نظرية تحول الإجراء الجنائي الباطل (دراسة مقارنة)

أ.د.محمد عباس حمودي الزبيدي
Dr.MhammedZubaidy@gmail.com
كلية الحقوق- جامعة الموصل

The theory of the transformation of the false criminal (procedure (a comparative study

Prof. Dr. Muhammad Abbas Hamoudi Al-Zubaidi
College of Law - University of Mosul

المستخلص

إن فكرة التحول في التصرفات والأعمال الإجرائية، تمتد جذورها إلى الفكر القانوني الروماني، الذي عرف فكرة التحول وساهم البريتور بدور بارز في إنشائها، وقد تأثرت بذلك كثير من القوانين منها القانون الفرنسي والألماني والمصري، حتى أصبحت نظرية عامة من نظريات القانون الحديث في المجال الموضوعي والإجرائي، وذلك بقصد التخفيف من الشكلية ومواجهة الحاجات العملية وإعمالاً لاعتبارات تحقيق العدالة.

ولقد عرفت فكرة التحول من قبل المشرع المصري في إطار القانوني الموضوعي أولاً، حيث نصت عليها المادة (١٤٤) من القانون المدني رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، ثم نقل المشرع الفكرة إلى إطار القانون الإجرائي، حيث نصت المادة (٢٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨، الأمر الذي أصبحت فيه فكرة التحول في التشريع المصري ذات غطاء تشريعي موضوعي وإجرائي (شكلي).

ولغرض تفعيل فكرة تحول الإجراء الجنائي الباطل في القانون العراقي لتسريع إجراءات الدعوى الجزائية ولكون المشرع العراقي لم يأخذ بفكرة التحول إلا في إطار القانون الموضوعي حيث كما جاء بالمادة (١٤٠) من القانون المدني رقم (١٤٠) لسنة ١٩٥١، وتأسيساً على أن معالم فرضية هذا البحث تقوم على إن عدم النص على فكرة

التحول في القوانين الإجرائية العراقية لا يحول دون الأخذ بها، لأنها تعد من مفردات النظم القانونية العامة.

فإن الباحث يذهب إلى دعوة المشرع العراقي لتضمين قانون المرافعات المدنية نصاً مماثلاً للنص الذي اعتمده المشرع المصري في قانون المرافعات المدنية والتجارية، لننطلق بعد إقرارها من حكم المادة الأولى من قانون المرافعات المدنية العراقي التي جعلت من هذا القانون مرجعاً لكافة قوانين المرافعات والإجراءات، إلى إعمال فكرة تحول الإجراء الجنائي الباطل في إطار قانون أصول المحاكمات الجزائية.

الكلمات المفتاحية: تحول الإجراء– الإجراء الجنائي– البطلان– القانون الإجرائي.

Abstract

The root of idea of conversion in procedural behaviours and actions extends into Romanian legal thought, which know the idea of conversion; praetor contributed with an important role in its spread. Because of that, many of laws affected included French and Egyptian law, where it becomes a general theory within the modern law theories in the objective and procedural filed. That was with intent reducing of the formalism and facing the practical needs with consideration of achieving justice.

Indeed, the idea of conversion was knew by the Egyptian legislator in the field of the objective law, firstly. Where it mentioned in legal section (144) of the civilian law no. (131) in 1948. Then, the legislator transfers the idea into the field of procedural law, where the legal section (24) of Egyptian civil and commercial pleadings law no. (13) in 1968. The subject that in it the idea of conversion in Egyptian legislation had objective legislative cover and procedural (formal).

For activating the idea of conversion of criminal procedure in Iraqi law to accelerate procedures of criminal case, and because of the Iraqi legislator did not take the idea of conversion except in the field of objective law where the legal section (140) of civil law no. (140) in 1951. As a foundation on that the hypothesis concept of this research based on (indeed the absence of the idea of

conversion in the Iraqi procedural laws does not mean it is invalid, because it is a one of the items of the general legal regulations.

The researcher goes to invite the Iraqi legislator to make the law of civil pleadings included with a similar text to that the Egyptian legislator used in civil and commercial pleadings law. Then, to proceed after it accepted from the judgment of the first section of the Iraqi civil pleadings law, which made this law as a reference to all of the pleadings and procedures laws into actions of the idea of conversion of the criminal procedure in the field of law of origins of criminal trials.

Key words: Conversion of procedure, Criminal procedure, nullity, procedural law.

المقدمة

تقتضي عقلانية وفعالية التنظيم الإجرائي عدم المبالغة في التطبيق الجامد لآثار البطلان، ولهذا يجوز الأخذ بالعمل الإجرائي المعيب متى كان ذلك ممكناً، وتفعيل القاعدة الإجرائية التي حدث الإجراء بالمخالفة لها كلما أمكن ذلك. وفكرة تحول الإجراء المعيب تستمد جذورها من نظرية تحول التصرف القانوني الباطل المعروفة في القانون المدني، وهي تتمثل في محاولة المشرع لتفادي بطلان التصرفات القانونية أو على الأقل إضعاف آثارها، لتجعل من الإجراء الباطل الذي توافرت فيه عناصر إجراء آخر، إجراءً صحيحاً.

أهمية البحث: إن تحول العمل الإجرائي وإن كان يمثل خروجاً على مبدأ المشروعية [١]، فإنه من الناحية العملية يمثل واحدة من النظريات والأفكار التي تسعى إلى إنقاذ التصرفات القانونية من البطلان.

إشكالية البحث: إن تحول التصرفات القانونية تجد أساسها في كتابات فقهاء القانون الخاص، بل إن التشريعات غالباً ما تنص عليها في نصوصها، ولكن هل يمكن الأخذ بالقواعد العامة المطبقة على نظرية التحول في القانون الخاص وتطبيقها على التحول في القانون العام، أم أن لها خصوصية معينة، هذا فضلاً عن وجود نقص تشريعي في

(*) المشروعية: ويقصد بها وفقاً لمفهومها العام بأنها الصفة التي تلحق أي عمل يتفق وأحكام القانون.

قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وقانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ الأمر الذي يستدعي السعي لسد هذا النقص بإيراد نص يعالج موضوع تحول الإجراء في قانون المرافعات وأصول المحاكمات الجزائية.

فرضية البحث: إن فكرة التحول من الأفكار القانونية العامة، وبالتالي عدم النص عليها في القوانين الإجرائية لا يحول دون الأخذ بها، وذلك لعدم تغليب الشكلية على الجوهر أو المضمون، وخاصة إذا ما كانت تحقق المصلحة العامة.

منهجية البحث: سنعتمد في دراستنا على المنهج الاستقرائي من خلال استعراض فكرة التحول من الناحية التاريخية، كما اعتمدنا في دراستنا على المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية محل الدراسة وكذلك آراء الفقهاء، فضلاً عن اعتماد المنهج المقارن في الفقه والتشريع الألماني والفرنسي والمصري.

هيكلية البحث: سنتولى دراسة هذا البحث وفق الهيكلية الآتية:

المبحث الأول: التطور التأريخي لنظرية تحول الإجراء الجنائي الباطل ومفهومها

المطلب الأول: التطور التأريخي لنظرية تحول الإجراء الجنائي الباطل

المطلب الثاني: مفهوم تحول الإجراء الجنائي الباطل

المبحث الثاني: الأحكام القانونية لنظرية تحول الإجراء الجنائي الباطل

المطلب الأول: شروط تحول الإجراء الجنائي الباطل

المطلب الثاني: آثار تحول الإجراء الجنائي الباطل

المبحث الأول

التطور التأريخي لنظرية تحول الإجراء الباطل الجنائي ومفهومها

إن نظرية التحول من النظريات العامة في القانون، وهي ليست حكراً على قانون معين، وظهرت هذه النظرية في البداية في القانون الخاص، ولكن بعد ذلك تم

الأخذ بهذه النظرية في القانون العام أيضاً، ومنها الإجراء الجنائي، فيمكن أن يتحول الإجراء الجنائي الباطل إن كان يحمل عناصر عمل إجرائي آخر إلى إجراء صحيح.[١]

ولتوضيح ما سبقت الإشارة إليه سنقسم المبحث إلى مطلبين، سنتناول في الأول التطور التاريخي لنظرية التحول، وفي الثاني سنبين مفهوم التحول وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

التطور التأريخي لنظرية تحول الإجراء الجنائي الباطل

من الضروري عند البحث في نظرية التحول أن نتعرض لها في نطاق القانون الخاص باعتبارها البيئة التي نشأت فيها هذه النظرية،[٢] لذا سنتكلم في الفرع الأول عن فكرة التحول في العصور القديمة، أما في الفرع الثاني سنتحدث عن فكرة التحول في العصور الوسطى، وفي الفرع الثالث سنتناول فكرة التحول في العصور الحديثة وكما يأتي:

الفرع الأول: فكرة التحول في العصور القديمة

عرفت القوانين القديمة العقد الباطل، وحاولت الاستفادة منه واستثماره، وعدم إهماله واعتباره بحكم العدم من حيث النتائج المترتبة عليه، لذا رتب على العقد الباطل بعض الآثار التي تصب في هذا الإتجاه، خلافاً للقواعد العامة التي تجعل العقد الباطل غير ذي أثر.[٣]

ففي القانون الروماني القديم نجد أساساً لفكرة تحول التصرف القانوني، وإن كان أساساً بدائياً، ويتبين ذلك فيما أصدره الفقهاء الرومان من أحكام في الوقائع الفردية

(١) البطلان: هو تكييف قانوني لعمل يخالف نموذجه القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يرتبها عليه القانون إن كان كاملاً، وللمزيد أنظر: د. محمد علي الكيك، تحول الإجراءات الجنائية، ط ١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص ٢٠٦.

