

جامعة النجاح الوطنية

كلية الدراسات العليا

الحماية الجزائرية لقرينة البراءة

إعداد

ياسمين يحيى إبراهيم شعار

إشراف

د. نائل طه

قدمت هذه الأطروحة إستكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام بكلية الدراسات العليا، في جامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين.

2017

الحماية الجزائرية لقرينة البراءة

إعداد

ياسمين يحيى إبراهيم شعار

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ / / 2017 م، وأجيزت.

التوقيع

أعضاء لجنة المناقشة

- | | |
|-------|-------------------------------------|
| | 1- د. نائل طه / مشرفاً ورئيساً |
| | 2- د. جهاد كسواني / ممتحناً خارجياً |
| | 3- د. أنور جانم / ممتحناً داخلياً |

الإهداء

"من صنع إليكم معروفاً فكافئوه، فإن لم تجدوا ما تكافئونه به فادعوا له حتى تروا أنكم

كافأتموه " رواه ترمذي . صدق رسول الله

لنصيفةٍ قلبي ... وقسيمةٍ مشاعري ... وزهرة أيامي ... هذه الحديقة التي حين تتعبُ كانتُ -
ولا تزال - تسبقك بدوح الراحة. وحين تكتئبُ كانتُ - ولا تزال - تمسح قلبك بأمل التفاؤل ...
وحين تحثو الخنط في مدرج الطموح تكفيك مؤونة الترتيب والاطمئنان ... أمد الله في عمرها

أمي

إلى من كان لي نبراساً يضيء فكري بالنصح، والتوجيه في الكبر من كان سبباً في تعليمي

وتوجيهي ومساعدتي إلى ريحان حياتي في الشدة والرخاء حفظه الله

أبي

إلى من شملوني بالعطف، وأمدوني بالعون، وحفزوني للتقدم، من كانوا لي سنداً بعد الله في كل

صغيرة وكبيرة رعاهم الله

إخوتي

(أشرف، أمجد، نسيم)

إلى كل من علمني حرفاً، وأخذ بيدي في سبيل تحصيل العلم، والمعرفة

إليهم جميعاً أهدي ثمرة جهدي هذا، داعية المولى عز وجل أن يجعل ذلك في ميزان

حسناتي، وأن ينفع به المسلمين إنه جواد كريم.

الشكر والتقدير

ولو أنني أوتيت كل بلاغةٍ * * * * * وأفنيت بحر النطق في النظم والنثر

لما كنت بعد القول إلا مقصراً * * * * * ومعتزفاً بالعجز عن واجب الشكر

اللهم لك الحمد حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه، ملء السموات وملء الأرض، وملء ما شئت من شيء بعد، أهل الثناء والمجد، أحق ما قال العبد، وكلنا لك عبد، أشكرُك ربي على نعمك التي لا تعد، وآلائك التي لا تحد، أحمدُك ربي وأشكرُك أنرت لي الدرب، و فتحت لي أبواب العلم و أمددنتي بالصبر و الإرادة، أشكرُك أن حققت لي ما أصبو إليه في استكمال درجة الماجستير قانون عام (تركيز جنائي)، و أشكرُك أن يسرت لي إتمام هذه الرسالة على الوجه الذي أرجو أن ترضى به عني.

وأقدم بشكري الجزيل في هذا اليوم إلى أساتذتي الموقرين في لجنة المناقشة رئاسة وأعضاء داخليين وخارجيين، لتفضلهم على بقبول مناقشة هذه الرسالة وأخص بالذكر الدكتور نائل طه، الذي كان لي نعم المعين والموجه، فجميعهم أهل لسد خللها وتقويم معوجها وتهذيب نتواتها، والإبانة عن مواطن القصور فيها، سائلة الله الكريم أن يثيبهم عني خيراً.

والشكر والإمتنان لكل من قدم لي يد المساعدة من قريب أو بعيد، وأعانني على إنجاز هذه الرسالة، فلهم في النفس منزلة وإن لم يسعف المقام لذكرهم، فهم أهل للفضل والخير والشكر.

الإقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل العنوان:

الحماية الجزائرية لقرينة البراءة

أقر بأن ما أشتملت عليه هذه الرسالة إنما هي نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل، أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أية درجة علمية أو بحث علمي أو بحثي لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification.

Students name:

اسم الطالب:

Signature :

التوقيع:

Date:

التاريخ:

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
ج	الإهداء
د	الشكر
هـ	الإقرار
ط	الملخص
1	التمهيد
19	الفصل الأول: الحماية الجزائية لقرينة البراءة على مستوى القواعد الموضوعية
19	المبحث الأول: تجريم الإعتداء على الكرامة الإنسانية
19	المطلب الأول: تجريم الإعتداء على الكيان المادي
19	الفرع الأول: أركان التجريم لجريمة التعذيب
37	الفرع الثاني: الركن (العنصر) المفترض لجريمة التعذيب
41	المطلب الثاني: تجريم الإعتداء على الكيان المعنوي
42	الفرع الأول: الإعتداء على حرية الإرادة
44	الفرع الثاني: الإعتداء على مكونات الكيان المعنوي
46	المبحث الثاني: تجريم الإعتداء على الحرية الفردية
46	المطلب الأول: تجريم التقييد التعسفي للحرية الفردية
54	الفرع الأول: القبض التعسفي
58	الفرع الثاني: التوقيف التعسفي
63	المطلب الثاني: تجريم الإعتداء على الحق بالخصوصية
65	الفرع الأول: حرمة المسكن
66	الفرع الثاني: سرية المراسلات
68	الفصل الثاني: الحماية الجزائية لقرينة البراءة على مستوى القواعد الإجرائية
68	المبحث الأول: الحماية الجزائية في مرحلة ما قبل المحاكمة
68	المطلب الأول: مرحلة التحري وجمع الإستدلالات
73	الفرع الأول: الإستيقاف
75	الفرع الثاني: التحفظ
76	المطلب الثاني: مرحلة التحقيق الإبتدائي

78	الفرع الأول: ضمانات خاصة بإجراءات التحقيق
82	الفرع الثاني: ضمانات خاصة أثناء مباشرة إجراءات التحقيق
111	المبحث الثاني: الحماية الجزائية في مرحلة المحاكمة
111	المطلب الأول: الحماية على مستوى سلامة الأحكام الجزائية
112	الفرع الأول: (الإجراءات)
115	الفرع الثاني: (الجلسات)
119	المطلب الثاني: الحماية على مستوى مضمون الأحكام الجزائية
119	الفرع الأول: الطعون
127	الفرع الثاني: البطلان
132	الخاتمة
139	قائمة المصادر والمراجع
b	Abstract

الحماية الجزائية لقرينة البراءة

إعداد

ياسمين يحيى إبراهيم شعار

إشراف

الدكتور نائل طه

الملخص

تعد قرينة البراءة ركناً أساسياً من أركان الشرعية الجزائية، وحجر الزاوية في كل نظم العدالة المتحضرة، وتحتل قرينة البراءة مكانة هامة في قانون الإجراءات الجزائية، و تعد من الضمانات الأساسية للمتهم، ويستند في وجودها إلى أن الخير هو الغالب في المجتمع وما لجريمة إلا استثناء، فكان لا بد من التسليم بمبدأ عام هو افتراض براءة المتهم، فإذا وقعت جريمة ما نشأ عنها حق للدولة في العقاب لتحقيق الردع العام، وهذا الحق يخول الجهات المختصة باتخاذ إجراءات معينة للكشف عن مرتكبيها، إلا أن حقها هذا يصطدم بواجبها المتمثل بكفالة الحقوق والحريات المكفولة لكل مواطن ما دام لم تثبت بعد إدانته بحكم قضائي بات.

ونظراً لأهميتها فقد عني المشرع الفلسطيني بالنص عليها سواء بالقانون الأساسي الفلسطيني، أو بقانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني وغيرها من القوانين المحلية، إضافة للنص عليها بالإتفاقيات والتشريعات الدولية، كما أن الشريعة الإسلامية قد سبقت كافة التشريعات في إقرارها لمبدأ قرينة البراءة والأخذ به، مما يمكن معه القول أن نظام العدالة الجزائية في الإسلام جاء متوافقاً مع ما بات يعده المجتمع الدولي مؤخراً حقوقاً أساسية للإنسان.

كما أن من أهم القضايا التي تعالجها الرسالة قضية التوفيق بين مصلحتين جديرتين بالحماية الجزائية، هما: مصلحة الأفراد في حماية حقوقهم وحرياتهم التي كفلتها الدساتير والمواثيق الدولية و القوانين، ومصلحة المجتمع وأمنه من خلال التجريم والعقاب لمرتكبيه، وتبرز إشكالية هذه الرسالة في التوفيق بين هاتين المصلحتين.

وتظل قرينة البراءة ملازمة للشخص خلال مراحل محاكمته، منذ اللحظة الأولى للبحث التمهيدي، مروراً بمرحلة النيابة العامة والمحاكمة بدرجاتها، إلى أن يصبح الحكم بالإدانة حائزاً لقوة الشيء المقضي به، وتبعاً لذلك فإن الشخص يعتبر بريئاً حتى تثبت إدانته بحكم قضائي، إلا أن هذه

القاعدة تعرف تطبيقات معكوسة فالشخص المتهم يخضع أحياناً قبل صدور الحكم ضده لإجراءات قاسية، على سبيل المثال: الإعتقال الإحتياطي وغيرها رغم الضمانات القانونية الكافية التي نص عليها القانون.

على هذا الضوء تم تقسم هذه الرسالة إلى فصلين، الفصل الأول: الحماية الجزائية لقرينة البراءة على مستوى القواعد الموضوعية المتمثلة في تحريم الإعتداء على الكرامة الإنسانية والحرية الفردية، أما الفصل الثاني: يتمثل في الحماية الجزائية لقرينة البراءة على مستوى القواعد الإجرائية المتمثلة في الحماية الجزائية ما قبل المحاكمة وما بعدها.

تمهيد

قال تعالى: " وَمَنْ يَكْسِبْ خَطِيئَةً أَوْ إِثْمًا ثُمَّ يَرْمِ بِهِ بَرِيئًا فَقَدِ احْتَمَلَ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا"¹
صدق الله العظيم.

تتطلب دراسة الحماية الجزائية لقرينة البراءة، أن نعرف أولاً: المفردات التي تتناولها عنوان هذه الدراسة، لما في ذلك تمهيد يساعد على فهم المراحل المقبلة لها، فتعريف الشيء هو: كشف لهويته، ومدخل إلى معالمة، فيبيد بذلك الغموض، ويمنع اللبس، ويساعد على الفهم الصحيح للموضوع، فالحماية اصطلاحاً هي: " إسم يعبر عن إحتياط يرتكز عليه وقاية شخص أو مال ضد المخاطر، وضمان أمنه وسلامته ... وذلك بواسطة وسائل قانونية أو مادية"²، أما الجزاء اصطلاحاً فهو: " إسم لفعل محرم شرعاً، سواء كان من مال أو نفس، والجزاء هو الذنب و الجرم وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص في الدنيا، أو الآخرة"³، وتعرف قرينة البراءة بأنها: "معاملة الشخص مشتبهاً فيه كان أم متهماً، في جميع مراحل الإجراءات، ومهما كانت جسامة الجريمة التي نسبت إليه، على أنه بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات، وفقاً للضمانات التي قررها القانون للشخص"⁴.

ولا شك أن المجتمع تتأذى مشاعره جراء وقوع إحدى الجرائم، بل إنه في بعض الأحيان ترتكب جريمة يهتز لها الضمير الإنساني، وفي الفترة منذ وقوع الجريمة وحتى تقديم المتهم للمحاكمة، قد تقع العديد من التجاوزات على حقوق المتهم، وبين حماية حق المتهم كإنسان وإحاطته بمجموعة من الضمانات، وبين حق رجال السلطة العامة في الكشف عن مرتكب الجريمة وإيقاع العقاب، كل يحاول تحقيق التوازن الصعب بين الحقوق والحريات وضرورات العدالة، فالعدالة الجزائية كما أنها تتأذى من وقوع الجريمة، فإنها تتأذى بشكل أكبر إذا أدين بريء بتهمة لم

¹ سورة النساء الآية 112.

² د. عبد المنعم سالم شرف الشيباني، الحماية الجنائية للحق في أصل البراءة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 1427 هـ - 2006 م، ص 12.

³ د. عبد المنعم سالم شرف الشيباني، المرجع السابق، ص 12 وما بعدها.

⁴ د. جهاد كسواني، قرينة البراءة، دار وائل للنشر، الأردن، الطبعة الأولى، 2013، ص 22.

يقترفها، ومن هذا المنطلق تولى المشرع سن عقوبات للجرائم التي تشكل إخلالاً بحق المجتمع، و نظم الإجراءات التي تباشر الدعوى الجزائية بها، وذلك لتحقيق التوازن بين حق المجتمع في العقاب وحق الأفراد في ألا يدان بريء.

وقد حرصت الدساتير داخل الدول على إحاطة حقوق وحرية الإنسان بسياج منيع للحفاظ عليها، ولا بد لنا من تسليط الضوء على أهم تلك الحقوق الا وهي الحق في البراءة، وقد كرست الشريعة الإسلامية لمبدأ: "الأصل براءة المتهم"، وقد تبين ذلك في مواضع عدة على سبيل المثال لا الحصر، عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: " لئن أعطل حد بالشبهات أحب إلي من أن أقيم حدا بالشبهات"، فالشريعة الإسلامية الغراء سبقت الشرائع السماوية القديمة والحديثة كلها في إقرارها كمبدأ ثابت وكأصل من أصولها لا يقبل التغيير أو الإنكار.

كما قد كرست المواثيق الدولية قرينة البراءة، فالمادة 111 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المؤرخ في 10 ديسمبر 1948، قد نصت صراحة على أن: " كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً وفق محاكمة عادلة تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه"، ولقد نصت على ذلك أيضاً المادة 214 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي دخل حيز التنفيذ في 23 مارس 1966 فلقد جاء بها: " لكل فرد متهم بتهمة جنائية الحق في أن يعتبر بريئاً ما لم تثبت إدانته طبقاً للقانون".

وعلى الصعيد الأوروبي نصت المادة 216 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على أن: " كل متهم ارتكب جريمة، يعد بريئاً حتى تثبت إدانته وفقاً للقانون، ولكل شخص الحق في التمتع بالحرية والأمن، وأنه لا يجوز أن يحرم فرد من حريته إلا في الحالات الإستثنائية، ويشترط أن يكون ذلك طبقاً للقانون".

ولقد أكد المؤتمر الثاني عشر لقانون العقوبات الذي عقد في هامبورغ سنة 1979، أن قرينة البراءة هي مبدأ أساسي في العدالة الجزائية.

وعلى المستوى الإفريقي، نص الإعلان الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب المؤرخ في 26 مارس 1981 بمادته 17، على أن: " كل شخص له الحق في قرينة البراءة إلى أن تثبت إدانته من جهة قضائية مختصة".

وعلى المستوى العربي، أكد مشروع حقوق الإنسان والشعب في الوطن العربي، الذي وضعه الخبراء العرب في شهر ديسمبر 1985 قرينة البراءة فلقد نصت المادة 2\5 من ذلك المشروع على أن: " المتهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي صادر من محكمة مختصة".

ولقد نص القانون الأساسي الفلسطيني في الباب الثاني المادة 14 لسنة 2003 المعدل لسنة 2005 المخصص للحريات والحقوق الأساسية على: "المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه".

بالتالي نجد أنه حق تبنته جميع المواثيق الدولية التي تعنى بحرية الإنسان وكرامته، ومبدأ أصيل ترسخ عبر الزمن، لا يخلو منه دستور معاصر وقانون إجرائي، فيحتل موضوع البراءة أهمية قصوى، ويشكل أحد المواضيع المحورية التي تدور حولها أغلب الملفات التي تعرض على القضاء في المجال الجزائري.

فالمتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة، وحرية الإنسان وكرامته مصونة، ولكل فرد الحق في أن يعامل معاملة عادلة في جميع الإجراءات، إذ أن هدف الإجراءات الجزائية ليس إثبات الجرم على المتهم فحسب، بل تقصي الحقائق، فلا قيمة للحقيقة التي يوصل إليها على مذبح الحرية.

فيعرف قانون الإجراءات الجزائية بأنه، قانون الحريات العامة، لما يمثله من ضمانات أساسية للحقوق والحريات الشخصية وضمان التوازن بينها وبين المصلحة العامة، وبصورة عامة، يرتبط قانون الإجراءات مع قانون العقوبات برابطة وثيقة إذ يكمل أحدهما الآخر، فإذا كان قانون العقوبات يعنى بقواعد التجريم والعقاب وفقاً لمبدأ شرعية الجريمة والعقاب فإن قانون الإجراءات يبحث في مدى توفر شروط التجريم والعقاب وفق إجراءات قانونية، بمعنى آخر مدى قانونية

التجريم والعقاب أثناء مرحلة التحقيق والمحاكمة وتنفيذ العقوبة إن تحققت الادانة، فما وضع قانون الأصول الا لضمان أن حرية الإنسان لن تنتهك، وأن توقيفه أوحبسه أوسجنه لن يكون إلا بناءً على أسباب محددة، ووفق إجراءات قانونية وقضائية نص عليها الدستور في مبادئه العامة ونظمتها القوانين بالتفصيل.

وقد قيل إن قانون العقوبات إنما وضع لمواجهة الأشرار وأن قانون الإجراءات الجزائية وضع لحماية الشرفاء، وبهذا الفهم تعتبر قرينة البراءة وقواعد الإجراءات الجزائية أساساً لكل التنظيمات والذي يقال عادة في تبريره أنه من الأفضل أن يفلت مذنباً من العقاب خيراً من أن يدان بريئاً.

القسم الاول: تعريف قرينة البراءة لغةً واصطلاحاً

لم أجد تعريفاً واضحاً لمفهوم قرينة البراءة، وإنما لاحظت إقرار واضح وصريح من قبل المشرع الفلسطيني في الأخذ بهذا المبدأ سوف أتناوله لاحقاً، وقبل البدء بتعريف القرينة في الإصطلاح القانوني يجب أولاً بيان معناها اللغوي.

القرائن، ومفردتها قرينة وتعني في اللغة: (المصاحبة أو الملازمة)، وسميت امرأة الرجل قرينته لمقارنتها إياه¹، وكل شيء ضمته إلى شيء سمي قريناً، ومؤنثه قرينه².

أولاً: تعريف القرينة لغةً واصطلاحاً

لغة: "من المقارنة أي المصاحبة، يقال فلان قرين فلان، بمعنى مصاحب له، كما يقال أيضاً قرنت الشيء بالشيء أي وصلته به، كما تطلق على نفس الإنسان وذلك لإقترانها به، وأيضاً

¹ لسان العرب لابن منظور محمد بن مكرم بن علي الأنصاري المتوفي سنة 393 هـ اعداد وتصنيف يوسف خياط ونديم مرعشلي، دار لسان العرب، بيروت، الجزء 13، بدون سنة نشر، ص 339.

² مختار الصحاح، لزين الدين الرازي، باب قرن، الجزء 1، ص 222.

هي مرادف متعرف عليه للزوج أو للزوجة، فيقال فلانه قرينة فلان، أو فلان قرين فلانه، وقد سميت قرينة، لأنها تعني صلة بالشيء الذي يستدل بها عليه¹.

ومعنى القرينة في الإصطلاح: " القرينة هي استخلاص أمر مجهول من أمر معلوم، على أساس أنه إذا تحقق الأمر المعلوم كان الغالب وجود الأمر المجهول"²، بمعنى أن القرينة لها جانبان: الأول معلوم، والآخر مجهول، فإذا ثبت الأمر المعلوم أمكن الوصول إلى الجانب المجهول وإثباته"، وذلك بإعمال العقل والمنطق للربط بينهما، واستنباط المجهول من المعلوم"³، وقد عرفها البعض⁴: "كل أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً، فتدل عليه".

كما أن البعض قد قسم القرائن الى قرائن قانونية، وقرائن قضائية، أما فيما يتعلق بالقرائن القانونية: البعض قد قسمها إلى أنواع⁵، وتقسم حسب الرأي الراجح إلى نوعين: قرائن قانونية ينشئها القانون، وقرائن قضائية يقيّمها القضاء.

فالقرائن القانونية قد تكون:

1-قرائن قانونية قاطعة: وهي لا تقبل إثبات العكس كإفتراض العلم بالقانون، ولا يعتد بالجهل بالقانون بمجرد نشره بالجريدة الرسمية، ومن الأمثلة في التشريع الإسلامي على القرينة القانونية القاطعة: قيام الزوجية قرينة على ثبوت النسب، لقوله رسول الله صلي الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"⁶، ف ابن المرأة هو ابن زوجها، وهي قرينة قانونية قاطعة على بنوة الإبن لأبيه.

¹ لسان العرب لابن منظور، دار صادر، بيروت الجزء 8، 1982، ص40.

² توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، 1988، ص 883.

³ د.محمود عبد العزيز خليفة، " النظرية العامة للقرائن في الإثبات الجنائي في التشريع المصري والمقارن " أطروحة دكتوراه عين شمس، 1987، ص124

⁴ د.عدنان خالد التركماني، المعايير الشرعية والنفسية في التحقيق الجنائي، الجزء الثاني، المركز العربي للدراسات الامنية والتدريب سابقا، الرياض، 1993 م -1414 هـ، ص 245.

⁵ د.محمود عبد العزيز خليفة، المرجع سابق، ص 323 حيث قسم القرائن الى قرائن بسيطة تقبل اثبات العكس وقرائن وسط تقبل اثبات العكس بطرق معينة يحددها القانون وقرائن قاطعة لا تقبل اثبات العكس بأي دليل.

⁶ صحيح البخاري، للإمام ابي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، المتوفي سنة 256 هـ. دار ابن كثر بيروت، الطبعة 3، الجزء 6، 1987م، ص 3481.

2-القرائن القانونية البسيطة هي القرائن التي تقبل إثبات عكسها¹، وهنا تقوم على فكرة الإحتمال القوي، ولا تعتبر دليلاً قاطعاً، ويجوز للمحكمة أن تستكمل الدليل على أساسها، ومثال على ذلك: إن وجود شخص غريب داخل منزل مخصص لإمرأة، قرينة على ارتكاب جريمة الزنا، فهي قرينة قانونية غير قاطعة على ارتكابه جريمة الزنا، وعليه إثبات عكسها بما يفيد براءته من هذه الجريمة.

أما القرائن القضائية: هي أيضاً تسمى بقرائن الإقناع، التي يترك تقديرها إلى القاضي بناء على قناعته الوجدانية، وبناءً على ما يرتأيه ضميره من خلال ظروف وملابسات القضية التي أمامه، مثال على ذلك: وجود المال المسروق مع المتهم دليل وقرينة على السرقة.

وهنا أستبعد القرائن القانونية القاطعة، وكذلك القرائن القضائية لخروجهما عن الإطار الذي أتحدث به في هذه الرسالة، فهناك نوع واحد من القرائن وهي: القرينة القانونية البسيطة التي تقبل إثبات العكس، وهذه القرينة هي التي جعلت رجال القانون يضعون مبدأ البراءة تحت هذا النوع من القرائن، وأطلقوا عليها: (قرينة البراءة)، وأساس هذه القرينة هو القانون، فهي استنتاج مجهول من معلوم، والمعلوم هو أن الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يتقرر بحكم قضائي وقوع جريمة.

ثانياً: تعريف البراءة لغة واصطلاحاً

المعنى اللغوي للبراءة، تدور حول البراءة من التهمة، البراءة من الدين، إضافة الى ذلك البراءة من المرض.

فيقال: برئت منك ومن الديون والعيوب براءة، وبرئت من المرض براء أو براءاً²، وبرأ من التهمة: أي رفعها عنه، وتبرأ من الذنب: تخلص منه³.

من المعاني السابقة نلاحظ بأن البراءة لغة، كلمة تدل على وصف يلحق بالانسان يفيد خلو نيته من أي أمر معين.

¹ افتراض براءة المتهم.

² نديم مرعشلي، أسامة مرعشلي، الصحاح في اللغة والعلوم، المجلد الأول، دار الحضارة العربية، بيروت، 1974 ص 79.

³ ابراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، الجزء الأول، مطبعة مصر، 1960 ص 45.

كما جاء المعنى الشرعي للبراءة في القرآن الكريم والسنة النبوية بالمعنى اللغوي نفسه، إذ ورد في القرآن الكريم كلمة البراءة في مواضيع عدة، حيث ذكرت بالقرآن الكريم في خمس وعشرين آية¹، منها في سورة "براءة"²، وأخرى في قوله تعالى: " أم يقولون افتراه قل إن افتريته فعلي إجرامي وأنا بريء مما تجرمون"³، وقوله تعالى: "براءة من الله ورسوله إلى الذين عاهدتم من المشركين"⁴.

ومن أمثلة ورودها في أحاديث السنة النبوية، عن سلمان الفارسي قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "يا علي من برئ من ولايتك فقد برئ من ولايتي"⁵.

تلك المعاني في اللغة والآيات والأحاديث النبوية الشريفة، إنما تدل على خلو العباد من أية مسؤولية توجه إليهم، والتي تقوم أساساً على براءة الإنسان من أي تهمة موجهة إليه.

البراءة في المعنى الإصطلاحي

إذا بحثنا في تعريف البراءة فقهاً، فإننا ل نجد إختلافاً كبيراً بين الفقهاء وشراح القانون في تعريف البراءة، فقد عرّف البعض من الفقهاء: " أصل البراءة هو ألا يجازى الفرد عن فعل أسند إليه ما لم يصدر ضده حكم بالعقوبة من جهة ذات ولاية قانونية"⁶.

وتجد الباحثة بأن هذا التعريف معيب لأنه قصر البراءة على عدم توقيع العقوبة، وأغفل أنه يشمل العقوبة كما يشمل الإجراءات، ويشمل القاضي، والنيابة، والتحقيق، والضبطية العدلية، لأنه يفترض أن يعامل الشخص في كافة مراحل الدعوى على أنه بريء، إلى أن يصدر حكم نهائي صادر عن جهة مختصة، لا مجرد حكم كما يفهم من هذا التعريف.

¹ محمد فؤاد عبد الباقي، المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ، ص 30.

² سورة التوبة الآية 1.

³ سورة هود الآية 35.

⁴ سورة التوبة الآية 1.

⁵ الشيخ هادي النجفي، موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 1423-2002، ص 443.

⁶ مروك نصر الدين، محاضرات في الإثبات الجنائي، النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزء الأول، 2003 ص 222.

أما المعنى القانوني: فقد عرف بعض الفقهاء البراءة بأنها: " كل متهم بجريمة مهما كانت جسامتها، يتعين معاملته بصفته شخصاً بريئاً حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات"¹.

وعرفه البعض أيضاً: " هو ألا يجازى الفرد عن فعل أسند إليه ما لم يصدر ضده حكم بالعقوبة من الجهة ذات ولاية قانونية"².

ويمكن القول بأن هناك تعريف جامع دون إغفال أي عنصر من عناصره أوجدته الباحثة الا وهو: أي شخص متهم بجريمة معينة، مهما كانت مدى خطورة هذه الجريمة، ومدى الشك الذي يحوم حوله، أو وزن الأدلة التي تقام ضده، يجب أن يعامل هذا الشخص في جميع مراحل الدعوى، سواء أثناء جمع الإستدلالات، أو أثناء التحقيق، أو أثناء المحاكمة، أو بعدها، بأنه بريء حتى يصدر بحقه حكم قضائي بات، ويحوز قوة الشيء المقضي به، تتوافر فيها الضمانات التي قررها القانون للشخص.

القسم الثاني: التطور التاريخي لقرينة البراءة

البراءة في الإنسان تعتبر صفة وجدت منذ الأزل مع وجود الإنسان، وهي من الأصول المستقرة لدى النفس البشرية فاذا ألقينا نظرة على تاريخ التجريم والعقاب، نجد أن جميع الأعمال التي جرمت، بالإضافة إلى عقوبتها والإجراءات اللازمة للوصول إلى تلك العقوبة، قد اختلفت مع تطور الفكر البشري، فلا ريب أنها مفاهيم متحولة من وقت لآخر، و من مجتمع إلى مجتمع آخر، و استناداً إلى ذلك كانت قرينة البراءة من الأصول المستقرة في نفس الإنسان، سنداً على مر التاريخ القانوني، و إن تباينت قوة ذلك السند من مرحلة إلى أخرى، وما يهمننا من التطور التاريخي لقرينة البراءة، هو ما يوصلنا إلى معرفة نشأتها، و مراحلها التاريخية التي مرت بها .

¹ د. مصطفى يوسف، الحماية القانونية للمتهم في مرحلة التحقيق، دار النهضة العربية مصر - القاهرة، 2007 ص 65.

² د. مصطفى صادق المرصفاوي، الحبس الإحتياطي وضمان الحرية الفردية في التشريع المصري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1954، ص 2.

أولاً: البراءة في المجتمعات البدائية القديمة

المجتمعات البدائية كانت تخضع لتأثير المعتقدات الدينية، فكانت تفترض الإدانة بالمتهم آنذاك، وكان عليه أن يقوم بإثبات براءته بنفسه، أما فيما يتعلق بالعقاب المفروض، فقد كان يعتمد على التحكيم الإلهي، الذي يعتمد على إتخاذ إجراءات قاسية تمس كرامته الإنسانية بكيانها المادي والمعنوي، مثل التعذيب المتمثل ب: تعرض المتهم لإختبار الحديد الساخن أو الماء المغلي، بما يعرف بإمتحان النار¹، ولم تعرف حرية الحياة الخاصة، ولم يكن هناك أي ضمانات لحقوق الافراد و حرياتهم ، وقد كان رب الأسرة أو رئيس العشيرة آنذاك، يمثل القانون والقضاء وعليه يمكن القول أن المجتمعات البدائية التي لم تعرف من النظام شيئاً من العلاقات الإجتماعية كان القضاء فيها للأقوى من باب القوي يغلب الضعيف، مما أدى لغياب أي دور لقرينة البراءة في الإنسان في هذا العصر.

وعند الحديث عن بلاد الرافدين في العراق فإننا نجد بأنها تعتبر مهد الحضارات البشرية التي عرفتها البشرية لحد الآن، حيث عرف العراق ثلاث طوائف من القوانين هي: القوانين البابلية و السومرية، والآشورية، فأهل بابل عرفوا الإحتكام للسلطة فضاءً للنزاعات التي كانت تثور بينهم فطبقاً لقوانين عشتار، لم يكن مسموحاً بالإعتداء على الحرية الشخصية، ايماناً بمبدأ الأصل في الإنسان البراءة، ومع ذلك كان هناك مجموعة من وسائل التعذيب والإكراه لإجبار المتهم على الإعتراف ، كما كان يجري تحليفه اليمين كنوع من الضغط عليه، مما أعتبر مناقضاً لمبدأ إفتراض البراءة .

كما تعاقبت على أرض الرافدين عدة حضارات منها السومرية، والبابلية، والآشورية، لكل منها تشريعاتها الخاصة المقتبسة من الحضارات السابقة.

1- ففي الحضارة السومرية سنت العديد من التشريعات القانونية على ألواح طينية موجودة في معظم متاحف العالم، هي حسب تسلسلها الزمني: قانون أورنمو، وقانون لبت عشتار، وقانون أشنونا.

¹ أحمد إدريس أحمد، افتراض براءة المتهم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1984، ص 40.

تعد قانون أورنمو من أقدم الحضارات في بلاد الرافدين، وقد عالج هذا القانون حالة الإتهام الكاذب، وفرض عليه عقوبة كضمانة للمتهم، وبين وسائل إثبات التهمة للتأكد من براءة المتهم كما عاقب هذا القانون شهادة الزور والشخص الذي يرفض أداء القسم القانوني أو يرفض أداء شهادته وذلك في المادتين 28 و29¹.

أما قانون لبت عشتار، قد عرف مبدأ براءة المتهم في المادة 71 التي تشير إلى: عدم جواز إلقاء القبض على أي شخص بسبب فعل جرمي، ما لم تثبت علاقته به بشكل قطعي².

أما في قانون أشنونا، فقد أجاز القبض على المتهم المتلبس بالجريمة في نص المادة 49 "إذا قبض على إنسان يسرق أحد العبيد أو الجوارى فعليه أن يدفع عبداً مقابل عبد، وأمة مقابل أمة"³.

2- القانون البابلي: قامت الحضارة البابلية على أنقاض مملكة أور، وكان من أشهر ملوكها هو شخص يدعى حمورابي، وعرف هذا القائد بسن القوانين، حيث عرفت آنذاك بشرية حمورابي حيث أولت إهتماماتها بالمتهم في نصوص قانون حمورابي، خصوصاً إحترامها لأشخاص المتهمين، فلا يوجد أثراً لتعذيب المتهمين للحصول على اعترافهم، كما اهتم هذا القانون بتقدير قيمة الأدلة، و طلب من القضاء تفحصها بعناية ودقه عند تقديره لها، وهذا ما يمكن أن نستخلصه من المادة 9 من قانون حمورابي إذ نصت على: "إذا فقد الرجل حاجة ما، و صاحب الحاجة المفقودة قد جلب الشهود مؤيدين لحاجته المفقودة، فعلى القضاة أن ينظروا في كلماتهم"⁴.

3- الحضارة الآشورية: نصت المادة 17 من القوانين الآشورية: "إذا قال رجل لآخر أن الناس اتصلوا كثيراً مع زوجتك، فما دام ليس هناك شهود، يؤخذ الرجل إلى إختبار النهر"، ويبدل هذا النص

¹ موفق مهذول محمد شاهين الطائي، قانون اورنمو (دراسة تاريخية قانونية مقارنة) المكتبة الوطنية، الطبعة الأولى، بغداد، 2008، ص 75.

² رائد احمد محمد، البراءة في القانون الجنائي (دراسة مقارنة)، جامعة بغداد، 2006، ص 41.

³ محمد عباس حمودي الزبيدي، ضمانات المتهم العسكري في مرحلة المحاكمة (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير، جامعة الموصل، 2002، ص 7-8.

⁴ قانون حمورابي.

على قرينة البراءة، بأن المتهم يعتبر بريء إلى أن تثبت إدانته من خلال تقديم الدليل من الطرف الآخر.

أما في العصر الفرعوني (مصر)، قد ظهر اهتمام الفراعنة بالقضاء، حيث كان المتهم يعطى فرصة كافية للدفاع عن نفسه، وكانت المحاكمة حضورية، وعلنية، وشفاهية، كما كان على القضاء تسبب الأحكام¹، أي كانت تتوافر جميع الضمانات القضائية مثل: حق الدفاع، والعلنية والتسبب وغيرها التي كانت تؤكد على قرينة البراءة للمتهم.

فقد جاء القانون هنا لينظم العقاب بالشكل الذي يمنع خلاله الأفراد من الانتقام الشخصي أو الفردي الذي كان سائداً في تلك الفترة، أما في ظل القانون الروماني، فقد كان المتهم يمثل أمام المحكمة طليقاً إحتراماً لقرينة البراءة، وكان يعطى المتهم حرية واسعة في الدفاع عن نفسه، والمحاكمة كانت تتم بإجراءات شفوية وعلنية وبحضور المتهم، بمعنى تم الأخذ بمبدأ قرينة البراءة للمتهم.

ثانياً: البراءة في المجتمعات المتطورة الحديثة

ظهر نظامين في هذه المجتمعات النظام الأول هو: النظام الإتهامي الذي يعتبر صراع ما بين طرفين المجني عليه والمتهم، وبينهما قاض محايد يختار من قبل الخصمين، ويقوم المجني عليه بتوجيه الإتهام للمتهم، ويتحمل المجني عليه عبء إثبات دعواه.

أما النظام الثاني: المتهم يتمتع بقرينة البراءة، بالإضافة إلى ضمانات أخرى، ودور القاضي هنا هو: ترجيح الأدلة والبراهين فقط لجانب طرف دون الآخر، فيعتمد هذا المبدأ على عدة ضمانات للمتهم، هي: العلنية، والشفوية، ولا يحق تعذيب المتهم، ولا يجوز سلب حرية ما لم يصدر حكم بإدانته.

ومنذ القرن الثالث عشر، بدأ النظام الإتهامي بالإضمحلال، وبدأ نظام جديد وهو: التحري والتنقيب، حيث لم يعد القاضي هنا محايداً، وإنما ممثلاً للدولة، وعلى أن يتم ترك الإتهام لسلطة

¹ د. صوفي حسن ابو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 202.

معينة كالنيابة، ولم تكن لقرينة البراءة قيمة¹، إذ كانت تفرض التوقيف والقبض في مرحلة التحقيق، على الرغم من تمتع المتهم بضمانات معينة، إلا أنه تمت مصادرة حريته الفردية لصالح جهة الإتهام.

وفي مطلع القرن الثامن عشر انتشرت بعض الأفكار الفلسفية التي تنادي باحترام الحرية الفردية، فقد نادى المحامي الإيطالي بيكاريا، في كتابه الجرائم والعقوبات سنة 1764 بأن: إصلاح القضاء لا يأتي إلا من حرمانه من سلطنة المطلقة، وقد كانت لهذه الصيحة صدى كبير حيث جاء إعلان حقوق الإنسان لسنة 1789 في فترة الثورة الفرنسية، مؤكدة لمبدأ الأصل في الإنسان البراءة حتى تثبت إدانته وذلك في المادة 9، ثم جاء المبدأ نفسه في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، ومن ثم أصبحت أغلب المواثيق والدساتير العالمية تنص عليها بشكل مباشر وواضح .

ثالثاً: البراءة في الشريعة الإسلامية

أرسى الشريعة الإسلامية قواعد العدالة الجنائية ، فحافظت على إحترام حقوق الإنسان كون الإنسان مخلوق على الفطرة التي هي البراءة في السلوك، لذلك يقال بأنه إذا مات طفل فهو في الجنة كونه خالياً من أية مسؤولية أوخطيئة، فقد جاءت النصوص الشرعية في القرآن الكريم و السنة النبوية، محددة لقرينة البراءة في عدة أمور، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " ما من مولود الا يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه كما تنتج البهيمة بهيمة جمعاء، هل تحسون فيها من جدعاء"²، فمصادر الشريعة الإسلامية الكتاب والسنة والإجماع والقياس، فإن لم يجده أخذ الحكم من استصحاب الحال في النفي والثبات والمقصود به هو: " بقاء الحال على ما كان عليه في الزمن الماضي حتى يثبت بالدليل ما يغيره، وعلى من يدعي تغير الحال أن يثبت ما يدعيه"³، فقد كرست الشريعة الإسلامية للمتعم عدة ضمانات على سبيل المثال لا الحصر منها: مبدأ درء الحدود بالشبهات، فإذا وجدت شبهة ما فإنه يترتب على تلك الشبهة أن يتم درء عقوبة الحد، أي

¹ محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة 1982، ص 45-49.

² صحيح مسلم، الدكتور يحيى بن شرف ابو زكريا النووي، دار الخير للنشر، عدد الاجزاء 6 اجزاء، الحاشية رقم 1 سنة النشر 1416 هـ سنة 1996 م ص 158.

³ عبد المنعم سالم شرف الشيباني، الحماية الجنائية للحق في أصل البراءة، مرجع سابق، ص 64.

عدم تطبيق العقوبة وبراءة المتهم كما قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: "ادرعوا الحدود بالشبهات"¹، كما يوجد مبدأ العلنية حيث كان رسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة من بعده يجلسون للقضاء في المسجد، أو في مكان عام كالطريق حتى تتحقق العلنية²، بالتالي تتيح لهم مراقبة سير الإجراءات المتعلقة بالقضاء حينها، كما استقر مبدأ المساواة بين الخصوم للدلالة على حرص الإسلام على العدل والمساواة فقد ورد بقوله تعالى: " يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر و أنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم"³. صدق الله العظيم..

كما اهتم الإسلام بضرورة دفاع المتهم عن نفسه سواء شخصياً أو بواسطة غيره، ووفرت له جميع الضمانات اللازمة لتحقيق ذلك ونستند بذلك بقوله تعالى: " قال رب إنني قتلت منهم نفساً فأخاف أن يقتلون وأخي هارون أفصح مني لساناً، فأرسله معي رداً يصدقني إنني أخاف أن يكذبون، قال سنشدد عضدك بأخيك"⁴ ... " صدق الله العظيم.

ومن كل ما تم ذكره سابقاً نلاحظ أن الشريعة الإسلامية قد ركزت على العدل والمساواة وضمنت جميع حقوق المتهم وضماناته، وكان مرجعيتها ودستورها هو الدستور الإلهي، القرآن الكريم، والسنة النبوية.

❖ أهمية البحث

من الملاحظ أن أصعب اللحظات التي يمر بها الباحث هي لحظة الاختيار، ولا سيما إختيار موضوع علمي هام، لما يثير من مشكلات عديدة في الإجراءات الجنائية، لا سيما على المستوى النظري.

¹ محمد ابو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية، 1974، ص 218.
² القاضي الدكتور محمد الطراونة، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، 2003، ص 28.
³ سورة الحجرات، الآية رقم 13.
⁴ سورة القصص، الآية 34 و35.

الأهمية من الناحية النظرية:

- 1- قرينة البراءة شكلت صراع فكري بين المدافعين عنها وبين من يعتبرها خدعة قانونية لفرار المجرمين من العقاب.
- 2- كثرة الأرقام التي أسالت حبراً على مذبح قرينة البراءة.
- 3- تعكس قرينة البراءة ومدى إحترامها ومدى إحترام القواعد المكرسة لحمايتها، مدى تطور المجتمع ومدى تطور الفكر القانوني فيه وبالأخص المؤسسي.
- 4- تعكس الحماية الجزائية لقرينة البراءة، مدى تطور الفكر القانوني في فلسطين.

الأهمية من الناحية العملية:

تتنوع مراحل الإجراءات الجزائية السابقة للدعوى الجزائية والمصاحبة لها، وتتنوع الهياكل القائمة على العدالة الجنائية، ووجوب تعامل المتهم مع كافة هذه الهيئات والهياكل، وما يمكن أن يتعرض له من إنتهاك لحرية الفردية ولكرامته الإنسانية، وأمام عدم مجابهة القضاء للخروقات والإنتهاكات الواقعة عليها.

كما تبدو أهمية هذا الموضوع أيضاً من كون أنه لم تتم دراسته بشكل علمي معمق في بلادنا وإنما جاء التطرق له في مؤلفات عامة وبشكل مقتضب، دون أن يتم الإحاطة بأهم المشكلات العملية التي يثيرها، وهي الأسباب التي دفعتنا إلى إختياره حيث اهتم المشرع بالحفاظ على حرية الفرد بكافة أشكالها، لأنها أعلى ما يملكه الإنسان فبدونها لا تكون الحياة عزيزة، بل تكون ذليلة مهينة، ونظراً للتغيرات الإجتماعية التي يمر بها العالم والتي تتأثر بها المجتمعات بشكل خاص فقد أصبحنا نشهد تزايداً بمثل هذه الجرائم التي تمس الحرية، بل وأصبحت اليوم تأخذ أشكالاً متنوعة، لم تكن معهودة من قبل بسبب التطورات التقنية والتكنولوجية الهائلة التي يشهدها عصرنا الحالي.

❖ أسباب اختيار الموضوع:

- أسباب شخصية:

كوني عملت مع منظمات حقوق الإنسان ورغبتني في الدفاع عن حقوق الإنسان، وما يراعي انتباهي من مصطلحي الحرية الفردية والكرامة الإنسانية كقيمة إنسانية.

- أسباب موضوعية:

1- حداثة القانون الأساسي الفلسطيني.

2- وجود مسودة مشروع للدستور الفلسطيني.

3- غياب قانون عقوبات فلسطيني مع وجود قانون إجراءات جزائية.

4- عدم تفاعل القضاء مع الطعون المتعلقة بقرينة البراءة مما يقتضي تسليط الضوء عليها وعلى ضرورة حمايتها بشكل فاعل.

❖ الإشكالية:

تطرح هذه الدراسة إشكالية هامة وهي بيان مدى نجاعة المشرع في قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 في مواجهة هذه الجرائم والتي تتعلق بالحقوق والحريات التي تتناولها الدراسة بالبحث والتحليل وكيف تصدى لها، وهل استطاع الحفاظ على حرية الأفراد؟ ومدى تأثير تجريم هذه الأفعال على الحد من تلك الجرائم؟ وهل نجح المشرع في صون هذه الحريات من خلال قانون الإجراءات الجزائية؟ ولعل الإشكالية العامة التي يطرحها هذا الموضوع تتمثل في مدى نجاح المشرع في المحافظة على التوازن بين تسليط العقاب على مرتكب هذا النوع من الجرائم، وبين الهدف الأساسي من العقاب على هذا النوع من الجرائم، وهو الحفاظ على الحريات الفردية وعدم المساس بها بأي طريقة كانت، انطلاقاً من وجوب خلق التوازن بين مصلحة المجتمع في ملاحقة المجرم وعدم إفلاته من العقاب وبين مصلحة المتهم في حماية حريته الفردية وكرامته الإنسانية فهل

تمكن المشرع الفلسطيني من إيجاد نظام متكامل في ميزان الحماية الجزائية لقرينة البراءة خاصة في ظل قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني كمبدأ دستوري أصيل؟.

