1) التعريف بالموضوع:

جبلت النفس البشرية على الدفاع عن الحرية وسلامة البدن و النفس، وهي غريزة أساسية في الإنسان، من أهم تجسداتها دفاع المتقاضي عن نفسه درءا للتهم وحماية للحقوق أمام القضاء.

إن حقوق الدفاع أمام القضاء ركيزة أساسية للمحاكمة العادلة، التي يشكل نظامها المتكامل بما يتضمن من قواعد وضوابط لحماية حقوق المتقاضين_ المعيار الأساسي لدولة القانون، والملامح الأبرز للعدالة الدولية المنشودة.

وحق الدفاع عن المظلوم رسالة سامية أولتها الشرائع المتحضرة عناية هامة أثناء سير الدعوى الجنائية بجميع مراحلها، فالهدف لجميع القوانين الإجرائية هو ضمان سلامة المحاكمة العادلة، وهذا لا يتحقق إلا بتكفل المشرع بمحاكمة عادلة تقوم على دفاع حقيقي عبر كافة مراحل الدعوى الجزائية.

لقد كان لتنامي حقوق الإنسان في العالم المعاصر، وإقرار الحقوق الفردية في مواجهة الحق الجماعي للمجتمع أثر بالغ في ازدهار حقوق الدفاع أمام القضاء على اعتبار أنها تشكل الجزء البالغ الأهمية منها، وهذا لم يقتصر على القضاء الوطني فحسب، بل طال القضاء الدولي _ بما في ذلك القضاء الدولي الجنائي_ رغم حداثته. وهو يجد منطلقاته في نصوص المواثيق الدولية والإعلانات العالمية والإقليمية والاتفاقيات الدولية والإقليمية التي كرست هذه الحقوق.

وتجد حقوق الدفاع في المحاكمة الجزائية مجالا" رحبا" لتطبيق مقتضياته، باعتبار أن العدالة لا تتحقق في هذه المحاكمة إذا لم تؤمن "المساواة في الأسلحة" بين الاتهام وحقوق الدفاع.

من هنا يتحدد موضوع البحث وهو حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي محاولة لرسم معالم نظرية متكاملة تحدد ماهية هذه الحقوق وتبين تجسداتها ومضامينها وأثر الإخلال بها على المحاكمة الدولية الجنائية، وهي محاولة تنطلق من النصوص الدولية التي تقرر هذه الحقوق أمام القضاء الدولي الجنائي ــ رغم قلتها ــ، وتستمد مفاهيمها من نصوص المواثيق الدولية و الإعلانات العالمية، وتستفيد من الفقه القانوني و القانون المقارن في تحديد تفاصيلها وجزئياتها.
لذلك سيكون موضوع دراستي متعلقا بحقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.

2)أهمية الدراسة:

تتجلى هذه الأهمية من خلال أهمية حقوق الدفاع من جهة، وأهمية مجال القضاء الدولي الجنائي وتنامي دوره من جهة ثانية.

وتتمثل أهمية حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي باعتبارها ركيزة جوهرية في تحقيق المحاكمة العادلة التي تتجسد في هذه الحقوق وتقسيماتها ومفترضاتها، وممارستها أمام القضاء الدولي الجنائي، للوصول الى الغاية السامية المتمثلة في تحقيق العدل وتوقيع الجزاء على من يستحقه.

كما أن تنامي مجال القضاء الدولي الجنائي وتعاظم دوره في العصر الحالي وما صاحبة ذلك من تهويل سياسي وقانوني وصل الى حد المساس بالمجال السيادي لدول، من هنا تتجلى هذه الأهمية في تكريس هذا القضاء الدولي الجنائي وتجسداته بين أشخاص المجتمع الدولي.

كما أن أهمية الدراسة تظهر في مجال اشتراك المجتمع الدولي في السعي الى التطبيق السليم للقواعد القانونية المتعارف عليها في المجتمع الدولي، من خلال حماية المجتمع الدولي من المساس بأمنه وتحقيق التوازن بين المصالح الفردية و المصالح الجماعية، من خلال تفعيل الآليات القضائية والقانونية في نفس الوقت لأجل التطبيق السليم للقانون الدولي مع إحترام حقوق الأفراد.

3) أسباب اختيار الموضوع:

وتعود أسباب اختيار الموضوع إلى أسباب ذاتية وأسباب موضوعية.

فالأسباب الذاتية: تتمثل في

* الرغبة في البحث في هذا المجال و توضيح دور هذا الموضوع في القانون الدولي الجنائي، والتعرف على الضمانات الممنوحة أمام الجهات القضائية الدولية الجنائية.

* الميولات الذاتية لهذا الموضوع خلال السنة الدراسية النظرية في الدراسات العليا، والاهتمام الذي أوليته لمقياس حقوق الدفاع ، نظرا للارتباط الوثيق بين هذه الحقوق والمحاكمة العادلة.

– كذلك بعد إطلاع ي على وقائع المحاكمات الدولية الجنائية المؤقتة، خاصة التي جرت في نهاية القرن الماضي، فأردت من خلال هذه الدراسة إبراز مكانة الحقوق الفردية والحقوق الجماعية

للمجتمع الدولي من خلال النصوص الفلسفية المثالية، أو النصوص القانونية الموجودة في القانون المقارن، وهذا يعود دائما الى الميول الذاتية بالنسبة للقانون الدولي

أما الأسباب الموضوعية:

*أنه لم يحض بدراسات سابقة متخصصة على حد علمي وفي الجزائر بالذات، وكل الدراسات والمؤلفات التي تناولت هذا الموضوع أشارت إليه كجزئية في صفحتين أو ثلاث صفحات على الأكثر، الشيء الذي يجعل هذه الدراسات لا ترقى إلى توضيح أهمية هذه الحقوق في احترام الإجراءات أمام الجهات القضائية المتخصصة لتحقيق العدالة.

*تزايد الشكوك تجاه نزاهة القضاء الدولي الجنائي ومدى ما يوفره من ضمانات حقيقية للمحاكمة العادلة في ظل استئثار الدول المهيمنة على التحكم في إجراءات المحاكمات الدولية، مما يرجح كونها تهدف الى تحقيق مصالح خاصة لهذه القوى الفاعلة على حساب حقوق المتهمين.

*تزايد انتهاكات حقوق الإنسان في ظل اختلال التوازن الدولي وظهور ما يعرف بالعولمة التي لا تعترف بالحدود و بالمعتقدات، الشيء الذي أوجد مصطلحات دخيلة على القاموس القانوني مثل القضاء الدولي، التدخل الدولي في اختصاص القضاء الوطني ، عولمة القوانين .

*الرغبة في توضيح مختلف جوانب موضوع حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي، أثناء سير إجراءات الدعوى الجنائية بمختلف مراحلها، لعلنا نصل إلى دراسة واضحة تكون بداية لدراسات قانونية معمقة في هذا الموضوع بالذات.

*محاولة معرفة مدى إمكانية احترام هذه الحقوق الواردة في المواثيق الدولية وكيف كان تجسيد هذه الحقوق في القوانين التي تضمن إجراءات سير الدعوى الجنائية.

4) أهداف الدراسة:

وتتمثل في محاولة ضبط مفهوم حقوق الدفاع وتميزه عن غيره من المفاهيم التي قد تختلط به، والمرحلة التي ينطلق منها المستفيد من هذه الحقوق ليدافع عن أصل ثابت فيه.

كما تهدف الدراسة لتوضيح الحماية الواجبة للمتهم أو المشتبه به من انطلاق الدعوى الجنائية إلى غاية صدور الحكم. وذلك من خلال الطرق المشروعة التي يلجأ إليها المتهم أو المشتبه فيه، في

الدفاع عن نفسه أمام القضاء الدولي الجنائي من جهة، والسعي لتبسيط إجراءات ممارسة حقوق الدفاع أمام الجهات المختصة.

و يكمن جديد الموضوع على المستوى الداخلي والدولي كذلك في قلة الدراسات المعمقة لهذا الموضوع وخاصة بعد إنشاء المحكمة الدولية الجنائية الدائمة.

5) إشكالية البحث:

وانطلاقا مما سبق تتلخص **الإشكالية الأساسية لهذا البحث في تساؤل رئيسي هو :** مدى توفر حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي على مستوى النصوص القانونية و تجسيدها في الواقع؟

وتندرج ضمن هذه الإشكالية الأساسية مجموعة من الأسئلة الفرعية وهي:

ما هي هذه الحقوق وكيف نشأت وتطورت وما هي أهم دعائمها و ضمانتها وكيفية ممارستها؟.

ما هي الجزاءات المختلفة المقررة لانتهاك هذه الحقوق وأثارها على الدعوى الجنائية؟

إلى أي مدى توافر هذه الحقوق من خلال الممارسة الفعلية لها أمام القضاء الدولي الجنائي؟

6) المناهج المعتمدة:

إن طبيعة البحث في حقوق الدفاع أمام الفضاء الدولي الجنائي اقتضت مني اعتماد المنهج الاستقرائي أساسا وهذا نظرا لأن البحث يهدف إلى تتبع هذه الحقوق على مستوى النصوص التي أقرت هذه الحقوق وتجسيدات هذه الحقوق في الواقع.

إلا أنني استعنت بآليات المنهج التحليلي، حيث نقوم بتشريح وتحليل القواعد القانونية كل على حدى لمعرفة مضامينها ومدلولاتها، ومدى كفايتها لضمان حماية هذه الحقوق أمام القضاء الجنائي. ويعتبر هذا المنهج الأنسب لمثل هذه الدراسات.

كما سنعتمد المنهج التاريخي في بعض جزئيات الدراسة باعتباره الأنسب لسرد الوقائع التاريخية.

7) الدراسات السابقة:

تكاد هذه الدراسات على المستوى الوطني أن تكون شبه منعدمة إن لم نقل أنها منعدمة باستثناء بعض الجزئيات، كحق الاستعانة بمحامي حيث وجدت مذكرة ماجستير من كلية الحقوق

ببن عكنون تحت عنوان حق الاستعانة بمحامي دراسة مقارنة بين التشريع الوطني والتشريع الفرنسي والتشريع الأنجلوساكسوني، هذا بالنسبة لدراسات الأكاديمية.

أما بالنسبة للمراجع التي اعتمدت عليها فإنني وجدت مجموعة من المراجع، أولها متعلق بالنظرية العامة لحقوق الدفاع دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المصري للأستاذ محمود صالح العادلي الذي تناول حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي الوطني ولم يتطرق الى هذه الحقوق على المستوى الدولي، فهو نظرة لحقوق الدفاع وأهم تقسيماتها مع تركيزه على إجراء مقارنة بين حقوق الدفاع في القانون الوضعي وحقوق الدفاع في الشريعة الإسلامية.

أما المرجع الثاني الذي له علاقة مباشرة بحقوق الدفاع للمستشار إيهاب عبد المطلب، فتناول حق الدفاع أمام القضاء الجنائي المصري في مرحلة التحقيق والمحاكمة مع تركيزه على دور المحامي في الدفاع عن موكله، وثالثها ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي للأستاذ سعد حماد صالح القبائلي، الذي قام بإبراز أهم ضمانات حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، ورابع هذه المراجع للأستاذ حاتم بكار بعنوان حق المتهم في المحاكمة العادلة وهي عبارة عن دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في ضوء التشريعات الجنائية الفرنسية، الأنجلزية، لأمريكية، و الشريعة الإسلامية، وخامس هذه المراجع قانون القضاء المدني للأستاذ فتحي والي واستعنت بمجموعة من المراجع متخصصة في القانون الدولي العام، وأخرى متخصصة في القضاء الدولي والجزاءات الدولية.

ومن خلال هذه المراجع حاولت وضع تقسيم مناسب للموضوع أعالج من خلاله إشكالية هذه الدراسة فحاولت الوصول الى تقسيم سليم للموضوع بالإعتماد على هذه المراجع من جهة والاجتهاد الخاص من طرفي ومساعدة الأستاذ المشرف من جهة ثانية، فأجريت مقارنة بسيطة بين هذه المراجع وحاولت طرح الموضوع في قالب قانوني جديد الطرح والمحتوى قديم التناول قليل الدراسة والبحث.

8) تقسيم البحث:

ونظرا لأهمية الموضوع، فقد وجدت أن الإحاطة به تستلزم بحثه في ثلاثة فصول، بإعتبار أن حقوق الدفاع أمام الفضاء الدولي الجنائي يقتضي بيان حقيقة هذه الحقوق وبيان حقيقة هذا القضاء، في فصل أول عنونته "بماهية حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي"، ثم إرتأئيت أن أتطرق الى بيان مقومات هذه الحقوق من خلال بيان دعائمها العامة والخاصة، وضمانتها العامة والخاصة، وهو موضوع الفصل الثاني المعنون ب "دعائم وضمانات حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي"، وانتهيت أخيرا ببيان الضوابط الشكلية والموضوعية للممارسة هذه الحقوق وجزاءات الإخلال به من خلال فصل ثالث عنونته ب "ممارسة حقوق الدفاع وجزاءات الإخلال بها أمام القضاء الدولي الجنائي" لذلك كان هذا التقسيم هو الأنسب لموضو ع الدراسة لغرض الإلمام بجل تشعباته إبهماته.

وقد قسمنا الخطة إلى ثلاث فصول، وكل فصل إلى مبحثين وكل مبحث إلى مطلبين.

9) صعوبات البحث:

لم يكن طريق البحث سهلا، بل صادفته صعوبات كثيرة منها قلة المراجع المتخصصة في موضوع البحث، وان كثرت المراجع الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية إلا إنها اكتفت بدراستها دراسة سطحية.

.تشعب موضوع الدراسة وذوبانه في الكثير من الإجراءات، الأمر الذي يتطلب دراسات معمقة للإحاطة المطلوبة بهذه الدراسة، يضاف إليها قلة تجربتنا في مثل هذه المواضيع.

خطة الدراسة:

الفصل الأول: ماهية حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.

المبحث الأول: مفهوم حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.

المبحث الثاني: تطور حقوق الدفاع وأساسها أمام القضاء الدولي الجنائي.

الفصل الثاني: دعائم وضمانات حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.

المبحث الأول: دعائم حقوق الدفاع ودور الشرعية الجنائية أمام القضاء الدولي الجنائي.

المبحث الثاني:ضمانات حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.

الفصل الثالث: ممارسة حقوق الدفاع وجزاءات الإخلال بها أمام القضاء الدولي الجنائي.

المبحث الأول: ممارسة حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.

المبحث الثاني: جزاءات الإخلال بحقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.

إن الحديث عن ماهية حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي هو المنطلق الصحيح لهذا البحث، فلا يستقيم التعرض لهذه الحقوق تفصيلا وجزاءات الإخلال بها إلا بتحديد مفهومها وبيان تاريخها وأساسها ولهذا فقد انصب الفصل الأول من البحث على هذه المعاني على النحو الأتي:

المبحث الأول: مفهوم حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.

المبحث الثاني: تطور حقوق الدفاع وأساسها أمام القضاء الدولي الجنائي.

المبحث الأول:

مفهوم حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.

إن بيان حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي يقتضي مني بيان مفهوم القضاء الدولي الجنائي من جهة، وبيان مفهوم حقوق الدفاع من جهة أخرى. ثم الوصول للمفهوم المركب الذي هو حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي. ولهذا فقد قسمت هذا البحث على النحو الأتي:

المطلب الأول: مفهوم القضاء الدولي الجنائي وتطوره.

المطلب الثاني: مفهوم حقوق الدفاع تقسيماته ومفترضاته .

المطلب الأول: مفهوم القضاء الدولي الجنائي وتطوره.

يتزايد توجه المجتمع الدولي منذ الحرب العالمية الثانية نحو وضع نظام قضائي دولي دائم، مكمل لنظام المحاكم الوطنية من أجل مقاضاة الأشخاص المتهمين بارتكاب جرائم الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية. ويقوم هذا النظام أساساً على نهج مزدوج: يعول على إنشاء محاكم خاصة ومحاكم أخرى ذات طابع دولي تُقام في أعقاب النزاعات؛ ويعتمد من جهة أخرى على المحكمة الجنائية الدولية التي أُنشئت حديثاً.

الفرع الأول: مفهوم القضاء الدولي الجنائي.

قبل أن نتطرق إلى تعريف القضاء الدولي الجنائي يتعين علينا المرور سريعا إلى تعريف القضاء بوجه عام، ثم نتطرق بعد ذلك إلى تعريف القضاء الجنائي وبعدها نصل إلى تعريف القضاء الدولي ثم نحاول بعدها تعريف القضاء الدولي الجنائي.

أولا: تعريف القضاء.

1- تعريف القضاء في اللغة:

جاء لفظ القضاء في اللغة بعدة معان تتقارب في جملتها ومرجعها[1].

أصل كلمة قضاء هو قضايا لأنها من قيضت[2] إلا أن لما جاءت بعد الألف أصبحت همزة فالقضاء مصدر من فعل قضى، يقضي وجمعه أقضية وقضايا والاسم القضية ومعانيه كلها دائرة

[1] ابن منظور محمد بن بكر المصري: لسان العرب، ج2، ط1، دار صادر، بيروت، لبنان، د ت، ص47، 48.

[2] أنظر ابن منظور: لسان العرب، ج 1، مرجع سابق، ص 186؛ محمد بن يعقوب السراج الفيروز آبادي: القاموس المحيط، ج4، ط1، المكتبة العصرية، صيدا، لبنان، 2009، ص1264.

حول الإنهاء والإتمام وكل ما أحكم عمله أو أختم أو أتم أو أدى أو أوجب أو علم أو أمضي فقد قضي[1].

كما جاء لفظ القضاء في القرآن الكريم بعدة معان مختلفة[2].

2- تعريف القضاء في فقه الشريعة الإسلامية: اختلف الفقهاء حول تعريف القضاء في الاصطلاح، ويرجع هذا الاختلاف لاختلافهم حول حقيقة القضاء هل هو صفة حكمية تلازم موصوفها وتوجب نفاذ حكمه، أم هو فعل يقوم به القاضي، وهو يشمل القضاء التحكيمي والتنفيذ أو لا.

أ- تعريف القضاء عند الحنفية: عرف فقهاء الحنفية القضاء بتعريفات منها: فصل الخصومات وقطع المنازعات[3].

أي أن القضاة المسلمين تتمثل وظيفتهم في الفصل في الخصومات المعروضة عليهم بوجه شرعي، لأجل ذلك فهم يقومون بالإحتكام إلى كتاب الله وسنة رسوله الكريم بما يضمن حق الخصوم في إنهاء الخصام وقطع النزاعات التي تنشأ من خلال التعاملات بين المسلمين.

ويؤخذ على هذا التعريف أنه تعريف غير مانع من دخول غيره فيه، لأنه فيه يدخل الصلح بين الخصمين، كما يؤخذ على هذا التعريف أنه غير جامع لاقتصاره على القضايا التي

---

[1] أنضر الفيروز آبادي: القاموس المحيط، ج4، مرجع سابق، ص1265.

[2] – جاء القضاء في اللغة بمعنى إحكام الشيء وإمضائه والفراغ منه:

قال تعالى: ﴿ ثُمّ اقْضُوَاْ إِلَيّ وَلاَ تُنظِرُونَ ﴾ سورة يونس الآية رقم:71. أفرغوا من أمركم وأمضوا ما في أنفسكم...

– وورد القضاء في اللغة بمعنى حكم وأمر: قال تعالى ﴿ وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُواْ إِلاَّ إِيَّاهُ ﴾ سورة الإسراء الآية رقم:23.

– وأتى بمعنى الفعل كقوله تعالى﴿ فَاقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ ﴾ سورة طه الآية رقم:72.

– وجاء بمعنى الأداء والإنهاء: كقوله قضى فلان دينه أي أداه وأنهاه، وكقوله تعالى: ﴿ فإذا قضيتم الصلاة فاذكروا الله ﴾ سورة النساء الآية رقم:103.

وقوله: ﴿ فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض ﴾ سورة الجمعة الآية رقم: 10.أي فرغتم من أدائها.

وقوله: ﴿ فَإِذَا قَضَيْتُم مَّنَاسِكَكُمْ ﴾. أي أديتم مناسككم.

– وورد بمعنى الإلزام: لقوله تعالى: ﴿ فَلَمَّا قَضَيْنَا عليه المَوْتَ ﴾ سورة البقرة الآية رقم:200.أي حكمناه وألزمناه.

وأتى بمعنى الصنع والتقدير: قال تعالى: ﴿ فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ ﴾ سورة سبأ الآية رقم: 40.أي صنعهن وقدرهن وخلقهن، يقال: قضى الشيء قضاء إذا صنعه وقدره.

– وجاء بمعنى الفصل مطلقا: كقوله تعالى ﴿ إِنَّ رَبَّكَ يَقْضِي بَيْنَهُمْ بِحُكْمِهِ وَهُوَ الْعَزِيزُ الْعَلِيمُ ﴾ سورة النمل الآية رقم:78.أي يفصل بينهم بحكمه.

[3] عبد الله بن أحمد ألنسقي زين العابدين بن تميم الحنفي: البحر الرائق لشرح الدقائق، ج2، د ط، دار الكتاب الإسلامي، د ت، ص277.

تكون محل نزاع ومخاصمة مع أنه قد توجد قضايا تخلو من الخصومة كالوصية على السفيه التي لا تعد من الخصومات أو النزاعات وإنما هي حماية شرعية للأفراد من التصرف المتهور في أموالهم.

ب- تعريف القضاء عند المالكية: عرفه ابن رشد من المالكية بأنه الإخبار على حكم شرعي على سبيل الإلزام[1].

فالقاضي المسلم من خلال هذا التعريف يقوم بإخبارنا بالحكم الشرعي الذي يتضمنه النزاع أو الخصام المعروض عليه على سبيل الإلزام، فمهما كان نوع النزاع أو الخصام فالقاضي مجبر على فض هذا النزاع أو الخصام .

ويؤخذ على هذا التعريف أنه تعريف غير مانع لأنه لا يمنع من دخول غيره إذ قـد يدخل فيه الإمام الأعظم" رئيس الدولة" كما يؤخذ عليه أنه عرف القضاء بأنه إخبار عن حكم شرعي والإخبار يحتمل الصدق والكذب، وإنما القضاء هو إنشاء على سبيل الإلزام.

ج- تعريف القضاء عند الشافعية: عرف فقهاء الشافعية القضاء بتعريفات كثيرة منها: أنه إلزام من له الإلزام بحكم الشرع[2].

أي أن الذي يتولى مسؤولية الفصل في المظالم التي تصل إليه أنه ملزم بالفصل في هذه المظالم بكتاب الله وسنة رسوله الكريم، ومن لم يقم بالفصل في هذه المظالم على هذا الوجه الشرعي يعتبر خارجا عن ملة المسلمين لأنه حسب هذا التعريف أنكر واجبا شرعيا مفروضا في العقيدة الإسلامية ومن ينتمي إليها.

ويؤخذ على هذا التعريف أنه غير مانع من دخول غيره فيه لأنه يدخل فيه الإمام الأعظم ، كما أن هناك بعض الخصومات تحتاج إلى إبداء نوع من المرونة في معالجتها كالصلح الذي يقع أثناء مباشرة الخصام أو النزاع، كما أنه هناك من الخصومات من يقوم بتركها والتنازل عن حقه لخصمه.

---

[1] برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم ابن الإمام شمس الدين أبي عبد الله بن فرحون العمري المالكي: تبصرة الحكام في أصول الفقه ومناهج الأحكام، ج1، د ط، دار الكتب العلمية، لبنان، 2001، ص12.

[2] عادل محمد حسن أحمد الشريف: حماية القاضي وضمانات نزاهته، دراسة مقارنة، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2008، ص8.

د- تعريف القضاء عند الحنابلة : عرفه فقهاء الحنابلة بتعريفات كثيرة منها: الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات[1].

فالذي يتولى في الفصل في الخصومات فهو ملزم بعرض هذا الخصام على أحكام الشريعة الإسلامية وقطع الخصام بهذه الأحكام على وجه الإلزام.

ويؤخذ على هذا التعريف أنه غير مانع من دخول غيره فيه يدخل فيه حكم الحكم وهو ليس من أفراد العرف.

ومن خلال تعرضنا للتعريفات السابقة يمكن أن نخرج بتعريف نراه مناسبا للقضاء في الفقه الإسلامي وهو: الفصل في الخصومة بقول أو بفعل، بوجه شرعي يصدر عن القاضي ومن في حكمه بطريق الإلزام.

3- تعريف القضاء في فقه القانون الوضعي: اختلف فقهاء القانون في تعريف القضاء بحسب ما قصدوه من تعاريفهم، فبعضهم نظر الى القضاء باعتبار ثمرته وهي الأحكام، وبعضهم نظر إليه باعتبار السلطة التي تصدر هذه الأحكام، ونظر إليه البعض الأخر باعتبار العمل الذي تزاوله هذه السلطة للوصول الى الأحكام وهو العمل القضائي.

كما تحدث الفقه عن القضاء من جهات ثلاث:

- بوصفه سلطة من سلطات الحكم في الدولة، فهو بهذا المعنى مظهر من مظاهر السيادة في الدولة، وهذا موضوع لدراسة القانون الدستوري.
- بوصفه مجموعة مركبة من الأعضاء والأجهزة تمارس الدولة بواسطتهم هذه السلطة، وهذا موضوع علم القانون الإداري.
- بوصفه نشاط يتألف من مجموعة أعمال هذه السلطة[2] وهذا هو المعنى الذي سنحاول تعريفه.

أ- تعريف القضاء باعتبار ثمرته: لقد عرفه البعض: يقصد بالقضاء مجموعة الأحكام التي تصدر من المحاكم، فهو يقوم على تطبيق الأحكام القانونية على كل ما يعرض عليه من منازعات للفصل فيها[3].

---

[1] حسن محمد بودي: ضمانات الخصوم أمام القضاء في الشريعة الإسلامية، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 14.

[2] جلال ثروت: نظم الإجراءات الجنائية، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1997، ص14.

[3] خليل أحمد حسن قدادة: شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2000، ص120.

هذا التعريف يحصر القضاء في الأحكام والقرارات التي تصدرها الأجهزة القضائية خلال نظرها في الخصومات المعروضة عليها في جميع المسائل، لكن هذا التعريف لم يبين لنا ما هي هذه المحاكم واختصاصها وواجباتها، كما أنه تعريف غير جامع لأوصاف القضاء والقوانين المطبقة أمام هذه المحاكم فهو حصر مفهوم القضاء في الأحكام التي يصدرها.

ب- تعريف القضاء باعتباره عملا: و هو "عمل إرادي قانوني يهدف إلى فض نزاع بين أطراف متعارضة المصالح، وتتولاه سلطة القضاء، بصورة باتة وملزمة بواسطة أشخاص آخرين غير طرفي النزاع، وذلك استنادا إلى نموذج قانوني مطابق للواقعة الخاصة، ويقتضي إلى تقرير الحقوق والالتزامات المتبادلة لطرفي النزاع"[1].

إن هذا التعريف يشمل مجموعة من العناصر تكون الركائز الجوهرية للعمل القضائي وضماناته ونزاهته، وهي الإرادة القانونية، والأسلوب القضائي المعين الخاص بكل نزاع، وتحديد حقوق وواجبات أطراف النزاع وأخيرا الالتزام بالفصل في النزاع.

لكن ما يؤخذ على هذا التعريف أنه لم يكن تعريفا مانعا بل إنه تعريف شامل لجميع الجهات القضائية ومنازعاتها بما فيها الخصومات التحكمية وبعض القضايا التي لا يكون فيها النزاع أو الخصام مثل الوصية على السفيه.

وقد عرف بعض الفقه العمل القضائي على أنه: القضاء الذي يتضمن تطبيقا للقاعدة العامة المجردة على واقعة معينة[2].

هذا التعريف قصره تطبيق الوظيفة القضائية للقواعد القانونية على الوقائع، فقد جاء هذا التعريف عاما لم يبين لنا الجهات القضائية المكلفة بالفصل في النزاعات المعروضة أمامها، ولم يبين لنا من هم الأشخاص الذين يتولون هذه الوظيفة، ولا طبيعة النزاعات المعروضة على هذا القضاء.

ثانيا: تعريف القضاء الجنائي: في الحقيقة لأجل الوصول إلى هذا التعريف لابد من تعريف لفظ الجنائي من خلال كلمة الجناية.

1- لغة: تعريف الجناية: الجناية أو الجريمة: هي الذنب أو المعصية، أو كل ما يجنبه المرء من شر اكتسبه.

ولها في الشرع معنى عام ومعنى خاص.

[1] جلال ثروت: نظم الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص17.

[2] فتحي والي: الوسيط في القضاء المدني، د ط، دار النهضة العربية، مصر،1995، ص 25.

أما الأول فالجناية: هي كل فعل محرَّم شرع ، سواء وقع الفعل على نفس أو مال أو غيرهما. وعرفها الماوردي بقوله: الجرائم: محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير. والمحظور: إما إتيان منهي عنه، أو ترك مأمور به [1].

اصطلاحاً: هو إطلاق الجناية على الاعتداء الواقع على نفس الإنسان أو أعضائه وهو القتل والجرح والضرب [2].

2- تعريف القضاء الجنائي في فقه القانون الوضعي: فقد عرفه البعض بأنه هو ذلك الجهاز الذي يتولى إزالة عوارض نفاذ القانون الجنائي[3].

هذا التعريف من البداية يبدو أنه غامض، فقد حصر وظيفة القضاء الجنائي في إزالة العوارض التي تعتري تنفيذ القانون الجنائي، والحقيقة أن القضاء الجنائي يبحث عن الحقيقة الواقعية التي حدثت في الواقع كما هي، والوصول إليها عن طريق الحقيقة القضائية، والحقيقة القضائية تشتغل على شقين شق موضوعي، وشق إجرائي أو شكلي تستعملهما كوسيلة للوصول إلى الحقيقة، وليس العمل على إزالة العوارض التي تعتري تطبيق القانون الجنائي.

وعرفه البعض الأخر على أنه: هو القضاء الذي يتضمن استعمال سلطة الدولة في العقاب، فالقانون الجنائي ينص على بعض أفعال ممنوعة باعتبارها اعتداء على مصالح أساسية للمجتمع وهذه هي الجرائم، كما يضع على عاتق من يقوم بإحداها عقوبة معينة، وتكون مهمة القضاء الجنائي هي تأكيد وجود الجريمة وتحديد عقوبة الجرم[4].

فالدولة الحديثة تقوم على مبدأ الفصل بين السلطات ولكل سلطة اختصاصها وعليه فإن العقاب الذي يعد وظيفة جوهرية للدولة من إختصاص السلطة القضائية التي تتولى وظيفة المتابعة والمحاكمة، فتتولى السلطة التشريعية تحديد الجانب الموضوعي والإجرائي وتتولى السلطة القضائية تطبيق هذا الجانب الموضوعي والإجرائي لأجل تحقيق حق المجتمع في الردع والوصول إلى الحقيقة القضائية التي من المفروض أن تكون هي الحقيقة الواقعية.

وهذا هو التعريف الأنسب للقضاء الجنائي.

---

[1] أبي الحسن علي بن محمد حبيب البصري البغدادي الماوردي: الأحكام السلطانية، ط 1، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 2000، ص211.

[2] المرجع السابق، ص 212.

[3] محمود صالح العادلي: النظرية العامة في حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص44.

[4] فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، د ط، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، مصر، 1995، ص 4.

ثالثا: تعريف القضاء الدولي : لم أجد في أي من المراجع التي اعتمدتها في دراستي لهذا الموضوع اهتماما بمعنى القضاء الدولي أو تعريفه بل ترتكز في مجملها على نشأته وتطوره.

فقد عرفه البعض على أنه "مجموعة من الهيئات القضائية المنتظمة التي تتولى تسوية المنازعات بين أشخاص القانون الدولي وفقا لمبادئ العدل والقانون الدولي وفي إطار نظمها الأساسية التي تحدد اختصاصها وصلاحياتها، ولها في سبيل ذلك هياكل دائمة ومستقرة"[1].

فالمجتمع الدولي أنشأ هيئات قضائية خاصة ومنظمة تتولى تسوية النزاعات التي تنشأ بين أشخاص المجتمع الدولي مطبقا في ذلك الأعراف الدولية.

لكن هذا التعريف جعل من القضاء الدولي مجرد هيئات تتولى عملية هي في الأصل ليست من صميم الاختصاص القضائي وهي تسوية النزاعات، وصميم اختصاص القضاء هو الفصل في النزاعات المعروضة أمامه، فالتسوية تقتضي تنازل أحد أطراف النزاع عن بعض حقوقه لطرف الأخر بهدف تسوية الأمور بشكل ودي، أما وظيفة القضاء فهي إرجاع الأمور إلى نصابها، وإعادة الحق لأصحابه ولا يتحقق هذا إلا بتوقيع الجزاء على المعتدي، خاصة أن المجتمع الدولي يتعامل بصفة متواترة بالأعراف الدولية، كما أن هذا التعريف جعل من الأعراف الدولية القانون الأساسي التي تعتمد عليه الهيئات الدولية أثناء نظرها في النزاعات المعروضة أمامها وكلمة ألأعراف هي كلمة فضفاضة تتنافى ومبدأ الشرعية.

كما عرفه آخر بأنه"هو القضاء الذي يقوم في الأصل بالفصل في قضايا الدول لفض المنازعات التي تنشأ فيما بينها، لكن قد يقوم أيضا بصفة استثنائية بالفصل في القضايا الخاصة للأفراد وذلك في الحالات النادرة الذي تتولى فيها الدول رفع قضايا رعاياها إليه"[2] .

يتبين من هذا التعريف أن القضاء الدولي هو قضاء بين دول ذات سيادة تنشأ فيما بينه ا نزاعات مختلفة، أو بين أفراد هذه الدول، وقد تكون هذه النزاعات متعددة الجوانب بين الأفراد أو بين الدول لكن مايؤخذ على هذا التعريف هو اقتصاره على الدول ذات السيادة وأفراد هذه الدول ، وأخرج من نطاق هذا التعريف، عدم شموليته للأشخاص المعنوية، وللنزاعات الداخلية ذات الطابع الدولي، وعدم شموله أيضا للمنظمات الدولية والعالمية والإقليمية التي أصبح لها دور إستراتيجي في توجيه السياسات العالمية.

[1] قرفي إدريس: أثر السيادة في تنفيذ أحكام القضاء الدولي، إشراف مالكي محمد الأخضر، رسالة ماجستير تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسيق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2006/2005، ص 20 .

[2] أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، ط2، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 35.

كما أن هذا التعريف جاء عاما لم يحدد بدقة المقصود بالقضاء الدولي و بالتحديد في الإ تجاه إلى القضاء الدولي المتخصص.

وقد عرفه البعض على أن" المقصود بالقضاء الدولي هي القضايا التي فصلت فيها المحكمتان: محكمة العد ل الدولية الدائمة ومحكمة العدل الدولية، وه و كذلك بالنسبة للقضاء التحكيمي"[1].

هذا التعريف تفادى الانتقادات الموجهة للتعريف الأول وخصص القضاء الدولي في ثلاث جهات بما فيها المنازعات التحكيمية، إلا أنه أهمل جزءا مهما من القضاء الدولي المعاصر وهي المحاكمات الجزائية، التي قد تكون بين دولتين فأكثر أو قد تكون داخل دولة واحدة يتعدد فيها المسؤولون عنها داخليا وخارجيا، لذا كان من الضروري إنشاء قضاء دولي متخصص حسب طبيعة وموضوع النزاع.

و عليه نعرف القضاء الدولي: أنه مجموعة من الهيئا ت القضائية الدائمة أو المؤقتة التي أنشأها المجتمع الدولي بموجب اتفاقيات أو معاهدات سواء كانت ثنائية أو جماعية لأجل الفصل في النزاعات التي تنشأ بين أشخاص القانون الدولي، وتطبق المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية والعرف الدولي عند الفصل في النزاع المعروض عليها.

مما تقدم يتبين لنا أن المقصود بالقضاء الدولي الجنائي هو: الجهات القضائية المتخصصة التي أنشأت بموجب اتفاقيات دولية(اتفاقيات شارعه، أو اتفاقيات ثنائية)، سواء كانت هذه الجهات دائمة أو مؤقتة لمحاكمة المسؤولون عن الأفعال أو السلوكات التي تمس بالنظام العام الدولي.

الفرع الثاني: التطور التاريخي للقضاء الدولي الجنائي.

إن تاريخ المجتمع الإنساني منذ أقدم العصور سار في اتجاه مطرد نحو إحلال وفرض العدل بقوة المجتمع مسايرة لتعقيدات الحياة الاجتماعية وهي التي تعينه على البقاء؛ وكذلك الحال في المجتمع الدولي فمن خلال تاريخه الطويل تعرض لأحداث جسام وحروب دولية وأهلية قوضت الكثير من معالم حضارية استبيحت فيها الحقوق والحريات وانتهاك الشرف ودنست الكرامات وقذفت الرعب في قلوب أمم وأجيال متعاقبة رغم تحريم كل ذلك في الشرائع السماوية[2]، إلا أنه لم يستطيع أن يبلور فكرة قضاء دولي يختص بالجرائم ذات الصبغة الدولية.

[1] عليوش قربوع كمال: القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1، تنازع القوانين، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2006 ، ص64.

[2] براء منذر كمال عبد اللطيف: النظام القضائي للمحكمة الجنائية الدولية، ط 1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن، 2008، ص 17.

ونلاحظ أن الدراسة التاريخية لهذه الفكرة مهمة جدا حتى نتمكن من معرفة كيف كان القضاء يتعامل مع هذه الجرائم والمجرمين؛ وهل يمكن أن نقول أن فكرة القضاء الجنائي فكرة جديدة أم أنها فكرة متجددة في أعماق البشرية؟؛ وسوف نتعرض لهذا التطور من خلال النقاط الثلاثة الآتية.

ومن المسلم به أن فكرة القضاء الدولي الجنائي لم تظهر لها تطبيقات إلا في القرن العشرين[1]، و هذا يعني أن العصور القديمة تخلو من تطبيقات تجسد هذا القضاء.

أولا: التطور التاريخي للقضاء الدولي الجنائي في العصور الوسطى.

يحدد المؤرخون فترة العصور الوسطى بأنها الفترة التي تبدأ مع سقوط الإمبراطورية الرومانية عام476م وتنتهي باحتلال الأتراك العثمانيين للقسطنطينية عام 1453م[2].

وقد ظهرت خلال هذه الفترة بعض التطبيقات لمبادئ القانون الدولي تحت تأثير تعاليم الديانة المسيحية من خلال توقيع جزاء جنائي على جرائم الحرب تتولاه محاكم مستقلة كما أشار فقهاء القانون الدولي القدامى أمثال فبنوريا وسواريز وجروتيوس وفافيل إلى وجود سلطة قضائية تابعة للدول المنتصرة لمقاضا ة رعايا الدول المنهزمة عن الأضرار التي سببتها [3]. وقد عقدت محكمة دولية شاركت سويسرا في إنشائها سنة 1474م للنظر في قضية sire pierre de Hagenbach الذي كان أشدوق النمسا في ذلك الحين والذي تعرض لضائقة مالية اضطر على إثرها إلى التنازل عن ممتلكاته الواقعة في إقليم bourgogne. وعندما بدأ في شن الهجمات والغارات الوحشية على الدول والمدن المجاورة التي استسلمت له مؤقتا، ثم قامت كل من فرنسا والنمسا واتحاد المدن السويسرية وصغار الأمراء المتوطنين على نهر الراين [4] الأعلى بإنشاء

---

[1] محمد عبد المنعم عبد الغني: الجرائم الدولية، دراسة في القانون الدولي الجنائي، د ط، دار الجامعة الجديدة، مصر ، 2007، ص76.

[2] عبد الله سليمان سليمان: مقدمات أساسية في القانون الدولي الجنائي، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، ص214

[3] زياد عيناني: المحكمة الجنائية الدولية وتطور القانون الدولي الجنائي، مرجع سابق، ص27.

[4] عبد القادر القهوجي: القانون الدولي الجنائي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2001، ص169؛ لقد عادت فكرة الاتحاد المسيحي مع مرور لأكثر من قرن ونصف إلى الظهور ثانية، وذلك على يد جورج بود مير ا الذي توج ملكا على بوهيميا سنة 1458م ولقد كان هدف بود مير ا إقامة حلف مقدس بين دول أوربا المسيحية وذلك للوقوف في وجه الخطر الدائم الذي بدأ يهدد أوربا بعد سقوط القسطنطينية في أيدي الأتراك سنة 1453م وخوف ملوك أوربا المسيحية من خطر اجتياحهم من قبل المسلمين، ومشروع بود مير ا أكثر دقة من مشروع دري سر ا ويتخذ شكل معاهدة سياسية متقنة الأعداد ويبدأ بمقدمه واقعية تتضمن وصف الوضع الأليم الذي آلت أليه المسيحية ثم الدعوة إلى ضرورة العمل على تحرير الأرض من المسلمين.

حلف فيما بينهم وتمكنوا من القبض على Hayenbache في 1474/4/11م ولم يمض أكثر من شهر حتى قدم للمحاكمة أمام محكمة عليا غير عادية اشترك فيها بعض قضاة سويسرا والتي انتهت بعد المداولات إلى الحكم عليه بالإعدام.

ثانيا: التطور التاريخي للقضاء الدولي الجنائي في العصر الحديث.

وتبدأ هذه المرحلة مع مطلع القرن العشرين إلى الألفية الحالية.

1- الفترة السابقة على الحرب العالمية الأولى: لقد كان لتطور النظام الرأسمالي [1] وظهور البورجوازية الحديثة (الفاحشة) الأسباب الرئيسية في اندلاع جميع النزاعات الدولية لغرض السيطرة وتوسيع مناطق النفوذ والتجارة، وكانت أهم أحداث هذه الفترة ما يلي:

- شهدت سنة 1104 مجموعة من الأحداث لها تأثير كبير في سير العلاقات الدولية منها:

أ- محكمة التحكيم الدولية[2] التي باشرت أول عمل جدي لها وذلك أثناء تدخل الجيوش الانجليزية والألمانية والايطالية في شؤون فنزويلا، وهذا التدخل كان بإيعاز من الأمم المتحدة الأمريكية فاقترحت رفع الأمر إلى المحكمة في لاهاي، وقد قبلت جميع الأطراف بذلك[3].

محمد عبد المنعم عبد الغني: الجرائم الدولية، مرجع سابق، ص90.

[1] الرأسمالية: وقد سميت التَموّل، في الاصطلاح نظام اقتصادي تكون فيه وسائل الإنتاج بشكل عام مملوكة ملكية خاصة أو مملوكة لشركات، وحيث يكون التوزيع والإنتاج وتحديد الأسعار محكوم بالسوق الحر والعرض والطلب، ويحق للملاك آن يحتفظوا بالأرباح أو يعيدوا استثمارها.

بحسب الحتمية التاريخية بحسب ماركس، فإن الرأسمالية هي ثمرة التطور الصناعي والنقلة النوعية في وسائل الإنتاج المختلفة في العصر الإقطاعي إلى الوسائل المتطورة في الثورة الصناعية والتي كانت ظهور الرأسمالية فيها كأحد التبعات، عقب التوسع العظيم في الإنتاج بدأت الإمبريالية بالظهور من خلال وجود شركات احتكارية تسعى للسيطرة على العالم.

فبدأت الحملات العسكرية الهادفة لاحتلال أراضي الآخرين وتأمين أسواق لتلك الشركات وهذا فيما يعرف بالفترة الاستعمارية، ظلت ذيول هذا الاستعمار على الرغم من استقلال العديد من الدول لاحقا حيث مولت هذه الشركات عدة انقلابات عسكرية في فترة الخمسينات والستينات في دول أمريكا اللاتينية بهدف الحفاظ على هيمنتهأعلى تلك الدول، تؤمن الأنظمة الرأسمالية بالفكر الليبرالي وهو انتهاج الرأسمالية كاقتصاد والديمقراطية كسياسة، تعتبر المقولة الفرنسية (دعه يعمل دعه يمر) هي الشعار المثالي للرأسمالية التي تعمل على حرية التجارة ونقل البضائع والسلع بين البلدان ودون قيود جمركية.

[2] محكمة التحكيم الدولية كان مقرها بمدينة لاهاي هدفها حل المنازعات الدولية حيث كانت هذه المعاهدة سنة 1899-1907 من أهم المعاهدات التي اهتمت أساسا بمسألة السلم وإيجاد قواعد قانونية لحل المنازعات الدولية بالطرق السلمية. عبد الكريم علوان خضير: الوسيط في القانون الدولي العام، ك4، ط1، مكتبة دارا لثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ، 1997، ص20 .

[3] محمد عبد المنعم عبد الغني: الجريمة الدولية، مرجع سابق، ص116.

ب- في سنة 1906 أدخلت تعديلات على اتفاقية جنيف الخاصة بمعاملة أسرى الحرب المنعقدة في 1864 وبمقتضى هذا التعديل أضيفت المادة 28 التي تلزم الدول المتعاقدة بإدراج في نشراتها الجنائية كالنصوص التي تجرم خرق هذه الاتفاقية[1].

وانعقاد المؤتمر الدولي الثاني بلاهاي في سنة 1907 بحضور 44 دولة التي وقعت على 13 اتفاقية[2] وإعلان.

2- **الفترة الواقعة بين الحربين** : لقد كان من المقرر انعقاد المؤتمر الثالث بلاهاي في سنة 1914، لكن اندلاع الحرب حال دون ذلك [3] وبعد نهاية الحرب العالمية الثانية في 1918انطلقت الجهود الدولية الداعية لإقرار السلام منذ سنة 1919، للحيلولة دون تجدد حروب جديدة وأبرمت عدة معاهدات[4] ركزت على نقطتين رئيستين هما :

الأولى: السعي نحو احتواء الدول الكبرى للدول الصغرى تحت صور الانتداب.

---

[1] فتوح عبد الله الشاذلي: القانون الدولي الجنائي، أوليات القانون الدولي الجنائي،النظرية العامة للجريمة الدولية، دط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1995، ص91.

[2] تتضمن تجديد الرغبة في تجنب الحرب والدعوة إلى نزع السلاح وتثبيت دعائم السلام في العالم.

وقد نظمت تلك الاتفاقيات وملاحقها مسائل تنظيم قواعد الحرب البرية والبحرية، وفض المنازعات الدولية بالوسائل السلمية، وبيان واجبات الدول المحايدة في الحروب.

وقد حاول المؤتمر توجيه قواعد الحرب إلى ما يتفق والمبادئ الإنسانية ويلاحظ على هذه الاتفاقيات أنها أوجدت النواة الأكيدة لفكرة الجريمة الدولية ببيانها قواعد الحرب، وواجبات المتقاتلين، وحقوق الجرحى والمرضى والأسرى وحث الدول على السعي لفض نزاعاتها الدولية بالطرق السلمية.

عبد الله سليمان سليمان: المقدمات الأساسية في القانون الدولي الجنائي، مرجع سابق، ص31-32.

[3] محمد عبد المنعم عبد الغني: الجريمة الدولية، مرجع سابق، ص118.

[4] بعد نهاية ح ع الثانية طالب الجميع بضرورة معاقبة من ارتكبوا تلك الفظاعا ت من مجرمي الحرب الألمان، وحاو ل العديد من الفقهاء لتحقيق إنشاء قضاء دولي جنائي، فكانت مجموعة من المحاولات أهمها:

- الجمعية العامة للسجون: تناولت موضوع محاكمة مجرمي الحرب من الناحية القانونية، وقدمت تقارير مفصلة أعدها الأستاذان رينو و جارو عن إمكانية محاكمة و عقاب مجرمي الحرب، وانقسمت الآراء بين معارض للمحاكمة وهي أقلية وهناك من كان مع فكرة معاقبة هؤلاء وفقا للقوانين الوطنية التي يقبض فيها عليهم.
- جمعية القانون الدولي: عقدة في الأرجنتين سنة1922وفيها وافق المؤتمر على إنشاء قضاء دولي جنائي.
- الاتحاد البرلماني الدولي في سنة 1924 وفيه وافق الحاضرين على مقترحات الفقيه الروماني"بيل"الذي اقر بالحماية الجنائية للنظام الدولي، وتحديد المسؤولية الجنائية للأفراد كذالك.
- مؤتمر بال عقد في1925 حيث تقدم نفس الفقيه بتقرير عن الحرب العدائية، وعلى ضرورة إنشاء قضاء دولي جنائي.
-الجمعية الدولية لقانون العقوبات: تأسس في 1889 وعقد أول مؤتمر في 1926الذي ناقش موضوع إنشاء قضاء دولي جنائي، الذي اقرها المؤتمر على أن تكون تابعة لمحكمة العدل الدولية.

فتوح عبد الله الشادلي: القانون الدولي الجنائي، ك1، مرجع سابق، ص93 -95.

الثانية: الدعوة لإنشاء قضاء دولي جنائي ومنظمة دولية دائمة لحفظ السلم والأمن الدوليين ومنع قيام الحرب في المستقبل و سعيا منها بذلت الحكومات والدول جهودا و مساعي، وذلك من خلال المؤتمرات الرسمية والمعاهدات التي عقدت لمناقشة الموضوع.

أ- معاهدة فرساي 1919[1]: بعد انتهاء الحرب العالمية الأولى وما خلفته وراءها من ضحايا وانتهاكات فاضحة للمعاهدات الدولية والأعراف من قبل القوات الألمانية، شعر المجتمع الدولي بالحاجة الماسة إلى إيجاد قواعد وإجراءات قانونية تحول دون وقوع حرب عالمية أخرى، ولذلك تعالت الأصوات التي تدعو إلى إنشاء محكمة جنائية دولية لمعاقبة مجرمي الحرب[2].

وعلى إثر ذلك اتجه المنتصرون في الحرب إلى إنشاء لجان تحقيقي ه مهمتها إثبات مخالفات قوانين وأعراف الحرب ومعاقبة مجرمي الحرب الألمان عن الجرائم التي ارتكبوها وكان من هذه اللجان، لجنة تحديد مسؤوليات مبتدئي الحرب ومعاقبة مجرمي الحرب الألمان[3].

ولذلك جاءت معاهدة فرساي لعام 1919 لتنص في المادة 227 منها على تحميل الإمبراطور الألماني غليوم الثاني المسؤولية الجنائية الدولية[4]، وإحالته إلى الحلفاء لمحاكمته طبقاً لأسمى بواعث السياسة الدولية عن جريمة عظمى ضد الأخلاق الدولية وقدسية المعاهدات. ولكن الظروف السياسية حالت دون أن تلقى المبادئ التي قررتها معاهدة فرساي التطبيق الصحيح، إذ إن جريمة شن الحرب التي اتهم بها إمبراطور ألمانيا لم تجر بشأنها محاكمة ؛لأنَ الإمبراطور

---

[1] تم التوقيع على معاهدة فرساي بتاريخ 1919/06/28 التي تضمنت قسما خاصا بجرائم الحرب وذلك في المواد من 228 إلى 230 حيث جاء في المادة 228 " تعترف الحكومة الألمانية بأن للسلطات المتحالفة والمنظمة إليها الحق بمحاكمة الأشخاص المتهمين بارتكابهم أفعالا مخالفة لقوانين وعادات الحرب أمام محاكمها العسكرية ...".

وجاء في المادة 230" تتعهد الحكومة الألمانية بتقديم جميع الوثائق والمعلومات أيا كانت طبيعتها والتي يعد تقديمها ضروريا من أجل الإحاطة التامة بالوقائع الإجرامية أو للبحث عن المتهمين أو لتقدير المسؤولية تقديرا سليما".

[2] عصام عبد الفتاح مطر: القضاء الجنائي الدولي، مرجع سابق، ص21.

[3] في ذلك أنظر عبد الله سليمان سليمان: المقدمات الأساسية في القانون الدولي الجنائي، مرجع سابق، ص 34- 40 ؛ علي يوسف الشكري: القضاء الجنائي الدولي في عالم متغير، ط1، دارا لثقافة عمان، الأردن، 2008 ، ص17- 12 ؛ عبد القادر البقيرات: العدالة الجنائية الدولية، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2007، ص16-25؛ محمود نجيب حسني: دروس في القانون الجنائي الدولي، مرجع سابق، ص25-30.

[4] عبد الله سليمان سليمان: المقدمات الأساسية في القانون الدولي الجنائي، مرجع سابق، ص 42.

غليوم قد حصل على حق اللجوء السياسي في هولندا، ورفضت الحكومة الهولندية تسليمه حتى توفى عام1941[1].

وعلى الرغم من أن الحلفاء طلبوا تسليم الإمبراطور الألماني إلا أنَ حكومة هولندا أصرت على حقها في منح اللجوء السياسي للاجئين السياسيين.

ب- عهد عصبة الأمم [2] ومحاولات إنشاء محكمة دولية : كان إنشاء عصبة الأمم الغاية منها تجنب الحروب والكوارث الناتجة عنها، وقد جاء في عهد العصبة الذي أصبحت نصوصه سارية المفعول بتاريخ 10/كانون الأول / 1920، على وجوب صيانة السلم العالمي والتزام الدول باللجوء إلى الطرق السلمية لحل نزاعاتها وتوقيع العقاب على الدول المعتدية [3].وخلال هذه الفترة أثير موضوع إنشاء محكمة جنائية دولية من جديد، فقد نصت المادة 14 من عهد العصبة على أن يتولى مجلس ألعصبه مشروع إنشاء محكمة العدل الدولية الدائمة وعرضه على الدول الأعضاء ، وبموجب ذلك أنشأت لجنة استشارية من قبل مجلس العصبة تأخذ على عاتقها مهمة تقديم المشروع لتأسيس المحكمة.

وفي الوقت الذي قدم فيه هذا المشروع، قدم مشروع آخر بتأسيس محكمة عليا خاصة بمحاكمة الأشخاص الذين يرتكبون جرائم دولية أو أعمال تهدد السلم و الأمن الدوليين، و إلى جانب هذا المشروع قدم مشروع أخر يقضي بعدم إنشاء محكمة مستقلة بمحاكمة الأشخاص

[1] هناك عدة عوامل أثرت في قرار هولندا لعدم تسليم الإمبراطور، منها: تدخل البابا بنوا الخامس لمصلحة الإمبراطور ، ومعارضة الوفدين الأمريكي والياباني، والعلاقة الخاصة التي كانت تربط الإمبراطور بالهولنديي ن، وهكذا فقد نجا الإمبراطور من المحاكمة على الرغم من تورطه المباشر وتحريضه على ارتكاب أفظع الجرائم، فقد خاطب جنوده قائلا:"عندما يدق نفير الحرب، تذكروا أن لاتعطوعفوا، ولا تأخذوا اسرى حرب، فكل من يقع بين أيديكم يجب أن يموت".وكتب إلى ملك النمسا يقول:"يجب علينا إن نرمي كل شيء في بحر من الدم والنار، يجب علينا أن نقتل الرجال والنساء، الكبار والصغار ولا ندع بيتا ولا شجرة بهذا الإرهاب المنظم وحده نستطع أن نرعب الأمة الفرنسية المنحطة ونظع حدا سريعا للحرب التي قد لاتدوم حتى شهرين، في حين إننا لو راعينا احترام القواعد الإنسانية فإن الحرب ستستمر أكثر من سنتين.

[2] تأسست عصبة الأمم المتحدة سنة 1919 وكانت عهد جديد في تاريخ العلاقات الدولية لأنها أول تنظيم عالمي ذو طابع سياسي يتمتع بصلاحية ضمان السلام والأمن الدوليين وقد وقعت على عهد عصبت الأمم المتحدة 33 دولة كانت تعهدت باحترام التسلح من أجل حفظ السلام في العالم والتي قامت بتكليف لجنة استشارية لوضع مشروع محكمة عدل دولية دائمة.

[3] عبد الكريم علوان خضي ر: ا لوسيط في القانون الدولي العام، ك 4، ط 1، مكتبة دارا لثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن،1997، ص33.

المتهمين بارتكاب جرائم دولية، وإنما بتأسيس شعبة جنائية خاصة لهذا الغرض تعمل ضمن نطاق محكمة العدل الدولية الدائمة.

ولكن لم يكتب لأي من هذين المشروعين الأخيرين النجاح، وذلك لأن الرأي السائد آنذاك كان يقضي بأن مشروع تأسيس محكمة دولية جنائية لا يمكن أن يكتب له النجاح، ما لم يسبق ذلك اتفاق بين الدول على القانون الواجب تطبيقه في هذا الموضوع ، ولذلك وافقت الجمعية العمومية على المشروع الأول وهو إنشاء محكمة العدل الدولية الدائمة.

ثالثاً : منذ الحرب العالمية الثانية حتى الوقت الحاضر : خلال فتره انتهاء الحرب العالمية الثانية شهد العالم تطورات عدة فيما يتعلق بإنشاء المحاكم الجنائية الدولية، إذ تم تشكيل عدة محاكم جنائية دولية تختلف من حيث طبيعتها وإنشائها، فبعضها قد تم تشكيلها من قبل الحلفاء المنتصرين، وهي محكمة نورمبورغ عام 1945 ومحكمة طوكيو عام 1946، والبعض الأخر شكلت من قبل مجلس الأمن والتي تشمل محكمة يوغسلافيا السابقة عام 1993، ومحكمة رواندا عام 1994، والمحاكم المدولة.

وتعد الحرب العالمية الثانية هي نقطة البداية نحو ترسيخ فكرة المسؤولية الجنائية وإنشاء قضاء دولي لتحدي تلك المسؤولية[1].

وعلى الرغم من أن المحاكم الدولية التي شكلها الحلفاء تختلف عن المحاكم الدولية المشكلة من قبل مجلس الأمن من حيث طريقة إنشائها، إذ أن كلاً من محكمتي نورمبورغ و طوكيو قد تم تشكيلهما باتفاق بين الدول المتحالفة المنتصرة خلال الحرب العالمية الثانية[2].

1 عصام عبد الفتاح مطر: القضاء الجنائي الدولي، مرجع سابق، ص29.

2 يلاحظ أنه تم الإعداد لمحاكمة مرتكبي جرائم الحرب العالمية الثانية أثناء سير المعارك تلك الحرب، حيث طالبت الحكومات التي احتلتها ألمانيا، عقب المؤتمر الذي عقدته في سان جيمس بالاس 1942م، بضرورة تقديم المسؤولون عن الحرب إلى المحكمة الجنائية وذلك لارتكابهم انتهاكات جسيمة لمبادئ وقواعد الإنسانية، وحيث يشمل الاتهام جميع الأشخاص الذين أمروا بارتكابها أو شاركوا في تنفيذها، وبمقتضى هذا التصريح فقد تم تشكيل لجنة خاصة للنظر في جرائم الحرب المرتكبة وتتكون هذه اللجنة من (17) دولة ممثلة بأعضاء عنها.

وقد أطلق على هذه اللجنة (لجنة الأمم المتحدة لجرائم الحرب).

وبتاريخ 1934/10/30م صدره تصريح موسكو الذي أشار إلى الفظائع التي ترتكبها القوات النازية في عملياتها الحربية في الأقاليم المحتلة، وهي الفظائع التي تشكل أفعالا تدخل في نطاق مايعرف بالجرائم ضد الإنسانية.

وقد ميز هذا التصريح بين طائفتين من المجرمين: الأولى، وتضم مرتكبي الأفعال الإجرامية ضد دولة معينة أو مواطنيها، وهؤلاء يجب أن يتم تسليمهم لسلطات تلك الدولة لمحاكمتهم وفقا لقانونها الوطني.

ولذلك سنتناول هذه المحاكم الدولية بالدراسة من خلال الأتي:

أ- محاكم المنتصرين (محكمتا نورمبورغ وطوكيو) : على الرغم من إبرام العديد من معاهدات السلام بعد الحرب العالمية الأولى كمعاهدة فرساي عام1919، إلا أنها لم تنجح في ترسيخ السلام على ركائز ثابتة ومتينة، ولم تستطع عصبة الأمم وقف التدهور الحاصل على المستوى الدولي والإخلال بالسلم العالمي، لذلك باتت التصريحات الصادرة من المسؤولين تشكل أساسا جديدا للمسؤولية عن الجرائم الدولية خاصة في وقت الحرب.

ففي 25 /تشرين الأول (أكتوبر)/1941 صرح الرئيس الأمريكي روزفلت"[1] بأن الإرهاب والترويع لا يمكن أن يجلب السلام إلى دول أوربا، إنه لا يفعل شيئاً سوى بث الحقد الذي سيؤدي يوما ما إلى قصاص رهيب " وفي الوقت نفسه صرح رئيس الوزراء البريطاني ونستون تشرشل"[2] بان الجزاء على الجرائم المرتكبة يعد من الآن من المقاصد الرئيسية للحرب".

والثانية: وتضم مرتكبي الأفعال الإجرامية الذين تمتد أفعالهم ضد مجموعة من الدول الحليفة أو ضد أفراد من جنسيات متعددة دون أن يكون هناك تحديد جغرافي معين لتلك الأفعال، وهؤلاء يجب أن تتم محاكمتهم وفقا لإجراء جماعي تتخذه حكومات الدول الحليفة.

[1] روزفلت: فرانكلين ديلانو روزفلت (بالإنجليزية: Franklin Delano Roosevelt) (30 يناير 1882 – 12 أبريل 1945)، رئيس الولايات المتحدة الأمريكية الثاني والثلاثون، وكان ينتمي إلى الحزب الديمقراطي. شغل روزفلت منصب حاكم على ولاية نيويورك ما بين 1 كانون الثاني – يناير من سنة 1929 إلى 31 كانون الأول من سنة 1932.
تولى روزفلت منصب رئيس الولايات المتحدة من تاريخ 4 مارس 1933 إلى 12 أبريل 1945 وذلك لأنه أعيد انتخابه أربع مرات متتالية، إذ توفي في العام الأول من ولايته الرابعة.
صنف من أعظم ثلاث رؤساء لأمريكا. عاصر الحرب العالمية الثانية حيث قاد الحلفاء إلى النصر على الرغم من شلله.
يعد من أعضاء المنظمة السرية الماسونية يحمل درجة رقم 32 وكذلك ترتبه كرئيس للولايات المتحدة. له مقولة مشهورة : "الشيء الوحيد الذي يجب أن نخاف منه هو الخوف نفسه".
ويكيبيديا الموسوعة الحرة،.http://ar.wikipedia.org/wik

[2] ونستون تشرشل: السير ونستون ليونارد سبنسر تشرشل (30 نوفمبر 1874 – 24 يناير 1965 في لندن).ولد في قصر بلنهايم في محافظة أكسفوردشاير في إنجلترا. كَانَ رجلَ دولة إنجليزيَ وجندي ومُؤلفَ وخطيب مفوه. يعتبر أحد أهم الزعماءِ في التاريخِ البريطانيِ والعالميِ الحديثِ.
شغل ونستون تشرشل منصب رئيس وزراء بريطانيا عام 1940واستمر فية خلال الحرب العالمية الثانية وذلك بعد استقالة تشامبرلين. استطاع رفع معنويات شعبه أثناء الحرب حيث كانت خطاباته إلهاماً عظيماً إلى قوات الحلفاء. كان أول من أشار بعلامة النصر بواسطة الأصبعين السبابة والوسطي. بعد الحرب خسر الانتخابات سنة 1945 وأصبحَ زعيمَ المعارضةِ ثم عاد إلي منصب رئيس الوزراء ثانيةً في 1951 وأخيراً تَقَاعد في1955 .حصل علي جائزة نوبل في الأدب لسنة 1953 للعديد مِنْ مؤلفاته في التأريخ الإنجليزي والعالمي وفي استطلاع لهيئة الإذاعة البريطانية (BB توفي في 24 يناير عام 1965 عن عمر 91 عاما. ودفن في مقبرة العائلة، قرب مكان ولادته في مدينة وودستوك C) سنة 2002 اختير كواحدٍ من أعظم مائة شخصية بريطانية.

وبعد استسلام ألمانيا، ثم اليابان، اختلف الحلفاء فيما بينهم بش أن مرتكبي جرائم الحرب ، فكان رأي البعض منهم عدم الالتجاء إلى المحكمة والاكتفاء بإصدار قرار مشترك يقضي بأن مجرمي الحرب يعتبرون خارجين عن القانون، بيد أن البعض الأخر قد ذهب مذهبا عكسيا تماما ينادي بوجوب إجراء محاكمة عسكرية وعادلة، وهو الرأي الذي خلص إليه المجتمعون وتبناه مؤتمر لندن الذي كان منعقدا في تلك الأثناء، وتمخضت اجتماعاته عن عقد اتفاقية لندن الشهيرة في1945/8/8[1].

وبمقتضى هذه الاتفاقية التي تتكون من سبع مواد قانونية، فقد تم إنشاء محكمة عسكرية دولية عليا لمحاكمة مجرمي الحرب، وألحق باتفاقية لندن السابقة نظام المحكمة العسكرية المسمى بنظام محكمة نورمبرغ.

وقد عقدت هذه المحكمة جلساتها في مدينة نورمبرغ[2] التي كانت المركز الرئيسي للحزب النازي، وحكمت هذه المحكمة بالإعدام على عدد من القادة النازيين الألمان، أمثال المارشال هرمان، وفون وينشيروب، والفرد روزنبرغ، وغيرهم من القادة والزعماء الألمان الذين كانوا مسؤولون عن سلسلة من المذابح وأعمال القتل الجماعي.

أما فيما يتعلق باليابان فإنه بتاريخ 1946/1/19 أصدر القائد العام لقوات الحلفاء في اليابان قرارا بإنشاء محكم ة عسكرية دولية لمحاكمة مجرمي الحرب اليابانيين عن الجرائم والمجازر التي ارتكبوها وقد أطلق على هذه المحكمة (محكمة طوكيو) لانعقادها في مدينة طوكيو اليابانية.

وقد تم إصدار قرار إنشاء المحكمة استنادا إلى ما تم الاتفاق علية في مؤتمر بوتسدام بين ترومان وستالين وتشرشل بشأن محاكمة مجرمي الحرب.

وتختص هذه المحكمة بالنظر في الجرائم ضد السلام والجرائم ضد الإنسانية وكذلك جرائم معاهدات الحر ب وهي مخالفات قوانين وأعراف الحرب. وقد أصدرت هذه المحكمة في

ويكيبيديا الموسوعة الحرة، http://ar.wikipedia.org/wik.

[1] فتوح عبدا لله الشاذلي: القانون الدولي الجنائي، ك1، مرجع سابق، ص113.

[2] يطلق عليها محاكم نورمبورغ نسبة إلى المدينة الألمانية التي انعقدت فيها–علما أن الحلفاء المنتصرين تعمدوا إقامتها في نورمبرغ لرمزية المدينة ودورها في النظام النازي المنهزم والذي أعلن منها عام 1936خططه للتطهير العرقي ، ونظرت محكمة نورمبرغ في قضايا 24 شخصا ألمانيا من مختلف القطاعات المدنية والسياسية والعسكرية مثل منهم 22 شخصا أمام المحكمة التي أصدرت الأحكام التالية: الإعدام شنقا على 12 شخصا، السجن المؤبد ل3 أشخاص، السجن 20 عاما لشخصين.

علي جميل حرب: القضاء الدولي الجنائي، المحاكم الجنائية الدولية، ط1، دار المنهل اللبناني، لبنان، 2010، ص53.

1948/11/12 عده أحكام منها أحكام بالإعدام. ولذلك انتهت هاتان المحكمتان بانتهاء مهمتيهما المؤقتة.

ب- المحاكم الجنائية الدولية المشكلة من قبل مجلس الأمن. "اعتقد الكثيرون من دون شك أن الفضائع التي ارتكبت خلال الحرب العالمية الثانية – ال جرائم الوحشية، الإبادة، والمحارق – لا يعقل أن تحصل مجددا لكنها، رغم ذلك حصلت في كمبوديا وفي البوسنة والهرسك وفي رواندا ، لقد أظهر لنا هذا الزمان، بل هذا العقد أن قدرة الإنسان على فعل الشر لا حدود لها" هذا ما ذكره الأمين العام للأمم المتحدة السيد كوفي عنان في كلمته عند إقرار النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

و انتهى الأمر إلى إنشاء محاكم جنائية دولية مؤقتة استنادا إلى قرارات مجلس الأمن الدولي لعام 1994/1993، خصصت لمحاكمة مجرمي الحرب في تلك الدول.

1 – **المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة .** كان للأحداث الدولية الدامية التي حدثت بعد انهيار جمهورية يوغسلافيا السابقة وما جرى فيها من أحداث وفظائع يندى لها جبين الإنسانية، وما ارتكبت من جرائم التطهير العرقي، والتي كانت هدف الحرب وليس نتيجتها غير المقصودة، بالإضافة إلى أعمال العنف التي اتخذت عدة أشكال منها الإبادة الجماعية والاغتصاب المنظم والمجازر والتعذيب وإبعاد المدنيين الجماعي.

كل ذلك أدى إلى أن ينهض مجلس الأمن بمسؤولياته باعتباره حارسا على أمن الإنسانية وسلمها كرد فعل للانتهاكات الصارخة للقانون الدولي الإنساني[1] وحقوق الإنسان، التي ارتكبت في أراضي يوغسلافيا السابقة، وتمثل دوره من خلال إصدار العديد من القرارات التي تتعلق بالحالة في يوغسلافيا السابقة باعتبارها تمثل تهديدا للسلم والأمن الدوليين.

واستنادا إلى التقارير المرفوعة إلى مجلس الأمن والتي تقرر وجود ممارسات بشعة وانتهاكات للقانون الدولي الإنساني، فإن مجلس الأمن أخذ ذلك بعين الاعتبار وأصدر قراره رقم 808 في 2/22 /1993 القاضي بإحداث محكمة جنائية دولية لمحاكمة المتهمين المسؤولون عن الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الإنساني المرتكبة في أراضي يوغسلافيا السابقة منذ عام 1991. وبموجب هذا القرار فقد تم تكليف الأمين العام للأمم المتحدة بإعداد مشروع النظام حيث

1 القانون الدولي الإنساني: مجموعة المبادئ والأحكام المنظمة للوسائل والطرق الخاصة بالحرب بالإضافة إلى الحماية للسكان المدنيين، والمرضى والمصابين من المقاتلين أسرى الحرب.

فيصل شطناوي: حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، ط1، دار الحامد، عمان،2001، ص190.

اعتمده المجلس بقراره رقم 827 في 1993/5/25[1]، وقد أجريت العديد من التعديلات على النظام الأساسي لهذه المحكمة. ففي تشرين الثاني (نوفمبر)/ 2000 عدل مجلس الأمن النظام الأساسي للمحكمة لتوفير مجموعة مؤلفة من 27 قاضيا يمكن لهم أن يساعدوا القضاة الدائمين والبالغ عددهم (16) قاضيا وفي إطار هذه المحكمة المؤقتة[2].

2- المحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا: كان للمجازر التي شهدتها رواندا في إفريقيا إثر خلاف عرقي وما جرى فيها من العديد من جرائم القتل والتنكيل الجماعي التي ارتكبت من قبل (الهوتو) عام 1994، والتي حصدت أرواح أكثر من مليون ونصف المليون شخص من قبائل التوتسي والهوتو .

كل ذلك دفع حكومة رواندا أن تلجأ إلى مجلس الأمن الذي كان قد شكل لجنة من الخبراء للتحقيق في الجرائم المرتكبة في رواندا عام 1994 بموجب قراره رقم 935 عام 1994.

واستنادا لما تقدم فإن مجلس الأمن اصدر قراره رقم 95 في 1994/11/18 مستندا في ذلك بموجب الفصل السابع[3] من ميثاق الأمم المتحدة باعتبار أن الحالة في رواندا تشكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين. ويقضي القرار بإنشاء محكمة جنائية دولية خاصة ، للنظر في جرائم ضد الإنسانية، وجريمة إبادة الجنس البشري، وكذلك خرق المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف

[1] المحكمة الجنائية ليوغسلافيا: تم تكليف الأمين العام بإعداد مسودة مشروع لمحكمة دولية جنائية خاصة ليوغوسلافيا السابقة وقد أشار الأمين العام في تقريره المقدم إلى مجلس الأمن بأن المحكمة يجب أن تؤسس من قبل المجلس نفسه على أساس الفصل السابع من الميثاق وقد جاء في القرار ما يلي :

Paragraphe 1 de la résolution 808 du 22/02/1993 :(le conseil de sécurité décide la création d un tribunal international pour juger les personnes présumes responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l ex Yougoslavie depuis 1991

Paragraphe 2 de la résolution 827 1993 du 25/05/1993 le conseil de sécurité décide de l
* statu du tribunal pour l ex Yougoslavie adoption du

سكا كنى باية: العدالة الجنائية الدولية، ط1، دار هومة لنشر والتوزيع، الجزائر، ص51.

[2] لندة معمر يشوى: المحكمة الجنائية الدولية الدائمة ومدى اختصاصها ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن ، 2010، ص 20.

[3] الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة: يضم المواد من39 إلى 51 من الميثاق، ويحمل هذا الفصل عنوان: (فيما يتخذ من الأعمال في حالات تهديد السلم والإخلال به ووقوع العدوان) تنبع أهمية هذه المواد من حيث إنها تتضمن جميعاً صفة الإقسار أي إمكانية إجبار الدولة أو الدول المخاطبة بأحكام القرارات الدولية الصادرة عن مجلس الأمن استناداً إلى هذه الأحكام على تنفيذها ولو قسراً، وأهم مواد الفصل السابع ثلاث: وهي المواد 39 و 41 و 42.

للمزيد من المعلومات راجع موقع مجلس الأمن على الشبكة الالكترونية: www. Un. Org/arabic/sc/

الأربع والمتعلقة بتأمين المعاملة الإنسانية لغير المقاتلين النظاميين، إضافة إلى أحكام البروتوكول الثاني الخاص بالنزاعات المسلحة غير الدولية لعام 1977[1].

وضمن إطار هذه المحكمة يلاحظ بأنه على الرغم من الميزانية الكبيرة المخصصة لها التي تضم (16) قاضيا و(800) من العاملين، إلا أنها – أي المحكمة – لم تحاكم إلا مجموعة قليلة من المتهمين، فحتى نهاية آذار عام 2003 أصدرت هذه المحكمة (10)أحكام تتراوح بين السجن مدى الحياة وبين البراءة[2].

كما يلاحظ بأن النظام الأساسي الخاص لهذه المحكمة قد استند على الأسس نفسها التي استند عليها النظام الأساسي الخاص بالمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة من حيث اعتماد نظامها على ميثاق محكمة نورمبرغ وكذلك المشروع الذي اعتمدته لجنة القانون الدولي حول الجرائم الماسة بأمن الإنسانية والتي من أهم أحكامها المسؤولية الفردية الجنائية

---

[1] اتفاقيات جنيف الأربعة التي تم التوقيع عليها في(1949/08/19) وتمثلت هذه الاتفاقيات على التوالي في ما يلي:
الاتفاقية الأولى : الخاصة بتحسين حال الجرحى والمرضى من أفراد القوات المسلحة.
الاتفاقية الثانية : الخاصة بتحسين حال الجرحى والمرضى والغرقى من أفراد القوات المسلحة في البحر.
الاتفاقية الثالثة: الخاصة بمعاملة أسرى الحرب.
الاتفاقية الرابعة: الخاصة بحماية الأشخاص المدنيين في زمن الحرب.
وقد جاءت الاتفاقيات الأربعة بجملة من المبادئ هي:
* عدم الاعتداء على السكان والمناطق المدنية واستقر هذا المبدأ في القانون الدولي حيث يجب أن تقتصر عمليات الحروب على المتحاربين ولا يجوز أن تتعداهم إلى المدنيين.
* عدم الاعتداء على الأماكن التي لها الامتياز وهى الأماكن المعدة للعبادة والأماكن الأثرية والمؤسسات العلمية والجامعات والمستشفيات.
* عدم قتل الرهائن وإعطاء الأمان للمنهزمين ، وقد حظرت المادة 34 من اتفاقية جنيف على الأطراف المتحاربة أخذ الرهائن، وقد رسخت هذا المبدأ المادة 33 من نفس الاتفاقية وأكدت علية المادة 11 الفقرة – أ – من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.
* عدم الإساءة في معاملة أسرى الحرب: حيث يعتبر التنظيم القانوني الوارد في اتفاقية أسرى الحرب سنة 1949 من أهم الاتفاقيات الدولية في الوقت الحاضر وهذا من خلال حماية الأسرى والمحافظة على أرواحهم بما يحفظ الكرامة الإنسانية ومعاملة الأسير كإنسان، وقد أكدت محكمة نورمبرغ على أن الأسر الحربي ليس انتقاما أو عقابا وإنما هو مجرد انتقاء تحفظي غرضه الوحيد منع الأسير من العودة إلى المساهمة في القتال وحسب المادة 130 من اتفاقية أسرى الحرب، فان مخالفة أحكام هذه الاتفاقية تعد كجرائم حرب، ويعاقب مرتكبوها ويتحملون المسؤولية الدولية الجنائية عن أفعالهم.
* عدم الإساءة بالقتلى والجرحى والمرضى انطلاقا من نقطة "إنسانية الإنسان": انطلاقا من إنسانية الإنسان فان اتفاقيات جنيف الأربعة أكدت على ضرورة مراعاة بعض القواعد الإنسانية في الحرب حتى اتجاه العدو.
سكا كنى باية: العدالة الجنائية الدولية، مرجع سابق، ص 23– 24.

[2] كوسة فوضيل: المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، د ط، دار هومة، الجزائر،2007، ص 96 و ما بعدها.

، وعدم حصانه رؤساء الدول من المسؤولية وعدم جواز الدفع بصدور أوامر من الرؤساء لارتكابه جريمة، وعدم الحكم بعقوبة الإعدام على المتهمين الذين تثبت مسؤوليتهم.

2- المحكمة الجنائية الدولية: على الرغم من إنشاء عدد من المحاكم الجنائية الدولية خلال فتره ما بعد الحرب العالمية الثانية التي نحن بصددها، إلا أن هذه المحاكم والتي بلغ عددها أربع محاكم دولية، كانت جميعها مؤقتة، وهو ما يعكس الوضع الدولي الذي لا يزال يشكو نقصاً فادحاً في العدالة والنزاهة، وهذا ما جعل مشروع المحكمة الجنائية الدولية يتعثر في كل مر ة يحاول فيها القيام، وسنلاحظ بأن الجمعية العامة للأمم المتحدة كانت تؤجل في كل مر ة البت في مشروع المحكمة الجنائية الدولية الدائمة متذرعة بذريعة عدم تعريف جريمة ((العدوان)).

ولكن يلاحظ بأنه على الرغم من إن الجمعية العامة أصدرت قرارا رقم 3314 في1974/12/14 والذي يقضي بتعريف جريمة (العدوان) إلا أنه يلاحظ بان مشروع المحكمة الجنائية الدولية لم ير النور إلا في 17/تموز /1998 وذلك على إثر انتهاء المؤتمر الدبلوماسي الدولي للمفوضين في مقر منظمة الأمم المتحدة للأغذية والزراعة في روما (ايطاليا) المعقود للفترة من 15/حزيران /1998 حتى 17/تموز /1998. ليعلن بذلك عن ولادة ما يسمى بنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في 1998/7/17[1].

وهو بهذا الإنشاء يعتبر أول قضاء دولي جنائي يختص بجرائم محددة على سبيل الحصر ، وإجراءات جزائية لملاحقة مرتكبي هذه الجرائم وبتالي نكون أمام قضاء دولي جنائي بأتم معنى الكلمة من الناحية النظرية والفلسفية.

المطلب الثاني: مفهوم حقوق الدفاع تقسيماته ومفترضاته.

إن سيادة مبدأ القانون هو المبتغى الذي تحاول جل الأمم المتحضرة الوصول إليه وهذا لايتحقق إلا في توازن المصالح بين حقوق المجتمع والأفراد، لذلك دأبت التشريعات الجنائية المعاصرة على العمل في هذا الإتجا ه، فكان مبدأ الشرعية الجنائية – والأصل الثابت في الإنسان– بمثابة الحامي الحقيقي لحقوق الإنسان من أي تعسف أو تسلط. مما جعل الاهتمام بحقوق الدفاع باعتبارها ضمانة حقيقية للمتهم في المحاكمة العادلة، كما تشكل هذه الحقوق ركيزة جوهرية للمحاكمة المنصفة التي تعد المعيار الأساسي لكل الدول التي تحترم سيادة القانون

[1] منتصر سعيد حمودة: المحكمة الجنائية الدولية، النظرية العامة للجريمة الدولية، أحكام القانون الدولي الجنائي، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر ،2009، ص 9 ومابعدها.

، فالتعريف بهذه الحقوق وتبيان مدلولها اللغوي والفقهي وأهم تقسيماتها ومفترضاتها، من صميم هذه الدراسة.

الفرع الأول: تعريف حقوق الدفاع.

في حقيقة الأمر أن تعريف حقوق الدفاع في كتابات الفقهاء هي نادرة في القانون الوضعي، وهذه الأخيرة لم تمنع من تعدد السبل بأصحاب هذه الكتابات فتعددت تعريفاتهم لحق الدفاع وقبل أن نتطرق لهذه التعريفات لا بد أن نتعرض أولا للمدلول اللغوي لحقوق الدفاع ثم المدلول الاصطلاحي بعدها نتطرق للتعريفات الفقهية لحقوق الدفاع.

الحق في اللغة وهو خلاف الباطل أو نقيضه والحق عليه في الخصومة [1]. وقد ورد معنى كلمة حق في القرآن الكريم في مواضع عديدة منها قوله تعالى: ﴿ وَعْدَ اللَّهِ حَقٌّ ﴾[2]. أي ثاب واقع لا محالة، وقوله: ﴿ أَن يُحِقَّ الحَقَّ بِكَلِمَاتِهِ﴾[3]. وقوله : ﴿لِيُحِقَّ الْحَقَّ وَيُبْطِلَ الْبَاطِلَ ﴾[4]، أي ثابت وواقع.

فالحق في اللغة: هو الموجود الثابت، اليقين، الأمر المقضي فيه، العدل الجدير والحق ضد الباطل[5].

أما كلمة الدفاع لغة فنعني بها كثير الدفع و الحماية ودفعه يدفعه نحاه بقوة و أزاله، ودفع عنه السوء والأذى وحماه[6]. يقول الله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يُدَافِعُ عَنِ الَّذِينَ آمَنُوا ﴾[7] أي يدافع عنهم ويحميهم.

ويدور حق الدفاع اصطلاحا في نفس المعنى اللغوي، ولذا يمكن تعريف الحق بأنه: مركز قانوني يتضمن قدرة شخص من الأشخاص على التمتع بميزة مادية أو معنوية، يفرض القانون على الغير احترامه[8].

---

[1] أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري: تهذيب اللغة، ط1، ج3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2001، ص 374.

[2] الآية 222 سورة النساء.

[3] الآية 7 سورة الأنفال.

[4] الآية 8 سورة الأنفال

[5] محمد بن أبي بكر الرازي: مختار الصحاح، تخريج وتعليق مصطفى البغا، ط 1، دار الهدى، الجزائر، 1987، ص 101.

[6] محمد بن أبي بكر الرازي: مختار الصحاح ، مرجع سابق، ج 1، ص 273.

[7] الآية 38 سورة الحج.

[8] محمد علي عويضة: حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم، د ط، منشأة المعارف، مصر، د ت، ص،92.

أما مدلول كلمة دفاع فقد يقصد بها مجموعة من الوسائل الدفاعية أو الهجومية التي يقدمها الخصوم لتأييد وجهة نظرهم في الخصومة القضائية[1].

الحق في الدفاع يمكن تعريفه بوجه عام "جميع الحقوق التي يتمتع بها المتهم أثناء سيرة الدعوى الجزائية قصد ضمان حمايته و الدفاع عنه مثل اختيار محامي، حرية الاتصال بأهله، عدم استجوابه إلا بحضور محاميه"[2].

أي أن المتهم أو المشتبه بمجرد توفر دلائل تفيد الاشتباه في شخصه له الحق في مجموعة من الحقوق والضمانات الدستورية في مواجهة الإتهام أو الاشتباه، إلى غاية صدور الحكم البات.

وقد اخترت جملة من التعاريف لعرضها ومناقشتها للوصول إلى مفهوم حقوق الدفاع كمايلي:

أولا: تعريف عبد الحميد الشواربي "حق الدفاع هو ذلك الحق الذي يكفل لكل شخص طبيعي أو معنوي حرية إثبات دعوى أو دفاع موجه إليه، أمام الجهات القضائية عادية كانت أم استثنائية والذي ينظم ممارسة هذه الحركة"[3].

ومن ايجابيات هذا التعريف أنه أوضح أن حقوق الدفاع يمكن أن يمارسها الشخص المعنوي مثله مثل الشخص الطبيعي، وأمام القضاء العادي أو الاستثنائي أو القضاء التحكيمي.حرية الإثبات.

كما أن هذا التعريف وسع من هذه الحقوق توسيعا أضر بها بحيث جعلها تشمل جميع الجهات القضائية الإجبارية المنشأة بموجب القانون السيادي للدولة إلى جهات التحكيم وما شابهها ، كما يعاب على هذا التعريف عدم تدقيقه في هذه الحقوق وتبيان الجهاز القضائي المكفولة أمامه.

ثانيا: تعريف محمد خميس "هي مجموعة من الضمانات والامتيازات التي يتحصن بها أي فرد يتعرض لتهديد في حياته أو شرفه أو حريته أو مصالحه من خلال الاشتباه فيه أو اتهامه في جريمة من الجرائم بحيث تقوم على مبدأ تكافؤ الفرص أو التوازن بين سلطة الاتهام وبين المتهم خوفا من تعرض هذا الأخير وهو الجانب الضعيف في الدعوى لأية مخاطر تحق به"[4].

---

[1] محمد علي عويضة: حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص92.

[2] ابتسام ألقرام: المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، د ط، قصر الكتاب، الجزائر، 1998 ، ص82.

[3] الإخلال بحق الدفاع في ضوء الفقه والقضاء، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998، ص73.

[4] الإخلال بحق المتهم في الدفاع، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر،2000 ، ص07.

هذا التعريف يقوم على مبدأ المساواة بين أطراف الخصومة الجنائية، لحماية الطرف الضعيف في المعادلة، عندما يكون مهددا في شرفه أو حريته الشيء الذي يمكنه أكثر من ممارسة حقوقه في الدفاع بحرية تجعله في مأمن من الإنتهكات التي قد يتعرض لها أثناء مواجهته لتهمة أو الاشتباه.

غير أنن ا نلاحظ أن هذا التعريف ركزه على الضمانات و الامتيازات مثل سابقه، كما يعاب على هذا التعريف أيضا عدم تدقيقه في هذه الحقوق.

ثالثا: تعريف الأستاذ محمود صالح العادلي بأنه" المعاني المستمدة من طبيعة العلاقات الإنسانية والتي لايمكن للمشرع سوى إقرارها بشكل يحقق التوازن بين حقوق الأفراد وحرياتهم وبين مصالح الدولة وهذه إمكانات تخول للخصم سواء كان طبيعيا أو معنويا إثبات ادعاءاته القانونية أمام القضاء والرد على كل دفاع مضاد في ظل محاكمة عادلة كفلها النظام القانوني"[1].

حقيقة هذا التعريف يمكن القول عليه أنه الأقرب إلى المنطق والواقع في الممارسة من حيث مساواته بين الأشخاص الطبيعيين والمعنويين وبين المتهم وغيره في الدعوى، لكنه ركز على ضمانة من ضمانات حقوق الدفاع وهي حرية الإثبات، كما أن حقوق الدفاع مبنية على أساس درء الاتهام وليس بيان حقيقة ما تراه الواقعة الجنائية المسندة إليه بل أن هدف هذه الحقوق هو مجرد التخلص من التهمة ودرئها وتمكين شخص من درء الاتهام عن نفسه إما بإثبات فساد دليل أو بإقامة الدليل على نقيضه وهو البراءة[2].

رابعا: وعرفه جانب من الفقه العربي بأنه " هو حق أصيل يتمتع به المتهم بمجرد توجيه الإتهام إليه قانونا، ليستخدمه بنفسه أو عن طريق محاميه أمام القضاء لدحض التهمة المنسوبة إليه[3].

ومما سبق يمكن وضع تعريف لحقوق الدفاع، باعتباره حق دستوري درجت جل الدساتير المعاصرة على النص عليه والتأكيد على ضمانه[4].

---

3 النظرية العامة في حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص52.

[2] عبد الحميد عمارة: ضمانات المتهم أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي في الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري ، ط1، دار المحمدية، الجزائر، 1998، ص256.

[3] المرجع السابق، ص16.

[4] من هذه الدساتير الدستور الجزائري الذي نص في المادة 151على:" الحقّ في الدّفاع معترف به. الحقّ في الدّفاع مضمون في القضايا الجزائية.

تعريفنا لحقوق الدفاع : هي المكنات التي يقرها القانون لكل شخص طبيعي أو معنوي ويحميها بإخلاص ونزاهة في مواجهة الادعاءات أمام الجهات القضائية، المحددة قانونا، بشكل يحقق التوازن بين المصالح العامة للدولة و المصالح الخاصة للأشخاص في إطار مبدأ المشروعية.

الفرع الثاني: تقسيم حقوق الدفاع: ويشمل هذا التقسيم حقوق الدفاع في حد ذاتها والتي تتمثل في الحق في المرافعة، الحق في الطلب، الحق في الإثبات، الحق في الدفع، الحق في الدعوى [1] الحق ، الحق في الصمت.

أولا: الحق في المرافعة: ففي اللغة: هي إجراءات مقررة لتصحيح الدعوى والسير فيها.

ويعرف حق المرافعة بأنه حق الخصم في مخاطبة المحكمة موضحا وقائع القضية أو القانون ويمكن أن تكون شفهية أو كتابية[2].

وعرفها آخرون: "بأنها المكنة المخولة لكل خصم في إبداء وجهة نظره شفاهة أو كتابة أمام المحكمة تأييدا لطلباته أو دفوعه أو تفسيرا لطلبات ودفوع الخصم الآخر"[3].

ومن هذه التعاريف يتضح لنا أن المرافعة لها شكلان الأول شفوي والثاني مكتوب، أما مضمون المرافعة فيشمل وجهة نظر الخصم لواقعة الدعوى من خلال شرح الطلبات والدفوع المقدمة منه وتفنيد طلبات ودفوع خصمه والمرافعة على هذا النحو تضفي على واقعة النزاع تيسر للقاضي طريق العدالة وتمكنه من إصدار حكمه على أساس سليم.

وتظهر أهمية الحق في المرافعة في كونها وسيلة للخصم يعرض من خلالها الأسانيد القانونية لطلباته أو دفوعه وكذلك تفنيد طلبات ودفوع خصمه من خلال إيضاح الأسس والحجج القانونية التي يرتكز عليها، مستندا في ذلك على كتابات الفقه وأحكام القضاء[4].

---

[1] يلاحظ أن الفقه الإجرائي في مجموعة لا تحتسب الحق في الدعوى ضمن حقوق الدفاع، حيث لم يعير الحق في الدعوى مكانا بين حقوق الدفاع، الأمر يغير ضمنا أطراحه هذا الحق من بين هذه الحقوق إلا أننا نرى أن الحق في الدعوى من أهم حقوق الدفاع حيث يدافع عن المساس الفعلي أو المحتمل بمصلحة محمية قانونا أو شرعا فبمقتضى حق الدعوى يعرض المدعي الأمر على القضاء ولقول كلمته بشأن هذا المساس ويؤكد هذا أن محكمة النقض الفرنسية تربط بين وجود حق الدعوى وحق الدفاع.

فنقول إن للمدعي مصلحة في رفع الدعوى لأن له حقا بطلب الدفاع عنه.

محمود صالح العادلي: النظرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص 220.

[2] محمد علي عويضة: حق الدفاع كضامنة إجرائية في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص143.

[3] محمود صالح العادلي: النظرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص221.

[4] المرجع السابق، ص، 224.

أما طبيعة الحق في المرافعة فإنه حق إجرائي يستمد من المركز القانوني للخصم وهذا الحق كغيره من حقوق الدفاع يشترط له توافر مصلحة قانونية وواقعية وشخصية مباشرة.

ثانيا- الحق في الدعوى: يعرف الحق في الدعوى[1] بأنه المكنة المخولة لكل صاحب حق يعترف القانون بوجودها والتي بمقتضاها يكون له طلب الحماية القضائية متى تم أو خشي من مساس بمصلحته المحمية قانونا[2].

ولقد اختلف الفقه في تحديد طبيعة حق الدعوى، فالفقه التقليدي يرى أن الحق في الدعوى هو ذاته الحق الموضوعي، ويذهب الفقه الحديث إلى ازدواج الحق [3]، لكن الدكتور محمود صالح العادلي يرى أن الدعوى هي فرع من فروع حق الدفاع بمقتضاها يدافع صاحب المصلحة المحمية قانونا لما يحدث من مساس فعلي أو محتمل بهذه المصلحة[4].

وحسب رأيي فانه خيرا فعل، فمهما يكن فإنه ينبغي أن يكون الحق في الدعوى كوسيلة لحماية المصلحة التي قررها القانون، وللحق في الدعوى عدة شروط يتعين توافرها لممارسة هذا الحق ، وتنقسم هذه الشروط إلى شروط عامة وشروط خاصة.

وتنقسم بدورها إلى شروط ايجابية وشروط سلبية، بتوافر الأولى وانتفاء الثانية يوجد الحق في الدعوى.

والشروط العامة السلبية هي تلك التي يرتب القانون على وجودها عدم قبول الدعوى وتعتبر أسباب انقضاء الدعوى الجزائية [5] شروط سلبية يتعين انتفائها لقبول الدعوى وشروط لاستمرار هذا الوجود، أما الشروط الايجابية في الدعوى فقد اختلف الفقه في تحديدها[1].

---

[1] تعرف الدعوى شرعا بأنها: مكنة يقرها الشرع لكل شخص بمقتضاها يرفع ادعاء بحق ما إلى القاضي أو ولي الأمر ضد شخص آخر.

النظرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق ، ص227.

[2] المرجع السابق، ص227.

[3] لمزيد من التوضيح أنظر فتحي والي: الوسيط في القضاء المدني، مرجع سابق، ص101 وما بعده١.

[4] محمود صالح العادلي: النظرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص230.

[5] جدير بالذكر أن حانب من الفقه يفرق بين شروط وجود الدعوى كحق، وشروط قبولها أو مباشرتها، فمنهم من يرى أن الحق شرط لوجود الدعوى، أما المصلحة فهي شرط لقبولها.

فتحي والي: الوسيط في القضاء المدني، مرجع سابق، ص125 وما بعده١.

وإذا أردنا أن نرجح بين الآراء فإننا نرجح اعتبار المصلحة شرط لوجود الحق في الدعوى، أما احتساب الأهلية فهي شرط لمباشرة إجراءات الدعوى وليس شرط لوجود الحق في الدعوى ولذا فهي وسيلة التمسك بعدم توافر الأهلية هي الدفع ببطلان الإجراء المتخذ وليس الدفع بعدم قبول الدعوى، أما اعتبار الصف ة في الدعوى شرط لقبولها فيعني أنه اشتراط أن تكون المصلحة في الدعوى شخصية ومباشرة[2].

ثالثا- الحق في الإثبات: الإثبات في اللغة من يثبت الشيء ثباتا وثبوتا فهو ثابت، وأثبته وثبته[3].أي ثابت لا يتغير.

أما اصطلاحا: "فهو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق القانونية التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها"[4].

كما عرف بأنه "الإثبات هو كل مايؤدي إلى ظهور الحقيقة وفي الدعوى الجزائية هي ما يؤدي إلى ثبوت إجرام المتهم"[5].

ومما يلاحظ على هذا التعريف أنه يقصر حق الإثبات على جهة الاتهام رغم أن هذا الحق يثبت للمتهم أيضا باعتبار أنه خصم، فالحق في الإثبات هو المكنة المخولة للخصم بمقتضاها يكون له أن يقدم للمحكمة الأدلة التي تثبت ادعاءاته أو دفوعه وطلباته والحق في الإثبات بهذا

---

[1] فيذهب اتجاه إلى حصر هذه الدعوى في شرط واحد هو المصلحة في الدعوى، وذهب اتجاه ثاني إلى إضافة شرط الصفة إلى المصلحة، وأضاف اتجاه ثالث إلى هذين الشرطين شرط توافر الحق الموضوعي في حين أوضح اتجاه رابع أن الأهلية ضمن شروط الدعوى.

فتحي والي: الوسيط في القضاء المدني، مرجع سابق، ص70؛ وقال بعض الشراح أن المصلحة هي الشرط الوحيد لقبول الدعوى أما الشروط الأخرى التي يردها الفقهاء ماهي سوى صورة المصلحة وهي ليست شرطا لقبول الدعوى بل هي من شروط انعقاد الخصومة، والمصلحة باعتبارها شرطا لقبول الدعوى يجب أن تتوفر فيها أوصافا معينة وهي أن تكون أولا مصلحة قانونية وثانية مصلحة شخصية ومباشرة وثالثا مصلحة قائمة وحالة، أما الأهلية فهي ليست شرطا لقبول الدعوى وإنما هي شرط لمباشرتها.

طاهري حسين: الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية، د ط، دار ريحانة، الجزائر، ص22 وما بعدها.

[2] محمود صالح العادلي: النظرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص235 وما بعده.

