الملخص

إذا أردنا الحفاظ على مبدأ الشرعية الإجرائية دون الإسراف في إيقاع الجزاءات الإجرائية كونها تأخذ الكثير من الجهد والوقت فلابد من إيجاد طرق بديلة للآثار على اعتبار إجراءات معينة وإزالة آثارها نهائياً، ومن هذه البدائل هو تحول الإجراءات الجنائية الذي من خلاله ممكن أن يتحول الإجراء المعيب إلى إجراء إذا توفرت شروط معينة.

ومن هنا فإن إشكالية البحث تتمثل وسائل بديلة للجزاءات التي قررتها التشريعات للإجراء الجنائي المعيب، وهو الأمر الذي من شأنه التقليل من الإسراف من إيقاع الجزاءات الجنائية المعروفة، وبالتالي الإبقاء على الإجراء المعيب بعد تصحيحه من خلال التحول وعدم إخراجه من الإجراءات الجنائية.

Abstract

If we are to maintain the principle of procedural legality witout exaggerating the pace of procedural sanctions because they take a lot of effort and time, alternative methods must be found for the effects of considering the procedures flawed and eliminating their effects once and for all. The procedure is correct if certain conditions are met.

Thus,the problem of research is to find alternative means of sanctions established by legislation for defective criminal procedure ,which would reduce the excessive use of known criminal sanctions and thus maintain the defective procedure after rectification through conversion and not to remove it from criminal proceedings.

المقدمة

هناك العديد من المبادئ الإجرائية السائدة في ساحة القانون الجنائي، منها مبدأ الاقتصاد الإجرائي الذي يعني محاولة الاكتفاء بأقل عدد ممكن من الإجراءات بشرط أن تؤدي الغرض المقصود، هذا المبدأ الذي يفرض على القائمين بالإجراءات الجزائية محاولة تجنب إصدار إجراءات معيبة وتصحيح التي صدرت كذلك.

أما وسائل التصحيح فتحقق العديد من المزايا، أهمها تجنب الشكليات البغيضة التي تعيق عمل سلطة اتخاذ القرار وهو ما يؤدي إلى تسهيل الإجراءات، وفضلاً عن ذلك فإن التصحيح يجنبنا الوصول للآثار المترتبة على صور الجزاء الإجرائي كالبطلان والانعدام التي تؤدي إلى نشوء إجراءات عديدة باطلة، تأتي لاحقة للإجراء المعيب الأول، أما أهم هذه الوسائل فهي إعادة الإجراء وتحويله[١].

ظهرت فكرة التحول لأول مرة في فقه القانون الخاص، وأُخذ بالفكرة في القانون التجاري والإداري وغيره، لذا أمكن القول إذا كانت النظريات القانونية التي أخذ منها المشرع أحكامه هي ثمرة الفكر البشري فلا مانع من تطبيق أحكامها على فروع القانون كافة[٢]، هذا التحول الذي يكون من طبيعة خاصة تتمثل بكونه وسيلة فعالة من وسائل تصحيح الإجراء الجنائي[٣].

وتتمثل أهمية الموضوع في سعي القوانين إلى إرساء مبادئ الشرعية التي تُعد أحدى الركائز الرئيسة التي يقوم عليها النظام في البلد عموماً، فإن هذا الأمر يتطلب استبعاد كل الأعمال المخالفة للقانون وإنزال الجزاء المناسب عليها ومنها الإجراءات الجزائية، لكن ومقابل ذلك لابد من عدم الإسراف في إيقاع مثل هذه الجزاءات.

بالتالي إذا أردنا الحفاظ على مبدأ الشرعية الإجرائية دون أن نُسرف في إيقاع الجزاءات الإجرائية كونها تأخذ الكثير من الجهد والوقت، فلابد من إيجاد طرق بديلة للآثار المترتبة على اعتبار الإجراءات معيبة وإزالة آثارها نهائياً، ومن هذه البدائل هو

تحول الإجراءات الجزائية الذي من خلاله ممكن أن يتحول الإجراء المعيب إلى إجراء صحيح إذا توفرت شروط معينة.

ومن هنا فإن إشكالية البحث تتمثل في إيجاد وسائل بديلة للجزاءات التي قررتها التشريعات للإجراء الجنائي المعيب، وهو الأمر الذي من شأنه التقليل من الإسراف من إيقاع الجزاءات الجنائية المعروفة، وبالتالي الإبقاء على الإجراء المعيب بعد تصحيحه من خلال التحول وعدم إخراجه من الإجراءات الجزائية.

وبما أن فكرة التحول هي من الأفكار الجديدة على القوانين الإجرائية، فلابد من إعطاء صورة واضحة لها من خلال بيان ماهيتها أولاً، بما تتضمنه هذه الماهية من بيان المفهوم وتمييز هذا المفهوم عن بعض المفاهيم الإجرائية الأُخرى، كما أن إعطاء هذه الصورة تستلزم بيان شروط التحول وبيان أحكامه الخاصة والآثار المترتبة عليه.

لذلك سوف يتم تقسيم هذا البحث على مبحثين: الأول سيخصص لماهية فكرة التحول، يدرس تحت إطاره المفهوم (تعريف الفكرة وخصوصيتها) وعلاقة الفكرة بالإجراء الجنائي المعيب، أما المبحث الثاني فيتم تكريسه للشروط اللازمة لقيام الفكرة فضلاً عن أحكامها وآثارها.

المبحث الأول/ ماهية فكرة التحول في الإجراءات الجزائية

تُعد فكرة التحول من الأفكار الجديدة في إطار الإجراءات الجزائية، وإن الأخذ بها وتطبيقها أمراً في غاية الأهمية، لكنه من الممكن أن يثير العديد من المشاكل التي غالباً ما تنشأ على تطبيق المبادئ الجديدة.

لذلك اقتضى الأمر إعطاء مفهوم واضح لهذه الفكرة وتمييزها عما يشتبه بها من مفاهيم إجرائية أُخرى، وهو ما دعانا إلى تقسيم هذا المبحث على مطلبين وهما:

المطلب الأول/ مفهوم التحول في الإجراءات الجزائية

عرفت فكرة التحول في نطاق القانون المدني بشكل واسع ونصت عليها التشريعات وبينت أحكامها، لكن الحال ليس كذلك في إطار القانون الجنائي لأن هذا القانون لم يأتِ بتنظيم قانوني لهذه الفكرة على الرغم من أهميتها.

وبما أن الاهتمام بها بتزايد مستمر فلم يتوقف الفقه إلا بإيراد هذا التعريف وذلك لإيضا ح معنى الفكرة وتحديد نطاقها، لذلك سوف يتم تقسيم هذا المطلب على فرعين إثنين، يخصص الأول لبيان تعريف التحول، أما الثاني فيُكرس لتمييز هذه الفكرة عما يشابهها من مفاهيم إجرائية أُخرى.

الفرع الأول/ تعريف التحول في الإجراءات الجزائية

على الرغم من أن بعض التشريعات اهتمت بشكل كبير بفكرة التحول هذه – في إطار القانون المدني– إلا أنها لم تورد تعريفاً محدداً لها بين ثنايا نصوصها، ومن هذه التشريعات هو التشريع المصري الذي أوضح الأحكام القانونية لفكرة التحول دون أن يبين تعريفاً له.

الأمر الذي جعل الفقه يُفكر بهذا التعريف[٤]، إذ عرف البعض (تحول الإجراء الباطل يقصد به الاعتداد بالقيمة القانونية للعناصر التي تتواجد في الإجراء المعيب الباطل والتي تصلح في تكوين إجراء صحيح آخر)[٥].

بينما عرفه الفقيهان Satta , Sabatini بأنه بقاء الإجراء المعيب وتحوله إلى إجراء صحيح يقر المشرع وجوده وآثاره القانونية، ويكون الإجراء الجديد مختلفاً عن الإجراء الأصلي[٦].

أما جوهر هذا التحول في قانون أُصول المحاكمات الجزائية فهو بقاء العمل الباطل مع إمكانية تحوله إلى عمل آخر صحيح معمول به في النظام القانوني، أي أن الأخير يقر وجوده ويرتب عليه الآثار القانونية على الرغم من اختلافه عن العمل الأصلي من حيث المقومات والآثار[٧].

ومن هنا فإن طبيعة تحول العمل الإجرائي تتمثل بوصفه أداة تصحيح الإجراء الجنائي الباطل وتحويله إلى عمل صحيح يترتب عليه كل آثاره القانونية، أي آثار العمل الإجرائي الجديد وليس الأول (المعيب).

أما أهميته فتتمثل بالحفاظ على مبدأ الشرعية، وذلك باستبعاد الإجراء غير المستوفي للشروط القانونية وترتيب الجزاء المناسب لذلك، وبالتالي إزالة كل الأعمال المعيبة من أجل الحفاظ على المصالح، ومقابل ذلك تفعيل نفس الإجراء من خلال التعويل على عناصره الصحيحة وتحويله لذلك الإجراء المتوفرة فيه تلك العناصر[٨].

وبالتالي يمكن القول إن فكرة التحول هذه تمثل أحد صور العلاج القانوني للإجراءات المعيبة وهو مايوسع من دائرة الإجراءات الصحيحة والتقليل من تلك الإجراءات المعيبة، وبذلك فإن التشريعات التي من الممكن أن تتبنى هذه الفكرة تكون غايتها هي الحد من توقيع الجزاءات الإجرائية وبالتالي إمكانية تصحيح المعيب للإبقاء عليه.

أما المبرر الآخر فيتمثل بتبسيط الإجراءات والتقليل من الجهد والوقت، وتفعيل مبدأ الاقتصاد الإجرائي الذي يفرض تحويل الإجراءات المعيبة بدل اعتماد طريق الجزاءات الإجرائية المعروفة (البطلان) وما يترتب عليها من آثار خطيرة[٩].

أما وجه الخطورة فيه فهو ما يترتب عليه من هدم كامل للإجراء وعدم إمكان ترتيب آثاره، ومن هنا يرى الفقه عدم جواز الإفراط فيه، أي أن الجزاء كالعلاج يجب أن يؤخذ منه بقدر معين، أي يستخدم في حالات محددة وعدم جواز تحويل الدواء إلى داء، وبالتالي يجب أن لا يتم التوسع بالأخذ فيه أو التضييق في الأخذ به[١٠].

لقد ظهرت فكرة التحول في قانون المرافعات المدنية المصري في المادة (٢٤) دون أي ظهور لها على مستوى التشريع الجنائي، إذ لم يُشر إليها القانون الأخير في نصوصه أي إشارة بخلاف ماكان عليه الحال في قانون تحقيق الجنايات الأهلي والمختلط.

إلا إن الفقه المصري قد تبناها باعتبارها من القواعد العامة التي لا توجد حاجة للنص عليها في التشريع، وبالتالي فإنه لم يمانع بتنظيم هذه الفكرة وتطبيقها على الأعمال الإجرائية، حتى أن بعض الفقهاء صرح بأنه (على الرغم من أن قانون الإجراءات الجنائية لم يصرح بتبنيه هذه النظرية، فإنه لاشك عندنا في أنه قد أقرها، ذلك أن لها سنداً من المنطق القانوني، فاستجماع عناصر معينة يتكون منها إجراء معين ينبني عليه بالضرورة الاعتراف بهذا الإجراء)[١١].

وللموقف الفقهي المتميز في مصر فإن القضاء هناك قد أخذ بهذه الفكرة أيضاً، إذ أقرت الدوائر الجنائية في محكمة النقض نظرية التحول وأعملتها على الإجراءات المطروحة عليها لتصير هذه النظرية مقبولة في الأوساط القضائية[١٢].

أما الأمثلة على هذه الفكرة فعديدة، أبرزها سماع الشاهد أمام جهاز النيابة العامة باعتبارها مكلفة بإجراء التحقيق الإبتدائي دون تحليفه اليمين، فإن محضر التحقيق هنا يتحول إلى محضر جمع أدلة (استدلالات)، ومن أمثلة التحول أيضاً قرار التوقيف الصادر من سلطة التحقيق من دون استجواب، الذي يُعد قراراً باطلاً لأنه لا يجوز اتخاذ مثل هذا الإجراء دون إخضاع المتهم للاستجواب، ولكنه يمكن أن يتحول إلى أمر قبض على المتهم وذلك لإمكانية إصدار هذا الأمر دون استجواب[١٣].

وبهذا الصدد لايفوتنا أن نبين من له الحق بإثارة التحول، وهو الأمر الذي أوضحه الفقه بالقول، إذا كان سبب التحول هو البطلان المطلق للعمل الإجرائي كان لكل صاحب مصلحة أن يتمسك به، كما للمحكمة أن تتصدى له وتقرره من تلقاء نفسها[١٤]، أما في حال ما إذا كان التحول ناشئ عن بطلان نسبي للإجراء فلا يمكن إثارته إلاّ من قبل الخصم، الذي تقرر البطلان لمصلحته كونه صاحب الصفة الوحيدة في إثارة التحول دون غيره من الأفراد، فضلاً عن عدم إمكانية المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها[١٥].

الفرع الثاني/ خصوصية التحول في الإجراءات الجزائية

حينما يتم التطرق إلى خصوصية مفهوم من المفاهيم القانونية من لدن الكُتاب والباحثين، لابد أن يكون ذلك من خلال تناول هذا الموضوع، وذلك ببيان خصائص هذا المفهوم ومعرفة الفروقات الرئيسية بينه وبين مفاهيم أُخرى تشتبه معه، لذلك سوف نقف في هذا الجزء من البحث على بيان تمييز فكرة التحول عن غيرها من المفاهيم أو الأفكار القانونية في مجال الإجراءات الجزائية.

