أصول الصياغة التشريعية للقاعدة الاجرائية الجزائية

The origins of the legislative drafting of the penal procedure rule

طالب الدكتوراه
شاكر نوري اسماعيل
كلية القانون
جامعة بغداد

الأستاذ المساعد الدكتور
كاظم عبد الله حسين الشمري
كلية القانون
جامعة بغداد

Shaker Noori Ismael
College of Law
University of Baghdad
shaker.alqace@gmal.com

Kadhim Abdullah Hussein Al Shammari
College of Law
University of Baghdad

الملخص

يتكون البنيان القانوني للقواعد الاجرائية الجزائية من عنصرين الأول:هو المضمون أو الجوهر ويعد بمثابة المادة الأولية لتلك القواعد ويتمثل بالقيم التي يهدف المشرع حمايتها تحقيقا للمصلحة المرجوة منها ولا يمكن ذلك إلا من خلال وضع ذلك المضمون أو الجوهر بقوالب يمكن التعامل معها لتكون قابلة للتطبيق العملي وذلك بواسطة الصياغة التشريعية للقواعد القانونية وهذا العنصر الثاني الذي يكتمل به البناء القانوني للقواعد القانونية وتظهر به صورتها النهائية وتصبح القاعدة الاجرائية الجزائية قابلة للتطبيق العملي إذ أن الصياغة التشريعية تنقل جوهر القاعدة القانونية من حالتها النظرية الساكنة الى الحالة العملية ، ولغرض تحقيق الغاية التي وجدت القاعدة القانونية من أجلها لابد من إتباع أصول الصياغة التشريعية للقواعد القانونية وحسب السياسة الجنائية الاجرائية التي يتبعا المشرع ، إذ ان الصياغة التشريعية تختلف باختلاف السلطة أو الحق الذي يمنحه المشرع للمكلفين بالقاعدة الاجرائية الجزائية ، فتنقسم الصياغة التشريعية من حيث الأسلوب الى الصياغة الجامدة والصياغة المرنة ، وقد تكون الوسيلة المستخدمة في الصياغة مادية أو معنوية . لذا بينا في هذا البحث أصول الصياغة التشريعية في القواعد الاجرائية في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي مع بيان بعض أوجة القصور في صياغة قواعده وتبين بأن المشرع العراقي قد أخذ بشتى اساليب الصياغة التشريعية فيها وبينا ما اتضح لنا من أوجه القصور فيها.

Abstract

The legal structure of the criminal procedural rules consists of two elements: the first is substance or substance and is the primary material of those rules. It is the values which the legislator aims to protect in order to achieve the desired interest. This can only be done by putting that content or substance into molds that can be applied By legislative drafting of legal rules and this second element, in which the legal construction of legal norms is completed and the final form of the legal rules becomes applicable and the legislative formulation conveys the essence of the rule of law From the static theory to the practical situation. and for the purpose of achieving the purpose for which the legal basis was found to be followed the principles of the legislative drafting of the legal rules and according to the procedural criminal policy followed by the legislator, as the legislative wording varies according to the authority or right granted by the legislator to the perpetrators of the rule of criminal procedure , The wording of the legislative form is divided in terms of style into rigid formulation and flexible formulation, and the method used in drafting may be material or moral. Therefore, we discussed the origins of the legislative drafting in the procedural rules in the Iraqi Code of Criminal Procedure, with some shortcomings in the formulation of its rules, and it was found that the Iraqi legislator has taken various legislative drafting methods.

المقدمة

Introduction

تتكون القواعد القانونية من مضمون وهو جوهر تلك القواعد والهدف منها الافصاح عن واقع الحياة الاجتماعية والحاجات المختلفة التي يهدف المشرع تحقيقها وجوهر القاعدة هو الذي يحدد الغاية المراد ادراكها في شان تلك الحاجات ، ولا يمكن لهذه الغاية أنْ تتحقق الا بوضع ذلك الجوهر أو المضمون في قوالب محددة يُعَبَّر عنها بعبارات والفاظ بصورة واضحة وقابلة للتطبيق العملي ولايمكن تحقيق ذلك إلّا من خلال وسائل أو أدوات معينة ، وهذه الوسائل والأدوات في القواعد القانونية ماهي إلا: أساليب الصياغة ، إذ أنّه من خلال الصياغة يتجسد مضمون القواعد القانونية المتمثل بجوهرها من حالته النظرية وتحويله الى حالته العملية القابلة للتطبيق في النظام القانوني الذي وجدت لتنظيمه[١] فهي تجسيد للقواعد القانونية من حالتها النظرية الى حالتها العملية وجعلها قابلة للتطبيق في الواقع العملي، إذ أنّ كل قانون يتكون من مجموعة من القواعد القانونية ، وأنَّ هذه القواعد تحتوي على مضمون معين وهو –جوهرها- والغاية التي شرعت من أجلها ، وأنَّ هذا المضمون أو الجوهر لا يمكن له الظهور إلا في شكل معين والذي من خلاله يتم ضبط وتحديد ذلك المضمون لإدراك الغاية منه ولا يتحقق ذلك الا من خلال الصياغة القانونية ، والتي من خلالها تتحقق الاهداف المتوخاة من تشريع القواعد القانونية ، فهو الاسلوب أو الطريقة المنهجية لتطبيق مضمون القواعد القانونية[٣٢] .

وينطبق ذلك على القواعد الاجرائية الجزائية التي يتمثل جوهرها في حماية المصالح التي جاءت لحمايتها سواء أكانت المصلحة العامة أم مصلحة الأفراد وهذه هي الغاية منها التي صيغت صياغة قانونية معبرة عن ذلك المضمون ونقله من أصله النظري الى الواقع العملي على النحو الذي يحقق الغرض الذي ينشده المشرع من تلك القواعد ، فالصياغة القانونية تعد عنصراً أساسياً في تكوين القواعد الاجرائية الجزائية ومن هنا تبرز اهمية الموضوع النظرية والعملية فضلاً عن اشكاليته، لذلك سنقسم هذا البحث على مطلبين: يكون الأول بعنوان مفهوم الصياغة التشريعية وأهميتها أما المطلب الثاني فسنخصصه لصور الصياغة التشريعية للقاعدة الاجرائية.

المطلب الاول

مفهوم الصياغة التشريعية

Section I

The concept and importance of legislative drafting

لغرض الاحاطة بمتطلبات مفهوم الصياغة التشريعية للقاعدة الاجرائية الجزائية لابد من تقسيمة الى فرعين نخصص الاول في تعريف الصياغة التشريعية للقاعدة الاجرائية الجزائية أما الفرع الثاني فسنخصصه لاهميتها وفقاً للآتي :

الفرع الأول

تعريف الصياغة التشريعية للقاعدة الاجرائية الجزائية

First branch

Concept of Legislative Drafting of the Criminal Procedure Rule

تُشتق كلمة:(الصياغة) في اللغة العربية من الفعل الثلاثي:(صاغ) وصاغ الشيء هيأه على مثال مستقيم ، وصاغ الكلمة بناها من كلمة أخرى على هيأة مخصوصة ويقال صاغ شعراً أو كلاماً أي وصفه ورتبه[٤] . وهذه الصياغة ليست مطلقة وإنّما قيدت بأنّها قانونية . فإنّ كلمة القانون هي يونانية الأصل وقد دخلت الى اللغة العربية عن طريق اللغة السريانية وكانت تستعمل في الأصل بمعنى القاعدة ، وتستعمل في اللغات الأوربية بمعنى الشريعة الكنسية: (Droit cononiqne) . أما في اللغة العربية فيقصد بالقانون مقياس كل شيء ومن ذلك أطلقت كلمة: (قانون) على كل قاعدة الزامية، فيقال قانون الجاذبية ، وقانون العرض والطلب ، ولفظ القانون يقصد به النظام[٥] كما يقصد بكلمة القانون بأنّها امر كلي منطبق على جميع جزئياته التي تتعرف أحكامها منه[٦] .

أما التعريف الاصطلاحي للصياغة القانونية فيراد به: تهيئة القواعد القانونية وبناءها على هيئة مخصوصة وفقاً لقواعد مضبوطة تلبيةً لحاجة تستدعي التنظيم في سلوك الأفراد والجماعات والهيئات

العامة على نحو ملزم ، ويقصد بها كذلك : بأنها مجموعة الأدوات التي تؤدي الى إخراج القاعدة القانونية الى الوجود العملي تحقيقاً للغاية التي يهدف اليها جوهرها.[٧]

كما عُرِّفت صياغة القاعدة القانونية بأنها عملية تحويل القيم التي تتكون منها المادة الأولية للقاعدة القانونية الى قواعد قانونية صالحة للتطبيق في المجال العملي[٨] .

إذ أنَّ لكل قانون فلسفة وفلسفة القانون هي علته الغائية المرادفة للمصلحة التي على ضوءها تشرع وتعدل وتلغى القواعد القانونية التي وجدت لحمايتها ، وهذا ما عبر عنه الفيلسوف أرسطو بقوله: (أنَّ كل حدث إرادي يصدر عن الإنسان البالغ العاقل المختار له أربع علل: علة فاعلة ، وعلة مادية، وعلة صورية ، وعلة غائية) فالسلطة التشريعية هي (علة فاعلة) لتشريع القواعد القانونية وتعديلها، ولاسيما الاجرائية منها ، وأنّ مفردات القواعد الاجرائية الجزائية هي (علتها المادية) . أما (العلة الصورية) في الهيئة التي تظهر بها القاعدة المادية بعد تركيب مفرداتها بموجب صياغة قانونية فنية أما (العلة الغائية) في القاعدة الاجرائية الجزائية فهي المصلحة المعتبرة التي وجدت لحمايتها[٩].

لذا يتبين بأنَّ السياسة الجزائية للمشرع لا تصنع القواعد القانونية وإنَّما يصنع المادة الأولية لها ، أما الأداة أو الوسيلة التي تصنع القانون فهي وسائل الصياغة القانونية التي من خلالها يقوم البناء القانوني للقاعدة القانونية ويتم عن طريقها التعبير عن تلك القواعد وتحديد مضمونها . لهذا نستنتج بأنَّ الصياغة القانونية هي العلة الصورية للقواعد القانونية التي تبين من خلالها جوهر تلك القواعد وهي المصحلة المحمية التي شرعت من أجلها وهي (علتها الغائية) .