(٢) د. محمد عبد الله حمود الدليمي، تحول القرار الإداري، ط ١، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١، ص ١٧.

(٣) د. صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد (دراسة مقارنة)، ط ١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧، ص ١١.

وإن كانت هذه الأحكام تقوم على إحساسهم القانوني قبل أن تقوم على أساس قانوني.[١]

ومن أبرز الأمثلة التي يسوقها الباحثون للتدليل على معرفة الرومان لنظام التحول، تلك المعرفة الناشئة عن إحساسهم القانوني، هي تحول الزواج إلى خطبة، حيث كان يشترط لصحة الزواج الذي تم في غير الصورة الشكلية (وذلك بنقل الزوجة إلى بيت زوجها) أن يكون سن المرأة (١٢) سنة على الأقل، بينما كان يشترط لصحة الخطبة غير شكلية، أن يكون سن المرأة (٧) سنوات على الأقل.[٢]

وإذا كان الفقهاء الرومان لم يهتموا بوضع مبادئ عامة تطبق على الحالات الفردية، فإنهم لم يشغلوا أنفسهم أيضاً بوضع نظريات عامة، بل كان جل اهتمامهم موجهاً لوضع حلول للحالات الفردية، وتحديد الإجراءات وبناء صيغ للدعاوى، وذلك لأن القانون الروماني كان في بداية عهده غارقاً في الشكلية ولم يعتد بالإرادة الفردية وحاجات المجتمع.[٣]

الفرع الثاني: فكرة التحول في العصور الوسطى

غداة إنقضاء العصور القديمة وحلول العصور الوسطى فقد لعب القانون الكنسي دوراً في تطور القانون الروماني إذ خففت حدة هذه الشكليات التي أحاطت به ومنحت الإرادة دوراً واضحاً في مجال التصرفات القانونية، وذلك من خلال صورتين:[٤]

الأولى: نظام القسم ويتمثل في إلتزام المتعاقد بأداء اليمين، وبمقتضى ذلك يبقى التصرف قائماً مرتباً آثاره رغماً ما اعتراه من عيوب أبطلته، أما **الثانية:** نظام شرط استيفاء التصرف في تعهد الخصم، ويتمثل في إبقاء تصرفه قائماً مرتباً لآثاره

(١) د. محمد عبد الله حمود الدليمي، مصدر سابق، ص ١٩.
(٢) وإلى جانب فكرة تحول الزواج إلى خطبة فقد ظهرت فكرة التحول في العديد من التطبيقات القضائية منذ ظهور القانون الروماني على يد البريتور ومن هذه التطبيقات، تحول الوصية إلى اللحاق وتحول البراءة إلى إتفاق بعدم المطالبة أو تراضي عكسي أو تحول التعهد الرسمي إلى التعبير، أو تحول الملكية الكاملة إلى حق إنتفاع، وتحول وصية الجندي، وللمزيد أنظر: د. صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق، ص ١١، ود. محمد علي الكيك، مصدر سباق، ص ١٨٠ وما بعدها.
(٣) د. رأفت دسوقي محمود، فكرة التحول في القرارات الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٢، ص٣٣.
(٤) د. محمد علي الكيك، مصدر سابق، ص ١٥٧.

حتى ولو كان معيباً، وقد أدت الفكرتين سالفتي الذكر إلى إنقاذ التصرفات القانونية من البطلان والإبقاء عليها.[١]

أما فيما يتعلق بالشريعة الإسلامية الغراء فإن التصرف الباطل لا وجود شرعي له، فهو عدم والعدم لا ينتج إلا العدم، وعليه فهو لا ينتج الأثر الشرعي الذي رتبه الشارع، إلا أن هذه القاعدة لم تجر على إطلاقها، فقد اهتم الفقهاء المسلمون بضرورة استثمار التصرف الباطل، والاستفادة منه ضمن الحدود التي لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية الغراء ولا تخل بمبادئ العدل والإنصاف، وتبعاً لذلك فقد وضعوا جملة من القواعد الفقهية التي يمكن أن يستدل من خلالها على أنهم أقروا نظام التحول، ومن هذه القواعد قاعدة (إعمال الكلام أولى من إهماله ولكن إذا تعذر إعمال الكلام يهمل) وتعني هذه القاعدة أن الكلام يجب حمله على معنى كلما كان ذلك ممكناً، أما إذا تعذر فإنه يهمل.[٢]

الفرع الثالث: فكرة التحول في العصور الحديثة

تمثل فكرة تحول العقد عصارة بحث الفقهاء الألمان في القرن التاسع عشر، حيث تعرض لهذه النظرية الكثير من الكتاب الألمان في أواسط القرن المذكور، وتكللت جهودهم أخيراً بتقنين هذه النظرية في المادة (١٤٠) من القانون المدني الألماني الصادر عام ١٨٩٦م التي تنص على ما يأتي: "إذا كان العمل القانوني الباطل يفي بشروط عمل قانوني آخر، فهذا العمل الأخير هو الذي يؤخذ به إذا فرض أن المتعاقدين كانوا يريدانه لو كانا يعلمان بالبطلان".[٣]

أما في فرنسا فإن من الأمور التي لا يمكن إنكارها أن القانون المدني الفرنسي لم يتضمن نصاً مماثلاً للنص الألماني، ولكن الفقه الفرنسي استوحى حكم النص بغير سند تشريعي، بالاستناد إلى دور الإرادة في إنشاء التصرف والإلتزام، وبدون إمكان تحول التصرف القانوني، ولو لم تنصرف الإرادة فعلاً إلى هذا التحول، وهو نفس

(١) المصدر السابق، ص ١٥٨.
(٢) د. محمد عبد الله حمود الدليمي، مصدر سابق، ص ٢٠.
(٣) د. صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق، ص ١٩.

الأساس الذي يستند إليه النص الألماني، فأنصار هذا الرأي يخرجون على دور الإرادة في النظرية التقليدية.[١]

وفي مصر فإن المشرع حرص على تقنين فكرة التحول في مجال الأعمال القانونية الموضوعية والإجرائية، ففيما يتعلق بالجانب الموضوعي فإن القانون المدني المصري نص على أنه: "إذا كان العقد باطلاً أو قابل للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتبار العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد".[٢] أما الجانب الإجرائي فقد أشار قانون المرافعات بأنه: "إذا كان الإجراء باطلاً وتوافرت فيه عناصر إجراء آخر فإنه يكون صحيحاً باعتباره الإجراء الذي توافرت عناصره".[٣]

ويرى جانب من الفقه المصري أنه لا مانع من استعارة نص المادة (٢٤) من قانون المرافعات وتطويعها والعمل بها في مجال بطلان الأعمال الإجرائية الجنائية، ولكن يجب استبعاد إنصراف نية الأطراف إلى الأخذ بالتصرف الجديد بدلاً من التصرف الباطل، لأن العمل الإجرائي الجنائي ليس تصرفاً قانونياً بقدر ما هو واقعة إرادية،[٤] بينما يرى جانب آخر أن نطاق المادة (٢٤) ينصرف للمواد الإجرائية المدنية فقط، ويجب أن لا يتجاوز تطبيقها في المواد الجنائية.[٥] ومما تقدم يبدو جلياً أن الفقه والقضاء الجنائي المصري قد أقر نظرية التحول وأعمل أصولها في المواد الجنائية دون أن ينص عليها قانون الإجراءات الجنائية المصري بحسبانها نظرية عامة واجبة التطبيق.[٦]

---

(١) د. رأفت دسوقي محمود، فكرة تحول القرارات الإدارية، مصدر سابق، ص ٥٠.
(٢) المادة (١٤٤) من القانون المدني رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
(٣) المادة (٢٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.
(٤) د. سليمان عبد المنعم، بطلان الإجراء الجنائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ١٠٧، هامش ٢.
(٥) د. محمد علي الكيك، مصدر سابق، ص ١٧٣.
(٦) ومن قرارات محكمة النقض المصرية التي أسست لنظرية تحول الأعمال الجنائية:
- نقض جنائي في ١٩٤٦/٤/١٥ مجموعة القواعد القانونية، ج ٧، ص ١٣٢.
- نقض جنائي في ١٩٥٢/١١/٢٥ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٤ ص ١٤٦.
- نقض جنائي في ١٩٦١/١/٢٠ مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٢ ص ٢٣٣.