[3] أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري: تهذيب اللغة، مرجع سابق، ج14، ص190.

[4] عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في القانون المدني ج 2، المجلد 1، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000 ، ص1067.

[5] جندي عبد المالك: الموسوعة الجنائية ، ج1، انجاز اشتراك، ط 1، مكتبة العلم للجميع، بيروت، لبنان، 2004-2005 ، ص104.

المعنى يرتبط بسائر حقوق الدفاع[1] كما أنه يرتبط بالمرافعة الشفوية والمكتوبة إذ أنه يشكل جزءا هاما في موضوع المرافعة الذي يتضمن أدلة الإثبات وبيان مدلولها وأسانيدها والطلبات والد فوع من حيث الوقائع والقانون.

كما أن موضوع الإثبات هو الوقائع وليس القانون إذ به لا يلتزم الخصوم بإثبات حكم القانون في الواقعة محل الاتهام أو بشأن المسؤولية عنها لأن القاضي بحكم وظيفته يفترض علمه بالقانون غير أن العمل جرى على غير ذلك فكل خصم يحرص على أن يعرض على القاضي التفسير للقانون الذي يدعم ادعاءاته، دفوعه، طلباته، والقاضي بطبيعة الحال غير ملزم بما قدمه الخصوم، ففي المسائل الجنائية النيابة العامة هي التي يقع عليها عبء الإثبات كأصل عام [2] وهذا لا يعني سحب حق الإثبات من الخصم، فالهدف من توزيع عبء الإثبات وتمكين القاضي من الفصل في الدعوى حتى ولو امتنع الخصوم جميعا عن الإثبات، ولذلك يوجب القانون عبء الإثبات على عاتق أحد الخصوم وإن لم يقم بهذا الواجب اعتبرت هذه الواقعة غير حقيقية[3].

و يشترط لوجود الحق في الإثبات توافر المصلحة القانونية، والواقعية، والشخصية.

فأما المصلحة القانونية فتعني اتفاق وجه الإثبات مع الحدود المرسومة له قانونا، فتحديد طرق الإثبات وبيان متى يجوز استعمال كل منها وتعيين قوة كل طريق من هذه الطرق تعتبر مسائل قانون[4].

فعلى سبيل المثال أن يهدر الخصم بحجة الحكم، إلا عن طريق التزوير ولكن ليس منصبا على عنصر أو واقعة لهذه الصفة فإن المصلحة الواقعية لحق الإثبات تكون كافية قانونا أن يكون وجه الإثبات جائزا قانونا إذ يشترط أيضا في المصلح ة القانونية أن تكون العناصر المكونة له قانونية و مشروعة، وغير مخالفة للقانون[5].

وحق الخصوم في الإثبات هو حق نسبي ليس مطلقا، وبالتال ي فإن هذا الحق لا يعني أن بتجاوز الدعوى محل البحث، فإذا لم يكن الإثبات منصبا على عنصر أو واقعة لها هذه الصفة فإن

[1] المرجع السابق، ص105 وما بعدها.

[2] جندي عبد المالك: الموسوعة الجنائية، ج1، مرجع سابق، ص104.

[3] إلياس أبو عبيد: أصول المحاكمات الجزائية، دراسة مقارنة، ج 1، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002 ، ص460.

[4] عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في القانون المدني، ج2، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 1068.

[5] في ذلك أنظر جندي عبد المالك: الموسوعة الجنائية، ج1، مرجع سابق، ص 124 وما بعدها.

المصلحة الواقعية لحق الإثبات تكون منتفية حيث أن الإثبات هنا ينص على واقعة لن تضيف شيئا للخصومة[1].

رابعا- الحق في الطلب: يعرف بأنه الإجراء الذي يتقدم به الشخص إلى القضاء عارضا عليه ما يرغبه طالبا الحكم له به[2]. وقد عرفه البعض: بأنه عمل إجرائي موجه من المدعي أو ممثله يقرر فيه وجود حق أو مركز قانوني معين اعتدى عليه ويعلن رغبته في حمايته بإحدى صور الحماية القضائية في مواجهة المدعى عليه[3].

وعرفه البعض الأخر "بأنه المكنة المخولة لكل خصم في التماس أمر المحكمة بوضعه موضع التنفيذ يعني الارتكاز عليه في تأييد وجهة نظره أو تفسير وجهة نظر الخصم الآخر وتسهيل ممارسته حقوق الدفاع أمامها بشكل أفضل"[4].

والطلب إذا قصد به الخصم تأييد وجهة نظره كطلب سماع شاهد لإثبات ما يدعيه الخصم وتفسير وجهة نظر الخصم الآخر، فإنه يكون حقا من حقوق الدفاع لأن الهدف منه هو الدفاع عن نظرية الخصم في الدعوى إما إيجابا أو سلبا، أما بكونه مفترضا من مفترضات حقوق الدفاع. ويتوافق هذا مع فكرة الطلب في الفقه الإسلامي[5].

وتقسم الطلبات من حيث الأهمية إلى طلبات جوهرية وطلبات غير جوهرية، كم ا تقسم إلى طلبات جازمة وطلبات غير جازمة، وطلبا ت جدية وطلبات غير جدية، وال ى طلبات منتجة وطلبات غير منتجة.

---

[1] محمود صالح العادلي: النظرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص 271.

[2] فتحي والي: الوسيط في القضاء المدني، مرج ع سابق، ص 498؛ أحمد أبو الوفا: نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ط8، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص11.

[3] سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي(دراسة مقارنة)، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 199 ، ص 54.

[4] محمود صالح العادلي: النظرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص275.

[5] فقد أبرز الفقه الإسلامي حق الخصم في التأجيل بوجه عام لإعداد دفاعه، فيقو ل ابن فرحون المالكي أن المدعي إن امتنع عن الجواب واستهل النظر في حساب وشبهة أمهل أسبوعين أو ثلاث.

وفي موضوع آخر إذا أعذر القاضي إلى من توجه الأعذار إليه من طلب أو مطلوب وسأله اليقين لكل حجة فإن قال نعم وسأله التأجيل ضرب له أجلا بحسب تلك الواقعة بما يؤديه إليه اجتهاده في بلوغ المؤجل مقصوده مع انتفاء ضرر خصمه فإن كان التأجيل في حق المطلوب وأن يمد فيما اشهد به عليه أو ادعى عليه فسأل الطالب التأجيل أيضا ورغم أن له مدفعا فيما أتى به المطلوب ضرب به أجلا أيضا.

محمود صالح العادلي: النظرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص276.

فأما الطلب الجوهري فهو الذي من شأنه أن يغير من النتيجة المستفادة من دليل معين ، أو كان منصبا على إظهار دليل جديد لم يكن تحت نظر المحكمة. بمعنى أنه من شأنه تحقيق دفاع المتهم في نفي التهمة الموجهة ضده أو تخفيف مسؤوليته عنها[1].

وأما الطلب غير الجوهري فهو ذلك الطلب الذي لا يترتب على إجابته أو رفضه أي تأثير في موضوع الدعوى[2].

وكذلك فإن الطلب الجازم ه و الذي يقرع سمع المحكمة و يشتمل على بيان ما يرمي إليه به، ويصر عليه مقدمه في طلباته الخطابية[3].

و أما الطلب الغير الجازم فهو ذلك الطلب الذي لا يقرع سمع المحكمة و لا يصر عليه مقدمه في طلباته الختامية، ويدخل في هذا المعنى أيضا الطلبات الاحتياطية[4].

وكذلك فإن الطلب المنتج هو الطلب الذي يكون للمتهم مصلحة في تحقيقه والفصل فيه من ناحية والذي ترى المحكمة فائدة في إيجابيته من ناحية أخرى.

وبناءا على هذا التعريف فإنه إذا طلب سماع شاهد لا ينسى أن هذا الشاهد يشهد عن واقعة يشهد بها غيره،لأنه متى كان شاهدا أساسيا وغضت المحكمة الطرف عن طلب سماع شهادته، فإن حكمها يكون معيبا بالإخلال بحق الدفاع[5].

أما الطلب غير المنتج هو ذلك الطلب الذي ترى المحكمة عدم جدواه في الدعوى أو الذي لا لزوم له في الفصل في موضوعها ويغني عن إجابته ما ذكرته من أدلة أخرى قائمة في الدعوى وما استخلص من أدلة الثبوت والإدانة ولا يكون ايجابة أو الرد عليه إخلالا بحقوق المتهم في الدفاع[6].

---

[1] عبد الحكيم فوده: الدفوع والدفاعات في المواد المدنية والتجارية، في ضوء الفقه وقضاء النقض، د ط، دار المعلم، الدار الجامعية، مصر، 1999، ص1122.

[2] المرجع السابق، ص1124.

[3] سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجبائي ، مرجع سابق، ص 368.؛ عادل حشموشي: ضمانات حقوق الخصوم خلال المحاكمة الجزائية، دراسة مقارنة، ط 1، منشورات زين الحقوقية، 2008 ، ص242.

[4] سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجبائي ، مرجع سابق، ص 368؛ عادل حشموشي: ضمانات حقوق الخصوم خلال المحاكمة الجزائية، مرجع سابق، ص 242.

[5] سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص369.

[6] المرجع السابق، ص370.

وكذلك فإن الطلب الجدي: هو ذلك الطلب الذي يشهد له الواقع ويسانده[1].

أما الطلب غير الجدي: هو الطلب الجاري عن دليله والذي يدحضه الواقع[2].

والجدير بالذكر أن التمييز بين هذه الأنواع المختلفة من الطلبات نتائج هامة تظهر في سلطة المحكمة في ايجابة الطلب، وعدم ايجابته فإذا كان الطلب جوهريا فإنه يتعين على المحكمة بحثه وتحقيقه وتمحيص ما ينطوي عليه من دفاع لتجلية الحقيقة وهداية للصواب [3]، فإذا ما ارتأت إطاحته فانه يجب عليها أن ترد عليه روايتين فيه الأسباب التي استندت إليها في عدم إجابة هذا الطلب[4].

أما إذا كان الطلب غير جوهري فإن المحكمة لا تلتزم بإجابته أو تفنيده كما أنه من المقرر أن الطلب الذي تلتزم المحكمة بإجابته أو الرد عليه هو الطلب الجازم.

والطلب المنجز يتطلب من المحكمة ضرورة إجابته وتحقيقه أو الرد عليه عن أطرافه بإيراد اعتبارات سديدة تبدد الالتفات عنه، ولا يكون ذلك إخلالا بحق الدفاع أما الطلب غير المنتج في الدعوى فلمحكمة الموضوع أن تعرض عنه بشرط أن تبين في حكمها أسباب رفضها لهذا الطلب.

كما أن الطلب الجدي هو الذي تلتزم المحكمة بالتعرض له والرد عليه في حين أن الطلب غير الجدي لا تلتزم المحكمة بالتعرض له ولا يعتبر سكوتها عنه إخلالا بحقوق الدفاع[5].

خامسا- الحق في الدفع .يعرف" بأنه المكنة التي يستهدف كل خصم لصالحه تأخير الحكم وبمقتضاه يرد على ادعاءات الخصم الآخر شكلا وموضوعا، وكون الدفع هو وسيلة يمارسها الخصم بهدف الحكم لصالحه فإنه بهذا الوصف يعد حقا من حقوق الدفاع"[6].

ولقد عرفه البعض بمعنيين، معنى عام: ويقصد به جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم لأن يستعين بها ليجيب عن دعوى خصمه، بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه عليه سواء أكانت هذه الوسائل موجهة إلى الخصوم أو بعض إجراءاتها.

---

[1] سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص371.

[2] عادل حشموشي: ضمانات حقوق الخصوم خلال المحاكمة الجزائية، مرجع سابق، ص 243.

[3] رءوف عبيد: المبادئ العامة في الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ط 16، دار الجيل لطباعة، مصر، 1989 ، ص654.

[4] حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص260.

[5] سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، ص371.

[6] حسين جميل: حقوق الإنسان والقانون الجنائي، مرجع سابق، ص226.

ومعنى خاص: يطلق في اصطلاح قانون المرافعات على الوسائل التي يستعين بها الخصم ويطعن بمقتضاها في صحة إجراءات الخصومة دون التعرض لأصل الحق الذي يدعي به خصمه فيتفادى بها مؤقتا الحكم عليه بما يطلبه خصمه[1].

ويقسم الفقه الإجرائي الوضعي الدفوع إلى دفوع إجرائية ودفوع موضوعية ودفوع بعدم القبول، كما أننا نجد في شريعتنا الإسلامية الإنكار والامتناع كصورتين لجواب المدعى عليه[2].

فأما الدفوع الإجرائية يقصد بها احتجاج الخصم على الإجراءات عن طريق واقعة لها تأثير في وجودها أو صحتها أو سيرها[3] كالدفع بعدم اختصاص المحكمة[4] أو هي تلك الدفوع التي تنصب مباشرة على تطبيق قواعد قانون الإجراءات الجزائية في المراحل المختلفة لسير الدعوى[5].

أما الدفوع الموضوعية توجه إلى ذات الحق المدعى به كأن ينكر وجوده، أو يزعم سقوطه أو انقضائه كالدفع ببطلان سند الدين، فالدفوع الموضوعية تشمل كل دفع يترتب على قبوله رفض طلب المدعى، ولهذا لا يتصور حصرها[6].

فالدفع الموضوعي من الجائز إبداؤه في أي حالة تكون عليها الدعوى لأنه لا يعدو أن يكون دفاعا يتعلق بذات الحق. فالأصل أنه من الجائز إبداء أوجه الدفاع هذه في أي حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة في الاستئناف، والد فو ع الموضوعية توجه إلى أصل الحق، فالحكم بقبولها يترتب عليها حسم النزاع على أصل الحق، كما يحوز هذا الحكم حجية الشيء المحكوم به، فلا يجوز تجديد النزاع أمام المحكمة التي أصدرته أو أمام أية محكمة أخرى، واستئنافه يطرح الموضوع من جديد على المحكمة الاستئنافية فيتعين عليها إن هي أتمت الحكم المطعون

---

[1] سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، ص354.

[2] ويمكننا إن نستدل على إقرار الحق في الدفع في النظام الإسلامي بالآية الآتية: ﴿ وَاسْتَبَقَا الْبَابَ وَقَدَّت قَمِيصَه مِن دُبُرٍ وَأَلْفَيَا سَيِّدَهَا لَدَى الْبَابِ قَالَت ما جَزَاء مَنْ أَرَاد بِأَهْلِكَ سُوَءً إِلاَّ أَن يُسْجَنَ أَوْ عَذَاب أَلِيم، قَال هِيَ رَاوَدَتْنِي عَن نَّفْسِي وَشَهِدَ شَاهِد مِّن أَهْلِهَ إِن كَان قَمِيصُه قُدّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الكَاذِبِينَ ، وَإِنْ كَان قَمِيصُه قُدّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِ ن الصَّادِقِين﴾ الآيات 24،25،26 من سورة يوسف.

[3] محمود صالح العادلي: النظرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص280.

[4] لمزيد من التوضيح أنظر المرجع السابق ص274 وما بعدها؛ سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص255 وما بعدها.

[5] سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص 357.

[6] عبد الحكيم فوده: الدفوع والدفاعات في المواد المدنية والتجارية، في ضوء الفقه وقضاء النقض، د ط، دار المعلم، دار الجامعية، مصر،1999، ص785.

فيه أن تقضي من جديد في موضوع الدعوى وذلك بناء على ما للاستئناف من أثر نقل النزاع إلى محكمة الدرجة التالية[1].

وأما الدفع بعدم القبول هو وسيلة دفاع يرمي بها إلى إنكار وجود الدعوى، فهو يوجه إذن إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه، وما إذا كان من الجائز استعمالها، أم أن شرط الاستعمال غير جائز لعدم توافر شرط من الشروط العامة، التي يتعين أن تتوافر لقبول الدعوى ، أو لعدم توافر شرط خاص من الشروط المتعلقة بذات الدعوى المرفوعة[2].

ولقد ذهبت الآراء في تحديد أحكام هذا الدفع الى مذاهب شتى وليس في طيات أي مذهب منها ما يقطع برأي بصددها في دراسة وتفكك الرأي بشأنها يرجع إلى ما له من طبيعة خاصة تختلف عن طبيعة الدفوع الموضوعية والدفو ع الشكلية، وتجعله يحتل مركزا وسطا بينهما، فهو في بعض الأحوال يتفق مع الدفوع الشكلية فيما يختلف فيه مع الدفوع الموضوعية[3].

وتنقسم الدفوع من حيث طبيعتها إلى دفوع موضوعية ودفوع إجرائية كما قد تتنوع إلى دفوع قانونية ودفوع واقعية.

فإن الدفع الموضوعي **و** هو الدفع الذي يثار أمام محكمة الموضوع ويتعلق بوقائع الدعوى ويتطلب تحقيقا لا نيابة وتدخلا في تصوير الواقعة وتقرير الأدلة ويترتب عليه –إذا ثبت– عدم الحكم على المته م بالعقاب أو التخفيف من مسؤوليته أو عدم الأخذ بدليل معين في شأنه[4].

أو هو احتجاج الخصم على الحق المدعى به إما بإنكاره أو بتأكيد واقعة تؤثر في وجوده واستحقاقه أو مقداره وتستهدف هذه الدفوع الحكم برفض الدعوى كليا أو جزئيا[5].

و أما الدفع الشكلي فهو الدفع الذي يطعن به المتهم في إجراءات الخصومة الجنائية [6] بحيث يتوقف مصير الدعوى الجنائية على الفصل فيه[7].

---

[1] أحمد أبو الوفاء: نظرية الدفوع والدفاعات، ط8، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، د ت، ص832.

[2] عبد الحكيم فوده: الدفوع والدفاعات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص.786.

[3] أحمد أبو الوفاء: نظرية الدفوع والدفاعات، مرجع سابق، ص815.

[4] المرجع السابق، ص360.

[5] محمود صالح العادلي: النظرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص280.

[6] سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص361.

[7] لمزيد من التوضيح أنظر المرجع السابق، ص359 وما بعدها، محمود صالح العادلي: النظرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق ص279 وما بعدها.

وإذا كان في الأصل أن الدفوع الموضوعية تشمل الدفوع المتعلقة بقانون العقوبات وأن الدفوع الإجرائية هي الدفوع التي تستند إلى قانون الإجراءات الجزائية إلا أنه لا يمكن الاعتماد على هذا المعيار[1]، إذ توجد دفوع إجرائية وتثار أمام محكمة الموضوع كالدفع ببطلان القبض أو التفتيش مثلا.

والدفوع القانونية: هي الدفوع التي تتعلق بتطبيق القانون أو بتفسيره بصدد الواقعة الإجرامية المعروضة أمام القضاء الجنائي وهي تشمل الدفوع التي تتعلق بتحديد القاعدة القانونية الواقعة على الدعوى الجنائية أو الوصف القانوني للجريمة وتطبيق هذا القانون على تلك الجريمة[2].

أما الدفوع الواقعية: فهي الدفوع التي تستند إلى وقائع الدعوى الجنائية أي أنها تلك الدفوع التي تتعلق بالسلطة الجنائية في التحقق من الوجود الماد ي للوقائع سواء كانت الواقعة ذات كيان مادي ملموس، أم هي مجرد ظاهرة نفسية أو عقلية وتقديرها تقديرا واقعيا على ضوء الظرو ف التي أحاطت بها[3].

وبناء على ذلك فإن الدفوع الواقعية هي الدفوع المتعلقة بتوافر أركان الجريمة، وهناك من الفقهاء من يرى أنه لا يوجد فرق بين الدفوع الواقعية والدفوع الموضوعية[4].

---

[1] فالمعيار الذي نركز عليه في تحديد الدفوع الإجرائية أو الشكلية هو معيار موضوعي وليس شكلي بطبيعة القاعدة القانونية التي يرتكز عليها الدفع وهل هي تنظم مسألة إجرائية أو مسألة موضوعية؟

فالقواعد الإجرائية الجنائية هي تلك التي تحكم نشاط السلطات العامة، الذي يمارس على أثر ارتكاب الجريمة– أو القول بارتكابها– ويهدف إلى توقيع العقوبة أو إنزال التدبير الاحترازي على مرتكب هذه الجريمة، فهذه القواعد ترسم تشكيل الهيئات التي تعهد إليها السلطات العامة ممارسة هذا النشاط كما تضع الأصول التي تحكم أساسها وبعملها.

في حين أن القواعد الموضوعية الجنائية: هي قواعد سلوك تنظم الجرائم وعقوباتها والمسؤولية الجنائية فتحدد أركان الجرائم وعناصر كل ركن، كما تحدد عقوبات هذه الجرائم وأسباب تشديدها أوتخفيفها، وتبين المسؤولية الجنائية فتحدد أسباب الإباحة وموانع العقاب كما تحدد القواعد الموضوعية بالإضافة إلى ذلك الخطورة الإجرامية والتدابير الاحترازية التي تطبق عليها . أما المعيار الشكلي فيعتمد على موضوع القاعدة من نصوص القانون وبناء عليه تعتبر القاعدة موضوعية متى وردت في قانون العقوبات وقاعدة إجرائية إذا وردت في قانون الإجراءات الجزائية.

محمود صالح العادلي : النظرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص282.

[2] سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، ص362.

[3] جندي عبد المالك: الموسوعة الجنائية، ج1، مرجع سابق، ص48.

[4] نحن نرى أنه لايوجد فرق يذكر بين الدفوع الواقعية والدفوع الموضوعية لأن كل الوسائل التي تندرج تحت الواقع تحتاج إلى تحقيق لتمحيص مقومات الاتهام وتقدير الأدلة والدلائل عليها، وهذه كلها تشملها الدفوع الموضوعية الأمر الذي يجعل تسمية الدفوع لا تحقق أية فائدة عملية.

سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، ص363.

وتنقسم الدفوع من حيث الأهمية إلى دفوع جوهرية ودفوع غير جوهرية، ويقصد بالأولى تلك الدفوع العامة المؤثرة في الدعوى الجنائية والتي يترتب عليها – عند الأخذ بها – تغير وجهة الرأي في الدعوى[1].

ويقصد بالثانية تلك الدفوع التي لا تؤثر في الدعوى الجنائية ولا يكون الغرض منها سوى مجرد التشكيك في مدى ما اطمأنت إليه المحكمة من أدلة الثبوت[2].

وتنقسم الدفوع من حيث الهدف منها إلى دفوع متعلقة بالنظام العام ودفوع متعلقة بمصلحة الخصوم، ويقصد بالأولى كل الدفوع المتعلقة بقيود رفع الدعوى الجنائية وأسباب انقضائها [3] ، وولاية المحكمة بالفصل فيها وتشكيل المحاكم وقواعد الاختصاص والقواع د الخاصة لعلانية الجلسات وشفوية المرافعة وطرق الطعن في الأحكام[4].

كما تجدر الإشارة إلى أن الحق في الطلب والحق في الدفع مجموعة من الشرائط تقسم إلى شرائط وجود وشرائط ممارسة[5].

---

[1] عبد الحكيم فوده: الدفوع والدفاعات في المواد المدنية والتجارية، في ضوء الفقه وقضاء النقض، مرجع سابق، ص721 ،أحمد أبو الوفا: نظرية الدفوع والدفاعات، مرجع سابق، ص 835.

[2] عبد الحكيم فوده: الدفوع والدفاعات في المواد المدنية والتجارية، في ضوء الفقه وقضاء النقض، مرجع سابق ، ص1124 ؛أحمد أبو الوفا: نظرية الدفوع والدفاعات، مرجع سابق، ص836.

[3] الدعوى العمومية نشاط إجرائي يستهدف تطبيق قانون العقوبات فإذا جعلت هذه الدعوى غايتها بصدور حكم نهائي في موضوعها تنقضي الدعوى العمومية بـه باعتباره الطريق الطبيعي لانقضائها إلا أنه قد تعترض سير الدعوى العمومية أسباب وموانع تضطر الجهات الجنائية بوجه عام لإيقاف السير فيها إلى حين البت في تلك المسائل العارضة من الجهة القضائية المختصة وقد تعترضها أسباب أخرى تؤدي لانقضائها قبل الوصول به ا لغايتها وهي استصدار حكم نهائي فيها ، ويقسم هذا النوع من الأخير من الأسباب إلى أسباب عامة وأسباب خاصة:

فالأولى تشمل الحكم النهائي ووفاة المتهم ومضي المدة والعف و الشامل، وهي أسباب تسري على جميع أنواع الجرائم فتنقضي الدعوى العمومية بتوافر إحداها، أم الأسباب الخاصة فينحصر أثرها في بعض الجرائم فقط وقد نظم المشرع الجزائري الأسباب الخاصة والعامة لانقضاء الدعوى العمومية في المواد 6و9و118و393، من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

[4] بخصوص طرق الطعن في الأحكام راجع مايلي من هذه المذكرة، ص 126.

[5] أولا: شرائط وجود

أ –المصلحة القانونية أو الشرعية: ويقصد بها أن يرتكز أي منها على مصلحة يقرها القانون وهو التمسك بحق أو مركز قانوني ويتحقق القضاء من وجود هذا الشرط بتطبيق القواعد العامة للقانون، دون أن يفصل في موضوع الطلب أو الدفع فان أسفر بحجة عن حماية القانون للمصلحة التي يتعلق بها الطلب أو الدفع كانت المصلحة محل الحماية القانونية.

محمود صالح العادلي: النظرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص293.

ومن أمثلة هذه الطلبات سماع شاهد أو ندب خبير.

أما بالنسبة للدفوع المتعلقة بمصلحة الخصوم مثلا: الدفع ببطلان القبض أو التفتيش، الدفع بانعدام ركن من أركان الجريمة، الدفع بتوافر عذر قانوني معفي أو محقق ومنها ما يكون كله حق المتهم في عدم المساءلة الجنائية كلية أو جزئية.

وتجدر الإشارة إلى أن النظام القضائي الإسلامي يشترط أن يكون الدفاع بوجه عام أمام القضاء يهدف إلى تطبيق حدود الله تعالى.

محمود صالح العادلي: النظرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص298.

شخصية المصلحة وواقعيتها:

1- يتعين وجود ثمة علاقة شخصية ومباشرة بين موضوع الطلب أو الدفع والشخص الذي يقدم أمامهما، ولا يغني توافر المصلحة الشخصية عن اشتراط أن تكون مباشرة فإذا كان المتهم يستفيد من الحكم ببطلان التفتيش فليس له أن يدفع بالبطلان متى كانت متعلقا بغيره من المتهمين.

سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع، مرجع سابق ، ص299.

ويرى الأستاذ محمود صالح العادلي أن اشتراط المصلحة للدفع بالبطلان المطلق ينبغي أن يفهم بمعنى مرن بحيث يشترط من يدفع بالبطلان يستفيد من تقريره أي تتوافر بشأنه المصلحة القانونية والواقعية.

النظرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص295.

2-المصلحة الواقعية: عند رفع الدعوى يكون كل خصم مهدد بخطر الحكم لغير صالح ه و به يكون لكل خصم مصلحة قائمة وحالة في توقي هذا الخطر عن طريق الطلبات و الدفوع.

سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع، مرجع سابق ، ص305.

وعليه يمكن القول بأن شرط المصلحة الواقعية بالنسبة للطلبات و الدفوع مفاده أن يكون كل منهما جوهريا ومنتجا في موضوع الدعوى أو إجرائها.

ثانيا – شرائط الممارسة

أ-أن يكون الطلب أو الدفع مقدما بالشكل الذي يتطلبه القانون:وأن يكون كذلك إذا أثير على وجه ثابت في أوراق الدعوى وأن يتم في مرحلة المحاكمة وأن يقدم قبل إقفال باب المرافعة.

ب-إثارة الطلب أو الدفع على وجه ثابت في الأوراق: ويجب أن يكون الطلب أو الدفع قد أثير بالفعل على وجه ثابت في أوراق الدعوى إما في نفس الحكم الصادر في الدعوى وهو يكمل بمحضر الجلسة، وإما في محضر الجلسة وإما في المذكرات المقدمة.

سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، ص372.

ج-إثارة الطلب أو الدفع في مرحلة المحاكمة: ينبغي أن تثار الطلبات و الدفوع في مرحلة المحاكمة حتى تلتزم المحكمة بالرد عليها قبولا أو رفضا ولا يعني ذلك إثارتها أمام سلطة التحقيق أو حتى سلطة الإحالة وينبغي دائما احترام الأشكال التي يتطلبها القانون لتقديم الطلبات و الدفوع، وهذا لا يعني عدم إثارتها أمام المحكمة الاستثنائية بل يجوز أن تثار جميع الطلبات والد فوع ولو لأول مرة.

المرجع السابق، ص373.

د-إثارة الطلب أو الدفع في ميعاده المحدد: لكي يكون الطلب أو الدفع مقبولا يجب أن يقدم قبل قفل باب المرافعة أما متى كانت إجراءات المحاكمة قد استوفيت قانونا، فان القاضي لا يكون ملزما بالرد على الطلبات و الدفوع التي تقدم بعد هذا الميعاد.

ومن هنا كانت كفالة حق المتهم في الدفاع رهنا بعدم صدور هذا القرار.

الفرع الثالث: مفترضات حقوق الدفاع

في حقيقة الأمر أن حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي يمكن تصنيفها إلى حقوق الدفاع بالمعنى الدقيق ومفترضات لحقوق الدفاع، وضمانات لهذه الحقوق، فالأولى هي تلك التي تقدم مادة الدفاع إلى القضاء، والثانية نقصد بها المقدمات الظرورية اللازمة لمساعدة الخصم في تقديم دفاعه إلى القضاء، أما الثالثة فنقصد بها كافة ما يقرره المشرع لكفالة تقديم مادة الدفاع للقاضي بكل حرية ومساواة.

وسنتعرض في هذا الفرع لأهم مفترضات حقوق الدفاع وهي العلم به، الاستعانة بمدافع ، الاستعداد للدفاع والصمت في مواجهة القضاء.

أولا: حق العلم: العلم لغة هو إدراك الشيء بحقيقته ، **واصطلاحا** يقصد به المكنة التي يتمتع بها كل شخص لإدراك كافة الإجراءات المتخذة ضده في الخصومة وإدراك كافة الادعاءات المنسوبة إليه والأدلة المتخذة ضده[1]، وحق المتهم في العلم بالتهمة المنسوبة إليه يستوجب تمكينه من مجموعة من الوسائل شخصية و موضوعية، ويقصد بالأولى إدراك شخص الخصم أو من ينوب عنه في الأحوال التي يجوز فيها ذلك لحقيقة الادعاءات مثل الحضور أثناء اتخاذ الإجراء[2].

فوزية عبد الستار: شرح قانون الإجراءات الجزائية، د ط، دار النهضة العربية ،القاهرة، مصر 1985، ص249.

ه–أن يكون الطلب أو الدفع بشكل واضح و جازم.

والمقصود بهذا الشرط حتى تلتزم المحكمة بالرد عليه أن يكون شاملا لبيان مضمونه موضحا للفائدة منه مبينا أثره في الدعوى، كما أن الطلب أو الدفع الجازم الذي تلتزم المحكمة بإجابته والرد عليه هو الذي لا يحتمل أي شك حول نية في التمسك به وإصراره عليه في طلباته الختامية.

مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري،ج 1، د ط، دار الفكر العربي، جامعة القاهرة، 1986 ، مصر، ص316.

و–أن يكون الطلب أو الدفع منتجا في الدعوى.

كما سبق القول المقصود بالطلب أو الدفع المنتج والذي تلتزم المحكمة بإجابته أو الرد عليه أن يكون ظاهر التعلق بموضوع الدعوى وأن يكون الفصل فيه لازما للفصل في الموضوع ذاته ومنتجا فيه إذ لغير ذلك قضى بأنه لا تثريب إن هي التفتت عن الطلب أو لم تحقق دفاع غير منتج في الدعوى وغير متعلق بموضوعها، وهذا الشرط مستفاد من نظرية المصلحة في الدعوى وفي الدفع وفي الطعن بحيث تنتفي المصلحة و ينتفي إمكان التحدي بأمر منها، ويترتب على ذلك بالضرورة لأن يكون لمحكمة الموضوع أن ترفض تحقيق أي دفع لا مصلحة لأحد من ورائه ولا أثر له في استظهار وجه الحق في الدعوى.

سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، ص377.

[1] محمود صالح العادلي: النظرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص 318.

[2] سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، ص484.

ويقصد بالثانية تلك الوسائل الموضوعية كالإخطار والاطلاع، فهذه الوسائل تتيح إدراك موضوع الادعاء أو الإجراء في وقت لاحق على توجيه الأول للمتهم أو اتخاذ الثاني فهي تتسم بالموضوعية[1].

ومن هنا يمكننا تعريف الوسائل الموضوعية الشخصية بأنها تلك السبل أو الطرق التي بموجبها يدرك المتهم حقيقة الاتهام أو الإجراء في وقت وزمان توجيه الأول أو إصدار الثاني ، ومن ابرز وسائل العلم الشفوية والحضور والإعلان والاطلاع على الأوراق.

فالمواجهة الشفوية هي إعلام الخصم بالإجراءات والادعاءات الموجهة ضده شفاهة سواء أثناء التحقيق الابتدائي أو المحاكمة، وتعتبر هذه الوسيلة أكيدة ومباشرة لإخبار الخصم بالإجراء أو بالادعاء وبالأدلة القاطعة[2].

ومن خلال هذا التعريف يتبين لنا أن هذا المبدأ يسري أكثر في مرحلة المحاكمة فتتسع مساحته، إذ تشمل الإجراءات والادعاءات بخلاف ماهو سائد في مرحلة التحقيق الابتدائي الذي يكون فيه المبدأ كتابة الإجراءات لا شفويتها، لذا فان المواجهة الشفوية تكاد تنحصر بالادعاءات بحسب الأصل، ومن ابرز تطبيقات المواجهة الشفوية في مرحلة التحقيق الابتدائي سؤال المتهم عن التهمة أو سماع أقواله (المادة100من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري[3])، أما في مرحلة المحاكمة فمن ابرز تطبيقات المواجهة الشفوية توجيه التهمة للمتهم(المادة 300ق.ا.ج.ج[4]).

أما في القضاء الإسلامي تعتبر المواجهة الشفوية من الأمور الأساسية فقد اشترط الرسول صلى الله عليه وسلم سماع الخصم والخصم الآخر.

و يجمع حضور الخصوم أثناء اتخاذ الإجراءات بين وصف الحق ووصف الواجب، فهو حق إجرائي مفترض وجوده لتمكين من ممارسة حقوق الدفاع أمام القضاء بشك ل أفضل لأن الحضور لا يتصل فحسب بمصالح الأفراد وإنما هو وثيق الصلة بالصالح العام، فانه يعتبر أيضا واجب يلقى على عبء الخصوم لدرجة أن التخلف عن الحضور يرتب أحيانا بطلان المحاكمة ذاتها أو انعدامها كما هو الحال بالنسبة لحضور النيابة العامة.

---

[1] محمود صالح العادلي: النظرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص325.

[2] سليمان عبد المنعم: أصول الإجراءات الجنائية، ك2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص788.

[3] المادة100 "يتحقق قاضي التحقيق حين مثول المتهم لديه لأول مرة من هويته ويحيطه علما صراحة بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه...".

ق.ا.ج.ج في ضوء الممارسة القضائية. أحسن بوسقيعة، ط2005، منشورات بيرتي، الجزائر.

[4] المادة300" يأمر الرئيس كاتب الجلسة بتلاوة قرار الإحالة ويستجوب المتهم ويتلقى تصريحاته" ق.ا.ج.ج مرجع سابق.

وتكمن أهمية حضور الخصوم في تحقق الصالح العام والصالح الخاص سواء في مرحلة التحقيق الابتدائي أو المحاكمة أو الطعن فهذا الحضور فيه تبصره للمتهم بالمعطيات الماثلة ضده أول بأول[1]. مما يسمح له بتفنيدها مما يرفع من القيمة الحقيقية لهذه الإجراءات.

ويكون حضور الخصوم كافة إجراءات الدعوى حضورا شخصيا و جواز حضور الاستثناء عن الحضور الشخصي بحضور وكيل عن الخصم، وترد على هذه القواعد العامة استثناءات أهمها:

* جواز اتخاذ الإجراءات دون حظور الخصوم لأن اعتبارات الصالح العام متعلقة بكشف الحقيقة تعلو على اعتباره الخاص بحظوره الإجراءات التي تتطلب سرية تامة حتى لا يتمكن من إفسادها وحتى لا يشوب الحقيقة أي ضرر[2].

* عدم السماح بإحلال الحضور التمثيلي محل الحضور الشخصي[3].

* الاستغناء عن الحظور الشخصي بالحضور التمثيلي[4].

ثانيا: الحق في الإطلاع على الأوراق: يرتبط هذا الحق في الإطلاع بحقوق الدفا ع ارتباطا وثيقا ، فهو وسيلة تكفل للخصم العلم بإجراء الدعوى والخصومة وتنير الطريق أمام كل خصم أثنائه لبناء خطة دفاعه ويستوي ذلك أن يكون الحق في الإطلاع متعلقا بمرحلة التحقيق الابتدائي أو مرحلة المحاكمة والطعن لا يثير خلاف يذكر، إلا أنه في مرحلة التحقيق الابتدائي أثار بعض الجدل[5].

---

[1] محمد خميس: الإخلال بحق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، ص88.

[2] رمسيس بهنام: الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د ت، ص21.

[3] أنظر المرجع السابق، ص 21 وما بعدها.

[4] أنظر محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص347 وما بعدها.

[5] تتشعب بالفكر القانوني السبل بخصوص تحديد نطاق الحق في الإطلاع، فظهرت ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: يذكر أصحاب هذا الاتجاه الحق في الإطلاع إذا كان سابقا على الاستجواب ومن فقهاء هذا الاتجاه mimin و ragnol ومن أهم أسانيدهم أن عرض أوراق التحقيق على المتهم ينافيهم المنطق ويقلل من فاعليتهم ويسهل عملية الخداع التي يقوم بها المتهم الأمر الذي يؤدي إيجاد إخلال في الشؤون المطلوب من حقوق المتهم ومصلحة التحقيق.

الاتجاه الثاني: الذي نادى بتضييق الحق في الإطلاع على التحقيقات إذا اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى التضييق الحرفي للقانون وقضت أن المحقق غير ملزم بإطلاع المحامي إلا في اليوم السابق على الاستجواب فحسب.

الاتجاه الثالث: التوسع في حق الإطلاع، فإذا كانت محكم ة النقض الفرنسية تقيدت بحرفية النص إلا أن ذلك لا يعني أنها كانت رائدة في الاتجاه نحو التوسع بمناسبة إفراغ مشروع قانون يفرض على القاضي تلخيص أوراق الدعوة للمتهم قبل استجوابه ويؤكد أن الإطلاع وجوبي ومفيد للمتهم، ويؤيد الفقيه جارو هذا الاقتراح بلا تحفظ.

محمود صالح العادلي: النظرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص359 – 364.

وتتمثل المبادئ العامة التي تحكم هذا الحق في الإطلاع فيما يأتي :

*امتداد حق الخصم في العلم بكافة الإجراءات المتخذة ضده.

*ثبوت حق الإطلاع على الأوراق و التحقيقات للخصم و مدافعه.

*ضرورة وجود فاصل زمني بين ممارسة حق الإطلاع و ممارسة حقوق الدفاع.

*عدم تجزئة الحق في الإطلاع.

ثالثا:حق الاستعانة بمدافع: إن حق الاستعانة بمدافع ليس مجرد ميزة منحها القانون، أو مجرد مكنة، بل هو حق أصيل قديم قدم العدالة، وهو فرع من فروع حق أعلى وأشمل ألا وهو حق المتهم في الدفاع عن نفسه إذ أن المتهم مهما كان موفقا فقد يعجز عن الإلمام بكل نصوص القانون ولعدم استعداده للمرافعة قد يحكم عليه بالإدانة رغم اعتراضه وذلك نتيجة الأساليب القانونية التي لا تعينه على تقديم دفاعه.

وقبل أن نتطرق إلى هذا الحق بإسهاب يجدر بنا أولا تعريف المدافع: وهو كل شخص يسمح له النظام القانوني بالمساهمة في تحقيق العدالة في المجتمع بطريقة سلمية من خلال قيامه بالدفاع عن المصالح الخاصة بموكله[1].

والأصل العام أن للمحامي الحرية في قبول أو رفض الاستعانة به ومن الحالات التي يمكن للمحامي أن يرفض الاستعانة به: تعارض فيما يوجب الدفاع مع استقلاله[2]، كما أكدت أغلب قوانين المحاماة في الدول العربية صراحة على أ ن للمحامين دون غيرهم حق الحضور ع ن الخصم أمام المحاكم بوجه عام[3].

أما بالنسبة للمتهم فان حضور محام معه يرتفع في الجنايات إلى أقصى مداه إذ يتعين ممارسته في كل الأحوال بخلاف الجنح والمخالفات الذي يكون فيها حضور المحامي مرتبط بإرادة المتهم.

---

[1] ظهرت كلمة محامي أول ما ظهرت في القرن الثاني عشر وكانت تتكون من ad vocatus وهي تعبر عن من يستنجد الناس به. الباندكت الفرنسي طبعة 1891 ص11، ص 90.

نقلا عن محمود صالح العادلي، النظرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص373.

[2] ومن الأمثلة على ذلك مناقضة قياس بالدفاع مع آرائه السياسية أو الدينية أو تعارض خطته في الدفاع مع خطة صاحب الدعوى في الدفاع عنه.

سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع ، مرجع سابق، ص409.

[3] محمود صالح العادلي: النظرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص375.

ونظرا لتباين موقف التشريعات من حق المتهم في الإستعانة بمحامي في التحقيق الإبتدائي من ناحية، واختلاف دور المحامي في هذه المرحلة من ناحية أخرى فإننا سنتطرق إلى كل هذا بشيء من التفصيل.

1-الاستعانة بمدافع أثناء الاستدلالات : في حقيقة الأمر فإن الاستعانة بمدافع في مرحلة الاستدلالات يقودنا إلى التساؤل حول مدى جواز الاستعانة بمدافع أثناء إجراءات جمع الاستدلال ويمكن من هذا المنطلق رصد اتجاهين:

أ-الاتجاه الأول: عدم اشتراط حضور محامي مع المتهم أثناء إجراءات جمع الاستدلالات ، ويذهب هذا الاتجاه إلى الرفض التام لحق المتهم في الاستعانة بمدافع في مرحلة التحقيق الابتدائي إلى حين إقفال باب التحقيق ومن بين التشريعات التي أقرت بهذا الاتجاه التشريع الروسي، وان كان يستثني تشريعه الإجرائي من هذا الحظر بعض القضايا الخاصة بالأحداث ، والمتهمين الذين يعانون من عجز عضوي أو نفسي ومن أهم الحجج التي يعتمد عليه هذا الاتجاه أن إباحة هذا الحق للمتهم من شأنه التأثير سلبا على فاعلية التحقيق[1].

*غياب النص على ذلك في النصوص القانونية الإجرائية الجنائية وإن كان قانون المحاماة أجاز للمحامي حضور هذه المرحلة [2]، إلا أنه يعتبر غير مجد في نشوء هذا الحق لأن قانون المحاماة هو قانون لتنظيم مهنة المحاماة وليس الإجراءات الجنائية[3].

ويرى الأستاذ devlin أن المحامين في النظام الانجليزي يتعمدون دائما إلى عدم ممارسة الحقوق الممنوحة للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي وأنهم يحتفظون بخطة دفاعهم إلى مرحلة المحاكمة وذلك حتى يتفادوا تنبيه ممثل الاتهام إلى نقاط الضعف في ملف القضية وخاصة أن قضاة التحقيق نادرا ما يمارسون سلطتهم في الاتهام[4].

[1] سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع ، مرجع سابق ص415.

[2] قانون المحاماة الجزائري: المادة 1/41 من النظام الداخلي لمهنة المحاماة، قرار مؤرخ في 9 ربيع الثاني عام 1416ه الموافق ل 4 سبتمبر 1995"يمكن للمحامي أن يساعد موكله في جميع إجراءات التحقيق المنصوص عليها بموجب حكم أو أمر في المواد المدنية أو الجزائية أو التجارية أو الإدارية أو التأديبية.

[3] محمود صالح العادلي: النظرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي ، مرجع سابق ص380.

[4] نقلا عن سعد حماد القبائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، ص417.

ويقول بعض الفقه أن صفة المتهم لا تثبت لشخص إلا باتخاذ أو ل إجراء من إجراءات التحقيق ضده، الأمر الذي لا يتحقق باتخاذ إجراءات الاستدلال في مواجهة الشخص، وطالما أن هذه الصفة لم تثبت بعد فليس من حق الشخص انتداب محاميه أثناء اتخاذ هذه الإجراءات[1].

ب-الاتجاه الثاني: تأييد حضور محامي مع المتهم أثناء إجراءات جمع الاستدلالات:

يقر هذا الاتجاه حق المتهم في الاستعانة بمدافع في مرحلة التحقيق الابتدائي منذ أول حضور للاستجواب أمام المحقق، ودون خضوعه لأي قيد من القيود ويأتي المشرع الفرنسي على رأس التشريعات التي أقرت هذا الحق، حيث نص في المادة 3/114[2] من قانون الإجراءات الفرنسية على إلزام قاضي التحقيق تنبيه المتهم إلى حقه في الاستعانة بمحام عند مثوله أمامه لأول مرة وإذا تعذر عليه الاختيار يعين له محاميا، كما نصت المادة 1/118 منه على عدم سماع المتهم ما لم يتنازل عن ذلك صراحة إلا بحضور محاميه أو بعد استدعائه قانونا.

أما التشريع الجزائي الجزائري فأوجب على قاضي التحقيق أن يعلم المتهم بحقه في الاستعانة بمحام وفق مقتضيات المادة 100 من ق ا ج ج[3].

فإذا لم يقم باختيار محام وطلب من قاضي التحقيق تعيين محام له يعين له قاضي التحقيق محاميا من تلقاء نفسه ويدون ذلك في المحضر، وهنا يمكن التمييز بين حالتين:

-عندما يتنازل المتهم صراحة عن حقه في الاستعانة بمحام فقاضي التحقيق يثبت تنازل المتهم في المحضر ويشرع في استجواب المتهم في الموضوع ومواجهته بأدلة الاتهام ويسقط حق المتهم في الاطلاع على الأوراق.

---

[1] أحمد فتحي سرور: الوسيط في الإجراءات الجنائية، المجلد الأول (ج 1+ج2)،دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ،1988، ص210.

[2] قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي المادة 114:

"Le magistra donne avis l'inculpe' de son droit de choiser un conce're parmi les avocats inscrits au tableau ou admis au stage ou parmi les avoue's et a' default de choix il lui en fait designer un et office,si l'inculpe'le demande, la designation est. faite par batonnier de l'ordre des avocats s'il existe un conseil de l'ordre et dams le cas contraire par le president du tribunal."

" L'inculpe et la partie civile ne peuvent être étendus au confooronte a moins qu'il renouvencent

expressément qu'en présence de leurs conseils ou eux dument appelés, " ART 118."

[3] المادة 100" يتحقق قاضي التحقيق حين مثول المتهم لديه لأول مرة من هويته ويحيطه علما صراحة بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه.كما ينبغي للقاضي أن يوجه المتهم بأن له الحق في اختيار محامي عنه فان لم يختر محاميا عين له القاضي محاميا من تلقاء نفسه إذا طلب منه ذلك وينوه عن ذلك بالمحضر...".

-أما عندما يطلب المتهم الاستعانة بمحامي سواء اختار لنفسه محام أو طلب من قاضي التحقيق أن يختار له محام، في هذه الحالة يتعين على قاضي التحقيق عدم استجواب المتهم في الموضوع إلا في حضور محاميه أو بعد استدعائه قانونا[1].

2- دور المحامي في التحقيق الابتدائي: يختلف دور المحامي في مرحلة التحقيق الابتدائي باختلاف النظام الإجرائي حيث تبرز فاعليته في الدول التي تأخذ بالنظام الإتهامي في إجراءات التحقيق الابتدائي، بينما لا نجد للمحام دورا فاعلا في التحقيق الابتدائي في الدول التي تأخذ بالنظام التنقيبي[2].

والتحقيق في النظام الإتهامي يتم بصورة حضورية ويستمر بضعة ساعات أو عدة أيام ويهدف المحقق من ورائه مجرد تمحيص البيانات الموجودة لديه للتأكد من كفايتها لإحالة المتهم إلى المحاكمة أو عدم كفايتها لذلك، ومن هنا يفسح المجال أمام كل أطراف الدعوى في هذه الأنظمة للقيام بدور اتهامي في تسيير الإجراءات في التحقيق فيقوم الخصوم ومحاموهم بدور توجيه الأسئلة والبحث عن الأدلة وتحقيقها [3]، وبهذه الوسيلة يستطيع أن يدافع عن موكله بصورة ايجابية وفعالة ومفيدة في كشف الحقيقة[4].

ولا نجد لهذا الدور الايجابي للمحامي في الدول التي أخذت بالنظام التنقيبي فلا يتعدى دور المحام في هذه النظم مجرد مراقبة إجراءات التحقيق وهو دور سلبي، فالمحقق هو الذي يطرح الأسئلة وهو الذي يملي بنفسه على كاتب التحقيق إجابات المتهم أو الشهود، ولا يجوز

---

[1] أحسن بوسقيعة : التحقيق القضائي، ط4، دار هومة، الجزائر، 2006 ، ص70،71.

[2] والمعيار المميز للنظام التنقيبي عن النظام الإتهامي والذي يعد سمة مميزة بين النظامين تتوقف على بدء الدعوى الجنائية وجمع الأدلة، فإذا كان بدء الدعوى الجنائية وجمع أدلة الثبوت يتم عن طريق العضو القضائي المنوط به تقييم الأدلة فيما بعد، فان التحقيق يكون تنقيبا، وذلك لأن العضو القضائي في هذه الحالة يقوم بوظيفتين اثنتين وهم ا الاتهام والقضاء، وهذه الصفة هي صفة التنقيب التي ظهرت في العصور السابقة عندما ظهر النظام التنقيبي والذي كان منوطا به الادعاء والحكم في آن واحد وذلك بناء على تقييمه للأدلة التي جمعها بعيدا عن الخصوم، كما يتميز النظام التنقيبي بأنه خلافا للنظام الإتهامي لا يضع في اعتباره إلا المصلحة العامة دون أي اعتبار لضمانات المتهم، وإذ كل شيء يجري في سرية تامة دون تواجد المتهم الذي لا يدري بالاتهامات الموجهة إليه وقد يتعرض للتعذيب لانتزاع اعترافه.
سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص420.

[3] سعد حماد صالح القبائلي: حق المتهم بالاستعانة بمحامي، ط1، دار النهضة العربية، مصر،2005،ص 48-50.

[4] مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ج 1، د ط، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر ، 1989، ص15 وما بعدها.

للمحامي أن يترافع أمامه قبل وصول الدعوى إلى المحكمة المختصة، وليس للمحامي حقوق أكثر من موكليه في مرحلة التحقيق الابتدائي الذي يهدف إلى جمع البيانات لإثبات الاتهام[1].

ومن خلال تحليل دور المحام في مرحلة جمع التحقيق الابتدائي، نجد أن الدول التي تبنت النظام ألاتهامي في التحقيق الابتدائي في تشريعاتها فقد كانت فعلا على قدر كبير من الصواب ، وذلك لما كان في هذا النظام من التفصيل الحقيقي لدور المحام في هذه المرحلة من خلال إعطائه حرية كبيرة في الدفاع دون قيد أو شرط من أجل الوصول إلى كشف الحقيقة، ويعتبر النظام ألاتهامي النظام الأنسب والأكثر واقعية فـي حماية الممارسة العملية لحقوق الدفاع خلال جميع مراحل الدعوى الجزائية، وخلافا لهذا نجد أن النظام التنقيبيي كان أكثر الأنظمة قيدا لدور المحامي إذ جعله دوره سلبي على طول الخط الشيء الذي يهدد بصفة أساسية ضمان الحقوق الأساسية للإنسان وهو حقه في كفالة ممارسة حقوق الدفاع عن نفسه أما هذا النظام.

أما التشريعات العربية فان معظم فقهاء القانون يقولون أنهى تتبنى النظام المختلط بين النظام ألاتهامي والنظام التنقيبيي، لكن بالعودة إلى النظام الإجرائي الجزائري فان أغلب شراح هذا القانون يصفونه على أنه قانون إجرائي مختلط ومن أمثلة ذلك الدكتور أحسن بوسقيعة [2] ، د.عبد الله وهابية[3]، غير أن الحقيقة خلاف ذلك تماما لأن النظام الإجرائي الجزائري نقول أنه نظام تنقيبي بنسبة 96 % خلافا لما ذهب إليه الأساتذة الأفاضل لأن القانون الإجرائي الجزائري يقيد تقييدا مطلقا دور المحامي في مرحلة التحقيق الابتدائي، كما أنه منح جهة المتابعة والاتهام صلاحية غير مقيدة في المتابعة والتحقيق، الشيء الذي يجعل حقوق الدفاع وممارستها ممارسة معطوبة في أهم مرحلة تقوم عليها وهي مرحلة جمع البيانات لإثبات الاتهام الذي سيكون فيما بعد دور كبير في إدانة المتهم خلال المحاكمة.

---

[1] سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع، مرجع سابق، ص421.

[2] ...ولهذه الأسباب بدت ضرورة إيجاد نظام مختلط يجمع بين مزايا النظامين ويتجنب مساوئهما، فظهر نظام مختلط أخذت به أغلب التشريعات الحديثة ومن بينها التشريع الجزائري، وإن اختلفت هذه التشريعات من مدى وأسلوب تغليب نظام على أخر.

[3] تأثر قانون الإجراءات الجزائية بالنظامين الإجرائيين، النظام الإتهامي و النظام التنقيبي أو التحري –النظام المختلط كنظام ثالث يعتبر، ويبدو واضحا أن القانون الجزائري، ومن خلال النظام القانوني المعمول به، والمستخلص من أحكام قانون الإجراءات الجزائية ،أنه نظام يعتنق مزيجا من النظامين الإتهامي والتنقيبي، وهو ما يعرف في الفقه الحدي ث بالنظام المختلط.

شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ط6، دار هومة، الجزائر، 2006، ص27.

3- حق المتهم في الاستعانة بمحامي في مرحلة المحاكمة: وهي من أخطر مراحل الدعوى الجزائية لأنها تحدد مصير المتهم لذا حظيت باهتمام المشرع الحديث بضمانات عديدة وضمان حق المتهم في الاستعانة بمحامي في هذه المرحلة فهو الحل الحاسم الذي تعنيه الشرائع الحديثة وتضعه في الموضع اللائق.

ودور المحامي في مرحلة المحاكمة [1] أخطر بكثير من دوره في مرحلة التحقيق الابتدائي ففي هذه المرحلة يقع على عاتق المحامي عبء كبير وهو مناقشة الأدلة المطروحة مناقشة غالبا ما تكون عسيرة تحتاج إلى يقظة لإظهار أوجه التناقض التي قد تشوبها.

والأصل أ ن من حق المتهم أن يحاكم أمام القضاء العادي إلا أن كثيرا من الدول قد مست هذا الحق فأنشأت العديد من المحاكم الخاصة والاستثنائية إلى جانب المحاكم العادية.

أ- حق المتهم في الاستعانة بمحام أمام المحاكم العادية: تكاد الأنظمة القانونية تجمع على تقرير حق الاستعانة بمحام في مرحلة المحاكمة وبصفة أساسية في الجنايات ولم تكتف هذه التشريعات بالنص على هذا الحق بشكل جوازي بل جعلته إلزاميا، وعلى رأس هذه التشريعات التشريع الفرنسي كما هي موجودة في أغلب التشريعات العربية، أما في التشريع الجزائي الجزائري فإن حضور محامي المتهم وجوبي[2]، حسب المواد 271 و 292 ق.ا.ج.ج[1].

---

[1] على أن دور المحامي في المحاكمة يختلف باختلاف السياسة الجنائية للتشريع الوضعي ففي النظام التقليدي تحدد العلاقة بين المحامي والمحكمة في ضوء الحقيقة التي ينشدها القضاء وهي حقيقة موضوعية صدقة تتمثل في البراءة أو الإدانة وفي المقابل نجد المحامي عن المتهم يقف موق ف الخصم في مواجهة سلطة الاتهام إلى التوصل إلى الإدانة أو تشديد العقاب يكافح المحامي من أجل الحكم بالبراءة أو على الأقل تخفيف العقوبة.

هذا بخلاف الحال في نظام الدفاع الاجتماعي حيث يساهم كل أطراف الدعوى الجنائية بما فيهم محامي المتهم في إيجاد الحال الأفضل لمصلحة المتهم حتى يسهل تكييفه اجتماعيا وهي مصلحة لا تتعارض مع مصلحة الجماعة، وهنا يجب على المحامي أن يراقب عن قرب تشخيص الحالة الخطيرة لموكله من قبل الخبراء وأن يقوم بدور اجتماعي أشبه بدور الطبيب ولا يقف عند دور المحامي التقليدي ولذلك ينبغي ألا يقتصر إلمام المحامي بالجانب القانوني وحده بل ينبغي أن يمتد نطاق خبرته إلى أسباب الجريمة حتى يتسنى له مناقشة الأطباء العقليين والنفسيين أو الأخصائيين في الأنتروبولوجيا أو علم الاجتماع وفي هذا الإطار يختلف نطاق سر المهنة في النظام التقليدي يفرض على المحامي الالتزام بالسير في مواجهة كافة الناس باستثناء موكله الذي يجب عليه إعلامه بكل محتويات ملف الدعوى لترتيب دفاعه بناء على ذلك.

أما في النظام الاجتماعي فان ملف الشخصية الملحق بملف الدعوى يجب عدم اطلاع المتهم عليه حتى لا يصدم ببعض الملاحظات الخاصة بشخصه في الوقت الذي يجوز للمحامي اطلاع المحكمة على بعض المعلومات عن شخص موكله ولو كان قد حصل عليها بطريقة سرية حتى يسهل على المحكمة تشخيص حالة المتهم واتخاذ الوسيلة المثلى لتكييفه اجتماعيا .

سعد حماد صالح القبائلي: حق المتهم في الاستعانة بمدافع، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص422،423.

[2] محمد شريط: مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، ص214.

والأصل أن للمتهم الحرية كاملة في اختيار من يشاء من المحامين للدفاع عنه وهو في ذلك أصل مقدم على حق القاضي في اختيار هذا المحامي.

فمن خلال استقراء النصوص الإجرائية في القانون المقارن فإنها نصت على وجو ب أن يتوفر شرطين أساسيين لحضور المحامي لكل متهم في جناية:

الشرط الأول: أن تكون الدعوى مقامة على جناية محالة إلى محكمة الجنايات لأن الاتهام بجناية يعد أمر له خطورته الخاصة إذ أنه يمكن أن ينال من التوازن النفسي للمتهم أثناء ممارسة دفاعه.

الشرط الثاني:أن يكون المتهم بجانبه حاضرا أثناء المحاكمة: فلا يتصور حضور محام ممثلا لمهة الدفاع عن المتهم الذي يحاكم غيابيا فالمشرع الفرنسي لا يجيز حتى ظهور المحامي لإبداء العذر عن المتهم، أما التشريعات العربية ومنها الليبي والمصري والتونسي[2] فإنها تجيز أن يحضر المحامي ليبدي عذره في عدم حضور المتهم، ولكن لا يجيز أن يثير أكثر من ذلك.

ب–حق المتهم في الاستعانة بمحام أمام المحاكم غير العادية: إن الأصل دائما هو أن يحاكم المتهم أمام المحاكم العادية [3] غير أن المشرع قد ينشئ إلى جانب المحاكم العادية محاكم أخرى غير عادية(خاصة[4] و استثنائية) ومن بين أهم المحاكم الخاصة: المحاكم العسكرية وهي توجد

---

[1] المادة271:"يستوجب الرئيس المتهم عن هويته ويتحقق مما إذا كان قد تلقى تبليغا بقرار الإحالة فإن لم يكن قد بلغه سلمت نسخة منه ويكون لتسليم هذه النسخة أثر التبليغ، ويطلب من المتهم اختيار محام لدفاع عنه، فإن لم يختر المتهم محاميا عين له الرئيس من تلقاء نفسه محاميا".

المادة :292"إن حضور محام في الجلسة لمعاونة المتهم وجوبي وعند الاقتضاء يندب الرئيس من تلقاء نفسه محاميا للمتهم".

[2] المادة 350 من ق.ا.ج ل، المادة 88 من ق.ا.ج.م.

[3] المحاكم العادية هي ما تسمى بالقضاء الطبيعي ويشترط في المحكمة أن تكون من القضاء الطبيعي أن تتوافر فيها أربع شروط وهي:

*أن ينشأ ويحدد اختصاصها بقانون قبل وقوع الجريمة.

*أن تكون ولاية المحكمة دائمة غير مقيدة بأي قيد زمني.

*أن تتوافر في هيئة المحكمة كل ضمانات الكفاية والمدة والاستقلال.

*أن تكفل أمام المحكمة كافة ضمانات الدفاع.

[4] المحاكم الخاصة: هي التي تختص بالنظر في الدعوى المرفوعة عن جرائم معينة أو عن جرائم ترتكبها طائفة من المتهمين تقتضي السياسة الجنائية الرشيدة تميزهم عند المحاكمة بقواعد خاصة أ و عن جرائم يرتكبها أفراد تتوافر فيهم صفة معينة وليس في هذا التمييز أي إخلال بمبدأ المساواة ولا انتقاص من الضمانات التي يجب كفالتها لكل منهم ومن الأمثلة على ذلك المحاكم العسكرية.

تقريبا في سائر الدول العربية مثل الجزائر، مصر، سوريا، ليبيا،العراق... وهي ليست إلا محاكم خاصة ذات اختصاص استثنائي كما توجد هناك على المستوى الدولي العديد من هذه المحاكم العسكرية التي تعتبر الانطلاقة الفعلية الأولى لبناء قضاء دولي فعال يختص ببعض الجرائم التي تمس النظام العام الدولي ومن أبرز هذه الأمثلة على هذه **المحاكم الخاصة :** محكمة فرساي ، محكمة نورمبرغ طوكيو محكمة يوغسلافيا سابقا[1]محكمة رواندا[2].

وكل هذه المحاكم العسكرية الخاصة تحترم فيها جميع الضمانات الموجودة في المحاكم العادية من مبدأ المساواة وكفالة حق المتقاضين في الدفاع والقانون الذي تخضع له.

إلا أن هناك اختلاف بين المحاكم العسكرية التي تنشئها الدولة والمحاكم العسكرية التي تنشأ باسم المجتمع الدولي فالأولى هي محاكم وطنية داخلية تحاكم فئة معينة من الأشخاص العسكريين أو الذين ثبت تورطهم، أما الثانية فتنشأ بمبادرة من المجتمع الدولي نظرا لطبيعة الجرائم المرتكبة، كجرائم الإبادة مثلا.

وهذه المحاكم قد ارتبطت إلى حد كبير بعملية عدم كفالة ضمانات حق المتهم في الدفاع أمامها فهي غير مصونة حتى ولو نص عليها في قانون إنشاء هذه المحاكم فلم تكن أكثر من حبر على ورق، ضف إلى ذلك تسريع الإجراءات الاستثنائية الأمر الذي يؤدي إلى الإخلال بحقوق الدفاع وكتمه والاستغناء عنه خصوصا بالنظر إلى سرعة قرارات المحاكم الاستثنائية وإلى السلطة المطلقة لأعضائها التي سمحت لهم بالخروج عن قواعد الإثبات كما أن أحكام هذه المحاكم لايجوز الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن وتنفذ عادة فور صدورها[3].

فوزية عبد الستار: شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 411؛ أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1988، ص324.

[1] ففي 22 فيفري 1993 أصدر مجلس الأمن اللائحة رقم 808 والتي بموجبها قرر إنشاء محكمة دولية لمحاكمة الأشخاص المسئولون عن الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الإنساني المرتكبة في إقليم يوغسلافيا ابتداء من جانفي 1991، وفي 25 ماي أصدر المجلس اللائحة رقم 827 التي قرر فيها تبني النظام الأساسي للمحكمة، وبالفعل تم إنشاء المحكمة في 17 نوفمبر 1993.

كوسة فضيل: المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، د ط، دار هومة، الجزائر،2007،ص122.

[2] ففي 08 نوفمبر 1994 أصدر مجلس الأمن القرار رقم 955، المتضمن تأسيس محكمة جنائية دولية لروانداا، وبتاريخ 31 أوت 1995 أصدر القرار رقم 977 المتضمن مقر المحكمة.

المرجع السابق، ص16،17.

[3] سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص459 ،458.

رابعا: حق المتهم في التزام الصمت: هذا الحق لم يكن معترفا به في العصور القديمة، حيث كان إجبار المتهم أمرا مشروعا قانونا، فالمتهم الذي لا يجيب عن الأسئلة الموجهة إليه تنزع منه الإجابة جبرا، ولو باستخدام أبشع أساليب العنف والتعذيب، والهدف هو الحصول على اعتراف من المتهم، بغض النظر عن طريق الوصول إليه، بل يعد صمت المتهم في تلك اللحظة أمام التهم الموجهة إليه اعترافا منه بارتكابها[1].

وبصدور مرسوم 8/19 أكتوبر 1989 في فرنسا أصبح للمتهم الحق في عدم الإجابة عن الأسئلة الموجهة إليه دون أن يعتبر صمته اعترافا ضمنيا بإدانته، كما ظهرت أفكار مخالفة في إنجلترا، فأصبح المتهم يعلم بالتهم الموجهة إليه، ويخطر بأن له الحق في الرد على هذه التهم ولكنه يستطيع أن يمتنع عن الإجابة ولا يحسب عليه صمته[2].

أما في التشريعات الإنسانية المعاصرة التي تحترم حقوق الإنسان وكرامته [3]، فللمتهم الحرية الكاملة في ألا يجيب عن الأسئلة الموجهة إليه.

ويعتبر التشريع الجزائري من التشريعات العربية التي نصت على حق المتهم في الصمت صراحة، فقد جاء في نص المادة 100 ق إ ج ج على أنه" يتحقق قاضي التحقيق من مثول المتهم لديه لأول مرة من هويته ويحيطه علما صراحة بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه وينبهه بأنه حر في عدم الإدلاء بأي إقرار وينوه عن ذلك التنبيه في المحضر...".

وجدير بالذكر أن المشرع الجزائري نقل هذه المادة عن المشرع الفرنسي من المادة 114 من قانون الإجراءات الصادر عام 1958م.

---

[1] سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص386.

[2] المرجع السابق، ص387.

[3] بالرغم من عدم النص صراحة على حق المتهم في الصمت في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948م ، إلا أن هذا الإعلان ومبادئه التي قامت عليها في احترام كرامة الإنسان وعدم تعريضه للتعذيب ولا للعقوبات القاسية والوحشية الخاصة بالجريمة (المادة 5)، مع عدم تعريض أحد لتدخل تعسفي في حياته (المادة 18)، تفيد عدم جواز إجبار المتهم على الإدلاء بأقوال لا يرغب في الإدلاء بها، وبالتالي حقه في الصمت باعتباره الوجه الأخر لحريته في الكلام.

كما نصت الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية الصادرة عن الأمم المتحدة سنة 1966 (في المادة 3/14) منها على أن لكل فرد الحق في ألا يلزم بالشهادة ضد نفسه أو الاعتراف بأنه مذنب وهذا يعني أن للمتهم الحرية في إبداء أقواله إذا شاء، وإذا امتنع عن الإجابة عما يوجه إليه من أسئلة فلا يجوز إلزامه بذلك احتراما لحقه في عدم جواز إلزامه بالشهادة ضد نفسه أو الاعتراف بذنبه.

محمد شريف بسيوني؛ محمد السعيد الدقاق؛ عبد العظيم وزير: حقوق الإنسان، المجلد الأول، الوثائق الدولية، ط 1، دار العلم للملايين، مصر، 1988، ص18، 20، 25، 36.

ويظهر من هذا النص أن المحقق ملزم بتنبيه المتهم إلى حقه في عدم الإدلاء بأية أقوال ، قبل أن يتدبرها ويدلي بها عن اختيار حر، ولأهمية هذا التنبيه لابد أن يشار إليه في محضر التحقيق ليثبت المحقق أنه قد قام بواجبه في إعلام المتهم بحقه في الصمت، ولهذا الأخير أن يختار الأنسب للإجابة أو السكوت[1].

لقد أشارت مختلف التشريعات إلى الامتناع عن التصريح بمسميات مختلفة كالحق في الصمت، أو الحق في السكوت، والحق في الامتناع عن الكلام، أو عدم الإدلاء بالتصريحات أثناء مباشرة الدعوى الجزائية، واعتبرته من الحقوق الذاتية التي يستأثر بها المتهم دفاعا عن النفس وحماية لحقوقه في الدعوى.

1-حق المتهم في الصمت من خلال النظم الإجرائية: فمن خلال النظام الإتهامي الذي يقوم على أن الدعوى الجنائية هي خصومة عادية مثل سائر الخصومات بين الأفراد، تقوم بين طرفين متساويين في الحقوق والواجبات يتنازعان الاتهام كما في الدعوى المدنية[2].

كما تقوم الأنظمة لأنجلوساكسونية على فكرة تقديس حقوق الدفاع التي تعتبر حق المتهم في الامتناع عن التصريح، إحدى ركائزها الأساسية والضمان الأصيل للحريات الفردية، وهذه النظرة التي اعتمدها القانون الانجليزي، فالتشريعات لأنجلوساكسونية تنظم بالفعل هذا الحق وكيفية حمايته، ومن ثم لا يمكن تفسيره على أنه قرينة لإدانته.

وعليه يمكن القول، أن هناك علاقة وثيقة بين القضاء الإتهامي وحق المتهم في الامتناع عن التصريح، فحياد القاضي ومبدأ المساواة بين الخصوم جعلت حقوق الدفاع وخاصة حق المتهم في الامتناع عن التصريح لا يتأسس على إكراه المتهم من طرف القاضي على الكلام[3].

أما النظام التنقيبي فالدعوى الجنائية فيه هي وظيفة من وظائف الدولة تعهد بها لسلطاتها القضائية، وهيئة خاصة تتمتع بمميزات وحقوق لا يتمتع بها سائر الخصوم، وهي تمر بمراحل متعددة خلاف ما هو موجود في النظام الإتهامي.

ومن أهم المميزات الأساسية لهذا النظام أن للقاضي دورا إيجابيا في البحث عن الحقيقة والسعي لبلوغها بأي وسيلة كانت، وهذا ما يمكنه من أن يتخذ حيال المتهم أي إجراء يراه لازما

[1] إبراهيم زرقين: تقرير الجزائر المقدم إلى لجنة الخبراء المقدمة في القاهرة من 16إلى 21 ديسمبر 1989م الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحقوق الإنسان، إعداد محمد شريف بسيوني، عبد العظيم وزير، دار العلم للملايين ، مصر، 1991، ص135.

[2] جلال ثروت: أصول المحاكمات الجزائية، د ط، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1991، ص68.

[3] أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص86.

لإظهار الحقيقة ولو كان مخالفا لحقوق الدفاع والشرعية بجميع أنواعها، عندها يتحول الاستجواب إلى إجراء أساسي، ومحوري يستند إليه القاضي في الحصول على تصريحات المتهم، لأنه الأكثر استعمالا والأسهل تنفيذا، فيكون هذا الأخير مجبرا على الكلام والاعتراف الذي سيصبح دليلا حاسما في الدعوى يبنى عليه الحكم الجزائي[1].

وعليه نستنتج مما تقدم أن حق المتهم في الامتناع عن التصريح في ظل هذا النظام فهو محدود ونسبي.

2-موقف الشريعة الإسلامية من حق المتهم في الامتناع عن التصريح: تعتبر الشريعة الإسلامية منفردة في أحكامها واضحة في مبادئها مكرسة لتوازن تشريعي يضمن عدم الاعتداء على الحقوق، لذلك نجد رسول الله ε حريصا على ألا يظلم أي إنسان أو يعتدي عليه لأي سبب من الأسباب، ويبدو ذلك واضحا في جرائم الحدود فقد قال صلى الله عليه وسلم: " أدرؤوا الحدود بالشبهات"، وأخرج الترمذي والحاكم والبيهقي وغيرهم، من حديث عائشة رضي الله عنها: " أدرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن الإمام لأن يخطأ في العفو خيرا من أن يخطأ في العقوبة[2].

من خلال هذين الحديثين نجد أن قرينة البراءة مكرسة بصورة واضحة استنبط منها الفقهاء المسلمون قاعدة من أهم القواعد وهي الحق في السكوت، كصورة تطبيقية للبراءة وهي ألا ينسب لساكت قول، وبذلك استغنت الشريعة الإسلامية من منظور الإرغام والضغط على المتهم لحمله على الاعتراف أو قول شيء لا يرده، وتركه لنفسه يطهرها عن طريق التوبة.

خلاصة المبحث الأول.

ومما تقدم في هذا المبحث فإنه يقصد بالقضاء الدولي الجنائي: تلك الجهات القضائية التي أنشئت بموجب اتفاقيات دولية لمحاكمة المسؤولين عن الأفعال التي تمس بالنظام العام الدولي.

وقد حملت الألفية الجديدة معها إنشاء قضاء دولي جنائي قصد تكريس مبدأ الشرعية في المجتمع الدولي وتجسيد الجزاءات الدولية الهادفة الى تحقيق الردع العام والخاص ضد المساس بالنظام العام الدولي.

---

[1] محمد بن مشيرح: حق المتهم في الإمتناع عن التصريح، إشراف مالكي محمد الأخضر، مذكرة ماجستير إختصاص القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة منتوري،كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسنطينة،2009/2008.

[2] سنن الترمذي: تحقيق إبراهيم عوض، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود، ج4، ط2، حديث رقم:1429، 1975،ص33.

وتعتبر حقوق الدفاع من الركائز الأساسية للمحاكمة العادلة ويقصد بها تلك المكنات التي يقرها القانون لكل شخص طبيعي أو معنوي في مواجهة الادعاءات أمام الجهات القضائية المحددة قانونا، بشكل يحقق التوازن بين المصالح العامة للدولة و المصالح الخاصة للأشخاص في إطار مبدأ المشروعية.

والحقيقة أنى حقوق الدفاع تضيق وتتسع في مفهومها وتطبيقاتها حسب النظام القانوني السائد ومدى حماية حقوق الإنسان عامة فيه وهي بشخص القضاة والمتهمين إلا أن لها تقسيمات تتمثل في الحق في الدعوى والإثبات والمرافعة والطلب والدفع والصمت.

المبحث الثاني:

تطور حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي وأساسها.

إن التأصيل التاريخي لهذه الحقوق كانت مع بداية الحياة البشرية لكنها لم تكن لها تجسدات فعلية كما هي في العصر الحديث، وهذه الحقوق اعتمدت على مجموعة من الأسس استنبطت من المعاهدات والاتفاقيات الدولية والأعراف الدولية التي كانت بمثابة الإطار المثالي لهذه الحقوق والتي صارت فيما بعد بمثابة المبادئ الملهمة لمختلف التشريعات المعاصرة. فقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين وكل مطلب إلى فرعين.

المطلب الأول: تطور حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.

المطلب الثاني: أساس حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.

المطلب الأول: تطور حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.

إن حق المتهم في الدفاع، يقتضي القيام برحلة تاريخية نظرية في الزمن الماضي لكشف الممارسات الحقيقية لحق المتهم في الدفاع في العصور التاريخية المختلفة التي عرفت أنظمة قانونية متقدمة تأسيسا على أن القانون غالبا ما هو إلا رد فعل أو تعبير عن واقع الجماعة وظروف المجتمع، فإذا ما تغيرت تلك الظروف تعين تبعا أن يتغير معها القانون.

فالقوانين تمر بعدة أدوار مرتبطة، يتصل ماضيها بحاضرها، وينير حاضرها الطريق أمام مستقبلها[1].

الفرع الأول: تطور حقوق الدفاع عبر العصور القديمة والوسطى.

أولا: حق الدفاع في العصور القديمة.

1:حقوق الدفاع في المجتمعات البدائية والقبلية : الأسرة هي أول نظام اجتماعي عرفه التاريخ [2] فللإنسان كائن اجتماعي بطبعه، ولذا لا يستطيع أن يعيش بمفرده.

و تمثل حق الدفاع في هذه المرحلة في كلمة رب الأسرة، واستدرار العطف عن طريق البكاء والغضب من قبل أفراد الأسرة مع كونهم يخضعون خضوعا مطلقا لرب الأسرة، ولا يحق لهم التظلم من حكمه هذا من جهة ممارسة حق الدفاع داخل الأسرة.

أما من جهة ممارسة حق الدفاع خارج دائرة الأسرة فقد كانت تمارس عن طريق القوة المادية من جهة القبيلة التي أخذت على عاتقها حماية أفرادها والدفاع عن مصالحهم، لأن الاعتداء على فرد يشكل عدواناً على القبيلة بأسرها ويمثل خسارة اقتصادية لها، وإذا حصل اعتداء على عشيرة أو قبيلة فلا حكم إلا للقوة ولا فرق في ذلك بين المسائل المدنية، والجنائية[3].

ومن خلال ما سبق فإن أهم ملاحظة يمكن أن نستنتجها أن حق الدفاع في العصور البدائية يكون شبه منعدما لأن أصل التقاضي وإقامة المساواة كان شبه معدوم، الأمر الذي يدفعنا إلى القول بأن حقوق الدفاع التي مورست في هذه الفترة هي ليست لحقوق الدفاع وإنما لحقوق الأسرة في الحياة التي لم تصل ولم ترق إلى مستوى المطالبة بالحقوق المدنية لبني الإنسان، وإنما كانت عبارة عن المطالبة لبعض الحقوق المتعلقة بالجانب الغريزي لا أقل ولا أكثر.

2: حقوق الدفاع في بلاد الرافدين: ظهرت عدة شرائع في بلاد الرافدين [4]، منها قانون أوركا جينا[1]، وقانون الملك أورنامو [2]، وقانون إشنونا [3]، وقانون لبت عشتار [4]، وقانون حامورابي [5]

---

[1] محمود السقا: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية وتطورها، ط2، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر، 1984، ص9.

[2] أرزقي العربي: مختصر تاريخ النظم القانونية والاجتماعية القديمة، د ط، دار الخلدونية، الجزائر ،2006، ص39.

[3] محمود السقا: تاريخ النظم القانونية وتطورها، مرجع سابق، ص23.

[4] بلاد الرافدين واقعة بين بادية الشام (بلاد أمورو) غربا وجبال كوريستان شمالا ومرتفعات إيران بلاد غيلام شرقا والخليج (العربي أو الفارسي)جنوبا، وهي أرض منخفضة صحراوية بعبرها نهران: نهر دجلة من الشرق ونهر الفرات من الغرب وهما متجهان بين الشمال والجنوب ويصبان في شط العرب مدخل الخليج، قد تحول هذا المنخفض الصحراوي بفعل المياه الغزيرة إلى سهل خصيب صالح الزراعة، وشهد هذا السهل الزراعي أقدم الحضارات العالمية. وازدهار في جميع ميادين الحياة الاقتصادية والاجتماعية والقانونية والعلمية والعسكرية والمالية والثقافية، وأطلق عليها في الوقت

، وعرف سكان بلاد الرافدين الاحتكام إلى السلطة، فضا للنزاعات التي كانت تدور بينهم واستفاء للحقوق وردا للبغي وضمنت لهم الشرائع التي سادت آنذاك حماية حقوقهم والمحافظة على حرياتهم.

و تطبيقا لقانون لبت عشتار لم يكن مسموحا بالاعتداء على الحرية الشخصية، إيمانا بمبدأ براءة الإنسان، وكلازمة لذلك كان يتعين معاملة المتهم على هذا الأساس حتى تثبت إدانته يقينا، لكن كانت هناك معاملات قاسية كالتعذيب لانتزاع الاعتراف.

ويعود الفضل لقانون حمورابي اهتمامه بحق المتهم في الدفاع والدليل على هذا ما كشفت عنه الوثائق السومرية التي عثرة عليها في العراق، والتي ظهر منها بجلاء مدى الاحترام الذي كفل لحق الدفاع، بالإضافة إلى ما كان يتمتع به قضاء الحكم من استقلال.

فقد كان يتعين على القاضي طبقا للمادة الخامسة من شريعة حمورابي، أن يصدر حكمه بلا خوف وأن يصر عليه وإلا تعرض لعقوبة القضية التي ينظرها إذا غير حكمه، أو تلاعب فيه ، على أن يتحمل تعويض المتضرر من انحرافه بالحكم، ولا شك فيه أن هذه القاعدة كان من شأنها التأكيد على ضمان نزاهة القاضي وحياده فيما ينعكس حقا على عدالة أحكامه[6].

اللاحق الهلال الخصيب في العصر الإسلامي وبالجمهورية العراقية في العصر الحديث، ويرجع سكان بلاد الرافدين إلى ثلاثة أصول السومريون، الساميون، الجبليون، ويتداول هؤلاء السكان عدة لغات أهمها 4 لغات وهي: السومرية، الأكادية ، والبابلية، والأشورية.

ارزقي العربي أبرباش: مختصر تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص146.

[1] قانون أوركاجيتا: أطلق عليه اسم الملك الذي وضعه، ضهرة هذا القانون حوالي 2360.ق.م.

[2] قانون الملك أور– نامو: ظهر منه للعامية –2111 ق.م –2103 ق. م أي فترة الملك أور– نامو، يوجد هذا القانون في متحف إسطنبول، كتب باللغة السومرية واحتوى على مواد قانونية.

[3] قانون مدينة إشنونا: هي اسم المدينة التي عثر فيها على القانون ويحتوي على 60 مادة أو فقرة قانونية، يؤرخ العلماء زمن كتابة هذا القانون إلى عام 1930 ق . م.

[4] قانون الملك ليبت عشتار: ظهر حوالي عام 1924 ق م نصوصه موجودة في متحف فيلا دا لفيا فنجد عدد نصوصه 38 زائد مقدمة والخاتمة.

[5] قانون حمو رابي: أصل القانون من وضع الملك حمو رابي أحد أشهر ملوك الدولة البابلية حكم مدة 42 سنة، من 1792إلى 1750 ق.م وضع هذا القانون بعد 30سنة من الحكم وطبقه مدة 12 سنة، أكتشف هذا القانون عام 1901 /1902 في مدينة سوسا (سوزا) الإيرانية سيلاد عيلام قديما على يد بعثة علمية فرنسية، وجدت هذا القانون بعمود حجري يبلغ طوله 2.25م وعرضه 1.90م وهو مقسم إلى 51 هومودا يحتوي على عدة مواد قانونية مرقمة من 01 إلى 280 مادة كتب القانون باللغة البابلية الأكادية بالحروف السومارية كما أحتوى على المقدمة والخاتمة.

أرزقي العربي أبرباش: مختصر تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص21،20،19،23،22.

[6] المرجع السابق، ص147.

وعلى صعيد أخر فقد ضمن القانون السالف الذكر تعدد درجات التقاضي، كفالة لحق الطعن في أحكام محاكم أول درجة التي كانت منتشرة في المدن والقرى، وتدل النصوص [1] على وجود محكمة عليا ه ي محكمة الملك التي كان يعرض عليها بعض القضايا وبصفة خاصة تلك التي تعلقت بإنكار العدالة.

وعموما فقد كانت الأحكام القضائية عرضة للإبطال إذا ثبت تحيز القاضي أو جوره.

وعند مراجعتنا للنصوص القانونية التي وردت في هذه الشرائع يتبين لنا بأن النظام الإتهامي المفرد هو المعتمد فيها، حيث يباح لكل فرد بأن يتقدم بشكوى ضد أخر، والمشتكي هو الذي يتولى مهمة جمع الأدلة وإقامة الحجج على صدق دعواه [2] وعليه يمكن القول بأن الدعوى الجنائية قد عرفت في مثل تلك التشريعات، ولكن ليس كما هو متعارف عليه الآن، كما أنه لم تكن هناك جهات مختصة بالتحقيق والاتهام.

كما أن استقراء بعض نصوص التشريعات في هذه الحضارة يتبين لنا من خلالها بأنها أكدت على بعض الحقوق والضمانات لمن يتهم بجرم معين قبل محاكمته.

فمثلا شريعة ليبت عشتار في مادتها 18 قد راعت الحرية الشخصية للفرد، فحرمت إلقاء القبض على أي شخص بسبب فعل جرمي ولم تثبت علاقته به بشكل قطعي، غير أنها أجازت القبض في حالة التلبس[3]، الأمر الذي يؤكد أن واضعي هذه القوانين قد عرفوا قاعدة المتهم بريء حتى تثبت إدانته ولذا يجب أن تتم معاملته على هذا الأساس.

وقد عرفت بلاد الشرق القديم أساسا هاما من أساسيات حقوق الدفاع وهو الاستعانة بمدافع يتولى المرافعة عن المتهم وإبداء الطلبات والد فوع التي تؤكد براءته أو تخفف عليه الحكم.

يتضح ذلك من خلال قضية قتل من أشهر قضايا ذلك العصر، تتمثل وقائعها في أن ثلاثة أشخاص قتلوا أحد موظفي المعابد، وعلمت زوجته بأمرهم، ولكنها لم تتقدم بالإبلاغ عنهم لأسباب

---

[1] المرجع السابق، ص 148.

[2] أنظر نص المادة 13 من شريعة أور نامو التي تقول (إذا أتهم رجل رجلا أخر ...والمشتكي جلب المتهم إلى النهر الحكم..).ونصت المادة 14 من شريعة لبت عشتار حيث نصت (إذا اشتكى عبد سيد على سيده سبب عبوديته "أي سوء معاملته" وثبت على سيده الإساءة عبوديته مرتين فسوف يحرر العبد من سيده).ونص المادة 1 من شريعة حمو رابي التي نصت (إذا كان رجل قد اتهم رجلا وادعى عليه بالقتل ولم يقم البينة عليه فسوف يقتل متهمه)

[3] تنص المادة:17 من شريعة ليبت عشتار على (إذا قيد رجل رجلا أخر بدون أن يضع يده عليه بالسبب قضية لا يعرف عنها "الرجل المقيد" ولم تثبت علاقته بالقضية فعلى الرجل الأول أن يتحمل أي جزاء على القضية التي قيد من أجلها الرجل الأخر.)

غير معروفة، إلا أن خبر الجريمة قد بلغ مسامع الملك الذي أمر بإحالة القضية لنظرها أمام مجمع المواطنين باعتباره المحكمة التي كانت تفصل في القضايا في ذلك الوقت، وأمام المحكمة وجهت الاتهام بواسطة تسع رجال للقتلة ومعهم زوجة القتيل، باعتبارها شريكة بسكوتها عن الإبلاغ عن قتل زوجها وعلى اثر ذلك اختير رجلان للدفاع عنها، ودفعا لبراءتها لعدم اشتراكها في فعل القتل، وقدما المبرر الذي حملها على عدم الإبلاغ، والمتمثل في أن زوجها لم يكن قائما بإعالتها فاستجابت المحكمة لطلبها وقضت ببراءتها[1].

كما كانت عليه المحاكمات من الضمانات التي يشهدها ذلك العصر، حماية لحق المتهم في الدفاع فعندما قرر حمو رابي نقل ولاية القضاء من الكهنة إلى الدولة أنشأ لذلك هيئة من القضاة لتولي تلك المهمة، فكانت الهيئة تعقد جلساتها علانية أمام البوابة العظمى في سوق المدينة ليشهدها الجميع[2].

واحتراما لحقوق الدفاع كفل قانون حمو رابي للمتهم محاكمة عادلة يديرها قضاة يتمتعون بالخبرة والنزاهة لا تقتصر على درجة واحدة، وإنما اتسمت بتعدد درجات التقاضي، وذلك من أجل التعقيب على أحكام الدرجة الأولى والطعن في أحكام محاكم الدرجة الثانية، رغبة في دفع الظلم، وإحقاق الحق، بل ذهب إلى أبعد من ذلك عندما قرر عقوبة للقاضي الذي يثبت أنه حكم بغير الحق في القضية التي نظرها[3].

فقد نصت المادة الخامسة من قانون حمو رابي على أن كل قاض سمع دعوى وبث فيها بقرار كتابي، ثم ظهر أن قضاءه لم يكن حقا وأنه هو الذي تسبب في ذلك يعاقب بتغريمه إثنتى عشر ضعفا لما قضى به، ثم يلقى علنا من كرسي القضاء ولا يعود إليه ولا يجلس مع القضاة لنظر الدعوى.

---

[1] عثر عام 1950 على لوح طيني في مدينة "تفر" بمحافظة.الفاريبة.يرجع تاريخه إلى سنة 1900 ق. م.ويحتوي على وقائع تلك القضية التي أطلق عليها قضية " الزوجة الساكتة عن الإخبار بالجريمة" مصحوبة بقرار لأحد المحاكم السومرية بشأنها.

حسن بشيت خوين: ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية خلال مرحلة المحاكمة،ج 2، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن 1998، ص11.

[2] حسن بشيت خوين: ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية خلال مرحلة المحاكمة، مرجع سابق، ص13.

[3] أحمد السقا: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص114.

3: حقوق الدفاع لدى الرومان: بعد تأسيس مدينة روما [1] والتي أصبح على رأسها الملك ، الذي كان يمارس القضاء بالنسبة للنزاع. الذي يقع بين أرباب الأسر من قبيلتين مختلفتين ، أما إذا كان النزاع بين فردين من أسرة واحدة فإن رب الأسرة كان يقوم بحسم هذا النزاع.

يعتبر قانون الألواح الإثنى عشر نقطة انطلاق للنظر إلى حق المتهم في الدفاع عن نفسه بعين الاعتبار.

بعد المعاناة التي كانت يلقاها من تشير إليه أصابع الاتهام لجريمة قبل صدور ذلك القانون، من جراء النظر إلى فعله على أنه معصية دينية، لذا استهدف قانون الألواح الإثنى عشر تحقيق العدالة والمساواة من خلال تنظيم إجراءات التقاضي بما يكفل ذلك، وتأمين المتهم بضمانات دفاعية خلال محاكمته، فضلا عن تحديد العقوبة الواجبة التطبيق ليحل القانون والقضاء باسم السلطة العامة محل الانتقام الفردي[2].

فالقوانين الرومانية لم تنص صراحة على مبدأ افتراض براءة المتهم وإنما يشيع احترام هذا المبدأ من خلال بعض النصوص، ومن الطريقة التي كان يعامل بها المتهم أثناء المحاكمة ، فالقانون الروماني كان يلزم من يدعي أمرا أن يثبته وبالتالي كان يقع على من يوجه الاتهام لأي شخص أن يقيم الدليل على ذلك[3].

كان المتهم يمثل أمام المحكمة طليقا احتراما لفرضية البراءة، رغبة في الحفاظ على التوازن بينه وبين المجني عليه وتمكينا له من الدفاع عن نفسه فمن ثم فلم يكن من المسموح به إتمام محاكمته تحت وطأة الحبس الاحتياطي ما لم يكن قد تم ضبطه متلبسا بالجريمة أو قد كان أعترف بارتكابها[4].

إذ اعتبر الاتهام حقا لكل فرد شريطة إقرار الحاكم له، فإن القانون الروماني كفل للمتهم حقوق الدفاع عن نفسه شخصيا أو بواسطة الغير أثناء المحاكمة التي كان يقف فيها على قدم المساواة مع المجني عليه أمام المحلفين وبحضور ممثل الاتهام وكانت تجري فيها المرافعة شفاهة وعلنا، وكان يقع على عاتق من يدعي أمرا ينبغي إثباته[5].

---

[1] تأسست روما عام 754 ق.م من ثلاث قبائل "السابين واللاتينيين والاتروسك" وبتحالف هذه القبائل تكونت مدينة روما.
أرزقي العربي أبرياش: مختصر تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، صفحات،25،24.

[2] أحمد السقا: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص145.

[3] محمد خميس: الإخلال بحق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص31.

[4] محمد السقا: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص186، 148.

[5] حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص20.

وعلى صعيد أخر فقد تولى موظفو الدولة مهمة توجيه إجراءات بعض القضايا تحقيقا واتهاما وحكماــ وذلك من خلال المحاكم التي كان ينشئها الإمبراطور وكانت أحكامها بمثابة أعمال إدارية، ولذلك كانت تستأنف أمام السلطة الإدارية العليا للسلطة التي أصدرتها وكان الإمبراطور هو أخر درجة استئنافية لها.

وكفل القانون الروماني للمتهم حق الدفاع عن نفسه شخصيا أو بواسطة الغير، فالمتهم كان يستطيع الاستعانة بمحام للدفاع عن نفسه، لا سيما أن مهمة المحاماة قد استقرت دعائمها في ذلك العصر، خاصة بعد نشر قانون الألواح الإثنى عشر؛ حيث وصلت إلى حالة شبيهة بوضعها الحالي، ويعزى ذلك إلى أن القوانين الرومانية تأثرت بالقوانين الإغريقية، فضلا عن أن الرومان قد اهتموا بدراسة القانون، وتكونت منهم طبقة من المحامين، بل أن أول نقابة للمحامين قد نشأت في ذلك العصر في عهد جينيان[1].

كما أن القانون الروماني لم ينظم حق الطعن في الأحكام بالشكل الذي تضمنته التشريعات الحديثة، إلا أنه كان لهم نظام شبيه بنظام الطعن في الأحكام المعروف الآن. ففي العهد الملكي عرفوا ما يسمى بالتظلم [2]. أما في العهد الجمهوري فكان التوسط و الشفاعة [3]، وفي عهد الإمبراطوري يظهر الاستئناف[4].

---

[1] محمد خميس: الإخلال بحق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص31.

[2] وهو شكل بدائي للطعن الذي يصدر ضد متهم ارتكب جريمة من الجرائم العامة التي تقع تحت طائلة قانون العقوبات الروماني فكان من حقه أن يرفع تظلمه إلى مجلس الشعب يطلب منه إلغاء الحكم الصادر بالإدانة أو تعديله لمصلحته ، وفي البداية كان ذلك التظلم مقصور على الجرائم العامة إذا كانت العقوبة بدنية، ثم اتسع نطاقه ليستوعب كافة العقوبات حتى المالية منها.

حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص285.

[3] وهو الشكل الذي كان يحق للمتهم من خلاله الطعن في الحكم الصادر بإدانته، لرفع الخطأ القضائي الذي شابه، وذلك من خلال طلب مدعم بأسانيد قوية يقدمه لقاض أخر غير الذي أصدر الحكم سواء من ذات درجة الأولى أو يعلوه درجة ، وبالرغم من ذلك فإن محكمة الشعب التي كانت تنظر التظلمات في العهد الملكي لم تفقد صلاحيتها، تماما في هذا المجال، بل كانت تنظر الطعن في الأحكام الصادرة بالإعدام.

حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق.ص286.

[4] كطريق لطعن في الأحكام، فالمتهم المحكوم عليه كان يمكنه اللجوء إلى الأمير طور لطعن أمامه في حكم الإدانة الذي أصدره القاضي، وفي بداية الأمر كان الإمبراطور هو قاضي الاستئناف الوحيد في الإمبراطورية، إلا أنه مع ازدياد الطعون وتعقد موضوعاتها صعب عليه نظرها بمفرده، فاضطر إلى تفويض مندوبين عنه في المقاطعات المختلفة للنظر في استئناف الأحكام ومع ذلك ظل محتفظا لنفسه بالنظر في الالتماسات التي ترفع إليه في الأحكام الصادرة من مندوبيه باعتباره صاحب الحق الأصلي في ذلك.

المرجع السابق، ص 287.

ويذكر أن المبادئ العامة للقانون الروماني قد انتكست في العهد الإمبراطوري حيث سمح باستخدام التعذيب ضد المتهم أثناء محاكمته، وأعطي للقاضي سلطة جاوزت حدود المعقولية، فقد اختص بالتجريم والعقاب في غير قليل من الحالات، مما فسح مجال التحكم، وعصف الحرية ،وترتب على ذلك أن ضاعت حقوق المتهم وضمانات عدالة محاكمته.

وكانت هذه الانتكاسة هي المبرر لوجود القضاء التحكيمي فيما بين المسيحيين، والذي أوجدته الكنيسة، تأسيسا على افتقار القضاء الحكومي للحياد، لجمعه بين العمل الإداري والعمل القضائي، ويعتبر هذا الصنف من القضاء هو نقطة الابتداء للقضاء الكنسي في العصور الوسطى[1].

4: حقوق الدفاع لدى الإغريق: كان النظام القانوني عند الإغريق مؤسسا في مراحله الأولى على الدين إلا أنه في مراحله المتأخرة كان على العكس من ذلك، حيث كان يصدر عن طريق الجمعيات الشعبية[2].

ولقدماء الإغريق فضل السبق في إرساء نظام المحلفين في المحاكمات الجنائية والذي يعد حاليا من أساسيات المحاكمات في النظم الغربية في هذا المجال[3].

كان حق الدفاع في النظام الإغريقي يتمثل بالنسبة للقضاء العادي في علنية القضاء حيث كانت المحاكمة في الهواء الطلق، وكانت تجذب المواطنين للحضور، وكان يتمثل في حق الحضور والمواجهة، حيث كانت المحاكمة حضورية، وكان الخصمان يعرضان دفاعهما أثناء المحاكمة مصحوبين بأوجه الدفاع، ولم يكن يصغ أن يقدم حججه إلا في حضور خصمه[4].