وهناك من يرى أنَّ الصياغة التشريعية للقواعد الاجرائية الجزائية :عملية تحويل المادة الأولية المتمثلة بالمضمون التشريعي الذي يهدف الى حماية المصلحة التي جاء من أجلها ، على شكل صورة تصاغ على نحو تحقق تلك الحماية وبقول آخر إعمال السياسة الجزائية الاجرائية التي ينشدها المشرع في صورة واضحة صالحة للتطبيق العملي[١٠] .

الفرع الثاني

أهمية الصياغة التشريعية للقاعدة الاجرائية الجزائية

Second branch

The importance of the legislative formulation of the penal procedure rule

الصياغة التشريعية لها أهمية كبيرة في إنشاء القاعدة القانونية فهي الصورة الواضحة لجوهرها، إذ أنَّها الوسيلة الأساس التي تحدد معناها وتضبط مضمونها ، وبمعنى أنَّه إذا كان مضمون القاعدة القانونية هو الغاية فإن الصياغة القانونية لها هي الوسيلة لادراك هذه الغاية وبلوغها[١١] فكلما كانت صياغة النموذج القانوني للقاعدة الاجرائية الجزائية موفقة تكون الحقوق التي جاءت لحمايتها في مأمن ضد الاعتداء والتعسف من قبل السلطات المكلفة بالعمل الاجرائي الجزائي ، إذ أنَّ ضبط القواعد القانونية من حيث صياغتها تكون صالحة من حيث التطبيق بشكل سليم في المجال العملي. فالقواعد القانونية تصدر عن المشرع بموجب نصوص قانونية وهي القوالب التي تحتوي على أحكامها، وهذه القواعد عبارة عن كلمات، مثل:(حَبات العُقد) ولكل منها دور في المعنى[١٢] وتتجلى أهمية صياغة القواعد القانونية بالآتي:

أولا : تسهم صياغة القواعد الاجرائية الجزائية في تطوير النظام القانوني الاجرائي وذلك من خلال تحديد سلوك الاشخاص المكلفين بها من خلال بيان ما يفرض عليهم من أعباء وواجبات أو ما تمنحه تلك القواعد من صلاحيات ، وهذا ما يحقق جوهرها أو مضمونها إذ يتحدد من خلالها كل عمل إجرائي مخالف للغاية التي جاءت من أجلها وهو جوهر تلك القواعد[١٣] .

ثانيا: إنَّ الصياغة القانونية السليمة للقواعد الاجرائية تُيَسِّر للعاملين في مجال القانون الجنائي من قضاة ومحاميين وغيرهم ادراك المقصود بالأحكام التي وجدت لتنظيمها مما يؤدي الى تطبيقها بصورة سليمة ودقيقة بعيداً عن التأويل واللبس .

ثالثا: تسهم عملية الصياغة القانونية بشكل عام بتوحيد القواعد القانونية من خلال عملية تقنين القواعد بعد الاخذ بالاتجاهات والمبادئ القانونية ومن خلالها يتم رسم السياسة التشريعية الموحدة تجاه مضمون القواعد ذات الموضوع الواحد ، وذلك من خلال جمع القواعد الخاصة بفرع من فروع القانون في مدونة واحدة مما يؤدي الى سهولة الرجوع اليها وتطبيقها.[١٤] .

لهذا يمكن القول بأنّه إذا كان جوهر ومضمون كل قاعدة قانونية يعبر عن مدى حاجة المجتمع الذي يطبق فيه القانون لتنظيم الحياة الاجتماعية فالصياغة القانونية هي التي تحول تلك الحاجة الى تنظيم

قانوني وجعلها قواعد قابلة للتطبيق فهي في القواعد الاجرائية الجزائية ذات أهمية قصوى إذ يتجسد من خلالها حاجة المجتمع الى حماية أمنه ومصالحه فضلاً عن حماية مصلحة الأفراد في حقوقهم وحرياتهم الشخصية خلال مراحل الدعوى الجزائية ويتحول من خلالها تنظيم تلك الحاجات من مجالها النظري الى قواعد قانونية صالحة للتطبيق الصحيح في جميع اجراءات الدعوى الجزائية .

المطلب الثاني

صور الصياغة التشريعية للقاعدة الاجرائية الجزائية

Secion II

Legislative drafting of the Criminal Procedure Code

الصياغة التشريعية للقواعد الاجرائية الجزائية هي عملية تعبير عن القيم القانونية، لتلبية الحاجة المبتغاة منها، والتي يصبها المشرع في قوالب معينة وهي النصوص القانونية بوصفها أوعيه للمعاني. وإنَّ هذه العملية لا تسير وفق وتيرة واحدة وإنّما بإتباع صيغ وأساليب مختلفة تتكون من خلالها صياغة القواعد الاجرائية حسب ما تقتضيه مدى سعة وهدف تلك القواعد من سلطات وأعباء اجرائية فتختلف القواعد الاجرائية من حيث الاسلوب ،وقد تختلف من حيث الوسيلة التي تصاغ بها لذا سنبينهما من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

صور الصياغة التشريعية من حيث الاسلوب

First branch

The Types of legislative drafting of the penal procedure rule

يختلف اسلوب صياغة القاعدة الاجرائية الجزائية باختلاف مدى تقييد تلك القواعد لإرادة المكلفين بها . فقد يحدد المشرع بموجب القواعد الاجرائية العمل الاجرائي الواجب إتباعه ، وقد يمنح المشرع سلطة تقديرية للمكلف بتلك القواعد ومنحه الحرية في التقدير في قواعد أُخَرْ ففي الحالة الأولى تكون القواعد الاجرائية الجزائية قد صيغت (صياغة جامدة) في حين يطلق على الثانية بـــ(الصياغة المرنة) للقواعد الاجرائية الجزائية .

أولا : الصياغة الجامدة . (Drafting inactive)

يعتمد الشرع في صياغة القواعد القانونية بصورة عامة ومنها القواعد الاجرائية الجزائية على الألفاظ والمصطلحات محاولاً من خلالها الوصول الى الاهداف التي يبتغيها . فالألفاظ هي قوالب المعاني وأوعيتها معبراً من خلالها عن جوهر القاعدة القانونية، فهذه الالفاظ أو الكلمات هي علة النص:(المادية)[١٥] والتي تعد الوسيلة التي يستعملها المشرع في صياغة القاعدة الاجرائية الجزائية . فالصياغة الجامدة يراد بها الصياغة التي يحدد المشرع من خلالها فرضاً معيناً أو وقائع محددة وتتضمن حلاً ثابتاً لا يتغير بتغير الظروف والملابسات ، وليس للشخص المكلف بالعمل الاجرائي الا أن يطبق مضمونها بطريقة آلية صارمة وليس للقاضي أي سلطة تقديرية بذلك . وهذا الاسلوب في صياغة النصوص يطلق عليه: (صياغة النصوص ذات القالب المحدد او القالب غير الحر) .

وفي النموذج القانوني للقاعدة الاجرائية الجزائية ، تصاغ القاعدة على شكل يتضمن التحديد والتخصيص الكامل لجميع عناصرها[١٦] فيفرض المشرع فرضاً محدداً يكون هو الاجراء الواجب اتباعه من دون أي سلطة تقديرية للقاضي، فليس له سوى تطبيق ما ورد في النص الاجرائي وهذا ما يوجب على المشرع أنْ يُحسن صياغتها من حيث الاستعانة بذوي الخبرة بموضوع صياغة القاعدة من القانونيين والفقهاء في اللغة،[١٧] إذ أنَّ الصياغة القانونية الجامدة يعبر من خلالها المشرع عن مصالح حية منظورة لذا تنحصر وظيفة القائمين على تطبيقها في الالتزام بها وتطبيق ما هو قائم فيها وفقا لما تمليه عليهم عباراتها ومفرداتها من دون تأويل أو تفسير إنّ كانت قد صيغت وفقاً لاصولها وبعيداً عن الابهام والغموض والتعارض[١٨].

ويُلحظ أنَّ القوانين الاجرائية بشكل عام ولاسيما قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي تغلب عليه صفة الجمود في صياغة قواعده لتعلق الامر بإجراءات محددة ومواعيد وشكليات، لا يمكن أنْ تصاغ الا بصورة محددة تحديداً دقيقاً وذلك تحقيقاً للجوهر الذي تقوم عليه تلك القواعد وهو الغاية من ايجادها[١٩].