أولاً: تمييز التحول عن الصورية

بمقتضى الصورية فإن هناك عملان: الأول هو العمل القانوني الظاهر والآخر هو المستور، إذ يقوم طرفان بالاتفاق على عمل قانوني يتوافق مع عمل قانوني مستور، وبالتالي فإن التصرف الصحيح هو التصرف المستور فقط باعتبار قصد المتعاقدان، ومن هنا يكون الاختلاف واضح بين التحول والصورية، وذلك لأن التحول يفترض أن العمل الصادر من صاحب الاختصاص هو العمل المقصود بينما المستور لم يكن مقصوداً ابتداءً[١٦].

ثانياً: التحول والتفسير للإجراءات الجزائية

يقصد بالتفسير هو استخدام وسائل الاستدلال من أجل الكشف عن نية مُصَدِّر الإجراء والكشف عن معناه الحقيقي، وذلك لإزالة أي غموض يعتريه، وبالتالي فإن التفسير يتمثل بنشاط ذهني يصدر عن المفسِّر بسبب ما يعتري بعض الإجراءات من غموض، وذلك بالاستناد إلى الإرادة الحقيقية لمصدر الإجراء للوصول إلى الفكرة الحقيقية للإجراء[١٧].

بالنتيجة فإن مضمون التفسير هو إيضاح إرادة مُصَدِّر الإجراء دون إحداث أي تغيير فيها، أي أن لا أحكام جديدة فيه أي لا استحداث ولا تغيير ولا إنهاء لأي إجراء أو لأي أثر من آثاره القانونية، وهو عكس التحول الذي يتمثل مضمونه بالكشف عن إرادة غير موجودة حقيقةً، وملخص ذلك يتمثل بأن موضوع التحول هو إجراء معيب

بعكس التفسير الذي يتمثل نطاقه بإجراء صحيح لكنه يتميز بالغموض، كما أن التحول مضمونه إرادة غير حقيقية بينما الإرادة في التفسير هي إرادة مُصَدِّر الإجراء الحقيقية[١٨].

ثالثاً: التحول والبطلان اللاحق وتصحيح العمل الباطل

ذكرنا أنه بمقتضى التحول يكون الإجراء قد صدر معيباً لعدم اكتمال مكوناته بينما توفرت به عناصر إجراء آخر، بينما البطلان اللاحق فإن الإجراء يكون صحيحاً في البداية ولكن صدر قانون بعدم دستورية النص الذي صدر بمقتضاه فتحول إلى إجراء غير دستوري.

أما التحول وتصحيح الإجراء الباطل فالأخير يكون بمقتضاه الإجراء باطلاً مما يمكن تصحيحه، إذ يكون للقاضي أن يستبدل الإجراء الباطل بآخر صحيح ليستقيم بذلك سير الدعوى[١٩]، بينما التحول لا يتم تصحيح الإجراء فيه بل يبقى على ماهو عليه.

ومن الجدير بالذكر أن التصحيح سلطة يملكها القاضي سواء أكان البطلان مطلقاً أو نسبياً، ولكن ما يميز سلطته في نوعي البطلان أنه يملك هذه السلطة ويمكنه استعمالها من تلقاء نفسه في البطلان المطلق بينما يكون بحاجة إلى احتجاج ذي المصلحة ليتخذ الإجراء الجديد موقعه وينتج آثاره من تاريخ اتخاذه دون أي أثر رجعي[٢٠].

رابعاً: التحول وإعادة الإجراء الباطل

من أجل تلافي بطلان الكثير من الإجراءات تنص بعض التشريعات على إعادة الإجراء الباطل، أي سحبه وإحلال إجراء آخر محله، أما الجهة المختصة بإعادة الإجراء فهي الجهة نفسها التي يمكنها اتخاذه إبتداءً، وكل ما يشترط من أجل إمكانية ذلك هو بقاء مبررات إصدار الإجراء كما هي دون تغيير[٢١].

خامساً: التحول وتكييف الأعمال الإجرائية

التحول بالمفهوم الذي وضحناه سابقاً يتميز بشكل كبير عن التكييف، بأن الأول بمقتضاه ينشأ إجراء جنائي مختلف عن الإجراء الأول الذي أصدرته السلطة المختصة على الرغم من وجود عناصر الإجراء الجديد ضمن مكونات عناصر الإجراء الباطل لينشأ لدينا إجراء جديد بدل الإجراء الأول الذي تمت إزالته، أما فيما يخص التكييف فهو بقاء الإجراء الأول على حاله بكافة عناصره وما يتغير هو الوصف القانوني له فقط[٢٢].

بالنتيجة وبعد الاطلاع على مجموعة من المفاهيم الإجرائية ومحاولة التفريق بينها وبين التحول، وجدنا أن هناك العديد من هذه المفاهيم التي من شأنها التقليل من الإجراءات الجزائية غير الصحيحة مثل إعادة الإجراء الباطل أو تصحيحه لذلك ممكن القول إن التشريعات تحاول قدر الإمكان من الابتعاد عن الجزاء الجنائي والآثار المترتبة عليه ، وهو ما دعانا إلى التمسك بنظرية تحول الإجراء الجنائي الذي يحقق غاية قانونية مفيدة مثلما قلنا سابقاً وهي عدم الخروج من مبدأ الشرعية الإجرائية والتقليل من الإجراءات المعيبة بذات الوقت.

المطلب الثاني/ علاقة فكرة التحول بالإجراء الجزائي المعيب

إذا كانت الغاية من فكرة التحول التي بمقتضاها يتم تحويل الإجراء الجنائي المعيب إلى إجراء صحيح وتجنب إصدار إجراء جديد بديلاً عنه، فلابد أن ندرس العلاقة بين فكرة التحول والإجراء المعيب، لذلك يكون لزاماً علينا أن نتطرق إلى مفهوم الإجراء الجنائي المعيب والجزاء المترتب عليه.

الفرع الأول/ مفهوم الإجراء الجزائي المعيب

أولاً: التعريف بالإجراء الجزائي

لقد تعددت التعريفات التي جاءت بخصوص الإجراء الجنائي وذلك على وفق الأساس الذي يستند عليه من يورد هذا التعريف، فقد ذهب البعض إلى تعريف الإجراء

الجنائي بالاستناد إلى الآثار المترتبة عليه؛ إذ قال بأنه العمل الذي يرتب عليه القانون الأثر المباشر المتمثل بإنشاء أو إلغاء أو تعديل أو إنهاء خصومة جنائية، وبالتالي فإن الإجراءات الجزائية التي تُتخذ خارج نطاق الخصومة الجنائية وتلك التي تعقد الصلة بهذه الخصومة تُعد دليلاً للإجراءات الجنائية(٢٣).

بينما جاء اتجاه آخر ليركز على أكثر مما اهتم به الاتجاه الأول وذلك حينما تولى تعريف الإجراء الجنائي بالاستناد على فكرة من تولى الإجراء والأثر المترتب عليه، وبالاستناد لذلك عرفوه بأنه مباشرة شخص ذي أهلية إجرائية وفق شروط قد حددتها قاعدة إجرائية لترتب عليه إنشاء أو تعديل أو إنهاء مركز قانوني إجرائي(٢٤).

وهناك اتجاه ثالث سلك مسلكاً مختلفاً عما قبله وركز على الجانب الموضوعي للإجراء الجنائي (النظرية الموضوعية للإجراء الجنائي)، وهو مايتبنى الدور الذي يؤديه هذا الإجراء، إذ عرفه بأنه عمل له دور قانوني في تحريك الدعوى الجزائية وسيرها في كافة مراحلها المختلفة ولغاية الحكم فيها وتنفيذه(٢٥)، ولم يتوقف الأمر عند ذلك بل هناك من حدد المقصود بالإجراء الجنائي من خلال توضيح العلاقة بينه وبين الخصومة الجنائية، إذ قالوا بأن الإجراء الجنائي هو عمل قانوني يباشر داخل إطار الخصومة أو ممهدا لها مع ضرورة أن يرتب القانون أثراً مباشراً في إنشاء أو تعديل أو انتهاء الخصومة(٢٦).

من خلال التعريفات المتقدمة يتبين الاختلاف الواضح بينها، ونحن في هذا الصدد نؤيد الرأي الثاني الذي يربط مفهوم الإجراء الجنائي بالعمل الذي من شأنه التأثير بالخصومة الجنائية، سواء كان ذلك من حيث إنشاء أو إلغاء أو تعديل الخصومة على أن يكون العمل صدر عمن له أهلية إجرائية، وذلك لعدم إمكانية إهمال أهلية من أصدر العمل بهذا الصدد.

ثانياً: التصاق العيب بالإجراء الجزائي

بما أن الإجراء الجنائي هو عمل شكلي لابد أن تتوفر مجموعة من العناصر الضرورية من أجل القول بصحته، سواء أكانت هذه العناصر موضوعية أم شكلية، وبما أنه ليس كل عيب يلتصق بالإجراء يكون بمستوى التأثير نفسه، فسوف نتطرق في هذا الجزء من البحث إلى العيوب الإجرائية المترتبة على مخالفة الشروط القانونية للإجراء ومدى تأثير العيب على فاعليته.

الفقرة الأُولى/ أسباب إلتصاق العيب بالإجراء الجزائي

أ – عدم مراعاة القواعد الخاصة من أجل اتصال المحكمة بالدعوى، والجزاء المترتب على ذلك هو عدم القبول.

ب– عدم الالتزام بالمواعيد التي يشترط المشرع اتخاذ الإجراءات خلالها، والجزاء المترتب عليها هو السقوط.

ج– الخلل البسيط في الشكل الذي يشترطه القانون في الإجراء، فضلاً عن الخلل الجوهري الذي يترتب عليه البطلان.

د– عدم التطابق الكلي للإجراءات الجنائية مع النموذج القانوني الذي وضعه المشرع، أما الجزاء المترتب على ذلك فهو الانعدام[٢٧].

الفقرة الثانية/ مدى فاعلية الإجراء الجزائي مع وجود العيب

من الاطلاع على القوانين التي تضمنت نصوصاً تنظم الجزاء الإجرائي نجد أن هناك إجراءات تصدر مخالفةً لما نص عليه القانون دون أن يترتب عليها جزاءات جنائية، بل كل ما يُمكن أن ينشأ عنها جزاءٌ إداريٌّ أو ماليٌّ.

هذه الإجراءات لا يعدها المشرع جوهرية بل جاءت لأغراض تنظيمية أو لأغراض مالية غير مؤثرة على فعالية الإجراء[٢٨]، أي أنها الإجراءات التي يشترط القانون الالتزام بها دون أن يترتب على تخلفها تحقق الغاية منها، بينما الإجراء الجوهري ينهض حينما يوجب القانون الالتزام به ويترتب على عدم مراعاته تحقيق

الغاية منه[٢٩]، ومن أمثلتها عدم مراعاة القواعد المتعلقة بالرسوم واجبة الدفع للإجراء الجنائي من حيث أنها لا تؤثر على الإجراء مع التزام المحكمة تصحيحها متى أمكن ذلك[٣٠].

وإلى جانب هذه الإجراءات هناك نوع آخر يستوجب عدم الالتزام به الجزاء الجنائي، أي هي الإجراءات التي عدم الالتزام بها يجعل الإجراء معيباً لا يُمكن أن تترتب عليه آثاره التي بينها القانون فيما لو نشأ صحيحاً[٣١]، ومن الأمثلة البارزة على الأشكال الجوهرية هو تحليف الشاهد اليمين أو تكليف المتهم بالحضور وغيرها كثير، بينما الأشكال غير الجوهرية تنظيم الإجراءات في جلسة المحاكمة أو ذكر محل المتهم في الحكم[٣٢].

علماً أن عدم فعالية أي إجراء جنائي من أجل إنشاء آثاره التي حددها القانون لا تكون على درجة واحدة بل على مستويات عديدة، وتأتي لأسباب عديدة.

الفرع الثاني/ الجزاء المترتب على الإجراء الجزائي المعيب

من أجل بيان مفهوم الجزاء المترتب على الإجراء الجنائي المعيب، لابد من التطرق إلى مفهوم هذا الجزاء وصوره وذلك في الفقرتين الآتيتين:

أولاً: مفهوم الجزاء الإجرائي

يتمثل الجزاء الإجرائي بأنه وصف قانوني يترتب على العمل القانوني المخالف للنموذج الذي أراد المشرع إفراغه فيه، وهو ما أدى إلى عدم إنتاج هذا العمل الآثار المحددة من قبل المشرع[٣٣] ، أي أنه الأثر المترتب على تخلف كل أو بعض أركان أو شروط صحة الإجراء الجنائي[٣٤]، بالتالي فطالما إن القاعدة الإجرائية تحدد شروط وجود الإجراء الجنائي وشروط صحته، فأية مخالفة لهذه الشروط يترتب عليها وصف أو تكييف لهذا الإجراء.

وفي إطار فقه الإجراءات الجزائية قيل في بيان مفهوم الجزاء الإجرائي بأنه إهدار صريح للإجراء الجنائي وسلب آثاره القانونية[٣٥]، بينما قال آخر بأنه تجاهل

الإجراء وعدم الاكتراث به وكذلك تفويت الفرصة أو الغرض المقصود منه على من قام به[٣٦].