وفي العراق فإن المشرع أخذ بفكرة التحول في العقود إذ نص: "إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد".[١]

ويرى جانب من الفقه- وبحق- بأنه يمكن الأخذ بنظرية التحول في جميع فروع القانون، حتى في حالة عدم وجود نص قانوني بذلك، فهي نظرية لا يمكن الاستغناء عنها بأي حال من الأحوال وفي ظل أي نظام قانوني،[٢] لما تنتهي إليه من فائدة عملية من ناحية، وما تسعى إليه من تحقيق للعدالة من ناحية ثانية، لأن هذه النظرية تستمد أساسها من المنطق فقد جاءت تلبية للحاجات العملية المتمثلة بالإعتداد بالقيمة القانونية للعناصر التي تتواجد في الإجراء الباطل والتي تصلح في تكوين إجراء آخر.[٣]

المطلب الثاني

مفهوم تحول الإجراء الجنائي الباطل

لاشك أن فكرة التحول تعد من الأفكار القانونية الحديثة التي يكتنفها الغموض، فضلاً عن كونها فكرة لها ذاتية خاصة بها تميزها عن غيرها من الأفكار القانونية، لذا سنقسم الدراسة إلى فرعين، سنبين في الفرع الأول تعريف التحول، أما الفرع الثاني سنتكلم فيه عن ذاتية التحول، وعلى النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف التحول

لكي نعرّف التحول لابد لنا أن نبين التعريف اللغوي للتحول، ثم بعد ذلك نبين التعريف الإصطلاحي وعلى النحو التالي:

- نقض جنائي في ١٩٨٤/٤/١٢ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٣٥ ص ٤١٤.
أشار إليها د. محمد علي الكيك، مصدر سابق، ص ١٨٩.

(١) المادة (١٤٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(٢) د. صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق، ص ٢١.

(٣) محمد نجيب محمد نمر، أحكام البطلان في الإجراءات والمحاكمات الجزائية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٣، ص ١٠٣.

أولاً: تعريف التحول لغة التحول هو التنقل من موضع إلى موضع، أو من حال إلى حال، وعن الشيء تحوّل، انصرف عنه إلى غيره.(١)

والتحول هو تغير الحال من حال إلى أخرى، وحالت النفوس واستمالت بمعنى انقلبت، وحال عليه العهد تحول أي انقلب حال لونه من حال إلى حال، والتحول أيضاً هو التنقل من موضع إلى موضع،(٢) ومنه قوله تعالى: ﴿لَا يَبْغُونَ عَنْهَا حِوَلًا﴾(٣).

ثانياً: تعريف التحول اصطلاحاً إن العمل الإجرائي القانوني الذي يثير فكرة التحول هو ذلك النشاط الإرادي الذي يرتب عليه المشرع آثاراً قانونية إما بإنشاء خصومة أو التمهيد لها أو تعديلها أو إنهائها، وبصرف النظر عما إذا كان هذا النشاط إيجابي أو سلبي، فإذا لم تتوافر له هذه الخصائص فلا يعد العمل إجرائي بمعناه المقصود في فكرة تحول الأعمال الإجرائية.(٤)

لم يعرّف المشرع العراقي وكذلك القوانين المقارنة فكرة التحول، رغم أنهم حرصوا على بيان أحكامها القانونية وكذلك المبادئ القانونية التي تحددها،(٥) وكذلك لم يتسنى لنا الحصول على قرارات قضائية كافية وحديثة تتناول فكرة التحول أو ما يفيد بتحديد المقصود بهذه الفكرة أو تحديد مفهومها.

أما الفقه فقد عرف البعض تحول الإجراء الجنائي الباطل بأنه: "الإعتداد بالقيمة القانونية للعناصر التي تتواجد في الإجراء الباطل والتي تصلح في تكوين إجراء صحيح آخر"، وجوهر هذا التحول في القوانين الإجرائية بقاء العمل الباطل في حالة البطلان مع تحوله إلى عمل آخر صحيح يقر النظام القانوني وجوده وترتيب آثار

(١) المعجم الوسيط، مطبعة مصر، ١٩٦٠، ج ١، ص ٢٠٨.
(٢) محمد بن مكرم بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٩٥، ج ١، ص ٦٣.
(٣) سورة الكهف: الآية ١٠٨.
(٤) د. محمد علي الكيك، مصدر سابق، ص ٢٠٢.
(٥) ينظر المادة (١٤٠) من القانون المدني العراقي، وكذلك المادة (١٤٤) من القانون المدني المصري، وبنفس المعنى ينظر المادة (٢٤) من قانون المرافعات المصري.

قانونية عليه، وإن كان العمل الجديد مختلفاً أو مغايراً للأصلي ومرتباً آثار تختلف عن الآثار الأولى.(١)

بينما عرفه جانب آخر بأنه: "يقصد بذلك أن هذا البطلان لا يحول دون إنتاج الإجراء لأثر قانوني إذا أمكن تحويله إلى إجراء آخر، فالإجراء يحتوي بذاته على عناصر معينة، وبالتالي يمكن الإعتداد بما قد تضمنه من عناصر تصلح في ذاتها لأن تكون إجراء آخر له قيمته القانونية".(٢)

ويتضح من التعريفان السابقان أنه يمكن الإعتداد بالقيمة القانونية للإجراء الباطل إذا احتوى على عناصر موضوعية وشكلية لإجراء آخر صحيح.

ومن أمثلة ذلك أن بطلان محضر التحقيق الإبتدائي لعدم تدوينه بواسطة كاتب أو عدم تحليف الشاهد اليمين يمكن أن يتحول إلى محضر استدلالي.(٣)

ويرى البعض أن فكرة التحول وإن كانت تمثل خروجاً على مبدأ المشروعية، فإنها من الناحية العملية تمثل واحدة من النظريات والأفكار التي تسعى إلى إنقاذ التصرفات القانونية من البطلان،(٤) لذلك فقد سعى المشرع وسايره في ذلك الفقه نحو إيجاد الوسائل المناسبة لتحقيق الغايات سالفة الذكر حتى لا يطغى الشكل على الجوهر شريطة عدم إهدار الشكل كله لصالح المضمون، فالعمل الإجرائي ليس مجرد نشاط شكلي أصم بل هو عمل مرتبط بالغاية التي يسعى إلى تحقيقها.(٥)

وبالتالي فإن القضاء الجنائي المصري وسايره في ذلك الفقه قد أقرا بنظرية التحول وإعمال أصولها في المواد الجنائية حتى في حالة عدم النص عليها، بحسبانها نظرية عامة واجبة التطبيق دون نص خاص.(٦)

(١) د. انتصار حميدة محمد امسيويط، التحول في نظام الإثبات الجنائي، ط ١، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٧، ص ٣٥.
(٢) د. عاصم شكيب صعب، بطلان الحكم الجزائي نظرياً وعلمياً (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ١، لبنان، ٢٠٠٧، ص ١٣٣.
(٣) د. سليمان عبد المنعم، مصدر سابق، ص ١٠٨.
(٤) د. رأفت دسوقي محمود، فكرة التحول في القرارات الإدارية، مصدر سابق، ص ١٢.
(٥) د. محمد علي الكيك، مصدر سابق، ص ١٧٦.
(٦) د. سليمان عبد المنعم، مصدر سابق، ص ١٠٧.

الفرع الثاني: ذاتية التحول

تتميز فكرة التحول بذاتية خاصة تجعلها متميزة عن العديد من الأفكار القانونية المشابهة لها، وهذه الأفكار هي: التفسير والإنتقاص والتصحيح وتكييف الأعمال الإجرائية.

أولاً: التمييز بين التحول والتفسير عرف البعض التفسير بأنه: "توضيح ما أبهم من ألفاظه، وتكميل ما اقتضب من نصوصه، وتخريج ما نقص من أحكامه، والتوفيق بين أجزائه المتناقضة"،[١] وهذا معنى التفسير بالمفهوم الواسع.