وقد يهدف المشرع من ذلك الى استقرار الأوضاع القانونية كما في حالة تحديد مدد الطعن[٢٠] وتحديد مدد التقادم المسقط للدعوى الجزائية[٢١] الذي أخذ به المشرع العراقي في المادة (٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية و قانون رعاية الاحداث[٢٢]

وقد يهدف المشرع من صفة الجمود حماية مصلحة معينة كما هو الحال في تحديد شكليات معينة مثل: اشتراط تشكيل محاكم الجنايات من ثلاثة قضاة وذلك لضمان الوصول الى الحقيقة القانونية والقضائية من خلال إسناد مهمة النظر في الجرائم المهمة الى قضاة ذوي خبرة طويلة وعددهم فردي لضمان التصويت والتطبيق السليم للقواعد الجنائية بشقيها الموضوعي والاجرائي[٢٣]

كما قد تصاغ القواعد الاجرائية بصورة جامدة في حالة تغليب مصلحة على مصلحة أُخرى يرى المشرع أنّها أجدر بالحماية من المصلحة الأولى ونلحظ ذلك من خلال إشتراط تقديم الشكوى من المجنى عليه او من يقوم مقامه قانونا في جرائم معينة[٢٤] إذ أنَّ المشرع يرى ولاعتبارات إجتماعية تغليب المصالح الخاصة على المصلحة العامة من خلال منح الحق في تقديم الشكوى للمضرور من الجريمة دون غيره منطلقا في ذلك من اعتبارات هي أنَّ الجرائم التي تمس الحق الخاص يكون الضرر فيها أكبر على مصلحة الفرد منه على المصلحة العامة ويبرز ذلك في المادة (٣) من أصول المحاكمات الجزائية التي تضمنت جرائم ذات حق خاص وتتعلق في معظمها باشخاص تربطهم روابط أسرية، وقد تكون المصلحة الأجدر بالحماية هي مصلحة الدولة في سيادتها وذلك باشتراط اذن رئيس مجلس القضاء الاعلى لتحريك الدعوى الجزائية في الجرائم الواقعة خارج العراق[٢٥]،وكذلك هو الحال في القواعد الاجرائية الجزائية التي يهدف المشرع منها حماية لمصلحة الافراد في حرياتهم الشخصية ومنها اشتراط صدور أمر قضائي في تفتيش المساكن[٢٦] ووجوب حضور المتهم ولايغني عن ذلك حضور وكيله في المحاكمات الوجاهيه[٢٧]

ونجد أنَّ ما يغلب على القواعد الاجرائية الجزائية صفة الجمود في صياغتها لتعلقها بحسن سير الاجراءات الجنائية وتعلقها بحريات الأفراد وحقوقهم فضلاً عن اقتضاء حق الدولة في العقاب ، فمن خلال الصياغة الجامدة يعطي المشرع للمكلف بالعمل الاجرائي فرضاً مجرداً ليس له الا اتباعه من دون آي خيار آخر، فهذه الوسيلة في الصياغة لا تأخذ بالاعتبار ما يميز كل حالة فردية عن غيرها، وانما يجمع الحالات الفردية لتندرج تحت فرض معين في نموذج قانوني مجرد بالرغم من إختلاف الحالات الفردية في الظروف والملابسات[٢٨] .

ثانيا: الصياغة المرنة (Drafting Flexible)

ويقصد بالصياغة المرنة الصياغة التي تعبر عن جوهر القاعدة القانونية بطريقة تمنح سلطة تقديرية لمن يتولى تطبيقها[٢٩]، فهي لا تعبر عن صورة ثابتة محددة ، وانما يكتفي المشرع فيها باعطاء القاضي معياراً عاماً يتسم بالمرونة ، فيتمكن القاضي من خلالها بوضع حلول مختلفة حسب كل حالة طبقاً لظروفها وملابساتها[٣٠]، لكون الصورة الخارجية للقاعدة الاجرائية الجزائية هي التي تتصف بالمرونة تضفي على العمل الاجرائي الجزائي المرونة والسعة لتستجيب لحكم الحالات العملية المستجدة ، وتكون قابلة للتطبيق على الحالات التي تثار في الواقع العملي أمام القضاء ، لكون طبيعة الصياغة المرنة تمنح السلطة المختصة بتطبيق القانون قدراً واسعاً من المرونة والتقدير في تطبيق القواعد القانونية وفقاً لمعايير وأسس

عامة يحددها المشرع أو يترك تقديرها لمحض إرادة المكلفين بالقاعدة الاجرائية الجزائية[٣١] كما في القواعد الخاصة بالإثبات الجنائي والتي يمنح المشرع فيها المحكمة سلطة تقديرية في الاثبات اذ نصت المادة (٢١٣/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أن : (تحكم المحكمة في الدعوى بناء على اقتناعها الذي تكون لديها من الأدلة المقدمة في اي دور من أدوار التحقيق او المحاكمة وهي الاقرار وشهادة الشهود ومحاضر التحقيق والمحاضر والكشوف الرسمية الأُخر وتقارير الخبراء والفنيين والقرائن والأدلة الأخر المقررة قانوناً)، وبهذا نجد أنَّ المشرع العراقي في صياغة القاعدة الخاصة بالإثبات الجنائي قد صاغها صياغة مرنة ومنح من خلالها سلطة تقديرية للقاضي الجنائي لغرض الاستجابة لمتطلبات الدعوى الجزائية في الاثبات في المجال العملي وذلك حسب ظروف وملابسات القضية المنظورة من قبل المحكمة الا أننّا نجد بأنَّ المشرع العراقي قد وقع في تناقض في صياغة القاعدة المرنة وذلك في المادة (٢١٣/ب/ج) إذ أشار الى عدم كفاية الشهادة الواحدة سببا للحكم مالم تؤيد بقرينة أو أدلة أخر أو باعتراف المتهم. في حين أنّه أجاز للمحكمة أنْ تصدر حكمها بناء على اعتراف المتهم إذا ما اطمأنت اليه [٣٢].

بذلك نعتقد ضرورة تعديل نص المادة (٢١٣/ج) وإضافة شرط أنْ يعزز إعتراف المتهم بدليل آخر أو بقرينة اخرى . اي أنّ شرط اطمئنان المحكمة للإعتراف هو شرط شخصي يتعلق بشخص القاضي[٣٣] وهو بالنتيجة بشر معرض للعوامل النفسية والعصبية[٣٤] كما أنَّ اعتراف المتهم قد يكون كاذباً كتستره على المجرم الحقيقي او وجود هدف آخر يسعى لتحقيقه . وبالإضافة الى منع المحكمة بالأخذ بالإعتراف وحده فنجد المشرع ينص على منحها سلطة مطلقة في الأخذ بالاعتراف سواء أكان صدوره امامها أو أمام قاضي التحقيق أو أمام محكمة أخرى أو أمام المحقق[٣٥] وهذا ما يشكل خطورة تمس حقوق الأفراد وحرياتهم.

وكذلك نجد أنَّ المادة (٦٩/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية والتي صيغت بصياغة مرنة والتي نصت على أنّه: (يجوز للقاضي أو المحقق من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم أن يندب خبيراً أو أكثر لإبداء الرأي في ماله صلة بالجريمة التي يجري التحقيق فيها) ، إذ كان الأولى أنْ تصاغ تلك القاعدة صياغة مرنة بالنسبة للقاضي والمحقق أما بخصوص طلب ندب الخبير من قبل المتهم فلابد أن تصاغ صياغة جامدة وعدم إعطاء سلطة تقديرية للقاضي لأنّ حق المتهم في طلب ندب الخبير هو ضمانة من ضمانات المتهم في اثبات براءته ونفي الاتهام عنه . ونرى ان تصاغ تلك القاعدة الاجرائية بصورة تحتوي على شقين الاول بصورة مرنة والثاني بصورة جامدة وأن تنص:(يجوز للقاضي أو المحقق ندب خبير أو أكثر لإبداء الرأي في ماله صلة بالجريمة. أما إذا طلب المتهم ذلك فعلى القاضي

الاستجابة لطلبه إذا كان هناك ما يستدعي لبيان الرأي حول أمور فنية) لاسيما وأنَّ العديد من التشريعات أخذت بأكثر من ذلك إذ أجازت للمتهم بطلب رد الخبير[٣٦] كما منحت الحق للمتهم بالاستعانة بخبير استشاري يكون واجبه الاطلاع على تقارير الخبرة وتفنيد ما يضر بمصلحة المتهم كما بينا سابقا[٣٧] ويساعد وجوده على توافر الخبرة والنزاهة في عمل الخبير مما يحقق مصلحة المتهم والمصلحة العامة في الوصول الى الحقيقة .

ومن خلال ما تقدم يثبت لنا بأنَّ الصياغة المرنة تحدد بموجبها المعايير العامة من دون تحديد المفردات ، فهي لا تحدد الاجراء الواجب إتباعه في الدعوى الجزائية تحديداً جامعاً مانعاً وإنما يترك المشرع من خلالها للقاضي أو غيره من المكلفين بالعمل الإجرائي بإتخاذ الإجراء المناسب حسب تقديره الشخصي إستجابة لمعطيات معينة تحقيقاً للمصلحة العامة ووفقاً للضوابط القانونية .

ثالثا: التمييز بين الصياغة المرنة والصياغة الجامدة

إنَّ صياغة القواعد الاجرائية الجزائية بصورة جامدة أو مرنة يتوقف بالدرجة الأساس على موضوع أو جوهر القاعدة المطلوب صياغتها، فقد يتطلب صياغتها صياغة مرنة لتستجيب للمستجدات العملية والحالات الفردية في التطبيق ، ولمواكبة التطور في المجتمع ، وعلى الأخص في الحالات التي تتطلب التمييز بين كل حالة وحسب ظروفها وملابساتها . وقد تتطلب قواعد أخر بأن تصاغ بصورة جامدة وذلك لمنع الاجتهاد فيها من المطبقين لها مما يحول دون تعسف الجهة القائمة عليها حماية لمصالح المجتمع . وذلك عندما تقتضي طبيعة القاعدة القانونية بلوغ مقاصد معينة لا يتمكن تحقيقها إلّا من خلال تلك الصياغة[٣٨] وهذا ما أخذ به قانون أصول المحاكمات الجزائية في أغلب قواعده لتعلقها بإجراءات تتطلب أن تكون على شكل معين أو تعلقها بمدد ومواعيد محددة وهذا ما يقتضي صياغتها صياغة جامدة . وتختلف الصياغة المرنة عن الصياغة الجامدة . اذ تهدف الأولى الى تحقيق العدل الفعلي وليس لمجرد ما تحتويه من معايير مرنة تمكن القاضي من إعطاء الحل المناسب، إذ انّها تحقق العدل بالنسبة لحالات واقعية مختلفة ، ولهذا يقال إنَّ القاعدة المرنة تحقق:(عدلاً متفاوتاً) حسب تفاوت الظروف والملابسات لكل حالة . اما الصياغة الجامدة للقواعد القانونية فهي تحقق:(العدل المجرد) وذلك وفقاً للنموذج المجرد ، فهو عدل موحد لا يختلف باختلاف الحالات الفردية وحسب النموذج المجرد للقاعدة القانونية ، ولهذا قيل: بأنَّ الصياغة الجامدة هي وسيلة لتحقيق العدل، في حين إنَّ الصياغة المرنة هي وسيلة لتحقيق العدالة[٣٩] .