بالتالي فإن الجزاء يتمثل بكونه رد فعل قانوني على الإجراء الجنائي أو من قام به من الأشخاص.

أما طبيعة هذا الجزاء فتتمثل بكونها أثراً قانونياً من شأنه تحقيق التوازن بين المصالح المختلفة، أي أنه من ناحية معينة يُعد أمراً ضرورياً من أجل تحقيق حالة من الدفاع ضد خطاب الإجراء الجنائي الموجه للأفراد[٣٧]، ومن ثم يمكن القول إن الجزاء الإجرائي هو جزاء محدد قانوناً بغض النظر عن إرادة الخصوم كونه ليس جزاءً اتفاقياً أو حتى قضائياً بل جزاء قانوني تنفيذي تكون الغاية منه إعادة الوضع الإجرائي لأحكام القانون وجعله خاضعاً للقواعد القانونية التي سبق وان اشترطت عناصرا أو شروطا معينة من أجل وجود أو صحة الإجراء الجنائي[٣٨].

ومن الجدير بالذكر أن هذا الجزاء يتميز بأنه ذو طبيعة شكلية مزدوجة، فالأولى (الطبيعة الشكلية) تكون لأن من الضروري أن يتم إفراغ الإجراء الجنائي في شكل يحدده القانون[٣٩]، أما كونه من طبيعة مزدوجة فمرجع ذلك يتمثل بوصفه سلبياً أو إيجابياً، فيكون ذا طبيعة سلبية إذا لحق العمل الإجرائي بينما يتصف بالطبيعة الإيجابية إذا لحق بالشخص القائم بالإجراء[٤٠].

كما أنه يتميز بعدم ضرورة أن يكون مقرراً قانوناً، إذ يكفي أن يكون منهياً عنه، وذلك لأن هذا النهي تضمن ضرورة تقرير الجزاء الإجرائي دون أية ضرورة لأن يقرر المشرع ذلك صراحةً.

ثانياً: صور الجزاء الإجرائي

من المعلوم إن الجزاء يختلف تبعاً لفروع القانون المتعددة، فهو يأخذ صورة خاصة بكل فرع دون غيره، ففي القانون المدني مثلاً هناك نوع معين من الجزاء لكل

نوع من القواعد فيما لو كانت موضوعية أو إجرائية، وله صوره وطبيعته الخاصة في القانون الإداري والدولي... إلخ.

وإذا وصلنا إلى نطاق القانون الجنائي فإن الجزاء يأخذ صورة أُخرى تختلف تبعاً لنوع القواعد الجنائية فيما إذا كانت موضوعية أو إجرائية أيضاً، ففيما يتعلق بالأُولى يكون الجزاء بصورة عقوبات أصلية كالإعدام والسجن المؤبد أو المؤقت وغيرها، أما الجزاء الإجرائي فيأخذ طابعاً آخر ينحصر بالأثر المترتب على الإجراء المعيب، وهو الذي سوف نتطرق لصوره في هذه الفقرة من البحث.

الفقرة الأُولى/ السقوط

يتمثل السقوط بكونه جزاءٌ إجرائي ينحصر بالحق في القيام بالإجراء الجنائي إذا لم يباشره صاحبه خلال الفترة التي حددها القانون[٤١]، هذه الفترة التي من الممكن أن تكون متمثلة بميعاد معين أو بواقعة معينة[٤٢].

والأمثلة كثيرة على هذا النمط من الجزاء أبرزها ما جاء في المادة (٦) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي، إذ صرحت بالآتي: (لاتقبل الشكوى في الجرائم المبينة بالمادة الثالثة من هذا القانون بعد مضي ثلاثة أشهر...)، والتي يقابلها ما ورد في الفقرة الأخيرة من المادة (٣) من قانون الإجراءات الجنائية المصري التي نصت على: (لا تقبل الشكوى بعد ثلاثة أشهر من يوم علم المجني عليه بالجريمة وبمرتكبها..).

ومن الأمثلة أيضاّ على ذلك كل ما يتعلق بالآجال أو المدد الزمنية التي يحددها المشرع من أجل إمكانية مباشرة إجراء معين، ومنها تحديد أجل معين لمباشرة الإدعاء بالحق المدني أمام محكمة الجزاء، وتحديد ميعاد محدد للاعتراض على الأمر الجزائي، أو المدة المحددة لسقوط الدعوى الجزائية بالنسبة للتشريعات التي تأخذ بتقادم الدعوى الجزائية.

أما ما يتعلق بالواقعة التي تتحدد بها الفترة الزمنية فمثالها مانصت عليه المادة (٣٣٣) من قانون الإجراءات الجنائية المصري التي صرحت بسقوط حق المتهم في التمسك ببطلان إجراء معين في الجنايات أو الجنح إذا كان له محام واتُّخذ الإجراء بحضوره دون أن يعترض عليه[٤٣].

ومن هنا فإن الفرق بين السقوط والبطلان يتمثل بأن الحق في مباشرة الإجراء الجنائي يعد شرطاً موضوعياً لصحته، بالتالي إذا لم يراع كان الإجراء باطلاً، أي أن سقوط الحق في مباشرة إجراء معين يجعل من الإجراءات التي تتخذ بعد ذلك إجراءات باطلة[٤٤]، وبالتالي فإن أسباب السقوط محددة على سبيل الحصر وهي وجوبية بعكس أسباب البطلان التي يعود تقديرها للقاضي، وأن السقوط يرد على إجراء صحيح بينما البطلان على إجراء معيب[٤٥].

كما إن البطلان يرد على الإجراء بذاته، في حين يرد السقوط على الحق في مباشرته، وبالتالي فإن الإجراء الباطل يمكن تجديده أو إعادته[٤٦].

الفقرة الثانية/ عدم القبول

قلنا إن الإجراء في السقوط قد اتُّخذ خارج الإطار الزمني لاتخاذه، وبالتالي فهو إجراء غير معيب بذاته وهو الأمر الذي يشترك فيه مع عدم القبول ولكنه يختلف معه بعد ذلك[٤٧].

يُقصد بعدم القبول هو عدم توفر أحد المفترضات الإجرائية التي يتطلبها القانون من أجل إمكانية أو جواز اتخاذه[٤٨]، من ثم يكون الإجراء غير المقبول هو إجراء صحيح لكن لم تتوفر الواقعة المستقلة والسابقة عليه والتي علق القانون جاز اتخاذه عليها، ومن الأمثلة البارزة على ذلك هو رفع دعوى الحق العام دون تقديم الشكوى أو الطلب أو الإذن المشترط قانوناً[٤٩].

إلى هنا وبما أنه قد تم بيان السقوط وعدم القبول بوصفهما من صور الجزاء فلابد أن نطرح التساؤل الآتي: هل يمكن تطبيق فكرة التحول عند وجود أحد صور الجزاء هذه؟

الإجابة عن ذلك تتمثل بأن نطاق التحول ينحصر في الإجراء غير المكتمل العناصر أو الشروط ليتم التركيز على العناصر الصحيحة للإجراء القديم وإنشاء إجراء جديد، أما في حال عدم القبول أو السقوط فإن الإجراء غير موجود أصلاً، أي لم ينشأ أي عنصر من عناصره، وبالنتيجة فلا يُمكن تفعيل فكرة التحويل بالنسبة للإجراءات التي يترتب عليها جزاء عدم القبول أو السقوط .

الفقرة الثالثة/ الانعدام

يُعد الانعدام أقسى صور الجزاء الإجرائي، وهو الذي يترتب بحكم القانون مباشرةً دون الحاجة إلى قرار قضائي، كون العمل معدوم ولا يحتاج إلى إعدام، كما أنه ليس بحاجة إلى الطعن به بل يكفي التمسك بانعدامه[٥٠].

ويتميز الإجراء المنعدم بأنه لا يقبل التصحيح من الجهة التي أصدرته ولا جهة أُخرى وإن كانت أعلى منها[٥١]، كما أنه يجوز لكل ذي مصلحة التمسك به، وإن المحكمة عليها تقريره من تلقاء نفسها، فضلاً عن إن هذا النوع من الجزاء لا يكون بحاجة إلى تنظيم قانوني، لأن المشرع ينظم الإجراءات الموجودة وإن كانت غير صحيحة وليس كونها غير موجودة أصلاً وبالتالي فإنها خارج إطار تطبيق قاعدة (لا بطلان بغير نص)[٥٢].

أما أسباب الانعدام فتتمثل في سببين: أولهما عدم انعقاد الخصومة الجنائية وهي التي تنهض عندما لا يتم مباشرة الدعوى من جهة قضائية، أو يتم –قبل ذلك– تحريكها من جهة لم يحددها القانون أيضاً أو لم يتم إعلام المتهم بالحضور[٥٣].

بالنتيجة إذا لم تتحقق إحدى الفروض السابقة فيُمكن القول بعدم وجود الخصومة الجنائية، وهو ما يترتب عليه انعدام الإجراءات التي تم اتخاذها بعد ذلك، إما بخلاف

ذلك فتبقى الخصومة حاضرة دون أن يؤثر على وجودها أي أمر لاحقاً، كعدم حضور الادعاء العام أو تقرير السرية بدل العلانية في المحاكمة أو عدم مراعاة شفويتها أو غير ذلك.

من هنا فإن الفارق بين الإجراءات المعدومة وتلك الباطلة يتمثل بأنه إذا تبين للمحكمة التي تمثل جهة الطعن أن الحكم غير صحيح وذلك لبطلان الإجراءات فتتولى المحكمة الأخيرة تصحيح الإجراءات الباطلة لتحكم في الدعوى، وذلك عملاً بالمادة (٤١٩) من قانون الإجراءات الجنائية، ومن هنا نجد إن الإجراء الباطل يقبل التصحيح بعكس كون الأخير غير موجود أصلاً بينما الباطل موجود لكنه غير صحيح(٥٤).

ومن الجدير بالملاحظة أن ما يشترط لهذا التصحيح هو أن تكون الدعوى قد تم تحريكها ممن يملك ذلك قانوناً وأن تكون داخلة ضمن اختصاص المحكمة، أما إذا لم تتوفر هذه الشروط فلا يُمكن القول بالبطلان، بل إن الإجراءات سوف تكون معدومة الأثر ليكون كل ما بُنيَ عليها باطل، وبالتالي فلا يجوز لأي محكمة تصحيح الإجراءات، وذلك لكون هذه الإجراءات غير موجودة أصلاً(٥٥).

أي أن المحكمة التي أُقيمت أمامها دعوى من شخص لا يملك ذلك قانوناً أو أن تكون غير مختصة أصلاً في موضوع هذه الدعوى لا تستطيع الدخول في موضوعها، لأن أي إجراء يتخذ من قبيل ذلك يكون قد اتُّخذ من محكمة غير مختصة، ومن ثم لا يجوز للمحكمة التي يُطعن أمامها بالحكم أن تتعرض لموضوع الدعوى بل يجب عليها أن تقف عند أمر واحد يتمثل بانقضاء الدعوى لبطلان الحكم المطعون فيه(٥٦).

وهنا نعتقد بأن فكرة التحول لا يُمكن تطبيقها، لأنها –وكما قلنا سابقاً– فكرة تستوجب وجود إجراء جنائي غير صحيح لوجود نقص في عناصره، بينما الإنعدام ليس كذلك.

الفقرة الرابعة/ البطلان

يُعرف البطلان بأنه الجزاء الذي يترتب على تخلف كل أو بعض الشروط التي يتطلبها القانون من أجل صحة الإجراء الجنائي ليترتب على ذلك عدم قيام آثاره القانونية، وهو جزاء إجرائي محض وضعه المشرع لإجبار السلطة المختصة باتخاذ الإجراءات وفق الشكل الذي رسمه لها القانون، وهو ما من شأنه تحقيق الضمانات المتطلبة لجميع أطراف الدعوى الجزائية(٥٧).

فبما أن التشريعات الجنائية تقوم على مبدأ الشرعية سواء كانت في شقها الموضوعي أو الإجرائي، فلابد على الجميع أن يتقيد بالحدود المرسومة، وبالنتيجة فإن على مُتخذ الإجراء الجنائي أن يتقيد بتلك الحدود لأن الخروج عنها يشكل اعتداء على حقوق الآخرين الذي لديهم مصلحة متعلقة بالإجراء.

أما معيار البطلان فيتمثل بضرورة التمييز بين القاعدة الجوهرية وغير الجوهرية، أي أن البطلان الذي عرفناه لا يترتب إلا إذا كانت القاعدة التي لم تُراعَ هي قاعدة جوهرية دون غيرها التي لا يُمكن الحديث في البطلان حيال عدم الالتزام بها(٥٨)، إذ إن المشرع رأى إن من حسن السياسة الجنائية عدم ترتيب البطلان إلا على مخالفة القاعدة الجوهرية(٥٩).

وذهب البعض إلى وضع معيار محدد للتفريق بين القاعدة الجوهرية وغير الجوهرية، إذ ذهبوا إلى الغاية من هذه القاعدة، بالتالي إذا كان الغرض من الإجراء الذي حدده المشرع بهذه القاعدة هو حماية المصلحة العامة أو مصلحة أحد أطراف الدعوى الجزائية تكون القاعدة جوهرية ومخالفتها يترتب عليه البطلان، بعكس ما إذا كانت الغاية منها استرشادية من أجل ترتيب نظر الدعوى أو إرشاد القضاة أو الخصوم إلى الوضع الأمثل للقيام بالإجراءات(٦٠).