وبصدور قانون درا كو ن[5]سنة 621.ق/م، برزت فكرة الاعتدا د بإرادة المتهم بصدد مساءلته جنائيا ومع ذلك فقد انعدمت المساواة في المعاملة بين المتهمين[1].

---

[1] المرجع السابق، ص 287.

[2] محمد علي عويضة: حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص108.

[3] لا زالت بعض القوانين تأخذ بنظام المحلفين حتى الآن كالقانون الإنجليزي والفرنسي، بالرغم من الانتقادات العديدة التي وجهت إليه، ومن التشريعات الحديثة التي تأخذ بهذا النظام قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.
محمد خميس: الإخلال بحق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، ص27.

[4] محمد علي عويضة: حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص108.

[5] دراكون.: مشرع إغريقي وضع أول مجموعة قوانين مكتوبة في أثينا القديمة عام 621 قبل الميلاد، أثناء الاولمپياد رقم 39، عام 622 أو 621 ق.م، وضع درا كون نظاماً قانونياً عــُرف باسمه. ولا نعرف الكثير عن حياته. ويعتقد أنه كان من النبلاء من عائلة أتيكية تــُدعى يوپاتريداي، إذ ينص أحد سجلات سودا من القرن العاشر على أنه كان معاصراً لها

وفي تصور آخر أوجد قانون صولون[2] المحاكم الشعبية التي ظهر في كنفها نظام المحلفين في صورته البدائية.

وإلى جانب هذا الصنف من المحاكم وجد القضاة المحليون بالإضافة إلى مجلس الشعب الذي كان يتمتع ببعض الاختصاصات القضائية[3].

والإغريق أول من عرفوا فكرة "المدافع" عن المتهم فالمحاماة بمفهومها الحديث ظهرت لأول مرة عندهم، ويعزى ذلك إلى أنهم أول من عرفوا نظام (المحلفين) الذي يستلزم الخطب والمرافعات المطولة للإقناع، ففي بداية ذلك العصر لم يكن المتقاضى يستعين بمدافع عنه، إلا أنه مع تعقد الإجراءات القضائية، نشأت مادة استخدام خطيب أو رجل بليغ ليتمكن من التأثير على المحلفين، ويدل على ذلك أن الإغريق كانوا يطبقون بدقة مبدأ شفوية المرافعات الذي يعد من أهم مظاهر ممارسة " حقوق الدفاع"[4].

ويرجع الفضل إلى كل من مدونة ((دراكون)) ومدونة ((صولون)) في تنظيم مهنة المحاماة ووضع شروط فيمن يمارسها، منها أن يكون حرا، أن يكون حسن السيرة والسلوك وأي يكون رجلا، إذ منعت النساء من ممارسة تلك المهنة في ذلك العصر[5].

، أي قبل عصر حكماء اليونان السبع. ويقول أرسطو أن درا كو ن وضع قوانينه في أرخون أريسطاخموس. http://ar.wikipedia.org/wik

[1] وقد أرجع نزعة للمساواة في ضل القانون الدر اكوني إلى انتماء درا كون إلى طبقة الأشراف ومن ثم فقد دعم قانونه الفوارق الطبيعية مما انعكس على معاملة المتهم بطبيعة الحال.

محمود السقا: فلسفة تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، مرجع سابق، ص138.

[2] صولون Solon Σόλων الشاعر والمشرع اليوناني الذي عاش بين القرنين السادس والسابع قبل الميلاد (640 – 560)، وهو إلى جانب كونه شاعرا وحكيما من حكماء اليونان السبعة، وكان أيضا من السياسيين اللامعين، فقد انتخبه أهالي أثينا حاكما، فقام بإصلاحات تشريعية وإدارية، وسميت هذه التشريعات باسم تشريعات صولون. ولم يكون صولون حكيما وشاعرا وحاكما فحسب، ولكنه كان من رواد الديمقراطية في أثينا، وكان له الفضل في إلغاء نظام الرق الذي كان يسمح بإسترقاء الفلاحين إذا عجزوا عن سداد ديونهم، وبذلك كسر شوكة النبلاء وتعامل معهم كما يتعامل مع الفقراء سواء بسواء وإلغاء نظام الرق يعد أول إصلاح دستوري في تاريخ اليونان، فقد قام صولون بتحرير الرق وحمى الحرية الشخصية للأجراء والبسطاء وضمهم بالانتخاب، ولمن تجاوز سن الثلاثين إلى مجلس الأعيان الذي يقوم بتصريف شئون الدولة التي يعرضها مجلس الولاة لدراستها دون أن يكون لهم سلطان عليهم. وبذلك وضع صولون في أثينا أحد الأسس الديمقراطية التي تتيح للمواطن العادي أن يشارك في السياسة والحكم.

http://ar.wikipedia.org/wik

[3] حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص16.

[4] محمد خميس: الإخلال بحق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص28.

[5] المرجع السابق، ص29.

وبالرغم من اختلاف إجراءات المحاكمة طبقا لجسامة الجريمة المسندة للمتهم لدى الإغريق إلا أنها كانت تدار جميعا بصورة علنية وبحضور المتهم إلا إذا تخلف عن ذلك فيحكم عليه غيابيا، وكان يسمح للمتهم الحاضر بالدفاع عن نفسه، بإبداء دفوعه الشكلية أولا ثم دفوعه الموضوعية.

وكان دور القضاء هو سماع أطراف الدعوى في صمت، ثم يقومون بالتصويت بالإدانة أو البراءة بغير مداولة وفي سرية تامة دعما لاستقلالهم عن الضغوط وتمكنهم من الحرية التامة في ممارسة مهامهم، غير أن الحكم النهائي كانت من أهم شروطه النطق به علانية بعد التصويت عليه[1].

5: حقوق الدفاع في ظل القانون الفرعوني: البحث عن الحقيقة وغاية البريء ويقينية العقاب عن الجرائم هي أبرز المبادئ التي قام عليها التشريع الجنائي الفرعوني.

فضلا عن تقدم الأنظمة القضائية ومعه ضمانات وفيرة وثيقة الصلة بحق الدفاع أهمها حظر عقاب أي متهم بغير سماع دفاعه، الأمر الذي أدى إلى كفالة حق المتهم في الدفاع[2].

لقد كانت المحاكمات الجنائية الفرعونية مدارة من خلال بعض المبادئ التي كانت بمثابة ضمانات جوهرية لحق المتهم في الدفاع.

فجرت تلك المحاكمات في ذلك العصر في جلسات علنية و حضورية مع تحديد التهمة المنسوبة للمتهم بالتفصيل [3]، حتى يتقدم بدفاعه من خلال مذكرة مكتوبة حيث كانت المرافعات الشفوية محظورة في ذلك الوقت لاعتقادهم أنها لها تأثير سيء على العدالة، لذا كانوا يتبعون نظام المذكرات المكتوبة لدفاع الخصوم، والتي كان محررها الكهنة باعتبارهم الفئة التي كانت تعرف الكتابة في المجتمع الفرعوني القديم[4]، وفي نهاية الجلسات ينطق الرئيس بالحكم علنا[5].

لقد عرف الفراعنة مبدأ التقاضي على درجتين، حيث كانت القضايا تنظر ابتدائيا في كل مقاطع أمام محاكم (السراة) التي يرأسها حاكم المقاطعة ويعاونه عدد من القضاة من أشراف المقاطعة، كما وجدت المحاكم (الست) العليا التي يرأسها الوزير وهي مكونة من ستة دوائر

[1] محمد السقا: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص145.

[2] جندي عبد المالك: الموسوعة الجنائية، ج5 ، مرجع سابق، ص485.

[3] جندي عبد المالك: الموسوعة الجنائية، ج5 ، مرجع سابق، ص490،491.

[4] رؤوف عبيد: المشكلات العملية في قانون الإجراءات الجزائية المصري، ج1، مرجع سابق، ص509.

[5] جندي عبد المالك: الموسوعة الجنائية،ج5، مرجع سابق، ص490.

لاستئناف أحكام محاكم السراة [1]، ولم يقتصر الأمر على ذلك فحسب، وإنما امتد ليشمل ((نقض وإبرام)) الأحكام التي تصدرها محكمة الاستئناف، فقد أدركوا ضرورة الطعن في هذه الأحكام لضمان حق المتهم في الدفاع.

لذا تم إنشاء((المحكمة العليا)) لترفع إليها أحكام محكمة الاستئناف لنظر فيها، مع إلزام القضاة بتسبيب أحكامهم حتى يتسنى للمحكمة العليا مراقبتها ونقضها أو إصلاحها حسبما يقتضي الحال[2].

ثانيا: تطور حقوق الدفاع في العصور الوسطى والعصر الإسلامي:

1: حق الدفاع في عهد الملكية المطلقة: كان ملوك ذلك العصر، يعتبرون أنفسهم مصدر للعدالة لذا استأثروا لأنفسهم بكافة السلطات فاستبدوا وتحكموا، لتشهد تلك الفترة أبشع الأنظمة العقابية وأكثرها هدرا لحقوق وضمانات الدفاع[3].

و كان طبيعيا أن يلقي هذا النظام بظلاله وظلماته على شؤون العدالة، حيث جمع لويس الرابع عشر[4] سنة 1670 بعض الأعراف و التعاليم الكنسية في مرسوم أسماه ((الأمر الكبير)) منح بموجبه القاضي سلطات واسعة في التجريم والعقاب، وكان الملك يستطيع تشكيل لجان قضائية استثنائية بمقتضى رسائل مختومة بصدد القضايا الخطيرة[5].

---

[1] محمود السقا: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص202.

[2] حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص15.

[3] أطلق بعض الفقهاء على ذلك العصر اسم النظام القديم، ويتحدد عندهم بالفترة التي خضعت فيها أوربا لسيطرة السلطة الملكية الإقطاعية لذا أطلق عليه اسم العصر الإقطاعي.

المرجع السابق ص21؛ محمد خميس: الإخلال بحق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص23.

[4] لويس الرابع عشر: (ولد في 5 سبتمبر، 1638 وتوفي في 1 سبتمبر، 1715). حكم في 14 مايو، 1643، قبل أشهر قليلة من يوم ميلاده الخامس. لكنه لم يكن يحمل السيطرة الفعلية حتى توفي رئيس الوزراء الكاردينال مازارين في 1661.

بقي على العرش حتى وفاته، قبل يوم ميلاده السابع والسبعين بأيام قليلة. كان يلقب بالملك الشمس وذلك لاهتمامه ورعايته للأدب والفن. وهو الذي قام ببناء قصر فرساي في فرنسا.

لويس الرابع عشر، صاحب ثاني أطول فترة حكم عرفت منذ القدم التي استمرت اثنتين وسبعين سنة وثلاثة أشهر بعد سوبهوزا الثاني ملك سوازيلند (1899 – 1982).

وكبديا الموسوعة الحرة http://ar.wikipedia.org/wik

[5] حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص21.

وبزيادة واستمرارية ذلك الاستبداد وشدته، ظهرت بوادر انفراج أزمته في إنجلترا، عندما اضطر الملك جون [1] نزولا عند إرادة الشعب، الذي طالب بأن يكون لإرادته وزن بجانب إرادة الحاكم، إلى إعلان وثيقة تفرض قيودا على سلطة الملك هي .Magna Charte Libération. والتي نصت على ضمانات عديدة منها: عدم جواز القبض على أي فرد أو حبسه أو إعدامه إلا بقرار قضائي صادر طبقا للقانون[2].

وفي عام 1789 وعلى اثر الأزمة التي عانتها فرنسا بسبب الاستبداد والبذخ فقد انتهى الأمر باقتحام سجن الباستيل ووضع الوثيقة التاريخية ((إعلان حقوق الإنسان والمواطن)) كأداة يركز على البحث عن الحقيقة، وبأية وسيلة كانت ولو كان ذلك على حساب حرية المتهم الذي لم يكن متاحا له الدفاع عن نفسه وكان يعامل على أساس أنه مذنب في كافة الإجراءات حتى أمام قضاء الحكم الذي جمع بين وظيفتي الاتهام والحكم في نفس الوقت على الرغم من التناقض بين مقتضيات كل منهما[3].

---

[1] الملك جون. (John Lackland) هو ملك إنكلترا (1199–1216 م)، كان خامس أبناء الملك هنري الثاني ملك إنجلترا، تولى الحكم خلفا لأخيه ريتشارد قلب الأسد.

بعد فترة قصيرة من تتويجه (1200 م)، تزوج من "إيزابيل من أنْغُولِم" (d'Angoulême Isabelle)، والتي كانت قد خُطِبت لأحد النبلاء الفرنسيين، وهو "هوغ التاسع من لوسينيان" (Hugues IX de Lusignan)، كان في عمله هذا قد خالف الأعراف المسيحية، فاشتكى الأخير لملك فرنسا "فيليب أوغست" (Philippe Auguste)، والذي استدعى بدوره "جون" أمام مجلس النبلاء، وأمام تهرب المدعى عليه، انتهز "فيليب أوغست" الفرصة فقرر وبموافقة من المجلس تجريده من أملاكه الفرنسية (1202 م).

حاول "جون" أن يستعيد أملاكه، فتحالف مع الإمبراطور الجرماني "أوتو الرابع"، إلا أن الأخير هُزِم أمام الفرنسيين، ثم لاقى "جون" نفس المصير في معركة "روش أو مولن" (Roche-aux-Moines) في نفس العام. في السنة التالية، أصَرّ الملك على رفض تعيين "ستيفان لانغتون" (Stephen Langton) أُسقفا على كانتربيري (Canterbury)، فحلت عليه نقمة البابا، ثم حُرِم من حقوقه الكَنسِية وأُجبِر على أن يضع مملكته تحت سلطة البابا المعنوية.

كانت لإخفاقات جون في الخارج صدى سلبي في الداخل (إنكلترا)، وبالأخص أنه قد أجهَد الشعب بكثرة مطالبه المالية وشروطه التعجيزية، فتعالت الأصوات المعارضة، وبالأخص بين كبار النبلاء (البارونات). كانت الحكومة الملكية ضعيفة جدا وفي غفلة عن الأحداث، فقام النبلاء بالاستيلاء على لندن، وأجبروا الملك على توقيع وثيقة الــ"ماجنا كارتا" (Magna Carta). حدّت (قلصت) هذه الوثيقة من صلاحيات الملك، وحرمته من اعتقال الناس بطريقة تعسفية (بدون محاكمة). بعد فترة عاد الملك ليرفض الوثيقة، فاشتعلت نار الحرب الأهلية، وانتهى أمر "جون" بأن لاقى مصرعه في إحدى المعارك.

وكبديا الموسوعة الحرة http://ar.wikipedia.org/wik

[2] محمد خميس: الإخلال بحق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي مرجع سابق ، ص33.

[3] حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص32.

2: النضال الفكري لكفالة حق المتهم في الفترة السابقة: وفي اتجاه مواز لذلك كان هناك على الجانب الآخر نضال فكري حمل لواءه الفلاسفة والمفكرون الذين ناضلوا ضد الاستبداد حتى أثمرت مجهوداتهم بعصر جديد أطلق عليه عصر الرحمة الإنسانية [1] ففي إنجلترا ظهر الفيلسوف جون لوك[2] الذي اشتهر بفكرة المصدر الإلهي لسلطة الحاكم الشيء الذي دفع الملك إلى توقيع وثيقة (إعلان الحقوق) التي وقع عليها البرلمان الإنجليزي.

وفي فرنسا ظهر الفيلسوف مونتسكيو[3] الذي ندد بتركيز السلطة في يد واحدة ونادي بنظام فصل السلطات في كتاب (Les spirit des Lais)، وبعده نادى الفيلسوف جون جاك روسو[1] في كتابه "العقد الاجتماعي" الذي أكد فيه بأن الشعب صاحب السيادة فالدولة نشأت بعقد بين الأفراد.

---

[1] عبد المالك الجندي: الموسوعة الجنائية ج5، مرجع سابق، ص10.

[2] جون لوك **(1632 – 1704)** (John Locke) هو فيلسوف تجريبي ومفكر سياسي إنجليزي. ولد في عام 1632 في رنجتون Wringiton في إقليم Somerset وتعلم في مدرسة وستمنستر، ثم في كلية كنيسة المسيح في جامعة أوكسفورد ، وبسبب كراهيته لعدم التسامح البيورتياني عند اللاهوتيين في هذه الكلية، لم ينخرط في سلك رجال الدين. وبدلاً من ذلك اخذ في دراسة الطب ومارس التجريب العلمي، حتى عرف باسم (دكتور لوك).

وفي عام 1667 أصبح طبيباً خاصاً لأسرة أنتوني آشلي كوبر (1621–1683) الذي صار فيما بعد الإيرل الأول لشافتسبري، ووزيراً للعدل، ولعب دوراً خطيراً في الأحداث السياسية العظيمة التي وقعت في إنجلترا ما بين ســـــنة 1660 وسنة 1680.

لعبت علاقة لوك باللورد آشلي دوراً كبيراً في نظرياته السياسية الليبرالية. وكان اللورد آشلي يتمتع بنفوذ كبير في إنجلترا إذ كان يمثل المصالح السياسية لرؤوس الأموال التجارية في لندن، وتحت تأثير اللورد آشلي كتب لوك في عام 1667 مقالاً خاصاً بالتسامح (On Toleration) راجع فيه أفكاره القديمة الخاصة بإمكانية تنظيم الدولة لكل شؤون الكنيسة.اعتقد الكثيرون لمدة طويلة ان لوك كتب أشهر مقالتين سياسيتين نشرتا في عام 1690 بعنوان "مقالتان عن الحكومة" (Two Treatises on Government) تأييداً لثورة 1688 الكبرى.

كان لجون لوك دور كبير غير مباشر في الثورة الأمريكية إذ أن كتابه ((رسالتان في الحكم)) كان محط إعجاب الأمريكيين وكانت من ضمن آراؤه في الكتاب أن الوظيفة العليا للدولة هي حماية الثروة والحرية ويجب على الشعب تغيير الحكومة أو تبديلها في حالة عدم حفظها لحقوق الشعب وحريته، وقد ساهمت آراؤه في زيادة وعي الأمريكيين الذين اعتنقوا آراؤه وقرروا تنفيذها.ومن أشهر عباراته الفلسفية"الأفكار الجديدة هي موضع شك دائماً، مات في 28 أكتوبر من العام 1704 في مقاطعة اسيكس في بريطانيا وكان عمره 72 سنة.

وكبديا الموسوعة الحرة http://ar.wikipedia.org/wik

[3] مونتسكيو: شارل لوي دي سيكوندا المعروف باسم مونتسكيو ((بالإنجليزية: Montesquieu))؛ (18 يناير 1689 – 10 فبراير 1755)، فيلسوف فرنسي صاحب نظرية فصل السلطات الذي تعتمده غالبية الأنظمة حاليا، ولد مونتسكيو في جنوب غرب فرنسا بالقرب من مدينة بوردو عام 1689 حيث تعلّم الحقوق وأصبح عضو برلمان عام 1714.

مؤلفاته عام 1716 تأملات في أسباب عظمة الرومان وانحطاطهم، عام 1721 نشر كتابه الساخر "رسائل فارسية" وفيه انتقد المجتمع وأنظمة الحكم في أوروبا في ذلك الحين،عام 1734 نشر كتابا تحت عنوان "الملكية العالمية" قام بتقسيم

وفي إيطاليا أصدر بكارية مؤلفه الشهير "الجرائم والعقوبات" وضع فيه مجموعة من المبادئ الجوهرية التي كان لها تأثير إيجابي انعكس صداه على كثير من التشريعات دعما لحقوق المتهم في الدفاع[2].

3: تطور حق الدفاع في الشريعة الإسلامية: إن التشريع السماوي الحكيم الذي أنزله الله على رسوله محمد صلى الله عليه وسلم، جاء كاملا متكاملا؛ صالحا لكل زمان ومكان، محفوظا من كل تحريف أو تغيير ﴿.. إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ ..﴾[3] بخلاف الكتب السماوية الأخرى، ولقد جاء القرآن الكريم جامعا لكل الأحكام من عبادات ومعاملات كما قال تعالى: ﴿.. مّا فَرّطْنَا فِي الكِتَابِ مِن شَيْءٍ ثُمّ إِلَىَ رَبّهِمْ يُحْشَرُونَ ﴾[4].

و حق الدفاع من أهم الحقوق التي لابد من المحافظة عليها لتحقيق العدل الذي هو الهدف الأسمى للشرائع السماوية كلها. كما قال تعالى في كتابه الكريم ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ. ﴾[5].

وقد عرفت الشريعة الإسلامية كافة الصور والوسائل التي يمكن للمتهم بواسطتها حق الدفاع عن نفسه في ضوء الأسس التي أرساها القرآن الكريم، وترجمها عمل رسول الله ε وطبقها

الشعوب إلى شمالية وجنوبية وادعى أن الفرق في المناخ هو السبب الأساسي للاختلاف بين شعوب الشمال وشعوب الجنوب،عام 1748 نشر مونتسكيو أهم كتبه "روح القوانين" في جنيف في31 جزءا.

وكبديا الموسوعة الحرة http://ar.wikipedia.org/wik

[1] جان جاك روسو (28 يونيو 1712–2 يوليو 1778) فيلسوف سويسري، كان أهم كاتب في عصر العقل. وهو فترة من التاريخ الأوروبي، امتدت من أواخر القرن السابع عشر إلى أواخر القرن الثامن عشر الميلاديين.

ساعدت فلسفة روسو في تشكيل الأحداث السياسية، التي أدت إلى قيام الثورة الفرنسية. حيث أثرت أعماله في التعليم والأدب والسياسة. وُلد روسو في مدينة جنيف بسويسرا.

وكانت أسرته من أصل بروتستانتي فرنسي، وقد عاش في جنيف لمدة سبعين عاما تقريبا و كانت نقطة التحول في حياة روسو عام 1749م، حين قرأ عن مسابقة، تكفّلت برعايتها أكاديمية ديجون،. وقدم روسو مقاله إلى الأكاديمية تحت عنوان: بحث علمي في العلوم والفنون عام 1750 أو 1751م، حمل فيه على العلوم والفنون لإفسادها الإنسانية. ففاز بالجائزة.

وكبديا الموسوعة الحرة http://ar.wikipedia.org/wik

[2] محمد خميس: الإخلال بحق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق ، ص34.

[3] سورة الحجر الآية 9.

[4] سورة الأنعام الآية 38

[5] سورة الحديد الآية 25.

تبعا خلفاؤه الراشدون بكل دقة ووعي وشرحها فقهاء المسلمين الأمر الذي يؤدي بنا إلى القول بأنه من الممكن إقامة نظرية متكاملة لحقوق المتهم في الدفاع في أحضان الشريعة الإسلامية.

ففي الحقبة الأولى من عمر الدولة الإسلامية أدرك مسؤولها مبادئ إقامة دولة قوية في ظل مشروعية القانون، وقضاء عادل، وحماية الحقوق والحريات، وكفالة حق الدفاع بتقرير مجموعة من الضمانات التي تعتمد على أصل ثابت في الإنسان هو البراءة إلا أن يتم إثبات العكس[1].

و في ظل أحكام الشريعة الإسلامية لا يمكن متابعة أي شخص إلا متى أشتبه في أنه قد خالف نصا عقابيا سابقا لفعله، فالقاعدة في الشريعة الإسلامية" لا تكليف قبل ورود الشرع" وهو ما أصطلح على تسميته في القوانين المعاصرة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" [2]وقد عبر القرآن الكريم عن هذه القاعدة ﴿.. وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولا﴾[3].
وكذلك قوله تعالى ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا..﴾[4].

أ-سمو الشريعة في تطبيق مبدأ افتراض البراءة: أسست الشريعة الإسلامية مبدأ افتراض البراءة، فالأصل في الإنسان براءة الذمة، ويتبلور هذا السمو في تطبيق هذا المبدأ فيما تقرر من إلزام القاضي بأعماله في الخصومات التي تطرح عليه، وتقييده بالتثبت يقينا من ارتكاب المتهم للجريمة قبل الحكم عليه حتى ولو كان معترفا بفعله. كما روى عن رسول الله ε أنه :" قد جاءه رجل يعترف بالزنا، ويكرر اعترافه فسأل ε هل به جنون أو شارب خمر، وأمر من يشتم رائحته لستكناه ذلك وجعل يستفسره عن الزنا فقال له لعلك قبلت أو غمزت، وفي رواية هل صاحبتها قال نعم قال: فهل باشرتها قال نعم قال هل جامعتها؛ فقال نعم قال: فما تريد بهذا القول قال طهرني، فأمر برجمه[5].

ب- ومبدأ افتراض البراءة مقرر لكافة المتهمين، فالقاعدة أن" اليقين لا يزول بالشك" والمتهم مشكوك فيه ولا يمكن إزالة اليقين في براءته مجرد الشك مهما كان قويا وقد قرر الرسول ε ما

---

[1] محمد خميس: الإخلال بحق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص35.

[2] نص الدستور الجزائري في المواد التالية على مايلي: **المادة** 45 : كلّ شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته، مع كلّ الضّمانات التي يتطلّبها القانون.

المادة 46 : لا إدانة إلاّ بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرّم.

المادة 47 : لا يتابع أحد، ولا يوقف أو يحتجز إلاّ في الحالات المحدّدة بالقانون، وطبقا للأشكال التي نص عليها.

[3] سورة الإسراء الآية15.

[4] سورة القصص الآية59.

[5] أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب الحدود، دار إحياء لتراث، بيروت، 1986

تقدم بقوله" أدرءوا الحدود بالشبهات، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فالإمام لأن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة"[1].

وعلى ذلك لا يصح الحكم على شخص بعقوبة إلا بعد التأكد من أنه قد ارتكب الجريمة[2].

ج-حق المتهم في الإحاطة بالتهمة وحضور الإجراءات وإبداء الأقوال بحرية: وفق أحكام الشريعة الإسلامية إذا ما تم إسناد الاتهام إلى شخص تقررت له مجموعة من الضمانات التي تبدأ في حقه أن يحاط علما بما نسب إليه، وحضوره إجراءات التحقيق والمحاكمة، وسماع أقواله قبل الحكم عليه.

وقد روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: بعثني رسول الله ε إلى اليمن قاضيا فقلت: يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء؟ فقال: إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضي حتى تسمع من الآخر، كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء[3].

- إجازة استعانة المتهم بمدافع في أحكام الشريعة الإسلامية: لم تنظم الشريعة الإسلامية المحاماة كمهنة مستقلة لها قواعدها بالصورة التي تعرفها التشريعات المعاصرة، إلا أن فقهاء الشريعة لم يتناولوا هذا الحق إلا في معرض حديثهم عن" التوكيل في الخصومة" وأتفق على جواز التوكيل في الخصومة لإثبات أو دفع الاتهام في جريمة تقتضي عقوبتها التعزير إلا أنهم اختلفوا في إمكانية التوكيل في الخصومة لإثبات أو دفع الاتهام في حد أو قصاص، فرأت غالبيتهم ذلك. كما أرسى القرآن الكريم والسنة المطهرة أساسا من أهم الأسس لممارسة مهنة المحاماة نزاهة وشرف فقد قال تعالى ﴿ إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلاَ تَكُن لِّلْخَائِنِينَ خَصِيمًا وَاسْتَغْفِرِ اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا ، وَلاَ تُجَادِلْ عَنِ الَّذِينَ يَخْتَانُونَ أَنفُسَهُمْ إِنَّ اللَّهَ لاَ يُحِبُّ مَن كَانَ خَوَّانًا أَثِيمًا ، يَسْتَخْفُونَ مِنَ النَّاسِ وَلاَ يَسْتَخْفُونَ مِنَ اللَّهِ وَهُوَ مَعَهُمْ إِذْ يُبَيِّتُونَ مَا لاَ يَرْضَى مِنَ الْقَوْلِ وَكَانَ اللَّهُ بِمَا يَعْمَلُونَ مُحِيطًا ، هَاأَنتُمْ هَؤُلاء جَادَلْتُمْ عَنْهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا فَمَن يُجَادِلُ اللَّهَ عَنْهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَم مَّن يَكُونُ عَلَيْهِمْ وَكِيلاً ﴾[4].

---

[1] أخرجه الترمذي في كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود، برقم 1344،

[2] عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، ج1، د ط، دار إحياء التراث، بيروت، 1985، ص217.

[3] سنن أبي داوود: إ عداد الغفار سليمان البنداري، ج3، ط1، دار الجبل، بيروت ، لبنان، 1992، ص301.

[4] سورة النساء الآيات 105. 106،107،108،109.

قال المفسرون إن هذه الآيات قد نزلت في رجل يدعى " طعمه بن إبريق" وكان منافقا وسرق درعا وخبأها عند يهودي فضبطت عنده ورماه طعمه لها فأخبره اليهودي بأنها لطعمه ، فحلف أنه ما سرقها، وسأل قومه النبي ε يجادل ويخاصم عنه ويدفع عنه التهمة ويبرئه لأنه رمى بالسرقة من غير بينة فنزلت هذه الآيات توضح الحق لرسول ε وتين لنا الأساس النزيه والشريف في المرافعات والدفاع عن أصحاب الحق وتجنب الدفاع لأجل الخائنين وقد أكد الرسول ε على هذا الأساس بقوله " من أعان على خصومة في ظلم فقد باء بغضب من الله وفي رواية " من خاصم في باطل وهو يعلمه لم يزل في سخط الله حتى ينزع عنه، ومن قال في مؤمن ما ليس فيه أسكنه الله ردعة الخيال حتى يخرج مما قال"[1].

الفرع الثاني: تطور حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي في العصر الحديث.

لقد تعرضنا للتطور التاريخي لحقوق الدفاع في العصور القديمة وبينا أن الشرائع القديمة ، قد وضعت حجر الأساس لضمانات حقوق الدفاع، وكافح الإنسان من أجل الحفاظ عليها باعتبارها حقا من حقوق الإنسان قبل أن يكون متهما، لذلك سنعرض في هذه الجزئية لدراسة تطور حقوق الدفاع من خلال أهم المحاكمات الدولية التي أقيمت بعد الحربين العالميتين، ونترك تناول حقوق الدفاع وأساسياتها في التشريعات الحديثة في الفصل الثاني من هذه المذكرة.

أولا:نصوص حقوق الدفاع من خلال محاكمات فرساي، نورمبرغ، وطوكيو:

1: تصور حقوق الدفاع من خلال معاهدة فرساي: تعتبر محاكمة إمبراطور ألمانيا أول محاولة لمحاكمة رئيس دولة في العصر الحديث أمام محكمة دولية، ولقد نصت المادة 227 من معاهدة فرصاي الموقعة في 28جوان 1919 بباريس والتي جاء فيها " أن الدول الحليفة والمشاركة توجه الاتهام العلني إلى الإمبراطور السابق غليوم هنزلن الثاني لارتكابه جريمة الإهانة العظمى ضد الأخلاق الدولية وضد السلطة المقدسة للمعاهدات، وسوف تنشأ محكمة خاصة للمتهم وتؤمن له أمامها الضمانات الجوهرية لممارسة حقه في الدفاع عن نفسه، وتؤلف من خمسة قضاة..."[2].

[1] سنن أبي داود، ج3، مرجع سابق، ص305.

[2] سعيد عبد اللطيف حسن: المحكمة الجنائية الدولية، إنشاء المحكمة نظامها الأساسي اختصاصها التشريعي والقضائي وتطبيقات القضاء الجنائي الدولي الحديث والمعاصر، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص88؛ عادل عبد الله المسدي: المحكمة الجنائية الدولية الاختصاص وقواعد الإحالة، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002 ، ص15.

فعلى الرغم من أهمية ما نصت عليه هذه المادة وما تشكله من أحد المبادئ الهامة والمستحدثة في العصر الحديث، إلا أن الظروف السياسية حالت دون تطبيق هذه المبادئ من جهة ورفض الحكومة الألمانية محاكمة رعاياه أمام محاكم دول الحلفاء، وقامت بإنشاء محكمة ليبزج التي بدأت يوم 23 ماي 1921.

إلا أن الصعوبات التي واجهتها والظروف السياسية المحيطة بها، جعلت منها محاكم شكلية، الأمر الذي أدى حتما إلى التضييق الفعلي لحقوق المتهمين في ممارسة دفاعهم بكل حرية.

وما يمكن أن نستنتجه من معاهدة فرصاي أنها تعتبر أول وثيقة قانونية في العصر الحديث اعترفت صراحة بالضمانات الأساسية لكل متهم في ممارسة حقوق الدفاع بكل حرية.

2- حقوق الدفاع من خلال محكمة نورمبرغ [1]: نصت على نظام محكمة نورمبرغ اللائحة الملحقة باتفاق لندن، والتي أطلق عليها لائحة نورمبرغ، وتضمنت لائحة المحكمة 30 مادة موزعة على سبعة أقسام والأقسام التي تهمنا هي القسم الرابع، الخامس، والسادس أي المادة/16، والمادة/29.

لقد نصت المادة/16 من لائحة محكمة نورمبرغ على الإجراءات التالية:

*أن تتضمن ورقة الاتهام العناصر الكاملة التي تبين بالتفصيل التهم المنسوبة إلى المتهمين وتسلم المتهم صورة من ورقة الاتهام وكل المستندات الملحقة بها مترجمة إلى اللغة التي يفهمها وذلك قبل المحاكمة بفترة معقولة.

*يجب إجراء الاستجوابات الأولية والمحاكمة المتعلقة بالتهم الموجهة إليه باللغة التي يفهمها المتهم أو أن تترجم إلى تلك اللغة.

* للمتهم الحق أثناء التحقيق التمهيدي أو المحاكمة في أن يعطي أية انطباعات متعلقة بالتهمة الموجهة إليه.

* للمتهمين الحق في إدارة دفاعهم أمام المحكمة إما بأنفسهم أو أن يستعينوا بمحام يعاونهم في ذلك.

* للمتهمين الحق في أن يقدموا شخصيا أو بواسطة محاميهم أثناء الدعوى كل دليل يدعم دفاعهم عن أنفسهم، وأن يطرحوا على الشهود الذين أحظرهم الإدعاء ويناقشوهم فيها، كما نصت الفقرة

[1] أنشئت هذه المحكمة بعد المشاورات التي دارت حول إتفاقية لندن المؤرخة في 1945/08/08، الخاصة بإنشاء محكمة عسكرية دولية لمحاكمة كبار مجرمي الحرب أثناء الحرب العالمية الثانية

.مازن ليلو راضي: القانون الدولي الجنائي، ط1، دار قنديل لنشر والتوزيع، عمان، الأردن،سنة 2011، ص 201.

الثانية من المادة 23، من اللائحة على أنه يجوز أن يقوم بمهمة الدفاع بناء على طلب المتهم، كل محام مصرح له قانونا بالمرافعة أمام محاكم بلده، أو يتعهد بها إلى أي شخص آخر تأذن له المحكمة صراحة في ذلك.

كما نصت المادة 18 من اللائحة على مجموعة من الإجراءات يجب على المحكمة اتخاذها:

* حصر الدعوى وذلك عن طريق فحص سريع للمسائل التي تثيرها الاتهامات الأولية.
* أن تتخذ الإجراءات والتدابير الدقيقة والحاسمة لتجنب كل عمل يمكن أن يتسبب في تأخير لا مبرر له.

كما نصت المادة 24 من اللائحة على إجراءات سير المحكمة الحضورية أثناء الجلسات ، وعقدت المحكمة أولى جلساتها في مدينة نورمبرغ في 20 نوفمبر 1945، وأصدرت حكمها في 30سبتمبر و1أكتوبرسنة 1946[1].

وسنتعرض لأهم دفوع الدفاع وموقف المحكمة الذي انتهت إليه.

يرى دفاع المتهمين أن المحكمة غير مختصة قانونا لمحاكمة موكليهم المحالين إليها لأنها تمثل قضاء المنتصر للمنهزم، وأنها تتعارض مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ومبدأ عدم رجعية القواعد الجنائية إلى الماضي.

كما ركز الدفاع دفاعه على مبدأ أساسي وهو أن الدول هي وحدها صاحبة السيادة والمسؤولية عن الجرائم الدولية، ليس الأفراد فالدول هي أشخاص القانون الدولي العام وليس الأفراد[2].

وكان رد الاتهام على الدفوع مثبت إلى حجج واقعية وأخرى قانونية، فمن الحجج الواقعية، اختفاء الدولة الألمانية بعد تصريح 05 جوان 1945.

أما الحجج القانونية فتتمثل في اتفاقية لندن 08 أوت 1945 والملحق الذي تضمن لائحة المحكمة، اللذان يعبران عن إرادة المجتمع الدولي، أما في ما يخص الرد على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ومبدأ عدم رجعية القانون على الماضي فكان يجب تطبيق المبدأ بمرونة[3].

وكان رد المحكمة على الدفوع التي تقدم بها الدفاع أنها كان ردها سلبيا وأيدت وجهة نظر الاتهام وأصدرت تبعا لذلك المحكمة أحكامها المعروفة[4].

---

[1] عبد القادر القهوجي: القانون الدولي الجنائي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2001، ص247،ص 248.
[2] المرجع السابق، ص250، وما بعدها.
[3] عبد القادر القهوجي: القانون الدولي، جنائي مرجع السابق، ص252 وما بعدها.
[4] راجع المطلب الأول من هذه المذكرة ص.17

من خلال استعراضنا لتطور حقوق الدفاع من خلال محكمة نورمبرغ نلاحظ التطور الشامل الذي شهدته هذه المحكمة من خلال إقرار الضمانات الضرورية لكفالة حق المتهم في الدفاع على الأقل من ناحية القوانين التي تضمنتها لائحة المحكمة الشيء الذي يعتبر مؤشرا صعودي في عملية عولمة هذه الحقوق.

3- حقوق الدفاع من خلال محكمة طوكيو: بدأت هذه المحاكمات في: 29 أفريل 1946 واستمرت من 12 نوفمبر 1948، ونشير فقط أن قضاة هذه المحكمة منهم القائد العام للقوات الحليفة الجنرال ماك آرثر، وكذلك بالنسبة للنائب العام للمحكمة ونوابه.

ويتجلى تطور حقوق الدفاع فيها في الدفوع ورد الاتهام على الدفوع وموقف المحكمة من الدفوع ورد الاتهام والحكم الذي انتهت إليه هذه المحكمة[1].

اعتمد الدفاع في محاكمات طوكيو على نفس الحجج والأسانيد التي اعتمدها الدفاع في محاكمات نورمبرغ مع اختلاف فقط في زمن المحكمة و المتهمين، بحيث دفع الدفاع بعدم اختصاص المحكمة وأن المسؤولية في مجال القانون الدولي تقع على عاتق الدولة وليس على عاتق الأفراد أيا كان موقعهم الرسمي، كما دفع الدفاع بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ومبدأ عدم رجعية القواعد الجنائية إلى الماضي.

وكان رد الاتهام نفس الرد الذي قدمه أمام محكمة نورمبرغ، وسارت هيئة المحكمة على نفس منوال هيئة الاتهام.

ومن خلال استعراضنا لتطورات حقوق الدفاع في هاتين المحاكمتين فقد تعرضت لجملة من الانتقادات كانت كلها تصب في الإخلال بمبدأ كفالة حق المتهم في الدفاع.

وقد أخذ على هذه المحاكمات أنها لم تتوافر فيها الخبرة القضائية اللازمة، لكونها شكلت من قضاة يمثلون دول الحلفاء، الشيء الذي جعل الحلفاء يجمعون بين صفتي الخصم والحكم وهو ما يتعارض مع صفة الحياد التي يجب أن يتمتع بها قضاة المحكمة[2].

كما يمكننا الجزم بأن هذه المحاكمات ليس لها قانون فهي من وضع الحلفاء الذين لا يحق لهم سنها وتطبيقها على غيرهم لمخالفتها لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي يعد أحد أهم المبادئ الجوهرية في القانون الجنائي في التشريعات المعاصرة إلا أنه أهم ميزة يمكن أن نستخلصها من هذه المحاكمات هي الإرادة الفعلية للمجتمع الدولي في ملاحقة كل من يمس

[1] Daniel FONTANA UD, lagustice pénale internationale, problèmes politiques et sociaux, la documentation francaise.numéro 826.27ant 1999.p3et ss.

[2] عبد الله سليمان سليمان: المقدمات الأساسية في القانون الدولي الجنائي ،مرجع سابق، ص70، 71.

بالنظام العام الدولي وتكريس هذه المحاكمات لمبدأ كفالة حقوق المتهم في الدفاع ولو من الناحية النظرية.

ثانيا: تطبيقات حقوق الدفاع من خلال تطبيقات القضاء الدولي الجنائي المعاصر.

1-حقوق الدفاع من خلال المحاكمات الجنائية الدولية المعاصرة:

بعد الحرب العالمية الثانية، فلم تنشأ محاكم جنائية دولية رغم الأحداث الخطيرة التي انتهكت فيها الأعراف والقيم الإنسانية، إلا أن الأحداث الأليمة التي وقعت في يوغسلافيا السابقة منذ 1991، ليجد بعدها المجتمع الدولي بعد التهديد الذي خلفته هذه المجازر للأمن والسلم الدوليين لينشأ بعدها مجلس الأمن، استنادا لسلطاته المقررة في الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة محاكم جنائية خاصة، وهي محكمة يوغسلافيا ومحكمة رواندا.

وقد أثار إنشاء هذه المحاكم المؤقتة التساؤل حول الدافع إلى هذا الانتقاء الصارخ في توزيع العدالة الجنائية[1].

فإن كانت محكمتا نورمبرغ وطوكيو تشكلان تطبيقا لقانون الغالب وعدالته، فإن محكمة يوغسلافيا ورواندا تعدان المثالان الوحيدان للقضاء الدولي الجنائي الذي أقامه المجتمع الدولي في مجموعه لم بفرضه الغالبون على المغلوبين في نزاع دولي[2].

أ: حقوق الدفاع من خلال محكمة يوغسلافيا: أنشأ مجلس الأمن محكمة يوغسلافيا السابقة عام 1993 بموجب القرار رقم: 808[1] ومن أهم حقوق الدفاع التي وردت في نظام المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا سابقا ما يلي:

---

[1] برز إلى الوجود نموذج جديد للعدالة الدولية وهو المحاكم المختلطة والتي تعمل تحت إشراف مشترك من الأمم المتحدة والدول المعنية، وشكلت هذه الطريقة محاولة للمزج بين قواعد المحاكمات الوطنية (مثل القرب الجغرافي إلى الضحايا والأثر الإيجابي على مؤسسات الدولة المحلية)، مع قواعد المشاركة الدولية (الموارد والموظفين والأمن)، وقد أقيمت محكمة خاصة في سيراليون، بموجب قرار مجلس الأمن رقم/1315 في شهر أوت 2000، وبدأت المحاكمات في: أفريل 2004.

وتتكون من قضاة محليين وقضاة دوليين يطبقون كل من القانون الوطني والقانون الدولي، وتمتاز كذلك المحاكم المختلطة بكونها تقام على البلد وموظفوها إلى حد كبير ينتمون إلى الوطن، فإمكانية إقامة محاكم مختلطة أكبر من محاكم الدولة، لأكثر تفصيل أنظر:

Questions internationales, justices internationales la documentation française, numéro 4, novembre, décembre 2003, P 23.

[2] نحال صلاح: تطور القضاء الدولي الجنائي، تحت إشراف مالكي محمد الأخضر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2006-2007.

فقد حددت المادة 21 حقوق المتهم، وهي أن يكون المتهمون على قدم المساواة أمام المحكمة الدولية، وأن كل متهم يجب أن يعامل على أن الفرض فيه أنه بريء حتى تثبت إدانته وفقا للإجراءات التي نص عليها النظام، وأنه يجب إبلاغه في أقرب وقت وبلغة يفهمها أسباب الاتهام وطبيعته، ومنحه الوقت الكافي والتسهيلات اللازمة لإعداد دفاعه، والاتصال بمحام يختاره، وأن يتم محاكمته دون تأخير غير مبرر، وأن يكون حاضرا في جلسات الدعوى، وأن يدافع عن نفسه أو يختار محاميا فإذا لم يكن له محاميا عينته له المحكمة دون نفقات يتحملها إذا لم يكن لديه موارد مالية لذلك، وله أن يطلب حضور استجواب شهود النفي.

وأن يطلب توفير مساعدة مترجم شفوي مجانا، إذا كان لا يفهم اللغة المستخدمة أثناء الجلسات وألا تجبر المتهم على أن يشهد ضد نفسه أو أن يعترف بجرمه.

ومما تقدم سوف نتطرق إلى ضمانات حقوق الدفاع الواردة بالنظام الأساسي للمحكمة ولائحة الإجراءات والأدلة ابتداء من مرحلة افتتاح الدعوى إلى غاية صدور الحكم.

-**حقوق الدفاع أمام المدعي العام** : هي تلك النصوص الواردة بموجب النظام الأساسي واللائحة للمحكمة والتي تهدف إلى حماية حقوق المتهم ومن ورائه حقوق الدفاع، ابتداء من افتتاح الدعوى إلى غاية صدور لائحة الاتهام أو بصورة أدق توجيه الاتهام للمتهم.

إن أول ضمان لحق المتهم في الدفاع من خلال هذه المحاكمة هي ما أتت به المادة 3/21[2] و مفادها أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم نهائي، مما يفرض على جهة الإدعاء العام أن لا ينزوي وراء الأحكام المسبقة والادعاءات الموجهة، كما أن صلاحيات المدعي العام لم تترك بدون ضوابط بل ألزمته المادة: 1/40[3] من اللائحة لكي يستفيد من هذا الإجراء أن يقدم عريضة مسببة إلى قاضي دائم معين وفق أحكام المادة: 28[4] من اللائحة، ويشترط وجوبا أن تتضمن هذه العريضة اتهاما مؤقتا.

---

[1] لقد نصت لائحة الإجراءات والأدلة المعدة والمعتمدة من قضاة المحكمة بتاريخ: 1994/02/11 والتي تم تعديلها 38 مرة على الضمانات المقررة للمتهم أمام المدعي العام بموجب المادة 42 منها واشترطت على المدعي العام قبل استجوابه للمتهم احترام 3 شروط أو حقوق أساسية، وعددتها على سبيل الحصر، كما أشارت في الفقرة الثانية على سبيل الحصر من نفس المادة على الشروط التي يجب على المدعي العام احترامها لحقوق المتهم أثناء مرحلة الاستجواب وعددت هذه الشروط أو الحقوق المادة 43 من نفس اللائحة.

[2] انظر المادة:3/21.

[3] أنظر المادة: 40 مكرر1 من لائحة الإجراءات والأدلة.

[4] انظر المادة: 28 من اللائحة.

كما نصت المادة 3/18[1] من نظام المحكمة على إلزامية الاستعانة بمحام لدفاع عن المتهم يختاره هو بنفسه.

-**حقوق الدفاع بعد توجيه الاتهام:** إن حقوق الدفاع المقررة للمتهم بعد توجيه الاتهام إلى غاية صدور الحكم البات، تتمثل في ضرورة تبليغه فورا بالتهم الموجهة إليه وفقا لما جاء في المادة:2/20 [2].

ب: حقوق الدفاع من خلال محكمة رواندا: أنشأت الأمم المتحدة محكمة رواندا وأدرجتها في الفصل السابع من الميثاق وفق المادة 39 منه، أخذ مجلس الأمن في قراره رقم: 955 المؤرخ في: 1994/08/11 المتضمن تأسيس المحكمة الجنائية الدولية لرواندا[3].

وحدد مقرها في مدينة أورشا بتنزانيا بالقرار رقم: 977[4]، المؤرخ في: 1995/08/30 ، وعين رئيسا لها الملغاشي ((أونوي لاكونومانانا)).

إن مسألة احترام حقوق المتهمين والدفاع تؤكده المادة 20 من القانون الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا، إضافة إلى المواد: 17، 19 فقد نصت المادة 20[5]، عن حقوق المتهم والمتمثلة أساسا بحق المساواة أمام القضاء، كما جاءت الفقرة الثالثة متضمنة مبدأ البراءة لكل متهم حتى تثبت إدانته بحكم بات.

كما تناولت الفقرة الرابعة من المادة 20 مجموعة من الضمانات لكل شخص تثبت فيه التهمة، وتشمل هذه الضمانات أساسا إعلامه بالتهمة، ومنحه الوقت الكافي لإعداد دفاعه، وحقه في الاستعانة بمدافع وتعيين مترجم له، إن كان لا يفهم لغة المحكمة.

أما المادة 19[6]، فتتناول سير إجراءات المحاكمة وأهم ضمانات حقوق الدفاع فيها تتمثل في علانية الجلسات (4/19) إبلاغ المتهم بحقوقه وإعلامه بتاريخ المحاكمة (3/19)، ونصت الفقرة(1/19)، على عدالة المحاكمة وكفالة حقوق المتهم.

أما المادة: 17 فقد تناولت حقوق المتهم وضماناته خلال مرحلة التحقيق وتوجيه الاتهام وتتمثل أهم حقوق الدفاع من خلال هذه المادة، فقد نصت الفقرة 3 من المادة 17[1] على حق

[1] أنظر المادة: 3/18.

[2] " أنظر المادة: 1/20.

[3] راجع القرار رقم: 955 المؤرخ في: 1994/11/08، المتضمن تأسيس المحكمة الجنائية الدولية لرواندا.

[4] راجع القرار رقم: 977، المتضمن تحديد مقر المحكمة المؤرخ في/ 1995/08/30.

[5] أنظر المادة 20 من نظام المحكمة الجنائية الدولية لرواندا.

[6] أنظر المادة:19 من نظام المحكمة الجنائية الدولية لرواندا.

المشتبه في اختيار دفاعه، والاستفادة من مترجم، كما نصت المادة 9[2] على عدم جواز محاكمة المتهم عن نفس الأفعال مرتين.

المطلب الثاني: أساس حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.

إن الأساس الذي ترتكز عليه حقوق الدفاع للمتهم أو المشتبه به تكمن في الإجماع الدولي الذي ترجمته الدول بمحض إرادتها في الوثائق والاتفاقيات الدولية التي أصدرتها، وتضمنتها العديد من الضمانات فضلا عما تقرر من هذه الأخيرة في ظل دستور كل دولة على إقرارها.

و سنتعرض لبيان أساس حقوق الدفاع في المبادئ الدولية والضمانات التي تقررت في المؤتمرات الدولية لهذه الحقوق، ثم سنتعرض إلى أساس هذه الحقوق في النطاق الإقليمي لكل منطقة جغرافية.

الفرع الأول: أساس حقوق الدفاع في المواثيق والإعلانات العالمية.

يتمثل أساس حقوق الدفاع في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية وأساس حق الدفاع في الوثائق الإسلامية لحقوق الإنسان، وفي ظل نظام روما الأساسي الصادر عام 1998، وضمانات حقوق الدفاع في المؤتمرات الدولية.

أولا: أساس حقوق الدفاع في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وفي الوثائق الإسلامية لحقوق الإنسان.

1: أساس حقوق الدفاع في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان [3]: بعد كفاح طويل للبشرية تمخض عنه إقرار حقوق جوهرية للإنسان، وثيقة الصلة بالكرامة، وتعتبر جزءا من الطبيعة الإنسانية

---

[1] أنظر المادة:17 من نظام المحكمة الجنائية الدولية لرواندا.

[2] أنظر المادة:9 من نظام المحكمة الجنائية الدولية لرواندا.

[3] الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: هو وثيقة حقوق دولية تمثل الإعلان الذي تبنته الأمم المتحدة 10 ديسمبر 1948 في قصر شايو في باريس. الإعلان يتحدث عن رأي الأمم المتحدة عن حقوق الإنسان المحمية لدى كل الناس.
يعتبر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة ، 1948 من بين الوثائق الدولية الرئيسية لحقوق الإنسان والتي تم تبينها من قبل الأمم المتحدة، ونالت تلك الوثيقة موقعاً هاماً في القانون الدولي، وذلك مع وثيقتي العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية من سنة 1966، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من سنة 1966.
وتشكل الوثائق الثلاثة معاً ما يسمى "لائحة الحقوق الدولية".
وفي 1976، بعد أن تم التصديق على الوثيقتين من قبل عدد كاف من الأمم، أخذت لائحة الحقوق الدولية قوة القانون الدولي.

، وجعل من هذه الحقوق ومن قدسيتها وعدم جواز المساس بها دعامة من دعائم الحضارة الإنسانية العصرية[1].

وإيمانا بأن العدالة القائمة على سلطة القانون هي الدعامة التي ترتكز عليها المجتمعات المتمدينة لحماية حق المتهم في الدفاع جاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وثيقة حمائية اهتمت بصورة كبرى بالاعتراف بالحقوق المتأصلة لبني البشر.

وقد عبرت العديد من نصوص الإعلان عن الأساس المكفول بحق المتهم في الدفاع وعدم الإخلال به، عندما قررت بأن الناس سواسية أمام القانون، ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة دون أي تفرقة ولكل شخص حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة لإنصافه من أي اعتداء على حقوقه[2].

لقد نصت المادة: 1/11 من هذا الإعلان على أن " كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا إلى أن تثبت إدانته قانونا بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه ".

ومن هذا النص يتضح جليا مدى الإهتمام الذي أولاه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بحق الدفاع، فالمتهم برئ حتى تثبت إدانته قانونا بمحاكمة عادلة علنية تكفل له فيها كل الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه[3].

كما نصت المادة: 9[4] من الإعلان على عدم القبض والحجز التعسفي، ونصت المادة 5[5] على حظر التعذيب والمعاملة القاسية، ونصت المادة: 12[6] على الحماية القانونية لكل شخص من الاعتداء على حياته الخاصة وأسرته ومراسلته.

وعلى الرغم من أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لم يرق إلى مرتبة الإلزام القانوني وبقيت عبارة عن مبادئ مثالية فلسفية أكثر منها واقعية بحكم أنه كان سياسيا أكثر منه قانونا.

---

[1] رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، ط3، منشأة المعارف ،الإسكندرية، مصر، 1997، ص14.

[2] المرجع السابق، ص12.

[3] محمد خميس: الإخلال بحق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص60.

[4] سعد حماد صالح الفيانلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص69.

[5] المادة/ 9." لا يجوز القبض على أي إنسان أو حجزه أو نفيه تعسفاً"

المادة/5." لا يعرض أي إنسان للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة."

[6] المادة/ 6". لكل إنسان أينما وجد الحق في أن يعترف بشخصيته القانونية"

إلا أنه أحدث تأثيرا كبيرا في العالم على الصعيدين الدولي والوطني، فكان مصدر إلهام عند إعداد الوثائق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، كما أن بعض الدول قد تبنت نصوصه وضمنتها دساتيرها الوطنية، وقوانينها المحلية.

2: أساس حقوق الدفاع في الوثائق الإسلامية لحقوق الإنسان.

-الوثيقة الأولى: مشروع وثيقة حقوق الإنسان مقدمة لمنظمة المؤتمر الإسلامي [1]: لقد نصت المادة:24 من الوثيقة السالفة على أن" المتهم برئ حتى تثبت إدانته بمحاكمة عادلة تؤمن له فيها كل الضمانات الكفيلة بالدفاع عنه، والشك يعتبر لصالحه"

يتضح لنا من دراسة هذا النص أن مشروع وثيقة حقوق الإنسان قد أهتم كغيره من وثائق حقوق الإنسان بأهم حق من حقوق الإنسان، وهو حق المتهم في الدفاع أمام القضاء، وأعتبر المتهم بريئا حتى تثبت إدانته أمام محكمة عادلة يكفل له فيها كل الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه مع تفسير أي شك لصالحه[2].

-**الوثيقة الثانية: البيان العالمي عن حقوق الإنسان في الإسلام** [3]: ينص البيان الإسلامي العالمي لحقوق الإنسان في المادتين الرابعة والخامسة على ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء في الإسلام، وأهم هذه الضمانات التي نص عليها هذا البيان هي:

- **حق العدالة:** من حق كل فرد أن يتحاكم إلى الشريعة وأن يحاكم إليها دون سواها.

---

[1] منظمة المؤتمر الإسلامي تجمع سبعا وخمسين دولة، لدمج الجهود والتكلم بصوت واحد لحماية وضمان تقدم مواطنيهم وجميع مسلمي العالم البالغ عددهم ما بين 1,3 مليار إلى 1,5 مليار نسمة.

وهي منظمة دولية ذات عضوية دائمة في الأمم المتحدة. الدول السبع والخمسون هي دول ذات غالبية مسلمة من منطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا وغربها وآسيا الوسطى وجنوب شرق آسيا وشبه القارة الهندية، (باستثناء غويانا وسورينام).الرباط، 25-09-1969.

تأسست المنظمة إذ عقد أول اجتماع بين زعماء العالم الإسلامي، بعد حريق الأقصى 21-08-1969. حيث طرح وقتها مبادئ الدفاع عن شرف وكرامة المسلمين المتمثلة في القدس وقبة الصخرة، وذلك كمحاولة لإيجاد قاسم مشترك بين جميع فئات المسلمين.

بعد ستة أشهر من الإجتماع الأول — 03-1970— تبنى المؤتمر الإسلامي الأول لوزراء الخارجية، في جدة، إنشاء أمانة عامة للمنظمة، كي يضمن الاتصال بين الدول الأعضاء وتنسيق العمل.

عين وقتها أمين عام وإختيرت جدة مقرا مؤقتا للمنظمة، بانتظار تحرير القدس، حيث سيكون المقر الدائم.عقد المؤتمر الإسلامي لوزراء الخارجية جلسته الثالثة، في فبراير 1972، وتم وقتها تبنى دستور المنظمة، الذي يفترض به تقوية التضامن والتعاون بين الدول الإسلامية في الحقول الإجتماعية والعلمية والثقافية والاقتصادية والسياسية.

[2] سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص63.

[3] صدر عن المؤتمر الإسلامي العالمي الذي عقد بباريس بتاريخ21 من ذي القعدة 1401ه الموافق ل19 سبتمبر 1981.

– **من حق الفرد** أن يدفع عن نفسه ما يلحقه من ظلم، ومن واجبه أن يدفع الظلم عن غيره بما يملك، ومن حق الفرد أن يلجأ إلى سلطة شرعية تحميه وتدفع عنه ما يلحقه من ضرر أو ظلم.

– لا يجوز مصادرة حق الفرد في الدفاع عن نفسه تحت أي مسوغ.

لا تجريم إلا بنص شرعي، ولا يعذر المسلم بأن يدفع بالجهل عما هو معلوم من الدين بالضرورة ولكن ينظر إلى جهله متى ثبت على أنه شبهة تدرأ بها الحدود فحسب.

– لا يجوز بحال تجاوز العقوبة التي قدرتها الشريعة للجريمة، ومن مبادئ الشريعة مراعاة الظروف والملابسات التي ارتكبت فيها الجريمة درءا للحدود.

– لا يؤخذ الإنسان بجريمة غيره، وكل إنسان مستقل بمسؤوليته عن أفعاله، ولا يجوز بحال أن تمتد المساءلة إلى ذويه[1].

3: أساس حقوق الدفاع في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية 1966[2]: أوجد العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية 1966 إطارا عاما لمعاملة المتهم معاملة و حسنة عدم المساس بحقه في الدفاع، فقررت المادة: السابعة عدم جواز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحط من الكرامة، كما قرر معاملة جميع المحرومين من حريتهم معاملة إنسانية تحترم الكرامة الأصلية للشخص (المادة:1/10[3]).

وتعتبر المادة 14 من هذه الاتفاقية من أهم المواد التي كفلت للمتهم حقه في الدفاع ونصها كالآتي:

–جميع الأشخاص متساوون أمام القضاء ولكل فرد الحق عند النظر في أية تهمة جنائية ضده أو في حقوقه والتزاماته في إحدى القضايا القانونية في محاكمة عادلة وطبيعية بواسطة محكمة مختصة ومستقلة وحيادية قائمة استنادا إلى القانون...

– لكل فرد متهم بتهم جنائية الحق في أن يعتبر بريئا ما لم يثبت إدانته طبقا للقانون.

[1] سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، صفحات 66،65،64،23.

[2] العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية: اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، المؤرخ في 16 كانون/ديسمبر1966، تاريخ بدء النفاذ: 23 آذار/مارس 1976، وفقا لأحكام المادة 49.

[3] المادة/10 من العهد الدولي". تنطبق أحكام هذا البروتوكول، دون أي قيد أو استثناء، على الوحدات التي تتشكل منها الدول الاتحادية"

– لكل فرد عند النظر في تهمة جنائية ضده الحق في الضمانات التالية كحد أدنى مع المساواة التامة:

*إبلاغه فورا وبالتفصيل وبلغة مفهومة لديه بطبيعة وسبب التهمة الموجه إليه وأسبابها.

* الحصول على الوقت والتسهيلات الكافية لإعداد دفاعه والاتصال بمن يختاره من المحامين.

* أن تجري محاكمته دون تأخير لا مبرر له.

*أن تجري محاكمته بحضوره وأن يدافع عن نفسه بنفسه أو عن طريق مساعدة قانونية يختارها هو، وأن يبلغ عندما لا تكون لديه مساعدة قانونية بحقه في ذلك، وفي أن تعين له مساعدة قانونية في أية حالة تستلزمها مصلحة العدالة ودون أن يدفع مقابل ذلك، إذا لم تكن موارده كافية لهذا الغرض.

*أن يناقش شهود الاتهام بنفسه أو من قبل غيره وأن يحصل على استدعاء شهود النفي بذات الشروط المطبقة في حالة شهود الاتهام.

*أن يوفر له مترجم يقدم له مساعدة مجانية إذا لم يكن قادرا على فهم اللغة المستعملة في المحكمة أو التحدث بها.

*أن لا يلزم بالشهادة ضد نفسه أو الاعتراف بأنه مذنب.

*تكون الإجراءات في حالة الأشخاص الأحداث – بحيث يؤخذ موضوع أعمارهم والرغبة في إعادة تشجيع تأهيلهم بعين الاعتبار.

*لكل محكوم عليه بإحدى الجرائم الحق في إعادة النظر في الحكم والعقوبة أمام محكمة أعلى بمقتضى القانون.

*لكل شخص صدرت عليه عقوبة بسبب حكم نهائي صدر ضده في جريمة جنائية الحق في التعويض طبقا للقانون.

*لا يجوز تعريض أحد مجددا للمحاكمة أو للعقاب على جريمة سبق أن أدين بها أو برئ منها وفقا للقانون وللإجراءات الجنائية في كل بلد.

4:أساس حقوق الدفاع في نظام روما الأساسي [1]: تضمن هذا النظام ثلاثة عشرة بابا تناولت الأحكام الموضوعية الإجرائية للقانون الدولي الجنائي، ففي الباب الأول تناول النظام إنشاء المحكمة، والباب الثاني تناول اختصاص المحكمة والقانون الواجب التطبيق، أما الباب الثالث

[1] نظام روما الأساسي: للمحكمة الجنائية الدولية اعتمد من قبل مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين المعنى بإنشاء محكمة جنائية دولية بتاريخ 17 تموز/يوليو، 1998تاريخ بدء النفاذ: 1حزيران/يونيه 2002، وفقا للمادة 126، يتكون من ديباجة و 128 مادة قانونية، مقسمة على 14 بابا.

نص النظام على المبادئ العامة للقانون الجنائي مثل شرعية الجرائم والعقوبات وعدم رجعية التشريع الجنائي التي تعد من أهم أسس حقوق المتهم في الدفاع، والباب الرابع تناول النظام تكوين المحكمة وإدارتها، أما الباب الخامس فتناول الإجراءات السابقة على المحاكمة، وخصص الباب السادس لبيان إجراءات المحاكمة والذي أكده على فرضية البراءة وحقوق المتهم، فيما تناول الباب السابع العقوبات الواجبة التطبيق، أما الباب الثامن تناول قواعد الطعن في الأحكام ، وجاء الباب التاسع عن التعاون الدولي، ثم الباب العاشر بتناول قواعد تنفيذ الأحكام، وبعدها جاء الباب الحادي عشر الذي خصص للنظام المالي للمحكمة أما الباب الأخير فخصص للأحكام الختامية[1].

من الملاحظ أن النظام الأساسي كان قد ميز ابتداء بين المتهم والمشتبه به، فالمتهم هو من وجهت إليه تهمة محددة، أما المشتبه به فهو الشخص الذي لم توجه إليه أي تهمة بعد[2].

وقد أفرد النظام الأساسي نصا خاصا لضمان حقوق المشتبه به أثناء التحقيق، وبصفة عامة أورد النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية العديد من الضمانات التي تعد أساس لحقوق المتهم في الدفاع التي من شأنها أن تكفل عدالة المحكمة وشرعيتها ومن بين أهم هذه الضمانات.

– تبنى المحكمة على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات هذا المبدأ الذي يعد من بين أهم المبادئ التي أقرت بها معظم النظم القانونية الجنائية في العالم، وجاء النص على مبدأ الشرعية في المادتين 22، 23، من النظام الأساسي.

المادة:22": لا جريمة إلا بنص"

1– لا يسأل الشخص جنائيا بموجب هذا النظام الأساسي ما لم يشكل السلوك المعنى، وقت وقوعه، جريمة تدخل في إختصاص المحكمة.

2– يؤول تعريف الجريمة تأويلا دقيقا ولا يجوز توسيع نطاقه عن طريق القياس. وفى حالة الغموض، يفسر التعريف لصالح الشخص محل التحقيق أو المقضاة أو الإدانة.

[1] فتوح عبد الله الشادلي: القانون الدولي الجنائي، ك1، مرجع سابق، ص165،164،163،162،161.

[2] علي يوسف الشكري: القضاء الجنائي الدولي في عالم متغير، ط 1، دار الثقافة والنشر والتوزيع، الأردن، 2008 ، ص203.

3- لا تؤثر هذه المادة على تكييف أي سلوك على أنه سلوك إجرامي بموجب القانون الدولي خارج إطار هذا النظام الأساسي.

المادة:23" لا عقوبة إلا بنص - لا يعاقب أي شخص أدانته المحكمة إلا وفقا لهذا النظام الأساسي".

من خلال دراستنا لهذه المادة يتضح لنا مدى الاهتمام الذي أعطته هذه الاتفاقية لضمانات حقوق المتهم في الدفاع والجدير بالذكر أن نصوص هذه الاتفاقية لها قو ة قانونية ملزمة للدول متى تم التصديق عليها[1].

ويجب التأكيد هنا على أهمية مبدأ الشرعية الذي يعد من بين أهم الأسس التي يرتكز عليها كفالة حقوق المتهم في الدفاع، والتي لا تقل في القانون الدولي على ما هو عليه الحال في القانون الداخلي[2].

*تنحية القاضي: وتكون في حالة ما إذا كانت نزاهته أو حياده أو استقلاله محل شك لأي سبب من الأسباب المذكورة في المادة:41[3] من هذا النظام وهذا ما يعزز كفالة حقوق المتهم في الدفاع.

*عدم جواز إجبار الشخص محل التحقيق لأي شكل من الأشكال العسر، الإكراه أو التهديد ولا يجوز إخضاعه إلى التعذيب أو لأي شكل من أشكال المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة[4].

---

[1] سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص72.

[2] نصر الدين بوسماح ة: المحكمة الجنائية الدولية شرح اتفاقية روما مادة مادة، ج 1 د ط، دار هومة للنشر والتوزيع ، الجزائر ،2008، ص94.

[3] المادة/41: إعفاء القضاة وتنحيتهم:

1- لهيئة الرئاسة، بناء على طلب أي قاض، أن تعفى ذلك القاضي من ممارسة أي من المهام المقررة بموجب هذا النظام الأساسي، وفقا للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

2- (أ) لا يشترك القاضي في أية قضية يمكن أن يكون حياده فيها موضع شك معقول لأي سبب كان.

وينحى القاضي عن أية قضية وفقا لهذه الفقرة إذا كان قد سبق له، ضمن أمور أخرى، الاشتراك بأية صفة في تلك القضية أثناء عرضها على المحكمة أو في قضية جنائية متصلة بها على الصعيد الوطني تتعلق بالشخص محل التحقيق أو المقاضاة.

وينحى القاضي أيضا للأسباب الأخرى التي قد ينص عليها في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

(ب) للمدعي العام أو الشخص محل التحقيق أو المقاضاة أن يطلب بتنحية القاضي بموجب هذه الفقرة.

(ج) يفصل في أي مسألة تتعلق بتنحية القاضي بقرار من الأغلبية المطلقة للقضاة.

ويكون من حق القاضي المعترض عليه أن يقدم تعليقاته على الموضوع دون أن يشارك في اتخاذ القرار.

3 المادة/55. حقوق الأشخاص أثناء التحقيق.

*مراعاة فرضية البراءة: إن الأصل في الإنسان افتراض البراءة إلى أن تثبت إدانته، ويقع عبئ إثبات إدانة الشخص على المدعي العام[1]، ولا يجوز للمحكمة إدانة شخص ما إلا إذا كانت مقتنعة بالإدانة وشرط عدم وجود أي شك معقول[2].

*الاستعانة مجانا لمترجم المادة 1/55/ج.

* إلزام المدعي العام بتحديد التهم أو الجرائم المادة 2/58... وعرض المقبوض عليه على السلطة القضائية، وهذه الغاية من شأنها الحد من القبض التعسفي على الأشخاص، كما قد تصحح الأخطاء التي يمكن أن تقع في هذا الإطار بأسرع وقت ممكن المادة:2/59.

*علانية المحاكمة فقد نصت المادة: 4/67. وتعتبر هذه المادة حوصلة للمواد السابقة فيما يتعلق منها بحقوق المتهم أثناء وقبل المحاكمة[1].

1- فيما يتعلق بأي تحقيق بموجب هذا النظام الأساسي:

(أ) لا يجوز إجبار الشخص على تجريم نفسه أو الاعتراف بأنه مذنب؛

(ب) لا يجوز إخضاع الشخص لأي شكل من أشكال القسر أو الإكراه أو التهديد، ولا يجوز إخضاعه للتعذيب أو لأي شكل آخر من أشكال المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللا إنسانية أو المهينة.

(ج) إذا جرى استجواب الشخص بلغة غير اللغة التي يفهمها تماما ويتحدث بها، يحق له الاستعانة مجانا بمترجم شفوي كفء والحصول على الترجمات التحريرية اللازمة للوفاء بمقتضيات الأنصاف.

(د) لا يجوز إخضاع الشخص للقبض أو الاحتجاز التعسفي، ولا يحوز حرمانه من حريته إلا للأسباب ووفقا للإجراءات المنصوص عليها في النظام الأساسي.

2- حيثما توجد أسباب تدعو للاعتقاد بأن شخصا ما قد ارتكب جريمة تدخل في اختصاص المحكمة ويكون من المزمع استجواب ذلك الشخص إما من قبل المدعي العام أو السلطات الوطنية بناء علي طلب مقدم بموجب الباب 9 من هذا النظام الأساسي، يكون لذلك الشخص الحقوق التالية أيضا ويجب إبلاغه بها قبل استجوابه:

(أ) أن يجري إبلاغه، قبل الشروع في استجوابه، بأن هناك أسبابا تدعو للاعتقاد بأنه ارتكب جريمة تدخل في اختصاص المحكمة؛

(ب) التزام الصمت، دون أن يعتبر هذا الصمت عاملا في تقرير الذنب أو البراءة؛

(ج) الاستعانة بالمساعدة القانونية التي يختارها وإذا لم يكن لدى الشخص مساعدة قانونية، توفر له تلك المساعدة في أية حالة تقتضي فيها دواعي العدالة، ودون أن يدفع الشخص تكاليف تلك المساعدة في أية حالة من هذا النوع إذا لم تكن لدية الإمكانيات الكافية لتحملها؛

(د) أن يجري استجوابه في حضور محام، ما لم يتنازل الشخص طواعية عن حقه في الاستعانة بمحام.

[1] شريف عتلم: المحكمة الجنائية الدولية، ط4، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف، 2006.ص38.

[2] المادة/66.

*ومنح المتهم الوقت الكافي والتسهيلات الممكنة لتحضير دفاعه والاستعانة بمحام يختاره بمحض إرادته والتشاور معه في جو من السرية.

*ومحاكمة المتهم دون تأخير لا مبرر له، لأن المحاكمة في وقتها تشكل أكثر فعالية في كفالة حقوق المتهم في الدفاع[2].

*أن يكون للمتهم حق استجواب شهود الإثبات بنفسه.

الفرع الثاني: أساس حقوق الدفاع في المواثيق الإقليمية.

أولا: أساس حقوق الدفاع في المواثيق الأوروبية والأمريكية.

1: أساس حقوق الدفاع في المواثيق الأوروبية: تعد القارة الأوروبية مهد الانطلاقة الفعلية لتحرر الإنسان من النظام الاستبدادي والإقطاعي، وكان ذلك نتيجة عوامل وظروف متداخلة جعلت من هذه القارة الانطلاقة الفعلية للعلوم الصناعية والإنسانية، الشيء الذي يؤهلها أن تكون أولى القارات اعتناقا لتحرر الديمقراطية.

واقتناعا بالارتباط الوثيق بين الحرية وبين العدالة وكفالة حقوق الدفاع في ظل حماية القانون صدر إعلان حقوق الإنسان والمواطن عام 1789م كوثيقة تاريخية عبرت عن الحرية بأفضل معانيها في المادة السادسة التي نصت" إن الحرية هي السلطة التي يأملها الإنسان في أن يفعل كل ما لا ضرر فيه على حقوق الغير، وأن مبدأها هو الطبيعة وقاعدتها هي العدل وحاميها القانون، ويوجد حدها الخلقي في المثال الآتي:(لا تفعل بغيرك ما لا ترضى أن يفعل بك)، كما قرر هذا الإعلان ضمانة قانونية هامة في المادة الثامنة في عدم جواز عقاب أحد إلا بمقتضى قانون وضع قبل المحاكمة[3].

المادة 8" يجب أن لا يقيم القانون إلا العقوبات الضرورية حصرا وبداهة ، ولا يمكن معاقبة أي إنسان إلا وفقا لأحكام القانون القائم والصادر في وقت سابق لوقوع الجريمة والمطبق بصورة شرعية.

[1] نصر الدين بوسماحة: المحكمة الجنائية الدولية، شرح اتفاقية روما مادة مادة، ج 2، د ط، دار هومة للنشر والتوزيع ، الجزائر، ص63.

[2] علي يوسف الشكري: القضاء الجنائي الدولي في عالم متغير، مرجع سابق، ص207.

[3] محمد خميس: الإخلال بحق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص59.

ويعد هذا الإعلان إلى جانب الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان الأساسية[1] التي أتت بمجموعة من المبادئ والأسس التي تعتبر الانطلاقة الفعلية في تكريس الممارسات العادلة في الحياة العملية للإنسان. لقد نصت المادة 6 من هذه الاتفاقية على أن ((لكل شخص الحق في أن تنظر دعواه بطريقة عادلة علنية ومن خلال مدة معقولة أمام محكمة مستقلة نزيهة ينشئها القانون سواء كان ذلك الفصل في المنازعات التي تثيرها حقوقه والتزاماته أو أي اتهام جنائي يوجه إليه.

*كل شخص يتهم بارتكاب جريمة يعتبر بريئا إلى أن تثبت إدانته قانونا.

*لكل متهم الحق بوجه خاص في ما يأتي:

*أن يبلغ في أقصر مدة وبلغه مفهومة وبالتفصيل بطبيعة التهمة الموجهة إليه وسببها.

*أن يمنح الوقت والتسهيلات الضرورية لإعداد دفاعه عن نفسه.

* أن يدافع بنفسه عن نفسه أو يعاونه في هذا الدفاع محام يختاره، وإذا لم يكن يملك وسائل دفع أتعاب المحامي فله الحق أن يعاونه محام يعين لهذا الغرض بدون مقابل، إذا اقتضت مصلحة العدالة ذلك.

*أن يوجه الأسئلة بنفسه أو من يتولى الدفاع عنه لشهود الإثبات وأن يمكن من استدعاء شهود النفي وتوجيه الأسئلة إليهم بذات الطريقة التي توجه بها الأسئلة إلى شهود الإثبات.

*أن يعاونه مترجم بدون مقابل إذا كانت اللغة المستعملة في المحكمة لغة لا يفهمها أو لا يتكلمها)).

يتضح لنا من نص المادة 6 أن الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية قد حذت حذو الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية ، التي أتت بها في المادة:14التي اشتملت على ضمانات حقوق المتهم في الدفاع أمام القضاء.

فالمتهم يعتبر بريئا حتى تثبت إدانته أمام محكمة عادلة علنية مستقلة نزيهة وفي خلال مدة معقولة، مع إعلامه قبل المحاكمة بالتهمة الموجهة إليه، وإعطائه الوقت الكافي يتناسب وإعداد دفاعه عن نفسه بنفسه أو بواسطة محام يختاره أو يعين له بدون مقابل، إذا كان لا يملك أتعاب المحامي، وله كذلك حق الحصول على مترجم يعاونه مجانا، إذا كانت اللغة المستعملة في المحاكمة لغة لا يفهمها أو لا يتكلمها.

[1] وافق المجلس الأوروبي المنعقد في مدينة روما على إصدار هذه الوثيقة الإقليمية الأوروبية في شأن حماية حقوق الإنسان في 04/نوفمبر/1950، وأصبحت نافذة ابتداء من يوم:03سبتمبر 1953.

2: أساس حقوق الدفاع في الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان [1]: قبل أن نتطرق إلى هذه الاتفاقية ينبغي أن نشير إلى إعلان الاستقلال الأمريكي الصادر عام 1776م الذي يعد باكورة الإعلانات التي سنتعرض لها بالحديث عن الحريات والحقوق التي يشملها حق المتهم في الدفاع ، فقد تضمن هذا الإعلان بعض القواعد التي تقتضي بأن الناس جميعا خلقوا أحرار متماثلين منحهم الله حقوقا لا تبديل فيها ولا تحويل كحق الحياة وحق الحرية.

ولم تهتم حكومات الدول إلا لحماية هذه الحقوق وتحقيق التوازن بينها، وإذا قام نظام سياسي لا يحترم هذه الحقوق أو انحرف عن إيجاد الضمانات الكافية لحمايتها فيحق للناس هدم هذا النظام أو تغييره[2].

أما الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، فنصت في المادة 8 منها على أن لكل شخص:

– "لكل شخص الحق في محاكمة تتوفر فيها كل الضمانات الكافية وتجريها خلال وقت معقول محكمة مختصة مستقلة غير متحيزة كانت قد أسست سابقا وفقا للقانون، وذلك لإثبات أنه أية تهمة ذات طبيعة جزائية موجهة إليه أو للبث في حقوقه أو موجباته ذات الصفة المدينة أو المالية أو المتعلقة بالعمل أو أية صفة أخرى".

– لكل متهم بجريمة خطيرة الحق في أن يعتبر بريئا طالما لم تثبت إدانته وفقا للقانون، وخلال الإجراءات القانونية، لكل شخص على قدم المساواة التامة مع الجميع الحق في الحصول على الضمانات التالية:

أ– حق المتهم في الاستعانة بمترجم دون مقابل، إذا كان لا يفهم أو لا يتكلم لغة المحكمة.

ب– إخطار المتهم مسبقا وبالتفصيل وبالتهم الموجهة إليه.

ج– حق المتهم في الحصول على الوقت الكافي والوسائل المناسبة لإعداد دفاعه.

د– حق المتهم في الدفاع عن نفسه شخصيا أو بواسطة محام يختاره بنفسه وحقه في الدفاع بمحاميه بحرية وسرا.

ه– حقه غير قابل لتحويل في الاستعانة بحام توفره الدولة، مقابل أجر أو بدون أجر حسبما ينص عليه القانون المحلي، إذا لم يدفع المتهم عن نفسه شخصيا، أو لم يستخدم محاميه الخاص ضمن المهلة التي يحددها القانون.

و– حق الدفاع في استجواب الشهود الموجودين بالمحكمة واستحضار بصفة الشهود الخبراء وسواهم ممن يلقون ضوءا على الوقائع.

[1] محمد خميس: الإخلال بحق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص59.

[2] وائل أحمد علام: الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 1999، ص119.

ز- حق المتهم في أن لا يجبر على أن يكون شاهدا ضد نفسه أو أن يعترف بالذنب.

خ- حقه في استئناف الحكم أمام محكمة أعلى درجة. 1- يعتبر اعتراف المتهم بالذنب سليما ومعمول به شرط أن يكون قد تم دون أيما إكراه من أي نوع.

- إذا بريء المتهم بحكم غير قابل للاستئناف، فلا يجوز أن يخضع لمحاكمة جديدة للسبب عينه.

- تكون الإجراءات الجزائية علنية إلا في حالات استثنائية تقتضيها حماية مصلحة العدالة.

ويتضح لنا من دراسة هذا النص أن الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان قد سارت على خطى الاتفاقيتين السابقتين[1] في الاتهام و ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي.

فأعطت للمتهم الحق في اعتباره بريئا حتى تثبت إدانته قانونا أمام محكمة مختصة مستقلة علنية غير متحيزة مؤسسة وفقا للقانون، مع إخطاره مسبقا بالتهمة الموجهة إليه وإعطائه الوقت الكافي لإعداد دفاعه بنفسه أو بواسطة محام يختاره، أو توفره له الدولة إذا لم يدافع عن نفسه شخصيا أو لم يستخدم محاميه الخاص ضمن المهلة التي يحددها القانون، للمتهم أو المدافع عنه الحق في استجواب الشهود الموجودين في المحكمة وفي استحضار الشهود والخبراء وسواهم ممن يلقون ضوءا على الوقائع.

ولا يجبر المتهم على الشهادة ضد نفسه، وأن يكره على الاعتراف بالذنب، وإذا ما حكم عليه بالإدانة فله الحق في الاستئناف أمام محكمة أعلى درجة وفي حالة الحكم عليه بالبراءة في حكم غير قابل للاستئناف فلا يجوز محاكمته مرة أخرى عن ذات الفعل مرتين[2].

ثانيا: أساس حقوق الدفاع في المواثيق الإفريقية والأسيوية.

1- أساس حقوق الدفاع في المواثيق الإفريقية والعربية: أما الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب:[3] فقد نص على كفالة حق المتهم في الدفاع من خلال ما يمثله حق التقاضي من ضمانات للمتهم وهي:

- الحق في اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة بالنظر في عمل يشكل خرقا للحقوق الأساسية المعترف له بها والتي تضمنتها الاتفاقيات والقوانين واللوائح والعرف السائد.

- الإنسان بريء حتى تثبت إدانته أمام محكمة مختصة.

---

[1] أنظر المادة 14 من الاتفاقية الدولية في نشأت الحقوق المدنية والسياسية أنظر المادة 6 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان الأساسية.

[2] سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، صفحات،80،79.

[3] الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، تمت إجازته من قبل مجلس الرؤساء الأفارقة بدورته العادية رقم 18 في نيروبي(كينيا)سنة 1981، ودخل حيز النفاذ سنة 1991.

– حق الدفاع بما في ذلك الحق في اختيار مدافع عنه.
– حق محاكمته خلال فترة معقولة وبواسطة محكمة محايدة (المادة 7).
– حق التقاضي مكفول للجميع ويشمل هذا الحق:
– الحق في اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة بالنظر في عمل يشكل خرقا للحقوق الأساسية المعترف له بها، والتي تتضمنها الاتفاقيات والقوانين واللوائح والعرف السائد.
– الإنسان برئ حتى تثبت إدانته أمام محكمة مختصة.
– حق الدفاع بما في ذلك الحق في اختيار مدافع عنه.
– حق محاكمته خلال فترة معقولة وبواسطة محكمة محايدة.
– لا يجوز إدانة شخص بسبب عمل أو امتناع عن عمل لا يشكل جرما يعاقب عليه القانون وقت ارتكابه، ولا عقوبة إلا بنص، والعقوبة شخصية.)

كما وضع هذا الميثاق إطارا عاما للضمانات التي تحمي حرية الإنسان وأمنه الشخصي مقررا لكل فرد في الحرية والأمن الشخصي، ولا يجوز حرمان أي شخص من حريته إلا الدوافع وفي حالات يحددها القانون سلفا، ولا يجوز بصفة خاصة القبض على أي شخص أو احتجازه تعسفيا[1].

المادة6 : لكل فرد الحق في الحرية والأمن الشخصي ولا يجوز حرمان أي شخص من حريته إلا للدوافع وفى حالات يحددها القانون سلفا، ولا يجوز بصفة خاصة القبض على أي شخص أو احتجازه تعسفيا).

ومن خلال نص هذه المادة يتضح لنا مدى اهتمام الميثاق بضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي تفترض فيه البراءة متى تثبت إدانته أمام محكمة وطنية مختصة محايدة ، وخلال مدة معقولة، ويضمن له فيها الدفاع عن نفسه بنفسه، أو عن طريق محام[2].

2: أساس حقوق الدفاع في المواثيق العربية.

أ– مشروع الميثاق العربي لحقوق الإنسان [3]: اختصر هذا المشروع على بعض الضمانات المتمثلة في عدم جواز القبض على أي إنسان أو حجزه أو حبسه بغير سند قانوني وإلا كان له الحق في الحصول على تعويض، ويجب أن يقدم المقبوض عليه أو المحبوس احتياطيا إلى

[1] محمد خميس: الإخلال بحق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص63.
[2] سعد حماد صالح الفيائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص81.
[3] أعد هذا الميثاق في إطار جامعة الدول العربية.محمد شريف بيومي وآخرون، حقوق الإنسان، المجلد الأول، مرجع سابق، ص383،378.

القضاء دون إبطاء (المادة 5)، والحياة الخاصة حرمة مقدسة تشمل خصوصيات الأسرة وحرمة المسكن وسرية المراسلات وغيرها من سبل المخابرة الخاصة ويعد المساس بالحياة الخاصة جريمة معاقبا عليها (المادة6).

لقد نصت المادة: 11 من هذا الميثاق على أن(جميع الناس متساوون أمام القضاء، وحق التقاضي مكفول لكل شخص على إقليم الدولة)؛كما نص المادة 33 على أن(المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه).

ومن خلال دراستنا للنصين السابقين يتجلى لنا مدى الاهتمام الذي أولاه هذا الميثاق بضمانات حق المتهم في الدفاع عن نفسه أمام القضاء الجنائي أصالة أو بالوكالة، فكفل للمتهم حق التقاضي أمام محكمة قانونية[1].

ب-مشروع ميثاق حقوق الإنسان والشعب في الوطن العربي [2]: أورد هذا المشروع بعض مظاهر حقوق الدفاع، منها افتراض البراءة في المتهم حتى تثبت إدانته بحكم صادر من محكمة مختصة، ولا يجوز القبض على إنسان أو حبسه أو احتجازه بغير سند قانوني، توفير للمتهم جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه أو بواسطة محام يختاره في محاكمة علنية[3].

لقد نصت المادة: 5 من هذا الميثاق على أن ((لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون ولا عقاب إلا على الأفعال التالية الصدور. توفير للمتهم جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه بشخصه أو بواسطة محام يختاره في محاكمة علنية، وتزوده المحكمة بمحام يدافع عنه بدون أجر في حال عجزه عن دفع أتعابه)).

يلاحظ أن مشروع هذا الميثاق قد كفل ضمانات المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي ، فالأصل في المتهم البراءة حتى تثبت إدانته أمام محكمة مختصة علنية، تتوفر له فيها كل الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه بشخصه أو عن طريق محام يختاره، وتزوده المحكمة بمحام يقوم بالدفاع عنه في حالة عجزه ماليا عن دفع أتعاب المحامي[4].

---

[1] أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص192.

[2] صدر عن مؤتمر علماء القانون العرب المنعقد في مدينة سيراكوزا بإيطاليا في الفترة الممتدة من 5 إلى 1986/12/12م، بدعوة من المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية ولقد تبنى مؤتمر اتحاد المحامين العرب السادس عشر المنعقد في الكويت في أفريل 1987م، هذا الميثاق وناشد جميع نقابات المحامين في الوطن العربي أن تدعو الحكومات العربية لتصديق عليه.

محمد شريف بسيوني وآخرون، حقوق الإنسان، المجلد الأول، مرجع سابق، ص397،384.

[3] محمد خميس: الإخلال بحق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص64.

[4] المادة 5:"أ- لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون ولا عقاب إلا على الأفعال التالية لصدوره.

بالنسبة للقارة الآسيوية لم نجد وثائق تدل على هذه الحقوق كما هو متعارف عليه في باقي القارات.

خلاصة المبحث الثاني:

إن فكرة حقوق الدفاع هي من الناحية النظرية لها جذور تاريخية في العصور القديمة لكن الحقبة التاريخية القديمة لم تكن لها تجسدات فعلية لحقوق الدفاع، التي كانت وليدة العصر الحديث الذي حمل بتناقضاته وإرهاصاته إلى تطوير هذه الحقوق والرقي بها إلى مرتبة الإنسانية السمحاء والعمل على إقامة محاكمات عادلة يتجسد فيها إحترام حقوق الدفاع، بالموازنة بين حقوق المتهم وحقوق المجتمع، فكانت المحاكمات الدولية منذ الحرب العالمية الثانية تجسدات حقيقية في التطور القانوني الدولي الذي يعتمد بشكل أساسي على العرف ثم بعدها تأتي الاتفاقيات والمعاهدات.

وهذا التطور إستمد أساسه من المواثيق والمعاهدات الدولية التي تعتبر بمثابة مذاهب فلسفية مثالية يحاول المجتمع الدولي تجسيدها، ومن ثم إنشاء نظام قضائي متخصص يعتمد على العدالة المنصفة والتي ترتكز بالأساس على مبدأ الشرعية وما يحمله من ضمانات فعلية لحقوق المتهمين أمام القضاء الدولي المتخصص.

ومن أهم النتائج التي نستخلصها من خلال هذا المبحث أن الإعلان الإسلامي لحقوق الإنسان هو تكريس لمبادئ شرعية مثبتا في القرآن والسنة النبوية الشريفة.

وتعتبر الاتفاقيات الأوربية والأمريكية من الاتفاقيات الفعلية التي كرست مبادئ العدالة المنصفة والتي طبقت في المناطق الجغرافية على شعوبها فجعلتها فعلا مصدر إلهام للأمم الأخرى.

خلاصة الفصل الأول:

ب- المتهم برئ حتى تثبت إدانته بحكم قضائي صادر من محكمة مختصة.

ج- تتوفر للمتهم جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه بشخصه أو بواسطة محام يختاره في محاكمة علنية، وتزوده المحكمة بمحام يدافع عنه بدون أجر في حال عجزه عن دفع أتعابه"

المادة 4:"أ- لكل إنسان الحق في الحرية وفى الأمن على شخصه وفى نشدان السعادة، ولا يجوز المساس بهذا الحق إلا في الحالات وطبقا للإجراءات المنصوص عليها في القانون.

ب- لا يجوز القبض على إنسان أو توقيفه أو احتجازه بغير سند من القانون. وله منذ اتخاذ هذا الإجراء ضده حق الاستعانة بمحام ويجب تقديمه إلى الجهة القضائية فورا.

ج- لكل إنسان قبض عليه أو جرى توقيفه أو احتجازه بغير سند من القانون الحق في التعويض".

من خلال ما قدمناه في هذا الفصل لماهية حقوق الدفاع والقضاء الدولي الجنائي،استخلصنا أن القضاء الدولي الجنائي حديث النشأة لم نرى له تطبيقا فعليا إلا في العصر الحديث، رغم أن أفكاره الفلسفية كانت لدى الحضارات القديمة، وتعريفات الفقهاء لهذا القضاء تكاد تكون منعدمة ، ويبقى التردد واضحا في جدوى إنشاء قضاء دولي جنائي في معاقبة مرتكبي الجرائم الماسة بالنظام الدولي العام، إذ لقي معارضة قوية من قبل بعض الدول الفاعلة في المجتمع الدولي.

رغم أن توجه المجتمع المدني الدولي إلى ضرورة وجود قضاء دولي جنائي دائم للحد من ظاهرة الإفلات من العقاب، والموازنة بين مصالح المجتمع الدولي والأفراد المكونين لهذا المجتمع.

كما أننا نستخلص أن حقوق الدفاع تعتبر العصب الذي يسري به القضاء الجنائي لذا يعتبر من الركائز الأساسية للمحاكمة العادلة رغم الغموض الذي ينظم هذه الحقوق.

وعليه يمكن القول أن حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي هي تلك المكنات التي أقرتها القوانين الوطنية و الأعراف الدولية لكل شخص طبيعي أو معنوي في مواجهة الإدعاءات الماسة بالأصل الثابت في الإنسان أمام الجهات القضائية المحددة قانوناً في النظر في هذه الإدعاءات بشكل يحقق التوازن بين مصالح المجتمع الدولي والمصالح الخاصة للأفراد.

كما أن هذه الحقوق لها أساس فلسفي ونظري تستمد منها شرعيتها من خلال المواثيق والإعلانات العالمية والاتفاقيات الدولية والإقليمي ة، فهي وليدة كفاح ونضال متواصل لحكماء المجتمع الدولي بغرض تحقيق العدل.

إن حقوق الدفاع لها دور كبير في الكشف عن الحقائق وحماية حقوق المجتمع والمتهم في نفس الوقت فلحترام هذه الحقوق وتكريسها يجسد مبدأ سامي من مبادئ العدالة وهي المساواة أمام القضاء، تكريسا لمبدأ الشرعية المعبر عنه بقول" لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"باعتبار أن ركائز حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي فيها الكثير من الجدل حول اعتماده لمبدأ المشروعية.

لذا كان لزاما علينا أن نتطرق في هذا الفصل إلى أهم الدعائم أو الركائز التي تعتمد عليها التشريعات في تكريسها لحقوق الدفاع، ودور مبدأ الشرعية الجنائية في حماية هذه الحقوق وفعالية الضمانات التي أقرتها التشريعات المعاصرة لهذه الحقوق المستمدة أصلا من العرف الدولي.

وقد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: دعائم حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.

المبحث الثاني: ضمانات حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.

المبحث الأول:

دعائم حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.

حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي هي فرع من حقوق الدفاع أمام القضاء بوجه عام، لذلك فهذه الحقوق وتلك تشتركان في كونهما يرتكزان على دعائم عامة ودعائم خاصة مستمدة في الأصل من قرينة البراءة التي تعتبر كأصل ثابت في الإنسان لا يقبل العكس إلا في حالة واحدة وهي إثبات الإدانة بحكم بات وقطعي وجازم، كما تعتمد على مبدأ الشرعية الجنائية كأهم دعامة لحقوق الدفاع.

وقد قسمنا هذا المبحث إلى ثلاث مطالب.

المطلب الأول: الدعائم العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.

المطلب الثاني: الدعائم الخاصة لحقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.

المطلب الثالث: دعامة مبدأ الشرعية الجنائية أمام القضاء الدولي الجنائي.

المطلب الأول: الدعائم العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي:

المحاكمة العادلة تستوجب مقاضاة المتهم بشأن الاتهام الموجه إليه أمام محكمة مستقلة محايدة منشأة بحكم القانون يتاح له من خلالها الدفاع عن نفسه مع تمكينه من مراجعة الحكم الصادر ضده من قضاء أعلى درجه، وهذه الحقوق ترتكز على مجموعة من الدعائم التي تتشكل من معايير موضوعية في الأساس والتي ترتكز هي الأخرى على مبدأ ثابت في الإنسان وهو البراءة إلى أن يتم إثبات عكسها بحكم بات، وكل هذا الكلام يدور في أطر مبدأ الشرعية وعناصرها والمبادئ التي تعتمد عليها الشرعية الجنائية سواء كانت إجرائية أو موضوعية ، وكذلك التداخل بين الشرعية الجنائية وحقوق الدفاع ففي حقيقة الأمر تعتبر ضوابط الشرعية الجنائية هي قيود على ممارسة حقوق الدفاع كما أنه يمكن مخالفة هذه الضوابط تعتبر مصدر حي لممارسة حقوق الدفاع.

وبناء على ما تقدم سنقسم هذا المطلب إلى فرعين بحيث سنتناول الدعائم العامة لحقوق الدفاع في الفرع الأول والثاني سنخصصه للدعائم الخاصة لحقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.

الفرع الأول: دعامة رد الاعتداء.

أولا: معايير دعامة رد الاعتداء : ذهب الأستاذ Alain fisselur إلى أن أساس الدفاع القضائي يستند إلى معيار موضوعي وإجرائي[1] و الجانب الموضوعي للمعيار هو رد الاعتداء[2].

فالاعتداء يأخذ صورة القوة الجبرية كما في حالة الحرب، أو يأخذ صورة الإجراء القانوني في حالة الالتجاء للقضاء.

وهذا الجانب الموضوعي للمعيار من مزاياه أنه يجعل عملية الدفاع متميزة بذاتها إذ تتوافر باستقلال عن أساس النزاع المطروح.

ولكن الجانب الموضوعي لا يكفي لمعرفة بدقة ما هو الدفاع القضائي فهو يكتفي بالإشارة إلى أنه دفاع فحسب، ولذا كان ضروريا تحديد المعيار الموضوعي للدفاع القضائي وإجراءاته ، فحيث توجد معارضة الطلب المدعي يوجد هناك معيار موضوعي، و يتميز الدفاع القضائي في هذه الحالة بخصائصه في مواجهة اعتداء مع الاستعانة بعدالة المحكمة[3].