ويذهب رأي في الفقه الى تفضيل اسلوب الصياغة المرنة في صياغة القواعد الاجرائية الجزائية ، كونها تتلافى القصور التشريعي وذلك من خلال منح القاضي سلطة تقديرية لدواعي التطور الحاصل

في المجتمع وتدارك ما تقتضيه متطلبات المجتمع في العمل القضائي من خلال سلطة القاضي في التوسع في تفسير القانون وتحري الحكمة من التشريع او ليتوخى بها روح الانصاف[٤٠] .

ويذهب رأي آخر الى تفضيل الصياغة الجامدة لأنها تفضي الى استقرار المعاملات اذ يكون الفرض والحل محددا فيها تحديداً دقيقاً ، إذ لا يترك لمطبقها أي سلطة تقديرية سواء ما يتعلق بمدى إنطباقها على الأفراد أو الحالات التي تنظمها[٤١]

ونجد أنَّ صفة الجمود تنطبق على القواعد الاجرائية الجزائية وتتلائم معها لتعلقها بتحديد اجراءات معينة وتحديد مواعيد زمنية وفرض اشكال معينة في جميع اجراءات الدعوى الجزائية وتشكيل المحاكم . وإذا إستدعى الأمر الحاجة الى قواعد مرنة فعلى المشرع أن يكون حذراً في صياغتها مستعيناً بشتى الأساليب العملية وأدوات الصياغة شرط أنْ لاتفضي هذه الصياغة المرنه الى الغموض وعدم الدقة فعليه أنْ يضع المعايير العامة اللازمة لتطبيق القاعدة القانونية من دون الخروج عليها والابتعاد عن تحقيق غايتها .

الفرع الثاني

الصياغة التشريعية من حيث الوسيلة

Second branch

Legislative drafting from the means

هناك وسيلتان لصياغة القاعدة القانونية هما: الصياغة المادية، والصياغة المعنوية .

أولا : الصياغة المادية (Material drafting)

الصياغة المادية للقواعد الاجرائية الجزائية هي الصياغة التي يعبر عنها المشرع عن جوهر القاعدة القانونية تعبيراً مادياً مجسما في مظهرها الخارجي بحيث يمكن التعرف على المصلحة المحمية فيها بسهولة، فهي تتميز بطابعها الظاهري ، فمن خلالها يطمئن الأفراد الى مصالحهم من حيث حمايتها بموجب تلك القواعد ، ومن جانب آخر يطمئن الحكام في إطاعة تلك القواعد من قبل المحكومين[٤٢].

وتنقسم أساليب الصياغة المادية للقواعد القانونية الى:

١- **استعمال التحديد الكمي بدلاً من التحديد الكيفي:** سبق وإنْ تبين لنا بأنَّ جميع القواعد القانونية هي ذات مضمون معين ويعبر عنه المشرع عن طريق صياغتها . فيقصد بإحلال الكم محل الكيف أنْ تحدد القاعدة الاجرائية الجزائية تحديداً محكماً بالتعبير عن مضمونها برقم معين، مما يجعل تطبيقها على نحو لا يسمح بالتحكم بالمعنى الذي يتضمنه جوهر تلك القاعدة، فالصياغة الكمية أو ما يطلق عليها بـ(الرقمية) يحدد فيها مضمون أو جوهر تلك القاعدة الاجرائية الجزائية بصورة لا تقبل التأويل ولا يعتريها الغموض أو الابهام

، مما يمنع الخلاف حولها وتيسير فهم مضمونها وتطبيقها[٤٣] وتستعمل هذه الطريقة في صياغة القواعد القانونية الجامدة التي لا يمنح فيها المشرع للقاضي سلطة التقدير في تطبيقها ويستخدم المشرع هذه الطريقة في القواعد الاجرائية الجزائية التي يتوافر فيها الطابع الكمي الجامد وهذا ما يتطلب أنْ تكون تلك القواعد رصينة من حيث الدقة والضبط لمنع الانحراف في تطبيق أحكامها وتحقيق جميع الضمانات الممكنة[٤٤] ويسهل تطبيق تلك القواعد في العمل الاجرائي دون الخلاف حولها كونها تعبر عن القيم التي تحملها القاعدة الاجرائية الجزائية تعبيراً كمياً أو رقمياً ثابتاً مما يحول دون الاجتهاد والاختلاف حولها[٤٥]

ومن القواعد الاجرائية الجزائية التي تستوجب صياغتها صياغة (رقمية) القواعد الخاصة بتحديد مواعيد معينة كما في إعلام المتهم والخصوم في الدعوى بموعد المحاكمة[٤٦] وكذلك في تحديد المدة اللازمة لكي يصبح الحكم الغيابي بمنزلة الحكم الوجاهي[٤٧] ، فضلاً عن المواعيد الخاصة بالطعن بالأحكام[٤٨].

ويستعمل المشرع التحديد الكمي (الأرقام) في مثل هذه القواعد الاجرائية ويبتعد عن إستعمال الصياغة الكيفية فيها، وذلك لكون تحديد الشيء بصورة كيفية يؤدي الى إختلاف الآراء وتضاربها. فلو صيغت المادة (١٤٣/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية بهذا الشكل:(على المحكمة عند ورود اضبارة الدعوى اليها أنْ تعين يوماً للمحاكمة فيها تخبر به الادعاء العام وتبلغ به المتهم وذوي العلاقة بورقة تكليف بالحضور قبل موعد المحاكمة خلال مدة معقولة) فإنَّه بعدم تحديد المواعيد بالصورة الكمية والاكتفاء بالكيف وذلك بالاكتفاء بكلمة:(معقولة) سوف يؤدي الى الاختلاف في الآراء وتصبح تلك المواعيد من سلطة المحكمة التقديرية وهذا ما يتنافى مع مبدأ استقرار الأوضاع القانونية فضلاً عن الاخلال بحقوق الدفاع التي تلزم المشرع بضمان المحاكمة السريعة العادلة للمتهم إذ أنَّ طريقة التحديد الكمي في الصياغة القانونية تحكم المواعيد اللازمة في مجال الاجراءات الجنائية وتمنع الاستبداد والتحكم وهي طريقة لازمة لتحقق الطمأنينة والاستقرار[٤٩] لما تتميز به الصياغة:(الرقمية) من فائدة عملية وبما تحتويه من أرقام محددة تتمثل في طرح القاعدة الاجرائية الجزائية للتطبيق العملي بكل سلاسة ووضوح.

ويرى البعض بأنَّ هذا النوع من الصياغة في القواعد القانونية يؤدي الى تقييد سلطة القاضي كونها متعارضة مع قناعته التي تكون في جانب وما تحدده القاعدة القانونية في جانب آخر، مما يجعل الالتزام بإجراء معين في وقت معين على خلاف قناعته لعدم إستطاعته الخروج عليها، فضلاً عن أنَّ الصياغة الكمية لا يمكنها استيعاب ما يستجد من وقائع ومتغيرات[٥٠] كما لو نسي المتهم الطعن بالحكم الصادر بحقه خلال المدة المقررة مما أدى الى فواتها وسقوط حقه في الطعن إلّا أنَّ هذه حالة لا يمكن الركون اليها مقابل ما تحققه الصياغة الكمية من فائدة للمصلحة العامة ، إذ أنَّ المشرع عندما أحَلَ الكم محل الكيف في مثل تلك القواعد مراعياً بأن لا تكون طويلة مما يؤدي الى إطالة أمد النزاع والتأخر في إشعار المجتمع

بالطمأنينة تجاه الجريمة التي مست أمنه واستقراره ، ولا بالقصيرة بحيث يؤدي ذلك الى الاخلال بحق المتهم في الدفاع .

٢- الشكل .

ويقصد به المظهر الخارجي للقاعدة القانونية الذي يفرض على المخاطبين بها اتباعه في تصرفاتهم لغرض ترتيب آثار قانونية معينة، وهو ما يعبر من خلاله عن جوهر القاعدة القانونية (العنصر الداخلي لها)، من أجل التاكيد على وجودها وضمان فعاليتها في النطاق العملي للقانون، ويستهدف الشكل تنبيه المخاطبين بالقاعدة القانونية على خطورة ما يتخذ من تصرفات أو إجراءات وإمكان الاحتجاج بها على الغير[٥١] بهذا تصاغ القواعد الاجرائية الجزائية صياغة شكلية لتحديد فكرة معينة يستهدف من وراءها حماية مصلحة يرى المشرع جدارتها بالحماية فتعد بذلك محددة ومستقرة من حيث إتباع الاجراء المعين الذي يضمن عدم المساس بتلك المصلحة[٥٢] ويختلف الشكل باختلاف الافكار التي يترجم عنها فقد يقصد به اثبات بعض التصرفات أو الاجراءات المتخذة أو تسهيل الاحتجاج بها أو لحماية مصلحة معينة وضمان عدم المساس بها. إذ تعد الكتابة في الاجراءات الجنائية شرطاً جوهرياً في كل إجراء من اجراءات التحقيق، فهي مظهر وجودها ، فلا وجود لاي إجراء في حالة عدم تدوينه ، ويعد كل إجراء يتخذ من قبل سلطات التحقيق من دون تدوينه منعدماً ولا يرتب أي أثر، إذ لا يمكن أنَّ يعتد بشهادة المحقق على وقوع الاجراء ، لأنَّ الكتابة هنا ليست مجرد دليل على وقوعه، وإنَّما هي شرط لوجود الاجراء[٥٣] هذا ولأهمية التدوين فقد نصت عليه القوانين الاجرائية الجزائية بصورة مادية شكلية جامدة وخير مثال على ذلك نص المادة (٧٣) من قانون الاجراءات الجنائية المصري[٥٤] .

أما المشرع العراقي فلم يرد نصاً مماثلاً وإنَّما إشترط التدوين في نصوص متفرقة في قانون أصول المحاكمات الجزائية[٥٥] إذ إنَّ صياغة شرط التدوين في الاجراءات الجنائية يكون من شأنه تنبيه القائم بالتحقيق الى خطورة الاجراءات التي يقوم بها فضلاً عن اثبات ما يتخذ فيها ، والاستناد اليها من قبل سلطة الحكم ، وفي هذا كله حماية للحقوق من الضياع والعبث[٥٦] .