أما التفسير بالمعنى الضيق فقد عرفه البعض بأنه: "إزالة الغموض من النص وتوضيح المبهم منه"،[٢] وذلك من أجل الوصول إلى إرادة المشرع أو الكشف عنها، ويكون ذلك في حالتي الغموض أو التعارض، أما النقص لا يصلح سبباً للتفسير، لأن إهتداء القاضي أو المفسر لإرادة المشرع بهذه الحالة هو بمثابة إنشاء للأحكام وليس تفسيراً لها.[٣]

فمدار التفسير هو الكشف عن إرادة موجودة ولكنه لم يعبر عنها بوضوح، أما التحول فهو عكس ذلك إذ يقوم على فكرة الكشف عن إرادة غير موجودة أو إرادة تصدر به،[٤] وبمعنى آخر فإن التحول هو إنقاذ للإرادة من البطلان عن طريق الإفتراض، أما التفسير فهو إعلان للإرادة الحقيقية والكشف عنها وإزالة الغموض الذي لابسها وقت صدور التصرف القانوني.[٥]

وخلاصة القول أن التفسير مناطه الإرادة الحقيقية لمن قام بالعمل، أما التحول فهو لا يبحث عن إرادة حقيقية، والواقع موضوعه إرادة غير حقيقية قام بها من باشر الإجراء، فضلاً على أن موضوع التحول هو عمل باطل بعكس موضوع التفسير فهو

(١) د. علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور وإتجاهات المحكمة الإتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي، ط ١، مكتبة السنهوري، ٢٠١١، ص ١٧.
(٢) م. محمد حسناوي سويع، الطبيعة القانونية للتفسير الصادر عن المحكمة الإتحادية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الأول، الإصدار ١٤، السنة ٢٠١٢، ص ٢٣٦.
(٣) د. علي هادي عطية الهلالي، مصدر سابق، ص ٧٦.
(٤) د. أحمد يسري، تحول التصرف القانوني، مطبعة الرسالة، القاهرة، ١٩٥٨، ص ٣.
(٥) د. محمد عبدالله حمود الدليمي، مصدر سابق، ص ١٤٩.

صادر عن عمل صحيح،[١] كما أن التحول يختلف عن التفسير بخصوص الآثار التي ترتبت على كل منهما، إذ أن آثار الإجراء الجديد عند إعمال التحول تختلف عن آثار الإجراء الباطل من حيث النوع والمضمون، في حين أن التفسير تظل آثار الإجراء المفسر نفسها قبل أو بعد التفسير ولا يطرأ عليها أي تغيير، إلا أنهما يتشابهان في أن القضاء في كل منهما يعمل التفسير أو التحويل عندما يعرض عليه النزاع.[٢]

ثانياً: التمييز بين التحول والإنتقاص

نظم المشرع العراقي انتقاص العقد إذ أشار إلى أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً".[٣]

ولم يميز بعض الفقهاء بين التحول والإنتقاص (البطلان الجزئي)، لأن التحول حسب تعبيرهم ما هو إلا إبقاء للجزء المطابق للقانون في تصرف غير مطابق في باقيه للقانون، بل ذهب البعض الآخر إلى أكثر من ذلك، حيث أدرجوا التحول تحت الإنتقاص (البطلان الجزئي).[٤]

إلا أن الإختلاف يظهر في أن الانتقاص يكون جزء من العمل الإجرائي باطل والآخر صحيح، وأن الجزء الصحيح يبقى، أما التحول فإن العمل الإجرائي كله باطل، بمعنى إن كان العمل صحيح في شق وباطلاً في شق آخر فإن فكرة التحول لا تتحقق، إذ شرط قوامها أن يكون العمل كله باطلاً، إما بطلان مطلق أو نسبي، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإن تحول العقد يعتبر من قبيل الآثار العرضية التي تترتب على العقد الباطل باعتباره واقعة قانونية، أما انتقاص العقد فيعتبر صورة خاصة تترتب فيها على العقد الباطل بعض آثاره العرضية دون البعض الآخر، فتحول العقد هو

(١) د. محمد علي الكيك، مصدر سابق، ص ١٩٢.
(٢) د. محمد عبد الله حمود الدليمي، مصدر سابق، ص ١٥٠.
(٣) المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وبنفس المعنى أنظر المادة (١٤٣) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
(٤) د. محمد علي الكيك، مصدر سابق، ص ١٩٤.

عبارة عن استبدال عقد جديد صحيح بعقد قديم باطل، أما الانتقاص فيفترض بقاء نفس العقد مع بتر الجزء الباطل منه.[١]

ثالثاً: التمييز بين التحول والتصحيح

تصحيح البطلان يعني عدم تحقق آثاره، وهو أمر موضوعي يطرأ على العمل الإجرائي الباطل، فيزيل عنه هذا الوصف، فتحقيق الغاية سبب للتصحيح، وتتحقق من الظروف التي تمر بها الدعوى، فلقد شرع البطلان لحماية الغايات الإجرائية التي نظمها القانون، فإن تحققت الغاية التي شرع الشكل من أجلها، كان التمسك بالبطلان متجافياً مع القانون، ويمتنع على الخصم التمسك بالبطلان.[٢]

وتصحيح الإجراء المعيب بصفة عامة يكون بواسطة القاضي الذي يحق له أن يصحح، ولو من تلقاء نفسه، كل إجراء تبين بطلانه، وتبدو أهمية تصحيح الإجراء الباطل حين يترتب عليه إبطال الإجراءات اللاحقة عليه، وبالتالي يكون للتصحيح فائدة كبيرة في عدم إهدار وقت الخصومة الجنائية ومواصلة سيرها من جديد.[٣] وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن المشرع الجنائي العراقي وعلى الرغم من عدم اعتناقه لنظرية البطلان بنصوص قانونية محددة وصريحة، إلا أنه عندما أورد قيداً على حرية المحكمة في تكوين قناعتها، فقد استلزم أن يكون إقتناع المحكمة مبيناً على أدلة صحيحة، وأن الدليل الذي يسفر عن إجراءات باطلة يكون باطلاً،[٤] كما خوّل المشرع قاضي التحقيق أن يفصل على وجه السرعة في الإعتراضات على إجراءات التفتيش،[٥] غير أن المشرع عندما أراد أن يحصن بعض الإجراءات والقرارات التي يتخذها قاضي

(١) د. صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق، ص ١١٠.
(٢) د. عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، المكتب الجامعي الحديث، مصر، ٢٠١٠، ص ٩٦.
(٣) د. سليمان عبد المنعم، مصدر سابق، ص ١٠٥.
(٤) د. سعيد حسب الله عبد الله، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الحكمة للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٩٠، ص ٣٧٧، وأنظر المادة (٢١٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ.
(٥) المادة (٨٦) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ.

التحقيق خلافاً لأحكام وقواعد الإختصاص المكاني فقد نص على أن "لا تكون تلك الإجراءات والقرارات باطلة".[١]

والحكمة من كلا النظامين (التحول والتصحيح) في أنهما يهدفان إلى تقليل حالات البطلان والحد من آثاره، إلا أنهما يختلفان في أن تصحيح العمل الباطل قد يكون ثمة عمل باطل مما يمكن تصحيحه، ففي هذه الحالة يجوز تصحيحه ويكتسب صفة الصحة بأثر رجعي أي منذ وقت القيام به، أما في التحول فهو أمر مختلف تماماً فإن العمل لا يجوز تصحيحه ويبقى على نحو ما كان عليه الأمر منذ نشأته لأول مرة.[٢]

رابعاً: التمييز بين التحول والتكييف يتميز التحول الإجرائي عن التكييف، فالأول يعني نشأة عمل إجرائي مختلف تماماً عن الأول وإن كان مستمد عناصره منه كما يختلف عنه من حيث النظام القانوني الذي يحكمه، ويترتب على أعمال التحول إنقضاء العمل الإجرائي الأول وزواله من الوجود، أما التكييف فإنه يعني بقاء الإجراء الأول ويقتصر الأمر على مجرد تغيير وصفه القانوني وبغير مساس حفاظاً على بقاء الإجراء على ما هو عليه، فتنحصر سلطة القاضي على تعديل وصف العمل دون استخلاص عمل جديد، مثال ذلك الطلب المقدم من المتهم بتأجيل نظر قضية الشيك لضمها إلى قضية أخرى في ذات الموضوع، فإذا ما انتهت المحكمة إلى اعتباره دفعاً بعدم جواز نظر الدعوى التي سبق الفصل فيها، فإن ذلك يعد منها تكييفاً للطلب المقدم من المتهم بحيث لا تتحقق فكرة التحول.[٣]

(١) المادة (٥٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ.
(٢) د. صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق، ص ١٢٥.
(٣) د. محمد علي الكيك، مصدر سابق، ص ١٩٤.