❖ الدراسات السابقة

1- الدراسة الاولى: الحماية الجنائية للحق في أصل البراءة، دراسة مقارنة من إعداد د. عبد المنعم بن سالم بن شرف الشيباني، وهي أطروحة دكتوراة من كلية الحقوق جامعة عين شمس منشورة في القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1427هـ - 2006 م.

محتوى الرسالة: تحتوي الرسالة على أربعة أبواب، الباب الأول: عن التطور التشريعي والفلسفي لأصل البراءة، والباب الثاني: عن حماية أصل البراءة في مواجهة الإجراءات الماسة بالحرية، والباب الثالث: عن حماية أصل البراءة أثناء سير العدالة الجنائية أما الباب الرابع: يتضمن حماية أصل البراءة أثناء تناول الدليل الجنائي.

أوجه الاختلاف، أولاً: توصل الباحث الى أن مبدأ البراءة أصل وليس قرينة قانونية، حيث ذكر الباحث هنا بأنه قضت العديد من أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر ويؤيدها جانب من الفقهاء والباحثين، بأن البراءة أصل في الإنسان، وليست قرينة قانونية بسيطة ولا من صورها.

أما وجهة نظري كباحثة قانونية في رسالتي هذه، بأنني أرى أن القرينة هي استنتاج مجهول من شيء معلوم، والمعلوم هنا هو أن الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يتقرر بحكم قضائي بات بالتالي هي قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس، هذا مع العلم بأنني لا أنكر افتراض البراءة على الفطرة التي جبل عليها الإنسان، كونه ولد بريء من أي ذنب أو خطيئة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أجد الإختلاف كون رسالتي تتطرق إلى القانون الفلسطيني، و كون دراسة الباحث هنا تطرقت إلى دراسة مقارنة باستثناء القانون الفلسطيني وبالتالي أجدها تخلو من التشريع الفلسطيني.

2- الدراسة الثانية: (قرينة البراءة)، من إعداد د. جهاد كسواني وهي أطروحة دكتوراه، الأردن، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، 2013 م.

محتوى هذه الرسالة: تحتوي على جزأين:

الجزء الأول، يحتوي على الباب الأول: قرينة البراءة معيار للشرعية الدستورية، والباب الثاني قرينة البراءة أساس للشرعية الإجرائية.

والجزء الثاني، يحتوي على الباب الأول: حماية قرينة البراءة من الأدلة المنطوية على المساس بكيان الشخص الباب الثاني: حماية الدور الفاعل لهياكل العدالة.

هذا بالإضافة إلى الجزاءات المترتبة على خرق قرينة البراءة، فموضوع رسالتي يتعلق بالموازنة ما بين حق المجتمع بالعقاب وحق الفرد بحريته وكرامته، هذا من جهة، ومن جهة أخرى موضوعي يتعلق بالقوانين والتشريعات الفلسطينية، أما تلك الأطروحة تتحدث عن القانون التونسي كما أن طريقة عرضي للموضوع والإشكالية التي سوف أتناولها مختلفة تماماً.

التعقيب على الدراسات السابقة

تتشابه الرسائل مع رسالتي في إشارتها إلى حق المتهم في البراءة، إلا أنها لم تتوسع في ذلك وتتميز رسالتي بتأصيل الموضوع بالقوانين الوضعية الفلسطينية، وبيان التطبيق في المحاكم الجزائية، كما يلاحظ على الدراسات السابقة، بأن أي دراسة أوبحت سبق لي وأن قمت بقرائنته وجدت أن مجملها عن المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية، ومن ذلك حق المتهم في البراءة بالإضافة إلى كون بعض الدراسات قد تم تناولها بشكل مقارن مع باقي الدول سواء مصر أو تونس، أوحى مقارن مع الشريعة الإسلامية، ولم أجد دراسة واحدة أصلت الموضوع في القانون الفلسطيني بشكل منفرد، ولم تتناول إشكالية الدراسة التي تناولتها والتي أرغب في التوسع بها، إلا وهي الموازنة بين مصلحة المجتمع في العقاب، وبين مصلحة الفرد في حماية حرمة وكرامة الإنسانية هذا من ناحية، و من ناحية أخرى بعض الدراسات قد تناولت موضوع البراءة كجزء من كل، إلا وهو ضمانات المتهم وحقوقه ولم يتم التطرق إلى قرينة البراءة كشكل أساسي في تشريعنا الفلسطيني.

❖ منهجية البحث

قبل الإشارة إلى المنهج الذي اعتمد عليه البحث فلا بد من بيان وشرح المنهج الوصفي والمنهج التحليلي على النحو الآتي:

1- المنهج الوصفي:

تقوم الدراسة الوصفية على تشخيص الواقع، فالمنهج الوصفي يشخص الواقع ويستهدف معرفة أسباب الظاهرة، ثم اقتراح الحلول المناسبة، فهذا المنهج يمد الباحث بمعلومات قيمة وعلمية عن طريق الحصول على الحقائق والملابسات والظروف القائمة، أو عن طريق الوصول إلى علاقات بين الظواهر القائمة، مما يسهل الحصول على وضعه أكثر تطوراً¹.

2- المنهج التحليلي:

يراد به تقسيم الكل إلى أجزاء ورد الشيء إلى العناصر المكونة له، ومن خلال ذلك يمكن للباحث تمييز العناصر الأساسية عن الفرعية، من خلال معرفة جوهر الشيء، وبذلك يمكن أن تستخلص عن طريق الإستقراء مجموعة من النتائج والتفسيرات والقواعد، التي من شأنها تسهم في تقديم الحلول².

وبعد بيان المنهجين المتقدم ذكرهما، فإنه تجدر الإشارة إلى أن موضوع الرسالة محل الدراسة سيعتمد على المنهج الوصفي، الذي يقوم على تشخيص الواقع ودراسة الأسباب واقتراح الحلول المناسبة، ويمدنا بمعلومات علمية ويمكننا من الحصول على الحقائق والملابسات والظروف القائمة، مما يبسر وضع نصوص ومقترحات أو تعديلات لما تكشف عنه هذه الدراسة الوصفية.

¹ د. هلاي عبد اللاه احمد - تفتيش نظم الحاسب الالي وضمانات المتهم، مطبعة دار النهضة العربية، طبعة 1999م ص11 وما بعدها (المنهج هو الطريقة العلمية المنظمة التي يستخدمها الباحث أو النقطة أو المشكلة المطروحة، والهدف اضافة الجديد أو حل المشكلة، وبذلك تنتوع طرق ومناهج البحث العلمي ومنها البحث التاريخي الوصفي والتجريبي والمقارن)
² د. أحمد طاهر حسنين، مهارات البحث باللغة العربية، جامعة الامارات العربية المتحدة، بدون تاريخ، ص 6 وما بعدها وكذلك راجع د. عبد الكريم درويش - البحث الجنائي علم ام فن ام ماذا؟ مجلة الفكر الشرطي صادرة عن شرطة الشارقة. المجلد التاسع العدد الاول ابريل 2000 ص 16 وما بعدها، د.فكري احمد نعمان، البحث القانوني، اكااديمية شرطة دبي مطابع البيان التجارية الطبعة الاولى 2004، ص 42 وما بعدها.

الفصل الأول

الحماية الجزائية على مستوى القواعد الموضوعية

تمهيد وتقسيم

عند الحديث عن القواعد الموضوعية نجد أنها عبارة عن مجموعة من القواعد التي تحدد الأفعال التي تعتبر جريمة وتحدد مقدار العقوبة المقررة لها، وتسمى بالشق الموضوعي (قانون العقوبات)، وعند التطرق إلى هذا الفصل لا بد لنا من الحديث في مبحثين عن تجريم الإعتداء على الكرامة الإنسانية وتجرّم الإعتداء على الحرية الفردية.

إن القواعد الجنائية الموضوعية هي التي تحدد الأفعال التي تعتبر جرائم وتقرر لها العقوبة المتناسبة معها، والجهة التي تضع تلك القواعد لا يجوز لغيرها أن تشاركها بها من منطلق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

المبحث الأول: تجريم الإعتداء على الكرامة الإنسانية.

المبحث الثاني: تجريم الإعتداء على الحرية الفردية.

المبحث الأول: تجريم الإعتداء على الكرامة الإنسانية

المطلب الأول: تجريم الإعتداء على الكيان المادي

الفرع الأول: أركان التجريم لجريمة التعذيب

تعذيب الإنسان جريمة تأبأها الإنسانية، والطبيعة البشرية، والمجتمعات المتحضرة وتجرّمها العديد من المواثيق الدولية، والقوانين الداخلية لمختلف الدول.

وترجع أهمية تجريم التعذيب على الصعيدين الدولي والداخلي على النحو التالي، ففي إطار المجتمع الدولي: نجد أن جريمة التعذيب تتسع لتشمل الحصول على إقرار أو معلومات لتعظيم العقاب على الشخص المعذب، أو لإشاعة جو من الذعر والخوف نحوه، أضف إلى ذلك بأن فعل

التعذيب يصدر عن روحٍ عنصرية، تظهر من خلال إذلال شعب من الشعوب الخاضعة لسيطرة قوى الإحتلال، وامتهان كرامته، تبعاً لنظرتها المتدنية إليه، من أجل ذلك تجرم المواثيق الدولية في أكثر من موضع جريمة التعذيب، وتنتهي عن ارتكابها، وتعتبرها من الجرائم ضد الإنسانية.

أما على الصعيد الداخلي: فإن التشريعات الوطنية لكل بلدٍ أياً كانت، تشدد العقاب على الموظفين العموميين، الذين يأمرّون بتعذيب المتهم لإجباره على الإقرار، حماية لهذا الأخير وضماناً لحقه في سلامة بدنه من عنف السلطة وبطشها، باعتبار هذا الحق من الدعامات التي تقوم عليها الكرامة الإنسانية للفرد، بالإضافة إلى أن إخضاع المتهم للتعذيب بهدف الحصول على اعتراف منه، يعدّ إرادته في التصرف، وبالتالي يعدّ الإقرار قيمته، فضلاً عن أن التعذيب قد يدفع شخصاً بريئاً إلى الإقرار، كي يتخلص من الآمه .

كما جاء الإتجاه العالمي لحظر التعذيب، متوافقاً لإصول الشريعة الإسلامية الغراء، التي جرمت التعذيب والإيذاء، وحرمت ارتكابه، وفي ذلك يقول المولى عز وجل في قرآنه الكريم: "والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتاناً وإثماً مبيناً " صدق الله العظيم¹.

وتكون أذية المؤمنين والمؤمنات بالضرب، والأقوال القبيحة، كالبهتان، أوالتكذيب الفاحش، وهكذا تدل هذه الآية على تحريم إيذاء المؤمنين والمؤمنات، سواء أكان إيذاءً جسمانياً بالضرب أو التعذيب، أو معنوياً بالتجريح والسباب، وهو ما يطلق عليه، (التعذيب المعنوي).

كما قد نهى الرسول - صلى الله عليه وسلم - عن التعذيب في عمومه، فقد ورد التجريم أيضاً في السنة النبوية الشريفة، بقول رسول الله: " إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَعَذِّبُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ الَّذِينَ يَعَذِّبُونَ

¹ سورة الأحزاب، آية رقم 58.

الناس بالدنيا¹. صدق رسول الله، ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا يَحِلُّ لمسلمٍ أن يروع مسلماً"² صدق رسول الله.

وتعتبر جريمة التعذيب من الجرائم الماسة بسلامة الجسد من الناحية المادية، وكرامة الإنسانية، حيث تشكل ممارسة التعذيب إنتهاكاً خطيراً لحقوق الانسان، التي هي ملاصقة لمبدأ قرينة البراءة، لذلك جرى التوجه لوضع الإتفاقيات والمواثيق الدولية والإقليمية التي تجرم التعذيب، إضافةً الى النطاق المحلي للدول التي تنص دساتيرها وقوانينها على تجريم تلك الجريمة، فقد بذل المجتمع الدولي دوراً كبيراً في التاكيد على أن الحماية من استخدام التعذيب، تمثل حقاً أساسياً للإنسان الذي له قيمة مطلقة، ويترتب عليه إلتزاماً للدولة، عليها أن تحترمه إزاء المجتمع الدولي بأسره، وعليه لا بد لنا التطرق إلى تعريف هذه الجريمة وأركانها .

ف نجد عدة تعاريف لمفهوم التعذيب جرى التعامل به على النحو التالي:

• عرفت إتفاقية مناهضة التعذيب في المادة الأولى منها التعذيب على أنه³: " أي عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد، جسدياً كان أم عقلياً، يلحق عمداً، بشخص ما بقصد الحصول من هذا الشخص، أو من شخص آخر، على معلومات، أو على إقرار، أو معاقبته على عمل ارتكبه أو يشتبه في أنه ارتكبه، هو أو شخص آخر، أو تخويله أو إرغامه عليه، هو و شخص ثالث، أو عندما يلحق مثل هذا الألم أو العذاب لأي سبب من الأسباب التي تقوم على التمييز أيأ كان نوعه أو يحرض عليه أو يوافق عليه أو يسكت عنه موظف رسمي (مأمور الضبط القضائي)، أو أي شخص آخر يتصرف بصفته الرسمية، و لا يتضمن ذلك الألم أو العذاب الناشئ فقط عن عقوبات قانونية أو الملازم لهذه العقوبات أو الذي يكون نتيجة عرضية لها".

¹ د. اسماعيل عبد الرحمن محمد، الحماية الجنائية للمدنيين في زمن النزاعات المسلحة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنصورة 2000، ص 66 مسلم (الامام ابي الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري المتوفي سنة 261 هـ صحيح مسلم مطبعة محمد علي صبيح - مصر ص 2081، وراجع الدكتور /محمد عبد الرحمن بكر: "حقوق الإنسان في الإسلام" بحث منشور في كتاب "حقوق الإنسان فكريا وعملا، إصدار جمعية الحقوقيين - الإمارات - طبعة ٢٠٠١، ص ٧

² علاء الدين علي بن حسام الدين الهندي البرهان فوري، كنز العمال في سنن الاقوال والافعال، المتوفي سنة 975 هـ مؤسسة دار الرسالة بيروت، الجزء 16، 1399 هـ -1979 م، ص 11.

³ إتفاقية الامم المتحدة لمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة او العقوبة القاسية او اللاانسانية او المهنية المؤرخ بتاريخ 10 ديسمبر 1984 وتاريخ البدء بالنفاذ 26 حزيران 1987.

ويمكن القول هنا من خلال التعريف ما يعاب عليه من قبل الباحثة، بأنه تم تحديد عناصر التعذيب المتمثلة: بأنه يتسبب بألم وعذاب شديد، وأنه ليس فقط تعذيب جسدي، وإنما أيضاً تعذيب عقلي، وأن يتم إلحاقه عمداً، ويشترط بالتعذيب أن يتم إلحاقه لغرض من تلك الأغراض المذكورة في المادة الأولى من الإتفاقية، وأن يلحق التعذيب أو يحرض عليه، أو يوافق عليه، أو يسكت عنه موظف رسمي أو أي شخص يتصرف بصفته الرسمية، وما يؤخذ على هذا التعريف من وجهة نظر الباحثة بأنه حصر التعذيب بالشكل الرسمي فقط، وبالتالي لا يجرم التعذيب الذي يرتكب من قبل أشخاص عاديين بتواطؤ من أصحاب الصفة الرسمية، كما يعاب عليه بأنه خلط بين عدة جرائم يختلف فيها القصد الجنائي، منها: تعذيب من أجل الحصول على إقرار، والآخر بقصد المعاقبة على ارتكاب فعل، أو الإشتباه بإرتكابه، وآخر بقصد التخويف، وأخيراً التعذيب لأسباب تمييزية، فالأولى ممكن أن تعتبر بأنها جريمة تعذيب، أما الثانية فمن الممكن أن تعتبر بأنها جريمة إيذاء، بالتالي تلاحظ الباحثة بأن هذا التعريف من الممكن أن يفتقد الدقة والوضوح .

• وعرف نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية جريمة التعذيب في المادة 7 الخاصة بالجرائم ضد الإنسانية في فقرتها الثانية بند(هـ) التعذيب بأنه: "تعمد إلحاق ألم شديد ومعاناة شديدة سواء بدينياً أو عقلياً، لشخص موجود تحت إشراف المتهم وسيطرته، ولكن لا يشمل التعذيب أي ألم أو معاناة ينجمان عن عقوبات قانونية، أو يكونان جزءاً منها أو نتيجة لها"¹.

• كما ورد مصطلح التعذيب بمعاني عدة: كالضرب الشديد المبرح، والإكراه الملجئ وغيرها، وقد وجدت تعريف واحد للتعذيب قام الفقيه P.J.Duffy بتعريفه بأنه: "المعاملة للإنسانية التي احتوت على المعاناه العقلية، أو الجسدية، التي تقرض بقصد الحصول على المعلومات أو الإعترافات، أو لتوقيع عقوبة، والتي تتميز بحالة خاصة من الإجحاف والشدة"².

وتعرف الباحثة جريمة التعذيب أنها: الإيذاء والقوة القاسية العنيفة، التي تحد من عزيمة المعذب، و تحمله على قبول بلاء الإقرار للخلاص منه، سواء كانت هذه القوة مادية، أم معنوية

¹ نظام روما القانون الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

² د. طارق عزت رخا، تحريم التعذيب والممارسات المرتبطة به (دراسة مقارنة) في القانون الدولي العام والقانون الوطني والشريعة الإسلامية، طلبة الحقوق جامعة التحدي في ليبيا، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص43.

كما أنها تشمل كل أذى يقع على جسم الإنسان دون إزهاق حياته، فهو يشمل جميع الأفعال التي تمس بسلامة جسم الإنسان وعقله ونفسه، فهو يدخل فيه الضرب، والجرح ، وجميع أنواع التعذيب التي يمكن أن تقع على جسد الإنسان وعقله وروحه .

من هذه التعريفات السابقة، نجد أن جريمة التعذيب يجب أن تحوي ذات العناصر التي تضمنتها التعريفات السابقة، وتلك العناصر هي التي تحدد أركان جريمة التعذيب التي لا قيام بدونها، فإذا تخلفت أحد العناصر لم تكن بصدد جريمة تعذيب، ومن ثم يجب على القاضي أن يحكم ببراءة المتهم من الفعل المنسوب إليه، لتخلف أحد العناصر التي تقوم عليها جريمة التعذيب وهي تتطلب ركن خاص الا وهو: الركن الشرعي، والركن المفترض، إضافة إلى الركن المادي والركن المعنوي.

أولاً: الركن الشرعي لجريمة التعذيب

إن أول من أوجدت هذا المبدأ هي الشريعة الاسلامية في قوله تعالى: " وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا"¹ صدق الله العظيم، فالخالق سبحانه وتعالى قد حرم على نفسه معاقبة أي شخص كان، قبل أن يبعث رسولا للناس حتى يبين لهم الواجب والمحظور، فالدولة هي خليفة الله على الأرض.

ونصت المادة 1 من القانون الأساسي المعدل 2003، على ضمان عدم تعرض الأشخاص للتعذيب أو سوء المعاملة، حيث نصت: " حقوق الإنسان وحياته الأساسية ملزمة وواجبة الإحترام " .

كما نص القانون الأساسي الفلسطيني ذاته في المادة 13 فقره 1 على أنه: " لا يجوز إخضاع أي أحد لأي إكراه أو تعذيب، ويعامل المتهمون وسائر المحرومين من حرياتهم معاملة لائقة " .

¹ سورة الاسراء، الآية 15.

وقد اكتسبت الشرعية إحترام جميع الدول فنصت في دساتيرها على ذلك، فقد أكد القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 في المادة 32 على أنه: "كل إعتداء على أي من الحريات الشخصية وأحرمة الحياة الخاصة للإنسان أو غيرها، من الحقوق والحريات العامة التي كفلها القانون الأساسي، هي جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية، ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم، وتضمن السلطة الفلسطينية تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الضرر".

كما نلاحظ أن القانون الفلسطيني جرم التعذيب، ولكن ليست كجريمة مستقلة، فقانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960 النافذ في الضفة الغربية، أشار الى مصطلح التعذيب للدلالة على جريمة تقع من قبل موظف عام على من يحتجزه من أشخاص¹، فلم يتحدث عنها كجريمة مستقلة بذاتها عن غيرها من الأفعال الماسة بسلامة الجسد كالجرح والإهمال والإيذاء².

كما نص قانون الإصلاح والتأهيل رقم 6 لسنة 1998 حقوقاً للنزلاء في المادة 37 " على منع إدارة مراكز الإصلاح والتأهيل والإحتجاز من ممارسة أي فعل تعذيب على النزير أو استعمال الشدة معه أو يمنع مخاطبته ببذاءه أو بألقاب محقرة.

وكانت من شروط الإعتراف في قانون الإجراءات الجزائية رقم 3 لسنة 2001 في المادة 214 بأن يصدر طوعية وبالإختيار دون ضغط أو اكراه مادي أو معنوي أو وعد أو وعيد، ولم يتحدث عن تعريف معين للتعذيب، كما لم يشترط المشرع الفلسطيني درجة معينة من الجسامة وهو متروك لتقدير محكمة الموضوع.

¹ يشار الى قانون العقوبات 16 لسنة 1960 نص في المادة 158 منه على تشديد العقوبة على الأشخاص الذين يشكلون عصابات بقصد سلب المارة والتعدي على الأشخاص والأموال كما نصت المادة 327 من القانون ذاته على تشديد عقوبة القتل الذي يرتكب قصداً إذا ارتكبت الجريمة مع تعذيب المقتول بشراسه قبل قتله. بينما نصت المادة 472 من القانون نفسه على التعذيب "عندما يضرب بقسوة حيواناً أليفاً أو داجناً أو يتقل حمله أو يعذبه".

² قانون العقوبات الفلسطيني 16 لسنة 60 تحدث عن الأفعال الماسة بسلامة الجسد 208\333-337\344-345 من ق.ع نافذ في الضفة الغربية.

كما نصت المادة 273 من قانون الإجراءات الجزائية فقرة 1 " تحكم المحكمة في الدعوى وحسب قناعتها التي تكونت لديها بكامل حريتها ولا يجوز لها أن تبني حكمها على أي دليل لم يطرح أمامها في الجلسة، أو تم التوصل اليه بطريق غير مشروع " .

فقرة 2 " كل قول يثبت أنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود وهو تحت وطأة الكره أو التهديد يهدر ولا يعول عليه " .

كما نص قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني في المادة 29 على أنه: " لا يجوز القبض على أحد أو حبسه الا بأمر من الجهة المختصة بذلك قانوناً، كما تجب معاملته بما يحفظ كرامته، ولا يجوز ايدائه بدنياً أو معنوياً" .

كما عرف قانون العقوبات الفلسطيني رقم 74 لسنة 1936 (قطاع غزة) التعذيب بأنه: إخضاع، أو الأمر بإخضاع أي شخص للقوة، أو للعنف، بغية أن ينتزع منه أو من شخص يهيمه أمره اعترافاً بجرم، أو أية معلومات تتعلق بجرم، أو تهديد أي شخص، أو الأمر بتهديده بالحق أذى به أو بأمواله، أو بأي شخص، أو أموال أي شخص يهيمه أمره بغية أن ينتزع منه اعترافاً بجرم، أو أية معلومات تتعلق بجرم " .

كما أن القضاء الفلسطيني، تناول موضوع التعذيب وجرم التعذيب، "حيث أصدرت المحكمة العسكرية في الخليل قراراً عسكرياً بتاريخ 20\7\2010، يلزم فيه جهاز المخابرات العامة الفلسطينية، تقديم تعويض مالي لعائلة المواطن (س) الذي توفي في مركز توقيف المخابرات عام 2009، وبرأت خمسة من المتهمين بالقضية من أفراد وضباط من جهاز المخابرات، ودفع تعويضات ماليه لعائلته بسبب الإهمال والتقصير في اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الموقوفين لديه، (س) توفي بعد أيام من توقيفه من قبل جهاز المخابرات الفلسطيني بتهمة الإلتناء إلى حماس"¹ .

كما أن القضاء الفلسطيني فصل في جلسة تم عقدها في محكمة بداية رام الله بتاريخ 25\3\1998، برئاسة عبد الله غزلان، وعضوية القاضيين عيسى أبو شرار وهشام الحنوّ، في

¹ الهيئة الفلسطينية لحقوق الانسان الفصالية، فصلية حقوق الإنسان الفلسطيني، العدد 40 ايلول 2010 عدد خاص حول جريمة التعذيب، ص 7.

قضية جنایات، حیث برأت المحكمة تسعة متهمین من قرية الخضر، أسندت لهم النيابة العامة تهمة القتل قصداً وبالإشتراك خلافاً للمادة 1\328، والمادة 76 عقوبات، وأصدرت المحكمة قرارها بعد سنتین من المداولات بتبرئة المتهمین التسعة، بعد قناعاتها بأن اعترافهم المتناقضة أخذت منهم تحت الإكراه المادي والمعنوي، و بهذا یعنی أن القضاء الفلسطيني قد حرم التعذيب¹.

ثانياً: الركن المادي لجريمة التعذيب

الركن المادي للجريمة هو: "مظهرها الخارجي المعبر عن الإرادة الآثمة، وهو يقوم في صورته الغالبة على الفعل الذي تنفذ به الجريمة، والنتيجة التي تمثل إعتداء على الحق الذي يحميه القانون، والعلاقة السببية بينهما"².

وللركن المادي أهمية كبيرة، إذ لا وجود للجريمة دون وجوده، لأنه لن يكون ثمة اعتداء على الحقوق أو المصالح التي يحميها القانون، وهو ضروري لحماية أمن الافراد وحریاتهم، إذ يكفل ألا تحاكمهم السلطات العامة إلا على ما يصدر عنهم من سلوك مادي محدد، أي ألا يحاكم الإنسان على ما يختلج صدره من أفكار أو نوايا، وإنما يلزم أن تتجسد هذه الأفكار في سلوك مادي له مظهر خارجي يعبر عنها، إذ لا يتصور معاقبة الإنسان على مجرد النوايا الكامنة في نفسه ولم تخرج إلى حيز الوجود، فتؤذي حقاً، أو تسبب ضرراً للمصالح التي يحميها القانون³.

يتألف الركن المادي لجريمة التعذيب من عدة عناصر تشمل: (سلوكاً غير مشروع، تترتب عليه نتيجة إجرامية، مع إتصال ذلك السلوك بتلك النتيجة برابطة مادية، "العلاقة السببية") وتعرض هذه العناصر على النحو التالي:

¹ "القانون" الجمعية الفلسطينية لحماية حقوق الانسان والبيئة، تحريم التعذيب في القضاء الفلسطيني، قضية الخضر نموذجاً . حزيران 1998.

² فوزية عبد الستار، "شرح قانون العقوبات - القسم العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص242.

1- السلوك في جريمة التعذيب (فعل التعذيب)

السلوك في جريمة التعذيب يتمثل في فعل التعذيب ذاته، وهذا الفعل قد يقع إما: (بسلوك إيجابي، أو بسلوك سلبي، وسواء أكان بطريقة تقليدية، أم حديثة).

تتحقق جريمة التعذيب في التحقيق في القانون الفلسطيني، بقيام الموظف العام بإخضاع أي شخص للقوة، أو العنف، بغية أن ينزع منه أو من شخص يهمله أمره، اعترافاً بجرم أو أية معلومات تتعلق بالجرم، كما تتحقق بالقيام بتهديد شخص، أو الأمر بتهديده، أو تعذيبه بالفعل، بغية أن ينتزع منه اعترافاً بجرم، أو أية معلومات تتعلق بجرم.

ونلاحظ أنه لا يشترط في التعذيب أن يكون مادياً أو بدنياً فقط، بل يمكن أن يقع التعذيب أيضاً إذا مس فعل التعذيب نفسية المتهم ومعنوياته، وبحيث يكون متجهاً إلى إذلال النفس بقصد حملها على الإقرار¹.

ويتمثل السلوك الايجابي في جريمة التعذيب، في حركة أو مجموعة حركات عضوية إرادية، وتتجسد في إتخاذ أساليب وإجراءات، تمس كرامة شخص الضحية في جسده (التعذيب المادي أو البدني)، أو وسائل معنوية تمس كرامة الشخص، أو إنسانيته، أو نفسيته (التعذيب المعنوي والنفسي).

فالسلوك الإيجابي يعرف بأنه: " حركة عضوية إرادية"²، يتمثل بحركات تصدر عن مرتكبه إبتغاء تحقيق آثار مادية معينة، ويشترط أن تكون الحركة إرادية أي صادرة عن إرادة، فهي التي تكسب السلوك الإيجابي كيانه المادي الملموس الذي يتيح له أن يحدث تغير في الأوضاع القائمة في العالم الخارجي يتمثل بإلحاق ضرر بالحقوق التي يحميها القانون.

أما السلوك السلبي الذي تتحقق به جريمة التعذيب هو عبارة عن: إجحام الموظف العام عن إتخاذ سلوك معين، كان من واجبه القيام به للحيلولة دون وقوع النتيجة التي يجرمها القانون،

¹ سامي صادق الملا، اعتراف المتهم، أطروحة دكتوراه، المطبوعة العالمية، الطبعة الثالثة، 1986، ص 402 وما بعدها.

² د. محمود نجيب حسني شرح قانون العقوبات اللبناني القسم العام، بيروت، 1975، ص 303.

وهي المساس بجسد المجني عليه، وسلامة بدنه وعقله (في التعذيب المادي)، والمساس بكرامته، أو إنسانيته أو نفسيته (في التعذيب المعنوي والنفسى).

وتتنوع صور التعذيب المادي أو البدني سواء تجسدت في سلوك إيجابي أو سلبي، فهي تشمل على: (الضرب بكل أنواعه ووسائله التقليدية والمتطورة، كسر الأسنان وخلع الفك، والصعق بالكهرباء في الأماكن الحساسة، والحرمان من الطعام والشراب، أو من تلقي الرعاية الطبية، والإعتداء الجنسي على الرجال، وهتك عرض الفتيات والنساء، وحرق الجلد بالماء الساخن أو الزيت المغلي، والإجبار على شرب مواد كيماوية، بتر الأعضاء، وحرق الأصابع، وبتر الأعضاء التناسلية، والقيام بتجارب طبية أو بيولوجية على جسم المتهم، والعديد من الطرق التقليدية التي من الصعب حصرها.

2: النتيجة في جريمة التعذيب

للنتيجة في النظرية العامة للجريمة تصويران كما يراه الفقهاء، أحدهما مادي، والآخر قانوني، أما عن التصوير المادي للنتيجة، فهو يجسد النتيجة على أنها: " كل تغيير يحدث في العالم الخارجي، كأثر للسلوك الإجرامي، وهذا التغيير يعني أن الأوضاع الخارجية كانت على نحو معين قبل ارتكاب السلوك، ثم صارت على نحو آخر بعد ارتكابه"¹.

وتتمثل النتيجة الاجرامية في تصويرها المادي في جريمة التعذيب، في المساس بسلامة جسم المجني عليه ضحية فعل التعذيب، أو عقله، (كإحداث عاهة مستديمة، أو عجز كلي عن الحركة، أو تدهور حالته الصحية، أو إحداث تشويه جسدي، أو إضعاف قدراته العقلية، أو إصابته بحالة من الجنون، وفقد العقل، والإدراك، والتمييز ... إلخ)، وتعرض صحته لخطر شديد، وذلك في التعذيب المادي أو البدني، ووصوله إلى حالة نفسية ومعنوية غير الحالة التي كان عليها قبل تعذيبه، وذلك في التعذيب المعنوي والنفسى.

¹ د. فتح عبد الله الشاذلي، القانون الدولي الجنائي، أوليات القانون الدولي الجنائي (النظرية العامة للجريمة الدولية)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، الكتاب الأول، 2001، ص 277.

أما عن تصوير النتيجة بالمعنى القانوني فهي تعني: الإعتداء على مصلحة سلامة الجسم أو العقل في التعذيب البدني أو المادي، وفي الإعتداء على كرامة المجني عليه أو إنسانيته، أو نفسيته في التعذيب المعنوي أو النفسي، وينتج عنها جرائم ضرر، تتمثل النتيجة فيها في تحقق ضرر فعلي على المصلحة التي أراد المشرع حمايتها، وجرائم خطر، تتمثل في مجرد خطر يهدد المصلحة التي يحميها القانون، فهي تستهدف حماية المصلحة من إحتمال التعرض للخطر دون استلزام الإضرار الفعلي.

وقرر المشرع الجنائي في المادة 65 من قانون العقوبات الفلسطيني رقم 16 لسنة 1960 المطبق في الضفة الغربية أنه لا عبره للنتيجة، التي كان القصد منها ارتكاب فعل أو ترك، إلا إذا ورد نص صريح على أن نية الوصول إلى تلك النتيجة تؤلف عنصراً من عناصر الجرم، الذي يتكون كله أو بعضه من ذلك الفعل أو الترك.

ولا يشترط أن يحدث التعذيب إصابات معينة بالمجني عليه، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في القرار رقم 3351 لعام 1986، أن القانون لم يشترط لتوافر أركان جريمة تعذيب المتهم بقصد حمله على الإعتراف أن يكون التعذيب أدى إلى إصابة المجني عليه، فمجرد إيثار يديه خلف ظهره، وتعليقه في صيوان، ورأسه مدلى إلى أسفل، جريمة، وهذا ما أثبتته الحكم في حق الطعن من أقواله زوج المجني عليه- يُعد تقريباً ولو لم يتخلف عنه إصابات¹ لذلك، فالنتيجة الإجرامية لجريمة التعذيب تتحقق مهما تضاعل قدر الإيذاء أو قيمته، وسواء اعترف المتهم بما هو منسوب إليه، أو أدلى بمعلومات عنه، أم لم يعترف أولم يدلى ، أو أدلى بمعلومات عن غيره.

3-الرابطة السببية في جريمة التعذيب

وهي شرط لزوم لقيام الركن المادي في جريمة التعذيب التي نص عليها المشرع فيلزم أن يكون فعل الجاني سبباً في تحقيق النتيجة الاجرامية في تلك الجريمة، وعلى ذلك يتعين توافر الرابطة السببية المادية بين سلوك الجاني وبين النتيجة الاجرامية التي وقعت وتحققت، وذلك بأن يثبت أن هذا السلوك هو سبب تلك النتيجة.

¹ نقض جنائي مصري رقم (3351) لسنة 1956ق، جلسة 1986/11/5 ص 37.

يجب أن يكون السلوك الإجرامي - في جريمة التعذيب - إيجابياً كان أو سلبياً، هو الذي أفضى إلى تحقيق النتيجة الإجرامية التي يتطلبها القانون الجنائي في نموذج هذه الجريمة.

وفي مجال تحديد توافر أو إنتفاء الرابطة السببية المادية باعتبارها عنصراً لازماً لقيام الركن المادي ومساءلة مرتكب الجريمة جنائياً في الجرائم ذات النتيجة المادية، صاغ الفقه والقضاء العديد من النظريات التي حاولت وضع معيار منضبط لعلاقة سببية بين السلوك والنتيجة المادية، (وذلك في حالة تعدد العوامل التي ساهمت في إحداث نتيجة إجرامية واحدة).

ويأخذ الفقه والقضاء في تحديد توافر أو إنتفاء رابطة السببية المادية بنظرية السبب الملائم أو المؤلف، وأفضل هذه النظريات وأرجحها فقهاً وقضاً، هي نظرية السببية الملائمة، التي تعتبر سلوك الجاني سبباً للنتيجة الإجرامية إذا كان هذا السلوك مقترباً بالعوامل العادية المؤلف، من شأنه أن يفضي الى تحقق النتيجة الإجرامية وفقاً للمجرى العادي المؤلف للأمر وطبائع الأشياء.

" فلا تنتفي علاقة السببية بين سلوك الجاني والنتيجة الإجرامية إذا تداخلت عوامل إنسانية أو طبيعية، سابقة، أو معاصرة، أو لاحقة للسلوك، أسهمت مع هذا السلوك في إحداث النتيجة على النحو الذي حدثت به، متى كانت عوامل عادية مؤلفة يمكن توقعها، أما إذا تدخل عامل شاذ لا يمكن توقعه وغير مؤلف تدخله في مثل الظروف التي تصرف فيها المتهم، كان من شأن تدخل هذا العامل إنقطاع رابطة سببية بين سلوك المتهم ونتيجته الإجرامية"¹.

و العلاقة السببية: هي العنصر الجوهرى في الركن المادي لجميع الجرائم التي يتطلب القانون لقيامها تحقق نتيجة إجرامية، مفهومة على أنها واقعة متميزة عن سلوك الجاني كما هو الحال في الجرائم الإيجابية، وهي العنصر الثالث للركن المادي لجريمة التعذيب، ويقصد بها أن السلوك الإجرامي للجاني هو الذي تسبب في حدوث النتيجة الإجرامية، وتوافر رابطة السببية له شرط لازم لمسألة الجاني عن جريمته، لأنه لا بد أن يكون سلوكه الإجرامي الناشئ عن عمله، أو

¹ د. فتوح عبد الله الشاذلي، القانون الدولي الجنائي، أوليات القانون الدولي الجنائي (النظرية العامة للجريمة الدولية)، مرجع سابق، ص 296.

إمتناعه هو الذي أدى إلى حدوث النتيجة الإجرامية المعاقب عليها قانوناً، بمعنى وجوب إرتباط السلوك الإجرامي بالنتيجة الإجرامية ارتباطاً وثيقاً، إرتباط السبب بالمسبب والعلّة بالمعلول¹ .

بمعنى: إثبات أن النتيجة ما كانت لتحدث في العالم الخارجي، ما لم يتم ارتكاب فعل معين أو ترك عمل معين² .

وبناءً على ما تقدم، فإن رابطة السببية في جريمة التعذيب تكون توافرت متى كان السلوك الإجرامي للجاني "الأمر بالتعذيب، أو ممارسته التعذيب بالفعل"، هو الذي تسبب في حصول النتيجة الإجرامية المعاقب عليها، وهي إما أن تتمثل في المساس بسلامة جسد المجني عليه أو إزهاق روحه، ويستوي الأمر في ذلك أن يكون هذا السلوك المؤدي لهذه النتيجة ناشئاً عن عمل إمتناع الجاني، طالما توافرت علاقة أو رابطة السببية بين السلوك والنتيجة الإجرامية أياً كانت صورته-مادية أو معنوية، تقليدية أم حديثة.

وهو ما يقع على جسم المتهم ويؤدي إلى اعترافه تحت وطأة التعذيب، وسواء كان التعذيب الذي تعرض له المتهم شديد أم خفيف، سبب ألم أم لم يسبب ألم، ترك أثر في جسم المتهم أم لم يترك، فهو في كل الأحوال يعتبر إكراه مبطل للإعتراف³، وقد ينتج عن الإعتراف توقيف أو حبس أو حجز غير مشروع، ويعتبر ذلك إكراه مادي يبطل الإعتراف.

¹ د. محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات 1984 ص 3-، د. مأمون سلامة "قانون العقوبات-القسم العام"، دار النهضة العربية، الاسكندرية، 2001 ص 142- د. فتوح عبد الله الشاذلي "جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال" دار المطبوعات الجامعية، 2002، ص 29 .

² د. محمود، محمود مصطفى، "شرح قانون العقوبات-القسم العام" مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة العاشرة، 1983، ص 286.

³ د. محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي كفلها له قانون العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد السنة 29 وراجع نقض 15 \12\ 1954 مجموعة القواعد القانونية، ج 7، ص 418 رقم 352 .

ثالثاً: الركن المعنوي لجريمة التعذيب (القصد الجنائي)

الركن المعنوي بشكل عام هو الركن الرئيسي لقيام أي جريمة على حد سواء، إلى جانب الركن المادي، وجوهر هذا الركن هو القصد الجنائي، الذي لا يمكن أن يتحقق أي جريمة كانت دون توافره، فقد عرف العديد من الفقهاء القصد الجنائي¹ بأنه:

- إرادة ارتكاب الجريمة كما حددها القانون، وهو علم الجاني أيضاً بمخالفة نواهي القانون التي يفترض دائماً العلم بها، "تعريف الفقيه جارسون".
- إرادة الخروج على القانون بعمل أو إمتناع، أو هو إرادة الإضرار بمصلحة يحميها القانون، الذي يفترض العلم به عند الفاعل، "تعريف الفقيه جارو".
- توجيه الفعل أو الإمتناع لإحداث النتيجة الضاره التي تتكون منها الجريمة، "تعريف الفقيه أرتولان".
- علم الجاني أنه يقوم مختاراً بإرتكاب الفعل الموصوف بأنه جريمة في القانون، وعلمه أنه بذلك يخالف أوامره ونواهيها، "تعريف الفقيه نورمان".

أما تعريف القصد الجنائي في قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 استناداً الى نص المادة 63 على أنه " النية "، وهي إرادة ارتكاب الجريمة على ما عرفها القانون ."

ويتمثل القصد الجنائي في جريمة التعذيب في إتجاه الإرادة من قبل الشخص أو أحد تابعيه الى إيقاع فعل التعذيب المادي أو النفسي على شخص، أو مجموعة أشخاص، متواجدون تحت سيطرة الجاني وإشرافه، مع علم الجاني بهذا السلوك بأنه يخالف القانون، وكذلك يجب أن ينصرف علم الجاني وإرادته ليس فقط إلى السلوك غير المشروع في جريمة التعذيب، وإنما أيضاً إلى تحقيق النتيجة الإجرامية وهي المساس بسلامة جسم المجني عليه، أو عقله، أو تعريضه للخطر "تعذيب بدني"، أو وصوله إلى حالة نفسية سيئة، "تعذيب معنوي".

¹ محمد صبحي نجم، قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الاولى، 2006، ص 297

ويمكن القول، يلتقي القصد الجنائي الخاص مع القصد الجنائي العام في جميع عناصره ، فهنا يتطلب القصد الجنائي في جريمة التعذيب، أن يكون لدى الجاني قصد جنائي خاص، فجنائية التعذيب التي نص عليها المشرع من قانون العقوبات لا تقوم بالقصد العام وحده الذي يتكون من العلم والإرادة، وذلك بإنصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب جريمة التعذيب بإتيان السلوك الإجرامي، مهما كانت الوسائل المستعملة، وسواء كان تعذيباً جسدياً أو معنوياً، مع إتجاه هذه الإرادة الآثمة صوب تحقيق النتيجة الإجرامية المتمثلة في العذاب، أو الألم الجسدي الشديد أو النفسي، هذا مع علمه بتوافر أركان هذه الجريمة، وأن القانون يجرمها ويعاقب عليها، وعلى رغم ذلك اتجهت إرادته الحرة الخالية من عيوب الإرادة، إلى إتيان هذه الجريمة بقصد حمل المتهم على الإقرار، بل يلزم أيضاً أن يتوافر إلى جواره قصد خاص وهي الغاية التي يقصدها الجاني، المتمثلة في إيلاء المجني عليه، والتسبب له بالمعاناة لحمله على الإقرار بما هو منسوب إليه من إتهام، أو الحصول منه على معلومات متعلقة بجريمة ما¹ .

كما أن أساس المسؤولية الجنائية هي حرية الإختيار، وقد اعترف المشرع الفلسطيني بها وأقام المسؤولية الجنائية على هذا الأساس، والدليل على ذلك بأنه استبعد المسؤولية الجنائية في الحالات التي انتفت فيها حرية الإختيار، فالمادة 1٨92 من قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 تنص على: (يعفى من العقاب كل من ارتكب فعلاً أو تركاً إذا كان حين ارتكابه إياه عاجزاً عن إدراك كنه أفعاله أو عاجزاً عن العلم بأنه محظور عليه ارتكاب الفعل أو الترك بسبب اختلال في عقله).

كما تنص المادة 93 من قانون العقوبات على أنه: (لا عقاب على من يكون فاقد الشعور أو الإختيار في عمله وقت ارتكاب الفعل لغيوبة ناشئة عن الكحول أو عقاقير مخدرة أياً كان نوعها إذا أخذها من دون رضاه أو على غير علم منه بها).

¹ عمر الفاروق الحسيني، تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، الجريمة والمسؤولية دراسة تحليلية على ضوء احكام القانونين المصري والفرنسي وراء الفقه واحكام القضاء - المطبعة العربية الحديثة، 1986، ص 218.

ونصت المادة 88 من قانون العقوبات على القوة الغالبة والإكراه المعنوي: (لا عقاب على من أقدم على ارتكاب جرم مكرها تحت طائلة التهديد...).

ونصت المادة 89 من قانون العقوبات على حالة الضرورة: (لا يعاقب الفاعل على فعل الجأته الضرورة الى أن يدفع به في الحال عن نفسه أو غيره...).