كما قد يتطلب القانون صياغة القواعد الاجرائية صياغة مادية من حيث الشكل ، وذلك لضمان الالتزام بها حرفياً كما في الضمانات الخاصة بالمتهم التي يهدف المشرع توفيرها في الاجراءات الجنائية لضمان عدم المساس بها ، وعدم ترك أي سلطة تقديرية بصددها سواء لسلطة التحقيق اوالحكم وكما في إجراء التفتيش إذ حصر المشرع ذلك بالقاضي أو المحقق وعضو الضبط القضائي بموجب أمر من قاضي التحقيق وبناء على الأسباب التي يحددها القانون بالاضافة الى تحديد جميع أحكام التفتيش وضماناته[٥٧] وغيرها من الضمانات الأُخر التي يحددها القانون بموجب قواعد إجرائية تصاغ صياغة مادية شكلية

ضماناً لحماية المصالح التي جاءت لحمايتها ومن ذلك أيضاً تحديد الاختصاصات للمحاكم الجزائية وقواعد رد القضاة ومنعهم من النظر في الدعاوى إذا كان لهم صلة بأحد أطراف الدعوى الجزائية فضلاً عن تحديد القواعد الواجب مراعاتها في المحاكمات الجزائية. فهذه القواعد تصاغ صياغة شكلية لضمان الالتزام بها وعدم المساس بالمصالح التي شرعت من أجلها .

لهذا نجد أنَّ الصياغة الشكلية تضمن صحة وعدالة الاجراءات التي تتخذ أثناء مراحل سير الخصومة الجنائية ، وتمنع تحكم القاضي وغيره من التعسف والمماطلة ، فاذا أحسن المشرع في اختيار الاهداف والمصالح من الواجب حمايتها فتصبح الشكلية في الصياغة للقواعد الاجرائية وسيلة لا يمكن الاستغناء عنها مهما بلغ النظام القانوني في تقدمه[٥٨] .

ولا يقدح في أهمية الصياغة الشكلية للقواعد القانونية القول بأنها تؤدي الى تعطيل وتأخير في الاجراءات القضائية ، إذ تتميز بأنَّها تدفع الى اليقظة والانتباه من خطورة كل اجراء يتخذ في الدعوى الجزائية من قبل المكلف بالقاعدة الاجرائية الجزائية ، كما تتحقق من خلالها ضبط الاجراءات حمايةً للمصالح التي تعد جوهر القواعد القانونية التي صيغت صياغة شكلية فضلاً عن حفظ كل اجراء او تصرف من الضياع وضمان اثباته والاحتجاج به عند إثارة أي نزاع [٥٩] .

ثانيا: الصياغة المعنوية (Morality drafting)

يراد بالطرق المعنوية في الصياغة للدلالة على ما قد يلجا اليه من عمل ذهني بحت في سبيل إخراج القاعدة القانونية إخراجاً عملياً يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها بمعنى أنَّ الصياغة المعنوية تعد طريقة منطقية يقرر المشرع من خلالها اثار قانونية ومن ابرز مظاهرها ما ياتي :

١- **قرائن القانونية :** ويقصد بها أخذ أمر مشكوك فيه ولكنه محتمل تبعاً للغالب والمالوف في العمل على أنّه أمر مؤكد، أي تحويل الشك في شأنه الى يقين باخراج القاعدة القانونية على هذا الأساس لأنّ ما تحكمه القواعد القانونية من أوضاع قد يحيط الشك أو الغموض يستعصي على الوضوح ، وتحقيقاً للعدل وإستقرار المعاملات يفترض القانون الشك يقيناً لذا فإنّ القرينة تعد عملية ذهنية تهدف الى تبديد الشك الذي يحيط ببعض التصرفات والمراكز القانونية بحسمها على وجه معين :الأكثر موافقة ، والراجح المألوف في العمل ويتم اللجوء الى القرائن في مجال الاثبات لتسير الاجراءات لحسم النزاعات والتقاضي واثبات الحقوق وضمان استقرار المعاملات القانونية[٦٠] .

وقد تعددت التعريفات الفقهية للقرائن القانونية إلّا أنّ الراجح منها:أنَّ القرينة القانونية هي إستخلاص المشرع أمر مجهول من أمر معلوم على أساس أنّه إذا تحقق وجود هذا الأمر المعلوم كان

الغالب وجود الأمر المجهول، فهي تقوم على أساس فكرة الاحتمال والترجيح أي على أساس فكرة الراجح الغالب الوقوع فالمشرع يستنبط من واقعة معلومة دلالة على أمر مجهول فيقرر أنه ما دامت هناك واقعة قد ثبتت فإنَّ واقعة أخرى تثبت بثباتها لأنَّ هذا ما يغلب ترجيحه ووقوعه في العمل كما ذكرنا آنفا[٦١] .

وهذا الاسلوب في الصياغة معتمد في معظم التشريعات سواء أكانت جنائية أم مدنية أم إدارية. وما يهمنا منها هو في المجال الاجرائي إذ أنَّ المشرع العراقي لجا الى هذا الاسلوب في الصياغة في العديد من النصوص وقد تكون القرائن بسيطة أو قرائن قاطعة والتي سنوضحها تباعاً:

أ- **القرائن البسيطة :** وهي القرائن التي يجوز نقضها بالدليل العكسي ويجوز الاثبات العكسي بجميع الوسائل مالم يقيد الاثبات بدليل معين، ومثال القرائن البسيطة في المادة (٩/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية التي نصت على أنَّ: (تقديم الشكوى يتضمن الدعوى بالحق الجزائي وهو طلب اتخاذ الاجراءات الجزائية ضد مرتكب الجريمة وفرض العقوبة عليه وتتضمن الشكوى التحريرية الدعوى بالحق المدني مالم يصرح المشتكي بخلاف ذلك)، ونجد أنَّ المشرع قد افترض أنْ تقديم الشكوى بشكل تحريري تتضمن المطالبة بالحق المدني ،فإن صرح المشتكي على اقتصارها على الدعوى الجزائية فذلك اثبات العكس في تلك القرينة . والمادة (٤/ب) من أصول المحاكمات الجزائية التي نصت على: (اذا تعدد المتهمون وكانت الشكوى مقدمة ضد أحدهم فتعتبر مقدمة ضد المتهمين الآخرين الا في جريمة زنا الزوجة فلا تحرك الدعوى ضد الشريك مالم تقدم الشكوى ضد الزوج الزاني أو الزوجة الزانية).

والمادة (٢٢) من القانون نفسه والتي نصت على أنَّ:("يعتبر تركاً للدعوى المدنية عدم حضور المدعي بنفسه او بوكيل عنه بغير عذر مقبول في اول جلسة للمحاكمة بعد تبليغه بها قانوناً") . ونجد أنَّ المشرع عَدَّ عدم حضور المدعي أو وكيله في أول جلسة للمحكمة تركاً للدعوى المدنية وهذه قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها إذا ما قدم عذر مقبول من المحكمة.

ب- القرينة القاطعة : إنَّ قابلية القرينة لاثبات العكس يجب انْ تكون قاعدة عامة تسري في شأنْ القرائن القانونية جميعها إلّا أنَّ هذا يتعارض مع حالات دعت المقتضيات الفنية الى الخروج فيها عن هذه القاعدة وإعطاء أنواع معينة من القرائن القانونية قوة فاعلة لايدفعها دافع بناء على إعتبارات أملت بأنْ لا يجوز إثبات عكس هذه القرائن حتى لا يفوت الغرض المعين الذي يستهدفه القانون في حماية المصالح العليا التي فرضت هذه القرائن فلايجوز نقضها وهنا يصوغ المشرع القرائن القانونية خلاف الأساس الذي يجب أنْ تصاغ فيه فيصوغها بطريقة تحولها في نهاية الأمر الى طريقة صياغة جديدة تخرجها من نطاق الاثبات ليجعل منها قاعدة موضوعية تحكم موضوع الحق وليست مجرد قاعدة من قواعد الاثبات وبالتالي

تصبح حلقة وسطى بين:(القانونية والمجاز) الا أنَّ البعض يعارض مثل هذا النوع من القرائن منطلقاً من أنَّ القرائن القانونية الأصل فيها تسهيل الإثبات وليس عرقلته وأنَّ اللجوء الى هذه الصياغة يعوق الاثبات بل يستبعده ، لذا فان من الامثل حسب ما يراه بعض الشراح بان يقرر في اضيق الحدود ولأسباب استثنائية تتعلق بالمصلحة العامة[٦٢] .

وللقرائن القاطعة أنواع عدة منها: (قرينة مطابقة الحكم للحقيقة وقرينة العلم بالقانون وقت نشره وقرينة المجاز)، وعند استقراء نصوص قانون اصول المحاكمات الجزائية نجد أنَّ المشرع العراقي أخذ بهذا النوع من القرائن ففي مجال قرينة مطابقة الحكم للحقيقة نجدها في المادة (٢٢٧/أ) التي نصت على أنْ: (يكون الحكم الجزائي البات[٦٣] بالادانة أو البراءة حجة فيما يتعلق بتعيين الواقعة المكونة للجريمة ونسبتها الى فاعلها). ومن الملاحظ أنَّ هذه القرينة هي قرينة مطابقة الحكم للحقيقة أي اعتباره عنواناً للحقيقة فيما قضى به ولكنه حصر هذه القرينة في نطاق تعيين الواقعة ونسبتها الى فاعلها ووضعها القانوني وعلى غرار ما انتهجه المشرع في قانون أصول المحاكمات الجزائية إذ نحى المشرع ذات المنحى في المادة(١٠٥) من قانون الاثبات رقم(١٠٧) لسنة ١٩٧٩ التي نصت بأنَّ:(الاحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق إذ اتحد أطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً) .