المبحث الثاني

الأحكام القانونية لتحول الإجراء الجنائي الباطل

إن الهدف الذي يسعى إليه التنظيم الإجرائي يستلزم عدم المغالاة في التطبيق الجامد غير البصير لآثار البطلان، ولهذا يجوز تنشيط العمل الإجرائي المعيب متى كان ذلك ممكنا، وتفعيل القاعدة الإجرائية التي حدث الإجراء بالمخالفة لها كلما أمكن ذلك.[١]

ولتوضيح ما سبقت الإشارة إليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتناول في المطلب الأول شروط تحول الإجراء الجنائي الباطل، أما في المطلب الثاني سنتكلم عن آثار تحول الإجراء الجنائي الباطل، وعلى النحو التالي:

المطلب الأول

شروط تحول الإجراء الجنائي الباطل

إن أساس هذه النظرية كما بيناه سابقاً يستند إلى الفقه المدني الألماني الذي استخدمها، ونص عليها القانون المدني الألماني في المادة (١٤٠) منه، وتتلخص في أن التصرف الباطل قد يتضمن على الرغم من بطلانه عناصر تصرف آخر فيتحول التصرف الذي قصد إليه المتعاقدان وهو التصرف الباطل إلى التصرف الذي توافرت عناصره، وهو التصرف الصحيح.[٢] كما أن قانون المرافعات المصري نص على فكرة التحول من خلال المادة (٢٤) منه، إذ نصت على أنه: "إذا كان الإجراء باطلاً وتوافرت فيه عناصر إجراء آخر فإنه يكون صحيحاً باعتباره الإجراء الذي توفرت عناصره", ومن الجدير بالذكر أن العمل الإجرائي هو عمل قانوني في المعنى الضيق، أي أنه لا محل لأن تتجه الإرادة المحتملة إلى العمل الصحيح الذي تحول إليه العمل الإجرائي الباطل، كما هو الشأن في نطاق القانون الخاص.[٣]

(١) د. سليمان عبد المنعم، مصدر سابق، ص ١٠٥.
(٢) د. لؤي جميل حدادين، نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية (دراسة مقارنة)، عمان- الأردن، ٢٠٠٠، ص ٤٥٥.
(٣) أسامة عبد الله محمد، البطلان في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٨، ص ٨٣.

ويرى جانب من الفقه المصري أنه لا تثريب على توسيع نطاق المادة (٢٤) مرافعات وإنزال أحكامها على المواد الجنائية خاصة إذا كان قانون الإجراءات الجنائية لم يتضمن حكماً خاصاً بمسألة التحول ولم يكن يتضمن نصاً يحول دون تطبيق النص سالف الذكر ولم يكن هذا النص يتعارض ويتنافر مع القواعد الأساسية للإجراءات الجنائية، بل أن إعماله يسد فراغاً في نصوص الإجراءات الجنائية بهدف سده ومعالجته، خاصة أن محكمة النقض قد استقرت على أن قانون المرافعات هو الشريعة العامة التي يرجع إليها لسد ما يوجد من نقص في نصوص قانون الإجراءات الجنائية.[١] أما المشرع العراقي فإنه لم يشر إلى فكرة التحول في قانون أصول المحاكمات الجزائية، لذا فإننا نتوجه بدعوته إلى تضمين القانون المذكور نصاً ينظم بموجبه عملية تحول الإجراء الجنائي الباطل.

ومن المسلم به في القانون الخاص أن التصرف القانوني الباطل قد يتحول إلى تصرف صحيح، وسلطة القاضي في تحول التصرف ليست تحكمية، إنما يباشرها مسترشداً بإرادة الطرفين،[٢] ولكن هل أن شروط التحول في القانون الخاص هي نفسها تطبق على التحول في العمل الإجرائي؟ لبيان ذلك سوف نتناول شروط التحول في ثلاث فروع وكما يأتي:

الفرع الأول: تحقق عمل إجرائي قانوني باطل

يعني الشرط السابق أن يتحقق عمل إجرائي قانوني وأن يكون باطل، والعمل الإجرائي عرفه البعض بأنه: "عمل له دوره القانوني في تحريك الدعوى وسيرها ونقلها من مرحلة إلى أخرى حتى تسير في طريق تطورها الذي رسمه لها القانون وتنقضي بالنهاية بالحكم البات".[٣] بينما عرفه البعض الآخر بأنه: "هو ذلك النشاط الإرادي الذي يرتب عليه المشرع آثاراً قانونية إما بإنشاء خصومة أو التمهيد لها أو تعديلها أو إنهائها وبصرف النظر عما إذا كان هذا النشاط إيجابي أو سلبي"، فإذا لم يتوفر له هذه

(١) د. محمد علي الكيك، مصدر سابق، ص ١٩٨.
(٢) د. لؤي جميل حدادين، مصدر سابق، ص ٤٥٧.
(٣) أحمد حسين سليمان، بطلان العمل الإجرائي في مرحلة التحقيق الإبتدائي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد السادس، العدد الأول، ٢٠١٧، ص ٣٣٠.

الخصائص فلا يعد العمل الإجرائي بمعناه المقصود في فكرة تحول الأعمال الإجرائية.[١]

وتجدر الإشارة إلى أن هناك شروط شكلية وأخرى موضوعية يتطلبها القانون لقيام العمل الإجرائي، أما الأولى فهي القوالب والأنماط التي أوجب المشرع الالتزام بها عند إتخاذ العمل الإجرائي طالما لم يتم في الشكل الذي رسمه المشرع لمباشرته، وأما الشروط الموضوعية، فهي العناصر اللازمة لقيام الإجراء وهي الإرادة والأهلية والمحل والسبب فإذا افتقد القائم بالإجراء للإرادة أو الأهلية لمباشرة العمل ولم يكن ثمة محل أو سبب له، فإن الإجراء يفقد الشروط الموضوعية لقيامه.[٢] ولذلك فإن خصائص العمل الإجرائي هي:[٣]

أولاً: أن يكون العمل الإجرائي عمل قانوني وليس مجرد عمل من الأعمال المادية.

ثانياً: أن يرتب القانون على العمل الإجرائي أثراً إجرائياً مباشراً.

ثالثاً: أن يكون العمل الإجرائي جزء من الخصومة أو سابقاً لها أو معاصراً لها.

كما يجب أن تكون الأعمال القانونية الإجرائية بسيطة وليست مركبة، ويكون العمل بسيطاً متى كان يشكل وحدة واحدة لا تقبل التجزئة،[٤] مثال ذلك صحيفة الدعوى وسماع شاهد وأداء الشاهد لليمين أمام المحكمة أو سلطة التحقيق فكلها أعمال إجرائية بسيطة، ويكون العمل مركباً إذا تكون من عدة وحدات وكان من الممكن تجزئتها إلى عدة أعمال لكل منها ذاتيته الخاصة ولا يؤثر بطلان بعضها على الآخر، والعمل الإجرائي البسيط هو الذي يفتح السبيل أمام فكرة التحول بعكس العمل الإجرائي

(١) د. محمد علي الكيك، مصدر سابق، ص ٢٠٢.
(٢) د. محمد علي الكيك، مصدر سابق، ص ٢٠٤.
(٣) أحمد حسين سليمان، مصدر سابق، ص ٣٣٢.
(٤) د. رأفت دسوقي محمد، فكرة التحول في القرارات الإدارية، مصدر سابق، ص ٦.