ولذا فأن الجانب الإجرائي للمعيار فيشرح المدعي من خلال الإجراءات القضائية ما يفند تصريحات خصمه، ويلتزم القضاء في هذه الحالة بأن يضع هذا التقيد موضع الاعتبار لأنه اتجاه موقف يتعلق بحق شخص، كما أننا أمام طرف ينكـــــــر على خصمه موقفه في الدفاع.

وبصفة توضيحية نقول أن الجانب الموضوعي للمعيار يسمح بتقدير مفهوم الدفاع وعلاقته بصحة أساس النزاع ومدى مخالفته للحقيقة لتبرير حالة الدفاع القضائي، بهدف الفصل في صحة أو فساد الأساس الذي بني عليه الإدعاء بوجه التعدي.

أما الجانب الإجرائي للمعيار فيسمح بتكييف إجراءات الكشف عن الحقيقة وتحليل الإجراء من كافة الزوايا وصولا إلى معرفة موقف أحد الأطراف، باستقلال عن صفته الإجرائية وللتعرف على حقيقة موقفه الدفاعي، وكنتيجة لما سلف نقول أن الدفاع القضائي يرتكز على معيار موضوعي وإجرائي.

ثانيا: تقدير دعام ة رد الاعتداء: يرى الأستاذ محمود صالح العادلي:" أن اعتبار رد الاعتداء دعامة لحقوق الدفاع أمام القضاء أمر محل نظر صحيح أنها يمكن أن تصلح التبرير نشاط الدفاع

[1] نقلا عن محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص131.

[2] رؤوف عبيد: الإجراءات العملية في قانون الإجراءات الجنائية، ج1، مرجع سابق، ص221.

[3] محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص132.

الذي يقوم به المدعى بوجه عام باعتبار أن هذا النشاط يرتكز على ما وجه إلى حقوقه أو مصالحه من اعتداء فعلي أو مزعوم"[1].

وبأسلوب أكثر دقة نقول إن رد الاعتداء يبرر ممارسة الإتهام لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي عن طريق الإدعاء وتفنيد وجهة نظر المتهم، أو المدعى بوقوعها غير أن رد الاعتداء لا يصلح كدعامة لنشاط الدفاع الذي يمارسه المدعى عليه بوجه عام.

فالاعتداء ظلم وتجاوز للحد، في حين أن الإجراءات القضائية التي يتخذها المدعى أو بواسطة سلطة الاتهام ضد المتهم هي إجراءات نظمها القانون، أي أنها إجراءات قانونية ومن ثم لا يصح وصفها بأنها اعتداء أو ظلما.

وعليه لا يمكننا أن نعتبر مباشرة سلطة الاتهام لما قرره لها القانون من إجراءات جنائية في مواجهة اعتداء عليه يبرر دفاعه، فجهة الاتهام إنما تمارس سلطة خولها المشرع إياها، وهي تتمتع في هذا الصدد بسبب من أسباب الإباحة تضفي على أعمالها صفة المشروعية[2].

الفرع الثاني: دعامة المساس بمصلحة محمية:

أولا: المساس بمصلحة محمية بوجه عام: إن الدعامة العامة للدفاع هي المساس أو خشية المساس بمصلحة محمية قانونا، وقد يصل هذا المساس أو كخشية منه لدرجة خطر الاعتداء الفعلي على المصلحة القانونية، فيبيح الدفاع سواء كان دفاعا شرعيا أو دفاعا أمام القضاء، وهذا الأخير يثبت عندما يتم الاعتداء الفعلي، فيكون له بذلك طلب الحماية القضائية لمصلحته القانونية عن طريق ممارسة حقوق الدفاع التي تستلزم لدرء هذا الاعتداء أو الخطر ممارسة الحقوق ولا سيما الحق في الدعوى، يكسب من توجه ضده الممارسة وحق الخصم ويكون له من ثم حقوق الدفاع للرد على المساس أو خشية المساس بمصلحة قانونية له نتيجة للممارسة الخصم الأول الإجراءات القانونية ضده، فالمساس أو خشية المساس بمصلحة قانونية هو أساس ثبوت حق الدفاع أمام القضاء للمدعي بوجه عام، ولجهة الاتهام بصفة خاصة وللمدعى عليه بصفة عامة والمتهم بوجه خاص[3].

1 المساس بمصلحة محمية والمدعى عليه: ومجمل القول أن المساس الفعلي أو المحتمل هو الدعامة العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء، بالرغم من أن المساس أو خشية المساس بمصلحة

---

[1] محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص133.

[2] سليمان عبد المنعم: أصول المحاكمات الجنائية، ك 2، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005 ، ص824.

[3] محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص135.

قانونية هي في النهاية دعامة لحقوق الدفاع أمام القضاء سواء للمدعى أو المدعى عليه، إلا أنه يلاحظ أن هناك فروقا في هذا الصدد.

فمن جهة أولى نجد أن حقوق الدفاع تثبت أولا لصاحب المصلحة القانونية التي تم – أو يحتمل –المساس بها، وتظل ساكنة حتى يعبر عن إرادته في ممارستها بأن يتوجه بدعوى أمام القضاء ضد شخص معين، ومن اللحظة يكتسب الشخص وصف الخصم ومن تثبت له حقوق الدفاع مقابلة لحقوق دفاع خصمه فحقوق دفاع الخصم الأول تثبت مبكرة له من خصمه[1].

ومن جهة ثانية، نجد المساس أو خشية المساس بمصلحة قانونية هو بالنسبة للخصم الأول خطر الاعتداء أو اعتداء فعلي أو مجرد اعتقاد من جانبه أنه كذلك، في حين أنه بالنسبة للخصم الأخر هو ناتج عن ممارسة خصمه لحقوق الدفاع وهذه الممارسة ليست اعتداء طالما التزمت الضوابط القانونية لها.

2 المساس بمصلحة محمية والقضاء الجنائي: إن القانون بوجه عام يسعى إلى حماية أسس ودعائم المجتمع متى قدر ضروریاتها بإشباع حاجات معينة ينهض عليها الصرح الشامخ للمجتمع، فإن صورة هذه الحماية تندرج فيما مدى الأهمية المقدرة لموضوعها، وإذا بلغت هذه الأهمية في نظر المشرع مكانة كبيرة أضفي عليها الحماية الجنائية، معتبرا المساس أو خشية المساس بها جريمة تتبع مسؤولية مرتكبها ومن ثم توقيع الجزاء عليه وتتباين أساليب الحماية باختلاف المكان والزمان وطبقا لظروف المجتمع والأسس والدعائم التي يقوم عليها بناؤه، وهذه الدعائم ينظر إليها المشرع باعتبارها مصالح تصلح في تقديره لإشباع حاجة إنسانية مهمة مثل الأمن والوظيفة العامة والمال العام والخاص والحياة وسلامة الجسد...

وعليه فإن ارتكاب الجريمة الجنائية يحدث المساس بالمصلحة المحمية قانونا [2] فتكون من ثم للمجتمع ممثلا في النيابة العامة، باعتباره المجني عليه في هذه الجريمة كافة حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي– طلبا لحماية مصلحته التي تم المساس بها، ومن حيث حقوق الدفاع هذه الحق في الدعوى الذي يستهدف بها التحقق من ارتكاب الجريمة التي وقعت وتقرير مسؤولية شخص عنها وتوقيع الجزاء الجنائي عليه سواء أكان عقوبة أم تدبيرا احترازيا.

---

[1] محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص136.

[2] فالجريمة وفقا لتعريف الفقه تقع مساس بأمن المجتمع وطمأنينته.

أوهي سلوك إجرامي بارتكاب فعل جرمه القانون، أو الإمتناع عن فعل أمر به القانون.

فوزية عيدا لستا ر: شرح قانون الإجراءات الجزائية ، مرجع سابق، ص، 48؛ سليمان عبد المنعم: أصول المحاكمات الجنائية، ك1، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ،2005، ص90.

وممارسة المجتمع حقه في الدعوى يكسب الشخص الموجه ضده الدعوى صفة متهم [1] ويكون له من ثم كافة حقوق الدفاع نظرا لأن هذا الوصف يسمح باتخاذ إجراءات جزائية ضده تمس مصالح محمية له أو يخشى مساس مصلحة، وأهم هذه المصالح الحرية الشخصية [2] فمنذ اتخاذ إجراءات جزائية ضد شخص ما تثبت له حقوق الدفاع التي يتبرأ منه هذا المساس بحريته أو خشيته المساس بمصالحه.

كما أن الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي حرصا على الاعتراف للمدعى عليه بحقوق الدفاع أمام القضاء، وأعترف أن حضور الخصوم لإبداء دفاعهم شرط لصحة القضاء [3] إذ لا يجوز القضاء على الغائب ، فقد جاء في الحديث الشريف أن الرسول عليه الصلاة والسلام فقد روي عن الإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: "بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن قاضيا، فقلت : يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السن لاعلم لي بالقضاء فقال أن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك فإذا جلس إليك الخصمان فلا تقض حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فانه أحرى أن يتبين لك القضاء"[4].

المطلب الثاني: دعائم حقوق الدفاع الخاصة بالاتهام أمام القضاء الدولي الجنائي.

توجد مجموعة من الدعائم الخاصة لصيقة بحقوق الدفاع، يعتمد كل عليها من تتوفر فيه دلائل الشبهة، هذه الدعائم يرتكز عليها المتهم ومدافعه في إثبات براءته أمام القضاء الدولي

---

[1] لتفصيل أكثر في تعريف الدعوى الجنائية أنظر: رؤوف عبيد: الإجراءات الجنائية في القانون المصري، ط 16، دار الجيل لطباعة، مصر، 1989، ص69 ومابعدها.

[2] إذ أن قانون الإجراءات الجنائية لا ينص بمجرد وضع التنظيم القضائي لاستعمال سلطة الدولة في العقاب لأن الإجراءات التي يتضمنها ليست مجرد وسائل بحتة، بل هي أعمال تمس الحرية الشخصية عند مباشرتها في مواجهة المتهم.

فالإجراءات الجنائية بكل ما تحمله من معاني الشبهة والاتهام ولكل ما تستهدفه من جمع الأدلة لكشف الحقيقة تمس حرية المتهم أو تعرضها للخطر.

فتحي سرور: الوسيط في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 34؛ رؤوف عبيد الإجراءات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، ج1، ط 3، دار الفكر العربي، مصر، 1980، ص 14.

[3] في جرائم الحدود التي تقع على حق خالص لله وحده كما هو الحال في جريمة الزنا أو شرب الخمر لا يشترط تحريك الدعوى الجنائية الناشئة عنها من قبل الأفراد.

أما الحدود التي تقع على حق الله تعالى مستوي بحق العبد، ولكن الله الأغلب (جريمة القذف) بشرط تحريك الدعوى الجنائية من قبل المقذوف – أما جرائم التعزير فتحرك الدعوى من يملك الخصومة؛ لتفصيل أكثر أنظر:

محمد أبو زهرة " الجريمة"، مرجع سابق، ص 65 وما بعدها.

[4] راجع الصفحة 57 من هذه المذكرة.

الجنائي وتتمثل في الأساس في قرينة البراءة كأصل ثابت، والإدانة كاستثناء، وسنتعرض لذلك بشيء من التفصيل.

الفرع الأول: الدعائم المستمدة من اعتبار البراءة أصل:

أولا: معنى قرينة البراءة: لقد عرف أصل البراءة من مؤلفين وفقهاء و أتت تعاريفهم جميعا على نحو متشابهة في المعنى والمتن.

لقد عرفها البعض " قرينة البراءة" تعني افتراض براءة كل فرد مهما كان وزن الأدلة أو قوة الشكوك التي تحوم حوله أو تحيط به، فهو بريء هكذا ينبغي أن يعامل وهكذا ينبغي أن يوصف طالما أن مسؤوليته لم تثبت بمقتضى حكم صحيح نهائي صادر من القضاء المختص"[1].

أهم ما يلاحظ على التعريف هو افتراض البراءة لكل فرد وهذه المفردات المستعملة فيها نوع من الخلل لأن الفرد الذي تنشأ حوله شكوك ينتقل من الفرد البريء إلى المشتبه به وبالتالي لا يمكننا أن نقول أن قرينة البراءة مفترضة لكل فرد تدور حوله مجموعة من الأدلة والشكوك بل الأصح نقول كل مشتبه به، كما عرفها أخر:" إن مقتضى أصل البراءة شخص متهم بجريمة مهما بلغت جسامتها، يجب معاملته بوصفه شخصا بريئا حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات[2].

ومن أهم ما يلاحظ على هذا التعريف أنه استعمل ألفاظا سليمة إلا أن أهم ما قد يوجه له أنه قصر الاتهام على المتهم فقط من حيث أنه قد يكون متهما وقد يكون مشتبها به.

وهناك من التعاريف ما كان شاملا جامعا وهو: " يعني معاملة الشخص – مشتبها فيه أم متهما–في جميع مراحل الإجراءات ومهما كانت جسامة الجريمة التي نسبت إليه، على أنه بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات وفقا للضمانات التي قررها القانون للشخص في كل مراحله[3].

وهذا التعريف الذي نرى بأنه الأنسب لمبدأ البراءة لأنه اشتمل على وصف الاشتباه والإتهام.

ونص على هذا المبدأ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان –م 11[4]، وأكد هذا المبدأ العهد

---

[1] عبد الحميد الشواربي: الإخلال بحق الدفاع في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 228.

[2] أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 126.

[3] محمد محده: ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، مرجع سابق، ص 225.

[4] كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه.

لا يدان أي شخص من جراء أداء عمل أو الإمتناع عن أداء عمل إلاّ إذا كان ذلك يعتبر جرماً وفقاً للقانون الوطني أو الدولي وقت الارتكاب.

الدولي للحقوق المدنية والسياسية في المادة– م2/19[1]، والذي أقرته الأمم المتحدة سنة 1966م حيث ورد النص حرفيا كما جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[2].

كما تبنت الاتفاقيات الدولية التي عقدت على مستوى القارات والتي تهدف إلي حماية حقوق الإنسان، والتي من أبرزها الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية الموقعة في نوفمبر 1950م بروما[3]، مشروع حقوق الإنسان والشع وب في الوطن العربي الذي وضعه مؤتمر الخبراء العرب الذي انعقد في المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية في إيطاليا 1985م نص على أن المتهم برئ حتى تثبت إدانته بحكم قضائي صادر من محكمة مختصة.

وتعتبر فرنسا من الدول الرائدة في هذا المجال، حيث كان هذا المبدأ من نتائج الثورة سنة 1789 حيث عبرت عنه المادة التاسعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة 1789– م9[4]، والتي تنص على أن " كل إنسان تفترض براءته حتى تثبت إدانته وإذا تقرر أنه لا مفر من القبض عليه فإن كل عنف في– تنفيذ هذا القبض – لا تتطلب الضرورة من أجل التأكد من شخصيته يجب أن يعاقبه القانون بقسوة.

فقد أكد الفقه على اعتبار أن هذه القاعدة تمثل قرينة قانونية بسيطة – أي تقبل إثبات عكسها والقرينة هي استنباط واقعة مجهولة من خلال واقعة معلومة فالمتفق عليه أن الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يتقرر العكس بحكم قضائي أو بناء على نص قانوني[5].

إلا أن بعض أحكام المحاكم انتهت إلي أن افتراض البراءة لا يتمخض عن قرينة قانونية ولا هو من صورها، على أساس أن القرينة القانونية تقوم على تحويل للإثبات من محله الأصلي – الواقعة المعلومة – أي واقعة أخرى قريبة منها متصلة بها وهذه الواقعة البديلة هي التي يعتبر إثباتها إثباتا للواقعة الأولى بحكم القانون، وليس الأمر كذلك بالنسبة للبراءة التي افترضها القانون

كذلك لا توقع عليه عقوبة أشد من تلك التي كان يجوز توقيعها وقت ارتكاب الجريمة.

[1] لكل فرد حق في الحرية وفى الأمان على شخصه.

ولا يجوز توقيف أحد أو اعتقاله تعسفا.

ولا يجوز حرمان أحد من حريته إلا لأسباب ينص عليها القانون وطبقا للإجراء المقرر فيه.

[2] المادة 2/9:"لكل فرد حق في الحرية وفى الأمان على شخصه.

ولا يجوز توقيف أحد أو اعتقاله تعسفا.

ولا يجوز حرمان أحد من حريته إلا لأسباب ينص عليها القانون وطبقا للإجراء المقرر فيه".

[3] المادة 1/2" حق كل إنسان في الحياة يحميه القانون.

ولا يجوز إعدام أي إنسان عمدا إلا تنفيذا لحكم قضائي بإدانته في جريمة يقضي فيها القانون بتوقيع هذه العقوبة".

[4] محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص 155.

[5] في ذلك أنظر: أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 133.

والدستور فليس ثمة واقعة أصلها الدستور محل واقعة أخرى وأقامها بديلا عنها، إنما يؤسس افتراض البراءة على الفطرة التي يولد الإنسان عليها، فقد ولد الإنسان حرا مبرءا من الخطيئة والمعصية، ويفترض على امتداد مراحل حياته أن أصل البراءة لا زال كامنا فيه مصاحبا له فيما يأتيه من أفعال إلي أن تقضي محكمة الموضوع بقضاء جازم ، هذا الافتراض على ضوء البيانات التي يقدمها الاتهام مثبتة للجريمة التي نسبتها إليه في كل ركن من أركانها وبالنسبة إلي كل واقعة ضرورية لقيامها[1].

ويظل هذا الأصل قائما رغم الأدلة المتوفرة والمقدمة حتى يصدر حكم قضائي بات يفيد إدانة المتهم، وبهذا الحكم ينقضي أصل البراءة وتتوافر بالتالي قرينة قاطعة تصلح أساسا لإهدار الأصل في المتهم فإدانة المتهم إذا تتوقف على انتهاء الإباحة وعدم توافر موانع المسئولية[2].

ومع ذلك فقد لوحظ أنه إذا أريد احترام أصل البراءة احتراما حرفيا فسوف يضحى اتخاذ الإجراءات الجنائية أمرا مستحيلا ، ولهذا فإن المضمون الواقعي العملي لهذا الأصل يتوقف على ضمانات الحقوق والحريات التي تحيط بتطبيق هذه القرينة ، فأصل البراءة يعني أن المتهم يجب أن يعامل كالأبرياء، ومن ثم فإن الأصل هو تمتعه بجميع الحقوق والحريات التي كفلها الدستور ونظمها القانون.

إلا أنه ولما كانت نصوص الدستور متكاملة مترابطة وكان الدستور كما كفل الحرية الشخصية معظم حقوق الإنسان كفل أيضا التجريم والعقاب [3]وكفل المحاكمة عن الجرائم حين نص على أنه لا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي [4]، فإن الشرعية الدستورية في الإجراءات الجنائية تتطلب الموازنة بين احترام الحقوق والحريات الأساسية وكفالة الإجراءات التي تتخذ تجاه المتهم[5].

فالقانون ينظم الحرية الشخصية للمتهم داخل الخصومة الجنائية في ضوء أهداف الخصومة الجنائية ويجب ألا يتجاوز هذا التنظيم القانوني القائم على أصل البراءة والذي يتمثل في تقييد الإجراءات التي يسمح بها القانون بضمانات معينة تكفل حماية الحرية الشخصية للمتهم وحقوقه المتعلقة بها.

---

[1] حكم المحكمة الدستورية المصرية رق 1955/7/3

[2] أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، د ط، دار الشروق، القاهرة، مصر، د ت ، ص562.

[3] أنظر المادة 46 من الدستور1996:" لا إدانة إلاّ بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرّم".

[4] أنظر المادة 45 من الدستور 1996."كلّ شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته، مع كلّ الضّمانات التي يتطلّبها القانون".

[5] أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص139.

ثانيـــا: قاعدة تفسير الشك لمصلحة المتهم: ويقصد بهذه الدعامة: أنه متى أرجحت الأدلة المقدمة في الدعوى الجنائية بين الشك في الأدلة واليقين بها تعين ترجيح الشك ومن ثم الحكم بالبراءة، فإذا كانت الأدلة تبنى على اليقين والجزم فإن البراءة يكفي القضاء بها لمجرد الشك[1].

العبرة في الأدلة في المخالفات الجنائية هي باقتناع المحكمة بها حيث تكون عقيدتها فيما تطمئن إليها منها، ولمحكمة الموضوع كامل الحرية في تكوين اقتناعها من الأدلة المطروحة أمامها، لذلك إذا حصل شك لدى المحكمة في تقدير قيمة الأدلة أو الشك في ثبوت التهمة قبل المتهم فإنه يجب في هذه الحالة الرجوع إلى الأصل وهو براءة المتهم، فإن الأصل براءة الذمة ، واليقين لا يزول بالشك، كما تقول قاعدة كلية من قواعد الفقه الإسلامي، إنما يزول اليقين بيقين آخر، ومن هنا جاء مبدأ – الشك يفسر لمصلحة المتهم[2].

ليتضح مما سبق أن مجال تصنيف هذا المبدأ هو تقدير أدلة الإنسان وليس في تفسير القانون – فالتفسير يعني القانون والكشف عن إرادة المشرع دون لبس أو غموض، ويجب ألا يكون هناك أدنى شك في تفسير إرادة المشرع، لأن ذلك الشك معناه– أن المفسر لم يفسر بجد على معنى القانون، وهو أمر يجب الوصول إليه وعدم الخلاف في تحديده[3].

ومن ثم نستنتج بأن الأحكام الصادرة بالإدانة في المواد الجنائية يجب أن تبنى على حجج قطعية الثبوت تفيد الجزم واليقين لا مجرد الظن والاحتمال وإذا حصل أي شك في أدلة الإدانة رجعنا إلى الأصل وهو البراءة لكونها قطعية ولا تزول بالشك، ومن ثم لو حكم بناء على ذلك الشك فإن هذا الشك يجعل الحكم بالإدانة غير مؤسس لأنه – أب الشك – يجب أن يستفيد منه المتهم لا أن تؤسس عليه الأحكام[4].

ومما سبق ذكره نرى إلى أي مدى وصل وجه التطبيق بين ما يرى به الفقه الإسلامي بأعمال قاعدة اليقين لا يزول بالشك المؤسس على افتراض البراءة وبين ما توصل إليه القضاء الجنائي المعاصر بإعمال تفسير الشك لصالح المتهم المؤسس هو أيضا على افتراض البراءة[5].

وعلى هذا فإن اليقين القضائي يعني إدانة المتهم فيما وراء مرحلة الشك المعقول ، ويجب على المحكمة أن لا تقتنع بالإدانة إلا بناء على الجزم واليقين. وبما لا يدع مجالا معقولا لشبهة

---

[1] حسين جميل: حقوق الإنسان والقانون الجنائي، مرجع سابق، ص212.

[2] أحمد فتحي سرور: الوسيط في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 9.

[3] المرجع السابق، ص 10.

[4] محمد محده: ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، مرجع سابق، ص 248.

[5] نقلا عن محمد محده: محمد سليم العوا: مبدأ الشرعية في القانون الجنائي المقارن، القضاء والتشريع، وزارة العدل التونسية، العدة، السنة 1979، ج1، ص 249.

انتفاء التهمة عن المتهم ، وبعبارة أخرى يجب أن يقتنع القاضي قناعة قاطعة بثبوت التهمة ولا يتقيد في ذلك إلا بمشروعية الأدلة المطروحة أمامه إجرائيا وموضوعيا ويكون حرا في تكوين عقيدته فيما وراء ذلك.

ولكن حرية القاضي في الاعتقاد لا تعني التحكم ولا تستند على الفوضى في التقدير فيجب أن يسبب القاضي حكمه بناء على أدلة مقبولة من العقل والمنطق[1].

فحرية تكوين قناعة القاضي يجب أن تبنى في إطار المشروعية وتحت مظلة القانون وهو بالتالي يتقيد بقيود معينة لتسبيب أحكامه حتى تكون مرآة لمنطق سليم ولاحترام حكم القانون.

فالحكم بالإدانة يصبح باطلا إذا بني على الترجيح والاحتمال ، فإذا كانت مثلا روايات وأقوال الشهود متضاربة متناقضة ، بحيث لا يطمئن وجدان المحكمة إلى ثبوت الجريمة فوق مرحلة الشك المعقول ، فإن تفسير الشك لصالح المتهم وفقا للقاعدة الأصولية في القانون الجنائي تصبح واجبة الأخذ بها كذلك إذا تضاربت الأدلة وتعادلت فإن المتهم يعامل بالدليل الذي في مصلحته عملا بقاعدة الشك يفسر لصالح المتهم.

هذا اليقين الذي يقضي على أمل البراءة ليس هو اليقين الشخصي للقاضي، وإنما هو اليقين القضائي الذي يصل إليه القاضي كما يصل إليه الكافة لكونه مؤسس على العقل والمنطق والنصوص، ومن لم يتحقق هذا في حقه فإن القاضي يكفيه للحكم بالبراءة للتشكيك في صحة إسناد التهمة إلى المتهم[2].

وخلاصة القول أن هناك فرقا بين حكم الإدانة وحكم البراءة فيما يتعلق بالأدلة التي يؤسس عليها كل منهما، لأن مجرد التشكيك في ضعف الأدلة يؤدي إلى الحكم بالبراءة، أما إذا كانت الأدلة جازمة قطعية الثبوت فإنها هنا ستؤدي إلى الحكم بالإدانة.

ثالثا: معاملة المتهم البريء إلى أن تثبت إدانته بحكم بات: يترتب على هذا أن الإجراءات التي تتخذ في التحقيق الابتدائي أو القضائي مثل التفتيش أو حبس المتهم احتياطيا يجب أن تتخذ إلا بأضيق الحدود.

ومن خلال مخالفات الحرية الفردية، والحاجة واضحة لغرض الكشف عن الحقيقة ولا ينفذ شيء منها إلا بناء على أدلة كافية من أدلة الاتهام ضد المتهم تبرر اتخاذ الإجراء.

---

[1] أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 567.

[2] محمد محده: ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، مرجع سابق، ص 249.

ومن نتائج قاعدة اعتبار المتهم بريئا إلى أن تثبت إدانته بحكم فإن الدعوى الجنائية تنقضي في حالة وفاة المتهم، حتى إذا كان قد صدر ضده حكم جنائي بإدانته، ولكنه بات [1] قبل وفاته بأن كان قابلا للطعن[2] فيه أو إذا طعن به ولم يبت في طعنه، ويترتب على ذلك أنه إذا كان قد صدر ضد المتهم حكم بالإدانة ثم توفي قبل أن يصبح الحكم باتا فإن الدعوى تنقضي وتسقط الجريمة ويزول كل أثر للحكم.

ويترتب على معاملة المتهم معاملة البريء، أن الإجراءات التي تمس الحرية الشخصية يجب أن تتخذ ضمن الضمانات المقررة لمعاني القانون حتى لا يتم التجاوز على حقوق الأفراد وحرياتهم بدون مبرر[3].

رابعا: عدم التزام المتهم بإثبات براءته: وسبق وأن ذكرنا أن الاتهام ينشأ ضد الشخص إذا قامت ضده قرائن أو أدلة مباشرة تشير إلي أنه قد ارتكب فعلا يشكل مخالفة للقانون الجنائي، وهو ما يعرف بالبينة المبدئية والتي تعرف بأنها الأسباب القانونية التي تنهض عليها المساءلة الجنائية حتى تبدأ إجراءات التحري في الدعوى الجنائية.

يستنتج من أصل البراءة في المتهم عدم مطالبته بتقديم أي دليل على براءته وبالبناء على ذلك ضمن حقه أن يتخذ موقفا سلبيا في مواجهة الاتهام المسند إليه، ولكن إذا توافرت أدلة تفيد صحة التهمة كان من حقه أن يقدم ما لديه من أدلة دحضا لها [4]، ويقع على عاتق القاضي مهمة تحقيق كل ما يأتي به المتهم في دفاعه الجوهري تفسيرا للأدلة المقامة ضده وإلا يكون مخلا بحقوق الدفاع ولا يجوز للقاضي الاستناد إلى مجرد سكوت المتهم في الدفاع عن نفسه أو إلى الامتناع عن الإجابة على ما وجه إليه من أسئلة، في إدانته لأنه غير ملزم أساسا بذلك وإلا ما كان هناك معنى لمبدأ الأصل في الإنسان هو البراءة[5].

---

[1] يقصد بالحكم البات الحكم الذي لا يقبل الطعن فيه بالمعارضة أو الاستئناف أو النقض حتى لو كان قابلا للطعن فيه بطلب إعادة النظر، ذلك لأن طلب إعادة النظر هو طريق لم يعين له المشرع موعدا معينا، ولأن الأسباب التي تدعو إليه مجهولة حينما يصدر الحكم البات وقد لا توجد على الإطلاق والخصومة تنقضي بصدور الحكم البات فإذا طعن فيه يطلب إعادة النظر أمكن القول بأن خصومة جديدة قد بدأت هي خصومة طلب إعادة النظر.

وقد تكفل المشرع بحمايتها كأي خصومة أخرى، وللصفة الباتة للحكم ثلاث مصادر.

فهو يصدر ابتداء كذلك ويصدر باتا إذا فوت مواعيد الطعن فيه، ويصير باتا في النهاية إذا استنفذت طرق الطعن فيه.

[2] راجع ماسيأتي من هذه المذكرة ص 126.

[3] محمد الطروانة: ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، دراسة مقارنة، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن ، 2003، ص 173.

[4] أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص767.

[5] حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص 62.

وعلى صعيد أخـــــــر فإن للمحكمة أن تطرح اعترافه متى ثبت لها عدم صدقه، ذلك أن الاعتراف في المسائل الجنائية من عناصر الاستدلال التي تخضع لتقدير محكمة الموضوع وإذا دفع المتهم بدفع مهم يكون من شأنه إعفاؤه قانونا من المسؤولية أو العقاب، كدفعه بانقضاء الدعوى الجنائية بالتقادم أو بإلغاء القانون الذي كان يجرم الفعل المسند إليه أو اختصاص المحكمة فإنه لا يطالب بإثباتها، ذلك أن مثل هذه الدفوع أشبه بإثبات وجود القانون نفسه، وهذا يدخل ضمن وظيفة الإدعاء.

والقاضي بالرد على هذه الدفوع وإثبات عدم صحتها هو دعامة الإدعاء في دعواه وعلى القاضي أن يحققها من تلقاء نفسه ولو لم يدفع بها المتهم، ويجب عليه ذلك من باب أولى إن دفع بشيء منها[1].

كذلك فإن مبدأ البرا ءة الأصلية يفرض على المحكمة أن تبحث بنفسها من خلال إجراءات المحاكمة عن هذه الحقيقة وعما إذا كان هناك أدلة كافية تمكنها أن تدحض هذا الأصل أم لا ، كما يجب على المحكمة أن تبحث كل دفاع جوهري يتقدم به المتهم، والدفاع الجوهري هو الدفاع المنتج في الدعوى الذي يؤثر عليها سلبا أو إيجابيا سواء تعلق بنفي وقوع الجريمة أو بامتناع المسئولية أو العقاب أو بانقضاء الدعوى الجنائية وإلا أصبح حكمها مشوبا بالقصور في التسبيب فضلا عن الإخلال بحق الدفاع.

ويتعين عليها أن تبحث في توافر أركان الجريمة ووقوعها من المتهم – رابطة السببية – وأن تبين الأدلة التي قامت لديها، وأن ترد ما عسى أن يكون المتهم قد تمسك به من أوجه الدفاع المنتج فالمبدأ الذي يمثل حماية للحرية الشخصية للإنسان، والتي تعتبر أول حق من حقوقه كإنسان بعد حقه في الحياة، فهو ضمانة أساسية للحرية الفردية ضد تعسف سلطات الدولة المختلفة في ممارستها لحق المجتمع في العقاب.

وعليه فإذا كان القسم الموضوعي من القانون الجنائي – أي القسم الخاص بتجريم الأفعال وتحديد عقوباتها – هو قانون المذنبين أو المجرمين، فإن القسم الإجرائي منه – أي الإجراءات الجنائية – فهو قانون الناس الشرفاء ، فالمتهم يحضر أمام مختلف الهيئات القضائية الجنائية دون أن يكلف بإثبات شيء فهو ليس مكلفا بإثبات براءته لأن هذه الأخيرة مفترضة فيه.

وعلى هذا فإن تقررت ضرورة القبض عليه، فإن الحبس الاحتياطي يعد إجراءا استثنائيا بقدر ضرورته للتحفظ على شخصية المتهم من جانب وتجريم كل تعسف في تنفيذ وتطبيق قواعد الإجراءات الجنائية من جانب آخر.

[1] أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 19.

الفرع الثاني: الدعائم المسندة من اعـتبـار الإدانـــــة استثنـــــــــاء.

أولا: الانطلاق من البراءة إلى الإدانـــــة: يتضح لنا مما تقدم أن قرينة البراءة تنشطر إلى شقين، الشق الأول يؤكد على أن البراءة أصل ثابت في الإنسان، أما الشق الثاني فيعتبر الإدانة استثناء معلق وجوده على صدور حكم بات.

فالشق الأول يقرر حقيقة طبيعية باعتبار أن الإنسان بريء منذ مولده، والشق الثاني يقرر حقيقة قضائية تعلن بحكم قضائي بات، وبالتالي تستبدل الحقيقة الأصلية بالحقيقة الاستثنائية المكتسبة، فالانتقال من الأصل الثابت للإنسان إلى الاستثناء المكتسب، هي مرحلة وسطى يمكن أن نسميها مرحلة التشكيك في أصل البراءة [1]، وهذه المرحلة الوسطى تأخذ درجة التشكيك المتدرج من حدوده الدنيا والتي تكون في نفسها مرتبة الحدود العليا لمرحلة قرينة البراءة ، فبمجرد تلامس التشكيك والبراءة فيمكن أن توجد هناك دلائل أو معطيات توحي بشكوك حول الشخص أي يدخل في إطار المشتبه به [2]، وبتالي يمكن أن يتخذ ضده إجراء من إجراءات الاستدلال والتحري.

وبحلول مرحلة الاشتباه بتوافر دلائل [3] كافية أو قوية أو خطيرة اتجاه شخص ما تجعله متهما، وتسمح بأن تتخذ ضده إجراءات الاستدلال القضائي من طرف الجهات المخولة قانونا لذلك[4]، وفي الحدود العليا لمرحلة التشكيك في البراءة والتي تلاقي مع الحدود الدنيا لمرحلة الإدانة توجد هناك قرائن [5] تضفي على الشخص وصف المتهم، وتستتبع باتخاذ إجراءات قضائية، لتبيان

---

[1] محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص 186.

[2] المشتبه فيه: لغة أصله ما المشابهة والتشابه، فيقال أشبه كل من الشخصين متى التبس والشبه بالضم الالتباس وشبه عليه الأمر تشبيها لبس عليه.

الفيروز أبادي: القاموس المحيط، ط1، المكتبة العصرية، بيروت، 2009، ص 42.

وعرفه أحمد محدة: بأنه الشخص الذي بدأت ضده التحريات لقيام قرائن تدل على ارتكابه الجريمة أو مشاركته فيها ولم تحرك الدعوى الجزائية ضده".

ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، ج2، ط1، دار الهدى، الجزائر، 1991، ص 53.

[3] يقصد بالدلائل مجرد علامات تستفاء من الوضع الظاهر للظروف المحيطة بشخص ما، ولا يحتاج الأمر تمحيصها أو تغليب أوجه الرأي بشأنها، وهي لا ترتفع إلى درجة الأدلة، وسبب ضعفها أنها مستنتجة من وقائع لا تؤدي بالضرورة ولا بحكم اللزوم العقلي الجازم إلى ثبوت التهمة.

رؤوف عبيد: مبادئي الإجراءات الجنائية، ط 16، دار الجيل لطباعة، مصر، 1989، ص 336.

[4] محمد الطروانة: ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، مرجع سابق، ص 172.

[5] القرائن: عرفها الفقه أنما هي استنتاج واقعة مجهولة من واقعة معلومة.

جندي عبد المالك: الموسوعة الجنائية،ج 5، مرجع سابق، ص258.

صلاحية هذه القرائن من عدمها، ليكون بذلك القاضي قناعته إما بالأصل الثابت في الإنسان أو بالاستثناء المكتسب[1].

ثانيا: تحميل الاتهام بإثبات الإدانـــة: فالقاعدة العامة تقول طالما أن الأصل في الإنسان البراءة ، سواءا من الجريمة أو من الالتزام، فإن من يدعي خلاف هذا الأصل فعليه عبء إثبات إدعائه[2].

وفي النظام القضائي الإسلامي نجد هذه القاعدة مصدرها في أحاديث عدة رويت عن النبي صلى الله عليه وسلم، فقد روى في حديث عن ابن عباس جاء على لسان الرسول (ص) قال" لو يعطى الناس بدعواهم لأدعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن البينة على من ادعى واليمين على من أنكـــــر"[3].

وتجد هذه القاعدة أصولها في القانون الوضعي فيما كانت تنص عليه القاعدة الآتية القائلة أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، والمدعى عليه يصير مدعيا بالدفع [4] فالمتهم غير ملزم بإثبات براءته، وعبء الإثبات يقع على النيابة العامة فمن وظيفتها الأساسية هي كشف الحقيقة[5].

فمن الثابت أن النيابة العامة ملزمة باعتبارها المدعية نيابة عن المجتمع في الدعوى العمومية، بأن تقدم الدليل على صحة التهمة التي تنسبها إلى المتهم، وبناء على ذلك فإنه يتعين عليها أن تثبت الواقعة المسندة إلى المتهم بكافة عناصرها وأركانها كما ينبغي عليها أن تقدم الأدلة على ارتكابه لها. ولا يغني إثبات ركن عن إثبات ركن أخـــــــــــر[6].

وفي هذا المعنى أنظر عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،ج 2، مرجع سابق، ص 493؛ مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ج2، مرجع سابق، ص157؛ أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص374.

وتعرف المادة 1349 من قانون المدني التونسي بصفة عامة بأنها " النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة".كما عرفها فقهاء الشريعة الإسلامية بأنها أمارة أو علامة تدل على شيء مجهول وقد ركزوا في تعريفهم على الجانب الموضوعي فيها.

مسعود زيدة: القرائن القضائية، د ط، دار المقيم للنشر والتوزيع، الجزائر،2001، ص 30.

[1] محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص 189.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2، مرجع سابق، ص 97.

[3] محمود مطرجي: شرح الأربعين النووية للإمام يحي بن شرف الدين النووي، دار التنوير، الجزائر، ص 153.

[4] محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص 192.

[5] محمد الطروانة: ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، مرجع سابق، ص 183.

[6] حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص 61.

والنيابة العامة كممثلة للمجتمع في إظهار الحقيقة يجوز لها بل يتعين عليها أن تقدم من الأدلة ما قد يفيد منه المتهم ما دام قد بان لها ذلك فهي لا تسعى إلى إدانته بأي صورة، بل واجبها ينحصر أساسا في كشف الحقيقة إيجابا أو سلبا ويعتبر مخالفا لوظيفتها الاقتصار عند حد جمع الأدلة ضد المتهم والإحجام عن تقديم ما يفيده إن كان له وجه[1].

فإن كان غالبية الفقه يجعل النيابة العامة باعتبارها جهة الإدعاء عبء الإثبات، فإنه تختلف فمن يقع عليه عبء الإثبات بالنسبة لأسباب الإباحة وموانع المسؤولية والعقاب والأعذار القانونية ، وموانع رفع الدعوى وأسباب انقضائها، ويرى فريق من الفقهاء أن من يبدي دفعا يصبح من حيث الإثبات مدعيا، فإذا تمسك المتهم بسبب من تلك الأسباب وجب عليه إثباته فإن عجز صحت إدانته، لأن هذه الأسباب لا تفترض.

ويرى فريق أخر أن التزام النيابة العامة لا يقف فقط عند إثبات توافر أركان الجريمة وصحة إسنادها إلى المتهم، بل يتعداه إلى إثبات عدم وجود ما ينفيها أو يحول دون محاكمة المتهم عنها وعقابه، ومن الفقهاء من يفرق في الحكم بين تلك الأسباب فيلقي على عاتق المتهم عبء إثبات بعضها، وعلى النيابة عبء إثبات سائرها[2].

ويرى الأستاذ عوض محمد عوض أن عبء إثبات تلك الأسباب أو نفيها لا ينحصر في النيابة العامة والمتهم فحسب بل أن القاضي الجنائي في هذا المقام دورا بالغ الأهمية، لأن عمله لا يقتصر على مجرد تلقي أدلة الخصوم وتمحيصها والموازنة بينها، بل أن له في مجال الإثبات دورا إيجابيا يخوله أن يأمر من تلقاء نفسه بتقديم أي دليل يراه لازما لظهور الحقيقة.

ويترتب على ذلك أنه وإن كان صحيحا أن المحكمة لا تلتزم بتقصي أسباب إعفاء المتهم من العقاب في حكمها ما لم يدفع به أمامها، إلا أنه إذا كانت أوراق الدعوى ترشح لقيام سبب من الأسباب المتيحة أو المانعة من المسؤولية في " العقاب" والمانعة من رفع الدعوى أو من السير فيها، فإن المحكمة تلتزم بتخفيف هذه الأسباب وترتيب أثارها، سواء تمسك المتهم بذلك أو لم يتمسك[3].

---

[1] أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 167.

[2] عوض محمد عوض: المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، مصر، 1999، ص 67.

[3] عوض محمد عوض: المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 671.

ثالثا: بناء الأدلة على اليقين: إذا كان الجانب السلبي لأصل البراءة يقتضي إقرار تفسير الشك لمصلحة المتهم فإن الجانب الإيجابي لقرينة البراءة القائل بأن الإدانة استثناء هو بناء هاته الأخيرة على اليقين.

ليمكن القول بأن اليقين عبارة عن حالة ذهنية أو عقلانية تؤكد وجود الحقيقة التي يتوصل إليها القاضي من خلال الأدلة المطروحة أمامه، واليقين قد يختلف مع الحقيقة وقد يتطابق معها[1].

لا يجاري أحد في التسليم بأن الاقتناع اليقيني للقاضي هو الضمانة الحقيقية لضبط ميزان العدالة وتدعيم حقوق الدفاع، التي تمثل إحدى كفتيه بمبدأ حرية الإثبات الجنائي وتنوء الأخرى بمبدأ الأصل في الإنسان البراءة، بحسبانه الأسس التي ترتكز عليها سائر مقترحات حقوق المتهم في الدفاع...

وبلوغا لهذا اليقين، يتعين على القاضي الجنائي أن يزن كل دليل على حده وله أن يهدر أي دليل مهما كانت قيمته ما لم يطمئن إليه، وعليه أيضا أن ينسق بين الأدلة التي تطرح عليه في الجلسة ويخرج منها بنتيجة واحدة إما البراءة الأصل الثابت أو الإدانة الاستثناء المكتسب[2].

ويشترط للاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي في حالة الإدانة اعتماد الحكم على الأدلة القضائية، أي الأدلة التي طرحت عليه في الجلسة والتي يتاح للخصوم مناقشتها، بحيث يستطيع كل منهم أن يدافع عن الدليل إذا كان في صالحه وأن يفنده إن كان ضده، كما يتعين أن يؤسس القاضي اقتناعه على الأدلة الصحيحة، إذ لا يصح أن يبني حكم صحيح بالإدانة أو البراءة على دليل باطل في القانون[3].

فالهدف من الإجراءات الجنائية هو بلوغ الحقيقة بغير تضييع حرية المتهم، إذ لا قيمة لحقيقة يتم الوصول إليها على مذبح الحرية الفردية.

واليقين المطلوب ليس هو اليقين الشخصي للقاضي وإنما هو اليقين القضائي الذي يصل إليه كما يصل إليه الكافة لأنه مبني على العقل والمنطق، وبالبناء عليه فإنه يشترط في الأحكام الصادرة بالإدانة أن تكون مبنية على حجج قطعية الثبوت، تفيد الجزم واليقين لا محض الظن والتخمين[4].

---

[1] محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص 205.

[2] حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص 63.

[3] أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 769.

[4] حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص 64.

فمن الثابت أن مبدأ حرية القاضي في الاقتناع لا يعني فقط أنه حر في أن يعتقد أولا يعتقد في صحة الأدلة المقدمة إليه، وإنما يعني أيضا أنه لا يملك الخروج على حدود الإقناع والبعد عن التحكيم ولا يستطيع القضاء بغير اليقين[1].

وهذا يرتد إلى حكم الإدانة يهدم أصل البراءة الثابت للمتهم، وهو – يقين – وهو ما لا ينبغي هدمه بغير يقين يساويه أو يتفوق عليه، والنتيجة المنطقية المترتبة على تطلب اليقين للإقتناع القضائي هي ضرورة تفسير الشك لمصلحة المتهم.

وبالبناء عليه إذا ساور القاضي شك في تقدير القيمة الثبوتية للدليل المطروح عليه أو شك في ثبوت الاتهام ضد المتهم وجب عليه القضاء بالبراءة ما يفيد أن المحكمة قد أحاطت بظروف الدعوى وأدلة الثبوت التي قام عليها الاتهام عن بصر وبصيرة ووازن ت بينها وبين أدلة النفي فرجحت دفاع المتهم أو دخلها الريبة في صحة أدلة الإثبات[2].

وتفسير الشك لمصلحة المتهم – كنتيجة لافتراض براءته – من الأمور الواجبة يتعين على القاضي الالتزام بها، وتفريعا على ذلك إذا حكم بالإدانة تخالف مع مؤدى هذا الأصل كان حكمه حقيقا بالإبطال.

المطلب الثالث: دعامة الشرعية الجنائية أمام القضاء الدولي الجنائي.

مبدأ الشرعية مؤداه سيادة القانون أي خضوع الدولة بجميع سلطاتها لأحكام القانون ، بحيث تكون كل تصرفات وأفعال جميع سلطات الدولة خاضعة لسيادة القانون الشيء الذي يحمي المحكومين من تعسف الحاكمين أو المشرفين على هاته السلطات، الأمر الذي ينشأ التوازن بين المصالح العامة للمجتمع والمصالح الخاصة للأفراد ويحميها.

إلا أنه هناك فرق في مبدأ الشرعية على المستوى الوطني لكل دولة من جهة وعلى المستوى الدولي من جهة أخرى، كما أنه هناك علاقة وطيدة بين مبدأ الشرعية الجنائية وحقوق المتهم في الدفاع أمام القضاء الدولي.

وسوف نتعرض في هذا المطلب لكل هذا بشيء من التفصيل والتوضيح والفرق بين مبدأ الشرعية على المستوى الداخلي والدولي ودور هذه الشرعية من حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.

[1] أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 768.

[2] أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 769.

الفرع الأول: مبدأ الشرعية الجنائية.

أولا: مفهوم الشرعية الجنائية وعناصرها وأسباب وجودها.

1: مفهوم الشرعية الجنائية بوجه عام[1]: الشرعية في اللغة مصدرها شرع، وشرع الدين: سنه وبينه[2]، وفي تنزيل العزيز الحكيم﴿ شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا ﴾[3].

وشرع الأمر: جعله مشروعا ومسنونا، والشرع: ما شرعه الله تعالى، والشريعة هي التي يتعين مراعاتها في كل الأفعال والأقوال.

ولا يختلف معنى الشرعية في اللغة عن مقصودها لدى فقهاء القانون، إذ يقصد بها تلك المبادئ التي تكفل احترام حقوق الإنسان وإقامة التوازن بينها وبين المصلحة العامة، والتي يتعين على الدولة عند ممارسة وظائفها التقيد بها[4].

وقد عبر اليونانيون عن هذا المبدأ بأنه الترابط السياسي الذي يضع لكل مواطن مكانة في المجتمع، ففي سنة 1910 وجه مجلس العموم الإنجليزي طلبا إلى الملك جاك الأول بشان إلزامية بيان جميع الحقوق والحريات التي يمنحها للمواطن وقد وجد المجلس أنه ليس هناك ما هو أفضل من مبدأ الشرعية للاسترشاد والحكم وفقا له[5].

ويختلف مضمون الشرعية باختلاف مصدرها، فإذا كان المصدر هو الدستور كنا حيال شرعية دستورية[6]، وترتبط هذه الشرعية غالبا بنظام الحكم ومدى احترامه للشرعية الدستورية

---

[1] لمزيد من التفصيل حول مبدأ الشرعية، أنظر: أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق ص24 وما بعدها؛ ولنفس المؤلف: القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، ص 24 وما بعدها؛ ولنفس المؤلف: الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 29؛ ولنفس المؤلف أيضا: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 358؛ محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 65 و ما بعدها ؛ حسن يوسف مصطفى مقابلة: الشرعية في الإجراءات الجزائية: ط 1، دار الثقافة والدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 41 وما بعدها.

[2] إبن منظور: لسان العرب، ج8، مرجع سابق، ص 175.

[3] الآية رقم13 سورة الشورى.

[4] أحمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، ص 20.

[5] أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 122.

[6] لقد نص الدستور في العديد من المواد في مواضع متفرقة على هذا المبدأ منه ا المادة 140: أساس القضاء مبادئ الـشّـرعيّة والمساواة.

المادة 45 : كلّ شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته، مع كلّ الضّمانات التي يتطلّبها القانون.

المادة 46 : لا إدانة إلاّ بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرّم.

، يقابلها التزام سلطات الدولة بمراعاتها، وإذا كان المصدر هو القانون كنا حيال شرعية قانونية يقابلها التزام المخاطبين بأحكامه باحترامها[1].

يتضح مما تقدم أن مبدأ الشرعية يهدف من خلال القانون إلى حماية الفرد ضد تحكم السلطة ولضمان التمتع بكرامته الإنسانية، إلا أن مضمون هذا المبدأ يختلف من دولة إلى أخرى بقدر اختلاف نظامها السياسي والاقتصادي كما يختلف مدى احترامه بقدر سلامة التطبيق واحترام الدولة للقانون[2].

2- المفهوم الاصطلاحي للشرعية الجنائية: يخضع القانون الجنائي بمختلف فروعه لمبدأ الشرعية، فهذا القانون يتتبع بالخطى الواقعة الإجرامية منذ تجريمها والمعاقبة على ارتكابها إلى ملاحقة المتهم بالإجراءات اللازمة، لتقرير مدى سلطة الدولة في معاقبته حتى تنفيذ العقوبة المحكومة عليه، وفي كافة المراحل يضع القانون الجنائي النصوص التي تمس حرية الإنسان ، سواء عن طريق التجريم والعقاب أم عن طريق الإجراءات التي تباشر ضده، أم بواسطة تنفيذ العقوبة عليه[3].

وهي تعبير شهير للقاعدة القائلة" **لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص**" ومعناها أنه لا يمكن توجيه أي اتهام ضد شخص لارتكابه فعلا معينا ما لم يكن منصوصا على تجريم هذا الفعل في القانون، كما لا يمكن تطبيق عقوبة ما لم تكن مقررة ومحددة سابقا في القانون[4].

ويجد هذا المبدأ تبريره في كفالة الحماية اللازمة للحريات الفردية وذلك لعدم مفاجئة الشخص بالمحاسبة الجنائية عن فعل لم يكن محل تجريم في الوقت الذي أتاه، أو بإنزال عقوبة

---

[1] أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 131، 132.

[2] عصام عفيفي عبد البصير: أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص 29.

[3] أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 134.

[4] عبد الله سليمان سليمان: النظرية العامة للتدابير الاحترازية، دراسة مقارنة، د ط، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر،1990، ص 334؛ محمود نجيب حسني: دروس في القانون الجنائي الدولي، مرجع سابق، ص 25؛ محمد عبد المنعم عبد الغني: الجرائم الدولية، مرجع سابق،ص 239؛ كامل السعيد: شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ، مرجع سابق، ص 31؛ حسين إبراهيم صالح عبيد: الجريمة الدولية، د ط، دار النهضة العربية، مصر، د ت، ص 14؛ عباس هاشم السعدي: مسؤولية الفرد الجنائية عن الجريمة الدولية، د ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2002، ص 42.

لا تسمح بها نصوص التشريع من أجل ذلك حصن هذا المبدأ بالنص عليه في أغلب دساتير الدول المعاصرة وقوانينها العقابية منذ لحظة ميلاده[1].

ونظرا للأهمية القصوى لمبدأ الشرعية فقد حرص الميثاق العالمي لحقوق الإنسان الذي وقعت عليه الأمم المتحدة في 10 سبتمبر 1948 م على النص عليه في المواد من9 الى11 من هذا الإعلان.

ثانيا: دعائم مبدأ الشرعية:

1- مبدأ حماية الحرية الشخصية: فقد قام هذا المبدأ كعلاج ضد مختلف أصناف التحكم التي عانت منها العدالة الجنائية ردا طويلا من الزمن، فالمبدأ يضع للأفراد الحدود الواضحة لتجريم الأفعال قبل ارتكابها، فيبصرهم من خلال نصوص معينة ومحددة جلية لكل ماهو مشروع أو غير مشروع قبل الإقدام على مباشرتها، كما يضمن لهم الأمن والطمأنينة في حيلتهم، ويحول بذلك دون تحكم القاضي فلا يملك حق إدانة أحد إلا إذا كانت الجريمة المنسوبة إلى المتهم والعقاب الذي يتعرض له قد سبق النص عليه من قبل في القانون[2].

وقد أخذت بعض التشريعات (إيطاليا،إسبانيا) بمبدأ الإنفراد المطاق للتشريع الجنائي ، وأصبح من معالم الشرعية الجنائية وجوب تطوير التدخل التشريعي العميق في المسائل الجنائية، وعدم إعطاء مكان للائحة في هذا الصدد إلا في حدود يسيرة للغاية.

ولهذا فإن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات تلتزم به الدولة القانونية، على خلاف الحال في الدولة البوليسية- حيث يضمن القانون إحترام الحقوق والحريات للإفراد في مواجهة الدولة[3].

2- مبدأ حمايةِ المصلحة العامة : وتتحقق هذه الدعامة من خلال إسناد وظيفة التجريم والعقاب والإجراءات الجنائية إلى المشرع وحده، تطبيقا لمبدأ إنفراد المشرع بالاختصاص في مسائل الحقوق والحريات، باعتبار أن القيم والمصالح التي يحميها قانون العقوبات لا يمكن تحديدها إلا بواسطة ممثلي الشعب.

---

[1] إن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، نجد أصله التاريخي في العهد الأعظم الذي منحه الملك جون إلى رعاياه في إنجلترا سنة 1215 م، ثم أنتقل المبدأ بعد ذلك مع المهاجرين الانجليز إلى أميركا الشمالية، إذ نص عليه إعلان الحقوق الأمريكي الصادر في مقاطعة فيلادلفيا سنة 1774م قبل الثورة الفرنسية ويلاحظ أن تاريخ هذا المبدأ قد لاح في الأفق، وذلك في الوقت الذي ظهرت فيه إرهاصات الدولة بعضها عن بعض (السلطة التشريعية، السلطة القضائية السلطة التنفيذية)حيث لم يكن لهذا المبدأ وجود، وقد كان الحاكم يجمع في يديه جميع السلطات، كما كان القضاة يحكمون ويصدرون أحكامهم وفقا لهوى ورغبات الحاكم.

محمد عبد المنعم عبد الغني: الجرائم الدولية، مرجع سابق، ص 229.

[2] أحمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، ص 26.

[3] Lzer GESCC: le principe de légalité des délit et des peines/ délits et liberls fondamentaux, dalloz, 1996, p 328.

وعلى هذا النحو يدرك المواطنون سلفا القيم والمصالح التي ينبني عليها المجتمع ، والتي يحميها قانون العقوبات مما يساعد في تنمية الروح الإجتماعية وتحقق التماسك الاجتماعي ويحافظ على الثقة بين الشعب والدولة ويحقق الاستقرار في المجتمع الذي يقوم عليه الأمن القومي[1].

ومن ناحية أخرى فإن النواهي والعقوبات التي تتضمنها نصوص قانون العقوبات تساهم في تحقيق الردع العام، كما يقول مونتسكيو: إن فاعلية العقوبة تقاس بمقدار خشية العقاب الذي تقاس بدورها بمقدار التأكد من توقيع العقوبة والإحاطة بها سلفا[2].

ثالثا: أهمية مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات: لهذا المبدأ أهميته الواضحة فهو يستند إلى اعتبارات العدالة التي لا يمكن أن يهدرها نظام قانوني سليم، فهو يضع الضمان الأساسي لحقوق الأفراد ، ويقرر لهم الحق في القيام بأي فعل طالما كانت لا توجد وقت ارتكابه قاعدة تجرمه، ويضمن لمن يقدم على ذلك الفعل عدم توقيع أية عقوبة عليه، ويكفل هذا المبدأ في المجتمع الوطني حماية الأفراد من تعسف السلطة العامة ويدعم الحريات الفردية[3].

ولهذا المبدأ في المجتمع الدولي أهمية مماثلة، فالقانون الدولي لا يمكن أن يهدر اعتبارات العدالة، ولا يستطيع أن يتجاهل حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية، وعلى هذا النحو فإن الحقيقة التي يتعين التسليم بها هي أن القانون الدولي الجنائي لا ينكر مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، لأنه يؤمن بالاعتبارات التي يستند إليها هذا المبدأ.

ولكن الاختلاف الذي يفصل بين طبيعة القواعد الدولية وطبيعة القواعد الوطنية يجعل لهذا المبدأ في القانون الدولي أحكامه الخاصة، بل أن هذا الاختلاف يفرض علينا أن نقر لهذا المبدأ صياغة خاصة يتميز بها عن الصياغة التي يوضع فيها مما تكون عليه في مجال القانون الوطني.

رابعا: مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في القانون الدولي الجنائي : لا يتصور أن نقر لهذا المبدأ في القانون الدولي نفس الصياغة السابقة، إذ أن القواعد الدولية غير مفرغة جميعا في نصوص

[1] أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات ،القسم العام، مرجع سابق، ص 43.

[2] عصام عفيفي عبد البصير: أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي، ط1، دار النهضة العربية، مصر،2004، ص 43.

[3] محمود نجيب حسني: دروس في القانون الجنائي الدولي، مرجع سابق، ص 65.

تشريعية، بل أن الجانب الأكبر منها قواعد عرفية، ويعني ذلك أن أهمية القواعد المكتوبة محدودة في القانون الدولي[1].

وليست النصوص الدولية منبثقة لقواعد لم تكون موجودة من قبل، ولكنها كاشفة عن قواعد سابقة عليها، وأهميتها في الغالب – لا تعدو أن تكون إعطاء قدر من الوضوح والتحديد أثبت العمل الدولي الحاجة إليهما[2].

فالفقه الدولي حينما يحاول استظهار أحكام القانون الدولي، فهو لا يبحث عنها في النصوص المكتوبة وحدها، ولكن يهتم أولا بتحديد النحو الذي جرت وفقا للعلاقات التي استقرت عليها الدول، ويجتهد في استخلاص القواعد العرفية التي أنشأت لذلك.

وإلى جانب العرف الدولي، فهناك مصادر أخرى للقانون الدولي تكمل العرف وتحدده ، ونعني بها المبادئ القانونية العامة المعترف بها في الدول المتمدينة وقواعد العدالة.

وشأن الفقه في ذلك شأن القضاء، وبصفة خاصة القضاء الجنائي، فحينما يطلب من القاضي تحديد الصفة الإجرامية لفعل فهو يبحث عن قواعد التجريم في العرف الدولي أولا ثم في مصادر القانون الدولي الأخرى، فإن تأكد له خضوع الفعل لهذه القواعد اعترف له بالصفة الإجرامية دون أن يعنيه التحقيق مما إذا كانت هذه القواعد قد أفرغت في شكل نصوص مكتوبة أو لم يتح لها ذلك.

أما إذا تبين له أن الفعل لا يخضع لهذه القواعد تعين عليه أن ينفي عنه كل صفة إجرامية[3].

والنتيجة التي نستخلصها من ذلك أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات لا وجود له في القانون الدولي على النحو المعترف له به في القانون الوطني، ولكنه يوجد في صورة أخرى تتفق مع القانون الدولي، وهذه الصورة تعني أن الفعل لا يعد جريمة إلا إذا ثبت خضوعه لقاعدة من قواعد القانون الدولي تقرر له هذه الصفة، ونحن لا نتطلب أن تتخذ هذه القاعدة شكلا معينا، بل نكتفي بمجرد التحقق من وجودها ونستطيع التعبير عن هذه الحقيقة بالقول" لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قاعدة قانونية".

---

[1] لقد اتجه المشرع الدولي في العشرية الأخيرة إلى التقنيين مثل نظام روما الأساسي الصادر في 1998/7/17.

[2] محمود نجيب حسني: دروس في القانون الجنائي الدولي، مرجع سابق، ص 66.

[3] محمود نجيب حسني: دروس في القانون الجنائي الدولي، مرجع سابق، ص 68.

وإذا كنا لا نطلب كون القاعدة القانونية مكتوبة، فإننا على الرغم من ذلك نرى أن احترام هذا المبدأ مكفول في القانون الدولي بالنظر إلى أن القاضي الدولي لا يستطيع أن يعتبر الفعل جريمة دولية إذا تبين له أنه لا يناقض أي قاعدة دولية.

ولكن مجرد مخالفة الفعل لقاعدة دولية أيا كانت غير كاف لكي يعد هذا الفعل جريمة دولية، بل يتعين التحقق من أن هذه القاعدة هي قاعدة تجريم.

ومما سبق نستخلص أن محاكمات كبار مجرمي الحرب في نورمبرغ وطوكيو [1] لم تكن متضمنة إخلالا لمبدأ لا الجريمة ولا عقوبة إلا بناء على قاعدة قانونية ذلك أن الأفعال التي أسندت إلى المتهمين قد تضمنت اعتداء على أهم القواعد الدولية وهذه القواعد بالنظر إلى أهميتها تعد قواعد تجريم، وهي سابقة في وجودها على ارتكاب الأفعال التي اقترفها مجرمو الحرب.

خامسا: عناصـــــر الشرعيـــة الجنائيـــة: إن كان منطوق الشرعية الجنائية يمكن صياغته بتعبير لا جريمة ولا عقوبة ولا محاكمة ولا تنفيذ إلا بنص فإن هذا المنطوق يكشف عنصرين أساسيين لشرعية الجنائية وهما:

*وجود النص القانوني أو الشرعي الذي يحدد الجريمة والجزاءات المقررة لها والإجراءات الواجب إتباعها خلال مرحلة ما قبل المحاكمة وأثنائها وبعدها.
*وثاني هذه العناصر هو وجود هذا النص المجرم للفعل في وقوع السلوك أو الفعل المجرم.

1: النص القانوني أو الشرعي: فبصفة عامة فإن أي نص قانوني يتطلب له أركان أربعة وهي: الاختصاص، والشكل، والمحل، والغاية وسنتطرق في هذا المحور لعنصري الاختصاص والغاية باعتبارهما دورا فعال في حماية وتكريس حقوق المتهم في الدفاع.

أ-ركن الاختصاص في النص القانوني : تعبر فكرة الاختصاص بوجه عام عن طريقة التصرف في نطاق معين كما يمكن أن تنصرف إلى مجموعة السلطات والواجبات المسندة والمفروضة على جهة معينة- أو شخص معين من أجل تمكينها من تنفيذ وظيفتها [2] والاختصاص بصفة عامة يعمل في حدود ما يقرره الدستور.

والاختصاص التشريعي أو التنفيذي أو القضائي مستمد من مبدأ الفصل بين السلطات الذي معناه أن تسند الاختصاص بالتشريع إلى السلطة التشريعية، والاختصاص بتنفيذ هذا التشريع

[1] راجع الصفحة 18 من هذه المذكرة.

[2] فايز الايعالي: قواعد الإجراءات الجزائية، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 1994، ص 19.

فتسند إلى السلطة التنفيذية، في حين أن الفصل في الخصام التي يقوم بشأن التطبيق فتتولاه السلطة القضائية[1].

فإن كان مبدأ الفصل بين السلطات والذي يعد من أسس الشرعية الجنائية يتطلب الفصل بين اختصاصات السلطة التشريعية واختصاصات كل من السلطتين التنفيذية والقضائية ، إلا أن الفصل التام أمر غير متصور قانونا فالضرورات العملية قد تفرض أن يكون للسلطة التنفيذية اختصاصا بالتشريع فلا غضاضة إذن في الاعتراف لها بذلك في الحدود التي لا تخل بالمبدأ المذكور.

كما يرى الأستاذ: محمد نجيب حسني إلى أن السلطة التنفيذية ينعقد لها اختصاص تشريعي بالتجريم والعقاب في حدود ما يقرره الدستور[2].

فالنص القانوني يستهدف دائما وأبدا الصالح العام غير أن تحقيق هذه الغاية من جانب المشرع يتعين ألا تدفعه إلى الاعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات لا سيما في النصوص الجنائية الموضوعية أو الإجرائية حتى يتحقق الاحترام الواجب لمبدأ الشرعية الجنائية[3].

فمبدأ الفصل بين السلطات يرمي إلى وضع حد لاعتداء السلطة التنفيذية على اختصاص السلطة القضائية، واعتداء السلطة القضائية على اختصاص السلطة التشريعية يمنعها من تقرير الجرائم والعقوبات وعليه فإن العمل التشريعي حتى ولو استهدف تحقيق المصلحة العامة عليه أن لا ينسى مبدأ الفصل بين السلطات[4].

إن علاقة حقوق الدفاع بالشرعية الجنائية هي علاقة تداخل، فهي تشكل قيود على ممارسة حقوق الدفاع عن مصالح المجتمع، كما أن حقوق الدفاع يمكن أن يكون مصدرها مخالفة لتلك الضوابط، إذ أن النص الذي لا يحترم ضوابط الشرعية الجنائية، يسمح لكل صاحب مصلحة أن يطعن ببطلانه، وإذا أريد التطبيق عليه، ومن باب أولى أن طبق عليه بالفعل من أسباب ووجود مبدأ الشرعية.

إن تكريس مبدأ الشرعية في مجال الإجراءات الجزائية يبدو طبيعيا هكذا فالتوازن بين حقوق الاتهام وحقوق الدفاع التي تسعى تلك الإجراءات إلى تأمينه لا يمكن له أن يتحقق إلا بواسطة القانون.

---

[1] فايز الايعالي: قواعد الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 20.

[2] شرح قانون العقوبات القسم العام، ط4، دار النهضة العربية، مصر1977، ص 73.

[3] محمود صالح العادلي: النضرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص 125.

[4] فايز الايعالي: قواعد الإجراءات الجزائية، مرجع سبق، ص 23.

ويرى الأستاذ: نبيل رعد" أن أسباب وجود مبدأ الشرعية ترتكز على حجج ذات طابع سياسي ونفسي[1].

فمن الناحية السياسية ينظر إلى مبدأ الشرعية على أنه الشرط الجوهري للسلامة العامة والحرية الفردية، فمبدأ الشرعية يشكل المعقل ضد تعسف القاضي[2].

وقد انتقد الأستاذ(برادل) هذا المبدأ وطالب ألا يقتصر هذا الأخير فقط على تحديد الجرائم والعقوبات التي تنطبق عليها بل يجب إذا أردنا الدفاع عن الحريات وتقليص تكاثر القوانين، تحديد معايير التجريم، وهذا ما يعكس التصور المادي للمبدأ[3].

فإذا كان من المعلوم أن الجناية أو الجنحة تعتبر تعديا على القيم الاجتماعية الجوهرية، إلا أنه قد يبدو من العسير تعيين القيم الاجتماعية المحتملة التي يجب حمايتها عبر القوانين الجزائية[4].

أما من الناحية النفسية فمبدأ الشرعية يجد تبريراته، بما يمثل قيم تثقيفية وردعية من جهة ، فالقوانين الجزائية تلعب دورا تثقيفيا وكذلك يقدر ما يشكل مجموعها شرعة تحدد من خلالها قيم اجتماعية، وإن كانت ظاهرة تكاثر القوانين تحد من تأثير هذه الوظيفة ولكن القانون من جهة أخرى يلعب دورا أخر ذا طابع ردعي هذه المرة، هكذا يمارس القانون حالة من الردع على الفرد نتيجة وطأة الأوامر التي يقضي بها إلا أن هذا التأثير يختلف باختلاف شخصية كل فرد[5].

لقد اعتنت الشريعة الإسلامية بمبدأ الشرعية الجنائية عناية دقيقة فقد عرف بعض فقهاء الشريعة هذا المبدأ على أنه لا يمكن وصف الفعل بأنه مجرم، مادام لم يرد نص بتجريمه[6].

ونجد أساس هذا المبدأ من خلال استقرائنا لأحكام الشريعة الإسلامية في الجريمة والعقاب ، وما يتعلق بالجانب الإجرائي، ويستخلص أساس مبدأ الشرعية الجنائية من الكتاب والسنة والقواعد الأصولية[7].

فمن الكتاب قوله تعالى﴿ لا يكلف الله نفسا إلا وسعها ﴾[8]. ﴿ وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا ﴾[1]. ﴿ كلما ألقي فيها فوج سألهم خزنتها ألم يأتيكم نذير، قالوا بلى قد جاءنا نذير ﴾[2].

---

[1] الدفوع الشكلية في قانون أصول المحاكمات الحديثة، دراسة مقارنة، ج2، ط2، بيروت، لبنان، 2010، ص596.

[2] Pradel, droit pénal général, o.p.a. 135, p132.

[3] Ibid. p 136

[4] H. Robert, droit pénal général ,5eéd. themis pub paris 2001, op.cit, p122.

[5] نبيل رعد: الدفوع الشكلية في قانون أصول المحاكمات الحديثة، مرجع سابق، ص597.

[6] عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، ج1، مرجع سابق، ص118.

[7] عبد الحميد عمارة: ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، مرجع سابق ، ص133.

[8] سورة البقرة، الآية 286.

فالآيات السابقة دلت دلالة قاطعة، على أن لا تحريم إلا ببيان، ولا عقوبة إلا بعد إنذار ، وأن الله لا يأخذ الناس بعقاب إلا بعد أن يبين لهم وينذرهم على لسان رسله الكرام عليهم السلام كدليل أو أساس لمبدأ الشرعية الجنائية[3].

الفرع الثاني: نتائج مبدأ الشرعية الجنائية.

أولا: تفسير نصوص التجريم: من الأصول الثابتة في القانون الوطني أن سلطة تفسير النصوص الجنائية فقهيا كان هذا التفسير أو قضائيا يرد عليها قيد أساسي هو ألا يصل المفسر في تفسيره إلى حـــــد خلق جرائم أو تقرير عقوبات لم يرد في شأنها نص تشريعي[4].

فالقاعدة العامة التي تحكم تفسير النصوص الجنائية هي وجوب عدم جواز التوسع في التفسير احتراما وخضوعا لمبدأ الشرعية.

فالمفسر لا يجوز له أن يستعين بالقياس كوسيلة لتفسير النص الجنائي، فليس له أن يقيس فعلا لم يرد نص بتجريمه على فعل ورد نص بتجريمه، ويقرر للأول عقوبة المقررة للثاني ، محتجا في ذلك بتشابه الفعلين، أو يكون العقاب على الثاني يحقق ذات المصلحة التي يحققها العقاب على الفعل الأول، فيتعين إذن إتباع أسلوب معين في تفسير النص الجنائي بحيث لا ينطوي على توسيع في مضمونه أو القياس عليه [5]، وليس من يفسر نص التجريم أن يلجأ إلى العرف لتكملة النص، أي لإضافة جرائم لم ترد عليه، محتجا في ذلك بأن الأفعال التي تقوم عليها هذه الجرائم ينكرها العرف[6].

ومثل هذه الأصول في التفسير لا سبيل إلى الأخذ بها في القانون الدولي، فنصوص التجريم الدولية التي تتضمنها المعاهدات لا تعدوا أن تكون كاشفة عن الوجود السابق للجرائم الدولية، ومصدر التجريم الحقيقي هو العرف الدولي[7].

ولذلك كان الالتجاء إلى التفسير الواسع واستعمال القياس أمر تقتضيه النصوص الدولية ، إذ يكون التفسير الواسع محددا بذلك المدلول الحقيقي لهذه النصوص ومدعما قيمتها في الكشف عن العرف الدولي.

---

[1] سورة الإسراء، الآية 18.

[2] سورة الملك الآية 08.

[3] عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، ج1، مرجع سابق، ص116.

[4] محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 70.

[5] حسين إبراهيم صالح عبيد: الجريمة الدولية، مرجع سابق، ص 15.

[6] محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 70.

[7] المرجع السابق، ص 81.

وبطبيعة الحال تكون الاستعانة بالعرف لتكملة النص أي إضافة جرائم لم تكن واردة فيه أمرا محققا مع منزلة العرف بين مصادر القانون الدولي.

وعلى الرغم من وضوح هذه الحقيقة فقد حرصت بعض النصوص الدولية على أن تؤكدها، فديباجة اتفاقية لاهاي سنة 1907[1]، تصرح بأنه " في الحالات التي لا يشملها بالحماية للمبادئ العامة للقانون الدولي، كما تستخلص من العادات المستقرة لدى الشعوب المتحضرة، وكما تستخلص من القوانين الإنسانية والتعاليم التي يمليها الضمير العام".

ولا تعد هذه الديباجة أن تكون مرددة أصلا لجانبا في القانون الدولي يتعين تطبيقه عند تفسير نصوص التجريم الدولية كافة.

وكنتيجة لما سبق نقول أن التفسير الواسع والقياس في القانون الداخلي مرفوض، لما يشكله هذا التفسير والقياس من خلق جرائم غير موجودة ومن تعد على مبدأ الفصل بين السلطات ، ولكن لما ننتقل إلى القانون الدولي نتيجة إلى طبيعته العرفية فهو يأخذ بالتفسير الواسع والقياس وتفصيل هذا أن القانون الدولي الجنائي، حينما يسبغ الصفة الإجرامية على فعل معين – عرفا أو نصا – إنما يفعل ذلك دون تحديد دقيق لأركان الجريمة أو صورها.

وهذا الاتجاه صوب التفسير الواسع والقياس في بعض المواثيق الدولية، ظهرت خاصة بعد نهاية الحرب العالمية الثانية في محكمة نورمبرغ وطوكيو[2].

1- عدم رجعية نصوص التجريم: من القواعد الراسخة في القانون الوطني أن نصوص التجريم نتيجة منطقية للأخذ بمبدأ الشرعية، فإذا كان التشريع وحده هو مصدر التجريم، تعين أن يوجد نص التجريم إلى جانب الفعل وقت اقترافه، أما إذا كان غير نافذ في الوقت الذي ارتكب فيه الفعل فقد أكتسب هذا الفعل صفة مشروعية تضل له وإن عمل بعد ذلك تشريع يقر له الصفة الإجرامية[3].

وهذه القاعدة لا موضع لها في القانون الدولي، فنص التجريم لا ينشئ الصفة الإجرامية ، ولكن يكشف عنها[4]، وليس منشئا لها فإذا فرضنا أن معاهدة أو اتفاقا دوليا نص على تجريم فعل

[1] اتفاقية لاهاي الرابعة 1907.

[2] حسين إبراهيم صالح عبيد: الجريمة الدولية، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د ت، ص 25.

[3] محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 82.

[4] حسين إبراهيم صالح عبيد: الجريمة الدولية، مرجع سابق، ص 23.

فعل معين بعد سبق ارتكابه فإنه يكون واجب التطبيق على هذا الفعل، لأن مثل هذا النص كان مسبوقا بعرف دولي يؤتيه[1].

واستنادا إلى هذا التفسير قبل إسباغ صفة الجريمة على حرب الاعتداء، أو على الأفعال الموصوفة بأنها جرائم ضد الإنسانية، والتي ورد النص عليها ضمن لائحتي المحكمتين العسكريتين الدوليتين[2]، كانت كاشفة عن عرف دولي سابق يسبق هذا الوصف على تلك الأفعال.

2- التزام الشرعية: إن مبدأ الشرعية ينهض على أساس حماية الحقوق الفردية تحقيقا للعدالة ، كما أن العرف يكون تحقيقا لذات الغاية، ويترتب على ذلك منطقيا وجوب احترام مبدأ الشرعية مع مراعاة الطبيعة العرفية للقانون الدولي الجنائي[3].

ولذلك فإنه لا يجوز أن تحاكم شخص عن فعل لا يعتبره هذا الأخير جريمة في الوقت الذي ارتكب فيه، ويسوى بعد ذلك أن الفعل مؤثما بواسطة العرف مباشرة، أو عن طريق النص على صفته الآثمة في معاهدة شارعه [4]،أو اتفاقية دولية[5]، أي أن هذا المبدأ واجب الاحترام على

---

[1] المرجع السابق، ص 23.

[2] راجع الصفحة 18 من هذه المذكرة.

[3] حسين إبراهيم صالح عبيد: الجريمة الدولية، مرجع سابق، ص 22.

[4] اتفاقية شارعه: تكون متعددة الأطراف ويكون موضوعها إنشاء قواعد دولية موضوعية أو خلق قواعد قانونية وليس مجرد التزامات متقابلة للدول فإن إرادة أطراف الاتفاق الدولي تكون واحدة وذلك راجع إلى وحدة موضوعها وقيمة القواعد القانونية التي أنشأتها الاتفاقية، ويهدف أطرافها من وراء إبرامها سن قواعد دولية جديدة تنظم العلاقات بينهم. والغالب أن تكون الاتفاقيات الدولية متعددة الأطراف أو الجماعية هي اتفاقيات دولية شارعه مثل اتفاقيات حقوق الإنسان وميثاق الأمم المتحدة .

والاتفاقيات العقدية تكون مصدراً للالتزامات، والاتفاقيات الشارعة تكون مصدراً للقواعد القانونية.

[5] اتفاقية دولية: أستقر العرف على أن المعاهدة هي اتفاق بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي العام الهدف من هذا الإتفاق هو إنشاء آثار قانونية بين الأشخاص المتعاهدون و هذا الإتفاق يخضع للقانون الدولي.

بما أن المعاهدة اتفاق إذاً لا يمكن تصور نشوئها من إرادة منفردة واحدة فلا بد من تلاقي إرادتان على الأقل حتى يحصل الإتفاق هذا العنصر الأول، أما العنصر الثاني فهو يتعلق بأطراف المعاهدة و حتى يمكن الحديث عن المعاهدة لا بد أن يكون أطرافها من أشخاص القانون الدولي العام و هؤلاء الأشخاص هم مما لا شك فيه الدول و تسمى معاهدة دولية لأنها بين دول.

أما التعريف الرسمي: عرفت اتفاقية فيينا حول المعاهدات في مادتها الثانية المعاهدة كما يلي : "اتفاق دولي يعقد بين دولتان أو أكثر كتابةً و يخضع للقانون الدولي سواءً تم في وثيقة واحدة أو أكثر و أياً كانت التسمية التي تطلق عليه "

مقارنة بالتعريف العرفي نلاحظ أن تعريف إتفاقية أقل شمولية من التعريف العرفي و أكثر شكلية منه.

أما سبب قلة الشمولية لأن هذا التعريف لا ينطبق إلا على المعاهدات المبرمة بين الدول فقط مما يعني اقتصاره على نوع واحد من أشخاص القانون الدولي لكن هذه الخاصية وقع تجاوزها عام 1986 م عندما أبرمت اتفاقية فيينا بين الدول والمنظمات الدولية و بين المنظمات الدولية فيما بينها.

الأقل من حيث روحه في مجال القانون الدولي الجنائي، إلى أن يتم تدوينه على نحو يكفل بتجريم الأفعال بنصوص صريحة، فيتحقق بذلك الاحترام الكامل لهذا المبدأ على نحو ما هو قائم في القانون الداخلي[1].

الشيء الذي يعزز هذا المبدأ في تكريس حقوق المتهم في الدفاع عن نفسه أمام القضاء في حالة الاعتداء على حقه أو محاولة الاعتداء على حقوقه، لهذا نجد مبدأ الشرعية يعتبر الحامي الحقيقي لحقوق المتهم في الدفاع عن نفسه أمام الجهات التي يمثل أمامها بصفته متهما أو مشتبه به.

3- نطاق تطبيق نصوص التجريم من حيث المكان : من النتائج التي تترتب على التسليم بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وجوب كون قاعدة التجريم سارية في المكان الذي أقترف فيه الفعل المكون للجريمة، حتى يتحقق بذلك خضوعه لهذه القاعدة واكتسابه الصفة غير المشروعة وفقا لها[2].

ويخضع تحديد نطاق نص التجريم في القانون الداخلي لقاعدة أساسية هي قاعدة " إقليمية القانون الجنائي" وهذه القاعدة غير مطلقة، بل ترد عليها استثناءات يتجه بعضها إلى إخراج الجرائم المرتكبة من إقليم الدولة من سلطان قانونها، ويقرر بعضها إمداد سلطان هذا القانون إلى جرائم ارتكبت خارج حدود إقليم الدولة، وبعض هذه الجرائم الأخيرة لا يسري عليها قانون الدولة إلا إذا كان مرتكبها يحمل جنسيتها[3].

ويعتبر تحديد قاعدة الإقليمية والتوفيق بينها وبين الاستثناءات التي ترد عليها مشاكل قانونية عديدة، ومثل هذه المشاكل لا مجال لها في القانون الدولي، إذ ليس لسلطانه حدود مستمدة من إقليم معين أو من جنسية معينة، بل أن أخص ما يتميز به صفة العالمية، فهو سار في كل

أما لما هي شكلية أكثر لأنها لا تعتبر إلا المعاهدات المكتوبة إذاً هي تشترط الكتابة و تغض الطرف عن المعاهدات الشفوية رغم أنه من الناحية النظرية بإمكان المعاهدة أن تكون مكتوبة و شفوية، أما شكلية الكتابة هي شكلية لإثبات والإ تفاق و ليست شكلية لصحة الاتفاقية.

و أوضحه تعريف اتفاقية فيينا أن المعاهدة يمكن أن تكون مضمنة في وثيقة واحدة أو عدة وثائق، كما جاءت المادة الثانية "و مهما كان عدد الوثائق لا يطرح أي إشكال كما أن تسمية الوثيقة ليست هامة و لا تؤثر على الطبيعة القانونية فالعبرة بالمضمون و ليس بالتسمية و قد تختلف التسميات و لكن المسمى واحد أي تسمى الوثيقة معاهدة أو اتفاق أو ميثاق أو عهد أو بروتوكول أو نظام و كلها لا تؤثر على الطبيعة القانونية كما قلنا فهي بنفس المعنى مهما اختلفت التسميات".

[1] محمود نجيب حسني: قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 72.

[2] المرجع السابق، ص 73.

[3] المرجع السابق، ص 73.

مكان، وسلطانه يمتد إلى كل شخص أيا كانت جنسيته، وتصدق هذه الحقيقة على النصوص الدولية.

حين تكشف عن قواعد عرفية دولية، فلا يجوز للمتهم أن يدفع بعدم خضوعه لها لأنه أرتكب جريمته في إقليم دولة لم تصدق على هذه النصوص، أو لأنه لا يحمل جنسية إحدى الدول التي صدقت عليها، إذ أن العرف الدولي نافذ في المجتمع الدولي بأكمله، ورفض بعض الدول التصديق على نصوص تكشف عن هذا العرف أو توضحه لا يعني أنها غير ملزمة به، فالتزامها به مصدره عضويتها في المجتمع الدولي، واعترافها به صراحة ليس شرطا لنفاذه، طالما أن العلاقات الدولية قد استقرت على الأخذ به[1].

ثانيا: مبدأ الشرعية في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية:

1- لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص: لقد نصت المادة 1/22.على عدم مسؤولية الجاني، حسب النظام الأساسي لهذه المحكمة، ما لم يكن سلوكه الإجرامي يمثل جريمة حسب هذا النظام[2].

كما أن المدة 5 من النظام الأساسي فإن المحكمة الجنائية الدولية تختص مثلا في جرائم محددة على سبيل الحصر، وهي جرائم مذكورة على سبيل الحصر في المواد: 8.7.6[3] من النظام

---

[1] محمود نجيب حسني: قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 74.

[2] عبد الفتاح حجازي: قواعد أساسية في نظام محكمة الجزاء الدولية، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر ، 2006، ص 32 وما بعدها.

[3] المادة 6: لغرض هذا النظام الأساسي، تعنى "الإبادة الجماعية" أي فعل من الأفعال التالية يرتكب بقصد إهلاك جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية، بصفتها هذه، إهلاكا كليا أو جزئيا:

(أ) قتل أفراد الجماعة؛

(ب) إلحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم بأفراد الجماعة؛

(ج) إخضاع الجماعة عمدا لأحوال معيشية يقصد بها إهلاكها الفعلي كليا أو جزئيا؛

(د) فرض تدابير تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة؛(هـ) نقل أطفال الجماعة عنوة إلى جماعة أخرى.

والمادة7: لغرض هذا النظام الأساسي، يشكل أي فعل من الأفعال التالية "جريمة ضد الإنسانية" متى ارتكب في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين، وعن علم بالهجوم:

(أ) القتل العمد؛

(ب) الإبادة؛

(ج) الاسترقاق؛(د) إبعاد السكان أو النقل القسرى للسكان؛

(هـ) السجن أو الحرمان الشديد على أي نحو آخر من الحرية البدنية بما يخالف القواعد الأساسية للقانون الدولي؛

(و) التعذيب؛(ز) الاغتصاب، أو الاستعباد الجنسي، أو الإكراه على البغاء، أو الحمل القسري،أو التعقيم القسري، أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي على مثل هذه الدرجة من الخطورة،

الأساسي للمحكمة، وهي في ذلك متوافقة مع القانون الجنائي الدولي القائم، وكذلك مع مفهوم قانون الشعوب[1] الملزم لجميع الدول.

(ح) اضطهاد أية جماعة محددة أو مجموع محدد من السكان لأسباب سياسية أو عرقية أو قومية أو إثنية أو ثقافية أو دينية، أو متعلقة بنوع الجنس على النحو المعرف في الفقرة 3، أو لأسباب أخرى من المسلم عالميا بأن القانون الدولي لا يجيزها، وذلك فيما يتصل بأي فعل مشار إليه في هذه الفقرة أو بأية جريمة تدخل في اختصاص المحكمة؛

(ط) الاختفاء ألقسري للأشخاص؛(ي) جريمة الفصل العنصري؛

(ك) الأفعال اللا إنسانيةِ الأخرى ذات الطابع المماثل التي تتسبب عمدا في معاناة شديدة أو في أذى خطير يلحق بالجسم أو بالصحة العقلية أو البدنية؛

2- لغرض الفقرة 1:(أ) تعنى عبارة "هجوم موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين" نهجا سلوكيا يتضمن الارتكاب المتكرر للأفعال المشار إليها في الفقرة 1 ضد أية مجموعة من السكان المدنيين، عملا بسياسة دولة أو منظمة تقضى بارتكاب هذا الهجوم، أو تعزيزا لهذه السياسة؛

(ب) تشمل "الإبادة" تعمد فرض أحوال معيشية، من بينها الحرمان من الحصول على الطعام والدواء، بقصد إهلاك جزء من السكان؛

(ج) يعنى "الاسترقاق" ممارسة أي من السلطات المترتبة على حق الملكية، أو هذه السلطات جميعها، على شخص ما، بما في ذلك ممارسة هذه السلطات في سبيل الاتجار بالأشخاص، ولا سيما النساء والأطفال.

(د) يعنى "إبعاد السكان أو النقل القسري للسكان" نقل الأشخاص المعنيين قسرا من المنطقة التي يوجدون فيها بصفة مشروعة، بالطرد أو بأي فعل قسري آخر، دون مبررات يسمح بها القانون الدولي؛

(هـ) يعنى "التعذيب" تعمد إلحاق ألم شديد أو معاناة شديدة، سواء بدنيا أو عقليا، بشخص موجود تحت إشراف المتهم أو سيطرته، ولكن لا يشمل التعذيب أي ألم أو معاناة ينجمان فحسب عن عقوبات قانونية أو يكونان جزءا منها أو نتيجة لها؛

(و) يعنى "الحمل ألقسري" إكراه المرأة على الحمل قسرا وعلى الولادة غير المشروعة بقصد التأثير على التكوين العرقي لأية مجموعة من السكان أو ارتكاب انتهاكات خطيرة أخرى للقانون الدولي. ولا يجوز بأي حال تفسير هذا التعريف على نحو يمس القوانين الوطنية المتعلقة بالحمل.

(ز) يعنى "الاضطهاد" حرمان جماعة من السكان أو مجموع السكان حرمانا متعمدا وشديدا من الحقوق الأساسية بما يخالف القانون الدولي، وذلك بسبب هوية الجماعة أو المجموع؛

(ح) تعنى "جريمة الفصل العنصري" أية أفعال لا إنسانية تماثل في طابعها الأفعال المشار إليها في الفقرة 1 وترتكب في سياق نظام مؤسسي قوامه الاضطهاد المنهجي والسيطرة المنهجية من جانب جماعة عرقية واحدة إزاء أية جماعة أو جماعات عرقية أخرى، وترتكب بنية الإبقاء على ذلك النظام.

(ط) يعنى "الاختفاء ألقسري للأشخاص" إلقاء القبض على أي أشخاص أو احتجازهم أو اختطافهم من قبل دولة أو منظمة سياسية، أو بإذن أو دعم منها لهذا الفعل أو بسكوتها عليه. ثم رفضها الإقرار بحرمان هؤلاء الأشخاص من حريتهم أو إعطاء معلومات عن مصيرهم أو عن أماكن وجودهم، بهدف حرمانهم من حماية القانون لفترة زمنية طويلة.

3- لغرض هذا النظام الأساسي، من المفهوم أن تعبير "نوع الجنس" يشير إلى الجنسين، الذكر والأنثى، في إطار المجتمع ، ولا يشير تعبير "نوع الجنس" إلى أي معنى آخر يخالف ذلك.

[1] محمود شريف بسيوني: المحكمة الجنائية الدولية، مرجع سابق، ص153 وما بعدها

ويلاحظ أن الجرائم الثلاث المنصوص عليها في المواد 6، 7، 8، من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، هي جرائم موجودة وسبق تشريعها في القانون الجنائي الدولي، ولهذا يمكن القول أن نظام روما الأساسي قد تبنى ما سلف وجوده وس بق تشريعه في القانون الجنائي الدولي، وهذا فضلا عن أن هذه المحكمة كانت نتاجا لمعاهدة دولية[1].

ونخلص لما سبق إلى أن مبدأ شرعية الجريمة مطبق في نظام روما الأساسي وفقا للمادة 1/22[2].

2- **تفسير النصوص المتعلقة باختصاص المحكمة وعلاقة ذلك بمبدأ الشرعية** :حسب المادة: 2/22[3]. من نظام روما الأساسي، فإنه لا يجوز تفسير النصوص المتعلقة بتعريف الجريمة عن طريق القياس، وفي حالة وجود شك يفسر لمصلحة الشخص محل التحقيق أو المحاكمة، وعلى ذلك يثير هذا النص قاعدتين: الأولى هي حظر القياس في تفسير النصوص الجنائية في شأن تعريف الجريمة، والثانية هي قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم، ونتعرض لهما كما يلي[4]:

أ- **قاعدة حظر القياس في تفسير النصوص الجنائية** : حظر نظام روما الأساسي، اللجوء إلى القياس كوسيلة لتفسير النصوص الخاصة بتعريف الجريمة، وأهم ما يلاحظ على هذا النص أنه نص صراحة على حظر القياس، الأمر الذي يعد تكريسا لمبدأ شرعية الجريمة وحماية لحق المتهم في حق من حقوقه أمام الجهات المخولة قانونا بمتابعته، في جرائم لم يعرفها هذا النظام ، ومن ناحية أخرى فإنه أجاز اللجوء إلى القياس لتفسير نصوص جنائية أخرى واردة في نظام روما الأساسي[5].

---

[1] المادة22: "لا جريمة إلا بنص"

3 أ- لا يسأل الشخص جنائيا بموجب هذا النظام الأساسي ما لم يشكل السلوك المعنى، وقت وقوعه، جريمة تدخل في اختصاص المحكمة.

ب- يؤول تعريف الجريمة تأويلا دقيقا ولا يجوز توسيع نطاقه عن طريق القياس. وفى حالة الغموض، يفسر التعريف لصالح الشخص محل التحقيق أو المقاضاة أو الإدانة.

ج- لا تؤثر هذه المادة على تكييف أي سلوك على أنه سلوك إجرامي بموجب القانون الدولي خارج إطار هذا النظام الأساسي.

4 المادة 2/22" يؤول تعريف الجريمة تأويلا دقيقا ولا يجوز توسيع نطاقه عن طريق القياس.

وفى حالة الغموض، يفسر التعريف لصالح الشخص محل التحقيق أو المقاضاة أو الإدانة".

[4] عبد الفتاح بيومي حجازي: قواعد أساسية في نظام محكمة الجزاء الدولية، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2006، ص118.

[5] المرجع السابق، ص118.

ب- قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم: حسب مضمون المادة 2/22. التي أكدت صراحة على أنه في حالة الغموض يفسر التعريف لصالح الشخص الذي تجري محاكمته أو التحقيق معه.

وقاعدة الشك تفسر لمصلحة المتهم، هي من القواعد الأساسية في الإثبات الجنائي، ونجده انعكاســـا لقاعدة أخرى تفيد أن الأصل في الإنسان البراءة حتى يثبت العكس، إلا أن هذه القاعدة قد تعرضت لانتقادات وجيهة من جانب الفقه الجنائي، حيث يرى وجوب استبعاد لأصل في الإنسان البراءة[1].

هذه القاعدة عند تفسير النصوص الجنائية، في حالة غموض النص، ولذلك يستبعد النص من التطبيق ليس استنادا لقاعدة أن الشك يفسر لصالح المتهم، ولكن لقاعدة كفلها القانون الجنائي الدولي وهي قاعدة أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص[2].

ومع ذلك فإن نظام روما الأساسي قد نص صراحة على أن الشك يفســـــر لصالح المتهم[3].

ثالثا: علاقة مبدأ الشرعية في القانون الدولي خارج نظام روما الأساسي:

لقد نصت المادة: 3/22[4]. من نظام روما الأساسي على أن مبدأ شرعية الجريمة المنصوص عليه في المادة (22) من نفس النظام المذكور، وتبقى الصلة بنصوص التجريم الواردة في النظام دون غيرها، بمعنى أن الفعل لا يشكل جريمة تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية مما لم يكن منصوصا عليه أنه كذلك حسب هذا النظام، ولذلك لا علاقة لهذه النصوص بأية قواعد تجريمية أخرى ضمن قواعد القانون الدولي، بمعنى أن قاعدة شرعية الجريمة المنصوص عليها من خلال نظام روما، لا يمنع من وجود جرائم أخرى في نطاق القانون الجنائي الدولي، وحسب قواعد تجريم أخرى، تخرج من نطاق نظام روما الأساسي[5].

---

[1] راجع الصفحة رقم87 من هذه المذكرة.

[2] راجع الصفحة رقم92 من هذه المذكرة.

[3] عبد الفتاح حجازي: قواعد أساسية في نظام محكمة الجزاء الدولية، مرجع سابق، ص39.

[4] المادة:3/22. لا تؤثر هذه المادة على تكييف أي سلوك على أنه سلوك إجرامي بموجب القانون الدولي خارج إطار هذا النظام الأساسي

[5] عبد الفتاح بيومي حجازي: قواعد أساسية في نظام محكمة الجزاء الدولية، مرجع سابق، ص212.

خلاصة المبحث الأول.

إن أهم دعائم حقوق الدفاع ترتكز على أساس حق المتهم في درء الاعتداء الذي تمثله جهة الإتهام لأجل الحفاظ على الأصل الثابت فيه، في إطار قانوني منظم يكفل له جميع حقوقه في الدفاع عن براءته .

هذا المبدأ كرسته المواثيق العالمية والإقليمية في إعلاناتها وأدرجته جل الدساتير في نصوصها وطبقته معظم النظم الإجرائية في مجموعة من القوانين والمبادئ مثل تفسير الشك لمصلحة المتهم، ومعاملة المتهم كبريء، وعدم تحميله إثبات براءته، كل هذا يشكل دعائم حقيقية لممارسة حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي، في إطار مبدأ الشرعية الجنائية التي تستند إلى مجموعة من الركائز منها حماية الحرية الشخصية وهذه الشرعية تختلف مصدرها في القانون الداخلي على مصدرها في القانون الدولي.

و يترتب على هذا الاختلاف نتائج جوهرية لممارسة حقوق الدفاع وهاته النتائج تمثل في الأساس علاقة التداخل بين الشرعية الجنائية وبين حقوق الدفاع لتصبح ضوابط الشرعية الجنائية هي قيود على ممارسة حقوق الدفاع عن مصالح المجتمع، كما أن حقوق الدفاع في الغالب يكون مصدرها مخالفة لتلك الضوابط، ونتائج مبدأ الشرعية مثل قواعد تفسير نصوص التجريم وعدم رجعيتها الأمر الذي يقود بنا إلى استنتاج مفاده أن حقوق الدفاع تعتمد بشكل شبه مطلق على خرق مبادئ الشرعية الجنائية.

المبحث الثاني:

ضمانات حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.