بالنتيجة فإن القاعدة الاسترشادية لا يترتب على مخالفتها البطلان، لأن هذه المخالفة لا يترتب عليها التعدي على مصلحة معينة بل يكون من شأنها جعل نظر

الدعوى أكثر صعوبة، بالتالي يكون معيار القاعدة الجوهرية هو المصلحة بينما غير الجوهرية هو الملائمة[٦١].

أما الأمثلة على ذلك فعديدة منها: إذا اشترط القانون تلاوة أقوال الشاهد عليه بعد الانتهاء من أداء شهادته[٦٢] فهو من القواعد الجوهرية كونها تحقق مصلحة المتهم في الدفاع عن نفسه وأن لا يُدان ظلماً، ونفس الحكم عندما أوجب القانون على المحكمة تلاوة قرار الإحالة على المتهم[٦٣] بشكل علني، لأن ذلك يحقق مصلحة المتهم كونه يوضح له ما يتخذ بحقه من إجراءات والجريمة المنسوبة إليه والأدلة المتحصلة ضده.

كذلك الحال حينما قررت التشريعات جعل جلسات المحاكم علنية، إلا إذا رأت المحكمة فرض السرية لأسباب تتعلق بالنظام العام أو الآداب، فإن هذه القاعدة تُعد من القواعد الجوهرية وذلك لأنها تحقق مصلحة عامة للجمهور للاطلاع على مجريات الجلسات، فضلاً عن تحقيقها مصلحة للخصوم والمحكمة أيضاً.

وفي المقابل هناك العديد من الأمثلة على القواعد غير الجوهرية، ومنها إجراءات النداء على الشهود، وترتيب الإجراءات في الجلسة من حيث التقديم والتأخير، وذلك لأن الغاية من هذا الترتيب هو الإرشاد إلى الطريق الأكثر ملائمة لا أكثر ومن دون أن يكون من شأن ذلك ضياع أي مصلحة لا عامة ولا خاصة تتعلق بمصلحة أحد خصوم الدعوى أو جميعهم[٦٤].

ومن المعايير التي من الممكن إضافتها لمعرفة جوهرية القاعدة هو معيار النص القانوني، ويعني اللجوء إلى الصياغة التشريعية للنص فيما إذا استخدم المشرع النهي في صياغته وذلك عندما يأتي بـ(لا) الناهية يقول (لايجوز)، ومثالٌ على ذلك قول المشرع (لايجوز أن ترفع الدعوى الجنائية إلا بناء على شكوى شفهية أو كتابية...)، أما القول بجوهرية القاعدة في النص المتقدم فسببه أن استعمال المشرع عبارة النهي

تعني أنه لا يريد ترك تحديد جوهرية القاعدة ومن ثم بطلان الإجراءات المتخذة في حال مخالفتها للسلطة التقديرية للقاضي[٦٥].

أما المعيار الثاني فيتمثل بالنصوص التي تحمي الحريات والحقوق التي من الممكن أن تتأثر نتيجة إجراءات القبض والتوقيف والتفتيش، بالتالي فإن القواعد التي من شأنها إيجاد الضمانات المتعلقة بهذه الحقوق والحريات تعد قواعد جوهرية مساسها يترتب عليه البطلان، وإن لم ينص المشرع على ذلك البطلان بنصوص ناهية، والحكم ذاته فيما يتعلق بالقواعد التي من شأنها حماية الآداب العامة أبرزها القاعدة المتعلقة بتفتيش الأُنثى[٦٦].

من هنا يُمكننا القول إن جوهرية القاعدة الإجرائية تتحدد وفق ما إذا كان من شأنها تحقيق المصلحة العامة أو مصلحة أحد أطراف الدعوى الجزائية[٦٧]، هذه المصلحة التي يتحقق من وجودها القاضي على وفق السلطة التقديرية الممنوحة له، إلا إذا جاء المشرع بنصوص صريحة تنهي (باستخدام لا الناهية) عن القيام بأمر معين، لأنه هنا لا ينوي أن يترك تحديد الجوهرية لسلطة القاضي[٦٨].

أخيراً يمكن القول إذا تعرض الإجراء للبطلان فالطريق الأول يتمثل كما قلنا بسقوطه وما يستند عليه من إجراءات، ليترتب على ذلك إمكانية إعادة الإجراء الباطل من جديد طالما أن العناصر المكونة له مازالت موجودة، فعلى سبيل المثال لو أن المحكمة قد سمعت شهادة شاهد دون تحليفه اليمين فيمكنها إعادة هذه الشهادة لضمها للإجراءات الصحيحة[٦٩].

ويتمثل الفرق بين التصحيح والإعادة في السلطة التي تتولى الإجراء، إذ إن الإعادة تكون عن طريق السلطة التي أجرت الإجراء الباطل، بينما التصحيح يتم إجراؤه من قبل القاضي الذي له الحق بإعادة الإجراء الذي سبق اتخاذه من لدن سلطة سابقة أو الذي سبق له إجراؤه، أما السبب في ذلك فيتمثل برغبة المشرع في تقليل آثار البطلان[٧٠].

لكن إلى جانب سقوط الإجراء الباطل وإعادته فهناك حلٌّ آخر يتمثل بتحول الإجراء الباطل إلى إجراء صحيح متى ما توفرت عناصر الإجراء الأخير، بالتالي بات من الممكن الاستفادة من المقومات الصحيحة من الإجراء الباطل وذلك بالنظر لإمكانية وجود إجراء آخر غير الإجراء الباطل لا يتطلب في قيامه ذلك العنصر.

المبحث الثاني/ شروط وأحكام تحول الإجراءات الجزائية

قلنا سابقاً أن مبدأ الشرعية الإجرائية يقتضي أن تخضع كل الإجراءات الصادرة بمناسبة دعوى جزائية للنصوص التي أقرها المشرع في القوانين الإجرائية، وإذا كان الأمر كذلك فإن هذا المبدأ من شأنه المحافظة على المصلحة العامة ومن ضمنها مصلحة العدالة فضلاً عن الحفاظ على حقوق الأفراد وحرياتهم.

وبما أن فكرة تحول الإجراءات تُعد فكرة جديدة في إطار القانون الجنائي، لذلك فمن يتبناها يكون بحاجة إلى تنظيم دقيق لاسيما إن هناك العديد من الإشكالات التي تحيط بتطبيق هذه الفكرة.

المطلب الأول/ شروط تحول الإجراءات الجزائية

لا يُمكن أن يتجلى التحول في أي إجراء جنائي بالصورة الفعالة إلا إذا توفرت شروط عديدة، لابد من اكتمالها جميعاً بالصورة التي سنشرحها في هذا المطلب في فرعين: الأول سيخصص للشروط المتعلقة بالإجراء الجنائي، أما الثاني فيُكرس لما يتعلق بإرادة مُصَدِّر الإجراء.

الفرع الأول/ الشروط المتعلقة بالإجراء الجزائي

علمنا أن فكرة التحول لا يُمكن أن تنشأ إلا بصدد إجراء جنائي باطل، لذلك هناك مجموعة من الشروط تتعلق بهذا الإجراء، سنوجزها بما يأتي:

الشرط الأول: أن يكون الإجراء الجنائي باطلاً

قبل كل شيء – ومن خلال التعريف المذكور سابقاً– لابد أن يتوفر إجراء جنائي باطل من أجل القول بإثارة فكرة التحول مناط البحث، بالتالي لابد أن يكون هذا

الإجراء قد إكتمل وصدر معيباً، بالنتيجة فإن أي عمل لا يرتب عليه القانون أي أثر أو نتيجة إجرائية ليس من الممكن عدّه إجراءً جنائياً، ومنه انصراف القاضي لدراسة القضية[٧١].

أما الشروط التي يتطلبها القانون في الإجراء الجنائي فمنها الشكلية والموضوعية؛ فبالنسبة إلى الأُولى هي القالب الذي اشترطه القانون لهذا الإجراء والذي لا يمكن القول بوجود هذا الإجراء بدون هذا القالب[٧٢]، والمثال على ذلك قرار القبض أو التفتيش الذي يصدر دون مراعاة الشكلية التي يتطلبها القانون.

أما الطائفة الثانية من الشروط فهي الشروط الموضوعية اللازمة لصحة الإجراء، وهي العناصر اللازمة لقيام الإجراء المتمثلة بالإرادة والأهلية والمحل والسبب[٧٣].

وبالنتيجة فلابد من وجود إجراء جنائي باطل بسبب عدم مراعاة الشروط الشكلية أو الموضوعية من أجل القول بقاعدة التحول تلك، أي أنه لا مجال للكلام عن هذه القاعدة إذا كان الإجراء صحيحاً عند نشوئه، إذ تذهب محكمة النقض في مصر إلى إن الإجراء إذا لم يشبْه أي بطلان سواء تم صحيحاً أم لم يتم أصلاً فلا محل لقاعدة التحول[٧٤].

بالتالي فإن فكرة التحول لا تنهض إلا بصدد إجراء باطل، إذ صرح بذلك المشرع المصري في قانون المرافعات في المادة (٢٤) منه تحديداً وهو يتكلم عن التحول وقال: (إذا كان الإجراء باطلاً...)، والأمر ذاته أجمع عليه الفقه والقضاء، إذ صرحت محكمة النقض في مصر على أن البطلان من يفتح طريق تحول الإجراءات لا غيره[٧٥].

وما يُثار من تساؤل هنا هو إن نطاق التحول يقف عند البطلان الكلي أم يتعداه إلى الجزئي؟

لقد اختلف الفقه في ذلك ؛ فهناك من يقول بإمكانية سريان قاعدة التحول على الإجراءات الباطلة بطلاناً كلياً فقط دون تلك المشوبة بالبطلان الجزئي[٧٦] وذلك لأن

الوضع في النوع الأخير إن بعض عناصره صحيحة وبالتالي فإنه أقرب لفكرة انتقاص الإجراءات لا لفكرة تحولها[٧٧]، بينما يتجه رأي آخر إلى أن فكرة التحول لا يُمكن إعمالها إلا إذا كان البطلان جزئياً وذلك لوجود عناصر يتكون منها العمل الجديد[٧٨].

والواضح للأذهان أن الرأي الأول لا يُمكن قبوله والسبب واضح جلي يتمثل بعدم توفر عناصر صحيحة في الإجراء الباطل بطلاناً كلياً، عكس أصحاب الاتجاه الثاني الذي يتماشى مع فكرة التحول كونها تقتضي وجود عمل إجرائي صحيح في بعض عناصره ولا موجب للخشية من تعارض فكرة التحول مع فكرة الانتقاص.

إذا كان مخالفة القواعد الجوهرية يترتب عليه البطلان، فما نوع هذا البطلان، هل إنه بطلان مطلق أم نسبي؟

بما أن أحكام البطلان المطلق مختلف عن ذلك النسبي المتعلق بمصلحة الخصوم، فلابد من وجود معيار محدد للتمييز بينهما، إذ ذهب البعض[٧٩] إلى معيار المصلحة المحمية من قبل القاعدة الإجرائية، أي إذا كانت هذه المصلحة ضمن إطار المصالح العامة فيكون البطلان مطلقاً بينما يكون البطلان نسبياً إذا كانت المصلحة خاصة ابتداءً[٨٠]، بينما ذهب البعض الآخر –نحن نؤيده– إلى أن المعيار هو أهمية المصلحة وليس نوعها، ومرجع تقدير هذه الأهمية هو قاضي الموضوع[٨١].

وبهذا الصدد يمكن القول أن التحول يمكن أن يُثار في صورتي البطلان، أي أن نطاق تطبيقه يشمل البطلان المطلق في كل أحواله، بينما لا يشمل البطلان النسبي إلا إذا تمسك صاحب المصلحة بهذا البطلان.

بالنتيجة فإن الآثار لابد أن تكون حاضرة على هذا البطلان، وهي تتمثل من حيث الأصل بإسقاط الإجراء الباطل وهو الأمر الواجب، وهو ما يترتب عليه بطلان كل الإجراءات التي بُنيت عليه على وفق قاعدة ما بُنيَّ على باطل فهو باطل، أي أن بطلان إجراء التفتيش مثلاً يترتب عليه بطلان الأدلة المتحصلة منه أو المستندة إليه بعكس حالة ما إذا كانت الأدلة مستقلة عنه، ومن الأمثلة على الأدلة المستقلة عن

الإجراء الباطل تعويل المحكمة على اعتراف المتهم اللاحق بحيازته المواد المخدرة التي تم الحصول عليها نتيجة ذلك التفتيش الباطل(٨٢).

بالنتيجة فإن مجال قواعد تحول الإجراءات تسري على البطلان المطلق والنسبي أيضاً، كما لا يمكن أن يقف هذا التحول عند البطلان الصريح بل يتعداه إلى الضمني، ومن ثم متى ما كان البطلان مطلقاً أو نسبياً فيمكن إثارة مسألة التحول متى ما تحققنا من توفر الشروط الأُخرى للتحول، والدليل على ذلك أن المشرع حينما قرر تحول الإجراءات الباطلة فإنه لم يشترط أن يكون هذا البطلان من نوع معين (مطلق أو نسبي)، فضلاً عن ذلك لأن الغاية من التحول هي حماية الإجراءات من توقيع جزاء كبير عليها يكون فيه إسراف ومضيعة للوقت والجهد(٨٣).