المركب فإنه يفتح السبيل أمام فكرة انتقاص الإجراء، وهو أمر يختلف تماماً عن فكرة التحول.(١)

وهذا يعني لإعمال التحول يجب أن يكون هناك إجراء جنائي باطل، ويترتب على هذا الشرط أنه إذا كان الإجراء الأصلي صحيحاً، فلا يتحول إلى إجراء آخر حتى وإن تضمن الإجراء الأول عناصر الإجراء الثاني، فضلاً عن ذلك يجب أن يكون الإجراء الأصلي باطلاً بالكامل، أما إذا كان الإجراء باطلاً في جزء منه، وكان قابل للإنقسام، فلا يكون هناك محل لتحول الإجراء، بل يمكن انتقاصه، فيزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح.(٢)

وبالتالي فإن تحول الإجراء الجنائي يقتصر على عيب البطلان دون غيره من العيوب، وهذا يمكن تأكيده من نص المادة (٢٤) من قانون المرافعات المصري، ولكن ما المقصود بالبطلان؟

فقد عرف البعض البطلان بأنه: "جزء إجرائي يرد على العمل المخالف لبعض القواعد الإجرائية فيهدر آثاره القانونية"،(٣) والأصل العام في البطلان أنه يحول دون ترتيب آثار على العمل المعيب،(٤) إلا أنه يستثنى من الأصل السابق في أنه يجوز أن يترتب على العمل الباطل التعويض واحتساب مدة الحبس الاحتياطي بل وتطبيق نظرية التحول.(٥) كما يظل العمل الإجرائي المعيب القابل للإبطال منتجاً لآثاره القانونية إلى أن يحكم ببطلانه، فبطلان العمل الإجرائي لا يتم تلقائياً بقوة القانون، بل لابد من قرار قضائي يقضي بهذا البطلان، سواء كان البطلان متعلق بمصلحة عامة، أو كان متعلقاً بمصلحة خاصة.(٦)

(١) د. محمد علي الكيك، مصدر سابق، ص ٢٠٤.
(٢) د. محمد عبد الله حمود الدليمي، مصدر سابق، ص ٢٣.
(٣) أحمد حسين سليمان، مصدر سابق، ص ٣٣٦.
(٤) عبد المنعم سليمان، مصدر سابق، ص ١٧.
(٥) د. محمد علي الكيك، مصدر سابق، ص ٢٠٧.
(٦) د. عبد المنعم سليمان، مصدر سابق، ص ١٠٠.

والبطلان إما يكون مطلق أو نسبي، والبطلان المطلق يقع نتيجة مخالفة القواعد الخاصة بالإجراءات الجوهرية والمتعلقة بالنظام العام، أما النسبي هو الذي يترتب على عدم مراعاة أحكام الإجراءات غير المتعلقة بالنظام العام، بل المتعلقة بمصلحة الخصوم.(١)

وفي مجال التحول لا يقف البطلان عند البطلان المطلق، بل يمتد أيضاً للبطلان النسبي، وعلى ذلك متى ما كان العمل الإجرائي مشوباً بالبطلان المطلق أو النسبي فإن ذلك يفتح السبيل أمام تطبيق فكرة التحول متى توافرت شروطه الأخرى.(٢)

كما أن البطلان قد يكون كلياً أو جزئياً، وتتحقق الصورة الأولى كلما كانت جميع عناصر الإجراء باطلة، وتتحقق الصورة الثانية حيثما يكون البطلان قد شابه بعض عناصر الإجراء وبقت الأخرى صحيحة.(٣)

ويتجه جانب من الفقه بأن العبرة في التحول بالبطلان الكلي دون الجزئي، استناداً إلى أن الحالة الأخيرة تكون فيها بعض عناصر القرار الأصلي صحيحة وفي هذه الحالة تكون فكرة الانتقاص هي واجبة الإعمال دون فكرة التحول.(٤) ويتحفظ جانب آخر من الفقه على الموقف السابق، ويرى بأنه لكي تطبق فكرة التحول لابد وأن يكون العمل الأصلي باطلاً بطلاناً جزئياً وليس كلياً حتى يمكن وجود عناصر يمكن أن يتكون منها العمل الجديد.(٥)

الفرع الثاني: موافقة الإجراء الباطل لعناصر إجراء آخر صحيح

يجب أن يوافق الإجراء الباطل عناصر إجراء آخر، فلا مجال للتحول إذا كان الإجراءان يتلاقيان باعتبارهما وحدة واحدة، أو كانت عناصرهما تغطي بعضها البعض إلى حد أن يكون من الممكن أن تقرر الصحة لتصرف آخر على سبيل المساعدة عن طريق التفسير، لهذا يكون قد ذهب إلى حد بعيد من زعم أن التصرف سيبقى باعتباره

(١) ينظر: د. لؤي جميل حدادين، مصدر سابق، ص ٢٣٤-٢٤٠.
(٢) د. أحمد يسري، مصدر سابق، ص ١٠٣.
(٣) المصدر نفسه، ص ١٠٤.
(٤) د. رأفت دسوقي محمود، فكرة التحول ف القرارات الإدارية، مصدر سابق، ص ٦١.
(٥) د. محمد علي الكيك، مصدر سابق، ص ٢١١.

ما هو، وإنما تستعاد ناحية منه هو نفسه لم تكن ظاهرة، إذ أن التصرف المقصود الباطل هو عديم الصحة تماماً، وعلى إطلاقه يخرج تصرف آخر إلى عالم الوجود.(١)

ومن هنا يقال أن التحول هو التكييف الصحيح للعناصر المتبقية، بعد استبعاد العناصر الباطلة، ولابد إذن أن تكون هذه العناصر كافية وحدها وبذاتها لتكوين عمل إجرائي جديد صحيح، فإذا لم تكن كافية لذلك بل كان من اللازم إدخال عناصر جديدة فلا محل للكلام عن التحول، وعلى ذلك فإذا كانت هذه العناصر غير كافية لتكوين عمل إجرائي جديد إلا بالاستعانة بعناصر لم تكن موجودة من قبل في العمل الأصلي المعيب فلا محل للكلام عن التحول ولا وجود لهذا النظام القانوني وإن كان من الجائز أن تتحقق فكرة قانونية أو نظام قانوني آخر.(٢)

وهذا يعني إذا تطلب الإجراء الجديد عناصر أشد مما كان العمل القديم يتطلبه مما كان يلزم لقيامه فلا يجوز إعمال نظام التحول، وأيضاً فإذا كان العمل الجديد يترتب عليه نتائج وآثار أكبر مما كان مقرراً لذلك الأصلي فلا محل لإعمال قواعد التحول.(٣) وعلى العكس فإذا كان العمل الجديد يتحقق بعناصر أقل شدة أو كانت آثاره أضعف من تلك التي ترتب على العمل الباطل فإنه يكون بداهة إجراء يتميز عن الإجراء الباطل ولا يمكن استبعاد هذه الحالة من نطاق التحول.(٤)

الفرع الثالث: أن تنصرف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى تحول العمل الإجرائي

يعتبر العقد الباطل هو الأداة القانونية التي اختارها المتعاقدان لتحقيق الغرض الذي يهدفان إليه، إلا أنهما وقعا على حقيقة لم يقصدا إليها بل ولم تخطر ببالهما، مؤداها أن وسيلتهم القانونية قد ولدت معيبة، غير قادرة على إنتاج ما رتبه عليها القانون من آثار، ولم يصبح أمامها من طريق سوى التحول لتحقيق الغرض الذي سعى

(١) د. أحمد يسري، مصدر سابق، ص ١٣٨.
(٢) د. رأفت دسوقي محمود، فكرة التحول في القرارات الإدارية، مصدر سابق، ص ٨٧.
(٣) د. محمد عبد الله حمود الدليمي، مصدر سابق، ص ٢٤.
(٤) د. أحمد يسري، مصدر سابق، ص ١٦٦.

إليه كل منهما سواء كان غرضاً قانونياً، وهذا أمر نادر، أم غرضاً اقتصادياً وهو غالباً كذلك، حيث ينصرف الأفراد دائماً عن الجانب القانوني.(١)

أي انصرفت إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر الذي تحول إليه التصرف الأصلي، بمعنى أن المتعاقدان كانا يريدان هذا التصرف لو أنهما علما ببطلان التصرف الأصلي، فإرادتهما الواقعية انصرفت إلى التصرف الباطل، وإرادتهما المحتملة انصرفت إلى التصرف الذي توافرت عناصره.(٢)

وتبرر هذه النظرية بأن التصرف الصحيح قام على الغاية التي قصد إليها المتعاقدان، ماداما قد اختارا لتحقيق غايتهما طريقاً قانونياً باطلاً، وكان هناك طريق قانوني صحيح يؤدي إلى تحقيق هذه الغاية، فمن الممكن القول بأنهما كانا يريدان هذا الطريق الصحيح، لو أنهما كانا يعلمان الطريق القانوني الذي اختاره.(٣)

ويرى جانب من الفقه أن إتجاه إرادة طرفي التصرف المحتملة إلى التصرف القانوني لا يصلح في نطاق التصرفات القانونية دون الأعمال القانونية (بالمعنى الضيق)، وذلك لأن مؤدى التصرف القانوني هو أن الإرادة لها سلطان في تحديد آثار التصرف في صدور القانون، وعلى ذلك فإذا باشر التصرفات تصرفاً معيناً، بقصد تحقيق آثار معينة فإن العبرة هي بالآثار التي استهدفا تحقيقها، وبعبارة أخرى إن العبرة هي بالغاية القانونية التي أرادا تحقيقها، فإن كان التصرف الذي اتجهت إليه إرادتهما تصرفاً قانونياً باطلاً، ليس من شأنه أن يحقق هذه الآثار وكان هذا التصرف الباطل يقوم على انقاضه تصرف صحيح يؤدي إلى تحقيق هذه الآثار، فليكن هذا التصرف الآخر هو الذي اتجهت إليه إرادة الطرفين، فهما وقد أرادا تحقيق آثاراً معينة لا تترتب إلا بناءً على هذا التصرف الأخير، فإن إرادتهما المحتملة بلا شك قد انصرفت إلى هذا التصرف.(٤)

(١) د. رأفت دسوقي محمود، فكرة التحول في القرارات الإدارية، مصدر سابق، ص ٩٤.
(٢) د. صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق، ص ٨٥.
(٣) إيهاب عبد المطلب، الموسوعة الجنائية الحديثة في البطلان، الجزء الأول، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٢ن ص ١٩٣.
(٤) د. لؤي جميل حدادين، مصدر سابق، ص ٤٥٨.