وتبين مجموعته هذه النصوص عن علة امتناع المسؤولية، هي فقدان حرية الإختيار تماماً، لكن المشرع الفلسطيني قيد حرية الإختيار، فقرر تدابير أمنه للمجنون رغم الإمتناع عن مسؤوليته كنوع من أنواع الحماية للمجتمع، فنصت المادة 2192 من قانون العقوبات: (كل من أعفي من العقاب بمقتضى الفقرة السابقة يحجز في مستشفى الأمراض العقلية الى أن يثبت بتقرير لجنة طبية شفاؤه وأنه لم يعد خطراً على السلامة العامة).

يفترض الركن المعنوي للجريمة إرادة إجرامية، ويجب أن تكون تلك الإرادة مميزة قانوناً وأيضاً حرة، فإذا انتفى أحد هذين الشرطين أو كلاهما، تجردت الإرادة من قيمتها القانونية.

أولاً: التمييز "تعني القدرة على فهم ماهية الفعل المرتكب وطبيعته، والآثار المترتبة عليه"¹.

ثانياً: حرية الاختيار: "مقدرة الجاني على تحديد الوجهة التي تتخذها إرادته، أي مقدرته على توجيه إرادته اتجاهاً معيناً، وتحديد الطرق الذي يسلكه بفعله"²، فقد نص قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 بالمادة 1174 (1-1) لا يحكم على أحد بعقوبة ما لم يكن قد أقدم على الفعل عن وعي وإرادته).

بالتالي إن جوهر القصد الجرمي استناداً الى هذا التعريف هو الإرادة المتجهة لتحقيق فعل إجرامي والباعث الذي يدفع الجاني لارتكاب الجريمة، كما نص قانون العقوبات الأردني في نص المادة 67 على أن: (العلة التي تحمل الفاعل على الفعل أو الغاية القصوى التي يتوخاها).

¹ محمد صبحي نجم، قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 264.

² المرجع السابق، ص 265

كما ان الإقرار لا يكون له قيمة إذا انتزع من المتهم بطريق الإكراه المادي أو الأدبي، وقد فرض المشرع عقاباً صارماً على كل موظف أو مستخدم عمومي يأمر بتعذيب متهم، أو يفعل ذلك بنفسه لحمله على الإقرار¹.

وعلى ذلك فلا يكفي أن تتجه إرادة الموظف أو المستخدم العمومي إلى إيذاء المتهم إيذاء يصل إلى حد التعذيب، وإنما يتعين أن تتجه إرادة الجاني الصادر عن فعل التعذيب فضلاً عن إيذاء المجني عليه في تلك الجريمة، إلى الوصول لنتيجة أو غاية معينة معلومة لديه سلفاً، الا وهي حمل المتهم على الإقرار، وسواء كان هذا الإقرار تاماً، أو جزئياً، أو لم يتم.

مما سبق نخلص إلى أنه لا مجال لتطبيق نص المادة إذا وقع التعذيب بعد صدور الإقرار من المتهم، لعدم تحقق القصد الجنائي الخاص، ولا مقتضى هنا للتعذيب طالما قد تم الحصول على الإقرار، فالدافع في هذه الحالة يكون الإنتقام أو التلذذ في إيذائه.

لكن إذا عذب المتهم بعد عدوله عن اعترافه، فيكون هنا مقتضى لهذا التعذيب وهو حمل المتهم على إعادة الإقرار، وبالتالي يقع الموظف هنا تحت طائلة جريمة التعذيب.

واستقر قضاء محكمة النقض المصرية بالطعن رقم 1124 لسنة 28 القضائية على أن "الإقرار، يجب الا يعول عليه ولو كان صادقاً متى كان وليد إكراه ومن ثم فإنه يتعين على المحكمة وقد قدم لها الدليل من وجود إصابات بالمتهم أن تتولى هي تحقيق دفاعه من أن الإقرار المسند إليه في التحقيقات والذي استندت اليه المحكمة في حكمها قد صدر نتيجة تعذيبه من رجال البوليس بأن تبحث عن الإكراه وسببه وعلاقته بأقوال المتهم، فإن هي نكلت عن ذلك، فإن حكمها يكون قاصراً متعيناً نقضة"².

¹ جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، دار العلم للجميع دار الكتب المصرية، بيروت، لبنان الجزء الاول، الطبعة الثانية، 1931، ص 113.

² نظر هذا الطعن في جلسة 1958\12\2 محكمة النقض المصرية، المكتب الفني، مجموعة الاحكام الصادره من الجائرة الجنائية، السنة التاسعة العدد الأول، من 1-3 سنة 1958، مطبعة دار القضاء العالي القاهرة 1958 ص 1017.

وتطبيقاً للمبدأ قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه : " يكون إقرار المتهم لدى الشرطة وليد الإكراه و الضرب ، بدليل وضعه في النظارة مدة تزيد عن الأسبوع خلافاً لأحكام المادة 100 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، التي لا تجيز للضابطة العدلية إبقاء المقبوض عليه في نظارة الشرطة مدة تزيد عن ثمان وأربعين ساعة يتوجب بعدها إرساله الى المدعي العام، فإبقاؤه هذه المدة في النظارة يعني تعرضه لممارسة وسائل الإكراه لحمله على الإقرار، إضافة إلى أن المتهم اشتكى لأحد مسؤولي المركز الأمني بممارسة التعذيب والإكراه عليه، مما كان يتوجب على ذلك المسؤول التحقيق في هذه الواقعة¹.

وعلى ذلك النهج والطريق استقر القضاء الفلسطيني بالأخذ بقاعدة عدم جواز التعويل على الإقرار، متى كان وليد إكراه وقع على المتهم، حيث قضت محكمة النقض الفلسطينية بأن: "الإقرار في المسائل الجزائية، تعد من الأدلة التي تملك محكمة الموضوع تقدير صحتها وقيمتها في الإثبات، ولها دون غيرها البحث في صحة ما يدعيه المتهم، من أن الإقرار المعزى إليه قد انتزع منه بطريقة الإكراه المادي والمعنوي، وفيما تحققت المحكمة أنه سليم مما يشوبه واطمأنت إلى صحته ومطابقته للتحقيق والواقع، فإنه يصلح للاعتماد عليه في الحكم، وإن تقدير البيانات والإقتناع بها يعود لمحكمة الموضوع التي لها أن تأخذ بما تقتنع به من أدلة مقدمه إليها، وأن تطرح منها ما يتطرق إليه الشك في وجدانها، شريطة أن تكون قد ناقشت الأدلة المقدمة في الدعوى مناقشة سليمة، واستخلصت منها النتيجة التي توصلت إليها استخلاصاً سائعاً ومقبولاً"².

وبذلك فإن جزاء التعذيب الواقع من موظف على متهم لحمله على الإقرار من حيث الإجراءات والصحة يكون باطلاً، أي بطلان التحقيق وبطلان الإجراءات التي تليه.

كما يعاقب المشرع الفلسطيني على جريمة التعذيب في مشروع قانون العقوبات الفلسطيني بالتشديد بالعقوبة في نص المادة 443،2\303 لسنة 2003 حيث قال: " كل موظف عام أو

¹ تمييز جزاء رقم 97\746 مجلة نقابة المحامين السنة 1998 صفحة 1027 (مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الأردنية الصادرة عن مجلة نقابة المحامين النظاميين الاردنيين من سنة 1951 حتى 2009 على قرص cd).

² نقض جزاء رقم 2010\109 المبادئ القانونية المجلة القانونية مجلة نقابة المحامين الفلسطينيين، العدد الثالث، ايار حزيران تموز 2013، ص 260.

شخص مكلف بخدمة عامة أمر بتعذيب شخص أو حرص على تعذيبه أو وافق أو سكت على ذلك، يعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن عشر سنوات، إذا نشأ عن التعذيب إصابة المجني عليه بجرح بالغ أو عاهة مستديمة، تكون العقوبة السجن المؤقت، وإذا افضى التعذيب إلى موت المجني عليه تكون العقوبة الإعدام".

وبذلك قرر المشرع الفلسطيني في مشروع قانون العقوبات عقوبة مشددة بل وزاد عليها بنص المادة 30 لسنة 2003 حيث قال: "لا يجوز إصدار العفو الخاص في جرائم التعذيب التي يرتكبها أي من الموظفين العموميين"، إلا أن جريمة التعذيب لا زالت موجودة وبكثرة كون أن مشروع قانون العقوبات غير مفعّل بالإضافة الى عدم وجود الرقابة الفعلية على الموظفين العموميين أثناء عملية الإستجواب والتحقيق.

الفرع الثاني: الركن (العنصر) المفترض لجريمة التعذيب

يمكن القول بأن المشرع تطلب لقيام جريمة التعذيب عناصر أخرى بجانب الركن المادي والمعنوي كي يكتمل البنين القانوني للجريمة ؛ بحيث إذا تخلف عنصر منها فلا تقوم أو تكتمل هذه الجريمة ويطلق على هذه العناصر اسم "الركن المفترض"، وعلى ذلك فإن جريمة تعذيب المتهم تقوم على ثلاثة أركان: الركن المفترض، الركن المادي، الركن المعنوي ، يقوم الركن المفترض على عنصرين :- الأول يتمثل في ضرورة توافر صفة خاصة في الجاني، إذ يلزم أن يكون الجاني في جريمة التعذيب " موظفا عاما" ، والثاني يتمثل في ضرورة توافر صفة معينة في المجني عليه، إذ يلزم أن يكون المجني عليه في جريمة التعذيب مكتسبا لصفة" المتهم "، فإذا انتفى عن أي منهما هذه الصفة فلا تكتمل، ولا تقوم جريمة التعذيب لذا فإنه من الأهمية بمكان تحديد صفة الجاني الموظف العام والمجني عليه المتهم، تحديداً دقيقاً لما لهما من أثر على البنين القانوني للجريمة سيتم تناولهم على النحو التالي:

1- صفة الجاني "الموظف العام"

يشترط المشرع في الجاني لقيام جريمة التعذيب أن تتوافر صفة الموظف العام في الجاني، وعرف القانون العقوبات الفلسطيني النافذ في الضفة الغربية رقم 16 لسنة 60 في الباب الثالث منه في المادة 169 منه الموظف العام بأنه: "يعد موظفاً بالمعنى المقصود في هذا الباب كل موظف عمومي في السلك الإداري أو القضائي، وكل ضابط من ضباط السلطة المدنية أو العسكرية أو فرد من أفرادها، وكل عامل أو مستخدم في الدولة أو في إدارة عام".

ولما كانت كلمة الموظف العام تنتمي أصلاً إلى فرع القانون الإداري، لذا فقد ثار خلاف في الفقه الجنائي حول تحديد المقصود بالموظف العام في مجال تطبيق نصوص قانون العقوبات، وهل هو ذلك المفهوم الذي يجري الأخذ به في مجال القانون الإداري، أو أن لمفهوم الموظف العام في قانون العقوبات معنى آخر يتفق مع ذاتية واستقلال هذا القانون، فقد ذهب رأي في الفقه إلى أنه ازاء صمت المشرع الجنائي عن وضع تعريف للموظف العام، فلا مفر من الرجوع إلى القانون الإداري للأخذ بالتعريف الوارد به لكلمة الموظف العام¹.

عرف الفقه الإداري الموظف العام بأنه: " كل شخص يقوم بصفة قانونية بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة، أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، بطريق الإستغلال المباشر².

الشروط الأساسية لاكتساب الشخص صفة الموظف العام من وجهة نظر الفقه:

1- أن يعين الشخص في عمل دائم، ويقوم شرط العمل الدائم على عنصرين: دائمية الوظيفة ذاتها، واستمرارية الموظف في إشغالها.

¹ د. محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات- القسم الخاص، مرجع سابق، 1975، ص 16.
د. عمر السعيد رمضان، "شرح قانون العقوبات-القسم الخاص" دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 1968-1969 ص 13.

² د. سليمان الطماوي، "الوجيز في القانون الإداري-دراسة مقارنة" دار الفكر العربي، 1979، ص 430، د. طعيمه الجرف "القانون الإداري - دراسة مقارنة" دار النهضة العربية 1978 ص 632، د. محمد حامد الجمل "الموظف العام فقها وقضاء" دار النهضة العربية، الطبعة الثانية 1969، ص 163.

2- العمل في مرفق عام، ويقصد بهذا الشرط أن المرفق الذي يعمل فيه الشخص بصفة دائمة يجب أن يكون خاضعاً لإدارة سلطة عامة إدارية، سواء كانت هذه السلطة مركزية وهي التي تجسدها الدولة نفسها، أو سلطة لامركزية محلية.

3- أن يكون التعيين من السلطة العامة المختصة، أي أن يتم تعيين الشخص في الوظيفة من قبل جهة مختصة وفق القانون أو النظام.

إن مفهوم الوظيفة العامة في النظام الفلسطيني يقترب إلى حد كبير من المفهوم الأوروبي، فقد عرف قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 1998 الوظيفة العامة في المادة الأولى منه على أنها:

"الشخص المعين بقرار من جهة مختصة لشغل وظيفة مدرجة في نظام تشكيلات الوظائف المدنية على موازنة إحدى الدوائر الحكومية أيًا كانت طبيعة تلك الوظيفة أو مسماتها".

ويلاحظ من خلال التعريف أن المشرع الفلسطيني لم يخرج عن المبدأ العام المستقر عليه فقهاً وقضاءً وهو ديمومة الوظيفة، أي أن يعين الشخص في عمل دائم حتى يكتسب صفة الموظف العام.

وقد قيل إن الموظف العام في القانون الجنائي هو: "كل شخص يعين أو ينتخب قانوناً لممارسة عمل عام ودائم لأداء خدمة عامة، أو القيام على مال، فيلتزم بتنظيم الحريات أو الحقوق أو الأموال العامة مع سلطة المساس بها عند الإقتضاء في حدود القانون، سواء كان إسناد العمل إليه طواعية، أو جبراً بمقابل أو بدونه، بصفة دائمة أو لمدة محددة"¹.

اختلفت التعريفات الخاصة بالموظف العام في القوانين وعلى اختلاف تعريفات الموظف العام من تعريفات جزائية، وقضائية، وفقه إداري، إلا أنه يُشترط لقيام جريمة التعذيب، قيام صفة الموظف العام في الجاني لقيام جريمة التعذيب في التحقيق، إلى جانب العنصر الثاني لهذا الركن.

¹ د. اسحق ابراهيم منصور، ممارسة السلطة واثارها في قانون العقوبات، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1974، ص 67.

2- صفة المجني عليه (المتهم)

وهو العنصر الثاني للركن المفترض في جريمة التعذيب يلزم لكي تتحقق جريمة تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، أن يقع فعل التعذيب على المتهم أما إذا وقع على غير المتهم فلا قيام لجريمة التعذيب.

هذا وتعددت التعريفات اجتهد الفقهاء والقضاة في وضع تعريف للمتهم، مسترشدين في ذلك بأحكام التشريعات الجزائية، على اعتبار أن تعريفه أمر جوهري، كي تلتزم سلطة التحقيق بمعاملته على أساس تلك الصفة، لأنه ابتداءً من ذلك الوقت تُفرض عليه التزامات، ويكتسب أيضاً حقوقاً أصيلة¹.

حيث قال المستشار عدلي خليل بأن المتهم هو الخصم الذي يوجه إليه الاتهام بواسطة تحريك الدعوى الجنائية قبله فهو الطرف الثاني في الدعوى الجنائية²، كما قيل بأنه الطرف الثاني في الدعوى الجنائية والخصم، الذي يُوجه إليه الإتهام بواسطة تحريك الدعوى الجنائية³.

ويعرف المتهم بأنه "من نسب إليه نشاط محظور من قول أو فعل أو ترك يوجب عقوبة على تقدير ثبوته"⁴.

كما عرف المشرع الفلسطيني المتهم في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001 في المادة الثامنة منه بقوله: "كل شخص تُقام عليه دعوى جزائية يُسمى متهماً".

يتبين لنا هنا بأن المشرع الفلسطيني قد أخطأ في تعريف المتهم حيث ، نجد أن المتهم هو المتهم في الدعوى الجزائية، ويبقى كذلك إلى حين زوال هذه الصفة عنه، فهي صفة تلازمه في جميع مراحل الدعوى الجنائية، وهذا ما أخذ به المشرع الفلسطيني، إذ أخذ بمبدأ الإتهام ابتداءً

¹ د. عبد القادر صابر جراده، الجرائم الشخصية في التشريع الفلسطيني دراسة تحليلية مقارنة - مكتبة آفاق عكا فلسطين، 2010، ص 263.

² عدلي خليل، استجواب المتهم فقهاً وقضائياً، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، 1996، ص 9.

³ د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في القانون الإجراءات الجنائية، مطبعة جامعة القاهرة، الجزء الأول، 1979 ص 127.

⁴ محمد علي سليم الهوارى، حكم الإسلام في الإجراءات المتخذة بحق المتهم، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1988، ص4.

بمرحلة التحقيق الابتدائي، وإنهاء بالمحاكمة فهو الشخص الذي تقام عليه الإدعاء العام في جميع مراحل الدعوى، حتى وإن لم يصدر بحقه قرار إدانته، وكان يجب على المشرع هنا أن يجعل حماية وضمانة لحق الفرد بعدم نعته بصفة متهم الا بعد صدور قرار قضائي بات، ومن هنا تجد الباحثة بأن تعريف المتهم من وجهة نظرها هي: أي شخص تقام عليه شكوى يعتبر مشتكى عليه حتى صدور قرار قضائي بات يصفه بالمتهم، واستدلت الباحثة على هذا التعريف من قانون الإجراءات الجزائية الأردني رقم 9 لسنة 1961 في المادة الرابعة منه على أنه : "كل شخص تقام عليه دعوى الحق العام فهو مشتكى عليه ويسمى ظنياً إذا ظن فيه بجنحة، ومتهماً إذا اتهم بجنائية، وهنا المشرع قد ميز المتهم في الجرح والجنايات إضافة الى تميزه بعبارة مشتكى عليه أي قبل صدور قرار قطعي بإدانته .

كما ينبغي علينا ملاحظة أن فعل التعذيب لا يلزم فيه دائماً أن يقع على المتهم أو جسده (كتعذيب مادي او بدني)، فقد يقع على غيره كإبنه أو زوجه فيشكل على المتهم ضغطاً معنوياً هائلاً يصل إذا كان التصرف المتخذ عنيفاً أو وحشياً الى حد التعذيبات.

المطلب الثاني: تجريم الاعتداء على الكيان المعنوي

يصح القول بأن صور التعذيب النفسي (المعنوي) متنوعة وعديدة، وسواء تمثلت في سلوك إيجابي أو سلبي، وتتضمن: الحرمان، الإرهاق، الإذلال، التهديد بتعذيب شخص عزيز، مشاهدة تعذيب الآخرين، واستخدام وسائل علمية حديثة من أجل الحصول على الحقيقة، كجهاز كشف الكذب الذي يقوم بتسجيل بعض التغيرات الفيزيولوجية، ضغط الدم و التنفس والتعرق، والتي تظهر على الفرد أثناء التحقيق إضافة إلى التنويم المغناطيسي الذي هو عبارة عن إحداث حالة من النوم الإصطناعي لبعض ملكات العقل عن طريق الإيحاء بفكرة النوم، فيضيق نطاق الإتصال الخارجي للنائم، ويخضع لشخصية المنوم، وهكذا تشل الوظيفة الأساسية لعقل الإنسان والتحليل التخديري وهو "اسلوب خاص من التحليل النفسي يتم عن طريق حقن شخص بجرعة معينة في الوريد من

احدى العقاقير المخدرة¹، و يطلق البعض عليه الإستجواب الاشعوري"، فرغم أن هذه الوسائل لا تشكل ايذاءً واضحاً على جسم المجني عليه ضحية التعذيب، الا أنها تنصب مباشرة على معنوياته، فتهدم حالته النفسية و تصيبه بالخوف والذعر، إلى غير ذلك من أصناف التعذيب المذلة للنفوس .

سيتم تناول الإعتداء على الكيان المعنوي في بعض الصور في الفرع الأول على النحو التالي:

الفرع الأول: الإعتداء على حرية الإرادة

أولاً: التنويم المغناطيسي.

" يكون باستخدام مجموعة من الظواهر وذلك بإحداث تأثير غير حقيقي لدى الخاضع له، ويتحصل باستدعاء أفكار ومعلومات بصورة تلقائية ودون تحكم من صاحبها"².

فالتنويم المغناطيسي يجرد الإنسان من إرادته، مما يجعله غير حر في الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه ويعطي نتائج غير مرضية³، فهي وسيلة تعلق بمقتضاها إرادة الشخص بحيث تسيطر عليه وتقوده إلى تنفيذ ما يريده القائم بالتنويم.

وهنا يشعر المنوم باسترخاء يشبه ما يشعر به عند ابتداء الإغفاء، أو بحالة الخمول التي تحدث عند الانتقال من اللاوعي في الحلم، الى حالة نصف الوعي عند بداية اليقظة⁴.

¹ مثل الاميتال والنبتول والافيبان ... الخ وقد اصطلح على هذه العقاقير (مصل الحقيقة) لانها تساعد في كشف الحقيقه الكامنة في خبايا النفس انظر، د أكرم نشات ابراهيم علم النفس الجنائي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة السابعة 1998، ص 40.

² د. مصطفى غالب، التنويم المغناطيسي، مكتبة الهلالي، بيروت، 1978 ص 41.

³ د. محمد علي سالم عياد الحلبي، الوسيط في شرح اصول قانون المحاكمات الجزائية الاردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، الجزء الثاني، 1996، ص 376.

⁴ د. احمد عكاشة، علم النفس الفسيولوجي، دار المعارف القاهرة، الطبعة الرابعة، 1977 ص 235.

وقد ثار استخدام هذه الوسيلة في التحقيق جدلاً بين فقهاء القانون الجنائي، بين مؤيد ومعارض، فقد ذهب رأي من أنصار هذا الإتجاه إلى القول بقانونية التنويم المغناطيسي شرط أن يتم ذلك من جانب متخصص، وفي حضور قاض، ويريضاء صاحب الشأن¹.

وذهب رأي آخر من الفقه إلى رفض هذه الوسيلة لتعارضها مع الشرعية الإجرائية، ولما تسببه هذه الوسيلة من إكراه معنوي للمتهم²، كما أن استخدامها يصدّم الضمير الإنساني، لأنها تعامل الإنسان كحيوانات المعمل، وتستعيد التعذيب الذي كان في الماضي ثم انقضى.

ومن وجهة نظر الباحثه بأن وضع المتهم على جهاز التنويم المغناطيسي فيه جانب من التأثير على إرادته، لأنه في هذه الحالة يتعامل بمنطق اللاوعي، كما وأن هذا التنويم يعد قيداً على حرية المتهم في الدفاع عن نفسه، على عكس استعمال بعض الوسائل العلمية الأخرى مثل: أجهزة فحص الآثار المادية والتصوير الجنائي، وفحص بقع الدم، والبول، وفحص المستندات، فهي لازمة لكشف الحقيقة ومن ثم فهي مشروعة.

ثانياً: الحرمان والإرهاق

وتتمثل بحرمان الضحية من كل محركات الأحاسيس مثل: الصوت، والضوء، وحرمانها من النوم، أو من الطعام، أو الماء، أو من كل الإتصالات الإجتماعية، ويتم عزل الضحية في زنانات صغيرة جداً وضيقة، وقد تكون هذه غير مضاءة على الإطلاق، أو مضاءة باستمرار، وفي حالات كثيرة يوضع قناع على رأس الضحية التي يتم إطعامها في مواعيد مختلفة خلال الأربع وعشرين ساعة، مما يفقدها الإحساس بالوقت³.

¹ د. طارق عزت رخا، مرجع سابق، ص 214.

² د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص 220 وص 179.

³ للاطلاع على الحالات التي طبقت بها وسائل الإكراه المعنوي بهذه الطريقة انظر التقرير السنوي للمنظمة العربية لحقوق الإنسان القاهرة 1997 ص 58، 83.

ولا يكون أمام الضحية من سبيل إلى الإغتسال، حيث لا بد له من قضاء حاجته في الزنزانة نفسها، كما يجبر الضحايا على التبول والتبرز داخل ملابسهم في حجرة السجن ويمنعون من تبديل ملابسهم، كما يكرهون على التبول أمام الضحايا الآخرين أو المعذبين¹.

الفرع الثاني: الإعتداء على مكونات الكيان المعنوي

أولاً: مصل الحقيقة

أساس الإلتجاء إلى هذه الوسيلة هو أن هناك من أساليب التخدير ما يخفض من الضوابط التي يحرص الإنسان عليها ليمنع نفسه من التحدث في أمور معينة، وتتحصل هذه الوسيلة في القيام بتخدير المتهم - سواء بالحقن أو بوسيلة أخرى - بمادة تؤثر في مراكز معينة في المخ دون غيرها، بحيث تبقى قدرته على الذاكرة والسمع والنطق بما يتيح استجوابه بتوجيه الأسئلة إليه ورده عليها بصورة غير إرادية ودون أدنى تحكم من جانبه في اجاباته، وبذلك يمكن معرفة كل ما كان المتهم يستطيع اخفاؤه لو كان في حالة طبيعية².

وقد أثار استخدام مثل هذه العقاقير الكثير من الجدل بين فقهاء القانون الجنائي بين مؤيد ومعارض، فقد ذهب رأي إلى إباحة استخدام هذه الوسيلة في بعض الجرائم الخطره كالقتل والاعتقال... الخ، وذلك بشرط أن يكون الإتهام واضحاً أو تكون الشبهة قوية، ويظل إجراء استثنائياً ويستعمل في حالة الضرورة فقط، حيث تفضل مصلحة المجتمع على المصلحة الفردية³.

¹ تعرضت بولين موزنزو باكوكيوكي للتعذيب بهذه الوسيلة في سجنها حيث منعت من الذهاب للمرحاض وتركت حتى توفت على ارض الزنزانة امام الضحايا الاخرين انظر بالتفصيل في البلاغ رقم 41 لسنة 1996 في تقرير لجنة مناهضة التعذيب لعام 1996، ص 89-90.

² المستشار سمير ناجي تاريخ التحقيق ومستحدثات العلم بحث مقدم للمؤتمر الثاني للجمعية المصرية للقانون الجنائي المنعقد بالاسكندرية 9-12 ابريل 1988 بعنوان حماية حقوق الانسان في الاجراءات الجنائية في مصر وفرنسا والولايات المتحدة، ص 182.

³ د. سامي صادق الملا، مرجع سابق، ص 169-170.

كما ذهب إتجاه من الفقه الى رفض هذه الوسيلة، لأنها تمثل إكراهاً للمتهم كونها تعتمد على التغلب على مقاومته الجسدية والنفسية، مما يحد أو يقيد من شخصيته الإنسانية، ويرى أنصار هذا الإتجاه أن هذه الوسيلة مرفوضة لأنها تشكل مساساً بكرامة الإنسان وحقوقه الأساسية.

وترى الباحثة بأن المخدر يسبب ضعف الإدراك والذي يكون عرضه للتأثير بالإيحاء، فتكون أقوال المتهم مشوبه ببعض التخيلات والأوهام، فيختلط الكذب بالصدق ولا تكون أقوال المتهم حقيقية، وإنما تعبر عن الرغبات الجنائية والميول الآثمة المكبوتة في العقل الباطن.

ثانياً: جهاز كشف الكذب

تعتبر أجهزة كشف الكذب من الوسائل المتقدمة في بيان وظائف أعضاء الجسم، وذلك مثل التغيير في ضربات القلب، أو في سرعة التنفس، أو في إفراز اللعاب، أو في معدل ضغط الدم، فتقاس هذه الأجهزة أو وظائف الجسم في الظروف العادية مع ظروف استجواب المتهم عند اعترافه، فعندما يكون هناك اختلاف بين الحالتين فهنا تكون الدلالة بأن الشخص لا يقول الحقيقة.

وقد ذهب رأي من أنصار الفقه لرفض هذه الوسيلة في مجال الإستدلال، أو التحقيق، بقوله إن هذا الإستخدام يمثل إهانة للفرد ومصدر عذاب له، وبالتالي إهانته للمجتمع¹.

كما ذهب رأي آخر من الفقه إلى تأييد هذه الوسيلة باعتبار جهاز كشف الكذب هام في مجال البحث عن الحقيقه وجمع الإستدلالات، ويجب الإستفادة منه كأسلوب علمي جديد، ورفض هذا الجانب من الفقه القول إن الجهاز يسبب اكراهاً معنوياً للشخص محل التجربة أو أنه يؤدي إلى قهر إرادته².

ومن جانب الباحثة فإنها لا تؤيد استعمال جهاز كشف الكذب سواء برضاء المتهم أو بغير رضاه، وحجتها بذلك أنه لا بد أن يكون الإقرار إرادياً وتلقائياً، فاستعمال جهاز الكذب يكون فيه

¹ د. طارق عزت رخا، مرجع سابق، ص203.

² المرجع السابق، ص203.

نوع من الخلسه والخداع ويحرم المتهم من الدفاع عن نفسه، ويكون المتهم وهو تحت تأثير جهاز كشف الكذب أو التتويم المغناطيسي في منطقته اللاوعي وهذا يشكل خرقاً واعتداءً جسيماً على حق المتهم في الدفاع عن نفسه، يضاف الى ذلك أن جهاز كشف الكذب يتعامل مع جميع المتغيرات و الإنفعالات ولا يستطيع التمييز بين الإنفعال الفطري والإنفعالات الأخرى التي لها صلة بالجريمة مثال ذلك أن هناك اشخاصاً بمجرد أن نقول لأحدهم أنت متهم يفعل و يعلو نبض قلبه ويكون في مرحله شديده من الخوف، وبالتالي ينتهي الأمر إلى أن مثل هذا الشخص قد ارتكب الجريمة .

المبحث الثاني: تجريم الإعتداء على الحرية الفردية

المطلب الأول: تجريم التقييد التعسفي للحرية الفردية

الحرية الفردية

إن حرية الإنسان هي أعز ما يملك وهي أساس المجتمع الصالح، وإن أي مساس بتلك الحرية تؤدي الى إهتزاز ثقة الأفراد بالمجتمع، واحترام الحرية الشخصية لكل فرد هي الأساس في اعتبار أن المتهم بريء حتى تثبت ادانته، وقد تنبته الشعوب على مر العصور لتلك الحقيقة وقد أسهم القانون ورجاله بإحاطة هذه الحرية بكل ضمان، فالمتبع للعصور الماضية يلاحظ أن القانون القديم سابقاً كان نظامه نظاماً مستبداً نوعاً ما فيما يتعلق بالحياة الخاصة، كون الفرد كان يخضع للجماعة في هذا الوقت، إضافة الى طبيعة الحياة القاسية آنذاك التي تتطلب البحث عن قوت طعامه بين الأحجار، و مختبئاً في الكهوف والغابات .

أما في المجتمعات البدائية، نلاحظ أن طبيعة الحياة الهادئة جعلت الحياة الخاصة محمية نوعاً ما، كون الهدف الأسمى كان وقتها هو الحفاظ على المسكن الذي يحمي الأسرار و يقيه من برد الليل وحرارة النهار، لذا كان أول مبدأ هو أولى بالحماية هو حماية المسكن، فقد كانت له حرمة في تلك المجتمعات.

ففي مدونة حمورابي في بلاد ما بين الرافدين، نلاحظ أنه تم الإهتمام بالحقوق والحریات والعدالة، كما تميزت بقسوة الأحكام الجنائية، ففي نص المادة خمسة وعشرون منها: " إذا فرض أن

فرداً فتح ثقباً في منزل لكي يسطو عليه يجب أن يقتل ويدفن أمام هذا الثقب"¹. ونلاحظ بأن هذا النص من مدونة حمورابي ما يصبو إليه هو حماية سكينة وحرمة الحياة الخاصة للمسكن.

أما في مدونة مانو في الهند، اعتبر الإعتداء على حرمة المنزل جريمة يجب توقيع عقوبة صارمة لمن يأتيها حفاظاً على أسرار الأفراد من الإنتهاكات الصادرة من الآخرين².

ففي العصور القديمة، نلاحظ أنه لم تظهر أية مكانة للحرية الفردية، أو حرمة الحياة الخاصة فلم تكن المجتمعات في هذا الزمن تعيش الا عهداً من الظلم، والعدوان، واستغلال السلطة والنفوذ، أما في العصور اللاحقة لهذا العصر ظهرت الحقوق الشخصية وحرمة الحياة الخاصة في الشرائع الإلهية، والتشريعات السماوية، وأكدت على ضرورة إحترام حقوق الأفراد في حياتهم الخاصة، كما جاء في التشريع الاسلامي الذي سأنترق بالحديث عنه في الركن الشرعي فيما بعد.

لقد تعددت تعريفات الفقه للحرية الفردية أو الشخصية، الا أنها لم تخرج في مجملها عن: "أن يكون الشخص قادراً على التصرف في كافة شؤون نفسه، وفي كل ما يتعلق بذاته آمناً من الإعتداء عليه في نفس، أو عرض، أو مال، أو مأوى، أو أي حق من حقوقه، وعلى ألا يكون في تصرفه عدوان على غيره"³.

إن ضمان الحرية الشخصية للمتهم تعني أن يعامل المتهم معاملة البريء، حتى تثبت إدانته وفق حكم قضائي بات، وبناء عليه فان الإجراءات التي تتخذ في أي مرحلة من مراحل الدعوى، يجب الا تتخذ الا في أضيق الحدود، وبما يحافظ على ضمانات الحرية الفردية، وبما يلبي فقط الحاجة الضرورية للكشف عن الحقيقة"⁴.

¹ ابو طالب صوفي، مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة، مصر للطبع والنشر، القاهرة، 1961، ص 128.

² المرجع السابق، ص 138 وما بعدها.

³ د. ادريس عبد الجواد عبد الله بريك، الحبس الاحتياطي وحماية الحرية الفردية في ضوء اخر تعديلات قوانين الاجراءات الجزائية دراسة مقارنة، كلية القانون جامعة عمر المختار، دار الجامعة الجديدة، ليبيا، 2008، ص 28.

⁴ عمر فخري الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 2010 م - 1431 هـ، ص 40.

وعليه لكل ما سبق ضرورة تقسيم هذا المطلب الى فرعين يتضمن الفرع الأول: القبض التعسفي، والفرع الثاني: التوقيف التعسفي، وهذا بعد أن يتم تحديد الركن الشرعي سواء في الإسلام أو التشريعات الدولية، أو التشريعات الوطنية، على النحو التالي:

أولاً: الركن الشرعي

1- حماية حرية الفرد في ظل التشريعات الدولية

نظراً للانتهاكات المستمرة للحقوق والحريات، والتي تمثل امتهاً للكرامة الإنسانية والحرية الفردية، ازدادت الجهود الدولية في العصر الحديث لوضع ضمانات تكفل للإنسان حقوقه وحرية الفردية، وتضمن تمتعه بها وقد كان ثمرة ذلك إصدار العديد من إعلانات الحقوق، وإبرام العديد من المعاهدات والإتفاقيات، إضافة للعديد من المؤتمرات والحلقات الدراسية لمناقشة النصوص الحامية للحريات الفردية منها.

• إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في 1789\8\27¹.

"تضمن هذا الإعلان مبدأ حماية الحرية الفردية إزاء الإجراءات المقيدة للحرية في المادة 7، عدم جواز اتهام شخص أو القبض عليه، أو حبسه، أو دخول مسكنه، الا في الحدود والأوضاع التي رسمها القانون، كما أكد هذا الاعلان في المادة 9، على أن يكون القبض على الشخص بهدف احضاره أمام القاضي، والمادة 11 نصت على ضرورة إحضار المقبوض عليه أمام القاضي فوراً، أو في مدة اقصاها أربع ساعات، على أن يخلى سبيله فوراً اذا لم يتأكد ارتكابه للجريمة، كما تلاحظ الباحثه بأن نص المواد 7 ، 8 ، 9، تتعرض للحرية الفردية والسلامة الفردية، حيث تمنع هذه المواد التوقيف التعسفي وتؤكد على شرعية العقاب وعدم رجعية القوانين الجنائية وتؤكد على أن المتهم بريء حتى تثبت ادانته، وبأن هذا الإعلان هو ملخص للثورة الفرنسية، حيث أكد على أن حقوق الإنسان تركز على مبدئين هما المساواة والحرية.

¹ د. ادريس عبد الجواد عبد الله بريك، مرجع سابق، ص 31.

• الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10\12\1948

قرر في خصوص حماية الحرية الفردية في المادة 2: " لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه"، وفي المادة 9 نص على: " لا يجوز القبض على أي إنسان أو حجزه أو نفيه تعسفاً"، وقد نصت المادة 11 فقره 1 على أنه: " كل شخص اتهم بجريمة يعتبر بريئاً الى أن تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية تؤمن فيها الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه"، كما نصت في المادة 12: " لا يجوز تعريض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة يمس شرفه، و سمعته، ولكل شخص الحق في أن يحميه القانون مثل ذلك التدخل، أو تلك الحملات".¹

• العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية

نصت المادة 17 من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 أنه: "لا يجوز التدخل بشكل تعسفي أو غير قانوني بخصوصيات أحد، أو بعائلته، أو ببيته، أو مراسلاته".²

كما نصت المادة 9 فقره 1 من العهد: " لكل فرد حق في الحرية وفي الأمان على شخصه، ولا يجوز توقيف أحد أو اعتقاله تعسفاً، ولا يجوز حرمان أحد من حريته، الا لأسباب ينص عليها القانون وطبقاً للإجراء المقرر فيه".

• المؤتمرات

كما عقدت مؤتمرات دولية متعلقة بالحق في خصوصية الفرد، وعلى سبيل المثال: مؤتمر الأمم المتحدة في طهران (إيران) سنة 1968، حيث نتج عنه قرار رقم 11 الذي نص على ضرورة ضمان حق الفرد في حماية الحياة الخاصة عن طريق القوانين الداخلية لكل دولة، وعقدت أيضاً الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة (اليونسكو) مؤتمر في باريس سنة 1970، تحدثت عن ضرورة عدم التعرض لخصوصيات الأفراد باستثناء ما تستدعيه المصلحة العامة.

¹ الاعلان العالمي لحقوق الانسان المادة 12 سنة 1948.

² العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي تم اقراره والدعوة للتوقيع عليه بواسطة الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16/12/1966 ويعرف بعهد الحقوق المدنية والسياسية وقد درج الفقه على إطلاق مصطلح اتفاقيه او معاهده عليه.

ترى الباحثة من خلال ما تقدم بأن المبادئ والتشريعات الدولية تشكل منعطف كبير في إحترام حقوق الإنسان وحرياته على المستوى الدولي، والتي تشكل قوة قانونية ملزمة تقضي باحترام هذه الحقوق وتلك الحريات.

2- حماية حرية الفرد في ظل التشريعات الوطنية

• القانون الاساسي

يعد التشريع من الوسائل الأكثر فعالية لتمكين الأفراد من التمتع بحقوق الإنسان حيث قام المشرع الفلسطيني بصياغة تلك الحقوق والحريات في نصوص مسترشداً بذلك ما وضعه الفقه من آراء وما صدر عن القضاء من مبادئ وبناء على ذلك فقد أقر القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 الحق في الحرية والأمان الشخصي.

وهنا من أهم الضمانات التي كفلها المشرع فيما يتعلق بالتوقيف " الحبس الاحتياطي " فقد كفلت المادة (11) الفقرة (1) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، الحق في الحرية لجميع المواطنين، حيث تنص على أنه: "الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مكفولة لا تُمس".

أما بالنسبة لحق الأمان الشخصي الذي يرتبط بالأمن فقد استكملت المادة (11) في الفقرة (2) منها النص عليه، إذ جاء فيها: " لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل، إلا بأمر قضائي وفقاً لأحكام القانون ويحدد القانون مدة الحبس الاحتياطي، ويلاحظ من خلال النص أن حق الأمان الشخصي جاء عاماً لكل إنسان مقيم في الأراضي الفلسطينية، بمعنى أن القانون الأساسي قد كفله للمواطنين وغير المواطنين.

ونصت المادة 12 على: "يبلغ كل من يقبض عليه أو يوقف بأسباب القبض عليه أو إيقافه، ويجب إعلامه سريعاً بلغة يفهمها بالإتهام الموجه إليه، وأن يمكّن من الإتصال بمحام، وأن يُقدم للمحاكمة دون تأخير."

وفي صورة أخرى لكفالة الحق بالأمان الشخصي فيما يتعلق بالإستجواب حيث يمنع القانون الأساسي تعريض الإنسان للإيذاء سواء أكان معنوياً أم جسدياً، حيث تنص المادة (13)

منه على الآتي: "لا يجوز إخضاع أحد لأي إكراه أو تعذيب، ويعامل المتهمون وسائر المحرومين من حرياتهم معاملة لائقة".

وأيضاً حظر إجراء التجارب الطبية على جسد الإنسان، حتى في حالة أن يكون في حالة صحية خطيرة، وعلى ذلك تنص المادة (16) منه على أنه: "لا يجوز إجراء أي تجربة طبية أو علمية على أحد دون رضاه قانوني مسبق، كما لا يجوز إخضاع أحد للفحص الطبي أو للعلاج أو لعملية جراحية إلا بموجب قانون".

أما المادة (14) المتهم برئ حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، وكل متهم في جناية يجب أن يكون له محام يدافع عنه.

وبناء على ما ذكر جميعاً ترى الباحثة بأن تناول المشرع لهذه القواعد الدستورية ما هي الا صورة أقرتها المبادئ العرفية الدولية، ونجد هنا ضروره للأخذ بهذه الإجراءات وعدم استعمالها بصورة تعسفية كتعذيب المتهم، أو ضربة، أو أخذ الإستجواب منه بالإكراه في جميع أحواله كما لا يجوز توقيف أو حبس المتهم الا بناء على أسباب جديه تفيد إدانته والا جميع الإجراءات المترتبة عليها تكون واجبة الطعن بالبطلان.

• قانون العقوبات 16 لسنة 1960

فقد كفل قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 العديد من النصوص التي تتسجم مع المعايير العادلة لضمان حرية الفرد الشخصي و كرامته الإنسانية، فهنا قد نصت المادة 178 على توقيف، أو حبس أشخاص بشكل غير قانوني فقالت: "كل موظف أو وقف أو حبس شخصاً في غير الحالات التي نص عليها القانون يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر الى سنة"، كما تنص المادة 179 على قبول أشخاص في السجون و المعاهد التأديبية، و الإصلاحيات بشكل غير قانوني: "إذا قبل مدير و حراس السجون أو المعاهد التأديبية أو الإصلاحيات وكل من اضطلع بصلاحياتهم من الموظفين شخصاً دون مذكرة قضائية أو قرار قضائي أو استبقوه الى أبعد من الأجل المحدد يعاقبون بالحبس من شهر لسنة".

كما نصت المادة 180 على رفض تأخير إحضار الموقوفين، أو السجناء أمام المحكمة، أو القاضي المختص فقالت: " ان الموظفين السابق ذكرهم وضباط الشرطه والدرك وأفرادهما وأي من الموظفين الإداريين الذين يرفضون أو يؤخرون إحضار شخص موقوف أو سجين أمام المحكمة أو القاضي ذي الصلاحية الذي يطلب إليهم ذلك، يعاقبون بالحبس لمدة لا تزيد عن ستة أشهر وبغرامة لا تزيد على خمسين ديناراً".

ونص المادة 181 يتعلق ب دخول المساكن والتحري عن الأماكن بشكل غير قانوني فتنص المادة فقره 1 على: " كل موظف يدخل بصفته كونه موظفاً مسكن أحد الناس أو ملحقات مسكنه في غير الأحوال التي يجيزها القانون، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر الى ثلاثة سنين، وبغرامة من عشرين ديناراً الى مائه دينار " .

وفقرة 2 تنص: " وإذا انضم الى فعله هذا تحري المكان أو أي عمل تعسفي آخر فلا تنقص العقوبة عن ستة أشهر".

وفقره 3 تنص: " إذا ارتكب الموظف الفعل السابق ذكره دون أن يراعي الأصول التي يفرضها القانون يعاقب بالحبس من شهر الى سنة، ومن غرامة خمسة دنانير الى عشرين ديناراً " .

أما فقره 4 تنص على: " كل موظف يدخل بصفته كونه موظفاً محلاً من المحال الخصوصية، كبيوت لتجارة المختصة بأحد الناس ومحال ادارتهم في غير الحالات التي يجيزها القانون أو دون أن يراعي الأصول التي يفرضها القانون يعاقب بالحبس حتى ستة أشهر أو بغرامة لا تزيد على خمسين ديناراً " .

ونلاحظ بأن نصوص المواد من 178-181 تتعلق (بالتعدي على الحرية الشخصية) بشكل عام.

أما نصوص المواد من 182 - 184 تتعلق بإساءة استعمال السلطة فمثلاً، نص المادة 182 تتحدث عن إعاقه تنفيذ أحكام القوانين أو القرارات القضائية أو جباية الرسوم والضرائب فتنص فقرة 1 من المادة: " كل موظف يستعمل سلطة وظيفته مباشرة، أو بطريق غير مباشر ليعوق أو يؤخر

تنفيذ أحكام القوانين، أو الأنظمة المعمول بها أو جباية الرسوم والضرائب المقررة قانوناً أو تنفيذ قرار قضائي أو أي أمر صادر عن سلطة ذات صلاحية يعاقب بالحبس من شهر الى سنتين.