إن الوظيفة القضائية لها دور جوهري في تحقيق الاستقرار وجلب الطمأنينة لقلوب المجتمع، وهذه الوظيفة الجوهرية يراد بها مجموعة من الأسس التي يجب أن تتوفر في القائم على هذه الوظيفة وفي الجهاز في حد ذاته وفي القوانين التي يسير بها القائم على هذا الجهاز ، لذلك كانت هذه الضمانات وما تقرر ه من حماية للمجتمع وللأفراد من تعسف كلاهما على الأخر، فكانت هاته الضمانات بمثابة الحامي الفعلي لحقوق المتهم في الدفاع عن نفسه من جهة وحماية المجتمع من الإجرام الذي يهدده من جهة ثانية.

فسوف نتطرق في هذا المبحث إلى الضمانات العامة للجهاز القضائي وما يتضمنه من هذه الضمانات، ثم نتطرق إلى الضمانات الخاصة للقائمين بالفصل في هذا الجهاز.

وقسمنا هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: ضمانات حقوق الدفاع المتعلقة بالقضاء والعدالة.

المطلب الثاني: الضمانات المتعلقة بالخصوم

المطلب الأول: ضمانات حقوق الدفاع المتعلقة بالقضاء والعدالة.

لضمان عدالة تنظيم حقوق الدفاع يتعين أن تتوافر الضمانات التي تكفل لحقوق الدفاع جهات قانونية وقضائية تبعث الاطمئنان في نفوس القضاة والمتقاضين وتوحي لهم بأنهم على ضوء ممارسة حقوق الدفاع وليس على ضوء مؤثرات خارج هذا النطاق.

إن ضمانات حقوق الدفاع إما أن تتعلق بالقضاء والعدالة وإما أن تتعلق بالخصوم، إن هذا المطلب سيخصص لدراسة الضمانات المتاحة للمتهم والمتعلقة بالجهة القضائية من ضرورة المساواة، أمام القضاء والقانون، وكذا ضرورة حياد الجهاز القضائي وتخصصه وكذا نزاهته واستقلاليته، محاولين في ذات الوقت الوقوف على كل حيثياته.

الفرع الأول: الضمانات المتعلقة بالقضاء والعدالة.

أولا: مبدأ المساواة أمام القانون والقضاء : إن ضمانات حقوق الدفاع المتعلقة بالقضاء تنطوي تحت مبدأ أصلي عام وهو مبدأ المساواة أمام القانون والقضاء [1] والصلة بين هذا المبدأ وحقوق الدفاع أمام القضاء هي صلة وثيقة إذ أن هذا المبدأ بما يتفرع عنه من ضمانات يكفل المناخ الملائم للممارسة المطمئنة لحقوق الدفاع[2].

إن ما يلاحظ على هذه الضمانة أنها تجمع بين طياتها حقين اثنين وهما على التوالي ، الحق في المساواة أمام القانون، والحق في المساواة أمام القضاء، لأن الحق في المساواة أمام القانون[3] يبقى مجرد نص نظري أجوف إذا لم يرافقه الحق في المساواة أمام المحاكم على الأقل بالنسبة لحقوق المتهم في الدفاع عن نفسه، ذلك أن العدالة تعد بمثابة الحلبة أو ساحة المعركة إن صح التشبيه، التي يكون فيها الصراع بسلاح القانون ولا كلمة لغيره.

---

[1] ولقي مبدأ المساواة أمام القانون والقضاء اهتماما عالميا فأورده الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن منظمة الأمم المتحدة ضمن نصوص مواده،

المادة 7" كل الناس سواسية أمام القانون ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة عنه دون أية تفرقة، كما أن لهم جميعاً الحق في حماية متساوية ضد أي تمييز يُخل بهذا الإعلان وضد أي تحريض على تمييز كهذا".

فأوضحت هذه المادة مبدأ المساواة أمام القانون يقولها كل الناس سواسية أمام القانون ولهم الحق في حماية متساوية ضد أي تمييز يخل بهذا وضد أي تحريض على تمييز كهذا.

كما نصت المادة 10 على" لكل إنسان الحق، على قدم المساواة التامة مع الآخرين، في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظراً عادلاً علنياً للفصل في حقوقه والتزاماته وأية تهمة جنائية توجه له".

المادة11" كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه.

لا يدان أي شخص من جراء أداء عمل أو الإمتناع عن أداء عمل إلاّ إذا كان ذلك يعتبر جرماً وفقاً للقانون الوطني أو الدولي وقت الارتكاب.

كذلك لا توقع عليه عقوبة أشد من تلك التي كان يجوز توقيعها وقت ارتكاب الجريمة.

[2] محمود صالح العادلي: النضرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص 428.

[3] لقد نصت المادة 29 من الدستور على أن:" كلّ المواطنين سواسية أمام القانون. ولا يمكن أن يتذرّع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجِنس، أو الرّأي، أو أيّ شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي".

فالعلاقة بين هاذين الحقين هي علاقة الأصل بالفرع وهي تكاملية إلى حد بعيد، يستحيل معه الكلام عن الفرع في غياب الأصل بحيث أن الأصل العام هو الحق في المساواة أمام القانون هذا الأخير الذي يظهر أمام جهاز العدالة في حلة الحق في المساواة أمام القضاء، لذلك نعتبر هذا الحق صورة وفرع من فروع الحق الأول.

1- مفهوم الحق في المساواة أمام القانون: يقصد به أن تخلو القوانين من كل أشكال التمييز وتتسم بصفتي العمومية والتجريد وذلك بأن تمنح معاملة متماثلة للأشخاص الذين تتحقق فيهم نفس الشروط، حين تتساوى المراكز القانونية بالمساواة في التمتع بحماية قانونية تحضر كل أشكال التمييز نصا أو تطبيقا في أي مجال تتولى السلطات العامة تنظيمه أو تحميه، ولكن هذا لا يعني انتفاء التمييز مطلقا، لأن التمييز المقصود هو ذلك القاصر على الحالات التي يكون فيها التفريق راجعا إلى معايير تجافي المنطق وبعيدة على كل أشكال الموضوعية[1].

وعليه فإن مبدأ المساواة أمام القانون يعني مخاطبة الوحدات الاجتماعية بصورة موحدة ومتساوية بكل قواعد وأحكام القوانين الداخلية لمجتمعهم عند توافر شروط تطبيقها عليهم بغض النظر عن كل أشكال وأوجه التفرقة.

إلا أن ما يجب أن يضاف إلى هذا التعريف هو البعد الدولي لحق المساواة، إذ أنه لا يشمل فقط القواعد القانونية الوطنية بل يتعدى إلى نظيرتها الدولية، ذلك أن القانون الدولي في حد ذاته أقر بمبدأ المساواة ونص عليه، فالدول تخضع حتما لمبدأ المساواة أمام العدالة الدولية من ناحية تحملها للمسؤولية الناتجة عن إخلالها بقواعد القانون الدولي كما أنها تخضع له من ناحية حقها في التقاضي أمام أجهزة التقاضي الدولية، وبهذا الصدد يرى الفقيه فابيال بريال " أن تساوي الدول هو تساوي أمام القانون، أمام هذا الحق الذي يساهمون في خلقه... " للدول قدرة متساوية في خلق القانون وبالمقابل هم ملتزمون باحترامه[2].

2- مفهوم الحق في المساواة أمام القضاء: ويقصد به تساوي الجميع في إجراءات التقاضي أمام المحاكم، فلكل إنسان الحق في اللجوء إلى المحاكم وعلى هذه الأخيرة أن تعامل الناس معاملة متساوية، والمساواة أمام القضاء مسألة مطلوبة سواء أمام القضاء أكان وطنيا أم دوليا، وعلى أية حال فإن مبدأ المساواة أمام القضاء يعد عنصرا من عناصر مبدأ المساواة أمام القانون.

---

[1] دليل المحاكمة العادلة، مرجع صادر عن منظمة العفو الدولية، شبكة الانترنيت.www.amnesty.org/ar

[2] سكاكني باية: العدالة الجنائية الدولية ودورها في حماية حقوق الإنسان، ط 1، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2003، ص 67.

ويعرف غالبية الفقه مبدأ المساواة أمام القضاء "بممارسة جميع مواطني الدولة لحق التقاضي على قدم المساواة أمام محاكم واحدة وبلا تمييز أو تفرقة بينهم بسبب الأصل أو الجنس أو اللون أو اللغة أو العقيدة أو الآراء الشخصية[1]".

من هذا التعريف يمكن القول أن مضمون المساواة أمام القضاء أن يكون القضاء الذي يتقاضى أمامه الجميع واحد وألا تختلف المحاكم باختلاف الأشخاص الذين يتقاضون أمامه ا وأن تكون الإجراءات التي يسير عليها المتقاضون واحدة فضلا عن وحدة القانون المطبق الذي ينتج عنه بطبيعة الحال وحدة العقوبات المطبقة، وهذا لا يتعارض مع حرية القاضي في تقرير العقوبات الملائمة حسب ظروف كل قضية ولا مع وجود محاكم مختلفة باختلاف أنواع النزاعات ولا أن توجد أحيانا المحاكم الخاصة بطوائف معينة من المواطنين إذا دعت الضرورة إلى ذلك.

المساواة في حق التقاضي شاملة، لا تقتصر على أصل الحق، بل تنصرف كذلك إلى مداه ، فهي مساواة تشمله في جملته وتفصيله، فلا يجوز التمييز بين المتهمين أمام القضاء الجنائي لاعتبارات خاصة بهم، بل يجب أن يعاملوا جميعا على قدم المساواة ومن كل وجه[2]...

فلا يجوز أن يتهم الماثل أمام جهاز العدالة دون أدلة، ولا تعلق بشخصه شبهات تشوه من إنسانيته ولا توقع عليه عقوبات حسب أهواء الخصوم وأمزجتهم [3]، ورغم أن حق المتهم في معاملته على قدم المساواة مع باقي الخصوم يعد التزاما على عاتق المحاكم ولكنه لا يعد قيدا على حرية القاضي في تشكيل قناعته، وهو ما قرره المجلس الدستوري الفرنسي، عندما أقر عدم تناقض مبدأ المساواة مع منح القاضي سلطة تقديرية لتحديد العقاب، لأن المساواة لا تعني معاملة فئات المواطنين رغم ما بينها من تباين في مراكزها معاملة متساوية ومتكافئة، فعدم التمييز المطلوب هنا هو عدم التمييز بين الأنداد والنظراء[4].

3- شرط المساواة أمام القضاء: إن مبدأ المساواة لا يعني بالضرورة إسقاط كل اعتبار وإلغاء كل الفوارق والتسوية بين المتهمين جميعا في نوع المحكمة، وفي إجراءات المحاكمة وفي طرق الطعن في الأحكام، فهذا الإطلاق لا يحقق معنى المساواة دائما، بل قد يعود عليه بالنقيض في بعض الأحيان.

1

1 سكاكني باية: العدالة الجنائية الدولية ودورها في حماية حقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 524.

[3] محمد سعادي: حقوق الإنسان، ط1، دار ريحانة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 17.

[4] وقد أكد ذلك المجلس الدستوري في قراره الصادر بتاريخ: 19 و20 نوفمبر 1981"، نقلا عن الدكتور فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ،القسم العام، مرجع سابق، ص 317.

ذلك أن المساواة لا تعني عدم التمييز مطلقا، بل تعني عدم التمييز بين الأنداد والنظراء، فهي مشروطة بالتماثل دائما، ولا يراد به التماثل من كل الوجوه، وإنما يراد به التماثل النسبي، أي التماثل في المعاملة القانونية[1].

وعلى هذا الأساس فالفوارق بين الناس قسمان: قسم لا يؤبه به وقسم في محل الاعتبار فأما الذي لا يؤبه به فهو الذي لا تربطه بالحكم القانوني علاقة منطقية، بحيث يبدوا وجوده وعدمه سواء، وأما الذي في محل الاعتبار فهو الذي تربطه بالحكم علاقة منطقية يصح معها في العقل سببا له جعله سببا له.

4- الحق في المساواة أمام المحاكم الدولية: إذا تكلمنا عن حق المساواة أمام المحاكم الدولية فإننا نستبعد ثبوته أمام المحاكم المؤقتة العسكرية لاسيما محكمتي نورمبرغ وطوكيو نظرا للظروف التي صاحبت إنشاء هاتين المحكمتين كونها قد سنت من قبل المنتصرين في الحربين العالميتين لمعاقبة المنهزمين دونما مراعاة لشروط المحاكمة العادلة إذ أن السائد آنذاك هو ثبوت التهم على النازيين الذين أشعلوا فتيل الحرب[2].

إلا أن الأمر يختلف إذا تحدثنا عن المحاكم الدولية المنشأة في نهاية القرن الماضي، إذ أن ضمانات المحاكمة العادلة وعلى رأسها المساواة أمام القانون والقضاء مكفولة انطلاقا من استقراء نصوص المواثيق المنشئة لهاته المحاكم.

لكن الأمر الملفت للانتباه هو ما ورد في نص المادة 16 من لائحة إنشاء محكمة نورمبرغ بخصوص ضمان حق المتهم في محاكمة عادلة، والتي مفادها استفادته من حق الدفاع ومناقشة التهم المنسوبة إليه في فترة معقولة وباللغة التي يفهمها وكذا مناقشة الأدلة، وقد وردت المادة في عمومها إذ لم تميز بين متهم وآخر، وهو ما يعني أن الفكرة في أصلها لم تكن واضحة فقط فالحق في المساواة بدأ مع ميثاق المحكمة الدولية الجنائية ليوغسلافيا سابقا التي نصت في المادة الأولى منها على أن ولاية اختصاصها تطول كل متهم بارتكاب جرائم ضد القانون الدولي الإنساني على أرض يوغسلافيا منذ 1991 إلى غاية صدور قرار إنشاء المحكمة دون تمييز بين متهم وأخر فالكل سواسية أمام القانون[3] وهو ما تؤكده المادة 21 من نظام المحكمة صراحة.

كما ورد نفس الأمر في المادة الأولى أيضا لمحكمة رواندا إذ أن هاته الأخيرة تختص بمحاكمة كل الأشخاص دون تمييز بين المتهمين بارتكاب جرائم ضد القانون الدولي الإنساني على

---

[1] المرجع السابق، ص 527.

[2] علي يوسف الشكري: القضاء الجنائي الدولي في عالم متغير، ط1، دار الثقافة،عمان، الأردن،2008، ص 32.

[3] للتفصيل أنظر

Paul Tavernier et Laurence Burgogue-Larsen un siècle de droid international humanitaire. Bruxelles : 2001 ; P103 ET SS.

الإقليم الرواندي في الفترة الممتدة ما بين 1994/01/01 و1994/12/3، مع تقديم الضمانات لكل المتهمين دون تمييز يذكر.

إلا أن الأمر يبدو أكثر وضوحا ودقة حين الرجوع إلى ميثاق المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة لا سيما في المادة 27 منه التي أكدت على أنه يطبق نظام روما الأساسي على جميع الأشخاص بصورة متساوية دون أي تمييز لسبب الصفة الرسمية، وأكد أيضا بأن الجرائم الدولية لا تتقادم.

وانطلاقا من ذلك يبدو التدرج واضحا، فالبداية كانت الفكرة في محكمة نورمبرغ التي تطورت لتصبح تصورا وأطروحة فعليا في نظام يوغسلافيا ورواندا ولتضحي حقيقة وواقعية مكرسة في المادة 27 صراحة من ميثاق روما المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية، وليصبح حق المتهم في المساواة أمام القانون والقضاء مكفولا رسميا وله الحق في المطالبة به، وإثارته بتفعيل المواثيق الدولية المتضمنة إنشاء المحاكم الدولية الجنائية[1].

5- الحق في المساواة في التشريع الجزائري: إن مبدأ المساواة بشكل عام له مكانة هامة في النظام القانوني الجزائري وهو ما أكدته المادة 29 من دستور 1996 بعيدا عن كل أشكال التمييز[2]، أما بالنسبة لحق المساواة أمام القضاء فقد كفله المشرع في المادة: 140 من ذات الدستور وذلك بنصها على أنه "الكل سواسية أمام القضاء" وهذا المبدأ لا يتأتى إلا مع وحدة الجهات القضائية، أي أن يتقاضى جميع الأشخاص أمام هيئة قضائية واحدة وإذا اقتضت الضرورة الاختلاف فلا بد أن تكون معايير هذا الاختلاف موضوعية.

ولما كان هذا المبدأ ذو أهمية قصوى فإن هذا المشرع تبنى أيضا فكرة مجانية الاستفادة من خدمات القضاء وضمن حق اللجوء للقضاء على الأقل من الناحية الشكلية كون ما يحدث عمليا يخالف فكرة المجانية نظرا لأن المتقاضين يدفعون رسوما ترتفع كلما كانت الجهة القضائية أعلى إلى جانب أتعاب المحامين التي لم يضبطها قانون المحاماة.

---

[1] ورد نص المادة الأولى من نظام محكمة رواندا كما يلي

tribunal international "Article premier: compétence du tribunal international pour le Rwanda: pour Rwanda est habilité à juger les personnes présumées responsables de violation grave de droit international humanitaire commises sur le territoire du Rwanda et les citoyens Rwandais présumes responsable de telles violation commises sur le territoire d'état voisins entre le 01/01/ "er le : 31/12/1994 conformément aux disposition du présent statue.

[2] عمار بوضياف: النظام القضائي الجزائري، ط1، دار ريحانة، الجزائر، 2003، ص 41.

ثانيا: استقلال القضاء: يرى أغلب فقهاء القانون الوضعي أن مبدأ استقلال القضاء قد نشأ عن مبدأ الفصل بين السلطات [1] وهو أهم الضمانات التي يجب أن تسود النظم القضائي نظرا لكونه يضمن السير الحسن للقضاء ويوفر الضمانات لإقامة العدل بين الخصوم في الدعوى الجزائية[2].

ولقد أكدت الأمم المتحدة في قرارها رقم 32/40 في 29 نوفمبر 1985، ورقم 146/40 في 13 ديسمبر 1985 .على مجموعة من المبادئ بشأن استقلال السلطة القضائية[3].

---

[1] مبدأ الفصل بين السلطات: ارتبط مبدأ الفصل بين السلطات باسم الفقيه الفرنسي مونتسكيو الذي كان له الفضل في إبرازه كمبدأ أساسي لتنظيم العلاقات بين السلطات العامة في الدولة.

إلا إن جذور المبدأ ترجع إلى زمن بعيد قبل القرن الثامن عشر بقرون عديدة، فقد كان أعلام الفكر السياسي الإغريقي كأفلاطون وأرسطو، دور هام في وضع الأساس الذي قام عليه مبدأ الفصل بين السلطات، إذ أوضح أفلاطون أن وظائف الدولة يجب أن تتوزع على هيئات مختلفة مع إقامة التوازن بينهما لكي لا تنفرد إحداهما بالحكم.

أما أرسطو فقسم وظائف الدولة إلى ثلاث، وظيفة المداولة، ووظيفة الأمر، ووظيفة العدالة، على أن تتوارى كل وظيفة منها مستقلة عن الهيئات الأخرى، مع قيام التعاون بينهما جميعا لتحقيق الصالح العام، بحيث لا تتركز الوظائف في يد هيئة واحدة.

وكان جون لوك أول من ابرز أهمية مبدأ الفصل بين السلطات في العصر الحديث في مؤلفه الحكومة"الحكومة المدنية"الذي صدر سنة 1690م.

وقد قسم لوك سلطات الدولة إلى ثلاث: السلطة التشريعية، السلطة التنفيذية، والسلطة الاتحادية، وأكد على ضرورة الفصل بين السلطتين التنفيذية والتشريعية، بحيث تتولى كل منهما هيئة مستقلة عن الأخرى.

بسيوني عبدالله عبد الغني: النظم السياسية والقانون الدستوري، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 187،188؛

بيد إن مبدأ الفصل بين السلطات لم يأخذ الأهمية الكبيرة التي نالها، ولم يتضح مضمونه وتتبلور وحدوده إلا بعد أن نشر مونتسكيو مؤلفه الشهير "روح القوانين" سنة 1748.لمعالجة المبدأ ينطلق مونتسكيو من الفكرة التي تقضي بتقسيم الدولة إلى ثلاث: الوظيفة التشريعية والوظيفة التنفيذية والوظيفة القضائية: أي سلطة صنع القانون وسلطة تنفيذه وسلطة البت في الخلافات التي تنشأ عن مخالفة أحكامه أثناء القيام بتلك الوظائف، لكن الفكرة الأساسية في مؤلف مونتسكيو هي أن قد يسيء استعمال السلطة التي يتمتع به أو حتى "لا يساء استعمال السلطة يجب بمقتضى الأمور، إقامة توازن بين السلطات من غير أن يكون باستطاعة إحداها شل أعمال الأخرى عندما تمارس عملا له علاقة بأعمال أخرى.

مولود ديدان: مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية، د ط، دار بلقيس لنشروا لتوزيع الجزائر، 2007، ص 77.

[2] عبد الحميد عمارة: ضمانات المتهم أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي في الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري ، دراسة مقارنة، ط1، دار المحمدية العامة، الجزائر، 1998، ص218.

[3] أ- تكفل الدولة استقلال السلطة القضائية وينص عليه دستور البلد أو قوانينه.

ومن واجب جميع المؤسسات الحكومية وغيرها من المؤسسات احترام ومراعاة استقلال السلطة القضائية.

ب- تفصل السلطة القضائية في المسائل المعروضة عليها دون تحيز، على أساس الوقائع ووفقا للقانون، ودون أية تقييدات أو تأثيرات غير سليمة أو أية إغراءات أو ضغوط أو تهديدات أو تدخلات، مباشرة كانت أو غير مباشرة، من أي جهة أو لأي سبب.

وتجمع كافة النظم القانونية السائدة في العالم اليوم على وجوب ضمان استقلال السلطة القضائية عن غيرها من السلطات الأخرى في الدولة إعمالا لمبدأ الفصل بين السلطات الذي صاغه الفيلسوف الفرنسي "مونتسكيو" [1] في كتابة (روح الشرائع) ومنذ ذلك التاريخ ما انفكت الدول تؤكد على المبدأ في متن إعلاناتها ومواثيقها الحقوقية وتدرجه في صدر دساتيرها، بياناً منها لحدود اختصاصات كل سلطة، ومنعاً لاعتداء إحداها على الأخرى.

والاستقلال صفة لازمة لوظيفة القضاء ومفاد هذا الاستقلال عدم الخضوع إلا للقانون فلا يتدخل في مباشرته لسلطته لا السلطة التشريعية ولا السلطة التنفيذية [2]، أما حصانة القضاء فتعني"منع تدخل أي جهة في الشؤون الإدارية والمالية وعلى وجه الخصوص التعيين والنقل والترقية وإنهاء الخدمة، كما نعني منع اتخاذ الإجراءات الجنائية ضد رجال القضاء إلا في حدود ضوابط معينة تكفل للقضاء كرامته وهيبته [3]، وقصد جانب من الفقه باستقلال القضاء هو تحرره من كل سلطان إلا سلطان القانون[4].

ج- تكون للسلطة القضائية الولاية على جميع المسائل ذات الطابع القضائي، كما تنفرد بسلطة البت فيما إذا كانت أية مسألة معروضة عليها للفصل فيها تدخل في نطاق اختصاصها حسب التعريف الوارد في القانون.

د-لا يجوز أن تحدث أية تدخلات غير لائقة، أو لامبرر لها، في الإجراءات القضائية، ولا تخضع الأحكام القضائية التي تصدرها المحاكم لإعادة النظر، ولا يخل هذا المبدأ بإعادة النظر القضائية أو بقيام السلطة القضائية.

ه- لكل فرد الحق في أن يحاكم أمام المحاكم العادية أو الهيئات قضائية، لا تطبق الإجراءات القانونية المقررة حسب الأصول والخاصة بالتدابير القضائية، لتنتزع الولاية القضائية التي تتمتع بها المحاكم العادية أو الهيئات القضائية.

و- يكفل مبدأ استقلال السلطة القضائية لهذه السلطة ويتطلب منها أن تضمن سير الإجراءات القضائية بعدالة، واحترام حقوق الأطراف.

ز- من واجب كل دولة عضو أن توفر الموارد الكافية لتمكين السلطة القضائية من أداء مهامها بطريقة سليمة.

[1] مونتسكيو: شارل لوي دي سيكوندا المعروف باسم مونتسكيو ((بالإنجليزية: Montesquieu))؛ (18 يناير 1689 – 10 فبراير 1755)، فيلسوف فرنسي صاحب نظرية فصل السلطات الذي تعتمده غالبية الأنظمة حاليا.ولد في جنوب غرب فرنسا بالقرب من مدينة بوردو عام 1689 حيث تعلّم الحقوق وأصبح عضو برلمان عام 1714. مؤلفاته : عام 1716 تأملات في أسباب عظمة الرومان وانحطاطهم، عام 1721 نشر كتابه الساخر "رسائل فارسية" وفيه انتقد المجتمع وأنظمة الحكم في أوروبا في ذلك الحين. جلب له الكتاب شهرة واسعة وكان سببا في قبوله للأكاديمية الفرنسية للعلوم، عام 1734 نشر كتابا تحت عنوان "الملكية العالمية" قام بتقسيم الشعوب إلى شمالية وجنوبية وادعى أن الفرق في المناخ هو السبب الأساسي للاختلاف بين شعوب الشمال وشعوب الجنوب،عام 1748 نشر مونتسكيو أهم كتبه "روح القوانين" في جنيف في 31 جزءا وأضحى من أبرز المراجع في العلوم السياسية.

ويكيبيديا الموسوعة الحرة/http://ar.wikipedia.org.

[2] محمود صالح العادلي: النضرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص 434.

[3] المرجع السابق، ص 434.

[4] عوض محمد عوض: المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، مصر، 1999، ص 504.

وقد درجت كل دساتير الأمم المتحضرة على النص في موادها على استقلال القضاء والقضاة مثل الدستور الجزائري[1].

ولم يكن حرص الدساتير على كفالة استقلال السلطة القضائية نابع من فراغ، فهذه السلطة –كما يقررها الفقهاء– هي الرقيبة على السلطتين الأخريين بما فيها من حق التعقيب على أعمال السلطة التنفيذية التي تخالف القانون، فتقضي بإلغائها وبالتعويض عنها، وبما لها من حق النظر في القوانين[2] التي تصدرها السلطة التشريعية إذا هي خالفت الدستور فتقضي بعدم دستوريتها.

كما نصت المادة 40 من نظام روما الأساسي ولا سيما في الفقرة 1 بقولها"– يكون القضاة مستقلين في أدائهم لوظائفهم".

فالسلطة القضائية إذن يجب أن تتمتع باستقلال كامل ولا يجوز لأية سلطة من السلطتين الأخريين الانتقاص من استقلالها، وإلا عجزت عن القيام بوظيفتها.

1– القاضي الطبيعي واستقلال القضاء وحصانته : يرتبط مبدأ استقلال القضاء وحصانتهه بمبدأ القضاء الطبيعي ارتباطا وثيقا وذلك لأن إهدار هذا المبدأ يشكل مساسا حقيقيا بالمبدئيين الآخرين ، فكل تدخل في اختصاص القضاء بمناسبة دعوى معينة تمثل اعتداء على استقلاله وحياده ومن ثم اعتداء على مبدأ المساواة أمام القانون والقضاء ولكن ما المقصود بالقاضي الطبيعي؟

اختلف الفقه في تحديد المقصود بالقاضي الطبيعي اختلافا كبيرا، فاشترط البعض لاعتبار القضاء طبيعيا أن يكون إنشاء محاكمه وتحديد اختصاصها وبيان الإجراءات التي تتبع أمامه وتنظيم الأحكام التي تصدرها بقانون، واشترط البعض الأخر لاعتبار القضاء طبيعيا أن يكون قضاته مؤهلين من الناحية القانونية لممارسة عمل القضاء، وهو ما يقتضي حصولهم على إجازات علمية في القانون[3].

وكلا الأمرين ينتفي إذا كان القضاة من رجال السلطة التنفيذية الذين يخضعون لإشراف رؤسائهم ويجري تعيينهم ونقلهم وعزلهم من مناصبهم بقرارات إدارية تصدرها الجهة التي يتبعونها.

---

[1] لقد نص في المادة 138على أن :" السلطة القضائية مستقلة، وتمارس في إطار القانون".

وفي المادة 140 : أساس القضاء مبادئ الــشّــرعيّة والمساواة.

الكلّ سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع ويجسّده احترام القانون.

[2] لقد نص الدستور في المادة 143 : ينظر القضاء في الطّعن في قرارات السّلطات الإدارية.

[3] عوض محمد عوض: المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 516.

وعرفه الأستاذ محمود صالح العادلي" كل قضاء دائم منظم قانونا قبل ارتكاب الجريمة ومشكل من قضاة متخصصين في القانون مكفول لهم الاستقلال المحمي بالحصانة ويطبقون على إجراءات الدعوى وموضوعها القانون العادي ويكفل للخصوم أمامهم كافة حقوق الدفاع ومفترضاتها وضماناتها"[1].

أما الأستاذ عوض محمد عوض فقد عرف القضاء الطبيعي –"هو القضاء الذي انعقدت له الولاية بنظر الدعوى وقت ارتكاب الجريمة، وليس القضاء الذي آلت إليه الولاية وقت رفع الدعوى، وذلك ما لم تكن ضمانات التقاضي أمام الأخير أكبر فيكون هو القضاء الطبيعي"[2].

إن للتعريفين السابقين ميزة بكونهما جعلا الشرعية الإجرائية الموضوعية من أهم أركان القضاء الطبيعي أو العادي قبل ارتكاب أي جريمة الشيء الذي يدعم ويقوي مقومات قرينة البراءة بالنسبة لأي متهم يقف أمام هذا القضاء، كما أن هذين التعريفين يتميزان بكون القاضي الطبيعي يكفل كافة حقوق الدفاع ومفترضاته وضماناته لكلا طرفي الخصومة في الدعوى الجزائية، إلا أنه ما يؤخذ على هذا التعريفين أنه جعل القضاء العادي أكثر مثالية عندما أشار إلى وجود قضاء متخصص والواقع العملي يعكس هذا التخصص، فالقاضي يفصل اليوم في الجنايات وغدا في الأحوال الشخصية وهكذا.

والصحيح أن القاضي الطبيعي فكرة نسبية لا مطلقة، وأن هذا القاضي يختلف باختلاف المتهمين ولو تماثلت جرائمهم، فيما يعد قاضيا طبيعيا بالنسبة إلى متهم قد لا يكون كذلك بالنسبة إلى غيره[3].

وينبغي التأكد على أن التفرقة بين القضاء الطبيعي وغير الطبيعي لا ترد إلى توافر الضمانات الدستورية كلها أمام الأول وتختلف بعضها أمام الثاني، لأن هذا لو صح لم يكن القضاء الثاني مجرد قضاء غير طبيعي.

وإنما يختلف القضاء الطبيعي عن غير الطبيعي في مدى ما يحظى به المتهم أمام كل منهما من ضمانات أخرى، ونعني بذلك الضمانات التي تقررها القوانين الإجرائية بالإضافة إلى الضمانات الدستورية، والأمثلة على ذلك عديدة فوجب تحقيق الجناية قبل رفع الدعوى الجنائية عنها والتقاضي على درجتين وتقرير الطعن بالمعارضة في الأحكام القضائية.

---

[1] النضرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص 434.

[2] المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 522.

[3] عوض محمد عوض: المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 517.

فهذه الضمانات كلها من صنع المشرع ومن حقه أن يوفرها وأن يضيف إليها ضمانات أخرى بالنسبة إلى قضاء معين، كما أن من حقه أن يغفل بعضها بالنسبة إلى قضاء أخر إن تعلق بالصالح العام سيما إن قرره هو بتقديره لا يعتبر شطط ولا انحراف[1].

في الوقت الذي يتحدد فيه القاضي الطبيعي هو وقت ارتكاب الجريمة وفقا لقواعد الاختصاص النافذة في هذا الوقت وقد يعترض بأن هذه القاعدة تلزم سلطة الاتهام وحدها، لكنها لا تلزم المشرع نفسه، لأن حقه في إنشاء المحاكم وتحديد اختصاصها كانت بنصوص دستورية ،وأن هذه النصوص تخوله سلطة تعديل قواعد الاختصاص حسب ما يراه محققا للمصلحة العامة[2].

أما القضاء الاستثنائي فلا يعتبر بالضرورة قضاء غير طبيعي، فالأصل أن ضمانات المتظلم أمام القضاء العادي أكبر من ضماناته أمام القضاء الاستثنائي، ولهذا فلا خلاف في أنه إذا ثار التنازع بينهما كان الأول دون الثاني وهو القضاء الطبيعي، يجيز أن ذلك لا يعني القول بأن القضاء الاستثنائي في كل أحواله غير طبيعي، وهذا يوجب القول بأن كلا منهما يعتبر قضاء طبيعيا بالنسبة إلى طائفة من المتهمين، هم الذين يرتكبون جرائم يدخل التنظير فيها في ولاية القضاء أو ذاك وفقا للقانون الذي ينظم أحكامه، وليس من حق المتهم في هذه الحالة إذا رفعت عليه الدعوى أمام القضاء الاستثنائي أن يدفع بأنه قضاء غير طبيعي وأن من حقه المثول أمام القضاء العادي[3].

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد عرفوا القاضي الطبيعي:

تعريف المالكية: قال ا بن رشد وابن فرحون" هو الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام"[4].

تعريف الأحناف: "قول ملزم يصدر عن ولاية عامة".

ومن خلال اطلاعنا على هذين التعريفين نستطيع القول أن القضاء الطبيعي لا يخرج عن كونه فصل وحسم الدعاوى والمخاصمات الواقعة بين الناس بحكم شرعي، وجدير بالذكر أنه لا يتعارض مع فكرة القاضي الطبيعي إنشاء محاكم خاصة لمحاكمة فئة من المتهمين تتصف بجرائم

[1] المرجع السابق، ص 518.

[2] عوض محمد عوض: المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 520.

[3] المرجع السابق، ص 523.

[4] برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم إبن الإمام شمس الدين أبي عبدالله محمد بن فرحون اليعمري المالكي: تبصرة الحكام ، ج1، د ط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،2001، ص 9.

ومقتضيات معاملتهم بصفات مميزة طالما توافرت في إجراءات محاكمة المتهم حقوق الدفاع وضماناته ومفترضاته مثل محاكمة الوزراء، محاكمة الأحداث....

2- ضرورة القضاء الطبيعي: إن الضرورة تقتضي أن يكون القضاء طبيعيا لا استثنائيا، لأن الانتقاص من إختصاص القاضي الطبيعي، هو اعتداء على استقلاله وحصانته الأمر الذي يمس حقوق المتهم في الدفاع وضماناتها ومقترضاتها أمام هذا القضاء مما يؤدي إلى نتيجة حتمية مفادها المساس بحق دستوري يمثل حق طبيعي لكل إنسان ألا وهو مبدأ المساواة أمام القانون والقضاء.

ثالثا: الضمانات المتعلقة بالعدالة باعتبارها خدمة عامة: لايتحقق مبدأ المساواة أمام القانون والقضاء بمجرد توافر قضاء طبيعي له استقلال تام ومحمى بالحصانة بل يتعين أن يتوافر للعدالة باعتبارها خدمة عامة عدة ضمانات أهمها هي كفالة حق التقاضي ومجانية العدالة.

1- كفالة التقاضي: يمكن تعريف كفالة حق التقاضي: هي المكنة المخولة للأشخاص طبيعيين أو عاديين دون تمييز للالتجاء إلى القضاء حينما يعتدي على حقوقهم أو حرياتهم أو تتعرض لخطر الاعتداء[1].

إن هذا التعريف يبين لنا الوسيلة التي تمكن الأشخاص الطبيعيي ن من اللجوء إلى القضاء من أجل حماية حقوقهم في حالة التهديد واسترجاعها في حالة السلب دون تمييز بي ن طبقات المجتمع المختلفة سواء بسواء، فهاته الوسيلة إذن هي الحامي والمحصن لحقوق وحريات المجتمع من الاعتداء عليها أمان من المخاطر التي تهددها.

لكن ما أخذ على هذا التعريف أنه لم يبين لنا الوسائل والأدوات التي تمكن الأشخا ص الطبعيين والعاديين من الحماية من الأخطار والاعتداء كما أن هذا التعريف استبعد الأشخاص المعنوية من كفالة حق التقاضي.

وعليه يمكن تعريف حق التقاضي بأنه: المكنات القانونية التي تتمتع بها الأشخاص الطبيعية و المعنوية، في حماية حقوقهم وحرياتهم من التهديد والاعتداء دون تمييز أما م الجهات المسؤولة قانونا عن ذاك.

والصلة وثيقة بين حق التقاضي واستغلال القضاء باعتبار أن السلطة القضائية لا تملك أن تتصدى للخصومات من تلقاء نفسها إذ يجب عليها أن تضل في مكانها الذي حدده لها القانون

[1] محمود صالح العادلي: النضرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص449.

بعرض صاحب المصلحة خصومته في صورة دعوى قضائية، وذلك لا يتم إلا عن طريق ممارسة الإقرار لحق التقاضي.

وصلة حق التقاضي لحقوق الدفاع واضحة، فإباحة حق التقاضي يؤدي بالضرورة إلى إباحة حقوق الدفاع وضماناتها ومفترضاتها، وكل قيد على حق التقاضي إنما هو في حقيقته قيد على هذه الحقوق وتلك الضمانات والمقترضات، وكل توسعة لحق التقاضي تنطوي في ذاتها على توسعة لحقوق الدفاع أمام القضاء، لذا يمكننا القول أن حقوق الدفاع تدور وجودا وعدما ومقدارا مع كفالة حق التقاضي.

2- مجانية العدالة: ليس كافيا لتحقيق عدالة حقه أن يوجد قضاء طبيعي مستقل يحمي، إ ذ يتعين أيضا ألا يوجد عائق مالي يعوق طلبهم للحماية القضائية.

فالاحتماء بالقضاء طلبا للعدالة يجب أن يكون مجانا، ومبدأ حماية القضاء يعبر عل ى أن أصحاب الدعاوي لا يدفعون لقضائهم أي مكافئة فالدولة تقوم بمكافئة القضاء[1].

إلا أنه يلاحظ أن تطبيق هذا المبدأ على إطلاقه قد يشجع الكثيرون على رفع الدعاوى ظاهرها طلب عدالة القضاء وباطنها الافتراء، مما يعطل الوظيفة القضائية ويحد من نزاهتها واستقامتها بسبب كثرة النزاعات المعروفة أمامها الشئ الذي يمس كذلك بكفالة حقوق الدفاع وضماناتها ومفترضاتها.

كل هذا أوجب فرض رسوم محددة ومعينة على اختلاف الدعاوى للحد من كثرة النزاعات من جهة ومن جهة أخرى المساهمة في دفع رواتب القضاء.

كما أن قيام المحامي بواجبه في الدفاع فإنما يقتضي بذل الكثير من الوقت والجهد لصالح موكله الأمر الذي يتعين منحه مكافئة على ذلك فهذه الأتعاب يعترف بها القانون[2].

3- استقلال القضاء كضمانة لحقوق الدفاع:

أ-مفهوم استقلال القضاء :"ونعني بذلك تحرر القضاء من أية مؤثرات اضطلاعا برسالته في تحقيق العدالة ذلك أن هذا التحرر هو المدخل الطبيعي الذي يتيح لكل شخص التمتع بثمرة اللجوء إليه استفاءا لحقوقه أو دفعا للاتهام الموجه إليه وحمايته من غائلة أي عدوان يقع عليه"[3].

---

[1] محمود صالح العادلي: النضرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص 455.

[2] أنظر القانون الفرنسي: مواد 97-103؛ وقانون المحاماة الجزائري: فقد تناول النظام الداخلي لمهنة المحاماة في الفصل الثاني، في المواد 43،44،45،46.

[3] حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، د ط، منشئة المعارف، الإسكندرية، مصر ،1997، ص 74.

من خلال هذا التعريف يتبين لنا أن تحرر القضاء من المؤثرات الخارجية أو الذاتية هو أساس فكرة الاستقلال الذي يعد ركيزة جوهرية في وجود كل قضاء عادل وهذا لا يقوم إلا إذا اعتبر القضاء سلطة تقف على قدم المساواة من السلطتين التشريعية والتنفيذية على منوال يحمي أعضاء القضاء من أي تدخل أو تأثير لكي يؤدون رسالتهن ببسط القانون على الجميع و حماية للأفراد وحريتهم.

ب-الطبيعة القانونية لاستقلال القضاء والآثار المترتبة على ذلك: بعد نضال طويل اهتدى الفكر القانوني إلى أن استقلال القضاء يعتبر الضمانة الأساسية لتحقيق العدالة وحماية الحقوق والحريات، لقد جاءت المادة 16من مبادئ حقوق الإنسان الصادرة عن الجمعية الوطنية الفرنسية غداة قيام الثورة في النص واضحة على "أن كل مجتمع لا يتوافر فيه الفصل بين السلطات يكون خلوا من الدستور"[1] وأكدته المادة العاشرة من الإعلامي لحقوق الإنسان سنة1948[2]، وكذلك المادة الرابعة عشر من الاتفاقية الدولية لحقوق الإنسان 1966[3]، على المبدأ المذكور أعلاه ومن خلال المواد المذكورة أعلاه نلاحظ أن الاتجاه العالمي أخذ بمبدأ استقلال القضاء إلى مصاف المبادئ الدستورية.

لكن من وجهة نظري أرى أن مبدأ استقلال القضاء سابـق في وجوده على كل الإعلانات والدساتير لارتباطه الوثيق بمبادئ العدالة.

ويترتب على الطبيعة الدستورية على المبدأ المذكور على نتائج مجملها فيما يلي:

1- أنه لايجوز لأي تشريع أن ينكره أو يقيد مداه وذلك حماية للحقوق المرتبطة به والتي يتصدرها حق المتهم في محاكمة عادلة وجوهرها هو تمكين المتهم من ممارسة حقوقه في الدفاع عن نفسه بكل حرية وهذا الحق لا يمكن الحديث عنه ما لم يكن هناك قضاء مستقل[4].

---

[1] نقلا عن حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، المرجع السابق، ص 75.
Jon PARADEL; droit penal T.11 procedure penal 5edition.oct. 1989 edition cujas paris n-17-18 p714.

[2] المادة 10 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسا ن: "لكل إنسان الحق، على قدم المساواة التامة مع الآخرين، في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظراً عادلاً علنياً للفصل في حقوقه والتزاماته وأية تهمة جنائية توجه له"

[3] المادة 14 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان:" يكفل التمتع بالحقوق والحريات المقررة في هذه المعاهدة دون تمييز أياً كان أساسه: كالجنس أو العرق أو اللون أو اللغة أو العقيدة أو الرأي السياسي أو غيره أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الانتماء إلى أقلية قومية، أو الثروة، أو الميلاد، أو أي وضع آخر".

[4] حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص 76.

-2- إن استقلال القضاء كمبدأ دستوري يعتبر المفترض الحقيقي للعدالة، وبقدر ما يتمتع به القضاء من استقلال بقدر ما يكون مؤهلا لتحقيق رسالته[1].

-3- فمهما يترتب على الطبيعة الدستورية لاستقلال القضاء كذلك أنه لا يجوز لسلطة الاتهام أن تتدخل في شؤون قضاء الحكم[2] ولكن هناك فئة من الأشخاص ممن يرغبون في اللجوء إلى العدالة لطلب الحماية غير أنهم غير قادرين ماديا الأمر الذي يستوجب معه ألا يغلق معه باب القضاء أمامهم تحقيقا لمبدأ المساواة أمام القانون لذا وجد نظام المساعدة القضائية[3].

الفرع الثاني: الضمانات المتعلقة برجال القضاء.

بجانب الضمانات الواجب توافرها في القضاء كسلطة عامة وبالعدالة كخدمة عامة يتعين أن تتوفر عدة ضمانات في رجال القضاء أو بعبارة أدق أن يتوافر قضاء طبيعي مستقل محمي بحصانة بجانب كفالة حق التقاضي ومجانية القضاء ليس كافيا لتحقيق المساواة الكاملة أمام القانون والقضاء إذ ينبغي أن يتوافر بالنسبة لرجال القضاء أمور معينة يمكن من خلاله الاطمئنان إلى عدالة أحكامهم.

وتتنوع هذه الضمانات في نظرنا إلى ضمانات عامة تتعلق بالصلاحية لولاية القضاء بوجه عام وضمانات خاصة تتصل بصلاحية القاضي لنظر دعوى معينة.

---

[1] وعلى العكس من ذلك فان وهن هذا الاستقلال يفضي لزوما إلى اضمحلال فاعليته وعن عجزه عن رفع الظلم ورد غائلته ومما لا ريب فيه أن من اظهر عوامل هذا الوهن البقاء على قدسه بالتدخل في اختصاصه ممن لا علاقة لهم في شؤونه ويعتبر توزيع الاختصاص بين المحاكم من قبل لا علاقة له بوظائفها نوعا من التدخل الماس باستقلالها ويظهر هذا بوضوح حينما يترك لجهة غير قضائية مكنة اختيار محكم ة دون سواها لنظر قضايا معينة أو محاكمة طائفة من المتهمين مما يستنتج انتزاع بعض القضايا من قاضيها الطبيعي هنا سيدور القضاء كحارس لحقوق للأفراد وحرياته ومن ثم إهدار استقلالها.

حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص79.

[2] ومن هنا يرى جانب من الفقه، أن ه بالإضافة إلى أن التدخل في شؤون القضاء مساسا باستقلاله من خلال المحاكم الاستثنائية أو المحاكم العسكرية فإن تخويل جهة معينة بسلطة إصدار أوامر جنائية بمثابة حكم أو تخويل جهات إدارية سلطة النظر في قوانين معينة وفرض عقوبات على الأشخاص المخالفين لها يحد من قبيل التدخل الذي يهدر استقلال القضاء ولذا يعتبر إصدار النيابة العامة للأوامر الجنائية إهدار لمبدأ استقلال القضاء على سند القول أن الخصومة الجنائية لا تنعقد في مثل هذه الحالة على نحو صحيح بما يشترط في شأنها وجود أطرافها الثلاثة ،القاضي،النيابة،المتهم.

حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص81.

[3] المساعدة القضائية: المساعدة القضائية هي الإعفاء من دفع المبالغ المستحقة لحقوق الطابع و التسجيل (الرسوم القضائية) أو بعبارة أخرى هي عبارة عن نظام قانوني و معناها أي يعفى الشخص من دفع الرسوم القضائية إذا كان معوزا و هي على شكل مساعدة تقدم له.

أولا: الصلاحية العامة لولاية القضاء بوجه عام: من البين أن القضاء فرع متخصص بين أعمال الدولة، يتطلب فيمن يتولاه شروط خاصة ليس فقط من ناحية التخصص في القانون إنما التدرب الفني والمران الطويل بالإضافة إلى شروط أخرى تتعلق بالسلوك الشخصي والعلاقات الاجتماعية وغير ذلك من صفات ومؤهلات من شأنها أن تصوغ صياغة القاضي تجعل منه أهلا للقيام بمهمته الخطيرة في المجتمع [1]، ومن صلاحية ولاية القضاء بوجه عام تتطلب أن تتوافر في الشخص كل ما يهيئ له قيامه بالفصل في الخصومات والدعاوى وإصدار الأحكام التي يراها طبقا للقانون[2] أو الشرع، وهذه الصلاحيات تتوافر بأمور شكلية وأخرى موضوعية.

1- الصلاحية الخاصة الضمانة المباشرة لحقوق الدفاع: إذا كانت الصلاحية العامة تمثل ضمانة غير مباشرة لحقوق الدفاع أمام القضاء فان الصلاحية الخاصة بالدعوى تمثل ضمانة مباشرة لهذه الحقوق إذ تكفل تطبيق مبدأ المساواة أمام القانون والقضاء في الخصومة المطروحة على القاضي ، ومظاهر هذه الصلاحية متعددة منها ما يمثل ضمانات وقائية ومنها ما يمثل ضمانات علاجية ، وتستهدف الضمانات الوقائية صيانة الدعوى المنظورة أمام القضاء من الإخلال بحقوق الدفاع وضماناتها ومفترضاتها مما يحقق مبدأ المساواة أمام القانون والقضاء أما الضمانات العلاجية فهي ترمي إلى إصلاح ما طرأ على حقوق الدفاع أو مفترضاتها من إخلال أثناء نظر الدعوى[3].

فالضمانات الوقائية: وتتمثل هذه الضمانات في ضرورة توافر الحياد وانتفاء الشعور بالحرج.

ويقصد بحياد القاضي: تجرده حيال النزاع المعروض عليه من أي مصلحة ذاتية كي يتسنى له البت فيه بموضوعية[4].

ومن خلال هذا التعريف نرى أن هذا التجرد ألا يكون للقاضي أي علاقة بالدعوى وأطرافها سواء كانت هذه العلاقة ذاتية أو موضوعية أي أنه لا يمكن أن يجمع بين حقي الخصم والحكم في نفس الوقت وفصل سلطة الاتهام عن التحقيق يترجم مضمون هذه الخاصية.

فالحياد هو أن لا يكون للقاضي أية تصورات مسبقة حول الأمر المعروض عليه، وأنه لا يجب أن يتصرف بطريقة تعزز مصالح أحد الأطراف دون الأطراف الأخرى، هذا يعني لا بد أن

---

[1] حسين جميل: حقوق الإنسان والقانون الجنائي، د ط، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، د ت ، ص28.

[2] المرجع السابق، ص29.

[3] محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص464.

[4] حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص114.

يتحلى بروح موضوعية ويتجرد من شتى المؤثرات التي تؤثر في حكمه، والحياد المطلوب هنا هو حياد القاضي من جهة وكذا حياد المحكمة باعتبارها جهاز قضائي، فمن غير المعقول أن نلزم القاضي بالحياد ونتغافل على الجهاز القضائي.

وعرفه الأستاذ محمد عوض بأنه "تجرد القضاة وتحررهم من الهوى عند نظر الدعوى ، لأن الهوى أحد آفتي القضاء، أما آفته الأخرى فهي الجهل"[1].

وحياد القضاء ضمانة للخصوم، لأن ميزان العدل لا يستقيم في يد منحازة، ولا خلاف في أن حياد القاضي يفترض استقلاله، إ ذ يتعذر على من فقد استقلاله أن يتمسك تماما بحياده، لكن الاستقلال- بمعنى التحرر من السلطتين التشريعية والتنفيذية- لا يؤدي بالضرورة إلى كفالة حياد القاضي، لأن أسباب الانحياز لا تنحصر فيما يصدر عن هاتين السلطتين، بل تتسع لكثير غيرها ، وقد تكون هذه الأسباب عامة أو خاصة، على أن أسباب الانحياز على اختلاف صورها تدور حول محور واحد، هو المصلحة سواء تمثلت في جلب منفعة للقاضي أو لغيره، أو في دفع مضرة عنه أو عن غيره.

ولا يشترط للقول باختلال حياد القاضي أن يباشر في الدعوى إجراء يفصح بالفعل عن انحيازه، بل يكفي أن يظن به ذلك، وأن يكون هذا الظن قائما على واقع يسوغه، وليس هذا الظن مساس بالقضاء بل هو صون لكرامته وأحفظ لمكانته، ذلك أن الحياد –وهو من مقومات القضاء لا يتحقق بمجرد ثقة القاضي في نفسه، واطمئنانه إلى قدرته على الصمود لم ا يحوطه من ضغوط، والتسامي على ما قد تجيش به نفسه من عواطف وأهواء، وإنما يتحقق الحياد أساسا حين يعتقد الناس في قضاتهم ذلك[2].

2- أساس الحق في الحياد أمام المحاكم الدولية: في البداية يجدر بنا أن ننوه أنه لا مجال لإعمال هذا المبدأ في المحاكم الدولية الجنائية العسكرية المؤقتة، كمحكمة نوربيرغ وكذا طوكيو ، إذ أن تلك المحاكمات التي عقبت الحربين العالميتين وصفت بمحاكمة المنتصر للمنهزم ومن بين العيوب التي شابت المحكمتين، هو انعدام عنصر الحياد بالنسبة لتشكيلة المحكمة، وكذا للجهاز في حد ذاته، إذ من غير المعقول أن يكون الطرف خصما وحكما في آن واحد، مثلما هو الحال في المحكمتين العسكريتين التي كانت الغاية منهما محاكمة وعقاب مجرمي الحرب النازيين وحلفائهم المنهزمين.

[1] المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر،1999، ص508.

[2] **محمد عوض:** المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 509.

وعلى خلاف ذلك فإن المحكمة الدولية الجنائية ليوغسلافيا سابقا والمنشأة بواسطة هيئة الأمم المتحدة، التي تعد طرفا محايدا غايتها حفظ السلام والأمن الدوليين[1]، كما أن تشكيلة المحكمة بدوائرها وعدد قضاتها المنتسبين لدول مختلفة يتم انتخابهم من طرف الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة وفقا لإجراءات وشروط معينة تكريسا لمبدأ الحياد وهو ما تحدثت عنه المواد: 12 و 13 من نظام المحكمة، كذلك أيضا فإن جهاز الإدعاء العام مستقل عن مجلس الأمن وهيئة الأمم المتحدة ككل، وهو ما نصت عليه المادة: 16 من النظام، كما أن اختلاف تشكيلة الاستئناف عن تشكيلة الدرجة الأولى واحترام مبدأ التقاضي على درجتين يكرسان مبدأ الحياد، إلا أن الانتقادات تظل موجهة بحدة لهذه المحكمة كونها أنشأت بقرار يفقدها شروط الاستقلالية والحياد، فهي تتأثر بالواقع السياسي للدول المنشأة لها لا سيما مجلس الأمن.

أما بالنسبة لمحكمة رواندا الجنائية الدولية فهي نفس الأحكام تقريبا ونفس الضمانات التي تتوفر عليها المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا سابقا.

إلا أن الوضع يختلف تماما بالنسبة للمحكمة الدولية الجنائية الدائمة، نظرا لأن هذه الأخيرة لم تنشأ بقرار من مجلس الأمن، كما أن قضاتها أكبر عددا من نظيراتها ويختارون أيضا بواسطة الانتخاب من بين الكفاءات لدى بلدانهم وفي إطار الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة طبقا لنص المادة: 34[2] و كذا 36 من نظام روما الأساسي، فمن بين شروط الترشح لمنصب قاضي بالمحكمة

---

[1] علي جميل حرب: القضاء الدولي الجنائي، المحاكم الجنائية الدولية، مرجع سابق، ص 126.

[2] المادة 34: أجهزة المحكمة: تتكون المحكمة من الأجهزة التالية:

(أ)هيئة الرئاسة؛

(ب) شعبة استئناف وشعبة ابتدائية وشعبة تمهيدية ؛

(ج) مكتب المدعي العام ؛

(د) قلم المحكمة.

المادة 36: مؤهلات القضاة وترشيحهم وانتخابهم

1-رهنا بمراعاة أحكام الفقرة 2، تتكون المحكمة من 18 قاضيا.

2- (أ) يجوز لهيئة الرئاسة، نيابة عن المحكمة، أن تقترح زيادة عدد القضاة المحدد في الفقرة 1، على أن تبين الأسباب التي من أجلها يعتبر ذلك أمرا ضروريا وملائما. ويقوم المسجل فورا بتعميم هذا الاقتراح على جميع الدول الأطراف.

(ب) ينظر في هذا الاقتراح في اجتماع لجمعية الدول الأطراف يعقد وفقا للمادة 112. ويعتبر الاقتراح قد اعتمد إذا ووفق عليه في الاجتماع بأغلبية ثلثي أعضاء جمعية الدول الأطراف، ويدخل حيز النفاذ في الوقت الذي تقرره الجمعية.

(ج) "1" إذا ما اعتمد اقتراح بزيادة عدد القضاة بموجب الفقرة الفرعية (ب)، يجري انتخاب القضاة الإضافيين خلال الدورة التالية لجمعية الدول الأطراف، وفقا للفقرات 3 إلى 8، والفقرة 2 من المادة 37.

"2" يجوز لهيئة الرئاسة في أي وقت تال لاعتماد اقتراح بزيادة عدد القضاة ودخوله حيز النفاذ بموجب الفقرتين الفرعيتين (ب) و (ج) "1"، أن تقترح إجراء تخفيض في عدد القضاة، إذا كان عبء العمل بالمحكمة يبرر ذلك، شريطة ألا يخفض

عدد القضاة إلى ما دون العدد المحدد في الفقرة 1، ويجري تناول الاقتراح وفقا للإجراءات المحددة في الفقرتين الفرعيتين (أ) و (ب). وفى حالة اعتماد الاقتراح، يخفض عدد القضاة تخفيضا تدريجيا كلما انتهت مدد ولاية هؤلاء القضاة وإلى أن يتم بلوغ العدد اللازم.

3- (أ) يختار القضاة من بين الأشخاص الذين يتحلون بالأخلاق الرفيعة والحياد والنزاهة وتتوافر فيهم المؤهلات المطلوبة في دولة كل منهم للتعيين في أعلى المناصب القضائية.

(ب) يجب أن يتوافر في كل مرشح للانتخاب للمحكمة ما يلي:

"1" كفاءة ثابتة في مجال القانون الجنائي والإجراءات الجنائية، والخبرة المناسبة اللازمة، سواء كقاض أو مدع عام أو محام، أو بصفة مماثلة أخرى، في مجال الدعاوى الجنائية؛ أو

"2" كفاءة ثابتة في مجالات القانون الدولي ذات الصلة بالموضوع مثل القانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان وخبرة مهنية واسعة في مجال عمل قانوني ذي صلة بالعمل القضائي للمحكمة؛

(ج) يجب أن يكون لدى كل مرشح للانتخاب بالمحكمة معرفة ممتازة وطلاقة في لغة واحدة على الأقل من لغات العمل بالمحكمة.

4- (أ) يجوز لأية دولة طرف في هذا النظام الأساسي أن تقدم ترشيحات للانتخاب للمحكمة، ويتم ذلك بإتباع ما يلي:

"1" الإجراءات المتعلقة بتسمية مرشحين للتعيين في أعلى المناصب القضائية في الدولة المعنية؛ أو

"2" الإجراءات المنصوص عليها في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية لتسمية مرشحين لتلك المحكمة.

ويجب أن تكون الترشيحات مصحوبة ببيان مفصل يتضمن المعلومة اللازمة التي يثبت بها وفاء المرشح بالمتطلبات الواردة في الفقرة 3.

(ب) لكل دولة طرف أن تقدم لأي انتخاب معين مرشحا واحدا لا يلزم بالضرورة أن يكون واحدا من رعاياها، ولكن يجب على أي حال أن يكون من رعايا إحدى الدول الأطراف.

(ج) لجمعية الدول الأطراف أن تقرر، إذا كان ذلك مناسبا، إنشاء لجنة استشارية تعنى بالترشيحات. وفى هذه الحالة، تقوم جمعية الدول الأطراف بتحديد تكوين اللجنة وولايتها.

5- لأغراض الانتخاب، يجري إعداد قائمتين بالمرشحين:

القائمة "ألف"، وتحتوى على أسماء المرشحين الذين تتوافر فيهم المؤهلات المحددة في الفقرة 3 (ب) "1"؛

والقائمة "باء"، وتحتوى على أسماء المرشحين الذين تتوافر فيهم المؤهلات المحددة في الفقرة 3 (ب) "2".

وللمرشح الذي تتوافر فيه مؤهلات كافية لكلتا القائمتين أن يختار القائمة التي يرغب في إدراج اسمه بها. ويجري في الانتخاب الأول للمحكمة انتخاب تسعة قضاة على الأقل من القائمة "ألف" وخمسة قضاة على الأقل من القائمة "باء"، وتنظم الانتخابات اللاحقة على نحو يكفل الاحتفاظ للمحكمة بنسب متناظرة من القضاة المؤهلين من القائمتين.

6- (أ) ينتخب القضاة بالاقتراع السري في اجتماع لجمعية الدول الأطراف يعقد لهذا الغرض بموجب المادة 112. ورهنا بالتقيد بالفقرة 7، يكون الأشخاص المنتخبون للمحكمة هم المرشحون ألـ 18 الحاصلين على أكبر عدد من الأصوات وعلى أغلبية ثلثي الدول الأطراف الحاضرة المصوتة.

(ب) في حالة عدم انتخاب عدد كاف من القضاة في الاقتراع الأول، تجرى عمليات اقتراع متعاقبة وفقا للإجراءات المبينة في الفقرة الفرعية (أ) إلى أن يتم شغل الأماكن المتبقية.

7- لا يجوز أن يكون هناك قاضيان من رعاية دولة واحدة. ويعتبر الشخص، الذي يمكن أن يعد لأغراض العضوية في المحكمة من رعايا أكثر من دولة واحدة، مواطنا تابعا للدولة التي يمارس فيها عادة حقوقه المدنية والسياسية.

8- (أ) عند اختيار القضاة تراعى الدول الأطراف، في إطار عضوية المحكمة، الحاجة إلى ما يلى:

"1" تمثيل النظم القانونية الرئيسية في العالم؛

هي الأخلاق الرفيعة والنزاهة والحياد، بالإضافة إلى اختلاف تشكيلة كل شعبة سواء الابتدائية أم الاستئناف مما يضمن هو الأخر مبدأ الحياد.

كما نصت المواد: 40 – 41 من نظام المحكمة مسألة استقلالية القضاة وتنحيتهم ضمانا لمبدأ الحياد والاستقلالية وشفافية الأحكام، لضمان محاكمة عادلة وذلك سواء من طرف المدعي العام أو المتهم أو ممن له مصلحة في ذلك ويفصل في ذات المسألة قضاة المحكمة بقرار المحكمة يصدر بالأغلبية المطلقة.

كما نصت المادة: 42 على أن جهاز المدعي العام، مستقل ومحايدا تماما عن أجهزة المحكمة وينتخب بالاقتراع السري وبالأغلبية المطلقة من جميع الدول الأطراف [1]، على خلاف ما هو مقرر في المحاكم الدولية الأخرى.

كما أن المدعى العام ونوابه مستقلون ولا يجوز لهم أن يزاولوا أي نشاط يحتمل أن يتعارض مع مهام المدعى العام المنوط بهم، ولا يشترك المدعى العام ولا نوابه في أي قضية يمكن أن يكون حيادهم فيها موضوع شك معقول لأي سبب كان، وللشخص محل المتابعة والتحقيق طلب تنحية المدعى العام أو أحد نوابه أمام دائرة الاستئناف ضمانا لمبدأ الحيـــــــــــاد[2].

"2" التوزيع الجغرافي العادل؛

"3" تمثيل عادل للإناث والذكور من القضاة.

(ب) تراعى الدول الأطراف أيضا الحاجة إلى أن يكون بين الأعضاء قضاة ذوو خبرة قانونية في مسائل محددة تشمل، دون حصر، مسألة العنف ضد النساء أو الأطفال.

9- (أ) يشغل القضاة مناصبهم لمدة تسع سنوات، وذلك مع مراعاة أحكام الفقرة الفرعية (ب)، ولا يجوز إعادة انتخابهم إلا وفقا للفقرة الفرعية (ج) والفقرة 2 من المادة 37.

(ب) في الانتخاب الأول، يختار بالقرعة ثلث القضاة المنتخبين للعمل لمدة ثلاثة سنوات؛ ويختار بالقرعة ثلث القضاة المنتخبين للعمل لمدة ست سنوات؛ ويعمل الباقون لمدة تسع سنوات.

(ج) يجوز إعادة انتخاب القاضي لمدة ولاية كاملة إذا كان قد اختير لمدة ولاية من ثلاث سنوات بموجب الفقرة الفرعية (ب).

10- على الرغم من أحكام الفقرة 9، يستمر القاضي في منصبه لإتمام أية محاكمة أو استئناف يكون قد بدئ بالفعل النظر فيهما أمام الدائرة التي عين بها القاضي وفقا للمادة ،39 سواء كانت الدائرة ابتدائية أو دائرة استئناف.

[1] علي جميل حرب: القضاء الدولي الجنائي،المحاكم الجنائية الدولية،ط1،مرجع سابق ،،ص103.

للتفصيل أكثر أنظر:

[2] Le Périodique de la coalition pour la cour pénal international l'assemblées ce réunit pour élire le premier procureur de la C P I, 24eme, AVRIL 2003, P 03, op. cit.

3- الحياد في التشريع الجزائري: لقد عنى مبدأ الحياد في التشريع الجزائري بمكانة خاصة أيضا بالتنصيص عليه في الدستور الذي كرس مبدأ الحياد ونزاهة القاضي، والذي لا يجب أن يخضع إلا للقانون حسب نص المادة 147[1] منه، فيصدر بذلك أحكامه في إطار خاص من الحيدة وطبقا لأحكام القانون دون أي ضغوطات وتأثيرات من أية جهة حسب نص المادة: 148[2]منه ، بالإضافة إلى أنه أعتمد فكرة الخبرة القانونية كمعيار أساسي لاختيار القضاة، إلى جانب توفير حق الشخص في الطعن في حياد المحكمة [3]، وهذا بالفعل ما كرسه المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات الجزائية الذي وضح فيه أسباب رد القضاة والإجراءات المتبعة في ذلك طبقا لأحكام المواد: من 554 إلى 566، كما قضت المحكمة العليا في قراراتها بأن للمتقاضي وإن كان لا يختار القاضي الذي سيفصل في دعواه، إلا أن القانون يجيز له في حالة ما إذا قام سبب يدعو إلى الشك في إنصافه أن بطلب تعويضه بقاضي آخر، طبقا للشروط المحددة بالمادة: 554 وما يليها من قانون الإجراءات الجزائية[4].

4- الأسباب التي تخل بحياد القاضي: إن أسباب الرد طائفتان: طائفة لا تنتج أثرها في منع القاضي من نظر الدعوى إلا إذا طلب الخصوم رده، فإن لم يفعلوا كان القاضي صحيحا، أما الطائفة الثانية فتشمـــل حالات عدم الصلاحية ، أولاها تجعل القاضي غير صالح لنظر الدعوى بقوة القانون، وثانيها تجعله كذلك ولكن بإرادة الخصوم.

أما **أسباب عدم الصلاحية** : وترد هذه الأسبا ب بوجه عام إما إلى وجود صلة قرابة بين قضاة المحكمة التي تنظر الدعوي، أو إلى وجود علاقة خاصة بين قاضي الدعوى وأحد الخصوم أو وكيلهما، أو إلى وجود مصلحة للقاضي في الدعوى أو لسلوكه مسلكا يفصح عن أن له رأيا سابقا فيها[5]، ولقد نصت تشريعات غالبية الدول على هذه الأسباب منها التشريع الجزائري[6].

---

[1] "لا يخضع القاضي إلاّ للقانون".

[2] "القاضي محمي من كل أشكال الضغوط والتدخلات والمناورات التي قد تضرّ بأداء مهمته، أو تمسّ نزاهة حكمه".

[3] بن حليلو فيصل: المحاكمة العادلة والنزيهة، محاضرة ألقيت بمناسبة البرنامج الدولي للتدريب القانوني المنظم من طرف جمعية إنجلترا وبلاد ألغال للقانون، مع اتحاد المحامين العرب، والمنظمة الوطنية للمحامين الجزائريين بالجزائر، من 20 إلى 24 أكتوبر 2000، ص 03.

[4] ماروك نصر الدين: محاضرات في الإثبات الجنائي، النظرية العامة للإثبات الجنائي، ج 1، د ط، دار هومة ، الجزائر،2003، ص618.

[5] حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص 122.

[6] لقد نصت المادة 554 من ق إ ج:"يجوز طلب رد القاضي من قضاة الحكم للأسباب التالية:

أ-إذا كانت ثمة قرابة أونسب بين القاضي أو زوجه وبين أحد الخصوم في الدعوى أو زوجه أو أقاربه حتى درجة ابن العم الشقيق وابن الخال الشقيق المادة559،558،557،556،554الى غاية المادة566.

كما أنه على المستو ى الدولي نجد أن التطور التاريخي للمحاكمات الدولية الجنائية لقد تضمنت في نصوصها ما يمنع هذه الممارسات ولقد جاء نظام روما الأساسي في المادة 40 منه بما يأتي 1- يكون القضاة مستقلين في أدائهم لوظائفهم.

2- لا يزاول القضاة أي نشاط يكون من المحتمل أن يتعارض مع وظائفهم القضائية أو يؤثر على الثقة في استقلالهم.

3- لا يزاول القضاة المطلوب منهم العمل على أساس التفرغ بمقر المحكمة أي عمل أخر يكون ذا طابع مهني.

4- يفصل في أي تساؤل بشأن تطبيق الفقرتين 2 و 3 بقرار من الأغلبية المطلقة للقضاة، وعندما يتعلق التساؤل بقاض بعينه، لا يشترك هذا القاضي في اتخاذ القرار.

يعد استقلال القضاة نتيجة منطقية للطابع المستقل للمحكمة حيث يكون القضاة مستقلين في أدائهم لوظائفهم فيمنع عليهم تلقي أي تعليمات أو أوامر من أي جهة خارجية بما في ذلك الدول التي يحملون جنسيتها.

كما لايجوز أن تمارس عليهم أي ضغوط من شأنها أن تعيقهم في أداء مهامهم، وما جاء في هذه المادة هو تأكيد لمبدأ أساسي في كل تنظيم قضائي يقصد منه ضمان العدالة في الأحكام القضائية، وعدم تعرض القضاة لأية عوامل خارجية[1].

وهذه الأسباب التي تعرقل عمل الوظيفة القضائية وتمس بالدرجة الأولى بحقوق المتهم في الدفاع قد نصت عليها المادة 17[2] من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، والمادة 12 من النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا سابقا، والمادة 11 من النظام الأساسي لمحكمة رواندا.

وقد نص نظام روم الأساسي في المادة 41 على مايلي: إعفاء القضاة وتنحيتهم:

1- لهيئة الرئاسة، بناء على طلب أي قاض، أن تعفى ذلك القاضي من ممارسة أي من المهام المقررة بموجب هذا النظام الأساسي، وفقا للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

---

[1] نصر الدين بوسماحة: المحكمة الجنائية الدولية، شرح إتفاقية روما مادة مادة، ج 1، د ط، دار هومة لنشر والتوزيع ، الجزائر،2008، ص160.

[2] المادة 17 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية:

- لا يجوز لعضو المحكمة مباشرة وظيفة وكيل أو مستشار أو محام في أية قضية.

- ولا يجوز له الاشتراك في الفصل في أية قضية سبق له أن كان وكيلاً عن أحد أطرافها أو مستشاراً أو محامياً أو سبق عرضها عليه بصفته عضواً في محكمة أهلية أو دولية أو لجنة تحقيق أو أية صفة أخرى.

- عند قيام الشك في هذا الشأن تفصل المحكمة في الأمر.

2- (أ) لا يشترك القاضي في أية قضية يمكن أن يكون حياده فيها موضع شك معقول لأي سبب كان، وينحى القاضي عن أية قضية وفقا لهذه الفقرة إذا كان قد سبق له، ضمن أمور أخرى ، الاشتراك بأية صفة في تلك القضية أثناء عرضها على المحكمة أو في قضية جنائية متصلة بها على الصعيد الوطني تتعلق بالشخص محل التحقيق أو المقاضاة ، وينحى القاضي أيضا للأسباب الأخرى التي قد ينص عليها في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

(ب) للمدعي العام أو الشخص محل التحقيق أو المقاضاة أن يطلب بتنحية القاضي بموجب هذه الفقرة.

(ج) يفصل في أي مسألة تتعلق بتنحية القاضي بقرار من الأغلبية المطلقة للقضاة، ويكون من حق القاضي المعترض عليه أن يقدم تعليقاته على الموضوع دون أن يشارك في اتخاذ القرار.

5- دعائم حياد القاضي: وتتمثل أهم هاته الدعائم في مايلي:

أ- التحرر من الميول الذاتية: وهي تكمن في الابتعاد عن عوامل لتأثير الذاتية فإنه ينبغي كبح أغوار نفسيته تجنبا لميله لخصم معين فالقاضي من خلال تسبيب الأحكام يفصح عن المبررات الظاهرية لاقتناعه توافقا للالتزام القانوني الملقى على عاتقه إلا أنه هناك عوامل ومبررات خفية [1] تبدو غاية في التعقيد لأنها تأتي في منطقة الظل وراء الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي، يفرض عليه الترفع عنها والتجرد منها لكي يكون حياده أكبر حصانة لحقوق المتهم في الدفاع.

ب- الابتعاد عن التيارات السياسية والضغوط الاجتماعية: إلى جانب الميول الذاتية ينبغي للقاضي أن يتحرر من الانتماء إلى جهات سياسية حزبية أو تيار فكري [2]، ومن هنا فإن ما هو مستقر عليه في غالبية الأنظمة القانونية حظر انتماء القضاة للأحزاب السياسية أو انخراطهم في العمل السياسي، ومن ناحية أخرى فإن حياد القاضي يستلزم تحرره من الضغوط الشعبية

---

[1] ومما لاشك فيه أن المؤثرات ألاشعورية تباشر سطوتها عل ى القاضي حينما تطال الموجبات الموضوعية في مواطن القضاء ومن هنا حق القول "بأن من أوجب الأمور وألزمها أن يأمر القاضي نفسه من نفسه" وأن يقضي المنافع الذاتية من حمى تفكيره لكي يستقيم قضاءه مع سمو مراميه.

فالعدل يستوجب على القاضي أن ينصف الناس من ذاته وهذا يبدوا عسيرا عليه إن لم يكن محايدا لا مصلحة له سوى إقامة العدالة "وهو ما يقتضيه أن يترك للحقيقة أن تسيطر على شخصه بالتخلي عن نوازعه الشخصية التي تدفعه صوب الاعتداد بالنفس والعجب بها وإلا فانه من محض مسجل الحقيقة يتحول من حيث لا يدري إلى طرف في الخصومة القائمة بشأنها".

نقلا عن حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص117.

[2] المرجع السابق، ص119.

والاجتماعية تجنبا للآثار المحتملة لوقوع هذه الضغوط على العدالة بوجه عام والمساس بمصلحة المتهمين بوجه خاص[1].

ج- توافق القاضي مع طبيعة دوره في الدعوى الجنائية: من متطلبات حياد القاضي خلو ذهنه من أية معلومات مسبقة بشأن موضوع الدعوى المعروضة عليه كي يتسنى له وزن حجج الخصوم على نحو مجرد ليصل بشأنها إلى حكم عادل، ومن العسير عليه أن يكون على هذه الحالة إذا كان قد قام فيها بعمل من أعمال الضبط القضائي أو قام بعمل من أعمال التحقيق أو الإحالة مما يجعل له رأيا مسبقا في موضوعها أو اتجاه المتهم[2].

وتضاد[3] القاضي مع حقيقته يرتد أحيانا إلى عمل يكون قد أتاه خارج إطار الدعوى وأحيانا يكون عائدا إلى عمل يدخل ضمن مراحلها، والقاعدة أنه يحضر على القاضي أن يشترك في نظر الدعوى إذا قام في شأنه بسبب قانوني يجعله في حالة تعارض مع دوره كقاضي فيها بسبب تأثر القاضي الجنائي بطبيعة النظام القانوني السائد[4].

---

[1] عن حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص121.

[2] حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص122.

[3] والتضاد وان اختلف مع فكرة عدم الصلاحية سببا فانه يتفق معها نتيجة فهو يطلق على الحالة التي يضطلع فيها القاضي بعمل في الدعوى يتعارض مع اشتراكه فيها كقاض.

بينما يتحقق في شأنه حالة عدم الصلاحية حينما يكون سبب هذا التعارض واقعا خارج إطار الدعوى المطروحة عليه وعموما فان حالة عدم التوافق أو التضاد تتسم بالنسبية بسبب تأثر دور القاضي الجنائي بطبيعة النظام القانوني السائد ، وحالات عدم الصلاحية تبدو واضحة ومن الميسور على ذوي الشأن الإمساك بها لاتصالها بالوضع الاجتماعي للقاضي الذي يكون معلوما في أغلب جوانبه لدى فرقاء الدعوى، وعلى العكس من ذلك تكون حالة عدم التوافق مستورة إلا على القاضي في معظم الحالات وذلك لوثاقة عراها بدوره الوظيفي.

وحالات التعارض الوظيفي تتحقق بالنسبة لسلطات القضاء الجنائي بمفهومه العام والتي تتسع لتشمل التحقيق والاتهام والحكم كما أنها تظهر واضحة بالنسبة لدرجات التقاضي فيقوم التعارض الذي لا يستقيم معه الحياد القضائي إذا كان قاضي الدعوى قد سبق له القيام بعمل يتصل بالتحقيق أو الاتهام فيها وكذلك إذا كان قد سبق له النظر فيها في إحدى مراحلها.

حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص123.

[4] لقد سادة في العالم ثلاث أنظمة إجرائية وهي: النظام ألاتهامي: وهو ذلك النظام الذي يتعقب فيه المجني عليه أو أحد أقارب الجاني أمام قضاء الحكم مباشرة باتهامه إياه فيما ألحقه به من ضرر مطالبا توقيع العقوبة عليه، وهذا النظام يتميز بعدة مبادئ أهمها العلنية، شفقيه المحاكمة، الحضورية، وهذه المبادئ جعلته يسوي بين جهة الاتهام والدفاع في الحقوق كما جعلته يحافظ على حقوق الأفراد ويضمن حرياتهم وأوجه دفاعهم الشيء الذي جعله يتلائم مع النظم الأكثر ديمقراطية.
محمد محده: ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ط1، دار الهدى، الجزائر، 1991 -1992، ص62.
ففي النظام ألاتهامي يغلب الطابع السلبي على مهمة القاضي حيث يقتصر دوره على فحص الأدلة وما يقدم إليه من يراهن ولا دخل له بظروف الدعوى وليس من سلطته اتخاذ أي إجراء بحثا عن الحقيقة فيها.

المطلب الثاني: الضمانات المتعلقة بالخصوم.

من بين أهم الضمانات التي تتعلق بحقوق الدفاع وهي لصيقة بالمحاكمة العادلة ، الضمانات المتعلقة بالخصوم باعتبارهم أطراف أساسية في تسيير جلسات المحاكمة أمام القضاء الدولي الجنائي، وتمثل هذه الضمانات حماية حقيقية لممارسة المتهم لحقوق دفاعه، وتتمثل هاته الضمانات المتعلق بالخصوم في علانية إجراء المحاكمة والشفوية، وتسبيب الأحكام والطعن فيها.

الفرع الأول : علانية إجراءات المحاكمة والشفوية.

حتى يؤتي حق الدفاع أكله ولا يظلم منه شيئا لا بد أن يتعاضد ويؤازر بضمان آخر، وهو ضمان حق المتهم في علانية الجلسة وشفوية المرافعة، هذا الأخير الذي يساند حق الدفاع ويجعله طليقا حرا في إحقاق حق المتهم.

أولا: علانية إجراءات المحاكمة:

1- مفهوم العلانية:

أ- لغة: هي الإظهار والجهر والانتشار والذيوع والشيوع والنشر، أي اتصال علم الجمهور بفعل أو قول أو كتابة أو تمثيل، والعلانية من الإعلان أي المجاهرة، ويعلن علنا والعلانية خلاف السر وهو ظهور الأمر وقد تفيد مجرد الإعلان أو الإعراب عن المراد ومكاشفة شخص أخريه[1].

ب- واصطلاحا: إن تعريف العلانية لم تتعرض له التشريعات الحديثة وإنما تركت ذلك للفقه والاجتهاد القضائي فقد تصدى الفقه لهذه المسألة محاولا ومبتدعا ومبتكر ا تعريف ملائم ومناسبا

نظام التحري والتنقيب: هو ذلك النظام الذي يعتمد في إجراءاته على التحري والتنقيب السري واتسما إياه بسمة القسوة والصرامة موكلا أمر تحريك الدعوى الجزائية ومتابعتها إلى جهاز آخر فظهرت النيابة العامة كسلطة اتهام ومختصة في رفع الدعوى العمومية ومباشرتها ودور القاضي في هذا النظام ايجابي في البحث عن الأدلة وكشف الحقيقة ومن أهم مميزات هذا النظام أنه يتميز بنظام الأدلة القانونية وسرية الإجراءات مما يجعل مصلحة العامة فوق مصلحة المتهم في كفالة دفاعه.

محمد حزيط : مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية، دار هومة، الجزائر، 2007 ، ص08.

والقاضي في هذا النظام قد أعطى دورا ايجابيا في الدعوى قبل أن يصدر حكمه فيها ومن ثم فلم يكن واضحا الخط الذي يرتد إليه حدود التعارض أو التوافق مع دوره كقاضي والذي اندمج دوره كمحقق بحثا عن الحقيقة.

النظام المختلط: وهو الجامع بين مزايا النظامين السالفين من غير إفراط ولا تفريط في الحريات الفردية أو المصالح الاجتماعية ومن أهم مميزات هذا النظام أنه يفرق بين سلطة الاتهام وقضاة الحكم وأنه يتميز بمرحلتين في المتابعة التحقيق والمحاكمة.

محمد محده: ضمانات المتهم أثناء التحقيق،ج3، مرجع سابق، ص94.

[1] الفيروز آبادي: القاموس المحيط ،ج1، مرجع سابق، ص310.

لها، حيث عرفها جانب من الفقه بأنها عبارة "من تمكين جمهور الناس دون تمييز بين فرد وآخر من ارتياد جلسات المحاكمة لمتابعة ما يدور فيها من مناقشات ومرافعات وما يتخذ بها من إجراءات"[1].

إن هذا التعريف بين لنا أن العلانية هي وسيلة بواسطتها يطلع الجمهور بجميع فئاته عن جميع إجراءات المحاكمة وسيرها في المرافعات ومناقشة الشهود وإصدار الأحكام.

إلا أن ما يؤخذ عن هذا التعريف مرونته وعدم انضباطه حيث أن مجال القول بأن العلانية عبارة عن تمكين جميع الجمهور دون تمييز يتسم بالعمومية لأنه يجوز للمحكمة في جميع الأحوال منع الأحداث أو فئة من الناس من حضور المحاكمة.

كما عرفها جانب آخر من الفقه " تعني علانية إجراءات المحاكمة أن من حق كل شخص بدون تمييز مشاهدته ا أي أن هذه الإجراءات تتم في حضور من يريد من الجمهور ولا يكتفي لتحقيق العلانية مجرد حضور الخصوم أو ممثليهم"[2].

إن العلانية تحقق الصالح العام والصالح الخاص فهي من جهة تحقق الثقة بالأحكا م القضائية وتكسبها احترام الخصوم والجمهور كما تدعم استقلال القضاء فضلا عن أن العلانية تدفع بالقاضي إلى تحري الدقة في عمله ومن جهة ثانية تحقق هدف الجزاء الجنائي في الردع العام.

لكن التعريف السالف يتسم بالمرونة والعمومية، لأن تمكين جميع الجمهور دون تمييز من ارتياد جلسات المحاكمة، لأن هناك طائفة من الناس يجوز للمحكمة أن تمنعهم من حضور جلسات المحاكمة، كما أن هناك بعض القضايا التي تتم في جلسة سرية نظرا لطبيعتها، وبها يتضح لنا بشكل جلي كيف أن هذا التعريف يتمتع بالمرونة والعمومية وعدم الإحكام والانضباط.

كما أن هذا التعريف أخلط من حيث الحضور بين جميع إجراءات المحاكمة، كون هاته الإجراءات تشمل المناداة على الخصوم والشهود وسؤال المتهم عن التهمة المنسوبة إليه، وطلبات النيابة ودفع الخصوم والمرافعات والمناقشات والمداولة والنطق بالحكم وعلانية المحاكمة تطبق على كل ذلك باستثناء المداولة في الحكم، لأن المداولة يلزمها الكتمان حتى من قبل القضاة.

وانطلاقا مما سبق يمكن أن نعرف أن العلانية بأنها: هي حق دستوري تستمد شرعيتها من المواثيق العالمية[1]، ومن مبدأ أو ضمانة أساسية المراد بها أن تتم إجراءات المحاكمة باستثناء

[1] فتحي توفيق الفاغوري: علانية المحاكمة الجزائية في التشريع الأردني مقارنة بالتشريع الفرنسي والمصري، ط 1، دار وائل للنشر،الأردن ،2007، ص14.

[2] محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص480.

المداولة في جلسات مفتوحة يسمح فيها للجمهور وفق المسموح به قانونا بالاطلاع على جلسات المحاكم والعلم بها.

2- المصالح التي تحميها العلانية: في الحقيقة العلانية تحمي عدة مصالح هي:

أ-مصلحة العدالة: وتتطلب العدالة الحياد والموضوعية ومن أهم مقومات هذا الحياد والموضوعية علانية المحاكمة الجزائية والتي من خلالها يدعم استقلال القضاء فاطلاع الجمهور على سير إجراءات المحاكمة يوفر الأثر الرادع للقانون مما يجعل القاضي ملتزما بروح القانون والعدل.

والعلانية تهدف إلى رقابة ممثل النيابة العامة ومحامي المتهم والشهود التي تجعلهم يتوخون الاعتدال والاتزان في القول والطلبات والد فوع الشيء الذي يدعم كفالة حقوق الدفاع ومفترضاتها وضمانته[2].

ب- **تحقيق الردع العام :** يجلب مبدأ علانية المحاكمات الجزائية الطمأنينة والسكينة إلى قلب المتهم فيؤمن أن القاضي لن يتخذ أي إجراء في غفلة من الرأي العام مما يتيح الفرصة أمام دفاع المتهم لممارسة ضمانات حقوق الدفاع بأسلوب هادئ وبلغة راقية من خلالها يستطيع الدفاع إثبات براءة المتهم[3].

ج- مصلحة الجمهور: ونقصد بالجمهور هنا بمعناه الواسع [4] فمن حق هذا الأخير الاطمئنان إلى إجراءات المحاكمة ويتحقق ذلك برقابة الجمهور على أعمال السلطة القضائية، الشيء الذي يولد انضباط لدى هذا الجمهور أن المجرم لا يمكن الإفلات من العقاب، كما أن العلانية تمكنه من

---

[1] المادة 10 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان"إن لكل إنسان الحق في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظرا عادلا وعلنيا" ؛

المادة 1/14 من العهد الدولي الخاص الحقوق المدنية والسياسية:" الناس جميعا سواء أمام القضاء. ومن حق كل فرد، لدى الفصل في أية تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوقه والتزاماته في أية دعوى مدنية، أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلني من قبل محكمة مختصة مستقلة حيادية، منشأة بحكم القانون.

ويجوز منع الصحافة والجمهور من حضور المحاكمة كلها أو بعضها لدواعي الآداب العامة أو النظام العام أو الأمن القومي في مجتمع ديمقراطي، أو لمقتضيات حرمة الحياة الخاصة لأطراف الدعوى، أو في أدنى الحدود التي تراها المحكمة ضرورية حين يكون من شأن العلنية في بعض الظروف الاستثنائية أن تخل بمصلحة العدالة.

إلا أن أي حكم في قضية جزائية أو دعوى مدنية يجب أن يصدر بصورة علنية، إلا إذا كان الأمر يتصل بأحداث تقتضي مصلحتهم خلاف ذلك أو كانت الدعوى تتناول خلافات بين زوجين أو تتعلق بالوصاية على أطفال."

[2] عمر فخري عبد الرزاق الحد يثي: حق المتهم في محاكمة عادلة، د ط، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2005، ص121.

[3] فتحي توفيق الفاغوري: علانية المحاكمة الجزائية، مرجع سابق، ص31.

[4] الجمهور بمعناه الواسع يشمل الأشخاص الطبيعيين والمعنويين ويشمل كذلك وسائل الإعلام المرئية والمسموعة المكتوبة التي تكون مهمتها تغطية إجراءات المحاكمة.

المرجع سابق، ص32.

معرفة سير إجراءات المحاكمة والجهد المبذول من طرف القاضي والدفاع وممثل النيابة العامة ، كما أن مبدأ العلانية يحقق التوجه السياسي للشعب في المسائل التي تهمه وبهذا يوضع حدا للمحاكمات السرية التي كانت مظهر من مظاهر الاستبداد.

3- المصالح التي تتعارض مع العلانية :وتتمثل في مايلي:

أ- أسرار الأفراد: فقد تكشف علانية المحاكمات على انتهاك أسرار الأفراد بحيث تمسى حقوقهم وحياتهم الخاصة عندما يمثلون علانية أمام الجمهور وقد لا يجدون نفس الحرج إذا كانت المحاكمة تجري سرا دون رقابة الجمهور[1].

والعلانية في بعض الحالات تعتبر اعتداء على أصل البراءة فالعلانية أصلا تعتبر ضمانة لهذا الأصل وليس للتشهير به فإذا أدين برئ وأتضح أنه كان بريئا فإنه ليس من اليسير أن يمحو أثر النشر من أذهان الناس[2].

كما أن العلانية تمس بالحق في خصوصية [3] الأفراد ولا يقتصر المساس بأسرار الأفراد على المحاكم الجنائية العلانية بل قد يترتب ذلك في جميع الدعاوى الأخرى.

ب- المساس بنفسية الفرد: فالعلانية قد تفسد الإجراءات التي تتخذ ضد الحدث أو المجرم بالصدفة أو الشخص الذي يتهم لأول مرة أو الأفراد الذين ترى المحكمة شمولهم بوقف التنفيذ فهي تعتبر عقوبة أشد له من عقوبة السجن وهذا قد يؤخر عودته للاندماج في المجتمع.

ويبدو ذلك واضحا في النظريات الحديثة التي تعتبر الغاية من العقوبة هي إعادة تأهيل وتقويم المتهم وذلك بعودته إلى المجتمع مواطنا صالحا بحيث تقرر تقري ر العقوبة تبعا لحالة المتهم وظروفه فالفحص النفسي والعقلي والاجتماعي يدعو للحد من العلانية.

ج- المساس بإحدى غايات العقوبة: وهي الردع العام فقد قيل أن العلانية مدرسة حقيقة للصوص والمجرمين، وأحيانا تجعل العلانية من المتهم بطلا تحاك حوله القصص الأسطورية مما

---

[1] عمر فخري عبد الرزاق الحديثي: حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص122.

[2] فتحي توفيق الفاغوري: علانية المحاكمة الجزائية في التشريع الأردني مقارنة بالتشريعات الفرنسية والمصرية، مرجع سابق، ص33.

[3] الخصوصية: هي الحق في الخلوة أي حق الإنسان في عزلة دون التعرض للنشر غير المرخص وباختصار شديد الحق في أن يترك المرء وشأنه.

علي أحمد الزعبي: حق الخصومة في القانون الجنائي دراسة مقارنة، ط 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان ، 2006، ص191.

يؤثر على الأجيال، بحيث تبدو الجريمة في نظرهم بطولة ومغامرة فإذا صدر الحكم بالبراءة فإن العلانية التي تحيط به تدفعه إلى الاستهانة بالجريمة[1].

د- المساس بفكرة النظام العام والآداب العامة: إن مبدأ العلانية في المحاكمات الجزائية له أثره في إثارة الجرائم والفضول فيجعل الجريمة أمرا مألوفا فتدفع بذلك إلى الأجيال وضعفاء النفوس إلى التقليد وبذلك تنتشر عدوى الجريمة وإن كانت فكرة النظام العام والآداب العامة فكرة نسبية تتفاوت يتفاوت الجماعات والأماكن والأزمنة[2].

ه-المساس بالمصلحة العامة والمصلحة الخاصة للمتهم: قد تؤدي العلانية إلى المساس بالمصلحة العامة خاصة إذا كانت تعلقت الجريمة بأمن الدولة الداخلي أو الخارجي، كما أن العلانية تخلق انقساما في الرأي العام لمصلحة المتهم أو ضده، وبالتالي قد تؤثر في القاضي كما أنها تؤثر على شهادة الشهود الذين سبقوهم من أقوال وذلك عبر وسائل الإعلام المختلفة مما يؤثر على سير إجراءات الدعوى الجزائية[3].

و- ضمانة العلانية في التشريع الجزائري: تعتبر العلانية من المبادئ الأساسية التي يرتكز عليها النظام القضائي الجزائري، فقد جعل جلسات القضاء مفتوحة للجميع سواء المعنيين أو غير المعنيين وهو أمر طبيعي لأن الأحكام تصدر باسم الشعب فيجب بالمقابل أن يفتح أمامه المجال لمعرفة هذه الأحكام التي تصدر باسمه ولأن تكون لها المصداقية في مواجهة الكافة.

ولأجل ذلك تنص المادة: 114 من دستور 1996 على وجوب تعليل الأحكام والنطق بها في جلسات علانية كما اعتبر أن السرية في غير الحالات التي حددها القانون، لا تخلق إلا الشك والشبهات التي تسيء للقضاء[4].

ولكنه لم يخص علانية جلسات المحاكمة بنص دستوري صريح، تاركا مهمة ضمان الحق في العلانية للتشريع الإجرائي؛ بحيث نصت عليه المادتين: 285 وكذا 342 من قانون الإجراءات الجزائية وكذلك المادة:285 من قانون الإجراءات الجزائية أكثر المواد وضوحا في تقرير ضمان حق المتهم في محاكمته علنيا.

---

[1] سليمان عبد المنعم: علم الإجرام والجزاء، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص600.

[2] حسن كيره: المدخل إلى القانون، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر،1974 ، ص51.

[3] كامل السعيد: دراسات جنائية معمقة في الفقه والقانون والقضاء المقارن، د ط، المكتبة الوطنية، عمان، الأردن 2002 ، ص299.

[4] عمار بوضياف: النظام القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص30.

ر- **ضمانة العلنية أمام المحاكم الدولية:** اهتم القضاء الدولي الجنائي بمبدأ علانية جلساته نظرا لما لهاته الضمانة من أهمية في تكريس المبادئ السامية التي يسمو إليها وهي في الأساس في احترام القواعد الإنسانية وحفظ أمن وسلامة المجتمع الدولي وتوفير أكبر قدر من الضمانات الكفيلة بصيانة المتهم وتحقيق محاكمة عادلة له.

وفي ذات الإطار نجد أن مبدأ العلانية كضمانة من ضمانات المحاكمة العادلة مكفولا أمام المحاكم الجنائية الدولية العسكرية التي عقبت الحربين.

فلائحة نورمبرغ وطوكيو تحدثتا عن وجوب صدور الأحكام علانية ما يعني أن إجراءات المحاكمة وحقوق الدفاع تتم أمام الملأ، وقد ورد في الباب الخاص بضمانات المتهم، المواد: 16 من لائحة نورمبرغ وكذا 09 إلى 11 من لائحة طوكيو.

فرغم ما قيل عن المحاكمات العسكرية لنور مبرغ وطوكيو من كونها محاكمات الأقوياء المنتصرين في الحرب للضعفاء، إلا أنها تعتبر مقدمات وبداية تكوين وتشكيل القضاء الدولي الجنائي، وبداية ميلاد الضمانات وعلى رأسها ضمانة العلانية[1].

ضمانة العلنية أمام محكمة يوغسلافيا وردة الحديث عليها في أحكام المواد: 23 إلى 25 من نظام المحكمة، إذ تنص على أن المحاكمات تجري عامة وعلنية، وقد ورد النص على ذلك صراحة، ومنه يتجلى دور العلانية وأثرها على المحاكمة العادلة، نظرا لما يفرضه الرأي العام وكذا المجتمع الدولي ممثلا بمجموعة الدول، سواء المحايدة أو غيرها في صنع إجراءات تضمن وتكفل الكرامة والجدية، وكذا حقوق المتهم الماثل أمام القضاء الدولي الجنائي، وتفرض مصداقيته[2].

محكمة رواندا الجنائية بدورها كفلت هاته الضمانة، ونجد الحديث عليها في أحكام المادة: 22 من نظام المحكمة التي أكدت بأن الحكم لابد أن يصدر في جلسة علانية وبأغلبية الأصوات بعد ثبوت التهمة على الشخص، كما يجب أن يكون الحكم مكتوبا ومسببا، وعليه فقد سارت المحكمة مسرى نظيرتها في يوغسلافيا كما تتسم الإجراءات ما عدا تلك الماسة بسرية التحقيق والمتابعة بطابع العلنية تدعيما لمبدأ الشفافية الدولية وبعث الثقة في القضاء الدولي الجنائي.

[1] علي جميل حرب: القضاء الدولي الجنائي، المحاكم الجنائية الدولية، ط 1، دار المنهل اللبناني، بيروت، لبنان، 2010، ص65.

[2] المرجع السابق، ص123.

هذا المبدأ الذي نشأ في لوائح المحاكم العسكرية القديمة وتبنته أنظمة المحاكم المؤقتة تكرس، وأصبح ضمانة فعلية في نظام روما الأساسي المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة ، وذلك طبقا لنص المادة: 74 من نظامها التي تنص على أن الحكم يصدر في جلسة علانية ولا بد لأن يكون مكتوبا ومعللا، ويباشر بالحكم إذا كان قد صدر بالإجماع أو بالأغلبية.

وعليه فإن القضاء الجنائي الدولي قد نشئ بسرية المداولات وعلنية المنطوق.

كما نصت المادة: 19 من ذات المنطوق على أن تعقد المحاكمات في جلسات علنية إلا أنه يجوز للدائرة الابتدائية عقدها في جلسات سرية إذا رأت أن الظروف تقتضي ذلك، لا سيما إذا كان الأمر يتعلق بحماية المعلومات السرية والحساسة التي يتعين تقديمها كأدلة.