إلا أن هناك إتجاه آخر يقف موقف التحفظ من الإتجاه السابق، ويرى أن العمل الإجرائي هو عمل إرادي، فالإرادة لابد أن تتجه إلى الواقعة، فمتى انعدمت كان العمل منعدماً، فإذا وجدت الإرادة كان العمل الإجرائي صحيحاً، والإرادة هنا يمكن القول هي إرادة افتراضية يفرضها المشرع من عناصر العمل الإجرائي الباطل أي من وقائع الدعوى المطروحة عليه، وتتحقق هذه الإرادة منذ نشأة العمل الباطل.[١] فإذا كانت الإرادة عنصراً جوهرياً لتحقق تحول الأعمال الإجرائية، إلا أنه لا يتصور أن تكون إرادة حقيقة لأن هذه الإرادة قد انصرفت إلى العمل الأصلي الباطل، كما لا يمكن أن تكون الإرادة التي تلزم لتحقيق الإجراء الجديد هي إرادة احتمالية فلا يتصور قبول وجود إرادتين إحداهما للعمل الأصلي والأخرى للعمل الجديد.[٢]

المطلب الثاني

آثار تحول الإجراء الجنائي الباطل

إن الآثار تعني بأن هناك عمل إجرائي باطل أو قابل للإبطال وقد توافرت من خلاله عناصر سليمة لعمل إجرائي جنائي آخر اكتملت له شروطه الموضوعية والشكلية، والآثار هي:

الفرع الأول: ظهور إجراء جنائي جديد

إذا كانت عملية التحول تتم بقوة القانون كما بيناه سابقاً فإن ظهور العمل الجديد يتم أيضاً بقوة القانون، فلا يحتاج إلى نشاط جديد من أي جهة إجرائية.[٣]

والعمل الجديد قد يكون عملاً إجرائياً جديداً قريباً من طبيعة العمل السابق، ويخضع لنظام قانوني جديد خلاف ذلك الذي كان يحكم العمل القانوني القديم،[٤] وقد يكون العمل الجديد من طبيعة مختلفة تماماً عن طبيعة العمل السابق ويتميز عنه، فإذا كان العمل الأصلي عملاً إجرائياً فقد يكون العمل الجديد عملاً مادياً ذات طبيعة

(١) د. محمد علي الكيك، مصدر سابق، ص ٢٢٢.
(٢) د. رأفت دسوقي محمود، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح، دار الكتب القانونية مصر، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، بدون سنة نشر، ص ٨٩.
(٣) د. أحمد يسري، مصدر سابق، ص ٢١٠.
(٤) د. محمد علي الكيك، مصدر سابق، ص ٢٣٦.

إدارية، فإذا شاب العمل الإجرائي البطلان أو القابلية للإبطال وتقرر بطلانه تحول إلى عمل مادي، والعمل الإجرائي قد يتحول إلى عمل موضوعي كأن يكون عملاً ذات طبيعة إدارية.(١)

وبهذا الصدد يمكننا أن نسوق أمثلة على إمكانية تحول العمل الإجرائي الجنائي الباطل إلى عمل صحيح وكما يأتي:

١- في حالة إنابة قاضي التحقيق أحد أعضاء الضبط القضائي بموجب المادة (٥٢/ ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، لاتخاذ إجراء معين من إجراءات التحقيق كإجراء كشف أو سماع أقوال، أو تدوين إفادة المجني عليه، فتيخطى عضو الضبط القضائي مهام إنابته ويتولى إستجواب المتهم بدلاً من سماع أقواله، أو أن يقوم بإجراء التفتيش وبدون إذن بدلاً من إجراء الكشف، ففي هذه الحالة يكون إستجواب المتهم باطلاً، لمباشرته من قبل شخص غير مختص عملاً بالمادة (١٢٣) الأصولية، إلا أنه يتحول إلى إجراء صحيح من إجراءات الإستدلال المتعلقة بسماع أقوال المتهم عن التهمة المنسوبة إليه عملاً بأحكام المادة (١٤٣) الأصولية.

٢- في حالة إصدار القاضي قراراً بغلق الدعوى مؤقتاً، عندما يكون الفاعل مجهولاً عملاً بالمادة (١٣٠) الأصولية، ثم يصدر أمراً بإحالة القضية إلى محكمة الموضوع، ففي هذه الحالة يكون قرار الإحالة باطلاً لانعدام محله وهو (المتهم) المجهول، غير أن قرار الإحالة يتحول إلى إجراء صحيح وهو العدول عن قرار غلق الدعوى مؤقتاً.

٣- في حالة إجراء التحقيق من قبل قاضي التحقيق في جريمة فاعترف المتهم بإرتكابها من دون أن يتولى القاضي تدوين الإفادة بنفسه خلافاً لأحكام المادة (١٢٨) الأصولية ودون أن يوقع المتهم على إفادته، فإن هذا يجعل الإجراء

(١) د. رأفت دسوقي محمود، فكرة التحول في القرارات الإدارية، مصدر سابق، ص ٢٩٣.

التحقيقي مشوباً بالبطلان، غير أنه يمكن أن يتحول إلى إجراء صحيح من إجراءات الإستدلال.

٤- إذا تقدم الأب بشكوى (خاصة) مدعياً سرقة مقتنياته من قبل ولده، وأسفر التحقيق بأن مرتكب الجريمة هو شخص آخر وليس ابن المشتكي، فهنا يتحول إجراء تحريك الدعوى الجزائية من الشكوى إلى الإخبار، لأن الشكوى الخاصة لا تحرك الدعوى الجزائية إلا إذا كان المجني عليه الذي تقدم بالشكوى (زوجاً للجاني أو أحد أصوله أو فروعه)، أي ذو صفة معينة أو كانت الجريمة المرتكبة من الجرائم التي نصت عليها المادة الثالثة الأصولية.

حالة إصدار قاضي التحقيق قراراً بتوقيف المتهم بموجب أحكام المادة (١٠٩) الأصولية قبل إحضاره واستجوابه كما نصت على ذلك المادة (٩٩) الأصولية، فإن قرار التوقيف يعد باطلاً، إذ لا يجوز توقيف المتهم دون استجواب، وهنا يتحول قرار التوقيف الباطل إلى إجراء صحيح وهو الأمر بإلقاء القبض على المتهم عملاً بالمادة (١٠٩) الأصولية.

الفرع الثاني: استناد الإجراء الجنائي الجديد إلى القانون

إن تحول التصرف القانوني يتحقق بقوة القانون، ولا شأن للقاضي بوجود التحول الإجرائي ونشأته، بل أن الحكم بالإعلان عن التحول وتقريره إنما يستند إلى نص القانون، وما دور القاضي في شأن التحول إلا تنفيذ إرادة المشرع دون توقف على إرادة القاضي أو ترخيص من القاضي في هذه المسألة.[١]

فالتحول يتم بقوة القانون حيث يتحدد دور القاضي في مجرد الإعلان عن رغبة المشرع وأوامره ونواهيه، فلا يقوم القاضي من تلقاء نفسه بتشكيل هذه العملية الإجرائية وتحويل التصرف الباطل إلى عمل صحيح، بل يقف دوره على مجرد التيقن من شروط التحول ومتطلباته، فالقاضي لم ينشئ عملاً جديداً بل ويطهره فيما شابه من البطلان ثم يضفي عليه وصفه الحقيقي.[٢] ويترتب على ما تقدم أن الحكم الصادر في شأن

(١) د. أحمد يسري، مصدر سابق، ص ٢٠٨.
(٢) د. رأفت دسوقي محمود، فكرة التحول في القرارات الإدارية، مصدر سابق، ص ٣٥١.