أما فقرة 2 من نفس المادة تنص: " إذا لم يكن الذي استعمل سلطته ونفوذه موظفاً عاماً يعاقب بالحبس من أسبوع الى سنة " .

وتنص المادة 183 من قانون العقوبات على عقوبة التهاون في القيام بواجبات الوظيفة فقرة 1: " كل موظف تهاون بلا سبب مشروع في القيام بواجبات وظيفته وتنفيذ أوامر أمره المستند فيها الى الأحكام القانونية يعاقب بالغرامة من عشرة دنانير الى خمسين ديناراً أو بالحبس من أسبوع واحد الى ثلاثة أشهر " .

أما فقرة 2 نقول: " إذا لحق ضرر بمصالح الدولة من جراء هذا الإهمال عوقب ذلك الموظف بالحبس من شهر واحد الى سنة وضمن قيمة هذا الضرر " .

أما المادة 184 عقوبات تنص على الإمتناع عن تلبية طلبات السلطة الإدارية أو القضائية: "كل ضابط أو فرد من أفراد الشرطة أو الدرك امتنع عن تلبية طلب قانوني صادر من السلطة القضائية أو الإدارية يعاقب بالحبس من أسبوع الى سنة أو بالغرامة من خمسة دنانير الى خمسين ديناراً أو بكلتا العقوبتين معاً" .

كما نصت المادة 346 في الحرمان من الحرية بأنه: " كل من قبض على شخص وحرمه حريته بوجه غير مشروع، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تزيد عن خمسين ديناراً، وإذا كان قد حجزه بادعائه زوراً بأنه يشغل وظيفة رسمية، أو بأنه يحمل مذكرة قانونية بالقبض عليه يعاقب بالحبس مدة ستة أشهر الى سنتين وإذا وقعت هذه الأفعال على موظف اثناء وظيفته أو بسبب ما أجراه بحكم وظيفته كانت العقوبة من ستة أشهر الى ثلاث سنوات " .

كما تنص المادة 347 في خرق حرمة المنزل: " من دخل مسكن آخر أو ملحقات مسكنه خلافاً لإرادة ذلك الرجل وكذلك من مكث في الأماكن المذكورة خلافاً لإرادة من له الحق في اقصائه عنها عوقب بالحبس مدة لا تتجاوز السنة " .

يمكن القول بأن نصوص المواد متعلقة بالموظف العام، وأنها شددت العقوبة عليه فيما لو أخل بواجبات وظيفته، أو تعداها، أو تعسف باستعمال حقه، وذلك ضمانه للمتهم ولحقوقه وكرامته.

كما نلاحظ أن قانون الإجراءات الجزائية قد أقر بالحماية الجزائية لقرينة البراءة، من خلال بعض النصوص القانونية الواردة لديه، وسيظهر ذلك جلياً فيما بعد عند الحديث عن إقرار الحماية الجزائية من الناحية الإجرائية.

الفرع الأول: القبض التعسفي

لما كان لكل إنسان الحق في حرية الفردية وعدم جواز إلقاء القبض عليه، فقد نص المشرع الفلسطيني في أغلب التشريعات على ذلك وهذا يعني أن سلامة الإنسان وحقه في المحافظة على حياته الخاصة وحماية حرمة الشخصية من المصادرة والتقييد واحترام كرامته من المبادئ الثابتة في التشريع الفلسطيني، ومن ثم لا يجوز إنتهاكها أو تقييدها الا بموجب أمر مسبب من الجهة المختصة طبقاً لأحكام القانون باستثناء حالة التلبس بالجريمة.

لابد لنا من التطرق الى إجراءات القبض، وتعريف القبض، والحالات التي يجوز بها إلقاء القبض على المشتبه به على النحو التالي:

إجراءات القبض

خلت أغلب التشريعات الإجرائية من تعريف القبض، ولم يعرف المشرع الفلسطيني القبض، و ترى الباحثة أنه كان من الأفضل لو أن المشرع الفلسطيني قام بتعريف القبض وتحديد معناه ضمن النصوص القانونية، وذلك لما في القبض من خطورة واعتداء على الحريات الشخصية ولكن الفقه وضع تعريف له فعرفة البعض بأنه: " إمساك شخص من جسمه و تقييد حركته و حرمانه من حرته في التجول كما يريد، دون أن يتعلق الأمر بقضاء فترة زمنية معينة"¹، وعرفه آخرون بأنه:

¹ محمد ناصر احمد ولد علي، التوقيف " الحبس الاحتياطي " في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة النجاح الوطنية قسم الدراسات العليا، نابلس - فلسطين، 2007 ص 9-10.

" حرمان الشخص من حرية التجول فترة من الوقت وإكراهه على البقاء في مكان معين أو الانتقال إليه لسماع أقواله في جريمة نسبت إليه"¹.

كذلك محكمة النقض الفلسطينية عرفت بأنه: " إجراء من إجراءات الإستدلال والتحقيق يراد به تقييد حركة المتهم وحرمانه من حرية التجول لفترة زمنية معينة حددها القانون لاتخاذ إجراءات بحقه، إما بحبسه احتياطاً بعرضه على المحكمة المختصة أو الإفراج عنه"². وعرفت محكمة النقض المصرية القبض بأنه: "القبض على الشخص هو إمساكه من جسمه وتقييد حركته وحرمانه من حرية التجول دون أن يتعلق الأمر بقضاء فترة زمنية معينة، تمهيداً لاتخاذ بعض الإجراءات ضده"³.

يمكن القول بأن القبض: إجراء من إجراءات التحقيق، يتم بمقتضاه حجز حرية شخص معين لفترة قصيرة وبعدها عرضه على الجهة المختصة لاستجوابه، وينتج عنها إما أن يتم توقيفه أو يتم إطلاق سراحه.

جاءت المادة 29 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني لتضع القاعدة العامة في القبض على الأشخاص، وهو عدم جواز القبض الا بأمر من الجهة المختصة بذلك، وهنا الجهة المختصة قانوناً هي النيابة العامة كون إجراءات التحقيق من صلاحيات النيابة العامة دون غيرها فقد نصت على: "لا يجوز القبض على أحد أو حبسه الا بأمر من الجهة المختصة بذلك قانوناً كما يجب معاملته بما يحفظ كرامته، ولا يجوز ايذاؤه بدنياً أو معنوياً".

ولأهمية هذا الإجراء فقد حدد المشرع حالات معينة أوجب فيها القبض دون أي مذكرة وذلك منعاً من التعسف وحفظاً لكرامة الإنسان، ويترتب البطلان على مخالفة تلك الشروط والإجراءات:

¹ د. ادريس عبد الجواد عبد الله بريك، مرجع سابق، ص 69.

² نقض جراء فلسطيني 2004\26 قرار رقم 28، تاريخ 2004\7\12 مجموع الاحكام القضائية والمبادئ القانونية الضادته عن محكمة النقض حتى تاريخ 2004\7\14

³ نقض جنائي مصري 1994\5\8 م -مجموعة القواعد القانونية ج 6 ص 478 - رقم 348 1969\6\9 - مجموعة احكام النقض - س 20 ع 2 - ص 853 - رقم 171، 1998\7\2 م طعن رقم 16258 لسنة 66 ق - المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر الجنائية بمحكمة النقض (سنة 1997، 1998) ص113.

حالات القبض التي يجوز فيها مأموري الضبط القضائي القبض دون مذكرة من النيابة العامة: نستدل على تلك الحالات من نص المادة 30 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني: "لمأموري الضبط القضائي أن يقبض بلا مذكرة على أي شخص حاضر توجد دلائل كافيته على اتهامه في الأحوال التالية: 1- حالة التلبس في الجنايات ، أو الجرح التي تستوجب عقوبة الحبس مدة تزيد على ستة اشهر . 2- إذا عارض مأمور الضبط القضائي أثناء قيامه بواجبات وظيفته أو كان موقوفاً بوجه مشروع وفر أو حاول الفرار من مكان التوقيف 3- إذا ارتكب جرمًا أو اتهم أمامه بارتكاب جريمة، ورفض إعطائه اسمه أو عنوانه أو لم يكن له مكان سكن معروف أو ثابت في فلسطين".

فيلزم لمنح مأموري الضبط القضائي سلطة القبض أن نكون بصدد حالة تلبس فبدون تلك الحالة لا يملك مأموري الضبط سلطه القبض ولو كان وقوع الجريمة مؤكداً أو اعترف المتهم بارتكابها، فمجرد إبلاغ المجني عليه بوقوع جريمة لا تجعل الجريمة في حالة تلبس تبيح الحق بالقبض الا إذا كانت حالة التلبس قائمة، كما أنه طبقاً للنص السابق لا يجوز القبض الا في الجنايات والجرح التي تزيد عقوبتها على 6 شهور، فلا يجوز القبض مطلقاً في المخالفات ولو كان متلبساً بها، كما أنه في حال وجود مقاومة لرجال السلطة العامة، أو هرب، أو حاول الهروب من مكان التوقيف، أو جب المشرع على مأمور الضبط القضائي أن يقبض عليه، وفي حال أيضاً وجود دلائل وامارات ظاهرة تنبئ بارتكاب المتهم لجريمة لا سيما وأن رفض المتهم اعطاء اسمه، أو عنوانه، فالمشرع أجاز لمأموري الضبط القضائي القبض على المتهم في هذه الحالة وإن كانت الجريمة التي ارتكبها جنحه عقوبتها الحبس أقل من ستة شهور ولم يكن له محل إقامة معروف، وأجاز المشرع لمأمور الضبط القضائي القبض عليه دون مذكرة من النيابة العامة¹.

المشرع الفلسطيني كان موقفه منسجماً مع الحريات العامة بدلالة نص المادة 31 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني الذي ينص على: "إذا لم يكن المتهم حاضراً في الأحوال

¹ أيمن الظاهر، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني (دراسة مقارنة)، الدعوى الجزائية ومرحلة جمع الاستدلالات، الطبعة الأولى، الجزء الأول، 2013، ص 300 وما بعدها.

المبينة في المادة السابقة يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يستصدر أمراً بالقبض عليه واحضاره ويدون ذلك في المحضر".

هنا نلاحظ بأنه لا يحق لمأمور الضبط القضائي أن يقبض على المتهم إذا كان غير حاضر في الجرائم المتلبس بها، بل يجب عليه أن يطلب من النيابة العامة إصدار مذكره إحضار والقبض عليه، وأن يدون ذلك بالمحضر وذلك ضمانه لحقوقه وللمحافظة على حرية وكرامة الفرد من المساس بها دون إذن من السلطات والجهات المختصة.

كما علينا أن نتطرق الى أحكام محكمة النقض المصرية التي ترتب البطلان على بعض حالات القبض وهي على النحو التالي:

أحكام محكمة النقض المصرية الصادرة بخصوص بطلان القبض¹

1- "وجود متهم في وقت متأخر من الليل في الطريق العام، وتناقضه في اقواله عند سؤاله عن اسمه وحرفته، ولا ينبئ بذاته عن تلبسه بجريمة الإشتباه ولا يوحى الى رجل الضبط بقيام امارات أو دلائل على ارتكابها حتى يسوغ له القبض عليه وتفتيشه طبقاً لنص المادة 34 من قانون الإجراءات الجزائية المصري".

طعن رقم 1364 لسنة 26 ق جلسة 1957\1\29 س 8 ص 95

2- "إذا كان مؤدى الواقعة التي انتهى اليها الحكم أن (الكونستابل) أثناء سيره بالطريق وقع نظره على المتهم وهو يضع ماله في فمه لم يتبين ماهيتها فظنها مخدراً، فأجرى القبض عليه وفتشه فان هذه الواقعة ليس فيها ما يدل على أن المتهم شوهد في حالة من حالات التلبس المبينة بطريق الحصر بالمادة 30 من قانون الإجراءات الجنائية المصري حتى ولو كان المتهم من المعروفين لدى المباحث الجنائية بالإتجار في المخدرات ومن ثم يكون القبض باطلاً".

الطعن رقم 1307 لسنة 28 ق جلسة 1958\12\22 س 9 ص 1109

¹ محمد الشيمي، البراءة والدفع المؤدية اليها في قضايا المخدرات مؤيدة بأحدث احكام النقض والتعليمات العامة للنيابات، المجموعة العربية المتحدة للطباعة والنشر، الزقازيق، 1993، ص80.

3- "لا يستفيد من بطلان القبض إلا صاحب الشأن فيه ممن وقع القبض عليه باطلاً ولا شأن لغيره في طلب بطلان هذا الإجراء".

الطعن رقم 1207 لسنة 30 ق جلسة 1960\10\17 - س 11 ص 682

4- "أي قيد يرد على الحرية الشخصية بوصفها حق طبيعي من حقوق الانسان سواء أكان هذا القيد قبضاً أو تفتيشاً أو حبساً أو منعاً من التنقل أو حتى دون ذلك من القيود لا يجوز إجراؤه الا في حالة من حالات التلبس كما هو معروف قانوناً أو بأذن من السلطات القضائية المختصة".

الطعن رقم 1534 لسنة 59 ق جلسة 1990\2\11.

لا بد من الإشارة هنا الى أن أي تعد على حقوق الانسان وحرياته يترتب المسؤولية الجنائية، وقد نص قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على هذه الجرائم، وتأسيساً عليه فإن أي مخالفة للقانون تعرض مرتكبيها للمسؤولية الجنائية.

الفرع الثاني: التوقيف التعسفي

لابد لنا من التطرق إلى إجراءات التوقيف، وتعريف التوقيف، والحالات التي يجوز بها توقيف المشتبه به كما تم توضيح القبض التعسفي في الفرع الأول على النحو التالي:

إجراءات التوقيف

التوقيف هو: "سلب لحرية المتهم قبل الفصل نهائياً في التهمة المسندة إليه، للمدة التي تقتضيها مصلحة التحقيق وذلك بالتحفظ على المتهم بإيداعه إحدى دور التوقيف المنصوص عليها قانوناً بأمر من السلطة المختصة"¹.

ويعرفه البعض الآخر بأنه: "إجراء احتياطي تلجأ إليه السلطة المختصة، لكي تتمكن من الإستمرار في التحقيق وإكماله، ويعد التوقيف من أخطر الإجراءات لما فيه من مساس بقريئة البراءة اللاحقة

¹ فوزية عبد الستار، شرح قانون الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة 1986، ص 362.

بالمتهم لما يتضمنه من حجز للحرية، وهذا الإجراء يتم التعبير عنه واتخاذ من خلال مذكرة تصدر عن السلطة المختصة بذلك، تسمى مذكرة حضور¹.

ويمتاز التوقيف بأنه ليس عقوبة كونه يقيد الحرية دون التثبت من الإدانة، فهو يهدف إلى منع المتهم من الهرب أو التأثير على سير التحقيق والمحافظة على الأدلة التي توفرت.

وقد تم تنظيم إصدار مذكرة التوقيف في المادة 110 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001 حيث نصت على ما يلي: "تقع مذكرات الحضور والإحضار والتوقيف من الجهة المختصة قانوناً بذلك، وتختم بخاتمها الرسمي وتشمل ما يلي: اسم المتهم المطلوب إحضاره، وأوصافه وشهرته، الجريمة المتهم بها ومادة الإتهام، عنوانه كاملاً ومدة التوقيف إن وجدت"، وبالتدقيق بنص المادة يتضح لنا ما يلي:

إن هذه البيانات تساهم إلى حد كبير في توفير ضمانات هامة للمتهم، فمثلاً: وجوب ذكر اسم الموظف الذي يتولى تنفيذ عملية التوقيف، إضافة إلى ختمها بالختم الرسمي والتهمة المنسوبة إليه ومدة التوقيف، وذكر اسم المتهم جميع هذه التفاصيل تساعد في محاسبته إذا ما تبين أن هناك تعدياً من قبل الجهات المختصة، أو إذا ما كان هناك إخلال بالحقوق الواجب توافرها للشخص الموقوف، فقد عمل المشرع الفلسطيني في قانون الإجراءات الجزائية، كغيره من المشرعين، على إحاطة التوقيف كإجراء سالب للحرية ببعض الضمانات التي تعمل على عدم التعسف في تطبيق هذا الإجراء.

كما ذكرنا فإن "التوقيف أو الحبس الاحتياطي يعتبر من أهم وأخطر إجراءات الدعوى الجزائية، لأنه يترتب عليه المساس بالحرية الشخصية للفرد، وفيه خروج عن الأصل العام الذي يقضي بأن لا تسلب حرية الفرد الشخصية قبل صدور حكم بات بالإدانة"²، ومن هنا أصبحت الحاجة ملحة لإحاطة هذا الإجراء بضمانات عدة من أجل حماية حقوق الفرد ويمكن إجمال تلك الضمانات بما يلي:

¹ د حسن الجوخدار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، المكتبة الوطنية، الأردن، 1993، ص84.

² القاضي د. محمد الطراونة، مرجع سابق، ص 115.

الضمانات الممنوحة للمتهم بخصوص إجراءات التوقيف والا عد التوقيف تعسفياً:

1- لا يجوز توقيف المتهم الا بعد استجوابه، وذلك لتمكينه من إبداء الدفوع فقد يثبت بعد استجوابه إنتفاء التهمة الموجهة اليه، بالتالي ينتفي المبرر للتوقيف، فإذا ما تم التوقيف دون استجواب فإنه يشوبه عيب البطلان كون الإستجواب من الإجراءات الجوهرية التي من خلالها يتم معرفه ما إذا كان المتهم بريء أم لا، وذلك استناداً الى نص المادة 107 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني فقره 2 التي تنص على: " يستجوب وكيل النيابة المتهم المطلوب بمذكرة حضور في الحال، أما المتهم المطلوب بمذكرة إحضار فعلى وكيل النيابة أن يستجوبه خلال أربع وعشرين ساعة من تاريخ القبض عليه"، كما تنص المادة 108 من نفس القانون على: "يجوز لوكيل النيابة توقيف المتهم بعد استجوابه لمدة ثمان وأربعين ساعة ويراعى تمديد التوقيف من قبل المحكمة طبقاً للقانون " .

2- إصدار أمر التوقيف هو أمر جوازي من السلطة المختصة بذلك، فقد نصت المادة 119 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني: "إذا اقتضت إجراءات التحقيق استمرار توقيف المقبوض عليه أكثر من أربع وعشرين ساعة، فلوكيل النيابة أن يطلب من قاضي الصلح تمديد التوقيف لمدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً "، وهنا نص المادة السابق يدل على أن إجراء التوقيف من قبل السلطة المختصة هو أمر جوازي وليس وجوبي، ويعود تقديره إلى عضو النيابة طبقاً لمجرى التحقيق، لكن الوضع الحالي فيما يتعلق بهذا النص بأن اغلب أعضاء النيابة لا يعتبرون بأن هذا النص جوازي وإنما يعتبرونه إلزامياً بالتوقيف، فنلاحظ بأن هناك العديد من الموقوفين بعد توقيفهم لأشهر عده يتم حفظ ملفاتهم لعدم كفاية الأدلة أو قد تكون عقوبتهم هي مخالفة وجنح بسيطة لا تستوجب التوقيف، بالتالي يجب الوقوف على هذا النص بعبارة : (إذا اقتضت إجراءات التحقيق)، بمعنى أن العبارة جوازية وليست إلزامية من قبل سلطات التحقيق ، وهنا تعتبر ضمانات من ضمانات المتهم .

3- إبلاغ المشتكى عليه الموقوف بأمر وسبب التوقيف: إن من أهم الضمانات للمتهم هي إبلاغه بالسبب الذي أدى إلى توقيفه من أجل إعطائه فرصة للدفاع عن نفسه، كونه يكون على بينة من التهمة المنسوبة إليه ليتخذ ما يراه مناسباً بشأن الدفاع عن نفسه، كما أن السبب والمبرر من التوقيف يجب أن يكون الهدف منه هو مساعدة التحقيق ومصالحته.

4- تحديد مدة التوقيف: يجب أن يتم تحديد المدة للتوقيف على أن يراعى التجديد وفق ما تقتضيه طبيعة التحقيق و سيره، "وأن يكون في الحالات الضرورية، وذلك خشية من تأخير عرض الدعوى على المحكمة"¹، فتلاحظ الباحثة بأن غالبية التشريعات ومنها قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، وضعت حداً أقصى لمدة التوقيف، يجب العمل على إنهاء التحقيق خلالها، فقد نظم المشرع الفلسطيني الموضوع المتعلق بالتوقيف في المواد 120، 119، 108، من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، وبالتدقيق في هذه المواد ، يلاحظ تختلف تبعاً للجهة التي تصدر قرار التوقيف وللجهة التي تطلب إصدار القرار، وذلك على الشكل التالي:

أ- لوكيل النيابة العامة حق توقيف المتهم لمدة 48 ساعة، حسب المادة 108.

ب- يجوز لقاضي الصلح أن يقوم بتوقيف المتهم بناءً على طلب وكيل النيابة لمدة لا تتجاوز 15 يوماً في كل مرة، على ألا تتجاوز في مجموعها 45 يوماً، وذلك حسب المواد 119 و 120.

ت- لمحكمة البداية، وبناءً على طلب من النائب العام أو أحد مساعديه، أن تصدر قراراً بتوقيف المتهم لمدة لا تزيد عن 45 يوماً.

وهنا لا يتم إيقاف المتهم من قبل محكمة البداية إلا بناءً على طلب من النائب العام أو أحد مساعديه، وليس وكيل أو رئيس النيابة، كما هو الحال بالنسبة للتوقيف في ال 45 يوماً الأولى، ويلاحظ أن المشرع يتشدد في الجهة التي لها حق إصدار قرار التوقيف، وكذلك الجهة التي يجب عليها تقديم هذا الطلب للمحكمة كلما طالت المدة.

¹ القاضي د. محمد الطراونة، مرجع سابق، ص 117.

د- يعرض المتهم بعد انتهاء مدة الثلاثة أشهر المشار إليها في الفقرتين السابقتين على المحكمة المختصة بمحاكمته، لتمديد توقيفه مدداً أخرى حتى انتهاء المحاكمة، وذلك حسب الفقرة 3 من المادة 120 وما يلاحظ على هذه الفقرة أن المشرع الفلسطيني ذكر عبارة ثلاثة أشهر بدلاً من 90 يوماً، مع أن الثلاثة أشهر ليس بالضرورة أن تكون 90 يوماً.

هـ- ذكر المشرع الفلسطيني أنه لا يجوز في أي حال أن يتم توقيف المتهم لمدة تزيد عن ستة أشهر، وأنه يجب أن يتم البدء بمحاكمته قبل انتهاء هذه المدة، أي أن الحد الأقصى للانتهاء من مرحلة التحقيق الابتدائي لدى النيابة العامة، والبدء في المحاكمة، هو ستة أشهر، يبدأ حسابها من أول يوم تم توقيف المتهم.

5- حق الطعن في القرارات الصادرة بتوقيف المتهمين

أن قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني المادة 135 تنص على: "يجوز استئناف الأمر الصادر في طلب الإفراج بالكفالة من النيابة العامة أو الموقوف أو المدان، بطلب يقدم إلى المحكمة المختصة بنظر الاستئناف".

تتحدث هذه المادة عن جواز استئناف قرار التوقيف الصادر من المحكمة، سواء من قبل النيابة العامة أو الموقوف، أي إذا طلب من قبل الموقوف حتى يتم الإفراج، ورفض هذا الطلب، فإنه يجوز للموقوف استئناف القرار الصادر برفض إخلاء سبيله، لكنه لا يجوز له استئناف أمر التوقيف مباشرة، كما أن المشرع الفلسطيني لم يفرق بين الجرح والجنايات في استئناف أوامر الصادرة بالإفراج سواء أكانت صادرة عن محكمة التحقيق الابتدائي أو النهائي (المحاكمة)، "قالماده 135 أجازت للمدان الحق في استئناف أمر الإفراج مما يعني أن محكمة الموضوع تكون صاحبة الصلاحية في نظر أوامر الإفراج المقدمة إليها"¹.

¹ ايمن الظاهر، التحقيق الابتدائي، مرجع سابق، ص 302 وما بعدها.

ويمكن القول أن المشرع الفلسطيني قد أولى اهتمام كبير في ضمانات المتهم بمرحلة التحقيق الابتدائي، فقد ضمن للأشخاص في تلك المرحلة حرياتهم و حقوقهم الا أنه يلاحظ وجود نقص في مواد قانون الإجراءات الفلسطيني لسنة 2001، على سبيل المثال لا الحصر، بأن المشرع الفلسطيني لم يحدد ما هي الجرائم التي يجوز التوقيف فيها عند النيابة العامة علماً أنه و بعد بحثي في الموضوع وجدت أن هناك دول عربية أخرى تحدد الجرائم التي يتم بها التوقيف كذلك الأمر بالنسبة للفقرة 3 من المادة 120 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، والتي نصت على: "على النيابة العامة عرض المتهم قبل انتهاء مدة الثلاثة أشهر المشار إليها في الفقرتين السابقتين على المحكمة المختصة..." فكان من الأفضل أن يتم تحديد هذه المدة بشكل أدق لأن المدد المذكورة في الفقرتين 2،3 من نفس المادة وهي 45 يوم و 45 يوم لأنها ليست بالضرورة ثلاثة أشهر، ويمكن أن تقل عن ذلك أو تزيد فكان لا بد من تحديدها بشكل دقيق بـ 90 يوماً كي لا يوجد تناقض بين فقرات المادة الواحدة، ولتسهيل عملية احتساب المدة.

المطلب الثاني: تجريم الإعتداء على الحق بالخصوصية

أصبحت من ضروريات الحياة في وقتنا الحالي أن تدافع عن حياتك الخاصة بسبب تطفل البعض أو نتيجة لتدخل السلطات العمومية فيها.

إن مثل هذه الإنتهاكات تقع من خلال التلصص على خبايا الحياة الخاصة للأفراد، ورغم أن مثل هذه الخصوصية قد تم الإعتراف بها منذ العديد من السنين في المواثيق الدولية والداستير الوطنية، الا أنه هناك العديد من الإنتهاكات التي تقع على هذا الحق والتي تنتهك قرينة البراءة، بالتالي هناك قوانين تحمي خصوصية الفرد جزائياً مثل حماية حرمة جسده، وحرمة مسكنه، وحرمة مراسلاته.

تعتبر حرمة الحياة الخاصة للأفراد من ضمن أهم المواضيع التي يمكن مناقشتها ضمن إطار حقوق الإنسان كونها مرتبطة ارتباط وثيق بالحريات العامة التي كفلتها جميع الإتفاقيات والمواثيق الدولية والداستير الوطنية.

تضمن الدين الإسلامي كونه خاتم الرسالات السماوية العديد من الأصول الشرعية التي تحترم خصوصية الإنسان حيث قال تعالى جل وعلى في قرانه الكريم: " يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون، فإن لم تجدوا فيها احداً فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو أذكى لكم. " صدق الله العظيم.

كما أن السنة النبوية قد تضمنت الأحاديث التي تتعلق بخصوصية الأفراد ونهي الناس عن التلصص، قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " من اطلع في بيت قوم بغير إذنه ففقتوا عينه فلا دية له ولا قصاص" رواه احمد ونسائي¹، فاقترام حرمة المسكن هنا تهدف الى حماية الحق بالسكينة، أما فيما يتعلق ب انتهاك المراسلات تهدف الى حماية حرية التعبير.

ومن الناحية القانونية لو نظرنا لتعريف جامع للحق بالخصوصية لوجدنا أن هذا الأمر صعب ويعود ذلك لاتساع نطاق الحياة الخاصة لكل فرد، إضافة الى كون الحياة الخاصة تختلف من مجتمع لآخر ومن زمن إلى زمن، ولعل ايضاً أن هذا الأمر يختلف من فرد لآخر داخل المجتمع نفسه.

ونتيجة لصعوبة تحديد العناصر التي تشمل عليها خصوصية الفرد لم تتفق القوانين والفقهاء في وضع تعريف لمفهوم الحياة الخاصة، فمن الفقهاء من ينظر أن عناصر تلك الخصوصية هي العائلة العاطفيه، والحياة الزوجية، والوظيفة، والحق بالاسم، والصوت، والصورة وغيرها، الا أن هذه العناصر لم تكن محل إتفاق بين جميع الفقهاء بل يمكن أن تكون هناك عناصر أخرى للحياة الخاصة ولم يتم ادراجها فيما تم ذكره من قبلهم².

أما فيما يتعلق بمفهوم الحياة الخاصة في القانون الأوروبي، فقد نصت الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الصادرة سنة 1951 على الحياة الخاصة في المادة رقم 8 على: " لكل شخص

¹ نيل الاوطار لمحمد بن علي الشوكاني دار الحديث، رقم الطبعة 1 عدد الاجزاء 8 اجزاء وهنا الجزء السابع سنة النشر 1413هـ -1993، ص 3020.

² د. ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دار النهضة العربية، 1983، ص 228.

الحق في احترام حياته الشخصية والعائلية واحترام سكنه ومراسلاته ... "، ونلاحظ أن هذا النص يحمي سرية الحياة الخاصة للفرد إضافة الى حرمة في وقت واحد.

واتجه الفقيه الفرنسي باونتر الى تعريف الحق بالحياة الخاصة بأنها: " كل ما ليس له علاقة بالحياة العامة أو هي كل ما لا يعتبر من الحياة العامة"¹.

ترى الباحثة أن الحق بالخصوصية هو استبعاد الآخرين من مجال الحياة الخاصة، أي له الحق في أن يترك وشأنه دون تدخل من الآخرين، وحقه بأن يحتفظ بأسراره، وهذا يعود للتطورات التي حدثت في نطاق التكنولوجيا الحديثة أصبحت تشكل اعتداء كبير على الحياة الخاصة للأفراد نتيجة سهولة الحصول على تلك الوسائل الحديثة ووفرته، حيث يتم استعمالها بطريقة تعسفية تهدف لاقتحام حرمة الغير.

الفرع الأول: حرمة المسكن

لم تقتصر حماية المشرع الفلسطيني على حماية ملك الغير بل امتدت الى حيازته للعقار، لما تتطوي عليه هذه الحيازة من إحساس صاحبها بالأمن والأمان، وتعتبر حرمة المسكن من الدائم الأساسية للحرية الشخصية ولخصوصية الإنسان، ويعتبر الدخول غير القانوني لها جريمة يعاقب عليها القانون.

لقد جرم المشرع عديد الأفعال التي تشكل إعتداء على المسكن أو تمس من حرمة أو حرية استعماله، كما عاقب الموظف العمومي الذي يدخل مسكن إنسان بدون رضاه وذلك بدون مراعاة الموجبات القانونية، أو دون لزوم ثابت لذلك عن طريق تجاوزه لحدود السلطه الممنوحة له، فالموظف العمومي الذي ينتهك حرمة المسكن يكون قد أفرط في استعمال السلطة المخولة له.

وجود السكن الذي يأوي إليه الإنسان يعد من أهم الحاجيات الأساسية التي لا غنى عنها، ويكون لهذا المكان حرمة خاصة ويوفر له القانون حماية مشددة، والمسكن هو المكان الذي يتخذه

¹ حسام الدين كمال الاهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة الحق في الخصوصية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، بدون ط، 1978، ص 53.

الإنسان محلاً للإقامة فيه بشكل دائم أو مؤقت سواء أكان مملوكاً له، أو ملكاً للغير، وهو يملك الإنتفاع به، وتلحق به توابع المسكن كالحديقة، أو الكراج وغيرها، شريطة أن تكون تابعة له ومتصلة به اتصالاً مباشراً، ويوفر القانون حماية للمسكن بسبب أنه يعد مستودع أسرار الإنسان ويضم بين جنباته الأشياء الخاصة به.

إذن نحن أمام تحد تشريعي لحماية حرمة المساكن بين ضرورة حفظ الأمن، ومنع الجريمة التي يستغل البعض المساكن المأهولة لارتكابها أو للتخطيط أو للتحضير لها كتخزين أسلحة أو ما شابه، فلا بد للسلطات العامة من أن تقوم بمراقبة تلك المساكن المشبوهة وتفتيشها، وبين حق الفرد في صيانة أسرارها الخاصة وحقه في الخصوصية، بأن لا يطلع أحد ما على أسرارها أو يكشف حياته الخاصة في المنزل ومحل عمله، من جهة أخرى من واجب القضاء التحري عن الجرائم وتقتضي ضرورات التحقيق تفتيش بعض الأماكن التي يجد قاضي التحقيق أو المحكمة امكانية للعثور فيها على أدلة اثبات أو نفي الجريمة المسندة لشخص ما، وهو الأمر الذي يمكن المحكمة من معرفة مرتكب الجريمة لإنزال العقاب به.

وفي خضم هذه التحديات نجد المشرع الفلسطيني نظم في قانون أصول المحاكمات الجزائية إجراءات التفتيش، وقد راعى المشرع فيها إلى حد ما المنهج الدستوري الضامن لحق الخصوصية في المساكن، حيث نستطيع أن نحصي أهم الضمانات التي تكفل هذا الحق.

الفرع الثاني: سرية المراسلات

حدد المشرع المقصود بلفظ المراسلات و يقصد بها: كافة الرسائل المكتوبة، سواء أرسلت بطريق البريد، أو بواسطة رسول خاص، كما ينصرف معنى المراسلات أيضاً إلى البرقيات.

وليس هناك أية شروط فيما يتعلق بالمظروف الموضوع به الرسالة، فقد يكون مغلقاً أو مفتوحاً أو أن تكون بطاقة مكشوفة طالما أن الواضح من قصد المرسل أنه لم يقصد اطلاع الغير عليها بغير تمييز¹.

¹ د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الاجراءات، مكتبة رجال القضاء ط 7 سنة 1993 ص 578

وتعد الرسائل ترجمة مادية لأفكار شخصيه أو لرأي خاص لا يجوز لغير طرفي هذه الرسالة معرفتها، وإذا قام أحد الأشخاص بالإطلاع عليها فإن ذلك يعد انتهاكاً لحرمة المراسلات¹، ومن ثم فهو انتهاك لحرمة الحياة الخاصة وعلّة ذلك أن الرسالة قد تتضمن اسراراً وأموراً تتعلق بخصوصيات الشخص، فلا يجوز الإطلاع عليها الا باتباع إجراءات محددة وحالات نظمها القانون ويتعلق بالمراسلات حقان أولهما الحق في الملكية، و ثانيهما الحق في الحياة الخاصة.

ومما لا شك فيه أن للمراسلات حرمة مفادها أنه لا يجوز الإطلاع على المراسلات الا من المرسل أو المرسل اليه، بصرف النظر عما تحتويه هذه المراسلات حتى لو تضمنت معلومات لا تتعلق بالحياه الخاصة لهما فهنا يتعين احترام حرمة هذه المراسلات.

وتتجه محكمة النقض المصرية إلى تجريم فعل انتهاك سرية المراسلات دون سند من القانون فالأصل حرمة المراسلات والاستثناء الإطلاع عليها إذا كانت هناك حاجة تدعو الى ذلك كتحقيق قضائي، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة بأن: " الأصل أنه لا يجوز افشاء اسرار الخطابات والتلغرافات والإتصالات التليفونية، غير انه اذا استلزمت مصلحة التحقيق ضبط الخطابات والتلغرافات والاطلاع عليها ومراقبه المكالمات التليفونية فانها تكون مصلحة أولى بالرعاية من الحفاظ على أسرار هذه المكاتبات والمكالمات"².

¹ د. ممدوح خليل البحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، اطروحة دكتوراه، دارالنهضة العربية، 1983، ص248.

² د. محمد الشهاوي، الحماية الجنائية لحرمة الحياه الخاصة، دار النهضة العربيه، مصر، 2005، ص 187 .

الفصل الثاني

الحماية الجزائية على مستوى القواعد الإجرائية

عند الحديث عن القواعد الإجرائية نجد أنها عبارة عن مجموعة من القواعد التي تنظم عمل السلطات العامة عند وقوع الجرائم وجمع الأدلة، وملاحقة مرتكبيها، والتحقيق معهم، وتنفيذ العقوبة بهم، وتحدد مقدار العقوبة المقررة لها، وتسمى بالشق الإجرائي (قانون الإجراءات الجزائية) وعند التطرق الى هذا الفصل لا بد لنا من الحديث في عدة مباحث عن إقرار الحماية الجنائية لقرينة البراءة على مستوى القواعد الإجرائية، وذلك في مرحلة ما قبل المحاكمة وما بعد المحاكمة من مرحله التحري وجمع الإستدلالات ومرحلة التحقيق الإبتدائي وأثناء المحاكمة وبعد صدور الحكم.

فيتولى قانون الإجراءات بيان الإجراءات التي ينبغي اتباعها عند وقوع السلوك غير المشروع، حيث ان الوسائل والإجراءات التي تقوم بها السلطات العامة عند وقوع جريمة قد تؤدي الى المساس بحقوق الناس وحررياتهم، لكن تم إقرار هذه الحماية على مستوى القواعد الإجرائية ووضع المشرع ضوابط وحدود قد أقرها عن طريق قانون الإجراءات الجزائية لعدم المساس بالحقوق والحرريات تلك.

المبحث الأول: الحماية الجزائية في مرحلة ما قبل المحاكمة

المطلب الأول: مرحلة التحري وجمع الإستدلالات

يعرف التحري بأنه: " مجموعة من الأعمال التي يقوم بها مأموري الضبطية القضائية ومساعدتهم يكون الغرض منها جمع الأدلة والقرائن التي تثبت وقوع جريمة ما، (جناية أو جنحة) من شخص معين بذاته"¹.

¹ محمد الشيمي وسمير الامين، مرجع سابق، ص 7.

ويتضح لنا من التعريف ضرورة توافر شروط معينة في التحري هو:

- 1- أن يصدر هذا التحري من شخصية مختصة قانوناً.
- 2- يجب أن يكون هذا التحري بشكل جدي.
- 3- أن يكون التحري مبني على قرائن قانونية مستساغة.
- 4- أن ينصب هذا التحري على جريمة معينة بالذات تكون جنائية أو جنحة تحقق وقوعها بالفعل لا عن جريمة مستقبلية أو محتملة.
- 5- يجب أن يشير التحري الى شخصية المتهم وتحديده تحديداً كاملاً دون إبهام من حيث السن والعمل ومحل الإقامة والحالة الجنائية ... الخ.

وتعرف جمع الإستدلالات بأنها: "مجموعة الإجراءات التمهيديّة السابقة على تحريك الدعوى الجنائية، التي تهدف الى جمع المعلومات والإستخبارات، والبيانات، والإيضاحات في شأن جريمة وقعت، أو على وشك الوقوع بغية أن تتخذ سلطات التحقيق القرار الملائم في شأن تحريك الدعوى الجنائية أو عدم تحريكها"¹.

"وتعتبر مرحلة التحري وجمع الإستدلالات من أهم مراحل الإجراءات الجنائية فهي تقوم بتجميع الآثار والأدلة المادية التي تثبت وقوع العمل الإجرامي، والأساس الذي تبنى عليه كافة الإجراءات الأخرى"².

وتتميز هذه الإجراءات جميعها عن التحقيق بأنها لا تتضمن المساس بحرمة مسكنه ولا بشخص المتهم، لذا يجوز إجراؤها ولو لاكتشاف الجريمة والعثور على دلائل اياً كان نوعها.

وقد خول القانون فئة معينة صفة الضبطية القضائية لاتخاذ الإجراءات لكشف النقاب عن الجريمة، هي بذلك تعتبر إجراءات تمهيدية تساعد سلطة الإتهام في تحريك الدعوى الجنائية وتسهل

¹ د. عبد الله ماجد العكايلة، الوجيز في الضبطية القضائية دراسة تحليلية تاصيلية نقدية مقارنة في القوانين العربية والاجنبية، جامعة عين شمس، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، 2010 م - 1431 هـ، ص 120.

² د. محمد علي السالم عياد الحلبي والاستاذ سليم الزعنون، شرح قانون الاجراءات الجنائية الفلسطيني، الناشر مكتبة دار الفكر القدس ابو ديس، 2002، ص 177.

لها القيام بعملها حسب قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، حيث قضت المادة (19) فقره 2 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني بأن: "يتولى مأمور الضبط القضائي البحث والاستقصاء عن الجرائم، وملاحقة مرتكبيها، وجمع الإستدلالات التي تلزم للتحقيق في الدعوى".

حيث نلاحظ من نص المادة السابقة أن المشرع الفلسطيني أناط بمأموري الضبط القضائي مهمة القيام بالبحث والاستقصاء عن الجرائم وملاحقة مرتكبيها، ضمن ما يعرف بمرحلة جمع الإستدلالات، بالإضافة إلى عمل التحريات الضرورية واللازمة عن مرتكبيها لتستطيع النيابة العامة مباشرة التحقيق في الدعوى".

فمرحلة جمع الإستدلالات تكشف كثير من الجرائم التي تحدث في الخفاء، وتزيل كل لبس يتعلق بظروف وملابسات ودوافع ارتكاب الجرائم، حيث تشكل كل هذه الإجراءات نقطة بداية عمل رجال التحقيق وتسهيل مهمتهم في كشف غموض الجريمة، كما تسمح هذه المرحلة في بحث جدية البلاغات المقدمة لمأموري الضبطية القضائية في التمييز بين العمل الإجرامي الذي وقع والظروف التي أحاطت به عند قيامهم بالتحري، وعن مدى صدق البلاغ والبحث عن الجريمة وما يرافقه من نتائج.

كما يتضح لنا أن ما جاءت به المادة (23) من قانون الإجراءات الفلسطيني بقولها: " مع عدم الإخلال بأحكام المواد 16، 17، 18 من هذا القانون يحيل مأمور الضبط القضائي ذوو الإختصاص الخاص، المحاضر والمضبوطات المتعلقة بالمخالفات التي يختصون بها الى المحكمة المختصة ويتابعونها أمامها".

هنا قد أجازت لمأمور الضبط القضائي ذوي الإختصاص الخاص أن يحيلوا المحاضر التي ينظموها، وذلك في المخالفات التي تقع على القوانين المتعلقة بالبلدية والصحة والنقل على الطرق والتي يعاقب عليها بالغرامة فقط، أما التي يعاقب عليها بالحبس، فيجب إرسال المحاضر إلى النيابة العامة لإقامة الدعوى بالطرق المعتادة، وبالتالي يعود للإختصاص للنيابة العامة في المخالفات التي يعاقب عليها بالحبس والجنح في أن تقدر قيمة الإستدلالات الناتجة من أعمال مأمور الضبط القضائي وما إذا ترقى إلى قيمة أدلة قانونية أم لا، وفي شأن المخالفات يكون على

القاضي في المحكمة تقدير قيمتها القانونية ومدى جدية الأخذ بها، وهذا الأمر ينطبق أيضاً على ما تقوم به النيابة إستناداً للمادة (53) من قانون الإجراءات الفلسطينية بقولها: "إذا رأت النيابة العامة في مواد المخالفات والجنح أن الدعوى صالحة لأقامتها بناء على محضر جمع الإستدلالات تكلف المتهم بالحضور مباشرة أمام المحكمة المختصة".

يتضح من النص سالف الذكر، أن تصرف النيابة العامة في محضر الإستدلال بتحريك الدعوى الجزائية يختلف ما إذا كانت الجريمة من الجنح والمخالفات، أم من الجنايات، ففي الحالة الأولى، يجوز للنيابة العامة أن ترسل الدعوى مباشرة في حوزة قضاء الحكم عن طريق تكليف المتهم بالحضور أمام المحكمة المختصة، دون حاجة إلى إجراء التحقيق الابتدائي، أما إذا كانت الجريمة من نوع الجنايات، فلا تستطيع النيابة إذا ما رأت تحريك الدعوى أن تكلف المتهم بالحضور مباشرة أمام المحكمة المختصة، وإنما لابد من إجراء التحقيق الابتدائي وهذا يعنى أن التحقيق الابتدائي هو إلزامي في الجنايات وجوازي في مواد الجنح والمخالفات .

من هم أعضاء الضبط القضائي، حيث ورد بالمادة 21 يكون من مأموري الضبط القضائي:

1. النيابة العامة.
- وهنا تجدر الإشارة أن المشرع منح أعضاء النيابة العامة مهام الضبط القضائي والإشراف على مأموري الضبط كل في دائرة اختصاصه وذلك من خلال المادة 1/19
2. مدير الشرطة ونوابه ومساعدوه ومدير شرطة المحافظات والإدارات العامة.
3. ضباط وضباط صف الشرطة كل من دائرة اختصاصه.
4. رؤساء المراكب البحرية والجوية.
5. الموظفون الذين خولو صلاحيات الضبط القضائي.

وهكذا نلاحظ أن مأمور الضبط القضائي يقسمون الى طائفتين أساسيتين:

1. مأمورو الضبط القضائي الذين لهم اختصاص عام في جميع الجرائم وهذا واضح من خلال المادة 21 مثل المباحث، الأمن العام، وقد ركز المشرع على أصحاب الإختصاص العام.
2. مأمور الضبط القضائي الذين لهم اختصاص خاص وذلك بجرائم معينة أو في أحوال معينة مثل (مفتشو الأغذية والصحة والبلديات).