ومن الجدير بالإشارة إن الإجراءات الجزائية لابد أن يتم التعامل معها حسب الظاهر، أي إن تحديد مدى صحة إجراء معين مرجعه ظاهر حال هذا الإجراء وقت صدوره، من ثم إذا توفرت كل شروط صحته في هذا الوقت فيُعد صحيحاً، هذه الفكرة التي يعدها البعض قاعدة وإن لم تنص عليها التشريعات بشكل صريح إلا إنها (التشريعات) أعملتها ورتبت عليها العديد من الأحكام، إلا في بعض الإجراءات إذ تكون هناك ضرورة لعدم إعمالها مثل حالة التلبس وذلك حماية للإجراءات والحفاظ على الشرعية الإجرائية.

الشرط الثاني: أن تكون بعض عناصر الإجراء السابق صحيحة

فضلاً عن وجود الإجراء الباطل أو القابل للإبطال من أجل القول بإمكانية تحول الإجراء الجنائي فإن هذا التحول يحتاج إلى إجراء تكون الصحة ملازمة للعديد من عناصره، وذلك لأنه لو كانت كل عناصر الإجراء الأصلي باطلة لما أمكن بناء الإجراء الجديد وما كان هناك محل للتحول.

ومن هنا يُمكن القول إن التحول هو التكييف الصحيح للعناصر المتبقية من الإجراء القديم، لأن الإجراء الأصلي (الأول) كان مزيجاً من الصحة والبطلان، ولابد

أن تكون العناصر الصحيحة كافية لقيام الإجراء الجديد دون إدخال أي عنصر عليها، أي لو تطلب الأمر إدخال عنصر جديد ماكان من الممكن قيام فكرة التحول في النظام القانوني على الرغم من إمكانية قيام فكرة أُخرى.

ويقتضي القول إن فكرة التحول لا يُمكن أن تنهض ما لم يكن الإجراء الجديد قد توافرت له المشروعية المطلوبة للإجراءات القانونية، سواء كانت شكلية أو موضوعية، ومن ثم إذا جانب الإجراء الجديد الشرعية القانونية المطلوبة كأن يكون صدر مخالفاً لقاعدة آمرة أو غير ذلك لا يُمكن الحديث حينها عن فكرة التحول(٨٤).

من الجدير بالإشارة هنا أن أنه لا يكفي أن يكون الإجراء الجديد مختلفاً عن الإجراء الأصلي، بل لابد أن يكون الإجراء الجديد من طبيعة مختلفة تتم على أنه إجراء جديد متميز عن الأصلي من حيث آثار كل منهما، وبالتالي إذا كانت الآثار المترتبة عنهما واحدة فلا يُمكن القول باختلافهما ومن ثم لا وجود لفكرة التحول.

علماً أن فكرة التحول تستدعي أن يكون لكلا الإجرائين مجال عمل واحد، أي أن يكون مجال عمل الإجراء الباطل هو نفسه مجال عمل الإجراء الجديد وإلا لا يُمكن تفعيل التحول بين هذين الإجرائين(٨٥).

والسؤال الذي يُطرح هنا هل يشترط في الإجراء الجديد أن يكون صحيحاً أم لا يشترط ذلك من أجل قيام فكرة التحول؟

يذهب بعض الفقه الألماني بعدم اشتراط صحة الإجراء الجديد عند صدوره، بل يُمكن أن يكون هذا الإجراء قابلاً للبطلان وهو ما يجوز تصحيحه، وبالنتيجة يمكن القول إن العمل الجديد إذا كان كذلك فلا يُمكن اعتباره عائقاً في سبيل التحول بشرط أن يظهر الإجراء الجديد بمستوى (درجة) بطلان أقل من الإجراء الأول(٨٦)، أما إذا كانت مقومات الإجراء الجديد أكثر من الإجراء القديم فهذا يعني أن فكرة التحول ليس لها محل، والأمر نفسه فيما لو كانت آثار الإجراء الجديد أكثر من آثار القديم.

أما إذا حصل العكس وكان الإجراء الجديد ينهض بمقومات أقل من القديم ولم تنشأ عنه آثار أكثر أيضاً فلابد من قيام فكرة التحول[٨٧].

الفرع الثاني/ الشرط المتعلق بإرادة مُصَدِّر الإجراء (لزوم توفر الإرادة لتفعيل فكرة التحول)

الثابت فيما يتعلق بالإجراءات الجزائية أنها تعتمد على فكرة إرادة القائم به من أجل ترتيب الآثار القانونية المحددة من قبل المشرع، لكن وللبطلان الذي شاب الإجراء فإن هذه الآثار لم تظهر نهائياً، لذلك تأتي بعض التشريعات لتقرير فكرة التحول من أجل أن يحقق المشرع الأهداف التي كان يريدها.

إذ يذهب البعض أن مُصدر القرار كان يرمي تحقيق هدف معين، لكن بما إن الإجراء تعرض للبطلان فلا مانع من السير بطريق ثانٍ يحقق ذات الهدف[٨٨].

لقد اهتم المشرع المدني على التنظيم القانوني لفكرة تحول التصرفات القانونية ووفق ما تنص عليه التشريعات، ومنها نص المادة (١٤٤) من القانون المدني المصري التي تم اعتبارها نظرية عامة من الفقه فضلاً عن ضرورة تطبيقها على سائر فروع القانون الأُخرى، وهو ماسارع إليه قانون المرافعات هناك في المادة (٢٤)، إذ طبق هذه النظرية على الإجراءات القانونية في الدعوى المدنية وضمن الحدود التي تم رسمها في المادة (١٤٤)[٨٩]، ومن هنا اهتم الفقه بضرورة انصراف الإرادة إلى التصرف الذي تحوَّل إليه التصرف الباطل، هذه الإرادة التي لا يمكن اعتبارها إرادة حقيقية بل هي إرادة محتملة[٩٠]، أي إن إرادة المتعاقدين الصريحة قد اتجهت للتصرف الأصلي لا الجديد لأن هذا الأخير قد اتجهت إليه الإرادة المحتملة[٩١].

أما تبرير ذلك فنعتقد أنه يرتكز على أن المتعاقدين كانا يريدان الغاية الحقيقية من التصرف القانوني الذي يبغيانه، ولكن لبطلانه فإن الإرادة تحولت إلى طريق تصرف قانوني آخر يحقق النتيجة ذاتها التي كانا يريدانها.

بينما يذهب رأي فقهي آخر إلى عدم لزوم اتجاه إرادة متخذ الإجراء إلى الإجراء الجنائي الجديد، لأن هذا الشرط إذا كان لازماً في التصرفات القانونية فهو ليس كذلك بالنسبة لتحول الإجراء القانوني، وبالنتيجة فإن التحول ينهض وإن لم تتصرف إرادة مُصدر الإجراء(٩٢).

أما تبرير ذلك فينصرف إلى الموقف الذي تبناه المشرع الإجرائي في بعض الدول، ومنها المادة (٢٤) من قانون المرافعات المصري التي نصت على فكرة التحول في الأعمال الإجرائية على أنه (إذا كان الإجراء باطلاً وتوافرت فيه عناصر إجراء آخر فإنه يكون صحيحاً باعتباره الإجراء الذي توافرت عناصره...).

وإذا نظرنا إلى هذين الرأيين يمكننا القول إن الإرادة لا تشترط من أجل قيام التحول في الإجراءات الجزائية لسببين وهما:

١ – إذا قيدنا التحول بالإرادة فإننا ضيقنا كثيراً من نطاق قاعدة التحول هذه، لأن العديد من القرارات الباطلة تصدر من الجهات المختصة بنظر الدعوى الجزائية دون أن تكون عين مُصدر القرار على قرار آخر غير الذي أصدره، هذا التوجه الذي لا يُنظر إليه إلا بعد بطلان القرار الأول.

٢ –إن المشرع المصري جاء بحكمين مختلفين: الأول اشترط فيه الإرادة الضمنية على الأقل وهو ماجاء في المادة (١٤٤) من القانون المدني، والثاني الذي لم يشترط فيه ذلك وهو ماجاء في نص المادة (٢٤) من قانون المرافعات.

وبما إن نطاق تطبيق نص المادة (١٤٤) ونص المادة (٢٤) مختلفان كون الأول يتعلق ببطلان التصرف القانوني عموماً والثاني يتعلق بتطبيق التصرف الإجرائي، فيمكن القول أن تحول الإجراءات لا يحتاج إلى مايحتاج إليه تحول التصرفات القانونية.

المطلب الثاني/ أحكام تحول الإجراءات الجزائية والآثار المترتبة عليه

ذكرنا مراراً أن فكرة التحول من الأفكار الجديدة في إطار الإجراءات الجزائية، لذلك لابد من إيجاد تنظيم دقيق لها، وبالتالي سنحاول في هذا المطلب أن نبين مجموعة أحكامها والآثار المترتبة عليها في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول/ أحكام تحول الإجراءات الجزائية

حرصنا في هذا الفرع أن نبين الأحكام القانونية لفكرة التحول من حيث الجهة المختصة بالنظر بالإجراء الجنائي الجديد وما يتعلق بحكم أو قرار التحول، وذلك في النقطتين الآتيتين:

أولاً: الجهة المختصة بالنظر في الإجراء الجديد

إن من آثار التحول هو وجود إجراء جنائي جديد[٩٣]، لكن ما يجب معرفته أيضاً في هذا الصدد هو الجهة المختصة بالنظر فيه، هل هي نفس الجهة المختصة بنظر الإجراء الأصلي أم جهة جديدة، باعتبار أن النظام القانوني المنطبق عليه أصبح مختلفاً عن النظام القانوني للإجراء السابق؟

لم نجد الكثير يتحدث عن هذا الأمر، ولكن من الاطلاع على الموقف الفقهي بهذا الشأن رأينا وجود **رأي بارز** يقول إن اختصاص الرقابة والفصل في الإجراء الجديد يبقى للجهة المختصة بالعمل الأصلي[٩٤]، واعتقد أن السبب في ذلك راجع إلى معرفة تلك الجهة بتفاصيل العمل الإجرائي من حيث الجهة المختصة وأسبابه، وبالتالي ليس هناك جهة أقدر منها على معرفة مايترتب عليه من آثار.

ومايعزز هذا الاتجاه هو القرار الصادر عن مجلس الدولة المصري الذي انتهى فيه إلى أن ظهور أي عمل جديد محل عمل إجرائي سابق فإن الجديد يخضع للجهة ذاتها التي خضع لها الأول، وذلك لأن بطلان العمل الأصلي يجعله محافظاً على طبيعته الأولى[٩٥]، ومن ثم يكون للجهة المناط بها رقابته نفس الولاية السابقة، إذ أصدرت النيابة العامة أمراً شابه البطلان وتحول على وفق قاعدة تحول الإجراءات إلا

إن هذا التحول لم يغير من الجهة المختصة بالطعن، إذ لا يُمكن أن تنتقل هذه الصلاحية إلى مجلس الدولة على الرغم من أن البطلان جرده من آثاره القانونية لكنه يحتفظ بذاتيته كعمل قضائي[٩٦].

ثانياً: تحقق التحول بقوة القانون

إن المبدأ السائد هو أن التحول يتحقق بقوة القانون، أي بمجرد أن تكتمل شروطه دون أن يكون بحاجة لإجراء لاحق، بالتالي فإن الحكم الصادر من المحكمة بخصوص قيام التحول يكون له طبيعة كاشفة وليس منشئة[٩٧].

وفي هذا الإطار يمن طرح تساؤل بخصوص حدود سلطة القاضي في تقرير فكرة التحول؟

والجواب عن ذلك تبين من كلامنا أعلاه بأنه لا ينبغي حرمان القاضي من كل سلطة في هذا الشأن، وذلك التحقق من وجود هذه الفكرة يكون من صلاحياتها بوصفه أمرا يدخل ضمن إطار سلطتها التقديرية[٩٨].

وأخيراً يمكن القول إن الجهة التي يناط بها إثارة التحول أمام المحكمة تختلف باختلاف نوعي البطلان، ففيما يتعلق بالبطلان المطلق يكون لكل ذي مصلحة هذا الحق كما يكون للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها، أما إذا كان البطلان نسبياً فيكون هذا الحق محصوراً بمن تقرر البطلان لصالحه دون غيره، وهذا أمر طبيعي لثبوث القواعد المتعلقة بالبطلان في القوانين الإجرائية والفقه والقضاء أيضاً.

الفرع الثاني/ آثار تحول الإجراءات الجزائية

إذا توفرت شروط تحول الإجراءات الجزائية بالشكل الذي تم بحثه سابقاً، يُمكن القول بإمكانية قيام فكرة التحول، ومقتضى ذلك أن هناك جملة من الآثار تترتب على وجودها، وهذه الآثار تتمثل بما يأتي:

أولاً: ظهور إجراء جنائي مختلف عن الإجراء الأول (الأصلي)

إذا قلنا أن هناك تحول للإجراء الجنائي المعيب فإن ذلك يعني ظهور إجراء جديد ينطبق عليه نظام قانوني يختلف عن النظام المنطبق على العمل الأول، هذا التحول الذي يظهر بموجب القانون (قوة القانون) دون الحاجة لاتخاذ قرار من جهة معينة[٩٩].

والسؤال الذي يطرح هنا ماهي طبيعة الإجراء الجديد وماهي القواعد القانونية المنطبقة عليه؟

للإجابة عن ذلك يمكن القول إن الإجراء الجديد الذي ينطبق عليه نظام قانوني مختلف عن الإجراء الأصلي ممكن أن يكون عملا ذا طبيعة قانونية مقاربة للعمل السابق، والأمثلة على ذلك عديدة منها تحول محضر التحقيق إلى محضر جمع أدلة، وبالتالي فإن قواعد التحري وجمع الأدلة هي التي تسري عليه دون قواعد التحقيق الابتدائي.