إن تبني المشرع الدولي الجنائي لمبدأ العلانية في إجراءات المحاكمة كضمانة تدعم ضمانات المحاكمة العادلة لا سيما ضمانة الدفاع الذي له أن يبدي من حججه وأسانده النافية لكافة التهم الموجهة للمتهم[1]، ما شاء وكذلك المقابل يطلق العنان لجهة الإدعاء العام كجهة اتهام لتثبت التهم بطرق قانونية محددة وتجعل القاضي الدولي أمام أدلة واقعية وينطق حكمه باسم المجتمع الدولي، والدول المتعاقدة على نظام روما الأساسي.

ثانيا: ضمانة حق المتهم في الشفوية أمام المحاكم الدولية:

1- ضمانة حق المتهم في الشفوية أمام محكمتي نورمبرغ وطوكيو: إلى جانب ضمانة العلنية في المرافعات وكذلك الأحكام والنطق بها فقد عزز المشرع الدولي الجنائي باقي الضمانات بكافلته لحق الشفوية لكل من يمثل أمام القضاء الدولي الجنائي إذ نجد أن هاته الضمانات قد كفلت منذ بداية ظهور هذا النوع من القضاء في شكله العسكري، فانطلاقا من استقراء النصوص لائحي المحكمتين الجنائيتين لنورمبرغ وكذا طوكيو، وكذا طريقة توزيع الأدوار نجد أن المبدأ والضمانة فيتم سماع الشهود شفاهة واستجواب المتهم شفاهة وكذا مرافعات الدفاع.

2- **ضمانة حق المتهم في الشفوية أمام محكمتي يوغسلافيا ورواندا:** أما في محكمتي يوغسلافيا ورواندا فإن الأمر مماثل تقريبا، فنجد في نظام يوغسلافيا ألفاظ سماع الشهود واستجواب مناقشة أدلة الإثبات والنفي، إمكانية الاعتماد على المترجم، الاهتمام بمسألة اللغة الواجبة الاستعمال في أحكام المادة:33 وميليها من النظام، وهو ما يوحي تبني المشرع الدولي الجنائي للمبدأ وتكريسه كضمانة وقد ترجع أسباب عدم التصريح مباشرة بالمبدأ إلى الظروف التي نشأت فيها هاته

[1] نصر الدين بوسماحة: شرح إتفاقية روما مادة مادة، ج2، مرجع سابق، ص64

المحاكم واهتمام المشرع فقط بضرورة إنشاء القضاء دون ضبط المفاهيم الكفيلة بتحقيق المحاكمة العادلة.

3- **ضمانة حق المتهم في الشفوية في نظام روما الأساسي:** الأمر يبدوا أنه مختلف إلى حد ما عند نضج القضاء الدولي الجنائي[1]، ونشأة المحكمة الدولية بموجب نظام روما، إذا نجد أن ميثاق روما تضمن إشارات واضحة بشكل جيد على تبنيه وكفالته لمبدأ الشفوية، وذلك من استقراء النصوص القانونية للميثاق التي تنص في مجملها على:

- للمحكمة أن تأمر بحضور الشهود وسماع شهادتهم، والسماع فيه دلالة على الشفاهة في الإجراءات.
- لا بد للمحكمة أن تستند على الوقائع التي قدمت لها وجرت مناقشتها أمامها والمناقشة عادة تكون بالأخذ والعطاء وتبادل وجهات النظر شفاهة.

كما نص الميثاق على أنه لا بد على المدعي العام تلقي شهادات تحريرية أو شفوية في مقر المحكمة وهكذا كان التنصيص صراحة على المبدأ.

كما قرر النظام المنشأ للمحكمة أنه يجوز للمتهمين طلب سماع أقوال كل من يفيد تبرئة ساحتهم وفي لفظ سماع دليل على الشفاهة وفقا للقواعد العامة المعمول بها.

كما أجاز للمدعي العام سلطة طلب سماع الشهود واستجواب المتهمين والاستعانة بمترجم في حالة تعدد اللغات، كما جاء أيضا في الواجبات الملقاة على عاتق الدائرة الابتدائية جهة الدرجة الأولى للمحكمة ضرورة تلاوة قرار الاتهام على المتهم قبل المحاكمة وذلك عادة يكون شفاهة.

إن ضمانة قاعدة الشفوية يعد مكسبا هو الآخر يضم مجموعة الحقوق والضمانات الكفيلة بتحقيق عدالة جنائية حقيقية في تكريس حقوق المتهم في الدفاع.

[1] لمزيد من التوضيح حول تطور القضاء الدولي الجنائي والمبادئ التي إستقرة عليها حديثا أنظر: علي جميل حرب: القضاء الدولي الجنائي، المحاكم الجنائية الدولية، مرجع سابق، ص 71ومابعدها؛ منتصر سعيد حموده: المحكمة الجنائية الدولية، مرجع سابق، ص 183ومابعدها؛ عبد القادر البقيرات: العدالة الجنائية الدولية، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2007، ص 166ومابعدها.

الفرع الثاني: تسبيب الأحكام والطعن فيها.

أولا: تسبيب الأحكام.

1- مفهوم التسبيب: التسبيب من الناحية المنطقية عبارة عن مقدمات تؤدي إلى نتائج محددة تترتب عليها، ولكي تأتي هذه النتائج صحيحة ومطابقة للواقع ينبغي أن تكون المقدمات صحيحة أيضاً، وبالتالي تكون الأسباب المنطقية والسائغة هي الأساس الذي تستند إليه النتيجة.

والتسبيب عند جمهور الفقهاء من معنى السبب، وهو الأمر الظاهر المضبوط الذي جعله الشارع إمارة لوجود الحكم ، فهو ما يظهر الحكم به وعليه ، فإذا كان السبب تاماً ويقينياً كان المسبب عليه والمتمثل في منطوق الحكم صحيحاً.

فالقاضي يميز الأسباب الواقعية والشرعية التي دفعته إلى الحكم الذي انتهى إليه[1].

و عرف جانبا من الفقه تسبيب الأحكام بأنها تلك الأسانيد التي يرتكز عليها منطوق الحكم من حيث الوقائع والقانون[2].

فمنطوق الحكم ما هو إلا نتيجة تستخلصها المحكمة من مقدمات تشمل الواقعة محل الدعوى والظروف والملابسات التي صاحبت وقوعها، وأسانيد المدعي فيما يدعيه ودفوع ودفاع المدعى عليه وطلباته ورأي المحكمة في كل ما تقدم، فإن أسباب الحكم الجنائي بصفة خاصة هي تلك الأسانيد والمقدمات المنطقية التي ترتكز عليها النتيجة التي ينتهي إليها الحكم بخصوص إدانة المتهم أو براءته.

وقد عرفه البعض الآخر "يقصد بتحليل الحكم أي تسبيبه سرد وقائع الدعوى وبيان طلبات ودفوع أطراف الخصومة الجنائية والرد عليها، وما يترتب على ذلك من وجهة نظر المحكمة من الكشف عن الأسباب التي تبنى عليها هذه الأخيرة حكمها"[3].

وفي كافة الأحوال يلتزم أن يتحقق الانسجام بين أسباب الحكم فيما بينها وإلا وصف هذا الحكم بعيب التناقض في تسبيب الحكم فيما يخلص إليه من منطوق.

---

[1] سليمان عبد المنعم: أصول الإجراءات الجنائية، ك2، مرجع سابق، ص 951.

[2] محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص486.

[3] وتسبيب الحكم يكون واجبا في الأحكام الصادرة في مواد الجنايات والجنح على حد سواء ويكون كافيا كما ترى محكمة التمييز اللبنانية إذا اشتمل على وقائع الدعوى وبيان الأدلة و اضهار عناصر الجريمة وتطبيق النص القانوني -قرار محكمة التمييز رقم 237 بتاريخ 1952/7/31.

سليمان عبد المنعم: أصول الإجراءات الجنائية، ك2، مرجع سابق، ص952.

2- أهمية التسبيب: إن تسبيب الأحكام من أهم ضمانات حقوق الدفاع لأنه يدفع القاضي إلى التروي في إبداء رأيه في الدعوى، فلا يصدر هذا الرأي بعد تمحيص ولا يصوغه في حكمه إلا بعد دراسة متأنية تسمح له بتقديم الحجج التي يرتكز عليها، والأمر على عكس ذلك إذا رفع عن كاهل القاضي عبء الالتزام بالتسبيب فقد ينحو اتجاه رأي ناشئ من نظرة سطحية متعجلة إلى عناصر الدعوى أو ناتج عن تأثر انفعالي.

فالتسبيب يجعل الحكم القضائي في الغالب الأعم الحقيقة القضائية تطابق الواقع الأمر الذي يكرس موقف حقوق الدفاع التي تتم ممارستها أثناء نظر الدعوى من تلك الحقيقة[1].

ثانيا: الطعن في الأحكام الجنائية: تقوم الأنظمة القضائية على فكرة أن القضاة قد يعتريهم الخطأ والنسيان، فإذا تصدوا لحسم منازعات بين الناس في المجتمع، وأتت أحكامهم مخالفة للقواعد المقررة، فالأجدر هو المسارعة لإصلاحها، ولا سبيل إلى ذلك إلا على طريق الطعن في هذه الأحكام.

1- تعريف للطعن في الحكم: الطعن في الحكم هو الرخصة المقررة لأطراف الدعوى لاستظهار عيوب الحكم الصادر فيها والمطالبة لدى القضاء المختص بإلغائه أو تعديله على الوجه الذي يزيل عنه عيوبه[2].

وتستعمل هذه الرخصة في صورة أطراف معينة حددها القانون ووضع لكل منها شروطها وبين إجراءاتها ويعبر عنها بطرق الطعن في الأحكام[3].

كما عرفت طرق الطعن بأنها وسيلة قررها القانون لأطراف الدعوى استظهارا لما يكون قد علق من شوائب ومن ثم المطالبة بإلغائه أو تعديله إلى الحقيقة الواقعية والقانونية، وعليه فهو يعد وسيلة من شأنها مباشرة المتهم لها دعم حقه في المحاكمة العادلة[4].

إن أهم ما يلاحظ على هذين التعريفين أنهما جعلت طرق الطعن في الأحكام وسيلة أو رخصة أجازها القانون، لإلغاء العيوب في نشوب ذلك الحكم.

لكن هذين التعريفين لم يحدد بدقة ما هي طرق الطعن التي هي في الأصل مكنة قانونية تستمد أساسها من الدستور تحمي في معناه الحقيقي حقوق المتهم في الوصول إلى الحقيقة

---

[1] محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص489.

[2] أحمد المهدي: حق المتهم في المعارضة وكيفية الطعن بها والإجراءات والأسباب والشروط الخاصة لقبول الطعن، د ط ، دار العدالة، القاهرة ، مصر، د ت، ص01.

[3] عمر فخري عبد الرزاق الحديثي: حق المتهم في المحاكمة العادلة، مرجع سابق، ص172.

[4] حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص283.

المنشودة عبر ممارسة حقوقه في الدفاع ممارسة مشروعة، وعليه يمكن أن نعرف طرق الطعن فيما يلي:

طرق الطعن هي مكنة قانونية تتمثل في إتباع مجموعة من الإجراءات المحددة قانونا سواء كانت عادية أو غير عادية لأجل إعادة طرح موضوع الدعوى على الجهة القضائية المختصة إما لتصحيحه أو إلغائه.

وتنظم طرق الطعن في التشريعات الإجرائية الحديثة في بنيان قانوني يميز فيها بين طرق عادية وطرق غير عادية.

وتختلف الطرق العادية عن الطرق غير العادية في أنها تعيد طرح الخصومة برمتها من جديد على المحكمة التي أصدرت الحكم أو على محكمة أعلى للنظر في موضوعها وفي الحكم الذي فصل فيه، لتصويب ما عساه يكون من خطأ في تطبيق القانون أو في تقدير الوقائع، ولذا فهي ذات آثر موقف إذ يترتب على التقرير بها وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه.

أما الطرق غير العادية فتتيح فحسب إعادة النظر في الحكم الصادر في الدعوى أمام هيئة قضائية عليا إذا خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه.

أما في الشريعة الإسلامية فإن استقراء أصول وإجراءات التقاضي فيها يصل إلى نتيجة أن هذه الشريعة تفردت بقاعدة إجرائية لا مثيل لها في ظل الأنظمة الوضعية، ويتعلق الأمر بسلطة القاضي في مراجعة حكمه أو قضائه دون طلب من الخصوم متى أدرك الخطأ وأراد أن يراجعه.

قال عمر بن الخطاب لقاضيه أبي موسى الأشعري:" ولا يمنعك قضاء قضيته أمس فراجعت اليوم فيه عقلك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق فإن الحق قديم لا يبطله شيء ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل"[1].

2- أسباب الطعن في الأحكام. إن خطأ الحكم القضائي هو سبب وجود الطعن الجنائي وهذا الخطأ يأخذ في الحكم الجنائي أحد الشكلين:

أ- **خطأ عام:** بمعنى شامل أو غير محدد إذ يفترض خطأ الحكم إذا جرت المحاكمة مفتقرة إلى ضمانة أساسية من ضمانات سلامة الحكم، والخطأ العام لا يقوم على أساس الاستمساك لا بخطأ محدد وقع بالفعل في الحكم وأن يقوم على أساس افتراض هذا الخطأ أو احتماله، وينصرف هذا الافتراض أو الاحتمال إلى سائر جوانب الحكم هذه الطبيعة التي تميز الخطأ العام تفرض نفسها

[1] علي بن محمد حبيب البصري الماوردي: الأحكام السلطانية والولايات الدينية، مرجع سابق، ص 65.

على منوال التصحيح الذي ينبغي إتباعه اتجاه هذا الخطأ، وتكون إعادة نظر الدعوى هي الوسيلة الوحيدة لبلوغه[1].

ب- خطأ محدود: بمعنى خطأ وقع بالفعل ويمكن تحديده بذاته، وهو ما لا يكون إلا بعد مرور الحكم مرحلة تصحيح الخطأ العام أو افتراض سلامته القانونية، وهذا الخطأ قد يكون في القانون ويأخذ شكل مخالفة القانون وهو سبب الطعن بإعادة النظر، هذه الطبيعة التي يتميز بها الخطأ المحدود تفرض نفسها على منوال التصحيح الذي ينبغي إتباعه، فنقيمه على مرحلتين:

الأولى: طلب نقض الحكم أو طلب إعادة النظر في الدعوى وهي مرحلة يجري منها التحقيق من وقوع الخطأ بالفعل في الحكم وفقا للشكل الذي يتطلبه القانون.

الثانية: هي إعادة نظر الدعوى إذا ما نقض الحكم وتسمى المعارضة والاستئناف بطرق الطعن العادية أما النقض وإعادة النظر فيطلق عليها الطرق غير العادية[2].

فالطعن في الأحكام مجرد ضمانة رئيسة م ن ضمانات حقوق الدفاع، يمكن تقسيم طرق الطعن أقساما تتحدد وتختلف تبعا لضابط التقسيم، ومن هذه الضوابط: المحكمة التي تنظر الطعن ، آثر الطعن، وسببه، ويعتبر الضابط الأخير أهم الضوابط نظرا لأهمية النتائج التي تترتب عليه وعلى أساس هذا الضابط تنقسم طرق الطعن إلى عادية وغير عادية.

3- طرق الطعن: أجمعت التشريعات المعاصرة على إجازة الطعن في الأحكام تقديرا منها بأن القضاة بشر، يجوز عليهم الخطأ كما يجوز على غيرهم، وإذا كان الخطأ لكونه خطأ واجب الدفع في مجال، فرفعه مجال القضائي أوجب، لأن القضاء وجه العدالة، وأحكامه عنوان الحقيقة[3].

ويحقق الطعن في الأحكام غرضين، أحدهما وقائي، والأخر تقويمي، وطرق الطعن وردت في القوانين على سبيل الحصر، فلم يجعل المشرع الوطني أو الدولي طريقا واحدا بل جعل أكثر من طريق، والرأي متفق على أن طرق الطعن وردت في القانون على سبيل الحصر، وهي من الضمانات التي كفلتها القوانين للخصوم ليبدوا ما يعنيهم من دفاع.

وقد نص القانون الجزائري على سبيل المثال على أربعة طرق للطعن في الأحكام هي:

---

[1] أحمد المهدي: حق المتهم في المعارضة وكيفية الطعن بها والإجراءات والأسباب والشروط الخاصة لقبول الطعن ، مرجع سابق، ص8.

[2] المرجع السابق، ص8.

[3] عوض محمد عوض : المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص765.

المعارضة[1]، والاستئناف[2]، والنقض[3] والتماس إعادة النظر، فإذا استخدمت هذه الطرق أو تخلفت شروطها، لم تجيز إلغاء الحكم أو تعديله من قبل القضاء وبطريق أخر.

أ- تدرج طرق الطعن: القاعدة أنه إذا فتح القانون للخصم طريقين، أحدهما عادي والأخر غير عادي، وجب عليهم البدء بسلوك الطريق العادي، فإذا لم يحقق لهم بسلوكه المقصود، كان لهم أن يسلكوا الطريق الأخر وذلك هو الشأن في طرق الطعن فمن المقرر أنه إذا كان الحكم قابلا للطعن فيه بالمعارضة أو الاستئناف، لم يجز الطعن فيه بالنقض أو التماس إعادة النظر، لأن الطعن فيه بالطريق العادي يحقق للخصم ما يحققه الطعن بالطريق الغير عادي.

4- أساس هذا الضمان أمام المحاكم الدولية: لم تنص لائحة نورمبرغ على جهة خاصة بالطعن في الأحكام الصادرة عن ذات المحكمة كون الدعوى هي دعوى واحدة فقط أمامها، وقد ورد في المادة 26 من اللائحة أن الأحكام التي تصدرها المحكمة نهائية [4]، إلا أن القاعدة الثامنة تحدثت فقط عن هيئة إدارية تخطر وجوبا في حالة اكتشاف أدلة جديدة ضد المتهمين طبقا لنص المادة 13 من اللائحة، وهي نفس الأحكام تنطبق على محكمة طوكيو أيضا كون أحكامها هي الأخرى نهائية.

---

[1] الطعن بالمعارضة هو إجراء رسمه القانون للطعن ومراجعة الأحكام الغيابية التي كانت قد صدرت في غياب المتهم، ولم يكن قد تمكنه من ممارسة حقوقه في الدفاع عن نفسه مما يسمح له بمراجعة أسباب اتهامه بتقديم حججه و دفوعه ويتيح للمحكمة إصدار حكم عادل، وشروط قبول الطعن بالمعارضة هي:

- أن يكون الحكم موصوف بأنه غيابي.
- أن يقع الطعن خلال الآجال المحددة.
- إجراء التصريح بالمعارضة.
- استدعاء أطراف الدعوى.

عبد العزيز سعد: طرق وإجراءات الطعن في الأحكام والقرارات القضائية، ط 4، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص106 - 109.

[2] الطلب بالاستئناف شكل طريقة من طرق الطعن العادي، يهدف إلى تنظيم ومراجعة الأحكام الصادرة بصفة ابتدائية عن محلكم الدرجة الأولى، بقصد تعديلها أو إلغائها والتصدي للموضوع من جديد بغرض تصحيح ما يمكن أن يكون قد تضمنه من أخطاء موضوعية أو إجرائية أو قانونية.

عبد الرءوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، مرجع سابق، ص

[3] النقض: الطعن بالنقض هي طريقة غير عادية تستعمل وتمارس ضد القرارات والأحكام القضائية الصادرة عن المجالس والمحاكم بصفة نهائية، وهي طريق تهدف بالأساس إلى منح المحكمة العليا صلاحية وسلطة مراقبة حسن تطبيق القانون تطبيقا سليما وصحيحا.

عبد العزيز سعد: طرق وإجراءات الطعن في الأحكام والقرارات القضائية، مرجع سابق، ص121 وما بعدها.

[4] أنظر نص المادة:26 من لائحة نورمبرغ.

وعند الرجوع إلى القضاء الدولي الجنائي المؤقت لكل من يوغسلافيا سابقا، وكذا رواندا ، نجد أن حق الطعن تقرر فعليا انطلاقا من استقراء نص المادة 11 الخاصة بتشكيلة المحكمة التي تضم:

- دائرتين للمحاكمة، وكل دائرة تتألف من ثلاث قضاة.
- غرفة للاستئناف تتشكل من خمس قضاة.
- جهة الإدعاء العام وهي جهة مستقلة عن جهة الحكم.
- قلم الكتاب.
- مع ملاحظة أن جهة الاستئناف هي نفسها المقررة لمحكمة يوغسلافيا و رواندا.
- وقد وردت إجراءات الطعن وشروطه في نص المادة 25 من ميثاق يوغسلافيا، إذ يقدم طلب الاستئناف إما من المحكوم عليه أو من المدعى العام، ويجب أن يستند على أحدا لأسباب التالية:

- الخطأ في مسألة تتعلق بالقانون تجعل الاتهام غير صحيح.
- الخطأ في مسألة تتعلق بالوقائع يترتب عنها إنكار العدالة.

وفي كل الأحوال يسوغ لدائرة الاستئناف أن تؤكد الحكم أو تلغيه، كما يجوز أيضا إعادة النظر كطريق مراجعة ويكون أمام الدائرة المصدرة للحكم النهائي، طبقا لمقتضيات المادة 26 من الميثاق، وهي نفس الإجراءات نظمت بذات الكيفية أمام محكمة رواندا.

أما عن هذه الضمانة أمام المحكمة الدولية الجنائية، فقد بدت أكثر وضوحا وتفصيلا إذ نصت المادة 34 من النظام على تشكيل المحكمة:

- شعب تمهيدية. *شعب للاستئناف. *هيئة الرئاسة. *المدعى العام. *قلم الكتاب.

فبعد اعتماد الدائرة التمهيدية للمتهم تحدد هيئة الرئاسة دائرة ابتدائية تكون مسؤولة على سير الإجراءات والملاحقة طبقا للمادة 61 من النظام، وتمر المحاكمة بمرحلتين.

- أمام الدائرة الابتدائية، ولحسن سير العدالة يجوز للدائرة إحالة الدعوى لدائرة أخرى مماثلة لها.
- أما دائرة الاستئناف، بعد رفع الطعن واستئناف الأحكام أمامها وتنظر أيضا في الدعاوي على اعتبارها جهة لإعادة النظر.

وعليه فإن الأحكام التي تصدرها الدائرة الابتدائية تقبل الاستئناف إذا توافرت أحد أسبابه وهي: الغلط الإجرائي، الغلط في الوقائع، الغلط في القانون [1]، ويرفع الاستئناف من المدعى العام أو الشخص المدان طبقا للمادة 81 من النظام ويبقى المتهم رهن الحبس لحين الفصل في

[1] يقصد بالغلط في القانون: القانون الموضوعي دون الإجرائي.

الاستئناف، كما يجوز استئناف القرارات الصادرة برفض الاختصاص أو القبول ولدائرة الاستئناف سلطة تعديل أو إلغاء قرار الدرجة الأولى[1].

أما بخصوص طريق إعادة النظر فيجوز للشخص المدان أو من ينوبه أو أي شخص له وكالة خطية من المتهم أو المدعى العام نيابة عن المتهم أن يقدم طلبا بدائرة الاستئناف لإعادة النظر في الحكم النهائي بالإدانة، لا سيما إذا اكتشفت أدلة جديدة لم تكن موجودة ساعة المحاكمة

---

[1] المادة: 81 من نظام روما الأساسي المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة " استئناف قرار البراءة أو الإدانة أو حكم العقوبة:

1- يجوز استئناف قرار صادر بموجب المادة 74، وفقا للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات على النحو التالي:

(أ) للمدعي العام أن يتقدم باستئناف استنادا إلى أي من الأسباب التالية:

"1" الغلط الإجرائي،

"2ب" الغلط في الوقائع،

"3" الغلط في القانون،

(ب) للشخص المدان، أو المدعي العام نيابة عن ذلك الشخص، أن يتقدم باستئناف استنادا إلى أي من الأسباب التالية:

"1" الغلط الإجرائي.

"2" الغلط في الوقائع.

"3" الغلط في القانون.

"4" أي سبب آخر يمس نزاهة أو موثوقية الإجراءات أو القرار.

2- (أ) للمدعي العام أو الشخص المدان أن يستأنف أي حكم بالعقوبة وفقا للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات، بسبب عدم التناسب بين الجريمة والعقوبة.

(ب) إذا رأت المحكمة، أثناء نظر استئناف حكم العقوبة أن هناك من الأسباب ما يسوغ نقض الإدانة، كليا أو جزئيا، جاز لها أن تدعو المدعي العام والشخص المدان إلي تقديم الأسباب بموجب الفقرة 1 (أ) أو (ب) من المادة 81، وجاز لها أن تصدر قرار بشأن الإدانة وفقا للمادة 83.

(ج) يسرى الإجراء نفسه عندما ترى المحكمة، أثناء نظر استئناف ضد إدانة فقط، أن هناك من الأسباب ما يسوغ تخفيض العقوبة بموجب الفقرة 2 (أ).

3- (أ) يظل الشخص المدان تحت التحفظ إلى حين البت في الاستئناف، ما لم تأمر الدائرة الابتدائية بغير ذلك.

(ب) يفرج عن الشخص المدان إذا كانت مدة التحفظ عليه تتجاوز مدة الحكم بالسجن الصادر ضده، غير أنه إذا تقدم المدعي العام باستئناف من جانبه، جاز أن يخضع الإفراج عن ذلك الشخص للشروط الواردة في الفقرة الفرعية (ج) أدناه،

(ج) يفرج عن المتهم فورا في حالة تبرئته، رهنا بما يلي:

"1" للدائرة الابتدائية، بناء على طلب من المدعي العام، أن تقرر استمرار احتجاز الشخص إلى حين البت في الاستئناف، وذلك في الظروف الاستثنائية وبمراعاة جملة أمور، ومنها وجود احتمال كبير لفرار الشخص ومدى خطورة الجريمة المنسوب إليه ارتكابها ومدى احتمال نجاح الاستئناف.

"2" يجوز وفقا للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات، استئناف قرار تصدره الدائرة الابتدائية بموجب الفقرة الفرعية (ج) " 1".

4- يعلق تنفيذ القرار أو حكم العقوبة خلال الفترة المسموح فيها بالاستئناف وطيلة إجراءات الاستئناف، رهنا بأحكام الفقرة 3 (أ) و (ب).

، وتكون بقدر من الأهمية أو كانت الأدلة المعتمد عليها مزورة أو ثبت إخلال القضاة بواجباتهم طبقا لنص المادة 1/84[1] من نظام روما الأساسي فإذا رأت جهة الاستئناف ذلك مناسبا كان لها أن تدعوا الدائرة لنظر الدعوى أو لها أن تنظرها هي.

[1] المادة 84: إعادة النظر في الإدانة أو العقوبة.

1- يجوز للشخص المدان ويجوز، بعد وفاته، للزوج أو الأولاد أو الوالدين، أو أي شخص من الأحياء يكون وقت وفاة المتهم قد تلقى بذلك تعليمات خطية صريحة منه، أو المدعي العام نيابة عن الشخص، أن يقدم طلبا إلى دائرة الاستئناف لإعادة النظر في الحكم النهائي بالإدانة أو بالعقوبة استنادا إلى الأسباب التالية:

(أ) أنه قد اكتشفت أدلة جديدة:

"1" لم تكن متاحة وقت المحاكمة، وأن عدم إتاحة هذه الأدلة لا يعزى كليا أو جزئيا إلى الطرف المقدم للطلب.

"2" تكون على قدر كاف من الأهمية بحيث أنها لو كانت قد أثبتت عند المحاكمة لكان من المرجح أن تسفر عن حكم مختلف؛

(ب) أنه قد تبين حديثا أن أدلة حاسمة، وضعت في الاعتبار وقت المحاكمة واعتمدت عليها الإدانة، كانت مزيفة أو ملفقة أو مزورة؛

(ج) أنه قد تبين أن واحدا أو أكثر من القضاة الذين اشتركوا في تقرير الإدانة أو في اعتماد التهم، قد ارتكبوا، في تلك الدعوى، سلوكا سيئا جسيما أو أخلوا بواجباتهم إخلالا جسيما على نحو يتسم بدرجة من الخطورة تكفي لتبرير عزل ذلك القاضي أو أولئك القضاة بموجب المادة 46.

2- ترفض دائرة الاستئناف الطلب إذا رأت أنه بغير أساس، وإذا قررت أن الطلب جدير بالاعتبار، جاز لها، حسبما يكون مناسبا:

(أ) أن تدعو الدائرة الابتدائية الأصلية إلى الانعقاد من جديد؛ أو

(ب) أن تشكل دائرة ابتدائية جديدة؛ أو

(ج) أن تبقى على اختصاصها بشأن المسألة.

بهدف التوصل، بعد سماع الأطراف على النحو المنصوص عليه في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات، إلى قرار بشأن ما إذا كان ينبغي إعادة النظر في الحكم.

خلاصة المبحث الثاني.

القضاء هو السلطة الثالثة في أنظمة الحكم الحديثة ويعد السلطة الأقل حظا في الحديث والعناية رغم أنها عماد العدل الذي هو أساس الحكم ، و يجب أن ننتبه إلى أن ضمانات القضا ء ليست مقررة للأشخاص وإنما عني بها طلبا لاستقلال القضاء كمؤسسة يقف ببابها المظلوم مبتغيا إقرار الحق و إرساء العدل والنظام، وضمانات القضاء ه ي واحدة من صمامات الأمان في هيكل مؤسسات الحكم الرشيد

إن القضاء هو الضمانة الأساسية لاستقرار المجتمع وأمانه ونهضته الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، ويشكل مبدأ المساواة أمام القضاء واستقلاله عماد هذه الضمانات من الناحية النضرية لكن تحقيق هذين المبدأين من الناحية العملية ضرورة حتمية خاصة في مجتمع دولي يسود فيه مبدأ عدالة المنتصر، الشيء الذي يدفعنا إلى القول بأنة تطبيق هذان المبدءان اعترتهما مجموعة من الإرهاصات السياسية خاصة في المحاكمات التي أقيمت بعد الحرب العالمية الثانية والتي جسده فيها مبدأ عدالة المنتصر.

غير أن هذا لا ينفي دور هذه المحاكمات رغم نقائصها في تجسيد توجه المجتمع الدولي إلى إقامة قضاء دولي جنائي يكفل للأفراد والمجتمع حقوقهم في الدفاع عن مصالحهم، هذا ما يدعم حقوق المتهم في إثبات براءته أمام القضاء الدولي الجنائي التي هي بحاجة إلى تفعيل أكثر للموازنة بين المصالح العامة للمجتمع الدولي والمصالح الخاصة للأفراد.

كما أن الضمانات الخاصة بالقضاة والقوانين التي يطبقها هؤلاء القضاة تعتبر ضمانات مقبولة تحقق الكثير من مصالح المتهم في لإبداء أقواله وممارسة حقوقه في الوصول إلى الحقيقة القضائية المنشودة.

خاتمة الفصل الثاني:

لقد حاولنا من خلال دراستنا لهذا الفصل أن نبين دعائم حقوق الدفاع التي يرتكز عليها أمام القضاء الدولي الجنائي، ورأينا أن هذه الدعائم هي دعائم عامة متعلقة أساسا بالسلطة القضائية ودعائم خاصة متعلقة بالأصل الثابت في بني البشر.

كما رأينا أن ضمانات حقوق المتهم في الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي لم تكن وليدة العصر الحديث بل لها امتدادات في العصور القديمة، ولكنها لم تكن لها تجسدات فعلية تضاهي ما وصلت إليه التشريعات الحديثة من إحترام لهذه الحقوق وتقديسها.

فحق الدفاع حق شخصي لأنه يهدف بالأساس إلى حماية مصالح المتهم الشخصية بتمكينه من دحض الاتهام الموجه إليه، فهذا الحق ينشأ من اللحظة الأولى التي توجه للمتهم دلائل الشبهة وبالتالي فإن الاتهام وحقوق الدفاع وجهان لعملة واحدة، من تلازم الدفاع بالاتهام تظهر الحقيقة التي هي مبتغى العدالة، وبالتالي يكون حق الدفاع ليس حكرا على المتهم وحده بل هو حق من حقوق المجتمع كذلك، لأن حق المجتمع لا تقل أهمية عن حقوق المتهم حتى لا يتحمل المجتمع ضررين في نفس الوقت : وهما عقوبة بريء، وبراءة مجرم.

كما أن الفقه والقضاء يجمعان على أن كل مساس بحقوق الدفاع يعد باطلا بطلانا مطلقا لتعلقه بالنظام العام لا بمصلحة الخصوم، فلا يكفي حرفية القانون لتبرير المساس بحقوق الدفاع، لأن حقوق الدفاع تستمد مصدرها من القانون الطبيعي.

كما رأينا أن حق المتهم في العلم بالتهمة الموجه إليه يرتكز على ثلاث ركائز هامة وهي: الإخطار بالتهمة، وعلانية الإجراءات والجلسات، وشفوية المرافعة.

إن دعائم وضمانات حقوق المتهم في الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي ضرورية لضمان ممارسة صحيحة وسليمة لحقوق الدفاع وكفالة حقيقية لها.

إن حقوق المتهم في الدفاع عن نفسه، لا تتجسد حقيق ة إلا بكفالة هذه الحقوق وعدم الإخلال بها، من خلال ممارسته لحقوقه في إطار قانوني تتجسد فيه سيادة القانون واحترام الحقوق والضمانات المقررة وعدم الإخلال بها بأي شكل من الأشكال.

ولما كانت دراسة ممارسة حقوق الدفاع وما تتضمنه من ضوابط شكلية وموضوعية للعمل الإجرائي الجنائي التي لا تمارس إلا من خلال هذا الاتصال، فمخالفة هذه الضوابط كثيرا ما يعيب العمل الإجرائي الجنائي الأمر الذي يخدم كثيرا ممارسة حقوق الدفاع بشكل فعلي ، فسنتناول الأركان الموضوعية لهذه الأعمال الإجرائية في المبحث الأول، ثم الجزاءات الإجرائية ومضمونها وشروطها المتمثلة خاصة في السقوط والبطلان بنوعيه التي تعتبر من أهم الآثار الناجمة عن الإخلال بممارسة حقوق الدفاع في شقها الجزائي، كما أننا سنتعرض للجزاءات المدنية والمتمثلة أساسا في التعويض في المبحث الثاني.

وكان تقسيم هذا الفصل كالأتي.

المبحث الأول: ممارسة حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.

المبحث الثاني: جزاءات الإخلال بحقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.

المبحث الأول:

ممارسة حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.

في حقيقة الأمر أن حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي تتصل بالعمل الإجرائي الجنائي بإعتبار أن هذه الحقوق لا تمارس إلا من خلال هذه الأعمال الإجرائية، الأمر الذي يجعل مخالفة الضوابط المقررة للعمل الإجرائي منطلقا لحقوق الدفاع فالعمل الإجرائي الجنائي له شروط صحة وهي تتعلق بجوهر العمل الإجرائي والشرعية الجنائية، وله أركان تتعلق بشخص العمل الإجرائي الجنائي بإعتبار أن حقوق الدفاع ومفترضاتها وضمانتها تمارس من خلال العمل الإجرائي فيجب علينا أن نتطرق في هذا المبحث إلى الضوابط الشكلية والأركان الموضوعية ة لهذه الأعمال الإجرائية. وقد قسمنا هذا المبحث كالأتي.

المطلب الأول: الضوابط الشكلية لممارسة حقوق الدفاع.

المطلب الثاني: الأركان الموضوعية للعمل الإجرائي

المطلب الأول: الضوابط الشكلية لممارسة حقوق الدفاع.

تتحدد هذه الضوابط في شخص العمل الإجرائي الجنائي وشكله وتنقسم هاته الأخيرة إلى أعمال يقوم بها أعضاء النيابة العامة وكل من هو في حكمهم والقضاة وغيرهم من الموظفين القضائيين، وأعمال يقوم بها الخصوم وأعمال يقوم بها المدافع نيابة عن الخصوم وهذا بطبيعة الحال يعود إلى طبيعة العمل الإجرائي القانوني الذي يعتمد على التمييز بين الضوابط الشكلية للممارسة في حد ذاتها، فهي تؤدي دورا بارزا بإعتبار أنه ينقل هذا العمل إلى العالم الخارجي، فالعمل القانوني ليس إلا حركة أو تغيير يحدث في العالم الخارجي لذا سنتطرق في هذا المطلب لهذه الضوابط الشكلية.

الفرع الأول: الصلاحيات الموضوعية والشخصية.

يتخذ العمل الإجرائي الجنائي مثله في ذلك مثل أي عمل قانوني، من قبل شخص، والأعمال الإجرائية الجنائية تنقسم من هذه الناحية إلى:

1- أعمال يقوم بها عضو النيابة العامة والقاضي وغيرهما من الموظفين العامين.

2- أعمال يقوم بها الخصوم.

3- أعمال يقوم بها الغير بما فيهم المجني عليه غير الخصم.

4- أعمال يقوم بها المدافع نيابة عن الخصوم.

ويشترط أن يكون شخص العمل الإجرائي الجنائي صالحا للقيام به، وهذه الصلاحية تنقسم إلى قسمين: موضوعية وشخصية.

أولا: الصلاحية الموضوعية: ويقصد بالصلاحية الموضوعية أن تتوافر للشخص الصفة التي تخوله إصدار العمل[1].

1: الصفة: وهذه الصفة تتوافر لكل شخص إما بحكم انتمائه إلى الفئة التي ينتسب إليها العمل ، وإما لأن القانون رسم له دورا إجرائيا معينا نظرا لصلته بالوقائع المجرمة قانونا[2].

أ- الانتماء إلى فئة ينسب إليها العمل: وتكون الفئة التي ينتمي إليها الشخص هي فئة الموظف العام الذي خوله المشرع صلاحية اتخاذ عمل إجرائي معين، وذلك مثل القاضي وعضو النيابة العامة[3].

وبهذا الإقرار يصبح الشخص موظفا في الوظيفة القضائية ويكتسب ولايتها ولا تنحسر عنه إلا بقرار أخر ينهي علاقته الوظيفية من قبول استقالته أو إحالته على التقاعد، كما تنحسر عنه بقرار وقفه عن العمل خلال فترة الوقف[4].

وإذا كان قرار التعيين معيبا لعدم وجود شرط من شروط صلاحية اكتساب الوظائف القضائية مثل شرط المؤهل القانوني أو لعيب في الشكل، فإن بطلان القرار لا يؤثر في وجود القاضي أو عضو النيابة العامة أو غيرها من الموظفين العامين الذين تسند لهم وظيفة قضائية في الفترة السابقة على زوال القرار أو تصحيحه[5].

وإن كان قرار التعين منعدما فإن ما يصدر عن الشخص من أعمال إجرائية جنائية لا يمكن الدفاع عن صحتها بأي حال من الأحوال، فالحكم على سبيل المثال الذي يصدر من شخص لم يكن حال إصداره موظفا في إحدى الوظائف التي تخوله ولاية القضاء، يعد عملا منعدما لصدوره من غير قاض[6].

---

[1] محمد صالح العدلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص524.

[2] المرجع السابق، ص525.

[3] فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص625.

[4] أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص283.

[5] المرجع السابق، ص200.

[6] فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص624.

وتكون الفئة التي ينتمي إليها الشخص تمارس مهنة حرة كالمحاماة [1] ويشترط هنا توافر الشرائط المتطلبة لممارسة هذه المهنة[2].

وإذا كان المحامي الذي تولى الدفاع عن المتهم أمام محكمة الجنايات غير مقبول للمرافعة أمام المحاكم الابتدائية فضلا عن استبعاد اسمه من جدول المحامين [3]، فإن إجراءات المحاكمة تكون قد وقعت باطلة منطوية على إخلال بحقوق الدفاع، لأن ما أتخذه من عمل إجرائي جنائي ولئن كان صادرا من محام سابق، إلا أن صلاحياته لممارسة المهنة تكون قد انحسرت باستبعاده من جدول المحامين العاملين.

أما في الشريعة الإسلامية فإن قضاء القاضي لا يكون ملزما للخصوم وحكمه واجب التنفيذ إلا إذا كانت توليته كأصل عام في المنصب القضائي من الاهتمام أي ممن يملك سلطة تعيين القاضي في منصبه، ولكن هذا الأصل العام لا يمنع توليه القضاء بطريقة الانتخاب متى توافرت ضرورة تدعو لذلك[4].

---

[1] المادة: 1 من قانون المحاماة:"المحاماة مهنة حرة ومستقلة تعمل على إحترام و حفظ حقوق الدفاع، وتساهم في تحقيق العدالة وتعمل على إحترام مبدأ سيادة القانون وضمان الدفاع عن حقوق المواطن وحرياته.

[2] المادة: 12 من النظام الداخلي لمهن ة المحاماة: قرار مؤرخ في 9 ربيع الثاني عام 1416 الموافق ل 4 سبتمبر 1995:"لايحق لأي محامي مسجل أن يمارس المهنة إذا لم يتوفر فيه أحد الشروط الآتية:-أن يكون له مكتب خاص.

-أن يكون في مكاتب متجمعة.

- أن يكون عضوا في جمعية المحامين.

- أن يكون عضوا في شركة مدنية مهنية للمحامين.

[3] المادة 16من قانون رقم 91-04 مؤرخ في 22جمادىالثانية عام 1411 الموافق 8يناير 1991 يتضمن تنظيم مهنة المحاماة" يغفل من الجدول:

أ- المحامي الذي حصل له مانع يمنعه من الممارسة الفعلية للمهنة:-بسبب مرض أو عاهة خطيرة ودائمة، القيام بنشاط خارج مهنة المحاماة.

ب- المحامي الذي تقلد مهاما أو وظيفة تفرض عليه تبعية تجعله في حالة لايمكنه ممارسة المحاماة بحرية.

ج- المحامي الذي لايقوم بدون عذر مقبول بالوجبات المفروضة عليه بموجب النظام الداخلي لمجلس منظمة المحامين أو الذي لا يمارس بصفة فعلية مهنته مدة ستة أشهر على الأقل.

د- المحامي الذي أصبح في حالة من الحالات المتعارضة مع مهنته والمقررة في التشريع المعمول به.

[4] أبو الحسن علي بن محمد حبيب البصري البغدادي الماوردي: كتاب الأحكام السلطانية، تحقيق سمير مصطفى دياب ، ط1، المكتبة العصرية، بيروت لبنان، 2000، ص81؛ حسن محمدي بودي: ضمانات الخصوم أمام القضاء في الشريعة الإسلامية، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ،مصر، 2006، ص52؛ محمد حمد الغرابية: نظام القضاء في الإسلام، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص53 وما بعدها.

وبديهي أن الأعمال الإجرائية الجنائية تكون معيبة متى أتخذها شخص ما قبل توليه الوظيفة، التي تخول له مثل هذه الأعمال، وبه فإن الحكم الذي يصدر من شخص لم يتقلد القضاء وفقا للقواعد المقررة في هذا الشأن يكون حكمه معيبا حتى ولو تولى القضاء بعد ذلك أو كان قد تولاه من قبل[1].

ب- الصلة بالوقائع المدعى بأنها مجرمة قانونا: قد يرسم القانون للشخص دورا جزائيا نظرا لصلته بالوقائع المدعى بأنها مجرمة قانونا، وذلك مثل المتهم والمدعى بالحق المدني والمسؤول عنه والشاهد، ويكتسب هؤلاء الصفة التي تخولهم ممارسة دورهم الإجرائي المذكور سواء على عمل إجرائي جنائي يصدر في مواجهتهم أو منهم.

والشخص يكتسب – عادة – وصف المتهم [2] متى وجهت إليه الاتهام بواسطة تحريك الدعوى العمومية[3] ضده، كما أنه متى رفعت الدعوى المدنية التبعية [4] في مواجهة شخص اكتسب وصف المدعى عليه فيها سواء كان المتهم أو المسؤول عن الحقوق المدنية.

---

[1] محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص528.

[2] المتهم: هو كل من تنسب إليه سلطة الاتهام ارتكاب فعل يعده القانون جريمة سواء بوصفه فاعلاً أصلياً أو شريكاً.

وتحقيق صفة المتهم مهمة للغاية فهي من جهة تلقي على عاتق من اتصف بها أعباء وترتب له حقوقاً بالمقابل، ومن الأعباء تكليفه بالحضور، والقبض عليه بل وحبسه في ذمة التحقيق، وتفتيشه، والإطلاع على أسراره، بما في ذلك رسائله ومكالماته.

ومن حقوقه أن يطلع على كل ما يتخذ في شأنه فيطلع على ما يقدم في الدعوى من أوراق، ويحضر كل ما يتخذ فيها من إجراءات فواجباته تهدف إلى تيسير الوصول إلى أدلة الإثبات ومنعه من وضع العراقيل للحيلولة دون ذلك، وأما حقوقه فتهدف إلى كفالة حقه في الدفاع عن نفسه.

والمجتمع تهُمه مصلحة المتهم بوضع أكبر مما يهمه عقاب الجاني، ومن ثم فإفلات المجرم من العقاب أولى من عقاب برئ.

عوض محمد عوض: المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق،ص47.

[3] الدعوى العمومية: هي الوسيلة القانونية التي تملكها النيابة العامة للمطالبة بتوقيع العقاب على مرتكب الجريمة أمام القضاء الجنائي.

[4] الدعوى المدنية التبعية: هي مطالبة من لَحقهُ ضرر من الجريمة و هو المدعي المدني من المتهم أو المسؤول عن الحقوق المدنية أمام القضاء الجنائي بجبر الضرر الذي أصابه نتيجة الجريمة التي ارتكبها فأضرت بالمدعى.

و عليه فإن الدعوى المدنية الناشئة عن فعل غير إجرامي و كذالك بعض الدعاوى ذات المنشأ الإجرامي والتي لا يكون موضوعها التعويض عن الضرر غير مشمول بهذا التعريف كدعوى التطليق الناشئة عن جريمة الزنا.

و دعوى الحرمان من الإرث الناتجة عن جريمة قتل المورث.

و هي جميعها دعاوى تتميز عن دعوى المطالبة بالتعويض بسبب ما لحق المدعي المدني المتضرر من أضرار نتيجة الجريمة.

أما اكتساب الشخص صفة الشاهد في نظر القانون فهو يتم في الغالب بناء على عمل إجرائي من جانب قاضي التحقيق أو النيابة العامة أو الخصوم، كما أن اكتساب صفة الشاهد يمكن أن تتم بمبادرة من الشخص نفسه[1].

2: دخول العمل في النطاق المسموح به قانونا: لا يكفي توافر الصفة المشار إليها في الشخص ، متى توافرت له الصلاحية في ممارسة العمل الإجرائي الجنائي، إذ يتعين أن يسمح له القانون باتخاذ هذا العمل ويكون هذا السماح للقضاء عن طريق تحديد اختصاصهم، وللخصوم بناء على اكتسابهم مركزا قانونيا في الخصومة، وللمدافع أن يمارس الأعمال الإجرائية التي يسمح بها لموكله.

أ- الاختصاص: لقد عني هذا الحق كغيره من الحقوق بأهمية في إطار المواثيق والنظم الأساسية المنشأة للمحاكم الدولية على المستوى الدولي كونه المعيار الفاصل والهام لضمان المحاكمة العادلة طبقا لما هو متفق عليه في إطار هيئة الأمم المتحدة وغيرها من المعاهدات المنظمة للعلاقات الدولية في المجتمع الدولي.

و عليه فإن القضاء الجنائي يعتبر قضاء استثنائيا يختص بنظر المسائل المدنية المتعلقة منها بمطالبة المتضرر من الجريمة تعويضه عن الاضرارالتي تلحقها الجريمة بالمدعي المدني، و وسيلته في الحصول عليه بواسطة الدعوى المدنية ؛ يقصد بتبعية الدعوى المدنية المرفوعة أمام القضاء الجنائي بغرض الحصول على تعويض عن الأضرار التي تسببت فيها الجريمة.

وتبعية الدعوى المدنية للدعوى العمومية أو الجنائية. من حيث الإجراءات المتبعة بشأنها و من حيث مصيرها.

حيث تخضع الدعوى المدنية التبعية لقانون الإجراءات الجزائية و ليس لقانون الإجراءات المدنية ، أي اختصاص القضاء الجنائي بنظر الدعوى المدنية التبعية، و سريان قواعد قانون الإجراءات الجزائية عليها.

و حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني متى رفعت دعوى للمطالبة بالتعويض بسبب ما لحق المدعي من ضرر بسبب الجريمة.

أما تبعيتها من حيث المصير، فيعني أن الجهة الجزائية في حالة رفع دعويين جزائية و مدنية تبعية لها أمامها، يجب عليها الفصل في الدعويين معا بحكم واحد ، و هدا يعني أن القاضي الجنائي يفصل في الدعوى المدنية التبعية حين فصله في الدعوى العمومية.

إلا أن تبعية الدعوى المدنية للدعوى العمومية لا يفقدها طبيعتها الخاصة و هي تتعلق بالحق المدني ، فتخضع للقواعد و أحكام القانون المدني من حيث التقادم مثلا ، فتنص المادة 10من القانون الإجراءات الجزائية"تتقادم الدعوى المدنية وفق أحكام القانون المدني"و تنص المادة 133من قانون المدني "تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمسة عشر سنة من يوم وقوع الفعل الضار.

عبد الله أوهابية : شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مرجع سابق، ص 143؛ أحمد شوقي الشلقاني : مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ج1، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص118.

[1] محمود صالح العدلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص530.

وكذا هو الأمر على الصعيد الداخلي، إذ أن المشرع الجزائري نظم نظرية الاختصاص وربطها بفكرة النظام العام وجعل لمن له الحق في التمسك بها وإثارتها في أي مرحلة تكون عليها الدعوى الجنائية، بل أن القاضي باعتباره حامي الحقوق والحريات له أن يثيرها.

ففكرة الاختصاص تعبر بوجه عام بحق صلاحية التصرف في نطاق معين كما يمكن أن تنصرف إلى مجموعة من السلطات والواجبات المسندة أو المفروضة على جهة معينة – أو شخص معين – من أجل تمكينها من التنفيذ والتطبيق[1].

ومن خلال هذا التعريف يمكن القول أن الاختصاص بالعمل الإجرائي الجنائي يعني مجموعة السلطات والواجبات التي تسند أو تفرض على قضاء الحكم أو قضاء التحقيق بخصوص وظيفة قضائية معينة.

- والاختصاص الجزائي مجموعة من المعايير.تتمثل في:

– الاختصاص الوظيفي: وبه يتوزع الاختصاص وفقا لنوع نشاط القضاء بالنسبة إلى مراحل الخصومة الجزائية: التحقيق[2]،الإحالة،[3] المحاكمة، تنفيذ الأحكام.

– معيار نوعي: و يحدد الاختصاص حسب تقسيم الجرائم إلى جنايات وجنح ومخالفات.

– معيار شخصي: ينظر إلى شخصية الجاني.

– ومعيار عملي: يحدد الاختصاص على ضوء مكان معين.

---

[1] محمد نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص359.

[2] التحقيق: في اللغة هو الإثبات والإحكام، وقد قيل: كلام محقق أي محكم الصنعة رصين.

والتحقيق الإبتدائي هو مرحلة توسط التحريات الأولية التي تقوم بها الضبطية القضائية، والتحقيقات النهائية التي تقوم بها المحكمة.

أو هو القيام بجميع اجرءات التحقيق من بحث وتحري، والتي يراها قاضي التحقيق ضرورية للكشف عن الحقيقة، ويقرر ما يراه لازما بشأنها بمجرد اعتبار التحقيق منتهيا، وذلك بأن لاوجه للمتابعة عند توافر أسبابه، أو إحالة الدعوى إلى المحكمة إذا كانت الأدلة كافية وهي من اختصاصها أو إرسال الملف مع أدلة الإثبات بمعرفة وكيل الدولة إلى النائب العام لدى المجلس القضائي قصد اتخاذ الإجراءات اللا زمة لإرساله إلى غرفة الإتهام.

محمد محده: ضمانات المتهم أثناء التحقيق،ج3، مرجع سابق، ص 37،38.

[3] الإحالة: تعريف فتحي سرور:"تصرف في التحقيق برفع الدعوى إلى القضاء".

الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص255؛

تعريف محمد محده:"هو ذلك الأمر الذي يصدره قاضي التحقيق أو غرفة الإتهام برفع الدعوى إلى المحكمة، متى رجحت دلا ئل الإتهام ، مخرجا بذلك القضية من حوزته أصلا.

ضمانات المتهم أثناء التحقيق،ج3، مرجع سابق، ص461.

ونتناول هذه المعايير بشكل من التفصيل لنبرز مدى أهمية هذه المعايير ودورها في ممارسة المتهم لحقوقه في الدفاع.

– **فالمعيار الوظيفي:** أي توزيع الاختصاص وفقا لنوع نشاط القضاء وبالنسبة إلى مراحل الخصومة الجزائيةة، فلكل مرحلة من مراحل الخصومة قاض معين يختص بشطر من الاختصاص، فقاضي التحقيق يختص بالتحقيق الابتدائي، وقاضي الحكم يختص بالحكم وهكذا[1].

فأغلب الأنظمة الإجرائية نصت على ضمان استقلال سلطة التحقيق الابتدائي عن كل من سلطتي الإدعاء من ناحية وقضاء الحكم من ناحية أخرى.

فلا يحق لمن قام بالإدعاء في الدعوى العمومية أن يضطلع من بعد ذلك بوظيفة التحقيق في نفس هذه الدعوى، وذلك ضمانا للحيدة والموضوعية هذا من جهة.

ومن جهة ثانية يجب الفصل بين سلطة التحقيق الابتدائي وبين قضاء الحكم، فلا يجوز لمن قام بالتحقيق في الدعوى العمومية أن يشرك من بعد في نظر نفس هذه الدعوى[2].

وتطبيقا لمبدأ الفصل بين وظيفة المتابعة والتحقيق، لا يجوز لقاضي التحقيق أن يحقق في قضية من تلقاء نفسه بل يتعين أن ترفع إليه الدعوى من قبل غيره، ويتم ذلك بطريقتين:

أما بطلب افتتاحي لإجراء التحقيق صادر عن وكيل الجمهورية.[3] وإما بواسطة شكوى مع الإدعاء المدني[4]، أو بصفة استثنائية كالتخلي عن التحقيق، أو تنازع الاختصاص بين القضاة[5]، وبعد انتهاء التحقيق يعكف قاضي التحقيق على دراسة القضية ومراجعة أوراقها للتصرف فيها، إم بإصدار بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية أو بإحالتها إلى المحكمة المختصة، ولا يكون له بعد ذلك ثم ة اختصاص[6].

---

[1] عبد الحكيم فودة: ضوابط الاختصاص القضائي في المواد المدنية والجنائية والإداري والشرعية على ضوء الفقه والقضاء، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1995، ص512

[2] سليمان عبد المنعم: أصول الإجراءات الجنائية ، ك2، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان 2005، ص800.

[3] المادة: 67 ق.إ.ج.ج"لا يجوز لقاضي التحقيق أن يجري تحقيقا إلا بموجب طلب وكيل الجمهورية لإجراء التحقيق حتى ولو كان بصدد جناية أو جنحة متلبس بها.

ويجوز أن يوجه الطلب ضد شخص مسمى أو غير مسمى.

[4] المادة:72 ق إ ج ج."يجوز لكل شخص يدعي بأنه مضار بجريمة أن يدعي مدنيا بأن يتقدم بشكواه أمام قاضي التحقيق المختص.

[5] أحسن بوسقيعة: التحقيق القضائي، ط4، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص31.

[6] عبد الحكيم فودة: ضوابط الاختصاص القضائي في المواد المدنية والجنائية والإداري والشرعية على ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص513.

وبعدها يأتي دور قاضي الحكم وهو الذي يختص بالفعل في الخصومة الجنائية، سواء كان قاضيا فردا أم دائرة من ثلاث قضاة، أم من ثلاث مستشارين كما يختص بالفصل في الدعوى المدنية التبعية، وهو الذي تنص عليه دراسة قواعد الاختصاص الجنائي المتعلقة بالفصل في الخصومات الجنائية[1].

ولا بد من الإشارة إلى أن المعيار عرف في النظام القضائي الإسلامي، فوظيفة التحقيق الابتدائي بمعناه الواسع – أي بما شمل جميع الاستدلالات يمكن القول بأنها تدخل ضمن اختصاصات المحتسب[2].

أما في المعيار النوعي: فالمحكمة تكون مختصة بحسب وصف الجريمة المرتكبة على النحو التالي:

*الجنح والمخالفات: وتدخل ضمن اختصاص محكمة القاضي المنفرد الجزائي إلا ما استثني بنص خاص، ويجوز فيها الطعن بالاستئناف والمعارضة.

*الجنايات: وينعقد الاختصاص بنظرها إلى محكمة الجنايات، ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر في الجنايات إلا بطريق النقض، والعلة من ذلك أن الجنايات تحضي بتحقيق متأن ودقيق من جانب سلطة التحقيق، وهي في حقيقة الأمر تفحص مرتين في هذه المرحلة: الأولى أمام قاضي التحقيق، والثانية أمام الهيئة الإ تهامية[3].

وإلى جانب القضاء الجزائي العادي يوجد هناك قضاء جزائي استثنائي، يختص بالنظر في جرائم ذات طبيعة معينة مثل جرائم الخيانة، التجسس[4]...

و المعيـــــار الشخصـــي أساسه هو خضوع جميع الأشخاص الذين اقترفوا جريمة معينة لذات القضاء، فلا تفرقة بين الناس، فالجميع متساوون أمام القانون، إلا أن ثمة اعتبارات وجيهة دعت المشرع إلى الاهتمام بشخصية المشتكى عليه (المتهم) وبصفته وسنه ووظيفته من أجل تحديد القضاء المختص بمحاكمته[5].

---

[1] عبد الحكيم فودة: ضوابط الاختصاص القضائي في المواد المدنية والجنائية والإداري والشرعية على ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق ، ص514.

[2] سليمان عبد المنعم: أصول الإجراءات الجنائية،، ك2، مرجع سابق، ص926.

[3] الماوردي: الأحكام السلطانية، مرجع سابق، ص240.

[4] المرجع السابق، ص926.

[5] محمد علي سالم عباد الحلبي: الوسيط في شرح قانون أصول المحكمات الجزائية، التحقيق الابتدائي، قواعد الاختصاص، قواعد الإثبات، البطلان، ج2، د ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1996، ص 218.

والعبرة بوقت ارتكاب الجريمة وليس بوقت محاكمة فاعليها، ويتحدد هذا الاختصاص بالوضع الشخصي للمشتكى عليه (المتهم) الذي أقيمت عليه الدعوى الجزائية أمام المحكمة الجزائية المختصة[1].

وطبقا للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998م، تختص هذه المحكمة بالنظر في الجرائم الواردة في (المادة 5)[2]، من هذا النظام التي تقع من الأفراد الطبيعيين أيا كانت صفاتهم، سواء كانوا أفرادا عاديين، أو غيرهم ممن يتمتعون بالحماية الدولية، أو الدستورية والبرلمانية المنصوص عليها في القوانين الداخلية المختلفة، وبذلك نرى أن هذا ما أخذت به هيئة القانون الدولي والجمعية العامة عند تدوينها للمبادئ القانونية التي أقرتها محكمة نورمبرغ.

كما أن المعيـــار المكانـــي لا يرتبط بشخص مرتكب الجريمة ولا بوصف الجريمة ومدى جسامتها، ولكنه يرتبط بدائرة الاختصاص المكاني للمحكمة[3].

وعليه فإن المعيار المكاني هو عبارة عن الإطار الجغرافي المحدد للجهات القضائية ، بحيث تتولى المحاكم الموجودة في ذلك النطاق النظر في الجرائم التي تقع ضمن نطاقها الجغرافي[4].

ب-الاختصاص فـي مواثيق المحاكمات المعاصرة: لقد لجأت جل التشريعات المعاصرة إلى تحديد الاختصاص المكاني كما يلي:

- مكان وقوع الجريمة.
- موطن المشتكى عليه (المتهم).
- مكان القبض على المتهم.

لقد اهتمت المواثيق الدولية المنشئة للمحاكم الدولية بالاختصاص اهتماما بالغا وهو ما نستشفه من خلال النصوص القانونية المنظمة لها.

إذ نجد أن محكمة نورمبرغ قد نظمت مسألة الاختصاص في المواد من 06 إلى 13 في اللائحة المنظمة للمحكمة وميزت بين نوعين من الاختصاص، هما الاختصاص النوعي و الاختصاص الشخصي.

---

[1] مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، ج2، مرجع سابق، ص 42.

[2] منتصر سعيد حمودة: المحكمة الجنائية الدولية ،النظرية العامة للجريمة الدولية، أحكام القانون الدولي الجنائي، مرجع سابق، ص 164.

[3] سليمان عبد المنعم: أصول الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص928.

[4] محمد علي سالم عباد الحلبي: الوسيط في شرح قانون أصول المحكمات الجزائية، مرجع سابق ، ص236.

فالاختصاص النوعي حددته المادة: 06 ويشمل الجنايات ضد السلام، والحرب، والإنسانية ، في حين يتحدد الاختصاص الشخصي بمتابعة كل الأشخاص الطبيعيين المجرمين، وكذا إصباغ الصفة الجرمية على الهيئات والمنظمات[1].

أما محكمة طوكيو الدولية العسكرية فإن مسألة الاختصاص قد نظمت تماما كمثيلتها في محكمة نورمبرغ.

كما أن المحكمة الجنائية المؤقتة ليوغسلافيا سابقا تحدده نطاق اختصاصها هي الأخرى بالمجالين النوعي والشخصي، وحتى الزمني وذلك في المواد: 02- 03- 04 من ميثاق إنشائها[2] ، فهي تفصل فقط في جرائم الحرب، الإبادة الجماعية والجرائم ضد السلام، ضد كل من ساهم فيها بيوغسلافيا سابقا من الفاتح جانفي 1991 ودون تحديد للنهاية، والجدير بالملاحظة أن ميثاق يوغسلافيا لم يتكلم عن الأشخاص الاعتبارية على خلاف ما ورد في ميثاق نورمبرغ.

ويجب كذلك الإشارة إلى أن الاختصاص بنظر الجرائم التي نص عليها النظام لا يقتصر على المحكمة الدولية الجنائية فقط، بل تقاسمها في هذا الاختصاص المحاكم الوطنية طبقا لنص المادة:1/09 من الميثاق، لكن الميثاق نص في ذات الوقت على أن الأولوية في هذا الاختصاص تنعقد للمحكمة الدولية الجنائية المادة:2/09[3].

في حين نجد أن الاختصاص النوعي لمحكمة رواندا لا يتطابق مع اختصاص المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا سابقا لاسيما بالنظر في جرائم الحرب إذ أن مجالها محدد أمام محكمة رواندا بخلاف محكمة يوغسلافيا في حين يتماثل الاختصاص الإقليمي والشخصي بنظيره في محكمة يوغسلافيا.

وبالرجوع إلى ما ورد في نظام روما الأساسي المنشئ للمحكمة الدولية الجنائية الدائمة نجد أنه كان الأدق والأشمل بالنسبة لمسألة الاختصاص إذ فصل في مسألة تحديده فهو يتحدد على أساس:

---

[1] بعد انعقاد ولاية الاختصاص يكون قرار محكمة نورمبرغ قرارا باتا حائزا لقوة الشيء المقضي فيه، أمام الجهات القضائية الأخرى، وبصفة خاصة أمام المحاكم الوطنية التي يحال أمامها من ينتمي إلى الهيئة أو المنظمة التي سبغت بالطابع ألجرمي".
للتفاصيل أكثر أنظر:

[2] M.castello.((La compétence du Tribunal pénal pour la Yougoslavie))-Revue générale du droit international public (1994) P61et ss.

[3] للتفصيل أكثر أنظر: شارل روسو، القانون الدولي العام، ترجمة عبد المحسن سعد، بيروت، الأهلية للنشر والتوزيع ، 1987 ص352 وما بعدها.

- نوع الجريمـــــــــة.
- الشخص الذي يرتكبها.
- زمان ومكان ارتكابها.

وعليه يكون اختصاص نوعيا، شخصيا، زمانيا، مكانيا.

فالاختصاص النوعي نظمته المواد: من 05 إلى 09 من نظام روما الأساسي الذي حدد الجرائم ونطاقها التي تدخل ضمن اختصاص المحكمة الدولية الجنائية، إلا أن جريمة العدوان لا تزال موقوفة إن صح التعبير كونها لم تعرف بعد، بالإضافة إلى الإشارة لإمكانية تعديل الميثاق وإضافة طائفة من الجرائم تعد وتصنف على أنها خطيرة، بعد ضبط مفاهيمها كالجرائم الإرهابية وجرائم الاتجار بالمخدرات وما إلى ذلك.

أما الاختصاص الشخصي فقد اهتم بتحديد سن الرشد الجزائي، إذ أنها محكمة غير مختصة في نظر الدعاوي المرفوعة ضد الأفراد الذين لم يتجاوزوا سن 18 وقت ارتكاب الجريمة طبقا لنص المادة 26 من النظام الأساسي[1].

في حين يحدد الاختصاص الزمني بانظمام الدول ومصادقتها على النظام طبقا لنص المادة 11[2] منه. يبقى الاختصاص المكاني، تكون فيه المحكمة الدولية الجنائية مختصة بمحاكمة مرتكبي الجرائم على أرض كل دولة طرف في نظام المحكمة وذلك طبقا لنص المادة:12/2[3] منه.

---

[1] عبد القادر القهوجي: القانون الدولي الجنائي، أهم الجرائم الدولية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ، 2001، ص324.

[2] المادة 11: الاختصاص الزمني

– ليس للمحكمة اختصاص إلا فيما يتعلق بالجرائم التي ترتكب بعد بدء نفاذ هذا النظام الأساسي.

– إذا أصبحت دولة من الدول طرفا في هذا النظام الأساسي بعد بدء نفاذه، لا يجوز للمحكمة أن تمارس اختصاصها إلا في ما يتعلق بالجرائم التي ترتكب بعد بدء نفاذ هذا النظام بالنسبة لتلك الدولة، ما لم تكن الدولة قد أصدرت إعلانا بموجب الفقرة 3 من المادة 12.

[1] المادة12: الشروط المسبقة لممارسة الاختصاص

– في حالة الفقرة (أ) أو (ج) من المادة 13، يجوز للمحكمة أن تمارس اختصاصها إذا كانت واحدة أو أكثر من الدول التالية طرفا في هذا النظام الأساسي أو قبلت باختصاص المحكمة وفقا للفقرة 3:

(أ) الدولة التي وقع في إقليمها السلوك قيد البحث أو دولة تسجيل السفينة أو الطائرة إذا كانت الجريمة قد ارتكبت على متن سفينة أو طائرة؛

(ب) الدولة التي يكون الشخص المتهم بالجريمة أحد رعاياها.

وبناء على ما تقدم ذكره نخلص إلى أن مسألة الاختصاص القضائي أمام المحاكم الدولية منظمة إلى حد بعيد إذ تعدت المسألة ذلك لتطول حتى الاختصاص الوظيفي للمادة الجزائية ، فأغلبية القضاة المنتخبين هم من الكفاءات العالية ومنظرين في علم الإجرام ولهم دراية واسعة بالقانون الدولي، وكذا الجرائم الدولية على خلاف ما هو مستقر عليه في التشريعات الداخلية[1].

كما أن الاختصاص في التشريع الجزائري: اهتم بقواعد الاختصاص واعتبرها من النظام العام بحيث رتب على مخالفتها البطلان بالإضافة إلى إمكانية إثارتها في كل مراحل الدعوى ولو كان ذلك لأول مرة أمام المحكمة العليا[2].

ولقد نظمت القواعد العامة للاختصاص في المواد: من 249 إلى 252 من قانون الإجراءات الجزائية، ولم يتوقف عند هذا الحد بل حاول الإحاطة بجل الاستثناءات بمعنى أنه حاول الإلمام بكل القواعد العامة الاختصاص والاستثناءات الواردة عليها، وهذا إيمانا منه بأهمية قواعد الاختصاص سواء بالنسبة للمتهم أو المجتمع فيما يتعلق بحسن سير العدالة.

بالإضافة إلى أنه نظم مسائل الاختصاص بمختلف أنواعها فقد عالج إشكالية تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية، في المواد: من 545 إلى 547 من القانون الإجراءات الجزائية، وهذا يدل على اهتمامه بحماية حق المتهم في محاكمة عادلة ورغبة منه في إرساء دعائمه على أرض الواقع.

ورغم أن المشرع قد أخذ بمبدأ الاختصاص الكامل الذي يبنى على فكرة من يملك الكل يملك الجزء بالنسبة لمحكمة الجنايات التي لها الاختصاص الشامل في الدعوى المحالة أمامها، إلا أنه خرج عن هذا المبدأ في المادة: 158 من دستور 1996، بحيث أنه استثنى رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة من اختصاص محكمة الجنايات، أما بالنسبة لغرفة الجنح والمخالفات فقد حددت اختصاصاتها في المادة:328 و329 من قانون الإجراءات الجزائية[3].

---

[1] Politi.M : (Le statut de Rome de la cour pénal international le point de vue d'un − négociateur revue général de droit international public, 1999, P 818. Ects.

[2] " للمحكمة العليا قرارات عديدة في هذا الموضوع تؤكد كلها اعتبار قواعد الاختصاص من النظام العام.

لمزيد من التفصيل أنظر جيلا لي بغدادي: الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، ج 1، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر،2002، ص34،ص46.

[3] محمد صبحي، محمد نجم: شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ت، ص83.

ج-المركز القانوني للخصم والأعمال التي يسمح القانون بها للخصوم:

- **المركز القانوني للخصم:** يترتب بقوة القانون لمن يكتسب مركز الخصم من الحقوق الإجرائية أو المكنات تدور في مجملها حول حقوق الدفاع كالدفوع والطلبات [1]، وضماناتها كالحق في الطعن ومقتضيات حقوق الدفاع، كالحق في العلم والاستعانة بمدافع.

وتشكل هذه المكنات أو الحقوق الإجرائية مجموعة الأعمال الإجرائية المسموح بها لكل من يكتسب المركز القانوني للخصم[2]، وبه فإن الخصوم أمام القضاء الجنائي تتحدد الأعمال الإجرائية التي يجوز ممارستها بنطاق الخصومة التي هم طرف فيها[3].

والخصومة الجنائية كما سبق الإلماح إليها هي عبارة عن مجموعة من الأعمال ذات الأثر الإجرائي التي ستبدأ بتحريك الدعوى الجزائية[4]، وحتى تنقضي انقضاء طبيعيا بصدور حكم بات أو بغير ذلك من أسباب الانقضاء[5].

والأعمال الإجرائية في الخصومة الجنائية والخصومة التبعية، تمثل في مجملها الأعمال التي تمارس من خلالها حقوق الدفاع ومقتضياتها أو ضماناتها، وعليه فإن الخصم متى تجاوز نطاق الأعمال الإجرائية الجنائية المسموح له بها، فإن ممارسته لهذه الحقوق أو المفترضات أو الضمانات تكون معيبة.

ويستوجب الإشارة الى أن النيابة العامة تجمع بين الحقوق والمكنات الإجرائية التي يخولها لها المركز القانوني للخصم باعتبارها خصما، وبين ما أسند إليها من اختصاصات باعتبارها إحدى الجهات القضائية.

ثانيا: الصلاحية الشخصية : لا يكفي أن تتوافر للقائم بالعمل الإجرائي الجنائي صفة تسمح له باتخاذ هذا الإجراء وأن يدخل هذا العمل في النطاق المسموح به، بل يتعين له أيضا الصلاحية

---

[1] راجع الصفحة 29-31 من هذه المذكرة.

[2] فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص292.

[3] يلاحظ أنه إن كان هذا هو الأصل العام، إلا أنه بخصوص الخصومة المدنية تجدر الإشارة بأن الطابع المختلط المدني الجنائي للحق في الدعوى المدنية التبعية انعكاساته على الدور الإجرائي للمدعى المدني أمام القضاء الجنائي.
محمد نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص169 وما بعدها.

[4] يلاحظ أن الدعوى المقصودة هي الدعوى الجنائية الأصلية، أي التي تهدف إلى إقرار ما لدولة من سلطة في مجازاة المتهم، غير أنه توجد أيضا دعاوى جنائية تكميلية مثل دعوى إلغاء وقف التنفيذ ودعوى رد الاعتبار، هذه الدعاوى الجنائية التكميلية تنشأ عنها خصومة جنائية يتحدد هدفها حسب كل دعوى على حدة.
أحمد فتحي سرور: الوسيط في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص64 وما بعدها.

[5] محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص544.

الشخصية للعمل المعين[1]، والصلاحية الشخصية تختلف عن الأهلية الواجبة توافرها في شخص القائم بالعمل الإجرائي الجنائي، إذ أن الأهلية ترتكز على أوضاع طبيعية أو ذاتية في الشخص [2] ، في حين أن الصلاحية عمل البحث تقوم على علاقة الشخص للقيام بالعمل الإجرائي الجنائي ، نظرا لوجود أو انتفاء علاقة بينه وبين محل هذا العمل[3].

وعليه سندرس الصلاحية الخاصة بالنسبة للقضاة ثم بالنسبة للخصوم.

1: الصلاحية الشخصية للقضاة وغيرهم من الموظفين العامين : وهذا الجانب يمكننا من رصد ثلاث أمور تحت هذه الصلاحية وهي:

أ- ضرورة توافر التشكيل العضوي لاتخاذ العمل الإجرائي الجنائي.

ب- ضرورة انتفاء المصلحة المادية والأدبية لدى القائم بالعمل الإجرائي الجنائي.

ج- ضرورة وجود علاقة إجرائية مباشرة بين القائم بالعمل الإجرائي الجنائي ومحله.

وسنستعرض لهذه العناصر بشيء من التفصيل في ما يلي:

أ- ضرورة توافر التشكل العضوي: ويقصد بالتشكيل العضوي أن تتوافر الشروط المتطلبة قانونا ، بحسب الأحوال في الشخص أو الأشخاص حتى يسمح لهم باتخاذ عمل إجرائي معين.

وينطوي التشكيل العضوي على ما يلي:

- **ضرورة أن ينظر الدعوى القضاء الطبيعي:** سبق وأن شرحنا فكرة القاضي الطبيعي [4] والذي ينبغي التذكير به هنا، هو أن ممارسة المجتمع للحقوق المخولة له دفاعا عن مصالحه التي تم أو

---

[1] فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص391 وما بعدها.

[2] الأهلية في القانون المدني: ففي اللغة هي الصلاحية والجدارة والكفاية لأمر من الأمور، فالأهلية للأمر هي الصلاحية له ، ومنه قوله تعالى في حق المؤمنين: ﴿ وَأَلْزَمَهُمْ كَلِمَةَ التَّقْوَى وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا ﴾.
صورة الفتح الآية رقم 26.
والأهلية في مجال القانون تعني المعنى ذاته فهي صلاحية يعترف بها القانون للشخص، هذه الصلاحية قد يقصد بها مجرد صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وعندئذ نواجه ما يسمى بأهلية الوجوب، أي وجوب اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وأما القدرة على إنشاء الحقوق والالتزامات عن طريق مباشرة التصرفات القانونية المختلفة فيتعلق بأهلية الأداء، وهكذا تنقسم الأهلية القانونية إلى نوعين وهما أهلية الوجوب وأهلية الأداء.
إذن أهلية الوجوب أهلية تمتع بالحقوق والتزام بالواجبات, حتى ولو لم يمارس الشخص بنفسه حقه والتزامه.
أما أهلية الأداء فهي مباشرة الشخص للحق أو الواجب أي استعمالها بنفسه

[3] محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص555.

[4] راجع الصفحة:111-113 من هذه المذكرة.

يخشى المساس بها، يتعين أن تتم من خلال عمل إجرائي جنائي يتفق وفكرة القاضي الطبيعي [1] ، إذ يتعين أن يكون القائم بالعمل الإجرائي الجنائي تم تعيينه وفقا لشروط قانون السلطة لقانون الإجراءات الجنائية ويسمح بالطعن في قراراته وأحكامه بالطرق المقررة في هذا القانون [2].

كما يشترط أن يطبق القاضي قواعد القانون الطبيعي أو العادي لا الاستثنائي[3]، فإن تخلف عنصر أو أكثر من عناصر القاضي الطبيعي، كانت ممارسة حقوق الدفاع ممارسة غير صحيحة، لا تنتج أثرها كما يترتب على الممارسة الصحيحة من أثار[4].

– **ضرورة توافر الاختصاص الشخصي للقائم بالإجراءات:** ومن ذلك توافر العدد اللازم للتشكيل ، فعلى سبيل المثال – تشكل محكمة الجنايات من ثلاث مستشارين، فلا تتوافر الصلاحية بصدور حكم من اثنين من المستشارين فحسب، فرغم توافر الصلاحية الموضوعية لهما من صفة واختصاص، إلا أن ما يصدر منهما من أحكام تكون معيبة لعدم توافر العدد اللازم لإصداره وكذا الأمر شأن صدور حكم بدون توافر الأصوات اللازمة لإصداره أو بدون احترام قواعد التصويت.

– **ضرورة انتفاء المصلحة الشخصية والشعور بالحرج:** يتعين ألا يكون الموظف في قيامه بعمله أية مصلحة مادية أو أدبية، وذلك حتى لا يحيد عن واجب النزاهة المفروضة عليه[5].

نظم القانون ضمانات تكفل نزاهة القضاة يحظر عليهم الاشتغال بالعمل السياسي[6]، حتى لا لا يدفعه انتماؤه الحزبي إلى الحكم لمصلحة خصم يشاركه نفس الانتماء، كما حظر عليهم القيام بعمل تجاري[7].

---

[1] حسن يوسف مصطفى مقابلة: الشرعية في الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص96.

[2] حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص94.

[3] حسن يوسف مصطفي مقابلة: الشرعية في الإجراءات الجزائية ،مرجع سابق، ص97.

[4] المرجع السابق ص99.

[5] فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص391.

[6] يحظر على القاضي مزاولة العمل السياسي.

فقد نصت المادة 14 من القانون العضو ي رقم 11/14مؤرخ في 11 رجب عام 1425 الموافق ل 06 سبتمبر 2004،المتضمن القانون الأساسي للقضاء:"يحظر على القاضي الانتماء إلى أي حزب سياسي ،ويمنع عليه كل نشاط سياسي.

[7] يحظر على القاضي العمل التجاري. فقد نصت المادة 17 من القانون العضو ي رقم 11/14م:"يمنع على القاضي ممارسة أي وظيفة أخرى عمومية كانت أم خاصة تدر ربحا ، ...".

حتى لا تؤثر مصالحهم وارتباطاتهم التجارية على عملهم القضائي، كما حظر القانون على القضاة أن يشتروا بأسمائهم أو بأسماء مستعارة الحقوق المتنازع عليها، متى كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يمارسون عملهم في دائرتها.[1]

ب-القضاة وعدم الصلاحية والرد: والرد لغة يعني: الصرف وعدم القبول يقال رده ردا، ومردا ومردودا؛ أي صرفه ولم يقبله، وخطأه، ورد عليه الشيء إذ لم يقبله، وكذا إذا أخطأه[2].

وفي المعنى الاصطلاحي القانوني: الرخصة المخولة للخصم في أن يطلب امتناع القاضي عن نظر دعواه بناء على أسباب حددها القانون[3].

وقد نظمت أغلب التشريعات المعاصرة، أسبابا لعدم صلاحية القاضي وأعضاء النيابة العامة[4]. وعدم صلاحية أعوان القضاء، كما نظم أسبابا لرد القاضي وتختلف حالات عدم صلاحية القضاة من خلال ردهم، في أن الأولى تتعلق بالنظام العام، ويفتقد القاضي صفته لنظر الدعوى من تلقاء نفسه، ولا يجوز التنازل عن هذا الدفع ويحتج به في أية حالة كانت عليها الدعوى متى ولو كان ذلك لأول مرة أمام المحكمة العليا. أما حالات الرد [5] فيجب إثارتها متى سمح إثارتها كما ينبغي إبداؤها قبل تقديم أي دفع أو دفاع وإلا سقط الحق فيه[1].

كما نصت المادة 18 من نفس القانون على أن:"يمنع على كل قاض ،مهما يكن وضعه القانوني، أن يملك في مؤسسة ، بنفسه أو بواسطة الغير تحت أية تسمية ،مصالح يمكن أن تشكل عائقا للممارسة الطبيعية لمهامه ،أو تمس باستقلالية القضاء بصفة عامة.

[1] لقد نص القانون المدني الجزائري في المادة 402 على أن:"لايجوز للقضاة ول للمدافعين القضائيين،ولا للمحامين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط،أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا.

[2] القاموس المحيط: ج1، ط1، .مرجع سابق، ص294.

[3] حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص128.

[4] في القانون الجزائري لا يجوز رد أعضاء النيابة العامة رغم أنهم ينتمون لسلك القضائي تطبيقا لحكم المادة 2 من القانون الأساسي للقضاء باعتبارها خصما في الدعوى العمومية، فلا يجب عليهم التنحي ولا يجوز في حقهم الرد، لأن الخصم لا يرد وهو المبدأ الذي تقرره المادة:555 ق.إ.ج.ج، فتنص لا يجوز رد رجال القضاء أعضاء النيابة العامة.
عبد الله أوهايبية: شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري مرجع سابق ص83.

[5] والرد كمبدأ فرده قانون الإجراءات الجزائية الجزائري في المادتين 555، 556 وينطبق على قضاة الحكم والتحقيق في مختلف درجات التقاضي ويترتب على قبول الرد تنحية القاضي عن نظر الدعو ى في الحالات المحددة في المادة 554 وهي:

- وجود قرابة أو نسب بين القاضي أو زوجته وبين أحد الخصوم في الدعوى حتى درجة قرابة ابن لهم الشقيق " الدرجة الرابعة "
- إذا كان القاضي وزوجته أو من هم تحت وصايته أو سلطته مصلحة في الدعوى.

وفي التشريعات الانجليزية و الأمريكية لا يكفي تحقق صلاحية المحلف وإنما ينبغي أن يطمئن المتهم إلى نزاهته وحيدته، ولذا فإنه يتعين قبول المحلف من قبل الاتهام والدفاع معا ، وذلك اعتمادا على حق الاعتراض على المحلفين قبل جلوسهم لنظر الدعوى[2].

فيما يخص الرد فقد وردت أسبابه على سبيل الحصر في المادة 557 من قانون الإجراءات الجزائية، وهو مكفول للمتهم وكل طرف في الدعوى، وهو من النظام العام شأنه شأن الدعوى العمومية[3]، وفيما يتعلق بإجراءات الرد، فقد وردت في أحكام المواد: 558 إلى 565 من القانون الإجراءات الجزائية، إلا أن المادة: 565 من قانون الإجراءات الجزائية تفقد هذا الإجراء فعاليته بحيث تفرض على طالب الرد عند رفض طلبه غرامة مالية، إلى جانب المصاريف القضائية، مما يجعله يستغني عن حقه في طلب الرد أصلا.

ج-شخص العمل الإجرائي والصلاحية الإجرائية المباشرة: إن شخص العمل الإجرائي من الموظفين القانونيين، يرتبط بهذا العمل بعلاقتين إجرائيتين، الأولى يصح تسميتها بالعلاقة الانفرادية تقوم بين شخص العمل الإجرائي وكل عمل إجرائي جنائي يصدر عنه بشكل مستقل ، والأصل فيها أن تكون مباشرة أي لا يوجد وسيط بين شخص العمل الإجرائي الجنائي، وهذا العمل- أما الثانية فهي علاقة كلية تقوم بين شخص العمل الإجرائي والخصومة الجنائية ككل ، فهي شرط بالنسبة للقاضي وحده دون سائر أشخاص العمل الإجرائي الجنائي من الموظفين العامين[4].

- إذا كان القاضي أو زوجته في حالة تبعية بالنسبة لأحد الخصوم أو على علاقة شخصية قوية به، يشتبه معها عدم حيدته في الحكم.
- إذا كان القاضي قد نظر القضية المطروحة أمامه كقاضي أو حكم أو محام فيها أو أدلى بأقواله فيها كشاهد.
- إذا وجدت دعوى بين القاضي أو زوجته أو أقاربهما أو أصهارهما وبين أحد الخصوم أو زوجته أو أقاربه.
- إذا كان القاضي أو لزوجته دعوى أمام المحكمة التي يكون فيها أحد الخصوم قاضيا.
- إذا كان القاضي أو لزوجته أو أقاربهما أو أصهارهما على عمود النسب المباشر نزاع مماثل للنزاع المختصم فيه أمامه بين الخصوم.
- إذا كان بين القاضي أو زوجته وبين أحد الخصوم من المظاهر الكافية الخطورة ما يشتبه معه في عدم تحيزه في الحكم.

قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

[1] محمود صالح العادلي : نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق ص522.

[2] حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، المرجع السابق، ص130.

[3] فرج مينا: الوجيز في الإجراءات الجزائية، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص118.

[4] محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص568.

والعلاقة الانفرادية، هي التي تقوم بين شخص العمل الإجرائي وكل عمل مسند إليه، وهي علاقة لازمة بحسب الأصل بالنسبة للقضاة وأعضاء النيابة العامة[1].

ولكن خروجا عن هذا الأصل يجوز الإنابة [2] بشروط معينة سواء في التحقيق الابتدائي [3] ، وسواء في التحقيق النهائي [4] كما يجوز اعتماد شخص العمل الإجرائي الجنائي على أعمال اتخذها الغير.

– **العلاقة الانفرادية والقاضي:** وتتجه غالبية الفقه في طلب هذه العلاقة الانفرادية المباشرة بين القاضي والعمل الإجرائي الجنائي، ويعبر الفقه عن تطلبها بالنسبة للقاضي بضرورة وجود الصفة المباشرة بينه وبين إجراءات المحاكمة[1].

---

[1] لقد أوردت المادة:71 من قانون الإجراءات الجزائية المعدلة والمتممة بالقانون 08/010، يبدو فيها صفة الخصم للنيابة العامة جلية من حيث أنه لم يعدها تنحية قاضي التحقيق عن القضية كما كان قبل التعديل المذكور أعلاه، بل أصبحت تحتكم لرئيس غرفة الاتهام شأنها في ذلك شأن المتهم والمدعي المدني.

عبد الله أوهابية: شرح قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، هامش2 ، ص86.

[2] الندب القضائي: هي عبارة عن أمر يصدره قاضي التحقيق إلى مأمور الضبط القضائي طالبا منه فيه اتخاذ إجراء معين من إجراءات التحقيق، حيث به يصبح المندوب مختصا بعمل لم يكن له حق القيام به من قبل.

محمد محدة: ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية: ج2، ط1، دار الهدى الجزائر 1992، ص233.

[3] التحقيق الابتدائي: هو مرحلة متوسطة من التحريات الأولية التي تقوم بها الضبطية القضائية والتحقيقات النهائية التي تقوم بها المحكمة، والتحقيق الابتدائي وهو القيام بجميع إجراءات التحقيق من بحث وتحري والتي يراها قاضي التحقيق ضرورية للكشف عن الحقيقة، ويقرر ما يراه لازما بشأنها بمجرد اعتبار التحقيق منتهيا، وذلك بأن لا وجه للمتابعة عند توافر أسبابه، أو إحالة الدعوى إلى المحكمة، وإذا كانت الأدلة كافية وهي من اختصاصها أو إرسال مع أدلة الإثبات بمعرفة وكيل الدولة إلى النائب العام لدى المجلس القضائي قصد اتخاذ الإجراءات اللازمة لإرساله إلى غرفة الاتهام.

محمد محدة: ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، مرجع سابق، ص37،38.

[4] المحاكمة هي المرحلة الثانية، التي تمر بها الدعوى الجنائية، إذ تستقر بعد تحقيقها بين قضاء الحكم، وفي هذه المرحلة تفحص أدلة الدعوى ويحقق دفاع الخصوم ثم يصدر الحكم، بعد ذلك بإدانة المتهم أو ببراءته، أو بما هو في معنى البراءة كالحكم بعدم الاختصاص أو بعدم جواز النظر في الدعوى أو بانقضائها ويطلق على التحقيق الذي يجرى في مرحلة المحاكمة مصطلح التحقيق النهائي تمييزا له عن التحقيق الذي يسبق رفع الدعوى وهو ما يعرف بالتحقيق الابتدائي.

ولا ينحصر الفرق بين التحقيق النهائي والتحقيق الابتدائي في الجهة التي تباشر كلا منهما، بل يتمثل كذلك في أمور جوهرية، منها غالبية الطابع التنظيمي في مرحلة التحقيق الابتدائي، وغلبيه الطابع الإتهامي في مرحلة التحقيق النهائي ، ومنها أن مرحلة التحقيق الابتدائي يمكن الاستغناء عنها في أحوال معينة، فيصح رفع الدعوى الجنائية إلى المحكمة مباشرة يعتبر تحقيق أما التحقيق النهائي فلا يمكن الاستغناء عنه.

كما أن التحقيق الابتدائي ينبني في المقام الأول إلى جمع الأدلة وتقديرها تقديرا أوليا، أما التحقيق النهائي فيهدف أساسا إلى تمحيص الأدلة وتقديرها بصفة نهائية، ومجرى القول في الفقه بأن الشك في مرحلة التحقيق الابتدائي يفسر أحيانا ضد مصلحة المتهم، أما في التحقيق النهائي فيفسر الشك لمصلحته.

عوض محمد عوض: المبادئ العامة في الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص492.

وتفسير هذه العلاقة مؤداها أن تعرض الأدلة مباشرة على القاضي، بحيث يتمكن من خلال هذه العلاقة المباشرة معايشة الدليل حسيا فيتفحصه ويقيم قيمته، فإذا استمع بعد ذلك إلى مناقشات الخصوم بشأنه يتاح له تفهمها وتأصلها واستخلاص نتائجها على أساس علمه المباشر ومعاينته الشخصية للدليل، وهذه الصفة المباشرة بين القاضي وإجراءات المحاكمة تؤسس على مبدأ الاقتناع القضائي للقاضي[2].

– **العلاقة الانفرادية ومهام الضبط القضائي:** إن كانت العلاقة الانفرادية أي الصلة الإجرائية – المباشرة تعتبر أصلا عاما – لا يرد عليه استثناء إلا في حدود ضيقة يسري على كافة أشخاص العمل الإجرائي الجنائي من الموظفين، إلا أن تطبيق هذا الأصل العام على الأعمال الإجرائية المسندة لرجال الضبط القضائي، يتسم بطابع تصاعدي فبالنسبة لإجراءات الاستدلال يسمح فيها باستعانة مأموري الضبط القضائي بمساعدتهم من رجال الشرطة في إنجاز هذه الإجراءات[3].

كما يجوز الاستعانة بمرشدين يساعدونهم في التحري والبحث، أما بالنسبة لإجراءات التحقيق لابتدائي فإن الاستعانة برجال الشرطة من غير مأمور الضبط القضائي يتعين أن تتم في أضيق نطاق للمحافظة على حرية الأفراد وحقوقهم[4].

2: الصلاحية الشخصية للخصوم: يتعين أن يكون الخصم القائم بالعمل الإجرائي الجنائي صالحا للقيام به، وهذه الصلاحية إما أن تكون عامة أو خاصة[5]...

أ–الصلاحيات العامة: وتشمل هذه الصلاحية أهلية الاختصام، والأهلية الإجرائية.

–أهلية الاختصام: تعني أهلية الاختصام بوجه عام صلاحية الشخص لأن يكون خصما، ويختلف تحديد هذه الصلاحية حسب ما إذا كان يتعلق بالخصومة الجنائية أم المدنية، ففي الثانية يعد أهلا لأن يكون خصما من له أهلية الوجوب وهي تعني صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل

---

[1] أحمد فتحي سرور: الوسيط في الإجراءات، مرجع سابق، ص 49؛ مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية، ج 2 ، ص94.

[2] محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص820.

[3] لقد نص المشرع الجزائري في المادة: 4/17 " ولهم الحق أن يلجئوا مباشرة إلى طلب مساعدة القوة العمومية في تنفيذ ....." هذه المادة بينت لنا كيف يتم الاستعانة بالقوة العمومية من قبل ضباط الشرطة القضائية.

[4] رؤوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، مرجع سابق، ص308. وما بعدها.

[5] فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص393.

الالتزامات[1] منقولة إلى ميدان الخصومة، ويقصد بالأهلية الإجرائية صلاحية الشخص للقيام بعمل إجرائي باسمه، وهذه الأهلية تقابل أهلية الأداء[2].

وإن كانت العلاقة بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء ليست دائما علاقة تلازم، بمعنى أن توافر أهلية الوجوب للأشخاص ليست بالضرورة توافر أهلية الأداء لهم. فالأهلية الإجرائية ترتبط كلقاعدة عامة بالتمييز وحرية الاختيار[3].

-**الأهلية الإجرائية:** فالخصومة عبارة عن مجموعة من الأعمال الإجرائية التي ترتبط ببعضها ارتباطا وثيقا، فإن الأعمال الإجرائية إن كانت بوجه عام أعمالا صادرة من جانب واحد، بيد أنها كقاعدة عامة لا تنتج أثرها حتى ولو كانت أعمالا موجهة إلى القاضي، إلا متى أبلغت للخصم الأخر، ولذلك فإن توافر أهلية الاختصام والأهلية الإجرائية لدى من يقوم بالعمل الإجرائي لا يغني عن ضرورة توافر هذه الأهلية أو تلك في الخصم الأخر الذي يتعين إبلاغ العمل إليه[4].

والقاعدة هي أن العمل الإجرائي يكون معيبا إذا لم تتوافر الأهلية في شخص العمل أو فمن يبلغ إليه العمل، ومن ثم فإن العمل الإجرائي يبطل متى لم تتوافر هذه الشروط للخصم الذي يتخذ الإجراء، فالهدف هو إتاحة الفرصة للخصم الأخر لأن يمارس حقوق دفاعه أمام القضاء[5].

-**التمثيل القانوني في مباشرة النشاط الإجرائي:** يوجب القانون أحيانا ضرورة الاستعانة لبعض الأعمال الإجرائية بشخص قانوني أتفق على تسميته في أغلب التشريعات المعاصرة بالمحامي أو المدافع، والغاية التي تقف من وراء هذا هو محاولة هذه التشريعات إيجاد التوازن بين أطراف العلاقة الإجرائية، بحيث متى كان الطرف ضعيفا فإنه من الضروري إتاحة الفرصة له لممارسة حقوق دفاعه بشكل أفضل، ومن أبرز مظاهر الطرف الضعيف هذه كون الشخص المتهم بجناية

---

[1] خليل أحمد حسن قدادة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري،ج 1، مصادر الالتزام، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2010 ، ص46.

[2] أهلية الأداء تعني قدرة الشخص في التصرف بأمواله، هذا النوع من الأهلية لا تثبت لكل شخص كما هو بالنسبة لأهلية الوجوب، وإنما تثبت لمن عنده القدرة على إبرام التصرفات القانونية له ولغيره، ومن ثم فإن أهلية الأداء ترتبط ارتباطا وثيقا مع قدرة الإنسان على التميز، وهذه القدرة تختلف من شخص لأخر.

المرجع السابق، ص 46.

[3] فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص393.

[4] المرجع السابق، ص394.

[5] المرجع السابق، ص 395.

إذ لجأ المشرع سواء على المستوى الداخلي [1]، أو على المستوى الدولي [2] لجوءا لا يقبل العكس ، مفاده أن المتهم بجناية بحاجة دائما إلى من يعاونه في ممارسة حقوق دفاعه أمام القضاء الجنائي[3].

ويترتب على عدم ممارسة العمل الإجرائي الجنائي بواسطة المدافع المحدد قانونا عدم صحة هذا الإجراء وما يترتب عليه من إجراءات لأن ما بني على باطل فهو باطل.

ب- صلاحيات الخصم الخاصة (الصفة لإجرائية): يقصد بصلاحية الخصم أن تتوافر له الصلاحية للقيام بعمل قانوني معين في الخصومة، وهذه الأخيرة يطلق عليها الصفة الإجرائية، إذ أن توافر أهلية الاختصام والأهلية الإجرائية للشخص بالنسبة للعمل الأول الذي يبدأ به الخصومة[4].

فالمركز القانوني للخصم يخول صاحبه مجموعة من الحقوق الإجرائية الهدف منها تحقيق الخصومة لغايتها من تطبيق القانون على الحالة المعروضة ونستنتج من هذا أن الخصم ليس له حقوق إجرائية مطلقة بل مقيدة في حدود ما يخوله القانون [5]، فالصفة تعبر عن الجانب الشخصي من المصلحة، لذلك فإن العمل الإجرائي الجنائي يكون باطلا لانتفاء المصلحة، أي المصلحة الإجرائية وهي مصلحة قانونية تمثل مضمون سلطة إجرائية معينة وهذه المصلحة تتوافر في اتخاذ إجراء تحريك الدعوى أو الخصومة.

---

[1] لقد أوجب المشرع الجزائري على وجوب تعيين محامي في الجنايات.

فقد نصت المادة 292 من ق ا ج ج على :"إن حضور محام في الجلسة لمعاونة المتهم وجوبي وعند الاقتضاء يندب الرئيس من تلقاء نفسه محاميا للمتهم."