لقد حدد القانون صلاحيات واختصاصات مأمورو الضبط القضائي، في مباشرتهم لوظيفة الضبطية القضائية المتعلقة بالإستدلال والتحقيق ويخضعون لإشراف النيابة العامة وقد نص على ذلك قانون السلطة القضائية كما ورد ذلك في قانون الإجراءات الجزائي الفلسطيني المادة 19 فقرة 1، حيث يتولى أعضاء النيابة العامة الإشراف على مأموري الضبط كل في دائرة اختصاصه.

كما ونصت المادة 1/20 على إشراف النائب العام على مأموري الضبط القضائي ويخضعون لمراقبته فيما يتعلق بأعمال وظيفتهم، وهكذا نجد أن تبعية مأموري الضبط للنيابة العامة ليست تبعية إدارية، وإنما وظيفة فيما تخص وظيفة الضبطية القضائية من حيث جمع الإستدلالات والتحقيق.

لقد أورد المشرع الفلسطيني في المادة 22 إختصاصات أعضاء الضبط القضائي على النحو التالي:

1. قبول البلاغات والشكاوى التي ترد إليهم بشأن الجرائم وعرضها دون تأخير على النيابة العامة.
2. إجراء الكشف والمعاينة والحصول على الإيضاحات اللازمة لتسهيل التحقيق والإستعانة بالخبراء المختصين والشهود دون حلف اليمين.
3. اتخاذ جميع الوسائل اللازمة للمحافظة على أدلة الجريمة.
4. إثبات جميع الإجراءات التي يقومون بها في محاضر رسمية بعد توقيعها منهم ومن المعنيين بالأمر.

وهذه هي الاختصاصات التي حددها المشرع علماً بأنها أيضاً اختصاصات النيابة العامة حسب ما جاء بالمادة 1/19 من قانون الإجراءات، فإن النيابة العامة تتولى مهام الضبط القضائي، ومن خلال ذلك نلاحظ أنه يمكن للنيابة العامة أن تمارس هذه الإختصاصات، لأنها صاحبة الإختصاص الأصيل، إضافة إلى أنها تتشرف على عملهم.

ومن هنا نجد ضرورة لتعريف مفهوم التحري وجمع الإستدلالات، والشروط التي من الممكن أن نستنتجها من تلك التعاريف واستخلاص نصوص المواد المتعلقة بها، ومن ثم الإنطلاق الى ما يتفرع عن هذا التعريف أو تلك المرحلة، الا وهو الإستيقاف والتحفظ، سيتم مناقشتها في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: الإستيقاف

عرف الفقه الإستيقاف بانه: " إجراء يحق بتمقتضاه لمأموري الضبط القضائي وغيره من رجال السلطة العامة أن يستوقف كل من يشتبه في أمره، وأن يضع نفسه طواعية واختياراً موضع الشك والريبة، وذلك لسؤاله عن هويته، وعمله، ومحل اقامته، وكفيله، ومقصد جهته، ويجوز لمأموري الضبط القضائي إستيقاف السيارات الخاصة والعامة للثبوت من حيازة السائق على رخصة قيادة، أو لالتزامه بشروط السلامة أو للتحقق من أشخاص مستقلي السيارة إذا صدر من السائق ما يبعث على الشك والريبة"¹.

كماعرفته محكمة النقض المصرية بأنه: "إجراء يقوم به رجال السلطة العامة في سبيل التحري عن الجرائم وكشف مرتكبيها، ويسوغه اشتباه تبرره الظروف، وهو أمر مباح لرجال السلطة العامة إذا ما وضع الشخص نفسه طواعية، أو اختياراً في موضع الريبة والظن، وأن هذا الوضع ينبئ عن ضرورة وتسلزم التدخل للمستوقف للتحري والكشف عن حقيقته، عملاً بحكم المادة 24 من قانون الإجراءات الجنائية المصري"².

¹ علي محمد علي الحوسني، الحبس الاحتياطي في ضوء قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي رقم 35 لسنة 1992 والمعدل بالقانون الاتحادي رقم 29 لسنة 2005 (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، 2008م -1429هـ، ص 10

² نقض مصري، الطعن رقم 3421 لسنة 55 ق، احكام النقض جلسة 7 نوفمبر 1985.

وهنا نلاحظ بأنه يجب لصحة الإستيقاف أن تتوفر له مظاهر تبرره، فهو يتطلب أن يكون قد وضع نفسه موضع الشبهات والريب بما يستلزم تدخل المستوقف للكشف عن حقيقة أمره، وتلاحظ هنا الباحثة بأن الإستيقاف هو مجرد إجراء يتضمن السؤال عن الإسم، أو العنوان والوظيفة للتحقق من شخصيته، فهو لا ينطوي على تقييد حرية الفرد، إنما مجرد إيقاف عابر لتوافر شبهات، لمنع الجريمة قبل أن تقع.

فالفارق بين الإستيقاف والقبض، بأن الإستيقاف، هو إجراء من إجراءات الإستدلال وهو سابق لوقوع الجريمة وليس سالباً للحرية، وإنما هو مجرد تعطيل حركة الشخص للتحري عن حقيقته، أما القبض، فهو من إجراءات التحقيق وهو لاحق لارتكاب الجريمة ويقتضي حرمان الشخص من حريته ويترتب عليه التفتيش، أما الإستيقاف لا يوجد به تفتيش.

بالتالي إذا كان إجراء الإستيقاف بحد ذاته غير صحيح، فإن ذلك يؤدي إلى نتيجة حتمية وهي بطلان التلبس طبقاً للقاعدة ما بني على باطل فهو باطل، بالتالي إذا أدى الإستيقاف إلى كشف حالة تلبس بالجريمة، فإن ما يتخذ حيال التلبس من إجراءات من قبض أو تفتيش يكون باطلاً.

ومثال ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية: " إذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم هي أن أحد رجال المباحث رأى المتهم في الشارع، وأن المتهم عندما وقع نظره عليه أسرع في مشيته فارتاب في أمره و اقتاده الى المركز، و بمجرد وصوله إليه، استأذن الشرطي النيابة في تفتيشه ، فأذنت له، وعند تفتيشه وجد بجيبه مادة تبين من التحليل أنها أفيون، فإن هذا المتهم لا يصح أن يقال عنه أنه في وقت القبض عليه في حالة تلبس، وإذن القبض باطل، والإذن الصادر بالتفتيش يكون باطل كذلك، لأن استصداره إنما كان للحصول على دليل لم يكن في قدرة البوليس الحصول عليه لولا ذلك القبض، و قد كان للشرطي إذا كانت القرائن لديه على اتهام المتهم أن يعرضها على النيابة لاستصدار إذنها بالتفتيش من غير إجراء القبض¹."

¹ نقض مصري، جلسة 1942\4\2 مجموعة القواعد القانونية الجزء 5 رقم 385 ص 645 .

من قرارات محكمة النقض المصرية بخصوص بطلان الإستيقاف¹

"الإستيقاف إجراء يحق لرجل السلطة العامة أن يوقف الشخص ليسأله عن هويته وحرفته ووجهته إذا اقتضى الحال ذلك، ولكن له شروط ينبغي توافرها قبل اتخاذ هذا الإجراء، وهي أن يضع الشخص نفسه طواعية واختياراً منه في موضع الشبهات والريب، وأن ينبئ هذا الوضع عن صورة تستلزم تدخل المستوقف للكشف عن حقيقته، فإذا انتفت كان الإستيقاف باطلاً، وكل ما أسفر عنه من دليل يكون باطلاً".

الطعن رقم 2338 لسنة 59 ق جلسة 1990\4\12

الفرع الثاني: التحفظ

عرف جانب من الفقه التحفظ بأنه: " إجراء مقيد للحرية يأمر به مأمور الضبط القضائي لمدة محددة تحت رقابة القضاء، وعرفه البعض الآخر بأنه: إجراء يقوم به مأمور الضبط القضائي على كل شخص في مكانه أو في مركز الشرطة ولمدة محددة قانوناً، وذلك لضرورة جمع الإستدلالات ويجب أن يكون التحفظ في مركز الشرطة².

أجد بأنه على الرغم من نص قانون الإجراءات الفلسطيني على التحفظ، الا أنني لم أجد تعريفاً لهذا الإجراء في نص قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، غير أنني يمكن تحديد المقصود بهذا الإجراء في ضوء الهدف من تقريره إضافة إلى تفسير نص المادة 117 إجراءات والتي تنص: "على المسؤول عن مركز الشرطة أن يحتفظ على المقبوض عليه إذا ما تبين له: أ-أنه ارتكب جناية وفر أو حاول الفرار من المكان الموقوف فيه.

ب-أنه ارتكب جنحة وليس له محل إقامة معروف أو ثابت في فلسطيني.

ج-لا تتجاوز مدة التحفظ في جميع الأحوال على 24 ساعة يتم إبلاغ النيابة العامة بذلك فوراً".

¹ محمد الشيمي، مرجع سابق، ص 83.

² د. عبد الله ماجد العكايلة، مرجع سابق، ص 413.

ومن هنا نستدل بأن المشرع الفلسطيني قيد مأمور الضبط القضائي في التحفظ على الشخص الذي تم القبض عليه في حالتين وهما: إذا كان مرتكب لجناية وفر أو حال الفرار من المكان الموقوف فيه، والحالة الأخرى هي إذا ارتكب جنحة وكان الشخص الذي تم القبض عليه بلا محل إقامة معروف أو ثابت في فلسطين، هنا يجوز لمأمور الضبط القضائي التحفظ عليه مدة لا تتجاوز 24 ساعة، وفي غير هذه الحالات لا يجوز التحفظ عليه، بل على مأمور الضبط القضائي أن يرسله فوراً للنيابة العامة لتقرر هي توقيفه بعد استجوابه، ولم يعتبره المشرع الفلسطيني هنا مدة توقيف بل اعتبره مده تحفظ وأن التحفظ هنا هو أمر وجوبي وليس جوزاي لمأمور الضابطه، ونستدل على ذلك من عبارة: " على المسؤول عن مركز الشرطة أن يتحفظ ... و هنا مأمور الضابطة أو مسؤول الشرطة، لا يملك حق الإفراج عن المقبوض عليه وإنما يترك أمر الإفراج الى وكيل النيابة صاحب سلطة الإفراج وسلطة التوقيف .

وهنا نلاحظ أيضاً من ضمانات المتهم وخوفاً من انتهاك قرينة البراءة بخصوصه، فقد أوجب القانون على مسؤول الشرطة أن يقوم بإبلاغ النيابة العامة بقرار التحفظ فوراً، ونستدل على ذلك بعبارة: " على مأمور الضبط القضائي أن يرسله فوراً للنيابة العامة لتقرر هي ... " .

تجد الباحثة بأن إجراء التحفظ هو من إجراءات الاستدلال الإستثنائية فإذا كان الأصل أن إجراءات الاستدلال لا تشكل مساساً بحريات الأشخاص أو قيداً عليهم، فإن التحفظ يعتبر إجراء قسري يمس الحرية الشخصية وبالتالي فهو إجراء استثنائي تقتضيه ضرورات معينة ارتأها المشرع، فأجاز التحفظ على المشتبه فيه لحين استصدار أمر بالقبض عليه.

المطلب الثاني: مرحلة التحقيق الابتدائي

إن إجراءات التحقيق الابتدائي من الأمور المهمة التي تساعد القضاء في بيان الملامح العامة للجريمة، كما أن التحقيق الابتدائي يساعد على ترجيح الإتهام والتأكد من قيام أدلة الإثبات ونسبة الجريمة إلى فاعل معين.

وقد استقر القضاء والفقهاء على تعريف التحقيق الابتدائي بأنه عبارة عن: "القيام بمجموعة من الإجراءات التي تستهدف التفتيش عن الأدلة في شأن الجريمة المرتكبة، وجمعها، وكشف ملبساتها، وترجيح الإتهام لشخص معين، وإحالة إلى القضاء".¹

بالتالي إن وقوع الجرائم في المجتمع يضر بأمن هذا المجتمع واستقراره، فإجراءات التحقيق الابتدائي والوصول إلى الجاني بالسرعة الممكنة تهدف لنشر الأمن، والإستقرار، علماً أنها من أكثر المراحل خطورة على حقوق الناس وحررياتهم، ولذلك يجب التقيد بالقواعد الرئيسية التي تحكم الإجراءات عند القيام بالتحقيق الابتدائي، حفاظاً على كرامة الناس وحررياتهم.

"ونظراً لخطورة المرحلة على حقوق الناس وحررياتهم لسريتها وعدم علانيتها، وجب إحاطتها بضمانات تمنع الظلم والتعسف وتضع الحدود اللازمة للسلطة المخولة بالتحقيق، وتحدد الصلاحيات المخولة، لها منعاً لإساءة استعمال السلطة وإحاطة المتهم بضمانات تمنع إنتزاع أقواله أو تعذيبه، وتوفر له الحماية اللازمة للإدلاء بأقواله بكل حرية، دون التعرض لأي ضغط، أو إكراه، والمحافظة على كرامته كإنسان".²

وهذه الإجراءات نظمها قانون الإجراءات الفلسطيني في المواد 55 وما بعدها، وتتمثل في الضمانات أثناء مباشرة إجراءات التحقيق من الإستجواب، والقبض، والتوقيف، والتفتيش، وسماع الشهود، والكشف والمعينة، إضافة إلى بعض الضمانات المتمثلة بإجراءات التحقيق ذاته من تدوين التحقيق من قبل كاتب، وعلانية التحقيق بالنسبة للخصوم، والمحافظة على أسرار التحقيق وغيرها من ضمانات أثناء المحاكمة وبعدها، لذا سوف تقوم الباحثة بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: ضمانات خاصة بإجراءات التحقيق.

الفرع الثاني: ضمانات خاصة أثناء مباشرة إجراءات التحقيق.

¹ د. محمد علي السالم الحلبي، مرجع سابق، ص 139.

² الدكتور محمد علي السالم عياد الحلبي والاستاذ سليم زعنون، شرح قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني، مرجع سابق ص 209

الفرع الأول: ضمانات خاصة بإجراءات التحقيق

أولاً: تدوين التحقيق

إن تدوين التحقيق ما بين وكيل النيابة والمتهم، هو أمر من الأمور الضرورية والمهمة والتي تساهم في الحفاظ على الوقائع والمعلومات من أي نسيان أو تضارب وتداخل، ويجب أن يتم تدوينها من خلال كاتب يرافق وكيل النيابة في جميع إجراءات التحقيق، حيث تنص المادة 58 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني: " يصطحب وكيل النيابة في جميع إجراءات التحقيق كاتباً لتدوين المحاضر ويوقعها معه.

ويتضح من خلال النص السابق، أن المشرع أوجب على وكيل النيابة المختص بالتحقيق أن يصطحب معه كاتب يرافقه في جميع إجراءاته، ويوقعها معه، ويصادقان معاً على جميع محاضر الضبط، وذلك حتى تكون حجة في الإثبات، وخلاف ذلك فإنها تستبعد كدليل وحجة في الإثبات التي تكون أساساً لما يبنى عليها من نتائج، فإن المحضر يعتبر صحيحاً.

"إن تفرغ كاتب لتدوين إجراءات التحقيق، هو إعطاء الفرصة للقائم بالتحقيق أن يتفرغ لعمله، وليقوم بتحرير المحضر بنفسه، ولإعطائه الفرصة لتركيز ذهنه¹. "

ونلاحظ بأن نص 58 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، لم يحدد كاتب بعينه لتدوين الإجراءات للتحقيق، فالنص لم يلزمه، فيجوز لوكيل النيابة المختص بالتحقيق أن يصطحب معه مأمور ضبط دعته لاصطحاب كاتب آخر من غير كتاب النيابة، ودون أن يكون ملزم بأن يقوم بتحليفه اليمين، حيث العبرة هنا في قانوننا بوجود كاتب مع المحقق، حيث لم يحدد القانون طريقة واجب علينا اتباعها في حال انتداب كاتب آخر من غير كتاب النيابة.

"ونظراً لأهمية محضر التحقيق الابتدائي، فإنه لايجوز أن يحصل حك، أو شطب، أو تحشية، وإذا اقتضى الأمر ما ذكر سابقاً، وجب على المحقق، والكاتب، والشخص الذي يتم

¹ د. محمد علي السالم الحلبي، الوجيز في اصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص148.

استجوابه أن يوقعوا ويصادقوا على الشطب، وفي حال عدم المصادقة، يكون الشطب والإضافة كأن لم يكن¹."

أما فيما يتعلق بالبيانات الواجب تدوينها في المحاضر فهي:

1- جميع الأمور المتعلقة بالتحقيق والتي يراها وكيل النيابة ضرورية كي يظهر الحقيقة، بالإضافة إلى شهادات الشهود كل على حدا، وذلك استناداً إلى نص المادة 77 إجراءات جزائية فلسطيني: " لوكيل النيابة، أو المحقق المفوض، استدعاء جميع الأشخاص الذين يرى امكانية الإستفادة من شهادتهم، وردت أسماؤهم في التبليغات، أو الشكاوى، أو لم ترد، وله الإستماع إلى أقوال أي شاهد يحضر من تلقاء نفسه، وفي هذه الحالة يثبت ذلك في المحضر.

2- تدوين أقوال وإفادة المتهم فوراً من قبل الكاتب، وذلك استناداً لنص المادة 96 فقرة 2 التي تنص: " يجب إثبات أقوال المتهم في محضر الإستجواب."

3- ضرورة تدوين تاريخ المحضر، وذلك لمعرفة تاريخ مباشرة الإجراءات المتعلقة بإجراءات التحقيق، وبالتالي احتساب مدد التقادم.

ثانياً: المحافظة على أسرار التحقيق

إن إجراءات التحقيق والنتائج المترتبة عليها ينبغي عدم البوح بها، أو إفشائها، بإجراءات التحقيق من الأسرار التي يجب المحافظة عليها كون أسرار التحقيق تضر بالعدالة، لكونها تتعارض مع مصلحة المجتمع، إضافة إلى كون موقف المتهم في هذه المرحلة لم يتحدد بعد، وحرصاً على سمعته، واعتباره بريء حتى يتم إثبات إدانته.

فتنص المادة 59 إجراءات جزائية فلسطيني على: " تكون إجراءات التحقيق، أو النتائج التي تسفر عنها، من الأسرار التي لا يجوز إفشاؤها، ويعتبر إفشاؤها جريمة يعاقب عليها القانون"، هنا حتى يتم ضمان سير إجراءات التحقيق في مجراها الطبيعي، فإن أي مخالفة لنص هذا القانون يترتب عليه عقوبة يتم إيقاعها على مرتكبها، كون سلطة التحقيق هي سلطة رسمية ومقيدة بعملها

¹ القاضي د. محمد الطراونة، مرجع سابق، ص 86.

في حدود القانون التي تحكم الموظف بعمله، بالتالي ضرورة التزام الموظف بعدم إفشاء أسرار عمله.

كما يحق للخصوم ووكلائهم أن يطلعوا على التحقيقات التي تمت في غيابهم، لكن بعد أخذ إذن من قبل النيابة العامة كما نص قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني في المادة 92 والتي تنص: " للخصوم ووكلائهم وللمدعي بالحق المدني، حق الإطلاع على محاضر التحقيق حال الإنتهاء منها بعد حصولهم على إذن بذلك من النيابة العامة " .

" يحق لوكيل النيابة أن يقرر إجراء تحقيق بمعزل عن الخصوم ، في حالة الإستعجال، أو متى رأى ضرورة ذلك لإظهار الحقيقة، و قراره بهذا الشأن لا يقبل المراجعة، إنما يجب عليه عند إنتهائه من التحقيق المقرر على هذا الوجه أن يطلع عليه ذوي العلاقة ، و ذلك استناداً للمادة 98 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني"¹، لوكيل النيابة استجواب المتهم قبل دعوة محاميه للحضور في حالات التلبس و الضرورة و الإستعجال و الخوف من ضياع الأدلة على أن تدون موجبات التعجيل في المحضر وللمحامي الحق في الإطلاع على أقوال المتهم عند إنتهاء الإستجواب " .

"واخيراً يمكننا القول بأن الهدف من إجراء التحقيق بعيداً عن الجمهور، هو الحفاظ على سمعة المتهم، لأن علم الناس بالتهمة الموجهة إليه لن يمحوها أي قرار صادر من سلطة التحقيق، حتى وإن أصدر المحقق قراراً بمنع المحاكمة عنه، كما أن العلانية قد تعيق إظهار الحقيقة هذا فضلاً على أن السرية تحول دون تأثير المحقق بالرأي العام"².

ثالثاً: السرعة في إجراءات التحقيق

وتمثل السرعة في إجراءات التحقيق ضماناً لحق المتهم، لما قد يسبب هذا الإجراء من توقيف، أو حبس، أو إرهاب في استجواب المتهم والتحقيق معه، بالتالي فإن المتهم يخضع لظروف

¹ د. محمد علي السالم عياد الحلبي والاستاذ سليم زعنون، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، مرجع سابق، ص229.

² القاضي د. محمد الطراونة، مرجع سابق، ص83.

صعبة جداً وقاسية في الإجراءات، خاصة فيما لو طالت تلك الإجراءات قد تتعكس سلباً عليه وعلى أفراد أسرته، لذا وجب السرعة في هذه الإجراءات لتلافي أي ضرر قد يلحق بالمتهم، حتى يتم تحديد مركز المتهم دون أن يطول توقيفه إذا كان بريئاً.

ويجب أن يراعي السرعة بالإجراءات كون التأخير يؤدي للتحريف في الشهادة، أو محاولة اخفائها،¹ فالبطؤ في إجراءات التحقيق قد يترتب عليه تعريض أدلة الجريمة ومعالمها لخطر الضياع¹.

وقد نصت المادة 27 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على: " يجب على مأمور الضبط القضائي في حالة التلبس بجناية أو جنحة أن ينتقل فوراً الى مكان الجريمة ويعاين الآثار المادية لها ويحتفظ عليها، ويثبت حالة الأماكن والأشخاص وكل ما يفيد في كشف الحقيقة، ويسمع أقوال من كان حاضراً أو من يمكن الحصول منه على إيضاحات في شأن الجريمة ومرتكبيها، ويجب عليه أن يخطر النيابة العامة فوراً بإنقاله، ويجب على عضو النيابة المختص بمجرد إخطاره بجناية متلبس بها، الإنتقال فوراً الى مكان الجريمة".

هنا أوجب القانون على مأمور الضبط القضائي في الحالات التي يكون بها تلبس، سواء أكانت جناية أو جنحة، أن ينتقل فوراً الى مسرح الجريمة، وأن يعاين جميع الآثار المترتبة والناجئة عنها، وأن يسمع أقوال من كان حاضراً وقتها، وعليه أن يقوم بإبلاغ النيابة العامة فوراً وبأسرع وقت ممكن خوفاً من ضياع الأدلة وخوفاً من تحريف الشهادة كما نصت المادة 105 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على: " يجب أن يتم الإستجواب خلال أربع وعشرين ساعة من تاريخ إرسال المتهم الى وكيل النيابة الذي يأمر بتوقيفه أو إطلاق سراحه ".

¹ د. محمد علي السالم عياد الحلبي والاستاذ سليم زعنون، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، مرجع سابق، ص 231.

هنا بمجرد إرسال المتهم إلى النيابة العامة، فإنه يتوجب على وكيل النيابة أن يقوم باستجواب المتهم في مدة أقصاها 24 ساعة، حتى يتسنى له تحديد مركزه القانوني، هل هو متهم أم بريء.

ومن خلال النصوص القانونية السابقة، يتبين لنا بأن السرعة في إجراءات التحقيق من الأمور التي أكد عليها مشرعنا الفلسطيني، لما فيها من تحقيق عدالة وصون الحريات دون مساس بحق المتهم بالدفاع عن نفسه.

الفرع الثاني: ضمانات خاصة أثناء مباشرة إجراءات التحقيق

أولاً: إجراءات سماع الشهود

تعريف الشهادة: "هي عبارة عن إثبات وقائع مادية لا يأتي اثباتها بالكتابة، ولكن من خلال ما يقوله أحد الأشخاص عما يكون قد شاهده أو سمعه، وهي دليل عادي في المسائل الجنائية¹."

أما أنواع الشهادة² فهي:

1- الشهادة المباشرة: هي تلك التي يعاين بها الشاهد الحادثة بنفسه، إما بواسطة البصر بالمشاهدة كمن يشاهد قاتل، أو بواسطة السمع كمن يسمع عبارات القذح، أو بواسطة الشم، مثل: شم رائحة المخدرات، وتعد هذه الشهادة من أقوى أنواع الشهادة في الإثبات.

2- الشهادة السماعية: وهي التي لا يكون فيها الشاهد قد عاين فيها الحادثة بنفسه، وإنما سمعها عن غيره وهو يرويها، وهي أقل قيمة في الإثبات من المباشرة، ولا تمنع القاضي من الأخذ بها بالحكم.

3- الشهادة بالتسامع: وهي المبنية على ما يردده الناس من أقوال وعلى الرأي الشائع فيما بينهم، وهي لا تعد دليل ولا يجوز للقاضي الأخذ بها في قراره.

¹ د. محمد علي السالم عياد الحلبي والاستاذ سليم زعنون، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، مرجع سابق ص 263

² ايمن الظاهر، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، (دراسة مقارنة)، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 89 و90

وبعد توضيح تعريف الشهادة وأنواعها، لا بد لنا من أن نأتي على شرح نصوص المواد المتعلقة بالشهادة في قانون الإجراءات الجزائي الفلسطيني من 77-93.

تعيين الشهود

تنص المادة 77 إجراءات جزائية فلسطيني على: (لوكيل النيابة أو المحقق المفوض استدعاء جميع الأشخاص الذين يرى امكانية الإستفادة من شهادتهم في كشف الحقيقة، سواء وردت أسماؤهم في التبليغات أو الشكاوى أو لم ترد، وله الإستماع الى أقوال أي شاهد يحضر من تلقاء نفسه، وفي هذه الحالة يثبت ذلك في المحضر).

هنا يتولى وكيل النيابة أو المحقق القيام بتعيين أسماء الشهود ومن يرى أنهم يفيدوا إجراءات التحقيق، فله سلطة تقديرية في سماع أقوال من يراه مناسب سواء وردت أسماء الشهود في التبليغات والشكاوى أو لم ترد، وسواء حضر أو لم يحضر، ويثبت ويدون ذلك في المحضر في حال حضورهم.

ونرى أن مثل هذا النص يحقق العدالة ولا يخالف القانون، حيث نجد الأمر جوازي للمحقق في سماع الشهود أم لا، فالمشرع ترك تلك السلطة بيد المحقق ليقدر الإستفادة من تلك الشهادة بمرور الأسماء أم لا، وسواء أكان حاضراً أم لا، على أن يتم تدوين ذلك بالمحضر وذلك للوصول للحقيقة.

أداء الشهادة

نص المادة 80 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني: "يدلي الشهود بأقوالهم فرادى أمام وكيل النيابة بعد حلف اليمين بحضور كاتب التحقيق، ويحرر محضر بأفادتهم والأسئلة الموجهة إليهم".

يتضح من هذا النص كيفية أداء الشهادة بأن تكون بشكل فردي بحيث يكون كل شاهد على انفراد، و الحكمة في ذلك خوفاً من أن يتأثر شاهد بإفادة شاهد آخر، ويكون حلف اليمين القانونية بأن يشهدوا بالحق بالرغم من عدم وضع صيغة معينة لأداء تلك الشهادة، وقد جرى العمل

على أن تكون الصيغة ب: " أن يحلف الشاهد على كتابه الذي يدين به، بأنه سيشهد الحق و لا شيء غير الحق دون زيادة أو نقصان، و الهدف من ذلك تذكير الشاهد بأنه بين يدي الله، وسوف يتعرض لغضبه إن قال غير الحقيقة¹، على أن يكون حلف اليمين قبل الإدلاء بالشهادة، أي لا يجوز سماع شهادته ومن ثم تحليفه اليمين، وأن يدون جميع أقوالهم و إفاداتهم بمحضر رسمي وتوقيعة عليه كما قضت محكمه التمييز الأردنية بعدم جواز الإعتماد على إفادة المشتكي التي يؤديها بدون قسم في إدانة المتهم².

مصادقة افادة الشاهد على إفادته

نص المادة 81 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني: "تتلى على الشاهد إفادته ويصادق عليها بتوقيعه أو ببصمة إصبعه، وإذا امتنع أو تعذر الأمر، يشار إلى ذلك في المحضر، وتوقع الإفادة من وكيل النيابة وكاتب التحقيق".

إن المشرع الفلسطيني هنا أوجب على وكيل النيابة أن يقوم بتلاوة إفادة الشاهد عليه، وأن يطلب منه الشاهد أن يوقع عليها إن كان يقرأ، أو يبصم إن كان أمي، وفي حال امتنع الشاهد عن التوقيع، يتوجب على وكيل النيابة والكاتب التوقيع على إفادته.

الشهادة على سبيل الإستئناس

نص المادة 83 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني: "1-تسمع على سبيل الإستئناس إفادة الأشخاص الذين لم يتموا الخمس عشرة سنة من أعمارهم دون حلف يمين 2-يعفى أصول المتهم وفروعه وزوجه من حلف اليمين ما لم تكن الجريمة قد وقعت على أي منهم".

هنا حدد القانون في نص المادة هذه الحالة التي يتم فيها سماع الشهادة على سبيل الإستئناس أو الإستدلال، وهي في حالة كون الشاهد لم يتم الخمس عشرة سنة من عمره بمعنى هنا

¹ ايمن الظاهر، شرح قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني، (دراسة مقارنة)، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص97.

² مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الاردنية الصادرة مجلة نقابة المحامين الاردنيين من سنة 1951 حتى 2009 وهنا السنة هي 1953 تمييز جزء رقم 35\23 ص 322

تعتبر إجراء من إجراءات الإستدلال في حال كونه أقل من هذا العمر، بالتالي تسمع هذه الشهادة دون حلف يمين ولا يصح الإدانة بها ما لم تكن معززة ببينة أخرى، وقد قضت محكمة التمييز الأردنية بهذا الخصوص باستبعادها لشهادة الغير مميز البالغ من العمر ست سنوات، فهي غير مقبولة و غير جديره بالثقة، على خلاف شهادة الشاهد الذي تؤخذ أقواله على سبيل الإستدلال لعدم اتمامه الخامس عشر من عمره، و العلة في ذلك سهولة التأثير على الصغير غير المميز وسهولة تلقينه¹.

كما ويعفى الأصول والفروع للمتهم من حلف اليمين، أما لو كان المتهم ابن الشاهد وارتكب الجريمة ضد والده، فإنه لا يحق للوالد أن يمتنع عن حلفان اليمين كون الجريمة مرتكبة ضده.

المواجهه للشهود

نص المادة 84 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني: "لوكيل النيابة مواجهة الشهود ببعضهم البعض ومواجهتهم بالمتهم، إذا اقتضى الأمر ذلك".

هنا في حال كان من مصلحة التحقيق مواجهة الشهود بعضهم ببعض، أو مواجهة المتهم بالشهود، وذلك كشفاً للحقيقة فإنه أمر جوازي لوكيل النيابة أن يقوم به، "ولم يرسم القانون طريقه معينة يتوجب على وكيل النيابة اتباعها بالمواجهه"²، وعليه فان أي خلو في محضر التحقيق من مواجهة الشهود لبعضهم او للمتهم فإنه لا يرتب عليه البطلان.

حلف اليمين والشهادة من قبل رجال الدين

نص المادة 90 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني: "إذا دعي أحد رجال الدين لتأدية الشهادة أمام وكيل النيابة أو المحكمة، و طلب أن يحلف اليمين بين يدي أسقفه أو رئيسه الديني، عليه أن يتوجه الى أيهما في الحال، ويؤدي اليمين أمامه مقسماً أنه سيجيب بالصدق على ما يلقي عليه من أسئلة، ثم يعود بشهادة من ذلك المرجع بأنه حلف اليمين وتسمع بعد ذلك شهادته".

¹ مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الاردنية الصادرة مجلة نقابة المحامين الاردنيين سنة 1998 ، ص 31.

² ايمن الظاهر، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، (دراسة مقارنة)، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص115.

هنا بناء على تكليف رسمي من قبل وكيل النيابة للأسقف الديني بأن يتم تأدية اليمين أمامه ويعود بعد ذلك بشهادته من أسقفه الى وكيل النيابة بعد أدائه اليمين أنه سيقول الصدق.

الامتناع عن الشطب والاضافه في محضر الشهاده

نص المادة 91 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني: "لا يجوز أن يحصل حك أو شطب أو إضافة في محضر الشهادة، وإذا وجد ذلك، فعلى وكيل النيابة وكاتب التحقيق والشاهد التوقيع عليه، والا عد الشطب أو الإضافة لاغياً".

حتى يعتبر للشهادة قيمة قانونية لا يجوز أن يحصل شطب حك أو إضافة في محضر الشهادة وإن حصل ما ذكر فأوجب القانون على وكيل النيابة والكاتب والشاهد التوقيع على ذلك.

من له صلاحية النظر والاطلاع على محاضر التحقيق

نص المادة 92 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني: "للخصوم ووكلائهم والمدعي بالحق المدني حق الإطلاع على محاضر التحقيق حال الإنتهاء منها بعد حصولهم على إذن بذلك من النيابة العامة".

هنا ضمانات من ضمانات المتهم بالحق بالإطلاع على المحاضر في حالتين بعد الإنتهاء من التحقيق والثانية، بعد الحصول على إذن من قبل النيابة العامة بخصوص ذلك.

فالشهادة هي الملكة التي تتوج عرش الأدلة، والشهود هم عيون وآذان العدالة، فالشهادة هي المنطقة الوسطى بين الحقيقة والقناعة، فيجب أن يتم انتقائها بشكل صادق صافي من الشوائب حتى تصل إلى تطابق الحقيقة مع الواقع، مع إقتناع القاضي والمحقق.

ونظراً لأهمية الشهادة في التحقيق واحتراماً لحق المتهم في الدفاع عن نفسه، فإن له مكنة التوسل بهذه الوسيلة من ناحيتين: الأولى حقه أن يطلب شهود النفي، والثانية حقه في سماع شهود الإثبات ومناقشتهم.

فسماع شهود النفي في مرحلة التحقيق يكون له أثر كبير في تقييم مركزه ، لا سيما وأن إجراءات التحقيق غالباً ما تتقارب زمنياً مع وقت وقوع الجريمة، الأمر الذي يجعل أقوال الشاهد موثوقاً، بها كما يتطلب دفاع المتهم عن نفسه باستخدام هذه الوسيلة في مرحلة التحقيق أن يتطلب الإستشهاد بشهود نفي الجريمة عنه، وهو حق يعد محور ارتكاز المتهم في الدفاع عن نفسه، كما يعد فرعاً من حقه الأصلي في حضور إجراءات التحقيق، حيث يحق للمتهم أن ينتقد الأدلة التي تنفي عنه ما شاب براءته، ومن أهمها الإستشهاد بمن يطلبه من شهود .

أما شهود الإثبات فإنه حق للمتهم في سماعهم ومناقشتهم والرد عليهم، حيث لا يوجد ما يمنع من الرد على الشهود الذين أدلوا بأقوال ضده، وتبعاً لذلك يتعين إفساح المجال للمتهم للرد على كل شخص يدلي بأقوال قد تسيء الى مركزه، فحق المتهم بأن يدافع عن نفسه في مرحلة التحقيق في إبداء ملاحظاته على أقوال من يشهد ضده، وأن يطلب من المحقق سماع أقوال من أي شاهد عن أمور لم تتضح في شهادته.

" فسماع شهود الإثبات ومناقشتهم من قبل المتهم لا يقل اهمية في استجلاء الحقيقة عن الإستشهاد بشهود النفي وهو من الموجبات المقرره لصالح المتهم وللصالح العام¹ ."

ثانياً: إجراءات الإستجواب

تعريف الإستجواب: "وضع المتهم في مواجهة مع التهمة المنسوبة إليه، والأدلة المختلفة القائمة ضده، ومطالبته بإبداء رأيه فيما هو منسوب إليه من تهم وأدلة، ومناقشته فيها تفصيلاً، والوصول به إما إلى إقرار أو إنكار التهمة، أو إبداء ما يراه من دفوع تنفيها، وذلك في محاولة من المحقق للوصول إلى الحقيقة² ."

¹ د. محمد خميس، الاخلال بحق المتهم في الدفاع، منشأة المعارف، الاسكندرية، طبعة ثانية معدلة 2006، ص 277
وص 278.

² القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد، شرح الحبس الاحتياطي، الاسكندرية، الطبعة الاولى، بدون سنة نشر، ص 104 .

وقد عرف المشرع الفلسطيني الإستجواب في المادة 94 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه هو: "مناقشة المتهم بصورة تفصيلية بشأن الأفعال المنسوبة إليه، ومواجهته بالإستفسارات والأسئلة والشبهات عن التهمة، ومطالبته بالإجابة عليها".

وقد عرفت محكمة النقض المصرية الإستجواب بأنه: "مواجهة المتهم بالأدلة المختلفة قبله، ومناقشته مناقشة تفصيلية فيما تفيدها إن كان منكرًا للتهمة أو يعترف بها إذا شاء الإيعتراف"¹.

أهمية الإستجواب

أوجب المشرع حتى يصدر أمر الحبس الإحتياطي صحيحاً أن يسبقه استجواب المتهم، وتعود أهمية الإستجواب، حتى يعرف الفعل المسند إليه ليفسر الظروف التي أحاطت به وأدت إلى اتهامه، فاستجواب المتهم قصد به أمران:

الأمر الأول: أنه طريق لدفاع المتهم عن نفسه، ويقوم بتنفيذ جميع الأدلة ضده، حتى يبرر تصرفاته أمام المحقق، أما الأمر الثاني هو: وسيلة لاستجلاء الحقيقة والوصول لمرتكب الجريمة، واستبعاد من تتنفي صلته بالجريمة.

وقد أحيط الإستجواب بعدة ضمانات مقرره لمصلحة من يتم استجوابه، وعلى ضوء ذلك نحتاج لشيء من التفصيل الا وهي، (ما هي ضمانات المتهم أثناء الاستجواب)؟؟؟

للإجابة عن هذا السؤال، لا بد لنا من التطرق إلى الإجابة على النحو التالي:

1- الجهة المختصة بالإستجواب

لا يجوز إجراء الإستجواب الا من قبل وكيل النيابة المختص، كونه جهة إختصاص ضمن سلطة التحقيق، ولا يجوز التنازل عنه بمقتضى القانون، فقد نصت المادة 95 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني: " يتولى وكيل النيابة استجواب المتهم في الجنايات جميعها، و الجرح التي يرى استجوابه فيها"، بمعنى أن وكيل النيابة ملزم بأن يستجوب المتهم في جميع الجنايات، والتحقيق يعد

¹ د. ادريس عبد الجواد عبد الله بريك، مرجع سابق، ص 172.

باطلاً فيما لو خلا من استجواب المتهم، ويقع التحقيق صحيحاً إذا خلا من استجواب المتهم في الجرح، فهي ليست واجبة في الجرح، فإذا قدر وكيل النيابة عدم ضرورة الإستجواب وقام بباقي الإجراءات التحقيقية كسماع الشهود وغيرها، يستطيع إحالة الملف إلى المحكمة دون استجواب بالجرح، على خلاف الأمر في الجنايات، حيث يقع البطلان في حال إخلال وكيل النيابة بضرورة استجواب المتهم، كما منع أن يوكل غير وكيل النيابة للقيام بهذا الإجراء، أو حتى التفويض به في الجنايات، وذلك خلافاً لبقية الإجراءات وعلى ذلك نصت المادة (55) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني : "1- تختص النيابة العامة دون غيرها بالتحقيق في الجرائم والتصرف بها 2- للنائب العام أو وكيل النيابة العامة المختص تفويض... "، وذلك عدا استجواب المتهم في مواد الجنايات.

2- حضور محام للدفاع عنه في مرحلة التحقيق

من أهم الضمانات الواجب منحها للمتهم في جميع مراحل الدعوى العمومية هو تمكينه من الدفاع عن نفسه، لكن هناك الكثير من الأشخاص اللذين لا يستطيعون لسبب أو لآخر الدفاع عن أنفسهم لذا نص القانون على ضرورة الإستعانة بمحام لهم، حيث تنص المادة 96 1 من قانون الإجراءات الجزائية على: "يجب على وكيل النيابة عند حضور المتهم لأول مرة إلى التحقيق أن يتثبت من هويته واسمه وعنوانه ومهنته ويستجوبه بالتهمة المنسوبة إليه، ويطالبه بالإجابة عليها، ويخطر أن من حقه الإستعانة بمحام وأن كل ما يقوله يجوز تقديمه كدليل ضده في معرض البينه عند محاكمته".

هنا أوجب المشرع ضرورة حضور محام اثناء الإستجواب، لأن حضور الدفاع هو ضمان للمتهم وعوناً لسلطة التحقيق في إجراء تحقيق عادل، "والهدف من حضور محام هو أن يكون رقيب على إجراءاته وله الحق في إبداء ملاحظاته حول الأسئلة التي يوجهها المحقق، أو المدعي العام الى المتهم، أو على كيفية توجيهها، وأن يطلب اثبات إعتراضه وملاحظاته في محضر الاستجواب"¹، وبعد تنبيه النيابة للمتهم أن من حقه الإستعانة بمحام، على وكيل النيابة أن يتقيد بما طلبه المتهم في حالة توكيل محام فعليه أن يمهله لمدة 24 ساعة من وقت التنبيه لكي يوكل

¹ القاضي د. محمد الطراونة، مرجع سابق، ص 97.

محامي، كما نصت المادة 2197 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني: " للمتهم الحق في تأجيل الإستجواب مدة 24 ساعة لحين حضور محاميه، فإذا لم يحضر محاميه أو عدل عن توكيل محام عنه جاز استجوابه بالحال"، وفي حالة لم تمضي المدة القانونية الواجب إعطاؤها للمتهم ومع ذلك تم استجوابه، فإن الإستجواب يكون باطلاً، وكذلك إذا لم يتم تدوين ذلك التنبيه في محضر التحقيق وفي الإفادة الخاصة بالمتهم فإن الإفادة تعد باطلة، كما أن القانون الأساسي الفلسطيني نص في المادة 14 على وجوب أن يكون للمتهم في جناية محام يدافع عنه، حيث جاء في هذه المادة: "المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، وكل متهم في جناية يجب أن يكون له محام يدافع عنه".

لكن السؤال الذي يطرح نفسه في حال ما إذا تم استجواب المتهم قبل حضور محاميه، أو أثناء المهلة الـ 24 ساعة لتوكيل محام هل هذا أمر قانوني أم لا؟؟؟

نستدل على الإجابة من خلال نص المادة 98 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني التي تقول: "لوكيل النيابة استجواب المتهم قبل دعوة محاميه للحضور في حالات التلبس والضرورة والإستعجال والخوف من ضياع الأدلة، على أن تدون موجبات التعجيل في المحضر، وللمحامي الحق في الإطلاع على أقوال المتهم عند انتهاء الإستجواب"، وبالتالي يتضح أن هناك حالات استثنائية أجاز فيها المشرع استجواب المتهم قبل دعوة محاميه، وهي حالات التلبس والضرورة؛ ففي حالة التلبس يكون المتهم قد قبض عليه متلبساً بوقوع الجريمة؛ أي أنه ارتكبها لا محال، أما في حالات الضرورة والإستعجال والخوف من ضياع الأدلة، فهي حالات يرجع أمر تقديرها للسلطة القائمة على التحقيق والتي من الضروري أن تخضع لرقابة محكمة الموضوع، وعليه فقد تطلب المشرع أن يذكر في المحضر السبب الذي أدى للتعجيل في أخذ أقوال المتهم قبل دعوة محاميه، مع التذكير بأن حالات مرض المتهم والخوف من موته تدخل ضمن حالات الإستعجال.

3- حق المتهم في الصمت وسلامة إرادة المتهم وعدم الإكراه عند الإستجواب

تنص المادة 97 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني: "1- للمتهم الحق في الصمت و عدم الإجابة على الأسئلة الموجهه اليه، 2- للمتهم الحق في تأجيل الإستجواب مدة 24 ساعه

لحين حضور محامية فإذا لم يحضر محامية أو عدل عن توكيل محام عنه، جاز استجوابه في الحال"، ويعرف حق الصمت بأنه: "حرية المتهم في السكوت أو الإمتناع عن الكلام والإجابة على أي اسئلة موجهة له، سواء كان ذلك استجواب أو مواجهته بغيره من الشهود والمتهمين، وحق الإنسان بالصمت حق بديهي مستمد من قرينة البراءة، ولهذا ليس للمحكمة أن تستمد من هذا السكوت قرينة ضده¹".

هنا حق المتهم بالصمت هي ضمانات من ضمانات المتهم وله أن يرفض الإجابة عن أي سؤال موجه له ويعتبر صمته هنا هو استعمالاً لحق مقرر له بموجب القانون، بالتالي فإنه لا يجوز إعتبار أن صمته هي قرينة على إدانته.