فضلاً عن ذلك فإن الإجراء الجديد قد يكون بطبيعة مختلفة كلياً عن العمل الأصلي، وبالتالي فإن كان الإجراء الأول إجرائياً من الممكن أن يكون العمل الثاني عملاً مادياً أو إدارياً[١٠٠].

من الجدير بالملاحظة هنا أن تفعيل تحول الإجراء الجنائي يوجب إبقاء الإجراء الأصلي قائما بكل ماله من آثار لغاية تطبيق نصوص التحول وإنزاله منزلة التطبيق العملي، أي أن الإجراء الأصلي يبقى في عالم البنيان القانوني سواء أكان من نفس نوع الإجراء الجديد أو من نوع آخر[١٠١].

ثانياً: رجعية الإجراء الجديد

يُقصد بهذا الأثر هو رجعية الإجراء الجديد للوقت الذي صدر فيه الإجراء الأصلي (الباطل)، ونعتقد أن هذا الأثر هو الأهم من بين بقية آثار التحول والسبب

في ذلك أننا لو لم نقل بذلك لكانت فكرة التحول فكرة عادية وغير فعالة وذلك لعدة مبررات:

المبرر الأول: إن وجود عناصر أو مقومات الإجراء الجديد منذ صدور الإجراء الأصلي (الباطل) يقتضي القول بإمكانية سريان أثر الإجراء الجديد للزمن الذي صدر فيه الأصلي.

المبرر الثاني: يتمثل بأن عدم القول بالرجعية من شأنه أن يجعل هذه الفكرة قريبة من إعادة الإجراء الجنائي الباطل وفكرة التصحيح كذلك.

المبرر الثالث: هو الاستفادة من الوقت، وهو الأمر الذي يتضح من خلال النظر إلى الوقت الذي يبقى فيه الإجراء الأصلي باطلاً، إذ أن الرجعية سوف تدفعنا إلى القول بتوفر آثار الإجراء الجديد من وقت إصدار الإجراء الأصلي، وهو الأمر الذي من شأنه الاستفادة من الفترة الزمنية مابين صدور الإجراء الأصلي والإجراء الجديد.

من هنا إذا كان الأصل أن ينشىء الإجراء القديم آثاره من تاريخ مباشرة الإجراء الجديد، فإن فكرة التحول تستوجب غير ذلك، أي أنها تستوجب مخالفة الأُصول الإجرائية العامة وسريان آثار الإجراء الجديد من تاريخ الإجراء الأول[١٠٢].

أما السؤال الذي يُطرح هنا من هي السلطة التي تقرر رجعية الإجراء الجنائي الجديد؟

لا يُمكن تقرير الرجعية باتفاق الأطراف ولا حتى عن طريق المحكمة بل أنه يأتي بقوة القانون فقط لا غير، وذلك لأن فكرة التحول مقررة وفق القانون[١٠٣]، لذلك تكون آثارها مقررة وفقاً للقانون أيضاً[١٠٤].

بالنتيجة فإن دور المحكمة في هذا الصدد هو تطبيق إرادة المشرع، وهو الأمر الذي ترتب عليه عدة نتائج، أهمها أن بيان أسباب التحول هو من الأُمور التي تخرج عن نطاق السلطة التقديرية للقاضي، فضلاً عن ذلك فإن أي خطأ في بيان تاريخ الإجراء الجديد من قبل المحكمة أو أي إغفال له لا يؤثر تماماً عليه[١٠٥].

ثالثاً: حجية الحكم القاضي بالتحول

يتمتع الحكم القضائي بالحجية اللازمة للاحتجاج به، وهي ما تسمى حجية الشيء المقضي به، وهي التي تُعرف بأنها عدم جواز إعادة النظر في الأمر المتمتع بهذه الحجية، وذلك لأن الحكم قد صدر نهائياً غير قابل للنقاش وذلك لتعلقه بالنظام العام[١٠٦].

أما دور هذه الحجية في إطار الأمر المقضي به فهو حماية قانونية على مستوى عالي من أي أمر لاحق، أي لا يُمكن العودة لهذا الأمر من قبل أي جهة، سواء أكانت الجهة القضائية التي أصدرت أمر التحول أو جهة أعلى منها.

أي أن ما تقدم يدفعنا للقول إن قرار التحول، ولما قلناه سابقاً من أن القانون هو من يقرره، من شأنه تقييد إرادة الخصوم كونه يلزمهم بمضمون هذا القرار فضلاً عن إرادة القضاء، كونه يلزم المحكمة بعدم اتخاذ أي إجراء يناقض قرار التحول والآثار المترتبة عليه، كأن يحاول الفصل في مراكز قانونية سبق وأن تم الفصل فيها[١٠٧].

بالنتيجة فإن حجية الحكم في المسائل الجنائية تنصرف للكافة، سواء على مستوى الخصوم أو المحكمة التي فصلت في الدعوى أو المحكمة الأعلى منها درجة، والقاعدة أن نطاق الحجية هذه يقف عند منطوق الحكم سواء كان منطوقاً صريحاً أو ضمنياً، وذلك لأن العبرة بما ينطق به القاضي في مواجهة الخصوم في جلسة المحاكمة، وبالتالي لا يجب أن يتم التعويل على الأسباب التي يدونها القاضي في الحكم أو القرار، بالقدر الذي تكون هذه الأسباب موضحة للمنطوق أو داعمة له[١٠٨].

في الختام يمكن الإشارة إلى مبدأ إجرائي ثابت، هو أن كل ما يرتبط بمنطوق الحكم يُكوِّن معه وحدة واحد غير قابلة للتجزئة[١٠٩]، وبناءً على ما تقدم إذا تطرقت المحكمة لتحول إجراء جنائي معين في منطوق الحكم وضمن أسبابه المرتبطة بالمنطوق فإن هذا التحول يحوز الحجية التي يتمتع بها الحكم[١١٠].

الخاتمة

بعد الانتهاء من بحث موضوع التحول في الإجراءات الجزائية، توصلنا إلى جملة من النتائج تتمثل بالآتي:

١-تُعد فكرة التحول هذه من الأفكار الجديدة في إطار القوانين الإجرائية، والتي تكتسب أهميتها من علاقتها الوطيدة بالجزاءات المقررة على وفق هذه القوانين، ذلك أن تقرير التحول من شأنه تبسيط الإجراءات الجزائية والتقليل من الجهد والوقت الذي تبذله السلطة القضائية.

لذلك نوصي التشريعات ومنها التشريع الإجرائي العراقي بالأخذ بهذه الفكرة للأهمية الكبيرة التي تتميز بها، إذ بدل أن يتم إزالة الإجراء الباطل من حقيبة إجراءات الدعوى، يتم تحويله إلى إجراء جديد إذا كان الجديد يؤدي الغرض الذي قصده مُصَدِّر الإجراء.

٢-يُمكن القول أن التحول هو التكييف الصحيح للعناصر المتبقية من الإجراء القديم، لأن الإجراء الأصلي (الأول) كان مزيجاً من الصحة والبطلان، ولابد أن تكون العناصر الصحيحة كافية لقيام الإجراء الجديد دون إدخال أي عنصر عليها.

٣- إن فكرة التحول تستدعي أن يكون لكلا الإجرائين مجال عمل واحد، أي أن يكون مجال عمل الإجراء الباطل هو مجال عمل الإجراء الجديد نفسه، وإلا لا يُمكن تفعيل التحول بين هذين الإجرائين.

٤-وجدنا أن هناك العديد من المفاهيم التي من شأنها التقليل من الإجراءات الجزائية المعيبة، مثل إعادة الإجراء الباطل أو تصحيحه، لذلك أمكن القول إن التشريعات تحاول قدر الإمكان الابتعاد عن الجزاء الجنائي والآثار المترتبة عليه، وهو ما دعانا

إلى التمسك بنظرية تحول الإجراء الجنائي الذي يحقق غاية قانونية مفيدة وهي عدم الخروج من مبدأ الشرعية الإجرائية والتقليل من الإجراءات المعيبة في الوقت ذاته.

٥-إن نطاق التحول ينحصر بالإجراء غير المكتمل العناصر أو الشروط ليتم التركيز على العناصر الصحيحة للإجراء القديم وإنشاء إجراء جديد أي الإجراء الباطل، وبالتالي فقد استبعدنا مجموعة من الإجراءات وهي:

- الإجراءات المترتب عليها جزاء عدم القبول أو السقوط، ذلك لأن الإجراء غير موجود أصلاً أي لم ينشأ أي عنصر من عناصره، وبالنتيجة فلا يُمكن تفعيل فكرة التحويل هنا.
- الإجراءات المترتب عليها جزاء الانعدام، ذلك لأن فكرة التحول تستوجب وجود إجراء جنائي غير صحيح لوجود نقص في عناصره، بينما الانعدام ليس كذلك، إذ إن الإجراء غير موجود أصلاً.

بالنتيجة لابد من وجود إجراء جنائي باطل بسبب عدم مراعاة الشروط الشكلية أو الموضوعية من أجل القول بفكرة التحول تلك، أي أنه لا مجال للكلام عن هذه القاعدة إذا كان الإجراء صحيح عند نشوئه، سواء كان هذا البطلان مطلقاً أو نسبياً، ولكن رأينا أن التحول يمكن قيامه مع البطلان الجزائي دون الكلي، ذلك لأن الأخير لا يُبقي أي عنصر من عناصر الإجراء وهو ما يمكن قيام التحول معه.

٦-بإطار شروط التحول توصلنا إلى عدم اشتراط الإرادة (إرادة مُصَدِّر الإجراء) من أجل قيامه في الإجراءات الجزائية، ذلك لعدم التضييق من نطاق فكرة التحول هذه، لأن العديد من القرارات الباطلة تصدر من الجهات المختصة بنظر الدعوى الجزائية دون أن

تكون عين مُصدر الإجراء على إجراء آخر غير الذي أصدره، هذا التوجه الذي لا يُنظر إليه إلا بعد بطلان الإجراء الأول.

٧-إن اختصاص الرقابة والفصل في الإجراء الجديد يبقى للجهة المختصة بالإجراء الأصلي، وأعتقد أن السبب في ذلك راجع إلى معرفة تلك الجهة بتفاصيل العمل الإجرائي من حيث الجهة المختصة وأسبابه، وبالتالي ليس هناك جهة أقدر منها على معرفة ما يترتب عليه من آثار.

٨-على الرغم من أن التحول أقره القانون، إلا أنه لا ينبغي حرمان القاضي من كل سلطة في هذا الشأن، ذلك لأن التحقق من وجود هذه الفكرة يكون من صلاحياتها باعتباره أمرٌ يدخل ضمن إطار سلطتها التقديرية.

٩-إن الجهة التي يناط بها إثارة التحول أمام المحكمة تختلف باختلاف نوعي البطلان، ففيما يتعلق بالبطلان المطلق يكون لكل ذي مصلحة هذا الحق كما يكون للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها، أما إذا كان البطلان نسبي فيكون هذا الحق محصوراً بمن تقرر البطلان لصالحه دون غيره.

١٠-من الجدير بالملاحظة هنا أن تفعيل تحول الإجراء الجنائي يوجب إبقاء الإجراء الأصلي قائما بكل ماله من آثار لغاية تطبيق نصوص التحول وإنزاله منزلة التطبيق العملي، أي أن الإجراء الأصلي يبقى في عالم البنيان القانوني سواء أكان من نفس نوع الإجراء الجديد أو من نوع آخر.

١١-أما بخصوص الأثر الرجعي للتحول فيمكن القول إذا كان الأصل أن ينشىء الإجراء القديم آثاره من تاريخ مباشرة الإجراء الجديد، فإن فكرة التحول تستوجب غير ذلك أي أنها تستوجب مخالفة الأُصول الإجرائية العامة وسريان آثار الإجراء الجديد من تاريخ الإجراء الأول.

الهوامش

(١) د. حسن علي حسين علي، الجزاء الإجرائي في قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص١٧١-١٧٣.

(٢) د. رأفت دسوقي، فكرة التحول في القرارات الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص١٦٠.

(٣) د. حسن علي حسين، النظرية العامة للجزاءات الإجرائية في قانون الإجراءات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص١٠٦.

(٤) طالما أن النظام القانوني أجاز الأخذ بفكرة التحول في القانون المدني وبعض القوانين الأُخرى، فليس هناك مانع من تطبيقها أيضاً في إطار القانون الجنائي (الإجراءات الجنائية تحديداً)، ومن أجل ذلك تولى الفقه تحديد إطار هذه الفكرة تحديداً واضحاً. د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة القاهرة، ١٩٥٩، ص٦٥١ ، د. حسن علي حسين، النظرية العامة... مصدر سابق، ص١٠٦.

(٥) د. مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض، ط١٩٨٠، ص٩٥٥.

(٦)أورد هذا التعريف د. حسن علي حسين علي، الجزاء الإجرائي... مصدر سابق، ص١٧٤.

(٧) حسن علي حسين، النظرية العامة... مصدر سابق، ص٢٧.

(٨) حسن علي حسين، النظرية العامة... مصدر سابق، ص١٠٤.

(٩) د. حسن علي حسين علي، الجزاء الإجرائي... مصدر سابق، ص١٧١.