[2] لقد نص ميثاق روما الأساسي: المادة 55: حقوق الأشخاص أثناء التحقيق :

(ج) الاستعانة بالمساعدة القانونية التي يختارها وإذا لم يكن لدى الشخص مساعدة قانونية، توفر له تلك المساعدة في أية حالة تقتضي فيها دواعي العدالة، ودون أن يدفع الشخص تكاليف تلك المساعدة في أية حالة من هذا النوع إذا لم تكن لدية الإمكانيات الكافية لتحملها؛

(د) أن يجري استجوابه في حضور محام، ما لم يتنازل الشخص طواعية عن حقه في الاستعانة بمحام.

[3] محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق، ص 729؛ رؤوف عبيد: المشكلات العملية في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص557.

[4] فهذا العمل الإجرائي وحده تختلط فيه الصفة الإجرائية بالأهلية "إذ يكون لكل شخص تتوافر فيه أهلية الاختصام والأهلية الإجرائية أن يتقدم بطلباته للقضاء، فالشخص هنا يمارس إمكانية الالتجاء إلى القضاء.

فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص976.

[5] محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص596.

فالمصلحة في بدء خصومة تتوافر في كل شخص لديه الأهلية، ولذا فإنه لا محل لإثارة مشكلة المصلحة الإجرائية بخصوص إجراء تحريك الدعوى، أما فيما يتعلق بالإجراءات التالية فإنه قد لا يتوافر للخصم الحق في الدفع ببطلان عمل إجرائي في الخصومة، وذلك متى انتفت مصلحته القانونية لذلك، وبه فإن دفعه بكون باطلا، وترتبط الصفة بالمصلحة القانونية، لأن الأولى تعني شبه حق إلى شخص معين، في حين أن الثانية تعني حقا معينا، والحق لا يوجد بغير شخص هو جانب الحق فالحديث عن الصفة يعنى عنه الكلام عن المصلحة القانونية[1].

ويتعين الابتعاد عن الخلط بين الصفة الإجرائية، وهي تعبر عن الجانب الشخصي من مصلحة إجرائية وبين الصفة كشرط من شروط الدعوى وهي تعبر عن الجانب الشخصي للمصلحة في الدعوى فالصفة الإجرائية متطلبة بالنسبة لكل عمل إجرائي أيا كان في حين إن الصفة كشرط من شروط الدعوى فهي متطلبة لوجود الحق في الدعوى[2].

الفرع الثاني: شكل العمل الإجرائي وزمانه.

أولا: شكل العمل الإجرائي الجنائي وخصائصه.

1: مفهوم شكل العمل الإجرائي: يؤدي الشكل في العمل القانوني بوجه عام دورا بارزا، باعتباره أنه ينقل هذا العمل من دائرة التفكير إلى العالم الخارجي، فالعمل القانوني أيا كان ليس إلا حركة أو تعبير يحدث في العالم الخارجي.

فالشكل بمعناه الواسع هو الحركة أو التعبير الذي يحدث في العالم الخارجي، ويمكن التميز في كل عمل بين عنصرين، أولهما النشاط وثانيهما حدث نتيجة لهذا النشاط، فكل حدث يفترض وجود نشاط أو حركة أدت إليه، كما أن كل نشاط يؤدي إلى حدث أي إلى وجود تعبير في العالم الخارجي[3]، والحدث الواحد يمكن أن يكون مصدره أنواعا متباينة من النشاط فالشكوى كحدث – أي كإخبار للجهات القضائية المختصة بوقوع جريمة من الجرائم، فضلا عن كونها تتضمن طلبا لتحريك الدعوى الجنائية ضد مرتكبيها يمكن أن يكون مصدرها بلاغا شفويا، وقد يكون مصدرها بلاغا كتابيا يتضمن ذات المضمون، كما أن الشكوى المكتوبة قد تقدم بصورة مستقلة وقد تندمج في إدعاء مدني أمام القضاء الجنائي، والشكوى الشفوية قد تكون بأكثر من

[1] فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص597.

[2] المرجع السابق، ص598.

[3] المرجع السابق، ص 148.

صورة منها الاستغاثة الصريحة من المجني عليه في حضور أحد مأموري الضبط القضائي ومنها الإدلاء بمضمون الشكوى أمام الجهات المختصة[1].

ويخص الفقه عنصر النشاط في العمل القانوني باصطلاح الشكل في حين يختص عنصر الحدث باصطلاح المضمون، وبه فإنه يمكن تعريف الشكل بمعنى ضيق بأنه الوسيلة التي يتحقق بها الحدث، أي الوسيلة التي يظهر بها أمام الغير[2].

2:خصائص شكل العمل الإجرائي: لشكل في العمل الإجرائي الجنائي له خصائص متعددة تنبع أساسا من أن الشكل ليس مطلوبا لذاته بل لغاية معينة، وسنوضح ذلك في ما يأتي:

أ- الشكل له وظيفة خارجية:

جل التشريعات الحديثة تحررت من الشكلية التي كانت سائدة في القوانين القديمة، التي كانت تجعل الإجراء ينتج أثاره لمجرد توافر الأشكال التي يتطلبها القانون، في حين أن الشكلية في القوانين الحديثة لها وظيفة خارجية يتطلب توافرها إلى جانب عناصر الإجراءات الموضوعية، وترتبط صحة الإجراء بتوافر كل من عناصره الشكلية والموضوعية معا[3].

وعلى سبيل المثال نجد أن بيان التهمة في ورقة التكليف بالحضور، أي بيان السلوك المسند إلى المتهم، لا يهدف إلى تحقيق وظيفة خارجية تتبلور في علم المتهم بالتهمة المنسوبة إليه، حتى يعد دفاعه في شأنها، أضف إلى ذلك أن هذا البيان يرسم حدود الدعوى حتى تتقيد بها المحكمة[4].

ب- علاقة الشكل في العمل الإجرائي الجنائي:

لا يعرف القانون في الوقت المعاصر عبارات مقدمة فهو يشترط ذكر ألفاظا أو عبارات بعينها، ولكنه يحدد الشكل بطريقة تتسم بالمرونة وبه لا يهم استعمال ألفاظ معينة طالما أنها تعبر عن المقصود بها، كما أنه لا يشترط أن تأتي البيانات بترتيب معين أضف إلى ذلك أن تقص أحد البيانات التي نص عليها القانون، لا يعيب شكل العمل الإجرائي الجنائي كقاعدة عامة طالما يوجد بيان آخر يؤدي ذات وظيفة البيان الناقص[5].

---

[1] رءوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، مرجع سابق، ص83.

[2] فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص149.

[3] محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص612.

[4] بخصوص بيان التهمة: راجع رءوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، مرجع سابق، ص 620 ومابعدها.

[5] فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص187.

ج-وسيلة شكل العمل الإجرائي الجنائي:

إن كان الشكل في العمل الإجرائي الجنائي ليس هدفا في حد ذاته، فإن المنطق القانوني يفرض القول بعدم بطلان أو إبطال الإجراء طالما أن الغاية منه تحققت في الواقع.

فالقانون يستهدف من تقرير شكل معين تحقيق ضمانات محددة، مثل احترام الدفاع أو مواجهة الخصوم، فإذا كانت هذه الضمانات قد تحققت، فإن التمسك ببطلان الإجراء لعدم احترام الشكل مؤداه تجاوز الشكل للغاية المقررة له.

ويعكف تأسيس وسيلة الشكل على نظرية التعسف في استعمال الحق فهذه النظرية ترتكز على مبدأ سببية الحقوق، باعتبار أن الحقوق ليست غاية في حد ذاتها بل هي وسيلة ترمي لتحقيق غاية محددة وبه فإن عيب الشكل في العمل من تقرير هذا الحق لصاحبه، هو ضمان تحقيق الغاية من القاعدة محل المخالفة، وعليه فإن تمسك الخصم بالبطلان رغم تحقق الغاية من الشكل أو البيان المطلوب يعد استعمالا غير مشروع للحق، لأنه بتمسكه بالبطلان ليس بهدف تحقيق الغاية التي قررها المشرع لهذا الحق، الأمر الذي يعتبر تعسفا في ممارسة الحق[1].

لقد نصت المادة: 347[2] من قانون الإجراءات الجزائية على أن للمتهم الطليق الذي يجيب على نداء اسمه ويغادر قاعة الجلسة يعتبر الحكم في حقه حضوريا وليس من حقه التمسك ببطلان الحكم لمغادرته الجلسة.

ثانيا: زمان العمل الإجرائي الجنائي.

1: الزمان كإطار عام للعمل الإجرائي الجنائي: ويبرز بصفة خاصة في مدة تقادم الدعوى ووقت الجلسة.

أ- تقادم الدعوى: لاشك أن تحديد مدة تقادم الدعوى الجزائية [1] أمر ضروري حتى تحسم الخصومة المتعلقة بها خلال زمن محدد، وتؤسس فكرة تقادم الدعوى الجنائية في القانون الوضعي على تميز السلطة الجنائية لسرعة اتخاذ الإجراءات[2].

---

[1] فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص371.

[2] المادة:347 " يكون الحكم حضوريا على المتهم الطليق:

- الذي يجيب على نداء اسمه ويغادر باختياره قاعة الجلسة.
- والذي رغم حضوره بالجلسة يرفض الإجابة أو يقرر التخلف عن الحضور.
- والذي يعد حضوره بإحدى الجلسات الأولى فيمتنع باختياره عن الحضور بالجلسات التي تؤجل إليها الدعوى أو جلسة الحكم...

كما أن عدم قيام السلطات المختصة لممارسة الدعوى الجنائية يعد إهمالا منها لا ينبغي أن يتحمل الأفراد نتيجته، ومن أسس تقادم الدعوى الجنائية في القانون الوضعي كذلك، دلالة مضي مدة معينة ومن اتخاذ إجراءات جنائية ضد المتهم بشأن الجريمة مما يفقد الرأي العام حساسية النتائج عن حدوثها[3].

وعليه فإنه يتعين ممارسة العمل الإجرائي الجزائي خلال الإطار الزمني المحدد قانونا ، أي قبل انقضاء مدة التقادم، وهذا الإطار يتحدد في القانون الجزائي، بإجراءات التحقيق أو الاتهام أو المحاكمة متى اتخذت في مواجهة المتهم، فحساب المدة يبدأ من تاريخ آخر إجراء.

وتسقط الدعوى بالتقادم بمرور المدة القانونية من تاريخ آخر إجراء أولا فهي سبب من أسباب سقوط الدعوى.

---

[1] تقادم الدعوى الجنائية: نظم المشرع الجزائري في المواد، 6،7،8،9 من قانون الإجراءات الجزائية " وبعد أن نص في المادة الأولى على أن الدعوى العمومية تنقضي بالتقادم "(تنقضي الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق العقوبة... ، بالتقادم...).

فصلت المواد الأخرى أحكام التقادم كالمدة التي تتقادم بها الدعوى في الجنايات والجنح والمخالفات وكيفية حسابها.

فتنص المادة7: لتقادم الدعوى العمومية في مواد الجنايات بانقضاء عشر سنوات كاملة تسري من يوم اقتراف الجريمة إذا لم يتخذ في تلك الفترة أي إجراء من إجراءات التحقيق أو المتابعة،

" فإذا كانت قد اتخذت إجراءات في تلك الفترة فلا يسري التقادم إلا بعد عشر سنوات كاملة من تاريخ أخر إجراء"، وكذلك الشأن بالنسبة للأشخاص الذين لم يتناولهم أي إجراء من إجراءات التحقيق أو المتابعة.

وتنص المادة/8: وتتقادم الدعوى العمومية في مواد الجنح بمرور ثلاث سنوات كاملة، ويتبع في شأن التقادم الأحكام الموضحة في المادة7" .

وتنص المادة 9: " يكون التقادم في المواد المخالفات بمضي سنتين كاملتين ويتبع في شأنه الأحكام الموضحة في المادة:7" عبد الله أوهابية: شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مرجع سابق، ص126،127.

واستنادا من القاعدة طبقا لنص المادة: 8 مكرر من قانون رقم: 14/44 المؤرخ في/2004/11/10، فإن الجنايات والجنح الموصوفة أفعال إرهابية طبقا للمادة:8 مكرر وما بعدها من القانون رقم:11/95 المؤرخ في:1995/02/25 كذلك الأفعال المتعلقة بالجريمة المنظمة العابرة للحدود أو الرشوة أو اختلاس أموال عمومية لا تسقط بالتقادم.

كما نص القانون رقم 16 المؤرخ في 2006/02/20، المتعلق بالوقاية من الفساد، بمقتضى المادة 54 أحكاما خاصة بالتقادم فيما يتعلق بالجرائم الموصوفة بجرائم الفساد بمقتضى المادة 54 أحكاما خاصة بالتقادم في ما يتلق بالجرائم الموصوفة بجرائم الفساد في حالة تحويلها عائدات الجريمة إلى الخارج.

بارش سليمان: شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ج1، دار الهدى،الجزائر،2007، ص88.

[2] أحمد فتحي سرور: الوسيط في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص221.

[3] سليمان عبد المنعم: أصول المحاكمات الجنائية، ك1، مرجع سابق، ص509.

كما أن أحكام تقادم الدعوى العمومية تتصل جلها بالنظام العام سواء فما يتعلق بمدته أو بداية هذه المدة أو انقطاعها أو إيقافها ويتعين على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، كما يجوز إثارة الدفع بالتقادم في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا[1].

والدفع بانقضاء الدعوى العمومية بالتقادم من الدفوع الجوهرية التي يتعين على المحكمة أن تفحصها وترد عليها بما يفيدها إذ لم ترد الأخذ به ولا يجوز للمتهم التنازل عن انقضاء الدعوى الجنائية بالتقادم[2].

ب- وقت الجلسة: فالجلسة تحدد بالوقت المخصص لنظر الدعوى أو بالتعبير الدقيق الخصومة،لإصدار منطوق أحكامها.

لقد لجأت جل التشريعات المعاصرة إلى الربط بين بعض الأعمال الإجرائية الجنائية والزمن المخصص لنظر الدعو ى مثل سماع الشهود وكافة الأعمال الإجرائية الجزائية المتعلقة بالأحكام.

والقاعدة العامة أن العمل الإجرائي الجنائي مرتبط زمنيا بوقت الجلسة، يكون معيبا متى اخذ قبل وبعد انتهاء الجلسة، ولذا قضى بأن حقوق الدفاع في سماع الشاهد لا يتعلق بما أبداه في التحقيقات بل بما يطابق ما يبديه في جلسة المحاكمة[3].

ثالثا: الزمان كإطار خاص للعمل الإجرائي الجنائي.

1- العمل الإجرائي الجنائي والمواعيد:

يرتبط العمل الإجرائي بميعاد معين، والميعاد هو فترة بين لحظتين لحظة البدء ولحظة الانتهاء، ولما كانت الخصومة تتكون من مجموعة من الأعمال الإجرائية فإن فرض مواعيد بينها يساعد على تنظيم الخصومة في سبيل تحقيق الهدف منها، كما أن فرض المواعيد يؤدي إلى وضع حد للنزاع؛ بحيث توضع نهاية للخصومة والميعاد قد يسبق العمل وقد يلحقه، وقد يشترط إلغاء العمل خلاله[4].

أ- **الميعاد السابق للعمل الإجرائي الجنائي:** تشترط التشريعات المعاصرة ميعادا معينا مثل ميعاد التكليف بالحضور، وهذه المواعيد حددها المشرع بأنها تسبق الجلسة، ففي الجنح والمخالفات وإن

[1] رءوف عبيد: المشكلات العملية في قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 139.

[2] فتحي سرور: الوسيط في الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق، ص 248.

[3] محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص 633.

[4] فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 163.

كان المشرع قد أوكل النظر فيها إلى المحكمة مؤلفة من قاض واحد للبت فيها [1]، وحدد المشرع المواعيد في المخالفات بيوم واحد وثلاثة أيام كاملة على الأقل في الجنح، وثمانية أيام كاملة على الأقل في الجنايات، وهذه المواعيد مقررة لصالح الخصوم ولصالح المجتمع فهي لصالح الخصوم لأنهم تمنحهم الفرصة لإعداد دفاعهم في الدعوى، وهي لصالح المجتمع لأنها تستهدف الإسراع في مباشرة الإجراءات.

ويلاحظ أنه يترتب على الإخلال بتلك المواعيد بحقوق المتهم في الدفاع ، لأن في المقدور تحقيق الغاية بقيام المحكمة بمنح الخصم آجلا لتحضير دفاعه، وعليه فإن طلب الخصم التأجيل للاستعداد للدفاع بسبب إعلانه في موعد أقل من المنصوص عليه قانونا، يجب على المحكمة إجابته على طلبه، فإن هي رفضت كان هذا الرفض إخلالا بحقوق الدفاع سينتج عنه بطلان الحكم الصادر في الدعوى[2]، ومتى تم إعلان الخصم صحيحا في المواعيد المقررة قانونا لا تلتزم المحكمة بإجابة الطلب التأجيل للاستعداد.

ب: الميعاد اللاحق للعمل الإجرائي:

هذا الميعاد على عكس سابقه، ينبغي أن يسبقه العمل الإجرائي الجنائي، ومن ذلك ما نصت عليه المادة105[3] من وجوب السماح للمحامي بالاطلاع على التحقيق في اليوم اللاحق على الاستجواب أو المواجهة، غير أن مخالفة هذا الميعاد لا يترتب عليه البطلان طالما أن عدم السماح لمحامي المتهم بالاطلاع كان يستهدف منه رعاية مصالح التحقيق.

ج- الميعاد الذي يجب إتمام العمل خلاله:

يتعين أن يتم العمل خلال ميعادا معينا، والأمثلة في القانون الوضعي عديدة:

- منها ما يتعلق بحق الدعوى [4] وما يسبقها من إجراءات كتحديد للمدة التي يجوز أن تقدم فيها الشكوى من المجني عليه في الجرائم التي تتطلب شكوى، ومنها ما يتعلق بحق لإثبات [5] ومنها ما

---

[1] V. Gaston Stefani, Georges Levasseur, Bernard Bouloc , (Procédure Pénale) 16eme édition Dalloz, 1996, P 375 et 376.

[2] محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص632.

[3] المادة: 105من ق، إ ، ج،ج.:"لا يجوز سماع المتهم أو المدعي المدني أو إجراء مواجهة بينهما إلا بحضور محاميه أو بعد دعوته قانونا ما لم يتنازل صراحة عن ذلك.

يستدعى المحامي بكتاب موصى عليه يرسل إليه بيومين(2) على الأقل قبل إستجواب المتهم أو سماع الطرف المدني حسب الحالة".

[4] راجع الصفحة 27 من هذه المذكرة.

[5] راجع الصفحة 28 من هذه المذكرة.

يتعلق بالحق في الطلب وفي الدفع [1]، ومنها ما يتعلق بحق الحكم، ومنها ما يتعلق بضمانة الحق في الطعن[2].

2: المعاصرة الزمنية كظرف زمني للعمل الإجرائي الجنائي:

قد يحدث وأن يكون الفاصل الزمني ضئيلا جدا بين عمل إجرائي ما وواقعة معينة أو عمل إجرائي أخر، فهذه المعاصرة الزمنية تعتبر ظرفا شكليا للعمل الإجرائي [3]، ومن ذلك بالنسبة لحق العلم بالإجراءات والادعاءات، وجوب استجواب [4] المتهم المقبوض عليه فورا وإذا مضى على إيداعه في السجن إلى حين استجوابه عن أربع وعشرون ساعة وجب تسليمه إلى النيابة العامة التي عليها أن تطلب في الحال من قاضي التحقيق استجوابه.

ومنها ما يتعلق بحق الدعوى وما يتصل به من إجراءات فالأعمال الإجرائية الجنائية التي يسمح بها في أحوال التلبس بجناية أو جنحة [5] يقتضي وجود معاصرة زمنية بينهما وبين الواقعة الإجرامية للقول بوقوعها وهذه المعاصرة تتراوح بين البرهة والوقت القريب[6].

كما أنه يتعين على رجال الضبط القضائي في أحوال التلبس بجناية أو جنحة، أن ينتقلوا فورا إلى محل الواقعة المعينة، وعليه أن يخطر وكيل الجمهورية فورا، بانتقاله وعلى وكيل الجمهورية بمجرد إخطاره بجناية متلبس بها الانتقال فورا إلى محل الواقعة.

ومن خلال ما سبق تناوله نجد أن القانون الوضعي عقد موازنة بين مصالح المجتمع ، ومصالح المتهم، فأتاح اتخاذ أعمال إجرائية جزائية مقيدة لحرياته وحقوقه، وفي نفس الوقت تطلب ضرورة المعاصرة الزمنية، بين كثير من هذه الأعمال وممارسته لحقوق دفاعه عن نفسه.

---

[1] راجع الصفحة 31 من هذه المذكرة.

[2] راجع الصفحة 130 من هذه المذكرة."

[3] فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص323 وما بعدها.

7 رؤوف عبيد: المشكلات العملية في قانون الإجراءات الجنائية المصري، ج1، مرجع سابق ، ص 36.

[5] عبد الله أوهابية: شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مرجع سابق، ص224،223

[6] وهذا الوقت اختلف في تحديده: إذ اقترح البعض في الأعمال التحضيرية للقانون الفرنسي بتحديده بأربع وعشرين ساعة على الأكثر؛ غير أن هذا الاقتراح تم رفضه لما ينطوي عليه من تحكم.

ويرى جانب من الشراح أن الجريمة تعتبر في حالة التلبس حتى ولو مضى أكثر من أربع وعشرين ساعة على إرتكابها؛ شريطة ألا تطول المدة، وأن يتم ضبط المتهم في فترة بحث الشرطة عنه، وأن يجيء ضبطه نتيجة لهذا البحث، وأن يكون روع الناس لم يهدأ بعد، فضلا عن أن أثار الجريمة تكون مازالت ظاهرة، وعلى كل حال تنتهي حالة التلبس أما بانقطاع إجراءات البحث عن المتهم، وأما بمرور فترة كافية، وتقدير هذه المدة أمر موضوعي يختلف بحسب ظروف كل واقعة.

محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص642.

3: التنسيق بين الأعمال الإجرائية الجنائية:

إن الأعمال الإجرائية تنتظم في وحدة واحدة هي الخصومة، وبه فإن هذه الأعمال تشكل عناصر عمل واحد، الأمر الذي يفترض ضرورة أن يكون اجتماع هذه الأعمال على نحو منطقي وتسلسل زمني يجعل لها معنى و مفهوما يساعدها من ثم إلى أن تؤدي وظيفتها المشتركة، وهي الوصول بالخصومة إلى تطبيق حكم القانون، بحسب الأحوال على الواقعة المعروضة[1].

ومن التنسيق المستفاد ضمنا في القانون الوضعي، أن طلبات ودفوع المدعى عليه بوجه عام لا تقدم إلى المحكمة إلا بعد اكتساب المركز القانوني للخصم، كما أن استئناف الحكم لا يكون إلا بعد صدور الحكم المراد الطعن فيه كما أن الأعمال الإجرائية المتعلقة بحالات التلبس لا يجوز اتخاذها إلا حيث تتوافر حالة من هذه الحالات أولا[2].

ويلاحظ أنه عند غياب النص القانوني بشأن التنسيق الواجب الإتباع، فإن التنسيق بين الأعمال الإجرائية يكون على النحو الذي يحقق الغاية منها بشكل أفضل[3].

لقد اتجهت التشريعات الجزائية المعاصرة نحو التنسيق بين الأعمال الإجرائية، ما أوضحته هذا التشريعات بخصوص سير الإجراءات أمام المحكمة، وما تطلبه من أن يكون المتهم أخر من يتكلم[4].

ويذهب الفقه إلى أن ترتيب إجراءات المحاكمة ليس إلزاميا، بل له طابع الاسترشاد ومخالفة هذا الترتيب لا ينتج عنه بطلان الحكم إلا إذا انطوت المخالفة على إخلال بحقوق الدفاع[5].

المطلب الثاني: الأركان الموضوعية للعمل الإجرائي.

بعد أن رأينا ضوابط وشكل العمل الإجرائي الجنائي فإننا نتطرق في هذا المطلب إلى الأركان التي ينكون منها ويعتمد عليها العمل الإجرائي الجزائي و هي الإرادة والغاية والمحل والسبب ودور هذه الأركان في العمل الإجرائي وعلاقتها بالممارسة الفعلية لحقوق الدفاع، وكيف

---

[1] فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص164.

[2] محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سبق، ص644.

[3] فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص165.

[4] المواد من القانون المصري؛ 271، 272، 273، 275، إ، ج، م.

[5] رءوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، مرجع سابق، ص 672؛ محمود نجيب حسني: الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص875.

يكون دور هذه الحقوق في تفعيل وحماية ضمانات المتهم أمام القضاء الجنائي وحمايته من كل تعسف ومساس بمبدأ الشرعية الجنائية .

الفرع الأول. ركنا الغاية والإرادة في العمل الإجرائي الجنائي.

أولا: الإرادة في العمل الإجرائي الجنائي:

1:مفهوم الإرادة:

الإرادة بوجه عام هي ظاهرة نفسية ذاتية، وهي أساس العمل الإنساني، فهو بطبيعته عمل وقائي يستهدف غاية معينة من أجل إشباع مصلحة خاصة أو عامة، وتقوم الإرادة بتوجيه السلوك الإنساني نحو هذه الغاية.

ولا يشذ العمل الإجرائي عن ذلك، إذ ينعدم الوجود القانوني للعمل إذا لم يكن إراديا ، فيتعين من ثم أن تتوافر القدرة على الإرادة والاختيار فيمن يباشره، ويتعين التفرقة بين انعدام الإرادة وعيوبها، فالغلط يعيب العمل الإرادي ولا يعدمه، وبعبارة أخرى يتطلب القانون توافر مقتضيات في الإرادة تتمثل في وجودها صحيحة، غير أنه بالنسبة لحقوق دفاع المتهم يثور خلاف حول حرية إرادته الأمر الذي يقتضي بيان مدى حق المتهم في الإرادة الحرة، ومدى حقه في الصمت وحقه في الكذب.

2: حق المتهم في الإرادة الحرة:

يقصد بالإرادة الحرة قدرة الإنسان على توجيه سلوكه للغاية التي يتغياها، وحقوق الدفاع ترتكز على حق المتهم في إرادته الحرة، لأن انتفاء هذه الإرادة من شأنه أن يجعل الحديث عن الحقوق المذكورة مجرد هراء، فحرية إرادة المتهم تجعل ممارسته لهذه الحقوق ممارسة حقيقية وتضفي عليها الفاعلية، وانتفاء هذه الحرية يؤدي إلى أن تتوارى حقوق الدفاع المقررة للمتهم وراء الشطط والتعسف، فالاعتراف بحق المتهم في الإرادة الحرة، رغم أنه يرمي إلى تحقيق مصالح المتهم إلا أنه يحقق في الوقت ذاته مصالح المجتمع التي تستهدف من حقه في الحصول على دليل وحقه في الوصول إلى الحقيقة[1].

فعلة استجواب المتهم هي معرفة الحقيقة من وجهة نظره حتى ولو ابتعدت عن الحقيقة الموضوعية، ففي مصلحة التحقيق أن تعرف وجهة نظر المتهم ولا خشية من تمتعه بالحق في حرية الإرادة حال إدلائه بأقواله، وبه فإن التأثير على إرادة المتهم أثناء إدلائه بأقواله يفوت غرض الاستجواب، ومن ثم يحرم التحقيق من مصدر له للمعلومات قد يكون هاما، ولا محل من

[1] محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص655.

خشية المتهم من الكذب وانحرافه عن الحقيقة الموضوعية، فالمحقق لديه الوسائل العديدة لرقابة صحة أقواله، كما له السلطة في وزن قيمتها[1].

3: حق المتهم في عدم الاعتراف: الاعتراف هو إقرار المتهم بكل أو بعض الواقعة المنسوبة إليه أو بظروفها وكان يراد من استجواب المتهم في الزمن الماضي الحصول على اعترافه بأية طريقة كانت[2].

إلا أنه وبمرور الوقت والتطور الذي حصل في الإجراءات الجنائية أصبحت الوسائل القديمة المستخدمة في التحقيق مثل الإكراه والتعذيب أموراً محرمة، وتدخلت التشريعات الجنائية بإيجاد نصوص عقابية تحمي بها المتهمين فيما إذا استعملت ضدهم وسائل غير مشروعة في التحقيق، وإساءة المعاملة والإغراء والوعيد والتأثير النفسي والتنويم المغناطيسي واستخدام الكلاب البوليسية وخداع المتهم بالأسئلة الإيحائية والخادعة لان ذلك يتعارض مع مبدأ الأمانة في التحقيق التي تنبع مع الضمير وتفرضها مبادئ العدالة، ولهذا أصبح الإثبات لا يقبل في الدعوى الجزائية إلا إذا تم الحصول عليه عن طريق مشروع وكل دليل أو قرينة يتم الحصول عليها بوسائل غير قانونية يجب استبعادها ويترتب عليها بطلان الإجراءات، ويتناول حظر الإكراه على الاعتراف في الإكراه المادي ، والإكراه المعنوي .

أ- **الإكـــــراه المادي:** العنف أو الإكراه المادي يشل إرادة المتهم بقوة مادية لا قبل له بمقاومتها فتعطل إرادته، ويتمثل في التعذيب وهو اشد أنواع الإكراه الذي يقع على المتهم ويفسد اعترافه.

إن التعذيب كثيراً ما يدفع شخصاً بريئاً إلى الاعتراف لكي يتخلص من الألم، فمن السهل أن نجبر متهماً على الكلام ولكن من الصعوبة أن نجبره على قول الحقيقة، ويشترط في الاعتراف إن يكون صريحاً لا غموض فيه ولا يحتمل التأويل، وان يكون الاعتراف صادراً عن إرادة حرة بعيداً عن العنف والتهديد وغيرها من الوسائل غير المشروعة التي تؤثر في حرية الإرادة أو تعدمها[3].

فالإكراه المادي يعدم إرادة المتهم ويحمله على الاعتراف ويتحقق الإكراه المادي بأي درجة من العنف ويبطل الاعتراف طالما فيه مساس بسلامة الجسم، ويستوي أن يكون قد سبب

[1] محمود نجيب حسني: الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص681.

[2] رءوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، مرجع سابق، ص688.

[3] حسن يوسف مصطفى مقابلة: الشرعية في الإجراءات الجزائية، مرجع سابق ، ص111.

ألما للمتهم أو لم يسبب شيئاً من ذلك[1].

ب- **الإكراه المعنوي** :لا يشترط في الإكراه الذي يعيب مبدأ الشرعية أن يكون دائماً في صورة مادية إذ له شكلاً آخر غير حسي لا يقل أهمية عن الأول يؤثر فيه على الناحية المعنوية فيعيب الإجراءات ويبطل نتائجه حتى ولو لم يكن له أي أثر ملموس ويمس بصفة مباشرة بحقوق الدفاع ، ويشترط أن تتوفر العلاقة السببية بينه وبين ما أسفر عنه من نتائج قانونية.

ويكون الإكراه المعنوي عادة على هيئة تهديد بضرر بقصد التأثير على الإرادة وجعلها تتجه في طريق معين على غير رغبة الشخص فهو لا يلقي حرية الاختيار تماماً بل يضيق من مجالها فحسب فيترك لها إمكانية تجنب الآثار التي قد تترتب في حالة المخالفة بالرضوخ للأمر المكلف به، وهذا على عكس الإكراه المادي الذي قد يكون وقع بالفعل وفي تلك الحال ولا سبيل إلى تلافيه.

الإكراه المعنوي يكون عادة أقل درجة من الإكراه المادي، وتأثير التهديد يختلف من شخص لآخر بالنسبة لاختلاف السن ودرجة التعلم والخبرة والبيئة وكذلك بالنسبة إلى الاعتياد وعدمه على موقف الاتهام.

ولا يمكن في الحقيقة وضع معيار فاصل للإكراه المعنوي لأنه يتعلق بأمور نفسية وهي تختلف من شخص لآخر حتى بالنسبة للشخص الواحد وفق ظروف خاصة.

كما نص ميثاق المحكمة الجنائية الدولية في المادة 55 الفقرة أ و ب[2] على حظر كل أشكال الإكراه والتهديد التي من شأنها المساس بإرادة المتهم ومن ثم الإخلال بحقوقه في الدفاع عن براءته أمام الهيئات القضائية المختصة.

ثانيا: ركن الغاية في العمل الإجرائي الجنائي.

1: دور الغاية في العمل الإجرائي: السائد في الفقه أن غاية العمل الإجرائي يحددها المشرع، و تنشئ هذه الوجهة من النظر على أساس أن هذا العمل هو عمل قانوني بالمعنى الضيق، يرتب القانون آثاره، على مجرد الواقعة المادية وليس للإرادة أي سلطان[3].

---

[1] حسن يوسف مصطفى مقابلة: الشرعية في الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 136.

[2] (أ) لا يجوز إجبار الشخص على تجريم نفسه أو الاعتراف بأنه مذنب؛

(ب) لا يجوز إخضاع الشخص لأي شكل من أشكال القسر أو الإكراه أو التهديد، ولا يجوز إخضاعه للتعذيب أو لأي شكل آخر من أشكال المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللا إنسانية أو المهينة.

[3] فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 92؛ أحمد فتحي سرور: الوسيط في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق ص530.

وعليه فإن الفرد في الخصومة لكي يحقق غرضا إجرائيا يخضع خضوعا تاما للقانون الإجرائي الذي يقدم له الوسيلة ويحدد له شكلها وينظم أثارها[1].

وغاية العمل الإجرائي تتمثل غالبا في الحصول على دليل، والوصول إلى الحقيقة، والمحافظة على دليل، أو مصلحة التحقيق أو تسيير الخصوم أو حسم النزاع[2].

ولكل عمل إجرائي جنائي يستهدف أي من هذه الأهداف أو كلها مجتمعة، ويستفاد ذلك من طبيعة العمل، أو من التصريح مثل ما نصت عليه المواد. 83،84[3] إ، ج، من أن تفتيش منزل المتهم يستهدف ضبط الأشياء والأوراق التي يفيد كشف الحقيقة.

وعلى أي حال فإن استهداف العمل الإجرائي الغاية المرسومة له، لا يعني إهدار قيم المجتمع، فالغاية لا تبرر الوسيلة، إذ يتعين أن تكون وسيلة الوصول للغاية من العمل الإجرائي مشروعة.

كما أن استهداف العمل الإجرائي لغاية عامة تهم المجتمع، لا تعني الإهدار الكامل لحقوق الأشخاص وحرياتهم العامة، بل إن الوصول إلى مدة الغاية، يتعين أن يتم في إطار من الموازنة بين المصالح الخاصة للمجتمع والمصالح الخاصة للمتهم، وتتضح معالم هذه الموازنة على وجه الخصوص بالنسبة للإجراءات الماسة بحريات الأفراد وحقوقهم.

فالدولة حينما تباشر الإجراءات اللازمة لكشف الحقيقة وتقرير سلطتها في العقاب يبدو خطر المساس بالحرية الفردية من خلال مباشرة الإجراءات ولذلك يتعين على المشرع أن يتدخل في هذه الحالة لكي يقرر الحدود التي تتطلبها المصلحة الاجتماعية للمساس بالحرية الفردية من خلال الإجراءات الجنائية.

والسلطة التشريعية هي التي تملك وحدها تقرير القيم الاجتماعية، وجوهر الحرية الشخصية التي لا يجوز المساس بها على الإطلاق، والشروط والأحوال التي يجوز فيها المساس بالحرية في حدود معينة، وذلك بالقدر اللازم لتحقيق التوازن بين مصالح المجتمع وحقوق الفرد[1].

---

[1] فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص113.

[2] محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص673.

[3] المادة83ق إ ج ج: إذا حصل التفتيش في مسكن غير مسكن المتهم استدعى صاحب المنزل الذي يجري تفتيشه ليكون حاضرا وقت التفتيش فإذا كان ذلك الشخص غائبا أو رفض الحضور أجري التفتيش بحضور اثنين من أقاربه أو أصهاره الحاضرين بمكان التفتيش فإن لم يوجد أحد منهم فبحضور شاهدين لا تكون بينهم وبين سلطات القضاء أو الشرطة تبعية. وعلى قاضي التحقيق أن يلتزم بمقتضيات المادتين 45،47.

ولكن عليه أن يتخذ مقدما جميع الإجراءات اللازمة لضمان احترام كتمان سر المهنة وحقوق الدفاع.

2: صور مخالفة الغاية من العمل الإجرائي الجنائي:

صور مخالفة الغاية من العمل الإجرائي الجنائي عديدة ومن أبرزها الانحراف عن غاية العمل الإجرائي المتصل بحق الإثبات، فالغاية من التفتيش هي البحث عن دليل متعلق بالجريمة يجري التحقيق فيها بشأنها، قد يكون هذا التفتيش مخالفا للغاية المحددة له، وكذلك الأمر بالنسبة لطلب تأجيل الدعوى أو الخصومة لإهمال الدفاع بتقديم حجة لم يقدمها الخصم، فالغاية من التأجيل هو تقديم دليل لم يقدم من قبل لأجل إثبات حجة المتهم، وقد ينحرف هذا التأجيل عن الغاية المحددة له.

الفرع الثاني: ركنا المحل وسبب العمل الإجرائي الجنائي.

أولا: محل العمل الإجرائي الجنائي:

يراد بمحل العمل القانوني بصفة عامة ومحل العمل الإجرائي الجنائي بصفة خاصة أمرين: أولا هو الشيء الذي يرد عليه العمل به يكون المحل مفترضا لصحة العمل، والثاني هو مضمون العمل ذاته، وبذلك يكون المحل عنصرا من عناصر العمل.

1- المحل كمفترض للعمل الإجرائي الجنائي:

المحل كمفترض للعمل هو الشيء الذي يرد عليه، ونقصد بالشيء المعنى الواسع لهذه الكلمة إذ قد يكون شيئا جامدا وقد يكون شخصا من الأشخاص

فإجراء التفتيش على سبيل المثال قد يرد على منزل الشخص[2].

و المحل كمفترض للعمل الإجرائي الجنائي له عدة شروط تتمثل في:

أ- الوجود والتعين والقابلية للتعين: فإجراء التفتيش[3] مثلا لا يصلح أن يرد على شخص غير معين أو على منزل غير معين بذاته فتفتيش المساكن يخضع لشروط مقيدة يجب مراعاتها تحت طائلة البطلان (المادتان 82،48 ق إ ج[4])، فلا يجوز أن يستند التفتيش على إمكان وقوع جريمة مستقبلا، لأن القيام بالتفتيش في هذه الحالة، يضفي عليه طابع ألا مشروعية[5]، لأن التفتيش أساسه

---

[1] فتحي سرور: ا الوسيط في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص201.

[2] محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي ، مرجع سابق، ص682.

[3] يقصد به بحث مادي ينفذ في مكان ما سواء كان مسكون أو غير مسكون.

أحسن بوسقيعة: التحقيق القضائي، ط4، دار هومة، الجزائر، 2006، ص87.

[4] المادتان 82 و 48. ق إ ج.ج.

[5] راجع الصفحة 92 من هذه المذكرة.

قيام الجريمة فعلا، فإذا لم تقع أو أنها ستقع مستقبلا، فلا يجوز إجراؤه، فإذا لم تقع أو أنها ستقع مستقبلا، فلا يجوز إجراؤه وبالتالي يعتبر الدخول في مثل هذه الحالة غير مشروع[1].

إذن فالعبرة أن يكون محل هذا التفتيش هو ذاته المقصود في إذن التفتيش.

ب- أن يكون المحل قابل التعيين فيه: ومفاده هذا الشرط هنا إمكان أن يكون للشيء محلا للعمل الإجرائي الجنائي من الناحية القانونية بحسب الأحوال [2]، وهذا الشرط يرتبط بتقسيم الحقوق والحريات العامة إلى مطلقة ونسبية، فالحقوق والحريات المطلقة لا يجوز أن تكون محلا مفترضا للعمل الإجرائي الجنائي، أما بالنسبة للحقوق والحريات النسبية فيجوز أن تكون كذلك في الحدود التي يقررها المشرع بما يتفق مع المبادئ العامة للقانون و بشكل يحقق التوازن بين مصالح المجتمع ومصالح الأفراد، ومن أمثلة الحريات النسبية الحرية الشخصية ومن الحقوق المطلقة، حقوق الدفاع بمعناه الضيق[3].

2-المحل كعنصر في العمل الإجرائي الجنائي:

ويقصد بالمحل العمل ذاته، أي الشيء الذي يكون مضمون العمل [4] والمحل بهذا المعنى يختلف من إجراء إلى آخر، فمضمون إجراء الشكوى يتمثل فيما يشتكى منه، ومضمون إجراء البلاغ يتمثل فيما يتم الإخبار عنه، ويشترط في المحل بهذا المعنى أن يكون موجودا ومعينا وقابلا للتعامل فيه.

أ- **أن يكون موجودا ومعينا :** ويتعين أن يكون الطلب متضمنا تحقيق رغبة معينة، كما يجب أن يشمل الحكم على القضاء بشيء محدد.

وعليه فإن الحكم الجنائي الفاصل في موضوع الدعوى ينبغي أن يقرر إدانة المتهم أو براءته أما إذا كان غير فاصل في الموضوع فيتعين أن يتضمن حسما للمشكلة التي صدرت الدعوى في شأنها أو بيانا للإجراء الذي يأمر به، إما إذا انحصر على مجرد عرض لوقائع الدعوى أو بيان للآراء القانونية التي تتنازعها دون أن يصل لنتيجة قانونية محددة تبرز حكم القانون بالنسبة لوقائع الدعوى، فليس لمثل هذا الحكم وجود قانوني، لأنه غير صالح للتنفيذ، ولا يضع حلا للنزاع أساس الدعوى[5].

---

[1] عبد الله أوهابية: شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مرجع سابق، ص332.

[2] فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص430.

[3] محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص 689.

[4] فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 421.

[5] محمود نجيب حسني: الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 898.

ب- أن يكون المحل قابلا لتعامل فيه: ومفاد هذا الشرط أن يكون المحل مسموحا العمل فيه قانونا بحسب الأحوال، وعليه فإن الحكم باعتباره عملا إجرائيا جنائيا لا يجوز أن يكون مضمونه عقوبة غير شخصية أو يعاقب على سلوك لم يجرمه المشرع، أو يتضمن عقوبة لم يقننها المشرع، كما لا يجوز أن يكون مضمونه العقاب على سلوك سابق على نفاذ القانون، كما أنه لا يجوز أن يتضمن عملا إجرائيا جنائيا فيما عدا الحكم القضائي[1].

ثانيا: سبب العمل الإجرائي الجنائي:

1- ما هو سبب العمل الإجرائي الجنائي:

إن سبب العمل الإجرائي الجنائي بمبدأ الأسانيد الواقعية والقانونية بحسب الأحوال التي يرتكز عليها وتبرر وجوده وبه فإن سبب العمل الإجرائي الجنائي مزدوج وواقعي وقانوني:

أ- **السبب الواقعي**: ويقصد به الظروف والمقدمات الواقعية التي تبرر العمل الإجرائي الجنائي ، ومن الأمثلة على هذا السبب الدلائل الكافية التي تبرر العديد من الإجراءات الجنائية مثل إجراء القبض أو الحبس الاحتياطي ومن أمثلته أيضا الأسباب الموضوعية التي ينبني عليها الأمر بحفظ الدعوى أو الأمر بأن لا وجه للمتابعة.

وهذه الأسباب الواقعية تصلح لأن تكون سببا للدفوع الموضوعية أو أوجه الدفاع الموضوعية، كما أن أسباب الحكم يتعين أن تسرد ظروف الدعوى ودفوعها وسائر أوجه دفاعها الهامة، فضلا عن الأدلة التي اعتمد عليها الحكم بطريقة واضحة تنم عن إلمام المحكمة بوقائع الدعوى وتمحيصها التمحيص الكافي الذي يكشف عن قيامها بما يتعين عليها من تدقيق البحث بغية الوصول للحقيقة[2].

ب- السبب القانوني: ويقصد به الأسانيد التي تبرر العمل الإجرائي الجنائي، ومن الأمثلة على ذلك الأسباب القانونية لحفظ الدعوى الجنائية، وكذلك كافة النصوص القانونية الموضوعية أو الإجرائية التي تستند إليها الدفوع القانونية، ومن هذه الأسباب أيضا رد المحكمة على الطلبات العامة والدفوع الجوهرية[3].

---

[1] محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص 689.

[2] محمود صالح العادلي: نظرية حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص689-691.

[3] أنظر ص31 من هذه المذكرة.

2- مقتضيات العمل الإجرائي الجنائي:

تتشكل مجمل هذه المقتضيات ضرورة أن تكون أسباب العمل الإجرائي الجنائي، مشروعة ومنطقية كافية ومتماسكة أي تمثل في مجموعها بناءا قانونيا واحدا.

أ- مشروعية الأسباب: يتعين أن ترتكز أسباب العمل الإجرائي الجنائي على القانون الموضوعي والإجرائي، فعلى سبيل المثال لا يجوز أن يكون وجه الدفاع مستندا على دليل باطل في القانون أو نتاج إجراءات معينة، مخالفة للقواعد المنصوص عليها في القانون الإجرائي، أوجب إتباعها في جميع مراحل الدعوى الجزائية [1]، كما لا يجوز أن ترتكز أسباب الحكم باعتبارها ضمانة لحقوق الدفاع على شيء مما تقدم أو على شهادة تتضمن إفشاء سر المهنة.

كما لا يجوز أن تطالب النيابة العامة بجزاء غير مقرر في القانون، فالأصل هو سريان ضابط مشروعية الأسباب على كافة الخصوم وعليه فإنه يجب التفرقة بين الدليل ذاته وطريقة الحصول عليه، فالأول يتعين دائما أن يكون مشروعا فلا يجوز استناد البراءة أو الإدانة على حد سواء على دليل باطل.

أما وسيلة أو طريقة الحصول على الدليل فيشترط أن تكون مشروع ة بالنسبة للاتهام ، وهذا الشرط يمكن التغاضي عنه بالنسبة للمتهم لأنه الطرف الضعيف في الخصومة الجنائية[2].

ب- منطقية الأسباب: يتعين أن تكون الأسباب التي يرتكز عليها العمل الإجرائي الجنائي، تؤدي إلى ضرورة اتخاذ، هذا العمل ومؤدى ذلك أن القائم على الإجراء قد اقتنع باتخاذه، والاقتناع هنا هو الاقتناع الموضوعي الشخصي لصاحب العمل وقت اتخاذ الإجراء بحسب الأصل ، فالإجراءات الخاصة بحرمة الشخص أو المسكن باعتبارها إحدى وسائل الدفاع عن المجتمع ، لابد أن تتوافر لاتخاذها الدلائل الكافية وتوافرها يجعل الإجراء صحيحا، حتى ولو اتضح بعد ذلك أنها كانت مجرد شبهات ظالمة لا أساس لها في الواقع، طالما كان لها ما يبررها في ذهن الجهة التي اتخذت الإجراء وهي التي قدرت توافرها[3].

---

[1] مراحل الدعوى الجزائية: تضطلع الدولة بملاحقة الجاني ومعاقبته مرورا بمراحل إجرائية ثلاث: مرحلة الإستدلال ومرحلة التحقيق الإبتدائي، ومرحلة المحاكمة.
سليمان عبد المنعم: أصول الإجراءات الجنائية، ك1، مرجع سابق، ص 21.

[2] رءوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع المصري، مرجع سابق، ص 740.

[3] المرجع السابق، ص338 وما بعدها.

والطلبات والدفو ع باعتبارها من أساسيات حقوق الدفاع، يتعين أن تبنى على أسباب منطقية على سبيل المثال من الأسباب المنطقية لطلب تأجيل الدعوى وجود عيب في التكليف بالحضور وهذه الأسباب إنما تخضع لتقدير السلطة التقديرية للمحكمة.

وأسباب الحكم باعتبارها ضمانة هامة لحقوق الدفاع، يتعين أن يسودها المنطق فاقتناع القاضي لابد أن يكون مستمدا من تصرفات موضوعية، قام القاضي بفحصها وتمحيصها وقدر استخلاص نتائجها المنطقية[1].

ج-كفاية الأسباب: وكفاية الأسباب أمر طبيعي ومنطقي حتى ينتج العمل الإجرائي الجنائي أثره القانوني، بل وأيضا طبيعي لتبرير هذا العمل ككل، وقد عبرت جل القوانين الوضعية عن ضرورة كفاية الأسباب منها القانون الجزائري في مواضيع عديدة منها ما نص عليها في المادة 3/51 " إذا قامت ضد شخص دلائل قوية ومتماسكة من شأنها التدليل على اتهامه والسبب الكافي ضابط كقاعدة عامة أيضا سائر حقوق الدفاع لكافة الخصوم إذ يشترط في الدفاع الجوهري فيها تلزم المحكمة بالتعرض له والرد عليه [2] أن يكون مع جوهره جديا يشهد له الواقع ويسانده فإذا كان عاريا من دليله وكان الواقع يدحضه فإن المحكمة تكون غير ملزمة بالرد عليه، ولا يكون هذا السكوت عن الرد إخلالا بحق الدفاع ولا قصورا في كليهما[3].

[1] سليمان عبد المنعم: أصول المحاكمات الجنائية، ك2، مرجع سابق، ص952

[2] رءوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع المصري، مرجع سابق، ص864.

[3] المرجع السابق، ص 829.

خلاصة المبحث الأول:

من خلال دراستنا في هذا المبحث للضوابط الشكلية والموضوعية وأركان هذه الضوابط، فإن الضوابط الموضوعية يقصد بها الصلاحية الموضوعية التي تتوافر للشخص الصفة التي تخوله إصدار العمل الإجرائي ومباشرته، وتتمثل هذه الصلاحيات في الصفة ومباشرة العمل القانوني، كما أنه لا يكفي أن تتوافر للقائم بالعمل الإجرائي الجنائي صفة تسمح له باتخاذ هذا الإجراء وأن يدخل هذا العمل في النطاق المسموح به، بل يتعين له أيضا الصلاحية الشخصية للعمل المعين، والصلاحية الشخصية تختلف عن الأهلية الواجبة توافرها في شخص القائم بالعمل الإجرائي الجنائي، إذ أن الأهلية ترتكز على أوضاع طبيعية أو ذاتية في الشخص ، في حين أن الصلاحية عمل البحث تقوم على علاقة الشخص للقيام بالعمل الإجرائي الجنائي، نظرا لوجود أو انتفاء علاقة بينه وبين محل هذا العمل وبينا الصلاحيات الموضوعية للقضاة والخصوم على حد سواء، كما أننا بينا شكل العمل الإجرائي الجنائي الذي يؤدي في العمل القانوني بوجه عام دورا بارزا، باعتبار أنه ينقل هذا العمل من دائرة التفكير إلى العالم الخارجي، فالعمل القانوني أيا كان ليس إلا حركة أو تعبيرا يحدث في العالم الخارجي.

وبطبيعة الحال فإن هذه الضوابط لها أركان ترتكز عليها و التي يتكون منها ويعتمد عليها العمل الإجرائي الجزائي و هي الإرادة والغاية والمحل والسبب ودور هذه الأركان في العمل الإجرائي وعلاقتها بالممارسة الفعلية لحقوق الدفاع ، فالإرادة بوجه عام هي ظاهرة نفسية ذاتية، وهي أساس العمل الإنساني، فهو بطبيعته عمل وقائي يستهدف غاية معينة من أجل إشباع مصلحة خاصة أو عامة، أما الغاية فالسائد في الفقه أن العمل الإجرائي يحدده المشرع، و تنشئ هذه الوجهة من النظر على أساس أن هذا العمل هو عمل قانوني بالمعنى الضيق يرتب القانون أثاره، على مجرد الواقعة المادية وليس للإرادة أي سلطان.

والمحل يقصد به العمل القانوني بصفة عامة ومحل العمل الإجرائي الجنائي بصفة خاصة أمرين أولا هو الشيء الذي يرد عليه العمل به يكون المحل مفترضا لصحة العمل ، والثاني هو مضمون العمل ذاته، وبذلك يكون المحل عنصرا من عناصر العمل،أما سبب العمل الإجرائي الجنائي فهو الأسانيد الواقعية والقانونية بحسب الأحوال التي يرتكز عليها وتبرر وجوده وبه فإن سبب العمل الإجرائي الجنائي مزدوج وواقعي وقانوني.

تلك هي أهم ضوابط الممارسة الصحيحة لحقوق الدفاع وأركانها.

المبحث الثاني:

جزاءات الإخلال بحقوق الدفاع.

الجزاء في اللغة يشمل الثواب والعقاب أما بالمفهوم القانوني فهو يعني إضفاء صفة الإلزام على القاعدة القانونية، والممارسة غير الصحيحة لحقوق الدفاع ومفترضاتها وضماناتها يترتب عليها جزاءات متعددة أهمها الجزاءات الجنائية والجزاءات المدنية، فالجزاءات الجنائية تختلف عن الجزاءات المدنية في كونها تبطل الإجراء أو تعيبه الشيء الذي يؤدي إلى الإخلال بحقوق الدفاع إخلالا جوهريا ويتفاوت هذا الإخلال بحسب الحق الذي مورس ممارسة غير صحيحة، أما الجزاءات الثانية فهي تؤدي إلى حق المتهم في التعويض المدني.

وسنتناول هذا الإخلال من خلال المطلبين التاليين.

المطلب الأول: الجزاءات الإجرائية والعمل الإجرائي أمام القضاء الدولي الجنائي.

المطلب الثاني: الجزاءات الموضوعية والأعمال الإجرائية المعيبة لحقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.

المطلب الأول: الجزاءات الإجرائية والعمل الإجرائي أمام القضاء الدولي الجنائي.

الجزاءات الإجرائية هي إهدار أو إعدام متعمد للأثر القانوني للعمل الإجرائي الذي تمت مخالفته باستبعاد الهيكل القانوني الذي يجب أن يكون عليه، وهذه الجزاءات تتراوح بين السقوط والبطلان بنوعيه (النسبي والمطلق) وب اتالي يصبح الإجراء كأنه لم يكن والحديث عن هذه الإجراءات يقتضي إيضاح شروط توقيعها ثم مضمون هذه الشروط في الفرع الأول، ثم تبيان هذه الجزاءات والإجراءات المعيبة لحقوق الدفاع في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مضمون وشروط الجزاءات الإجرائية والعمل الإجرائي.

أولا: تفادي الممارسة غير الصحيحة:

إن تفادي حدوث الممارسة غير الصحيحة يوفر منطلقا ملائما لممارسة حقوق الدفاع ومقتضياتها وضماناتها يشكل سلس يجعل هذه الحقوق وسيلة حقيق يةلمنع أي تجاوز أو تعدي وتحقيق الغاية المنشودة.

1-الوسائل الخاصة بحقوق الدفاع: وتتثمل هذه الوسائل بصفة أدق في الحق في الدعوى والإثبات، وحق المرافعة، والطلب والدفع.[1]

[1] لتفصيل أكثر في هذه الحقوق راجع الصفحات من 24 -35 من هذه المذكرة.

أ- الوسائل الخاصة بحق الدعوى: من أبرز وسائل تفادي الممارسة غير الصحيحة لحق الدعوى، وعدم قبول أو عدم سماع الدعوى.

فعدم القبول يترتب على عدم استبقاء أحد الشروط المتطلبة لتحريك واستعمال الدعوى الجنائية، والشروط المتطلبة لدعوى عامة أو شروط خاصة، فالشروط العامة أبرزها شرط المصلحة في الدعوى أي المصلحة القانونية والواقعية والشخصية المباشرة، أما الشروط الخاصة فمثالها تطلب شكوى أو طلب إذن لبعض الجرائم[1].

ب-منع ممارسة الحق في الإثبات: ومن أبرز تضيقات منع ممارسة الحق في الإثبات [2] منع توجيه أسئلة للشاهد متى كانت غير متعلقة بالدعوى، وبالتالي فإن منع ممارسة الحق في الإثبات يتقيد بالتوازن بين المصالح المتعارضة، فلا يجوز الإفراط في المنع بحيث يضر مصلحة الخصم الذي يريد الإثبات، كما لا يجوز التهاون مع الخصوم، بحيث يضيع وقت القضاء بأن يخفي بعض الأدلة كيدا في خصمه ثم يظهرها بعد ذلك مطالبا ممارسة حقه في الإثبات وعليه يجب أن توضع قيودا على ممارسة هذا الحق بحيث لا تفقده مضمونه، ولا يجعله مطية للإساءة إلى مصالح الخصم الأخر[3].

ج-الوسائل الخاصة بالمرافعة والطلب والدفع: إن الحق في المرافعة يتصف بالعمومية لاعتبار أنها قد تتضمن في طياتها ممارسة لحقوق دفاع أخرى كالطلب والدفع وعليه فإن تفادي الممارسة غير الصحية للحق في المرافعة يتضمن في حد ذاته تفاديا لما تتطرق المرافعة من ممارسة حقوق أخرى.

ومن بين أهم الوسائل الخاصة بالمرافعة استبعاد العبارات الجارحة، ومنع الاسترسال في الكلام. ويجمع الفقه على أن للقاضي سلطة تقديرية في حذف العبارات الجارحة والاسترسال في المرافعة، فله أن يمتنع عن إصدار الأمر بمحو العبارات المذكورة إذا قدر أنها صدرت بحسن نية، وإثباتها لازم لخدمة الدعوى[4].

---

[1] فتحي سرور: الوسيط في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص382.

[2] أنظر الصفحة 28 من هذه المذكرة.

[3] محمود صالح العادلي: النظرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص117.

[4] مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية،ج 1 ،مرجع سابق، ص 23؛ فتحي سرور: الوسيط في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق ص13؛ نجيب حسني: الإجراءات الجنائية، مرجع سابق ،ص 16؛ فوزية عبد الستار: الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص10.

ج- الوسائل الخاصة بمقتضيات حقوق الدفاع: من أبرز وسائل تفادي الممارسة غير الصحيحة لمقتضيات حقوق الدفاع، استبعاد المتهم عن الجلسة، ومنع الاستعانة بمدافع.

- **استبعاد المتهم عن الجلسة:** يقتضي الصالح العام تحميل المحكمة سلطة الأمر باستبعاد المتهم من الجلسة متى استهدف ذلك مصلحة السير السليم لإجراءات المحاكمة وترتكز هذه السلطة على ما للمحكمة من حق في إدارة الجلسة وما عليها من واجب في الكشف عن الحقيقة[1].

فالمحكمة لها سلطة الموازنة بين مقتضيات الصالح العام ومتطلبات الصالح الخاص فالصالح العام يقتضي السير السليم لإجراءات المحاكمة، وحضور المتهم يحقق ذلك في أغلب الأحوال، والصالح الخاص للمتهم يحققه حضوره، بما يتيحه له من تفنيد أدلة الاتهام، فتتمكن المحكمة بذلك من تقدير قيمتها الحقيقية.غير أنه قد يكون لحضور المتهم في حالات معينة تأثير سلبي على السير السليم لإجراءات المحاكمة، الأمر الذي يقتضي استبعاده تفاديا لما قد ينتج عن هذا الحضور من أثر سلبي.

ثانيا: مضمون الجزاءات الإجرائية والعمل الجنائي الصحيح.

1- التعريف بالجزاءات الإجرائية:

الجزاءات الإجرائية هي إهدار مقصود للأثر القانوني للعمل الإجرائي الذي تم مخالفا لنموذجه القانوني [2].فالقانون يضع نماذج معينة للأعمال الإجرائية التي يترتب آثارها عليها، ويتطلب في كل نموذج مقتطفات مثل أجال تقادم الدعوى، تحديد الاختصاص، تقديم الدفوع في آجالها، بحيث يرتبط ترتيب هذه الآثار القانونية بتوافر هذه المقتضيات، وجودا وعدما.

ويرى بعض الفقه أن يطلق على الواقعة القانونية كما حددها القانون بصفة مجردة اسم الواقعة النموذجية، أما الواقعة القانونية التي تحدث في الواقع فعلا فيمكننا تسميتها بالواقعة التاريخية ويتعين حتى تنتج هذه الأخيرة الآثار التي يربطها القانون بهذه الواقعة، أن تتطابق مع الواقعة النموذجية[3].

---

[1] محمود نجيب حسني: الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص816.

[2] فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني ، مرجع سابق، ص 399؛ أحمد أبو الوفاء: الدفوع والدفاعات في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص41 وما بعدها؛ عبد الحكيم فودة، الدفوع والدفاعات الجنائية، مرجع سابق، ص23.

[3] فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 6؛ احمد أبو الوفاء: الدفوع والدفاعات في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص43..

2- شروط توقيع الجزاءات الإجرائية على الأعمال الإجرائية الصحيحة:

ولتوقيع هذه الجزاءات ثلاث شروط هي:

- وجود عمل إجرائي صحيح.
- وجود أو انتفاء عمل إجرائي معين سابق أو لاحق على العمل الأول.
- وجود صلة بين هذا العمل أو ذاك.

الشرط الأول: مؤدى هذا الشرط أن يكون هناك عمل إجرائي جنائيا صحيح، أي أن يكون العمل متطابقا مع نموذجه القانوني، وذلك بتوافر كافة الأركان المتطلبة له [1]، ومن تطبيقات هذا الشرط للأعمال الإجرائية الجنائية المتعلقة بالدعوى ولأوامر الخاصة بالمتهم مثل لأمر بالقبض ، والإحضار، والحبس الاحتياطي....

الشرط الثاني: انتفاء أو وجود عمل إجرائي جنائي أخر يستدل منه على سوء ممارسة الخصم لحقوق الدفاع أو مقتضياتها أو ضماناتها.

والانتفاء يتطلبه القانون بالنسبة لجزاء اعتبار الإجراء كأن لم يكن، سواء كان هذا الإجراء تجسدت فيه المعارضة أو الأمر بالإحضار أو الأمر بالحبس الاحتياطي.

أما الوجود فيتطلبه القانون حيث يقرر بطلان عمل إجرائي صحيح مترتب على عمل إجرائي باطل.

فبالنسبة لجزاء اعتبار المعارضة كأن لم تكن، نجد أن القانون يشترط أن يثبت أن المعارض قد أخطر على وجه صحيح، وألا يكون تغيبه بسبب عذر قهري[2].

فغياب المعارض رغم علمه بالجلسة يعد ممارسة غير صحيحة، لضمانة من ضمانات حقوق الدفاع أولا وهي الطعن بالمعارضة، إذ أنه لم يبال بمعارضته فلم يتتبعها ويدلي بدفاعه فيها، ويتعين أن نفهم الحضور في ضوء القواعد المتعلقة بتحديد مدى التزام المتهم بالحضور شخصيا. وعليه فإنه إذا كان المتهم ملتزما بالحضور شخصيا، فإن حضور وكيل عنه لا يمنع من الحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن.

- وجود صلة بين العمل الإجرائي الصحيح والعمل الإجرائي المعيب: وهذه الصلة بين العمل الإجرائي الجنائي. الصحيح والعمل الإجرائي المعيب، قد تكون قوية مثل رابطة السبب بالنتيجة ، أو قد تكون رابطة أقل قوة كرابطة الشيء بأسبابه.

[1] محمود صالح العادلي: النظرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص783.

[2] محمود نجيب حسني: الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص1020.

– **رابطة السبب بالنتيجة:** وهذه الرابطة يمكن ملاحظتها بالنسبة لبطلان الأعمال الإجرائية على إجراء جنائي باطل[1].

وتعبير ذلك كالأصل العام مفاده ما يبنى على باطل فهو باطل، وتحديد الصلة بين الإجراء الباطل والإجراءات التالية عليه، والقول بأنها أثر مباشر له لتقرير بطلانها هي من شأن قاضي الموضوع[2]، ويترتب على ذلك أن بطلان الإجراءات لا ينصرف إلى الإجراءات التالية إذا كانت مستقلة عنه.

3 مضمون الجزاءات الإجرائية التي توقع على أعمال إجرائية صحيحة مرتبطة بأخرى معيبة:

الإجراءات الجزائية التي توقع على أعمال إجرائية صحيحة في ذاتها هي اعتبار الإجراء كأن لم يكن والترك والبطلان، والعمل المشترك بين هذه الجزاءات هو تجريد العمل الإجرائي الجنائي الصحيح المرتبط بآخر معيب من قوته القانونية، ومن ثم لا ينتج الآثار التي تترتب على العمل الإجرائي الجنائي، المقررة له قانونا، بحسب الأحوال لو كان صحيحا بصفة مطلقة[3].

ففي النظام القانوني الوضعي تتجرد الأعمال الإجرائية الصحيحة المرتبطة بأخرى معيبة من قوتها القانونية، فاعتبار المعارضة كأن لم تكن يعني اعتبارها غير قائمة أصلا، وبأثر رجعي، فكأنما لم تقدم ابتداء [4]، ونفس الشيء يقال بالنسبة للأمر بالضبط والإحضار أو للأمر بالحبس الاحتياطي، فاعتبار أيا منهما كأن لم يكن.

أما ترك الدعوى أو الخصومة المدنية فتترتب عليهما أمران أحدهما إجرائي والآخر موضوعي، فالإجرائي يتمثل في تجريد إجراءات الخصومة المدنية من آثارها، وبما يلي خروج الخصومة المدنية من سلطة المحكمة الجنائية التي رفعت أمامها فلا يستطيع أن يقضي بالتعويض المطلوب[5].

كما تلغى الإجراءات التي يكون المدعى قد باشرها في سبيل دفع دعواه للسير فيها، كما يترتب على الترك استبعاد المسؤول المدني من الخصومة متى كان دخوله فيها بناء على طلب المدعى.

---

[1] سليمان عبد المنعم: شرح قانون أصول المحاكمات الجنائية، مرجع سابق، ص235.

[2] رءوف عبيد: المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، ج2، مرجع سابق، ص256.

[3] سليمان عبد المنعم: شرح قانون أصول المحاكمات الجنائية، مرجع سابق، ص238.

[4] نجيب حسني: الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص1040.

[5] رءوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، مرجع سابق، ص 266 ومابعدها.

والأصل أن ترك الخصومة المدنية لا تأثير له على الخصومة الجنائية، باعتبار أن هذه الأخيرة هي حق خالص للمجتمع يمارس بمقتضاه حقه في العقاب، غير أنه سيستثنى من ذلك حالة ما إذا كان تحريك الدعوى الجنائية مقيدا بشكوى، إذ يترتب على التنازل عن الشكوى الجنائية قبل صدور الحكم البات[1] انقضاء الدعوى الجنائية[2].

أما الأمر الثاني الذي يترتب على الخصومة المدنية، فهو بقاء الحق في التعويض[3].

الفرع الثاني: الجزاءات الإجرائية والأعمال الإجرائية المعيبة.

أولا: السقوط:

تتميز الخصومة بأنها ظاهرة ديناميكية، فهي تتحرك وتتجه نحو غاية معينة وهي صدور الحكم في الموضوع، أي تبيان الحقيقة القضائية، وبه فإنه ليس طبيعيا أن يطول أمد الخصومة إلى ما لا نهاية، لذا من الضروري ربط الأعمال الإجرائية التي تتشكل منها الخصومة بزمن معين لاتخاذها خلاله[4].

بحيث إذا لم تتخذ يسقط الحق في ممارستها، وعليه يمكن أن نعرف السقوط بأنه عمل إجرائي جنائي، مقتضاه زوال الحق في ممارسة إجراء معين نتيجة عدم ممارسته، خلال المهلة التي قررها القانون إما بمعاد معين أو بواقعة معينة[5].

1-تعريف السقوط:

هو حق إجرائي يخوله القانون لخصم معين، وأوجب عليه أن يقوم بالعمل خلال مهلة معينة أو في ترتيب معين بالنسبة لأعمال أو وقائع الخصومة الأخرى ولم يلتزم الخصم بهذا القيد الزمني لم يعد من حق الخصم القيام بهذا العمل، ويقال أن الحق قد سقط[6].

من خلال التعريف السابق نستنتج أنه يشترط لتحقيق جزاء السقوط أن يوجد حق إجرائي ترتبط مباشرته بمهلة معينة، وألا يمارس خلال هذه المهلة.

---

[1] الحكم البات: راجع الصفحة 86 من هذه المذكرة.

[2] رءوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، مرجع سابق، ص135.

[3] المرجع السابق، ص192.

[4] أحمد فتحي سرور: الوسيط في الإجراءا ت الجنائية، مرجع سابق ص 579؛ محمود نجيب حسني: الإجراءات الجنائية،مرجع سابق، ص120.

[5] أحمد أبو الوفاء: الدفوع والدفاعات في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص592.

[6] فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 419.

أ- الشرط الأول: وجود حق إجرائي يتعين ممارسته خلال مهلة معينة.

ب- الشرط الثاني: انقضاء المهلة المقررة لممارسة الحق.

السقوط باعتباره جزاء لا يترتب إلا إذا كان هناك ممارسة غير صحيحة تتمثل أساسا في عدم التقيد بالمهلة قانونا لممارسة حقوق الدفاع أو مقتضياتها أو ضماناتها[1].

فمتى مضت المهلة التي قررها المشرع[2] لممارسة الحق قامت قرينة قانونية قاطعة على أن هناك ممارسة غير صحيحة وبالتالي لا يمكن أن ترقى إلى آثار الممارسة الصحيحة.

2- أثار السقوط على صحة العمل الإجرائي:

العمل الإجرائي الجنائي الذي يمارس بعد انقضاء الحق في ممارسة حق من حقوق الدفاع، يرد على غير محل، فلا تتطابق إذن الواقعة القانونية للعمل مع الواقعة النموذجية، ومن ثم انعدمت الآثار القانونية المقررة للعمل الإجرائي الصحيح[3].

ومما سبق تقديمه نجد أن السقوط قد يلتقي مع البطلان وقد يفترق عنه، فالسقوط يلتقي مع البطلان متى مضت المهلة التي تعد عنصرا في ممارسة الحق، أو ممارسة الإجراء المتعلق بهذا الحق، كما أن سقوط الحق يعني بطلان العمل الإجرائي المتعلق به لعدم توافر محل هذا الإجراء.

كما أن السقوط قد يفترق عن البطلان، ويتحقق ذلك متى لم يقيم الشخص بالعمل حتى بعد مرور المهلة التي حددها القانون، فانقضاء ميعاد الطعن في الاستئناف [4] يسقط الحق في الاستئناف، ولا يكون هناك بطلان، لأن البطلان تكييف للعمل ولا يمكن الحديث عنه ما دام العمل لم يمارس من الناحية المادية[5].

ومن ناحية أخرى نجد أن البطلان نطاقه يتسع ليشمل كافة الأعمال الإجرائية الجنائية، في حين السقوط لا ينحصر إلا بالنسبة للأعمال التي يقوم بها الخصوم، وعليه فإنه لا يمكن تصور السقوط بالنسبة لعمل القاضي، لأن السقوط مؤداه انقضاء حق أو مصلحة قانونية، وبه متى حدد

---

[1] محمود صالح العادلي: النظرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص766.

[2] المزيد من التفصيل أنظر المواد، 407، 408، 409،415، 119 ق إ ج ج.

[3] ومن ناحية أخرى يعتبر القيام بالعمل الإجرائي الجنائي خلال فترة معينة من مقتضيات الأعمال الشكلية، ولذا فإن العمل قد يبطل لسبب شكلي متى لم يتم خلال الفترة المحددة.

نبيل شديد الفاضل رعد: الدفوع الشكلية في قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 113.

[4] المزيد من التفصيل أنظر المواد: 416، 417، 418، 419.....428.ق إ ج ج.

[5] فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص722 .

القانون ميعادا لممارسته القاضي عملا ما، فإن الغرض من ذلك يكون غرضا شخصيا يعنيه كفالة حسن سير الإدارة الداخلية للعدالة.

والنتيجة التي نخرج بها بعد هذا التحليل الوجيز نجد أن السقوط يرد أساسا على الحق الإجرائي وليس على العمل الإجرائي،غير أن سقوط الحق يؤثر على العمل الإجرائي من ناحية أنه لا يجد محلا يرد عليه، الأمر الذي يجعل الواقعة القانونية للعمل الإجرائي لا تتفق مع النموذج القانوني له، فضلا على أن الزمن قد يكون من مقتضيات الشكل في العمل الإجرائي الجنائي ومرور الزمن المقدر لممارسة العمل يؤدي إلى تغييبه[1].

ثانيا: البطـــــــــــــلان:

لو رجعنا إلى نصوص للإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مواده الثلاثين، وأستخلص منها المبادئ المتعلقة بموضوع البطلان، لوجدنا القواعد التالية:

- لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان (م2).

- لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه (م3).

- لا يعرض أي إنسان للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الحط بالكرامة (م5).

- كل الناس سواسية أمام القانون (م7).

- لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية المختصة لإنصافه من أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له الدستور أو القانون.

- لا يجوز القبض على أي إنسان أو حجزه أو نفيه تعسفا (م9).

- لكل إنسان الحق على قدم المساواة في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظرا عادلا سواء أكان ذلك للفصل في حقوقه أو التزاماته أو الاتهامات الجنائية الموجهة إليه (م10).

- كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا إلى أن تثبت إدانته قانونا بمحاكمة علنية تؤمن له فيها جميع الضمانات الضرورية للدفاع عنه.

[1] رءوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، مرجع سابق، ص155.

1-تعريف البطلان: البطلان بتعبير بسيط هو جزاء تخلف كل أو بعض شروط صحة الإجراء وهو يفترض عيبا قانونيا شاب الإجراء، والبطلان جزاء إجرائي كونه يطال الإجراءات الجزائية أي الأعمال المتتابعة زمنيا، والملازمة لإثبات نتيجة معينة[1].

وتكمن أهمية البطلان في بيان القيمة القانونية لقواعد قانون الإجراءات الجزائية وهذه الأهمية تتعد لتشمل فاعلية الإجراء الجزائي في سير الدعوى الجزائية، نحو صدور حكم نهائي يفصل في موضوعها[2].

كما يهدف البطلان كجزاء إجرائي للقواعد الإجرائية إلى إلزام السلطات المختصة بتطبيق واحترام الشرعية الإجرائية[3].

والعلاقة بين البطلان وحقوق الدفاع هي علاقة فيها كثيرا من الارتباط، فحقوق الدفاع قد ينشئها البطلان وباتتالي يكون مصدرا لها، كما أن البطلان قد يلحق العمل الإجرائي المعيب الذي لم يتقيد بالضوابط المقررة له وبالتالي فإنه يلحق ضرر بحق من حقوق الدفاع، وبالتالي تكون ممارسة حقوق الدفاع ممارسة غير صحيحة.

كما أن ممارسة حقوق الدفاع قد تؤثر في البطلان تأثيرا إيجابيا، إذ قد يترتب على ممارسة بعض الحقوق تصحيح ما شاب الأعمال الإجرائية المعيبة مما لحقها من بطلان[4].

2: أسباب البطلان.

تخلص أسباب البطلان إلى عدم توافر العناصر اللازمة لصحة العمل القانوني والعمل الإجرائي هو عمل شكلي، يشترط لصحته توفر شروط شكلية وشروط موضوعية.

أ-الأسباب الشكلية للبطلان: إن الأصل في العمل الإجرائي أنه عمل شكلي، يجب أن يفرغ في الشكل المقرر بالقانون، ولا يعتد القانون بالنشاط الإجرائي طالما لم يتم في الشكل القانوني

---

[1] إلياس أبو عبيد:أصول المحاكمات الجزائية بين النص والاجتهاد والفقه، دراسة مقارنة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2003م، ص482.

[2] المرجع السابق، ص483.

[3] حسن مصطفى يوسف مقابلة: الشرعية في الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص200.

[4] فعلى سبيل المثال: نجد أن ممارسة حق الحضور يصحح بطلان ورقة التكليف بالحضور، كما أن الاستعانة بمحام وحصول الإجراء بحضوره بدون اعتراض منه أمر ينتج عنه سقوط الحق في الدفاع يبطلان الإجراءات الخاصة بجمع الاستدلالات أو التحقيق الابتدائي.

محمد محدة: ضمانات المتهم أثناء التحقيق،ج3، مرجع سابق، ص338.

، والأصل لشرعية الأشكال الإجرائية، وقد روعيت وبوشرت صحيحة، ومن يدعي خلاف ذلك عليه إثباته[1].

لكن الأمر يكون أدق حينما نفرق بين العمل الإجرائي الجوهري وغير جوهري، فالعمل الجوهري هو العمل الإجرائي الذي أوجب القانون مراعاته، وكان يترتب على تخلفه تحقيق الغاية منه، أما العمل غير الجوهري، فهو الذي أوجب القانون مراعاته، وكان لا يترتب على تخلفه عدم تحقيق الغاية منه، أو لم يوجب القانون مراعاته، وإنما جعل أمر مباشرته جوازيا [2].

بينما يرى الأستاذ مأمون سلامة: أن التعرف على الأحكام الجوهرية، يتعين دائما الرجوع إلى علة التشريع، فإذا كان الغرض منه، المحافظة على مصلحة عامة أو مصلحة المتهم أو غيره من الخصوم، فإنه جوهريا، ويترتب على عدم مراعاته البطلان[3].

ومن أمثلة الأعمال الإجرائية الجوهرية، ما نصت عليه المواد: 81، 82، 84 من ق إ ج ج والمتعلقة بالتفتيش، سواء تفتيش الأشخاص، أو المساكن، وحضور صاحب المسكن.

وتتحقق الشكلية في العمل الإجرائي في نوعين من الأشكال، شكل ثابت، وشكل آخر متحرك، ويأخذ الشكل الثابت صورة النشاط المكتوب لا يحدث في ذاته تميزا في العالم الخارجي، ومثاله الأمر المكتوب الصادر من النيابة العامة، أو الأحكام الصادرة من القاضي[4].

أما الشكل المتحرك فهو الذي يحدث تغيرا واقعيا ملموسا في العالم الخارجي، ومثاله القبض على المجرم وتفتيش منزله[5].

ب- الأسباب الموضوعية للبطلان: أما الأسباب الموضوعية للبطلان فتتمثل في مراعاة الشروط الموضوعية اللازمة لصحة العمل الإجرائي التي تتمثل فيما يلي:

- التحقق من وقوع جريمة محددة بنص القانون، وهذا ما يعبر عنه بشرعية الجرائم والعقوبات ، ويجب أن يكون هذا النص نافذ المفعول في وقت ارتكاب الفعل وساريا على المكان الذي ارتكب فيه، وعلى الشخص مرتكبه.

- أن يكون الشخص مسؤولا جزائيا، الذي تتطلب الإرادة الحرة التي هي ذات أهمية جوهرية في الأعمال الإجرائية، ويشترط فيها أن تكون واقعية، وتتوافر لها شروط التمييز، وحرية الاختيار[1].

---

[1] عبد الحميد الشواربي: البطلان الجنائي، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1982، ص 25.

[2] محمد صبحي نجم: قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط 1، دار الثقافة، عمان، الأردن، سنة2000م، ص388.

[3] الإجراءات الجزائية في التشريعي المصري، د ط، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1986م، ص312.

[4] حسن يوسف مصطفى مقابلة: الشرعية في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص210.

[5] محمد صبحي نجم: قانون أصل المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص390.

الأهلية الإجرائية: ويقصد بها صلاحية الشخص لمباشرة عمل إجرائي معين، سواء كان أهلية عامة تتعلق بالخصومة الجنائية المتمثلة في النيابة العامة والمتهم، أم أهلية خاصة تتعلق بأعمال الخصومة الخاصة الصادرة عن المتهم والمدعى بالحق المدني والمسؤول عن الحقوق المدنية.

-**المحل:** شرط لصحة الإجراء أن ينص على محل معين، سواء ورد على شخص أو على شيء كما هو الحال في التفتيش، فهو لا يرد إلا على شخص، أو مسكن معين، وكذلك انتداب رجال الضبط القضائي، لا يرد إلا على إجراء معين[2].

-**السبب:** يشترط في العمل الإجرائي أن يتم على سبب معين، ويقصد بالسبب المقدمات والظروف التي يبرر بها العمل الإجرائي.

فهذه هي الشروط الموضوعية لصحة الإجراء، والذي يترتب على تخلف إحداها أن يكون الإجراء غير قادر على إنتاج الأثر القانوني الذي نص عليه من أجل تحقيقه، مما يؤدي إلى البطلان.

3: وسائل التمسك بالبطلان:إن وسائل التمسك بالبطلان تتغير حسب ما إذا كان انعداما أو بطلانا متعلقا بالنظام العام، أو متعلقا بمصالح الخصوم.

أ- وسائل التمسك بالانعدام: هو جزاء يترتب على افتقاد العمل الإجرائي لأحد مقوماته الأساسية، أي الركن اللازم لوجوده، والمعلوم أن لكل إجراء أركانه الأساسية التي بها يكون وبدونها لا يكون[3].

ويمكن التمسك بالانعدام بإحدى الوسائل الآتية: كالطعن في الحكم أو تجاهل صدور الحكم، نظرا لأن الانعدام يترتب بقوة القانون، فإنه لا يحتاج إلى حكم يقرره، وعليه يجوز للنيابة العامة أو المدعي بالحق المدني؛ تجاهل الحكم المنعدم ورفع دعوى جنائية جديدة على المتهم أو المسؤول عن الحقوق المدنية، فإن دفع أيا منهما بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، دفعت النيابة العامة أو دفع المدعى المدني بانعدام الحكم السابق صدوره، وعندئذ تبحث المحكمة مسألة انعدام الحكم، فإن تأكدت من قصة الانعدام نظرت في الدعوى المماثلة[4].

---

[1] حسن يوسف مصطفى مقابلة: الشرعية في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 211 .

[2] محمد صبحي نجم: قانون أصول محاكمات جزائية، مرجع سابق، ص 391 .

[3] عوض محمد عوض: المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 567.

[4] أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 555.

والقاعدة أن الإجراء المعدوم لا يترتب عليه أثر مهما طال عليه الزمن لأن مضي الزمن لا يحيل العدم وجودا، ولهذا كان الإجماع على أن الحكم المعدوم لا يتطهر قط من عيبه ولا يكتسب قوة الشيء المحكوم به ولو مضت مواعيد الطعن[1].

ب- **التمسك بالبطلان المتعلق بالنظام العام** : يفترض البطلان في كل أحوال إجراء جوهري خولته أحكام القانون المتعلقة به فإن كان البطلان المتعلق بالنظام العام لا يتقيد بوقت معين في إبدائه؛ فقد اختلف الفقه في بيان الضابط الذي يتحدد على أساسه مدى تعلق البطلان بالنظام العام، فمنهم من ذهب إلى ضابط المصلحة التي تحميها القاعدة الإجرائية، وذهب البعض إلى أن الضابط الصحيح هو أهمية المصلحة التي خولته.

ويرى الأستاذ محمد عوض: أن الفصل في تحديد الضابط هو مدى قابلية الحق الذي تحميه القاعدة الإجرائية للتصرف فيه[2].

فإن كان الحق لا يقبل التصرف فيه، كان البطلان متعلقا بالنظام العام، وإلا لم يكن متعلقا به. ومن هذا القبيل البطلان الناشئ عن مخالفة القواعد المتعلقة بعلانية الجلسات أو بإجراءات الطعن في الأحكام.

أما لقواعد التي تنهي حقوقا أو مصالح للخصوم فإن البطلان الذي يترتب على مخالفتها يصح أن يكون متعلقا بالنظام العام، ويصح أن يكون غير متعلق به، وذلك تبعا لمدى قابلية الحق للتصرف فيه، وعلى هذا الأساس فإن البطلان الناشئ عن مخالفة القواعد الإجرائية الخاصة بتفتيش الشخص أو تفتيش مسكنه، أو تسجيل محادثاته أو ضبط رسائله يعتبر بطلانا غير متعلق بالنظام العام، لأن هذه الحقوق جميعها تستباح بالإباحة، لكونها حقوقا تقبل التصرف فيها، أما البطلان المتعلق بمحاكمة متهم بجناية تغيب مدافع معه، يعتبر بطلان متعلقا بالنظام العام[3].

4- أنواع البطلان: ينقسم البطلان إلى نوعين أساسيين هما:

- البطلان المطلق.
- والبطلان النسبي.

[1] عوض محمد عوض: المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص567.

[2] المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص580.

[3] المرجع السابق، ص581.

أ- البطلان المطلق : وهو الذي يترتب على مخالفته القواعد الخاصة بالإجراءات الجوهرية المتعلقة بالنظام العام[1].

فمخالفة الأحكام الإجرائية الجزائية هي التي تسبب البطلان، ويكون هذا البطلان مطلقا إذا كان الإجراء الذي حدث مخالفته هو إجراء جوهري يتعلق بالصالح العام.

وهذا النوع من البطلان نص عليه المشرع الجزائري في المواد 258، 259، 260، 261، 262، من قانون الإجراءات الجزائية، والتي تحدثت عن بعض أنواع القواعد المتعلقة بالنظام العام، وهي القواعد المتعلقة بتشيكل المحكمة أو بولايتها.

ويتصف البطلان المطلق بما يلي:

- عدم قابليته للتصحيح عن طريق رضاء الخصم بالإجراء الباطل.

- أنه لا يجوز التنازل عنه ولا التصالح عليه، ولا الرضاء بالإجراء الباطل.

- يجوز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا.

- تقضي به المحكمة بدون طلب من أحد الخصوم ومن تلقاء نفسها.

- لكل ذي مصلحة أن يطلب من المحكمة الحكم به[2].

ويرى جمهور الفقهاء أن البطلان يعتبر متعلقا بالنظام العام، في الأحوال التالية:

- مباشرة إجراءات تمس سلامة الجسم بوصفها أمرا محظورا على الإطلاق.

- مباشرة الإجراءات من غير جهات القضاء (أو ما في حكمها) التي أناطها القانون وخاصة إذا كانت تمس حرية التنقل أو الحق في الحياة الخاصة.

- مباشرة جهات غير قضائية لبعض الإجراءات خارج الأحوال الاستثنائية المسموح بها قانونا لهذه الجهات.

- مخالفة القواعد التي تكفل الإشراف القضائي على الإجراءات الجزائية[3].

ب-البطلان النسبي: هو جزاء عدم مراعاة القواعد الجوهرية التي لا تتعلق بالنظام العام، وإنما تتعلق بمصلحة الخصوم، وهذه القواعد على نوعين، الأولى تتعلق بتنفيذ الإجراءات الماسة

---

[1] فوزية عبد الستار: شرح قانون الإجراءات الجنائية، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1986م، ص35؛ محمد مأمون سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، د ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986م، ص314.

[2] محمد علي سالم عياد الحلبي: الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ج2، مرجع سابق، ص424.

[3] أحمد فتحي سرور: الوسيط في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص533.

بالحرية الشخصية، ومثال ذلك حضور المتهم أو من ينوب عنه، أثناء التفتيش، والنوع الثاني يتصل بالإجراءات غير الماسة بالحرية الشخصية للمتهم مثل إجراء الشهادة والخبرة والمعاينة ، فهذه الإجراءات يحيطها القانون بضمانات لصالح المتهم حتى يوثق بالدليل المترتب عليها ، ولكن هذه الضمانات لا تتعلق بالنظام العام، وإنما بمصلحة الخصوم، وباتالي فإن البطلان المترتب على عدم مراعاتها يكون بطلانا نسبيا[1].

وهذا ما نصت عليه المواد: 157،159، من قانون الإجراءات الجزائية فقد نصت المادة: 157 " تراعى الأحكام المقررة في المادة: 100 المتعلقة باستجواب المتهمين والمادة:108 المتعلق بسماع المدعى المدني وإلا ترتب على مخالفتها بطلان الإجراء نفسه وما يتلوه من إجراءات"

ويتميز البطلان النسبي، بأنه قابل للإجازة والتصحيح من طرف من قرر البطلان لمصلحته، سواء كان هذا القبول صريحا، وهذا ما عبر عنه المشرع الجزائي في المادة: 3/159 " ويجوز دائما للخصم التنازل عن التمسك بالبطلان المقرر لمصلحته وحده ويتعين أن يكون هذا التنازل صريحا.

والبطلان النسبي لا يقبل الدفع به إلا من جانب الخصم صاحب المصلحة المباشرة في ذلك، دون باقي الخصوم، فالمتهم الذي تم تفتيشه وتفتيش مسكنه بإجراءات غير مشروعة، هو صاحب المصلحة بالدفع ببطلان هذا التفتيش دون غيره، ولكن يشترط أن يكون هذا المتهم قد ساهم أو تسبب بوقوع الإجراء الباطل[2].

ويتصف البطلان النسبي بما يلي:

- يجوز التنازل عن التمسك به صراحة أو ضمنا من وضعة الإجراء لمصلحته.
- لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام المحكمة العليا.
- لا يجوز لقاضي الموضوع الحكم ببطلان الإجراء من تلقاء نفسه دون طلب من الخصم.
- يجوز للخصم التمسك بالبطلان النسبي أمام محكمة الموضوع[3].

ج- التفرقة بين نوعي البطلان: قد حاول الفقه الكشف عن معيار لتميز البطلان المطلق عن البطلان النسبي فبحث البعض في نوع المصلحة تحميها القاعدة الإجرائية فإذا كانت المصلحة

[1] حسن يوسف مصطفى مقابلة: الشرعية في الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص214.

[2] المرجع السابق، ص218.

[3] محمد سالم عياد الحلبي: الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية،ج2، مرجع سابق ص428.

تتعلق بالنظام العام [1] فالبطلان المترتب على مخالفتها بطلان مطلق، أما إذا تعلق الأمر إيذاءا بمصلحة خاصة بالخصوم فالبطلان المترتب هو بطلان نسبي[2].

بينما ارتأى البعض الأخر أن نوع المصلحة ليس معيار حاسما لتميز صفتي البطلان، بل أهمية هذه المصلحة وبالتالي يترتب البطلان المطلق على مخالفة كل قاعدة إجرائية يرى القاضي أنها تستهدف مصلحة هامة، سوى أن تكون هذه المصلحة الهامة عامة، أو أن تكون هذه المصلحة العامة خاصة بالمتهم أو غيره من الخصوم أما ما عدى ذلك من مصالح يقرر القاضي أنها لا ترقى في أهميتها للصالح العام أو الخاص السالفة، فإن مخالفة القواعد التي تقرر هذه المصالح لا ترتب سوى البطلان النسبي .

بينما يرى البعض الأخر أن تقسيم البطلان إلى مطلق ونسبي ليس له ما يبرره في مجال الأعمال الإجرائية لأن التفرقة ذاتها تحدث تفرقة تقليدية في نطاق القانون المدني، ولهذا يمكن الاستعاضة عن تقسيم البطلان إلى مطلق ونسبي بتفرقة أخرى قوامها المصلحة العامة والمصلحة الخاصة.

وقد أثرنا القول المصلحة العامة وليس النظام العام تفاديا لما تتسم به هذه الفكرة من غموض ونسبية ولما تثيره من جدل فقهي، فالنظام العام فكرة خليقة النظام القانوني في مجمله، أو بعض منظوماته الداخلية. وبالتالي نؤثر القول بالبطلان المتعلق بمصلحة عامة والبطلان المتعلق بمصلحة خاصة[3].

5-آثار البطلان: تتمثل أثار البطلان متى تقرر تجريد العمل الإجرائي من آثاره القانونية، وفقد الدليل المستمد من الإجراء الباطل قوته القانونية، ويعتبر كأنه لم يكن، وهذا الإجراء الباطل لا يؤثر في صحة الأدلة الأخرى الموجودة في الدعوى، والمنتقلة عن الإجراء الباطل[4].

-أثر البطلان على الإجراءات السابقة له: لا يمكن الحكم ببطلان الإجراء المعيب للإجراءات السابقة عليه، بل تبقى هذه الإجراءات صحيحة منتجة لآثارها الوظيفية المرحلية[1].

---

[1] نظرا لما تتسم به فكرة النظام العام من غموض ونسبية، فإننا نؤثر عليها فكرة حسن سير العدالة باعتبار أن غاية منظومة القواعد الإجرائية قاضية هي الكشف عن الحقيقة الواقعية في أمر الجرم الواقع ومدى نسبته إلى المتهم، ومراعاة سير العدالة لا تعني فقط الانحياز للقواعد الإجرائية المتعلقة بمصلحة المجتمع، بل تشمل أيضا القواعد التي تضمن الحرية الفردية وتكفل حق الدفاع.

سليمان عبد المنعم: أصول الإجراءات الجنائية، ك1، مرجع سابق، ص228.

[2] محمود نجيب حسني: قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص349.

[3] سليمان عبد المنعم: شرح قانون أصول المحاكمات الجنائية، مرجع سابق، ص230.

[4] حسن يوسف مصطفى مقابلة: الشرعية في الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص223.

-أثر البطلان على الإجراءات اللاحقة له: إن تقرر بطلان أي إجراء معيب يؤثر أيضا في الإجراءات التالية له مباشرة والمترتبة عليه ويعتبر ذلك تطبيقا للمبدأ المعروف: "ما يبنى على باطل فهو باطل"[2] ويبطل الإجراء اللاحق ببطلان الإجراء السابق له، إذا كانت له صلة بين العمل السابق والعمل اللاحق، بحيث يكون العمل السابق ضروريا لصحة العمل اللاحق، ففي هذه الحالة لا يمكن بقاء الإجراء اللاحق بعد بطلان الإجراء السابق الذي كان مؤثرا فيه[3].

ولكن بطلان الإجراء المعيب لا يؤثر على صحة الإجراءات اللاحقة له متى كانت هذه الإجراءات مستقلة عن الإجراء المعيب، فاستقلال الإجراء اللاحق يحميه من البطلان الذي شاب ما سبقه من إجراءات، وبالتالي فإن الحكم ببطلان التفتيش المعيب لا يؤثر على صحة الإجراءات التالية إذا كانت مستقلة عن هذا التفتيش وغير مرتبطة به كالاعتراف الصادر من المتهم[4].

المطلب الثاني:الجزاءات الموضوعية والأعمال الإجرائية المعيبة لحقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.

الجزاءات المدنية هي الوسائل القهرية التي تتعلق بالذمة المالية لمن يخل بالتزام مدني[5].

هي قهرية لأنها تحمل المخاطبين بالقاعدة القانونية على احترامها ومنعهم من مخالفتها وتتعلق بالذمة المالية لا بالشخص، من يخالف القاعدة ولذا فإن الجزاء المدني يتم تقريره طبقا لجسامة الخطأ، بعكس الجزاء الجنائي الذي يتم تقديره لشخص معين تثبت إدانته بارتكاب جريمة جنائية.

والجزاءات المدنية متعددة منها الغرامات والمصاريف والتعويض، وهذه الجزاءات تترتب على الممارسة غير الصحيحة لحقوق الدفاع.

كما أن هناك اتجاها حديثا في القانون الدولي يحمل الدولة المسؤولية المدنية عما يصدر من ممارسات غير صحيحة لحقوق الدفاع من جانب الموظفين الرسميين، أو حتى من جانب الأفراد العاديين.

---

[1] سليمان عبد المنعم: شرح قانون أصول المحاكمات الجنائية،ك1، مرجع سابق، ص236.

[2] المرجع السابق، ص238.

[3] حسن يوسف مصطفي مقابلة: الشرعية في الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص224.

[4] سليمان عبد المنعم: شرح قانون أصول المحاكمات الجنائية، ك1، مرجع سابق، ص237.

[5] محمود صالح العادلي: النظرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي،.مرجع سابق، ص794.

الفرع الأول: الجزاءات المدنية للممارسة غير الصحيحة والأعمال الإجرائية المعيبة أمام القضاء الدولي الجنائي.

أولا: الغرامات المدنية والالتزام بالمصاريف.

الغرامات المدنية: هي مبلغ يفرض بواسطة القضاء كجزاء للممارسة غير الصحيحة لحقوق الدفاع، وهذه الغرامات توقع نتيجة عدم قبول أو رفض عمل إجرائي معين، على من أقدم أو حرك هذا العمل[1].

1-الإلزام بالمصاريف: الإلزام بالمصاريف هو المقابل المالي الذي يلزم به الخصم الذي أساء حقوق الدفاع أمام القضاء سواء كان ذلك بخسارته الدعوى أو الخصومة أو ممارسته غير الصحيحة لإجراء أو أكثر من إجراءات الخصومة.

والمصاريف كعقوبة جزائية تحقق هنا الصالح العام والصالح الخاص، فهي تحقق الصالح العام بما ينهي إليه الجزاء من ردع عام للكافة، ويحقق الصالح الخاص لأن الخصم الذي كسب الدعوى والخصومة هو الذي لحقه بالدرجة الأولى الأثر المباشر لسلوك خصمه الخاسر.

وقد اهتم كثير من الفقهاء بمفردات المصاريف فمنهم من جعل المصاريف تشمل الرسوم المستحقة وأتعاب المحاماة ومصاريف الخبراء والشهود وغيرها من المصاريف الأخرى المتعلقة بمباشرة الدعوى[2].