وبما أن المشرع الفلسطيني نص صراحة على حق المتهم في الصمت أثناء استجوابه، فإنه لايجوز إكراهه أو إجباره على الإجابة على الأسئلة الموجهة اليه، فإن جميع الإجراءات المؤدية للحصول على الإجابة سواء إكراه مادي أو معنوي أو بأي وسيلة علمية حديثة، يعتبر هذا الإستجواب مبني على إجراء باطل، بالتالي فإن القاعدة القانونية تقول ما بني على باطل فهو باطل.

بالتالي يترتب على حق المتهم بالصمت عدة أمور منها:

أولاً: عدم جواز تعذيب المتهم للحصول على إقراره كأن يكون هناك إكراه مادي أو معنوي مباشر أو غير مباشر، فالإكراه المادي المباشر، هو أن يهدد المتهم في شخصه وأن يكون مادي غير مباشر، كأن يهدد بإيذاء أحد من أقاربه أو أهله، وقد يكون الإكراه بالتدليس للوصول للحقيقة بطريق غير مشروع، كما أن الإرهاق الذي يوضع فيه المتهم حتى يتم استجوابه يعتبر من قبيل الإكراه، "وقضت محكمة النقض المصرية بأن الإكراه يكون متوافراً عند هجوم الكلب البوليسي على المتهم وتمزيق ملابسه وإحداث إصابات به²".

¹ القاضي المستشار د. عبد الفتاح مراد، مرجع سابق، ص106.

² المرجع السابق، ص106.

كما تعتبر من ضمانات المتهم و التأكيد على عدم إكراهه على الإقرار هو نص المادة 99 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني: "على وكيل النيابة قبل استجواب المتهم أن يعاين جسمه و يثبت كل ما يشاهده من إصابات ظاهرة وسبب حدوثها"، "كما يأمر وكيل النيابة من تلقاء نفسه بإجراء الفحوصات الطبية والنفسية للمتهم من قبل الجهات المختصة اذا رأى ضرورة لذلك أو بناء على طلب المتهم أو محاميه"، وهذا ما نصت عليه المادة (100) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، وهذه الضمانة للمتهم لضمان سلامته الجسدية والمعنوية أثناء الإستجواب وتأكيداً منه على حرمة المساس بالمتهم .

ثانياً : عدم جواز استخدام الوسائل العلمية الحديثة من أجل استجواب المتهم، فهناك وسائل علمية حديثة تسلب الإنسان الإرادة وتنزع منه أقواله دون أي شعور منه، وجميع هذه الإقرارات التي تنتزع منه تعتبر باطلة ولا يجوز التعويل عليها مطلقاً، منها الإستجواب عن طريق التخدير، عن طريق العقاقير المخدرة، واستخدام كلاب الشرطة، واستخدام أجهزة التسجيل والتصوير للتجسس على الحياة الخاصة، واستخدام أجهزة كشف الكذب، والتنويم المغناطيسي، والإستعانة بالفحوص المخبرية، من فحص الدم وغسيل المعدة، جميعها أمور تم ذكرها على سبيل المثال ممكن أن يتم استخدامها من أجل إنتزاع الإقرار، ويعتبر أي دليل بني عليها باطل، لا يجوز الأخذ به .

كما قررت محكمة النقض المصريه ما يلي: " إذا كانت وقائع التعذيب قد حصلت فعلا، تعين طرح الأقاويل التي جاءت على ألسنة الشهود والمستجوبين الذين خضعوا لهذا التعذيب بأي وجه، ولا يصح التعويل على هذه الأقاويل ولو كانت صادقة مطابقة للواقع، متى كانت وليدة تعذيب أو إكراه أياً كان قدره من الضؤولة، أما إذا كانت وقائع التعذيب لم تحصل صح الأخذ بتلك الأقاويل، وان حضور محامين في تحقيق تجربة النيابة العامة في الثكنات التي شهدت وقائع التعذيب لا ينفي أنها وقعت¹ ."

¹ نقض 1969\10\12 مج س 20 ص 1056 من كتاب البراءة والادانة في الاستجواب والاعتراف فقها وقضاءا للمستشار ابراهيم سيد احمد، دار الكتب القانونية وداشئات للنشر والبرمجيات مصر - الامارات، 2013، ص 57.

4- عدم جواز تحليف المتهم لليمين أثناء إستجوابه

عدم تحليف المتهم اليمين ضمانة مهمة من ضمانات المتهم وقد نص المشرع الفلسطيني في مادته 2/83 نص على: "تعفى أصول المتهم وفروعه وزوجته من حلف اليمين..."، والعلّة من هذا التحريم هو حماية تلك الأسرة من الإنهيار والتفكك فيما لو الزموا على حلف اليمين والشهادة ضد بعضهم.

إن حلف اليمين يعتبر نوعاً من التأثير الأدبي على إرادة المتهم، لأنه سيضعه في موقف حرج، يحتم عليه إما أن يقوم بحلف اليمين كذباً وإنكار حقيقة الواقع، وبالتالي فهو سيخالف عقيدته الدينية والأخلاقية، أو أنه سيكون مضطراً للإقرار والإجابة على الأسئلة الموجهة له، وبالتالي فإن المتهم لا يحلف لأن ذلك سيضطره إما للكذب وارتكاب جريمة أخرى، أو للإقرار وعدم استفادته من حقه القانوني في الصمت.

كما قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه من حق المتهم أو الظنين أو المشتكى عليه أن يدفع التهمة عن نفسه بالصورة والكيفية التي يراها تحقق له البراءة أو عدم المسؤولية ولا يجوز تحليفه القسم، لأن تحليف المتهم أو الظنين القسم القانوني بأن يشهد بواقع الحال دون زيادة أو نقصان إنما يلزمه بالصدق في أقواله وإن كذب تحت القسم يعرضه للمسؤولية الجزائية والملاحقة¹.

5- السرعة في الإستجواب

من الضمانات الأساسية للحرية الشخصية الإسراع في استجواب المتهم، والعلّة في ذلك هي أن الإستجواب يُعد وسيلة مهمة من وسائل الدفاع التي يستطيع من خلالها المتهم دحض الاتهامات المنسوبة إليه، لذا يجب عدم تأخير هذا الإجراء قدر الإمكان فقد ورد التأكيد على ضمانه السرعة في استجواب المتهم بالتهمة المسندة إليه، ونصت المادة (107) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني: "1- يجب على مدير المركز أو مكان التوقيف أن يسلم المتهم خلال أربع وعشرين ساعة الى النيابة العامة للتحقيق معه، 2- يستجوب وكيل النيابة المتهم

¹ تمييز جزء رقم 2000\168 مجله نقابة المحامين الاردنيين السنة 2002 ص2431.

المطلوب بمذكرة حضور في الحال، أما المتهم المطلوب بمذكرة إحضار فعلى وكيل النيابة أن يستجوبه خلال أربع وعشرين ساعة من تاريخ القبض عليه"، كما نصت المادة (105) من ذات القانون: "يجب أن يتم الإستجواب خلال أربع وعشرين ساعة من تاريخ إرسال المتهم إلى وكيل النيابة الذي يأمر بتوقيفه أو إطلاق سراحه، لأن الإستجواب هو وسيلة من وسائل الدفاع الجهرية لذا فإن الإسراع في استجواب المتهم سيحقق فوائد عدة للمتهم وللعدالة في نفس الوقت، فمن خلاله يستطيع المتهم أن يتعرف على الأسباب التي دعت على الإشتباه به، وبعد ذلك يستطيع أن يقوم بتقديم دفاعه، ومن المعروف أنه عندما يبقى المتهم فترة طويلة دون أن يعلم بما يدور حوله من اتهامات، فإن ذلك يشكل وسيلة ضغط عليه، إضافة إلى ذلك فإن السرعة في استجواب المتهم ستشكل للمتهم البريء دافع وحافز لإبداء وسائل دفاعه بوقت مبكر وتفنيد الإتهامات المقدمة ضده.

ثالثاً: إجراءات التفتيش

إن التفتيش هو إجراء من إجراءات التحقيق، الغاية و الهدف منه هو جمع الأدلة و إزالة الغموض في جريمة معينة تم ارتكابها ، إضافة الى الدخول لأماكن ذات حرمة خاصة، وذلك للبحث والتفتيش عما يفيد إجراءات التحقيق، وهو يمس حقوق الإنسان بحريته الشخصية فهو يتعرض لحرية الأشخاص في حفظ سرية مساكنهم، الا في حالات استثنائية و ضمن حدود ضيقه لا يجوز بأي شكل من الأشكال اختراقها أو التعدي عليها، فهو كعمل إجرائي يعتبر واقعه قانونية يرتب القانون عليها أثر إجرائي، إذ يتطلب القيام بعمل إجرائي معين للوصول إلى الحقيقة. وقد ورد ذلك قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001 بشكل مفصل في الفصل الرابع المواد من 39-52 والمادة 17 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل.

تعريف التفتيش

تعددت التعريفات الفقهية للتفتيش الا بعض الفقه يعرفه بأنه: " البحث عن الأدلة والأشياء المتعلقة بوقوع الجريمة في مسكن المشتكى عليه المتهم أو البحث عنها في ملابسه أو الأشياء التي يرتديها أو الأدوات التي يستعملها¹.

ويعرفه البعض الآخر: " إجراء من إجراءات التحقيق، يباشر من مختصين عند وقوع جنائية أو جنحة للبحث عن أدلة الجريمة متى استلزمت ضرورة التحقيق ذلك، ويباشر في محل له حرمة سواء رضي به من يباشر حياله أو لم يرضى².

كما عرفته محكمة النقض المصرية بأنه: " البحث عن عناصر الحقيقة في مستودع السر فيها³. "

وعلى ذلك يؤكد الفقه الجنائي بأن تعريف التفتيش يتمثل في عدة إجراءات قانونية تتعلق بالتحقيق الابتدائي وتباشره السلطة التحقيقية من أجل الوصول للحقيقة عن طريق بعض الإجراءات التي تتخذها، سواء في مسكن الشخص، أو ملابسه، أو الأدوات التي يستخدمها، سواء رضي بالأمر أم لم يرضى، وذلك بحدود معينة لا تتجاوز الحقوق والحريات الفردية التي احاطها المشرع بضمانات عديدة.

خصائص التفتيش

يتميز التفتيش بعدة خصائص تميزه عن غيره من إجراءات التحقيق، يمكن إجمالها بما يلي:

1- **الجبر والإكراه:** إن إجراءات التحقيق الجنائي غالباً ما تتطوي على قدر من الإكراه والجبر، لا تتوافق بطبيعة الحال مع رضاء المشتبه به، فهو إجراء قانوني يخضع له الشخص سواء رضي بالتفتيش طوعاً أو كرهاً، ولا يشترط لصحة الإجراء أن يصدر الرضا ممن يراد تفتيشه، فالتفتيش إجراء خطير يستتبع بحكم الضرورة استعمال القوة اللازمة للتغلب على أي مقاومة قد تصدر من

¹د. محمد علي السالم الحلبي، الوجيز في اصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص158.

²د. عبد الله ماجد العكايلة، مرجع سابق، ص 500، و501.

³نقض 1962\12\17 مجموعه احكام محكمة النقض المصرية س 13 رقم 205 ص 853.

قبل الشخص المطلوب تفتيشه، وهذا ما جاء به المشرع الفلسطيني إذ نصت المادة 42 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على ما يلي: " يتعين على المقيم في المنزل أو المسؤول عن المكان المراد تفتيشه أن يسمح بالدخول اليه وأن يقدم التسهيلات اللازمة فإذا رفض السماح بدخوله جاز لمأمور الضبط القضائي تنفيذ ذلك بالقوة"، هنا التفتيش ينال من حق الفرد في حماية وصون حياته الخاصة الا أنه يتسم بالجبر يخضع له الشخص رغماً عنه سواء أكان تفتيش شخصه، أو مسكنه ، أو رسائله، أو غيرها من أمور التفتيش .

2- **المساس بحق السرية للشخص:** يعتبر الحق في السرية هو من أقدس الحقوق الذي وجد أساساً في فطرة الإنسان، "فهو ضمان لأمن الإنسان، واستقلاله، وهويته، وحرية الفردية"¹، فالتفتيش يعد إنتهاك لحرمة الحياة الخاصة التي تعتبر مستودع للأسرار سواء في ذاته، أو مسكنه، أو رسائله، إلا أن هذا الإنتهاك هو محسوب لا يجوز تجاوزه الا بالقدر اللازم لكشف الحقيقة.

3- **البحث عن الأدلة المادية للجريمة:** يهدف التفتيش بالحصول على أدلة الجريمة وجميع ما يفيد في كشف الحقيقة، بالتالي فإن وقوع الجريمة ضرورة لإجراء التفتيش فهي تكون لاحقة لوقوع الجريمة فلا يجوز اجراؤها للتوصل إلى ضبط جريمة مستقبلية لم تقع بعد أو يخشى وقوعها.

صور التفتيش

1- **تفتيش قانوني:** هو التفتيش الذي يعينه القانون ويضع له الضوابط والضمانات اللازمة للوصول

للحقيقة، حيث يتم البحث عن دليل معين لجريمة قد وقعت بالفعل وهو محور دراستنا الحالية.

2- **تفتيش اداري:** " ذلك التفتيش الذي يتم بمعرفة بعض الموظفين العموميين أو من في حكمهم،

وذلك بهدف تحقيق أهداف إدارية عامة، ويستمد هذا التفتيش سلامته قانوناً إما من إجازة

القانون، أو من قبول الشخص له، بشرط ألا يتعدى حدود الغرض الذي من أجله قرره القانون،

أو اجازة اللائحة، فإذا تعدى هذا التفتيش حدود الغرض الذي من أجله وقع باطلاً، لا يترتب

عليه أية آثار إجرائية"².

¹ د. سامي حسني الحسيني، النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص 31.

² د. عبد الله ماجد العكايلة، مرجع سابق، ص 505 .

ولا يعتبر هذا التفتيش كما هو وارد في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، حيث أن الهدف منه هو تفادي خطر معين ومتابعة سير العمل، وتقتضيه طبيعة عمل الموظف من أجل الحصول على الأمن وعدم خرق اللوائح والقوانين كما هو الحال بتفتيش كل مسجون حال دخوله للسجن والتحفظ على نقوده أو مدخراته وما يملكه من ممنوعات قبل دخوله إلى السجن، أو تفتيش جمركي متعلق بجرائم التهريب، فهنا التفتيش ليس الا لتفادي خطر معين فقط، و في حال تعدي التفتيش لهذا الغرض يترتب على أي اجراء لاحق البطلان، كما إن المدة (8) من القانون رقم 6 لسنة 1998 بشأن مراكز الإصلاح الفلسطيني أوجبت تفتيش النزيل لدى دخوله المركز وتضبط منه المواد الممنوعة، وكذلك نصت المادة 56 من القانون المذكور على جواز قيام مدير مركز الإصلاح أن يفتش أي زائر يشتبه في حيازته أشياء ممنوعة .

3- **تفتيش وقائي:** "هو اجراء تحفظي تقتضيه دواعي الأمن والنظام، وذلك لتجريد المتهم مما معه من سلاح أو أدوات أو مواد قد يستعملها ضد نفسه أو غيره¹."

وفي رأبي الشخصي أرى بأن التفتيش الوقائي هو يهدف لمعالجة حالة قبل وقوعها، فالغرض منها هو التوقي وتوفير الأمن، فلا يكون الا بالقدر اللازم وفي الحدود التي يصح بها البحث عن شيء محظور مع الشخص بمعنى فقط تفتيش ملابس الشخص أو أيديه، ولايجوز تجاوز ذلك والإطلاع على عوراته وخذش حياته وكرامته الانسانية، وهذا النوع من التفتيش نظمته المادة 36 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، حيث نصّت على أنه: "يجوز لمأمور الضبط القضائي أو لمن يقبض على شخص أن يجرده من الأسلحة والأدوات التي يجدها بحوزته".

¹ المرجع السابق، ص 506.

شروط التفتيش

عند النظر الى نصوص المواد المتعلقة بالتفتيش في الفصل الرابع من قانون الإجراءات الجزائية، نلاحظ أنه ينص على شروط لصحة التفتيش: (يتم التفتيش بحضور المتهم أو حائز المنزل فإذا تعذر حضوره يجري التفتيش بحضور شاهدين من أقاربه أو جيرانه، ويدون ذلك في المحضر)، ومن متن نصوص المواد نستدل على الشروط الشكلية والموضوعية للتفتيش منها:

أولاً: الشروط الشكلية

1- أن يتم التفتيش بحضور المتهم أو من ينوب عنه: خروجاً عن قاعدة سرية التحقيق بالنسبة لغير الخصوم لا شك بأن القانون قد استثنى ذلك الأمر بالنسبة للتفتيش، فقد استوجب حضور المتهم أو من ينوب عنه عند إجراء التفتيش كون هذا الإجراء يمس حقوق وحرقات الإنسان، إضافة الى المساس بحرمة المسكن، بالتالي نص القانون في نص المادة 43 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على ضرورة حضور المتهم أو حائز المنزل، وفي حال تعذر ذلك أجاز القانون استدعاء شاهدين من أقاربه أو جيرانه وتدوين ذلك في المحضر وذلك حماية لمصالحه، إضافة الى زرع الثقة لدى من يجري تفتيش مسكنه ويكون هذا التفتيش غير قانوني في حال عدم حضورهم و يترتب عليه البطالان، كما أنه يجب القول بأن "دعوة المتهم لحضور التفتيش تكون عند البدء به حتى لا يُفقد عنصر المفاجأة ويُعطى المتهم الوقت الكافي للتخلص من الأدلة الجرمية¹".

إذن نلاحظ بأن الأصل بالتفتيش حضور المتهم، وذلك ضمان لسلامة الإجراءات وصحة الضبط، فإذا لم يتمكن المتهم من حضور التفتيش لأسباب خارجة عن إرادته كالمرض أو السفر... الخ، فإن على المخول بالتفتيش أن يدعو شاهدين من أقارب المتهم، لكن المشرع هنا لم يذكر شروط معينة بالشهود كالسن القانوني مثلاً، بمعنى هل أجاز المشرع أن يكون الشاهدين قاصرين؟ من نص المادة 43 يدل أن المشرع لم يشترط مواصفات وشروط معينة بالشهود فقد تركها بشكل عام.

¹ محمد علي مصطفى غانم، التفتيش في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية نابلس فلسطين، 2008، ص 50.

ومما سبق ذكره نلاحظ بأن حضور المتهم التفتيش هو أمر جوهري يرتب البطلان على خلافه، " وما دام أنه شرع لمصلحة الخصوم فإنه يتعين على مَنْ يتمسك بالبطلان أن يدفع به أمام محكمة الموضوع، ولا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض¹. "

2- موعِد إجراء التفتيش: لتحقيق التوازن بين حق الفرد وحق المجتمع ولتضييق الإعتداء على الحرية الفردية، فإن المشرع الفلسطيني قد حظر إجراء تفتيش المساكن في أوقات معينة، فقد نصت المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على أن: "تفتيش المنازل يجب أن يكون نهاراً ولا يجوز دخولها ليلاً، إلا إذا كانت الجريمة متلبساً بها أو كانت ظروف الإستعجال تستوجب ذلك."

نظراً لحرمة المساكن تشدد المشرع الفلسطيني في موعِد تفتيش المساكن ، فالأصل أن يتم التفتيش في أوقات النهار ويقع باطلاً خلاف ذلك، الا أن المشرع الفلسطيني أجازها في حالتين الا وهي التلبس بجريمة ما، وخوفاً من ضياع الأدلة في عبارة (ظروف الإستعجال)، كون المتهم يتاجر بالأسلحة ويرغب بتهريب تلك الأسلحة والهروب ليلاً، هنا أجاز المشرع التفتيش ليلاً وقد عرف قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 60 والساري المفعول في فلسطين في المادة 2 منه للفترة الليل أو ليلاً، وقال بأنها "الفترة التي تقع بين غروب الشمس وشروقها."

ونلاحظ بأن القاعدة العامة للتفتيش هي نهاراً والحظر هنا هو بالتفتيش الذي يبدأ ليلاً، لكن في حال كون التفتيش قد بدأ نهاراً واستمر ليلاً هل يرتب ذلك البطلان على إجراءات التفتيش كما نصت المادة 52 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني التي تقول: (بترتب البطلان على عدم مراعاة أي حكم من أحكام هذا الفصل)؟

هنا الباحثه ترى بأن إذا بدأ التفتيش نهاراً أمكن أن يمتد تنفيذه أثناء الليل ما دام بأن جميع الإجراءات متصلة إذ لا يكون التفتيش قد حدث ليلاً في هذه الحالة، فالقانون يمنع التفتيش الذي

¹ المرجع السابق، ص 50.

يؤدي للإعتداء على سكينه المواطن أثناء الليل وقره على حالات الجرائم الخطرة فقط وبحضور النيابة العامة.

3-تسبب إذن التفتيش: وهي تعني أن تشمل على جميع العناصر المبررة للتفتيش فقد نصت المادة 17 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل على أن: "للمساكن حرمة فلا تجوز مراقبتها أو دخولها أو تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب ووفقاً لأحكام القانون"، وكذلك نصت المادة 39 فقرة 2 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على وجوب أن تكون مذكرة التفتيش مسببة ولا بد لنا إلى ذكر بأن تسبب إذن التفتيش يقتصر فقط على المنازل ولا يمتد للأشخاص وهو" ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية¹. "

1- الشروط الشكلية لمذكرات التفتيش: هي محدهه حسب نص المادة 40 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني: (توقع مذكرات التفتيش من عضو النيابة المختص وتشمل ما يلي:

1-اسم صاحب المنزل المراد تفتيشه وشهرته.

2-عنوان المنزل المراد تفتيشه.

3-الغرض من التفتيش.

4-اسم مأمور الضبط القضائي المصرح له بالتفتيش.

5-المدة التي تسري خلالها مذكرة التفتيش.

6-تاريخ وساعة اصدارها.

إذن نلاحظ أن هناك عدة بيانات يجب أن تحتويها مذكرة التفتيش أولاً: اسم صاحب المنزل المراد تفتيشه فقد تشدد المشرع الفلسطيني بتحديد اسم صاحب المنزل وشهرته فهنا الغاية من هذا التشدد هو الوصول الى منزل الشخص المراد تفتيشه دون جهالة، ويترتب على مخالفته البطان خلافاً لما قضت به محكمة النقض المصرية التي لا ترتب البطان على عدم ذكر اسم صاحب المنزل فقالت: " ان اغفال ذكر اسم الشخص في الأمر الصادر بتفتيشه اكتفاء بتعيين مسكنه لا يبني عليه

¹ نقض 12 يناير سنة 1976 مجموعة احكام النقض س 27 ص 61 الطعن رقم 13451 لسنة 65 ق تاريخ الجلسة 1997\9\25.

بطلانه متى ثبت للمحكمة أن الشخص الذي وقع التفتيش عليه أو في مسكنه هو في الواقع بذاته المقصود بإذن التفتيش وهو ما قصر الحكم في استظهاره¹ ثانياً: عنوان المنزل المراد تفتيشه، إن عدم تحديد عنوان المنزل المراد تفتيشه يترتب عليه البطلان ولا يمكن القول هنا الذهاب للقواعد العامة في الإجراءات الجزائية كما هو الحال علياً في مصر فإذا كانت محكمة الموضوع " قد استخلصت أن مسكن الطاعن هو ذات المسكن المقصود في أمر التفتيش الذي وصف في الأمر بأنه المسكن الملاصق لمسكن المتهم الآخر الذي يشغله بعض أفراد أسرته مما مؤداه أن أمر التفتيش قد انصب على الطاعن باعتبارها إحدى قريباته وأن التحريات دلت على أنها تشاركه حياة الجواهر المخدرة فإنه لا حاجة عندئذ لاستصدار إذن من القاضي بتفتيش مسكنها"²، ثالثاً: الغرض من التفتيش أوجب القانون على وكيل النيابة تحديد نوع الجريمة التي يبحث عن أدلتها فإذا كانت الجريمة البحث عن أسلحة يجب أن يتم تحديد ذلك في مذكرة التفتيش فلا يجوز أيضاً أن يتم التفتيش بأماكن مستحيل بطبيعتها أن تتواجد بها، مثلاً: البحث عن أسلحة متواجده داخل مغلف خاص بصاحب المنزل، هنا تجاوز و تعسف في الصلاحيات، رابعاً: اسم مأمور الضبط المصرح له بالتفتيش، فهذا أوجب المشرع الفلسطيني ذكر اسم مأمور الضبط في مذكرة التفتيش وما عدا ذلك يعتبر الإجراء باطل، ومن وجهة نظري أرى بأنه اخطأ المشرع في هذا الأمر حيث من حق وكيل النيابة انتداب مأمور ضبط قضائي دون تحديد شخص و صفة ورتبة وليس في عدم تحديد الإسم أي انتهاك للحقوق والحريات ولا أي انتهاك و تجاوز للقانون، خامساً: المدة التي تسري خلالها مذكرة التفتيش حيث يجب على وكيل النيابة مصدرة المذكرة أن تحدد المدة الزمنية التي تسري خلالها تلك المذكرة للتفتيش، أي لا يتم التفتيش الا خلال هذا الفترة وخلاف ذلك يترتب البطلان، سادساً: تاريخ و ساعة إصدار مذكرة التفتيش وذلك لمعرفة ما إذا تم التفتيش خلال الفترة المصرح بها أم لا، وهل تم التفتيش بتاريخ لاحق أم سابق على المذكرة حيث يترتب البطلان على خلافها.

¹ نقض 30 أكتوبر سنة 1981 مجموعة احكام النقض س 32 رقم 128 ص 728 من كتاب شرح قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني، (دراسة مقارنة)، الجزء الأول، مرجع سابق، ص366.

² نقض 13 نوفمبر سنة 1961 مجموعة احكام النقض س 12 ص 209 وانظر كذلك نقض 30 أكتوبر سنة 1981 مجموعة احكام النقض س 32 رقم 128 ص 728 من كتاب شرح قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني، دراسة مقارنة، الجزء الأول، مرجع سابق، ص368.

ثانياً: الشروط الموضوعية

1- سبب التفتيش: "إن السبب في التفتيش هو الحصول على الدليل في تحقيق قائم بقصد الوصول الى عين الحقيقة"¹، إن السبب هو الذي يحرك السلطة المختصة لإصدار قرار التفتيش فمن الممكن أن نختصر سبب التفتيش في عدة أمور الا وهي وقوع جريمة معينة سواء أكانت جنائية أو جنحة إضافة إلى توافر إمارات قوية على وجود دليل يفيد في كشف الحقيقة ضد شخص معين، فالتفتيش لا يجوز إجراؤه قانوناً الا إذا كان هناك احتمال للحصول على دليل من ورائه، فإذا ثبت أن سلطات التحقيق قد باشرت التفتيش دون احتمال فائدة من وراءه فإنها تكون متعسفة في ذلك فقد نصّت المادة 1/39 من قانون الإجراءات الجزائية على أن: " دخول المنازل وتفتيشها عمل من أعمال التحقيق لا يتم إلا بمذكرة من قبل النيابة العامة أو في حضورها، بناءً على اتهام موجه إلى شخص يقيم في المنزل المراد تفتيشه بارتكاب جنائية أو جنحة أو باشتراكه في ارتكابها، أو لوجود قرائن قوية على أنه يحوز أشياء تتعلق بالجريمة"، فقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأنه لا يجوز الإذن بتفتيش الموظف قبل وقوع جريمة الرشوة إذا كانت التحريات قد دلّت على أن الجريمة ستقع حتماً في لحظة لاحقة على الإذن².

2- محل التفتيش:

أولاً: أن يكون محل التفتيش معيناً

إن التفتيش هو إجراء من إجراءات التحقيق يقتضي البحث عن أدلة الجريمة سواء أكانت جنائية أو جنحة، فالتفتيش يكون في جريمة معينة وقعت تجاه شخص معين متهم بهذه الجريمة ولا يجوز للسلطة المختصة أن تأمر بالتفتيش بعدد من المساكن المتواجدة في منطقة أو حي ما، وإنما يكون أمر التفتيش فقط تجاه مسكن معين ومحدد فقد نص المشرع الفلسطيني في نص المادة 1\39 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على: "دخول المنازل وتفتيشها عمل من أعمال

¹ د. عبد الله ماجد العكايلة الاختصاصات القانونية لمأمور الضبط القضائي في الاحوال العادية والاستثنائية (الضابطه العدليه)، مرجع سابق، ص 512.

² نقض مصري 7 فبراير 1967، مجموعة الأحكام، س 18، رقم 34، ص 174 اشير اليها في رسالة ماجستير، محمد علي مصطفى غانم، مرجع سابق، ص 67.

التحقيق لا يتم إلا بمذكرة من قبل النيابة العامة أو في حضورها، وبناءً على اتهام موجه إلى شخص يقيم في المنزل المراد تفتيشه، بارتكاب جناية أو جنحة أو باشتراكه في ارتكابها، أو لوجود قرائن قوية على أنه يحوز أشياء تتعلق بالجريمة"، وهنا تنص المادة على أن يكون معين تعيناً نافياً للجهالة "ولا يترتب البطلان على الخطأ في اسم الشخص المطلوب تفتيشه طالما أن الحكم استظهر أن الشخص الذي تم تفتيشه هو نفسه المقصود بالأمر¹ ."

ثانياً: مشروعية التفتيش

نصت المادة 2/35 من القانون الأساسي الفلسطيني على أنه: "لا يجوز التعرض لعضو المجلس التشريعي بأي شكل من الأشكال، ولا يجوز إجراء أي تفتيش في أمتعته أو بيته أو محل إقامته أو سيارته أو مكتبه، وبصفة عامة أي عقار أو منقول خاصة به طيلة مدة الحصانة" عند التطرق لنص المادة هذه بالقانون الأساسي نلاحظ بأن القانون اشترط أن يكون المحل موضوع التفتيش جائز قانوناً تفتيشه إلا أن هناك بعض الأماكن تتمتع بحصانة تبعاً لصفة مالكيها و تحول دون إجراء هذا التفتيش، وهنا النص يشير إلى حظر أي إجراء يتعلق بالتفتيش ضد أي عضو من أعضاء المجلس التشريعي كونهم يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية، إلا أن القانون الأساسي الفلسطيني بنص المادة 4\35 قد استثنى ذلك في حال توافر شرطين أولهما: كون الجريمة جنائية، وثانيهما أن تكون متلبس بها، حيث نص: "لا يجوز في غير حالة التلبس بجناية اتخاذ أية إجراءات جزائية ضد أي عضو من أعضاء المجلس التشريعي الفلسطيني على أن يبلغ المجلس التشريعي فوراً بالإجراءات المتخذة ضد العضو ليتخذ المجلس ما يراه مناسباً"، وهنا رفعت الحصانة في تلك الحالات ويتم التدخل الفوري من قبل مأموري الضابطة القضائية لإجراء التفتيش، و ذلك خوفاً من ضياع الأدلة لحين الحصول على إذن تفتيش وفي غير هذين الشرطين لا يجوز الأمر بتفتيش مسكن من يملك الحصانة بسبب جريمة وقعت إلا بعد صدور قرار برفع الحصانة، "هذه

¹ محمد علي مصطفى غانم، مرجع سابق، ص73.

الحصانة تُعدّ من النظام العام وبالتالي على القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه إذا لم يدفع بها النائب، ويجوز الدفع بها لأول مرة أمام محكمة النقض¹.

ثالثاً: السلطة المختصة بالتفتيش

إن التفتيش إجراء من إجراءات التحقيق، والنيابة العامة وحدها المختصة بذلك فقد نصت المادة 39 1\ على: " دخول المنازل وتفتيشها عمل من أعمال التحقيق لا يتم الا بمذكرة من قبل النيابة العامة أو في حضورها..."، ونستدل من هذا النص بأن النيابة العامة وحدها الحق بإجراءات التفتيش ولايجوز للمحكمة أن تطلب إذن التفتيش أثناء إجراءات المحاكمة كون نص قانون الإجراءات الجزائية صريح ومحدد، ولم يتم ذكر أي نص يعطي الحق للمحكمة إتخاذ هذا الإجراء. والعضو هنا يشترط أن يكون مختص والمقصود بالإختصاص هنا هو، الإختصاص المكاني أي الإختصاص بالتحقيق بمكان وقوع الجريمة أو محل إقامته أو مكان ضبط المتهم.

أنواع التفتيش:

1- **تفتيش بموجب مذكرة:** تنص المادتان 39 و 40 من قانون الإجراءات الجزائية على ضرورة وجوب مذكرة في إجراء التفتيش وما عداها يعتبر باطلاً حيث قالت المادة 39 1\ " دخول المنازل وتفتيشها عمل من أعمال التحقيق لا يتم الا بمذكرة من قبل النيابة العامة أو في حضورها..." بمعنى أن النيابة العامة هي صاحبة الاختصاص بإصدار مذكرة التفتيش لمأمور الضبط القضائي وما عداها يترتب عليه البطلان استناداً الى نص المادة 52 من ذات القانون حيث نصت: "يترتب البطلان على عدم مراعاة أي حكم من احكام هذا الفصل"، ويشترط القانون أيضاً أن يتم توقيع المذكرة من عضو النيابة العامة بحيث لا يجوز إصدار تلك المذكرة من قبل جهة استدلال أو جهة قضاء كما يشترط القانون في نص المادة 40 شروط شكلية لمذكرات التفتيش يجب أن تحتويها" بأن تكون مكتوبة كتابة فلا يجوز الإنتداب شفهيًا² حتى تكون دليل وحجة ولما تبني عليها

¹ محمد علي مصطفى غانم، مرجع سابق، ص79

² نقض 11 يونيو سنة 1943 مجموعة القواعد القانونية ج 3 رقم 266 ص 356 ونقض 13 نوفمبر سنة 1967 مجموعة احكام النقض س 18 رقم 229 ص 1101

من نتائج والا كان البطلان مصير أي اجراء تم بدون المذكرة، إضافة الى ذلك يشترط التوقيع ممن صدر عنه لأن التوقيع هو السند الوحيد الذي يثبت عن صدر عنه إضافة إلى ذلك يشتمل أيضاً الجهة المصدرة لتلك المذكرة، فهنا يجب علينا تحديد النيابة العامة مصدرة هذه المذكرة، إضافة الى ذكر اسم صاحب المنزل المراد تفتيشه فيجب تعيين الشخص المراد تفتيشه بشكل واضح ومحدد نافياً للجهالة ، كما اشترط في ذكر البيانات ذكر عنوان المنزل والغرض من التفتيش واسم مأمور الضبط القضائي المصرح له بالتفتيش والمدة التي تسري خلالها مذكرة التفتيش وتاريخ وساعة اصدار المذكرة وعدم ذكر تلك الأمور يرتب البطلان عليها وقد ذكرها بتفصل أوسع سابقاً.

2- **تفتيش بدون مذكرة :** الأصل في إجراء التفتيش أن يتم بمذكرة كما ذكر سابقاً، الا أن هناك استثناءات تتم فيها التفتيش أو دخول المنازل من قبل السلطات المختصة بدون مذكرة وهي استناداً الى نص المادة 48 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني الذي يقول: "لا يجوز دخول المنازل من السلطات المختصة بدون مذكرة الا في إحدى الحالات التالية: 1- طلب المساعدة من الداخل 2- حالة الحريق او الغرق 3- إذا كان هناك جريمة متلبس بها 4- في حالة تعقب شخص يجب القبض عليه، أو شخص في من مكان أوقف فيه بوجه مشروع"، وهنا نلاحظ بأن الحالات الأربعة التي يتم فيها التفتيش بلا مذكرة هي حالات الضرورة كما نلاحظ بأن نص المادة 30 من نفس القانون يقول: "لمأمور الضبط القضائي أن يقبض بلا مذكرة على أي شخص حاضر توجد دلائل على اتهامه في الاحوال التالية، 1- حالة التلبس في الجنايات أو الجنح التي تستوجب عقوبة الحبس مدة تزيد على ستة أشهر 2- إذا عارض مأمور الضبط القضائي أثناء قيامه بواجبات وظيفته أو كان موقوفاً بوجه مشروع وفر أو حاول الفرار من مكان التوقيف 3- اذا ارتكب جرماً أو اتهم أمامه بارتكاب جريمة، ورفض إعطائه اسمه أو عنوانه أو لم يكن له مكان سكن معروف أو ثابت في فلسطين"، نص المادة هذه تجيز لمأمور الضبط القضائي القبض على الأشخاص دون مذكرة في حالات التلبس بالجنح و الجنايات .

فالضمانات الممنوحة للمتهم أثناء التفتيش هي أولاً: وجود فائدة محتملة من التفتيش المادة 39 ثانياً: صدور الأمر بالتفتيش بعد وقوع الجريمة فعلا المادة 1\50، ثالثاً: تحديد وقت معين لإجراء

التفتيش المادة 41 رابعاً: تسبب أمر التفتيش المادة 3\39 خامساً: حضور المتهم أثناء إجراءات التفتيش المادة 43 و4\50 سادساً: البطلان المادة 52 جميعها تم التطرق لها سابقاً.

لا بد لنا من التطرق للسؤال التالي هل يختلف تفتيش الأشخاص من الذكر وأنثى عن تفتيش

المسكن؟ وهل تُعدّ السيارات والمركبات من توابع المسكن؟؟

أنواع التفتيش من ناحية الموضوع:

1- تفتيش الأشخاص الذكر والأنثى

2- تفتيش الأشياء المسكن والسيارات

تفتيش الأشخاص:

"إن تفتيش الأشخاص يشمل تحسس أعضائه الداخلية والخارجية، وتفتيش ملابسه وأمتعته التي

يحملها، وهو إجراء من إجراءات التحقيق"¹.

نلاحظ أن تفتيش الأشخاص قد ذكرت في نصوص المواد 44 و 47 فقط من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني فقد أباح المشرع لمأمور الضبط القضائي القيام بتفتيش شخص باعتباره إجراء من إجراءات التحقيق التي خولها له عندما منحه حق القبض ، فللمدعي العام أن يفتش المشتكى عليه وأن يفتش غيره إذا اتضح من امارات قوية أنه يخفي أشياء تفيد في كشف الحقيقة، فقد قرر المشرع ضمانات قوية للمتهم المراد تفتيشه وأهم تلك الضمانات توافر امارات قوية على ارتكابة تلك الجريمة لا بد لنا للتطرق إذن لنصوص المواد 44 ، 47 إجراءات جزائية فلسطيني .

حيث تنص المادة 44 من القانون: " إذا اشتبه لاسباب معقولة بأن شخصاً موجوداً في المحل

الذي يجري التفتيش فيه يخفي مادة من المواد التي يجري التفتيش عنها جاز لمأمور الضبط أن يفتشه"، إذا بدا على المتهم أثناء التفتيش امارات قوية يستشف منها على أن المتهم يخفي المواد المخدرة في فمه، فللقائم بالتفتيش أن يستعمل القدر اللازم من القوة لإخراجها، ولا يعد ذلك إكراها

¹ د. محمد علي السالم الحلبي، الوجيز في اصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص164.

يبطل التفتيش، وما دام أن الإكراه الذي وقع على المتهم كان بالقدر اللازم لإنتزاع المخدر منه فلا بطلان في التفتيش¹. "

إن تفتيش الأشخاص الذي تباشره سلطات التحقيق رخص المشرع بها التعرض لحرية الشخص حال وقوع جريمة معينة تغليباً للمصلحة العامة على مصلحة الفرد، كما لم يشترط المشرع حضور شهود حال تفتيش الأشخاص وذلك تسهياً لإجراءات التفتيش².

من خلال قراءتي لنصوص المواد المتعلقة بالتفتيش في قانون الإجراءات الجزائية لاحظت بأن المشرع الفلسطيني اكتفى بنصين فقط للتفتيش، الأشخاص في نص المادة التي تم ذكرها ونص المادة 47 المتعلقة بتفتيش الأنثى وأعطى المشرع الأهمية أكثر في تفتيش المنازل بالنصوص القانونية التي سأطرق لها لاحقاً.

تفتيش الانثى:

يقصد به تحسس المواضع الجسمانية للمرأة والكشف عليها ومشاهدتها، الظاهرة منها والمخفية، وفحص ملابسها الداخلية والخارجية، فالمواضع الظاهرة منها كالبيدين والقدمين، أما المواضع المخفية فهي كل أجزاء جسم المرأة التي تخدش حياءها إذا ما تم تفتيشها من قبل رجل³.

لذلك أوجب المشرع تفتيش الأنثى من قبل أنثى مثلها، فقد نصت المادة 47 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على: "إذا كان الشخص المراد تفتيشه أنثى، فلا يجوز تفتيشها الا بواسطة أنثى ينتدبها لذلك القائم بالتفتيش"، وذلك حفاظاً على حياء المرأة وتمسكاً بقواعد الآداب العامة والأخلاق، واعتبر ذلك من الأحكام الجوهرية التي يترتب على مخالفتها البطلان كونها من النظام العام، ولا يحق للأنثى التنازل عنها⁴.

¹ ايمن الظاهر شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، (دراسة مقارنة)، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 394.

² الطعن رقم 966 لسنة 29 ق تاريخ الجلسة 1959\11\19 من كتاب ايمن الظاهر المرجع السابق ص 393.

³ د. محمد علي السالم الحلبي، الوجيز في اصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 160.

⁴ نقض مصري 1955\4\11، مج احكام النقض س 6 رقم 24، ص 807.

ولا يلزم انتداب أنثى لتفتيش أنثى إذا قامت المتهمة بإخراج أدوات الجريمة طواعية دون إكراه، كما لم يشترط القانون شكل معين لإننتاب الأنثى للتفتيش كتابة أو شفاهة، كما لم يشترط القانون أيضاً تكليف الأنثى المنتدبه للتفتيش بحلف اليمين القانونية، واستناداً على ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "تكليف مدير المستشفى إحدى الممرضات بتفتيش المتهمة بناء على طلب مأمور الضبط شفاهة صحيح، ولا بطلان في عدم تحليفها اليمين قبل قيامه بذلك".¹

تفتيش الأشياء:

أولاً: تفتيش المسكن

يعرف المسكن بأنه: "هو المكان الذي يقيم فيه المتهم و ملحقاته التابعة له، والمقصود بالملحقات المنافع التابعة له والتي تعتبر جزءاً مكملًا للمنزل، ومثال ذلك الحديقة الملحقة بالمنزل وما بها من حجرات أو أكشاك والجراج وغير ذلك من المنافع الملحقة بالسكن، ولا يشترط لكي يعتبر المكان منزلاً أن يكون مقيماً فيه بصفة دائمة، بل يكفي أن يكون معداً لإقامة ولو فترة قصيرة"²، ونظراً لما للمسكن من حرمة لها حق الحماية فقد شملها القانون الأساسي الفلسطيني بحمايته وشرع المشرع الفلسطيني بقانون الإجراءات الجزائية شروطاً صارخه لإجراءات التفتيش كما تم ذكرها ببداية الحديث عن التفتيش، كما نصت المادة 39 من الإجراءات الجزائية الفلسطيني إضافة الى إمكانية التفتيش بدون وجود مذكرة بمعنى برضاء صاحب المنزل كما نصت المادة 48 من قانون الإجراءات الجزائية، وتعود أهمية هذه القيود والشروط لما لها من مكانة خاصة للشخص باعتبارها مستودع أسراره، و تستمد حرمة المسكن من حرمة الحياة الخاصة للشخص الذي يقيم فيه سواء أكانت الإقامة بصورة دائمة، أو مؤقتة، ويستفيد من الحرمة جميع الساكنين بالمنزل، ولا يهم بالمسكن أن يكون متخذاً شكلاً معيناً كأن يكون بيت مصنوع الخشب أو القش .

¹ الطعن رقم 143 لسنة 48 ق جلسة 17-5-1979 س 30 ص 588 ق 125 من كتاب ايمن الظاهر شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، (دراسة مقارنة)، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 406.

² د. مأمون سلامة، الإجراءات الجزائية في التشريع المصري، 1973، ص 371.

فتفتيش المساكن إجراء خطير لما ينطوي عليه من إنتهاك لحرمة الحياة الخاصة وهو حق حرص عليه القانون الأساسي الفلسطيني، ومن بعده قانون الاجراءات الفلسطيني، فإنه إذا كان المشرع قد أجاز لمأموري الضبط القضائي تفتيش منازل المتهمين الا أنه اشترط شروط صارمة لحماية حصانة المنزل.

ويثار التساؤل هنا: هل تأخذ السيارات حكم المنازل في التفتيش؟

ثانياً: تفتيش السيارات

نلاحظ هنا بأنه لا يوجد نص بقانون الإجراءات الجزائية يتحدث عن تفتيش السيارات وإجراءات تفتيشها، كما أن الأمر موضع خلاف في الفقه حيث ذهب البعض بأن : " السيارة الخاصة تتمتع بالحرمة، وإن كان البعض يرى أنها تتمتع بحرمة المسكن ، سواء كانت في داخله ام في خارجه"¹ ، في حين ذهب البعض الآخر الى القول بأن: " السياره لا تتمتع بحرمة المسكن الا اذا وجدت بداخله، فإن كانت خارج المسكن تتمتع بالحرمة الشخصية لمن يقودها طالما وجدت رابطة تبعية كافية"²، ومن هنا نلاحظ بأن السيارة الخاصة تتمتع بحرمة معينة ، فإذا كانت موجودة داخل المسكن أو أحد ملحقاته يسري بخصوصها قواعد تفتيش المسكن، أما إذا كانت خارج المنزل أو في الطريق العام فإنها تكتسب الحرمة الشخصية بالنسبة لمن يتولى قيادتها، فتتطبق عليها قواعد تفتيش الأشخاص، أما بالنسبة للسيارة العامة يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يستطلع ما بها، اذ يكون الإجراء هنا معاينة و ليس تفتيش، أما بالنسبة للمركبات سيارات الأجرة، فهنا تكون في حيازة صاحبها ولا يجوز تفتيشها الا بالتلبس فقط .