(١٠) د. عبد الحكيم عباس قرنى عكاشة، الصفة في العمل الإجرائي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة القاهرة، ١٩٩٥، ص٣٤٤.

(١١) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، ط٥، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٧، ص٤١١.

(١٢) أُنظر: أحكام محكمة النقض المصرية الصادرة بتاريخ

١٩٥٢/١١/٢٥، مجموعة أحكام النقض، س٤، ص١٤٦، رقم (٦٠).

١٩٦١/٢/٢٠، مجموعة أحكام النقض، س١٢، ص٢٣٣، رقم (٤٠٩).

١٩٨٤/٤/١٢، مجموعة أحكام النقض، س٣٥، ص٤١٤، رقم (٩١).

أشار إلى موقف القضاء المصري ؛ د. محمود نجيب حسني، مصدر سابق، ص٤١١.

(١٣) د. حسن علي حسين علي، الجزاء الإجرائي... مصدر سابق، ص١٧٧—١٧٨.

(١٤) د. عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان، المجلد الثاني، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٠، ص٣٤٧.

(١٥) د. عبد الحكم فودة، مصدر سابق، ص٣٤٧.

(١٦) د. محمد علي الكيك، أُصول تسبيب الأحكام الجنائية، ط١، دار الفكر العربي، دون مكان نشر، ١٩٩٨، ص١٩٢.

(١٧) د. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٥، ص١٧.

(١٨) د. أحمد يسري، تحول التصرف القانوني، مطبعة الرسالة، القاهرة، ١٩٥٨، ص٢٣٠.

(١٩) د. محمود نجيب حسني، مصدر سابق، ص٤١٢.

(٢٠) د. محمود نجيب حسني، مصدر سابق، ص٤١٢ . ومن الجدير بالإشارة أن المشرع المصري نص على تصحيح الإجراء الباطل في المادة (٣٣٥) من قانون الإجراءات الجنائية.

(٢١) د. محمود نجيب حسني، مصدر سابق، ص٤١١ . نصت على هذا الإجراء المادة (٣٣٦) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

(٢٢) د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، جامعة القاهرة، ١٩٥٩، ص٢٩٣.

للاطلاع على تفاصيل أكثر عن التكييف في القانون الجنائي عموماً (تعديل الوصف) أُنظر: د. عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون زمان نشر، ص٣١٥-٣٢١.

(٢٣) د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية، ط١، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، دون مكان نشر، ١٩٦٧، ص١٠٠ ، كذلك د. فتحي والي، نظرية البطلان... مصدر سابق، ص٦٩.

(٢٤)د. آمال عبد الرحيم عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، دون مكان نشر، ١٩٩١، ص٣٧٩- ٣٨٠ ، د. عبد الفتاح الصيفي، مصدر سابق،

ص١٠٠ ؛ كذلك د. وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، دون مكان نشر، ١٩٧٨، ص٢٥ ومابعدها.

(٢٥) د. حسين علي حسين، مصدر سابق، ص٥- ٢١ ، قريباً من ذلك د. محمود نجيب حسني، مصدر سابق، ص٣٨٨ ، د. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص١٤٧.

(٢٦) قريباً من هذا المفهوم د. حسن علي حسين، النظرية العامة... مصدر سابق، ص٢٢ ؛ د. سليمان عبد المنعم، بطلان الإجراء الجنائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص١٠ ، كذلك د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان... مصدر سابق، ص٤٥.

(٢٧) أورد هذه العيوب د. مأمون محمد سلامة، قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض طبقاً لأحدث التعديلات والأحكام، ج٢، طبعة مزيدة ومنقحة، سلامة للنشر والتوزيع، الجيزة، ٢٠١٨، ص١٤١٢. سوف يتم التطرق إلى صور الجزاء الجنائي التي تترتب على وجود هذه العيوب في موضع لاحق من البحث.

(٢٨) د. مأمون محمد سلامة، مصدر سابق، ص١٤١٣.

(٢٩) د. عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي... مصدر سابق، ص٢٥-٢٦.

(٣٠) د. مأمون محمد سلامة، مصدر سابق، ص١٤١٣.

(٣١) د. مأمون محمد سلامة، مصدر سابق، ص١٤١٣- ١٤١٤.

(٣٢) د. عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص٢٦.

(٣٣) د. فتحي والي، نظرية البطلان... مصدر سابق، ص٧ وما بعدها.

(٣٤) د. محمود نجيب حسني، مصدر سابق، ص٣٩١.

(٣٥) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الكتاب الأول، ط١٠ مطورة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦، ص٢٢٧.

(٣٦) د. رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٥، ص٥٦٥.

(٣٧) د. أحمد محمد حشيش، الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات المدنية والتجارية، أُطروحة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة الإسكندرية، ١٩٨٦، ص٧١.

(٣٨) د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، تأصيل الإجراءات الجنائية، دون ناشر ومكان نشر، ١٩٨٥، ص١٥.

(٣٩) د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان... مصدر سابق، ص٢٢٢.

(٤٠) د. أحمد فتحي سرور، أُصول السياسة الجنائية... مصدر سابق، ص٥.

(٤١) د. عبد الحميد الشواربي، نظرية البطلان... مصدر سابق، ص١٣-١٤ ، د. مصطفى محمد عبد المحسن، الحكم الجنائي – المبادئ والمفترضات، دون ناشر ومكان نشر، ٢٠٠٣-٢٠٠٤، ص٤٩٠، د. كامل السعيد، شرح قانون أُصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥، ص٨٠١ ، د. عبد الرؤوف مهدي، مصدر سابق، ص١٧١.

(٤٢) د. مصطفى محمد عبد المحسن، مصدر سابق، ص٤٩٠

(٤٣) لقد صدرت العديد من الأحكام من محكمة النقض المصرية وفقاً لهذه المادة القانونية ومنها: سقوط حق المتهم في الدفع ببطلان الإجراء المبني على استجواب المحكمة إياه وفقاً للفقرة (١) من المادة (٣٣٣)، طالما إن الاستجواب حصل بحضور محاميه دون أي اعتراض من الأخير على افتراض أن مصلحة المتهم لم تتأثر بهذا الاستجواب، حكم محكمة النقض بتاريخ ١٩٦٤/١٢/٢١، س١٥، رقم ١٦٥، ص٨٤٠ ؛ نقض ١٩٧٠/٣/٢٢، س٢١، رقم ١٠٦، ص٤٣١ ؛ نقض ١٩٧٢/٣/٢٢، س٢٣، رقم ١٢١، ص٥٥٢ ؛ نقض ١٩٩٥/١/١٩، س٤٦، ق٣٠، ص٢٢١. أشار إليها د. مصطفى محمد عبد المحسن، مصدر سابق، ص٤٩١.

(٤٤) د. عبد الحميد الشواربي، نظرية البطلان... مصدر سابق، ص١٣.

(٤٥) د. عبد الرؤوف مهدي، مصدر سابق، ص١٧٢.

(٤٦) د. كامل السعيد، مصدر سابق، ص٨٠١، د. عبد الرؤوف مهدي، مصدر سابق، ص١٧٢.

(٤٧) د. كامل السعيد، مصدر سابق، ص٨٠١، د. عبد الرءوف مهدي، مصدر سابق، ص١٧٠.

(٤٨) د. عبد الرؤوف مهدي، مصدر سابق، ص١٧٠، د. مصطفى محمد عبد المحسن، مصدر سابق، ص٤٩٢، د. عمران عبد العزيز فرج، جزاء عدم القبول في قانون الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص٥٤.

(٤٩) د. عمران عبد العزيز فرج، مصدر سابق، ص٥٤- ٥٨، د. كامل السعيد، مصدر سابق، ص٨٠١ ، وبهذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأن الدعوى المدنية أمام المحاكم الجزائية هي دعوى تابعة يرتبط قبولها هنا بقبول الدعوى الجزائية (الأصلية)، أما إذا قضت المحكمة بعدم قبول الجزائية فيترتب على ذلك عدم قبول الدعوى المدنية أيضاً ، الحكم صدر بتاريخ (٢٧) يناير ١٩٨٥، مجموعة أحكام النقض، س٣٦، ص١٥٩، رقم (٢١) ؛ أورده د. عبد الرؤوف مهدي، مصدر سابق، ص١٧٠.

(٥٠) د. عبد الحميد الشواربي، نظرية البطلان... مصدر سابق، ص١٨، د. كامل السعيد، مصدر سابق، ص٨٠٠، د. عبد الرؤوف مهدي، مصدر سابق، ص١٦٩.

(٥١) د. كامل السعيد، مصدر سابق، ص٨٠٠.

(٥٢) د. عبد الحميد الشواربي، نظرية البطلان... مصدر سابق، ص١٨، د. عبد الرؤوف مهدي، مصدر سابق، ص١٦٩.

(٥٣) د. عبد الرؤوف مهدي، مصدر سابق، ص١٦٨- ١٦٩، د. عبد الحميد الشواربي، نظرية البطلان... مصدر سابق، ص١٨.

ذهبت محكمة النقض في مصر إلى أن انعدام الإجراءات التي اتخذتها المحكمة لأن الدعوى قد وصلت إليها بغير الطريق القانوني، وبالتالي فإن المحكمة تكون ليست صاحبة ولاية بالدعوى، نقض مصري، رقم (٤٨٩) لسنة ٢٩ ق – جلسة ٢٠-٤-١٩٥٩ س١٠ ص٤٥١، أشار إليه د. عبد الحميد الشواربي، نظرية البطلان... مصدر سابق، ص١٩.

(٥٤) د. عبد الرؤوف مهدي، مصدر سابق، ص١٦٩.

(٥٥) د. عبد الحميد الشواربي، نظرية البطلان... مصدر سابق، ص٢٠، د. كامل السعيد، مصدر سابق، ص٨٠٠.

(٥٦) حكم محكمة النقض المصرية، رقم (٤٨٩) لسنة (٢٩ق) جلسة ٢٠-٤-١٩٥٩، س١٠، ص٥٤١، أشار إليه د. عبد الحميد الشواربي، نظرية البطلان...، مصدر سابق، ص٢٠؟

(٥٧) د. كامل السعيد، مصدر سابق، ص٧٩٤-٧٩٥، قريباً من ذلك د. عبد الرؤوف مهدي، مصدر سابق، ص١٤٨-١٤٩.

(٥٨) نصت المادة (٣٣١) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه (يترتب البطلان على عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بأي إجراء جوهري).

(٥٩) د. عبد الرؤوف مهدي، مصدر سابق، ص١٥١، د. مصطفى محمد عبد المحسن، مصدر سابق، ص٤٩٥.

(٦٠) د. محمود نجيب حسني، مصدر سابق، ص٣٩٨- ٣٩٩، د. كامل السعيد، مصدر سابق، ص٨٠١-٨٠٢، د. عبد الرؤوف مهدي، مصدر سابق، ص١٥٢.

(٦١) فاروق الكيلاني، محاضرات في قانون أُصول المحاكمات الجزائية، ج١، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دون مكان نشر، ١٩٩٥، ص٩١ وما بعدها، قريب من ذلك د. عبد الرؤوف مهدي، مصدر سابق، ص١٥٢.

(٦٢)المادة (٥/٢١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأردني.

(٦٣) والحكم ذاته على تلاوة قرار الاتهام وقائمة أسماء الشهود والأدلة المتحصلة، المادة (٢/٢١٥) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأردني.

(٦٤) د. كامل السعيد، مصدر سابق، ص٨٠٣.

(٦٥) وبهذا الصدد جاء قضاء محكمة النقض في مصر في قضائها المدني أن البطلان للإجراءات لا يكون وجوبياً إلا في حالتين، أولهما: إذا نص القانون على البطلان بصيغة النهي أو النفي، وثانيهما: إذا لحق الإجراء عيباً جوهرياً على أن يكون قد أضر بمصلحة الشخص المتمسك بالبطلان، الحكم صدر في ١٣ يناير ١٩٦٦، مجموعة أحكام النقض، س١٧، ص١٣٣، رقم (١٨) العدد الأول، أورده د. عبد الرؤوف مهدي، مصدر سابق، ص١٥٥.

(٦٦) د. عبد الرؤوف مهدي، مصدر سابق، ص١٥٦.

(٦٧)أما فيما يتعلق بالنصوص التي من شأنها ضمان الحقوق والحريات فهو معيار مرتبط بالمعيار الأول، لأن النص إذا كانت فيه حماية للحقوق والحريات فإنه يحقق المصلحة العامة أو على الأقل مصلحة أحد أطراف الدعوى.

(٦٨) أما بخصوص نوعي البطلان (المطلق والنسبي) ومدى نهوض التحول معهما، فسندرسه في المبحث الثاني في المطلب المتعلق بشروط تحول الإجراءات الجنائية.

(٦٩) د. عبد الرؤوف مهدي، مصدر سابق، ص١٦٦.

نصت الفقرة (٤) من المادة (٧) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأردني على: (لا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الإجراءات السابقة له، أما الإجراءات اللاحقة به فلا تكون باطلة إلا إذا كانت مبنية على الإجراء الباطل).

(٧٠) د. عبد الرؤوف مهدي، مصدر سابق، ص١٦٧.

(٧١)إذ إن هذه الأعمال تسمى أعمال إجرائية إرادية تختلف عن الأعمال الإجرائية القانونية التي بطلانها يُفعّل فكرة التحول محل البحث.

(٧٢) د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان... مصدر سابق، ص٢٢٢، د. عبدالحميد الشواربي، البطلان الجنائي...، مصدر سابق، ص٢٥.