2-نطاق الالتزام بالمصاريف:

أ)-النطاق الموضوعي: الالتزام بالمصاريف ليس تعويضا، وبالتالي لا يشترط فيه تناسبه مع الضرر الذي نتج عن الممارسة غير الصحيحة لحقوق الدفاع، وهذه المصاريف لا تحدد بطريقة ثابتة فهي تتوقف على تقرير القضاء لأمرين، الأول مدى وجود ممارسة غير صحيحة في جانب أي من الخصوم فإذا وجد مثل هذا السلوك انتقل القضاء للأمر الثاني فيقدر الضرر غير السوي في سلوك أحد الأخصام على ذلك بقدر مبدأ الإلزام بالمصاريف من عدمه[3].

ب)- النطاق الشخصي: ويتحدد هذا النطاق وفقا للمبادئ التالية:

---

[1] من أمثلة هذه الغرامات في التشريع الجزائري أنظر المواد 531 مكرر، 531م1من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري..

[2] مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية، ج 1، مرجع سابق ص354؛ فوزية عبد الستار: الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص196.

[3] محمود صالح العادلي: النظرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص805.

- الأصل أن يوقع هذا الجزاء على الخصم الخاسر لصالح الخصم المنتصر.

- عند تعدد أطراف الجانب الخاسر تحصل منهم جميعا المصاريف المحكوم بها.

ثانيا: التعويض ومسؤولية الدولة عن الممارسة غير الصحيحة لحقوق الدفاع.

1: التعويض: التعويض[1] له معنيين في القانون الوضعي أحدهما واسع ومعناه إصلاح الضرر ومحو أثار الفعل الضار وإعادة المضرور إلى حالته التي كان عليها قبل أن يصيبه الضرر ، ومعنى ضيق ينصرف إلى المقابل المادي النقدي لجبر الضرر[2].

وعديدة هي الانتهاكات والأضرار التي تلحق بالمتهم بمناسبة محاكمته جنائيا، الشيء الذي يستلزم إقرار حقه في التعويض ووضع آلياته رغبة في السمو به إلى منزلة الضمان الفعال الذي يعول عليه في إنصاف المتهم، ونعني بضمان حق المتهم في التعويض " كفالة حق المتهم في الحصول على ما يجبر الضرر ممن أوقعه به أو تسبب في وقوعه بخطئه بحيث خلق خرقا لإحدى دعامات حقه في حقوقه في الدفاع من خلال المحاكمة العادلة"[3].

وعليه لابد أن يعوض المتهم عن مختلف الأضرار التي لحقت به جراء انتهاك دعامة من دعامات حقه في محاكمة عادلة بغض النظر عن مرتكب هذا الانتهاك، ويختلف استحقاق المتهم للتعويض باختلاف الانتهاك الوارد على حقه، وهو فكرة صيغت في قالب موضوعي لا تتخلله أية عناصر شخصية مهما تكن طبيعتها.

وسنحاول دراستها على المستويين الدولي والداخلي، كيف نظمها المشرع؟ وهل كفلها فعلا كحق وضمانة للمتهم في تقرير حقه في الدفاع.

أ- أساس هذا الضمان أمام المحاكم الدولية : لقد أغفلت جهات القضاء الجنائي العسكري الدولي ذكر التعويض عن الأخطاء القضائية وذلك أمر منطقي، كونها جهات عسكرية أولا، ثم أن محاكمات نورمبرغ وكذا طوكيو وصفت بمحاكمة الغالب للمغلوب، إذ أن مسألة إذناب المتهمين بالنسبة للحكمتين كان فعلا واقعا نظرا لكونهم منهزمي الحرب.

وبالرجوع إلى القضاء الدولي الجنائي المؤقت ممثلا في محكمتي يوغسلافيا ورواندا نجده أيضا لم يكفل هذه الضمانة باعتبارها واحدة من ضمانات المحاكمة العادلة، فلم يتحدث مطلقا على

---

[1] التعويض في اللغة معناه البدل والخلف وعوضه عنه أي أعطاه بدل ما ذهب منه، المعجم الوسيط، ج 2، مرجع سابق، ص660؛ لسان العرب،ج9، مرجع سابق، ص55، 56.

[2] محمود نجيب حسني: الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص273.

[3] حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص528، 529، 580.

حق المتهم في تعويضه عن الأخطاء القضائية سواء بخصوص الضرر المعنوي الذي لحقه من جراء اتهامه في حد ذاته، أو بسبب الحبس التعسفي، أو إلحاق عقوبة سالبة للحرية به جورا.

فمن بين الانتقادات الموجهة لنظام المحكمتين الدولتين هو أنه لم ترد أي إشارة للتعويضات حتى إذا تعلق الأمر بالمجني عليهم في الجرائم الدولية، إذ لا يكفي رد الأموال المسلوبة بطريقة غير شرعية، إذ أن الأضرار المادية والمعنوية تستحق جلها التعويض.

ونظرا لأهمية التعويض المالي عن الخطأ القضائي ودوره في جبر الضرر الذي يلحق بالمتهم، وكذا حده من تعسف الجهات القضائية، كان من الجدير بالمشرع الدولي على هذا المستوى الرفيع، واعتبارا لمواثيق حقوق الإنسان أن يدرج هذا الحق ويكفله كضمانة للمتهم الغير مذنب الذي يثبت حقه في البراءة بحكم قضائي بات.

أما نظام روم الأساسي الخاص بالقضاء الدولي الجنائي، فقد ذكر موضوع التعويض وذلك في المادة 85 [1] من ميثاق روما الأساسي.

ب- أسباب التعويض: إن سبب التعويض هو إساءة ممارسة حقوق الدفاع التي ينتج عنها ضرر للغير، ويتحلل هذا السبب إلى ثلاثة عناصر هي إساءة ممارسة حقوق الدفاع، الضرر، ورابطة السببية بين الضرر والإساءة.

والضرر هو الركن الثاني في المسؤولية المدنية، فلا قيام لها بدونه، إذ لا يجوز الحديث عن تعويض ما، إذا لم يكن هناك ضرر لحق أحد الأشخاص، ويقصد بالضرر الأذى الذي يلحق الشخص ويؤدي إلى المساس بحق له أو بمصلحة مشروعة، وينقسم الضرر إلى مادي وأدبي [2]

---

[1] المادة 85: تعويض الشخص المقبوض عليه أو المدان

أ- يكون لأي شخص وقع ضحية للقبض عليه أو الاحتجاز بشكل غير مشروع حق واجب النفاذ في الحصول على تعويض.

ب- عندما يدان شخص، بقرار نهائي، بارتكاب جرم جنائي، وعندما تكون إدانته قد نقضت فيما بعد على أساس أنه تبين بصورة قاطعة من واقعة جديدة أو مكتشفة حديثا حدوث قصور قضائي، يحصل الشخص الذي وقعت عليه العقوبة نتيجة الإدانة، على تعويض وفقا للقانون ما لم يثبت أن عدم الكشف عن الواقعة المجهولة في الوقت المناسب يعزى كليا أو جزئيا إليه هو نفسه.

ج- في الظروف الاستثنائية، التي تكتشف فيها المحكمة حقائق قطعية تبين حدوث قصور قضائي جسيم وواضح، يجوز للمحكمة، بحسب تقديرها، أن تقرر تعويضا يتفق والمعايير المنصوص عليها في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات، وذلك الذي يفرج عنه من الاحتجاز بعد صدور قرار نهائي بالبراءة أو إنهاء الإجراءات للسبب المذكور.

[2] عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في القانون المدني،ج2، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص1190 وما بعدها.

،والضرر بنوعيه مقصور حدوثه في المجال الإجرائي إذ قد ينجم عن إساءة ممارسة حقوق الدفاع ضررا ماديا ومعنويا.

أما رابطة السببية[1] بين الإساءة والضرر فهي لا تخرج في أحكامها عن القواعد العامة التي تحكم رابطة السببية في الدعوى المدنية.

ثالثا: أهمية جزاءات التعويض كنتيجة حتمية للمسؤولية الدولية.

1: أهمية الجزاءات : هذه الأهمية تدور في أربعة محاور هي:

المحور الأول: يتمثل في أن الجزاء الجنائي مما له من ردع عام، يعتبر سياجا يحول دون انزلاق الخصم إلى ممارسة غير صحيحة لحقوق الدفاع تصل إلى درجة الجريمة.

أما المحور الثاني: فيتلخص في أن توقيع الجزاء الجنائي على من تسول له نفسه من الاخصام اقتراف مثل هذه الممارسة، يمثل ترضية ملائمة للمجتمع وللخصم الآخر المضرور من الجريمة في آن واحد.

أما المحور الثالث: فيتمثل في الجزاء الجنائي الذي يعتبر ضمانة هامة لا غنى عنها لحقوق الدفاع أمام القضاء بوجه عام، لما يبعثه من طمأنينة في نفوس المتقاضين مردها شعورهم بأن معركتهم القضائية لن تكون على حساب الاعتداء على حقوقهم وحرياتهم العامة، لشمولها بحماية المشرع الجنائي[2].

والمحور الرابع: أن الجزاء الجنائي يتحقق أو يحافظ على التوازن المنشود بين المصالح المتعارضة في الخصومة، سواء في ذلك الجزاء الذي يوقع كأثر للممارسة غير الصحيحة لحقوق الدفاع، وسواء الذي يوقع كضمانة[3] تحمي حقوق الدفاع من الاعتداء عليها.

فالردع العام، أي التهديد بتوقيع الجزاء يمنع الإخلال بالتوازن بين المصالح، أما الردع الخاص –فهو يزيل الإخلال بالتوازن بين المصالح الذي حدث من جراء جريمة ارتكبت من خصم بمناسبة ممارسة حقوق دفاعه أو من الغير.

2: التعويض كنتيجة حتمية للمسؤولية الدولية: استقر رأي الفقهاء والقضاء الدولي على مبدأ إلزام الدولة أو بحسب الأحوال المنظمة الدولية الحكومية [1]، عند ثبوت مسؤوليتها عن الضرر

[1] المرجع السابق ص1191.

[2] فوزية عبد الستار: علم الإجرام وعلم العقاب، ط5، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان،1985، ص 217.

[3] للمزيد من التفصيل حول ضمانات حقوق الدفاع راجع ص122.من هذه المذكرة.

الذي لحق بدولة أجنبية أو بأحد رعاياها من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، أو إحدى المنظمات الدولية أو بأحد موظفي هذه الأخيرة بجبر الضرر وذلك بتعويض الشخص المتضرر.

وقد يأخذ التعويض في القانون الدولي عدة أشكال أو صور تتمثل أهمها وأبرزها في:

- الترضية أو الإرضاء La Satisfaction،
- التعويض العيني والتعويض النقدي[2].

أ: الترضية أو الإرضاء.: يتم اللجوء إلى أسلوب الترضية أو الإرضاء عادة عندما يتعلق الأمر بجبر ضرر معنوي. وغالبا ما يكون ذلك في قيام الدولة المنسوب إليها الفعل غير المشروع بتقديم اعتذارات شفوية أو كتابية إلى الدولة المتضررة، أو أن تقوم تلك الدولة بفصل أو عزل الموظف الذي صدر منه الفعل غير المشروع أو في إحالته على العدالة لمحاكمته، أو في اتخاذ كلا الإجراءين حياله.

كما يمكن أن تتمثل الترضية في قيام الدولة المنسوب إليها الفعل غير المشروع بدفع مبلغ مالي للدولة المتضررة، ولا يهم إن كان هذا المبلغ يتلاءم ويتناسب أم لا ودرجة الضرر.

وفي كل الأحوال، وحسب ما جرت عليه الممارسة الدولية بشأن أسلوب الترضية التي اعتمدته لجنة القانون الدولي وأكدت عليه في المادة: 38 من مشروع النص المتعلق بالمسؤولية الدولية، فلا يجب أن تأخذ هذه الترضية منحى من شأنه أن يؤدي إلى إهانة الدولة المنسوب إليها الفعل غير المشروع.

3(حكم محكمة العدل الدولية الدائمة في 1928/09/13) Chorzów ، أنظر على سبيل المثال قضية معمل خورزوف. وكذا قضية مضيق كورفو، (حكم محكمة العدل الدولية في 1949/04/09).

أما بالنسبة لمسؤولية المنظمات الدولية على سبيل المثال فقد اعترفت منظمة الأمم المتحدة في بداية الستينات من القرن العشرين بمسؤوليتها تجاه الدول عن المعمليات العسكرية بالكونغو التي ألحقت بها أضرارا بسبب التصرفات المنافية للقانون الدولي لقوات الأمم المتحدة بالكونغو

[2]صرحت محكمة العدل الدولية الدائمة في هذا الصدد في قرارها المتعلق بقضية معمل خوروزوف (1928) بأن: (المبدأ الأساسي الذي يترتب عن مفهوم الفعل غير المشروع الذي استقرت عليه الممارسة الدولية، خاصة القرارات الصادرة عن المحاكم التحكيمية بأن التعويض يجب أن يمحو، كلما أمكن ذلك، كل الآثار المترتبة عن الفعل غير المشروع وإعادة الأوضاع إلى حالتها السابقة أو دفع تعويض عيني أو، إن كان ذلك غير ممكن دفع مبلغ مالي يتناسب و قيمة التعويض العيني)

أنظر في هذا الشأن:

Pierre Marie Dupuy : Droit international public édit. Dalloz, Paris 1992, p.349.

ب: التعويض العيني: يتمثل التعويض العيني في قيام الدولة المنسوب إليها الفعل غير المشروع المتسبب في الضرر الذي دفع بمسؤوليتها الدولية بإعادة الوضع أو الأشياء إلى الحالة التي كانت عليها قبل وقوع ذلك الفعل بشكل يجعل وكأن هذا الفعل لم يحدث ولم يقع أصلا[1] .

ومن بين أهم الأشكال أو الصور التي يمكن أن يأخذها التعويض العيني نذكر، على سبيل المثال، شكل قيام الدولة المنسوب إليها الفعل غير المشروع بإعادة الأموال التي سبق لها وأن صادرتها دون وجه حق إلى أصحابها الأجانب، أو في إطلاق سراح الأشخاص الأجانب الذين ألقت الدولة المعنية بالمسؤولية القبض عليهم تعسفيا، أو في إعادة بناء أو ترميم المباني التابعة للأجانب أو لبعثة دبلوماسية لدولة أجنبية.

ج: التعويض النقدي: يعتبر التعويض النقدي الشكل الطبيعي للتعويض، وذلك ما جاء في قرار محكمة التحكيم الدائمة الصادر في: 1912/11/11 بشأن قضية تعويضات الحرب التركية التي دفعت لروسيا، إذ أقرت المحكمة بالمبدأ المذكور حين قضت " بالتساوي بين مختلف مسؤوليات الدول وبانعدام وجود فروقات جوهرية بينها وذلك من حيث إمكانية أن تنتهي كلها بتسوية تقوم على دفع مبلغ من المال"[2].

ويتمثل التعويض النقدي في دفع الدولة أو المنظمة الدولية الحكومية المنسوب إليها الفعل غير المشروع لمبلغ من المال إلى الدولة أو المنظمة الدولية المتضررة بشكل مباشر أو غير مباشر وذلك بهدف إزالة آثار الأضرار التي لحقت بها من جراء ذلك الفعل غير المشروع.

ومن المفروض أن يكون مبلغ التعويض في هذه الحالة متناسبا ودرجة الضرر. وتخضع مسألة تحديد مبلغ التعويض وشكله وحجمه ومداه للسلطة التقديرية للقاضي المختص[3].

وفي حالة تأخر الدولة المنسوب إليها الفعل غير المشروع عن دفع التعويض المستحق فمن حق المتضرر المطالبة بالفوائد التي يتم حسابها، حسب نص المادة: 39 من مشروع الاتفاقية المتعلقة بالمسؤولية الدولية، ابتداء من التاريخ المفترض تسديد مبلغ التعويض فيه وذلك لتمكين المتضرر من الحصول على ما فاته من كسب وربح مشروعين.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد اعتبر بعض الكتاب التاريخيون أن الأضرار المعتبرة التي ألحقتها الدول الاستعمارية بالبلدان التي كانت ترزخ تحت هيمنتها وسيطرتها خلال القرنيين التاسع عشر والعشرين وكذا نهبها لخيراتها وثرواتها يستوجب الدفع بمسؤولية الأولى تجاه الثانية

[1] انظر في هذا الصدد المادة:36 من مشروع النص المتعلق بالمسؤولية الدولية التي أكدت من جهتها على هذا المبدأ.

[2] شارل روسو: المرجع السابق، ص.131.

[3] محمد المجدوب: الوسيط في القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص.163.

وبالتالي إلزام الأولى بالتعويض عن مجمل الأضرار التي تسببت فيها للثانية، إلا أن هذا الاتجاه، وبالرغم من سداده وموضوعيته لم يجد الدعم والسند اللازمين والكافيين لترجمته على أرض الواقع.

وفي الأخير لا يفوتنا التذكير بالتطورات الأخيرة التي عرفها القانون الدولي في مجال المسؤولية الجزائية الدولية، بحيث أصبح الأفراد يتحملون المسؤولية الدولية عند ارتكابهم – باسم دولتهم أو لحسابها أو لحساب دولة معينة :

ما يعرف بجرائم الحرب أو جرائم ضد الإنسانية أو ضد السلام والأمن العالميين، الأمر الذي يتطلب تدخل المجموعة الدولية باستعمالها القوة العسكرية لإنقاذ الأرواح البشرية من مخاطر الإبادة الجماعية وكذا السلم والأمن العالمين.

إلا أنه وللأسف الشديد فقد تلجأ بعض الدول القوية – باسم حماية حقوق الإنسان أو تحت هذا الغطاء – إلى استعمال القوة بقصد الحفاظ على مصالحها الحيوية أو لتحقيق أهداف سياسية ، وجيو إستراتيجية وخير مثال على ذلك ما وقع خلال ربيع سنة 1999 في إقليم كوسوفو بجمهورية يوغوسلافيا، حيث تدخلت قوات الحلف الأطلسي بدعوى إنقاذ الأقلية الألبانية التي تعيش في الإقليم من بطش وإبادة الصربيين لهم وما ترتب عن ذلك من عقوبات ومتابعات طالت الرئيس اليوغسلافي سلبودان ميلوزفيتش الذي ألقي عليه القبض وأحيل سنة 2001 على المحكمة الجنائية الدولية المؤقتة بلاهاي لمحاكمته[1]، في حين أن ذات دول الحلف الأطلسي، وبصفة خاصة الولايات المتحدة الأمريكية، لم تحرك ساكنا تجاه المجازر الرهيبة التي ترتكبها إسرائيل يوميا في حق الشعب الفلسطيني وقادته.

كما لا يفوتنا أيضا التذكير من جهة أخرى بالمتابعات الجارية منذ العمليات التي شهدتها مدينة نيويورك في 11 سبتمبر 2001 – خاصة من طرف الولايات المتحدة الأمريكية – ضد العديد من الأشخاص المتهمين بالإرهاب في أفغانستان وغيرها من بقاع العالم، والتي كانت في غالب الأحيان تعسفية ولا تقوم على أي دليل مادي، أدت بالزج ببعض الأشخاص الأبرياء في زنزانات السجون الأمريكية والبريطانية وغيرها ظلما وجورا.

---

[1] ـ ومما تجدر الإشارة إليه هنا هو أن هذه المحكمة المؤقتة مختصة بالنظر فقط في الجرائم ضد الإنسانية في جمهورية يوغسلافيا سابقا، وهي شبيهة بنظيرتها التي أنشأتها الأمم المتحدة سنة 1994 في أروشا (تنزانيا) للنظر في الجرائم ضد الإنسانية التي ارتكبت في رواندا.

وكلا هاتين المحكمتين تختلفان من حيث الزمن والاختصاص، عن محكمة الجنايات الدولية التي تم إنشاؤها بموجب اتفاقية روما، التي صادقت عليها المجموعة الدولية في شهر جويلية 1998وأدخلت حيز التنفيذ في شهر جويلية 2002، إذ تتميز هذه الأخيرة عن المحكمتين السالفتي الذكر بطابع الدوام والاختصاص العالمي.

الفرع الثاني: المسؤولية الدولة للدولة عن الممارسة غير الصحيحة لحقوق الدفاع.

المسؤولية الدولية لدولة لتعويض عن الأفعال الغير مشروعة وتعتبر أكثر مواضيع القانون الدولي تعقيدا وتشعبا، نظرا لشيوع هذه المسؤولية بين مسؤولية مدنية وجنائية وخضوعها لأحكام متفرقة حسب هذه الأنواع.

تعريف المسؤولية الدولية القانونية: هناك عدة تعريفات مختلفة لهذه المسؤولية نذكر منها ما يلي:

تعريف علي جميل حرب:" المسؤولية القانونية الدولية هي التي تتحقق على كل شخص معنوي أو طبيعي متمتعا بالأهلية القانونية التي تؤهله لتحمل تبعات أفعاله الضارة التي يلحقها بالغير"[1].

فالمسؤولية الدولية تتحقق متى تحقق الضرر، سواء كان هذا الضرر نتيجة مخالفة التزامات دولية، أو كان نتيجة اعتداء، أو تهديد لمصلحة أساسية دولية، أو نتيجة لاقترافه جريمة من الجرائم الدولية.

من خلال هذا التعريف نرى أن الدكتور علي جميل حرب قسم المسؤولية الدولية إلى نوعين مسؤولية مدنية ومؤداها تحمل الدولة المخالفة للالتزام القانوني أو العقدي الدولي تبعة ضررها بالغير.

ورد في اتفاقية لاهاي تبيان خاص للمسئولية الدولية: "الدولة التي تخل بأحكام هذه الاتفاقية تلتزم بالتعويض إن كان لذلك محل وتكون مسئولية عن كل الأفعال التي تقع من أي فرد من أفراد قواتها المسلحة" [2] فهذه المادة تبين كيف تقوم المسئولية الدولية وما يترتب على قيامها.

والقسم الثاني يحقق مسؤولية المعتدي أو المرتكب لجريمة دولية عن فعله.

أولا:الممارسة الصادرة عن الموظفين العاملين في الدولة.

1: مسؤولية الدولة عن تصرفات سلطتها التشريعية:

من المسلم به قانونا وفقها وقضاء، أن يكون حق الدولة السيدة عند ممارسة صلاحيتها الإقليمية والشخصية، أن تصدر ما تشاء من تشريعات ومراسيم ولوائح، بشرط أن يتم ذلك طبقا للقانون الدولي وبشكل لا يتعارض أو يتناقض معه أو من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال بالتزاماتها الدولية.

[1] نظام الجزاء الدولي، العقوبات الدولية ضد الدول والأفراد، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص. 183.
[2] اتفاقية لاهاي ــ 1907م.

فإذا ما قامت سلطتها التشريعية على إصدار قانون تتعارض أحكامه مع معاهدة أبرمتها هذه الدولة أو امتنعت عن الموافقة عن تشريع يتطلبه تنفيذ معاهدة معينة– كالامتناع مثلا عن الموافقة على إعتمادات مالية يتطلبها تنفيذ التزامات معينة أوجبتها اتفاقية تكون الدولة المعنية طرفا فيها، أو تقاعست عن سن التشريعات اللازمة لتنفيذ واحترام تعهداتها الدولية [1]فتتحمل هذه الأخيرة تبعية المسؤولية الدولية الناجمة عن تصرفات سلطتها التشريعية.

وقد أكد القضاء الدولي في كم من مناسبة على هذه المسؤولية واستثنى من تلك القوانين التي تدخل ضمن الاختصاص أو السلطان الداخلي للدولة، كتلك المتعلقة بتأميم المصالح والامتيازات الأجنبية التي تتضمن أحكاما تقضي صراحة على دفع تعويضات عادلة وفورية للمتضررين من التأميم[2].

ومسؤولية الدولة عن أعمال سلطتها التشريعية لا تقتصر فقط على القوانين التي تسنها هذه الأخيرة وتكون مخالفة للالتزامات الدولية، بل تمتد أيضا لتشمل قانونها الأساسي (الدستور). وهذا ما أكدت عليه محكمة العدل الدولية الدائمة في رأيها الاستشاري الذي قدمته لعصبة الأمم في: 1932/02/04 للفصل في النزاع بين بولونيا ومدينة دانزينغ الحرة danzing.

---

[1] أنظر في هذا الشأن قرار محكمة العدل الدولية الدائمة الصادر في: 1923/03/25 بخصوص النزاع بين ألمانيا وبولونيا في قضية معمل خورزوف Chorzów حيث قضت المحكمة بأن حق الاستهلاك (التأميم) دون دفع التعويض المنصوص عليه في القانون البولوني الصادر في 1920/06/14 يتعارض مع أحكام الاتفاقية البولونية المعقودة في جنيف Genève في 1920/07/15،

أنظر أيضا قرار محكمة العدل الدولية الصادر في: 1952/07/22 بشأن قضية الشركة الإنجليزية الإيرانية للبترول.

[2] من الجدير بالملاحظة أن مبدأ التعويض العادل والفوري قد تأكد فيما بعد في العديد من لوائح الجمعية العام للأمم المتحدة، من ذلك مثلا اللائحة رقم 1803 الصادرة من الجمعية العامة للمنظمة في دورتها السابعة عشر (1962/12/14) تحت عنوان" السيادة الدائمة على الثورات الطبيعية، وكذا الإعلان المتعلق بإقامة نظام اقتصادي جديد " اللائحة رقم 3201 الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الخاصة في: 1974/05/01، واللائحة رقم 3171 الصادرة عن الجمعية العامة لذات المنظمة في دورتها ال 28 المؤخة في 1973/12/17 والمتعلقة بالسيادة الدائمة على الثورات الطبيعية.

كما أكدت على مبدأ التعويض عن التأميم تشريعات العديد من بلدان العالم، ذلك مثلا ما قضت به المادة: 677 للقانون المدني الجزائري بأن " لا يجوز حرمان أي أحد لملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون، غير أن الإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف عادل.

كما تنص من جهتها المادة 20 من الدستور الجزائري الصادر عام 1996 على أن (لا يتم نزل الملكية إلا في إطار القانون ويترتب علية تعويض قبلي عادل ومنصف).

حيث جاء في هذا الرأي على وجه الخصوص بأن". لا يحق لدولة أن تحتج بأحكام دستورية قبل دولة أخرى للتخلص من الالتزامات التي يفرضها عليها القانون الدولي والاتفاقيات التي تكون هي طرفا فيها [1].

كما أكدت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي تبرمجها الدول المتبناة في 29 ماي 1969 على هذا المبدأ و ذلك بنصها في المادة 27 على أنه:" لا يجوز لطرف في معاهدة أن يتمسك بقانونه الداخلي كسبب لعدم تنفيذ هذه المعاهدة كما أكدت نفس الاتفاقية على هذا المبدأ في المادة: 46-1 منها بنصها على أن". لا يجوز لدولة أن تتمسك بأن التعبير عن ارتضائها الالتزام بمعاهدة قد تم بالمخالفة لحكم في قانونها الداخلي يتعلق بالاختصاص بإبرام المعاهدات كسبب لإبطال رضاها، إلا إذا كان إخلالا واضحا بقاعدة ذات أهمية جوهرية من قواعد قانونها الداخلي".

2: مسؤولية الدولة عن أعمال سلطتها التنفيذية:

من المبادئ الثابتة في القانون الدولي أن الدولة دائما مسؤولة عن التصرفات أو الأعمال التي يقوم بها موظفوها لا بصفتهم كأفراد بل بصفتهم كأدوات للتعبير عن سلطتها وإدارتها وذلك بغض النظر عن درجاتهم وعن الوظيفة التي يشغلونها سواء أتعلق الأمر بوظيفة على المستوى المركزي أو على المستوى المحلي.

ونفس هذا الحكم ينطبق على موظفي الولايات إذا تعلق الأمر بدولة فيدرالية أو اتحادية[2].

ولا يهم إن كانت التصرفات التي يقوم بها موظفو الدولة المعنية مطابقة لقوانين تلك الدولة أو مخالفة لها.

فالعبرة والأولوية تكون دائما للقانون الدولي [3] الذي أفردت أغلب دساتير الدول بما في ذلك الدستور الجزائري لعام 1996 في مادته: 132، بسموه على القانون الداخلي.

---

[1] أنظر مجموعة قرارات محكمة العدل الدولية الدائمة .Recueil de la CPJI, sérics B n°15 (1928) , p.287

[2]-أنظر المادة 4 من مشروع النص المتعلق بالمسؤولية الدولية ،ص. 2.

[3] من الأمثلة الشائعة عن ذلك نذكر حادثة اقتحام السفير الإسباني في كوبا في جانفي 1960 لمبنى التلفزيون الكوبي بهافانا ومقاطعته للخطاب الذي كان يلقيه في تلك الأثناء الرئيس الكوبي فيدال كاسترو عبر التلفزيون واتهمه بالكذب والخداع.

وعلى إثر هذه الحادثة اعتبرت كوبا السفير الإسباني شخصا غير مرغوب فيه ودعته لمغادرة البلاد كما قامت اسبانيا من جهتها بالاعتذار لكوبا وقامت بعزل هذا السفير من وظيفته.

وفي كل الأحوال يبقى الشرط الأساسي لتسبب أو إسناد التصرف غير المشروع دوليا للدولة التي ينتمي إليها الموظف هو أن يكون تصرف هذا الموظف في الحدود التي رسمتها له قواعد القانون الداخلي لدولته.

وفي الحالة العكسية، أي في حالة تصرف الموظف خارج الحدود التي رسمها له القانون الداخلي لدولته وتجاوز صلاحياته أو خالف التعليمات الصريحة التي تلقاها من السلطات العليا ، فقد جرى العرف على نسب تلك التصرفات لدولة الموظف وتحميلها المسؤولية الدولية.

3: مسؤولية الدولة عن تصرفات سلطتها القضائية:

تتلخص مهمة السلطة القضائية في مختلف الأنظمة في العمل على حل النزاعات التي تعرض عليها طبقا للتشريع والتنظيم الساري بهما العمل.

ولما كان من الثابت أن الاتفاقات والمواثيق الدولية التي تعتبر الدولة عن قبولها لها طبقا لأحكام دستورها تدرج ضمن منظومتها القانونية وتكون ملزمة لكل أجهزتها، بما في ذلك جهازها القضائي، خاصة إذا ما تعلق الأمر بالاتفاقيات والمواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الأشخاص أو التي تهمه بشكل أو بأخر والتي تم نشرها بجريدتها الرسمية أو بأي طريقة أخرى[1].

[1] جرى العمل في العديد من الأنظمة القانونية على اعتبار التغاضي على نشر المرسوم المتضمن التصديق على المعاهدة وكذا النص الكامل للمعاهدة، أو الاكتفاء بنشر المرسوم أو القانون المتضمن التصديق عليها دون نشر نصها على المستوى الداخلي يجعل المعاهدة تنبية للمحاكم الوطنية للمعنيين بها وكأنها غير موجودة.

لحسم مسألة عدم النشر، هذه نجد أن دساتير بعض البلدان تنص على الحل الواجب اتباعه في هذه الحالة، من تلك مثلا ما نصت عليه المادة55 من الدستور الفرنسي لعام 1958 بأن (المعاهدات والاتفاقيات المصادق أو الموافق عليها، تكون لها منذ نشرها قوة أسمى من تلك التي يتمتع بها القوانين.

« Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dés leur publication, une autototé supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.

بالإضافة إلى ذلك اعتبر القضاء الفرنسي بمختلف درجاته بأنه لا يمكن للأفراد الاستناد على معاهدة غير منشورة للمطالبة بحقوقهم.

أما بالنسبة للجزائر فلم ينص أي دستور من دساتيرها المعتمدة منذ الاستقلال (1962) إلى غاية دستور 1996 على الحل الواجب اتباعه....هذه الثغرة أصدر المجلس الدستوري في 1989/08/20 قراره رقم1 جاء فيه: أنه (بعد المصادقة على اتفاقية وبمجرد نشرها فإنها تدرج في القانون الوطني وتكتسب طبقا للمادة: 123 من الدستور (الدستور المعني هنا هو دستور 1989) سلطة سمو في سلطة القوانين وتسمح لكل مواطن جزائري لاستظهارها أمام المصالح القضائية)

المرجع / المجلس الدستوري سفر.1 نشرة المؤسسة وطنية للفنون الطباعة الرغاية الجزائر 1990 ص, 40.

عامر بن تونسي: المسؤوليةِ الدولية، د ر ط، منشورات دحلب،الجزائر،2005.

فبناءا على ما تقدم، وفي صورة ما إذا كانت المحاكم متعارضة مع قواعد القانون الدولي فيكون حكمها حكما غير شرعي يؤدي إلى الدفع بالمسؤولية الدولية للدولة التي تتبعها الجهة القضائية التي صدر عنها الحكم المعيب.

وتعتبر من صميم الأحكام المتعارضة مع قواعد تلك التي تكون مبنية على تفسير خاطئ لنص داخلي منسجم مع الالتزامات الدولية، أو تكون مبنية على تفسير أو تطبيق خاطئ لقاعدة دولية.

كما تسأل الدولة (بضم التاء) عن تصرفات مختلف جهاتها القضائية إذا ما أخلت هذه الأخيرة بمبادئ وواجبات الاستقامة والحياد والنزاهة والموضوعية والعدالة التي تستلزمها وظيفة القاضي ووقع منها ما اصطلح على تسميته بإنكار العدالة « Déni de justice »"[1]

ويمكن أن يتجلى نكران العدالة من طرف المحاكم في إحدى الصور البارزة التالية:

1-حرمان الأجانب من اللجوء إلى القضاء وقد يشمل هذا الحرمان رعايا دولة أو دول معينة بالذات ترفض المحاكم النظر في القضايا التي يرفعها إليها لا لشيء إلا لكونهم أجانب.

2-فساد الجهاز القضائي ويمكن ذلك في تفشي الرشوة بين القضاة أو تقاعسهم وتأخرهم في الفصل في الدعاوى التي يرفعها إليهم الأجانب لمدد غير معقولة ومبالغ فيها.

كما يمكن أن يظهر الفساد في إصدار القضاة بسوء نية لأحكام جائرة وغير عادلة في مواجهة الأجانب لكونهم كذلك، كما يمكن أن يتمثل الجهاز القضائي أيضا في عدم استقلاليته وفي تدخل السلطة التنفيذية في صلاحياته للتأثير بشكل أو بآخر على القضاة.

ثانيا: الممارسة الصادرة من الأفراد.

[1] لا يوجد هناك تعريف دقيق وشامل لمفهوم إنكار العدالة، فهناك من عرفه بأنه الخطأ البين والواضح في ممارسة العدالة، وهناك من عرفه بأنه التدليس في الحكم أو الظلم الظاهر.

أما جامعة هارفارد Harvard فقد عرفت إنكار العدالة في المادة: 9 من مشروع الاتفاقية التي أوجدتها بشأن مسؤولية الدول عن الأضرار التي تقع على إقليمها للأشخاص الأجانب أو لأموالهم، بأنه (يوجد إنكار العدالة إذا وقع للمحكمة لا مبرر له، أو أحيل بين الأجنبي وبين الإتجاء للقضاء، أو نقص كبير في إجراءات التقاضي، أو إذا لم تتوافر الضمانات التي لا غنى عنها لحسن سير العدالة، أو إذا صدر حكم مبني على ظلم واضح، أما الخطأ التي تقع فيه المحكمة والذي لا يستشرف منه الظلم الواضح فلا يعد إنكارا للعدالة).

ولمزيد من التوضيح:

أنظر عبد الكريم علوان: الوسيط في القانون الدولي العام ، ك4، ط1، مرجع سابق ، ص, 164،165.

1: استقر العمل والعرف الدوليان على اعتبار الدولة، كقاعدة عامة مسؤولة دائما على الأضرار التي يتسبب فيها الأفراد بالنسبة لدولة أجنبية أو لرعايا هذه الأخيرة.

كما تكون الدولة مسؤولة أيضا عن الأضرار التي تلحق بالرعايا الأجانب أو بدولة أجنبية من جراء المظاهرات السياسية وما قد يتخللها من أعمال عنف ونهب وسلب، وكذا عن أعمال الإرهاب والثورات والحروب الأهلية.

ولا يمكن للدولة المعنية أن تتحرر من هذه المسؤولية وتنفيها عنها إلا إذا أثبتت بما فيه الكفاية أنها اتخذت واجب الحيطة والحماية والتدابير الكافية لمنع وقوع تلك الأضرار[1].

كما تنتفي مسؤولية الدولة التي لم تقصر حكومتها في اتخاذ التدابير الكافية لدرء الاعتداءات على الرعايا الأجانب أو على رعايا دولة أجنبية معينة، وذلك في حالة تعرض هؤلاء الرعايا لاعتداءات نتجت عن أعمال عنف تخللت بعض المظاهرات الداخلية المناوئة لحكومات تلك الدولة أو الدول الأجنبية أو تلك المظاهرات المطلبية التي لا علاقة لها بالسياسة الخارجية للدولة أو الدول الأجنبية التي تعرض رعاياها لاعتداءات جسدية أو على أموالهم.

ونفس هذا الحكم ينطبق أيضا في حالة حصول الضرر من عمل أشترك فيه أجنبي أو تم بتحريض منه، أو جاء نتيجة رفض ذلك الأجنبي العمل بنصائح دولته التي دعته إلى مغادرة إقليم الدولة المقيم فيها بسبب عدم استتباب الأمن فيها، أو بسبب اندلاع حرب أهلية أو قيام ثورة فيها[1].

---

[1]– من بين الأحكام الشهيرة التي أقرت هذا المبدأ نذكر على سبيل المثال القرار التحكيمي الصادر عن لجنة التحكيم البريطانية الأمريكية المختلطة سنة 1920 بشأن قضية الجمعية التبشيرية الداخلية.

وتتلخص وقائع القضية في تعرض بعض أعضاء الجمعية من رعايا الولايات المتحدة الأمريكية أثناء قيامهم بنشاطات تبشيرية بسيراليون التي كانت خاضعة آنذاك للحماية البريطانية لاعتداءات جسدية أثناء إحدى المظاهرات.

فطالبت الولايات المتحدة الأمريكية من بريطانيا تعويض رعاياها من الأضرار التي لحقت بهم أثناء تلك المظاهرة، إلا أن لجنة التحكيم المختلفة رفضت هذا الطلب واعتبرته غير مؤسس لأنه لم يثبت لدينا أن الحكومة البريطانية قصرت في ضمان الحماية الكافية للأجانب بسيراليون.

كما أكدت على المبدأ المذكور آنفا لجنة المشرعين التي كلفها مجلس الأمم سنة 1923 بالبحث في النزاع الذي كان قائما بين اليونان وإيطاليا والذي أحاله عليها هذان البلدان لتسويته، إذ جاء في تقرير هذه بأن " مسؤولية الدولة لا تثبت لمجرد ارتكاب جريمة ضد أشخاص الأجانب في إقليمها، وإنما يلزم أن تكون الدولة قد أهملت في اتخاذ التدابير المعقولة لمنع وقوع الجريمة أو لتتبع الجناة والقبض عليهم ومحاكمتهم.

ولا شك أن الصفة الرسمية لأحد الرعايا الأجانب والظروف التي قد تحيط بوجوده على إقليم الدولة، تفرض على الدولة المزيد من الحيطة والحذر".

أنظر في هذا الصدد: عبد الكريم علوان: الوسيط في القانون الدولي العام ، ك4، ط1 مرجع سابق، ص. 174 وما بعدها.

أنظر أيضا: محمد المجدوب: الوسيط في القانون الدولي العام، الدار الجامعية، بيروت، 1999.

وبالاستناد على ما نصت عليه المادة: 11 من مشروع النص المتعلق بالمسؤولية الدولية في أوت 2001، فإن مسؤولية الدولة عن أعمال العنف وما شابهها من أعمال أخرى تسببت في إلحاق الضرر بدولة أجنبية أو بأحد رعاياها يمكن أن تترتب عن سكوت الدولة المعنية عن تلك الأفعال وموافقتها عليها.

وقد يستشف هذا السكوت وهذه الموافقة الضمنية عن عزوف الدولة المعنية عن القيام بواجب القمع، أو في عدم تقديمها للمتسببين في الضرر إلى العدالة لمحاكمتهم ومعاقبتهم، أو في تأمينها للتعويضات المناسبة للمتضررين.

2: أما إذا تعلق الأمر بثورة وتسبب الثوار أو الدولة القامعة لهم في أضرار مست مصالح دول أجنبية أو رعاياها، فبالاستناد على نظرية القوة القاهرة استقر رأي الفقهاء على عدم مساءلة الدولة المعنية إذا ما ثبت اتخاذها لكافة الإجراءات والتدابير اللازمة لمنع وقوع الضرر.

وينطبق نفس هذا الحكم في حالات الدفاع الشرعي لدرء ومجابهة عدوان أجنبي.

أما إذا قامت ثورة داخلية أو حرب أهلية داخل دولة ما تسببت في إلحاق الضرر بدولة أجنبية أو بأحد رعاياها، فإذا ما اعترفت هذه الأخيرة أو الدولة التي قامت الثورة فوق إقليمها للثوار بصفة المحاربين فلا يمكن للدولة المتضررة في هذه الحالة وحسبما استقر عليه رأي الفقهاء، مساءلة الدولة التي قامت فيها الثورة.

وفي حالة انتصار الثوار وإطاحتهم بالحكومة القائمة وتوليهم مقاليد السلطة، فبناء على ما نصت عليه الماد: 10 من مشروع النص المتعلق بالمسؤولية الدولية للدول عن أعمالها غير المشروعة، تتحمل الحكومة الجديدة كامل المسؤولية عن الضرار التي لحقت بالدول الأجنبية أو برعاياها وذلك لكونها أصبحت الممثل الشرعي للسلطة العامة[2].

وفي حالة المعاكسة، أي في حالة انتصار الحكومة القائمة على المتمردين أو الحركة الثورية، فعملا بما تقضي به ذات المادة: 10 من مشروع النص المتعلق بالمسؤولية الدولية

---

[1] أنظـــــر: محمد المجدوب: الوسيط في القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص, 260.

[2] ما يجب التنبيه إليه في هذا الصدد هو المادة 10 من مشروع النص المتعلق بالمسؤولية الدولية للدول عن أعمالها غير المشروعة عكست الرأي الذي استقر عليه الفقه في هذا المجال.

كما اعتبرت هذه المادة بأن الحركة التمردية التي تتواصل لإنشاء دولة جديدة على جزء من إقليم دولة قائمة أو أصبح هذا الجزء من الإقليم تحت إدارة هذه الحركة التمردية فالدولة الجديدة أو الحركة التمردية هي التي تتحمل المسؤولية عن الأضرار التي تلحق بالدولة الأجنبية أو برعاياها.

السالف ذكرها، تتحمل الحكومة القائمة والمنتصرة كامل المسؤولية عن الأضرار التي تسببت فيها هي أو الحركة التحررية على حد سواء.

خلاصة المبحث الثاني:

لا اشك أنه من خلال دراسة الجزاءات الموضوعية والإجرائية للممارس ة الغير صحيحة لحقوق الدفاع فإنه تبين لنا الجزاءات الإجرائية هي إهدار مقصود للأثر القانوني للعمل الإجرائي الذي تم مخالفا لنموذجه القانوني ومن أهم هذه الجزاءات هي الانعدام والسقوط والبطلان بنوعيه ، وهي مجتمعة تشكل لب هذه الجزاءات الإجرائية.

أما الجزاءات المدنية فهي الوسائل القهرية التي تتعلق بالذمة المالية لمن يخل بالتزام مدني أي ممارسة غير صحيحة فيها انتهاك لحقوق الدفاع، وهي تنقسم بين الغرامات المدنية التي هي مبلغ يفرض بواسطة القضاء كجزاء للممارسة غير الصحيحةلحقوق الدفاع، وهذه الغرامات توقع نتيجة عدم قبول أو رفض عمل إجرائي معين، على من أقدم أو حرك هذا العمل، والإلزام بالمصاريف و هو المقابل المالي الذي يلزم به الخصم الذي أساء حقوق الدفاع أمام القضاء سواء كان ذلك بخسارته الدعوى أو الخصومة أو ممارسته غير الصحيحة لإجراء أو أكثر من إجراءات الخصومة.

التعويض ومعناه إصلاح الضرر ومحو أثار الفعل الضار وإعادة المضرور إلى حالته التي كان عليها قبل أن يصيبه الضرر، كما استقر رأي الفقهاء والقضاء الدولي على مبدأ إلزام الدولة، أو بحسب الأحوال المنظمة الدولية الحكومية، عند ثبوت مسؤوليتها عن الضرر الذي لحق بدولة أجنبية أو بأحد رعاياها من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، أو إحدى المنظمات الدولية أو بأحد موظفي هذه الأخيرة بجبر الضرر وذلك بتعويض الشخص المتضرر، وقد يأخذ التعويض في القانون الدولي عدة أشكال أو صور تتمثل أهمها وأبرزها في ،الترضية أو الإرضاء La Satisfaction، التعويض العيني والتعويض النقدي.

وبتالي نقول أن جزاءات الإخلال بحقوق الدفاع في الغالب تأخذ صفة الجزاءات الجنائية والمدنية معا، سواء على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي.

خلاصة الفصل الثالث:

من خلال دراستنا لما تقدم فإنن ا قمنا ببيان ممارسة حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي، فتحدثنا عن ضوابط الممارسة هذه الأخيرة التي توزعت بين ضوابط شكل العمل الإجرائي وشخص هذا العمل الإجرائي وتنقسم هذه الضوابط إلى أعمال يقوم بها أعضاء النيابة العامة وكل من هو في حكمهم والقضاة وغيرهم من الموظفين القضائيين، وأعمال يقوم بها الخصوم وأعمال يقوم بها المدافع نيابة عن الخصوم.

كما أن هذه الضوابط لها مجموعة من الأركان التي يتكون منها ويعتمد عليها العمل الإجرائي الجزائي، و هي الإرادة والغاية والمحل والسبب وبينا دور هذه الأركان في العمل الإجرائي وعلاقتها بالممارسة الفعلية لحقوق الدفاع، ثم تطرقنا بعدها إلى تبيان آثار الممارسة الغير صحيحة لحقوق الدفاع ومن أهم هذه الآثار الجزاءات الإجرائية والتي هي إهدار أو إعدام متعمد للأثر القانوني للعمل الإجرائي الذي تم مخالفته باستبعاد الهيكل القانوني الذي يجب أن يكون عليه، وهذه الجزاءات تتراوح بين السقوط والبطلان بنوعيه، ثم تأتي بعدها الجزاءات الموضوعية ومن أهمها الجزاءات المدنية وفي حقيقة الأمر أنها متعددة منها الغرامات والمصاريف والتعويض، وهذه الجزاءات تترتب على الممارسة غير الصحيحة لحقوق الدفاع.

كما أنه من خلال هاته الدراسة أن الاتجاه الحديث بالنسبة للمسؤولية الجنائية الدولية في القانون الدولي يحمل الدولة المسؤولية المدنية عما يصدر من ممارسات غير صحيحة لحقوق الدفاع من جانب الموظفين الرسميين، أو حتى من جانب الأفراد العاديين في حالات الحرب وفق شروط خاصة، وفي حالات السلم وفق مسؤوليتها عن أجهزتها الرسمية ودرجة خطأ هذه الأجهزة.

وبطبيعة الحال فالمسؤولية الدولية للدولة تخضع في عمومها لأركان المسؤولية التقصيرية المتعارف عليها في القوانين الوطنية الداخلية المستمدة في الأصل من العرف، هذا الأخير يشكل إلى غاية القرن الحالي المصدر الرئيسي للشرعية الدولية في متابعة مرتكبي الانتهاكات الجسيمة للأعراف المجتمع الدولي.

وباتالي نرى أن كل إجراء للممارسة الفعلية لحقوق الدفاع يرمي إلى الدفع بالقائم بالإجراء إلى أن تكون ممارسة حقوق الدفاع أو مفترضاتها و ضماناتها أمام القضاء الدولي الجنائي ممارسة صحيحة.

نتائج الدراسة: من خلال الدراسة التي قمت بها في هذا البحث فإن نتائج الدراسة هي كما يلي:

أولا: إن القضاء الدولي الجنائي هو قضاء حديث النشأة والظهور والممارسة، هاته الأمور جعلت البحوث في هذا القضاء قليلة جدا، والبحوث التي أجريت ارتكزت في الأساس على التطور التاريخي لهذا القضاء عبر العصور المختلفة، فكانت بذلك هذه البحوث عبارة عن دراسات تاريخية مع استنباط بعض الأحكام الخاصة بهذا القضاء.

لذا نؤكد على القول أن تجسدات هذا القضاء الدولي الجنائي هي وليدة العصر الحديث من خلال محاولة محاكمة الإمبراطور الألماني بعد نهاية الحرب العالمية الأولى، وتجسدت هذه المحاولات في محاكمات مابعد الحرب العالمية الثانية من خلال محكمتا نورمبرغ وطوكيو، فرغم الانتقادات القانونية الوجيهة التي وجهت لهاته المحاكمات من طرف دفاع المتهمين وبعض فقهاء القانون الدولي باعتبارها محاكمات المنتصرين للمنهزمين، غير أنها جسدت فعليا التوجه الجديد للمجتمع الدولي لأجل إنشاء قضاء دولي جنائي دائم يتخصص في متابعة ومعاقبة مرتكبي الأفعال والسلوكات الماسة بالنظام العام الدولي من ناحية الأفراد ومن ناحية الدول.

كما أن هذا القضاء الدولي الجنائي الحديث وباستثنا ء نظام روما الأساسي الخاص بالمحكمة الجنائية الدولية فإن الشرعية الجنائية المطبقة في هذا القضاء مستمدة في الأساس من العرف الدولي.

ثانيا: إن حقوق المتهم في الدفاع فكرة قديمة لم يهتم بها ولم تتجسد إلا في القوانين الوضعية الحديثة، وتعتبر الشريعة الإسلامية أول تشريع سماوي جسدت هذه الحقوق في كتاب الله وسنة رسوله الكريم.

وحقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي: هي المكنات المقررة بموجب القوانين الوضعية والعرف الدولي لكل شخص يوجد في موضع شبهة أمام أجهزة القضاء الدولي الجنائي القانونية في مواجهة الإدعاءات بشكل يحقق التوازن بين المصالح العامة للمجتمع الدولي والمصالح الخاصة للأفراد.

وحقوق الدفاع كأساس للمحاكمة العادلة فإنها تنقسم إلى حقوق الدفاع في حد ذاتها والتي تتمثل في الحق في المرافعة والحق في الدعوى والحق في الإثبات والحق في الطلب هاته

الحقوق تعتبر من أهم وسائل حقوق الدفاع في إبداء الدفوع وإثبات ما يمكن إثباته من أدلة النفي أو الإثبات.

كما أن مفترضات حقوق الدفاع التي تجسد هاته الحقوق أمام القضاء تعتبر مقدمات ضرورية لمساعدة الخصم في تقديم دفاعه إلى القضاء، ومن أهم هذه المفترضات حق الإستعانة بمدافع، وحق العلم، وحق الاستعداد لدفاع، وحق الصمت، وجل هاته الحقوق تعتبر من البديهيات الفعلية لممارسة حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.

ثالثا: إن حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي، مرت بمراحل عدة عبر تطور تاريخي في مختلف العصور والحضارات السابقة، إلى أن وصلت إلى ماهو عليه الآن، لذا فإنه من الطبيعي أن نلاحظ أن هذه الحقوق هي أفكار قديمة قدم لإنسان مرت عبر حضارات مختلفة بأشكال مختلفة، ويعتبر العصر الحديث أهم هذه العصور على الإطلاق في التجسيد الفعلي لهاته الحقوق أمام القضاء الدولي الجنائي فكانت محاولة محاكمة لإمبراطور ألمانيا هي نقطة انطلاق هذا التجسد على الواقع الدولي، ثم أتت بعده محكمتا نورمبرغ وطوكيو ثم المحاكم المدولة و المحاكم المنشأة بموجب قرارات مجلس الأمن الدولي، التي جسدت فيها ممارسة بعض المتهمين لحقوق الدفاع أمام الجهات القضائية التي حاكمتهم.

لكن أهم تحول قضائي دولي شهدته البشرية هو إنشاء قضاء دولي جنائي دائم مع بعض الإرهاصات التي تعترض طريقه.

رابعا: إن الأساس التي ترتكز عليه حقوق الدفاع للمتهم أو المشتبه فيه يكمن في الإجماع الدولي الذي ترجمته بمحض إرادتها في الوثائق والاتفاقيات الدولية والإقليمية التي تضمنت بعض المبادئ الفلسفية لكثير من الضمانات ومفترضات هاته الحقوق مثل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان...

خامسا: هاته الحقوق تعتمد على دعائم جوهرية تتمثل في الأساس في دعامة رد الاعتداء، بإعتبار أن المتهم أو المشتبه فيه مجبر على الرد لدحر هاته الإدعاءات وتقويت موقفه أمام هاته التهديدات الماسة بالأصل الثابت فيه من قبل جهات التحقيق والمحاكمة، لذا كان لزاما عليه الدفاع عن مصالحه المحمية قانونا، فكانت قرينة البراءة من الدعائم الثابت ة في مواجهة هاته التهديدات وحماية المتهم أو المشتبه به من هاته التهم والإدعاءات، فكان كل شك وتخلف الجزم واليقين في الدليل يفسر لمصلحة الطرف الضعيف في المعادلة، فرغم هاته الدعائم

الخاصة والعامة غير أنه توجد هناك استثناءات على هاته الدعائم مثل الانطلاق من البراءة إلى الإدانة في حالة توفر أدلة جازمة وقطعية لا تحتمل الشك والتأويل.

سادسا: مبدأ الشرعية الجنائية يتتبع بالخطى الواقعة الإجرامية من تجريمها إلى غاية المعاقبة على إرتكابها فكانت هذه الشرعية بمثابة الحارس الأمين لمفترضات وضمانات حقوق الدفاع، فهي تعبير شهير للقاعدة القائلة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" فكانت دعائم هذا المبدأ تقوية فعلية وضمانة حقيقية للممارسة الصحيحة لحقوق الدفاع، فقد كفلت مبدأ الشرعية حماية الحرية الشخصية وغيرها من المبادئ التي تعتبر لصيقة بكرامة الفرد .

غير أن مبدأ الشرعية يختلف في الأساس الذي يستمد منه مصدره وقوته، ففي القوانين الوضعية يكون مصدره النص القانوني المكتوب، بينما في القانون الدولي يكون مصدره الأعراف والتقاليد السائدة في المجتمع الدولي.

سابعا: لضمان فعلي لحقوق الدفاع وجدت مجموعة من الضمانات الفعلية التي تكفل هاته الحقوق وتحميها من التجاوزات والانتهاكات التي تمس مباشرة بالكرامة الإنسانية، فوجدت ضمانات متعلقة بالقضاء كجهاز يمارس عملية المتابعة والمحاكمة، ومن أهم هذه الضمانات مبدأ المساواة أمام القضاء و القانون، استقلال القضاء، وهناك ضمانات متعلقة بالعدالة مثل كفالة حق التقاضي، مجانية العدالة، حياد القاضي.

وهناك ضمانات متعلقة بالخصوم أثناء سير المحاكمة مثل علانية إجراءات المحاكمة وتسبيب الأحكام الجنائية، والطعن في هاته الأحكام، كل هذه الضمانات وجدة لأجل السير السليم للمحاكمة العادلة من خلال كفالة تامة لضمانات حقوق الدفاع.

ثامنا: إن جل الأعمال الإجرائية لها علاقة مباشرة بحقوق الدفاع باعتبارها مباشرة فعلية لحقوق الدفاع، لذلك وجدت ضوابط شكلية وصلاحيات موضوعية لممارسة هاته الإجراءات ومن ثم ممارسة حقوق الدفاع.

وهذه الضوابط والصلاحيات الموضوعية لها مجموعة من الأركان تتسم بالثبات والمرونة، الشيء الذي يجعلها بمثابة دفع فعلي لممارسة حقوق الدفاع في الإطار الشرعي المرسوم لها.

تاسعا: لما كانت ممارسة حقوق الدفاع بشكل سليم يتطلب مجموعة من الضوابط لكي تؤدي إلى خلق الطمئنينة في نفوس المتقاضين وارتياحهم للقرارات والأحكام الصادرة عن هذا القضاء، لكن الإخلال بهذه الحقوق يؤدي إلى مجموعة من الجزاءات التي تلحق بآثار هاته

القرارات والأحكام والإجراءات التي مورس ت أثناء هذا الإخلال، ومنها خاصة إعدام هذه الآثار أو سقوطها أو بطلانها هذا من الجانب الجنائي أما من الجانب المدني فتكمن أساسا في التعويض .

عاشرا: ترتبط ممارسة حقوق الدفاع بجميع مراحل الدعوى الجزائية، من مرحلة التحقيق إلى غاية صدور حكم نهائي وبات، فلا يجوز لأية جهة قضائية كانت أن تفصل بين مجريات التحقيق أو الحاكمة وبين مباشرة المتهم أو المشتبه فيه لحقوقه في الدفاع أصالة أو وكالة.

إحدى عشر: هناك مبادئ أساسية تسود وتهيمن على السير السليم للمحاكمة العادلة، توجه رجال القضاء ومعاونيهم أثناء قيامهم بإجراءات التحقيق والمحاكمة، والتي تهدف إلى حماية حق المتهم أو المشتبه فيه في ممارسة حقوق دفاعه بشكل سليم وسلس، منها مبدأ الشرعية الجنائية، الصمت، الإستعانة بمدافع، عدم تحميل الشخص بأدلة الإثبات.

توصيات الدراسة: من خلال نتائج الدراسة المتوصل إليها نقترح التوصيات الآتية.

أولا: أن حقوق الدفاع – أصالة أو وكالة ، مستمد من المواثيق والأعراف العالمية و اشتمال هذه الضمانة على حق الإستعانة بمحام يتولى مس ؤولية الدفاع عن المتهم، فلا قيمة لحق التقاضي والعدالة المنصفة الحقة ما لم يكن متساندا لضمانة الدفاع ، وبتالي من الضروري التوسيع في ممارسة حقوق الدفاع بشكل يضمن حق الطرف الضعيف في إبداء كل ما من شأنه أن يؤدي الى الحقيقة. وعليه نقترح تعديل المادة 55 من نظام روما الأساسي، الفقرة ج لتصبح كتالي: لا يجوز استجواب الشخص إلا باللغة التي يفهمها تماما ويتحدث بها، و يحق له الاستعانة مجانا بمدافع كفء يتولى الشخص اختياره.

ثانيا: من الضروري أن تكون ضمانات حقوق الدفاع أمام رجال السلطة القضائية ضمانة لازمة وأكيدة لا تشوبها أية شبها، فكلما كان حضور المحامى في ذاته ضرورياً كرادع لرجال السلطة القضائية إذا ما عمدوا إلى مخالفة القانون مطمئنين إلى انتفاء الرقابة على أعمالهم أو غفوتها ، بما مؤداه أن ضمانة حقوق الدفاع لا تقتصر قيمتها العملية على مرحلة المحاكمة وحدها بل تمتد كذلك مظلتها وما يتصل بها من أوجه الحماية إلى المرحلة السابقة عليها التي يمكن أن تحدد نتيجتها المصير النهائي لمن قبض عليه أو اعتقل وتجعل بعدئذ من محاكمته إطاراً شكلياً لا يرد عنه ضرراً، وبوجه خاص كلما أقر بالخداع أو الإغواء بما يدينه، أو تعرض لوسائل قسرية لحمله على الإدلاء بأقوال تناقض مصلحته ، بعد انتزاعه من محيطه وتقييد حريته على وجه أو آخر . لذلك نقترح تعديل المادة 55/ب لتصبح كتالي: (ب) يمنع

إخضاع الشخص لأي شكل من أشكال القسر أو الإكراه أو التهديد، ويمنع إخضاعه للتعذيب أو لأي شكل آخر من أشكال المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللا إنسانية أو المهينة.

ثالثا: لابد أن تكون ضمانة حقوق الدفاع مستمدة من أصل البراءة ، ذلك أن افتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه يقترن دائماً بوسائل إجرائية إلزامية تعتبر وثيقة الصلة بحقوق الدفاع وتتمثل في حق المتهم في مواجهة الأدلة التي قدمتها النيابة العامة إثباتاً للجريمة ، والحق في دحضها بأدلة النفي التي يقدمها.لذلك كان من الضروري تعديل المادة 3/52 لتصبح كالأتي: – بعد اعتماد القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات، لا يجوز للقضاة في الحالات العاجلة التي لا تنص فيها هذه القواعد على حالة محددة معروضة على المحكمة، أن يضعوا قواعد مؤقتة .

رابعا: من الضروري أن يكون حق النيابة العامة في تقديم أدلة الاتهام موازناً بضمانة حقوق الدفاع التي يتكافأ بها مركز المتهم معها ويتعين بالتالي أن يكون حق النيابة العامة في تقديم أدلة الاتهام موازناً بضمانة حقوق الدفاع التي يتكافأ بها مركز المتهم معها في إطار النظام الاختصامى للعدالة الجنائية كي يتمكن بوساطتها من مقارعة حجمها ودحض الأدلة المقدمة منها . ولقد غدا أمرا مقضياً أنه إذا كانت حقوق الدفاع في هذا المجال – يعنى في المقام الأول حق المتهم في سماع أقواله ، فإن حقوق الدفاع يغدو سراباً بغير اشتماله على الحق في سماعه عن طريق محاميه ، ذلك أن ما قد يبدو واضحاً في الأذهان لرجال القانون، يكون شائكاً محاطاً بغلالة كثيفة من الغموض بالنسبة إلى غيرهم أياً كان حظهم من الثقافة وبوجه خاص إزاء الطبيعة المعقدة لبعض صور الاتهام وخفاء جوانبها المتعلقة بالقواعد التي تحكم الأدلة بما يعزز الاقتناع بأنه بغير معونة المحامى الذي يقيمه الشخص باختياره وكيلاً عنه إذا كان قادراً على الوفاء بأتعابه أو معونة من تندبه المحكمة له إذا كان معسراً ، فإنه قد يدان بناء على أدلة غير متعلقة بواقعة الاتهام أو غير جائز قبولها . لذلك نقترح تعديل المادة 2/55 فقرة ج و د كمايلي: (ج) الاستعانة بالمساعدة القانونية التي يختارها وإذا لم يكن لدى الشخص مساعدة قانونية، توفر له تلك المساعدة مجانا في جميع مراحل الدعوى الجزائية.

(د) أن يجري استجوابه في حضور محا ميه، تمنح له صلاحية مناقشة جهة التحقيق في التهم الموجهة لموكله.

خامسا: من البديهي ضمانة حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي ضمانة لا يمكن التجاوز عنها وكانت ضمانة الدفاع بالتالي لم تعد ترفاً يمكن التجاوز عنه، فإن التعلق بأهدابها الشكلية

دون تعمق لحقائقها الموضوعية يعتبر إنكاراً لمضمونها الحق مصادماً لمعنى العدالة منافياً لمتطلباتها.

سادسا: من الضروري أن ندعو المشرع الدولي لحق الشخص في اختيار من يوليه ثقته من المحامين يغدو لازماً لفاعلية ضمانة الدفاع ، حيث إنه وإن صح القول بأن المعسرين لا حق لهم في اختيار محاميهم، وإن حقوقهم في مجال ضمانة الدفاع لا تجاوز الحق في تمثيل ملائم يرعى مصالحهم ويرد غائلة العدوان عنها عن طريق من يندبون من المحامين لهذا الغرض، فإن من الصحيح كذلك أن اختيار الشخص لمحام يكون قادراً على تحمل أتعابه، إنما يتم في إطار علاقة قانونية قوامها الثقة المتبادلة بين طرفيها، ويتعين بالتالي أن يظل الحق في هذا الاختيار محاطاً بالحماية التي كفلتها المواثيق العالمية لحقوق المتهم في الدفاع كي يحصل من يلوذ بهذا الحق على المعونة التي يطلبها معتصماً في بلوغها بمن يختاره من المحامين متوسماً فيه انه الأقدر – لعلمه وخبرته وتخصصه – على ترجيح كفته، ذلك أنه في نطاق علاقة تقوم على الثقة المتبادلة بين الشخص ومحاميه، فإنه يكون مهيأ أكثر للقبول بالنتائج التي يسفر عنها الحكم في دعواه فضلاً عن أن حدود هذه العلاقة توفر لمن كان طرفاً فيها من المحامين حرية إدارة الدفاع وتوجيهه الوجهة التي يقدر أنها الأفضل لخدمة مصالح موكله في إطار أصول المهنة ومقتضياتها.

سابعا: إن ميثاق روما ونظام المحكمة الجنائية الأساسي تضمّن ضمن ما تضمّنته من بنود ومواد، نصوصاً تعطى المحكمة الجنائية الدولية ولاية قضائية عليا على القضاء الوطني لأي دولة، بمعنى أن المحكمة الجنائية الدولية بحسب نص المادتين (13) و(15) و(18) من النظام الأساسي، فإن المحكمة الجنائية الدولية بمثابة محكمة عليا بالنسبة لأحكام المحاكم العليا الوطنية.

وهذا النص يعني ببساطة، أن المحكمة الجنائية الدولية يحق لها مراقبة ومراجعة ونقض قرارات المحاكم العليا الوطنية ولكي نوضح المسألة أكثر، فإن من المعروف في أي نظام قضائي وطني في أي دولة هناك تدرج للمحاكم بحيث تكون هناك محكمة ابتدائية، تليها محكمة استئناف ، ثم محكمة عليا ، وما تصدره وتقرره المحكمة العليا في أي بلد هو بمثابة أعلى قمة للهرم القضائي ويصبح الحكم بذلك نهائياً لأن الغرض من نظام التقاضي في أي بلد هو إنفاذ الأحكام ومنحها القدر الكافي من الاستقرار .

أما ميثاق روما هدم هذا الاستقرار بالنصوص التي أشرنا إليها أعلاه ، وقرر لمحكمة الجنايات الدولية صفة محكمة عليا دولية فوق المحاكم العليا الوطنية، وهذا معناه وعلى نحو مباشر أن

القضاء الوطني سيكون منزوع السيادة، ولن يكون قضاءً مستقلاً ويتمتع بسلطان السيادة المطلوب ولعل هذا النص وغيره من نصوص أخرى كثيرة ودفع البلدان التي تحترم سيادتها وسيادة واستقلال قضائها إلى عدم المصادقة على ميثاق روما، الكبرى .

وعليه يجب إلغاء الفقرة ج من المادة 13.وتعديل الفقرة الأولى من المادة 15 كمايلي:

1- لايجوز للمدعي العام أن يباشر التحقيقات من تلقاء نفسه على أساس المعلومات المتعلقة بجرائم تدخل في اختصاص المحكمة. إلا بناءا على طلب الدولة المتضررة أمن طرف مجلس ألأمن الدولي.

كما نقترح تعديل المادة 1/18و2و3 كالأتي:

1- إذا أحيلت حالة إلى المحكمة عملا بالمادة 13 (أ) وقرر المدعي العام أن هناك أساسا معقولا لبدء تحقيق، أو باشر المدعي العام التحقيق عملا بالمادتين 13 و 15، يقوم المدعي العام بإشعار جميع الدول الأطراف والدول التي يرى في ضوء المعلومات المتاحة أن من عادتها أن تمارس ولايتها على الجرائم موضع النظر. وللمدعي العام أن يشعر هذه الدول على أساس سري، و لايجوز له أن يحد من نطاق المعلومات التي تقدم إلى الدول.

2- في غضون شهر واحد من تلقى ذلك الإشعار، للدولة أن تبلغ المحكمة بأنها تجرى أو بأنها أجرت تحقيقا مع رعاياها أو مع غيرهم في حدود ولايتها القضائية فيما يتعلق بالأفعال الجنائية التي قد تشكل جرائم من تلك المشار إليها في المادة 5 وتكون متصلة بالمعلومات المقدمة في الإشعار الموجه إلى الدول، وبناء على طلب تلك الدولة، يتنازل المدعي العام لها عن التحقيق مع هؤلاء الأشخاص.

3- لا يكون تنازل المدعي العام عن التحقيق للدولة قابلا لإعادة نظر المدعي العام فيه بعد ستة أشهر من تاريخ التنازل.

قائمة المراجع.

أولا: الكتب السماوية:

القرآن الكريم.

ثانيا: النصوص الرسمية:

1التشريعات الوطنية.

أ التشريع الأساسي:

دستور 28 نوفمبر 1996 المعدل والمتمم.

ب القوانين العضوية:

– القانون العضوي رقم 11/04 المؤرخ في 21 رجب عام 1425ه الموافق 06 سبتمبر سنة 2004م، المتضمن القانون الأساسي للقضاء، الجريدة الرسمية العدد 57، الصادرة بتاريخ 23 رجب عام 1425ه الموافق 8 سبتمبر سنة2004م.

–القانون العضوي رقم 12/04 المؤرخ في 21 رجب عام 1425ه الموافق 6 سبتمبر سنة 2004، المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحياته، الجريدة الرسمية، العدد 57، الصادرة بتاريخ 23 رجب عام 1425ه الموافق 8 سبتمبر سنة2004م.

ج القوانين و الأوامر:

– الأمر رقم 155/66 المؤرخ 18 صفر عام 1368ه الموافق 8 يونيو1966م، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية،المعدل والمتمم.

– الأمر رقم 155/66 المؤرخ 18 صفر عام 1368ه الموافق 8 يونيو1966م، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

– الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

– قانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

– قانون رقم 04/91 مؤرخ في 22 جمادى الثانية عام 1411 الموافق 8يناير سنة 1991 يتضمن تنظيم مهنة المحاماة.

د: التشريعات الدولية:

– معاهدة فرساي الموقعة بتاريخ 1919/06/28م.

– ميثاق عصبة الأمم المتحدة سنة م.1919م.

- ميثاق هيئة الأمم المتحدة 1945م.
- نظام محكمة نورمبرغ 1945م.
- نظام محكمة طوكيو1945م.
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان اعتُمد بموجب قرار الجمعية العامة المؤرخ في 10 كانون الأول / ديسمبر م1948.
- العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية1966م.
- الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان في 04/نوفمبر/1950، وأصبحت نافذة ابتداء من يوم:03سبتمبر 1953.
- نظام روما الأساسي 1998 دخل حيز التنفيذ في2002م.

اتفاقيات جنيف الأربعة تم التوقيع عليها في(1949/08/19) وبرتوكولاها الإضافيان لعام 1977.

- اتفاقية فينا لقانون المعاهدات اعتمدت من قبل المؤتمر الأمم المتحدة بشأن قانون المعاهدات الذي عقد بموجب قراري الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2166 المؤرخ في 5 كانون الأول/ديسمبر.1966 ودخلت حيز النفاذ في 27 كانون الثاني/يناير 1980م.
- القانون الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا1993م
- القانون الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا المصادق عليه في 08 نوفمبر 1994م.
- نظام محكمة العدل الدولية.

ثالثا: باللغة العربية.

-الكتب:

1 أحسن بوسقيعة: التحقيق القضاء، ط4، دار هومة، الجزائر، 2006.

2 أحمد أبو الوفا: نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط8، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د ت.

3 أحمد المهدي: حق المتهم في المعارضة وكيفية الطعن بها والإجراءات والأسباب والشروط الخاصة لقبول الطعن، د ط، دار العدالة ، القاهرة، مصر، د ت.

4 أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب الحدود، دار إحياء لتراث، بيروت، 1986.

5 أحمد شوقي الشلقاني : مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري ، ج1، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003،

6 أحمد غاي: ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، د ط، دار هومة، الجزائر، 2005.

7 أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، د ط، دار الشروق، القاهرة، مصر، د ت.

8 أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1988.

9 أحمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، الشرعية الدستورية في قانون العقوبات، الشرعية الدستوري في قانون الإجراءات الجزائية، ط2، دار الشروق، مصر، 2002.

10 أحمد فتحي سرور: الوسيط في الإجراءات الجنائية، المجلد الأول (ج 1+ج2)، د ط، دارا لنهضة العربية، القاهرة، مصر، 1988.

11 أرزقي العربي: مختصر تاريخ النظم القانونية والاجتماعية القديمة، د ط، دار الخلدوني ة، الجزائر، 2006.

12 أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1، تنازع القوانين، ط 1، دار هومة، الجزائر، 2006.

13 إلياس أبو عبيد: أصول المحاكمات الجزائية، دراسة مقارنة، ج 1، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2002.

14 أمال الفزايرى: ضمانات التقاضي، د ط ، منشأة المعارف، مصر، د ت.

15 بارش سليمان: شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ج 1، د ط، دار الهدى، الجزائر،2007.

16 براء منذر كمال عبد اللطيف: ا لنظام القضائي للمحكمة الجنائية الدولية، ط 1، دار الحامد، عمان، الأردن، 2008.

17 بسيوني عبدالله عبد الغني: النظم السياسية والقانون الدستوري، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر،1997

18 بندق وائل أنور: حقوق المتهم في العدالة الجنائية، ط1، منشأة المعارف، مصر، 1996.

19 جلال ثروت: نظم الإجراءات الجنائية، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1997.

20 جندي عبد المالك: الموسوعة الجنائية، (ج1+ج5)، إنجاز مشترك، ط1، مكتبة العلم للجميع، بيروت، لبنان، 2004– 2005.

21 جيلالي بغدادي: الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، ج 1، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002.

22 حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، دراسة تحليلية تأصيلية إنتقادية مقارنة، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د ت.

23 حسن بشيت خوين: ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، (ج 1+ج2)، خلال مرحلة التحقيق الابتدائي، ط 1، مكتبة دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998م.

24 حسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي: الأحكام السلطانية، تحقيق مصطفى رياب، ط1، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 2000.

25 حسن كيره: المدخل إلى القانون، د ط، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر،1974.

26 حسن محمد بودي: ضمانات الخصوم أمام القضاء في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006.

27 حسن يوسف مصطفي مقابلة: الشرعية في الإجراءات الجزائية، ط 1، الدار العلمية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003.

28 حسين إبراهيم صالح عبيد: الجريمة الدولية، د ط، دار النهضة العربية، مصر، د ت.

29 حسين جميل: حقوق الإنسان والقانون الجنائي، د ط، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية، مصر ، د ت.

32 عبد الحكيم فوده: الدفوع والدفاعات في المواد المدنية والتجارية، في ضوء الفقه وقضاء النقض، د ط، دار المعلم، الدار الجامعية، مصر، 1999.

30 عبد الحكيم فوده: ضوابط الاختصاص القضائي في المواد المدنية والجنائية والإدارية والشرعية على ضوء الفقه وأحكام القضاء، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1990م .

31 عبد الحميد الشواربي: الإخلال بحق الدفاع في ضوء الفقه والقضاء، د ط، منشأة المعارف، مصر،1997.

32 عبد الحميد الشواربي: البطلان الجنائي، د ط، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1982.

33 عبد الحميد عمارة: ضمانات المتهم أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، ط1، دارا لمحمدية العامة، الجزائر، 1998.

34 خليل أحمد حسن قدادة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري،ج 1، مصادر الالتزام، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2010

35 خليل أحمد حسن قدادة: شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.

36 رؤوف عبيد: المشكلات العملية في قانون الإجراءات الجزائية المصري، (ج 1+ج2)، د ط، دارا لفلكو العربي، مصر،1980.

37 رؤوف عبيد:المبادئ العامة في الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ط 16، دار الجيل لطباعة، مصر، 1989.

38 عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في القانون المدني ج 2، المجلد 1، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2000،

39 رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، ط 3 ، منشأة المعار ف ،الإسكندرية، مصر، 1997.

40 زياد عيتاني: المحكمة الجنائية الدولية وتطور القانون الدولي الجنائي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

41 سعد حماد صالح القبائلي: حق المتهم في الاستعانة بمدافع، ط 1، دار النهضة العربية، مصر،2005.

42 سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 1998.

43 سعيد عبد اللطيف حسن: المحكمة الجنائية الدولية، إنشاء المحكمة نظامها الأساسي اختصاصها التشريعي والقضائي وتطبيقات القضاء الجنائي الدولي الحديث والمعاصر، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

44 سكا كنى باية : العدالة الجنائية الدولية، ط1، دار هومة لنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

45 سليمان عبد المنعم: أصول المحاكمات الجنائية، ك 1، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ، .2005

46 سليمان عبد المنعم: أصول المحاكمات الجنائية، ك 2، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ، .2005

47 سليمان عبد المنعم: علم الإجرام والجزاء، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005

48 سنن أبي داوود: إ عداد الغفار سليمان البنداري ، ج 3، ط1، دار الجبل، بيروت ، لبنان، 1992.

49 سنن الترمذي: تحقيق إبراهيم عوض، ج4، ط2،دار الجيل، بيروت، لبنان،.1992

50 شارل روسو: القانون الدولي العام، ترجمة عبد المحسن سعد،د ط، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، 1987.

51 شريف عتلم: المحكمة الجنائية الدولية، ط4، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف، 2006.

52 طاهري حسين: الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية، د ط، دار ريحانة، الجزائر

53 عادل حشموشي: ضمانات حقوق الخصوم خلال المحاكمة الجزائية، دراسة مقارنة، ط 1، منشورات زين الحقوقية، 2008.

54 عادل عبد الله المسدي: المحكمة الجنائية الدولية الاختصاص وقواعد الإحالة، ط 1، دار النهضة العربية القاهرة، 2002.

55 عادل محمد حسن أحمد الشريف: حماية القاضي وضمانات نزاهته، دراسة مقارنة، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2008.

56 عامر بن تونسي: المسؤولية الدولية، د ط، منشورات دحلب، الجزائر،2005 .

57 عباس هاشم السعدي: مسؤولية الفرد الجنائية عن الجريمة الدولية، د.ر.ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2002.

58 عبد العزيز سعد: طرق وإجراءات الطعن في الأحكام والقرارات القضائية، ط 4، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

59 عصام عبد الفتاح مطر: القضاء الجنائي الدولي، د ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.

60 عصام عفيفي عبد المجيد: أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي، ط1، دار النهضة، مصر، 2004،

61 علي أحمد عبد الزعبي: حق الخصومة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، ط 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان،2006.

62 علي جميل حرب: القضاء الدولي الجنائي، المحاكم الجنائية الدولية، ط1، دار المنهل اللبناني، لبنان، .2010

66 علي جميل حرب: نظام الجزاء الدولي، العقوبات الدولية ضد الدول والأفراد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

67 علي يوسف الشكري: القضاء الجنائي الدولي في عالم متغير، ط 1، دار الثقافة، الأردن، 2008.

68 عليوش قربوع كمال: القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1، تنازع القوانين، ط 1، دار هومة، لجزائر، 2006.

69 عمار بوضياف: النظام القضائي الجزائري، ط1، دار ريحانة ، الجزائر، 2003

70 عمر فخري عبد الرزاق الحديثي: حق المتهم في محاكمة عادلة، د ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.

71 عوض محمد عوض: المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، د ط، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر، 1999.

72 عبد الغاني بسيوني عبدالله: مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، د ط،منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د ت.

73 فايز الايعالي: قواعد الإجراءات الجزائية على ضوء القانون والفقه والاجتهاد، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 1994.

74 عبد الفتاح بيومي حجازي: المحكمة الجنائية الدولية، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004.

75 عبد الفتاح حجازي: قواعد أساسية في نظام محكمة الجزاء الدولية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.

76 فتحي توفيق الفاغوري: علانية المحاكمات الجزائية في التشريع الأردني مقارنة بالتشريعات الفرنسية والمصرية، ط1، دار وائل، الأردن، 2007.

77 فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، د ط ، دار النهضة العربية، مصر، 1995.

78 فتوح عبدالله الشاذلي: القانون الدولي الجنائي، أوليات القانون الدولي الجنائي، النظرية العامة للجريمة الدولية، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002.

79 فرج مينا: الوجيز في الإجراءات الجزائية، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

80 فرحون برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم ابن الإمام شمس الدين أبي عبد الله العمري المالكي: تبصرة الحكام في أصول الفقه ومناهج الأحكام، ج1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2001.

81 فوزية عبد الستار: شرح قانون الإجراءات الجزائية، د ط، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر، 1985.

82 فوزية عبد الستار: مبادئ علم الإجرام وعلم العقاب، ط 5، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1985.

83 فيصل شطناوي: حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، ط1، دار الحامد، عمان، 2001 .

84 عبد القادر البقيرات: العدالة الجنائية الدولية، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

85 عبد القادر القهوجي: القانون الدولي الجنائي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2001.

86 عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، ج 1، د ط، دار إحياء التراث بيروت، لبنان، 1985.

87 عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، ج 2، د ط، دار إحياء التراث بيروت، لبنان، 1985.

88 كامل السعيد: دراسا ت جنائية معمقة في الفقه والقانون والقضاء المقارن، د ط، المكتبة الوطنية، عمان، 2002.

89 عبد الكريم علوان خضير :الوسيط في القانون الدولي العام ، ك4، ط1، مكتبة دارا لثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،1997.

90 كوسة فوضيل: المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، د ط، دار هومة، الجزائر،2007.

91 عبد اللطيف حسن: المحكمة الجنائية الدولية، إنشاء المحكمة نظامها الأساسي اختصاصها التشريعي والقضائي وتطبيقات القضاء الجنائي الدولي الحديث والمعاصر، د ط. دار النهضة العربية، مصر، 2004.

92 عبد الله بن أحمد النسقي زين العابدين بن تميم الحنفي: البحر الرائق لشرح الدقائق، ج 2، د ط، دار الكتاب الإسلامي، د ب ن، د ت.

93 عبد الله سليمان سليمان: النظرية العامة للتدابير الاحترازية، دراسة مقارنة، د ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.

94 عبد الله سليمان سليمان:المقدمات الأساسية في القانون الدولي الجنائي، د ط ، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، .1992

95 لندة معمر يشوى: المحكمة الجنائية الدولية الدائمة ومدى اختصاصها في النظر في انتهاكات قوات الاحتلال في العراق، ط1، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.

96 عبد الله وهابية: شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري،ط6، دار هومة، الجزائر،2006.

97 ماروك نصر الدين: محاضرات في الإثبات الجنائي، النظرية العامة للإثبات الجنائي، ج 1، د ط، دار هومة، الجزائر،2003.

98 مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، د ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986م.

99 مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري،ج 1، د ط، دار الفكر الربي، جامعة القاهرة، مصر، د ت.

100 مازن ليلو راضي: القانون الدولي الجنائي، ط 1، دار قنديل لنشر والتوزيع، عمان، الأردن،سنة 2011

101 محمد الطروانة: ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، دراسة مقارنة، ط 1، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2003.

102 محمد المجدوب: الوسيط في القانون الدولي العام، د ط، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1999.

103 محمد حمد الغرابية: نظام القضاء في الإسلام، ط 1، دار الحامد للنشر، عمان الأردن، 2004.

104 محمد خميس: الإخلال بحق المتهم في الدفاع، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر،2000.

105 محمد سعادي: حقوق الإنسان، ط1، دار ريحانة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.

106 محمد شريط: مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، د ت.

107 محمد شريف بسيوني؛ محمد السعيد الدقاق؛ عبد العظيم وزير: حقوق الإنسان، المجلد الأول، الوثائق الدولية، ط1، دار العلم للملايين، مصر، 1988.

108 محمد صبحي نجم: قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط 1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2000.

109 محمد عبد المنعم عبد الغني:الجرائم الدولية، دراسة في القانون الدولي الجنائي، د ط، دار الجامعة الجديدة، مصر ،2007.

110 محمد علي سالم عياد الحلبي: الوسيط في شرح قانون المحاكمات الجزائية، ج 2، د ط، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1996م.

111 محمد علي عويضة: حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم ، د ط، منشأة المعارف، مصر، د ت.

112 محمد محده: ضمانات المشتبه به أثناء التحريات الأولية، ج 2، ط 1، دارا لهد ى ،الجزائر،1991.

113 محمد محده: ضمانات المشتبه به وحقوق الدفاع، ج3، ط1، دار الهدى، الجزائر،1991.

114 محمود السقا: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ط 2، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر، 1982.

115 محمود صالح العادلي: النضرية العامة لحقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2005.

116 محمود مطرجي: شرح الأربعين النووية للإمام يحي بن شرف الدين النووي، دار التنوير، الجزائر

117 محمود نجيب حسني: دروس في القانون الجنائي الدولي، د ط، دار النهضة العربية، مصر ،1992.

118 محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،.1988

119 محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام، ط 4، دار النهضة العربية، مصر1977.

120 مراد عبد الفتاح: تشريعات المحاماة في الدول العربية ومستويات الدفاع والعدالة الجنائية الدولية، دون معلومات النشر.

121 مسعود زبدة: القرائن القضائية، د ط ، موفم لنشر والتوزيع، الجزائر،2001.

122 منتصر سعيد حموده: المحكمة الجنائية الدولية، النظرية العامة للجريمة الدولية، أحكام القانون الدولي الجنائي، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر ،2009.

123 مولود ديدان: مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية، د ط، دار بلقيس لنشروا لتوزيع، الجزائر،2007.

124 نبيل رعد: الدفوع الشكلية في قانون أصول المحاكمات الجزائية، دراسة مقارنة،ج 1، ط2، بيروت، لبنان، 2009.

125 نبيل رعد: الدفوع الشكلية في قانون أصول المحاكمات الجزائية، دراسة مقارنة، ج 2، ط2، بيروت، لبنان،2009.

126 نصر الدين بوسماحة: المحكمة الجنائية الدولية، شرح إتفاقية روما مادة مادة،ج1، د ط، دار هومة، الجزائر،2008.

127 نصر الدين بوسماحة: المحكمة الجنائية الدولية، شرح إتفاقية روما مادة مادة، ج 2، د ط، دار هومة، الجزائر،2008.

128 وائل أحمد علام: الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، ط 1، دار النهضة العربية، مصر، 1999.

129 وعدي سليمان علي ألمزوري: ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية،ا لجزاءات الإجرائية، ط1، دار الحامد لنشر والتوزيع، الأردن،2009.

- الرسائل العلمية.

1- إحسان طبال: التنفيذ القضائي للقانون الدولي الإنساني، إشراف عمر سعدا لله، رسالة ماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعد دحلب، البليدة،.2007

2- إدرنموش أمال: المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا سابقا وقضية سلبودان ميلوزفيتش، إشراف أحمد رداف، رسالة ماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2006.

3- أيت عبد المالك نادية: الحماية الجنائية لحقوق الإنسان في ظلل التشريع الوطني والقانون الدولي الإتفاقي، رسالة ماجستير، تخصص قانون عام كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعد دحلب البليدة،2005

4- توفيق مالكي: حقوق الإنسان قبل المحاكمة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعد دحلب، جامعة البليدة،2005.

5- حموم جعفر: دور محكمة العدل الدولية في تطوير قواعد القانون الدولي الجنائي، إشراف عبد القادر شربال، رسالة ماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة سعد دحلب، البليدة، 2005.

6- زعبال محمد: إجراءات التقاضي وضمانات حقوق الدفاع أمام المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا سابقا، إشراف طاشور عبد الحفيظ، رسالة ماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة،2007.

7- بن سيدهم حورية: المسؤولية الجنائية الفردية عن الجريمة الدولية، إشراف عمر بإلمام ي، رسالة ماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2006.

8- فائز ناصر: المسؤولية الجنائية الدولية لرئيس الدولة، إشراف أحمد بلقاسم، رسالة ماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعد دحلب،البليدة،2006 .

9- قرفي إدريس: أثر السيادة في تنفيذ أحكام القضاء الدولي، إشراف مالكي محمد الأخضر، رسالة ماجستير، تخصص قانو ن عام، كلية الحقوق والعلوم السياسي ة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2005/.2006

10- محمد بن مشيرح: حق المتهم في الإمتناع عن التصريح، إشراف مالكي محمد الأخضر، مذكرة ماجستير إختصا ص القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة منتوري، قسنطينة،2009/2008.

11- نحال صلاح: تطور القضاء الدولي الجنائي، إشراف مالكي محمد الأخضر مذكرة لنيل شهادة ماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، 2006-2007.

- المعاجم اللغوية والقواميس:.

1- محمد بن أبي بكر الرازي: مختار الصحاح، تخريج وتعليق مصطفى البغا،ط1، دار الهدى، الجزائر،1987.

2- محمد بن بكر بن منظور المصري: لسان العرب، ج2، ط1، دار صادر، بيروت، لبنان، د ت.

3- حمد بن يعقوب السراج الفيروز آبادي: القاموس المحيط، ج4، ط1، المكتبة العصرية، صيدا، لبنان،2009.

4- أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري: تهذيب اللغة، ج3، ط1، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، 2001.

5- ابتسام ألقرام: المصطلحات القانونية في التشريع الجزائر ي، د ط، قصر الكتاب، الجزائر، 1998

رابعا: الكتب الأجنبية.

1- V. Gaston Stefani Georges Levasseur, Bernard Bouloc (Procédure Pénale) 16eme édition Dalloz, 1996

2- Daniel Fontana ûd, lagustice pénale internationale, problèmes politiques et sociaux, la documentation francaise.numéro 826.27ant 1999

3- H.Robert .droit pénal général ,5eéd.themis pub paris 2001,

4- Paul Tavernier et Laurence Burgogue-Larsen un siècle de droit international humanitaire. Bruxelles : 2000

5- jon paradel droit penal l.m procedure penal edition.oct. 1989 edition cufas paris

6 - M.castello.((La compétence du Tribunal pénal pour la Yougoslavie))-Revue générale du droit international public (1994).

7-Lzer GESCC: le principe de légalité des délit et des peines/ délits et liberls fondamentaux, dalloz, 1996,

8- Pierre Marie Dupu : Droit international public édit. Dalloz, Paris 1992

خامسا:المواقع الألكتنرونية:

1- موقع مجلس الأمن الدولي، www. Un. Org/arabic/sc/

2- ويكبيديا الموسوعة الحرة، http://ar.wikipedia.org/wik.

3- المجموعة الدولية للمحاماة،www.arlawfirm.com

4- موقع هيئة الأمم المتحدة، www.sis.gov.eg

5- قناة الجزيرة، www.aljazeera.net

6- موقع محكمة رواندا، www.un.org/unlibraries/unliba/arusha.htm

7- موقع محكمة العدل الدولية، www.un.org/arabic/aboutun/statute.htm

8- موقع المحكمة الجنائية الدولية، http://www.icc-cpi.int

9- موقع منظمة العفو الدولية، www.amnesty.org/ar

ملخص الدراسة.

تهتم هذه دراسة بإلقاء الضوء على حقوق الدفاع بصفة عامة أمام القضاء الدولي الجنائي، في ظل النصوص والمواثيق الدولية وتعاظم دوره لأجل توقيع الجزاء الدولي على كل من يمس بالأمن العام الدولي.

لذلك كانت أولى لبنات هذا القضاء الدولي الجنائي بعد انتهاء الحرب العالمية الأولى من خلال محاولة محاكم ة الإمبراطور الألماني غليوم الثاني، الأمر الذي تجسد في محاكمات نورمبرغ وطوكيو، هذا التوجه العالمي لإنشاء قضاء دولي جنائي دائم لأجل تحقيق الردع العام والردع الخاص كان مستمرا من خلال مجهودات دولية متعددة، فكانت محكمتا يوغسلافيا و رواندا الانطلاقة الفعلية من القضاء الدولي الجنائي المؤقت نحو القضاء الدولي الجنائي الدائم الذي جسدته إتفاقية روما سنة 1998 والذي دخلت حيز النفاذ في سنة 2002. فكانت المحكمة الجنائية الدولية هي بمثابة القضاء الدولي الجنائي الدائم.

ولأجل ضمان محاكمة عادلة لكل متهم أمام هذا القضاء فجائت هذه الدراسة لتوضح حقوق كل متهم أو مشتبه به أمام هذا القضاء لإبداء دفاعه، فالأصل الثابت في الإنسان هي قرينة البراءة التي لا تزول عن كل متهم إلا بحكم بات وجازم في إطار مبدأ الشرعية الجنائية، التي هي في حقيقة الأمر تختلف في مصدرها بين القانون الداخلي والقانون الدولي.

فكانت تقسيمات حقوق الدفاع ومفترضاته وضماناته هي محاور أساسية في هذه الدراسة، فوضحنا من خلالها هاته الحقوق المتمثلة في الحق في الدعوى وحق العلم وحق الإثبات وحق الإستعانة بمدافع، وهاته الحقوق ترتكز خلال ممارستها على دعائم عامة ودعائم خاصة ودعامة الشرعية الجنائية باعتبارها عصب هذه الحقوق، وضمانات هاته الحقوق المتمثلة بصفة خاصة في استقلال القضاء وحياد القضاة ومبدأ المساواة أمام القضاء وأمام القانو ن، وضمانات خاصة بالخصوم تتمثل بصفة خاصة في العلنية والشفوية وتسبيب الأحكام والطعن فيها.

والإخلال بهاته الحقوق يرتب جزاءات مدنية وجزائية مختلفة تتحدد بجسامة الإخلال بهاته الحقوق فمن الجزاءات الجنائية السقوط والبطلان ومن بين الجزاءات المدنية التعويض جبرا لظرر.

فاحترام هاته الحقوق وتجسداتها يجعل من القضاء الدولي الجنائي قضاءا عادلا بعيدا عن الإرهاصات المختلفة، يحقق التوازن بين المصالح العامة للمجتمع الدولي والمصالح الخاصة للأفراد.

الفهرس.

مقدمة	ب
الفصل الأول: ماهية حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.	1
المبحث الأول: مفهوم حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.	3
المطلب الأول: مفهوم القضاء الدولي الجنائي وتطوره.	3
الفرع الأول: مفهوم القضاء الدولي الجنائي.	3
الفرع الثاني: التطور التاريخي للقضاء الدولي الجنائي.	10
المطلب الثاني: مفهوم حقوق الدفاع تقسيماته ومفترضاته.	22
الفرع الأول: تعريف حقوق الدفاع.	22
الفرع الثاني: تقسيم حقوق الدفاع.	25
الفرع الثالث: مفترضات حقوق الدفاع.	37
المبحث الثاني: تطور حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.	52
المطلب الأول : تطور حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.	52
الفرع الأول: تطور حقوق الدفاع عبر العصور القديمة والوسطى.	52
الفرع الثاني :تطور حقوق الدفاع في العصر الحديث.	67
المطلب الثاني : أساس حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.	74
الفرع الأول : أساس حقوق الدفاع في المواثيق والإعلانات العالمية.	74
الفرع الثاني: أساس حقوق الدفاع في المواثيق الإقليمية.	82
الفصل الثاني: دعائم و وضمانات حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.	91
المبحث الأول: دعائم حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.	92
المطلب الأول: الدعائم العامة لحقوق الدفاع. أمام القضاء الدولي الجنائي.	92
الفرع الأول: دعامة رد الاعتداء.	93
الفرع الثاني: دعامة المساس بمصلحة محمية.	94
المطلب الثاني: دعائم حقوق الدفاع الخاصة بالاتهام أمام القضاء الدولي الجنائي.	96
الفرع الأول: الدعائم المستمدة من اعتبار البراءة أصل.	97
الفرع الثاني: الدعائم المسندة من اعتبار الإدانة استثناء.	103
المطلب الثالث :دعامة الشرعية الجنائية أمام القضاء الدولي الجنائي.	108
الفرع الأول:مبدأ الشرعية الجنائية.	108

الفرع الثاني: نتائج مبدأ الشرعية الجنائية.	116
المبحث الثاني: ضمانات حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.	125
المطلب الأول: ضمانات حقوق الدفاع المتعلقة بالقضاء والعدالة.	125
الفرع الأول: الضمانات المتعلقة بالقضاء والعدالة.	126
الفرع الثاني: الضمانات المتعلقة برجال القضاء.	139
المطلب الثاني: الضمانات المتعلقة بالخصوم.	148
الفرع الأول : علانية إجراءات المحاكمة والشفوية.	149
الفرع الثاني: تسبيب الأحكام والطعن فيها.	156
الفصل الثالث:ممارسة حقوق الدفاع وجزاءات الإخلال بها أمام القضاء الدولي الجنائي.	166
المبحث الأول:ممارسة حقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.	168
المطلب الأول: الضوابط الشكلية لممارسة حقوق الدفاع.	168
الفرع الأول: الصلاحيات الموضوعية والشخصية.	168
الفرع الثاني: شكل العمل الإجرائي وزمانه.	189
المطلب الثاني: الأركان الموضوعية للعمل الإجرائي الجنائي.	196
الفرع الأول: الأركان الموضوعية للعمل الإجرائي.	196
الفرع الثاني: ركنا المحل وسبب العمل الإجرائي الجنائي.	200
المبحث الثاني: جزاءات الإخلال بحقوق الدفاع. أمام القضاء الدولي الجنائي.	206
المطلب الأول: الجزاءات الإجرائية والعمل الإجرائي أمام القضاء الدولي الجنائي.	206
الفرع الأول: مضمون وشروط الجزاءات الإجرائية والعمل الإجرائي.	206
الفرع الثاني: الجزاءات الإجرائية والأعمال الإجرائية المعيبة.	211
المطلب الثاني:الجزاءات الموضوعية والأعمال الإجرائية المعيبة لحقوق الدفاع أمام القضاء الدولي الجنائي.	221
الفرع الأول: الجزاءات المدنية للممارسة غير الصحيحة والأعمال الإجرائية المعيبة أمام القضاء الدولي الجنائي.	221
الفرع الثاني: مسؤولية الدولة عن الممارسة غير الصحيحة لحقوق الدفاع.	228
الخاتمة.	238
فهرس المراجع.	246
الفهرس.	260