¹ د. سامي حسني الحسيني، مرجع سابق، ص 235.

² د. عبد الله ماجد العكايلة، الاختصاصات القانونية لمأمور الضبط القضائي في الاحوال العادية والاستثنائية (الضابطه العدليه)، مرجع سابق، ص 530.

أحكام محكمة النقض والمحاكم الجنائية المصرية الصادرة بصدد بطلان التفتيش¹:

1- (بطلان القبض والتفتيش قانوناً مقتضاه قانوناً عدم التعويل في الحكم بالإدانة على أي دليل يكون مستمداً منها وبالتالي فلا يعتد بشهادة من قام بهذا الإجراء الباطل).

طعن رقم 4645 لسنة 59 جلسة 1990\10\31

2- (التفتيش المحظور على رجال الضبط القضائي في غير الأحوال المقررة قانوناً، هو ما يكون في اجرائه اعتداء على الحرية الشخصية أو لحرمة المسكن).

طعن رقم 1105 س 57 قضائية جلسة 1987\10\30 احكام النقض ص 778

3- (إن بطلان إذن التفتيش لعدم تسببيه دفع لا يثار الا في حالة تفتيش المنازل دون الأشخاص)

نقض 1975\6\23 احكام س 26 رقم 128 ص 576، 1976\1\12 س 27 رقم 11 ص 61،
1980\1\12 س 31 رقم 53 ص 271

4- (من المقرر أن القيود الواردة على حق رجال الضبط القضائي في إجراء القبض والتفتيش بالنسبة الى السيارات إنما تنصرف الى السيارات الخاصة بالطرق العامة فتحول دون تفتيشها أو القبض على ركبها الا في الأحوال الإستثنائية التي رسمها القانون طالما هي في حيازة أصحابها).

الطعن رقم 1761 لسنة 35 ق جلسة 1966\5\3 س 17 ص 5

5- (لا يجوز تفتيش السيارات الخاصة بالطرق العامة بغير إذن من سلطة التحقيق وفي غير أحوال التلبس الا إذا كانت خالية وكان ظاهر الحال يشير الى تخلي صاحبها عنها).

طعن رقم 1747 لسنة 29 ق جلسة 1960\12\23 س 11 ص 308

¹ محمد الشيمي، مرجع سابق، ص 48.

6- (ما دامت الإدانة قد أُقيمت على دليل مستمد من محضر تفتيش باطل وعلى الإقرار المنسوب اليه في هذا المحضر والذي أنكره فيما بعد فإنها لا تكون صحيحة لاعتمادها على محضر إجراءات باطلة).

طعن رقم 1287 سنة 19 ق جلسة 1950\11\28

المبحث الثاني: الحماية الجزائية في مرحلة المحاكمة

بعد إنتهاء التحقيق يتم إحالة الملف التحقيقي بكامل أوراقه للمحكمة المختصة حتى يتم إجراء محاكمة الشخص وفق الأصول القانونية، و تعتبر المحاكمة هي المرحلة ما قبل الأخيرة للدعوى التي تليها مرحلة الطعن بالحكم الصادر، و التي تعتبر من أخطر و أهم المراحل، فمن خلالها يتبين ما هو مصير المتهم هل الإدانة أم البراءة، ولما تمتاز هذه المرحلة من أهمية فقد أحاطها المشرع الفلسطيني بالعديد من الضمانات التي تكفل للمتهم حقوقه سواء أثناء المحاكمة أو بعد المحاكمة، بالتالي يستوجب علينا توضيح الضمانات الممنوحة من خلال التطرق لهما على النحو التالي :

المطلب الأول: الحماية على مستوى سلامة الأحكام الجزائية

تعتبر هذه المرحلة مرحلة ذات أهمية كبيرة بالنسبة لموقف المتهم الذي قد أحيط بحالة من الشك والريبة بسبب الإتهام الموجه له بلائحة اتهام من قبل النيابة العامة في مرحلة التحقيق، فأصبح مركزه القانوني أقل شأناً من البريء، لما شابهه من شك، وأفضل حالاً من المتهم، لأن القضاء لم يفصل بالموضوع بعد.

ولكون القاضي الجزائي هدفه الوصول للحقيقة وتحقيق العدالة بإدانة الشخص المذنب الحقيقي، فإن هذا الأمر لا يتم الا من خلال إتباع إجراءات المحاكمة العادلة ومراعاة الحقوق والحريات للأطراف، وذلك حتى إقفال باب المرافعة و صدور الحكم¹.

¹ محمد صبحي نجم، حق المتهم او الظنين في محاكمة عادلة في قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 32، العدد 1، 2005، ص 130.

وسيتم تناول الموضوع في المطلب الأول في فرعين الأول من ناحية الإجراءات والثاني الجلسات على النحو التالي:

الفرع الأول: (الإجراءات)

أولاً: شفوية إجراءات المحاكمة

شفوية إجراءات المحاكمة لم يتم تعريفه بالقانون الفلسطيني تاركاً ذلك لاجتهاد الفقهاء، فإذا كانت هذه القاعدة تعني: "أن تجري جميع الإجراءات بصورة شفوية أي بصوت مسموع"¹.

يعني هذا المبدأ أن تجري إجراءات المحاكمة بصورة شفوية، وأن تجري جميع الإجراءات بالمحاكمة بشكل شفوي، بمعنى أنه لا يجوز أن تبني المحكمة قناعتها على محاضر الاستدلالات والتحقيقات، بل على المحكمة أن تستمع الى الشهود والخبراء وأقوال الخصوم وجميع هذه الإجراءات، حتى يتم توضيح الأدلة ورفع الغموض، وكشف الحقيقة بخصوصها، حتى يُكون القاضي الجزائي قناعته في وزن الأدلة وتقديرها.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بالقول: "من المقرر أن أساس المحاكمة الجنائية هو حرية القاضي في تكوين عقيدته من التحقيق الشفوي الذي يجريه بنفسه والذي يديره ويوجهه الوجهه التي يراها موصلة للحقيقة، وإن التحقيقات الأولية السابقة على المحاكمة لا تعتبر الا تمهيداً لذلك التحقيق الشفوي، وإنما على هذا الأساس لا تخرج عن كونها من عناصر الدعوى المعروضة على القاضي، يأخذ بها إذا اطمئن اليها ويطرحها إذا لم يصدقها"².

¹ د. فتحي توفيق الفاعوري، علانية المحاكمات الجزائية في التشريع الاردني مقارنة بالتشريعات الفرنسية والمصرية، دار وائل للنشر، الاردن - عمان، الطبعة الاولى، 2007، ص 174.

² نقض مصري 21 اكتوبر سنة 1963 مجموعة احكام محكمة النقض، س 14، رقم 116 ص 632.

"وتعد شفوية الإجراءات إحدى الضمانات الهامة التي تؤكد وجود مناقشة أدلة الإتهام، وهي ضرورة لضمان حقوق المتهم مثلها في ذلك مثل ضرورة وجود محام للدفاع عنه"¹، ويقضي ذلك ما يلي:

- 1- ينبغي على المحكمة سماع الشهود ومناقشتهم.
- 2- مناقشة الخبراء في تقاريرهم.
- 3- سماع رجال الضابطة القضائية فيما يتعلق بمحاضر القبض والتفتيش والتأكد من صحتها.
- 4- مناقشة وكلاء الخصوم فيما يتعلق بالدفع المقدمة.
- 5- مناقشة الشهود من قبل الخصوم أثناء المحاكمة.

وقد قضت محكمة التمييز الأردنية بأن: "تلاوة شهادة الشاهد التحقيقية وتدوين التباين الحاصل بينها وبين شهادتها أمام المحكمة والإستيضاح منها عن هذا التباين هو إجراء جوهري لغاية تقدير الشهادة تقديراً سليماً، وإن عدم القيام بذلك يخالف حكم الفقرة الخامسة من المادة 219 من قانون أصول المحاكمات الجزائية مما يعيب الحكم ويستدعي فسخه"².

ومن ضمن مواد قانون أصول المحاكمات الجزائية التي أوضحت مبدأ الشفوية في الإجراءات نص المادة 273 التي تقول:

- 1- تحكم المحكمة في الدعوى حسب قناعتها التي تكونت لديها بكامل حريتها ولا يجوز أن تبني حكمها على أي دليل لم يطرح أمامها في الجلسة أو تم التوصل إليه بطريق غير مشروع.
- 2- كل قول يثبت أنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود وتحت وطأة الإكراه أو التهديد يهدر ولا يعول عليه.
- 3- يصدر الحكم في جلسة علنية ولو كانت الدعوى نظرت في جلسة سرية، وشفوية المحاكمة قاعدة جوهريّة يترتب على مخالفتها بطلان الإجراءات المتخذة، إذ يجب أن يتم تمكين جميع الخصوم من تقديم دفعهم وعلى من له مصلحة أن يتمسك بالبطلان، " فالتمسك بالبطلان

¹د. فتحي توفيق الفاعوري، مرجع سابق، ص 173.

² تمييز أردني جزء 70\98، مجموعة المبادئ، ج 1، ص 262 وتمييز جزء 71\9، ج 1 ص 265.

يكون من الخصم الذي حرم مبدأ الشفوية دون غيره، فلا مصلحة للمتهم في التمسك بأوجه البطلان المتعلقة بغيره من المتهمين ما دامت لا تمس حقا له¹."

وترى الباحثة بأن مبدأ شفوية الإجراءات له أهمية كبيرة في إظهار الحقيقة، وتحقيق العدالة وحماية المصلحتين الفردية والعامّة، وتمكين المحكمة بتكوين قناعة صحيحة خالية من أي لبس أو شكوك، كما أنها تحقق رقابة على إجراءات التحقيق الابتدائي، وهذه الأهداف جميعها تساعد على تحقيق ضمانات هامة لحقوق المتهم.

ثانياً: سرعة إجراءات المحاكمة

تعتبر العدالة البطيئة هي نوع من أنواع الظلم في حق الأطراف المائلين أمامها وبشكل خاص على المتهم كونه يعاني من طول إجراءات القضية التي تنتهك حقوقه فبطئ تلك الاجراءات قد تؤدي الى ضياع معالم الجريمة، و المقصود بالمحاكمة السريعة هي تلك التي تتم في مدة زمنية معقولة نوعاً ما، وبالرغم من أهمية هذه الضمانة للمتهم الا أنني لم أجد نص في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني أي نص ينص على مدة معينة أو حدد بها الموعد الأقصى لإجراء المحاكمة، والتي تعتبر في هذه الحالة نقص خطير في التشريع كونه ينتهك الحقوق و الحريات، فالعدالة لا تتحقق بصدور القرار العادل بل بصدور بالوقت المطلوب بمعنى أن الحل العادل اذا جاء متأخر قد لا يفضي الى إزالة الظلم .

" ضمان المحاكمة العاجلة في الدعاوى الجنائية مرتبط بالحق في الحرية، وافترض البراءة وحق المرء في الدفاع عن نفسه، والهدف من هذا الضمان البت في مصير المتهم دون أي تاخير لا مبرر له"²، وضمن عدم المساس بأي حق من حقوق الفرد بالدفاع عن نفسه لانقضاء فترة زمنية طويلة قد تتلشى تفاصيل الوقائع من ذاكرة الشهود، أو قد يتعذر العثور عليهم، أو تختفي الأدلة وتتلاشى.

¹ عمر فخري الحديثي، مرجع سابق، ص 130.

² الاستاذ وائل أنور بندق، حقوق المتهم في العدالة الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007، ص 408.

والهدف من سرعة الإجراءات هي:

- 1- البراءة والإدانة يتطلب الحفاظ على الكرامة الأدبية للمتهم وألا يطول بقاءه معلق المصير.¹
- 2- سرعة الفصل له الأثر الكبير في العدالة كون البطء بالإجراءات هي نوع من الظلم.
- 3- نوع من أنواع الزجر العام ومنع الجاني من العود، بأن يسارع القضاء بإنزال العقوبة على الجاني.²

الفرع الثاني: (الجلسات)

أولاً: علانية جلسات المحاكمة

لم يعرف المشرع الفلسطيني العلانية تاركاً ذلك للفقهاء، حيث تصدى لهذه المسألة محاولاً و مبتدعاً تعريفاً ملائماً له، حيث عرفه البعض بأنه: "تمكين جمهور الناس دون تمييز بين فرد و آخر من ارتياد جلسات المحاكمة لمتابعة ما يدور فيها من مناقشات ومرافعات وما يتخذ بها من اجراءات"³، والباحثة هنا تأخذ على هذا التعريف عموميته، فليس من الصواب أن نقول بأن العلانية هي تمكين جميع الجمهور دون تمييز بين فرد و آخر من ارتياد جلسات المحاكمة، لأن هناك مجموعة من الناس أو الأحداث يجوز للمحكمة أن تمنعهم من حضور جلسات المحاكمة يعتبر مبدأ علانية المحاكمة الجزائية من الحقوق الأساسية للإنسان حيث نص على ذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة 10 منه: " لكل إنسان الحق في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهه نظراً عادلاً و علنياً، سواء أكان ذلك للفصل في حقوقه أو التزاماته أو الإتهامات الجنائية الموجهة إليه".

¹ رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلًا، منشأة المعارف، الاسكندرية، ج 2، 1978، ص 147، 148.

² عمر فخري الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 134.

³ فاروق الكيلاني، محاضرات في اصول المحاكمات الجزائية الاردني والمقارن، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الفارابي، عمان 1985 ص 559.

كما نص قانون الإجراءات الجزائي الفلسطيني في المادة 237: " تجري المحاكمة بصورة علنية، ما لم تقرر المحكمة إجراءها سرية، لإعتبارات المحافظة على النظام العام والأخلاق ويجوز في جميع الأحوال منع الأحداث أو فئة معينة من الأشخاص من حضور المحاكمة".

ان القاعدة العامة في القوانين هي علنية المحاكمة، كون إجراءات التقاضي ذات ارتباط بالنظام العام، بالتالي يعتبر هذا المبدأ من أقوى الضمانات لحسن سير العدالة، لأن المتهم يجد فيه خير ضامن لحريته بالدفاع، ولأنه أقوى رقيب على الأعمال القضائية¹، ويجوز استثناء إجراء المحاكمة في جلسة سرية حفاظاً على الآداب العامة والأخلاق، كجرائم هتك العرض.

كما أن محكمة التمييز الأردنية قد أوجبت على المحكمة أن تذكر أنه تم إجراء الجلسة سرياً، وفي حال عدم إجراء الجلسة بشكل سري حفاظاً على الأخلاق العامة والأمن العام، يحق لمحكمة التمييز أن تنقض الحكم لهذا السبب².

وما يؤخذ على النص السابق من قانون الإجراءات الجزائية، بأنه لم يتم تحديد ما المقصود بالفئة المعنية التي تمنع من حضور الجلسات ويتم عقدها بشكل سري، لكنه من المحتمل أن يكون على سبيل المثال في القضايا المتعلقة بالشرف، فيمنع على الأولاد حضور تلك الجلسات المتعلقة بوالدهم ووالداتهم حفاظاً على الروابط الأسرية.

وتتمثل مظاهر تحقيق العلانية في مايلي:

- 1- حضور الخصوم: بمعنى " فتح أبواب المحكمة لعموم الناس دون تمييز، بحيث يكون لكل فرد الحق في أن يحضر المحاكمة بقدر ما يتسع له المحل المخصص لإجراءات المحاكمة³."
- 2- تصوير جلسات المحاكمة: تصوير ما يجري في قاعة المحكمة بصورة لا تؤدي للإخلال بالأمن والنظام العام، مع مراعاة عدم التشهير أو الإساءة للأطراف⁴.

¹ تمييز جزاء رقم 2008\3 هيئة عامة، تاريخ 2008\2\25.

² تمييز جزاء 78\39 مجلة نقابة المحامين السنة 1978 ص 741

³ عمر فخري الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 122.

⁴ د. محمد علي السالم عياد الحلبي والاستاذ سليم زعنون، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، مرجع سابق

3- النشر: يحق لأي إنسان نقل ما جرى داخل الجلسات للرأي العام سواء بالصحف أو غيرها، كون من حق الناس معرفة ما جرى من وقائع ومناقشات، خاصة إذا كانت تهم الرأي العام.

ثانياً: الإستعانة بمحام

في كل الإجراءات الجنائية يحق للمتهم الحصول على مساعدة محام للدفاع عنه، ويعد هذا الحق من أكثر الحقوق تأثيراً لاتصاله بالدفاع عن الحقوق الأخرى¹، فمن ضمانات المتهم الجوهرية الإستعانة بمحام كي يعطيه الفرصة للدفاع عن نفسه، وهذا يؤكد عدالة القضاء ونزاهته.

"ان الدفاع عن النفس من أهم الحقوق التي منحها المشرع للمواطن للذود عن نفسه ضد كل ما يثار من تهم تمسه"²، فمهمة المحامي هي الدفاع عن موكله، وهو لا يستطيع القيام بذلك وهو خالي من المعلومات التي تخص الدعوى، وهذا يدل على ضرورة أن يكون هناك محامي متصل اتصال مباشر بموكله، ويعتبر هذا من الدعائم الأساسية لحق المتهم في الدفاع، كما أن وجود المحامي في جميع إجراءات الدعوى هي ضرورة لصحة الإجراءات فللمحامي الحق بحضور جميع مراحل الدعوى فهو يعبر عن إرادة المتهم ووجهة نظره.

كما أنه ليس للمحكمة أن ترفض الإستماع الى محام، سواء كان المتهم حاضراً أم غائباً، وفي ذلك قالت محكمة التمييز الأردنية: (ليس للمحكمة أن ترفض قبول المحامي الذي توكل عن المتهم الغائب³).

"كما أن توفير المعونة القانونية للمتهم هي من ضروريات الحق والعدالة، فقد أوجب القانون حضور محامي في الجنايات، سواء اختاره المتهم بنفسه أو انتدبته المحكمة له"⁴.

¹ د. ابراهيم محمود اللبيدي، ضمانات حقوق الانسان امام المحاكم الجنائية، دار الكتب القانونية مصر ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010، ص 351.

² د. محمد علي السالم الحلبي، الوجيز في اصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 143.

³ رقم القرار 1125 \ جنابات 1 \ 76 في 1977\3\8 مجموعة الاحكام العدلية ع 1، 1977، ص 247.

⁴ عمر فخري الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 161.

تخضع كافة المراسلات التي تدور بين المشتكى عليه ومحاميه للقواعد التي قررها القانون في حماية الحقوق والحريات وليس لأحد الإطلاع عليه، كما أن من حق المتهم الإتصال بمحاميه للتحدث معه كون الهدف الذي يسعى اليه القضاء هو العدالة والإنصاف وليس الإنتقام والتعسف.

وترى الباحثة هنا بأن هذا الحق من الضروريات للمتهم كونه يجنبه مخاطر المفاجأة، ويتيح له التروي في إجابته وعدم التسرع والتزام الحيطة والحذر فيما يدلي من أقواله قد تتخذ دليل ضده، وتعتبر هنا ضمانات من ضمانات المتهم التي تمنع تأثير أي شيء قد يعيب إرادته.

المطلب الثاني: الحماية على مستوى مضمون الأحكام الجزائية

إن الحكم القضائي الذي يصدر إما أن يكون ببراءة المتهم، أو بالإدانة، لكن هل يحق للمتهم مواصلة الإجراءات حتى بعد صدور الحكم القضائي؟

لعل الخطأ هو صفة بشرية ملازمة للإنسان ، وليس من المستبعد أن يكون هناك خطأ تم ارتكابه من قبل القاضي، والضمان الوحيد لحقوق الأفراد للوصول لأحكام عادلة هو الطعن سواء أكان بطرق عادية أو غير عادية، فقد حرص المشرع على حسن تطبيق القانون وضماناً لحقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية وتحقيقاً لمبدأ العدالة، فقد شرع الطعن في الأحكام لإعطاء المحكوم عليه الذي شعر بالظلم فرصة أخرى لرفع الظلم إن وجد، وتصحيحاً للحكم الذي اعتراه الخطأ، وإزالة أي شك في أي حكم قضائي حتى يطمئن كل إنسان على حقة¹، بالتالي سيتم تناول طرق الطعن كضمانة لمبدأ قرينة البراءة على النحو التالي :

¹ القاضي د. محمد الطراونة، مرجع سابق، ص 205.

الفرع الأول: الطعون

أولاً: الاعتراض

الإعتراض هو: " طريق يسلكه الطاعن عندما يصدر بحقه حكم بصورة غيابية " ¹ ويعرفه بعض الفقهاء بأنه : " طريق رسمه المشرع للطعن في بعض الأحكام الغيابية ، أي الأحكام التي تصدر في غيبة المظنون فيه دون أن تتاح له فرصة الدفاع عن نفسه والإدلاء بما لديه من حجج و براهين تعزز مركزه في الدعوى"²، بالتالي تعتبر هي طريقة من طرق الطعن العادية والتي يتمكن بموجبها المحكوم عليه بحكم غيابي إن يتظلم إمام ذات المحكمة التي أصدرت قرارها، وذلك بهدف إلغاء فقد نصت المادة 314 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني: (للمحكوم عليه غيابياً في مواد الجرح و المخالفات، أن يعترض على الحكم خلال العشرة أيام التالية لتبليغه بالحكم بالإضافة الى ميعاد مسافة الطريق)، وقد صدر قرار استناداً على نص هذه المادة لمحكمة النقض في رام الله في الدعوى الجزائية رقم 20 لسنة 2010" الاعتراض على الحكم الغيابي هو: طريق طعن عادي في الأحكام الغيابية الصادرة في المخالفات و الجرح، تمكن المحكوم عليه من إعادة عرض الدعوى من جديد على المحكمة لبناء حكم سليم، وأكد هذا الحكم على أن الإعتراض على الحكم الغيابي يسبق في الترتيب سائر طرق الطعن، ويجب استنفاده أولاً قبل الإلتجاء الى طريق سواه، ولا يقبل الحكم الغيابي استئنافاً الا اذا حكم برد الإعتراض وذلك وفقاً للمادتين 323 و 319 من الإجراءات الجزائية لسنة 2001 " ³ .

¹ حسن امزيل، طرق الطعن العادية وغير العادية، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع الالكتروني <http://www.4shared.com/office/tp7ERvJz/.htm> تاريخ الدخول 20\10\2016.

² د. جهاد كسواني، قرينة البراءة، دار وائل للنشر، عمان الاردن، الطبعة الاولى 2013، ص 305.

³ نور عدس وياسمين شعار واخرين، قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001 وتعديلاته مدعماً باهم المبادئ القضائية الصادرة عن المحكمة العليا في فلسطين الطباعة من مشروع تطوير القانون الجنائي الفلسطيني جامعة النجاح الوطنية، 2015، ص 139.

وقد ذكر المشرع الفلسطيني نصوص المواد المتعلقة بالإعتراض من المادة 314 وحتى المادة 322

ولهذه الطريقة من الطعن جملة من الضمانات لحماية مبدأ قرينة البراءة للمتهم المحكوم عليه وأهمها:

1- وقف تنفيذ الحكم محل الطعن: يترتب على صدور الحكم الغيابي المطعون به بالإعتراض امتناع تنفيذ الحكم حتى انتهاء المدة القانونية للطعن به في المعارضة، وهي مدة العشر أيام بالإضافة لميعاد مسافة الطريق، فإذا انتهت هذه المهلة دون أن يسلك المحكوم عليه حقة بالإعتراض، جاز تنفيذ الحكم¹.

2- إعادة الدعوى للمحكمة من جديد: فالمقصود هنا من الاعتراض على الحكم هو أن يتم إعادة النظر بالدعوى أمام نفس الجهة التي أصدرت الحكم، إما أن يتم التراجع عن الحكم من قبل المحكمة وتقضي ببراءة المحكوم عليه، أو أن تقضي بنفس الحكم السابق، فهنا تسترد المحكمة كامل سلطتها التقديرية في تقييم الأدلة ونظم ما قد يكون هناك من أدلة وأوجه دفاع جديدة.

3- إعتبار الحكم الغيابي كأن لم يكن: بمعنى أن الاعتراض المقدم من شخص ذي صفة قانونية أي من المحكوم عليه غيابياً يوجب قبول الاعتراض شكلاً، ويصبح الحكم الغيابي كأن لم يكن، أي أنه لا يبقى له أثر، وأن المحكمة لا تستطيع النظر بموضوع الدعوى الا إذا وافقت عليه قبل الاعتراض شكلاً².

4- عدم جواز الإضرار للمعارض بسبب معارضة: وذلك استناداً للبند القضائي " لا يضار طاعن بطعنه ما لم يخالف القانون، " لذا فإن على المحكمة التي أصدرت الحكم، إما أن تؤيد الحكم الغيابي أو تعدله أو تلغيه شريطة أن لا تحكم بحكم أشد مما قد قضي به من السابق، ورغم كون الباحثة لم تجد في نصوص قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني ما يؤيد هذا المبدأ القضائي (لا يضار طاعن بطعنه)، ما نصت عليه محكمة النقض المصرية في قرار لها على: (لا يجوز بأية

¹ سليمان عبد المنعم، اصول المحاكمات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2008، ص 820.

² د. محمد علي السالم عياد الحلبي والاستاذ سليم زعنون، شرح قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني، مرجع سابق، ص586.

حال أن يضار المعارض بناء على المعارضة المرفوعة منه ، وهو حكم عام ينطبق في جميع الأحوال مهما تضمن الحكم الغيابي من خطأ في تقدير الوقائع أو خطأ في تطبيق القانون).¹

ثانياً: الإستئناف

الإستئناف هو: " طعن يرفع من أحد أطراف الدعوى الجنائية لإعادة نظرها أمام محكمة أعلى أكثر فاعلية لتحقيق العدالة، تتمتع بضمانات أوفر من حيث عدد قضاتها وخبرتهم ومعاونيهم وذلك للتوصيل الى إلغاء، أو تعديل الحكم المطعون فيه الصادر من المحكمة الأدنى"²، وهو إحدى طرق الطعن العادية، وهو أوسع من الطعن بالإعتراض القاصر على الأحكام الغيابية في قضايا الجنح، فالإستئناف هو وسيلة لتلافي الخطأ والظلم الذي من الممكن أن يقع في محكمة الدرجة الأولى، بالتالي يحقق ضمان أكبر في العدالة، و يتفادى الأخطاء والعيوب التي ممكن أن تقع من القضاء في قراراتها و يعمل على تصحيحها .

وقد نص المشرع الفلسطيني على الطعن بالإستئناف بنصوص المواد الواقعة من المادة 323 وحتى المواد 345 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني التي تناولت جميع ما يتعلق بالإستئناف من إجراءات وآثار وغيرها.

ونظراً لأهمية الاستئناف كدرجة أخيرة للمحاكمة فإن المتهم يحظى فيها ببعض الضمانات ويتمثل أبرزها في الآتي:

1-وقف تنفيذ الحكم المستأنف: إن الحكم الصادر ابتداء بالإدانة يتم وقف تنفيذه أثناء الميعاد المقرر للإستئناف و اثناء نظر الإستئناف في المدة المحددة، ذلك كضمانة لعدم الإضرار بالمحكوم عليه، لا سيما عند استرداد براءته بالإستئناف وقد نصت المادة 340 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني: (يجوز للمحكمة إرجاء تنفيذ الحكم المستأنف لحين الفصل في الإستئناف اذا ابدى المحكوم عليه رغبة بإستئناف ذلك الحكم)، واستناداً الى نص المادة هذه، فإن الحكم الإبتدائي لا

¹ نقض مصري جلسة 1967\10\23 س 18 ق 305 ص 1008 قرار منشور على مركز العدالة للتحكيم و الاستشارات القانونية على الموقع الالكتروني <http://aladalacenter.com/index.php> تاريخ الدخول 2016\10\21

² د. محمد خميس، مرجع سابق، ص 398.

ينفذ خلال موعد الإستئناف ولا قبل البت بالإستئناف، وطبقاً للقواعد القانونية لا يجوز تنفيذ الأحكام التي يجوز الطعن بها بالإستئناف طالما أن ميعاد الإستئناف المقرر لم ينقضي.

2- التمتع بضمانة التقاضي على درجتين: ان فكرة الإستئناف ينبنى على إصلاح الخطأ أو العيب القضائي المحتمل في محكمة الدرجة الاولى، من خلال فحص للمرة الثانية بدقة أكثر وعمق أشد، الأمر الذي يضمن سلامة الحكم والأمن القضائي وكفالة حق المتهم بالدفاع، فإنه بهذا الأمر يعبر عن المعنى الحقيقي لمبدأ التقاضي على درجتين.

3- لا يجوز الإساءة لمركز المحكوم عليه: ان الهدف الأساسي والرئيسي للمحكوم عليه من وراء الاستئناف هو إزالة الضرر الذي لحق به من الحق الذي تم استئنافه، لذا لا ينبغي على ذلك أن يسيء الإستئناف الى مركزه لأنه لم يسعى الى الاضرار بمصلحتها، بل على العكس يسعى الى مصلحتها وتبعاً لذلك فالمحكمة لا تملك الحق بالحكم بعقوبة أشد أو تشدد بالعقوبة، إضافة الى ذلك على المحكمة أن تتقيد بالطلبات التي طلبها المستأنف فإن قضت بغير ذلك يكون قضاؤها باطلاً¹.

وقد نص المشرع الفلسطيني بنص المادة 332 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني (لا يضرار المحكوم عليه والمدعي بالحق المدني والمسؤول عن الحقوق المدنية باستئنافه).

وتلاحظ الباحثة هنا بأن المشرع قد ذكر هذه القاعدة (لا يضرار طاعن باستئنافه) في نص المادة هذه خلاف للاعتراض الذي لم يرد ذكر هذه القاعده في النصوص المتعلقة بالاعتراض، وقد قضت محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله في الدعوى الجزائية رقم 103 لسنة 2010 (اذا طعن المحكوم عليه في الحكم تنظر محكمة الاستئناف فيما اذا كانت التطبيقات القانونية صحيحة ، فاذا كانت كذلك تؤيدها والا صوبتها وعملاً بقاعدة لا يضرار الطاعن من طعنه فإن وجدت خطأ يزيد من العقوبة عليها أن تؤيد الحكم المطعون فيه من حيث النتيجة مع الإشارة الى الخطأ في تحديد مقدار العقوبة) .

¹ د. محمد خميس، مرجع سابق، ص 405.

ثالثاً: الطعن بالنقض

"الطعن بطريق النقض هو طريق غير عادي للطعن، يرد على الأحكام النهائية المبرمة والصادرة من محاكم الدرجة الثانية لمخالفتها للقانون من أجل الغاء الحكم المطعون فيه دون أن يتم تجديد النزاع أمام محكمة النقض"¹.

ويتبين من التعريف السابق بأن الطعن بالنقض يختلف عن الطعون سابقة الذكر، كونها تستهدف مناقشة صحة التكييف القانوني، لا التأكد من صحة الوقائع، بالتالي وظيفة الطعن بالنقض هي رقابة المحاكم النظامية للقانون فيما يتعلق بالفصل في موضوع الدعوى، والتأكد من صحة الإجراءات التي اتبعتها تلك المحاكم عند النظر فيها، ومدى قانونية الفصل في النزاع و إصدار الأحكام²، بالتالي نصت المادة 366 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على أنه: (تنظر المحكمة في الطعن تدقيقاً ويجوز لها أن تحدد جلسة لسماع اقوال النيابة العامة واقوال الخصوم اذا ارتأت ذلك) وعليه قضت محكمة النقض الفلسطيني في غزة بالدعوى الجزائية رقم 114 لسنة 2004 مايلي " ان محكمة النقض محكمة قانون وليست محكمة موضوع ولا مجال للخوض في بيانات الخصوم المنوط بمحكمة الموضوع دون سواها لانها لا تتدرج ضمن أسباب الطعن بالنقض التي أوردتها المادة 351 من قانون الإجراءات الجزائية على سبيل الحصر"، كما قد وضح المشرع الفلسطيني نصوص المواد المتعلقة بالطعن بطريق النقض في المواد 346-374 وهي تتحدث عن الأسباب والإجراءات والآثار ومواعيد الطعن بطريق النقض، لكننا هنا سنتطرق للحديث عن الضمانات الخاصة للمتهم للطعن بالنقض وهي على النحو التالي :

1- لا يتضرر الطاعن من الطعن بالنقض: إذا تقدم أحد الخصوم بالطعن بالنقض وتم نقض الحكم استناداً على ذلك، فلا يتضرر من النقض، فإنه لا يضار طاعن من نقضة³.

¹ د. محمد علي السالم عياد الحلبي والاستاذ سليم زعنون، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، مرجع سابق، ص635.

² تمييز جزاء رقم 7158 لسنة 1971 ص 1341 من كتاب د. محمد علي السالم عياد الحلبي والاستاذ سليم زعنون المرجع السابق، ص636.

³ تمييز جزاء رقم 85192 لسنة 1986 ص 210 من كتاب د. محمد علي السالم عياد الحلبي والاستاذ سليم زعنون، مرجع سابق، ص 685.

2- حق المتهم في تصحيح الخطأ في القانون الذي يشوبه الحكم الصادر ضده: اللجوء الى النقض يعتبر بمثابة الحل الأخير لكفالة حق المتهم في الدفاع عن نفسه بعد أن طرق جميع الأبواب بالقضاء ولم يظفر بحكم لصالحه، لذا لزم على محكمة النقض أن تصحيح الحكم المطعون فيه إذا كان مبني على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه وتأويله وان تحكم لصالح المتهم متى تحقق ذلك¹.

رابعاً: النقض بأمر خطي

هي طريقة طعن استثنائية أعطى القانون للنائب العام إذا تلقى أمر خطي من وزير العدل ان يعرض ملف الدعوى على محكمة النقض لاصلاح إذا ما كان هناك أي أخطاء في الحكم المطعون فيه، فقد يكون هناك مخالفة بالقانون او مشوباً بعيب وقابل للنقض، بالتالي يتم اللجوء للنقض بأمر خطي بالطريقة التي تم ذكرها سابقاً².

ومن هنا عند رجوعنا لنصوص مواد قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، نلاحظ أنه تم ذكرها بمادتين هما نص المادة 375 والمادة 376 حيث تنص المادة 375 على: (ان لوزير العدل أن يطلب من النائب العام خطياً عرض ملف دعوى على محكمة النقض اذا كان الحكم مخالفاً للقانون وكان الحكم قد اكتسب الدرجة القطعية ولم يسبق لمحكمة النقض البت فيه ويطلب بالإستناد الى ذلك إبطال الإجراء أو نقض الحكم أو القرار)، واستناداً على نص المادة هذه صدر حكم لمحكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الجزائية رقم 18 لسنة 2007 (النقض بأمر خطي هو طريق استثنائي يتم الولوج اليه وفق ضوابط حددها المشرع، ولا يجوز التوسع في تفسيره بما يعني أن النائب العام يعرض ملف الدعوى على محكمة النقض مرفقة بالأمر الخطي الصادر عن وزير العدل ويطلب بالإستناد إلى الأسباب الواردة فيه إبطال الإجراء أو نقض الحكم أو القرار، وإن محكمة النقض تبدو مقيدة بحدود أسباب الطعن التي يستند اليها الوزير في طلب النقض بأمر خطي، ولا يملك النائب العام أن يضيف الى تلك الأسباب أو أن يسبب من لدنه والا أضحي الأمر

¹ نقض مصري جنائي 1987\1\28 احكام النقض س 38 ق 23 ص 153.

² د. محمد علي السالم عياد الحلبي والاستاذ سليم زعنون، المرجع السابق، ص 688.

خروجاً من دائرة الاستثناء الى دائرة الأصل وفي ذلك توسيع لضيق وانحراف عن غاية المشرع وفلسفة التشريع و تحميل للنص أكثر مما يحتمل¹).

ومن الضمانات المتعلقة بالمتهم هنا واستناداً لنص المادة، أن في حال كان الحكم مشوباً بمخالفة القانون أو وقوع إجراء بالدعوى مخالف للقانون سواء أكان بترك العمل بنص قانوني، أو الخطأ بتطبيق القانون بإعمال نص قانوني، لا ينطبق على الدعوى و/أو فوات ميعاد الطعن، دون أن تتاح الفرصة لمحكمة النقض من اصلاح الخطأ، هنا يتم التقدم باعمال الطعن بأمر خطي حفاظاً على مصلحة المحكوم عليه والدفاع عن حقه حتى آخر مرحلة من مراحل الطعن.

خامساً: الطعن بإعادة المحاكمة

ويقصد بالطعن بإعادة المحاكمة: " هي طريق طعن غير عادي بالأحكام الغاية منها الرجوع عن حكم قضي بالعقوبة إذا تبين فيه خطأ جسيم لا يدع مجالاً للشك في أن المحكوم عليه كان مظلوماً"².

وقد نظم المشرع الفلسطيني في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني إعادة المحاكمة ضمن المواد(377-279)، وقد حدد المشرع الفلسطيني الحالات التي يجوز فيها طلب إعادة المحاكمة وشروط الطلب وإجراءات الطلب.

وقد راعى المشرع الفلسطيني فيها مصلحة المحكوم عليه فقط دون مصلحة الإدعاء العام أو أي خصم آخر في الدعوى، كما لا تجوز إعادة المحاكمة ما دام يوجد طريق قانوني آخر

¹ نور عدس وباسمين شعار واخرين، قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001 وتعديلاته مدعماً باهم المبادئ القضائية الصادره عن المحكمة العليا في فلسطين 2015 الطباعة من مشروع تطوير القانون الجنائي الفلسطيني جامعة النجاح الوطنية ص 172

² المحامي جمال عبد الناصر مسالمه، طلب اعادة المحاكمة، منتديات شبكة قانوني الاردن، الموقع الالكتروني <http://www.lawjo.net/vb/showthread.php?5619> تاريخ الدخول 20\10\2016.

للطعن بالحكم لذلك لا تقبل الطلب بإعادة المحاكمة إذا قدمت خلال الفتره القانونية المقررة للطعن استثناءً¹.

وتصدر الأحكام القضائية بناء على الأدلة التي تقدم أثناء سير الدعوى وقد لا تطابق تلك الأحكام الحقيقة والواقع فقد يكون هناك غش أو تزوير، وقد تكون هناك أدلة أخرى قد تغير مجرى القضية فيصبح الحكم الذي صدر فيه الكثير من الظلم، وهذا ما لا يقبله العقل والقانون، لذا فتح القانون طريقاً لإبطال هذا الحكم أو تعديله عن طريق الطعن بإعادة المحاكمة، ومن الضمانات المقررة للطعن بإعادة المحاكمة لمبدأ قرينة البراءة هي:

- 1- لا يضر الطاعن بطعنه : حيث تنص المادة 386 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني "الأحكام التي تصدر في موضوع الدعوى بناء على طلب إعادة المحاكمة من غير محكمة النقض، يجوز الطعن فيها بجميع الطرق المقررة في القانون ولا يجوز أن يقضى على المتهم بأشد من العقوبة السابقة التي حكم بها عليه"، ففي حال تبين للمحكمة وجود سبب قانوني للتدخل بالحكم السابق تقرر الغاؤه كلاً أو جزءاً، وبراءة المحكوم عليه، او اصدار حكم جديد، على أن لا يكون أشد من الحكم السابق، الا اذا خالف القانون، واذا تبين العكس تقرر عدم التدخل فيه .
- 2- وقف الحكم الصادر بالإعدام: حيث تنص المادة 1\380 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني "لا يترتب على طلب إعادة المحاكمة ايقاف تنفيذ الحكم الا إذا كان صادراً بالإعدام".
- 3- قبول طلب إعادة المحاكمة للمحكوم عليه المتوفي: تنص المادة 378 على " يقدم طلب إعادة المحاكمة الى وزير العدل من قبل كل من زوج المحكوم عليه أو ابنائه، وورثته أو من أوصى لهم إن كان ميتاً، أو ثبت ذلك بحكم قضائي"، فحفاظاً على مبدأ البراءة الأصلية في الإنسان، واحتراماً له، قرر القانون قبول طلب اعادة المحاكمة من قبل اقارب المحكوم عليه المتوفي، كزوجته أو أولاده او أحد اقاربه أو من يمثله قانوناً.

¹ القاضي ياسين خضير المشهداني عضو محكمة الجنايات ، التهمه و تطبيقاتها في القضاء الجنائي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الاردن ، الطبعة الثانية ، 2010 م - 1431 هـ ، ص 239 .

الفرع الثاني: البطلان

أولاً: تعريف البطلان

البطلان لغة: " نقيض الحق، ويرادفه الخطأ والكذب والفساد والعدم. تقول بطل الشيء بطل الشيء بطلاناً أي ذهب ضياعاً وخسراناً، وبطل الشيء سقط حكمه، وأبطل فلان جاء بكذب وادعى باطلاً. والباطل اجمالاً هو الذي لا يكون صحيحاً بأصله¹."

أما البطلان فقهاً: "جزاء إجرائي يرد على العمل الإجرائي المخالف لبعض القواعد الاجرائية، فيهدر آثاره القانونية²."

ويتضح من هذا التعريف بأن البطلان هو عبارة عن جزاء يقرره القانون كأثر لعدم وجود كل او بعض الشروط الاجرائية الواجبة التوافر، سواء أكان بشكل صريح أو ضمني في إجراء قانوني معين فهو جزاء على مخالفة الإجراء الجوهري، أما الإجراء غير الجوهري فلا يترتب على مخالفته البطلان والقول بغير ذلك يؤدي الى إهدار الآثار القانونية المترتبة على الإجراءات الجنائية لأتفه الأسباب، وتمكين المتهم من الإفلات من العقاب وتعقيد الإجراءات وإطالة أمدها دون مقتضى قانوني.

وقد نصت المادة 477 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على: "لا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الإجراءات السابقة عليه، أو بطلان الإجراءات اللاحقة له اذا لم تكن مبنية عليه، واذا كان الإجراء باطلاً في جزء منه فإن هذا الجزء وحده هو الذي يبطل"، فبطلان الإجراء لا يؤثر فيما تم قبله من إجراءات صحيحة، وإنما يقتصر على الآثار التي تترتب على الإجراء الباطل مباشرة، واذا كان الإجراء باطل في جزء منه، فإن هذا الجزء وحده الذي يبطل فمتى تقرر بطلان الإجراء الجزائي زالت جميع آثاره القانونية ويصبح وكأنه لم يكن فالإعتراف الباطل، لا يجوز الإستناد له في الإدانة وإن البطلان في هذا الجزء لا يؤثر بباقي الإجراءات القانونية الصحيحة .

¹ عمر فخر الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 190.

² احمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1959 ص 111.

ثانياً: أنواع البطلان

ان ايقاع البطلان لكل مخالفة للإجراءات القانونية هو إغراق في الشكلية، تؤدي الى عرقلة في سير العدالة، وقد استقر الفقه والقضاء على إيقاع البطلان على كل مخالفة للإجراءات الجوهرية التي تهدف للمحافظة على مصلحة المجتمع والخصوم، إما الاجراءات غير الجوهرية لا يترتب عليها البطلان، ومن هنا ينقسم البطلان الى نوعين أساسيين هما: البطلان المتعلق بالنظام العام أو ما يسمى بالبطلان المطلق، والآخر البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم أو ما يسمى بالبطلان النسبي وعليه سأتناول كل منها على النحو التالي:

1-البطلان المطلق (مصلحة عامة)

البطلان المطلق هو " البطلان المتعلق بالنظام العام، فهو البطلان الذي يتقرر جزاء لمخالفة قاعدة إجرائية متعلقة بالنظام العام، أي تهدف الى تحقيق الصالح العام، و لو أدى ذلك الى تحقيق مصلحة الخصوم¹، فقد نص قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني بالمادة 475 منه على : "يترتب البطلان على عدم مراعاة احكام القانون المتعلقة بتشكيل المحاكم أو بولايتها أو باختصاصها أو بغير ذلك ، مما هو متعلق بالنظام العام وجازت اثارته في أية مرحلة من مراحل الدعوى ، كما تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها"، وهنا حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الجزائية رقم 226 لسنة 2013 بخصوص نص المادة السابقة هي:"إن ما يترتب على مخالفة تشكيل الهيئة مصدره الحكم المستأنف للقانون هو البطلان وليس الإنعدام، و حيث ان بطلان الحكم وان كان يتصل بالنظام العام الا أنه يستوجب الطعن فيه خلال مدة الطعن القانونية اذا ما أغلقت سبل الطعن فيه أصبح عنواناً للحقيقة، باعتبار ان البطلان هو عوار يصيب الحكم أو الإجراءات من حيث الشكل دون أن يؤثر في الحكم ذاته أو جوهره كما الحال بالنسبة للإنعدام.²

وهنا المشرع الفلسطيني لم يرد البطلان على سبيل الحصر بل على سبيل المثال فحسب

ذلك لان المشرع لن يستطيع حصر الحالات التي تعتبر من النظام العام كون فكره النظام العام

¹ د. فوزية عبد الستار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، المرجع السابق ، ص48.