(٧٣) د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان...، مصدر سابق، ص٢٦٢.

(٧٤) نقض مدني مصري، ١٩٧٢/١٢/٦، مجموعة أحكام النقض، س٢٣، ص١٣٣٠، رقم ٢٠٨.

(٧٥) نقض مدني مصري، ١٩٦٩/١٢/٢، مجموعة أحكام النقض،٢٠، ص١٢٤٨، رقم ١٩٣، كذلك نقض مدني مصري، ١٩٩٦/٦/١٤، مجموعة أحكام النقض، س٤٧، ص١٣٥٩.

البطلان: هو (تكييف قانوني لعمل يخالف نموذجه القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يرتبها عليه القانون إذا كان كاملاً)، د. فتحي والي، نظرية البطلان...، مصدر سابق، ص٨.

بالتالي فإن التفتيش الباطل لا تترتب عليه إمكانية نسبة الأشياء المضبوطة للمتهم، نقض جنائي مصري، ١٩٥٠/١١/٢٨، مجموعة القواعد القانونية، ج١، ص٤٢٢.

(٧٦) يكون البطلان جزئياً إذا اقتصر على بعض عناصر الإجراء وبقيت بقية العناصر سليمة، د. عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، دون مكان وزمان نشر، ص٥٧٧.

(٧٧)المستشار أنور طلبة، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، ج١، ٢٠٠١، ص٣٤٦، د. رأفت دسوقي، فكرة التحول...، مصدر سابق، ص٦١.

(٧٨)المستشار مصطفى هرجة، الموسوعة الجنائية، ج١، ١٩٩٥، ص٢٤١.

(٧٩) د. حسن صادق المرصفاوي، أُصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٢، ص٨٧١، د. عمر السعيد رمضان، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية، دون ناشر ومكان نشر،١٩٨٥، ص٤٣ ، د. كامل السعيد، مصدر سابق، ص٨٠٤.

(٨٠) نحى قضاء بعض الدول منحى مميز بهذا الإطار، ومنها القضاء الأردني الذي قضت فيه محكمة التمييز الأردنية من اعتماد صيغة الوجوب التي تتسم بها القاعدة القانونية للقول بأن القاعدة جوهرية ويترتب عليها البطلان المطلق، إذ أن الصيغة لو كانت وجوبية أو آمرة فإن البطلان المطلق هو الحاكم، والعكس صحيح ، حكم محكمة التمييز الأردنية رقم ٨/٧٥، المبادئ القانونية، الجزء الأول، ١٩٥٣-١٩٨٢، ص٤٢٩ ، أشار إليه د. كامل السعيد، مصدر سابق، ص٨٠٥ . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الإجراءات الجنائية المصري أن البطلان (يكون نسبياً إذا كان الإجراء الجوهري متعلقاً بمصلحة المتهم أو الخصوم) ، د. عبد الرؤوف مهدي، مصدر سابق، ص١٦٢.

(٨١) د. محمود نجيب حسني، مصدر سابق، ص٤٠٣.

(٨٢) د. كامل السعيد، مصدر سابق، ص٨٠٧ ، د. عبد الرؤوف مهدي، مصدر سابق، ص١٦٤- ١٦٥.

(٨٣) في هذا الإطار يُمكن القول إن من الآثار المشابهة للبطلان هو الانعدام لا يترتب عليه إمكانية القول بقيام فكرة التحول، وذلك لأن الأخير يعد غياباً كلياً للعمل الإجرائي وبالتالي يُفقده كل المقومات، بينما التحول يحتاج إلى إجراء تتوفر فيه بعض العناصر الصحيحة التي يُعول عليها من أجل قيام العمل الجديد.

(٨٤) د. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط٢، دار النهضة العربية، ١٩٦٨-١٩٦٩، ص٥٠١.

(٨٥) قريباً من ذلك: د. رأفت دسوقي محمود، مصدر سابق، ص٨٨.

(٨٦) قريباً من ذلك أيضاً: د. رأفت دسوقي محمود، مصدر سابق، ص٩٢.

(٨٧) قريباً من ذلك: د. أحمد يسري، مصدر سابق، ص١٦٦.

(٨٨) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ط١، ج١، ١٩٥٢، ص٥٠٢.

(٨٩) نصت المادة (١٤٤) من القانون المدني المصري على ما الآتي: (إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً بوصفه العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف لإبرام هذا العقد، ويستفاد من هذا النص ضرورة توفر الإرادة لدى المتعاقدين على قبول العقد الجديد لو أنهم كانوا يعلمون ببطلان العقد الأصلي).

(٩٠) د. رأفت دسوقي محمود، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح، ط١، دار العلوم للنشر والتوزيع، دون مكان نشر، ٢٠٠٥، ص٩٢.

(٩١) د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان...، مصدر سابق، ص٣٨٩.

(٩٢) د. عبد الحكم فودة، الموسوعة العملية للبطلان، المجلد الثاني...، مصدر سابق، ص٣٤٦ ومابعدها ، المستشار عبد الحميد المنشاوي، التعليق على قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية والإدارية، دار المطبوعات الجامعية، دون مكان نشر، ٢٠٠٤، ص٧٦.

(٩٣) سوف نتطرق إلى هذا في الفرع الثاني من هذا المطلب في إطار آثار التحول.

(٩٤) د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان...، مصدر سابق، التحول، ص٣٩٤.

(٩٥) قضاء إداري مصري، ١٩٥٤/٣٠/٢، مجموعة أحكام مجلس الدولة، س٨، ص٨٣٨، رقم ٤٢٥.

(٩٦) أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان...، مصدر سابق، ص٣٩٤-٣٩٥.

(٩٧) د. احمد يسري، مصدر سابق، ص٢٠٨.

(٩٨) د. أحمد يسري، مصدر سابق، ص٢٠٨.

(٩٩) د. أحمد يسري، مصدر سابق، ص٢١٠.

(١٠٠) حسن علي حسين، نظرية البطلان...، مصدر سابق، ص١٠٩.

(١٠١) د. رأفت دسوقي محمود، فكرة التحول...، مصدر سابق، ص٣٣٢.

(١٠٢) رأفت دسوقي محمود، فكرة التحول...، مصدر سابق، ص٣٤٨ ، د. أحمد يسري، مصدر سابق، ص٢٠٩ ، من الأُصول التي تثبتها فكرة التحول هو وجود إجراء جديد لم يكن موجوداً مع الإجراء الأصلي، بينما رأينا بنيانه وآثاره حينما تقرر بطلان الإجراء الأصلي أو

حينما تمسك ذوي الشأن بالبطلان إذا كان البطلان نسبياً ، د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة- قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص٨٤٧.

(١٠٣) د. أحمد يسري، مصدر سابق، ص٢٠٨.

(١٠٤) د. رأفت دسوقي محمود، فكرة التحول...، مصدر سابق، ص٣٥١.

(١٠٥) د. محمد علي الكيك، مصدر سابق، ص١٥١-١٥٢ ، أما بالنسبة لموقف القضاء من مسألة الأثر الرجعي للتحول في الدول التي أخذت بهذه الفكرة، ومنها مصر، لم نر فيها حكم قضائي في الإطار الجنائي يتطرق لهذا الأمر، إلا إن قضاء مجلس الدولة قد جاء بهذه الفكرة في قراراته، ففي حكم للمحكمة الإدارية العليا توصلت فيه إلى أن: (لما كانت الإدارة قد سلمت بخطئها وقامت بتصحيح وضع المدعي فإن قرارها الجديد لا يُعد وإن يكون تصحيحاً أو تحويلاً للقرار المعيب إلى قرار آخر صحيح... وهذا ما يُعرف بالأثر الرجعي للتحول) ، إدارية ١٩٦٩/١٢/١٥ مجموعة الإدارية العليا س٢٤ ص١٤٤ ، أشار إليه د. رأفت دسوقي محمود، فكرة التحول... مصدر سابق، ص٣٤٩.

(١٠٦) من أجل الاطلاع على مفهوم وأسباب قوة الشيء المقضي به كأحد المفاهيم البارزة في القوانين الإجرائية، أُنظر: د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط١٢، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٨٨، ص١٤٦-١٥٥ ، أنظر كذلك: د. آمال عبد الرحيم عثمان، مصدر سابق، ص٩٩٢-١٠٠١.

(١٠٧) د. أحمد ماهر زغلول، مصدر سابق، ص٧.

(١٠٨) د. محمود محمود مصطفى، مصدر سابق، ص١٤٩.

(١٠٩) د. إدوار غالي الذهبي، حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني، ط٣، دار غريب للطباعة والنشر، دون مكان نشر، ١٩٩٠، ص٢٠٥.

(١١٠) د. أحمد يسري، مصدر سابق، ص٢١٠.

المصادر

الكتب القانونية

١. د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية،الكتاب الأول، ط١٠ مطورة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦.

٢. د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، جامعة القاهرة، ١٩٥٩.

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

٤. د. إدوار غالي الذهبي، حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني، ط٣، دار غريب للطباعة والنشر، دون مكان نشر، ١٩٩٠.

٥. المستشار أنور طلبة، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، ج١، ٢٠٠١.

٦. د. آمال عبد الرحيم عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، دون مكان نشر، ١٩٩١.

٧. د. حسن صادق المرصفاوي، أُصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٢.

٨. د. حسن علي حسين علي، الجزاء الإجرائي في قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

٩. د. رأفت دسوقي محمود، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح، ط١، دار العلوم للنشر والتوزيع، دون مكان نشر، ٢٠٠٥.

١٠. د. رأفت دسوقي، فكرة التحول في القرارات الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

١١. د. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط٢، دار النهضة العربية، ١٩٦٨-١٩٦٩.

١٢. د. رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٥.

١٣. د. سليمان عبد المنعم، بطلان الإجراء الجنائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٩.

١٤. د. عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان، المجلد الثاني، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٠.

١٥. د. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٥.

١٦. د. عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون زمان نشر.

١٧. المستشار عبد الحميد المنشاوي، التعليق على قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية والإدارية، دار المطبوعات الجامعية، دون مكان نشر، ٢٠٠٤.

١٨. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

١٩. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ط١، ج١، ١٩٥٢.

٢٠. د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، تأصيل الإجراءات الجنائية، دون ناشر ومكان نشر، ١٩٨٥.

٢١. د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية، ط١، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، دون مكان نشر، ١٩٦٧.

٢٢. د. عمر السعيد رمضان، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية، دون ناشر ومكان نشر،١٩٨٥.

٢٣. د. عمران عبد العزيز فرج، جزاء عدم القبول في قانون الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٤.

٢٤. د. عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، دون مكان وزمان نشر.

٢٥. فاروق الكيلاني، محاضرات في قانون أُصول المحاكمات الجزائية، ج١، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دون مكان نشر، ١٩٩٥.

٢٦. د. كامل السعيد، شرح قانون أُصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥.

٢٧. د. مأمون محمد سلامة، قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض طبقاً لأحدث التعديلات والأحكام، ج٢، طبعة مزيدة ومنقحة، سلامة للنشر والتوزيع، الجيزة، ٢٠١٨.

٢٨. د. محمد علي الكيك، أُصول تسبيب الأحكام الجنائية، ط١، دار الفكر العربي، دون مكان نشر، ١٩٩٨.

٢٩. د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط١٢، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٨٨.

٣٠. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، ط٥، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٧.

٣١. د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة- قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨.

٣٢. د. مصطفى محمد عبد المحسن، الحكم الجنائي – المبادئ والمفترضات، دون ناشر ومكان نشر، ٢٠٠٣- ٢٠٠٤.

٣٣. المستشار مصطفى هرجة، الموسوعة الجنائية، ج١، ١٩٩٥.

٣٤. د. وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، دون مكان نشر، ١٩٧٨.

الرسائل والأطاريح الجامعية

١. د. أحمد محمد حشيش، الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات المدنية والتجارية، أُطروحة دكتوراه، كلية الحقوق– جامعة الإسكندرية، ١٩٨٦.

٢. د. حسن علي حسين، النظرية العامة للجزاءات الإجرائية في قانون الإجراءات، أُطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٤.

٣. د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، أُطروحة دكتوراه، كلية الحقوق– جامعة القاهرة، ١٩٥٩.

٤. د. عبد الحكيم عباس قرنى عكاشة، الصفة في العمل الإجرائي، أُطروحة دكتوراه، كلية الحقوق– جامعة القاهرة، ١٩٩٥

التشريعات

١. قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠.

٢. قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم (٩) لسنة ١٩٦١.

٣. قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.

القرارات القضائية

١. نقض مدني مصري، ١٩٧٢/١٢/٦، مجموعة أحكام النقض، س٢٣، ص١٣٣٠، رقم ٢٠٨.

٢. نقض مدني مصري، ١٩٦٩/١٢/٢، مجموعة أحكام النقض، ٢٠، ص١٢٤٨، رقم ١٩٣.

٣. نقض مدني مصري، ١٩٩٦/٦/١٤، مجموعة أحكام النقض، س٤٧.

٤. نقض جنائي مصري، ١٩٥٠/١١/٢٨، مجموعة القواعد القانونية، ج١.

٥. قضاء إداري مصري، ١٩٥٤/٣٠/٢، مجموعة أحكام مجلس الدولة، س٨، ص٨٣٨، رقم ٤٢٥.