ونستخلص مما تقدم أنَّ القوانين وعلى اختلاف مسمياتها واهدافها تاخذ وفي نصوص معينة بقرينة مطابقة الحكم للحقيقة تحقيقاً لاهداف تتعلق بحماية المصلحة العامة وتحقيق الاستقرار القانوني وعدم جعل القضاء يستمر في نظر منازعات سبق وان عرضت عليه وتناولها بشيء من التفصيل والتدقيق وصولاً الى الحكم الذي افترض فيه المشرع أنه مطابق للحقيقة، ويستهدف المشرع فضلاً عن ذلك منع تضارب الأحكام والحفاظ على ثقة الافراد في أحكام القضاء متى أصبح الحكم نهائياً واستنفذ أوجه الطعن كافة أو مضت المدة من دون الطعن به، وهذا الافتراض هو افتراض قطعي لا يقبل اثبات العكس بمعنى أن الدعوى التي فصل فيها بحكم نهائي لا يجوز أنْ ترفع مرة ثانية[٦٤] .

أما فيما يخص قرينة العلم بالقانون وقت نشره فيراد بها أنَّ المشرع يفترض أنَّ القانون متى نُشِرَ وأصبح نافذاً كان حجة على المخاطبين به إنطلاقاً من نظرية الزامية القانون على أساس –الافتراض- أي إفتراض علم الناس كافة بالقانون وقت نفاذه وإنَّ هذه القرينة هي قرينة قاطعة لا يجوز إثبات عكسها إذ لا يقبل من الناس الادعاء بالجهل بالقانون ولم نجد في قانون أصول المحاكمات الجزائية ما يشير الى افتراض علم الكافة به إلّا أنَّ قانون العقوبات العراقي أوجد نصاً يتعلق بقرينة العلم بالقانون وقت نشره إلّا أنَّه جعل لها خصوصية معينة إذ نصت المادة (٣٧) منه على أنَّه:(١- ليس لأحد أنْ يحتج بجهله بأحكام هذا القانون أو

أي قانون عقابي آخر مالم يكن قد تعذر علمه بالقانون الذي يعاقب على الجريمة بسبب قوة قاهرة ٢- للمحكمة أنْ تعفو من العقاب الأجنبي الذي يرتكب جريمة خلال سبعة أيام على الأكثر تمضي في تأريخ قدومه الى العراق إذا ثبت جهله بالقانون وكان قانون محل إقامته لا يعاقب عليها). وباستقراء هذا النص نجد أنَّ المشرع العراقي قد جعل من هذه المادة لها خصوصية إذ إنَّه خرج عن قاعدة عدم جواز اثبات العكس في القرينة القانونية القاطعة إذ إنه أجاز للأفراد الاعتراض بسبب القوة القاهرة وأضاف لها فقرة أخرى تتعلق بحالة الأجنبي واعتمد في ذلك على اسلوب الصياغة المرنة والجامدة إذ أنْ بإستخدامه عبارة القوة القاهرة اعتمد اسلوب الصياغة المرنة وفي الفقرة (الثانية) حدد مدة (سبعة ايام) استعمل اسلوب إحلال الكم محل الكيف في تحديده بعدد محدد من الأيام في نص المادة المذكورة .

ج- المجاز : تعد المجازات القانونية من وسائل الصياغة القانونية وهي وسيلة إستثنائية يستعملها المشرع في صياغة القواعد القانونية مؤداها إفتراض واقعة أو مركز غير حقيقي ليستخلص منه نتائج قانونية معينة ولايجوز الخلط بين القرينة القاطعة والمجاز في القرائن القاطعة يستند المشرع الى ما يغلب حصوله وفقاً للسير العادي للامور وهو لا يستند الى حقيقته بالمعنى الصريح أو الصحيح بل الى الاحتمال وبما يحوم حول الحقيقة أو يقترب منها ، لذا نجد انَّ المجاز الذي يغاير الحقيقة تمام المغايرة، وقد تصل الصياغة القانونية الى أقصى درجات التصنع ومغايرة الحقيقة إبتغاء وضع حلول مقيدة ولو أنها تخالف الحقيقة عن عمد[٦٥] .

وقد إستعمل المشرع هذا الاسلوب في المادة (٢٢٧/ج) التي نصت على أنْ:(يكون لقرار الافراج الصادر من المحكمة الجزائية أو قاضي التحقيق قوة الحكم بالبراءة عند اكتسابه الدرجة القطعية) في حين أنَّ الأصل في البراءة انها لا تصدر الا من قبل محكمة الموضوع وفي الدعوى غير الموجزة إذا ما تبين لها أنَّ الفعل لا يشكل جريمة أو أنَّ المحكمة لم تقتنع بالأدلة وهذا ما ورد في المادة (١٨٢/ب) إذ نصت على انَّه:(اذا اقتنعت المحكمة بان المتهم لم يرتكب ما اتهم به أو وجدت أنَّ الفعل المسند اليه لا يقع تحت أي نص عقابي فتصدر حكمها ببراءته من التهمة الموجهة اليه)، ففي المادة (٢٢٧/ج) افترض المشرع أمراً مجازياً ورتب عليه نتائج قانونية لان الافراج لا يمكن أنْ يتساوى مع البراءة فالافراج عن المتهم يكون لعدم كفاية الأدلة لا لانعدام الأدلة أو أنَّ الفعل لا يشكل جريمة ولكن بدلالة النصوص الأُخر لقانون اصول المحاكمات ومنها المادة (٣٠٢/ج) التي نصت على أنَّ: (القرار البات الصادر بالافراج عن المتهم وفق المادة (١٣٠/ب) أو المادة (١٨١/ب) لا يمنعان من استمرار الاجراءات ضد المتهم عند ظهور أدلة جديدة تستوجب ذلك) غير أنَّه لا يجوز اتخاذ أي اجراء إذا مضت سنة على صدور قرار الافراج الصادر من المحكمة وسنتان على القرار الصادر من قاضي التحقيق ويكون كل من هذين

القرارين نهائياً تترتب عليه الآثار المنصوص عليها في المادة (٣٠٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية .

فقد عمد المشرع الى تقرير شيء مخالف للحقيقة فليلحقه بالحكم بشيء آخر مناقض له كما ورد في المادة (٢٠٠/ب) الأصولية التي نصت على أنْ:(يكون القرار الصادر بوقف الاجراءات نهائياً نفس الآثار التي تترتب على الحكم بالبراءة غير أنّه لا يمنع المتضرر من مراجعة المحكمة المدنية للمطالبة بالرد أو التعويض). فهنا افترض المشرع افتراضاً غير واقعي لا يمكن معه أن يساوي بين وقف الاجراءات والحكم بالبراءة لذات الأسباب التي ذكرناها آنفاً هذا من جانب ومن جانب آخر حتى لو افترضنا أنّ وقف الاجراءات يساوي الحكم بالبراءة فلا يمكن في نطاق البراءة المطالبة بالتعويض عن الأضرار لأنَّ حكم البراءة لا يصدر إلّا مع إنعدام الأدلة أو أنَّ الفعل لا يشكل جريمة فكيف يصلح معه المطالبة بالتعويض مع افتراض البراءة .

ولم تسلم طريقة المجاز من النقد لما تنطوي عليه من تشويه للحقيقة إذ يرى الكثيرون أنَّه لا فائدة من هذه الطريقة ما دام بالإمكان وضع قواعد جديدة تكون عباراتها مطابقة للحقيقة ولذلك يرون أنّهُ من الأفضل التخلص من المجازات والبحث مباشرة عن الغرض الذي تهدف اليه القاعدة القانونية ويرون أيضاً بأن المجازات يجب الا تصدر الا من المشرع فلا يكون هناك مجاز الا بنص. فلا يجوز للقضاء أنْ ينشئ مجازات قانونية بل يجب الاقتصار في المجازات على ما هو وارد في التشريع فلا يزاد عليها ولا يتوسع في تفسيرها ويجب أنْ تراقب محكمة التمييز هذه المجازات أو بالادق مراقبة تطبيق هذه المجازات[٦٦] .

وللمجاز تسمية أخرى هي الحيلة القانونية : ويقصد بالافتراض أو الحيل القانونية إعطاء وضع من الأوضاع حكماً يخالف الحقيقة توصلاً الى ترتيب أثر قانوني معين ما كان يترتب لولا هذه المخالفة والافتراض وسيلة تخيلية لتطوير القانون تقوم على أساس افتراض امر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون من دون تغيير نصه[٦٧] وتعد الحيلة القانونية وسيلة شائعة في الشرائع القديمة إستعان بها القضاة لمواجهة قوة النصوص وضيق نطاقها عن إستيعاب الحاجات المتطورة ولعبت دوراً كبيراً في تعديل القوانين .

وبالرغم من أنّ القرينة القانونية والمجاز أو الحيلة القانونية تشتركان في كونهما طرقاً معنوية لصياغة القاعدة القانونية تقوم على تصوير ذهني للواقع ، تحكمي بعض الشيء بقصد تيسير الوصول الى غايات عملية معينة ،الا أنَّ القرينة القانونية تؤسس تصويرها بين الاحتمالات الغالبة الراجحة في العمل إذ يأتي تقييمه في الاتجاه العادي للأمور في حين تستنتج الحيلة القانونية في سبيل الوصول الى الهدف المقصود تأسيس تصويرها على إنكار الواقع أو تشويهه لذلك تعد الحيلة القانونية مخالفة صريحة

للواقع في حين تعد القرينة القانونية تسليماً بالحكم الطبيعي والغالب منه[٦٨]. وبالنتيجة فإنَّ الحيل القانونية يلجا إليها المشرع لضرورات تستدعيها المصلحة العامة الا أنَّه يجب أنْ يكون دقيقاً في صياغتها حتى لا ينطبق عليها قول الفقيه (سالي) الذي عبر عن الحيلة بأنها: (اكذوبة كبرى يلجا اليها المشرع عندما يعوزه السند العقلي لتبرير وضع قانوني لابد منه). [٦٩]

لذا نقترح أنْ يتم تعديل النصوص القانونية الخاصة بِعَدْ الإفراج مساوياً لحكم البراءة بعد مضي المدة القانونية اللازمة أو المباشرة الاجراءات وفتح التحقيق مجدداً في الدعوى الجزائية والاكتفاء بالنص على اعتبار أنّ مضي المدة يكون مانعا من العودة للإجراءات التحقيقية من دون الاشارة الى عَدَّهُ مساوياً لحكم البراءة كما ندعو الى تعديل المادة (٢٠٠) الأصولية وعدم إعتبار وقف الاجراءات مساوياً لحكم البراءة.