² المقتفي

مرنه ومتجده متغيرة بتغير الزمان والمكان، بالتالي لا يستطيع المشرع الفلسطيني حصره هذه الفكرة بحالات معينة، والضابط الوحيد في تحديد المصلحة وأهميتها هو قاضي الموضوع الذي يقوم بنظر القضية، فاذا رأى القاضي بان المصلحة التي تحميها القاعدة الإجرائية هي مصلحة عامة هامة اعتبرها من النظام العام.

ويتميز البطلان المطلق بما يلي:

- 1- على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها دون الحاجة لطلب أحد من الخصوم¹.
- 2- يجوز لكل خصم التمسك بالبطلان أو الدفع حتى ولو لم يكن صاحب مصلحة مباشرة من وراء هذا البطلان.
- 3- يجوز التمسك به في أي حالة كانت عليها الدعوى حتى وإن كانت لأول مره أمام محكمة النقض.
- 4- لا يجوز التنازل عن الإحتجاج به كونها متعلقة بالمصلحة العامة فهي لمصلحة المجتمع ولا يعتد بالتنازل سواء كان صراحة أو ضمناً.
- 5- لا يجوز الدفع بالبطلان المطلق إذا كان سبب البطلان راجع الى خطأ الخصم أو كان قد ساهم فيه فليس له أن يدفع ببطلان التوقيف لعدم استجوابه في حال امتنع عن الإجابة عن الأسئلة التي وجهت إليه من قبل المحقق.

ونلاحظ هنا بأن هناك بعض الإجراءات المتعلقة بالنظام العام هي في حال المساس بسلامة الجسد بوصفه هنا هو أمر محظور، إضافة الى مباشره الإجراءات من غير جهات القضاء أو السلطات المختصة سواء في القضاء أو النيابة أو الضابطة العدلية، خاصة اذا كانت تمس حرية التنقل والحياة الخاصة أو في حال مباشرة بعض الجهات الغير قضائية للإجراءات التي تكون في غير الحالات الاستثنائية المسموح بها قانوناً، وأن جميع هذه الأمور على القاضي استنباطها فيما إذا كانت متعلقة بالنظام العام وتمت مخالفة أحكامه أم لا.

¹ ففي حالة تحريك دعوى جنائية من قبل النيابة العامة اشترط القانون تقديم شكوى او الحصول على اذن او طلب فيعتبر باطلا اتصال المحكمة بالدعوى ويتوجب عليها ان تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها. نقض جنائي 15 يونيو 1993 مجموعة احكام نقض س 33 ق 91 ص 602.

2- البطلان النسبي (مصلحة خاصة)

"هو البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم، وهو البطلان الذي يترتب على مخالفة قاعدة شكلية مقررة لمصلحة الخصوم"¹، فإذا كان الهدف من القاعدة الإجرائية التي تمت مخالفتها حماية حقوق الخصوم بمعنى ضمانات مقررة لمصلحتهم فمباشرة العمل خلافاً لما تقتضي به هذه القواعد تؤدي لبطلانه بطلاناً نسبياً.

وقد نصت عليه المادة 478 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني بقولها: "في غير حالات البطلان المتعلقة بالنظام العام يسقط الحق في الدفع ببطلان الإجراءات الخاصة بجمع الإستدلال أو بالتحقيق الابتدائي أو بالتحقيق بالجلسة إذا كان للمتهم محام وحصل الإجراء بحضوره دون إعتراض منه، ويسقط حق الدفع بالبطلان بالنسبة للنياحة العامة إذا لم تتمسك به حينه".

فهنا يفترض تنازل المتهم عن اثاره البطلان اذا كان للمتهم محام وحصل الإجراء في حضوره دون أن يعترض عليه ومؤدى ذلك أن التنازل لا يفترض من جانب المتهم اذا لم يكن له محام فالبطلان المطلق قد يتعلق بمصلحة الخصوم أو المتهم اذا كانت هذه المصلحة من الأهمية بمكان بحيث ترتقي إلى المصلحة العامة التي تعني المجتمع، بالتالي علينا أن نميز ما بين المصالح المتعلقة بالمتهم أو الخصوم والتي يترتب على مخالفتها البطلان النسبي، وما بين المصالح العامة التي يترتب على مخالفتها البطلان المطلق والذي يقدر أهمية هذه المصلحة كما ذكرت سابقاً هو قاضي الموضوع مع ضرورة أن يكون قراره مسبباً².

والأمثلة على هذا النوع من البطلان كثيرة منها مخالفة القواعد التي تنظم حق الخصوم في حضور إجراءات التحقيق واستصحاب المدافعين عنهم والقواعد التي تنص على وجوب إخطار الخصوم بمواعيد الإجراءات ومكانها والقواعد المتعلقة بالإستحواب والقبض والتفتيش والتوقيف الى غير ذلك من القواعد التي تهدف لحماية مصلحة الخصوم.

¹ د. فوزية عبد الستار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، مرجع سابق، ص48.

² عمر فخري الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 208.

ويتميز البطلان النسبي بما يلي:

- 1- لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.
- 2- لا يجوز لقاضي الموضوع الحكم ببطلان الإجراء من نفسه دون طلب من الخصم.
- 3- يجوز للخصوم التمسك بالبطلان النسبي أمام محكمة الموضوع ولا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض¹.
- 4- يجوز التنازل عنه سواء صراحة وهنا لا يثير صعوبة بالتعرف عليه، أو ضمناً ويستخلص من عدم إثارة البطلان في بعض مراحل الدعوى.
- 5- ويجوز تصحيحه برضاء الخصم الذي تقرر البطلان لمصلحته.

¹ وعلة ذلك ان عدم اثاره البطلان امام محكمة الموضوع يعد من قبيل التنازل الضمني عنه (نقض جنائي 15 مارس 1970 مجموعته احكام النقض س 21 ق 90 ص 361).

الخاتمة

أما وقد أنهيت الرسالة عبر فصول ومباحث، فقد آثرت أن أبين بأن نظرة واحدة إلى فحوى المصادر التي رجعت إليها وما تتسم به من معلومات، تكفي للإحاطة بالجهد الذي بذلته في وضع وإعداد هذه الرسالة التي يصح أن أسميها بهذا الإسم لأنها لم تخل من مقومات الرسالة في أهمية موضوعها، وندرة ما كتب فيها، وفيما أعطينتها من عصارة من الفكر، وصبر وتحمل في التفكير ومع ذلك استطعت أن أتوصل إلى أفكار جديدة وحلول ومقترحات مفيدة، علماً أنها ليست هذه هي الرسالة الأولى التي تكتب في الحماية الجزائية لقرينة البراءة، بل سبقني في هذا الصدد العديد من الأساتذة والزملاء، وكان لكل منهم جهده المشكور لإنارة الطريق أمام جميع من بالحقل القانوني و القضائي، الجالس منهم و الواقف .

وقد وجدت لزاماً على أن أضع هذه الرسالة المتواضعة بين أيديكم بما اشتمل عليها من دفوع قانونية مؤيدة من محكمة النقض الفلسطينية والمصرية، والتميز الأردنية.

وإن كان ضمن بنود هذه الرسالة هفوة، فأرجوا أن يمحوها محاولتي الجادة في أن يشتمل على كل ما يعنى للقانوني بشكل عام الرجوع إليه، فالكمال لله وحده، وأرجوا من الله أن يوفقنا إلى ما فيه رضاه.

إنني نهجت في كتابة هذه الرسالة المنهج العلمي المبسط والمباشر في توضيح المعلومة بطريقة موجزة، دون إفراط أو تفريط، بعيداً عن أسلوب الإطالة والجدل الذي يقلق القارئ، لذا وجب على أن اتبع أسلوب البساطة وتحديداً في عرض كل فقرة من فقرات هذه الرسالة، ليتطابق مع الخطة المرسومة.

ولا أريد أن أجعل من هذه الخاتمة تلخيصاً لهذه الرسالة، ذلك أن ما عندي من آراء كنت بداية قد طرحتها في هذه الرسالة، ولا يعتبر التلخيص الا مجرد تكرار قد يكون ممل بعض الشيء، لكنني أريد أن أقصد مشكلة الرسالة بإيجاز، والتي تتمثل في تعارض مصلحتين، مصلحة الدولة في عقاب الجاني، ومصلحة الأفراد في حماية حقوقهم وحررياتهم الشخصية.

وقد وجدت بأن التوفيق بين المصلحتين لا يكون بتحقيق أمن كامل وحرية كاملة في الوقت ذاته، أو بأن تكون الحرية مطلقة بلا قيود، أو أن تكون مكبلة من غير ضرورة، لأن كليهما يشكلان خطراً على حقوق الإنسان في المجتمع، بل ينبغي أن نحقق التوازن من خلال تحقيق أقصى قدر ممكن من الأمن والأمان للمجتمع، مع أقل قدر ممكن من تقييد الحرية، وأن يكون ذلك التوازن من خلال التشريع باعتباره الوسيلة التي يراد لها أن تحكم الروابط الإنسانية والاجتماعية بين المواطنين، في إطار متكامل من التنسيق والتعاون والتوافق.

ومن جانبي أؤيد ايجاد نوع من التوازن بين حرية المتهم الشخصية، ومصلحة الدولة في عقاب الجاني، الا أنني أضيف الى ذلك أن مشكلة التوفيق بين الحرية والأمن، أو بين الفرد والسلطة، هي مشكلة قد لا نجد لها حلولاً مثالية، ومع ذلك يمكن القول بأنه إذا كان الغرض في كلتا المصلحتين هو تحقيق المصلحة العامة، سواء من خلال ضبط الجريمة، أو من خلال حماية الحقوق والحريات الشخصية، فإن حل تلك المشكلة لا شك أنه يختلف من زمن لآخر ومن مكان لآخر.

وتفسير ذلك أنه في زمن ما وفي مجتمع معين، قد يكون السبيل لتحقيق المصلحة العامة هو الحاجة الى الأمن أكثر منه الى الحرية، وفي فرض آخر قد يحتاج المجتمع الى الحرية أكثر منه الى الأمن لتحقيق تلك المصلحة، وفي فرض ثالث قد نحتاج الى الموازنة بين الأمرين، حيث يكون المجتمع على درجة من الرقي والتحضر، مما يسمح له بالعدل بين الحرية والامن ولا شك بأن الفرض الاخير تمثل الغاية المنشودة لكل مجتمع حر وآمن.

ومع ذلك أجد نفسي منحاذاة الى الحرية لأقرر بأنها المطلب الأول في جميع الأحوال وفي مختلف الأزمنة، وبأن الحرية هي التي تقود إلى الأمن ومن ذلك احترام القانون لقريضة البراءة، إذ لا بد وأن يقود لاحترام المتهم للقانون ذاته.

وفي النهاية فإنني حاولت في هذا الجهد المتواضع، أن أفق على موضوع من أهم الموضوعات جدلاً وبحثاً على كافة الأصعدة، وفي شتى المجالات، فإذا كانت حقوق الإنسان وحرية الشخصية لها قدسية معينة، فإن وقوع الجريمة يورث اضطراباً اجتماعياً ينشئ حقاً للدولة

بمعاقة الجاني والمساس بحقوقه الشخصية، حماية لحق أجدر وهو إحقاق العدل و حماية أمن الدولة واستقرارها ، وحاولت أن أف على هذه المعادلة الصعبة متمثلة من منطلق حقوق الإنسان و حرية الشخصية وأمن المجتمع واستقراره، حيث بينت الضوابط الإجرائية والقانونية للمساس بحقوق الانسان، وأنه لا يجوز أن يمس حق إنسان الا وفقاً لاحكام القانون .

وقد اجتهدت في كل ما تقدم الوقوف على ما استقر عليه الإجتهد القضائي لمحكمة النقض الفلسطينية والمصرية ومحكمة التمييز الأردنية من بطلان الإجراءات لمخالفة القانون، من خلال ما تقدم على العديد من النقاط الهامة من نتائج وتوصيات متمثلة ب:

النتائج:

- 1 حق الشخص في أن يحاكم محاكمة عادلة منصفه أمام قضاء عادل ومستقل ومحايد يحقق له العدل والإنصاف قضاء طبيعي بعيد عن القضاء الخاص.
- 2 حق الفرد في أن يكون القضاء مستقلاً استقلالاً كاملاً لا سلطان لأحد عليه بعيداً عن الأهواء وعن سيطرة السلطة التنفيذية.
- 3 حق الفرد في أن يلجأ الى القضاء لتصحيح ما صدر ضده من أحكام في درجات التقاضي المختلفة.
- 4 تعد محكمة النقض ذات دور هام في ضمان الحماية القضائية للحقوق والحريات بما تمارسه من رقابة على محكمة الموضوع في جميع أعمالها وبما تقضي به من أحكام تؤكد هذه الحماية في صور مبادئ قانونية.
- 5 أكدت المواثيق الدولية والداستير والقوانين الإجرائية على قرينة البراءة ومنها القانون الأساسي الفلسطيني.
- 6 خلا قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني من ذكر قرينة البراءة بشكل صريح وواضح في نصوصه.
- 7 قرينة البراءة هو حق من حقوق الإنسان وعنوان من عناوين الحرية، وهو مبدأ من مبادئ الدولة الديمقراطية كونه يمثل أساس الشرعية الاجرائية.

- 8 تلازم مبدأ قرينة البراءة المتهم من اللحظة الاولى للإتهام حتى صدور حكم قضائي بات بالإدانة، الذي يمثل الحالة الوحيدة لسقوط مبدأ البراءة والقول بخلاف ذلك تجعل قرينة البراءة عديمة الفائدة وينهي بذلك كل ضمانات وضعت للمتهم.
- 9 جعلت الشريعة الاسلامية قرينة البراءة حق لا يزول ولا يرتفع الا باليقين.
- 10 البراءة هي الأساس التي تنبثق منه جميع الضمانات والحقوق الممنوحة للمتهم، وهذه الضمانات ما هي الا إجراءات حمائية للحد من خرق وانتهاك قرينة البراءة.
- 11 إن قرينة البراءة تعني أن كل متهم بجريمة مهما بلغت جسامتها يعد بريئاً حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه.
- 12 قرينة البراءة تحمي أمن الأفراد وحريتهم الفردية ضد تحكم السلطة.
- 13 إن الأصل في الإنسان البراءة، وهذا يقين واليقين هو علم لا يعتريه شك، ومن ثم فإن أصل البراءة لا يزول الا بيقين مثله، أو أقوى منه، وأن قرينة البراءة لا تنتقض الا بحكم بات بالإدانة، وعليه فالحكم الصادر بالإدانة يجب أن يكون أساسه اليقين حتى يمكن إثبات عكس هذا الأصل وإن اليقين الذي يصل اليه القاضي عن طريق التحليل والاستنتاج هو يقين نسبي وليس مطلق، لأن اقتناع القاضي بالحقائق الواقعية لا يمكن الا أن تكون تقريبياً، ودليل ذلك أن كل إضافة جديدة لأدلة الإثبات تؤدي لتحسين الإقتناع والعكس صحيح.
- 14 إن قاعدة تفسير الشك لمصلحة المتهم هي إحدى النتائج المترتبة على قرينة البراءة، فالشك لا يصلح لأن يكون أساساً للحكم بالإدانة، فإذا ما تشككت المحكمة في صحة إسناد التهمة الى المتهم أو لم تكن أدلة اثبات كافية لإدانة المتهم، فإن المحكمة تفسر الشك لمصلحة المتهم وترجع للأصل العام وهو براءة المتهم.
- 15 كان للشريعة الاسلامية فضل السبق في إقرار قرينة البراءة، ومن أهمها قاعدة درء الحدود بالشبهات، قبل أن يعرفها القانون الوضعي، ولقرينة البراءة في الشريعة الإسلامية سندها الشرعي، سواء أكان ذلك في القرآن الكريم أم السنة النبوية.
- 16 قرينة البراءة قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس بأدلة جازمة يقينية تنقصها جهة التحقيق والمحاكمة والا فالشك في الإدانة يفسر لمصلحة المتهم.

17 إن كل ما يسيء الى قرينة البراءة ويسيء الى سمعة المتهم ويؤثر على الرأي العام قبل صدور حكم قضائي نهائي، يعد جريمة يعاقب عليها القانون مثل نشر التحقيقات والمحاكمات بالأسماء والتفاصيل دون إذن من المحكمة.

18 إن قرينة البراءة توجب الإفراج عن المتهم وإخلاء سبيله حال الحكم ببراءته حتى ولو وقع الطعن بالحكم على ألا يضار طاعن بطعنه.

19 قرينة البراءة هي قرينة مقررة لحماية الحريات الفردية من تحكم السلطات ومن الأخطاء القضائية.

20 إن قرينة البراءة تتفق مع منطق الأشياء الذي يقضي بعدم تكليف الإنسان بإثبات براءته، ومن يدعي خلاف ذلك يقع عليه عبء الإثبات.

21 يحمد على المشرع الفلسطيني أنه منع تعذيب المتهم وصان حقه في سلامة جسده، فالإعتراف المأخوذ عن طريق التعذيب يعتبر من الإجراءات الباطلة التي لا يعول عليها في إدانة المتهم، فمثل هذا الإعتراف يكون فيه اهداراً للكرامة الإنسانية، ومن ثم يشكل اعتداءً جسيماً على حقوق الإنسان.

22 كما ان المشرع الفلسطيني لم يعتد بالوسائل المستحدثة وبالذات جهاز كشف الكذب والتنويم المغناطيسي.

23 القصور التشريعي في كثير من القواعد التي ترتبط بحق المتهم بالدفاع عن نفسه الأمر الذي يؤدي بالنهاية الى الإخلال به.

24 التباين الواضح بين التنظيم القانوني النظري وبين التطبيق الفعلي العملي مما يفرض إلى ممارسات ضارة بحق المتهم بالدفاع.

التوصيات

1 ندعو المشرع الفلسطيني الى استخدام تسمية المشتبه به بدلاً عن المتهم عند مرحلة التحري وجمع الأدلة.

2 نقترح على المشرع الفلسطيني تضمين قانون الإجراءات الجزائية النافذ نصاً ينظم قرينة البراءة بشكل واضح وصريح ونرى أن تكون في المادة الأولى من القانون.

- 3 ضرورة الفصل بين سلطة الإتهام وسلطة التحقيق.
- 4 في حال التوقيف يجب أن تكفل الدولة الحق بالتعويض لمن تم توقيفه ثم صدر قرار بمنع المحاكمة عنه أو بالبراءة.
- 5 كما يجب التركيز في التوقيف على بدائل له، من إفراج مؤقت بكفاله، أو بدون كفاله والمراقبه القضائية وغيرها، تفادياً لما قد ينجم عن التوقيف من أضرار ومساوئ.
- 6 فيما يتعلق بالتفتيش يجب إناطة هذا الإجراء لمن يملك القبض قانوناً، ويجب أن يجري تفتيش المساكن بحضور صاحب المنزل أو من ينيبه عنه، وعدم اجرائه ليلاً الا للضرورة القصوى.
- 7 يجب الأخذ بسرعة المحاكمات الجزائية بما لا يخل بالضمانات المقررة للأفراد.
- 8 تعيين محامي للمتهم إذا لم يكن له محام ليس بالجنايات وحدها وإنما في الجرح وذلك ضماناً لحق المتهم.
- 9 نظراً لأهمية الإقرار فإنني اطالب أن تخصص سلطة ذات ضمانات معينة يصدر أمامها هذا الإقرار، فقد يكون دليل إثبات ضد المتهم ولذلك يجب أن يصدر هذا الإقرار أمام سلطة ذات ضمانات معينة ويفضل أن تكون متجردة من طابع الاتهام، كأن يصدر الإقرار أمام قاضي التحقيق.
- 10 ضرورة حضور محامي لدى الشرطة لحماية الحريات الفردية التي يتمتع بها الأفراد من تعسف بعض من رجال السلطة الضبطية.
- 11 رصد وتوثيق ممارسات التعذيب والإنتهاكات التي يتعرض لها المواطنين.
- 12 زيارة أماكن الإحتجاز ومراكز الإصلاح والتأهيل لمتابعة ومراقبة مدى احترام حقوق الموقوفين والنزلاء ومتابعة أي انتهاكات مع الجهات المسؤولة في السلطة، بهدف الحد من جرائم التعذيب بحق المواطنين.
- 13 الضغط لسن تشريع خاص يجرم التعذيب ومقترفيه ويكفل إنصاف ضحايا التعذيب.
- 14 خلق آليات للحماية من هذه الجريمة ويجاد قوانين اجرائية وقائية لمنع وقوع هذه الجريمة أساساً.
- 15 عدم التدرع بأية أوامر عليا أو اية ظروف إستثنائية كمبرر لأعمال التعذيب.
- 16 اتخاذ التدابير التشريعية والإدارية والقضائية وغيرها من التدابير الفعالة لمنع ارتكاب التعذيب.

17 نهيب بالمشرع الجنائي الفلسطيني أن يضمن الحماية اللازمة للمتهم من الإكراه من خلال تفعيل حق المتهم في عدم تجريم ذاته وحقه بالصمت.

18 ان بناء صرح العدالة الجنائية يفرض ضرورة الاهتمام بحقوق الإنسان والتفكير في حمايته وتوفير الضمانات لمحاكمته، وهذا ما يفرض تعبئة جميع الفاعلين وإشاعة ثقافة الضمير المهني، فالهدف النهائي هو تحقيق الصالح العام غير أن السعي وراء هذه الغاية ينبغي الا يكون على حساب الحريات الفردية والسلامة الجسدية للأفراد.

وبعد، في ختام هذه الدراسة أدعو المولى عز وجل أن أكون قد وفقت في إعطاء هذا الموضوع حقه من البحث والإستقصاء، و ساهمت و لو بقدر يسير بالمساعدة في إحقاق الحق ودفع الظلم عن الانسان والإرتقاء بمستوى الإجراءات المتبعة، كل هذا بحدود علمي و جهدي ولا يسعني الا أن أختتم رسالتي بقول العماد الاصفهاني: " انني رأيت أنه لا يكتب انساناً كتاباً في يوم الا وقال في غده : لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر وهو دليل استيلاء النقص على جملة البشر والله الحجه البالغة وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

المصادر والمراجع

المصادر:

• القرآن الكريم

• السنة النبوية

المراجع:

أولاً: الكتب والمعاجم اللغوية

• ابراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، الجزء الأول، مطبعة مصر، 1960.

• د. أحمد طاهر حسنين، مهارات البحث باللغة العربية، جامعة الإمارات العربية المتحدة، بدون تاريخ.

• محمد فؤاد عبد الباقي، المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، دار احياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ.

• لسان العرب لابن منظور محمد بن مكرم بن علي الانصاري المتوفي سنة 393 هـ اعداد وتصنيف يوسف خياط ونديم مرعشلي بدون سنة نشر دار لسان العرب بيروت الجزء 13.

• لسان العرب لابن منظور جمال الدين محمد بن عبد الله بن مكرم بيروت دار صادر الجزء 8، 1982

ثانياً: كتب الشريعة الاسلامية والتفسير

• علاء الدين علي بن حسام الدين الهندي البرهان فوري، كنز العمال في سنن الاقوال والافعال، المتوفي سنة 975 هـ مؤسسة دار الرسالة بيروت 1399 هـ -1979 م، الجزء 16.

- الشيخ هادي النجفي، موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام، الجزء الثاني الطبعة الاولى 1423-2002.
- صحيح البخاري للامام ابي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري المتوفي سنة 256 هـ دار ابن كثر بيروت الطبعة 3 الجزء 6، 1987م.
- صحيح مسلم، الدكتور يحيى بن شرف ابو زكريا النووي، دار الخير سنة النشر 1416 هـ سنة النشر 1996 م عدد الاجزاء 6.
- مسلم، الامام ابي الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري المتوفي سنة 261 هـ صحيح مسلم مطبعة محمد علي صبيح - مصر.
- مختار الصحاح لزين الدين الرازي باب قرن الجزء 1.

ثالثا: الكتب القانونية والعامّة

- ابراهيم محمود الليدي، ضمانات حقوق الانسان امام المحاكم الجنائية، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010.
- أحمد فتحي سرور، الوسيط في القانون الإجراءات الجنائية، مطبعة جامعة القاهرة الجزء الأول، 1979.
- أحمد عكاشة، علم النفس الفسيولوجي، دار المعارف، القاهرة، الطبعة الرابعة، 1977.
- ادريس عبد الجواد عبد الله بريك، الحبس الاحتياطي وحماية الحرية الفردية في ضوء اخر تعديلات قوانين الاجراءات الجزائية (دراسة مقارنة)، كلية القانون جامعة عمر المختار، دار الجامعة الجديدة، ليبيا، 2008.
- أيمن الظاهر، شرح قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني (دراسة مقارنة) الدعوى الجزائية ومرحلة جمع الاستدلالات، الجزء الأول، الطبعة الاولى، 2013.

- أيمن الظاهر، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية (دراسة مقارنة)، التحقيق الابتدائي، الجزء الثاني، 2013.
- أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1959.
- أكرم نشات ابراهيم، علم النفس الجنائي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة السابعة، 1998.
- المستشار ابراهيم سيد احمد، البراءة والادانه في الاستجواب والاعتراف فقها وقضاء، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات مصر - الامارات، 2013.
- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، 1988.
- جهاد كسواني، قرينة البراءة، دار وائل للنشر، الأردن، الطبعة الاولى، 2013.
- جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، دار العلم للجميع دار الكتب المصرية بيروت لبنان الجزء الاول، الطبعة الثانية، 1931.
- حسام الدين كمال الاهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة الحق في الخصوصية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، بدون ط، سنة 1978.
- حسن الجوخدار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، المكتبة الوطنية الأردن 1993.
- رائد احمد محمد، البراءة في القانون الجنائي (دراسة مقارنة)، جامعة بغداد، 2006.
- رأفت عبد الفتاح حلاوة الاثبات الجنائي قواعده وادلته دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية دار النهضة العربية القاهرة 2003
- رمسيس بهنام، الاجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا، ج 2، منشأة المعارف الاسكندرية 1978
- سامي حسني الحسيني، النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن دار النهضة العربية 1972 القاهرة

- سليمان عبد المنعم اصول المحاكمات الجنائية دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية 2008
- سليمان الطماوي " الوجيز فى القانون الإداري-دراسة مقارنة "دار الفكر العربي، طبعة ١٩٧٩
- صوفي حسن ابو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة 1988
- طارق عزت رخا، تحريم التعذيب والممارسات المرتبطة به، دراسة مقارنة فى القانون الدولي العام والقانون الوطني والشريعة الاسلامية، طلبة الحقوق جامعة التحدي، ليبيا، دار النهضة العربية، القاهرة - 1999
- طعيمه الجرف" القانون الإداري - دراسة مقارنة "دار النهضة العربية ١٩٧6
- عبد المنعم سالم شرف الشيباني، الحماية الجنائية للحق فى أصل البراءة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1427 هـ -2006 م.
- عدنان خالد التركماني، المعايير الشرعية والنفسية فى التحقيق الجنائي، المركز العربي للدراسات الامنية والتدريب سابقا، الرياض، الجزء الثاني، 1414 هـ الموافق 1993 م.
- عبد القادر صابر جراده، الجرائم الشخصية فى التشريع الفلسطيني (دراسة تحليلية مقارنة)، مكتبة افاق عكا، فلسطين، 2010.
- عمر الفاروق الحسيني، تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، الجريمة والمسؤولية (دراسة تحليلية)، على ضوء احكام القانونين المصري والفرنسي وراء الفقه واحكام القضاء، المطبعة العربية الحديثة، 1986.
- عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 1968-1969.
- عمر فخر الحديثي، حق المتهم فى محاكمة عادلة (دراسة مقارنة)، دار الثقافه للنشر والتوزيع، عمان الاردن، الطبعة الثانية، 1431هـ-2010 م

- عبد الله ماجد العكايلة، الوجيز في الضبطية القضائية (دراسة تحليلية تاصيلية نقدية مقارنة في القوانين العربية والاجنبية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، جامعة عين شمس مصر، الطبعة الاولى، 2010، م - 1431 هـ.
- علي محمد علي الحوسني، الحبس الاحتياطي في ضوء قانون الاجراءات الجزائية الاتحادي رقم 35 لسنة 1992 والمعدل بالقانون الاتحادي رقم 29 لسنة 2005 (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، 1429 هـ - 2008 م.
- عبد الفتاح مراد، شرح الحبس الاحتياطي، الاسكندرية، الطبعة الاولى، بدون سنة نشر.
- فوزية عبد الستار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، بلا سنة طبع.
- فوزية عبد الستار، "شرح قانون العقوبات - القسم العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.
- فوزية عبد الستار، شرح قانون الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية القاهرة 1986.
- فتحي توفيق الفاعوري، علانية المحاكمات الجزائية في التشريع الاردني مقارنة بالتشريعات الفرنسية والمصرية، الطبعة الاولى، 2007، دار وائل للنشر، الاردن - عمان.
- فاروق الكيلاني، محاضرات في اصول المحاكمات الجزائية الاردني والمقارن، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الفارابي، عمان 1985.
- فتوح عبد الله الشاذلي، القانون الدولي الجنائي، أوليات القانون الدولي الجنائي (النظرية العامة للجريمة الدولية) الكتاب الأول، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2001.
- فتوح عبد الله الشاذلي "جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال" دار المطبوعات الجامعية 2002.
- مأمون سلامة، قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية، الاسكندرية، 2001.
- مأمون سلامة، الاجراءات الجزائية في التشريع المصري، 1973.
- محمد علي السالم عياد الحلبي والاستاذ سليم زعنون، شرح قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني، مكتبة دار الفكر ابو ديس، القدس، 2002.

- محمد الشيمى وسمير الامين، البراءة والدفع المؤدية اليها في قضايا المخدرات مؤيدة بأحدث احكام النقض والتعليمات العامة للنيابات، دار ساره والمجموعة العربية المتحدة للطباعة والنشر، الزقازيق، 1993.
- محمد ابو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية، 1974.
- محمد خميس، الاخلال بحق المتهم في الدفاع، منشأة المعارف للنشر الاسكندرية، طبعة ثانية معدلة، 2006.
- محمد صبحي نجم، قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الطبعة الاولى، 2006.
- محمد علي السالم الحلبي، الوجيز في اصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الاولى، الاصدار الثاني، 1430 هـ - 2009 م.
- محمد علي سالم عباد الحلبي، الوسيط في شرح اصول قانون المحاكمات الجزائية الاردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، الجزء الثاني، 1996.
- محمد حامد الجمل، الموظف العام فقها وقضاء، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية 1969.
- محمد جودت الملط، المسؤولية التأديبية للموظف، دار النهضة العربية، 1967.
- محمد عبد الله ابو بكر سلامة، جريمة التعذيب في القانون الدولي الجنائي والقانون الداخلي (موسوعة الجرائم الدولية وحقوق الانسان) - كلية الحقوق جامعة الاسكندرية المكتب العربي الحديث 2006
- محمد الطراونة، ضمانات حقوق الانسان في الدعوى الجزائية (دراسة مقارنة) دار وائل للنشر، الاردن، الطبعة الاولى، 2003.
- محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات-القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة الطبعة العاشرة، 1983.
- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني القسم العام، بيروت، 1975.
- محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، 1984.
- محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة 1982.

- محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، الطبعة السابعة، ١٩٧٥.
- محمود أبو السعود حبيب، القانون الإداري - التنظيم الإداري - المرفق العام - الموظف العام، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩٤.
- محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978.
- مصطفى يوسف، الحماية القانونية للمتهم في مرحلة التحقيق، دار النهضة العربية مصر - القاهرة، 2007.
- المستشار مصطفى مجدي هرجة، التعليق على قانون العقوبات في ضوء الفقه والقضاء، نادي القضاة، الطبعة الثانية، 1992.
- مصطفى غالب، التنويم المغناطيسي، مكتبة الهالي بيروت 1978.
- منيب محمد ربيع ضمانات الحرية بين واقعية الاسلام وفلسفة الديمقراطية مكتبة المعارف الرياض 1988.
- ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دار النهضة العربية، 1983.
- موفق مهذول محمد شاهين الطائي، قانون اورنمو (دراسة تاريخية قانونية مقارنة) المكتبة الوطنية، بغداد، الطبعة الاولى، 2008.
- نور عدس وباسمين شعار واخرين، قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001 وتعديلاته مدعما باهم المبادئ القضائية الصادره عن المحكمة العليا في فلسطين الطباعة من مشروع تطوير القانون الجنائي الفلسطيني، جامعة النجاح الوطنية، نابلس/فلسطين، 2015.
- هلالى عبد اللاه احمد، تفتيش نظم الحاسب الالى وضمانات المتهم، مطبعة دار النهضة العربية، 1999م.

- الاستاذ وائل أنور بندق، حقوق المتهم في العدالة الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007.
- القاضي ياسين خضير المشهداني عضو محكمة الجنايات، التهمة و تطبيقاتها في القضاء الجنائي دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان الاردن الطبعة الثانية 2010 م - 1431 هـ.

رابعاً: الدساتير والقوانين

- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل 2003.
- قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001.
- قانون الإجراءات الجزائية الاردني رقم 9 لسنة 1961.
- قانون العقوبات الأردني 16 لسنة 1960 النافذ في الضفة الغربية.
- مشروع قانون العقوبات الفلسطيني 2003.
- قانون العقوبات الفلسطيني النافذ في غزة رقم 74 لسنة 1963.
- قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم 4 لسنة 1998.
- قانون الإصلاح والتأهيل رقم 6 لسنة 1998.
- قانون حمورابي.

خامساً: الاعلانات والتقارير والوثائق الدولية الصادرة عن الأمم المتحدة

- التقرير السنوي للمنظمة العربية لحقوق الانسان القاهرة 1997.
- تقرير لجنة مناهضة التعذيب لعام 1996.
- الاعلان العالمي لحقوق الانسان 1948.

- القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء 1995.
- العهد الدولي الخاص للحقوق المدنية والسياسية 1966.
- اتفاقيات جنيف الرابع.
- النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- اعلان حقوق الانسان والمواطن 1789.
- مبادئ الامم المتحدة 1948.
- مدونه قواعد سلوك الوطنية المكلفين بانفاذ القانون 1979.
- المبادئ الاساسية لمعاملة السجناء 1990.
- الجمعية العامة للامم المتحدة.
- الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب 1981.
- مجموعة مبادئ الاحتجاز 1988.
- القواعد النموذجية لمعاملة السجناء 1994.
- الاتفاقية الامريكية 1969.
- الاتفاقية الاوروبية لحقوق الانسان 1950.
- اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من صروب المعاملة او العقوبة القاسية او اللاانسانية او المهينة 1984.

سادساً: المواقع الالكترونية

- حسن امزيل، طرق الطعن العادية وغير العادية، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع الالكتروني <http://www.4shared.com/office/tp7ERvJz/.htm>
- جمال عبد الناصر مسالمه، طلب اعادة المحاكمة، منتديات شبكة قانوني الاردن، الموقع الالكتروني <http://www.lawjo.net/vb/showthread.php?5619>
- مركز العدالة للتحكيم والاستشارات القانونية على الموقع الالكتروني <http://aladalacenter.com/index.php>
- المقتفي <http://muqtafi.birzeit.edu>

سابعاً: الرسائل الجامعية والأبحاث والمحاضرات

- احمد ادريس احمد، افتراض براءة المتهم، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة 1984.
- اسماعيل عبد الرحمن محمد، الحماية الجنائية للمدنيين في زمن النزاعات المسلحة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنصورة 2000.
- اسحق ابراهيم منصور، ممارسة السلطة واثارها في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة طبعة 1974
- حسني السمنى، مشروع الادلة المستمدة من الوسائل العلمية، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعه القاهرة، 1983.
- سامي صادق الملا، اعتراف المتهم، رسالة دكتوراه، الطبعة الثالثة، المطبوعة العالمية، جامعة القاهرة 1968.
- المستشار سمير ناجي، تاريخ التحقيق ومستحدثات العلم، بحث مقدم للمؤتمر الثاني للجمعية المصرية للقانون الجنائي المنعقد بالاسكندرية، 9-12 ابريل 1988، بعنوان حماية حقوق الانسان في الاجراءات الجنائية في مصر وفرنسا والولايات المتحدة.

- عبد الستار الكبيسي، ضمانات المتهم قبل واثاء المحاكمة رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة 1981
- محمد علي مصطفى غانم، التفتيش في قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني دراسة مقارنة رسالة ماجستير، جامعه النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.
- محمد عباس حمودي الزبيدي ضمانات المتهم العسكري في مرحلة المحاكمة (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير جامعة الموصل 2002.
- محمد علي سليم الهواري، حكم الإسلام في الإجراءات المتخذة بحق المتهم، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1988.
- محمد ناصر احمد ولد علي، التوقيف " الحبس الاحتياطي " في قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة النجاح الوطنية قسم الدراسات العليا، نابلس - فلسطين، 2007.
- محمد علي مصطفى غانم، التفتيش في قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني دراسة مقارنة رسالة ماجستير، جامعه النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.
- محمد صبحي نجم، حق المتهم او الظنين في محاكمة عادلة في قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 32 ، العدد 1 ، 2005 .
- محمد عبد الرحمن بكر، حقوق الإنسان في الإسلام "بحث منشور في كتاب " حقوق الإنسان فكرا وعملا، إصدار جمعية الحقوقيين - الإمارات - طبعة ٢٠٠١.
- محمود عبد العزيز خليفة " النظرية العامة للقوانين في الاثبات الجنائي في التشريع المصري والمقارن " رسالة دكتوراه عين شمس 1987.
- مصطفى صادق المرصفاوي، الحبس الاحتياطي وضمان الحرية الفردية في التشريع المصري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1954.
- مروك نصر الدين، محاضرات في الاثبات الجنائي، النظرية العامة للاثبات الجنائي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء الاول، 2003.

ثامناً: المجلات والمجلدات والمجموعات

- عدلي خليل، *استجواب المتهم فقهاً وقضائياً*، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، 1996
- عبد الكريم درويش، *البحث الجنائي علم ام فن ام ماذا؟ مجلة الفكر الشرطي* صادره عن شرطة الشارقة، المجلد التاسع العدد الاول ابريل 2000
- محمود نجيب حسني، *الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي كفلها له قانون العقوبات*، مجلة القانون والاقتصاد.
- نديم مرعشلي، اسامة مرعشلي، *الصباح في اللغة والعلوم*، المجلد الاول، دار الحضارة العربية، بيروت 1974.
- *مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الاردنية* الصادرة مجلة نقابة المحامين الاردنيين من سنة 1951 حتى 2009.
- *مجلة نقابة المحامين الاردنيين* السنة 2002
- *مجموعة الاحكام العدلية ع 1*، 1977.
- *مجموعه الاحكام القضائية والمبادئ القانونية الضاديه عن محكمة النقض حتى تاريخ 2004\7\14*
- *مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الاردنية* الصادرة عن مجلة نقابة المحامين النظاميين الاردنيين من سنة 1951 حتى 2009 على قرص cd.
- *مجلة نقابة المحامين الاردنيين السنة 1998*.
- *مجلة نقابة المحامين السنة 1978*.
- *محكمة النقض المصرية، المكتب الفني، مجموعة الاحكام الصادره من الجائرة الجنائية، السنة التاسعة العدد الأول، من 1-3 سنة 1985، القاهرة مطبعة دار القضاء العالي 1958*

• المبادئ القانونية المجلة القانونية، مجلة نقابة المحامين الفلسطينيين، العدد الثالث، ايار
حزيران تموز 2013

• الهيئة الفلسطينية لحقوق الانسان الفصلية، فصلية حقوق الانسان الفلسطيني العدد 40 ايلول
2010 عدد خاص حول جريمة التعذيب.

• القانون" الجمعية الفلسطينية لحماية حقوق الانسان والبيئة، تحريم التعذيب في القضاء
الفلسطيني، قضية الخضر نموذجا . حزيران 1998.

تاسعاً: قرارات محاكم

1-محكمة النقض المصرية

- محمد الشيمي وسمير الامين، البراءة والدفع المؤدية اليها في قضايا المخدرات مؤيدة بأحدث
احكام النقض والتعليمات العامة للنيابات، دار ساره والمجموعة العربية المتحدة للطباعة
والنشر، الزقازيق، 1993.
- هشام زوين، البراءة في قضايا التلبس خطوات الدفاع نحو البراءة علما وعملا، الطبعة الاولى،
دار الكتاب الذهبي 2001.

2-محكمة النقض الفلسطينية

- مجلة نقابة المحامين الفلسطينيين المجلة القانونية العدد الثالث ايار حزيران تموز 2013.
- منظومة القضاء والتشريع في فلسطين (المقتفي)
- مجموعة الاحكام القضائية والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله
منذ انشائها حتى تاريخ 2004/7/14، جمعية القضاء الفلسطينيين، 2004-2005.
- مجموعة الاحكام القضائية والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله
من تاريخ 2004/7/15 حتى تاريخ 2006/7/14، جمعية القضاة الفلسطينيين، راسم احمد
بدوي وكيل نيابة، الطبعة الاولى، 2007.

- مجموعة الاحكام القضائية والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعاوى الجزائية للعامين 2007-2008، جمعية القضاة الفلسطينيين، عبد الله غزلان، الطبعة الاولى، 2009.
- مجموعة الاحكام القضائية والمبادئ القانونية الصادرة عن الهيئة العامة للدائرتين المدنية والجزائية في محكمة النقض في رام الله منذ تاريخ 2011/5/16 حتى 2012/2/2، جمعية القضاة الفلسطينيين، القاضي عبد الله غزلان، الطبعة الاولى، 2012.
- نور عدس وياسمين شعار و اخرين، قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001 وتعديلاته مدعما باهم المبادئ القضائية الصادرة عن المحكمة العليا في فلسطين الطباعه من مشروع تطوير القانون الجنائي الفلسطيني، جامعة النجاح الوطنية، نابلس/فلسطين، 2015.

3-قرارات محكمة التمييز الاردنية

- مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الاردنية الصادرة عن مجلة نقابة المحامين الاردنيين من سنة 1959 حتى 2009 على قرص cd.

An-Najah National University

Faculty of Graduate Studies

“Penal Protection of Innocence Presumption”

By

Yasmeen Yahya Ibrahim Shaar

Supervioser

Dr. Nael Taha

This Thesis is Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements of the Degree of Master in Public Law, Faculty of Graduate Studies, An-Najah National University, Nablus–palestine.

2017

a

“Penal Protection of Innocence Presumption”

By

Yasmeen Yahya Ibrahim Shaar

Supervised

Dr. Nael Taha

Abstract

The innocence presumption is considered not only a basic element of the penal legislation and the cornerstone of all the civilized justice systems, but it also occupies a significant status in the penal procedures regulations, and one of the basic guarantees of the accused. Its existence is attributed to the grounds that goodness is prevalent in the community rather than the crime which is an exception. Therefore, it is necessary to accept a general principle which is the innocence presumption of the accused. Should a crime take place that results in a right for the state to make punishment in order to achieve public deterrence, this right authorizes the related parties to take certain procedures to detect those who commit it. Nevertheless, this right collides with its duties represented by guaranteeing the rights and guaranteed freedoms of every citizen until proven guilty by a final judicial judgment.

Due to its significance, the Palestinian legislator took care of texting it in the Palestinian basic law, the Palestinian penal procedures law, and other local regulations, in addition to the international agreements and charters. Furthermore, the Islamic doctrine preceded all the legislations by adopting

the innocence presumption. It could be stated that the Islamic penal justice system is compatible to what has recently been adopted by the international community as basic human rights.

One of the most significant issues approached by the present thesis is the issue of the reconciliation between two interests that are worth of penal protection: the interest of individuals to protect their rights and freedoms that are guaranteed by the constitutions, international covenants, and laws; and the interest of the community in its security through conviction and punishing criminals. The problem in this thesis becomes prominent in achieving reconciliation between these two interests.

The penal protection is inherent to the person during the stages of trial starting from the very moment of preliminary search, through the stage of public prosecution and all the degrees of the trial, until the final conviction judgment. Accordingly, the accused is considered innocent until proven guilty. However, this rule knows opposite applications. Sometimes, an accused person undergoes severe procedures before the judgment against them such as placing them under guarding or reserve detention in spite of the sufficient legal guarantees that are stipulated by the law.

The prominent aspect of the present thesis is divided to two chapters. The First Chapter: the penal protection of the innocence presumption at the level of the objective rules represented by proscription of violating the human dignity and individual freedom. The Second Chapter: the penal

protection of the innocence presumption at the level of the procedural rules represented by penal protection before and after the trial.

