-pierre charbon ، le juge d'instruction théorie et pratique de la procédure Dalloz delta paris ، 4éme édition 1997
- 4-merle et vttu traite de droit criminel tom 1 provlemes generaux cujas