الخاتمة

Conclusion

بعد الانتهاء من موضوع بحثنا اصول الصياغة التشريعية للقاعدة الاجرائية الجزائية اصبح لابد من بيان ماتوصلنا اليه من نتائج وتوصيات وهي ثمرة كل جهد علمي وفقا للاتي .

١-تعد الصياغة التشريعية تجسيداً للقواعد القانونية من حالتها النظرية الى حالتها العملية وجعلها قابلة للتطبيق الفعلي إذ أنّ كل قانون يتكون من مجموعة من القواعد القانونية ، وأنَّ هذه القواعد تحتوي على مضمون معين وهو -جوهرها- والغاية التي شرعت من أجلها ، وأنَّ هذا المضمون أو الجوهر لا يمكن له الظهور إلا في شكل معين والذي من خلاله يتم ضبط وتحديد ذلك المضمون لإدراك الغاية منه ولا يتحقق ذلك الا من خلال الصياغة التشريعية. ٢- يراد بالصياغة التشريعية للقواعد القانونية: تهيئتها وبناءها على هيئة مخصوصة وفقاً لقواعد مضبوطة تلبيةً لحاجة تستدعي التنظيم في سلوك الأفراد والجماعات والهيئات العامة على نحو ملزم

٢- تتمتع الصياغة التشريعية أهمية كبيرة في إنشاء القاعدة القانونية فهي الصورة الواضحة لجوهرها، إذ أنَّها الوسيلة الأساس التي تحدد معناها وتضبط مضمونها ، كما تسهم صياغة القواعد الاجرائية الجزائية في تطوير النظام القانوني الاجرائي وتُيَسِّر للعاملين في مجال القانون الجنائي من قضاة ومحاميين وغيرهم ادراك المقصود بالأحكام التي وجدت لتنظيمها.

٣-تختلف الصياغة التشريعة للقاعدة الاجرائية الجزائية من حيث الاسلوب ومن حيث الوسيلة فتنقسم من حيث السلوب الى :الصياغة الجامدة والصياغة المرنة ، ومن حيث الوسيلة الى الصياغة المادية والصياغة المعنوية وتبين بأن القواعد الاجرائية الجزائية تغلب عليها صفة الجمود كاسلوب في صياغتها والصياغة المادية كوسيلة في صياغتها، هذا على وجه العموم نظراً للمصلحة التي وجدت من أجلها.

المقترحات

بناءً على ما تقدم نجد بأنه لابد من بيان المقترحات التي توصلنا اليها آملين من المشرع العراقي الاخذ بها في قانون اصول المحاكمات الجزائية .

١- نجد بان هناك ضرورة في تعديل بعض القواعد الاجرائية الجزائية التي صيغت صياغة مرنة ومنها نص المادة (٢١٣/ج) بإضافة شرط (أنْ يعزز إعتراف المتهم بدليل آخر أو بقرينة اخرى). إذ أنّ شرط اطمئنان المحكمة للإعتراف هو شرط شخصي يتعلق بشخص القاضي وهو بالنتيجة بشر معرض للعوامل النفسية والعصبية وأت تصاغ تلك القاعدة صياغة جامدة من حيث اسوبها .

٢- تعديل نص المادة (٦٩/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية والتي صيغت صياغة مرنة والتي نصت على أنّه: (يجوز للقاضي أو المحقق من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم أن يندب خبيراً أو أكثر لإبداء الرأي في ماله صلة بالجريمة التي يجري التحقيق فيها)، إذ كان الأولى أنْ تصاغ تلك القاعدة بصياغة مرنة بالنسبة للقاضي والمحقق أما بخصوص طلب ندب الخبير من قبل المتهم فلابد أن تصاغ صياغة جامدة وعدم إعطاء سلطة تقديرية للقاضي لأنّ حق المتهم في طلب ندب الخبير هو ضمانة من ضمانات المتهم في اثبات براءته ونفي الاتهام عنه . ونرى ان تصاغ تلك القاعدة الاجرائية بصورة تحتوي على شقين الاول بصورة مرنة والثاني بصورة جامدة وأن تنص:(يجوز للقاضي أو المحقق ندب خبير أو أكثر لإبداء الرأي في ماله صلة بالجريمة. أما إذا طلب المتهم ذلك فعلى القاضي الاستجابة لطلبه إذا كان هناك ما يستدعي لبيان الرأي حول أمور فنية)

٣- كما نجد الاولى بالمشرع الابتعاد عن الصياغة المعنوية في القواعد القانونية الخاصة بِعَّدْ الإفراج مساوياً لحكم البراءة بعد مضي المدة القانونية اللازمة أو لمباشرة الاجراءات وفتح التحقيق مجدداً في الدعوى الجزائية والاكتفاء بالنص على اعتبار أنّ مضي المدة يكون مانعا من العودة للإجراءات التحقيقية من دون الاشارة الى عَدَّهُ مساوياً لحكم البراءة كما ندعو الى تعديل المادة (٢٠٠) الأصولية وعدم إعتبار وقف الاجراءات مساوياً لحكم البراءة ، على ان تصاغ صياغة مادية والابتعاد عن الصياغة المعنوية فيها .

٤- على المشرع وضع القواعد العامة اللازمة والابتعاد عن أي ابهام أو لبس في صياغة القواعد الاجرائية الجزائية التي يستوجب صياغتها باسوب مرن او بوسيلة معنوية مستعينا بأصحاب الخبرة من قانونيين وفنيين وخبراء في اللغة .

الهوامش

Endnotes

[١] ينظر : د. عصمت عبد المجيد بكر ، مشكلات التشريع ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠١٤ ، ص١٦٣ .

[٢] ينظر : د. رافد خلف هاشم د عثملن سلمان العبودي ، اتشريع بين الصناعة والصياغة ، ط١ بغداد ، ٢٠٠٩،ص٣٣

[٣] ينظر : د. رافد خلف هاشم ود. عثمان سلمان العبودي ، التشريع بين الصناعة والصياغة ، ط١ ، بغداد، ٢٠٠٩، ص٣٣ .

[٤] ينظر : جمال الدين ابن منظور ، لسان العرب ، ج٣ ، ط٧ ، دار احياء التراث العربي ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص٤٤٢ .

[٥] ينظر : د. عبد القادر الشيخلي ، فن الصياغة القانونية ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٥ ، ص١٣ .

[٦] ينظر : أبو الحسن علي بن محمد بن علي الجرجاني المعروف بالسيد الشريف ، التعريفات ، عضو المجمع العلمي العراقي، (بلا مكان نشر) ، ١٩٨٦ ص٩٧.

[٧] ينظر : المستشار عليوة مصطفى فتح الباب ، الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات ، الكتاب الثاني ، دار الكتب القانونية، القاهرة ، ٢٠١٢ ، ص١٠ .

[٨] ينظر : مصطفى محمد الجان و د. عبد الحميد عبد العال ، النظرية العامة للقانون ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٧، ص٦٤.

[٩] للتفصيل في كل ذلك ينظر: د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، فلسفة القانون ، ط٢ ، منشورات منتدى الفكر الاسلامي ، مطبعة اراس ، اربيل ، ٢٠١٠ ، ص٣٥ .

[١٠] ينظر: مصطفى ابراهيم الزلمي ، معين القضاة لتحقيق العدل والمساواة ، ط٢ ، منشورات منتدى الفكر الاسلامي ، مطبعة اراس ، اربيل ، ٢٠١٠ ، ص١١٠-١١٢ .

[١١] ينظر : د. عبد القادر الشيخلي ، مرجع سابق ، ص١٤ .

[١٢] ينظر : المستشار عليوة مصطفى فتح الباب ، مرجع سابق ، ص١٧ .

[١٣] ينظر : د. رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية، ١٩٧١، ص٣٧ .

[١٤] ينظر : د. رافد خلف هاشم ود. عثمان سلمان العبودي ، مرجع سابق ، ص٣٦ .

[١٥] ينظر: د. محمد أحمد شحاتة، الصياغة القانونية لغة وفنا، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية،٢٠١٥، ص٢٤٧

[١٦] ينظر : د.عبد الفتاح الصيفي ، المطابقة في مجال التجريم والعقاب ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩١ ، ص٨-١٠ .

[١٧] على الشرع ان يتقن القواعد الاجرائية عند تصنيفها وخاصة الجامدة منها ، فعليه ان يكون واعياً ومدركاً للمصلحة التي يتكون منها جوهر القاعدة واخذ بنظر الاعتبار لمقتضاتها في وقت تشريع القاعدة ومستقبلها سواء كان ذلك لمصلحة عامة او مصلحة فردية ، اي رغب ان يكون مسيطراً على كل معطيات القاعدة القانونية وواعياً وعالماً علماً كافياً بالقواعد الاجرائية الجزائية الجامدة عند وضعها وذلك لخلوها في الا سلطة تقديرية في تطبيقها . ينظر في ذلك: د. نظام توفيق المجالي ، الشرعية الجنائية لحماية الحرية الفردية ، بحث منشور في كلية الحقوق الكويتية ، العدد (٤)، السنة (٢٢) ، ١٩٩٨ ، ص٢٠٥ .

[١٨] ينظر : د. عبد القادر الشيخلي ، مرجع سابق ، ص٢٢ .

[١٩] ينظر : د. عصمت عبد المجيد ، مرجع سابق ، ص١٧٠ .

[٢٠] ينظر :نص المادة (٢٥٢/أ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية .

[٢١] تأخذ بعض القوانين بنظام التقادم وذلك لانتفاء المصلحة في العقاب بمرور الزمن على وقوع الجريمة وصعوبة اثباتها او استعادته وهذا ما اخذ به المشرع العربي بموجب قانون الاجراءات الجنائية ينظر في ذلك: د. محمود محمود مصطفى ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص١٣٢ .