التحول الإجرائي بل وتحول التصرفات القانونية وانطباق أحكامه بصفة حتمية، لم يعد من الممكن طرحه جانباً واستبعاده بعد أن هيأت النصوص القانونية قيامه بتحقق شروطه.[١]

الفرع الثالث: الاحتجاج بالإجراء الجنائي الجديد

إن مجرد صدور الحكم فاصلاً في الحقوق والمراكز الموضوعية للخصوم فإن هذا الحكم يلحق به الحجية، أو يعرف بقوة الشيء المحكوم فيه، ويقصد بحجية الشيء المقضى به أن قرار القاضي أو الحكم يتمتع بنوع من الحرمة، بمقتضاه يمتنع مناقشة هذا الحكم أو ما قضى به إلا إذا ظهرت أدلة جديدة مؤثرة.[٢]

وفي مجال المواد الجنائية فقد ذهب البعض أن الحكم يكتسب الحجية في مواجهة الكافة، وهذا يعني إذا ما تناولت المحكمة في حكم لها مسألة تحول عمل إجرائي وكانت واردة ضمن أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق ارتباط لا يقبل التجزئة، فإن هذه المسألة تحوز حجية الشيء المقضى به، بحيث يجوز الاحتجاج بها في مواجهة الغير وفي الحدود المقررة للحكم الصادر في مادة جنائية، فتكون هذه الحجة ذات طبيعة نسبية متى كان الحكم صادراً بالإدانة، وكذا في حالة أحكام البراءة لأسباب خاصة بالمتهم، أما غير هذه الحالات فإن ما فصلت فيه المحكمة في شأن التحول يكون له حجية مطلقة في مواجهة الكافة.[٣]

الفرع الرابع: تطبيق الإجراء الجنائي الجديد بأثر رجعي

القاعدة العامة أن فكرة التحول يترتب عليها ظهور عمل إجرائي جديد لم يكن له وجود مع العمل الإجرائي الأصلي، فهو لم ينشأ إلا بعد أن تقرر البطلان للعمل أو بعد أن تمسك ذوي الشأن بالبطلان النسبي الذي لحق بالإجراء، فالعمل المعيب نشأ في أول الأمر غداة ذلك العمل الصحيح الذي كان لاحق في ظهوره على العمل القديم.[٤]

(١) د. أحمد يسري، مصدر سابق، ص ٢١٢، هامش ٢.
(٢) د. عمار سعدون حامد المشهداني، القضاء المستعجل (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، القاهرة، دار شتات للنشر والبرمجيات، القاهدة، ٢٠١٢، ص ٨٥.
(٣) د. محمد علي الكيك، مصدر سابق، ص ٢٣٦.
(٤) د. رأفت دسوقي محمود، فكرة التحول في القرارات الإدارية، مصدر سابق، ص ٣٤٨.

وإذا كانت القاعدة العامة أن يجري العمل القديم من تاريخ مباشرته الجديد الذي يبدأ سريانه من تاريخ نشأته، إلا أن نظام التحول يقضي بغير ذلك، فبدء العمل الجديد يجري على خلاف الأحوال العامة حيث يحمل تاريخ العمل في ذات الوقت الذي نشأ خلاله العمل الأصلي، وهذا في الواقع أثر من آثاره.(١)

ويرى جانب من الفقه أن تبرير فكرة الأثر الرجعي للعمل الجديد يمكن تأسيسها على حماية الحقوق المكتسبة وحماية الأوضاع والمراكز القانونية التي استقرت، فمتى اكتسبت حقوقاً من عمل إجرائي معين لابد من المحافظة عليها وهو ما يتحقق بأن كل عمل إجرائي حل محل الأول الذي اكسب الغير حقاً يتعين أن يحافظ على حقوق الأفراد ومكاسبهم من ذلك السابق عليه.(٢)

الخاتمة

لقد أسفر البحث في موضوع نظرية تحول الإجراء الجنائي الباطل إلى جملة من النتائج والتوصيات وكما يأتي:

اولاً: النتائج

١- نالت فكرة التحول اهتماماً ملحوظاً عبر العصور المختلفة بدأت في العصور القديمة (القانون الروماني) نظراً لكثرة الشكليات في إبرام التصرفات القانونية مروراً بالعصور الوسطى فالعصور الحديثة.

٢- تجد فكرة التحول أساسها القانوني في القانون الخاص وهي مقننة في التشريعات كالمادة (١٤٠) في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥٨. والمادة (١٤٤) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، وكذلك المادة (٢٤) من قانون المرافعات المدنية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨.

٣- إن جوهر فكرة التحول يعني الإعتداد بالقيمة القانونية للإجراء الباطل إذا احتوى على عناصر موضوعية وشكلية لإجراء آخر صحيح.

(١) المصدر نفسه، الصفحة نفسها.
(٢) د. محمد علي الكيك، مصدر سابق، ص ٢٧٧.

٤- إن القضاء المصري أخذ بنظرية التحول وإعمال أصولها حتى في حالة عدم النص عليها بحسبانها نظرية عامة واجبة التطبيق دون نص خاص.

٥- تتميز فكرة التحول بذاتية مستقلة عن الأفكار المشابهة لها كالتصحيح أو التفسير أو الانتقاص أو التكيف القانوني للواقعة.

٦- إن شروط التحول الموجودة في القانون الخاص يتم تطبيقها نفسها على تحول الإجراء الجنائي الباطل.

ثانياً: التوصيات

١- نوصي المشرع العراقي بإيراد نص خاص في قانون المرافعات المدنية وقانون أصول المحاكمات الجزائي للأخذ بفكرة تحول الإجراء الجنائي الباطل، لضمان سير الإجراءات الجنائية بسهولة وتفادي بطلان الأعمال الإجرائية المخالفة للأشكال المقررة قانوناً.

٢- لقاضي التحقيق ولمحكمة الموضوع وبحسب الأحوال أن تحول أي إجراء جنائي جاء مخالفاً لشروط صحته، إلى إجراء جنائي آخر صحيح إذا توافرت فيه شروط وعناصر الإجراء الجديد.

المصادر

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: المعاجم

١- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الجزء الأول، مطبعة مصر، ١٩٦٠.

٢- محمد بن مكرم بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، الجزء الأول، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٩٥.

ثالثاً: الكتب القانونية

١- د. أحمد يسري، تحول التصرف القانوني، مطبعة الرسالة، القاهرة، ١٩٥٨.

٢- د. انتصار حميدة محمد امسيويط، التحول في نظام الإثبات الجنائي، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٧.

٣- إيهاب عبد المطلب، الموسوعة الجنائية الحديثة في البطلان، الجزء الأول، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٢.

٤- د. رأفت دسوقي محمود، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح، دار الكتب القانونية، مصر، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، بدون سنة نشر.

٥- د. رأفت دسوقي محمود، فكرة التحول في القرارات الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٢.

٦- د. سعيد حسب الله عبد الله، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الحكمة، للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٩٠.

٧- د. سليمان عبد المنعم، بطلان الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

٨- د. صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧.
٩- د. عاصم شكيب صعب، بطلان الحكم الجزائي نظرياً وعلمياً (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، ٢٠٠٧.
١٠- د. عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، المكتب الجامعي الحديث، مصر، ٢٠١٠.
١١- د. علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور وإتجاهات المحكمة الإتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، ٢٠١١.
١٢- د. عمار سعدون حامد المشهداني، القضاء المستعجل (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، القاهرة، دار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، ٢٠١٢.
١٣- د. لؤي جميل حدادين، نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية (دراسة مقارنة)، بدون اسم نشر، عمان- الأردن، ٢٠٠٠.
١٤- د. محمد عبد الله حمود الدليمي، تحول القرار الإداري، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١.
١٥- د. محمد علي الكيك، تحول الإجراءات الجنائية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

رابعاً: الرسائل والأطاريح

١- أسامة عبد الله محمد زيد الكيلاني، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية الفلسطيني (دراسة مقارنة)، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، فلسطين، ٢٠٠٨.
٢- محمد ذيب محمود عزو، أحكام البطلان في الإجراءات والمحاكمات الجزائية (دراسة مقارنة)، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٣.

خامساً: المجلات والبحوث

١- أحمد حسين سليمان، بطلان العمل الإجرائي في مرحلة التحقيق الإبتدائي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد السادس، العدد الأول، ٢٠١٧.
٢- م. محمد حسناوي سويع، الطبيعة القانونية للتفسير الصادر عن المحكمة الإتحادية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الأول، الإصدار ١٤، لسنة ٢٠١٢.

سادساً: القوانين

١- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
٢- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
٣- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨.
٤- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.
٥- قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.