[٢٢] ينظر: نص المادة (٧٠/أولا) من قانون رعاية الاحداث العراقي .

[٢٣] ينظر : نص المادة (٣٠/اولاً) من قانون التنظيم القضائي العراقي (١٦٠) لسنة ١٩٦٩ على انه"(تنعقد محكمة الجنايات في مركز محكمة الاستئناف من ثلاثة قضاة برئاسة رئيس محكمة الاستئناف او احد نوابه وعضوية نائبين آخرين او أحدهما وقاضٍ أو عضوية قاضيين ل يقل صنف اي منهما عن الصنف الثاني) تقابلها والمادة (٧) من قانون السلطة القضائية المصري.

[٢٤] ينظر: نص المادة (٣/أ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي .

[٢٥] ينظر: نص المادة (٣/ب) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي .

[٢٦] ينظر: نص المادة (٧٣/أ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي .

[٢٧] ينظر: نص المادة (١٤٥) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي .

[٢٨] ينظر: د. عصمت عبد المجيد بكر ، مشكلات التشريع ، مرجع سابق ، ص١٧١ .

[٢٩] ينظر: د. مالك دوهان الحسن ، المدخل لدراسة القانون ، مطبعة الجامعة ، بغداد ، ١٩٧٢ ، ص٢٨٤ .

[٣٠] ينظر : د. حسن كيره ، المدخل الى القانون ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٩ ، ص١٨٣ .

[٣١] ينظر : د. رافد خلف هاشم و د. عمار سلمان العبودي ، مرجع سابق ، ص٣٨ .

[٣٢] ينظر: نص المادة (٢١٣/ب،ج) من قانون اصول المحاكمات الجزائية .

[٣٣] اطلق الفقه على النصوص القانونية التي تمنح القضاء سلطة تقديرية بـ(النصوص الشخصية) كونها تتطلب لتطبيقها تدخلا شخصياً من القاضي ، وذلك لتحديد العناصر المكونة لها . ينظر في ذلك: د. عادل عازر ، النظرية العامة في ظروف الجريمة، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص٤٥٦ .

[٣٤] ينظر: د. احمد محمد خليفة ، اصول علم النفس الجنائي والقضائي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، (بلا سنة طبع) ، ص٢٤٠-٢٤٥ .

[٣٥] ينظر: نص المادة (٢١٧/أ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية .

[٣٦] ينظر: نص المادة (٨٩) من قانون الاجراءات الجنائية المصري، والمادة (٣١٥) من قانون الاجراءات الجنائية الايطالي. اما الشرع العراقي فلم ينص على رد الخير في قانون اصول المحاكمات الجزائية وانما اكتف بالنص على ذلك بموجب المادة(١٣٠/أ)من قانون المرافعات المدنية.

[٣٧] ينظر: نص المادة (٨٨) من قانون الاجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠، والمادة (٣٢٣) من قانون الاجراءات الجنائية الايطالي الجديد رقم(٤٤٧) لسنة١٩٨٨، والمادة (١٧٧) من قانون المسطرة الجنائية المغربي لسنة٢٠٠٢.

[٣٨] ينظر: د. عبد القادر الشيخلي ، مرجع سابق ، ص٣٨ .

[٣٩] يختلف العدل عن العدالة على الرغم من ان قيام كل المصطلحين على مبدا المساواة امام القانون ، الا ان المساواة التي تقوم عليها فكرة العدل هي مساواة مجردة جامدة تبنى على اساس الوضع الغالب الاخذ بنظر الاعتبار تفاوت الظروف واخلاف الجزئيات في الحالات المتماثلة . في حين ان المساواة التي تقوم عليها فكرة العدالة هي مساواة واقعية تقوم على اساس التماثل في المعاملة في الحالات المتماثلة واذ تماثلت هذه الحالات في ظروفها الخاصة وجزيئاتها الواقعية ، هذا وان القانون يستهدف تحريف العدل في

صورته الحالية ولا يهدف تحقيق العدالة الاستثناء . وهذا ما ينطبق مع القواعد الاجرائية الجزائية . ينظر في ذلك. د. حسن كيرة ، المدخل الى القانون ، مرجع سابق ، ص١٠١-١٢٧ .

[٤٠] ينظر: د. عبد الباقي البكري ، مبادئ العدالة ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ،كلية القانون، جامعة بغداد ، عدد خاص، بغداد، ١٩٨٤ ، ص٦٠.

[٤١] ينظر: د. عصمت عبد المجيد ، مرجع سابق ، ص١٧٤ .

[٤٢] ينظر: د. عبد الحي حجازي ، مرجع سابق ، ص٤١٣ .

[٤٣] ينظر: د. حسن كيرة ، مرجع سابق ، ص١٢٥-١٤٠ .

[٤٤] ينظر: د. عبد الحي حجازي ، مرجع سابق ، ص٤١٤ .

[٤٥] ينظر :عبد القادر الشيخلي ، مرجع سابق ، ص٢٨ .

[٤٦] نصت المادة (١٤٣) من قانون اصول المحاكمات الجزائية على أنَّه:(على المحكمة عند ورود اضبارة الدعوى اليها ان تعين يوماً للمحاكمة فيها تخبر به الادعاء العام وتبلغ به المتهم وذوي العلاقة ومن نرى سماع شهادته من الشهود بورقة التكليف بالحضور قبل موعد المحاكمة بيوم واحد في المخالفات وثلاثة ايام في الجنح وثمانية أيام في الجنايات على الاقل..).

[٤٧] نصت المادة (٢٤٣/أ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي على انه: (يبلغ المحكوم عليه غيابياً بالحكم الصادر عليه طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة (١٤٣) فاذا انقضى ثلاثون يوماً على تبليغه بالحكم الصادر بالمخالفة وثلاثة اشهر في الحكم الصادر في الجنحة وستة اشهر في الجناية دون ان يقدم نفسه للمحاكمة...) .

[٤٨] نصت المادة (٢٥٢/أ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي على انه: (يحصل الطعن بعريضة ... خلال ثلاثين يوماً تبدا من اليوم التالي لتاريخ النطق بالحكم اذا كان وجاهياً او من تاريخ اعتباره بمنزلة الحكم الوجاهي اذا كان غيابياً) .

[٤٩] ينظر: د. عبد الحي حجازي ، مرجع سابق ، ص٤١٥ .

[٥٠] ينظر: د. عبد القادر الشيخلي ، مرجع سابق ، ص٢١ .

[٥١] ينظر: د. حسن كيرة ، المدخل الى القانون ، مرجع سابق ، ص١٩٠ .

[٥٢] ينظر: د. عصمت عبد المجيد ، مرجع سابق ، ص١٨٤ .

[٥٣] ينظر: د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الاجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص٣٥٩-٣٦٠ .

[٥٤] نصت المادة (٧٣) من قانون الاجراءت الجنائية المصري على انه : (يستصحب قاضي التحقيق في جميع اجراءاته كاتباً من كتاب المحكمة يوقع نص المحاضر وتحفظ هذه المحاضر مع الاوامر وباقي الاوراق في قلم كتاب المحكمة) وذهب بذات الاتجاه المادة (٨٧) من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني .

[٥٥] ينظر: نص المواد (٤٩ ، ٥٨، ٦٣، ٦٧، ٨٢، ٨٧، ٨٨، ٨٩، ٩٠، ٩٥، ٩٦، ١٢٣) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي.

[٥٦] من الجدير بالاشارة الى انه ينبغي التعبير بين عدم تدوين الاجراء المتخذ من قبل القائم بالتحقيق ، وبين ضياع او فقدان الاوراق التي دونت بذلك الاجراء . ففي الحالة الاولى لا يعتد الاجراء وان توفرت ادلة على مباشرته او حصوله ، اما في الحالة الثانية فيمكن اثباته بطرق الاثبات اذا تاكد حصوله وتدوينه ، قرار محكمة النقض المصرية في ١٩٦٠/١٢/٢٦ مجموعة احكام النقض ، س(١١) ، ص٩٤٧ ، رقم ١٨٥ ، اشار اليه: د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في الاجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص٣٦٠ .

[٥٧] ينظر: نص المواد (٧٢-٨٦) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي .

[٥٨] ينظر: د. وجدي راغب فهمي ، النظرية العامة للعمل القضائي ، منشاة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٤ ،، ص١٢٠-٢٣٠ .

[٥٩] ينظر: د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٦ ، ص٣٨٠ .

[٦٠] ينظر : د. رافد خلف البهادلي و د. عثمان سلمان غيلان ، مرجع سابق ، ص٤٠ د. حسن كيرة ، مرجع سابق، ص١٩٤ وما بعدها .

[٦١] ينظر : د. عبد القادر الشيخلي ، فن الصياغة القانونية تشريعاً وفقهاً وقضاءً ،مرجع سابق، ص٣١ .

[٦٢] ينظر : د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة القانون ، مرجع سابق ، ص٤٢٤ وما بعدها .

[٦٣] نصت المادة (٢/١٦) من قانون العقوبات العراقي على ان: (يقصد بالحكم النهائي او البات في هذا القانون كل حكم اكتسب الدرجة القطعية بان استنفذ جميع اوجه الطعن القانونية او انقضت المواعيد المقررة للطعن فيه) .

[٦٤] ينظر : د. حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، ط(١)،طبع الجامعة المستنصرية،بغداد،١٩٧٥.

[٦٥] ينظر: د. عبد الحي حجازي ، مرجع سابق ، ص٤٢٧.

[٦٦] ينظر: حسن علي الذنون ،مرجع سابق، ص٢٥٤.

[٦٧] ينظر: د. عبد الحميد فوده ، الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص١٥.

[٦٨] ينظر: د. حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، ط(١)،طبع الجامعة المستنصرية،بغداد،١٩٧٥، ص٢٥٢ وما بعدها.

[٦٩] ينظر: د. حسن كيره ، مرجع سابق ، ص٢٠٢ .